

## 7 - من كتاب الرهن ونحوه

272 - إذا كان الرهن مَرْكُوبًا، أو مَحْلُوبًا، فللمرتهن أن يَرْكَبَ وَيَحْلِبَ بقدر نفقته<sup>(1)</sup>.

273 - وَيَنْفِذُ عَتَقَ الرَّاهِنِ لِلْعَبْدِ الْمَرْهُونِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا<sup>(2)</sup>.

274 - وَيَجُوزُ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي بَيْعِ الرَّهْنِ، بِشَرْطِ أَنْ يَجْعَلَ ثَمَنَهُ رَهْنًا مَكَانَهُ، أَوْ يَجْعَلَ دَيْنَهُ مِنْ ثَمَنِهِ<sup>(3)</sup>.

(1) المحرر في الفقه لابن تيمية 1/336: وللمرتهن أن يركب ويحلب ما له ظهر وضرع بقدر النفقة. المبدع لابن مفلح 10/499. الإنصاف للمرداوي 5/173. وخالف الشافعية فقالوا: هذا للراهن. المهذب للشيرازي 1/314: والذي يركب ويشرب هو الراهن. فتح الوهاب 1/333. مغني المحتاج للشربيني 2/131.

(قلت): لعل سبب الخلاف: هو أن قوله ﷺ في صحيح البخاري 2/888: (الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة) قال الشافعية الذي يركب ويشرب هو الراهن، وقال الحنابلة المرتهن. وفي بداية المجتهد 2/207: وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن؛ قوله ﷺ: «الرهن محلوب ومركوب» قالوا: ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أي يركبه الراهن ويحلبه، لأنه كان يكون غير مقبوض، وذلك مناقض لكونه رهنا، فإن الرهن من شرطه القبض، قالوا: ولا يصح أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه، فلم يبق إلا أن يكون المعنى في ذلك أن أجرة ظهره لربه ونفقته عليه.

(2) الروض المربع للبهوتي 2/166: إلا عتق الراهن المرهون فإنه يصح. الكافي 2/170. المغني لابن قدامة 4/235. وخالف الشافعية في الصحيح من المذهب، المهذب للشيرازي 1/312: وإن أعتقه ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: يصح، والثاني أنه لا يصح، والثالث - وهو الصحيح - أنه إن كان موسرًا صح، وإن كان معسرًا لم يصح. الوسيط للغزالي 4/9. وانظر مغني المحتاج للشربيني 2/145.

(قلت): لعل سبب الخلاف: هو ما في السنن الكبرى 3/182: عن عبد الله بن عمر ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: «أبما رجل كان له شرك في عبد؛ فأعتق نصيبه منه، وله مال ما يبلغ قيمة أنصباة شركائه، فإنه يضمن لشركائه أنصباةهم ويعتق العبد» فمن أخذ بالحديث كالشافعية فصل بين الموسر وغيره، ومن رأى أن الشارع يتشوف إلى العتق لم يفصل. والله أعلم.

(3) المحرر في الفقه لابن تيمية 336: وإن باعه بإذنه - وقد حل الدين - أو بشرط أن يرتهن ثمنه مكانه: كان الثمن رهنا. ووافق الشافعية في قول، الوسيط للغزالي 3/502: فإن قال: بشرط أن يجعل الثمن رهنا، ففي ذلك قولان، مأخذه جواز نقل الوثيقة إلى عين أخرى. وانظر المهذب للشيرازي 1/313. الأم 3/195.

- 275 - وَيَصِحُّ<sup>(1)</sup> رَهْنُ الْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ وَالْجَانِي<sup>(2)</sup> .
- 276 - وَاسْتِدَامَةُ قَبْضِ الرَّهْنِ شَرْطٌ فِي اللِّزُومِ<sup>(3)</sup> .
- 277 - وَيَجُوزُ لِلرَّاهِنِ تَرْوِيحُ الْجَارِيَةِ الْمَرْهُونَةِ، وَلَكِنْ يُمْنَعُ الزَّوْجُ مِنْ وَطْئِهَا<sup>(4)</sup> .
- 278 - وَنَمَاءُ الرَّهْنِ تَبَعٌ<sup>(5)</sup> لَهُ فِي الرَّهْنِ؛ مُتَّصِلًا كَانَ أَوْ مُنْفَصِلًا<sup>(6)</sup> .

- (1) ب. مطموسة.
- (2) الكافي في فقه ابن حنبل 2/ 136 : ويصح رهن العبد المرتد والجاني. المحرر في الفقه لابن تيمية 1/ 336. ووافق الشافعية في قول، المهذب للشيرازي 1/ 309: وفي رهن العبد الجاني، قولان. الأم 3/ 152: ويجوز رهن العبد المرتد والقاتل. الوسيط للغزالي 3/ 446. روضة الطالبين للنووي 4/ 44.
- (3) كشاف القناع للبهوتي 3/ 333: واستدامة قبضه أي الرهن شرط في لزومه. المغني لابن قدامة 4/ 218. شرح منتهى الإرادات 2/ 233. الكافي في فقه ابن حنبل 2/ 134. ووافق الشافعية. المهذب للشيرازي 1/ 307: إذا أقبض الراهن الرهن لزم العقد من جهته، ولا ينفك من الرهن شيء حتى يبرأ الراهن من جميع الدين اهـ. (قلت): هذا دليل الاستدامة. التنبيه للشيرازي ص: 100. روضة الطالبين للنووي 4/ 109.
- (4) الإنصاف للمرداوي 5/ 155: وقال القاضي وجماعة: يصح تزويج الأمة، ويمنع الزوج من وطئها، ومهزها رهن معها، وقاله أبو بكر، وذكره عن الإمام أحمد. المبدع لابن قدامة 6/ 46. الفروع لابن مفلح 4/ 166. المحرر في الفقه لابن تيمية 1/ 336. وخالف الشافعية فقالوا: إن كان الرهن - الأمة لم يملك تزويجها؛ لأنه ينقص قيمتها. المهذب للشيرازي 1/ 311. التنبيه للشيرازي ص: 143.
- (5) (قلت): سبب الخلاف أن من نظر إلى القياس، منع من تزويج الأمة المرهونة، لأن تزويجها ينقص قيمتها، ومن نظر إلى أن الراهن مالك فله التصرف بملكه، أجاز ذلك. والله أعلم.
- (6) ب. مطموسة.
- (6) كشاف القناع للبهوتي 3/ 338: ونماء الرهن منفصلاً كان النماء أو متصلاً، وكسبه وغلاء ثمنه وصوفه ولينه وورق شجره المقصود ومهره، تكون رهناً. المبدع 4/ 226. المحرر في الفقه لابن تيمية 1/ 336. وخالف الشافعية فقالوا: المهذب للشيرازي 1/ 310-311: ما يحدث من عين الرهن من النماء المتميز كالشجر والتمر واللبن والولد والصوف والشعر لا يدخل في الرهن، وقال في الأمالي القديمة: لو قال قائل إن الثمرة والتاج يكون رهناً، كان مذهباً، والمذهب الأول، وهذا مرجوع عنه. مغني المحتاج للشربيني 2/ 122. نهاية الزين 1/ 244.
- (قلت): سبب الخلاف هو تعارض الأثر مع القياس، ففي بداية المجتهد 2/ 208: استدل - الشافعية - بعموم قوله ﷺ: «الرهن ممن رهته: له غنمه وعليه غرمه» قالوا: ولأنه نماء زائد على ما راضيه رهناً فوجب أن لا يكون له إلا بشرط زائد، وعمدة أبي حنيفة أن الفروع تابعة للأصول، فوجب لها حكم الأصل، ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة.

- 279 - وَإِذَا مَاتَ (ح10أ) الْمُشْتَرِي مُفْلِسًا؛ فَالْبَائِعُ أَسْوَةُ الْغَرْمَاءِ (أ9ب)، وَلَا<sup>(1)</sup> يَمْلِكُ الرَّجُوعُ فِي الْبَيْعِ<sup>(2)</sup>.
- 280 - وَإِذَا ابْتَاعَ شَيْئًا، وَنَقَصَ<sup>(3)</sup> ثَمُّهُ؛ ثُمَّ أَفْلَسَ؛ سَقَطَ رُجُوعُ الْبَائِعِ (ب8أ) وَكَذَا إِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَبِيعِ<sup>(4)</sup>.
- 281 - وَإِذَا<sup>(5)</sup> تَغَيَّرَتْ صِفَةُ الْمَبِيعِ، كَطَّخَنَ الْحِنْطَةَ، وَخَبَزَ الدَّقِيقَ؛ سَقَطَ الرَّجُوعُ<sup>(6)</sup>.

- (1) ب. مطموسة.
- (2) الروض المربع 3/ 392: ومن فسق عزله، ولا ينقض من حكم صالح للقضاء إلا ما خالف نص: كتاب الله أو سنة رسوله: كقتل مسلم بكافر، وجعل من وجد عين ماله عند من أفلس أسوة الغرماء (قلت) وهذا معناه أنه لا يكون أسوة الغرماء. المبدع لابن قدامة 4/ 314 الإنصاف للمرداوي 5/ 315: ومنها: رجوع بائع المفلس في عين ماله بعد موت المفلس..... فإن قلنا: ينتقل امتنع رجوعه، وإن قلنا: لا ينتقل رجوع. المحرر في الفقه لابن تيمية 1/ 345. وخالف الشافعية فقالوا: يقدم به، المهذب للشيرازي 1/ 322. حاشية شرواني 6/ 386: إذا مات المشتري مفلسًا - وفي معنى موته مفلسًا، ما لو ثبت للبائع حق الفسخ لغيبة مال المشتري، وعدم صبر البائع، ثم مات المشتري حينئذ - أي قبل الفسخ؛ فلم يجد البائع سوى المبيع - فإنه يقدم به. روضة الطالبين للنووي 3/ 4، الأم 5/ 91. إعانة الطالبين 3/ 68. روضة الطالبين للنووي 3/ 435.
- (قلت): لعل سبب الخلاف: هو ما جاء في الإنصاف للمرداوي أعلاه: من أنه إن قلنا ينتقل الملك إلى الغرماء بالموت، فلا يرجع، وإن قلنا لا ينتقل فيرجع. والله أعلم.
- (3) أ. ونقض. ب. ثمه. مطموسة. ج. ونقد.
- (4) انظر المراجع السابقة، المحرر في الفقه لابن تيمية 1/ 345: أو زال ملكه عن بعضه بتلف أو غيره، فإنه أسوة الغرماء. المقنع لابن قدامة ص: 124. وخالف الشافعية فقالوا: يرجع. وانظر المهذب 1/ 323: وإن وجد المبيع وقد قبض من الثمن بعضه رجوع بحصة ما بقي من الثمن، لأنه إذا رجع بالجميع إذا لم يقبض جميع الثمن، رجع في بعضه إذا لم يقبض بعض الثمن.
- (قلت): لعل سبب الخلاف: هو أن من جعل الباقي دينًا، قال سقط رجوع البائع وهو أسوة الغرماء، ومن جعل الباقي تبعًا للثمن قال يرجع به. والله أعلم.
- (5) ب. مطموسة.
- (6) المحرر في الفقه لابن تيمية 1/ 234: أو تغير بما أزال اسمه كطحن حب، ونسج الغزل، فإنه أسوة الغرماء. اهـ. (قلت) وهذا معناه أنه لا يرجع. وخالف الشافعية فقالوا: المهذب للشيرازي 1/ 325: وإن كان المبيع طعامًا؛ فطحنه المشتري، أو ثوبا فقصره، ثم أفلس نظرت: فإن لم تزد قيمته بذلك؛ واختار البائع الرجوع؛ رجع... وإن زادت قيمته، ففيه قولان.
- (قلت): لا خلاف أن البائع لو وجد المبيع من غير تغيير فله أخذه، لكن هنا تغير المبيع عن اسمه وصفته؛ فبعد أن كان برًا أصبح دقيقًا، فهل تغيير الاسم والصفة - مع وجود المادة - يغير الحكم؟ فمن قال نعم، قال لا يرجع، ومن قال لا، قال يرجع. والله أعلم.

- 282 - وَإِذَا رَجَعَ فِي الْمَبِيعِ تَبَعَهُ نَمَاؤُهُ الْمَنْفَصِلُ<sup>(1)</sup> .
- 283 - وَلَا يَحِلُّ الدَّيْنُ بِالْمَوْتِ إِذَا وَثِقَ الْوَرِثَةُ<sup>(2)</sup> .
- 284 - وَإِذَا بَقِيَثَ عَلَى الْمَفْلِسِ بَقِيَّةٌ - وَلَهُ صَنْعَةٌ - أَجْبَرَ عَلَى إِجَارَةِ نَفْسِهِ لِقَضَاءِ دَيْنِهِ<sup>(3)</sup> .
- 285 - وَيُتْرَكُ لِلْمَفْلِسِ مِنْ مَالِهِ مَا يَقُومُ بِكِفَايَتِهِ<sup>(4)</sup> إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَا حِرْفَةٍ<sup>(5)</sup>

- (1) المحرر في الفقه لابن تيمية 1/345: وإن زاد زيادة منفصلة، أخذها معه؛ نص عليه، وهذا اختيار الخرقي، وهو المذهب، وقال ابن حامد: هي للمفلس، وإن كانت متصلة أخذها بها. المقنع لابن قدامة ص: 124. وخالف الشافعية فقالوا: المهذب للشيرازي 1/324: وإن كانت الزيادة متميزة نظرت: فإن كانت ظاهرة كالطلع المؤبر، وما أشبهه من الثمار؛ رجع فيه دون الزيادة، وإن كانت الزيادة غير ظاهرة كطلع غير مؤبر وما أشبهه من الثمار؛ ففيه قولان. الوجيز للغزالي 1/174.
- (قلت): سبب الخلاف هو هل النماء المنفصل تابع للأصل أم لا؟ لاشك أن النماء المنفصل؛ منفصل فلا يتبع الأصل، لكن هناك نظر دقيق، وهو أن هذا النماء ما كان ليحصل لولا الأصل، فهو قد أخذ بعض مادته من الأصل، ومن هنا فرجوع الأصل دون النماء رجوع فيه نقص. والله أعلم.
- (2) المحرر في الفقه لابن تيمية 1: 346: ولا يحل الدين المؤجل بالفلس، ولا بالموت إذا وثق الورثة، وعنه يحل بالموت دون الفلس، وعنه يحل بهما. الإنصاف للمرداوي 5/306: لا يحل الدين بالفلس رواية واحدة. وخالف الشافعية فقالوا: يحل. المهذب للشيرازي 1/327: فإن كان عليه دين مؤجل حل الدين بالموت. حاشية شرواني 5/121.
- (قلت): سبب الخلاف هو تعارض الآثار مع القياس ففي سنن الدارقطني 4/232: عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا مات الرجل وعليه دين إلى أجل، وله دين إلى أجل، فالذي عليه حال، والذي له إلى أجله» وأيضاً فإنه بالموت تتعلق الديون بماله، كما تتعلق بالحجر في حياته، ولأن الأجل جعل رفقا بالمدين، وبعد الموت الفرق هو قضاء دينه لقوله ﷺ، كما في سنن الترمذي 3/389 «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» قال أبو عيسى: هذا حديث حسن وهو أصح من الأول. أما القياس فهو أن الدين المؤجل يبقى إلى أجله لرضا الدائن بذلك. والله أعلم.
- (3) المحرر في الفقه لابن تيمية 1/346: ويجبر المفلس المحترف على الكسب لوفاء دينه، وعنه: لا يجبر. الفروع لابن مفلح 5/454. وخالف الشافعية فقالوا: مغني المحتاج للشرييني 2/154: وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب، أو يؤجر نفسه لبقية الدين. المنهاج للنووي ص: 58. المهذب للشيرازي 1/320. الإقناع للشرييني 2/301. (قلت): لاشك أن الدين باق عليه؛ ولذا لا بد من العمل على سداه. والله أعلم.
- (4) أ.ب. زيادة (إذا اتجر) ولا معنى لها.
- (5) المحرر في الفقه لابن تيمية 1/345: ويترك له منه ما لا بد منه من مسكن وخدام وكسوة وآلة حرفة أو ما يتجر به لمؤنته إن فقدت الحرفة ثم يبيع الحاكم بقية ماله. الإنصاف للمرداوي 5/303. المغني لابن قدامة 4/228. ووافق الشافعية. المهذب للشيرازي 1/322: وإن لم يكن له كسب ترك له ما يحتاج إليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه ويرجع إلى الكسب. الأم 3/202. الإقناع للشرييني 2/301.

- 286 - وَيَكْفِي فِي الرُّشْدِ؛ الصَّلَاحُ فِي المَالِ خَاصَّةً<sup>(1)</sup>.
- 287 - وَإِذَا أَقَرَّ السَّفِيهُ بِمَالٍ صَحَّ؛ وَتُبِعَ بِهِ بَعْدَ فَكِّ الحَجْرِ عَنْهُ<sup>(2)</sup>.
- 288 - وَيَصِحُّ الصَّلْحُ عَنِ المَجْهُولِ<sup>(3)</sup>.
- 289 - وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَ مِنْ مُلْكِهِ جَنَاحًا وَلَا مِيزَابًا إِلَى الطَّرِيقِ؛ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ<sup>(4)</sup>.

- (1) المحرر في الفقه لابن تيمية 1/ 247: والرشد، الصلاح في المال؛ بأن يختبر فلا يكثر منه الغبن في تصرفه به. المغني لابن قدامة 4/ 201. كشاف القناع للبهوتي 3/ 444. وخالف الشافعية فقالوا: الرشد في صلاح الدين والمال. المذهب للشيرازي 1/ 331 فأما إيناس الرشد فهو إصلاح الدين والمال، وإصلاح الدين، أن لا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة، وإصلاح المال، أن يكون حافظًا لماله غير مبذر. إعانة الطالبين 3/ 70. الإقناع للشرييني 2/ 302. مغني المحتاج للشرييني 2/ 7.
- (قلت): سبب الخلاف قاله في بداية المجتهد 2/ 21: وسبب اختلافهم: هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين اهـ. (قلت) لعل صلاح الدين أقوى أسباب الرشد. والله أعلم.
- (2) الفروع لابن مفلح 6/ 522: وإن أقر بمال؛ أخذ بعد الحجر. المبدع لابن مفلح 4/ 344. شرح منتهى الإرادات 2/ 295. المقنع لابن قدامة ص: 126. عمدة الفقه ص: 166. وخالف الشافعية فقالوا: المذهب للشيرازي 1/ 332: فإن أقر بمال، لم يقبل إقراره. وما لا يلزمه بالإقرار والاتباع لا يلزمه إذا فك عنه الحجر. مغني المحتاج للشرييني 2/ 172.
- (قلت): لعل سبب الخلاف هو النظر إلى الحجر هل هو لمصلحة المحجور عليه، أو هو لمصلحة الآخرين؟ فمن قال بالأول لم يعتبر لإقراره، ومن قال بالثاني قبله. وفي المذهب 1/ 332: لأننا لو قلنا يصح إقراره، توصل بالإقرار إلى إبطال معنى الحجر.
- (3) المحرر في الفقه ج: 1 ص: 342: ويصح الصلح عن كل مجهول تعذرت معرفته من عين ودين للحاجة. المبدع لابن قدامة 4/ 284. الإنصاف للمرداوي 5/ 242: سواء كان عينًا، أو دينًا، أو كان الجهل من الجانبين، أو ممن عليه، وهذا المذهب مطلقًا، وعليه جماهير الأصحاب. المغني لابن قدامة 4/ 317. وخالف الشافعية فقالوا: لا يصح. التلخيص: لابن القاص ص: 311: ولا يجوز لفظ الصلح أيضًا على مجهول القدر والصفة. المذهب للشيرازي 1/ 333. روضة الطالبين للنووي 4/ 203.
- (قلت): لعل سبب الخلاف: هو أن من نظر إلى أن الصلح على المجهول نوع من التبوع أجازته، ومن لا فلا. والله أعلم.
- (4) الكافي 2/ 210: ولا يجوز أن يشرع إلى الطريق النافذ جناحًا: وهو الروشن على أطراف خشب مدفونة في الحائط، ولا سبابًا: وهو المستولي على هواء الطريق على حائطين؛ لأنه بناء في ملك غيره بغير إذنه، فلم يجز كالبناء في أرض الطريق، ولا ميزابًا، ولا يبنى فيها دكة لذلك؛ لأنه يضر بالمارة أشبه ببناء بيت، ولا يباح ذلك بإذن الإمام لأنه ليس له الإذن فيما يضر بالمسلمين، وسواء أضر في الحال أو لم يضر. اهـ. الإنصاف للمرداوي 5/ 254. المبدع لابن قدامة 4/ 295. وخالف الشافعية فقالوا: المذهب للشيرازي 1/ 334: وإن =

- 290 - وَلَيْسَ لَهُ مَنَعُ جَارِهِ أَنْ يَضَعَ خَشْبَهُ عَلَى جِدَارِهِ إِذَا اضْطُرَّ إِلَيْهِ (1).
- 291 - وَلَا يَقُومُ الْجَدُّ مَقَامَ الْأَبِ فِي الْوِلَايَةِ عَلَى الْمَالِ عِنْدَ عَدَمِهِ (2)، (3).
- 292 - وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا جِدَارٌ؛ فَانْهَدَمَ؛ فَطَالَبَ أَحَدُهُمَا (صَاحِبَهُ بَيْنَائِهِ مَعَهُ أُجْبِرَ عَلَيْهِ) (4).

- = أخرج جناحاً إلى طريق، لم يخل: إما أن يكون الطريق نافذاً أو غير نافذ، فإن كان الطريق نافذاً نظرت: فإن كان الجناح لا يضر بالمارة، جاز ولم يعترض عليه. الإقناع للشريبي 207/2. الوسيط للغزالي 54/4. (قلت): لعل سبب الخلاف: هو أن من نظر إلى أن الطريق حق للعامة، منع من ذلك، ومن نظر إلى أنه حق مشترك بين الناس - وهذا من جملتهم - أجاز ذلك إن لم يحدث ضرراً. والله أعلم.
- (1) شرح منتهى الإرادات للبهوتي 271/2: يحرم وضع خشب على جدار دار أو مشترك إلا أن لا يمكن إلا به؛ فيجوز بلا ضرر نصاً. اهـ الإنصاف للمرداوي 262/5 كشف القناع للبهوتي 65/4. ووافق الشافعية في القول الصحيح، المذهب للشيرازي 335/1: وفي وضع جذوع الجار والحائط الذي بينه وبين شريكه قولان: قال في القديم: يجوز؛ فإذا امتنع الجار أو الشريك أجبر عليه؛ إذا كان الجذع خفيفاً لا يضر بالحائط، ولا يقدر على التسقيف إلا به، وقال في الجديد: لا يجوز بغير إذن، وهو الصحيح. مغني المحتاج للشريبي 187/2. تحفة المحتاج لابن حجر 210/5.
- (2) ج. مطموسة.
- (3) المحرر في الفقه ج: 1 ص: 346: والولاية عليهما قبل ذلك للأب، ما لم يعلم فسقه، ثم لو صبه بهذا الشرط، ثم للحاكم، وعنه أنها بعد الأب للجد. المبدع لابن قدامة 336/4. الإنصاف للمرداوي 323/5. وخالف الشافعية فقالوا: المذهب للشيرازي 449/1: ومن ثبت له الولاية في مال ولده، ولم يكن له ولي بعده، جاز له أن يوصي إلى من ينظر في ماله، وإن كان له جد لم يجز أن يوصي إلى غيره؛ لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع، فلا يجوز نقلها عنه بالوصية. الوسيط للغزالي 64/5. إعانة الطالبين 336/2.
- (قلت): لعل النظر في هذه المسألة هل إلى الحنو أو إلى الشرع؟ فمن نظر إلى الأول قدم الوصي، ومن نظر إلى الثاني قدم الجد، ولا شك أن الشرع أقام الجد مقام الأب في كثير من الأحيان. انظر بداية المجتهد 2/259. والله أعلم.
- (4) الفروع لابن مفلح 213/4. الإنصاف للمرداوي 269/5: يجبر الشريك على العمارة مع شريكه في الأملاك المشتركة، على الصحيح من المذهب والروايتين، قاله في الرعاية وغيرها، وعنه لا يجبر. منار السبيل 1/251. الروض المربع للبهوتي 212/2. وخالف الشافعية فقالوا: لا يجبر. المذهب للشيرازي 336/1: إذا كان بين رجلين حائط مشترك فانهدم، فدعا أحدهما صاحبه إلى العمارة وامتنع الآخر؛ ففيه قولان: قال في القديم يجبر، وقال في الجديد: لا يجبر. الوسيط للغزالي 58/4. الوجيز للغزالي 179/1.
- (قلت): في الأشباه والنظائر 86/1: الضرر لا يزال بالضرر، والممتنع ما امتنع إلا لأنه يستضر ببناء لا يريده، أو لا يقدر عليه، فكيف يجبر عليه!.

293 - وَإِذَا امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا<sup>(1)</sup> مِنْ بِنَائِهِ<sup>(2)</sup> فَبِنَاهُ الْآخَرَ كَانَ لَهُ مَنَعُ شَرِيكِهِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ<sup>(3)</sup>.

294 - وَيَلْزَمُ أَغْلَا الْجَارَيْنِ بِنَاءً أَنْ يَسْدِلَ<sup>(4)</sup> سِتْرَةَ تَمْنَعُهُ مِنَ الْإِشْرَافِ عَلَى الْأَسْفَلِ<sup>(5)</sup>.

295 - وَإِذَا ضَمِنَ عَن غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَأَدَّى بَيْنَةَ الرَّجُوعِ، فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ<sup>(6)</sup>.

296 - وَيَصِحُّ ضَمَانُ مَا لَمْ يَجِبْ نَحْوُ (ج10ب): إِنْ أَعْطَيْتَ فُلَانًا فَأَنَا ضَامِنُهُ<sup>(7)</sup>.

(1) ج. (ساقط).

(2) ج. بنيانه.

(3) المراجع السابقة.

(4) أ. فبان ببسيل.

(5) المحرر في الفقه لابن تيمية 1/ 243: يلزم أعلى الجارين سطحًا بناء سترة تمنع مشاركته على الأسفل.

الإنصاف للمرداوي 5/ 261: وهو من مفردات المذهب. شرح منتهى الإرادات للبهوتي 2/ 273 الروض المربع للبهوتي 2/ 214. المبدع لابن قدامة 4/ 303. الفروع لابن مفلح 4/ 216. وخالف الشافعية فقالوا: حاشية البجيرمي ج: 3 ص: 12: ولمالك فتح كوات، سواء كان من أهل الدرب أم لا، ولو كان يشرف من ذلك على حریم جاره، لتمكن الجار من دفع الضرر عنه ببناء سترة أمام الكوة، وإن تضرر صاحبها بمنع الضوء منها أو النظر. الغزالي في الوجيز 1: 179: وأما فتح الكوة فلا منع منه. الوسيط ج: 4 ص: 56. (قلت): سبب الخلاف هو هل المالك مقيد التصرف في ملكه بما لا يضر الغير أم لا؟ وإذا قلنا مقيد فهل يشترط في الضرر الممنوع أن يكون فاحشًا؟ - وهو الصحيح - فمن قال إن للمالك مطلق التصرف في ملكه أجاز له فتح الكوة وغيرها، ومن قيده بعدم الضرر قال لا. انظر المجلة 1/ 231. وانظر تفسير القرطبي 8/ 255 - 256. والله أعلم.

(6) الفروع ج: 4 ص: 175: والصحيح من المذهب: من قضى دين غيره بغير إذن ناوياً للرجوع، له الرجوع.

فتاوى ابن تيمية 34/ 99. المبدع لابن قدامة 5/ 52. دليل الطالب 1/ 286. الإنصاف للمرداوي 6/ 433. شرح منتهى الإرادات للبهوتي 2/ 250. وخالف الشافعية فقالوا: المهذب 1/ 341: وإن ضمن عن رجل دينًا بغير إذنه لم يجز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه، لأنه لم يدخل فيه بإذنه، فلم يلزمه تخليصه. الإقناع للشرييني ج: 2 ص: 314. حاشية البجيرمي 3/ 33. الوجيز للغزالي 1/ 185.

(قلت): لعل سبب الخلاف: هو الإذن: فمن شرطه، لم يجز الضمان بلا إذن من عليه الحق، وبالتالي لا يرجع بما ضمن، لأنه قد يكون معسرًا فيجب إنظاره، ومن لم يشترط الإذن أجاز. والله أعلم.

(7) شرح منتهى الإرادات للبهوتي 2/ 248: ويصح ضمانت لزيد ما يداينه بكر، أو ما يقر له به. المبدع لابن قدامة

4/ 253. الإنصاف للمرداوي 5/ 196. كشاف القناع للبهوتي 3/ 367. فتاوى ابن تيمية 29/ 549. وخالف الشافعية فقالوا: الوسيط للغزالي 3/ 236: إذا قال ضمن لك من فلان ما تقرضه منه، أو ضمن هذا المبيع إذا =

- 297 - وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْمَجْهُولِ كَقَوْلِهِ: ضَمِنْتُ لَكَ مَا فِي ذِمَّةِ فُلَانٍ<sup>(1)</sup>.
- 298 - وَإِذَا عَجَزَ عَنِ إِحْصَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ؛ لَزِمَهُ مَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ<sup>(2)</sup>.
- 299 - وَلَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ حَدٌّ (أ10أ). والله أعلم<sup>(3)</sup>.

- = بعته، فهو باطل على القول الجديد، وصحيح على القديم. الإقناع للشربيني ج: 2 ص: 315: ولا يصح ضمان ما لم يجب، كضمان ما سيقرضه زيداً، ونفقة الزوجة المستقبلية. إعانة الطالبين 3/ 345. المذهب للشيرازي 1/ 341. روضة الطالبين للنووي 4/ 250. ذكر طريقين.
- (قلت): لعل سبب الخلاف: هو هل يصح توثيق الدين قبل ثبوته في الذمة؟ من قال نعم، أجاز ضمان ما لم يجب، ومن لا فلا. والله أعلم.
- (1) فتاوى ابن تيمية 29/ 549: ضمان السوق وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التاجر من الديون، وما يقبضه من الأعيان المضمونة، ضماناً صحيحاً، وهو ضمان ما لم يجب، وضمن المجهول، وذلك جائز عند جمهور العلماء: كمالك وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل، وقد دل عليه الكتاب كقوله تعالى ﴿وَلَمَنْ جَاءَهُ يُوَدِّعْهُ جَلْبُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72]، والشافعي يبطله اهـ. الفروع لابن مفلح 6/ 366. الإنصاف للمرداوي 11/ 147. الروض المربع للبهوتي 2/ 182. وخالف الشافعية فقالوا: المذهب 1/ 340: ولا يجوز ضمان المجهول؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لأدمي، فلم يجز مع الجهالة كالثمن في البيع. روضة الطالبين للنووي 4/ 250. الإقناع للشربيني 1/ 2 / 315. الوسيط للغزالي 3/ 283.
- (قلت): الجهالة في البيوع وغيرها مما يبطل العقود، وما استدل به ابن تيمية ليس فيه جهالة: فالصواع معلوم للكل، لأنه مكياهم، وكذلك حمل البعير أوضح شيء عندهم. والله أعلم.
- (2) المبدع لابن قدامة 4/ 266: وإن تعذر إحضاره مع بقائه، لزم الكفيل الدين أو عوض العين. شرح منتهى الإرادات للبهوتي 2/ 253 و254. المقنع لابن قدامة ص: 120. المحرر في الفقه لابن تيمية 1/ 341. وخالف الشافعية فقالوا: الصحيح لا يلزمه. الوجيز للغزالي 1/ 184: فإن مات، أو هرب، أو اختفى، فالصحيح أنه لا يلزمه شيء، وقيل يلزمه الدين إن قامت به بيته. المذهب للشيرازي 1/ 344.
- (قلت): سبب الخلاف هو هل الضمان وقع على البدن أو على الحق؟ بداية المجتهد 1/ 265.
- (3) الإنصاف للمرداوي 5/ 210: ولا تصح ببدن من عليه حد أو قصاص، هذا المذهب، وعليه الأصحاب، وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: تصح، واختاره في الفائق. المبدع لابن قدامة 4/ 262 لا تصح. الفروع لابن مفلح 4/ 186. المحرر في الفقه لابن تيمية 1/ 341. ووافق الشافعية، التنبيه للشيرازي ص: 106-107: وإن تكفل ببدن من عليه حد لله - عز وجل - لم يصح أه المذهب للشيرازي 1/ 343.