

١٢ — كتاب: التفليس

مَنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ حَالَةٌ زَائِدَةٌ عَلَى مَالِهِ يُحْجَرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ،

كتاب التفليس^(١)

هو لغة النداء على المفلس وشهرته بصفة الإفلاس المأخوذ من الفلوس التي هي أخس الأموال. وشرعاً: جعل الحاكم المديون مفلساً بمنعه من التصرف في ماله. والأصل فيه ما رواه الدارقطني وصححه الحاكم إسناده أن النبي ﷺ حجر على معاذ وباع ماله في دين كان عليه وقسمه بين غرمائه، فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم، فقال لهم النبي ﷺ: «لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»^(٢). والمفلس في العرف من لا مال له، وفي الشرع من لا يفي ماله بدينه كما قال ذاكر الحكمة: (من عليه ديون) لآدمي لازمة (حالة زائدة على ماله يحجر عليه) وجوباً في ماله إن استقل، أو على وليه في مال موليه إن لم يستقل، (بسؤال الغرماء) ولو بنوا بهم كأوليائهم لأن الحجر لحقهم. وفي النهاية أن الحجر كان على معاذ بسؤال الغرماء، فلا حجر بدين الله تعالى وإن كان فوراً كما قاله الإسكوي، خلافاً لما بحثه بعض المتأخرين، ولا بدين غير لازم كنجوم كتابة لتمكن المدين من إسقاطه. (ولا حجر بالموجل) لأنه لا يطالب به في الحال.

تنبيه: لا يخفى أن لفظ الديون لا مفهوم له، فإن الدين الواحد إذا زاد على المال كان كذلك، وكذا قوله: «الغرماء». ولا بدّ من تقييد الدين باللازم كما قدرته في كلامه ليخرج دين الكتابة كما مرّ، وما ألحق به من ديون المعاملة التي على المكاتب لسيده؛ وقضية كلامه أنه لا حجر عليه إذا لم يكن له مال، وتوقف فيه الرافعي فقال: يجوز منعاً له من التصرف فيما عسى أن يحدث باصطياد ونحوه؛ وهو كما قاله ابن الرفعة مخالف للنص والقياس، إذ ما يحدث له إنما يحجر عليه فيه تبعاً للموجود، وما جاز تبعاً لا يجوز قصداً، ولا يحجر على المفلس إلا الحاكم، لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد. وأما أصل الحجر فلأن فيه مصلحة للغرماء، فقد يختص بعضهم بالوفاء فيضر الباقين، وقد يتصرف فيه فيضيع حق الجميع. قال ابن الرفعة: وهل يكفي في لفظ الحجر منع التصرف، أو يعتبر أن يقول حجرت بالمفلس، إذ منع التصرف من أحكام الحجر فلا يقع به الحجر؟ وجهان، أوجههما كما قال شيخنا الأول. قال في الروضة: ويجب على الحاكم الحجر إذا وجدت شروطه: أي سواء أكان بسؤال الغرماء أو المفلس. قال: وقول كثير من أصحابنا فللقاضي الحجر ليس مرادهم أنه مخير فيه؛ أي بل

(١) روضة الطالبين: ١١٧/٤، حاشية الجمل: ٣٠٨/٣، التنبيه: ص ٦٣، حاشية الشرقاوي: ١٦٨/٢، حاشية الباجوري: ١/٦١٨، غاية البيان: ص ١٩٧، فتح الوهاب: ٢٠٠/١، الإقناع: ٢٧٦/١، حاشية بجيرمي: ٦٨/٣، السراج الوهاج: ص ٢٢٢، الأم: ١٩٩/٣، كفاية الأخيار: ١٦٤/١، حاشية الشرواني: ١١٩/٥، حاشية العبادي: ١١٩/٥، إعانة الطالبين: ٦٥/٣، المهذب: ٣٢٠/١.

(٢) أخرجه الحاكم في «مستدرکه» في كتاب: البيوع (الحديث: ٥٩/٢) وأخرجه الدارقطني في كتاب: البيوع، باب: في المرأة تقتل إذا ارتدت (الحديث: ٢٣١/٤).

وَلَا حَجَرَ بِالمَوْجَلِ . وَإِذَا حُجِرَ بِحَالٍ لَمْ يَحِلَّ المَوْجَلُ فِي الأَظْهَرِ . وَلَوْ كَانَتْ الدُّيُونُ بِقَدْرِ المَالِ فَإِنْ كَانَ كَسُوباً يُنْفَقُ مِنْ كَسْبِهِ فَلَا حَجَرَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوباً وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ فَكَذَا فِي الأَصَحِّ . وَلَا يُحَجَرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ ، فَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ وَدَيْنُهُ قَدَرُ يُحَجَرُ بِهِ حَجَرَ ، وَإِلَّا فَلَا . وَيُحَجَرُ بِطَلَبِ المُفْلِسِ فِي الأَصَحِّ ،

إنه جاز بعد امتناعه قبل الإفلاس وهو صادق بالواجب . وقول السبكي : «هذا ظاهر إذا تعذر البيع حالاً، وإلا فينبغي عدم وجوبه لأنه ضرر بلا فائدة» ممنوع كما قاله شيخنا، بل له فوائد منها المنع من التصرف فيما عساه يحدث باصطياد ونحوه . والمراد بماله ماله العيني المتمكن من الأداء منه، أما ما لا يتمكن من الأداء منه كمغصوب وغائب فغير معتبر . أما المنافع فإن كان متمكناً من تحصيل أجزائها اعتبرت كما قاله بعض المتأخرين وإلا فلا . وأما الدين فإن كان حالاً على مليء مقرّ - أي أو عليه بينة - اعتبر كما قاله الإسنوي وإلا فلا . قال ابن الرفعة : ولو كان المال مرهوناً لم أر فيه نقلاً، والفقه منع الحجر إذ لا فائدة فيه . وردّ بأن له فوائد منها المنع من صحة التصرف بإذن المرتهن .

(وإذا حجر بحال لم يحل الموجل في الأظهر) وفي الروضة : المشهور ؛ لأن الأجل مقصود له فلا يفوت عليه . والثاني : يحل ؛ لأن الحجر يوجب تعلّق الدين بالمال فسقط الأجل كالموت . وفزّق الأول بخراب الذمة بالموت . ولو جُنّ المديون لم يحلّ دينه كما صحّحه المصنف في تنقيحه، وما وقع في أصل الروضة من تصحيح الحلول به نُسب فيه إلى السهو، ولا يحل إلا بالموت أو الردة المتصلة به أو استرقاق الحربي كما جزم به الرافعي في كتاب الكتابة في الحكم الثاني منها، ونقله عن النص .

(ولو كانت الديون بقدر المال فإن كان كسوباً ينفق من كسبه فلا حجر) لعدم الحاجة إليه بل يلزمه الحاكم بقضاء الديون، فإن امتنع باع عليه أو أكرمه عليه . قال الإسنوي : فإن التمس الغرماء الحجر عليه ؛ أي عند الامتناع، حُجر في أظهر الوجهين وإن زاد ماله على دينه اهـ . وهذا يسمّى الحجر الغريب فليس مما نحن فيه .

(وإن لم يكن كسوباً وكانت نفقته من ماله فكذا) لا حجر عليه (في الأصح) لتمكنهم من المطالبة في الحال . والثاني : يحجر عليه كيلاً يضيع ماله في النفقة . ودفع بما ذكر، وهذا محترز قوله : «زائدة على ماله» . (ولا يحجر بغير طلب) من الغرماء ولو بنوا بهم لأنه لمصلحتهم وهم ناظرون لأنفسهم، فإن كان الدين لمحجور عليه ولم يسأل وليّه فللحاكم الحجر من غير سؤال لأنه ناظر في مصلحته، وهذا محترز قوله «بسؤال الغرماء» .

تنبيه : اقتضى كلامه أنه لا يحجر لدين الغائب، وهو كذلك إذ ليس للحاكم استيفاء مال الغياب من الذمم وإنما له حفظ أعيان أموالهم . ومحلّه كما قال الفارقي إذا كان المديون ثقة مليئاً وإلا لزم الحاكم قبضه قطعاً . قال الإسنوي : وكلام الشافعي في الأثم يدل على أن الدين إذا كان به رهن يقبضه الحاكم .

(فلو طلب بعضهم) الحجر (ودينه قدر يحجر به) بأن زاد على ماله (حجر) لوجود شرط الحجر . ثم لا يختص أثر الحجر بالملتبس بل يعمهم ؛ (وإلا) بأن لم يزد الدين على ماله (فلا) حجر ؛ لأن دينه يمكن وفاؤه بكماله فلا ضرورة إلى طلب الحجر، وقيل : المعتبر أن يزيد دين الجميع على ماله لا الملتبس فقط، وجرى عليه ابن المقري لقول المصنف في زيادة الروضة : «وهو قوي» . (ويحجر بطلب المفلس) ولو بوكيله (في الأصح) لأن له فيه غرضاً ظاهراً وهو صرف ماله إلى ديونه . ورؤي أن الحجر على معاذ كان بالتماس منه ؛ قاله

فَإِذَا حُجِرَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرْمَاءِ بِمَالِهِ، وَأَشْهَدَ عَلَى حَجْرِهِ لِيُحْذَرَ. وَلَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَعْتَقَ فَفِي قَوْلٍ يُوقَفُ تَصَرُّفُهُ، فَإِنْ فَضَلَ ذَلِكَ عَنِ الدَّيْنِ نَفَذَ وَإِلَّا لَعَا، وَالْأَظْهَرُ بَطْلَانُهُ؛ فَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لِغُرْمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ بَاعَ سَلَمًا أَوْ اشْتَرَى فِي الدَّيْنَةِ

الرافعي. قال السبكي: وصورته أنه يثبت الدين بدعوى الغرماء والبينة أو الإقرار أو علم القاضي، وطلب المديون الحجر دون الغرماء، وإلا لم يكن له طلبه. والثاني: لا يحجر لأن الحق لهم في ذلك والحجر ينافي الحرية والرشد، وإنما حجر بطلب الغرماء للضرورة فإنهم لا يتمكنون من تحصيل مقصودهم إلا بالحجر خشية الضياع، بخلافه فإن غرضه الوفاء وهو متمكن منه ببيع أمواله وقسمها على غرمائه. وتقدم أن الحجر واجب بسؤاله كسؤال الغرماء، فالخلاف في الوجوب لا في الجواز خلافاً لبعض المتأخرين.

(فإذا حجر) عليه بطلب أو بدونه، (تعلق حق الغرماء بماله) كالرهن، عيناً كان أو ديناً أو منفعة، حتى لا ينفذ تصرفه فيه بما يضرهم ولا تراحمهم فيه الديون الحادثة. وشمل كلامهم الدين المؤجل حتى لا يصح الإبراء منه، وإن قال الإنسوي الظاهر خلافه. قال البلقيني: وتصح إجازته لما فعل مورثه مما يحتاج إليها لأنها تنفيذ على الأصح. وخرج بحق الغرماء حق الله تعالى كزكاة ونذر وكفارة فلا تتعلق بمال المفلس كما جزم به في الروضة، وأصلها في الأيمان، ولم يقيده بفوري ولا بغيره، وهو يقوي ما مرَّ فيقدم حق الأدمي. وقد مرَّت الإشارة إلى هذه المسألة في باب من تلزمه الزكاة.

تنبيه: يستثنى من إطلاقه ما لو حجر عليه في زمن خيار البيع فإنه لا يتعلق حق الغرماء بالمعقود عليه، فيجوز له الفسخ والإجازة على خلاف المصلحة في الأصح.

(وأشهد) الحاكم ندباً، وقيل: وجوباً؛ (على حجره) أي المفلس، وأشهره بالنداء عليه (ليحذر) من معاملته. قال العمراني: فيأمر منادياً ينادي في البلد أن الحاكم حجر على فلان ابن فلان. (ولو) تصرف تصرفاً مالياً مفوضاً في الحياة بالإنشاء مبتدأ، كان (باع) أو اشترى بالعين (أو وهب أو أعتق) أو أجر أو وقف أو كاتب؛ (ففي قول يوقف تصرفه) المذكور، (فإن فضل ذلك عن الدين) لارتفاع القيمة أو إبراء الغرماء أو بعضهم، (نفذ) أي بان أنه كان نافذاً (وإلا) أي وإن لم يفضل (لغا) أي بان أنه كان لاغياً؛ (والأظهر بطلانه) في الحال لتعلق حقهم به كالمرهون، ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم فلا يصح تصرفه على مراعاة مقصود الحجر كالسفيه. قال الأذرعى: ويجب أن يستثنى من منع الشراء بالعين ما لو دفع له الحاكم كل يوم نفقة له ولعياله فاشترى بها، فإنه يصح جزماً فيما يظهر، وأشار إليه بعضهم وهو ظاهر، وسيأتي ما يخرج بهذه القيود.

(فلو باع ماله) كله أو بعضه لغريمه بدينه كما صرح به في المحرر، أو (لغرمائه بدينهم) من غير إذن القاضي؛ (بطل) البيع (في الأصح) لأن الحجر يثبت على العموم، ومن الجائز أن يكون له غريم آخر. والثاني: يصح؛ لأن الأصل عدم غيرهم، وبالقياص على بيع المرهون من المرتهن. والقولان مفرعان على بطلان البيع لأجنبي السابق كما أفادته الفاء، أما بإذن القاضي فيصح. واحترز بقوله: «بدينهم» عما إذا باعه ببعض دينهم أو بعين فإنه كالبيع من أجنبي لأنه لا يتضمن ارتفاع الحجر عنه، بخلاف ما إذا باع بكل الدين فإنه يسقط، ولو باعه لأجنبي بإذن الغرماء لم يصح في الأصح. وخرج بالتصرف العالي التصرف في الدية كما قال: (ولو) تصرف في ذمته كان (باع سَلَمًا) طعاماً أو غيره، (أو اشترى) شيئاً بثمن (في الدية) أو باع فيها لا بلفظ السلم، أو اقترض أو

فَالصَّحِيحُ صِحَّتُهُ وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ. وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَأَقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ. وَلَوْ أَقَرَّ بَعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الْحَجْرِ فَلَاظْهَرُ قَبُولُهُ فِي حَقِّ الْغُرَمَاءِ، وَإِنْ أَسْنَدَ وَجُوبُهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ أَوْ مُطْلَقًا لَمْ يَقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ، وَإِنْ قَالَ عَنْ جَنَائَةٍ قَبْلَ فِي الْأَصَحِّ.

استأجر؛ (فالصحيح صحته ويثبت المبيع والثلث ونحوهما (في ذمته) إذ لا ضرر على الغرماء فيه. والثاني: لا يصح كالسفيه.

تنبيه: لو قال: «فلو تصرف في ذمته» كما قدرته في كلامه تبعاً للرافعي لكان أولى.

(ويصح نكاحه وطلاقه وخلعه) ورجعته (واقْتِصَاصُهُ) أي استيفاؤه القصاص، وإذا طلبه أجيب كما صرح به في المحرر. (وإسقاطه) أي القصاص ولو مجاناً، وهذا من إضافة المصدر إلى مفعوله إذ لا يتعلق بهذه الأشياء مال. ويصح استلحاقه النسب ونفيه باللعان. أما خلع الزوجة والأجنبي المفلسين فلا ينفذ منهما في العين، وفي الذمة الخلاف في السلم، وفي نفوذ استيلاده خلاف، قيل: يصح كالمریض؛ والراجع عدم النفوذ، قال شيخنا: لأن حجر الفلّس أقوى من حجر المريض بدليل أنه يتصرف في مرض الموت في ثلث ماله. وخرج بقيد الحياة ما يتعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية فيصح، وخرج بقيد الإنشاء الإقرار كما قال: (ولو أقر بعين أو دين وجب قبل الحجر) بمعاملة أو إتلاف أو نحو ذلك، (فالأظهر قبوله في حق الغرماء) كما لو ثبت بالبيّنة، وكإقرار المريض بدين يزاحم غرماء الصحة ولعدم التهمة الظاهرة؛ وعلى هذا لو طلب الغرماء تحليفه على ذلك لم يحلف على الأصح لأنه لو امتنع لم يفد امتناعه شيئاً إذ لا يقبل رجوعه على الصحيح. والفرق بين الإنشاء والإقرار أن مقصود الحجر منع التصرف فألغى إنشاؤه؛ والإقرار إخبار، والحجر لا يسلب العبارة عنه. ويثبت عليه الدين بنكوله عن الحلف مع حلف المدعي كإقراره؛ والثاني: لا يقبل إقراره في حقهم لثلاث تضرهم المزاحمة ولأنه ربما واطأ المقر له. قال الروياني في الحلية: والاختيار في زماننا الفتوى به؛ لأننا نرى مفلسين يقرّون للظلمة حتى يمنعوا أصحاب الحقوق من مطالبتهم وحسبهم. وهذا في زمانه، فما بالك بزماننا.

تنبيه: إنما عبّر بقوله: «وجب» ولم يقل «لزم» كم في المحرر والشرح والروضة ليدخل ما وجب، ولكنه تأخر لزومه. (وإن أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر) إسناداً مقيداً (بمعاملة، أو) إسناداً (مطلقاً) بأن لم يقيد بمعاملة ولا غيرها، (لم يقبل في حقهم) فلا يزاحمهم بل يطالب به بعد فك الحجر. أما في الأولى فلتقصير من عامله، وأما في الثانية فلتنزيل الإقرار على أقل المراتب وهو دين المعاملة. فلو لم يسند وجوبه إلى ما قبل الحجر ولا إلى ما بعده قال الرافعي: فقياس المذهب تنزيله على الأقل، وهو جعله كإسناده إلى ما بعد الحجر. فإن كان ما أطله دين معاملة لم يقبل لاحتمال تأخر لزومه، أو دين جنائية قبل لأن أقل مراتبه أن يكون كما لو صرح به بعد الحجر. فإن لم يعلم أهو دين معاملة أو جنائية لم يقبل لاحتمال تأخره وكونه دين معاملة. قال في الروضة: وهذا التنزيل ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر، وإلا فينبغي أن يراجع فإنه يقبل إقراره. قال السبكي: وهذا صحيح لا شك فيه، ويحمل كلام الرافعي على ما إذا لم تتفق المراجعة اهـ. وينبغي أن يأتي مثل ذلك في الصورة الثانية في المتن. وأفتى ابن الصلاح بأنه لو أقر بدين وجب بعد الحجر واعترف بقدرته على وفائه قبل وبطل ثبوت إعساره؛ أي لأن قدرته على وفائه شرعاً يستلزم قدرته على وفاء بقية الديون.

(وإن قال من جنائية) بعد الحجر (قبل في الأصح) فيزاحمهم المجني: عليه لعدم تقصيره. والثاني: أنه كما لو قال عن معاملة. والحاصل أن ما لزمه بعد الحجر إن كان برضا مستحقه لم يقبل في حقهم، أو لا يرضاه قبل.

وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ اشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتْ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ؛ وَالْأَصَحُّ تَعَدَّى الْحَجَرِ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِالْأَضْطِْيَادِ وَالْوَصِيَّةِ وَالشَّرَاءِ إِنْ صَحَّحْنَاهُ.

وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ. وَيَتَعَلَّقُ بِعَيْنٍ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الْحَالُ، وَإِنْ جَهِلَ فَلَهُ ذَلِكَ، وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُمْكِنَ التَّعَلُّقُ بِهَا لَا يُزَاحِمُ الْغَرْمَاءَ بِالثَّمَنِ.

تنبيه: لو عتبر بالمذهب كما في الروض لكان أولى، فإن أصح الطريقين أنه كما لو أسند لزومه إلى ما قبل الحجر حتى يقبل في الأظهر.

(وله أن يرد بالعيب) أو الإقالة (ما كان اشتراه) قبل الحجر (إن كانت الغبطة في الرد) وليس كما لو باع بها؛ لأن الفسخ ليس تصرفاً مبتدأ فيمتنع منه، وإنما هو من أحكام البيع الذي لم يشمل الحجر. وقضية كلامهم جواز رده حينئذ دون لزومه، وبه صرح القاضي؛ إذ ليس فيه تفويت الحاصل، وإنما هو امتناع من الاكتساب. فإن قيل: نُقل عن النص أن من اشترى في صحته شيئاً ثم مرض وأطلع فيه على عيب والغبطة في رده ولم يرد حسب ما نقصه العيب من الثلث فدلّ على أنه تفويت وقضيته لزوم الرد. أجب بأن الضرر اللاحق للغرماء بترك الرد قد يجبر بالكسب بعد بخلاف الضرر اللاحق للورثة بذلك.

تنبيه: كلام المصنف شامل لردّ ما اشتراه قبل الحجر وما اشتراه في الذمة بعد، وصورة الغبطة فيه أن يبيعه المالك من المفلس وهو جاهل بفلسه، والقدر الذي يأخذه بالمضاربة أكثر من قيمته. أما العالم فلا يتصور فيه الغبطة لعدم ضرر الغرماء بمزاحمته. أما إذا كانت الغبطة في الإبقاء فلا ردّ له لما فيه من تفويت المال بلا غرض. وقضية كلامه أنه لا يرد أيضاً إذا لم تكن غبطة أصلاً لا في الرد ولا في الإبقاء، وهو كذلك لتعلق حقهم به فلا يفوت عليهم بغير غبطة. ولو منع من الرد عيب حادث لزم الأرض ولا يملك المفلس إسقاطه.

(والأصح تعدي الحجر إلى ما حدث بعده بالاضطیاد) والهبة (والوصية والشراء) في الذمة (إن صححناه) أي الشراء، وهو الراجح؛ لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها، وذلك لا يختص بالموجود. والثاني: لا يتعدى إلى ما ذكر، كما أن حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدى إلى غيرها. فإن قيل: يستثنى على الأول من إطلاق المصنف ما لو أنهب أباه أو أوصى له به فإنه لا يتعدى إليه بل يعتق، وليس للغرماء تعلق به. أجب بأنه لا حاجة لاستثنائه لأن ملكه لم يستقر عليه حتى يقال لم يحجر عليه فيه، وإنما الشرع قضى بحصول العتق.

تنبيه: قضية إطلاقه تبعاً لغيره أنه لا فرق على الأول بين أن يزيد ماله مع الحادث على الديون أم لا، وهو كذلك لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الإبتداء، وإن قال الإسنوي: فيه نظر.

(و) الأصح (أنه ليس لبائعه) أي المفلس في الذمة، (أن يفسخ ويتعلق بعين متاعه إن علم الحال) لتقصيره؛ (وإن جهل فله ذلك) لعدم تقصيره لأن الإفلاس كالعيب فيفرق فيه بين العلم والجهل. والثاني: له ذلك، لتعذر الوصول إلى عين الثمن. والثالث: ليس له ذلك مطلقاً، وهو مقصر في الجهل بترك البحث، وعلى التعلق له أن يزاحم الغرماء بثمنه. (و) الأصح (أنه إذا لم يمكن التعلق بها) أي بعين متاعه، (لا يزاحم الغرماء بالثمن) لأنه دين حادث بعد الحجر برضا مستحقه فلا يزاحم الغرماء الأولين، بل إن فضل شيء عن دينهم أخذه وإلا أنتظر اليسار. والثاني: يزاحم به؛ لأنه في مقابلة ملك جديد رادّ به المال.

١ - فصل: فيما يفعل في مال المحجور عليه

يُبَادِرُ الْقَاضِي بَعْدَ الْحَجْرِ بَيْعَ مَالِهِ وَقَسْمَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ؛ وَيَقْدُمُ مَا يَخَافُ فَسَادَهُ، ثُمَّ الْحَيَوَانَ
ثُمَّ الْمَنْقُولَ ثُمَّ الْعَقَارَ. وَلْيَبِيعْ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ وَغُرَمَائِهِ

تنبيه: يجري الخلاف في كل دين يحدث بعد الحجر برضا مستحقه بمعاوضة، أما الإتلاف وأرش الجناية
فيزاحم في الأصل لأنه لم يقصر فلا يكلف الانتظار. ولو حدث دين تقدم سببه على الحجر كانهدام ما أجره
المفلس وقبض أجرته وأتلفها ضارب به مستحقه سواء أحدث قبل القسمة أم لا.

تنبيه: قوله: «إذا لم يمكن» بميم بعد الياء في أكثر النسخ، ونسب لنسخة المصنف، ويقع في بعضها:
«يكن». قال الولي العراقي: وفي كل منهما نقص؛ يعني أن وجه النقص في «يكن» لفظة «له» وفي «يمكن» لفظة
«الهاء»؛ أي يمكنه؛ وبارة المحرر: «إذا لم يكن له». قال السبكي: فحذف المصنف لفظة له اختصاراً أو التبس
على بعض النساخ، فكتب «إذا لم يكن» اهـ. وقال الأذري: معنى «يمكن» صحيح هنا، ولعل نسخة المصنف
بخطه «يكن»، فغيرها ابن جعوان أو غيره بـ «يمكن» لأنها أجود من «يكن» بمفردها.

فصل: فيما يفعل في مال المحجور عليه بالفلس من بيع وقسمة وغيرهما: (يبادر القاضي) ندباً كما قالاه
تبعاً للبسيط، وإن أوهمت عبارة الوسيط والوجيز الوجوب؛ (بعد الحجر) على المفلس (بيعه ماله وقسمه) أي
قسم ثمنه (بين الغرماء) على نسبة ديونهم لثلاث بطول زمن الحجر عليه ومبادرة لبراءة ذمته وإيصال الحق لذويه.
ولا يفرط في الاستعجال لثلاث يطمع فيه بثمان بخص.

(ويقدم) في البيع (ما يخاف فسادَه) كالفواكه والبقول لثلاث يضيع، ثم ما يتعلق به حق كالمرهون، (ثم
الحيوان) لحاجته إلى النفقة ولأنه معرض للتلف. ويستثنى منه المدبر، فقد نص في الأم على أنه لا يباع حتى
يتعذر الأداء من غيره. قال الزركشي: وهو صريح في أنه يؤخر عن الكل صيانة للتدبير عن الإبطال. (ثم
المنقول) لأنه يُخْشَى ضياعه بسرقة ونحوها. ويقدم الملبوس على النحاس ونحوه؛ قاله الماوردي. (ثم العقار)
بفتح العين أفصح من ضمها. ويقدم البناء على الأرض؛ قاله الماوردي. وإنما أخر العقار لأنه يؤمن عليه من
الهلاك والسرقة. وظاهر كلام الشيخين أن هذا الترتيب واجب، وقال في الأنوار: إنه مستحب. والظاهر كما قال
الأذري أن الترتيب في غير ما يسرع فسادَه، وغير الحيوان مستحب لا واجب. وقد تقتضي المصلحة تقديم بيع
العقار أو غيره إذا خيف عليه من ظالم أو نحوه، فالأحسن تفويض الأمر إلى اجتهاد الحاكم، ويُحْمَلُ كلامهم
على الغالب، وعليه بذل الوسع فيما يراه الأصلح.

تنبيه: محل ما ذكر من الترتيب إذا لم يكن في ماله ما تعلق به حق كالجاني والمرهون، فإن كان قدم بيعه
بعد ما يُخْشَى فسادَه كما قدرته في كلامه، فإن فضل شيء قسم أو بقي شيء ضارب به المرتهن أو المجني عليه.

(وليبيع) ندباً (بحضرة المفلس) بثلاث الحاء والفتح أفصح. أو وكيله (وغرمائه) أو وكيلهم؛ لأن ذلك أنفى
للتهمة وأطيب للقلوب؛ ولأن المفلس يبين ما في ماله من عيب فلا يرد، ومن صفة مطلوبة فيرجع فيه؛ ولأنه
أعرف بثمان ماله فلا يلحقه غبن، ولأن الغرماء قد يزيدون في السلعة. قال الأذري: ولا يتعين البيع بل للحاكم
تمليك الغرماء أعيان ماله إن رآه مصلحة اهـ. والأولى أن يتولى البيع المالك أو وكيله بإذن الحاكم ليقع الإشهاد
عليه؛ ولا يحتاج إلى بينة بأنه ملكه، بخلاف ما لو باع الحاكم لا بد أن يثبت أنه ملكه كما قاله ابن الرفعة تبعاً

كُلُّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ بَثْمَنٍ مِثْلِهِ حَالاً مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ. ثُمَّ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ النَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ الْغَرِيمُ إِلَّا بِجِنْسِ حَقِّهِ اشْتَرَى، وَإِنْ رَضِيَ جَارَ صَرْفِ النَّقْدِ إِلَيْهِ إِلَّا فِي السَّلَمِ.

للماوردي والقاضي، إذ يَبِيعُ الحاكم حكم بأنه له؛ ويوافقه قول الرافعي في القرائن: قسم الحاكم يتضمن الحكم بموت المفقود. وكلام جماعة يقتضي الإكتفاء باليد؛ وحكى السبكي في ذلك وجهين، ورجح الإكتفاء باليد، قال: وهو قول العبادي، وكذا نقله الزركشي. ثم قال الأذري: وأفتى ابن الصلاح بما يوافقه، والإجماع الفعلي عليه والأول أظهر.

تنبيه: لا يختص هذا الحكم بالمفلس بل كل مديون ممتنع ببيع القاضي عليه. لكن في غير المفلس لا يتعين فيه البيع بل القاضي مخير بينه وبين إكراهه على البيع كما في زيادة الروضة عن الأصحاب؛ ولذلك اقتصر المصنف على المفلس لتعين ذلك فيه. قال السبكي: والذي يظهر أن تخييره إنما هو عند طلب المدعي الحق من غير تعيين طريق، فإن عيّنه تعين. قال القاضي: وعزى ذلك إلى القفال الكبير. قال ابنه في التوشيح: وقد يقال ليس للمدعي حق في إحدى الخصال حتى تتعين بتعيينه، وإنما حقه في خلاص حقه، فليعتمد القاضي بما شاء من الطرق اهـ. وهذا هو الظاهر. وإذا قلنا بعدم الإكتفاء باليد قال ابن الرفعة: فينتج أن يتعين الحبس إلى أن يتولى الممتنع من الوفاء البيع بنفسه.

(ولبيع) ندباً (كل شيء في سوقه) لأن طالبه فيه أكثر والتهمة فيه أبعد، ويشهر بيع العقار ليظهر الراغبون؛ فلو باع في غير سوقه بثمان مثله جاز. نعم إن تعلق بالسوق عرض معتبر للمفلس أو للغرماء وجب. قال الإسنوي: ومحلّه كما قاله الماوردي إذا لم يكن في نقله مؤنة كبيرة، فإن كانت ورأى الحاكم المصلحة في استدعاء أهل السوق فعل. قال الزركشي: ومحلّه أيضاً إذا ظن عدم الزيادة في غير سوقه. وإنما يبيع (بثمان مثله) فأكثر (حالا من نقد البلد) وجوباً كما صرح به في المحرر؛ لأن التصرف لغيره فوجب فيه رعاية المصلحة كالوكيل والمصلحة ما ذكره. نعم إن رضي المفلس والغرماء بالبيع نسيئة أو بغير نقد البلد جاز كما قاله المتولي، وإن نظر فيه السبكي وقال: لاحتمال غريم آخر. ولو رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل حقوقهم جاز. ولو باع ماله بثمان مثله ثم ظهر راغب بزيادة وجب القبول في المجلس وفسخ البيع، فإن لم يقبل فسخ الحاكم عليه. قال الروياني في التجربة: وقد ذكروا في عد الرهن والوكالة أنه إذا لم يفسخ ومضى زمن يمكن فيه البيع انفسخ بنفسه، فقياسه هنا كذلك. ولو تعذر من يشتري مال المفلس بثمان مثله من نقد البلد وجب الصبر، قال المصنف في فتاويه: بلا خلاف. فإن قيل: المرهون يُباع بالثمان الذي دفع فيه بعد النداء والاشتهار وإن شهد عدلان أنه دون ثمن مثله؛ قال ابن أبي الدم: بلا خلاف. أجيب بأن الرهن التزم ذلك حيث عرض ملكه للبيع. ونظير الرهن المسلم إليه فإنه يلزمه تحصيل المسلم فيه إذا وجده بأكثر من ثمن مثله أو بثمان غال كما مر في بابه لأنه التزاه.

(ثم إن كان الدين) من (غير جنس النقد) الذي يبيع به أو من غير نوعه، (ولم يرض الغريم إلا بجنس حقه) أو نوعه (اشترى) له لأنه واجبه. (وإن رضي جاز صرف النقد إليه إلا في السلم) ونحوه مما يمتنع الإعتياض فيه كبيع في الذمة وكمنفعة واجبة في إجارة الذمة، فلا يجوز صرفه إليه وإن رضي لامتناع الإعتياض. وأورد ابن النقيب عن المصنف نجوم الكتابة، فليس للسيد الإعتياض عنها على الأصح. ولا يرد كما قال الولي العراقي لأن النجوم لا يحجر لأجلها فليست مرادة هنا.

وَلَا يُسَلِّمُ مُبِيعاً قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ، وَمَا قَبْضُهُ قَسَمُهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ إِلَّا أَنْ يَغْسِرَ لِقَلْتِهِ فَيُؤْخَرُهُ لِيَجْتَمَعَ.
وَلَا يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً بِأَنْ لَا غَرِيمَ غَيْرُهُمْ،

(ولا يسلم) الحاكم أو مأذونه (مبيعاً قبل قبض ثمنه) احتياطاً، فإن فعل ضمن كالوكيل. والضمان بقيمة المبيع، وقيل: بالثمن، وقيل: بأقل الأمرين. فعلم أنه لا يجوز البيع بمؤجل وإن حل قبل أو ان القسمه، لأن البيع بمؤجل يجب تسليمه قبل قبض الثمن. قال السبكي: وينبغي أن يكون محل ضمان الحاكم إذا فعله جاهلاً أو معتقداً تحريره، فإن فعله باجتهاد أو تقليد صحيح لم يضمن لأن خطأه غير مقطوع به. فإن قيل: يستثنى من إطلاق المصنف ما لو باع شيئاً لأحد الغرماء وعلم أنه يحصل له عند المقاسمة مثل الثمن الذي اشتري به فأكثر، فإنه يجوز أن يسلم له قبل قبض الثمن، والأحوط بقاء الثمن في ذمته لا أخذه وإعادته إليه. أجيبت بأنه إن كان الثمن من جنس دينه جاء التقاض، وإن لم يكن من جنسه ورضي به حصل الإعتياض؛ فلم يحصل تسليم مع بقاء الثمن على كل تقدير.

(وما قبضه) الحاكم من ثمن أموال المفلس (قسمه) ندباً على التدريج (بين الغرماء) لتبرأ منه ذمته ويصل إليه المستحق، فإن طلب الغرماء القسمة وجبت كما يؤخذ من كلام السبكي الآتي. (إلا أن يعسر لقلته) وكثر الديون، (فيؤخره) أي الحاكم ذلك (ليجتمع) ما يسهل قسمته دفعاً للمشقة فيقرضه أميناً مؤسراً، قال السبكي: ترتضيه. الغرماء؛ قال الأذري: وغيره مما طل. فإن فقد أودعه ثقة ترتضيه الغرماء، ولا يضعه عند نفسه لما فيه من التهمة. قال الأذري: ولك أن تقول إذا كان الحال يقتضي تأخير القسمة، وأنه إذا أخذه أقرضه، فينبغي أنه إذا كان المشتري ممن يجوز إقراضه منه أن يترك في ذمته إلى وقت القسمة، ولا وجه لقبضه منه ثم السعي في إقراضه، وقد لا يجد مقرضاً أهلاً اه. وهو بحث حسن. ولو اختلفت الغرماء فيمن يقرضه أو يودع عنده أو عينوا غير ثقة، فمن رآه القاضي من العدول أولى، فإن تلف عند المودع من غير تقصير فمن ضمان المفلس. قال الشيخان: فإن طلب الغرماء القسمة ففي النهاية إطلاق القول بأنه يجيبهم، والظاهر خلافه اه. والأوجه كما قال شيخنا ما أفاده كلام السبكي من حُمِّل هذا على ما إذا ظهرت مصلحة في التأخير، وما في النهاية على خلافه؛ فلو كان الغريم واحداً سلمه إليه أولاً فأولاً لأن إعطاءه للمستحق أولى من إقراضه أو إيداعه.

تنبيه: يستثنى من القسمة عليهم المكاتب إذا حُجر عليه وعليه نجوم كتابة وأرض جناية ودين معاملة، فالأصح تقديم دين المعاملة ثم الأرض ثم النجوم. وإنما قدم دين المعاملة عليهما لأن لهما تعلقاً آخر بتقدير العجز عنهما، وهو الرقبة. وإنما قدم الأرض على النجوم لأنه مستقر والنجوم معرضة للسقوط، وتقدم أنه لا حجر بالنجوم؛ وهذا بخلاف المديون وغير المحجور عليه فإنه يقسم كيف شاء، وهو ظاهر بالنسبة لصحة التصرف. أما بالنسبة للجواز فينبغي كما قال السبكي: أنهم إذا استووا وطالبوا وحقوقهم على الفور أن تجب التسوية.

(ولا يكلفون) أي الغرماء عند القسمة (بينة) أو إخبار حاكم (بأن لا غريم غيرهم) لأن الحجر يشتهر، فلو كان ثم غريم لظهر. ويخالف نظيره في الميراث لأن الورثة أضبط من الغرماء، وهذه شهادة على نفي يعسر مدرکها فلا يلزم من اعتبارها في الأضبط اعتبارها في غيره. قال في الروضة: ولأن الغريم الموجود تيقناً استحقاقه لما يخصه وشككنا في مزاحمه، وهو بتقدير وجوده لا يخرج عن استحقاقه له في الذمة. ولا يتحتم مزاحمة الغريم لأنه لو أبرأ أو أعرض أخذ الآخر الجميع، والوارث بخلافه في جميع ذلك.

فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ شَارَكَ بِالْحِصَّةِ، وَقِيلَ: تَنْقُضُ الْقِسْمَةَ. وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ الْحَجْرِ مُسْتَحَقًّا وَالثَّمَنُ تَأْلَفَ فَكَذَيْنِ ظَهَرَ. وَإِنْ اسْتَحَقَّ شَيْءٌ بَاعَهُ الْحَاكِمُ قُدِّمَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ، وَفِي قَوْلِ يُحَاصُّ الْغُرَمَاءُ وَيُنْفَقُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَتَّى

تنبيه: لو قال المصنف: «ولا يكلفون الإثبات بأن لا غريم غيرهم» لكان أولى ليشمل ما زدته في كلامه.

(فلو قسم فظهر غريم) يجب إدخاله في القسمة؛ أي انكشف أمره. (شارك بالحصصة) ولم تنقض القسمة؛ لأن المقصود يحصل بذلك، فلو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين لأحدهما عشرون وللآخر عشرة. فأخذ الأول عشرة والآخر خمسة ثم ظهر غريم له ثلاثون، رجع على كل منهما بنصف ما أخذه. فإن أتلف أحدهما ما أخذه وكان معسراً جعل ما أخذه كالمعدوم وشارك من ظهر الآخر وكان ما أخذه كأنه كل المال، فلو كان المتلف أخذاً الخمسة استرد الحاكم من أخذ العشرة ثلاثة أخماسها لمن ظهر، ثم إذا أيسر المتلف أخذ منه الآخران نصف ما أخذه وقسماه بينهما بنسبة دينهما؛ وقيل على ذلك. واحترز بقوله: «ظهر» عما إذا حدث بعد القسمة فإنه لا يضارب إلا إذا كان سببه متقدماً، كما إذا أجر داراً وقبض أجرتها ثم انهدمت بعد القسمة فإنه يضارب على الصحيح.

(وقيل تنقض القسمة) كما لو اقتسمت الورثة ثم ظهر وارث آخر فإن القسمة تنقض على الأصح. وفترق الأول بأن حق الوارث في عين المال، بخلاف حق الغريم فإنه في قيمته وهو يحصل بالمشاركة. ولو ظهر الثالث وحصل للمفلس مال قديم أو حادث بعد الحجر صرف منه إليه بقسط ما أخذه الأولان، والفاضل يقسم على الثلاثة. نعم إن كان دينه حادثاً فلا مشاركة له في المال القديم، وتقدم أن الدين إذا تقدم سببه فكالقديم. ولو غاب غريم وعرف قدر حقه قسم عليه وإن لم يعرف، فإن أمكنت مراجعته وجب الإرسال إليه، وإن لم تمكن مراجعته ولا حضوره رجع في قدره إلى المفلس، فإن حضر وظهر له زيادة فهو كظهور غريم بعد القسمة. ولو تلف بيد الحاكم ما أفرزه للغائب بعد أخذ الحاضر حصته أو إفرازها، فعن القاضي أن الغائب لا يزاحم من قبض.

(ولو خرج شيء باعه) المفلس (قبل الحجر مستحقاً والثمن) المقبوض (تألف فكدين ظهر) سواء أتلف قبل الحجر أم بعده لثبوته قبل الحجر. وخرج بقوله: «والثمن تألف» ما إذا كان باقياً فإنه يرده. فإن قيل قوله: «فكدين ظهر» لا معنى للكاف بل هو دين ظهر حقيقة. أجيب بأن معناها «مثل» كما في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ﴾^(١)، فكانه قال: فمثل الدين اللازم دين ظهر من غير هذا الوجه، وحكمه ما سبق فيشارك المشتري الغرماء من غير نقض القسمة أو مع نقضها. والمراد بالمثل البديل ليشمل القيمة في المتقوم.

(وإن استحق شيء باعه الحاكم) أو أمينه والثمن المقبوض تألف، (قدم المشتري بالثمن) أي بمثله على باقي الغرماء لثلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس، فكان التقديم من مصالح الحجر كأجرة الكيال ونحوها من المؤن. (وفي قول يحاص الغرماء به) كسائر الديون لأنه دين في ذمة المفلس؛ ودفع بما مر. وليس الحاكم ولا أمينه طريقاً في الضمان لأنه نائب الشرع.

(وينفق) الحاكم من مال المفلس عليه و (على من عليه نفقته) من زوجة وقريب وأم ولد وخادم، (حتى

يُقَسَّم مَالُهُ إِلَّا أَنْ يَسْتَعْنِيَ بِكَسْبٍ. وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ أَسْتَحَاجَ إِلَى خَادِمٍ لِرِمَانَتِهِ وَمَنْصِبِهِ، وَيَتْرَكَ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيْقُ بِهِ،

يقسم ماله) لأنه مويسر ما لم يزل ملكه عنه؛ ومحله في الزوجة التي نكحها قبل الحجر، أما المنكوحة بعده فلا، بخلاف الولد المتجدد له. وفرق بينهما بعدم الاختيار في الولد بخلاف الزوجة. ولا فرق في المملوك بين القديم والحادث بعد الحجر لأنه مال وفيه نفع للفرماء. فإن قيل: لو أقر السفية بولد ثبت نسبه وأنفق عليه من بيت المال فهل كان المفلس كذلك! أجيب بأن إقرار السفية بالمال ربما يقتضيه لا يقبل، بخلاف إقرار المفلس فإنه يقبل على الصحيح؛ وغايته هنا أن يكون قد أقر بذن وإقراره به مقبول ويجب أدائه، فبالأولى وجوب الإنفاق لأنه وقع تبعاً؛ كثبت النسب تبعاً لثبوت الولادة بشهادة النسوة. فإن قيل: هل كان إقراره كتجديد الزوجة! أجيب بأن الإقرار به واجب بخلاف التزوج. فإن قيل: قد يكون الآخر واجباً بأن ظلمها في القسم وطلقها على القول بوجوبه كما سيأتي في بابه. أجيب بأنه يمكنه الخروج من ذلك بأن تسامحه من حقها ولا كذلك النسب، ولو اشترى أمة في ذمته بعد الحجر وأولدها وقلنا بنفوذ إيلاده، فالأوجه كما اقتضاء كلامهم أنه ينفق عليها، وفارقت الزوجة لقدرتها على الفسخ بخلاف أم الولد. وينفق على الزوجة نفقة المعسر على المعتمد الموافق لنص الشافعي، خلافاً للروائي من أنه ينفق نفقة الموسرين. وعمل بأنه لو أنفق نفقة المعسر لما أنفق على القريب. وزد بأن اليسار المعبر في نفقة الزوجة غير المعبر في نفقة القريب؛ لأن الموسر في نفقته من يفضل ماله عن قوته وقوت عياله، وفي نفقة الزوجة من يكون دخله أكثر من خرجه، وبأن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان بخلاف القريب فلا يلزم من انتفاء الأول انتفاء الثاني. واعلم أنهم ذكروا في ولي الصبي أنه لا ينفق على قريبه إلا بعد الطلب فليكن هنا مثله بل أولى لمزاحمة حق الفرماء.

تنبيه: لو عبر بـ «يمون» بدل «ينفق» لكان أولى ليشمل النفقة والكسوة والإسكان والإخدام وتكفين من مات منهم قبل القسمة؛ لأن ذلك كله عليه.

(إلا أن يستعني) المفلس (بكسب) لائق به، فلا ينفق الحاكم عليه ولا عليهم من ماله بل من كسبه، فإن لم يوف كمل من ماله أو فضل منه شيء أضيف إلى المال. أما غير اللائق فكالعدم كما صرحوا به في قسم الصدقات وسكتوا عنه هنا. ولو رضي بما لا يليق به وهو مباح لا يمنع منه، قال الأذرعى: وكفانا مؤنته. ولو امتنع من اللائق به، فقضية كلام المتن والمطلب أن ينفق من ماله لأنه صدق عليه أنه لم يستعن من كسبه، واختاره الإسنوي. وقضية كلام المتولي خلافه، واختاره السبكي. والأول أنسب بقاعدة الباب من أنه لا يؤمر بتحصيل ما ليس بحاصل، وهو أنسب من قول الولي العراقي من أنه لو فصل بين أن يتكرر ذلك منه ثلاث مرات فأكثر وبين أن يوجد منه مرة أو مرتين لم يبعد.

(ويباع مسكنه وخادمه) ومركوبه (في الأصح) المنصوص، (وإن احتاج إلى خادم) ومركوب (لزماته ومنصبه) لأن تحصيلهما بالكراء سهل، فإن تعذر فعلى المسلمين. والثاني: يبقيان للمحتاج إذا كانا لائقين به دون النفيسين. وهو مخرج من نصه في الكفارات أيضاً. وفرق الأول بأن حقوق الأدميين أضيق ولا بد لها. وتباع البسط والفرش، ويسامح في حصير ولين قليلي القيمة. (ويترك له دست ثوب يليق به) حال فلسه كما قاله الإمام إن كان في ماله، وإلا اشترى له لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى النفقة. فلو كان يلبس قبل الإفلاس فوق ما يليق بمثله رد إلى اللائق أو دون اللائق تقيراً لم يزد عليه.

وَهُوَ قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلٌ وَعِمَامَةٌ وَمِكَعَبٌ، وَيُزَادُ فِي الشَّتَاءِ جَبَّةٌ، وَيُتْرَكُ لَهُ قُوتٌ يَوْمَ الْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ أَوْ يُؤْجَرَ نَفْسُهُ لِبَقِيَّةِ الدِّينِ.

تنبيه: قال الإسنوي: الضمير في له عائد على لفظ من المذكور في النفقة، وحينئذ فيدخل فيه نفسه وعياله؛ ونقله الزركشي عن البغوي وغيره.

(وهو قميص وسراويل) ومنديل (وعمامة ومكعب) أي مَدَاس. (ويُزَادُ فِي الشَّتَاءِ جَبَّةً) محشوة أو ما في معناها كفروة؛ لأنه يحتاج إلى ذلك، ولا يؤخر غالباً. ويترك له أيضاً طِيلَسَانٌ وَخَفٌ وَدُرَاعَةٌ - بضم المهملة - يلبسها فوق القميص أو نحوها مما يليق إن لاقَ به ذلك لثلاً يحصل الإزدراء بمنصبه. وتزاد المرأة مِفْتَعَةٌ - وغيرها مما يليق بها. وسكتوا عما يلبس على الرأس تحت العمامة، قال الإسنوي: والذي يظهر إيجابه؛ وذكر نحوه الأذري، وهو ظاهر، ويقال لما تحتها القلنسوة، ومثلها تَكَّة اللباس.

تنبيه: قال العبادي: يترك للعالم كتبه؛ وتبعه ابن الأستاذ، وقال تفقهاً: يترك للجندي المرتزق خيله وسلاحه المحتاج إليهما، بخلاف المتطوع بالجهاد فإن وفاء الدين أولى له إلا أن يتعين عليه الجهاد ولا يجد غيرها. أما المصحف فيباع؛ قال السبكي: لأنه محفوظ فلا يحتاج إلى مراجعته، ويسهل السؤال عن الغلط من الحفظه بخلاف كتب العلم. قال صاحب التهذيب في الفتاوى: ويبيع - أي القاضي - آلات حرفته إن كان مجنوناً؛ ومفهومه أنها لا تباع إن كان عاقلاً، والأصح كما في الأنوار خلافه. وقال ابن سريج: يُترك له رأس مال يتجر فيه إن لم يحسن الكسب إلا به. قال الأذري: وأظن أن مراده اليسير كما قاله الدارمي، أما الكثير فلا إلا برضاهم.

(ويترك له قوت يوم القسمة) وسكناء كما في الوجيز، (لمن عليه نفقته) لأنه موسر في أوله بخلاف ما بعده. قال في المهمات: والمراد اليوم بلبسته كما صرح به البغوي في التهذيب، ونقله المصنف في تعليقه على المذهب وارتضاه اهـ. فإن قسم ليلاً يلحق به اليوم الذي بعده قياساً على الليلة، ويترك ما يجهز به من مات منهم ذلك اليوم أو قبله مقدماً به على الغرماء. هذا كله إذا كان بعض ماله خالياً عن تعلق حق لمعين، فإن تعلق بجميع ماله حق لمعين كالمرهون فلا يتفق عليه ولا على عياله منه.

(وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب أو يؤجر نفسه لبقية الدين) لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(١)، أمر بانتظاره ولم يأمر باكتسابه، ولقوله ﷺ في خبر معاذ: «لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»^(٢). ولا يلزمه ترك القصاص الواجب له بجناية عليه أو على غيره كرقيقه بالأرض؛ لأنه في معنى الكسب. نعم إن وجب الدين بسبب غصنى به كإتلاف مال الغير عمداً وجب عليه الإكتساب كما نقله الإسنوي عن ابن الصلاح، ثم قال: وهو واضح لأن التوبة من ذلك واجبة، وهي متوقفة في حقوق آدميين على الرد؛ بل نقل الغزالي في باب التوبة من الإحياء: أن من استطاع الحج ولم يحج حتى أفلس فعليه الخروج، فإن لم يقدر مع الإفلاس فعليه أن يكتسب من الحلال قدر الزاد، فإن لم يقدر فعليه أن يسأل الناس ليصرف إليه من الزكاة أو الصدقة ما يحج به، فإن مات

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

(٢) أخرجه الحاكم في «مستدركه» في كتاب: البيوع (الحديث: ٥٩/٢) وأخرجه الدارقطني في كتاب: الأقضية والأحكام، باب: في المرأة تقتل إذا ارتدت (الحديث: ٢٣١/٤) وذكره الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (الحديث: ٣٦/٤).

وَالْأَصَحُّ وَجُوبُ إِجَارَةِ أُمِّ وَلَدِهِ وَالْأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ. وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ مُعَسِّرٌ أَوْ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَرُوا فَإِنَّ لِرِمِّهِ الدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ كَثِيرَاءٍ أَوْ قَرْضٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ،

قبل الحج مات عاصياً. فهذا أبلغ مما نقل عن ابن الصلاح، فإن الحج من حقوق الله تعالى. والتحقيق كما قال شيخنا أن وجوب ذلك ليس لإيفاء الدين بل للخروج من المعصية، وليس الكلام فيه. فإن قيل: يجب الإكتساب في نفقة القريب مع أن الدين أقوى منها فإنها تسقط بمضي الزمان بخلافه، فهلاً كان ذلك مثلها! أجيب بأن قدر النفقة يسير والدين لا ينضب قدره، وأيضاً نفقة القريب فيها إحياء بعضه فلزومه الإكتساب له كما يلزمه الإكتساب لإحياء نفسه بخلاف الدين. قال ابن الرفعة: هذا كله في الحر، أما الرقيق المأذون له في التجارة إذا قسم ما بيده للغرماء وبقي عليه دين وقلنا يتعلق ذين التجارة بكسبه وهو الأصح لزمه أن يكتسب للفاضل اهـ. وفيه نظر. ولا يمكن المفلس من تفويت حاصل لمنافاته غرض الحجر، فليس له ولا لوارثه العفو عن المال الواجب بجناية لما فيه من تفويت الحاصل.

(والأصح وجوب إجارة أم ولده والأرض الموقوفة عليه) مثلاً لبقية الدين لأن منافعتها كالأعيان، ولهذا يضمنان بقوتها في يد الغاصب بخلاف منافع الحر فيصرف بدلها إلى الدين ويؤجران مرة بعد أخرى إلى البراءة، فإن المنافع لا نهاية لها. قال الرافعي: ومقتضى هذا إدامة الحجر إلى البراءة، وهو كالمستبعد. قال البلقيني: ليس هذا مقتضاه وإنما مقتضاه أحد أمرين: إما أن ينفك الحجر بالكلية، وإما أن ينفك بالنسبة إلى غير الموقوف والمستولدة ويبقى فيهما، وتبعه الإسنوي على ذلك. قال الزركشي: والمراد إذا كان يحصل منهما ما يزيد على قدر نفقته ونفقة من يمونه قبل قسمة المال فإنها يقدمان في المال الحاصل فالمنزل منزلته أولى اهـ. لكن إنما تقدم نفقته ونفقة من يمونه قبل قسمة المال. وقياسه أن يقال: ينفق عليه وعلى من يمونه من أجرة أم الولد والموقوف عليه أن يؤجر. والثاني: لا تجب؛ لأن المنفعة لا تعد مالا حاصلاً. قال الأذري: والظاهر أن الموصى بمنفعته له كالمستولدة والموقوف. قال في الروضة: وأفتى الغزالي بأنه يجبر على إجارة الموقوف، أي بأجرة معجلة، ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لا يتغابن به الناس في غرض قضاء الدين والتخلص من المطالبة اهـ. ومثله المستولدة، ومحله في الوقف إذا لم يكن شرط الوقف في إجارته شرطاً فإن شرط شيئاً اتبع؛ قاله القاضي أبو بكر الشاشي في فتاويه.

تنبيه: لو قال المصنف: «والموقوف عليه» لكان أخصر وأشمل.

(وإذا ادعى) المدين (أنه معسر، أو قسم ماله بين غرمائه وزعم أنه لا يملك غيره وأنكروا) ما زعمه (فإن لزمه الدين في معاملة مال كسراء أو قرض فعلية البينة) بإعساره في الصورة الأولى، وبأنه لا يملك غيره في الثانية؛ لأن الأصل بقاء ما وقعت عليه المعاملة. وقضية التوجيه المذكور أن المراد بالمال ما يبقى، أما ما لا يبقى كاللحم فالظاهر أنه كالتقسيم الآتي.

تنبيه: قضية كلامه أن الإعسار لا يثبت باليمين المردودة؛ وليس مراداً فإنه لو ادعى على غريمه علمه بإفلاسه أو تلف ماله حلف على نفيه، فإن نكل حلف وثبت إفلاسه. وقضيته أيضاً أنه لا يكفي علم القاضي بإعساره، وبه صرح الإمام، قال: لأنه ظن لا علم. لكن ذكر الشيخان في الكلام على القضاء بالعلم هو الظن المؤكد لا مدلوله الحقيقي، وقضيته أنه يقتضي به هنا وهو الظاهر.

وَالْأَقْصَدُ بَيِّنُهُ فِي الْأَصَحِّ، وَتَقْبَلُ بَيِّنَةُ الْإِعْسَارِ فِي الْحَالِ. وَشَرَطُ شَاهِدٍ خَبْرُهُ بَاطِنُهُ، وَلَيْقُلْ هُوَ مُعْسِرٌ، وَلَا يَمَحُضُ النَّفْيُ كَقَوْلِهِ: لَا يَمْلِكُ شَيْئاً،

(وإلاً) بأن لزمه الدين لا في معاملة مال، (فيصدق بيمينه في الأصح) سواء لزمه باختياره كضمان وصداد أم بغير اختياره كأرش جنائية وغرامة متلف؛ لأن الأصل العدم. وهذا التعليل يدل على أن صورة المسألة فيمن لم يعرف له مال قبل ذلك، ولذا قال في التنبيه: فإن كان قد عُرف له مال قبل ذلك حُبس إلى أن يقيم البيينة على إعساره. والثاني: لا يصدق إلاً بيينة؛ لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئاً؛ وكذا علَّله الرافعي، واعترضه في الكفاية بأن هذا التعليل لا يستقيم فيما إذا قسم ماله؛ لأن مقتضى الظاهر قد تحقق وعمل به. والثالث: إن لزمه الدين باختياره لم يصدق إلاً بيينة، أو بغير اختياره صدق بيمينه. والفرق أن الظاهر أنه لا يشغل ذمته باختياره بما لا يقدر عليه. ومحل التفصيل المذكور ما إذا لم يسبق منه إقرار بالملاءة، فلو أقر بها ثم ادَّعى الإعسار ففي فتاوى القفال: لا يقبل قوله إلاً أن يقيم بيينة بذهاب ماله.

فرع: لو حلف أن يوفي زيداً دينه في وقت كذا ثم ادَّعى الإعسار قبل الأجل عدم الحنث إلاً أن يعرف له مال كذا، أجابني به شيخي. وهي مسألة كثيرة الوقوع.

(وتقبل بيينة الإعسار) وإن تعلقت بالنفي لمكان الحاجة، كالبيينة على أن لا وارث سوى هؤلاء. (في الحال) قياساً على غيرها. (وشروط شاهد) ليقبل وهو اثنان، (خبره باطنه) أي المعسر لطول جوار، أو مخالطة ونحوها فإن المال يخفى فلا يجوز الاعتماد على ظاهر الحال. فإن عرف القاضي أن الشاهد بهذه الصفة فذاك وإلاً فله اعتماد قوله إنه بها، كذا نقله عن الإمام وهو صريح بنقل ذلك عن الأئمة. وذكر الشيخان في الكلام على التزكية أن القاضي لا بد أن يعرف أن المزكي من أهل الخبرة، أو أن يعرف من عدالته أنه لا يزكي إلاً بعد وجودها. قال الإسنوي: وينبغي أن يكون هذا مثله اهـ. وهو ظاهر. هذا في الشاهد بالإعسار، أما الشاهد بالتلف فلا يشترط فيه الخبرة الباطنة، وحينئذ فيصدق بيمينه في إعساره.

(وليلق) أي شاهد الإعسار وهو اثنان كما مر. (هو معسر، ولا يمحض النفي كقوله لا يملك شيئاً) لأنه لا يمكنه الاطلاع عليه بل يجمع بين نفي وإثبات فيقول كما قال الشيخان: هو معسر لا يملك إلاً قوت يومه وثياب بدنه. قال البليني: وهذا غير صحيح لأنه قد يكون مالكاً لغير ذلك وهو معسر، كأن يكون له مال غائب بمسافة القصر فأكثر ولأن قوت يومه قد يستغنى عنه بالكسب، وثياب بدنه قد تزيد على ما يليق به، فيصير موسراً بذلك؛ فالطريق أن يشهد أنه معسر عاجز العجز الشرعي عن وفاء شيء من هذا الدين أو ما في معنى ذلك اهـ. وهو حسن. وأفاد التعبير بالشاهدين أنه لا يكفي رجل وامرأتان ولا رجل ويمين، وأنه لا يشترط ثلاثة. وأما قوله ﷺ فيما رواه مسلم^(١) لمن ذكر له أن جاثحة أصابت ماله وسأله أن يعطيه من الصدقة حتى يشهد ثلاثة من ذوي الجحجاجة من قومه؛ فمحمول على الاحتياط. وسكوت المصنف عن تحليفه مع بيينة الإعسار يشعر بأنه لا حاجة إليه؛ وليس مراداً، بل يجب تحليفه على إعساره باستدعاء الخصم لجواز أن يكون له مال في الباطن. ولو كان الحق لممحجور عليه أو غائب أو جهة عامة لم يتوقف التحليف على الطلب، وإنما يحلف بعد إقامة البيينة كما قاله القفال. ولا يحلف من أقام البيينة على إتلاف ماله بلا خلاف لأن فيه تكذيب البيينة. وله تحليف الغرماء أنهم لا يعرفون إعساره إذا ادَّعاه عليهم، فإن نكلوا حلف وثبت إعساره كما مر، وإن حلفوا حُبس، فإن ادَّعى

(١) أخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح (الحديث: ٣٩٥٢).

وَإِذَا ثَبِتَ إِعْسَارُهُ لَمْ يَجْزُ حَبْسُهُ وَلَا مُلَازِمَتُهُ بَلْ يُمْهَلُ حَتَّى يُوسَرَ.

ثانياً وثالثاً وهكذا أنه بان لهم إعساره حلفوا حتى يظهر للحاكم أن قصده الإيذاء، ولو ثبت إعساره فادعوا بعد أيام أنه استفاد مالا وبينوا الجهة التي استفاد منها فلهم بحليفه إلا أن يظهر منهم قصد الإيذاء. وإذا شهد على مفلس بالغني فلا بد من بيان سببه لأن الإعدام لما لم يثبت إلا من أهل الخبرة كذلك الغني؛ قاله القفال في فتاويه. ولو وجد في يد المعسر مالا فأقر به لشخص وصدقه أخذه منه ولا حق فيه للغرماء. ولا يحلف المعسر أنه ما واطأ المقر له على الإقرار؛ لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل، وإن كذبه المقر له أخذه الغرماء ولا يلتفت إلى إقراره به لآخر لظهور كذبه في صرفه عنه، وإن أقر به لغائب انتظر قدومه فإن صدقه أخذه وإلا أخذه الغرماء. ولو أقر به لمجهول لم يقبل منه كما اقتضاه كلامهم، وصرح به الروياني وغيره. والظاهر كما قال الأذري أن الصبي ونحوه كالغائب. نعم إن صدقه الولي فلا انتظار. ولو تعارض بينتا إعسار وملاءة كلما شهدت إحداهما جاءت الأخرى فشهدت بأنه في الحال على خلاف ما شهدت به، فهل يقبل ذلك أبداً ويعمل بالمتأخر؟ أفتى ابن الصلاح بأنه يعمل بالمتأخر منهما وإن تكررت إذا لم ينشأ من تكرارها ريبة؛ ولا تكاد بينة الإعسار تخلو عن ريبة إذا تكررت.

(وإذا ثبت إعساره) عند القاضي (لم يجز حبسه ولا ملازمته بل يمهل حتى يوسر) للآية السابقة، بخلاف من لم يثبت إعساره فيجوز حبسه وملازمته. نعم الأصل ذكره كان أو غيره وإن علا لا يحبس بدين الولد كذلك وإن سفل ولو صغيراً أو زمنأ لأنه عقوبة. ولا يعاقب الولد بالولد، ولا فرق بين دين النفقة وغيرها. وكذا لا يحبس المكاتب بالنجوم ولا المستأجر عينه وتعدّر عمله في الحبس تقدماً لحق المستأجر كالمرتن، فإن خيف هربه استوثق عليه القاضي على حسب ما يراه؛ ولأن العمل مقصود بالاستحقاق في نفسه بخلاف الحبس ليس مقصوداً في نفسه بل يتوصل به إلى غيره؛ ذكره في الروضة في باب الإجارة عن فتاوى الغزالي وأقره. قال السبكي: وعلى قياسه لو استعدى على من استؤجر عينه وكان حضوره للتحاكم يعطل حق المستأجر ينبغي أن لا يحضر، ولا يعترض باتفاق الأصحاب على إحضار المرأة البزرة وحبسها وإن كانت مزوجة لأن للإجارة أمداً ينتظر. ويؤخذ مما قاله أنا الموصي بمنفعته كالمستأجر إن أوصى بها مدة معينة وإلا فكالزوجة.

فروع: لا يحبس المريض ولا المخدرة ولا ابن السبيل بل يوكل بهم، ولا الصبي ولا المجنون ولا أبو الطفل والوكيل والقيم في دين لم يجب بمعاملتهم، وتحبس الأمناء في دين وجب بمعاملتهم. ولا يحبس العبد الجاني ولا سيده ليؤدي أو يبيع، بل يباع عليه إذا وجد راغب وامتنع من البيع والفداء، وعلى الموسر الأداء فوراً بحسب الإمكان إن طوّل لقوله ﷺ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ»^(١) إذ لا يقال مطله إلا إذا طالبه فدافعه. فإن امتنع أمره الحاكم به. فإن امتنع وله مال ظاهر وهو من جنس الدين وفي منه، أو من غيره باع الحاكم عليه ماله وإن كان المال في غير محل ولايته كما صرح به القاضي والقمولي أو أكرهه مع التعزير بحبس أو غيره على البيع، أما قبل

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الحوالة، باب: الحوالة (الحديث: ٢٢٨٧) وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: تحريم مطل الغني وصحة الحوالة (الحديث: ٣٩٧٨) وأخرجه أبو داود في كتاب: البيوع، باب: في المطل (الحديث: ٣٣٤٥) وأخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في مطل الغني أنه ظلم (الحديث: ١٣٠٨) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الصدقات، باب: الحوالة (الحديث: ٢٤٠٤) وأخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ٧١/٢) (الحديث: ٢٦٠/٢) وأخرجه البيهقي في كتاب: الحوالة، باب: من أحيل على حلى فليتبع (الحديث: ٧٠/٦) وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (الحديث: ٧٩/٧) وأخرجه البغوي في «شرح السنة» (الحديث: ٢١٠/٨) وذكره التبريزي في «مشكاة المصابيح» (الحديث: ٢٩٠٧).

وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنِ بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ يُوَكَّلُ الْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ حَالِهِ، فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ
إِعْسَارُهُ شَهِدَ بِهِ.

٢ - فصل: في رجوع المعامل للمفلس

مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلْسِ فَلَهُ فَسْخُ النَّبْعِ وَأَسْتِزْدَادُ الْمَبِيعِ؛

المطالبة فلا يجب الأداء وإن كان سبب الدين معصية. ولا ينافيه الوجوب في هذه الحالة للخروج من المعصية؛ لأن الكلام في الوجوب للحلول. ولو التمس غريم الممتنع من الأداء الحجر عليه في ماله أوجب لثلاً يتلف ماله، فإن أخفاه وهو معلوم وطلب غريمه حبسه حُسْ وحُجِرَ عليه أولاً حتى يظهره، فإن لم ينزجر بالحبس ورأى الحاكم ضربه أو غيره فعل ذلك وإن زاد مجموعته على الحد، ولا يعززه ثانياً حتى يبرأ من الأول. ولصاحب الدين الحال ولو ذمياً منع المديون الموسر بالطلب من السفر المخوف وغيره بأن يشغله عنه برفعه إلى الحاكم ومطالبته حتى يوفيه دينه؛ لأن أدائه فرض عين بخلاف السفر. نعم إن استتاب من يوفيه من مال الحاضر فليس له منعه؛ أما صاحب المؤجل فليس له منعه من السفر، ولو كان مخوفاً كجهاد أو الأجل قريباً إذ لا مطالبة به في الحال. ولا يكلف من عليه المؤجل رهناً ولا كفيلاً ولا إسهاداً لأن صاحبه هو المقصر حيث رضي بالتأجيل من غير رهن وكفيل، وله السفر صحبتته ليطالبه عند حلوله بشرط أن لا يلازمه ملازمة الرقيب؛ لأن فيه إضراراً به.

(والغريب العاجز عن بيينة الإعسار يوكل القاضي به) وجوباً، (من يبحث) أي اثنان يبحثان بقدر الطاقة، (عن حاله، فإذا غلب على ظنه إعساره شهد به) لثلاً يخلد في الحبس. وظاهر كلام المصنف أنه لا يُحبس بل يوكل به في الإبتداء؛ وكلام الشرح والروضة في فصل التزكية يقتضيه، لكن ظاهر كلامهما هنا أنه يفعل ذلك معه وهو في الحبس؛ ويدل لهذا التعليل المذكور. ولا يَأْثُمُ المحبوس المُعسر بترك الجمعة لأنه معذور، وللقاضي منع المحبوس منها إن اقتضته المصلحة، ومن الاستمتاع بالزوجة ومحادثة الأصدقاء لا من دخولها لحاجة كحمل طعام؛ وله منعه من شَمِّ الرياحين للترقة إلا لحاجة كمرض لا منعه من عمل صنعة في الحبس، وإن كان مماطلاً. ونفقته واجبة على نفسه، وعليه أجرة الحبس لأنها أجرة المكان. ولو حُبِسَتْ امرأة في دين قال ابن المقري تبعاً لأصله: لم يأذن فيه الزوج، سقطت نفقتها مدة الحبس ولو ثبت الدين ببينة كما لو وطئت بشبهة واعتذرت فإنها تسقط وإن كانت معذورة. ومفهوم ذلك أنه لو أذن لها في الاستدانة لم تسقط نفقتها؛ والأوجه كما قال شيخنا تبعاً للأذرعى أنها لا نفقة لها، كما لو أذن لها في الحج ولم يخرج معها فإنه لا نفقة لها. ولو لزمه حق آخر حُبِسَ بهما ولم يطلق بقضاء أحدهما دون الآخر. ويخرج المحبوس من الحبس لسماع الدعوى عليه، ويخرج المجنون من الحبس مطلقاً والمريض إن لم يجد ممرضاً فإن وجده فلا، وإن كان لا يحبس ابتداء. ومن ثبت إعساره أخرج ولو بغير إذن الغريم لزوال المقتضى.

فصل: في رجوع المعامل للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه: (من باع ولم يقبض الثمن حتى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلْسِ) أي بسبب إفلاسه والمبيع باقٍ عنده بالشروط الآتية. (فله) أي البائع (فسخ البيع واسترداد المبيع) لحديث الصحيحين: «مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِمِيزَانِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»^(١)؛ وكون

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الاستقراض، باب: إذا وجد ماله عند مفلس (الحديث: ٢٤٠٢) وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: من أدرك ما باعه عند المشتري (الحديث: ٣٩٦٣).

وَالْأَصَحُّ أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى الْقَوْرِ، وَأَنَّهُ لَا يَخْصُلُ الْفَسْخُ بِالْوَطْءِ وَالْإِعْتَاقِ وَالْبَيْعِ. وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي سَائِرِ الْمَعَاوِضَاتِ كَالْبَيْعِ، وَلَهُ شُرُوطٌ: مِنْهَا كَوْنُ الثَّمَنِ حَالاً،

الثمن غير مقبوض يحتاج إلى إضماره في الحديث؛ وقول الراوي فيه: «عند رجل أو إنسان» شك منه. ولا يحتاج في الفسخ إلى حكم حاكم بل يفسخه بنفسه على الأصح، ولو حكم حاكم بمنع الفسخ لم ينقض كما صححه المصنف، وإن قال الإصطخري بنقضه. ولو وقع البيع ممن يلزمه التصرف بالبيعة كأن يكون مكاناً أو ولياً، والبيعة في الفسخ وجب عليه في ذلك. أما من أفلس ولم يُحجر عليه أو حُجر عليه للسفه فلا رجوع كما أفهمه كلامه، وأفهم أيضاً امتناع الفسخ بالبيع الواقع في حال الحجر؛ أي لغير الجاهل كما مر.

تنبيه: قوله: «ولم يقبض الثمن» المراد لم يقبض منه شيئاً، بدليل قوله: «واسترداد المبيع». أما إذا قبض بعض الثمن فسيذكره بعد. وقوله: «واسترداد المبيع» قد يوهم منع استرداد بعضه، وليس مردداً لأنه مصلحة للغرماء كما يرجع الوالد في بعض ما وهبه لولده بخلاف الرذ العيب لأنه يضر بالبائع وملك المفلس مبيع كله. وقيد الأذرع الرجوع بما إذا لم يحصل به ضرر بالتشقيص على الغرماء. وقال السبكي: لا يلتفت إلى ذلك. واقتصر عليه شيخنا في شرح الروض وهو المعتمد.

(والأصح أن خياره) أي الفسخ (على الفور) خيار العيب بجامع دفع الضرر. والثاني: كخيار الرجوع في الهبة للولد. وفرق الأول بحصول الضرر هنا بخلاف ذلك. وعلى الأول لو ادعى الجهل بالفورية كان كالرذ بالعيب بل أولى؛ لأن هذا يخفى على غالب الناس بخلاف ذلك. (و) الأصح (أنه لا يحصل الفسخ بالوطء) للأمة (والإعتاق) للرقيق (والبيع) والهبة ونحو ذلك، وتلغو هذه التصرفات كما لا يحصل بها في الهبة للولد. والثاني: يحصل كالبائع في زمن الخيار. وفرق الأول بأن ملك المشتري ثم ليس بمستقر فجاز الفسخ بما ذكر بخلاف مسألتنا. ومحل الخلاف إذا نوى بالوطء الفسخ وقلنا هذا الفسخ لا يفتقر إلى حاكم كما مر، وإلا فلا يحصل به قطعاً. ويحصل الفسخ بـ «فسخت البيع» و «نقضته» و «رفعته»، وكذا بقوله: «رددت الثمن» أو «فسخت البيع فيه» في الأصح.

(وله الرجوع) في عين ماله الفسخ (في سائر المعاوِضات) التي (كالبيع) وهي المحضة، كالإجارة والقرض والسلم لعموم الحديث السابق، فإذا أجره داراً بأجرة حالة لم يقبضها حتى حجر عليه فله الرجوع في الدار بالفسخ تنزيلاً للمنفعة منزلة العين في البيع، أو سلمه الدراهم قرضاً أو رأس مال سلم حال أو مؤجل فحل. ثم حجر عليه والدراهم باقية بالشروط الآتية فله الرجوع فيها بالفسخ. وخرج بالمعوضة غيرها كالهبة، وبالمحضه غيرها كالنكاح، والصالح عن دم العمد لأنها ليست في معنى المنصوص عليه لانتفاء العوض في الهبة ونحوها ولتعدد استيفائه في البقية. وأما فسخ الزوجة بإعسار زوجها بالمهر أو النفقة كما سيأتي في بابها فلا يختص بالحجر.

(وله) أي للرجوع في البيع، (شروط: منها كون الثمن حالاً) عند الرجوع فلا يصح رجوع حال وجود الأجل؛ لأن المؤجل لا يطالب به. ومن هذا يؤخذ أن الإجارة المستحق فيها أجرة كل شهر عند مضيته أنه لا فسخ فيها لأنه لا يتأتى الفسخ قبل مضي الشهر لعدم الحلول ولا بعده لفوات المنفعة فهو كتلف المبيع؛ نبه عليه ابن الصلاح في فتاويه. نعم لو أجر شيئاً بأجرة بعضها حال وبعضها مؤجل فالظاهر كما قال شيخنا أنه يفسخ في الحال بالقسط.

وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالْإِفْلَاسِ فَلَوْ أَمْتَنَعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ مَعَ يَسَارِهِ أَوْ هَرَبَ فَلَا فَسْخَ فِي الْأَصَحِّ .
وَلَوْ قَالَ الْغَرَمَاءُ لَا تَفْسُخْ وَتَقَدَّمْكَ بِالثَّمَنِ فَلَهُ الْفُسْخُ ،

تنبيه: يندرج في كلام المصنف ما لو وقع الشراء بالحال، وما لو اشترى بمؤجل وحل قبل الحَجَر؛ وهو الأصح، وما لو حل بعده، وهو الأصح في الشرح الصغير، وقال في زيادة الروضة: إنه الأصح في الوجيز وسكت عليه؛ ولا ترجيح في الكبير.

(و) منها (أن يتعذر حصوله) أي الثمن (بالإفلاس) أي بسببه . (فلو) انتفى الإفلاس و (امتنع من دفع الثمن مع يساره أو هرب) عطف على امتنع، أو مات مليئاً وامتنع الوارث من التسليم؛ (فلا فسخ في الأصح) لأن التوصل إلى إخله بالحاكم ممكن، فإن فُرِضَ عَجْزُ فَنَادِرٍ لَا عِبْرَةَ بِهِ . والثاني: يثبت لتعذر الوصول إليه حالاً وتوقعه مآلاً، فأشبهه المفلس . واحتراز أيضاً بالإفلاس عما إذا تعذر حصوله بانقطاع جنس الثمن لأن له الإعتياض عنه؛ واستشكله الإسني بأن المعقود عليه إذا فات جاز الفسخ لفوات المقصود منه؛ وقد جزم به الرافي في فوات المبيع، وذكر أيضاً أن إتلاف الثمن المعين كإتلاف المبيع حتى يقتضي التخيير، وإذا جاز الفسخ لفوات عينه مع إمكان الرجوع إلى جنسه ونوعه لفوات الجنس أولى . وأجيب بأن الملك ههنا قويّ إذ العوض في الذمة فبعد الفسخ، وهناك الملك ضعيف لأن صورة المسألة أن المعقود عليه معين، وأنه فات بإتلاف الأجنبي قبل القبض فساغ الفسخ؛ بل فيها قول أن العقد يفسخ كالتلف بأقّة سماوية.

تنبيه: يفهم كلامه أنه لو كان بالثمن ضامنٌ مقرّ مليء لم يرجع؛ وهو كذلك، ولو كان الضمان بلا إذن كما رجحه ابن المقري لإمكان الوصول إلى الثمن من الضامن فلم يحصل التعذر بالإفلاس . فلو كان جاحداً ولا بينة أو معسراً رجع لتعذر الثمن بالإفلاس، وكذا لا يرجع لو كان به رهن يفي به ولو مستعاراً لما مرّ، فإن لم يف به فله الرجوع فيما يقابل ما بقي له .

(ولو قال الغرماء) أي غرماء المفلس، أو قال وارثه لمن له حق الفسخ: (لا تفسخ ونقدمك بالثمن فله الفسخ) لما في التقديم من المنة وخوف ظهور غريم آخر؛ وقيل: ليس له الفسخ .

تنبيه: وقع في الروضة آخر الباب أنه لو قال الغرماء للقصار: «خذ أجرتك ودعنا نكن شركاء صاحب الثوب» أجبر على الأصح، كالبائع إذا قدمه الغرماء بالثمن . واختلف الناس في هذا التنبيه، فقال بعضهم: وهم وقع في نسخة سقيمة من الشرح وهو في غيرها على الصواب؛ والأوّل أن يقال إنه تفريع على الوجه القائل بعدم الفسخ . ومحلّ الخلاف إذا قدمه من مال المفلس فإن قدمه من مال أنفسهم فله الفسخ قطعاً . ولو مات المشتري مفلساً وقال الوارث: «لَا تَفْسُخْ وَأَقْدَمْكَ مِنَ التَّرَكَةِ» فكالغرماء، أو: «من مالي» فوجهان، والأقرب إجابته كما جزم به ابن المقري لأن التركة مال المورث فأشبهه فك المرهون، ولأن الوارث خليفة المورث فله تخليص المبيع . ولو تبرّع بالثمن أحد الغرماء أو كلهم أو أجبي كان له الفسخ لما في ذلك من المنة وإسقاط حقّه، فإن أجاب المتبرع ثم ظهر غريم آخر لم يزاحمه فيما أخذه لأنه في وجه لا يدخل في ملك المفلس وفي وجه يدخل فيه لكن ضمناً، وحقوق الغرماء إنما تتعلق بما دخل ملكه أصالةً، أما لو أجاب غير المتبرع فللذي ظهر أن يزاحمه . ثم إن كانت العين باقية لم يرجع فيما يقابل ما رُوحم به في أحد احتمالين يظهر ترجيحه؛ لأنه مقصر حيث أخر حق الرجوع مع احتمال ظهور غريم يزاحمه .

وَكُونُ الْمَبِيعِ بَاقِيًا فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي، فَلَوْ فَاتَ أَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ فَلَا رُجُوعَ. وَلَا يَمْنَعُ التَّرْوِيجُ.

(و) منها (كون المبيع) أو نحوه (باقياً في ملك-المشتري) للخبر السابق. (فلو فات) ملكه عنه حساً كالموت أو حكماً كالعتق والوقف والبيع والهبة، (أو كاتب العبد) أو الأمانة كتابة صحيحة؛ (فلا رجوع) لخروجه عن ملكه في الفوات، وفي الكتابة هو كالخارج عن ملكه. وليس للبائع فسخ هذه التصرفات بخلاف الشفيع؛ لأن حق الشفعة كان ثابتاً حين تصرف المشتري، لأنه يثبت بنفس البيع وحق الرجوع لم يكن ثابتاً حين تصرف، لأنه إنما يثبت بالإفلاس والحجر.

تنبيه: قد يفهم كلامه أنه لو زال ملكه ثم عاد لا رجوع، وهو الأصح في زيادة الروضة كما هو المصنّح في الهبة للولد، وإن صحّح في الشرح الصغير الرجوع، وأشعر برجحانه كلام الكبير، وقال الإسني: إنه الأصح. وعلى هذا لو عاد الملك بعوض ولم يوف الثمن إلى بائعه الثاني فهل الأول أولى لسبق حقه أو الثاني لقرب حقه أو يشتركان ويضارب كل بنصف الثمن إن تساوى الثمنان؟ فيه أوجه في الشرحين والروضة بلا ترجيح، رجح منها ابن الرفعة الثاني، وبه قطع الماوردي وابن كنج وغيرهما. والاستيلاء كالكتابة كما في الروضة وأصلها، ووقع في فتاوى المصنف أنه يرجع؛ ولعله غلط من ناقله عنه فإنه قال في التصحيح: إنه لا خلاف في عدم الرجوع في الاستيلاء. ومنها أن لا يتعلق بالمبيع حق لازم، كرهن وجناية توجب مالاً معلقاً بالرقبة، فلو زال التعلق جاز الرجوع، وكذا لو عجز المكاتب؛ فلو قال البائع للمرتهن: «أنا أدفع إليك حَقَّك وأخذ عين مالي» فهل يجبر المرتهن أو لا؟ وجهان. قال الأذري: ويجب طردهما في المجني عليه؛ وقياس المذهب ترجيح المنع. ولو أقرضه المشتري لغيره وأقبضه إياه ثم حجر عليه أو باعه وحجر عليه في زمن الخيار، قال الماوردي: فللبائع الرجوع فيه كالمشتري. قال البلقيني: ويتخرج عليه ما لو وهب المشتري المتاع لولده وأقبضه له ثم أفلس فللبائع الرجوع فيه كالواهب له. قال: ويلزم على ما قاله الماوردي أنه لو باع المشتري لآخر ثم أفلس وحجر عليهما كان للبائع الأول الرجوع ولا بُغْد في التزامه اهـ. هذا والمعتمد كما قاله شيخنا أنه لا رجوع في القرض ولا في الهبة لولده لأنه زال عن ملكه فهو داخل في كلام الأصحاب. وأما البيع بشرط الخيار، فإن كان للمشتري فكذلك لما ذكر وإلا فله الرجوع لعدم خروجه عن ملكه، وكذا لا رجوع لو كان العوض صيداً فأحرم البائع لأنه ليس أهلاً لملكه حينئذ. وعبرة المصنف في التصحيح: «لم يرجع ما دام محرماً»، وهو يقتضي أن له الرجوع إذا حلّ من إحرامه. وقال البلقيني: إنه قياس الفقه. قال الأذري: ولو كان المبيع كافراً فأسلم بيد المشتري والبائع كافراً رجع على الأصح، وبه جزم المحاملي وغيره كما في الردّ بالعين لما في المنع منه في الضرر بخلاف المشتري اهـ. فإن قيل: هلاً كان الحكم في الصيد كذلك! أجيب بقرب زوال المانع في تلك بخلاف هذه، وبأن العبد المسلم يدخل في ملك الكافر ولا يزول بنفسه قطعاً، بخلاف الصيد مع المحرم؛ فلا فائدة في الرجوع.

(ولا يمنع) الرجوع (الترويج) ولا التدبير ولا تعليق العتق ولا الإجارة بناءً على جواز بيع المؤجر؛ وهو الأصح، فيأخذه مسلوب المنفعة إن شاء، ولا يرجع بأجرة المثل لما بقي من المدة كما يفهمه كلام ابن الرفعة، وإن شاء ضارب.

تنبيه: قد عُلِمَ مما تقرر أن شروط الرجوع تسعة: الأول: كونه في المعاوضة المحضة كالبيع، الثاني: أن يرجع عقب العلم بالحجر. الثالث: أن يكون رجوعه بقوله: «فسخت البيع» ونحوه مما مرّ. الرابع: أن يكون عوضه غير مقبوض، فإن كان قبض شيئاً منه ثبت الرجوع فيما يقابل الباقي. الخامس: أن يكون عدم استيفاء

وَلَوْ تَعَيَّبَ بِأَقْبَى أَخْذَهُ نَاقِصاً، أَوْ ضَارَبَ بِالثَّمَنِ أَوْ بِجَنَائَةِ أَجْنَبِيٍّ أَوْ الْبَائِعِ فَلَهُ أَخْذُهُ، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ الْقِيَمَةِ، وَجَنَائَةِ الْمُشْتَرِي كَأَقْبَى فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ تَلَفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ أَفْلَسَ أَخَذَ الْبَاقِي وَضَارَبَ بِحِصَّةِ الثَّالِفِ، فَلَوْ كَانَ قَبْضُ بَعْضِ الثَّمَنِ رَجَعَ فِي الْجَدِيدِ، فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيَمَتُهُمَا وَقَبْضُ نِصْفِ الثَّمَنِ أَخَذَ الْبَاقِي بَبَاقِي الثَّمَنِ، وَفِي قَوْلٍ يَأْخُذُ نِصْفَهُ يَنْصُفُ بَاقِي الثَّمَنِ وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ.

العوض لأجل الإفلاس. السادس: كون العوض ديناً، فإن كان عيناً قدم بها على الغرماء. السابع: حلول الدين. الثامن: كونه باقياً في ملك المفلس. التاسع: أن لا يتعلق به حق لازم؛ كرهن. ولو كان المبيع شقصاً مشفوعاً ولم يعلم الشفيع بالبيع حتى أفلس مشتري الشقص وحجر عليه أخذه الشفيع لا البائع لسبق حقه، وثمنه للغرماء كلهم يقسم بينهم بنسبة ديونهم.

(ولو تعيَّب) المبيع بأن حصل فيه نقص لا يُفرد بعقد، (بأقْبَى) سماوية، سواء أكان النقص حسياً كسقوط يدام لا كئسيان حرفة. (أخذه) البائع (ناقصاً، أو ضارب) الغرماء (بالثمن) كما لو تعيَّب المبيع قبل قبضه فإنَّ للمشتري أخذه ناقصاً أو تركه، وكالأب إذا رجع في الموهوب لولده وقد نقص؛ وهذا مستثنى من قاعدة ما ضمن كله ضمن بعضه. ومن ذلك الشاة المعجلة في الزكاة إذا وجدها تالفةً يضمنها أو ناقصة يأخذها بلا أرش؛ وعَلَّلُوهُ بأنه نقص حدث في ملكه فلا يضمنه كالمفلس. وقد يضمن البعض ولا يضمن الكل، وذلك فيما إذا جنى على مكاتبه فإنه إن قتله لم يضمنه وإن قطع عضوه ضمنه.

(أو بجَنَائَةِ أَجْنَبِيٍّ) تضمن جنائته، (أو البائع) بعد القبض (فله أخذه، ويضارب من ثمنه بنسبه نقص القيمة) وإن كان للجناية أرض مقدر، فإذا كان قيمة الرقيق مثلاً مع قطع اليدين مائة ويدونه مائتين فيأخذه ويضارب بنصف الثمن. أما الأجنبي الذي لا تضمن جنائته كالحربي فجنايته كالأقْبَى، وكذا البائع قبل القبض. (وجناية المشتري) فيها طريقتان: أصحهما أنها كجناية البائع على المبيع قبل القبض، وفيها وجهان: أحدهما أنها (كأَقْبَى فِي الْأَصَحِّ) والثاني أنها كجناية الأجنبي. والطريق الثاني: القطع بالثاني، فكان الأولى التعبير بالمذهب.

(ولو تلف) ما يفرد بعقد، كأن تلف (أحد العبدَيْن) أو الثوبين (ثم أفلس) وحجر عليه ولم يقبض البائع شيئاً من الثمن؛ (أخذ الباقي وضارب بحصة التالف) لأنه ثبت له الرجوع في كل منهما؛ بل لو كانا باقيين وأراد الرجوع في أحدهما مَكَّنَ من ذلك كما مرَّت الإشارة إليه.

تنبيه: قوله: «ثم أفلس» غير قيد، فلو تلف أحدهما بعد فلسه كان الحكم كذلك.

(فلو كان قبض بعض الثمن رجوع في الجديد) على ما يأتي بيانه؛ لأن الإفلاس سبب يعود به كل العين، فجاز أن يعود به، بعضها كالفرقة في النكاح قبل الدخول يعود بها جميع الصداق إلى الزوج تارة وبعضه أخرى. (فإن تساوت قيمتهما وقبض نصف الثمن أخذ الباقي بباقي الثمن) ويكون ما قبضه في مقابلة التالف، كما لو رهن عبيدين بمائة وأخذ خمسين وتلف أحد العبدَيْن كان الباقي مرهوناً بما بقي من الدين. (وفي قول) مخرج (بأخذ نصفه بنصف باقي الثمن ويضارب بنصفه) وهو ربع الثمن، ويكون المقبوض في مقابلة نصف التالف ونصف الباقي، وصحَّح في الروضة طريقة القطع بالأول؛ والقديم لا يرجع به بل يضارب بباقي الثمن؛ لأنه قد ورد في الحديث: «فَإِنْ كَانَ قَدْ قَبْضَ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَهُوَ أَسْوَأُ الْغُرَمَاءِ»^(١) رواه الدارقطني؛ وأجيب بأنه مرسل.

(١) أخرجه الدارقطني في كتاب: في الأقضية والأحكام، باب: في المرأة تقتل إذا ارتدت (الحديث: ٢٣٠/٤).

وَلَوْ زَادَ الْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَسَمَنِ وَصَنَعَةٍ فَازَ الْبَائِعُ بِهِمَا، وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالثَّمَرَةِ وَالْوَلَدُ لِلْمُشْتَرِي، وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي الْأَصْلِ. فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ صَغِيرًا وَبَدَلَ الْبَائِعُ قِيمَتَهُ أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ، وَإِلَّا فَيُبَاعَانِ، وَتُصَرَفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ الْأُمِّ، وَقِيلَ: لَا رُجُوعَ؛ فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الرُّجُوعِ دُونَ النَّبِيعِ أَوْ عَكْسَهُ فَلَا صَحَّحُ تَعْدِي الرُّجُوعِ إِلَى الْوَلَدِ.

تنبيه: كان ينبغي أن يقول «ولو» بالواو وحذف «كان» لثلاثي يفهم التصوير بالتلف وهو لا يختص به، فإنه لو قبض بعض الثمن ولم يتلف من المبيع شيء جرى القولان، فعلى الجديد يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن، فلو قبض نصفه رجع في النصف؛ قاله المتولي، وعلى القديم يضارب.

(ولو زاد المبيع زيادة متصلة كسمن و) تعلم (صناعة) وكبر شجرة، (فازالبائع بها) من غير شيء يلزمه لها فيرجع فيها مع الأصل. وكذا حكم الزيادة في جميع الأبواب إلا الصداق فإن الزوج إذا فارق قبل الدخول لا يرجع بالنصف الزائد إلا برضا الزوجة كما سيأتي. ولو تغيرت صفة المبيع كأن زرع الحب فنبت، قال الإسني: فالأصح على ما يقتضيه كلام الراعي أنه يرجع. (والمنفصلة كالثمرة) المؤبرة (والولد) الحادثن بعد البيع (للمشتري) لأنها تتبع الملك بدليل الرد بالعيب. (ويرجع البائع في الأصل) دونها؛ لأن الشارع إنما أثبت له الرجوع في المبيع فيتقصر عليه. (فإن كان الولد) أي ولد الأمة (صغيراً) لم يميز، (وبذل) بالمعجمة، (البائع) قيمته أخذه مع أمه) لأن التفريق ممتنع ومال المفلس كله مبيع فأجيب البائع.

تنبيه: قال الإسني: هل المراد بكونه يأخذ الولد أن يأخذه بالبيع أو يستقل بأخذه وهو الظاهر من إطلاق عبارتهم؟ فيه نظر اهـ. والأول أوجه. قال بعض المتأخرين: وهو نظير ما إذا أراد المعير التملك؛ أي للغراس والبناء في الأرض المعارة. وهل يشترط في صحة الرجوع في الأم رجوعه في الولد أيضاً حذراً من التفريق أم يكفي اشتراطه والإنفاق عليه قبل ذلك؟ الأوجه الأول أيضاً. وعلى الثاني لو لم يفعل بعد الشرط والاتفاق هل يجبر عليه أو ينقص الرجوع أو يبين بطلانه؟ الأوجه الثاني.

(ولاً) أي وإن لم يبذلها، (فبباعان) معاً (وتصرف إليه حصة الأم) من الثمن وحصة الولد للغرماء فإراً من التفريق الممنوع منه، وفيه إيصال كل منهما إلى حقه. وكيفية التقسيط كما قاله الشيخ أبو حامد: أن تقوم الأم ذات ولد لأنها تنقص به وقد استحق الرجوع فيها ناقصة، ثم يقوم الولد ويضم قيمة أحدهما إلى قيمة الآخر ويقسم عليهما. وقيل: يجوز التفريق للضرورة. (وقيل: لا رجوع) إذا لم يبذل القيمة بل يضارب لما فيه من التفريق من حين الرجوع إلى البيع.

تنبيه: عبارة المصنف قلقة، ومعناها أنه إذا لم يبذل البائع قيمة الولد؛ الأصح أنه تباع الأم والولد معاً ويصرف ما يخص الولد إلى المفلس وما يخص الأم إلى البائع. والثاني: لا يصرف إليه حصة الأم بل يبطل حقه من الرجوع ويضارب بالثمن.

(فإن كانت) الدابة المبيعة (حاملاً عند الرجوع دون البيع أو عكسه) بالنصب؛ أي حاملاً عند البيع دون الرجوع بأن انفصل الولد قبله. (فالأصح) وفي الروضة: «فالأظهر»، (تعدّي الرجوع إلى الولد) وجه الأصح في الصورة الأولى أن الحمل تابع في البيع فكذا في الرجوع، ووجه مقابله أن البائع إنما يرجع فيما كان موجوداً حال البيع والحمل ليس كذلك فيرجع في الأم فقط، قال الجويني: قبل الوضع، والصيدلاني وغيره: بعد

وَأَسْتَتَارَ الثَّمَرِ بِكَمَامِهِ وَظُهُورُهُ بِالتَّأْيِيرِ قَرِيبٌ مِّنَ اسْتَتَارِ الْجَنِينِ وَأَنْفِصَالِهِ، وَأَوَّلَى بَتَعْدِي الرَّجُوعِ.
وَلَوْ غَرَسَ الْأَرْضَ أَوْ بَنَى فَإِنْ اتَّفَقَ الْغُرَمَاءُ وَالْمُفْلِسُ عَلَى تَفْرِيعِهَا فَعَلُوا وَأَخَذَهَا،

الوضع. قال في الروضة: الأول ظاهر كلام الأكثرين. فإن قيل: الوجه الثاني هو الصحيح في نظائر المسألة من الرهن والرذ بالعيب ورجوع الوالد في الهبة، فهلاً كان هناك كذلك! أجيب بأن الرهن ضعيف بخلاف الفسخ لنقله الملك والرذ بالعيب ورجوع الولد في هبته بأن سبب الفسخ هنا نشأ من جهة المفلس فلم تُزاع جهته بخلافه ثم. وأما الصورة الثانية فبالخلاف فيها مفرع على أن الحمل يعلم، فكأنه باع بعين فيرجع فيهما، أو لا يعلم فلا يرجع فيه؛ ولما كان الأصح العلم كان الأصح الرجوع. ولو كانت حاملاً عندهما رجع فيها حاملاً قطعاً، ولو حدث بينهما وانفصل فقد مر أنه للمشتري؛ وبذلك يكون للمسألة أربعة أحوال. قال الأذري: ولو وضعت أحد توأمين عند المشتري ثم رجع البائع قبل وضع الآخر هل يكون الحكم كما لو لم تضع شيئاً أو يعطي كل منهما حكمه أو كيف الحال؟ وهل يفترق الحال بين أن يموت المولود أو لا مع بقاء حمل الجنين أو لا فرق؟ اهـ. والأوجه أن يقال: إن كانت حاملاً عند البائع فهما للبائع، وهذه الحالة داخلة في كلام الأصحاب، وإن حدث الحمل عند المشتري فلكل حكمه. قال شيخي: وقد رجح الشيخان مثل ذلك في الكتابة. وقال بعض المتأخرين: قياس الباب مع ما هو معلوم من توقف الأحكام على تمام انفصال التوأمين ترجيح الأول من غير فرق بين الحالين. وهل يقال بمثل ذلك في تأيير البعض، أو أن ما لم يؤثر تابع لما أُبر؟ ينبغي اعتماد الثاني، ويفرق بينهما بشدة اتصال الحمل. وأيضاً صرحوا بأن ما لم يؤثر يتبع المؤبر.

(واستتار الثمر بكمامه) بكسر الكاف، وهو أوعية الطلع. (وظهوره بالتأيير) أي تشقق الطلع، (قريب من استتار الجنين وانفصاله) فإذا كانت الثمرة على النخل المبيع عند البيع غير مؤبرة وعند الرجوع مؤبرة، فهي كالحمل عند البيع المنفصل قبل الرجوع فيتعدى الرجوع إليها على الراجح. (و) هي (أولى بتعدي الرجوع) إليها من الحمل لأنها مشاهدة موثوق بها بخلافه؛ ولذلك قطع بعضهم بالرجوع فيها. ولو حدثت الثمرة بعد البيع وهي غير مؤبرة عند الرجوع رجع فيها على الراجح لما مر في نظير ذلك من الحمل. قال الشارح: وهذه المسألة لا تتناولها عبارة المصنف اهـ. ودفع بذلك الاعتراض عليه بأن هذه أولى بعدم تعدي الرجوع. ولو كانت الثمرة غير مؤبرة عند البيع والرجوع رجع فيها جزماً. ولو حدثت الثمرة بعد البيع وهي عند الرجوع مؤبرة فهي للمشتري. ومتى رجع البائع في الأصل من الشجر أو الأرض وبقيت الثمرة أو الزرع فللمفلس والغرماء ما تركه إلى وقت الجداد بلا أجرة.

(ولو غرس) أي المشتري (الأرض) المبيعة له، (أو بنى) فيها ثم أفلس وحُجر عليه قبل أداء الثمن واختار البائع الرجوع في الأرض، (فإن اتفق الغرماء والمفلس على تفريغها) من الغراس والبناء؛ (فعلوا) لأن الحق لهم لا يعدوهم، وتجب تسوية الحفر وغرامة أرش النقص من مال المفلس إن نقصت بالقلع. وهل يقدم البائع به على سائر الغرماء لأنه لتخليص ماله وإصلاحه أو يضارب به كسائر الغرماء؟ وجهان: الأكثر على الأول، وجزم به في الكفاية، وأنكر الرافعي حكاية خلاف فيه. (وأخذها) يعني البائع برجوعه لأنها عين ماله لم يتعلق بها حق لغيره، وليس له أن يلزمهم بأخذ قيمة الغراس والبناء لئتملكهما مع الأرض لأن المبيع قد سلم له. فإن قيل: لم رجع بأرش النقص مع أنه لا يرجع به فيما لو وجد المبيع ناقصاً بل يرجع فيه من غير شيء؟ أجيب بأن النقص هنا حصل بعد رجوعه.

وَإِنْ أَمْتَعُوا لَمْ يُجْبَرُوا؛ بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيَتَمَلَّكَ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ بِقِيمَتِهِ، وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْضَ النَّقْصِ؛ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا، وَيَبْقَى الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ. وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ حَنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَوْ دُونَهَا فَلَهُ أَخْذُ قَدْرِ الْمَبِيعِ مِنَ الْمَخْلُوطِ، أَوْ بِأَجُودَ فَلَا رُجُوعَ فِي الْمَخْلُوطِ فِي الْأَظْهَرِ. وَلَوْ طَحَنَهَا أَوْ قَصَرَ الثُّوبَ فَإِنْ لَمْ تَزِدِ الْقِيَمَةُ رَجَعَ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ،

(وإن امتنعوا) من القلع (لم يجبروا) عليه؛ لأن المشتري حين بنى وغرس لم يكن متعدياً بل وضعه بحق فيحترم. (بل له) أي البائع، (أن يضارب الثمن، وله أن يرجع) في الأرض (ويتملك الغراس والبناء بقيمته) أي له جميع الأمرين لما سيأتي. (وله) بدل تملك ما ذكر (أن يقلع ويضمن أرض النقص) لأن مال المفلس مبيع وكله الضرر يندفع بكل واحد من الأمرين، فأجيب البائع لما طلب منهما، بخلاف ما لو أفلس بعد زرع الأرض ورجع البائع فيها فإنه لا يتمكن من تملك الزرع بالقيمة لأن له أمداً ينتظر فسهل احتماله، بخلاف الغراس والبناء. وإن اختلفوا بأن طلب المفلس القلع والغرماء أخذ القيمة من البائع ليمتلكه أو بالعكس، أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء فطلب بعضهم البيع وبعضهم القيمة من البائع عمل بالمصلحة.

(والأظهر أنه ليس له أن يرجع فيها ويبقى الغراس والبناء للمفلس) لما فيه من الضرر بنقص قيمتها، فإن الغراس بلا أرض والبناء بلا مقر ولا ممر ناقص القيمة، والرجوع إنما شرع لدفع الضرر فلا يزال ضرر البائع بضرر المفلس والغرماء؛ فعلى هذا يضارب الغرماء بالثمن أو يعود إلى بذل قيمتهما أو قلعهما مع غرامة أرض النقص. قال الإسني: وكتب المصنف على حاشية الروضة: قوله: «يعود» إشارة إلى أنه لو امتنع من ذلك ثم عاد إليه مكن. والثاني: له ذلك كما لو صبغ الثوب ثم حجر عليه قبل أداء الثمن فإنه يرجع فيه دون الصبغ ويكون المفلس شريكاً معه بالصبغ. وفرق الأول بأن الصبغ كالصفة التابعة للثوب.

(ولو كان المبيع) له مثلياً، كأن كان (حنطة فخلطها بمثلها أو دونها فله) أي للبائع بعد الفسخ (أخذ قدر المبيع من المخلوط) أما في الخلط بالمثل فظاهر، وأما في الدون فيكون مسامحاً كنقص العيب، ولو طلب البيع وقسمة الثمن لم يجب إليه في الأصح كما لا يجبر الشريك على البيع. هذا إذا خلطه المشتري، فلو خلطه أجنبي: أي يضمن ضارب البائع بنقص الخلط كما في العيب، قاله الزركشي. (أو خلطها بأجود) منها، (فلا رجوع في المخلوط في الأظهر) بل يضارب بالثمن فقط لأن الطريق الموصل إلى أخذه وهو القسمة متعذر هنا، لأنه لا سبيل إليها بإعطاء قدر حقه منه؛ لأن فيه ضرراً بالمفلس، ولا بإعطاء ما يساوي حقه منه لأنه ربا. والثاني: له الرجوع وبيعان ويوزع الثمن على نسبة القيمة. وعلى الأول لو قلّ الأجود بحيث لا يظهر به زيادة في الحسن ويقع مثله بين الكيلين، فالوجه القطع بالرجوع كما قاله^(١) الإمام وأقره الشيخان.

تنبيه: حكم سائر المثليات حكم الحنطة فيما مرّ كما يعلم مما قدرته في كلامه. ولو كان المختلط من غير جنس المبيع كزيت بشيرج فلا رجوع لعدم جواز القسمة لانقضاء التماثل فهو كالتالف.

(ولو طحنها) أي الحنطة المبيعة له، (أو قصر الثوب) المبيع له ثم حجر عليه قبل أداء الثمن؛ (فإن لم تزد القيمة) بما فعله بأن ساوت أو نقصت، (رجع) البائع في ذلك (ولا شيء للمفلس) فيه؛ لأنه مبيع موجود من غير

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الاستقراض، باب: إذا وجد ماله عند مفلس... (الحديث: ٢٤٠٢) وأخرجه مسلم في كتاب:

المساقاة، باب: من أدرك ما باعه عند المشتري (الحديث: ٣٩٦٣) و(الحديث: ٣٩٦٤) و(الحديث: ٣٩٦٥).

وَإِنْ زَادَتْ فَلَاظْهَرُ أَنَّهُ بَيَّاعٌ وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ. وَلَوْ صَبَّغَهُ بِصِبْغَةٍ فَإِنْ زَادَتْ الْقِيَمَةُ قَدَّرَ قِيَمَةَ الصَّبْغِ رَجَعَ، وَالْمُفْلِسُ شَرِيكَ الصَّبْغِ، أَوْ أَقَلَّ فَالْتَقْصُ عَلَى الصَّبْغِ، أَوْ أَكْثَرَ فَلَاصَحُّ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ.

زيادة. وإن نقصت فليس للبائع غيره، (وإن زادت) عليها (فالأظهر أنه) أي المبيع (بياع) ويصير المفلس شريكاً بالزيادة إلحاقاً لها بالبائع؛ لأنها زيادة حصلت بفعل محترم متقوم فوجب أن لا يضيع عليه بخلاف الغاصب. (وللمفلس من ثمنه بنسبة ما زاد) بالعمل، مثاله: قيمة الثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة فللمفلس سدس الثمن، وللبائع إمساك المبيع لنفسه وإعطاء المفلس حصة الزيادة كما صححه الشيخان^(١). والثاني: لا شركة للمفلس في ذلك لأنها أثر كسمن الدابة بالعلف، وكبر الشجرة بالسقي والتعهد. وفرق الأول بأن الطحن أو القصارة منسوب إليه بخلاف السمن وكبر الشجرة، فإن العلف والسقي يوجدان كثيراً ولا يحصل السمن والكبر، فكان الأثر فيه غير منسوب إلى فعله بل محض صنع الله تعالى، ولهذا لا يجوز الاستئجار على تكبير الشجرة وتسمين الدابة بخلاف القصارة والطحن.

تنبيه: كلامه قد يفهم أن البائع لو أراد أخذه ودفع الزيادة للمفلس لا يمكن من ذلك؛ وليس مراداً بل له ذلك كما مر؛ فلو حذف المصنف أنه يبيع وقال في الأظهر أن للمفلس بنسبة ما زاد لأفهم ذلك. وأشار المصنف بالطحن والقصر إلى ضابط صور القولين، وهو صنع ما يجوز الاستئجار عليه ويظهر أثره فيه كخبز الدقيق وذبح الشاة وشي اللحم وضرب اللبن من تراب الأرض ورياضة الدابة وتعليم الرقيق القرآن أو حرفة. وإنما اعتبر الظهور لأن حفظ الدابة وسياستها يستأجر عليه ولا تثبت به الشركة لأنه لا يظهر بسببه أثر على الدابة.

(ولو صبغه) أي المشتري الثوب، (بصبغة) ثم حجر عليه؛ (فإن زادت القيمة) بسبب الصبغ (قدر قيمة الصبغ) كأن تكون قيمة الثوب أبيض أربعة والصبغ درهمين فصار بعد الصبغ يساوي ستة. (رجع) البائع في الثوب (والمفلس شريك بالصبغ) لأن المبيع هو الثوب خاصة فيباع ويكون الثمن بينهما أثلاثاً. وفي كيفية الشركة وجهان بلا ترجيح في كلام الشيخين، أصحهما كما صححه ابن المقري: وقال السبكي: نص الشافعي في نظير المسألة من الغصب يشهد له أن كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس، كما لو غرس الأرض. والثاني: يشتركان فيهما جميعاً لتعذر التمييز كما في خلط الزيت. أما إذا زادت بارتفاع سوق أحدهما فالزيادة لمن ارتفع سعر سلعته، فلو زادت بارتفاع سوقهما وُرِعت عليهما بالنسبة، وهكذا في صورة القصارة والطحن، فلو حصلت الزيادة بسبب ارتفاع الأسواق لا بسببهما فلا شيء للمفلس معه؛ ولهذا قدرت في كلامه بنسبة ما زادت من العمل. وللبائع إمساك الثوب وبذل ما للمفلس من قيمة الصبغ والقصارة وإن كان قابلاً للفصل كما يبذل قيمة الغراس والبناء، ولا ينافي هذا قولهم إنه شريك؛ لأن أموال المفلس تباع إما للبائع أو لغيره.

(أو) زادت القيمة (أقل) من قيمة الصبغ وسعر الثوب بحاله كأن صارت خمسة، (فالنقص على الصبغ) لأن أجزاءه تتفرق وتنقص والثوب قائم بحاله فيباع وللبائع معه أربعة أخماس الثمن وللمفلس خمسة، وإن لم يزد الثوب شيئاً فلا شيء للمفلس، وإن نقصت قيمة الثوب فلا شيء للبائع معه.

(أو) زادت (أكثر) من قيمة الصبغ كأن صارت تساوي في مثالنا ثمانية؛ (فالأصح أن الزيادة) كلها (للمفلس) لأنها حصلت بفعله، فيباع الثوب وله نصف الثمن. والثاني: أنها للبائع كالسمن، فيكون له ثلاثة أرباع

(١) ذكره ابن حجر في «فتح الباري» في كتاب: الاستقراض (٥/٦٤).

وَلَوْ اشْتَرَى مِنْهُ الصَّبْغَ وَالثُّوبَ رَجَعَ فِيهِمَا إِلَّا أَنْ لَا تَزِيدَ قِيَمَتُهُمَا عَلَى قِيَمَةِ الثُّوبِ فَيَكُونُ فَاقِدًا لِلصَّبْغِ، وَلَوْ اشْتَرَاهُمَا مِنْ اثْنَيْنِ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَتُهُ مَضْبُوعاً عَلَى قِيَمَةِ الثُّوبِ فَصَاحِبُ الصَّبْغِ فَاقِدٌ، وَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيَمَةِ الصَّبْغِ اشْتَرَكَا، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيَمَتَيْهِمَا فَلَا أَصَحَّ أَنَّ الْمُفْلِسَ شَرِيكَ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ.

الثلث: أنها توزع عليهما، فيكون للبائع ثلثا الثمن وللمفلس ثلثه.

(ولو اشترى منه الصبغ) وصبغ به ثوباً له ثم حجر عليه فالبائع الرجوع إن زادت قيمة الثوب مصبوغاً على ما كانت عليه قبل الصبغ فيكون شريكاً فيه، فإن نقصت حصته عن ثمن الصبغ فالأصح أنه إن شاء قنع وإن شاء ضارب بالجميع أو اشترى الصبغ (والثوب) من واحد وصبغه به ثم حجر عليه، (رجع) البائع (فيهما) أي في الثوب بصبغه لأنهما عين ماله، (إلا أن لا تزيد قيمتهما على قيمة الثوب) قبل الصبغ بأن ساوتها أو نقصت عنها، (فيكون فاقداً للصبغ) لاستهلاكه كما مر، فيضارب بثلثه مع الرجوع في الثوب من جهته، بخلاف ما إذا زادت وهو الباقي بعد الاستثناء فهو محل الرجوع فيهما. فإن كانت الزيادة أكثر من قيمة الصبغ فالمفلس شريك بالزائد عليها، وقيل: لا شيء له، وإن كانت أقل لم يضراب بالباقي أخذاً مما تقدم في القسارة، بل إن شاء قنع به وإن شاء ضارب بثلثه.

(ولو اشتراهما) أي الثوب والصبغ (من اثنين) الثوب من واحد والصبغ من آخر وصبغه به ثم حجر عليه وأراد البائع الرجوع، (فإن لم تزد قيمته مصبوغاً على قيمة الثوب) قبل الصبغ بأن ساوت أو نقصت، (فصاحب الصبغ فاقداً) له فضارب بثلثه وصاحب الثوب واجد له، فيرجع فيه ولا شيء له في صورة النقص أخذاً مما مر في القسارة. (وإن زادت بقدر قيمة الصبغ اشتركا) في الرجوع في الثوب. وعبرة المحرر: «فلهما الرجوع ويشتركان فيه»، وهي أولى من عبارة المصنف؛ وفي كيفية الشركة ما مر. (وإن زادت) ولم تقب بقيمتها فالصبغ ناقص، فإن شاء بائعه قنع به، وإن شاء ضارب بثلثه أو زادت (على قيمتهما) أي الثوب والصبغ جميعاً؛ (فالأصح أن المفلس شريك لهما) أي البائعين (بالزيادة) على قيمتهما؛ فإذا كانت قيمة الثوب أربعة مثلاً والصبغ درهمين وصارت قيمته مصبوغاً ثمانية، فالمفلس شريك لهما بالربع. والثاني: لا شيء له والزيادة لهما بنسبة مالهما.

تنبيه: للمفلس والغرماء قلع الصبغ إن اتفقوا عليه ويغرمون من نقص الثوب كالبناء والغراس، ولصاحب الصبغ الذي اشتراه المفلس من غير صاحب الثوب وقلعه ويغرم نقص الثوب، ولمالك الثوب قلعه مع غرم نقص الصبغ؛ قاله المتولي. ومحل ذلك إذا أمكن قلعه بقول أهل الخبرة وإلا فيمنعون منه؛ نقله الزركشي عن ابن كنج في الأولى، وفي معناه الأخيرتان.

خاتمة: أفتى ابن الصلاح وغيره في رجل ثبت إعساره ثم كتب عليه مسطور بدين وأشهد عليه أنه مليء به أنه يثبت بذلك يساره لتمكنه من صرف ما استدانه، وإقراره بالملاء به يسري إلى كل دين. ولو أخفى شخص بعض ماله فنقص الموجود عن دينه فحجر عليه ورجع البائع في عين ماله وتصرف القاضي في باقي ماله ببيعه وقسم ثمنه بين غرمائه ثم بان أنه لا يجوز الحجر عليه، لم ينقض تصرفه إذ للقاضي بيع مال الممتنع من قضاء دينه وصرفه في دينه، ورجوع البائع في العين المبيعة لامتناع المشتري من أداء الثمن مختلف فيه، وقد حكم به القاضي معتقداً جوازه بخلاف ما إذا لم يعتقد ذلك فينقض تصرفه.

٣ - بَابُ: الْحَجَرِ

مِنْهُ حَجَرُ الْمُفْلِسِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ، وَالرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ، وَالْمَرِيضِ لِلْوَرَثَةِ، وَالْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ، وَالْمُرْتَدِّ لِلْمُسْلِمِينَ. وَلَهَا أَبْوَابٌ؛ وَمَقْصُودُ الْبَابِ حَجَرُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ وَالْمُبْدَرِ. فَبِالْمَجْنُونِ تَنْسَلِبُ الْوِلَايَاتُ، وَأَعْيَانُ الْأَقْوَالِ،

باب الحجر

هو لغة: المنع، وشرعاً: المنع من التصرفات المالية. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَابْتَئِلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾^(١) الآية، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا﴾^(٢). وقد فسر الشافعي رضي الله عنه السفيه بالمبذر، والضعيف بالصبي، والكبير بالمختل، والذي لا يستطيع أن يُعِلَّ بالمغلوب على عقله؛ فأخبر الله تعالى أن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم، فدل على ثبوت الحجر عليهم.

والحجر نوعان: نوع شرع لمصلحة الغير، و (منه حجر المفلس) أي الحجر عليه في ماله كما سبق بيانه (لحق الغرماء والراهن للمرتهن) في العين المرهونة (والمريض للورثة) فيما زاد على الثلث حيث لا دين. قال الزركشي تبعاً للأذري: وفي الجميع إن كان عليه دين مستغرق. والذي في الشرح والروضة في الوصايا عند ذكر ما يعتبر من الثلث أن المريض لو وفي دين بعض الغرماء فلا يزاحمه غيره إن وفي المال جميع الديون، وكذا إن لم يوفَّ على المشهور، وقيل: لهم مزاحمته كما لو أوصى بتقديم بعض الغرماء بدينه لا تنفذ وصيته، فكلام الزركشي إنما يأتي على هذا. (والعبد لسَيِّدِهِ) والمكاتب لسَيِّدِهِ والله تعالى، (والمُرتد للمسلمين) أي لحقهم. (ولها أبواب) تقدم بعضها وبعضها يأتي. وأشار المصنف بقوله: «منه»، إلى أن هذا النوع لا ينحصر فيما ذكره؛ وهو كذلك، فقد ذكر الإسنوي أنواع الحجر لحق الغرماء ثلاثين نوعاً غير ما ذكره المصنف فليراجع ذلك من المهمات.

ونوع شرع لمصلحة المحجور عليه وهو ما ذكره بقوله: (ومقصود الباب حجر المجنون والصبي والمبذر) بالمعجمة، وسيأتي تفسيره. وحجر كل من هذه الثلاثة أعم مما بعده. وزاد الماوردي نوعاً ثالثاً، وهو ما شرع للأمرين يعني مصلحة نفسه وغيره وهو المكاتب ومن له أدنى تمييز فكالصبي المميز في الحجر عليه في التصرفات المالية، وإن نظر في ذلك السبكي. (فبالمجنون تنسلب الولايات) الثابتة بالشرع كولاية النكاح أو بالتفويض كالإيصاء والقضاء؛ لأنه إذا لم يَلْ أمر نفسه فأمر غيره أولى. فإن قيل: لم عبّر بالإنسلا ب دون الامتناع هل لذلك من فائدة؟ أجيب بنعم؛ وذلك لأن الامتناع لا يفيد السلب بخلاف عكسه، بدليل أن الإحرام مانع من ولاية النكاح ولا يسلب، ولهذا يزوج الحاكم دون الأبعد.

(واعتبار الأقوال) له وعليه في الدين والدنيا كالإسلام والمعاملات لعدم قصده، وسكت المصنف عن الأفعال. فمنها ما هو معتبر كإحباله وإتلافه مال غيره وتقرير المهر بوطئه، وترتب الحكم على إرضاعه والتقاطه واحتطابه واصطياده وعمده عمد على الصحيح؛ أي حيث كان له نوع تمييز. ومنها ما هو غير معتبر كالصدقة والهبة؛ ولو أحرَم شخص ثم جنَّ فقتل صيداً لم يلزمه جزاؤه كما مرَّ في بابه، والصبي كالمجنون في الأقوال

(١) سورة النساء، الآية: ٦.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

وَيَرْتَفِعُ بِالْإِفَاقَةِ. وَحَجَرُ الصَّبِيِّ يَرْتَفِعُ بِبُلُوغِهِ رَشِيداً، وَالْبُلُوغُ بِاسْتِكْمَالِ خَمْسِ عَشْرَةِ سَنَةً،

والأفعال إلا أن الصبي المميز يعتبر قوله في إذن الدخول وإيصال الهدية، ويصح إحرامه بإذن وليه كما مر في بابه، وتصح عبادته، وله إزالة المنكر ويثاب عليه كالبالغ؛ قاله في زيادة الروضة في باب الغصب. وأما إسلام سيدنا علي رضي الله تعالى عنه فكان الحكم إذ ذاك منوطاً بالتمييز. وألحق القاضي بالمجنون النائم والأخرس الذي لا يفهم. قال الأذري: وفيه نظر، إذ لا يتخيل أحد أن النائم يتصرف عليه وليه، وأما الآخرس المذكور فإنه لا بعقل، وإن احتيج إلى إقامة أحد مقامه فينبغي أن يكون هو الحاكم اه. وهو كما قال؛ وإنما ألحقه به في عدم صحة تصرفه فلا ولي له مطلقاً، وإن قال بعض المتأخرين: لعل كلام القاضي محمول على نائم أحوج طول نومه إلى النظر في أمره وكان الإيقاظ يضربه مثلاً.

(ويرتفع) حجر المجنون (بالإفاقة) من الجنون من غير احتياج إلى فك، وقضيته عود الولايات واعتبار الأقوال، نعم لا تعود ولاية القضاء ونحوه إلا بولاية جديدة. (وحجر الصبي يرتفع ببلوغه رشيداً) لقوله تعالى: ﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَى﴾^(١) الآية، والابتلاء الاختبار والامتحان، والرشد ضد الغي كما مر في خطبة الكتاب؛ وفي سنن أبي داود: ﴿لَا يَثْمُ بَعْدَ الْاِخْتِلَامِ﴾^(٢) والمراد من يناس الرشد العلم به. وأصل الإنسان الإبصار، ومنه: ﴿آتَى مِنَ جَانِبِ الطُّورِ نَاراً﴾^(٣): أي أبصر.

تنبيه: قوله: «رشيداً» عرّب به جماعة، ومنهم من قال بالبلوغ. قال الشيخان: ليس هذا اختلافاً محققاً بل من قال بالأول أراد الإطلاق الكلي، ومن قال بالثاني أراد حجر الصبا؛ وهذا أولى لأن الصبا سبب مستقل بالحجر، وكذا التبذير وأحكامهما متغايرة، ومن بلغ مبذراً فحكم تصرفه حكم تصرف السفه لا حكم تصرف الصبي اه. قال الإسوي: كلام الكتاب لا يستقيم إن قُرئ بلفظ الصبا بكسر الصاد، وإن قُرئ بفتحها استقام؛ لكنه بعيد عن كلامه اه. قال ابن شهبة: والمحفوظ قراءته بفتحها ولا بُدَّ فيه فليتأمل اه. ولو بلغ وأدعى الرشد وأنكره وليه لم ينفك الحجر عنه، ولا يحلف الولي كالقاضي والقيم بجماجم أن كلاً أمينٌ أدعى انعزاله، ولأن الرشد يوقف عليه بالاختبار فلا يثبت بقوله. قال الأذري: ولأن الأصل يعضد قوله، بل الظاهر أيضاً؛ لأن الظاهر في قريب العهد بالبلوغ عدم الرشد، فالقول قوله في دوام الحجر إلا أن تقوم بينة بالرشد.

(والبلوغ) يحصل إما (باستكمال خمس عشرة سنة) قمرية كما صرح به في المحرّر، تحديدياً كما قاله المصنف في الأصول والضوابط، وكما يؤخذ من كلامه الآتي لخبر ابن عمر: «عُرِضَتْ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةِ سَنَةٍ فَلَمْ يُجِزْنِي وَلَمْ يَرْنِي بِلَفْتٍ، وَعُرِضَتْ عَلَيْهِ يَوْمَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةِ سَنَةٍ فَأَجَازَنِي وَرَأَنِي بِلَفْتٍ»^(٤) رواه ابن حبان وأصله في الصحيحين، وابتدأوها من انفصال جميع الولد. والمراد بقول ابن عمر: «وأنا ابن أربع عشرة سنة»؛ أي طعنت فيها، ويقول: «وأنا ابن خمس عشرة سنة»؛ أي استكملتها؛ لأن غزوة أُحُد كانت في شوال سنة ثلاث، والخندق كان في جمادى سنة خمس.

(١) سورة النساء، الآية: ٦.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب: الوصايا، باب: ما جاء حتى ينقطع اليتيم (الحديث: ٢٨٧٣).

(٣) سورة القصص، الآية: ٢٩.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب: الشهادات، باب: بلوغ الصبيان وشهادتهم (الحديث: ٤٠٩٧) وأخرجه مسلم في كتاب: الإمارة، باب: بيان سن البلوغ (الحديث: ٤٨١٤) وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» في كتاب: السير، باب: الخروج وكيفية الجهاد (الحديث: ٤٧٢٧). ذكر العلامة التي يفرق بها بين المقاتلة وبين غيرهم من المسلمين ..

أَوْ خُرُوجِ الْمَنِيِّ؛ وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ اسْتِكْمَالُ تِسْعِ سِنِينَ. وَنَبَاتُ الْعَانَةِ يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِبُلُوغٍ وَلَدِ الْكَافِرِ

فائدة: قال القمولي: قال الشافعي: ردّ النبي ﷺ سبعة عشر من الصحابة وهم أبناء أربعة عشر لأنه لم يَرَهُمْ بلغوا، ثم عرضوا عليه وهم أبناء خمسة عشر فأجازهم؛ منهم زيد بن ثابت ورافع بن خديج وابن عمر. (أو خروج المني) لوقت إمكانه من ذكر أو أنثى، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾^(١)، ولخبر: «رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَخْتَلِمَ»^(٢). والحلم الاحتلام، وهو لغة ما يراه النائم، والمراد به هنا خروج المني في نوم أو يقظة بجماع أو غيره، وقيل: لا يكون في النساء لأنه نادر فيهن. تنبيه: تعبيره بخروج المني أعم من تعبير أصله بالاحتلام؛ قاله في الدقائق. وأجيب عن أصله بأنه تبع في ذلك لفظ الحديث، وبما مرّ من أنه المراد. وكلام المصنف يقتضي تحقق خروج المني، فلو أتت زوجة صبي يمكن بلوغه بولد لأكثر من ستة أشهر لحقه ولا يحكم ببلوغه به وهو المنصوص، ونقله الرافعي في باب اللعان عن الأصحاب؛ لأن الولد يلحق بالإمكان والبلوغ لا يكون إلا بتحقيقه، وعلى هذا لا يثبت إيلاده إذا وطئ أمة وأت بولد؛ وهو كذلك وإن صوّب البلقيني ثبوته والحكم ببلوغه. وحكى النجوري في المسألة قولين: أحدهما هذا، والثاني: يكون به بالغاً؛ وأجراهما في أنه هل يستقر به كل المهر أو لا؟.

(ووقت إمكانه استكمال تسع سنين) قمرية بالاستقراء. وأفهم قوله استكمال أنها تحديدية وهو كذلك كما مرّ، وإن بحث بعض المتأخرين أنها تقريبية كالحيض لأن الحيض ضبط له أقل أو أكثر، فالزمن لا يسع أقل الحيض، والطهر وجوده كالعدم بخلاف المني. ولا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى، وقيل: وقته في الذكر نصف العاشرة، وقيل: تمامها، وقيل: وقته في الأنثى أول التاسعة، وقيل: نصفها.

(ونبات) شعر (العانة) الخشن الذي يحتاج في إزالته لنحو حلق، (يقضي الحكم ببلوغ ولد الكافر) ومن جهل إسلامه، لخبر عطية القرظي قال: «كنت في سبئي بني قريظة فكانوا ينظرون من أنبت الشعر قُتل ومن لم ينبت لم يُقتل، فكشفوا عانتي فوجدوها لم تنبت فجعلوني في السبي»^(٣) رواه ابن حبان والحاكم والترمذي وقال: حسن صحيح. وقول المصنف يقتضي أن ذلك ليس بلوغاً حقيقة بل دليل له؛ وهو كذلك، ولهذا لو لم يحتمل وشهد عدلان أن عمره دون خمس عشرة سنة لم يحكم ببلوغه بالإنبات؛ قاله الماوردي، وقضيته أنه دليل البلوغ بالسن. قال السبكي: والذي يظهر أنه علامة على أحد الأمرين لا بعينه. وقال الإسنوي: يتجه أنه دليل للبلوغ بأحدهما. ووقت إمكان نبات العانة وقت الاحتلام ذكره الرافعي وأسقطه من الروضة. ويجوز النظر إلى عانة من اختجنا إلى معرفة بلوغه على الأصح للحديث، وقيل: يُمسّ من فوق حائل، وقيل: يدفع إليه شمع أو نحوه فيلصقه.

(١) سورة النور، الآية: ٥٩.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب: الحدود، باب: في المجنون يسرق أو يصيب جداً (الحديث: ٤٤٠١) وأخرجه البيهقي في كتاب: السرق، باب: المجنون يصيب جداً (الحديث: ٢٦٥/٨) وأخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب: الصلاة (الحديث: ٤/٣٨٩).

(٣) أخرجه الترمذي في كتاب: السير، باب: ما جاء في النزول على الحكم (الحديث: ١٥٨٤) وأخرجه الحاكم في مستدرکه في كتاب: المغازي والسرائيا (الحديث: ٣٥/٣) وأخرجه ابن حبان في كتاب: السير، باب: ذكر العلامة التي بها يفرق بين السبي وبين غيرهم إذا ظفر بهم (الحديث: ٤٧٨٠).

لَا الْمُسْلِمُ فِي الْأَصْح؛ وَتَزِيدُ الْمَرْأَةُ حَيْضًا وَحَبْلًا.

تنبيه: قوله: «نبات العانة» يقتضي أن العانة هي المنبت لا النابت، وفيه خلاف لأهل اللغة؛ وخرج بها شعر الإبط واللحية، فليس دليلاً للبلوغ لندورهما دون خمس عشرة سنة، ولأن إنباتهما لو دلّ على البلوغ لما كشفوا العانة في وقعة بني قريظة لما فيه من كشف العورة مع الاستغناء عنه. وفي معناهما الشارب وثقل الصوب ونُهوؤُ الشدي وتنف طرف الحلقوم وانفراق الأرنبة ونحو ذلك. وقوله: «ولد الكافر» يقتضي كونه علامة في الذكر والأنثى، وهو كذلك، وإن نقل السبكي عن الجوزي أنه ليس علامة في حق النساء لأنهن لا يُقتلن. والخشنى لا بد أن ينبت على فرجه معاً كما صرح به الماوردي والدارمي وغيرهما.

(لا المسلم في الأصح) فلا يكون علامة على بلوغه لسهولة مراجعة آبائه وأقاربه من المسلمين بخلاف الكفار، ولأنه متهم فربما استعجل الإنبات بالمعالجة دفعاً للحجر وتشوفاً للولايات بخلاف الكافر فإنه يُفضي به إلى القتل أو ضرب الجزية. وهذا جرى على الأصل والغالب، وإلاً فالأنثى والخشنى والطفل الذي تعذرت مراجعة أقاربه المسلمين لموت أو غيره حكمهم كذلك، فإن الخشنى والمرأة لا جزية عليهما مع أن الحكم فيهما ما ذكر. ومن تعذرت مراجعة أقاربه المسلمين لا يحكم ببلوغه بما ذكر مع فقدان العلة، فقد جزوا في تعليلهم على الغالب.

(وتزيد المرأة حيضاً) لو قت إمكانية على ما ذكر من السنّ وخروج المنّي ونبات العانة الشامل لها كما مرّ. (وحبلاً) كذا قاله جمع من الأصحاب، وزيفه الماوردي والرويانى؛ لأنه يستدل بالإنزال لأن الولد يخلق من المائين، فإذا وضعت المرأة حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر ولحظة، وهذا هو مرادهم بلا شك، فإن كانت مطلقة وأتت بولد يلحق بالزوج حكمنا ببلوغها قبل الطلاق بلحظة.

تنبيه: سكت المصنف عن الخشنى المشكل؛ وحكمه أنه لو أمّنى بذكره وحاض بفَرْجِه حكم ببلوغه في الأصح، فإن وجد أحدهما أو كلاهما من أحد فَرْجِه فلا يحكم ببلوغه عند الجمهور لجواز أن يظهر من الآخر ما يعارضه. وقال الإمام: ينبغي الحكم ببلوغه بأحدهما كالحكم بالاتّضاح به ثم يغير إن ظهر خلافه. قال الرافعي: وهو الحق. وسكت عليه المصنف، والمعتمد الأول. وأما قول الإمام كالحكم بالاتّضاح به، ففرّق ابن الرفعة بين الحكم بالبلوغ بذلك وبين الحكم بالذكورة والأنوثة بأن احتمال ذكوره مساوٍ لاحتمال أنوثته، فإذا ظهرت صورة مني به أو حيض في وقت إمكانية غلب على الظنّ الذكورة أو الأنوثة فتعين العمل به مع أنه لا غاية بعده محققة تنتظر، ولا يحكم بالبلوغ لأن الأصل الصبا فلا يبطله بما يجوز أن يظهر بعده ما يقدح في ترتب الحكم عليه مع أن لنا غاية تنتظر، وهي استكمال خمس عشرة سنة. وأما قوله: «ثم يغير إن ظهر خلافه»، فقال الأذري: تغيير الحكم فيما يمكن من الأقوال والأفعال التي تبقى معها الحياة ظاهر، لكن إذا حكمنا ببلوغه رتبنا عليه أثره من القتل بقوّد وردة وغيرها مع بقاء الشك في البلوغ، وفيه بُعد أه. وقال المتولّي: إن وقع ذلك مرة لم يحكم ببلوغه، وإن تكرر حكمنا به. قال المصنف: وهو حسن غريب. قال الإسني: الاستدلال بالحيض على الأنوثة وبالمنيّ عليها أو على الذكورة شرطه التكرار، والإمام والرافعي استندا في تصويب الأخذ بأحد الأمرين إلى القياس على الأخذ بالذكورة أو الأنوثة، فعلم أن صورة ذلك في التكرار أيضاً أه. فعلم من ذلك أن كلام الإمام موافق لكلام المتولّي. فإن قيل: لا منافاة بين الحيض وخروج المنّي من الذكر لما مرّ أنه يجب الغسل بخروج المنّي من غير طريقه المعتاد؟ أجيب بأن محلّ ذلك مع انسداد الأصل، وهو مُتَنَبِّ هنا.

وَالرُّشْدُ صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ، فَلَا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ، وَلَا يُبْذَرُ بَأَنْ يُضَيِّعَ الْمَالَ بِأَحْتِمَالٍ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمُعَامَلَةِ أَوْ رَمِيهِ فِي بَخْرٍ أَوْ إِنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ؛ وَالْأَصَحُّ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ وَوُجُوهِ الْخَيْرِ وَالْمَطَاعِمِ وَالْمَلَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيْقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ.

(والرشد صلاح الدين والمال) جميعاً كما فسر به ابن عباس وغيره قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾^(١). وفي وجه أنه صلاح المال فقط. فإن قيل: الرشد الواقع في الآية نكرة، وهو في سياق الإثبات فلا يعم، لذلك مال ابن عبد السلام إلى هذا الوجه. أجيب بأن النكرة الواقعة في سياق الشرط تعم كما صرح به إمام الحرمين. وشملت عبارة المصنف الكافر فيعتبر فيه ما هو صلاح عندهم في الدين والمال كما نقله في زيادة الروضة عن القاضي أبي الطيب وغيره وأقره.

ثم بين صلاح الدين بقوله: (فلا يفعل محرماً يبطل العدالة) من كبيرة أو إصرار على صغيرة ولم تغلب طاعاته على معاصيه. واحترز بالمحرم عما يمنع قبول الشهادة لإخلاله بالمروءة، كالأكل في السوق فإنه لا يمنع الرشد لأن الإخلال المختلف فيه بالمروءة، ليس بحرام على المشهور. وحكى بعضهم في ذلك ثلاثة أوجه: ثالثها إن كان تحمّل شهادة حرم عليه وإلا فلا. ولو شرب النبيذ المختلف فيه فعن التجريد والاستدكار إن كان يعتقد حله لم يؤثر أو تحريره فوجهان. وينبغي أنه يؤثر.

وإصلاح المال بقوله: (ولا يبذر بأن يضيع المال باحتمال غبن فاحش في المعاملة) ونحوها، وهو ما لا يحتمل غالباً كما سيأتي في الوكالة، بخلاف اليسير: كبيع ما يساوي عشرة بتسعة؛ وهذا كما قال شيخنا إذا كان جاهلاً بالمعاملة، أما إذا كان عالماً وأعطى أكثر من ثمنها فإن الزائد صدقة خفية محمودة. (أو رميه) أي المال وإن قل، (في بحر) أو نار أو نحو ذلك. (أو إنفاقه في محرم) ولو صغيرة لما فيه من قلة الدين.

تنبيه: التبذير: الجهل بمواقع الحقوق، والسرف: الجهل بمواقع الحقوق؛ فله الماوردي في آداب الدين والدنيا؛ وكلام الغزالي يقتضي ترادفهما. ولو عبّر المصنف بالإضاعة أو الغرامة كان أولى من التعبير بالإنفاق لأنه يقال فيما أخرج في الطاعة، ويقال في المكروه والمحرم: ضيع وخسر وغرم كما مرّت الإشارة إلى ذلك في خطبة الكتاب.

(والأصح أن صرفه) أي المال وإن كثر (في الصدقة، و) باقي (وجوه الخير) كالعتق (والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله ليس بتبذير) أما في الأولى فلأن له في الصرف الخير عوضاً وهو الثواب، فإنه لا سرف في الخير كما لا خير في السرف. وحقيقة السرف ما لا يكسب حمداً في العاجل ولا أجراً في الآجل؛ ومقابل الأصح فيها يكون مبدراً إن بلغ مفرطاً في الإنفاق، فإن عرض له ذلك بعد البلوغ مقتصد فلا، وأما في الثانية فلأن المال يتخذ ليتنفع به ويلتذّ، ومقابل الأصح فيها يكون تبذيراً عادة.

تنبيه: قضية كون الصرف في المطاعم والملابس التي لا تليق به ليس بتبذير لأنه ليس بحرام وهو كذلك. فإن قيل: قال الشيخان في الكلام على الغارم: وإذا كان غرمه في معصية كالخمر والإسراف في النفقة لم يُعْطَ قبل التوبة، وجعله في المهمات تناقضاً. أجيب بأنهما مسألتان، فالمذكور هنا في الإنفاق من خالص ماله فلا يحرم، والمذكور هناك في الاقتراض من الناس ويتوسط فيها وهو لا يرجو الوفاء من سبب ظاهر فهو حرام. وقد صرح في الروضة بأنه يحرم على الإنسان أن يقترض مال غيره وليس عنده ولا له ما يوفيه منه.

وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ وَيَخْتَلَفُ بِالْمَرَاتِبِ، فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ بِالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ وَالْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا، وَلَوْلَدُ الزَّرَّاعِ بِالزَّرَاعَةِ وَالنَّفَقَةِ عَلَى الْقَوَامِ بِهَا، وَالْمُخْتَرَفِ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ، وَالْمَرْأَةُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَزْلِ وَالْقَطْنِ وَصَوْنِ الْأَطْعِمَةِ عَنِ الْهَرَّةِ وَنَحْوِهَا. وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرُ الْاِخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ،

(ويختبر رشد الصبي) في الدين والمال، لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾^(١) أي اختبروهم. أما في الدين فيمشاهدة حاله في العبادات وتجنب المحظورات وتوقّي الشبهات ومخالطة أهل الخير. وإنما عبّر بالصبي وإن كانت الأنثى كذلك لأنه يذكر المرأة بعد. (و)أما في المال فإنه (يختلف ب) اختلاف (المراتب، فيختبر ولد التاجر بالبيع والشراء) على الخلاف الآتي فيهما، (والمماكسة فيهما) وهو طلب النقصان عما طلبه البائع وطلب الزيادة على ما يبذله المشتري. وإذا اختبر في نوع من التجارة كفى، ولا يحتاج إلى الاختبار في جميعها كما ذكره الشيخ أبو حامد في تعليقه؛ وولد السوق كولد التاجر.

تنبيه: قضية كلامه صحة البيع والشراء من ولد التاجر؛ والأصح عدم الصحة كما سيأتي، فلو عبّر بالمماكسة في البيع والشراء لكان أولى وأخصر.

(و) يختبر (ولد الزرع بالزراعة والنفقة على القوام بها) أي إعطاؤهم الأجرة، وهم الذين استؤجروا على القيام بمصالح الزرع: كالحرث والحصد والحفظ. (و) يختبر (المحترف بما يتعلق بحرفته) أي حرفة أبيه وأقاربه كما قاله في الكفاي؛ فيختبر ولد الخياط مثلاً بتقدير الأجرة، وولد الأمير ونحوه بأن يعطي شيئاً من ماله لينفقه في مدة شهر في خبز ولحم وماء ونحوه كما قاله في الكفاية تبعاً لجماعة، ثم نقل عن الماوردي أنه يدفع إليه نفقة يوم في مدة شهر ثم نفقة أسبوع ثم نفقة شهر. قال بعض المتأخرين: وهذا إنما يأتي على رأي من يقول بصحته اهـ. وقد يقال المراد أنه يمتحن بذلك، فإن أراد العقد عقد الولي كما سيأتي.

تنبيه: الحرفة هي الصنعة؛ قاله الجوهري، سُميت بذلك لأنه ينحرف إليها. ويختبر من لا حرفة لأبيه بالنفقة على العيال لأنه لا يخلو من له ولد عن ذلك غالباً.

(و) تختبر (المرأة بما يتعلق بالغزل والقطن) من حفظ وغيره. والغزل يطلق على المصدر وعلى المغزول؛ قال الإسنوي: والظاهر أن المصنف إنما أراد المصدر، يعني أنها هل تجتهد فيه أو لا. وقال الأذري: قوله بما يتعلق بالغزل والقطن، أي في بيتها إن كانت مخدرة، وإن كانت برّزة ففي بيع الغزل وشراء القطن اهـ. والأوّل خُفِّلَ كلام المتن على ما هو أعمّ من ذلك كما قدرته أولاً. وهذا كما قاله السبكي فيمن يليق بها الغزل والقطن، أما بنات الملوك ونحوهم فلا تختبر بذلك بل بما يعمله أمثالها.

(وصون الأطعمة عن الهرة) وهي الأنثى والذكر هرّ، وتجمع الأنثى على هرّز، كقِرْزَةٍ وقِرْزٍ، والذكر على هرّزة كقِرْزٍ وقِرْزة. (ونحوها) كالقارة والدجاجة؛ لأن بذلك يتبين الضبط وحفظ المال وعدم الانخداع، وذلك قوام الرشد. وقيل: إن المبتذلة كالرجل في الاختبار؛ قاله الصيمري. والخشّي تختبر بما يختبر به الذكر والأنثى جميعاً ليحصل العلم بالرشد كما قاله ابن المسلم.

(ويشترط تكرار الاختبار مرّتين أو أكثر) بحيث يغلب على الظنّ رُشده فلا يكفي مرة لأنه قد يصيب فيها اتفاقاً. (ووقته) أي الاختبار، (قبل البلوغ) لآية: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾^(٢)، واليتيم إنما يقع على غير البالغ. والمراد

(١) سورة النساء، الآية: ٦.

(٢) سورة النساء، الآية: ٦.

وَوَفَّقَهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَقِيلَ: بَعْدَهُ.

فَعَلَى الْأَوَّلِ الْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ عَقَدَ الْوَلِيَّ، فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ دَامَ الْحَجَرُ، وَإِنْ بَلَغَ رَشِيداً انْفَكَ أَنْفَكَ بِنَفْسِ الْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ؛ وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ فَكُ الْقَاضِي، فَلَوْ بَدَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ حُجَرَ عَلَيْهِ،

بِالْقَبْلِيَّةِ: الزمان القريب للبلوغ بحيث يظهر رشده ليسلم إليه المال كما أشار إليه الإمام عن الأصحاب. (وقيل بعده) ليصح تصرفه، ورُدُّ بأنه يؤذي إلى أن يحجر على البالغ الرشيد إلى أن يختبر؛ وهو باطل. والمخاطب بالاختبار على الأول كل ولي، وعلى الثاني وجهان: أحدهما كذلك، والثاني: الحاكم فقط. ونسب الجوري الأول إلى عامة الأصحاب، والثاني إلى ابن سريج. ويختبر المرأة النساء والمحارم كما نقله ابن كنج عن نص المختصر والبويطي.

(فعلى الأول الأصح) بالرفع، (أنه لا يصح عقده) لما مر من بطلان تصرفه؛ (بل) يسلم إليه المال و (يمتنح في المماكسة، فإذا أراد العقد عقد الولي) لما تقرر من بطلان تصرفه. والثاني: يصح عقده للحاجة. وعلى الوجهين لو تلف المال في يد الممتحن لم يضمه الولي لأنه مأمور بالتسليم إليه. وينبغي أن يختبر السفية أيضاً، فإذا ظهر رشده عقد لأنه مكلف.

(فلو بلغ غير رشيد) لاختلال صلاح الدين أو المال، (دام الحجر) عليه لمفهوم الآية السابقة، فيتصرف في ماله من كان يتصرف فيه قبل بلوغه. وقوله: «دام الحجر»؛ أي الجنس لا حجر الصبا لانقطاعه بالبلوغ كما مر ويخلفه غيره. (وإن بلغ رشيداً انفك) الحجر عنه (بنفس البلوغ) أو غير رشيد ثم رشد فبنفس الرشد (وأعطي ماله) ولو امرأة، فيصح تصرفها حينئذ ولا يحتاج إلى إذن الزوج. وأما ما رواه أبو داود «لَا تَنْصَرِفُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا»^(١) فأشار الشافعي إلى ضعفه، وعلى تقدير صحته فمحمول على الأولى. (وقيل يشترط فك القاضي) لأن الرشد يحتاج إلى نظر واجتهاد. ورُدُّ بأنه حجر ثبت بغير حاكم فلم يتوقف زواله على إزالة الحاكم كحجر المجنون. وإنما جمع المصنف بين الانفكاك وأعطاء المال ليحترز عن مذهب مالك في المرأة فإنه قال: «لا يسلم المال إلى المرأة حتى تزوج فإذا تزوجت يدفع إليها بإذن الزوج، ولا ينفذ تبرعها بما زاد على الثلث ما لم تصر عجوزاً»، فقال له الشافعي: «أرأيت لو تصدقت بثلاث مالهها ثم بثلاث الثلثين ثم بثلاث الباقي هل يجوز التصرف الثاني والثالث إن جوزت سلطتها على جميع المال بالتبرع وإن منعت منعت الحر البالغ العاقل من ماله؟» ولا وجه له.

(فلو بدر بعد ذلك) أي بعد بلوغه رشيداً، (حجر) أي حجر القاضي (عليه) لا غيره من أب وجد لأنه في محل الاجتهاد، وإنما حجر عليه لآية: «وَلَا تَوْنُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ»^(٢) أي أموالهم، لقوله تعالى: «وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ»^(٣)، ولخبر: «اْخْذُوا عَلَى يَدِ سَفَهَائِكُمْ»^(٤) رواه الطبراني بإسناد صحيح. ونقل الروياني عن

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: الزكاة، باب: المرأة تصدق من بيت زوجها (الحديث: ١٦٨٨).

(٢) سورة النساء، الآية: ٥.

(٣) سورة النساء، الآية: ٥.

(٤) أخرجه القرطبي في «تفسيره» (لحديث: ٤/٦) وذكره المتقي الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ٥٥٢٥).

وَقِيلَ: يَعُودُ الْحَجَرُ بِلَا إِعَادَةٍ، وَلَوْ فُسِقَ لَمْ يُحْجَرَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ. وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ فَوَلِيَّهُ الْقَاضِي، وَقِيلَ: وَلِيُّهُ فِي الصَّغَرِ. وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ فَوَلِيُّهُ وَلِيُّهُ فِي الصَّغَرِ، وَقِيلَ: الْقَاضِي. وَلَا يَصِحُّ مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ بَيْعٌ وَلَا شِرَاءٌ وَلَا إِعْتَاقٌ.....

الشافعي أن القاضي إذا حجر عليه استحَبَّ أن يرده أمره إلى الأب والجد، فإن لم يكن فسائر العصابات لأنهم أشفق. ويُسنُّ له أن يشهد على حجر السفه وإن رأى النداء عليه ليتجنب في المعاملة فعل، وعلى هذا لو عاد رشيداً لم يرتفع الحجر إلا برفع القاضي له كما لا يثبت إلا به. (وقيل: يعود الحجر بلا إعادة) كالجنون وتصرفه قبل الحجر عليه صحيح، والمشهور أن هذا هو السفه المهمل، ويطلق أيضاً على من بلغ غير رشيد، وهذا لا يصح تصرفه، فالخلاف في التسمية فقط. ولا حجر بالغين في تصرف دون تصرف لتعذر اجتماع الحجر وعدمه في شخص واحد، ويؤيد ذلك قوله ﷺ لمن قال له إنه يُخدع في بعض البيوع: «مَنْ بَاتَيْعَتْ قُلٌّ لَا خِلَافَةَ»^(١). ولا حجر بالشحة على النفس مع اليسار لينفق بالمعروف لأن الحق له. وقيل: يحجر عليه؛ قال الماوردي: والقائل به لم يرد حقيقة الحجر فإنه صرَّح بأنه لا يمنع من التصرف ولكن ينفق عليه بالمعروف من ماله إلا أن يخاف عليه إخفاء ماله لشدة شحِّه فيمنع من التصرف فيه لأن هذا أشد من التبذير.

(ولو فسق) مع صلاح تصرفه في ماله بعد بلوغه رشيداً، (لم يحجر عليه في الأصح) لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة. والثاني: يحجر عليه كالاستدامة وكما لو بذر. وفُرق الأول بين استدامته بالفسق المقترن بالبلوغ وبين ما هنا بأن الأصل ثَمُّ بقاءه، وهنا ثبت الإطلاق، والأصل بقاءه، وبينه وبين الحجر يعود التبذير بأن الفسق لا يتحقق به إتلاف المال ولا عدم إتلافه بخلاف التبذير. (و) على أنه لا بد من حجر القاضي في عود التبذير (من حجر عليه لسفه) أي سوء تصرف (طراً، فوليه القاضي) لأنه الذي يعيد الحجر عليه، إذ ولاية الأب ونحوه قد زالت فينظر من له النظر العام. (وقيل: وليه في الصغر) كما لو بلغ سفهياً. ومحل الخلاف ما إذا قلنا بعقد الحجر بنفسه وإلا لم ينظر إلا القاضي قطعاً؛ قاله الروياني. ولو شهد عدلان بسفه رجل وفسرا قبلت شهادتهما حسبة.

(ولو طراً جنون فوليه وليه في الصغر) وهو الأب ثم الجد. (وقيل) وليه (القاضي) والفرق بين التصحيحين أن السفه مجتهد فيه فاحتاج إلى نظر الحاكم بخلاف الجنون.

(ولا يصح من المحجور عليه لسفه بيع) ولو بغبطة (ولا شراء) ولو في الذمة لمنافاة الحجر، (ولا إعتاق) في حال حياته لو بعوض كالكتابة لما مرَّ. أما بعد الموت كالتبذير والوصية فالمذهب الصحة ولو لزمه كفارة يمين أوظهار صام كمعسر ثلاثاً يضيع ماله. وأما كفارة القتل فالصحيح في المطلب أن الولي يعتق عنه فيها لأن سببها فعل وهو لا يقبل الدفع، بخلاف كفارة اليمين والظهار. وقضية الفرق أنه يكفر في كفارة الجماع بالمال. قال السبكي: وكل ما يلزمه في الحج من الكفارات المخيرة لا يكفر عنه إلا بالصوم، وما كان مرتباً يكفر عنه بالمال لأن سببه فعل: أي مع ترتبه، وإلا فما قبله سببه فعل أيضاً، وقضيته أنه يكفر عنه في كفارة الجماع بالمال وهو الأوجه كما قاله شيخنا.

(١) أخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: من يخدع في البيع (الحديث: ٣٨٣٨) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٢/

٧٢) وأخرجه البيهقي في كتاب: البيوع، باب: الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام (الحديث:

٢٧٣/٥) وذكره المتقي الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ٩٩٦٢) وذكره ابن كثير في «البداية والنهاية» (الحديث: ٢٢٢).

وَهَبَةً وَنِكَاحَ بَغِيرِ إِذْنٍ وَلِيِّهِ، فَلَوْ اشْتَرَى أَوْ اقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلَفَ الْمَأْخُودُ فِي يَدِهِ أَوْ أَتْلَفَهُ فَلَا ضَمَانَ فِي الْحَالِ وَلَا بَعْدَ فِكَ الْحَجَرِ، سِوَاءَ عِلْمِ حَالِهِ مِنْ عَامَلِهِ أَوْ جَهْلٍ؛ وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ لَا التَّصَرُّفُ الْمَالِي فِي الْأَصَحِّ.

(و) لا (هبة) منه. أما الهبة له فالأصح في زوائد الروضة صحتها؛ لأنه ليس بتفويت بل تحصيل. ولا يصح قبول الوصية كما اقتضاه كلام أصل الروضة وجزم به ابن المقرئ لأنه تصرف مالي، وجزم الماوردي والرويانى والجرجاني بالصحة لقبول الهبة؛ والمعتمد الأول. والفرق بينهما كما قال شيخى: أن قبول الوصية تملك، بخلاف قبول الهبة، وأيضاً قبول الهبة يشترط فيه الفور وربما يكون الولي غائباً فتفتوت، بخلاف الوصية. قال الماوردي: وإذا صححنا قبول ذلك لا يجوز تسليم الموهوب والموصى به إليه، فإن سلمهما إليه ضمن الموصى به دون الموهوب لأنه ملك الموصى به بقبوله بخلاف الموهوب.

(و) لا (نكاح) يقبله لنفسه (بغير إذن وليه) لأنه إتلاف للمال، أو مظنة إتلافه. وقوله: «بغير إذن وليه»، قال الشارح: قَيِّدَ فِي الْجَمِيعِ، وقال غيره: يعود إلى النكاح فقط فإنه الذي يصح بالإذن دون ما قبله كما سيأتي. وإنما قال الشارح ذلك لأجل الخلاف الآتي والأفكلام غيره أنسب. أما قبول النكاح بالوكالة فيصح كما قاله الرافعي في الوكالة، وأما الإيجاب فلا يصح مطلقاً لا أصالة ولا وكالة أَدْنِ الْوَلِيِّ أَمْ لَا.

(فلو اشترى أو اقترض) من رشيد (وقبض) بإذنه أو إقباضه (وتلف المأخوذ في يده) قبل المطالبة له برده (أو أتلفه فلا ضمان في الحال، ولا بعد فِكَ الحجر سواء علم حاله من عامله أو جهل) لأن من عامله سلطه على إتلافه بإقباضه إياه وكان من حقه أن يبحث عنه قبل معاملته. وظاهر كلام المصنف كالروضة وأصلها أنه لا يضمن ظاهراً ولا باطناً، وبه صرح الإمام والغزالي؛ والذي نص عليه في الأم في باب الإقرار أنه يضمن بعد انفكك الحجر عنه؛ وهذا هو الظاهر. أما لو قبضه من غير رشيد، أو من رشيد بغير إذنه وإقباضه، أو تلف بعد المطالبة فإنه يضمنه كما نقل القطع به في الصورتين الأولتين في الروضة عن الأصحاب، وجزم به ابن المقرئ في الثالثة وفقاً لتصريح الصيدلاني. ولا معنى لاقترار المصنف على الشراء والقرض، فإنه لو نكح بلا إذن ووطيء لم يلزمه شيء كما صرح به المصنف في باب النكاح، ولو بقيت العين في يده حتى صار رشيداً وتمكن من ردّها ثم تلفت ولم يردّها ضمنها كما لو استقل بإتلافها؛ قاله الدارمي في شرح المختصر. قال في المهمات: وهو ظاهر.

تنبيه: قوله: «سواء علم حاله من عامله أو جهل»، قال ابن شهبة: لغة شاذة، والمعروف: أعلم حاله أم جهل بزيادة الهمزة مع علم وبأم موضع أو. ولا ينافي ذلك قول الشارح في غير هذا الموضع سَمِعَ: «سواء عليّ قمت أو قعدت».

(ويصح بإذن الولي نكاحه) على ما سيأتي في باب النكاح، فإن المصنف أعاد هذه المسألة هناك بشروطها، وستكلم عليها هناك إن شاء الله تعالى. (لا التصرف المالي في الأصح) لأن عبارته مسلوقة كما لو أذن لصبي. والثاني: يصح كالنكاح، وقال الإمام في كتاب النكاح: إنه المذهب. وفرق الأول بأن المقصود بالحجر عليه حفظ المال دون النكاح. ومحل الوجهين إذا عيّن له الولي قدر الثمن وإلا لم يصح جزماً، ومحلهما أيضاً فيما إذا كان بعوض كالبيع، فإن كان خالياً عنه كعتق وهبة لم يصح جزماً. واستثنى من إطلاقه مسائل: منها ما لو وجب عليه قصاص فصالح بغير إذن وليه على الدية أو أكثر فليس للولي منعه. ومنها عقد الجزية فإنه يصح منه

وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِدَيْنٍ قَبْلَ الْحَجْرِ أَوْ بَعْدَهُ، وَكَذَا بِإِتْلَافِ الْمَالِ فِي الْأَظْهَرِ، وَيَصِحُّ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ. وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَظَهَارُهُ وَنَفْيُهُ النَّسَبِ بِلِعَانٍ، وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَةِ كَالرَّشِيدِ لَكِنْ لَا يَفْرُقُ الزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ.

مباشرة بدينار وإن لم يأذن له الولي، ولا يصح منه ولا من الولي بزيادة عليه؛ وفرق بينه وبين المصالحة على أكثر من الدية بأن صيانة الروح عن القصاص قد لا تحصل إلا بزيادة عليه بخلاف عقد الذمة، فإن الإمام يجب عليه العقد عند إعطاء الدينار، وعقد الهدنة كالجزية. ومنها ما لو وجب له قصاص فإن له العفو على مال، وكذا مجاناً على المذهب كما ذكره المصنف قبيل كتاب الديات. ومنها ما لو سمع قاتلاً يقول «من رد عليّ عبدي فله كذا» فردّه استحقّ الجعل كما يأتي في الجعالة؛ لأن الصبي يستحقه، فالبالغ السفیه أولى. ومنها ما لو قبض دينه بإذن وليه، قال الرافعي: اعتدّ به في أرجح الوجهين عند الحنطاني. ومنها ما لو وقع في أسر ففقد نفسه بمال فإنه يصحّ كما يصحّ منه عقد الجزية. ومنها ما لو فتحنا بلدًا للسفهاء على أن تكون الأرض لنا ويؤدون خراجها فإنه يصحّ كالجزية. ومنها ما لو أجر نفسه بماله التبرّع به من منافع، وهو ما ليس عمله مقصوداً في كسبه، فإنه يصح. ومنها ما لو انتهى الأمر في المطاعم إلى الضرورة؛ قال الإمام: الوجه عندي القطع بتجوير تصرفاته.

(ولا يصح إقراره) بالنكاح كما لا يصح نشؤه، ولا (بدین) في معاملة أسند وجوبه إلى ما (قبل الحجر أو) إلى ما (بعده) كالصبي، ولا يقبل إقراره بعين في يده في حال الحجر، (وكذا بإتلاف المال) أو جنایة توجب المال (في الأظهر) كدين المعاملة. والثاني: يقبل؛ لأنه إذا باشر الإتلاف يضمن، فإذا أقرّ به قبل. وزدّ بأن الصبي يضمن بإتلافه ولا يقبل إقراره به جزماً.

تنبيه: فهم تعبيره بعدم الصحة أنه لا يطالب به في حال الحجر ولا بعد فكّه. ومحلّه في الظاهر، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيجب عليه بعد فكّ الحجر أدائه إذا كان صادقاً في إقراره كما نصّ عليه في الأم، ولو أقرّ بعد رشده أنه كان أثلّف ما لا لزمه الآن قطعاً كما نقله في زيادة الروضة في باب الإقرار عن ابن كجّ.

(ويصحّ) إقراره (بالحد والقصاص) لعدم تعلّقهما بالمال ولبعد التهمة، ولو كان الحد سرقة قطع ولا يلزمه المال، ولو عفا مستحقّ القصاص بعد إقراره على مال ثبت لأنه تعلّق باختیار غيره لا بإقراره. (و) يصحّ (طلاقه) ورجعته (وخلعه) زوجته بمثل المهر وبدونه. (و) يصحّ (ظهاره) وإيلاؤه وإيلاده (ونفيه النسب) لما ولدته زوجته (بلعان) ولما ولدته أمته يحلف، لأن هذه الأمور ما عدا الخلع لا تعلّق لها بالمال الذي حجر لأجله. وأما الخلع فلأنه إذا صحّ طلاقه مجاناً فبعوض أولى، إلا أن المال يسلم إلى وليه وهو خاص بالرجل كما تقرّر للمعنى المذكور وصرّح به المصنف في باب الخلع وإن كان مطلقاً، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيانه في النكاح تسري جارية إن احتاج إلى الوطء فإن كرهها أبدلت.

تنبيه: لو حذف قوله: «بلعان» لكان أخصر وأعمّ لشموله نفي ما يلحقه من أمته، فإن السيد لا يلاعن بل يحلف على النفي كما مرّ، ويصحّ استلحاقه النسب وينفق عليه من بيت المال. قال في زيادة الروضة: ولو أقرّ باستيلاد أمته لم يقبل قوله اهـ. نعم إن ثبت أن الموطوءة فراش له وولدت لمدة الإمكان ثبت الاستيلاد؛ قاله السبكي، لكنه في الحقيقة لم يثبت بإقراره.

(وحكمه في العباداة) الواجبة مطلقاً والمندوبة البدنية، (كالرشيد) لاجتماع الشرائط فيه. أما المندوبة المالية كصدقة التطوّع فليس هو فيها كالرشيد، (لكن لا يفرق الزكاة بنفسه) لأنه ولاية وتصرف مالي. نعم إن أذن له

وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجٍّ فَرَضَ أَعْطَى الْوَلِيَّ كِفَايَتَهُ لثِقَةٍ يُتَّقَى عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ، وَإِنْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤَنَّتُهُ سَفَرُهُ عَنْ نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ فَلِلْوَلِيِّ مَنَعُهُ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ؛ قُلْتُ: وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ إِنْ قُلْنَا لَدَمَ الْإِحْصَارِ بَدَلًا، لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْمَالِ. وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدَّرَ زِيَادَةَ الْمُؤَنَّةِ لَمْ يَجْزِ مَنَعُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

٤ - فصل: فيمن يلي الصبي

وَلِيُّ الصَّبِيِّ أَبُوهُ

الولي وعين له المدفوع إليه صحَّ صرفه كنظيره في الصبي المميز وكما يجوز للأجنبي توكيله فيه، ولا بد أن يكون ذلك بحضرة الولي أو من ينوب عنه كما بحثه الأذري؛ لأنه قد يتلف المال إذا خلا به، أو يدعي صرفه كاذباً، وكالزكاة في ذلك الكفارة ونحوها. ويصح نذره في الذمة بالمال لا بعين ماله، والمراد بصحة نذره فيما ذكر ثبوته في الذمة إلى ما بعد الحجر.

(وإذا أحرم) حال الحجر (بحج فرض) أصلي أو قضاء أو مندور قبل الحجر وكذا بعده إذا سلكتنا به مسلك واجب الشرع وهو الأصح؛ (أعطى الولي كفايته لثقة يتفق عليه في طريقه) ولو بأجرة، أو يخرج الولي معه كما مر في كتاب الحج خوفاً من تفریطه فيه. وظاهر أن الحكم كذلك إذا أراد السفر للإحرام، وأن العمرة كالحج فيما ذكر. ولو أفسد حجه المفروض بالجماع في حال سفهه لزمه المضي فيه والقضاء ويعطيه الولي نفقة القضاء كما هو مقتضى إطلاق المصنف. ومقتضى إطلاقهم كما قال الإسوي؛ أن الحج الذي استؤجر قبل الحجر على أدائه له حكم ما تقدم.

تنبيه: كان الأولى حذف اللام من الثقة، لأن أعطى يتعدى إلى مفعولين بنفسه.

(وإن أحرم) حال الحجر (بتطوع) من حج أو عمرة، أو بنذر بعد الحجر وسلكتنا به مسلك جائز الشرع وهو الرأي المرجوح، (وزادت مؤنة سفره) لإتمام النسك، أو إتيانه (عن نفقته المعهودة) في الحضر؛ (ف للولي منعه) من الإتمام أو الإتيان به صيانة لماله. وظاهر كلام المصنف أنه يصح إحرامه بدون إذن وليه. قال الإسوي: وفي الفرق بينه وبين الصبي المميز نظر؛ وفرق السبكي بينهما باستقلال السفیه. (والمذهب أنه كمحصر فيتحلل) لأنه ممنوع من المضي. والطريق الثاني: وجهان أحدهما هذا، والثاني: لا يتحلل إلا بقاء البيت كمن فقد زاده وراحلته.

(قلت: ويتحلل بالصوم إن قلنا لدم الإحصار بدل) وهو الأظهر كما مر في الحج؛ (لأنه ممنوع من المال) أما إذا قلنا لا بدل له فإنه يبقى في ذمة المحصر، قال في المطلب: ويظهر أنه يبقى في ذمة السفیه أيضاً. (ولو كان له في طريقه كسب قدر زيادة المؤنة لم يجز منعه، والله أعلم) لأن الإتمام بدون التعرض للمال ممكن. قال في المطلب: وفيه نظر إذا كان عمله مقصوداً بالأجرة بحيث لا يجوز له التبرع به. قال الأذري: وفي النظر نظر لأنه وإن كان كذلك لا يعد مالاً حاصلاً، فلا يلزمه تحصيله مع غناه بخلاف المال الموجود في يد الولي. قال الغزالي: وما ذكره ابن الرفعة والأذري كلاهما عجيب، فإن المسألة مفروضة فيما إذا كان الكسب في طريقه فقط كما هو ظاهر عباراتهم، أما إذا أحرم بتطوع قبل الحجر ثم حجر عليه قبل إتمامه فإنه كالواجب كما ذكره في الروضة وأصلها في الحج.

فصل: فيمن يلي الصبي مع بيان كيفية تصرفه في ماله: (ولي الصبي أبوه) بالإجماع. ولو عبر بالصغير

ثُمَّ جَدَّهُ ثُمَّ وَصِيَّهِمَا ثُمَّ الْقَاضِي؛ وَلَا تَلِي الْأُمُّ فِي الْأَصَحِّ. وَيَتَصَرَّفُ الْوَلِيُّ بِالْمُصْلَحَةِ.

لَكَانَ أَوْلَى. وَقَالَ ابْنُ حَزْمٍ: إِنْ الصَّبِيُّ يَشْمَلُ الصَّبِيَّةَ، كَمَا قَالَ: إِنْ الْعَبْدُ يَشْمَلُ الْأَمَةَ. (ثُمَّ جَدَّهُ) أَبُو الْأَبِّ وَإِنْ عَلَا كَوَلَايَةِ النِّكَاحِ، وَتَكْفِي عَدَالَتَهُمَا الظَّاهِرَةَ لَوْ قُورِ شَفَقَتُهُمَا فَإِنْ فَسَقَا نَزَعَ الْقَاضِي الْمَالَ مِنْهُمَا، كَمَا ذَكَرَاهُ فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ. وَهَلْ يَنْعَزِلَانِ بِالْفِسْقِ؟ وَجِهَانُ حَكَاهُمَا الْقَاضِي وَحُسَيْنُ وَالْإِمَامُ فِي بَابِ الْعَارِيَةِ، وَيَنْبَغِي الْانْعِزَالُ عَلَيْهِ لَوْ فَسَقَ بَعْدَ الْبَيْعِ وَقَبْلَ الْزُومِ فِي بَطْلَانِهِ وَجِهَانُ؛ قَالَ السَّبْكِ: وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ أَصْحَهُمَا أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ وَيُثَبِّتُ الْخِيَارَ لِمَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ. وَلَا يَتَبَيَّنُ إِسْلَامُهُمَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مُسْلِمًا، فَإِنْ الْكَافِرُ يَلِي وَلَدَهُ الْكَافِرُ؛ لَكِنْ لَوْ تَرَفَعُوا إِلَيْنَا لَمْ نَقْرَهُمْ وَنَلِي نَحْنُ أَمْرَهُمْ بِخِلَافِ وَلَايَةِ النِّكَاحِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِوَلَايَةِ الْمَالِ الْأَمَانَةَ، وَهِيَ فِي الْمُسْلِمِينَ أَقْوَى، وَالْمَقْصُودُ بِوَلَايَةِ النِّكَاحِ الْمَوَالَةَ، وَهِيَ فِي الْكَافِرِ أَقْوَى؛ قَالَ الْمَوَارِدِيُّ.

(ثُمَّ وَصِيَّهِمَا) أَيُّ وَصَى مِنْ تَأَخَّرَ مَوْتُهُ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ، وَشَرْطُهُ الْعَدَالَةُ كَمَا سَيَأْتِي فِي الْوَصِيَّةِ. (ثُمَّ الْقَاضِي) أَوْ أَمِينُهُ لَخَبَرِ: «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ»^(١) رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَحُسَيْنُ وَالْحَاكِمُ وَصَحَّحَهُ. وَلَوْ كَانَ الْيَتِيمُ يَبْلُدُ وَمَالُهُ فِي آخِرِ فَالْوَلِيُّ قَاضِي بِلَدِ الْمَالِ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ عَلَيْهِ تَرْتَبُ بِمَا لَهُ كَمَالُ الْغَائِبِينَ، لَكِنْ مُحَلَّهُ فِي تَصَرُّفِهِ فِيهِ بِالْحِفْظِ وَالتَّعَهُدِ بِمَا يَقْتَضِيهِ الْحَالُ مَعَ الْغُبَةِ اللَّائِقَةِ إِذَا أَشْرَفَ عَلَى التَّلَفِ. أَمَّا تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِالتَّجَارَةِ وَالِاسْتِنْمَاءِ فَالْوَلَايَةُ عَلَيْهِ لِقَاضِي بِلَدِ الْيَمِينِ لِأَنَّهُ وَلِيُّهُ فِي النِّكَاحِ فَكَذَا فِي الْمَالِ كَمَا نَقَلَهُ فِي أَصْلِ الرُّوضَةِ عَنِ الْغَزَالِيِّ وَأَقْرَبَهُ. قَالَ شَيْخُنَا: وَوَقَعَ لِلْإِسْنَوِيِّ. غَزَوُ مَا يَخَالِفُ ذَلِكَ إِلَى الرُّوضَةِ وَأَصْلُهَا فَاحْذَرَهُ. قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَعَلَى مَا فِي أَصْلِ الرُّوضَةِ فَلِقَاضِي بِلَدِهِ الْعَدْلُ الْأَمِينُ أَنْ يَطْلُبَ مِنْ قَاضِي بِلَدِ مَالِهِ إِحْضَارَهُ إِلَيْهِ عِنْدَ أَمْنِ الطَّرِيقِ لظُهُورِ الْمُصْلَحَةِ لَهُ فِيهِ، وَلِيَتَجَرَّ لَهُ فِيهِ ثُمَّ، أَوْ يَشْتَرِيَ لَهُ بِهِ عَقَارًا، وَيَجِبُ عَلَى قَاضِي بِلَدِ الْمَالِ إِسْعَافُهُ بِذَلِكَ. وَحُكْمُ الْمَجْنُونِ حُكْمُ الصَّبِيِّ فِي تَرْتِيبِ الْأَوْلِيَاءِ، وَكَذَا مِنْ بَلَغَ سَفِيهًا.

تَنْبِيْهُ: قَضِيَّةُ تَعْبِيرِهِ بِالصَّبِيِّ أَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لِلْمَذْكُورَيْنِ عَلَى مَالِ الْأَجَنَّةِ، وَصَرَّحَا بِهِ فِي الْفَرَائِضِ فِي الْكَلَامِ عَلَى مِيرَاثِ الْحَمْلِ لَكِنْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْحَاكِمِ فَقَطْ، وَمِثْلُهُ الْبَقِيَّةُ. قَالَ الْجَرَجَانِيُّ: وَإِذَا لَمْ يَوْجَدْ أَحَدٌ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ الْمَذْكُورِينَ فَعَلَى الْمُسْلِمِينَ النَّظَرُ فِي حَالِ مَحْجُورِهِمْ وَتَوَلَّى حِفْظَ مَالِهِ.

(وَلَا تَلِي الْأُمُّ فِي الْأَصَحِّ) كَوَلَايَةِ النِّكَاحِ. وَالثَّانِي: تَلِي بَعْدَ الْأَبِّ وَالْجَدِّ وَتَقْدُّمُ عَلَى وَصِيَّهِمَا لِكَمَالِ شَفَقَتِهِمَا. وَكَذَا لَا وَلَايَةَ لِسَائِرِ الْعَصَبَاتِ كَالْأَخِ وَالْعَمِّ. نَعَمْ لَهُمُ الْإِنْفَاقُ مِنْ مَالِ الطِّفْلِ فِي تَأْدِيبِهِ وَتَعْلِيمِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ عَلَيْهِ وَلَايَةٌ لِأَنَّهُ قَلِيلٌ فَسُومَحُ بِهِ؛ قَالَهُ فِي الْمَجْمُوعِ فِي إِحْرَامِ الْوَلِيِّ عَنِ الصَّبِيِّ. قَالَ شَيْخُنَا: وَمِثْلُهُ الْمَجْنُونُ وَالسَّفِيهَ أَه. أَمَّا السَّفِيهِ فَوَاضِحٌ، وَأَمَّا الْمَجْنُونُ فَفِيهِ نَظَرٌ. نَعَمْ إِنْ حَمَلَ عَلَى مَنْ لَهُ نَوْعٌ تَمَيِّزٌ فَهُوَ ظَاهِرٌ وَلَعَلَّهُ مُرَادُهُ.

(وَيَتَصَرَّفُ) لَهُ (الْوَلِيُّ بِالْمُصْلَحَةِ) وَجُوبًا، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(٢) وَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ تَخَالَطَوْهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾^(٣). وَقَضِيَّةُ كَلَامِهِ كَأَصْلِهِ أَنْ التَّصَرُّفَ الَّذِي لَا خَيْرَ فِيهِ وَلَا شَرَّ مَمْنُوعٍ مِنْهُ، إِذْ لَا مُصْلَحَةَ فِيهِ؛ وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَالْمَوَارِدِيُّ.

(١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ فِي كِتَابِ: النِّكَاحِ، بَابُ: مَا جَاءَ لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ (الْحَدِيثُ: ١١٠٢) وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي مُسْتَدْرَكِهِ فِي كِتَابِ: النِّكَاحِ، (الْحَدِيثُ: ١٦٨/٢).

(٢) سُورَةُ الْأَنْعَامِ، آيَةُ: ١٥٢ وَسُورَةُ الْإِسْرَاءِ، آيَةُ: ٣٤.

(٣) سُورَةُ الْبَقَرَةِ، آيَةُ: ٢٢٠.

وَيَبْنِي دُورَهُ بِالطِّينِ وَالْأَجْرُ لَا اللَّيْنِ وَالْجِصُّ، وَلَا.
يَبِيعُ عَقَارَهُ إِلَّا لِحَاجَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ.

ويجب على الولي جفط مال الصبي عن أسباب التلف واستنماؤه قدر ما تأكله المؤن من نفقة وغيرها إن أمكن، ولا تلزمه المبالغة. ولو خاف الولي استيلاء ظالم على مال اليتيم فله بذل بعضه لتخليصه وجوباً، ويستأنس له بخرق السيد الخضر السفينة. وإذا كان للصبي أو السفية كسب؛ أي يليق به، أجبره الولي على الاكتساب ليرتق به في ذلك، ونُدب أن يشتري له العقار بل هو أولى من التجارة إذا حصل من ريعه الكفاية كما قاله المارودي؛ هذا إن لم يخف جوراً من سلطان أو غيره، أو خراباً للعقار ولم يجد به ثقل خراج. وله أن يسافر بمال الصبي والمجنون وقت الأمن، والتفسير به مع ثقة ولو بلا ضرورة من نحو حريق أو نهب لأن المصلحة قد تقتضي ذلك لا في نحو بحر وإن غلبت السلامة لأنه مظنة عدمها. قال الإسني: ولا يركب بالصبي البحر وإن غلبت سلامته كماله. وفرق غيره بأنه إنما حرم ذلك في ماله لمنافاته غرض ولايته عليه في حفظه وتنميته بخلافه هو فيجوز أن يركبه البحر إذا غلبت السلامة، كما يجوز إركاب نفسه؛ والفرق أظهر، والصواب كما قال الأذري عدم تحريم إركاب البهائم والأرقاء والحامل عند غلبة السلامة، خلافاً للإسني في الجميع.

(ويبنى دوره) ومساكنه (بالطين والأجر) أي الطوب المحرق، لأن الطين قليل المؤنة ويتنفع به بعد النقض والآجر يبقى. (لا اللبن) أي الطوب الذي لم يحرق، (والجص) أي الجبس؛ لأن اللبن قليل البقاء ويتكسر عند النقض والجبس كثير المؤن ولا تبقى منفعته عند النقض بل يلصق بالطوب فيفسده.

تنبيه: قوله: «والجص» بالواو هي عبارة المحرر والروضة والشرح الصغير، وعبارة الكبيرة: «أو الجص» بأو، وهي أولى لأنها تدل على الامتناع في اللبن سواء أكان مع الطين أم الجص، وعلى الامتناع في الجص سواء أكان مع اللبن أم الآجر؛ وهو كذلك. ويفهم المنع فيما عدهما. والمجنون والسفيه كالصبي فيما ذكر. وما ذكره من اقتصار البناء بالطين والآجر نص عليه الشافعي وجرى عليه الجمهور. واختار كثير من الأصحاب جواز البناء على عادة البلد كيف كان، واختاره الروياني واستحسنه الشاشي، والقلب إليه أميل. وفي البيان بعدما نقل ما ذكره المصنف عن النص: وهذا في البلاد التي يعز فيها وجود الحجارة، فإن كان في بلد توجد فيه الحجارة كانت أولى من الآجر لأنها أكثر بقاء وأقل مؤنة. ويشترط في البناء للمحجور عليه كما قال ابن الصباغ أن يساوي كلفته، وقيل: هذا قل أن يوجد. قال بعضهم: وهذا في التحقيق منع للبناء. وقوله: «ويبنى دوره» قد يفهم أنه لا يتبدى له بناء العقار وليس مراداً. وقال بعض فقهاء اليمن: إنما يبنيه إذا لم يكن الشراء أحظ. قال ابن الملقن: وهو فقه ظاهر.

ولا يشتري له ما يسرع فساده وإن كان مربحاً؛ قاله المارودي. ولا (يبيع عقاره) لأن العقار أسلم وأنفع مما عده، (إلا لحاجة) كنفقة وكسوة بأن لم تف غلة العقار بهما ولم يجد من يقرضه، أو لم ير المصلحة في الاقتراض، أو خاف خرابه. قال في البحر: وكذا لو كان اليتيم ببلد وعقاره في آخر ويحتاج إلى مؤنة في توجيهه من يجمع الغلة فيبيعه ويشتري ببلد اليتيم، أو يبنيه فيه مثله. قال الإسني: ويظهر أيضاً جواز بيعه بثمن مثله دفعاً لرجوع الواهب إذا كان أصلاً له. (أو غبطة ظاهرة) كأن يرغب فيه شريك أو جاز بأكثر من ثمن مثله وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن أو خيراً منه بكله، أو يكون ثقليل الخراج: أي المغارم مع قلة بيعه.

تنبيه: قوله: «ظاهرة» من زيادة المنهاج على بقية كتب الشيخين. قال الإمام: وضابط تلك الزيادة أن لا

وَلَهُ بَيْعٌ مَالِهِ بِغَرَضٍ وَنَسِيئَةٌ لِلْمُضْلَحَةِ، وَإِذَا بَاعَ نَسِيئَةً أَشْهَدَ وَأَزْتَهَنَ بِهِ،

يستعين بها العقلاء بالنسبة إلى شراء العقار؛ وكالعقار فيما ذكر آنية القنية من نحاس وغيره كما نقله ابن الرفعة عن البندنجي. قال: وما عداهما لا يباع أيضاً إلا لغبطة أو حاجة، لكن يجوز لحاجة يسيرة وبيع قليل لائق بخلافهما. وينبغي كما قال ابن الملقن أنه يجوز بيع أموال التجارة من غير تقييد بشيء، بل لو رأى البيع بأقل من رأس المال ليشتري بالثمن ما هو مظنة للربح جاز كما قاله بعض المتأخرين، ولو طلب ماله بأكثر من ثمن مثله وجب بيعه إن لم يحتج إليه ولم يكن عقاراً يحصل له منه كفايته. قال الروياني: ولو ترك الولي عمارة عقار محجوزة حتى خرب مع القدرة أثم، وهل يضمن كما في ترك علف الدابة أو لا كما في ترك التلقيح؟ وجهان جاريان فيما لو ترك إيجاره مع القدرة، أو جههما كما قال شيخنا عدم الضمان فيهما؛ ويفارق ترك العلف بأن فيه إتلاف روح بخلاف ما هنا. قال القفال: ويضمن ورق الفِرْصَاد إذا تركه حتى مات أو تلف؛ وكأنه قاسه على سائر الأطعمة. ولو امتنع من بيع ماله لتوقع زيادة قتلف المال فلا ضمان. قال العبادي: ولو أجر بياض أرض بستانه بأجرة وافية بمقدار منفعة الأرض وقيمة الثمر ثم ساقى على شجره على سهم من ألف سهم لليتيم والباقي للمستأجر كما جرت به العادة، قال ابن الصلاح في فتاويه: الظاهر صحة المساقاة؛ قال الإسني: وهي مسألة نفيسة. ولا يجوز لغير القاضي من الأولياء أن يقرض من مال الصبي والمجنون شيئاً إلا لضرورة كحريق أو نهب، أو أن يزيد سفرأ يُخاف عليه فيه. أما القاضي فله ذلك مطلقاً لكثرة أشغاله، ولا يقرضه إلا لملء أمين ويأخذ رهناً إن رأى في ذلك مصلحة وإلا تركه، ولا يودعه أميناً إلا عند عدم التمكن من إقراضه.

(وله بيع ماله بمرض ونسيئة للمصلحة) التي يراها فيهما، كأن يكون في الأول ربح وفي الثاني زيادة لائقة، أو خاف عليه من نهب أو إغارة. (وإذا باع نسيئة أشهد) على البيع وجوباً، (وأزتهن به) أي بالثمن رهناً وافياً به، ويشترط أن يكون المشتري موسراً ثقة والأجل قصيراً عرفاً احتياطاً للمحجور عليه، فإن لم يفعل ذلك ضمن. قال السبكي: وبطل البيع على الأصح. قال: وقال الإمام: الأصح أنه لا يبطل إذا كان المشتري مليئاً اهـ. والأوجه كلام السبكي، ولا يجزيء فيه الكفيل عن الارتهان. نعم لا يلزم الأب والجد الارتهان من نفسيهما له والدين عليهما بأن باعا ماله لأنفسهما نسيئة لأنهما أمينان في حقه، ويحكم القاضي بصحة بيعهما مال ولدهما إذا رفعاه إليه وإن لم يثبتا أن بيعهما وقع بالمصلحة لأنهما غير متهمين في حق ولدهما وفي وجوب إقامتهما البينة بالعدالة ليسجل لهما وجهان أحدهما الإكتفاء بالعدالة الظاهرة كشهود النكاح. والثاني: نعم كما يجب إثبات عدالة الشهود ليحكم. وينبغي كما قال ابن العماد أن يكون هذا هو الأصح بخلاف ما مر؛ لأن ذاك في جواز ترك الحكم لهما على الولاية، وهذا فيما إذا طلبا منه أن يسجل لهما، بخلاف الوصي والأمين فإنه يجب إقامتهما البينة بالمصلحة وبعد التهمة. ويقبل قول المحجور عليه بعد الكمال أنهما باعا ماله ولو غير عقار بلا مصلحة، فيلزمهما البينة، بخلاف الأب والجد فلا يلزمهما البينة، بل البينة عليه لأنهما لا يتهما لو فور شفقتهم. ولا يبيع الوصي مال الطفل أو المجنون لنفسه ولا مال نفسه له، ولا يقتص له ولي ولو أباً، ولا يعفو عن القصاص؛ نعم له العفو على الأرض في حق المجنون الفقير، بخلاف الصبي كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الجنائيات؛ لأن الصبا له غاية ينتظر بخلاف الجنون. ولا يعتق رقيقه في غير الكفارة المرتبة، ولا يكتابه، ولا يدبره، ولا يعلّق عتقه بصفة، ولا يطلق زوجته ولو بمعرض لخبر: «إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»^(١) رواه ابن ماجة والدارقطني.

(١) أخرجه ابن ماجة في كتاب: الطلاق، باب: طلاق العبد (الحديث: ٢٠٨١) وأخرجه الدارقطني في كتاب: الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (الحديث: ٣٧/٤).

وَيَأْخُذُ لَهُ بِالشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكُ بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ. وَيُزَكِّي مَالَهُ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ،

ولا يصرف ماله في المسابقة، ولا يشتري له إلا من ثقة. قال ابن الرفعة: ولا يظهر جواز شراء الجواري للتجارة لغرر الهلاك، وله أن يزرع له كما قاله ابن الصباغ.

(ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة) التي رآها في ذلك لأنه مأمور بفعلها. فيجب الأخذ إذا كانت المصلحة فيه، ويحرم إذا كانت المصلحة في تركه؛ فلو استوت المصلحة في الأخذ والترك فهل يحرم الأخذ أو يجب أو يتخير؟ فيه ثلاثة أوجه حكاهما في البحر تبعاً للمواردي؛ والأول هو مقتضى كلام المصنف، وقال الإسنوي: هو مقتضى كلام الرافعي في آخر الشفعة، وقال في المطلب هنا: والنص يفهمه والآية تشهد له؛ أي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(١)، فإنها دالة على المنع عند الإستواء لورودها بصيغة التفصيل. ولو ترك الولي الأخذ مع الغبطة فيه ثم كمل المحجور عليه كان له الأخذ؛ لأن ترك الولي حينئذ لم يدخل تحت ولايته فلا يفوت بتصرفه، بخلاف ما إذا تركها لعدم الغبطة ولو في الأخذ والترك معاً كما مر. ولو أخذ الولي مع الغبطة ثم كمل المحجور عليه وأراد الرد لم يمكن منه كما صرح به في الروضة، والقول قوله يمينه في أن الولي ترك الأخذ مع الغبطة، ويلزم الولي البينة إلا على أب أو جد قال «إني تركتها لغبطة» فلا يقبل قوله عليه.

(ويزكي ماله) وجوباً لأنه قائم مقامه، وقد تقدم الكلام على ذلك في باب الزكاة. (وينفق عليه بالمعروف) في طعام وكسوة وغيرهما مما لا بد منه بما يليق به في إعساره ويساره، فإن قتر أثم وإن أسرف أثم وضمن، ويخرج عنه أرش الجناية وإن لم يطلب ذلك منه. فإن قيل: الدين الحال لا يجب أدائه إلا بعد الطلب كما مر في كتاب التفليس وأرش الجناية دين. أجيب بأن ذلك ثبت بالاختيار فتوقف وجوب أدائه على طلبه بخلاف ما هنا. وينفق على قريبه بعد الطلب منه كما ذكره الشيخان لسقوطها بمضي الزمان؛ قال الإسنوي: وما ذكره من توقف نفقة القريب على الطلب لا يستقيم إذا كان المنفق عليه مجنوناً أو طفلاً أو زَمناً يعجز عن الإرسال ونحو ذلك اه. وهو ظاهر. نعم إن كان له ولي خاص ينبغي اعتبار طلبه، وكالصبي في ذلك المجنون والسفيه. ولا أجرة للولي ولا نفقة في مال محجوره، فإن كان فقيراً وشغل بسببه عن الاكتساب أخذ الأقل من الأجرة والنفقة بالمعروف؛ قال تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢)؛ وكالأكل غيره من بقية المؤن؛ وإنما خص بالذكر لأنه أعم وجوه الانتفاع. وله أن يستقل بالأخذ من غير مراجعة الحاكم. ولو نقص أجر الأب أو الجد أو الأم إذا كانت وصية عن نفقته وكان كل منهم فقيراً تَمَمَّها من مال محجوره لأنها إذا وجبت بلا عمل فمعه أولى. وإذا أخذ لفقره به ثم أسير لا يجب عليه رد البدل على الأظهر في زيادة الروضة. هذا كله في الولي غير الحاكم، أما هو فليس له ذلك لعدم اختصاص ولايته بالمحجور عليه بخلاف غيره حتى أمينه كما صرح به المحاملي. وللوالى خلط ماله بمال الصبي وموكلة للارتفاق إذا كان للصبي فيه حظ؛ قال تعالى: ﴿وَإِنْ تَخَالَطَوْهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ﴾^(٣) وإلا امتنع؛ قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(٤).

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٥٢، وسورة الإسراء، الآية: ٣٤.

(٢) سورة النساء، الآية: ٦.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٠.

(٤) سورة الأنعام، الآية: ١٥٢، وسورة الإسراء، الآية: ٣٤.

فَإِذَا ادَّعَى بَعْدُ بُلُوغَهُ عَلَى الْأَبِ وَالْجَدِّ بَيْعاً بِلَا مَصْلَحَةٍ صُدِّقَ بِالْيَمِينِ، وَإِنْ ادَّعَاهُ عَلَى الْوَصِيِّ وَالْأَمِينِ صُدِّقَ هُوَ بِبَيْعِهِ.

٥ - بَابُ: الصُّلْحُ

ويسنُّ للمسافرين خلط أزوادهم وإن تفاوتوا في الأكل، لأخبار صحيحة وردت فيه. ولا يجب على الولي أن يشتري لموليه إلا بعد استغنائه عن الشراء لنفسه، فإن لم يستغنِ عنه قدم نفسه، وإن تضجر الأب وإن علا فله الرفع إلى القاضي لينصب قِيماً بأجرة من مال محجوره، وله أن ينصب غيره بها بنفسه.

(فإذا ادَّعى) الصغير (بعد بلوغه على الأب والجدة بيعاً) لماله ولو عقاراً، (بلا مصلحة صدقاً باليمين) لأنها لا يتهمان لفور شفقتهم. ومقتضى ذلك كما قاله الإسنوي قبول الأم إذا كانت وصية، وكذا من في معناها كإثباتها وهو كذلك. (وإن ادَّعاه على الوصي والأمين) أي منصوب القاضي، (صدق هو بيمينته) للتهمة في حقهما، وقيل: يصدق الولي مطلقاً لأن الأصل عدم الخيانة، وقيل: لا يصدق مطلقاً بل لا بد من بينة، وقيل: يصدق الأب والجدة مطلقاً وغيرهما في غير العقار؛ لأن العقار يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره. وإذا قلنا لا يقبل قول الوصي والأمين فمحلّه في غير أموال التجارة، أما فيها فالظاهر كما قال الزركشي قبول قولهما لعسر الإشهاد عليهما فيها. ودعواه على المشتري من الولي كدعواه على الولي فيقبل قوله عليه إن اشترى من غير الأب والجدة لا إن اشترى منهما. ولو أقام من لم يقبل قوله من الولي والمحجور عليه بينة بما ادَّعاه حكم له بها ولو بعد الحلف كما في المحرر.

تنبيه: سكت المصنف عن الدعوى على القاضي؛ وكلام التنبيه يقتضي أنه كالوصي والأمين، واختاره الشيخ تاج الدين الفزاري، وقال السبكي: لم أر للأصحاب تصريحاً به، والقول قوله بلا يمين إن كان في زمن حكمه وتوقف فيما إذا كان معزولاً. ثم اعتمد بعد ذلك أنه يقبل قوله بلا يمين مطلقاً؛ وهذا هو الظاهر لأنه نائب الشرع.

خاتمة: سئل السبكي عن يتيم تحت حجر الشرع له مال يعامل في ناظر الأيتام بإذن الحاكم، ثم إن اليتيم سكن قرية من قرى القدس ومضت مدة يتحقق فيها بلوغه ولم يعلم هل بلغ رشيداً أو لا، هل تجوز له المعاملة في ماله بعد مدة البلوغ المذكورة وإخراج الزكاة من ماله أو لا؟ فقال: لا تجوز المعاملة في ماله ولا إخراج الزكاة منه في هذه الحالة. وبعض ذلك قول الأصحاب أن الولي إذا أجر الصبي مدة يبلغ فيها بالسنّ لم يصح فيما زاد على البلوغ. وسئل عن امرأة سفيهة تحت الحجر أقامت بَيِّنَةً برشدها ثم حضر وليها فأقام بينة بسفوها أيهما تقدم؟ فقال: تقدم بَيِّنَةُ السفه لأن معها زيادة علم؛ وصورة المسألة أن تشهد بينة الرشد في الوقت الفلاني فتشهد تلك البينة بأنها كانت في ذلك الوقت تشرب الخمر مثلاً؛ أما إذا أطلقت فالوجه تقديم بينة الرشد.

باب الصلح: وما يذكر معه من التراحم على الحقوق والتنازع فيها:

هو لغة: قطع النزاع، وشرعاً: عقد يحصل به ذلك. وهو أنواع: صلح بين المسلمين والكفار، وبين الإمام والبغاة، وبين الزوجين عند الشقاق، وصلح في المعاملة؛ وهو مقصود الباب، والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(١)، وخبر: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً أَحْلَ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً»^(٢)

(١) سورة النساء، الآية: ١٢٨.

(٢) أخرجه ابن حبان في كتاب: الصلح، باب: ذكر الإخبار عن جواز الصلح بين المسلمين ما لم يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع (الحديث: ٥٠٩١).

هُوَ قِسْمَانِ: أَحَدُهُمَا يَجْرِي بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ، وَهُوَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: صَلَاحٌ عَلَى إِقْرَارٍ؛ فَإِنْ جَرَى عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ الْمُدَّعَاةِ فَهُوَ بَيْعٌ بِلَفْظِ الصَّلَاحِ تَثَبُّتٌ فِيهِ أَحْكَامُهُ كَالشُّفْعَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَمَنْعٌ تَصَرُّفِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَاشْتِرَاطُ التَّقَابُضِ إِنْ اتَّفَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا، أَوْ عَلَى مَنْفَعَةٍ فَإِجَارَةٌ تَثَبُّتُ أَحْكَامُهَا، أَوْ عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ فَهِيَ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ فَتَثَبُّتُ أَحْكَامُهَا. وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ، وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصَّلَاحِ. وَلَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبَقِ خُصُومَةٍ: «صَالِحِي عَنِ دَارِكَ بِكَذَا» فَلَا صَحَّ بِطُلَاتِهِ.

رواه ابن حبان وصححه. والكفار كالمسلمين في ذلك، وإنما خصهم بالذكر لانتقائهم إلى الأحكام غالباً. والصلح الذي يحل الحرام: أن يصالح على خمر ونحوه أو من دراهم على أكثر منها، والذي يحرم الحلال: أن يصالح زوجته على أن لا يطلقها ونحو ذلك؛ ولفظه يتعدى للمتروك بـ «من» و «عن»، وللمأخوذ بـ «على» والباء غالباً.

(وهو قسمان: أحدهما يجري بين المتداعيين، وهو نوعان: أحدهما صلح على إقرار، فإن جرى على عين غير المدعاة) كما إذا ادعى عليه داراً فأقر له بها وصالحه عنها بمعين كثوب؛ (فهو بيع) للعين المدعاة من المدعي للمدعى عليه، (بلفظ الصلح) ويسمى صلح المعاوضة؛ (تثبت فيه أحكامه) أي البيع، (كالشفعة والرد بالعيب ومنع تصرفه) في المصالح عليه (قبل قبضه واشتراط التقابض إن اتفقا) أي المصالح عنه والمصالح عليه، (في علة الربا) وغير ذلك من أحكامه، كاشتراط التساوي إذا كان جنساً ربوياً واشتراط القطع في بيع الزرع الأخضر وجريان التحالف عند الاختلاف وفساده بالغرر والشرط الفاسد والجهل؛ لأن حد البيع يصدق على ذلك. أما إذا صالح على دين فإنه إن كان ذهباً أو فضة فهو بيع أيضاً، وإن كان عبداً أو ثوباً مثلاً موصوفاً بصفة السلم فهو سلم، وسكت الشيخان عن ذلك لظهوره. ولو أبدل المصنف «عين» بـ «غير» لدخل ذلك، لكن لا ينعقد السلم بلفظ البيع كما تقدم في بابه.

(أو جرى الصلح من العين المدعاة (على منفعة) لغير العين المدعاة كخدمة عبد مدة معلومة، (فإجارة تثبت أحكامها) أي الإجارة في ذلك لأن حد الإجارة يصدق على ذلك. أما إذا صالح على منفعة العين المدعاة فإنها إجارة تثبت أحكامها، فإن عيّن مدة إجارة مؤقتة وإلاً فمطلقة. (أو جرى الصلح (على بعض العين المدعاة) كربعها، (فهية لبعضها) الباقي (لصاحب اليد) عليها، فتثبت (أحكامها) أي الهبة المقررة في بابها من اشتراط القبول وغيره لصدق حدّها على ذلك، فتصحّ في البعض المتروك بلفظ الهبة والتملك ونحوهما.

(ولا يصح بلفظ البيع) له لعدم الثمن؛ (والأصح صحتة بلفظ الصلح) كـ «صالحتك من الدار على ربعها» لأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصلح هي سبق الخصومة وقد حصلت. والثاني: لا يصح؛ لأن لفظ الصلح يتضمن المعاوضة ولا عوض هناك للمتروك، ومُحال أن يقابل الإنسان ملكه بملكه. وحمله الأول على الهبة تنزيلاً لهذا اللفظ في كل موضع على ما يليق به كلفظ التملك، ويسمى هذا صلح الحطيطة.

(ولو قال من غير سبق خصومة صالحني عن دارك) مثلاً (بكذا) فأجابه، (فالأصح بطلاته) لأن لفظ الصلح يستدعي سبق الخصومة، سواء أكانت عند حاكم أم لا. والثاني: يصح؛ لأنه معاوضة فلم يشترط فيه ذلك قياساً على البيع. ومحل الخلاف عند عدم النية، فأما إذا استعملاه ونوّيا البيع فإنه يكون كتابة بلا شك كما قال الشيخان وإن رده في المطلب.

وَلَوْ صَالَحَ مِنْ ذَيْنِ عَلَى عَيْنِ صَحَّ. فَإِنْ تَوَافَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا اشْتَرَطَ قَبْضُ الْعَوَضِ فِي الْمَجْلِسِ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ الْعَوَضُ عَيْنًا لَمْ يُشْتَرَطْ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فِي الْأَصَحِّ،

(ولو صالح من دين) يجوز الاعتياض عنه (على) غيره (عين) أو دين، قال الإسنوي: أو منفعة؛ (صح) لعموم الأدلة، سواء أعقد بلفظ البيع أو الصلح أو الإجارة، أما ما لا يصح الاعتياض عنه كدين السلم فإنه لا يصح.

تنبيه: قوله: «على عين» وقع في نسخة المصنف تبعاً للمحرر، ولو عرّب بـ «غير» كما قدرته في كلامه لكان أولى؛ لأن لفظه «عين» تنافي كما قال الفزاري تفصيله الآتي بقوله: «فإن كان العوض عيناً» إلى قوله: «أو ديناً». وقال السبكي: إنه يوجد في بعض نسخ المحرر: «على عوض» وهو الصواب لتقسيمه إياه بعد إلى عين ودين اهـ. وأجاب الشارح عن هذا كما سيأتي التنبيه عليه.

(فإن توافقا) أي الدين المصالح عنه والعوض المصالح عليه (في علة الربا) كالصلح عن فضة بذهب؛ (اشترط قبض العوض في المجلس) حذراً من الربا، فإن تفرقا قبل قبضه بطل الصلح. ولا يشترط تعيينه في العقد على الأصح، (ولاً) قال الشارح: أي وإن لم يتوافق المصالح منه الدين والمصالح عليه في علة الربا فجعله منقطعاً عن الأول، ومثله بقوله: كالصلح عن فضة بحنطة أو ثوب. (فإن كان العوض عيناً لم يشترط قبضه في المجلس في الأصح) كما لو باع ثوباً بدراهم في الذمة لا يشترط قبض للثوب في المجلس. والثاني: يُشترط؛ لأن أحد العوضين دين فيشترط قبض الآخر في المجلس كرأس مال السلم. (أو) كان العوض (ديناً) كصالحتك عن دراهمي التي عليك بكذا، (اشترط تعيينه في المجلس) ليخرج عن بيع الدين بالدين. (وفي قبضه) في المجلس (الوجهان) أحدهما لا يشترط، وإن كانا ربويين اشترط لما سبق الاستبدال عن الثمن. ولو أحال المصنف عليه لاستغنى عن هذا التفصيل. وإن كان العوض منفعة قبضها بقبض محلها فيه. قال الإسنوي: ويتجه تخريج اشتراطه على الخلاف فيما إذا لو صالح على عين.

(وإن صالح من دين على بعضه) كربعه، (فهو إبراء عن باقيه) لأنه معناه فثبت فيه أحكامه. وعلم من كلامه أن الصلح عن الدين ينقسم إلى معاوضة وحطيطة كالعين، وأفهم أنه لا يشترط قبض الباقي في المجلس؛ لأنه لم يجعل هذا العقد معاوضة بل إبراء. وهل يعود الدين إذا امتنع المبرأ من أداء الباقي أم لا؟ وجهان أحدهما عدم العود.

(ويصح بلفظ الإبراء والحط ونحوهما) كالوضع والإسقاط، لما في الصحيحين عن كعب بن مالك: طلب من عبدالله بن أبي حدرد ديناً له عليه، فارتفعت أصواتهما في المجلس حتى سمعهما رسول الله ﷺ فخرج إليهما ونادى: «يا كَعْبُ!» فقال: لبيك يا رسول الله! فأشار بيده أن ضَحَ الشُّطْرَ، فقال: قد فعلتُ، فقال ﷺ: «قُمْ فَأَقْضِهِ»^(١). وإذا جرى ذلك بصيغة الإبراء: كـ «أبرأتك من خمسمائة من ألف الذي لي عليك» أو نحوهما مما تقدم، كـ «وضعتها» أو «أسقطتها عنك» لا يشترط القبول على المذهب، سواء أقلنا الإبراء إسقاط أم تملك.

(و) يصح (بلفظ الصلح في الأصح) كـ «صالحتك عن الألف الذي لي عليك على خمسمائة»، والخلاف

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الصلاة، باب: التقاضي والملازمة في المسجد (الحديث: ٤٥٧) وأخرجه أيضاً في كتاب: الخصومات، باب: كلام الخصوم بعضهم في بعض (الحديث: ٢٤١٨) وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدين (الحديث: ٣٩٦١).

أَوْ دَيْنًا اشْتَرِطَ تَغْيِيثُهُ فِي الْمَجْلِسِ، وَفِي قَبْضِهِ الْوَجْهَانِ. وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَغْضِهِ فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ، وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِبْرَاءِ وَالْحَطِّ وَنَحْوِهِمَا، وَيَلْفِظُ الصُّلْحَ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَوْ عَكْسَ لَفَا، فَإِنْ عَجَّلَ الْمُؤَجَّلَ صَحَّ الْأَدَاءُ. وَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشْرَةِ حَالَةٍ عَلَى خَمْسَةِ مُؤَجَّلَةٍ بَرَىءَ مِنْ خَمْسَةِ وَبَقِيَتْ خَمْسَةُ حَالَةٍ، وَلَوْ عَكْسَ لَفَا.

كالاخلاف في الصلح من العين على بعضها بلفظ الصلح، فيؤخذ توجيهه مما تقدم. وهل يشترط القبول في هذه الحالة؟ فيه خلاف مدركه مراعاة اللفظ أو المعنى؛ والأصح على ما دل عليه كلام الشيخين هنا اشتراطه، ولا يصح هذا الصلح بلفظ البيع كنظيره في الصلح عن العين.

تنبيه: مقتضى كلام المصنف البطلان فيما لو كانت الخمسمائة المصالح بها معينة؛ وهو ما رجحه القاضي والإمام، وقطع به القفال، وصوبه في المهمات، وجرى عليه ابن المقري؛ لأن تعيينها يقتضي كونها عوضاً فيصير بائناً ألفاً بخمسمائة. ومقتضى كلام أصل الروضة الصحة، وجرى عليه البغوي والمتولي والخوارزمي؛ وهو المعتمد لأن الصلح من الألف على بعضه إبراء للبعض واستيفاء للباقي، فلا فرق بين المعين وغيره.

(ولو صالح من) دين (حال على مؤجل مثله) جنساً وقدرأ وصفة، (أو عكس) أي صالح من مؤجل على حال مثله كذلك؛ (لغا) الصلح لأنه وعد في الأولى من الدائن بالحق الأجل، وصفة الحلول لا يصح إلحاقها، وفي الثانية وعد من المديون بإسقاط الأجل، وهو لا يسقط. والصحة والتكسير كالحلول والتأجيل.

(فإن عجل) الدين (المؤجل صح الأداء) وسقط الأجل لصدور الإيفاء والاستيفاء من ألهما. نعم إن ظن المؤدي صحة الصلح لم يسقط الأجل واسترد ما عجله، كمن ظن أن عليه ديناً فأداه فبان خلافه فإنه يسترد كما قال السبكي قطعاً. وهذه المسألة فرد من أفراد قاعدة متكررة، وهي إذا شرط عليه شيء من التصرفات لا يلزمه الوفاء به كما لو شرط بيعاً في بيع ففعل المشروط عليه جاهلاً ببطلان العقد المشروط كأن أتى بالبيع الثاني، فهل ينفذ لكونه تصرفاً صحيحاً في نفسه أو لا لكونه وفاء بالشرط الفاسد؟ فيه خلاف. وقد اضطرب الترجيح في هذه القاعدة كما بيّنه في المهمات، ثم قال: وقد تظافرت نصوص الشافعي على البطلان، فلتكن الفتوى عليه ولا عبرة بما عداه.

(ولو صالح من عشرة حالة على خمسة مؤجلة برىء من خمسة وبقيت خمسة حالة) لأنه سامح بحط البعض ووعد بتأجيل الباقي، والوعد لا يلزم، والحط صحيح. (ولو عكس) بأن صالح من عشرة مؤجلة على خمسة حالة؛ (لغا) الصلح لأن صفة الحلول لا يصح إلحاقها، والخمسة الأخرى إنما تركها في مقابلة ذلك، فإن لم يحصل الحل لا يصح الترك، والصحة والتكثير كالحلول والتأجيل.

تنبيه: قد علم مما تقرر أن أقسام الصلح ستة: البيع، والإجارة، والعارية، والهبة، والسلم، والإبراء. وبقي منها أشياء أخرى منها الخلع كـ «صالحتك من كذا على أن تطلقني طلقاً». ومنها المعاوضة من دم العمد كـ «صالحتك من كذا على ما تستحقه على من قصاص». ومنها الجعالة كـ «صالحتك من كذا على رد عبدي». ومنها الفداء كقوله للحربي: «صالحتك من كذا على إطلاق هذا الأسير». ومنها الفسخ كأن صالح من السلم فيه على رأس المال وكأنه تركها كغيره لأخذها مما ذكر.

النوع الثاني: الصلح على الإنكار؛ فيبطل إن جرى على نفس المدعى، وكذا إن جرى على بعضه في الأصح.

(النوع الثاني: الصلح على الإنكار) أو السكوت من المدعى عليه كما قاله في المطلب عن سليم الرازي وغيره، كأن ادعى عليه شيئاً فأنكره أو سكت ثم صالح عنه. (فيبطل إن جرى على نفس المدعى) كأن يدعى عليه داراً فيصالح عليها بأن يجعلها للمدعي أو للمدعى عليه كما يصدق بذلك عبارة المصنف؛ وكلا صورتين باطل. وفي الروضة وأصلها إن جرى على غير المدعى كأن يصالحه عن الدار بثوب أو دين. قال الشارح: وكان نسخة المصنف من المحرر «عين» فعبر عنها بالنفس ولم يلاحظ موافقة ما في الشرح، فهما مسألتان حكمهما واحد اهـ. ويريد بذلك دفع اعتراض المصنف فإنه قال: الصواب التعبير بالغير. وقال الديميري: عبارة المحرر «غير» وكأن الرأى تصحفت على المصنف بالنون فعبر عنها بالنفس. فإن قيل: التعبير بالنفس لا يستقيم لأن «على» والباء يدخلان على المأخوذ و«من» و«عن» على المتروك. أجيب بأن ذلك جرى على الغالب كما مرّت الإشارة إليه، وبأن المدعى المذكور مأخوذ ومتروك باعتبارين، غايته أن إلغاء الصلح في ذلك للإنكار وفساد الصيغة باتحاد العوضين. وإنما امتنع الصلح على غير إقرار خلافاً للآئمة الثلاثة قياساً على ما لو أنكر الخلع والكتابة ثم تصالحا على شيء. ولأن المدعي إن كان كاذباً فقد استحلّ من المدعى عليه ماله وهو حرام، وإن كان صادقاً فقد حرم عليه ماله الحلال، فدخل في قوله ﷺ: «إِلَّا صَلُحاً أَوْ حَرَاماً أَوْ حَرَمٌ خَلَاءً»^(١). فإن قيل: الصلح لم يحرم الحلال ولم يحلل الحرام بل هو على ما كان عليه من التحريم والتحليل. أجيب بأن الصلح هو المجوز له الإقدام على ذلك في الظاهر، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فسيأتي. ولو أقيمت عليه بينة بعد الإنكار جاز الصلح كما قاله الماوردي؛ لأن لزوم الحق بالبينه كلزومه بالإقرار. ولو أقرّ ثم أنكر جاز الصلح، وإذا تصالحا ثم اختلفا في أنهما تصالحا على إقرار أو إنكار، فالذي نصّ عليه الشافعي أن القول قول مدعي الإنكار لأن الأصل أن لا عقد. فإن قيل: لو تنازع المتعاقدان هل وقع العقد صحيحاً أو فاسداً كان القول قول مدعي الصحة كما مرّ فهلاً كان هنا كذلك! أجيب بأن الظاهر والغالب جريان البيع على الصحة، والغالب وقوع الصلح على الإنكار؛ ولو ادعى عليه عيناً فقال: «رددتها عليك» ثم صالحه، وقال البغوي في فتاويه: إن كانت في يده أمانة، لم يصح الصلح؛ لأن القول قوله فيكون صلحاً على إنكار، وإن كانت مضمونة فقوله في الرد غير مقبول وقد أقرّ بالضمان فيصح الصلح، ويحتمل بطلانه فإنه لم يقرّ أن عليه شيئاً اهـ. والأول أظهر. وإن صالح على الإنكار فإن كان المدعى محققاً فيحلّ له فيما بينه وبين الله تعالى أن يأخذ ما يبذل له؛ قاله الماوردي، وهو صحيح في صلح الحطيطة وفيه فرض كلامه. وما إذا صالح عن غير المدعى ففيه ما يأتي في مسألة الظفر؛ قاله الإسنوي، قال: ولو أنكر فضولح ثم أقرّ كان الصلح باطلاً قاله الماوردي. فإن قيل: إذا أقرّ بأنه كان ملكاً للمصالح حال الصلح، فينبغي الصحة لاتفاقهما على أن العقد جرى بشروطه في علمهما أو في نفس الأمر. أجيب بأن شرط صحة الصلح الإقرار وهو مُتَّفَقٌ حال العقد.

ويصح إبراء المنكر ولو بعد التحليف، ولو تصالحا بعد التحليف لم يصح كما لو تصالحا قبله. (وكذا) يبطل الصلح (إن جرى على بعضه في الأصح) أي المدعى كما لو كان على غير المدعى. والثاني: يصح

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: الأقضية، باب: في الصلح (الحديث: ٣٥٩٤) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: الصلح (الحديث: ٢٣٥٣) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٣٦٦/٢).

وَقَوْلُهُ: «صَالِحِنِي عَلَى الدَّارِ الَّتِي تَدْعِيهَا» لَيْسَ إِقْرَارًا فِي الْأَصَحِّ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: يَجْرِي بَيْنَ الْمُدْعَى وَالْأَجْنَبِيِّ؛ فَإِنْ قَالَ: «وَكُلْنِي الْمُدْعَى عَلَيْهِ فِي الصُّلْحِ وَهُوَ مَقْرَرٌ لَكَ» صَحَّ،

لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى أَنَّ الْبَعْضَ مُسْتَحَقٌّ لِلْمُدْعَى وَلَكِنَّهُمَا مُخْتَلِفَانِ فِي جِهَةِ الْاسْتِحْقَاقِ وَاخْتِلَافُهُمَا فِي الْجِهَةِ لَا يَمْنَعُ الْأَخْذَ. وَيُسْتَثْنَى مِنْ مَحَلِّ الْوَجْهِينِ مَا إِذَا كَانَ الْمُدْعَى دَيْنًا وَتَصَالَحَا عَنْ أَلْفٍ عَلَى خَمْسَمِائَةٍ فِي الذِّمَّةِ فَإِنَّهُ لَا يَصَحُّ جُزْأً لِأَنَّ الصَّحِيحَ إِنَّمَا هُوَ تَقْدِيرُ الْهَبَةِ وَإِيرَادُ الْهَبَةِ عَلَى مَا فِي الذِّمَّةِ مَمْتَنَعٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَهُ عَلَى خَمْسَمِائَةٍ مَعِينَةً فَإِنَّهُ لَا يَصَحُّ جُزْأً لِأَنَّ الصَّحِيحَ إِنَّمَا هُوَ تَقْدِيرُ الْهَبَةِ وَإِيرَادُ الْهَبَةِ عَلَى مَا فِي الذِّمَّةِ مَمْتَنَعٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَهُ عَلَى خَمْسَمِائَةٍ مَعِينَةً فَإِنَّهُ لَا يَصَحُّ فِي الْأَصَحِّ. وَيُسْتَثْنَى مِنْ بَطْلَانِ الصُّلْحِ عَلَى الْإِنْكَارِ مَسَائِلُ: مِنْهَا اصْطِلَاحُ الْوَرِثَةِ فِيمَا وَقَفَ بَيْنَهُمْ كَمَا سَيَأْتِي، إِذْ لَمْ يَبْذُلْ أَحَدٌ عَوْضًا مِنْ خَالِصِ مَلِكِهِ. وَمِنْهَا مَا إِذَا أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسَوَةٍ وَمَاتَ قَبْلَ الْإِخْتِيَارِ، أَوْ طَلَّقَ إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ أَوْ التَّعْيِينَ وَوَقَفَ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُنَّ فَاصْطَلَحْنَ. وَمِنْهَا مَا لَوْ تَدَاعَا وَدِيعَةً عِنْدَ رَجُلٍ فَقَالَ لَا أَعْلَمُ لَأَيُّكُمَا هِيَ، أَوْ دَارًا فِي يَدِهِمَا فَأَقَامَ كُلُّ بَيْنَةٍ ثُمَّ اصْطَلَحَا.

(وقوله) بعد إنكاره: (صالحني على الدار) مثلاً (التي تدعيها، ليس إقراراً في الأصح) لاحتمال أن يريد قطع الخصومة لا غير. والثاني: إقرار لتضمنه الاعتراف، كما لو قال: «ملكلي». ودفع بما مرَّ. وعلى الأول يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار. أما إذا قال ذلك ابتداءً قبل إنكاره فإنه يبطل جزماً، ولو قال: «يعني العين التي تدعيها أو «هبنها» أو «زوجني هذه الأمة» أو «أبرئني مما تدعيه»، بإقرار لأنه صريح في التماس التملك. أو قال: «أعزني» أو «أجرني» لم يكن إقراراً في أحد وجهين يظهر كما قال شيخنا ترجيحاً؛ لأن الإنسان قد يستعير ملكه ويستأجره من مستأجره. ولكن يظهر كما قال شيخنا أيضاً أنه إقرار بأنه مالك للمنفعة. ولو قال: «صالحني عن دعواك» فليس بإقرار جزماً.

(القسم الثاني) من الصلح (يجري بين المدعي والأجنبي. فإن قال) الأجنبي (وكلني المدعي عليه في الصلح) عن المدعي به، (وهو مقرَّر لك) به في الظاهر أو فيما بيني وبينه ولم يظهره خوفاً من أخذ المالك له كما صرح بالقسمين في المحرر؛ (صح) الصلح بينهما لأن دعوى الإنسان الوكالة في المعاملات مقبولة، ومحلّه كما قال الإمام والغزالي إذا لم يدع المدعي عليه الإنكار بعد دعوى الوكالة، فإن ادّعاء كان عزلاً فلا يصح الصلح عنه. ثم إن كان المدعي عيناً وصالح على بعض المدعي أو على عين للمدعي عليه أو على دين في ذمة المدعي عليه صحّ وصار المصالح عنه ملكاً للموكل له إن كان الأجنبي صادقاً في الوكالة، وإلا فهو شراء فضوليّ، وقد مرَّ حكمه في كتاب البيع. ويرد على إطلاق اعتبار الإقرار ما لو قال الأجنبي: «وكلني في المصالحة لقطع الخصومة وأنا أعلم أنه لك» فإنه يصحّ الصلح في الأصح عند الماوردي، وجزم به في التنبيه وأقرّه في التصحيح وجرت عليه في شرحه. قال في الروضة: ولو قال: «هو منكر ولكنه مبطل فصالحني له على عهدي هذا لتقطع الخصومة بينكما» وكان المدعي ديناً، فإن المذهب صحة الصلح، وإن كان المدعي عيناً لم يصح على الأصح؛ والفرق أنه لا يمكن تمليك الغير عين مال بغير إذن ويمكن قضاء دينه بغير إذن. ولو صالح الوكيل عن الموكل على عين مال نفسه أو على دين في ذمته بإذنه صحّ العقد ووقع للأذن ويرجع المأذون عليه بالمثل في المثليّ والقيمة في المتقوم؛ لأن المدفوع قرض لا هبة. وخرج بقول المصنف: «وكلني إلخ» ما لو تركه فهو شراء فضوليّ فلا يصح كما مرَّ. ويقول: «وهو مقرَّر لك» ما لو اقتصر على قوله وكلني في مصالحتك، فلا يصحّ بناءً

وَلَوْ صَالَحَ لِنَفْسِهِ وَالْحَالَةَ هَذِهِ صَحَّ وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ. وَإِنْ كَانَ مُنْكَرًا وَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ «هُوَ مُبْطَلٌ فِي إِنْكَارِهِ» فَهُوَ شِرَاءٌ مَغْضُوبٌ فَيَفْرُقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى انْتِزَاعِهِ وَعَدَمِهَا، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ هُوَ مُبْطَلٌ لَعَا الصُّلَحُ.

على الأصح في أن قوله صالحني عما تدعيه ليس إقراراً. ولو كان المدعى ديناً فقال الأجنبى: «وكلني المدعى عليه بمصالحتك على نصفه أو ثوبه» فصالحه، صحَّ كما لو كان المدعى عيناً. أو: «على ثوبي هذا» لم يصحَّ لأنه بيع شيء بدين غيره؛ وهذا هو المعتمد كما جزم به ابن المقري تبعاً للمصنف، خلافاً للزرکشي ومن تبعه في التسوية بين الدين والعين.

تنبيه: يرد على إطلاق المصنف اعتبار التوكيل ما لو قال الأجنبى «صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمائة» فإنه يصح سواء أكان بإذنه أم لا؛ لأنه قضاء دين غيره بغير إذنه جائز؛ قاله في زيادة الروضة.

(ولو صالح) الأجنبى عن العين (لنفسه) بعين ماله أو بدين في ذمته، (والحالة هذه) أي أن الأجنبى قائل بأنه مقر لك بالمدعى أو نحو ذلك مما مر؛ (صحَّ) الصلح للأجنبى وإن لم تجر معه خصومة؛ لأن الصلح ترتب على دعوى وجواب خلافاً للجويني في قوله: يأتي فيه الخلاف فيما إذا قال من غير سبق خصومة صالحني. (وكأنه اشتراه) بلفظ الشراء. أما إذا صالح الأجنبى عن الدين ففيه الخلاف في بيع الدين لغير من عليه، ولو قال: «صالحني عن الألف الذي لك على فلان على خمسمائة» صحَّ ولو بلا إذن لجواز الاستقلال بقضاء دين الغير كما مر.

تنبيه: أشار المصنف بقوله: «وكأنه اشتراه» إلى اشتراط كونه بيد المدعى عليه بوديعة أو عارية أو نحو ذلك مما يجوز بيعه معه، فلو كان مبيعاً قبل القبض لم يصحَّ. وعبارة الروضة: «كما لو اشتراه»، قال ابن الملقن: وهي أولى من عبارة الكتاب لأنه شراء حقيقة فلا معنى للتشبيه اهـ. والظاهر كما قال ابن شعبة أن التشبيه في كلتا العبارتين، فليست إحداها أولى من الأخرى.

(وإن كان) المدعى عليه (منكراً وقال الأجنبى هو مبطل في إنكاره) لأنك صادق عندي فصالحني لنفسي، فإن كان المدعى به عيناً (فهو شراء مغضوب فيفرق بين قدرته على انتزاعه) فيصح، (وعدمها) فلا يصح. ويكفي للصححة قوله «أنا قادر على انتزاعه». وإن كان المدعى به ديناً ففيه الخلاف السابق. أما إذا صالحه على المدعى عليه لتقطع الخصومة عنه كأن قال «صالحني له بعبدى هذا» صحَّ الصلح عن الدين لا عن العين؛ لأنه لا يمكنه أن يملك غيره عيناً بغير إذنه بخلاف قضاء دينه كما مر. (وإن لم يقل هو مبطل) مع قوله هو منكر وصالح لنفسه أو للمدعى عليه، (لغا الصلح) لأنه اشترى منه ما لم يثبت ملكه له.

تنبيه: شمل كلامه امتناع ثلاث صور: إحداها أن يقول هو محق. الثانية: لا أعلم حاله. الثالثة: لم يذكر شيئاً. وهذه الثالثة قال الإسنوي: لم يصرح بها في الروضة ولا في أصلها، وقال السبكي: إن الأمر فيها كما يفهمه إطلاق الكتاب. ولو وقف مكاناً وأقر به لمدَّع له غرم قيمته لإحالة بينه وبينه بوقفه، فإن أنكر وصالح عنه أجنبى جاز الصلح لأنه بذل مال في قربة. ولو صالح متلف العين مالکها نُظِر، فإن كان بأكثر من قيمتها من جنسها أو بمؤجل لم يصح الصلح لأن الواجب قيمة المتلف حالة فلم يصح الصلح على أكثر منها ولا على مؤجل لما في ذلك من الربا؛ وإن كان بأقل من قيمتها أو بأكثر بغير جنسها جاز لفقد المانع. ولو أقر بمحصل فصالح عنه وهما يعرفانه صحَّ الصلح وإن لم يسمه أحد منهما، كما لو قال: «بعتك الشيء الذي أعرفه أنا

٦ - فصل: في التزامه على الحقوق المشتركة

الطَّرِيقُ النَّافِذُ لَا يُتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ الْمَارَّةَ، وَلَا يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ وَلَا سَابَاطٌ يَضُرُّهُمْ، بَلْ يُشْتَرَطُ ارْتِفَاعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ مُتَنَصِّبًا؛ وَإِنْ كَانَ مَمَرُ الْفُرْسَانِ وَالْقَوَافِلِ فَلْيَرْفَعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ الْمَحْمَلُ عَلَى الْبَعِيرِ مَعَ أَخْشَابِ الْمِظْلَةِ.

وأنت. ولو وكل المنكر في الصلح عنه أجنبياً جاز كما قاله أبو العباس وجرى عليه ابن المقرئ؛ لأن الإنكار حرام للكذب والإضرار، فإن أراد إزالة الضرر جاز كمن أذنب ذنبين وأراد التوبة من أحدهما، وكالوارث يجهل أمر التركة فله التوكيل في الصلح لإزالة الشبهة عنه؛ وقيل: لا يجوز، وجرى عليه أبو إسحق؛ لأنه مع الإنكار ألجأ إلى بيعه منه، ولا يحل لأحد أن يلجئ غيره إلى بيع ماله، وإنكار حق الغير حرام، فلو بذل للمنكر مالا ليقتر بالمدعى ففعل لم يصح الصلح لبنائه على فاسد ولا يلزم المال وبذله لذلك وأخذه حرام، ولا يكون مقرراً بذلك في أحد وجهين يظهر ترجيحه كما جزم به ابن كج وغيره.

فصل: في التزامه على الحقوق المشتركة: (الطريق النافذ) بمعجمة، ويعبر عنه بالشارع، وقيل: بينه وبين الطريق اجتماع وافتراق لأنه مختص بالبنيان ولا يكون إلا نافذاً، والطريق يكون بينان وصحراء ونافاً وغير نافذ ويذكر ويؤث. (لا يتصرف فيه) بالبناء للمفعول، (بما يضر المارة) في مرورهم فيه؛ لأن الحق فيه للمسلمين كافة. وتعبير المصنف بما يضر أولى من قول المحرر: «بما يبطل المرور» لأن كل ما أبطل المرور ضرر بخلاف العكس، فعبارة المصنف أعم؛ نبه عليه في الدقائق.

(و) على هذا (لا يشرع) أي يخرج، (فيه جناح) أي روشن، (ولا ساباط) أي سقيفة على حائطين والطريق بينهما (يضرهم) أي كل من الجناح والساباط لما تقدم؛ (بل يشترط ارتفاعه) أي كل منهما، (بحيث يمر تحته) الماشي (منتصباً) من غير احتياج إلى أن يطأ رأسه؛ لأن ما يمنع ذلك إضرار حقيقي. ويشترط مع هذا أن يكون على رأسه الحمولة العالية كما قاله الماوردي، وأن لا يظلم الموضع كما اقتضاه كلام الشافعي وأكثر الأصحاب؛ ولا عبء بالإطلام الخفيف. ولو أحوج الإشراع إلى وضع الرمح على كتف الراكب بحيث لا يتأتى نصبه لم يضر لأن وضعه على كتفه لا ضرر فيه.

(وإن كان ممر الفرسان والقوافل فليرفعه بحيث يمر تحته المحمل) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية. (على البعير مع أخشاب المظلة) بكسر الميم - كما في الدقائق - فوق المحمل؛ لأن ذلك قد يتفق وإن كان نادراً. والأصل في جواز ذلك أنه ﷺ «نصب بيده ميزاباً في دار عمه العباس»^(١) رواه الإمام أحمد والبيهقي، وقال: إن الميزاب كان شارعاً لمسجده ﷺ. ولو كان له داران في جانبي الشارع، فحفر تحت الطريق سرداباً من إحدهما إلى الأخرى وأحكم أزجه بحيث يؤمن الانهيار لم يمنع؛ لأنه لا فرق بين أن يرتفع بهذا الطريق أو بما تحته من غير ضرر على المازين، بخلاف المفسد المملوك فليس له ذلك بغير إذن أهله كما يؤخذ مما سيأتي في وضع الجناح بغير إذن أهله، فإن فعل ما منع منه أزيل لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ»^(٢) رواه ابن ماجه

(١) أخرجه البيهقي في كتاب: الصلح، باب: نصب الميزاب وإشراع الجناح (الحديث: ٦٦/٦).

(٢) أخرجه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره (الحديث: ٢٣٤٠، ٢٣٤١) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٣١٣/١) وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (الحديث: ٣٨٤/٤، ٣٨٦).

وَيَحْرُمُ الصُّلْحُ عَلَى إِشْرَاعِ الْجَنَاحِ،

وغيره وهو حسن، والمزيل له الحاكم لا كل أحد لما فيه من توقيع الفتنة؛ لكن لكل أحد مطالبته بإزالته لأنه من إزالة المنكر.

تنبيه: ما أفهمه من جواز إخراج الجناح غير المضر هو في المسلم أما الكافر فليس له الإشراع إلى شوارع المسلمين على الصحيح وإن جاز استطرقه؛ لأنه كإعلاء البناء على المسلم في المنع. قال في المطلب: وسلوك أهل الذمة طرقات المسلمين ليس على استحقاق ملك بل إما بطريق التَّبِع للمسلمين أو بما يبذلونه من الجزية إذا قلنا إنها في مقابلة سكنى الدار؛ ويجري الخلاف في آبار حُشُوشِهِمْ إذا أرادوا حفرها في أفنية دورهم. قال الأذرعى: ويشبه أن لا يمتنعوا من إخراج الجناح ولا من حفر آبار حشوشهم في محالهم وشوارعهم المختصة بهم دار الإسلام كما في رفع البناء؛ وهو بحث حسن. وقضية إطلاق المصنف جواز إخراج الجناح إلى الطريق بشرط أنه يجوز إخراج جناح تحت جناح صاحبه، إذ لا ضرر، أو فَوْقَهُ إن لم يضر بالمار على جناح صاحبه، أو مقابله إن لم يبطل انتفاع صاحبه، وكذا موضعه أيضاً إذا انهدم أو هدمه، وإن كان على عزم إعادته ولو بحيث لا يمكن معه إعادته وهو كذلك، كما لو قعد لاستراحة ونحوها في طريق واسع ثم انتقل عنه يجوز لغيره الارتفاق به ويصير أحق به. فإن قيل: قياس اعتبار الإعراض في القعود فيه للمعاملة بقاء حقه هنا إذا عاد إليه كما بحثه الرافعي. أجيب بأن إشراع الجناح إنما يكون بطريق التبعية لاستحقاق الطروق وعند سقوط استحقاق الطروق ثابت لكل المسلمين، فذلك من كان أحق به لمشاركته في السبب والانتفاع بالمقاعد ليس تبعاً لغيره؛ فذلك من سبق كان أحق به ما لم يعرض عنه، وبأن المعاملة لا تدوم بل الانتقال عنها ثم العود إليها ضروري فاعتبر الإعراض بخلاف ما هنا فاعتبر الانهدام. نعم يستثنى من ذلك ما لو بنى داراً في موات وأخرج لها جناحاً ثم بنى آخر داراً تحاذيه واستمر الشارع، فإن حق الأول يستمر؛ وإن انهدم جناحه فليس لجاره أن يخرج جناحه إلا بإذنه لسبق حقه بالإحياء، ومن سبق إلى أكثر الهواء كان أخذ هواء الطريق لم يكن للآخر منعه. وحكم الشارع الموقوف حكم غيره فيما مرّ كما اقتضاه كلام الشيخين، وإن توقف فيه في المطلب. والطريق ما جعل عند إحياء البلد أو قبله طريقاً أو وَقَفَهُ المالك ولو بغير إحياء كذلك؛ وشرح في الروضة نقلاً عن الإمام بأنه لا حاجة في ذلك إلى لفظ. قال في المهمات: ومحلّه فيما عدا ملكه، أما فيه فلا بدّ من لفظ يصير به وفقاً على قاعدة الأوقاف اهـ. وهذا ظاهر. وحيث وجدنا طريقاً اعتمدنا فيه الظاهر، ولا يلتفت إلى مبدأ جعله طريقاً. فإن اختلفوا عند الإحياء في تقديره، قال المصنف: جعل سبعة أذرع لخبر الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه: «قضى رسول الله ﷺ عند الاختلاف في الطريق أن يجعل عرضه سبعة أذرع»^(١). وقال الزركشي: مذهب الشافعي اعتبار قدر الحاجة والحديث محمول عليه اهـ. وهذا ظاهر؛ فإن كان أكثر من سبعة أو من قدر الحاجة على ما مرّ لم يَجْزُ لأحد أن يستولي على شيء منه وإن قلّ، ويجوز إحياء ما حوله من الموات بحيث لا يضر بالمار. أما إذا كانت الطريق مملوكة يسبها مالکها فتقديرها إلى خيرته، والأفضل له توسيعاً.

(ويحرم الصلح على إشراع الجناح) أو الساباط بعوض وإن صالح عليه الإمام؛ لأن الهواء لا يفرد بالعقد.

(١) أخرجه البخاري في كتاب: المظالم في باب: إذا اختلفوا في الطريق الميتة - وهي الرُحبة... (الحديث: ٢٤٧٣)، بلفظ: «قضى النبي ﷺ إذا تشاجروا في الطريق الميتة بسبعة أذرع». وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: قدر الطريق إذا اختلفوا فيه (الحديث: ٤١١٥) بلفظ: «إذا اختلفتم في الطريق لجعل عرضه سبع أذرع».

وَأَنْ يَبْنِي فِي الطَّرِيقِ دَكَّةً، أَوْ يَغْرِسَ شَجَرَةً، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَضُرَّ جَارَ. وَغَيْرُ النَّافِذِ يَحْرُمُ الْإِشْرَاعُ إِلَيْهِ لِغَيْرِ أَهْلِهِ، وَكَذَا لِيَغْضُ أَهْلُهُ فِي الْأَصْحِ إِلَّا بِرِضَا الْبَاقِينَ؛ وَأَهْلُهُ مَنْ نَفَذَ بَابَ دَارِهِ إِلَيْهِ، لَا مَنْ لَاصَقَهُ جِدَارُهُ.

وإنما يتبع القرار كالحمل عن الأم ولأنه إن ضر لم يجر فعله وإن لم يضر فالمخرج مستحقه وما يستحقه الإنسان في الطريق لا يجوز أخذ العوض عنه كالمرور. (و) يحرم (أن يبني في الطريق دكة) بفتح الدال: أي مصطبة أو غيرها. (أو يغرس شجرة) ولو اتسع الطريق وأذن الإمام وانتفى الضرر، لمنع الطروق في ذلك المحل ولتعثر المار بهما عند الازدحام؛ ولأنه إن طالت المدة أشبه موضعهما بالإملاك وانقطع أثر استحقاق الطروق فيه بخلاف الأجنحة ونحوها. واستشكل التعليل الأول بجواز غرس الشجرة بالمسجد مع الكراهة، والثاني بجواز فتح الباب إلى درب منسد إذا سقره. وأجيب عن الأول بأن محل جواز غرس الشجرة بالمسجد إذا كان لعموم المسلمين؛ بدليل أنهم لا يُمنعون من الأكل من ثمارها، وقضيته جواز مثل ذلك في الشارع حيث لا ضرر وهو كذلك. وعن الثاني بأن الحق في الدرب المنسد لخاص وهو قائم على ملكه وحافظ له بخلاف الشارع، فانقطاع الحق عند طول المدة أقرب.

(وقيل: إن لم يضر) ذلك المار، (جاء) كل إشراع الجناح. وفرق الأول بما مر. وقضية كلامهم منع إحداث دكة وإن كانت ببناء داره؛ وهو الظاهر كما جزم به ابن الرفعة، وإن قال السبكي بجوازه عند انتفاء الضرر. ولا يضر عَجْنُ الطين في الطريق إذا بقي مقدار المرور للناس كما قاله العبادي. ومثله إلقاء الحجارة فيه للعمارة إذا تُركت بقدر مدة نقلها أو ربط الدواب فيه بقدر حاجة النزول والركوب. وأما ما يُفعل الآن من ربط دواب العلافين في الشوارع للكره فهذا لا يجوز، ويجب على ولي الأمر منعهم، وقد أفتيت بذلك مراراً لما في ذلك من الضرر. ولو رفع التراب من الشارع وضرب منه اللبن وغيره وباعه صح مع الكراهة كما في فتاوى القاضي.

(و) الطريق (غير النافذ يحرم الإشراع) للجناح (إليه لغير أهله) بلا خلاف، وإن لم يضر بغير رضاهم لأنه ملكهم فأشبه الإشراع إلى الدور. (وكذا) يحرم الإشراع (لبعض أهله في الأصح) كسائر الأملاك المشتركة تضرروا بذلك أم لا؛ (إلا برضا الباقيين) فيجوز ضرر أم لا. والثاني: يجوز بغير رضاهم إن لم يضر؛ لأن كل واحد منهم يجوز له الانتفاع بقراره فيجوز بهوائه كالشارع. وعلى الوجهين يحرم الصلح على إشراعه بمال لما مر. ويعتبر إذن المكتري كما أفتى به البغوي، ويقاس به الموصى له بالمنفعة. ولو رضي بعضهم ببعض بذلك امتنع عليهم الركوع كما صرح به الماوردي؛ لأنه لا سبيل إلى قلعه مجاناً لوضعه بحق، ولا إلى قلعه مع غرم الأرض لأنه شريك وهو لا يكلف ذلك، ولا إلى إبقائه بأجرة، لأن الهواء لا أجرة له كما مر. وقضية ذلك أن الإخراج لو كان فيما لا حق للمخرج فيه بأن كان باب داره وصدر السكة كان لمن رضي الرجوع ليقلع ويغرم أرش النقص، وهو ظاهر.

تنبيه: لو قال المصنف «إلا برضا المستحقين» لكان أولى لوجهين: أحدهما ليعود الاستثناء إلى المسألة الأولى أيضاً، وهي ما إذا كان المشرع من غير أهله فإنه لا يصح التعبير فيها بالباقيين. الثاني: لثلاً يتوهم اعتبار إذن من بابه أقرب إلى رأس السكة لمن بابه أبعد؛ وهو وجه، والأصح خلافه بناء على استحقاق كل إلى بابه لا إلى آخر الدرب كما يعلم من قوله الآتي.

(وأهله) أي الدرب غير النافذ، (من نفذ باب داره إليه، لا من لاصقه جداره) من غير نفوذ بابه فيه؛ لأن أولئك هم المستحقون للانتفاع فهم الملاك دون غيرهم.

وَهَلِ الاسْتِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا لِكُلِّهِمْ أَمْ تَخْتَصُّ شِرْكَةُ كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ رَأْسِ الدَّرَبِ وَبَابِ دَارِهِ؟ وَجَهَانٍ: أَصْحُهُمَا الثَّانِي.

وَلَيْسَ لغيرِهِمْ فَتْحُ بَابٍ إِلَيْهِ لِلِاسْتِطْرَاقِ،

تنبيه: لو قال: «من له المرور فيه إلى ملكه» لكان أولى ليشمل ما لو كان له فيه فرن أو حانوت أو نحو ذلك. (وهل الاستحقاق في كلها) أي الطريق المذكورة، وهي تذكر وتؤنث، (لكلهم) لأنهم ربما احتاجوا إلى التردد والارتفاق بكله لطرح القمامات عند الإدخال والإخراج. (أم تختص شركة كل واحد بما بين رأس الدرب) وهو عربي، وقيل معرّب. (وباب داره؟ وجهان: أصحهما الثاني) لأن ذلك القدر هو محل تردده، ومروره وما عداه هو فيه كالأجنبي من السكة، ولأهل الدرب المذكور قسمة صحته كسائر المشتركات القابلة للقسمة، ولو أراد الأسفلون لا الأعلون سُدَّما بينهم أو قسمته جاز، بخلاف الأعلين، ولو اتفقوا على سد رأس السكة لم يمنعوا منه ولم يفتح به بعضهم بغير رضا الباقيين. نعم إن سَدَّه بآلة نفسه خاصة فله فتحه بغير رضاهم، ولو امتنع بعضهم من سَدِّه لم يكن للباقيين ذلك. ولو وقف بعضهم داره مسجداً أو وُجدَ ثَمَّ مسجدٌ شاركهم المسلمون في المرور إليه فيمنعون من السدِّ والقسمة. ولا يجوز الإشرع عند الضرر وإن رضي أهل السكة لحق سائر المسلمين، ويجوز الإشرع الذي لا يضُرُّ وإن لم يرض أهله، ومحله إذا لم يكن المسجد حادثاً وإلا فإن رضي به أهل الدرب فكذلك وإلا فلهم المنع من الإشرع، إذ ليس لأحد الشركاء إبطال حق البقية من ذلك. وكالمسجد فيما ذكر ما سُبِّلَ ووقف على جهة عامة، كثير ومدرسة ورباط؛ نَبَّهَ على ذلك الزركشي.

تنبيه: كان ينبغي له أن يقول: «في كلِّه» كما في غيره مما قدمه؛ لأنه عائد إلى غير النافذ وهو مذكر، واستغنى عما قدرته في كلامه تبعاً للشارح؛ وقد أتى في المحرّر بجميع الضمائر مؤنثة لكونه عبر أولاً بالسكة، ولما عبر المصنف بغير النافذ عدل عن تأنيث الضمائر إلى تذكيرها إلا هذه اللفظة. وقوله: «لكلهم» كان الأولى أن يقول لكل منهم، فإنه لا نزاع في استحقاق كلها لكلهم، أي لمجموعهم، فإن الكل يطلق على الكل المجموعي والكل التفصيلي. فإن قيل: إذا كان الاستحقاق لهم خاصة فلم جاز لغيرهم دخوله بغير إذنهم؟ أجيب بأن هذا من الحلال المستفاد بقرينة الحال. قال الزركشي: وقضيته أنه لا يجوز الدخول إذا كان فيهم محجور عليه لامتناع الإباحة منه ومن وليه؛ وقد توقف الشيخ عز الدين في مسائل قريبة من ذلك: كالشرب من أنهارهم، والظاهر كما قال بعض المتأخرين الجواز وإن كان الورع خلافه، ومن ذلك ما قاله الأصحاب من أنه يجوز المرور بملك غيره إذا لم يُصِرَّ طريقاً للناس. قال العبادي في طبقاته: وعليه يُحمل إطلاق الأكثرين الجواز، ومحله فيما جرت العادة بالمسامحة بالمرور فيه، وقد قيل: إن السلطان محمود لما قدم مَرَّوْ استقبله أهل البلد وفيهم القفال الكبير والقاضي أبو عاصم العامري، أحدهما عن يمين السلطان والآخر عن يساره، وازدحموا، فتعدى فرس القفال عن الطريق إلى أرض مملوكة لإنسان، فقال السلطان للعامري: هل يجوز أن يتطرق في ملك الغير بغير إذن؟ فقال له: سل الشيخ فإنه إمام لا يقع فيما لا يحل في الشرع! فسمع القفال ذلك، فقال: يجوز السعي في أرض الغير إذا لم يَخْشَ أن يتخذ بذلك طريقاً ولا عاد ضرره على المالك بوجه آخر كالنظر في مرآة الغير والاستغلال بجداره.

(وليس لغيرهم فتح باب إليه للاستطراق) إلا بإذنهم لتضررهم، فإن أذنوا جاز لهم الرجوع ولو بعد الفتح كالعارية. قال الإمام: ولا يغرمون شيئاً، بخلاف ما لو أعار أرضاً للبناء ونحوه ثم رجع فإنه لا يقطع مجاناً. قال الرافي: ولم أره لغيره، والقياس عدم الفرق. وفرق في المطلب بينهما بما فيه نظر. والأولى ما فرق به شيخنا

وَلَهُ فَتْحُهُ إِذَا سَمَرُهُ فِي الْأَصَحِّ. وَمَنْ لَهُ فِيهِ بَابٌ فَفَتَّحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ الدَّرَبِ فَلِشُرَكَائِهِ مَنَعُهُ، فَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ إِلَى رَأْسِهِ وَلَمْ يَسُدَّ الْبَابَ الْقَدِيمَ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ سَدَّهُ فَلَا مَنَعَ. وَمَنْ لَهُ دَارَانِ تَفْتَحَانِ إِلَى دَرَبَيْنِ مَسْدُودَيْنِ أَوْ مَسْدُودٍ وَشَارِعٍ فَفَتَّحَ بَاباً بَيْنَهُمَا لَمْ يُمْنَعْ فِي الْأَصَحِّ.

من أن الرجوع هناك يترتب عليه القلع وهو خسارة فلم يجز الرجوع مجاناً، بخلافه هنا لا يترتب على خسارة لعدم اقتضائه لزوم سد الباب، وخسارة فتحه إنما ترتبت على الإذن لا على الرجوع مع أن فتحه لا يتوقف على الإذن، وإنما المتوقف عليه الاستطراق.

(وله فتحه إذا سمره) بالتخفيف ويجوز التشديد (في الأصح) لأن له رفع جداره فبعضه أولى. والثاني: لا؛ لأن فتحه يشعر بثبوت حق الاستطراق فيستدل به عليه. وما صححه تبعاً للمحرر هو ما صححه في تصحيح التنبيه؛ وهو المعتمد، وإن قال في زيادة الروضة: إن الأفقه المنع؛ فقد قال في المهمات: والفتوى على الجواز، فقد نقله ابن حزم عن الشافعي.

تنبيه: لو حذف لفظ «سمره» لكان أخصر وأشمل، فإن الخلاف جارٍ فيما إذا فتحه للاستضاءة، وكذا لو قال: «لا أدخل منه ولا أخرج» كما قاله في البيان. نعم لو ركب على المفتوح للاستضاءة شبكاً أو نحوه جاز جزماً كما نقله الإسنوي وغيره عن جمع.

(ومن له فيه باب) أو ميزاب (ففتح آخر أبعد من رأس الدرب) من بابه الأصلي، (فلشركائه) أي لكل منهم (منعه) إذا كان بابه أبعد من الباب الأول، سواء أسد الأول أم لا؛ لأن الحق لغيره، بخلاف مَنْ بابه بين المفتوح ورأس الدرب أو مقابل المفتوح كما في الروضة عن الإمام؛ أي المفتوح القديم كما فهمه السبكي وغيره. وفهم البلقيني أنه الجديد، واعترض عليه بأن المقابل للمفتوح مشارك في القدر المفتوح فيه فله المنع.

(فإن كان أقرب إلى رأسه ولم يسد الباب القديم فكذلك) أي لشركائه منعه لأن انضمام الثاني إلى الأول يورث زحمة ووقوف الدواب في الدرب فيتضررون به، وقيل: يجوز، واختاره الأذرعى وضعف التوجيه بالزحمة بتصريحهم بأن له جعل داره حماماً وحانوتاً مع أن الزحمة ووقوف الدواب في السكة وطرح الأثقال بكثرة أضعاف ما عساه يقع نادراً في فتح باب آخر للدار اهـ. وربما يُجاب بأن موضع فتح الباب لم يكن له فيه استحقاق، بخلاف جعل داره ما ذكر.

(وإن سده فلا منع) لأنه ترك بعض حقه. ويجوز لمن داره في آخر الدرب تقديم بابه فيما يختص به وجعل ما بين الدار وآخر الدرب دهليز. قال الإسنوي: ولو كان له دارٌ بوسط السكة وأخرى بآخرها فالمتجه أنه يجوز لمن داره بينهما منعه من تقديم باب المتوسطة إلى آخر السكة؛ لأنه وإن كان شريكاً في الجميع لكان شركته سببها إنما هو إليها خاصة، وقد يبيع لغيره فيستفيد زيادة الاستطراق. ولو كان له في السكة قطعة أرض فيها دوراً وفتح لكل واحدة باباً جاز؛ قاله البغوي في فتاويه

(ومن له داران تفتحان) بفتح فوقانية أوله، (إلى دربين) مملوكين (مسدودين، أو) درب مملوك (مسدود، وشارع ففتح باباً بينهما لم يمنع في الأصح) لأنه يستحق المرور في الدرب، ورفّع الحائل بين الدارين تصرف في ملكه فلم يمنع حقه. وتبع المصنف كالرافعي في تصحيح هذا البغوي، وهو المعتمد. والثاني، وهو ما نقله في الروضة عن العراقيين عن الجمهور، وجرى عليه ابن المقري: المنع؛ لأنه في صورة الأولى يثبت لكل من الدارين استطرافاً في الدرب الآخر لم يكن له، وفي الثانية يثبت للملاصقة للشارع حقاً في المسدود لم يكن لها.

وَحَيْثُ مُنِعَ فَتَحَ الْبَابِ فَصَالَحَهُ أَهْلُ الدَّرْبِ بِمَالٍ صَحَّ. وَيَجُوزُ فَتْحُ الْكَوَاتِ

تنبيه: قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق في جريان الخلاف بين أن يبقى البابين على حالهما أو يُسدَّ أحدهما، وهو كذلك وإن خصَّه الرافعي بما إذا سدَّ باب أحدهما وفتح الباب لغرض الاستطراق. وقوله: «مسدودين أو مسدود وشارع» كان الأوَّلَى أن يقول: «مملوكين أو مملوك وشارع» كما قدرته في كلامه، لأنه لا يلزم من السد الملك، بدليل ما لو كان في أقصاه مسجد أو نحوه كما مرَّ. وقوله: «تفتحان» هو بالمشاة فوق في أوله؛ لأن الدار مؤنثة، وكذا كل فعل كان فاعله ضميراً لغائبتين؛ قاله المصنف في الدقائق. قال أبو حيان: وبه ورد السماع؛ قال تعالى: ﴿فِيهِمَا عَيْنَانِ تَجْرِيَانِ﴾^(١)، وقال: ﴿أَنْ تَرْوُلَا﴾^(٢)، وقال: ﴿امْرَأَتَيْنِ تَذُودَانِ﴾^(٣). وجوز ابن فارس فيه الباء من تحت.

(وحيث منع فتح الباب فصالحه أهل الدرب بمال صح) لأنه انتفاع بالأرض بخلاف إشراع الجناح؛ لأن هناك بذل مال في مقابلة الهواء المجرد. هذا إذا صالحوه على الاستطراق، أما إذا صالحوه على مجرد الفتح بمال فلا يصح قطعاً. ثم إن قدرُوا للاستطراق مدة فهو إجارة، وإن أطلقوا أو شرطوا التأبيد فهو بيع جزء شائع من الدرب له، وينزل منزلة أحدهم، كما لو صالح رجلاً على مال ليجري في أرضه ماء النهر كان ذلك تملكياً لمكان النهر، بخلاف ما لو صالحه بمال على فتح باب من داره، أو أن يجري الماء على سطحه، فإنه وإن صحَّ لا يملك شيئاً من الدار والسطح، لأن السكة لا تراد إلا للاستطراق فإثباته فيها يكون نقلاً للملك، وأما الدار والسطح فلا يُقصد بهما الاستطراق وإجراء الماء. وقيد الأذرع الجواز في تقدير المدة وعدمه بما إذا لم يكن بالدرب مسجد ونحوه كدار موقوفة على معين أو غيره، وإلا فلا يجوز إذ البيع لا يتصور في الموقوف وحقوقه. قال: وأما الإجارة والحالة هذه فينتجه فيها تفصيل لا يخفى على الفقيه استخراجه. ولو أذن صاحب الدرب لإنسان في حفر سرداب تحت داره ثم باعها فللمشتري أن يرجع كما كان للبائع؛ قاله العبادي.

(ويجوز) للمالك (فتح الكوات) في جداره في الدرب النافذ وغيره، سواء أكان من أهل الدرب أم من غيرهم، سواء أكان للاستضاءة أم لا، أذنوا أم لا؛ لأنه تصرف في ماله، لأن له إزالة جواره وجعل شباك مكانه. والكوات جمع كوة يفتح الكاف: الطاقة، وفي لغة غربية بضمها، والواو مشددة فيهما وجمعها المصنف جمع تصحيح، وفي كافة اللغتان، ويجمع جمع تكسير فتجمع المفتوحة على كِوَاء بالكسر مع المد والقصر، والمضمومة على كَوَى بالضم والقصر.

تنبيه: غالب ما تفتح الكوات للاستضاءة. وله نصب شباك عليها بحيث لا يخرج منه شيء، فإن خرج هو أو غطاؤه كان كالجناح؛ قال السبكي: فليتنبه لهذا، فإن العادة أن يعمل في الطاقات أبواب تخرج فيمنع من هواء الدرب. هذا في حق من ليس له فتح للاستطراق، فإن كان له ذلك فلا منع من أبواب الطاقات. وقضية إطلاق المصنف أنه لا فرق بين الجواز بين كون الكوة عالية أو لا؛ وهو كذلك وإن قيده الجرجاني بما إذا كانت عالية لا يقع النظر منها إلى دار جاره، فقد صرح الشيخ أبو حامد بجواز فتح كوة في ملكه مشرفة على جاره وعلى حريمه، وليس للجار منعه؛ لأنه إذا أراد رفع جميع الحائط لم يمنع منه، فإذا رفع بعضه لم يمنع.

(١) سورة الرحمن، الآية: ٥٠.

(٢) سورة فاطر، الآية: ٤١.

(٣) سورة القصص، الآية: ٢٣.

وَالْجِدَارُ بَيْنَ مَالِكَيْنِ قَدْ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا، وَقَدْ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ، فَالْمُخْتَصُّ لَيْسَ لِلْآخَرِ وَضْعُ الْجُدُوعِ عَلَيْهِ بَغِيرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ. وَلَا يُجْبَرُ الْمَالِكُ، فَلَوْ رَضِيَ بِلَا عَوْضٍ فَهُوَ إِعَارَةٌ.....

(والجدار بين مالكين) لبناءين (قد يختص) أي بفرد (به أحدهما) ويكون سائراً للآخر، (وقد يشتركان فيه، فالمختص) به أحدهما (ليس للآخر وضع الجدوع) بالمعجمة، أي خشبه (عليه بغير إذن في الجديد، ولا يجبر المالك) له إن امتنع من وضعها، لخبر: «لَا يَجُلُ لَأَمْرِيءٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلَّا مَا أَعْطَاهُ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ»^(١) رواه الحاكم بإسناد على شرط الشيخين في معظمه، وكل منهما منفرد في بعضه. ولخبر: «لَا ضَرَرٌ وَلَا ضِرَارٌ فِي الْإِسْلَامِ»^(٢) قال المصنف: حديث حسن، رواه ابن ماجة والدارقطني. وقياساً على سائر أمواله؛ ونقله البغوي في شرح السنة عن أكثر أهل العلم. والقديم: يجوز ذلك ويُجبر المالك، لحديث الشيخين عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه: «لَا يَمْتَنَعُ جَارُ جَارِهِ أَنْ يَضَعَ خَشْبَةً فِي جِدَارِهِ»^(٣) ثم يقول أبو هريرة: مالي أراكم عنها - أي عن السنة - معرضين؟ والله لأرمتن بها بين أكتافكم - بالتاء المثناة من فوق: أي بينكم، وزوي بالنون، ومعناه أيضاً بينكم، فإن الكنف هو الجانب - قال البيهقي: ولم نجد في السنة ما يعارض هذا الحديث، ولا تصح معارضته بالعمومات. وأجاب عنه الأصحاب بأنه محمولٌ على التدب لقوة العمومات المعارضة، وبأن الضمير في جداره لصاحب الخشب: أي لا يمنع جاره أن يضع خشبه على جدار نفسه وإن تضرر به من جهة منع الضوء ونحوه. قال الإسنوي: ويتأيد بأنه القياس الفقهي والقاعدة النحوية، فإنه أقرب من الأول فوجب عود الضمير إليه.

تنبيه: قد يقتضي التعبير بالجديد أن مقابله قديم مُخَصٌّ، وليس مراداً بل هو منصوص عليه في الجديد أيضاً، حكاه البويطي عن الشافعي، وهو من رواية الجديد. وظاهره أن القول القديم مطلق وليس مراداً، بل له شروط: أن لا يحتاج المالك إلى وضع جذوعه عليه، وأن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار، وأن لا يبني عليه أَرْجاً، وأن لا يضع عليه ما لا يحمله الجدار ولا يضر به، وأن لا يملك الجار شيئاً من جدار البقعة التي يريد تسقيفها، وأن لا يملك إلا جداراً واحداً. وقد يفهم من التعبير بالوضع اختصاص الخلاف بذلك، وأنه لا يجوز إدخال الجدوع في الحائط قطعاً؛ وليس مراداً، بل الخلاف جارٍ فيه أيضاً. وفرض المصنف الخلاف في الجدار بين المالكين يخرج الساباط إذا أراد أن يبنيه على شارع أو درب غير نافذ، وأن يضع طرف الجدوع على حائط جاره المقابل، فلا يجوز ذلك إلا بالرضا قطعاً؛ قاله المتولي وغيره، لأن هذا الجدار ليس بين مالكين. فإن قيل: قوله: «وَلَا يُجْبَرُ الْمَالِكُ» قد يفهم أنه مجزوم به وأن القولين إنما هما في الجواز ابتداءً وليس مراداً فلو حذفه لكان أولى. أجب بأنه فرعه على الجديد.

(فلو رضي) المالك بالوضع (بلا عوض) وقلنا بعدم الإيجاب، (فهو إعارة) لصدق حذها عليه فيستفيد بها

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٤٢٣/٣) و(الحديث: ١١٣/٥) وأخرجه ابن حبان في كتاب: الجنائيات، باب: ذكر الخبر الدال على أن قوله ﷺ: «إِنْ أَمْوَالُكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ» أراد به بعض الأموال لا الكل (الحديث: ٥٩٧٨) وأخرجه البيهقي في كتاب: الغصب، باب: لا يملك أحد بالجنابة (الحديث: ٩٧/٦) وأخرجه الدارقطني في كتاب: البيوع (الحديث: ٣/٢٥).

(٢) أخرجه ابن ماجة في كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره (الحديث: ٢٣٤٠، ٢٣٤١) وأخرجه الدارقطني في كتاب: في الأقضية والأحكام، باب: المرأة تقتل إذا ارتدت (الحديث: ٢٢٣/٤).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: المظالم، باب: لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره (الحديث: ٢٤٦٣) بلفظ: (لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره) وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: غرز الخشب في جدار الجار (الحديث: ٤١٠٦) بلفظ: (لا يمنع أحدهم جاره أن يغرز خشبة في جداره).

وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ، وَكَذَا بَعْدَهُ فِي الْأَصَحِّ؛ وَفَائِدَةُ الرُّجُوعِ تَخْيِيرُهُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهِ بِأَجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيُغْرَمَ أَرْضَ نَقْصِهِ، وَقِيلَ: فَائِدَتُهُ طَلَبُ الْأَجْرَةِ فَقَطْ. وَلَوْ رَضِيَ بِوَضْعِ الْجُدُوعِ وَالْبِنَاءِ عَلَيْهَا بِعَوَضٍ فَإِنْ أَجَرَ رَأْسَ الْجِدَارِ لِلْبِنَاءِ فَهُوَ إِجَارَةٌ، وَإِنْ قَالَ: «بِعْتُهُ لِلْبِنَاءِ عَلَيْهِ» أَوْ «بِعْتُهُ حَقَّ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ» فَلَا أَصَحَّ أَنْ هَذَا الْعَقْدُ فِيهِ شَوْبٌ بَيْنَ وَإِجَارَةٍ، فَإِذَا بَنَى فَلَيْسَ لِمَالِكِ الْجِدَارِ نَقْصُهُ بِحَالٍ؛

المستعير الوضع مرة واحدة، حتى لو رفع جذوعه أو سقطت بنفسها أو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة لم يكن له الوضع ثانياً في الأصح؛ لأن الإذن إنما يتناول مرة فقط. (وله) أي للمالك (الرجوع قبل البناء عليه) قطعاً (وكذا بعده في الأصح) كسائر العواري. والثاني: لا رجوع له بعد البناء؛ لأن مثل هذه العواري يراد بها التأييد كالإعارة لدفن الميت.

(وفائدة الرجوع تخييره بين أن يبقيه) أي الموضوع المبني عليه، (بأجرة أو يقطع) ذلك (ويغرم أرض نقصه) وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً كما في إعارة الأرض للبناء أو الغراس، وليس له التملك لذلك بقيمته وإن قال الزركشي: إن قضية كلام أكثر العراقيين أن له ذلك. بخلاف من أعار أرضاً للبناء أو الغراس، فإن له بعد رجوعه أن يملكه بقيمته، لأن الأرض أصل فجاز أن تستيعب والجدار تابع فلا يستيعب.

(وقيل: فائدته طلب الأجرة) في المستقبل (فقط) لأن القلع يضر المستعير؛ لأن الجذوع إذا ارتفعت أطرافها عن جدار لا تستمسك على الجدار الآخر والضرر لا يزال بالضرر. (ولو رضي بوضع الجذوع والبناء عليها بم عوض) على قول منع الإيجاب، (فإن أجر رأس الجدار للبناء) عليها (فهو إجارة) كسائر الأعيان التي تستأجر للمنافع؛ لكن لا يشترط فيها بيان المدة في الأصح لأنه عقد يرد على المنفعة وتدعو الحاجة إلى دوامه، فلم يشترط فيه التأقيت كالنكاح. والثاني: يشترط، وكلاماً لمصنف يقتضيه. قال الزركشي: نعم لو كانت الدار وفقاً عليه وأجره فلا بد من بيان المدة قطعاً؛ كذا ذكره القاضي حسين.

(وإن قال بعته للبناء عليه، أو بعث حق البناء عليه، فالأصح أن هذا العقد) الواقع بلفظ البيع أو بلفظ الصلح كما في الكفاية، (فيه شوب بيع) لكونه مؤبداً. (و) شوب (إجارة) لأن المستحق به منفعة فقط إذ لا يملك المشتري فيه عيناً، فلو كان إجارة محضة لا شرطنا تأقيتها أو بيعاً محضاً لكان رأس الجدار لصاحب الجذوع. والثاني: أن هذا العقد بيع يملك به مواضع رؤوس الجذوع. والثالث: أنه إجارة مؤبدة للحاجة. واحتراز بقوله: «للبناء عليه» عما إذا باعه وشرط أن لا يبني عليه، فإنه جائز قطعاً، وينتفع به بما عد البناء من مكث عليه وغيره، وكذا لو باعه ولم يتعرض للبناء بالكلية كما ذكره الماوردي، وحكم البناء على الأرض أو السقف أو الجدار بلا جذوع كذلك.

تنبيه: قوله: «شوب»، قال في الدقائق: إنه الصواب، وإن قول بعضهم «شائبة» مخض تصحيف. قال السبكي: لا يظهر لي وجه التصحيف في ذلك، لأن الشوب الخلط، ويطلق على المخلوط به، وهو المراد هنا، والشائبة يشاب بها، فكل منهما صواب. وقال الإسنوي: التعبير بالتصحيف هنا لا مدخل له، بل صوابه التحريف.

(فإذا بنى) بعد قوله: «بعته للبناء» أو «بعث حق البناء» وقلنا بالأول، (فليس لمالك الجدار نقضه) أي نقض بناء المشتري، (بحال) أي لا مجاناً ولا مع إعطاء أرض نقصه؛ لأنه يستحق الدوام بعقد لازم. نعم إن اشترى

وَلَوْ أَنَّهُدَّمَ الْجِدَارُ فَأَعَادَهُ مَالِكُهُ فَلِلْمُشْتَرِي إِعَادَةُ الْبِنَاءِ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْإِذْنُ بِعَوَضٍ أَوْ بِغَيْرِهِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ قَدْرِ الْمَوْضِعِ الْمَبْنِيِّ عَلَيْهِ طَوْلًا وَعَرْضًا، وَسَمَكِ الْجُدْرَانِ وَكَيْفِيَّتِهَا وَكَيْفِيَّةِ السَّقْفِ الْمَحْمُولِ عَلَيْهَا.

مالك الجدار حق البناء من المشتري جاز كما صرح به المحاملي وأبو الطيب، وحينئذ يتمكن من الخصلتين اللتين جوزناهما لو أعار لزوال استحقاق صاحب الجذوع.

تنبيه: سكت الشيخان عن تمكين البائع من هدم حائط نفسه ومن منع المشتري أن يبني إذا لم يكن بنى، ولا شك كما قاله الإسني أنه لا يتمكن منهما. ولو وجدنا الجذوع موضوعة عن الجدار ولم نعلم كيف وضعت، فالظاهر أنها وضعت بحق فلا تنقض ويقضى باستحقاقهما دائماً، فلو سقط الجدار وأعيد فله إعادتها بلا خلاف؛ لأننا حكمنا بأنها وضعت بحق وشككتنا في المجوز للرجوع، ولمالك الجدار نقضه إن كان مستهدماً وإلا فلا كما في زيادة الروضة.

(ولو انهدم الجدار) بعد بناء المشتري أو قبله، (فأعاده مالكة) باختياره، ولا يلزمه ذلك في الجديد؛ (فللمشتري) أولى منه: «فللمستحق». (إعادة البناء) في الأولى وابتدأه في الثانية بتلك الآلات وبمثلها؛ لأنه حق ثبت له. ولو لم يبنه المالك فأراد صاحب الجذوع إعادته من ماله ليبنى عليه، قال الإسني: كان له ذلك كما صرح به جماعة، وقال السبكي: إنه قضية كلام الأصحاب. وفهم مما قدّرته في كلام المصنف أن العقد لا يفسخ بعارض هدم أو انهدم؛ وهو كذلك كما ذكره في أصل الروضة لالتحاقه بالبيع، وإن كان قضية تعليل الرافعي وقول المصنف فللمشتري اختصاص ذلك بما إذا وقع العقد بلفظ البيع ونحوه. فأما إذا أجره إجارة مؤقتة فيجري في انفساخها الخلاف في انهدم الدار المستأجرة. وخرج بانهدام ما لو هدمه شخص من مالك أو غيره فإن المشتري يطالب بقيمة حق وضع بناءه على الجدار للحيلولة بينه وبين حقه، سواء أبنى أم لا، مع غرم أرش البناء إن كان قد بنى وإلا فلا أرش، فإن أعيد الجدار استعيدت القيمة لزوال الحيلولة، وله البناء إن لم يكن بنى وإعادته إن كان قد بنى.

تنبيه: لا يغرم الهادم أجره البناء لمدة الحيلولة، قال الإمام: لأن الحق على التأييد وما لا يتقدر لا ينحط عما لا يتناهى. قال الإسني: وفي كلامه إشارة إلى الوجوب فيما إذا وقعت الإجارة على مدة، والمتجه عدم الوجوب؛ لأن وجوب الأجرة للحيلولة إنما محلّه عند قيام العين، ولم يصرحوا بوجوب إعادة الجدار على مالكة؛ وينبغي أن يقال إن هدمه مالكة ابتداءً عدواناً فعلياً لإعادته، وإن هدمه أجنبي أو مالكة وقد استهدم لم تجب لكن يثبت للمشتري الفسخ إن كان ذلك قبل التخلي اه. والمعتمد أنه لا يجب على المالك إعادته مطلقاً كما هو ظاهر كلام الأصحاب. ويغرم الأجنبي للمالك أرش الجدار مسلوباً منفعة رأسه، وإذا أعاده المالك استرد من المشتري ما أخذه في نظيرها.

(وسواء كان الإذن) في وضع البناء على غير أرض، (بعوض أو بغيره، يشترط بيان قدر الموضع المبني عليه طَوْلًا وَعَرْضًا) ويبان محلّه (وسمك الجدران) بفتح السين، (وكيفيتها) أي الجدران أي مجوفة أو منضدة؛ وهي ما التصق بعضها إلى بعض من حجر أو غيره، (وكيفية السقف المحمول عليها) أهو من أزج، وهو العقد المسمى بالقبو، أو خشب أو غير ذلك؛ لأن الغرض يختلف بذلك. ولا يشترط التعرّض لوزن الآلة في الأصح، وتغني مشاهدة الآلة عن كل وصف.

وَلَوْ أَدْنَى فِي الْبِنَاءِ عَلَى أَرْضِهِ كَفَى بَيَانُ قَدْرِ مَحَلِّ الْبِنَاءِ، وَأَمَّا الْجِدَارُ الْمُشْتَرَكُ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا وَضْعُ جُدُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ.

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَدَفَّعَ فِيهِ وَتَدَأَ أَوْ يَفْتَحُ كَوَّةً إِلَّا بِإِذْنِهِ. وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَيْهِ وَيَسْنِدَ مَتَاعاً لَا يَضُرُّ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي جِدَارِ الْأَجْنَبِيِّ. وَلَيْسَ لَهُ إِجْبَارُ شَرِيكِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ فِي الْجَدِيدِ،

فائدة: ارتفاع الجدار من الأرض سَمَكٌ بفتح السين، والمنزول منه إليها عُمُقٌ بضم العين المهملة، لا طول وعرض له بل طوله امتداده من زاوية البيت مثلاً إلى زاويته الأخرى، وعرضه هو البعد النافذ من أحد وجهيه إلى الآخر. وقد تقدّم أن الأَوَّلَى للمصنف أن يزيد همزة قبل «كان» ويأتي بـ «أم» عوضاً عن «أو»؛ وقد وقع للمصنف مثل هذا في مواضع كثيرة.

(ولو أذن في البناء على أرضه كفى بيان قدر محل البناء) لأن الأرض تحمل كل شيء فلا يختلف الغرض إلا بقدر مكان البناء. وينبغي كما قال الأذري بيان قدر حفر الأساس طولاً وعرضاً وعمقاً لاختلاف الغرض به، فإن المالك قد يحفر سرداباً أو غيره تحت البناء لينتفع بأرض، ويمنع من ذلك مزاحمة تعميق الأساس.

(وأما الجدار المشترك) بين اثنين مثلاً، (فليس لأحدهما وضع جدوعه عليه بغير إذن) من الآخر (في الجديد) والقديم له ذلك كالقديم في الجار، وقد سبق توجيههما، وهو هنا أَوَّلَى. (وليس له) أي أحدهما (أن يتدفع فيه وتبدأ) بكسر التاء فيهما وفتحها في الثاني. (أو يفتح) فيه (كوة) أو يترتب كتابه منه، أو نحو ذلك مما يضايق فيه عادة. (إلا بإذنه) أو علمه برضاه كغيره من المشتركات. وأفهم جواز الفتح وغيره بالإذن، لكن يشترط في الفتح أن لا يكون بعوض وإلا كان صلحاً على الضوء والهواء المجرد. قال ابن الرفعة: وإذا فتح بالإذن فليس له السد إلا بالإذن أيضاً، لأنه تصرف في ملك الغير.

(وله أن يستند إليه)، (و) أن (يسند) إليه (متاعاً) بقيد، زاده بقوله: (لا يضر، وله) ولغيره (ذلك في جدار الأجنب) لأنه لا ضرر على المالك فلا يتضايق فيه، بل له ذلك ولو منعه المالك لأن منعه عناد محض، بل ادعى الإمام في المحصول الإجماع فيه. فإن قيل: قضية كلامهم في باب العارية أنه لا يجوز الاستناد إلى جدار الغير بغير إذنه. أجيب بأن ذلك محمول على استناد يضر. وللشريكين قسمة الجدار عرضاً في كمال الطول وهذه صورته وطولاً في كمال العرض: وهذه صورته لكن بالتراضي لا بالجبر؛ فلو طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر لاقتضاء الإيجاب القرعة، وهي ممتنعة هنا لأنها ربما أخرجت لكل منهما ما يضر الآخر في انتفاعه بملكه. وكيف يقسم الجدار، هل يشق بالمنشار أو يعلم بعلامة كخط؟ فيه وجهان، الظاهر كما قال شيخنا جواز كل منهما، ولا نظر في الأول أن شق الجدار إتلاف له وتضييع لأنهما يباشران القسمة لأنفسهما فهو كما لو هدماه واقتسما النقص، ويجبر على قسمة عرصة الجدار، ولو كان عرضاً في كمال الطول ليختص كل منهما بما يليه، فلا يقتسمانها بالقرعة لثلاً يخرج بها لكل منهما ما يلي الآخر، بخلاف ما إذا اقتسما طولاً في كمال العرض. وفارق ما ذكر في عرصة الجدار ما مرّ فيه بأنها مستوية وتيسر قسمتها غالباً بخلافه، وسيأتي إيضاح ذلك إن شاء الله تعالى في باب القسمة.

(وليس له إجبار شريكه على العمارة في الجديد) ولو بهدم الشريكين للمشارك لاستهدام أو لغيره، كما لا يجبره على زراعة الأرض المشتركة؛ ولأن الممتنع يتضرر أيضاً بتكليفه العمارة، والضرر لا يزال بالضرر. نعم يجبر في الأرض على إجارتها على الصحيح، وبها يندفع الضرر القديم، ونصّ عليه في البويطي الإيجاب صيانة

فَإِنْ أَرَادَ إِعَادَةَ مُنْهَدِمٍ بِأَلَّةٍ لِنَفْسِهِ لَمْ يُنْمَعْ، وَيَكُونُ الْمَعَادُ مِلْكُهُ يَضَعُ عَلَيْهِ مَا شَاءَ وَيَنْقُضُهُ إِذَا شَاءَ. وَلَوْ قَالَ الْآخَرُ: «لَا تَنْقُضُهُ وَأَغْرَمْتُ لَكَ حِصَّتِي» لَمْ يُلْزَمُهُ إِجَابَتُهُ. وَإِنْ أَرَادَ إِعَادَتَهُ بِنَقْضِهِ الْمُشْتَرَكِ فَلِلْآخَرِ مَنْعُهُ. وَلَوْ تَعَاوَنَّا عَلَى إِعَادَتِهِ بِنَقْضِهِ عَادَ مُشْتَرَكًا كَمَا كَانَ. وَلَوْ أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ الْآخَرُ زِيَادَةَ جَازَ وَكَانَتْ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ؛

للأُملاك المشتركة عن التعطيل، وأُتِيَ بهذا ابن الصلاح، واختاره الغزالي، وصححه جماعة. وقيل: إن القاضي يلاحظ أحوال المتخاصمين، فإن ظهر له أن الامتناع لغرض صحيح أو شك في أمره لم يجبره وإن علم أنه عناد أجبره. قال في الروضة: ويجري ذلك في النهر والقناة والبئر المشتركة واتخاذ ستره بين سطحيهما وإصلاح دولا ب بينهما تسعت إذا امتنع أحدهما من التنقية أو العمارة. ولو هدم الجدار المشترك أحد الشريكين بغير إذن الآخر لزمه أرش النقص لا إعادة البناء؛ لأنَّ الجدار ليس مثلياً، وعليه نصُّ الشافعي في البويطي وإن نصَّ في غيره على لزوم الإعادة. ولا يجبر أحد الشريكين على سقي النابت من شجر وغيره كما صرح به القاضي وغيره خلافاً للجوزي، ولا إعادة السفلى لينتفع به صاحب العلو؛ فلو كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر وانهدمت فليس للأول إجبار الثاني على إعادة السفلى، ولا للثاني إجبار الأول على معاونته في إعادته. والسفل والعلو بضم أولها وكسره.

(فإن أراد) الشريك (إعادة منهدم بألة لنفسه لم يمنع) ليصل إلى حقه بذلك. واعترض القاضي أبو الطيب وابن الصباغ بذلك، فقالا: أساس الجدار مشترك فكيف جُوزَتم بناءه بألة نفسه وأن ينتفع به بغير إذن شريكه! وقال السبكي: العرصة مشتركة، ولا حق لأحدهما على الآخر في الاستبداد بها، ولا سيما وهو يمكنه المقاسمة، فإن الصحيح جواز المقاسمة في ذلك بالتراضي عرضاً في كمال الطول وبها يندفع الضرر اهـ. وصوّر صاحب التعليقة على الحاوي المسألة بما إذا كان الأسُّ للباني وحده، وجرى عليه البارزي وصاحب الأنوار؛ والمنقول ما في المتن. وأجيب عما ذكر بأن له حقاً في الحمل فكان له إعادة الجدار لأجله. وقضيته أنه إذا لم يكن عليه بناء ولا جذوع لا يكون له إعادته مع أن ظاهر كلامهم الإطلاق، وهو المعتمد وإن كان مشكلاً.

(ويكون المعاد ملكه يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء) لأنه بآلته ولا حق لغيره فيه. نعم لو كان لشريكه عليه جذع خير الباني بين تمكين الشريك من إعادته ونقض بناءه ليبني معه الآخر ويعيد جزعه. (ولو قال الآخر لا تنقضه وأغرم لك حصتي) أي قمية ما يخصني، (لم يلزمه إجابته) على الجديد كابتداء العمارة. أما على القديم وهو لزوم العمارة فعليه إجابته. ولو عمر البئر أو النهر لم يمنع شريكه من الانتفاع بالماء لسقي الزرع وغيره وله من الانتفاع بالدولاب والآلات التي أحدثها.

(وإن أراد إعادته بنقضه المشترك فللآخر منعه) كسائر الأعيان المشتركة. وأفهم كلام المصنف جواز الإقدام عليه عند عدم المنع، وقال في المطلب: إنه مفهوم كلامهم بلا شك. والنقض بكسر النون وضمها، وجمعه أنقاض قاله في الدقائق. (ولو تعاونوا على إعادته) بأنفسهما أو بغيرهما (بنقضه عاد مشتركاً كما كان) قبل إعادته، فلو شرطاً زيادة لأحدهما لم يصح على الصحيح لأنه شرط عوض من غير معوض.

(ولو انفرد أحدهما وشرط له الآخر زيادة جاز وكانت في مقابلة عمله في نصيب الآخر) وقد صوّر الرافعي ذلك بصورتين: إحداهما، وهي الأقرب إلى عبارة المصنف: أن يعيد ذلك بالنقض المشترك فيصير له الثلثان ويكون السدس في مقابلة عمله؛ ومحلّه إذا جعل له الزيادة من النقص والعرصة في الحال، فإن شرطه بعد البناء

وَيَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ وَإِلْقَاءِ الثَّلْجِ فِي مَلِكِهِ عَلَى مَالٍ.

لم يصح لأن الأعيان لا تؤجل. الصورة الثانية: أن تكون الإعادة بآلته، فإذا شرط له الآخر السدس كما مرّ فقد قابل ثلث الآلة المملوكة له وعمله بسدس العرصة المبني عليها، ولا بدّ من العلم بالآلات وبصفات الجدران كما قاله الرافعي.

تنمّة: لصاحب العلو بناء السفلى بماله ويكون المعاد ملكه، ويأتي فيه ما مرّ في الجدار المشترك؛ ولصاحب السفلى السكنى في المعاد لأن العرصة ملكه، وليس له الانتفاع به بفتح كوة وغرز وتد ونحوهما، وللأعلى هدمه لأنه ملكه وكذا للأسفل إن بناه الأعلى قبل امتناع الأسفل من البناء ما لم يبن الأعلى علوه؛ فإن بناه للأسفل تملك السفلى بالقيمة وليس له هدمه، أما إذا بنى السفلى بعد امتناع الأسفل فليس له تملكه ولا هدمه لتقصيره، سواء أبنى عليه الأعلى علوه أم لا. ويؤخذ من هذه أن له البناء بآلة نفسه وإن لم يمتنع الأسفل منه، ومثله الشريك في الجدار المشترك ونحوه؛ وهو كذلك، وإن قيل في ذلك وقفة. ولصاحب العلو وضع الأثقال المعتادة على السقف المملوك للآخر أو المشترك بينهما، وللآخر الاستئذان به والتعليق المعتاد به كثوب ولو بوتد يتدّه؛ لأنّ لو لم تجزّ له ذلك لعظم الضرر وتعطلت المنافع. فإن قيل: قد مرّ أن الجدار المشترك ليس لأحد الشريكين أن ينتفع به بما يضايق فيه عادة فكان ينبغي أن يكون هنا كذلك؟ أجيب بأن الأعلى ثبت له الانتفاع قطعاً فثبت للأسفل ذلك تسوية بينهما، وفي الجدار لم يثبت لأحدهما ذلك فلم يثبت للآخر تسوية بينهما. ويجوز غرز الوتد لصاحب العلو فيما يليه في أحد وجهين؛ قال شيخنا: هو الظاهر.

(ويجوز أن يصالح على إجراء الماء، و) على (إلقاء الثلج في ملكه) أي المصالح معه، (على مال) لأن الحاجة تدعو إلى ذلك لكن محلّه في الماء المجلوب من نهر ونحوه إلى أرضه، والحاصل إلى سطحه من المطر. أما غسالة الثياب والأواني فلا يجوز الصلح على إجرائها على مال لأنه مجهول لا تدعو الحاجة إليه، وإن خالف في ذلك البلقيني وقال: إن الحاجة إليه أكثر من حاجة البناء على الأرض. وشرط المصالحة على إجراء ماء المطر على سطح غيره أن لا يكون له مصرف إلى الطريق إلّا بمروره على سطح جاره؛ قاله الإسنوي. ومحلّ الجواز في الثلج إذا كان في أرض الغير لا في سطحه لما فيه من الضرر. ويشترط معرفة السطح الذي يجري منه الماء، سواء أكان ببيع أو إجارة أو إعاره؛ لأن المطر يقل بصغره ويكثر بكبره ومعرفة قدر السطح الذي يجري إليه وقوته وضعفه فإنه قد يتحمل قليل الماء دون كثيره، ولا يضر الجهل بقدر ماء المطر لأنه لا يمكن معرفته لأنه عقد جواز للحاجة. ثم إن عقد على الأول بصيغة الإجارة فلا بدّ من بيان موضع الإجراء وبيان طوله وعرضه وعمقه وقدر المدة إن كانت الإجارة مقدرة بها، وإلّا فلا يشترط بيان قدرها كنظيره فيما مرّ في بيع حق البناء. ولا بدّ أن يكون الموضع محفوراً وإلّا فلا يصح؛ لأن المستأجر لا يملك الحفر. وإن عقد بصيغة البيع بأن قال: «بعثك مسيل الماء» وجب بيان الطول والعرض لا بيان العمق لأنه ملك القرار، أو «بعثك حق مسيل الماء» فكما مرّ في بيع حق البناء. وإن عقد بصيغة الصلح انعقد بيعاً كما اقتضاه كلام الكفاية، ولا حاجة في العارية إلى بيان لأنه يرجع فيها متى شاء والأرض تحمل ما تحمل بخلاف السقف كما مرّ. وليس للمستحق في المواضع كلها دخول الأرض من غير إذن مالكيها إلّا لتنقية النهر، وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرج من النهر تفرعاً لملك غيره. وليس لمن أذن له في إلقاء الثلج على السطح أن يطرح الثلج عليه ولا أن يترك الثلج حتى يذوب ويسيل إليه، ومن أذن له في إلقاء الثلج لا يجري المطر ولا غيره، ولو كان مجرى ماء في ملك غيره فادّعى المالك أنه كان عارية قبّل قوله كما أنفى به البغوي. واحتراز المصنف بقوله: «إجراء الماء» عن الماء، كما

وَلَوْ تَنَازَعَا جِدَارًا بَيْنَ مَلِكَيْهِمَا فَإِنْ اتَّصَلَ بَيْنَهُمَا أَحَدُهُمَا بِحَيْثُ يُعْلَمُ أَنََّّهُمَا بَنَيَا مَعًا فَلَهُ الْيَدُ وَإِلَّا فَلَهُمَا،

لو كان له نهر جار فصالحه إنسان على أن يسقي زرعه منه بساقية لم يصح لأن المعقود عليه الماء والمملوك الماء الموجود دون ما ينبع؛ والخيلة فيه كما قاله القاضي حسين أن يبيع قدراً من النهر والماء تابع.

تنبيه: قد يفهم من قوله: «في ملكه» أنه قيد؛ وليس مراداً، بل يجوز ذلك في الأرض الموقوفة والمستأجرة، لكن يعتبر هنا التأقيت لأن الأرض غير مملوكة فلا يمكنه العقد عليها مطلقاً، وأن يكون هناك ساقية، إذ ليس له إحداث ساقية أبداً.

فرعان: الأول: المصالحة عن قضاء الحاجة من بول أو غائط، وطرح الكناسة في ملك الغير على مال عقد فيه شائبة بيع وإجارة، وكذا المصالحة عن المبيت على سقف غيره. الثاني: للشخص تحويل أغصان شجرة لغيره مالت إلى هواء ملكه الخالص أو المشترك امتنع مالكاها من تحويلها، وله قطعها ولو بلا إذن قاض إن لم يمكن تحويلها؛ ولا يصح الصلح على بقاء الأغصان بمال، فإن اعتمدت على الجدران صَحَّ الصلح عنها يابسة لا رطوبة لزيادتها فلا يعرف قدرها وثقلها وانتشار العروق في أرضه كانتشار الأغصان في هواء ملكه، وكذا ميل الجدار إلى هواء الدار. قال في المطلب: وليس له إذا تولى القطع والهدم بنفسه طلب أجره على ذلك. قال: ولو دخل الغصن المائل إلى هواء ملكه في بَزِيَّة ونبت فيها أَثْرُجَةٌ وكبرت قطع الغصن والأترجة لتسلم البرنية لاستحقاق قطعها قبل ذلك؛ قاله الماوردي والرويانى، ثم قال: وهذا بخلاف ما لو بلغ حيوان غيره جوهره فإنه لا يذبح لأن له حرمة.

(ولو تنازعا) أي اثنان (جداراً بين ملكيهما، فإن اتصل بينهما أحدهما بحيث يعلم أنهما بنيا معاً) كأن دخل نصف لبنات كل منهما في الآخر أو بنى الجدار على خشبة طرفها في ملكه وليس منها شيء في ملك الآخر، أو كان له عليه أَزَجٌ وهو العقد قد أميل من مبتدأ ارتفاعه عن الأرض، (فله اليد) عليه، وعلى الخشبة المذكورة لظهور أمانة الملك بذلك، فيحلف ويحكم له به إلا أن تقوم بينة بخلافه. ولو كان الجدار مبنياً على تربيعة أحد الملكين زائداً أو ناقصاً بالنسبة إلى ملك الغير فهو كالمتمصل بجدار أحدهما اتصالاً لا يمكن إحداثه؛ ذكره في التنبيه وأقره المصنف في تصحيحه.

تنبيه: قال الإسنوي: قول المصنف «إنهما» بكسر الهمزة لأن «حيث» لا تضاف إلا إلى جملة. ورُدُّ بأن «حيث» هنا مضافة إلى «يعلم»، وأن إذا وقعت بعد العلم تكون مفتوحة.

(وإلا) أي وإن لم يحصل الاتصال المذكور بأن كان منفصلاً من جدارهما أو متصلاً بهما اتصالاً يمكن إحداثه أو لا يمكن، أو متصلاً بأحدهما اتصالاً لا يمكن إحداثه بأن وُجد الاتصال في بعضه، أو أُيِّلَ الأزج الذي عليه بعد ارتفاعه، أو بُني الجدار على خشبة طرفها في ملكيهما. (فلهما) اليد عليه لعدم المرتن. وعبارة المحرر والروضة وأصلها: «فهو في أيديهما»، وذلك أولى من عبارة المصنف فليتأمل.

تنبيه: أفهم كلامه أنه لا يحصل الترجيح بغير ذلك فلا ترجيح بالنقش بظاهر الجدار كالصور والكتابات المتخذة من جص أو آجر أو غيره، ولا بالجدوع كما سيأتي، ولا بتوجيه البناء وهو جَعْلُ إحدى جانبيه وجهاً كأن يبني بلبنات مقطعة ويجعل الأطراف الصحاح إلى جانب ومواضع الكسر إلى جانب، ولا بمعاقد القِمَط

فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً قُضِيَ لَهُ، وَإِلَّا حَلَفَا؛ فَإِنْ حَلَفَا أَوْ نَكَلَا جُعِلَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا قُضِيَ لَهُ؛ وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ لَمْ يَرْجَحْ. وَالسَّقْفُ بَيْنَ عُلُوِّهِ وَسَفْلِ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مَلِكَيْنِ فَيَنْظُرُ أَيُّمَكِنُ إِحْدَاثَهُ بَعْدَ الْعُلُوِّ فَيَكُونُ فِي يَدَيْهِمَا، أَوْ لَا فَلِصَاحِبِ السَّقْفِ.

بكسر القاف وإسكان الميم وبضمهما، لكنه بضمهما جمع قماط، والمراد به معنى قمت، وهو حبل رقيق يشد به الجريد ونحوه. وإنما لم يرجح بهذه الأشياء لأن كون الجدار بين الملكين علامة قوية في الاشتراك، فلا يغير بأسباب ضعيفة معظم القصد بها الزينة كالتجصيص والتزويق.

(فإن أقام أحدهما بينة) أنه له (قضي له) به، لأن البينة مقدمة على اليد وتكون العرصة تبعاً على الأصح. (ولاً) أي وإن لم يكن لأحدهما بينة أو أقامها كل منهما، (حلفا) أي حلف كل منهما على نفي استحقاق صاحبه للنصف الذي في يده، ولا يلزمه أن يتعرض لإثباته كما نقله الشيخان عن النص. وأنه مستحق النصف الذي بيد صاحبه؛ لأن كل واحد منهما مدعى عليه ويده على النصف، فالقول قوله فيه كالعين الكاملة. وقيل: يحلف كل منهما على الجميع لأنه يدعيه.

(فإن حلفا أو نكلا) عن اليمين، (جعل) الجدار (بينهما) بظاهر اليد فيتفتح كل به مما يليه على العادة. (وإن حلف أحدهما) ونكل الآخر كما في المحزر، (قضي له) أي بالكل. وتوضح مسألة الحلف بما ذكره في الدعاوي والبيّنات، وهو أنه إذا حلف من بدأ القاضي بتحليفه ونكل الآخر بعده حلف الأول اليمين المردودة ليقضي له بالجميع، وإن نكل الأول ورغب الثاني في اليمين فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادّعاه صاحبه، ويمين الإثبات للنصف الذي ادّعاه هو، فهل تكفيه الآن يمين واحدة يجمع فيها النفي والإثبات أم لا بدّ من يمين للنفي وأخرى للإثبات؟ وجهان أصحهما الأول، فيحلف أن الجميع له ولا حق لصاحبه فيه، أو يقول لا حقّ له في النصف الذي يدعيه والنصف الآخر لي.

(ولو كان لأحدهما عليه جذوع لم يرجح) بذلك؛ لأنها لا تدل على الملك، لأنها تشبه الأمتعة فيما لو تنازع اثنان داراً بيدهما ولأحدهما فيها أمتعة، فإذا تحالفا بقيت الجذوع بحالها لاحتمال أنها وضعت بحق من إعاره أو إجارة أو بيع أو قضاء قاض يرى الإيجابار على الوضع. والذي ينزل عليه منها الإعارة لأنها أضعف الأسباب، فلمالك الجدار قلع الجذوع بالأرض أو الإبقاء بالأجرة.

(والسقف بين علوه) أي الشخص (وسفل غيره كجدار بين ملكين فينظر أيمن إحداه بعد) بناء (العلو) بأن يكون السقف عالياً فيثقب وسط الجدار ويوضع رأس الجذوع في الثقب ويسقف فيصير البيت الواحد بيتين، (فيكون في يدهما) لاشتراكهما في الانتفاع به، فإنه سائر لصاحب السفل وأرض لصاحب العلو. (أو لا) يمكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو؛ (فلصاحب السفل) يكون لاتصاله بيناته.

خاتمة: لو كان السفل لأحدهما والعلو لآخر وتنازعا في الدهليز أو العرصة، فمن الباب إلى المرقى مشترك بينهما؛ لأن لكل منهما يداً وتصرفاً بالاستطراق ووضع الأمتعة وغيرهما، والباقي للأسفل لاختصاصه به يداً وتصرفاً. وإن تنازعا في المرقى الداخل وهو منقول، فإن كان في بيت لصاحب السفل فهو في يده، أو في غرفة لصاحب العلو فهو في يده، أو منصوباً في موضع الرقي فلصاحب السفل كسائر المنقولات كما قاله ابن

٧ - بَابُ : الْحَوَالَةِ

يُشْتَرَطُ لَهَا رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُخْتَالِ، لَا الْمَحَالَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.

خيران، وقال في الروضة: إنه الوجه. وإن كان المرقى مثبتاً في موضعه كالسلم المستمر فلصاحب العلو لأنه المتفع به، وكذا إن كان مبنياً ولم يكن تحته شيء، فإن كان تحته بيت فهو بينهما كسائر السقوف أو موضع جرة أو نحوها، فلصاحب العلو عملاً بالظاهر مع ضعف منفعة الأسفل. ولو تنازعا في حيطان السفلى التي عليها الغرفة فالمصدق صاحب السفلى فإنها في يده؛ أو في حيطان الغرفة فالمصدق صاحب العلو لأنها في يده.

باب الحوالة

هي بفتح الحاء أفصح من كسرهما، ومعناها في اللغة الانتقال، من قولهم: إذا انتقل عنه وتغير. وفي الشرع عقد يقتضي نقل ذَيْن من ذمة إلى ذمة، ويطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى، والأول هو غالب استعمال الفقهاء. والأصل فيها قبل الإجماع خبر الصحيحين: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ فَإِذَا اتَّبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»^(١) بإسكان التاء في الموضعين: أي فليُخْتَلْ كما رواه هكذا البيهقي^(٢)؛ ويسنّ قبولها على مليء لهذا الحديث. وصرفه عن الوجوب القياس على سائر المعاوضات. وخبر: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»^(٣). ويعتبر في الاستحباب كما بحثه الأذري أن يكون المليء وافياً ولا شبهة في ماله. المليء بالهمزة: الغني، والمطل: إطالة المدافعة، والأصح أنها بيع دين بدين جواز للحاجة، ولهذا لم يعتبر التقابض في المجلس وإن كان الدينان ربويين، فهو بيع لأنها إبدال مال بمال، لأن كل واحد ملك بها ما لم يملك فكأن المحيل باع المحتال ما له في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته، وقيل: استيفاء، وهو المنصوص في الأم فكأن المحتال استوفى ما على المحيل، وأقرضه المحال عليه؛ قال ابن الحداد: والتفريع على قول البيع لم أره مستمراً.

وأركانها ستة: محيل، ومحال عليه، ودين للمحتال على المحيل، ودين للمحيل على المحال عليه، وصيغة؛ وكلها تؤخذ من كلامه الآتي، وإن سُمِّي بعضها شرطاً كما قال: (يشترط لها) لتصح (رضا المحيل والمحتال) لأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء، فلا يلزم بجهة، وحق المحتال في ذمة المحيل فلا ينتقل إلا برضاه؛ لأن الذمم تتفاوت. والأمر الوارد للاستحباب كما مر، وقيل: للإباحة. وطريق الوقوف على تراضيهما إنما هو الإيجاب والقبول على ما مر في البيع. وعبر كغيره هنا بالرضا تنبيهاً على أنه لا يجب على المحتال الرضا بالحوالة وتوطئه لقوله: (لا المحال عليه في الأصح) فلا يشترط رضاه لأنه محل الحق والتصرف كالعبد المبيع، ولأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بغيره، كما لو وكل غيره بالاستيفاء. والثاني: يشترط رضاه بناءً على

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الحوالة، باب: الحوالة (الحديث: ٢٢٨٧) وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: تحريم مطل الغني وصحة الحوالة... (الحديث: ٣٩٧٨).

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب: الحوالة، باب: من أحيل على ملي فليتبع ولا يرجع على المحيل (الحديث: ٧٠/٦٠).

(٣) أخرجه البيهقي في كتاب: الغضب، باب: من غصب لوحاً فادخله في سفينة أو بنى عليه حاراً (الحديث: ١٠٠/٦) وأخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ٧٢/٥) وأخرجه الدارقطني في كتاب: البيوع (الحديث: ٢٦/٣) وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (الحديث: ١٧٢/٤) وذكره المتقي الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ٣٩٧) وذكره العجلوني في «كشف الخفاء» (الحديث: ٩٦/٢).

وَلَا تَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: تَصِحُّ بِرِضَا. وَتَصِحُّ بِالَّذِينَ اللَّازِمُ، وَعَلَيْهِ، وَالْمِثْلِيُّ وَكَذَا الْمُتَقَوِّمُ فِي الْأَصَحِّ، وَبِالْثَمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَعَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ؛

أن الحوالة استيفاء ولا يتعين لفظ الحوالة، بل هو أو ما يؤدي معناه كـ «نقلت حَقَّك إلى فلان»، أو «جعلت ماأستحقه على فلان لك»، أو «ملكته الدين الذي لي عليه بحَقِّك»، وقوله: أَجَلْنِي كِبَعْنِي فِي الْبَيْعِ، فتصح الحوالة به. ولا تنعقد بلفظ البيع مراعاة للفظ، وقيل: تنعقد مراعاة للمعنى كالبيع بلفظ السلم. ولو قال: «أَحْلَيْتُكَ عَلَى فُلَانٍ بِكَذَا» ولم يقل بالدين الذي لك عليه، قال البلقيني: فهو كناية كما يؤخذ مما يأتي أنه لو قال: «أردت بقولي أحلتك الوكالة» صدق بيمينه. والأوجه كما قال شيخنا أنه صريح، لكن يقبل الصرف كغيره من الصرائح التي تقبله.

(ولا تصح على من دين عليه) بناء على الأصح من أنها بيع، إذ ليس للمُحِيل على المحال عليه شيء يجعله عوضاً عن حق المحتال. (وقيل: تصح برضا) بناءً على أنها استيفاء إلخ. فقبوله ضمان لا يبرأ به المحيل، وقيل: يبرأ. وعلى الأول لو تطوَّع بقاء دين المحيل كان قاضياً دين غيره وهو جائز.

(وتصح بالدين اللازم) وهو ما لا خيار فيه، ولا بد أن يجوز الاعتياض عنه كالثمن بعد زمن الخيار وإن لم يستقر كالصداق قبل الدخول والموت والأجرة قبل مضي المدة، والثمن قبل قبض المبيع بأن يحيل به المشتري البائع على ثالث. (وعليه) كذلك بأن يحيل البائع غيره على المشتري سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب أم اختلفا، كان كان أحدهما ثمناً والآخر قرضاً أو أجرة فلا تصح بالعين لما مرَّ أنها بيع دين بدين، ولا بما لا يجوز الاعتياض عنه كدين السلم فلا تصح الحوالة به ولا عليه وإن كان لازماً. ولا تصح الحوالة للساعي ولا للمستحق بالزكاة ممن هي عليه ولا عكسه، وإن تلف النصاب بعد التمكن لامتناع الاعتياض عنها؛ وتصح على الميت لأنه لا يشترط رضا المحال عليه. وإنما صحَّت عليه مع خراب ذمته لأن ذلك إنما هو بالنسبة للمستقبل؛ أي لا تقبل ذمته شيئاً بعد موته، وإلا فذمته مرهونةً بدينه حتى يُقضى عنه. ولا تصح على التركة لعدم الشخص المحال عليه.

(و) تصح بالدين (المثلي) كالنقد والحبوب، (وكذا المتقوم) بكسر الواو كالعبد والشوب، (في الأصح) لثبوته في الذمة بعقد السلم ولزومه. والثاني: لا، إذ المقصود من الحوالة إيصال الحق من غير تفاوت ولا يتحقق فيما لا مثل له. وقضيته أن المثل لا خلاف فيه وليس مراداً، بل قيل: إنها لا تصح إلا بالأثمان خاصة كما قاله في الكفاية.

(و) تصح (بالثمن في مدة الخيار) بأن يحيل المشتري البائع على إنسان، (وعليه) بأن يحيل البائع إنساناً على المشتري (في الأصح) لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه، والجواز عارض فيه. والثاني: لا يصحان لعدم اللزوم الآن. وعلى الأول يبطل الخيار بالحوالة بالثمن لتراضي عاقيدها، ولأن مقتضاها اللزوم فلو بقي الخيار فات مقتضاها، وفي الحوالة عليه يبطل في حق البائع رضاها بها لا في حق مشترٍ لم يرض، فإن رضي بها بطل في حقّه أيضاً في أحد وجهين رجحه ابن المقري، وهو المعتمد، ثم قال: فإن فسخ المشتري البيع بطلت اهـ. إن قيل: هذا مخالفٌ لعموم ما قالوه من أن الحوالة على الثمن لا تبطل بالفسخ. أجيب بأن الفسخ بالخيار مستثنى، ولا بُغْدَ كما قال شيخنا في ذلك وإن استبعده بعض المتأخرين لأن العقد مزلزل. فإن قيل: صحة الحوالة زمن الخيار مشككٌ إذا كان الخيار للبائع أو لهما لأن الثمن لم ينتقل عن ملك المشتري. أجيب بأن البائع إذا أحال فقد

وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ حَوَالَةِ الْمُكَاتَبِ سَيِّدُهُ بِالنُّجُومِ.

دُونَ حَوَالَةِ السَّيِّدِ عَلَيْهِ. وَشُرْطُ الْعِلْمِ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ قَدْرًا وَصِفَةً، وَفِي قَوْلِ تَصَحُّحِ بَابِلِ الدِّيَةِ وَعَلَيْهَا، وَشُرْطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْسًا وَقَدْرًا، وَكَذَا حُلُولًا وَأَجَلًا، وَصِحَّةٌ وَكُسْرًا فِي الْأَصَحِّ.

أجاز فوقعت الحوالة مقارنة لذلك وذلك كاف. فإن قيل: هذا مشكلٌ بامتناع بيع البائع الثمن في زمن الخيار إذا كان له؟ أجيب بأنهم لما توسعوا في بيع الدين بالدين توسعوا في بيعه فيما ذكر بخلاف ذلك.

(والأصح صحة حوالة المكاتب سيده بالنجوم) لوجود اللزوم من جهة السيد والمحال عليه فيتم الغرض منها، ولصحة الاعتياض عنها في قول نص عليه في الأم. وفرق البلقيني بينها وبين دين السلم بأن السيد إذا احتال بمال الكتابة لا يتطرق إليه أن يصير الدين لغيره؛ لأنه إن قبضه قبل التعجيز فواضح، وإلا فمال المكاتب قد صار بالتعجيز للسيد؛ بخلاف دين السلم قد ينقطع المسلم فيه فيؤدي إلى أن لا يصل المحتال إلى حقه.

(دون حوالة السيد) غيره (عليه) أي المكاتب بمال الكتابة، فلا يصح لأن الكتابة جائزة من جهة المكاتب فلا يتمكن المحتال من مطالبته والزامه. والثاني: يصحان؛ أما الحوالة من المكاتب فلما مر، وأما عليه فبناءً على أنها استيفاء. والثالث: لا يصحان؛ أما عليه فلما مر، وأما منه فبناءً على أنها بيع والإعتياض عن نجوم الكتابة غير صحيح. واحترز المصنف بالنجوم عما إذا كان للسيد عليه دين معاملة وأحال عليه فإنه يصح كما في زوائد الروضة. ولا نظر إلى سقوطه بالتعجيز؛ لأن دين المعاملة لازم في الجملة وسقوطه إنما هو بطريق التبعية بخلاف نجوم الكتابة. ولا يصح بجعل الجعالة ولا عليه قبل تمام العمل ولو بعد الشروع فيه لعدم ثبوت دينها حينئذ بخلافه بعد التمام.

(ويشترط العلم) أي علم كل من المحيل والمحتال، (بما يحال به وعليه قدرًا) كمائة (وصفة) معتبرة في السلم كما قاله في الكفاية؛ لأن المجهول لا يصح بيعه إن قلنا إنها بيع، ولا استيفاؤه إن قلنا إنها استيفاء. وسكت عن الجنس لأنه يستغنى عنه بالصفة لتناولها له لغة. (وفي قول تصحح بابِل الدية وعليها) والأظهر المنع للجهل بصفتها. وصور المصنف في نكت التنبيه المسألة بقوله: كأن يجني رجل موضحة ثم يجني المجني عليه على آخر موضحة فيجب عليه خمس من الإبل فيحيل المجني عليه أولاً وهو الجاني ثانياً المجني عليه ثانياً على الجاني أولاً بالخمس من الإبل.

(ويشترط تساويهما) أي المحال به وعليه، (جنسًا) فلا تصح بالدرهم على الدينارين وعكسه. (وقدرًا) فلا تصح بخمسة على عشرة وعكسه؛ لأن الحوالة معاوضة ارتفاق جَوَزَت الحاجة فاعتبر فيها الاتفاق فيما ذكر كالفرض. (وكذا حُلُولًا وَأَجَلًا) وقدرًا لأجل. (وصحة وكسرًا) وجودة ورداءة (في الأصح) وفي الروضة: الصحيح إلحاقًا لتفاوت الوصف بتفاوت القدر. والثاني: إن كان النفع فيه للمحتال جاز، وإلا فلا؛ فيحل بالمؤجل والمكسر على الحال الصحيح، وبأبعد الأجلين على الأقرب بخلاف العكس في الجميع وكأنه تبرع بالزيادة. وانقلب على المصنف في الروضة بعض هذه الأمثلة فقال بالصحيح على المكسر وبالجيد على الرديء ونُسب للسهو. ولو أحال بمؤجل على مؤجل حلت الحوالة بموت المحال عليه، ولا تحل بموت المحيل لبراءة الحوالة.

تنبيه: أفهم كلام المصنف أنه لا يعتبر اتفاقهما في الرهن ولا في الضمان؛ وهو كذلك، بل لو أحاله بدين أو على دين به رهن أو ضامن انفك الرهن ويرى الضامن لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع،

وَيُبْرَأُ بِالْحَوَالَةِ الْمُحِيلُ عَنْ دَيْنِ الْمُخْتَالِ وَالْمَحَالِ عَلَيْهِ عَنْ دَيْنِ الْمُحِيلِ، وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُخْتَالِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ؛ فَإِنْ تَعَذَّرَ بِفُلْسٍ أَوْ جَحْدٍ وَخَلَفَ وَنَحَوِهَمَا لَمْ يَزَجَعْ عَلَى الْمُحِيلِ، فَلَوْ كَانَ مُفْلِساً عِنْدَ الْحَوَالَةِ وَجْهَلَهُ الْمُخْتَالُ فَلَا رُجُوعَ لَهُ، وَقِيلَ: لَهُ الرُّجُوعُ إِنْ شَرَطَ يَسَارُهُ،

والزوجة فيما إذا أحال المشتري بالثمن أو الزوج بالصدقة؛ ويفارق المحتال الوارث في نظيره من ذلك بأن الوارث خليفة مورثه فيما ثبت له من الحقوق. ولو شرط العاقد في الحوالة رهناً أو ضمناً فهل يجوز أو لا؟ رجح ابن المقري الأول وصاحب الأنوار الثاني، وحمل شيخي الأول على ما إذا شرط ذلك على المحال عليه والثاني على ما إذا شرط ذلك على المحيل؛ وهو بعيد إذ المحال عليه لا مدخل له في العقد فالمعتمد كلام صاحب الأنوار. ولا يثبت في عقدها خيار شرط لأنه لم يبين على المعاينة ولا خيار مجلس في الأصح. وإن قلنا إنها معاوضة لأنها على خلاف القياس، والمحيل قيل يثبت بناء على أنها استيفاء وقد تقدم الكلام على ذلك في باب الخيار.

(ويبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال عليه دين المحيل ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه) أي يصير في ذمته. أو معنى صيرورته في ذمته أن الأول باقٍ بعينه لكن تغير محله إن قلنا الحوالة استيفاء، وهذا ظاهر المتن؛ وبمعنى أنه لزم الذمة ويكون الذي انتقل إليه المحتال غير الذي كان له إن قلنا إنها بيع، وقد مر أنه الأصح؛ وما ذكر هو فائدة الحوالة. (فإن تعذر) أخذه من المحال عليه (بفلس) طراً بعد الحوالة (أو جحد) منه للدين أو للحوالة (وحلف) وقوله: (ونحوهما) من زيادته على كتب الرافعي وعلى الروضة، وأشار به إلى التعذر بامتناعه لشوكته أو بموته موسراً بعد موت البيئة. (لم يرجع) أي المحتال (على المحيل) كما لو أخذ عوضاً عن الدين وتلف في يده، فلو شرط عليه الرجوع بشيء من ذلك لم تصح الحوالة في أحد أوجهه رجحه الأذري وغيره؛ وهو ظاهر لاقترائها بشرط يخالف مقتضاها.

تنبيه: لو عبر بالإنكار لكان أعم لأن الجحد لغة الإنكار مع العلم، وهو يدخل في عبارته الإقالة حتى لو صدر بين المحيل والمحتال تقايل في الحوالة لم يرجع على المحيل ينبي على صحة الإقالة في الحوالة والنقل فيها عزيز. وقد قال البلقيني إنه كشف عن ذلك مصنفات كثيرة فلم يجد التصريح بها، وأن الذي ظهر له الجواز لأن الصحيح أنها بيع والمعتمد عدم صحة الإقالة فيها، فقد جزم الرافعي بأنه لا تجوز الإقالة في الحوالة؛ ذكر ذلك في أوائل التفليس في أثناء تعليل في الكلام على موت المشتري مفلساً قبل وفاة الثمن. وقال المتولي: الحوالة من العقود اللازمة، ولو فسخت لا تنفسخ.

(فلو كان) المحال عليه (مفلساً عند الحوالة وجهله المحتال فلا رجوع له) لأنه مقصر بترك البحث، فأشبه من اشترى شيئاً هو مغبون فيه. (وقيل: له الرجوع إن شرط يساره) لا خلاف الشرط، فأشبه ما لو شرط كون العبد كاتباً فأخلف. ورُدَّ بأن فوات الكتابة ليس نقصاً لأنه لو لم يشترط فلا خيار له لعدمه، بل هو فوات فضيلة والإعسار نقص كالعيب، فلو ثبت الرجوع عند الشرط لثبت عند عدمه، ولو بان المحال عليه عبداً لغير المحيل لم يرجع المحتال أيضاً بل يطالبه بعد عتقه؛ أو عبداً له لم تصح الحوالة وإن كان كسوباً ومأذوناً له وكان لسيده في ذمته دين قبل ملكه لسقوطه عنه بملكه. قال ابن الرفعة: ولو قبل المحتال الحوالة بغير اعتراف بالدين كان قبولها متضمناً لاستجماع شرائط الصحة، فيؤاخذ بذلك لو أنكر المحال عليه وله تحليف المحيل أنه لا يعلم براءته في أحد وجهين يظهر ترجيحه.

وَلَوْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي بِالْثَمَنِ فَرْدَ الْمَبِيعِ بَعِيبٍ بَطُلَتْ فِي الْأَظْهَرِ، أَوِ الْبَائِعُ بِالْثَمَنِ فَوُجِدَ الرُّدُّ لَمْ تَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ. وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَالَ بِثَمَنِهِ ثُمَّ اتَّفَقَ الْمُتَبَايعَانِ وَالْمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ، أَوْ ثَبَتَتْ بَيِّنَةٌ بَطُلَتْ الْحَوَالَةُ،

(ولو أحال المشتري) البائع (بالثمن فرد المبيع بعيب) أو نحوه كتحالف أو إقالة، (بطلت في الأظهر) لارتفاع الثمن بانفساخ البيع. والثاني: لا تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً فإنه لا يبطل برد المبيع ويرجع بمثل الثمن. وسواء في الخلاف أكان الفسخ بعد قبض المبيع ومال الحوالة أم قبله، وعلى الأول يعود الثمن ملكاً للمشتري ويرده البائع إليه إن كان قد قبضه وهو باقٍ أو بدله إن تلف ولا يرده إلى المحال عليه، فإن رده إليه لم تسقط عنه مطالبة المشتري لأن الحق له وقد قبضه البائع بإذنه، فإذا لم يقع عن البائع يقع عنه ويتعين حقه فيما قبضه البائع حتى لا يجوز إبداله إن بقيت عينه. وإبراء البائع المحال عليه عن الدين قبل الفسخ كقبضه له فيما ذكر، فللمشتري مطالبة بمثل المحال به.

(أو) أحال (البائع) شخصاً (بالثمن) على المشتري، (فوجد الرد) للمبيع بعيب أو نحوه كما مر؛ (لم تبطل على المذهب) سواء أقبض المحتال أم لا. والطريق الثاني طَرُذُ القولين في المسألة قبلها. وفَرَّقَ الأولُ بتعلق الحق هنا بثالث وهو الذي انتقل إليه الثمن، فلم يبطل حقه بفسخ المتعاقدين؛ كما لو تصرف البائع في الثمن ثم رد المشتري ما اشتراه بعيب فإن تصرفه لا يبطل. ويؤخذ من هذا الفرق أن البائع في المسألة الأولى لو أحال على من أحيل عليه لم تبطل تعلق الحق بثالث وهو الظاهر. وعلى المذهب لا يرجع المشتري على البائع بالثمن إلا بعد تسليمه وإن كانت الحوالة كالقبض لأن الغرم إنما يكون بعد القبض حقيقة لا حكماً، لكن له مطالبة بطلب القبض منه ليرجع على البائع.

فرع: لو أحالها زوجها بصداقها ثم طلقها قبل الدخول أو انفسخ النكاح قبل بردها أو بعيب أو بخلف شرط لم تبطل الحوالة، ويرجع الزوج عليها بكل الصداق إن انفسخ النكاح وينصفه إن طلق. فإن قيل: الحق هنا لم يتعلق بثالث، فكان ينبغي البطلان كالمسألة الأولى. أجيب بأن الصداق أثبت من غيره، ولهذا لو زاد زيادة متصلة لم يرجع بها إلا برضاها بخلاف البيع ونحوه.

(ولو باع عبداً وأحال بثمنه) على المشتري (ثم اتفق المتبايعان والمحتال على حرته أو ثبتت بيينة) بقيهما العبد أو شهدت حسبة، (بطلت الحوالة) لأنه بان أن لا ثمن حتى يحال به، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري ويبقى حقه كما كان، وهكذا كل ما يمنع صحة البيع ككونه مستحقاً. ومحل إقامة العبد البيينة إذا تصادق المتبايعان بعد بيعه لآخر كما صورها القاضي أبو الطيب، إذ لا يتصور إقامته لها قبل بيعه لأنه محكوم بحرته بتصادقهما، فإن لم يصدق المحتال فلا تسمع دعواه ولا بينته؛ نَبَهَ عليه ابن الرفعة وغيره. ومثله شهادة الحسبة لأنها إنما تقام عند الحاجة ولا حاجة قبل البيع. ولا يتصور أن يقيم البيينة بالحرية المتبايعان لأنهما كذباها بالبيع؛ كذا قاله هنا، وذكر في آخر كتاب الدعوى أنه لو باع شيئاً ثم ادعى أنه كان وفقاً عليه أو أنه باعه وهو لا يملكه ثم ملكه، إن قال حين باع: «هو ملكي» لم تُسمع دعواه ولا بينته وإن لم يقل ذلك سمعت كما نص عليه في الأم. قال العراقيون: وغلط الروياني من قال بخلافه اهـ. ويمكن حَمْلُ ما هنا على ما هناك، ومحل الخلاف كما بحثه الزركشي وغيره إذا لم يذكر البائع تأويلاً، فإن ذكره كان قال: «كنت أعتقه ونسيت» أو «اشتبه علي» سمعت قطعاً، كتنظيره فيما لو قال: «لا شيء لي على زيد» ثم ادعى عليه ديناً.

وَأِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلَا بَيِّنَةَ حَلْفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنَ الْمُشْتَرِي. وَلَوْ قَالَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ: «وَكُلْتُكَ لِتَقْبِضَ لِي»، وَقَالَ الْمُسْتَحَقُّ: «أَحْلَيْتَنِي»، أَوْ قَالَ: «أَرَدْتُ بِقَوْلِي أَحْلُوكَ الْوَكَالَةَ»، وَقَالَ الْمُسْتَحَقُّ: «بَلْ أَرَدْتُ الْحَوَالَةَ» صُدِّقَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ بِبَيِّنِهِ؛ وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَجْهٌ. وَإِنْ قَالَ: «أَحْلُوكَ» فَقَالَ: «وَكُلْتُكَ» صُدِّقَ الثَّانِي بِبَيِّنِهِ.

تنبيه: المراد بالبطلان هنا عدم الصحة؛ لأن الحوالة لم يتقدم لها صحة بخلاف البطلان في الرد بالعيب ونحوه فإنه بطريق الانفساخ.

(وإن كذبهما المحتال) في الحرية (ولا بينة حلفاه على نفي العلم) بها؛ لأن هذه قاعدة الحلف على النفي الذي لا يتعلق به، فيقول: «والله لا أعلم حرته». وعبارته قد توهم توقف الحلف على اجتماعهما؛ والموافق للقواعد أنه يحلف لمن استحلفه منهما، أما البائع فلغرض بقاء ملكه في الثمن، وأما المشتري فلغرض رفع المطالبة. لكنه إذا حلفه أحدهما لم يحلفه الثاني كما قال شيخنا إنه الأوجه؛ لأن خصومتها واحدة، وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين.

(ثم) بعد حلفه (يأخذ المال من المشتري) لبقاء الحوالة ثم يرجع به المشتري على البائع في أحد وجهين يظهر ترجيحه كما رجحه الرافعي في الشرح الصغير وجرى عليه ابن المقري؛ لأنه قضى دينه بإذنه الذي تضمنته الحوالة. ورجح البغوي الوجه الآخر لأنه يقول «ظلمني المحتال بما أخذه»، والمظلوم لا يرجع إلا على ظالمه، فإن نكّل المحتال عن اليمين حلف المشتري على الحرية. وتبين بطلان الحوالة بناءً على أن اليمين المردودة كالإقرار، أما إذا جعلناها كالبينة إذ لا فائدة في التحليف كما قاله ابن الرفعة.

(ولو قال المستحق عليه) للمستحق (وكلتك لتقبض لي) ديني من فلان، (وقال المستحق أحلتني) به. (أو قال) الأول (أردت بقولي أحلتك) به (الوكالة وقال المستحق بل أردت) بذلك (الحوالة صدق المستحق عليه بيمينه) لأنه أعرف بإرادته، والأصل بقاء الحقيقين. قال البلقيني: ومن هذا يؤخذ أن أحلتك فيما يذكر كناية وقد قدمت ما فيه، وعلى كلامه لو لم يكن له إرادة فلا حوالة ولا وكالة. (وفي الصورة الثانية وجه) بتصديق المستحق بيمينه لأن الظاهر منعه. ومحل الخلاف إذا قال: «أحلتك بمائة على زيد» ونحو ذلك، أما إذا قال: «أحلتك بالمائة التي لك علي بالمائة التي لي على زيد»، فالقول قول المستحق قطعاً لأن ذلك لا يحتمل غير الحوالة.

تنبيه: أشار المصنف بقوله: «المستحق والمستحق عليه» إلى أن صورة المسألة أن يتفقا على الدين، فلو أنكر مدعي الوكالة الدين في الحالة الأولى صُدِّقَ بيمينه قطعاً، وكذا في الثانية عند الجمهور. فإذا حلف المستحق عليه في صورتين الأولتين واندفعت الحوالة: إنكار الآخر الوكالة انعزل فليس له قبض، فإن كان قد قبض المال قبل الحلف برىء الدافع له لأنه محتال أو وكيل ووجب تسليمه للحالف إن كان باقياً وبذله إن كان تالفاً وحقه عليه باقي. فإن خشي امتناع الحالف من تسليم حقه له كان له في الباطن أخذ المال وجحد الحالف لأنه ظفر بجنس حقه من مال الحالف وهو ظالمه. ولو تلف المقبوض مع القابض بلا تفريط منه لم يطالبه الحالف لزعمه الوكالة والوكيل أمين، ولم يطالب هو الحالف لزعمه الإستيفاء. أو تلف معه بتفريط طالبه لأنه صار ضامناً، وبطل حقه لزعمه استيفاءه.

(وإن قال) المستحق عليه (أحلتك فقال) المستحق (وكلتني) أو قال: «أردت بقولك أحلتك الوكالة»، (صدق الثاني بيمينه) في الأولى جزماً؛ لأن الأصل بقاء حقه. وفي الثانية في الأصح. ويظهر أثر فائدة هذا

٨ - بَابُ: الضَّمَانِ

الخلاف عند إفلاس المحال عليه. وإذا حلف المستحق في الصورتين اندفعت الحوالة ويأخذ حقه من الآخر، ويرجع به الآخر على المحال عليه في أحد وجهين رَجَحَهُ ابن المقرئ تبعاً لاختيار ابن كَجَّ. فإن كان قد قبضه فله تملكه لحقه لأنه من جنس حقه، وإن تلف بلا تفريط لم يضمن لأنه وكيل وهو أمين أو بتفريط ضمن وتَقَاصاً.

خاتمة: للمحتال أن يحيل غيره وأن يحتال من المحال عليه على مدينه. ولو أجر جندي إقطاعه وأحال ببعض الأجرة على المستأجر ثم مات تبين بطلان الإجارة فيما بعد موته من المدة وبطلان الحوالة فيما يقابله، وتصح الإجارة في المدة التي قبل موت المؤجر فتصح الحوالة بقدرها، ولا يرجع المحال عليه بما قبضه المحتال منه من ذلك ويبرأ المحيل منه. ولو أقرض شخص اثنين مائة مثلاً على كل واحد منهما خمسون وتضامنا فأحال بها شخصاً على أن يأخذ من أيهما شاء جاز في أصح الوجهين، وقيل: لا يجوز لأنه لم يكن له إلا مطالبة واحد فلا يستفيد بالحوالة زيادة صفة؛ ووجه الأول أنه لا زيادة في القدر ولا في الصفة. قال الإسني: ولو أحال على أحدهما بخمسين فهل تنصرف إلى الأصلية أو توزع أو يرجع إلى إرادة المحيل فإن لم يرد شيئاً صرفه بنيته؟ فيه نظر، وفائدته فكأنك الرهن الذي يأخذه؛ أي بخمسين اهـ. والقياس كما قال شيخنا الرجوع إلى إرادته. ولو أقام بينة أن غريمه الدائن أحال عليه فلاناً الغائب سمعت وسقطت مطالبتة له، فإن لم يقم بينة صدق غريمه بيمينه. ولا يُقضى بالبينة للغائب بأن تثبت بها الحوالة في حقه حتى لا يحتاج إلى إقامة بينة إن قدم في أحد وجهين رَجَحَهُ ابن سريج، إذ لا يقضى بالبينة للغائب؛ والوجه الثاني: يُقضى بها، وهو احتمال لابن الصباغ؛ لأنه إذا قدم يدعي على المحال عليه لا المحيل وهو مقر له، فلا حاجة إلى إقامة البينة.

باب الضمان: هو لغة: الالتزام، وشرعاً: يقال الالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك، ويسمى الملتزم لذلك ضامناً وضميناً وحميلاً وزعيماً وكافلاً وكفيلاً وصبيراً وقبيلاً. قال الماوردي: غير أن العُزف جاز بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع. والأصل فيه قبل الإجماع أخبار كخبر: «الرَّعِيمُ غَارِمٌ» رواه الترمذي وحسنه^(١) وابن حبان وصححه، وخبر الصحيحين^(٢): أنه ﷺ أتى بجنابة، فقال: «هَلْ تَرَكَ شَيْئاً؟» قالوا: لا، قال: «هَلْ عَلَيْهِ ذَيْنٌ؟» قالوا: ثلاثة دنانير؛ فقال: «صَلُّوا عَلَيَّ صَاحِبِكُمْ»؛ قال أبو قتادة: صَلَّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَيَّ دِينُهُ! فَصَلَّى عَلَيْهِ. وذكرت في شرح التنبيه ما له بهذا الخبر تعلق، وإنما لم أstdل بقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٣) لأنه شرع من قبلنا، وهو ليس بشرع لنا على الصحيح وإن ورد في شرعنا ما يقرره خلافاً لبعض المتأخرين.

وأركان ضمان المال خمسة: ضامن، ومضمون له، ومضمون عنه، ومضمون به، وصيغة؛ وكلها تؤخذ

(١) أخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة (الحديث: ١٢٦٥) وأخرجه ابن حبان في كتاب: العارية، باب: ذكر حكم العارية والمنحة (الحديث: ٥٠٩٤).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: الفرائض، باب: قول النبي ﷺ «من ترك مالا فإلهه» (الحديث: ٦٧٣١) وأخرجه مسلم في كتاب: الفرائض، باب: من ترك مالا فلورثته (الحديث: ٤١٣٣).

(٣) سورة يوسف، الآية: ٧٢.

شَرَطُ الضَّامِنِ: الرُّشْدُ، وَضَمَانُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِفَلَسٍ كَثِيرًا. وَضَمَانُ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ فِي الْأَصَحِّ، وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ. فَإِنْ عَيَّنَ لِلْأَدَاءِ كَسْبَهُ أَوْ غَيْرَهُ قَضَى مِنْهُ، وَإِلَّا فَلَا أَصَحَّ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْدُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ تَعَلَّقَ

من كلامه كما ستراه. وبدأ بشرط الضامن، فقال: (شرط الضامن) ليصح ضمانه (الرشد) وهو كما تقدم في باب الحجر صلاح الدين والمال لأن الضمان تصرف مالي، فلا يصح من مجنون وصبي ومحجور عليه بسفه لعدم رشدهم. تنبيه: يرد على طرد هذه العبارة المكروه والمكاتب إذا ضمن بغير إذن سيده والأخرس الذي لا تفهم إشارته ولا يحسن الكتابة والنائم، فإنهم رشداً ولا يصح ضمانهم. وعلى عكسها السكران المتعدي بسكره ومن سفه بعد رشده ولم يحجر عليه والفاقد، فإنهم يصح ضمانهم وليسوا برشداً. فلو عثر بأهلية التبرع والاختيار لسلم من ذلك. فإن قيل: يرد عليه الصبي أيضاً فإنه وصف الصبيان في كتاب الصيام بالرشد. أجيب بأن المراد بالرشد هنا صلاح الدين والمال كما مر، والصبي ليس كذلك، وإطلاق الرشد عليه هناك مجاز. ولو ضمن شخص ثم قال: «كنت وقت الضمان صبيّاً» وكان في سن محتمل قبل قوله بيمينه، وكذا لو قال: «كنت مجنوناً» (وعرف له جنون سابق صدق) وهذا بخلاف ما لو زوج أمته ثم ادعى ذلك، فإن الأصح تصديق الزوج كما دل عليه كلام الرافعي قبيل الصداق لأن الأنكحة يحتاط فيها غالباً، والظاهر أنها تقع بشروطها وإن نظر في ذلك الأذرعى بأن أكثر الناس يجهل الشروط. والغالب على العقود التي تنفرد بها العامة الاختلاف.

(وضمن محجور عليه بفلس) في ذمته (كشراثة) بضمن فيها؛ والأصح صحته كما سبق، ويطلب بما ضمنه إذا انفك عنه الحجر وأيسر. (وضمن عبد بغير إذن سيده) مأدونا كان أو غيره، (باطل في الأصح) لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فلم يصح كالنكاح. نعم إن ضمن سيده صح لأن ما يؤدي منه ملكه. فإن قيل: قد صرحوا بصحة خلع الأمة بغير إذن سيدها مع أنه إثبات مال في الذمة فهلاً كان هنا كذلك! أجيب بأن الأمة قد تحتاج إلى الخلع لسوء عشرة الزوج، ولا ضرورة إلى الضمان. والثاني: يصح ويتبع به إذا عتق وأيسر، إذ لا ضرر على السيد كما لو أقر بإتلاف مال وكذب السيد.

(ويصح بإذنه) حتى عن العبد؛ لأن المنع إنما كان لحقه وقد زال بالإذن. ولا يجب عليه أن يضمن وإن كان الإذن بصيغة الأمر كما يؤخذ من اقتصار المتن على الصحة، بخلاف البيع ونحوه من التصرفات لأنه لا سلطة للسيد على ذمة عبده. قال الإسنوي: وهل يشترط معرفة السيد قدر الدين؟ فيه نظر، والمتجه اشتراطه بناء على تعلقه بمال السيد لا بذمة العبد اهـ. أما سيده فلا يصح ضمان رقيقه له لأنه يؤدي من كسبه وهو لسيده فهو كما لو ضمن المستحق لنفسه. وقضية ذلك صحة ضمان المكاتب لسيده، وهو كذلك. وإذا أدى الرقيق ما ضمنه عن الأجنبي بالإذن من سيده بعد العتق فحق الرجوع له، أو قبل العتق فحق الرجوع لسيده، أو أدى ما ضمنه عن السيد فلا رجوع له وإن أذاه بعد عتقه كما اقتضاه كلام الروضة وجزم به ابن المقري. وفارقت هذه ما قبلها بأن منفعة الرقيق فيها وقعت للسيد فكانه استوفاه حال رقه، كمسألة الإجارة؛ بخلافها في تلك فإنها وقعت للأجنبي فكان الرجوع عليه.

(فإن عين) السيد (للأداء كسبه أو غيره) من أموال السيد، (قضى منه) لتصريحه بذلك. نعم إن قال له اضمن في مال التجارة وعليه دين وحجر القاضي عليه باستدعاء الغرماء لم يؤد مما في يده؛ لأن تعلّق حق الغرماء سابق. أما إذا لم يحجر عليه فيتعلق بالفاضل عن حقوق الغرماء رعاية للجانبين. (وإلا) بأن اقتصر له على الإذن في الضمان، (فالأصح أنه إن كان مأدونا له في التجارة تعلّق) غرم الضمان

بِمَا فِي يَدِهِ، وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ الإِذْنِ، وَإِلَّا فِيمَا يَكْسِبُهُ.
وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ الْمَضمُونِ لَهُ، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قُبُولُهُ وَرِضَاؤُهُ.

(بما في يده) وقت الإذن في الضمان ربحاً ورأس مال؛ (وما يكسبه بعد الإذن) له في الضمان كما في المهر. فإن قيل: لم اعتبروا في الكسب هنا حدوثه بعد الإذن، وثُمَّ حدوثه بعد النكاح؟ أجيب بأن الدين المضمون كان موجوداً حال الإذن في الضمان فتعلّق بما بعد الإذن، بخلاف المهر وسائر مؤن النكاح.

(وإلا) أي وإن لم يكن مأذوناً له في التجارة، (فيما) أي فيتعلّق غرم الضمان بما (يكسبه) بعد الإذن فيه. والوجه الثاني: يتعلّق بذمته في القسمين يتبع به بعد العتق. والثالث: في الأول يتعلّق بما يكسبه بعد الإذن فقط. والرابع: يتعلّق بذلك وبالربح الحاصل في يده فقط. والثالث في الثاني يتعلّق برقبته وأم الولد والمدير والمعلّق عتقه بصفة. والمبعض إذا لم تجز بينه وبين سيّده مهياة أو جرت وضمن في نوبة سيّده كالقنّ فيما ذكر، أما إذا جرت مهياة في المبعض فإنه يصحّ الضمان إذا ضمن في نوبته ولو بغير إذن سيّده، ويصحّ ضمان المكاتب بإذن سيّده لا بدونه كسائر تبرعاته. ويؤخذ مما مرّ أنه لو ضمن سيّده صحّ. وأما العبد الموقوف، فقال في المطلب: ينبغي أن يجزم بعدم صحة ضمانه إذا قلنا بالمشهور أنه لا يصحّ عتقه لعدم فائدته. قال: والظاهر أن الموصى برقبته دون منفعته أو بالعكس كالقنّ، لكن هل المعتبر إذن مالك الرقبة أو المنفعة؟ يشبه أن يكون فيه خلاف يلتفت إلى أن ضمان القنّ يتعلّق برقبته أو بذمته أو بكسبه. قال الأذري: وفيه نظر؛ لأنه إذا أوصى بمنفعته أبداً فلا سبيل إلى التعلّق بكسبه بإذن مالك الرقبة بمفرده، فأما أن يعتبر إذنهما جميعاً أو لا يصحّ اهـ. والأوجه كما قال شيخي اعتبار إذنهما لأن الضمان يتعلّق بالأكساب النادرة وهي لمالك الرقبة، خلافاً لبعض المتأخّرين من أن الأوجه اعتبار إذن الموصى له بالمنفعة بناءً على الشقّ الأخير من كلام المطلب. ويصحّ ضمان المرأة بغير إذن زوجها كسائر تصرفاتها.

ثم شرع في شرط المضمون له وهو الركن الثاني، فقال: (والأصحّ اشتراط معرفة المضمون له) وهو مستحقّ الدين لتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً، وأفتى ابن الصلاح وغيره بأن معرفة وكيل المضمون له كمعرفته وابن عبد السلام وغيره بخلافه، وجرى بين ابن الصلاح وابن عبد السلام في ذلك محاورات. والأوّل أوجه لأن كثيراً من الناس لا يوكل إلا من هو أشدّ منه في الطلب فيكون الموكل أسهل منه في ذلك غالباً. وقال الأذري: الظاهر المختار الصحة لأن أحكام العقد تتعلّق بالوكيل، وقد وقع الإجماع الفعلي على المعاملة للأيتام والمحجورين الذين لا يعرفهم المدين بحال والمماراة فيه جمود لا يليق بابن عبد السلام فمن دونه اهـ. والثاني: لا يشترط لظاهر الآية وحديث أبي قتادة المتقدّم، فإنه ضمن لمن لا يعرفه، ولأنه ﷺ لم يسأله هل يعرفه أو لا فكان على عمومه.

تنبيه: قوله: «معرفة المضمون له»، أي معرفة الضامن والمضمون له كما أفصح به في التنبيه والحاوي، فأضاف المصدر إلى المفعول وهو قليل. قال في المطلب: والمراد معرفته بالعين لا الاسم والنسب كما دلّ عليه كلام الماوردي ولا المعاملة كما قاله صاحب المعين.

(و) الأصحّ على الأوّل (أنه لا يشترط قبوله) للضمان (و) لا (رضاه) لعدم التعرّض لذلك في حديث أبي قتادة السابق. والثاني: يشترط الرضا ثم القبول لفظاً. والثالث: يشترط الرضا دون القبول لفظاً.

وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعًا، وَلَا مَعْرِفَتُهُ فِي الْأَصَحِّ، وَشُرْطُ فِي الْمَضْمُونِ كَوْنُهُ ثَابِتًا؛ وَصَحَّ الْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ، وَالْمَذْهَبُ صِحَّةَ ضَمَانِ الدَّرَكِ بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ وَهُوَ أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنُ إِنْ خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا

تنبيه: لو زاد «لا» قبل «رضاه» كما قدرتها تبعاً للمحرر لكان أولى؛ لأن المقصود نفي كل منهما، ومع حذفها لا يستفاد إلا نفي الهيئة الاجتماعية، وحيثنذ فيصدق الكلام بالوجه الثالث.

ثم شرع في ذكر المضمون عنه حرّاً كان أو رقيقاً موسراً أو معسراً وهو الركن الثالث، فقال: (ولا يشترط رضا المضمون عنه) وهو المدين (قطعاً) لأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز فالتزامه أولى وكما يصحّ الضمان عن الميت اتفاقاً وإن لم يخلف وفاء. (ولا معرفته في الأصح) قياساً على رضاه، إذ ليس ثم معاملة. والثاني: يشترط ليعرف هل هو موسر أو ممن يبادر إلى قضاء دينه أو يستحق اصطناع المعروف أو لا. ورُدُّ بأن اصطناع المعروف لأهله ولغير أهله معروف.

ثم شرع في شرط المضمون وهو الركن الرابع، فقال: (ويشترط في المضمون) وهو الدين أو العين المضمونة، (كونه) حقّاً (ثابتاً) حال العقد، فلا يصحّ ضمان ما لم يجب سواء أجرى سبب وجوبه، كتفقه ما بعد اليوم للزوجة وخادمها، أم لا كضمان ما سيقرضه لفلان؛ لأن الضمان وثيقة بالحق فلا يسبقه كالشهادة، فيصحّ بنفقة اليوم للزوجة وما قبله لثبوته لا بنفقة القريب لمستقبل كما مرّ في نفقة الزوجة. وفي يومه وجهان: صحّ الأذرع وغيره منهما المنع أيضاً لأن سبيلها سبيل البر والصلة لا سبيل الديون، ولهذا تسقط بمضي الزمان وضيافة الغير. ويكفي في ثبوت الحق اعتراف الضامن لا ثبوته على المضمون عنه، فلو قال شخص: «لزيد على عمرو مائة وأنا ضامنه» فأنكر عمرو فلزيد مطالبة القائل في الأصح؛ ذكره الرافعي في الإقرار بالنسب.

تنبيه: قوله: «ثابتاً» صفة لموصوف محذوف: أي حقّاً ثابتاً كما قدرته في كلامه، وهو ما صرح به الرافعي في كتبه والمصنف في الروضة، فيشمل الأعيان المضمونة كما قدرته في كلامه أيضاً، وسيأتي التنبيه عليها، والدين سواء كان مالا أم عملاً في الذمة بالإجارة، بخلاف الرهن فإنه لما لم يصحّ على الأعيان؛ صرح فيه بالدين، فقال هناك: «ويشترط كونه ديناً ثابتاً».

(وصحح) في (القديم ضمان ما سيجب) كضمن ما سيبيعه أو ما سيقرضه؛ لأن الحاجة قد تدعو إليه. (والمذهب صحة ضمان الدرك) بفتح الراء وسكونها، وهو التبعة، أي المطالبة والمواخذه وإن لم يكن له حق ثابت؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقاً ولا يظهر به فاحتيج إلى التوثق به. ويسمى أيضاً ضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع ردّه. والعهدة في الحقيقة عبارة عن الصك المكتوب فيه الثمن، ولكن الفقهاء يستعملونه في الثمن لأنه مكتوب في العهدة مجازاً، تسمية للحال باسم المحل.

(بعد قبض الثمن) لأنه إنما يضمن ما دخل في يد البائع ولا يدخل الثمن في ضمانه إلا بقبضه. وخرج بعد قبضه الثمن ما لو ثبت دين على غائب فباع الحاكم عقاره من المدعي بدينه وضمن له الدرك شخص إن خرج المبيع مستحقاً فإنه لا يصحّ الضمان - قاله البغوي - لعدم القبض، ونحوه ما في فتاوى ابن الصلاح لو أجر المديون وقفاً عليه بدينه وضمن ضمان الدرك. ثم إن بطلان الإجارة لمخالفتها شرط الواقف لا يلزم الضامن شيء من الأجرة لبقاء الدين الذي هو أجرة بحاله، فلم يفت عليه شيء.

(وهو) أي ضمان الدرك (أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً) أو إن أخذ بشفعة سابقة على

أَوْ مَعِيًّا أَوْ نَاقِصًا لِنَقْصِ الصَّنَجَةِ، وَكَوْنُهُ لَازِمًا، لَا كُنْجُومٍ كِتَابِيَّةٍ.

البيع بيع آخر، (أو معيياً) ورده المشتري، (أو ناقصاً) إما لردائه أو (لنقص الصنجة) التي وزن بها؛ وهي بفتح الصاد فارسية وعربت والجمع صنج، ويقال صنجة بالسین خلافاً لابن السكيت. وهذا كالمستثنى من بطلان ما سيجب، ووجه صحته ما مرّ. وفي قول: وهو باطل لأنه ضمان ما لم يجب. ورُدُّ بأنه إن خرج المبيع كما ذكر تبين وجوب رد الثمن. وقطع بعضهم بالأول، وعليه يشترط علم الضامن بقدر الثمن، فإن جهله لم يصح. وكيفية ضمان الدرك بالثمن أن يقول للمشتري: «ضمنت لك عهدة الثمن أو دركه أو خلاصك منه»، فإن قال: «ضمنت لك خلاص المبيع» لم يصح، لأنه لا يستقل بتخليصه إذا استحق، فإن شَرَطَ في البيع كفيلاً بخلاص المبيع بطل البيع لفساد الشرط، وإن ضمن درك الثمن وخلاص المبيع معاً صح ضمان الدرك دون ضمان خلاص المبيع تقريباً للصفقة. ولا يختص ضمان الدرك بالثمن بل يجري في المبيع فيضمنه للبائع إن خرج الثمن المعين مستحقاً أو أخذ بشفعة سابقة أو معيياً أو ناقصاً إما لردائه أو لنقص الصنجة، ولو ضمن عهدة فساد مبيع بغير الاستحقاق أو عهدة العيب أو التلف قبل قبض المبيع صحّ للحاجة إليه، ولا يدخل ذلك تحت ضمان العهدة بأن يقول: «ضمنت لك عهدة أو درك الثمن أو المبيع» من غير ذكر استحقاق أو غيره مما ذكر؛ لأن المتبادر منه إنما هو الرجوع بسبب الاستحقاق. ولو خصّ ضمان الدرك بنوع كخروج المبيع مستحقاً لم يطالب بجهة أخرى، ولو خرج بعض المبيع مستحقاً طوّل الضامن بقسط المستحق.

تنبيه: قد يفهم كلام المصنف عمد صحة ضمان العهدة للمستأجر، وفيه وجهان حكاهما الشيخان^(١) في باب الإجارة رجّح منهما ابن الرفعة الصّحة وهو الظاهر. ويصحّ ضمان عهدة المسلم فيه بعد أدائه للمسلم إن استحقّ رأس المال المعين، ولا يصحّ ضمان رأس المال للمسلم إن خرج المسلم فيه مستحقاً لأنه في الذمة ولا استحقاق فيه يتصور، وإنما يتصور في المقبوض.

فزع: لو اختلف الضامن والبائع في نقص الصنجة صدّق الضامن بيمينه لأن الأصل براءة ذمته، أو البائع والمشتري صدّق البائع بيمينه لأن ذمة المشتري كانت مشغولة بخلاف الضامن فيما ذكر. وإذا حلف البائع طالب المشتري بالنقص لا الضامن إلا إن اعترف أو قامت بينة. قال في المطلب: والمضمون في هذا الفصل ليس هو ردّ العين وإلا فكان يلزم أن لا تجب قيمته عند التلف بل المضمون ماليته عند تعذر رده؛ قال: وهذا لا شك فيه عندي وإن لم أراه مسطوراً.

فائدة: قال ابن سريج: لا يضمن درك المبيع إلا أحق؛ وهو كقول الإمام الشافعي رضي الله عنه: لا يدخل في الوصية إلا أحق أو لص، وأراد به الغالب في الناس.

(وكونه) أي المضمون ديناً (لازماً) غير مستقر، كالمهر قبل الدخول أو الموت وثمن المبيع قبل قبضه ودين السلم للحاجة إلى التوثق لأنه آيل إلى الاستقرار. (لا كنجوم كتابية) لأن للمكاتب إسقاطها بالفسخ فلا معنى للتوثق عليه. ويصحّ الضمان عن المكاتب بغيرها لأجنبي لا للسيد بناءً على أن غيرها يسقط أيضاً عن المكاتب بعجزه وهو الأصح. فإن قيل: قد مرّ أن الحوالة تصحّ من السيد عليه فهلاً كان هنا كذلك! أجيب بأن الحوالة يتوسّع فيها لأنها بيع دين بدين يجوز للحاجة.

(١) أخرجه البخاري في كتاب: المساقاة، باب: من اشترى بالدين وليس عنده ثمنه، أو ليس بحضرته (الحديث: ٢٣٨٦) وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: الرهن وجوازه في الحضر والسفر (الحديث: ٤٠٩١).

وَيَصِحُّ ضَمَانُهُ الثَّمَنَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فِي الْأَصَحِّ. وَضَمَانُ الْجُعْلِ كَالرَّهْنِ بِهِ، وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا فِي الْجَدِيدِ. وَالْإِبْرَاءُ مِنَ الْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي الْجَدِيدِ

(ويصح ضمان الثمن في مدة الخيار في الأصح) لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه، فألحق باللازم. والثاني: لا؛ لعدم لزومه في الحال. وأشار الإمام إلى أن تصحيح الضمان مفرغ على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع، أما إذا منعه فهو ضمان ما لم يجب. وما أشار إليه هو المنتج حتى لو كان الخيار لهما أو للبائع وحده لم يصح الضمان، وهذا يخالف الحوالة أيضاً لأنها تصح في زمن الخيار مطلقاً لما مر.

(وضمان الجعل) في الجعالة (كالرهن به) وتقدم أنه يصح الرهن بعد الفراغ من العمل قطعاً، ولا يصح قبله ولو بعد الشروع في الأصح، فلو قال شخص: «من ردّ عبدي فله دينار» فضمنه عنه ضامنٌ قبل مجيء العبد لم يصح؛ لأنه غير لازم كمال الكتابة. والفرق بين الجعل والثمن في مدة الخيار أنه لا يصير إلى اللزوم إلا بالعمل، بخلاف الثمن فإنه يؤول إليه بنفسه كما مر.

(وكونه) أي المضمون (معلوماً) جنساً وقدرًا وصفة وعيناً (في الجديد) لأنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد فأشبه البيع والإجارة، فلا يصح ضمان المجهول ولا غير المعين كأحد الدينين. والقديم: لا يشترط ذلك لأن معرفته متيسرة. ومحل الخلاف في مجهول يمكن الإحاطة به مثل: «أنا ضامن ما بعت من زيد» كما مثل به في المحرّر، فإن قال لشيء منه بطل جزءاً.

تنبيه: جملة الشروط التي اعتبرها المصنف تبعاً للرافعي ثلاثة: كونه ثابتاً لازماً معلوماً. قال في المهمات: وبقي للمضمون شرط رابع ذكره الغزالي وأهمله الشيوخ، وهو كونه قابلاً لأن يتبرع به الإنسان على غيره فيخرج القصاص وحّد القذف والأخذ بالشفعة اه؛ وكان الأولى أن يقول وحق الشفعة اه. وهذا الشرط كما قال بعض المتأخرين ضرره أكثر من نفعه، فإنه يرد على طرده حق القسم للمظلومة فإنه يصير في ذمة الزوج، ويصح التبرع به على غيره ولا يصح ضمانه للمرأة؛ وعلى عكسه دين الزكاة فإنه يصح ضمانه مع أنه لا يصح التبرع به على غيره، وكذلك الدين الذي تعلق به حق الله تعالى يصح ضمانه ولا يصح التبرع به على غيره، وكذلك الدين للمريض المعسر أو الميت المعسر يصح ضمانه ولا يصح التبرع به.

تنمّة: يصح ضمان ردّ كل عين ممن هي في يده مضمونة عليه كمغصوبة ومستعارة ومستأمة ومبيع لم يقبض كما يصح بالبدن بل أولى؛ لأن المقصود هنا المال. ويبرأ الضامن بردها للمضمون له ويبرأ أيضاً بتلفها فلا يلزمه قيمتها، كما لو مات المكفول ببذنه لا يلزم الكفيل الدين، ولو ضمن قيمة العين إن تلفت لم يصح لعدم ثبوت القيمة. ومحل صحة ضمان العين إذا أذن فيه واضع اليد أو كان الضامن قادراً على انتزاعه منه نقله شارح التعجيز عن الأصحاب. أما إذا لم تكن العين مضمونة على من هي بيده كالوديعة والمال في يد الشريك والوكيل والوصي فلا يصح ضمانها لأن الواجب فيها التخلية دون الرد.

(والإبراء) من العين باطل جزماً، وكذا (من) الدين (المجهول) جنساً أو قدرًا أو صفة (باطل في الجديد) لأن البراءة متوقفة على الرضا ولا يعقل مع الجهالة. والقديم أنه صحيح؛ لأنه إسقاط محض كالإعتاق. ومأخذ القولين أنه تملك أو إسقاط، فعلى الأول يشترط العلم بالبراء منه، وعلى الثاني لا، فيصح. قال في الروضة في باب الرجعة: المختار أنه من المسائل التي لا يطلق فيها ترجيح بل يختلف الترجيح بحسب المسائل لقوة الدليل

إِلَّا مِنْ إِبِلِ الدِّيَّةِ، وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ قَالَ: «صَمِنْتُ مَالَكَ عَلَى زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشْرَةٍ» فَلَا أَصَحَّ صَحَّتْهُ، وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِناً لِعَشْرَةٍ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ لِتِسْعَةٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

٩ - فصل: في كفالة البدن

الْمَذْهَبُ صِحَّةُ كَفَالَةِ الْبَدَنِ،

وضعه اهـ. والتحقيق فيه كما أفاده شيخنا أنه إن كان في مقابلة طلاق اشترط علم كل من الزوج والزوجة لأنه يؤول إلى المعاوضة وإلا فهو تملك من المبرىء إسقاط عن المبرأ عنه فيشترط علم الأول دون الثاني. وطُرق الإبراء من المجهول أنه يذكر عدداً يتحقق أنه يزيد على قدر الدين كمن لا يعلم هل له عليه خمسة أو عشرة فيبرئه من خمسة عشر مثلاً.

(إلا من إبل الدية) فيصح الإبراء منها على القولين وإن كانت مجهولة الصفة؛ لأنه اغتفر ذلك في إثباتها في ذمة الجاني فيغتفر في الإبراء تبعاً له. (ويصح ضمانها في الأصح) كالإبراء، ولأنها معلومة السن والعدد ويرجع في صفتها إلى غالب إبل البلد. والثاني: لا، لجهالة وصفها والإبراء مطلوب فوسع فيه بخلاف الضمان. فالوجهان على الجديد، ويصح على القديم جزماً. وعلى القول بصحة الضمان يرجع ضامنهما إذا ضمنها بالإذن وغرمها بمثلها لا بقيمتها كالقرض كما جزم به ابن المقرئ. ولا يصح ضمان الدية عن العاقلة قبل الحلول لأنها غير ثابتة بعد، ولو سلم ثبوتها فليست لازمة ولا آيلة إلى اللزوم عن قرب بخلاف الثمن في مدة الخيار.

فروع: لو ملكه مدينه ما في ذمته برىء منه من غير نية أو قرينة ولو لم يقبل كالإبراء، ولو أبرأ أحد خصميه مبهماً لم يصح، ولو أبرأ وارث عن دين مورثه ولو لم يعلم بموته ثم تبين موته صحّ كما في البيع، ولو ضمن عنه زكاته صحّ كدين الأدي. ويُعتبر الإذن عند الأداء إذا ضمن عن حي، فإن ضمن عن ميت جاز الأداء عنه وإن انتفى الإذن كما ذكره الرافعي في باب الوصية. ولو استحلّ منه من غيبة اغتابها ولم يعينها له فأحلّه منها فهل يبرأ منها أو لا؟ وجهان أحدهما نعم؛ لأنه إسقاط محض، كمن قطع عضواً من عبد ثم عفا سيده عن القصاص وهو لا يعلم عين المقطوع فإنه يصح. والثاني: لا؛ لأن المقصود رضاه ولا يمكن الرضا بالمجهول. ويفارق القصاص بأن العفو عنه مبني على التغليب والسراية بخلاف إسقاط المظالم؛ وبهذا جزم المصنف في أذكاره، قال: لأنه قد يسامح شيء دون شيء. وزعم الأذرعى أن الأصح خلافه أخذاً مما ذكره في باب الشهادة من أن مقتضى كلام الحلبي وغيره الجزم به؛ وهذا هو الظاهر.

(ولو قال صمنت مالك على زيد من درهم إلى عشرة فالأصح صحته) لانتفاء الغرر بذكر الغاية. والثاني: لا يصح لجهالة المقدار، فإنه متردد بين الدرهم والعشرة. (و) الأصح على الأول (أنه يكون ضامناً لعشرة) إن كانت عليه أو أكثر منها إدخالاً للطرفين في الالتزام. (قلت: الأصح لتسعة، والله أعلم) إدخالاً للطرف الأول لأنه مبدأ الالتزام، وقيل: لثمانية، إخراجاً للطرفين. فإن قيل: رجح المصنف في باب الطلاق أنه لو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وثلاثين، وقياسه تعين العشرة. أجيب بأن الطلاق محصور في عدد فالظاهر استيفاءه بخلاف الدين. ولو ضمن ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية كما في الإقرار، ولو كان جاهلاً بقدر الدين وقال «ضمنت دراهمك التي على فلان» صحّ في ثلاثة كما هو مقتضى كلام أصل الروضة في التفويض في الصداق، لدخولها في اللفظ بكل حال.

فصل: في كفالة البدن، وتسمى أيضاً كفالة الوجه: (المذهب صحة كفالة البدن) في الجملة لأنه سيأتي

فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ لَمْ يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ، وَشُتْرَطَ كَوْنُهُ مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ. وَالْمَذْهَبُ صَحَّتْهَا بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لِأَدَمِيٍّ كَقَصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ، وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى. وَتَصَحُّ بِبَدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَمَخْبُوسٍ وَغَائِبٍ وَمَيِّتٍ لِيُخْضِرَهُ فَيَشْهَدَ عَلَى صُورَتِهِ؛

منعها في حدود الله تعالى. وهي التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة إليها، واستؤنس لها بقوله تعالى: ﴿لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ﴾^(١). وفي قول: لا تصح؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه. والطريق الثاني القطع بالأول. وقول الشافعي: كفالة البدن ضعيفة؛ أراد من جهة القياس.

(فإن كفّل بدن من عليه مال لم يشترط العلم بقدره) لأنه تكفل بالبدن لا بالمال، (و) لكن (يشترط كونه أي المال (مما يصح ضمانه) فلا تصح الكفالة ببدن المكاتب للنجوم التي عليه لأنه لا يصح ضمانها كما مر.

تنبيه: قوله كأصله: «من عليه مال» يوهّم أن الكفالة لا تصح ببدن من عنده مال لغيره؛ وليس مراداً بل تصح وإن كان المال أمانة كوديعة، لأن الحضور مستحقّ عليه فيشملة الضابط الآتي.

(والمذهب صححتها ببدن من عليه عقوبة لأدَمِيٍّ كَقَصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ) وتعزيز؛ لأنه حق لازم فأشبه المال. وفي قول: لا تصح؛ لأن العقوبة مبنية على الدفع فتقطع الذرائع المؤدية إلى توسيعها. وقطع بعضهم بالأول وبعضهم بالثاني. (و) المذهب (منعها في حدود الله تعالى) كحدّ الخمر والزنا والسرقة لأنها يسعى في دفعها ما أمكن. والطريق الثاني قولان، ثانيهما الصحة كحدود الأدميين. وقول الأذرعى محلّ المنع في حدود الله تعالى ما لم يتحتم استيفاء العقوبة، فإن تحتمّ فيشبه أن يحكم بالصحة ضعيف كما تبّه عليه بعض المتأخرين.

تنبيه: الضابط لصحة الكفالة وقوعها بإذن من المكفول مع معرفة الكفيل له ببدن من لزمه إجابة إلى مجلس الحكم أو استحقّ إحضاره إليه عند الاستعداد للحق، كالكفالة ببدن امرأة يدّعي رجلٌ زوجيتها؛ لأن الحضور مستحقّ عليها، أو ببدن رجل تدّعي امرأة زوجيته، أو ببدن امرأة لمن ثبتت زوجيته، وكذا عكسه كما بحثه شيخنا، وكأن يكون الزوج مؤلياً.

(وتصحّ) الكفالة (ببدن صبي ومجنون) بإذن الولي؛ لأنه قد يستحقّ إحضارهما لمجلس الحكم لإقامة الشهادة ليشهد على صورتها في الإطلاقات وغيرها إذا تحمّلوا الشهادة كذلك ولم يعرفوا اسمها ونسبها. وبطالب الكفيل وليّهما بإحضارهما عند الحاجة إليه، فإن صدرت بغير إذن الولي فكالكفالة ببدن البالغ العاقل بغير إذنه. قال الأذرعى: والظاهر أنه يعتبر في كفالة بدن السفية إذن وليّه، ويحتمل خلافه اهـ. والأول أظهر.

(و) ببدن (محبوس وغائب) بإذنه كما سيأتي في عموم اللفظ؛ لأن حصول المقصود متوقع وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال كما يصحّ ضمان المعسر المال. ولا فرق فيه بين أن يكون في موضع يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم أم لا، حتى لو أذن ثم انتقل إلى بلد بها حاكم أو إلى فوق مسافة العدوى فوقعت بعد ذلك صحت ووجب عليه الحضور معه لأجل إذنه في ذلك، بل لو كان فوق مسافة القصر كما يؤخذ مما سيأتي.

(و) ببدن (ميت ليخضره فيشهد) بفتح الهاء، (على صورته) إذا تحمّل كذلك ولم يعرف اسمه ونسبه. ومن

ثُمَّ إِنْ عَيَّنَ مَكَانَ التَّسْلِيمِ تَعَيَّنَ وَإِلَّا فَمَكَانُهَا. وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ التَّسْلِيمِ بِلَا حَائِلٍ كَمُتَغَلَّبٍ، وَبِأَن يَخْضَرَ الْمَكْفُولُ بِهِ وَيَقُولَ: «سَلَّمْتُ نَفْسِي عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ».

وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ،

المعلوم أن محل ذلك قبل دفنه وقبل تغييره، ولا نقل من بلد إلى آخر، فإن حصل شيء من ذلك لم تصح الكفالة. قال في المطلب: ويظهر اشتراط إذن الوارث إذا اشترطنا إذن المكفول اهـ. وهو كما قال، لكن محله كما قال شيخنا فيمن يعتبر إذنه وإلا فالمعتبر إذن وليه. ودخل في الوارث بيت المال، وبقي ما لو مات ذمي عن غير وارث وانتقل ماله فينا لبيت المال؛ وظاهر كلامهم عدم الاكتفاء بإذن الإمام، وهذا هو الظاهر.

(ثم إن عين) الكفيل في الكفالة (مكان التسليم تعين) تبعاً لشرطه، (ولاً) بأن لم يعين مكاناً (فمكانها) أي الكفالة يتعين كما في السلم فيها. وكلامهم يفهم أنه لا يشترط بيان موضع التسليم وإن لم يصلح له موضع التكفل كاللجة، أو كان له مؤنة؛ وهو مخالف لنظيره في السلم المؤجل فيحتمل أن يلحق به ويحتمل خلافه أخذاً بمفهوم كلامهم. ويفرق بأن السلم عقد معاوضة والتكفل محض التزام؛ وهذا هو الظاهر، ويحمل على أقرب موضع صالح للتسليم. (ويبرأ الكفيل بتسليمه) أو بتسليم وكيله (في مكان التسليم) المذكور (بلا حائل، كمتغلب) يمنع المكفول له عنه لقيامه بما وجب عليه، فإن أحضره مع وجود الحائل لم يبرأ الكفيل لعدم الانتفاع بتسليمه.

تنبيه: قضية كلامه عدم البراءة بتسليمه في غير مكان التسليم؛ وهو كذلك إن كان للمكفول له غرض في الامتناع كفوت حاكم أو معين، وإن امتنع لا لغرض تسلمه الحاكم عنه، لأن التسلم حينئذ لازم له، فإذا امتنع منه ناب عنه الحاكم فيه، فإن لم يكن حاكم سلّمه إليه وأشهد به شاهدين ويبرأ بتسليمه للمكفول له محبوساً بحق لإمكان إحضاره ومطالبته بالحق، بخلاف ما إذا كان محبوساً بغير حق لتعذر تسليمه.

(وبأن يحضر المكفول) في مكان التسليم (ويقول) للمكفول له: (سلمت نفسي عن جهة الكفيل) كما يبرأ الضامن بأداء الأصيل الدين. ولو سلم نفسه عن الكفيل فأبى أن يقبله، قال الماوردي: أشهد المكفول أنه قد سلم نفسه عن كفالة فلان وبرىء الكفيل منها. وقياس ما تقدم أنه يتعين الرفع إلى الحاكم ثم الإشهاد.

تنبيه: إطلاق المصنف يشمل الصبي والمجنون يسلمان أنفسهما عن جهة الكفيل. قال الأذري: وفيه وقفة إذ لا حكم لقولهما ولم أره نصاً، والظاهر أنه إن قبل حصل التسليم وإلا فلا اهـ. وهو حسن.

(ولا يكفي مجرد حضوره) من غير قوله: سلمت نفسي عن الكفالة، لأنه لم يسلمه إليه ولا أحد عن جهته؛ فلو سلمه إليه أجنبي عن جهة الكفيل بإذنه برىء، أو بغير إذنه فلا إن لم يقبل. فإن قيل: ولا يلزمه القبول، برىء الكفيل. ولو تكفل به رجلان معاً أو مرتباً فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر. وإن قال: «سلمته عن صاحبي» كان كما لو كان الدين رهناً فأنفك أحدهما لا ينفك الآخر. ولو كفّل رجل لرجلين فسلم إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر. ولو تكافل كفيلان ثم أحضر أحدهما المكفول به برىء محضره من الكفالة الأولى والثانية وبرىء الآخر من الثانية؛ لأن كفيله سلمه ولم يبرأ من الأولى، لأنه لم يسلم هو ولا أحد عن جهته. ولو أبرأ المكفول له الكفيل من حقه برىء، وكذا لو قال: «لا حق لي على الأصيل» أو قبله في أحد وجهين قال الأذري: إنه الأقرب؛ كما يبرأ الأصيل بإقراره المذكور.

فَإِنْ غَابَ لَمْ يَلْزَمْ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانَهُ، وَإِلَّا فَيَلْزَمُهُ. وَيُمْهَلُ مُدَّةُ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُخْضِرْهُ حُبْسٌ، وَقِيلَ: إِنْ غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يَلْزَمُهُ إِحْضَارُهُ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ لَا يُطَالَبُ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ، وَأَنَّهُ لَوْ شَرِطَ فِي الْكَفَالَةِ أَنَّهُ يَغْرُمُ الْمَالَ إِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ بَطُلَتْ، وَأَنَّهَا لَا تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا الْمَكْفُولِ.

(فإن غلب) المكفول (لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه) لعدم إمكانه، فأشبه المعسر بالدين والقول قوله أنه لا يعلم. (والأصل) بأن علم مكانه (فيلزمه) إحضاره، ولو كان فوق مسافة القصر كغيبه مال المدين إلى هذه المسافة فإنه يؤمر بإحضاره، وسواء كان غائباً عند الكفالة كما مر أو غاب بعدها، بشرط أمن الطريق ولم يذهب إلى من يمنعه؛ وما يغرمه الكفيل من مؤنة السفر في هذه الحالة في ماله.

(ويمهل مدة ذهاب وإياب) على العادة لأنه الممكن. قال الإسني: وينبغي أن يعتبر مع ذلك مدة إقامة المسافرين للإستراحة وتجهيز المكفول؛ وهو كما قال شيخنا ظاهر في مسافة القصر فأكثر بخلاف ما دونها. وقال الأذري: والظاهر إمهاله عند الذهاب والعود لانتظار رفقة يأمن بهم، وعند الأمطار والثلوج الشديدة والأحوال المؤذية التي لا تسلك عادة، ولا يحبس مع هذه الأعذار اه. وهذا ظاهر.

(فإن مضت) أي المدة المذكورة (ولم يحضره حبس) قال الإسني: إن لم يؤد الدين لأنه مقصر، فلو أذاه ثم قدم الغائب، فالمتجه أن له استرداده. وقال الغزي: الأقرب عدم استرداده لأنه متبرع بالأداء لتخليص نفسه اه. والأول أوجه لأنه ليس متبرعاً وإنما غرمه للفرقة. وينبغي كما قال شيخنا أن يلحق بقدمه تعذر حضوره بموت ونحوه حتى يرجع به، وإذا حبس أديم حبسه إلى أن يتعذر إحضار الغائب بموت أو جهل بموضعه أو إقامة عند من يمنعه؛ قاله في المطلب.

(وقيل إن غاب إلى مسافة القصر) فأكثر (لم يلزمه إحضاره) كالولي وشاهد الأصيل، فإن غيبتهما إلى هذه المسافة كالغيبه المنقطعة. (والأصح أنه إذا مات ودفن أو لم يدفن) أو هرب أو توارى، (لا يطالب الكفيل بالمال) لأنه لم يلتزمه وإنما ضمن النفس ولم يتمكن من إحضارها. والثاني: يطالب.

تنبيه: ظاهر إطلاق المصنف أنه لا فرق في جريان الخلاف بين أن يخلف المكفول وفاء أم لا. قال الإسني تبعاً للسبكي: وظاهر كلامهم اختصاصه بما إذا لم يخلف ذلك اه. واحترز بالمال عن العقوبة فإنه لا يطالب بها جزماً. قال الإسني: وتقييد المصنف تبعاً للمحرر بالدفن إنما يستقيم أن لو تكلم في بطلان الكفالة، وأما الوجهان في المطالبة فيستوي فيها قبل الدفن وبعده اه. ولهذا قدرت في كلامه «أو لم يدفن»، وقبل الدفن إن احتيج إلى إحضاره لإقامة الشهادة على عينه أحضره الكفيل بالشروط المتقدمة، ولا شيء على من تكفل ببدن رقيق فمات أو زوجة فماتت.

(و) الأصح (أنه لو شرط في الكفالة أنه يغرم المال إن فات التسليم) كقوله: «كفلت بدنه بشرط الغرم» أو «على إني أغرم». (بطلت) لأنه شرط ينافي مقتضاها بناءً على أنه لا يغرم عند الإطلاق. والثاني: يصح بناءً على مقابله. فإن قيل: هلاً بطل الشرط فقط كما لو أقرضه بشرط رد مكرس عن صحيح أو لشرط الخيار للمضمون له أو ضمن المؤجل بشرط الحلول بجامع أنه زاد خيراً! أجيب بأن المشروط في تلك صفة تابعة، وفي هذه أصل بفرد بعقد، والتابع يغفر فيه ما لا يغتفر في الأصل. ولو قال: «كفلت بدنه فإن مات فعلي المال» صحت الكفالة وبطل التزام المال؛ قاله الماوردي. وهو كما قال الزركشي محمول على ما إذا لم يرد به الشرط وإلا بطلت. (و) الأصح (أنها لا تصح بغير رضا المكفول) الذي يعتبر إذنه أو الولي حيث لا يعتبر، بناءً على أن الكفيل لا يغرم

١٠ - فصل: يشترط في الضمان

يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ لَفْظُ يُشْعِرُ بِالتَّزَامٍ كَ «ضَمِنْتُ دَيْنَكَ عَلَيْهِ» أَوْ «تَحَمَّلْتُهُ» أَوْ «تَقَلَّدْتُهُ» أَوْ «تَكَفَّلْتُ بِيَدْنِهِ» أَوْ «أَنَا بِالمَالِ أَوْ بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ أَوْ كَفِيلٌ أَوْ زَعِيمٌ أَوْ حَمِيلٌ».

المال عند العجز فلا فائدة لها إلا حضور المكفول، وهو لا يلزمه الحضور مع الكفيل حينئذ. والثاني: تصح بناء على أنه يغرم فيلزمه المال لأنه عاجز عن إحضاره.

تنبيه: عُلم من كلام المصنف أنه لا يشترط رضا المكفول له، وهو الأصح، كما لا يشترط رضا المضمون له؛ فلو تكفل به بلا إذن منه لم تلزمه إجابة الكفيل فليس للكفيل مطالبته، وإن طالب المكفول له الكفيل كما في ضمان المال بغير إذن إلا إن سألته المكفول له إحضاره كأن قال له «أحضره إلى القاضي» فإنه إذا أحضره باستدعاء القاضي وجب عليه، لكنه ليس بسبب الكفالة بل لأنه وكيل صاحب الحق؛ وعلى هذا لا بد من اعتبار مسافة العدوى. وإنما اعتبر استدعاء القاضي لأن صاحب الحق لو طلب إحضار خصمه إلى القاضي لم يلزمه الحضور معه بل يلزمه أداء الحق إن قدر عليه وإلا فلا شيء عليه. وإذا امتنع الكفيل من إحضار المكفول في هاتين الصورتين لم يحبس، أما في الصورة الأولى وهي فيما إذا لم تلزمه الإجابة فإنه حُبِسَ على ما لا يقدر عليه، وأما في الثانية وهي فيما إذا قال له أحضره إلى القاضي فلائنه وكيل.

تتمة: لو مات الكفيل بطلت الكفالة ولا شيء للمكفول له في تركته لأنه لا يلزمه مال كما مر، ولو مات المكفول له لم تبطل ويبقى الحق لورثته كما في ضمان المال، فلو خلف ورثة وغرماء وأوصياء لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الجميع، وكفي التسليم إلى الموصى له عن التسليم إلى الوصي في أحد وجهين كما رجحه بعض المتأخرين؛ أي إذا كان الموصى له محصوراً لا كالفقراء ونحوهم كما قال الأذرعى.

فصل: في بيان الصيغة، وهي الركن الخامس للضمان الشامل للكفالة معبراً عن ذلك بالشرط، فقال: (يشترط في الضمان) للمال (والكفالة) للبدل صيغة لتدل على الرضى، وهي (لفظ) صريح أو كناية (يشعر بالتزام) كغيره من الحقوق؛ وفي معناه الكتابة وإشارة أخرس مفهومة (كضمنت) لك (دينك عليه) أي فلان، (أو تحمלתه أو تقلدته) أو التزمت (أو تكفلت ببدنه أو أنا بالمال) الذي على زيد (أو بإحضار الشخص ضامن أو كفيل أو زعيم أو حميل) أو قبيل، أو عليّ ما على فلان؛ لثبوت بعض ذلك بالنص والباقي بالقياس، مع اشتها لفظ الكفالة بين الصحابة فمن بعدهم. وكل هذه الألفاظ صرائح؛ ومن ألفاظ الكفالة: «خُلِّ عن فلان والدين الذي عليه عندي»، أو «دين فلان إليّ». ولو تكفل فأبرأه المستحق ثم وجده ملازماً للخصيم فقال «خُلِّ وأنا على ما كنت عليه من الكفالة» صار كفيلاً؛ لأنه إما مبتدئ بالكفالة بهذا اللفظ أو مخبر به عن كفالة واقعة بعد البراءة. فإن قيل: لو قال سيد المكاتب له بعد فسخ الكتابة: «أقررتك على الكتابة» لم تعد، فهلاً كان هنا كذلك! أجيب بأن الضمان محض غرر وغبن، فكفي فيه ذلك من الملتزم بخلاف الكتابة ونحوها. ولو قال: «تكفلت بجسمه أو روحه» فهو كقوله: «تكفلت ببدنه». ولو تكفل بجزء شائع كالثلث أو ما لا يبقى الشخص بدونه كالكبد والقلب والرأس والروح والدماع، فهو كقوله: «تكفلت ببدنه» كما قاله صاحب التنبيه وأقرّه عليه المصنف في تصحيحه وجزيئته عليه في شرحه، وليس في الشرحين والروضة تصريح بتصحيح؛ أما ما يبقى الشخص بدونه كاليد والرجل فلا يكفي. وتقدم الجواب في كتاب البيع عن قولهم كل ما صَحَّ تعليقه كالطلاق تصحَّ إضافته إلى الجزء، وما لا كالبيع فلا. والكفالة لا يصحّ تعليقها كما سيأتي، ويصحّ إضافتها إلى الجزء.

وَلَوْ قَالَ: «أُودِي الْمَالُ أَوْ أُخْضِرُ الشَّخْصَ» فَهُوَ وَغَدَ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُمَا بِشَرْطٍ وَلَا تَوْقِيْتُ الْكَفَالَةِ؛ وَلَوْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الْإِحْضَارِ شَهْرًا جَازًا، وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا،

تنبيه: ذكر في المحرّر كالشرحين والروضة لفظه «لك» بعد «ضمنت» كما قدرتها في كلامه، فحذفها المصنف تنبيهاً على أن ذكرها ليس بشرط؛ وقال الأذري: إنه الظاهر.

(ولو قال أودي المال أو أخضر الشخص فهو وعد) بالالتزام لا يلزم الوفاء به؛ لأن الصيغة لا تشعر بالالتزام. قال في المطلب: إلا أن صحبته قرينة الالتزام فيلزم. (والأصح أنه لا يجوز تعليقهما) أي الضمان والكفالة (بشرط) كـ «إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت ما على فلان» أو «تكفلت بيده» لأنهما عقدان فلا يقبلان التعليق كالبيع. والثاني: يجوز؛ لأن القبول لا يشترط فيهما، فجاز تعليقهما كالطلاق. والثالث: يمنع تعليق الضمان دون الكفالة لأن الكفالة مبنية على الحاجة.

(و) الأصح أنه (لا) يجوز (توقيت الكفالة) كـ «أنا كفيل بزيد إلى شهر وبعده أنا بريء». والثاني: يجوز؛ لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة بخلاف المال، فإن المقصود منه الأداء؛ فهذا لا يجوز تأقيت الضمان قطعاً كما يشعر به كلام المصنف. ولا يجوز شرط الخيار في الضمان للضامن ولا في الكفالة للكفيل لمنافاته مقصودها ولا حاجة إليه؛ لأن الملتزم فيهما على يقين من الغرر. أما شرطه للمستحق فيصح لأن الخيرة في الإبراء والطلب إليه أبداً، وشرطه للأجنبي كشرطه للضامن. ولو أقر بأنه ضمن أو كفّل بشرط خيار مفسد، أو قال الضامن أو الكفيل: «لا حقّ على من ضمنت أو تكفلت به» أو قال الكفيل: «بريء المكفول» صدّق المستحق بيمينه، وإن نكل حلفاً وبرأنا دون المضمون عنه والمكفول به، ويبطل الضمان بشرط إعطاء مال لا يحسب من الدين، وتبطل الكفالة بقوله: «كفّلت زيدا على أن لي عليك كذا»، وبقوله: «تكفلت بزيد فإن أحضرته وإلا فبعمرو»، وبقوله: «أبريء الكفيل وأنا كفيل المكفول».

(ولو نجزها) أي الكفالة (وشرط تأخير الإحضار) بعلوم كأن جعله (شهرًا جاز) لأنه التزام لعمل في الذمة فجاز مؤجلاً كالعمل في الإجارة. واحترز بقوله: «نجزها» عن تأجيل الكفالة فإنه لا يصح، ومن وقع في كلامه جواز تأجيلها فهو متجاوز، وإنما مراده شرط تأخير الإحضار كما ذكره المصنف. وبقوله: «شهرًا» عن التأجيل بمجهول كالحصاد فإنه لا يصح. ولو أحضره قبل الأجل فكما سبق في المكان الذي شرط التسليم فيه.

(و) الأصح (أنه يصح ضمان الحال مؤجلاً أجلاً معلوماً) لأن الضمان تبرع والحاجة تدعو إليه فصتح على حسب ما التزمه، ويثبت الأجل في حق الضامن على الأصح فلا يطالب الضامن إلا كما التزم. ولا نقول التحق الأجل بالدين الحال وإنما ثبت عليه مؤجلاً ابتداءً لأن الحال لا يؤجل إلا في صورتين: الأولى إذا أوصى أن لا يطالب إلا بعد شهر مثلاً، فإن الوصية صحيحة ويعمل بها. الثانية: إذا نذر أن لا يطالبه إلا بعد سنة مثلاً؛ قاله المتولّي؛ والثاني: لا يصح الضمان للمخالفة؛ ووقع في بعض نسخ المحرّر تصحيحه. قال في الدقائق: والأصح ما في بقية النسخ والمنهاج اهـ. ولو ضمن المؤجل مؤجلاً بأجل أطول من الأول فكضمان الحال مؤجلاً.

تنبيه: شمل قوله: «ضمان الحال» من تكفل كفالة شرط فيها تأخير الإحضار بيد من تكفل بغيره كفالة لم يشترط فيها ذلك، ولهذا كانت أولى من قول المحرر: ضمان المال الحال.

وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُؤَجَّلِ خَالاً، وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّعْجِيلُ. وَلِلْمُسْتَحَقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ وَالْأَصِيلِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِشَرْطِ قِرَاءَةِ الْأَصِيلِ.

(و) الأصح (أنه يصح ضمان المؤجل حالاً) لأنه تبرع بالتزام التعجيل فصح كأصل الضمان؛ والثاني: لا يصح لما مر. (و) الأصح على الأول (أنه لا يلزمه التعجيل) كما لو التزمه الأصيل، والثاني: يلزمه لأن الضمان تبرع لزوم فلزمته الصفة كما لو نذر عتق عبد مؤمن. وعلى الأول هل يثبت الأجل في حقه مقصوداً أو تبعاً لقضاء حق المشابهة؟ وجهان؛ وتظهر فائدتها فيما لو مات الأصيل والحالة هذه، فإن جعلناه في حقه تابعاً حل عليه وإلا فلا كما لو مات المضمون له؛ والراجح الثاني كما قاله صاحب التعجيل في شرحه. فإن قيل: يشكل تصحيح ضمان المؤجل حالاً وعكسه بعدم صحة ما لو رهن على الدين الحال وشرط في الرهن أجلاً، وكذا عكسه كما صرح به الماوردي فإن كلاهما وثيقة. أجيب بأن الشرط في المرهون إذا كان ينفع الراهن ويضر بالمرتهن أو بالعكس لم يصح، وهذا الضرر حاصل للراهن إما بحبس المرهون حتى يحل الدين وإما بيعه في الحال قبل حله.

(و) للمستحق أي المضمون له أو وارثه، (مطالبة الضامن والأصيل) بالدين اجتماعاً وانفراداً، أو يطالب أحدهما ببعضه والآخر بباقيه. أما الضامن فلحديث: «الرَّعِيْمُ غَارِمٌ»^(١)، وأما الأصيل فلأن الدين باقي عليه. فإن قيل: يلزم من مطالبتهما أنه إذا كان له مائة أنه يطالب بمائتين لأنه يطالب كل منهما بمائة، وذلك ممنوع. أجيب بأن الممنوع ليس في المطالبة إنما الممنوع في المرتب عليها وهو الأخذ وليس له إلا أخذ أحدهما، والتحقيق أن الدين الذي على الضامن هو الذي على الأصيل لا غيره والذمتان مشغولتان به كالرهنين بدين واحد. قال الماوردي: ولو أفلس الضامن والمضمون عنه، فقال الضامن للحاكم: «بيع أولاً مال المضمون عنه» وقال المضمون له: «أريد أن أبيع مال أيكما شئت». قال الشافعي: إن كان الضمان بالإذن أجيب الضامن وإلا فالمضمون له. وإذا رهن رهناً وأقام ضامناً خیر المستحق بين بيع الرهن ومطالبة الضامن على الصحيح.

تنبيه: قد يقتضي كلام المصنف أنه لو قال رجلان لآخر ضمنا مالك على زيد وهو ألف مثلاً أنه يطالب كل منهما بجميع الألف. وفي المسألة وجهان: أحدهما هذا وصححه المتولي، كما لو قال: «رهناً عبدنا هذا بالألف الذي لك على فلان» فإن حصة كل منهما رهن بجميع الألف. والثاني: أنه لا يطالبه إلا بالنصف فقط، وصححه الماوردي والبنديجي، كما لو قال: «اشترينا عبدك بألف»؛ وصوب الأول السبكي وقال: لأن الضمان توثقة كالرهن. قال المتولي: ويخالف الشراء لأن الثمن عوض الملك، فبقدر ما يحصل للمشتري من الملك يجب عليه من الثمن بخلاف الضمان لا معاوضة فيه. وقال الأذري: القلب إلى الثاني أميل لأنه المتيقن وشغل ذمة كل واحد بالزائد مشكوك فيه اهـ. واختلف أيضاً علماء عصرنا في الإفتاء في ذلك، وأنا أقول كما قال الأذري. وتعبير المصنف بالمستحق أعم من تعبير أصله والروضة بالمضمون له فإنه يشمل الوارث كما قررت به كلامه، لكنه قد يدخل فيه المحتال مع أنه لا يطالب الضامن، لأن ذمته قد برئت بالحوالة، ولو ضمن الضامن آخر والآخر آخر وهكذا، طالب المستحق الجميع.

(و) الأصح (أنه لا يصح) الضمان (بشرط براءة الأصيل) لمنافاة الشرط لمقتضى الضمان، وكذا لو ضمن

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: الإجارة، باب: في تضمين العارية (الحديث: ٣٥٦٥) وأخرجه الترمذي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء أن العارية مؤداة (الحديث: ١٢٦٥) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الصدقات، باب: العارية (الحديث: ٢٣٩٨) وأخرجه ابن حبان في كتاب: العارية، باب: ذكر حكم العارية والمنحة (الحديث: ٥٠٩٤).

وَلَوْ أَبْرَأَ الْأَصِيلُ، بَرَى الضَّامِنُ، وَلَا عَكْسَ، وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا حَلَّ عَلَيْهِ دُونَ الْآخَرِ. وَإِذَا طَالَِبَ الْمُسْتَحَقُّ الضَّامِنَ فَلَهُ مُطَالَبَةُ الْأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِالْأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُطَالِبُهُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ.

بشرط براءة ضامن قبله أو كفل بشرط براءة كافل قبله. والثاني: يصح الضمان والشرط، لما رواه جابر في قصة أبي قتادة للميت قال: فجعل النبي ﷺ يقول: «هُمَا عَلَيْكَ وَفِي مَالِكَ وَالْمَيْتُ مِنْهُمَا بَرِيءٌ»^(١). فقال: نعم؛ فصلى عليه. قال الحاكم: صحيح الإسناد. وأجاب الأول بأن المراد بقوله: «بريء» إنما في المستقبل. والثالث: يصح الضمان فقط، ويطل الشرط كما لو أعتق عبداً بشرط أن يعطيه شيئاً.

(ولو أبرأ) المستحق (الأصيل) من الدين (بريء الضامن) منه لسقوطه (ولا عكس) أي لو أبرأ الضامن لم يبرأ الأصيل لأنه إسقاط وثيقة فلا يسقط بها الدين فكفك الرهن؛ نعم يبرأ معه من بعده من الملتزمين لأنه فرعه فيبرأ ببراءته دون من قبله.

تنبيه: في معنى الإبراء أداء الدين والاعتياض والحوالة به وعليه، وقول ابن الملقن: لو عتبر بقوله برىء كان أشمل؛ لم يصح في قوله، ولا عكس فإنه لو برىء الكفيل بالأداء برىء الأصيل، فالإبراء في الثانية متعين.

(ولو مات أحدهما) والدين مؤجل (حل عليه) لخراب ذمته، وكذا لو استرق (دون الآخر) فلا يحل عليه لأنه يرتفق بالأجل. فإن كان الميت الأصيل للضامن أن يطالب المستحق بأخذ الدين من تركته أو إبرائه هو لأن التركة قد تهلك فلا يجد مرجعاً إذا غرم، وإن كان الميت الضامن وأخذ المستحق الدين من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه الآذن في الضمان قبل حلول الأجل.

تنبيه: محل ما ذكره المصنف إذا كان الضمان في الذمة، فإن كان عيناً معينة كما لو أعاره عيناً ليرهنها وقلنا بالصحيح أنه ضمان دين في رقة ذلك الشيء فمات المعير لا يحل الدين كما قاله ابن الصلاح في فتاويه، قال: وإنما يحل الدين الذي في الذمة لتبرأ ذمته منه، وهذا في عين فزال المحذور.

(وإذا طالب المستحق الضامن) بالدين (فله مطالبة الأصيل بتخليصه بالأداء) للدين المضمون له ليبرأ الضامن. هذا (إن ضمن بإذنه) لأنه الذي أوقعه في المطالبة كما أنه يغرمه إذا غرم. ومعنى التخليص: أنه يؤدي دين المضمون له ليبرأ الضامن. إما إذا ضمن بغير إذنه فليس له مطالبة لأنه لم يسلطه عليه. قال في المطلب: ولو كان الأصيل محجوراً عليه كصبي للضامن بإذن وليه إن طوّل طلب الولي بتخليصه ما لم يزل الحجر، فإن زال توجه الطلب على المحجور عليه. ويقاس بالصبي المجنون والمحجور عليه بسفه، سواء أكان الضامن بإذنه قبل الجنون والحجر أم بإذن وليهما بعد ذلك.

تنبيه: قد يفهم اقتصار المصنف على المطالبة: أن الضامن إذا حبس لا يحبس الأصيل، وهو كذلك إذ لم يفت عليه قبل تسليمه شيء؛ قال في المطلب: ولا ملازمته. وصحح السبكي جواز الحبس لأن الأصيل لا يعطي شيئاً إذا علم أنه لا يحبس، وحيث فلا يبقى لتجويز المطالبة فائدة.

(والأصح أنه لا يطالبه) بتخليصه (قبل أن يطالب) هو بالدين، كما لا يغرمه قبل أن يغرم. والثاني: يطالب

(١) أخرجه الحاكم في «مستدرکه» في کتاب: البیوع (الحديث: ٥٨/٢) وأخرجه الدارقطني في کتاب: البیوع (الحديث: ٧٩/٣).

وَلِلضَّامِنِ الرُّجُوعُ عَلَى الْأَصِيلِ إِنْ وُجِدَ إِذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالْأَدَاءِ، وَإِنْ انْتَقَى فِيهِمَا فَلَا، وَإِنْ أَدِنَ فِي الضَّمَانِ فَقَطَّ رَجَعَ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا عَكْسَ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ أَدَّى مُكْسَرًا عَنْ صِحَاحٍ أَوْ صَالِحٍ عَنْ مِائَةِ بَثْوَبٍ قِيمَتُهُ خَمْسُونَ فَلَا أَصَحَّ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا بِمَا غَرِمَ.

بتخليصه، كما لو استعار عيناً للرهن ورهنها فإن للمالك مطالبتة بفكها. وفرق الأول بأن الرهن محبوس بالدين، وفيه ضرر ظاهر بخلاف الضامن؛ وعلى الأول ليس له أن يقول للمضمون له إما أن تبرئني من الحق وإما أن تطالبني به لأطالب المضمون عنه كما قاله البندنجي. ومحل الخلاف إذا كان الدين حالاً وإلا فليس له مطالبتة قطعاً، ولا يطالب الضامن بالإذن الأصيل بالمال ما لم يسلمه، فلو دفع إليه الأصيل المال بلا مطالبة وقلنا لا يملكه وهو الأصح فعليه ردّه، ويضمنه إن تلف كالمقبوض بشراء فاسد، فلو قال له: «اقض به ما ضمنت عني» فهو وكيل والمال أمانة في يده، ولو أبرأ الضامن الأصيل أو صالح عفا سيغرم في ماله أو رهنه الأصيل شيئاً بما ضمنه أو أقام به كفيلاً لم يصح لأن الضامن لا يثبت له حق بمجرد الضمان، ولو شرط الضامن في ابتداء الضمان أن يرهنه الأصيل شيئاً أو يقيم له به ضامناً فسد الضمان لفساد الشرط.

(وللضامن) الغارم (الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء) لأنه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه. هذا إن أدى من ماله، أما لو أخذ من سهم الغارمين فأدى به الدين فإنه لا يرجع كما ذكره في قسم الصدقات خلافاً للمتولي. (وإن انتفى) إذنه (فيهما) أي الضمان والأداء (فلا) رجوع لتبرّعه؛ ولأنه لو كان له الرجوع لما صلى النبي ﷺ على الميت بضمان أبي قتادة. (وإن أذن في الضمان فقط) وسكت عن الأداء (رجع في الأصح) لأنه أذن في سبب الأداء. والثاني: لا يرجع، لانتهاء الإذن في الأداء. ويستثنى من إطلاق المصنف الرجوع ما إذا ثبت الضمان بالبيئة وهو منكر، كأن ادّعى على زيد وغائب ألفاً وأن كلاً منهما ضمن ما على الآخر بإذنه فأنكر زيد فأقام المدّعي بيئته وغرمه لم يرجع زيد على الغائب بالنصف لكونه مكذباً للبيئة، فهو مظلوم بزعمه فلا يرجع على غير ظالمه. وما لو ضمن عبد ما في ذمة سيده لأجنبي وأدى بعد العتق فإنه لا يرجع أي في الأصح، وما لو قال الضامن بالإذن: «الله عليّ أن أؤدي دين فلان ولا أرجع به» فإنه إذا أدى لا يرجع.

(ولا عكس في الأصح) لا رجوع فيما إذا ضمن بغير الإذن وأدى بالإذن؛ لأن وجوب الأداء بسبب الضمان ولم يأذن فيه. والثاني: لا يرجع؛ لأنه أسقط الدين عن الأصيل بإذن. ويستثنى من إطلاق المصنف عدم الرجوع ما لو أدى بشرط الرجوع فإنه يرجع كغير الضامن، وحيث ثبت الرجوع فحكمه حكم القرض حتى يرجع في المتقوم بمثله صورة كما قاله القاضي حسين.

(ولو أدى مكسراً عن صحاح أو صالح عن مائة بثوب قيمته خمسون فالأصح أنه لا يرجع إلا بما غرم) لأنه الذي يذله. والثاني: يرجع بالصحاح والمائة لحصول براءة الذمة، والتقصان جرى من رب المال مسامحة للضامن. ولو باعه الثوب بمائة وتقاضاً، أو قال: «بعثك الثوب بما ضمنت لك عن فلان» فلا صحّ البيع ورجع بما ضمنه. ولو صالح الضامن المستحق من الدين على بعض أو أدى إليه البعض وأبرأه من الباقي رجع بما أدى وبرى فيهما وبرى الأصيل عن الباقي في صورة الصلح دون صورة البراءة؛ لأن الصلح يقع عن أصل الدين وبراءة الضامن إنما تقع عن الوثيقة.

فروع: لو أحال المستحق على الضامن ثم أبرأ المحتال الضامن هل يرجع الضامن على الأصيل أو لا؟

وَمَنْ أَدَّى دَيْنَ غَيْرِهِ بِلَا ضَمَانٍ وَلَا إِذْنَ فَلَا رُجُوعَ، وَإِنْ أَدَّى بِشَرْطِ الرُّجُوعِ رَجَعَ، وَكَذَا إِنْ أَدَّى مُطْلَقاً فِي الْأَصَحِّ؛ وَالْأَصَحُّ أَنَّ مُصَالَحَتَهُ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدَّيْنِ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ. ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجِعُ الضَّامِنُ وَالْمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَ بِالْأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ، وَكَذَا رَجُلٌ لِيُخْلِفَ مَعَهُ فِي الْأَصَحِّ،

رجع الجلال البلقيني الأول، والمعتمد الثاني لقول الأصحاب: إذا غرم رجوع بما غرم؛ وهذا لم يغرم. ومثل ذلك ما لو وهبه المستحق الدين فإنه لا يرجع، بخلاف ما لو قبضه منه ثم وهبه له فإنه يرجع، كما لو وهبت المرأة الصداق للزوج ثم طلقها قبل الدخول فإنه يرجع عليها بنصفه بخلاف ما لو أبرأته منه قبل قبضها فإنه لا يرجع عليها بشيء. ولو ضمن ذمي لذمي عن مسلم ديناً فصالح صاحبه على خمر لغا الصلح فلا يبرأ المسلم كما لو دفع الخمر بنفسه. ولو ضمن شخص الضامن بإذنه وأدى الدين للمستحق رجوع على الضامن لا على الأصيل ثم يرجع الأول على الأصيل، فإن كان بغير إذنه لم يرجع على الأول لعدم إذنه ولا الأول على الأصيل لأنه لم يغرم شيئاً.

(ومن أدى دين غيره بلا ضمان ولا إذن فلا رجوع) له عليه لتبرعه، وفارق ما لو أوجر طعامه مضطراً قهراً أو وهو مغمى عليه حيث يرجع عليه لأنه ليس متبرعاً بل يجب عليه خلاصه من الهلاك ولما فيه من التحريض على مثل ذلك. ويستثنى من إطلاق المصنف ما لو أدى الولي دين محجوره بنية الرجوع أو ضمن عنه كذلك فإنه يرجع كما قاله القفال وغيره، وما لو صار الدين إرثاً للضامن فإن له الرجوع لانتقال الدين إليه ولو كان الضامن بغير إذن.

(وإن أذن) له في الأداء (بشرط الرجوع رجوع) عليه وفاء بالشرط، (وكذا إن أذن) له (مطلقاً) عن شرط الرجوع فإنه يرجع (في الأصح) إذا أدى بقصد الرجوع للعرف. والثاني: لا؛ إذ ليس من ضرورة الإذن الرجوع. وفي معنى الإذن التوكيل في الشراء إذا دفع الثمن فإنه يرجع على الراجع لتضمن التوكيل إذنه بدفع الثمن، بدليل أن للبايع مطالبته بالثمن والعهدة. ولو أذن له في الأداء فضمن لم يرجع لأنه أدى عن الضامن وهو غير مأذون فيه. ولو ضمن شخص الضامن بإذن الأصيل رجوع عليه كما لو قال لغيره «أد ديني» فأذاه.

(والأصح أن مصالحته) أي المأذون، (على غير جنس الدين لا تمنع الرجوع) لأن قصد الآذن حصول البراءة وقد حصلت. والثاني: تمنع؛ لأنه إنما أذن في الأداء دون المصالحة فهو متبرع.

تنبيه: لم يبين المصنف بم يرجع، وهو إنما يرجع بالأقل من الدين المضمون وقيمة المؤدّي، فلو صالح بالإذن عن عشرة دراهم على ثوب قيمته خمسة أو عن خمسة على ثوب قيمته عشرة لم يرجع إلا بخمسة.

(ثم إنما يرجع الضامن والمؤدّي) بالإذن من غير ضمان (إذا أشهد بالأداء رجلين أو رجلاً وامرأتين) لثبوت الحق بذلك، ويعتبر في الشاهد العدالة. نعم لو أشهد مستورين فبانا فاسقين كفى على الأصح لإتيانه بحجة ولتعذر إطلاعه على الباطن فكان معذوراً. (وكذا رجل ليحلف معه على الأصح) إذ الشاهد مع اليمين حجة. والثاني: لا؛ لأنهما قد يترافعان إلى حنفي لا يقضي بشاهد ويمين فكان ذلك ضرباً من التقصير. وردّه الإمام بأنه لم يشترط أحد إشهاد من يتفق العلماء على قبوله.

فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ فَلَا رُجُوعَ إِنْ أَدَّى فِي غَيْبَةِ الْأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ، وَكَذَا إِنْ صَدَّقَهُ فِي الْأَصْحَ؛ فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ أَوْ أَدَّى بِحَضْرَةِ الْأَصِيلِ رَجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ.

تنبيه: قوله: «ليحلف معه» يقتضي اشتراط العزم على الحلف عند الإشهاد، فلو لم يقصده كان كمن لم يشهد، وبه صرح في الحاوي. والظاهر أنه لو حلف معه رجع وإن لم يغم عند الإشهاد. قال الأذري: ولو قيل إن كان حاكم البلد حين الدفع والإشهاد حنفياً فهو مقصر لم يبعد اه. والظاهر إطلاق كلام الأصحاب. ولا يكفي إشهاد من يسافر قريباً إذ لا يُقضي إلى المقصود.

(فإن لم يشهد) أي الضامن بالأداء وأنكر رب الدين أو سكت، (فلا رجوع) له (إن أدى في غيبة الأصل وكذبه) لأن الأصل عدم الأداء وهو مقصر بعدم الإشهاد. (وكذا إن صدقه في الأصح) لأنه لم ينتفع بأدائه لأن المطالبة باقية. والثاني: يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته بإذنه. ومحل الخلاف إذا لم يأمره الأصل بالإشهاد أو بتركه، فإن أمره به لم يرجع جزءاً، أو بتركه رجع جزءاً كما قاله الدارمي. ولو لم يشهد ثم أدى ثانياً وأشهد هل يرجع بالأول لأنه المبرىء للذمة أو بالثاني لأنه المسقط للضمان؟ فيه وجهان تظهر فائدتهم فيما لو كان أحدهما صحاحاً والآخر مكسراً مثلاً؛ قال في الروضة: ينبغي أن يرجع بأقلهما، فإن كان الأول فهو بزعمه مظلوم بالثاني، وإن كان الثاني فهو المبرىء لكونه أشهد به، والأصل براءة ذمة الأصل من الزائد.

(فإن صدقه المضمون له) وكذبه المضمون عنه ولا بينة، (أو أدى بحضرة الأصل) مع تكذيب المضمون له؛ (رجع على المذهب) أي الراجح من الوجهين في المسألتين لسقوط الطلب في الأول وعلم الأصل بالأداء في الثانية. والثاني: في الأولى يقول تصديق رب الدين ليس حجة على الأصل وتصديق ورثة رب الدين المطلقين التصرف كتصديقه. وهل تصديق الإمام حيث يكون لبيت المال كتصديق الوارث الخاص أو تصديق غرماء من مات مفلساً كتصديق رب الدين؟ قال الأذري: لم أر فيه شيئاً وهو موضع تأمل اه. والظاهر كما قاله بعض المتأخرين عدم الإلحاق لأن المال لغيره، وفي الثانية يقول لم ينتفع الأصل بالأداء لترك الإشهاد. وأجيب بأنه المقصود بترك الإشهاد؛ وهذا ظاهر إذا لم يشترط عليه الإشهاد، فإن شرطه عليه فيظهر أنه لا يرجع لعدم توفيقه بالشرط. ويقاس بما ذكر في الضامن المؤذي في الأحوال المذكورة.

خاتمة: لو قال: «أشهدت بالأداء شهوداً وماتوا أو غابوا أو طرأ فسقهم» فكذبه الأصل في الإشهاد، فالقول قول الأصل بيمينه؛ لأن الأصل عدم براءة ذمته وعدم الإشهاد، وإن كذبه الشهود فكما لم لو يشهد. فإن قيل: لو أقرت امرأة بنكاح بحضرة شاهدين فكذبها لا يقدح في إقرارها فهلاً كان هنا كذلك! أجيب بأنها ثم لو أقرت بحق عليها فلم يُلغُ بإنكارهما، وهذا هنا يريد أن يثبت له حقاً. ولو قال الشهود: «لا ندري وربما نسينا»، لا رجوع كما رجحه الإمام وجعله أولى بذلك من دعواه موت الشاهد. ولو باع من اثنين شيئاً وشرط أن يكون كل منهما ضامناً للآخر بطل البيع؛ قال السبكي: ورأيت ابن الرفعة في حُسنَيْهِ يمنع أهل سوق الرقيق من البيع مسلماً؛ ومعناه إلزام المشتري بما يلحق البائع من الدلالة وغيرها، قال: ولعله أخذه من هذه المسألة ولا يختص ذلك بالرقيق. وهذا إن كان مجهولاً فإن كان معلوماً فلا؛ وكأنه جعله جزءاً من الثمن، بخلاف مسألة ضمان أحد المشتريين للآخر لا يمكن فيها ذلك. قال الأذري: لكنه هنا شرط عليه أمراً آخر، وهو أن يدفع كذا إلى جهة كذا فينبغي أن يكون مبطلاً مطلقاً اه. وهذا هو الظاهر.