

كتاب الصلح

كتاب الصلح

قد مرّ مناسبة الصلح بالإقرار في أول كتاب الإقرار. والصلح في اللغة: اسم للمصالحة التي هي المسالمة خلاف المخاصمة، وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فمعناه دال على حسنه الذاتي. وفي الشريعة: عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة. وسببه: تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما في سائر المعاملات. وركنه: الإيجاب والقبول، كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح. قال صاحب العناية أخذاً من النهاية: وركنه الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين. وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت، ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط، بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره، ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى. أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأنه سيأتي في الكتاب أن الصلح إذا وقع عن إقرار فإن كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات، وإن كان عن مال بمنافع اعتبر بالإجارات، وإذا وقع عن سكوت أو إنكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة. فإذا تقررت هذه الضابطة، فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو نكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعي قبلت، لأن كونه إسقاطاً لبعض الحق واستيقاء لبعضه الآخر فيما إذا وقع عن سكوت أو إنكار إنما هو في حق المدعي. وأما في حقه المدعى عليه فإنما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله أيضاً حتى يتحقق الافتداء وتنقطع الخصومة. وأما ثانياً: فلأنه إذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدراهم مثلاً فصولح على قطعة منها والحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحاً على ما سيجيء في الكتاب فينبغي أن يتم هناك أيضاً بقول المدعي قبلت بدون قبول المدعى عليه لكونه إسقاطاً لدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم إطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين. وأما ثالثاً: فلأن قوله لأن طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الأول قاصر عن إفادة كلية المدعي وهو ركنية الإيجاب والقبول معاً فيما يتعين بالتعيين مطلقاً، فإن طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة للصلح، بل إنما يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما إذا كان الصلح عن إقرار وكان مالاً بمال فأتأمل. وشرط مطلق كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتراض. ولأنواعه شروط

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا نعيده، وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة. وفي اصطلاح الفقهاء: عقد وضع لرفع المناصبة. وسببه: تعلق البقاء المقدر لتعاطيه وقد بيناه في التقرير. وشرطه: كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتراض وسيأتي تفصيل له. وركنه: الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين. وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط، بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت. وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرأ كان الخصم أو مقراً. ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التملك والبراءة له في غيره إن كان مقراً، وإن كان منكراً فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التملك أولاً. وأنواعه بحسب أحوال المدعى عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب البديلين على القسمة العقلية على ما

كتاب الصلح

قال: (الصلح على ثلاثة أضرب: صلح مع إقرار، و صلح مع سكوت، وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر

آخر سيأتي تفصيلها في الكتاب. وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى، كذا في الكافي وبعض الشروح. قال في العناية أخذاً من النهاية: وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرأً كان الخصم أو مقرأً، ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التملك والبراءة له في غيره إن كان مقرأً، وإن كان منكراً فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التملك أولاً انتهى. أقول: فيه كلام، وهو أن المصالح عليه أيضاً قد يكون مما لا يحتمل التملك كترك الدعوى، فإنهم صرحوا بأنه إذا ادعى حقاً في دار رجل وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى فإنه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين: تملك المدعى عليه إياه، وبراءته عن دعوى المدعي. وفي جانب المصالح عليه قسماً واحداً هو تملك المدعي إياه مع جريان احتمال التملك وعدم احتماله في الجانبين معاً مما لا يخلو عن تحكم، فإن نوقش في المثال المذكور بأن كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبني على المسامحة، وإنما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما أذاعه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فإنه يقع مصالحةً عنه بالنظر إلى ذي اليد ومصالحةً عليه بالنظر إلى الآخر وهو مما لا يحتمل التملك قطعاً. قلنا: فماذا يقال فيما إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصاً فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين، إذ لا شك أنه كما أن ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التملك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصور تملك المدعي المصالح عليه، بل إنما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر. بقي هاهنا كلام آخر، وهو أنه إذا ادعى رجل داراً وأنكر المدعى عليه ودفع المدعي إلى ذي اليد شيئاً بطريق الصلح وأخذ الدار فإنه جائز كما سيأتي في الشروح. وأصل المسألة في الفصل السابع من فصول الأستروشنى مع أنه يملك هناك المدعي المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين طرداً وعكساً فتأمل قوله: (الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية: الحصر على هذه الأنواع ضروري، لأن الخصم وقت الدعوى ما أن يسكت أو يتكلم مجبياً وهو لا يخلو عن النفي والإثبات. لا يقال: قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع، لأنه سقط بقولنا مجبياً انتهى. أقول: يرد على ظاهر جوابه أنه إنما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والإثبات، ولا يفيد انحصار تقسيمه الأول وهو قوله إن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجبياً، إذ تخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن

سندكره، وجوازه ثابت بالكتاب والسنة. قال: (الصلح على ثلاثة أضرب) الحصر على هذه الأنواع ضروري، لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجبياً وهو لا يخلو عن النفي والإثبات. لا يقال: قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا مجبياً وكل ذلك جائز لقوله تعالى: ﴿وَالصَّلَاحُ خَيْرٌ﴾ فإنه بإطلاقه يتناولها، فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى: ﴿فَلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ فكان للمهد. أوجب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، وبأنه ذكر للتعليل: أي لا جناح عليهما أن يصالحا لأن الصلح خير فكان عاماً، ولأنه وقع قوله تعالى: ﴿أن يصالحا﴾ في سياق الشرط فكان مستقبلاً، وقوله تعالى: ﴿وَالصَّلَاحُ خَيْرٌ﴾ كان في الحال فلم يكن إياه بل

قوله: (لأنه سقط بقولنا مجبياً) أقول: فيه بحث، إذ لا يكون الحصر حيثن ضرورياً قال المصنف: (لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَالصَّلَاحُ خَيْرٌ﴾ أقول: أي لقوله المطلق، فالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف، وتتمام الآية ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ قوله: (أوجب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب) أقول: أنت خير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستنداً بأن اللام للمهد. فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليتأمل قوله: (وبأنه ذكر للتعليل) أقول: فيه بحث، لأنه لو كان تعليلاً لأبدل الغاء بالواو قوله: (وقوله والصلح خير كان في الحال) أقول: إن أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن في الحال فمسلّم، ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالي، وإن أراد أن الحكم على الصلح الكائن في الحال: يعني حقيقة الصلح وجسه كما في قولهم: الرجل خير من المرأة للخصم أن يمنعه قوله: (فأنكرت لا يجوز) أقول: بل يجوز كما سيجيء عن قريب.

وصلح مع إنكار وكل ذلك جائز) لإطلاق قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام: كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً^(١). وقال الشافعي: لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما

قسميه معاً فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الأنواع ضروري. ويمكن أن يقال: المراد بالسكوت في قوله إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً هو السكوت عن التكلم مجيباً لا السكوت مطلقاً وهو عدم التكلم أصلاً، فتدخل الصورة المزبورة في القسم الأول من تقسيمه الأول وهو قوله إما أن يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الأنواع ضروري، وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو أن لا يقَرَّ المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن إيماء إلى أن المراد بالسكوت هاهنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت، لأن معنى مطلق السكوت مع كونه غنياً عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو ألا يتكلم أصلاً قوله: (وكل ذلك جائز لإطلاق الخ) تسامح المصنف هاهنا في التعبير حيث قال: (لإطلاق قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾) [النساء: ١٢٨] مع أنه لا يذهب عليك أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا إطلاقاً قوله إلا أنهم كثيراً ما يتسامحون في العبارة في أمثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبهها على فائدة تفيدها تلك العبارة كما في تعريفهم العلم بحصول صورة الشيء في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه. قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف لإطلاق قوله تعالى: أي لقوله المطلق، فالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، أما أولاً فلأن إضافة الصفة إلى الموصوف ليست بجائزة كإضافة الموصوف إلى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو، حتى أنهم أولوا مثل: جرد قطيفة، وأخلاق ثياب بما يخرج به عن أن يكون من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف فما معنى حمل كلام المصنف هاهنا على ذلك. وأما ثانياً: فلأن الصفة في «لقوله المطلق» هو المطلق لا الإطلاق، والكلام في توجيه إطلاق قوله فلا يجدي حديث إضافة الصفة إلى الموصوف شيئاً بل لا بد من المصير إلى المسامحة كما ذكرنا. وقال صاحب العناية: فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] فكان للعهد. أجب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، وبأنه ذكر للتعليل: أي لا جناح عليهما أن يصلحا لأن الصلح خير فكان عاماً، ولأنه وقع قوله تعالى: ﴿أن يصلحا﴾ في سياق الشرط فكان مستقبلاً، وقوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ كان في الحال فلم يكن إياه بل جنسه انتهى. أقول: إن الجواب الأول والثالث من هذه الأجوبة الثلاثة ليسا بتامين. أما الأول: فلأن كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص

جنسه. فإن قيل: سلمناه ولكن صرفه إلى الكل متعذر لأن الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفاً على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن إقرار. أجب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه (ولقوله ﷺ: «كل صلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٩٤ والدارقطني ٢٧/٣ والحاكم ٤٩/٢ وابن الجارود ٦٣٨ وابن حبان ٥٠٩١ والبيهقي ٦٥/٦، ٦٤ وأحمد ٣٦٦/٢ كلهم من حديث أبي هريرة. وفي إسناده كثير بن يزيد قال الذهبي في تعليقه على الحاكم: لم يصححه، وكثير ضعفه النسائي، ومشاء غيره. وورد من طريق آخر أخرجه الدارقطني ٢٧/٢ والحاكم ٥٠/٢ كلاهما من حديث أبي هريرة. صححه الحاكم وتعقبه الذهبي بقوله: قال ابن حبان: عبد الله بن الحسين المصيصي يسرق الحديث وورد من حديث عمرو بن عوف أخرجه الترمذي ١٣٥٢ وابن ماجه ٢٣٥٣ وفي إسناده كثير ابن عبد الله بن عمرو قال الترمذي: حسن صحيح.

وكذا أخرجه الحاكم ١٠١/٤ من هذا الوجه، وسكت عليه وتعقبه الذهبي بقوله: إسناده واه. لكن هذا الحديث بمجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الحسن وانظر نصب الرابة ١١٢/٤.

روينا، وهذا بهذه الصفة لأن البذل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ فيقلب الأمر، ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة. ولنا ما تلونا وأول ما روينا وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالخمر أو حرم حلالاً

السبب لا يجدي شيئاً في دفع السؤال المذكور، لأن حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام في قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] على العهد، فإنه حينئذ يصير خاصاً، وإنما يجدي نفعاً لو سلم عموم اللفظ في نفسه وأريد تخصيصه بخصوص السبب. وأما الثالث: فلأنه إن أراد بقوله ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] كان في الحال أن التكلم بهذا الكلام والإخبار بهذا الخبر كان في الحال: أي في حال ورود الآية الكريمة فمسلم، لكن هذا لا ينافي أن يكون تحقق مدلوله في الاستقبال؛ ألا يرى أنك إذا قلت الأمر الذي يحدث غداً خير فلا شك أن تكلمك بهذا الكلام وإخبارك به كائن في الحال. وأما تحقق ذلك الأمر واتصافه بالخيرية فيكون في المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن إياه بل جنسه، وإن أراد بذلك أن الصلح الذي أخبر بأنه خير كان في الحال فهو ممنوع. فالصواب من بين تلك الأجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح أخذاً من الأسرار. ووجه كون الصلح عاماً في قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] على تقدير أنه ذكر للتعليل هو أن العلة لا تنقيد بمحل الحكم الذي علل فيه، بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها، كذا قالوا، وهو التقرير المناسب لقواعد الأصول. وأما التقرير المطابق لقواعد المعقول فلأنه يكون حينئذ خارجاً مخرج الكبرى من الشكل الأول كأنه قيل: فإن هذا صلح والصلح خير، وكلية الكبرى شرط لإنتاج الشكل الأول على ما عرف في الميزان. واعتراض بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضاً حيث قال: فيه بحث، لأنه لو كان تعليلاً لأبدل الفا بالواو انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن ذاك الإبدال إنما يلزم لو كان تعليلاً من حيث اللفظ وليس كذلك، بل هو تعليل من حيث المعنى، وعن هذا قالوا: إن الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال صالحوا لأن الصلح خير. وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال: صلّ والصلاة خير، على أن قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا إليه فيما مر، وأداة التعليل كاللام والفاء إذا ذكرت إنما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الإبدال هاهنا أصلاً تدبر. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: سلمناه يعني الإطلاق في قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨] ولكن صرفه إلى الكل متعذر لأن الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفاً على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن إقرار. أجيب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى. أقول: يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت لا يجوز أنه خبط إذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سيأتي وهو أنه إذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على ما بذلته حتى يترك الدعوى جاز فكانه في معنى الخلع. ثم أقول: توجيهه أن لعدم الجواز رواية في هذه المسألة وإن كان ظاهر الرواية يخالفها، والسؤال المزبور مما أورده الشافعية فهم أخذوا في هذه المسألة وأخواتها بما هو الملائم لغرضهم. والحنفية أجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه، فصاحب العناية: اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع، وأما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معاً حتى قال في الجواب هاهنا: على أنا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها إذا أنكرته فصالحته على ما لأنه يجوز، وبه صرح القدوري في مختصره، وسيجيء ذلك في فصل عقيب هذا انتهى. وقال في ذلك الفصل: وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي

حلالاً). وقال الشافعي (لا يجوز مع إنكار أو سكوت) لأنه صلح أحل حراماً أو حرم حلالاً وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي (ولأن المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهي حرام (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى:

لعينه كالصلح على أن لا يظأ الضرة، ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه وهذا مشروع، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضاً إذ المال وقاية

وشرحه كذلك، فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسألة الصلح على الإنكار بقولهم إذا ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت فصالححت على مال لا يجوز، ولئن صحت تلك المسألة كما أوردوها في نسخ طريقة الخلاف. فالجواب عنه ما مر في تلك المسألة انتهى قوله: (وقال الشافعي: لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا الخ) قلت: كان الأظهر أن يقال لآخر ما روينا لا أن أوله حجة عليه لا له قوله: (ولنا ما تلونا وأول ما روينا الخ) كرر ذكرهما تأكيداً وتوطئة لقوله وتأويل آخره الخ، وإلا لكفى هاهنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لأنه بصدد الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانهما. أقول: بقي هاهنا إشكال في قوله وأول ما روينا، وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلاً لنا مع قطع النظر عن آخره، وهذا ليس بصحيح لأن آخره مستثنى من أوله. وقد تقرّر في علم أصول الفقه أن المذهب الصحيح المختار عند الأئمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن إخراج المستثنى من المستثنى منه، فلا يكون الأول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره، بل لا يتم المعنى إلا بمجموع المستثنى والمستثنى منه. ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحلّ حراماً لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ما روينا. فحاصل الكلام أن لنا أول ما رويناه مع تأويل آخره، فالدليل بمجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل، ولكن الإنصاف أن لفظة أول هاهنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام ويضّر بالمقام كما نبهنا عليه، فالأولى أن تطرح من البين قوله: (وتأويل آخره أحلّ حراماً لعينه كالخمر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يظأ الضرة) وحمله على هذا أحق، لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه، وما ذكره غير محتمل إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك، فإن الصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبل الصلح، وقد حل بالصلح، كذا في الكافي. وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل: والحمل على ذلك واجب لثلا يبطل العمل به أصلاً، وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره، لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله

﴿والصلح خير﴾ (وأول ما روينا) من الحديث وهو قوله ﷺ: «كل صلح جائز بين المسلمين» (وتأويل آخره أحلّ حراماً لعينه كالخمر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يظأ الضرة) أو أن لا يتسرى والحمل على ذلك واجب، لثلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه

قوله: (ولنا ما تلونا من قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ (وأول ما روينا) أقول: وهاتنا تكرر، وكان الأولى أن لا يذكر ذينك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك قال المصنف: (وتأويل آخره أحلّ حراماً لعينه كالخمر أو حرم حلال لعينه كالصلح الخ) أقول: وحمله على هذا أحق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه، كذا في الكافي. ثم قال: وما ذكره غير محتمل، إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك، فالصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح، أو كان حراماً على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى قوله: (لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول: يعني لكان كالصلح على غير الإقرار في البطان على زعم الخصم قوله: (لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق) أقول: هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به، إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في الدين إلا بالإبراء عن دعوى الباقي كما سيجيء قوله: (لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق الخ) أقول: فيه أن المعتبر هو عموم اللفظ، وما الدليل على أنه محمول على ما ذكره غير مجرى على عومه.

الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز. قال: (فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بطل) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما (فنجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً، ويرد بالعيب، ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط، ويفسده جهالة البدل) لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون

وحل بعده. فعرّفنا أن المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه انتهى. أقول: في تقريره خلل، إذ لا معنى لقوله لأنه لو حمل على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره، لأن الكلام في حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حمله على الصلح على الإقرار خاصة، إذ لا فرق بين الصلح على الإقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة، ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه أيضاً، فمدار التأويل والحمل في آخر الحديث إنما هو لفظ الحرام والحلال وإطلاقه دون لفظ الصلح. فالحق في التقرير أن يقال: لأنه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينه ولغير عينهما لكان الصلح على الإقرار كالصلح على غيره في الاشتغال على إحلال الحرام وتحريم الحلال. ثم إن بعض الفضلاء أورد على قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق بأن قال: هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به، إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين لا بالإبراء عن دعوى الباقي كما سيجيء انتهى. أقول: هذا كلام خال عن التحصيل، إذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين لا بالإبراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين أصلاً، غاية الأمر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطاً بالإبراء عن دعوى الباقي، على أنه ليس كذلك أيضاً، إذ لجواز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو أن يزيد درهماً في بدل الصلح، وسأتي كلا الطريقين في الكتاب، وعلى كليهما يجري قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق في العين أيضاً قوله: (ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه، إلى قوله: ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هذا دليل عقلي على ما ذهب إليه أثمتنا من جواز الصلح مع إنكار أو سكوت أيضاً متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل، وهو قوله ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة، وهذا رشوة. قال الشراح: لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم، لأن قول النبي ﷺ «لعن الله الراشي والمرتشي»^(١) عام. لأننا نقول: هذا الحديث محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الإرث، وأما إذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى.

متبعه قبله وحل بعده فعرّفنا أن المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه (ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة) فكان كالصلح مع الإقرار (فيقضي بجوازه) لوجود المقتضي وانتفاء المانع، لأن المانع إما أن يكون من جهة الدافع أو من جهة الأخذ وليس شيء منهما بموجود. أما الثاني: (فلأن المدعي يأخذه في زعمه عوضاً عن حقه وذلك مشروع، وأما الأول فلأن المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه، وهذا أيضاً مشروع إذ المال وقاية الأنفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة أمر جائز) لا يقال: لا نسلم الجواز لقوله ﷺ «لعن الله الراشي والمرتشي» وهو عام لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٨٠ والترمذي ١٣٣٧ وابن ماجه ٢٣١٣ وابن الجارود ٥٨٦ والبيهقي ١٣٨/١٠، ١٣٩ وابن حبان ٥٠٧٧ والحاكم ٤/١٠٢، ١٠٣ وأحمد ١٦٤/٢، ١٩٠، ١٩٤، ٢١٢ والطيالسي ٢٢٧٦ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح اه وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وورد من حديث أبي هريرة أخرجه الترمذي ١٣٣٦ وابن الجارود ٥٨٥ وابن حبان ٥٠٧٦ والحاكم ١٠٣/٤ والخطيب في تاريخ بغداد ١٠/٢٥٤ ولفظه: «لعن الله الراشي، والمرتشي في الحكم».

في إسناده عمر بن أبي سلمة بن عبد الرحمن مختلف فيه، وهو حسن الحديث لا بأس به كما قال ابن عدي قال الترمذي: حديث حسن صحيح اه. فالحديث بمجموع طريقه جيد والله أعلم.

جهاالة المصالح عنه لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البذل (وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات) لوجود معنى الإجارة وهو تملك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها وببطل، الصلح بموت

واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه: إن المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على أنه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومته انتهى. أقول: الدليل عليه ما أورد من النصوص في أن الضرورات تبيح المحظورات، منها قوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] ولا شك أن في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج قوله: (فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال الخ) هذا لفظ القدوري في مختصره، ولما كان الأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه كما صرحوا به أراد أن يبين ضابطة

أمر غير مشروع، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الإرث. وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجاز للدافع، وتامه في أحكام القرآن للرازي. فإن قيل: فعلى هذا إذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكرو اتصالها على دنائير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي أن يجوز لأن هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة، ومع هذا لا يجوز. أجيب بأن عدم الجواز بناء على زعم المدعي، إذ في زعمه أنه صرف لأنه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس. قال: (فإن وقع الصلح عن إقرار الخ) إذا وقع الصلح عن إقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين فتجري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية، ويفسد جهاالة المصالح عليه لأنها تفضي إلى المنازعة دون جهاالة المصالح عنه لأنه يسقط، وهذا ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا إلى ذكره. وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه: إما أن يكون معلوم على معلوم، وهو جائز لا محالة. وإما أن يكون عن مجهول على مجهول، فإن لم يحتج فيه إلى التسليم والتسلم مثل أن يدعي حقاً في دار رجل وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعي واصطلاحاً على ترك الدعوى جاز، وإن احتج إليه وقد اصطلاحاً على أن يدفع أحدهما مالا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم إليه ما ادعاه لم يجز. وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتج فيه إلى التسليم، كما لو ادعى حقاً في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلاحاً على أن يعطيه المدعي مالا معلوماً ليسلم المدعى عليه إلى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز، وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطلاحاً في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه جاز. وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج فيه إلى التسليم لا يجوز، وإن لم يحتج إليه جاز. والأصل في ذلك كله أن الجهاالة المفضية إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة، فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز، وما وجب فيه لم يجز مع الجهاالة لأن القدرة على تسليم البذل شرط لكونه في معنى البيع (وإن كان عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تملك المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح، فإذا صالح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز، وإن قال أبدأ أو حتى يموت لا يجوز، فإن الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فإنها بيع معنى، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة (فيشترط التوقيت فيها وببطل الصلح بموت أحدهما في المدة) كالإجارة (وإذا وقع الصلح عن السكوت والإنكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة، وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا) أن المدعي يأخذ عوضاً في زعمه. فإن قيل: العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها؟ أجاب بقوله: (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة) فإنها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث، وكعقد النكاح فإن حكمه الحل في حق امرأته والتحريم المؤبد في حق أمها (وهذا) أي كونه لافتداء اليمين أو قطع الخصومة (في الإنكار ظاهر، وأما في السكوت فلا لأنه يحتمل الإقرار والوجود فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك) مع أن حمله على الإنكار أولى، لأن فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الأصل. قال: (وإذا صالح عن دار الخ) إذا صالح عن دار عن إنكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لأنه يأخذها: أي المدعى عليه ليستبقي الدار على ملكه لا أنه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه، والمرء يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما إذا كان على دار) لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه، فصار كأنه قال

أحدهما في المدة لأنه إجارة (والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة) لما بينا (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا في الإنكار ظاهر، وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك. قال: (وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه، بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعي عليه يكذبه. قال: (وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه بحصة ذلك من العوض) لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة وردّ العوض) لأن المدعي عليه ما بذل العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده، وإن استحق بعض ذلك ردّ حصته ورجع بالخصومة فيه لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض. ولو استحق

يعرف بها أنه على أي عقد يحمل. أقول: ليست هذه الضابطة بتامة، لأن الصلح عن إقرار قد يقع عن منافع بمال أو بمنفعة كما إذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة عبد شهراً أو على ركوب دابة شهراً، فإن كل ذلك جائز على ما صرحوا به في أول الفصل الآتي مع أنه لم يذكر في هذه الضابطة وإن كان في معنى عقد الإجارة، كذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فإنه جائز وهو بمنزلة النكاح، حتى أنما صلح مسمى فيه صلح هاهنا أيضاً كما سيأتي في الكتاب، مع أنه ليس بمذكور أيضاً في هاتيك الضابطة، وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الإجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط، وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الإعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع، وليس شي منهما بداخل أيضاً في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلاً فكانت قاصرة عن إفادة تمام المراد. لا يقال: يستغنى عن ذكر تلك الصور هاهنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب. لأننا نقول: قد ذكر هناك ما ذكره هاهنا أيضاً بأن قال: والصلح جائز عن دعوى الأموال والمنافع فلا يتم العذر. ثم إن كون الصلح عن إقرار في معنى البيع إذا وقع عن مال بمال إنما هو فيما إذا وقع على خلاف جنس المدعي، وأما فيما إذا وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعي فهو حط وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا، صرح به في التبيين وغيره قوله: (والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به إلى ما ذكره بقوله لأن المدعي يأخذها عوضاً عن حقه في زعمه. أقول: هاهنا كلام وهو أن كون

اشتريتها من المدعي وهو ينكر (وإذا صالح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه) على المدعي (بحصة المستحق من العوض) لأنه لكونه عن إقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك، وإذا صالح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعي عليه وردّ العوض، لأن المدعي عليه ما بذل العوض إلا لدفع الخصومة عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق ظهر أن لا خصومة له فيبقى في يده غيره مشتمل على غرض المدعي عليه فيسترده، كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل على غرض دفعه إلى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فإنه يسترده لعدم اشتماله على غرضه. ونوقض بما إذا ادعى داراً وأنكر المدعي عليه ودفع المدعي إلى ذي اليد شيئاً بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحققت فإنه لا يرجع على المدعي عليه بما دفع مع أنه بظهور الاستحقاق تبين أن المال في يده

قوله: (لأنه يأخذها، إلى قوله: ويدفع المال) أقول: قوله ويدفع معطوف على قوله يأخذها.

المصالح عليه عن إقرار رجوع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة، وإن استحق بعضه رجوع بحصته. وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجوع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه لأن المبدل فيه هو الدعوى، وهذا بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئاً حيث يرجع بالمدعي لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له، ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة، ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين. قال: (وإن ادعى حقاً في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقي) بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرّي العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع. ولو ادعى داراً فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه من عين حقه وهو

الصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعي مطلقاً بمعنى المعاوضة ممنوع، فإنه إذا ادعى عيناً وأنكر المدعي عليه أو سكت ودفع المدعي إلى المدعي عليه شيئاً بطريق الصلح وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزاً على ما صرحوا به مع أنه في حق المدعي ليس بمعنى المعاوضة، لأن في زعم المدعي أن العين الذي ادعاه حقه، ولا يتصور أن يعاوض إنسان ملك نفسه بل هو في حق المدعي في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضاً قوله: (أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) قال صاحب النهاية: فإن قلت: كيف صورة البراءة؟ قلت: هي أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز، حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لا

غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة. وأجيب بأن المدعي عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة، فإذا استحققت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتهاء الخصومة فيرجع، وأما المدعي فهو في خيرة في دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده، وإن استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه: أي في أصل الدعوى، أما رجوعه عليه فلا قام مقام المدعي عليه في كون البعض المستحق في يده، وأما رد الحصة فلخلو العوض في هذا القدر عن غرض المدعي عليه (ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن إقرار رجوع بكل المصالح عنه) لأنه إنما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع (وإن استحق بعضه رجوع بحصته) اعتباراً للبعض بالكل (وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجوع إلى الدعوى في كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لأن المبدل فيه هو الدعوى) هذا إذا لم يجر لفظ البيع في الصلح، أما إذا كان أجرى كما إذا ادعى داراً وأنكر المدعي عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعثك هذا العبد بهذه الدار ثم استحققت هذه الدار فإن المدعي يرجع على المدعي عليه بما ادعى لا بالدعوى، لأن إقدام المدعي عليه على البيع إقرار منه بالحق للمدعي، إذ الإنسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع، ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة (ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) إلى المدعي (فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي فصل الإقرار والإنكار، فإن كان عن إقرار رجوع بعد الهلاك إلى المدعي، وإن كان عن إنكار رجوع بالدعوى. قال: (وإن ادعى حقاً في دار الخ) هذه المسألة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها (ولو ادعى داراً فصالح على قطعة منها) كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لأن ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي (وتقبل بيته لأنه استوفى بعض حقه) وأبرأ عن الباقي، والإبراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء. وذكر شيخ الإسلام أنه لا تسمع دعواه، وذكر صاحب النهاية أنه ظاهر الرواية، ووجهه أن الإبراء لاقي عيناً ودعوى، والإبراء عن الدعوى صحيح، فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح، ولو ادعاه بعد ذلك لم يصح ولم تسمع. وقيل بقوله على قطعة منها لأن الصلح إذا وقع على بيت معلوم من دار أخرى صح لكونه حينئذ بيعاً، وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه إجارة حتى يشترط كون المدة معلومة، ولو أراد المدعي أن يدعي

قوله: (فيبقى في يده غير مشتمل على فرض المدعي عليه) أقول: يعني يبقى العرض في يد المدعي قوله: (فلا يسترده) أقول: أي بحسب الاستحقاق قوله: (ثم استحققت فإن المدعي يرجع) أقول: صوابه ثم استحق إذ الضمير المستتر فيه راجع إلى العبد.

على دعواه في الباقي. والوجه فيه أحد أمرين: إما أن يزيد درهماً في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي.

تقبل. أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار فهذا وأمثاله باطل، وله أن يخاصم فيها بعد ذلك. وفرق بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك، فإن في قوله أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى، وعن هذا قالوا إن عبداً في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئاً منه، ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه، وإنما أبرأه من ضمانه، كذا في الذخيرة إلى هاهنا كلامه. أقول: فيه نظر، أما أولاً فلأن بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المصنف، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين، وليس كذلك لأن مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعي في العين بدون الحيلة في تصحيحه بأحد الأمرين إنما هو عدم صحة البراءة من العين، وإلا لصح الصلح على ذلك بأن كان استيفاء لبعض الحق وإسقاطاً لبعضه الباقي كما في الصلح على بعض المدعي في الدين، فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح إنما هو قوله برئت من دعوي في هذه الدار. وأما ثانياً: فلأن قوله فإن في قوله أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى إنما يتمشى في قوله أبرأتك عن هذه الدار لا في قوله أبرأتك عن خصومتي لأن الإبراء من الخصومة هو الإبراء من الدعوى، وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار باطل أيضاً بخلاف ما قالوا في عبد في يد رجل فإن المذكور هناك في جانب الإبراء إنما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير، تبصر.

البقية لم يكن له ذلك لوصل كل حقه إليه باعتبار بدله عيناً أو منفعة. قال المصنف (والوجه فيه) أي الحيلة في تصحيح الصلح إذا كان على قطعة منها (أحد أمرين أن يزيد درهماً في بدل الصلح ليصير عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) مثل أن يقول برئت من دعوي في هذه الدار فإنه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح، حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل. وفي ذكر لفظ البراءة دون الإبراء إشارة إلى أنه لو قال أبرأتك عن دعوي أو خصومتي في هذه الدار كان باطلاً وله أن يخاصمه فيها بعد ذلك. والفرق بينهما أن أبرأتك إنما يكون إبراء من الضمان لا من الدعوى، وقوله برئت براءة من الدعوى، كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة. ونقل بعض الشارحين عن الوقعات في تعليل هذه المسألة لأن قوله أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله أن يخاصم غيره في ذلك، بخلاف قوله برئت لأنه أضاف البراءة إلى نفسه مطلقاً فيكون هو بريئاً. ويعلم من هذا التعليل أن قول صاحب الذخيرة: وله أن يخاصم فيها بعد ذلك، معناه على غير المخاطب وهو ظاهر، والله أعلم.

قوله: (ونقل بعض الشارحين عن الوقعات) أقول: الناقل هو الإقناني عن الوقعات الحسامية.

فصل

(والصلح جائز عن دعوى الأموال) لأنه في معنى البيع على ما مر. قال: (والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة)

فصل

لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قوله: (والصلح جائز عن دعوى الأموال) هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليقه (لأنه في معنى البيع على ما مر أقول: هاهنا شيء وهو أن قول القدوري) والصلح جائز عن دعوى الأموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة، فإن أجرى على إطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لأنه في معنى البيع على ما مر لظهور أن الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الإجارة كما صرح به فيما مر، وإن قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع أنه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصيراً من المقيد بلا ضرورة. لا يقال: إنما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوماً فيما مر. لأننا نقول: ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فإنه أيضاً كان معلوماً فيما مر قوله: (والمنافع) بالجر عطف على الأموال وعن دعوى المنافع، وهو من تمام لفظ القدوري. قال المصنف في تعليقه (لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح) أقول: لقاتل أن يقول: يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسيبجي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الوصايا حيث قال: وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على ليس ثوب شهراً فهو جائز، والقياس أن لا يجوز أن الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تملك المنفعة من أحد ببدل، ولهذا لو أجر منهم لا يصح، إلا أنا نقول:

فصل

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز. قال: (والصلح جائز عن دعوى الأموال) الأصل في هذا الفصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالياً لتصحيح تصرف العاقل بقدر الإمكان، فإذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر. وإذا كان عن المنافع بمال كما إذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة عن شيء كان في معنى الإجارة، لأن المنافع تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح، وإذا صالح عن جناية العمد أو الخطأ صح. أما الأول: فلقوله تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه شيء﴾

فصل والصلح جائز

قال المصنف: (والصلح جائز عن دعوى الأموال لأنه في معنى البيع) أقول: يعني إذا لم يكن بالمنافع وإلا فهو بمعنى الإجارة قال المصنف: (قال: والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح) أقول: قال العلامة الإتقاني: قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيبجي في شرح الكافي: وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على ليس ثوب شهراً فهو جائز، والقياس أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير، والمستعير لا يقدر على تملك المنفعة من أحد ببدل، ولهذا لو أجر منهم لا يصح، إلا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل، ولفظ الصلح لفظ يحتمل التملك ويحتمل الإسقاط، فإن لم يمكن تصحيحه تملياً أمكن تصحيحه إسقاطاً نصيحته إسقاطاً، وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط، ولهذا جاز على خدمة عبد آخر، فلو كان هذا تملياً لكان باطلاً لأن بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز، وكذلك لو فعل ذلك وصي الوارث الصغير لأنه تصرف نافع في حقه فإن مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحه عليه فهو جائز لأنه عقد إسقاط وقد تم بالموت لأن حقه في منفعة ما دام حياً وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له انتهى.

قال العلامة النسفي في الكافي: والصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجمده أو أقر به فصالحه الوارث على شيء جاز لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا بالصلح انتهى. وأنت خبير بما بين ما نقل من الإسيبجي والكافي من المخالفة، ولعل في جواز الإجارة روايتين فليتأمل. ثم اعلم أن ظاهراً ما ذكره الإتقاني من قوله إلا أنا نقول بأن هذا ليس

الآن هذا ليس بتملك إيأهم ببدل، بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل، ولفظة الصلح تحتمل التملك وتحتمل الإسقاط، فإن لم يكن تصحيحه تملكاً أمكن تصحيحه إسقاطاً فصحناه إسقاطاً وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط، إلى هنا كلامه. فإن الموصى له إذا لم يقدر على تملك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بأن المنافع تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح. ثم أقول: يمكن أن يقال: إن الموصى له وإن لم يقدر على تملكه المنفعة الموصى بها حقيقة إلا أنه يقدر على تملكها حكماً من حيث أنه يقدر على إسقاطها ببدل، وقد أشار إليه الإمام الإسيبجي بقوله: وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم، فمعنى تعليل المصنف أن جنس المنافع يملك حقيقة بعقد الإجارة كما إذا أجر ملكه، فكذا يملك حكماً بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها، فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشخين. قال الإمام النسفي في الكافي: الصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحد أو أقر به فصالحه الوارث على شيء جاز، لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا الصلح انتهى. وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا: ونقل ما ذكره الإمام الإسيبجي في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مر، وأنت خير بما بين ما نقل من الإسيبجي والكافي من المخالفة، ولعل في جواز الإجارة روايتين فليتأمل انتهى. أقول: المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهم، لأن مراد صاحب الكافي هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالإجارة كما إذا أجر ملكه، فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلاً، وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة. هي سكنى دار مثلاً وصية من رب الدار بالإجارة، كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة. ثم أقول: بقي هاهنا كلام، وهو أن ما ذكره الإمام الإسيبجي في شرح الكافي من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهراً فهو جائز، وما ذكره صاحب النهاية نقلاً عن المغني من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز، وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز أيضاً، وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهراً ولبس ثوب شهراً فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتبرة، فإن مدلولهما جواز الصلح عن المنفعة وإن اتحد جنس المنفعتين من حيث جَوَزَ فيهما مصالحتهما الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر، والمصرح به في كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة. قال في البدائع: فإن كان

وجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك: فمن أعطى له في سهولة من أخيه المقتول شيئاً من المال بطريق الصلح فاتباع: أي فلولي القاتل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف: أي على مجاملة وحسن معاملة وأداء: أي وعلى المصالح أداء ذلك إلى ولي القاتل بإحسان في الأداء، وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد. وأما المعنى الآخر وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقاتل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالاً وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع المعروف: أي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف: أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه وأداء إليه بإحسان: أي وليؤد القاتل إلى غير العافي حقه وأياً غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهراً،

بتمليك إيأهم ببدل بل هو إسقاط حقه الخ مخالف لما ذكر في الهداية كما لا يخفى. وفي مبسوط الإمام شمس الأئمة السرخسي: ولو أن الوارث اشترى منه الخدمة ببعض ما ذكرنا لم يجز لأن الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال بمال، والموصى له بالخدمة لا يملك تملك الخدمة بعوض من غير الوارث بطريق البيع والإجارة، فكذلك لا يملك

فكذا بالصلح، والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالياً لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن. قال: (ويصح عن جناية العمد والخطأ) أما الأول فلقوله تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع﴾ الآية. قال ابن عباس رضي الله عنهما: إنها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح، حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح ها هنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا عند فساد التسمية هنا يصار إلى الدية لأنها موجب الدم. ولو صالح على خمر لا يجب شيء لأنه لا يجب بمطلق العفو. وفي النكاح يجب مهر المثل في

المنفعتان من جنسين مختلفين كما إذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالإجماع، وإن كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا، وموضع المسألة كتاب الإجازات، وإذا اعتبر الصلح على المنافع إجارة يصح بما يصح به الإجازات ويفسد بما يفسد به انتهى. وقال في التبيين: إنما يجوز عن المنافع على المنفعة إذا كانتا مختلفتي الجنس، وإن كانتا متفتتين بأن يصلح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز، لأنه لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح. وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى إلى غير ذلك من المعطيات فتدبر قوله: (والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالياً لتصحيح تصرف العاقل ما أمكن) أقول: لقائل أن يقول: قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به، فإمكان حمل مثله على شيء من العقود غير ظاهر سيما إذا وقع على ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتأمل قوله: (وهو بمنزلة النكاح حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال) قال الشراح في شرح قوله إن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا. ولا ينعكس هذا: أي لا يقال كل ما يصلح بدلاً في الصلح يصلح مسمى في النكاح. فإن هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لأن الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وإن لم يصلح ما دون العشرة صداقاً، ولأنه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز، وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقاً لأن كون الصداق مالاً منصوفاً عليه بقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفي بكون العوض فيه متقوماً والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضاً عنه فيجوز أن يقع عوضاً عن قصاص آخر انتهى كلامهم. أقول: هنا

فهذا قال ابن عباس أنها نزلت في الصلح قوله: (وهو بمنزلة النكاح) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فإنه في معنى النكاح من حيث إن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال، ومن حيث إن كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي، وإذا كان في معناه فما صلح أن يكون مسمى في النكاح صلح هاهنا، فلو صالحه على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز، لأن المنفعة المعلومة صلحت صداقاً، فكذا بدلاً في الصلح وإن صالح على ذلك أبداً لم يجز لأنه لم يصلح صداقاً لجهالته فكذا بدلاً، ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملتزم، ألا ترى أن الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وإن لم يصلح صداقاً، وأنه إذا صالح على أن يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقاً لأن كون الصداق مالاً منصوفاً عليه بقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ وبدل الصلح في القصاص ليس

تمليكه من الوارث، بخلاف لفظ الصلح؛ ألا يرى أن المدعى عليه بعد الإنكار لو صالح المدعي على شيء لم يصر به مقرأ حتى إذا استحق عاد إلى رأس الدعوى، ولو اشترى منه المدعي صار مقرأ له بالملك حتى لو استحق البذل رجع بالمدعي انتهى قوله: (فمن أعطى له الخ) أقول: من حيث كناية عن الولي قوله: (فمن عفى عنه) أقول: فيكون له بمعنى عنه. قوله: (ولا يتوهم، إلى قوله: وإن لم يصلح صداقاً) أقول: لكن قال في المحيط: إذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز، والأصل في جنس هذه المسائل أن ما صلح مهراً في النكاح صلح بدلاً في الصلح عن دم العمد وما لا فلا، والوصيف يصلح مهراً في النكاح وينصرف مطلقاً إلى الوسط، فكذا يصلح بدلاً في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى. والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل، فإن فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية قوله: (والجواب أن الصلح على ما يصلح بدلاً عفو ممن له الخ) أقول: فيه نوع مصادرة.

الفصلين لأنه الموجب الأصلي، ويجب مع السكوت عنه حكماً، ويدخل في إطلاق جواب الكتاب الجنائية في النفس وما دونها، وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لأنه حق التملك، ولا حق في المحل قبل التملك. أما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه. وإذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لأنها تبطل بالإعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه، غير أن في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه. وأما الثاني وهو جنائية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير

إشكال وهو أنه إذا صح أن يكون بدل الصلح في جنائية العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف، إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لأن الصلح عن جنائية العمد في صورة أن صالح من صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى. وقال الشراح تفرعاً على قول المصنف حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا، فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لأن المنفعة المعلومة صلحت صداقاً فكذا بدلاً في الصلح، ولو صالحه على ذلك أبداً أو على ما في بطن أمته أو على غلة نخلة سنين معلومة لم يجز لأنه لم يصلح صداقاً فكذا بدلاً في الصلح انتهى. أقول: فيه بحث لأن تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الأشياء المذكورة بقولهم لأنه لم يصلح صداقاً فكذا بدلاً في الصلح ينافي قولهم بأن العكس هاهنا غير لازم ولا ملتزم، فإن صحة التعليل بما ذكروا يثبتني على لزوم العكس والتزامه، فالصواب لتعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لثلا يصلح صداقاً فإن جهالته تفسد الصلح فيما احتيج فيه إلى التسليم والتسليم كما تقرر فيما مر. وقال بعض الفضلاء في حاشيته عن قول صاحب العناية: ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملتزم، لكن قال في المحيط: إذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز، والأصل في جنس شرع المسائل أن ما صلح مهراً في النكاح صلح بدلاً في الصلح عن دم العمد وما لا فلا، والوصيف يصلح مهراً في النكاح

كذلك فيكتفي بكون العوض فيه متقوماً والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضاً عنه فيجوز أن يقع عوضاً عن قصاص آخر، وقوله إلا أن عند فساد التسمية استثناء من قوله إن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا بمعنى لكن: أي لكن إذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما، فإن كان الأول كما إذا صالح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لأن الولي ما رضي يسقط حقه فيصار إلى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لأن بدل الصلح لا تتحملة العاقلة لوجوبه بعقده وإن كان الثاني كما لو صالح على خمر فإنه لا يجب عليه شيء لأنه لما لم يسم مالاً متقوماً صار ذكره والسكوت عنه سبب، ولو سكت لبقى العفو مطلقاً، وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر (وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين) أي في فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر (لأنه الموجب الأصلي) في النكاح (ويجب مع السكوت عنه حكماً) قال الله تعالى: ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم﴾ وموضعه أصول الفقه. وتحقيقه أن المهر من ضرورات عقد النكاح فإنه ما شرع إلا بالمال، فإذا لم يكن المسمى صالحاً صار كما لم لو يسم مهراً، ولو لم يسم مهراً وجب مهر المثل فكذا هاهنا. وأما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال، فإنه لو عفا بلا تسمية شيء لم يجب شيء، وفيه نظر لأن العفو لا يسمى صلحاً. والجواب أن الصلح على ما لا يصلح بدلاً عفو ممن له الحق فصح أن وجوبه ليس من ضروراته (ويدخل في إطلاق جواب الكتاب) وهو قوله ويصح عن جنائية العمد (الجنائية في النفس وما دونها وهذا) أي الصلح عن جنائية العمد (بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فإنه لا يصح لأن حق الشفعة حق أن يملك، وذلك ليس يعق في المحل قبل التملك) فأخذ البذل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام. أما القصاص فإن ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت في المحل فكان صحيحاً (وإذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لأنها تبطل بالإعراض والسكوت) وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازاً عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بضمن معين، فإن الصلح مع الشفيع فيه جائز، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فإنه لا يصح لأن حصته

بمنزلة البيع، إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعاً فلا يجوز إبطاله فتد الزيادة، بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لأن القصاص ليس بمال إنما يتقوّم بالعقد، وهذا إذا صالح على أحد مقادير الدية أما إذا صالح على غير ذلك جاز لأنه مبادلة بها، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقاً عن دين بدين. ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بمبادلة بخلاف الصلح ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز

ويصرف مطلقه إلى الوسط فكذا يصلح بدلاً في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى. والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فإن فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية، إلى هنا كلام ذلك البعض. أقول: لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية، إذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط، لأن فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصف جهالة فاحشة سيما إذا انصرف مطلقه إلى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهراً في النكاح وهذا أمر لا ستره به قوله: (وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) أقول: فيه شيء وهو أنهم صرحوا بأن الصلح إذا كان على جنس ما استحقه المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، وسيأتي ذلك في الكتاب أيضاً في باب الصلح في الدين. ولا يخفى أن الصلح عن جناية الخطأ إذا كان على أحد مقادير الدية مطلقاً قبل أن يقضى القاضي بأحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضي به بعد أن قضى بأحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم إطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل قوله: (وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها) أي أن يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة، كذا في الكافي وكثير من الشروح. قال صاحب غاية البيان: وفيه نظر عندي لأنه ضعيف جداً، لأن الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن نكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر اهـ. أقول: هذا كلام خال عن التحصيل، فإن كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر، بل

مجهولة لكن لا تبطل الشفعة لأنه لم يوجد منه الاعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح (والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة) يعني إذا كفل عن نفس رجل جاء المكفول وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح (ولا يجب المال، غير أن في بطلان الكفالة روايتين) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبي حفص، وبه يفتي لأن السقوط لا يتوقف على العوض، وإذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل لأن الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة إلى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه، فإذا رضي أن يسقط حقه بعوض لم يسقط مجاناً (وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أو لا، والأول: إما أن يكون منفرداً أو منضمّاً إلى الصلح عن العمد، فإن كان منفرداً وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعاً والمقدر الشرعي لا يبطل فترة الزيادة، بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية، إذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة إبطالاً له، بل القصاص ليس بمال فكان الواجب أن لا يقابله مال، ولكنه أشبه النكاح في تقوّمه بالعقد فجاز بأي مقدار تراضياً عليه كالتسمية في النكاح، وإن كان منضمّاً إلى العمد كان كما إذا قتل عمداً وآخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد، كمن عليه لرجل مائة دينار وآخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الألف والباقي لصاحب الدنانير. والثاني: كما إذا صالح على مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لأنه مبادلة، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقاً عن دين الدية بدين بدل الصلح (ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية مثل أن قضى بمائة من الإبل

قوله: (بل القصاص ليس بمال) أقول: وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة قوله: (والثاني كما إذا صالح على مكيل الخ).

الزيادة على ما تعين. قال: (ولا يجوز عن دعوى حد) لأنه حق الله تعالى لاحقه، ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها لأنه حق الولد لا حقها، وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى طريق العامة لأنه حق العامة فلا يجوز أن يصلح واحد على الانفراد عنه؛ ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف لأن المذهب فيه حق الشرع. قال: (وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذله حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لأنه أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلاً للمال لدفع الخصومة. قالوا: ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلاً في دعواه. قال: (وإذا ادعت امرأة على رجل نكاحاً فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضي الله عنه: هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر، وفي بعضها قال: لم يجز. وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها. وجه الثاني أنه بذل لها المال لتترك

يقتضيه لأن ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعاً، فلا بد أن يجعل ترك النكاح بمال فرقة ببدل وهي الخلع، ولما جعل خلعاً سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه قوله: (فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة) إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة، وإنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج، كذا في الكافي وكثير من الشروح. أقول: لمانع أن يمنع قولهم، إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فإنه يسلم له منها أصل المهر، إذ لولا هذه الفرقة للزومه مهرها عند إثباتها النكاح فجاز أن يعطي الزوج العوض ليسلم له المهر في ضمن هاتيك الفرقة التي هي في معنى الخلع. فإن قلت: يجوز أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطي العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال: يعني أن هذا الصلح إن جعل فرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج: كالمرأة إذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى. ويشير إليه قول صاحب العناية: فإن جعل ترك الدعوى منها

ثم صالح أولياء القتل على أكثر من مائتي بكرة جاز لأن الحق قد تعين بالقضاء في الإبل) وخرج غيره من أن يكون واجباً بهذا الفعل (فكان ما يعطي عوضاً عن الواجب) فكان صحيحاً (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداءً لأن تراضيهما على بعض المقايير بمنزلة القضاء في حق التعمين) ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز، فكذا هذا. قال: (ولا يجوز عن دعوى حد) الأصل في هذا الاعتياض عن حق الغير لا يجوز، فإذا أخذ رجل زانياً أو سارقاً أو شارب خمر وأراد أن يرفعه إلى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليرك ذلك فالصلح باطل. وله أن يرجع عليه بما دفع إليه من المال، لأن الحد حق الله تعالى، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز، وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام، وإذا ادعت امرأة على رجل صبياً هو بيدها أنه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت إنه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لأن النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه (وإذا أشعر رجل إلى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لأنه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك) وقيد بقوله إلى طريق العامة لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح، لأن الطريق مملوكة لأهلها فيظهر في حق الأفراد، والصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به إلى تحصيل رضا الباقيين؛ وقيد بقوله واحد على الانفراد لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليرك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال، لأن الاعتياض للإمام عن الشركة العامة جائز، ولهذا لو باع شيئاً من بيت المال صح (وحد القذف داخل في جواب الحدود لأن

أقول: هو معطوف على ما سبق بشمانية أسطر تخميناً وهو قوله والأول إما الخ قال المصنف: (وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى طريق العامة) أقول: قال العلامة النسفي في الكافي: بخلاف ما لو كان إلى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لأن الطريق مملوكة لأهلها انتهى قال المصنف: (لأنه حق العامة) أقول: وفي الكافي بدل قوله لأنه حق العامة لأن الحق في الشارع لجماعة المسلمين انتهى.

يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقاً حيث قبل بغير النافذة قوله: (فصالحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول: يعني من أهل طريق غير نافذ.

الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة، وإن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح. قال (وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال) لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل، وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء. قال: (وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز له أن يصالح عن نفسه، وإن قتل عبداً له رجلاً عمداً فصالحه جاز) ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعاً فكذا استخلاصاً بمال المولى وصار كالأجنبي، أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعاً

فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة، كما إذا مكنت ابن زوجها انتهى فماذا حال هذا المعنى؟ قلت: يرد عليه أيضاً أن يقال: وقوع الفرقة من جانب المرأة إنما يمنع إعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما إذا مكنت ابن زوجها، وأما إذا كانت مباشرتها بسبب الفرقة برأي الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه إذا كان تركها دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع إعطاء الزوج العوض؛ ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك أو قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك، فإن طلقت نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها

المغلب فيه حق الشرع) ولهذا لا يجوز عفو ولا يورث، بخلاف القصاص. قال: (وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً الخ) هذا بناء على الأصل المار أن الصلح يجب اعتباره بأقرب العقود إليه شيئاً، وإذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناء على زعمه وبذلاً للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها، فإن أقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لأن ما جرى كان خلعاً في زعمه ولا فائدة في إقامتها بعده، وإن كان مبطلاً في دعواه لم يحل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى، وهذا عام في جميع أنواع الصلح، إلا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون تمليكاً على طريق الهبة. وفي عكس هذه المسألة وهي ما إذا ادعت امرأة على رجل نكاحاً فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك، فوقع في بعضها جاز، وفي بعضها لم يجز وجه الأول أن يجعل كأن الزوج بإعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها. ووجه الثاني أنه بذل لها لتترك الدعوى، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما إذا مكنت ابن زوجها، وإن لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لأن الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة (وإن ادعى على رجل) مجهول الحال (أنه عبده فصالحه على مال أعطاه إياه فأقرب العقود إليه شيئاً المتق على مال فيجعل بمنزلة إمكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه، ولهذا يصح على حيوان إلى أجل في الذمة) ولا يصح ذلك إلا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان (و) يجعل (في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز، إلا أنه لا يثبت الولاء لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء) لأنه صالحه بعد كونه عبداً له فكان صلحه بمنزلة الإعتاق على مال وفيه الولاء (وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً فصالحه جاز) سواء كان عليه دين أو لا (وإن قتل عبداً له) أي للعبد المأذون له (رجلاً عمداً فصالحه جاز) سواء كان عليه دين أو لا (والفرق أن رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعاً وإن جاز إجازة فلا يجوز أن يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالأجنبي) أي صار العبد كالأجنبي في حق نفسه لأن نفسه مال المولى، والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بدون إذنه لا يجوز فكذا هاهنا (أما عبده فمن تجارته وكسبه

قوله: (والوطء الحرام في جانبها) أقول: فيه بحث، فإنه لا يكون حراماً إذا كان بالقضاء، وجوابه أن المرأة يجوز أن تعتقد ذلك على رأي من قال لا ينفذ القضاء باطناً قوله: (فكان رشوة) أقول: أي رشوة محضة قال المصنف: (ولهذا لا يملك التصرف فيه) أقول: قال في النهاية: أي في رقبته بتأويل المعضو أو الجزء انتهى. فيه بحث، فإن الرقبة هنا مجاز عن النفس.

استخلاصاً، وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه. قال (ومن غصب ثوباً يهودياً قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة. ولأبي حنيفة أن حقه في الهالك باق حتى لو كان عبداً وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في

قطعا فلم يكن وقوع الفرق من جانبها هناك مانعاً عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعاً عنه فيما إذا مكنت ابن زوجها، فكذا هاهنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعاً عن لزوم إعطاء الزوج العوض فتدبر قوله: (أو حقه في مثله صورة ومعنى لأن ضمان العدوان بالمثل، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء الخ). قال صاحب العناية: وفي كلام المصنف تسامح لأنه وضع المسألة في القيمي وذكر في الدليل المثل، فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثلي فحينئذ يصار إليها انتهى كلامه. أقول: قد غلط في استخراج هذا المقام، فحمل كلام المصنف على التسامح، ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق في قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الأخذ، وهذا غير متصور في القيميات لأن أخذ المثل فرع وجوده، ووجود المثل صورة ومعنى إنما يتصور في المثليات، وليس مراد المصنف به ذلك قطعاً، بل إنما مراده به حق تعلق الملك بجهة أن الواجب في ذمة الغاصب حقاً للمالك مثل الهالك صورة ومعنى، وهذا الحق يتصور في القيميات أيضاً وإن لم

وتصرفه فيه نافذ بيعاً فكذا استخلاصاً، و) تحقيق (هذا أن المستحق كالزائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أي الصلح (كأنه شراؤه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه، فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا لا يملك الصلح، وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب، فإنه لو قتل عمداً فصالح عن نفسه جاز. وأجيب بأن المكاتب حرٌ بدأ واكتسابه له، بخلاف المأذون له فإنه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه، ثم صلح العبد المأذون له وإن لم يصح لكن ليس لولي القتل أن يقتله بعد الصلح، لأنه لما صالحه فقد عفا عنه ببطلان فصيح العفو، ولم يجب البذل في حق المولى فتأخر إلى ما بعد العتق لأن صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفاً وإن لم يصح في حق المولى، فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق، ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له أن يقتل ولا أن يتبعه بشيء ما لم يعتق، فكذا هذا. قال: (ومن غصب ثوباً يهودياً الخ) يهود قوم من أهل الكتاب ينسب إليهم الثوب يقال ثوب يهودي وإنما خصه بالذكر إشارة إلى كونه معلوم القيمة وكل قيمي معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيمياً معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على أكثر منها من النقود جاز عند أبي حنيفة، وقالوا: يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس، وقيد بالغصب لأنه المحتاج إلى الصلح غالباً، وقيد بالقيمي احترازاً عن المثلي، فإن الصلح عن كثر حنطة على دراهم أو دنائير جائز بالإجماع سواء كانتا أكثر من قيمته أو لا، ولكن القبض شرط وإن كانتا بأعيانهما لثلا يلزم بيع الكالئ بالكالئ، وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما، وقيد بالاستهلاك لأن المغصوب إذا كان قائماً جاز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع، وقيد بقوله من النقود لأنه لو صالح على الطعام موصوف في الذمة حالاً وقبضه قبل الافتراق جاز بالإجماع. والأصل في هذا أن الدراهم تقع في مقابلة عين المنصوب حقيقة إن كان قائماً، وتقديراً إن لم يكن عند أبي حنيفة، وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا إن الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنائير فالزيادة عليهما بما لا يتغابن فيه الناس كان ربا، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة. ولأبي حنيفة طريقتان: أحدهما أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما

قوله: (ولهذا كان له الخ) أقول: الضمير في قوله له راجع إلى الولي قوله: (وهذا: أي الصلح كأنه شراؤه الخ) أقول: فأشار الشارح إلى أن الكلام على التشبيه قوله: (يؤاخذ به بعد العتق) أقول: قوله يؤاخذ به صفة أخرى.

مثله صورة ومعنى، لأن ضمان العدوان بالمثل، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء قبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة. قال: (وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق، أما عندهما فلما

يتصور حق الأخذ إلا في المثليات، لأن وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحیوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به، ومما يفصح عما قلنا ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال: والوجه لأبي حنيفة رحمه الله أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان حكماً فيجوز بالغاً ما بلغ كالاكتياض عن الثوب القائم والحیوان القائم حقيقة. وإنما قلنا: إن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان حكماً لأن الواجب في ذمة الغاصب حقاً للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيداً بالمثل. والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى، ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحیوان نحو المكيلات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية، إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم، والآخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش، ولا ضرورة في الوجوب لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما ادعينا أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان فيجوز كيفما كان انتهى. والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية وسائر المعبريات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة؟ ثم قال صاحب العناية: ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلى إذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء قبله إن تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى. أقول: عذره أقبح من ذنبه، لأن المصنف هاهنا ليس بصدد بيان المسألة حتى تفيد إشارته إلى اشتراك المسألتين في الحكم شيئاً، بل هو هاهنا في مقام الاستدلال

لم يقرر حقه في ضمان القيمة، حتى لو كان عبداً واختار ترك التضمين كان العبد هالكاً على ملكه حتى كان الكفن عليه، ولو كان أبقاً فعاد من إبقائه كان مملوكاً له، وإذا كان كذلك فالعمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضاً عن ملكه في الثوب أو العبد، ولا ربا بين العبد والدرهم كما لو كان العبد قائماً. والثاني أن الواجب على الغاصب رد العين لقوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى ترد» فهو الأصل في الغصب، وإنما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين، وكان ذلك ضرورياً لا يصار إليه إلا عند العجز، فإذا صالح على شيء كان البذل عوضاً عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا، وفي كلام المصنف تسامح لأنه وضع المسألة في القيمي، وذكر في الدليل المثلى فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات، ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثلى فحينئذ يصار إليها. ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلى إذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل إلى القيمة إلا بالقضاء، قبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة. ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة إلى أجل فإنه لا يجوز، ولو كان بدلاً عن المغصوب جاز لأن الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن ومقابلة القيمة مبيع، وبما لو صالح من الدية على أكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز. وأجيب بأن المغصوب المستهلك لا يوقف على أثره فكان كالدين، والدين بالدين حرام حتى لو صالحه عن ذلك حالاً جاز وبأن البذل جعل في مقابلة الدية لأنه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول. وعورض دليل أبي حنيفة بأنه لو باع عين الغصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز، فلو كان

قوله: (وفي كلام المصنف تسامح، إلى قوله: إنما هو في المثليات) أقول: وفي الكافي أو حقه في الأصل صورة ومعنى، إذ الواجب ضمان العدوان وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص، وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية انتهى. وبه ينفع ما ذكره الشارح، فإن قوله وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل.

بيننا. والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه، بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها (وإن صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل، والله أعلم بالصواب.

على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستهلك على أكثر من قيمته، فإن لم يفد الدليل الذي ذكره المدعي بناء على كون المدعي في القيمي وكون الدليل مخصوصاً بالمثل كما زعمه لا يتم المطلوب فيختل الكلام لعدم إيفائه حق المقام، ولا تجدي الإشارة إلى أمر أجني عن الصدد نفعاً كما لا يخفى.

بمنزلة القائم حكماً لجاز. وأجيب بأن المبيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال. وأما الصلح فيمكن تصحيحه إسقاطاً وصحته لا تقتضي قيام مال متقوم حقيقة قوله: (وإذا كان العبد بين رجلين النخ) ظاهر، والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله ﷺ «ومن أعتق شخصاً من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن إن كان موسراً أو يسعى العبد».

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

(ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمته، والمال لازم للموكل) وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال صاحب النهاية: لما كان تصرف المراء لنفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره، وهو المراد بالتبرع بالصلح لما أن الإنسان في العمل لغيره متبرع، واقتضى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية. أقول: إن قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد، إذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح هاهنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستدركاً لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضاً. فالحق عندي أن المراد بالتبرع بالصلح هاهنا هو الصلح عن آخر بغير أمره، وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره، وكلتا صورتين مذكورتان في هذا الباب فيسلم ما ذكر في عنوان الباب عن الاستدراك. بقي شيء وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر إلى قول المصنف في العنوان والتوكيل به. والجواب أن التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني للمفعول فيرجع إلى معنى التوكيل وهو تصرف للغير. فإن قلت: فلم لم يقل والتوكيل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج إلى البيان بأنه مصدر من المبني للمفعول. قلت: فائدة التعبير عن التوكيل بالتوكيل هي الإيحاء إلى أن المراد التوكيل الحاصل بالتوكيل وهو التوكيل بأمر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك، تأمل فإنه معنى لطيف قوله: (والمال لازم للموكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الأقطع: والمال لازم على الموكل انتهى. وقال صاحب غاية البيان: واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] أي فعليها. واقتضى أثره صاحب العناية حيث قال: والمال لازم للموكل: أي على الموكل كما في قوله تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] أي فعليها انتهى. أقول: لا وجه لحمل اللام في قوله والمال لازم للموكل على معنى «على» لأن للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تتعدى بنفسها وبالباء، يقال لزمه ولزم به، ولا تتعدى بعلى، فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط، فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون إقحامها لتقوية العمل، فالمعنى والمال يلزم الموكل، وإدخال اللام على معمول اسم الفاعل من الأفعال المتعدية بأنفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب، بخلاف قوله تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] لأن اللام في «فلها» هناك متعلق بمقدر كما لا يخفى، فيجوز أن يقدر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة له فلا ضير في أن يحمل اللام هناك على معنى على تأمل تقف قوله: (وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية: وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكفي لتأويل المسألة،

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما كان تصرف المراء لنفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره، وهو المراد بالتبرع بالصلح لأن الإنسان في العمل لغيره متبرع. قال: (ومن وكل رجلاً بالصلح عنه الخ) ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه: أي عمن وكل في رواية المصنف. وروي غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه إلا أن يضمته. المال لازم للموكل: أي على الموكل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قوله: (وهو المراد بالتبرع بالصلح) أقول: فيه بحث قال المصنف: (لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أقول: أي عمن وكل فالعائد إلى اسم الموصول محذوف: أي ما صالح عليه عن الموكل قوله: (وروي غيره) أقول: يعني الأقطع.

فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل. قال: (وإن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه: إن صالح بمال وضمه ثم

فإن فيه قيد آخر وهو أنه إذا كان الصلح على الإنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء، وإن كان الصلح في المعاوضات لأنه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار: ولو ادعى رجل في دار رجل حقاً فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره، إلى أن قال: ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمه الذي صالحه لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بمال، وذلك جائز مع الأجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى. واقتضى أثره كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يكفي لتأويل المسألة، بل لا بد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الإنكار. أقول: يمكن أن يقال: يستغنى عنه بما ذكره المصنف، فإن قوله أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع، فترجع الحقوق إلى الوكيل من تمة تأويله، ومقصوده منه تعميم جواب المسألة لكل ما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم، كأنه قال: وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسألة. وفائدته التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين إنما هو بطريق التمثيل لا بطريق

كما في قوله تعالى ﴿وإن أسأتم فلها﴾ أي عليها، وهذا كما ترى يدل بظاهره على أن الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقاً إلا إذا ضمته، فإنه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة. قال المصنف (وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد، أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه إلا أن يضمه، لأنه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على إطلاق جواب المختصر. وقال صاحب النهاية ما معناه: إنه لا بد لتأويل المسألة من قيد آخر، وهو أن يكون المصالح في المعاوضات على الإنكار، فإن كان لا يجب على الوكيل شيء وإن كان فيها لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل وذلك جائز مع الأجنبي جوازه مع الخصم. قال: (وإن صالح عنه رجل بغير أمره الخ) وإن صالح عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه: ووجه ذلك أن الفضولي عند الصلح على مال، أما إن قرن بذكر المال ضمان نفسه أو لا فالأول هو الوجه الأول، والثاني أما إن أضاف المال إلى نفسه أو لا فالأول هو الوجه الثاني، والثاني إما أن يسلم المال المذكور أو لا فالأول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع. ولكن يرّد وجهان آخران، وهو أن يكون المال المذكور خالياً عن الإضافة إما معرفاً أو منكرأ، وكل منهما أما إن قرن به التسليم أو لم يقرن وقد ذكر وجهاً حكم المنكر وبقي وجهاً حكم المعرف، ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر. أما وجه الوجه الأول فإنه إذا صالح وضمن ثم الصلح، لأن الحاصل المدعى عليه ليس إلا بالبراءة لأنه يصح بطريق الإسقاط، وفي حق البراءة الأجنبي والخصم سواء لأن الساقط يتلاشى، ومثله لا يخص بأحد فصلح أن يكون أصيلاً في هذا الضمان إذا أضافه إلى نفسه كالفوضولي بالخلع من جانب المرأة إذا ضمن المال ويكون متبرعاً على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين، بخلاف ما إذا كان بأمره فإنه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي: أي لا يصير الدين المدعي به ملكاً للمصالح وإن كان المدعي عليه مقراً، وإنما يكون ذلك للذي في يده: يعني في ذمته لأن تصحيحه بطريق الإسقاط كما مر لا بطريق المبادلة، فإذا سقط لم يبق شيء فأى شيء يثبت له بعد ذلك، ولا فرق في هذا: أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعي به بين ما إذا كان الخصم مقراً أو منكرأ. أما إذا كان منكرأ فظاهر لأن في زعمه أن

(وقوله وهو أن يكون المصالح في المعاوضات) أقول: الظاهر أن يقال الصلح في المعاوضات قوله: (وإن كان فيها) أقول: الضمير في قوله فيها راجع إلى المعاوضات.

(الصلح) لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفي حقها هو والأجنبي سواء فصلح أصيلاً فيه إذا ضمنه. كالفضولي بالخلع إذا ضمن البذل ويكون متبرعاً على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى، وإنما ذلك للذي في يده لأن تصحيحه بطريق الإسقاط، ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مقرأً أو منكرأً (وكذلك إن قال صالحتك على ألفي هذه أو على عيدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها) لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال علي ألف وسلمها) لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف، فإن أجازته المدعى عليه جاز ولزمه الألف، وإن لم يجزه بطل) لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له، إلا أن الفضولي يصير أصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه، فإذا لم يصفه بقي عاقداً من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته. قال العبد الضعيف عصمه الله: ووجه آخر وهو أن يقول صالحتك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شرطاً سلامته له فيتم بقوله. ولو استحق العبد أو وجد به عيباً فرده فلا سبيل له على المصالح لأنه التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه، فإن سلم المحل له تم الصلح، وإن لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء. بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحققت أو وجدها زيوفاً حيث يرجع عليه لأنه جعل نفسه أصيلاً في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم، فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببذله، والله أعلم بالصواب.

تخصيص جواب المسألة بذلك، فإن تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعاً في غير ذلك، كالصلح عن جنابة العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيراً محضاً كالنكاح والخلع وغيرهما، وإذا قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الإنكار في جواب هاتيك المسألة وإن كان الصلح في المعاوضات إذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه إنما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة، وإنما هو معاوضة في حق المدعى، وأنه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه وإن كان الصلح في المعاوضات صلحاً عن مال بمال، وقد أشار إليه في المبسوط بقوله لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال. ولا يخفى أن ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعى عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج إلى التصريح بقيد آخر تفكر.

لا شيء عليه وزعم المدعى لا يتعدى إليه، وأما إذا كان مقرأً فالصلح كان ينبغي أن يصير المصالح مشترياً ما في ذمته بما أدى، إلا أن شراء الدين من غير من عليه الدين تملكه من غير من عليه الدين وهو لا يجوز، وهذا بخلاف ما إذا كان المدعى به عيناً والمدعى عليه مقرأً، فإن المصالح يصير مشترياً لنفسه إذا كان بغير أمره لأن شراء الشيء من مالكة صحيح وإن كان في يد غيره. ووجه الوجوه الباقية مذكور في المتن وهو ظاهر، خلا أن قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ. وقال بعضهم: هو بمنزلة قوله صالحني على ألفي ينفذ على المصالح والتوقف فيما إذا قال صالح فلاناً على ألف درهم من دعواك على فلان فإنه فيه يقف عن إجازة المدعى عليه، فإن أجاز جاز وإن رد بطل، وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب. ذكره في الذخيرة، وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح، والله أعلم.

قوله: (فصلح أن يكون أصيلاً في هذا الضمان) أقول: فيه شيء، وأظاهر أن يقول في هذا الصلح قوله: (صالح فلاناً على ألف درهم من دعواك على فلان) أقول: يعني فلاناً الأول، ولو قال من دعواك عليه لكان أبعد عن التشويش.

باب الصلح في الدين

(وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه

باب الصلح في الدين

قوله: (وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) أقول: فيه كلام، وهو أن كلية ذلك بالنظر إلى قوله لم يحمل المعاوضة مسلمة، وأما بالنظر إلى قوله وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فممنوعة، لأن ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة إذا كان على مثل حقه قدرأً ووصفاً، كما إذا كان عليه ألف درهم جياذ فصالح عن ذلك على ألف درهم جياذ يحمل على استيفاء عين حقه، صرح به في كثير من المعبررات كالبدايع والتحفة وغيرهما، وليس فيه إسقاط شيء قط، وعن هذا قال في الوقاية: وصلحه على بعض من جنس ماله عليه أخذاً لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة انتهى. ويمكن أن يعتذر عما في الكتاب بأنه خارج مخرج العادة، فإن المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعي لا على مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعي. قال صاحب النهاية: وهاهنا ينبغي أن يزداد في لفظ الرواية قيد آخر، وهو أن يقال: وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة، وإنما قلنا ذلك لأنه إذا أمكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة، وإن كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر إن كان مؤجلاً بطل الصلح وإلا فلا، ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية إلى أجل لا يجوز. والبخية: اسم لما هو أجود من السود، ولكن كل منهما من جنس الدراهم، وإنما لم يجز في هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل، والصرف إلى أجل باطل انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأن قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف، فإن ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة، وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم، يشهد بذلك كله الأمثلة المذكورة في المسائل وأدلتها المفصلة فيه. وأما المثال الذي ذكره بقوله ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية إلى أجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه بمراحل، لأنه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف. أما الأول فلأن البخية

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين، لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم. قال: (وكل شيء وقع عليه الصلح) بدل الصلح إذا كان من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه (بعقد المداينة لم يحمل) الصلح (على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق وإسقاط الباقي) وقيد بعقد المداينة وإن كان حكم الغصب كذلك حملاً لأمر المسلم على الصلاح (كمن له على آخر ألف درهم) جياذ حالة من ثمن متاع باعه (فصالحه على خمسمائة، وكمن له على آخر ألف درهم جياذ فصالحه على خمسمائة زيوف فإنه يجوز لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطاً للبعض في المسألة الأولى، وللبعض والصفة في الثانية. ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح) ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الإسقاط لأن في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربا، فإن لم يمكن حمله على إسقاط الباقي، كما إذا صالح عنها على دنائير مؤجلة بطل الصلح، لأن الدناير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التأخير فتعين جعله معاوضة، إذ التصرف في الديون في مسائل الصلح لا

باب الصلح في الدين

استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة، وكمن له على آخر ألف جياذ فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطاً للبعض في المسألة الأولى ولللبعض، والصفة في الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق) لأنه لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنائير إلى شهر لم يجز) لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا

أجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالسود، وإنما المستحق به السود لا غير. وأما الثاني فلأن الأجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال: وإنما لم يجز في هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل، والصرف إلى أجل باطل (قوله وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا) أقول: لقاتل أن يقول: إنما يفضي إلى الربا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضاً عن مجموع الألف المدعي، وأما إذا جعل عوضاً عما يساويه من بعض المدعي وهو الخمسمائة بناء على أن الديون تقضى بأمثاله لا بأعيانه فلا إفضاء إلى الربا، فما بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا التأجيل فتأمل في الجواب (قوله ومن له على آخر درهم) فقال: أذ إليّ غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء. قال صاحب العناية: قيل معناه: فقبل فهو بريء في الحال، ويجوز أن يكون معناه فأدى إليه ذلك فهو بريء من الباقي انتهى. أقول: لا يذهب على الفطن أن قوله فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عاد إليه الألف يأبى المعنى الثاني ويناسب المعنى الأول، لأن عود الألف إليه يقتضي تحقق البراءة عنه أو لا، لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضاً بأنه لا شك أن البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة إليه غداً متحققة أولاً، وإن لم تتحقق البراءة المقطوعة إلا بأداء ذلك إليه غداً ففيمّا إذا لم يدفع ذلك إليه غداً يصح أن يقال عاد إليه الألف نظراً إلى تحقق البراءة الموقوفة من قبل، فإن نصف الألف قد خرج ملكه خروجاً موقوفاً على أداء نصفه الآخر إليه غداً، فإذا لم يؤد إليه ذلك غداً عاد إليه الألف كما كان، وأما جعل العود مجازاً عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فمما لا تقبله الفطرة السليمة (قوله إلا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) قلت: الباء بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعث هذا بهذا، فالمعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة إلى ما تحمل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال: أي في المعنى، وإلا ففي اللفظ دخل كلمة على في الإبراء دون الأداء

يخرج عن أحد هذين الوجهين، وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز (وكذا إذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فإنه لا يمكن حمله على الإسقاط (لأن المعجل) لم يكن مستحقاً بالعقد حتى يكون استيفاءه لبعض حقه وهو (خير من النسيئة) لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين (و) صفة (التمجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام) روي أن رجلاً سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك، ثم سأل فقال: إن هذا يريد أن أطعمه الربا. وهذا لأن حرمة ربا النساء ليست إلا لشبهة مبادلة المال بالأجل، فحقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز، ولو كانت بالعكس جاز) والأصل أن المستوفي إذا كان أودن من حقه فهو إسقاط كما في العكس، وإن كان أزيد قدرأ أو وصفاً فهو معاوضة (لأن الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء (فيكون معاوضة

قوله: (فيحمل على التأخير) أقول: بالنصب.

يمكن حمله على التأخير، ولا وجه له سوى المعاوضة، ويبيع الدراهم بالدنانير نسبة لا يجوز فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجوز) لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه، وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام (وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز) لأن البيض غير مستحقه بعقد المدائنة وهي زائدة وصفاً فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا، بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لأنه إسقاط كله قدراً ووصفاً، وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل، ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس، ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه أمكن أن يجعل إسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلاً للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه الزم. قال: (ومن له على آخر ألف درهم فقال آذ إلي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء، فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يعود عليه) لأنه إبراء مطلق؛ ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة علي وهي للمعاوضة،

انتهى. فكانه حمل الباء على الإلصاق فأخذ منه الدخول في الأداء فاحتاج إلى التكلف، وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (قوله والأداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه) قال صاحب العناية في شرحه: والأداء لا يصلح عوضاً لأن حدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن انتهى. ورّد عليه بعض الفضلاء قوله، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة. أقول: ليس هذا بشيء لأن مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالأداء شيء في جانب الدائن، والبراءة إنما تستفاد في جانب المديون، وحدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها، فإذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم يتحقق حدّ المعاوضة فتَمّ المطلوب قوله: (أو لأنه متعارف) قال صاحب العناية: قوله أو لأنه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة: يعني أن حمل كلمة على الشرط لأحد معنيين: إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف. أقول: فيه نظر، لأن المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على الشرط، لأنها لما كانت موضوعاً للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها ما لم يوجد بينهما علاقة المجاز. ولا يخفى أن كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفاً لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز، بخلاف المعنى الأول فإن اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجاوز. نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجاوز بعد أن ثبتت العلة المصححة له، لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصور إلا بكونه علة مصححة للتجاوز كالأول وليس فليس. ثم أقول: الأقرب إن يكون قوله أو لأنه متعارف معطوفاً على الأقرب وهو قوله تصحيحاً لتصرفه، وإن كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون

الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فإن قيل: إذا كان حقه ألف درهم نهرجة فصالحه على ألف درهم بخية^(١) نقد بيت المال فهو أجود من النهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة. أجاب بقوله: (وبخلاف ما إذا صالح) على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة إلا أنه يعتبر القبض في المجلس وحاصله أن الجودة إذا وقعت في مقابلة مال كان ربا كالمسألة الأولى فإنها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربا، وأما إذا لم يقع فذلك صرف والجيد والردء فيه سواء يدا بيد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لأنه أمكن جعله إسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائة) إن كانت حالة وإسقاطاً لذلك (وتأجيلاً للباقي) إن كانت مؤجلة (تصحيحاً أو لأن معنى الإسقاط فيه الزم)

قوله: (كما في العكس) أقول: ناظر إلى قوله ولو كانت بالعكس.

والأداء لا يصح عوضاً لكونه مستحقاً عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقاً فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء. ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضاً حذار إفلاسه وتوسلاً إلى تجارة أربح منه، وكلمة على إن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه

معطوفاً على ما ذكره صاحب العناية؛ فمعنى كلام المصنف: فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل، أو لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف، فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بياناً للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحاً لتصرفه، وقوله أو لأنه متعارف بياناً للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى (قوله والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن لا يتعلق به كما في الحوالة) قال صاحب العناية: قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته: يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل انتهى. أقول: لا يخفى على ذي مسكة أن جعل قوله كما في الحوالة متعلقاً بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الجمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المجال الواضح لجعله متعلقاً بما يتصل به وهو قوله والإبراء إنما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به، وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة: يعني أن البراءة مما يتقيد مما يتقيد كالحوالة، لأن الحوالة على نوعين: مطلقة ومقيدة. وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام: والإبراء يتقيد بالشرط وإن لم يتعلق به كالحوالة فإنها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلساً يعود الدين إلى ذمة المحيل انتهى. وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحداً ذهب إلى كون قوله كما في الحوالة

لأن مبنى الصلح على الحطيطة والخط هاهنا أكثر فيكون الإسقاط ألزم من معنى المعاوضة. قال: (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أذ إلي غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء. قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال، ويجوز أن يكون معناه: فأذني إليه ذلك غداً فهو بريء من الباقي، فإن لم يدفع إليه غداً خمسمائة عاد الألف كما كان في قوله أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يعود عليه لأنه إبراء مطلق إذ ليس فيه ما يقيد، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على، والأداء لا يصلح عوضاً، لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجرى وجوده: أي وجود جعل الأداء عوضاً مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقاً وهو لا يعود كما إذا بدأ بالإبراء بأن قال أبرأتك عن خمسمائة من الألف على أن تؤدي غداً خمسمائة. ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته: أي عند فواته، فإن انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الأصلي وموضعه أصول الفقه، وإنما قلنا إنه مقيد بالشرط لأنه بدأ بأداء خمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضاً حذار إفلاسه أو توسلاً إلى تجارة أربح فصلح أن يكون شرطاً من حيث المعنى، وكلمة على وإن كانت للمعاوضة لكن تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه، فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين، وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحتمل على الشرط تصحيحاً لتصرفه وكأنه منهما قول بموجب العلة: أي سلمنا أنه لا يصح أن يكون مقيداً بالمعوض لكن لا ينافي أن يكون مقيداً بوجه آخر وهو الشرط قوله: (أو

قوله: (ففعل فهو بريء، قيل معناه فقبل الخ) أقول: فالفعل مجاز عن التزامه في الدين قوله: (ويجوز أن يكون معناه، إلى قوله: عاد الألف) أقول: فيكون المورد مجازاً عن البقاء كما كان إلا أن مقتضى كلمة عاد هو المعنى الأول، ويدل عليه ما سيذكره في الفرق بين التعليق والتقييد قوله: (حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على) أقول: أي في المعنى، وإلا فني اللفظ دخل كلمة على في الإبراء دون الأداء قوله: (والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء) أقول: فيه شيء، بل يستفاد به البراءة. والأظهر لم يستفد بشيء، ثم قوله والأداء مستحق عليه: معناه في كل وقت قوله: (فجرى وجوده: أي وجود جعل الأداء الخ) أقول: الأولى أن يقال المراد وجوده لفظاً قوله: (يعني أن حمل كلمة على، إلى قوله: متعارف) أقول: تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثاني بدون الأول، والأقرب أن يجعل عطفاً على قوله تصحيحاً لتصرفه.

فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه أو لأنه متعارف، والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به كما في الحوالة، وستخرج البداة بالإبراء إن شاء الله تعالى. قال العبد الضعيف: وهذه المسألة على وجوه: أحدها ما ذكرناه. والثاني إذا قال صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إليّ غداً وأنت بريء من الفضل غلى أنك إن لم تدفعها إليّ غداً فالألف عليك على حاله. وجوابه أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به. والثالث إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً والإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط لأنه أطلق الإبراء أولاً، وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً ولكنه يصلح شرطاً فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقروناً به، فمن حيث أنه

متعلقاً بقوله يفوت بفواته سوى صاحب العناية. والعجب منه أن ما صوّره من المعنى لا يساعد ما ذهب إليه بل يناسب خلاف ذلك فإنه قال: يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة. ولا يخفى على الفطن أن قوله لما كان مقيداً بشرط كان كالحوالة، وقوله فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة إنما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقاً بقوله والإبراء مما يتقيد بالشرط، وإنما المساعد لما ذهب إليه أن يقال: يعني إن الإبراء لما كان فائتاً بفوات الشرط كان كالحوالة فإنها تفوت بفوات شرط السلامة، على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقيد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما في الحوالة بذلك دون أصله، تبصر ترشد قوله: (قال العبد الضعيف: وهذه المسألة على وجوه) قال صاحب النهاية: أي وجوه خمسة: فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين في تعليق الإبراء بعض الدين لا يخلو إما أن بدأ بالأداء أم لا، فإن بدأ به فلا يخلو إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط أم لا، فإن لم يذكره فالوجه الأول وإن ذكره فالوجه الثاني، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن بدأ بالإبراء أم لا، فإن بدأ فالوجه الثالث، وإن لم يبدأ بالإبراء فلا يخلو إما أن بدأ بحرف الشرط أم لا، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع، وإن بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه. وهكذا ذكر وجوه الحصر في العناية أيضاً نقلاً عن صاحب النهاية. أقول: فيه إشكال، أما أولاً فلأنه جعل الوجه الثاني قسماً مما بدأ بالأداء مع أنه لم يبدأ فيه بالأداء بل بدأ فيه بالمصالحة، وأما

لأنه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة: يعني أن حمل كلمة على شرط لأحد معينين: إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيداً لإبراء الباقي، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فصار كما لو قال: إن لم تنقد غداً فلا صلح بيننا قوله: (والإبراء مما يتقيد بالشرط وإلا كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق الإبراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل إذا أديت أو متى أديت أو إن أديت إليّ خمسمائة فانت بريء من الباقي باطل بالاتفاق، والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزاً؟ وجهه أنهما متغايران لفظاً ومعنى. أما لفظاً فهو أن التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحاً والتعليق به يستعمل فيه ذلك. وأما معنى فلأن في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية أن يزول إن لم يوجد الشرط، وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو عرضية أن يثبت عند وجود الشرط، والفقه في ذلك أن في الإبراء معنى الإسقاط والتعليق. أما الأول: فلأنه لا تتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعناق والعفو عن القصاص. وأما الثاني: فلأنه يرتد بالرد كما في سائر التمليكات، وتعليق الإسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعناق بالشرط، وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام. والإبراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الإمكان. فقلنا: لا يحتمل التعليق بالشرط عملاً بشبه التمليك، وذلك إذا كان بحرف الشرط، ويحتمل التقييد به عملاً بشبه الإسقاط وذلك إن لم يكن ثم حرف شرط، وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيداً بشرط والمقيد به

قوله: (وإن ذكره فهو الوجه الثاني) أقول: فإن قيل: لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصالحة، فلا معنى لجعله قسماً مما بدىء فيه بالأداء. قلنا: ذلك مبني على اتحاد مع ما بدىء فيه بالأداء حكماً فليأتل.

لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً، ومن حيث أنه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الإطلاق بالشك فافتراقاً، والرابع إذا قال أد إليّ خمسمائة على أنك بريء من الفضل ولم يؤت للأداء وقتاً. وجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن هذا إبراء مطلق، لأنه لما لم يؤت للأداء وقتاً لا يكون الأداء غرضاً صحيحاً لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً، بخلاف ما تقدم لأن الأداء في الغد غرض صحيح. والخامس

ثانياً فلأنه جعل الوجه الرابع قسماً مما لم يبدأ بالأداء مع أنه بدأ فيه بالأداء كما ترى. ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية. أما عن الأول فبأن يقال: إن البدء في الوجه الثاني وإن لم يكن بالأداء صورة إلا أنه كان به معنى، لأن حاصل معناه أد إليّ غداً خمسمائة من الألف وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إليّ غداً فالألف عليك على حاله، فالمراد بأن بدأ بالأداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسألة ويمتاز عن سائر وجوهها. ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه. وأما المصالحة فإنها ذكرت فيه لمجرد التفصيل والإيضاح. وأما عن الثاني فبأن يقال: ليس المراد بالبدء بالأداء في وجه الحصر البدء بالأداء المطلق، بل المراد به البدء بالأداء المؤقت. ولا يخفى أنه لم يبدأ في الوجه الرابع بالأداء المؤقت، بل إنما بدأ فيه بالأداء المطلق فاستقام التقسيم. وأجاب بعض الفضلاء عن الإشكال الأول وجه آخر حيث قال: فإن قيل: لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسماً مما بدى فيه بالأداء. قلنا: ذلك مبني على اتحاد مع ما بدى فيه بالأداء حكماً فليتأمل انتهى. أقول: ليس هذا الجواب بشيء لأن اتحاد مع ما بدى فيه بالأداء حكماً لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدى فيه بالأداء، إذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات، كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدى فيه بالأداء بناء على اتحاد في الحكم مع ما بدى فيه بالأداء وهو الوجه الأول لجاز جعل ما لم يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضاً، فلم يظهر وجه لجعل الوجه الأول والوجه الثاني قسمين مستقلين قوله: (بخلاف ما

يفوت عند فواته كما مر قوله: (كما في الحوالة) متعلق بقوله يفوت بفواته: يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل. وقوله: (وستخرج البداة بالإبراء) وعد بالجواب عما قال أبو يوسف كما إذا بدأ بالإبراء. وإذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجه الباقية. قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة: إن رب الدين في تعليق الإبراء بأداء البعض لا يخلو إما أن بدأ بالأداء أو لا، فإن بدأ به فلا يخلو، إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط أولاً، فإن لم يذكره فهو الوجه الأول وإن ذكره فهو الوجه الثاني، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن بدأ بالإبراء أولاً، فإن بدأ به فهو الوجه الثالث، وإن لم يبدأ بالإبراء فلا يخلو إما أن بدأ بحرف الشرط أو لا، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع وإن بدأ فهو الخامس. أما الوجه الأول: فقد ذكرناه، والوجه الثاني: ظهر مما تقدم، والثالث: وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على أن الثابت أولاً لا يزول بالشك، فإذا قدم الإبراء حصل مطلقاً ثم بذكر ما بعده وقع الشك، لأنه إن كان عوضاً فهو باطل لما تقدم فلم يزل به الإطلاق، وإن كان شرطاً بقيد به وزال الإطلاق، فإذا وقع الشك لم يبطل به الثابت أولاً، وفي عكسها عكس ذلك. والرابع: وجهه أنه إذا لم يؤت للأداء وقتاً ظهر أن أداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجباً في مطلق الأزمان فلا يصلح أن يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق إلا جهة العوض، وهو غير صالح لذلك كما تقدم. والخامس: تعليق وقد تقدم أن الإبراء لا يحتمله فلا يكون صحيحاً (ومن قال لآخر لا أقر لك بما لك عليّ حتى تؤخره عني أو تحط عني بعضه ففعل) أي آخر أو حط (جاز عليه) أي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في

قوله: (فإن لم يبدأ فالوجه الرابع) أقول: فيه بحث، لأن الوجه الرابع مما بدى فيه فالأداء فكيف يجعل قسماً مما لم يبدأ به؟ لا يقال جعله قسماً منه بناء على أنه لا يتغير الجواب إذا لم يبدأ به بل بدى بالإبراء لأن الوجه الثاني أيضاً كذلك كما يظهر من جامع التمرناشي، والله أعلم.

إذا قال إن أدّيت إليّ خمسمائة أو قال إذا أدّيت أو متى أدّيت . فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحاً، وتعليق البراءات بالشروط باطل لما فيها من معنى التملك حتى يرتد بالرد، بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به . قال : (ومن قال لآخر لا أقّرّ لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه) لأنه ليس بمكره، ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً، أما إذا قال علانية يؤخذ به .

إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقروناً به، فمن حيث إنه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً، ومن حيث إنه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الإطلاق بالشك فافتراقاً أقول: فيه بحث، لأن هذا وإن أفاد الفرق بين الوجهين إلا أنه ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة محمد رحمهما الله في الوجه الأول، لأنه كما لا يثبت الإطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضاً فيلزم أن لا يثبت تقييد الإبراء بالشرط في ذلك الوجه، إذ لم يثبت تقييده به أولاً هناك كما ثبت إطلاقه أولاً في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك، بل إن أخذ التقييد هناك فلإنما يؤخذ من مقارنة الإبراء بالأداء، وإذا كان الأداء متردداً بين ما يقتضي الإطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره هاهنا كان تقييده بالشرط مشكوكاً غير ثابت، وقد جزم في التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الإبراء مقيداً بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل في التوفيق .

الحال إن أخر وأبدأ إن حط (لأنه ليس بمكره) لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف . لا يقال: هو مضطر فيه لأنه إن لم يفعل لم يقر، لأن تصرف المضطر كتصرف غيره، فإن من باع عيناً بطعام يأكله لجوع قد اضطر به كان يبيع نافذاً (ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً، أما إذا قال علانية يؤخذ) المقر (بجميع المال) في الحال .

فصل في الدين المشترك

قال: (وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار، إن شاء اتبع الذي عليه الدين بصفة، وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمره وله حق المشاركة، ولكنه قبل المشاركة باق

فصل في الدين المشترك

آخر بيان حكم المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد قوله: (وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهم شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض) قال في النهاية: وأما إذا أخذ بمقابلة نصيبه ثوباً ليس لصاحبه أن يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنقيص رواية المبسوط وإشارة رواية الكتاب انتهى. أقول: فلنائل أن يقول: إذا كان قبض أحد الشريكين في الدين شيئاً من الدين مخالفاً لأخذ أحدهما ثوباً بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسألة ما إذا قبض أحد الشريكين في الدين شيئاً من الدين وبين مسألة الكتاب، فلم يظهر لجعل الأولى أصلاً للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن، وإنما يظهر حسن ذلك فيما إذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنائير كما ذكرت هذه الصورة أيضاً في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك قوله: (وله حق المشاركة) قال بعض الفضلاء: الظاهر إسقاط لفظ الحق، فإن المتحقق في الولد والثمره حقيقتها لا حقها انتهى. أقول: بل الحق إقحام لفظ الحق، لأن الضمير في وله عائد إلى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك لا إلى أحد الشريكين في كل شيء، وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض وإلا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة، وإنما له حق المشاركة فيه، فلو أسقط لفظ الحق هاهنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كما في الولد والثمره فأقحم لفظ الحق دفعاً لذلك التوهم قوله: (ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه) قال الشراح قاطبة: هذا استدراك جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر. أقول: نعم كذلك، لكن يرد عليه أنه وإن تم جواباً عن ذلك السؤال إلا أنه مناف لما تقرر آنفاً من أن لصاحبه حق المشاركة في المقبوض، لأنه لما قال في تعليقه لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا

فصل في الدين المشترك

آخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد. قال: (وإذا كان الدين بين الشريكين (الخ) إذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه، وإن شاء أخذ نصف الثوب من الشريك، إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم أو شريكه القابض، وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما منه شيئاً فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما، لأن الدين ازداد خيراً بالقبض، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيضير

فصل في الدين المشترك

قوله: (بنصفه) أقول: يعني بنصف الدين قوله: (إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لا خيار لشريكه (الخ) أقول: إشارة إلى أن الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار.

قال صاحب النهاية والإتقاني: الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار هذا والظاهر من تقرير الكافي أنه استثناء من قوله إن شاء أخذ منه نصف الثوب فإنه قال: إذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما بنصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء أخذ منه نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين وإن شاء اتبع غريمه بنصف الدين هذا فأنامل في الترجيح. وفي الكافي: استثناء من قوله إن شاء أخذ نصف

على ملك القابض، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريك حصته، والدين المشترك يكون واجباً بسبب متحد كضمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وضمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك. إذا عرفنا هذا فنقول في مسألة الكتاب: له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة، وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك. قال: (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقي) لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة. قال: (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمه ربع الدين) لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كلاً، لأن مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحططة، فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا، ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده والاستيفاء

عينه، ولما قال وقد قبضه بدلاً عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلاً عن المشترك بينهما، كما أنه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور أن يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلاً عنه فتأمل. ثم إن هذا مخالف لما ذكر في شرح الأقطع في تعليل قوله وإن شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسألة الكتاب بأن قال: لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع، لأن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح، وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذه النصف دلالة على إجازة العقد فصيح ذلك وجاز، فإن ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على

زيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة في ذلك، فإن قيل: لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير إذن الآخر. أجاب بقوله لكنه: أي المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشريك حصته، وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجباً بسبب متحد كضمن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وضمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك. وقيد الصفقة بالوحدة احترازاً عما إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسائة وكتب عليه صكاً واحداً بألف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه فيه، لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك. قال صاحب النهاية: ثم ينبغي أن لا يكتفي بقوله إذا كان صفقة واحدة، بل ينبغي أن يزداد على هذا ويقال: إذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وصفته، لأنهما لو باعا صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسائة ثم قبض أحدهما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه فيه، لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة، بدليل أن للمشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما، وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسائة بخية ونصيب الآخر خمسائة سود لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضه، لأن بالتسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفاً، ولعل المصنف إنما ترك ذكره لأنه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته. ولما فرغ من بيان الأصل قال: (إذا عرفنا هذا) ونزل عليه مسألة الكتاب هذا إذا كان صالح على شيء، ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض لما قلنا من الأصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم، لأنهما لما اشتركا

الثوب، فإن الشريك إذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساکت ولاية الشركة في الثوب، ويجوز أنه يكون من قوله إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه، فإن الشريك إذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه، والأحسن أن يكون من قوله فشريك بالخيار إلا إذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة اه قال المصنف: (وله حق المشاركة) أقول: الظاهر إسقاط لفظ الحق، فإن المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لاحقاً.

بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين. وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه، فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن

الثوب سبيل لأن حقه في الدين انتهى. فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين في الدين بدلاً من حقه ما لا من حق القابض فقط قوله: (والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر، وهو أن يقال: هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك، وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لا سبيل للشريك على الثوب في البيع؟ فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة، إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري، والإضافة إلى الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافي ذلك لأن النقود عيناً كانت أو ديناً لا تتعين في العقود، كذا في عامة الشروح. قال صاحب النهاية بعد ذلك: فإن قيل: في هذا الجواب ورود سؤال آخر، وهو أن قسمة الدين قبل القبض لا تصلح وفي المقاصة بدين خاص يلزم قسمة الدين قبل القبض. قلنا: قسمة الدين قبل القبض إنما لا تجوز قصداً، أما ضمناً فجائز، وهاهنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسألة الأولى في ضمن صحة المصالحة، انتهى كلامه. وقد اقتضى أثره صاحب معراج الدراية. وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف عنه: وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها لم تزلت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى. أقول: في تحرير قول صاحب العناية قصور، فإنه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع أن ذلك التوهم إنما نشأ من المقاصة، إذ لو لم تتحقق المقاصة للزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضاً بناء على الاشتراك فيما أضيف إليه العقد من بعض الدين المشترك فلا تتوهم القسمة قبل القبض أصلاً، ولهذا فرع غيره ورود السؤال يلزم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة. ثم أقول: لا احتياج عندي هاهنا إلى التثبيت بجواز القسمة قبل القبض ضمناً، إذ لا وجه للتوهم المذكور أصلاً، لأنه إن لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمه نصفه وهو ربع الدين، فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة أن لا سبيل لأحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة، لا يقال: تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم هاهنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير إلى أن يقال: قسمة الدين قبل القبض قصداً غير لازمة، وأما ضمناً فلازمة ولكنها جائزة لأننا نقول: تلك الضرورة ثابتة قطعاً في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أو ضمنية، فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمناً هاهنا واعترف بصحتها لزم أن لا يكون للشريك الساكت على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضاً فلزم أن لا يضمه ربع الدين، وقد تقرر أن له أن يضمه ذلك فالمسلك الصحيح أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصداً ولا ضمناً كما قررناه قوله: (وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا، لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه

في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة. قال: (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً كان لشريكه أن يضمه ربع الدين وليس الشريك مخيراً بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح، لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كلاً: أي من غير حطيطة وإغماض، لأن مبنى البيع على المماكة ومثله لا يتوهم الإغماض والحطيطة، بخلاف الصلح لأن مبناه على ذلك، فلو ألزماه في

يشارك القابض لأنه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم، ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض، ولو أبراه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف وليس بقبض، ولو أبراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام، ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالإبراء المطلق، ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض، ولو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراها

حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) أقول: فيه كلام، وهو أنه إن كان حق الشريك الساكن باقياً في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكن فيما استوفاه القابض مشكلاً غير معقول المعنى. ثم إن هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الأصل الصحيح المبرهن عليه بأن يقال: الأصل هنا أن الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فالمقبوض من النصيبين، لأننا لو جعلناه من نصيب أحدهما لكناً قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة، وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز. والدليل على ذلك هو أن القسمة تميز الحقوق، وذلك لا يتأتى فيما في الذمة، ولأن لقسمة فيها معنى التملك لأن كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضاً عما له في يد الآخر، وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز، فإذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعاً فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل. قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فله أن لا يشاركه لثلاثين ماله ما عليه فإنه خلف باطل. أقول: فيه نظر، لأنه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة أصلاً بل يتعين له عدم المشاركة، وهذا ظاهر لزوماً وبطلاناً قوله: (ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض) أقول: فيه شيء، وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وإذا لا يجوز، وليس هاهنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع، اللهم إلا أن تجعل نفس المقاصة عقد أو شبهه عقد وتجاوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها أيضاً قوله: (ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض. ولقائل أن يقول: بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا؟ فإن تميز بطل قولكم، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا. والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجهه فيما يستحيل ذلك فيه، فمعنى قوله لامتياز أحد النصيبين

الصلح تضمنين ربع الدين البتة تضرر فيخير بقابض كما ذكرنا من قوله إلا أن يضمن له شريكه، وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لأنه ملكه بعقده. فإن قيل: هب أنه ملكه بعقده أما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض؟ أجاب بقوله: (والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) يعني أن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة، إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري، والإضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد إن تحققت لا تنافي ذلك، لأن النقود عيناً كانت أو ديناً لا تتعين في العقود. وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها لزم في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها، وأما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه (وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لأن حقه في ذمة الغريم باق، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) لثلاثين ماله عليه فإنه خلف باطل (فلو سلم الساكن للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض) في الفصول الثلاثة (لأنه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم) كما إذا مات المحال عليه مفلساً فإن المحتال يرجع على المحيل لذلك، وإذا كان على أحد الشريكين دين للغريم قبل

شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض، وكذا الإحراق عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، والتزوج به إتلاف في ظاهر الرواية، وكذا الصلح عليه من جناية العمد. قال: (وإذا كان السلم

لاستلزام التأخير الامتياز. فإن قيل: فقد جوزوا إبراء أحدهما عن نصيبه، وذكر الإبراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوباً وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك. وأجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين، وليس ذلك في صورة الإبراء بموجود فلا قسمة، إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب الثاني بحث، لأن عدم تحقق القسمة في صورة الإبراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني، لأن حاصله نقض ما ذكر في الجواب الأول بأن ذكر ما يوجب التمييز يتحقق في صورة الإبراء أيضاً، فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة لتأخير لاستلزامها في صورة الإبراء أيضاً، وأما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين، لأن القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلاً للتمييز عن الآخر، وتمييز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة في الدين لا في صورة الإبراء ولا في صورة التأخير، كيف ولو أمكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فإذا لم تتصور حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الإبراء ولا في صورة التأخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر قوله: (وكذا الصلح عليه من جناية العمد) قال في النهاية ومعراج الدراية: قيل إنما قيد بجناية العمد لأن في جناية الخطأ يرجع، ولكن ذكر في الإيضاح مطلقاً فقال: ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شيء، لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى. وقال في العناية بعد ذكر ما فيها: وأرى أنه قيده بذلك لأن الأرض قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضياً لشيء انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه إن العاقلة لا تعقل صلحاً على ما سيجيء انتهى. أقول: هذا ساقط جداً، لأن العاقلة إنما لا تعقل الأرض الذي يجب الصلح وهو الذي يجيء في كتاب الديات، ولا يكون ذلك إلا في الصلح عن جناية العمد، وإنما مراد صاحب العناية هاهنا أن الأرض قد يلزم العاقلة بجناية الخطأ ثم يصلح عنه على مال أعطاه الجاني، ففي مثله إذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضياً لشيء، إذ

الدين المشترك فأقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على أن آخر الدينين قضاء عن أولهما، إذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف وليس بقبض، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهماً فأبرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمس وللصاكت بال عشرة (ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلافاً لهما، قال صاحب النهاية: ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف، وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه إبراء مؤقتاً بالإبراء المطلق، وقال: يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتنياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض، ولقاتل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا، فإن تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتنياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا. والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجبه

قوله: (والجواب عنه أن تأخير البعض فيه الخ) أقول: اختيار للشق الثاني، ثم الضمير في قوله فيه راجع إلى الدين قوله: (فإن قيل فقد يجوز إبراء أحدهما الخ) أقول: ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحيح الإبراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين في ذمته قبل الإبراء، وإلا فكيف تعلق الإبراء بنصيبه خاصة فليتأمل في جوابه قوله: (وأجيب بأن القسمة تقتضي الخ) أقول: ولو أجيب بأن المحال قسمة الدين في الذمة ولا يلزم ذلك في صورة الإبراء لم يحتج إلى ذلك التطويل قوله: (لزم ما ذكرتم) أقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين قوله: (فلا نسلم أنها الخ) أقول: لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه.

بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون. وبما إذا اشترى عبداً فأقال أحدهما في نصيبه. ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين،

الأرض لم يلزمه حتى يكون مقتضياً له بل قد لزم العاقلة فأين ما أرادها مما أورده ذلك الراذ. ثم أقول: بقي كلام فيما قاله صاحب العناية. أما أولاً فلأن القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كأحدهم على ما يجيء في كتاب المعامل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضياً لشيء، إذ قد كان مقتضياً لقدر ما لزمه أن يؤديه مع العاقلة. وأما ثانياً فلأن ما ذكره إنما يقتضي إطلاق الجنائية لا تقييدها بالعمد، فإن المصالح إذا لم يكن مقتضياً لشيء لزم أن يرجع شريكه عليه كما في الصلح عن جنابة العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل قوله: (ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر) يعني أنه لو جاز، فأما إن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين، فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ولا تميز إلا بالقسمة واللازم باطل، وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه. أقول: فيه نظر. أما أولاً فلأن هذا الدليل منقوض بسائر الديون لأنه جارٍ فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلق الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف، وأما ثانياً فلأن قسمة الدين في الذمة إنما لا تجوز إذا كانت قصداً، وأما إذا كانت ضمناً فتجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل، وفي الشق الأول من التردد المذكور إنما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم قوله: (ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذاً من شرح تاج الشريعة:

فيما يستحيل ذلك فيه، فمعنى قوله لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز. فإن قيل: فقد يجوز إبراء أحدهما عن نصيبه وذكر الإبراء يوجب التمييز يكون بعضه مطلوباً وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك. أجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين، وليس ذلك في صورة الإبراء بموجود فلا قسمة. لا يقال: لو كان القسمة أمراً وجودياً لزم ما ذكرتم، وإنما هي رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ما شئت فسمه وذلك عديم، فلا نسلم أنها تقتضي وجود النصيبين. لانا نقول: القسمة إفراز أحد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر، وذلك يقتضي وجودهما لا محالة، وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الأصلية (ولو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراه شراء فاسداً فهلك في يده فهو قبض) لأن ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للأول، وكذا إذا استأجر من الغريم بنصيبه داراً وسكنها فأراد شريكه اتباعه كان له ذلك لأنه صار مقتضياً نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه، لأن ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالاً من كل وجه عند ورود العقد عليها (وكذا الإحراق عند محمد خلافاً لأبي يوسف) وصورتها: ما إذا رمى النار على ثوب المديون فأحرقه وهو يساوي نصيب المحرق، وأما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فإن للشريك الساكت أن يتبع المحرق بالإجماع. لمحمد رحمه الله أن الإحراق إتلاف لمال مضمون فكان كالغصب، والمديون صار قاضياً لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضياً. ولأبي يوسف رحمه الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض، لأن الإحراق إتلاف فكان هذا نظير الجنائية، فإنه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشيء، فكذا إذا جنى بالإحراق، وإذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لأنه لم يقبض من حصته شيئاً مضموناً يقبل الشركة فإنه يملك به البضع، وإنه ليس بمال متقوم ولا مضمون على أحد فكان كالجنائية. وروى بشر عن أبي يوسف أنه يرجع لأن التزوج وإن كان بالنصيب لفظاً فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للأول فيتحقق القضاء

قوله: (فيتحقق القضاء والاقتضاء) أقول: أي القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل قوله: (لأن الأرض قد يلزم العاقلة الخ) أقول: فيه أن العاقلة لا تعقل صلحاً على ما سيجيء.

وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه، ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه. قالوا: هذا إذا

واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه، فإذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه. وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه، بل يتقاضان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه، لأن الديون تقضى بأمثالها، وفي السلم يكون فسخاً والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب، انتهى كلامه. أقول: لمعترض أن يعود ويقول هذا المعنى موجود أيضاً فيما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه، والفرق المذكور في الجواب المزبور لا يتمشى فيه لأن الإقالة فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب، ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعاً فينتقض الدليل المذكور بها. ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز

والاقتضاء، والصلح على نصيبه بجناية العمد إتلاف كالزواج به لأنه لم يقبض شيئاً قابلاً للشركة بل أثلّف نصيبه. قيل وإنما قيد بقوله عمداً لأنه في الخطأ يرجع عليه، وأطلق في الإيضاح فقال: ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شيء لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح، وأرى أنه قيده بذلك لأن الأرض قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضياً لشيء. قال: (وإذا كان السلم بين شريكين الخ) إذا أسلم رجلان رجلاً في كز حنطة فصالح أحدهما مع المسلم إليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد إلا بإجازة الآخر، فإن أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركاً بينهما وما بقي من السلم مشتركاً بينهما وإن لم يجزه فالصلح باطل. وقال أبو يوسف: جاز اعتباراً بسائر الديون، فإن أحد الدائنين إذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيراً بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون نصيبه كذلك هاهنا (وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه) بجامع أن هذا الصلح (إقالة) وفسخ لعقد السلم). ولأبي حنيفة ومحمد وجهان: أحدهما أنه لو جاز فيما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين، فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز، ولا تمييز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها، وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه. وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره، بخلاف شراء العين فإنما إذا اخترنا فيه الشق الأول من التردد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة. واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم فيه يعني أن المسلم فيه في ذمة المسلم إليه إنما صار واجباً بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه. والثاني: أنه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من رأس المال لأن الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما، وإذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطاً بالصلح ثم عاد بعد سقوطه. واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه، فإذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه. وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه، بل يتقاضان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه، لأن الديون تقضى بأمثالها وفي السلم يكون فسخاً والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب (قالوا) أي المتأخرون من مشايخنا (هذا) الاتلاف بين علمائنا إنما هو (إذا خلط رأس المال) وعقداً عقد السلم، وأما إذا لم يخلطاً فقال بعضهم هو على هذا الاتلاف أيضاً وهؤلاء نظروا إلى الوجه الأول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه، ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطاً أو غيره وقال آخرون: هو على الاتفاق في الجواز، وهؤلاء نظروا إلى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لأن ذلك باعتبار شركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال، ومنشأ اختلاف

قوله: (رجع المصالح الخ) أقول: إطلاق المصالح يجوز إلا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح.

خلطاً رأس المال، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف، وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق.

لشاركه في المقبوض في صورة الإقامة في العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف، بخلاف شراء العين، وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قام بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها، تأمل تقف.

المتأخرين في أن اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الإطلاق أن محمداً ذكر الائتلاف في البيوع مع ذكر الخلط، وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشاركه فيما قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن ترك الذكر لأجل الاتفاق. وقيل وليس بسديد: لأن الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطاً أو لم يخلطاً.

قوله: (وقيل ليس بسديد) أقول: القائل هو الخيازي نقلاً عن الأوضح.

فصل في التخرج

(وإذا كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً) لأنه أمكن تصحيحه بيعاً. وفيه أثر عثمان، فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن

فصل في التخرج

التخرج تفاعل من الخروج، ومعناه أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم، وإنما أخره لقلة وقوعه، إذ قلما يرضى أحد أن يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد الحياة قوله: (وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار^(١)) قال في غاية البيان: والأصل في جواز التخرج ما روى محمد بن الحسن في الأصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس: أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث. وقال محمد أيضاً: حدثنا أبو يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أنه قال بتخرج أهل الميراث، وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار: أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث، وقد أثبت شمس الأئمة السرخسي وعلاء الدين الأسيجي في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه من غير تغيير، إلا أن شمس الأئمة السرخسي قال: وهي تماضر كان طلقها في مرضه، فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر، وكانت له أربع نسوة وأولاد فحفظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً من التركة فصالحوها على نصف

فصل في التخرج

التخرج تفاعل من الخروج، وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم. ووجه تأخيره قلة وقوعه، فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من البين بغير استيفاء حقه. وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به، وله شروط تذكر في أثناء الكلام، وتصوير المسألة ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة. قال: (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهما الخ) وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه حال كون التركة عقاراً أو عروضاً جاز قل ما أعطوه أو أكثر، وقيد بذلك لأنها لو كانت من النقود كان هناك شرط سنذكره، وهذا لأنه أمكن تصحيحه بيعاً والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن، ولم يصح جعله إبراء لأن الإبراء من الأعيان غير المضمونة لا يصح. فإن قيل: لو كان بيعاً لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لأن جهالته تفسد البيع. أجيب بأن الجهالة المفضية إلى النزاع تفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع، وهذا لا يحتاج إلى تسليم فلا يفضي إلى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيئاً

فصل في التخرج

قوله: (ووجه تأخيره قلة وقوعه) أقول: ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت قوله: (وقيد بذلك الخ) أقول: أشار بقوله بذلك إلى قوله حال كون التركة عقاراً الخ قوله: (صالحوها) أقول: الضمير في قول صالحوها راجع إلى إحدى نساء قوله: (وهي تماضر، إلى قوله: ولم يفسر ذلك في الكتاب) أقول: هذا الكلام إلى قوله وثمانين ألف دينار، ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح المبسوط.

(١) موقوف حسن. لكن ليس فيه لفظ صالح. وإنما صوابه:

ورث. هكذا رواه غير واحد. وتفرد محمد بذلك كما يأتي فقد أخرجه ابن سعد في الطبقات ٢١٩/٨ عن الزهري عن طلحة بن عبد الله أن عثمان ورث تماضر بنت الأصبح الكلية من عبد الرحمن، وكان طلقها في مرضه تطلقاً، وكما آخر طلقها.

وروي من وجه آخر عن نافع وسعد بن إبراهيم قالاً: فذكر بنحوه وفيه: ورث.

وأخرج البيهقي ٣٦٢/٧ من طريق الشافعي عن مالك عن الزهري عن طلحة بن عبد الله بن عوف. وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف به. وإسناد جيد بمجموعة مشرقة. وكلهم يذكر لفظ: ورث.

تنبيه: ولفظ صالح روى محمد بن الحسن كما يأتي بعد أسطر لابن الهمام.

عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار. قال: (وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو كان ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك) لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لأنه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفي بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وإن كان مقرراً لا بد من تجديد القبض لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وإن كانت التركة ذهباً فضة وغير

ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً. وقد روى محمد الألف مطلقاً ولم يفسر أنها دراهم أو دنانير، وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة، ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كمن نسوة مات. وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين، وفسر الثمانين بالدينار. إلى هنا لفظ غاية البيان، وهذا بسط ما ذكر في جملة الشروح هاهنا غير أنه ذكر في سائر الشروح أنه ذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار قوله: (وإن كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا) أما إذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض، وكذلك إذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض، فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين للزوم الربا، ولا يصح تجويزه بطريق الإبراء عن الباقي أيضاً لأن التركة عين والإبراء عن الأعيان باطل، كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب. أقول: عدم صحة تجويز ذلك بطريق الإبراء عن الباقي منظور فيه عندي، لأن الإبراء عن نفس الأعيان وإن كان باطلاً إلا أن البراءة عن دعوى الأعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب. فلم لا يصلح تجويز الصلح على الأقل أو المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن. فإن قلت: قد مر في الكتاب أنه لو ادعى داراً فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسألة، فإذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح

واستثارة من المقر له جاز وإن لم يعلم مقدار. وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان. وهو ما روى محمد ابن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار إن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه، ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فحفظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً ولم يفسر ذلك في الكتاب. وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار، وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو بالعكس جاز لأنه بيع الجنس، بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفاً غير أن الوارث الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً لكونها في يده يكتفي بذلك القبض: أي القبض السابق لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح، والأصل في ذلك أنه متى تجانس القبضان بأن يكون قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مناب الآخر، أما إذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس. فأما إذا كان الذي في يده

وأراد بالكتاب المبسوط. وإنما كتبت هذا لئلا يتوهم أن المراد بالكتاب الهداية، ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعله البعض؛ ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوطه قال المصنف: (وإذا كان في التركة، إلى قوله: فالصلح باطل) أقول: قال الكافي: أي في الكل في العين والدين، أما في الدين فلكونه يملك الدين من غير من عليه الدين، وأما في العين فلا اتحاد الصفة. وفي مبسوط شيخ الإسلام: وهذه المسألة ترد نقضاً على أبي يوسف ومحمد فيما إذا سلم حنطة في شعير أو زيت حيث قال: يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير، وهاهنا أفسد الكل، وهذا مما يحفظ. وفي الكافي: قيل هذا عند أبي حنيفة، وأما عندهما يبقى العقد صحيحاً فيما وراء الدين، وقيل هو قول الكل، والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والخن بشمن واحد انتهى.

ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احترازاً عن الربا، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر، ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا، ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبذل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف. قال: (وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين له فالصلح باطل) لأن فيه تملك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لأنه إسقاط وهو تملك الدين ممن عليه الدين وهو جائز، وهذه حيلة.

ها هنا. قلت: قد مرّ أيضاً في الشروح هناك أن ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية، وأما في ظاهر الرواية فإنه يصح. وقد ذكر في الذخيرة وفي فتاوى قاضيان أيضاً اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب الدعوى صحيح وإن كان الإبراء عن العين لا يصح. وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب، فإرد عليه ما أوردها من النظر كما لا يخفى. قال الحاكم أبو الفضل: إنما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصديق، وأما حالة المناكحة فالصلح جائز لأن الإمام المناكحة المعطى يعطي المال لقطع المناكحة ويفدي به يمينه فلا يتمكّن الربا، كذا في الذخيرة والتمتة، ونقل عنهما في النهاية ومعراج الدراية. وقال الإمام علاء الدين الإسيبجي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: قال أبو الفضل: يعني الحاكم الشهيد: إنما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من العين في حالة التصديق، أما في حالة المناكحة فالصلح جائز لأنه إن لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه إسقاطاً. ثم قال الإمام الإسيبجي: والصحيح أنه باطل في الوجهين لأنه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا انتهى. وهكذا نقل عنه في غاية البيان. وقال الإمام فخر الدين قاضيان في فتاواه: قال الحاكم الشهيد: إنما يبطل لصلح على أقل من حصتها من مال الربا في حالة التصديق، أما في حالة الجحود والمناكحة يجوز الصلح، ووجه ذلك أن في حالة الإنكار ما يؤخذ لا يكون بدلاً لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه. أقول: في الوجه الذي ذكره قاضيان إشكال، لأن عدم كون المأخوذ بدلاً في حق الدافع ظاهر مسلم، وأما عدم كون ذلك بدلاً في حق الآخذ فممنوع. فإن قلت: إنما لا يكون المأخوذ بدلاً في حق الآخذ أيضاً لإمكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على أخذ عين الحق في قدر المأخوذ وإسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه. قلت:

بقيتها مقرأً فإنه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء إلى مكان يتمكن من قبضه لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد النقيدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) فإن كان مساوياً لنصيبه أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا، أما إذا كان مساوياً فلزيادة العروض وإذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم، وإن كان مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة، ولا يصح بطريق الإبراء أيضاً لما مر، ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر. وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصديق، أما إذا ادعت ميراث زوجها وأنكر الورثة الزوجية فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث جاز، لأن المدفوع إليها حيثئذ لقطع المناكحة ولافتداء اليمين وليس ذلك ربا (ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً) قل أو كثر وجد التقابض في المجلس أو لا،

فظهر مما في الكافي جواب نقض شيخ الإسلام خواهر زاده فلي تأمل. ثم إن عبارة المصالح في قول المصنف على أن يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل.

الجواز، وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين، وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة. والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين. ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء، ولو لم يكن في التركة دين

الكلام في الصلح عن أعيان التركة والإبراء عن الأعيان باطل على ما صرحوا به، فلو أمكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على أخذ بعض الحق وإسقاط بعضه الآخر لأمكن تصحيحه في حالة التصديق أيضاً بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعاً، وقد أجمعوا على عدم إمكان تصحيحه أصلاً في حالة التصديق. نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بأنه لم يجوز تصحيح هذا الصلح في الحالتين معاً بحمله على البراءة من دعوى الباقي من أعيان التركة لا عن نفس تلك الأعيان، والباطل هو الثاني دون الأول كما قررناه من قبل قوله: (وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم رجوعهم على الغرماء، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة. وقالوا في سائر الشروح: أما في الوجه الأول فإن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء، وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى. قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الأول عن الكفاية: هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية إذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل انتهى. أقول: قد يكون التبرع في نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد، وقد يكون في نقده وتعجيله بأن يعطيه في الحال عند عدم وجوب إعطائه عاجلاً عليه، وهذا لا ينافي أن يأخذ عينه أو بدله في الآجل، فلما كان قول المصنف في الوجه الثاني متبرعين محتملاً لكل واحدة من صورتَي التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الأولى لتبادرها، ففسر ضرر بقية الورثة في الوجهين معاً بعدم رجوعهم على الغرماء، وحمله أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر في الصورة الأولى، ففسروا الضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين، فقول ذلك القائل في الرد عليهم، إذ لا نسيئة في التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع. واعلم أن صدر الشريعة حمل هذا الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حمل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال: والثانية أن بقية الورثة يؤدون إلى المصالح نصيبه نقداً ويحيل لهم حصته من الدين على الغرماء، وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لأن النقد خير من الدين انتهى. ولكن خالف في توجيه الوجه الأول صاحب الهداية وشراح كتابه قاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال: الحيلة الأولى أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بمال، وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لأن المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لا أن حصته تصير لهم، انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأن ما ذكره إنما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة. فإن قيل: إذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة. قلنا: إن حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصة المصالح لا تضير لهم، فقلوله لا أن حصته تصير لهم حجة عليه لا له فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة. ثم إن صاحب الإصلاح

ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلافه كما في البيع، لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفاً. قال: (وإذا كان في التركة دين على الناس البغ) وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعاً، أما في الدين فلأن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح، وأما في العين فالاتحاد الصفقة. والحيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فإنه إسقاط أو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز

قال المصنف: (وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أقول: قال في الكفاية: لعدم رجوعهم على الغرماء انتهى. هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم بالنسيئة في الصورة الثانية، إذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل قوله: (وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم) أقول: فيه بحث.

وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون، قيل لا يجوز لاحتمال الربا، وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة، ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعاً إذ المصالح عنه عين.

والإيضاح زاد في الطنبور نعمة حيث قال في هذا المقام: وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح، ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع. وقال في حاشيته: فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى. أقول: فيه أيضاً بحث، إذ لا يخفى على الفطن أن عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا ينبغي بمجرد أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فإن النفع فيه لسائر الورثة أمر وهمي من جهة تأديه إلى سهولة أداء الغرماء حصص باقي الورثة فأين هذا من ذاك؟ فالحق ما ذكره صاحب الهداية قوله: (ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) بين هذا في كثير من الشروح بأن كان له في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل، وهكذا في الذخيرة أيضاً. أقول: فيه خلل لأن نصيبه من ذلك إذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا، إذ يكون نصيبه من ذلك حيثئذ بمثله من بدل الصلح، ويكون زيادة البديل بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب، كما إذا كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا. فالحق في البيان هاهنا أن يقال بأن كان في التركة مكيل أو موزون، ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر، ولقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لأنه يجوز أن يكون في التركة كيل أو وزني وبديل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل، لأن ما زاد على بدل الصلح أقل من نصيب المصالح يكون ربا انتهى. فإنه اعتبر القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون، وكان صاحب الكافي تنبه أيضاً لما ذكرناه من الخلل فاكتفى بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القيل: لاحتمال أن يكون في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية، ولكن الأوجه أن يزداد عليه قيد أو أكثر كما نبهنا عليه آنفاً لأن فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى قوله: (وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة، كذا في العناية، وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح. وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية: فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل، فيه بحث. أقول: لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذه لا يلزم الربا لما بيناه فيما مر فلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الربا، لكنه ساقط هاهنا لأن مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا إلا أنه على كل تقدير يلزم الربا فإنهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد، ألا ترى إلى قولهم لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس، فإن هذا الاحتمال احتمال جانب

(وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين، وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أما في الوجه الأول فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء، وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة (والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) وهو قول الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل (وقيل يجوز) وهو قول

والأصح أنه يجوز لأنها لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة، وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة لم يملكها الوارث، وإن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصلحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت، ولو فعلوا قالوا يجوز. وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة أنها لا تجوز استحساناً وتجاوز قياساً.

الصحة قطعاً. كيف ولو كان الاحتمال مقصوراً على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلاً عن شبهة شبهته تأمل تقف. ثم اعلم أن صاحب الإصلاح والإيضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسألة على ما ذكر في الكتاب قال: ولقائل أن يقول: حق الجواب التفصيل بأن يقال إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وإن يكن يجوز وإن لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه. أقول فيه نظر، أما أولاً فلأنه لا احتياج هاهنا إلى ما ذكره من التفصيل أصلاً، إذ الشقان الأولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسألتين المذكورتين سابقاً على الاستقلال: إحداهما قوله وإن كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ، وأخرهما قوله في أول الفصل وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقر أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثير. وأما ثانياً فلأن التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لأن قوله إن كان في التركة قدراً من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعاً كما مفصلاً ومدللاً، وكذا إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً يجوز الصلح قطعاً كما مر أيضاً مستوفى. وأما ثالثاً فلأن مسائلنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جداً، إذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة، فإن عبارة هذا الكتاب في هذه المسألة هكذا، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون، قيل لا يجوز، وقيل يجوز. وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك في هذا القائل في هذه المسألة هكذا. وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل أو موزون اختلاف انتهى. فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة، فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتمدة عامة.

الفقيه أبي جعفر لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس، وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكيل أو موزون أو غير ذلك (قيل لا يجوز لكونه بيعاً) إذ لا يصح أن يكون إبراء (لأن المصالح عنه عين) والإبراء عن العين لا يجوز، وإذا كان بيعاً كانت الجهالة مانعة (وقيل يجوز وهو الأصح لأنها ليست بمفضية إلى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة) فما ثمة احتياج إلى التسليم حتى يفضي إلى النزاع، حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه إلى ذلك، وإن كان على الميت دين فإما أن يكون مستغرقاً أو غيره؛ ففي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن الوارث لم يملك التركة، وفي الثاني لا ينبغي أن يصلحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت، ولو فعلوا قالوا يجوز. وأما القسمة فقد قال الكرخي إنها لا تجوز استحساناً وتجاوز قياساً. وجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث، إذ ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه. وجه القياس أن التركة لا تخلو عن قليل الدين فتقسم نفيًا للضرر عن الورثة، والله أعلم.