

شرح المقنع

لابن مفلح

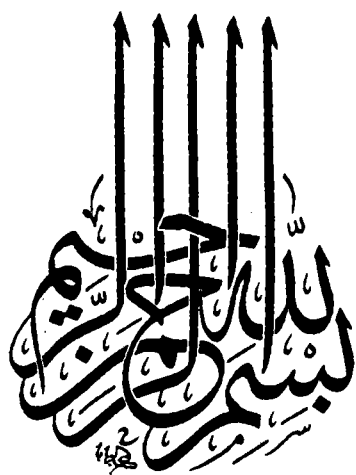
برهان الدين، أبي إسحاق، إبراهيم بن محمد
(٨١٦ - ٨٨٤ هـ)

الجزء الرابع

كتاب البيع - كتاب الحجر - كتاب الشركة

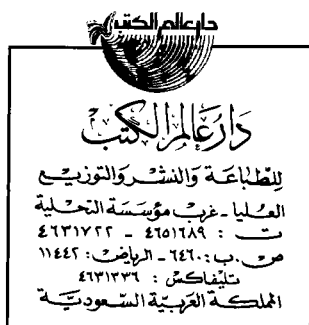
دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المبتدع
شرح المقنع

جميع الحقوق محفوظة
١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م



فصل

السابع : خيار يثبت لاختلاف المتبايعين ، فمتى اختلفا في قدر الثمن تحالفا ، فيبدأ يمين البائع .

فصل

(السابع : خيار يثبت لاختلاف المتبايعين) وهو صور (فمتى اختلفا في قدر الثمن) بأن قال : بعتك بمائة ، وقال الآخر : اشتريت بثمانين ، ولا بينة بينهما (تحالفا) نقله الجماعة ، لما روى ابن عباس مرفوعاً ؛ قال : «لو يعطى الناس بدعواهم ، لادعى ناس دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه ، ولفظه لمسلم ، ولليتهقي : «البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر» ولأنَّ كلاً منهما مدعٍ ومنكر صورة ، وكذا حكماً لسماع بينة كل منهما . قال في «عيون المسائل» : لا تسمع إلا بينة المدعي باتفاقنا ، ويؤكد ذلك حديث ابن مسعود : أن النبي ﷺ قال : «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، ولا بينة لأحدهما تحالفا» .

وعنه : يقبل قول بائع مع يمينه ، ذكره في «الترغيب» المنصوص لما روى ابن مسعود مرفوعاً قال : «إذا اختلف البائعان ، وليس بينهما بينة ، فالقول قول صاحب السلعة ، أو يترادآن» رواه أحمد ، وكاختلفا بعد قبضه ، وفسخ العقد بعيب ، أو إقالة في المنصوص . وجوابه : بأنه منقطع ، قاله الشافعي ، لكن قد تعددت طرقه ، قال ابن عبد البر : هو محفوظ مشهور ، وقد اشتهر بالحجاز والعراق شهرة يستغني عن الإسناد . وعنه : يقبل قول مشتر مع يمينه ، لاتفاقهما على حصول الملك له ، ثم البائع يدعي عليه عوضاً والمشتري ينكر بعضه ، والقول قول المنكر . ونقل أبو داود : يقبل قول البائع ، أو يتردآن . قيل : فإن اقام كل منهما بينة ؟ قال : كذلك (فيبدأ يمين البائع) لأنه أقوى جنبه من المشتري ، لكون المبيع يرد إليه ، وأكثر الروايات ، فالقول ما قال البائع .

فيحلف ما بعته بكذا ، وإنما بعته بكذا ، ثم يحلف المشتري : ما اشتريته بكذا ، وإنما اشتريته بكذا ، فإن نكل أحدهما ، لزمه ما قال صاحبه ، وإن تحالفا فرضي أحدهما بقول صاحبه أقرَّ العقد ، وإلا فلكل واحد منهما الفسخ ، وإن كانت السلعة تالفة رجعا إلى قيمة مثلها .

(فيحلف ما بعته بكذا ، وإنما بعته بكذا ، ثم يحلف المشتري ما اشتريته بكذا ، وإنما اشتريته بكذا) هذا هو الأشهر يذكر كل منهما نفياً وإثباتاً ، الإثبات لدعواه ، والنفي لما ادعي عليه ، فيبدأ بالنفي ، لأن الأصل في اليمين أنها للنفي ، وعنه : يبدأ بالإثبات .

وظاهره يكفي كل واحد يمين واحدة ؛ لأنه أقرب إلى فصل القضاء .

(فإن نكل أحدهما) سواء كان البائع أو المشتري (لزمه ما قال صاحبه) لقضاء عثمان على ابن عمر . رواه أحمد . ولأن النكول بمنزلة الإقرار ، وظاهره : ولو أنه بدل شقِّي اليمين ، فإنه يُعدُّ ناكلاً ، ولا بدُّ أن يأتي فيها بالمجموع .

(وإن تحالفا ، فرضي أحدهما بقول صاحبه ، أقرَّ العقد) لأن الراضي إن كان البائع ، فلا خيار للمشتري ، لأنه حصل له ما ادعاه ، وكذا إن كان المشتري (وإلا) أي : إذا لم يرض أحدهما بقول الآخر (فلكل واحد منهما الفسخ) في ظاهر كلام أحمد ، وهو المذهب ، لأنه عقد صحيح ، فلم يفسخ باختلافهما وتعارضهما في الحجة ، كما لو أقام كل منهما بينة ، وقيل : يفسخ بنفس التحالف ، وزعم ابن الزاغوني أنه المنصوص ؛ لأن القصد من التحالف رفع العقد ، فاعتمد ذلك .

وقيل : إن امتنع من الأخذ بقول صاحبه ، انفسخ ، وهو ظاهر «الخرقي» وظاهره : أنه لا يفتقر إلى حكم حاكم ، وقيل : بلى ، وقطع به ابن الزاغوني ، لوقوع الخلاف فيه ، كالمرأة إذا زوجها وليّان . وجوابه : أنه فسخ لاستدراك الظلامة ، أشبه ردّ المعيب ، ولا يشبه النكاح لاستقلال كل منهما بالطلاق .

(وإن كانت السلعة تالفة) تحالفا (ورجعا إلى قيمة مثلها) اختاره الخرقي ، وقدمه في «الحرر» وجزم به في «الوجيز» لعموم ما سبق ، فيغرم المشتري القيمة ، لتعذر ردّ العين . وظاهره : ولو كانت مثلية، وفيه شيء ، ويقبل قول المشتري

فإن اختلفا في صفتها ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، وعنه : لا يتحالفان إذا كانت تالفة ، والقول قول المشتري مع يمينه ، وإن ماتا فورثتهما بمنزلتهما ، ومتى فسخ المظلوم منهما انفسخ العقد ظاهراً وباطناً ، وإن فسخ الظالم ، لم

فيها ، نقله محمد بن العباس . وفي «المغني» و«الشرح» أن قيمة السلعة إن كانت مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ؛ فيقبل قوله مع يمينه لعدم الفائدة في يمين البائع ، وفسخ البيع ، وإن كانت أقل ، فاحتمالان ، أحدهما كما ذكرنا ، والآخر : يشرع التحالف ، لحصول الفائدة للمشتري .

(فإن اختلفا في صفتها ، فالقول قول المشتري مع يمينه) لأنه غارم ، وسواء كانت الصفة عيباً كالبرص ، وخرق الثوب ، أو لا ، كالسمن والكتابة ، وقيل : يقبل قول بائع في نفي العيب ، قدمه في «المحرر» وغايته تعارض أصلان ، فخرج قولان ، فإن كان البائع قبض الثمن ، وشارك القيمة ، وكانا من جنس واحد تعارضا ، وتساقطا ، وإلا سقط الأقل ، ومثله من الأكثر .

وظاهر كلام أبي الخطاب : أن القيمة إن زادت على الثمن أن المشتري لا يلزمه الزيادة ، وقرره ابن المنجأ على وجه ، وليس بظاهر .

(وعنه : لا يتحالفان إذا كانت تالفة) لمفهوم قوله عليه السلام : «والسلعة قائمة» فدل على أنه لا يشرع عند عدمها (والقول قول المشتري مع يمينه) لأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري ، واختلفا في قدر زائد يدعيه البائع ، وينكره المشتري ، والقول قول المنكر ، والأول أولى .

قال الإمام أحمد : لم يقل فيه : «والمبيع قائم» إلا يزيد بن هارون ، وقد أخطأ ، رواه الخلق عن المسعودي بغير هذه الزيادة . ولم يرجح في «الفروع» شيئاً . (وإن ماتا فورثتهما بمنزلتهما) لأنهم يقومون مقامه في أخذ ماله ، وإرث حقوقه ، فكذا فيما يلزمه ، وكذا إن مات أحدهما .

(ومتى فسخ المظلوم منهما) سواء كان البائع ، أو المشتري (انفسخ العقد ظاهراً وباطناً) لأنه معذور (وإن فسخ الظالم) أي : الكاذب عالماً بكذبه (لم

ينفسخ في حقه باطناً ، وعليه إثم الغاصب . وإن اختلفا في صفة الثمن تحالفا ،
إلا أن يكون للبلد نقد معلوم ، فيرجع إليه ، وإن اختلفا في أجل أو شرط ،
فالقول قول من ينفيه . وعنه : يتحالفان ، إلا أن يكون شرطاً فاسداً ، فالقول
قول من ينفيه ،

ينفسخ في حقه باطناً) لأنه لا يحل له الفسخ ، فلم يثبت حكمه بالنسبة إليه لكونه
لا عذر له ، وظاهره أنه يثبت بالنسبة إلى صاحبه ، فيباح له التصرف فيما رجع
إليه ، لأنه عاد إليه بحكم من غير عدوان منه .

(وعليه أي : الظالم (إثم الغاصب) لأنه غاصب ، قال ابن المنجّأ : لم أجد مما
قال المؤلف نقلاً صريحاً يوافقه ، ولا دليلاً يقتضيه ، وفيه شيء ، فإنه قوي من جهة
النظر ، وهو اختياره هنا ، ونقل في «المعني» و«الكافي» تبعاً لأبي الخطاب : إن كان
البائع ظالماً لم ينفسخ العقد باطناً ؛ لأنه يمكنه إمضاء العقد ، واستيفاء حقه ، فلا
ينفسخ باطناً ، ولا يباح له التصرف في المبيع ؛ لأنه غاصب ، وإن كان المشتري
ظالماً انفسخ العقد مطلقاً ، والمذهب عند الجمهور : أنه ينفسخ العقد ظاهراً
وباطناً ، لأنه فسخ لاستدراك ظلامته ، أشبه الرد بالعيب .

(وإن اختلفا في صفة الثمن تحالفا) أي : إذا كان في البلد نقود ، لأنهما
اختلفا في الثمن على وجه لا يترجح أحدهما ، فوجب التحالف ، كما لو
اختلفا في قدره (إلا أن يكون للبلد نقد معلوم ، فيرجع إليه) نص عليه ؛ لأن
الظاهر وقوع العقد به ، فإن كان ثَمَّ نقود وأحدها غالب ، أخذ به في ظاهر
كلامه ، فإن تساوت فأوسطها ، وعنه : الأقل ، وقال القاضي : يتحالفان .

(وإن اختلفا في أجل أو شرط) صحيح (فالقول قول من ينفيه) جزم به في
«الوجيز» لأن الأصل عدمه ، وكما لو اختلفا في أصل العقد ، ويحلف على ذلك ،
لأن قول الآخر محتمل .

(وعنه يتحالفان) قدمه في «المحرر» لأنهما اختلفا في صفة العقد ، فوجب
تحالفهما ، كالاختلاف في الثمن ، وهذا الخلاف جارٍ في الاختلاف في الرهن
والضمين ، وفي قدر ما وقعا به ، وفي قدر الأجل (إلا أن يكون شرطاً فاسداً)
كما لو قال أحدهما : وقع بخمر ، أو خيار مجهول ، (فالقول قول من ينفيه)

وإن قال : بعتي هذين ، قال : بل أحدهما ، فالقول قول البائع ، وإن قال : بعتي هذا ، قال : بل هذا ، حلف كل واحد منهما على ما أنكره ، ولم يثبت بيع واحد منهما .

مع يمينه ؛ لأن الظاهر من حال المسلم ، أنه لا يتعاطى إلا عقدًا صحيحًا .
وعلم منه أنه يقبل قول مدعي الصحة ، دون فساد ، فلو قال : بعتك ، وأنا صبي ، أو غير مأذون لي في التجارة ، وأنكره المشتري ، قدم قوله ، نص عليه ، وفيه وجه عكسه ؛ لأنه الأصل ، وفي «الانتصار» : لو اختلفا في صحته وفساده قبل قول البائع مدعي فساد . انتهى ، فإن أقام كل منهما بينة ، قدمت بينة المدعي ، وقيل : يسقطان .

(وإن قال : بعتي هذين) بمائة (قال : بل أحدهما) بخمسين ، أو قال : بعتك هذا العبد بألف ، قال : بل هو والعبد الآخر (فالقول قول البائع) مع يمينه ، نص عليه ، لأن البائع ينكر القدر الزائد ، فاختصت اليمين به ، كما لو اختلفا في أصل العقد .

وعنه : يتحالفان ، صححها ابن عقيل ، كثر منه ، وقدمها في «التبصرة» وغيرها ، قال في «الشرح» : وهو أقيس ، وأولى .

(وإن قال : بعتي هذا ، قال : بل هذا ، حلف كل واحد منهما على ما أنكره) لأن كل واحد منهما يدعي عقدًا على مبيع ينكره الآخر ، فيحلف على ما أنكره .

(ولم يثبت بيع واحد منهما) جزم به في «الوجيز» لأن الذي ادّعاه المشتري أنكره البائع وحلف عليه ، والقول قول المنكر مع يمينه ، والذي أقره البائع لا يدعيه المشتري .

ونقل ابن منصور : يؤخذ بقول البائع ، قدمه في «المحرر» ثم ما ادّعاه البائع مبيعًا ، إن كان بيد المشتري ، ففي «المنتخب» : لا يرد إليه . وفي «المغني» : يرد ، كما لم يدّعه ، قال : ولا يطلبه إن بذل ثمنه ، وإلا فسخ ، فإن كان أمة ، وأنكر المشتري بيعها ، لم يطأها البائع هي ملك لذلك ، ونقله جعفر ، قال

وإن قال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه ، وقال المشتري : لا أسلمه حتى أقبض المبيع ، والثن عيّن ، جعل بينهما عدل يقبض منهما ، ويسلم إليهما ، وإن كان دينًا أجبر البائع على التسليم ، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضرًا معه ، وإن كان غائبًا بعيدًا ، أو المشتري معسرًا ، فللبائع الفسخ ،

أبو بكر : لا يبطل البيع بجحوده .

فرغ : إذا أقام كل منهما بينة بدعواه ، ثبت العقدان ، لعدم تنافيهما . وإن أقام أحدهما بيّنة ، ثبت ، ويحلف المنكر للآخر ، ويبطل حكمه .

(وإن قال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه ، وقال المشتري : لا أسلمه حتى أقبض المبيع ، والثن عيّن) وفي «الشرح» أو عرض ، وفيه شيء (جعل بينهما عدل يقبض منهما ، ويسلم إليهما) الواو بمعنى «ثم» وكذا ذكره في «المحرر» وغيره ، لأنهما استويا في تعلق حقّهما بعين الثمن والمثمن ، وإذا كان كذلك ، وجب نصب عدل يفعل ما ذكر ، لأنّ فيه تسوية بين المتساويات ، فيسلم المبيع أولاً ، ثمّ الثمن ، قدّمه في «الفروع» ، وجزم به في «الوجيز» . وقيل : يسلمهما معًا ، ونقله ابن منصور ، وهو ظاهر كلامه ، لتساويهما . قال ابن حمدان : ومن أمكنه منهما التسليم الواجب عليه ، فأباه ، ضمن ما تلف به ، كغاصب . وأيهما بدأ بالتسليم أجبر الآخر ، وأيهما يلزمه البداءة ؟ يحتمل وجهين ، وعنه : يجبر البائع على التسليم أولاً .

(وإن كان دينًا) أي : وقع الثمن بثمن في الذّمة (أجبر البائع على التسليم) نصّ عليه ، وأنه لا يملك حبس المبيع على قبض ثمنه حالاً أو مؤجلاً ، واختار المؤلف ، وقاله في «الانتصار» خلافه ، لأنّ في تسليمه بدون ذلك ضرراً عليه (ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضرًا معه) لأنّ حقّ المشتري تعلق بعين المبيع ، وحقّ البائع تعلّق بالذّمة ، فوجب تقديم ما تعلق بالعين ، كتقديم المرتهن على سائر الغرماء . فإن كان عرضًا بعرض ، لم يجب تسليم البائع بلا خلاف في المذهب (وإن كان) الثمن (غائبًا بعيدًا) أي : في مسافة القصر ، (أو المشتري معسرًا) قال الشيخ تقي الدين : أو ماطلاً (فللبائع الفسخ)

وإن كان في البلد ، حجر على المشتري في ماله كله حتى يسلمه ، وإن كان غائبًا عن البلد قريبًا احتمل أن يثبت للبائع الفسخ ، واحتمل أن يحجر على المشتري ، ويثبت الخيار للخلف في الصفة .

ذكره الأكثر ، لأنَّ عليه ضررًا في تأخير الثمن ، فكان له الفسخ والرجوع في عين ماله ، كمفلس وكميع .

نقل الشَّالنجي : لا يكون مفلسًا إلا أن يفلسه القاضي ، أو يبين أمره في الناس . وفي «الانتصار» : إن قارن الإفلاس العقد ، ولم يعلم ، لم يصح ، وإن قبضه ، ثم أفلس ، فله الفسخ ، نصَّ عليه .

(وإن كان في البلد) أو بينه (حجر على المشتري في ماله كله) ومن جملة المبيع (حتى يسلمه) لئلا يتصرف في ماله تصرفًا يضرُّ بالبائع ، وإن كان مؤجلًا ، بقي الحجر فيه إلى أجله ، قاله في «الوجيز» . وقال ابن حمدان : ويحتمل أن يباع المبيع - وقيل : وغيره من ماله - في وفاء ثمنه ، إذا تعذر لإعسار أو بُعِد .

(وإن كان) الثمن (غائبًا عن البلد قريبًا) أي : دون مسافة القصر (احتمل أن يثبت للبائع الفسخ) لأنَّ في التأخير ضررًا عليه (واحتمل أن يحجر على المشتري) حتى يسلمه ، لأنَّه في حكم الحاضر وحكماهما في «المحرر» و«الفروع» وجهين من غير ترجيح ، والفسخ لا يفتقر إلى حكم حاكم ، لأنَّه فسخ للبيع ، لتعذر ثمنه ، بخلاف الحجر عليه .

مسألة : إذا أحضر المشتري ، أو وارثه ، أو وكيله - نصف الثمن ، فهل يأخذ نصف المبيع ، أو كله ، أو لا يقبض شيئًا حتى يزن الباقي ، أو يفسخ البيع ، ويردُّ ما أخذه ؟ فيه أوجه ، وقيل : لا يستحق مطالبته بثلثين وثلثين مع خيار شرط . ومثله المؤجر بالنقد في الحال ، ذكره في «الوجيز» و«الفروع» .

(ويثبت الخيار للخلف في الصفة) وفيه صورتان ، إحداهما : يثبت الخيار ، كما لو شرط كونه مسلمًا أو بكراً ، فبان بخلافه .

الثانية : أن يشترط الأدنى ، فيظهر الأعلى ، كالكفر والثبوبة ونحوهما ، فإذا بان بخلافه ، فالأشهر أنَّه لا خيار له ، لأنَّه زاده خيرًا .

وتغيّر ما تقدمت رؤيته ، وقد ذكرناه .

فصل

ومن اشترى مكيلًا ، أو موزونًا ، لم يجز بيعه حتى يقبضه ، وإن تلف قبل قبضه ، فهو من مال البائع .

(وتغير ما تقدمت رؤيته) أي : إذا رآيا المبيع ، ثم عقدا عليه ، ثم وجده المشتري متغيّرًا ، (وقد ذكرناه) أي : الخلف في الصفة المذكور في باب الشروط في البيع ، وتغير الرؤية المذكور في الفصل السادس من البيع ، بما يغني عن إعادته .

فصل

(ومن اشترى مكيلًا ، أو موزونًا) وظاهر المذهب : أو معدودًا ، وقاله الحرقى ، والأشهر ، أو مذروغًا ، جزم به في «الحرر» أي : إذا اشتراه بما ذكر ، ملكه بالعقد ، وذكره الشيخ تقي الدين إجماعًا ، وفي «الانتصار» رواية : لا ، نقل ابن منصور : ملك البائع فيه قائم حتى يوفيه المشتري ، وفي «الروضة» يلزم البيع بكيله أو وزنه .

ولهذا قال : لكل منهما الفسخ بغير اختيار الآخر ما لم يكيلا أو يزنا ، ولم يرتضه في «الفروع» . ثم قال : فيتجه إذن في نقل الملك روايتا الخيار (لم يجز بيعه حتى يقبضه) في ظاهر كلام أحمد ، لأنّه عليه السّلام نهى عن بيع الطعام قبل قبضه . متفق عليه .

وقال ابن عمر : رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ ؛ أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحالهم . متفق عليه . وكان الطعام مستعملًا يومئذ غالبًا فيما يؤكل ويوزن ، والإجارة والهبة ، ولو بلا عوض ، والرهن ولو قبض ثمنه ، والحوالة عليه كالبيع ، فلو تقابضاه جزأًا لعلمهما قدره ، صح مطلقًا ، ويصح عتقه قولًا واحدًا ، قال أبو يعلى الصغير : والوصية به ، والخلع عليه .

(وإن تلف قبل قبضه فهو من مال البائع) وذلك على ضربين ، أحدهما : أن

إلا أن يتلفه آدمي ، فيخير المشتري بين فسخ العقد ، وبين إمضائه ، ومطالبة متلفه بمثله .

يكون بأمر سماوي ، فهذا يفسخ فيه العقد ، لأنه عليه السلام نهى عن ربح ما لم يضمن ، والمراد به ربح ما يبيع قبل القبض ، لأن ربح ما يبيع بعده من ضمان المشتري وفاقاً .

الثاني : أن يكون بغيره ، وهو ظاهر (إلا أن يتلفه آدمي ، فيخير المشتري بين فسخ العقد) والرجوع بالثمن (وبين إمضائه ومطالبة متلفه ببدله) أي : بمثله إن كان مثلياً ، وإلا بقيمته ؛ لأن الإتلاف كالعيب ، وقد حصل في موضع يلزم البائع ضمانه ، فكان له الخيار كالعيب في المبيع .

وقال المجد ، وجماعة : الواجب القيمة ، فقليل : مرادهم ما تقدّم ، وأرادوا بالقيمة البديل الشرعي ، ونصر القاضي موفق الدين القيمة على ظاهر كلام المجد ، إذ هو في كلامه أظهر من كلام غيره ، وعلمه بأن الملك هنا استقر على المالئة ، فلذلك وجبت القيمة ، والمثالية لم يستقر الملك عليها ، فلذلك لم يجب .

وشمل كلامه إتلاف البائع ، وقيل : يفسخ العقد ، فيرجع المشتري بالثمن لا غير ، كما لو تلف بفعل الله تعالى ، وفرق الأصحاب بينهما ؛ لأن التلّف بفعل الله تعالى لم يوجد فيه مقتضى الضمان ، بخلاف ما إذا أتلفه ، فإن إتلافه يقتضي الضمان بالمثل ، وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن ، فكانت الخيرة إلى المشتري في التضمين بأيهما شاء .

ويستثنى من ذلك ، ما إذا أتلفه المشتري ؛ لأن ذلك كالقبض ، ويستقر عليه الثمن ، فلو أتلف بعضه قبل قبضه ، انفسخ في قدره ، وخير المشتري في باقيه ، جزم به في «المحرر» وغيره ، وفي «الفروع» : هل يخير المشتري في باقيه ، أو يفسخ ؟ فيه روايتا تفريق الصفقة .

فرع : إذا باع شاة بشعير ، فأكلته قبل قبضه ، فإن كانت في يد المشتري فهو كما لو أتلفه ، وكذا إن كانت في يد البائع أو غيره ، وإن لم تكن في يد أحد انفسخ ؛ لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينتسب إلى آدمي ، فهو كتلفه بفعل

وعنه : في الصبرة المتعينة ، أنه يجوز بيعها قبل قبضها ، فإن تلفت ، فهي من مال المشتري ، وما عدا المكيل والموزون ، يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، وإن تلف فهو من مال المشتري .

اللَّهُ تعالى .

(وعنه : في الصبرة المتعينة : إنه يجوز بيعها قبل قبضها ، وإن تلفت فهو مال المشتري) نقلها أبو الحارث ، والجوزجاني ، واختار القاضي وأصحابه ، وفي «الحرر» : هي المشهورة ، لقول ابن عمر : مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا ، فهو من مال المشتري ، ولأن التعيين كالقبض ، قال ابن حمدان : وعنه : أو مشاعا ، كنصفه ، أو ثلثه .

والمذهب : أنه يجوز التصرف فيه ، كأخذه بشفعة ، بخلاف ما إذا كان مبهما يتعلق به حق توفية ، كقفيز من صبرة ، ورطل من هذه الزبرة ، فإنه يفتقر إلى القبض على المعروف في المذهب (وما عدا المكيل والموزون) وكذا المعدود والمذروع (يجوز التصرف فيه قبل قبضه) كالعبد والدار على المذهب لقول ابن عمر : كنا نبيع الإبل بالبقيع بالدرهم ، فأخذ عنها الدنانير ، وبالعكس ، فسألنا رسول الله ﷺ ، فقال : «لا بأس أن تأخذ بسعرها يومها ، ما لم تفترقا وبينكما شيء» رواه الخمسة ، وهو من رواية عطاء بن السائب وسماك ، وفيهما كلام .

قال الترمذي : لا نعرفه مرفوعا ، إلا من حديث سماك عن سعيد بن جبير ، عن ابن عمر .

فهذا تصرف في الثمن قبل قبضه ، وهو أحد العوضين ، ولأنه مبيع لا يتعلق به حق توفية ، فصح بيعه كالمال في يد المودع والمضارب .

(وإن تلف فهو من مال المشتري) لقوله عليه السلام : «الخراج بالضمان» وهذا المبيع للمشتري فضمانه عليه ، وهذا إذا لم يمنعه البائع ، نص عليه ، فإن منعه منه حتى تلف ، ضمنه ضمان غصب لا عقد ، وليس للزوم من أحكام القبض على الأعراف ، وسواء تمكن من قبضه أولا ، جزم به في «المستوعب» .

وقال الشيخ تقي الدين : إذا تمكن من قبضه ، وقال : ظاهر المذهب فرق بين ما

وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى : أنه كالملك والموزون في ذلك ، ويحصل القبض فيما بيع بالكيل والوزن بكيله أو وزنه .

تمكن من قبضه ، وغيره ليس هو الفرق بين المقبوض وغيره ، وفي كلام الشيخين ما يخالفه (وذكر أبو الخطاب فيه) أي : «الانتصار» (رواية أخرى) واختارها ابن عقيل (أنه كالملك والموزون في ذلك) أي : لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، وأخذها أبو الخطاب من قوله في رواية الأثرم : أن الصبر لا تباع حتى تنقل .

قال : وهي معينة ، كالعبد والثوب ، لكن رواية مهنًا في الصداق أظهر من هذا ، فإنه قال فيمن تزوج امرأة على غلام بعينه ، ففقت عين الغلام ، ولم يقبضه : فهو على الزوج . فعلى هذا إذا تلفت قبل قبضه ، فهو من مال البائع .

وعنه : أن ما كان مطعوماً لا يجوز بيعه قبل قبضه ، قال ابن عبد البر : هذا هو الأصح عن أحمد ، وفي «الكافي» : إن ذلك مقتضى الدليل ، وعنه : إذا كان مكياً أو موزوناً ، وهو ظاهر كلام أبي بكر في «التنبية» .

تنبيه : المبيع بصفة أو رؤية سابقة حكم ما تعلق به حق توفية ، أي : أنه من ضمان بائعه حتى يقبضه المبتاع ، ولا يصح تصرف مشتر فيه قبل قبضه مطلقاً ، وثمن ليس في ذمة كمتن ، وما في الذمة له أخذ بدله لاستقراره ، وكل عوض يملك بعقد يفسخ بهلاكه قبل القبض ، لا يجوز التصرف فيه قبله ، وجوز الشيخ تقي الدين التصرف فيه ، لعدم قصد الريح ، وما لا يفسخ بهلاكه قبل القبض يجوز التصرف فيه قبله ، ككناج وخلع وعتي على مال ، وصليح عن دم عمد ؛ لأن المقتضي للتصرف الملك ، وقد وجد .

وقيل : كبيع ، فيجب بتلفه مثله أو قيمته ، ولا فسخ ، واختار الشيخ تقي الدين : لهما فسخ النكاح ، لفوت بعض المقصود ، كعيب مبيع ، ولو تعين ملكه في موروث ، أو وصية ، أو غنيمة ، لم يعتبر قبضه بغير خلاف لعدم ضمانه بعقد معاوضة ، كمييع مقبوض ، وكوديعة ونحوها ، بخلاف ما قبضه شرط لصحة عقده ، كصرف وسلم .

(ويحصل القبض فيما بيع بالكيل والوزن بكيله أو وزنه) لما روى عثمان

وفي الصبرة ، وفيما ينقل بالنقل .

مرفوعًا ؛ قال : «إذا بعث فِكْلٌ ، وإذا ابتعت فَاكْتَلٌ» رواه أحمد ، وهو للبخاري بغير إسناد ، وعن أبي هريرة مرفوعًا ؛ قال : «من اشترى طعامًا ، فلا يبعه حتى يكتاله» رواه مسلم .

وقبض ما يعدُّ ويُذرَع بعده وذَرَعه ، نظرًا للعرف ، وظاهره : أنه لا يشترط نقله على المذهب ، وشرطه حضور مستحقٍّ أو نائبه ، فلو اشترى منه مكيلًا بعينه ، ودفع إليه الوعاء ، وقال : كِلُهُ ، فإنه يصير مقبوضًا . قال في «التلخيص» : وفيه نظر . وتصحُّ استنابة من عليه الحقُّ للمستحقِّ ، وقيل : لا ، ونصُّه : أن طرفه كيده ، بدليل تنازعهما فيه ، وأنه يصحُّ قبض وكيل من نفسه لنفسه ، وهل يكتفى بعلم كَيْل ذلك قبل شرائه ؟ على روايتين ، وخصهما في «التلخيص» بالمجلس ، فإن كان المبيع في المكيال ، ففرغه منه وكاله فهو قبض ، وإلا فلا ، ذكره جماعة .

فإن أعلمه بكيله ، ثم باعه به ، لم يجز ، نقله الجماعة ، وكذا جزأً ، قاله المؤلف ، وإن قبضه جزأً لعلمه قدره ، جاز ، وفي المكيل روايتان .

تنبيهٌ : إذا قبضه مشترٍ ، فوجده زائدًا ما لا يتغابن به ، أعلمه ، ونقل المروذي : يرده ، وإن قبضه مصدقًا لبائعه في كيله ، أو وزنه ، برئ عن عهده ، وإن ادَّعى أنه أقلُّ من حقِّه ، فوجهان ، وإن لم يصدِّقه قبل قوله في قدره .

ومؤنة كَيْالٍ ، ووزانٍ ، وعدَّادٍ ونحوه على باذله من بائع ومشتري ، وفي «النهاية» : أجرة نقله بعد قبض البائع له عليه ، ومؤنة المتعين على المشتري ، إن قلنا : كمقبوض ، وأطلقه في «المغني» و«الشرح» ، لأنه لا يتعلق به حق توفية ، نصُّ عليه .

ولا يضمن ناقدٌ حاذقٌ خطأ ، نصُّ عليه ، وإتلاف مشترٍ ، ومتهب بإذنه قبض ، لا غصبه وغصب بائع ثمنًا ، أو أخذه بلا إذنه ، ليس قبضًا إلا مع المقاصَّة ، ويصحُّ قبضه مشتر بغير رضی البائع .

(وفي الصبرة ، وفيما ينقل) كالثياب والحيوان (بالنقل) لحديث ابن عمر : كنَّا

وفيما يتناول بالتناول ، وفيما عدا ذلك بالتخلية ، وعنه : أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز

نشترى الطعام من الركبان جزأً ، فهناك النبي ﷺ أن نبيعه حتى ننقله . رواه مسلم . وعلم منه أن المراد بالملك والموزون ما يبيع بهما ، لا ما كان مكيلاً أو موزوناً في نفسه ، فيحمل المطلق على المقيد . فإن كان حيواناً فقبضه بمشيئه من مكانه .

(وفيما يتناول) كالجواهر والأثمان (بالتناول) إذ العرف فيه ذلك (وفيما عدا ذلك) كالعقار ، والثمرة على الشجر (بالتخلية) إذ القبض مطلق في الشرع ، فيرجع فيه إلى العرف كالحرز والتفرق .

قال الخرقي : من غير حائل ، وكذا في «المغني» و«الترغيب» ومعناه أن يفتح له باب الدار ، أو يسلمه مفتاحها ونحوه ، وإن كان فيها متاع للبائع ، قاله الزركشي .
(وعنه : إن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز) نصره القاضي وجماعة ، لأنه خلاً بينه وبين المبيع مع عدم المانع ، فكان قبضاً له كالعقار .

أصل : يحرم تعاطيهما بيعاً فاسداً ، فلا يملك به ، لأنه نعمة ، ولا ينفذ تصرفه لعدم الملك ، وخرَّج أبو الخطاب فيه من طلاق في نكاح فاسد ، وهو كمغصوب ، وقال ابن عقيل وغيره : كمقبوض للسوم ، ومنه خرَّج ابن الزاغوني : لا يضمنه ، ويضمنه بعقد فاسد بقيمته .

قال الشيخ تقي الدين : لأنهم تراضوا بالبدل ، الذي هو القيمة ، كما تراضوا في مهر المثل . وذكر أبو بكر : يضمنه بالمسمى لا القيمة ، كالنكاح والخلع ، وفي «الفصول» : يضمنه بالثمن ، والأصح بقيمته ، كمغصوب ، وفي «المغني» و«الترغيب» : أو مثله يوم تلفه ، وفي ضمان زيادة وجهان ، بناء على أنها أمانة أو لا ، وفي «المغني» و«الترغيب» : إن سقط الجنين ميتاً ، فهدر .

وقال أبو الوفاء : يضمنه ، ويضمنه ضاربه ، ومتى ضربه أجنبي ، فللبائع من الغرة قيمة الولد ، والبقية لورثته ، وسوم إجارة كبيع ، ذكره في «الانتصار» ، وولده كهؤلاء ولد جانية وضامنة .

والإقالة فسخ يجوز في المبيع قبل قبضه ، ولا يستحق بها شفعة ، ولا يجوز إلا بمثل الثمن ، وعنه : أنها بيع ، فلا يثبت فيها ذلك ، إلا بمثل الثمن في أحد الوجهين .

(والإقالة) مستحبة ، لما روى ابن ماجه عن أبي هريرة مرفوعاً ، قال : «من أقال مسلماً أقاله الله عثرته يوم القيامة» ورواه أبو داود ، وليس فيه ذكر يوم القيامة . وهي (فسخ) في الأصح ، إذ هي عبارة عن الرّفْع والإزالة ، يقال : أقالك الله عثرتك ، أي : أزالها ، فكانت فسخاً للعقد بدليل جوازها في السّلم ، مع إجماعهم على المنع من بيعه قبل قبضه .

مع أنه يأتي إذا قلنا : هي بيع (يجوز في المبيع قبل قبضه) أي : فيما يعتبر له القبض ، لأنّه فسخ ، والفسخ لا يعتبر فيه القبض ، كالردّ بالعيب (ولا يستحقّ بها شفعة) لأنّ المقتضي لها هو البيع ، ولم يوجد (ولا يجوز إلا بمثل الثمن) الأول قدراً ونوعاً ؛ لأنّ العقد إذا ارتفع رجع كل منهما ما كان له ، ولا يحتاج إلى استبراء قبل القبض ، ويجوز بعد نداء الجمعة ، ولا يلزم إعادة كيل أو وزن ، وفي «المغني» : أنّه لا بدّ من كيل ثانٍ ، إقامة للفسخ مقام البيع ، وفيه نظر ، فإنه من تمام قول أبي بكر .

(وعنه : أنها بيع) اختاره أبو بكر في «التنبيه» مع أنه حكى في «المغني» و«الشرح» : أنّه اختار الأول ، لأنّ المبيع عاد الى بائعه على الجهة التي خرج عليها ، فكانت بيعاً كالأول (فلا يثبت فيها ذلك) أي : تنعكس الأحكام السابقة (إلا بمثل الثمن في أحد الوجهين) هذا هو المذهب عند القاضي في «الخلافة» وصححه السّامري ؛ لأنّ مقتضى الإقالة ردّ الأمر إلى ما كان عليه . واختصت بمثل الثمن كالتولية ، كما اختصّت المراجعة بالربح ، ولا يمنع ذلك كونها بيعاً .

والثاني : لا يشترط فيها ذلك ، كسائر البياعات ، وأطلقهما في «المحرر» و«الفروع» وصحح في «الشرح» أنها لا تجوز إلا بمثل الثمن ، بيعاً كانت أو فسخاً ، فإن أقال بأقل أو أكثر منه لم تصح الإقالة ، وكان الملك للمشتري ،

لأنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل ، فيبطل كبيع درهم بدرهمين .

فوائد

منها : أن الإقالة تصح بلفظها ، وبلفظ المصالحة إن قيل : هي فسخ ، وإن قلنا : بيع ، فلا ، ذكره القاضي ، لأن ما يصلح للحل لا يصلح للعقد ، وما يصلح للعقد لا يصلح للحل ، وظاهر كلام جماعة انعقادها بذلك ، وتكون معاطاة .

ومنها : إن قلنا : هي فسخ ، لم يشترط لها شروط البيع ، وإن قلنا : هي بيع ، فلا ، ذكره في «المغني» .

ومنها : لو قال : أقلني ، ثم دخل الدار ، فأقاله على الفور ، صح إن قيل : هي فسخ لا بيع ، ذكره القاضي ، وأبو الخطاب في تعليقهما ؛ لأن البيع يشترط له حضور المتعاقدين في المجلس ، وظاهر ما قدمه في «الفروع» لا يصح مطلقاً ، وما نقله أبو الخطاب عن أحمد في صحة قبول الزوج للنكاح بعد المجلس يختلف في تأويله .

ومنها : النماء المنفصل ، إن قيل : هي بيع ، لم يتبع بغير خلاف ، وإن قيل : هي فسخ ، فقال القاضي : هو للمشتري ، وفي «المستوعب» و«الرعاية» للبائع مع ذكرهما أن نماء المغيب للمشتري ، وفي «تعليق» القاضي و«المغني» : أنها فسخ للعقد من حينه ، وفي «الفروع» : هو أظهر .

ومنها : لا يثبت فيها خيار المجلس إن قيل : هي فسخ ، وإن قيل : بيع فذكر في «التلخيص» : أنه يثبت فيها كسائر البيوعات .

ومنها : لو حلف لا بيع ، فأقال ابنى على الخلاف ، وكذا لو علّق عتقاً ، أو طلاقاً على البيع .

ومنها : هل يصح مع تلف المبيع ، ففيه طريقان ، إحداهما : لا يصح عليهما ، والثاني : إن قلنا : هي فسخ ، صحت ، وإلا فلا ، قال القاضي : هو قياس المذهب ، وتصح مع تلف الثمن مطلقاً .

باب الربا والصَّرف

ومنها : لو تقايلا في بيع فاسد ، ثم حكم الحاكم بصحته ونفوذه ، إن قلنا : هي بيع ، فحكمه بصحة العقد صحيح ؛ لأنَّ العقد باق ، وقد تأكد بترتيب عقد آخر عليه ، وإن قيل : هي فسخ لم ينفذ ، لأنَّ العقد ارتفع بالإقالة ، فصار كأنَّه لم يوجد ، ويحتمل أن ينفذ وتلغى الإقالة ، لأنَّها تصرف في بيع فاسد قبل الحكم بصحته ، فلم ينفذ ، ولم يؤثر فيه شيئاً ، ذكره ابن عقيل .

ومنها : هل يصح بعد موت المتعاقدين ، ذكر القاضي في موضع من خلافه : أنَّ خيار الإقالة يبطل بالموت ، فلا يصح ، وبناء في موضع آخر على الخلاف ، إن قيل : هي بيع ، صحت من الورثة ، وإن قلنا : فسخ ، فوجهان .

ومنها : أنَّ المشتري لا يلزمه مؤنة الرَّد ، وهي في يده أمانة كالوديعة ، وفي «التعليق» : يضمنه ، فيلزمه مؤنة الرَّد .

باب الربا والصَّرف

الربا : مقصور ، وهو لغة : الزيادة ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ ﴾ [الحج : ٥] أي : علت وارتفعت ، ولقوله تعالى : ﴿ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ ﴾ [النحل : ٩٢] أي : أكثر عدداً .

وشرعاً : زيادة في شيء مخصوص ، وقد انعقد الإجماع على تحريمه ، وسنده قوله تعالى : ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ ، ولحديث أبي هريرة مرفوعاً : «اجتنبوا السَّبع الموبقات ..» وذكر منها : أكل الرِّبَا . متفق عليه ، ولحديث جابر : أنه عليه السَّلام لعن آكل الرِّبَا ، وموكله ، وكاتبه ، وشاهديه . رواه مسلم ، وقول ابن المنجاء : إِنَّهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا ، ليس بجديد .

والصَّرف : بيع أحد النقيدين بالآخر ، قيل سُمِّيَ به لصريفها ، وهو تصويتها في الميزان ، وقيل : لانصرافهما عن مقتضى البياعات في عدم جواز التفرق قبل القبض ونحوه .

وهو نوعان : ربا الفضل ، وربا النسيئة . فأما ربا الفضل فيحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون ، وإن كان يسيراً ، كتمررة بتمررتين ، وحبّة بحبّتين .

(وهو نوعان : ربا الفضل ، وربا النسيئة) وكلاهما محرّم ، إن قيل : الآية لا إجمال فيها ، إذ الإجماع منعقد على تحريم ربا النسيئة ، وعامّتهم كذلك في ربا الفضل ، لكن وقع في الصدر الأوّل عن أسامة بن زيد ، وزيد بن أرقم ، وابن الزبير ، وابن عباس .

وعنه : اشتهر ، لقوله عليه السّلام : « لا ربا إلّا في النسيئة » رواه البخاري ، وفي رواية : « لا ربا إلّا في النسيئة » وعورض القائل به ، ورجع إلى قول الجماعة ، فصار إجماعاً .

لكن اختلف في رجوع ابن عباس ، مع أنّ حديث أسامة لا يقاوم ما ورد من الأدلّة ، لصراحتها ، لأنها تدلّ بالمنطوق ، وتحمل على أنّه وقع جواباً بالسؤال على الجنسين ، أو مطلقاً ، فقال : لا ربا إلّا في النسيئة . أي : المستول عنه ، وهو الجنسان ، أو أنّ المراد نفي الأغلظ الذي ورد النصّ بتحريمه ؛ لأنّ العرب كانت تقول للغريم إذا حلّ الدّين : إمّا أن تقضي ، وإمّا أن تربّي الدّين ، أي : تزيد ، وهو الذي نسخه النبي ﷺ يوم عرفة ؛ وقال : « ألا كلّ ربا موضوع ، وإنّ أوّل ربا أضعه ربا عباس » وهذا كما يقال : إمّا المال الإبل ، وإمّا الشّجاع عليّ .

(فأما ربا الفضل ، فيحرم في الجنس الواحد من كلّ مكيل ، أو موزون ، وإن كان يسيراً ، كتمررة بتمررتين ، وحبّة بحبّتين) لما روى عبادة بن الصامت : أن النبي ﷺ قال : «الذهب بالذهب ، والفضّة بالفضّة ، والبرّ بالبرّ ، والشّعير بالشّعير ، والتّمر بالتّمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف ، فبيعوا كيف شئتم ، يداً بيد» رواه أحمد ، ومسلم ، وعن أبي سعيد مرفوعاً نحوه . متفق عليه .

وأجمعوا على جريان الرّبا في الأعيان السّتة ، ثم اختلفوا ؛ هل هو لمعنى فيها ، أو لأعيانها ؟ وهل عرف ذلك المعنى ، أم لا ؟ فعن ابن عقيل : أنّه تردّد في المعنى ،

ولم يعدها إلى غير السُّنة ؛ لتعارض الأدلة عنده في المعنى ، وذهب جمهور العلماء إلى معرفة العلة ، وتعدّيها إلى غير السُّنة ، ثم اختلفوا .

والأشهر عن إمامنا ، ومختار عامة الأصحاب : أن علة الرُّبا في التّقدين كونه موزونَ جنسٍ ، وفي الأعيان الباقية كونه مكيلاً جنسٍ ، فعليه يجري الرُّبا في كل مكيّلٍ ، أو موزونٍ بجنسه ، مطعوماً كان أو غيره ، كالحبوب ، والأشنان ، والقطن ، والكثّان ، والحديد ، والنُّحاس ؛ لأنّ الكيل والوزن يسوي بينهما صورةً ، والجنس يسوي بينهما معنىً ، فكانا علةً .

ولا يجري في مطعوم لا يكال ، ولا يوزن كالمعدودات ، فعلى هذا تباع بيضةً ، وخياراً ، وبطيخةً ، ورمّانةً - بمثلها ، نصّ عليه ؛ لأنّه ليس مكيلاً ، ولا موزوناً ، لكن نقل مُهنّا : أنه كره بيع بيضةٍ ببيضتين ، وقال : لا يصلح إلّا وزناً بوزنٍ ؛ لأنّه طعامٌ .

وعلى المذهب : يجوز إسلام أحد النّقدين في الموزون ، وبه أبطلت العلة ؛ لأنّ كلّ شيئين شملهما إحدى علّتي ربا الفضل يحرم التّساء فيهما ، ولهذا جزم بعض أصحابنا : أنه لا يصح ، ولو سلم ، فللهاجة .

وأجاب القاضي : بأن القياس المنع ، وإنما جاز للمشقة ، ولها تأثيرٌ ، لاختلاف معانيها ؛ لأنّ أحدهما ثمنٌ ، والآخر مثنّىٌ ، وللتسامح بهذا دون ذاك ، فحصل في حكم الجنسين .

قوله : من كلّ مكيّلٍ ، أو موزونٍ ، أي : ما كان من جنسه مكيلاً أو موزوناً ، وإن لم يتأت فيه ذلك ، كالحبّة بالحبّتين ، والحفنة بالحفنتين ، أو لكثرتيه ، كالزُّبرة العظيمة ، وهل يعمّ كمعمول من الموزون بأصله ، أو بحاله بعد العمل ؟ فنصّ أحمدٌ : أنّه لا يباع فلسٌ بفلسين ، ولا سكيّ بسكيتين ، ولا إبرةٌ بإبرتين ، معللاً بأن أصل ذلك الوزن .

ونصّ في رواية جماعة : أنه يباع ثوبٌ بثوبين ، وكساءٌ بكسائين ، فنقل في «المجرد» حكم كلّ إلى الأخرى ، فجعل فيهما جميعاً روايتين ، اختار ابن عقيل

وعنه : لا يحرم إلا في الجنس الواحد من الذهب والفضة ، وكل مطعوم . وعنه : لا يحرم ، إلا في ذلك ، إذا كان مكيلًا أو موزونًا .

وغيره المنع ، اعتبارًا بأصله ، واختار في «المغني» وغيره الجواز ، نظرًا للحال ، وظاهر «التعليق» و«الجامع» حمل النص على اختلاف حالين .

(وعنه : لا يحرم إلا في الجنس الواحد ، من الذهب والفضة ، وكل مطعوم) للآدمي ، نقلها جماعة ، لما روى يعلى بن عبد الله : أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام ، إلا مثلًا بمثل . رواه مسلم .

فعليها ، وعلى الثالثة : العلة في النقدين الثمنية ، وفي غيرها كونه مطعوم جنس ، فيختص بالمطعومات ؛ لأن الطعام وصف شريف ، إذ به قوام الأبدان ، والثمنية وصف شريف ، إذ به قوام الأموال ، فاقضى التعليل ذلك ، إذ لو كانت العلة الوزن ، لما جاز إسلامها في الموزونات ، فعليها يجري في كل مطعوم ، قوتًا كان أو أدما ، أو فاكهة ، أو دواء .

ويستثنى منه الماء ، على ما قطع به الأكثر ، لقوله تعالى : ﴿ ومن لم يطعمه فإنه مني ﴾ [البقرة : ٢٤٩] وجوابه : بأنه لا يجري فيه ، لإباحته في الأصل ، وبأنه لا يتموّل عادة ، وفيه نظر إذ العلة عندنا ليست هي المالّة .

(وعنه : لا يحرم إلا في ذلك ، إذا كان مكيلًا أو موزونًا) اختارها المؤلف ، والشيخ تقي الدين ، لما روى سعيد بن المسيب مرفوعًا : «لا ربا إلا فيما كيل ، أو وزن ، ممّا يؤكل ويشرب» رواه الدارقطني ، وقال : الصحيح أنه من قول سعيد ، ومن رفعه ، فقد وهم ، ولأن فيه جمعًا بين الأدلة .

فنهيه عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلًا بمثل ، محمول على ما فيه معيار شرعي ، وهو الكيل والوزن ؛ إذ الطعام بمجرد لا تتحقق المماثلة به ، ونهيه عن بيع الصّاع بالصّاعين ، محمول على المطعوم ، لكن يترجّح الأوّل بأن الطعام بعض أفراد الصّاع ، ويجاب بمخالفته له في المفهوم ، وهو مبني على اعتبار مفهوم اللقب ، وهو معتبر عندنا .

وما تقدّم من أنّ العلة هي الثمنية ، فيهما علة قاصرة ، لا يصحّ التعليل بها في

ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً ، ولا ما أصله الوزن كيلاً .

اختيار الأكثر ، ونقضت طردًا بالفلوس ؛ لأنها أثمانٌ ، وعكسًا بالحلي ، وأجيب لعدم التقديّة الغالبة .

قال في «الانتصار» : يجب أن يقولوا : إذا نفقت حتى لا يتعامل إلّا بها ، أن فيها الرّبا ؛ لكونها ثمنًا غالبًا ، فعلوها لا يجري في مطعموم لا يكال ، ولا يوزن ، كالرّثمان ، والسّفرّجل ، والأترج ، ولا في غير مطعموم ، كالأشنان ، والحديد ، ويجري في النقدين يثّرهُما ، ومضروئُهُما ، وجيّدُهُما ، وردئُهُما ، في قول الأكثر كيفما كانا .

وعنه : لا تباع صحاح بمكسرة ؛ لزيادته بالصّناعة ، ولا عمل عليها لظواهر الأخبار .

(ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً ، ولا ما أصله الوزن كيلاً) لما روى أبو هريرة : أن النبي ﷺ قال : «الذهب بالذهب وزناً بوزن ، مثلاً بمثل ، فمن زاد ، أو استزاد ، فهو رباً» رواه مسلم .

وروى أبو داود من حديث عبادة مرفوعاً : «البرّ بالبرّ مديّ بمديّ ، والملح بالملح مديّ بمديّ ، والشّعير بالشّعير مديّ بمديّ ، والتّمر بالتّمر ، فمن زاد ، أو ازداد ؛ فقد أربى» فاعتبر الشّارع المساواة في الموزونات بالوزن ، وفي المكيلات بالكيل ، فمن خالف ذلك ، خرج عن المشروع المأمور به ، إذ المساواة المعتبرة فيما يحرم فيه التفاضل هي المساواة في معياره الشرعيّ ، ولأنّه متى باع رطلاً من المكيل برطلٍ حصل في الرطل الخفيف أكثر مما يحصل من الثقل ، فيختلفان في الكيل ، وإن لم يتحقق التفاضل ، إذ الجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل ، وكما لو باع بعضه ببعض جزافاً ، إلّا إذا علم مساواته في معياره الشرعيّ حالة العقد .

- فرغ : إذا باع صبرة بأخرى من جنسها ، وقد علما كيلهما أو تساويهما ، صح لوجود التّماتل المشترط ، فلو قال : بعتك هذه بهذه مثلاً بمثل ، فكيلتا ، فكانت سواء ، صح ، فإن زادت إحداهما ، فرضي صاحب الناقصة بها ، أو

فإن اختلف الجنس ، جاز بيع بعضه ببعض كَيْلاً ووزناً وجزأً . والجنس : ما له اسمٌ خاصٌ ، يشمل أنواعاً ، كالذهب ، والفضة ، والبر ، والشعير ، والتَّمْر ، والملح .

رضي صاحب الزائدة برّد الفضل ، جاز ، فإن امتنعا ، فسخ البيع بينهما ، ذكره القاضي .

(فإن اختلف الجنس ، جاز بيع بعضه ببعض ، كَيْلاً ووزناً وجزأً) نصّ عليه ، وهو قول أكثر العلماء ؛ لقوله عليه السّلام : «إذا اختلفت هذه الأصناف ، فبيعوا كيف شئتم ، يداً بيد» ولأنّه يجوز التفاضل فيه ، فجاز جزأً ، كالمكيل بالموزون .

ونصّه : لا ، اختاره جماعة ، واحتج القاضي وأصحابه بنهيهِ عليه السّلام في خبر جابرٍ عن بيع الصُّبر من الطعام ؛ لا يدري ما كيل هذا ، وما كيل هذا ، أي : مجازفةً ، وقياساً على الجنس الواحد ، والأول أصح .

ويحمل الخبر على الجنس الواحد ، جمعاً بين الأدلّة ، ثم هو مخصوص بالمكيل والموزون ، فيقاس عليه محلُّ النزاع ، وقياسهم على الجنس الواحد فاسدٌ ، لاشتراط التماثل فيه ، بخلاف الجنسين .

(والجنس : ما له اسم خاصٌ يشمل أنواعاً) فالجنس هو الشّامل لأشياء مختلفة بأنواعها ، والنوع هو الشّامل لأشياء مختلفة بأشخاصها ، وقد يكون النوع جنساً ، وبالعكس ، والمراد هنا الجنس الأخصّ ، والنوع الأخصّ ، فكلُّ نوعين اجتماعاً في اسم خاصّ ، فهو جنسٌ ، ثم مثله ، فقال : (كالذهب) وأنواعه المصري والأشرفي (والفضة) وأنواعها الكامل ، والظاهري ، (والبر) وأنواعه : الحوراني ، والبقاعي ، (والشعير) وأنواعه : العربي والرومي ، وظاهر المذهب أنّهما جنسان للنصوص .

وعنه : جنسٌ واحدٌ ؛ لحديث معمر بن عبد الله ، ولا حجة فيه مع أنّه ينتقض عليهما بالذهب والفضة ، (والتمر) وأنواعه : البرني ، والمعلقي ، (والمالح) وأنواعه : البيروتي ، والحوراني ، قاله في «الطريق الأقرب» والأبازير جنسٌ .

وفروع الأجناس أجناس ، كالأدقة ، والأخباز ، والأدهان . واللحم أجناس باختلاف أصوله ، وعنه : جنس واحد ، وكذلك اللبن ، وعنه : في اللحم أنه أربعة أجناس : لحم الأنعام ، ولحم الوحش ، ولحم الطير ، ولحم دواب الماء .

(وفروع الأجناس أجناس ، كالأدقة ، والأخباز ، والأدهان) لأن الفرع يتبع الأصل ، فلما كانت أصول هذه أجناسا ، وجب أن تكون هذه أجناسا ؛ إلحاقا للفروع بأصولها ، فعلى هذا دقيق الخنطة جنس ، ودقيق الذرة جنس لأنهما من جنسين مختلفين ، وكذا البواقي ، وذكر في «النهاية» تخريجا : أن الأدهان المائعة جنس ، وأن الفاكهة ، كتفاح ، وسفرجل جنس .

وحكم الحلول كالأدهان ، وعنه : أن خل الثمر وخل العنب جنس ، والأدهان إن اختلفت مقاصدها ، كدهن الورد ، والبنفسج ، والزنبق ، والياسمين ، واحد ؛ لأنها شيرج ، وإنما طيبت بهذه الرياحين ، فنسبت إليها .

(واللحم أجناس باختلاف أصوله) اختاره الأكثر ، وهو المذهب ؛ لأنها فروع أصول هي أجناس ، فكانت أجناسا كالأخباز ، فعلى هذا الضأن والمعز جنس واحد ، وفي «المغني» احتمال أنهما جنسان .

(وعنه : جنس واحد) اختاره الخرقى ؛ لأنه يشمل اسم واحد ، فكان جنسا كالطلع ، ويرجحه نهي عليه السلام عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل ، وهي كلها طعام ، ويتقضى بعسل النحل والقصب ، والحديث محمول على ما إذا اتفق الجنس ، مع أن القاضي أنكر هذه الرواية عن أحمد .

(وكذلك اللبن) والأصح أنه يختلف باختلاف أصوله ، وقال ابن عقيل : لبن البقر الأهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها ؛ لأن اسم البقر شملها ، وفيه نظر ؛ لأن لحهما جنسان ، فكذا لبنهما .

(وعنه : في اللحم أنه أربعة أجناس : لحم الأنعام ، ولحم الوحش ، ولحم الطير ، ولحم دواب الماء) اختارها القاضي في روايته ، وحمل كلام الخرقى عليه ، وفيه بعد ، واحتج بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها والقصد إلى أكلها ،

واللحم والشحم والكبد أجناس .

فكانت أجناسًا ، وضعفه في «المغني» لأن كونها أجناسًا لا يوجب حصرها في أربعة أجناس ، لا نظير له .

وظاهره : أنها لا تجري في اللبن ، وزاد في «الفروع» رابعة بأنها ثلاثة أجناس : لحم أنعام ، وطير ، ودواب الماء ، لكن في «الكافي» : أن الروايات الثلاث «كالمقنع» ثم قال : وفي الألبان من القول مثل ما في اللحم ؛ لأنها من الحيوانات يتفق اسمها ، أشبهت اللحم ، وظاهر هذا : أن الألبان يجري فيها خلاف اللحم . قال ابن المنجى : وهو أظهر ، لاتحادها في المعنى ، وفيه شيء لامتناعه في بعضها .

تنبيه : الدهن واللبن مكيلان ، وقيل : اللبن موزون ، وفي جواز بيعه باللبن وجهان ، وخصّهما القاضي بما إذا مسّت النار أحدهما ، وذكر المؤلف والسامري أنهما جنس واحد ، فيجوز بيع أحدهما بالآخر متماثلاً لا متفاضلاً ، ولا بد أن تمسّ النار أحدهما .

(واللحم ، والشحم ، والكبد) والقلب والألية (أجناس) لأنها مختلفة في الاسم والخلقة ، فكانت أجناسًا كبهيمة الأنعام ، فعلى هذا يجوز بيع جنس بآخر متفاضلاً ، وقال القاضي : لا يجوز بيع اللحم بالشحم مطلقاً ، إلا أن يتماثلاً ، والمذهب الجواز ؛ لأنهما جنسان كالتقدين ، فإن منع منه ، لكون اللحم لا يخلو من شحم ، لم يصح ، لكونه لا يظهر ، وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود .

وقيل : الشحم والألية جنس ، وأطلق في «الفروع» الخلاف فيهما .

مسألة : اللحم الأبيض ، كسمين الظهر ، واللحم الأحمر جنس واحد على الأشهر ، قاله القاضي ، وابن البنا ، وهو ظاهر كلام المؤلف ، وفي «المغني» أن ظاهر كلام الخرقى أنهما جنسان ، لقوله : اللحم لا يخلو من شحم ، قال : ولو لم يكن هذا شحمًا لم يختلط لحم بشحم .

وفرّع هو وصاحب «الشرح» على قوله : كل أبيض من الحيوان يذوب بالإذابة ، ويصير دهنًا جنس واحد ، وصحّحه في «المغني» لقوله تعالى : ﴿حَرَمْنَا عَلَيْهِمْ شَحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا﴾ [الأنعام : ١٤٦] فاستثنى ما

ولا يجوز بيع لحم بحيوانٍ من جنسه ، وفي بيعه بغير جنسه وجهان .

حملت الظهور من الشحم ، لأنَّه يشبهه في لونه ، وذوبه ، ومقصده ، فكان شحمًا كالذي في البطن . وهل لحم رأسٍ جنسٍ برأسه كالطُحال ، أو نوعٌ من لحم جنسه ؟ فيه وجهان .

(ولا يجوز) أي : لا يصح (بيع لحم بحيوانٍ من جنسه) لا يختلف المذهب في ذلك ، وهو قول الفقهاء السبعة ، لما روى مالك ، عن زيد بن أسلم ، عن سعيد بن المسيب : أنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان .

قال ابن عبد البر : هذا أحسن أسانيده ، وقد روي مسندًا من حديث ثابت بن زهير ، عن نافع ، عن ابن عمر ؛ لكن قال أبو حاتم الرازي : ثابتٌ منكر الحديث . وعن سعيد : أنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع الحي بالميت . ذكره أحمد ، واحتج به ، ولأنَّه مالٌ ربويٌّ بيع بما فيه من جنسه ، مع جهالة المقدار ، كالسَّمسم بالشَّيرج . وقال الشيخ تقي الدين : إذا كان مقصوده بالحيوان اللحم .

(وفي بيعه بغير جنسه وجهان) كذا في «المحرر» و«الفروع» أحدهما : لا يجوز ، وهو ظاهر كلام أحمد ، والأكثر لظاهر ما سبق ، وعن ابن عباس : أنَّ جزورًا نحررت ، فجاء رجل بعناقٍ ، فقال : أعطوني جزءًا بهذا العناق ، فقال أبو بكر : لا يصلح هذا ، رواه الشافعي ، وقال : لا أعلم مخالفًا لأبي بكر في ذلك .

والثاني : الجواز ، اختاره القاضي ؛ لأنَّه مالٌ ربويٌّ بيع بغير أصله ولا جنسه ، فجاز ، كما لو باعه بنقدي ، وبناهما في «الشرح» على الخلاف في اللحم ، هل هو جنسٌ ، أو أجناسٌ ؟ وعلى الجواز يحرم بيعه نسيئةً ، عن جمهور الفقهاء ، ذكره الشيخ تقي الدين ، وهذا إنما هو في مأكول اللحم ، كلحم بقرٍ يابلٍ ، فأما غيره ، فقال أبو الخطاب : لا رواية فيه ، وفيه وجهان ، أظهرهما : الجواز ، صرح به القاضي وأبو الخطاب ، والمنع أورده ابن عقيل في «التَّذكرة» مذهبًا ، وهو احتمال في «الفصول» ، والصَّحيح عنده كقول الأكثر .

ولا يجوز بيع حبّ بدقيقه ، ولا سويقه ، في أصحّ الروايتين ، ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه ، ولا أصله بعصيره ، ولا خالصة بمشويه .

(ولا يجوز بيع حبّ بدقيقه ، ولا بسويقه ، في أصحّ الروايتين) لأنّ كل واحدٍ منهما مكيلٌ ، ويشترط في بيع المكيل بجنسه التساوي ، وهو متعلّذٌ هنا ؛ لأنّ أجزاء الحبّ تنتشر بالطحن ، والنار قد أخذت من السويق ، والثانية : الجواز لأنّ الدقيق نفس الحبّ ، وإنّما تكسرت أجزاءه ، فجاز بيع بعضها ببعض ، كالحبّ المكسّر بالصحاح .

فعليه تعتبر المساواة وزناً ، إذ التّساوي لا يحصل بالكيل ، وعلّل أحمد المنع ، فإنّ أصله كيلٌ ، قال في «الفروع» : فيتوجه منه بيع مكيلٍ وزناً ، وموزون كيلاً ، اختاره شيخنا .

وعلى المنع ما إذا بيع بجنسه ، فإن كان بغيره ، جاز لعدم اشتراط المماثلة بينهما ، وقال ابن أبي موسى : لا يجوز بيع سويق الشّعير بالبرّ في رواية ، ولعله مبني على أنهما جنسٌ واحدٌ .

(ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه) كالحنطة بالهريسة ، أو الخبز والنشاء ونحوها ، لأنّ النار تعقد أجزاء المطبوخ وتنفخها ، فلا يحصل التّساوي .

فرعٌ : فرع الحنطة إذا جمع غيره كالهريسة ، والحريرة ، والفالودج ، والسنبوسك ، لا يجوز بيع بعضه ببعض ، ولا نوع بنوع آخر ؛ لأنّ كلّ واحدٍ منها يشتمل على ما ليس من جنسه ، وهو مقصودٌ كاللّحم في الهريسة ، والعسل في الفالودج ، والماء والدهن في الحريرة ، فلا تتحقّق المماثلة ، فأثماً بيع الحنطة وما صنع منها بغيرها من الحبوب ، فجائز ، لعدم اشتراط المماثلة فيهما .

(ولا أصله بعصيره) كزيتون بزيت ، وفيه نقلٌ مُهَنَّأٌ : يكره ، وسمسم بشيرج ، وسائر الأدهان بأصولها ، والعصير بأصله ، كعصير العنب والرّمان به ، لأنّه مألٌ ربّما يبيع بأصله الذي فيه منه ، فلم يجز كبيع اللّحم بالحيوان .

(ولا خالصة بمشويه) كحنطة فيها شعير بخالصه ، أو لبن مشوب بخالص ، لانتفاء التّساوي المشترط ، إلّا أن يكون الخلط يسيراً ، كحبّات ، ويسير التراب ،

ولا رطبه يبابسه ، ويجوز بيع دقيقه بدقيقه ، إذا استويا في النعومة ،
ومطبوخه بمطبوخه .

فإنه لا يمتنع ، لأنه لا يخلُ بالتَّماتل .

وكذا بيع اللبن بالكشك ، ويتخرَّج الجواز إذا كان اللبن أكثر من الذي في
الكشك ، بناء على مدَّ عَجْوَةٍ . ولا يجوز بيع المشوب بالمشوب ، كمسألة مدَّ
عَجْوَةٍ .

(ولا رطبه يبابسه) كبيع الرطب بالتمر ، والعنب بالزبيب ، لما روى سعد بن
أبي وقاص : أنَّ النَّبِيَّ ﷺ سئل عن بيع الرُّطْب بالثَّمَر ؛ قال : « أَيْتَقَصُّ الرُّطْبُ إِذَا
يَيْسُ ؟ » قالوا : نعم ، فنهى عن ذلك . رواه مالك ، وأبو داود ، وفي رواية الأثرم
قال : « فلا إذن » نهى وعلل بالنقصان إذا ييس ، وهو موجود في كلِّ رطب بيع
يبابسه ، ولأنَّه جنسٌ فيه الرُّبَا ، بيع بعضه ببعض ، على وجه ينفرد أحدهما
بالنقصان ، فلم يجز ، كبيع المقلَّية بالنيئة .

ولا يلزم بيع الجديد بالعتيق ؛ لأنَّ التَّفَاوُت يسير ، لكن قال الخطَّابي : تكلم
بعض النَّاس في إسناده حديث سعد ، فإنَّ فيه أبا عياش ، وهو ضعيفٌ ، وفيه نظرٌ ،
فإن مالكا ذكره في موطنه ، وهو لا يروي عن متروك الحديث .

(ويجوز بيع دقيقه بدقيقه ، إذا استويا في النعومة) لتساويهما في الحال على
وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان في ثانيه ، أشبه بيع الثَّمَر بالثَّمَر ، وقَدَّم في « التَّبَصُّرَة »
خلافه ؛ لأنَّه يعتبر تساويهما حالة الكمال ، وقد فات ذلك بالطحن ، وعلى الأول
يباع بعضه ببعض كيلاً ؛ لأنَّ الحنطة مكيلة . وذكر القاضي وزناً ، لأنَّه أضبط ، وردَّ
بأنَّه سلَّمه في السوق والدقيق مثله ، وشرطه التساوي في النعومة ؛ لأنهما إذا تفاوتا
فيها في الحال تفاوتا في ثانيه ، فيصير كبيع الحبِّ بالدَّقِيق .

(ومطبوخه بمطبوخه) كاللبأ ، والجبن ، والأقط ، والسمن بمثله متساوياً ،
وقيل : إن استويا في عمل النار ، فأما الأقط بالأقط ، فيعتبر تساويهما بالكيل
والجبن ونحوه بمثله ، لأنَّه لا يمكن كيله ، أشبه الخبز ، وفيه احتمال يباع السمن
بالكيل كالشِيرَج .

وخبزه بخبزه ، إذا استويا في النشاف ، وعصيره بعصيره ، ورطبه برطبه .

(وخبزه بخبزه ، إذا استويا في النشاف) لأنه إذا كان أحدهما أكثر رطوبة من الآخر لا يحصل التساوي المشترط ، والاستواء في النشاف راجع إلى المطبوخ والخبز إذا بيع بمثله ، وقد صرح به في الشرحين ، فعلى هذا يعتبر التساوي في الخبز وزناً كالنشاء ، لأنه يقدَّر به عادة ، ولا يمكن كيـله ، لكن إن ييس ودقَّ ، وصار فتيئاً بيع بمثله كيلاً ؛ لأنه أمكن كيـله فردَّ إلى أصله ، وقال ابن عقيل : فيه وجهٌ يباع بالوزن ؛ لأنه انتقل إليه .

(وعصيره بعصيره) لأنهما متساويان في الحال على وجهٍ لا ينفرد أحدهما بالنقص ، ويعتبر تساويهما في الكيل ؛ لأنه يقدَّر به عادةً ، فلو بيع بغير جنسه ، جاز مطلقاً ، لأنهما جنسان ، فلو باع عصير شيء من ذلك بثقله ، فإن كان فيه بقية من المستخرج ، كشيرج بكسب ونحوه ، لم يجز ، إلا على مسألة مدَّ عجوةً ، وإن لم يبق فيه شيء جاز مطلقاً .

(ورطبه برطبه) كالرطب والعنب بمثله ، نصَّ عليه ، وهو المذهب ، وعنه : المنع ، حكاهما ابن الزاغوني ، واختارها ابن شهاب ، وأبو حفص ، وحمل عليه كلام الخرقي لنصه عليه في اللحم ، لأنه عليه السَّلام علل في بيع الرطب باليابس بالنقص ، وهو موجود في الرطبين ، لأنهما ينقصان ، إذ الجهل بالتساوي هنا كالعلم بالتفاضل ، والأول أصحُّ لنهيـه عليه السَّلام عن بيع الطعام بالطعام ، إلا مثلاً بمثل ، والرطبان قد استويا في المثليَّة ، فدخلوا في عموم المستثنى ، ولأنهما استويا في الحال على وجهٍ لا ينفرد أحدهما بالنقص ، أشبه اللبن بمثله .

وخرج منه بيع الرطب بالتَّمْر ، وظاهره : أن المعتبر التساوي في الحال ، ولا يضُرُّ الجهل به في ثاني الحال ، وعلى الثانية : يشترط حالاً ومالاً .

ويستثنى عليها بيع رطبٍ لا يجيء منه تمْرٌ ، أو عنبٍ لا يجيء منه زبيبٌ ، فإنه يجوز بيعه بمثله قبل جفافه نظراً إلى أن كمال ذلك في حال رطوبته ، وفساده في حال جفافه ، قاله في «التلخيص» .

ولا يجوز بيع المحاقلة وهي بيع الحب في سنبله بجنسه ، وفي بيعه بغير جنسه وجهان ، ولا المزابنة .

تنبيه : ظاهر كلامه أنه يجوز بيع اللحم باللحم رطباً ، ونصَّ عليه ، ومنع منه الخرقى رطباً ، اختاره أبو حفص ، ويعتبر نزع عظمه في قول الأكثر ، وصحَّحه في «الفروع» ليتحقَّق المساواة ، وكَتَصَفِيَةِ العسل ، واختار المؤلف خلافه ، وقال : هو ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل ؛ لأنَّ العظم تابعٌ لِلْحَمِّ من أصل الخلقة ، أشبه النوى في الثمر ، بخلاف الشَّمْع في العسل ؛ لأنَّه من فعل النَّحْل ، لا من أصل الخلقة .

وعُلِّل في «الفروع» بأن قال : الشَّمْع مقصودٌ ، وإلَّا فمُدَّ عَجْوَةٌ ، والنَّوى في الثمر غير مقصود ، فهو كخبزٍ بخبزٍ ، وخلٍّ بخلٍّ ، وإن كان في كلٍّ منهما ملحٌ وماءٌ .

(ولا يجوز بيع المحاقلة) لقول أنس : نهى النبي ﷺ عن المحاقلة . رواه البخاري ، والنهي يقتضي التحريم والفساد .

(وهي بيع الحب في سنبله بجنسه) لأنَّ الحبَّ إذا بيع بجنسه لا يعلم مقداره بالكيل ، والجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل ، وقيد في «الفروع» وغيره الحبُّ بالمشتدِّ ، ولم يقيده به آخرون ، ويوافقه قول أئمة اللغة : المحاقلة : المفاعلة من الحقل ، وهو الزرع ، إذا تشعب قبل أن يغلظ سوقه .

(وفي بيعه) بمكيل (بغير جنسه وجهان) كذا في «الفروع» أحدهما ، وهو ظاهر «الوجيز» : لا يجوز ، لعموم الخبر ، ولأنَّ بيع زرع الحنطة بها إنما سمي محاقلة ، لكونه في الحقل ، وهذا المعنى موجود في غيره مما ذكر يؤيده قول الأزهرى : الحقل القراح المزروع .

والثاني : يجوز ؛ لأنَّ النهي لخوف التفاضل المحرم ، وهو متفٍ في الجنسين (ولا) يجوز بيع (المزابنة) لقول ابن عمر : نهى النبي ﷺ عن المزابنة . متفق عليه ، وهي مفاعلة من الزبن ، وهو الدَّفْع ، كأنَّ كلَّ واحد منهما يزبن صاحبه عن حقه بما يزداد منه .

وهي بيع الرُّطْب في رءوس النخل بالتمر ، إلا في العرايا ، وهي بيع الرطْب في رءوس النخل خرصًا

(وهي بيع الرُّطْب في رءوس النخل بالتمر) وقاله ابن الأثير ، وفي صحيح مسلم عن ابن عمر مرفوعًا أنه نهى عن المزابنة ، والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر ، كيلاً .

وقال صاحب «المطالع» : هي والزبن بيع معلوم بمجهول من جنسه ، أو بيع مجهول بمجهول من جنسه ، إذ الزبن في اللغة الدفع الشديد ، ومنه وصفت الحرب بالزبون ، لشدة الدفع فيها ، ومنه سُمِّي الشرطي زبيئًا ؛ لأنه يدفع الناس بشدة وعنف .

(إلا في العرايا) فإنها جائزة في قول أكثر العلماء ، لما روى أبو هريرة : أن النبي ﷺ رَخَّص في العرايا ، وكذا رواه زيد بن ثابت ، وسهل بن أبي حشمة . متفق عليهن .

والقياس لا يعمل مع وجود النَّص ، والرخصة استباحة المحظور ، مع قيام السبب الحاضر ، واختلف في معناها لغة ؛ فقليل : هي نوع من العطية خصت باسم لا بيع ، وقال الجوهري : العريّة النخلة يُعْرِيهَا رجلًا محتاجًا ، فيجعل ثمرها له عامًا ، فعيلة بمعنى مفعولة ، وقال أبو عبيد : هي اسم لكل ما أفرد عن جملة ، سواء كان للهبة ، أو للبيع ، أو للأكل ، وقيل : سميت به ؛ لأنها معريّة من البيع المحرم ، أي : مخرّجة منه .

(وهي بيع الرطْب في رءوس النخل) فلو كان على وجه الأرض لم يجز للنهي عنه ، والرخصة وردت في بيعه على أصوله لحكم الأخذ شيئًا فشيئًا لحاجة التفكه .

وقد روي عن محمود بن لبيد ، قال : قلت لزيد : ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالًا محتاجين من الأنصار شكوا إلى النبي ﷺ : أن الرُّطْب يأتي ، ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبًا ، وعندهم فضول من الثمر ، فرخَّص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطبًا . متفق عليه .

(خرصًا) لا أقل ولا أكثر ، لأنَّ الشَّارع أقام الخرص مقام الكيل ، فلا يعدل

بمثله من التمر كيلاً ، فيما دون خمسة أوسق ، لمن به حاجة إلى أكل الرطب ، ولا ثمن معه .

عنه ، كما لا يعدل عن الكيل فيما يشترط فيه الكيل (بمثله من التمر) فلا يجوز بيعها بخرصها رطباً ، ويشترط كون التمر مثل ما حصل به الخرص من غير زيادة ولا نقصان ، لما روى الترمذي من حديث زيد : أنه أذن لأهل العرايا أن يبيعوها بمثل خرصها (كيلاً) أي : يكون التمر المشتري به كيلاً ، لا جزافاً ، لقوله عليه السلام : إنه رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً . ولأن الأصل اعتبار الكيل من الجانبين سقط في أحدهما ، وأقيم الخرص مقامه للحاجة ، فيبقى الآخر على مقتضى الأصل .

(فيما دون خمسة أوسق) لما روى أبو هريرة : أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها فيما دون خمسة أوسق ، أو خمسة أوسق . متفق عليه ، شك داود بن الحصين أحد رواة ، وهذا يخص ما سبق من الأخبار ، فعلى هذا لا يجوز في الخمسة في ظاهر المذهب لوقوع الشك فيها .

وعنه : بلى نظرًا لعموم أحاديث الرخصة ، وأما ما زاد عليها ، فالمعروف المجزوم به أنه لا يجوز ، وحكاه بعضهم رواية واحدة .

(لمن به حاجة إلى أكل الرطب) لأن ما أبيح للحاجة لم يبح مع عدمها ، كالزكاة للمساكين ، والرخص في السفر (ولا ثمن معه) أي : مع المشتري ؛ لقوله : ولا نقد بأيديهم ، وظاهره : أنه لا تعتبر حاجة البائع ، فإن احتاج إلى أكل التمر ، ولا ثمن معه إلا الرطب ، فقال أبو بكر والمجد بجوازه ، وهو بطريق التنبيه ؛ لأنه إذا جاز مخالفة الأصل لحاجة التفكه ، فلحاجة الاقتيات أولى ، إذ القياس على الرخصة جائز ، إذا فهمت العلة ، وقال ابن عقيل : من صور الحاجة ما قاله ابن الزاغوني في «الوجيز» : إنه لا يشترط الأوسق إذا كان المشتري هو الواهب ، فإن شق عليه دخول الموهوب له وخروجه في بستانه ، أو كره الموهوب له دخول بستان غيره ، وهذا غريب .

ونقل المؤلف عن القاضي ، وأبي بكر اشتراط الحاجة من البائع والمشتري ،

ويعطيه من الثمر مثل ما يثول إليه ما في النخل عند الجفاف ، وعنه : يعطيه مثل رطبه ، ولا يجوز في سائر الثمار في أحد الوجهين .

والذي قاله في «التنبية» : أنه يكتفى بالحاجة من أحد الجانبين ، والقول باشتراطها من الجانبين قول ابن عقيل ، وينبغي على ذلك أنه لو باع عريتين من رجلين فيهما أكثر من خمسة أوسق ، فإن شرطنا الحاجة من الجانبين ، لم يجوز ، ومن اكتفى بها من أحد الجانبين ألغى جانب البائع ، ولم يعتبر إلا المشتري ، فيجوز للبائع أن يبيع خمسين وسقًا في عقود متعددة بشرط ، ولا يجوز للمشتري أن يشتري أكثر من خمسة أوسق ، ولو في صفتين .

(ويعطيه من الثمر مثل ما يثول إليه ما في النخل عند الجفاف) هذا في معنى الخرص ، ومعناه أن ينظر : كم يجيء منه تمر فيبيعها بمثله ؛ لأنه يخرص في الزكاة كذلك ، وهذا اختيار الأكثر ، ارتكابًا لأخف المفسدين ، وهو الجهل بالتساوي دون أعظمهما ، وهو العلم بالتفاضل.

(وعنه : يعطيه مثل رطبه) لظاهر الأحاديث ؛ لأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال بالكيل ، فإذا امتنع في أحدهما ، تعين الآخر ، ويشترط مع ذلك الحلول ، والقبض في مجلس العقد ، نص عليه ، قال في «الشرح» : ولا نعلم فيه خلافًا ، لأنه يبيع تمر بتمر ، فاعتبر فيه جميع شروطه ، إلا ما استثناه الشارع ، ويختلف القبض فيهما ، فما على النخلة بالتخلية ، وفي الثمر باكتياله ، فإن سلم أحدهما ثم مشيا ، وتسلم الآخر ، جاز ، وظاهره : أنه لا يشترط فيها أن تكون موهوبة لبائعها في قول الأكثر ، واختار الخرقى ، وصاحب «التلخيص» تخصيصها بالهبة ، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية سندي : العريّة أن يهب الرجل للجار ، أو ابن العم - النخلة والنخلتين ما لا تجب فيه الزكاة ، فللموهوب له أن يبيعها بخرصها تمرًا للرفق .

(ولا يجوز في سائر الثمار في أحد الوجهين) واختاره الأكثر اقتصارًا على مورد النص ، وغيرها لا يساويها في الحاجة ، وفي الترمذي من حديث رافع ، وسهل مرفوعًا : أنه نهى عن المزابنة الثمر بالتمر ، إلا أصحاب العرايا ، فإنه قد

ولا يجوز بيع جنس فيه الرِّبَا بعضه ببعض ، ومع أحدهما أو معهما من غير جنسهما ، كمدِّ عجوةٍ ودرهمٍ بمُدِّين أو درهمين ، أو بمدِّ ودرهمٍ

أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب .

والثاني : يجوز في سائر الثمار ، وقاله القاضي ؛ لأنَّ حاجة الناس إلى رطب هذه الثمار ، كحاجتهم إلى الرُّطب ، فجاز كالنخل ، وأطلقها في «الفروع» قال ابن المنجِّ : والأول أصح ؛ لأنَّ الرخصة وردت في ثمر النخل ، وغيره لا يساويه في كثرة الاقتيات به ، وسهولة خرصه ، فيختص الحكم به ، وقيل : يجوز في العنب ، لقوة شبهه بالرطب ، والاقتيات ، والتفكه ، وغيرهما متفرقة مستورة بالورق ، فلا يتأتى خرصها ، بخلاف الرطب والعنب .

قال في «الفروع» : وجوزها شيخنا في الزرع ، قال الزركشي : وخرَّج أبو العباس على ذلك بيع الخبز الطري باليابس في بركة الحجاز ونحوها ، وكذلك بيع الفضة الخالصة بالمغشوشة ، نظرًا للحاجة .

(ولا يجوز بيع جنس فيه الرِّبَا بعضه ببعض ، ومع أحدهما ، أو معهما من غير جنسهما ، كمدِّ عجوةٍ ودرهمٍ بمُدِّين أو درهمين ، أو بمدِّ ودرهمٍ) هذا ظاهر المذهب ، ونصَّ عليه أحمد في مواضع ، وتسمى مسألة مدِّ عجوةٍ ، لما روى فضالة بن عبيد : قال أتى النبي ﷺ بقلادة فيها خرز وذهب ، ابتاعها رجل بتسعة دنانير ، أو بسبعة ؛ فقال النبي ﷺ : «لا ، حتى يميز ما بينهما» قال : فردَّه . رواه أبو داود ، وفي لفظ لمسلم : أنَّ النبي ﷺ أمر بالذهب الذي في القلادة ، فترع وحده ، ثم قال لهم : «الذهب بالذهب وزناً بوزن» .

ولأنَّ الصفقة إذا جمعت شيئين مختلفي القيمة ، انقسم الثمن على قدر قيمتهما ، كما لو اشترى شقصًا وسيفًا ، فإنَّ الشَّفيع يأخذ الشَّقص بقسطه منه ، وهذا يؤدي هنا إمَّا إلى العلم بالتفاضل ، أو إلى الجهل بالتساوي ، وكلاهما مبطل للعقد ، فإنه إذا باع درهمًا ومدًّا يساوي درهمين بمُدِّين ، يساويان ثلاثة دراهم ، كان الدرهم في مقابلة ثلثي مدِّ ، ويبقى مدُّ في مقابلة مدِّ وثلث ، وذلك ربًّا .

وعنه : يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه .

فلو فرض التساوي كمدّ يساوي درهماً ، ودرهم بمدّ يساوي درهماً ودرهم لم يجز ، فإن التقويم ظنّ وتخمينٌ ، فلا يتحقّق معه المساواة ، والجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل ، فلو كانا من شجرة واحدة ، أو زرع واحد ، ونقيد واحد فوجهان ، أحدهما : الجواز لتحقق المساواة . والثاني : المنع لجواز أن يتغير أحدهما قبل العقد ، فتتقص قيمته وحده .

وصحّح أبو الخطاب في «انتصاره» هذا الوجه ، وعلّله : بأنّ لا تقابل مدّاً بمدّ ، ودرهماً بدرهم ، بل تقابل مدّاً بنصف مدّ ، ونصف درهم ، بدليل لو خرج مستحقّاً لاسترد ذلك ، والجهل بالتساوي موجودٌ ، وهذه هي طريقة القاضي وأصحابه ، وضعفها الشيخ زين الدّين بن رجب ؛ فقال : لأنّ المنقسم هو قيمة الثمن على قيمة المثلّث ، لا أجزاء أحدهما على قيمة الآخر .

وذهب جماعة من أصحابنا إلى المنع سدّاً لذريعة الرّبا ، فإن اتّخاذ ذلك حيلة على الرّبا الصريح ، كبيع مائة درهم في كيس بمائتين جعلاً للمائة في مقابلة الكيس ، وقد لا يساوي درهماً .

(وعنه : يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره) كمدّين بمدّ ودرهم (أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه) كمدّ ودرهم ، بمدّ ودرهم ، جعلاً لغير الجنس في مقابلة الجنس ، أو في مقابلة الزّيادة .

وشرط السّامريّ وغيره فيها التّساوي ، جعلاً لكلّ جنسٍ في مقابلة جنسه ، وهذا أولى من جعل الجنس في مقابلة غيره ، لا سيّما مع اختلافهما في القيمة ، وهذا إذا لم يكن حيلةً على الرّبا .

وللأصحاب طريقة ثانية ، وهو أنّه لا يجوز بيع الحلّى بجنس حليته ، قولاً واحداً ، وفي بيعه بنقيد آخر روايتان ، ويجوز بيعه بعرض ، روايةً واحدةً ، فأما ما لا يقصد عادةً ، ولا يباع مفرداً ، كتزويق الدّار ، فلا يمنع من البيع بجنسه اتفاقاً .

وإن باع نوعي جنس بنوع واحد منه ، كدينار قراضة ، وصحيح بصحيحين ، جاز ، أوماً إليه أحمد ، وذكره أبو بكر ، وعند القاضي : هي كالتى قبلها . ولا يجوز بيع تمر منزوع النوى بما نواه فيه ، وفي بيع النوى بتمر فيه النوى ، واللبن بشاة ذات لبن ، والصوف بنعجة عليها صوف - روايتان .

(وإن باع نوعي جنس بنوع واحد منه ، كدينار قراضة) أي : قطع الذهب (وصحيح بصحيحين جاز ، أوماً إليه أحمد ، وذكره أبو بكر) اختاره في «المغني» و«الترغيب» و«الوجيز» لأنَّ الشارع اعتبر المثلية في ذلك ، فدلَّ على الإباحة عندها ، وهي في الموزون وزناً ، وفي المكيل كيلاً ، والجودة ساقطة هنا ، أشبه ما لو اتَّفَق النوع .

(وعند القاضي) ، وقَدَّمه في «الحرر» : (هي كالتى قبلها) أي : كمسألة مدَّ عَجوة ؛ لأنَّ الثمن ينقسم على عوضه على حسب اختلافه في قيمته ، والأوَّل أصح ؛ إذ الثمن إنما ينقسم على المعوض فيما يشتمل على جنسين ، أو في غير الربويات بدليل ما لو باع بنوع مشتمل على جيِّد ورديٍّ ، ولم يرجح في «الفروع» شيئاً .

وعنه : يمنع في النقد ، ويجوز في الثمن ، نقله أحمد بن القاسم ؛ لأنَّ الأنواع في غير الأثمان يكثر اختلاطها ، ويشقُّ تمييزها ، فغفينا عنها ، بخلاف الأثمان .

(ولا يجوز بيع تمر منزوع النوى بما نواه فيه) لاشتغال أحدهما على ما ليس من جنسه ، وكذا لو نزع النوى ، ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر ؛ لأنَّ التبعية قد زالت ، فصار كمدَّ عَجوة ، فلو كانا منزوع النوى ، جاز ، كما لو كان في كلِّ واحدٍ منهما نواة .

(وفي بيع النوى بتمر فيه النوى ، واللبن بشاة ذات لبن ، والصوف بنعجة عليها صوف - روايتان) إحداهما : يجوز ، نقلها ابن منصور ، وقَدَّمها في «الحرر» ، وجزم بها في «الوجيز» ؛ لأنَّ النوى في التمر غير مقصود ، أشبه ما لو باع داراً مموَّه سقفها بذهب ، والثانية : المنع ، نقلها ابن القاسم ومُهَنَّأ ؛ لأنَّ النوى مكيلٌ ، فيصير كمدَّ عَجوة ، والصوف واللبن كذلك ، ولم يرجَّح في

والمرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز ، في زمن النبي ﷺ وما لا عرف له به ، ففيه وجهان ، أحدهما : يعتبر عرفه في موضعه ، والآخر : يردُّ إلى أقرب الأشياء شبهًا بالحجاز .

«الفروع» شيئًا .

وزاد : إذا باعه درهمًا فيه نحاسٌ بنحاسٍ ، أو بمثله ، وذكر في «الشرح» : الجواز في الصوف واللبن عن ابن حامد ، وسواء كانت الشاة حيَّةً ، أو مذكَّاةً ، ثم علَّل المنع بأنه باع مال الرِّبَا بأصله فيه منه ، أشبه بيع اللحم بالحيوان ، والأول أولى ، والفرق أنَّ اللحم في الحيوان مقصودٌ ، بخلاف اللبن والصوف .

فإن كان اللبن من غير جنس لبن الشاة ، جاز ، ويحتمل عدمه ، إذا قلنا : جنسٌ واحدٌ ، فلو كانت الشاة محلوبة اللبن ، جاز بيعها بمثلها وباللبن وجهًا واحدًا ؛ لأنَّ اللبن لا أثر له ، ولا يقابله شيء من الثمن ، أشبه الملح في الشيرج ، وحبَّات الشعير في الحنطة ، لكن لو باع برًّا بشعيرٍ فيه من جنسه ، يقصد تحصيله ، منع على الأصح .

فرغ : إذا باع نخلةً عليها تمرٌ بتمرٍ ، أو بنخلةٍ عليها تمرٌ ، لم يجز عند القاضي ، واختار أبو بكر خلافه .

(والمرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز ، في زمن النبي ﷺ) لما روى عبد الله بن عمر : أنَّ النبي ﷺ قال : « المكيال مكيال المدينة ، والميزان ميزان مكة » ، وقوله يحمل على تبين الأحكام ، فما كان مكيالًا في زمنه انصرف التحريم بتفاضل الكيل إليه ، فلا يجوز تغييره ، وكذا الموزون .

(وما لا عرف له به) أي : بالحجاز (ففيه وجهان أحدهما يعتبر عرفه في موضعه) جزم به في «الوجيز» وقدمه في «الفروع» ، لأنَّ ما لم يكن له عرف في الشرع ، فيرجع فيه إلى العرف كالقبض والحرز ، فإن اختلفت البلاد ، اعتبر الغالب ، فإن لم يكن تعيَّن الوجه الآخر .

(والآخر يردُّ إلى أقرب الأشياء شبهًا به بالحجاز) لأنَّ الحوادث تردُّ إلى الأشبه بالمنصوص عليه ، قال في «المغني» و«الشرح» : هو القياس .

فصل

وأما ربا النسيئة ، فكلُّ شيئين ليس أحدهما ثمنًا ، علة ربا الفضل فيهما واحدة ، كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون ، لا يجوز النساء فيهما .

✓ **فائدة :** لو اقتسم الشركاء ما أصله الوزن كيلاً وبالعكس ، جاز إن قلنا : هي إفراز حقٍّ ، وإلاً بطل ، ويجوز التعامل بكيل لم يعهد ، قاله في «النهاية» و«الترغيب» .

فصل

(وأما ربا النسيئة) فقال : النساء بالمدِّ هو التأخير ، يقال : نسأت الشيء ، وأنسأته أخرته ، ثم أشار إلى معناه الخاص هنا ، فقال : (فكلُّ شيئين) أي : جنسين (ليس أحدهما ثمنًا) يحترز به عمدًا إذا كان أحد العوضين من الأثمان . والآخر من غيرهما ، فإنه يجوز النساء بينهما بغير خلاف ؛ لأن الشارع أرخص في السِّلَم ، والأصل في رأس ماله النقدان ، فلو حرم النساء فيه لا نسد باب السِّلَم في الموزونات غالبًا إلا صرف فلوس نافقه بنقيد ، فيشترط فيه الحلول والقبض .

ونقل ابن منصور : لا اختاره . اختاره ابن عقيل ، وتقي الدين ، قال في «الرعاية» في جواز السِّلَم فيها بنقيد مقبوض وجهان .

(علة ربا الفضل فيهما واحدة كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون) هذا على الصحيح من المذهب ، ومن جعل العلة الثمنية والطعم ، فيمثل بالطعم ، ولم يحتج إلى قوله : «ليس أحدهما ثمنًا» لأن الثمنية لا تتعدى النقيدين ، ومن جعلها الوزن والطعم أو هو والكيل فيمثل بالتمر ونحوه .

(لا يجوز النساء فيهما) بغير خلافٍ نعلمه ، قاله في الشرح ؛ لقوله عليه السَّلَام في حديث أبي سعيد : «ولا تبيعوا منها غائبًا بناجز» ولقوله عليه السَّلَام : «البر بالبر ربًا إلا هاء وهاء» إلى آخره ، ومعناها على اختلاف لغاتها : خذ وهات في الحال

وإن تفرقا قبل التقابض ، بطل العقد ، وإن باع مكيلاً بموزون ، جاز التفرق قبل القبض ، وفي النساء روايتان ، وما لا يدخله ربا الفضل ، كالثياب والحيوان ، يجوز النساء فيهما ، وعنه : لا يجوز .

كـ «يبدأ بيد» وإن تفرقا قبل التقابض بطل العقد ، نص عليه ؛ لقوله عليه السلام : «إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يبدأ بيد» والمراد به القبض ، ولأنهما مالان من أموال الربا ، علتها متفقة ، فحرم التفرق قبل القبض كالصرف (وإن باع مكيلاً) كالبر (بموزون) كاللحم (جاز التفرق قبل القبض) رواية واحدة ، قاله أبو الخطاب ؛ لأن علتها مختلفة ، فلم يشترط القبض قبل التفرق ، كالثمن بالثمن ، وظاهر كلام الخرقي : وجوب التقابض ، وصرح به على رواية : منع النساء ، وهو ظاهر حديث عبادة (وفي النساء روايتان) وكذا في «الفروع» أحدهما : لا يجوز ، اختاره الخرقي ، وصاحب «الوجيز» لأنهما من أموال الربا ليس أحدهما نقداً ، فحرم النساء فيهما ، كالمكيل بمثله ، والثانية : يجوز ، قدمه في «المحرر» لأنهما لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل أشبه الثياب بالحيوان ، وذكرهما جماعة فيما إذا اختلفا في العلة ، أو كان أحدهما غير ربوي ، قال في «الشرح» : وعند من يعلل بالطعم لا يجيزه هنا وجهاً واحداً .

(وما لا يدخله ربا الفضل ، كالثياب والحيوان ، يجوز النساء فيهما) على المذهب ، لأمر النبي ﷺ عبد الله بن عمرو : أن يأخذ على قلائص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة . رواه أحمد والدارقطني ، وصححه . وإذا جاز في الجنس الواحد ففي الجنسين أولى ، قال في «الانتصار» : فإن قيل : لعله ابتاع على بيت المال لا في ذمته ؛ لأنه قضاء من الصدقة .

قلنا : إنما ابتاع في ذمته ، وللإمام ذلك للمصلحة ، ويقضيه من بيت المال ، وكذا أجاب ابن عقيل : أن الدين لا يثبت إلا في الذم ، ومتى أطلقت الأعواض تعلقت بها ، ولو عيّنت الديون في أعيان الأموال ، لم يصح ، فكيف إذا أطلقت ، فعلى هذا قال بعض أصحابنا : الجنس شرط محض ، فلم يؤثر قياساً على كل شرط كالإحصان مع الزنى .

(وعنه : لا يجوز) اختاره ابن أبي موسى ، وأبو بكر ، لما روى الحسن عن

وعنه : لا يجوز في الجنس الواحد ، كالحیوان بالحيوان ، ويجوز في الجنسين كالثياب بالحيوان ، ولا يجوز بيع الكالئ بالكالئ ، وهو بيع الدَّين بالدَّين .

سمرة مرفوعًا ؛ قال : نُهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة . رواه الخمسة ، وصحَّحه الترمذي ، ولم يفرق بين الجنس والجنسين ، ولأنه بيع عرض بعرض ، فحرم النساء فيهما كالجنسين من أموال الرِّبا ، فعلى هذا تكون علة النساء المالئة ، وضعفه في «المغني» ، وأقرّه في «الشرح» هذه الرواية ؛ لأنه إثبات حكم يخالف الأصل بغير دليل ، مع أنَّ أحمد لا يصحح سماع الحسن من سمرة ، قاله الأثرم .

(وعنه : لا يجوز في الجنس الواحد ، كالحیوان بالحيوان ، ويجوز في الجنسين كالثياب بالحيوان) لحديث سمرة ، فإنه يدلُّ على المنع في الجنس الواحد بمنطوقه ، وعلى الجواز في الجنسين بمفهومه ؛ ولأنَّ الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل ، فمنع النساء كالكيل والوزن ، وليس بشيء ؛ لأنَّ الجنس شرط لجريان ربا الفضل ، أو محل في ذلك ، لا وصف في العلة ، وفيه رابعة : أنه لا يحرم إلَّا فيما بيع بجنسه متفاضلاً ، اختاره الشيخ تقي الدَّين .

لما روى جابرٌ أنَّ النَّبيِّ ﷺ قال : «لا يصلح الحيوان بالحيوان اثنان بواحد نسيئةً ، ولا بأس به يداً بيد» . رواه الترمذي وحسنه ، ومفهومه جواز الواحد بالواحد ، لكنَّه من رواية الحجاج بن أرطاة ، والأوَّل أصحُّ لموافقتها الأصل ، والأحاديث المخالفة لها لا يعتمد عليها ، قاله أحمد .

فائدة : حيث حرم ، فإن كان مع أحد العرضين نقد ، فإن كان وحده مؤجلاً جاز ، إذ لا نساء بين الثمن والمثمن ، ولو كان التَّقدُّ حالاً ، والعرضان وأحدهما نسيئةً ، لم يجز ، نصَّ عليه حذارًا من النسيئة في العروض .

(ولا يجوز بيع الكالئ بالكالئ) بالهمز فيهما ، وبعض الرواة يتركه تخفيفاً (وهو بيع الدَّين بالدَّين) وحكاه ابن المنذر إجماعاً ، لقوله : نهى النَّبيُّ ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ . رواه أبو عبيد في «الغريب» وهو بيع ما في الذِّمة بثلثين مؤجلٍ لمن هو عليه .

فصل

ومتى افترق المتصارفان قبل التقابض ، أو افترقا عن مجلس السِّلَم قبل قبض رأس ماله ، بطل العقد ، وإن قبض البعض ، ثم افترقا بطل في الجميع ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر يبطل فيما لم يقبض .

فصل

(ومتى افترق المتصارفان قبل التقابض ، أو افترقا عن مجلس السِّلَم قبل قبض رأس ماله بطل العقد) تقدم أن الصرف يبيع الأثمان بعضها ببعض ، والقبض شرط لصحة العقد ، نصَّ عليه ، ذكره الجماعة ، وحكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه من أهل العلم ، ولقوله عليه السَّلَام : «ويعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد» والمجلس هنا كمجلس الخيار في البيع ، فلا يضُرُّ طوله مع تلازمهما ، فلو مشيا إلى منزل أحدهما مصطحبين ، صحَّ ، وقبض الوكيل كقبض موكله بشرط قبضه قبل مفارقة موكله المجلس ، كتعلقه بعينه ، فلو فارق المجلس فسد الصرف ، وإن قبض الوكيل في المجلس .

فلو مات أحدهما قبل القبض ، فسد لعدم تمام العقد ، وقول المؤلف : بطل العقد ، يوهم وجود عقدٍ ، ثمَّ بطلانه ، وليس كذلك ، بل القبض فيه بمنزلة القبول ، لا يتِمُّ العقد إلَّا به ، ولهذا قال الخرقي : فلا يبيع بينهما ، وأما قبض رأس مال السِّلَم ، فسيأتي في محله .

(وإن قبض البعض) في المجلس (ثم افترقا ، بطل في الجميع في أحد الوجهين ، وفي الآخر يبطل فيما لم يقبض) فقط ، وهو المذهب ، لا صرف بينهما فيما لم يقبض لفوات شرطه ، وما قبض ، ففيه وجهان مبنيان على تفريق الصفة ، والمذهب هنا البطلان ، صرَّح به في «الوجيز» فلو صارف رجلاً ديناراً بعشرة دراهم ، وليس معه إلَّا خمسة ، لم يجز تفرقهما قبل قبض العشرة ، فإن قبض الخمسة ، ثم افترقا ، فعلى ما سبق ، فإن أراد صحَّة العقد ، فسحا الصرف في النصف الذي ليس معه عوضه ، أو يفسخان العقد كله ، ثم يشتري

وإن تقابضا ، ثم افترقا ، فوجد أحدهما ما قبضه رديئاً فردّه ، بطل العقد في إحدى الروايتين ، والأخرى : إن قبض عوضه في مجلس الردّ ، لم يبطل ، وإن ردّ بعضه ، وقلنا : يبطل في المردود ، فهل يبطل في غيره على وجهين .

منه نصف الدينار بخمسة ، ويدفعها إليه ، ثم يأخذ الدينار كله ، فيكون نصفه له والباقي أمانة في يده ، ثم يفترقان .

فرغ : إذا تخايرا قبل القبض في المجلس ، لم يبطل العقد ، لأنهما لم يفترقا قبل القبض ، ويحتمل أن يبطل إن قيل بلزوم العقد ؛ لأنّ العقد لم يبق فيه خيار قبل القبض ، كالفرقة . وجوابه أنّ الشرط التقابض في المجلس . وقد وجد .

(وإن تقابضا ، ثم افترقا ، فوجد أحدهما ما قبضه رديئاً فردّه ، بطل العقد في إحدى الروايتين) اختاره الخرقى وجمع ، لأنّ قبض مال الصّرف في المجلس شرط ، ولم يوجد لتفرقهما قبل قبض المعقود عليه ، وظاهر المتن أنّه يشمل ما إذا كان العيب من جنس المعقود عليه ، كالسواد في الفضة ، والوضوح في الذهب ، وما إذا كان من غير جنسه ، كالرصاص في الفضة ، ونحوه ، والمذهب فيه البطلان .

وحمله في «الشرح» على الأخير ، وشرط في «المغني» كون العيب من الجنس ، قال ابن المنجّأ : يجب حمل لفظه هنا على ذلك ، إذا قلنا : قبض البدل يقوم مقام قبضه في مجلس الردّ ، وإن قلنا : لا يقوم ، فلا حاجة إلى التفصيل ، لأنّ البطلان مشترك بين المعنيين .

(والأخرى إن قبض عوضه في مجلس الردّ لم يبطل) لأنّ قبض عوضه في مجلس الردّ يقوم مقام قبضه في مجلس العقد .

(وإن ردّ بعضه ، وقلنا : يبطل في المردود فهل يبطل في غيره ؟ على وجهين) بناء على تفريق الصفقة ، ثم اعلم أنّ الصرف يقع على ضربين ، أحدهما : أن يبيع عينا بعين ، ولو بوزن متقدم أو خبر صاحبه .

الثاني : أن يقع على موصوف في الدّمة ، كقوله : بعتك دينارا مصرئاً بعشرة

دراهم ناصريّة ، وقد يكون أحد العوضين معيّنًا دون الآخر ، وكل ذلك جائز . أمّا الأول إذا تقابضا ، ثم وجد أحدهما عيبًا فيما قبضه ، فينقسم إلى قسمين ، أحدهما : أن يكون العيب من غير الجنس ، فالصرف فيه باطل بناء على أن المعقود يتعيّن بالتعيين ، وهذا هو المجزوم به عند الأصحاب ؛ لأنّ البدل متعذر لتعلّق البيع بالعين ، قال في «المغني» : كقوله : بعتك هذا البغل ، فإذا هو حمار . وعنه : يصحّ ، وله ردّه وأخذ البدل ، وعنه : يقع لازماً ، فلا ردّ ولا بدل ، تغليبا للإشارة ، وعلى المذهب : إن ظهر البعض معيّنًا ، بطل العقد فيه . وهل يبطل في غيره ؟ فيه قولان تفريق الصفقة .

الثاني : أن يكون من جنسه ، فنقل ابن الحكم ، وجعفر بطلان العقد ، وجزم به في «الواضح» والأشهر : أنّه يثبت له الخيار بين الردّ والإمساك ، قال الزركشي : بغير خلافٍ نعلمه ، وفيه شيء ، فإن اختار الردّ ، بطل العقد ، ولم يكن له أخذ البدل ، كما لو كان المبيع عرضاً ؛ لأنّ المبيع تعلّق بعينه ، فيفوت بفواته ، وإن اختار الإمساك ، فله ذلك ، وله أخذ الأرض ، كما نقله الشيخان ، وصاحب «التلخيص» لأنّ قاعدة المذهب : أنّه يجوز أخذ الأرض مع القدرة على الردّ ، ومنع أبو الخطاب من أخذ الأرض مطلقاً ؛ لأنّه زيادة على ما وقع عليه العقد ، سنده امتناع أخذ الأرض مع القدرة على الردّ ، على رواية .

فعلى هذا المذهب : أنّه لا يجوز أخذ الأرض من الجنس الواحد مطلقاً ، لفوات المماثلة المشترطة .

وخرّج القاضي وجهًا بالجواز في المجلس نظرًا إلى أنّ الزيادة طرأت بعد العقد ، وأبو الخطاب صرح بالجواز مطلقاً ، فيدخل فيه الجنس والجنسان ، وفي المجلس وبعده ، وحكاه ابن عقيل قولاً في صورة تلف أحد العوضين ، ويجوز في الجنس مطلقاً ، أعني في المجلس وبعده ، على ظاهر إطلاق الأكثر ؛ لأنّ الأرض عوض عن الجزء الفائت في الثمن ، وفي «المغني» و«الفروع» له أخذ أرض العيب في المجلس ، وكذا بعده إن جعلاً أرضه من غير جنس الثمن ؛ لأنّه لا يعتبر

والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد ، في أظهر الروايتين .

قبضه فيه ، كبيع برّ بشعير ، فيجد أحدهما عيبًا فيأخذ أرشه درهمًا بعد التفريق . ونقل جماعة : له ردّه وبدله ، ولم يفرّق في العيب .

الثاني : أن يكون على غير عينه ، وهو الصرف في الذمّة ، فيصح ؛ لأنّ المجلس كحالة العقد ، فإذا وجد أحدهما بما قبضه عيبًا ، فله بدله ، وله الإمساك إذ قصاره الرضى بدون حقّه ، وله أخذ الأرش في الجنسين ، لا الجنس على المذهب .

فإن تفرّقا ، والعيب من جنسه ، وذكر جماعة : أو غيره ، فعنه : له بدله ، وأخذ الأرش بعد التفريق ، وعنه : ليس له بدله ، فيفسخ ، أو يمسك الجميع ، ولا أرش بعد الفرقة .

ويعتبر قبض البذل في مجلس الردّ ، وذكر بعضهم : إن وجد بعد التفريق ، واختار الردّ ، فهل يبطل العقد برّدّه ؟ اختاره أبو بكر ، لوجود التفريق قبل القبض ، أو لا يبطل ، وله البذل في مجلس الردّ ، وإن تفرّقا قبله بطل العقد في اختيار الخرقى ، والخلال ، والقاضي وأصحابه ؛ لأنّ القبض وقع صحيحًا ؛ إذ بدله يقوم مقامه ، فيه روايتان ، وفيه ثالثة : أن البيع يقع لازماً ، وهو بعيد ؛ لأنّه يلزم منه إلزام العاقد بما لم يلتزمه .

فعلى الأولى : إن وجد البعض رديئًا ، فردّه بطل فيه ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة ، وعلى الثانية : له بدل المردود في مجلس الردّ ، وله الإمساك ، لكن إن طلب معه أخذ الأرش ، ففي «المغني» و«الشرح» : له ذلك على الثانية ، لا الأولى ، وأما على المحقق : فله ذلك في الجنسين ، على الروايتين .

(والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد ، في أظهر الروايتين) هذا هو المعمول به عند الأصحاب ؛ لأنّ ذلك عوض مشار إليه في العقد ، فوجب أن يتعيّن كسائر الأعواض ؛ ولأنّه أحد العوضين ، فتعيّن بالتعيين كالآخر ، ولأن ما تعيّن في الغصب والوديعة تعيّن بالعقد كالعرض ، ومعنى تعيينه في الغصب : أنّه إذا طوّل به ، لزمه تسليمه ، ولا يجوز العدول عنه .

فلا يجوز إبدالها ، وإن وجدها معيبة خيّر بين الإمساك والفسخ ، ويتخرّج أن يمسك ويطالب بالأرش ، وإن خرجت مغصوبة بطل العقد . والأخرى ، لا تتعين .

وفي بعض روايات حديث عبادة : «عينًا بعين» فيستدل به ؛ إذ لو كان الذهب والفضة في الدّمة ، لم يكن عينًا بعين ؛ لأنّه إنّما يكون بهذا الوصف إذا ملكت عين كلّ واحدٍ منهما ، وفيه شيء إذ يلزم منه أن [لا] يباع الذهب بمثله إلّا عينًا بعين ، وقد حُكي الإجماع على خلافه (فلا يجوز إبدالها) لأنّ العقد واقع على عينها .

(وإن وجدها معيبة ، خيّر بين الإمساك والفسخ) كالعوض الآخر . وظاهره : أنه لا أرش مع الإمساك ، وهو كذلك (ويتخرّج : أن يمسك ويطالب بالأرش) لأنّه مبيع ، أشبه سائر المبيعات ، هذا إذا كان العيب من جنس النقود ، فإن كان من غير جنسها بطل العقد ، إذا كان في جميعها ، وإن كان في بعضها ، بطل فيه ، وفي الباقي قولًا تفريق الصّفقة ، ذكره في «الشرح» وغيره ، وفي «المغني» : لا أرش له ، مع الإمساك ، إذا وقع العقد على مثله كالدرهم بمثلها ؛ لأنّ أخذ الأرش يفضي إلى التفاضل المحرّم ، وخرّج القاضي وجهًا بجوازه في المجلس ؛ لأنّها زيادة طرأت بعد العقد ، وردّه المؤلّف .

وإن وقع على غير مثله كالدرهم والدنانير ، فله أخذ الأرش في المجلس ، ولم يحك فيه خلافًا ، وعلّله : بأنّ أكثر ما فيه حصول زيادة من أحد الطرفين ، ولا يمنع ذلك في الجنسين ، وإن كان بعد التّفريق ، لم يجز لحصول الفرقة قبل القبض المعتمر . قال ابن المنجّ : فيجب حمل كلامه هنا على ما قاله في «المغني» ؛ ليطابق ، وفيه شيء .

(وإن خرجت مغصوبةً ، بطل العقد) كالمبيع إذا ظهر مستحقًا ، وإذا تلف قبل القبض ، تلف من مال البائع ، بناء على المذهب في أنّ المتعيّن لا يفتقر إلى قبض .

(والأخرى لا تتعين) وهي ظاهر نقل أبي داود ، وتأولها القاضي ، وأبى ذلك الجمهور ؛ لأنّه يجوز إطلاقها في العقد ، ولا غرض في أعيانها ، وإنّما الغرض في مقدارها ، فلم يتعيّن به ، كالمكيال والميزان ، وكما لو استأجر أرضًا ليزرعها

فلا يثبت فيها ذلك .

حنطة ، فله زرع ما هو مثلها ، يؤكده قول الفراء في قوله تعالى : ﴿ وشروه بثمن بخس ﴾ الآية - : أن الثمن ما يثبت في الذمة ، ومن قال بالتعين ، لم يجعلها تثبت في الذمة ، وهي ثمن قطعاً (فلا يثبت فيها ذلك) أي : فله إبدالها مع عيب وغصب ، وإن تلفت قبل قبضها ، فهي من مال المشتري .

مسائل

منها : إذا نذر صدقةً بدرهم بعينه ، لم يتعين ، ذكره القاضي وحفيده ، وفي «الانتصار» : يتعين ، فلو تصدق به بلا أمره ، لم يضمه ، ويضمه على الأول .

ومنها : يجوز اقتضاء أحد التقدين من الآخر ، على الأصح ، إن حضر أحدهما ، والآخر في الذمة مستقر بسعر يومه ، نص عليه ، لحبر ابن عمر في بيع الإبل بالبيع ، ويكون صرفاً بعين وذمة ، ومنع منه ابن عباس وجمع . وهل يشترط حله ؟ فيها وجهان ، وإن كانا في ذمتيهما ، فاصطرفا ، فنضه : لا يصح ، واختار الشيخ تقي الدين جوازه .

ومنها : إذا كان له على آخر دنائير ، فقضاه دراهم شيئاً فشيئاً ، فإن كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدينار صح ، نص عليه ، وإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد فصارفه بها وقت المحاسبة ، لم يجز ، نص عليه ؛ لأنه يصير بيع دين بدين ، وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ، ثم صارفه بعين وذمة صح ، فلو أعطاه الدراهم شيئاً بعد شيء ، ولم يقضه إياها وقت دفعها إليه ، ثم أحضرها وقوماها ، فإنه يحتسب ذلك منها يوم القضاء ، لا يوم دفعها إليه ؛ لأنها وديعة في يده ، فإن تلفت ، أو نقصت ؛ كان من ضمان مالكها على المشهور .

ومنها : لو كان له عند صيرفي دنائير ، فأخذ منه دراهم إداراً ، ليكون هذه بهذه ، لم يجز ، فإن أراد المصارفة ، أحضر أحدهما واصطرفا بعين وذمة .

ومنها : المقبوض بعقد فاسد كالمقبوض في عقد صحيح ، فيما يرجع إلى الضمان وعدمه .

ويحرم الرِّبَا بين المسلم والحربيّ ، وبين المسلمين في دار الحرب ، كما يحرم بين المسلمين في دار الإسلام .

باب بيع الأصول والثمار

(ويحرم الرِّبَا بين المسلم والحربيّ ، وبين المسلمين في دار الحرب ، كما يحرم بين المسلمين في دار الإسلام) لقوله تعالى : ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ ولقوله عليه السَّلام : «من زاد ، أو ازداد فقد أربى» وهو عامٌّ ، ولأنَّ ما كان محرَّمًا في دار الإسلام كان محرَّمًا في دار الحرب ، وكدار البغي ؛ لأنَّه لا يد للإمام عليهما .

وفي «عيون المسائل» : الباغي مع العادل ، كالمسلم مع الحربي ؛ لأنَّ كلاً منهما لا يضمن مال صاحبه بالإتلاف ، فهي كدار حرب ، وردَّه في «الفروع» ونقل الميموني : أنه محرَّم ، إلَّا بين مسلم وحربيّ ، لا أمان بينهما ، جزم به في «المستوعب» و«المحرر» ، وهو ظاهر «الوجيز» .

وعنه : لا يحرم في دار الحرب ، ذكرها في «الموجز» ، وأقرَّها الشَّيخ تقيُّ الدِّين على ظاهرها ، لما روى مكحول مرفوعًا : «لا ربا بين المسلم وأهل الحرب في دار الحرب» ولأنَّ أموالهم مباحة ، وإنَّما حظرها الأمان في دار الإسلام ، فما لم يكن كذلك كان مباحًا ، وردَّ : بأنَّه منتقض بالحربيّ إذا دخل دار الإسلام ، وبأنَّه خبر مجهول لا يجوز أن يترك به تحريم ما دلَّ عليه القرآن والسنة ، وهو محرَّم بين المسلمين ما لم يكن بينه وبين رقيقه ، ولو مدبرًا ، أو أمٍّ ولدٍ مطلقًا ، أو مكاتبًا في مال الكتابة .

باب بيع الأصول والثمار

الأصول : جمع أصلٍ ، وهو ما يتفرَّع عنه غيره ، والمراد به هنا الأرضون ، والأشجار ، والثمار جمع ثمرٍ ، كجبلٍ وجبالٍ ، وواحد الثَّمَر : ثمرةٌ ، وجمع الثَّمَر : ثمرٌ ، ككتّابٍ وكتبٍ ، وجمع ثمرٍ أثمار ، كعنقي وأعناقٍ ، فهو رابع جمع .

ومن باع دارًا ، تناول البيع أرضها وبنائها ، وما يتَّصل بها لمصلحتها ، كالسَّلاليم ، والرفوف المسَّرة ، والأبواب المنصوبة ، والخوابي المدفونة ، والرَّحَا المنصوبة ، ولا يدخل ما هو مودعٌ فيها من الكنز ، والأحجار المدفونة ، ولا المنفصل منها ، كالحبل ، والدُّلو ، والبكرة ، والقفل ، والفرش . فأما ما كان من مصالحها ، كالفتاح ، وحجر الرَّحَا الفوقاني ، فعلى وجهين .

(ومن باع دارًا تناول البيع أرضها) أي : إذا كانت الأرض يصح بيعها ، فإن لم يجز كسواد العراق ، فلا (وبنائها) لأنَّهما داخلان في مسمَّى الدَّار ، ولم يتعرَّض الأصحاب لذكر حريمها (و) تناول (ما يتَّصل بها لمصلحتها ، كالسَّلاليم) واحدها سلَّم ، بضَمِّ السين ، وفتح اللام المشدَّدة ، وهو المرقاة والدَّرَجَة ، ولفظه مأخوذ من السَّلامَة ، (والرفوف المسَّرة) وهو شرط في السَّلم ، وحذف منه لدلالة الثَّاني عليه (والأبواب المنصوبة) وحلقها (والخوابي المدفونة ، والرَّحَا المنصوبة) لأنَّه متَّصلٌ بها لمصلحتها ، أشبه الحيطان .

وظاهره : أنَّ الخوابي إذا لم تكن مدفونة ، وحجر الرَّحَا إذا لم يكن منصوبًا ؛ أنَّه لا يدخل فيها ؛ لأنَّه منفصلٌ عنها ، أشبه الطَّعام ، وكذا يدخل فيها المعدن الجامد ، وعنه : والجاري ؛ لأنَّه من أجزائها ، فهو كأحجارها ، لكن لا يباع معدن ذهبٍ بذهبٍ ، ويباع بغير جنسه ، فإن لم يعلم به البائع ، فله الخيار ؛ لأنَّها زيادة لم يعلم بها ، هذا إذا ملك الأرض بإحياءٍ ، أو إقطاعٍ ، وإن كان يبيع ، فوجهان .

(ولا يدخل ما هو مودع فيها من الكنز) وهو المال المدفون (والأحجار المدفونة) لأنَّ ذلك مودع فيها كالفرش والستور (ولا المنفصل منها كالحبل ، والدُّلو ، والبكرة ، والقفل ، والفرش) لأنَّ اللفظ لا يشملها ، ولا هو من مصلحتها ، أشبه المودع فيها ، وكذا حكم الرَّف الموضوع على الوتد من غير سمرٍ ، ولا غرزٍ في الحائط .

(فأما ما كان من مصالحها) وهو منفصل عنها ، (كالفتاح ، وحجر الرَّحَا الفوقاني) إذا كان السفلاني منصوبًا (فعلى وجهين) أحدهما - وهو الأشهر - :

وإن باع أرضاً بحقوقها دخل غراسها ، وبنائها في البيع ، وإن لم يقل :
بحقوقها ، فعلى وجهين .

أنه لا يدخل ؛ لأنَّ لفظ الدَّار لا يتناوله ، ولا هو متَّصلٌ لمصلحتها ، أشبه القفل .
والثاني : بلى ؛ لأنَّه لمصلحتها ، أشبه المنسوب فيها . وفي الشَّجر ، والنَّخل
المغروس فيها احتمالان .

فرعٌ : إذا كان فيها بئرٌ أو عينٌ مستنبطة ، فنفس البئر ، وأرض العين مملوكة
لصاحب الأرض والماء غير مملوك على الأصح .

(وإن باع أرضاً بحقوقها دخل غراسها وبنائها في البيع) لأنَّهما من حقوق
الأرض ويتبعان من كل وجه ؛ لأنَّه يتَّخذ للبقاء فيها ، وليس لانتهائه مدَّة معلومة ،
والرهن كالبيع .

(وإن لم يقل : بحقوقها ، فعلى وجهين) أظهرهما : يدخلان ؛ لأنَّهما من
حقوقها ، وما كان كذلك ، فيدخل فيها بالإطلاق ، كطرقها ومنافعها .
والثاني : لا ، لأنَّهما ليسا من الأرض ، فلم يدخلها كالثمرة ، والفرق أنَّها تراد
لنقل ، وليست من حقوقها بخلاف الشَّجر والبناء ، وعلى هذا للبائع تبقيته ،
وفي «الترغيب» : هل يتبعها في الرَّهن كالبيع إذا قلنا : يدخل فيه الوجهان
لضعفه ، وكذا الوصيَّة والوقف ونحوهما .

فرعٌ : إذا باعه قرية ، لم يدخل مزارعها إلَّا بذكرها ، وفي «المغني»
و«الشرح» : أو قرية ، قال في «الفروع» : وهو أولى ، كالمساومة على أرضها .
ولا يدخل زرعٌ ، ولا بذرٌ ، وحكم الغرس في بنيانها حكم الغرس في الأرض
على ما تقدم .

مسألة : إذا باعه بستاناً دخل فيه الشجر ؛ لأنَّه اسم للأرض ، والشجر ،
والحائط ، بدليل أنَّ الأرض المكشوفة لا تسمى به ، ويدخل فيه البناء كالشجر ،
ذكره ابن عقيل ، وقيل : لا لعدم الافتقار إليه ، فإن باعه شجراً لم تدخل
الأرض ، ذكره أبو إسحاق بن شاقلا ؛ لأنَّ الاسم لا يتناولها ، ولا هي تبع
للمبيع ، فإن باعه شجرة ، فله تبقيتها في أرض البائع ، كالثمر على الشَّجر ،

وإن كان فيها زرع يجرّ مرةً بعد أخرى ، كالرُّطبة ، والبقول ، أو تكررت ثمرته ، كالقثاء ، والبادنجان ، فالأصول للمشتري ، والجزء الظاهرة ، واللقطة الظاهرة من القثاء ، والبادنجان للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع ، وإن كان فيها زرع لا يحصد إلا مرةً كالبرّ والشّعير ، فهو للبائع مبقًى إلى الحصاد .

وفي «الرعاية» : يبقى بالأجرة ؛ إذ مغرسها للبائع ، قال أبو الخطاب وغيره : ويثبت حق الاختيار ، وله الدخول لمصلحتها .

(وإن كان فيها زرع يجرّ مرةً بعد أخرى كالرُّطبة) وهي الغضة ، فإذا بيعت فيقال لها : قتّ ، قاله أبو حنيفة والدينوري .

(وبالقول) وهو ما يأكله الناس (أو تكرّرت ثمرته ، كالقثاء والبادنجان ، فالأصول للمشتري) لأنّ ذلك يراد للبقاء ، أشبه الشجر (والجزء الظاهرة ، واللقطة الظاهرة من القثاء والبادنجان للبائع) ؛ لأنّه تؤخذ ثمرته مع بقاء أصله ، أشبه ثمرة الشجرة المؤبّرة ، وسواء كان ما يبقى سنة كهندبا ، أو أكثر كرطبة ، لكن على البائع قطع ما يستحقه منه في الحال ، فإنّه ليس له حدّ ينتهي إليه ، فيطول زمنه ، فيخرج غير ما كان ظاهراً (إلا أن يشترطه المبتاع) لأنّه لو اشترى شجراً عليه ثمرٌ أبرّ ، واشترطه ، كان له ، فكذا هنا .

فإن كان مما يؤخذ زهره ، وتبقى عروقه في الأرض ، كالبنفسج ونحوه ، فهو كالرُّطبة ، وكذلك ورقه وأغصانه ، فأما زهرته ، فإن تفتّحت ، فهي للبائع ، وإلا فهي للمشتري ، واختار ابن عقيل في هذا كله : أن البائع إن قال : بعثك هذه الأرض بحقوقها ؛ دخل فيها ، وإلا فوجهان كالشجر .

(وإن كان فيها زرع لا يحصد إلا مرةً كالبرّ والشّعير) والجزر ، والفجل ، والفوم ، وأشباه ذلك (فهو للبائع) لأنّه مودع في الأرض ، فهو كالكنز ، والقماش ، ولا نعلم فيه خلافاً (مبقًى إلى الحصاد) لأنّ ذلك هو العرف في نقله ، فحمل عليه ، كالثمرّة تباع بعد بدو صلاحها ، وظاهره أنّه يبقى بغير أجره ؛ لأنّ المنفعة حصلت مستثناة ، وعليه حصاده في أول وقت أخذه حسب العادة .

إِلَّا أَنْ يَشْتَرطَهُ الْمُبْتَاعُ .

زاد في «المغني» و«الشرح» : ولو كان بقاءه أنفع له ، وقيل : عادته (إِلَّا أَنْ يَشْتَرطَهُ الْمُبْتَاعُ) لَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الثَّمَرَةِ الَّتِي قَدْ أُبْرِتْ ، فعلى هذا هو له ، قصيلاً كان أو حبّاً ، مستتراً أو ظاهراً ، معلوماً أو مجهولاً ، لكونه دخل في البيع تبعاً للأرض ، فلم يضرّ جهله وعدم كماله .

تنبيه : حكم القصب الفارسي كذلك ؛ لَأَنَّهُ لَهُ وَقْتًا يَقْطَعُ فِيهِ - إِلَّا أَنَّ الْعُرُوقَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُا تَتْرَكَ فِي الْأَرْضِ لِلْبَقَاءِ فِيهَا ، والقصب كالثمرّة ، فإن لم يكن ظهر منه شيء ، فهو للمشتري ، وقصب الشُّكَّر كالزَّرْع ، وقيل : كالفارسي ، فإن حصده قبل أوان حصاده لينتفع بالأرض في غيره ، لم يملك ذلك ، لَأَنَّهُ مِنْفَعَتُهَا حَصَلَتْ مُسْتَثْنَاءً ، وعلى البائع تسوية الحفر ؛ لَأَنَّهُ اسْتِصْلَاحٌ لِمُلْكِهِ ، فهو كما لو باع داراً فيها دابة كبيرة ، لا تخرج إلّا بهدم الباب ، فهدمه كان عليه الضمان .

أصل : ما لم يدخل في البيع من زرع وحجر ونحوه ، يلزمه نقله ، وعليه تسوية الحفر ، وإن أبى النقل ، فللمشتري إجباره على تفرغ ملكه وتسويته ، إذا ضرّ عرقه بالأرض ، كقطن ، وكذا إن لم يضرّ ، وينقله بحسب العادة ، فلا يلزمه ليلاً ، ولا جمع الحمالين له ، فإن طالّت مدّة نقله ، فذكر جماعة : فوق ثلاثة أيام ، فعيب يثبت له الخيار بين الفسخ والإمساك ، مع الأرض ، ولا أجره مدة نقله .

وقيل : مع العلم ، وقيل : بلى ، وإن لم ينضرّ مشتري ببقائه ، ففي إجباره وجهان .

مسألة : إذا باع بيتاً من دار ، وقال : بحقوقه ، لم يصحّ ، وإن سُمِّي الطَّرِيق وعَيْنُهُ ، صحّ ، وإلّا فلا ، وقيل : إن أطلق الطَّرِيق ، ولم يعيّنه ، صحّ ، وقيل : إن كان المشتري في البيت صحّ ، وإلّا فلا .

فصل

ومن باع نخلاً مؤبّراً ، وهو ما تشقّق طلعته ، فالثمر للبايع متروكاً في رءوس النخل إلى الجداد ، إلا أن يشترطه المبتاع .

فصل

(ومن باع نخلاً مؤبّراً ، وهو ما تشقّق طلعته ، فالثمر للبايع متروكاً في رءوس النخل إلى الجداد ، إلا أن يشترطه المبتاع) كذا ذكره أكثر الأصحاب ، لما روى ابن عمر ؛ قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «من باع نخلاً مؤبّراً ، فثمرتها للبايع ، إلا أن يشترطها المبتاع» متفق عليه .

وأصل التأبير : التلقيح ، وهو وضع الذكر في الأنثى ، وليس بمراد ، ولهذا فسّره بالتشقّق ؛ إذ الحكم منوطٌ به ، وإن لم يلحق لصيرورته في حكم عينٍ أخرى ، وإنما نصّ على التأبير لملازمته التشقّق غالباً .

فعلى هذا إذا وقع البيع على نخلٍ مثمرٍ ، ولم يشترط الثمرة ، وكانت مؤبّرةً ، فهي للبايع ، وإن كانت غير مؤبّرة فهي للمشتري ، وعنه : الحكم منوطٌ بالتأبير ، لا بالتشقيق ، وهو ظاهر الخبر ، فبعده للبايع ، وقبله للمشتري ، ذكره ابن أبي موسى ، ونصره الشيخ تقي الدين ، وهو المختار .

وعلى القول بأنّها للبايع : لا يلزمه قطعها في الحال ؛ إذ التفريع جارٍ على العرف ، فيترك إلى تناهي حلاوته ، إلا أن تجري العادة بأخذه بسرّاً ، أو يكون بسرّه خيراً من رطبه ، فإنّه يجده حين استحكام حلاوة بسرّه ، ولو كان بقاؤه خيراً له كما سلف .

وقيل : يلزمه قطع الثمرة ، لتضرّر الأصل ، وهذا إذا لم يشترطه المبتاع ، فإن شرطه ، دخل ، بخلاف وقفٍ ووصيّةٍ ، فإنّ الثمرة تدخل فيهما ، نصّ عليه ، كفسخٍ بعيبٍ ، ومقابلةٍ في بيعٍ ، ورجوعٍ أبٍ في هبةٍ ، قاله في «المغني» ، ولم يتعرّض المؤلف لبيان تأبير البعض ، والنخلة الواحدة إذا أبر بعضها ، فإنّ الجميع للبايع اتفاقاً .

وكذلك الشجر ، إذا كان فيه ثمراً بادٍ ، كالعنب ، والتين ، والتوت ، والرمان ، والجوز ، وما ظهر من نوره ، كالشمش ، والتفاح ، والسفرجل ، واللوز ، وما خرج من أكمامه كالورد ، والقطن ، وما قبل ذلك ، فهو للمشتري .

فرعٌ : كلُّ عقد معاوضة يجري مجرى البيع ، في أنَّ الثمرة المؤبَّرة تكون لمن انتقل عنه الأصل ، وغير المؤبَّرة لمن انتقل إليه ، وإن انتقل بغير عوض ، فإنه في الفسخ يتبع الأصل ، سواء أُربر أو لا ، وفي الهبة والرهن : يتبع قبل التأبير ، دون ما بعده .

فائدتان : الأولى : طلع الفحال يراد للتلقيح كقطع الإناث ، وقيل : للبائع ، سواء تشقَّق طلعه أم لا . الثانية : يصحُّ شرط بائعٍ ما لمشتري ، ولو قبل تأبير ، ولبعضه خلافاً لابن القاسم المالكي .

(وكذلك الشجر ، إذا كان فيه ثمراً بادٍ) أي : ظاهرٌ (كالعنب ، والتين ، والتوت ، والرمان ، والجوز) لأنَّ بدو ذلك من شجره بمنزلة ظهور الرطب من طلعه ، فإن اختلفا قَدِّم قول بائع : إنَّه بدا وظهر ، وفي «الفروع» : ويتوجَّه وجه من واهبٍ ادَّعى شرط ثوابٍ . وقال القاضي : فيما يظهر من قشرين ، كالجوز واللوز إن تشقَّق الأعلى ، فهو للبائع ، وإلا فهو للمشتري .

(وما ظهر من نوره) أي : زهره على أي لون كان (كالشمش) بكسر الميم الأولى (والتفاح ، والسفرجل ، واللوز) والإجاص ، والخواخ للبائع ، وما لم يظهر فهو للمشتري ، وقال القاضي : ما يتناثر نوره ، كتفاح ، وفي «المغني» : وعنبٍ ، يمتنع دخوله بتناثر نوره ، أي : للبائع بظهور نوره ؛ لأنَّ الطَّلُع إذا تشقَّق كان كنور الشجر ، والأول أولى ؛ لأنَّ ما في الطَّلُع هو عين الثمر ، بخلاف النور ، فإنه يتساقط ، والثمر غيره .

(وما خرج من أكمامه) واحده كَمٌ ، وهو الغلاف ، وأكثر ما يستعمل في وعاء الطلع (كالورد والقطن) والبنفسج والياسمين ، أي : هو للبائع ؛ لأنَّ خروجه من أكمامه بمنزلة ظهور الثمرة من الطلع (وما قبل ذلك فهو للمشتري) لأنَّ ذلك يتبع

والورق للمشتري ، بكل حال ، ويحتمل في ورق الثوت ، والمقصود أخذه ، أنه إن تفتّح فهو للبائع ، وإن كان حبًا ، فهو للمشتري ، وإن ظهر بعض الثمرة ، فهو للبائع ، وما لم يظهر ، فهو للمشتري ، وقال ابن حامد : الكل للبائع . وإن احتاج الزرع ، أو الثمرة إلى سقي ، لم يلزم المشتري .

الأصل ، فوجب أن يكون للمشتري كالأصل (والورق للمشتري بكل حال) كالأغصان .

(ويحتمل في ورق الثوت) وهو الفرساد ، قاله الأصمعي ، وقيل : الفرساد اسم للثمرة ، والثوت اسم للشجرة (والمقصود أخذه ، أنه إن تفتّح فهو للبائع) كالثمرة ؛ لأنه يقصد لتربية القر (وإن كان حبًا) أي : لم يفتح (فهو للمشتري) هذا في المواضع التي عادت لهم أخذ الورق ، فإن لم يكن لهم عادة ، كان للمشتري كسائر الورق .

(وإن ظهر بعض الثمرة) أو تشقّق طلع بعض النخل (فهو للبائع ، وما لم يظهر ، فهو للمشتري) نصّ عليه ؛ لأنّ الخبر دلّ بمنطوقه على أنّ المؤبّر للبائع ، وبمفهومه على أنّ ما لم يؤبّر للمشتري .

(وقال ابن حامد : الكل للبائع) وحكاها في «الانتصار» رواية لأنه لو لم يجعل له ، لأدّى إلى الإضرار بسوء المشاركة ، إذ الباطن يتبع الظاهر ، كأساسات الحيطان ، وكشجرة ، وهذا الخلاف في النوع الواحد ؛ لأنّ الظاهر أنّه يتفاوت .

ولم يفرّق أبو الخطاب بين النوع والجنس ، فلو أثير الكلّ إلّا نخلةً ، فأفردتها بالبيع ، ففي أيّهما له ؟ وجهان ، وفي «الواضح» : ما لم يبد من ثمره شجرة لمشتري . وذكره أبو الخطاب ظاهر كلام أبي بكر ، كحدوث طلع بعد تأبيرها أو بعضها ، ذكره في «المغني» لأنه لا اشتباه لبعدها بينهما ، وظاهر كلام غيره : لا فرق .

فرغ : باع حائطين أثير أحدهما ، لم يتبعه الآخر ؛ لأنّ لكلّ حكم نفسه . (وإن احتاج الزرع) المبقى (أو الثمرة) المبقاة (إلى سقي ، لم يلزم المشتري) لأنه لا يلزمه تسليم ذلك إليه ، لكون أنّ البائع لم يملكها من جهته ، بخلاف ما لو

ولم يملك منع البائع منه .

فصل

ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، ولا الزرع قبل اشتداد حبّه ، إلا بشرط القطع في الحال .

كانت الثمرة للمشتري على أصل البائع ، فإنه يلزمه السقي ؛ لأنه يلزمه تسليمها إليه (ولم يملك منع البائع منه) لأن ذلك مما يبقى ، فلزمه تمكينه منه ، كتركه على الأصول ، وظاهره : وإن أضرب بصاحبه ، صرح به جماعة ؛ لأنه دخل في العقد على ذلك ، وظاهره : أنه إذا أراد سقيها لغير حاجة ، فللمشتري منعه منه ؛ لأن سقيه يتضمن التصرف في ملك غيره ، والأصل المنع ، والمذهب أن لكل واحد السقي من ماله لمصلحة ، فإن اختلفا في ذلك ، رجع إلى قول أهل الخبرة .

فصل

(ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها) أي : بشرط التّبقية إجماعاً لحديث ابن عمر قال : نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع . متفق عليه . والنهي يقتضي الفساد .

(ولا الزرع قبل اشتداد حبّه) ، نصّ عليه ، لما روى مسلم عن ابن عمر : أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ، ويأمن العاهة .

وعن أنس مرفوعاً : أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد . رواه أحمد ، والحاكم ، وقال : على شرط مسلم .

(إلا بشرط القطع في الحال) فيصح إجماعاً لزوال معنى النهي ، وشرطه : أن يكون منتفعاً به ، ويستثنى منه الكمثرى ، وعنه : يجوز مع العزم على القطع .

فرغ : إذا اشترى نصف ثمرة قبل بدو صلاحها ، أو نصف زرع قبل اشتداده مشاعاً لم يجز ، سواء اشتراه من واحد أو أكثر ، شرط القطع أو لا ؛ لأنه لا يمكنه قطعه ، إلا بقطع ملك غيره ، فلم يصح اشتراطه .

ولا يجوز بيع الرُّطبة والبقول ، إلا بشرط جزئه ، ولا القثاء ونحوه ، إلا لقطعة لقطعة ، إلا أن يبيع أصله

(ولا يجوز بيع الرُّطبة) وهي نبت معروف يقيم في الأرض سنين ، وهي القضب أيضًا ، وتسمى : الفصفصة ، بفاءين مكسورتين ، وصادين مهملتين ، (والبقول) كالنعناع والهندبا ؛ لأن ما في الأرض مستور مغيب ، وما يحدث منه معدوم ، فلم يجز بيعه كالذي يحدث من الثمرة (إلا بشرط جزئه) أي : بشرط القطع في الحال ؛ لأن الظاهر منه مبيع معلوم لا جهالة فيه ولا غرر ، أشبه ما جاز بيعه من غيره .

(ولا القثاء ونحوه) كالخيار والبادنجان (إلا لقطعة لقطعة) لأن الزائدة على اللقطعة ثمر لم يخلق ، فلم يجز بيعه ، كما لو باعه قبل ظهوره (إلا أن يبيع أصله) لأنه إذن تبع للأصل ، أشبه الحمل مع أمه ، وأس الحائط معه ، والأولى رد الاستثناء إلى الكل ؛ لأنه إذا تعقب جملاً يعود إلى كلها خصوصاً مع اتحاد الحكم ومطابقته .

فعلية يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، إذا بيعت مع الشجر ، والزرع قبل اشتداد حبّه إذا بيع مع الأرض ، وكذا ما بعده ، ولا فرق بين كون الأصل صغاراً أو كباراً مثمرًا ، أو غير مثمر ؛ لأنه أصل يتكرر فيه الثمرة ، أشبه الشجر ، وقيل : لا يصح ، كما لو باعها لملك الأصل في أحد الوجهين ، لعموم الخبر ، لأنه لا متبوع فلا تابع ، فلو شرط القطع صح .

قال في «المغني» و«الشرح» : ولا يلزم الوفاء بالشرط ؛ لأن الأصل له ، وهذا يقتضي أن اشتراط القطع حقّ للآدمي ، وفيه نظر ، بل هو حقّ لله تعالى . والثاني : يصح ، وهو اختيار الشامي ، وصاحب «التلخيص» فيه ؛ لأنه اجتمع الأصل والثمره للمشتري ، أشبه ما لو اشتراهما معاً .

تنبيه : القطن ضربان أحدهما : ما له أصل يبقى في الأرض أعوامًا ، فحكمه كالشجر . الثاني : ما يتكرر زرعه كلّ عام ، فحكمه كالزرع ، فإن كان جوزه ضعيفاً رطباً لم يصح بيعه ، إلا بشرط القطع كالزرع ، وإن قوي واشتد ، جاز بيعه ، بشرط التبقية ، وإن بيعت الأرض ، لم يدخل فيها إلا أن يشترطه المبتاع .

والحصاد واللقاط على المشتري ، فإن باعه مطلقاً ، أو بشرط التبقية ، لم يصح ، فإن اشترط القطع ، ثم تركه حتى بدا صلاح الثمرة ، أو طالت الجزّة .

(والحصاد واللقاط) والجداد (على المشتري) لأنّ ذلك من مؤنة نقلها ، كنقل الطّعام المبيع ، بخلاف أجرة الكيال والوزان ، فإنها على البائع ؛ لأنها من مؤنة تسليم المبيع إلى المشتري على البائع ، وهنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز التّصريف فيه ، بغير خلاف علمناه ، فإن شرطه على البائع صح ، خلافاً للخرقي .

قال في «الروضة» : ليس لقوله وجه ، وفي «الإرشاد» : في صحّته روايتان ، فإن بطل ، ففي العقد روايتان (فإن باعه مطلقاً) أي : لم يشترط تبقيةً ولا قطعاً ، وقيل : إطلاقه كشرطه ، قدّمه في «التبصرة» لأنّ إطلاق العقد يقتضي القطع ، فحمل عليه .

(أو بشرط التّبقية ، لم يصح) إجماعاً في الثانية ، لما سبق من الأدلة على اشتراط بدو الصّلاح في الثمر واشتداد الحبّ في شرط جزّ المبيع لقطة لقطة .

(فإن اشترط القطع ، ثم تركه حتى بدا صلاح الثمرة) بطل العقد ، نصّ عليه في رواية حنبل ، وأبي طالب ، واختاره الأكثر ؛ لأنّه عليه السّلام نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

واستثنى منه ما إذا اشتراه بشرط القطع ، وقطع ، فيبقى ما عداه على أصل التحريم ، ولأنّ التّبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحقّ الله تعالى ، فأبطل العقد وجوده ، كتأخير قبض رأس مال السّلم والصّرف ، ولأنّ صحة ذلك تجعل ذريعة إلى الحرام ، ووسائل الحرام حرام ، كبيع العينة ، وقد عاقب الله أصحاب السبت بصنيعهم .

(أو طالت الجزّة) أي : إذا اشترى رطبة بشرط القطع ، ثم تركه حتى طالت الجزّة ، أو زرعاً أخضر ، ثم اشتدّ ؛ لأنّه في معنى الثمرة ، قال في «الشرح» : وهذا لم يقصد وقت الشراء تأخيرها ، ولم يجعل شراؤه بشرط القطع حيلة ، فإن قصده ،

أو حدثت ثمرة أخرى ، فلم تتميز ، أو اشترى عريّة ليأكلها رطبًا ، فأثمرت بطل البيع . وعنه : لا يبطل ، ويشتركان في الزيادة ، وعنه : يتصدقان بها .

فالباع باطل من أصله ؛ لأنه حيلة محرمة .

(أو حدثت ثمرة أخرى ، فلم تتميز) وظاهره أنها إذا تميزت أنه لا يبطل ، فعلى هذا لكل واحد ثمرته (أو اشترى عريّة ليأكلها رطبًا ، فأثمرت ، بطل البيع) لقوله عليه السلام : «يأكلها أهلها رطبًا» ولأنّ شراءها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب ، فإذا أثمر تبيّن عدم الحاجة ، ولا فرق بين تركه لغناه عنها أو لا ، لعذر أو غيره ، فلو أخذ بعضًا رطبًا ، وترك باقيها حتى أثمر ، فهل يبطل فيما أثمر ؟ على وجهين . ويخرج من ذلك ما لو أخذها رطبًا ، فتركها عنده حتى أثمرت ، أو شمّسها حتى صارت تمرًا أنه يجوز ، ولأنّه قد أخذها .

وعنه : يفسد العقد فيه إن أخره عمدًا بلا عذر ، وعنه : يفسد لقصد حيلة . ومتى حكما بفساد البيع ، فالثمرة مع الزيادة للبائع على المشهور .

(وعنه : لا يبطل) في قول أكثر الفقهاء ؛ لأنه اختلط البيع بغيره ، وذلك لا يقتضي البطلان ، أشبه ما لو اشترى حنطة ، فانهاالت عليها أخرى ، وفي «الشرح» و«الفروع» : فيما إذا حدثت ثمرة أخرى ، فلم تتميز ؛ أنه لا يبطل العقد في ظاهر المذهب ،

ويشتركان في الزيادة ، لأنها حصلت في ملكهما ، فإن الثمرة ملك المشتري ، والأصل ملك البائع ، وهما سبب الزيادة ، فتقوم الثمرة وقت العقد ويوم الأخذ ، فالزيادة ما بين القيمتين .

وقال القاضي : هي للمشتري ، كالعبد إذا سمن ، وحمل كلام أحمد بالاشتراك فيها على الاستحباب .

(وعنه : يتصدقان بها) على الروايتين لاشتباه الأمر فيها وجوبًا ، وفي «المغني» يشبه أن يكون استحبابًا ، فإن أيًا الصدقة بها ، اشتركا فيها .

وإذا اشتدَّ الحبُّ ، وبدا الصَّلاح في الثَّمرة ، جاز بيعه مطلقاً ، وبشرط التَّبقية ، وللمشتري تبقيته إلى الحصاد والجداد ، ويلزم البائع سقيه إن احتاج ذلك ، وإن تضرَّر الأصل .

تنبيهٌ : إذا بطل البيع ، زكاه البائع ، وحيث صحَّ ، فإن اتفقا على التبقية ، جاز ، وزكاه المشتري ، فإن قلنا : الزيادة بينهما ، فعليهما ، إن بلغ نصيب كلٍّ منهما نصاباً ، وإلاَّ انبنى على الخلطة في غير الماشية ، وإن اتَّفقا على القطع أو طلبه البائع ، فسخنا البيع ؛ لأنَّ إلزام البائع بالتبقية يضُرُّ بنخله ، وتمكن المشتري من القطع يضُرُّ بالفقراء ، ويعود ملكاً للبائع ، ويزكيه . وفي إلزام المشتري بالتبقية إن بذلها البائع وجهان . وهذا إذا قلنا : الواجب فيما يقطع قبل كماله لحاجة عشره رطباً ، فإن قلنا : يخرج يابساً ، فلا يفسخ في المسألتين ، ذكره في «منتهى الغاية» .

فرعٌ : إذا اشترى خشباً بشرط القطع ، فتركه حتى زاد ، فالبيع لازم ، ويشتركان في الزيادة ، نصَّ عليهما ، وقيل : هي للبائع ، وقيل : الكلُّ ، وقيل : للمشتري ، وعليه الأجرة .

(وإذا اشتدَّ الحبُّ ، وبدا الصَّلاح في الثمرة) ، أي : طاب أكله ، وظهر نضجه ، وفي «الترغيب» : بظهور مبادي الحلاوة (جاز بيعه مطلقاً ، وبشرط التَّبقية) لأنَّ النَّهي عن بيع الثَّمرة قبل بدو صلاحها ، وعن بيع الحبِّ حتى يشتد ، يدلُّ بمفهومه على جواز البيع بعد بدو الصَّلاح والاشتداد ؛ لأنَّه عليه السَّلام علَّل الأصل خوف التَّلَف ، وهذا المعنى مفقودٌ هنا (وللمشتري تبقيته إلى الحصاد والجداد) لأنَّ العرف يقتضيه . وعلم منه أنَّ له تعجيل قطعه ، صرَّح به في «الفروع» وغيره .

(ويلزم البائع سقيه إن احتاج إلى ذلك) لأنَّه يجب عليه تسليم ذلك كاملاً ، ولا يحصل إلَّا به ، بخلاف ما إذا باع الأصل ، وعليه ثمرة للبائع ، فإنَّه لا يلزم المشتري سقيها ؛ لأنَّ البائع لم يملكها من جهته ، وإنَّما بقي ملكه عليها (وإن تضرَّر الأصل) لأنَّه يجبر عليه ، لكونه دخل على ذلك ، وإنَّما نصَّ عليه لثلا

وإن تلفت بجائحة من السماء ، رجع على البائع . وعنه : إن أتلقت
الثالث فصاعداً ، ضمنه البائع ، وإلا فلا .

يتوهم سقوطه عند ذلك (وإن تلفت بجائحة من السماء ، رجع على البائع)
الجائحة : كل آفة سماوية لا صنع للإنسان فيها ، كالريح ، والحر ، والبرد ،
والعطش ؛ فكل ما تهلكه من الثمر على أصوله قبل أوان جده ، فهو من ضمان
البائع ، لما روى جابر : أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح .

وعنه : أن النبي ﷺ ؛ قال : «لو بعث من أخيك ثمرًا ، فأصابته جائحة ،
فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق» رواهما مسلم .
قال الشافعي : لم يثبت عندي ، ولو ثبت لم أعده ، ولو كنت قائلًا بوضعها
لوضعتها في القليل والكثير . قلنا : الحديث ثابت . رواه أحمد ، ومسلم ،
ولأبي داود معناه : ولأن التخلية في الشجر ليس بقبض تام ، فوجب كونه من
ضمان البائع ، كما لو لم يقبض ، ولأن الثمرة على الشجر ، كالمنافع في
الإجارة يؤخذ شيئًا فشيئًا ، ثم لو تلفت المنافع قبل استيفائها ، كانت من ضمان
الآجر كذا هنا .

ومحلّه ما لم يعين وقت أخذها ، فلو بلغت جدها ، فلم يجدها حتى تلفت ،
فقال القاضي ، وجزم به في «المحرر» و«الوجيز» و«الفروع» : لا يوضع عنه ؛ لأنه
مفترط ، ويستثنى من ذلك ما لم يشتريه مع أصله من شجر أو أرض ، قاله ابن
حمدان و«الفروع» أو اشتراها بشرط القطع قبل بدو صلاحها ، فتلفت فهي من
ضمان المشتري ، بخلاف ما إذا تلفت قبل إمكان قطعها .

ونقل حنبل ما يقتضي اختصاصها بالتخل ، فقال : إنما الجوائح في التخل بأمر
سماوي . وفي نهب عسكري وإحراق لص ، ونحوه وجّه . وظاهره لا فرق بين قليل
الجائحة وكثيرها ، إلا أن اليسير الذي لا ينضبط لا يلتفت إليه .

(وعنه : إن أتلقت الثالث فصاعداً ، ضمنه البائع ، وإلا فلا) جزم به في
«الروضة» لأنه يأكل الطير منها ، وتثر الريح ، فلم يكن بد من ضابط ، والثالث
قد اعتبره الشارع في الوصية ونحوها . قال الأثرم : قال أحمد : إنهم يستعملون

وإن أتلّفه آدميٌّ خيّر المشتري بين الفسخ والإمضاء ، ومطالبة المتلف .

الثلث في سبع عشرة مسألة ، ولأنّ الثلث في حدّ الكثرة ، وما دونه في حدّ القلة يدل عليه النصّ ، فعليها يعتبر ثلث الثمرة ، قدّمه في «الشرح» .

وقيل : ثلث القيمة ، وقيل : ثلث الثمن ، فإن تلف الثلث ، فما زاد رجع بقسطه ، وإن كان دونه ، لم يرجع بشيء ، وعلى الأولى : إن تلف بشيء خارج عن العادة ، وضع من الثمن بقدر الزايد ، وإن تلف الكلُّ بها ، بطل العقد ، ورجع المشتري بجميع الثمن .

وإن تعيّب ، خيّر بين إمضاء مع الأرض ، وبين ردّ وأخذ الثمن كاملاً ، وما له أصلٌ يتكرّر حملة ، كقثاء ونحوه ، فكشجر ، وثمره كثمره ، فيما ذكرنا ، لكن لا يؤخّر البائع اللقطة الظاهرة ، ذكره في «الترغيب» وغيره . وقيل : لا تباع إلا لقطّة لقطّة ، كثمرٍ لم يبد صلّاحه ، ذكره الشيخ تقيّ الدين ، وجوزه مطلقاً تبعاً لما بدا كثمرٍ .

لواحق : ظاهره : أنه لا يثبت في الزرع إذا تلف ، وفي «الكافي» و«المحرر» : بلى ، كالثمرة ، وهو ظاهرٌ ، مع أنّه لا يباع إلا بعد تنمّة صلاحه ، قال ابن عقيل : فإذا تركه فرط ، يضمّنه في أحد الاحتمالين ، وفيه نظر ، وفي «الروضة» وغيرها : إن اشتراه بعد بدو صلاحه ، وهو اشتداد حبّه ، فله تركه إلى حين حصاده ، وفي «عيون المسائل» : إذا تلف الباقلاء والحنطة ، فوجهان ، الأقوى : يرجع بذلك على البائع .

فلو استأجر الأرض فزرعها ، فتلف ، فلا جائحة بغير خلاف نعلمه ؛ لأنّ المؤجّر لم يبيع إياه ، ولأنّ منافع الأرض باقية ، واختار الشيخ تقيّ الدين ثبوتها في زرع مستأجر ، وحانوتٍ نقص نفعه عن العادة ، وحكم به القاضي تقيّ الدين سليمان بن حمزة في حمام .

(وإن أتلّفه آدميٌّ ، خيّر المشتري بين الفسخ) ومطالبة البائع بالثمن (والإمضاء)

أي : البقاء عليه (ومطالبة المتلف) بالقيمة كاملاً إذا أتلّفه آدميٌّ قبل القبض ، لأنّه أمكنه الرجوع ببذله ، بخلاف التالف بالجائحة ، قال في «الشرح» : إلّا أنّ في

وصلاح بعض ثمرة الشجرة صلاحاً لجميعها ، وهل يكون صلاحاً لجميع النوع الذي في البستان ؟ على روايتين ، وبدؤ الصلاح في ثمر النخل : أن يحمرَّ أو يصفرَّ .

إحراق اللصوص ، ونهب العساكر والحرامية - وجهين .

وجزم في «الروضة» بأنه هنا من مال المشتري ، لأنه يمكنه أن يتبع الآدمي بالغرم . قال ابن عقيل : المسألة أخذت شبهاً من التمييز وغيره ، فعملنا بها فضمنها البائع بالجائحة ، والمشتري إذا أتلّفها آدمي .

(وصلاح بعض ثمرة الشجرة صلاحاً لجميعها) بغير خلاف ، فيباع جميعها ، إذ لو لم يجز ، لأدى بيع ما بدا صلاحه إلى الضرر والمشقة ، وسوء المشاركة (وهل يكون صلاحاً لسائر النوع الذي في البستان على روايتين) أظهرهما ، وجزم به في «الوجيز» وصحّحه في «الفروع» أنه يكون صلاحاً ؛ لأن اعتبار الصلاح في الجميع يشقُّ ، وكالشجرة الواحدة . وعنه : وكذا ما قاربه .

والثانية : لا يكون صلاحاً ، كالذي في البستان الآخر ، وأطلق في «الروضة» في البستانين روايتين ، واختلف القائلون بالأولى ، أي : في النوع كالبرني ، هل يكون صلاحاً لسائر الجنس الذي في القراح ؟ فقال القاضي ، والأكثر : لا يكون صلاحاً .

وقال أبو الخطاب : نعم ، لأن الجنس يضمُّ بعضه إلى بعض في إكمال النصاب ، فيتبعه في جواز البيع ، كالنوع الواحد ، والأوّل أولى ؛ لأن النوعين قد يتباعد إدراكهما ، وكالجنسين ، ونقل حنبل في بستانٍ بعضه بالغ ، وبعضه غير بالغ : يباع ، إذا كان الأغلب عليه البلوغ ، فقضى القاضي ، وأبو حكيم ، والمجد : الحكم على الغلبة بهذا النصّ ، وأبو الخطاب ، وابن أبي موسى وغيرهما : سوّوا بين القليل والكثير .

(وبدؤ الصلاح في ثمر النخل : أن يحمرَّ أو يصفرَّ) لأنه عليه السلام نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو .

قل لأنس : وما زهوها ؟ قال : تحمارً وتصفارً . وفي حديث جابر : نهى أن

وفي العنب : أن يتموه ، وفي سائر الثمار أن يبدو فيه النضج ، ويطيب أكله .

فصل

ومن باع عبداً له مال ، فماله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع ، فإن كان قصده المال اشترط علمه ، وسائر شروط البيع .

تباع حتى تشقح . رواه البخاري ، ولأنها تصلح للأكل .

(وفي العنب أن يتموه) لقول أنس : نهى النبي ﷺ عن بيع العنب حتى يسود . رواه أحمد ، ورواته ثقات ، ومعنى يتموه : أن يبدو فيه الماء الحلو ، ويلين ، ويصفر لونه (وفي سائر الثمار) كالتفاح ، والبطيخ (أن يبدو فيه النضج ، ويطيب أكله) واعتبره المجد في جميع الثمار ؛ لأنه عليه السلام نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب . متفق عليه .

وفي «الوجيز» كـ«المقنع» تبعاً «للخرقي» : واختلف فيما يؤكل كباراً وصغاراً ، كالقثاء ، ونحوه ، فالمذهب أكله عادة ، وقال القاضي ، وابن عقيل : صلاحه تناهي عظمه ، وقال صاحب «التلخيص» : صلاحه التقاطه عرفاً ، وإن طاب أكله قبل ذلك ، وصلاح الحب أن يشتد أو يبيض .

فصل

(ومن باع عبداً له مال ، فماله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع) لما روى ابن عمر : أن النبي ﷺ قال : «من باع عبداً ، وله مال ، فماله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع» رواه مسلم ، لأن العبد وماله للبائع ، فإذا باع العبد اختص به ، كما لو كان له عبدان ، فباع أحدهما .

وظاهره : أنه لا فرق سواء قلنا : العبد يملك بالتمليك ، أو لا ، وهذه طريقة الأكثر (فإن كان قصده المال ، اشترط علمه) أي : العلم بالمال (وسائر شروط البيع) لأنه مبيع مقصود ، أشبه ما لو ضم إليه عيناً أخرى

وإن لم يكن قصده المال لم يشترط . وإن كان عليه ثيابٌ فقال أحمد : ما كان للجمال ، فهو للبائع ، وما كان للبس المعتاد ، فهو للمشتري .

(وإن لم يكن قصده المال لم يشترط) أي : لم يشترط علمه به ، ويصح شرطه ، وإن كان مجهولاً نص عليه ، لأن المال دخل تبعاً ، أشبه أساسات الحيطان ، والتمويه بالذهب في السقوف ، وسواء كان مثل الثمر ، أو دونه ، أو فوقه .

وحكاة في «المنتخب» عن الأصحاب ، فعلم أنهم أناطوا الحكم بالقصد وعدمه . قال صاحب «التلخيص» : وهذا على القول بأن العبد يملك ، فإن قلنا : لا يملك ، فإنه يسقط حكم التبعية ، ويصير كمن باع عبداً ، ومالاً ، وفيه نظر ؛ لأن كلامهم مطلق ، وقال القاضي في «المجرد» ، وأبو الخطاب في «الانتصار» إن قلنا : لا يملك ، فاشترطه المشتري ، صار ماله مبيعاً معه ويشترط له ما يشترط لسائر المبيعات ، وإن قلنا : يملك ، احتملت فيه الجهالة وغيرها ، فيدخل تبعاً ، كطيئ البئر ، وقطع به في «المحرر» وزاد : إلا إذا كان قصده العبد ، لا المال ، فلا يشترط . وقيل : إن المال ليس بمبيع هنا ، وإنما استبقاه المشتري على ملك العبد لا يزول عنه إلى البائع ، قال في «الشرح» : وهو قريب من الأول ، وفيه نظر .

فرغ : لو شرط مال العبد ، ثم ردّه بإقالة أو غيرها ، ردّ ماله ؛ لأنه عين مالٍ أخذه المشتري به ، فيردّه بالفسخ كالعبد ، لكن لو تلف ماله ، فأراد ردّه فهو بمنزلة العيب الحادث ، هل يمنع الرد ؟ وفيه روايتان ، فإن قلنا به ، فعليه قيمة ما تلف عنده ، وله الفسخ ببيع ماله ، كهو في الأشهر .

(وإن كان عليه ثياب ، فقال أحمد : ما كان للجمال فهو للبائع) لأنها زيادة على العادة ، ولا تتعلق بها حاجة العبد ، وإنما يلبسه إياها لينفقه بها ، فهي حاجة السيد ، ولم تجر العادة بالمسامحة بها ، فجرت مجرى الستور في الدار ، إلا أن يشترطها المبتاع .

(وما كان للبس المعتاد ، فهو للمشتري) لأن ثياب البذلة جرت العادة ببيعها

باب السَّلَم

معه ، وتتعلّق بها مصلحته وحاجته ، إذ لا غنى له عنها ، فجرت مجرى مفاتيح الدار ، واختار في «المغني» : أنه إذا اشترى أمةً من غنيمة ، يتبعها ما عليها ، مع علمهما به . ونقل الجماعة خلافه .

فرغ : يدخل مَقُود دابة ونعلها ونحوهما ، في مطلق البيع ، كثياب العبد ، قال في «الترغيب» : وأولى .

باب السَّلَم

قال الأزهري : السَّلَم والسَّلَف واحدٌ ، في قول أهل اللغة ، إلا أن السَّلَف يكون قرضاً ، لكن السَّلَم لغة أهل الحجاز ، والسَّلَف لغة أهل العراق ، قاله الماوردي ، وسُمِّي سَلماً لتسليم رأس المال في المجلس ، وسلفاً لتقدمه . وفي الشرع : هو أن يسلم عيناً حاضرةً في عوضٍ موصوفٍ في الذِّمَّة إلى أجل .

وفي «الوجيز» : هو بيع معدوم خاص ، ليس نفقاً إلى أجلٍ بثمنٍ مقبوضٍ في مجلس العقد ، واعترض عليهما : بأن قبض الثمن شرط من شروطه ، لا أنه داخل في حقيقته .

والأولى : أنه بيع موصوفٍ في الذِّمَّة إلى أجلٍ ، والإجماع على جوازه ، ذكره ابن المنذر ، وسنده الكتاب ، وهو آية «الدَّين» . قال ابن عباس : أشهد أن السَّلَف المضمون إلى أجلٍ مسمًى قد أحله الله تعالى في كتابه ، وأذن فيه ، ثم قرأ الآية . رواه سعيد . والستة ؛ فروى ابن عباس : أن النبي ﷺ قدم المدينة ، وهم يسلفون في الثَّمار السَّنَّة والسَّنَتين ؛ فقال : «من أسلف في شيء ، فليسلف في كيلٍ معلوم ، ووزنٍ معلوم ، إلى أجلٍ معلوم» متفقٌ عليه .

والمعنى شاهد بذلك لأنَّ بالناس حاجة إليه ، لأنَّ أرباب الزُّروع والثَّمار يحتاجون إلى النفقة عليها لتكامل ، فجوز لهم السَّلَم ليرتفقوا ، وليرتفق المسلم

وهو نوعٌ من البيع ، يصحُّ بألفاظه ، وبلفظ السِّلَم والسَّلَف ، ولا يصحُّ إلاّ بشروط سبعة : أحدها : أن يكون فيما يمكن ضبط صفاته ، كالملكيل ، والموزون ، والمذروع ، فأما المعدود ، والمختلف ، كالحیوان ، والفواكه ، والبقول ، والجلود ، والرءوس ونحوها - ففيه روايتان .

بالاسترخاص .

(وهو نوعٌ من البيع) لأنّه بيع إلى أجل ، فشملة النَّص (يصحُّ بألفاظه) أي : بألفاظ البيع ؛ لأنّه بيعٌ حقيقة (وبلفظ السِّلَم والسَّلَف) لأنّهما حقيقة فيه ، إذ هما للبيع الذي عجل ثمنه ، وأجل مثمنه (ولا يصحُّ إلاّ بشروط سبعة) وجعلها في «المحرر» أربعة زائداً على شروط البيع ، فيكون أربعة عشر شرطاً .

لكن ذكر الحلواني من شرط صحة السِّلَم : أن يوجد الإيجاب والقبول .

(أحدها : أن يكون فيما يمكن ضبط صفاته) أي : التي يختلف الثمن باختلافها اختلافاً كثيراً ظاهراً ؛ لأنّ ما لا يمكن ضبط صفاته يختلف كثيراً ، فيفضي إلى المنازعة ، والمشاقة المطلوب عدمها (كالملكيل) في الحبوب وغيرها ، وهو إجماعٌ في الطَّعام ، ذكره ابن المنذر (والموزون) كالقطن ، والإبريسم ، والصوف ، والنحاس ، والطيب ، والعنب ، والأدهان ، والخلول (والمذروع) على المذهب ، كالثياب ؛ لأنّ بعض ذلك منصوص عليه ، والباقي بالقياس .

وفي «المستوعب» : أن أبا بكر حكى في «التنبية» : أنّ لأحمد قولاً : أنّه لا يجوز السِّلَم ، إلاّ في الملكيل والموزون ، وهو ظاهر «الوجيز» والمذهب خلافه لتأتي الصفة عليه .

وعلم منه : أنّه لا سلم في أرض ، وشجر ، ونخيل ، صرّح به في «الرعاية» لعدم تأتّي الصّفة فيه .

(فأما المعدود والمختلف ، كالحیوان ، والفواكه ، والبقول ، والجلود ، والرءوس ونحوها) كالبيض (ففيه روايتان) وكذا في «المحرر» المشهور في المذهب ، ونصّ عليه في رواية الأثرم : أنّه يجوز في الحيوان ، وصححه في «الفروع» وغيره ، آدمياً كان أو غيره ، وهو قول جماعة من الصحابة وتابعيهم ،

.....

لحديث أبي رافع أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ استسلف من رجل بكراً . رواه مسلم ، ولأنَّه ثبت في الذِّمَّة صدقاً ، فيثبت في السَّلم كالثياب .

والثانية : لا يصح السَّلم فيه ، وجزم به في «الوجيز» ، روي عن عمر : أنَّه قال : إن من الرُّبا أبواباً لا تخفى ، وإن منها السَّلم في السَّن ، ولأنَّه يختلف اختلافاً مبايناً ، ولا يمكن ضبطه ، ولو استقصى صفاته ، لتعذر تسليمه ، لندرة وجوده عليها .

وردَّ بأنَّه لم يثبت ، ولو سلَّم فهو محمول على أنَّهم يشرطون من ضراب فحل بني فلان .

وهو معارض بقول عليٍّ ، وعلم منه جوازه في شحم ، ولحم نيءٍ ، ولو مع عظمه ، إن عيِّن موضع القطع منه ، وأطلق في «الكافي» و«الفروع» الخلاف في البواقي .

الأشهر ، وبه جزم في «الوجيز» : أنَّه لا يجوز ، نقل عنه إسحاق بن إبراهيم أنَّه قال : لا أرى السَّلم إلَّا فيما يكال ، أو يوزن ، أو يوقف عليه ، قال أبو الخطاب : معناه يوقف عليه بحدٍّ معلوم ، لا يختلف ، كالزرع ، فأما الرُّمان والبيض ، فلا أرى السَّلم فيه ، ولأنَّ الفواكه تختلف بالصَّغر والكبر ، والبقول تختلف ، ولا يمكن تقديرها بالحزم ، فتكون كالجواهر .

والثانية - نقلها ابن منصور - : جواز السَّلم فيها ؛ لأنَّ التَّفاوت في ذلك يسيرٌ ويمكن ضبطه بالصَّغر والكبر ، وبعضه بالوزن ، كالبقول ، وأما الجلود ، فلا يصح السَّلم فيها في الأشهر ؛ لأنَّه مختلفٌ ، فالورك قويٌّ ، والصدر ثخينٌ رخوٌ ، والبطن رقيقٌ ضعيفٌ ، والظهر أقوى ، فيحتاج إلى وصف كل موضع منه ، ولا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه .

والثانية : يجوز ، نصره في «الشرح» لأنَّ التَّفاوت في ذلك معلومٌ ، فلم يمنع الصُّحَّة ، كالحیوان ، وفي الأطراف الخلاف ، كالرعوس ، إحداهما : لا يصح ؛ لأنَّ اللَّحم فيه قليل ، وليس بموزون عكس اللَّحم .

وفي الأواني المختلفة الرءوس ، والأوساط ، كالقماقم ، والأسطال والضيقة الرءوس ، وما يجمع أخلاطاً متميزةً ، كالثياب المنسوجة من نوعين ، وجهان ، ولا يصحُّ فيما لا ينضبط ، كالجواهر كلها ، والحوامل من الحيوان .

والثانية : يجوز ؛ لأنه لحم فيه عظم ، يجوز شراؤه ، فجاز السِّلْم فيه ، كبقية اللحم ، وعليه : لا فرق بين كونه مطبوخاً ، أو مشوياً ، أو غيره .

(وفي الأواني المختلفة الرءوس والأوساط ، كالقماقم) واحده قمقم ، بضْم القافين ، يكون ضيق الرأس ، وهو ما يسخن فيه من نحاس (والأسطال) واحدها : سطل ، وهو على هيئة الثَّور ، له عروة (والضيقة الرءوس) فيهما (وما يجمع أخلاطاً) واحدها خلط بكسر الخاء (متميزةً) ، كالثياب المنسوجة من نوعين وجهان) ، وكذا في «الفروع» إحداهما : لا يصح في الأولين ، قدّمه في «الشرح» ، وجزم به في «الوجيز» لأنَّ الصِّفة لا تأتي عليها .

والثاني : بلى ؛ لأنَّ التَّفَاوت في ذلك يسير ، ويمكن ضبطها بارتفاع حائطها ودور أسفلها ، وسعة رأسها ، وعلى الأولى يصحُّ فيما لا يختلف ، كالهاون والسَّطَل المربع ، لإمكان ضبطه .

والأصحُّ جواز السِّلْم في الثياب المنسوجة من نوعين ، كالكتَّان ، والقطن ، ونحوهما ؛ لأنَّ ضبطها ممكّنٌ ، وفي معناه النَّشَاب ، والنبل المُرِيشِينَ ، وخفَافٌ ، ورمَاحٌ ، وقال القاضي : لا يصح ، كالمعاجين ، والفرق واضح .

(ولا يصحُّ فيما لا ينضبط ، كالجواهر كلها) كاللؤلؤ ، والياقوت ، والزُّبرجد ، والبلُّور ؛ لأنه يختلف اختلافاً متبايناً بالكبير والصغير ، وحسن التَّدوير ، وزيادة ضوئهما ، ولا يمكن تقديرها بثمن معيّن ؛ لأنه يختلف ، وفي العقيق وجهان .

(والحوامل من الحيوان) لأنَّ الصِّفة لا تأتي على ذلك ، والولد مجهولٌ غير محقّق ، وفيه وجهٌ ؛ لأنَّ الحمل لا حكم له مع الأم ، بدليل البيع ، ولا يصحُّ في أمة ولدها لندرة جمعهما الصفة .

والمغشوش من الأثمان وغيرها ، وما يجمع أخلاطاً غير متميزة كالفالية ،
والند والمعاجين ، ويصحّ فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته ، كالخبز ،
وخلّ الثمر والسكنجيين وغيرها .

فصل

الثاني : أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهراً .

(والمغشوش من الأثمان) لأنّ غشه يمنع العلم بالقدر المقصود منه ، فلم يصح ،
ولما فيه من الغرر ، وظاهره : يصحّ فيها ، حيث لم تكن مغشوشةً ، ويكون رأس
المال غيرها (وغيرها) كاللبن المشوب بالماء ، والحنطة المختلطة بالزوان ؛ لأنّه مجهول
لا ينضبط بالصفة (وما يجمع أخلاطاً غير متميّزة ، كالفالية ، والند ، والمعاجين)
لعدم ضبطها بالصفة ، وفي معناه القسي المشتمل على الخشب ، والقرن ، والعقب ،
والعراء ، والتور للعجز عن ضبط مقادير ذلك وتمييزه ، وفيه وجهٌ : يصحّ ،
كالثياب ، وفي شهد ، وكتان ، وقنب يقضيانه وجهان (ويصحّ فيما يترك فيه
شيء غير مقصود لمصلحته كالخبز) فإنّ فيه أنفحة (والعجين) فإنّ فيه ملحاً
(وخلّ الثمر) فإنّ فيه ماء (والسكنجيين) ، فإنّ فيه خلّاً (وغيرها) كالخبز ، ولبن
فيه ماءٌ يسيّر ، ودهن ورد ، وبنفسج ؛ ولأنّ ذلك يسير غير مقصود لمصلحته ،
فلم يؤثّر .

فرغ : يصحّ السّلم في اللبأ والخبز ، وما أمكن ضبطه ممّا مسّته النار ، ومنع
الشّافعي السّلم في كلّ معمولٍ بالنّار ، واستثنى التّووي أربعة : الشّكر ، والفانيد ،
واللبأ ، والدبس ، والأشهر جوازه في اللّحم المشوي والمطبوخ ، وقال القاضي : لا
يصحّ ؛ لأنّه يتفاوت كثيراً .

فصل

(الثاني : أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهراً) لأنّ السّلم عوضٌ يثبت في
الدّمة ، فاشتراط العلم به كالثمن ، وطريقه الرّؤية أو الصّفة ، والأول ممتنع فتعيّن

فيذكر جنسه ، ونوعه ، وقدره ، وبلده ، وحدائته ، وقدمه ، وجودته ، ورداءته ، وما لا يختلف به الثمن لا يحتاج إلى ذكره

الوصف (ف) على هذا (يذكر جنسه ، ونوعه ، وقدره ، وبلده ، وحدائته ، وقدمه ، وجودته ، ورداءته) بغير خلافٍ نعلمه ، ومختلف فيه ، كغير هذه الصفات ، فيكون ذكرها شرطاً ، كالأوّل ، ذكره في «الشرح» ولا يجب استقصاء كلّ الصّفات ؛ لأنّه يتعذّر . وشرطه أن يكون الوصف بلغة يفهمها عدلان ، ليرجع إليهما عند التّنازع .

(وما لا يختلف به الثمن ، لا يحتاج إلى ذكره) لعدم الاحتياج إليه ، فعلى الأوّل : يصف الثّمّر بالنوع ، كبرنيّ ، أو معقليّ ، وبالجودة ، أو عكسها ، وبالقدر نحو كبار أو صغار ، وبالبلد نحو : بغداديّ ؛ لأنّه أحلى ، وأقلّ بقاءً لعذوبة مائه ، أو بصريّ ، وهو بخلافه ، وبالحدائّة ، أو عكسها ، فإن أطلق العتيق أجراً ما لم يكن معيّناً .

وإن شرط عتيق عام أو عامين ، فله شرطه ، وأمّا اللون ، فإن كان يختلف ذكره ، وإلّا فلا ، والرطب كالتمر ، فيما ذكرنا ، إلّا الحدائّة وضدها ، وليس له من الرطب إلّا ما أرطب كله .

ويصف الحنطة بالنّوع ، كسلموني ، وبالبلد كحوراني ، وبالقدر كصغار الحبّ أو كباره ، وبالحدائّة وضدها ، واللون كما ذكرنا ، والشّعير كالبرّ ، ويصف العمل بالبلد ، كفيجيّ ، ويجزئ ذلك عن ذكر النّوع ، وبالزّمان كخريفيّ ، وباللون كأبيض .

ويصف السّمن بالنّوع كسمن ضأن ، وباللون كأبيض ، قال القاضي : ويذكر المرعى ، ولا يحتاج إلى ذكر الحدائّة وضدها ؛ لأنّ إطلاقه يقتضي الحديث ، ولا يصح السّلم في عتيقه ؛ لأنّه عيبٌ ، ولا ينتهي إلى حدٍّ ينضبط به ، والزّبد كالسّمن ، ويزيد زبد يومه أو أمسه .

ويصف اللبن بالنّوع ، والمرعى ، ولا يحتاج إلى اللون ، ولا حلب يومه ؛ لأنّ إطلاقه يقتضي ذلك ، ويصف الجبن بالنّوع والمرعى ، ورطبٍ أو يابسٍ ، واللبّاء

كاللبن ، ويزيد اللون ، والطبخ أو عدمه ، ويصف الحيوان بالنوع والسِّن ، والذكورة وضدها ، فإن كان رقيقاً ذكر نوعه ، كتركبي ، وسنّه ، ويرجع في سنّ الغلام إليه ، إن كان بالغاً ، وإلاً فالقول قول سيده ، وإن لم يعلم رجع إلى أهل الخبرة ، والطول بالشبر معتبر فيه ، قال أحمد : يقول : خماسي أو سداسي ، أسود أو أبيض ، أعجمي أو فصيح .

وفي «الترغيب» : فإن كان رجلاً ذكر : طويلاً أو ربعا ، أو قصيراً ، وفي ذكر الكحل ، والدّعج و البكارة ، والثبوبة ونحوها - وجهان . وقال ابن حمدان : وفي اشتراط ثقل الأرداف ، ووضاءة الوجه ، وكون الحاجبين مقرونين ، وكذا الشعر سبطاً ، أو جعداً ، أو أشقر ، أو أسود ، والعين زرقاء ، والأنف أقتى - وجهان .

ويصف الإبل بالنتاج ؛ فيقول : من نتاج بني فلان ، مكان النوع ، إن اختلف نتاجها ، وباللون كأبيض ، والخيل كالإبل ، فأماً البغال ، فلا نتاج لها ، والحمير فلا يقصد نتاجها ، فيجعل مكان ذلك نسبتها إلى بلدها ، كرومي في البغال ، ومصري في الحمير ، والبقر والغنم إن عرف لها نتاج ، فكالإبل ، وإلاً فكالحمير .

ويصف اللحم بالسِّن ، والذكورة ، والعلف وضدها ، وبالنوع ، وموضع اللحم في الحيوان ، ويزيد في الذكر : فحلاً ، أو خصيئاً ، وإن كان لحم صيد لم يحتاج إلى ذكر العلف والخصاء ، لكن يذكر الآلة أحيولة ، أو كلباً ، أو فهذا ؛ لأنّ ذلك يختلف ، واختار في «المغني» و«الشرح» أنه : لا يشترط لأنّ التفاوت فيه يسير .

وإذا لم يعتبر في الرقيق ذكر سمين ، وهزال ونحوهما ، مما يتباين به الثمن ، فهذا أولى ، ويلزمه قبول اللحم بعظامه ، أي : حيث أطلق ؛ لأنّه يقطع كذلك فهو كالنوى في التمر .

ولا يحتاج في لحم الطير إلى ذكر الأنوثة والذكورة ، إلا أن يختلف بذلك ، كلحم الدجاج ، ولا إلى موضع اللحم منه ، إلا أن يكون كثيراً يأخذ منه بعضه ،

ولا يلزمه قبول الرأس والساقين ؛ لأنه لا لحم عليهما ، وفي «عيون المسائل» : يعتبر ذكر الوزن في الطير ، كالكركي والبط ؛ لأنَّ القصد لحمه ، ويصف السمك بالنوع ، كبردي ، والكبر والسمن وضدهما ، والطري أو الملح ، ولا يقبل الرأس والذنب ، بل ما بينهما . ويصف الثياب بالنوع ، ككتان ، وبالبلد كبغدادى ، وبالطول ، أو الغلظ ، أو النعومة ، أو ضدها ، والغزل كذلك ، ويذكر مكان الطول أو العرض اللون ، نحو أبيض ، أو أصفر . ويصف الإبريسم باللون ، والبلد ، والغلظ ، والرقة .

ويصف الصوف بالبلد ، واللون ، والطول أو القصر ، والذكورة أو الأنوثة ، وبالزمان ، كخريفي ، أو ربيعي ؛ لأنَّ صوف الخريف أنظف ، وصوف الإناث أنعم ، وفي «الشرح» احتمال أنه لا يحتاج إلى ذكر الأنوثة والذكورة ؛ لأنَّ التّفاوت فيه يسير ، والشعر والوبر كالصوف .

ويصف الكاغد بالطول ، والعرض ، والرقة ، أو الغلظ ، واستواء الصّنعَة ، وما يختلف به الثمن . ويصف الرصاص ، والنحاس ، والحديد بالنوع ، كقلعي ، وبالنعومة أو ضدها ، وباللون إن كان يختلف به ، ويزيد في الحديد ، ذكرًا أو أنثى ، فإنَّ الذكر أحَدٌ وأمضى . ويصف القصاع من الخشب بالنوع ، كجوز ، والصغر والكبر ، والعمق والضيق ، والثخانة والرقة . ويصف السيف بالنوع كقولاذٍ وطوله وعرضه ، ورقته وغلظه ، وبلده ، وقدمه ، أو ضده ، ماضٍ أو غيره ، ويصف قبيعته . ويصف خشب البناء بالنوع والرطوبة ، أو ضدها ، وبالطول والدور ، أو سمكه وعرضه . ويلزمه أن يدفع إليه من طرفه إلى طرفه بذلك الوصف ، فإن كان أحد طرفيه أغلظ مما وصف ، فقد زاده خيرًا ، وإن كان أدق ، لم يلزمه قبوله ، وإن ذكر الوزن جاز . ويصف حجارة الأرحية بالدور والثخانة ، والبلد والنوع ، ويضبط ما هو للبناء بذكر اللون والقدر ، والنوع والوزن . ويصف الآجر واللّين بموضع التربة ، والدور ، والثخانة . ويصف الجص ، والنورة باللون ، والوزن ، ولا يقبل ما أصابه الماء ، ولا قديمًا يؤثر فيه .

فإن شرط الأجود ، لم يصح ، وإن شرط الأردأ ، فعلى وجهين . وإن جاءه بدون ما وصف له ، أو نوع آخر ، فله أخذه ، ولا يلزمه ، وإن جاءه بجنس آخر ، لم يجز له أخذه .

ويصف العنبر باللون والوزن ، وإن شرط قطعةً أو قطعتين ، جاز ، ويضبط العود الهندي ببلده ، وما يعرف به ، والمسك ونحوه بما يختلف به الثمن .

(فإن شرط الأجود لم يصح) لتعذر الوصول إليه ، إلا نادراً ، إذ ما من جيد إلا ويحتمل أن يوجد أجود منه (وإن شرط الأردأ ، فعلى وجهين) كذا في « المحرر » و« الفروع » أصحهما : لا يصح ؛ لأنه لا ينحصر .

والثاني : يصح ؛ لأن ما يدفعه إليه إن كان الموصوف ، فهو المسلم فيه ، وإن لم يكن ، فهو خير منه ، فيلزم المسلم قبوله ، بخلاف الأجود ، ويكفي جيد ورديء ، ويجزئ بأقلها ، أي : يترك الوصف على أقل درجة .

(وإن جاءه بدون ما وصف له ، أو نوع آخر) من جنسه (فله أخذه) لأن الحق له ، وقد رضي بدونه ، ومع اتحادهما في الجنس يجعلهما كالشيء الواحد بدليل حرمة التفاضل (ولا يلزمه) لأن الإنسان لا يجبر على إسقاط حقه .

وقال القاضي وغيره : يلزمه قبوله ، حيث لم يكن أدنى ؛ لأنه من جنسه ، أشبه الزائد في الصفة . ورد : بأنه لم يأت بالمشروط ، فلم يلزمه قبوله ، كالأدنى . وعنه : يحرم قبوله كغير جنسه ، نقله جماعة .

(وإن جاءه بأجود منه من نوعه ، لزمه قبوله) في الأصح ؛ لأنه أتى بما تناوله العقد ، وزيادة منفعة ، وكشرطه ، وظاهره : ولو تضرر .

والثاني : لا ؛ لأنه غير ما أسلم فيه ، وعنه : يحرم قبوله ، نقل صالح ، وعبد الله : لا يأخذ فوق صفته ، بل دونها (وإن جاءه بجنس آخر ، لم يجز له أخذه) لقوله عليه السلام : « من أسلم في شيء ، فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود ، وابن ماجه من رواية عطية العوفي ، وضعفه جماعة من حديث أبي سعيد .

فإن جاءه ، وقال : خذه وزدني درهمًا ، لم يجز ، وإن جاءه بزيادة في القدر ، فقال ذلك صحَّ .

فصل

الثالث : أن يذكر قدره بالكيل في المكيل ، والوزن في الموزون ، والذرع في المذروع ، فإن أسلم في المكيل وزنًا ، وفي الموزون كيلًا ، لم يصحَّ .

ونقل جماعة عن الإمام : يأخذ أدنى ، كشعيرٍ عن برٍّ بقدر كيله ، ولا يربح مرتين ، واحتج بابن عباس ، وبأنه أقلُّ من حقه ، وحمل على أنَّهما جنسٌ واحدًا (فإن جاءه) بالأجود (وقال : خذه وزدني درهمًا لم يجز) لأنَّ الجودة صفة ، فلا يجوز إفرادها بالعقد ، كما لو كان مكيلًا أو موزونًا (وإن جاءه بزيادة في القدر فقال ذلك ، صح) لأنَّ الزيادة هنا يجوز إفرادها بالبيع .

مسألة : إذا قبض المسلم فيه ، فوجد به عيبًا ، فله ردُّه وإمساكه مع الأرض .

فصل

(الثالث : أن يذكر بالكيل في المكيل ، والوزن في الموزون) لما روى ابن عباس : أنَّ النَّبِيَّ ﷺ ؛ قال : «من أسلف في ثمرٍ ، فليسلف في كيلٍ معلومٍ ، ووزنٍ معلومٍ ، إلى أجلٍ معلومٍ» متَّفَقٌ عليه ، ولفظه لمسلم .

(والذرع في المذروع) أي : يشترط معرفة قدر المسلم فيه بالذرع ، إن كان مذروعًا ، وكذا المعداد ؛ لأنَّه عوضٌ غائبٌ يثبت في الدَّمة ، فاشترط معرفة قدره كالثمن .

(فإن أسلم في المكيل وزنًا ، وفي الموزون كيلًا ، لم يصحَّ) نصٌّ عليه في رواية الأثرم في المكيل : لا يسلم فيه وزنًا ؛ لأنَّه مبيعٌ يشترط معرفة قدره ، فلم يجز بيعه بغير ما هو مقدَّرٌ به في الأصل ، كببيع الربويات ، ولأنَّه قدره بغير ما هو مقدَّرٌ به ، فلم يجز ، كما لو أسلم في المذروع وزنًا وبالعكس ، فإنه لا يصحُّ اتفاقًا .

وعنه : يصحّ ، ولا بدّ أن يكون المكيال معلومًا ، فإن شرط مكيالًا بعينه ، أو صنجةً بعينها ، لم يصحّ ، وفي المعداد المختلف غير الحيوان روايتان ، إحداهما : يسلم فيه عددًا والأخرى وزنًا ، وقيل : يسلم في الجوز والبيض عددًا ، وفي الفواكه والبقول وزنًا .

(وعنه : يصح) نقلها المروذي ، وجزم بها في «الوجيز» ، وصحّحها في «المغني» و«الشرح» ، ويحتمله كلام الخرقى ؛ لأنّ الغرض معرفة قدره ، وإمكان تسليمه من غير تنازع ، فبأيّ قدرٍ قدره جاز ، بخلاف الربويات ، فإن الثمائل فيها شرط ، وأطلقهما في «المحرر» و«الفروع» .

(ولا بدّ أن يكون المكيال معلومًا) عند العامة ؛ لأنّه إذا كان مجهولًا تعذر الاستيفاء به عند التلف ، وذلك مخلّ بالحكمة التي اشترط معرفة الكيل من أجلها ، وكذا الصنجة والذراع (فإن شرط مكيالًا بعينه) أي : غير معلوم (أو صنجةً بعينها) غير معلومة (لم يصح) لأنّه قد يهلك ، فيتعذر معرفة المسلم فيه ، وهو غررٌ .

وحكاة ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه ، وظاهره : أنّه إن كان معلومًا لم يصحّ التّعين في الأصحّ ، وفي فساد العقد وجهان ، أظهرهما : صحته .

(وفي المعداد المختلف غير الحيوان) كفلوس مثلاً ، ويكون رأس مالها عرضٌ ، لا يجري فيهما ربًا (روايتان ، إحداهما : يسلم فيه عددًا) قدّمه في «الرعاية» لأنّ التّفاوت في ذلك يسيرٌ ، ويذهب باشرطه الكبير والصغير أو الوسط ، وإن بقي شيء يسيرٌ عفي عنه (والأخرى : وزنًا) لأنّه يتباين ، والوزن يضبطه (وقيل : يسلم في الجوز والبيض عددًا) قدّمه في «الفروع» ، وذكر في «الشرح» : أنّه الأظهر ؛ لأنّ التّفاوت في المتقارب يسير .

ولهذا لا تكاد القيمة تتفاوت بين البيضتين والجوزتين ، بخلاف البطيخ ، فإنّه يتباين كثيرًا .

(وفي الفواكه) كالرّمّان والسفرجل (والبقول وزنًا) لأنّه يختلف كثيرًا ويتباين

فصل

الرابع : أن يشترط أجلاً معلوماً له ، وقع في الثمن ، كالشهر ونحوه ،
فإن أسلم حالاً .

جداً ، فلا ينضبط إلا بالوزن .

فائدة : إذا كان المسلم فيه ممّا لا يمكن وزنه بميزان ، كالأرحية والأحجار
الكبار ، وزنت بالسّفينة ، فتنزل في الماء ، ثم ينزل فيها ذلك ، فينظر إلى أيّ
موضع يغوص فيعلمه ، ثم يرفع ، وينزل مكانه رمل ونحوه ، إلى أن يبلغ الماء
الموضع المعلم ، ثم يوزن بميزان .

فصل

(الرابع : أن يشترط أجلاً معلوماً) نقله الجماعة ، لأمره عليه السّلام بالأجل ،
كالكيل والوزن ، ولأنّه أمر بها تبييناً لشروط السّلم ، ومنعاً منه بدونها ، بدليل أنّه لا
يصحّ ، إذا انتفى الكيل أو الوزن ، ولأنّه إنّما جاز رخصة للمرفق ، ولا يحصل إلاّ
بالأجل ، إذ الحلّول يخرجّه عن اسمه ومعناه (له وقع في الثمن) عادة ، قاله
الأصحاب (كالشهر) كذا قدره غيره به ، ونقله في «الواضح» عن أصحابنا ،
وليس هذا في كلام أحمد .

واحتجّ أصحابنا : بأنّ الأصل أنّه لا يجوز السّلم ؛ لأنّه باع مجهولاً لا يملكه ،
يتعذّر تسليمه ، فرخص فيه لحاجة المفلّس ، ولا حاجة مع القدرة .

قال في «الفروع» : وهذا إنّما يدلّ على اعتباره الأجل في الجملة ، مع أنّه قال في
«عيون المسائل» : هو معتمد المسألة وسرّها .

والأولى أن يقال : إن الأجل إنّما اعتبر ليتحقّق المرفق الذي شرع من أجله
السّلم ، فلا يحصل ذلك بالمدّة التي لا وقع لها في الثمن (ونحوه) وفي
«الكافي» كنصفه ، وفي «الشرح» : وما قارب الشهر .

(فإن أسلم حالاً) لم يصحّ لحديث ابن عباس ، وعنه : يصحّ حالاً ، ذكرها

أو إلى أجل قريب كالיום ونحوه ، لم يصح ، إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح ، وإن أسلم في جنس إلى أجلين ، أو في جنسين إلى أجل صح .

القاضي ، وأبو الخطاب ، وأوماً إليه في رواية أبي طالب : أهل المدينة يقولون : لا يحتاج إلى مدّة ، وهو قياس ، ولكن إلى أجل أحب إليّ ، وهي مع بقاء النصوص تدلّ على الأجل القريب ، لكن إن وقع بلفظ البيع ، صحّ حالا .

قال القاضي : ويجوز التفرق قبل قبض رأس المال ؛ لأنه بيع ، ويحتمل أن لا يصح ؛ لأنه بيع دين بدين ، ذكره في «الكافي» (أو إلى أجل قريب كالיום ونحوه ، لم يصح) لفوات شرطه ، وهو أن مثل ذلك لا وقع له في الثمن ، وعنه : أن الأجل شرط ، ولو كان يومًا ، ذكرها القاضي ، وقيل : لا يصح إلى شهر (إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح) نصّ عليه في رواية الأثرم ؛ إذ الحاجة داعية إلى ذلك ، وظاهره التعميم في كل ما يصحّ السّلم فيه .

وقال أبو الخطاب : فإن أسلم في لحم ، أو خبز يأخذ منه كل يوم أرطالاً معلومة جاز ، نصّ عليه ، فظاهره : اختصاص الجواز بهما ، ونصره ابن المنجّ ، فعلى ما ذكرنا : إذا قبض البعض ، وتعدّر قبض الباقي ، رجع بقسطه من الثمن ، ولا يجعل الباقي فضلاً على المقبوض ، لتماثل أجزائه ، فيقسّط الثمن بالسوّة ، كما إذا بين أجله . وقيل : يصحّ إن بين قسط كل أجل وثمنه .

(وإن أسلم في جنس إلى أجلين) صحّ ؛ لأنّ كل بيع جاز إلى أجل جاز إلى أجلين وأجال ، كبيع الأعيان (أو في جنسين إلى أجل ، صحّ) كالبيع (ولا بدّ أن يكون الأجل مقدّراً بزمان معلوم) فعلى هذا يسلم إلى وقت يعلم بالأهله ، نحو أوّل الشهر ، وأوسطه ، وآخره ، وآخر يوم منه معيّن ؛ لقوله تعالى : ﴿ يسألونك عن الأهله قل هي مواقيت للناس والحج ﴾ [البقرة : ١٨٩] .

ولا خلاف في صحّة التأجيل بذلك ، فلو جعله إلى شهر رمضان تعلّق بأوله ، وكذا إن قال : محله شهر كذا ، يصح ، وقيل : لا ، ولو قال : إلى ثلاثة أشهر

ولا بدَّ أن يكون الأجل مقدَّرًا بزمنٍ معلوم ، فإن أسلم إلى الحصاد أو الجداد ، أو شرط الخيار إليه ، فعلى روايتين .

كان إلى انقضائها ، فإن كانت مبهمَةً كان ابتدائها حين تلفظه بها ، وإن قال : إلى شهر كذا ، انصرف إلى الهلالي ، ما لم يكن في أثنائه ، فإنه يعمل بالعدد ، فإن علَّقه باسم يتناول شيئين ، كربيع ، وجمادى ، والعيد ؛ انصرف إلى أولهما ، قطع به في «المغني» و«الشرح» ، وقيل : لا يصحُّ ، وهو الذي أورده في «التلخيص» مذهبتا .

ويدخل في كلامه ما إذا عيِّن الوقت ، كعيد الفطر ، أو يوم عرفة للعلم به ، فإن كان معلومًا بغير الأهلَّة ، وكان مما يعرفه المسلمون ، كشباط ، أو عيد لا يختلف فيه ، كالنَّيروز ، والمهرجان ؛ صحَّ ، ذكره في «المغني» و«الشرح» لأنه معلومٌ ، أشبه عيد المسلمين .

وظاهر «الخرقي» وابن أبي موسى ، وابن عبدوس : لا ، كما لو أسلم إلى السعانيين وعيد الفطير ، مما يجهله المسلمون غالبًا ، ولا يجوز تقليد أهل الذِّمَّة فيه ، وظاهره : أنَّ الأجل إذا لم يكن معلومًا عند المتعاقدين ، أو أحدهما لا يصحُّ ، للجهالة .

(فإن أسلم إلى الحصاد أو الجداد ، أو شرط الخيار إليه ، فعلى روايتين) المذهب : أنه لا يصحُّ أن يؤجَّل إلى الحصاد والجداد ؛ لقول ابن عباس : لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس ، ولا تتبايعوا إلَّا إلى شهرٍ معلوم ، ولأنَّه يختلف ، فلم يجوز أن يكون أجلًا ، كقدوم زيد .

لا يقال : قد روي عن عائشة : أنَّ النَّبِيَّ ﷺ بعث إلى يهوديٍّ : أن ابعث إليَّ ثوبين إلى الميسرة ؛ لأنه رواه حرميُّ بن عمارة ؛ قال أحمد : فيه غفلةٌ ، وهو صدوقٌ ، وقال ابن المنذر : أخاف أن يكون من غفلاته ، حيث لم يتابع عليه ، ثم لا خلاف أنه لا يصلح للأجل .

والثانية : يجوز ، روي عن ابن عمر : أنه كان يتناع إلى العطاء ، وهو محمول على وقت العطاء ، لا فعله ، فإنَّ نفس العطاء يتقدَّم ويتأخَّر ، فهو مجهولٌ ، قال في

وإذا جاءه بالسَّلَم قبل محله ، ولا ضرر في قبضه ، لزمه قبضه ، وإلا فلا .

«الشرح» : ويحتمل : أنه أراد نفس العطاء ، لكونه يتقارب ، أشبه الحصاد ، ولأنه اختلاف يسير ، فلم يؤثر كرأس السنة ، وعلم منه وجه الروایتين ، فيما إذا كان الخيار في البيع إليهما .

فرغ : يقبل قول المسلم إليه مع يمينه ، في الأشهر في اشتراط الأجل ، وقدره ، وبقائه ، وفراغه (وإذا جاءه بالسَّلَم) أي : المسلم فيه ، إذ المصدر يطلق ويراد به المفعول ، كما يعبر عن السرقة بالمسروق ، وبالرهن عن المرهون (قبل محله) بكسر الحاء (ولا ضرر في قبضه ، لزمه قبضه) لأن غرضه حاصل مع زيادة تعجيل المنفعة ، فجرى مجرى زيادة الصفة ، وهذا فيما لا يتغير ، كالحديد والنحاس ، ولا يختلف قديمه وحديثه ، كالزيت ، والعسل (وإلا فلا) أي : إذا أحضره قبل الأجل ، وفي قبضه ضرر ، لا يلزمه قبضه ، وهو صادق بصور .

إمّا لكونه ممّا يتغير ، كالفاكهة ، والأطعمة ، أو كان قديمه دون حديثه ، كالحبوب ؛ لأن له غرضًا في تأخيرها ، بأن يحتاج إلى أكله ، أو إطعامه في ذلك الوقت .

وإن كان حيوانًا لم يأمن تلفه ، ويحتاج إلى نفعه ، وكذا ما يحتاج في حفظه إلى مؤنة ، كالقطن ، أو كان الوقت مخوفًا ، فهو كنقص صفة فيه ، وفي «الروضة» : إن كان مما يتلف ، أو يتغير قديمه وحديثه ، لزمه قبضه ، وإلا فلا .

وهذا خلاف ما جزم به الأكثر ، وعلم منه : أنه إذا أحضره في محله لزمه قبضه مطلقًا ، كالمبيع المعين ، فإن امتنع من قبضه ، قيل له : إمّا أن تقبض ، أو تبرئ ، فإن أصرّ ؛ برئ ، ذكره في «المغني» في المكفول به ، والأشهر يرفعه إلى الحاكم ، فينوب عنه في قبضه ، لا إبرائه ؛ لأن قبض الحاكم كقبض المالك ، وهذا فيما إذا أتاه بالمسلم فيه على صفته .

فرغ : حكم كل دين لم يحلّ إذا أتى به كذلك ، ونقل أبو بكر ، وحنبل في دين الكتابة : لا يلزمه ، ذكرها جماعة ؛ لأنه قد يعجز ، فيرق ، ولأن بقاءه في

فصل

الخامس : أن يكون المسلم فيه عامًّا الوجود في محلّه ، فإن كان لا يوجد فيه ، أو لا يوجد إلّا نادرًا ، كالسّلم في العنب والرطب إلى غير وقته ، لم يصحّ .

ملكه حقّ له ، لم يرض بزواله .

ومن أراد قضاء دين عن غيره ، لم يرض ربّ الدّين ، أو أعسر بنفقة زوجته ، فبذلها أجنبيّ ، لم يجبر ربّ الدّين والزوجة .

فصل

(الخامس : أن يكون المسلم فيه عامًّا الوجود في محلّه) غالبًا بغير خلاف نعلمه لوجوب تسليمه إذن (فإن كان لا يوجد فيه) لم يصحّ ؛ لأنّه لا يمكن تسليمه غالبًا عند وجوبه ، أشبه بيع الآبق ، بل أولى (أو لا يوجد إلّا نادرًا ، كالسّلم في العنب والرطب إلى غير وقته) كما لو أسلم فيهما إلى شباط أو آذار (لم يصح) لانتفاء شرطه ، ولأنّه لا يؤمن انقطاعه ، فلا يغلب على الظنّ القدرة على تسليمه عند وجوده ، كما لو أسلم في جارية وولدها ، وظاهره : أنّه لا يشترط وجوده حال العقد ، وكذا لا يشترط عدمه في الأصح ، حكاهما ابن عبدوس .

(وإن أسلم في ثمرة بستان بعينه ، أو قرية صغيرة) أو في نتاج من فحل بني فلان ، أو غنمه ، أو في مثل هذا الثوب ، (لم يصح) ؛ لأنّه لا يؤمن تلفه ، وانقطاعه ، أشبه ما لو أسلم في شيء قدره بمكيال معلوم أو صنجة بعينها .

دليل الأصل ما روي عن النّبي ﷺ : أنّه أسلف إليه يهوديّ من تمر حائط بني فلان ، فقال النّبي ﷺ : «أما من حائط بني فلان فلا» رواه ابن ماجه، ورواه الجوزجاني في «الترجم» وقال : أجمع العلماء على كراهة هذا البيع ، وقال ابن المنذر : المنع منه كالإجماع لاحتمال الجائحة .

ونقل أبو طالب وغيره : يصح إذا بدا صلاحه ، أو استحصد ، واحتجّ بابن

وإن أسلم في ثمرة بستان بعينه ، أو قرية صغيرة ، لم يصح ، وإن أسلم إلى محل يوجد فيه عامًا فانقطع ، خير بين الصبر ، وبين الفسخ والرجوع برأس ماله ، أو عوضه إن كان معدومًا في أحد الوجهين ، وفي الآخر : يفسخ بنفس التعذر .

عمر .

وقال أبو بكر : إذا كان قد بلغ ، وأمنت عليه الجائحة . ويعارضه ما سبق .
(وإن أسلم إلى محل يوجد فيه عامًا ، فانقطع) بأن لم تحمل الثمار تلك السنة مثلاً (خير) المسلم (بين الصبر) إلى أن يوجد ، فيطالب به (وبين الفسخ) كغيره (والرجوع برأس ماله) أي : مع وجوده ، لأن العقد إذا زال وجب رد الثمن .

ويجب رد عينه إن كان باقياً ؛ لأنه عين حقه (أو عوضه إن كان معدومًا) لتعذر رده ، ثم إن كان مثليًا استحق مثله وإلا قيمته ، كالمثلف (في أحد الوجهين) هو متعلق بقوله : «خير» .

(وفي الآخر : يفسخ بنفس التعذر) لكون المسلم فيه من ثمرة العام ، بدليل وجوب التسليم منها ، أشبه ما لو باعه قفيزًا من صبرة ، فهلك ، فيرجع برأس ماله على ما ذكرنا ، والأول هو الأشهر ، والأصح .

فإن العقد صحيح ، وإنما تعذر التسليم ، فهو كمن اشترى عبدًا فأبقى قبل القبض ، ولأنهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه ، من غير ثمرة العام جاز ، وإنما أجبر على الدفع منه لكونه بصفة حقه .

تنبيه : إذا أحر القبض في أوانه مع إمكانه ، فهل يلزمه الصبر إلى أوانه بعد ، أو يتخير بينه وبين الفسخ ؟ فيه وجهان . وقيل : إن تعذر بعضه ، فسخ الكل ، أو صبر .

فرغ : إذا أسلم ذمي إلى ذمي في خمير ، فأسلم أحدهما ، فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه : أن المسلم يأخذ دراهمه ؛ لأن الأول تعذر عليه استيفاء المعقود عليه ، والآخر تعذر عليه الإيفاء .

فصل

السادس : أن يقبض رأس المال في مجلس العقد ، وهل يشترط كونه معلوم القدر والصفة كالمسلم فيه ؟ على وجهين .

فصل

(السادس : أن يقبض رأس مال السِّلَم في مجلس العقد) أي : قبل التفريق ، نصَّ عليه ، واستنبطه الشافعي من قوله عليه السَّلَام : «من أسلف ، فليسلف» أي : فليعط ، قال : لأنَّه لا يقع اسم السلف فيه ، حتى يعطيه ما سلفه قبل أن يفارق من أسلفه . انتهى

وحذاً أن يصير بيع دينٍ بدينٍ ، فيدخل تحت النَّهي ، ولا يجوز شرط تأخير العوض فيه ، فلم يجز التفريق قبل القبض ، كالصرف ، ويشترط قبض جميعه ، فلو قبض البعض ، ثم افترقا ، بطل فيما لم يقبض ، والأشهر : أنه يصحُّ في المقبوض ، فلو جعل دينًا سلماً ، لم يصح ، لكن لو كان عنده أمانة أو عين مغصوبة ، صح ؛ لأنَّه في معنى القبض .

أصلٌ : المجلس هنا كمجلس الصَّرف ، وهما كمجلس الخيار في ظاهر كلام الأصحاب ، وفي «الجامع الصغير» : أنَّه إذا تأخَّر قبض رأس مال السِّلَم اليومين والثلاثة ، لم يصح .

(وهل يشترط كونه معلوم القدر والصفة كالمسلم فيه) أم تكفي مشاهدته ؟ (على وجهين) ، كذا في «المحرر» و«الفروع» أحدهما : يشترط ذلك ، قاله القاضي ، وأبو الخطاب ، وصاحب «التلخيص» وجزم به في «الوجيز» لأنَّه عقدٌ يتأخَّر بتسليم المعقود عليه ، فوجب معرفة رأس ماله ليردَّ بدله كالقرض والشركة ، فعلى هذا لا يجوز أن يكون رأس المال جوهره ، لعدم تأتّي الصَّفة عليه ، فإن فعلاً بطل العقد .

ويردُّه إن كان موجوداً ، وإلاَّ قيمته ، فإن اختلفا فيها ، قبل قول المسلم إليه ؛

وإن أسلم ثمنًا واحدًا في جنسين ، لم يجوز حتى يبين ثمن كل جنس .

لأنه غارم ، وفي «الانتصار» : يقع العقد بقيمة مثلي ؛ لأنه قد يضمنه بأقل وأكثر ، وهو ربًا ، وظاهر كلام غيره : بمثله ، وكذا الأجرة ، والثاني : لا يشترط ، وهو ظاهر «الخرقي» ومال إليه في «المغني» و«الشرح» لأنه عوضٌ مشاهدٌ ، فلم يحتج إلى معرفته ، كبيع الأعيان .

تنبيه : كل ما لين حرم النساء فيهما ، لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر ؛ لأنَّ السَّلم من شرطه التأجيل ، وما ذكره الخرقي : أنه لا يجوز النساء في العروض ، هو إحدى الروايات ، فعلى هذا : لا يجوز إسلام بعضها في بعض .

وقال ابن أبي موسى ، وذكره القاضي : هو ظاهر كلام أحمد : إنه يشترط أن يكون رأس مال السَّلم أحد الثَّقَدِين ، فعلى هذا : لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمنًا ، والأصح : أنه يصح إسلام عرض في عرض ، وفي ثمن .

(وإن أسلم ثمنًا واحدًا في جنسين) قال في «التنقيح» : أو ثمنين في جنس ، لم يصح حتى يعين ثمن كل جنس وقدّر كل ثمن ، نصّ عليهما (لم يجوز حتى يبين ثمن كل جنس) نقله الجماعة ؛ لأنَّ ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهولٌ ، فلم يجوز ، كما لو عقد عليه مفردًا بثمن مجهول ، ولما فيه من الغرر .

والثانية : يجوز قبل البيان ؛ لأنه إذا جاز أن يسلم في شيء واحد إلى أجلين من غير بيان ، فكذا هنا ، فعلى هذا : لو تعذر أحدهما ، رجع بقسطه من رأس المال .

وفي «المغني» و«الشرح» : الجواز ، تخريجًا لعدم اطلاعهما عليها ، وظاهره ولو كان الثمن مختلفًا ، وقال ابن أبي موسى : لا يجوز إسلام خمسة دنائير وخمسين درهماً في كُرٍّ حنطية ، إلا أن يبين حصة كل واحد من الثمن ، وفيه نظر ؛ إذ الرجوع ممكن بقدر الحصة .

فصل

السَّابِع : أن يسلم في الذِّمَّة ، فإن أسلم في عين ، لم يصحَّ . ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء ، فيه كالبريَّة ، فيشترط ذكره ، ويكون الوفاء في موضع العقد ، فإن شرط الوفاء فيه ، كان تأكيداً ، وإن شرطه في غيره صحَّ ، وعنه : لا يصحَّ .

فصل

(السَّابِع : أن يسلم في الذِّمَّة ، فإن أسلم في عين) كدارٍ ، وشجرة ثابتة (لم يصحَّ) ؛ لأنه ربَّما تلف قبل أوان تسليمه ، فلم يصحَّ ، كما لو شرط مكيالاً بعينه غير معلوم ؛ لأنَّ المعينَّ يمكن بيعه في الحال ، فلا حاجة إلى السَّلم فيه (ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء) ذكره القاضي ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وجماعة ؛ لأنه عليه السَّلام لم يذكره ، ولأنَّه عقد معاوضة ، أشبهه بيوع الأعيان .

وقيل : إن كان لحمله مئونة ، وجب شرطه ، وإلا فلا (إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه كالبريَّة) والبحر (فيشترط ذكره) لتعذر الوفاء في موضع العقد ، وليس البعض أولى من البعض ، فاشترط تعيينه بالقول كالكيل .

وقال القاضي : لا يشترط ، ويوفى بأقرب الأماكن إليه (و) يجب أن (يكون الوفاء في موضع العقد) نصَّ عليه ، مع المشاححة ؛ لأنَّ العقد يقتضي التسليم في مكانه ، فاكفى بذلك عن ذكره ، وله أخذه في غيره إن رضيا ، فلو قال : خذه وأجرة حمله مثله إلى موضع الوفاء ، لم يصحَّ . قال القاضي : كأخذ بدل السلم .

(فإن شرط الوفاء فيه) أي : في موضع العقد ؛ صحَّ (وكان تأكيداً) لأنه شرط ما يقتضيه العقد ، أشبه شرط الحلول في الثمن (وإن شرطه في غيره صحَّ) على الأصحَّ ؛ لأنه بيع ، فصحَّ شرط الإيفاء في غير مكانه ، كبيع الأعيان ، (وعنه : لا يصحَّ) قطع بها أبو بكر في «التَّنبيه» لأنه شرط خلاف مقتضى العقد فلم يصحَّ ، كما لو شرط أن لا يسلمه ، والفرق واضح .

ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ، ولا هبته ، ولا أخذ غيره مكانه ، ولا الحوالة به ، ويجوز بيع الدَّين المستقر لمن هو في ذمَّته .

فرع : يقبل قول المسلم إليه في تعيينه مع يمينه ، فلو قال : هذا الذي أقبضتني ، وهو معيَّب ، فأنكر ، قدَّم قول القابض .

(ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه) بغير خلافٍ نعلمه ؛ لنهيهِ عليه السَّلام عن بيع الطعام قبل قبضه ؛ ولأنه يبيع لم يدخل في ضمانه ، فلم يجز بيعه قبل قبضه كالطعام ، وهو شامل للشُّركة والتَّولية ؛ لأنهما يبيع في الحقيقة ، وظاهره : ولو لمن هو في ذمَّته .

(ولا هبته) لأنها نقلٌ للملك قبل قبضه ، فلم يصحَّ كالبيع (ولا أخذ غيره مكانه) لقوله عليه السَّلام : «من أسلف في شيء ، فلا يصرفه إلى غيره» ولأنَّ أخذ العوض عنه يبيِّع له ، فلم يجز ، كبيعهِ لغيره ، وظاهره : سواء كان المسلم فيه موجودًا أو معدومًا ، وسواء كان العوض مثله في القيمة ، أو أقل ، أو أكثر .

(ولا الحوالة به) لأنها لا تصحُّ إلَّا على دينٍ مستقرٍّ ، والسَّلم بعرضية الفسخ ، ولأنَّه نقلٌ للملك على غير وجه الفسخ ، فلم يصحَّ كالبيع ، وذلك بأن يحيل المسلم إليه بما عليه للمسلم على من له مثله من قرض ، أو بدل متلف ونحوه ، ولا عليه ، كما إذا أحال المسلم بما له على المسلم بما عليه من قرض ، أو بدل متلف ، ولو برأس مال سلم بعد فسخه ، وفيه وجهٌ .

(ويجوز بيع الدَّين المستقرِّ) كقرض ، ومهرٍ بعد دخول وأجرة استوفى نفعها ، أو فرغت مدَّتها ، وقيمة متلف ونحوه (لمن هو في ذمَّته) لخبر ابن عمر : كنَّا نبيع الأبرة بالبيع بالدنانير ، ونأخذ عنها الدَّراهم ، وبالدَّراهم ونأخذ عنها الدنانير ، فسألنا رسول الله ﷺ ؛ فقال : «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ، ما لم تتفرَّقا وبينكما شيءٌ» رواه أبو داود وابن ماجه .

فدلَّ على جواز بيع ما في الذمَّة من أحد النقدين بالآخر ، وغيره يقاس عليه ، وفي بيع دين الكتابة مع أنَّه غير مستقرٍّ وجهان ، لا رأس مال سلم بعد فسخه في

بشرط أن يقبض عوضه في المجلس ، ولا يجوز لغيره ، وتجوز الإقالة في السلم ، وتجوز في بعضه في إحدى الروايتين .

المنصوص (بشرط أن يقبض عوضه في المجلس) للخبر ، ولأنه إذا لم يقبض صار بيع دين بدين ، وهذا إن باعه بما لا يباع به نسيئةً ، أو بموصوفٍ في الذمة ، وإلا فلا يشترط .

وقيل : بلى (ولا يجوز لغيره) أي : لغير من هو في ذمته ؛ لأنه غير قادرٍ على تسليمه ، أشبه ببيع الآبق .

وعنه : يصحُّ منهما ؛ قال الشيخ تقي الدين : نصَّ عليه في مواضع . وعنه : لا يصحُّ منهما ، اختاره الحلال ، وذكره في «عيون المسائل» عن صاحبه كدين السلم .

وفي «المبتهج» وغيره رواية : يصحُّ فيه ، واختاره الشيخ تقي الدين ، وهو قول ابن عباس ، لكن بقدر القيمة فقط ، لئلا يربح فيما لم يضمن .

فرع : لا تصحُّ هبة دين لغير غريم ، ونقل حرب صحته ، وأطلق الشيخ تقي الدين روايتين فيه ، وفي بيعه من غيره .

(وتجوز الإقالة في) دين (السلم) حكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه من أهل العلم ؛ لأنها فسخ للعقد ، ورفع له من أصله ، وليست بيعاً على الأصح ، وحكى ابن الزاغوني في جوازها فيه روايتين ، بناء على أنها بيع . قال ابن حمدان : ولا تصحُّ الإقالة منه إن جعلت بيعاً ، وإلا صحَّت الإقالة في كله . وقيل : تصحُّ في كله ، وإن جعلت بيعاً .

(وتجوز في بعضه في إحدى الروايتين) جزم به في «الوجيز» وغيره ؛ لأنَّ الإقالة مندوبٌ إليها ، وكلُّ مندوبٍ إليه جاز في الجميع جاز في البعض ، كالإبراء والإنظار .

والثانية : لا تجوز ، وقد رويت كراهتها عن ابن عمر ، وابن المسيب ؛ لأنَّ السلم يقلُّ فيه الثمن من أجل التأجيل ، فإذا فسخ في البعض بقي البعض بالباقي

إذا قبض رأس مال السِّلْم أو عوضه ، في مجلس الإقالة ، وإن انفسخ العقد بإقالة أو غيرها ، لم يجز أن يأخذ عن الثَّمَن عوضًا من غير جنسه ، وإذا كان لرجل سِلْم ، وعليه سِلْم من جنسه ؛ فقال لغريمه : اقبض سلمي لنفسك ففعل ، لم يصحَّ قبضه لنفسه ، وهل يقع قبضه للآمر ؟ على وجهين .

من الثَّمَن ، وبمنفعته الجزء الذي فسخ فيه ، فلم يجز كما لو شرط ذلك في ابتداء العقد (إذا قبض رأس مال السِّلْم) إن كان موجودًا (أو عوضه) إن كان معدومًا (في مجلس الإقالة) ؛ لأنَّه إذا لم يقبض أحد الأمرين يصير ذلك ديثًا على المسلم إليه ، وعليه بقدر السِّلْم ، فيصير ذلك بمعنى البيع والسِّلْف . وهو منهى عنه . قاله ابن المنجَّأ ، وهذا قول أبي الخطَّاب ، واختاره ابن حمدان . والأشهر : أنَّه لا يشترط ذلك .

(وإن انفسخ العقد بإقالة أو غيرها ، لم يجز أن يأخذ عن الثَّمَن عوضًا من غير جنسه) قاله الشَّريف أبو جعفر ، لقوله عليه السَّلَام : «من أسلم في شيء ، فلا يصرفه إلى غيره» وفي الاستدلال به نظر ، ولأنَّه مضمون على المسلم إليه بعقد السِّلْم ، فلم يجز أخذ عوضه كالمسلم فيه ، وقال القاضي : يجوز أخذ العوض عنه ؛ لأنَّه عوض مستقرٌّ في الذِّمَّة ، فجاز أخذ العوض عنه كالقرض ، ولأنَّه مالٌ عاد إليه بفسخ العقد ، فجاز أخذ العوض عنه ، كثمن المبيع .

والفرق أن المسلم فيه مضمون بالعقد ، والثَّمَن مضمونٌ بعد فسخه ، ولا يجوز أن يجعل ثمنًا في شيءٍ آخر ؛ لأنَّه بيع دينٍ بدين ، وظاهره : أنَّ له أخذ العوض من جنسه ؛ لأنَّه إذا جاز أخذ الثَّوَع من الثَّوَع في السِّلْم بشرط اتِّحاد الجنس ، فلاَن يجوز أخذ الثَّوَع عن نوعٍ آخر برأس مال السِّلْم ، بطريق الأولى .

(وإذا كان لرجل سِلْم ، وعليه سِلْم من جنسه ، فقال لغريمه : اقبض سلمي لنفسك ، ففعل ، لم يصحَّ قبضه لنفسه) لأنَّ قبضه لنفسه حوالة به ، والحوالة بالسِّلْم غير صحيحة .

(وهل يقع قبضه للآمر على وجهين) هما روايتان ، حكاهما في «الشرح» و «الفروع» أحدهما : يصح ؛ لأنَّه أذن له في القبض ، أشبه قبض وكيله ، وكما

وإن قال : اقبضه لي ، ثم اقبضه لنفسك ، صحَّ ، وإن قال : أنا أقبضه نفسي ، وخذه بالكيل الذي تشاهده ، فهل يجوز ؟ على روايتين ، وإن اكتاله ، ثم تركه في الكيال ، وسلَّمه إلى غريمه ، فقبضه صحَّ القبض لهما ، وإن قبض المسلم فيه جزافاً ، فالقول قوله في قدره .

لو نوى المأمور القبض للآمر .

والثاني - وهو الأصح - : أنه لا يصحُّ ؛ لأنه لم يجعله نائباً له في القبض ، فلم يقع له بخلاف الوكيل ، فعليه يبقى على ملك المسلم إليه . ولو قال : احضر كيله لأقبضه لك ، ففعل ، لم يصحَّ قبضه للثاني ، وهل يكون قابضاً لنفسه ؟ فيه وجهان ، أولهما : نعم ؛ لأنَّ القبض قد وجد من مستحقِّه ، أشبه ما لو نوى القبض لنفسه ، فعلى هذا إذا قبضه للآخر ، صحَّ .

(وإن قال : اقبضه لي ، ثم اقبضه لنفسك ، صحَّ) على الأصحَّ ؛ لأنه استنابة في قبضه له ، فإذا قبضه لموكله جاز أن يقبضه لنفسه ، كما لو كان له ودیعة عند من له عليه دينٌ .

والأخرى : لا يصحُّ ، فلو قال الأمر : احضرنا حتى أكتاله نفسي ، ثم تكتاله أنت ، وفعلاً ، صحَّ . (وإن قال : أنا أقبضه نفسي ، وخذه بالكيل الذي تشاهده ، فهل يجوز ؟ على روايتين) أشهرهما : الجواز ، وبه جزم في «الوجيز» ؛ لأنه علمه وشاهد كيله ، فلا معنى لاعتبار كيله مرةً أخرى . والثانية : لا يصح ؛ لأنه عليه السلام نهى عن بيع الطعام ، حتى يجري فيه الصاعان ، أشبه ما لو قبضه جزافاً

(وإن اكتاله ثم تركه في المكيال ، وسلَّمه إلى غريمه ، فقبضه ، صحَّ القبض لهما) لأنَّ الأول قد اكتاله حقيقة ، والثاني حصل له استمرار الكيل ، واستدامته كابتدائه ، كما أنَّ استدامة الركوب ركوب ، مع أنه لا يحصل زيادة علم بابتدائه ، فلا معنى له .

(وإن قبض المسلم فيه) وكذا كلُّ دينٍ (جزافاً فالقول قوله) أي : قول القابض . مع يمينه (في قدره) ؛ لأنه أعلم بكيله ، وهو منكر للزائد ، والأصل عدمه .

وإن قبضه كيلاً أو وزناً ، ثم ادّعى غلطاً ، لم يقبل قوله في أحد الوجهين ، وهل يجوز الرّهن والكفيل بالمسلم فيه ؟ على روايتين .

وهل له أن يتصرّف في قدر حقّه قبل اعتباره ؟ فيه وجهان ، ويده على الباقي ، قيل : يد أمانة ، وقيل : يضمنه للمالكه ؛ لأنّه قبضه على أنّه عوض عمّا له ، وفي طريقة بعض أصحابنا في ضمان الرّهن لو دفع إليه عيناً ، وقال : خذ حقك منها ، تعلّق حقّه بها ، ولا يضمنها بتلفها .

(وإن قبضه كيلاً أو وزناً ، ثم ادّعى غلطاً ، لم يقبل قوله في أحد الوجهين) جزم به في «الوجيز» ؛ لأنّ الأصل عدم الغلط ، والآخر : يقبل ؛ لأنّه أعلم بكيل ما قبضه ، ولأنّ الأصل أنّه لم يقبض غير ما ثبت بإقراره ، وأطلقهما في «الفروع» كغيره ، وقيده : إذا ادّعى ما يغلط بمثله ، وهو ظاهرٌ ، فلو وجد زيادة على ذلك ، فهي مضمونة في يده ، قاله جماعة .

فرع : من قبض دينه ، ثم بان لا دين له ، ضمنه . ولو أقرّ بأخذ مال غيره ، لم يبادر إلى إيجاب ضمانه ، حتى يفسر أنّه عدوانٌ ، ومن أذن لغيره في الصدقة بدينه عنه ، أو صرفه ، أو المضاربة به ، لم يصحّ ، ولا يبرأ . وعنه : يصحّ ، وبناءه القاضي على شرائه من نفسه . وفي «النهاية» : على قبضه من نفسه لموكله ، وفيه روايتان ، وكذا إن عزله وضارب به .

(وهل يجوز الرّهن والكفيل بالمسلم فيه ؟ على روايتين) إحداهما : ونقلها المروزي وغيره بأنّه لا يصحّ ، وهو اختيار الخرقي ، وأبي بكر ، وابن عبدوس ، وقدمه في «الفروع» ، ورويت كراهته عن عليّ ، وابن عبّاس ، وابن عمر ؛ إذ وضع الرّهن الاستيفاء من ثمنه عند تعذر الاستيفاء من الغريم ، ولا يمكن استيفاء المسلم فيه من ثمن الرّهن ، ولا من ذمّة الضّامن حذراً من أن يصرفه إلى غيره . وفيه نظر ؛ لأنّ الضّмир في «لا يصرفه» راجع إلى المسلم فيه ، ولكن يشتري ذلك من ثمن الرّهن ، ويسلمه ويشتريه الضّامن ، ويسلمه لئلا يصرفه إلى غيره . والثانية - نقلها حنبل - يجوز . واختارها المؤلّف وصاحب «الوجيز» ؛ لقوله

باب القرض

تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾ إلى قوله : ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

قال ابن عباس ، وابن عمر : السَّلَم مرادٌ منها ، وداخلٌ فيها ، فهي كالنَّص فيه ، والكفيل كالرَّهن بجامع الوثيقة ؛ ولأنَّه أحد نوعي البيع ، فجاز التوثقة بما في الذِّمَّة ، كبيع الأعيان . وحكايته عنهما في «المغني» الكراهة يحتمل أنَّه روايةٌ أخرى عنهما .

فعلينا : لصاحب الحقِّ مطالبة من شاء منهما ، وأيهما قضاه برئت ذمَّتُهما منه ، وإن زال العقد بطل الرَّهن والضَّمان ، وعلى المسلم إليه ردُّ مال السَّلَم في الحال ، ولا يشترط قبضه في المجلس ؛ لأنَّه ليس بعوض ، ويكون كبيع الرُّهون تلزم بالقبض ، أو بمجرد العقد إن لم يكن معيَّنًا على رواية ، وإذا لم تلزم ، ولم يقبض ؛ فللمسلم الفسخ ، والخلاف في المسلم فيه جارٍ في رأس مال السلم .

باب القرض

القرض : مصدر قرض الشيء يقرضه - بكسر الرَّاء - إذا قطعه ، والقرض اسم مصدر بمعنى الاقتراض ، وهو بفتح القاف ، وحكي كسرهما ، وهو في اللُّغة : القطع ، ومنه سُمِّي المقرض ، وهو دفع المال إلى الغير لينتفع به ، ويرد بدله ، وهو نوعٌ من المعاملات ، مستثنى عن قياس المعاوضات ، لمصلحة لاحظها الشارع رفقا بالمحاويج .

والأصل فيه قوله عليه السَّلَام في حديث ابن مسعود : «ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرَّتَيْنِ إِلَّا كَانَ كَصَدَقَةٍ مَرَّةً» وروى أبو رافع : أن النَّبي ﷺ استسلف من رجل بكرًا . وعن أنس : أن النَّبي ﷺ ؛ قال : «رَأَيْتُ لَيْلَةَ أُسْرِي بِي عَلَى بَابِ الْجَنَّةِ مَكْتُوبًا : الصَّدَقَةُ بَعَشْرُ أَمْثَالِهَا ، وَالْقَرْضُ بِثَمَانِيَةِ عَشْرٍ ؛ فَقُلْتُ : يَا جَبْرِيلُ ! مَا بَالُ الْقَرْضِ أَفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ ؟!» قال : لِأَنَّ السَّائِلَ يَسْأَلُ وَعِنْدَهُ ، وَالْمُسْتَقْرَضُ لَا يَسْتَقْرَضُ إِلَّا مِنْ حَاجَةٍ» رواه ابن ماجه . والأول . وأجمع المسلمون على

وهو من المرافق المندوب إليها ، ويصح في كل عين يجوز بيعها .

جوازه .

(وهو من المرافق) واحده مرفق بفتح الميم مع كسر الفاء وفتحها ، وهو ما ارتفعت به ، وانتفعت (المندوب إليها) في حق المقرض ؛ لقوله عليه السلام : «من كشف عن مؤمن كربة من كرب الدنيا فرّج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة» قال أبو الدرداء : لأن أقرض دينارين ، ثم يردان ، ثم أقرضهما ، أحب إليّ من أن أتصدق بهما .

ولأنّ فيه تفريجاً عن غيره ، وقضاءً لحاجته ، فكان مندوباً إليه كالصدقة ، وليس بواجب ، قال أحمد : لا إثم على من سأل ، فلم يعط ؛ لأنّه من المعروف ، وهو مباح للمقرض ، وليس مكروهاً .

قال أحمد : ليس القرض من المسألة ، أي : لا يكره ، لفعله عليه السلام ، ولو كان مكروهاً كان أبعد الناس منه ، ومن أراد أن يستقرض ، فليعلم المقرض بحاله ، ولا يغتره من نفسه ، إلّا الشيء اليسير الذي لا يتعدّر ردّ مثله .

وقال أحمد : إذا اقترض لغيره ، ولم يعلمه بحاله ، لم يعجني . قال : وما أحبّ أن يقترض بجاهه لإخوانه .

تنبيه : يشترط معرفة قدره ووصفه ، وأن يكون المقرض ممن يصح تبرّعه ، كالبيع ، وحكمه في الإيجاب والقبول كما سبق ، ويصح بلفظه ، ولفظ السلف ؛ لورود الشّرع بهما ، وبكلّ لفظ يؤدي معناهما نحو : ملكتك هذا على أن تردّ بدله ، أو توجد قرينة تدلّ عليه ، وإلّا فهو هبة ، فإن اختلفا فيه قبل قول الموهوب له ؛ لأنّ الظاهر معه .

(ويصح في كل عين يجوز بيعها) مكيلاً كان أو موزوناً ، أو غيرهما ؛ لأنّه عليه السلام استسلف بكرّاً ؛ ولأنّ ما ثبت سلماً يملك بالبيع ، ويضبط بالوصف ؛ فجاز قرضه كالمكيل ، ولأنّ المقصود يحصل به ؛ لكونه ينتفع به ، ويتمكن من بيعه ؛ فدلّ على أن ما لا يثبت في الذمّة سلماً ، كالحنطة المختلطة بالشّعير لا

إلا بني آدم والجواهر ونحوها مما لا يصح السلم فيه في أحد الوجهين
فيهما ، ويثبت الملك فيه بالقبض .

يجوز ، وكقرض المنافع (إلا بني آدم ، والجواهر ونحوها ، مما لا يصح السلم فيه
في أحد الوجهين فيهما) أي : لا يصح فيهما .

أمّا بنو آدم ، فقال أحمد : أكره قرضهم ، فيحتمل التحريم ، فلا يصح
قرضهم . اختاره القاضي ، وجزم به في «الوجيز» ؛ لأنه لم ينقل ، ولا هو من
المرافق ، ولأنه يفضي إلى أن يقترض جارية يطؤها ، ثم يردها ، ويحتمل كراهة
التنزيه ، فيصح قرضهم ، وهو قول ابن جريج والمزني ؛ لأنه مألٌ يثبت في الذمة
سلماً ، فصح قرضه كسائر البهائم .

وقيل : قرض العبد ، لا الأمة ، إلا أن يقرضهن من محارمهن ؛ لأن الملك
بالقرض ضعيف ؛ لكونه لا يمنعها من ردّها على المقرض ، فلا يستباح به
الوطء ، كالملك في مدّة الخيار . وزدّ بأنّه : عقد ناقل ، فاستوى فيه العبد
والأمة ، ولا نسلم ضعف الملك فيه ، فإنّه مطلق كسائر التصرفات ، بخلاف
الملك زمن الخيار .

وأمّا الجواهر ونحوها ، فلا يصح قرضها في وجه ؛ لأنه لا ينضبط بالصّفة ، فلا
يمكن ردّ المثل ، ومقتضى القرض ردّ المثل .

والثاني : بلى ، وهو اختيار القاضي ، وظاهر «الوجيز» ؛ لأنّ الجواهر وما لا
مثل له تجب فيه القيمة . وأطلقهما في «المحرّر» و «الفروع» ك«المقنع» .

فرغ : سأله أبو الصقر : عيّن بين أقوام لهم نُوبٌ في أيام يقترض الماء من نوبة
صاحب الخميس ليستقي به ، ليرد عليه يوم السبت ؟ قال : إذا كان محدوداً يعرف
كم يخرج منه ، فلا بأس ، وإلا أكرهه .

(ويثبت الملك فيه بالقبض) لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض ، فوقف
الملك عليه ، كالهبة ، ويتمّ بالقبول ، وله الشراء به من مقرضه ، نقله مهناً ، وفي
«الفروع» : ويلزم مكيلٌ وموزونٌ بقبضه ، وفي غيره روايتان .

فلا يملك المقرض استرجاعه ، وله طلب بدله ، وإن ردّه المقرض عليه ،
لزمه قبوله ما لم يتغيّب ، أو يكن فلوسًا ، أو مكسرة فيحرمها السلطان ،
فتكون له القيمة وقت القرض .

(فلا يملك المقرض استرجاعه) لأنّه قد لزم من جهته ، فلم يملك الرجوع فيه
كالمبيع ، لكونه أزال ملكه عنه بعقد لازم من غير خيار (وله طلب بدله) أي : في
الحال ، لأنّ القرض يثبت في الذمّة حالًا ، فكان له طلبه كسائر الديون الحالّة ،
ولأنّه سبّب يوجب ردّ المثل أو القيمة ، فكان حالًا كالإتلاف ، فعلى هذا لو
اقرضه تفاريق ، ثم طالبه بها جملة ، كان له ذلك ؛ لأنّ الجميع حالّ وكالمبيع .
(وإن ردّه المقرض عليه) بعينه (لزمه قبوله) لأنّه ردّه على صفة حقّه ، فلزمه
قبوله كالمسلم ، وسواء تغيّر سعره أو لا ، وظاهره : لا فرق بين أن يكون ما اقترضه
بدله من جنسه أو لا ، وهو قول في المذهب ، والمعروف فيه أنّه يلزمه قبول المثليّ ،
وذلك بشرطين :

أحدهما : (ما لم يتغيّب) كحنطة ابتلت ، أو عفنت ؛ لأنّ عليه في قبوله
ضررًا ؛ لأنّه دون حقّه .

الثاني : ما لم يتغيّر ، ونبّه عليه بقوله : (أو تكن فلوسًا أو مكسرة ، فيحرمها
السلطان) أي : يترك المعاملة بها ؛ لأنّه كالعيب ، فلا يلزمه قبولها (فتكون له
القيمة) من غير جنسه إن جرى فيه ربا الفضل (وقت القرض) سواء كانت باقية
أو استهلكها ، نصّ عليه في الدرّاهم المكسرة ، فقال : يقومها كم تساوي يوم
أخذها ، ثم يعطيه ، وسواء نقصت قيمتها قليلاً أو كثيراً .

وقيل : له القيمة يوم الخصومة ، وهو ظاهر كلامه في رواية حنبل ، وذكر أبو
بكر في «التنبية» ، وقدمه في «الرعاية» : أن له قيمتها يوم فسدت ، وتركت المعاملة
بها ؛ لأنّه كان يلزمه ردّ مثلها ما دامت نافقة ، فلما فسدت انتقل إلى قيمتها ، كما
لو عدم المثل ، وقال القاضي : إن نفقت في بعض المواضع ، لزمه أخذها ، وإن ترك
الناس المعاملة بها ، فله قيمتها ، وقيل : إن رخصت فله القيمة ، ونصّه - وجزم به
في «الوجيز» - : أنّه يرّد مثلها إذا رخصت .

ويجب ردُّ المثل في المكيل والموزون ، والقيمة في الجواهر ونحوها ، وفيما سوى ذلك وجهان ، ويثبت العوض في الذمّة حالاً ، وإن أجلّه .

تنبيه : المغشوشة إذ حرّمها السلطان حكمها كذلك ، والخلاف جارٍ فيما إذا كانت ثمنًا ، وظاهر «الفروع» فيه قولان : له القيمة وقت العقد ، كما هو المنصوص ، أو يوم فسدت ، وإن شرط ردّه بعينه ، أو باع درهمًا بدرهم هو دفعه إليه ، لم يصحّ .

(ويجب ردُّ المثل في المكيل والموزون) إجمالًا ؛ لأنّه يضمن في الغصب والإتلاف بمثله ، فكذا هنا ، مع أنّ المثل أقرب شبهًا بالقرض من القيمة ، فإن أعوز المثل ، لزمه قيمته يوم الإعواز ؛ لأنّها حينئذٍ تثبت في الذمّة (والقيمة في الجواهر ونحوها) إذا قيل بجواز قرضها ؛ لأنّها من ذوات القيم ، ولا مثل لها ، لكونها لا تنضبط بالصفة ، وتكون القيمة يوم قبضها .

(وفيما سوى ذلك وجهان) كذا في «المحرّر» و«الفروع» أحدهما : يرُدُّ القيمة ، وهو ظاهر «الوجيز» ؛ لأنّ ما أوجب المثل في المثليات أوجب القيمة فيما لا مثل له ، كالإتلاف ، وتكون القيمة يوم القرض . الثاني : يجب ردُّ مثله لفعله عليه السّلام ، ولأنّ ما ثبت في السّلم ثبت في القرض كالمثلّي ، بخلاف الإتلاف ؛ لأنّ القيمة فيه أخصر ، ولا مسامحة فيه ، ويعتبر في مثل صفاته تقريبًا .

فإن تعذّر المثل ، فعليه قيمته يوم تعذّره ، لكن لو اقترض خبزًا أو خميرًا عددًا ، وردّ عددًا ، بلا قصد زيادةٍ جاز ، نصّ عليه ، وعنه : لا ، كما لو أقرضه صغيرًا يقصد أن يعطيه كبيرًا .

(ويثبت العوض في الذمّة) لأنّه بدلٌ مقبوض ، أشبه عوض ثمن المبيع إذا كان مستحقًا (حالاً وإن أجلّه) لأنّه عقد منع فيه من التفاضل ، فمنع الأجل فيه ، كالصرف ، إذ الحال لا يتأجل بالتأجيل ، وهو عدةٌ وتبرُّعٌ ، لا يلزم الوفاء به .

قال أحمد : القرض حالٌ ، وينبغي أن يفى بوعده . وخالف الشّيخ تقيّ الدّين : أنّه لا يحرم تأجيله ، وذكره وجهًا ؛ لقوله عليه السّلام : «المسلمون عند

ويجوز شرط الرهن والضمين فيه ، ولا يجوز شرط ما يجزئ نفعا ، نحو أن يسكنه داره ، أو يقضيه خيرا منه ، أو في بلد آخر ، ويحتمل جواز هذا الشرط .

شروطهم» وكل دين حال كالقرض .

(ويجوز شرط الرهن والضمين فيه) لأنه عليه السلام استقرض من يهودي شعيرا ، ورهنه درعه . متفق عليه ؛ ولأن ما جاز فعله جاز شرطه ، ولأنه يراد للتوثق بالحق ، وليس ذلك بزيادة .

والضمين كالرهن ، فلو عيّنهما وجاء بغيرهما ، لم يلزم البائع قبوله ، وإن كان ما أتى به خيرا من المشروط ، وحينئذ يخيّر بين فسخ العقد ، وبين إمضائه بلا رهن ولا كفيل ، وهل له الأرش إلحاقا له بالعيوب ، وذكر المجد : أنه المذهب ، أو لا أرش إلحاقا له بالتدليس ، وهو ظاهر الأكثر على قولين .

(ولا يجوز شرط ما يجزئ نفعا ، نحو أن يسكنه داره ، أو يقضيه خيرا منه) كل قرض شرط فيه زيادة ، فهو حرام إجماعا ؛ لأنه عقد إرفاق وقربة ، فإذا شرط فيه الزيادة ، أخرجته عن موضوعه ، ولا فرق بين الزيادة في القدر أو الصفة ، مثل أن يقرضه مكسرة ، فيعطيه صحاحا ، أو نقدا ليعطيه خيرا منه .

وفي «الفروع» : إذا قضاه صحاحا عن مكسرة أقل لعلة ربا الفضل ، لم يجز ، وإلا جاز ، نص عليه ، فإذا شرط أن يوفيه أنقص منه ، لم يجز ، إن كان مما يجري فيه الربا ؛ لإفضائه إلى فوات المماثلة ، وكذا إن كان في غيره على الأشهر ، وفي فساد القرض روايتان .

وكذا إذا شرط القضاء (في بلد آخر) لأن فيه نفعا في الجملة ، ذكر القاضي : أن للوصي قرض مال اليتيم في بلد ، ليوفيه في بلد آخر ، ليربح خطر الطريق ، وفي «المغني» و«الشرح» : إن لم يكن لحمله مؤونة ، وإلا حرم .

(ويحتمل جواز هذا الشرط) حكاه ابن المنذر عن أحمد ، وصححه في «المغني» ، وروي عن علي ، وابن عباس ؛ لأنه ليس بزيادة في قدر ولا صفة ، بل فيه مصلحة لهما ، فجاز كشرط الرهن ، وعنه : لا بأس به على وجه المعروف .

وإن فعله بغير شرط ، أو قضى خيرًا منه ، أو أهدي له هديةً بعد الوفاء ؛ جاز لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ استسلف بكرًا فردَّ خيرًا منه ، وقال : « خيركم أحسنكم قضاء » ، وإن فعله قبل الوفاء لم يجز ، إلا أن تكون العادة جاريةً بينهما به قبل القرض .

(وإن فعله بغير شرط) ولا مواطأة ، نصَّ عليه (أو قضى خيرًا منه ، أو أهدي له هدية بعد الوفاء جاز) على الأصحَّ (لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ استسلف بكرًا ، فردَّ خيرًا منه ، وقال : « خيركم أحسنكم قضاء ») متَّفَقٌ عليه من حديث أبي رافع ، ولأنَّه لم يجعل تلك الزيادة عوضًا في القرض ، ولا وسيلة إليه ، ولا إلى استيفاء دينه ، أشبه ما لم يكن قرض .

والثانية : المنع ، روي عن أبي بن كعب ، وابن عبَّاس : أنَّه يأخذ مثل قرضه ، ولا يأخذ فضلًا ، لئلا يكون قرضًا جرَّ منفعةً . وحَرَّمَ الحلوانيُّ أخذ أجود مع العادة ، والأظهر أنَّ الظرف متعلِّق بفعله ، لا بأهدي إليه ؛ لأنَّه يلزم من تعلُّقه بأهدي أنَّ المستقرض لو أسكن المقرض داره بغير عوض جاز ، إذا كان بغير شرط ، سواء كان ذلك قبل الوفاء أو بعده .

(وإن فعله قبل الوفاء لم يجز) على الأصحَّ ، لما روى أنس مرفوعًا ؛ قال : «إذا أقرض أحدكم قرضًا ، فأهدي إليه ، أو حملة على الدَّابة ، فلا يركبها ، ولا يقبله ، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك» رواه ابن ماجه من رواية إسماعيل بن عيَّاش ، عن عتبة بن حميد - وفيهما كلامٌ - عن يحيى بن إسحاق ، وفيه جهالةٌ .

والثانية : الجواز ، ما لم يشترطه ، وظاهر ما نقله حنبل : أن المقرض لا يمنع من جواز هدية المقرض (إلا أن تكون العادة جاريةً بينهما به قبل القرض) لما ذكرناه ، فإن لم تكن عادة ، حرم إلا أن ينوي احتسابه من دينه ، أو مكافأته ، نصَّ عليه ، ولو استضافه حسب له ما أكله ، نصَّ عليه ، ويتوجَّه : لا .

وظاهر كلامهم : أنَّه في الدعوات كغيره ، وقيل : علَّمه أنَّ المقرض يزيده شيئًا ، كشرطه ، وقيل : لا ، ذكره في «الفروع» ، فلو وجد ما سبق حالة

وإذا أقرضه أثمناً ، فطالبه بها ببلد آخر ، لزمته ، وإن أقرضه غيرها ، لم تلزمه ، فإن طالبه بالقيمة ، لزمه أداؤها .

الوفاء ، فإن كان النفع صفةً في الوفاء ، بأن قضاه خيراً منه ، فيجوز ، وإن كان زيادة في القضاء ، بأن يقرضه درهماً ، فيعطيه أكثر منه ، لم يجز ؛ لأنه رباً ، وصريح في «المغني» و«الكافي» بأن الزيادة في القدر والصفة جائز للخبر .
وحكى أبو الخطاب في الزيادة من غير تقييد روايتين .

(وإذا أقرضه أثمناً فطالبه بها ببلد آخر لزمته) لأنه أمكنه قضاء الحق من غير ضرر ، فلزمه ، كما لو طالبه ببلد القرض ، ولأن القيمة لا تختلف ، فانتفى الضرر .

(وإن أقرضه غيرها) كالخنطة والفلوس (لم يلزمه) لأنه لا يلزمه حمله إليه ، وظاهره : ولو لم يكن لحمله مؤونة (فإن طالبه بالقيمة ، لزمه أداؤها) لأنه إذا تعذر رد المثل تعينت القيمة ، والاعتبار بقيمة البلد الذي أقرضه فيه ؛ لأنه المكان الذي يجب التسليم فيه .

وظاهره : ولو نقصت القيمة ببلد القبض ، فليس له إلا الناقصة ، والمذهب : أنه إذا اقترض ببلد ، فطلب منه في غيره بدله ، إلا ما كان لحمله مؤونة ، وقيمته في بلد القرض أنقص ، فتلزمه قيمته إذن فيه فقط ، وفي «المغني» : إذا كان لحمله مؤونة لا يلزمه ، لأنه لا يلزمه حمله إليه ، ولا يجبر رب الدين على أخذ قرضه هناك إذا بذل له ، إلا فيما لا مؤونة لحمله ، فإنه يلزمه مع أمن البلد والطريق ، وبذل المغصوب التالف كذلك .

مسائل

الأولى : إذا أقرض غريمه المعسر ، أو المفلس ألفاً ، ليوفيه منه ومن دينه الأول كل وقت شيئاً ، جاز ، نقله مهناً ، ونقل حبل : يكره .

الثانية : إذا أقرض أكاره ما يشتري به بقرأ يعمل بها في أرضه ، وبذراً يبذره

باب الرهن

فيها ، وقال : أقرضني ألفًا ، وادفع إليّ أرضك أزرعها بالثلث ، بلا شرطٍ حرم ، وجوزه في «المغني» و«الشرح» ، وكرهه في «التّرجيب» .

ولو أمره ببذره ، وأنه في ذمّته ، كالمعتاد ، ففاسد له قيمة المثل ، ولو تلف ، لم يضمنه ؛ لأنّه أمانة ، ذكره الشّيخ تقيّ الدين .

الثالثة : إذا أقرض من له عليه بُرٌّ ما يشتريه به يوفيه إياه ، فكرهه سفيان ، وجزم به في «المستوعب» وفي «المغني» : يجوز .

الرابعة : إذا قال : اقترض لي مائة ، ولك عشرة ، صحّ ؛ لأنّه في مقابلة ما بذله من جاهه ، فلو قال : اضمنها عنيّ ، ولك عشرة ، لم يجوز ، نصّ عليهما ؛ لأنّه ضامنّ ، فيكون قرضًا جرّ منفعةً ، ومنع الأرجي .

الخامسة : إذا اقترض منه دراهم ، ثم اشترى منه بها شيئًا ، فخرجت زيوفًا ، فالبيع صحيح ، ولا يرجع البائع على المشتري ببدل الثمن ؛ لأنّها دراهمه فعيبها عليه ، وإنما له على المشتري بدل ما أقرضه إياه بصفته زيوفًا ، قاله أحمد ، وحمله في «الشرح» على أنّه إذا باعها ، وهو يعلم عيبها ، أمّا إذا باعه بثنّ في ذمّته ، ثم قبض هذه بدلًا عنها ، فينبغي أن تجب له دراهم خالية من العيب ، وتردّ هذه عليه ، وللمشتري ردّها على البائع ، وفاءً عن القرض ، ويبقى الثمن في ذمّته .

السادسة : لو أقرض ذمّيّ ذمّيّا خمرًا ، ثم أسلما ، أو أحدهما ، بطل القرض ، ولم يجب على المقرض شيءٌ ، والله أعلم .

باب الرهن

هو في اللغة : الثبوت والدوام ، يقال : ماء راهنّ ، أي : راكدٌ ، ونعمةٌ راهنةٌ ، أي : دائمةٌ ، وقيل : هو الحبس ؛ لقوله تعالى : ﴿كُلْ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةً﴾ [المدثر : ٣٨] أي : محبوسة ، وهو قريبٌ من الأوّل ، لأنّ الحبوس

وهو وثيقة بالحق ، لازم في حق الراهن ، جائز في حق المرتهن ، يجوز عقده مع الحق

ثابت في مكان لا يزايله ، قال الشاعر :

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا
شبه لزوم قلبه لها ، واحتباسه عندها ، لوجده بها بالرهن الذي يلزمه المرتهن ،
فيحبسه عنده ، ولا يفارقه ، وغلق الرهن : استحقاق المرتهن إياه ، لعجز الرهن عن
فكاكه .

(وهو وثيقة بالحق) لأن الحق يستوفى منه عند تعذر الوفاء من المدين ، فعلى هذا
هو في الشرع : جعل عين مائية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر استيفائه ممن هو
عليه . وفي الزركشي : توثقة دين بعين ، أو بدين على قول يمكن أخذه منه إن تعذر
الوفاء من غيره .

وهو جائز بالإجماع ، وسنده قوله تعالى ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة : ٢٨٣]
والسنة مستفيضة بذلك ، ويجوز في الحضر كالسفر ، خلافاً لمجاهد ، ورد بفعله
عليه السلام ، وذكر السفر في الآية خرج مخرج الغالب ؛ لكون الكاتب يعدم
في السفر غالباً ، وهو لا يشترط مع ذكره فيها .

وليس بواجب إجماعاً ؛ لأنه وثيقة بالدين ، فلم يجب كالضمان .

تنبيه : يشترط أن يكون الراهن مطلق التصرف كالبيع ، وفي «الترغيب» :
ويصح تبرعه ؛ لأنه تبرع ، وفي «المستوعب» وغيره : لولي رهنه عند أمين ،
لمصلحة ، كحل دين عليه ، ولا يصح بدون إيجاب وقبول ، أو ما يدل
عليهما ، ولا بد من معرفة قدره وصفته ، وجنسه وملكه ، ولو منافعه بإجارة
وإعارة ، بإذن مؤجر ومعيّر .

(لازم في حق الراهن) أي : بعد قبضه ؛ لأن الحظ فيه لغيره ، فلزم من
جهته ، كالضمان في حق الضامن (جائز في حق المرتهن) لأن الحظ فيه له
وحده ، فكان له فسخه كالمضمون له (يجوز عقده مع الحق) بأن يقول : بعثك
هذا بعشرة إلى شهر ترهنني بها عبدك ، فيقول : اشترت منك ورهنتك

وبعده ، ولا يجوز قبله ، إلا عند أبي الخطاب . ويصح رهن كل عين يجوز بيعها إلا المكاتب ، إذا قلنا : استدامة القبض شرط ، لم يجز رهنه .

عدي ؛ لأن الحاجة داعية إلى جوازه إذن (وبعده) بالإجماع ؛ لأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به كالضمان ، ولأنه تعالى جعل الرهن بدلاً عن الكتابة ، فيكون في محلها ، ومحلها بعد وجوب الحق ، وتأكد ذلك بأن ذكره بعد المدائنة بقاء التعقيب .

(ولا يجوز قبله) نص عليه في رواية ابن منصور ؛ لأنه وثيقة بحق ، فلم يجز قبل ثبوته كالشهادة ، ولأن الرهن أيضاً تابع للحق ، فلا يسبقه ، كالثمن لا يتقدم المبيع (إلا عند أبي الخطاب) فإنه يجوز ، ويحتمله كلام أحمد ، قاله في «الانتصار» لأنه وثيقة بالحق ، فجاز قبله ، كالضمان ، أو فجاز على حق يحدث في المستقبل ، كضمان الدرك ، ورد بالمنع ، ولو سلم ، فالفرق أن الضمان إلزام مالي تبرعاً بالقول ، فجاز من غير حق ثابت ، كالنذر .

وصورته : أن يقول : رهنك هذا بعشرة تقرضنيها ، فسلمه إليه ، ثم أقرضه إياها ، فهي جائزة على قوله ، وظاهر المذهب بطلانها ، لتعليقه بشرط .

تنبيه : يصح بكل دين واجب ، أو ماله إليه حتى على عين مضمونة ، ومقبوض بعقد فاسد ، ونفع إجارة في الذمة ، لا على دية على عاقلة قبل الحول ، لا ما بعده ، وقيل : وجعل قبل العمل وجهان ، كدين كتابية .

ولا يصح بعهدة مبيع وعوض غير ثابت في الذمة ، كثمن معين ، وأجرة معينة في إجارة ، وإجارة منافع معينة ، كدار ونحوها .

(ويصح رهن كل عين يجوز بيعها) لأن المقصود منه الاستيثاق بالدين ، ليتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن عند تعذر استيفائه من الراهن ، وهذا يتحقق في كل عين يجوز بيعها ، ويشمل ذلك صوراً .

ويستثنى منه رهن المنافع (إلا المكاتب ، إذا قلنا : استدامة القبض شرط لم يجز رهنه) وجزم به في «الوجيز» ، وصححه في «المغني» و«الشرح» ؛ لأن استدامة

ويجوز رهن ما يسرع إليه الفساد بدين مؤجل ، ويباع ويجعل ثمنه رهناً .

القبض غير ممكنة في حقه ، لمنافاتها مقتضى الكتابة .

وقال القاضي : قياس المذهب صحة رهنه ، وهو ظاهر «المحرر» و«الفروع» لأنه يجوز بيعه ، وإيفاء الدين من ثمنه ، فعلى هذا لا يصح شرط منعه من التصرف ، ويمكن من الكسب ، وما يؤديه من النجوم رهناً معه ، وإن عجز ، ثبت الرهن فيه ، وفي أكسابه ، وإن عتق ، بقي ما أذاه رهناً ، كمن مات بعد كسبه .

فرع : المعلق عتقه بصفة إن كانت توجد بعد حل الدين ، لم يصح ، وإن كان يحل قبلها ، صح لإمكان بيعه ، وإن احتمل الأمران ، كقدوم زيد ، فقياس المذهب صحته ، كالمرضى والمدرّ .

(ويجوز رهن ما يسرع إليه الفساد) كالعنب والرطب ؛ لأنه يجوز بيعه ، فيحصل المقصود (بدين مؤجل) ليس قيداً فيه ، أو يصح بالحال ، وإنما ذكره تنبيهاً على أن التأجيل لا أثر له في منع صحة ذلك ؛ لأنه ربما توهم أن عقد الرهن يقتضي بقاء المرهون إلى الاستحقاق (وبيع) على الأصح (ويجعل ثمنه رهناً) لأن الثمن بدل العين ، وبذل الشيء يقوم مقامه ، وهذا إذا لم يحل الدين ، فإن كان قد حل ، فإنه يقضى الدين من ثمنه .

صرّح به في «المغني» و«الشرح» ، ونقل أبو طالب فيمن رهن ، وغاب ، فخاف المرتهن فساد ، أو ذهابه ؛ فليأت السلطان حتى يبيعه . كما أرسل ابن سيرين إلى إياس بن معاوية : يأذن له في بيعه ، فإذا باعه ، حفظه حتى يجيء صاحبه ، فيدفعه إليه بأمره ، حتى يكون صاحبه يقضيه .

وظاهر المتن : لا فرق بين ما يمكن تخفيفه أو لا ، وفي «المغني» و«الشرح» : إن أمكن تخفيفه ، فعلى الرّاهن تخفيفه ؛ لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته ، أشبه نفقة الحيوان .

قال ابن المنجّ : فيحمل كلامه هنا عليه ، وفيه نظر ، فعلى هذا إن شرط المرتهن بيعه ، أو أذن له فيه بعد العقد أو اتفاقاً على أن الرّاهن يبيعه ، أو غيره باعه ، وإلا باعه الحاكم ، فإن أطلقا ، فالخلاف .

ويصحّ رهن المشاع . ثم إن رضي الشريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما ، جاز ، وإن اختلفا ، جعله الحاكم في يد أمين ، أو بأجرة ، ويجوز رهن المبيع غير المكيل ، والموزون ، والمعدود ، والمذروع ؛ قبل قبضه ، إلا على ثمنه في أحد الوجهين .

(ويصح رهن المشاع) في قول الجماهير ؛ لأنه يجوز بيعه في محلّ الحقّ ، أشبه المفز . واقتضى ذلك صحّة رهن بعض نصيبه من المشاع ، لكن في رهن حصّته من معين يمكن قسمته فيه وجهان كبينه ، وفي «الانتصار» : لا يصحّ بيعه ، نصّ عليه . وعلل القاضي المنع باحتمال أن يقتسم الشريكان ، فيحصل الرهن في حصّة شريكه .

(ثم إن رضي الشريك والمرتهن ، بكونه في يد أحدهما ، أو غيرهما ، جاز) لأنّ الحقّ لهما لا يتجاوزهما (وإن اختلفا جعله الحاكم في يد أمين) وقيل : من جاز توكيله ، جاز جعل الرهن عنده مطلقاً ، وفيه نظر .

(أمانة أو بأجرة) لأنّ قبض المرتهن واجب ، ولا يمكن ذلك منفرداً ، لكونه مشاعاً ، فتعيّن ما ذكرنا ، لكونه وسيلة إلى القبض الواجب ، وفي إيجار الحاكم عليهما وجهان ، ويعتبر فيمن هو عنده منع الخلوة المحرّمة ، وكونه مسلماً إذا كان المرهون مسلماً ، كالمصحف .

(ويجوز رهن المبيع غير المكيل ، والموزون ، والمعدود ، والمذروع قبل قبضه) أي : على غير ثمنه ؛ لأنه يجوز بيعه قبل قبضه ، فصحّ رهنه ، كما بعد القبض ، وسواء رهنه عند بائعه أو غيره (إلا على ثمنه في أحد الوجهين) فإنّه لا يجوز ؛ لأنّ المبيع محبوس بالثمن ، فلا فائدة في صيرورته رهناً ؛ لأنّ بين الرهن والبيع تنافياً ؛ لأنّ حكم الرهن أن يباع في الدّين عند التعذّر ، وحكم البيع إيفاء الثمن من غيره . والثاني : يصحّ ، وهو المنصوص ؛ لأنّ الثمن صار ديناً في الدّية ، والمبيع صار ملكاً للمشتري ، فجاز رهنه بالثمن كغيره من الدّيون ، ومقتضاه : أنّ المكيل ، والموزون ، والمعدود ، والمذروع - لا يصحّ رهنه قبل قبضه ، كالبيع .

وما لا يجوز بيعه ، لا يجوز رهنه ، إلا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع في أحد الوجهين .

(وما لا يجوز بيعه ، لا يجوز رهنه) لأنَّ القصد من الرهن استيفاء الدين من ثمنه عند التعذر ، وما لا يجوز بيعه ، لا يمكن فيه ذلك ، وهو شاملٌ لصور أمِّ الولد ، والوقف ، والعين المرهونة ، فإن قال للمرتهن : زدني مالاً ، يكون الذي عندك رهناً به ، وبالدين الأول لم يجز ، وكذا رهن المصحف .

نقل الجماعة عنه أنه قال : لا أرخصُ في رهن المصحف .

والجهول ، وما لا يقدر على تسليمه ، والأرض الموقوفة على المسلمين ، كسواد العراق ، وحكم بنائها كحكمها ، فإن كان من غير ترابها ، أو الشجر المجدد فيها ، فالمذهب صحته ، وقد تقدّم ذلك ، والمبيع في مدّة الخيار إلا أن يرهنه المشتري ، فالخيار له وحده ، فيصح ويطل خياره ، ذكره أبو بكر ، ومال غيره ، وخرّج : بلى إن أجاز به ، وإن بان أنه أذن فيه ، أو أنه له ، فوجهان .

(إلا الثمرة قبل بدو صلاحها) والزرع الأخضر (من غير شرط القطع في أحد الوجهين) اختاره القاضي ، وجزم به في «المحرر» و«الوجيز» لأنَّ النّهي عن البيع إنما كان لعدم الأمن من العاهة ، ولهذا أمر بوضع الجوائح ، وذلك مفقودٌ هنا ، وبتقدير تلفها لا يفوت حقُّ المرتهن من الدين ، لتعلّقه بدمّة الرّاهن ، فمتى حلَّ الحقُّ بيع .

وإن اختار المرتهن تأخير بيعه ، فله ذلك .

والثاني : لا يصحُّ ، كالبيع ، فعليه إن رهنها مع الأصل ، فقولا تفريق الصفقة .

ملحق : تستثنى الجارية دون ولدها ، وبالعكس ، وياعان ، فلو رهنّت الأم بمفردها ، قوّمت دونه ، ثم معه ، فما زاد على قيمتها ، فهو قيمته ، وقيل : تقوّم ذات وليد ، ويقوّم هو معها ، إذا علم به المرتهن ، فإن كانت حاملاً به وقت الرّهن أو حملت به ، فهو رهن .

ولو رهن الوارث تركة الميت ، أو باعها ، وعلى الميت دينٌ صحَّ على الأشهر ،

ولا يصح رهن العبد المسلم لكافر ، إلا عند أبي الخطاب ، إذا شرطاً كونه في يد مسلم ، ولا يلزم الرهن إلا بالقبض .

وإن رهن ثمرة إلى محل يحدث فيه أخرى ، لا تتميز ، فهو باطل ؛ لأنه مجهول حين حلول الحق ، وإن رهنها بدين حال ، أو شرط قطعها عند خوف اختلاطها ، جاز ؛ لأنه لا غرر فيه ، فإن لم يقطعها حتى اختلطت ، لم يطل الرهن ؛ لأنه وقع صحيحاً ، لكن إن سمح الراهن ببيع الجميع ، أو اتفقا على قدر ثمنه ، جاز . وإن اختلفا وتشاحا ، قدم قول الراهن مع يمينه ؛ لأنه منكر .

(ولا يصح رهن العبد المسلم لكافر) مطلقاً ؛ لأن مقتضى الرهن أن يكون في يد المرتهن ، وهو ليس بأهل لذلك ، ولو شرطاه في يد مسلم ؛ لأن الكافر لا يد له على مسلم ، بدليل أنه يؤمر ببيع عبده إذا أسلم (إلا عند أبي الخطاب ، إذا شرطاً كونه في يد مسلم) عدل ؛ لأنه مال ، فجاز رهنه كسائر الأموال ، ويبيعه الحاكم إذا امتنع مالكة ، قال في «الشرح» : وهذا أولى ؛ لأن مقصود الرهن يحصل من غير ضرر ، وأطلق في «الفروع» الخلاف ، وهما في رهن المصحف لكافر إذا شرطاً كونه في يد مسلم ، وألحقت به كتب الحديث .

فرغ : لا يقرأ فيه أحد بلا إذن ربه ، وقيل : بلى إن لم يضر ماليته ، وإن طلب أحد ليقراً فيه ، لم يجب بذله ، وقيل : بلى ، وقيل : عند الحاجة إليه .

(ولا يلزم الرهن في حق الراهن) (إلا بالقبض) هذا هو المذهب ؛ لقوله تعالى : ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول ، فافتقر إلى القبض كالقرض ، وسواء قبضه المرتهن ، أو من اتفقا عليه ، وظاهره : لا فرق بين المكيل ، والموزون ، وغيرهما ، صرح به في «المغني» و«الشرح» .

وقال بعض أصحابنا : يلزم في المكيل ، والموزون بالقبض ، وفيما عداهما روايتان كالبيع ، وفي القياس نظر ؛ لأنه يوهم أن البيع في غيرهما لا يلزم في رواية ، وليس كذلك ؛ إذ لا خلاف في لزومه ، وفهم منه أنه قبل القبض صحيح ، وليس بلازم ؛ لأنه يجوز للراهن فسخه ، والتصرف فيه بكل نوع ،

واستدامته شرط في اللزوم ، فإن أخرجته المرتهن باختياره إلى الرّاهن زال لزومه .

فإن كان بيع أو عتق ، أو نحوهما ، بطل حكم الرّهن ؛ لتعذر الاستيفاء من ثمنه ، وإن كان بتدبير ، أو إجارة ، أو تزويج ، فلا لأنّه لا يمنع من البيع ، فلا يمنع صحّة الرّهن ، وظاهر «الخرقي» وابن أبي موسى ، وابن عقيل في «التذكرة» تبعاً لشيخه القاضي أبي يعلى في «الجامع الصغير» : أنّ القبض شرط في صحّة الرّهن .

وصفة قبضه كجميع ، فلو رهنه داراً ، وخلّى بينه وبينها ، وللرّاهن فيها قماش ، لم يمنع من صحّة التسليم ؛ لأنّ اتّصالها بملك الرّاهن لا يمنع صحّة التسليم ، كالثمرة في الشجرة ، ويعتبر في القبض إذن وليّ الأمر في الأشهر ، ويطل إذنه بنحو إغماء وخرس ، فلو رهنه ما في يده ، ولو غصباً فكهنه إيّاه ، ويزول ضمانه .

(واستدامته شرط في اللزوم) وهو قول أكثرهم للآية الكريمة ، ولأنّها إحدى حالتي الرّهن ، فكان القبض فيه شرطاً ، كالابتداء بخلاف الهبة ، فإن القبض في ابتدائها يثبت الملك ، فإذا ثبت استغنى عن القبض ، والرّهن يراد للوثيقة ، ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه منه ، فإذا لم يكن في يده ، زال ذلك ، وهذا على القول بأنّ ابتداء القبض شرط في اللزوم ، وإن قلنا : ليس بشرط فيه ، ففي الاستدامة كذلك ، قاله في «الشّرح» .

لكن لو أجّره ، أو أعاره لمرتهن ، أو غيره بإذنه ، فلزومه باقي على المذهب ، وعنه : يزول ، نصره القاضي وغيره ، فعليها يعود بمضيّ إجارة ، وإعارة من مرتهن .

(فإن أخرجته المرتهن باختياره إلى الرّاهن زال لزومه) لأنّ استدامة القبض شرط في اللزوم ، وقد زالت ، إذ المشروط ينتفي بانتفاء شرطه ، وظاهره : ولو كان نيابة عنه ، صرح به في «الفروع» ، وبقي العقد ، كأنّه لم يوجد فيه قبض ، سواء أخرجته بإجارة ، أو إعارة ، أو إيداع ونحوه .

وقوله : «باختياره» يحتز به عمّا لو أخرجته لا باختياره ، كالغصب ونحوه ؛ لأنّ ذلك لا يزيل اللزوم ؛ لأنّ يد المرتهن ثابتة عليه حكماً .

فإن ردّه إليه ، عاد اللزوم ، ولو رهنه عصيراً ، فتخمّر زال لزومه ، فإن تخلّل ، عاد لزومه بحكم العقد السابق ، وعنه : أنّ القبض ، واستدامته في المتعين ليس بشرط ، فمتى امتنع الرّاهن من تقييضه أجبر عليه .

(فإن ردّه إليه) ، أي : إلى المرتهن (عاد اللزوم) نصّ عليه ؛ لأنّه أقبضه باختياره ، فلزم به كالأوّل ، ولا يحتاج إلى تجديد عقد ؛ لأنّ العقد السابق لم يطرأ عليه ما يبطله ، أشبه ما لو تراخى القبض عن العقد .

(ولو رهنه عصيراً ، فتخمّر ، زال لزومه) لأنّ تخميره بمنزلة إخراجه من يده ؛ لأنّه لا يد لمسلم على خمر ؛ لأنّ صيرورته خمرًا يمنع من صحّة العقد ؛ فلأن يخرج عن اللزوم بطريق الأولى ، وتجب إرافته حينئذ ، فإن أريق بطل العقد فيه ، ولا خيار للمرتهن ؛ لأنّ التّلف حصل في يده ، وهذا بالنّسبة إلى المسلمين .

(فإن تخلّل عاد لزومه بحكم العقد السابق) كما لو زالت يد المرتهن عنه ، ثمّ عادت إليه ، فلو استحال خمرًا قبل قبض المرتهن ، بطل العقد فيه ، ولم يعد بعوده خلاً ؛ لأنّه عقد ضعيف ، لعدم القبض ، أشبه إسلام أحد الزّوجين قبل الدّخول . وذكر القاضي : أنّه إذا استحال خمرًا بعد القبض ، أنّه يبطل الرّهن فيه ، ثم إذا عاد خلاً ، عاد ملكاً لصاحبه ، مرهونًا بالعقد السابق ؛ لأنّه يعود ملكًا بحكم الملك الأوّل ، فيعود حكم الرّهن ، وردّ بأنّ اليد لم تزل عنه حكمًا ، بدليل ما لو غصبه منه غاصبٌ ، فتخلّل في يده كان ملكًا للمغصوب منه .

قال في «المغني» : ولم تظهر لي فائدة الخلاف بعد اتّفاقهم على عوده رهنًا باستحالته خلاً ، وأرى القول ببقائه رهنًا أقرب إلى الصّحّة ؛ لأنّ العقد لو بطل ، لما عاد صحيحًا من غير ابتداء عقد .

(وعنه : أنّ القبض ، واستدامته في المتعين ، ليس بشرط) حكاها في «التّعليق» عن أصحابنا ، وهو المذهب عند ابن عقيل ، فيلزم بمجرّد العقد كالبيع .

(فمتى) هذا تفريع على هذه الرّواية (امتنع الرّاهن من تقييضه ، أجبر عليه) كالبيع ، فإن ردّه المرتهن على الرّاهن بعاريّة أو غيرها ، ثم طلبه ، أجبر الرّاهن

وتصرف الرّاهن في الرّهن لا يصحّ .

على ردّه ؛ لأنّ الرّهن صحيح ، والقبض واجب له ، فيجبر عليه كبيعته .
 تنبيه : إذا استعار شيئاً ليرهنه ، جاز إجماعاً ، وسواء بين الدّين أو لا ، لكن لو
 عين المرتهن ، أو القدر الذي يرهنه عليه ، فخالف لم يصحّ ؛ لأنّه لم يؤذن له فيه ،
 وله الرجوع فيه قبل إقباضه ، كقبل العقد ، وقدم في «التلخيص» : لا ، كبعده ،
 خلافاً «للانتصار» فيه : وله مطالبة الرّاهن بفكاكه ، حالاً كان أو مؤجلاً ، في محلّ
 الحقّ وقبله ؛ لأنّ العاريّة لا تلزم ، فمتى حلّ الحقّ ، ولم يقبضه ، فللمرتهن بيعه
 واستيفاء دينه منه .

ويرجع المعير بقيمته ، أو بمثله ، لا بما بيع ، نصّ عليه ، وقطع في «المحرر» ،
 واختاره في «الترغيب» بأكثرهما ، فإن تلف ضمنه الرّاهن ، وهو المستعير بقيمته ،
 سواء تلف بتفريط ، أو لا ، نصّ عليه ؛ لأنّ العاريّة مضمونة ، وفي «الفروع» ،
 ويتوجّه في مستأجر من مستعير .

وإن فكّ المعير الرّهن بإذن الرّاهن ، رجع ، وإن كان متبرّعاً ، فلا ، وإن قضاه
 بغير إذنه محتسباً بالرجوع ، فروايتان .

(وتصرف الرّاهن في الرّهن) اللّازم بالبيع ، والإجارة ، والوقف ، ونحوه (لا
 يصحّ) ؛ لأنّه تصرفٌ يبطل حقّ المرتهن من الوثيقة ، وليس بمبني على السّرية
 والتّغليب ، فلم يصحّ بغير إذن المرتهن ، كفسخ الرّهن .

فأمّا انتفاعه به ، كاستخدام ونحوه ، بغير إذن المرتهن ، فلا ؛ لأنّها عينٌ
 محبوسة ، فلم يكن للمالك الانتفاع بها ، كالمبيع المحبوس عند البائع على قبض
 ثمنه ، لكن لا يمنع من سقي شجر ، وتلقيح ، وإنزاء فحلٍ على إناثٍ مرهونة ،
 ومداواة ، وفصدٍ ، بل من قطع سلعة فيها خطر .

وحينئذ إن لم يتفقا على المنافع ، لم يجز الانتفاع ، وكانت معطلة ، وإن اتفقا
 على الإجارة ، أو الإعارة ؛ جاز في ظاهر قول الخرقى ، والأجرة رهنٌ ، وذكر أبو
 بكر في «الخلاص» : أنّها تعطلّ مطلقاً ، وردّ بأنّه تضييعٌ للمال ، وهو منهّي عنه
 شرعاً .

إِلَّا العتق ، فَإِنَّهُ ينفذ ، وتؤخذ منه قيمته رهناً مكانه ، ويحتمل ألا ينفذ عتق المعسر .

وقال ابن حمدان : للراهن الانتفاع بما لا ينقص قيمته ، ولا يضره ، كركوب ، وسكنى ؛ فإن أراد غرس الأرض - والدَّين حال - منع ، وإن كان مؤجلاً فاحتمالان .

(إِلَّا العتق ، فَإِنَّهُ) يحرم على الأصح ، لما فيه من إبطال حق المرتهن من الوثيقة ، و (ينفذ) نص عليه ، وهو قول شريك ، والحسن بن صالح ؛ لأنه إعتاق من مالك ، تأم الملك ، فنفذ ، كعتق المستأجر ؛ ولأنَّ الرهن عينٌ محبوسة لاستيفاء الحق ، فنفذ فيها عتق المالك ، كالمبيع في يد بائعه ، والعتق مبنئ على السُّراية والتغليب ، بدليل أنه ينفذ في ملك الغير ، ففي ملكه بطريق الأولى .

فعلى هذا : إن كان موسراً (تؤخذ منه قيمته) لأنه أبطل حق المرتهن من الوثيقة ، أشبه ما لو أتلفه ، ويعتبر حال الإعتاق ؛ لأنه وقت الإلتلاف فجعلت (رهناً مكانه) لأنها نائبة عن العين ، أو بدل عنها .

وكذا حكم ما لو قتله بقصاصٍ استحقه عليه ، أو أحبل الأمة بلا إذن المرتهن ، أو أقر بالعتق ، وكذبه ، فعليه القيمة تكون رهناً ، وإن كان معسراً ، فهي في ذمته ، فإن أيسر قبل حلول الحق أخذت منه ، فجعلت رهناً ، إلا أن يختار تعجيل الحق فيقضيه ، وإن أيسر بعد حلول الحق ، طوبى بالدَّين خاصة ؛ لأنَّ ذمته تبرأ به من الحقين معاً .

(وعنه : لا ينفذ عتق المعسر) اختاره أبو محمد الجوزي ، وذكرها أبو الخطاب في «الهداية» احتمالاً ، وفي «المحرر» تخريجاً ؛ لأنَّ نفوذ عتقه يسقط الوثيقة وبدلها ، فلم ينفذ ، لما فيه من الإضرار بالمرتهن ، وكما لو أعتق شركاً له في عبد ، وهو معسر .

وفي طريقة بعض أصحابنا : إن كان معسراً يستسعي العبد بقدر قيمته ، تجعل رهناً ، وفيه نظر ؛ لأنَّ فيه إيجاب الكسب على العبد ، ولا صنع ولا جناية منه ، فكان إلزام الغرم للمتلّف أولى .

وقال القاضي : له تزويج الأمة ، ويمنع الزوج من وطئها ، ومهرها رهنٌ معها ، والأول أصحُّ ، وإن وطئ الجارية .

وقيل : ولا ينفذ عتق غيره ، وذكره في «المبهبج» رواية . وإذا لم نقل بالنفوذ ؛ فظاهر كلامهم : أنه لا ينفذ بعد زوال الرهن ، وفيه احتمالٌ ، وهذا إذا لم يأذن المرتهن ، فإن أذن صحَّ العتق ، وسقط حقه من الوثيقة ، ولا قيمة له ، وإن رجع بعد الإذن ، وعلم الراهن به بطل ، وإلا فوجهان .

وكذا يصحُّ رجوعه في كلِّ تصرُّفٍ أذن فيه قبل وقوعه ، فإن اختلفا قدّم قول المرتهن ووارثه في نفي الإذن ؛ لأنه الأصل ، إلا أن الوارث يمينه على نفي العلم ، ومن نكل قضي عليه ، وألحق بعض أصحابنا الوقف بالعتق ؛ لأنَّ فيه حقَّ الله تعالى .

(وقال القاضي) وجماعة من أصحابنا ، وذكره أبو بكر رواية : (له تزويج الأمة) المرهونة ؛ لأنَّ محلَّ عقد النكاح غير محلِّ عقد الرهن ، بدليل صحَّة رهن الأمة المزوجة ؛ لأنَّ الرهن لا يزيل الملك ، فلم يمنع التزويج ، كالإجارة .

(ويمنع) المرتهن (الزوج من وطئها) وهو مراد من عبَّر بقوله : دون تسليمها ، لئلا تحبل ، فتنقص قيمتها ، وتقلَّ الرغبة فيها ، وربما تلفت بسبب الحمل (ومهرها رهنٌ معها) لأنه من نماء الرهن ، فكان رهنًا (والأول أصحُّ) وهو قول الأكثر ؛ لأنَّ التزويج يذهب رغبات المشترين فيها ، فيوجب نقصان قيمتها ، فلم يملكه الراهن ، كفسخ العقد .

ولا نسلم تغاير المحلَّين ، بل محلُّهما واحد ، وتناول الجملة ، وإنما صحَّ رهن المزوجة ، لبقاء معظم المنفعة فيها ، وبقائها محلًّا للبيع ، كما يصحُّ رهن المستأجر .

والرهن يفارق الإجارة من حيث إن التزويج ، لا يؤثر في مقصود الإجارة ، ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة المستحقَّة له ، ويؤثر في مقصود الرهن ، هو استيفاء الدَّين من ثمنها ؛ لأنَّ تزويجها إنما يمنع البيع ، أو ينقص الثمن فيتعذر استيفاء الدَّين كاملاً .

(وإن وطئ) الراهن (الجارية) المرهونة ، فقد ركب محرَّمًا ، في قول الأكثر

فأولدها خرجت من الرهن ، وأخذت منه قيمتها فجعلت رهناً ، وإن أذن له المرتهن في بيع الرهن ، أو هبته ونحو ذلك ففعل صح ، وبطل الرهن .

وحكاه ابن المنذر إجماعاً ؛ لأن من يحرم وطؤها ، لا فرق فيه بين الآيسة والصغيرة ، كالمعتدة ؛ ولأن الوقت الذي تحبل فيه يختلف ، فمنع منه جملة ، لكن لا حد عليه ؛ لأنها ملكه ، ولا مهر عليه ، إن كانت ثيباً ، كالاستخدام ، فإن تلف جزء منها ، أو نقصها ، فعليه قيمة ما تلف ، كالجناية تجعل رهناً معها ، وإلا قضاؤه من الحق إن كان قد حل .

وجزم في «الفروع» ، وقاله في «عيون المسائل» ، والشيرازي في «المنتخب» : أنه يحرم وطؤها على راهن ، إلا بشرط ، وإن لم تحبل ، فأرش البكارة فقط كجناية .
(فأولدها خرجت من الرهن) ؛ لأنها صارت أم ولد له ، وعبرة الأكثر كالمؤلف ، وأن الحكم يترتب على الولادة ، وليس بمبراد ، بل الحكم منوط بالإحبال .

(وأخذت منه قيمتها) حين إحبالها ؛ لأنه فوتها على المرتهن ، فوجب أن يؤخذ منه بدلها ، كما لو أتلّفها (فجعلت رهناً) لأنها بدل ، والبذل يعطى حكم مبدله ، فإن كان معسراً كان في ذمته ، وهذا إذا صدّقه المرتهن أنها ولدته من وطئه ، وإلا فالرهن بحاله ، قاله في «التلخيص» ، فإن كان الوطء بإذن المرتهن ، خرجت من الرهن ، ولا شيء للمرتهن ؛ لأنه أذن في سبب ينافي حقّه .

لا يقال : إنما أذن بالوطء ، ولم يأذن في الإحبال ، لإفضائه إليه ، ولا يقف على اختياره ، فالإذن في سببه إذن فيه .

مسألة : إذا أقرّ بالوطء حال العقد ، أو قبل لزومه ، فحكمهما واحد ، وبصح الرهن ؛ لأن الأصل عدم الحمل ، أما إذا أقرّ به بعد لزومه ، فيقبل في حقّه فقط ؛ لأن إقرار الإنسان على غيره لا يقبل ، ويحتمل قبوله في حق المرتهن أيضاً ؛ لأنه أقرّ في ملكه بما لا تهمة فيه .

(وإن أذن له المرتهن في بيع الرهن ، أو هبته ، ونحو ذلك) كوقفه (ففعل صح) لأن المنع كان لحقه ، فإذا أذن زال (وبطل الرهن) لأن هذا تصرف ينافي

إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي بَيْعِهِ بِشَرْطِ أَنْ يَجْعَلَ ثَمَنَهُ رَهْنًا ، أَوْ يَجْعَلَ دَيْنَهُ مِنْ ثَمَنِهِ وَنَمَاءَ الرَّهْنِ ، وَكَسْبِهِ ، وَأَرْشَ الْجَنَايَةِ عَلَيْهِ مِنَ الرَّهْنِ ، وَمُؤَنَّتَهُ عَلَى الرَّاهِنِ ،

الرَّهْنِ ، فَلَا يَجْتَمِعُ مَعَ مَا يَنَافِيهِ (إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي بَيْعِهِ ، بِشَرْطِ أَنْ يَجْعَلَ ثَمَنَهُ رَهْنًا) مَكَانَهُ (أَوْ يَجْعَلَ دَيْنَهُ مِنْ ثَمَنِهِ) فَإِنَّهُ يَصَحُّ الْبَيْعُ وَالشَّرْطُ ، وَيَلْزَمُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ ذَلِكَ بَعْدَ حُلُولِ الْحَقِّ جَازٌ ، فَكَذَا قَبْلَهُ .

وحاصله : إِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا أَخَذَهُ مِنَ الثَّمَنِ ، وَإِلَّا بَقِيَ رَهْنًا ، وَإِنْ شَرَطَ تَعَجُّيلَ الدَّيْنِ مِنْ ثَمَنِهِ ، صَحَّ الْبَيْعُ ، وَلَغَا الشَّرْطُ ، وَيَكُونُ الثَّمَنُ رَهْنًا ، وَفِي «الْمَحْرُورِ» : وَإِنْ بَاعَهُ بِإِذْنِ شَرَطٍ فِيهِ أَنْ يَعْجَلَ لَهُ دَيْنَهُ الْمُؤَجَّلُ مِنْ ثَمَنِهِ ، لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ ، وَهُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ ، وَقِيلَ : يَصَحُّ ، وَفِي كَوْنِ الثَّمَنِ رَهْنًا وَجِهَانٌ ، وَيُلْغَوُ شَرْطُ التَّعَجُّيلِ قَوْلًا وَاحِدًا .

فَرَعٌ : إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْإِذْنِ ، قَبْلَ قَوْلِ الْمُرْتَهِنِ ؛ لِأَنَّهُ مَنكَرٌ ، فَلَوْ اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، وَاخْتَلَفَا فِي الشَّرْطِ قَبْلَ قَوْلِ الرَّاهِنِ فِي الْأَصَحِّ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ .

(وَنَمَاءُ الرَّهْنِ ، وَكَسْبِهِ ، وَأَرْشُ الْجَنَايَةِ عَلَيْهِ مِنَ الرَّهْنِ) أَيِ : يَكُونُ فِي يَدِهِ كَالْأَصْلِ ، بِمَعْنَى : أَنَّهُ إِذَا احْتِيجَ إِلَى بَيْعِهِ فِي وِفَاءِ الدَّيْنِ ، يَبِيعُ مَعَ الْأَصْلِ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ عَقْدٌ عَلَى الْعَيْنِ ، فَيَدْخُلُ فِيهِ مَا ذَكَرَ ، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ ، وَفِي الْجَنَايَةِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا بَدَلُ جِزَاءٍ ، فَكَانَتْ مِنَ الرَّهْنِ كَقِيمَتِهِ إِذَا أَتْلَفَهُ إِنْسَانٌ .

وَلَا فَرْقَ فِي النَّمَاءِ بَيْنَ الْمُتَّصِلِ ، كَالسَّمَنِ ، وَتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ ، وَالْمُنْفَصِلِ ، كَالْكَسْبِ ، وَالْأَجْرَةِ ، وَالْوَلَدِ ، وَالثَّمَرَةِ ، وَالصُّوْفِ .

(وَمُؤَنَّتُهُ عَلَى الرَّاهِنِ) لَمَّا رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيْبِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : «لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ ، لَهُ غَنَمُهُ ، وَعَلَيْهِ غَرَمُهُ» رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ ، وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، وَقَالَ : إِسْنَادٌ حَسَنٌ مُتَّصِلٌ ، وَلِأَنَّهُ مَلِكٌ لِلرَّاهِنِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ الْإِنْفَاقُ كَالطَّعَامِ ، وَهُوَ شَامِلٌ لَمَّا إِذَا احْتَاجَ إِلَى مَدَاوَاةٍ لِمَرَضٍ ، أَوْ جَرَحٍ ، وَأَجْرَةٍ مِنْ يَرْدِهِ إِذَا أَبَقَ ، وَمُؤَنَّةٌ جَنَائِيَّةٌ ، وَأَجْرَةٌ تَسْوِيَّةٌ ، وَجَدَادٍ ، وَتَجْفِيفٍ وَنَحْوِهِ .

فَإِنْ كَانَ مَاشِيَةً تَحْتَاجُ إِلَى إِطْرَاقٍ فَحَلٍ ، لَمْ يَجِبِ الرَّاهِنُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ مَا يَتَضَمَّنُ زِيَادَةً فِي الرَّهْنِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِمَّا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِبَقَائِهَا ، وَلَا يَمْنَعُ مِنْهُ ، لِكَوْنِهِ

وكفنه إن مات ، وأجرة مخزنه ، إن كان مخزوناً ، وهو أمانة في يد المرتهن ،
إن تلف بغير تعدٍّ منه ، فلا شيء عليه ولا يسقط بهلاكه شيء من دينه

زيادةً فيها من غير ضررٍ على المرتهن .

(وكفنه إن مات) كبقية مؤنة تجهيزه ؛ لأنَّ ذلك تابعٌ لمؤنته ، وهو من جملة غرمه (وأجرة مخزنه ، إن كان مخزوناً) كأجرة حافظه (وهو أمانةٌ في يد المرتهن) للخبر ؛ ولأنَّه لو ضمن لامتنع النَّاس من فعله خوفاً من الضَّمان ، وذلك وسيلة إلى تعطيل المداينات والقروض ، وفيه ضررٌ عظيمٌ ، وهو منفيٌّ شرعاً ، ولأنَّه وثيقة بالدين ، فلا يضمن ، كالزيادة على قدر الدين ، وظاهره : ولو قبل عقد الرهن ، نقله ابن منصور ، كبعد الوفاء .

(إن تلف بغير تعدٍّ منه ، فلا شيء عليه) قاله عليٌّ رضي الله عنه ، لأنَّه أمانة في يده ، فلم يكن في تلفه شيءٌ كالوديعة ، وعنه : يضمنه المرتهن ، كما لو أعاره ، أو ملكه ، أو استعمله ، نصَّ عليه .

وتأولها القاضي على المتعدي ، وامتنع من ذلك ابن عقيل ، فأجراها على ظاهرها ، لما روى عطاء أن رجلاً رهن فرساً ، فنفق عند المرتهن ، فجاء إلى النَّبيِّ ﷺ ، فأخبره بذلك ، فقال : «ذهب حقُّك» ولأنَّها عينٌ مقبوضةٌ للاستيفاء ، فيضمنها من قبضها لذلك .

وجوابه : بأنَّها مقبوضةٌ بعقدٍ بعضه أمانة ، فكان جميعه أمانةً ، كالوديعة ، وحديث عطاء كان يفتي بخلافه ، مع أنَّ الدَّارقطني قال : يرويه إسماعيل بن أمية ، وكان كذاباً ، وقيل : مصعب بن ثابت ، وهو ضعيف ، ولو سلم ، فهو محمولٌ على أنَّه ذهب حقُّك من الوثيقة ، بدليل أنَّه لم يسأل عن قدر الدين أو قيمته ، وظاهره : أنَّه إذا تعدَّى ، أو فرط أنَّه يضمن ، كالوديعة ، وفي بقاء الرهنية - لأنَّه يجمع أمانةً واستيثاقاً ، فبقي أحدهما - وجهان .

(ولا يسقط بهلاكه شيءٌ من دينه) نصَّ عليه ؛ لأنَّه كان ثابتاً في ذمَّة الرَّاهن قبل التَّلف ، ولم يوجد ما يسقطه ، فبقي بحاله ، وكما لو دفع إليه عبداً يبيعه ، ويأخذ حقَّه من ثمنه ، وكحبس عين مؤجَّرة بعد الفسخ على الأجرة ، بخلاف

وإن تلف بعضه ، فباقيه رهناً بجميع الدين ، ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضي جميع الدين وإن رهنه عند رجلين فوفى أحدهما ، انفك في نصيبه .

حبس البائع المشتري على ثمنه ، فإنه يسقط في رواية بتلفه ؛ لأنه عوضه ، والرهن ليس بعوض الدين ؛ لأن الدين لا يسقط بتفاسخهما ، ذكره في «الانتصار» و«عيون المسائل» .

(وإن تلف بعضه ، فباقيه رهناً بجميع الدين) لأن الدين كله يتعلق بجميع أجزاء الرهن .

فرع : إذا قبض الرهن ، فوجده مستحقاً ، لزمه رده على مالكة ، والرهن باطل من أصله ، فإن أمسكه مع عمله حتى تلف ، استقر الضمان عليه ، وللمالك تضمين أيهما شاء ، فإن ضمن الراهن لم يرجع على أحد ، وإن ضمن المرتهن ، رجع عليه ، وإن لم يعلم بالغصب حتى تلف ، فالحكم على ما ذكرنا ، وإن تلف بغير تفريطه ، فثالثها للمالك تضمين أيهما شاء ، ويستقر الضمان على الغاصب .

(ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضي جميع الدين) حكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه ؛ لأن حق الوثيقة يتعلق بجميع الرهن ، فيصير محبوساً بكل الحق ، وبكل جزء منه ، لا ينفك منه شيء حتى يقضي جميعه ، سواء كان مما يمكن قسمته أو لا ، وكالضمان والشهادة .

تنبيه : يقبل قول المرتهن في التلّف ، وقيل : والرد . قال أحمد في مرتهن ادّعى ضياعه : إن اتهمه أحلفه ، وإلا لم يحلفه ، وكذا إن ادّعاه بحادث ظاهر ، وشهدت بيّنة بالحادث ، قبل قوله فيه ، وكذا وكيل ، وسيأتي .

(وإن رهنه عند رجلين فوفى أحدهما ، انفك في نصيبه) لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين ، فكأنه رهن كل واحد منهما النصف منفرداً ، وقال أبو الخطاب : يكون رهناً عند الآخر حتى يوفيه ، نظراً إلى أن العقد واحد ، وحمله في «المغني» و«الشّرح» على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن ، لما عليه فيه

وإن رهنه رجلان شيئاً ، فوفاه أحدهما ، انفك في نصيبه ، وإذا حلَّ الدَّين ، وامتنع من وفائه ، فإن كان الرَّاهن أذن للمرتهن ، أو العدل في بيعه باعه ، ووفى الدَّين ، وإلاَّ رفع الأمر إلى الحاكم ، فيجبره على وفاء الدَّين ، أو بيع الرَّهن .

من الضرر ، فصار جميعه رهناً .

وعلى الأول : لو طلب المقاسمة ، فإن كان مما لا تنقصه القسمة ، كالملك ، والموزون ؛ أجب إليها ، وإلاَّ فلا ، لما فيه من الضرر على المرتهن ، ويقتى في يده ، بعضه رهناً ، وبعضه وديعة .

(وإن رهنه رجلان شيئاً ، فوفاه أحدهما ، انفك في نصيبه) لأنَّ الرَّاهن متعدّد ، فتعلّق ما على كل منهما بنصيبه ؛ لأنَّ الرَّهن لا يتعلق بملك الغير ، إلاَّ إذا كان مأذوناً فيه ، ولم يوجد . ونقل مهناً خلافه ، فلو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف ، فهذه أربعة عقود ، ويصير كلُّ ربح منه رهناً بمائتين وخمسين ، فمتى قضى في شيء ، انفك من الرَّهن بقدر ذلك . ذكره القاضي .

فرع : إذا قضى بعض دينه ، أو أبرئ منه ، وبيع بعضه رهناً أو كفيل ، فعماً نواه ، فإن أطلق ولم ينو ، فله صرفه إلى أيّهما شاء ، وقيل : يوزع بينهما بالحصص (وإذا حلَّ الدَّين) لزم الرَّاهن الإيفاء ؛ لأنَّه دينٌ حالٌّ ، فلزم إبقاؤه ، كالذي لا رهن به (وامتنع من وفائه ، فإن كان الرَّاهن أذن للمرتهن ، أو للعدل في بيعه ، باعه) نصَّ عليه ؛ لأنَّه مأذون له فيه .

وفي بيعه بقيمته وجهان يأذن مرتهن ؛ لأنَّ البيع لحقه ، فلم يجز حتى يأذن فيه ، ولا يحتاج إلى تجديد إذن من الرَّاهن في ظاهر كلام أحمد ، وقيل : بلى ، حكاه القاضي ؛ لأنَّه قد يكون له غرض في قضاء الحق من غيره (ووفى الدَّين) لأنَّه هو المقصود بالبيع ، وما فضل من ثمنه لملكه ، وإن بقي من الدَّين شيء ، فعلى الرَّاهن .

(وإلاَّ أي : إذا لم يأذن في البيع ، ولم يوف (رفع الأمر إلى الحاكم ، فيجبره على وفاء الدَّين ، أو بيع الرَّهن) لأنَّ هذا شأن الحاكم ، فإن امتنع حبسه ، أو

فإن لم يفعل باعه الحاكم ، وقضى دينه .

فصل

وإذا شرط في الرهن جعله على يد عدلٍ ، صحَّ ، وقام قبضه مقام قبض المرتهن .

عززه ، حتى يفعل ما يأمره به (فإن لم يفعل) أي : أصرَّ على المنع ، أو كان غائبًا ، أو تغيب ، قاله في «الرعاية الكبرى» (باعه الحاكم) عليه ، نصَّ عليه ؛ لأنَّه تعيَّن طريقًا إلى أداء الواجب أدائه ، (وقضى دينه) ؛ لأنَّه حقُّ تعيَّن عليه ، فإذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه فيه ، كالإيفاء من جنس الدين ، وظاهره : أنَّه ليس للمرتهن بيعه بغير إذن ربِّه ، أو إذن حاكم ، وقيل : بلى ، فإن لم يأذن المرتهن في بيعه ، قال له الحاكم : ائذن فيه ، وخذ دينك من ثمنه ، أو أبرئه منه .

فرغ : إذا جهل رب الرهن وأيس من معرفته ، فللمرتهن بيعه ، والصدقة به ، بشرط ضمانه ، نصَّ عليه ، وفي إذن حاكمٍ في بيعه مع القدرة ، وأخذ حقه من ثمنه مع عدمه روايتان ، كسواء وكيل .

فصل

(وإذا شرط في الرهن جعله على يد عدلٍ صحَّ) ؛ لأنَّه قبض في عقد ، فجاز التوكيل فيه ، كقبض الموهوب (وقام قبضه مقام قبض المرتهن) في قول أكثر العلماء ، وخالف فيه الحكم وغيره ؛ لأنَّ القبض من تمام العقد ، فتعلّق بالمتعاقدين ، كالإيجاب والقبول . وجوابه ما سبق ، وبأنَّه وكيلٌ ، وقبضه كقبض الموكل مع أنَّه لو وكل في الإيجاب والقبول ، صحَّ ، وما ذكروه ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر فيه القبض ، وظاهره : يقتضي جواز جعل الرهن على يد من يجوز توكيله ، وهو الجائر التصرُّف .

فلا يجوز أن يكون صبيًا ، ولا عبدًا بغير إذن سيده ؛ لأنَّ منفعه لسيِّده ، فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير إذنه ، ولا مكاتبًا بغير جعلٍ ، لأنَّه ليس له التبرُّع بمنفعه .

وإن شرط جعله في يد اثنين ، لم يكن لأحدهما الانفراد بحفظه ، وليس للراهن ولا للمرتهن إذا لم يتفقا ، ولا للحاكم - نقله عن يد العدل ، إلا أن يتغير حاله ، وله ردُّه إليهما .

(وإن شرط جعله في يد اثنين ، لم يكن لأحدهما الانفراد بحفظه) لأنَّ المتراهنين لم يرضيا إلاَّ بحفظهما معًا ، فلا يجوز لأحدهما الانفراد كالوصيين ، فعلى هذا يجعل في مخزن عليه ، لكل واحد منهما قفلًا ، وإن سلمه أحدهما إلى الآخر ، فعليه ضمان النصف ؛ لأنَّه القدر الذي تعدَّى فيه .

(وليس للراهن ، ولا للمرتهن ، إذا لم يتفقا ، ولا للحاكم نقله عن يد العدل) لأنَّ العدل ما دام بحاله ، لم يتغير عن الأمانة ، قال في «الشرح» وغيره : ولا حدثت بينه وبين أحدهما عداوة ، فليس لأحدهم نقله عن يده ؛ لأنَّهما رضيا به في الابتداء ، ولأنَّهما إذا لم يملكاه ، فالحاكم أولى .
وظاهره : أنَّهما إذا اتَّفقا على نقله ، جاز ، صرَّح به في «المغني» و«الشرح» لأنَّ الحقَّ لهما ، لا يعدوهما .

(إلا أن يتغير حاله) بفسق ، أو ضعفه عن الحفظ ، أو عداوة ، فلكلَّ منهم نقله عن يده ؛ لأنَّ في مقامه في يده ضررًا على الطالب ، فإذا اتَّفقا على شخص بصفاته ، جاز ، فإن اختلفا ، وضعه الحاكم عند عدلٍ ، فلو اختلفا في تغيير حاله ، بحث الحاكم ، وعمل بما ظهر له ، وكذا لو كان عند المرتهن ، فتغير حاله ، فللراهن رفع الأمر إلى الحاكم ، ليضعه عند عدلٍ ، فإن مات هو ، أو العدل ، لم يكن لورثتهما إمساكه إلاَّ برضاهما .

(وله) أي : للعدل (ردُّه إليهما) وعليهما قبوله ؛ لأنَّه أمينٌ مقطوعٌ بالحفظ ، فلم يلزمه المقام عليه كسائر الأمانات ، فإن امتنعا أجبرهما الحاكم ، وينصب أمينًا يقبضه لهما إذا تغيا ؛ لأنَّ له ولاية على الممتنع من الحق .

فدلَّ على أنَّه إذا دفعه إلى أمينٍ من غير امتناعهما أنَّه يضمن ، صرَّح به جماعةٌ ، وكذا لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما ، فإن امتنعا ، ولم يجد حاكمًا ، فتركه عند عدلٍ لم يضمن ، فإن امتنع أحدهما ، لم يكن له دفعه إلى

ولا يملك ردّه إلى أحدهما ، فإن فعل فعليه ردّه إلى يده ، فإن لم يفعل ضمن حقّ الآخر ، وإن أذنا له في البيع ، لم يبيع ، إلّا بنقد البلد ، فإن كان فيه نقودٌ باع بجنس الدّين ، فإن لم يكن فيها جنس الدّين ، باع بما يرى أنه أصلح .

الآخر ، فإن فعل ضمن .

والفرق أنّ العدل يمسكه لهما ، وأحدهما يمسكه لنفسه ، هذا إذا كانا حاضرين ، فإن كانا غائبين ، نظرت ، فإن كان للعدل ، عذر رفعه إلى الحاكم يقبضه منه ، أو نصب عدلاً يقبضه لهما ، فإن لم يجد حاكماً أودعه ثقةً ، وإن لم يكن عذرٌ والغيبة بعيدة ، قبضه الحاكم ، فإن لم يجده ، فتقّه ، وإن كانت قريبة ، فكالحاضرين ، وإن كان أحدهما حاضراً ، فكالغائبين .

(ولا يملك ردّه إلى أحدهما) لأنّ للآخر حظاً في إمساكه في يده ، وفي ردّه إلى أحدهما تضييعٌ . وظاهره : ولو كان أحدهما حاضراً ، والآخر مسافراً ، صرّح به في «الشّرح» وغيره .

(فإن فعل فعليه ردّه إلى يده) أي : إلى يد نفسه ؛ لأنّ في ذلك عوداً للحقّ إلى مستحقّه (وإن لم يفعل ضمن حقّ الآخر) لأنّه فوّت عليه ما استحقّه بعقد الرّهن ، أشبه ما لو أتلفه .

(فإن أذنا له) أي : للعدل (في البيع ، لم يبيع إلّا بنقد البلد) لأنّ الحظّ في ذلك للزّواج فيه (فإن كان فيه نقود ، باع بجنس الدّين) لأنّه أقرب إلى وفاء الحقّ (فإن لم يكن فيها جنس الدّين باع بما يرى أنّه أصلح) لأنّ عليه الاحتياط فيما هو متوليه كالحاكم .

والمذهب : أنّه يبيع بأغلب نقوده إذا تعددت ، فإن تساوت ، فبجنس الدّين فإن عدم ، فيما ظنه أصلح ، فإن تساوت ، عيّن حاكمٌ ، قاله في «المغني» و«الشّرح» ، ورجحه ابن المنجّأ ؛ لأنّه أعرف بالأحظ ، وأبعد من التهمة ، فإن عيّننا نقداً تعيّن ، ولم تجز مخالفتهما ؛ لأنّ الحقّ لهما . فإن اختلفا لم يقبل قول واحدٍ منهما .

وإن قبض الثمن ، فتلف في يده ، فهو من ضمان الرّاهن ، وإن استحق المبيع رجع المشتري على الرّاهن ، وإن ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ، ولم يكن قضاؤه بينة ضمن وعنه : لا يضمن إلا أن يكون أمر بالإشهاد فلم يفعل .

فعلى هذا يرفع إلى الحاكم ، ويأمر ببيعه بنقد البلد ، سواء كان من جنس الحق ، أو لم يكن ، وافق قول أحدهما أو لم يوافق ؛ لأنّ الحظ في ذلك . قال المؤلف : والأولى أن يبيعه بما فيه الحظ .

(وإن) باع بإذنهما ، ثم (قبض الثمن فتلف في يده) من غير تفريط (فهو من ضمان الرّاهن) لأنّ الثمن في يد العدل أمانة ، فهو كالوكيل ، فإن اختلفا في قبضه من المشتري ، فوجهان ، أحدهما : لا يقبل ؛ لأنّه إبراء للمشتري من الثمن ، كما لو أبراه من غيره .

والثاني : بلى ، لأنّه أمين (وإن استحق المبيع رجع المشتري على الرّاهن) لأنّ المبيع له ، فالعهد عليه ، كما لو باع بنفسه ، وحينئذ لا رجوع له على العدل ، ومحلّه إذا علم المشتري أنّه وكيل ، قاله في «المعني» و«الشرح» لا يقال : يرجع المشتري على العدل ، لكونه قبض الثمن بغير حق ؛ لأنّه سلّمه إليه على أنّه أمين في قبضه يسلمه إلى المرتهن ، فإن كان الرّاهن مفلساً أو ميتاً ، فالمرتهن والمشتري أسوة الغرماء ؛ لأنّهم تساوا في ثبوت حقوقهم في الدّمة .

ويستثنى من ذلك : لو بان مستحقاً بعد دفع الثمن إلى المرتهن ، رجع المشتري على المرتهن ؛ لأنّه صار إليه بغير حق ، فكان رجوعه عليه ، كما لو قبضه منه ، فلو ردّه المشتري بعيب ، رجع على الرّاهن ، أو الوكيل إن لم يعلم أنّه وكيل .

(وإن ادعى) أي : العدل (دفع الثمن إلى المرتهن ، فأنكر ، ولم يكن قضاؤه بينة ، ضمن ، وعنه : لا يضمن ، إلا أن يكون أمر بالإشهاد ، فلم يفعل) وجملته : أنّ العدل إذا ادعى دفع الثمن إلى المرتهن ، وأنكر ، ولا بينة للعدل ، فعلى ضريين ، أحدهما : أن يكون أمر بالإشهاد ، ولم يشهد ، فيضمن لتفريطه ، ومخالفة أمر موكله ، إلا أن يقضيه بحضرة الموكل .

وهكذا الحكم في الوكيل ، وإن شرط أن يبيعه المرتهن ، أو العدل ،
صح ، وإن عزلهما صحّ عزله

الثاني : مطلق ، وفيه روايتان ، إحداهما - وهي المذهب - : أنه يضمن ؛
لأنه فُرض حيث لم يشهد ، ولأنه إنما أذن له في قضاء مبرئ ، ولم يحصل ،
وحيثُ فُرجع المرتهن على رآهه ، ثم هو على العدل .

ومحلّه ما إذا كان القضاء بغير يئنة ، فإن كان بها لم يضمن ، لعدم تفريطه ،
سواء كانت البيئنة قائمة أو معدومة ، وشرطه عدالتهم . وأن لا يكون بحضرة
الموكل ، صرح به جماعة ؛ لأنه لا يعدّ مفرطاً .

والثانية : لا يضمن ، اختاره ابن عقيل ؛ لأنه أمين ، وفي «الشرح» وغيره : إذا
ادّعى دفع الثمن إلى المرتهن - وجهان : أحدهما : يقبل على الرّاهن ، لا المرتهن .
ذكره القاضي ؛ لأنه وكيل الرّاهن في دفع الثمن ، ووكيل المرتهن في الحفظ ، فلم
يقبل قوله في حقّه .

والثاني : يقبل قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه ، ولا يقبل في
نفي الضمان عن غيره ، ذكره الشريف أبو جعفر ؛ لأنه أمين ، فعليه : إذا حلف
العدل ، سقط الضمان عنه ، ولم يثبت على المرتهن أنه قبضه (وهكذا الحكم
في الوكيل) فيما ذكرنا ؛ لأنه في معناه .

(وإن شرط أن يبيعه المرتهن ، أو العدل ، صحّ) لأنّ كلّاً منهما أهل للوكالة ،
فصحّ كالأجنبي ، ويصحّ بيعه ؛ لأنه شرط فيه مصلحة للمرتهن ، لا ينافي مقتضى
الرّهن ، فصحّ كما لو شرط صفة فيه .

(وإن عزلهما ، صحّ عزله) في المنصوص كسائر الوكالات ، وحيثُ لا يملك
البيع ، وقال ابن أبي موسى : يتوجّه لنا : أنه لا ينزل ، فإنّ أحمد منع الحيلة ،
وهذا يفتح باب الحيلة للرّاهن ، فإنه يشترط ذلك للمرتهن ، فيجيبه إليه ، ثم
يعزله ، ولأن وكالته صارت من حقوق الرّهن ، فلم يكن للرّاهن إسقاطه ،
كسائر حقوقه . وردّ بأنّه لا يمنع جوازه ، كما لو شرط الرّهن في البيع ، فإنه لا
يصير لازماً .

وإن شرط أن لا يبيعه عند الحلول ، أو إن جاءه بحقه ، وإلا فالرهن له ،
لم يصح الشرط ، وفي صحة الرهن روايتان .

(وإن شرط أن لا يبيعه عند الحلول) أي : حلول الحق ، فهو شرط فاسد ؛
لأنه ينافي مقتضى العقد ، ومثله إذا شرط أن لا يستوفى الدين من ثمنه ، أو لا يباع
ما خيف تلفه ، أو يبيع الرهن بأي ثمن كان ، أو لا يبيعه إلا بما يرضيه ، أو شرط
الخيار للرهن ، أو أن لا يكون العقد لازماً في حقه ، أو بوقت الرهن .

(وإن جاءه بحقه ، وإلا فالرهن له) أي : بالدين ، أو فهو مبيع بالدين الذي
عليك (لم يصح الشرط) بغير خلاف نعلمه ، لما روى عبد الله بن جعفر : أن رسول
الله ﷺ قال : «لا يغلق الرهن» رواه الأثرم .

قلت لأحمد : ما معنى : «لا يغلق الرهن» ؟ قال : لا يدفع رهناً إلى رجل ،
ويقول : إن جئتك بالدرهم إلى كذا ، وإلا فالرهن لك ، ولأنه علق البيع على
شرط ؛ لأنه جعله مبيعاً بشرط أن لا يوفيه الحق في محله ، والبيع المعلق بشرط
لا يصح .

(وفي صحة الرهن روايتان) مبنيان على الروايتين في البيع ، قاله في «الفروع»
وغيره ، إحداهما : لا يصح ، جزم به في «الوجيز» وقدمه في «الشرح» ، ونصره ؛
لأنه رهن بشرط فاسد ، فأفسده ، كما لو شرط توفيته .

والثانية : لا ، نصرها أبو الخطاب في «رعوس المسائل» واستدل بالخبر ، فنفي
غلق الرهن ، دون أصله ، فدل على صحته ؛ لأن فيه شرطاً فاسداً ، ولم يحكم
بفساده . وقيل : ما ينقص بفساده حق المرتهن ، يطله وجهاً واحداً ، وما لا
فوجهان ، وقيل : إن شرط رهناً مؤقتاً أو شرطه يوماً ويوماً لا ، فسد الرهن ،
وهل يفسد بسائرهما ؟ على وجهين . بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

وحكى في «المغني» عن القاضي أنه قال : يحتمل فساد الرهن بالشرط الفاسد ،
بكل حال ؛ لأن العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشرط ، فإذا لم يسلم له أفضى إلى أخذ
ماله بغير رضاه ، والقياس يقتضي ذلك في البيع ، لكن ترك فيه للأثر ، ثم إذا بطل

فصل

إذا اختلفا في قدر الدين ، أو الرهن ، أو ردّه ، أو قال : أقبضتك عصيرًا ، قال : بل خمرًا ، فالقول قول الرّاهن .

وكان في بيع ففي بطلانه لأخذه حظًا من الثمن ، أم لانفراده عنه ، كمهر في نكاح احتمالان .

فرع : إذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهنا على ثمنه ، لم يصحّ ، قاله ابن حامد ؛ لأنّ المبيع حين شرط رهنه ، لم يكن ملكًا له ، وسواء شرط أنّه يقبضه ، ثم يرهنه ، أو شرط رهنه قبل قبضه . وعنه : إذا حبس المبيع ببقية الثمن ، فهو غاصبٌ ، ولا يكون رهنا ، إلّا أن يكون شرط عليه في نفس البيع ، وهذا يدلّ على صحّة الشرط ، وحملها القاضي على أنّه شرط عليه في البيع رهنا غير المبيع ، فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن ، فإن لم يف له ، وإلّا فسخ البيع .

فصل

(إذا اختلفا في قدر الدين) بأن قال المرتهن : لي عليك ألف رهنتني عليها عبدك فلانًا ، فقال الرّاهن : بل هي مائة (أو الرهن) بأن قال المرتهن : هذا العبد والأمة ، فقال الرّاهن : بل أحدهما ، قدّم قوله ؛ لأنّه منكّرٌ ، والقول قوله في أصل العقد ، فكذا في صفته .

(أورده) بأن قال المرتهن : رددته إليك ، وقال الرّاهن : لم أقبضه ، قبل قوله ؛ لأنّ الأصل معه ، والمرتهن قبض العين لمنفعته ، فلم يقبل قوله في الردّ كالمستأجر ، وقيل : يقبل قول المرتهن ؛ لأنّه أميّنٌ ، وفي «التذكرة» : أن من قبل قوله من الأمانة في الردّ لم يحلف ، فلو طلب منه الردّ ، وقبل قوله ، فهل له تأخيرها ليشهد ؟ فيه وجهان ، إن حلف ، وإلّا فلا .

(أو قال : أقبضتك عصيرًا قال) المرتهن : (بل خمرًا) في عقدٍ مشروطٍ فيه الرهن (فالقول قول الرّاهن) نصّ عليه ؛ لأنهما اختلفا فيما يفسد به العقد ،

وإن أقرَّ الرَّاهن أنَّه أعتق العبد قبل رهنه عتق ، وأخذت منه قيمته فجعلت رهناً ، وإن أقرَّ أنَّه كان جنى ، أو أنَّه باعه أو غصبه ، قبل على نفسه ، ولم يقبل على المرتهن .

فقبل قول من ينفيه أولاً ؛ لأنَّ المرتهن معترفٌ بعقْدٍ وقبضٍ ، ويدعي فسادَه ، والأصل السَّلامة .

فرعٌ : إذا قال : أرسلت وكيلك ، فرهنتي عبدك هذا على عشرين قبضها ، قال : ما أمرته إلا بعشرة ، وصارت إليّ - سئل الرسول ، فإن صدَّق الرَّاهن ، فعليه اليمين دون الرَّاهن ؛ لأنَّ الدعوى على غيره ، فإذا حلف الوكيل ، برئاً معاً ، وإن نكل ، فعليه العشرة المختلف فيها ، ولا يرجع بها على أحدٍ .

وإن صدق المرتهن ، وأدعى أنَّه سلم العشرين إلى الرَّاهن قبل قول الرَّاهن مع يمينه ، وإن نكل قضي عليه بالعشرة ، ويدفع إلى المرتهن ، وإن حلف برئ ، وعلى الوكيل غرامة العشرة للمرتهن .

(وإن أقرَّ الرَّاهن أنَّه أعتق العبد قبل رهنه ، عتق) لأنَّ السَّيد غير متَّهم في الإقرار بعتقه ؛ لأنَّه لو أنشأ ذلك ، عتق ، فكذا إذا أخبر ؛ لأنَّ كلَّ من صَحَّ منه إنشاء عقْدٍ صحَّ منه الإقرار به ، وقيل : لا يقبل منه ، كما لو أقرَّ به بعد بيعه .

(و) على الأوَّل (أخذت منه قيمته ، فجعلت رهناً) مكانه ؛ لأنَّه فوَّت عليه الوثيقة بالعتق ، فلزمته القيمة تجعل رهناً جبراً لما فاتته من الوثيقة ، هذا إذا كان موسراً ، فإن كان معسراً ، فعلى ما سبق . وشرطه أن يكذبه المرتهن في ذلك (وإن أقرَّ أنَّه كان جنى ، أو أنَّه باعه ، أو غصبه قبل على نفسه) لأنَّه مقرٌّ على نفسه ، فقبل كما لو أقرَّ له بدين (ولم يقبل على المرتهن) أي : مع تكذيبه إياه ؛ لأنَّه متَّهم في حقِّه ، وقول الغير على غيره غير مقبول .

فعلى هذا : إذا كذبه المرتهن ، وولِّي الجناية ، لم يسمع قوله ، وإن صدَّقه وليُّ الجناية لزمه أرشها إن كان موسراً ؛ لأنَّه حال بين المجني عليه وبين رقبة الجاني بفعله ، أشبه ما لو قتله .

وإن كان معسراً تعلَّق حقُّ المجني عليه برقبته ، إذا انفكَّ الرَّهن ، وحينئذٍ ،

إِلَّا أَنْ يَصَدِّقَهُ .

فصل

وَإِذَا كَانَ الرَّهْنُ مَرْكُوبًا أَوْ مَحْلُوبًا فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَرْكَبَ وَيَحْلُبَ بِقَدْرِ نَفَقَتِهِ
مُتَحَرِّيًا لِلْعَدْلِ فِي ذَلِكَ

فَيَسْتَحِقُّ الْمُشْتَرِي وَالْمَغْضُوبُ مِنَ الرَّهْنِ ، إِذَا انْفَلَكَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ اعْتِرَافَهُ بِمَقْتَضَى ذَلِكَ
حَالًا وَمَالًا خُولِفَ فِي الْحَالِ ؛ لِأَجْلِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ ، فَمَتَى زَالَ عَمَلُ الْمَقْتَضَى عَمَلَهُ .
وَفِي «الشَّرْحِ» : يُلْزَمُهُ قِيَمَتُهُ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ حَالٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ بَرَهْنُهُ ، وَفِيهِ
شَيْءٌ ، لَكِنْ عَلَى الْمُرْتَهِنِ الْيَمِينُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ .

(إِلَّا أَنْ يَصَدِّقَهُ) فَإِنَّهُ يَبْطُلُ الرَّهْنُ ، لَوْ جُودَ الْمَقْتَضَى السَّلَامُ عَنِ الْمَعَارِضِ ،
وَقِيلَ : إِنْ أَقَرَّ بَيْعُهُ ، أَوْ غَضَبَهُ ، أَوْ جَنَائِيهِ ، وَهُوَ مُوسَّرٌ ، كإِقْرَارِهِ بِنَسْبٍ مُطْلَقًا
صَحَّ ، وَلَزِمَتْهُ قِيَمَتُهُ رَهْنًا كَالْعَتَقِ ، وَقِيلَ : يَبْطُلُ إِقْرَارُهُ مَجَانًّا ، وَيَحْلِفُ عَلَى الْبَيِّنَةِ .

فصل

(وَإِذَا كَانَ الرَّهْنُ مَرْكُوبًا أَوْ مَحْلُوبًا ، فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَرْكَبَ وَيَحْلُبَ بِقَدْرِ
نَفَقَتِهِ) وَجَمَلَتُهُ أَنَّ الرَّهْنَ يَنْقَسِمُ إِلَى حَيَوَانٍ وَغَيْرِهِ ، وَالْأَوَّلُ نَوْعَانِ : أَحَدُهُمَا :
إِذَا كَانَ مَرْكُوبًا ، أَوْ مَحْلُوبًا ، فَضُّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ ، وَأَحْمَدُ
ابْنُ الْقَاسِمِ : أَنَّ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَرْكَبَ ، وَيَحْلُبَ بِقَدْرِ نَفَقَتِهِ ، (مُتَحَرِّيًا لِلْعَدْلِ فِي
ذَلِكَ) هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ ، لَمَّا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : «الظَّهْرُ
يَرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ، وَلَبَنُ الدَّرِّ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ، وَعَلَى
الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرِبُ الثَّقَفَةَ» رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ .

وَلِأَنَّ الْحَيَوَانَ نَفَقَتُهُ وَاجِبَةٌ ، وَلِلْمُرْتَهِنِ فِيهِ حَقٌّ ، وَقَدْ أَمَكَّنَهُ اسْتِيفَاءُ حَقِّهِ ، فَجَازَ
كَمَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَخْذَ مُؤْنَتِهَا مِنْ مَالِ زَوْجِهَا ، عِنْدَ عَدَمِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، لَا يَقَالُ :
مِنْ مَنَافِعِهِ ، مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، الْمُرَادُ بِهِ أَنَّ الرَّاهِنَ يَنْفِقُ وَيَنْتَفِعُ ؛ لِأَنَّهُ مَدْفُوعٌ بِمَا رَوَى :
«إِذَا كَانَتِ الدَّابَّةُ مَرْهُونَةً ، فَعَلَى الْمُرْتَهِنِ عِلْفُهَا» فَجَعَلَ الْمُرْتَهِنُ هُوَ الْمَنْفِقُ ، فَيَكُونُ
هُوَ الْمَنْتَفِعُ .

وقوله : «بنفقته» ، أي : بسببها ؛ إذ الانتفاع عوض الثقة ، وذلك إنما يتأتى من المرتهن ، أما الرّاهن فإنفاقه وانتفاعه ليسا بسبب الركوب ، ولو تركت لذهبت مجاناً ، وكذا اللبن لو ترك لفسد ، ويبيعه أولاً فأولاً متعذّر .

والحيوان لا بدّ له من نفقة ، فقد يتعذّر من المالك ، ويبيع بعض الرّهن فيها قد يفوّت الحقّ بالكلية ، وهذا فيما إذا أنفق محتسباً بالرجوع ، فإن كان متبرّعاً لم ينفع رواية واحدة .

ثم إن فضل من اللبن شيء ، ولم يمكن بقاؤه إلى حلول الدّين فله يبيعه بإذن مالكة ، وإلّا باعه الحاكم .

وعنه : لا يحتسب له بما أنفق ، ولا ينتفع من الرّهن بشيء ، وهو قول أكثر العلماء ؛ لقوله عليه السّلام : «لا يغلّق الرّهن من راهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه» رواه الشّافعي ، والدّارقطني ، وحسّن إسناده من حديث أبي هريرة ، ولأنّه ملك غيره ، لم يأذن له في ذلك ، فلم يكن له ، كغير الرّهن . والأولى أصحّ .

ويدخل في المحلوب ما إذا كانت أمة مرضعة ، فله أن يسترضعها بقدر نفقتها ، ذكره أبو بكر ، ونصّ عليه ابن حمدان ، وعلى ما ذكره المؤلّف لا فرق بين أن ينفق مع تعذّر الثقة من الرّاهن لغيبه أو امتناع ، أو مع القدرة على أخذها منه ، أو استئذانه ، صرّح به في «المغني» و«الشرح» ، وذكر جماعة : مع غيبة ربّه ، زاد ابن حمدان : أو امتناعه .

النّوع الثّاني : الحيوان غير المركوب والمحلوب ، كالعبد والأمة ، فليس للمرتهن أن ينفق عليه ، ويستخدمه بقدرها في ظاهر المذهب ، قصرنا للنص على مورده .

والثّانية : بلى ، لفهم العلة ، وهو ذهاب المنفعة ، ونقل حنبل : يستخدم العبد ، وفي «الكافي» : إنه قد خالف الجماعة ، وهذا كلّ إذا كان الدّين غير قرض ، فإن كان قرضاً لم يجز ، نصّ عليه ، حذاراً من قرض جرّ منفعة .

القسم الثّاني : غير ذلك ، وهو ممّا لا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ، فلا يجوز للمرتهن الانتفاع بشيء منه ، بغير خلاف نعلمه ؛ لأنّ نماء الرّهن يسلك

وإن أنفق على الرهن بغير إذن الرّاهن مع إمكانه ، فهو متبرّع وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم ، فعلى روايتين ، وكذلك الحكم في الوديعة ، وفي نفقة الجمال إذا هرب الجمال ، وتركها في يد المكثري .

به مسلكه ، نعم إن أذن له الرّاهن في الانتفاع ، ولم يكن الدين عن قرض ، جاز لوجود طيب النفس .

(وإن أنفق على الرهن) أي : الحيوان (بغير إذن الرّاهن مع إمكانه ، فهو متبرّع) أي : لا يرجع بشيء ، صرح به أبو الخطاب وغيره ؛ لأنّه تصدّق به ، فلم يرجع بعوضه كالصدقة على مسكين ، أو لأنّه مفرط حيث لم يستأذن المالك ، إذ الرجوع فيه معنى المعاوضة ، فافتقر إلى الإذن والرضى ، كسائر المعاوضات .

وظاهره : ولو نوى الرجوع ، وصرح به في «الفروع» ، واقتضى أنّه إذا أنفق بإذن المالك أنّه يرجع ؛ لأنّه ناب عنه في الإنفاق ، أشبه ما لو وكله فيه .

(وإن عجز عن استئذانه ، ولم يستأذن الحاكم ، فعلى روايتين) إحداهما : يرجع ، جزم بها في «الوجيز» ؛ لأنّه أنفق عليه عند العجز عن استئذانه . وهو محتاج إليه لحراسة حقّه ، أشبه ما لو عجز عن استئذان الحاكم .

والثانية : لا يرجع بشيء ؛ لأنّ التّفقة معاوضة ، فافتقرت إلى رضى المالك ، أو من يقوم مقامه كسائر المعاوضات .

ومقتضاه : أنّه إذا عجز عن استئذانه ، واستأذن الحاكم أنّه يرجع ؛ لأنّه يقوم مقام المالك .

وفي «الفروع» : إذا تعذّر رجوع ، إن أشهد بالأقلّ مما أنفق ، أو نفقة مثله ، وإلاّ فروايتان .

(وكذلك الحكم في الوديعة ، وفي نفقة الجمال إذا هرب الجمال ، وتركها في يد المكثري) لأنّها أمانة ، أشبهت الرهن ، وذكر الجمال على سبيل ضرب المثل ؛ لأنّ حكم كلّ حيوان مؤجّر كذلك .

وإن انهدمت الدَّارُ فعمرها المرتهن بغير إذن الرَّاهن لم يرجع به ، رواية واحدة

فصل

وإذا جنى الرَّهن جنابة موجبة للمال تعلق أرشها برقبته . ولسيده فداؤه بالأقل من قيمته ، أو أرش جنابته .

(وإن انهدمت الدَّارُ ، فعمَّرها المرتهن بغير إذن الرَّاهن ، لم يرجع به ، رواية واحدة) لأنَّ عمارتها ليست بواجبة على الرَّاهن ، فلم يكن لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه بخلاف نفقة الحيوان لحرمة في نفسه ، وحينئذٍ ليس له الانتفاع بها بقدر عمارتها ، وله الرُّجوع بآلته فقط على المذهب .

وقيل : وبما يحفظ به مائيَّة الدَّارِ ، وأطلق في «النَّوادر» : أنَّه يرجع ، وقاله الشَّيخ تقيُّ الدِّين : فيمن عمَّر وقفًا بالمعروف ، ليأخذ عوضه ، أخذه من مغله .

فصل

(وإذا جنى الرَّهن) كالعبد (جنابة موجبة للمال) سواء كانت على إنسان أو ماله (تعلق أرشها برقبته) أي : برقبة الجاني ، وقُدِّمت على حقِّ المرتهن ، بغير خلافٍ نعلمه ؛ لأنَّها مقدَّمة على حقِّ المالك ، والمالك أقوى من الرَّهن ، فأولى أن يقدَّم على الرَّهن ، لا يقال : حقُّ المرتهن يقدَّم أيضًا على حقِّ المالك ؛ لأنَّ حقَّ المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده ، بخلاف حقِّ الجنابة ، فإنه ثبت بغير اختياره مقدَّمًا على حقه ، فيقدَّم على ما ثبت بعقده ؛ لأنَّ حقَّ الجنابة يختصُّ بالعين ، فيسقط بفواتها ، وحقُّ المرتهن لا يسقط بفوات العين ، ولا يختصُّ بها ، فكان تعلُّقه بها أخفَّ وأدنى .

(ولسيده فداؤه بالأقل من قيمته ، أو أرش جنابته) على الأصح ؛ لأنَّه إن كان الأرض أقلَّ ، فالجني عليه لا يستحقُّ أكثر من أرش جنابته ، وإن كانت القيمة أقلَّ ، فلا يلزم السيِّد أكثر منها ؛ لأنَّ ما يدفعه عوضٌ عن العبد ، فلا يلزمه أكثر من قيمته ، كما لو أتلفه .

أو يبيعه في الجناية ، أو يسلمه إلى وليّ الجناية ، فيملكه . وعنه : إن اختار فدائه ، لزمه جميع الأرش ، فإن فداه ، فهو رهنٌ بحاله ، وإن سلّمه بطل الرهن ، فإن لم يستغرق الأرش قيمته ، بيع منه بقدره ، وباقية رهنٌ ، وقيل : يباع جميعه ، ويكون باقي ثمنه رهناً . وإن اختار المرتهن فدائه ، ففداه بإذن الرّاهن ، رجع به .

(أو يبيعه في الجناية ، أو يسلمه إلى وليّ الجناية ، فيملكه) لأنّ حقّ المجني عليه في قيمته ، لا في عينه ، فيثبت التّخيير في هذه الأمور .

(وعنه : إن اختار فدائه ، لزمه جميع الأرش) بالغاً ما بلغ ؛ لأنّه ربما رغب فيه راغبٌ ، فيشتريه بأكثر من قيمته (فإن فداه فهو رهنٌ بحاله) لأنّ حقّ المرتهن قائم لوجود سببه ، فلم يبطل الرهن ، وإنّما قدّم حقّ المجني عليه لقوّته ، فإذا زال ، ظهر حقّ المرتهن (وإن سلّمه) في الجناية ، أو باعه (بطل الرهن) لأنّ الجناية تعلّقت بالعبد وبالتسليم استقرّ كونه عوضاً عنها ، فبطل كونه محلاً للرهن ، أشبه ما لو تلف ، أو ظهر مستحقّاً لغيره .

(فإن لم يستغرق الأرش قيمته) أي : قيمة العبد (بيع منه بقدره) على المذهب ؛ لأنّ بيعه إنّما جاز ضرورةً ، فتقدّر بقدر الحقّ (وباقية رهنٌ) لزوال المعارض ، لكن إن تعدّر بيع بعضه ، بيع كلّهُ ، للضرورة المقتضية لبيعه ، ويكون باقي ثمنه رهناً ، وصرّح به في «الكافي» .

(وقيل : يباع جميعه) ، قدّمه في «المحرّر» ؛ لأنّ بيع البعض تشقيصٌ له ، وهو عيبٌ ينقص به الثمن ، وفيه ضررٌ بالمالك والمرتهن ، وهو مدفوعٌ لقوله عليه السّلام : «لا ضرر ولا إضرار» (و) حينئذٍ (يكون باقي ثمنه) بعد دفع أرش الجناية (رهناً) لأنّه بدلٌ عن الرهن وعوضٌ عنه ، فتعلّق به ما كان متعلّقاً بمبدله ، وأطلق في «البلغة» و«الفروع» الوجهين ، كأبي الخطّاب ، فإن امتنع السيّد من ذلك ، فالمرتهن مخيّر بين فدائه وتسليمه .

(وإن اختار المرتهن فدائه) في كم يفديه (ففداه بإذن الرّاهن ، رجع به) لأنّه أدّى بإذن مالكة ، فوجب أن يستحقّ الرجوع به عليه ، كقضاء دينه بإذنه .

وإن فداه بغير إذنه ، فهل يرجع به ؟ على روايتين ، وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص ، فليسيده القصاص ، فإن اقتص فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه .

(وإن فداه بغير إذنه ، فهل يرجع به ؟ على روايتين) بناء على ما لو قضى دينه بغير إذنه ، ومحل الرجوع ما إذا كان يعتقد ، وتركه المؤلف لظهوره ؛ لأن المتبرع لا رجوع له ، لكن لو زاد في الفداء على الواجب ، لم يرجع به وجهًا واحدًا ، فلو بذل المرتهن الفداء ، لتكون العين رهناً عليه ، وعلى الدين الأول ، فقال القاضي : يجوز ؛ لأن المجنى عليه يملك بيع الرهن وإبطاله ، فصار بمنزلة الرهن الجائر قبل قبضه ، والزيادة فيه قبل لزومه جائزة ، وفيه وجه بالمنع ؛ لأن العبد رهن بدين ، فلم يجز رهنه بدين آخر كغيره .

(وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص) فالخصم في ذلك سيده ؛ لأنه المالك ، والأرش الواجب بالجناية ملكه ، وإنما للمرتهن فيه حق الوثيقة ، أشبه العبد المستأجر ، وقال أبو الخطاب : ليس له القصاص بغير رضى المرتهن ، لما فيه من إسقاط حقه من الوثيقة .

وجوابه : بإيجاب القيمة تجعل رهناً ، فلم يسقط حقه من الوثيقة . وعلى المذهب : لو ترك السيد المطالبة ، أو أخرها لغيبه ، أو له عذر يمنعه منها ، فللمرتهن المطالبة بها ؛ لأن حقه متعلق بموجبها ، كما لو كان الجاني سيده (فإن اقتص ، فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه) نص عليه ؛ لأنه أ تلف مآلاً استحق بسبب إتلاف الرهن ، فغرم قيمته ، كما لو كانت الجناية موجبة للمال .

وإنما وجب أقل القيمتين ؛ لأن حق المرتهن متعلق بالمالية ، والواجب من المال هو أقل القيمتين ، فعلى هذا : لو كان الرهن يساوي عشرة ، والجاني خمسة ، أو بالعكس ؛ لم يكن عليه إلا الخمسة ؛ لأنه في الأولى لم يفوت على المرتهن إلا ذلك القدر ، وفي الثانية لم يكن حق المرتهن متعلقًا إلا بذلك القدر .

وفي «المغني» : إن اقتص منه ، أخذت قيمته فجعلت رهناً ، وظاهره : أنه يجب على الراهن جميع قيمة الجاني . قال ابن المنجا : وهو متجه ؛ لأنه بدل

وكذلك إن جنى على سيده ، فاقترض منه هو ، أو ورثته ، وإن عفا السيد على مال ، أو كانت موجبة للمال ، فما قبض منه ، جعل مكانه ، وإن عفا السيد عن المال صح في حقه ، ولم يصح في حق المرتهن ، فإذا انفك الرهن رد إلى الجاني .

عن الرهن ، فكان كله رهنا ، وفيه شيء ، فإنه صرح بخلافه ، وقيل : لا يجب شيء .

قال في «المحرر» : وهو أصح عندي ؛ لأنه لم يجب بالجناية مال ، ولا استحق بحال ، وليس على الرهن أن يستسعي للمرتهن في اكتساب مال .

وعلى الأول ، فيما إذا كان القصاص قتلا ، فإن كان جرحا ، أو قلع سن ونحوه ، فالواجب بالعفو أقل الأمرين : من أرش الجراح ، أو قيمة الجاني . وإن عفا مطلقا ، انبنى على موجب العمد .

(وكذلك إن جنى على سيده ، فاقترض منه هو أو ورثته) لأنه في الحكم كما إذا جنى عليه أجنبي ، فاقترض الرهن منه ؛ لأنهما يستويان معنى ، فوجب تساويهما حكما .

(وإن عفا السيد على مال ، أو كانت موجبة للمال) فإنه يتعلق به حق الرهن والمرتهن ، ويجب من غالب نقد البلد ، كقيم المتلفات ، فلو أراد الرهن أن يصالح عنها ، أو يأخذ عنها عرضا ، لم يجز إلا بإذن المرتهن ، فإن أذن جاز ؛ لأن الحق لهما (فما قبض منه جعل مكانه) لأنه بدل عنه ، فيعطى حكمه .

(وإن عفا السيد عن المال ، صح في حقه) فيسقط حقه ، قاله القاضي (ولم يصح في حق المرتهن) لأن عفوه صادف حقا له وحقا لغيره ، فصح في حقه ؛ لأنه لا مانع منه ، بخلاف المرتهن ، لما فيه من إبطال حقه ، فتؤخذ القيمة من الجاني تكون رهنا .

(فإذا انفك الرهن ، رد إلى الجاني) لزوال المانع ، وكما لو أقر أن الرهن مغصوب أو جان ، فإن استوفى الدين من الأرض ، ففي «الشرح» احتمالان : أحدهما : يرجع الجاني على العافي ؛ لأن ماله ذهب في قضاء دينه ، فلزمته

وقال أبو الخطاب : يصح ، وعليه قيمته ، وإن وطئ المرتهن الجارية من غير شبهة ، فعليه الحد ، والمهر .

غرامته ، كما لو استعاره ، فرهنه .

والثاني : لا رجوع له ؛ لأنه لم يوجد في حق الجاني ما يقتضي وجوب الضمان ، وإنما استوفى بسبب منه حال ملكه ، أشبه ما لو جنى إنساناً على عبده ، ثم رهنه لغيره ، فتلف بالجناية السابقة .

(وقال أبو الخطاب : يصح العفو) مطلقاً ؛ لأنه أسقط دينه عن غريمه ، فصح كسائر ديونه (و) تجب (عليه قيمته) تكون رهناً ؛ لينجر به حق المرتهن ، وقال بعض أصحابنا : لا يصح مطلقاً .

قال في «المغني» : وهو أصح في النظر ؛ لأن حق المرتهن متعلق به ، فلم يصح عفو عنه ، كالرهن نفسه ، فإن قال المرتهن : أسقطت حقي من ذلك ، سقط ؛ لأنه ينفع الرّاهن ولا يضره ، وإن قال : أسقطت الأرض ، أو أبرأت منه لم يسقط ؛ لأنه ملك الرّاهن ، وهل يسقط حقه ؟ فيه وجهان .

فرع : لو أقر أحد بالجناية على الرّهن ، وكذّباه ، فلا شيء لهما ، وإن كذّبه المرتهن ، فلا شيء له ، وللرّاهن الأرض ، وإن صدّقه المرتهن وحده ، تعلق حقه بالأرض ، وله قبضه ، فإذا قضى الرّاهن الحق ، أو أبرأ منه ، رجع الأرض إلى الجاني ، فإن استوفى حقه من الأرض ، لم يملك الجاني مطالبة الرّاهن بشيء ؛ لأنه مقر له باستحقاقه .

(وإن وطئ المرتهن الجارية من غير شبهة) فهو حرام إجماعاً (فعليه الحد) أي : إذا كان عالماً بالتحريم ؛ لأنه لا شبهة له فيه ، فإن الرّهن وثيقة بالدين ، ولا يدخل ذلك في إباحة الوطء ، مع أن وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لمنافعها ، فهذا أولى . وعنه : لا حد ، والمذهب خلافها .

(والمهر) لأنه استوفى المنفعة المملوكة لسيّدها ، بغير إذنه ، فكان عليه عوضها ، كأرش بكارتها ، وظاهره : يجب عليه ، سواء أكرهها أو طأوعته ، اعتقد الحل

وولده رقيقٌ ، وإن وطئها بإذن الرّاهن ، وادعى الجهالة ، وكان مثله
يجهل ذلك ، فلا حدٌ عليه ولا مهر ، وولده حرٌّ لا تلزمه قيمته .

أولا ، أو ادّعى شبهةً أو لم يدّعها ؛ لأنّ المهر حقٌّ آدميٌّ ، فلا يسقط بالشبهات .
(وولده رقيقٌ) لأنّه لا ملك له فيها ، ولا شبهة ملك ، أشبه الأجنبي .

(وإن وطئها بإذن الرّاهن ، وادّعى الجهالة) بالتّحريم (وكان مثله يجهل ذلك)
كالنّاشئ ببادية ، أو حديث عهد بالإسلام (فلا حدٌ عليه) لأنّ ذلك شبهةٌ ، والحدُّ
يدرأ بها (ولا مهر) لأنّه يجب للسّيّد بسبب الوطء ، وقد أذن فيه ، أشبه ما لو أتلفها
يأذنه ، ولأنّ المالك أذن في استيفاء المنفعة ، فلم يجب عوضها كالحرة المطاوعة .

(وولده حرٌّ) لأنّه وطئها معتقداً بإباحة وطئها ، فهو كما لو وطئها يظنها أمته (لا
تلزمه قيمته) بخلاف المغرور ؛ لأنّه حدث عن وطءٍ مأذونٍ فيه ، فلم تلزمه قيمة الولد
كالمهر ، وقال ابن عقيل : لا تسقط قيمة الولد ؛ لأنّه أحال بين الولد وبين مالكة
باعتقاده ، فلزمته قيمته كالمغرور ، وفرق بين المهر والولد من حيث إن الإذن صريحٌ
في الوطء الموجب للمهر ، فأسقطه بخلاف الولد ، فإنّ الإذن في الوطء ليس بصريحٍ
في الإحبال ، فلم يسقطه .

قال في «النهاية» : والأوّل أصحُّ ؛ لأنّ الإذن في الوطء إذن فيما يترتب عليه ،
فلم تلزمه قيمته كالمهر ، وهذان الوجهان مع الإذن . وظاهره : أنّه إذا كان مثله لا
يجهل ذلك ، كالنّاشئ ببلاد الإسلام ، فدعواه الجهل غير مقبولة ويكون ولده
رقيقاً .

مسألة : له بيع ما جهل ربه إن أيس من معرفته ، والصّدقة به بشرط الضّمان ،
نصّ عليه ، فإن عرفهم خيّرهم بين الأجر ، ويغرم لهم ، وفي إذن حاكمٍ في بيعه مع
القدرة ، وأخذ حقّه من ثمنه مع عدمه ، روايتان ، كشراء وكيل .

باب الضَّمان

وهو ضمُّ ذمَّة الضَّامن إلى ذمَّة المضمون عنه في التزام الحق .

باب الضَّمان

وهو ثابت بالإجماع ، وسنده قوله تعالى : ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف : ٧٢] والزعيم : الكفيل ، قاله ابن عباس ، ويقال فيه أيضًا : ضمين ، وكفيل ، وقبيل ، وحميل ، وصبير ، وهي بمعنى .

وقول النبي ﷺ : «الزعيم غارم» رواه أبو داود ، والترمذي ، وحسنه .

(وهو ضمُّ ذمَّة الضَّامن إلى ذمَّة المضمون عنه ، في التزام الحق) فعلى هذا : الضَّمان مشتقٌّ من الضَّم ، وردَّ بأنَّ لام الكلمة في الضَّم ميِّم ، وفي الضَّمان نون ، وشرط صحَّة الاشتقاق توافق الأصل والفرع في الحروف ، وأجيب بأنه من الاشتقاق الأكبر ، وهو المشاركة في أكثر الأصول مع ملاحظة المعنى .

وقال القاضي : هو مشتقٌّ من التَّضمن ؛ لأنَّ ذمَّة الضَّامن تتضمَّن الحق ، وقال ابن عقيل : هو مأخوذٌ من الضمن ، فذمَّة الضَّامن في ضمن ذمَّة المضمون عنه ، وهذا بالنسبة إلى الاشتقاق .

وعرّفه الجحد : بأنَّه التزام الإنسان في ذمَّته دين المديون ، مع بقاءه عليه ، وليس بمانع لدخول كلِّ من لم يصحَّ تبرُّعه فيه ، ولا جامع لخروج ضمان ما لم يجب ، والأعيان المضمونة ، ودين الميت إن برئ بمجرد الضَّمان على رواية .

وفي «الوجيز» : التزام الرّشيد مضموناً في يد غيره ، أو ذمَّته حالاً أو مآلاً ، على وجهٍ يتولّى إلى اللزوم ، وهو أشمل من الذي قبله .

وفي «الفروع» : وهو التزام من يصحُّ تبرُّعه ما وجب على غيره ، مع بقاءه ، وقد لا يبقى ، وهو دين الميت ، وما قد يجب .

تنبيه : لا بدَّ في الضَّمان من ضامنٍ ومضمونٍ عنه وله ، ويصحُّ بالألفاظ السابقة ، لا بقوله : أوْذِي إليك أو أحضر ، قال في «الفروع» : بل بالتزامه ،

ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة والموت ، فإن برئت ذمة المضمون عنه ، برئ الضامن ، وإن برئ الضامن أو أقر ببراءته ، لم يبرأ المضمون عنه .

وهو ظاهر كلام جماعة ، قال الشيخ تقي الدين : قياس المذهب يصح بكل لفظ فهم منه الضمان عرفاً .

(ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة والموت) أي : لا يبرأ المضمون عنه بنفس الضمان ، كما يبرأ المحيل ، بل يثبت الحق في ذمتهما لمنعه الزكاة عليهما ، وصحة هبته لهما ؛ ولأن الكفيل لو قال : التزمت ، وتكفلت بالمطالبة دون أصل الدين لم يصح وفقاً .

وفي «الانتصار» : لا ذمة ضامن ؛ لأن شيئاً واحداً لا يشغل محلين ، ورد بأن تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق ، كتعلق دين الرهن به ، وبذمة الرهن ، كذا هنا ، فعلى هذا لرثه مطالبتهم معاً وأحدهما ، ذكره الشيخ تقي الدين وغيره ، والمذهب حياة وموتاً ؛ لقوله عليه السلام : «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» ولحديث أبي قتادة : «الآن قد بردت عليه جلده» قال أحمد : يأخذ من شاء بحقه .

(فإن برئت ذمة المضمون عنه) بإبراء ، أو قضاء ، أو حوالة (برئ الضامن) بغير خلاف نعلمه ؛ لأنه تبع له ، والضمان وثيقة ، فإذا برئ الأصل ، زالت الوثيقة كالرهن .

(وإن برئ الضامن ، أو أقر ببراءته ، لم يبرأ المضمون عنه) لأنه أصل ، فلا يبرأ ببراءة التبع ، وهذا إذا انفرد الضامن ، فلو تعدد ، صح ، سواء ضمن كل واحد منهم جميع الدين أو جزءاً منه ، ولم يبرأ أحد منهم بإبراء الآخر ، لكن لو ضمن كل واحد منهم الجميع ، برئ الكل بأداء أحدهم ، ويرثوا بإبراء المضمون عنه .

وإن ضمن أحد الضامين الآخر ، لم يصح ؛ لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصل ، فهو أصل ، فلا يجوز أن يصير فرعاً ، بخلاف الكفالة ؛ لأنها بيدنه ، لا بما في ذمته .

ولو ضمن ذمِّي لذمِّي عن ذمِّي خمرًا ، فأسلم المضمون له ، أو المضمون عنه ، برئ هو والضامن معًا . ولا يصحُّ إلا من جائز التصرف ، ولا يصحُّ من صبيٍّ ، ولا يصحُّ من مجنونٍ ، ولا سفیه .

فلو سلّمه أحدهما برئ ، وبرئ كفيله به ، لا من إحضار مكفول به .

(ولو ضمن ذمِّي لذمِّي عن ذمِّي خمرًا ، فأسلم المضمون له ، أو المضمون عنه ، برئ هو والضامن معًا) إذا أسلم المضمون له برئ المضمون عنه ؛ لأنَّ مالِيَّة الخمر بطلت في حقّه ، فلم يملك مطالبته والضامن ؛ لأنّه تبع للأصل ، ويرآن بإسلام المضمون عنه ، لأنّه صار مسلمًا ، ولا يجوز وجوب خمرٍ على مسلم ، والضامن فرعه .

وذكر أبو الخطاب وجهًا : أنّهما لا يرآن ؛ لأنَّ المضمون له يملك الخمر ، فلا يسقط ، كما لو أعاره عبدًا فرهته على خمر ، ثم أسلم المستعير ، فإنّه يلزمه فكُّ الرهن ، وحينئذٍ له قيمتها ، وقيل : أو يوكل ذمّيًا يشتريها ، ولم يتعرّض المؤلف لإسلام الضامن ، ولا شك أنّه يبرأ وحده .

(ولا يصحُّ إلا من جائز التصرف) أي : ممن يصحُّ تصرفه في ماله ؛ لأنّه إيجاب مالٍ بعقدٍ ، فلم يصحِّ من غير جائز التصرف كالبيع ، رجلاً كان أو امرأةً ، فإن كان مريضًا مخوفًا ، فمن ثلثه ، وإلا فهو كالصحيح ، والأخرس إن فهمت إشارته ، صحَّ ضمانه .

(ولا يصحُّ من صبيٍّ) غير مميّزٍ بلا خلافٍ ، وكذا المميز . وعنه : يصحُّ ، قال في «الشرح» : وخرّج أصحابنا صحته على الروایتين في صحّة إقراره ، وتصرفه بإذن وليّه .

(ولا يصحُّ من مجنونٍ ولا سفیه) لعدم صحّة تصرفهما ، وقيل : يصحُّ من سفیه ، ويتبع به بعد فكِّ حجره ؛ لأنَّ إقراره صحيحٌ ، ويتبع به بعد فكِّ حجره كذا ضمانه ، وظاهره : أنّ المحجور عليه لفسا يصحُّ ضمانه ، وصرّح به المؤلف في الحجر ؛ لأنّه من أهل التصرف .

ولا من عبد بغير إذن سيِّده ، ويحتمل أن يصحَّ ، ويتبع به بعد العتق ، وإن ضمن بإذن سيِّده صحَّ ، وهل يتعلَّق برقبته أو ذمَّة سيِّده ؟ على روايتين ، ولا يصحُّ إلا برضى الضَّامن .

ويتبع به بعده من ماله ، وعنه : لا يصحُّ ، ذكرها في «التَّبصرة» قال في «الفروع» : فيتوجَّه عليها عدم تصرُّفه في ذمَّته .

فرغ : لو قال : ضمنت وأنا صبيُّ ، وأنكره المضمون له ، قدَّم قوله ، وذكره القاضي قياس قول أحمد ؛ لأنَّ معه سلامة العقد ، أشبه ما لو اختلفا في شرطٍ فاسدٍ ، وقيل : يقدَّم قول الضَّامن ؛ لأنَّ الأصل عدم البلوغ ، وعدم وجوب الحقِّ ، والحكم فيمن عرف له حال جنونٍ كذلك ، وإن لم يعرف له حال جنونٍ ، فالقول قول المضمون له ؛ لأنَّ الأصل عدمه .

(ولا من عبد بغير إذن سيِّده) لأنَّه عقدٌ تضمَّن إيجاب مالٍ فلم يصحَّ بغير إذن السيِّد كالنكاح ، وسواء كان مأذوناً له في التَّجارة أو لا ، صرَّح به في «الشرح» ، وظاهره : ولو مكاتباً ؛ لأنَّه تبرُّع بالتزام مالٍ ، أشبه نذر الصدقة بمالٍ معيَّن .

(ويحتمل أن يصحَّ ، ويتبع به بعد العتق) هذا رواية عن أحمد ؛ لأنَّه لا ضرر على السيِّد فيه ، فصحَّ منه ، ولزمه بعد العتق ، كالإقرار بالإتلاف .

(وإن ضمن بإذن سيِّده ، صحَّ) لأنَّه لو أذن له في التَّصرُّف لصحَّ ، فكذا هنا ، لكن في المكاتب وجبة بالمنع ؛ لأنَّه ربَّما أدَّى إلى تفويت الحرِّيَّة .

(وهل يتعلَّق برقبته ، أو ذمَّة سيِّده ؟ على روايتين) كذا ذكره أبو الخطَّاب كاستدانه بإذنه ، قال القاضي : قياس المذهب تعلُّق المال برقبته ؛ لأنَّه دينٌ لزمه بفعله ، فتعلَّق برقبته كأرش جنائته ، وقال ابن عقيل : ظاهر المذهب : أنَّهُ يتعلَّق بدمَّة السيِّد ، فإن أذن له سيِّده في الضَّمان ؛ ليكون القضاء من المال الذي في يده صحَّ ، ويكون ما في ذمَّته متعلِّقاً بالمال الذي في يد العبد ، كتعلُّق حقِّ الجناية برقبة الجاني ، كما لو قال لحرٍّ : ضمنت لك هذا الدَّين على أن تأخذ من مالي هذا ، صحَّ .

(ولا يصحُّ إلا برضى الضَّامن) لأنَّه التزام حقٌّ ، فاعتبر رضاه كسائر العقود

ولا يعتبر رضى المضمون له ، ولا المضمون عنه ، ولا معرفة الضامن لهما ، ولا كون الحق معلوماً ، ولا واجباً إذا كان مآله إلى الوجوب .

التي يلزم العاقد منها حق ، وظاهره : أنه لا يصح ضمان المكره ، صرح به في «المغني» و«الشرح» ؛ لأنه التزام مال ، فلم يصح بغير رضى الملتزم ، كالنذر .

(ولا يعتبر رضى المضمون له) لأن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له ، وأقره الشارع عليه السلام ، ولأنه وثيقة لا يعتبر فيها قبض كالشهادة ، ولأنه ضمان دين ، أشبه ضمان بعض الورثة دين الميت .

(ولا المضمون عنه بغير خلاف نعلمه ، لحديث أبي قتادة ، ولأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه ، صح ، فكذا إذا ضمن عنه ، ولا معرفة الضامن لهما) لأنه لا يعتبر رضاها ، فكذا معرفتهما ، وقال القاضي : تعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أم لا ؟ ولأنه تبرع ، فلا بد من معرفة من يتبرع عنه ، والمضمون له ، فيؤدي إليه .

وذكر وجهها آخر : أنه يعتبر معرفة المضمون له فقط ، وجوابه : الخبر .

(ولا) يعتبر (كون الحق معلوماً) لقوله تعالى : ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف : ٧٢] وهو غير معلوم ؛ لأنه يختلف مع أنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة ، فصح في المجهول كالإقرار ، ولأنه يصح تعليقه بغير وخطير ، وهو ضمان العهدة .

وإذا قال : ألق متاعك في البحر ، وعلي ضمانه ، فيصح في المجهول كالعتاق ، والطلاق ، وفي ضمان بعض الدين وجهان ، أصحهما : لا يصح .

(ولا واجباً إذا كان مآله إلى الوجوب) بل يصح ضمان ما لم يجب ؛ إذ الآية الكريمة دللت على ضمان حمل بعير ، مع أنه لم يكن وجب .

لا يقال : الضمان ضم ذمة إلى ذمة ، فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء ، فلا ضم ، لأنه قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه ، في أنه يلزمه ما يلزمه ، ويثبت في ذمته ما يثبت فيها ، وهذا كاف ، وله إبطاله قبل وجوبه في الأصح .

ولو قال : ضمنت لك ما على فلان ، أو ما تداينه به ، صحَّ ، ويصحُّ ضمان دين الضامن .

وظاهره : أنه إذا لم يكن واجباً ، ولا ماله إلى الوجوب لا يوجد فيه ضمُّ ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ مطلقاً .

(ولو قال : ضمنت لك ما على فلان) مثال المجهول ، ومثله ما نقله في «المغني» و«الشرح» : أنا ضامنٌ لك ما تقوم به البيئة ، أو ما يقرُّ به لك ، أو ما يقضي به عليه (أو ما تداينه به صحَّ) أي : ما تعطيه في المستقبل .

وإن قال : أنا وركبان السفينة ضامنون ، وأطلق ، ضمن وحده بالحصّة ، وفي «الترغيب» : وجهان بها ، أو الجميع ، وإن رضوا لزمهم ، ويتوجّه الوجهان ، وإن قالوا : ضمتّاه لك ، فبالحصّة ، وإن قال : كلّ واحدٍ منّا ضامنك ، فالجميع .

تنبيه : يصحُّ ضمان الشوق ، وهو أن يضمن ما يلزم التاجر من دين ، وما يقبضه من عين مضمونة ، وتجوز كتابته ، والشهادة به ، لمن ير جوازه ؛ لأنّه محلّ اجتهدٍ ، قاله الشَّيْخُ تَقْيُّ الدِّين ، قال : ويصحُّ ضمان حارسٍ ونحوه ، وتجار حرب ما يذهب من البلد أو البحر ، وهو شبيهة بضمان ما لم يجب .

(ويصحُّ ضمان دين الضامن) نحو أن يضمن الضامن ضامنٌ آخر ؛ لأنّه دينٌ لازمٌ في ذمّته ، فصحَّ ضمانه كسائر الديون ، فعلى هذا يثبت الحقُّ في ذمّة الثلثة أيهم قضاه برئت ذممهم كلها ، لأنّه حقٌّ واحدٌ ، فإذا سقط لم يجب مرّة أخرى ، فبإبراء الثاني بإبراء الأوّل ، ولا عكس ، وإن قضى الدّين الضامن الأوّل ، رجع على المضمون عنه ، وإن قضاه الثاني ، رجع على الأوّل ، ثم رجع الأوّل على المضمون عنه ، إذا كان واحد أذن ، وإلا ففي الرجوع له روايتان .

فلو ضمن المضمون عنه الضامن ، لم يصحَّ ؛ لأنّ الضّمان يقتضي التزامه الحقُّ في ذمّته ، والحقُّ لازمٌ له ، فلا يتصوّر التزامه ثانياً ، ولأنّه أصلٌ فلا يصير فرعاً ، لكن لو ضمنه من غير الدّين جاز . وعلم منه : أنّ كلّ دينٍ يصحُّ أخذ رهنٍ به أنّه يصحُّ ضمانه .

ودين الميت المفلس وغيره ، ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين ، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري ، وعن المشتري للبائع .

(و) يصح ضمان (دين الميت المفلس وغيره) فصَحَّ الضَّمان عن كلِّ غريمٍ وجب عليه حقٌّ ، حيًّا كان أو ميتًا ، مليئًا أو مفلسًا ، وهو قول أكثر العلماء ؛ لأنَّ أبا قتادة ضمن دين الميت . وقيد الميت بالمفلس تنبيهًا على من يمنع صحَّة ذلك .

(ولا تبرأ ذمته) أي : ذمَّة الميت (قبل القضاء ، في أصح الروايتين) جزم به في «الوجيز» وغيره ، لقوله عليه السَّلام : «نفس المؤمن معلَّقةٌ بدينه حتَّى يقضى عنه» ولما أخبر أبو قتادة النَّبِيُّ ﷺ بوفاء الدينارين ؛ فقال : «الآن برَّدت جلديته» رواه أحمد . ولأنَّه وثيقةٌ بدين ، فلم يسقط قبل القضاء كالرهن .

والثانية - ونصَّ عليها في رواية يوسف بن موسى - : أنَّه يبرأ بمجرد الضَّمان ، لما روى أبو سعيدٍ الخدريُّ ، قال : كنَّا مع النَّبِيِّ ﷺ في جنازةٍ ، فلما وضعت قال : «هل على صاحبكم من دين ؟» قالوا : درهمان ، فقال : «صلُّوا على صاحبكم» فقال عليٌّ : هما عليَّ يا رسول الله ، وأنا لهما ضامنٌ ؛ فقام ، فصلَّى عليه ، ثم أقبل على عليٍّ فقال : «جزاك الله عن الإسلام خيرًا ، وفكَّ رهانك ، كما فككت رهان أخيك» رواه الدَّارقطني .

(ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري) ، وهو أن يضمن شخصٌ عن البائع الثَّمن ، إذا خرج المبيع مستحقًّا ، أو ردًّا بعيبٍ .

(وعن المشتري للبائع) وهو أن يضمن الثَّمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ، أو إن ظهر به عيبٌ ، أو استحقَّ ، ف ضمان العهدة في الموضعين ضمان الثَّمن ، أو بعضه عن أحدهما للآخر ، وهو صحيحٌ عند الجماهير ؛ لأنَّ الحاجة تدعو إلى الوثيقة ، وهي ثلاثةٌ : الشهادة ، والرَّهنُ ، والضَّمان ، فالأولى لا يستوفى منها الحق ، والثانية يبقى مرهونًا إلى أن يؤدي ، فلم يبق غير الضَّمان .

ولأنَّه لو لم يصحَّ لامتنعت المعاملات مع من لم يعرف ذلك ، وفيه ضررٌ عظيمٌ رافع لأصل الحكمة التي شرع البيع من أجلها ، ومثل ذلك لا يَرِدُ به الشَّرْع ،

ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين . ولا يصح ضمان الأمانات ، كالوديعة ونحوها ، إلا أن يضمن التّعدي فيها .

وظاهره : صحّة ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبعده .

وقال القاضي : يصحّ بعده ؛ لأنّه لو خرج قبل القبض مستحقاً لم يجب على البائع شيء ، وهو مبنيّ على ضمان ما لم يجب ، إذا كان مفضياً إلى الوجوب كالجعالة ، وألفاظه ضمنّت عهده ، أو ثمنه ، أو دركه ، ويقول المشتري : ضمنّت خلاصك منه ، أو ثمنه ، فلو ضمن له خلاص المبيع ، فقال أحمد : لا يحلّ ، واختاره أبو بكر ؛ لأنّه إذا خرج حرّاً ، أو مستحقاً ، لم يستطع خلاصه . وفي دخول نقض بناء المشتري في ضمانها ، ورجوعه بالدرك مع اعترافه بصحّة البيع ، وقيام يئنة بطلانه - وجهان ، وإن باعه بشرط ضمان دركه ، إلا من زيد ، ثم ضمن دركه منه أيضاً لم يعد صحيحاً ، ذكره في «الانتصار» .

مسألة : يصحّ ضمان نقص صنجة ، ويرجع بقوله مع يمينه ، (ولا يصحّ ضمان دين الكتابة في أصحّ الروايتين) وقاله أكثر العلماء ؛ لأنّه ليس بلازم ، ولا ماله إلى اللزوم ؛ لأنّ المكاتب له تعجيز نفسه ، والامتناع من الأداء ، فإذا لم يلزم الأصل ، فالفرع أولى .

والثانية : يصحّ ؛ لأنّه دينّ على المكاتب ، فصحّ ضمانه كبقية الديون ، والفرق ظاهر ، وعلى الأولى : لا فرق بين أن يضمنه حرّاً أو عبداً ، وخصّها القاضي بالحرّ لسعة تصرّفه .

(ولا يصحّ ضمان الأمانات كالوديعة ونحوها) كالعين المؤجّرة ، والشركة ؛ لأنّها غير مضمونة على صاحب اليد ، فكذا على ضامنه .

وفي «عيون المسائل» : لأنّه لا يلزمه إحضارها ، وإنما على المالك أن يقصد الموضع فيقبضها .

(إلا أن يضمن التّعدي فيها) فيصحّ ضمانها في ظاهر كلام أحمد ؛ لأنّها مضمونة على من هي في يده ، أشبهت الغصب ، وعنه : صحّة ضمانها

فأما الأعيان المضمونة ، كالغصوب ، والعواري ، والمقبوض على وجه السَّوم ؛ فيصحُّ ضمانها ، وإن قضى الضَّامن الدَّين متبرِّعاً لم يرجع بشيء ، وإن نوى الرجوع ، وكان الضَّمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه ، فهل يرجع ؟ على روايتين .

مطلقاً ، وحملها الأصحاب على تعدُّيه لتصريحه به .

(وأما الأعيان المضمونة ، كالغصوب ، والعواري ، والمقبوض على وجه السَّوم) من بيع وإجارة (فيصحُّ ضمانها) جزم به الأصحاب ؛ لأنها مضمونة على من هي في يده كالحقوق الثَّابتة في الذِّمَّة ، وعنه : لا ، لأنَّ الأعيان غير ثابتة في الذِّمَّة ، والضَّمان لما يثبت فيها . وغايته أنَّه يلزمه قيمتها عند التَّلف ، وهي مجهولة .

وجوابه : أنَّ الضَّمان في الحقيقة ، إنما هو ضمان استنقاذها وردِّها ، أو قيمتها عند تلفها ، فهي كعهدة المبيع ، فالمقبوض على وجه السَّوم بأن ساومه ، وقطع ثمنه ، أو ساومه فقط ليريه أهله إن رضوه ، وإلاَّ ردَّه .

فروعٌ : يصحُّ ضمان الجعل في الجعالة ، والمسابقة ، والمفاضلة ، وأرش الجناية نقدًا ، كقيم المتلفات ، أو حيوانًا كالديات ، ونفقة الزَّوج ، سواء كانت يومها أو مستقبلًا ؛ لأنَّ نفقة اليوم واجبةٌ ، والمستقبله مآلها إلى اللزوم . ويلزمه ما يلزم الزَّوج في قياس المذهب ، وقال القاضي : إذا ضمن الثَّفقة المستقبل ، لزمه نفقة المعسر ؛ لأنَّ الزَّيادة على ذلك تسقط بالإعسار ، فأما الماضية ، فإن كانت واجبةً صحَّ ضمانها ، وإلاَّ فلا .

مسألة : للضَّامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه في الأصحَّ إذا طُلب ، وقيل : أولى إذا ضمنه بإذنه في الأصحَّ .

(وإن قضى الضَّامن الدَّين) أو أحال به (متبرِّعاً لم يرجع بشيء) لأنَّه متطوِّعٌ بذلك ، أشبه الصدقة ، وسواءً ضمن بإذنه أو لا .

(وإن نوى الرجوع) وقيل : أو أطلق ، وهو ظاهر نقل ابن منصور (وكان الضَّمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه ، فهل يرجع ؟ على روايتين) إحداهما

وإن أذن في أحدهما ، فله الرجوع بأقلّ الأمرين ، ممّا قضى أو قدر الدّين .

- وهي المذهب - : يرجع به ؛ لأنّه قضاء مبرئ من دين واجب عليه ، فكان من ضمان من هو عليه ، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه .

والثانية : لا رجوع ؛ لأنّه بغير إذن ، ولو استحقّ الرجوع لاستحقّقه أبو قتادة ، ولو استحقّ صار دينًا له على الميت ، ولو كان كذلك لامتنع من الصلاة ، وكما لو علف دابّته بغير إذن .

وأجاب في «المغني» و«الشرح» : بأنّه تبرّع بالضمان والقضاء قصدًا لتبرئة ذمّته ، ليصلّي عليه السّلام عليه ، مع علمه بأنّه لم يترك وفاءً ، وعلم منه : أنّه إذا ضمن بأمره ، وقضى بأمره أنّه يرجع .

قال في «المغني» و«الشرح» : سواء قال : اضمن عني وأدّ عني ، أو أطلق ؛ لأنّه ضمن ودفع بأمره ، أشبه ما لو كان مخالطًا له .

فرغ : حكم من أدّى عن غيره دينًا واجبًا ، كذلك في الرجوع ، إلّا فيما يفتقر إلى نيّة كالزّكاة ونحوها (وإن أذن في أحدهما) وهي صورتان : أحدهما : أن يضمن بأمره ، ويقضي بغير أمره ، فله الرجوع ؛ لأنّه لما ضمن بإذنه تضمن ذلك القضاء ؛ لأنّه يجب عليه الأداء ، أشبه ما لو أذن فيه صريحًا .

والثانية : عكسها ، وهو أن يضمن بغير إذنه ، ويؤدي بأمره ، فكذلك ؛ لأنّه أدّى دينه بأمره ، فرجع عليه ، أشبه ما لو لم يكن ضامنًا .

وعنه : لا رجوع فيهما ، اختاره أبو محمد الجوزي .

قال ابن عقيل : يظهر فيها ، كذبح أضحية غيره ، بلا إذنه ، في منع الضّمان والرجوع ؛ لأنّ القضاء هنا إبراءً ، لتحصيله الإجزاء بالدّبح ، وحيث قيل به (فله الرجوع بأقلّ الأمرين ممّا قضى ، أو قدر الدّين) لأنّه إن كان الأقلّ الدّين ، لزائد لم يكن واجبًا عليه ، فهو متبرّع بأدائه ، وإن كان المقضي أقلّ ، إنّما يرجع بما غرم ، ولهذا لو أبرأه غريمه ، لم يرجع بشيء ، فإن دفع عن الدّين عرضًا ، رجع بأقلّ الأمرين : من قيمته ، أو قدر الدّين .

وإن أنكر المضمون له القضاء ، وحلف ، لم يرجع الضامن على المضمون عنه ، سواء صدقه أو كذبه .

فرغ : لو تغيب مضمون عنه قادر ، قاله الشيخ تقي الدين ، وأطلقه في موضع آخر ، فأمسك الضامن ، وغرم شيئاً بسبب ذلك ، وأنفقه في حبس ، رجع به على المضمون عنه .

تنبيه : إذا كان على رجلين مائة ، على كل واحد منهما نصفها ، وهما متضامنان ، فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره ، وقضاها ؛ سقط الحق عن الجميع ، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه ، ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في إحدى الروايتين ؛ لأنه لم يضمن عنه ، ولا أذن له في القضاء ، فإذا رجع على الذي ضمن عنه ، رجع على الآخر بنصفها ، إن كان ضمن عنه بإذنه ؛ لأنه ضمنها عنه بإذنه ، وقضاها ضامنه .

والثانية : له الرجوع على الآخر بالمائة ؛ لأنها وجبت له على من أداها عنه ، فملك الرجوع بها عليه كالأصيل ، ذكره في «المغني» و«الشرح» .

(وإن أنكر المضمون له القضاء) أي : إذا ادعى الضامن أنه قضى الدين ، وأنكر المضمون له ، ولا يئنه (وحلف ، لم يرجع الضامن على المضمون عنه) لأنه ما أذن للضامن إلا في قضاء مبرئ ، ولم يوجد ، وحيث القول قول المضمون له ؛ لأنه منكر .

وله مطالبة الضامن والأصيل (سواء صدقه) المضمون عنه (أو كذبه) لأن المانع من الرجوع تفريط الضامن ، من حيث إنه قضى بغير يئنه ، وذلك مشترك بين التصديق والتكذيب .

ثم اعلم : إن كان القضاء بيئنة عادلة حاضرة ، فواضح ، وكذا إن كانت ميتة أو غائبة ، وصدقه ؛ لأنه معترف أنه ما قضى ، ولا فوط ، وإن كانت مردودة بأمر ظاهر ، كالكفر والفسق ؛ الظاهر لم يرجع الضامن مطلقاً ، لتفريطه ، فإن ردت بأمر خفي ، كالفسق الباطن ، أو لكون الشهادة مختلفاً فيها ، كشهادة العبيد ؛ فاحتمالان .

وإن اعترف بالقضاء ، وأنكر المضمون عنه ، لم يسمع إنكاره ، وإن قضى المؤجل قبل أجله ، لم يرجع حتى يحل ، وإن مات المضمون عنه ، أو الضامن ، فهل يحل الدين عليه ؟ على روايتين .

وكذا شاهد واحد ، ودعواه موتهم ، وأنكر الإشهاد ، وإن قضاه بغير بينة بحضرة المضمون عنه ، فالأصح : أنه يرجع ؛ لأنه هو المفطرط ، والثاني : لا كغيته .

فرغ : إذا رجع المضمون له على الضامن ، فاستوفى منه مرة ثانية ، رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانيا ، لبراءة ذمته به ظاهرا ، قاله القاضي ، ورجحه في «الشرح» ، وفيه احتمال : يرجع بالأول للبراءة منه باطنا .

(وإن اعترف) المضمون له (بالقضاء) ، وأنكر المضمون عنه ، لم يسمع إنكاره) لأن ما في ذمته حق للمضمون له ، فإذا اعترف بالقبض من الضامن ، فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للضامن ، فيجب أن يقبل إقراره ؛ لكونه إقرارا في حق نفسه .

وفيه وجه : لا ؛ لأن الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المديون ، وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه ، فلا يقبل ، وأجيب بالتزامه .

فرغ : إذا قال المضمون له للضامن : برئت إلي من الدين ، وقيل : أو لم يقل : إلي ، فهو مقر بقبضه ، لا أبرأتك ، فلو قال : وهبتك الحق تملك له ، فيرجع على المديون ، وقيل : إبراء ، فلا .

(وإن قضى) الضامن الدين (المؤجل قبل أجله) ، لم يرجع حتى يحل لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم ، ولأنه متبرع بالتعجيل ، فلم يرجع قبل الأجل ، كما لو قضاه أكثر من الدين والحالة به ، ليقبضه ، سواء قبض الغريم من المحال عليه ، أو تعدر عليه الاستيفاء .

(وإن مات المضمون عنه ، أو الضامن ، فهل يحل الدين ؟ على روايتين) أشهرهما : لا يحل ؛ لأن التأجيل حق من حقوق الميت ، فلم يبطل بموته ،

وأيهما حلّ عليه ، لم يحلّ على الآخر ، ويصحّ ضمان الحال مؤجّلاً ، وإن ضمن المؤجّل حالاً ، لم يلزمه قبل أجله في أصحّ الوجهين .

كسائر حقوقه بشرطه ، قاله في «الوجيز» .

والثانية : يحلّ ؛ لأنّ ذمّة الميّت خربت به ، فلو لم يحل ، لأدّى إلى ضياع حقّه .

(وأيهما حلّ عليه لم يحلّ على الآخر) أي : إذا مات المضمون عنه ، وقلنا : يحلّ بموته ، لم يحلّ على الضّامن ؛ لأنّ الإنسان لا يحلّ عليه دينٌ بموت غيره ، بل يبقى حالاً بالنسبة إلى الأصل ، مؤجّلاً بالنسبة إلى الفرع .

وكذا إذا مات الضّامن ، لكن إذا استوفى الغريم من تركته ، لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحلّ الحقّ ؛ لأنّه مؤجّل عليه ، فلا يستحقّ مطالبته قبل أجله .

(ويصحّ ضمان الحال مؤجّلاً) نصّ عليه ، لحديث رواه ابن ماجة عن ابن عبّاس مرفوعاً . ولأنّه ضمن مالاً بعقد مؤجّل ، فكان مؤجّلاً كالبيع ، وحينئذ يصير حالاً على المضمون عنه ، له مطالبته متى شاء مؤجّلاً على الضّامن ، لا يقال : الحال لا يتأجّل ، وكيف يثبت في ذمّتهما مختلفاً ؛ لأنّ الحقّ يتأجّل في ابتداء ثبوته بعقد وهنا كذلك ؛ لأنّه لم يكن ثابتاً عليه حالاً .

ويجوز تخالف ما في الذمّتين بدليل لو مات المضمون عنه والدّين مؤجّل ، فإن قضاؤه قبل الأجل ، رجع في الحال ، وعلى الثانية : لا يرجع به قبل الأجل ؛ لأنّه لم يأذن في القضاء قبل ذلك .

(وإن ضمن المؤجّل حالاً) لم يصّر حالاً و (لم يلزمه قبل أجله في أصحّ الوجهين) لأنّ الضّامن فرع المضمون عنه ، فلا يستحقّ مطالبته دون أصله .

والثاني : يلزمه قبل أجله ؛ لأنّ مقتضى صحّة الضّمان كذلك ، وقيل : لا يصحّ الضّمان للمخالفة ، فعلى الأوّل إذا قضاؤه قبل الأجل ، لم يرجع عليه حتى يحلّ ؛ لأنّ الضّمان لم يغيّره عن تأجيله .

فصل في الكفالة

وهي التزام إحضار المكفول به ، وتصحُّ بدن من عليه دينٌ ، وبالأعيان المضمونة ، ولا تصحُّ بدن من عليه حدٌّ .

فصل في الكفالة

وهي صحيحةٌ ، لقوله تعالى : ﴿ فَقَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِي مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ ﴾ [يوسف : ٦٦] ولأنَّ الحاجة داعيةٌ إلى الاستيثاق بضمان المال ، أو البدن ، وضمان المال يمتنع منه كثيرٌ من النَّاسِ ، فلو لم تجز الكفالة بالنفس ؛ لأدَّى إلى الحرج ، وعدم المعاملات المحتاج إليها .

(وهي التزام) الرِّشيد (إحضار المكفول به) لأنَّ العقد في الكفالة واقعٌ على بدن المكفول به ، فكان إحضاره هو الملتزم به كالضَّمان ، ويعتبر رضى الكفيل ، وتعيين المكفول به إذا كان عليه حقٌّ ، ولا يعتبر إذنه ، وتنعقد بألفاظ ضمانٍ .

(وتصحُّ بدن من عليه دينٌ) لأنَّ الدَّينَ حقٌّ ماليٌّ ، فصَحَّتْ الكفالة به كالضمان ، سواءً كان الدَّين معلومًا ، أو مجهولًا .

والحاصل : أنَّه تصحُّ الكفالة ببدن كلِّ من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدينٍ لازمٍ ، فتصحُّ الكفالة بالصُّبِّي ، والمجنون ؛ لأنَّه قد يلزم إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف ، ويستثنى منه دين الكتابة .

وتصحُّ الكفالة بالكفيل ، فإن برئ الأول ، برئ الثاني من غير عكسٍ ، (وبالأعيان المضمونة) لصحَّة ضمانها ، فيردُّ أعيانها أو قيمتها إن تلفت ، وظاهره : أنَّه لا تصحُّ الكفالة بالأمانات ، لكن قال أبو الخطاب : وإحضار ودعيةٌ ، وكفالة بركاةٍ ، وأمانةٍ ، لنصِّه فيمن قال : ادفع ثوبك إلى هذا الرَّفَاءِ ، فأنا ضامنه ، لا يضمن حتى يثبت أنَّه دفعه إليه .

(ولا تصحُّ بدن من عليه حدٌّ) لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جدِّه : أن النَّبِيَّ ﷺ قال : « لا كفالة في حدٍّ » ولأنَّها استيثاقٌ يلزم الكفيل ما

أو قصاص ، ولا بغير معين ، كأحد هذين ، وإن كفل بجزءٍ شائع من إنسان ، أو عضوٍ أو كفل بإنسان على أنه إن جاء به ، وإلا فهو كفيلٌ بآخر ، أو ضامن ما عليه صحَّ في أحد الوجهين .

على المكفول به ، عند تعذر إحضاره ، والحدُّ مبناه على الإسقاط ، والدرء بالشبهة ، فلا يدخل فيه الاستيثاق ، ولا يمكن استيفاءه من غير الجاني .
وظاهره : لا فرق بين أن يكون حقاً لله ، كحدِّ الزنى والسرقة ، أو لآدمي ، كحدِّ القذف .

(أو قصاص) لأنه بمنزلة من عليه حدٌ ، قال في «المحرر» : إلا لأخذ مالٍ ، كالدية ، وغرم مائة السرقة ، فتصح .

(ولا بغير معين ، كأحد هذين) لأنه غير معلوم في الحال ، ولا في المال ، ولا يمكن تسليمه بخلاف ضمان المجهول ، وفيه وجهٌ ، ولا تصحُّ الكفالة بالزوجة أو الشاهد .

(وإن كفل بجزءٍ شائع من إنسان ، أو عضوٍ أو كفل بإنسان على أنه إن جاء به ، وإلا فهو كفيلٌ بآخر ، أو ضامن ما عليه ، صحَّ في أحد الوجهين) ، وفيه مسائل :

الأولى : إذا كفل بجزءٍ شائع من إنسان ، كثلثه ، أو ربعه ، فهي صحيحة على المذهب ؛ لأنه لا يمكن إحضار ذلك ، إلا بإحضار الكل .

الثانية : إذا كفل عضواً معيناً منه ، كيده أو رجله ، فهي صحيحة ؛ لأنه لا يمكنه إحضاره على صفته إلا بإحضار الكل ، والثاني : لا يصحُّ فيهما ؛ لأنَّ تسليم ذلك وحده متعذرٌ ، والسراية ممتنعة ، قال القاضي : لا تصحُّ الكفالة ببعض البدن بحال ؛ لأنَّ ما لا يشرى ، لا يصحُّ إذا خصَّ به عضواً ، كالبيع والإجارة ، ذكره في «المغني» و«الشرح» .

قال ابن المنجى : وما ذكره من التعليل لا يدلُّ على عدم الصِّحة في الجزء الشائع ؛ لأنَّ بيع ذلك وإجارته جائزة ، وفيه نظرٌ ؛ لأنَّهما خصَّاه بالعضو .

ولا تصحُّ إلا برضى الكفيل ، وفي رضى المكفول به وجهان .

وظاهره لا فرق في العضو بين الوجه وغيره ، سواء كان مما لا يبقى البدن بدونه كالرأس ، أو لا كاليد .

وجزم في «الكافي» و«الشَّرح» : أنَّها تصحُّ بالوجه ؛ لأنَّه يكنى به عن الكلِّ ، فصحَّ كبدنه ، وجزم في «الوجيز» : بأنَّها تصحُّ فيما تبقى الحياة بدونه ، لا العكس .

الثالثة : إذا كفَّل يانسان ، على أنَّه إن جاء به ، وإلَّا فهو كفيلٌ بآخر ، أو ضامن ما عليه ، صحَّ ، قاله أبو الخطَّاب ، وقَدَّمه في «المحرَّر» ، وجزم به في «الوجيز» ؛ لأنَّه كفالة أو ضمانٌ ، فصحَّ تعليقه على شرطٍ ، كضمان العهدة .

وقال القاضي : لا يصحُّ ؛ لأنَّه تعليق عقدٍ على آخر ، فلم يصحَّ . وهذا الخلاف جارٍ فيما إذا علَّقه بغير سبب الحقِّ ، والخلاف في المؤقَّت كالمعلَّق بشرطه ، فلو كفَّله شهرًا لم يصحَّ عند القاضي ؛ لأنَّه حقٌّ لأدميٍّ ، فلم يجز توقيته كالهبة .

وفي «التنبيه» : إذا مضت المدة ، ولم يحضره ، لزمه ما عليه ، وعند غيرهما : لا يلزمه شيءٌ بعد مضيِّ المدَّة ، إذا لم يطالبه بإحضاره فيها .

فرغ : إذا قال : كفلت بدن فلانٍ ، على أن يبرأ الكفيل ، لم يصحَّ في الأصحَّ ؛ لأنَّه شرط شرطًا ، لا يلزم الوفاء به ، فيفسد عقد الكفالة ، وفيه وجهٌ .

وقيل : يصحُّ الشرطُ ؛ لأنَّه شرط تحويل الوثيقة ، فعليه : لا تلزمه الكفالة إلا أن يبرأ الكفيل منها .

(ولا تصحُّ إلا برضى الكفيل) لأنَّه لا يلزمه الحقُّ ابتداءً إلا برضاه (وفي رضى المكفول به وجهان) أشهرهما : لا يعتبر رضاه كالضمان ، والثاني : بلى ، وجزم به في «الوجيز» ؛ لأنَّ المقصود إحضاره ، فإذا كفَّل بغير إذنه ، لم يلزمه الحضور معه ، بخلاف الضَّمان ، فإنَّ الضَّامن يقضي الحقَّ ، ولا يحتاج إلى المضمون عنه . وظاهره : أنَّه لا يعتبر رضى المكفول له ، لأنَّها وثيقةٌ لا قبض فيها ، فصحت من غير رضاه ، كالشهادة .

ومتى أحضر المكفول به وسلّمه برئ . إلا أن يحضره قبل الأجل ، وفي قبضه ضررٌ ، وإن مات المكفول به ، أو تلفت العين بفعل الله تعالى .

(ومتى أحضر المكفول به) مكان العقد بعد حلول الدين (وسلّمه برئ) مطلقاً ، إذا لم تكن يد حائلة ظالمة ، قاله في «المغني» و«المستوعب» و«الشرح» ، وعنه : لا يبرأ حتى يقول : قد برئت لك منه ، أو قد سلّمته إليك ، وقاله ابن أبي موسى ، والأوّل أصحُّ ؛ لأنّه عقدٌ على عمل ، فبرئ منه بالعمل المعقود عليه ، كالإجارة ، فإن امتنع من تسليمه حيث لا ضرر برئ ، كالمسلم فيه .

وقيل : إن امتنع ، أشهد على امتناعه رجلين ، وبرئ ، وقال القاضي : يرفعه إلى الحاكم ، فيسلّمه إليه ، فإن لم يجده أشهد .

(إلا أن يحضره قبل الأجل ، وفي قبضه ضررٌ) مثل أن تكون حجة الغريم غائبة ، أو لم يكن يوم مجلس الحكم ، أو الدين مؤجّلاً ، أو هناك ظالمٌ يمنعه منه ، فلا يلزم قبوله كالمسلم فيه .

وعلم منه : أن الكفالة تصحُّ مؤجّلةً ، لكن يعتبر أن يكون معلوماً ، فلو جعله إلى أجل مجهول ، لم يصحّ ، وإن جعله إلى الحصاد ونحوه ، خرج على الخلاف ، قال في «الشرح» : والأولى صحّته هنا ؛ لأنّه تبرّع من غير عوض ، فصحّ كالنذر . ثم إن عيّن مكاناً لتسليمه ، تعيّن ، ولم يبرأ بإحضاره في غيره ، وإن أطلق تعيّن مكان العقد . وقال القاضي : يبرأ بإحضاره بمكان آخر من البلد ، وعنه : وغيره ، وفيه سلطان . اختاره جماعة .

وقيل : إن كان عليه ضررٌ في إحضاره بمكان آخر ، لم يبرأ ، وقال الشَّيْخ تقيّ الدين : إن كان المكفول به في حبس الشرع ، فسَلّمه إليه فيه ، برئ ولا يلزمه إحضاره منه إليه عند أحدٍ من الأئمّة ، ويمكنه الحاكم من إخراجهِ ، ليحاكم غريمه ، ثم يرده ، وإن ضمن معرفته أخذ به ، نقله أبو طالب والشيخان ، كالكفيل .

(وإن مات المكفول به ، أو تلفت العين بفعل الله تعالى) قبل المطالبة (أو سلّم

أو سلم نفسه ، برئ الكفيل ، وإن تعذر إحضاره مع بقاءه ، لزم الكفيل الدَّين ، أو عوض العين .

نفسه ، برئ الكفيل) وفيه مسائل :

الأولى : إذا مات المكفول به ، فإنه يبرأ الكفيل ، وتسقط الكفالة في المنصوص ؛ لأنَّ الحضور سقط عنه ، فبرئ كفيله ، كما لو أبرئ من الدَّين ، وقيل : لا تسقط ، ويطالب بما عليه ، إن لم يشرط فيها عدم ضمانه ؛ لأنَّ الكفيل وثيقة ، فإذا مات من عليه الحقُّ استوفي من الوثيقة ، كالرَّهن ، والفرق واضح ؛ لأنَّ الرَّهن تعلَّق به المال ، فاستوفي منه .

وظاهره : بقاءها بموت الكفيل ، فيؤخذ من تركته ما كفل به ، فإن كان دينًا مؤجَّلًا ، فوثق ورثته ، وإلاَّ حلَّ في الأقيس ، أو المكفول له .

الثَّانية : إذا تلفت العين بفعل الله تعالى ، فإنه يبرأ الكفيل ؛ لأنَّ تلفها بمنزلة موت المكفول به ، وظاهره : أنَّها إذا تلفت بفعل آدميٍّ ، فإنَّها لا تسقط ، ويجب على المتلف بدلها .

الثَّالثة : إذا سلم المكفول به نفسه بشرطه ، برئ كفيله ، كما لو قضى المديون عنه الدين .

تنبيهٌ : إذا كفل إنسانًا أو ضمنه ، ثم قال : لم يكن عليه حقٌّ ، قدَّم قول خصمه ؛ لأنَّ الأصل صحَّة الكفالة ، أو بقاء الدَّين ، وعليه اليمين ، فإن نكل قضى عليه . وإذا قال : برئت من الدَّين الذي كفلته به ، لم يكن إقرارًا بقبض الحقِّ ، ويبرأ الكفيل وحده . وإذا مات المديون ، فأبرأه ربُّ الدَّين ، فلم تقبل ورثته ، برئ مع كفيله .

(وإن تعذر إحضاره مع بقاءه ، لزم الكفيل الدَّين ، أو عوض العين) لعموم قوله عليه السَّلام : «الزَّعيم غارمٌ» ولأنَّها أحد نوعي الكفالة ، فوجب الغرم بها ، كالكفالة بالمال .

وقال ابن أبي موسى : وكفيل الوجه ضامنٌ للمال في أحد الوجهين إلاَّ أن

وإن غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضي ، فيحضره ، فإن تعذر إحضاره ضمن ما عليه ، وإذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك ، إن كانت الكفالة بإذنه ، أو طالبه صاحب الحق بإحضاره .

يشترط : لا مال عليه ، فلا يلزمه قولاً .

والثاني : فساده لإضافتها إلى عضو ، قاله المجد ، وقال ابن عقيل : قياس المذهب : لا يلزمه إن اتنع بسلطان ، وألحق به معسر ، ومحبوس ، ونحوهما ، لاستواء المعنى .

(وإن غاب) في موضع معلوم (أمهل الكفيل) ولم يطالبه (بقدر ما يمضي فيحضره) له ليتحقق إمكان التسليم ، وسواء كانت المسافة قريبة ، أو بعيدة ، فلو ارتد ، ولحق بدار الحرب ، لم يؤخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن يمكنه رده . (فإن تعذر إحضاره) أو كانت الغيبة منقطعة ، ولم يعلم مكانه (ضمن ما عليه) وأخذ به ، وذكر ابن حمدان : أنه إذا انقطع خبره ، وجهل محله ، لزمه ما عليه ، انتهى .

فلو أدى ما لزمه ، ثم قدر على المكفول به ، فظاهر كلامهم : أنه في رجوعه عليه كضامن ، وأنه لا يسلمه إلى المكفول له ، ثم يسترد ما أداه ، بخلاف مغصوب تعذر إحضاره مع بقائه لامتناع بيعه .

(وإذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه) ليسلمه إلى المكفول له (لزمه ذلك إن كانت الكفالة بإذنه) لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه ، فلزمه تخليصها ، كما لو استعار عبده ، فرهته بإذنه ، فإن عليه تخليصه إذا طلبه سيده (أو طالبه صاحب الحق بإحضاره) أي : لزمه الحضور ، وظاهره وإن كانت بغير إذنه ؛ لأن حضوره حق للمكفول له ، وقد استتاب الكفيل في ذلك ، أشبه ما لو صرح له بالوكالة .

(وإلا فلا) أي : لا يلزمه ذلك إن كفل بغير إذنه ، أو لم يطالب به صاحب الحق ؛ لأن المكفول به لم يشغل ذمته ، وإنما شغلها الكفيل باختياره ، ولم يوكله صاحب الحق .

وإلا فلا . وإذا كفل اثنان برجل ، فسَلَّمه أحدهما لم يبرأ الآخر ، وإن كفل واحدًا لاثنين ، فأبرأه أحدهما ، لم يبرأ من الآخر .

فرغ : لو قال لآخر : اضمن عن فلان ، أو اكفل بفلان ، ففعل ، كان ذلك لازمًا للمباشر ، لا الأمر ، فلو قال : أعط فلانًا كذا ، ففعل لم يرجع على الأمر بشيء ، إلا أن يقول : أعطه عني .

(وإذا كفل اثنان برجل ، فسَلَّمه أحدهما ، لم يبرأ الآخر) لأنَّ إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء ، فلم تنحلَّ الأخرى ، كما لو أبرأ أحدهما ، أو انفكَّ أحد الرهنين من غير قضاءٍ بخلاف المكفول به ، إذا سلَّم نفسه ، لأنَّه أصلٌ ، فيبرآن ببراءته ؛ لأنَّهما فرعاه ، وقيل : يبرأ ، اختاره صاحب «النهاية» كما لو قضى الدَّين أحد الضامنين ، فإنه يبرأ الآخر .

وأجاب في «الفصول» : بأنَّ الوثيقة برئت بقبض ما فيها ، فلهذا برئت الأخرى ، بخلاف هذا ، وقيل : إن كفلاه معًا ، أو وكَّل منهما الآخر في تسليمه ، برئ ، وإلا فلا .

(وإن كفل واحدًا لاثنين ، فأبرأه أحدهما ، لم يبرأ من الآخر) لأنَّ عقد الواحد مع الاثنین بمنزلة العقدين ، فقد التزم إحضاره عند كلِّ واحدٍ منهما ، فإذا أبرأه أحدهما ، بقي حقُّ الآخر ، كما لو كان في عقدين ، وكما لو ضمن دينًا لاثنين ، فوفَّى أحدهما حقَّه .

خاتمة : إذا أقال ربُّ الحقِّ ، أو أحويل به ، أو زال العقد ، برئ الكفيل ، وبطل الرهن ، ويثبت لوارثه ، وفي «الرعاية» : في الصورة الأولى احتمال وجهين في بقاء الضَّمان ، ونقل مهنتها فيها : يبرأ ، وأنَّه إن عجز مكاتب رقب ، وسقط الضَّمان .

وذكر القاضي : لو أقاله في سلم به رهنٌ ، حبسه برأس ماله ، ولو ضمنه اثنان ، فقال كلُّ واحدٍ : أنا ضامنٌ لك الدَّين ، فهو ضمان اشتراك في انفرادٍ ، فله مطالبة كلِّ منهما بالدَّين كلَّه ، وإن قالوا : ضمنا لك الدَّين ، فهو بينهما بالحصص .

باب الحوالة

والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

وفي «القواعد» : أنه إذا ضمن اثنان دين رجل ، فيه وجهان ، أحدهما : أن كل واحد ضامن لجميع الدين ، نص عليه في رواية مهنا . والثاني : أنه بالحصّة إلا أن يصرحوا بما يقتضي خلافه ، مثل أن يقولوا : ضمنا لك ، وكل واحد منا ضامن الدين ، وهذا قول القاضي ، وصاحب «المغني» ، وبناء القاضي على أن الصّفقة تتعدّد بتعدّد الضّامين ، فيصير الضّمان موزّعا عليهما ، والله أعلم .

باب الحوالة

وهي ثابتة بالإجماع ، ولا عبرة بمخالفة الأصمّ ، وسنده السّنة الصحيحة ، فمنها ما خرّجه الشّيخان عن أبي هريرة : أن النّبيّ صلى الله عليه وسلم قال : «مطل الغنيّ ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على مليء ، فليتبع» وفي لفظ : «من أحيل بحقه على مليء ، فليحتل» .

وهي بفتح الحاء وكسرهما ، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى ، وقيل : إنها بيع دين بدين ، فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة الآخر ، وجاز تأخير القبض رخصة ، فدخلها خيار المجلس ، وفي «المغني» و«الشرح» : أن الصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ، ليس بمحمول على غيره ؛ لأنها لو كانت بيعا ؛ لكانت بيع دين بدين ، ولما جاز التّفريق قبل القبض ؛ لأنها بيع مال الرّبا بجنسه ، ولأن لفظها يشعر بالتحوّل ، فعليه : لا يدخلها خيار ، وتلزم بمجرد العقد . وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله .

ولا بدّ فيها من محيل ، ومحتال ، ومحال عليه ، وتصحّح بلفظها ، أو معناها الخاص .

(والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه) لما بيّنا أنها مشتقة من التّحويل ، وحيث صحّت الحوالة برئت ذمة المحيل ، وانتقل الحق إلى ذمة المحال عليه

فلا يملك المحتال الرجوع عليه بحال . ولا تصح إلا بثلاثة شروط :
أحدها : أن يحيل على دين مستقر ، فإن أحوال على مال الكتابة ، أو السلم ،
أو الصداق قبل الدخول لم يصح .

(فلا يملك المحتال الرجوع عليه) أي : على الحيل (بحال) لأن الحق انتقل فلا يعود
بعد انتقاله . هذا إذا اجتمعت شروطها ، ورضي بها المحتال ، ولم يشترط اليسار ،
سواء أمكن استيفاء الحق ، أو تعذر لمطل ، أو فلس ، أو موت ، أو جحد الحق ، ولا
يُتَّه به ، وحلف عليه في قول الجماهير .

وعنه : إذا كان المحال عليه مفلساً ، ولم يعلم المحتال به ، فله الرجوع ، واختاره
جمع ، إذ الفلس عيب في المحال عليه ، فكان له الرجوع كالبيع المغيب ، والأول
المذهب ، لما روى سعيد بن المسيب : أن جدّه حزناً كان له على عليّ ديناراً ، فأحاله
به ، فمات المحال عليه ، فأخبره .

فقال : اخترت علينا ، أبعدك الله ، فأبعده بمجرد احتياله ، ولم يخبره أن له
الرجوع ؛ لأنها براءة من دين ليس فيها قبض ممن هو عليه ، ولا ممن يدفع عنه ، أشبه
ما لو أبرأه من الدين ، والحوالة بمنزلة القبض .

(ولا تصح إلا بثلاثة شروط ، أحدها : أن يحيل على دين مستقر) نص
عليه ؛ لأن ما ليس بمستقر بعرضية السقوط ، إذ مقتضاها التزام المحال عليه
بالدين مطلقاً ، ولا يثبت فيما هذا صفته (فإن أحوال على مال الكتابة ، أو
السلم ، أو الصداق قبل الدخول ، لم يصح) وهنا صور :

الأولى : إذا أحوال على مال الكتابة غير صحيح ، لأنه ليس بمستقر ، فإن له أن
يمنتع من أدائه ، ويسقط بعجزه ، وظاهره : ولو حل في المنصوص . وتصح الحوالة
عليه بدين آخر ، إذ حكمه حكم الأحرار في المداينات .

الثانية : إذا أحوال على مال السلم ، لا يصح ؛ لأنه يتعرض للفسخ بانقطاع
السلم فيه ؛ لأنها لا تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه ، وهو ممتنع في
السلم ؛ لقوله : «من أسلم في شيء ، فلا يصرفه إلى غيره» لكن في صحتها في
رأس ماله بعد فسخه - وجهان .

وإن أحال المكاتب سيده ، أو الزَّوج امرأته ، صحَّ ، والثاني : اتفاق الدَّينين في الجنس ، والصَّفة ، والحلول ، والتَّأجيل .

الثَّالثة : إذا أحالت بصداقها قبل الدخول ، لم تصحَّ ؛ لأنَّه غير مستقرٍّ ، بدليل سقوطه بردِّتها ، أو نصفه بطلاقها .

ومثله إذا أحال البائع بالثَّمَن على المشتري في مدَّة الخيار ، وظاهره : أنَّها إذا أحالت به بعد الدُّخول : أنَّه يصحَّ ؛ لأنَّه مستقرٌّ .

(وإن أحال المكاتب سيِّده) بنجم قد حلَّ (أو الزَّوج امرأته ، صحَّ) لأنَّ له تسليمه إليها ، وحوالته به تقوم مقام تسليمه ، وكذا إذا أحال المشتري بالثَّمَن للبائع في مدَّة الخيار ، وظاهره : أنَّه لا يشترط استقرار المحال به ، وهو المذهب ، وقال أبو الخطَّاب ، وجزم به الحلواني : يشترط استقراره كالمحال عليه ، فعليه : لا يصحَّ في ذلك ، لعدم استقراره .

(والثَّاني : اتفاق الدَّينين) أي : تماثل الحَقَّين (في الجنس) كذهبٍ بذهبٍ ، أو دراهم بدراهم ، فإن أحال من عليه ذهب بفضَّة ، أو عكسه ، لم يصحَّ (والصَّفة) كصحاح بصحاح ، أو مضرية بمثلها ، فلو اختلفا لم يصحَّ .

(والحلول) أي : بأن يكونا حاليَّين (والتَّأجيل) أي : بأن يكونا مؤجَّلين ، ويعتبر اتفاق الأجل ، فلو كان أحدهما يحلُّ بعد شهرٍ ، والآخر بعد شهرين ، لم يصحَّ ؛ لأنَّها إرفاقٌ ، كالقرض ، فلو جوِّزت مع الاختلاف ، لصار المطلوب منها الفضل ، فتخرج عن موضوعها .

واكتفى بما ذكره عن ذكر التَّساوي في القدر ؛ لأنَّ الأجل إذا منع لكونه يقابله قسطٌ تقديراً ، فالزَّيادة المحقَّقة أولى .

فرغ : إذا صحَّت الحوالة ، فتراضيا بأن يدفع خيراً من حقِّه ، أو بدونه في الصَّفة ، أو تعجيله ، أو تأجيله ، أو عوضه ؛ جاز ، ذكره في «المغني» و«الشَّرح» ، وذكر في «التَّرجيب» الأوَّلة ، فظاهره : منع عوضه . ونقل سندي ، فيمن أحاله عليه بدينار ، فأعطاه عشرين درهماً - : لا ينبغي إلَّا ما أعطاه .

والثالث : أن يحيل برضاه ، ولا يعتبر رضى المحال عليه ، ولا رضى المحتال ، إن كان المحال عليه مليئًا .

(والثالث : أن يحيل برضاه) بغير خلاف ؛ لأنَّ الحقَّ عليه ، فلا يلزمه أدائه من جهة الدَّين على المحال عليه ، بشرط المقاصَّة ، وعلم المال ؛ لأنَّها إن كانت بيعًا ، فلا تصحُّ في مجهولٍ ، وإن كانت تحول الحقَّ ، فيعتبر فيها التسليم ، والجهالة تمنع منه .

فتصحُّ في كلِّ ما يثبت مثله في الذِّمَّة بالإتلاف ، من الأثمان ، والحبوب ، والأدهان ؛ فلا تصح بما لا يصحُّ السَّلَم فيه ، كالجوهر ، وفيما يصحُّ السَّلَم فيه غير المثليِّ ، كالمدروغ والمعدود ، وجهان .

وفي الحوالة يابِل الدِّية على من عليه مثلها وجهان . فإنَّ أحال يابِل الدِّية على إبل القرض ، صحَّ إن قيل : يرُدُّ فيه المثل ، وإن قلنا : يرُدُّ القيمة ، فلا ، لاختلاف الجنس ، وإن كان بالعكس ، لم تصحَّ مطلقًا .

(ولا يعتبر رضى المحال عليه) لأنَّ للمحيل أن يستوفي الحقَّ بنفسه وبوكيله ، وقد أقام المحتال مقام نفسه في القبض ، فلزم المحال عليه الدَّفْع إليه ، كالوكيل (ولا رضى المحتال إن كان المحال عليه مليئًا) بل يجب عليه القبول ، نصُّ عليه ، لظاهر الأمر .

وفسر الملىء في رواية إسماعيل العجلي : أن يكون مليئًا بماله ، وقوله ، وبدنه ، فماله : القدرة على الوفاء ، وقوله : أن لا يكون مماطلاً ، وبدنه : إمكان حضوره مجلس الحكم ، قاله الزُّركشي .

وفي «الشَّرح» و«الحَرَّر» : ماله : القدرة على الوفاء ، وقوله : إقراره بالدَّين ، وبدنه : الحياة ، فإن امتنع من القبول ، أجبر عليه في الأصحَّ . وفي براءة ذمَّة المحيل قبل أن يجبره الحاكم روايتان :

إحداهما : نعم ، نقلها الجماعة ، وهي المذهب ، فلو هلك المحال عليه معسرًا ، أو مات ، أو جحد ؛ فلا شيء له .

وإن ظنَّه مليئاً فبان مفلساً ، ولم يكن رضي بالحوالة ، رجع عليه ، وإلا فلا ، ويحتمل أن يرجع ، وإذا أحال المشتري البائع بالثمن ، أو أحال البائع عليه به ، فبان البيع باطلاً ، فالحوالة باطلة .

والثانية : لا يبرأ ، إلا أن يجبره الحاكم ، لكن تنقطع المطالبة بمجرد الحوالة ، ويصير بمثابة من بذل ما عليه من دين ، فامتنع ربه من قبضه ، أجبره الحاكم على القبض ، ولا تبرأ ذمة الغريم قبل ذلك .

(وإن ظنَّه مليئاً ، فبان مفلساً ، ولم يكن رضي بالحوالة ، رجع عليه) ذكره في «الوجيز» وغيره ؛ لأنَّ الفلس عيبٌ ، ولم يرض به ، فاستحقَّ الرجوع كالمبيع المغيب (وإلا فلا) أي : إذا رضي بالحوالة ، فلا رجوع له ، نصَّ عليه ؛ لأنَّه مع الرضى يزول شغل الذمَّة ، فلا يعود بعد زواله (ويحتمل أن يرجع) هذا رواية كشرطها .

وفي «المغني» احتمالان ، وفي «الكافي» روايتان ، وظاهره : أنَّه إذا رضي المحتال بها مع علمه بفلس المحال عليه ، أنَّه لا رجوع له بغير خلافٍ ، لرضاه بدون حقِّه كالمغيب .

(وإذا أحال المشتري البائع بالثمن ، أو أحال البائع عليه به ، فبان البيع باطلاً) كما لو اشترى عبداً ، فظهر حرّاً ، أو مستحقاً (فالحوالة باطلة) لأنَّه يبطلان البيع تبييناً أنَّ لا ثمن على المشتري ، والحوالة فرغ على الثمن ، فإذا يبطل الفرع ، لبطلان أصله ، فيرجع المشتري على من كان له عليه الدين في مسألة حوالته ، وعلى المحال عليه في مسألة الحوالة عليه ، لا على البائع ؛ لأنَّ الحوالة لما بطلت ، وجب بقاء الحقِّ على ما كان .

ويعتبر ثبوت ذلك ببيئته ، أو اتِّفاقهم ، فلو اتَّفقا على حرِّيَّة العبد ، وكذَّبهما المحتال ، لم يقبل قولهما عليه ، لأنَّهما يبطلان حقَّه ، كما لو باع المشتري ، ثم اعترف هو وبائعه : أنَّه كان حرّاً ، وإن أقاما بيئته لم تسمع ؛ لأنَّهما كذَّباها بدخولهما في التَّبايع ، لكن إن أقاما العبد قبلت ، وبطلت الحوالة ، وإن صدَّقهما المحتال ، وادَّعى أنَّها بغير ثمن العبد ، قبل قوله مع يمينه ، وإن اتَّفقا

وإن فسخ البيع بعيب ، أو إقالة ، لم تبطل الحوالة ، وللبائع أن يحيل المشتري على من أحال المشتري عليه في الصورة الأولى ، وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية ، ويحتمل أن تبطل إن لم يكن قبضها .

الحيل والمحتال على حرثته ، وكذبهما المحال عليه ، لم يقبل قولهما عليه ؛ لأنه إقرار على غيرهما ، وتبطل الحوالة .

ولو اعترف المحتال والمحال عليه بذلك ، عتق لإقرار من هو في يده بحرثته ، وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما ، ولم يكن للمحتال الرجوع على الحيل ؛ لأن دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته .

(وإن فسخ البيع بعيب ، أو إقالة) أو خيار ، أو انفسخ النكاح ونحوه بعد الحوالة (لم تبطل الحوالة) لأن عقد البيع لم يرتفع هنا ، فلم يسقط الثمن ، فلم تبطل الحوالة ، لانتفاء المبتل ، وكما لو أخذ البائع بحقه عوضاً ، وحينئذ للمشتري الرجوع على البائع فيهما ؛ لأنه لما ردّ العوض ، استحق الرجوع بالعوض ، والرجوع في عينه متعذر ، للزوم الحوالة ، فوجب في بدله ، وإذا لم البدل وجب على البائع ؛ لأنه هو الذي انتفع بمبدله .

(وللبائع أن يحيل المشتري على من أحال المشتري عليه في الصورة الأولى ، وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية) لأن دين البائع ثابت على من أحاله المشتري عليه ، ودين المشتري ثابت على البائع ثبوتاً مستقراً ، فصحت الحوالة عليه ، كسائر الحقوق المستقرّة .

(ويحتمل أن تبطل ، إن لم يكن قبضها) حكاها في «المحرر» و«الفروع» قولاً ، وقدمه في «الكافي» ؛ لأن الحوالة بالثمن ، وقد تسقط بالفسخ ، فوجب بطلان الحوالة لذهاب حقه من المال ، كما لو ظهر المبيع مستحقاً .

فعلى هذا : في بطلان إذن المشتري للبائع وجهان .

وأبطل القاضي الحوالة به ، لا عليه ، لتعلق الحق بثالث . وظاهره : أنها لا تبطل إذا كان المحتال قبضها ، وجهاً واحداً ؛ لأنه قبض منه بإذنه (وإذا) أمر رجلاً بقبض دين له غريمه ، ثم اختلفا (قال : أحلتك ، قال : بل ، وكلتني)

وإذا قال : أحلتك ، قال : بل ، وكُلّتي ، أو قال : وكُلّتك ، قال : بل ، أحلّتي ، فالقول قول مدّعي الوكالة ، وإن اتّفقا على أنّه قال : أحلتك ، وأدّعى أحدهما أنّه أريد بها الوكالة ، وأنكر الآخر ، ففي أيّهما يقبل قوله ؟ وجهان ، وإن قال : أحلتك بدينك ، فالقول قول مدّعي الحوالة وجهًا واحدًا .

في قبضه ، وديني باقي في ذمّتك (أو قال : وكُلّتك) بلفظ الوكالة (قال : بل أحلّتي) بلفظ الحوالة (فالقول قول مدّعي الوكالة) مع يمينه ؛ لأنّه يدّعي بقاء الحقّ على ما كان ، وينكر انتقاله .

فأمّا إن كان لأحدهما بيّنة ، حكم بها ؛ لأنّ اختلافهما في اللفظ ، وهو ما يمكن إقامة البيّنة عليه .

(وإن اتّفقا على أنّه قال : أحلتك) أو أحلتك بديني (وأدّعى أحدهما : أنّه أريد بها الوكالة ، وأنكر الآخر ، ففي أيّهما يقبل قوله ؟ وجهان) كذا في «الكافي» و«الفروع» أحدهما ، وهو المذهب : يقبل قول مدّعي الوكالة ؛ لأنّ الأصل بقاء الحقّ على المحال عليه ، والمحتال يدّعي نقله ، والحيل ينكره ، والقول قول المنكر .

والثاني : يقبل قول مدّعي الحوالة ؛ لأنّ الظاهر معه ، لموافقة دعواه الحقيقة ، ودعوى خصمه المجاز ، فعليه : يحلف المحتال ، ويثبت حقّه في ذمّة المحال عليه ، ويستحقّ مطالبته ، ويسقط عن الحيل .

وعلى الأول : يحلف الحيل ، ويبقى حقّه في ذمّة المحال عليه ، وعليهما إن كان المحتال قبض الحوالة من المحال عليه ، وتلف في يده ، فقد برئ كلّ واحد منهما من صاحبه ، ولا ضمان عليه ، سواء تلف بتفريط ، أو غيره ، وإن لم يتلف ، فوجهان .

(وإن قال : أحلتك بدينك) باتّفاقهما على ذلك ، ثم اختلفا (فالقول قول مدّعي الحوالة وجهًا واحدًا) وكذا في «المحرّر» ؛ لأنّ الحوالة بدينه لا تحتل الوكالة ، فلم يقبل قول مدّعيها .

باب الصُّلح

تنبيهات

الأول : الحوالة على ماله من الدَّيُون إذن في الاستيفاء فقط ، وللمحتال الرُّجوع ، ومطالبة محيله ، وإحالة من لا دين عليه على من دينه عليه وكالة ، ومن لا دين عليه في مثله وكالة في اقتراض ، وكذا مدين على بريء ، فلا يصارفه ، نصَّ عليه ، وفي «الموجز» و«التبصرة» : إن رضي البريء بالحوالة ، صار ضامناً يلزمه الأداء ، ذكره في «الفروع» .

الثاني : من ثبت له على غريمه مثل ما له عليه ، قدرًا وصفةً ؛ تساقطا ، فإن اختلفا في القدر سقط الأقلُّ ، ومثله من الأكثر ، وعنه : برضاهما ، وعنه : أو أحدهما ، وعنه : لا يتقاضى الدَّيْنان ، كما لو كان أحدهما دين سلمٍ ، وفي «الفروع» : أو كانا من غير الأثمان .

الثالث : إذا كان له دينٌ على آخر ، فطالبه ، فقال : أحلت به فلانًا الغائب ، وأنكر ربُّ المال ، قبل قوله مع يمينه ، ويعمل بالبيَّنة .

الرابع : إذا نوى المديون وفاء دينه ، وإلاَّ فهو متبرِّعٌ ، وإن وفاه حاكمٌ قهراً ، كفت نيَّته ، إن قضاه من مديونٍ ، وفي لزوم ربِّ الدَّيْن بنية قبض دينه ؛ وجهان ، وإن ردَّ بدل عينٍ ، نوى ، ذكره ابن عقيل .

باب الصُّلح

وهو ثابت بالإجماع ، وسنده عمومُ قوله تعالى : ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾ [الحجرات : ٩] ، ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشورًا أو إعراضًا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحًا والصلح خيرٌ﴾ [النساء : ١٢٨] .

والسُّنة شهيرةٌ بذلك ؛ فمنها ما روى أبو هريرة : أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : «الصلح جائزٌ بين المسلمين ، إلاَّ صلحًا حَرَّمَ حلالًا ، أو أحلَّ حرامًا» رواه أبو داود ،

الصُّلْحُ في الأموال قسمان ، أحدهما : صلحٌ على الإقرار ، وهو نوعان ، أحدهما : الصُّلْحُ على جنس الحقِّ ، مثل أن يقرَّ له بدين ، فيضع عنه بعضه ، أو بعين ، فيهب له بعضها ، ويأخذ الباقي - صحَّ ، إن لم يكن بشرطٍ مثل أن يقول على أن تعطيني الباقي .

والترمذِيُّ ؛ وقال : حسنٌ صحيحٌ ، وصحَّحه الحاكم .

وهو أنواعٌ : صلحٌ بين المسلمين وأهل الحرب ، وبين أهل العدل والبغي ، وبين الزوجين ؛ إذا خيف الشُّقاق بينهما ، وصلح بين المتخاصمين ، وهو المقصود هنا . ومعناه لغةٌ : قطع المنازعة .

وشرعاً : معاهدةٌ يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين .

(الصُّلْحُ في الأموال قسمان : أحدهما : صلحٌ على الإقرار ، وهو نوعان : أحدهما : الصُّلْحُ على جنس الحقِّ ، مثل أن يقرَّ له بدين ، فيضع عنه بعضه ، أو بعين) كدارٍ (فيهب له بعضها ، ويأخذ الباقي ، فيصحُّ) لأنَّ الإنسان لا يمنع من إسقاط بعض حقِّه ، كما لا يمنع من استيفائه ؛ لأنَّه عليه السَّلام كلَّم غرماء جابرٍ ليضعوا عنه ، وقضية كعبٍ مع ابن أبي حدرٍ شاهدةً بذلك .

قال أحمد : إذا كان لرجلٍ على آخر دينٌ ، ليس عنده وفاءٌ ، فوضع عنه بعض حقِّه ، وأخذ منه الباقي ؛ كان ذلك جائزاً لهما ، إذا كان بلفظ الإبراء . فإن كان بلفظ الصُّلْح ، فأشهر الروايتين : أنَّه لا يصحُّ ، وهي الأصحُّ ؛ لأنَّه صالح عن بعض ماله ببعض ، فهو هضمٌ للحقِّ . والثَّانية - وهي ظاهر «الموجز» و«التبصرة» ، ويحتمله كلام المؤلف - : يصحُّ ، وبالجملة ، فقد منع الخرقى ، وابن أبي موسى الصُّلْح على الإقرار ، وأباه الأكثرون ، كما اقتضاه كلام المؤلف .

فعلى الأوَّل : إن وفَّاه من جنس حقِّه ، فهو وفاءٌ من غير جنسه معاوضةً ، وإن أبرأه من بعضه ، فهو إبراءٌ ، وإن وهبه بعض العين ، فهو هبةٌ ، ولا يسمَّى صلحاً ؛ فالخلاف إذن في التَّسمية ، قاله في «المغني» و«الشرح» ، وأمَّا المعنى فمتَّفَقٌ عليه .

وشرطه (إن لم يكن بشرطٍ ، مثل أن يقول : على أن تعطيني الباقي) في

أو يمنعه حقّه بدونه ، ولا يصحّ ذلك من لا يملك التبرّع كالمكاتب ، والمأذون له ، ووليّ اليتيم ، إلّا في حال الإنكار ، وعدم البيّنة ، ولو صالح على المؤجّل ببعضه حالاً ، لم يصحّ ، وإن وضع بعض المال ، وأجلّ باقيه ، دون التأجيل .

الأصحّ ؛ لأنّه أكل مال الغير بالباطل ، وهضم للحقّ (أو يمنعه حقّه بدونه) أي : بدون الصلح ، فلا يصحّ قولاً واحداً .

(ولا يصحّ ذلك من لا يملك التبرّع ، كالمكاتب ، والمأذون له ، ووليّ اليتيم) لأنّه تبرّع ، وهؤلاء لا يملكونه ، (إلّا في حال الإنكار ، وعدم البيّنة) ، فإنّه يصحّ ، ومثله ناظر الوقف ، وصرّح به أبو العباس ابن تيمية في شرحه على «المحرّر» ؛ لأنّ استيفاء البعض عند العجز عن استيفاء الكلّ ، أولى من تركه .

وظاهره : أنّه مع الإقرار ، أو وجود البيّنة لا يملكونه ، لما قلنا ، ويصحّ عمّا ادعى على مولّيه وبه بيّنة ، وقيل : أو لا .

(ولو صالح عن المؤجّل ببعضه حالاً ، لم يصحّ) نقله الجماعة ؛ لأنّه يبذل القدر الذي يحطّه عوضاً عن تعجيل ما في ذمّته ، ومع الحلول والتأجيل لا يجوز ، كما لو أعطاه عشرة حالةً بعشرين مؤجلةً ، وفي «الإرشاد» و«المهجع» رواية بالصّحّة ، واختارها الشيخ تقيّ الدين لبراءة الذمّة هنا ، وكدين الكتابة ، جزم به الأصحاب ، ونقله ابن منصور ، وقال : ليس بينه وبين سيّده ربّاً ، فدلّ أنّه إنّما جوّزه على هذا الأصل ، والأشهر عكسه .

(وإن وضع بعض الحالّ ، وأجلّ باقيه) كما لو صالحه عن مائة حالةً بخمسين مؤجلةً ، (صحّ الإسقاط) ؛ لأنّه أسقطه عن طيب نفسه ، ولا مانع من صحّته ؛ لأنّه ليس في مقابله تأجيل ، فوجب أن يصحّ ، كما لو أسقطه كلّ ، وعنه : لا يصحّ ، وصحّحها أبو الخطّاب ، لأنّه هضم للحقّ ، والأوّل أصحّ .

(دون التأجيل) على الأصحّ ؛ لأنّ الحالّ لا يتأجلّ ، ولأنّه وعدّ ، وكذا لو صالحه عن مائة صحاح بخمسين مكشّرة ، هل هو إبراء من الخمسين ، ووعدّ في الأخرى ؟ قاله في «الفروع» .

وإن صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه ، مثل أن يصالح عن دية الخطأ ، أو عن قيمة متلف بأكثر منها من جنسها ؛ لم يصح . وإن صالحه بعوض ، قيمته أكثر منها ، صحَّ فيهما ، وإن صالحه عن بيت ، على أن يسكنه سنةً ، أو يبنى له فوقه غرفةً ، لم يصحَّ ، وإن قال : أقرَّ لي بديني ، وأعطيك منه مائةً ، ففعل صحَّ الإقرار ، ولم يصحَّ الصُّلح .

(وإن صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه ، مثل أن يصالح عن دية الخطأ ، أو عن قيمة متلف ، بأكثر منها من جنسها ، لم يصحَّ) جزم به في «الوجيز» ، وصحَّحه الشيخ تقي الدين ، وأنه قياس قول أحمد ؛ لأنَّ الدِّية والقيمة تثبت في الذِّمة بقدره ، فلم يجز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها ، كالثابتة عن قرض ، إذ الزَّائد لا مقابل له ، فيكون حرامًا ؛ لأنَّه من أكل المال بالباطل وكالمثلِّي . وقيد في «الفروع» وغيره المتلف بكونه غير مثلي ، ويخرج على ذلك تأجيل القيمة ، قاله القاضي وغيره ، وفي «المغني» و«الشرح» رواية : بأنَّه يصحُّ أن يصالح عن المائة الثابتة بالتلف بمائة مؤجلة ؛ لأنَّه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة ، فجاز ، كما لو باعه إيَّاه ، وذكر الشيخ تقي الدين رواية بتأجيل الحال في المعاوضة ، لا التبرُّع .

(وإن صالحه بعوض قيمته أكثر منها ، صحَّ فيهما) لأنَّه لا ربا بين العوض والمعوَّض ، فصحَّ ، كما لو باعه ما يساوي خمسةً بدرهم .

(وإن صالحه عن بيت) أي : إذا ادَّعى عليه بيتًا ، فصالحه (على أن يسكنه سنةً ، أو يبنى له فوقه غرفةً) أو صالحه على بعضه (لم يصحَّ) جزم به الأصحاب ؛ لأنَّه يصالحه عن ملكه على ملكه ، أو منفعة ، فمتى فعل ذلك ، كان تبرُّعًا ، متى شاء أخرجه منها ، وإن فعله على سبيل المصالحة معتقدًا إيجابه عليه بالصُّلح ، رجع عليه بأجرة ما سكن ، وأخذ ما كان في يده من الدَّار ؛ لأنَّه أخذه بعقدٍ فاسدٍ .

(وإن قال له : أقرَّ لي بديني ، وأعطيك) أو خذ (منه مائةً ففعل ، صحَّ الإقرار) لأنَّه أقرَّ بحقٍ يحرم عليه إنكاره (ولم يصحَّ الصُّلح) لأنَّه يجب عليه

فإن صالح إنساناً ليقرَّ له بالعبودية ، أو امرأة لتقرَّ له بالزَّوجيَّة ، لم يصحَّ ، وإن دفع المدَّعي عليه العبوديَّة إلى المدَّعي مالاً صلحاً عن دعواه ، صحَّ .

الإقرار بما عليه من الحقِّ ، فلم يحلَّ له أخذ العوض عما يجب عليه ، فعلى هذا يردُّ ما أخذ ؛ لأنَّه تبيَّن كذبه بإقراره ، وأنَّ الدَّين عليه ، فلزمه أدائه بغير عوض .

(وإن صالح إنساناً) مكلفاً (ليقرَّ به بالعبوديَّة) أي : بأنَّه مملوكه (أو امرأة لتقرَّ له بالزَّوجيَّة ، لم يصحَّ) لأنَّ ذلك صلحٌ يحلُّ حراماً ؛ لأنَّ إرقاق النَّفس ، وبذل المرأة نفسها بعوض ، لا يجوز .

(وإن دفع المدَّعي عليه العبوديَّة إلى المدَّعي مالاً صلحاً عن دعواه ، صحَّ) لأنَّه يجوز أن يعتق عبده بعوض ، ويشرع ذلك في حقِّ الدَّافع ، لقطع الخصومة المتوجَّهة عليه ، زاد في «المغني» و«الشَّرح» : ويدفع اليمين الواجبة ، وظاهره : أنَّ المرأة إذا دفعت إليه عوضاً عن هذه الدعوة ، ليكفَّ نفسه عنها ، لم يصحَّ ، وهو وجهٌ في «المغني» ، وهو ظاهر «البلغة» ؛ لأنَّ الدَّفع في الإنكار لاقتداء اليمين وقطع الخصومة .

ولا يمين عليها ، ولأنَّ خروج البضع من ملك الزَّوج لا قيمة له ، وإنما أجزى الخلع لأجل الحاجة إلى اقتداء نفسها .

والثَّاني : يصحَّ ، ذكره أبو الخطَّاب ، وابن عقيل ، وجزم به في «الوجيز» ؛ لأنَّ المدَّعي يأخذ عوضاً عن حقِّه في النِّكاح ، فجاز كعوض الخلع ، والمرأة تبذله لقطع الخصومة ، وإزالة الشرور ، بما توجَّهت اليمين عليها ، لكون الحاكم يرى ذلك .

فلو صالحته ، ثم ثبتت الزَّوجيَّة ، فإن قلنا : الصُّلح باطلٌ ؛ فالنِّكاح باقٍ بحاله ؛ لأنَّه لم يوجد من الزَّوج طلاقٌ ولا خلع ، وإن قلنا : هو صحيحٌ فوجهان ، أحدهما : كذلك ، والثَّاني : تبين منه بأخذ العوض ؛ لأنَّه أخذ العوض عمّا كان يستحقُّه من نكاحها ، فكان خلعاً ، كما لو أقرَّت له بالزَّوجيَّة ، فخالعها .

النوع الثاني : أن يصالح عن الحق بغير جنسه ، فهو معاوضة ، فإن كان بأثمان عن أثمان ، فهو صرف ، وإن كان بغير الأثمان فهو بيع ، وإن كان بمنفعة كسكنى دار ، فهو إجارة تبطل بتلف الدار ، كسائر الإجازات .

ولو ادّعت أن زوجها طلقها ثلاثاً ، فصالحها على مال ، لتترك دعواها ، لم يصح ، وقيل : بلى ، كما لو بذلت له عوضاً ليطلقها ثلاثاً .

(النوع الثاني) من صلح الإقرار (أن يصالح عن الحق بغير جنسه ، فهو معاوضة) كما لو اعترف له بعين في يده ، أو دين في ذمته ، ثم يعوّضه عنه بما يجوز تعويضه .

وهو ينقسم إلى أقسام ، نبّه عليها بقوله : (فإن كان بأثمان عن أثمان ، فهو صرف) لأنه يبيع أحد التّقدين بالآخر ، فيشترط له القبض في المجلس ونحوه (وإن كان بغير الأثمان ، فهو بيع) لأنه مبادلة المال بالمال ، وهو موجود هنا ، وفيه شيء .

ولو قال : بعرض فبيع ، لكان أولى ، فعلى هذا يشترط فيه العلم به كالبيع ، ويصح بلفظ الصلح في ظاهر كلامه ، وهو المذهب .

فرع : إذا صالح عن دين ، فيجوز بغير جنسه مطلقاً ، ويحرم بجنسه بأكثر أو أقل على سبيل المعاوضة ، وبشيء في الذمة يحرم التّفريق قبل القبض .

(وإن كان بمنفعة ، كسكنى دار) أو خدمة عبد ، أو يعمل له عملاً معلوماً (فهو إجارة) لأنها يبيع المنافع (تبطل بتلف الدار كسائر الإجازات) فإن تلفت قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت ، ورجع بما صالح عنه ، وبعد استيفاء بعضها ينفسخ فيما بقي منها ، ويرجع بقسط ما بقي .

وقيل : تبطل بناءً على تفريق الصّفقة ، وقيل : إن صالح عن دين أو عين ، بخدمية أو سكنى ، صح ، فإن تلفت العين قبل الانتفاع ، بطل الصلح ، ورجع بمقابله ، وإن كان عن إنكار رجوع بالدّعوى ، وإن كان عن إقرار رجوع فيما أقر له به ، وإن كان استوفى البعض ، رجوع ببقية حقه .

وإن صالحت المرأة بتزويج نفسها صحَّ ، فإن كان الصُّلح عن عيب في مبيعها ، فتبين أنَّه ليس بعيب ، رجعت بأرشه ، لا بمهرها ، وإن صالح عمًا في الذِّمَّة بشيء في الذِّمَّة ، لم يجز التَّفريق قبل القبض ؛

مسألتان

الأولى : إذا صالحه على أن يزوجه أمته ، صحَّ بشرطه ، وكان المصالح عنها صداقها ، فإن انفسخ النكاح قبل الدُّخول بأمر يسقط الصُّدَّاق ، رجع الزَّوج بما صالح عنه ، وإن طلقها قبل الدُّخول رجع بنصفه .

الثَّانية : إذا صالحه بخدمة عبد سنة صحَّ ، وكانت إجارة ، فإن أعتق العبد في أثناء المدة ، صحَّ عتقه ، وللمصالح أن يستوفي نفعه في المدة ، ولا يرجع العبد على سيِّده بشيء ؛ لأنَّه ما أزال ملكه بالعتق إلَّا عن الرِّقبة ، والمنافع حينئذٍ مملوكة لغيره ، ولأنَّه أعتقه مسلوب المنفعة ، فلم يرجع بشيء ، كما لو أعتق زمناً ، أو أمةً مزوجةً ، وقيل : يرجع على سيِّده بأجرة مثله .

(وإن صالحت المرأة) أي : بعد اعترافها له بدين أو عين (بتزويج نفسها صحَّ) ويكون صداقًا لها ؛ لأنَّ عقد التَّزويج يقتضي عوضًا ، فإذا جعلت ذلك عوضًا عن الحقِّ الذي عليها ، صحَّ كغيره (فإن كان الصُّلح عن عيب في مبيعها ، فتبين أنَّه ليس بعيب) كبياض في عين الرقيق ، ظنَّه عمى ، وانتفاخ بطن الأمة ، يظنُّها حاملًا (رجعت بأرشه) أي : بأرش العيب ؛ لأنَّه صداقها (لا بمهرها) أي : مهر مثلها ، وحينئذٍ مهرها أرشه ، صرَّح به في «المحرَّر» و«الفروع» .

فعلى هذا إن كان موجودًا ، ثم زال كميع كان مريضًا ، فعوفي ، لا شيء لها ؛ لأنَّ زوال العيب بعد ثبوته حال العقد ، لا يوجب بطلان الأرش ، لا يقال : قياس ما تقدَّم في المصرة : أنَّه إذا صار لينها عادة ، وطلقت المروجة ، يمتنع الرَّدُّ ، فإذا زال العيب تعيَّن أن لا أرش ؛ لأنَّ الرَّدَّ فسخٌ للملك بسبب العيب ، فيستدعي مردودًا ، بخلاف الأرش ، فإنَّه عوضٌ عمَّا فات من العيب ، فلم يسقط وقت العقد بزواله بعده .

(وإن صالح عمًا في الذِّمَّة بشيء في الذِّمَّة ، لم يجز التَّفريق قبل القبض ؛

لأنَّه بيع دينٍ بدينٍ ، ويصحُّ الصُّلحُ عن المجهولِ بمعلومٍ إذا كان ممَّا لا يمكن معرفته للحاجة .

لأنَّه بيع دينٍ بدينٍ وهو منهئي عنه شرعاً ، ولأنَّه إذا حصل التَّفَرُّقُ قبل القبض ، كان كلُّ واحدٍ من العوضين ديناً ؛ لأنَّ محلَّه الذِّمَّةُ .

(ويصحُّ الصُّلحُ عن المجهولِ) عيِّناً كان أو ديناً ، سواءً جهلاه ، أو جهله من عليه الحقُّ (بمعلومٍ) نصُّ عليه ، بنقذٍ ونسيئةٍ بشرط (إذا كان ممَّا لا يمكن معرفته) أي : يتعذَّر علمه .

قال أحمد في الرَّجلِ يصلحُ عن الشَّيءِ : فإن علم أنَّه أكثر منه ، لم يجز ، إلَّا أن يوقفه ، إلَّا أن يكون مجهولاً لا يدري ؛ لقوله عليه السَّلام لرجلين اختصما في مواريث درست بينهما : «استهما وتوخَّيا الحقَّ وليحلل أحكما صاحبه» رواه أحمد ، وأبو داود ، ولأنَّه إسقاط حقٍّ ، فصَحَّ في المجهولِ ، كالعتاق ، والطلاق (للحاجة) ولأنَّه إذا صالح مع العلم ، وإمكان أداء الحقِّ بعينه ، فلا بُدَّ أن يصحَّ مع الجهل أولى .

ولو قيل بعدم جوازه ، لأنَّه يفضي إلى ضياع الحقِّ ، ولا نسلَم أنَّه فرع البيع ، فإنَّ البيع يصحُّ في المجهولِ عند الحاجة ، كأساسات الحائط ، وطي البئر .

وظاهره : أنَّه إذا كان الصُّلحُ بمجهولٍ ، أنَّه لا يصحُّ ؛ لأنَّ تسليمه واجبٌ ، والجهالة تمنعه ، وإن لم يتعذَّر علمه ، فكبراءة من مجهولٍ ، وظاهر نصوصه : أنَّه لا يصحُّ ، وهو ظاهر ما جزم به في «الإرشاد» وقطع به الشيخان و«الشرح» لعدم الحاجة .

قال أحمد : إن صولحت المرأة من ثمنها ، لم يصحَّ الصُّلحُ ، واحتج بقول شريح ، ولأنَّ المبيع للصُّلحِ الحاجة ، وهي منتفية هنا ، فلم يصحَّ كالبيع ، وخرج في «التعليق» و«الانتصار» في صلح المجهولِ والإنكار من البراءة من المجهولِ عدم الصُّحَّة ، وخرَّجه في «التَّبصرة» من الإبراء من عيبٍ لم يعلم به ، وقيل : لا يصحُّ عن أعيانٍ مجهولة ، لكونه إبراءً ، وهي لا تقبل .

فصل

القسم الثاني : أن يدّعي عليه عيناً أو ديناً ، فينكره ، ثم يصالحه على مال ، فيصح .

فصل

(القسم الثاني) : صلّح على الإنكار وهو (أن يدّعي عليه عيناً أو ديناً ، فينكره) أو يسكت (ثم يصالحه على مال فيصح) في قول أكثر العلماء ، لعموم ما سبق ، فإن قلت : قوله عليه السّلام : «إِلَّا صَلَاحًا أَحَلَّ حَرَامًا» وهذا داخل فيه ؛ لأنّه لم يكن له أن يأخذ من مال المدّعى عليه ، فحلّ بالصّلح .

فالجواب : أنّه لا يصحّ دخوله فيه ، ولا يمكن حمل الخبر عليه لأمرين أحدهما : أنّ ما ذكرتم يوجد في الصّلح بمعنى الهبة ، فإنّه يحلّ للموهوب ما كان حراماً .

الثاني : لو حلّ به المحرّم ، لكان الصّلح صحيحاً ، فإنّ الصّلح الفاسد لا يحلّ الحرام ، وإنّما معناه ما يتوصّل به إلى تناول المحرّم مع بقائه على تحرّيمه ، كما لو صالحه على استرقاق حرٍّ ، ولأنّه يصحّ مع الأجنبي ، فصحّ مع الخصم ، كالصّلح على الإقرار .

وشرط صحّته أن يكون المدّعي يعتقد حقّيّة ما ادّعاه ، والمدّعى عليه عكسه ، فيدفع إلى المدّعي شيئاً افتدائه ليمينه ، وقطعاً للخصومة ، وصيانةً لنفسه عن التّبذل ، وحضور مجلس الحكم ، فإنّ ذوي الأنفس الشّريفة يصعب عليها ذلك ، ولأنّ الشّريعة وردت بجلب المصالح ، ودرء المفاسد ، وهذا كذلك ، إذ المدّعي يأخذ عوض حقّه الثّابت له في اعتقاده ، سواء كان المأخوذ من جنس حقّه ، أو لم يكن .

لكن إن أخذ من جنس حقّه لم يجز بأكثر ؛ لأنّ الرّائد لا مقابل له ، وإن كان من غير جنسه ، جاز ، وظاهره : أنّه إذا ادّعى عليه وديعّة ، أو تفريطاً فيها ، أو قراضاً ، فأنكر وصالحه على مال ، فهو جائز ، ذكره في «الشّرح» وغيره .

ويكون بيعاً في حق المدعي ، حتى إن وجد بما أخذ عيباً ، فله ردّه وفسخ الصلح ، وإن كان شقصاً مشفوعاً ، ثبتت فيه الشفعة ، ويكون إبراءً في حق الآخر ، فلا يردّ ما صالح عنه بعيب ، ولا تؤخذ به شفعة . ومتى كان أحدهما عالماً بكذب نفسه ، فالصلح باطل في حقه ، وما أخذه حرام عليه ، وإن صالح عن المنكر أجنبيّ بغير إذنه صحّ .

(ويكون بيعاً في حق المدعي) لأنّه يعتقد عوضاً عن حقه ، فيلزمه حكم اعتقاده (حتى إن وجد بما أخذ عيباً ، فله ردّه ، وفسخ الصلح) كما لو اشترى شيئاً ، فوجده معيباً (وإن كان شقصاً مشفوعاً ، ثبتت فيه الشفعة) لأنّه يبيّع ؛ لكونه أخذه عوضاً ، كما لو اشتراه ، فإن صالح ببعض عين المدعي ، فهو فيه كمنكر ، وفيه خلاف .

(ويكون إبراءً في حق الآخر) أي : المنكر ؛ لأنّه دفع المال افتدائاً ليمينه ، وإزالة الضرر عنه ، لا عوضاً عن حقّ يعتقد (فلا يردّ ما صالح عنه بعيب ، ولا تؤخذ به شفعة) لاعتقاده أنّه ليس بعوض .

أصل : لم يتعرّض المؤلف لحلّول المأخوذ ، ولا تأجيله ، ولكن ذكر ابن أبي موسى في «الإرشاد» أنّه يصحّ بنقيد ونسيئة ؛ لأنّ المدعي ملجأ إلى التأخير بتأخير خصمه .

قال في «الترغيب» : وظهره لا تثبت فيه أحكام البيع ، إلّا فيما يختصّ البائع من شفعة عليه ، وأخذ زيادة مع اتّحاد الجنس ، واقتصر المجد على قول أحمد إذا صالحه على بعض حقه بتأخير ، جاز .

(ومتى كان أحدهما عالماً بكذب نفسه ، فالصلح باطل في حقه) لأنّه عالم بالحق ، قادراً على إيصاله إلى مستحقّه ، غير معتقّد أنّه محقّ (وما أخذه حرام عليه) ؛ لأنّه أكل للمال بدعواه الباطلة الكاذبة ، ولا يشهد له ، إن علم ظلمه ، نقله المروزي (وإن صالح عن المنكر أجنبيّ بغير إذنه ، صحّ) لأنّه قصد براءة ذمّته ، أشبه ما لو قضى دينه ، اعترف للمدعي بصحّة دعواه أولاً .

وظهره : أنّه لا فرق بين أن يكون المدعي ديناً أو عيئاً ، وهو كذلك في الدين ؛

ولم يرجع عليه في أصح الوجهين ، وإن صالح الأجنبي لنفسه ، لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى ، أو معترفاً بها ، عالماً بعجزه عن استقازها ، لم يصح .

لأن قضاء الدين جائز مطلقاً ، لقضية أبي قتادة ، وجزم به الأصحاب ، وفي العين إذا لم يذكر أن المنكر وكله وجهان ، أحدهما : يصح ، وهو ظاهر المتن ، و«الوجيز» افتداءً ليمينه ، وقطعاً للخصومة .

والثاني : لا يصح ، جزم به في «المحرر» ، وظهره : أنه يصح مع إذنه ، ويرجع عليه ؛ لأنه وكيله ، فلو قال : صالحني عن الملك الذي تدعيه ، ففي كونه مقراً له - وجهان .

(ولم يرجع عليه في أصح الوجهين) لأنه أدى عنه ما لا يلزمه أدائه .

والثاني : يرجع كالضمان ، والفرق واضح ، وهما إذا نوى الرجوع ، وخرجه القاضي ، وأبو الخطاب على الروايتين فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه ، وفي هذا التخريج نظر ؛ لأن هذا لا يثبت وجوبه على المنكر ، ولا يلزمه أدائه إلى المدعي ، فكيف يلزمه أدائه إلى غيره ؟

(وإن صالح الأجنبي لنفسه ، لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى) فالصالح باطل ؛ لأنه يشتري منه ما لم يثبت له ، ولا تتوجه إليه خصومة يفتدي منها ، أشبه ما لو اشترى ملك غيره (أو معترفاً بها عالماً بعجزه عن استقازها ، لم يصح) لأنه اشترى ما لا يقدر البائع على تسليمه ، كشاء الآبق . وظهره لا فرق بين أن يكون المصالح عنه ديناً أو عيناً .

وفرق بينهما في «المغني» و«الشرح» فصححاه في العين ؛ لأنه اشترى منه ملكه الذي يقدر على قبضه ، ومنعاه في الدين ، لما ذكرناه ، وحكيا عن بعض الأصحاب صحته ، وفيه نظر ؛ لأن بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح ، ففي ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى .

فإن اشتراه ، وهو يظن أنه عاجز عن قبضه ، فتبين أن قبضه ممكن صح في الأصح ، ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم

وإن ظنَّ القدرة عليه صحَّ ثمَّ إن عجز عن ذلك ، فهو مخيَّر بين فسخ الصُّلح وإمضائه

فصل

يصحُّ الصُّلح عن القصاص

المبيع ، وبين من لا يعلم ذلك .

(وإن ظنَّ القدرة عليه صحَّ) أي : مع الاعتراف بصحَّة الدَّعوى ؛ لأنَّه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه (ثمَّ إن عجز عن ذلك ، فهو مخيَّر بين فسخ الصُّلح) لأنَّه لم يسلم له المعقود عليه ، فكان له الرُّجوع إلى بدله (وإمضائه) لأنَّ الحقَّ له كالرَّدِّ بالعيب ، وفي «المغني» و«الشَّرح» احتمال أنَّه إن تبينَّ أنَّه لا يقدر على تسليمه تبيَّن أنَّ الصُّلح كان فاسداً ؛ لأنَّ الشرط هو القدرة على قبضه ، وهو معدومٌ حال العقد ، فهو كما لو اشترى عبده ، فتبيَّن أنَّه كان أبقاً .

تنبيهٌ : إذا قال أجنبي : أنا وكيل المدَّعى عليه في مصالحتك ، وهو مقرُّ لك في الباطن ، فظاهر «الخرقي» : أنَّه لا يصحُّ ، لأنَّه هضمٌ للحقِّ ، وقال القاضي : يصحُّ ، ومتى صدَّقه المنكر ملك العين ، ولزمه ما أدَّى عنه ، وإن أنكر الوكالة ، حلَّفه وبرئ ، وحكم ملكها في الباطن إن كان وكَّله ، فلا يقدر إنكاره ، وإن لم يوكله لم يملكها ، ويحتمل أن يقف على الإجازة ، فإن قال الأجنبي للمدَّعي : قد عرف المدَّعى عليه صحَّة دعواك ، وهو يسألك أن تصالحه عنه ، وقد وكلني في المصالحة عنه ، صحَّ ، وإن صالح عن المنكر بشيء ، ثم اقام بيَّنة أنَّ المنكر أقرَّ قبل الصُّلح بالملك للمدَّعي ، لم يسمع ، ولم ينقض الصُّلح ، ولو شهدت بأصل الملك .

فصل

هذا شروعٌ في الصُّلح عمَّا ليس بمالٍ (يصحُّ الصُّلح عن القصاص) ولم يفرقوا بين إقرارٍ وإنكارٍ ، قال في «المحرَّر» و«المغني» : يجوز عن قود ، وسكنى دارٍ ، وعيبٍ ، وإن لم يجز بيع ذلك ؛ لأنَّه لقطع الخصومة .

بديات ، وبكل ما يثبت مهرًا . ولو صالح سارقًا ليطلقه ، أو شاهداً ليحكم شهادته أو شفيعاً عن شفيعته ، أو مقدوفاً عن حدّه ؛ لم يصحّ الصلح .

وقال في «الفصول» : وإن القود له بدل ، وهو الدية كالمال ، وذكره المجد ، وقال : إن أراد بيعها من الغير ، صحّ ، ومنه قياس المذهب جوازه ، فإنه بمعنى الصلح بلفظ البيع ، وأنه يتخرّج فيه كالإجارة بلفظ البيع ، وأنه صرّح به أصحابنا ، بصحّة الصلح عن المجهول بلفظ البيع في صبرة أتلّفها جهلاً كيلها ، ذكره القاضي (بديات) لأنّ الحسن والحسين ، وسعيد بن العاصي بذلوا للذي وجب له القصاص على هدية بن خشرم سبع ديات ، فأبى أن يقبلها ، ولأنّ المال غير متعيّن ، فلا يقع العوض في مقابلته .

(وبكل ما يثبت مهرًا) قاله الأصحاب ؛ لأنّه يصحّ إسقاطه ، فلأن يصحّ الصلح عليه من باب أولى ، وإن جاوز الدية ، ذكره في «المحرّر» و«الفروع» ، وحاصله : أنّه يصحّ الصلح عن دم العمد ، بدون ديته ، وأكثر إن وجب القود عيناً ، أو طلب الولي ، وقلنا : يجب أحد شيئين ، وفي «التّرجيب» : لا يصحّ على جنس الدية ، إن قيل : موجه أحد شيئين ، ولم يختَر الولي شيئاً إلّا بعد تعيين الجنس من إبل ، أو غنم حذاراً من الرّبا ، وظاهر كلامهم يصحّ حالاً ومؤجّلاً ، وذكره المجد .

فرغ : إذا صالح عنه بعبد ، فخرج مستحقّاً ، رجع بقيمته في قول الجميع ، وكذا إن خرج حرّاً ، ومع جهالته كدارٍ وشجرةٍ تجب ديته ، أو أرش الجرح ، فإن علما بحرّيّته ، أو كونه مستحقّاً ، رجع بالدية ، لبطلان الصلح بعلمهما ، وإن صالح عن دارٍ ، فبان عوضه مستحقّاً ، رجع بها ، وقيل : بقيمته مع الإنكار ؛ لأنّ الصلح بيع في الحقيقة ، بخلاف الصلح عن القصاص ، فإنه ليس ببيع ، وإنما يأخذ عوضاً عن القصاص .

(ولو صالح سارقاً ليطلقه ، أو شاهداً ليحكم شهادته ، أو شفيعاً عن شفيعته ، أو مقدوفاً عن حدّه ، لم يصحّ الصلح) وفيه أمور :

الأول : إذا صالح سارقه ليطلقه ، لم يصحّ ؛ لأنّ الرّفع إلى السلطان ليس حقّاً

وتسقط الشُّفعة ، وفي الحدِّ وجهان ، وإنَّ صالحه على أن يجري على

يجوز الاعتياض عنه ، فلم يجز ، كسائر ما لا حقَّ فيه ، وكذا حكم الزَّاني والشارب .

الثَّاني : إذا صالح شاهدًا ليكتم شهادته ، لم يصحَّ ؛ لأنَّ كتمانها حرامٌ ، لم يصحَّ الاعتياض عنه ، ويشمل صورًا :

منها : أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بحقٍّ تلزمه الشَّهادة به ، كدين آدميٍّ ، أو حقَّ لله تعالى ، لا يسقط بالشُّبهة كالزَّكاة .

ومنها : أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بالزور ، فهو حرامٌ ، كما لو صالحه على أن لا يقتله ، ولا يغصب ماله .

ومنها : أن يصالحه على ألا يشهد عليه بما يوجب حدَّ الزَّنى والسرقة ، فلا يجوز الاعتياض في الكلِّ .

الثَّالث : إذا صالح الشَّفيع عن شفعته ، لم يصحَّ ؛ لأنها ثبتت لإزالة الضَّرر ، فإذا رضي بالعوض تبيُّنًا أن لا ضرر ، فلا استحقاق ، فيبطل العوض لبطلان معوّضه .

نقل ابن منصور : الشُّفعة لا تباع ، ولا توهب ، (و) حينئذٍ (تسقط الشُّفعة) جزم به في «الوجيز» لما قلناه ، وفيه وجهٌ : لا تسقط ؛ لأنَّ فيها حقًّا لله تعالى ، وأطلقهما في «المحرَّر» و«الفروع» .

الرَّابع : إذا صالح مقدوفًا عن حدِّه ، لم يجز أخذ العوض عنه ، كحدِّ الزَّنى ، وإن قلنا : هو له ، فليس له الاعتياض عنه ؛ لأنَّه ليس بمالٍ ، ولا يثول إليه ، بخلاف القصاص .

(وفي) سقوط (الحدِّ) به (وجهان) مبنيان على أن حدَّ القذف ، هل هو حقٌّ لله تعالى ، فلا يسقط ، أو له فيسقط بصلحه وإسقاطه كالقصاص ، جزم به في «الوجيز» .

فرغ : لا يصحُّ الصُّلح بعوضٍ عن خيارٍ (وإن صالحه على أن يجري على

أرضه ، أو سطحه ماءً معلوماً ، صحَّ . ويجوز أن يشتري ممراً في دار ، وموضعاً في حائطٍ يفتحه باباً ، وبقعة يحفرها بئراً .

أرضه أو سطحه ماءً معلوماً ، صحَّ لأنَّ الحاجة داعيةٌ إلى ذلك ، واشترط العلم به ؛ لأنَّه يختلف ضرره بكثرته وقلته ، وطريق العلم إمّا بمشاهدة ، وإمّا بمعرفة مساحته ، فيقدَّر في الأرض بالفدان ، وفي السطح بصغره أو كبره ، ويشترط معرفة الموضع الذي يخرج منه إلى السطح ؛ لأنَّ ذلك يختلف ، فإن كان بعوضٍ مع بقاء ملكه بإجارة ، وإلا فبيع .

ولا يعتبر بيان عمقه ؛ لأنَّه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه ، ولا تعيين المدة ، إذ العقد على المنفعة في موضع الحاجة من غير تقدير مدَّة جائز كالنكاح . وفي «القواعد» : ليس بإجارة محضة ، لعدم تقدير المدة ، بل هو شبيهٌ بالبيع . ودلَّ على أنَّه لا يحدث ساقية في وقف .

وذكره القاضي ، وابن عقيل ؛ لأنَّه لا يملكها كالمؤجرة ، وجوزَّه في «المغني» ؛ لأنَّ الأرض له ، ويتصرَّف فيها كيف شاء ، ما لم ينقل الملك ، فدلَّ أنَّ الباب والخوخة ونحوهما لا يجوز في مؤجرة ، وفي موقوفة الخلاف ، أو يجوز قولاً واحداً ، قال في «الفروع» : وهو أولى ، والظاهر : أنَّه لا تعتبر المصلحة ، وإذن الحاكم ، بل عدم الضرر .

تنبيهٌ : يحرم إجراء مائه في أرض غيره بلا إذنه ، لتضرُّره ، أو أرضه ، وكزرعه في أرض غيره ، وعنه : لا ، لقول عمر ، رواه مالك ، والأوَّل أقيس ؛ لأنَّه موافقٌ للأصول ، وقول عمر خالفه محمد بن مسلمة ، فعلى الثانية : تعتبر الضرورة ، جزم به في «الشرح» ، وقيل : مع الحاجة ، ولو مع حفر ، ونقل أبو الصَّقر : إذا أساح عيناً تحت أرضٍ ، فأنتهى حفره إلى أرضٍ لرجلٍ أو دارٍ ، فليس له منعه من ظهر الأرض ، ولا بطنها إذا لم يكن عليه مضرةٌ ، وفيه حديث الخشب .

(ويجوز أن يشتري ممراً في دار ، وموضعاً في حائطٍ يفتحه باباً ، وبقعة يحفرها بئراً) لأنَّ ذلك يجوز بيعها وإجارتها ، فجاز الاعتياض عنها بالصُّلح ،

وعلو بيت يني عليه بنياناً موصوفاً ، فإن كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجهين ، وفي الآخر يجوز إذا وصف العلو والسفل ، وإن حصل في هوائه أغصان شجرة غيره ، فطالبه بإزالتها ، لزمه ذلك ، فإن أبي ، فله قطعها .

كالدرب ، وليس هذا خاصاً بالدَّار ، بل الأملاك كلها كذلك ، ولو غير ممراً في ملكه لكان أولى ، ويشترط أن يكون ذلك معلوماً .

(و) يجوز أن يشتري (علو بيت يني عليه بنياناً موصوفاً) لأنه ملك للبايع ، فجاز بيعه كالأرض . ومعنى موصوفاً : أي : معلوماً ، وظاهره : أنه لا يجوز أن يحدث ذلك على الوقف .

قال في «الاختيارات» : وليس لأحد أن يني على الوقف ما يضرُّ به اتفاقاً ، وكذا إن لم يضرُّ به عند الجمهور .

(فإن كان البيت غير مبني ، لم يجز في أحد الوجهين) ذكره القاضي وغيره ؛ لأنه بيع العلو دون القرار ، فلم يجز كالمعدوم (وفي الآخر يجوز) جزم به في «المحرر» و«الوجيز» وصحَّحه في «الفروع» لأنه ملك للمصالح ، فجاز له أخذ العوض عنه كالقرار .

وشرطه (إذا وصف العلو والسفل) ليكون معلوماً ، ويصحُّ فعل ذلك صلحاً أبداً وإجارة مدة معلومة أيضاً .

(وإن حصل في هوائه أغصان شجرة غيره ، فطالبه بإزالتها) أي : بإزالة أغصانها (لزمه ذلك) لأنَّ الهواء تابع للقرار ، فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره ، كالدَّابَّة إذا دخلت ملكه ، وطريقه إمَّا القطع أو ليِّه إلى ناحية أخرى . ولا فرق بين أن يكون خاصاً به ، أو له فيه شركة .

(فإن أبي فله) أي : مالك الهواء (قطعها) ولو عبَّر بالإزالة - كغيره - لكان أولى ؛ لأنَّ ذلك إخلاء ملكه الواجب إخلاؤه ، وظاهره : أنه لا يفتقر إلى حكم بذلك ، وصرَّح به الأصحاب ؛ لأنه أمكنه إزالتها بلا إتلاف ، ولا قطع من غير سفه ولا غرامة ، فلم يجز له إتلافها كالبهيمة ، فإن أتلفها في هذه الحال ،

فإن صالحه عن ذلك بعوض ، لم يجز . وإن اتفقا على أن الثمرة له ، أو بينهما جاز ، ولم يلزم .

غرمها ، فإن لم يمكنه إزالتها إلا بالإتلاف ، فله ذلك ، ولا شيء عليه .

لكن قيل لأحمد : يقطعه هو ؟ قال : لا ، يقول لصاحبه حتى يقطع ، ولا يجبر المالك على الإزالة ؛ لأنه من غير فعله ، فإن تلف بها شيء ، لم يضمنه ، قدّمه في «الشرح» ، وذكر احتمالاً ، وهو وجه ضده

(فإن صالحه عن ذلك بعوض لم يجز) قاله أبو الخطاب ، سواء كان الغصن رطباً أو يابساً ؛ لأن الرطب يزيد ويتغير ، واليابس ينقص ، وربما ذهب كله .

وقال القاضي ، وجزم به في «الوجيز» : إن كانت الأغصان رطبة ، لم يجز الصلح عنها لزيادتها في كل وقت ، بخلاف اليابسة . واشترط القاضي في اليابس أن يكون معتمداً على نفس الحائط ، فإن كان في الهواء ، فلا ؛ لأنه تبع للهواء المجرد .

وقال ابن حامد ، وابن عقيل بجوازه مطلقاً ؛ لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الجواز ، لكونها لا تمنع التسليم ، بخلاف العوض ، فإنه يفتقر إلى العلم به لوجوب التسليم ، وأيده في «المغني» ، وقال : هو اللائق بمذهب أحمد ؛ لأن الحاجة داعية إلى ذلك ، لكثرتها في الأملاك المتجاورة ، وفي القطع إتلاف ضرر ، والزيادة المتجددة يعفى عنها ، كالتسمن الحادث في المستأجر للركوب .

(وإن اتفقا على أن الثمرة له) أي : لمالك الهواء (أو بينهما جاز) لأن الصلح على الثمرة أو بعضها أسهل من القطع ، ونقل المروذي ، واسحاق : أن أحمد سئل عن ذلك ، فقال : لا أدري ، قال في «المغني» : فيحتمل الصّحة ، لما روى مكحول مرفوعاً : «أما شجرة ظللت على قوم ، فهو بالخيار بين قطع ما ظلل ، أو أكل ثمرها» ويحتمل عدمها ، وقاله الأكثر ، فإن الثمرة وجوها مجهولان ، ومن شرط الصلح العلم بالعوض .

(ولم يلزم) إذ لزومه يؤدي إلى ضرر مالك الشجرة لتأبّد استحقاق الثمرة عليه ، أو إلى ضرر مالك الهواء ، لتأبّد بقاء الأغصان في ملكه .

ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحًا ، ولا ساباطًا ، ولا دكانًا ، ولا أن يفعل ذلك في ملك إنسان ، ولا درب غير نافذ إلا بإذن أهله .

فرغ : ثمرة غصن في هواء طريق عام للمسلمين ، ذكره في «المبهبج» .
آخر : حكم عروق الشجرة إذا امتدت إلى أرض غيره كالغصن ، سواء أثرت ضررًا ؛ لتأثيرها في المصانع ، وطبي الآبار ، وأساسات الحيطان ، أو لا ، وقيل عنه : إنما يثبت ذلك مع الضرر .

(ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحًا) وهو الرّوشن على أطراف خشب مدفونة في الحائط (ولا ساباطًا) وهو المستوفي للطريق كله على جدارين (ولا دكانًا) لأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه ، كغير النافذ ، ولا فرق بين أن يضرّ بالمارة أو لا ، لأنه إذا لم يضرّ حالًا ، فقد يضرّ مآلاً ، أذن الإمام فيه أو لا ؛ لأنه ليس له أن يأذن في ما لا مصلحة للمسلمين فيه ، لا سيّما إذا احتمل أن يكون ضرارًا عليهم في المال .

فعلى هذا : يضمن ما تلف به ، والمذهب : أنه يجوز ذلك في غير الدُّكان بإذن الإمام أو نائبه ، بلا ضرر ؛ لأنه نائب عن المسلمين ، فجرى إذنه مجرى إذنهم ، وفي «الفروع» جوزه الأكثر بإذن الإمام ، وفي «التّرجيب» : وأمكن عبور محمل ، وقيل : ورمح قائمًا بيد فارس ، ولم يعتبره أكثرهم ، بل يكون بحيث لا يضرّ بالعمارات والمحامل .

فرغ : حكم الميازيب والدُّكة كالجناح ، وقد روي أن عمر اجتاز على دار العباس ، وقد نصب ميزابًا إلى الطريق ، فقلعه ، فقال : تقلعه ، وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده ؟! فقال : والله لا ينصبه إلا على ظهري ، فانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه ، ولأنّ العادة جارية به ، وفي سقوط نصف الضّمان بتآكل أصله ، وجهان .

(ولا أن يفعل ذلك في ملك إنسان ، ولا درب غير نافذ ، إلا بإذن أهله) لأنّ المنع لحقهم ، فإذا رضوا بإسقاطه جاز ، والاستثناء راجع إلى الجمل الأخيرة ؛

فإن صالح عن ذلك بعوضٍ جاز في أحد الوجهين ، وإذا كان ظهر داره في دربٍ غير نافذٍ ، ففتح فيه بابًا لغير الاستطراق ، جاز ، ويحتمل أن لا يجوز ، وإن فتحه للاستطراق ، لم يجز إلا بإذنه ، في أحد الوجهين .

لأنَّ أهل الطريق الثَّافذ جميع المسلمين ، فالإذن من جميعهم غير متصوِّر ، فلا فائدة في الحكم عليه بالجواز .

(فإن صالح عن ذلك بعوضٍ جاز في أحد الوجهين) قاله أبو الخطاب ، وجزم به في «الوجيز» ، وصحَّحه في «الفروع» ؛ لأنَّه يجوز الصُّلح بغير عوضٍ ، فجاز أخذ عوضه كالقرار . وشرطه أن ما يخرج منه معلوم المقدار من الخروج والعلو .

والثَّاني : لا يجوز ، قاله القاضي ؛ لأنَّه بيعٌ للهواء ، وظاهره التعميم ، والمصرَّح به في كلام القاضي ، ونقله عنه في «الكافي» بأنَّ المنع في الجناح والسَّباط ، وأما الدُّكَّان ، فلا يتأتَّى فيها العلةُ ، لكونها تبنى على القرار ، لا على هوائه .

(وإذا كان ظهر داره في دربٍ غير نافذٍ ، ففتح فيه بابًا لغير الاستطراق جاز) لأنَّ له رفع جميع حائطه ، فبعضه أولى ، (ويحتمل أن لا يجوز) حكاه ابن عقيل ؛ لأنَّ شكل الباب مع تقادم العهد ربَّما استدلَّ به على حقِّ الاستطراق ، فيضُرُّ بأهل الدَّرب ، بخلاف رفع الحائط ، فإنَّه لا يدلُّ على شيءٍ .

(وإن فتحه للاستطراق ، لم يجز) ؛ إذ لا حقَّ له في الدَّرب الذي هو ملك غيره ، (إلا بإذنه) ؛ لأنَّ الحقَّ لهم ، وقد رضوا بإسقاطه (في أحد الوجهين) هو متعلِّق بقوله : لم يجز لا المستثنى ، والوجه الثَّاني : يجوز ، لأنَّه يملك رفعه ، والأوَّل أولى ؛ لأنَّه يجعل لنفسه حقَّ الاستطراق في محلٍّ مملوكٍ لغيره .

وظاهره : أنَّه يجوز فتحه في دربٍ نافذٍ ، لأنَّه يرتفق بما لم يتعيَّن بملكٍ أحدٍ عليه ، لا يقال : فيه إضرارٌ بأهل الطريق ، لجعله نافذًا يستطرق إليه من الشَّارع ؛ لأنَّه لا يصير الطريق نافذًا ، وإنما تصير داره نافذةً ، وليس لأحدٍ استطراقها .

وإن صالحهم جاز ، ولو أنَّ بابه في آخر الدَّرب ملك نقله إلى أوَّله ، ولم يملك نقله إلى داخل منه ، في أحد الوجهين .

(وإن صالحهم جاز) لأنَّ ذلك حقُّهم ، فجاز أخذ العوض عنه ، كسائر الحقوق (ولو أنَّ بابه في آخر الدَّرب) أي : غير النافذ (ملك نقله إلى أوَّله) أي : بلا ضرر ؛ لأنَّه ترك بعض حقِّه ؛ لأنَّ له الاستطراق إلى آخره .

وفي «التَّرجيب» وقيل : لا محاذيًا لباب غيره ، وجزم به في «الوجيز» .

فعلى الأوَّل : إن أراد نقله إلى موضعه الأوَّل كان له ذلك (ولم يملك نقله إلى داخل منه) وهو تلقاء صدر الرقاق (في أحد الوجهين) نصَّ عليه ؛ لأنَّه تقدَّم بابه إلى موضع الاستطراق له ، ولم يأذن فيه من فوقه ، وقيل : وأسفل منه ، ويكون إعارة في الأشبه .

وظاهر نقل يعقوب : يجوز إن سدَّ الأوَّل ، واختاره ابن أبي موسى ، والثَّاني : الجواز ؛ لأنَّ له في الابتداء جعل بابه حيث شاء ، فتركه له لا يسقط حقُّه منه .

فروع

الأوَّل : إذا كان في الدَّرب بابان لرجلين ، أحدهما في أوَّل الدَّرب ، والآخر في داخله ، فلصاحب الدَّاخل تحويله حيث شاء ؛ لأنَّه لا منازع له فيما يجاوز الباب الأوَّل ، إذا قلنا : ليس للقريب أن يقدِّمه إلى داخل ، وعلى الثَّاني لكلِّ منهما تقديمه ، فإن كان في داخل الدَّرب بابٌ لثالثٍ ، فحكم الأوسط كالأوَّل .

الثَّاني : إذا كان لرجل داران متلاصقتان ، ظهر كلُّ منهما إلى ظهر الأخرى ، بابهما في دربين مشتركين ، غير نافذٍ ، جاز له رفع الحاجب بينهما ، وجعلهما دارًا واحدةً ، فإن فتح بابًا بينهما ليتمكن من التَّطَرُّق إلى كلا الدَّريين ، فقال القاضي : لا يجوز ؛ لأنَّه يثبت له حقُّ الاستطراق في دربٍ لا ينفذ من دارٍ ، ولم يكن فيها طريقٌ ، وفي «المغني» : الأشبه الجواز ؛ لأنَّ له رفع الحاجز ، فبعضه أولى .

الثَّالث : يحرم إحداثه في ملكه ما يضُرُّ بجاره ، كحُمَام ، وتثُورٍ ، وكنيفٍ ، فإن فعل ، فله منعه كابتداء إحيائه ، وكدقٍّ ، وسقيٍ يتعدَّى إليه ، بخلاف طبخه ،

وليس له أن يفتح في حائط جاره ، ولا الحائط المشترك روزنةً ، ولا طاقاً ،
إلا بإذن صاحبه ، وليس له وضع خشبة عليه ، إلا عند الضرورة

وحَبْرَه ؛ لأنه يسيّر ، وعنه : ليس له منعه في ملكه المختص به ، ولم يتعلّق به حقّ
غيره ، وكتعليّة داره ، في ظاهر كلام المؤلّف ، ولو أفضى إلى سدّ الفضاء عن
جاره ، قاله الشّيخ تقيّ الدّين ، وقد احتجّ أحمد بقوله عليه السّلام : « لا
ضرر ، ولا إضرار » فيتوجّه المنع ، قاله في « الفروع » .

(وليس له) أي : يحرم عليه (أن يفتح في حائط جاره ، ولا الحائط المشترك
روزنةً ، ولا طاقاً) لأنه انتفاع بملك غيره ، وتصرف فيه بما يضره ، وكذا يحرم عليه
أن يغرز فيه وتدّاً ، أو يحدث حائطاً ، وكذا يمنع من بناء ستره ، ذكره جماعة ،
وحمل القاضي نصّه - : « يلزمه التّفقّه مع شريكه على السّتر » - على ستره قديمة
انهدمت ، واختار في « المستوعب » وجوبها مطلقاً على نصّه .

ويباح استناده إليه ، وإسناد شيء لا يضرّه ؛ لأنه لا مضرة فيه ، والتحرّز منه
يشقّ ، وفي « النهاية » في منعه احتمالان ، وله الجلوس في ظلّه ، ونظره في ضوء
سراجِه .

نقل المؤدّي : يستأذنه أعجب إليّ ، فإن منعه ، حاكمه ، ونقل جعفر : لا
يستأذنه .

قال الشّيخ تقيّ الدّين : العين والمنفعة التي لا قيمة لها عادةً ، لا يصحّ أن يرد
عليها عقد بيع ، أو إجارة اتّفاقاً ، (إلا بإذن صاحبه) ؛ لأنّ الحقّ له ، فإن صالحه عن
ذلك بعوض ، جاز .

(وليس له وضع خشبة عليه ، إلا عند الضرورة) فيجوز ، نصّ عليه ، لما روى
أبو هريرة : أن النّبي ﷺ قال : « لا يمنع جازّ جاره أن يضع خشبةً على جداره » ثم
يقول أبو هريرة : ما لي أراكم معرضين ، واللّه لأرmin بها بين أكتافكم . متفقّ
عليه .

ومعناه لأضعنّ هذه السّنة بين أكتافكم ، ولأحملنّكم على العمل بها ، وقيل :

بأن لا يمكنه التَّسْقِيفُ إِلَّا به . وعنه : ليس له وضع خشبية على جدار المسجد ، وهذا تنبيه على أنه لا يضع على جدار جاره .

معناه : لأضعن جذوع الجيران على أكتافكم ، مبالغةً ، ولأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضرُّ به ، أشبه الاستناد إليه .

وفي «المغني» و«الشرح» : إنه يجوز لحاجة ، نصَّ عليه ، ومحله ما لم يضرَّ بالحائط ، فإن أضرَّ به ، لم يجوز بغير خلافٍ نعلمه ، وإن أمكن وضعه على غيره ، فقال أكثر الأصحاب : لا يجوز ، وذهب ابن عقيل إلى جوازه للخبر .

(بأن لا يمكنه التَّسْقِيفُ إِلَّا به) هذا تفسيرٌ للضرورة ، وظاهره : لا فرق بين أن يكون له حائطٌ واحدٌ ، أو حائطان ، وصرَّح به في «المغني» ، واشترط القاضي ، وأبو الخطَّاب لجوازه : أن يكون له حائطٌ واحدٌ ، ولجاره ثلاثة ، وردَّه في «المغني» و«الشرح» : بأنَّه ليس في كلام أحمد .

وأما قال في رواية أبي داود : لا يمنعه إذا لم يكن ضررٌ ، وكان الحائط يبقى ، ولأنَّه قد يمتنع التَّسْقِيفُ على حائطين إذا كانا غير متقاربين ، أو كان البيت واسعاً يحتاج أن يجعل فيه جسراً ، ثم يضع الخشب على ذلك الجسر .

قال المؤلِّف : والأولى اعتباره بما ذكرنا ، ولا فرق بين أن يكون لبالغ ، أو يتيم ، عاقلٍ أو مجنونٍ .

لا يقال : قياسه : يجوز فتح الطَّاق ونحوه ؛ لأنَّ وضع الخشب ينفع الحائط ، ويمكنه ، بخلاف فتح الطَّاق ، فإنَّه يضرُّه .

(وعنه : ليس له وضع خشبية على جدار المسجد) نقلها أبو طالب ، واختارها أبو بكر ، وأبو محمد الجوزي ؛ لأنَّ القياس يقتضي المنع ، وترك في حقِّ الجار للخبر ، فيبقى ما عداه على مقتضى القياس (وهذا تنبيه) أي : خرَّج منها أبو الخطَّاب وجهًا (على أنه لا يضع على جدار جاره) لأنَّه إذا امتنع من وضعه على الجدار المشترك بين المسلمين ، وله فيه حقٌّ ؛ فلأنَّ يمنع من الملك المختصَّ بغيره أولى .

وإن كان بينهما حائطٌ ، فانهدم ، فطالب أحدهما صاحبه ببنائه معه ، أجبر عليه .

ويتأكد المنع بأن حقَّ الله مبنًى على السَّهولة والمسامحة ، بخلاف حقَّ الآدمي ، فإنه مبنًى على الشُّحِّ والضَّيق .

مسائل

الأولى : إذا ملك وضع خشبية على حائط ، فزال بسقوطه ، أو قلعه ، أو سقوط الحائط ، ثم أعيد ، فله إعادة خشبية عليه ؛ لأنَّ السَّببَ المجوِّزَ لوضعه مستمرٌّ ، فاستمرَّ الاستحقاق .

الثَّانية : إذا ملك وضع خشبية على جدار غيره ، لم يملك إجارته ، ولا إعارته ؛ لأنَّه إنما ملك ذلك للحاجة ، ولا حاجة هنا ، فلو أراد مالك الجدار إجارته ، أو إعارته على وجهٍ يمنع هذا المستحقَّ ، لم يملكه ، كما لو أراد هدم الحائط من غير حاجة .

الثَّالثة : إذا أذن له المالك في وضع خشبية ، أو البناء على جداره بعوض ، جاز ، سواء كان إجارةً في مدَّة معلومة ، أو صلحًا على وضعه على التَّأييد ، ومتى زال ، فله إعادته ، ويحتاج أن يكون البناء معلوم العرض ، والطُّول ، والشُّمك ، والآلات ، من الطَّين ، واللِّين ونحوه .

وإن كان في الموضع الذي يجوز له ، لم يجز أن يأخذ عوضًا ؛ لأنَّه يأخذ عوض ما يجب عليه بذله .

الرَّابعة : إذا وجد خشبية ، أو بناءة ، أو مسيلَ مائه في حقِّ غيره ؛ فالظاهر : وضعه بحق ، فمتى زال ، فله إعادته ؛ لأنَّ هذا الظَّاهر لا يزول ، حتى يعلم ما يخالفه .

(وإن كان بينهما حائطٌ) مشتركٌ (فانهدم فطالب أحدهما صاحبه ببنائه معه ، أجبر عليه) نقله الجماعة ، وصحَّحه القاضي ، وقَدَّمه في «المحرَّر» و«الفروع» ، وذكر

وعنه : لا يجبر . لكن ليس له منعه من بنائه ، فإن بناه بآلته ، فهو بينهما .

أنه اختيار الأصحاب ؛ لقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا إضرار » وكنقصه عند خوف سقوطه ، وكالقسمة .

(وعنه : لا يجبر) اختاره أبو محمد الجوزي ، والمؤلف ، وقال : هو أقوى في النظر ؛ لأنه ملك لا حرمة له في نفسه ، فلم يجبر مالكة على الإنفاق عليه ، كما لو انفرد ، وفارق القسمة ؛ لأنها لدفع الضرر عنهما ، بما لا ضرر فيه ، والبناء فيه ضرر ، لما فيه من الغرامة ، والضرر لا يزول بمثله .

وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط ، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع ، أو يكون معسراً ، وجوابه : بأن عدم حرمة الملك ، إن لم يوجب ، فحرمة شريكه الذي يتضرر بترك البناء موجب ، وفارق البناء المفرد من حيث إنه لا يفوت به حق ، ولا يتضرر به .

وقولهم : «الضرر لا يزال بالضرر» مدفوع بما روى أبو حفص العكبري ، عن أبي هريرة مرفوعاً : «من حق الجار أن لا يرفع البنيان على جاره ، ليسد عليه الرياح» وقولهم : «قد يكون الممتنع . . . إلى آخره» ينتقض بوضع خشبه عليه . وأما المعسر ، فلا قائل بإلزامه معها .

(لكن) عليها (ليس له منعه من بنائه) لأن له حقاً في الحمل ورسمًا في الحائط ، فلا يجوز منعه منه (فإن بناه بآلته فهو بينهما) على الشركة كما كان ؛ لأن الثاني إنما أنفق على التأليف ، وذلك أثر لا عين فملكها ، وحينئذ فليس له منع شريكه من الانتفاع به ، قبل أخذ نصف تأليفه في الأشهر ، كما ليس له نقضه ، وصرح به في «النهاية» .

وقيل : يملك منعه ، حتى يؤدّي ما يخصه من الغرامة ، وأبداه ابن المنجّأ بحثاً من عنده ، وحكى الأول عن الأصحاب ، ثم قال : وفيه نظر ، وينبغي أن يؤدّي إلى آخره ؛ إذ لو لم يكن كذلك ، لأدّى إلى ضياع حق الشريك ، ولأنه إذا أجبر على العمل ، فكذا يجبر على وزن أجرة البناء ، كما يجبره على وزن الآلات .

وإن بناه بآلة من عنده ، فهو له ، وليس للآخر الانتفاع به ، فإن طلب ذلك خير الباني بين أخذ نصف قيمته منه ، وبين أخذ آله . وإن كان بينهما نهْرٌ ، أو بئرٌ ، أو دولابٌ ، أو ناعورةٌ ، أو قناةٌ ، واحتاج إلى عمارةٍ ، ففي إجبار الممتنع روايتان ، وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته ، وإذا عمره ، فالماء بينهما على الشُّركة .

(وإن بناه بآلة من عنده ، فهو له) لأنَّه ملكه (وليس للآخر الانتفاع به) قبل أداء ما وجب عليه ؛ لأنَّه تصرَّف في ملك غيره بغير إذنه ، وحينئذٍ ، فله منعه من رسم طرح خشبٍ ، حتى يدفع نصف قيمة حقِّه .

وعنه : ما يخصُّه من غرامةٍ ؛ لأنَّه نائبه معنًى ، ويلزمه قبولها ، فإن أراد نقضه ، فليس له ذلك إذا بناه بآلة فقط ، وإن أراد غير الباني نقضه ، لم يملكه مطلقاً ، وله طلب نفقته مع الإذن .

وفيه - بنية رجوع على الأولى - الخلاف (فإن طلب ذلك) أي : الانتفاع (خير الباني بين أخذ نصف قيمته منه) لأنَّ في ذلك جمعاً بين الحقيين (وبين أخذ آله) لما في ذلك من استيفاء الحق .

فرعٌ : لو بنيا جداراً بينهما نصفين ، والثَّقة كذلك ، على أن ثلثه لواحدٍ وباقيه للآخر ، وأنَّ كلّاً منهما يحمله ما احتاج ، لم يصحَّ ، فلو وصفا الحمل ، فوجهان ، فإن لم يكن بين ملكهما حائطٌ ، فطلب أحدهما من الآخر بناء حاجزٍ لم يجبر الآخر عليه ، روايةً واحدةً ، فإن أراد البناء وحده ، كان له ذلك في ملكه خاصةً .

(وإن كان بينهما نهْرٌ ، أو بئرٌ ، أو دولابٌ ، أو ناعورةٌ ، أو قناةٌ ، واحتاج إلى عمارةٍ ، ففي إجبار الممتنع روايتان) أشهرهما الإجبار ، وجزم به في «الوجيز» بناءً على الحائط المنهدم (وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته) كالحائط (وإذا عمره ، فالماء بينهما على الشُّركة) لأنَّ العامر ليس فيه عينٌ ، بل أثرٌ ، فيجب أن يعود بينهما على ما كان ، ودلَّ ذلك على أنَّه إذا أنفق عليه ، لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء ؛ لأنَّه ينبع من ملكهما ، وإنَّما أثر أحدهما في نقل الطين منه .

تنبيه : إذا كان سطح أحدهما أعلى ، فليس له الصعود على سطحه ، على وجه يشرف على جاره ، ويلزمه بناء سترة تمنع مشاركة الأسفل ، نقله ابن منصور ، وقيل : ويشاركه كاستوائهما . وإذا اتفقا على بناء حائط بستان ، فبناه أحدهما ، فما تلف من الثمرة بسبب إهمال الآخر ، ضمن نصيب شريكه ، ذكره الشيخ تقي الدين ، وفي إجبار الممتنع لبناء السفلى بطلب الآخر ، روايات .

الثالثة - وهي أشهر - : ينفرد صاحبه به ، وعنه : يشاركه صاحب العلو ، فيجبر على مساعدته ، والبناء معه ، وهو قول أبي الدرداء ؛ لأنه حائط يشتركان في الانتفاع به ، أشبه الحائط بين ملكهما ، ومن له طبقة ثالثة في اشتراك الثلاثة في بناء السفلى ، ثم الاثنان في الوسط الروايتان ، فإن بناه الأعلى ، ففي منعه الأسفل من الانتفاع بالعرصة قبل أخذ القيمة احتمالان .



كتاب الحجر

وهو على ضربين : حجرٌ لحقَّ الغير ، نذكر منه هاهنا الحجر على المفلس .

كتاب الحجر

هو في اللغة : المنع والتضييق ، ومنه سُمِّي الحرام حجرًا ، قال الله تعالى : ﴿وَيَقُولُونَ حَجْرًا حَبْرًا مَحْجُورًا﴾ [الفرقان : ٢٢] أي : حرامًا محرَّمًا ، وسُمِّي العقل حجرًا ؛ لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح وتضرُّ عاقبته .

وهو في الشرع : منعٌ خاصٌّ ، أي : منع الإنسان من التصرف في ماله ، والأصل في مشروعيته قوله تعالى : ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء : ٥] أي : أموالهم ، لكن أضيفت إلى الأولياء ؛ لأنَّهم قائمون عليها مدبرون لها ، وقوله تعالى : ﴿وَابْتَغُوا الْيَتَامَى﴾ الآية [النساء : ٦] ، وإذا ثبت الحجر على هذين ، ثبت على المجنون من باب أولى .

(وهو على ضربين : حجرٌ لحقَّ الغير) أي : لغير المحجور عليه ، كالمفلس ، والمريض ، والزوجة بما زاد على الثلث في تبرُّع على رواية ، والعبد والمكاتب ، ، والمشتري ماله في البلد ، أو قريب منه بعد تسليمه المبيع ، والراهن ، والمشتري بعد طلب شفيح .

وضربٌ لحقه ، كالصغير ، والمجنون ، والسفيه (نذكر منه هاهنا الحجر على المفلس) أي : لحقَّ الغرماء ، فالمفلس : المعدم ، ومنه الخبر المشهور : «مَنْ تَعَدُّونَ الْمَفْلَسَ فِيكُمْ؟» قالوا : مَنْ لَا دَرَهْمَ لَهُ وَلَا مَتَاعَ . قال : «لَيْسَ ذَلِكَ الْمَفْلَسُ ، وَلَكِنَّ الْمَفْلَسَ مَنْ يَأْتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِحَسَنَاتٍ أَمْثَالِ الْجِبَالِ ، وَيَأْتِي وَقَدْ ظَلَمَ هَذَا ، وَأَخَذَ مِنْ عَرَضِ هَذَا ، فَيَأْخُذُ هَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، وَهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، فَإِنْ بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ أَخَذَ مِنْ سَيِّئَاتِهِمْ ، فَرَدَّ عَلَيْهِ ، ثُمَّ طَرَحَ فِي النَّارِ» رواه مسلم بمعناه .

فقولهم ذلك إخبارٌ عن حقيقة المفلس ؛ لأنَّه عرفهم ولغتهم ، وقوله : ليس ذلك المفلس ، يجوز لم يرِدْ به نفي الحقيقة ، بل أراد فلس الآخرة ؛ لأنَّه أشدُّ ،

ومن لزمه دينٌ مؤجَّلٌ ، لم يطالب به قبل أجله ، ولم يحجر عليه من أجله ، فإن أراد سفرًا يحلُّ الدين قبل مدَّته ، فلغريمه منعه ، إلا أن يوثقه برهنٍ أو كفيلٍ ، وإن كان لا يحلُّ قبله ، ففي منعه روايتان .

وأعظم ، حتى إنَّ فلس الدُّنيا عنده بمنزلة الغنى .

ومنه قولهم : أفلس بالحجَّة : إذا عدمها ، وقيل : هو من قولهم : ثمرٌ مفلسٌ : إذا خرج منه نواه ، فهو خروج الإنسان من ماله .

فحجر الفلس : منع حاكمٍ من عليه دينٌ حالٌّ ، يعجز عنه - ماله الموجود من التصرُّف فيه ، والمفلس : من لا مال له ، ولا ما يدفع به حاجته ، وعند الفقهاء : من دينه أكثر من ماله .

(ومن لزمه دينٌ مؤجَّلٌ لم يطالب به قبل حلول (أجله) لأنَّه لا يلزمه أدائه قبل الأجل ، ومن شرط المطالبة لزوم الأداء (ولم يحجر عليه من أجله) لأنَّ المطالبة لا تستحقُّ ، فكذا الحجر (فإن أراد سفرًا يحلُّ الدين قبل مدَّته) أي : قبل قدومه (فلغريمه منعه) لأنَّ عليه ضررًا في تأخير حقِّه عن محله (إلا أن يوثقه برهنٍ) يجوز (أو كفيلٍ) مليءٍ ، لزوال الضرر إذن .

(وإن كان لا يحلُّ قبله ، ففي منعه روايتان) إحداهما : له منعه .

قال في «المغني» : هو ظاهر كلام أحمد ، وقدمه في «المحرر» ، وجزم به في «الوجيز» ، وصحَّحه في «الفروع» ؛ لأنَّ قدومه عند المحلِّ غيرٌ متيقِّن ولا ظاهر ، فملك منعه إلا بوثيقة .

والثَّانية : لا يملك منعه ، وهي ظاهر «الخرقي» لأنَّ هذا السَّفر ليس بأمانة على منع الحقِّ في محله ، فلم يملك منعه منه ، كالسَّفر القصير ، والمذهب أنَّهما في غير جهادٍ متعيَّن زاد في «الفروع» : وأمرٌ مخوفٌ ؛ لأنَّ في ذلك تعريضًا لفوات النَّفس ، فلا يأمن من فوات الحقِّ ، فلو أحرم به لم يملك تحليله .

وقال الشَّيخ تقيُّ الدين ، وله منع عاجزٌ حتَّى يقيم كفيلاً بيدنه ، ووجهه في «الفروع» .

وإن كان حالاً ، وله مالٌ يفي به ، لم يحجر عليه ، ويأمره الحاكم بوفائه ، فإن أبى حبسه . فإن أصرَّ على الحبس ، باع ماله ، وقضى دينه ،

(وإن كان حالاً) وهو عاجزٌ عن وفاء بعضه ، حرم مطالبته ، والحجر عليه ، وملازمته (و) إن كان (له مالٌ يفي به) أي : بدينه الحال (لم يحجر عليه) لعدم الحاجة إلى ذلك ؛ لأنَّ الغرماء يمكنهم المطالبة بحقوقهم في الحال .

(ويأمره الحاكم بوفائه) أي : بعد الطلب ؛ لأنَّ الغرماء إذا طلبوا ذلك منه تعيَّن عليه ، لما فيه من فصل القضاء المنتصب له ، والمذهب : يجب إذن على الفور ، ويمهل بقدر ذلك اتفاقاً ، لكن إن خاف غريمه منه ، احتاط بملازمته أو كفيلٍ ، أو ترسيمٍ عليه ، قاله الشيخ تقيُّ الدين .

(فإن أبى حبسه) لما روى عمرو بن الشريد ، عن أبيه ، عن النَّبِيِّ ﷺ قال : «لِي الْوَاجِدُ ظِلْمٌ يَحُلُّ عَرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ» رواه أحمد ، وأبو داود وغيرهما .

قال أحمد : قال وكيعٌ : عرضه شكواه ، وعقوبته حبسه .

وليس لحاكم إخراجه ، حتَّى يتبيَّن له أمره ، أو يبرئه غريمه ، فإذا صحَّ عند الحاكم عسرتة ، أخرجه ، ولم يسعه حبسه ، فإن أصرَّ على عدم الوفاء مع القدرة ضرب ، ذكره في «المنتخب» وغيره .

قال في «الفصول» وغيره : يحبسه ، فإن أبى عزَّره ، قال : ويكرَّر حبسه وتعزيُّره ، حتَّى يقضيه . قال الشيخ تقيُّ الدين : لا أعلم فيه نزاعاً ، لكن لا يزداد كلُّ يوم على أكثر التَّعْزِير ، إن قيل : يتقدَّر .

فائدة : روى البخاريُّ من حديث أبي موسى : الحبس على الدَّين من الأمور المحدثَّة ، وأوَّل من حبس عليه شريحٌ ، وكان الخصمان يتلازمان ، قال ابن هبيرة : فأتمَّ الحبس الآن على الدَّين ، فلا أعرف أنَّه يجوز عند أحدٍ من المسلمين ، وأنا على إزالته حريصٌ . وردَّ بأنَّ الحبس عليه مذهب مالكٍ ، والشَّافعي ، والثَّعْمَان ، وأبي عبيد ، وعبيد الله بن الحسن وغيرهم .

(فإن أصرَّ على الحبس) ولم يقض الدَّين (باع) الحاكم (ماله وقضى دينه) لما

وإن ادّعى الإعسار ، وكان دينه عن عوض كالبيع ، وأعرض ، أو عرف له مالٌ سابقٌ حبس إلى أن يقيم بيّنةً على نفاذ ماله ، أو إعساره ، وهل يحلف معها ؟ على وجهين ،

روى كعب بن مالك : أن النبي ﷺ حجر على معاذٍ ماله ، وباعه في دينٍ كان عليه . رواه الخلال ، والذارقطني من رواية إبراهيم بن معاوية ، وقد ضَعُف ، ورواه الحاكم ، وقال : على شرطهما .

وظاهره : يجب ، نقل حرب : إذا تقاعد بحقوق الناس يباع عليه ، ويقضي ، وقال الشيخ تقي الدين : لا يلزمه ذلك ، وهو ظاهر ما قدّمه في «الفروع» .

فرعٌ : إذا مطله بحقه أحوجه إلى الشكاية ، فما غرمه بسبب ذلك فعلى الماطل (وإن ادّعى الإعسار ، وكان دينه عن عوض ، كالبيع ، والقرض ، أو عرف له مالٌ سابقٌ) زاد جماعةٌ : والغالب بقاؤه (حبس) لأن الأصل بقاء ماله ، وحبسه وسيلة إلى قضاء دينه ، كالمقرّ بيساره .

وكذا إذا لزمه عن غير مالٍ كالضمان ، وأقرّ بالملاءة ، فيقبل قول غريمه : أنه لا يعلم عسرته بدينه (إلى أن يقيم بيّنةً على نفاذ ماله) أي : تلفه ، وتقبل البيّنة من أهل الخبرة الباطنة وغيرها ؛ لأنّ التّلف يطلع عليه (أو إعساره) لأنّ البيّنة تظهر عسرته ، فوجب اعتبارها ، وحينئذٍ لا يجوز حبسه ، ويجب إنظاره .

ولا تحلّ ملازمته ؛ لقوله تعالى : ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرةً إلى ميسرة﴾ [البقرة : ٢٨٠] وتعتبر البيّنة به أن يكون من أهل الخبرة الباطنة ، ذكره في «المغني» و«الشرح» .

(وهل يحلف معها) أي : مع البيّنة أنه معسرٌ (على وجهين) أحدهما : لا يحلف ، وهو ظاهر كلام أحمد ، قال القاضي : سواءً شهدت بتلف المال ، أو الإعسار ؛ لأنها بيّنة مقبولة ، فلم يستحلف معها ، كما لو شهدت بأنّ هذا عبده ، والثاني : بلى ، وذكره ابن أبي موسى عن أصحابنا ، لاحتمال أن يكون له مالٌ باطنٌ خفي على البيّنة ، والمذهب - كما قطع به الشيخان ، وصحّحه في «الرعاية» و«الفروع» - : أنها إن شهدت بالتّلف ، فطلب منه اليمين على

وإن لم يكن كذلك حلف ، وخلي سبيله ، وإن كان له مال لا يفي

بدينه ،

عسرتة ، لزمه ذلك ؛ لأنَّ اليمين على أمرٍ محتملٍ ، خلاف ما شهدت به البيئة ، وإن شهدت بالإعسار ، فلا ، لما فيه من تكذيب البيئة .

تنبيه : ظاهر كلامهم أنَّ متى توجه حبسه ، حبس ، ولو كان أجيرًا في مدة الإجارة ، أو امرأة مزوجة ؛ لأنَّ الإجارة والزَّوجيَّة لا تمنع من الحبس ، إن قيل به .

وذكر الشيخ تقي الدِّين ، فيما إذا كان المدعي امرأة على زوجها : فإذا حبس لم يسقط من حقوقه عليها شيء قبل الحبس ، بل يستحقُّ عليها ، كحبسه في دين غيره ، فله إلزامها بملازمة بيته ، فإن خاف أن تخرج منه بلا إذنه ، فله أن يسكنها حيث لا يمكنها الخروج ، كما لو سافر عنها .

(وإن لم يكن كذلك) أي : لم يكن دينه عن عوض ، كأرش جنائية ، أو قيمة متلف ، أو مهر ، أو عوض خلع ، أو ضمان ، ولم يقرَّ بالملاءة ، ولم يعرف له مال سابق (حلف) أنَّه لا مال له (وخلي سبيله) لأنَّ الأصل عدم المال .

قال ابن المنذر : الحبس عقوبةٌ ، ولا نعلم له ذنبًا يعاقب به ، والأصل عدم ماله بخلاف من علم له مالٌ ، فإنَّه يحبس حتَّى يعلم ذهابه . وفي «الترغيب» : يحبس إلى ظهور إعساره ، وفي «البلغة» : إلى أن يثبت ، وظاهر «الخرقي» : يحبس في الحالين . والمذهب ما تقدَّم .

مسألة : يحرم أن يحلف معسرٌ لا حقَّ عليه ، ويتأوَّل ، نصَّ عليه ، ومن سئل عن غريبٍ ، وظنَّ إعساره ، شهد .

فائدة : قال أحمد : ثنا عفَّان ، ثنا عبد الوارث ، ثنا محمد بن جحادة ، عن سليمان بن بريدة ، عن أبيه : أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال : «من أنظر معسرًا ؛ فله بكلِّ يومٍ مثله صدقةً ، قبل أن يحلَّ الدِّين ، فإذا حلَّ الدِّين ، فأنظره ، فله بكلِّ يومٍ مثليه صدقة» إسناده جيّد .

(وإن كان له مال لا يفي بدينه) أي : الحال ، ولا كسب له ، ولا ما ينفق منه

فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه ، لزمته إجابته ، ويستحب إظهاره والإشهاد عليه .

فصل

ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام : أحدها : تعلّق حقّ الغرماء بماله ، فلا يقبل إقراره عليه ، ولا يصحّ تصرّفه فيه ، إلّا العتق على إحدى الروايتين .

غيره ، أو خيف تصرّفه فيه (فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه ، لزمته إجابته) لأنّه عليه السّلام حجر على معاذ ؛ لما سأله غرماؤه ، والأصح : إن طلب البعض الكلّ ، وظاهره : أنّه لا يحجر عليه من غير سؤال الغرماء ، لكن لو طلبه المفلس وحده ، فوجهان ، المذهب لا يلزمه إجابته .

(ويستحبّ إظهاره) أي : إظهار الحجر عليه (والإشهاد عليه) لأنّ في ذلك إعلامًا للنّاس بحاله ، فلا يعامله أحدٌ إلّا على بصيرة ، وليثبت عند حاكم آخر ، فلا يحتاج إلى ابتداء حجرٍ ثانٍ ، وهل للحاكم أن يشفع في إسقاط بعض الدّين ؟ على روايتين .

فصل

(ويتعلّق بالحجر عليه أربعة أحكام : أحدها : تعلّق حقّ الغرماء بماله) لأنّه لو لم يكن كذلك ، لما كان في الحجر عليه فائدة ، ولأنّه يباع في ديونهم ، فكانت حقوقهم متعلّقة به كالرّهن (فلا يقبل إقراره عليه) لأنّ حقوق الغرماء متعلّقة بأعيان ماله ، فلم يقبل الإقرار عليه ، كالعين المرهونة .

(ولا يصحّ تصرّفه فيه) لأنّه محجورٌ عليه بحكم الحاكم ، أشبه السّفية ، ومرادهم بالتّصرّف إذا كان مستأنفًا ، فإن كان غير مستأنفٍ ، كردّ بعبٍ اشتراه قبل الحجر ، وفسخه بالخيار المشروط قبل الحجر ، نفذ ، ولا يتقيّد بالأحظّ في أصحّ الوجهين ، قاله في «البلغة» .

(إلّا العتق على إحدى الروايتين) كالتّدبير ، اختارها أبو بكر ؛ لأنّه عتق من

وإن تصرف في ذمته بشراء ، أو ضمان ، أو إقرار صح ، ويتبع به بعد فك الحجر عنه ،

مالك ، فنفذ كالأهين ؛ لأن الشارع متشوف إليه ، ولذلك صح معلقه ، وكمال مبعظه ، زاد في «المستوعب» : وصدقه بيسير .

والثانية : لا ينفذ ، اختارها أبو الخطاب في «رعوس المسائل» وصححها في «المغني» و«الشرح» ، وهي المذهب ؛ لأنه ممنوع من التبرع لحق الغرماء ، فلم ينفذ عتقه ، كالمريض الذي يستغرق بدينه ماله ، ولأن الحاكم لم ينشئ الحجر ، إلا للمنع من التصرف ، وفي صحة العتق إبطال لذلك .

وعلم من ذلك أن تصرفه في ملكه بالبيع ونحوه قبل الحجر عليه - صحيح ، نص عليه ؛ لأنه رشيد غير محجور عليه ؛ ولأن سبب المنع الحجر ، فلا يتقدم سببه ، وقيل : لا ينفذ ، واختاره الشيخ تقي الدين ، وعنه : له منع ابنه من تصرفه في ماله ، إن أضره ، وعلى الأول يحرم إن أضر بغيره ، ذكره الأدمي البغدادي .

فرغ : لو أكرى جملاً بعينه ، أو داراً ، لم يفسخ بالفلس ، والمكثري أحق بها حتى تنقضي مدته .

آخر : يكفر هو ، وسفيه بصوم ، فإن فك حجره قبل تكفيره ، وقدر كفره بغيره .

(وإن تصرف في ذمته بشراء ، أو ضمان ، أو إقرار ، صح) لأنه أهل للتصرف ، فالحجر متعلق بماله ، لا بذمته منه ، فوجب صحة تصرفه في ذمته عملاً بأهليته السالبة عن معارضة الحجر .

(ويتبع به بعد فك الحجر عنه) لأنه حق عليه ، لم يتعلق بماله قبل فك الحجر لحق الغرماء ، فوجب أن يتبع به بعد فك الحجر عنه ، لزوال العارض ، وليس لأرباب هذه الحقوق مشاركة الغرماء ؛ لأن من علم بفلسه وعامله ، فقد رضي بالتأخير ، ومن لم يعلم ، فقد فرط ، أمّا إن ثبت عليه حق بيئية شارك صاحبه الغرماء ؛ لأنه دين ثابت قبل الحجر عليه ، أشبه ما لو شهد به قبل الحجر .

وإن جنى شارك المجني عليه الغرماء ، وإن جنى عبده قدّم حقّ المجني عليه
بثمنه .

فصل

الثاني : أن من وجد عنده عينًا باعها إياه ، فهو أحقّ بها ،

(وإن جنى) المفلس (شارك المجني عليه الغرماء) لأنّ حقّه ثبت على الجاني بغير
اختيار من له الحقّ ، ولم يرض بتأخيرها كما قبل الحجر عليه .

وحكم الجناية إذا كانت موجبة للقصاص ، وصلاح على مالٍ - حكم الجناية
الموجبة للمال ابتداءً ، لا يقال : أرش الجناية هنا يقدر على الغرماء ، كما تقدّم جناية
العبد المرهون على حقّ المرتهن ؛ لأنّ دين الجناية والغرماء يتعلّق فيهما بالذمّة ،
بخلاف جناية العبد المرهون ، فإنّها متعلّقة بالعين تفوت بفواتها .

(وإن جنى عبده قدّم حقّ المجني عليه بثمنه) لأنّ حقّه تعلّق بالعين ، فيقدم على
من تعلّق حقّه بالذمّة .

كما يقدر حقّ المرتهن بضمن الرهن على الغرماء ، ولأنّ حقّ المجني عليه يقدر
على المرتهن ، فأولى أن يقدر على حقّ الغرماء .

مسألة : إذا وجب له قودّ ، فله أخذه وتركه مجاناً ، نصّ عليه ، وما أخذه ،
أو عفا عنه ، فللغرماء أخذه ، وكذا لو عفا مطلقاً ، وقلنا : الواجب بقتل العمد أحد
شيعين .

فصل

(الثاني : أن من وجد عنده عينًا باعها إياه ، فهو أحقّ بها) روي عن عليّ
وعمّار ، وأبي هريرة ، لحديث أبي هريرة : أنّ النّبىّ ﷺ قال : «من أدرك متاعه
عند إنسانٍ أفلس ، فهو أحقّ به» متفق عليه .

قال أحمد : لو أنّ حاكماً حكم : أنّه أسوة الغرماء ، ثم رفع إلى رجلٍ يرى

بشرط أن يكون المفلس حيًا ،

العمل بالحديث ، جاز له نقض حكمه ، ذكره في «المغني» و«الشرح» ، ويحتمل أن لا ينقض ، وحينئذ البائع بالخيار بين الرجوع فيها ، وبين أن يكون أسوة الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساويةً لثمنها ، أو لا .

وظاهره : لا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم ، لثبوته بالنص ، كفسخ المعنقة ، وقيل : بل بناء على تسويغ الاجتهاد ، وهو على التراخي كالرجوع في الهبة ، وقيل : على الفور ، نصره القاضي ، كخيار الشفعة ، وهما مبنيان على الروايتين في الرد بالعيب ، قاله في «الشرح» ، فلو بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ، لم يلزمه قبوله . نص عليه .

فإن دفعوا الثمن إلى المفلس ، فبذله للبائع ، لم يكن له الفسخ ؛ لأنه زال العجز عن تسليم الثمن ، فزال ملك الفسخ ، كما لو أسقط الغرماء حقهم .

وفيما إذا باعه بعد حجره في ذمته ، وتعدّر الاستيفاء - أقوال ، ثالثها : له خيار الفسخ ، إذا كان جاهلاً به ، وهو ظاهر كلام جماعة ؛ لأن العالم دخل على بصيرة بخراب الذمة . كما لو اشترى معيّنًا يعلم عيبه ، بخلاف الجاهل .

ويستثنى من ذلك ما إذا كان المبيع صيدًا ، والبائع محرّم ، فإنه لا يملك الرجوع فيه ، كما لو اشتراه ، وظاهره : اختصاص هذا الحكم بالبيع ، وليس كذلك ، فلو اقترض مالا ، ثم أفلس ، وعيّن المال قائمة ، فله الرجوع فيها .

أو أصدق امرأة عينًا ، ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها . يسقط صداقها ، إن طلقها قبل الدخول ، فاستحق الرجوع في نصفه ، وقد أفلست ، ووجد عين ماله ، فهو أحق به ، وظاهره : أنه لا رجوع لورثة البائع ، لظاهر الخبر .

والأصح : أنه يثبت لهم (بشرط أن يكون المفلس حيًا) إلى أخذها ، لما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام : أن النبي ﷺ قال : «أثما رجل باع متاعًا ، فأفلس الذي ابتاعه ، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئًا ، فوجد متاعه بعينه ، فهو أحق به ، وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء» رواه مالك ، وأبو داود مرسلاً ، ورواه أبو داود مسندًا من حديث إسماعيل بن عياش

ولم ينقد من ثمنها شيئاً ، والسَّلعة بحالها لم يتلف بعضها ،

عن الزَّيْدِيِّ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن أبي بكرٍ ، عن أبي هريرة ؛ قال أبو داود : وحديث مالكٍ أصحُّ .

فعلى هذا : البائع أسوة الغرماء ، سواء علم بفلسه قبل الموت ، فحجر عليه ، ثم مات ، أو مات فتبين فلسه ، ولأنَّ الملك انتقل عن المفلس إلى الورثة ، أشبه ما لو باعه .

وعنه : له الرجوع ، لما روى عمر بن خلدة ، قال : أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس ، فقال : لأقضين فيكم بقضاء رسول الله ﷺ : من أفلس ، أو مات ، فوجد رجلٌ متاعه بعينه ، فهو أحقُّ به . رواه أبو داود .

وجوابه : بأنَّه مجهول الإسناد ، قاله ابن المنذر ، وهذا الشرط لم يذكره في «التَّلخيص» و«البلغة» .

(ولم ينقد من ثمنها شيئاً) ولا أبرئ من بعضه ، فإن كان قد نقد من ثمنها ، أو أبرئ منه ، فهو أسوة الغرماء ؛ لأنَّ في الرجوع في قسط ما بقي تبعضاً للصفقة على المشتري ، وإضراراً له ، لا يقال : لا ضرر فيه ، لكون مال المفلس يباع ، ولا يبقى ؛ لأنَّ الضرر متحقق مع البيع ، فإنَّه لا يرغب فيه كالرغبة منفرداً ، فينقص ثمنه ، فيتضرر المفلس والغرماء ، ولأنَّه سبب يفسخ به البيع ، فلم يجز مع تشقيصه ، كالرَّدِّ بالعيب .

(والسلعة بحالها لم يتلف بعضها) للخبر ، فلو ذهب بعض أطراف العبد ، أو عينه ، أو بعض الثوب ، أو انهدم بعض الدَّار ، أو تلفت الثمرة ، فيما إذا اشترى شجرةً مثمرًا لم تظهر ثمرته ، قاله في «الشرح» ، فهو أسوة الغرماء ؛ لأنَّه لم يجدها بعينها ؛ إذ الشَّارع جعله شرطاً في الرجوع .

ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن ، أو يأخذه بقسطه منه ؛ لأنَّه فات شرط الرجوع .

فإن باع بعضه ، أو وهبه ، أو وقفه ، أو خلطه بغيره على وجه لا يتميِّز ،

ولم تتغيّر صفتها بما يزيل اسمها ، كنسج الغزل ، وخبز الدقيق ، ولم يتعلّق بها حقّ من شفعةٍ أو جنايةٍ ،

كزيتٍ بمثله ؛ فهو كتلفه ، وظاهره : ولو كان المبيع عينين ، وفيه روايتان : إحداهما - ونقلها أبو طالب - : لا رجوع ، بل هو أسوة الغرماء ؛ لأنّه لم يجد المبيع بعينه .
والثانية : بلى ، نقلها الحسن بن ثواب ، وقدمها في «المحرّر» ؛ لأنّ السّالم من المبيع وجده بعينه ، فيدخل في العموم ، وحينئذٍ يأخذ الباقي بقسطه من الثّمن ، وعليها يفرق بينها وبين ما إذا قبض بعض الثّمن ؛ لأنّ المقبوض من الثّمن مقسّطٌ على المبيع ، فيقع القبض من ثمن كلّ واحدة من العينين ، وقبض شيءٍ من ثمن ما يريد الرجوع فيه مبطلٌ له ، بخلاف الثّلث ، فإنّه لا يلزم من تلف أحد العينين تلف شيءٍ من العين الأخرى .

(ولم تتغيّر صفتها بما يزيل اسمها ، كنسج الغزل وخبز الدقيق) وجعل الزيت صابونًا ، والخشبة بابًا ، والشريط إبرًا ، ونحو ذلك ؛ لأنّه لم يجد متاعه بعينه ، فلم يكن له الرجوع كالتلف .

وكما لو كان نوى فنبت شجرًا ، قاله ابن المنجّأ ، وفيه شيءٌ ؛ فإنّهم اختلفوا في الحبّ إذا صار زرعًا ، وبالعكس ، والنوى إذا نبت شجرًا ، والبيض إذا صار فرائخًا ؛ فذهب القاضي ، وصاحب «التلخيص» : أنّه لا يسقط الرجوع ؛ لأنّ الخارج هو نفسه ، والأشهر عندنا : أنّه لا يملك الرجوع ، كما هو ظاهر كلام المؤلّف .

ودخل في كلامه ما لو كان المبيع أمةً بكرًا ، فوطئها المشتري ، أنّه لا رجوع له ، لما ذكرنا ، وفيه وجهٌ : بلى ، كالرّدّ بالعيب في الأصحّ ووطء غيره كهو (ولم يتعلّق بها حقٌّ) للغير (من شفعةٍ) وجزم به المحقّقون ؛ لأنّ حقّه أسبق ، لكونه ثبت بالبيع ، والبائع حقّه ثبت بالحجر ، وما كان أسبق ، فهو أولى .

وقال ابن حامد : للبائع أخذه ؛ لعموم الخبر ، وفي ثالث : إن طالب بها ، فهو أحقّ ، لتأكّد حقّه بالمطالبة ، وإلّا فلا .

(أو جناية) فإن كان المبيع عبدًا ، فجنى ، ثم أفلس المشتري ، فالمذهب : أن

أو رهن ونحوه ، ولم تزد زيادةً متّصلةً ، كالسّمن ، وتعلّم صنعةً ، وعنه :
أنّ الزّيادة ، لا تمنع الرّجوع ،

البائع أسوة الغرماء ؛ لأنّ الرّهن يمنع الرّجوع ، وحقّ الجناية مقدّم عليه ، فأولى أن
يمنع .

والثاني : لا يمنع ، لأنّه حقّ يمنع تصرّف السّيّد بالبيع وغيره ، فلا يمنع الرّجوع
كما لو ثبت في ذمّته دين .

فعلى هذا : يخير ؛ إن شاء رجع فيه ناقصًا بأرش الجناية ، وإن شاء ضرب
بشمنه مع الغرماء ، وقيل : ما نقص من قيمته رجع بقسطه من ثمنه .

(أو رهن) بغير خلافٍ نعلمه ، للخبر ، ولأنّ المفلس عقد قبل الفلاس عقدًا منع
نفسه من التّصرّف ، فلم يملك الرّجوع ، كما لو وهبه ، ولأنّ في الرّجوع إضرارًا
بالمترهّن ، والضّرر لا يزال بمثله ، فإن كان دين المترهّن دون قيمة الرّهن ، بيع كلّه ،
فقضى منه دينه ، وباقيه يرُدّ على مال المفلس ، فإن بيع بعضه ، فباقيه يشترك فيه
الغرماء .

وقال القاضي : يرجع فيه البائع ؛ لأنّه عين ماله ، فلو كان المبيع عينين ، فرهن
إحدهما ، فهل يملك البائع الرّجوع في الأخرى ؟ على وجهين ، بناءً على
الرّوايتين ، فيما إذا تلفت إحدهما (ونحوه) كالعتق .

مسألة : إذا أفلس بعد خروجه من ملكه بوقفٍ ونحوه ، فلا رجوع له ، فإن
أفلس بعد رجوعه إلى ملكه ، فأوجهٌ ، ثالثها : إن عاد إليه بفسخ ، كإقالة ؛ فله
الرّجوع ، لا إذا عاد بسببٍ جديدٍ ؛ لأنّه لم يصل إليه من جهته ، فلو اشتراها ،
ثم باعها ، ثم اشتراها ، فقليل : البائع الأوّل أولى لسبقه ، وقيل : يقرع .

(ولم تزد زيادةً متّصلةً كالسّمن ، وتعلّم صنعةً) هذا اختيار الحرقّي ، وقاله في
«الإرشاد» و«الموجز» ؛ لأنّ الرّجوع فسخ بسببٍ حادثٍ ، فلم يملك به الرّجوع في
عين المال الزائد زيادةً متّصلةً ، كفسخ النّكاح بالإعسار ، أو الرّضاع .

(وعنه : أن الزّيادة لا تمنع الرّجوع) هذا هو المنصوص عن أحمد ، وهو

فأما الزيادة المنفصلة ، والتقص بهزالي ، أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع ،

المذهب ؛ لعموم الخبر ؛ ولأنه فسح لا يمنع منه الزيادة المنفصلة ، فكذا المتصلة ، كالرد بالعيب ، وفارق الرد هنا الرد بالفسخ بالإعسار ، أو الرضاع من حيث إن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين ، فيحصل له حقه تامة ، وهاهنا لا يمكن البائع الرجوع في جميع الثمن ، لمزاحمة الغرماء ، فلا يحصل له حقه تامة ، ونصر في «المغني» و«الشرح» الأول .

(فأما الزيادة المنفصلة) كالولد والثمرة (والتقص بهزالي أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع) بغير خلاف بين أصحابنا ، قاله في «الشرح» ، وفيه شيء ؛ لأن البائع وجد عين ماله ، فكان أحق به ، بخلاف المتصلة ، وقيل : يمنع ، وحكاها في «الموجز» و«التبصرة» رواية ، كالمتصلة ، وعلى الأول : لا فرق بين أن ينقص بالزيادة أو لا ، إذا كان على صفته .

(والزيادة للمفلس) في ظاهر «الحرقى» وقاله القاضي ، وابن حامد ، وصححه في «المغني» و«الشرح» ، وجزم به في «الوجيز» ؛ لأنها زيادة حصلت في ملكه ، فكانت له ، يؤيده : «الخراج بالضمن» .

(وعنه : للبائع) نص عليه ، وهو الأشهر ؛ لأنها زيادة ، فكانت للبائع كالمتصلة ، وحكاها في «المغني» قولاً لأبي بكر ، وأنه أخذه من قول أحمد في ولد الجارية ، ونتاج الدابة ، وقياسهم على المتصلة غير صحيح ؛ لأنه يتبع في الفسوخ والرد بالعيب ، بخلاف المنفصلة .

قال في «المغني» : ولا ينبغي أن يقع في هذا خلاف ، لظهوره ، وأما نقص المال بذهاب صفة مع بقاء عينه ، فلا يمنع ؛ لأن فقد الصفة لا يخرج عن كونه عين ماله ، لكن يتخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه ، وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه ؛ لأن الثمن لا يقسط على صفة السلعة من سمين ، وهزالي ، وعلم ونحوه ، فيصير كنقصه لتغير الأسعار .

(وإن صبغ الثوب أو قصّره) أو لث السويق بزيت (لم يمنع الرجوع) ذكره الأصحاب ؛ لأن العين قائمة مشاهدة ، لم يتغير اسمها ، ولا صفتها

والزَّيَادَةُ للمفلس ، وعنه : للبائع ، وإن صَبَغ الثَّوبَ ، أو قَصَّرَه لم يَمْنَع
الرُّجُوعَ ، والزَّيَادَةُ للمفلس ، وإن غَرَسَ ، أو بَنَى فِيهَا فَلَهُ الرُّجُوعُ ، ودَفَعَ قِيَمَةَ
الغَراسِ والبناء ، فَيَمْلِكُهُمَا ،

(والزَّيَادَةُ للمفلس) لَأَنَّهَا حَصَلَتْ بِفَعْلِهِ فِي مَلِكِهِ ، فَيَكُونُ شَرِيكًا لِلْبَائِعِ بِمَا زَادَ
عَنْ قِيَمَةِ الثَّوبِ وَالشَّوْيقِ ، وَإِنْ حَصَلَ نَقْصٌ فَعَلَى الْمَفْلَسِ ، لَكِنْ إِنْ نَقَصْتَ
قِيَمَتَهُمَا ، فَيُخَيَّرُ الْبَائِعُ بَيْنَ أَخْذِهِمَا نَاقِصِينَ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَبَيْنَ تَرْكِهِمَا ، وَهُوَ
أَسْوَأُ الْغَرَمَاءِ ؛ لِأَنَّ هَذَا نَقْصٌ صِفَتُهُ ، فَهُوَ كَالْهَزَالِ .

وقيل : لا رجوع إن زادت القيمة ؛ لَأَنَّهُ اتَّصَلَ بِالْمَبِيعِ زِيَادَةُ الْمَفْلَسِ ، فَمُنَعَتْ
الرُّجُوعَ ، كَالسَّيِّمَنِ .

وحاصله إذا قَصَّرَ الثَّوبَ ، لم يَخْلُ مِنْ حَالَيْنِ ، أَحَدُهُمَا : أَنْ لَا تَزِيدَ قِيَمَتُهُ
بَذَلِكَ ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ، وَالثَّانِي : أَنْ تَزِيدَ قِيَمَتُهُ بِهِ ، فَظَاهِرُ «الْخُرْقِيِّ» : أَنَّهُ لَا
يَمْلِكُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ زَادَ زِيَادَةً لَا تَتَمَيَّزُ ، فَهِيَ كَالسَّيِّمَنِ .

وقال القاضي وأصحابه : لَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بَعِينَهُ ، فَعَلَى هَذَا إِنْ
كَانَتْ الْقِصَارَةُ بِفَعْلِ الْمَفْلَسِ ، أَوْ بِأَجْرَةٍ وَقَّاهَا ، فَهُمَا شَرِيكَانِ فِي الثَّوبِ ، فَإِنْ
اخْتَارَ الْبَائِعُ دَفَعَ قِيَمَةَ الزَّيَادَةِ إِلَى الْمَفْلَسِ ، لَزِمَهُ قَبُولُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَتَخَلَّصُ بِذَلِكَ مِنْ
ضَرَرِ الشَّرْكَةِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ دَفَعَ الشَّفِيعُ قِيَمَةَ الْبِنَاءِ إِلَى الْمُشْتَرِي ، وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ
بِيعَ الثَّوبَ ، وَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ حَقِّهِ .

فلو كَانَ قِيَمَةُ الثَّوبِ خَمْسَةً ، فَصَارَ يَسَاوِي سِتَّةً ، فَلِلْمَفْلَسِ سِدْسُهُ ، وَلِلْبَائِعِ
خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَمَلُ مِنْ صَانِعٍ لَمْ يَسْتَوْفَ أَجْرَهُ ، فَلَهُ حِجْسُ الثَّوبِ عَلَى
اسْتِيفَاءِ أَجْرَتِهِ ، اقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي «الشَّرْحِ» .

(وإن غرس) المفلس الأرض ، (أو بنى فيها فله) أي : للبائع (الرُّجُوع) هذا هو
الأصَحُّ قَبْلَ قَلْعِ غَرْسٍ ، أَوْ بِنَاءٍ ؛ لِأَنَّهُ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بَعِينَهُ ، وَمَالَ الْمُشْتَرِي دَخَلَ عَلَى
وَجْهِ التَّبَعِ ، كَالصَّبْغِ (ودفع قيمة الغراس والبناء ، فَيَمْلِكُهُمَا) ؛ لِأَنَّهُمَا حَصَلَا فِي
مَلِكِهِ لَغَيْرِهِ بِحَقٍّ ، فَكَانَ لَهُ أَخْذُهُ بِقِيَمَتِهِ كَالشَّفِيعِ ، وَيَمْلِكُ الْبَائِعُ قَلْعَهُ ، وَضَمَانُ

إلا أن يختار المفلس والغرماء القلع ، ومشاركته بالتقص ، فإن أبوا القلع ،
وأبى البائع دفع القيمة ؛ سقط الرجوع

نقصه ، كالمعير إذا رجع في أرضه بعد غرس المستعير .

والثاني : لا يملك الرجوع إلا بعد القلع ؛ لأنه غرس المفلس وبنائه ، فلم يجبر
على بيعه لهذا البائع ، ولا على قلعه ، كما لو لم يرجع في الأرض ، وعلى الأول :
لو قلعه المفلس والغرماء ، لزمهم تسوية الأرض ، وأرش نقصها الحاصل به ، ويضرب
بالتقص مع الغرماء ، وعلى الثاني : لا .

(إلا أن يختار المفلس والغرماء القلع ، ومشاركته بالتقص) لأن البائع لا حق
له في الغراس والبناء ، فلا يملك إجبار مالكهما على المعاوضة ، فعلى هذا يرجع في
أرضه ، ويضرب مع الغرماء بأرش نقصها ؛ لأن ذلك نقص حصل لتخليص ملك
المفلس ، فكان عليه ، كما لو دخل فصيل دارًا ، فكبر ، ولم يمكن إخراجه إلا
بالانهدام .

(فإن أبوا القلع ، وأبى البائع دفع القيمة ؛ سقط الرجوع) في الأصح لما فيه
من الضرر على المشتري والغرماء ، والضرر لا يزال بمثله ، ولأن عين مال البائع
صارت مشغولة بملك غيره ، فسقط حقه من الرجوع ، كما لو كان مسامير ،
فسمّر بها بابًا أو خشبة ، فبنى عليها دارًا ، وظاهره : أنهم إذا امتنعوا من القلع
لم يجبروا لوضعه بحق .

وقال القاضي : له الرجوع ؛ لأنه أدرك متاعه بعينه ، وكالثوب إذا صبغه ،
وجوابه : المنع ، ولو سلم ، فيفرق بينهما من حيث إن الصبغ يفرق في الثوب ،
فصار كالصنف ، بخلاف الغراس والبناء ، فإنها أعيان متميزة . ، وبأن الثوب لا
يراد للبقاء ، بخلاف الأرض ، فعلى قوله : إذا رجع في الأرض ، بقي الغراس
والبناء للمفلس .

فإن اتفق الجميع على البيع ، بيعت الأرض بما فيها ، وأخذ كل واحد قدر
حصته ، وقيل : يباع الغرس مفردًا ، وعلى الأول : يقسم الثمن على قدر
القيمتين ، فتقوم الأرض خالية ، ثم تقوم وهما بها ؛ فقيمة الأرض خالية للبائع ،

والزَّيَادَةُ للمفلس والغرماء .

تنبيهٌ : شرط بعض أصحابنا أيضًا : أن يكون الثَّمَن حَالًا ، فإن كان مؤَجَّلًا ، فلا رجوع للبائع ، قاله أبو بكر وصاحب «التَّلْخِص» فيه لعدم تمكنه من المطالبة . وظاهر كلامه هنا ، وقاله الأكثر : أنَّ هذا ليس بشرطٍ ، والمنصوص : أنَّه يوقف إلى الأجل ، ثم يعطاه ، وقال ابن أبي موسى : له أخذه في الحال . ومحلُّ الرُّجوع إذا استمرَّ العجز عن أخذ الثَّمَن ، فإن تجدد للمفلس مالٌ بعد الحجر وقبل الرُّجوع ، فلا رجوع إذن .

مسائل

الأولى : لو اشترى أرضًا فزرعها ، ثم أفلس ، يقرُّ الزَّرْع لرَبِّه مَجَّانًا إلى الحصاد ، فإن اتَّفَق المفلس والغرماء على التَّرك ، أو القطع ، جاز ، وإن اختلفوا ، وله قيمةٌ بعد القطع ، قدَّم قول مَنْ يطلبه .

الثَّانية : إذا اشترى نخلاً ، فأطلع ، ثم أفلس قبل التَّأبير ، فالطَّلَع زيادةٌ متَّصلةٌ ، في الأصحَّ ، وإن كان بعده ، فمنفصلةٌ ، وحكم الشَّجر كذلك .

الثَّالثة : إذا اشترى غراسًا ، فغرسه في أرضه ، ثم أفلس ، ولم تزد الغراس ، فله الرُّجوع فيه ، فإن أخذه ، لزمه تسوية الأرض ، وأرش نقصها ، فإن بذل الغرماء ، والمفلس له القيمة ، لم يجبر على قبولها ، وإن امتنع من القلع ، فبذلوا القيمة له ليملكه المفلس ، أو أرادوا قلعه ، وضمن التَّقْص ، فلهم ذلك . وكذا لو أرادوا قلعه من غير ضمان التَّقْص في الأصحَّ .

الرَّابعة : إذا اشترى أرضًا من شخص ، وغراسًا من آخر ، وغرسه فيها ، ثم أفلس ، ولم يزد ، فلكلِّ الرُّجوع في عين ماله ، ولصاحب الأرض قلع الغراس من غير ضمان ، فإن قلعه بئعه ، لزمه تسوية الأرض ، وأرش نقصها الحاصل به ، فإن بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لصاحبها ، لم يجبر على ذلك ، وفي العكس إذا امتنع من القلع له ذلك في الأصحَّ .

فصل

الثالث بيع الحاكم ماله وقسم ثمنه وينبغي أن يحضره ، ويحضر الغرماء ، ويبيع كل شيء في سوقه ،

الخامسة : رجوع البائع فسخ للبيع ، لا يحتاج إلى معرفة المبيع ، ولا إلى القدرة على تسليمه ، فلو رجع بثمان آبق صَحَّ ، وصار له ، فإن قدر أخذه ، وإن تلف فمن ماله ، وإن بان تلفه حين استرجعه ، بطل استرجاعه ، وإن رجع في مبيع اشتبه بغيره ، قدّم تعيين المفلس ، لإنكاره دعوى استحقاق البائع ، وإن مات بائع مديناً ، فمشتري أحق بطعام وغيره ، ولو قبل قبضه ، نصّ عليه .

فصل

(الثالث : بيع الحاكم ماله ، وقسم ثمنه) على الغرماء ؛ لأنّه عليه السّلام لما حجر على معاذ باع ماله في دينه ، وقسم ثمنه بين غرمائه ، ولفعل عمر ، ولأنّه محجورٌ عليه يحتاج إلى قضاء دينه ، فجاز بيع ماله بغير رضاه كالسّفيه ، ولا يباع إلّا بثمان مثله المستقرّ في وقته ، أو أكثر ، لكن إن كان ماله من جنس الدّين ، قسمه على الغرماء من غير بيع ، صرّح به في «الشرح» و«الفروع» .

(وينبغي) أي : يستحبّ (أن يحضره) أي : المفلس وقت البيع لفوائد ، منها : أن يحضر ثمن متاعه ويضبطه ، ومنها : أنّه أعرف بالجيد من متاعه ، فإذا حضر ، تكلم عليه ، ومنها : أنّه تكثر فيه الرّغبة ، ومنها : أنّه أطيب لنفسه ، وأسكن لقلبه ، ووكيله كهو ، قاله في «البلغة» .

(ويحضر الغرماء) لأنّه لهم ، ورّبما رغبوا في شيء ، فزادوا في ثمنه ، وأطيب لقلوبهم ، وأبعد للثّمة ، قال في «الشرح» وغيره : ورّبما يجد أحدهم عين ماله فيأخذها .

(ويبيع كل شيء في سوقه) لأنّه أحوط وأكثر لطلبه ، فلو باعه في غير سوقه بثمان مثله ، صَحَّ ؛ لأنّ الغرض تحصيل الثّمن كالوكالة ، ويبيع بنقد البلد ؛ لأنّه أصلح ، فإن كان فيه نقود باع بأغلبها ، فإن تساوت ، باع بجنس الدّين .

ويترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته ، من مسكين ، وخادم ، وينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه . ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد ، ثم بالحيوان ، ثم بالأثاث ، ثم بالعقار ، ويعطي المنادي أجرته من المال ،

(و) يجب أن (يترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته ، من مسكين ، وخادم) ؛ لأنَّ ذلك ممَّا لا غنى له عنه ، فلم يبيع في دينه ككتابة وقوته ، لكن لو كان له داران يستغني بإحدهما ، أو كانت واسعة تفضل عن مسكن مثله ، يبيع ، وكذا الخادم إذا كان نفيصًا .

(وينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه) لقوله عليه السَّلام : «ابدأ بنفسك ، ثم بمن تعول» لأنَّ ملكه باقٍ عليه قبل القسمة ، وذكر في «المغني» و«الشَّرح» : أنَّه ينفق عليه من ماله ، إن لم يكن له كسبٌ ، ولم يتعرَّض المؤلف لنفقة عياله وكسوتهم .

ولا خلاف في وجوب نفقة زوجته ، وتكون دينًا عليه وكسوتها ، وكذا أولاده ، وأقاربه ، والواجب فيهما أدنى ما ينفق على مثله ، ويكسَى ، وترك له آلة حرفة ، أو ما يتَّجر به إن عدها ، نصَّ عليه ، وفي «الموجز» و«التبصرة» : وفرسٌ يحتاج إلى ركوبها ، ونقل عبد الله : يباع الكلُّ ، إلَّا المسكن ، وما يواريه من ثيابٍ ، وخادمًا يحتاجه .

(ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد) كالفاكهة ونحوها ؛ لأنَّ بقاءه يتلفه بيقين (ثم بالحيوان) لأنَّه معرَّض للإتلاف ، ويحتاج إلى مؤنة في بقاءه (ثم بالأثاث) لأنَّه يخاف عليه ، وتناله الأيدي (ثمَّ بالعقار) لأنَّه لا يخاف تلفه بخلاف غيره ، وبقاؤه أشهر له ، وأكثر لطأله ، والعهد على المفلس فقط ، إذا ظهر مستحقًا ، قاله في «الشَّرح» .

(ويعطي المنادي أجرته من المال) لأنَّ البيع حقٌّ على المفلس ، لكونه طريقًا إلى وفاء دينه ، وهذا إذا لم يوجد متبرِّع .

وقيل : أجرته من بيت المال مع إمكانه ؛ لأنَّه من المصالح ، فإن لم يمكن ،

ويبدأ بالجني عليه ، فيدفع إليه الأقل من الأرش أو ثمن الجاني ، ثم بمن له رهن . فيختص بثمنه ،

فمن المال ، وكذا الخلاف فيمن يحفظ المتاع ، ويحملة ونحوهما : وقيل : لا ينادي على عقار ، بل يعلم به أهل البلد ، وقاله القاضي وجماعة .

ويشترط فيه : أن يكون ثقة ، فإن اتفق الكل على ثقة أمضاه الحاكم ، وإن كان غير ثقة ، ردّه ، بخلاف المرهون ، إذا اتفق الرّاهن والمرتهن على غير ثقة ، لم يكن له ردّه ، والفرق أن للحاكم هنا نظراً ، فإنه قد يظهر غريم آخر ، فإن اختلف المفلس في ثقة ، والغرماء في آخر قدم المتطوع منهما ، وإلا قدم أوثقهما وأعرفهما ، قاله ابن المنجّأ .

وفي «الفروع» : قدم من شاء منهما والمراد مع التساوي في الصفات .

(ويبدأ بالجني عليه) أي : إذا كان عبده الجاني ؛ لأنّ الحقّ متعلّق بعينه ، يفوت بفواتها ، بخلاف بقيّة الغرماء ، فلو كان هو الجاني ، فالجني عليه أسوة الغرماء ؛ لأنّ حقّه متعلّق بالذمّة .

(فيدفع إليه الأقل من الأرش أو ثمن الجاني) لأنّ الأقلّ إن كان الأرش ، فهو لا يستحقّ إلاّ أرش الجناية ، وإن كان ثمن الجاني ، فهو لا يستحقّ غيره ؛ لأنّ حقّه متعلّق بعينه .

فعلى هذا إذا فضل شيء من ثمن الجاني عن أرش الجناية ، قسم على بقيّة الغرماء (ثم بمن له رهن) كذا أطلقه في «المحرّر» و«الوجيز» والمذهب : أنّه مقيّد بالزّوم .

(فيختصّ بثمنه) أي : يباع سواء كان بقدر دينه أو لا ، ويختصّ المرتهن بثمنه بشرطه ، وسواء كان المفلس حيّاً أو ميتاً ؛ لأنّ حقّه متعلّق بعين الرّهن وذمة الرّاهن ، بخلاف الغرماء .

وعنه : إذا مات الرّاهن ، أو أفلس ، فالمرتهن أحقّ به ، ولم يعتبر وجود قبضه بعد موته أو قبله ، وفي «الرّعاية» : يختصّ بثمن الرّهن على الأصحّ .

فإن فضل له فضلٌ ضرب به مع الغرماء ، وإن فضل منه فضلٌ ردَّ على المال ، ثم بمن له عين مالٍ يأخذها ، ثم يقسم الباقي بين باقي الغرماء على قدر ديونهم ، فإن كان فيهم من له دينٌ مؤجَّلٌ لم يحلَّ ، وعنه : يحلُّ ، ويشاركهم ،

(فإن فضل له فضلٌ ضرب به مع الغرماء) لأنَّه ساوَاهم في ذلك (وإن فضل منه) أي : من الرِّهن (فضلٌ ردَّ على المال) لأنَّه انفك من الرِّهن بالوفاء ، فصار كسائر مال المفلس .

أصلٌ : لم يذكر المؤلَّف حكم مستأجر العين ، حيث أفلس المؤجِّر ، وهو أحقُّ بها ؛ لأنَّ حقَّه متعلِّقٌ بالعين والمنفعة ، وهي مملوكةٌ له في هذه المدَّة ، بخلاف ما لو استأجرها في الذِّمَّة ، فإنه أسوة الغرماء لعدم تعلُّق حقِّه بالعين .

(ثمَّ بمن له عين مالٍ يأخذها) بالشُّروط السَّابقة (ثمَّ يقسم الباقي بين باقي الغرماء) لتساوي حقوقهم في تعلُّقها بذمَّة المفلس (على قدر ديونهم) ؛ لأنَّ فيه تسويةً بينهم ، ومراعاةً لكميَّة حقوقهم ، فلو قضى الحاكم ، أو المفلس بعضهم ، لم يصحَّ ؛ لأنَّهم شركاؤه ، فلم يجز اختصاصه دونهم ، ولا يلزمهم بيان أن لا غريم سواهم ، بخلاف الورثة ، ذكره في «التَّرجيب» ، و«الفصول» وغيرهما ، لئلاَّ يأخذ أحدهم ما لا حقَّ له فيه .

(فإن كان فيهم من له دينٌ مؤجَّلٌ لم يحلَّ) هذا هو المذهب المعروف ، وحكاة القاضي روايةً واحدةً ؛ لأنَّ الأجل حقٌّ للمفلس ، فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ، ولأنَّه لا يوجب حلول ماله ، فلا يوجب حلول ما عليه كالإغماء (وعنه : يحلُّ) حكاها أبو الخطَّاب دفعًا للضرر عن ربِّه ، ولأنَّ الإفلاس يتعلَّق به الدَّين بالمال ، فأسقط الأجل كالموت .

(ويشاركهم) بكبيَّة الديون الحالَّة ، وعنه : إن وثق لم يحلَّ لزوال الضرر والأجل ، نقلها ابن منصور ، والأوَّل أصحُّ ، وقياسهم على الموت مردودٌ بالمنع ، ثمَّ بتقدير تسليمه يفرق ، فإنَّ ذمَّة الميت خربت ، بخلاف المفلس .

فعلى هذا لا يوقف له شيءٌ ، ولا يرجع على الغرماء إذا حلَّ ، نعم إذا حلَّ قبل

ومن مات وعليه دينٌ مؤجّلٌ لم يحلَّ إذا وثق الورثة ، وعنه : يحلُّ .

القسمة شاركهم ، وإن كان بعد قسمة البعض شاركهم في الباقي بجميع دينه ، ويضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم .

(ومن مات وعليه دينٌ مؤجّلٌ لم يحلَّ) هذا هو المختار لعامة الأصحاب (إذا وثق الورثة) بأقلّ الأمرين من قيمة التركة أو الدّين ، بكفيلٍ مليءٍ أو رهنٍ ؛ لأنّ الأجل حقٌّ للميت ، فورث عنه كسائر حقوقه .

وظاهره : أنّه يحلُّ إذا لم يوثقوا على الأشهر ، جزم به الشّيخان لغلبة الضّرر (وعنه : يحلُّ) اختاره ابن أبي موسى ؛ لأنّه إمّا أن يبقى في ذمّة الميت ، أو الورثة ، أو متعلّق بالمال ، فالأوّل منتفٍ لخرابها وتعذر مطالبته .

والثاني : كذلك ؛ لأنّهم لم يلتزموا الدّين ، ولا رضي صاحب الدّين بذمهم ، وهي مختلفة متباينة .

والثالث : ممنوعٌ ؛ لأنّه لا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله ، لأنّه ضررٌ على الميت ؛ لأنّ ذمّته مرتبهة بدينه ، وعلى صاحب المال لتأخّر حقّه ، وقد يسقط لتلف العين ، وعلى الورثة ؛ لأنّهم لا ينتفعون بالأعيان ، ولا يتصرّفون فيها .

وظاهره : ولو قبله ربه ، وعنه : لا يحلُّ مطلقًا ، اختاره أبو محمد الجوزي كدينه .

مسائل

الأولى : إذا ورثه بيت المال ، فوجهان : أحدهما : يحلُّ لعدم وارثٍ معيّنٍ ، ولهذا للإمام أن يقطع الأراضي ، وإن كانت لجميع المسلمين ، والثاني : ينتقل إلى بيت المال ، ويضمن الإمام للغرماء .

الثانية : ظاهر كلامهم : أنّه إذا جنّ وعليه دينٌ مؤجّلٌ : أنّه لا يحلُّ ، وفي «التلخيص» كما سبق ، وكذا في حله بجنونٍ .

الثالثة : إذا مات ، وعليه دينٌ حالٌّ ، ودينٌ مؤجّلٌ ، وقلنا : لا يحلُّ وماله بقدر

وإن ظهر غريمٌ بعد قسم ماله ، رجع على الغرماء بقسطه . وإن بقيت على
المفلس بقيةٌ ، وله صنعةٌ ، فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها ؟ على روايتين .

الحال ، فهل يترك له ما يخصه ليأخذه ، أو يوفي الحال ، ويرجع على ورثته صاحب
المؤجل بحصته إذا حلَّ ، أو لا يرجع ؟ فيه أوجه .

الرابعة : إذا مات وعليه دينٌ ، لم يمنع نقل التركة إلى الورثة ، فإن تصرفوا فيها
صحَّ كتصرف الشَّيْء في الجاني ، فإن تعذر وفاؤه ، فسح تصرفهم ، وعنه : يمنع .
وفي «الانتصار» : الصحيح أنَّه في ذمَّة ميت ، والتركة رهنٌ ، وفي «الترغيب» :
الدين وإن قلَّ يمنعه من التصرف ، نظرًا له ، فعلى ذلك لا يصحُّ تصرف كلٍّ من
الغرماء والورثة ، إلَّا بإذن الآخر ، وإن ضمنه ضامنٌ ، وحلَّ على أحدهما ، لم
يحلَّ على غيره .

(وإن ظهر غريمٌ بعد قسم ماله) لم ينقض خلافاً «للكافي» (رجع على الغرماء
بقسطه) لأنَّه لو كان حاضرًا شاركهم ، فكذا إذا ظهر . وفي «المغني» : هي قسمةٌ
بان الخطأ فيها كقسمة أرضاً أو ميراثاً ، ثم بان شريك ، أو وارثٌ ، قال الأزجي :
فلو كان له ألفٌ اقتسمها غريماء نصفين ، ثم ظهر ثالثٌ دينه كدين أحدهما ، رجع
على كلٍّ واحدٍ بثلث ما قبضه ، وإن كان أحدهما قد أتلَف ما قبضه ، فظاهر
المذهب : أن الثالث يأخذ من الآخر ثلث ما قبضه من غير زيادة .

فرعٌ : ذكر المؤلف في فتاويه : لو وصل مالٌ لغائبٍ ، فأقام رجلٌ بينةً : أنَّ له
عليه دينًا ، وأقام آخر بينةً ، إن طالبا جميعًا اشتراكًا ، وإن طالب أحدهما ، اختصَّ
به لاختصاصه بما يوجب التسليم ، وعدم تعلُّق الدين بماله ، قال في «الفروع» :
ومرادهُ ولم يطالب أصلاً ، وإلَّا شاركه مالم يقبضه .

(وإن بقيت على المفلس بقيةٌ من الديون (وله صنعةٌ ، فهل يجبر على إيجار
نفسه لقضائها ؟ على روايتين) الأشهر : أنَّه يجبر ؛ لأنَّه عليه السَّلام باع سرَّاقًا في
دينه بخمسة أبعة . رواه الدارقطني من رواية خالد بن مسلم الزُّنَجِي ، وفيه ضعف .
والحرُّ لا يباع ، فعلم أنَّه باع منافعه ، إذ المنافع تجري مجرى الأعيان في صحَّة

ولا ينفك عنه الحجر ، إلا بحكم حاكم ، فإذا فك عنه الحجر ، فلزمته ديونٌ ، وحجر عليه شارك غرماء الحجر الأوّل غرماء الحجر الثّاني ، فإن كان المفلس حقّ ، له به شاهدٌ واحدٌ ، فأبى أن يحلف معه ،

العقد عليها ، وتحريم أخذ الزّكاة ، فكذا هنا ، ولأنّ الإجارة عقد معارضةٍ ، فجاز إجباره عليها ، كبيع ماله ، وكوقف وأمّ ولدٍ استغني عنها .

والثّانية : لا ، لقوله تعالى : ﴿وإن كان ذو عسرةٍ فنظرةٌ إلى ميسرةٍ﴾ [البقرة : ٢٨٠] ، ولقوله عليه السّلام : «خذوا ما وجدتم ، فليس لكم إلا ذلك» رواه مسلم .

ولأنّه تكسّب للمال ، فلم يجبر عليه ، كقبول هبةٍ ، ووصيّةٍ ، وتزويج أمّ ولدٍ ، وردّ مبيع وإمضائه ، وفيه وجّه مع الأحظ ، وأخذ ديةٍ عن قودٍ ، والأوّل أصحّ . والآية محمولةٌ على مَنْ لا صنعة له ، وأدّعاء الفسخ في الحديث بعيدٌ ؛ لأنّه يلزم ثبوته بالاحتمال ، بدليل أنّه لم يثبت أن يبيع الحرّ كان جائزاً في وقتٍ في شريعتنا ؛ فتبيّن أنّ المراد ببيعه بيع منافعه ، مع أنّه أحسن من حمله النّسخ ، وحينئذٍ يبقى الحجر بقاء دينه إلى الوفاء .

ولو طلبوا إعادته ، لما بقي بعد فكّ الحاكم ، لم يجبههم .

(ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم) لأنّه ثبت بحكمه ، فلا يزول إلاّ به كالحجور عليه لسفهٍ ، وقيل : يزول بقسمة ماله ؛ لأنّه حجر عليه لأجله ، فإذا زال ملكه عنه ، زال الحجر ، كزوال حجر المجنون بزوال جنونه ، والفرق واضحٌ ، فإنّه ثبت بنفسه ، فزال بزواله ، بخلاف هذا ، ولأنّ فراغ ماله يحتاج إلى معرفةٍ وبحثٍ ، فوقف ذلك على الحاكم ، بخلاف الجنون .

(فإذا فكّ عنه الحجر ، فلزمته ديونٌ) وظهر له مالٌ (وحجر عليه شارك غرماء الحجر الأوّل غرماء الحجر الثّاني) لأنّهم تساوا في ثبوت حقوقهم في ذمّته ، فوجب أن يتساوا في المشاركة ، كغرماء الميت ، إلا أنّ الأوّلين يضربون ببقية ديونهم ، والآخرين يضربون بجميعها .

(فإن كان للمفلس حقّ ، له به شاهدٌ واحدٌ ، فأبى أن يحلف معه) لم يجبر

لم يكن للغرماء أن يحلفوا .

فصل

الحكم الرابع : انقطاع المطالبة عن المفلس ، فمن أقرضه شيئاً ، أو باعه لم يملك المطالبة ، حتّى ينفك الحجر عنه .

فصل

الضرب الثاني : المحجور عليه لحظه ، وهو الصبي والمجنون والسفيه ،

لأننا لا نعلم صدق الشاهد (لم يكن للغرماء أن يحلفوا) لأنهم يشبتون ملكاً لغريمهم لتعلق حقوقهم به بعد ثبوته ، فلم يجز ، كالمرأة تحلف لإثبات ملك زوجها لتعلق نفقتها به ، وكالورثة قبل موت موروثهم .

وعلم منه : أن المفلس إذا حلف مع شاهده ثبت المال ، وتعلقت به حقوق الغرماء .

فصل

(الحكم الرابع : انقطاع المطالبة عن المفلس) للنص ، ولأن قوله : «فنظرة» خبر بمعنى الأمر ، أي : أنظروه إلى يساره ، مع قوله : «ليس لكم إلا ذلك» (فمن أقرضه شيئاً ، أو باعه لم يملك مطالبته) لتعلق حق الغرماء بعين ماله (حتى ينفك الحجر عنه) لأنه هو الذي أتلّف ما له بمعاملة من لا شيء له ، لكن إذا وجد البائع والمقرض أعيان مالهما ، فهل لهما الرجوع فيها ؟ على وجهين : أحدهما : لهما ذلك للخبر ، والثاني : لا فسخ لهما ، لأنهما دخلا على بصيرة بخراب الذمة ، كما لو اشترى معيئاً يعلم به .

فصل

(الضرب الثاني : المحجور عليه لحظه) إذ المصلحة تعود عليه بخلاف المفلس (وهو الصبي ، والمجنون ، والسفيه) إذ الحجر على هؤلاء حجر عام ؛ لأنهم يمنعون

فلا يصح تصرّفهم قبل الإذن ، ومن دفع إليهم ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقياً ، وإن تلف ، فهو من ضمان مالكة ، علم بالحجر أو لم يعلم ، وإن جنوا فعليهم أرش جنائيتهم ، ومتى عقل المجنون ، وبلغ الصبي ورشدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ، نصّ عليه ،

التصرّف في أموالهم وذمهم (فلا يصح تصرّفهم قبل الإذن) لأنّ تصحيح تصرّفهم يفضي إلى ضياع مالهم ، وفيه ضررٌ عليهم (ومن دفع إليهم) أو إلى أحدهم (ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقياً) لأنّه عين ماله (وإن تلف) أو أتلّفه (فهو من ضمان مالكة) لأنّه سلّطه عليه برضاه .

وقيل : يضمن مجنون (علم بالحجر) لأنّه فرط (أو لم يعلم) لتفريطه ، لكونه في مظنة الشهرة ، وقيل : يضمن سفيه جهل حجره ، هذا إذا كان صاحبه سلّطه عليه ، فأما إن حصل في يده باختيار مالكة من غير تسليط كالوديعة والعارية ، فوجهان فيه .

ومن أعطوه مالاً ، ضمنه حتى يأخذه وليّه ، وإن أخذه ليحفظه ، لم يضمنه في الأصحّ ، وكذا إن أخذ مغصوباً ليحفظه لرّبّه (وإن جنوا فعليهم أرش جنائيتهم) لأنّه لا تفريط من المالك ، والإتلاف يستوي فيه الأهل وغيره ، وكذا حكم المغصوب لحصوله في يده بغير اختيار المالك .

(ومتى عقل المجنون ، وبلغ الصبي ، ورشدا انفك الحجر عنهما) فأما المجنون ، فبالإتفاق ؛ لأنّ الحجر عليه لجنونه ، فإذا زال وجب زوال الحجر لزوال علته ، وأما الصبي ، فلقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ﴾ الآية [النساء] . [٦]

(بغير حكم حاكم ، نصّ عليه) وفي «المغني» و«الشّرح» : بغير خلاف في المجنون ، وفيه وجهٌ : أنّه يفتقر إليه كالسّفيه ؛ لأنّه موضع اجتهاد ، فاحتيج في معرفة ذلك إليه ، وأما الصبي ، فلأنّ اشتراط ذلك زيادةً على النّصّ ، ولأنّه محجورٌ عليه بغير حكم حاكم ، فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون ، وفيه وجهٌ وسواء رشده الوليّ أو لا .

ودفع إليهما مالهما ، ولا ينفك قبل ذلك بحال . والبلوغ يحصل بالاحتلام ،

قال الشيخ تقي الدين : فلو نوزع في الرشد ، فشهد شاهدان قبل ، لأنه قد يعلم بالاستفاضة ، ومع عدمها له اليمين على وليه : أنه لا يعلم رشده ، ولو تبرع وهو تحت الحجر ، فقامت بينة برشده ، نفذ (ودفع إليهما مالهما) لأن المانع من الدفع هو الحجر ، وقد زال وحكاه ابن المنذر اتفاقاً ؛ لأن منعه من التصرف ، إنما كان لعجزه عنه ، وحفظاً لماله ، فإذا صار أهلاً للتصرف ، زال الحجر لزوال سببه .

(ولا ينفك قبل ذلك بحال) ولو صار شيخاً ، وروى الجوزجاني في «الترجم» قال : كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ، ذي أهل ومال ؛ لضعف عقله .

ولأن المجنون الحجر عليه لجنونه ، فوجب استمراره عليه ، والصبي علق الله تعالى الدفع إليه بشرطين ، والحكم المعلق بهما منتفٍ بانتفاء أحدهما .

قال ابن المنذر : وأكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز ، والشَّام ، والعراق ، ومصر يرون الحجر على كل مضيعٍ لماله ، صغيراً كان أو كبيراً .

فرغ : إذا كان لرجل مالٌ ، وهو يقتر على نفسه ، ويضيق على عياله ، ويمنعهم من تناول الأشياء التي يتناولها أدنى الناس ، فيحجر الحاكم عليه ، بمعنى : أنه ينصب له ولياً ينفق عليه ، وعلى عياله بالمعروف ، وفيه احتمالٌ وهو المذهب .

(والبلوغ يحصل بالاحتلام) وهو خروج المنى من القبل بغير خلافٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ [النور : ٥٩] ولقوله عليه السلام : «وعن الصبي حتى يحتلم» .

قال ابن المنذر : أجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل . (أو بلوغ خمسة عشر سنة) أي : استكمالها ، لما روى ابن عمر قال :

أو بلوغ خمسة عشر سنة ، أو نبات الشعر الخشن حول القُبل . وتزيد الجارية بالحيض ، والحمل ،

عرضت على النَّبِيِّ ﷺ يوم أحد ، وأنا ابن أربع عشرة سنة ، فلم يجزني ، وعرضت عليه يوم الخندق ، وأنا ابن خمس عشرة سنة ، فأجازني . متَّفَقٌ عليه ، ولمسلم : فاستصغرنِي ، وردَّني مع الغلمان .

فإن قلت : بين أحد والخندق سنتان ، وجوابه : أنَّ عرضه يوم أحد كان في أول سنة أربع عشرة ، ويوم الخندق عند استكمال خمس عشرة سنة ، لا يقال إجازته يوم الخندق لقوَّته ، لا لبلوغه ؛ لأنَّه صرَّح به في الخبر السَّابق ، مع أنَّ رواية البيهقي - بإسنادٍ حسنٍ - : ولم يرني بلغت - رافعةٌ للسُّؤال .

يؤيِّده ما روى الشَّافعي : أنَّ عمر بن عبد العزيز كتب إلى عمَّاله : أن لا يفرضوا إلَّا لمن بلغ خمس عشرة سنة .

(أو نبات الشعر الخشن حول القُبل) لأنَّه عليه السَّلام لما حَكَّم سعد بن معاذ في بني قريظة ، فحكم بقتلهم ، وسبي ذراريهم ، وأمر أن يكشف عن مؤتزريهم ، فمن أنبت فهو من المقاتلة ، ومن لم ينبت ، فهو من الذُّرِّيَّة ، فبلغ ذلك النَّبِيُّ ﷺ ، فقال : «لقد حكم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة» متَّفَقٌ عليه ، وقضيةٌ عطية القرظي شاهدةٌ بذلك . رواه الخمسة ، والحاكم ، وقال : على شرطهما ، ولأنَّ الإنبات يلازمه البلوغ غالبًا ، ويستوي فيه الذَّكر والأنثى كالاختلام .

والحنثى يعتبر فيه الإنبات حول الفرجين ، وتقيدده الشعر بالخشن ، ليخرج الرُّغب الضَّعيف ، فإنَّه ينبت للصَّغير .

(وتزيد الجارية) على الذَّكر (بالحيض) بغير خلافٍ نعلمه ، لقوله عليه السَّلام : «لا يقبل الله صلاة حائضٍ إلَّا بخمارٍ» رواه الترمذِي وحسنه ، وعنه : لا يحكم ببلوغها بغيره ، نقلها جماعةٌ ، قال أبو بكر : هي قول أوَّل .

(والحمل) لأنَّه دليل إنزالها ، ولأنَّ الله تعالى أجرى العادة بخلق الولد من ماءيهما ؛ لقوله تعالى : ﴿فلينظر الإنسان مم خلق﴾ خلق من ماء دافق * يخرج

والرُّشد : الصَّلاح في المال . ولا يدفع إليه ماله حتى يختبر ،

من بين الصُّلب والثَّرائب ﴿ [الطارق : ٥ - ٧] فعلى هذا يحكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه ، قاله في «الشرح» .

والمذهب : أنه يحكم ببلوغها ، إذا ولدت منذ ستَّة أشهر ؛ لأنَّه اليقين ، وفي «التَّلخيص» : فإن كانت مِّن لا يوطأ ، كأن طَلَّقها زوجها ، وأتت بولدٍ لأكثر مدَّة الحمل من حين طلاقها ، فيحكم ببلوغها قبل المفارقة .

تنبيهٌ : إذا حاض خنثى مشكلاً من فرجه ، وأنزل من ذكره ، وقيل : أو وجد أحدهما ، أو وجدا من مخرج واحدٍ ، فقد بلغ ، فإن أمني وحاض من مخرج واحدٍ ، فلا ذكر ولا أنثى ، وفي البلوغ وجهان . وقيل : لا يحكم بأنَّ الخنثى ذكرٌ بإنزاله من فرجه ، ولا بأنَّه أنثى بحيضه ، ولا ببلوغه بهما معاً ، ولا بأحدهما ، والصَّحيح : أنَّ الإنزال علامة البلوغ مطلقاً .

(والرُّشد : الصَّلاح في المال) في قول أكثر العلماء ، لقوله تعالى : ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء : ٦] قال ابن عبَّاس : يعني صلاحاً في أموالهم .

وقال مجاهدٌ : إذا كان عاقلاً ، ولأنَّ العدالة لا تعتبر في الرُّشد في الدَّوام ، فلا تعتبر في الابتداء ، كالرُّهد في الدُّنيا ، وهو مصلحٌ لِماله ، أشبه العدل فعلى هذا يدفع إليه ماله ، وإن كان مفسداً لدينه ، كمن يترك الصَّلَاة ، ويمنع الزَّكاة ، ونحو ذلك .

وقيل : والدِّين ، اختاره ابن عقيل ، وقال : هو الأليق بمذهبنا ، قال في «التَّلخيص» : نصَّ عليه ؛ لأنَّ الفاسق غير رشيد ، واستدلَّ ابن عقيل بالآية الكريمة ، فإنَّها نكرةٌ في سياق الامتنان ، فتعمُّ .

(ولا يدفع إليه ماله حتى يختبر) لقوله تعالى : ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ [النساء : ٦] أي : اختبروهم فعلى الدَّفْع على الاختبار ، والبلوغ ، وإيناس الرُّشد ، فوجب اختبارُه بتفويض التَّصَرُّف إليه .

وهو يختلف (فإن كان من أولاد الشُّجَّار ، فبأن يتكرَّر منه البيع والشُّراء ، فلا

فإن كان من أولاد الثُّجَّار ، فبأن يتكرَّر منه البيع والشراء ، فلا يغبن ، وإن كان من أولاد الرؤساء والكتَّاب ، فبأن يستوفي على وكيله فيما وكله فيه ، والجارية بشرائها القطن واستجادته ، ودفعها الأجرة إلى الغزَّالات ، والاستيفاء عليهن ، وأن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه ، كالغناء ، والقمار ، وشراء المحرَّمات ، ونحوه . وعنه : لا يدفع إلى الجارية مالها بعد رشدها حتى تتزوج وتلد ، أو تقيم في بيت الزوج سنة ،

يغبن) غالبًا غبنًا فاحشًا (وإن كان من أولاد الرؤساء والكتَّاب) وهو المراد من قوله في «المغني» و«الشرح» : وإن كان من أولاد الدَّهَّاقين والكبراء ، الذين يَصان أمثالهم عن الأسواق (فبأن يستوفي على وكيله فيما وكله فيه) وزاد أبان : يدفع إليه نفقة مدَّة لينفقها في مصالحه ، فإن صرفها في مواقعها ومصارفها ، فهو رشيدٌ .

(والجارية بشرائها القطن واستجادته) وكذا الكتَّان ، والإبريسم (ودفعها الأجرة إلى الغزَّالات ، والاستيفاء عليهن) فإذا وجدت ضابطةً لما في يدها ، مستوفيةً من وكيلها ، دلَّ على رشدها .

(و) يشترط مع ما ذكرنا (أن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه ، كالغناء ، والقمار ، وشراء المحرَّمات ، ونحوه) كالخمر ، وآلات اللُّهو ؛ لأنَّ من صرف ماله في ذلك عدَّ سفيهاً مبذراً عرفاً ، فكذا شرعاً ؛ ولأنَّ الشَّخص قد يحكم بسفهه بصرف ماله في المباح ، فلأنَّ يحكم بسفهه في صرف ماله في المحرَّم بطريق الأولى ، قاله ابن المنجا ، وفيه نظرٌ ، فإن ابن عقيل وجماعةٌ ذكروا أن ظاهر كلام أحمد أن التبذير والإسراف ما أخرجه في الحرام ؛ لقوله : «لو أن الدنيا لقمة فوضعها الرجل في في أخيه لم يكن إسرافاً» لكن قال الشيخ تقي الدين : إذا صرفه في مباح قدرًا زائدًا على المصلحة ، وقال ابن الجوزي : في التبذير قولان : أحدهما : إنفاق المال حق . الثاني : الإسراف المتلف للمال لقوله تعالى : ﴿إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ﴾ [الإسراء ٢٧] وظاهره أنه إذا أصرَّفه فيما فيه فائدة أو ليس بحرام لا يكون قاذحاً فيه ، وفي «النهاية» يقدح إذا تصدق بحيث يضر بعياله ، أو كان وحده ولم يثق بإمانته ، (وعنه) - نقلها أبو طالب عنه - : (لا يدفع إلى الجارية مالها بعد رشدها حتى تتزوج وتلد ، أو تقيم في بيت الزوج سنة) ،

ووقت الاختبار قبل البلوغ ، وعنه : بعده .

فصل

ولا تثبت الولاية على الصَّبِيِّ والمجنون ، إلَّا للأب ، ثمَّ لوصيِّه ،

اختارها أبوبكر والقاضي والشيرازي وابن عقيل ؛ لما روى شريح قال : عهد إليَّ عمر بن الخطاب أن لا أجزى لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولًا أو تلد . رواه سعيد في سننه ، ولم نعرف له مخالفًا ، والأول أشهر وأصح ، وهو : أنها إذا بلغت ورشدت دفع إليها مالها ، وكالرجل ، وكالتى دخل بها ، وحديث عمر لم يعلم انتشاره في الصحابة ، فلا يترك به عموم الكتاب مع أنه خاص في منع العطية ، فلم يمنع من تسليم مالها ، فعلى هذه الرواية إذا لم تتزوج دفع إليها إذا عنست أي كبرت وبرزت للرجال ، وقيل : يدوم عليها ، (وقت الاختبار قبل البلوغ) على الأصح ؛ لقوله تعالى : ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ [النساء ٦] الآية فظاهرها أن ابتلاءهم قبل البلوغ لأنه سماهم يتامى ، وإنما يكون ذلك قبل البلوغ ، ومد اختبارهم إلى البلوغ بلفظ حتّى فدلّ على أنه قبله ، ولأن تأخيرها إلى البلوغ يقتضي الحجر على البالغ الرشيد ؛ لكونه ممتدًا حتى يختبر ، ويعلم رشده ، واختباره يمنع ذلك وقيل : يمنعه في الجارية لنقص خبرتها بالخفر ، وبالجمله هو مخصوصٌ بالمراهق الذي يعرف المعاملة والمصلحة (وعنه : بعده) فيهما ، أوماً إليه أحمد ؛ لأنّ تصرّفه قبل ذلك تصرّفٌ ممّن لم يوجد فيه مظنة العقل ، ويبيع الاختبار وشراؤه صحيح .

فصل

(ولا تثبت الولاية على الصَّبِيِّ والمجنون إلَّا للأب) الرّشيد ؛ لأنّها ولايةٌ ، فقدّم فيها الأب ، كولاية النكاح ، ولكمال شفقته ، ولهذا يجوز أن يشتري لنفسه من مال ولده ، بخلاف غيره ، وظاهره : ولو كافراً على ولده الكافر . وتكفي العدالة ظاهراً ؛ لأنّ تفويضها إلى الفاسق تضييع للمال ، فلم يجز كالسّفيه .

وقيل : ومستور (ثمَّ لوصيِّه) ما لم يعلم فسقه ؛ لأنّه نائبه أشبه وكيله في

ثم للحاكم ، ولا يجوز لوليَّهما أن يتصرَّف في مالهما ، إلَّا على وجه الحِظِّ لهما ، فإن تبرَّع ، أو حابى ، أو زاد على التَّفَقَّة عليهما ، أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ؛ ضمن ،

الحياة ، وظاهره : ولو بجعلٍ ، وثَمَّ متبرِّعٌ ، ذكره في «الخلاف» ، ونقل ابن منصور : لا يقبض للصَّبِيِّ إلَّا الأب ، أو وصيُّ وقاضٍ ، فظاهره التَّسوية بين الأخيرين ، والمذهب : يقدِّم الوصي .

وعنه : يلي الجدُّ ، ففي تقديمه على وصيِّه وجهان . وجوابه أنَّ الجدَّ لا يدلي بنفسه ، وإنَّما يدلي بالأب ، فلم يل مال الصغير كالأخ .

(ثَمَّ للحاكم) لأنَّ الولاية انقطعت من جهته ، فثبتت للحاكم ، كولاية النِّكاح ؛ لأنَّه وليٌّ مَنْ لا وليَّ له ، أي بالصفات المعبرة ، فإن لم يوجد ، فأُمِّئ يقوم به ، اختاره الشَّيخ تقيُّ الدِّين ، وقال في حاكم عاجز : كالعدم ، نقل ابن الحكم فيمن عنده مالٌ تطالبه الورثة ، فيخاف من أمره : نرى أن يخبر الحاكم ، ويرفعه إليه .

قال : أمَّا حُكَّامنا هؤلاء اليوم ، فلا أرى أن يقدِّم إلى أحدٍ منهم شيئًا ، وظاهره : أنَّه لا ولاية لغير هؤلاء ؛ لأنَّ المال محلُّ الخيانة ، ومَنْ سواهم قاصِرٌ عنهم ، غير مأمونٍ على المال ، فلم يملكه كالأجنبي .

لكن سأله الأثرم عن رجل مات ، وله ورثةٌ صغارٌ : كيف أصنع ؟ فقال : إن لم يكن لهم وصيٌّ ، ولهم أمٌّ مشفقةٌ يدفع إليها .

(ولا يجوز لوليَّهما أن يتصرَّف في مالهما إلَّا على وجه الحِظِّ لهما) لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام : ١٥٢] والمجنون في معناه ، ولقوله عليه السَّلام : «لا ضرر ولا إضرار» رواه أحمد .

(فإن تبرَّع) بهبة ، أو صدقة (أو حابى) بزيادة أو نقصان (أو زاد على التَّفَقَّة عليهما ، أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ؛ ضمن) لأنَّه مفرطٌ ، فضمن ، كتصرُّفه في مال غيرهما ، ومراده - والله أعلم - : أن يضمن القدر الزَّائد على الواجب لا مطلقًا .

ولا يجوز أن يشتري من مالهما شيئاً لنفسه ، ولا يبيعهما ، إلا الأب ، ولوليّهما مكتابة رقيقهما وعتقه على مالٍ . وتزويج إماءتهما ، والسفر بمالهما ،

(ولا يجوز أن يشتري من مالهما شيئاً لنفسه) لأنّه عليه السّلام نهى الوصيّ عن ذلك ، والحاكم في معناه (ولا يبيعهما) لأنّه كالشراء معنًى ، فيساويه حكماً (إلا الأب) فيجوز اتّفاقاً ؛ لأنّه يلي بنفسه ، فجاز أن يتولّى طرفي العقد ، كالنكاح ، والثّهمة بين الوالد وولده منتفية ؛ إذ من طبعه الشّفقة عليه ، والميل إليه ، وترك حظّ نفسه لحظّه ، وبهذا فارق الوصيّ والحاكم .

(ولوليّهما مكتابة رقيقهما) لأنّ فيه تحصيلاً لمصلحة الدّنيا والآخرة ، وفي «الشرح» : إذا كان الحظّ فيه ، مثل أن تكون قيمته مائة ، فيكاتبه على مائتين ، وفي «التّرجيب» : أنّها تجوز لغير الحاكم .

(وعتقه على مالٍ) لأنّه معاوضةٌ لليتيم فيها حظّ ، فملكها وليّه كالبيع ، وظاهره : مطلقاً ، لكن في «الشرح» : إذا أعتقه بمالٍ بقدر قيمته ، أو أقلّ ؛ لم يجز ، لعدم الحظّ فيه ، وظاهره : أنّه لا يجوز عتقه مجّاناً ، وعنه : بلى لمصلحة ، اختاره أبو بكر بأن تكون له أمةٌ لها ولدٌ يساويان مجتمعين مائة ، ولو أفردت ساوت مائتين ، ولا يمكن إفرادها بالبيع ، فتعقّب الأخرى لتكثر قيمة الباقية .

فرغ : له هبة ماله بعوض ، قاله القاضي وجماعة (وتزويج إماءهما) إن كان فيه مصلحةٌ ؛ لأنّ فيه إعفافهنّ وتحصينهنّ عن الزّنى ، ووجوب نفقتهنّ على الأزواج ، والمراد : إذا طلبن منه ذلك ، أو رأى المصلحة فيه ؛ لأنّه نائبٌ عن مالكنهنّ ، وعبر في «المحرّر» و«الفروع» بالزّقيق ، وهو أعمّ .

وعنه : يجوز لخوف فساد ، وعنه : لا يزوّج أمةً ، لتأكّد حاجته إليها ، فيتوجّه على هذا - إذا كان اليتيم مستغنياً عن خدمتها - : أنّه يجوز تزويجها ، إذا كان فيه مصلحةٌ ، وفي «الرّعاية» : له تزويج عبده بأتمته ، وتزويجها بغير عبده ، ولا يزوّج عبده بغير أتمته .

(والسّفر بمالهما) للتّجارة وغيرها في مواضع آمنة في قول الجمهور ، لما روى

والمضاربة به ، والرَّيح كُلُّه لليتيم ، وله دفعه مضاربةً بجزءٍ من الرِّيح ،
وبيعه نساءً ، وقرضه برهنٍ ،

عبد الله بن عمرو مرفوعاً : «من ولي يتيمًا له مالٌ ؛ فليتَّجر به ، ولا يتركه حتَّى تأكله الصَّدقة» وروي موقوفًا على عمر ، وهو أصحُّ ، ولأنَّه أحظ للمولى عليه ، لكون نفقته في ربحه ، كما يفعله البالغون في أموالهم ، ولا يتَّجر إلَّا في المواضع الآمنة ، ومنع في «المجَرَّد» و«المغني» و«الكافي» من السَّفر به إلَّا لضرورة .

(والمضاربة به ، والرَّيح كُلُّه لليتيم) أي : إذا اتَّجر الوليُّ بنفسه ؛ لأنَّه نماء مال اليتيم ، فلا يستحقُّه غيره ، إلَّا بعقْدٍ ، ولا يعقدها الوليُّ لنفسه للثَّمة ، وفيه وجهُ : يجوز أن يأخذ مضاربةً لنفسه ؛ لأنَّه جاز له أن يدفعه بذلك ، فجاز له أخذه .

(وله دفعه مضاربةً بجزءٍ من الرِّيح) لأنَّ عائشة أبضعت مال محمد بن أبي بكر ، إذ الوليُّ نائبٌ عنه فيما فيه مصلحته ، وهذا مصلحةٌ لما فيه من استبقاء ماله ، وحيثُذ فللمضارب ما وافقه عليه الوليُّ من الرِّيح في قولهم جميعًا ، وقيل : أجرة مثله ، وعند ابن عقيل : بأقلِّهما .

(وبيعه نساءً) أي : إلى أجل إذا كان الحظُّ فيه ، قاله في «الشَّرح» ؛ لأنَّه قد يكون الثَّمَن فيه أكثر ؛ لأنَّ الأجل يأخذ قسطًا من الثَّمَن ، (وقرضه) على الأصحِّ فيهما (برهنٍ) لأنَّه أجود من إيداعه ، لما فيه من تعريضه للتلف .

وقوله : «برهن» يحتمل أنَّه شرطُ فيهما ، فيأخذ على الثَّمَن في الأولى رهناً ، قال في «الشَّرح» : أو كفيلاً موثقًا به ، فيحفظ الثَّمَن به . وفي الثانية واضح .

وظاهره : أنَّه لا يجوز بغير رهنٍ ؛ لأنَّه قد لا يأمن عوده لقلسٍ ونحوه ، وقاله أيضًا في «التَّرجيب» و«المذهب» ، زاد في «المستوعب» : وإشهاد فيه روايتان ، فإن أمكنه أخذ الرَّهن وتركه ، فاحتمالان . والمذهب جوازهما لمصلحةٍ ، جزم به في «المحرَّر» و«الوجيز» ، وقَدَّمه في «الفروع» ، وذكر في «المغني» و«الشَّرح» : يقرضه لحاجة سفيرٍ أو خوفٍ عليه أو غيرهما .

وعلى المذهب : لا يقرضه إلَّا للملئء أمينٍ ؛ ليأمن جحوده ، ويقدر على

وشراء العقار لهما وبنائوه ، بما جرت عادة أهل بلده به ، إذا رأى المصلحة في ذلك كله ، وله شراء الأضحية لليتيم الموسر ، نصّ عليه ،

الإيفاء ، ذكره في «الشرح» ولا يقرضه لمودّة ومكافأة ، نصّ عليه .

فرع : له إيداعه مع إمكان قرضه ، ذكره في «المغني» ، وظاهره متى جاز إيداعه ، وظاهر كلام الأكثر يجوز إيداعه لقولهم : يتصرّف بالمصلحة ، وقد يراه مصلحة ، ولا ضمان عليه إن تلف ، لعدم تفریطه ، وفي «الكافي» : لا يودعه إلاّ لحاجة ، وأنّه يقرضه لحظّه بلا رهن .

(وشراء العقار لهما) لأنّه مصلحة لكونه يحصل منه المغل مع بقاء الأصل ، وإذا جازت المضاربة فيه ، فهذا أولى (وبنائه) لأنّه في معنى الشراء ، إلاّ أن يكون الشراء أحظ ، وهو ممكن ، فيتعيّن تقديمه (بما جرت عادة أهل بلده به) وكذا في «الوجيز» لأنه العرف ، وقال الأصحاب : يبنيه بالآجر دون اللبن ؛ لأنّه إذا هدم فسد ، بخلاف الأوّل ، ولا بالحصّ ؛ لأنّه يلتزق بالآجر ، ولو قدر ، فيفضي إلى كسره .

وفي «المغني» : والذي أراه : أنّ له بناءه بما يرى الخطّ فيه ، وليس كلّ الأماكن يبنى فيها بالآجر ، ولا يقدر فيها على الجيد ، وإن وجد ببقية كثيرة جدًا .

فلو قيّد البناء بذلك أفضى إلى فوات الخطّ ، فيحمل قولهم على من عادتهم البناء به ، كالعراق ونحوها ، ولا يصحّ حمله في حقّ غيرهم .

(إذا رأى المصلحة في ذلك كله) هذا راجع إلى قوله : «ولولئيهما .. إلى آخره» لأنّ المصلحة إذا انتفت في شيء من ذلك ، لم يكن قرباناً بالتي هي أحسن ، وقد نهى عنه ، وظاهر «الشرح» : أنّه راجع إلى الشراء والبناء ، وفيه شيء .

(وله شراء الأضحية لليتيم الموسر نصّ عليه) لأنّه يوم عيد وفرح ، وجبر قلبه . وإلحاقه بمن له أب ، كالثياب الحسنة مع استحباب التوسعة في هذا اليوم ، وهذا إذا كان موسراً لا يتضرّر بشرائها ، فعلى هذا يحرم صدقته منها ، وفي «الانتصار» عن أحمد : يجب ، لقوله : للوصيّ التّضحية عن اليتيم من ماله ، فدلّ أنّها كزكاة .

وتركه في المكتب ، وأداء الأجرة عنه . ولا يبيع عقارهما إلا لضرورة ، أو غبطة ، وهو أن يزداد في ثمنه الثلث فصاعداً ،

وعنه : لا يجوز ذلك ؛ لأنها إخراج من ماله بغير عوض ، فلم يجز كالهديّة ، وحمل في «المغني» كلام أحمد على حالين ، فيمنع منها إذا كان الطفل لا يعقلها ، ولا يفرح بها ، ولا ينكسر قلبه بتركها ، وعكسه بعكسه .

فائدة : ويفعل في مال اليتيم ما هو أرفق له من خلط وإفراد ، فلو مات من يتجر ليتيمه ولنفسه بماله ، وقد اشترى شيئاً ، ولم يعرف لمن هو ، فالمذهب : أنّه يقرع ، فمن قرع حلف وأخذ ، وله الإذن لصغيرة في لعب بلعب غير مصوّرة ، وشراؤها بمالها ، نصّ عليهما .

(وتركه في المكتب) ليتعلم الخطّ ، وما ينفعه (وأداء الأجرة عنه) لأنّه من مصالحه ، أشبه نفقة مأكوله وملبوسه ، وكذا مداواته بأجرة ، بغير إذن حاكم ، نصّ عليه .

ويجوز أن يسلمه في صناعة لمصلحته ، قاله في «الشّرح» ، وله حمله بأجرة ليشهد الجماعة ، قاله في «المجرّد» و«الفصول» وإذنه في تصدّقه بيسير ، قاله في المذهب .

(ولا يبيع عقارهما ، إلا لضرورة) كحاجتهما إلى نفقة ، أو كسوة ، أو قضاء دين ، وليس له ما يدفع به حاجته ، لأنّ الضّرورة لا بد من دفعها (أو غبطة) بأن يزداد في ثمنه زيادةً على ثمن المثل ، قاله القاضي في الموضعين المذكورين ، وذكر هذا في «الفروع» قولاً ، ثم فسرها المؤلّف تبعاً لأبي الخطاب .

(وهو أن يزداد في ثمنه الثلث فصاعداً) لتكون المصلحة ظاهرة بيّنة ، والمذهب أنّ للوليّ البيع للمصلحة بدون ما ذكره المؤلّف ؛ لأنّه قد يكون يبعه أولى ، لكونه في مكان لا غلّة فيه ، أو فيه غلّة يسيرة ، أو لسوء الجار ، أو ليعمر به عقاره الآخر ، أو لمصلحة غير ذلك ، قال في «الشّرح» : متى كان الخطّ في بيعه جاز ، وإلا فلا ، وهذا اختيار شيخنا ، وهو الصّحيح إن شاء الله تعالى .

وإن وصَّى لأحدهما بمن يعتق عليه ، ولا تلزمه نفقته لإعسار الموصى له ، أو لغير ذلك ، وجب على الولي قبول الوصية ، وإلا لم يجز له قبولها .

فصل

ومن فك عنه الحجر ، فعاد السَّفه ، أعيد الحجر عليه ،

وحاصله : أنه لا يباع إلا بثمن المثل ، فلو نقص منه لم يصح ، ذكره في «المغني» و«الشرح» .

(وإن وصَّى لأحدهما بمن يعتق عليه ، ولا تلزمه نفقته لإعسار الموصى له ، أو غير ذلك ، وجب على الولي قبول الوصية) لأنه مصلحة محضة لا ضرر فيها (وإلا لم يجز له قبولها) أي : إذا لزمته النفقة ، حرم على الولي قبولها ، لما فيه من الضرر بتفويت ماله بالنفقة عليه .

فصل

(ومن فك عنه الحجر) لرشده ، أو بلوغه ، ودفع إليه ماله (فعاد السَّفه أعيد الحجر عليه) في قول الجماهير ، ولما روى عروة بن الزبير : أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعًا ؛ فقال عليّ : لآتين عثمان ليحجر عليك ، فأتى عبد الله بن جعفر الزبير ، فذكر ذلك له ، فقال الزبير : أنا شريكك في البيع ، فأتى عليّ عثمان فذكر له القضية ، فقال الزبير : أنا شريكه في البيع ، فقال عثمان : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير . رواه الشافعي .

قال أحمد : لم أسمع هذا إلا من أبي يوسف القاضي . وهذه قضية اشتهرت ، ولم تنكر ، فكانت إجماعًا ؛ ولأنه سفيه فيحجر عليه ، كما لو بلغ سفيهًا ، نظرًا إلى دوران الحكم مع العلم ، والحاجر هنا الحاكم . نقله الجماعة ، وهو وليه . وقيل : أو أبوه ، وقيل : إن زال الحجر برشده بلا حكم ، عاد بمجرده .

وجه الأوّل : أن التبذير يختلف ، فيحتاج إلى الاجتهاد ، وإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد ، لم يثبت إلا بحكم الحاكم ، كالحجر على المفلس ، بخلاف الجنون ،

ولا ينظر في ماله إلا الحاكم ، ولا ينفك عنه إلا بحكمه ، وقيل : ينفك عنه بمجرد رشده . ويستحب إظهار الحجر عليه ، والإشهاد عليه ، ويصح تزوجه بإذن وليه ، وقال القاضي : يصح من غير إذنه .

فإنه لا يفتقر إلى الاجتهاد بغير خلاف .

فرغ : لو فسق ، ولم يذّر ، لم يحجر عليه ، وإن اعتبر في رشده إصلاح دينه فوجهان ، (ولا ينظر في ماله إلا الحاكم) لأن الحجر عليه يفتقر إلى الحاكم ، فكذا النظر في ماله (ولا ينفك عنه) أي : عن السفه (إلا بحكمه) على الصحيح ؛ لأنه حجر ، ثبت بحكمه ، فلم يزل إلا به ، كالمفلس .

(وقيل : ينفك عنه بمجرد رشده) قاله أبو الخطاب ؛ لأن سبب الحجر زال ، فيزول بزواله ، كما في حق الصبي والمجنون .

وجوابه : بأن الرشد يفتقر إلى اجتهاد في معرفته ، وزوال تذييره ، فكان كابتداء الحجر عليه ، وفارق الصبي والمجنون ، فإن الحجر عليهما بغير حكم حاكم ، فيزول بغير حكمه .

فرغ : الشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه ، قاله أحمد ، يعني إذا كبر واختل عقله كالمجنون ؛ لعجزه عن التصرف في ماله ، ونقل المروزي : أرى أن يحجر الابن على الأب إذا أسرف ، بأن يضعه في الفساد وشراء المغنيات ونحوه .

(ويستحب إظهار الحجر عليه) ليظهر أمره (والإشهاد عليه) وقد صرح بالعلة ، فقال : (لتجنب معاملته) وقد علم منه أن الإشهاد عليه ليس بشرط ؛ لأنه ينتشر أمره لشهرته ، وإن رأى الحاكم أن ينادي عليه بذلك ليعرفه الناس ، فعل ، قاله في «الشرح» .

(ويصح تزوجه بإذن وليه) قاله أبو الخطاب ، وقدمه في «الرعاية» لأنه لا يأذن إلا بما فيه مصلحة له ، وحاجته تدعو إليه ، وليس ماله إلى التذير ، وظاهره : أنه لا يصح بغير إذنه ؛ لأنه تصرف يجب به مال ، فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء .

(وقال القاضي : يصح من غير إذنه) جزم به في «الوجيز» وصححه في

وهل يصح عتقه ؟ على روايتين ، وإن أقرَّ بحدٍّ أو قصاصٍ ، أو نسبٍ ، أو طلق زوجته ، أخذ به ،

«الفروع» لأنه عقدٌ غير ماليٍّ ، فصَحَّ منه ، كخلعه وطلاقه ، ولزوم المال فيه بطريق الضمن ، وفي إجباره وجهان ، فإن أذن ، ففي لزومه تعيين المرأة وجهان ، ويتقيد بمهر المثل ، ويحتمل لزومه زيادة إذن فيها ، كتزويجه بها في وجهه ، فإن عضله ، استقلَّ .

وإن علم أنه يطلق اشترى له جاريةً ، وإن خال على مالٍ لم يدفع إليه ، وقال القاضي : بلى ، فعلى الأول : إذا أتلفه بعد قبضه ، لا ضمان عليه ، ولا تبرأ المرأة بدفعه إليه ، وهو من ضمانها إن أتلفه ، أو تلف في يده ؛ لأنها سلطته عليه .

(وهل يصح عتقه ؟ على روايتين) أرجحهما ، وجزم به في «الوجيز» : أنه لا يصح ؛ لأنه تبرُّعٌ أشبه هبته ووقفه ، ولأنه محجورٌ عليه لحفظ ماله ، فلم يصحَّ كعتق الصبي .

والثانية : بلى ؛ لأنه عتقٌ من مكلفٍ تامٍّ الملك ، فصَحَّ كالمفلس والراهن ، وردَّ بأن الحجر عليهما لحقَّ غيرهما ، وفي عتقهما خلافٌ ، وظاهره : أنه يصحُّ تدييره ، ووصيته ؛ لأنَّ ذلك محض مصلحةٌ ؛ لأنه تقرُّبٌ إلى الله تعالى بماله بعد غناه عنه ، وكذا يصحُّ استيلاده ، وتعتق الأمة بموته ؛ لأنه إذا صحَّ من المجنون ، فمن السفيفه أولى .

فرعٌ : يكفر بصوم كمفلسٍ ، وإن فكَّ حجره قبل تكفيره ، وقدر - عتق ، ويستقلُّ بما لا يتعلَّق بمالٍ مقصوده .

(وإن أقرَّ) أي : المحجور عليه (بحدٍّ) أي : بما يوجبه كالزنى والسرقة (أو قصاصٍ ، أو نسبٍ ، أو طلق زوجته أخذ به) قال ابن المنذر : هو إجماع من نحفظ عنه ، لأنه غير متَّهم في نفسه ، والحجر إنما يتعلَّق بماله ، فنقل على نفسه ، إذ الحجر لا تعلُّق له به ، والطلاق ليس بتصرُّفٍ في المال ، فلا يمنع كالإقرار بالحدِّ ، بدليل أنه يصحُّ من العبد بغير إذن سيِّده مع منعه من التصرُّف في المال .

وإن أقرَّ بمالٍ ، لم يلزمه في حال حجره ، ويحتمل أن لا يلزمه مطلقاً .
وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون .

فصل

وللولي أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله ، إذا احتاج إلى ذلك .

تنبيه : لو أقرَّ بما يوجب قصاصاً ، فعفى المقرُّ له على مالٍ ، فوجهان .

(وإن أقرَّ بمالٍ) كالدين ، أو ما يوجبه ، كجناية الخطأ ، وشبه العمد ، وإتلاف المال وغصبه ؛ (لم يلزمه في حال حجره) ؛ لأنه محجورٌ عليه لحظه ، أشبه الصبي ، ولو قتلناه في الحال لزال معنى الحجر .

وظاهره : أنه يلزمه ما أقرَّ به بعد فكِّ الحجر عنه ، في قول عامة الأصحاب ؛ لأنه مكلفٌ ، فيلزمه ما أقرَّ به عند زواله ، كالزاهن والمفلس .

(ويحتمل أن لا يلزمه مطلقاً) اختاره المؤلف ، ونصره في «الشرح» ؛ لأنَّ المنع من نفوذ إقراره في حال الحجر عليه حفظ ماله ، ودفع الضرر عنه ، ونفوذه بعد فكه عنه لا يفيد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالته ، لكن إن علم صحته ما أقرَّ به كدين جناية ونحوه ، لزمه أدائه ، ذكره في «الشرح» و«الوجيز» .

(وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون) على ما سلف ؛ لأنَّ ولايته على السفه لحظه ، أشبه ولي الصبي .

فصل

(وللولي أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله ، إذا احتاج إلى ذلك) لقوله

تعالى : ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء : ٦] ولما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن رجلاً أتى النبي ﷺ ، فقال : إني فقيرٌ ، وليس لي شيءٌ ، ولي يتيماً ، فقال : «كل من مال يتيماً ، غير مسرفٍ» رواه أبو بكر ، وروى ابن بطّة عن الحسن العرني مرفوعاً ، معناه .

ولأنَّه إنما يستحقُّ بعمله ، فتقيّد بقدره ، والمذهب - كما جزم به الجماعة - :

وهل يلزمه عوضه إذا أيسر ؟ على روايتين ، وكذلك يخرج في الناظر في الوقف

أنَّ له الأقلَّ من أجره مثله ، أو قدر كفايته ؛ لأنَّه يستحقُّه بالعمل والحاجة جميعًا ، فلم يجز أن يأخذ إلا ما وجد فيه ، وفي «الإيضاح» : إذا قدره حاكم ، وقَّده في «الرعاية» و«الوجيز» : إن شغله ذلك عن كسب ما يقوم بكفايته .

قال ابن رزين : يأكل فقيرٌ ، ومن يمنعه من معاشه بمعروفٍ ، وظاهره : أنَّه لا يحلُّ له تناول شيءٍ مع غناه ، لقوله تعالى : ﴿ومن كان غنيًا فليستغفف﴾ [النساء : ٦] وعنه : بلى ، اختاره ابن عقيل ، كالعمل في الزكاة ، وحمل الآية على الاستحباب .

وعنه : لا يجوز للوصي أن يأكل شيئًا من مال اليتيم مطلقًا .

(وهل يلزمه عوضه إذا أيسر ؟ على روايتين) كذا في «المحرر» : الأصحُّ أنَّه لا يلزمه ؛ لأنَّ ذلك جعل عوضًا له عن عمله ، فلم يلزمه عوضه ، كالأجير والمضارب ، ولأنَّه يقال : أمر بالأكل ، ولم يذكر عوضًا .

والثانية : بلى ، وقاله مجاهد ، وعطاء ، وسعيد بن جبير ؛ لأنَّه استباحة بالحاجة من مال غيره ، فلزمه عوضه ، كالمضطرِّ إلى طعام غيره . وجوابه : بأنَّ العوض وجب عليه في ذمَّته ، بخلافه هنا ، وهذا الخلاف في غير الأب ، قاله في «المغني» و«الشَّرح» ، وإذا قلنا برُدِّ البدل ، فيتوجَّه برُدِّه إلى الحاكم ؛ لأنَّه لا يرى نفسه بنفسه .

(وكذلك يخرج في الناظر في الوقف) إذا لم يشترط له شيئًا ، وهذا التَّخريج ذكره أبو الخطَّاب وغيره ؛ لأنَّه يساوي الوصيَّ معنًى وحكمًا ، ونصُّ أحمد في الناظر : أنَّه يأكل بمعروفٍ ، وظاهره : ولو لم يكن محتاجًا ، قاله في «القواعد» ، وعنه أيضًا : إذا اشترط ، قيل له : فيقضي دينه ؟ قال : ما سمعت .

قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين : لا يقدم بمعلومه ، بلا شرطٍ ، إلا أن يأخذ أجره عمله مع فقره ، كوصيِّ اليتيم ، وفرق القاضي بين الوصيِّ بأنَّه لا يمكنه موافقته على

ومتى زال الحجر عنه ، فادّعى على الوليّ تعدّيًا ، أو ما يوجب ضمانًا ، فالقول قول الوليّ ، وكذلك القول قوله في دفع المال إليه بعد رشده ، وهل للزوج أن يحجر على امرأته في التبرّع بما زاد على الثلث من مالها ؟ على روايتين .

الأجرة ، والوكيل يمكنه .

(ومتى زال الحجر عنه ، فادّعى على الوليّ تعدّيًا ، أو ما يوجب ضمانًا) كدعوى الثقة وقدرها ، ووجود الغبطة ، والضّرورة ، والمصلحة ، والتلف .

(فالقول قول الوليّ) مع يمينه ؛ لأنّه يقبل قوله في عدم التفريط ، فكذا هنا كالمودع ، وهذا ما لم يخالف عادة وعرفًا ، وظاهره : أنّه يحلف الوليّ ، ولو كان حاكمًا ، وهو رواية .

والمذهب : أنّه لا يحلف الحاكم . فلو قال : أنفقت عليك منذ سنتين ، فقال : منذ سنة ، قدّم قول الصبيّ ؛ لأنّ الأصل يوافقه ، وظاهره : أنّ الحظّ والغبطة لا تفتقر إلى ثبوت ذلك عند الحاكم .

(وكذلك القول قوله في دفع المال إليه بعد رشده) هذا هو المذهب ؛ لأنّه أمينٌ ، أشبه المودع ، وقيل : يقبل قول الصبيّ ؛ لقوله تعالى : ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء : ٦] فمتى ترك الإشهاد ، فقد فوّط ، فلزمه الضّمان ، فعليه لا يقبل قول الولي ، إلّا ببينة ، وكذلك الحكم في المجنون والسّفية .

(وهل للزوج) الرشيد قاله في «الرعاية» (أن يحجر على امرأته) أي : الرشيّدة (في التبرّع بما زاد على الثلث من مالها ؟ على روايتين) كذا في «الرعاية» ، أرجحهما : ليس له منعها ، وهي ظاهر «الخرقي» ، وجزم بها في «الوجيز» وقدّمها في «الفروع» ؛ لقوله تعالى : ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رَشَدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء : ٦] وهي ظاهرة في فكّ الحجر عنهنّ ، وإطلاقهنّ في التصرّف ، بدليل قوله عليه السّلام : «يا معشر النّساء تصدّقن ، ولو من حليكن» وكنّ يتصدّقن ، ويقبل منهنّ ، ولم يستفصل .

فصل في الإذن

يجوز لوليِّ الصَّبِيِّ المميِّز أن يأذن له في التَّجارة في إحدى الروايتين ،

ولأنَّ من وجب دفع ماله إليه لرشده ، جاز له التَّصَرُّف بغير إذن ، كالغلام .
والثَّانية : يملك منعها من ذلك ، أي بزيادةٍ على الثُّلث ، نصره القاضي وأصحابه ، لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جدِّه : أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « لا يجوز للمرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها ، إذ هو مالك عصمتها » رواه أبو داود ، ولأنَّ حقَّ الزَّوج يتعلَّق بمالها وينتفع به ، وإذا أعسر بالنَّفقة أنظرته ، فجرى مجرى حقوق الورثة المتعلِّقة بمال المريض .

وجوابه : بأنَّ شعيباً لم يدرك عبد الله بن عمرو ، وليس لهم حديث يدلُّ على تحديد المنع بالثلث ، وقياسهم على المريض فاسدٌ ؛ لأنَّ المرض سببٌ يفضي إلى وصول المال إليهم بالميراث ، والزَّوجية إنما تجعله من أهل الميراث ، فهي أحد وصفي العلة ، فلا يثبت الحكم بمجردهما ، كما لا يثبت لها الحجر على زوجها ، وظاهره : أنَّه لا يملك منعها من التَّبَرُّع بما دون الثُّلث ، وعنه : بلي صَحَّحها في «عيون المسائل» قال : لا تهب شيئاً إلا بإذنه ، ولا ينفذ عتقها إلا بإذنه لظاهر الخبر .

فصل في الإذن

(يجوز لوليِّ الصَّبِيِّ المميِّز أن يأذن له في التَّجارة في إحدى الروايتين) جزم به في «الوجيز» وهو المرجَّح ؛ لقوله تعالى : ﴿وَابْتَاعُوا الْيَتَامَى﴾ [النساء : ٦] الآية ، أي : اختبروهم لتعلموا رشدهم ، وإنما يتحقَّق ذلك بتفويض الأمر إليهم من البيع والشَّراء ونحوه ، ولأنَّه عاقلٌ محجورٌ عليه ، فصَحَّ تصرُّفه بإذن وليِّه كالعبد .

والثَّانية : لا يصحُّ حتَّى يبلغ ؛ لأنَّه غير مكلفٍ كغير المميِّز ؛ ولأنَّ العقل لا يمكن الوقوف منه على الحدِّ الذي يصلح به التَّصَرُّف لحفائه ، فجعل الشَّارع له ضابطاً ، وهو البلوغ ، فعلى المذهب : لو تصرَّف بلا إذن ، لم يصحَّ ، وقيل :

ويجوز ذلك لسيّد العبد ، ولا ينفك عنهما الحجر ، إلا فيما أذن لهما فيه ، وفي النوع الذي أمرا به . وإن أذن له في جميع أنواع التّجارة لم يجز له أن يؤجّر نفسه ، ولا يتوكّل لغيره ، وهل له أن يوكل فيما يتولّى مثله بنفسه ؟ على وجهين ،

بلى ، ويقف على الإجازة ، وبناهما في «الشرح» على تصرّف الفضولي .
(ويجوز ذلك لسيّد العبد) بغير خلاف نعلمه ؛ لأنّ الحجر عليه إنّما كان لحقّ السيّد ، فجاز له التّصرّف بإذنه لزوال المانع .

(ولا ينفك عنهما الحجر ، إلا فيما أذن لهما فيه ، وفي النوع الذي أمرا به) لأنّ كلّ واحدٍ منهما يتصرّف بالإذن من جهة آدمي ، فوجب أن يختصّ بما أذن له فيه ، وأمره به دون غيره ، كالوكيل والمضارب .

وفي «الانتصار» رواية : إن أذن لعبده في نوع ، ولم ينه عن غيره ، ملكه ، أي : جاز أن يتجرّ في غيره ، وينفك عنه الحجر مطلقاً ؛ لأنّ إطلاق الإذن لا يتبعّض ، كبلوغ الصّبي . وجوابه : بأنّه ينتقض بما إذا أذن له في شراء ثوب يلبسه ونحوه ، والرّق سبب الحجر ، وهو موجود . وظاهر كلامهم : أنّه كمضارب في البيع نسيئة وغيره ، ودلّ كلامه على أنّه إذا كان لاثنتين ، فأذن له أحدهما : أنّه لا يجوز له التّصرّف ؛ لأنّه يقع بمجموعه .

(وإن أذن له في جميع أنواع التّجارة ، لم يجز له أن يؤجّر نفسه ، ولا يتوكّل لغيره) لأنّه عقد على نفسه ، فلا يملكه إلا بإذن ، كبيع نفسه وتزويجه ، ولأنّ ذلك يشغله عن التّجارة المقصودة بالإذن ، وفي إيجار عبده وبهائمه خلاف في «الانتصار» ، وفي صحّة شراء من يعتق على سيّده وامرأته ، وزوج ربّة المال ، وجهان أصحّهما : صحّته ، وعليه : إن صحّ وعليه دين ، فقيل : يعتق ، وقيل : يباع فيه ، ومثله مضارب ، والأشهر : يصحّ ، كمن نذر عتقه وشراؤه من حلف لا يملكه .

(وهل له أن يوكل فيما يتولّى مثله بنفسه ؟ على وجهين) أحدهما : لا يجوز ، جزم به في «الوجيز» ؛ لأنّه متصرّف بالإذن ، فاختصّ بما أذن فيه ،

وإن رآه سيّده أو وليّه يتّجر ، فلم ينهه لم يصّر مأذوناً له ، وما استدان العبد ، فهو في رقبته ، يفديه سيّده أو يسلمه . وعنه : يتعلّق بذمّته ؛ يتبع به بعد العتق ، إلا المأذون له ، هل يتعلّق برقبته ، أو ذمّة سيّده ؟ على روايتين .

والثاني : بلى ؛ لأنّه ملك التصرّف بنفسه ، فملكه بنائبه ، كالمالك الرّشيد ، ولأنّه أقامه مقام نفسه .

(وإن رآه سيّده أو وليّه يتّجر ، فلم ينهه ، لم يصّر مأذوناً له) كتزويجه ، وبيعه ماله ؛ لأنّه تصرّف يفتقر إلى الإذن ، فلم يقيم الشكوت مقامه ، كما لو تصرّف أحدهما في الرّهن ، والآخر ساكت ، وكتصرّف الأجانب .

(وما استدان العبد) يقال : استدان ، وأدان ، وتدّين - بمعنّى واحد (فهو في رقبته) نقله الجماعة (يفديه سيّده ، أو يسلمه) كالجنّاية .

(وعنه : يتعلّق بذمّته ، يتبع به بعد العتق) لأنّ صاحب الحقّ رضي بتأخير حقّه ، لكونه عامل من لا مال له ، فعلى المذهب إن أعتقه ، فعلى مولاه . نقله أبو طالب .

(إلا المأذون له ، هل يتعلّق برقبته ، أو ذمّة سيّده ؟ على روايتين) وحاصله : أنّ لتصرّف العبد حالتين ، إحداهما : أن يكون غير مأذون له ، ولتصرفه حالتان إحداهما : أن يتصرّف ببيع أو شراء بعين المال ، فهذا لا يصحّ على المذهب كالغاصب .

وقيل : بلى ، ويقف على الإجازة ، كالفضولي .

الثّانية : أن يتصرّف في ذمّته ، وفيه وجهان ، وحكاهما المجد روايتين ، إحداهما : يصحّ تصرفه إلحاقاً له بالفلس ؛ إذ الحجر عليه لحقّ السيّد .

والثّانية : لا يصحّ ؛ لأنّه محجور عليه ، كالسّفيه ، فعلى الأوّل : ما اشتراه ، أو اقترضه إن وجد في يده انتزع منه ، لتحقّق إعساره ، قاله في «المغني» و«التلخيص» .

وإن أخذه سيّده لم ينتزع منه ، على المشهور ؛ لأنّه وجد مملوكه بحقّ ، أشبه ما

لو وجد في يده صيداً ونحوه ، واختار في «التلخيص» جواز الانتزاع منه ؛ لأنَّ الملك وقع للسَّيِّد ابتداءً .

وإن تلف بيد السَّيِّد لم يضمه ، واستقرَّ ثمنه في رقبة العبد أو ذمَّته ، على الخلاف ، وكذا إن تلف في يد العبد ، وعلى الثَّاني - وهو فساد التَّصرف - : يرجع مالك العين حيث وجدها ، فإن كانت تالفةً ، فله قيمته أو مثله ، إن كان مثلياً ، ثمَّ إن كان التَّلَف في يد العبد رجع عليه ، وتعلَّق برقبته كالجناية .

وعنه : يتعلَّق بذمَّته ، لعموم ما روي عن الفقهاء التَّابعين من أهل المدينة ، قال : كانوا يقولون دين المملوك في ذمَّته . رواه البيهقي في سننه ، وإن كان التَّلَف بيد السَّيِّد ، فكذلك على مقتضى كلام المجد ، وفي «المغني» و«الشرح» و«التلخيص» : أنَّه يرجع إن شاء على السَّيِّد ، وإن شاء على العبد .

الحالة الثانية : أن يكون مأذوناً له ، فما استدانه ببيع ، أو قرض ، فأشهر الروايات : أنَّه يتعلَّق بذمَّة السَّيِّد ؛ لأنَّه غرَّ النَّاسَ بمعاملته ، وقَيَّده في «الوسيلة» بما إذا كان قدر قيمته . والمذهب مطلقاً .

ولا فرق في الذي استدانه ، بين أن يكون في الذي أذن فيه ، أو لا ، بأن يأذن له في التَّجارة في البرِّ ، فيتَّجر في غيره ؛ لأنَّه لا ينفك أن يظنَّ النَّاسُ أنَّه مأذونٌ له في ذلك أيضاً ، وعنه : يتعلَّق برقبة العبد ، كجنايته ، ولأنَّه قابضٌ للمال المتصرَّف فيه ، أشبه غير المأذون له .

وعنه : يتعلَّق بذمَّة السَّيِّد لإذنه ، ورقبة العبد لقبضه ، وعنه : بذمَّته ، ونقل صالح ، وعبد الله : يؤخذ السَّيِّد بما أذن له فيه فقط ، ونقل ابن منصور : إذا أذن ، فعلى سيِّده ، وإن جنى ، فعلى سيِّده ، وفي «الروضة» : إذا أذن له مطلقاً لزمه كلُّما أذن .

وإن قيَّده بنوع لم يذكر فيه استداناً ، فبرقبته كغير المأذون ، وبنى الشيخ تقيِّ الدِّين الخلاف في أنَّ تصرُّفه مع الإذن ، هل هو لسيِّده ، فيتعلَّق ما أذانه بذمَّته كوكيله ، أو لنفسه ، فيتعلَّق برقبته ؟ فيه روايتان .

وإذا باع السَّيِّد عبده المأذون له شيئاً ، لم يصحَّ في أحد الوجهين ، وفي الآخر يصحُّ إذا كان عليه دينٌ بقدر قيمته ، ويصحُّ إقرار المأذون له في قدر ما أذن له فيه . وإن حجر عليه ، وفي يده مالٌ ، ثم أذن له فأقرَّ به ، صحَّ ، ولا يبطل الإذن بالإباق ،

ومحلُّ الخلاف ما إذا ثبت بيئته ، أو إقرار السَّيِّد ، أمّا إذا أنكره السَّيِّد ، ولا بيئته به ، فإنه يتعلّق بذمة العبد إن أقرَّ به ، وإلا فهو هدرٌ ، قاله الزُّركشيُّ ، ومقتضى كلام الأكثر جريان الخلاف .

(وإذا باع السَّيِّد عبده المأذون له شيئاً ، لم يصحَّ في أحد الوجهين) هذا ظاهر المذهب ؛ لأنَّه مملوكه ، فلا يثبت له دينٌ في ذمَّته ، كغير المأذون له (وفي الآخر يصحُّ إذا كان عليه دينٌ بقدر قيمته) لأنَّه إذا قلنا : إن الدين يتعلّق برقبته ، فكأنَّه صار مستحقّاً لأصحاب الديون ، فيصير كعبد غيره ، وقيل : يصحُّ مطلقاً (ويصحُّ إقرار المأذون له في قدر ما أذن له فيه) لأنَّ مقتضى الإقرار الصَّحَّة ترك فيما لم يأذن له فيه سيِّده ، لحقَّ السَّيِّد ، فوجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه . وظاهره : أنَّه لا يصحُّ فيما زاد ، لما ذكرنا .

(وإن حجر عليه ، وفي يده مالٌ ، ثمَّ أذن له ، فأقرَّ به صحَّ) لأنَّ المانع من صحَّة إقراره الحجر عليه ، وقد زال ، ولأنَّ تصرُّفه فيه صحيحٌ ، فصحَّ إقراره به كالحرٍّ ، وقيل : لا يصحُّ إلا في الشَّيء اليسير .

(ولا يبطل الإذن بالإباق) في الأصحَّ ؛ لأنَّه لا يمنع ابتداء الإذن له في التَّجارة ، فلم يمنع استدامته ، كما لو غصبه غاصبٌ ، أو حبس بدينٍ عليه ، وكتديبر واستيلاء .

وقيل : يبطل به ؛ لأنَّه يزيل ولاية السَّيِّد عنه في التَّجارة ، بدليل أنَّه لا يجوز بيعه ، ولا هبته .

وجوابه : بأنَّ سبب الولاية باقٍ ، وهو الرِّقُّ ، مع أنَّه يجوز بيعه وهبته لمن يقدر عليه ، ويبطل بالمغصوب ، وفيه بكتايةٌ ، وحرِّيَّةٌ ، وأسرٌ ؛ خلافاً في «الانتصار» ،

ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم ، وكسوة الثياب ، ويجوز هديته للمأكول ، وإعارة دابته ، وهل لغير المأذون الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه إذا لم يضرب به ؟ على روايتين ،

وفي «الموجز» و«التبصرة» : يزول ملكه بحرئية وغيرها ، كحجر على سيده ، وليس إباقه فرقة ، نص عليه .

فرع : له معاملة عبد ، ولو لم يثبت كونه مأذوناً له ؛ خلافاً للنهاية ؛ نقل مهناً ، فيمن اشترى من عبد ثوباً ، فوجد به عيباً ؛ فقال العبد : أنا غير مأذون لي في التجارة : لم يقبل منه ؛ لأنه إنما أراد أن يدفع عن نفسه ، ولو أنكر سيده إذنه يتوجه الخلاف .

وقال الشيخ تقي الدين : إن علم بتصرفه ، لم يقبل ، ولو قدر صدقه ، فتسليطه عدواناً منه ، فيضمن ، وفي طريقة بعض أصحابنا : التجار أتلغوا أموالهم لما لم يسألوا الولي ؛ إذ الأصل عدم الإذن للعبد ، وهو ظاهر .

(ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم ، وكسوة الثياب) ونحوه ؛ لأن ذلك ليس من التجارة ، ولا يحتاج إليه كغير المأذون له ، وظاهره ، وإن قل .

(ويجوز هديته للمأكول ، وإعارة دابته) وعمل دعوة ونحوه ، بلا إسراف ؛ لأنه عليه السلام كان يجيب دعوة المملوك ، وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد : أنه تزوج ، فحضر دعوته جماعة من الصحابة منهم : ابن مسعود ، وأبو حذيفة ، وأبو ذر ، فأثمهم ، وهو يومئذ عبد . رواه صالح في مسائله ، ولأنه مما جرت به عادة التجار فيما بينهم ، فيدخل في عموم الإذن .

وقال في «النهاية» : أظهر أنه لا يجوز ؛ لأنه تبرع بمال مولاه ، فلم يجز ، كنكاحه ، وكمكاتب في الأصح .

(وهل لغير المأذون الصدقة من قوته بالرغيف ، ونحوه إذا لم يضرب به ؟ على روايتين) أصحهما : له ذلك ، بما لا يضربه ؛ لأنه مما جرت العادة بالمسامحة فيه ، فجاز كصدقة المرأة من بيت زوجها ، والثانية : المنع منه ؛ لأن المال لسيده ، وإنما أذن له في الأكل ، فلم يملك الصدقة به ، كالضيف لا يتصدق بما أذن له في أكله .

وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير إذنه بنحو ذلك ؟ على روايتين .

مسألة : ما كسبه العبد غير المأذون من مباح ، أو قبله من هبة ووصية ، فلسيده ، وكذا اللقطة ، وقيل : لا يقبل الكل ، إلا بإذنه ، وإن قيل : أو التقط وعرف بلا إذنه ، فهو للعبد ، إن قلنا : يملك بالتملك ، ولا يصح قبول سيده عنه مطلقاً ، فإن لم يملك - واختاره الأصحاب - فهو لسيده يعتقه ، ولسيده أخذه منه ، ولا يتصرف في ملكه إلا بإذن سيده .

(وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير إذنه بنحو ذلك ؟) أي : باليسير (على روايتين) المشهور في المذهب : لها ذلك ؛ لما روت عائشة ؛ قالت : قال رسول الله ﷺ : «إذا أنفقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدة ، كان لها أجرها بما أنفقت ، ولزوجها أجر ما كسب ، وللخازن مثل ذلك ؛ لا ينقص بعضهم من أجر بعض شيئاً» متفق عليه . ولم يذكر إذناً ؛ إذ العادة السامح ، وطيب النفس به ، إلا أن تضطرب العادة ، ويشك في رضاه ، أو يكون بخيلاً ، ويشك في رضاه ، فلا يجوز .

والثانية : لا ، نقلها أبو طالب ؛ لما روى أبو أمامة الباهلي ؛ قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها» قيل : يا رسول الله ، ولا الطعام ، قال : «ذلك أفضل أموالنا» رواه سعيد .

ولأنها تبرعت بمال غيرها ، فلم يجز كالصدقة بثيابه ، والأول أصح ؛ لأن أحاديثها خاصة صحيحة ، فتقدم على غيرها .

والإذن العرفي الحقيقى ، إلا أن يمنعها من التصرف فيه مطلقاً ، وكمن يطعمها ، ولم يعلم رضاه ، ولم يفرق أحمد ، ويلحق بها من كان في بيته كجاريته وعنده المتصرف في بيت سيده ، لوجود المعنى فيه .

باب الوكالة

تصحُّ الوكالة بكلِّ قولٍ يدلُّ على الإذن ،

باب الوكالة

الوكالة - بفتح الواو وكسرهما - : التفويض ، يقال : وكَّله ، أي : فوض إليه ، ووكلت أمري إلى فلانٍ ، أي : فوّضت إليه ، واكتفيت به ، وقد تطلق ويراد بها الحفظ ، وهي اسم مصدرٍ بمعنى التوكيل .

واصطلاحاً : التفويض في شيءٍ خاصٍّ في الحياة ، والأحسن فيها : أنها استنابة الجائز التصرُّف مثله ، فيما تدخله الثَّيَابَةُ .

وهي جائزة بالإجماع ، وسنده قوله تعالى : ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾ [الكهف : ١٩] الآية ، وقد وكَّلَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عُرْوَةَ بن الجعد في شراء الشاة ، وأبا رافعٍ في تزوج ميمونة ، وعمرو بن أمية الضمري في تزوج أم حبيبة .

والمعنى شاهدٌ بذلك ؛ لأنَّ الحاجة تدعو إليه ، فإنَّ كلَّ أحدٍ لا يمكنه فعل ما يحتاج إليه بنفسه .

(تصحُّ الوكالة بكلِّ قولٍ يدلُّ على الإذن) نصَّ عليه نحو : افعل كذا ، أو أذنت لك في فعله ؛ لأنَّه لفظٌ دالٌّ على الإذن ، فصَحَّ ، كلفظها الصَّريح ، ونقل جعفر : إذا قال : بع هذا ، ليس بشيءٍ حتَّى يقول : وكَّلْتُكَ ، فاعتبر انعقادها بلفظها الصَّريح ، وتأوَّله القاضي على التأكيد ؛ لنصِّه على انعقاد البيع باللفظ ، والمعاطة ، كذا الوكالة ، قال ابن عقيل : هذا دأب شيخنا ؛ أن يحمل نادرَ كلام أحمد على أظهره ، ويصرفه عن ظاهره ، والواجب أن يقال : كلُّ لفظٍ رواية ، ويصحُّ الصَّحيح .

قال الأزجئي : ينبغي أن يعوَّل في المذهب على هذا ؛ لئلاَّ يصير المذهب روايةً واحدةً ، وقد دلَّ كلام القاضي على انعقادها بفعلٍ دالٍّ ، كبيع .

وَكُلُّ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ يَدُلُّ عَلَى الْقَبُولِ ، وَيَصِحُّ الْقَبُولُ عَلَى الْفَوْرِ وَالتَّرَاخِي ،
بأن يوكِّله في بيع شيء ، فيبيعه بعد سنة ، أو يبلغه : أنه وكَّله منذ شهر ،
فيقول : قبلت ، ولا يجوز التوكيل والتوكُّل في شيء إلاَّ مَنْ يَصِحُّ تصرُّفه فيه .

وهو ظاهر كلام المؤلف فيمن دفع ثوبه إلى قَصَّارٍ ، أو خِيَّاطٍ ، قال في
«الفروع» : وهو أظهر ، وكالقبول ، وظاهره : أنها تصحُّ مؤقتةً ومعلَّقةً بشرطٍ ،
نصَّ عليه ، كوصية وإباحة أكلٍ ، وقضاء وإمارة ، وكتعليق تصرُّفٍ .

واختار في «عيون المسائل» : أنه لا يصحُّ تعليقها بشرطٍ ، كتعليق فسخها .
(وَكُلُّ قَوْلٍ) والأصحُّ (أو فعل يدلُّ على القبول) لأنَّ وكلاء النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ
عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امتثال أوامره ، ولأنَّه إذن في التَّصَرُّفِ ، فجاز القبول
بالفعل ، كأكل الطعام ، وكذا سائر العقود الجائزة ، كشركة ، ومضاربة ، ومساقاة
ونحوها .

(ويصحُّ القبول على الفور) بلا شبهة كسائر العقود (والتَّرَاخِي ، بأن يوكِّله
في بيع شيء ، فيبيعه بعد سنة ، أو يبلغه : أنه وكَّله منذ شهر ، فيقول : قبلت)
لأنَّ قبول وكلائه عليه السَّلام كان بفعلهم ، وكان متراخياً عن توكيله إياهم ، ولأنَّه
إذن في التَّصَرُّفِ ، والإذن قائم ما لم يرجع عنه ، أشبه الإباحة .

وظاهره : أنه يعتبر تعيين الوكيل ، وقاله القاضي وأصحابه ، وفي «الانتصار» :
ولو وكَّل زيداً ، وهو لا يعرفه ، أو لم يعرف موكِّله لم يصحَّ .

(ولا يجوز التوكيل ، والتوكُّل في شيء إلاَّ مَنْ يَصِحُّ تصرُّفه فيه) لأنَّ من لا
يَصِحُّ تصرُّفه بنفسه ، فنائبه أولى ، فلو وكَّله في بيع ما سيملكه ، أو طلاق من
يتزوَّجها لم يصحَّ إذ الطَّلاق لا يملكه في الحال ، ذكره الأزجي .

وذكر غيره : إن قال : إن تزوَّجت هذه ، فقد وكَّلتك في طلاقها ، أو إن
اشتريت هذا العبد ، فقد وكَّلتك في عتقه ؛ صحَّ ، إن قلنا : يَصِحُّ تعليقهما
على ملكهما ، وإلاَّ فلا .

وَكُلُّ مَنْ صَحَّ تصرُّفه بنفسه صحَّ منه ما ذكرنا ؛ لأنَّ كلاً منهما يملك التَّصَرُّفَ

ويجوز التوكيل في كلِّ حقٍّ آدميٍّ من العقود والفسوخ ، والعق ، والطلاق ، والرجعة ، وتملك المباحات ، من الصيد ، والحشيش ، ونحوه .

بنفسه ، فجاز أن يستنيب غيره ، وأن ينوب عن غيره لانتفاء المفسد ، وشرطه أن يكون مما تدخله النيابة ؛ فلا يصحُّ توكيل فاسقٍ في إيجاب نكاح ، إلا على رواية ، وفي قبوله وجهان .

ويصحُّ توكيل المرأة في طلاق نفسها وغيرها ، وتوكيل العبد في قبول نكاح ؛ لأنه يجوز أن يقبله لنفسه بإذن سيِّده ، وللمكاتب أن يوكل فيما يتصرَّف فيه بنفسه ، وله أن يتوكل لغيره بجعل ؛ لأنه من اكتساب المال ، وليس له أن يتوكل بغير جعلٍ إلا بإذن سيِّده ، وصحَّة وكالة المميِّز في طلاقٍ وغيره مبنيٌّ على صحَّته منه ، وفي «الرعاية» : روايتان لنفسه ، أو غيره ، بلا إذن ، ويصحُّ أن يتوكل واجدٌ للطول في قبول نكاح أمةٍ لمباح له ، وغنيٌّ لفقرٍ في قبول زكاة ؛ لأنَّ سلبهما القدرة تنزيهاً ، وقبول نكاح أخته ونحوها من أبيه الأجنبي ، قاله في «الوجيز» وغيره .

(ويجوز التوكيل في كلِّ حقٍّ آدميٍّ من العقود) لأنه عليه السَّلام وكلَّ عروة ابن الجعد في الشراء ، وسائر العقود - كالإجارة ، والقرض ، والمضاربة ، والإبراء - في معناه ؛ لأنَّ الحاجة تدعو إليه ؛ لأنه قد لا يحسن البيع والشراء ، أو لا يمكنه الخروج إلى الشوق ، أو يحطُّ ذلك من منزلته ، فأباحها الشارع دفعاً للحاجة ، وتحصيلاً للمصلحة .

ومقتضاه : أنه يصحُّ التوكيل في الإقرار ، وقيل : التوكيل فيه إقرار ، جزم به في «المحرر» ، وفي إثبات القصاص . وفي المطالبة بالحقوق ، وإثباتها ، والمحكمة فيها ، حاضرًا كان الموكل أو غائبًا ، صحيحًا أو مريضًا في قول الجمهور .

(والفسوخ ، والعق ، والطلاق) لأنه يجوز التوكيل في الإنشاء ، فجاز في الإزالة بطريق الأولى ، (والرجعة) لأنَّ الحاجة تدعو إلى ذلك ، (وتملك المباحات من الصيد ، والحشيش ونحوه) كإحياء الموات ، واستيفاء الموارث ؛ لأنها تملك مالٍ بسبب لا يتعيَّن عليه ، فجاز كالاتِّباع والانتهاج .

إِلَّا الظَّهَارَ ، وَاللَّعَانَ ، وَالْأَيْمَانَ ، وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَ مَنْ يَقْبَلُ لَهُ النِّكَاحُ ،
وَمَنْ يَزَوِّجُ وَلَيْتَهُ ، إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَصْخُ مِنْ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ وَمَوْلَيْتِهِ ، وَيَصْخُ
فِي كُلِّ حَقٍّ لِلَّهِ تَعَالَى تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ مِنَ الْعِبَادَاتِ

وقيل : من وُكِّلَ في احتشاشٍ واحتطابٍ ؛ فهل يملك الوكيل ما أخذه ، أو
موكِّله ؟ فيه وجهان .

(إِلَّا الظَّهَارَ) لَأَنَّهُ قَوْلٌ مِنْكَرٌ وَزَوْرٌ ، يَحْرُمُ عَلَيْهِ فَعْلُهُ ، فَلَمْ تَجْزِ الْإِسْتِنَابَةُ فِيهِ ،
كَالْإِيلَاءِ (وَاللَّعَانَ وَالْأَيْمَانَ) لِأَنَّهَا أَيْمَانٌ ، فَلَا تَدْخُلُهَا النَّيَابَةُ كَالْعِبَادَاتِ الْبَدَنِيَّةِ ،
وَالنَّذْرِ ، وَالْقَسَامَةِ كَذَلِكَ ، وَيَسْتَنَى أَيْضًا الْقَسَمَ بَيْنَ الزَّوْجَاتِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَلَّقُ
بِالزَّوْجِ لِأَمْرِ يَخْتَصُّ بِهِ ، وَالشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِالشَّاهِدِ ، وَالرِّضَاعِ ؛ لِأَنَّهُ
يَخْتَصُّ بِالْمَرْضُوعَةِ ، وَالِاتِّقَاطِ ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فَالْتَقَطَ ، كَانَ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْأَمْرِ ،
وَالْإِغْتِنَامِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِالْحَضُورِ ، وَالْغَضَبِ وَالْجَنَائِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ .

(وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَ مَنْ يَقْبَلُ لَهُ النِّكَاحُ) لِفَعْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ قَدْ
تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا احتاج إِلَى التَّرْجُومَةِ مِنْ مَكَانٍ بَعِيدٍ لَا يُمْكِنُ السَّفَرُ إِلَيْهِ ، كَمَا
تَزَوَّجَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أُمَّ حَبِيبَةَ ، وَهِيَ بَارِضُ الْحَبْشَةِ .

(وَمَنْ يَزَوِّجُ وَلَيْتَهُ) لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ (إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ
مِمَّنْ يَصْخُ ذَلِكَ مِنْهُ لِنَفْسِهِ وَمَوْلَيْتِهِ) يَحْتَرِزُ بِهِ عَنِ الصَّبِيِّ وَالْجَنُونِ ، فَإِنْ تَوَكَّلَهُمَا غَيْرُ
صَحِيحٍ ، وَعَنِ الْفَاسِقِ ، فَإِنْ تَوَكَّلَهُ فِي الْإِيجَابِ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصْخُ أَنْ يَتَوَلَّى
نِكَاحَ مَوْلَيْتِهِ بِنَفْسِهِ ؛ إِذْ لَا وِلَايَةَ لِفَاسِقٍ ، وَفِيهِ إِشْعَارٌ بِأَنَّهُ يَصْخُ أَنْ يَكُونَ وَكِيلاً فِي
الْقَبُولِ ، وَقَدْ تَقَدَّمَ .

(وَيَصْخُ فِي كُلِّ حَقٍّ لِلَّهِ تَعَالَى تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ مِنَ الْعِبَادَاتِ) كَتَفَرُّقَةِ صَدَقَةِ
زَكَاتٍ ، وَنَذْرِ وَكُفَّارَةٍ ؛ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَبْعَثُ عُمَّالَهُ لِقَبْضِ الصَّدَقَاتِ ،
وَتَفْرِيقِهَا ، وَحَدِيثٍ مُعَاذٍ شَاهِدٌ بِذَلِكَ ، وَكَذَا الْحَجُّ وَالْعُمْرَةُ ؛ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ
يَسْتَنْيِبَ مَنْ يَفْعَلُهُ بِشَرْطِهِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَقُولَ لغيره : أَخْرِجْ زَكَاتَ مَالِي مِنْ مَالِكَ .

فَأَمَّا الْعِبَادَاتُ الْبَدَنِيَّةُ الْمُحَضَّةُ كَالصَّلَاةِ ، وَالصَّوْمِ ، وَالطَّهَارَةِ مِنَ الْحَدَثِ ، فَلَا
يَجُوزُ التَّوَكُّلُ فِيهَا ؛ فَإِنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِدَنِّ مَنْ هِيَ عَلَيْهِ ، وَكَذَا الصَّيَامُ الْمَنْدُورُ ، فَإِنَّهُ

والحدود في إثباتها واستيفائها ، ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته ، إلا القصاص وحدّ القذف عند بعض أصحابنا ، لا يجوز في غيبته . ولا يجوز للوكيل التوكيل فيما يتولّى مثله بنفسه ، إلا بإذن الموكل ،

يفعل عن الميت ، وليس بتوكيل .

لكن يستثنى من الصلوة ركعتا الطواف ، فإنّها تبغ للحجّ ، ومن الطهارة صبّ الماء وإيصاله إلى الأعضاء ، وتطهير البدن والثوب من النجاسة .

(والحدود في إثباتها واستيفائها) لقوله عليه السّلام : «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها» فاعترفت ، فأمر بها فرجمت . متفق عليه ، فقد وكلّه في الإثبات والاستيفاء جميعاً .

وقال أبو الخطاب : لا يجوز في إثباتها ؛ لأنّها تسقط بالشبهات ، وقد أمرنا بدرئها ، والتوكيل يوصل إلى الإيجاب ، وجوابه الخبر ، وبأنّ الحاكم إذا استتاب دخل فيها الحدود ، فإذا دخلت في التوكيل بطريق العموم ، فالتخصيص بدخولها أولى ، والوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات .

(ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته) نصّ عليه ؛ لعموم الأدلّة ؛ ولأنّ ما جاز استيفاءه في حضرة الموكل ، جاز في غيبته كسائر الحقوق (إلا القصاص وحدّ القذف عند بعض أصحابنا ، لا يجوز في غيبته) وقد أوماً إليه أحمد ، لأنّه يحتمل أن يعفو عنه حال غيبته ، فيسقط ، وهذه شبهة تمنع الاستيفاء ؛ لأنّ العفو مندوبٌ إليه ، فإذا حضر الموكل ، احتمل أن يرحمه ، فيعفو .

والمذهب : له الاستيفاء في الغيبة مطلقاً ، أمّا الرّئي وشبهه ، فظاهر ؛ لأنّه لا يحتمل العفو حتى يدرأ بالشبهة ، واحتمال العفو في غيره بعيد ؛ لأنّ الظاهر أنّه لو عفا لأعلم وكيله به ، والأصل عدمه ، فلا يؤثّر ، ألا ترى أنّ قضاة رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد ، ويقىمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال الفسخ .

(ولا يجوز للوكيل التوكيل فيما يتولّى مثله بنفسه ، إلا بإذن الموكل) نقله ابن

وعنه : يجوز ، وكذلك الوصي والحاكم . ويجوز توكيله فيما لا يتولّى مثله بنفسه ،

منصور ؛ لأنه لم يأذن له في التوكيل ، ولا تضمّنه إذنه ، لكونه يتولّى مثله ، ولأنّه استئمان فيما يمكنه التّهوض فيه ، فلم يكن له أن يولّيه من لا يأمنه عليه ، كالوديعة .
(وعنه : يجوز) نقلها حنبلي ؛ لأنّ الوكيل له أن يتصرّف بنفسه ، فملكه نائبه كالمالك ، وردّ بأنّ المالك يتصرّف في ملكه كيف شاء ، بخلاف الوكيل ، وهذا مع الإطلاق ، فلو نهاه عنه لم يجزّ بغير خلاف ؛ لأنّ ما نهاه عنه ليس بداخل في إذنه ، فلم يجزّ كما لو لم يوكّله ، وعكسه إذا أذن له فيه ، أو قال : اصنع ما شئت ، فإنّه يجوز بغير خلاف ؛ لأنّه عقد أذن له فيه ؛ فكان له فعله ، كالتصرّف المأذون فيه .

(وكذلك الوصي والحاكم) أي : حكمهما حكم الوكيل ، لأنّ كلّ واحدٍ منهما متصرّف بالإذن كالوكيل ، لكن قال القاضي : المنصوص عن أحمد جوازه ، وقدمه في «المحرر» ، ونقل في «المغني» عن القاضي في المصنوعة : أنّه يجوز للوصيّ أن يستنيب مطلقاً ، وفي الوكيل روايتان .

والفرق : أنّ الوكيل يمكنه الاستئذان ، بخلاف الوصي ، ثم قال : وقال أبو بكر : في الوصي روايتان كالوكيل ، قال في «المغني» : والجمع بينهما أولى ؛ لأنّه متصرّف في مال غيره بالإذن ، أشبه الوكيل ، وإنّما يتصرّف فيما اقتضته الوصيّة ، كالوكيل إنّما يتصرّف فيما اقتضته الوكالة ، ويلحق بهذا مضاربٌ ووليّ في نكاحٍ غيرٍ مجبر ، وقيل : يجوز من الوليّ أباً كان أو غيره ، قدّمه في «الشرح» .

مسألة : يجوز للحاكم أن يستنيب من غير مذهبه ، ذكره القاضي في «الأحكام السلطانيّة» ، وابن حمدان في «الرعاية» ، وفي «الفروع» : إذا استتاب حاكمٌ من غير أهل مذهبه ، إن كان لكونه أرجح ، فقد أحسن ، وإلّا لم تصح الاستنابة ، إذا لم يمنع ، إن كان له الحكم ، وهو مبنيّ على تقليد غير إمامه ، وإلّا انبنى : هل يستنيب فيما لا يملكه ، كتوكيل مسلمٍ ذميّاً في شراء خمر ، وأنّه نائب المستنيب ، أو الأوّل .

(ويجوز توكيله فيما لا يتولّى مثله بنفسه) أي : إذا كان العمل ممّا يرتفع

أو يعجز عنه لكثرتة ، ويجوز توكيل عبد غيره بإذن سيّده ، ولا يجوز بغير إذنه ، فإن وُكِّلَ بإذنه في شراء نفسه من سيّده ، فعلى وجهين .

الوكيل عن مثله ، كالأعمال الدنيئة في حقّ أشرف النّاس المرتفعين عن فعله عادة ؛ فإنّ الإذن ينصرف إلى ما جرت به العادة (أو) كان يعمل به بنفسه لكثته (يعجز عنه لكثرتة) لأنّ الوكالة اقتضت جواز التّوكيل ، فجاز في جميعه ، كما لو أذن فيه لفظاً .

وقال القاضي : عندي أنّه يوكل فيما زاد على ما يتمكّن من فعله ؛ لأنّ التّوكيل إنّما جاز للحاجة ، فاختصّ بها ، بخلاف وجود إذنه ، فإنّه مطلق ، ولا يوكل إلّا أميناً ، إلّا أن يعيّن له سواه ، فإنّه يجوز مطلقاً ؛ لأنّه قطع نظره بتعيينه ، وعلى الأوّل : لو وُكِّلَ أميناً ، فصار خائناً ، فله عزله ؛ لأنّ تمكينه من التّصرّف مع الخيانة تفريط . ووكل عنك وكيل وكيله ، ووكل عني ، أو يطلق وكيل موكله في الأصحّ ، ولا يوصي وكيل مطلقاً .

(ويجوز توكيل عبد غيره بإذن سيّده) لأنّ المنع لحقه ، فإذا أذن صار كالحُرّ ، وكالتّصرّف (ولا يجوز بغير إذنه) لأنّه محجور عليه (فإن وُكِّلَ بإذنه) وقيل : أو لا (في شراء نفسه من سيّده فعلى وجهين) وفي «الفروع» روايتان : إحداهما : يصحّ نصرها في «الشّرح» ، وجزم بها في «الوجيز» وغيره ؛ لأنّه يجوز أن يوكله في شراء عبد غيره ، فجاز أن يشتري نفسه ، كالمرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها ، جاز توكيلها في طلاق نفسها .

والثّانية : لا ؛ لأنّ يد العبد كيد سيّده ، أشبه ما لو وُكِّلَ في الشّراء من نفسه ، ولهذا يحكم للإنسان بما في يد غيره ، وفي «المغني» و«الشّرح» : إن هذا الوجه لا يصحّ ؛ لأنّ أكثر ما يقدر جعل توكيل العبد كتوكيل سيّده ؛ ولأنّ الوليّ في النّكاح يجوز أن يتولّى طرفي العقد ، فكذا هنا ، فلو قال العبد : اشترت نفسي لزيد ، وصدّقه صحّ ، ولزم زيد الثّمن ، وإن قال السيّد : ما اشترت نفسك إلّا لنفسك عتق ؛ لإقرار السيّد على نفسه بما يعتق به العبد ، ويلزم العبد الثّمن في ذمّته لسيّده .

والوكالة عقدٌ جائزٌ من الطرفين ، لكلٍّ منهما فسخها . وتبطل بالموت ، والجنون ، والحجر للسَّفيه ،

لأنَّ الظَّاهر وقوع العقد له ، وإن صدَّقه السيّد ، وكذَّب زيد ، نظرت في تكذيبه ، فإن كذَّبه في الوكالة حلف ، وبرئ ، وللسَّيّد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذُّر ثمنه ، وإن صدَّقه في الوكالة ، وقال : ما اشتريت نفسك لي ، قبل قول العبد ؛ لأنَّ الوكيل يقبل قوله في التَّصرُّف المأذون فيه .

تنبيهٌ : لو وكَّل العبد في إعتاق عبيده ، والمرأة في طلاق نساءه ، لم يملك إعتاق نفسه ، ولا هي طلاق نفسها ؛ لأنَّه بإطلاقه ينصرف إلى التَّصرُّف في غيره ، وقيل : بلى ؛ لأنَّ اللَّفظ يعنُّه ، فلو وكَّل غريمه في إبراء نفسه صحَّ ، كتوكيل العبد في إعتاق نفسه ، فلو وكَّله في إبراء غرمائه لم يملك إبراء نفسه في المشهور ، كما لو وكَّله في حبس غرمائه أو خصومتهم .

(والوكالة عقدٌ جائزٌ من الطرفين) ؛ لأنها من جهة الموكل إذن ، ومن جهة الوكيل بدل نفع ، وكلاهما جائزٌ (لكلٍّ واحدٍ منهما فسخها) أي : متى شاء لأنها إذن في التَّصرُّف ، فملكه كالإذن في أكل طعامه .

وإن قال : كلُّما عزلتك ، فقد وكَّلتك ، انعزل بكُلِّما وكَّلتك فقد عزلتك ، وهي الوكالة الدَّورية ، قال في «التَّلخيص» : وهي على أصلنا صحيحةٌ في صحَّة التَّعليق ، وصورتها أن تقول : كلُّما عزلتك فأنت وكيلي ، وطريقه في العزل أن يقول : كلُّما عدت وكيلي ، فقد عزلتك ، وهي فسخ معلَّق بشرط .

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين : لا يصحُّ لأنَّه يؤدِّي إلى أن تصير العقود الجائزة لازمةً ، وذلك تغييرٌ لقاعدة الشَّرع ، وليس مقصود المعلَّق إيقاع الفسخ ، وإنَّما قصده الامتناع من التَّوكيل ، وحله قبل وقوعه ، والعقود لا تفسخ قبل انعقادها .

(وتبطل بالموت ، والجنون) المطبق وفيه وجهٌ ، وهو ظاهر «الوجيز» (والحجر للسَّفيه) لأنَّ الوكالة تعتمد الحياة ، والعقل ، وعدم الحجر ، فإذا انتفى ذلك انتفت صحَّتها ؛ لانتهاء ما يعتمد عليه ، وهو أهليَّة التَّصرُّف ، وظاهره : أنَّ الحجر لفلس لا يبطلها ، وصرَّح به في «المغني» و«الشَّرح» ؛ لأنَّ الوكيل لم

وكذلك كلُّ عقدٍ جائزٍ ، كالشُّركة ، والمضاربة ، ولا تبطل بالشُّكر ، والإغماء ، والتَّعدِّي ، وهل تبطل بالرَّدَّة وحرِّية عبده ؟ على وجهين .

يخرج عن أهليَّة التَّصرُّف .

لكن إن حجر على الموكل ، فإن كانت الوكالة في أعيان ماله ، بطلت لانقطاع تصرُّفه فيها ، وإن كانت في غيرها ، فلا ، وتبطل أيضًا في طلاق الزَّوجة بوطئها ، وفي عتق العبد بكتابته وتدييره ، ذكره في «المحرَّر» (وكذلك كلُّ عقدٍ جائزٍ ، كالشُّركة والمضاربة) لأنَّ الكلَّ مشترك معنًى ، فوجب أن يساويه حكمًا .

(ولا تبطل بالشُّكر) لأنَّه لا يخرج من أهليَّة التَّصرُّف ، فإن فسق به ، بطلت فيما ينافيه ، كالإيجاب في النِّكاح لخروجه عن أهليَّة التَّصرُّف ، بخلاف الوكيل في القبول ، فإنَّه لا ينزل بفسق موكله ، ولا بفسقه في الأشهر ؛ لأنَّه يجوز أن يقبل لنفسه ، فجاز لغيره كالعدل ، لكن إن كان وكيلًا فيما تشترط فيه الأمانة ، كوكيل وليِّ اليتيم ، ووليِّ الوقف ؛ انعزل بفسقه ، وفسق موكله .

(والإغماء) ؛ لأنَّه لا تثبت عليه الولاية ، وكذا النُّوم ، وإن خرج عن أهليَّة التَّصرُّف (والتَّعدِّي) أي : تعدِّي الوكيل ، كلبس الثَّوب ، وركوب الدَّابة ؛ لأنَّ الوكالة اقتضت الأمانة والإذن ، فإذا زالت الأولى بالتَّعدِّي ، بقي الإذن بحاله .

والوجه الثَّاني : أنَّها تبطل به ، لأنَّها عقد أمانة ، فبطلت بالتَّعدِّي كالوديعة ، وردَّ بالفرق ، فإنَّ الوديعة مجرَّد أمانة ، فنافاها التَّعدِّي ، بخلاف الوكالة ، فإنَّها إذن في التَّصرُّف ، وتضمَّنت الأمانة ، وأطلقهما في «المحرَّر» و«الفروع» .

فعلى الأوَّل : يصير ضامنًا ، فإذا تصرَّف ، كما قال موكله صحَّ ، وبرئ من ضمانه ، لدخوله في ملك المشتري وضمَّانه ، ويصير الثَّمن في يده أمانة ، فإذا اشترى شيئًا ، وظهر به عيبٌ صار مضمونًا عليه ؛ لأنَّ العقد المزيل للضَّمان زال ، فعاد ما زال به .

(وهل تبطل بالرَّدَّة ، وحرِّية عبده ؟ على وجهين) أحدهما - وجزم به في «الوجيز» - : أنَّها لا تبطل بالرَّدَّة ؛ لأنَّها لا تمنع ابتداء الوكالة ، فكذا لا تمنع استدامتها كسائر الكفر ، وسواء لحق بدار الحرب أو لا .

وهل ينعزل الوكيل بالموت ، والعزل قبل علمه ؟ على روايتين .

والثاني : تبطل بها إذا قلنا : يزول ملكه ، ويبطل تصرّفه ، والوكالة تصرّف ، وفي «المغني» : إن كانت من الوكيل لم تبطل ؛ لأنّ ردّته لا تؤثر في تصرّفه ، وإنّما تؤثر في ماله ، وإن كانت من الموكل فوجهان مبنيان على صحّة تصرّف المرتد في ماله ، وفي «الشرح» : إنّها لا تبطل برّدّة الموكل فيما له التصرّف فيه ، فأما الوكيل في ماله ، فيبني على صحّة تصرّف نفسه ، فإن قلنا : يصحّ تصرّفه ، لم تبطل ، وإن قلنا : هو موقوف ، فهي كذلك ، وإن قلنا : يبطل تصرّفه بطلت ، فإن كانت حال ردّته فالأوجه .

الثانية : إذا وكل عبده ، ثمّ أعتقه ، لم تبطل ، قدّمه في «الشرح» ، وصحّحه ، وجزم به في «الوجيز» ؛ لأنّ زوال ملكه لا يمنع ابتداء الوكالة ، فلا يمنع استدامتها ، وكإبارة .

والثاني : بلى ؛ لأنّ توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة ، وإنّما هو استخدام بحقّ الملك ، فيبطل بزوال الملك ، وكذا الخلاف فيما إذا باعه ، أو وكلّ عبد غيره ، ثم باعه سيده ، فلو اشتراه الموكل منه ، لم تبطل ؛ لأنّ ملكه إياه لا ينافي إذنه له في البيع والشراء .

وكذا الخلاف فيما إذا وكلّ عبد غيره ، ثمّ أعتقه ، وفي «المغني» : أنّها لا تبطل وجهًا واحدًا ؛ لأنّ هذا توكيل في الحقيقة ، والعتق غير منافي ، وفي جحدها من أحدهما ، وقيل : عمدًا وجهان ، والأشهر فيهنّ : أنّها لا تبطل .

تنبيه : تبطل بتلف العين الموكل في التصرّف فيها ؛ لأنّ محلّها قد ذهب ، فلو وكلّه في الشراء مطلقًا ، ونفذ ما دفعه إليه ، بطلت ؛ لأنّه إنّما وكلّه في الشراء به ، وإن استقرضه الوكيل ، فهو كتلفه ، ولو عزل عوّضه ؛ لأنّه لا يصير للموكل حتى يقبضه .

(وهل ينعزل الوكيل بالموت ، والعزل قبل علمه ؟ على روايتين) لا خلاف أنّ الوكيل إذا علم بموت الموكل ، أو عزله - أنّ تصرّفه باطل ، وإن لم يعلم ، فاختار الأكثر ، وذكر الشّيخ تقيّ الدّين : أنّه الأشهر - أنّ تصرّفه غير نافذ ؛ لأنّه رفع عقيد

وإذا وكل اثنين لم يجز لأحدهما الانفراد بالتصريف ، إلا أن يجعل ذلك .

لا يفتقر إلى رضی صاحبه ، فصَحَّ بغير علمه كالطلاق .

والثانية - ونصَّ عليها في رواية ابن منصور وغيره - : أنه لا ينزل ، اعتمادًا على أن الحكم لا يثبت في حقِّه قبل العلم بالأحكام المبتدأة ، ولقوله تعالى : ﴿فمن جاءه موعظةٌ﴾ [البقرة : ٢٧٥] الآية ، وينبني عليهما تضمينه ، واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يضمن ؛ لأنه لم يفرط ، وذكر وجهًا : أنه ينزل بالموت ، لا بالعزل ، وقاله جمع من العلماء .

واعلم أن القاضي والمؤلف ، وجماعة يجعلون الخلاف في نفس انفساخ الوكالة قبل العلم ، وظاهر «الخرقي» و«الشرح» وكلام المجد يجعلونه في نفوذ التصريف ، وهو أوفق لمنصوص أحمد ، وليس بينهما فرق في المعنى ، ولهذا قال الشيخ تقي الدين : هو لفظي ، وذكر أنه لو باع أو تصريف فادعى أنه عزله قبله ، لم يقبل ، فلو أقام بينة يبلد آخر ، وحكم به حاكم ، فإن لم ينزل قبل العلم صحَّ تصريفه ، وإلا كان حكمًا على الغائب .

ولو حكم قبل هذا الحكم بالصحة حاكم لا يرى عزله قبل العلم ، فإن كان بلغه ذلك ، نفذ ، والحكم الناقض له مردود ، وإلا وجوده كعدمه ، والحاكم الثاني إذا لم يعلم بأن العزل قبل العلم ، أو علم ولم يره ، أو رآه ولم ير نقض الحكم المتقدم فحكمه كعدمه .

فرغ : لا ينزل مودع قبل علمه ؛ خلافاً لأبي الخطاب ، فما بيده أمانة ، ومثله مضارب .

(وإذا وكل اثنين لم يجز لأحدهما الانفراد بالتصريف) لأنه لم يرض تصريف أحدهما منفردًا ، بدليل إضافة الغير إليه (إلا أن يجعل ذلك) أي : الانفراد بالتصريف (إليه) ؛ لأنه مأذون فيه ، أشبه ما لو كان منفردًا ، فلو وكلهما في حفظ ماله ، حفظاه معًا في حرز لهما ؛ لأنَّ قوله : افعلا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله ، بخلاف بعتكما حيث كان منقسمًا بينهما ؛ لأنه لا يمكن أن يكون الملك لهما على الاجتماع ، فلو غاب أحدهما ، لم يكن للآخر أن يتصرف .

ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه ، وعنه : يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء ، أو وكل من يبيع ، وكان هو أحد المشتريين .

ولا للحاكم ضمُّ أمينٍ ليتصرّفًا ، بخلاف ما لو مات أحد الوصيَّين ، فإنَّ للحاكم ضمُّ أمينٍ ، والفرق أنَّ الموكلَ رشيدٌ جائز التصرّف ، لا ولاية للحاكم عليه ، بخلاف الوصية ، فإن له نظرًا في حقِّ الميّت واليتيم ، ولهذا لو لم يوص إلى أحدٍ ، أقام الحاكم أمينًا في النظر لليتيم ، فإن كان أحدهما غائبًا ، فادّعى الحاضر ، وأقام بيّنة سمعها الحاكم ، وحكم بثبوتها لهما ، فإذا حضر الغائب تصرّفًا معًا .

لا يقال : هو حكمٌ للغائب ؛ لأنَّه يجوز تبعًا لحقِّ الحاضر ، كما يجوز أن يحكم بالوقف لمن لم يخلق لأجل من يستحقُّه في الحال ، فلو جحدتها الغائب ، أو عزل نفسه ، لم يكن للآخر أن يتصرّف .

(ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه) على المذهب ؛ لأنَّ العرف في البيع بيع الرجل من غيره ، فحملت الوكالة عليه ، وكما لو صرّح به ، ولأنَّه يلحقه تهمة ، ويتنافى الغرضان في بيعه لنفسه ، فلم يجز ، كما لو نهاه ، وكذا شراؤه من نفسه ، لكن لو أذن له ؛ جاز ، ويتولّى طرفيه في الأصحَّ فيهما ، إذا انتفت التهمة ، كأب الصَّغير .

وكذا توكيله في بيعه ، وآخر في شرائه ، ومثله نكاحٌ ودعوى ، فيدّعي أحدهما ، ويجيب عن الآخر ، وقيم حجة كلِّ واحدٍ منهما ، وقال الأزجيُّ في الدّعوى : الذي يقع الاعتماد عليه لا يصحُّ للتضادّ .

(وعنه : يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء ، أو وكل من يبيع ، وكان هو أحد المشتريين) لأنَّ بذلك يحصل غرض الموكل من الثمن ، أشبه ما لو باعه لأجنبيٍّ ، وفي «الكافي» و«الشرح» : أنَّ الجواز معلق بشرطين : أحدهما : أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء . الثاني : أن يتولّى النداء غيره ، قال القاضي : يحتمل أن يكون الثاني واجبًا ، وهو أشبه بكلامه ، ويحتمل أن يكون مستحبًّا .

وفي «الفروع» : وعنه : يبيع من نفسه إذا زاد ثمنه في النداء ، وقيل : أو وكل

وهل يجوز أن يبيعه لولده ، أو والده ، أو مكاتبه ؟ على وجهين ، ولا يجوز أن يبيع نساءً ، ولا يغيّر نقد البلد . ويحتمل أن يجوز ، كالمضارب ،

بائعًا ، وهو ظاهر رواية حنبل ، وقيل : هما ، وذكر الأزجي احتمالًا : لا يعتبران ؛ لأنّ دينه وأمانته تحمله على الحقّ ، وربّما زاد ، لا يقال : كيف يوكل بالبيع ، وهو ممنوع منه على المشهور ؛ لأنّه يجوز التوكيل فيما لا يتولّى مثله بنفسه ، والنداء ممّا لم تجر العادة أن يتولّاه أكثر الوكلاء بأنفسهم .

قال ابن المنجّ : وفيه نظر ؛ لأنّ الوكيل إذا جاز له أن يعطي ما وُكِّل فيه لمن ينادي عليه ، لما ذكر ، فالعقد لا بدّ له من عاقدٍ ، ومثله يتولّاه ، فلا يجوز أن يوكل عنه غيره ، ويمكن التخلّص من ورود هذا الإشكال ، بأن يجعل بدل التوكيل في البيع التوكيل في الشراء .

(وهل يجوز أن يبيعه لولده) الكبير (أو والده ، أو مكاتبه ؟ على وجهين) كذا أطلقهما في «المحرّر» و«الفروع» ، أحدهما : المنع ؛ لأنّه متهمّ في حقّهم ، ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن ، كتهمة في حقّ نفسه ، ولذلك لا تقبل شهادته لهم ، والثاني : يجوز ؛ لأنّهم غيره ، وقد امتثل أمر الموكل ، ووافق العرف في بيع غيره ، أشبه الأجنبي ، وذكر الأزجي أنّ الخلاف في الإخوة والأقارب كذلك .
فرع : الحاكم ، وأمينه ، وناظر الوقف ، والمضارب كالوكيل .

(ولا يجوز أن يبيع نساءً ، ولا يغيّر نقد البلد) على المذهب ؛ لأنّ الموكل لو باع بنفسه ، وأطلق انصرف إلى الحلّ ونقد البلد ، فكذا وكيله ، فلو تصرف بغير ذلك لنفع وضرر ، لم يصحّ ؛ لأنّ عقد الوكالة لم يقتضه ، وفيه احتمال ، وهو رواية في «الموجز» وكما لو وُكِّل في شراء بلع في الصّيف ، وفحيم في الشّتاء ، فخالف ، ذكره أبو الخطّاب ، ومحلّه في الفحيم في غير تجارة .

فإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما ، فإن تساويا خيّر .

(ويحتمل أن يجوز) هذا رواية عن أحمد ؛ لقوله : بع كيف شئت (كالمضارب) على الأصحّ فيه ، والفرق بينهما من حيث إن المقصود في المضاربة الرّبح ، وهو في النّساء أكثر ، ولا يتعيّن ذلك في الوكالة ، بل ربّما كان المقصود

وإن باع بدون ثمن المثل ، أو بأنقص مما قدره له ، صحَّ ويضمن النقص .
ويحتمل أن لا يصحَّ ، وإن باع بأكثر من ثمن المثل ، صحَّ

تحصيل الثمن لدفع حاجته ، فتفوت بتأخير الثمن ، ولأنَّ استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب ، فيعود الضرر عليه ، واستيفاء الثمن في الوكالة على الموكل ، فيعود ضرر الطلب عليه ، وهو لم يرض به .

وهذا الخلاف إنما هو مع الإطلاق ، فلو عيَّن له شيئًا ، تعيَّن ، ولم يجز مخالفته ؛ لأنَّه متصرِّفٌ بإذنه .

فائدة : إذا ادَّعى الإذن في ذلك ، قبل قولهما ، وقيل قول المالك .

(وإن باع بدون ثمن المثل ، أو بأنقص مما قدره له ، صحَّ) نصَّ عليه ، وقدمه في «الحزر» ، وصحَّحه ابن المنجى ؛ لأنَّ من صحَّ بيعه بثمن المثل ، صحَّ بدونه ، كالمريض (ويضمن) الوكيل (النقص) لأنَّ فيه جمعًا بين حظَّ المشتري بعدم الفسخ ، وحظَّ البائع بوجوب التضمنين ، وأمَّا الوكيل ، فلا يعتبر حظُّه ؛ لأنَّه مفرَّط ، وفي قدره وجهان ، أحدهما : ما بين ثمن المثل وما باعه .

والثاني : ما يتغابن النَّاس به ، وما لا يتغابنون ؛ لأنَّ ما يتغابن النَّاس به عادة كدرهم في عشرة ، فإنَّه يصحَّ بيعه به ، ولا ضمان عليه ؛ لأنَّه لا يمكن التَّحرُّز منه ، فلو حضر من يزيد على ثمن المثل ، لم يجز أن يبيعه به ؛ لأنَّ عليه طلب الحظَّ لموكله ، فلو باع به ، ثم حضر من يزيد في مدَّة الخيار ، لم يلزمه فسخ العقد ، على الأشهر ؛ لأنَّ الزيادة منهئي عنها ، (ويحتمل أن لا يصحَّ) هذا رواية عنه ، وصحَّحها في «المغني» .

وذكر في «الشرح» : أنَّها أقيس ، وفي «الفروع» : هي أظهر ؛ لأنَّه بيعٌ غير مأذون فيه ، أشبه ببيع الأجنبي ، وقيل : هو كتصرُّف الفضولي ، نصَّ عليه ، فإن تلف ، فضمن الوكيل رجع على مشتري كتلفه عنده ، وعلى الصَّحَّة : لا يضمن عبدٌ لسَيِّده ، ولا صبيٌّ لنفسه .

(وإن باع بأكثر من ثمن المثل ، صحَّ) لأنَّه باع المأذون ، وزاده خيرًا زيادة منفعة ، ولا يضرُّه ، والعرف يقتضيه ، أشبه ما لو وكَّله في الشراء ، فاشتره

سواءً أكانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمره به ، أو لم تكن ، وإن قال : بعه بدرهم فباعه بدينار ، صحَّ في أحد الوجهين . وإن قال : بعه بألف نساء ، فباعه بألف حالة ، صحَّ ،

بدون ثمن المثل ، أو بأنقص ممَّا قدره له (سواءً أكانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمره به) كمن أذن له في البيع بمائة درهم ، فباعه بها ، وبعشرة أخرى (أو لم تكن) كدينار ، وثوب ، وقيل : لا يصحُّ من غير جنس الأثمان .

تنبيه : يجوز للوكيل البيع والشراء بشرط الخيار له ، وقيل : مطلقاً ، وتركية بينة خصمه ، ومخاصمة في ثمن مبيع بان مستحقاً في وجهه ، وإن شرط الخيار ، فلموكله ولنفسه لهما ، ولا تصحُّ لنفسه فقط ، ويختصُّ بخيار مجلس ، ويختصُّ به موكله إن حضره .

فائدة : الوصي ، وناظر الوقف كالوكيل ، فيما إذا باع بدون ثمن المثل ، أو اشترى بأكثر منه ، ذكره الشيخ تقي الدين ، وتضمنيه مع اجتهاده ، وعدم تفريطه مشكَّل ، فإنَّ قواعد المذهب تشهد له بروايته فيما إذا رمى إلى صفِّ الكفار ، يظنُّه كافراً ، فبان مسلماً ، ففي ضمان دينه روايتان .

(وإن قال : بعه بدرهم فباعه بدينار ، صحَّ في أحد الوجهين) هذا هو الأشهر ؛ لأنَّه مأذون فيه عرفاً ، فإنَّ من رضي بدرهم ، رضي مكانه بدينار .

والثاني - وهو قول القاضي - : لا يصحُّ ؛ لأنَّه خالف موكله في الجنس ، أشبه ما لو باعه بثوب يساوي ديناراً ، أو كما لو قال : بعه بمائة درهم فباعه بمائة ثوب ، قيمتها أكثر من الدرهم ، وأطلقهما في «الفروع» .

ولو باعه بدرهم ، وعرض ، فالأصحُّ : لا تبطل في زائد بحصَّته ، وإن اختلط الدرهم بآخر له ، عمل بظنِّه ، ويقبل قوله حكماً ، ذكره القاضي .

(وإن قال : بعه بألف نساء ، فباعه بألف حالة صحَّ) في الأصحُّ ؛ لأنَّه زاده خيراً ، فهو كما لو وُكِّل في بيعه بعشرة ، فباعه بأكثر منها ، وظاهره : أنَّه إذا باع حالاً بدون ثمنها نسيئةً ، أو بدون ما عيَّنه له ، لم ينفذ تصرُّفه ؛ لأنَّه خالف موكله .

إن كان لا يستتضرُّ بحفظ الثمن في الحال ، وإن وَّكَّله في الشراء ، فاشترى بأكثر من ثمن المثل ، أو بأكثر ممَّا قَدَّرَه له ، أو وَّكَّله في بيع شيء ، فباع نصفه ، لم يصحَّ . وإن اشتراه بما قَدَّرَه له مؤجَّلاً ، أو قال : اشتر لي شاةً بدينار ، فاشترى له شاتين تساوي إحداهما ديناراً ، أو اشترى له شاةً تساوي ديناراً بأقلَّ منه صحَّ ،

وشرط المؤلف (إن كان لا يستتضرُّ بحفظ الثمن في الحال) جزم به في «الوجيز» ، فظاهره : أنَّه إذا استتضرَّ بحفظ الثمن في الحال : أنَّه لا يصحَّ ؛ لأنَّ حكم الإذن إنما يثبت في المسكوت عنه ، لتضمُّنه المصلحة ، فإذا كان يتضرَّر به علم انتفاؤها ، فتنتفي الصَّحَّة .

وحكم خوف التَّلف ، والتَّعدِّي عليه كذلك ، لاشتراك الكلِّ في المعنى ، وما ذكره المؤلف هو قول ، والمذهب : صحَّته مطلقاً ، ما لم ينهه . والثاني : لا يصحُّ للمخالفة .

(وإن وَّكَّله في الشراء ، فاشترى بأكثر من ثمن المثل ، أو بأكثر ممَّا قَدَّرَه له) لم يصحَّ ؛ لأنَّه تصرفٌ غير مأذونٍ فيه ، وهذا إذا كان ممَّا يتغابن النَّاسُ بمثله ، ذكره في «الشرح» ، وهذا يشكُل بما سبق ، والمذهب فيه ، كما قدَّمه في «المحرر» ، وجزم به في «الوجيز» : أنَّه يصحَّ ، ويضمن الزَّيادة هو ومضارب .

(أو وَّكَّله في بيع شيء ، فباع نصفه ، لم يصحَّ) لأنَّه بيعٌ غير مأذونٍ فيه ، ولما فيه من الضَّرر ، أشبه ما لو وَّكَّله في شراء شيء ، فاشترى بعضه ، ومحلُّه ما إذا باعه بدون ثمن المثل ، فلو باعه بثمن جميعه ، صحَّ ، ذكره في «المغني» و«الشرح» و«الوجيز» . وعلى الأوَّل : ما لم يبيع الباقي ، أو يكن عبيداً ، أو صبرةً ونحوها ، فيصحَّ مفروقاً ، ما لم يأمره ببيعه صفقةً واحدةً .

(وإن اشتراه بما قَدَّرَه له مؤجَّلاً) صحَّ في الأصحَّ ؛ لأنَّه زاده خيرًا ، وقيل : إن لم يتضرَّر ، وقيل : لا يصحُّ للمخالفة (أو قال : اشتر لي شاةً بدينار ، فاشترى له شاتين تساوي إحداهما ديناراً ، أو اشترى له شاةً تساوي ديناراً بأقلَّ منه ، صحَّ) . لما روى أحمد عن سفيان ، عن شبيب هو ابن غرقدة ، سمع الحَيَّ

والأ فلا .

يخبرون عن عروة بن الجعد : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بعث معه بدينارٍ يشتري له به أضحيةً - وقال مرةً : أو شاةً - فاشتري له اثنتين ، فباع واحدةً بدينارٍ ، وأتاه بالأخرى ، فدعا له بالبركة ؛ فكان لو اشترى الثَّراب لربح فيه .

وفي رواية : قال : هذا ديناركم ، وهذه شاتكم . قال : «كيف صنعت؟!»... فذكره . ورواه البخاري في ضمن حديثٍ متَّصلٍ لعروة حدثنا علي بن عبد الله ، ثنا سفيان .

ولأنَّه حصل له المأذون فيه وزيادة ، وفي الأخيرة حصل المقصود وزيادة ؛ لأنَّه مأذونٌ فيه عرفاً ، فإنَّ من رضي بشراء شيءٍ بدينارٍ يرضى بأقلَّ منه ، وكذا إذا اشترى شاتين كلَّ منهما تساوي ديناراً ، وفيه روايةٌ في «المبهبج» : كفضولي ، وإن أبقى ما يساويه ، ففي بيع الآخر بغير إذن الموكل وجهان ، أحدهما : لا يجوز ؛ لأنَّه غير مأذونٍ فيه ، أشبه ببيع الشَّاتين .

والثَّاني - وهو ظاهر كلام أحمد - : الجواز ، لظاهر الخبر (والأ فلا) يصحُّ إذا كانت كلُّ منهما تساوي أقلَّ من دينارٍ ؛ لأنَّه لم يحصل له المقصود ، فلم يقع البيع له ، لكونه غير مأذونٍ فيه لفظاً ولا عرفاً ، وكذا الشَّاةُ الموكل في شرائها بدينارٍ تساوي أقلَّ منه ، لما ذكرنا .

وفي «عيون المسائل» : إن ساوى كلَّ منهما نصف دينارٍ ، صحَّ للموكل ، لا للوكيل ، وإن كان كل واحدٍ لا تساوي نصف دينارٍ ، فروايتان ، إحداهما : يصحُّ ، ويقف على إجازة الموكل ؛ لخبر عروة .

تنبيهٌ : إذا وكله في شراء معيّن بمائة ، فاشتراه بدونها ، جاز ما لم ينهه عن الشَّراء بأقلَّ منها لمخالفة قوله ونصّه ، وإن قال : اشتره بها ، ولا تشتريه بخمسين ، جاز له شراؤه بما فوق الخمسين ، فإن اشتراه بما دون الخمسين ، جاز في وجهه ، ومن وكل في شراء شيءٍ معيّن بثمنٍ معلوم ، فله شراؤه لنفسه بمثل ذلك الثَّمن وغيره .

(وليس له شراء معيّن) أي : لا يجوز له ؛ لأنَّ الإطلاق يقتضي السَّلامة ،

وليس له شراء معيب ، فإن وجد بما اشترى عيباً ، فله الرّد . فإن قال البائع : موكلّك قد رضي بالعيب ، فالقول قول الوكيل مع يمينه : إنّه لا يعلم ذلك ،

ولذلك جاز له الرّد به ، ومحله ما لم يعيّنه له موكلّه ، فإن فعل عالماً بعيبه ، لزمه إن لم يرضه موكلّه ، ولم يرده ، وكذا لا يرده الموكل ، وحكاها في «الحاشية» قولاً ، وفيه نظر ، فإن اشتراه بعين المال ، لم يصحّ على المذهب .

(فإن وجد بما اشترى عيباً) أي : جهل عيبه (فله الرّد) لأنّه قائم مقام الموكل ، وله أيضاً الرّد ؛ لأنّه ملكه ، فإن حضر قبل ردّ الوكيل ، ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده ؛ لأنّ الحقّ له ، بخلاف المضارب ؛ لأنّ له حقّاً ، فلا يسقط برضى غيره ، فإن طلب البائع الإمهال حتى يحضر الموكل لم يلزمه ذلك ؛ لأنّه لم يأمن فوات الرّد ، فإن أخره بناء على قول ، فلم يرض به الموكل ، فله الرّد ، وإن قلنا : هو على الفور ؛ لأنّه أخره بإذن البائع ، وإن أنكر البائع أنّ الشراء وقع له ، لزم الوكيل ، وقيل : الموكل ، وله أرشه .

وذكر الأزجّي : إن جهل عيبه ، وقد اشترى بعين المال ، فهل يقع عن الموكل ؟ فيه خلاف .

(فإن قال البائع : موكلّك قد رضي بالعيب ، فالقول قول الوكيل مع يمينه) لأنّه منكر ، والقول قوله معها ؛ لأنّ الأصل عدم الرضى ، فلا يقبل إلّا ببيّنة ، فإن لم يقمها ، لم يستحلف الوكيل ، إلّا أن يدعي علمه ، فيحلف على نفي العلم . ذكره في «الشرح» .

(إنّه لا يعلم ذلك) أي : لا يعلم رضى موكلّه ؛ لأنّه يجوز أن يعلم رضاه ، وهو مستقطّ للرّدة ، وإنما كانت على التّفي ؛ لأنّها على فعل الغير ، فإذا حلف أخذ حقه في الحال ، وقيل : يقف على حلف موكلّه إن طلبه الخصم ، وكذا قول كلّ غريم لوكيل غائب في قبض حقه : أبرأني موكلّك ، أو قبضه ، ويحكم ببيّنة إن حكم على غائب .

(فإن رده ، فصدّق الموكلّ البائع في الرضى بالعيب ، فهل يصحّ الرّد ؟ على

فإن رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالعيب ، فهل يصح الرد ؟ على وجهين ، وإن وكله في شراء معين ، فاشتراه ، ووجده معيباً ، فهل له رده قبل إعلام الموكل ؟ على وجهين ، فإن قال : اشتر لي بعين هذا الثمن ، فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل ، فإن قال : اشتر لي في ذمتك ، وانقد الثمن ، فاشترى بعينه ، صح ، ولزم الموكل ،

وجهين) كذا في «الشرح» و «الفروع» أشهرهما : لا يصح الرد ، وهو باقٍ للموكل ؛ لأن رضى الموكل بالعيب عزل للوكيل عن الرد ، ومنع له بدليل أن الوكيل لو علمه ، لم يكن له الرد ، فعلى هذا للموكل استرجاعه ، وللبائع رده عليه .
والثاني : يصح ، بناء على أن الوكيل لا ينزل قبل العلم بعزله ، فيكون الرد صادف ولاية ، فعلى هذا يجدد الموكل العقد .

(وإن وكله في شراء معين فاشتراه ، ووجده معيباً ، فهل له رده قبل إعلام الموكل ؟ على وجهين) كذا في «الفروع» أحدهما : له ذلك ؛ لأن الأمر يقتضي السلامة ، أشبه ما لو وكله في شراء موصوف .

والثاني - وهو الأشهر - : لا ؛ لأن الموكل قطع نظره بالتعيين ، فربما رضيه بجميع صفاته ، وعلى الأول : حكمه حكم غير المعين ، وإن علم عيبه قبل شرائه ، فهل له شراؤه ؟ فيه وجهان مبنيان على رده ، إذا علم عيبه بعد شرائه ، والمقدم له شراؤه .

(فإن قال : اشتر لي بعين هذا الثمن ، فاشترى له في ذمته ، لم يلزم الموكل) لأن الثمن إذا تعين انفسخ العقد بتلفه ، أو كونه مغصوباً ، ولم يلزمه ثمن في ذمته ، وهذا غرض صحيح للموكل ، فلم تجز مخالفته .

وظاهره : ولو نقد المعين ، ويقع الشراء للوكيل ، وهل يقف على إجازة الموكل ؟ فيه الروايتان (فإن قال : اشتر لي في ذمتك ، وانقد الثمن ، فاشترى بعينه ، صح ، ولزم الموكل) ذكره أصحابنا ؛ لأنه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها ، فكان إذناً في عقد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها .

وإن أمره ببيعه في سوقِ بثمانٍ ، فباعه به في آخر صحَّ ، وإن قال : بعه لزيد ، فباعه من غيره لم يصحَّ .

وقيل : إن رضي به ، وإلا بطل ، وقيل : لا يصحَّ ؛ لأنه قد يكون له غرض في الشراء في الدَّمة لشبهة فيها ، أو يختار وقوع عقدٍ لا يفسخ بتلفها ، ولا تبطل بتحريمها ، فلم يجز مخالفة غرضه لصحَّته ، وإن أطلق ، جاز ، وليس له العقد مع فقير ، وقاطع طريق ، إلا أن يأمره ، نقله الأثرم .

(وإن أمره ببيعه في سوقِ بثمانٍ ، فباعه به في آخر ، صحَّ) لأنَّ القصد البيع بما قدَّره له ، وقد حصل كالإجارة وغيرها ، هذا إذا كان هو وغيره سواءً ، فإن كان له غرضٌ صحيحٌ ، تعيَّن كما لو كان الشُّوق معروفاً بجودة التَّقد ، أو كثرة الثَّمن ، أو حلُّه ، أو صلاح أهله .

(وإن قال : بعه لزيد ، فباعه من غيره ، لم يصحَّ) بغير خلافٍ نعلمه ؛ لأنه قد يقصد نفعه ، فلا تجوز مخالفته .

وفي «المغني» و«الشَّرح» : إلا أن يعلم بقريضةٍ أو صريحٍ : أنه لا غرض له في عين المشتري .

قاعدةٌ : حقوق العقد ، وهي تسليم الثَّمن ، وقبض المبيع ، والرَّدُّ بالعيب ، وضمان الدَّرك يتعلَّق بالموكِّل ؛ لأنه لا يعتق قريب وكيلٍ عليه ، وقال أبو حنيفة : يدخل في ملك الوكيل ، ثم ينتقل عنه إلى الموكِّل ، وردَّ بأنَّه قبل عقداً لغيره ، فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصيِّ ، وكما لو تزوَّج له .

ويتفرَّع عليهما : لو وكَّل مسلمٌ ذمِّياً في شراء خمرٍ ، فاشتراه له ، لم يصحَّ على الأوَّل لا الثَّاني ، وإذا باع الوكيل بثمانٍ معيَّن ثبت الملك للموكِّل في الثَّمن ، وإن كان في الدَّمة ، فللموكِّل والوكيل المطالبة به ، وعنده : ليس للموكِّل المطالبة به .

وفي «المغني» و«الشَّرح» : إن اشترى وكيلٌ في شراءٍ في الدَّمة ، فكضامنٌ ، وقال الشَّيخ تقي الدِّين ، فيمن وكَّل في بيعٍ أو استئجارٍ : فإن لم يتمَّ موكله في العقد ، فضامنٌ ، وإلا فروايتان ، وظاهر المذهب : يضمُّنه . ولو وكَّل رجلاً

وإن وُكِّلَه في بيع شيء ملك تسليمه ، ولم يملك قبض ثمنه ، صحَّ ؛ إلا بقرينة ، فإن تعذر قبضه ، لم يلزم الوكيل شيء . وإن وُكِّلَه في بيع فاسد ، أو كل قليل وكثير ، لم يصحَّ ،

يستسلف له ألفاً في كَرِّ حنطة ، ففعل ، ملك الموكل ثمنها ، والوكيل ضامن .

(وإن وُكِّلَه في بيع شيء ملك تسليمه) لأن إطلاق الوكالة في البيع يقتضي التسليم ، لكونه من تمامه (ولم يملك قبض ثمنه) كذا أطلقه الأكثر ؛ لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن ، والمذهب عند الشَّيْخَيْن : أنه يقيد (إلا بقرينة) فعلى هذا إن كانت قرينة الحال تدلُّ على القبض مثل توكيله في بيع شيء في سوق غائب عن الموكل ، أو بموضع يضع الثمن بترك قبض الوكيل له ، كان إذنًا في قبضه ، فإن تركه ضمنه ؛ لأنه يعدُّ مفرطاً .

وإن لم تدلَّ القرينة على ذلك ، لم يكن له قبضه ، وقيل : يملكه مطلقاً ؛ لأنه من موجب البيع ، فملكه كتسليم المبيع ، فلا يسلمه قبله ، فإن فعل ضمنه ، وعلى الأول (فإن تعذر قبضه ، لم يلزم الوكيل شيء) كظهور مبيعه مستحقاً ، أو معيئاً ، كحاكم وأمينه ، ولأنه ليس بمفرط فيه ؛ لكونه لا يملكه .

تنبيه : وُكِّلَه في شراء شيء ملك تسليم ثمنه ؛ لأنه من تمتته وحقوقه ، كتسليم المبيع ، فإن اشترى عبداً ، فنقد ثمنه ، فخرج مستحقاً ، فهل يملك أن يخاصم البائع في الثمن ؟ على وجهين .

وإن اشترى شيئاً وقبضه ، وأخر تسليم ثمنه لغير عذر ، فهلك في يده ، ضمنه ، نصَّ عليه ، وليس لوكيل في بيع تقليبه على مشترٍ إلا بحضرته ، وإلا ضمن ، ذكره في «التَّوَادِر» ويتوجَّه العرف . ولا يبيعه ببلدٍ آخر في الأصحَّ ، فيضمن ويصحَّ ، ومع مؤنة نقلٍ لا ، ذكره في «الانتصار» .

(وإن وُكِّلَه في بيع فاسد) أي : لم يصحَّ ، ولم يملكه ؛ لأنَّ الله تعالى لم يأذن فيه ، ولأنَّ الموكل لا يملكه ، فوكيله كذلك وأولى ، وكشرطه على وكيل في بيع : أن لا يسلمه المبيع (أو كلَّ قليل وكثير ، لم يصحَّ) ذكره الأَرَجِيُّ اتفاقاً للأصحاب ؛ لأنه يدخل فيه كل شيء من هبة ماله ، وطلاق نسائه ، وإعتاق رقيقه ، فيعظم الغرر

وإن وكله في بيع ماله كله صحح ، وإن قال : اشتر لي ما شئت ، أو عبداً بما شئت ، لم يصحح . حتى يذكر النوع وقدر الثمن ، وعنه : ما يدل على أنه يصحح ، وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلاً في القبض .

والضرر ؛ ولأن التوكيل لا بد وأن يكون في تصرف معلوم .

ومثله : وكلتك في شراء ما شئت من المتاع الفلاني ، فلو قال : وكلتك بما إلي من التصرفات ، فاحتمالان ، وقيل : يصح في كل قليل وكثير ، كبيع ماله ، أو المطالبة بحقوقه ، أو الإبراء ، أو ما شاء منه ، يؤيده قول المروزي : بعث بي أبو عبد الله في حاجة ، وقال : كل شيء تقول على لساني فأنا قلته .

(وإن وكله في بيع ماله كله ، صحح) لأنه يعرف ماله ، فيقل الغرر ، وذكر الأزجي في بع من عبيدي من شئت : أن «من» للتبعض ، فلا يبيعهم إلا واحداً ، ولا الكل لاستعمال هذا في الأقل غالباً ، وقال : هذا ينبي على أصل ، وهو استثناء الأكثر ، وفيه نظر (وإن قال : اشتر لي ما شئت ، أو عبداً بما شئت ، لم يصح) لأن ما يمكن شراؤه والشراء به يكثر ، فيكثر فيه الغرر .

(حتى يذكر النوع) وعليه اقتصر القاضي ؛ لأنه إذا ذكر نوعاً ، فقد أذن في أغلاه ثمناً ، فيقل الغرر فيه (وقدر الثمن) وهو رواية ، لانتفاء الغرر ، فمن اعتبره جواز أن يذكر أكثر الثمن وأقله ، وحكاها في «الفروع» قولاً ، واقتصر عليه في «الشرح» ، وصريح كلامه : أنه لا بد للصحة من اعتبار الأمرين ، وقاله أبو الخطاب .

(وعنه : ما يدل على أنه يصح) فإنه روي عنه فيمن قال : ما اشتريت من شيء فهو بيننا ، أن هذا جائز ، وأعجبه ، وهذا توكيل في شراء كل شيء ؛ لأنه إذن في التصرف ، فجاز من غير تعيين ، كالإذن في التجارة ، وكما لو قال : بع من مالي ما شئت ، والإطلاق يقتضي شراء عبد مسلم عند ابن عقيل ، لجعله الكفر عبثاً .

(وإن وكله في الخصومة ، لم يكن وكيلاً في القبض) لأن الإذن لم يتناوله نطقاً ، ولا عرفاً ؛ لأنه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض ، إذ معنى الوكالة في الخصومة ، الوكالة في إثبات الحق ، وذكر ابن البناء في «تعليقه» : أنه وكيل في

وإن وُكِّلَه في القبض ، كان وكيلاً في الخصومة في أحد الوجهين ، وإن وُكِّلَه في قبض الحق من إنسان لم يكن له قبضه من وارثه ،

القبض ؛ لأنه مأثورٌ بقطع الخصومة ، ولا تنقطع إلا به ، وعلم منه جواز التوكيل في الخصومة .

وذكر القاضي في قوله تعالى : ﴿وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾ [النساء : ١٠٥] : أنه لا يجوز لأحد أن يخاصم عن غيره في إثبات حق أو نفيه ، وهو غير عالم بحقيقة أمره . وفي «المغني» في الصلح نحوه .

ولا يصح ممن علم ظلم موكله في الخصومة ، قاله في «الفنون» فظاهره يصح إذا لم يعلم ، فلو ظن ظلمه ؛ جاز ، ويتوجه المنع ، ومع الشك احتمالان .

وعلى ما ذكره لا يقبل إقراره على موكله بقبض ، ولا غيره ، نص عليه ، ويقبل إقراره بعيب فيما باعه ، واختار جماعة : لا ، وله إثبات وكالته في غيبة موكله في الأصح ، وإن قال : أجب خصمي عني احتمل الخصومة ، واحتمل بطلانها ، ذكره في «الفروع» .

(وإن وُكِّلَه في القبض ، كان وكيلاً في الخصومة في أحد الوجهين) جزم به في «الوجيز» ، وهو المذهب ؛ لأنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبت ، فكان إذن فيه عرفاً ؛ لأن القبض لا يتم إلا به ، فملكه كما لو وُكِّلَه في شراء شيء ملك تسليم ثمنه .

والثاني لا يملكها ؛ لأنهما معنيان مختلفان ، فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر ، وكعكسه ، وأطلق في «الحزر» و«الفروع» الخلاف ، وقيل : إن كان الموكل عالماً بجحد من عليه الحق ، أو مطله ، كان توكيلاً في الخصومة ، لوقوف القبض عليه ، وعلى الجواز : لا فرق بين كون الحق عيناً أو ديناً .

(وإن وُكِّلَه في قبض الحق من إنسان ، لم يكن له قبضه من وارثه) لأنه لم يؤمر بذلك ، ولا يقتضيه العرف . ومقتضاه : أن له قبضه من وكيله ، وهو كذلك ؛ لأنه قائم مقامه .

فإن قلت : فالوارث نائب عن الموروث ، فهو كالوكيل ، وجوابه : أن الوكيل

وإن قال : اقبض حقِّي الذي قبله ، فله القبض من وارثه ، وإن قال اقبضه اليوم ، لم يملك قبضه غداً ، وإن وَّكَّله في الإيداع ، فأودع ، ولم يشهد لم يضمن . وإن وَّكَّله في قضاء دين ، فقضاه ولم يشهد ، فأنكره الغريم - ضمن ، إلا أن يقضيه بحضرة الموكل .

إذا دفع بإذنه جرى مجرى تسليمه ، وليس الوارث كذلك ، فإنَّ الحقَّ انتقل إليهم ، واستحقَّت المطالبة عليهم ، لا بطريق الثَّيَّابة عن الموروث ، ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً ، حنث بفعل وكيله ، دون مورثه .

(وإن قال : اقبض حقِّي الذي قبله) أو عليه (فله القبض من وارثه) لأنَّ الوكالة اقتضت قبض حقِّه مطلقاً ، فشمِل القبض من الوارث ؛ لأنَّه من حقِّه ، (وإن قال : اقبضه اليوم ، لم يملك قبضه غداً) لتقييدها بزمانٍ معيَّن ؛ لأنَّه قد يختصُّ غرضه في زمن حاجته إليه ، (وإن وَّكَّله في الإيداع ، فأودع ، ولم يشهد لم يضمن) إذا أنكر المودع ، نقله الأصحاب لعدم الفائدة في الإشهاد ؛ إذ المودع يقبل قوله في الرَّدِّ والتَّلف ، فلم يكن مفرطاً في عدم الإشهاد .

وفيه وجهٌ ، وذكره القاضي روايةً : أنَّه يضمن ؛ لأنَّ الوديعة لا تثبت إلا ببيَّنة ، فهو كما لو وَّكَّله في قضاء دين ، وبأنَّ الفائدة في الإشهاد هو ثبوت الوديعة ، فلو مات أخذت من تركته ، فإن قال الوكيل : دفعت المال إلى المودع ، فأنكر ، قبل قول الوكيل ؛ لأنَّهما اختلفا في تصرُّفه فيما وَّكَّل فيه .

(وإن وَّكَّله في قضاء دين ، فقضاه ولم يشهد ، فأنكره الغريم ، ضمن) الوكيل ؛ لأنَّه مفرط حيث لم يشهد ، قال القاضي : سواء صدَّقه أو كذَّبه ؛ لأنَّه إمَّا أذن في قضاء مبرئ ، ولم يوجد .

(إلا أن يقضيه بحضرة الموكل) فإنَّه لا يضمن على الأصحِّ ؛ لأنَّ حضوره قرينة رضاه بالدَّفع بغير بيَّنة ، وقيل : لا يضمن بناءً على أنَّ السَّاكت لا ينسب إليه قولٌ .

وعنه : لا يرجع بشيءٍ إلا أن يكون أمر بالإشهاد ، فلم يفعل ، قدَّمه في «الفروع» لتفريطه ، فعليها : إن صدَّقه الموكل في الدَّفع ، لم يرجع عليه بشيءٍ ، وإن كذَّبه قبل قول الوكيل مع يمينه ؛ لأنَّه ادَّعى فعل ما أمره به موكله .

فصل

والوكيل أمينٌ ، لا ضمان عليه فيما تلف في يده ، من غير تفريط ،
والقول قوله مع يمينه في الهلاك ونفي التفريط ،

وعنه : لا يضمن مطلقاً ، اختاره ابن عقيل كقضائه بحضرته ، وعلى اعتبارها
إذا أشهد عدولاً ، فماتوا ، أو غابوا ، فلا ضمان ؛ لعدم تفريطه ، وإن أشهد بيّنةً
فيها خلافٌ ، فوجهان .

وقال ابن حمدان : إن كان لموكله الامتناع من الوفاء بدون الإشهاد ، لزم
الوكيل الإشهاد ، فإن تركه ضمن ، وإن لم يكن لموكله الامتناع ، لم يلزمه ،
ولا ضمان بتركه ، فإن قال : أشهدت فماتوا ، أو أذنت فيه ، بلا بيّنة ، أو
قضيت بحضرتك صدق الموكل ، للأصل ، ويتوجّه في الأولى : لا ، وإن في
الثانية الخلاف ، كما هو ظاهر كلام بعضهم ، ذكره في «الفروع» .

فصل

(والوكيل أمينٌ ، لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط) لأنّه نائب
المالك في اليد والتصرف ، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك
كالمدّوع ، وكذا حكم كلّ من في يده شيءٌ لغيره على سبيل الأمانة ، كالوصيّ
ونحوه ، وظاهره : سواء كان بجعلٍ أو لا ، وأنّه لا فرق بين تلف العين الموكل
فيها ، أو تلف ثمنها ؛ لأنّه أمينٌ .

وظاهره : أنّه يضمن إن فرّط بأن لا يحفظ ذلك في حرز مثلها ، وفي
«المعني» : أو يركب الدّابة ، أو يلبس الثّوب ، أو يطلب منه المال ، فيمتنع من
دفعه لغير عذرٍ ؛ لأنّ التّعدي أبلغ من التفريط .

(والقول قوله مع يمينه في الهلاك ونفي التفريط) أي : إذا ادّعى الموكل عليه
ما يقتضي الضّمان ؛ لأنّه أمينٌ ، والأصل براءة ذمّته ممّا يدّعى عليه ، ولو كلّف إقامة
البيّنة على ذلك لامتنع النّاس من الدّخول في الأمانات ، مع دعوى الحاجة إليها .

ولو قال : بعث الثوب ، وقبضت الثمن فتلف ، فالقول قوله . وإن اختلفا في رده إلى الموكل ، فالقول قوله ، إن كان متطوعاً ، وإن كان بجعل ، فعلى وجهين ، وكذلك يخرج في الأجير والمرتهن .

والمذهب : أنه إذا ادعى التلّف بأمر ظاهر ، كحريق عام ، ونهب جيش ، كلّف إقامة البيّنة عليه ، ثم يقبل قوله فيه .

(ولو قال : بعث الثوب ، وقبضت الثمن ، فتلف ، فالقول قوله) ذكره ابن حامد ؛ لأنه يملك البيع والقبض ، فقبل قوله فيهما ، كالوليّ الجبر ، ولأنّه أمين ، ويتعذر إقامة البيّنة على ذلك ، فلا يكلفها ، كالمودع ، وقيل : لا يقبل قوله ؛ لأنه يقرّ بحقّ لغيره على موكله ، فلم يقبل ، كما لو أقرّ بدين عليه .

فرغ : وكّله في شراء شيء ، فاشتراه ، واختلفا في قدر ثمنه ، قبل قول الوكيل ، وقال القاضي : يقبل قول الموكل ، إلا أن يكون عين له الشراء بما ادّعاه ؛ فقال اشتر لي عبداً بألف ، فادّعى أنّه اشتراه بها ، قبل قوله ، وإلا فالموكل ؛ لأنّ من قبل قوله في أصل شيء قبل في صفته .

(وإن اختلفا في رده) سواء كان العين أو ثمنها (إلى الموكل ، فالقول قوله ، إن كان متطوعاً) قولاً واحداً ، قاله في «المحرّر» ؛ لأنه قبض المال ؛ لنفع مالكة فقط ، فقبل قوله فيه ، كالوصيّ والمودع ، وقيل : لا وجزم به ابن الجوزي في قوله تعالى : ﴿فأشهدوا عليهم﴾ الآية [النساء: ٦] ، ولم يخالفه ، وعلى الأوّل يقبل مع يمينه .

وفي «التذكرة» : إن من قبل قوله من الأمانة ، لم يحلف ، والتلف كالردّ (وإن كان بجعل ، فعلى وجهين) أشهرهما : أنّه لا يقبل إلا بيّنة ؛ لأنه قبض المال لنفع نفسه ، فلم يقبل قوله في ذلك ، كالمستعير . والثاني : بلى ؛ لأنه أمين .

(وكذلك يخرج في الأجير والمرتهن) لاشتراك الكلّ في قبض العين لمنفعة القابض ، ونصّ أحمد في المضارب : أنّه لا يقبل قوله كالمستعير ، فلو أنكر الوكيل قبض المال ، ثم ثبت فادّعى الردّ ، أو التلّف ، لم يقبل لثبوت خيانتته بجحدته . ولو أقام به بيّنة في وجهه ؛ لأنه مكذّب لها .

والثاني : يقبل ؛ لأنه يدّعي ذلك قبل وجود خيانتة .

مسألة : كل أمين قبل قوله في الرّد ، وطلب منه ، فهل له تأخيرته حتى يشهد عليه ؟ فيه وجهان ، إن قلنا : يحلف ، وإلا لم يؤخّره لذلك ، وفيه احتمال ، ومن لا يقبل قوله في الرّد ، كالمستعير ، ولا حجة عليه بالأخذ ، لم يؤخّر ردّه للإشهاد عليه ، وقال ابن حمدان : بلى ، كما لو أخذه ، وفي ذمّته مالٌ لزيد ، أو في يده لم يلزمه دفعه إلى وكيله حتى يشهد عليه بقبضه .

ومن عليه دينٌ بحجة لم يلزمه دفعه إلى ربّه ، إلا ببيّنة تشهد عليه بقبضه .
فرع : إذا تلف ما وكل في بيعه ، أو الشراء به بتعدّد ، أو تفريط ، أو أتلّفه هو أو غيره ، لم يتصرّف في بدله بحال ، وإن وزن من ماله بدل الثمن ، واشترى بعينه لموكله ما أمره به ، لم يصحّ . وكذا إن اشتراه في نعته ، ثم نقده ، وعنه : هو موقوفٌ على إجازة موكله .

(وإن قال : أذنت لي في البيع نساءً ، وفي الشراء بخمسة) أو قال : وكلتك في بيع هذا العبد ، قال : بل في بيع الأمة (فأنكره ، فعلى وجهين) المذهب : أنّه يقبل قول الوكيل ، ونصّ عليه في المضارب ؛ لأنه أمينٌ في التصرف ، فقبل قوله كالخياط .

والثاني - وقاله القاضي ، وجزم به في «الوجيز» - : يقبل قول المالك ؛ لأنه يقبل قوله في أصل الوكالة ، فكذا في صفتها ، فعليه : لو قال : اشتريت لك هذه الجارية ، فقال : إنما أذنت في شراء غيرها ، قبل قول المالك مع يمينه ، فإذا حلف برئ من الشراء ، ثم إن كان الشراء وقع بعين المال ، فهو باطل ، وتردّ الجارية إلى بائعها إن صدّقه ، وإن كذّبه أنّ الشراء لغيره ، أو بمال غيره ، صدّق البائع ؛ لأنّ الظاهر : أن ما في يد الإنسان له .

فإن ادّعى الوكيل علمه بذلك ، حلف : أنّه لا يعلم ، ولزم الوكيل غرامة الثمن للموكل ، ودفع الثمن للبائع ، وتبقى الجارية في يده ، لا تحلّ له ؛ لأنه إن كان صادقاً فهي للموكل ، وإن كان كاذباً فهي للبائع ، فإن أراد حلّها اشتراها ممن

وإن قال : أذنت له في البيع نساءً ، وفي الشراء بخمسة ، فأنكره ، فعلى وجهين . وإن قال : وكلتني أن أتزوج لك فلانة ، ففعلت ، وصدقته المرأة ، فأنكر ، فالقول قول المنكر بغير يمين ، وهل يلزم الوكيل نصف الصداق ؟ على وجهين

هي له في الباطن ، فإن امتنع رفع الأمر إلى الحاكم ، ليرفق به ، لبيعه إياها ، ليثبت له الملك ظاهراً وباطناً ، ويصير ما ثبت له في ذمته قصاصاً بالذي أخذ منه الآخر ظلاً ، فإن امتنع ، لم يجبر ؛ لأنه عقد مرضاة ، ذكره في «المغني» و«الشرح» .

وإن قال : بعتكها إن كانت لي ، أو إن كنت أذنت لك في شرائها بكذا ، فقال القاضي : لا يصح لتعليقه على شرط ، وقيل : بلى ؛ لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده ، فلا يضرب جعله شرطاً ، كبعتك هذه الأمة ، إن كانت أمة .

فرغ : إذا قبض الوكيل الثمن ، فهو أمانة في يده ، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ، ولا يضمنه بتأخير ، فإن طلبه ، فأخر الرد مع إمكانه ، فتلف ضمنه ، فإن وعده رده ، ثم ادعى أنه كان رده أو تلف ، فإن صدقه الموكل فظاهراً ، وإن كذبه لم يقبل ، وإن أقام به بينة ، فوجهان .

(وإن قال : وكلتني أن أتزوج لك فلانة ، ففعلت ، وصدقته المرأة ، فأنكر ، فالقول قول المنكر) لأنهما اختلفا في أصل الوكالة ، فقبل قول الموكل ؛ إذ الأصل عدمها ، ولم يثبت أنه أمينه ، فقبل قوله عليه (بغير يمين) نص عليه ؛ لأن الوكيل يدعي حقاً لغيره .

ومقتضاه : أنه يستحلف ، إذا ادعته المرأة ، صرح به في «المغني» و«الشرح» و«الوجيز» ؛ لأنها تدعي الصداق في ذمته ، فإذا حلف لم يلزمه شيء .

(وهل يلزم الوكيل نصف الصداق ؟ على وجهين) وذكر غيره روايتين ، أصحهما : لا يلزمه شيء ، لتعلق حقوق العقد بالموكل ، وهذا ما لم يضمنه ، فإن ضمنه ، فلها الرجوع عليه بنصفه ؛ لضمانه عنه .

والثاني : يلزمه نصف الصداق ؛ لأنه ضامن للثمن في البيع ، وللبائع مطالبته ، فكذا هنا ، ولأنه فرط حيث لم يشهد على الزوج بالعقد والصداق ، والأول أولى ،

ويجوز التوكيل بجعلٍ وبغيره ، فلو قال : بع ثوبي بعشرة ، فما زاد فلك ، صَحَّ .

وفارق الشراء ؛ لأنَّ الثمن مقصودٌ للبائع ، والعادة تعجيله بخلاف النكاح قاله في «المغني» و«الشرح» ويلزم الموكل طلاقها في المنصوص ، لإزالة الاحتمال .

وقيل : لا ؛ لأنَّه لم يثبت في حقِّه نكاحٌ ، ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر ؛ لأنَّه لم يثبت صداقها فترثه ، وهو منكّرٌ أنَّها زوجته ، فلا يرثها .

تنبيهٌ : قد علم ممَّا سبق : أنَّه إذا صدَّق على الوكالة ، فيقبل قول الوكيل ، وكذا في كلِّ تصرُّفٍ وكُلِّ فيه ، وهو المذهب ؛ لأنَّه مأذونٌ له ، أميُّنٌ قادرٌ على الإنشاء ، وهو أعرف .

وعنه : يقبل قول موكله في النكاح ؛ لأنَّه لا تتعذَّر إقامة البيِّنة عليه ، لكونه لا ينعقد إلَّا بها ، ذكره القاضي وغيره ، كأصل الوكالة .

(ويجوز التوكيل بجعلٍ) أي : معلوم ؛ لأنَّه عليه السَّلام كان يبعث عُمَّاله لقبض الصَّدقات ، ويجعل لهم على ذلك جعلاً ، ولأنَّه تصرَّفَ لغيره ، لا يلزمه ، فهو كرْدُ الآبق ، وظاهره : أنَّه يستحقُّ الجعل بالبيع مثلاً قبل قبض الثَّمن ، جزم به في «المغني» و«الشرح» ما لم يشرطه عليه ، ويستحقُّه ببيعه نساءً إن صَحَّ .

وفي «الفروع» : هل يستحقُّه قبل تسليم ثمنه ؟ يتوجَّه الخلاف ، فإن كان الجعل مجهولاً فسدت ، ويصحُّ تصرُّفه بالإذن ، وله أجر مثله .

(وبغيره) أي : بغير جعل ، بغير خلافٍ نعلمه ؛ لأنَّه عليه السَّلام وكَّل أنيساً في إقامة الحدِّ ، وعروة في الشراء بغير جعل .

(فلو قال : بع ثوبي بعشرة ، فما زاد فلك ، صَحَّ) نصٌّ عليه ، روي عن ابن عبَّاس ، رواه سعيْدُ بإسنادٍ جيِّدٍ ، ولم نعرف له في عصره مخالفاً ، فكان كالإجماع ، وكرهه الثوريُّ وفاقاً لأبي حنيفة والشافعيِّ ؛ لأنَّه أجزَّ مجهولٌ ، يحتمل الوجود والعدم .

فصل

وإن كان عليه حقٌّ لإنسان ، فادَّعى رجلٌ أنَّه وكيلٌ صاحبه في قبضه ، فصدَّقه ، لم يلزمه الدَّفْعُ إليه ، وإن كذَّبه لم يستحلف ، وإن دفعه إليه ، فأنكر صاحب الحقِّ الوكالة ، حلف ورجع على الدَّافع وحده ، وإن كان المدفوع وديعةً ، فوجدها ، أخذها ، وإن تلفت ، فله تضمين من شاء منهما ، ولا يرجع من ضمنه على الآخر .

وردَّ بأنَّها عينٌ تنمي بالعمل عليها ، فهو كدفع ماله مضاربةً ، وبه علَّل أحمد ، فعلى هذا : إن باعه بزيادةٍ ، فهي له ، وإن باعه بما عيَّنه فلا شيء له ؛ لأنَّه جعل له الزَّيادة ، وهي معدومةٌ ، فهو كالمضارب ، إذا لم يربح .

فصل

(وإن كان عليه حقٌّ لإنسان ، فادَّعى رجلٌ أنَّه وكيلٌ صاحبه في قبضه ، فصدَّقه ، لم يلزمه الدَّفْعُ إليه) لأنَّ عليه فيه منعه ، لجواز أن ينكر الموكلِّ الوكالة ، فيستحقُّ الرُّجوع عليه ، اللهمَّ إلَّا أن تقوم به بيِّنةٌ ، وسواءٌ كان الحقُّ في ذمَّته ، أو وديعةً عنده .

(وإن كذَّبه لم يستحلف) لعدم فائدة استحلافه ، وهو الحكم عليه بالثُّكول ، (وإن دفعه إليه ، فأنكر صاحب الحقِّ الوكالة ، حلف) أي : الموكلُّ ؛ لأنَّه يحتمل صدق الوكيل فيها (ورجع على الدَّافع وحده) لأنَّ حقَّه في ذمَّته ، ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيله ، ويرجع الدَّافع على الوكيل مع بقائه ، أو تعدُّيه ، وظاهره : أنَّه إذا صدَّق الوكيل برئ الدَّافع ، (وإن كان المدفوع وديعةً ، فوجدها) صاحبها (أخذها) ؛ لأنَّها عين حقَّه .

(وإن تلفت ، فله تضمين من شاء منهما) أي : من الدَّافع والقابض ؛ لأنَّ الدَّافع ضمنها بالدَّفْع ، والقابض قبض مألًّا يستحقُّه (ولا يرجع من ضمنه على الآخر) لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يدَّعي أنَّ ما يأخذه المالك ظلْمٌ ، ويقرُّ بأنَّه لم يوجد من صاحبه تعدُّ ، فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره ، إلَّا أن يكون الدَّافع

وإن كان ادّعى أنّ صاحب الحقّ أحاله به ، ففي وجوب الدّفع إليه مع التّصديق ، واليمين مع الإنكار - وجهان ، وإن ادّعى أنّه مات ، وأنا وارثه ، لزمه الدّفع إليه مع التّصديق ، واليمين مع الإنكار .

دفعها إلى الوكيل من غير تصديق ، فيرجع على الوكيل . ذكره الشّيخ تقيّ الدّين وفقاً لكونه لم يقرّ بوكالته ، ولم يثبت بيّنة .

قال : ومجرّد التّسليم ليس تصديقاً ، ثمّ قال : وإن صدّقه ضمن في أحد القولين في مذهب أحمد ، بل نصّه ؛ لأنّه متى لم يتبيّن صدقه ، فقد غرّه ، نقل مهتاً فيمن بعث إلى من عنده دنائير ، أو ثياب : يأخذ ديناراً أو ثوباً ، فأخذ أكثر ، فالضمان على الباعث ، يعني الذي أعطاه ، ويرجع هو بالزيادة على الرّسول ، وهو ظاهر كلام أبي بكر .

(وإن كان ادّعى أنّ صاحب الحقّ أحاله به ، ففي وجوب الدّفع إليه مع التّصديق ، واليمين مع الإنكار وجهان) كذا في «المحرّر» أحدهما - وهو الأولى والأشبه - : أنّه لا يلزمه ذلك ؛ لأنّ الدّفع إليه غير مبرئ لاحتتمال أن ينكر الحيل الحوالة ، فهو كدعوى الوكالة والوصيّة .

والثّاني : يلزمه الدّفع إليه ؛ لأنّه معترف أنّ الحقّ انتقل إليه ، أشبه الوارث . وردّ بأنّ وجوب الدّفع إلى الوارث كونه مستحقّاً ، والدّفع إليه مبرئ ، بخلافه هنا ، فالحاقه بالوكيل أولى ، ووجوب اليمين مع الإنكار وعدمه مخرّج على وجوب الدّفع مع التّصديق ، ولهذا عطفه عليه .

وتقبل بيّنة المحال عليه على المحيل ، فلا يطالبه ، وتعاد لغائب محتال بعد دعواه ، فيقضي بها له إذن .

(وإن ادّعى أنّه مات ، وأنا وارثه ، لزمه الدّفع إليه مع التّصديق) لأنّه لا وارث له سواه ، بغير خلافٍ نعلمه ؛ لأنّه مقرّ له بالحقّ ، وأنه يبرأ بهذا الدّفع ، فلزمه ، كما لو جاء صاحب الحقّ (واليمين مع الإنكار) أي : على نفي العلم ؛ لأنّها على نفي فعل الغير ، وإنّما لزمته هنا ؛ لأنّ من لزمه الدّفع مع الإقرار لزمه اليمين مع الإنكار ، كسائر الحقوق المائيّة .

مسائل

الأولى : قال أحمد : إذا دفع إلى رجل ثوبًا لبيعه ، فوهب له المشتري مندبًا ، فالمندب لصاحب الثوب .

وقال في رجل وكل آخر في اقتضاء دين ، وغاب ، فأخذ الوكيل به رهنا ، فتلّف الرهن في يد الوكيل : أساء في أخذه ، ولا ضمان عليه .

وقال في رجل أعطى آخر دراهم يشتري بها شيئًا ، فخلطها بدراهمه ، فضاعا : فلا شيء عليه . وقال القاضي : إن خلطها بما لا يتميّز ضمنها إن كان بغير إذنه ، كالوديعة .

الثانية : الوكالة والعزل لا يثبت بخبر الواحد ، وقيل : بلى ، فعلى الأول : إن أخبر بتوكيل وظن صدقه ، تصرف بضمان ، إن أنكر الموكل . وقال الأزجي : إذا تصرف بناءً على هذا الخبر ، فهل يضمن ؟ فيه وجهان .

الثالثة : إذا شهد بها اثنان ، ثم قال أحدهما : عزله ، لم تثبت وكالته ، ويتوجّه بلى ، كقوله بعد الحكم بصحتها ، وكقول واحدٍ غيرهما . فلو قالوا : عزله ، ثبت العزل ، ولو أقاما الشهادة حسبة بلا دعوى الوكيل ، فشهدا عند حاكم أن فلانًا الغائب وكل هذا ، فإن اعترف ، أو قال : ما علمت هذا ، وأنا أتصرف عنه ؛ ثبتت الوكالة ، وعكسه ما لم أعلم ، صدقه ، وإن أطلق طولب بالتفسير .



بسم الله الرحمن الرحيم كتاب الشُّركة

وهي على خمسة أضرب: أحدها: شركة العنان ، وهي أن

بسم الله الرحمن الرحيم كتاب الشُّركة

شركة بوزن: نعمة ، وبوزن: سرقة ، زاد بعضهم: وبوزن: تمرة . وهي ثابتة بالإجماع ، وسنده قوله تعالى -: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَبَنَىٰ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [ص: ٢٤] والخلطاء هم الشركاء ، ولقوله عليه السلام : «إِنَّ اللَّهَ تعالى يقول: أنا ثالث الشُّريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانه خرجت من بينهما» . رواه أبو داود من حديث أبي هريرة ، ورواه ثقات .

وهي عبارة عن الاجتماع في استحقاق أو تصريف ، فهي نوعان: شركة أملاك ، وشركة عقود ، وهي المقصود هنا .

(وهي على خمسة أضرب) ويُعتبر لسائر أنواعها أن يكون جائز التصريف ؛ لأنه عقدٌ على التصريف في المال ، فلم يصح من غير جائز التصريف في المال كالبيع . (أحدهما: شركة العنان) سُميت بذلك لأنَّ الشُّريكين فيها يتساويان في المال والتصريف ، كالفارسين إذا سوَّيا بين فرسيهما وتساويا في السَّير . وقال الفراء: هي مشتقة من عَن الشيء: إذا عرض ؛ يقال: عَنَّت لي حاجةٌ: إذا عرضت ؛ لأنَّ كلا منهما قد عَنَّ له ، أي : عرض له مشاركة صاحبه .

وقيل: هي مأخوذة من عانه: إذا عارضه ، فكلُّ منهما عارض صاحبه بمثل ماله وعمله ، وقوله في «الشرح»: إنَّه راجعٌ إلى قول الفراء ليس بظاهرٍ.

(وهي) جائزة إجماعاً ؛ ذكره ابن المنذر ، وإن اختلف في بعض شروطها (أن)

يشارك اثنان بماليهما ليعملا فيه ببدنيهما وربحه لهما ، فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه ، ولا تصح إلا بشرطين:

أحدهما: أن يكون رأس المال دراهم أو دنائير .

يشارك اثنان) فما فوقهما ، سواء كانا مسلمين أو أحدهما ، ولا تُكره مشاركة كتابي إن ولي المسلم التصرف ؛ نص عليه ؛ لنهيهِ عليه السلام عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم . رواه الخلال بإسناده عن عطاء . وكرهه الأزجي ، وزوي عن ابن عباس ، ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً ، ولأن أموالهم ليست بطيبة ، فإنهم يبيعون الخمر ، ويتبايعون بالربا ، وكالجوس ؛ نص عليه (بماليهما) المعلومين ، سواء كان المالان متساويين قدرًا وجنسًا وصفةً أو لا ، ويُعتبر حضور ماليهما لتقرير العمل ، وتحقيق الشركة إذن كمضاربة ؛ نص عليه .

ولو اشتركا في مختلط بينهما شائعاً صح إن علما قدر ما لكل منهما ، وهذا القيد أخرج المضاربة ؛ لأن المال فيها من جانب والعمل من آخر بخلافها ؛ لكونها تجمع مالاً وعملاً من كل جانب ، بدليل قوله: (ليعملا فيه ببدنيهما) والأصح أو أحدهما ، لكن بشرط أن يكون له أكثر من ربح ماله وبقدره إضاعاً ، وبدونه لا يصح ، وفيه وجه (وربحه لهما) لأنه نماء ملكهما وعملهما متساوياً ومتفاضلاً ، على ما شرطناه ؛ لأن الربح يُستحق بالمال تارةً ، وبالعمل أخرى ، كالمضارب .

(فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه) وهو ظاهر (والوكالة في نصيب شريكه) لأنه متصرف بجهة الإذن ، فهو كالوكالة ودل أن لفظ الشركة يغني عن إذن صريح في التصرف ، وهذا هو الأصح والمعمول به عند أصحابنا ؛ قاله في الفصول .

(ولا تصح إلا بشرطين: أحدهما: أن يكون رأس المال دراهم أو دنائير) فتصح بغير خلاف إذا كانت غير مغشوشة ؛ لأنها قيم الأموال وأثمان

وعنه: تصحُّ بالعروض ، ويُجعل رأس المال قيمتها وقت العقد . وهل تصحُّ بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين .

البياعات ، ولم يزل النَّاس يشتركون فيها في كلِّ عصرٍ من غير نكيرٍ ، فلا تصحُّ بالعروض على المذهب ؛ لأنَّ الشَّرْكَة بها إمَّا أن تقع على أعيانها ، أو على قيمتها ، أو على ثمنها وكلُّ ذلك لا يجوز ؛ أمَّا الأوَّل فلأنَّ العقد يقتضي الرُّجوع عند المفاضلة برأس المال ، ولا مثل له ، فيرجع به .

وأمَّا الثاني فلأنَّ القيمة قد تزيد بحيث يستوعب جميع الرِّبح ، وقد تنقص بحيث يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح ، مع أنَّ القيمة غير متحقِّقة المقدار ، فيفضي إلى التَّنَازع .

وأمَّا الثالث فلأنَّ الثَّمَن معدومٌ حال العقد ولا يملكها ؛ لأنَّه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع ، وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به ، فإنَّها تصير شركةً معلقةً على شرطٍ ، وهي بيع الأعيان .

(وعنه: تصحُّ بالعروض) اختاره أبو بكرٍ وأبو الخطَّاب ، وقَدَّمه في «المحرَّر» ؛ لأنَّ مقصود الشَّرْكَة جواز تصرُّفهما في المالين جميعاً ، وكون الرِّبح بينهما ، وهذا يحصل في العروض من غير غَرَرٍ ، كما يحصل في الأثمان .

(ويُجعل رأس المال قيمتها وقت العقد) ليتمكَّن العامل من ردِّ رأس المال عند التَّفاضل ، كما أنَّنا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها ، وسواء كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب أو لا ، وفي «الرَّعاية»: وعنه: يصحُّ بكلِّ عرضٍ متقوِّمٍ ، وقيل: مثلي .

(وهل تصحُّ بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين) كذا في «المحرَّر» ، وبناهما على القول بأنَّها لا تصحُّ إلَّا بنقيد ، وقَيَّدَهما في «الفروع» بالتَّفَاقُتَيْن ، وفي «التَّرجيب» في فلوسٍ نافقةٍ روايتان: إحداهما وهو المذهب: أنَّها لا تصحُّ ؛ لأنَّ المغشوش لا ينضبط غشُّه ، فلا يمكن ردُّ مثله ، والفلوس تزيد قيمتها وتنقص ، أشبهت العروض ، ويستثنى منه الغشُّ اليسير لمصلحته ، كحَبَّة فضَّة في دينارٍ ؛ ذكره في «المغني»

الثاني: أن يشترطاً لكل واحد جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً ، فإن قالوا: الربح بيننا ، فهو بينهما نصفين ، فإن لم يذكر الربح ، أو شرطاً لأحدهما جزءاً مجهولاً

و«الشرح» ؛ لأنه لا يمكن التَّحَرُّز منه .

والثاني: يصح ؛ لأنَّ الغشَّ يُستهلك في المغشوش والفلوس بشبهة الثمن . قال أحمد: لا أرى السَّلم في الفلوس ؛ لأنه يشبه الصَّرف . وظاهره لا فرق بين أن تكون كاسدة أو رابحة ؛ لأنها إن كانت كاسدة كان رأس المال قيمتها كالعروض ، وإن كانت نافقة كان رأس المال مثلها ، وكذا المغشوش ، وفي ثالث: إن كانت الفلوس نافقة جاز وإلا فلا ؛ لشبهها بالتقدين .

(الثاني: أن يشترطاً لكل واحد جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً) كالثالث والربيع ؛ لأنَّ الربح مستحقُّ لهما بحسب الاشتراط ، فلم يكن بدُّ من اشتراطه كالمضاربة ، واشترط كونه مشاعاً ؛ لأنه لو عيَّن دراهم معلومةً احتمل ألا يربح غيرها ، فيأخذ جميع الربح ، واحتمل ألا يربح ، فيأخذ من رأس المال جزءاً ، وقد يربح كثيراً فيستعزُّ من شرطت له . واشترط كونه معلوماً ؛ لأنَّ الجهل به يفضي إلى التنازع ، وهو بينهما على ما شرطاه ؛ لأنَّ العمل يُستحقُّ به الربح كالمضاربة ، وقد يتفاضلان فيه لقوَّة حذقه .

(فإن قالوا: الربح بيننا ، فهو بينهما نصفين) لأنه أضافه إليهما إضافةً واحدةً من غير ترجيح ، فاقتضى التسوية ، كقوله: هذه الدَّار بيني وبينك .

(فإن لم يذكر الربح) لم يصحَّ كالمضاربة ؛ لأنه المقصود من الشركة ، فلا يجوز الإخلال به ، فعلى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالين .

(أو شرطاً لأحدهما جزءاً مجهولاً) فكذلك ؛ لأنَّ الجهالة تمنع تسليم الواجب ، ولأنَّه هو المقصود منها فلم يصحَّ مع الجهالة كالثمن لكن لو قال: لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه صحَّ .

أو دراهم معلومةً أو ربح أحد الثَّوبين - لم يصحَّ ، وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة . ولا يُشترط أن يخلط المالين ، ولا أن يكونا من جنسٍ واحدٍ ، وما يشتريه كلُّ واحدٍ منهما بعد الشركة فهو بينهما .

(أو دراهم معلومةً) لم يصحَّ ؛ لما ذكرنا ، ولأنَّ العامل ينبغي أن تكون حصَّته معلومةً بالقدر ، فإذا جُهلَّت الأجزاء فسدت ، وكذا لو جعل لنفسه جزءاً وعشرة دراهم ، وحكاه ابن المنذر في القراض إجماع مَنْ يُحفظ عنه فيما إذا جعلاً أو لأحدهما دراهم معلومةً ، فلو قال: لك نصف الربح إلا عشرة دراهم بطلت ؛ لزيادتها .

(أو ربح أحد الثَّوبين) أو ربح إحدى الشفرتين ، أو ربح تجارته في شهرٍ أو عامٍ بعينه (لم يصحَّ) لأنَّه قد يربح في ذلك المعين دون غيره ، أو بالعكس ، فيختصُّ أحدهما بالربح ، وهو مخالفٌ لموضوع الشركة بغير خلافٍ نعلمه .

(وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة) قياساً على الشركة (ولا يُشترط أن يخلط المالين) لأنَّه عقدٌ يقصد به الربح فلم يُشترط فيه ذلك كالمضاربة ، ولأنَّه عقدٌ على التصرف ، فلم يُشترط فيه الخلط كالوكالة (ولا أن يكونا من جنسٍ واحدٍ) نصٌّ عليه ، فيجوز لأحدهما أن يُخرج دنائير والآخِر دراهم ؛ لأنَّهما الأثمان ، فصَحَّت الشركة فيهما كالجنس الواحد فإذا اقتسما رجع كلٌّ بماله ثمَّ يقتسمان الفضل ؛ نصٌّ عليه ، وذكره عن محمَّد بن الحسن . ولا يُشترط تساويهما في القدر في قول الجمهور ، وقال القاضي: متى تفاضلا قَوْماً المتاع بنقد البلد ، وقَوْماً مال الآخِر به ، ويكون التَّقويم حين صرفا الثمن فيه . ورُدَّ بأنَّها شركةٌ صحيحةٌ رأس المال فيها الأثمان ، فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحداً .

(وما يشتريه كلُّ واحدٍ منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما) لأنَّ العقد وقع على ذلك ، ولأنَّه أمينه ووكيله . وفي «الشرح»: من شرط صحَّتها أن يأذن كلُّ منهما لصاحبه في التصرف ، والأصحُّ: لا يُشترط ، فإن اشتراه لنفسه فهو له ؛

وإن تلف أحد المالين فهو من ضمانهما ، والوضيعة على قدر المال .

فصل

ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشتري ، ويقبض ويُقبض ، ويطالب بالدين ، ويخاصم فيه ، ويحيل ويحتال ، ويرد بالعيب .

لأنه أعلم بنيتّه .

(وإن تلف أحد المالين فهو من ضمانهما) بعد الخلط اتّفاقاً ، وكذا قبله على الأشهر ؛ لأنّ العقد اقتضى أن يكون المالان كامال الواحد ، فكذا في الضمان ، وكنمائه لصحة القسمة بالكلام كخرص ثمار ، فكذا الشركة ؛ احتجّ به أحمد ؛ قاله الشيخ تقي الدين ، وعنه : من ضمان صاحبه .

(والوضيعة) أي : الخسران (على قدر المال) بالحساب ؛ لأنها عبارة عن نقصان رأس المال ، وهو مختصّ بالقدر ، فيكون النقص منه دون غيره ، وسواء كانت الوضيعة لتلف ، أو نقصان في الثمن ، أو غير ذلك ، ومقتضاه أنّه لا شيء على العامل في المضاربة ، بل هي مختصة بملك ربّه كالمزارعة .

فصل

(ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع) أي : حالاً (ويشتري) مساومةً ومرابحةً وغيرهما ؛ لأنّه بالنسبة إلى شريكه وكيل ، فملكهما كالوكيل (ويقبض ويُقبض) لأنّه مؤتمن في ذلك ، فملكهما بخلاف الوكيل في قبض الثمن ، فإنّه قد لا يأتمنه (ويطالب بالدين ويخاصم فيه) لأنّ من ملك قبض شيء ملك المطالبة والخاصمة فيه ، بدليل ما لو وكله في قبض دينه .

(ويحيل ويحتال) لأنها عقد معاوضة وهو يملكها .

(ويرد بالعيب) سواء وليّه هو أو صاحبه ؛ لأنّ الوكيل يرده ، فالشريك أولى ، وظاهره ولو رضي به شريكه .

ويقابل ، ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتها ، وليس له أن ي كاتب الرقيق ، ولا يزوجه ، ولا يعتقه بمال ، ولا يهب ، ولا يقرض ، ولا يحابي ، ولا يضارب إلا بالمال .

(ويقر به) أي: بالعيب ، كما يقبل إقرار الوكيل على موكله به ؛ نص عليه ، فإذا ردت عليه بعيب خيّر بين قبولها أو إعطاء أرش العيب ، أو يحط من ثمنه ، أو يؤخر ثمنه لأجل العيب (يقابل) لأنّ الحظ قد يكون فيها وظاهره مطلقاً ، وهو الأصح في «الشرح» ؛ لأنها إن كانت بيعاً فقد أذن له فيه ، وإن كانت فسحاً ففسخ البيع المضّر من مصلحة التجارة فملكه كالرّد بالعيب ، وصحح في «المغني» وغيره أنها فسح ، فلا يملكها ؛ لأنّه ليس من التجارة .

(ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتها) لأنّ مبناها على الوكالة والأمانة ، فيقبل إقراره بالثمن أو بعضه ، أو أجرة المنادي أو الحمال ؛ لأنّ هذا عادة التجار ، وله أن يستأجر من مال الشركة ويؤجر ؛ لأنّ المنافع أُجريت مجرى الأعيان ، فصار كالشراء والبيع ، وله المطالبة بالأجر لهما وعليهما ؛ لأنّ حقوق العقد لا تختص بالعائد .

(وليس له أن ي كاتب الرقيق) لأنّه لم يأذن فيه شريكه ، والشركة تنعقد على التجارة ، وليست منها (ولا يزوجه) لما ذكرنا سيّما وتزويج العبد ضرر محض (ولا يعتقه بمال) ولا غيره (ولا يهب) نقل حنبل: يتبرّع ببعض الثمن لمصلحته (ولا يقرض) وظاهره ولو برهن (ولا يحابي) لأنّ الشركة انعقدت على التجارة ، وهذه ليست منها .

(ولا يضارب بالمال) لأنّ ذلك يثبت في المال حقاً ، ويستحق ربحه لغيره ، وفيه تخريب من توكيله ، ولا أجرة للثاني على ربّه ، وعنه: بلى ، وقيل: على الأوّل مع جهله لدفع غاصب ، ومع علمه لا شيء له وربحه لربّه ، وعلى الأوّل كما لا يجوز له خلط مال الشركة بماله ولا مال غيره ؛ لأنّه يتضمّن إيجاب حقوق في المال ، وليس هو من التجارة المأذون فيها ، وعنه: يجوز بمال نفسه ؛ لأنّه

ولا يأخذ به سُفْتَجَةً ، ولا يعطيها إلا بإذن شريكه .
 وهل له أن يودع ، أو يبيع نساءً ، أو ييضع ، أو يوكل فيما يتولّى مثله ،
 أو يرهّن ، أو يرتهن؟ على وجهين .

مأمورٌ ، فيدخل فيما أذن فيه ؛ ذكره القاضي .

(ولا يأخذ به سُفْتَجَةً) لأنّ فيها خطرًا ، ومعناه: أن يدفع إلى إنسانٍ شيئًا من
 مال الشركة ويأخذ منه كتابًا إلى وكيله ببلدٍ آخر ليستوفي منه المال .

(ولا يعطيها) بأن يأخذ من إنسانٍ بضاعةً ويعطيه بضمن ذلك كتابًا إلى وكيله
 ببلدٍ آخر ليستوفي منه ذلك (إلا بإذن شريكه) لأنّه يصير من التّجارة المأذون فيها ،
 وهو راجعٌ إلى الكتابة وما بعدها ، والصّواب الصّحّة مطلقًا فيهما لمصلحة الخوف
 طريقٍ ونحوه في الأولى .

فائدة : ما يخرج الشريك على المال من الشّيل والخطّ والعشر والخفارة وما
 يتعلّق بالذرقة يُحتسب به على شريكه ؛ قاله في «الفصول» (وهل له أن يودع ،
 أو يبيع نساءً أو ييضع ، أو يوكل فيما يتولّى مثله أو يرهّن ، أو يرتهن؟ على
 وجهين) وفيه مسائل:

الأولى: في الإيداع ، وفيه روايتان: إحداهما: له ذلك ؛ جزم به في «الوجيز» ،
 وصحّحه في «الشرح» ، وزاد: عند الحاجة إليه ؛ لأنّه عادة التّجار . والثّانية ، وهي
 أصحُّ الوجهين في «المحرّر»: المنع ؛ لأنّها ليست من الشركة ، وفيه غررٌ .

الثّانية: في البيع إلى أجلٍ ، وهو يُخرّج على الرّوايتين في الوكيل ، وقد تقدّم ،
 فإن اشترى شيئًا بنقديّ عنده مثله ، أو نقديّ من غير جنسه ، أو اشترى بشيءٍ من ذوات
 الأمثال وعنده مثله جاز ، وإلا فالشّراء له خاصّةً ، وربحه له ، وضمانه عليه .

الثّالثة: في الإيضاع ، وهو في الأصل عبارة عن طائفةٍ من المال تُبعث للتّجارة ؛
 قاله الجوهريّ ، ويأتي تفسيره ، والأصحُّ أنّه لا يملكه ؛ لما فيه من الغرر . والثّاني:
 بلى ، وجزم به في «الوجيز» ؛ لأنّه عادة التّجار .

وليس له أن يستدين على مال الشَّرْكَة .

الرَّابِعَةُ: التَّوَكُّيل فيما يتولَّى مثله بنفسه ، وفيه وجهان مبنيَّان على الوكيل ، وقيل: يجوز للشَّرِّيك التَّوَكُّيل بخلاف الوكيل ؛ لأنَّه يستفيد مثل عقد موكِّله ، بخلاف وكيل الشَّرِّيك ، فإنَّه لا يستفيد مثل عقد موكِّله ، بل يستفيد ما هو أخصُّ منه ، فإن وُكِّل ملك الآخر عزله ، ويتصرَّف المعزول في قدر نصيبه ، وعُلم منه أنَّه يملك التَّوَكُّيل فيما لا يتولَّى مثله بنفسه .

الخامسة: في الرِّهن والارتهان ، والأصحُّ أنَّه يملكهما ، زاد في «الشرح»: عند الحاجة ؛ لأنَّ الرِّهن يُراد للإيفاء ، والارتهان يُراد للاستيفاء ، وهو يملكهما ، فكذا ما يُراد لهما . والثَّاني: ليس له ذلك ؛ لأنَّ فيه خطراً . وعلى الأوَّل ، لا فرق بين أن يكون مُمَّنَّ ولي العقد أو من غيره ؛ لكون القبض من حقوق العقد ، فلو قال: اعمل برأيك ، ورأى مصلحةً جاز الكلُّ ؛ لأنَّه فوَّض إليه الرِّأي في التَّصرُّف الذي تقتضيه الشَّرْكَة ، فجاز كلُّ ما هو من التَّجارة .

تنبيه: لم يذكر المؤلِّف السُّفر بالمال ، والأصحُّ أنَّه يملكه مع الأمن ، وفيه رواية صَحَّحها الأزجِيُّ . وإن سافر والغالب العطب ضمن ؛ ذكره أبو الفرج ، وظاهر كلام غيره فيما ليس بالغالب السَّلامة . وذكر جماعة أنَّه يتَّجر وليُّ اليتيم بما له موضع أمين ، فإن لم يعلما بخوفه أو بفلسٍ مشتري فلا ضمان ؛ ذكره أبو يعلى الصَّغير .

فرع: إذا ادَّعى هلاكه بسببٍ خفيٍّ صدَّق في الأصحِّ ، وإن كان بسببٍ ظاهرٍ لم يضمَّنه إذا أقام بيِّنَةً به ، ويحلف معها أنَّه هلك به ، ويصدَّق منكر الخيانة ، وإن قال لما بيده: هذا لي أو لنا ، أو اشتريته منها لي أو لنا ، صدَّق مع يمينه ، سواء ربح أو خسر ، وإن قال: صار لي بالقسمة صدَّق منكرها .

(وليس له أن يستدين على مال الشَّرْكَة) لأنَّه يدخل فيها أكثر ممَّا رضي الشَّرِّيك بالمشاركة فيه فلم يجوز ، كما لو ضمَّ إليها ألفاً من ماله ، ومعناها: أن يشتري بأكثر من رأس المال ، أو بثمنٍ ليس معه من جنسه .

فإن فعل فهو عليه ، وربحه له ، إلا أن يأذن شريكه . وإن أخر حقه من الدَّين جاز ، وإن تقاسما الدَّين في الدَّمة لم يصحَّ في إحدى الروايتين .
وإن أبرأ من الدَّين لزم في حقه دون صاحبه ، وكذلك إن أقرَّ بمال .

(فإن فعل فهو عليه وربحه له) قال أحمد في رواية صالح فيمن استدان من المال بوجه ألفاً : فهو له ، وربحه له وضيعته عليه ، ومعناه: أنه يختص بنفعه وضرره ؛ لكونه لم يقع للشركة (إلا أن يأذن شريكه) فإنه يجوز كبقية أفعال التجارة المأذون فيها . وقال القاضي: إذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما ؛ لأنه تملك مال بمال ، أشبه الصَّرف . ورُدَّ بالفرق ، فإنَّ الصَّرف بيعٌ وإبدال عين بعين ، فهو كبيع الثَّياب .

(وإن أخر حقه من الدَّين) الحال (جاز) لأنه أسقط حقه من المطالبة ، فصَحَّ أن ينفرد به كالإبراء ، فلو قبض شريكه شيئاً ممَّا لم يؤخَّر كان له مشاركته فيه ، وقيل: وله تأخير حقَّ شريكه ، ويضمنه إن تلف أو مات المدين .

(وإن تقاسما الدَّين في الدَّمة لم يصحَّ في إحدى الروايتين) نصَّ عليه في رواية حنبل ، وجزم به في «الوجيز» ، وصحَّحه ابن عقيل ؛ لأنَّ الذِّمَّ لا تتكافأ ولا تعادل ، والقسمة تقتضيها ؛ لأنها بغير تعديل بمنزلة البيع ، ولا يجوز بيع الدَّين . فعليها ، لو تقاسما ثمَّ توى بعض المال رجع الذي توى ماله على الآخر .

والثَّانية ، ونقلها حرب ، وقدمها في «الرَّعاية»: الجواز ؛ لأنَّ الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الأعيان . فعليها ، لا رجوع إذا أبرأ كلُّ منهما صاحبه ، وأطلقهما في «الفروع» إذا كان في ذم لا ذمَّة واحدة ؛ لأنه لا تمكن القسمة ، وهي إفراز ، ولا يتصوَّر فيها . فعلى الأوَّل ، إن تكافأت فقياس المذهب من الحوالة على ملء وجوبه ؛ قاله الشَّيخ تقي الدَّين .

(وإن أبرأ من الدَّين) أو أجل ثمن المبيع في مدَّة الخيار (لزم في حقه) لأنه تبرُّع (دون صاحبه) لأنه ليس من التَّجارة كالصَّدقة (وكذلك إن أقرَّ بمال) أي: يلزم المقرُّ دون صاحبه على المذهب ، سواء أقرَّ بدَّين أو عين ؛ لأنَّ شريكه إنما أذن له في

وقال القاضي: يُقبل إقراره على مال الشركة ، وعلى كل واحد منهما أن يتولّى ما جرت العادة أن يتولّاه من نشر الثوب وطّيه ، وختم الكيس وإحرازه ، فإن استأجر مَنْ يفعل ذلك فالأجرة عليه .

التجارة ، وليس الإقرار داخلاً فيها .

(وقال القاضي: يُقبل إقراره على مال الشركة) لأنّ له أن يشتري نساءً ، وهو إقرارٌ ببقاء الثمن ؛ قاله ابن المنجّأ ، وفيه شيء ، وعلّله في «الشرح» بأنّ له أن يشتري من غير أن يسلم الثمن في المجلس ، فلو لم يُقبل إقراره لضاعت أموال الناس وامتنعوا من معاملته ؛ لأنّ ذلك ممّا يحتاج إليه كالإقرار بالعيب ، وقيّده في «الرعاية» في الإقرار ، و«الفروع» قبل الفرقه بينهما لا بعدها .

مسألة: أقرّ غريمٌ لهما بدين عند حاكم فطلب أحدهما حبسه ومنع الآخر منه ، ففي وجوب حبسه روايتان ؛ قاله في «المستوعب» وغيره .

تنبيه: إذا كان بينهما دينٌ مشتركٌ يارث أو إتلاف ، قال الشيخ تقي الدين: أو ضريبةٌ سبب استحقاقها واحدٌ ، فلشريكه الأخذ من الغريم ومن القابض ؛ جزم به الأكثر ؛ لأنّهما سواءٌ في الملك ، وظاهره ولو أخرجه القابض برهن أو قضاء دين كالمقبوض بعقدٍ فاسدٍ ، وعنه: يختصّ به ، وقاله جماعةٌ ، منهم: أبو العالية ، وابن سيرين ، كما لو تلف المقبوض في يد قابضه تعيّن حقه فيه ، ولم يرجع على الغريم ؛ لعدم تعدّيه ، وإن كان بعقدٍ أو بعد تأجيل شريكه حقه فوجهان: أحدهما: له المشاركة كالموروث . والثاني: لا ؛ لأنّه مستقلٌّ بالعقد على نصيبه ، فهو كالمفردين .

(و) يجب (على كل واحد منهما أن يتولّى ما جرت العادة أن يتولّاه من نشر الثوب وطّيه ، وختم الكيس وإحرازه) وقبض النّقد ؛ لأنّ إطلاق الإذن يُحمل على العرف ، وهو يقتضي أنّ مثل هذه الأمور يتولّاه بنفسه .

(فإن استأجر مَنْ يفعل ذلك فالأجرة عليه) في ماله ؛ لأنّه بذلها عوضاً عمّا

يلزمه .

وما جرت العادة أن يستتیب فيه فله أن يستأجر مَنْ یفعله ، فإن فعله لیأخذ أجرته فهل له ذلك؟ علی وجهین .

فصل

والشروط فی الشركة ضربان: صحیح ، مثل أن یشرط ألا یتجر إلا فی نوع من المتاع ، أو ببلد بعینه ، أو لا یبیع إلا بنقد معلوم ، أو لا یسافر بالمال ، أو لا یبیع إلا من فلان .

(وما جرت العادة أن یستتیب فيه) كحمل الطعام والمتاع ووزن ما ینقل والتداء (فله أن یستأجر) من مال الشركة (مَنْ یفعله) لأنه العرف .

(فإن فعله لیأخذ أجرته فهل له ذلك؟ علی وجهین) هما روايتان فی «المغنی» و«المحرر» ، الأصح أنه لا شيء له ؛ لأنه تبرع بما یلزمه ، فلم یستحق شیئاً ، كالمراة التي تستحق خادماً إذا أخذت نفسها . والثانی: بلی ؛ لأنه فعل ما لا بد من فعله ، فاستحق الأجرة كالأجنيبي . وعلی الأول ، إذا شرطها استحقها .

فرع : إذا استأجر أحدهما الآخر فیما لا یستحق أجرته إلا بعمل فيه ، كنقل طعام بنفسه أو غلامه أو دابته جاز ؛ نقله الأكثر ، كداره ، وعنه: لا ؛ لعدم إمكان إيقاع العمل فيه ؛ لعدم تمييز نصیبهما ؛ اختاره ابن عقیل . ویحرم علی شریك فی زرع فرك شيء من سنبله يأكله بلا إذن ، یتوجّه عكسه ؛ قاله فی «الفروع» .

فصل

(والشروط فی الشركة ضربان:) لأنهما عقد ، فانقسمت شروطها إلى صحیح وفاسد كالبيع (صحیح ، مثل : أن یشرط ألا یتجر إلا فی نوع من المتاع) سواء كان ممّا یعم وجوده أو لا ، وقال فی «الرعاية»: عام الوجود . والمراد به : عمومه حال العقد فی الموضع المعین للتجارة ، لا عمومه فی سائر الأزمنة والأمكنة (أو ببلد بعینه) كمكة ونحوها (أو لا یبیع إلا بنقد معلوم ، أو لا یسافر بالمال ، أو لا یبیع إلا من فلان) أو لا یشتری إلا من فلان ، فهذا كله

وفاسدٌ ، مثل أن يشترط ما يعود بجهالة الربح أو ضمان المال ، أو أن عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله ، أو أن يولّيه ما يختار من السلع ، أو يرتفق بها ، أو لا يفسخ الشركة مدّة بعينها ، فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد ، وتُخرج في سائرهما روايتان .

صحيحٌ ، سواء كان الرجل ممّا يكثر المتاع عنده أو يقلّ ؛ لأنّه عقدٌ يصحّ تخصيصه برجلٍ أو ببلدٍ معيّنين كالوكالة ، فإنّ جمع البيع والشراء من واحدة فإنّه لا يضرّ ؛ ذكره في «المستوعب» ، وفي «المغني» و«الشرح» خلافه ، وهو ظاهرٌ .

(وفاسدٌ ، مثل : أن يشترط ما يعود بجهالة الربح) كما لو شرط ربح أحد الكيسين أو الألفين أو جزءًا مجهولًا كنصيب ؛ لأنّه يفضي إلى جهل حقّ كل واحدٍ من الربح ، أو إلى فواته حيث شرط دراهم معلومة (أو ضمان المال) لمنافاته مقتضى العقد (أو أن عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله) للمنافاة (أو أن يولّيه ما يختار من السلع) إذ لا مصلحة للعقد فيه ، أشبه ما لو شرط ما ينافيه .

مسألة : إذا شرط أحدهما على الآخر متى باعه فهو أحقّ به ، فباعه من غيره ، فقال أحمد : أحبّ إليّ أن يفي بشرطه . وقال ابن عقيل - وذكره في «الشرح» وغيره : إنّه شرطٌ باطلٌ ؛ لأنّه يقطع إطلاق تصرّف الشريك الآخر ، وظاهر كلام أحمد خلافه .

(أو يرتفق بها) كلبسه الثوب ، واستخدامه العبد (أو لا يفسخ الشركة مدّة بعينها) لأنّها عقدٌ جائزٌ ، فاشترط لزومها ينافي مقتضاها كالوكالة ، مع أنّه يصحّ توقيتها كالوكالة ؛ نصّ عليه .

(فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد) لأنّ الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فأفسد العقد ، كما لو جعل رأس المال خمرًا ، ولأنّ الجهالة تمنع من التسليم ، فيفضي إلى التنازع .

(ويخرج في سائرهما) أي : باقيها (روايتان) المنصوص عنه : أن العقد صحيحٌ ، ويلغو الشرط ؛ لأنّه عقدٌ على مجهولٍ ، فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح .

وإذا فسد العقد قُسِمَ الرِّبْحُ على قدر المَالَيْنِ ، وهل يرجع أحدهما بأجرة عمله؟ على وجهين .

والثَّانِيَّة: يبطل ، وذكره في «المحرَّر» تخريجًا ؛ لأنَّه شرطُ فاسدٌ ، فأبطل العقد كالْمَزَارَعَة إذا شرط البذر من العامل ، وكالشُّرُوط الفاسدة في البيع ، ولأنَّه إمَّا رضي بالعقد بهذا الشُّرْط ، فإذا فسد فات الرِّضَا به .

(وإذا فسد العقد قُسِمَ الرِّبْحُ على قدر المَالَيْنِ) لأنَّ التَّصَرُّفَ صحيحٌ ؛ لكونه بإذن مالِكه ، والرِّبْحُ نماء المال ، فربح المضاربة للمالك ، وعليه أجرة مثل العامل مطلقًا ، والعنان والوجوه على قدر المَالَيْنِ ، والأبدان تُقَسَّمُ أجرة ما تحمَّلاه بالسَّرِّيَّة والوضيعة بقدر المَالَيْنِ ، وظاهره أنَّه إذا لم تفسد فإنَّ الرِّبْح يُقَسَّمُ بينهما على ما شرطاه كرواية في الفاسد (وهل يرجع أحدهما بأجرة عمله؟) أي: نصف عمله (على وجهين) كذا في «المحرَّر» ؛ أحدهما: لا رجوع ، جزم به في «الوجيز» ، وصحَّحه في شرح «المحرَّر» ؛ لأنَّهما عملا لأنفسهما ، فلا يرجع أحدهما على الآخر بما لم يعمل له . فعليه ، يقتسمان الرِّبْح على ما شرطاه ؛ لأنَّه عقدٌ يجوز أن يكون عوضه مجهولًا ، فوجب المسئى في فاسده كالنُّكاح .

والثَّانِي: يرجع ؛ جزم به في الكافي ، وهو الأصحُّ ؛ لأنَّه عمل في نصيب شريكه فيرجع به ؛ لأنَّه عقدٌ ينبغي الفصل فيه في ثاني الحال ، فوجب أن يقابل العمل فيه عوضٌ كالمضاربة ، فإن تساوى عملهما تقاصَّ الدَّيْنَان ، وإن فضل أحدهما تقاصَّ دين القليل بمثله ، ويرجع على الآخر بالفضل . وقال ابن حمدان: إن قُسِمَ الرِّبْحُ على قدرهما رجع وإلا فلا . وقال القاضي: إن فسد العقد لجهل الرِّبْح فكذلك ، وإن فسد لغيره وجب المسئى فيه كالصَّحِيح ؛ لأنَّه عقدٌ يصحُّ مع جهل العوض ، فوجب المسئى فيه مع فساده كالنُّكاح .

فرغ : إذا مات أحدهما فلوارثه إتمام الشركة ، فيأذن كلُّ منهما للآخر في التَّصَرُّف ، وقيل: إن كان المال عرضًا جدَّد عقدًا ، وله المطالبة بالقسمة ، فإن كان على الميِّت دَيْنٌ تعلَّق بتركته ، وليس للوارث الشركة فيه حتَّى يقضي دينه ، فإن قضاه من غير مال الشركة فله إتمامها ، وإن قضاه منها بطلت في قدر ما مضى .

فصل

الثاني: المضاربة ، وهي أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه .

تنبيه : كل عقد فاسد من أمانة وتبرع بمضاربة وشركة ووكالة ووديعة كصحيح في ضمان وعدمه ، وكل عقد لازم يجب الضمان في صحيحه يجب في فاسده ، كبيع وإجارة ونكاح .

فصل

(الثاني: المضاربة) وهي تسمية أهل العراق ، مأخوذة من الضرب في الأرض ، وهو السفر فيها للتجارة ، قال تعالى : ﴿وآخرون يضرِبون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾ [المزمل: ٢٠] ويحتمل أن تكون من ضرب كل منهما بسهم من الربح . وسمّاه أهل الحجاز قراضاً ، فقليل : هو مشتق من القطع ، يقال : قرض الفأر الثوب ، أي : قطعه ، فكأنَّ صاحب المال اقتطع منه قطعةً وسلمها إلى العامل ، واقتطع له قطعةً من ربحها ، وقيل : هو مشتق من المساواة والموازنة ، يقال : تقارض الشاعران : إذا توازنا .

وهي جائزة بالإجماع ؛ حكاه ابن المنذر ، وروى حميد بن عبد الله ، عن أبيه ، عن جده أنَّ عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربةً يعمل به في العراق . وزوي جوازه عن عثمان وعليٍّ وابن مسعودٍ وحكيم بن حزام ، ولم يُعرف لهم مخالفٌ ، مع أنَّ الحكمة تقتضيه ؛ لأنَّ بالناس حاجةً إليها ، فإنَّ التَّقدين لا تنمي إلَّا بالتَّجارة ، وليس كلُّ مَنْ يملكها يحسن التَّجارة ، ولا كلُّ مَنْ يحسنها له مالٌ ، فُسرعت لدفع الحاجة .

(وهي أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه) يُشترط في المال المدفوع أن يكون معلوماً ، فلو دفع ضبرة نقد أو أحد كيسين لم يصحَّ . قوله : إلى آخر ، ليس شرطاً فيه ، فلو دفعه إلى اثنين فأكثر مضاربةً في عقدٍ واحدٍ جاز . قوله : يتجر فيه ، ظاهرٌ .

والرَّيْح بينهما على ما شرطاه ، فإن قال: خذه واتَّجَر به ، والرَّيْح كُلُّه لي ، فهو إِبْضَاعٌ . وإن قال: والرَّيْح كُلُّه لك ، فهو قَرْضٌ . وإن قال: والرَّيْح بيننا ، فهو بينهما نصفين . وإن قال: خذه مضاربةً والرَّيْح كُلُّه لك أو لي ، لم يصحَّ .

(والرَّيْح بينهما علي ما شرطاه) أي: من شرط صحَّتها تقدير نصيب العامل منه ؛ لأنَّه لا يستحقُّه إلَّا بالشرط ، فلو قال: خذ هذا المال مضاربةً ، ولم يذكر سهم العامل ، فالرَّيْح كُلُّه لربِّ المال ، والوضيعة عليه ، وللعامل أجرة مثله ؛ نصُّ عليه ، وهو قول الجمهور ، فلو شرط جزءًا من الرَّيْح لعبد أحدهما أو لعبدهما صحَّ ، وكان لسيِّده ، وإن شرطاه لأجنبيٍّ أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملاً مع العامل صحَّ ، وكانا عاملين ، وإلَّا لم تصحَّ المضاربة ، كما لو قال: لك الثَّلاثان على أن تعطي امرأتك نصفه .

(فإن قال: خذه واتَّجَر به والرَّيْح كُلُّه لي ، فهو إِبْضَاعٌ) أي: يصير جميع الرَّيْح لربِّ المال ، لا شيء للعامل فيه ، فيصير وكيلاً متبرِّعاً ؛ لأنَّه قرن به حكم الإِبْضَاع ، فانصرف إليه ، فلو قال مع ذلك: وعليك ضمانه ، لم يضمَّنه ؛ لأنَّ العقد يقتضي كونه أمانةً غير مضمونٍ فلا يزول ذلك بشرطه .

(وإن قال: والرَّيْح كُلُّه لك ، فهو) أي: المال المدفوع (قرضٌ) لا قراضٌ ؛ لأنَّ اللَّفْظ يصلح له ، وقد قُرُن به حكمه ، فانصرف إليه كالتَّمْلِيك ، فإن قرن به: ولا ضمان عليك ، فهو قَرْضٌ شرط فيه نفي الضَّمان ، فلم ينتفِ به .

(وإن قال: والرَّيْح بيننا ، فهو بينهما نصفين) لأنَّه أضافه إليهما إضافةً واحدةً ، ولم يترجَّح فيها أحدهما على الآخر ، فافتضى التَّسوية ، ك: هذه الدَّار بيني وبينك .

(وإن قال: خذه مضاربةً والرَّيْح كُلُّه لك أو لي ، لم يصحَّ) لأنَّ المضاربة تقتضي كون الرَّيْح بينهما ، فإذا شرط اختصاص أحدهما بالرَّيْح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ، ففسد ، كما لو شرط الرَّيْح كُلُّه في شركة العنان لأحدهما ، ويفارق إذا لم يقل: مضاربةً ؛ لأنَّ اللَّفْظ يصلح لما أثبت حكمه من الإِبْضَاع والقرض ، وينفذ تصرُّف العامل ؛ لأنَّ الإِذْنَ باقٍ .

وإن قال: ولك ثلث الربح ، صح ، والباقي لرب المال . وإن قال: ولي ثلث الربح ، فهل يصح؟ على وجهين .

وإن اختلفا لمن الجزء المشروط فهو للعامل .

(وإن قال:) خذه مضاربة (ولك ثلث الربح) أو رבעه ، أو جزء معلوم (صح) لأن نصيب العامل معلوم (والباقي لرب المال) لأنه يستحق الربح بماله ؛ لكونه نماؤه وفرعه ، والعامل يأخذ بالشرط ، فما شرط له استحققه ، وما بقي فلرب المال بحكم الأصل .

(وإن قال: ولي ثلث الربح) ولم يذكر نصيب العامل (فهل يصح؟ على وجهين) أصحهما: يصح ، وقاله أبو ثور ؛ لأن الربح يستحقه ، فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ ، كما علم أن ثلث الميراث للأب من قوله تعالى : ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء: ١١] والثاني: لا يصح ؛ لأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم يوجد ، فتكون المضاربة فاسدة ، فإن قال: لي النصف ولك الثلث ، وسكت عن الباقي صح ، وكان لرب المال ، وإن قال: خذه مضاربة على الثلث أو بالثلث ، صح ، وكان تقديراً لنصيب العامل .

تنبيه : إذا قال: لك ثلث الربح وثلث ما يبقى من الربح ، صح ، وله خمسة أتساعه ، وإن قال: لك ربع الربح وربع ما يبقى ، فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن ، سواء عرفا الحساب أو جهلاه في الأصح .

(وإن اختلفا لمن الجزء المشروط) قليلاً كان أو كثيراً (فهو للعامل) لأنه يستحقه بالعمل ، وهو يقل ويكثر ، وإنما تُقدر حصته بالشرط ، بخلاف المالك فإنه يستحق الربح بماله ، ويحلف مدعيه ؛ لأنه يحتمل خلاف ما قاله ، فيجب لنفي الاحتمال ، فلو اختلفا في قدر الجزء بعد الربح فقال العامل: شرطت لي النصف ، وقال رب المال: الثلث ، قدم قوله ؛ لأنه منكر للزيادة ، وعنه: يُقبل قول العامل إذا ادعى تسمية المثل أو دونها ؛ لأن الظاهر معه ، ولو قيل بالتحالف

وكذلك حكم المساقاة والمزارعة ، وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله وما يلزمه فعله وفي الشروط ، وإذا فسدت فالربح لرب المال ، وللعامل الأجر . وعنه: له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح .

لم يبعد كالبيع ، فإن أقام كل منهما بيئة قُدمت بيئة العامل .

(وكذلك حكم المساقاة والمزارعة) قياساً عليها ؛ لأن العامل في كل منهما إنما يستحق بالعمل ، وشمل هذا التشبيه للأحكام السابقة .

(وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله ، وما يلزمه فعله ، وفي الشروط) لاشتراكهما في التصرف بالإذن ، فما جاز للشريك فعله جاز للمضارب ، وما مُنع منه مُنع منه ، وما اختلف فيه فهنا مثله ، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة ، ولا يُعتبر قبض رأس المال ، وتكفي مباشرته ، وقيل: يُعتبر نطقه .

(وإذا فسدت) المضاربة (فالربح لرب المال) قال القاضي: هذا هو المذهب ؛ لأنه نماء ماله ، وإنما يستحق العامل بالشروط ، فإذا فسدت فسد الشرط ، فلم يستحق شيئاً (وللعامل الأجرة) أي: أجرة مثله ؛ نص عليه ؛ لأن عمله إنما كان في مقابلة المسمى ، فإذا لم تصح التسمية وجب رد عمله عليه ، وذلك متعذر ، فوجب له أجرة المثل ، كما لو اشترى شراءً فاسداً فقبضه وتلف أحد العوضين في يد قابضه فيجب رد بدله ، وسواء ظهر في المال ربح أو لا .

(وعنه: له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح) لأنه إن كان الأقل الأجرة فهو لا يستحق غيرها ؛ لبطلان الشرط ، وإن كان الأقل المشروط فهو قد رضي به . واختار الشَّريف أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه ، واحتج بأن أحمد قال: إذا اشتركا في العروض قُسم الربح على ما شرطاه ، فأثبت فيها ذلك مع فسادها .

وزد بأن كلامه محمولٌ على صحة الشركة بالعروض ، والتصرف فيها صحيح

وإن شرطاً تأقيت المضاربة فهل تفسد؟ على روايتين .

وإن قال: بع هذا العرض وضارب بثمانه ، أو اقبض وديعتي وضارب بها ،
وإذا قَدِمَ الحاجُّ فضارب بهذا - صحَّ .

مستنداً إلى الإذن كالوكيل ، لا يقال: لو اشترى شراءً فاسداً ثمَّ تصرَّف فيه لم ينفذ مع أنَّ البائع قد أذن له في التَّصرُّف ؛ لأنَّ المشتري يتصرَّف من جهة الملك لا بالإذن .
(وإن شرطاً تأقيت المضاربة) بأن يقول: ضاربك على هذه الدراهم سنةً ، فإذا مضت فلا تبغ ولا تشتري (فهل تفسد؟ على روايتين) أصحُّهما: الصَّحَّة ، قال مهنا: سألتُ أحمد عن رجلٍ أعطى آخر ألفاً مضاربةً شهراً ، فإذا مضى يكون قرضاً؟ قال: فإن جاء الشهر وهو متاعٌ؟ قال: إذا باع المتاع يكون قرضاً ؛ لأنَّه قد يكون لربِّ المال فيه غرضٌ .

والثَّانية: لا تصحَّ ، وهي اختيار أبي حفص العكبريِّ ؛ لأنَّه عقدٌ يقع مطلقاً ، فإذا شرط قطعه لم يصحَّ كالنكاح ، ولأنَّه ليس من مقتضى العقد ولا مصلحته . ورُدَّ بأنَّه تصرَّف يتوقَّع بنوعٍ من المتاع ، فجاز توقيته بالزَّمان كالوكالة .

(وإن قال: بع هذا العرض وضارب بثمانه) صحَّ ؛ لأنَّه وكيلٌ في بيع العرض ، فإذا باعه صار الثَّمَن في يده أمانةً ، أشبه ما لو كان المال عنده وديعةً (أو اقبض وديعتي وضارب بها) لأنَّه وكيلٌ في قبض الوديعة ومأذونٌ له في التَّصرُّف مؤتمناً عليه ، فجاز جعله مضاربةً ، كما لو قال: اقبضه من غلامي وضارب به ، وكما لو كان في يد إنسانٍ وديعةً فقال له ربُّها: ضارب بها (وإذا قدم الحاجُّ فضارب بهذا صحَّ) لأنَّه إذنٌ في التَّصرُّف ، فجاز تعليقه على شرطٍ مستقبلٍ كالوكالة .

فرغ: إذا قال: ضارب بعين المال الذي غصبته مني ، صحَّ كالوديعة ، فإذا ضارب به سقط عنه الضَّمان . وقال القاضي: لا يزول ضمان الغصب إلاَّ بدفعه ثمناً ؛ لأنَّ القراض لا ينافي الضَّمان ، بدليل ما لو تعدَّى . ورُدَّ بأنَّه ممسكٌ بإذن مالكة ، ولا يختصُّ بنفعه ، أشبه ما لو قبضه ثمَّ اقبضه إِيَّاه .

وإن قال: ضارب بالدين الذي عليك ، لم يصح .
وإن أخرج مالا ليعمل هو فيه وآخر والربح بينهما صح ؛ ذكره الخرقى .
وقال القاضي: إذا شرط المضارب أن يعمل معه رب المال لم يصح ، وإن شرط
عمل غلامه فعلى وجهين .

(وإن قال: ضارب بالدين الذي عليك) أو تصدق به عني (لم يصح) نص عليه ، وهو قول أكثر العلماء ؛ لأن المال الذي في يد من عليه الدين له ، وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد . وقال بعض أصحابنا: يصح ؛ لأنه اشترى شيئاً للمضاربة ، فقد اشتراه بإذن مالكة ، ودفع الثمن إلى من أذن له في دفع الثمن إليه فتبرأ ذمته منه ، فلو قال: اعزل المال الذي عليك وضارب به ، صح ، سواء اشتراه بعين المال أو في الذمة ؛ لأنه اشترى لغيره بمال نفسه .

فرغ :إذا دفع إليه ألفاً مضاربة وقال له: أضف إليها مثلها وأنجز بهما والربح لك ثلثاه ولي ثلثه - صح ، وكان شركة ومضاربة ، وإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز ، خلافاً للقاضي (وإن أخرج مالا ليعمل هو فيه وآخر والربح بينهما صح ؛ ذكره الخرقى) نص عليه في رواية أبي الحارث ، ويكون مضاربة ؛ لأن غير صاحب المال يستحق المشروط بعمله من الربح في مال غيره ، وهذا حقيقة المضاربة (وقال القاضي) تبعاً لابن حامد ، واختاره أبو الخطاب .

(إذا شرط المضارب أن يعمل مع رب المال لم يصح) وهو قول أكثرهم ؛ لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب ، فإذا شرط عليه العمل لم يتسلمه ؛ لأن يده عليه ، وذلك يخالف مقتضاها ، وحمل القاضي كلام أحمد والخرقي على أن رب المال عمل فيه من غير شرط ، والأول أظهر ؛ لأن العمل أحد ركني المضاربة ، فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالمال ، وقولهم: إن المضاربة تقتضي ... إلى آخره ، ممنوع ، وإنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه ، وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل .

(وإن شرط عمل غلامه فعلى وجهين) أشهرهما: يصح ؛ لأن عمل الغلام في

فصل

وليس للعامل شراء مَنْ يعتق على ربِّ المال ، فإن فعل صحَّ وعتق وضمن ثمنه . وعنه: يضمن قيمته ، علم أو لم يعلم . وقال أبو بكر: إن لم يعلم لم يضمن . ويحتمل ألا يصحَّ البيع .

مال سيِّده يصحُّ ضمُّه إليه ، كما لو ضمَّ إليه بهيمته يحمل عليها . والثاني: لا ؛ لأنَّ يد العبد كيد سيِّده ، وعمله كعمله .

فصل

(وليس للعامل شراء مَنْ يعتق على ربِّ المال) أي: بغير إذنه ؛ لأنَّ فيه ضرراً ، ولا حظَّ للتجارة فيه ؛ إذ هي معقودة للربح حقيقةً أو مظنةً ، وهما منتفیان هنا . (فإن فعل صحَّ) الشراء في ظاهر كلام أحمد ؛ لأنَّه مالٌ متقومٌ قابلٌ للعقود ، فصَحَّ شراء العامل له ، كما لو اشترى من نذر ربِّ المال حرَّيته إذا ملكه (وعتق) أي: على ربِّ المال ؛ لأنَّه ملكه ، وذلك موجبٌ للعتق ، وتنفسخ فيه المضاربة (وضمن) العامل (ثمنه) لأنَّ التفريط منه (وعنه: يضمن قيمته) لأنَّ الملك ثبت فيه ثمَّ تلف ، أشبه ما لو أتلفه بفعله (علم) أنَّه يعتق بالشراء (أو لم يعلم) على المذهب ؛ لأنَّ الإتلاف الموجب للضمان لا فرق فيه بين العلم والجهل .

(وقال أبو بكر: إن لم يعلم لم يضمن) لأنَّه معذورٌ ؛ إذ التَّلف حاصل المعنى في المبيع ولم يعلم به فلم يضمنه ، كما لو اشترى معيَّناً لم يعلم عيبه فتلف به . وفي «الشرح»: ويتوجَّه ألا يضمن وإن علم .

(ويحتمل ألا يصحَّ البيع) لأنَّ الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه ، ومنَّ يعتق على ربِّ المال ليس كذلك ، وقيدته في «الشرح» إذا كان الثمن عيناً ؛ لأنَّ العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه ، وإن كان اشتراه بثمنٍ في الذِّمة وقع الشراء للعائد ، وليس له دفع الثمن من مال المضاربة ، فإن فعل ضمن في قول أكثر الفقهاء ، فأما إذا اشتراه بإذنه صحَّ ؛ لأنَّه يصحُّ شراؤه بنفسه ،

وإن اشترى امرأته صحَّ وانفسخ نكاحه . وإن اشترى مَنْ يعتق على نفسه ولم يظهر ربَّح لم يعتق ، وإن ظهر ربَّح فهل يعتق؟ على وجهين .

فكذا نائبه .

فإن كان على المأذون له دَيْنٌ يستغرق قيمته وما في يده وقلنا: يتعلَّق بربقته ، فعليه دفع قيمته إلى الغرماء ؛ لأنَّه أتلَّفه عليهم بالعق ، وإن نهاه عنه فهو باطلٌ ، وإن أطلق فوجهان ، كشرائه امرأة ربَّ المال (وإن اشترى) المضارب (امرأته) أو بعضها (صحَّ) لأنَّه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه ، أشبه ما لو اشترى أجنبيَّةً (وانفسخ نكاحه) لأنَّها دخلت في ملك زوجها ، فإن كان قبل الدُّخول فهل يلزم الزَّوج نصف الصَّدَاق؟ فيه وجهان ، فإن قلنا: يلزمه رجع به على العامل ؛ لأنَّه سبب تقريره عليه ، فيرجع عليه ، كما لو أفسدت امرأته نكاحها بالرضاع ؛ ذكره في «المغني» و«الشرح» .

فرغ: إذا اشترى زوج ربَّة المال صحَّ وانفسخ نكاحها ، ولا ضمان عليه فيما يفوت من المهر ويسقط من التَّفَقُّة ؛ لأنَّ ذلك لا يعود إلى المضاربة ، وإنَّما هو بسبب آخر ، ولا فرق بين شرائه في الذِّمَّة أو بعين المال .

(وإن اشترى) المضارب (مَنْ يعتق على نفسه ولم يظهر ربَّح لم يعتق) لأنَّه لا يملكه ، وإنَّما هو ملك ربَّ المال ، وقيل: بل لسابقته (وإن ظهر ربَّح فهل يعتق؟ على وجهين) هما مبنيان على أنَّ العامل متى يملك الربح ، فإن قلنا: يملكه بالقسمة لم يُعتق منه شيء ؛ لأنَّه لم يملكه ، وإن قلنا بالظُّهور فوجهان:

أحدهما ؛ واختاره أبو بكرٍ: لا يعتق ؛ لأنَّ ملكه غير تامٍّ ؛ لكون الربح وقايةً لرأس المال .

والثَّاني: يعتق منه بقدر حصَّته إن كان معسرًا ، ويقوِّم عليه باقيه إن كان موسرًا ، وهو قول القاضي ؛ لأنَّه ملكه بفعله ، فعتق عليه ، أشبه ما لو اشتراه بماله ، وإن اشتراه ولم يظهر ربَّح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باقي في التَّجارة فهو كما لو كان ظاهرًا .

وليس للمضارب أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضررٌ على الأول ، فإن فعل ردَّ نصيبه من الربح في شركة الأول .

مسألة: إذا تعدَّى المضارب بالشَّرط ، أو فعل ما ليس له فعله ، أو ترك ما يلزمه ضمن المال ، ولا أجرة له ، وربحه للملكه ، وقيل: له أجرة المثل ، وعنه: له الأقلُّ منها ، أو ما سُمي له من الربح ، وعنه: يتصدَّقان . قال ابن عقيل: هذا على سبيل الورع . وقيل: إن اشترى بعين المال بطل على المذهب ، والنَّماء للبائع . وعنه: إن أجاز له ربُّه صحَّ وملك النَّماء وإلا بطل .

(وليس للمضارب) أن يشتري بأكثر من رأس المال ؛ لعدم تناول الإذن له ، فإن فعل صحَّ وكان له ، وهل يقف على إجازة ربِّ المال؟ فيه روايتان (أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضررٌ على الأول) ولم يأذن فيه ، ككون المال الثاني كثيرًا ، فيستوعب زمانه فيشغله عن تجارة الأول ، وقال أكثر الفقهاء بجوازه ؛ لأنَّه عقد لا يملك به منافعها كلها ، فلم يُمنع من المضاربة ، كما لو لم يكن فيه ضررٌ ، وكالأجير المشترك .

ورُدَّ بأنَّها تنعقد على الحظِّ والنَّماء ، فإذا فعل ما يمنعه لم يجوز له ، كما لو أراد التَّصرُّفُ بالفين ، وظاهره أنَّه إذا لم يكن فيها ضررٌ على الأول أنَّه لا يمنع بغير خلافٍ نعلمه ، وكما لو أذن فيها .

(فإن فعل ردَّ نصيبه من الربح في شركة الأول) نصَّ عليه ؛ لأنَّه استحقَّ ذلك بالمنفعة التي استحقَّت بالعقد الأول ، فينظر في المضاربة الثانية ، فيدفع إلى ربِّ مالها منه نصيبه ؛ لأنَّ العدوان من المضارب لا يسقط حقَّ ربِّ المال الثاني ، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمُّه إلى ربح المضاربة الأولى فيقتسمانه . قال في «المغني» و«الشرح»: النَّظَرُ يقتضي أنَّ ربَّ المضاربة الأولى لا يستحقُّ من ربح الثانية شيئًا ؛ لأنَّه إنما يستحقُّ بماله أو عملٍ ، وهما منتفیان ، وتعدِّي المضارب بترك العمل واشتغاله عن المال الأول لا يوجب عوضًا ، كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه ، أو آجر نفسه .

وليس لربِّ المال أن يشتري من مال المضاربة شيئاً لنفسه . وعنه: يصحُّ ، وكذلك شراء السيّد من عبده المأذون له . وإن اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صحَّ ، وإن اشترى الجميع بطل في نصيبه ، وفي نصيب شريكه وجهان ، ويتخرّج أن يصحَّ في الجميع . وليس للمضارب نفقة

(وليس لربِّ المال أن يشتري من مال المضاربة شيئاً لنفسه) هذا هو الرَّاجح ؛ لأنَّه ملكه ، فلم يصحَّ شراؤه له كشرائه من وكيله (وعنه: يصحُّ) صحَّحها الأزجني ؛ لأنَّه قد تعلّق به حقُّ المضارب ، فجاز شراؤه منه كمكاتبه ، والفرق ظاهرٌ ، فإنَّ السيّد لا يملك ما في يد المكاتب ، ولا تجب زكاته عليه . وعلى الثانية ، يأخذ بالشّفعة ، وظاهره أنَّ له الشراء من غير المضاربة في المنصوص . قال أحمد: إن لم يبعه مرابحةً فهو أعجب إلَيَّ ، فإنَّ المضارب له أن يشتري من مال المضاربة إذا لم يظهر ربحٌ ؛ نصَّ عليه ، وهو قول الجمهور ؛ لأنَّه ملك غيره ، فصحَّ كشراء الوكيل من موكله ، وإن ظهر ربحٌ فلا .

(وكذلك شراء السيّد من عبده المأذون له) وقيل: يصحُّ إذا استغرقت الدُّيون ؛ لأنَّ الغرماء يأخذون ما في يده ؛ لأنَّه صار مستحقّاً لهم ؛ لتعلّق الدّين برقبته ، والأصحُّ المنع ؛ لأنَّ ملك السيّد لم يزلْ عنه ، واستحقاق انتزاع ما في يده لا يوجب زوال الملك كالمفلس .

(وإن اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صحَّ) لأنَّه ملكٌ لغيره ، فصحَّ شراؤه كالأجنبيّ ، إلّا أنَّ مَنْ علم مبلغ شيءٍ لم يبعه ضربةً وإلّا جاز بكيه أو وزنه ، ونقل حنبلُ المنع في غير مكيلٍ أو موزونٍ ، وعلَّله في النهاية بعدم التّعين . فيهما .

(وإن اشترى الجميع بطل في نصيبه) لأنَّه ملكه (وفي نصيب شريكه وجهان) مبنيان على تفریق الصّفقة ، والمذهب صحَّته (ويتخرّج أن يصحَّ في الجميع) بناءً على صحّة شراء ربِّ المال من مال المضاربة .

(وليس للمضارب نفقة) لأنَّه دخل على أنّه يستحقُّ من الرّبح شيئاً ، فلم

إلا بشرط ، فإن شرطها له وأطلق فله جميع نفقته من المأكول والملبوس المعروف ، وإن اختلفا رُجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة ، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله ، وإن أذن له في التَّسْرِي فاشتري جارية ملكها ، وصار ثمنها قرضاً ؛ نصَّ عليه .

يستحقُّ غيره ؛ إذ لو استحقَّها لأفضى إلى اختصاصه به ، حيث لم يربح سوى النَّفَقَة (إلا بشرط) نصَّ عليه كوكيل ، وقال الشَّيْخ تقي الدِّين: أو عادة ، ولأنَّ في تقديرها قطعاً للمنازعة (فإن شرطها له) قال أحمد في رواية الأثرم: أحبُّ إليَّ أن يشترط نفقة محدودة ، وله ما قُدِّر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره (وأطلق) صحَّ ؛ نصَّ عليه (فله جميع نفقته من المأكول والملبوس بالمعروف) لأنَّه كذلك تجب لمن تجب عليه نفقته ، ونصَّ أحمد أنَّه يستحقُّ المأكول فقط ، إلا أن يطول سفره ويحتاج إلى تجديد كسوة فإنَّه يجوز ؛ قاله في «المغني» و«الشَّرح» ، ونقل حنبلي: ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعلِّق بالنَّفَقَة ولا مضرِّ بالمال ، ولم يذهب إلى تقديرها ؛ لأنَّ الأسعار تختلف .

(وإن اختلفا رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة ، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله) وقاله أبو الخطاب ؛ لأنَّه العادة ، فينصرف الإطلاق إليه ، كما انصرف إليه في الإطعام في الكفارة ، والأولى أن يرجع فيهما إلى قوت مثله ، وملبوس مثله كالزَّوجة ؛ جزم به في «المحرَّر» .

مسألة: لو كان معه مضاربة ثانية أو مالٌ لنفسه فالنَّفَقَة على قدر المالين ، إلا أن يشترط أحدهما النَّفَقَة من ماله مع علمه بذلك ، فلو لقيه ببلد أذن في سفره إليه وقد نصَّ المال فله نفقة رجوعه في وجهه ، وجزم في «الشَّرح» بخلافه ؛ لأنَّه إنَّما يستحقُّه ما دام في القراض وقد زال فزالت .

(وإن أذن له في التَّسْرِي فاشتري) من مال المضاربة (جارية ملكها) لأنَّ ربَّ المال قد أذن له في التَّسْرِي ، والإذن فيه يستدعي الإذن في الوطاء ؛ لأنَّ البُضْع لا يباح إلا بمالكٍ أو نكاح (وصار ثمنًا قرضًا) في ذمَّته (نصَّ عليه) لأنَّ ربَّ المال لم يوجد منه ما يدلُّ على تبرُّعه به ، فوجب كونه قرضًا ؛ لأنَّه المتيقَّن . ونقل يعقوب

وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال . وإن اشترى سلعتين فربح في إحداهما ، وخسر في الأخرى أو تلفت جُبرت الوضعية من الربح .

اعتبار تسمية ثمنها ، وعنه: له التَّسْرِي يَذْنُه ، أي: يكون ملكاً له مجَّاناً ، واختار أبو بكر الأول ، وهو عند القاضي رواية واحدة .

تنبيه : إذا وطئ جارية من المال غُزِرَ ؛ نصَّ عليه ، وقيل: يُحَدُّ قبل الربح ؛ ذكره ابن رزين ، وذكر غيره: إن ظهر ربح غُزِرَ ، ويلزمه المهر وقيمتها إن أولدها ، وإلا حُدَّ عالمٌ ، ونصُّه: يُعْزَرُ ، ويسقط من المهر والقيمة قدر حقِّ العامل ، وليس لربِّ المال وطء الأمة ولو غُدم الربح ؛ لأنَّه ينقصها إن كانت بكراً ، أو يعرضها للخروج من المضاربة والتلف ، فإن فعل فلا حدَّ عليه ، فإن أحبلها صارت أمَّ وليد له ، وهو حرٌّ ؛ لأنها ملكه وتخرج من المضاربة ، وتُحسب قيمتها ، ويضاف إليه بقية المال ، فإن كان فيه ربح فللعامل حصَّته منه .

(وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال) بغير خلافٍ نعلمه ، يعني أنَّه لا يستحقُّ أخذ شيءٍ من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربِّه ، فمتى كان فيه ربح وخسرانٌ جُبرت الوضعية من الربح ؛ لأنَّه هو الفاضل عن رأس المال ، وما لم يفضل فليس بربح ، فلو كان مائة فخسر عشرةً ثمَّ أخذ ربُّه عشرةً نقص بها وقسَّطها ممَّا خسر درهمٌ وتسعٌ ، ويبقى رأس المال ثمانيةً وثمانين وثمانيةً أوسع درهم ، ولو ربح فيها عشرين فأخذها ربُّ المال فقد أخذ سدسه ، فنقص رأس المال سدسه ، وهو ستة عشر وثلثان ، وحظُّها من الربح ثلاثٌ وثلث .

فرغ : يُحسب من الربح المهر والثمرة والأجرة وأرش العيب ، وكذا نتاج الحيوان ، وفي «الفروع»: ويتوجَّه وجه .

(وإن اشترى سلعتين فربح في إحداهما وخسر في الأخرى أو تلفت) إحداهما (جُبرت الوضعية من الربح) أي: وجب جبر الخسران من الربح ، ولا يستحقُّ المضارب شيئاً إلا بعد كمال رأس المال ؛ لأنها مضاربة واحدة ، ويلحق بذلك ما إذا تعيَّب أو نزل سعره بعد التَّصْرُف ، ونقل حبلٌ ، وقبله: جُبرت

وإن تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة . وإن تلف المال ثم اشترى سلعةً للمضاربة فهي له وثمرتها عليه ، إلا أن يجيزه ربُّ المال . وإن تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها ، والثلثم على ربِّ المال .

الوضعية من ربح باقيه قبل قسمته ناضاً أو تنضيضه مع محاسبته ؛ نصُّ عليهما . ونقل ابن منصورٍ وحربٌ: إذا احتسبا وعلمتا مالهما ، واحتجَّ به في «الانتصار» ، وأنه يحتمل أنه يستحقُّ ربح ربحه (وإن تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة) وكان رأس المال الباقي خاصّةً ؛ لأنه مالٌ هلك على جهته قبل التصرف ، أشبه الثَّالف قبل القبض ، وفارق ما بعد التصرف ؛ لأنه دارٌ في التجارة ، وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدّية إلى الرّبح .

فرغ : لو دفع إليه ألفين في وقتين لم يخلطهما ؛ نصُّ عليه ، ويتوجّه جوازه وإن أذن قبل تصرفه في الأوّل أو بعده وقد نصُّ المال جاز ؛ لزوال المعنى المقتضي للمنع . (وإن تلف المال ثم اشترى سلعةً للمضاربة فهي له ، وثمرتها عليه) لأنه اشتراها في ذمّته ، وليست من المضاربة ؛ لانفساخها بالثّلف ، واختصّت به ، ولو كانت للمضاربة لكان مستديناً على غيره ، والاستدانة على الغير بغير إذنه لا تجوز ، وسواء علم بتلف المال قبل نقد الثّمن أو جهله (إلا أن يجيزه ربُّ المال) فيجوز في رواية ، وهو مبنيٌّ على تصرف الفضوليّ ، والمذهب أنه للعامل بكلِّ حال ؛ لأنّ هذا زيادةٌ في مال المضاربة فلم تجز .

(وإن تلف بعد الشراء) قبل نقد ثمنها (فالمضاربة بحالها) لأنّ الموجب لفسخها هو الثّلف ولم يوجد حين الشراء ولا قبله (والثّمن على ربِّ المال) لأنّ الشراء صادف المضاربة باقيةً بحالها ، وذلك يوجب كون المشتري له والثّمن عليه ، وحينئذٍ فلربِّ السلعة مطالبة كلّ منهما بالثّمن ويرجع به على العامل ، ويصير رأس المال الثّمن دون الثّالف ؛ لأنه تلف قبل التصرف فيه ، فهو كما لو تلف قبل قبضه .

وإذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال ، وهل يملك العامل حصته من الربح قبل القسمة؟ على روايتين .
وإن طلب العامل البيع فأبى رب المال أجبر إن كان فيه ربح وإلا فلا .

مسألة: مَنْ أتلّفه ضمن الربح للآخر ، ثم إن كان تلّفه بعد التّصريف بالمضاربة بحالها ، وإلا فهي في قدر ثمنها .

(وإذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء منه) لأمر: أحدها: أنّ الربح وقاية لرأس المال ، فلا يأمن الخسران الذي ينجر بالربح . الثاني: أنّ ربّ المال شريكه ، فلم يكن له مقاسمة نفسه . الثالث: أنّ ملكه غير مستقرّ عليه ؛ لأنّه بعرضيّة أن يخرج عن يده لجبران خسارة المال (إلا بإذن ربّ المال) لأنّ الحق لا يخرج عنهما ، وظهر منه أنّه يحرم قسمة الربح ، والعقد باقٍ إلا باتفاقهما .

(وهل يملك العامل حصته من الربح قبل القسمة؟ على روايتين) إحداهما ، وهي المذهب والمجزوم بها عند الأكثر: أنّه يملك حصته منه بظهوره ؛ لأنّ الشرط صحيح ، فيثبت مقتضاه ، وهو أن يكون له جزء من الربح ، وكما يملك السّاقى حصته من الثمرة بظهوره في الأصح . والثّانية: لا يملكه إلا بالقسمة ؛ اختارها القاضي وغيره ؛ لأنّه لو ملكه به لاخصّ بربحه ، ولوجب أن يكون شريكاً لربّ المال كشريكي العنان ، ولأنّه لو اشترى عبيدين بالمال كلّ واحدٍ يساويه فأعتقهما ربّ المال عُتقا ولم يضمن للعامل شيئاً ؛ ذكره الأزجّي ، مع أنّه ذكر: لو اشترى قريه فعتق لزمه حصته من الربح كما لو أتلّفه . والثّالثة: يملكه بالحاسبة والتّضيض والفسخ . فعلى الأولى ، لا يستقرّ كشرطه ورضاه بضمّانه ، وفي عتق مَنْ يعتق عليه ، وقيل: ولو لم يظهر ربح - وجهان .

فرغ : إتلاف المالك كالقسمة ، فيغرم نصيب الآخر ، وكذا الأجنبي .

(وإن طلب العامل البيع فأبى ربّ المال أجبر) أي: على البيع (إن كان فيه ربح) نصّ عليه ؛ لأنّ حقّ العامل في الربح لا يظهر إلا بالبيع ، فأجبر الممتنع من أدائه كسائر الحقوق (وإلا فلا) أي: إذا لم يظهر ربح لم يُجبر الممتنع على

وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً أو طلب البيع فله ذلك .

البيع ؛ لأنه لا حق للعامل فيه ، وقد رضىه مالكة كذلك ، فلم يُجبر على بيعه ، وقيل : يُجبر مطلقاً ؛ لأنه ربما زاد فيه راغب فزاد على ثمن المثل ، فيكون للعامل فيه حظ . وزد بأنها حصلت بعد الفسخ فلم يستحقها العامل . فعلى تقدير الخسارة يتجبه منه من ذلك ؛ ذكره الأزجي .

فرغ : للعامل شراء البعض من المالك إن لم يظهر ربح ، وقيل : مطلقاً ، وكذا من نفسه ، ويحتمل ألا يصحح مطلقاً .

(وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً) أي : فله تقويمه ودفع حصته ؛ لأنه أسقط البيع عن المضارب وأخذ العروض بشمنها الذي يحصل من غيره وحينئذ يملكها ؛ نص عليه . إن لم يكن حيلة ، فإن ارتفع السعر لم يطالبه بقسطه في الأصح . قال ابن عقيل : لو قصد رب المال الحيلة ليختص بالربح بأن كان العامل اشترى خزاً في الصيف ليربح في الشتاء أو يرجو دخول موسم أو قفل أن حقه يبقى في الربح . قال الأزجي : أصل المذهب أن الحيل لا أثر لها .

(أو طلب) رب المال (البيع فله ذلك) أي : يُجبر العامل على بيعه وقبض ثمنه حيث لم يرض المالك ؛ هذا هو الأصح ؛ لأن عليه رد المال ناضاً كما أخذه . والثاني : لا يُجبر إذا لم يكن في المال ربح ، أو أسقط حقه منه ؛ لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال ، أشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق الرد فأخره حتى زالت الوكالة ، وإذا لم يلزمه ففي استقراره بالفسخ وجهان ، وذكر المؤلف وغيره : يلزمه بقدر رأس المال .

فرغ : إذا كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو بالعكس فكعرض ؛ ذكره الأصحاب . وقال الأزجي : إن قلنا : هما شيء واحد وهو قيمة الأشياء لم يلزمه ، ولا فرق ؛ لقيام كل واحد مقام الآخر ، وإذا نص رأس المال لم يلزم العامل أن ينص له الباقي ؛ لأنه شركة بينهما ، ولو كان صحاحاً فنض قراضه أو

وإن كان دينًا لزم العامل تقاضيه . وإن قارض في المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجرة المثل ، ويقدم به على سائر الغرماء . وإن مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دينٌ في تركته ، وكذلك الوديعة .

مكسرةً لزم العامل ردُّها إلى الصَّحاح ، فيبيعها بصحاحٍ أو بعرضٍ ثمَّ يشتريها به . (وإن كان دينًا لزم العامل تقاضيه) مطلقًا ، أي: إن ظهر ربحٌ أو لا ؛ لأنَّ المضاربة تقتضي ردَّ المال على صفته ، والدَّيُون لا تجري مجرى النَّاسِ ، فلزمه ذلك كما لو ظهر ربحٌ ، وقيل: يلزمه في قدره ، ولا يلزم وكيلاً ، وذكر أبو الفرج: يلزمه ردُّه على حاله إن فسخ بلا إذنه . قال: وكذا شريكًا (وإن قارض في المرض) صحَّ ؛ لأنَّه عقدٌ ينبغي فيه الفضل ، أشبه المعاوضة (فالربح من رأس المال) ولا يُحتسب به من ثلثه (وإن زاد على أجر المثل) لأنَّ ذلك غير مستحقٍّ من مال ربِّ المال ؛ وإنَّما حصل بعمل المضارب فيما يوجد منه يحدث على ملك العامل ، ولا يزاحم به أصحاب الوصايا ؛ لأنَّه لو أقرض المال كان الربح كله للمقترض ، فبعضه أولى ، بخلاف ما لو حابى الأجير في الأجر فإنَّه يُحتسب بالحياة من ثلثه ؛ لأنَّ الأجر يؤخذ من ماله .

(ويقدم به على سائر الغرماء) أي: إذا مات ربُّ المال ؛ لأنَّه يملك الربح بالظهور ، فكان شريكًا فيه ، ولأنَّ حقَّه متعلِّقٌ بعين المال لا الدُّمَّة ، فكان مقدَّمًا على ما يتعلَّقُ بالدُّمَّة كالجنانية ، أو يقال: حقَّه متعلِّقٌ بالمال قبل الموت ، فكان أسبق ، فقدم كالرَّهن .

فرغ : إذا شرط في المزارعة والمساقاة أكثر من أجر المثل فقيل: مثلها ؛ لأنَّ الثَّمرة تخرج عن ملكهما كالربح ، وقيل: من ثلثه كالأجير .

(وإن مات المضارب) نصَّ عليه ، وعنه: غير فجأة (ولم يعرف مال المضاربة) أي: جُهل (فهو دينٌ في تركته) أي: صاحبه أسوة الغرماء عملاً بالأصل ، ولأنَّه لما أخفاه ولم يعيَّنه فكأنَّه غاصبٌ ، فيتعلَّقُ بدُمَّتِه ، وكما لو جُنَّ جنونًا مطبقًا مأبوسًا من برئه ؛ ذكره في «الرَّعاية» الكبرى (وكذلك الوديعة) لاستوائهما في المعنى ، والأصحُّ أنَّها في تركته ، وفيها في التَّربُّع: إلَّا أن يموت فجأةً . وزاد في التَّلخيص: أو يوصي

فصل

والعامل أمين ، والقول قوله فيما يدّعيه من هلاك وخسران .

إلى عدلٍ ويذكر جنسها ، كقوله: قميص ، فلم يوجد وإن مات وصيّ وجُهل بقاء مال مواليه ، قال في «الفروع»: فيتوجّه كذلك . قال شيخنا: هو في تركته .

مسألة : إذا مات ربُّ المال مُنع المضارب من البيع والشراء إلا بإذن الوارث ؛ نصَّ عليه ، وظاهره بقاء العامل على قراضه ؛ لأنَّه إتمامٌ له لا ابتداء قراض ، وحكى القاضي وجهًا ، وفي «المغني»: هو أقيس: بطلانه ؛ لأنَّ القراض قد بطل بالموت . وهذا ابتداء قراضٍ على عروض . نعم ، لو كان ناضًا كان ابتداء قراضٍ ، والربح مشترك بينهما .

وقال القاضي: للعامل البيع حتَّى ينضُّ المال ويظهر الربح ، إلا أن يختار ربُّ المال تقويمه ودفع الخصومة فله ذلك ، وعليه يُحمل كلام أحمد .

وإن أراد المضاربة والمال عرضٌ فمضاربةٌ مبتدئة ، وإن مات العامل أو جُنَّ ، فإن كان المال ناضًا جاز ، وكذا إن كان عرضًا ، في قول .

ولو أراد المالك تقرير وارثه فمضاربةٌ مبتدئة ، ولا يبيع عرضًا بلا إذنه فيبيعه حاكمٌ ويقسم الربح .

فصل

(والعامل أمين) لأنَّه متصرفٌ في مال غيره بإذنه لا لحض منفعته ، فكان أمينًا كالوكيل ، بخلاف المستعير ، فإنَّه قبضه لمنفعةٍ خاصَّةٍ (والقول قوله فيما يدّعيه من هلاك وخسران) لأنَّ تأمينه يقتضي ذلك ؛ ولأنَّه مدَّعى عليه وهو ينكره ، والقول قول المنكر مع يمينه ، وكما يُقبل قوله في قدر رأس المال إجماعًا ؛ ذكره ابن المنذر ، وذكر الحلواني فيه رواياتٍ كعوض كتابية ، والثالثة يتحالفان ، وجزم أبو محمَّد الجوزي بقول ربِّ المال .

وما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للقراض ، وما يُدعى عليه من خيانة ، والقول قول رب المال في ردّه إليه والجزء المشروط للعامل ، وفي الإذن في البيع نساءً أو الشراء بكذا .

(وما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للقراض) لأن الاختلاف هنا في نيّته وهو أعلم بها ، فقبِلَ قوله فيما نواه ، كنيّة الزّوج في كناية الطّلاق ، فلو اشترى شيئاً فقال المالك: كنتُ نهيتُك عن شرائه ، فأنكره العامل قُبِلَ قوله ؛ لأن الأصل عدم النّهي ، وكما يُقبَل قوله في أنّه ربح أم لا .

(وما يُدعى عليه من خيانة) أو تفريط ؛ لما ذكرنا (والقول قول رب المال) مع يمينه (في ردّه إليه) نصّ عليه ؛ لأنّه قبض المال لمنفعة نفسه ، فلم يُقبَل قوله في الرّدّ كالمستعير ، ولأنّ ربّ المال منكّرٌ ، فقدمّ قوله ، وقيل: يُقبَل قول العامل ؛ لأنّه أمينٌ ، ومعظم النّفع لربّ المال ، فالعامل كالمودّع ، وهو مبنيٌّ على دعوى الوكيل الرّدّ إذا كان بجُعَلٍ ؛ قاله في «الشرح» .

(والجزء المشروط للعامل) أي: إذا اختلفا في قدر المشروط بعد الرّبح قدّم قول المالك ؛ نصّ عليه في رواية ابن منصور وسنديّ ، وهو قول أكثرهم ؛ لأنّه منكّرٌ للزيادة التي ادّعاها العامل ، والقول قول المنكر ، وكقبوله في صفة خروجه عن يده .

(وفي الإذن في البيع نساءً ، أو الشراء بكذا) أي: إذا أنكر ربّ المال بأن قال: إنّما أذنت في البيع حالاً وفي الشراء بثلاثة قدّم قوله ، وحكاه في «الشرح» قولاً ؛ لأن الأصل عدم الإذن ، والقول قوله في أصل الإذن ، فكذا في صفته ، والمنصوص أنّه يُقبَل قول العامل ؛ لأنّهما اتّفقا على الإذن واختلفا في صفته ، كما لو قال: نهيتُك عن شراء عبدٍ ، فأنكر ، وهذا هو المذهب في البيع نساءً ، وما جزم به المؤلّف لا نعرف به رواية ولا وجهاً ، غير أنّ صاحب المستوعب حكى بعد هذا أنّ ابن أبي موسى قال: ويتّجه أن يكون القول قول ربّ المال ، فظنّ بعضهم أنّه وجهٌ ، والفرق بينهما ظاهرٌ ؛ لأنّه لم يوجد في الإذن في المقدار قرينة تدلّ على صدق العامل ، والأصل ينفي قوله ، فوجب العمل به ؛ لوجود مقتضاه ، بخلاف الإذن في البيع

وحكي عنه أَنَّ القول قول العامل إن ادَّعى أجره المثل .
 وإن قال العامل: ربحْتُ ألفاً ثمَّ خسرتها أو هلكْتُ ، قُبِلَ قوله . وإن قال:
 غلطْتُ ، لم يُقْبَل قوله .

نساءً فَإِنَّ فِيهِ قَرِينَةً تَدُلُّ عَلَى صَدَقِ الْعَامِلِ ، فَعَارَضْتُ الْأَصْلَ ؛ إِذْ عَقَدَ الْمُضَارَبَةُ
 يَقْتَضِي الرِّبْحَ ، وَالنِّسَاءَ مِثْلَهُ .

(وحكي عنه أَنَّ القول قول العامل إن ادَّعى أجره المثل) زاد في «المغني»
 و«الشَّرح» تبعاً لابن عقيل: أو ما يتغابن النَّاسُ به ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ صَدَقَهُ ، فَلَوْ
 ادَّعى أَكْثَرَ قُبِلَ قول رَبِّ الْمَالِ ، كَالزَّوْجَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الصَّدَاقِ .

(وإن قال العامل: ربحْتُ ألفاً ثمَّ خسرتها أو هلكْتُ ، قُبِلَ قوله) لَأَنَّهُ أَمِينٌ
 يُقْبَلُ قوله كَالوَكِيلِ الْمُتَبَرِّعِ (وإن قال: غلطْتُ) أو كَذَبْتُ أو نَسِيتُ (لم يُقْبَلْ قوله)
 لَأَنَّهُ مُقَرَّرٌ ، فَلَا يُقْبَلُ قوله فِي الرُّجُوعِ عَنْ إِقْرَارِهِ ، كَدَعَوَاهُ اقْتِرَاضاً تَمُّ بِهِ رَأْسَ الْمَالِ
 بَعْدَ إِقْرَارِهِ بِهِ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَعَنْهُ: يُقْبَلُ ؛ لِأَمَانَتِهِ ، وَنَقَلَ أَبُو دَاوُدَ وَمُهَنَّأٌ: إِذَا أَقَرَّ بِرِبْحٍ
 ثُمَّ قَالَ: إِنَّمَا كُنْتُ أُعْطِيكَ مِنْ رَأْسِ مَالِكَ يُصَدَّقُ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ: وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ ،
 وَيُخْرِجُ أَلَّا يُقْبَلُ إِلَّا بَيِّنَةٌ ؛ لِأَنَّهُ مَدَّعٍ لِلْغُلْطِ ، فَإِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ قُبِلَ كَسَائِرُ
 الدَّعَاوَى .

تَنْبِيْهُ : إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ مَبْلَغًا يَتَجَرَّ فِيهِ فَرِيحٌ ، فَقَالَ الْعَامِلُ: هُوَ قَرْضٌ رِبْحُهُ لِي ،
 وَقَالَ الْمَالِكُ: هُوَ قَرَضٌ رِبْحُهُ بَيْنَنَا ، قُبِلَ قول الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ مَلِكُهُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قوله
 فِي صِفَةِ خُرُوجِهِ عَنْ يَدِهِ ، فَإِذَا حَلَفَ قُسِّمَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ: يَتَحَالَفَانِ ، وَلِلْعَامِلِ
 أَكْثَرُ الْأُمُورِ مِمَّا شَرَطَ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ أَوْ أَجْرِهِ مِثْلُهُ ، فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً فَنَصَّ أَحْمَدُ
 أَنَّهُمَا يَتَعَارِضَانِ وَيُقَسَّمُ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا ، وَهُوَ مَعْنَى كَلَامِ الْأَزْجِيِّ ، وَقَدَّمَ فِي «الْفُرُوعِ»
 تَقَدُّمَ بَيِّنَةِ الْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ ، وَقِيلَ عَكْسُهُ .

فصل

الثالث: شركة الوجوه ، وهي أن يشتركا على أن يشتريا بجاههما ديناً ، فما ربحا فهو بينهما ، وكل واحد منهما وكيل صاحبه ، كفيل عنه بالثمن ، والمالك بينهما على ما شرطاه ، والوضيعة على قدر ملكيهما فيه ، والربح بينهما على ما شرطاه .

فصل

(الثالث: شركة الوجوه) سُميت به لأنهما يعاملان فيها بوجههما ، والجاه والوجه واحدٌ ، يقال: فلانٌ وجيهٌ: إذا كان ذا جاهٍ . وهي جائزة ؛ إذ معناها وكالة كل واحدٍ منهما صاحبه في الشراء والبيع والكفالة بالثمن ، وكل ذلك صحيحٌ ؛ لاشتغالها على مصلحةٍ من غير مضرةٍ .

(وهي أن يشتركا على أن يشتريا بجاههما ديناً) أي: في ذمهما من غير أن يكون لهما مالٌ (فما ربحا فهو بينهما) على ما شرطاه ، وسواء عيّن أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره أو وقت أو لم يعيّن شيئاً من ذلك ، فلو قال كلٌ منهما للآخر: ما اشتريت من شيءٍ فبيننا ، صحَّ .

(وكل واحدٍ منهما وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن) لأنّ مبناهما على الوكالة والكفالة ؛ لأنّ كل واحدٍ منهما وكيل للآخر فيما يشتريه ويبيعه ، كفيل عنه بالثمن . (والمالك بينهما على ما شرطاه) لقوله عليه السّلام - : «المؤمنون على شروطهم» . ولأنّ العقد مبناه على الوكالة ، فتقيّد بما أذن فيه .

(والوضيعة على قدر ملكيهما فيه) كشركة العنان ؛ لأنّها في معناها (والربح على ما شرطاه) لأنّ العمل بينهما قد يتساويان فيه ، فكان الربح بحسب الشّرط كالعنان ، فإذا كان لأحدهما ثلث الربح كان له ثلث المشتري ، وإن كان له نصفه كان له نصف المشتري ؛ لأنّ الأصل في الربح المال ، فكل جزء من الربح

ويحتمل أن يكون على قدر ملكيهما ، وهما في التَّصَرُّفات كشريكي العنان . الرَّابِع: شركة الأبدان ، وهي أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما ، فهي شركة صحيحة .

يأزاء جزء من المال ، فإذا عُْلِمَ نصيب أحدهما من الرِّبح عُْلِمَ قدر ما يملكه من المال ؛ لأنَّه تابع له .

(ويحتمل أن يكون على قدر ملكيهما) قاله القاضي ، وجزم به في «الفصول» ؛ لأنَّ الرِّبح يُستحقُّ بالضَّمان ؛ إذ الشَّرْكة وقعت عليه خاصَّة ؛ إذ لا مال لهما ، فيشتركان فيه على العمل ، والضَّمان لا تفاضل فيه ، فلا يجوز التَّفاضل في الرِّبح ، والأوَّل المذهب ؛ لأنَّهما شريكان في المال والعمل ، فجاز تفاضلهما في الرِّبح مع تساويهما في المال كشريكي العنان .

(وهما في التَّصَرُّفات كشريكي العنان) يعني فيما يجب لهما وعليهما ، وفي إقرارهما وخصومتهم ، وغير ذلك ، على ما مرَّ ، وهل ما يشتريه أحدهما بينهما أم تُعتبر النِّية كوكالة؟ فيه وجهان ، قال في «الفروع»: ويتوجَّه في عنانٍ مثله ، وقطع جماعة النِّية .

فرغ : إذا قضى بمال المضاربة دينه ، ثمَّ اتَّجر بوجهه ، وأعطى ربَّ المال نصف الرِّبح ، فنقل صالح: أمَّا الرِّبح فأرجو إذا كان متفضلاً عليه .

فصل

(الرَّابِع: شركة الأبدان) وبدأ بها في «المحرَّر» (وهي أن يشتركا) أي: اثنان فأكثر (فيما يكتسبان بأبدانهما) أي: يشتركون فيما يكتسبون بأيديهم وصنائعهم ، فما رزق الله فهو بينهم ، وفي «الفروع»: وهي أن يشتركا فيما يتقبَّلان في ذمهما من عمل .

(فهي شركة صحيحة) ؛ نصَّ عليه لما روى أبو داود بإسناده عن عبد الله قال: اشتركت أنا وسعدٌ وعمَّارٌ يوم بدرٍ ، فلم أجدني أنا وعمَّارٌ بشيءٍ ، وجاء سعدٌ

وما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما يطالبان به ، ويلزمهما عمله ، فهل تصحُّ مع اختلاف الصَّنائع؟ على وجهين . وتصحُّ في الاحتشاش والاصطياد والتلصص على دار الحرب وسائر المباحات .

بأسيرين . ومثله لا يخفى عن النبي ﷺ وقد أقرهم . وقال أحمد: أشرك بينهم النبي ﷺ . فإن قلت: المغام مشتركة بين الغانمين ، فكيف يصحُّ اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية: غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك بينهم ، بدليل أنه يقال: من أخذ شيئاً فهو له ، فكان من قبيل المباحات . ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الأسلاب والثقل ، وبأن الله إنما جعل الغنيمة لبيته ، واختلفوا في الغنائم ، فأنزل الله تعالى :- ﴿يسألونك عن الأنفال﴾ [الأنفال: ١] الآية . والشركة كانت قبل ذلك ، والربح على ما شرطاه ؛ نص عليه .

(وما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما يطالبان به ، ويلزمهما عمله) لأن شركة الأبدان لا تنعقد إلا على ذلك ، وذكر المؤلف عن القاضي احتمالاً: لا يلزم أحدهما ما يلزم الآخر كالوكيلين .

(فهل تصحُّ مع اختلاف الصَّنائع؟) كقصارٍ مع خياطٍ (على وجهين) الأصحُّ: الصَّحَّة ؛ لأنهما اشتركا في تكسبٍ مباح فصحَّ ، كما لو اتفقت الصَّنائع . والثاني: لا يصحُّ ؛ اختاره أبو الخطاب ؛ لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحدٍ من العمل يلزمهما ويطالبان به ، ولا يتأتى ذلك مع اختلاف صنائعهما ؛ لأنه لا قدرة له عليه . وزد بأن تحصيل ذلك يمكنه بالأجرة ، أو بمن يتبرع له بعمله .

تنبيه : لا يشترط محل عملهما ، ولا تساويهما فيه ، ولكل واحدٍ منهما طلب الأجرة ، وللمستأجر دفعها إلى أحدهما ، ومن تلف بيده بغير تفريطٍ لم يضمن ، وإن فُوط أو تعدى ضمن فقط ، فإذا أقر أحدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه ؛ لأن اليد له ، ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ؛ لأنه لا يد له على ذلك .

(وتصحُّ في الاحتشاش) لأنه اشتراك في مكسبٍ مباح كالقسارة (والاصطياد والتلصص على دار الحرب وسائر المباحات) كالخطب ، والثمار المأخوذة من

فإن مرض أحدهما فالكسب بينهما ، فإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك . وإن اشتركا على أن يحملوا على دأبتيهما والأجرة بينهما صح ، وإذا تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما

الجال ، والمعادن ، وهذا هو الأصح فيهن ، ونص أحمد في رواية أبي طالب ، واحتج له بالاشتراك في الغنيمة ، فقال : يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول ؛ لأن القاتل يختص به دون الغانمين .

(فإن مرض أحدهما فالكسب بينهما) أي : إذا عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما ؛ نص عليه في رواية إسحاق بن ماهان ؛ قاله ابن عقيل ، واحتج له الإمام بحديث سعيد . وسواء ترك العمل لعذر أو غيره ، وهو الأصح فيه .

(فإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك) لأنهما دخلا على أن يعملوا ، فإذا تعذر العمل بنفسه لزمه أن يقيم مقامه توفية للعقد ما يقتضيه ، فإن امتنع فلآخر الفسخ .

فرع : تصح شركة شهود ؛ قاله الشيخ تقي الدين ، ولأحدهما أن يقيم مقامه إن كان على عمل في الذمة ، وإن كان الجعل على شهادته بعينه فالأصح جوازه ، وموجب العقد المطلق التساوي في العمل والأجر ، ولو عمل أكثر ولم يتبرع طالب بالزيادة ، وكذا الخلاف في شركة الدالين ، وجزم في «الترغيب» وغيره ، وهو الأشهر ، بعدم صحتها ؛ لأنه لا بد فيها من وكالة ، وهي على هذا الوجه لا تصح ، ك : آجر دأبتك والأجرة بيننا .

(وإن اشتركا على أن يحملوا على دأبتيهما والأجرة بينهما ، صح) لأن الحمل في الذمة ، وهو نوع اكتساب ، والدأبتان آلتان أشبهتا الأداة ، ولو اشتركا في أجرة عين الدأبتين أو أنفسهما إجارة خاصة لم يصح .

(وإذا تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما) أو على غير الدأبتين (صح) الشركة) لأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان في ذمتهما ، ولهما أن يحملوا بأي

صَحَّت الشركة والأجرة بينهما على ما شرطاه . وإن آجراهما بأعيانهما
فلكل واحدٍ منهما أجرة دائبته .

ظهر كان ، أشبه ما لو تقبلاً قصارةً فقصرها بغير أداتهما (والأجرة بينهما على ما
شرطاه) كشركة الوجوه ، وقيل: نصفين ، كما لو أطلقا .

(وإن آجراهما بأعيانهما فلكل واحدٍ منهما أجرة دائبته) أي: إذا آجرا دائبتيهما
بأعيانهما على حمل شيءٍ بأجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصحَّ الشركة في
الأصح ، واستحقَّ كلٌّ منهما أجرة دائبته ؛ لأنَّه لم يجب ضمان الحمل في
ذمتها ، وإنَّما استحقَّ المكتري منفعة البهيمه التي استأجرها ، ولهذا تنفسخ
الإجارة بموت الدَّابَّة المستأجرة ؛ إذ الشركة إنما تتعقد على الضَّمان في ذمهما ،
أو على عملهما ، وهذا ليس بواحدٍ منهما ، وهذا يتضمَّن الوكالة .

وعلى هذا الوجه ، لا تصحُّ ، ولهذا لو قال: آجرُ عبدك والأجرة بيننا أربعةً
والثَّمن بيننا لم يصحَّ ، وقيل: بلى ، وحكاها في «المغني» احتمالاً ، كما لو
اشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما من المباح ، فإن أعان أحدهما صاحبه في
التَّحميل والنَّقل فله أجرة مثله ؛ لأنَّها منافع وفأها بشبهة عقيد .

تنبيه : اشترك اثنان لأحدهما آلة قصاريه ، ولآخر بيتٌ يعملان بها فيه ، صحَّ ،
ولو اشترك ثلاثة لأحدهم دابَّةً ، وللآخر راويةً ، ومن الثَّالث العمل على ما رزق الله
بينهم ، فهو صحيحٌ ، ويعمل به على ما اتَّفَقوا عليه . وقال القاضي: العقد فاسدٌ .
فعلى هذا ، الأجر كُلُّهُ للثَّقاء ، وعليه لصاحبيه أجرة المثل ، واقتصر عليه في
«الفصول» ؛ لأنَّ هذا ليس شركةً ولا مضاربةً ؛ لأنَّه لا يجوز أن يكون رأس
مالهما العروض ولا إجارةً ؛ لافتقارها إلى مدَّة معلومة وأجرٍ معلوم ، والأوَّل
المذهب ؛ لأنَّها عينٌ تنمي بالعمل عليها ، وكذا الخلاف لو كانوا أربعةً لأحدهم
دابَّةً ، ولآخر رَحَى ، ولثالثٍ دُكَّانٌ ، ومن الرَّابع العمل .

مسألة : قال ابن عقيل وغيره: لو دفع شبكةً إلى صيَّادٍ ليصيد بها السمك بينهما
نصفين فالصَّيد كُلُّهُ للصَّيَّاد ، ولصاحب الشَّبكة أجرة مثلها ، وقياس قول أحمد

وإن جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة - صحَّ .

فصل

الخامس: شركة المفاوضة ، وهي أن يدخلا في الشركة الأكساب النادرة ، كوجدان لقطه ، أو ركاز ، وما يحصل لهما من ميراث ، وما يلزم أحدهما من ضمان غصب .
أو أرش جنائية ، ونحو ذلك ، فهذه شركة فاسدة .

صحتها ، فما رزق الله فهو بينهما على ما شرطاه ؛ لأنها عين تنمي بالعمل ، فصحت دفعها ببعض نمائها كالأرض ، وقفيز الطحان أن يعطى الطحان أفضرة معلومة يطحنها بقفيز دقيقٍ منها ينبنى على ذلك .

فرغ : دفع دابته إلى آخر يعمل عليها وما رزق الله بينهما نصفين أو ما شرطاه - صحَّ ؛ نص عليه ؛ لأنها عين تنمي بالعمل عليها ، فصحت بيع بعض نمائها كالتقدين ، وفي «الفصول» : هي مضاربة على القول بصحتها في العروض ، وليست شركة ؛ نص عليه ، وقيل : لا تصح والريح كله لرب المال ، وللعامل أجرة مثله .

(وإن جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة - صحَّ) لأن كل واحدٍ منها يصح منفردا ، فصح مع غيره . قال ابن المنجا: وكما لو ضم ماء طهورا إلى مثله ، وهذا هو أحد قسمي شركة المفاوضة .

فصل

(الخامس: شركة المفاوضة) وهي مفاعلة ، يقال: فاضه مفاوضة ، أي: جازه ، وتفاوضوا في الأمر ، أي: فاض بعضهم بعضا (وهي أن يدخلا في الشركة الأكساب النادرة كوجدان) بكسر الواو ، مصدر وجد (لقطة أو ركاز ، وما يحصل لهما من ميراث ، وما يلزم أحدهما من ضمان غصب ، أو أرش جنائية ونحو ذلك ، فهذه شركة فاسدة) نص عليه ؛ لأنه يكثر فيها

الغرر ، ولم تصحَّ بين مسلم وذمِّي ، فلم تصحَّ بين المسلمين كسائر العقود المنهي عنها ، ولأنَّ حصول الكسب فيها وهم ، ولأنَّها تضمَّنت كفالةً وغيرها ممَّا لا يقتضيه العقد ، فكانت باطلةً .

والثاني: تفويض كلِّ منهما إلى صاحبه شراءً ، وبيعًا ، ومضاربةً ، وتوكيلًا ، وابتغاءً في الدِّمَّة ، ومسافرةً بالمال ، وارتهاً بضمان ما يرى من الأعمال فشركةٌ صحيحةٌ ، وكذا لو اشتركا في كلِّ ما ثبت لهما أو عليهما إن لم يُدخِلا فيها كسبًا نادرًا وغرامةً ، وأطلق في «المحرر»: إن شرطاً أن يشتركا في كلِّ ما ثبت لهما أو عليهما كشرطٍ فاسدٍ . وذكره في «الرعاية» قولاً ، وفي طريقة بعض أصحابنا شركة المفاوضة أن يقول: أنت شريكي في كلِّ ما يحصل لي بأيِّ جهةٍ كانت من إرثٍ وغيره ، وفيها روايتان ، المنصور: لا يصحُّ . والله أعلم .

باب المساقاة

تجوز المساقاة في النَّخل وفي كلِّ شجرٍ له ثمرٌ مأكولٌ ببعض ثمرته ،

باب المساقاة

هي مفاعلةٌ من السَّقْيِ ؛ لأنَّه أهمُّ أمرها ، وكانت النَّخل بالحجاز تُسقى نضحًا ، أي : من الآبار ، فيعظم أمره ، وتكثر مشقَّته . وهي عبارةٌ أن يدفع إنسانٌ شجره إلى آخر ليقوم بسقيه ، وما يحتاج إليه بجزءٍ معلومٍ له من ثمره ؛ قاله في «المغني» و«الشَّرح» ، وليس بجامع ؛ لخروج ما يدفعه إليه ليغرسه ويعمل عليه ، ولا بمانع ؛ لدخول ما له ثمنٌ غير مقصودٍ كالصَّنوبر .

والأصل في جوازها السُّنَّة ، فمنها ما روى ابن عمر قال: عامل النَّبِيُّ ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمرٍ أو زرع . متفقٌ عليه . وقال أبو جعفر: عامل النَّبِيُّ ﷺ أهل خيبر بالشَّطر ، ثمَّ أبو بكرٍ ، ثمَّ عمر ، ثمَّ عثمان ، ثمَّ عليٌّ ، ثمَّ أهلهم إلى اليوم يُعطونُ الثُّلث أو الرُّبع . وهذا عمل به الخلفاء الرَّاشدون ولم يُنكَر ، فكان كالإجماع .

(تجوز المساقاة في النَّخل) وعليه اقتصر داود (وفي كلِّ شجرٍ له ثمرٌ مأكولٌ)

لأنَّ الحاجة تدعو إلى ذلك ؛ لأنَّ كثيرًا من النَّاس لا شجر لهم ، ويحتاجون إلى الثَّمَر ، ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين وحصول المنفعة لهما ، فجاز كالمضاربة والمنتفع به كالمأْكول ، ومقتضى ما ذكره أنَّها لا تصحُّ على ما لا ثمر له كالخُور ، أو له ثمرٌ غير مقصودٍ كالصَّنوبر ؛ ذكره في «المغني» و«الشَّرح» بغير خلافٍ نعلمه ؛ إذ ليس منصوبًا عليه ، ولا هو في معنى المنصوص ، لكن إن قُصد ورقه كالثُّوت أو زهره كالورد فالقياس جوازه ؛ لأنَّه في معنى الثَّمرة ؛ لكونه يتكرَّر كلَّ عامٍ ، ويمكن أخذه .

وقد يقال: إنَّ المنصوص يشملُه .

(بعض ثمرته) أي بجزءٍ مشاعٍ كالثُّلث ونحوه ؛ للخبر ، لا على صاعٍ أو أصعٍ

وتصحُّ بلفظ المساقاة والمعاملة وما في معناهما ، وتصحُّ بلفظ الإجارة في أحد الوجهين .

أو ثمرة نخلة بعينها ؛ لما فيه من الغرر ؛ إذ يحتمل ألا يحصل إلا ذلك فيتضرر المالك ، أو يكثر الحاصل فيتضرر العامل ، وتكون التسمية له ؛ لأنَّ المالك يستحقُّ بالأصل ، ومقتضاه أن تكون من تلك الثمرة ، فلو شرط له ثمر نخل غير الذي ساقاه عليه أو ثمرة سنة غير الذي ساقاه عليها لم يصحَّ ؛ لمخالفة موضوعها ، ولا فرق فيه بين السقي والبلع عند مَنْ يجوزها .

أصل: لا يقال: ابن عمر قد رجع عمَّا روى ؛ لقوله: كنَّا نخابر أربعين سنة حتَّى حدَّثنا رافع بن خديج أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن المخابرة ؛ لأنَّه لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الإجماع ؛ لأنَّه عليه السَّلام لم يزل يعامل أهل خيبر حتَّى مات ، ثمَّ عمل به الخلفاء ، ثمَّ مَنْ بعدهم ، كيف يُتصوَّر نهيه عليه السَّلام عن ذلك؟! وقد روى طاووس أنَّ أعلمهم - يعني ابن عبَّاس - أخبر أنَّه ﷺ لم ينه عنه ، وقال: «لأنَّ يمنح أحدكم أخاه أرضه خيرٌ له من أن يأخذ عليه أجرًا معلومًا» . متَّفَقٌ عليه . ثمَّ حديث رافع محمولٌ على ما قلنا ؛ لما روى البخاريُّ بإسناده قال: كنَّا أكثر الأنصار حقلًا ، فكُنَّا نكري الأرض على أنَّ لنا هذه ولهم هذه ، فربَّما أخرجت هذه ولم تخرج هذه ، فنهانا عنها ، فأما الورق فلم ينهنا .

ورجوع ابن عمر يحتمل أنَّه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة ، مع أنَّ فيه اضطرابًا ، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يُسأل عن حديث رافع ، فقال: يروى فيه ضروِبٌ . كأنَّه يريد اختلاف الروايات عنه .

(وتصحُّ) من كلِّ جائز التَّصرف (بلفظ المساقاة) لأنَّها موضوعها حقيقةً (والمعاملة) لقوله: عامل أهل خيبر (وما في معناهما) ك: فالحتك ، واعمل في بستاني هذا حتَّى تكمل ثمرته ؛ لأنَّ القصد المعنى ، فإذا أتى بلفظ دالٍّ عليه صحَّ كالبيع .

(وتصحُّ) هي ومزارعة (بلفظ الإجارة في أحد الوجهين) جزم به في «الوجيز» ؛ لأنَّه مؤدٌّ للمعنى ، فصحَّ به العقد كسائر الألفاظ المتَّفَق عليها . والثَّاني: لا ، واختاره

وقد نصَّ أحمد في رواية جماعة فيمن قال: آجرتك هذه الأرض بثلاث ما يخرج منها ، أنه يصح ، وهذه مزارعة بلفظ الإجارة ؛ ذكره أبو الخطاب . وقال أكثر أصحابنا: هي إجارة . والأول أقيس وأصح . وهل تصحُّ على ثمرة موجودة؟ على روايتين .

أبو الخطاب ؛ لأنَّ الإجارة يُشترط لها ما لا يُشترط للمساقاة ، وهما مختلفان في اللزوم والجواز ، فلم تصحَّ بلفظ الإجارة ، كما لا تصحُّ بلفظ البيع .

(وقد نصَّ أحمد في رواية جماعة فيمن قال: آجرتك هذه الأرض بثلاث ما يخرج منها - أنه يصحُّ ، وهذه مزارعة بلفظ الإجارة ؛ ذكره أبو الخطاب) فعبر بالإجارة عن المزارعة على سبيل المجاز ، كما يُعبر عن الشجاع بالأسد . فعلى هذا ، يكون نهيهِ عن كراء الأرض بثلاث ما يخرج منها أنه ينصرف إلى الإجارة الحقيقية لا المزارعة .

(وقال أكثر أصحابنا: هي إجارة) لأنها مذكورة بلفظها ، فتكون إجارة حقيقية ، ويُشترط فيها شروط الإجارة ، وتصحُّ ببعض الخارج منها كما تصحُّ بالدرهم ، ونصَّ عليه ، واختاره الأكثر ، وعنه: لا ؛ اختاره أبو الخطاب والمؤلف ، وقيل: تُكره ، وإن صحَّ إجارة أو مزارعة فلم يزرع نُظر إلى معدل المغلِّ ، فيجب القسط المسمَّى فيه (والأول أقيس وأصحُّ) دليلاً عنده ؛ إذ الخبر يدلُّ عليه ، واللفظ قد يُعدل عن حقيقته إلى مجازه لدليل .

(وهل تصحُّ على ثمرة موجودة؟) لم تكمل وعلى زرع نابت ينمي بالعمل (على روايتين) إحداهما: لا يجوز ؛ لأنه - عليه السَّلام - عامل أهل خير بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع ، وذلك مفقودٌ هنا ، ولأنَّ الثمرة إذا ظهرت فقد حصل المقصود وصار بمنزلة مضاربه على المال بعد ظهور الربح . والثانية ، وهي الأصحُّ: الجواز ؛ لأنها إذا جازت في المعدوم مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى ، ومحلُّها إذا بقي من العمل ما تزيد به الثمرة ، كالتأبير ، والسقي ، والإصلاح ، فإن بقي ما لا تزيد به - كالجداد لم يجز بغير خلاف .

وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة -
صح .

(وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة صح)
في المنصوص ، قال في رواية أبي داود: إذا قال لرجل: اغرس في أرضي هذه شجرة أو
نخلًا ، فما كان من غلة فلك بعملك كذا فإجارة . واحتج بحديث خبير ، ولأن
العمل وعوضه معلومان ، فصحت كالمساقاة على شجر موجود ، ويُعتبر أن يكون
الغراس من رب الأرض كالمزارعة ، فإن كان من العامل فعلى الرّوايتين في المزارعة إذا
شرط البذر من العامل .

وقال القاضي: المعاملة باطلّة ، وصاحب الأرض مخير بين تكليفه قلعها ويضمن
له نقصها وبين تركها في أرضه ويدفع إليه قيمتها ، فإن اختار العامل قلع شجره فله
ذلك ، سواء بذل له القيمة أو لا ؛ لأنه ملكه ، فلم يمنع من تحويله ، وإن اتفقا على
إبقاء الغراس ودفع أجر الأرض جاز .

تنبيه : ظاهر نصّه أنّها تصحّ بجزء من الشجر وجزء منهما كالمزارعة ، وهي
المغارسة والمناسبة ؛ اختاره أبو حفص العكبري ، والقاضي في «تعليقه» ، والشيخ
تقي الدين ، وذكره ظاهر المذهب ، ولو كان مغروسًا ، ولو كان ناظر وقف وأنه
لا يجوز لناظر بعده بيع نصيب الوقف بلا حاجة ، وأنّ لحاكم الحكم بلزومها
في محلّ النزاع فقط ، والحكم به من جهة عوض المثل ، ولو لم تقم به بيّنة ؛
لأنّه الأصل في العقود . قال في «الفروع»: ويتوجّه اعتبار بيّنة . وقدّم في «المغني»
و«الشرح» أنّه لا يصحّ ، فلو دفعها إليه على أنّ الأرض والشجر بينهما ، فذلك
فاسدٌ بغير خلافٍ نعلمه .

فرغ : عملا في شجر بينهما نصفين وشرطا التفاضل في ثمره صح كاشتراط
العامل من كلّ نوع جزءًا معلومًا وكتعدده ، ويُشترط لصحتها أن يكون الشجر
معلومًا كالبيع ، فإن ساقاه على بستان لم يره ولم يوصف له لم يصحّ كمساقاته
على أحد هذين الحائطين .

والمساقاة عقدٌ جائزٌ في ظاهر كلامه لا تفتقر إلى ذكر مدّة ، ولكل واحدٍ منهما فسخها ، فمتى انفسخت بعد ظهور الثمرة فهي بينهما .

وإن فسخ العامل قبل ظهورها فلا شيء له ، وإن فسخ ربُّ المال فعليه للعامل أجره عمله .

وقيل: هي عقدٌ لازمٌ

(والمساقاة عقدٌ جائزٌ في ظاهر كلامه) وكذا المزارعة ؛ أو ما إليه أحمد في رواية الأثرم ، وقد سُئل عن الأكار يخرج من الضيعة من غير أن يخرجها صاحبها ، فلم يمنعه من ذلك ؛ ذكره ابن حامد ، وقاله بعض المحدثين ؛ لما روى مسلم عن ابن عمر في قضية خبير ، فقال رسول الله ﷺ - : «نقركم على ذلك ما شئنا» . ولو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدّة ، ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدّة إقرارهم ، ولأنّها عقدٌ على جزءٍ من ثناء المال ، فكانت جائزةً كالمضاربة .

(لا تفتقر إلى ذكر مدّة) لأنّه عليه السّلام لم يضرب لأهل خبير مدّة ، ولا خلفاؤه من بعده ، وكما لا تفتقر إلى القبول لفظاً (ولكل واحدٍ منهما فسخها) لأنّه شأن العقود الجائزة (فمتى انفسخت بعد ظهور الثمرة فهي بينهما) على ما شرطاه ؛ لأنّها حدثت على ملكيهما ، ويلزم العامل تمام العمل كالمضارب .

(وإن فسخ العامل قبل ظهورها فلا شيء له) لأنّه رضي بإسقاط حقّه ، فهو كعامل المضاربة والجمالة (وإن فسخ ربُّ المال) أي: قبل ظهور الثمرة (فعليه للعامل أجره عمله) أي: أجره مثله ؛ لأنّه منعه من إتمام عمله الذي يستحقُّ به العوض كجمالة ، وفارق ربُّ المال في المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الرّبح ؛ لأنّ هذا يفضي إلى ظهور الثمرة غالباً ، فلو لا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها ، بخلاف المضاربة فإنّه لا يعلم إفضاؤها إلى الرّبح .

(وقيل: هي عقدٌ لازمٌ) في قول أكثر الفقهاء ؛ لأنّه عقد معاوضة ، فكان لازماً كالإجارة ؛ إذ لو كانت جائزةً لملك ربُّ المال فسخها إذا ظهرت ، فيسقط سهم العامل فيتضرّر .

يفتقر إلى ضرب مدّة يكمل فيها الثمر . وإن جعلاً مدّة لا يكمل فيها لم تصحّ . وهل للعامل أجره؟ على وجهين . وإن جعلاً مدّة قد تكمل فيها وقد لا تكمل فهل تصحّ؟ على وجهين ؛ فإن قلنا: لا تصحّ ، فهل للعامل أجره؟ على وجهين .

(يفتقر إلى ضرب مدّة يكمل فيها الثمر) لأنها أشبه بالإجارة ؛ لكونها تقتضي العمل مع بقائها ، ولا يتقدّر أكثر المدّة ، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدّة التي يبقى فيها الشجر وإن طالت ، وقيل: لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة . ردّ بأنه تحكّم وتوقيف لا يُصار إليه إلاّ بدليل .

(وإن جعلاً مدّة لا تكمل فيها لم تصحّ) لأنّ المقصود اشتراكهما في الثمرة ، ولا توجد في أقلّ منها .

(وهل للعامل أجره؟ على وجهين) أي: إذا ظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجره مثله ؛ لأنّه لم يرَضَ إلاّ بعوض ، وهو جزء من الثمرة ، وهو موجود ، لكن لا يمكن تسليمه ، فاستحقّ أجره المثل كالإجارة الفاسدة .

والثاني: لا شيء له ؛ لأنّه رضي بالعمل بغير عوض ، فهو كالمتبرّع ، وكما لو لم تظهر الثمرة .

(وإن جعلاً مدّة قد تكمل فيها وقد لا تكمل) أو إلى الجداد أو إدراكها (فهل تصحّ؟) المساقاة (على وجهين) أصحّهما: تصحّ ؛ لأنّ الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل عدمه ، والمساقاة جائزة فيه . والثاني: لا تصحّ ؛ لأنّه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده ، فلم تصحّ كالسلم ؛ فعلى الأوّل ، له حصّته من الثمرة .

(فإن قلنا: لا تصحّ ، فهل للعامل أجره؟ على وجهين) أظهرهما ، وذكره في «المغني» وجهاً واحداً: له أجر المثل ؛ لأنّه لم يرَضَ بغير عوض ولم يسلم إليه فاستحقّ أجر المثل ، سواء حملت أو لا .

والثاني: لا شيء له ، كما لو شرطاً مدّة لا يكمل فيها الشجر غالباً .

وإن مات العامل تَمَّ الوارث ، فإن أبى استؤجر على العمل من تركته ، فإن تعذر فلربّ المال الفسخ ، فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما ، وإن فسخ قبل ظهورها فهل له أجر؟ على وجهين .

(وإن مات العامل) أو جُزَّ أو حُجِرَ عليه لسفهٍ انفسخت على المذهب كربّ المال ، وإن قيل بلزومها (تَمَّ الوارث) لأنها عقدٌ لازمٌ كالإجارة (فإن أبى) لم يجبر ؛ لأنّ الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه إلّا ما أمكن دفعه من تركته ، والعمل ليس كذلك (استؤجر) أي: استأجر الحاكم (على العمل من تركته) لأنّ العمل كان عليه ، فوجب أن يتعلّق بتركته كسائر ما عليه .

(فإن تعذر) أي: الاستئجار بأن لا تركة له (فلربّ المال الفسخ) لأنّه تعذر استيفاء المعقود عليه ، فثبت له الفسخ ، كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه .

(فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما) لأنها حدثت على ملكيهما ، وكالمضاربة إذا انفسخت بعد ظهور الرّبح ، فيباع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجر ما بقي من العمل ، وإن احتيج إلى بيع الجميع بيع ، ثمّ إن كانت الثمرة قد بدا صلاحها خيّر المالك بين البيع والشراء ، فإن اشترى نصيب العامل جاز ، وإن اختار باع نصيبه ، والحاكم نصيب العامل وبقية العمل عليهما .

وإن أبى باع الحاكم نصيب العامل فقط وما يلزمه يستأجر عليه ، والباقي لورثته ، وإن لم يبد صلاحها خيّر المالك ، فإن بيع لأجنبي لم يبع إلّا بشرط القطع . ولا يباع نصيب عامل وحده . وفي شراء المالك له واستحقاق الميّت أجره وجهان ، وكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل إذا قلنا بجوازها وأبى الوارث العمل ؛ ذكره في «الشرح» وغيره .

(وإن فسخ قبل ظهورها فهل له أجر؟ على وجهين) أظهرهما: له الأجرة ؛ لأنّ العقد يقتضي العوض المسّوّى ، فإذا تعذر رجوع في الأجرة ، كما لو فسخ بغير عذر . والثاني: لا شيء له ؛ لأنّ الفسخ مستندٌ إلى موته ، أشبه ما لو فسخ هو

وكذلك إن هرب العامل فلم يوجد له ما ينفق عليها ، فإن عمل فيها ربُّ المال بإذن حاكمٍ أو إشهادٍ رجع به ، وإلا فلا .

ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي ، والحرق ، والزبار ، والتلقيح ، والتشميس ، وإصلاح طرق الماء وموضع التشميس ونحوه .

(وكذلك إن هرب العامل فلم يوجد له ما ينفق عليها) أي: حكمه حكم ما إذا مات ؛ لأنَّهما اشتركا في تعذر العمل وتضرُّر المالك بتعذر الفسخ ، وظاهره أنَّه إذا وجد له مالاً أو أمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل ذلك ، وكذا إذا وجد مَنْ يعمل به بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة . والأولى أنَّ العامل لا يستحقُّ أجرة ؛ لتركه العمل باختياره ، كما لو تركه من غير هربٍ مع القدرة عليه .

(فإن عمل فيها ربُّ المال بإذن حاكمٍ أو إشهادٍ رجع به) أي: بما أنفق ؛ لأنَّ الحاكم نائبٌ عن الغائب ، ولأنَّه إذا أشهد على الإنفاق مع عجزه عن إذن الحاكم فهو مضطَّر ، فإن أمكنه استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع ولم يستأذنه فوجهان مبيَّان على ما إذا قضى دينه بغير إذنه (وإلا فلا) أي: لا رجوع له إذا لم يوجد إذنٌ ولا إشهادٌ ؛ لأنَّه متبرِّع بالإنفاق ، كما لو تبرَّع بالصدقة ، وحكم ما لو استأجر أو اقترض بإذن الحاكم حكم ما لو عمل فيها بإذنه .

فرغ : إذا بان الشجر مستحقاً فله أجرة مثله على غاصبه ، واختار في «التبصرة» أنَّها جائزة من جهة عاملٍ ، لازمة من جهة مالكٍ ، مأخوذة من الإجارة ، وفيه شيء .

فصل

(ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي ، والحرق ، والزبار ، والتلقيح ، والتشميس ، وإصلاح طرق الماء وموضع التشميس ونحوه) كآلة حرق ، وبقرة ، وتفريق زبلٍ ، وقطع الحشيش المضرِّ ، وقطع الشجر اليابس ،

وعلى ربِّ المال ما فيه حفظ الأصل من سدِّ الحيطان ، وإجراء الأنهار ،
وحفر البئر والدُّولاب وما يديره .

وقيل: كلُّ ما يتكرَّر كلَّ عامٍ فهو على العامل وما لا فلا .

وحفظ الثَّمَر على الشَّجر إلى أن يُقسَّم ، وإن كان ممَّا يُشَمَّس فعليه تسميسه ، وفي
«الفنون» وغيره: والفأس الثَّحاس تقطع الدَّغْل ؛ لأنَّه يلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة
ما فيه صلاح الثَّمرة وزيادتها ، وهذا كلُّه منه .

(وعلى ربِّ المال ما فيه حفظ الأصل من سدِّ الحيطان ، وإجراء الأنهار ،
وحفر البئر والدُّولاب وما يديره) من آليَّة ودائيَّة ، وجزم به الأكثر ، وشراء ما
يُلْقَح به ، وماءٍ ، وتحصيل زبلٍ . وذكر المؤلِّف تبعًا لابن أبي موسى أنَّ بقر
الدُّولاب على العامل ؛ لأنَّها ليست من العمل . وذكر ابن رزِين روايتين في بقر
حرثٍ وسقايَّةٍ وما يُلْقَح به .

(وقيل: كلُّ ما يتكرَّر كلَّ عامٍ) كالحرث (فهو على العامل) قال في «المغني»:
وهذا أصحُّ إلَّا في شراء ما يُلْقَح به فإنَّه على ربِّ المال وإن تكرَّر ؛ لأنَّه ليس من
العمل (وما لا فلا) لأنَّ ذلك لا تعلق له بالعمل ، أشبه ما فيه حفظ الأصل ،
وفي النَّاطور لما بدا صلاحه وجهان .

وهذا كلُّه إذا أطلق العقد ، فإن شرط أن يكون عليه ما يلزمه فهو تأكيدٌ ، وإن
شرط على أحدهما ما يلزم الآخر فمنعه القاضي وأبو الخطَّاب ، فتنفسد المساقاة ؛ لأنَّه
شرطٌ ينافي مقتضى العقد فأفسدته كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على ربِّ المال ،
وقد نصَّ أحمد على أنَّ الجداد عليهما إلَّا أن يشرطه على العامل ، فيؤخذ منه صحَّة
شرط كلِّ واحدٍ ما على الآخر أو بعضه ، لكن يُعتبر ما يلزم كلاً منهما معلوماً ، وفي
«المغني»: وأن يعمل العامل أكثر العمل ، والأشهر: يفسد الشَّرط ، وفي العقد
روايتان . وذكر أبو الفرج: يفسد بشرط خراج ، أو بعضه على عاملٍ ، قال
الشيخ تقيِّ الدِّين: والسَّياج على المالك ، ويتَّبَع في الكلف السُّلْطانيَّة العرف ما
لم يكن شرطٌ .

وحكم العامل حكم المضارب فيما يُقبل قوله فيه وما يُردُّ .

وإن ثبتت خيانتَه ضُمَّ إليه مَنْ يشاركه ، فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله مَنْ يعمل العمل . وإن شرط إن سقى سيحاً فله الرُّبع وإن سقى بكلفة فله النُّصف لم يصحَّ في أحد الوجهين .

(وحكم العامل حكم المضارب فيما يُقبل قوله فيه وما يُردُّ) لأنَّ المالك قد ائتمنه ، أشبه المضارب ، وكذا في مبطل العقد وجزءٍ مشروط . وفي «الموجز» : إن اختلفا فيما شرط له صدَّق عاملٌ في أصحَّ الروايتين ، ويحلف إن اتَّهم ؛ ذكره في «المعني» و«الشرح» ، وذكر غيرهما : للمالك ضمُّ أمينٍ بأجرةٍ من نفسه . وإن ثبتت خيانتَه ضُمَّ إليه مَنْ يشاركه) لأنَّه أمكن دفع الضرر عن المالك بذلك مع بقاء العامل على عمله ، والأجرة عليه .

(فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله مَنْ يعمل العمل) لأنَّه تعذر استيفاء العمل منه ، فليستوفَ بغيره ، كما لو هرب أو عجز عن العمل .

تنبيهٌ : يملك العامل حصَّته من الثَّمرة بظهورها ، فلو تلفت إلَّا واحدةً فهي بينهما ، وقيل : لا يملكه إلَّا بالمقاسمة كالمضاربة . ورُدُّ بأنَّ القراض يُملك الرُّبع فيه بالظهور ، ولا يجوز أن يجعل للعامل فضل دراهم زائداً على ما شرطه له من الثَّمرة بغير خلافٍ ، ولا أن يساقى غيره على الأرض أو الشَّجر .

(وإن شرط إن سقى سيحاً) ونصبه على المصدر ، أو على نزع الخافض (فله الرُّبع ، وإن سقى بكلفة فله النُّصف) وإن زرعها شعيراً فله الرُّبع ، وإن زرعها حنطةً فله النُّصف (لم يصحَّ في أحد الوجهين) هذا هو المذهب ؛ لأنَّ العمل مجهولٌ ، والنَّصيب مجهولٌ ، وهو في معنى بيعتين في بيعة . والثَّاني : يصحُّ بناءً على قوله في الإجارة : إن خطَّته روميّاً فلك درهمٌ ، وإن خطَّته فارسيّاً فلك نصف درهم ؛ قاله في «الشرح» ، وفيه شيءٌ سيأتي ، وكقوله : ما زرعْتَ من شيءٍ فلي نصفه ؛ لقصة أهل خير ، فإن زرعها جنسين فأكثر ويُن قدر كلِّ جنسٍ وحقُّه منه صحَّ وإلَّا فلا .

وإن قال: ما زرعْتُ من شعيرٍ فلي ربه ، وما زرعْتَ من حنطةٍ فلي نصفه ، أو ساقيتك على هذا البستان بالنَّصف على أن أساقيك الآخر بالرُّبع لم يصحَّ وجهًا واحدًا .

فصل في المزارعة

تجوز المزارعة بجزءٍ معلومٍ يُجعل للعامل من الزَّرع .

(وإن قال: ما زرعْتُ من شعيرٍ فلي ربه ، وما زرعْتَ من حنطةٍ فلي نصفه) لم يصحَّ ؛ لأنَّ ما يزرعه من كلِّ منهما مجهول القدر ، فهو كما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف الآخر (أو ساقيتك على هذا البستان بالنَّصف على أن أساقيك الآخر بالرُّبع لم يصحَّ وجهًا واحدًا) لأنَّه شرط عقدًا في عقدٍ ، فلم يصحَّ كالبيع ، وكذا إذا قال: لك الخمسان إن كانت عليك خسارة ، وإلا فلك الرُّبع ؛ نصَّ عليه ، وقيل: بلى .

فرعٌ : إذا آجره الأرض وساقاه على الشَّجر فكجمع بيع وإجارة ، وإن كان حيلةً فالذهب بطلانه ، وذكر القاضي في إبطال الحيل جوازه . ثمَّ إن كانت المساقاة في عقدٍ ثانٍ فهل تفسد أولاهما ؟ فيه وجهان . وإن جمعهما في عقدٍ فكتفريق صفةٍ ، وللمستأجر فسخ الإجارة ، وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: سواء صَحَّت الإجارة أو لا فما ذهب من الشَّجر ذهب ما يقابله من العوض .

فصل في المزارعة

هي : مفاعلةٌ من الزَّرع ، وهي : دفع أرضٍ وحبٍّ لمن يزرعه ويقوم عليه بجزءٍ مشاعٍ معلومٍ منه .

(تجوز المزارعة بجزءٍ مشاعٍ معلومٍ يُجعل للعامل من الزَّرع) هذا قول أكثر العلماء ، قال البخاريُّ: قال أبو جعفرٍ: ما بالمدينة أهل بيتٍ إلا يزرعون على الثلث والرُّبع ، وزارع عليٌّ ، وابن مسعودٍ ، وسعدٌ ، وعمر بن عبد العزيز ، والقاسم ، وعروة ، وآل أبي بكرٍ ، وآل عمر ، وابن سيرين ، وعامل عمر على أنَّه إن جاء

فإن كان في الأرض شجرٌ فزارعه على الأرض وساقاه على الشجر صح .

بالبذر فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا .

وحكى أبو الخطاب في المساقاة روايةً بمنعها ، وعن ابن عباسٍ الأمران ، وحديث رافع وإن كان في الصَّحَّاحين ففيه اضطرابٌ كثيرٌ ، قال ابن المنذر: وقد أنكره فقيهانٌ من الصَّحابة: زيد بن ثابتٍ وابن عباسٍ ، لا يقال: أحاديثكم محمولةٌ على الأرض التي بين النخيل ، وأحاديث التَّهْي على الأرض البيضاء ؛ لأنَّه بعيدٌ من أوجهِه .

أولاً: أنَّه يُعَدُّ أن تكون بلدةٌ كبيرةٌ يأتي منها أربعون ألف وسقي ليس فيها أرضٌ بيضاء وتبعد معاملتهم بعضهم على بعضٍ ؛ لنقل الزَّوَاة القصَّة على العموم .

ثانياً: لا دليل على ما ذكرتم من التَّأويل ، وما قلناه ورد مفسَّراً .

ثالثاً: أنَّ قولكم يفضي إلى تقييد كلِّ من الحديثين ، وما ذكرناه فيه حمل أحدهما على الآخر .

رابعاً: إنَّ عمل الخلفاء والفقهاء من الصَّحابة وغيرهم دالٌّ على ما ذكرنا .

خامساً: إنَّ مذهبنا صار مجمَّعاً عليه ، فلا يجوز لأحدٍ خلافه مع أنَّ القياس يقتضيه ؛ لأنَّ الأرض عينٌ تنمي بالعمل ، فجازت المعاملة عليها ببعض ثَمَائِها كالمال في المضاربة والتَّخْل في المساقاة ، والحاجة داعيةٌ إليها ؛ لكون أصحاب الأرض لا يقدرّون على زرعها ، والأكثر يحتاجون إلى الزَّرع ولا أرض ، فاقترضت الحكمة جوازها . قال الشَّيخ تقي الدِّين: هي أحلُّ من الإجارة ؛ لاشتراكهما في المغنم والمغنم .

(فإن كان في الأرض شجرٌ فزارعه على الأرض وساقاه على الشجر صح)

لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما عقدٌ لو انفرد لصحَّ ، فكذا إذا اجتماعاً ، وسواء قلَّ بياض الأرض أو كثُر ؛ نصٌّ عليه ، وسواء تساوى نصيب العامل فيهما أو اختلف ، وسواء كان بلفظ المعاملة أو المساقاة ، فلو زارعه على أرضٍ فيها شجرٌ لم يجوز للعامل اشتراط ثمرتها ؛ لأنَّه اشترط كلَّ الثَّمرة ، فلم يجوز ، كما لو كان الشجر

ولا يُشترط كون البذر من ربِّ الأرض ، وظاهر المذهب اشتراطه . وإن شرط ربُّ الأرض أن يأخذ مثل بذره ويقتسما الباقي .

أكثر من الثلث .

فرعٌ : لا تجوز إجارة أرضٍ وشجرٍ فيها . قال أحمد: أخاف أنه استأجر شجرًا لم يثمر . وذكر أبو عبيدٍ تحريمه إجماعًا ، وجوّزه ابن عقيلٍ تبعًا ولو كان الشجر أكثر ؛ لأنَّ عمر ضمن حديقة أسيد بن حُضيرٍ لما مات ثلاث سنين ؛ لوفاء دينه . رواه حربٌ وغيره . ولأنَّه وضع الخراج على أرض الخراج ، وهو أجره . وجوّز الشَّيخ تقيُّ الدِّين إجارة الشَّجر مفردًا ويقوم عليها المستأجر كأرضٍ لزرع ، فإن تلفت الثمرة فلا أجره ، وإن نقصت عن العادة فالفسخ أو الأرض ؛ لعدم المنفعة المقصودة بالعقد ، وهو كجائحة .

(ولا يُشترط كون البذر من ربِّ الأرض) فيجوز أن يخرج العامل في قول عمر وابن مسعودٍ وغيرهما ، ونصَّ عليه في رواية مهتًا ، وصحَّحه في «المغني» و«الشَّرح» ، واختاره أبو محمَّد الجوزيُّ ، والشَّيخ تقيُّ الدِّين ؛ لأنَّ الأصل المعوّل عليه في المزارعة قضيةٌ خيبر ، ولم يذكر النَّبيُّ ﷺ أنَّ البذر على المسلمين .

(وظاهر المذهب اشتراطه) نصَّ عليه في رواية جماعة ، واختاره عامة الأصحاب ؛ لأنَّهما يشتركان في نمائه ، فوجب أن يكون رأس المال من أحدهما كالمضاربة . ورُدُّ بأنَّه قياسٌ في مقابلة نصٍّ ، ثمَّ هو منقوضٌ بما إذا اشترك مالان وبدن أحدهما .

تنبيهٌ : إذا كان البذر بينهما نصفين وشرطا المناصفة في الزَّرع فهو بينهما ، سواء قيل بصحة المزارعة أو فسادها ؛ فإن حكم بصحتها لم يرجع أحدهما على الآخر بشيءٍ ، وإن حكمنا بفسادها فعلى العامل نصف أجر الأرض ، وله على ربِّها نصف أجر عمله ، فيتقاصَّان بقدر الأقلِّ منهما ، ويرجع أحدهما على الآخر بالفضل ، وإن شرطا التفاضل في الزَّرع فظاهراً على الصَّحة ، وعلى الفساد الزَّرع بينهما على قدر البذر ويتراجعان ، كما ذكرنا .

(وإن شرط ربُّ الأرض أن يأخذ مثل بذره ويقتسما الباقي) لم يصحَّ ، كأنَّه

أو شرطاً لأحدهما قفزائاً معلومةً أو دراهم معلومةً أو زرع ناحية معيّنة من الأرض - فسدت المزارعة والمساقاة ، ومتى فسدت فالزّرع لصاحب البذر ، وعليه أجره صاحبه .

وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا .

اشترط لنفسه قفزائاً معلومةً ، وهو شرطٌ فاسدٌ تفسد به المزارعة ؛ لأنّ الأرض لم تُخرج إلّا ذلك القدر ، فيختصّ به المالك ، وربّما لا تخرجه ، وموضوعها على الاشتراك .

(أو شرطاً لأحدهما قفزائاً معلومةً) لما ذكرنا (أو دراهم معلومةً) لأنّه ربّما لا تُخرج الأرض ما يساوي ذلك ، فيؤدّي إلى الضّرر (أو زرع ناحية معيّنة من الأرض فسدت المزارعة والمساقاة) بإجماع العلماء ، كأنّ يشترط ما على الجداول ، قيل: وهي المخابرة ، سواء كان منفرداً أو شرطه مع نصيبه ؛ لأنّ الخبر الصّحيح في التّهي عنه غير معارضٍ ولا منسوخٍ ، ولأنّه ربّما تلف ما عيّن له دون الآخر ، فينفرد أحدهما بالغلّة دون صاحبه .

(ومتى فسدت ؛ فالزّرع لصاحب البذر) لأنّه عين ماله ينقلب من حالٍ إلى حالٍ وينمو ، فهو كأغصان الشّجر إذا غُرس (وعليه أجره صاحبه) لأنّه دخل على أن يأخذ ما سُمّي له ، فإذا فات رجع إلى بدله ؛ لكونه لم يرَضَ بالعمل مجّاناً . فعلى المذهب ، إن كان البذر من العامل فهو له ، وعليه أجره مثل الأرض لربّها ، وهي المخابرة ، وإن كان البذر من ربّ الأرض فهو له وعليه أجره مثل العامل ، وإن كان منهما فالزّرع بينهما ويتراجعان بالفاضل .

فرغ : يشترط معرفة جنس البذور ولو تعدّد وقدره ، فلو دفعه إلى صاحب أرضٍ ليزرعها وما يخرج يكون بينهما فهو فاسدٌ ؛ لأنّ البذر ليس من ربّ الأرض ولا من العامل ، فالزّرع للمالك البذر ، وعليه أجره الأرض والعمل ، وقيل: يصحّ ، مأخوذاً من مسألة الاشتراك .

(وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا) أي: من الجواز واللّزوم ، وأنّها لا

والحصاد على العامل ؛ نصّ عليه ، وكذلك الجداد . وعنه: أنَّ الجداد عليهما . وإن قال: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي ، وتسقيها بمائك ، والزَّرْع بيننا فهل تصحُّ؟ على روايتين .

تجوز إلّا بجزءٍ مشاع معلوم للعامل وما يلزمه وربُّ الأرض ، وغير ذلك من أحكامها ؛ لأنَّها معاملةٌ على الأرض ببعض نَمائها .

(والحصاد على العامل ؛ نصّ عليه) لقصةٌ خير ، ولأنَّه من العمل الذي لا يستغنى عنه ، وقيل: عليهما للاشتراك فيه . وفي «الموجز»: فيه وفي دياسٍ وبذره وحفظه ببذره روايتا جدادٍ ، واللقاط كالحصاد ، ويكرهان ليلاً ؛ نصّ عليه .

(وكذلك الجداد) أي: على العامل ؛ لأنَّه من العمل ، فكان عليه كالتَّشميس (وعنه: أنَّ الجداد عليهما) وهو الأصحُّ بحصَّتهما ؛ لأنَّه يوجد بعد تكامل الثَّماء ، أشبه نقله إلى منزله ، ونصر في «المغني» و«الشَّرح» الأوَّل ، ونقض دليل الثَّانية بالتَّشميس ، وفارق الثَّقَل إلى المنزل ، فإنَّه يكون بعد القسمة وزوال العقد ، أشبه المحزن .

(وإن قال: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي وتسقيها بمائك والزَّرْع بيننا ، فهل تصحُّ؟ على روايتين) كذا في «الفروع» ، إحداهما: لا تصحُّ ؛ اختارها القاضي ، وصحَّحها في «المغني» و«الشَّرح» ؛ لأنَّ موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل ، وصاحب الماء ليس منه أرضٌ ولا عملٌ ولا بذرٌ ، ولأنَّ الماء لا يباع ولا يُستأجر ، فكيف تصحُّ المزارعة به؟! والثَّانية: بلى ؛ نقلها يعقوب وحرث ، واختارها أبو بكرٍ ؛ لأنَّ الماء من جملة ما يحتاج إليه الزَّرْع ، فجاز جعله من أحدهما كالأرض والعمل ، ولأنَّه لما جاز إيجار الأرض ببعض ما يخرج منها ، وهو مجهولٌ ، جاز أن يُجعل عوض الماء كذلك . ورُدَّ بالمنع في العلة الأخيرة ، وبتقدير التَّسليم فما المانع؟

فرغ : آجر أرضه للزَّرْع فزرعها فلم تنبت ، ثمَّ نبت في سنةٍ أخرى فهو للمستأجر ، وعليه أجرة الأرض مدَّة احتسابها .

وإن زارع شريكه في نصيبه صحَّ .

(وإن زارع شريكه في نصيبه صحَّ) في الأصحَّ ؛ لأنه بمنزلة شراء الشريك نصيب شريكه ، وشرطه أن يجعل له في الزرع أكثر من نصيبه ، مثل أن تكون الأرض بينهما نصفين ، فيجعل للعامل الثلثين ، فيصير الشدس حصته في المزارعة ، فصار كأنه قال: زارعتك على نصيبي بالثلث ، فصَحَّ كالأجنبي . والثاني: لا تصحَّ ؛ لأنَّ النصف للمزارع ، ولا يصحَّ أن يزارع الإنسان لنفسه ، فإذا فسد في نصيبه فسد في الجميع ، كما لو جمع في البيع بين ما يجوز وما لا يجوز .

مسائل :

الأولى: اشترك ثلاثة: من أحدهم البذر ، ومن الآخر الأرض ، ومن الثالث العمل ، على أن ما فتح الله تعالى بينهم ، فهو فاسدٌ ؛ نصَّ عليه ، وقاله جماهير العلماء ؛ لأنَّ موضوع المزارعة أنَّ البذر من ربِّ الأرض أو العامل ، وليست شركة ولا إجارة . فعلى هذا ، الزرع لصاحب البذر ، وعليه لصاحبيه أجره مثلهما ، وفي الصَّحَّة تخريج ، وذكره الشيخ تقي الدين رواية واختاره . وفي «مختصر ابن رزين» : أنه الأظهر ، فإن كان البقر من رابع فحديث مجاهد ، وضعفه أحمد ؛ لأنه جعل فيه الزرع لربِّ البذر ، والتبني ﷺ جعله لربِّ الأرض .

الثانية: اشترك ثلاثة في أرض لهم ، على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم وأعوانهم ، على أن ما خرج منها بينهم على قدر مالهم ، جاز بغير خلافٍ نعلمه .

الثالثة: ما سقط من حبِّ وقت حصادٍ فبنت عامًا آخر فلربِّ الأرض ؛ نصَّ عليه . وفي «المبهبج» وجهٌ: لهما ، وفي «الرَّعاية»: لربِّ الأرض مالكا أو مستأجرًا أو مستعيرًا ، وقيل: له حكم عارية ، وقيل: غصب ، وكذا نصَّ فيمن باع قصيلاً فحصد وبقي يسيرٌ فصار سنبلاً فلربِّ الأرض .

الرابعة: لا خلاف في إباحة ما يتركه الحصاد ، وكذا اللُّقاط ، وفي «الرَّعاية»:

.....

يحزُم منه ، نقل المروزي: إنما هو بمنزلة المباح ، ونقل عنه: لا ينبغي أن يدخل مزرعة
أحد إلا بإذنه ، وقال: لم ير بأسًا بدخوله يأخذ كلاً وشوكاً ؛ لإباحته ظاهراً وعرفاً
وعادةً .



انتهى بحمد الله تعالى المجلد الرابع

ويليه بعونه تعالى المجلد الخامس

فهرس الجزء الرابع

٢٠	باب الربا والصرف
٤٩	باب بيع الأصول والثمار
٦٧	باب السلم
٩٢	باب القرض
١٠٠	باب الرهن
١٣٤	باب الضمان
١٤٧	باب الكفالة
١٥٤	باب الحوالة
١٦١	باب الصلح
١٨٧	كتاب الحجر
٢٢٨	فصل في الإذن
٢٣٥	باب الوكالة
٢٦٧	كتاب الشركة
٣٠٧	باب المساقاة
٣١٧	فصل في الزراعة
٣٢٥	الفهرس

