

٧٥

دراسة وتحقيق
كتاب الحاوي القدسي من كتاب البيوع إلى
أول كتاب الدعوى
للإمام أحمد بن محمد بن نوح الغزنوي

إسم الطالب : محمد طعمه سليمان القضاة

إسم المشرف : أ. د ياسين دراركة

مدرسة الدراسات العليا

مقبول

قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات نيل
درجة الدكتوراة في تخصص
الفقه وأصوله من كلية الدراسات العليا في
الجامعة الأردنية

١٠٠
٢٠٠٠

أيلول / ١٩٩٤

٧٩

ب

" بسم الله الرحمن الرحيم "

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ ١٩٩٤/٧/٧ م وأجيزت :-

أ. د. ياسين دراد - مشرفا ورئيسا
أ. د. محمد عقله الابراهيم - عضوا
د. عمر الأشقر - عضوا
د. محمد شبيب - عضوا

الفهرس

ب	قرار لجنة المناقشة
ج	فهرس المحتويات
د	ملخص باللغة العربية
١٢-١	الباب الأول
	دراسة عامة ويشتمل على ثلاثة فصول :
٨-١	الفصل الأول : المقدمة ونبذة عن حياة المؤلف ومكانته العلمية من حيث :
٦	أ- إسمه
٦	ب- ولادته ووفاته
٦	ج- نسبه
٧	د- أشهر كتبه
٧	هـ- شيوخه
٨	و- تلاميذه
٨	ي- مكانته العلمية
	الفصل الثاني : نبذه عن الكتاب وأهميته ونسخ المخطوطة ويشتمل
١٠-٩	على :
٩	أ- نسبة الكتاب إلى الإمام الغزنوي
٩	ب- أهمية الكتاب ومنهجه
١٠	ج- نسخ المخطوط
١-١١	الفصل الثالث : فقه الإمام الغزنوي ومنهجه من حيث :
٣	أ- الترتيب
١١	ب- مدى موافقته للحنفية
١١	ج- عمقه
١-١١	د- الأدلة التي اعمد عليها
٢	هـ- الآراء التي انفرد بها
١٣	و- عملي في التحقيق
١٢	الباب الثاني
١٣	التحقيق مع بيان الأدلة ومناقشة الآراء الفقهية ويشمل على أربعة
٥٨٦-١٤	وعشرين كتاباً وهي
٣٩-١٤	١- كتاب البيوع : ويشتمل على أحد عشر باباً وهي
٦٨-٤٠	١- باب البيوع الجائزة
٨٥-٦٩	٢- باب البيوع الفاسدة مطلقاً أو للشروط

٨٩-٨٦	٣- باب الإقالة
٩٥-٩٠	٤- باب خيار الشرط
١٠١-٩٦	٥- باب خيار الرؤية
١١٢-١٠٢	٦- باب خيار العيب
١١٨-١١٣	٧- باب المرابحة والتولية
١٢٩-١١٩	٨- باب الربا
١٣٣-١٣٠	٩- باب الاستبراء
١٥٤-١٣٤	١٠- باب السلم
١٧٣-١٥٥	١١- باب الصرف
١٩٨-١٧٤	٢- كتاب الشفعة
٢٢٣-١٩٩	٣- كتاب الإجارة ويشتمل على ستة أبواب هي:
٢٢٩-٢٢٤	١- باب الإجارة الفاسدة
٢٤٢-٢٣٠	٣- باب التعدي في الإجارة
٢٤٦-٢٤٣	٤- باب الاختلاف في الإجارة
٢٥٢-٢٤٧	٥- باب فسخ الإجارة
٢٥٧-٢٥٣	٦- باب الاستصناع
٢٩٠-٢٥٨	٤- كتاب الرهن ويشتمل على باب واحد وهو:
٢٩٠-٢٨٠	١- باب الجناية على الرهن
٣٢٦-٢٩١	٥- كتاب الوكالة
٣٥٥-٣٢٧	٦- كتاب الكفالة
٣٥٩-٣٥٦	٧- كتاب الحوالة
٣٨٠-٣٦٠	٨- كتاب الصلح
٤٠١-٣٨١	٩- كتاب الهبة، ويشتمل على باب واحد هو
٤٠٠-٣٩٣	١- باب الرجوع عن الهبة
٤٠٧-٤٠١	١٠- كتاب العارية
٤١٧-٤٠٨	١١- كتاب الوديعة
٤٣٦-٤١٨	١٢- كتاب الشركة
٤٥٧-٤٣٧	١٣- كتاب المضاربة
٤٧١-٤٥٨	١٤- كتاب المزارعة
٤٧٤-٤٧٢	١- باب المساقاة
٤٨٠-٤٧٥	١٥- كتاب الشرب
٤٨٥-٤٨١	١٦- كتاب إحياء الموات

٤٩٠-٤٨٥	١٧- كتاب الالتقاط
٤٩٨-٤٩١	١٨- كتاب اللقطة
٥٠١-٤٩٩	باب جعل الأبق
٥٠٤-٥٠٢	١٩- كتاب المفرد
٥١٣-٥٠٥	٢٠- كتاب الحجر
٥٢٨-٥١٤	٢١- كتاب الماذون
٥٤٠-٥٢٩	٢٢- كتاب الإكراه
٥٦١-٥٤١	٢٣- كتاب النصب
٥٨٦-٥٦٢	٢٤- كتاب الإقرار
٥٨٨-٥٨٧	مأخص باللغة الانجليزية
٥٩٣-٥٨٩	مصادر البحث ومراجعته

فهرس الآيات القوانية

١ أنتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض
٤١٢ ، ٤٠٨	إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها
١٩٩ إنني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين
٥٩ ، ٢١ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم
٢١ أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى
٥٤٠ ، ٥٣٠ إلا من أكره
٢٩١ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة
١٩٩ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض
٢٠٩ ، ٢٠٠ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن
٣٨١ فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه
٥١٠ فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم
١٥٣ فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون
٥٣٦ فمن تصدق به فهو كفارة له
٥٤١ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
٢٠٠ فلا جناح عليكم إذا سلمتم
١ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم
٤٧٥	قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم
١٩٩ قالت إحداهما يا أبت استأجره إن
٥٧٦ قالوا إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوط
١٤ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم
٦١ لها ما كسبت
٢٠٦ ، ٢٠ لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل
٥٢٩ من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه
١١٩ ، ٥٩ ، ٢٧ ، ١٤ واحلّ الله البيع وحرم الربا
٤٣٧ وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله
٢٥٨ ، ٢٠ وأشهدوا إذا تباعتم
٣٦٠ والصلح خير
١ وأن احكم بينهم بما أنزل الله
٢٠٠ وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم
٣٦٠ وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً

٥٣٦وان تعفوا أقرب للتقوى
٥١٣وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة
٢٥٨وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان
٥٣٥وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً
١وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً
٣٢٧وكفلها زكريا
٣٣٦, ٣٢٧ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم
٥٨٥ومن أحيائها فكأنما أحيى الناس جميعاً
٣٩٢ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن
٥٣٦ولا تقربوا الزنا
٢٥يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة
٢٠يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود
٥٦٢يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط
١١٩يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا الربا
١٢٦, ٢٠يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل
١١٩يحقق الله الربا ويربي الصدقات

فهرس الأحاديث النبوية

٧٥ أبلفني زبداً أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله
٦٣ إنفجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الصدقة
١٢٦ اتأخذ الصاع بالصاعين
٥٦٢ أحق ما بلغني عنك . قال وما بلغك عني
٤٠٨ ادّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك
٤٠ إذا اشترى أحدكم طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه
٩٠ ، ٥٣ إذا أنت بايعت فقل لا خلافة
٣٤٨ إذا تبايعتم بالعينة
٢٧ اشترى النبي صلى الله عليه وسلم من يهودي طعاماً إلى أجل
٢٥٨ اشترى رسول الله من يهودي طعاماً نسيئة
٤٨١ أشهد أن رسول الله قضى الأرض أرض الله والعباد عباد الله
٥٥٢ اطعميه الأسارى
٤٩٧ إعرف عفاصها ووكاءها ثم ع ها سنة
١٢٦ أكل تمر خبيز هكذا؟ فقال: لا والله
٣٨١ أكلّ ولدك نحلّت؟ قال: لا . قال: فارده
١٢٦ التمر بالتمر مثلاً بمثل
١٤٣ الحنطة بالحنطة
١٧٤ الجار أحق بسقبه
٢٠٥ الخراج بالضمان
١٣٠ التمر بالتمر
١٢٦ ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن
١٥٩ ، ١٥٥ ، ١٥٦ الذهب بالذهب إلا هاء وهاء
٣٩٤ الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها
٣٢٨ الزعيم غارم
١٧٤ الشريك أحق بالشفعة
٣٦٠ الصلح جائز بين المسلمين
٣٩٣ العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود
٤٠١ العازية مؤداة والمنيحة مردودة
١٢٢ الفضة بالفضة
٣٦٠ المسلمون عند شروطهم

٤٨٠ الناس شركاء في ثلاثة
٢١١ اقرأوا القرآن ولا تاكلوا به
٢٩١ امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أتصدق بجلال البدن
٧٨ إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة
١١٣ إن الله عز وجل قد أذن لي في الخروج
١٣٤ إنا كنا نسلف في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
٤١٨ إن الله يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن
٣٢٧ إن النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس
٤٧٢ إن النبي صلى الله عليه وسلم دفع نخل خيبر معاملة
٢٤ إن رسول الله نهى عن الملامسة والمنايذة
 إن لصاحب الحق مقالاً
٤١٨ إن الله يقول أن ثالث الشريكين
 إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه
٨٦ إنه استقطع الملح الذي يقال له مارب
٤٧ إنه مرّ بشاة ميتة فقال: هلاً
٥٩٢ إنني نحللت أبني
١٢٦ بع الجسم بالدرهم
٣١٣ تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء منكم
٣٨١ تهادوا تحابوا
٤٥٨ دفع نخل خيبر معاملة وأرضها
٥٠٥ رفع القلم عن ثلاثة
٥٤١ على اليد ما أخذت حتى تؤدي
٥٤١ على اليد ما أخذت حتى ترد
١٣٤ قدم الرسول صلى الله عليه وسلم المدينة والناس
١٧٤ قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم
٣٢٧ كافل اليتيم له أو لغيره أنا وهو
٤٠١ كان بالمدينة فزع فاستعار النبي صلى الله عليه وسلم فرساً
٥٠٥ كان لرجل على عهد رسول الله حق
١٧١ كل قرض جرّ نفعاً فهو رباً
١٤ كانت عكاظ ومجّة وذو المجاز
٤١٨ كنت شريك في الجاهلية فكنت
٣٨١ لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبتة

٥٥٤ ليس لعرف ظالم حق
١٥٥ لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء
٢٤ لا تلقوا الركبان
١٠٩ ، ١٠٢ لا تصروا الإبل والغنم ومن ابتاعها
٢٤ لا تناجسوا
١٨٤ ، ١٧٨ لا شفعة إلا في ربيع
١٧٤ لا ضرر ولا ضرار
٦٢ لا نذر لابن آدم إلا فيما يملك
٢٤ لا يبيع أحدكم على بيع بعض
٧٨ لا يحلّ سلف وبيع ولا شرطان
٢٤ لا يسم المسلم على سوم أخيه
١٧ لولا أن رسول الله أمرني أن أخطب إليكم
٤٨١ من أحاط حائطاً على أرض فهي له
٤٨٢ من أحيا أرضاً ميتة فهي له
٣٥٦ من أحيل على مليء فليتبعه
٩٦ من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار
٣٨٢ من أعمار رجلاً عمري
١٥٠ ، ٨٦ من أقال مسلماً أقاله الله عشرته
٣٥ من باع نخلاً قد أبرت
٣٥٦ مظل الغني ظلم فإذا
١٣٤ من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم
٥١ من فرق بين والدته وولدها
٤٨٢ من قتل قتيلاً فله
٤٥٨ من كان له أرض فليزرعها أو فليزرعها
٧٥ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع ما ليس عندي
١٣٠ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن توطأ حامل حتى تضع
٨٠ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة
٧٨ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط
٧٨ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف
٧٧ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحيلة
٧٧ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه
١٥٢ ، ٥٢ الصاعان

٢٢٥ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عصب الفحل
٢٢٧ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان
٤٥٨ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء المزارع
٢٥ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الملامسة والمنابذة
٢٥ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر
 نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب والسنور إلا
٤٢ كلب صيد
٣٢٨ ، ٣٢٧ هل عليه من دين قالوا: لا . فصلى عليه
٢٠٠ واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بني الدليل
٢١١ وإن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً
٤٧٨ وحریم بئر العطن أربعون ذراعاً
١١٣ وجاء رسول الله إلى أبي بكر فقال
١٠٢ ولا تصروا الغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين
٢٥ ولا تبع حاضر لباد
٢٩١ يا عمر قم فزوج رسول الله
٥١ يا علي ما فعل غلامك

الملخص

إسم الكتاب : دراسة وتحقيق كتاب الحاروي القدسي
 من كتاب البيوع إلى أول كتاب الدعوى
 إسم الطالب : محمد طعمه سليمان القضاة
 إسم المشرف : أ . د . ياسين درادكة

أما وقد من الله سبحانه وتعالى عليّ بالإنتهاء من تحقيق هذا الجزء من مخطوط الحاروي القدسي للإمام أحمد بن محمد بن نوح الغزنوي فإني قد توصلت إلى مايلي:

١- إن هذا المخطوط لم يحقق حتي هذه اللحظة بعد حسبما أعلم ، ولذا فقد عملت جاهداً على إخراجهِ إلى النور وتحقيقه بشكل علمي منظم ، فعملت على ضبط النص ، وتعريف كل عنوان كتاب فيه كالبيوع والإجارة والرهن... من حيث اللغة والإصطلاح مستشهداً ببعض الأدلة من كتاب الله الكريم والسنة النبوية المطهرة ، والإجماع مع ذكر الأماكن التي وردت فيها الآيات وتخريج الأحاديث النبوية الشريفة وعزوها إلى مصادرها الأصلية .

وقمت كذلك بإيضاح معاني الكلمات التي تحتاج إلى إيضاح مع تقديم ترجمة موجزة للإعلام والأماكن الوارد ذكرها في الرسالة .

ولما كان الإمام الغزنوي قد اعتمد على كتب الحنفية ، وبخاصة تلك التي وضعت قبل كتابه فقد إعتمدت عليها مرجعاً لتعلييل وشرح ما ورد في المخطوط من عبارات .

٢- يمتاز هذا المخطوط بدقة العبارة ، وحسن الترتيب حسب الأبواب الفقهية.

٣- إن إعتماد مؤلف المخطوط على ما كتبه فقهاء الحنفية الذين سبقوه

وبخاصة كتاب «مختصر الإمام القدوري» المسمى «الكتاب» ، وكتاب «الجامع الصغير» للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، وكتاب «خرانة الفقه وعيون المسائل» لأبي الليث السمرقندي ، وكتاب «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي ، وكتاب «بدائع الصنائع» للإمام الكاساني ، وكتاب «المبسوط» للإمام السرخسي ، يجعل كتاب مؤلفنا عبارة عن تجميع مواد من هذه الكتب وبخاصة الثلاثة الأولى منها .

٤- يبدو وجه الشبه واضحاً جلياً بين هذا المخطوط وكتاب «بداية المبتدي» للإمام المرغناني وليس ذلك بمستغرب إذ أن مؤلفيهما ماتا في عام واحد وهو عام ٥٩٢هـ ، والفرق بينهما أن صاحب كتاب «بداية المبتدي» قام بشرح المتن في كتاب الهداية ، في حين لم تطرأ أية تغييرات على المخطوط الذي بين أيدينا فيما عدا زيادات تقرب من ثلاثين بالمائة (٣٠٪) على كتاب الهداية مما يجعل كتاب الحاروي القدسي أوسع وأكثر شمولاً من كتاب صاحبه .

٥- يتضح جلياً من الإطلاع على المخطوط قلة ما يعتمد عليه المؤلف من أدلة مستمدة من كتاب الله أو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٦- كان الإمام الغزنوي ملتزماً بشكل كامل بمذهب الإمام أبي حنيفة إذ لم يتطرق قط إلى أي مذهب آخر في هذا الجزء من المخطوط .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الباب الأول

- دراسة عامة ويشتمل على ثلاثة فصول وهي .
- الفصل الأول : المقدمة ونبذة عن حياة المؤلف ومكانته العلمية .
- الفصل الثاني : نبذة عن الكتاب وأهميته ونسخه المخطوطة .
- الفصل الثالث : فقه الإمام الفزنوي ومنهجه من حيث :
- أ- الترتيب .
 - ب- مدى موافقته للحنفية .
 - ج- عمقه .
 - د- أدلته التي إعتد عليها .
 - هـ- الآراء التي إنفرد بها .

المقدمة

﴿رب اشرح لي صدري ويسر لي أمري، واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي﴾
 الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونتوب إليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا
 وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له.
 وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً صلى الله عليه وسلم قد
 بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة وتركنا على المحجة البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها
 إلا هالك.

أما بعد:

فقد قال الله تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا
 في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾ (١)
 وقال تعالى: ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة
 من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّ ضلالاً مبيناً﴾ (٢)
 ويقول تعالى: ﴿وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم واحذرهم ان يفتنوك عن
 بعض ما انزل الله إليك فإن تولوا فاعلم انما يريد الله ان يصيبهم ببعض ذنوبهم وإن كثيراً من
 الناس لفاسقون، انحكم الجاهلية يبغون ومن احسن من الله حكماً لقوم يوقنون﴾ (٣)
 فالمسلم هو الذي يطيع اوامر الله سبحانه وتعالى في العسر واليسر، في السر والعلن، في
 كل شيء من عبادات ومعاملات واحوال شخصية وانظمة حكم وما إلى ذلك.
 وقد ذم الله بني إسرائيل، لأنهم كانوا يؤمنون ببعض الكتاب ويكفرون ببعض فقال تعالى:
 ﴿انؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض فما جزاء من يفعل ذلك منكم إلا خزي في الحياة
 الدنيا ويوم القيامة يردون إلى اشدّ العذاب وما الله بغافل عما تعملون﴾ (٤)
 فالإسلام كل لا يتجزأ، وينجب أن يفهم هكذا، ولا يجوز لنا أن نحتكم إلى الإسلام في
 الأحوال الشخصية ونحتكم في المعاملات إلى القوانين الرضعية لأن هذا مما يجلب علينا
 المصائب والصعاب.

ولذا وبعد توفيق الله تعالى شرعت في كتابة هذه الرسالة المتواضعة بعنوان «دراسة وتحقيق
 كتاب الحياوي القدسي من كتاب البيوع إلى آخر كتاب الإقرار» للإمام أحمد بن محمد بن
 نوح الغزنوي، والتي أرجو من الله تعالى أن أكون قد وفقت فيها.

إن هدفي من هذا البحث أن أخرج إلى النور كترأ من تراثنا الإسلامي العظيم، علماً بأن

(١) النساء/ ٦٥

(٢) الأحزاب/ ٣٦

(٣) المائدة/ ٤٩-٥٠

(٤) البقرة/ ٨٥

ملايين المخطوطات ما زالت غير منشورة ولا محققة، وهي تحتاج إلى جهد كبير حتى تصل إلينا.

وكتاب الحاوي القدسي الذي يبحث في الفقه الحنفي لم يقم أي من العلماء أو طلاب العلم بدراسته وتحقيقه وإخراجه على شكل كتاب للناس حسب علمي. هذا وقد قسمت بحثي إلى باين.

الباب الأول.

دراسة عامة ونشتمل على ثلاثة فصول هي:

الفصل الأول: نبذة عن حياة المؤلف ومكانته العلمية.

الفصل الثاني: نبذة عن الكتاب وأهميته ونسخه المخطوطة.

الفصل الثالث: فقه الإمام الغزنوي ومنهجه من حيث:

أ- الترتيب.

ب- مدى موافقته للحنفية.

ج- عمقه.

د- أدلته التي اعتمد عليها.

هـ- الآراء التي انفرد بها.

الباب الثاني

التحقيق مع بيان الأدلة ومناقشة الآراء الفقهية المختلف فيها ويشتمل على أربعة وعشرين كتاباً يشتمل كل منها على أبواب وفصول:

١ - كتاب البيوع: ويشتمل على أحد عشر باباً وهي:

١ - باب البيوع الجائزة.

٢ - باب البيوع الفاسدة مطلقاً أو للشروط.

٣ - باب الإقالة.

٤ - باب خيار الرؤية.

٥ - باب خيار الشرط.

٦ - باب خيار العيب.

٧ - باب المرابحة والتولية.

٨ - باب الربا.

٩ - باب الاستبراء.

١٠ - باب السلم.

١١ - باب الصرف.

٢ - كتاب الشفعة.

- ٣ - كتاب الإجارة ويشتمل على ستة أبواب هي:
- ١ - باب استحقاق الأجرة.
 - ٢ - باب الإجارة الفاسدة.
 - ٣ - باب التعدي في الإجارة.
 - ٤ - باب الاختلاف في الإجارة.
 - ٥ - باب فسخ الإجارة.
 - ٦ - باب الاستصناع.
- ٤ - كتاب الرهن: ويشتمل على باب واحد هو:
- ١ - باب الجناية على الرهن.
 - ٥ - كتاب الوكالة.
 - ٦ - كتاب الكفالة.
 - ٧ - كتاب الحوالة.
 - ٨ - كتاب الصلح.
- ٩ - كتاب الهبة، ويشتمل على باب واحد هو:
- ١ - باب الرجوع عن الهبة.
 - ١٠ - كتاب العارية.
 - ١١ - كتاب الوديعة.
 - ١٢ - كتاب الشركة.
 - ١٣ - كتاب المضاربة.
 - ١٤ - كتاب المزارعة: ويشتمل على باب واحد.
 - ١ - باب المساقاة.
 - ١٥ - كتاب الشرب.
 - ١٦ - كتاب إحياء الموات.
 - ١٧ - كتاب الالتقاط.
 - ١٨ - كتاب اللقطة: ويشتمل على باب واحد هو:
 - ١ - جعل الأبق.
 - ١٩ - كتاب المفقود.
 - ٢٠ - كتاب الحجر.
 - ٢١ - كتاب المأذون.
 - ٢٢ - كتاب الإكراه.
 - ٢٣ - كتاب الغصب.
 - ٢٤ - كتاب الإقرار.

ثمّ الخاتمة فترجمة باللغة الإنجليزية لمحتوى الرسالة، ثمّ مصادر البحث ومراجعته، ثمّ الفهارس للإيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، وأخيراً فهرس الموضوعات. وفي الختام لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر العظيم والتقدير لأستاذي الفاضل د. ياسين درادكه على تفضله بالإشراف على رسالتي، كما أشكر أساتذتي الكرام الذين سناقشون هذه الرسالة ليزيدوها تنقيحاً وتدقيقاً فتكون بعد ذلك جديرة بأن تطبع بشكل أكمل، لأنها لا تخلو من الأخطاء، لأن الإنسان مهما من علم فسيفي ناقصاً لا يستطيع أن يحيط بكل شيء.

كما أشكر أستاذي الفاضل د. ماجلاً أبا رخيّه الذي آثرني بهذه المخطوطة على نفسه فجزاه الله خير الجزاء.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

حياة الإمام الغزنوي

أتكلم في هذه الترجمة الموجزة عن علم من أعلام المسلمين، وإمام عظيم من أئمة هذا الدين، هذا العالم الذي أبدع في فنون العلم الشرعي من أصول اعتقاد، وأصول فقه، وفقه، وحديث، هذا الإمام هو الإمام الغزنوي وفيما يلي لمحة موجزة عن حياته:

١ - اسمه

الإمام أحمد بن محمد بن محمود بن سعيد بن نوح القابسي الغزنوي الحنفي (١) وهذه الترجمة هي أوسع ما كتب عنه، ولكن نلاحظ في بعض الكتب بعض الاختصار. ففي كشف الظنون لم يذكر اسم سعيد في السلسلة وفي الطبقات السنية لم يذكر في السلسلة نوح.

وفي تاج التراجم لم يذكر في السلسلة نوحاً وزاد عن بقية المترجمين الكاشاني والواقع أن هذا خطأ لأن الإمام الكاشاني هو شيخه لا هو.

وقال صاحب «نزهة البهية» رأيت على ظهر نسخة منه أن مصنفه الإمام محمد الغزنوي (٢). والملاحظ من خلال كتب التراجم أن اسمه أحمد وليس محمداً.

٢ - ولادته ووفاته

لم تشر كتب التراجم إلى تاريخ ولادته إطلاقاً، وأما بالنسبة لوفاته فقد ذكر معظم علماء التراجم أنه توفي سنة ٥٩٣ هـ في مدينة حلب، ودفن بمقابر الفقهاء الحنفية قبل مقام إبراهيم عليه السلام (٣)، وهناك رواية أخرى تقول: إن وفاته كانت سنة ٦٠٠ هـ (٤).
وأكثر مرداهات على أنه توفي سنة ٥٩٢ هـ

(١) هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون اسماعيل باشا البغدادي ج١: ٨٩،

وانظر الفوائد البهية ٤٠، ٢٤٧، وانظر تاريخ الأدب العربي بروكلمان ج٦: ٣٣ وانظر كشف الظنون

ج١: ٦٢٧ وانظر الطبقات السنية في تراجم الحنفية ج٢: ٨٩ - ٩٠.

(٢) الفوائد البهية، ٢٤٧. سليمان محمد عبد الحسي اللكنوي الصدي

(٣) الطبقات السنية في تراجم الحنفية ج٢: ٨٩ - ٩٠.

(٤) الفوائد البهية: ٤٠.

٣ - نسبته

سُمي الإمام الغزنوي بهذا الاسم نسبة إلى بلدة غزنة من أول بلاد الهند كما ذكره الصنعاني.

وسمي بالحامري القدسي لأنه صنف كتابه الحاوي في مدينة القدس (١)

٤ - أشهر كتبه

للإمام الغزنوي مجموعة من الكتب في مختلف الفنون وفيما يلي عرض لأسماء الكتب التي وصلت إلينا من خلال كتب التراجم وهي:

- ١ - الحاوي القدسي وهذا الكتاب يشتمل على ثلاثة رسائل هي:
 - أ- رسالة في أصول الاعتقاد تتكون من ١٥ صفحة تقريباً.
 - ب- رسالة في أصول الفقه تتكون من ١٥ صفحة تقريباً.
 - ج- الحاوي في الفروع ويتكون من ٢٤٦ صفحة في كل صفحة ٣٠ سطراً.
- ٢ - روضة اختلاف العلماء أو الروضة في اختلاف العلماء.
- ٣ - روضة المتكلمين في أصول الدين.
- ٤ - عقائد الغزنوي.
- ٥ - كتاب الأصول في الفقه.
- ٦ - مختصر روضة المتكلمين أو المنتقى من روضة المتكلمين.
- ٧ - المقدمة الغزنوية وهي مقدمة في العبادات.
- ٨ - التنف في الفتاوي (٢)
- ٩ - أحاديث الأحكام.
- ١٠ - المنتقى من روضة الشهاب وفيه ١٠٨٤ حديثاً (٣).

(١) الفوائد البهية: ٤٠، وانظر كشف الظنون ج١: ٨٩

(٢) هدية العارفين: ج١: ٨٩، وانظر التراجم السنية ج٢: ٨٩ - ٩٠ وانظر تاج التراجم: ١٠ وانظر

كشف الظنون ج١: ١٢٧، ٦٢٧ وانظر تاريخ الأدب العربي بروكلمان ج٦: ٣٣٠.

(٣) تاريخ الأدب العربي بروكلمان ج٦: ٣٣٠.

٥ - شيوخه

من أعظم شيوخه الذين تفقه عليهم ملك العلماء الإمام الكاساني الذي كان الغزنوي معيد درسه كما تفقه على محمد بن يوسف بن محمد بن علي بن محمد بن علي العلوي الحسيني، وبلغ الرئاسة في المذهب ثم أخذ عن أبي بكر صاحب البدائع عن علاء الدين صاحب تحفة الفقهاء عن صدر الإسلام أبي اليسر البزدوي (١).

٦ - تلاميذه

لم أعر في كتب التراجم إلا على ذكر تلميذ واحد له وهو حسن بن علي النحوي (٢).

٧ - مكانته العلمية

من خلال دراسة شيوخه الذين درس عليهم نعرف مكانته العلمية، فقد كان معيد درس الإمام الكاساني صاحب البدائع، وما وصل إلى هذه الرتبة إلا بسبب علمه الغزير، والإمام الغزنوي كان عالماً بفتون العلم الشرعي، فهو عالم في أصول الاعتقاد وهذا ما نلاحظه من خلال مؤلفاته في العقيدة وعلم الكلام، وهو عالم في أصول الفقه، وهو عالم في الحديث الشريف فقد ألف كتابين في الحديث، وفوق ذلك كله فهو عالم بجميع أبواب الفقه بل أبدع في كتابه الحاوي، وذكر الكثير من التعاريف والمصطلحات التي لم يسبقه إليها أحد. والإمام الغزنوي بلغ الرئاسة في المذهب الحنفي في عصره (٣).

(١) انظر الطبقات السنية ج٢: ٨٩ - ٩٠ وتاج التراجم: ١٠ والفوائد البهية: ٤٠ .

(٢) الفوائد البهية: ٢٤٧ .

(٣) الطبقات السنية ج٢: ٨٩ - ٩٠ وانظر تاج التراجم: ١٠

الفصل الثاني

نبذة عن الكتاب وأهميته ونسخ المخطوطة

سأستعرض فيما يلي نبذة موجزة عن كتاب الحاوي القدسي من حيث نسبه إلى مصنفه وأهميته ومنهجه في الكتابة.

١ - نسبة الكتاب إلى الإمام القدسي:

كتاب الحاوي القدسي هو للإمام أحمد بن محمد بن نوح بن سعيد القاسبي الغزنوي والدليل على ذلك أن مجموعة كبيرة من أصحاب كتب التراجم قد نسبته إليه مثل:

١- كتاب تاريخ الأدب العربي لبوكلمان (١).

ب- كتاب كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون حاجي خليفة (٢).

ج- كتاب هدية العارفين وأسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون اسماعيل باشا البغدادي (٣).

د- كتاب الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي الهندي (٤).

٢ - أهمية الكتاب ومنهجه:

الكتاب ذو أهمية كبيرة فهو كتاب شامل جمع بين أصول الاعتقاد وأصول الفقه، وفروع الفقه المختلفة من الطهارة إلى كتاب (الحمل) وتأتي أهميته من حيث الترتيب فقد رتبته على شكل كتب ثم قسم الكتاب إلى أبواب وقسم الأبواب إلى فصول مختلفة.

كما وتنبع أهميته من حيث أنه يعتبر من أسهل كتب الحنفية من حيث سهولة العبارة رغم أنه من المتقدمين.

ويقول مؤلف كشف الظنون عن هذا الكتاب: «أوله الحمد لله الذي هدانا لهذا الإسلام... الخ وجعله على ثلاثة أقسام: قسم في أصول الدين، وقسم في أصول الفقه، وقسم في الفروع، وأكثر فيها من ذكر الفروع المهمة في كراريس يسيرة» (٥).

هذا وقد اعتمد ابنه عابد بن أبيه نجيم بن كتيبة على كتاب (الحاوي لقرني)

(١) ج٦ : ٣٣٠

(٢) ج١ : ٦٢٧

(٣) ج٥ : ٨٩

(٤) ص : ٢٤٧

(٥) كشف الظنون حاجي خليفة ج١ : ٦٢٧

٣ - نسخ المخطوط:

لقد حصلت على ثلاث نسخ من المخطوط وفيما يلي توضيح لمصدرها ووصف لها من حيث الخط.

١ - نسخة مصورة عن مكتبة الأوقاف العامة ببغداد رقم الفلم ٣٤٦٣ وتقع في ٢٤٧ ورقة تشتمل كل منها على صفتين بخط كبير لكنه غير واضح بشكل جيد إلا أنها معروضة.

٢ - نسخة مصورة عن نسخة دار الكتب الظاهرية بدمشق رقم ٤٢٣٠ وتقع في ١٨١ ورقة كل ورقة تشتمل على صفتين في كل صفحة ٣١ سطرًا وخط هذه النسخة واضح.

٣ - نسخة مصورة عن مكتبة دار الكتب المصرية رقم التصنيف ١٤٥ ورقم شريط الميكروفيلم ٣٦٥٦١ فقه حنفي وتقع في ١٣٨ ورقة، في كل ورقة صفتان في كل صفحة ثلاثون سطرًا وتمتاز بوضوح الخط وجماله ما عدا ثلاثة أسطر فقط. وهذه النسخة هي التي نسختها أول مرة.

الفصل الثالث

فقه الإمام الغزنوي ومنهجه من حيث:

١- الترتيب

قام الإمام الغزنوي بترتيب كتابه بشكل رائع، فبدأ برسالة في أصول الاعتقاد، ثم برسالة في أصول الفقه، ثم بالفروع الفقهية، حيث اشتمل على ثمانية وأربعين كتاباً فقهياً، كل كتاب يحتوي في الغالب على مجموعة من الأبواب والفصول، فمثلاً كتاب الطهارة وحده يشتمل على ثلاثة عشر باباً، وكل باب يشتمل على مجموعة من الفصول.

وكان ترتيبه منظماً فبدأ بكتاب الطهارة ثم الصلاة، ثم الزكاة، ثم الصوم، ثم الحج، ثم النكاح وهكذا. مع هذه (بمعنى) إلا أنه زاد عليه رسالة في أصول الاعتقاد ورسالة في أصول الفقه.

٢- مدى موافقته للحنفية

اعتمد الإمام الغزنوي في كتابه "الحاوي" اعتماداً كبيراً على كتب الحنفية التي سبقته. ومنها كتاب "الكتاب" للإمام القدوري وكتاب "بدائع الصنائع" للإمام الكاساني وهو شيخه وكان هو معيد درسه، كما اعتمد على كتاب "تحفة الفقهاء" للإمام السمرقندي، وكتاب "المبسوط" للإمام السرخسي، وكتاب "خزانة الفقه وعيون المسائل" للإمام أبو الليث السمرقندي، وكتاب "الجامع الصغير" للإمام محمد بن الحسن. فهو موافق للحنفية بشكل كامل لا يخالفهم في شيء.

٣- عمقه

اعتمد الإمام الغزنوي في كتابه كما هو في حال كتاب "الهداية" على كتب الحنفية السابقة كما ذكرت في مدى موافقته للحنفية يطرأ على ما لا يقل عن ٥٠٪ من كتابه ما جاء في كتاب "الكتاب" للإمام القدوري كما هو حال الإمام المرغناني صاحب الهداية، ولم أستطع أن أرجح من نقل منهما عن الآخر وبخاصة أنهما ماتا في السنة نفسها وهي ٥٩٣هـ (١)، غير أن الإمام المرغناني شرح كتاب "بداية المبتدئ" في الهداية. ٦٨٩ - ٤٤٠

هذا مع العلم أن كتاب الحاوي القدسي أوسع من الهداية، لأن الإمام الغزنوي أخذ بقية الآراء الفقهية الموجودة في هذا الكتاب من بدائع الصنائع نظراً لأن الإمام الكاساني هو شيخه بل هو معيد درسه، ولذا فقد تأثر به وبكتابه البدائع.

ثم وجدت عبارات كثيرة نقلت حرفياً من كتاب "تحفة الفقهاء" للإمام السمرقندي، وكذلك من كتاب "المبسوط" للإمام السرخسي وغيرهما من الكتب، وكذلك الحال بالنسبة لكتاب "خزانة الفقه وعيون المسائل" وكتاب "الأصل" وكتاب "الجامع الصغير". فالكتاب في الغالب هو تجميع من كتب الحنفية المتقدمة، إلا أن الإمام الغزنوي قام بترتيبها

بأسلوب سهل، وعبارة دقيقة.

٤- الأدلة التي اعتمد عليها

لقد قمت بنسخ نصف المخطوط، والملاحظ فيما نسخته قلة الأدلة من القرآن أو السنة التي اعتمد عليها، فالأحاديث التي أوردها في نصف المخطوط لا تتجاوز عشرين حديثاً، وكذلك الحال بالنسبة للآيات القرآنية فهي لا تتجاوز عشر آيات. ويمكن القول إنه كان قليل الذكر للأدلة بشكل عام، وكأنما هو متن تركه للشرح ليشرحوه ويضعوا الأدلة عليه. أما بالنسبة لرسالة أصول الاعتقاد فالأدلة عليها كثيرة جداً من القرآن الكريم لا تكاد تخلو صفحة واحدة منها.

٥- الآراء التي انفرد بها

لم أعثر في هذا الجزء الذي قمت بتحقيقه وهو ربيع الكتاب على أية مسألة انفرد بها وهذا حسب اطلاعي المتواضع. ولكن نجده انفرد في بعض التعاريف بحسب رسالة أصول الفقه فعرف الملك بقوله: «الاختصاص الحاجز» (١).

(١): المخطوطة نسخة ب ص: ١٤/ب

عملي في التحقيق

- يتلخص عملي في تحقيق هذا الجزء من المخطوط في الأمور التالية :-
- ١- ضبط النص: وذلك بالمقارنة بين نسخ المخطوط وقد اعتمدت النسخة «ج» وجعلتها هي الأصل، وما كان من زيادة، أو نقصان، أو اختلاف بينها وبين بقية النسخ أشرت إليه بالهامش بالرمز «ا» لنسخة مكتبة الأوقاف العامة ببغداد، والرمز «ب» لنسخة دار الكتب الظاهرية بدمشق.
 - ٢- تخريج الآيات والأحاديث الواردة في المخطوط وإرجاعها إلى أصلها مع بيان تخريج الحديث من حيث الإشارة إلى الكتب التي تين قوته أو ضعفه وما إلى ذلك.
 - ٣- ضبط الألفاظ الغريبة وبيان معانيها.
 - ٤- ترجمة موجزة للأعلام الواردة في الكتاب.
 - ٥- ترجمة موجزة للأماكن والكتب الواردة في الكتاب.
 - ٦- ذكر الأدلة في مقدمة كل كتاب، وحيثما اقتضى الأمر ذلك.
 - ٧- ذكر آراء فقهاء الحنفية في المسائل المختلف فيها وذلك بالرجوع إلى كتبهم.
 - ٨- اعتمدت على المذهب الحنفي في هذا المخطوط ولم أتطرق في الغالب إلى أي مذهب فقهي آخر، لأن الإمام الغزنوي لم يتطرق في حاويه إلى أي منها إلا في بعض المسائل في الميراث.
 - ٩- اعتمدت على الكتب السابقة للإمام الغزنوي بشكل كبير جداً، ولم أبحث بشكل واسع في الكتب التي جاءت بعده.
 - ١٠- عملت فهرس تفصيلية للكتاب وتشتمل على :-
 - أ- فهرس للآيات القرآنية.
 - ب- فهرس للأحاديث النبوية.
 - ج- فهرس الموضوعات.

كتاب البيوع (١)

العقود الشرعية التي شرعت لتمليك الأعيان المالية ومنافعها بعوض، وبغير عوض أنواع:

- فالبيع منها: لتمليك الأعيان بعوض.
- والإجارة: لتمليك المنافع بعوض.
- والصدقة: لتمليك الأعيان أو المنافع بغير عوض.
- والهبة: لتمليك الأعيان بغير عوض وبعوض.
- والإعارة: لتمليك المنافع بغير عوض.
- والرصية: لتمليك الأعيان أو المنافع بعد الموت بغير عوض.

(١) البيع في اللغة: الأصل في البيع مبادلة مال بمال، وأطلق على العقد مجازاً لأنه سبب التمليك والتملك. المصباح المنير: ٢٧.

وفي الإصطلاح: هو «مبادلة المال بالمال» شرح فتح القدير ج٦: ٢٤٧

وزاد الزيلعي في تعريفه كلمة بالتراضي، نصب الراية ج٤: ٢، وانظر البحر الرائق ج٥: ٧٧.

وعرفه ابن عابدين بقوله: «مبادلة شيء مرضوب فيه بمثلته على وجه مفيد». رد المحتار على الدر

المختار ج٤: ٤

والأدلة على مشروعية عقد البيع كثيرة منها:

أ- قوله تعالى: «وأحل الله البيع وحرم الربا». البقرة/ ٢٧٤.

ب- وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «كانت عكاظ ومجنته وذو المجاز أسواقاً في الجاهلية، فلما كان الإسلام تأثموا من التجارة فيها، فأنزل الله: «ليس عليكم جناح» في مواسم الحج. قرأ ابن عباس كذا، فتح الباري ج٤، ٣٢١ والآية من سورة البقرة/ ١٩٧.

ج- وأجمعت الأمة على جواز البيع والشراء. انظر تحفة الفقهاء ج١: ٥

د- والمقول: أن الحاجة ماسة إلى شرعيته، فإن الناس محتاجون إلى تبادل السلع والطعام والشراب الذي في أيدي بعضهم ولا طريق لهم إلا البيع والشراء، فإن ما جبلت عليه الطباع من الشح والفضة وحب المال يمنعهم من إخراجه بغير عوض، فاحتاجوا إلى المعاوضة فوجب أن يشرع دفعاً لحاجته. الاختيار ج٢: ٣.

ومعنى العوض: هو الدنياوي (١)
 والبيع أربعة أنواع (٢): نافذ، وموقوف، وفاسد، وباطل.
 فالنافذ: مبادلة المال بالمال الصحيح الخالي عن المفسد.
 والموقوف: بيع ملك الغير كذلك بغير إذنه.
 والفاسد: مبادلة المال المتقوم بغير المتقوم، كبيع الدار بالخمر، أو الخنزير، أو ما تمكن فيه
 مفسد آخر.
 والباطل: مبادلة غير المال بالمال، أو بغير المال، كبيع الحرّ بالعبد أو بالحر، أو ما يبطل
 لمعنى آخر كالافتراق عن مجلس الصرف، والسلم قبل القبض.

(١) الدنياوي: من دنا منه من باب سماء، وسميت الدنيا لدنوها، والجمع الدنا مثل الكبرى، والنسبة إليها
 دنياوي وقيل دنوي ودني. مختار الصحاح ٢١٢.

(٢) وقسمه الإمام السمرقندي إلى قسمين: بيع نافذ، وبيع موقوف، انظر تحفة الفقهاء ج١: ٢٤.
 وقسمه ابن نجيم بطل ما يسميه الإمام الغزنوي نفسه فقال: «وأما أنواعه فبالنظر إلى مطلق البيع أربعة: نافذ،
 وموقوف، وفاسد، وباطل.»

فالنافذ: ما أفاد الحكم للحال.

والموقوف: ما أفاده عند الإجازة.

والفاسد: ما أفاده عند القبض.

والباطل: ما لم يفده أصلاً: انظر البحر الرائق ج٥: ٢٨٢.

وقسمه أبو الليث السمرقندي من حيث الصحة وعدمها إلى ثلاثة أقسام:

١- صحيح وهو المعروف فيما بين الناس.

٢- وبيع فاسد لدخول الجهالة، أو الشرط الفاسد فيه

٣- وبيع باطل لدخول الحرام فيه. خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٢٤

- فالأول (١): يفيد الملك في (الحال) (٢).
 (والثاني (٣): بعد الإجازة.
 والثالث (٤): (بعد) (٥) القبض.
 والرابع (٦): لا يفيد الملك أصلاً (٧).
 ثم البيع يتعقد بالإيجاب والقبول اللفظي، أو ما قام مقامهما (٨).

(١) أي البيع النافذ وهو: أن يوجد الركن مع وجود شرط الانعقاد والنفذ جميعاً. انظر تحفة الفقهاء

ج١: ٣٤.

(٢) (الحال): في ب، ج، وفي الأصل وهو (صحيح

(٣) أي البيع الموقوف وهو: أن يوجد الركن مع وجود شرط الانعقاد والأهلية، لكن لم يوجد شرط النفاذ

وهو الملك والولاية، تحفة الفقهاء ج١: ٣٤.

(٤) أي البيع الفاسد: وهو ما إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالباع فاسد كالبيع بالميتة والدم

والخنزير. انظر الهداية ج٣: ٤٦.

أو هو المشروع بأصله دون وصفه. انظر التعليق الميسر على ملتقى الأبحر ج٢: ١٩.

(٥) (بعد): في أ، ج، وفي ب قبل (صحيح بعد

(٦) أي الباطل، وهو غير مشروع بأصله ولا بوصفه، وهو لا يفيد الملك بوجه. انظر التعليق الميسر على

ملتقى الأبحر ج٢: ١٩.

(٧) (والثاني: بعد الإجازة... لا يفيد الملك أصلاً): في ب، ج وساقطة من أ.

(٨) فهو يتعقد بكل لفظ ينشئ عن التحقيق كبعث أو اشترت، أو رضيت أو أعطيتك، أو خذه بكذا،

والإرسال والكتاب كالخطاب. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤: ٤، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥، وانظر

اللباب في شرح الكتاب ج٢: ٣، وانظر الهداية ج٣: ٢٤

وينبغي أن (يكونا) (١) بلفظ الماضي كقوله: بعته، واشتريت حتى ينعقد العقد بدون النية. (٢).

وكذا سائر العقود إلا النكاح (إذا) (٣) قال: زوجني. (فقال) (٤) زوجتك. فإنه يجوز استحساناً إذا كان أحد لفظيه (ماضياً) (٥) والآخر مستقبلاً وإن لم ينو (٦).
فإذا قال البائع: بعته منك هذا بكذا، (وقال) (٧) المشتري: اشتريت أو قبلت،

(١) (يكونا): في حـ وفي أ، ب يكون.

(٢) وينعقد العقد من غير النية، كان يكون اللفظان بصيغة الماضي، نحو أن يقول البائع: بعته منك هذا العبد بكذا، فقال المشتري: ابتعت أو اشتريت، أو ما يؤدي معناه - لأن هذا في عرف أهل اللغة والشرع مستعمل لإيجاب الملك للحال بمعرض، وإن كان بصيغة الماضي.
وكذا إذا بدأ المشتري فقال: اشتريت منك هذا العبد بكذا، فقال البائع: بعته منك أو أعطيته أو بطلته، أو رضيت أو هو لك.

تحفة الفقهاء ج١: ٢٩، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٢٤٨ - ٢٤٩، وانظر تبين الحقائق ج٤: ٤،
وانظر الهداية ج٣: ٢٤، وانظر اللباب ج٢: ٣.

(٣) (إذا): في ب، ج وساقطة من أ

(٤) (فقال): في ب، ج وفي أ قال.

(٥) (ماضياً): في ب، ج وساقطة من أ.

(٦) لأن قوله: بع أو اشتر طلب الإيجاب، وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولاً فلم يوجد إلا أحد الشطرين فلا يتم الركن، ولهذا لا ينعقد بلفظ الاستهزام لكون الاستهزام سؤال الإيجاب، والقبول لا إيجاباً وقبولاً كذا هذا، وهذا هو القياس في النكاح إلا أنا استحسنا في النكاح بنص خاص وهو ما روى أبو يوسف: أن بلالاً خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجه. فقال: لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب إليكم لم أخطب، فقالوا له: أملكك الأثار: أبو يوسف: ص ٤٧. ولم ينقل أن بلالاً قال: قبلت فتركنا القياس هناك بالنص، ولا نص في البيع فوجب العمل بالقياس.

ولأن هذه الصيغة مساومة حقيقية فلا تكون إيجاباً وقبولاً حقيقة بل هي طلب الإيجاب والقبول فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما، ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في باب النكاح، لأن المساومة لا توجد في النكاح عادة فحملت على الإيجاب والقبول.

على أن الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوج ابنتك مني شرط العقد، فلو لم يجعل شرط العقد لتضرر به الولي لجواز أن يزوج، ولا يقبل الخاطب فيلحقه الشين فجعلت شرطاً لضرورة دفع الضرر عن الأولياء.

وهذا المعنى في باب البيع منعدم فبقيت سؤالاً فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشرط الآخر. بدائع الصنائع ج٥: ١٣٣-١٣٤، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٢٤٩ - ٢٥٠، وانظر الهداية ج١: ٢٠٦، وانظر المبسوط

ج١٢: ١٠٩

(٧) (وقال) في أ وفي ب، ج أو قال.

أو أجزت، أو فعلت، أو رضيت، وسمع كل واحد منهما قول الآخر وفهم انعقد البيع (١).

وكذا إذا بدأ المشتري (وقال) (٢) اشترت منك هذا (فقال) (٣) البائع بعثت منك أو أعطيت، أو رضيت، أو أمضيت (٤).

وإن قال للبائع: بعني. فقال: بعثت (لم) (٥) يتم البيع حتى يقول المشتري قبلت ونحوه (٦).

(١) لأن هذا في عرف أهل اللغة والشرع مستعمل لإيجاب الملك للحال بموض، وإن كان بصيغة الماضي.

تحفه الفقهاء ج١: ٢٩ وانظر الهداية ج٣: ٢٤

(٢) (وقال): في أ وفي ب، ج أو قال.

(٣) (فقال): في أ، ب وفي ج وقال.

(٤) انظر رقم (١) في الصفحة نفسها.

(٥) (لم): في ب، ج وفي أ حتى.

(٦) انظر تعليق ذلك في صفحة (١٧) تحت رقم (٦).

وكذا (إذا) (١) قال البائع: اشتر مني (هذا) (٢)، فقال: اشترت. لم يتم حتى يقول البائع بعث، أو ما يقوم مقامه (٣).

وكذا إذا وجد اللفظان من ركن واحد لم يتم البيع أيضاً، فإن من قال لغيره أو كتب إليه بعث عبدك فلاناً (مني) (٤) بكذا. فقال: أو كتب بعث لم يصح. ولو قال: اشترت، أو كتب فكتب بعث صح (٥).

(١) (إذا): في ب، ج وساقطة من أ

(٢) (هذا): في ب، ج وساقطة من أ.

(٣) لأن قوله بعني واشتر ليس بإيجاب وقبول، وإنما هو أمر، فإذا قال: بعث أو اشترت فقد وجد شرط

المقد، فلا بد من وجود الآخر لتمام الاختيار جـ ٢: ٤، وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ٣٠ وانظر تبين الحقائق

شرح كنز الدقائق جـ ٤: ٤. وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٣٣

(٤) (مني) في أ، ب وساقطة من جـ

(٥) لأن شرط المقد لا يتوقف فيه بالإجماع، ولو كتب إلى رجل: أما بعد: فقد بعث عبدي فلاناً منك

بكذا، فلما بلغه الكتاب وقراه وفهم ما فيه وقبل في المجلس صح البيع. انظر حاشية الطحطاوي على الدر

المختار جـ ٣: ٧، وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ٣٢، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٣٥.

وإذا أوجب أحد المتعاقدين العقد، فالآخر بالخيار، إن شاء قبل، وإن شاء ردّ أو سكت (١).

وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب (٢).
وإذا حصل الإيجاب والقبول في البيع الصحيح لزم البيع، ثم لا خيار لواحد منهما في المجلس وبعده إلا من عدم رؤية أو عيب (٣).

(١) وهذا خيار القبول، لأنه لو لم يثبت له الخيار بلزمه حكم البيع من غير رضاه، وإذا لم يُفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوّه عن إبطال حق الغير، وإنما يمتد إلى آخر المجلس، لأن المجلس جامع المترقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر. الهداية ج٣: ٢٤، وانظر حاشية ابن عابدين ج٤: ١١، وانظر اللباب في شرح الكتاب، ج٢: ٤، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٢٥٣ - ٢٥٤

(٢) لأن القيام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه، وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع، ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية. الهداية ج٣: ٢٤، وانظر اللباب ج٢: ٤، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٣٧ وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٢٥٦.

(٣) لأن في الفسخ إبطال حق الغير فلا يجوز.

ولقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا، أوفوا بالعقود﴾ المائدة/١ وهذا عقد قبل التخيير.

﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ النساء/٢٩، وبعد الإيجاب والقبول تصدق^{كعربها} تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير.

وقوله تعالى: ﴿وأشهدوا إذا تباعتم﴾ البقرة/ ٢٨٢، وهذا أمر بالتوثيق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع، والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالاً لهذه النصوص ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار.

انظر شرح فتح القدير ج٦: ٢٥٨، وانظر الهداية ج٣: ٢٥، وانظر اللباب في شرح الكتاب ج٢: ٤ - ٥

وينعقد البيع بالتعاطي (١) يداً بيد في خسائس (٢) الأشياء بدون الايجاب والقبول اللفظي، وكذا في نفائسها في رواية محمد (٣) (رحمه الله) (٤) ونص عليه.
وفي المشهور من الرواية: أنه لا يصح في النفائس، وقول محمد أصح لأنه تجارة عن تراض (٥).

ويطل مجلس البيع بما يطل مجلس المخيرة (٦)، وشطر البيع لا يتوقف وراء المجلس بالإجماع، وكذا شطر الاجارة، والهبة، والكتابة (٧).

(١) التعاطي: العطيّة ما تعطيه والجمع العطايا والمعاطاة من ذلك لأنها مناوله. المصباح المنير: ١٥٨ .
ولعني لعلنا وله رضى ابر ياخذ حيلمة رديطيه صحتها ربه محمدم .

(٢) خسائس: جمع خسيسة وهو ما حقر ورذل ويقال: شيء خساس: خسيس تافه. المعجم الوسيط:

ج١: ٢٣٣ .

(٣) محمد بن الحسن الشيباني أصله من قرية بدمشق يقال لها حرستا، ومولده بواسط، صحب أبا حنيفة، وعنه أخذ الفقه، ثمّ عن أبي يوسف، وله كتب عديدة، نشر علم أبي حنيفة فيمن نشره، كان عالماً بالنحو والعربية والحساب، وتولى قضاء الرقة ثمّ قضاء الري، وبها مات سنة ١٨٠ هـ وهو ابن ثمان وخمسين سنة. تاج التراجم: ٥٤، وانظر طبقات الفقهاء ١٣٥ - ١٣٦ .

(٤) (رحمه الله): في ج١ وساقطة من أ، ب

(٥) ويسمى بيع التعاطي بيع المراضة، وذكر القدوري أن التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة، ولا يجوز في الأشياء النفيسة، ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهي الصحيحة، لأن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ النساء/ ٢٩ والتجارة عبارة عن جعل الشيء للغير يبدل وهو تفسير التعاطي.

وقوله تعالى: ﴿اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين﴾ البقرة/ ١٦ .
وأطلق اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع.

وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً فكان جائزاً، انظر بدائع الصنائع ج٥: ١٣٤، وانظر حاشية ابن عابدين ج٤: ١١، وانظر تخريج الفروع على الأصول للزنجاني: ١٤٣ - ١٤٤ .

(٦) مجلس المخيرة: الخيرة بمعنى الخيار، والخيار هو الاختيار، وخيرته بين الشئين فوضت إليه الاختيار فاختر أحدهما وتخيره: المصباح المنير: ٧١ .

(٧) والأصل أن في كل موضع لا يتوقف الشطر على ما وراء المجلس يصح الرجوع عنه، ولا يصح تعليقه بالشرط وإضافته إلى الوقت كما في البيع والإجارة والكتابة . بدائع الصنائع ج٥: ١٣٨، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٣٢ - ٣٣ .

وشطر (١) النكاح لا يتوقف أيضاً عندهم خلاف أبي يوسف (٢).
 وأما شطر الخلع (والطلاق) (٣) والعتق على مال فما كان من الزوج والمولى يتوقف على قبول المرأة والعبد لما فيه من معنى التعليق. وما كان منهما لا يتوقف على (إجازة) (٤) الزوج والمولى (لما) (٥) فيه من معنى المعاوضة (٦).
 وما لم يتوقف إذا أرسل أو كتب به إلى المشتري أو المستأجر، أو المكاتب،

(١) الشطر: نصف الشيء، ويستعمل في الجزء منه. المعجم الوسيط: ج١: ٤٨٥

والمقصود بشطر النكاح والبيع والإجارة والهبة والكتابة هو إيجاب دون قبول أو العكس.

(٢) أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم، صاحب أبي حنيفة، أخذ العلم عنه وولي القضاء لثلاثة من

الخلفاء: المهدي وهارون الرشيد والهادي.

توفي ببغداد سنة ١٨٢ هـ، وهو أول من خوطب بقاضي القضاة، وأول من غير لباس العلماء، وهو أول

من وضع في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة، وله الفضل في نشر مذهب أبي حنيفة - انظر تاج التراجم:

٨١، وانظر طبقات الفقهاء: ١٣٤ .

لإذا قال رجل للشهود: اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة بكذا، وبلغها فأجازت، أو قالت امرأة: اشهدوا أنني

زوجت نفسي من فلان بكذا فبلغه فأجاز عند أبي حنيفة ومحمد لا يتوقف إلا إذا كان عن الغائب قابل.

وعند أبي يوسف: يتوقف وإن لم يقبل عنه أحد. بدائع الصنائع ج٥: ١٣٨ .

(٣) (والطلاق): في ب وساقطة من أ، جـ

(٤) (إجازة): في أ، ب وفي جـ إجازة.

(٥) (لما): في أ، جـ وفي ب ما

(٦) ويتوقف على قبول المرأة والعبد بالإجماع، فإن من قال: خلعت امرأتي فلانة الغائبة على ألف درهم

فبلغها الخبر فأجازت أو قبلت صح، وكذا العبد، وأما في جانب المرأة والعبد فلا يتوقف إذا كان الزوج

والمولى غائبين. انظر تحفة الفقهاء ج١: ٣٣، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٣٨

أو الموهوب له فوصل إليه الرسول أو الكتاب، فوقف على (الكتاب)(١)، أو سمع من الرسول فقبل في مجلسه ذلك تمّ العقد(٢).
وفي كل موضع لا يتوقف شطر العقد(عليه)(٣) يجوز رجوع العاقد عنه قبل القبول، ولا يجوز تعليقه (بالشروط)(٤) و(الإخطار)(٥) (وأيهما توقف لا يصح رجوعه ويصح تعليقه بها)(٦).

(١) (الكتاب): في أ، ب وفي ج الكتابة.

(٢) لأن الرسول معبر وسفير، فينقل كلامه إليه، فإذا اتصل به الجواب ينعقد، وكذا الكتاب على هذا، لأن الخطاب والجواب من الغائب بالكتاب يكون، وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة. تحفة الفقهاء ج١: ٣٢ - ٣٣، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٣٧ - ١٣٨ .

(٣) (عليه): في ج وساقطة من أ، ب

(٤) (بالشروط): في ب، ج وفي أ بها.

(٥) (والإخطار): في ج وساقطة من أ، ب ، والإخطار: الجائزة والرهانة والرضخ. المحمّد بن سبطان: ٤٤٧

(٦) (وأيهما توقف لا يصح رجوعه ويصح تعليقه بها): في ب، ج وساقطة من أ

والسبب في ذلك، انه عقد معاوضة، وفي كل موضع يتوقف كالخلع والعقد على مال لا يصح الرجوع، ويصح التعليق بالشرط لكونه ميمناً من جانب الزوج والمولى معاوضة من جانب الزوجة والعبد. /حاشية ابن عابدين ج٤: ١١، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٣٣، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٣٨

وبيع الأخرس وشراؤه وسائر عقوده على نفسه بالإشارات (المفهومة) (١) جائزة، فإن كان الخرس طارئاً لم يجز (٢).
 ولا (يجوز) (٣) بيع المناقلة. وهو ما إذا (تساوم) (٤) اثنان سلعة فرمى بها صاحبها إلى أحدهما يزعم أنه تمّ البيع به ولم يتم (٥).
 ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النجش: وهو الزيادة في الثمن لا على نية (الشراء) (٦) وعن السوم على سوم أخيه - يعني حال شراؤه - لا قبله (٧).
 وعن تلقي الجلب (٨).

(١) (المفهومة): في أ وفي ب، جـ المفهومات

(٢) لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته، هذا إذا كان الخرس أصلياً بأن ولد أخرس.

فأما إذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس فلا إلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالأخرس الأصلي. بدائع الصنائع جـ: ١٣٥، وانظر الاختيار جـ: ٢: ١٠، وانظر درر الأحكام شرح مجلة الأحكام جـ: ١: ١٢٢

(٣) (يجوز): ب، جـ وساقطة من أ.

(٤) (تساوم): في أ وفي ب، جـ تساوما.

(٥) لأن فيه تعليقاً بالخطر، وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال أبو هريرة رضي الله عنه:

«إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمناقلة». فتح الباري جـ: ٤: ٣٥٩ وانظر الهداية جـ: ٣:

٤٩، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل جـ: ١: ٢٣٤

(٦) (الشراء): في أ، ب وفي جـ الشري.

لقوله صلى الله عليه وسلم «لا تناجشوا» صحيح مسلم بشرح النووي جـ: ٩: ١٩٨ - ١٩٩، وانظر

اللباب جـ: ٢: ٢٩، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل جـ: ١: ٢٣٥

(٧) لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يسم المسلم على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبته» صحيح مسلم

بشرح النووي جـ: ٩: ١٩٨، وانظر اللباب جـ: ٢: ٢٩

(٨) لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تلقوا الركبان» فتح الباري جـ: ٤، ٢٩٥ وفي رواية: «لا يبيع بعضكم

على بيع بعض، ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق». فتح الباري جـ: ٤: ٢٩٨، وانظر اثر الاختلاف

في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء: ٣٧٢، وانظر اللباب في شرح الكتاب جـ: ٢: ٣٠، وانظر خزانة

الفقه وعيون والمسائل جـ: ١: ٢٣٤

وبيع الحاضر للبادي (وهو) ^(١) يبيع الطعام والعلف للبادي بأعلى الثمن عند حاجة أهل (المصر) (٢)
والبيع عند النداء (٣).
وكل ذلك مكروه، ولا يفسد البيع به (٤).
والقاء الحجر ليس يبيع لما وقع عليه، (ولا) (٥) شراؤه، وكذا الملامسة (٦).
والمبيع ما يعين بالتعيين والثمن ما لم يتعين، وما لم يتعينا صلح كل واحد منهما ثمناً ومثماً (٧).

(١) (وهو): في أ، ب وساقطة من ج

(٢) (المصر): في أ، ب وفي ج الحاضر

لقوله صلى الله عليه وسلم: «ولا يبيع حاضر لباد، قال: فقلت لابن عباس: ما قوله: «لا يبيع حاضر لباد، قال: لا يكون له سمساراً» صحيح بخاري يشرح فتح الباري ج ٤ : ٩٥ <

وهذا إذا كان أهل البلدة في قحط وعوز، وهو أن يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم، أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر. الهداية ج ٣ : ٥٩ ، وانظر اللباب في شرح الكتاب ج ٢ : ٣٠ ، وانظر خزانة الفقه ج ١ : ٢٣٥ ، وانظر الاختيار ج ٢ : ٢٧

(٣) لقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون» الجمعة/٩.

والأمر بترك البيع يكون نهيًا عن مباشرته، وأدنى درجات النهي الكراهة. بدائع الصنائع ج ١ : ٢٧٠ ، وانظر

الهداية ج ٣ : ٥٩ ، وانظر خزانة الفقه ج ١ : ٢٣٥ ، وانظر اللباب ج ٢ : ٣٠ ، وانظر الاختيار ج ٢ : ٢٦

(٤) لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد، ولا في شرائط الصحة. الهداية ج ٣ : ٥٩ ، وانظر اللباب ج ٢ : ٣٠ .

(٥) (ولا) في ج وفي أ، ب (لا).

(٦) لما ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم: «نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ : ١٥٧ .

ولقول أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «نهى عن الملامسة والمناقلة» صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ : ١٥٤ .

وهذه البيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساومان، فإذا لمسها المشتري، أو نبذها إليه البائع، أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع وسبب النهي أن فيه تعليقاً بالخطر. انظر الهداية

ج ٣ : ٤٩ ، وانظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ : ١٥٥ . وانظر فتح الباري ج ٤ : ٣٥٨ - ٣٥٩ ، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج ١ : ٢٣٤ ، وانظر اللباب ج ٢ : ٢٦

(٧) لأن البيع والثمن على أصل أصحابنا من الأسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة، فالمبيع في الأصل اسم لما يتعين بالتعيين، والثمن في الأصل ما لا يتعين بالتعيين، وإن احتمل تغير هذا الأصل بعارض بأن يكون

مالا يحتمل التعيين مبيعاً كالمسلم فيه، وما يحتمله ثمناً كراس السلم إذا كان عيناً. بدائع الصنائع ج ٥ : ٢٣٣ ، انظر تحفة الفقهاء ج ١ : ٣٧ .

والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود إلا في اليمين، وللبائع أن يدفع في الصرف، وللمشتري أن يدفع في الثمن غير ما عيّن وشرط(١).
والدراهم والدنانير أثمان أبدأ(٢)، والأعيان التي ليست من ذوات الأمثال مبيعة أبدأ(٣).
والمكيلات والموزونات (والعدديات)(٤) المتقاربة ثمن مرة ومبيع مرة(٥).
والأعراض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع(٦)
والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معلومة القدر والصفة(٧).

(١) فإن البائع لا يستحق عينها، حتى لو أراد المشتري أن يمنعها ويرد غيرها له ذلك، ولكن تتعين في حق الجنس، حتى تجب عليه الدراهم، وتعين في القدر والصفة.

والصحيح قولنا، لأنه لا فائدة في استحقاق عينها في المعاوضات، لأن المثل يقوم مقامها في كل عوض يكون في عقود المعاوضات، فكان التمين وتركه سواء في حق استحقاق العين. تحفة الفقهاء ج١: ٢٨

(٢) سواء كانت في مقابلتها أمثالها أو أعيان آخر صحبتها حرف الباء أولاً، حتى إن في الأثمان بصير صرفاً، وإذا كانت في مقابلتها السلمة نصير ثمناً - والسلمة مبيع على كل حال - لأنها أثمان مطلقة على كل حال فلا يتمين بالتعين. تحفة الفقهاء ج١: ٣٨، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٣٤

(٣) كالثياب والدور والعقار والعيود والعدديات المتقاربة كالبطاطيخ والثمار فهي مبيعة، وتعين بالتعين، ولا يجوز البيع فيها إلا حيناً، إلا فيما يجوز فيه السلم، كالثياب ونحوها فيكون مبيعاً ديناً، إذا وجد شرائط السلم، بالنص لحاجة الناس بخلاف القياس، تحفة الفقهاء ج١: ٣٩، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٣٤
(٤) (والعدديات): في أ، ب وفي ج المعدودات.

(٥) فإذا كانت في مقابلتها الأثمان فهي مبيعة، وإن كانت في مقابلتها أمثالها، أعني المكيل والموزون والعددي المتقارب، فكل ما كان موصوفاً في اللزمة يكون ثمناً، وكل ما كان معيناً يكون مبيعاً. تحفة الفقهاء ج١: ٣٩، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٣٤

(٦) لأن بالإشارة كفاية في التعريف والجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة، الهداية ج٣: ٢٥ وانظر الباب ج٢: ٥ .

(٧) لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الأصل. الهداية ج٣: ٢٥، وانظر اللباب ج٢: ٥ - ٦ .

ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوماً (١) فإن باع بثمن حال ثم أجل أجلاً معلوماً صار مؤجلاً (٢).

وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً إلا القرض (٣). وتجوز الزيادة في الثمن من المشتري وغيره على أن يكون ذلك الغير كفيلاً بالزيادة (ومطالباً) (٤) (بها) (٥) وتلحق الزيادة بأصل العقد (٦).

ولا تصح إلا بالإيجاب والقبول (وأن يكون) (٧) المعقود عليه باقياً أصلاً ووصفاً

(١) لإطلاق قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ البقرة/٢٧٥، ولما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعاً من حديد» صحيح مسلم بشرح النووي ج١١: ٤٠.

ولا بد أن يكون الأجل معلوماً، لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها.

انظر الهداية ج٣: ٢٥، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٢٦١ - ٢٦٢، وانظر اللباب ج٢: ٦، وانظر ملقى الأبحر ج٢: ٣٧

(٢) لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه، إلا يرى أنه يملك إبراءه مطلقاً فكذا مؤتناً. ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت متقاربة كالخصاد والدباس يجوز، لأنه بمنزلة الكفالة. الهداية ج٣: ٦٧، وانظر اللباب ج٢: ٣٦.

(٣) فإن القرض لا يصح تأجيله، لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظه الإعارة، ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي، ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح التأجيل لأنه بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا. الهداية ج٣: ٦٧، وانظر اللباب ج٢: ٣٦، وانظر الاختيار ج٢: ٩، وانظر حاشية ابن عابدين ج٤: ٢٣.

(٤) (ومطالباً): في أ، ج، وفي ب ومطالبها.

(٥) (بها): في ب، ج وساقطة من أ.

(٦) لأنهما بالزيادة والحظ غيرا وصف العقد من الربح إلى الخسران أو بالعكس، وهما يملكان، إبطاله فيمملكان تغييره، ولا بد في الزيادة من القبول في المجلس لأنها تمليك، ولا بد أن يكون المعقود عليه قائماً قابلاً للتصرف ابتداءً حتى لا تصح الزيادة بالثمن بعد هلاكه.

وقال زفر: هي مبتدأ، لأنه لا يمكن جعله ثمناً ومثماً، لأنه يصير ملكه عوض ملكه فجعلناه هبة مبتدأ،

الاختيار ج٢: ٨، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٤٠، وانظر الهداية ج٣: ٦٦، وانظر ملقى الأبحر ج٢: ٣٧.

(٧) (وأن يكون): في ج، وفي أ، ب وإن لم يكن.

قابلاً لتصرفه (ابتداءً) (١).

وكذا يجوز الزيادة في الثمن، وكذا في المهر، والرهن، والمستأجر والأجرة، ويجوز حط البائع من الثمن كهيبته وإبرائه (٢).
ومن أطلق الثمن في (البيع) (٣) كان على غالب نقد البلد (٤)، فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها (٥).
والتصرف في الثمن قبل القبض جائز، وكذا في (الثمن) (٦)، في البعض (٧)
ولا يجوز التصرف في رأس مال المسلم، ولا في المسلم فيه، ولا في أحد بدلي الصرف قبل القبض (٨).

(١) (ابتداءً): في أ، ج وفي ب ابداً

انظر الصفحة ٢٧ تحت رقم (٦).

(٢) فالأثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض، لأنها ديون، وكذلك التصرف في سائر الديون: من المهر، والأجرة، وضمان الملفات ونحوها يجوز قبل القبض. تحفة الفقهاء ج١: ٤٠، وانظر الهداية ج٣: ٦٦
(٣) (البيع): في أ، ج وفي ب المبيع.

(٤) لأنه المتعارف، وفيه التحري للجواز فيصرف إليه. الهداية ج٣: ٢٥، وانظر شرح القدير ج٦: ٢٦٢، وانظر الباب ج٢: ٦.

(٥) وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء، لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة، إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحيتل يصرف إليه تحريماً للجواز، وهذا إذا كانت مختلفة في المالية، فإن كانت سواء فيها جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم، وكذا قالوا، وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان، لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية.

الهداية ج٣: ٢٥، وانظر الباب ج٢: ٦، وانظر شرح القدير ج٦: ٢٦٣.

(٦) (الثمن): في أ وفي ب، ج (الثمن).

(٧) لقيام الملك، ولا يتعين بالتعيين، ولا يكون فيه عذر الانفساخ. الاختيار ج٢: ٨، وانظر الهداية ج٣:

٦٦

(٨) أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد، وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع، والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز.

وفي أحد بدلي الصرف لا يجوز قبل القبض، لأن القبض مستحق بالعقد حقاً لله تعالى، وفي تجويزه

فواته . الهداية ج٣: ٨٣ ، ٩١ وانظر تبين الحقائق ج٤: ١١٨ ، وانظر الاختيار ج٢: ٣٨ .

ومن باع سلعة بثمن، قيل للمشتري: ادفع الثمن أولاً، فإذا دفع قيل للبائع: سلم المبيع. وإن باع سلعة بسلعة أو ثمناً بثمن، قيل لهما: (سَلَمًا) (١) معاً (٢)، وللبائع أن يمنع المبيع حتى يستوفي الثمن إذا كان حالاً، فإن كان مؤجلاً ليس له ذلك (٣). وإن كان المبيع غائباً، فللمشتري أن يمتنع من (تسليم) (٤) الثمن حتى يحضر المبيع (٥) (وإذا) (٦) هلكت السلعة في يد البائع قبل القبض انتقض البيع، وهلكت من

(١) (سَلَمًا): في جـ وساقطة من أ، ب

(٢) تحقيقاً للمساواة بين المتعاقدين، لأن للبيع يتعين بالتعيين، والثمن لا يتعين إلا بالقبض، فهذا اشترط تسليمه. الاختيار جـ ٢: ٨، وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ٤٠ .

(٣) لأنه هو الذي أسقط حق نفسه في التأجيل، فلا يسقط حق الآخر. تحفة الفقهاء جـ ١: ٤١ .

(٤) (تسليم): في جـ وفي أ، ب تسليمه.

(٥) لأن تسليم البدلين واجب على العاقدين، لأن العقد أوجب الملك في البدلين، ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالملوك ولا يتها الانتفاع به إلا بالتسليم فكان إيجاب الملك في البدلين شرعاً إيجاباً لتسليمهما ضرورة، ولأن معنى البيع لا يحصل إلا بالتسليم والقبض، لأنه عقد مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض، لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل، وإنما قول البيع والشراء وهو الإيجاب والقبول جعل دليلاً عليهما. بدائع الصنائع جـ ٥: ٢٤٣ .

(٦) (وإذا): في أ، جـ وفي ب فإذا

مال البائع (١).

والمقبوض على سوم الشراء مضمون بقيمته إذا بين ثمنه ولم يرضَ به المشتري، فإن قال البائع: بعشرين، وقال المشتري بعشرة، إن كان المتاع (في يد) (٢) المشتري فذهب به فهو بعشرين، وإن كان في يد البائع فأعطاه (فهو) (٣) بعشرة (٤).
وإذا قبض المشتري السلعة بغير إذن (البائع، فله أن) (٥) يستردها منه حتى يقبض الثمن (٦).

(١) لأن هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع، فإن هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ العقد، لأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن، وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وهو عاجز عن التسليم فتمتتع المطالبة أصلاً فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ، وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري، لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل كان لم يكن، وكذا إذا هلك بفعل المبيع كان حيواناً فقتل نفسه، لأن فعله على نفسه هدر فكأنه هلك بآفة سماوية، وكذا إذا هلك بفعل البائع يطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري.
بدائع الصنائع ج٥: ٢٣٨، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٤١ .

(٢) (في يد): في ب، ج وفي أ بيد.

(٣) (فهو): في أ، ج وساقطة من ب

(٤) لأن المساوم إنما يلزمه الضمان إذا رضي بأخذه بالثمن المسمى على وجه الشراء، فإذا سمى الثمن البائع وتسلم المساوم الثوب على وجه الشراء يكون راضياً بذلك، كما أنه إذا سمى هو الثمن وسلم البائع يكون راضياً بذلك فكان التسمية صدرت منهما معاً. رد المحتار على الدر المختار ج٤: ٥٠ .

(٥) (البائع، فله أن): في أ، وفي ب، ج البائع فيما له أن

(٦) لأن للبائع حق الحبس حتى يستوفي الثمن، وقد أبطل حقه بالأخذ، فعليه الإعادة كالراهن إذا أخذ

المرهون من يد المرتهن: له أن يعيده إلى يده. تحفة الفقهاء ج١: ٤٣ .

وكذا إن وجد الثمن زيوفاً (١) رده وأمسك المبيع حتى يستوفي الجياد، وللبيع أن يحبس جميع المبيع حتى يستوفي (جميع الثمن) (٢).
 وإذا اختلف المتبايعان في قبض المبيع. فقال المشتري: لم أقبض، وقال البائع: قبضت، فالقول للمشتري مع يمينه (٣).
 وإذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها فالكاح جائز، فإن وطئها الزوج كان قبضاً من المشتري، وإن لم يطأها فليس بقبض استحساناً (٤).

(١) الزيوف من النقود: ما ظهر فيها غش ورداءة، وزيف النقود: عملها مغشوشة، انظر المعجم الوسيط:

ج١: ٤١١ .

وقد عرفه الإمام الغزنوي في هذه المخطوطة بقوله: «هي الدراهم المغشوشة، وقيل التي زيفت بيت المال»، الحاروي القدسي: ٧٣ / ١ من المخطوط نسخة ج.
 (٢) (جميع الثمن): في ب، ج وفي أ الثمن جميعه.

لأن المعاضات مبناه على المساواة عادة وحقيقة، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن، لأن المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين إلا بالتسليم على أصلنا فلا بد من تسلمه أولاً لتحقيقاً للمساواة. بدائع الصنائع ج٥: ٢٤٩، وانظر رد المحتار على الدر المختار ج٤: ٤٢ .

(٣) لأن البائع يدعي عليه وجود القبض وتقرر الثمن وهو ينكر، ولأن عدم القبض أصل والوجود عارض فكان المشتري متمسكاً بالأصل والبائع يدعي أمراً عارضاً فكان الظاهر شاهداً للمشتري فكان القول قوله مع يمينه. بدائع الصنائع ج٥: ٢٤٨

(٤) فالقياس أن يصير قابضاً وهو رواية عن أبي يوسف، وفي الاستحسان لا يصير قابضاً.

وجه القياس: أن الزوج تعيب ألا ترى أن الزوجية عيب يرد بها، وإذا كانت الزوجية عيباً كان التزويج تعيباً والتعيب قبض.

وجه الاستحسان: أنه تعيب حكماً لا حقيقة، لأنه لا يوجب نقصان المحل ولا نقصان الملك فيه، فلا يصير به قابضاً. بدائع الصنائع ج٥: ٢٤٦، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٤٢، وانظر الهداية ج٣: ٨٨، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥٠ .

(وإن) (١) اشترى اثنان عبداً فغاب أحدهما، فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه، فإذا حضر الآخر لم يمكنه من نصيبه حتى (ينقده) (٢) الثمن.
وقال أبو يوسف: لا يقبض إلا نصيبه وإن دفع الثمن كله (٣).
ومن قال لآخر: بيع عبدك من فلان بألف على أني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل جاز البيع والضمان، ويأخذ البائع الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن.
(ومن) (٤) قال: على أني ضامن خمسمائة ولم يقل من الثمن صح البيع بألف ولا شيء على الضامن. (٥).

(١) (وإن): في ب، ج وفي أ فإن

(٢) (ينقده): في ب، ج وفي أ ينقد

(٣) ووجهه: أن الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن، فإذا أدى النصف فقد أدى ما وجب عليه فلا معنى لتوقف حقه في قبض المبيع على أداء صاحبه، ولأنه لو توقف وصاحبه مختار في الأداء قد يؤدي وقد لا يؤدي فيفوت حقه أصلاً ورأساً وهذا لا يجوز، ولهذا جعل التولية والتخلي تسليماً وقبضاً في الشرع.
وجه ظاهر الرواية: أن المبيع في حق الاستحقاق لحبس الثمن لا يحتمل التجزئ فكان استحقاق بعضه استحقاق كله، وما ذكرنا أن الصفقة واحدة فلا تحتمل التفريق في البعض كما لا تحتمل في القبول، فإن غاب أحدهما لم يجبر الآخر على تسليم كل الثمن، لأن الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن لا كله فلا يؤخذ بتسليم كله، فإن اختار الحاضر ذلك ونقد كل الثمن وقبض المبيع هل يكون متبرعاً فيما تقدم أم لا اختلف فيه:

قال أبو حنيفة ومحمد، لا يكون متبرعاً فيما نقد وله أن يجسه عن الشريك الغائب حتى يستوفي ما نقد.

وقال أبو يوسف: هو متبرع في حصته. بدائع الصنائع ج٥: ٢٥٠، وانظر الهداية ج١: ٨٨، وانظر

ملتقى الأبحر ج٢: ٥٠، وانظر الجامع الصغير: ٣٦٦

(٤) (ومن): في ج وفي أ، ب وإن

(٥) وأصله أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافاً لزفر، لأنه تغيير للعقد من

وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئاً بأن زاد

في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبي كبذل الخلع، لكن من شرطها المقابلة تسمية

وصورة، فإذا قال: من الثمن وجد شرطها فيصح، وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح. الهداية ج٣: ٨٧-٨٨،

وانظر الجامع الصغير: ٣٦٤ - ٣٦٥.

ومن باع شخصاً على أنه غلام فإذا هو جارية، أو على العكس فلا بيع بينهما، وكذا في كل ما هو خلاف المبيع، وفي غير بني آدم الذكر والأنثى سواء (١).
 ومن اشترى غلاماً فغاب قبل نقد الثمن والقبض، وأقام البائع بينة على أنه باعه، فإن كانت الغيبة معروفة ينتظر (٢)، وإن كان لا يُدري أين هو بيع في دين البائع (٣).
 ومن وجب له حق من قرض أو (ثمن) (٤) مبيع فابتاع به شيئاً بعينه جاز وإن لم يقبضه (٥).
 وإن اشترى به شيئاً بغير عينه فإن قبضه قبل أن يفترقا جاز البيع وإلا بطل (٦).

(١) بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينمقد البيع ويتخير، والفرق بيني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح، لمحمد، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويطل لانعدامه.

وفي متحدي الجنس يتعلق بالشار إليه وينمقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب، وفي مسألتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للفتاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها، وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالخل والدبس على ما قالوا: جنسان مع اتحاد أصلهما. الهداية جـ ٣: ٥٢، وانظر الميسوط جـ ١٣: ١٢ - ١٣، وانظر شرح فتح القدير جـ ٦: ٤٣١ وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ٢٢.

(٢) ولم يبيع في دين البائع، لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع، وفيه إيصال حق المشتري. الهداية جـ ٣: ٨٨.

(٣) لأن ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقرّ به مشغولاً بحقه، وإذا تعذر استيفاءه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن إذا مات، والمشتري إذا مات مفلساً والمبيع لم يقبض. الهداية جـ ٣: ٨٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٦٦

(٤) (الثمن): في ب، جـ وفي أ من

(٥) (قبضه): في ب، جـ وفي أ يقبله.

(٦) لأنها ديون، وكذلك التصرف في سائر الديون كالمهر، والأجرة وضممان المتلفات، ونحوها يجوز قبل

القبض، وأما إذا باع شيئاً بعين، فإنه يجب عليهما التسليم معاً، تحقيقاً للمساواة عادة. تحفة الفقهاء جـ ١: ٤٠.

وأجرة الكيال، والوزان، والذراع، والعداد على البائع، وكذا أجرة نقاد الثمن، في رواية، وفي رواية أخرى النقاد على المشتري، وأجرة وزان الثمن على المشتري (١). وأهل الذمة في البياعات وسائر المعاملات فيما بينهم، ومع المسلمين كالمسلمين إلا في الخمر والخنزير، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على الخل، وعقدتهم على الخنزير كعقدنا على الشاة (٢).

(١) أما الكيل فلا بدّ منه للتسليم، وهو على البائع، ومعنى هذا إذا بيع مكايلة، وكذا أجرة الوزن والذراع والعداد، وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله، لأن النقد يكون بعد التسليم، إلا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف الميب ليرده. وفي رواية ابن سماعة عنه: على المشتري، لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر. والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه.

وأجرة وزان الثمن على المشتري لأنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم. الهداية ج٣: ٣٠، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٢٩٥ - ٢٩٦، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٤٣، وانظر اللباب ج٢: ١١.

(٢) يقول الإمام الكاساني: «فأما أهل الذمة فلا يمتنعون من بيع الخمر والخنزير، أما على قول بعض مشايخنا فلأنه مباح الانتفاع به شرعاً لهم كاخل، وكالشاة لنا فكان مالا في حقهم فيجوز بيعه. وعن بعض مشايخنا: حرمة الخمر والخنزير ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر، لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمة وهو الصحيح من مذهب أصحابنا، فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمتنعون عن بيعها، لأنهم لا يعتقدون حرمتها يتمولونها ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون. انظر بدائع الصنائع ج٥: ١٤٣ وانظر المبسوط ج١٣: ١٣٧، وانظر الاختيار ج٢: ١٠، وانظر الهداية ج٣: ٨٧.

فصل

كل ما هو معدّ للقطع والقلع ولقطعه نهاية معلومة، لا يدخل في البيع إلا بالذكر، وما (هو) (١) معدّ للتأييد، والقرار، يدخل فيه بغير ذكر، حتى إن من باع داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه (٢).

وإذا باع (أرضاً) (٣) دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه، ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية (٤).

ومن باع نخلاً أو شجراً فيه (ثمر) (٥) فثمرته للبائع إلا أن يشترطها (المبتاع) (٦) ويقال للبائع أقطعها وسلم المبيع (٧).

(١) (هو): في ب، ج، وساقطة من أ.

(٢) لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف، ولأنه متصل بها إتصال قرار فيكون تبعاً له. الهداية ج٣: ٢٨، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٨ وانظر اللباب ج٢: ٩.

(٣) (أرضاً): في ب، ج، وفي أ داراً.

(٤) لأنه متصل بها للقرار فأشبه البناء، ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية، لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها. الهداية ج٣: ٢٨، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٨، وانظر اللباب ج٢: ٩، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٢٨.

(٥) (ثمر): في أ، ج، وفي ب ثمن.

(٦) (المبتاع) هي العبارة الصحيحة وكلمة المتبايعان في النسخ الثلاث وهي غير مستقيمة، ولقوله عليه السلام: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» فتح الباري ج٤: ٤٠١.

ولأن الاتصال وإن كان خلقه فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع. الهداية ج٣: ٢٨، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٨، وانظر اللباب ج٢: ٩.

(٧) وكذا إذا كان فيها زرع، لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تعريفه وتسليمه، كما إذا كان فيه متاع. الهداية ج٣: ٢٨ وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٨، وانظر اللباب ج٢: ١٠، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٢٨.

ومن باع داراً دخل في (المبيع) (١) مفاتيح إغلاقها، كما يدخل إغلاقها المتصلة، ومالم يكن متصلاً من الإغلاق لا يدخل كالأقفال (٢).

ويدخل في (المبيع) (٣) الواح الحانوت، وبكرة البئر (٤)، وإكاف الحمار (٥) وبرذعته (٦) اللاتقة به، وثوب الجارية والغلام اللاتق بهما، ومقود الفرس، وقدر غلظ الشجر من الأرض ونحوها تبعاً وضرورة (٧).

(٨) اشترى بقرة، أو شاة (فولدت) (٩) في يد البائع قبل قبض (المشتري) (١٠)

١- (المبيع): في جـ وفي أ، ب البيع.

٢- أما الأغاليق فلأنها ركبت للبقاء لا لوقت معلوم فتدخل كالميزاب، وأما المفاتيح فلأن مفتاح الغلق من الغلق ألا ترى أنه لو اشترى الغلق دخل المفتاح فيه من غير تسمية فيدخل في البيع بدخول الغلق بدائع الصنائع ج٥: ١٦٥، وانظر الاختيار ج٦: ٢. وانظر اللباب في شرح الكتاب ج١١: ٢، وانظر خزانة الفقه وصيون المسائل ج١: ٢٨٨

٣- (المبيع): في جـ وفي أ، ب البيع.

٤- بكرة البئر: خشبة مستديرة في جوفها محور تدور عليه، وأسطوانة من خشب ونحوه يلف عليها الخيط، وهي التي يستقي عليها: انظر المعجم الوسيط ج١: ٦٦ وانظر المصباح المنير: ٢٣.

٥- أكاف الحمار: الوكاف برذعة الحمار وغيره، يقال: وكف الدابة: وضع عليها الوكاف، المعجم الوسيط: ج٢: ١٠٦٧، وانظر مختار الصحاح: ٧٣٤.

٦- البرذعة: ما يوضع على الحمار، أو البغل، ليركب عليه كالسرج للفرس. المعجم الوسيط: ج١: ٤٧.

٧- القياس: أن لا تدخل ثياب بدن العبد والأمة كما لا يدخل اللجام والسرج والعدار في بيع الدابة لما قلنا، ولكنهم استحسنا في ثياب البدلة والمهنة وهي التي يلبسها في اليوم والليلة لتعامل الناس وتعارفهم، وأما الثياب النفيسة التي لا يلبسها إلا وقت العرض للبيع فلا تدخل في البيع لانعدام التعارف في ذلك فبقي على أصل القياس، وهذا مما يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم في كل بلد فبني الأمر فيه على ذلك. / بدائع الصنائع ج٥: ١٦٧.

٨- (إنان): في جـ، وفي أ، ب، وإن

٩- (فولدت): في ب، جـ، وفي أ وولدت.

١٠- (المشتري): في أ، جـ، وفي ب الثمن

فهي (وولدها) (١) للمشتري بالثمن الذي (اشترى به) (٢) الأم (٣) وإن كان (المشترى جارية) (٤) فولدت في يد البائع فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك (٥).
ومن (اشترى) (٦) منزلاً فوقه منزل، فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له، أو برفاقه، أو بكل قليل وكثير (هو منه) (٧).
وإن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق (هو) (٨) له لم يكن له الأعلى، وإن اشترى داراً (فزاد) (٩) بحدودها فله العلو والسفل والكنيف (١٠).

-
- ١- (وولدها): في أ وساقطة من ب، ج.
 - ٢- (اشترى به): في أ، ب، ومسوحة من ج.
 - ٣- لأن الولادة زيادة في البهائم فلا يتمكن بها نقصان في الأصل، فالمشتري يجبر على قبضها، لأنه لما كان راضياً بلزوم العقد قبل حدوث الزيادة فهو راض بلزومه بعد حدوثها، المبسوط ج١٣: ١٨٧.
 - ٤- (المشترى جارية): في أ، ب. ومسوحة من ج.
 - ٥- لأنها تميمت في ضمان البائع، والعيب الحادث قبل القبض فيها يجعل كالمقترن بالعقد، ونقصان الولادة وإن كان منجبراً بالوالد فالخيار يثبت للتغير. المبسوط ج١٣: ١٨٦.
 - ٦- (اشترى): في ب، ج. وساقطة من أ.
 - ٧- (هو منه): في أ، ج وساقطة من ب.
 - ولا يدخل بيت العلو إن كان على علوه بيت، وإن ذكر القرائن، لأن العلو بيت مثله فكان أصلاً بنفسه فلا يكون تبعاً له.
 - ولأن المنزل أهم من البيت، وأخص من الدار فلم يدخل العلو في البيع من غير قرينة. انظر بدائع الصنائع ج٥: ١٦٥-١٦٦، وانظر الهداية ج٣: ٧٣-٧٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٥٦.
 - ٨- (هو): في أ، ب، وساقطة من ج.
 - ٩- (فزاد): في ب، ج، وساقطة من أ.
 - ١٠- الكنيف: المرحاض. انظر المعجم الوسيط ج٢: ٨٠٧.
 - ولأن الكنيف من توابع الدار فدخل فيها. انظر الهداية ج٣: ٧٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٥٦.

وإن اشتراها بكل حق هو لها أو بمرافقتها، أو بكل قليل وكثير (منها) (١)، دخل فيها
الظلة، ولا تدخل الظلة (إلا) (٢) في الأول عند أبي حنيفة (٣) وتدخل عندهما. (٤)
وإن اشترى بيتاً، أو منزلاً، أو مسكناً في دار لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق
هو له، أو بمرافقه، (أو) (٥) بكل قليل وكثير هو له (٦).
وإذا اشترى جارية ولها مال فمالها للبائع إلا أن يشترطه المشتري (٧).
فإن كان (مالها) (٨) مائة درهم، وجب أن يكون الثمن أكثر منها، وإن كان (مالها) (٩)
من جنسه، ولا يفترقان إلا عن تقابض في ذلك (القدر) (١٠).

١- (منها): في ج وساقطة من أ، ب.

٢- (إلا): في أ، ب، وساقطة من ج.

٣- هو النعمان بن ثابت ولد سنة ٦١ هـ، ومات سنة ١٥٠ هـ، تعلم على حماد، وكان عالماً بالفقه
والرأي ورعاً، عالماً بالحديث وعلومه، مقبول القول في الجرح والتعديل، ضرب بالسياط لرفضه القضاء.
الطبقات السنوية في تراجم الحنفية ج١: ١٨٦-١٩٤.

٤- وجه قولهما: أن الظلة إذا كانت مفتحتها إلى الدار كانت جزءاً من الدار فتدخل ببيع الدار كالجناح
والكنيف.

ولأبي حنيفة: أن ظلة الدار خارجة عن حدودها فإنها اسم لما يظل عند باب الدار خارجاً منها فلا تدخل
تحت البيع كالطريق الخارج، وبهذا لو حلف لا يدخل هذه الدار، فدخل ظلها لا يحث. بدائع الصنائع
ج٥: ١٦٥، وانظر الهداية ج٣: ٧٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٥٦.

٥- (أو): في ب، ج، وساقطة من أ.

٦- فإن ذكر الحقوق والمرافق دخل فيها الشرب ومسيل الماء والطريق الخاص الذي يكون في ملك إنسان وهو
حق المرور في ملكه، ولأنه خارج الحدود إلا أنه من التواضع فيدخل بذكر التواضع. انظر بدائع الصنائع ج٥:
١٦٤، وانظر الهداية ج٣: ٧٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٥٦-٣٥٧.

٧- لأن العبد وما في يده لمولاه، لأنه مملوك لا يقدر على شيء، والمولى ما باع ما في يد العبد، لأن
الداخل تحت البيع هو العبد فلا يدخل في بيعه ما ليس منه. بدائع الصنائع ج٥: ١٦٧.

٨- (مالها) في أ، ب، وفي ج لها

٩- (لها): في ب، ج، وساقطة من أ. والصحيح مالها

١٠- (القدر): في أ، ج وساقطة من ب.

وإن اشترى غلاماً بالف مثقال ذهباً وفضة، أو (داراً) (١) فهما نصفان، نصف ذهب
ونصف فضة (٢).

١- (داراً): في أ، ج، وساقطة من ب.

٢- لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية بمثله .

الهداية ج٣، ٨٨-٨٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٦٧ .

باب البيوع الجائزة مطلقاً أو بالشروط

يُباع أحد الشركاء نصيبه من دار وغيرها من الشريك وغيره، جائز مشاعاً (كان) (١) أو مقسوماً (٢).

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلاف محمد (٣) وإن كان المشتري مما ينقل ويحول لم يجز بيعه حتى يقبضه (٤).

ويجوز بيع الحنطة في سنبلها، والباقلاء (٥) في (قشرها) (٦).

ويجوز بيع الحبوب مكائلة، (وموازنة) (٧)، ومجازفة، ويأناء بعينه، وبوزن حجر بعينه لم يعرف مقدارهما (٨).

وإذا عرف جارية أنها لفلان، فرأى غيره يبيعها، وقال: وكلني صاحبها ببيعها جاز أن يشتريها (ويطأها) (٩).

(ولا بأس) (١٠) ببيع السرقة (١١)، ويكره بيع العذرة (١٢) إذا لم تكن مخلوطة

١- (كان) في أ وساقطة من ب، ج.

٢- وعلم من هذا ما يقع كثيراً وهو أن أحد الشريكين في دار ونحوها يشتري من شريكه جميع الدار بثمن

معلوم، فإنه يصح على الأصح بحصة شريكه من الثمن. رد المحتار على الدر المختار ج٤: ١٠٤.

٣- وجه قول محمد: رجوعاً لإطلاق الحديث: «إذا اشترى أحدكم طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه» قال ابن

عباس: وأحسب (أن) كل شيء مثل الطعام. سنن أبي داود ج٣: ٢٨٢، وانظر تخريجه في نصب الراية

ج٤: ٣٢، واعتباراً بالمنقول، وصار كالإجارة.

ولهما: أن ركن البيع صدر من أهله في محله، ولا غرر، لأن الهلاك في المقار نادر بخلاف المنقول؛

والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد، والحديث ^{له} عملاً بدلائل الجواز والإجارة. / الهداية ج٣:

٦٥-٦٦ وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٤٠، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٣٤، وانظر شرح فتح القدير ج٦:

٥١٣-٥١٤، وانظر البحر الرائق ج٦: ١٢٦، وانظر الفرة المنبفة في تحقيق بعض مسائل الامام أبي حنيفة:

٨١، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٢

٤- لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك، ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك، وكذلك

أجمع على أنه لا يجوز التصرف بالمبيع المنقول قبل القبض. انظر الهداية ج٣: ٦٥، وانظر بدائع الصنائع

ج٥: ٢٣٤.

٥- الباقلاء: نبات عشبي سنوي زراعي من فصيلة القطانيات الفراشية. المعجم الوسيط ج١: ٦٥.

٦- (قشرها): في ب، جد وفي اقشره.

وعلى البائع إخراجه، وللمشتري الخيار، وهذا إذا باع بخلاف جنسه وإلا فلا لاحتمال الربا. اللباب

ج٢: ١١، وانظر عيون المسائل ج٢: ١٢٨.

٧- (وموازنة): في ب، جد وفي او موازنة

٨- لأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم، وكذا، لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لما أنه يتمجل فيه

التسليم فيندر هلاكه بخلاف السلم، لأن التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتحقق المنازعة.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز في البيع أيضاً والأول أصح وأظهر.

الهداية ج٣: ٢٥-٢٦، وانظر اللباب ج٢: ٧، وانظر الاختيار ج٢: ٥.

٩- (ويطاها): في أ، ب وفي جد يطاؤها.

لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له، وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان.

الهداية ج٤: ٤٢٦.

١٠- (ولابأس): في ب، جد وساقطة من أ.

١١- السرقين أو السرجين: الزيل كلمة أهجمية، وأصلها سرقين بالكاف فعربت إلى الجيم والقاف.

المصباح المنير: ١٠٤.

١٢- العذرة: وزان كلمة الخراء، ولا يعرف تخفيفها، وتطلق العذرة على فناء الدار لأنهم كانوا يلقون الخراء

فيه فهو مجاز من باب تسمية الظرف باسم المظروف. المصباح المنير: ١٥١.

بالتراب (١)

وبيع دود القز مع القز، والنحل مع الكوارات (٢) جائز، وبدونهما لا يجوز.
وعند محمد يجوز (٣).

وما لا ينجس من الميتة كالعظم اليابس (ونحوه) (٤) جاز بيعه والانتفاع به (٥).
ويجوز بيع الهرة، والكلب، والفهد، والصقر، وسائر السباع المعلمة وغير المعلمة، ويجب ضمانها إذا أتلفت.

وقال أبو يوسف: لا يجوز بيع الكلب العقور (٦).

١- فيجوز بيع السرقيين والبعير، لأنه مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالاً، ولا يتمدّد بيع العذرة الخالصة، لأنه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالاً إلا إذا كان مخلوطاً بالتراب، والتراب غالباً فيجوز بيعه،

لأنه يجوز الانتفاع به. بدائع الصنائع ج٥: ١٤٤، وانظر الهداية ج٤: ٤٢٦، وانظر هيون المسائل ج٢: ١٣٩
وروي الإمام الفريزاني كراهة بيع بعوضة. انظر صغرى ج٢: ٤٠
٢- الكوارات: كورة النحل بالضم والتخفيف والتثقيب لكفة وصلها في الشمع، وقيل بيتها إذا كان فيه العسل، وقيل: هو الخلية. المصباح المنير: ٢٠٧.

٣- وجه قول محمد، لأن النحل حيوان منتفع به فيجوز بيعه.

ولنا: أنه ليس بمنتفع به فلم يكن مالاً بنفسه بل بما يحدث منه، وهو معدوم وحتى لو باعه مع الكوار وفيها عسل يجوز بيعه تبعاً للعسل، ويجوز أن لا يكون الشيء محلاً للبيع بنفسه منفرداً، ويكون محلاً للبيع من غيره كالشرب.

وأنكر الكرخي هذا فقال: إنما يدخل فيه تبعاً إذا كان من حقوقه كما في الشرب مع الأرض، وهذا ليس من حقوقه، وعلى هذا بيع دود القز لا يتمدّد إلا إذا كان معه قز، وروي عن محمد أنه يجوز بيعه مفرداً،
والحجج على نحو ما ذكرنا في النحل. بدائع الصنائع ج٥: ١٤٤، وانظر اللباب ج٢: ٤٦ وانظر الهداية ج٣: ٤٩-٥٠، وانظر هيون المسائل ج٢: ١٣٩

٤- (ونحوه): في ب. ج، وفي أ ونحوها.

٥- لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة الهداية ج٣: ٥١، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٤٢. وانظر الجامع الصغير: ٣٢٩

٦- الكلب العقور: الذي يعض، وهو كل سبع يعقر من الأسد والفهد والنمر والذئب. انظر المعجم الوسيط ج٢: ٦٢١، وانظر المصباح المنير: ١٦٠.

وجه قول أبي يوسف: أنه لا يجوز بيع الكلب العقور، لأنه غير منتفع به ولنا: حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب صيد» قال أبو عبد الرحمن: هذا منكر. سنن النسائي ج٧: ٣٠٩، وانظر ما قال فيه الزيلعي في نصب الراية ج٤: ٥٣.

ولأنه منتفع به حراسة واصطياداً فكان مالاً فيجوز بيعه. الهداية ج٣: ٨٧، وانظر اللباب ج٢: ٤٦، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٤٣ وانظر رؤوس المسائل للزمخشري: ٢٩١.

ولا بأس ببيع (جزء) (١) معلوم من الثمرة كالثلث والرابع (٢) والعريّة (٣) جائزة: وهي أن الإنسان إذا منح أخاه ثمرة نخلة (من) (٤) بستانه ثمّ كره دخول المعري عليه فيشتري منه ثمرتها برضاه يخرصها (٥) تمراً (٦).

١- (جزء): في أ، ج، وفي ب جز، والصحيح جزء

٢- قال محمد: لا بأس بأن يبيع الرجل ثمرة ويستثنى منها بعضاً إذا استثنى شيئاً في جملة ربيعاً أو خمساً أو سدساً، قيد الجواز بشرط أن يكون المستثنى مشاعاً في الجملة. بدائع الصنائع ج٥: ١٧٥، وانظر عيون المسائل ج٢: ١٤٤

٣- العريّة: النخلة يُعربها صاحبها غيره لياكل ثمرتها. المصباح المنير: ١٥٤.

٤- (من): في ج وفي أ، ب في

٥- يخرصها: الخرص حَزْر ما على النخل من الرطب تمراً. مختار الصحاح: ١٧٢

٦- لأنه لا يبيع هناك بل التمر كله لصاحب النخل، فإن شاء سلم له ثمر النخل، وإن شاء أعطاه بمكيلتها من التمر، إلا أنه سماه الراوي بيعاً لتصوره بصور البيع لا أن يكون بيعاً حقيقة بل هو عطية، إلا ترى أنه لم يملكه المعري له لانعدام القبض فكيف يجعل بيعاً، ولأنه لو جعله بيعاً لكان بيع التمر بالتمر إلى أجل، وأنه لا يجوز بلا خلاف، دل أن العريّة المرخص فيها ليست ببيع حقيقة بل هي عطية، ولأن العريّة هي العطية لغة، قال حسان بن ثابت رضي الله عنه:

وليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرابا في السنين الجوائح.

بدائع الصنائع ج٥: ١٩٤، وانظر فتح القدير ج٥: ١٩٦.

فصل (١)

ومن باع ثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبد جاز البيع (٢)، ووجب على المشتري قطعها في الحال (٣)، فإن شرط تركها على النخل فسد البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد (٤). وكذا إذا اشترى رطبة (٥) في أرض وشرط تركها أياماً فسد البيع (٦)، ولو ترك من غير شرط حتى تمّ الثمر وأدرك، فإن كان برضى البائع طاب له الفضل، وإن كان بغير إذنه تصدق بما زاد على ما كان فيه يوم الشراء، (٧) وإن خرج شيء آخر في مدة الترك فهو للبائع. (٨).

وإن أذن له في الترك فإن قبل طاب له ذلك، وهذا إذا سلّم الثمرة للمشتري بأن خلى (بينه) (٩) وبينها، فاما إذا زاد قبل التخلية والتسليم فسد البيع (١٠).

١- (فصل): في أ، ب، وساقطة من جـ

٢- لأنه مال منقوم، إما لكونه منتزعاً به في الحال أو في الثاني، وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها، والأول أصح، الهداية جـ ٣: ٢٩.

٣- تقريباً للملك البائع، وهذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع. الهداية جـ ٣: ٢٩، وانظر اللباب جـ ٢:

١٠-٩

٤- (خلافاً لمحمد): في جـ وفي أ بخلاف محمد وفي ب خلاف محمد.

لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير، أو هو صفقة في صفقة، وهو إعارة أو إجارة في بيع، وكذا بيع الزرع بشرط الترك، وكذا إذا تنهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف لما قلنا.

واستحسنه محمد للعادة، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها، لأنه شرط فيه الجزء المردوم، وهو الذي يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر. الهداية جـ ٣: ٢٩، وانظر حيون المسائل جـ ٢: ١٤٥، وانظر اللباب جـ ٢: ١٠، وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ٥٦، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٧٣، وانظر شرح فتح القدير جـ ٦: ٢٨٦-٢٨٧.

٥- الرطبة: ثمر النخل إذا أدرك ونضج قبل أن يتمر. المصباح المنير: ٨٨.

٦- فإن اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالإجماع، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولا يلائم العقد، ولا جرى به التعامل بين الناس ومثل هذا الشرط مفسد للبيع، ولأنه لا يتمكن من الترك إلا بإعارة الشجرة والأرض.

وهما ملك البائع فصار بشرط الترك شارطاً الإعارة فكان شرطه صفقة في صفقة وأنه منهى، بدائع الصنائع جـ ٥: ١٧٣.

٧- فيتصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة. الهداية جـ ٣: ٢٩ وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٧٣.

٨- فالثمرة للبائع سواء كان الترك بإذنه، أو بغير إذنه، لأنه نماء ملك البائع فيكون له، ولو حللها له البائع جاز. بدائع الصنائع جـ ٥: ١٧٣.

٩- (بينه): في ب. جـ وساقطة من أ.

١٠- لأن الزيادة قبل التخلية مما لم يقع عليه البيع. انظر رد المختار على الدر المختار جـ ٤: ٣٩، وانظر

بدائع الصنائع جـ ٥: ١٧٣.

وإن شرط جزّ الرطبة على البائع فسد البيع، وجزّ الرطبة على المشتري كجني (التمر) (١). وما أصاب الثمرة من جنابة جائز، أو جائحة (٢) بعد قبض المشتري فمن ماله، وإن كان قبله، فمن مال البائع، ويبطل البيع فيما بقي (منها) (٣) إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ الباقي بحصته ويتبع في الجنابة الجاني (٤). ومن اشترى مبطخة (٥) بأشجارها، واستأجر الأرض لتركها فيها بدرهم مثلاً مدة معلومة، كان ما حدث بعد ذلك له من غير حرج (٦).

١- (التمر): في أ، جـ وفي ب الثمرة.

لأن اشتراط المنفعة الزائدة، في عقد المعاوضة، لأحد العاقدين من باب الربا، أو شبهة الربا، وإنها ملحقة بحقيقة الربا في باب البيع احتياطاً. تحفة الفقهاء جـ ١: ٥٣، وانظر عيون المسائل جـ ٢: ١٢٩

٢- الجائحة: الآفة، يقال: جاحت الآفة المال تجوحه جوحاً من باب قال إذا أهلكته، وقال الشافعي:

الجائحة: ما أذهب الثمر بأمر سماوي. المصباح المثير: ٤٤.

٣- (منها) في جـ وفي أ، ب، منه.

٤- فالهلاك على المشتري بعد القبض، وعليه الثمن، لأن البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن، وإن كان بفعل

أجنبي فلكذلك، ويرجع المشتري على الأجنبي بضمانه.

وإن هلك قبل القبض بأفة سماوية أو جنابة جانٍ انفسخ البيع، لأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن،

وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع، وأنه عاجز عن التسليم فنمتنع المطالبة أصلاً فلم يكن في بقاء البيع

فائدة فينفسخ. انظر بدائع الصنائع جـ ٥: ٢٣٨، ٢٣٩.

٥- المبطخة: موضع البطيخ. مختار الصحاح: ٥٥. وورد هكذا مبطخة بأشجارها

٦- لأن الترك حصل بإذن البائع. بدائع الصنائع جـ ٥: ١٧٣.

ومن قال: بعثك هاتين الدابتين بمائة درهم، فقال (الأخر) (١): قبلت هذه لإحداهما لم يجز، وإن رضي البائع (٢).
 فإن سمى لكل واحد (واحدة) (٣) منهما ثمناً معلوماً (جاز) (٤) إذا رضي البائع (٥). وإن قال: بعث (هذا) (٦) الجريب (٧) (حنطة) (٨) بمائة درهم فقال: قبلت خمسة أقفزة (٩) منها لزمته بحصتها من الثمن إن رضي البائع (١٠).
 (ويبيع الأبق بما زعم أنه عنده جائز، ومن غيره لا يجوز حتى إذا قال: هو عبدُ فلان فبعنيه منه وصدقه فلان لم يجز البيع) (١٢).

-
- ١- (الأخر): في ب، ج، وساقطة من أ.
 ٢- لأنه لا بد من أن يكون المبيع معلوماً وثمنه معلوماً علماً بمنع المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، وإن كان مجهولاً جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد. بدائع الصنائع ج٥: ١٥٦.
 ٣- (واحدة): في ب وفي أ، ج واحد
 ٤- (جاز): في أ، وفي ب، ج جازاً
 ٥- فإن سمى الثمن لكل واحدة منهما على حدة فالبيع جائز بحصة الباقي منها، لأن حصته الزائدة معلومة وحصة الباقي معلوم فالفساد من أين؟
 من أصحابنا من قال هذا مذهبنا، فأما عند أبي حنيفة فالبيع فاسد في الكل بناءً على أن المذهب عنده أن الصفقة إذا أضيفت إلى ما يحتمل المقدم وإلى ما لا يحتمله فالفساد يشيع في الكل، وأكثر أصحابنا على أن هذا بلا خلاف، وهكذا ذكر في الأصل، ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح. بدائع الصنائع ج٥: ١٦٢.
 ٦- (هذا): في ب، ج وساقطة من أ.
 ٧- الجريب: في الطعام هو أربعة أقفزة، وفي المساحة عشرة آلاف ذراع. المصباح المنير: ٧٧.
 ٨- (حنطة): في ب، ج، وساقطة من أ
 ٩- القفيز: مكيال وهو ثمانية مكاكيك، والقفيز من الأرض: عشر الجريب. المصباح المنير: ١٩٥.
 ١٠- لأن الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع الجواز. تحفة الفقهاء ج١: ٤٦.
 ١١- (غيره): في أ، ب، وفي ج غير
 ١٢- (ويبيع الأبق بما... فلان لم يجز البيع): في ب، ج وساقطة من أ.
 وسبب الجواز: لأن المانع هو المعجز عن التسليم، ولم يوجد في حقه وهذا البيع لا يدخل تحت النهي، لأن النهي عن بيع الأبق وهذا ليس بأبق في حقه. بدائع الصنائع ج٥: ١٤٧، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٩

- وبيع ما أرسل من السمك في حظيرة، ما (يمكن) (١) أخذه من غير (صيد) (٢) جائز (٣) .
وما كان في ما لا يصطاد، أو يصطاد لا يجوز (٤) .
وكذا الطير في البيت والهواء (٥) .
ويجوز بيع جلود السباع، إذا كانت مذبوحة (أو مدبوغة) (٦)، وكذا جلود الميتات المدبوغة،
وقبل دبغها لا يجوز (٧) .

١- (يمكن): في أ، ب، وفي جـ يتمكن

٢- (صيد): في أ، جـ، وفي ب صائد

٣- فيجوز بيعها بلا خلاف، لأنه مقدور التسليم . الهداية جـ ٣: ٤٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٨

٤- لأنه باع ما لا يملكه، ولأنه غير مقدور على التسليم، ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها، ولو كان يؤخذ من

غير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك . الهداية جـ ٣: ٤٨ وانظر

اللباب جـ ٢: ٢٥، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٤٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٨ .

٥- لأنه غير مملوك قبل الأخذ، وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم . الهداية جـ ٣: ٤٨،

وانظر اللباب جـ ٢: ٢٥، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٤٧، وانظر شرح فتح القدير جـ ٦: ٤٠٩ - ٤١٠،

وانظر المبسوط جـ ١٣: ١١-١٢ .

٦- (أو مدبوغة): في جـ وفي أ، ب، أو غير مذبوحة.

٧- لأنه مباح الانتفاع به شرعاً فكان مالاً، وإن لم يكن مدبوغاً ولا مذبوحاً لا ينعقد بيعه، لأنه إذا لم يذبح

ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه فكان حكمه حكم الميتة

ولما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم: أنه مرّ بشاة ميتة، فقال: هلأ استمتعتم بها؟ قالوا:

إنها ميتة، قال: وإنما حرم أكلها فتح الباري جـ ٤: ٤١٣، بدائع الصنائع جـ ٥: ١٤٢، وانظر الهداية جـ ٣:

٥١، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٩ .

وإذا باع مسلم خمرأً وأخذ ثمنها، ولآخر عليه دين، كره له أن يأخذ في دينه، فإن كان البائع ذمياً فلا بأس . (١)
ولو وكل مسلم ذمياً (بشراء) (٢) الخمر، جاز (الشراء) (٣) للمسلم.
وقالا: لا يجوز (٤).
وإن وكله ببيعها جاز (٥).
ولابأس ببيع بنیان بیوت مكة، ويكره بيع أراضيها.
وعن أبي يوسف (رحمه الله) (٦) أنه لا بأس به أيضاً (٧).

١- فأهل الذمة لا يمنعون من ذلك، لأنه مباح الانتفاع به شرعاً كالخَلِّ وكالشاة لنا فكان مالا في حقهم، فيجوز بيعه.

وعن بعض مشايخنا حرمة الخمر والخنزير ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر، لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمت هو الصحيح من مذهب أصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في حقهم، ولكنهم لا يمنعون عن بيعها، لأنهم لا يعتقدون حرمتها، ويتمولونها ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون.

وأما بالنسبة للمسلم، فلا ينعقد لأنه ليس بمال في حقنا.

انظر بدائع الصنائع ج٥: ١٤٣، وانظر الهداية ج٣: ٨٧، وانظر اللباب ج٢: ٤٦.

٢- (بشراء): في أ، ب، وفي ج بشري

٣- (الشراء) في أ، ب، وفي ج الشري

٤- لهما: أن الموكل لا يلبه فلا يوليه غيره، ولأنما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز.

ولأبي حنيفة: أن العاقد هو الكفيل بأهليته وولايته، وانتقال الملك إلى الأمر أمر حكمي، فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما، ثم إن كان خمرأً يخللها، وإن كان خنزيراً يسيه. الهداية ج٣: ٥٣، وانظر الجامع الصغير: ٣٢١

٥- والصحيح قولهما انظر بدائع الصنائع ج٥: ١٤٦، وانظر الهداية ج٤: ٤٣٠.

٦- (رحمه الله): في ج وساقطة من أ، ب.

٧- وقالا: لا بأس ببيع أرضها أيضاً، وهذا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء.

ولأبي حنيفة: لأنها حرة محترمة لأنها فناء الكعبة، وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها، حتى لا يشر صيدها، ولا يختلئ خلالها، ولا يعضد شوكتها، فكذا في حق البيع بخلاف البناء، لأنه خالص ملك الباني، ويكره إجارتها ولأن أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله من احتاج إليها سكنها، ومن استغنى عنها أسكن غيره. انظر الهداية ج٤: ٤٣٠، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٤٦.

دار لها علو وسفل، فاشترى إنسان سفله وآخر علوه (جاز) (١) فإن وقع العلو والسفل جميعاً فباع صاحب العلو علوه لم يجز (٢) فلو أراد صاحب العلو (أن) (٣) يبيعه، وأبى صاحب السفل لم يجبر عليه، ويقال لصاحب العلو: إن شئت فابن السفل وابن علوك عليه وامنع صاحب السفل عن سفله حتى يؤدي النفقة.
 وبيع الطريق، وهبته جائزة، وبيع المسيل وهبته باطلة (٤)،
 ولا يجوز بيع الشرب ولا استجاره إلا مع الأرض (٥).

١- (جاز): في أ، ج، وساقطة من ب

لأن العلو بيت مثل السفل فكان أصلاً بنفسه فلا يكون تبعاً له. بدائع الصنائع ج٥: ١٦٥.

٢- لأن حق التعملي ليس بمال، لأن المال ما يمكن إحرازه، والمال هو المحل للبيع. ولأن الهواء ليس بمال.

انظر الهداية ج٣: ٥١، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٤٥، وانظر تبين الحقائق ج٤: ٥١.

٣- (أن): في ب، ج، وساقطة من أ.

٤- والمسألة تحتل وجهين: بيع رقة الطريق والمسيل، وبيع حق المرور والتسييل، فإن كان الأول فوجه

الفرق بين المسألين أن الطريق معلوم، لأن له طولاً وعرضاً معلوماً.

وأما المسيل فمجهول، لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء.

وفي الثاني ففي بيع حق المرور روايتان: ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور

معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق.

أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعملي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله. الهداية ج٣: ٥١-٥٢،

وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٦٥، وانظر تبين الحقائق ج٤: ٥٢.

٥- وهذا باتفاق الروايات، ومنفرداً في رواية، وهو اختيار مشايخ بلخ، لأنه حظ من الماء يضمن بالإنلاف،

وله قسط من الثمن. الهداية ج٣: ٥١، وانظر تبين الحقائق ج٤: ٥١-٥٢.

ومن اشترى بطيخاً، أو خياراً، أو رماناً، أو غيره مما يختلف فيه الصغير (والكبير) (١) والجيد والرديء عدداً فيه مسمى غير معين بدرهم، ثم عزل ذلك (العدد) (٢) من الجملة (وتراضياً) (٣) عليه فهو جائز، وإنما يقع البيع هنا عند التراضي (٤). وكذا إذا اشترى (رطل) (٥) لحم بدرهم، وعزله البائع، وأخذه المشتري، ولم يكن (بينهما) (٦) بيع قبل العزل والأخذ. ولو قال: زن لي من هذا الجنب، أو من هذا الفخذ، رطلاً بدرهم (فوزنه) (٧) جاز ولا خيار له (٨).

١- (والكبير): في ب، ج، وساقطة من أ.

٢- (العدد): في أ، ج، وفي ب القدر

٣- (وتراضياً): في ج وفي أ، ب، فتراضياً

٤- لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطي، وإليه أشار في الكتاب فقال: وإنما وقع البيع على هذا المعزول

حين تراضياً وهذا نص على جواز البيع بالمرأوضة. بدائع الصنائع ج٥: ١٥٨، وانظر هيون المسائل

ج٢: ١٦٣

٥- (رطل): في أ، ج وساقطة من ب.

٦- (بينهما): في ج وساقطة من أ، ب

٧- (فوزنه): في ج وفي أ، ب، ووزنه

٨- وإذا بين الموضع بأن قال: زن لي من هذا الجنب رطلاً بكدا، أو من هذا الفخذ على قياس قول أبي

حنيفة في السلم، وعلى قياس قولهما يجوز، وكذا روي عن محمد رحمه الله أنه يجوز.

وجه قولهما: أن سبب الجواز، لأنه موزون مضبوط الوصف، ولهذا يضمن بالمثل، ويجوز استقراضه

وزناً، ويجري فيه ربا الفضل.

وجه قول أبي حنيفة: أنه مجهول للثفاوت في قلة العظم وكثرته، أو في سمته وهزاله على اختلاف

فصول السنة، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة. انظر بدائع الصنائع ج٥: ١٥٨، وانظر الهداية ج٣: ٨٠.

ومن ملك مملوكين صغيرين، أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لا يفرق بينهما، وكذا إذا كان (أحدهما) (١) كبيراً، فإن باع أحدهما كره ذلك (وجاز البيع) (٢) وقال أبو يوسف (رحمه الله) (٣) يفسخ البيع في الولد والوالدين وبه نأخذ . وقال محمد (رحمه الله) (٤) إن كانا اثنين متساويين كالأخوين والعمين، لا بأس ببيع أحدهما، وإن كانا كبيرين، لا بأس بالتفريق بينهما (٥).

١- (أحدهما): في ب. ج، وساقطة من أ.

٢- (وجاز البيع): في ب، ج، وساقطة من أ

٣- (رحمه الله): في ج وساقطة من أ، ب.

٤- (رحمه الله): في ج وساقطة من أ، ب.

٥- والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من فرق بين والدته وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة». سنن الترمذي ج٢: ٣٧٦.

وعن علي رضي الله عنه قال: وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين، فبعت أحدهما، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يا علي ما فعل غلامك؟ فأخبرته فقال: «ردّه ردّه». سنن الترمذي ج٢: ٣٧٦ وانظر تخريجهما في نصب الراية ج٤: ٢٣-٢٦.

ولأن الصغير يستأنس بالكبير والكبير يتعاهده، فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد، وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه.

ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما، لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده.

ولا بدّ من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما، ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين وردّه بالعيب، لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها، وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فإن الأمر بالإدراك والردّ لا يكون إلا في البيع الفاسد.

ولهما: أن ركن البيع صدر من أهله في محله وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيلاء.

ووجه قول محمد: لأنه ليس في معنى ما ورد به النصح حيث إن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين. الهداية ج٣: ٦٠، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٢٩-٢٣١ وانظر الباب ج٢: ٣٠-٣١.

ومن اشترى ذراعاً معلوماً من ثوب بعينه، على أن يقطعه البائع أو المشتري بضمن معلوم لم يجز للمشتري الفسخ، فإن لم يفسخ حتى قطعه البائع لزمه البيع ولا خيار له. (١).
ومن اشترى مكيلاً مكيلاً، أو موزوناً موازنة، فاكتماله، أو اتزنه ثم باعه مكيلاً، أو موازنة، لم يجز للمشتري (منه) (٢) أن يبيعه، ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل (والوزن)^(٣).

١- فعندما قطع البائع الذراع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحاً لزوال الفساد، وهذا بخلاف ما إذا اشترى ذراعاً من ثوب، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر معين. انظر الهداية ج٣: ٤٨-٤٩، وانظر اللباب ج٢: ٢٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٧

٢- (منه): في أ، ج، وفي ب ساقطة

٣- (والوزن): في أ، ب، وفي ج أو الوزن.

لأن النبي صلى الله عليه وسلم: «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري» سنن ابن ماجه ج٢: ٧٥٠، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٣٤ .
ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط، وذلك للبائع، والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه، ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع، وإن كان بحضرة المشتري، لأنه ليس صاع البائع والمشتري، وهو الشرط، ولا يكيله بعد البيع بغية المشتري، لأن الكيل من باب التسليم، لأن به بصير المبيع معلوماً ولا تسليم إلا بحضرة، ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل: لا يكتفى به لظاهر الحديث، فإنه اعتبر صاعين، والصحيح أنه يكتفى به، لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم. الهداية ج٣: ٦٦، وانظر اللباب ج٢: ٣٥ وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٤٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٥

وإن اشترى مذروعاً مذارعة، فقبضه، جاز بيعه وإن لم يحدد فيه الدرع (١).
ومن اشترى صبرة (٢) طعام فقبضها، جاز له أن يبيعها وإن لم ينقلها (من) (٣) موضعها (٤).
ومن اشترى جارية، على أنه إن لم ينقد الثمن (إلى) (٥) ثلاثة أيام فلا (بيع) (٦) بينهما
جاز، وإن قال: إلى أربعة أيام، فسد البيع، فإن نقد في الثلاثة جاز البيع.
وقال (أبو يوسف ومحمد) (٧) (رحمهما الله) (٨): يجوز في الوجهين (٩).

-
- ١- لأن التخلية فيها قبض تام بلا خلاف، حتى لو اشترى مذروعاً مذارعة، أو معدوداً معاددة ووجدت التخلية يخرج عن ضمان البائع، ويجوز له بيعه والانتفاع به قبل الدرع والمدّ بلا خلاف. بدائع الصنائع ج٥: ٢٤٤.
- ٢- الصبرة من الطعام: الكوم من الطعام. المعجم الوسيط ج١: ٥٠٨.
- ٣- (من): في أ. وفي ب، ج عن
- ٤- لأنه قبضها قبضاً كاملاً، ولذا لا يضمنها البائع للتخلية. انظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٤٥.
- ٥- (إلى): في أ، ب وفي ج في
- ٦- (بيع): في أ، ج وفي ب يقع
- ٧- (أبو يوسف ومحمد) في أ، ب، وفي ج محمد وأبو يوسف ومحمد
- ٨- (رحمهما الله): في ج وساقطة من أ، ب.
- ٩- والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الإنفاسخ عند عدم النقد محرزاً عن المماثلة في الفسخ فيكون ملحقاً به.
- وجه قول أبي حنيفة وزفر: أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من قول النبي صلى الله عليه وسلم: «إذا أنت بايعت فقل: لا خلافة. ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال. فإن أنت رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها» سنن ابن ماجه ج٢: ٧٨٩
- وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٧
- فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفتت الزيادة.
- وجه قولهما: أن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن. الهداية ج٣: ٣١-٣٢، وانظر للباب ج٢: ١٢-١٣.

ومن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم من دار أو حمام جاز، وإن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع (منهما) (١). لم يجز (٢).
وقالا: جائز أيضاً.

ومن اشترى متاعاً على أن يحمله البائع إلى منزله لم يجز، (وإن) (٣) اشتراه على أن يوفيه في منزله، جاز عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، خلاف محمد.
وإن كان البائع خارج المصر لم يجز في قولهم (٤).

١- (منهما): في أ، ج، وفي ب متاعاً

٢- لهما: أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم.

وله: أن اللراع اسم لما يذرع به واستعبر لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم، ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الدرعان أو لم يعلم وهو الصحيح خلافاً لما يقول الخصاص لبقاء الجهالة. الهداية ج٣: ٢٧، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٢٧٥.

٣- (وإن): في ج- وفي أ، ب فإن

٤- فإن اشترط أن يوفيه في منزله، فهذا لا يخلو، إما أن يكون المشتري والبائع بمنزلهما في المصر، وإما أن يكون أحدهما في المصر والآخر خارج المصر:

فإن كان كلاهما في المصر فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً إلا إذا كان في تصحيح هذا الشرط تحقيق الربا، كما إذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط أحدهما على صاحبه الإبقاء في منزله.
وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس، لأنه شرط لا يقتضيه المقدم وفيه منفعة للمشتري فأشبه ما إذا اشترى بشرط الحمل إلى منزله، أو بشرط الإبقاء في منزله وأحدهما في المصر والآخر خارجه.

ولهما: أن الناس تعاملوا بهذا البيع بهذا الشرط إذا كان المشتري في المصر فتركنا القياس لتعامل الناس ولا تعامل فيما إذا لم يكونا في المصر، ولا في شرط الحمل إلى المنزل فعملنا بالقياس فيه. بدائع الصنائع ج٥: ١٧١.

وإن اشترى زيتاً، أو عسلاً على أن يزنه بظرفه، (أو يطرح عنه مقدار الظرف جاز، فإن اشترى على أن يطرح مكان كل ظرف قدرأ معلوماً) (١) لم يجز (٢).

١- (أو يطرح عنه مقدار..... قدرأ معلوماً): في ا، ج وساقطة من ب.

٢- لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد، وهذا لأن مقتضى العقد أن يخرج عنه وزن الظرف، فإذا طرح مكان كل ظرف قدرأ معلوماً يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل إلا إذا عرف وزنه فحينئذ يجوز، لأنه يقتضيه العقد.

انظر الهداية ج٣: ٥٣، وانظر تبين الحقائق ج٤: ٥٦، وانظر رد المحتار على الدر المختار ج٤: ١١٦،

وانظر الجامع الصغير: ٣٣٦

فصل (١).

(والكيل) (٢) والوزن عبارة عن القدر، والذرع عن الصفة والقدر، (ففيما لا) (٣) يضره التبعض يعتبر أصلاً، وفيما يضره وصفاً (٤).

إذا ابتاع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدتها أقل، كان المشتري بالخيار، إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ (البيع) (٥) وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع (٦).

وإن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدتها أقل، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن، وإن شاء ترك (٧).

١- (فصل): في أ، ب وساقطة من جـ

٢- (والكيل): في أ، جـ وفي ب الكيل

٣- (ففيما لا): في ب، جـ، وفي أ في مالا

٤- فالفرق بين المكيلات والموزونات التي ليس في تنقيصها ضرر والمعدبات المتقاربة، ووجه الفرق أن زيادة

الذرع في الدرعيات جارية مجرى الصفة كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها، والثمن يقابل الأصل لا

الصفة، والدليل على أنها جارية مجرى الصفة أن وجودها يوجب جودة في الباقي، وفواتها يسلب صفة الجودة

ويوجب الرداء فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداء حكماً والجودة والرداء صفة، والصفة ترد على الأصل

دون الصفة إلا أن الصفة تملك تبعاً للموصوف لكونها تابعة قائمة به. بدائع الصنائع جـ ٥: ١٦٠.

٥- (البيع): في أ، ب وساقطة من جـ.

٦- لتفرق الصفة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع، لأن البيع وقع

على مقدار معين والقدر ليس بوصف. الهداية جـ ٣: ٢٦، وانظر اللباب جـ ٢: ٨، وانظر ملتقى الأبحر

جـ ٢: ٧، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٥٩-١٦٠، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٧

٧- لأن الذرع وصف في الثوب، ألا ترى أنه عبارة عن الطول والمرض، والوصف لا يقابله شيء من

الثمن كأطراف الحيوان، فهذا يأخذه بكل الثمن، بخلاف الفصل الأول، لأن المقدار يقابله الثمن فهذا يأخذه

بحصته إلا أنه يتغير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا. الهداية جـ ٣: ٢٦، وانظر اللباب

جـ ٢: ٨ وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ٧، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٦٠.

وإن وجدها أكثر من الذرع الذي سماه، فهو له ولا خيار للبائع (١)
 وإن قال: بعته على أنها مائة ذراع بمائة درهم، كل ذراع بدرهم، فوجدها ناقصة، فهو
 بالخيار، إن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك (٢)، وإن وجدها زائدة، كان له
 الخيار أيضاً إن شاء أخذ الجميع، كل ذراع بدرهم وإن شاء (فسخ) (٣) البيع (٤)
 وإن اشترى ثوباً كل ذراع بدرهم، ثم علم زرعه في المجلس، فهو بالخيار إن شاء أخذه،
 وإن شاء (تركه) (٥).

وقالا: يلزمه كل ذراع بدرهم علم أو لم يعلم (٦)
 ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم، جاز البيع في قفيز (واحد) (٧) لا غير عند أبي
 حنيفة (رضي الله تعالى عنه) (٨) إلا أن يسمى جملة قفزاتها (٩)
 وإن باع قطيع غنم، كل شاة بدرهم، فالبيع فاسد في جميعها، وكذا من باع ثوباً
 مدارعة، كل ذراع بدرهم ولو لم يسم جملة الذرعان (١٠).

١- لأنه صفة، فكان بمنزلة ما إذا باعه معيباً، فإذا هو سليم. الهداية ج٣: ٢٧ وانظر شرح فتح القدير
 ج٦: ٢٧٢، وانظر اللباب ج٢: ٨

٢- لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب، وهذا، لأنه
 لو أخذه بكل الثمن لم يكن أخذاً لكل ذراع بدرهم. الهداية ج٣: ٢٧، وانظر اللباب ج٢: ٨-٩، وانظر
 الجامع الصغير: ٣٣٧

٣- (فسخ): في أ، ب وفي ج قسم.

٤- لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر فيتغير، وإنما يلزمه الزيادة
 لما بينا أنه صار أصلاً، ولو أخذه بالأقل لم يكن أخذاً بالمشروط. الهداية ج٣: ٢٧، وانظر اللباب ج٢: ٩،
 وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٢٧٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٧

٥- (تركه): في أ، ج وفي ب ترك.

٦- وجه قولهما: أن جملة البيع معلومة وجملة الثمن يمكن الوصول إلى العلم^{بالكيل} بالكيل والوزن والعدد
 والذرع فكانت هذه جهالة ممكنة الرفع والإزالة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع.

ولأبي حنيفة: أن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية إلى المنازعة فتوجب فساد العقد، كما إذا
 باع الشيء برقمه، ولا شك أن جهالة الثمن حالة العقد مجهولة لأنه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم، وجملة

القفزان ليست بمعلومة حالة العقد، فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة، وكذا في الموزون والمعدود والمدرّوع.

وقولهما: يمكن رفع هذه الجهالة مسلم لكنها ثابتة للحال إلى أن ترتفع.

وعندنا إذا ارتفعت في المجلس ينتقل العقد إلى الجواز، لأن المجلس وان طال فله حكم ساعة العقد. بدائع

الصنائع ج٥: ١٥٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٨

٧- (واحد): في أ، ج وساقطة من ب.

٨- (رضي الله تعالى عنه): في ج وساقطة من أ، ب.

٩- ولا يجوز في الباقي إلا إذا علم المشتري جملة القفزان قبل الافتراق بأن كالمها فله الخيار إن شاء أخذ

كل قفيز بدرهم، وإن شاء ترك، وإن لم يعلم حتى افتراقا عن المجلس تقرر الفساد.

وعندهما يلزمه البيع في كل الصبيرة كل قفيز منه بدرهم سواء علم أو لم يعلم. بدائع الصنائع

ج٥: ١٥٩، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٢٦٨-٢٦٩، وانظر البحر الرائق ج٥: ٣٠٧، وانظر الهداية

ج٣: ٢٦، وانظر اللباب ج٢: ٧، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٨-٣٣٩

١٠- ولو علم عددها بعد العقد، ولو في المجلس على الأصح، للجهالة وقت العقد وكذا في المدرّوع

والمعدود المتفاوت. انظر اللباب شرح الكتاب ج٢: ٧-٨ وانظر الهداية ج٣: ٢٦، وانظر بدائع الصنائع

ج٥: ١٦٢، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٨

(فصل) (١)

وتصرف الفضولي (٢) (ينعقد) (٣)، موقوفاً على إجازة مالكه، إن أجاز نفذ عليه وله وإلا بطل (٤).

ويملك الفضولي فسخ البيع قبل الإجازة، ولا يملك فسخ النكاح (٥). وكل عقد له مجيز حال وقوعه يتوقف على إجازته، (وما لا مجيز) (٦) له لا يتوقف ويبطل في الحال، حتى إن تصرفات الفضولي في (حق) (٧) الصبي، والمجنون لا تنعقد أصلاً (٨).

وبيع الصبي العاقل (المحجور) (٩) ينعقد موقوفاً على إجازة وليه، (١٠)، وطلاقه، وعتاقه، وتبرعاته، وإقراره لا يتوقف ولا ينعقد (١١).

(١) (فصل): في أ، ب وساقطة من ج

(٢) الفضولي : المشتغل بالفضول أي الأمور التي لا تعنيه، المعجم الوسيط، ج٢: ٧٠٠

(٣) (ينعقد): في ج وفي أ، ب منعقد.

(٤) وأصل هذا أن تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منقذة موقوفة على إجازة المجيز من البيع والإجازة والنكاح والطلاق ونحوها، فإن أجاز ينفذ وإلا فيبطل، والدليل على ذلك عمومات البيع في قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ البقرة/ ٢٧٥ .

وقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ النساء/ ٢٨، فشرح الله سبحانه وتعالى البيع والشراء من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإمارة من المالك في الانتهاء، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل. بدائع الصنائع ج٥: ١٤٩ - ١٥٠، وانظر الهداية ج٣: ٧٥ - ٧٦. وانظر اللباب ج٢: ١٨، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٣٤، وانظر عيون المسائل ج٢: ١٣١.

(٥) فالفضولي يملك الفسخ قبل الإجازة كالبائع والمشتري، وفرق محمد بين البيع والنكاح، فإن الفضولي من جانب الرجل في باب النكاح إذا زوجت المرأة نفسها لا يملك الفسخ عنده، ووجه الفرق له: أن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة فالحقوق ترجع إلى العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه فله ذلك بخلاف النكاح، لأن الحقوق في باب النكاح لا ترجع إلى العاقد بل هو سفير ومعبّر فإذا فرغ من السفارة والعبارة التحق بالأجانب. بدائع الصنائع ج٥: ١٥١ - ١٥٢، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٣٤ - ٣٥، وانظر الهداية ج٣: ٧٦ .

(٦) (وما لا مجيز له): في جـ وفي أ، ب وما لا يجيز.

(٧) (حق): في ب، جـ وساقطة من أ.

(٨) لأن من شرائط تصرف الفضولي: أن يكون له مجيز عند وجوده فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الإجازة، لأن ماله مجيز متصور منه الإذن للحال وبعد وجود التصرف فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيداً فينعقد، وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به للحال والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث، فإن حدث كان الانعقاد مفيداً، وإن لم يحدث لم يكن مفيداً فلا ينعقد مع الشك في حصول الفائدة على الأصل الممهود، لأن ما لم يكن ثابتاً بيقين لا يثبت مع الشك وإذا لم ينعقد لا تلحقه الإجازة، لأن الإجازة للمنعقد.

أما تصرفات الفضولي بالنسبة للصبي والمجنون فلا تنعقد أصلاً، لأن الصبي ليس من أهل التصرفات بنفسه. بدائع الصنائع جـ ٥: ١٤٩، وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ٣٤ - ٣٥.

(٩) (المحجور): في أ، جـ وفي ب المحجوز.

(١٠) لكن يتوقف على إجازة وليه ما دام صغيراً، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ إن لم يوجد من وليه في حال صغره، حتى لو بلغ الصبي قبل إجازة الولي فأجاز بنفسه جاز. بدائع الصنائع جـ ٥: ١٤٩.

(١١) لأن هذه التصرفات ليس لها مجيز حال وجودها فلا تحتمل التوقف على الإجازة إلا إذا أجاز الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للإنشاء بأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق فيجوز ويكون ذلك إنشاء الإجازة. بدائع الصنائع جـ ٥: ١٥٠، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار جـ ٣: ٨٥، وانظر رد المحتار على الدر المختار جـ ٤: ١٣٦.

وشرط صحة الإجازة، قيام المتبايعين، والمبيع، والمجيز، حتى لا تصح الإجازة بعد هلاك واحد منهم(١).

ومن اشترى شيئاً لغيره بغير أمره، كان المشتري لنفسه سواء أجاز الغير أو لم يجز(٢).
ومن باع عبد غيره بغير أمره، فجاء المشتري يردّه، وقال: إنك بعته بغير أمر مالكه، وأقام البيّنة على إقراره، أو إقرار رب العبد، أنه لم يأمره به لم تقبل هذه البيّنة(٣).
وإن أقرّ البائع بذلك عند القاضي بطل إن طلب المشتري ذلك(٤).

(١) لأن من شروط صحة الإجازة: قيام البائع والمشتري حتى لو هلك أحدهما قبل الإجازة من المالك لا تلحقه الإجازة، ومنها قيام المالك حتى لو هلك قبل إجازته لا يجوز بإجازة ورثته، ومنها قيام المبيع حتى لو هلك قبل إجازة المالك لا يجوز بإجازة المالك. /بدائع الصنائع ج٥: ١٥١، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٣: ٨٧، وانظر رد المحتار على الدر المختار ج٤: ١٤٠ وانظر الهداية ج٣: ٧٦، وانظر اللباب ج٢: ١٨ .

(٢) فإن أضافه إلى نفسه كان المشتري له سواء (وجدت) الإجازة من الذي اشترى له أو لم توجد، لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد نقل عليه ولا يتوقف، لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره لقوله تعالى: ﴿لها ما كسبت﴾ البقرة/٢٨٦، وشراء الفضولي كسبه حقيقة، فالأصل أن يكون له إلا إذا جمعه لغيره، أو لم يجد نفاذاً عليه لعدم الأهلية فيتوقف على إجازة الذي اشترى له. /بدائع الصنائع ج٥: ١٥٠ .

(٣) للتناقض في الدعوى، إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته، والبيّنة مبنية على صحة الدعوى. الهداية ج٣: ٧٧ - ٧٨، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٥١، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٣: ٨٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٥٩-٣٦٠

(٤) لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار، وللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري. انظر الهداية ج٣: ٧٨، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٥١، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٣: ٨٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٦٠

ومن غصب عبداً فباعه، فضمته المولى قيمته جاز يبعه.
وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه، وإن أعتق المشتري من الغاصب ثم أجاز المولى البيع، جاز العتق.

وعند محمد: لا يجوز(١).

وإن قطعت يد (العبد)(٢) فأخذ المشتري (الإرش)(٣)، ثم أجاز البيع جاز، والإرش للمشتري، ويتصدق ما زاد على نصف الثمن(٤).

(١) استحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وجه قول محمد: لأنه عتق بدون الملك، قال عليه الصلاة والسلام: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك». سنن الترمذي ج٢: ٣٤٦، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٤٤.

والموقوف لا يفيد الملك، ولو ثبت في الآخرة ثبت مستنداً، وهو ثابت من وجه دون وجه، والمصحح للاعتاق للملك الكامل لما روينا، ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان، ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك، وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذاً حتى نقل من الغاصب إذا أدى الضمان، وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان. ولهما: أن الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الإعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه فصار كإعتاق المشتري من الراهن، وكإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك. الهداية ج٣: ٧٦ - ٧٧، وانظر الجامع الصغير: ٣٥٩

(٢) (العبد): في ب، ج، وساقطة من أ.

(٣) الإرش: إرش الجراحة ديتهما والجمع أروش، وأصله الفساد ثم استعمل في نقصان الأعيان، لأنه فساد

فيها. المصباح المنير: ٥.

(٤) لأن الملك قد تم له من وقت الشراء، فتبين أن القطع حصل على ملكه، وهذه حجة على محمد، والمعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الإرش كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الإرش ثم رد في الرق يكون الأرض للمولى فكذا إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري، والخيار للبائع ثم أجاز البيع فالأرض للمشتري بخلاف الاعتاق، ويتصدق بما زاد على نصف الثمن، لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم

الملك. الهداية ج٣: ٧٧، وانظر الجامع الصغير: ٣٥٩

وإن باعه المشتري ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز للثاني (١)، وإن لم يبعه (المشتري) (٢) حتى مات (٣) في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز (٤).
ولا بأس أن يتجر الرجل في مال اليتيم بأمر من له الأمر فيه، ولا ضمان عليه إن تلف (٥).

(١) لأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به، بخلاف الإعتاق عندهما، لأنه لا يؤثر فيه الفرر. / الهداية ج٣: ٧٧، وانظر رد المحتار على الدر المختار ج٤: ١٤٢، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٣: ٨٩
(٢) (المشتري): في أ، ج وساقطة من ب
(٣) (حتى مات): في ب وفي أ، ج ومات

(٤) لأن الإجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت، وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعدّ باقياً بقاء البدل، لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح، لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائماً بقيام خلفه. الهداية ج٣: ٧٧، وانظر رد المحتار على الدر المختار ج٤: ١٤٢، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٣: ٨٩، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٥١ .

(٥) لقوله صلى الله عليه وسلم: «انجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة». مجمع الزوائد ج٣: ٦٧، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٢: ٣٢٢ .

فصل

إنسان قال (لرجل): (١) اشتريني فإني عبد، فاشتره، فإذا هو حرّ، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة لا شيء على العبد، وإن لم يعرف مكانه يرجع المشتري على العبد ثم يرجع هو على البائع.
ولو ارتهنه والمسألة بحالها لم يرجع عليه بشيء.
وعند أبي يوسف: لا يرجع عليه في البيع أيضاً (٢).
ومن قال: بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر (أن) (٣) يكون (فلان) (٤) أمره، فإن فلاناً يأخذه (٥).

(١) (الرجل): في أ، جـ وفي ب لآخر.

(٢) وجه قول أبي يوسف: أنه لا يرجع فيهما، لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة، والموجود ليس إلا

الإخبار كاذباً فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك، أو قال العبد: ارتهنني فإني عبد وهي المسألة الثانية.

ولهما: أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وإقراره إني عبد إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للغرور والضرر، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه، والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضامناً للسلامة كما هو موجه، بخلاف الرهن، لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال، فلا يجعل الأمر فيه ضامناً للسلامة، وبخلاف الأجنبي، لأنه لا يعبا بقوله فلا يتحقق الغرور.
الهداية جـ ٣: ٧٤ - ٧٥ .

(٣) (أن): في أ، ب وساقطة من جـ.

(٤) (فلان) : الصحيح وفي النسخ الثلاث فلاناً

(٥) لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق. الهداية جـ ٣: ١٥٩، وانظر بدائع

الصنائع جـ ٥: ١٥٠، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٥

وإن قال فلان: لم أمره، لم يكن إلا أن يسلمه للمشتري فيكون بيعاً بالتعاطي والعهدة عليه (١).

وإن قال لعبد: اشتر لي نفسك من مولاك، فقال للمولى: بعني نفسي لفلان بكذا ففعل (المولى) (٢) فهو للأمر (٣).

وإن (قال) (٤) بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر (٥).

(١) لأنه صار مشترياً بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه، ثم سلمه المشتري له. الهداية ج٣:

١٥٩، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٣: ٢٧٢ - ٢٧٣، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٥

(٢) (المولى): في أ، ب وساقطة من ج.

(٣) لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه، لأنه أجنبي عن ماله، والبيع يرد عليه من حيث إنه

مال إلا أن ماله في يده، حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن، فإذا أضافه إلى الأمر صلح فعله

امتثالاً، فيقع العقد للأمر. الهداية ج٣: ١٦١، وانظر تبين الحقائق ج٤: ٢٦٩، وانظر الجامع الصغير:

٣٥٥-٣٥٤

(٤) (قال) في أ، ب وساقطة من ج.

(٥) لأنه إعتاق، وقد رضي به المولى دون المعاوضة، والعبد وإن كان وكيلاً بشراء شيء معين ولكنه أتى

بجنس تصرف آخر وفي مثله ينقل على الوكيل. الهداية ج٣: ١٦١، وانظر تبين الحقائق ج٤: ٢٦٩، وانظر

الجامع الصغير: ٣٥٥

وإن قال العبد لرجل: اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها إليه، فاشترى. فإن قال: اشتريته لنفسه فالعبد حرّ، والولاء للمولى (١)، وإن لم يبين فالعبد للمشتري والألف للمولى، وعلى المشتري ألف مثلها (٢).

وإن وكله بشراء عبد فقال: اشتريته ومات عندي، وقال الأمر: بل اشتريته لنفسك فالقول للأمر، (وإن) (٣) كان دفع الثمن إليه فالقول للمأمور (٤).

(١) لأن بيع نفس العبد منه إعتاق، وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل، والمأمور سفير عنه إذ لا يرجع

عليه في الحقوق، فصار كأنه اشترى بنفسه، وإذا كان إعتاقاً أعقب الولاء. الهداية ج٣: ١٦١

(٢) لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمال بها إذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه، لأن

المجاز فيه متعين، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له، والألف للمولى، لأنه كسب عبده، وعلى المشتري ألف

مثلها ثمناً للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء. الهداية ج٣: ١٦١، وانظر تبين الحقائق ج٤: ٢٦٨ .

(٣) (وإن): في ب، جـ وفي أ فإن.

(٤) لأن في الوجه الأول أخبر عمّا لا يملك استثنائه، وهو الرجوع بالثمن على الأمر وهو يتكر والقول

للمنكر.

وفي الوجه الثاني: هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله. الهداية ج٣: ١٥٨، وانظر تبين

الحقائق ج٤: ٢٦٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٥٤

فصل

(وإن) (١) اشترى سمناً في زق (٢)، فوزن الزق وهو أربعة أرطال. فقال البائع: الظرف (غير هذا) (٣) وهو رطلان، فالقول للمشتري (٤).
 (وإن) (٥) أقر البائع أنه أجله بالثمن شهراً قد مضى، وأنكر المشتري مضيه فالقول للمشتري (٦).
 وإن ادعى البائع أنه باعه هذه البقرة بمائة درهم، (وادعى) (٧) المشتري أنه اشترى (معها) (٨) هذه الشاة بخمسين درهم، (وأقاما) (٩) البينة (جعلتا) (١٠) للمشتري بمائة درهم (١١).

(١) (وإن): في ب، ج وفي أ فإذا.

(٢) الزق: بالكسر الظرف، المصباح المنير: ٩٧ .

وهو وعاء من جلد يُجَزُّ شعره، ولا يتنف للشراب وغيره. المعجم الوسيط ج١: ٣٩٧

(٣) (غير): ساقطة من ج وفي أ، ب غير بهذا.

(٤) لأنه إن اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمناً كان أو أميناً، وإن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري، لأنه ينكر الزيادة. الهداية ج٣: ٥٣، وانظر المبسوط للسرخسي ج١٣: ٢٨ - ٢٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٩

(٥) (وإن): في ب، ج وفي أ فإن.

(٦) فالقول في السلم قول من ينكر الأجل من قبل أن هناك الأجل من شرائط صحة العقد لإقراره بالعقد إقرار به وبما هو من شرائط العقد، فإذا أنكر الرجل بعد ذلك فقد رجع عن الإقرار بعدما أقر به فلا يصدق. المبسوط ج١٣: ٣٥ .

(٧) (وادعى): في أ، ب وفي ج فادعى

(٨) (معها): في أ، ج وفي ب منها

(٩) (وأقاما): في ب، ج وفي أ وأقامه

(١٠) (جعلتا): في ب، ج وفي أ دخلتا.

(١١) وذكر الإمام السرخسي مثلاً آخر فقال: «وإن قال البائع: بعثك هذه الجارية بمائة دينار، وقال المشتري بعثتها مع هذا الوصيف بخمسين ديناراً وأقاما البينة فهما جميعاً للمشتري بمائة دينار، وتقبل البيتان جميعاً ويقضي بالمقدين، لأن كل واحد منهما يثبت زيادة في حقه، فبينة كل واحد منهما على ما أثبت من الزيادة في حقه مقبولة، وقيل هذا قول أبي حنيفة الآخر، فأما في قوله الأول وهو قول زفر يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً إذا استوت قيمتهما. المبسوط ج١٣: ٣٥ .

وإن ادعى أنه باعه هذه البقرة بحمار معين، وادعى المشتري أنه اشتراها بمائة درهم، (واقام) (١) البينة لزمه البيع بالحمار (٢).

وإن اشترى جارية، فوجد بها عيباً، فقال البائع: بعثك هذه وأخرى، وقال المشتري: بعثني هذه المعيبة (فخذها) (٣) فالقول للمشتري مع يمينه (٤) (والله أعلم) (٥).

(١) (واقام): في أ وفي ب، ج واقام.

(٢) انظر التعليل في صفحة ٦٧ تحت رقم ١١

(٣) (فخذها): في ب، ج وساقطة من أ

(٤) فالقول للمشتري، لأن هذا اختلاف في مقدار المقبوض، والقول فيه للقابض أميناً كان أو ضمياً، لأنه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع، ولأن البيع انفسخ في الردود بالرد، وذلك سقط للثمن عن المشتري، والبائع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعدما ظهر سبب السقوط، والمشتري ينكر فالقول قوله، وصار كالغصب إذا ادعى المصوب منه أنه غصبه هذا مع آخر، أو حدث فيه زيادة فأنكر الغاصب فالقول قوله. شرح فتح

القدير ج٦: ٣٨٥ - ٣٨٦، وانظر الهداية ج٣: ٤٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٥٠ .

(٥) (والله أعلم): في ب وساقطة من أ، ج .

باب البيوع الفاسدة مطلقاً أو للشروط (١).

بيع الأموال المتقومة بغير المتقومة فاسد، كبيع العبد بالخمر (٢) وكذا ما جهل فيه أحد عوضيه جهالة تفضي إلى المنازعة، كمن اشترى شاة من قطع، أو ذراعاً من دار أو ثوب، (أو باع) (٣) شيئاً بقيمته أو بحكمه، وما عجز عن تسليمه كبيع الأبق (٤). وما يلحقه في تسليمه ضرر، كما لو باع (جدعاً) (٥) في سقف، (أو حلية في سيف) (٦).

(١) البيع الفاسد: هو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة. أو هو مشروع بأصله دون وصفه. انظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٩٩، وانظر تبين الحقائق ج٤: ٤٤ .

(٢) لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال، فإنه مال عند البمض، لأن الخمر والخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم، لما أن الشرع أمر بإهانتته وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزاز له. الهداية ج٣: ٤٧، وانظر اللباب ج٢: ٢٤، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٢٨

(٣) (أو باع): في أ، جـ وفي ب وبيع.

(٤) العبد الأبق: هو العبد الهارب من سيده من غير خوف ولا كد. انظر المصباح المنير: ١

ولأن الشاة من القطيع، والثوب من المعدل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة، وثوب وثوب، فيوجب فساد البيع. بدائع الصنائع ج٥: ١٥٦، وانظر تحفة الفقهاء: ج١: ٤٥، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٣٤

وكذا بالنسبة لبيع الأبق لأن من شروط صحة البيع أن يكون مقدور التسليم عند العقد، فإن كان معجوز التسليم عنده لا يتعقد وإن كان مملوكاً كبيع الأبق في جواب ظاهر الروايات. بدائع الصنائع ج٥: ١٤٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٣٤

(٥) (جدعاً): في ب، جـ وفي أ جدع

(٦) (أو حلية في سيف): في ب، جـ وساقطة من أ

ولأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرره ولأن الضرر لا يستحق بالمقد ولا يلزم بالتزام العاقد إلا ضرر تسليم العقود عليه، فأما ما وراءه فلا. انظر بدائع الصنائع ج٥: ١٦٨، وانظر الهداية ج٣: ٤٨، وانظر تحفة الفقهاء

ج١: ٤٨، وانظر اللباب ج٢: ٢٥، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٣٤

وما جمع فيه بين مال وغير مال صفقة واحدة، كمن باع قرية ولم يستثن المقابر والمساجد، (وما) (١) شرط فيه شرط فاسد (٢). والشروط ثلاثة جائز، ومفسد، وباطل. فالجائز (ما) (٣) يقتضيه العقد ويلائمه، كمن اشترى غلاماً على أن يخدمه، أو على أنه كاتب، أو جارية على أنه يطاها، أو على أنها بكر (٤). والمفسد: مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين (أو) (٥) المبيع إذا كان من أهل الاستحقاق، كمن اشترى حنطة على أن (يطحنها) (٦) البائع، أو داراً على أن يسكنها البائع شهراً، أو عبداً على (أن) (٧) يزوجه (٨).

(١) (وما): في ب، ج وفي أ وكما

(٢) انظر ما سبق في صفحة ٤٤ تحت رقم ٤

(٣) (ما): في ب، ج وساقطة من أ

(٤) لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد فلا

توجب فساد العقد. بدائع الصنائع ج ٥: ١٧١، وانظر تحفة الفقهاء ج ١: ٤٩

(٥) (أو): في ب، ج وفي أ: و

(٦) (يطحنها): في ب، ج وفي أ يعجنها

(٧) (أن): في أ، ب وساقطة من ج

(٨) فالبيع في هذا كله فاسد، لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا، لأنها زيادة لا يقابلها عوض

في عقد البيع وهو تفسير الربا، والبيع الذي فيه الربا فاسد أو فيه شبهة الربا، وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا.

/بدائع الصنائع ج ٥: ١٦٩، وانظر تحفة الفقهاء ج ١: ٥٢ - ٥٣، وانظر الهداية ج ٣: ٥٣ - ٥٤ .

والباطل: مالا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولا منفعة ولا مضرة لأحد منهم، وإن كانت فيه منفعة للأجنبي، (فيكون) (١) الشرط فيه باطلاً، والبيع (صحيحاً) (٢). وفي الجائز كلاهما (صحيحان) (٣).

والأجل المجهول مفسد للبيع فساداً موقوفاً، فإذا (أسقط) (٤) صح كالبيع إلى النيروز (٥)، والمهرجان (٦)، وصوم النصارى، وفطر اليهود، إذا لم يعرفه المتبايعان (٧)، وإلى الحصاد، والدياس، والقطف وقدم الحاج (٨)، فإن تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس (٩) وقبل قدم الحاج جاز البيع (١٠).

(١) (فيكون): في أ، ب وفي جـ ويكون

(٢) (صحيحاً): في ب، جـ وفي أ صحيح.

لأن هذا الشرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجب الفساد، وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض، ولم يوجد في هذا الشرط، لأنه لا منفعة فيه لأحد إلا أنه شرط فاسد في نفسه، لكنه لا يؤثر في العقد فالعقد جائز والشرط باطل. بدائع الصنائع جـ ٥: ١٧٠.

(٣) (صحيحان): في أ، ب وفي جـ صحيح.

(٤) (أسقط): في أ وفي ب، جـ أسقطا.

(٥) النيروز: بالفارسية، اليوم الجديد، وهو أول يوم من السنة الشمسية الإيرانية، ويوافق اليوم الحادي والعشرين من شهر مارس (آذار) من السنة الميلادية. المعجم الوسيط جـ ٢: ٩٧١.

(٦) المهرجان: وهي فارسية، ومن معانيها الحريف، والاعتدال الخريفي، واحتفال يقام في السادس والعشرين

من شهر مهر (سبتمبر) (أيلول) من كل عام لوقوع الاعتدال الخريفي فيه. المعجم الوسيط جـ ٢: ٨٩٧.

(٧) الجهالة الأجل، وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها على الماكسة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوماً عندهما، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم، لأن مدة صومهم معلومة بالأيام فلا جهالة فيه. الهداية جـ ٣: ٥٥، واللباب جـ ٢: ٢٨، وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ٤٦، وانظر المبسوط جـ ١٣: ٢٨، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٧٨، وانظر خزنة الفقه جـ ١: ٢٣٤.

(٨) لأنها تتقدم وتتأخر. الهداية جـ ٣: ٥٥، وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ٤٦، وانظر اللباب جـ ٢: ٢٨،

وانظر المبسوط جـ ١٣: ٢٦ - ٢٧.

(٩) الدياس: داس الحصيد ليخرج الحب منه، أي درسه. المعجم الوسيط جـ ١: ٣٠٣.

(١٠) وقال زفر: لا يجوز، لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل.

ولنا: أن الفساد للمنازعة، وقد ارتفع قبل تفرره، وهذه الجهالة في شرط زائل لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه. الهداية جـ ٣: ٥٥ - ٥٦، وانظر اللباب جـ ٢: ٢٨، وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ٤٧.

وياسقاط بقية المفسدات لا يتقلب البيع الفاسد صحيحاً إلا بالقبض بإذن البائع، أو التخلية الصحيحة ما بينه وبين المبيع، والتخلية تقبض في البيع الفاسد دون الإجارة الفاسدة (١) وإذا قال: بعث بغير ثمن، في انعقاده روايتان (٢). ولو باع وسكت عن الثمن، ينعقد ويفيد الملك عند القبض بقيمته (٣).

(١) وأما شرائطه فثانان: أحدهما القبض فلا يثبت الملك قبل القبض، لأنه واجب الفسخ رفعاً للفساد، وفي وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد، لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليمه إلى المشتري، وفي المشتري تقرير الفساد، وإيجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفساد متناقض.

والثاني: أن يكون القبض بإذن البائع، فإن قبض بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك بأن نهاء عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه، فإن لم ينهه، ولا أذن له في القبض صريحاً فقبضه بحضرة البائع ذكر في الزيادات أنه يثبت الملك، وذكر الكرخي في الرواية المشهورة أنه لا يثبت. بدائع الصنائع ج ٥: ٣٠٤، وانظر تحفة الفقهاء ج ١: ٥٩.

(٢) اختلف المشايخ في هذه المسألة: فقال بعضهم: هذا والسكوت عن الثمن سواء والبيع فاسد.

وقال بعضهم: البيع باطل.

وجه قول الأولين: أن قوله بلا ثمن باطل، لأن البيع عقد مبادلة فكان ذكره ذكراً للبدل، فإذا قال بغير ثمن فقد نفى ما أثبت فبطل قوله بلا ثمن، وبقي قوله بعث مسكوتاً عن ذكر الثمن فكانه باع وسكت عن ذكر الثمن.

وجه قول الآخرين: أن عند السكوت عن ذكر الثمن يصير البدل مذكوراً بطريق الدلالة، فإذا نص على نفي الثمن بطلت الدلالة فلم يكن هذا بيعاً أصلاً. بدائع الصنائع ج ٥: ١٨٣، و ٣٠٥، وانظر أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي - العقود: ١٦٦، ٩٥.

(٣) قال بعضهم: يبطل، وإليه ذهب الكرخي من أصحابنا، وقال بعضهم: يفسد ولا يبطل، كما إذا باع وسكت عن ذكر الثمن.

ولأن من شروط البدل أن يكون منطوقاً به في أحد نوعي المبادلة وهي المبادلة القولية، فإن كان مسكوتاً عنه فالبيع فاسد بأن قال بعث منك هذا العبد وسكت عن ذكر الثمن. فقال المشتري: اشتريت لما ذكرنا أن البيع في اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وفي الشرع مبادلة المال بالمال، فإن لم يكن البدل منطوقاً به ولا بيع بدون البدل إذ هو مبادلة كان بدله قيمته فكان هذا بيع العبد بقيمته وأنه فاسد وهكذا السبيل في البياعات الفاسدة أنها تكون بيعاً بقيمة المبيع هذا إذا سكت بدائع الصنائع ج ٥: ١٨٣، ٣٠٥.

ولو قال: بعتك هذا العبد بهذه الدراهم التي في هذا الكيس ولا شيء فيه ينعقد البيع بقيمته(١).

ولو قال: اشتريت منك بهذه الشاة الذكية(٢)، فإذا هي ميتة لا ينعقد(٣).

ولو قال: (بهذا)(٤) الخنزير فإذا هي شاة جاز(٥).

وبيع الشيتين ما يكون أحدهما قابلاً للتعقد والآخر غير قابل، أو يكون مخالفاً لما سمي صفقة واحدة (يفسد)(٦) عند أبي حنيفة.

وعندهما: صحيح في القابل والموافق إذا (سمي)(٧) حصة كل واحد منهما، كبيع الميتة

والمذكي، والفرس والبغل، على أنهما شيء واحد، ذكي وفرس، وكذا في الهروي(٨)،

والمروي(٩)، إذا قال: (هرويان أو مرويان)(١٠)

(١) انظر الصفحة السابقة ٧٢ تحت رقم (٢).

(٢) الشاة الذكية: من ذكى الشاة إذا ذبحها، المعجم الوسيط ج١: ٣١٤.

(٣) لأن البيع بالميتة والدم باطل، لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال، فإن الميتة لا تعد مالاً عند أحد.

الهداية ج٣: ٤٦-٤٧، وانظر اللباب ج٢: ٢٤، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٣٠٥

(٤) (بهذا): في ج وفي أ، ب هذا

(٥) لأن من شروط صحة البيع أن يكون مالاً، لأن البيع مبادلة المال بالمال، والشاة مال متقوم. انظر بدائع

الصنائع ج٥: ١٤٠.

(٦) (يفسد): في ج وفي أ، ب مفسد.

(٧) (سمي): في ب، ج وفي أ صح

(٨) الهروي: هراة بلد من خراسان، والنسبة إليها. المصباح المنير: ٢٤٤

(٩) المرو: الحجارة البيض، الواحد مروة، والمروان بلد بخراسان ونسبة الثوب مروي. المصباح المنير: ٢١٨

(١٠) (هرويان أو مرويان): في ب، ج وفي أ هروياً أو مروياً.

وذلك بأن جمع بين حرّ وعبد، أو بين عصير وخمر، أو ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة، فإن لم يبين

حصة كل واحد منهما من الثمن لم ينعقد العقد أصلاً بالإجماع، وإن بين فكل ذلك عند أبي حنيفة.

وعندهما يجوز في العصير والعبد والذكية ويبتل في الحرّ والخمر والميتة

وجه قولهما: أن الفساد بقدر المفسد، لأن الحكم يثبت بقدر العلة، والمفسد خصّ أحدهما فلا يتعمم الحكم

مع خصوص العلة، فلو جاء الفساد إنما يجيء من قبل جهالة الثمن، فإذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن

فقد زال هذا المعنى أيضاً.

ولأبي حنيفة: أن الصفقة واحدة وقد فسدت في أحدهما فلا تصح في الآخر، والدليل على أن الصفقة

واحدة أن لفظ البيع والشراء لم يتكرر، والبائع واحد والمشتري واحد، وتفريق الثمن وهو التسمية لكل واحد

منهما لا يمنع اتحاد الصفقة دلّ على أن الصفقة واحدة وقد فسدت في أحدهما يبين لخروج الحرّ والخمر والميتة عن

محلّية البيع بيقين فلا يصح في الآخر لاستحالة كون الصفقة الواحدة صحيحة وفسادة.

ولهذا لم يصح إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمناً فكذا إذا سمي، لأن التسمية وتفريق الثمن لا يوجب تعدد

الصفقة لاتحاد البيع والماعدين. انظر بدائع الصنائع ج٥: ١٤٥، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٤٥٦، وانظر

الهداية ج٣: ٥٦، وانظر اللباب ج٢: ٢٩.

وإذا جمع بين عبده (وبين) (١) عبد غيره، أو بين عبد ومدبر، صح البيع بحصته من الثمن (٢).

ولا يجوز بيع أم الولد، والمدبر، والمكاتب، وأولاد الإمام من هؤلاء (٣).
ولا يجوز بيع شعر الأدمي (٤)، ولا شعر الخنزير، ورخص في استعماله للخرازين (٥).

(١) (وبين): في ب وساقطة من أ، ج

(٢) وقال زفر: فسد فيهما، ومتروك التسمية عامداً كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر.

وله: الاعتبار بالفصل الأول إذ محلية البيع متفية بالإضافة إلى الكل.

ولهما: أن الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى إلى القن كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح، بخلاف ما إذا

لم يسمّ ثمن كل واحد منهما، لأنه مجهول.

والكبي حنيفة: وهو الفرق بين التبرير: أن الحرّ لا يدخل تحت العقد أصلاً، لأنه ليس بمال، والبيع صفقة

واحدة، فكان القبول في الحرّ شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح، لأنه لا يبطل بالشروط

الفاصلة. الهداية جـ ٣: ٥٦، وانظر شرح فتح القدير جـ ٦: ٤٥٦، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٤٥.

(٣) ومعناه باطل، لأن استحقات العتق قد ثبتت لأم الولد، وسبب الحرية العقد في حق المدبر في الحال

لبطلان الأهلية بعد الموت، والمكاتب استحق يدأ على نفسه لازمة في حق المولى، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل

ذلك كله فلا يجوز. الهداية جـ ٣: ٤٧، وانظر الباب جـ ٢: ٢٩، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٤٥.

(٤) لأن الأدمي مكرم، لا مبتدل، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً مبتدلاً. الهداية جـ ٣: ٥١،

وانظر شرح فتح القدير جـ ٦: ٤٢٦، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٤٢.

(٥) الخرازين: مَنْ حرفتهم خياطة الجلد المعجم الوسيط جـ ١: ٢٢٤ - ٢٢٥.

ولأنه نجس العين، فلا يجوز بيعه إهانة له، ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك لا يتأني بدونه،

ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة للبيع. الهداية جـ ٣: ٥٠ - ٥١ وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٤٢، وانظر

شرح فتح القدير جـ ٦: ٤٢٦، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٨ - ٣٢٩.

ولا يجوز بيع ما ليس عند الإنسان، نحو أن يبيع قفيز حنطة وليس عنده حنطة، ثم (اشتراها)(١) وسلمها(٢).

ولا يجوز شراء ما باع بأقل (٣) باع قبل (أن ينقد)(٤) الثمن، وكذا إن اشترى بدنانير قيمتها أقل (٥) باعه به، ولو اشتراه بعوض قيمته أقل منه جاز(٦).

(١) (اشتراها): في ج وفي ا اشترى وفي ب اشتراه.

(٢) لأن من شروط صحة البيع أن يكون مملوكاً للبائع عند البيع، فإن لم يكن لا ينمقد، وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلا السلم خاصة، وهذا بيع ما ليس عنده، ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان: فقال: «لا تبع ما ليس عندك» وفي رواية أخرى عن حكيم بن حزام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع ما ليس عندي» سنن الترمذي ج٢: ٣٥٠، وانظر تخريج هذين الحديثين في نصب الراية ج٤: ٤٥، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٤٦ - ١٤٧، وص: ٢٣٥

(٣) (ما): في ا، ب وفي ج ما

(٤) (أن ينقد): في ج وفي ا، ب نقد

(٥) (ما): في ب، ج وفي ا ما.

(٦) لما رواه أبو اسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة، وأم ولد زيد بن أرقم، فقالت أم ولد زيد لعائشة: «إني بعثت من زيد غلاماً بثمانمائة درهم نسيئة، واشتريت بستمانئة نقداً، فقالت: «أبلغني زيداً أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن تتوب، بثس ما اشتريت، وبثس ما شريت» سنن الدارقطني ج٣: ٥٢، وانظر تخريجه في نصب الراية للزيلعي ج٤: ١٥ - ١٦ .

ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه، فإذا وصل إليه المبيع وقعت المقاصة بقي له فضلاً وذلك بلا عوض،

بخلاف ما إذا باع بالمرض، لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة. الهداية ج٣: ٥٢، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٥٧ .

وإن اشترى جارية بخمسمائة وقبضها، ثم (باعها) (١) وأخرى من البائع (بخمسمائة) (٢) جاز في التي لم (يشترها) (٣) منه ويطل في الأخرى (٤) ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها قدراً معلوماً (٥)، ولا يجوز بيع (كلا) (٦) في أرض، ولا إجارته، ولا ماء في نهر (٧).
ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح (٨) ولا لبن شاة أو بقرة في ضرعها (٩)، ولا الصوف على الغنم (١٠) ولا (يجوز) (١١)، (بيع) (١٢) الحمل، ولا التناج (١٣)، ولا بيع ثوب من ثوبين (١٤).

(١) (باعها): في ب، ج وفي أ باعه

(٢) (بخمسمائة): في أ، ج وساقطة من ب

(٣) (يشترها): الصحيح وفي النسخ الثلاث يشترها

(٤) لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشترياً للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبها ولا يشيع الفساد، لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهداً فيه، أو لأنه باعتبار شبهة الربا، أو لأنه طارئ، لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها. الهداية ج٣: ٥٢ - ٥٣

(٥) لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول، بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً، لأن الباقي معلوم بالمشاهدة، قال رضي الله عنه: قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي.

أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز، لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثنائه من العقد. الهداية ج٣: ٢٩ - ٣٠، وانظر اللباب ج٢: ١٠

(٦) (كلا): في أ، ج وفي ب نخلاً.

(٧) لأن المذكور ثمناً مال متقوم إلا أنه مباح غير مملوك، وكذا هو مجهول أيضاً فانهقد بوصف الفساد بقيمة المبيع. بدائع الصنائع ج٥: ٣٠٥، انظر الهداية ج٣: ٤٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٨

(٨) لأنه جزء الأدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة.

وهن أبي يوسف: أنه يجوز بيع لبن الأمة، لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها، فكذا على جزئها.
قلنا: الرق حلّ نفسها، فأما اللبن فلا رق فيه، لأنه يختص بمحل يتحقق فيه بالقوة التي هي ضده وهو الحي، ولا حياة في اللبن. الهداية ج٣: ٥٠، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٤٢٣ - ٤٢٤، وانظر الجامع

(٩) للغرر فعساه انتفاخ، ولأنه ينازع في كيفية الحلب، وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره. الهداية ج٣: ٤٨،

وانظر اللباب ج٢: ٢٥، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٣٨ .

(١٠) لأنه من أوصاف الحيوان، ولأنه يثبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم، لأنها تزيد من

أعلى، وبخلاف الفصيل، لأنه يمكن قلمه، والقطع في الصوف متمين فيقع التنازع في موضع القطع.

وجوز أبو يوسف بيع الصوف فيما يروى عنه. الهداية ج٣: ٤٨، وانظر اللباب ج٢: ٢٥ .

(١١) (يجوز): في ب وساقطة من أ، جـ

(١٢) (بيع): في أ، جـ وساقطة من ب

(١٣) لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبل، ولأن فيه غرراً.

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «نهى عن بيع حبل الحبل،

وكان يبعاً يتبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة، ثم تنتج التي في بطنها فتح

الباري ج٤: ٣٥٦، وانظر الهداية ج٣: ٤٨، وانظر اللباب ج٢: ٢٥، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٣٨ .

(١٤) لجهالة المبيع. الهداية ج٣: ٤٩٠، وانظر اللباب ج٢: ٢٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٣٤

ومن باع عبده من رجل، على أن يبيعه الآخر عبده بثمان ذكراه لم يجز (١).
ولا يجوز بيع المسلم الخمر ولا الخنزير (٢).

ومن باع عيناً على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر، فالبيع فاسد (٣)، وكذا إن باع جارية إلا حملها (٤)، أو اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً، أو شيئاً آخر (٥)، أو نعلًا على أن يحذوها أو يشركها (٦)، أو عبداً على أن (يعتقه) (٧) أو يدبره، أو أمة على أن يستولدها (٨)، أو على أن يقرضه المشتري درهمًا أو على أن يهدي له هدية (٩).

(١) لنهي النبي صلى الله عليه وسلم، عن بيع وسلف، وعن بيعتين في بيعة. سنن أبي داود ج٣: ٢٧٤، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١٨.

وقال الإمام السرخسي: «وإذا اشتراه على أن يقرض له قرضاً أو يهب له هبة، أو يتصدق عليه بصدقة أو على أن يبيعه بكذا أو كذا من الثمن فالبيع في جميع ذلك فاسد. المبسوط ج١٣: ١٦، وانظر نظرية الغرر أ.د. ياسين درادكة ج١: ١٥٨.

(٢) لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة، والخنزير والأصنام». صحيح مسلم بشرح النووي ج١١: ٦.

ولأنه ليس بمال في حق المسلم، ولأنه غير متقوم وأسقط الشرع تقومها في حق المسلمين حيث أهانها عليهم فيبطل، ولا ينعقد. انظر بدائع الصنائع ج٥: ٣٠٥، وانظر الهداية ج٣: ٨٧، وانظر اللباب ج٢: ٤٦، وانظر خزائن الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٢٨.

(٣) لأن الأجل في مبيع العين باطل، فيكون شرطاً فاسداً، وهذا لأن الأجل شرع ترفيهاً فيلحق بالديون دون الأعيان. الهداية ج٣: ٥٤، وانظر اللباب ج٢: ٢٧.

(٤) فالبيع فاسد، والأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استنائه من العقد. والحمل من هذا القبيل. الهداية ج٣: ٥٤، وانظر اللباب ج٢: ٢٧.

(٥) لأنه شرط فاسد لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولأنه يصير صفقة في صفقة. الهداية ج٣: ٥٥، وانظر اللباب ج٢: ٢٧، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٥٢، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٦٩.

(٦) وهذا في القياس، وفي الاستحسان: يجوز للتعامل فيه، فصار كصخب الثوب، وللتعامل جوزنا الاستصناع. الهداية ج٣: ٥٥، وانظر اللباب ج٢: ٢٧، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٥٢.

(٧) (بمقتضاه): في أ، جـ وفي ب يقطعه

(٨) لأن هذا بيع وشرط، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم (عن بيع وشرط) مجمع الزوائد ج٤: ٨٥ وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١٧، وانظر الهداية ج٣: ٥٣، وانظر اللباب ج٢: ٢٦، وانظر تحفة

الفقهاء ج١: ٥٥

(٩) لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين.

ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك» أبو داود ج٣: ٣٨٣ وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١٨، وانظر الهداية ج٣:

٥٤، وانظر اللباب ج٢: ٢٧، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٦٩.

ومن اشترى عبيدین بألف على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام، فسد البيع، وسواء كان (الخيار) (١) في أحدهما (بعينه) (٢) (أولاً) (٣)، (وكذا إن قال: كل واحد بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما غير عين) (٤).

ولو شرط الخيار (في أحدهما) (٥) بعينه جاز (٦).

وإن اشترى شاة أو بقرة على أنها تحلب كل يوم كذا، أو على أنها حامل فالبيع فاسد (٧).

(١) (الخيار): في أ، جـ وفي ب بالخيار

(٢) (بعينه): في ب، جـ وفي أ غير عين.

(٣) (أولاً): في ب، جـ وساقطة من أ

(٤) (وكذا إن قال كل واحد..... غير عين): في ب، جـ وساقطة من أ

(٥) (في أحدهما): في ب، جـ وساقطة من أ

(٦) والمسألة على أربعة أوجه:

أحدهما: أن لا يفصل الثمن، ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب، وفساده لجهالة الثمن والمبيع، لأن الذي فيه الخيار كالخيار عن العقد إذ العقد مع الخيار لا يتعقد في حق الحكم، فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم.

والثاني: أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانياً في الكتاب، وإنما جاز لأن البيع معلوم والثمن معلوم، وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر، ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما إذا جمع بين قنّ ومدبر.

والثالث: أن يفصل ولا يعين.

والرابع: أن يعين ولا يفصل، والعقد فاسد في الوجهين، إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن. الهداية جـ ٣:

٣٥، وانظر الأصل جـ ١: ١٤٧، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٤

(٧) لأن المشروط في هذه المواضع عين فلا يصلح شرطاً. بدائع الصنائع جـ ٥: ١٧٢ وانظر المبسوط

جـ ١٣: ١٩ - ٢٠،

ومن قال: بعث نصيبى من هذه الدار، والمشتري لا يعلم مقدار نصيبه منها فالبيع باطل، علم به (البائع) (١) أو لم يعلم عند أبي حنيفة.
وقال أبو يوسف: يجوز.
وقول محمد: مضطرب (٢).
ولا يجوز بيع المزبنة: وهو بيع الثمر على النخل يخرصه (٣) تمرأ (٤)، ولا ضربة القانص: وهو (شراء) (٥) ما يخرج في هذه الدفعة قبل صيده (٦).

(١) (البائع): في أ، جـ وساقطة من ب

(٢) لأنه مجهول لا تعرف نسبته إلى جميع الدار بخلاف ما إذا قال عشرة أسهم من مائة سهم، أو من ثلاثين مثلاً حيث يجوز، لأنه معلوم.

واختلف المشايخ على قولهما: فمنهم من قال: لا يجوز عندهما للجهاالة بمنزلة ما لو اشترى سهماً منها، أو عشرة أسهم منها ولم يقل من كذا سهماً، ومنهم من قال: يجوز، لأن هذه الجهاالة يمكن رفعها بالذرع فتعرف فلا تفضي إلى المنازعة. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ ٤ : ٧

(٣) الخرص: خرص الشيء إذا حزره، وقدره بالظن، يقال: خرصت النخل والكرم، حزر ما عليه من الرطب تمرأ ومن العنب زبيباً. المعجم الوسيط جـ ١ : ٢٢٦

(٤) «لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن: «المحاولة والمزبنة والمخابرة، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، ولا يباع إلا بالدينار والدرهم إلا العرباء» صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٠ : ١٩٣، وانظر فتح الباري جـ ٤ : ٣٨٤، ولأنه باع مكبلاً بمكيل من جنسه، فلا تجوز بطريق الخرص، كما إذا كانا موضوعين على الأرض، وكذا العنب بالزبيب على هذا. الهداية جـ ٣ : ٤٩، وانظر اللباب جـ ٢ : ٢٥ - ٢٦، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥ : ١٩٤، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل جـ ١ : ٢٣٤

(٥) (شراء): في أ، ب وفي جـ شري

(٦) لأنه باع ما لا يملكه، ولأنه مجهول. الهداية جـ ٣ : ٤٨، وانظر اللباب جـ ٢ : ٢٥، وانظر تحفة الفقهاء

جـ ١ : ٤٧، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل جـ ١ : ٢٣٤

فصل

وإذا قبض المشتري المبيع في (البيع) (١) الفاسد بأمر البائع، وفي العقد عوضان كل (واحد) (٢) منهما مال، ملك المبيع ولزمته قيمته (٣)، ولكل واحد من المتعاقدين فسخه ما دام العين (باقياً) (٤) (يرده) (٥).

والمقبوض في البيع الفاسد مضمون بالقيمة فيما لا مثل له، وبالمثل فيما له مثل، وإذا باعه المشتري بعد القبض نفذ بيعه (٦).

وإن كان العوض في البيع الفاسد بما لا قيمة له أصلاً لم يملك بالقبض نحو البيع بالميتة والدم (والريح) (٧).

(١) (البيع): في أ، ج وساقطة من ب

(٢) (واحد): في ب، ج وفي أ مال

(٣) لأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القبول بانعقاده، ولاخفاء في الأهمية والمحلية. وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحرّ والريح والبيع مع نفي الثمن.

وقوله: لزمته قيمته: في ذوات القيم، فأما في ذوات الأمثال فيلزمه المثل، لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب، وهذا لأن المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى. الهداية جـ ٣: ٥٦ - ٥٧، وانظر الباب جـ ٢: ٢٨

(٤) (باقياً): في ب، ج وفي أ باقية.

(٥) (يرده): في ب وفي أ، ج ورده

رفعاً للفساد، وهذا قبل القبض ظاهر، لأنه لم يُفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه، وكذا بعد القبض إن كان الفساد في صلب العقد لقوته، وإن كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط دون من عليه لقوة العقد، إلا أنه لم تتحقق المرضاة في حق من له الشرط. الهداية جـ ٣: ٥٧، وانظر الباب جـ ٢: ٢٩

(٦) لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني، ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته، ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه. والثاني مشروع بأصله ووصفه، فلا يعارضه مجرد الوصف، ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة، لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع.

الهداية جـ ٣: ٥٧، وانظر الباب جـ ٢: ٢٩، وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ٦٠، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥:

٣٠٤ - ٣٠٥.

(٧) (الريح): في ج وساقطة من أ، ب

وانظر تفصيل ذلك تحت رقم (٣).

وإذا كان أحد البديلين مدبراً، أو مكاتباً، أو أم ولد، يملك بالقبض، وكذا إن كان بصدد أن يصير مالا يملك بالقبض(١).

وعن محمد (رحمه الله)(٢): إذا قال بما ترعى إبلي في أرضك يملك بالقبض(٣). ويكره للمشتري قبض ما اشترى شراءً فاسداً والتصرف فيه، واختلفوا في الانتفاع به، ولا يحل له الوطاء بالإجماع، ولو وطنها ولم يعلقها(٤)، يرد مع العقر(٥)، فإن أعلقها، أو أعتقها سقط العقر(٦).

(١) فإن البيع ينعقد بقيمة المبيع، ويفيد الملك في المبيع بالقبض، لأن ذكر الثمن المرغوب دليل على أن غرضها البيع، فينعقد بيماً بقيمة المبيع. تحفة الفقهاء ج١: ٥٨ - ٥٩، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٣٠٥.

(٢) (رحمه الله): في ج وساقطة من أ، ب.

(٣) لأن المذكور ثمن مال متقوم إلا أنه مباح غير مملوك، وكذا هو مجهول أيضاً فانهقد بوصف الفساد بقيمة المبيع. بدائع الصنائع ج٥: ٣٠٥ وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٥٩.

(٤) يعلقها: يقال: علقاً وعلقت الأنتى بالجنين، وهو كناية عن حمل المرأة. انظر المعجم الوسيط ج٢: ٥٩.

(٥) العقر: مهر المرأة إذا وطئت بشبهة. المعجم الوسيط ج٢: ٦٢١.

(٦) قال بعضهم: لا يباح له الانتفاع به - حتى لا يباح له الوطاء إن كانت جارية، ولا الأكل إن كان طعاماً، ولا الانتفاع به إن كان داراً أو دابة أو ثوباً.

وبعض مشايخنا قالوا: لا يباح له الوطاء لا غير، ويباح له سائر أنواع الانتفاعات.

وجه قول الأولين: إن هذا ملك خبيث، فلا يظهر الملك في حق حلّ الوطاء والانتفاع احتياطاً.

والآخرون قالوا: إن المالك سلطة على التصرف، وأباح له التصرف: فكل تصرف يباح بالإذن يباح بهذا

البيع، والوطاء لا يباح بإذن المالك فلا يباح بالتسليط، بخلاف سائر الانتفاعات.

وإن وطنها ولم يعلقها: فللبائع أن يسترد الجارية ويضمن المشتري عقرها للبايع باتفاق الروايات، لأنه لم

يظهر الملك في حق حلّ الوطاء لكن لم يحد للشبهة، فيجب العقر.

وإن أعلقها وادعى الولد: يثبت نسبه منه وتصير الجارية أم ولد ولا عقر عليه وفي رواية عليه العقر. تحفة

الفقهاء ج١: ٦٠ - ٦٣ وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٣٠٤

ولا تكره التصرفات المزيلة للملك، كالبيع، والهبة، وتكره المقررة للملك. ولا يطيب ما يربح فيه، ويطيب للبائع ربح الثمن(١).
ولو (اشترى)(٢) جارية شراءً فاسداً وتقابضاً فباعها المشتري وربح فيها تصدق (بالربح)(٣).
وكذا إن ادعى على آخر مالا ففضاه إياه، ثم تصادقا (أنه)(٤) لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم(٥).
ومن اشترى مديراً(٦)، أو أم ولد(٧)، فمات في يده فلا ضمان عليه.
وقالا: يضمن (قيمتها)(٨).

- (١) ذكر الكرخي وقال: تكره التصرفات كلها، لأنه يجب عليه الفسخ لحق الشرع، وفي هذه التصرفات، إبطال حق الفسخ أو تأخيرها فيكره.
وقال بعض مشايخنا: لا تكره التصرفات المزيلة للملك، لأنه يزول الفساد بسببها، فأما التصرفات التي توجب تقرير الملك الفاسد فإنه يكره، والصحيح هو الأول. تحفة الفقهاء ج١: ٦١ .
(٢) (اشترى): في أ، ب وفي ج اشتر
(٣) (الربح): في أ، ج وساقطة من ب
لأن الجارية بما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح، والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث، فلا يجب التصديق، وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك.
أما الخبث لعدم الملك، فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث أنه يتعلق به سلامة المبيع، أو تقدير الثمن، وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. الهداية ج٣: ٥٨ - ٥٩ ، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٣
(٤) (أنه): في أ، ج وفي ب فإنه
(٥) لأن الخبث لفساد الملك هاهنا، لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك، فلا يعمل فيما لا يتعين. الهداية ج٣: ٥٩ ، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٣
(٦) المدير: إذا اعتقه بعد موته. المصباح المنير: ٧٢
(٧) أم الولد: كل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها، أو من مالك لبعضها، فإن المملوكة إذا جاءت بولد، وادعاه المالك يثبت نسبه، وتصير الجارية أم ولد له. تحفة الفقهاء ج١: ٢٧٣
(٨) (قيمتها): في ب وفي أ، ج قيمتها.
وهو رواية عنه، ولهما: أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال وهذا لأن المدير وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع، بخلاف المكاتب، لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به.
وله: أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع، فصار كالمكاتب، وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما، فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضم إليه كذا هذا. الهداية ج٣: ٤٧ - ٤٨ ، وانظر ملتي الأبحر ج٢: ٢٦ .

وإذا أراد البائع أن يسترد الجارية المبيعة بيعاً فاسداً ليس له أن يأخذها حتى يرد الثمن الذي (أخذه)(١).

وإن (ماتت)(٢) كان المشتري أحق بها حتى يستوفي الثمن(٣).

وإن اشترى داراً شراءً فاسداً فبناها فعليه قيمتها

وقالوا: ينقض البناء ويرد الدار(٤).

وكلّ تصرف لو فعله الغاصب ينقطع به حق (المالك)(٥) يفسخ ومالا فلا(٦).

(١) (أخذه): في ب، ج وفي أ أخذ

لأن المبيع مقابل به فيصير محبوباً به كالرهن. الهداية جـ٣: ٥٨ وانظر الجامع الصغير: ٣٣١.

(٢) (ماتت): في النسخ الثلاث وهذا خطأ والمقصود إن مات البائع.

(٣) لأنه يقدم عليه في حياته، فكذا على ورثته وذرمانه بعد وفاته، كالراهن، ثم إن كانت دراهم الثمن

قائمة يأخذها بعينها، لأنها تتعين في البيع الفاسد وهو الأصح، لأنه بمنزلة الغصب، وإن كانت مستهلكة أخذ

مثلها. الهداية جـ٣: ٥٨، وانظر ملتقى الأبحر جـ٢: ٢٦، وانظر بدائع الصنائع جـ٥: ٣٠٢، وانظر الجامع

الصغير: ٣٣١

(٤) لهما: أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق

البائع، ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء، فأتواهما أولى.

وله: أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع،

بخلاف حق الشفيع، لأنه لم يوجد منه التسليط، ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه، فكذا بينائه. الهداية جـ٣:

٥٨، وانظر تحفة الفقهاء جـ١: ٦٣، وانظر ملتقى الأبحر جـ٢: ٢٧، وانظر بدائع الصنائع جـ٥: ٣٠٤

، وانظر الجامع الصغير: ٣٣١

(٥) (المالك): في أ، ج وفي ب الملك.

(٦) ولو أحدث المشتري في المبيع بيعاً فاسداً صنفاً، لو فعله الغاصب في المنصوب يصير ملكاً له في القيمة

-كما إذا طحن الخنطة، أو خاط الثوب قميصاً ونحو ذلك- ينقطع حق البائع في الفسخ، ويلزمه قيمته يوم

القبض كما في الغصب. تحفة الفقهاء جـ١: ٦٣ .

والنكاح لا يمنع حق الفسخ، فإن فسخ كان على المشتري مهر مثلها وما نقصها التزويج (١).

والزيادة المنفصلة كالولد، والتمر، والكسب، والغلة لا يمنع الفسخ فيفسخ ويرد الزيادة على البائع (٢).

ولو زال ملك المشتري ثم عاد إلى حكم ملك الأول عاد حق الفسخ، كما لو رجع في الهبة، أو ردّ عليه بخيار، وإن عاد بحكم (ملك) (٣)، مبتدأ لا يُرد (٤).

وإن كان المبيع يبعاً فاسداً عبداً، فقال البائع: هو حر لم يعتق، فإن قال: مرة أخرى هو حرّ بحضرة المشتري يعتق، لأن الأول فسخ والثاني إعتاق.

(١) ولو زوجها من إنسان بعد القبض، فإن النكاح لا يمنع الفسخ، والنكاح بحاله، لأنه زوجها وهي مملوكة له، فصح نكاحها، والنكاح مما لا يحتمل الفسخ فبقي النكاح. تحفة الفقهاء ج١: ٦١ - ٦٢ .

(٢) بل للبائع أن يأخذ المبيع مع الزوائد ويفسخ البيع، لأن قبض المشتري شراء فاسداً بمنزلة قبض الغصب. تحفة الفقهاء ج١: ٦٢، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٣٠٢ .

(٣) (ملك): في ب، جـ وساقطة من أ

(٤) لأن الرد بهذه الوجوه فسخ محض فكان وفعماً للمعقد من الأصل، وجعلاً له كأن لم يكن، ولو اشتراه ثانياً، أو عاد إليه بسبب مبتدأ لا يعود الفسخ، لأن الملك اختلف لاختلاف السبب فكان اختلاف الملكين بسبب اختلاف العقدين. بدائع الصنائع ج٥: ٣٠١ .

باب الإقالة (١)

وهي جائزة في البيع بمثل الثمن الأول (٢)، فإن شرط أكثر منه أو أقل، أو جنساً آخر بطل الشرط، ويرد (مثل) (٣) الثمن الأول.
وقال أبو يوسف: إذا كان بعد القبض جاز ذلك كله.
وقال محمد: يكون بيعاً جديداً (٤).
والإقالة بعد القبض: فسخ في حق المتعاقدين، بيع جديد في حق غيرهما في قول أبي حنيفة، حتى لا تقبل الزيادة ولا النقصان في الثمن.

١- الإقالة: في اللغة: يقال: أقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه، ومنه الإقالة في البيع، لأنها رفع العقد.

المصباح المنير: ١٩٩

وفي الاصطلاح: «رفع البيع». حاشية ابن عابدين ج٤: ١٤٤، وانظر حاشية الطحطاوي ج٣: ٨٩، وانظر البحر الرائق ج٦: ١١٠.

والدليل على مشروعية الإقالة ما بروى عن أبيض بن حمّال، أنه استقطع الملح الذي يقال له ملح مأرب، فأقطعه له، ثم إن الأقرع بن حابس التميمي أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إني قد وردت الملح في الجاهلية وهو بأرض ليس بها ماء، ومن ورده أخذه، وهو مثل الماء العذب، فاستقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أبيض بن حمّال في قطيعته في الملح: فقال: قد أقلتك منه على أن يجعله مني صدقة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «وهو منك صدقة وهو مثل الماء العذب من ورده أخذه».

قال فرج: وهو اليوم على ذلك. من ورده أخذه، قال فقطع له النبي صلى الله عليه وسلم: «أرضاً ونخلًا بالجرف، جرف مراد مكانه حين أقال منه» سنن ابن ماجه ج٢: ٨٢٧-٨٢٨، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٣٠.

٢- لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أقال مسلماً أقاله الله عثرته يوم القيامة» سنن ابن ماجه ج٢:

٧٤١، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٣٠.

ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه رفعاً لحاجتهما. الهداية ج٣: ٦٠-٦١ وانظر اللباب ج٢: ٣١، وانظر

تحفة الفقهاء ج١: ١٠٠، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٣٢ وانظر الاختيار ج٢: ١١.

٣- (مثل): في ب، جـ وساقطة من أ.

٤- لأن الأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، بيع جديد في حق غيرهما. إلا أنه لا يمكن جمعه فسخاً

فتبطل، وهذا عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف هو بيع إلا أنه يمكن جعله بيعاً فيجعل فسخاً إلا أن لا يمكن فتبطل.

وعند محمد، هو فسخ إلا إذا تعلق جعله فسخاً، فيجعل بيعاً إلا أن لا يمكن فتبطل.

لمحمد: أن اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال: أقلني عشراتي فتوفر عليه قضيته، وإذا تعلق بحمل على محتمله وهو البيع، ألا ترى أنه بيع في حق الثالث.

ولأبي يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حدّ البيع، ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويردّ بالعيب وتثبت به الشفعة، وهذه أحكام البيع.

ولأبي حنيفة: أن اللفظ ينبيء عن الفسخ والرفع كما قلنا، والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعلقه، لأنه ضده، واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان، وكونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة إذ لا ولاية لهما على غيرهما. إذا تبين هذا نقول:

إذا شرط الأكثر للإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة، إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط، لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع، لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا، أما ما لا يمكن إثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما يبيّنه إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل، لأن الخطّ يجعل بازاء ما فات بالعيب.

وعندهما: في شرط الزيادة يكون بيعاً، لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف، وعند محمد جعله بيعاً يمكن، فإذا زاد كان قاصداً بهذا ابتداء البيع، وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف، لأنه هو الأصل عنده، وعند محمد هو فسخ بالثمن الأول لا سكوت عن بعض الثمن الأول، ولو سكت عن الكل أو أقال يكون فسخاً فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد. الهداية جـ ٣: ٦١، وانظر الباب جـ ٢: ٣٢، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ٣٠٦، وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ١٠٠-١١١.

- وإذا ترك الشفيع الشفعة في البيع يأخذها في الإقالة إن شاء (١)
وقال أبو يوسف: الإقالة بيع إلا إذا تعذر فيجعل فسخاً
وقال محمد: هي فسخ إلا إذا تعذر فتجعل بيعاً.
وقال زفر (٢): هي فسخ في حق الكل. (٣)
والإقالة قبل القبض فسخ في قولهم جميعاً (٤)
وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة، وهلاك المبيع يمنعها (٥) .

١- لأنها عقد جديد في حق الشفيع. تحفة الفقهاء ج١: ١١١

٢- زفر بن الهذيل بن قيس البصري صاحب أبي حنيفة، ولد سنة ١١٠ هـ ومات سنة ١٥٨ هـ، وهو ثقة مأمون، ولي قضاء البصرة، جمع بين العلم والعبادة وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي. انظر طبقات الفقهاء: ١٣٥، وانظر تاج التراجم: ٢٨.

٣- فعند أبي حنيفة أن الإقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث سواء كان قبل القبض أو بعده، وروي عنه: أنها فسخ قبل القبض بيع بعده.

وجه قول زفر: أن الإقالة في اللغة عبارة عن الرفع، يقال في الدعاء: اللهم أقلني عثراتي أي ارفعها، وفي الحديث من أقال نادماً أقال الله عثرته يوم القيامة، والأصل أن معنى التصرف شرعاً ينشأ عنه اللفظ لغة، ورفع العقد فسخه، ولأن البيع والإقالة اختلفا اسماً فيختلفان حكماً، هذا هو الأصل فإن كانت رفعاً لا تكون بيعاً، لأن البيع إثبات والرفع نفي وبينهما تناف فكانت الإقالة على هذا التقدير فسخاً محضاً فتظهر في حق كافة الناس.

وجه قول محمد: أن الأصل فيها الفسخ كما قال زفر إلا أنه إذا لم يمكن أن يجعل فسخاً فنجعل بيعاً ضرورة.

وجه قول أبي يوسف: أن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال وهو أخذ وإعطاء بدل وقد وجد فكانت الإقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها والعبرة للمعنى لا للصورة.

وجه قول أبي حنيفة في تقرير معنى الفسخ ما ذكرناه لزفر، وأما تقرير معنى البيع فما ذكرناه لأبي يوسف أن كل واحد يأخذ رأس ماله بيدل وهذا معنى البيع إلا أنه لا يمكن إظهار معنى البيع في الفسخ في حق العاقدين للتنافي فأظهرناه في حق الثالث فجعل فسخاً في حقهما بيعاً في حق ثالث وهذا ليس بمتنع.

انظر بدائع الصنائع ج٥: ٣٠٦، وانظر الهداية ج٣: ٦٠-٦١، وانظر اللباب ج٢: ٣٢.

٤- فالإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد، وكذا عند أبي يوسف في المنقول لتعذر البيع، وفي العقار يكون بيعاً عنده لإمكان البيع، فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده. الهداية ج٣: ٦١-٦٢، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١١١، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٣٠٦-٣٠٧.

٥- لأن رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن. الهداية ج٣: ٦٢، وانظر اللباب ج٢: ٣٢.

وإذا هلك بعض المبيع، جازت الإقالة في باقيه (١)
 وإذا اشترى جارية فقبضها ثم تقايلا واختلفا في الثمن (تحالفا وترادا، ويعود البيع الأول) (٢)
 وإذا أسلم عشرة دراهم في كرّ (٣) حنطة، وتقايلا، ثم اختلفا في الثمن، فالقول للمسلم
 إليه ولا يعود السلم (٤) (اللهم اختم بخير) (٥).

١- لقيام البيع فيه، وإن تقابضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما، ولا تبطل بهلاك أحدهما، لأن كل واحد
 منهما مبيع فكان المبيع باقياً. الهداية ج٣: ٦٢ وانظر للباب ج٢: ٣٢، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٣٠٩،
 وانظر تبين الحقائق ج٤: ٧٣.

٢- لأنه عند ذلك يتأني تمييز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال، ولأن التحالف عند قيام
 السلعة إنما يصر إليه، لأن كل واحد منهما يدهي عقداً ينكره صاحبه فالبيع بالف غير البيع بالفين، ألا ترى أن
 شاهدي البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة والدليل عليه أنه لو انفرد كل واحد منهما بإقامة البينة
 وجب قبول بيئته فعرفنا أن كل واحد منهما يدهي عقداً ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوة
 صاحبه. المبسوط ج١٣: ٣١.

٣- الكر: كيل معروف، وهو ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكايك والمكوك صاع ونصف. قال الأزهرى:

فالكر على هذا الحساب اثنا عشر وسقاً. المصباح المنير: ٢٠٢

٤- (تحالفا وترادا، ويعود... ولا يعود السلم): في ج وساقطة من أ، ب.

٥- (اللهم اختم بخير): في ب وساقطة من أ، ج.

باب خيار الشرط

خيار الشرط: وهو جائز (١) للبائع والمشتري، في البيع ثلاثة أيام فما دونها، ولا يجوز أكثر منهما عند أبي حنيفة.

وقالوا: يجوز إذا سمي مدة معلومة (٢).

وخيار البائع، يمنع خروج المبيع عن ملكه (٣)، فإن قبضه المشتري وهلك في يده قبل القبض ضمنه بالقيمة (٤)، وإن كان بعد الثلاثة فعليه الثمن (٥).

وخيار المشتري، لا يمنع خروج المبيع من ملك البائع (٦)، إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة، فإن هلك في يده هلك بالثمن، وكذا إن دخله (٧) عيب.

وقالوا: المبيع والثمن ملك من له الخيار، فإن كان الخيار لهما فسلعة كل واحد على ملكه (٨).

١- لقول النبي صلى الله عليه وسلم لمنقذ بن عمرو: «إذا أنت بايعت فقل: لا خلاه ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال. فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فأردها على صاحبها». سنن ابن ماجه ج٢: ٧٨٩، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٧

٢- وجه قولهما: حديث ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين. وقال عنه الزيلعي غريب جداً نصب الراية ج٤: ٨

ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن. ولأبي حنيفة وزفر: أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة. / الهداية ج٣: ٣١، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٦٦، وانظر اللباب ج٢: ١٢ وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٧٤، وانظر المبسوط ج١٣: ٤١، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٣-٣٤٤

٣- لأن تمام هذا السبب بالمرضاة ولا تتم مع الخيار، ولهذا ينفذ عتقه، ولا يملك المشتري التصرف فيه، وإن قبضه بإذن البائع. الهداية ج٣: ٣٢، وانظر اللباب ج٢: ١٣

٤- لأن البيع يفسخ بالهلاك، لأنه كان موقوفاً، ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضاً في يده على سوم الشراء وفيه القيمة، ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتباراً بالبيع الصحيح المطلق. الهداية ج٣: ٣٢، وانظر اللباب ج٢: ١٣.

٥- بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع، وكذا إن دخله عيب، ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يمرى عن مقدمة عيب فيهلك، والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم، لأن بدخول العيب لا يمتنع

الردّ حكماً بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف. الهداية جـ٣: ٣٢.

٦- لأن البيع في جانب الآخر لازم، وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار، لأنه

شرع نظراً له دون الآخر. الهداية جـ٣: ٣٢ وانظر الباب جـ٢: ١٣.

٧- (دخله): في جـ وفي أ، ب دخل.

٨- لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك، ولا عهد لنا به

في الشرع.

ولأبي حنيفة: أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه، لاجتمع البدلان في

ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع، لأن المعاوضة تقتضي المساواة، ولأن الخيار شرع

نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة، ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه

فيقوت النظر. الهداية جـ٣: ٣٢، وانظر الباب جـ٢: ١٣.

٩٢
ومن شرط الخيار (له) (١)، فله أن يفسخ في مدة الخيار، وله أن يجيز، فإن أجازته بغير
حاضرة صاحبه جاز، وإن فسخ لم يكن فسخاً، إلا أن يكون الآخر حاضراً (٢).
وإن مات من له الخيار بطل خياره، ولم ينتقل إلى ورثته (٣).
وكل ما يسقط خيار العيب يسقط خيار الشرط (٤).
ولا يجوز شرط الخيار في السلم، والصرف، والنكاح (٥).
ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره جاز، وأيهما (أجاز جاز) (٦) (وأيهما) (٧) نقض
انتقض (٨).

١- (له): في أ، ب وساقطة من ج

٢- وقال أبو يوسف: يجوز ووجهة نظره: أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه
كالإجازة، ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع.

ولهما: أنه تصرف في حق الغير وهو المقدر بالرفع ولا يعمرى عن المضرة، لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق
فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أولاً يطلب لسلمته مشترياً فيما إذا كان الخيار
للمشتري، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كمزول الوكيل، بخلاف الإجازة، لأنه لا إلزام فيه ولا
نقول أنه مسلط، وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط. الهداية ج٣:
٣٣-٣٤، وانظر الباب ج٢: ١٤.

٣- لأن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله، والإرث فيما يقبل الانتقال، بخلاف خيار العيب،
لأن الموروث استحق المبيع سليماً فكذا الوارث، فأما نفس الخيار لا يورث، وأما خيار التعمين فثبتت للوارث
ابتداءً لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار. الهداية ج٣: ٣٤، وانظر الباب ج٢: ١٤.

٤- لأن الخيار بعد ثبوته يسقط بعمان ثلاثة: إما بالإسقاط صريحاً، أو بطريق الدلالة، أو بطريق الضرورة.
انظر محفة الفقهاء ج١: ٦٦-٧٣.

٥- لأن تمكن المرأة الرجل من وطئها دليل بطلان الخيار فصار ذلك أصلاً، لأن الخيار كما يسقط بصريح
الاسقاط يسقط بالاسقاط من طريق الدلالة. بدائع الصنائع ج٥: ٢٦٧.

٦- (أجاز جاز): في ب، ج وساقطة من أ.

٧- (وأيهما): في ج وفي أ فأيهما وفي ب ولهما.

٨- وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر، لأن الخيار من
موجب العقد وأحكامه، فلا يجوز اشتراطه لغيره

ولنا: أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاءً ثم يجعل هو نائباً عنه
تصحيحاً لتصرفه، وعند ذلك يكون لكل واحد منهما بالخيار، فأيهما أجاز جاز، وأيهما نقض انتقض.

الهداية ج٣: ٣٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٣

ومن شرط خيار أربعة أيام، (إن أجاز)(١) في الثلاثة جاز (البيع)(٢) وإن أراد من له الخيار أن يجيز البيع في بعض المبيع دون البعض، لم يكن له ذلك إلا برضا الآخر(٣).

وإن اشترى إثنان على أنهما بالخيار، فرضي أحدهما، فليس للآخر أن يرده. وقال(٤): له أن يرده(٥).

١- (إن أجاز) : في ا، ب وفي ج فأجاز

٢- (البيع): في ب، ج وفي البائع.

خلافاً لزفر، وهو يقول: أنه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً.

ولأبي حنيفة: أنه أسقط المفسد قبل تقررهِ فيعود جائزاً كما إذا باع الرقم وأعلمه في المجلس، ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع، فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد. الهداية ج٣: ٣١، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٤

٣- سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، وسواء كان البيع مقبوضاً أو غير مقبوض، لأن الإجازة في البعض دون البعض تفريق الصفقة في اللزوم وكما لا يجوز تفريقها أي الإيجاب والقبول إلا برضا العائدين لا يجوز في وصفها وهو أن يلزم البيع في البعض دون البعض إلا برضاها. بدائع الصنائع ج٥: ٢٦٤.

٤- (وقال): في ا، ب، وفي ج وقال

٥- لهما: أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه.

وله: أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة، فلو رده أحدهما رده معيباً به، وفيه إلزام ضرر زائد، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضى برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد. الهداية ج٣: ٣٦، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٨٠.

وإن اشترى (ثوبين) (١)، أو ثلاثة على أن يأخذ (أيهما) (٢) شاء بعشرة، وهو بالخيار ثلاثة أيام جاز، فإن كانت أربعة أثواب لم يجز (٣).
ومن باع عبداً على أنه (خباز) (٤) (أو) كاتب (٥) وكان بخلاف ذلك، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك (٦).
ومن اشترى داراً على أنه بالخيار، فبيعت داراً إلى (جنبها) (٧) فأخذها بالشفعة فهو رضى (٨).

وإن اشترى امرأته على أنه بالخيار لم يفسد النكاح، وإن وطئها (فله أن يردها).
وقالوا: يفسد النكاح، وإن وطئها (٩) فليس له أن يردها (١٠).
ومن اشترى عبداً بشرط الخيار، فصدقة فطره على من يصير العبد إليه (١١)
ويجوز إعتاق المشتري إذا كان الخيار له، وإن كان للبائع لم يجز عتقه (١٢).

١- (ثوبين): في ب، جـ وفي أثواب

٢- (أيهما): في ب، جـ وفي أيها.

٣- والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر.

وجه الاستحسان: أنه شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق. والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة، لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به، أو اختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرضى فيها، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار، وكذا في الأربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة، وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما، ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير، وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقاً لا شرطاً. الهداية جـ: ٣٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٤-٣٤٥.

٤- (خباز) وفي النسخ الثلاث خبازاً.

٥- (أو): في أ وفي ب، جـ: و

٦- لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط، ثم فواته يوجب التخيير، لأن ما رضي به دونه، وهذا يرجع إلى إختلاف النوع لقلّة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدمه لمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات، وصار كفوات وصف السلامة، وإذا أخذه بجميع الثمن، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف. / الهداية جـ: ٣٦.

٧- (جنبها): في جـ وفي ا، جانبها وفي ب جانبه

٨- لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها، لأنه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه، فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً، وهذا التقرير يحتاج إليه للمذهب أبي حنيفة خاصة. الهداية جـ ٣: ٣٦، وانظر المبسوط جـ ١٣: ٦٠، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٥ -

٩- (فله أن يردّها، وقالاً..... وإن وطئها): في ب، جـ وساقطة من ا.

١٠- فعند أبي حنيفة لا يبطل نكاحه، لأنها لم تدخل في ملكه، وعندهما تبطل لأنها دخلت في ملكه. ولو وطئها في مدة الخيار ينظر: إن كانت بكرة يبطل خياره، بالاتفاق لوجود التعيب، وإن كانت ثيباً لم ينقضها الوطء، لا يبطل خياره عند أبي حنيفة، لأنه وطئها بملك النكاح، لا بملك اليمين، فلا يصير مختاراً، ضرورة في حل الوطء.

وعندهما: يبطل خياره، لأنه وطئها بحكم الشراء. تحفة الفقهاء جـ ١: ٧٨، وانظر الهداية جـ ٣: ٣٢-٣٣، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ٢٦٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٤.

١١- معناه إذا مرّ يوم الفطر والخيار باق.

وقال زفر: على من له الخيار، لأن الولاية له.

ولنا: أن الملك موقوف، لأنه لو ردّ يعود إلى قديم ملك البائع، ولو أجزى يثيب الملك للمشتري من وقت

العقد فيتوقف على ما يبتنى عليه. الهداية جـ ١: ١٢٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٤

١٢- فإن فسخ لا يعتق، لأن العبد عاد إلى ملك البائع، وإن أجازته عتق، لأنه سقط الخيار ولزم العقد

فيلزمه الثمن. بدائع الصنائع جـ ٥: ٢٦٥.

باب خيار الرؤية

من اشترى مالم يره فالبيع جائز (وله) (١) الخيار، إذا رآه إن شاء قبله، وإن شاء رده (٢).

ومن باع مالم يره فلا خيار له (٣)، وإذا قال: (قد) (٤) رضيته من غير (رؤية) (٥) لم يسقط خياره (٦).

١- (وله): في ب، ج وفي أ فله.

٢- لقوله صلى الله عليه وسلم: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه. رواه الدارقطني: ج٣: وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٩-١٠.

ولأن الجهالة بعد الرؤية لا تفضي إلى المنازعة، لأنه لو لم يوافق رده فصار كجهالة الوصف في المعائن المشار إليه. الهداية ج٣: ٣٦، وانظر تحفة الفقهاء. ج١: ٨١، وانظر اللباب ج٢: ١٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٤١

٣- فإن رآه المشتري يجوز عندنا وإن لم يره البائع، وهل يثبت للبائع فيه خيار الرؤية؟ لم يذكر في ظاهر الرواية.

وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء أن أبا حنيفة كان يقول: بأنه يثبت له الخيار ثم رجع، وقال: لا يثبت. ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما رويناه فلا يثبت دونه.

ثم خيار الرؤية غير مؤقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله، وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية. انظر تحفة الفقهاء ج١: ٨١-٨٢ وانظر الهداية ج٣: ٣٧، وانظر اللباب ج٢: ١٦.

٤- (قد): في ب، ج وساقطة من أ

٥- (رؤية): في ج وفي أ، ب الرؤية.

٦- لأن الخيار معلق بالرؤية لما رويناه فلا يثبت قبلها، وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت. الهداية ج٣: ٣٧، وانظر الجامع الصغير: ٣٤١

وإن وكل إنساناً بقبضه فقبضه الوكيل، ونظر إليه، ولم يرده، لم يكن له أن يرده إلا من (عيب) (١).

ولو كان مكان الوكيل رسولاً فله أن يرده.

وقالا: له الرد في الوكيل أيضاً. (٢)

وإن نظر إلى وجه الصبرة، وإلى ظاهر الثوب مطوياً، وإلى وجه الجارية، ووجه الدابة، وكفلها (٣) ولم يرد، فلا خيار له بعد ذلك (٤).

وإن رأى صحن (٥) الدار سقط خياره، وإن (لم) (٦) يشاهد بيوتها. (٧)

١- (عيب): في جـ وفي أ، ب بعيب

٢- قال: معناه الوكيل بالقبض، فأما الوكيل بالشراء، فرويته تسقط الخيار بالإجماع.

لهما: أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار، فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصداً.

وله أن القبض نوعان: تام وهو أن يقبضه وهو يراه، وناقص وهو أن يقبضه مستوراً، وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة، ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل.

ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار، فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل، وإذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالناقص منه، فلا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك بخلاف خيار العيب، لأنه يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقاءه. وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه، فإنه لا يسقط بقبضه، لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده، فكذا لا يملكه وكيله، وبخلاف الرسول، لأنه لا يملك شيئاً وإنما إليه تبلغ الرسالة، ولهذا لا يملك بالقبض والتسليم إذا كان رسولاً في البيع. الهداية جـ ٣: ٣٨، وانظر تحفة الفقهاء: جـ ١: ٨٨-٨٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٤١-٣٤٢.

٣- كفل الدابة: عجزها، وكذا أن يدار الكساء حول سنام البعير ثم يركب. انظر المصباح المنير ٢٠٥، وانظر مختار الصحاح: ٥٧٤-٥٧٥.

٤- والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروطة لتعذرهما فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، والنظر إلى وجه الصبرة كاف، لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكمل يعرض بالنموذج، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يعرض بالنموذج. انظر الهداية جـ ٣: ٣٨، وانظر اللباب جـ ٢: ١٦، وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ٨٣، وانظر الجامع الصغير: ٣٦٨، وانظر عيون المسائل جـ ٢: ١٤٦-١٤٧.

٥- صحن الدار: وسطها. المصباح المنير: ١٢٧.

٦- (لم): في ب، جـ وساقطة من أ.

٧- وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان.

وعند زفر: لا بد من دخول داخل البيوت، والأصح أن جواب الكتاب على وفق عاداتهم في الأبنية، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ، فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للفتحات، والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل. الهداية جـ ٣: ٣٨ وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ٨٥، وانظر شرح فتح القدير جـ ٦: ٣٤٤.

وبيع الأعمى وشراؤه جائز، وله الخيار إذا اشترى (١)، ويسقط خياره بأن يجس المبيع إن كان يعرف بالجلس، ويشمه إن كان يعرف بالشم، ويذوقه إن كان يعرف بالذوق (٢). ولا يسقط خياره في العسكار حتى يوصف له (٣).

١- لأنه اشترى ما لم يره . الهداية ج٣: ٣٩ وانظر اللباب ج٢: ١٧، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٩١، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٦٤.

٢- لأن هذه الأشياء تنفيذ العلم بالمقصود، فكانت في حقه بمنزلة الرؤية. اللباب ج٢: ١٧، وانظر تحفة الفقهاء: ج١: ٩١، وانظر الهداية ج٣: ٣٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٢

٣- لأن الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم.

وعن أبي يوسف: أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه، وقال قد رضيت سقط الخيار، لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع المعجز. كتحرير الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة.

وقال الحسن: يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه، وهذا أشبه بقول أبي حنيفة، لأن رؤية الوكيل كروية الموكل.

الهداية ج٣: ٣٩، وانظر اللباب ج٢: ١١ وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٩١، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٣٤٨-٣٤٩، وانظر الأصل ج١: ١٥٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٢.

وإن اشترى عدل (١) (زيطي) (٢) لم يره، فباع منه ثوباً، أو رهته، أو أتلفه، أو (حدث) (٣) بيعه عيب، لم يرد (شيئاً منها) (٤) إلا من عيب، وكذلك خيار الشرط (٥).
فإن اشترى مكيلاً، أو موزوناً، قد رأى بعضه، فإن كان الذي لم يره مثل الذي رآه فهو لازم له، وإن قال المشتري: قد تغير، فالقول للبائع مع يمينه (٦).

١- العدل: المثل والنظير، ويطلق على الجوانق. المعجم الوسيط ج٢: ٥٩٤

٢- (زيطي): في أ، جـ وفي ب ظطي

٣- (أحدث): في ب، جـ وفي أ حدث.

٤- (شيئاً منها): في ب، جـ وفي أ منه شيئاً.

٥- لأنه تعدد الرد فيما باع وليس له أن يفرق الصفقة في الرد بخيار الرؤية، فإذا عاد إلى ملك البائع ما باع بسبب فهو نسخ من كل وجه فله أن يرد الكل بخيار الرؤية لزوال المانع إلا في رواية علي بن الجعد عن أبي يوسف: أنه يقول خيار الرؤية كخيار الشرط فلا يعود بعدما سقط، وإن عاد إلى قديم ملكه.

وإن كان باعه على أنه بالخيار، فإن كان بعد الرؤية فهو دليل الرضا منه فيسقط خياره، وإن كان قبل الرؤية فهو على خياره، لأنه لم يتعدر عليه ردّ الكل بما أحدث من التصرف، فلو أسقطنا خياره لأسقطنا بإيجابه البيع في الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه بإسقاط خيار الرؤية، ولو صرح بذلك لم يسقط خياره قبل الرؤية. المبسوط ج١٣: ٧٤-٧٥، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٩٢، وانظر الهداية ج٣: ٣٩-٤٠، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٢.

٦- فإن كانت لا تتفاوت أحادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يمرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحبتل يكون له الخيار، فإن رأى البعض ورضي به فلا خيار له في الذي لم ير إذا كان ما لم ير مثل الذي رأى، لأن رؤية البعض من هذه الأشياء تعرف حال الباقي. انظر الهداية ج٣: ٣٥-٣٦، ٣٩، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٩٢.

وإن اشترى مغيباً (١) في الأرض مثل الجزر، والبصل، والثوم، فله الخيار إذا رأى جميعه، ورؤية بعضه لا تبطل خياره سواء كان ذلك مما يوزن أو لا. وقال (أبو) (٢) يوسف (رحمه الله) (٣): إذا قلع مما يكال، أو يوزن، قدرأ معلوماً، رطلاً (٤)، أو منأ (٥)، أو ربعاً، فرضيه فليس له ردّ ما بقي (٦). وإن كان لا يكال ولا يوزن فله الخيار حتى يرى جميعه (٧).

١- مغيباً: إذا توارى. المصباح المنير: ١٧٤

٢- (أبو): في أ، ج وفي ب أبي

٣- (رحمه الله): في ج وساقطة من أ، ب.

٤- الرطل: معيار يوزن به، وهو بالبغدادي اثنتا عشرة أوقية أي تسعون مثقالاً وتعادل ١٤٨,٧/٤ درهماً. وهو يعادل نصف من

المصباح المنير: ٨٨، وانظر مختار الصحاح: ٢٤٦

٥- المن: الذي يكال به السمن وغيره، وقيل الذي يوزن به رطلان. المصباح المنير: ٢٢٢.

٦- فعند أبي حنيفة: أنه إذا قلع الباقي كان على خياره إن شاء ردّ الكل، وإن شاء أمسك الكل.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا قلع شيئاً مما يستدل به على الباقي في عظمه ورضي به المشتري فهو لازم.

وجه قولهما: أنه إذا قلع ما يستدل به على الباقي كان رؤية بعضه كروية كله فكأنه قلع الكل ورضي به،

كما إذا اشترى صبرة فرأى ظاهرها يسقط خياره كذا هذا.

وجه قول أبي حنيفة: إن هذه المغيبات مما تختلف بالصفير والكبير والجودة والرداءة اختلافاً فاحشاً فرؤية

البعض منها لا تفيد العلم بحال البقية، فأشبهه الثياب وسائر العدديات المتفاوتة. بدائع الصنائع ج٥:

٢٩٧-٢٩٨، وانظر عيون المسائل ج٢: ١٤٨.

٧- فإذا رأى البعض فإنه يكون على خياره في الباقي، لأن الكل مقصود، ورؤية ما رأى لا تُعرف حال

الباقي، لأنها متفاوتة. تحفة الفقهاء ج١: ٨٦.

ومن رأى أحد الثوبين فاشترهما ثم رأى الآخر جاز أن يردهما (١).
 ومن مات وله خيار رؤية بطل خياره (٢).
 ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة، فإن كان على الصفة التي رآها فلا خيار له (٣)،
 وإن وجدته متغيراً فله الخيار (٤).
 (والله أعلم) (٥)

١- لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره. ثم لا يردده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام، وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، ولهذا يتمكن من الرد بنير قضاء، ولا رضا ويكون فسخاً من الأصل. الهداية ج٣: ٣٩، وانظر اللباب ج٢: ١٨.

٢- لأنه لا يجري فيه الإرث، لأن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله، والإرث مما يقبل الانتقال. الهداية ج٣: ٣٤، ٣٩ وانظر اللباب ج٢: ١٩، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٩٦.

٣- لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلمه مرثيه لعدم الرضا به. الهداية ج٣: ٣٩، وانظر اللباب ج٢: ١٩.

٤- لأن تلك الرؤية لم تقع معلّمة بأوصافه، فكانه لم يره، وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع، لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا، لأن الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية، لأنها أمر حادث، والمشتري ينكره فيكون القول قوله. الهداية ج٣: ٣٩، وانظر اللباب ج٢: ١٩ وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٩٢.

٥- (والله أعلم) : في ج وسائطة من أ، ب

خيار العيب (١)

إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده (٢)، وليس له أن يمسه ويأخذ النقصان (٣).
وإن وجد ببعض (المبيع) (٤) عيباً قبل القبض، فإن شاء أخذ الكل، وإن شاء ترك الكل، وليس له أن يأخذ الصحيح ويرد المعيب إلا (برضا) (٥) البائع، وكذا إن قبض البعض (٦).

١- والدليل على مشروعيته: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تُصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاح تمر».

ولقوله: «ولا تصروا الغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها: إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاحاً من تمر» صححه البخاري رحمه الله ج٤: ٣٦١ وانظر مزيداً من الأدلة على ذلك في بدائع الصنائع ج٥: ٢٧٤.

٢- لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة، فعند فواته يتخير كيلاً يتضرر بلزوم ما لا يرضى به. الهداية ج٣: ٤٠، وانظر اللباب ج٢: ١٩.

٣- لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد، ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى، فيتضرر به. ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالردّ بدون تضرره، والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض، لأن ذلك رضا به. الهداية ج٣: ٤٠، وانظر اللباب ج٢: ١٩.

٤- (المبيع): في ب، ج وفي الجميع

٥- (برضا): في ج وفي أ، ب برضى

٦- فليس له أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء، لأن الصفقة لا تمام لها قبل القبض، وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل، والدليل على أن الصفقة لا تتم قبل القبض أن الموجود قبل القبض أصل العقد والملك لا صفة التأكيد الا ترى أنه يحتمل الانفساخ بهلاك المقود عليه وهو أنه عدم التأكيد، وإذا قبض وقع الأمر عن الانفساخ بالهلاك فكان حصول التأكيد بالقبض والتأكيد إثبات من وجه أو له شبهة الإثبات، وكذا ملك التصرف يقف على القبض فيدل على نقصان الملك قبل القبض ونقصان الملك دليل نقصان العقد. بدائع الصنائع ج٥: ٢٨٧.

وإن كان قبض جميعه، ثم رأى بيعه عيباً، لزمه الذي لا عيب فيه بحصته من الثمن، ويرد المبيع إلا ما كان من مكيل، أو موزون من نوع واحد فليس له إلا أن يأخذ الكل أو يرد الكل (١).

وإن استحق بعضه فلا خيار له في ردّ ما بقي (٢)، وإن كان ثوباً ونحوه فله الخيار (٣). وإن اشترى خفين، أو نعلين، أو مصراعي (٤) باب وقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيباً، ردهما جميعاً (٥).

١- لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد، ألا ترى أنه يسمى باسم واحد وهو الكرّ ونحوه، وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد، فإذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبيدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر. الهداية ج٣: ٤٥.

٢- لأنه لا يضره التبعض، والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة، لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك، وهذا إذا كان بعد القبض، أما لو كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام. الهداية ج٣: ٤٥.

٣- لأن التشخيص فيه عيب، وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون. الهداية ج٣: ٤٥.

٤- مصراع الباب: أحد أجزائه، أحدهما إلى اليمين والآخر إلى اليسار، ومن بيت الشعر نصفه، وهما مصراعان. المعجم الوسيط ج١: ٥١٥.

٥- لأنهما في الصورة شيان، وفي المنفعة والمعنى كشيء واحد، فإنه لا يتأني الانتفاع المقصود بأحدهما دون الآخر، والمعتبر هو المعنى، وفي الشيء الواحد وجود العيب بجزء منه ممكن من ردّ الكل، لأنه لو ردّ المبيع خاصة لعاد إلى البائع بميب حادث، إذ التفريق بينهما يمنع الانتفاع وذلك عيب في كل واحد منهما. فإن كان قد باع الذي ليس به عيب لم يكن له أن يرد ما بقي، ولا يرجع بشيء كما في الشيء الواحد حقيقة إذا باع بعضه. المبسوط ج١٣: ١٠٢.

(وإذا) (١) اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم فقطع في يده فله أن يردّه ويأخذ جميع الثمن.
وقالا: لا يردّه ويرجع بما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق (٢).
وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب (وإلا فلا) (٣)
والإباق، والبول في الفراش، والسرقه، عيب بالصغير ما لم يبلغ، (فإذا) (٤) بلغ فليس
ما مضى منه عيب فيه حتى يعاوده بعد البلوغ (٥).

١- (وإذا): في ج، ب، وفي إذا

٢- لهما: أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل، وأنه لا ينافي المالية فنقل العقد فيه لكنه متعيب
فيرجع بنقصانه عند تعلق ردّه وصار كما إذا اشترى جارية حاملاً فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما
بين قيمتها حاملاً إلى غير حامل.

وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود، فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق
وصار كما إذا قتل المنصوب أو قطع بعد الردّ بجناية وجدت في يد الغاصب. الهداية ج٣: ٤٥-٤٦.

٣- (وإلا فلا): في أ، ب وساقطة من ج

ولأن الضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله. الهداية ج٣: ٤٠،
وانظر اللباب ج٢: ٢٠ وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٩٣، وانظر خزائن الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٣٠.

٤- (فإذا): في ب، ج وفي أ فإن

٥- ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صفه ثم حدثت عند المشتري في صفه فله أن يردّه، لأنه حين ذلك،
وإن حدثت بعد بلوغه لم يردّه، لأنه غيره، وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغير والكبير، فالبول في
الفراش في الصغير لضعف المثانة ويمد الكبير لداء في الباطن.

والإباق في الصغير لحب اللعب والسرقه لقلّة المبالاة وهما بعد الكبير لخبث في الباطن، والمراد من الصغير من
يعقل، فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا أبى فلا يتحقق عيباً. الهداية ج٣: ٤٠، وانظر تحفة الفقهاء ج١:

٩٥، وانظر اللباب ج٢: ٢٠ وانظر المبسوط ج١٣: ١٠٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٩، وانظر خزائن الفقه
وعيون المسائل ج١: ٢٣٠.

والبخر (١)، والذفر (٢) عيب في الجارية، وليس بعيب في الغلام، (إلا أن يكون من داء (٣). والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام (٤)، واستحاضة الجارية، وانقطاع حيضها وكونها ذمية عيب (٥). والجنون عيب في الجارية والغلام (٦)، والثيوبه ليست بعيب إلا إذا شرط البكارة فيردها لعدم المشروط (٧).

١- البخر: بخر الفم- بَخراً أنتنت ريحه. المعجم الوسيط ج١: ٤٠

٢- الذفر: ذفر الشيء، اشتدت رائحته طيبة رائحته كالمسك، أو خبيثة كالصنان ورجل أذفر به صنان. المعجم الوسيط ج١: ٣١٢، وانظر المصباح المنير: ٧٥.

٣- لأن المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد، وهما يخلان به، وليس بعيب في الغلام، لأن المقصود هو الاستخدام، ولا يخلان به إلا أن يكون من داء، لأن الداء عيب. الهداية ج٣: ٤١، وانظر اللباب ج٢: ٢١، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٩٤، وانظر المبسوط ج١٣: ١٠٧، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٣٠.

٤- (إلا أن يكون من داء... دون الغلام): في ج وساقطة من أ وفي ب زيادة كلمة «عدم» بين وولد (عدم) الزنا.

لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد، ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا، لأنه يخلّ بالخدمة. الهداية ج٣: ٤١، وانظر اللباب ج٢: ٢١، وانظر تحفة الفقهاء ط١: ٩٤ وانظر المبسوط ج١٣: ١٠٦-١٠٧، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٣٠.

٥- لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء، ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ، وهو سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة، ويعرف ذلك بقول الأمة فترّد إذا انضم إليها تكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح.

الهداية ج٣: ٤١ وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٧٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٩

٦- أي إذا جن في الصغر في يد البائع ثمّ حاوده في يد المشتري، أو في الكبير يرده، لأنه عين الأول إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد العقل، وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري، لأن الله قادر على

إزالته، وإن كان قلما يزول فلا بدّ من المعاودة للرد. الهداية ج٣: ٤٠، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٩٥.

٧- لأن الجوّاري لا يشترين للاستمتاع عادة بل للاستخدام في البيت. بدائع الصنائع ج٥: ٢٧٥.

وإذا قبض المشتري المبيع وادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو (يقم) المشتري البينة (٢)، فإن قال: شهودي غيب، (استحلفه) (٣) ودفع الثمن (٤).
 وإن ادعى المشتري إباقاً لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده (٥).
 وإذا أبرأ المشتري البائع من عيب بعينه، لم يبرأ من غيره.
 فإن أبرأه من جميع العيوب، أو من كل عيب، فليس له أن يرده بعيب، وإن لم يسم العيوب ولم يعددها (٦).

١- (يقم): في ب، جـ وفي أ يقيم

٢- لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب، ودفع الثمن أولاً ليتعين حقه بأزاء تعين المبيع، ولأنه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صوتاً لقضائه. الهداية جـ: ٤٣، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٩.

٣- (استحلفه): في أ، جـ وفي ب استحلف

٤- يعني إذا حلف، ولا ينتظر حضور الشهود، لأن في الانتظار ضرراً بالبائع، وليس في الدفع كثير ضرر به، لأنه على حجته، أما إذا نكل الزم العيب، لأنه حجة فيه. الهداية جـ: ٤٣، وانظر الجامع الصغير: ٣٥٠.

٥- (وإن ادعى المشتري... أبق عنده): في ب، جـ وساقطة من أ.

والمراد التحليف على أنه لم يبق عنده، لأن القول وإن كان قوله، ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفة بالحجة. الهداية جـ: ٤٣-٤٤ وانظر تحفة الفقهاء جـ: ١٩٩، وانظر شرح فتح القدير جـ: ٣٧٨-٣٨٤، وانظر الأصل ١٩٠-١٩١، وانظر الجامع الصغير: ٣٥٠.

٦- لأن الجهالة في الإسقاط لا تقضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التملك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف.

وقال محمد: لا يدخل فيه الحادث، وهو قول زفر، لأن البراءة تتناول الثابت.

ولا يبي يوسف أن القرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث.

الهداية. جـ: ٤٦، وانظر اللباب جـ: ٢٣، وانظر تحفة الفقهاء جـ: ١٠٢، وانظر المبسوط جـ: ١٣:

٩١، وانظر بدائع الصنائع جـ: ٥: ٢٧٦-٢٧٧، وانظر الأصل جـ: ١٧٧، وانظر عيون المسائل

جـ: ٤٤٨.

فصل

وإذا (حدث) (١) عند المشتري عيب، ثم اطلع على عيب كان عند البائع، فله أن يرجع بنقصان العيب، ولا يرد المبيع، إلا أن (يرضى) (٢) البائع أن يأخذه معيماً (٣).
 (فإن) (٤) قطع الثوب وخاطه، أو صبغه، أولت (٥) السويق بسمن أو غسل، ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه، وليس للبائع أن يأخذه (٦).
 وإن وجد بالثوب عيباً بعدما صبغه، (ثم باعه) (٧) رجع بنقصانه (٨).

١- (حدث): في أ، ج، وفي ب أحدث

٢- (يرضى): في جـ وفي أ، ب يرض

٣- لأن في الرد إضراراً بالبائع، لأنه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيماً فامتنع، ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بميئه، لأنه رضي بالضرر. الهداية جـ ٣: ٤١، وانظر اللباب جـ ٢: ٢١، وانظر تحفة الفقهاء جـ ١: ١٠٠، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل جـ ١: ٢٣١

٤- (فإن): في جـ وفي أ، ب وإن.

٥- لت: بله بشيء من الماء وهو أخف من اليبس. / المصباح المنير. ٢٠٩.

٦- لامتناع الرد بسبب الزيادة، لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها، لأنها لا تنفك عنه، ولا وجه إليه معها، لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً، وليس للبائع أن يأخذه، لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه. الهداية جـ ٣: ٤١، وانظر اللباب جـ ٢: ٢١، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل جـ ١: ٢٣١.

٧- (صبغة ثم باعه): في أ، ج، وفي ب باعه رجع بنقصانه.

٨- لأنه امتنع الرد بالصبيغ، فإنه عيب حادث. انظر الهداية جـ ٣: ٤١، وانظر شرح فتح القدير جـ ٦:

٣٦٧، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل جـ ١: ٢٣١.

وإن اختلف البائع والمشتري في عيب يحدث مثله، فقال المشتري: كان عند البائع، وقال البائع: حدث عند المشتري، فالقول للبائع مع يمينه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب. (١)

وإن اشترى شجرة فثمرت في يده، أو أرضاً فبنى فيها، أو كانت جارية فوطئها فإن ذلك (كله) (٢) يمنع من الرد، ويوجب الرجوع بنقصان العيب (سواء) (٣) كانت الجارية بكرأ أو ثيباً (٤).

١- يقول الإمام السمرقندي: «فإن أقام المشتري البينة على حدوث العيب عنده، فإنه يقول القاضي للبائع: هل أبق عندك؟ فإن قال نعم، قضى عليه بالرد، إلا أن يدعي الرضا أو الإبراء، وإن أنكر الإباق أصلاً، وادعى اختلاف الحالة، يقول القاضي للمشتري: الك بينة؟ فإن قال: نعم. وأقام البينة على ما يدعي، قضى عليه بالرد، وإن قال: لا يستحلف البائع بالله ما أبق عندك قط منذ بلغ، ولا جن قط، فإن حلف انقطعت الخصومة بينهما، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بالرد.

وإن لم يجد المشتري بينة على إثبات أصل العيب عند نفسه، هل يستحلف القاضي البائع أم لا؟ لم يذكر في بيوع الأصل، وذكر في الجامع وقال: يستحلفه على قول أبي يوسف ومحمد، ولم يذكر قول أبي حنيفة، فمن المشايخ من قال: يستحلف بلا خلاف. ومنهم من قال: هذه المسألة على الاختلاف فقول أبي حنيفة: لا يستحلف نص عليه في كتب التزكية، على ما يعرف في الجامع. تحفة الفقهاء ج١: ٩٩، وانظر الأصل ج١: ١٩٠.

٢- (كله): في أ، ج وساقطة من ب.

٣- (سواء): في أ، ب، وفي ج وسواء.

٤- وفي الأصل يقول: «وكل عيب وجده المشتري بالسلعة فعرضها بعدما رآه على البيع، أو وطنها أو قبلها أو لامسها لشهوة أو أجرها، أو رهنها أو وهبها، فإن هذا كله رضا بذلك في القياس، وليس له أن يردها ولا يرجع بفضل ما بينهما. الأصل ج١: ١٨١، وانظر المبسوط ج١٣: ٩٧-٩٩، وانظر الهداية ج٣: ٤٥، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٣٩٠-٣٩١.

وإن اشترى جارية فاستغلها ثم وجد بها عيباً (ردها ويطيب له غلتها) (١).
 وإن جنى عليها جنائية، أو زوجها، أو جنى عليها فوجب (لها) (٢) إرش أو مهر ثم
 وجد بها عيباً) (٣) رجوع بالنقصان (٤).
 وإن اشترى ناقة، أو بقرة على أنها لبون فحلبها مرة بعد أخرى فتبين نقصان لبنها (أنها) (٥)
 كانت مصراً (٦)، رجوع بنقصان العيب، ولا يردّها دون لبنها (٧).

١- لأن هذه الزيادة تملك بسبب ملك الأصل، فلا يمنع ردّ الأصل بالعيب كالكسب والغلة، وتأثيره أنه لا
 يقابل هذه الزيادة شيء من الثمن، لأنها لم تكن موجودة لا عند المقدم ولا عند القبض فكان جميع الثمن
 بمقابلة الأصل. المبسوط ج١٣: ١٠٤.

٢- (لها): في أ، ج وفي ب به

٣- (ردها ويطيب له غلتها) . . . ثم وجد بها عيباً) في ب، ج وساقطة من أ.

٣- فيرجع بنقصان العيب إلا أن يقول البائع ردها عليّ وهذا بخلاف ما إذا جنى عليها أجنبي فالجنابة
 توجب الإرش، والإرش زيادة منفصلة متولدة من العين حكماً وذلك يمنع ردها بالعيب عندنا، ولكن يرجع
 بنقصان العيب، لأن الردّ قد تملد فيدفع الضرر عن المشتري بردّ حصة العيب من الثمن عليه. المبسوط
 ج١٣: ٩٨.

٥- (أنها): في ج وفي أ، ب أن

٦- المصراً: يقال صررت أي تركت حلابها، وهي خرقة تشد على حلما الضرع لئلا يرتضمها فصيلها.
 المصباح المنير: ١٢٩.

٧- وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تصرّوا الإبل والغنم، فمن
 ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع نمر» فتح الباري ج٤: ٣٦١
 وهو مخالف للقياس الثابت بالكتاب والسنة والإجماع من أن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة، والتمر ليس
 منهما فكان مخالفاً للقياس، ومخالفته مخالفة للكتاب والسنة وإجماع المتقدمين فلم يعمل به لما مرّ فيرد قيمة
 اللبن عند أبي يوسف، وقال أبو حنيفة ويرجع على البائع بأرشها.

وفي شرح التحرير: وقد اختلف العلماء في حكمها فذهب إلى القول بظاهر الحديث الأئمة الثلاثة وأبو
 يوسف على ما في شرح الطحاوي للاستبيحاني نقلاً عن أصحاب الأمالي عنه، والمذكور للخطابي وابن قدامة
 أنه يردّها مع قيمة اللبن، ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به، لأنه مخالف للأصول. رد المحتار على الدر
 المختار ج٤: ٩٦-٩٧

وعن أبي يوسف أنه يردها وقيمة صاع من تمر، ويحبس لبنها (لنفسه) (١) وإن اشترى جوزاً، أو بطيخاً، أو رماناً ونحوها فكسره فوجده فاسداً، فإن كان لاقيمة لقشره، رجع بثمنه على البائع، وإن كان له قيمة، كان البائع بالخيار، إن شاء أخذ قشره وردّ ثمنه (على المشتري، وإن شاء ردّ من ثمنه) (٢) ما بين قيمته صحيحاً إلى قيمته معيباً، وترك القشر (٣) .

١- (لنفسه): في أ، ج وساقطة من ب

لأن التصرية ليست بعيب عندنا

ولأبي يوسف: يردها لأنه أخذ بالحديث، وفيما سوى ذلك أخذنا بالقياس والحديث الذي استدل به أبو يوسف (ولا تصرّوا الغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها: إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر). فتح الباري ج٤: ٣٦١. أنظر المبسوط ج١٣- ٣٨- ٤٠، وانظر الأصل ج١: ١٨٥، وانظر حاشية ابن عابدين ج٤: ٩٦-٩٧

٢- (على المشتري... ردّ من ثمنه) في ب، ج وساقطة من أ.

٣- لأن المقصود من الجوز اللب دون القشر، ولا قيمة لقشره في المواضع التي يكثر فيها الحطب، وفي المواضع التي يندر فيها الحطب، فإن كان لقشره قيمة لكن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر، فإذا كان حادثاً أو منن اللب لا يصلح للانتفاع به فكان البيع باطلاً، فأما إذا كان قليل اللب أو أسود اللب فهذا بمنزلة العيب فإذا وجده كذلك بعد الكسر رجع بنقصان العيب من الثمن عندنا، وكذلك البطيخ والقرع والفاكهة إذا وجدها فاسدة كلها بعدما يكسرها، فإن كانت لا تساوي شيئاً رجع بجميع الثمن، لأنه تبين بطلان البيع، وإن كانت بحيث يأكلها بعض الناس أو تصلح لعلف الدواب يرجع بحصته من الثمن عندنا.

المبسوط: ج١٣: ١١٤، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٨٤، وانظر الأصل ج١: ١٩٥، وانظر الهداية ج٣: ٤٢، وانظر الجامع الصغير: ٣٥٠-٣٥١.

والوكيل بالبيع إذا ردّ عليه المبيع بالعيب يحدث مثله بغير قضاء، لم يردّه على الأمر، وإن كان بقضاء، ردّه عليه (١).

ومن باع عبداً فباعه المشتري، ثم ردّ عليه بعيب، فإن قبله بقضاء القاضي، فله أن يردّه على بائعه، وإن قبله بغير قضاء، فليس له أن يردّه (٢).

ومن اشترى عبداً فأعتقه، أو مات ثمّ اطلع على عيب، رجع بنقصانه (٣)
فإن قتل المشتري العبد، أو كان طعاماً فأكله ثمّ علم، لم يرجع بشيء في قول أبي حنيفة (٤)
(رضي الله عنه) (٥)

وإن باع المبيع، لم يرجع بشيء سواء علم بالعيب أو لم يعلم، وكذا إن أعتق على مال، أو قتله أجنبي ثمّ وجد به عيباً (٦).

١- لأن القاضي ييقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج، ولأن البينة حجة مطلقة، والوكيل مضطر في النكول لبعده العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الأمر. الهداية ج٢: ١٦٣.

٢- لأنه فسح من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن، غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء، وإن قبل بغير قضاء القاضي فليس له أن يردّه، لأنه بيع جديد في حق ثالث، وإن كان فسحاً في حقهما والأول ثالثهما. الهداية ج٣: ٤٣.

٣- أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله. وأما الاعناق: فالقياس فيه أنه لا يرجع، لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل. وفي الاستحسان: يرجع، لأن العتق إنهاء الملك، لأن الأدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك، وإنما يثبت الملك مؤقتاً إلى الاعناق فكان إنهاء فصار كالموت، وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه، فيجعل كأن الملك باق والردّ متعذر، والتدبير والاستيلاء بمنزله، لأن تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي. الهداية ج٣: ٤٢، وانظر الباب ج٢: ٢٢.

٤- وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع بنقصان العيب من الثمن استحساناً، لأنه صنع بالمبيع ما يشتري لأجله، ويعتاد فعله به فلا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب كما لو أعتق العبد.

ولأبي حنيفة: تعذر الردّ بفعل مضمون منه في المبيع فلا يرجع بنقصان العيب كالأحراق والقتل، وهذا لأن اللبس والأكل موجب للضمان عليه في ملك الغير، وإنما استفاد البراءة باعتبار ملكه في المحل فذلك بمنزلة عوض سلم إليه، وكما أن الأكل واللبس مقصودان بالشراء فالمبيع مقصود بالشراء، ثم لا يعتبر ذلك المعنى في إثبات حق الرجوع له بنقصان العيب لسلامة العوض له فكذلك الأكل، وإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند أبي حنيفة.

ولهما: فيما إذا أكل بعض الطعام روايتان: في الأولى يرجع بنقصان العيب في الكل، لأن الطعام في حكم شيء واحد يردّ بعضه بالعيب وأكل الكل عندها لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب فأكل البعض أولى.

والرواية الأخرى: يرد ما بقي، لأن هذا مما لا يضره التبعض وهو قادر على الرد كما قبضه، ويرجع بنقصان العيب فيما أكله. المبسوط ج٣: ١٠١-١٠٢، وانظر الأصل ج١: ١٨٣ وانظر الهداية ج٣: ٤٢، وانظر الباب ج٢: ٢٢، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٩٠، وانظر عيون المسائل ج٢: ١٥٣

٥- (رضي الله عنه): في جـ وساقطة من أ، ب.

٦- لأنه حبس بدله، وحبس البدل كحبس المبدل، وعن أبي حنيفة أنه يرجع، لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض. الهداية ج٣: ٤٢.

فصل

وإذا وجد المشتري بالمبيع عيباً فعرضه على البيع، أو كانت جارية فقبلها، أو وجد بها جرحاً فداواها، أو كانت دابة فأجرها، أو ركبها، أو ثوباً فلبسه أو رهنه، فهذا كله رضا بالعيب، فيبطل الرد والرجوع بالنقصان (١)، إلا أنه استحسن فيما إذا ركب ليسقيها أو ليردها، أو ليشتري لها علفاً (لا يكون) (٢) ذلك رضاً، وإنما الرضا أن يركبها في حاجته (٣). ولو مكث بعد الوقوف على العيب، ولم يرد في الحال مع القدرة على الرد كان ذلك رضا (٤).

١- لأنه يعرضها على البيع لحاجته إلى ثمنها وذلك دليل الرضا منه بسقوط حقه من الثمن المدفوع إلى البائع ودليل الرضا كصريح الرضا.

وأما الوطء ودواعيه فلا يحل إلا في الملك المتقرر لإقدامه عليه دليل الرضا بتقرر ملكه فيها. وأما الإجارة والرهن، فلأنه أوجب هذا التصرف للغير فيها حقاً لازماً وذلك بمجزئه عن ردها فالإقدام عليه دليل الرضا بالعيب. المبسوط ج١٣: ٩٨-٩٩ وانظر الأصل ج١: ١٨١، وانظر الهداية ج٣: ٤٥، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٣٩٠-٣٩١ وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٨٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٥١.

٢- (لا يكون) في جـ وفي أ، ب أن لا يكون.

٣- أما الركوب للردّ فلأنه سبب الرد، والجواب في السقي واشتراء الملف محمول على ما إذا كان لا يجد بدأ منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضاً.

الهداية ج٣: ٤٥، وانظر المبسوط ج١٣: ٩٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٥١.

٤- فإن ذلك يمنع ثبوت حق الرد والرجوع جميعاً. بدائع الصنائع ج٥: ٢٩١.

باب المراجعة والتولية (١)

المراجعة: نقل ما ملكه إلى غيره بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح.
 والتولية: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن (الأول) (٢) من غير زيادة ربح (٣). ولا تصح المراجعة، ولا التولية، حتى يكون العوض مشاراً إليه مما له مثل (٤)، ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصاصار (٥)، (والصباغ) (٦)، والطراز، والفتل (٧)

(١) ودليل مشروعية المراجعة والتولية: ما روي عن عائشة قالت: (وجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أبي بكر فقال: إن الله، عز وجل، قد أذن لي في الخروج، فقال أبو بكر: الصحابة يا رسول الله؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: نعم، قال أبو بكر: فخذ بأبي أنت وأمي إحدى راحلتي هاتين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: بالثمن، وكان أبو بكر اشتراهما بشماتة درهم من نعم بني قشير، فأخذ إحدهما وهي القصواء. الطبقات الكبرى لابن سعد ج١: ٢٢٧ - ٢٢٨ .

(٢) (الأول): في أ، جـ وساقطة من ب

(٣) والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز، والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع، لأن الغني الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما، ولهذا كان مبناهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها. الهداية ج٣: ٦٢، وانظر اللباب ج٢: ٣٣، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١٠٥ .

(٤) لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة. الهداية ج٣: ٦٢، وانظر اللباب ج٢:

٣٣، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١٠٦ .

(٥) القصار: قصرت الثوب قصراً: بيضته، وكذلك خلاف طال، أي إذا أخذت من طوله. المصباح المنير: ١٩٣

(٦) (والصباغ): في ب، جـ وفي أ الصبغ

(٧) والفتل: فتلت الحبل وغيره من باب ضرب، والفتل ما يكون في شق النواة، وفتيلة السراج جمع فتائل

وفتيلات وهي الدبالة. المصباح المنير: ١٧٥ .

وأجرة الحمّال (١)، ويقول: قام علي بكذا، ولا يقول: اشتريته بكذا (٢).
 (فإن) (٣) اطلع المشتري (على) (٤) خيانة في المراجعة، فهو بالخيار عند أبي حنيفة، إن شاء
 أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده.
 وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن.
 وقال أبو يوسف: يحط فيهما.
 (وقال محمد: لا يحط فيهما) (٥).
 ومن اشترى شيئاً فباعه بربح، ثم اشتراه ثانياً، فإن باعه مربحة، طرح (منه) (٦) كل ربح
 قبل ذلك، وإن كان يستغرق الثمن، لم يبعه مربحة.
 وقالوا: يبـيـعـهـ مـرـابـحـةـ عـلـىـ الثـمـن الأخر (٧).

(١) لأن العرف جارٍ بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار، ولأن كل ما يزيد في البيع أو في
 قيمته يلحق به، هذا هو الأصل وما عدناه بهذه الصفة، لأن الصبغ وأخواته يزيد في العين، والحمل يزيد في
 القيمة، إذ القيمة تختلف باختلاف المكان. الهداية ج ٣: ٦٢ وانظر الباب ج ٢: ٣٣، وانظر المبسوط
 ج ١٣: ٨٠.

(٢) كيلا يكون كاذباً، وسوق الغنم بمنزلة الحمل، بخلاف أجرة الراعي وكراء بيت الحفظ، لأنه لا يزيد في
 العين ولا القيمة. انظر الهداية ج ٣: ٦٣، وانظر الباب ج ٢: ٣٣ - ٣٤، وانظر المبسوط ج ١٣: ٨٠.

(٣) (فإن): في أ، ج وفي ب قال

(٤) (على): في ج وفي أ، ب إلى

(٥) وقال محمد: (لا يحط فيهما) في ب، ج وساقطة من أ

لمحمد: أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً والتولية والمراجعة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه
 كوصف السلامة فيتخير بفواته.

ولأبي يوسف: أن الأصل فيه كونه تولية ومراجعة، ولهذا يتعقد بقوله وليتك بالثمن الأول، أو بعتك
 مراجعة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً فلا بدّ من البناء على الأول وذلك بالخط غير أنه يحط في التولية
 قدر الخيانة من رأس المال، وفي المراجعة منه ومن الربح.

ولأبي حنيفة: أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية، لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين
 الخط، وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف، فأمكن القول
 بالتخيير.

للو هلك قبل أن يردّه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة، لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب، لأنه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه. الهداية ج٣: ٦٣، وانظر الباب ج٢: ٣٤، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١٠٩، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٣٥.

(٦) (منه): في أ، ج وفي ب عنه

(٧) وصورته: إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة، فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول: قام علي بخمسة. ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً، وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين.

لهما: أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تحلل ثالث. ولأبي حنيفة: أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة، لأنه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب الشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً، ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحقيقة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث، لأن التأكيد حصل بغيره. الهداية ج٣: ٦٣ - ٦٤، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٥٠٠ - ٥٠٣ وانظر الأصل ج١: ١٦١، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٣٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٦.

وكذا الماذون له إذا (اشترى) (١) من موله أو اشترى المولى منه (فباعه) (٢) مرابحة طرح منه ما ربح البائع (٣).

والمضارب إذا اشترى من رب المال أسقط جميع الربح، (ورب المال إذا اشترى من المضارب أسقط حصته من الربح) (٤).

وإذا حدث في المبيع (عيب) (٥) أو كانت جارية ثيباً فوطئها، جاز البيع مرابحة وإن لم يبين (٣).

(١) (اشترى): في أ، جـ وفي ب اشتراه

(٢) (فباعه): في جـ وفي أ، ب باعه

(٣) لأن في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدماً في حكم المرابحة، وبقي الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشترى للولي بعشرة في الفصل الأول، وكأنه يبيعه في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول. الهداية جـ ٣: ٦٤، وانظر ملتنقى الأبحر جـ ٢: ٣٥.

(٤) (ورب المال إذا اشترى.... أسقط حصته من الربح): في ب، جـ وساقطة من أ لأن جواز بيع رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ليس بمقطوع به بل هو محل الاجتهاد، فإنه عند زفر لا يجوز، وهو القياس، لأنه يبيع مال نفسه على نفسه، والشراء من الإنسان بماله إلا أنا استحسنا الجواز بالاجتهاد مع احتمال الخطأ فكان شبهة عدم الجواز قائمة فتلحق بالحقيقة في المنع من المرابحة من غير بيان، ولأنه يحتمل أن رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته، لكن ساهله المضارب، لأنه ما اشترى بمال نفسه بل بما ل رب المال فتمكنت التهمة في هذا البيع فلا يبيعه مرابحة بأوثر الثمنين إلا ببيان.

ولو اشترى المضارب عبداً بألف فباعه من رب المال بألف ومائتين فإن لرب المال يبيعه مرابحة على ألف ومائة إن كانت المضاربة بالنصف، لأن المائتين ربح وهي بينهما إلا أن حصة رب المال فيها شبهة وتهمه على ما ذكرنا في طرح ذلك القدر من بيع المرابحة، وأما حصة المضارب فلا تهمة فيها. بدائع الصنائع جـ ٥: ٢٢٥، وانظر الهداية جـ ٣: ٦٤، وانظر ملتنقى الأبحر جـ ٢: ٣٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٧

(٥) (عيب): في أ، جـ وساقطة من ب

(٦) لأنه لم يحتسب عنده شيء يقابله الثمن، لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن. الهداية جـ ٣: ٦٤،

وانظر ملتنقى الأبحر جـ ٢: ٣٥، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ٢٢٣ وانظر الجامع الصغير: ٣٤٧ - ٣٤٨

وإن كان العيب بفعله، أو بفعل أجنبي، فَعَرُوه الإِرْش، أو كانت بكَراً فوطئها، لم يبيع مرابحة إلا أن يبين(١).

وإن اشترى شيئاً نسيته (٢) فباعه مرابحة ولم يبين، ثم علم المشتري، فهو بالخيار، إن شاء أخذه، وإن شاء رده، وكذلك إن ولاه، وإن استهلكه المشتري ثم علم لزمه، ولا يسقط شيء من الثمن(٣).

(١) لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن، وكذا إذا وطئها وهي بكر، لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها. الهداية ج٣: ٦٤، انظر ملتقى الأبحر ج٢: ، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٢٣. وانظر الجامع الصغير: ٣٤٨

(٢) النسيء: وهو التأخير، أنسأته الدين: أخرته. المصباح المنير: ٢٣١

(٣) لأن للأجل شبهة بالمبيع، ألا يرى أنه يزداد في الثمن لأجل الأجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين، وباع أحدهما مرابحة بثمانها، والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة، فإذا ظهرت يخير كما في العيب. الهداية ج٣: ٦٤ - ٦٥، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٣٥، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٢٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٤٨

وإن باع شيئاً تولية، ولا يعلم المشتري ثم يقوم عليه فسد البيع، وإن علم في المجلس ورضي به جاز(١).

ومن اشترى شيئاً بعينه، أو في ذمته، ولم يقبضه، لم تجز التولية فيه ولا الشركة، ولا الحوالة به، ولا السلم فيه(٢).

(١) فهو فاسد لجهالة الثمن، فإن أعلمه في المجلس ورضي به جاز، لأن الفساد لم يتقرر، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس ويعد الافتراق قد تقرر، فلا يقبل الإصلاح، ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس، وإنما يتخير، لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم ليتغير كما في خيار الرؤية.

الهداية ج٣: ٦٥، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٣٦، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ٥٠٩ - ٥١٠ وانظر الجامع الصغير ٣٤٨

(٢) لأن المسلم فيه مبيع، والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز، ولرأس المال شبه بالمبيع فلا يجوز التصرف قبل القبض ففي التولية تملكه بم عوض، وفي الشركة تملكه بم عوض فلا يجوز. ملتنقى الأبحر ج٢: ٤٧، وانظر اللباب ج٢: ٤٥، وانظر الهداية ج٣: ٨٣، وانظر المسوط ج١٣: ٨ .

باب الربا (١).

وهو محرم في كل مكيل، وموزون يبيع بجنسه.
 (والعلة في الربا (هي) (٢) الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس، فإذا بيع المكيل، أو الموزون بجنسه) (٣) مثلاً بمثل جاز البيع (٤)، وإن تفاضلا لم يجز (٥).
 ويجوز بيع المكيل بالموزون كيف ما كان يداً بيد، ونسيئة (٦).
 وبيع الخنطة بالخبز جائز عندهما وهو الأصح، وكذا بيع اللبن بالجبين (٧).

(١) الربا في اللغة: الفضل والزيادة، وربا الشيء يربو إذا زاد. المصباح المنير: ٨٣.

وفي الشرع الربا نوعان:

ربا الفضل: وهو زيادة عين مال شرطت في عقد البيع على المعيار الشرعي وهو الكيل أو الوزن في الجنس.
 وأما ربا النساء: فهو فضل الحلول على الأجل، وفضل العين على الدين في المكيلين أو الموزونين عند اختلاف الجنس أو في غير المكيلين أو الموزونين عند اتحاد الجنس. بدائع الصنائع ج٥: ١٨٣، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٢٥.

وعرفه السرخسي: «هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع» ج١٢: ١٠٩.

والأدلة على تحريم الربا كثيرة نذكر بعضاً منها:

١ - قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ البقرة / ٢٧٥

٢ - وقوله تعالى: ﴿يمحق الله الربا ويربي الصدقات﴾ البقرة / ٢٧٦

٣ - قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون﴾ آل

عمران / ١٣٠

٤ - والأحاديث في ذلك كثيرة لا مجال لذكرها. انظر صحيح البخاري ج٤: ٣١٢ - ٣١٥، وانظر صحيح

فتح الباري

مسلم بشرح النووي ج١١: ٨ - ٢٦.

(٢) (هي): في أ، ب وساقطة من ج

(٣) (والعلة في الربا... أو الموزون بجنسه): في ب، ج وساقطة من أ

(٤) فالعلة عندنا الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس، قال رضي الله عنه: ويقال القدر مع الجنس، وهو

اشتمل، والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: «الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا

هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء. صحيح البخاري ج٤: ٣٧٨ = فتح الباري

وعدّ الأشياء الستة: الحنطة والشعير، والتمر، والملح، والذهب والفضة على هذا المثال.

وأنه أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع إذ هو ينبئ عن التقابل، وذلك بالمماثل أو صيانة لأموال الناس عن التوي أو تنميماً للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا، والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى، والمعيار يسوّى الذات، والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه، ولا يعتبر الوصف، لأنه لا يعد تفاوتاً عرفياً، أو لأن في اعتباره سدّ باب البياعات، والطعم والتمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه، فلا معتبر بما ذكره.

إذا ثبت هذا نقول: إذا بيع الكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار، ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل: كيلاً بكيل، وفي الذهب بالذهب وزناً بوزن. الهداية جـ: ٣: ٦٧ - ٦٨، وانظر الباب جـ: ٢: ٣٧ - ٣٨، وانظر شرح فتح القدير جـ: ٧: ٣ - ٩، وانظر بدائع الصنائع جـ: ٥: ١٨٣ .

(٥) لتحقق الربا. الباب جـ: ٢: ٣٧ - ٣٨، وانظر الهداية جـ: ٣: ٦٨

(٦) لعدم العلة المحرمة، والأصل فيه الإباحة، وإذا وُجِدَ حرم التفاضل والنساء لوجود العلة، وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حلّ التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هروياً في هروي، أو حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين، وحرمة النساء بأحدهما. الهداية جـ: ٣: ٦٩، وانظر الباب جـ: ٢: ٣٨، وانظر تحفة الفقهاء جـ: ١: ٢٨

(٧) لأن الخبز صار عددياً، أو موزوناً، فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيلة.

وعن أبي حنيفة: أنه لا خير فيه، والفتوى على الأول، وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضاً، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف وعليه الفتوى. الهداية جـ: ٣: ٧٣، وانظر الباب جـ: ٢: ٤١، وانظر شرح فتح القدير جـ: ٧: ٣٦ - ٣٧، وانظر خزنة الفقه جـ: ١: ١٥٨ - ١٥٩ .

ويجوز بيع القطن (بغزله) (١) كيف ما كان (بدأ بيد) (٢) عند محمد وهو الأصح .
 وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا متساوياً (٣).
 ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلاً بمثل (٤).
 وإذا عدم الوصفان: الجنس والمعنى المضموم إليه حلّ التفاضل والنساء، وإن وجد حرم
 التفاضل والنساء، وإن وجد أحدهما وعدم الآخر، حلّ التفاضل وحرم النساء (٥).

(١) (بغزله): في ب، جـ وفي أ بالغزل

(٢) (بدأ بيد): في جـ وساقطة من أ، ب

(٣) ويرى الإمام الكاساني أنه لا يجوز بيع غزل القطن بالقطن إلا متساوياً، لأن القطن ينقص بالغزل، فلا
 يجوز بيع أحدهما بالآخر كبيع الدقيق بالحنطة. بدائع الصنائع جـ ٥: ١٨٩، وانظر الهداية جـ ٣: ٧٢ .
 (٤) لأن الجودة إذا لاقت جنسها فيما يثبت فيه الربا لا قيمة لها، وقيدنا بما يثبت فيه الربا لإخراج ما لا
 يدخل تحت القدر كحفنة بحفتين وتفاحة بتفاحتين وفس بفسين وذرة من ذهب وفضة مما لا يدخل تحت
 الوزن بمثلها بأعيانها، فإنه يجوز التفاضل لفقد القدر، ويحرم النساء لوجود الجنس، فلو انتفى الجنس أيضاً
 حل مطلقاً. لعدم العلة. الباب جـ ٢: ٣٨، وانظر الهداية جـ ٣: ٦٨، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٨٤،
 وانظر شرح فتح القدير جـ ٧: ٩

(٥) انظر ذلك في الصفحة ١٢٠ تحت رقم (٦)

وكل شيء نص النبي (عليه السلام) (١) على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبدأ، وإن ترك الناس (الكيل) (٢) فيه مثل الخنطة، والشعير، والتمر، والملح (٣).
وما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون أبدأ، مثل الذهب والفضة (٤)، وما لم ينص عليه فهو محمول على (عادات) (٥) الناس فيه (٦).
وعقد الصرف (٧) ما وقع على جنس الأثمان، يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس، وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين، ولا يلزم فيه التقابض (٨).

(١) (عليه السلام): في ج وفي ا صلى الله عليه وسلم وفي ب عليه أفضل الصلاة والسلام.

(٢) (الكيل): في ج وساقطة من ا، ب

(٣) لأن النص أقوى من العرف، والأقوى لا يترك بالأدنى، فلو باع شيئاً من هذه الأربعة بجنسها متساوياً وزناً لا يجوز، وإن تمورف ذلك لعدم تحقق المساواة فيما هو مقدر فيه. الباب جـ ٢: ٣٨ - ٣٩، وانظر الهداية جـ ٣: ٦٩، وانظر شرح فتح القدير جـ ٧: ١٤ - ١٦ .

(٤) لأن النص أقوى من العرف، والأقوى لا يترك بالأدنى. الباب جـ ٢: ٣٩ وانظر الهداية جـ ٣: ٦٩

(٥) (عادات): في ا، ب وفي ج عادة

(٦) لأنها دلالة، وعن أبي يوسف: أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً، لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظورة إليها وقد تبدلت الهداية جـ ٣: ٦٩، وانظر الباب جـ ٢: ٣٩، وانظر شرح القدير جـ ٧: ١٤ - ١٦ .

(٧) انظر تعريف الصرف ص: ١٥٥

(٨) لقوله صلى الله عليه وسلم: «الفضة بالفضة هاء وهاء» معناه يداً بيد وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض، لأنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالشوب، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التمين، بخلاف الصرف، لأن القبض فيه ليتعين به، ومعنى قول النبي عليه السلام: «يبدأ بيد عيناً بعين» وكذا رواه عبادة بن الصامت، وتماقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في الحال عرفياً بخلاف النقصد والمؤجل. الهداية جـ ٣: ٧٠، وانظر الباب جـ ٢: ٣٩

ويجوز (التفاضل) (١) فيما لم يكن مكياً، ولا موزوناً، كبيع فلس بفلسين، وتفاحة بتفاحتين، وبيضة ببيضتين، وحفنة بحفتين، (خلافاً لمحمد) (٢) في الفلاس (٣).
ولا بأس ببيع شيء من (الربويات) (٤) بجنسه بغير عينه، إذا قبضه قبل الافتراق عن مجلس البيع (٥).
ولا يجوز بيع (الحنطة بدقيقها) (٦) ولا سويقها (٧)، كيف ما كان، ولا يجوز بيع (دقيق) (٨) الحنطة بسويقها عند أبي حنيفة.
وعندهما: يجوز (٩).

(١) (التفاضل): في أ، ج وساقطة من ب

(٢) (خلافاً لمحمد): في ج وفي أ، ب خلاف محمد

(٣) وجه قول محمد: أن الفلوس ائمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً كالدرهم والدنانير، ودلالة الوصف عبارة عما تقدر به مالية الأعيان، ومالية الأعيان كما تقدر بالدرهم والدنانير تقدر بالفلوس فكانت ائماناً، ولهذا كانت ائماناً عند مقابلتها بخلاف جنسها، وعند مقابلتها بجنسها حالة المساواة، وإن كانت ثمناً فالثمن لا يتعين وإن عين كالدرهم والدنانير فالتحق التعمين فيهما بالعدم فكان بيع الفلاس بالفلسين بغير أعيانها وذا لا يجوز، ولأنهما إذا كانت ائماناً فالواحد يقابل الواحد، فبقي الآخر فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا.

ولهما: أن علة ربا الفضل هي القدر مع الجنس وهو الكيل أو الوزن المتفق عند اتحاد الجنس، والمجانسة إن وجدت هنا فلم يوجد القدر فلا يتحقق الربا.

وقوله: الفلوس ائمان قلنا ثمنيتها قد بطلت في حقهما قيل البيع فالبيع صادفها وهي سلع عديدة فيجوز بيع الواحد بالآخر كسائر السلع العديدة كالمقام العديدة وغيرها إلا أنها بقيت ائماناً عند مقابلتها بخلاف جنسها وبيعها حالة المساواة، لأن خروجها عن وصف الثمنية كان لضرورة صحة العقد وجوازها، لأنهما قصدا الصحة ولا صحة إلا بما قلنا، ولا ضرورة ثمة، لأن البيع جائز في الحالين بقيت على صفة الثمنية أو خرجت عنه.

والثاني: في بيع المعلوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون، كبيع حفنة حنطة بحفتين منها أو بطيخة ببطيختين، أو تفاحة بتفاحتين يجوز عندنا لعدم العلة وبقي الكيل مع الجنس أو الوزن. بدائع الصنائع ج٥:

١٨٥، وانظر الهداية ج٣: ٦٨، ٧٠، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٢٠ - ٢٢، وانظر المبسوط ج١٢:

١٧٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٥

(٤) (الربويات): في ب، جـ وفي أ الربايات.

(٥) وذلك كما إذا باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير جاز عند علمائنا الثلاثة وتصرف

الحنطة إلى الشعير والشعير إلى الحنطة، وعند زفر لا تجوز.

وجه قول زفر: أن هذا بيع ربا فلا يجوز كبيع الدرهم بالدرهمين، والدينار بالدينارين، ودلالة الوصف أنه قابل الجملة بالجملة مطلقاً، ومطلق مقابلة الجملة بالجملة يقتضي انقسام كل بدل من أحد الجانبين بجميع الأبدان من الجانب الآخر على سبيل الشيوخ من حيث القيمة إذا كانت الأبدال مختلفة القيم استدلالاً بسائر البياعات في غير أموال الربا، فإنه إذا باع عبداً وجاريه بفرس وثوب وقيمتها مختلفة يقسم العبد على قيمة الفرس والثوب وكذا الجارية، فكان التقسيم على الوجه الذي قلنا هو الموجب الأصلي في البياعات كلها، والانقسام على هذا الوجه في أموال الربا يحقق الربا، لأنه يصير بائعاً كر حنطة وكري شعير بكري شعير وبكر حنطة فيتحقق الربا. على أنه إن لم يتحقق الربا ففيه احتمال الربا، وأنه مفسد للعقد كبيع الصبرة بالصبرة مجازفة.

ولنا: عمومات البيع من غير فصل ممن ادعى التخصيص فعليه الدليل، ولأن المتماقدين أطلقا مقابلة الجملة بالجملة والمطلق يتعرض للذات لا للصفات والجهاات فلا يكون مقابلة الجنس بالجنس عيناً، ولا مقابلة الجنس بخلاف الجنس عيناً فلا يتحقق الربا، لأنه اسم لفضل مال في مقابلة الجنس بالجنس عيناً ولم يوجد بدائع الصنائع جـ ٥: ١٩١، وانظر المبسوط جـ ١٢: ١٩٣

(٦) (الحنطة بدقيقها): في أ، جـ وفي ب دقيق الحنطة.

(٧) السوق: طعام يتخذ من مدقوق الحنطة والشعير، وسمي بذلك لانسياقه في الحلق. المعجم الوسيط

جـ ١: ٤٦٧ -

(٨) (دقيق): في ب وساقطة من أ، جـ

(٩) عند أبي حنيفة: لا يجوز بيعه متفاضلاً ولا متساوياً، ولأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلىة، ولا بيع

السويق بالحنطة فكذا بيع أجزاءهما لقيام المجانسة من وجه.

*

وعندهما: يجوز لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود، قلنا معظم المقصود وهو التفذي يشملهما، فلا

يبالي بقوات البعض كالمقلىة من غير المقلىة. الهداية جـ ٣: ٧١، وانظر شرح فتح القدير جـ ٧: ٢٣ - ٢٤،

وانظر الباب جـ ٢: ٤٠، وانظر بدائع الصنائع جـ ٥: ١٨٧ - ١٨٨، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل جـ ١:

ولا يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية، والمطبوخة بغير المطبوخة، وكذا التمر المطبوخ بغير المطبوخ (١).

ويجوز بيع اليابسة بالبلولة، والبلولة بالبلولة (٢).

والحبوب أجناس: كالحنطة جنس، والشعير جنس، وأنواعها سواء كالأبيض والأحمر (٣).

وإن باع حنطة بحنطة في سنبلها لم يجز، وإن باع قصيل (٤) حنطة بحنطة كيلاً أو جزافاً جاز إن لم يشترط الترك (٥).

(١) لأن المقلية ينضم بعض أجزائها إلى بعض يعرف ذلك بالتجربة فيتحقق الفضل من حيث القدر في الكيل فيتحقق الربا، وكذا المطبوخة بغير المطبوخة، لأن المطبوخ ينتفخ بالطبخ فكان غير المطبوخة أكثر قدراً عند العقد فيتحقق الفضل. بدائع الصنائع ج٥: ١٨٧ - ١٨٨، وانظر المبسوط ج٢: ١٨٤ .

(٢) قال أبو حنيفة وأبو يوسف بجواز ذلك، وقال محمد: كل ذلك فاسد.

فأبو حنيفة يعتبر المساواة في الحال عند العقد ولا يلتفت إلى النقصان في المال ومحمد يعتبرها حالاً ومآلاً، واعتبار أبي يوسف. مثل اعتبار أبي حنيفة إلا في الرطب بالتمر فإنه يفسده بالنص. بدائع الصنائع ج٥: ١٨٨.

(٣) فلا خلاف في أنه يجوز بيع الحنطة بالحنطة السقية بالسقية والنحسية بالنحسية وإحداهما بالأخرى والجيدة بالجيدة، والرديئة بالرديئة وإحداهما بالأخرى، والجديدة بالجديدة والعتيقة بالعتيقة وإحداهما بالأخرى، وكذلك الشعير على هذا، وكذلك الدقيق إذا كان متساوياً في الكيل متفاضلاً في النوع والصفة. بدائع الصنائع ج٥: ١٨٧ .

(٤) القصيل: ما اقتطع من الزرع أخضر لعلف الدواب، والقصالة ما عزل من البر إذا نقي. المعجم الوسيط

ج٢: ٧٤٧ .

(٥) فلا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا، لأنه لا يدرى قدر ما في السنابل. الهداية ج٣: ٣٠، وانظر

الأصل ج١: ٦٥، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٩٤ .

وبيع الرطب بالتمر، والعنب (بالزبيب) (١)، والرطب بالرطب، والعنب بالعنب، مثلاً بمثل جائز (٢).

ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت، والسَّمْسَم بالشيْرَج (٣) حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون فيكون الدهن بمثله والزيادة بالشجير (٤).

(١) (بالزبيب): في أ، ج وفي ب والزبيب

(٢) وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: كل ذلك جائز إلا بيع التمر بالرطب.

وقال محمد: كله فاسد إلا بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب.

فأبو حنيفة يعتبر المساواة في الحال عند الانعقاد ولا يلتفت إلى النقصان في المال، ومحمد يعتبرها حالاً ومالاً، واعتبار أبي يوسف كاعتبار أبي حنيفة إلا في الرطب بالتمر فإنه يفسده بالنص.

وجه قول أبي يوسف ومحمد: «قول النبي صلى الله عليه وسلم: «التمر بالتمر مثلاً بمثل» فقيل له: إن عاملك على خير يأخذ الصاع بالصاعين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ادعوه لي» فدعي له، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أأأخذ الصاع بالصاعين؟ فقال: يا رسول الله لا يبيعونني الجنيب بالجمع صاعاً بصاع. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «بيع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيهاً».

وفي رواية: «أكل تمر خيبر هكذا؟ فقال: لا والله يا رسول الله، إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله: «لا تفعل. بيع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيهاً». موطأ الإمام مالك: ٣٨٥، وانظر تخريجه في نصب الرأية ج٤: ٤٠ - ٤١.

فهنا بين النبي الحكم وعلته وهي النقصان عند الجفاف فمحمد عدى هذا الحكم إلى حيث تعدت العلة، وأبو يوسف قصره على محل النص لكونه حكماً ثبت على خلاف القياس.

ولأبي حنيفة: عمومات الكتاب والسنة المشهورة كقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم

بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾ النساء/ ٢٨

فظاهر النصوص يقتضي جواز كل بيع إلا ما خص بدليل، وقد خص البيع متفاضلاً على المعيار الشرعي

لبقي البيع متساوياً على ظاهر العموم.

وأما السنة المشهورة فحديث أبي سعيد الخدري وعبادة بن الصامت حيث جوز النبي صلى الله عليه وسلم

بيع الخنطة بالخنطة، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر مثلاً بمثل عاماً مطلقاً من غير تخصيص وتقييد. ولا شك

أن اسم الخنطة والشعير يقع على كل جنس الخنطة والشعير على اختلاف أنواعها وأوصافها. وكذلك التمر يقع

على الرطب والبسر، لأنه اسم لتمر النخل لغة فيدخل فيه الرطب واليابس والمذنب والبسر والمنقع، وقد اطلق النبي اسم التمر على الرطب وعلى البسر فيدخل تحت النص.

وأما الحديث فمداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة فلا يقبل في معارضة الكتاب والسنة المشهورة، ولهذا لم يقبله في المناظرة في معارضة الحديث المشهور مع أنه كان من صيارفة الحديث، وكان من مذهبه تقديم الخبر، وإن كان في حدّ الأحاد على القياس بعد أن كان راويه عدلاً ظاهراً العدالة أو بأدلة فيحمله على بيع الرطب بالتمر نسبيته، أو تمرأ من مال اليتيم توفيقاً بين الدلائل صيانة عن التناقض. بدائع الصنائع ج٥: ١٨٨، وانظر الهداية ج٣: ٧١، وانظر الأصل ج١: ٥٨ - ٥٩، وانظر اللباب ج٢: ٤٠، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٣٧

(٣) الشريح: دهن السمسم. المصباح المنير: ١١٧

(٤) التجير: كل شيء يُعصر، وقال الأصمعي: التجير: عصارة التمر. المصباح المنير: ٣١.

لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون. وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساوياً له فالتجير وبعض الدهن، أو التجير وحده فضل، ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا والشبهة فيه كالحقيقة. الهداية ج٣: ٧٢، وانظر المبسوط ج١٢: ١٨٤ - ١٨٧، وانظر الأصل ج١: ٥٣، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٩١، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٣٧.

ويجوز بيع اللحم بالحسيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف (١).

(١) وعند محمد: لا يجوز إذا باعه بلحم من جنسه إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط، إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط، أو من حيث زيادة اللحم فصار كاخلل بالسهم.

ولهما: أنه باع الموزون بما ليس بموزون، لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة بصلابته، ويثقل أخرى بخلاف تلك المسألة، لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الشجير ويوزن الشجير. الهداية ج٣: ٧١، انظر بدائع الصنائع ج٥: ١٨٩، اللباب ج١٢: ٤٠.

ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً (١)، وكذا البان الأبل والبقر والغنم (٢)، واخلّ الدقل (٣) بخل العنب (٤).
ويجوز بيع اللحوم بالآلية، والشحم متفاضلاً (٥)، وبيع الشاة التي في ضرعها لبن بجنس لبنها على الاختلاف الذي في اللحم.
ولحم الإبل (كلها) (٦) نوع واحد، وكذا لحم البقر والجواميس، ولحم المعز والغنم (٧).
ولا ربا بين المولى وعبده (٨)، ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب (٩).

- (١) لأن أصول هذه اللحوم مختلفة الجنس، فكذا اللحوم، لأنها فروع تلك الأصول، واختلاف الأصل يوجب اختلاف الفرع. بدائع الصنائع ج٥: ١٨٩، وانظر الهداية ج٣: ٧٢، وانظر الباب ج٢: ٤١، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٣٧
- (٢) لأن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة، فكذا اجزاؤها إذا لم تبدل بالصنعة. الهداية ج٣: ٧٢، وانظر الباب ج٢: ٤١ .
- (٣) الدقل: أردا النمر. المصباح المنير: ٧٥ .
- (٤) لأنهما جنسان مختلفان اعتباراً بأصلهما. بدائع الصنائع ج٥: ١٨٩، وانظر الباب ج٢: ٤١، وانظر الهداية ج٢: ٧٢ وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٣٤ - ٣٥ .
- (٥) لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنافع، وكذا الآلية مع الشحم جنسان مختلفان. بدائع الصنائع ج٥: ١٨٩، وانظر الهداية ج٣: ٧٣، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٣٦، وانظر الجامع الصغير: ٣٣٥ .
- (٦) (كلها): في ج وفي أ، ب كله
- (٧) لأن الإبل كلها جنس واحد فكذا لحومها، وكذا لحوم البقر والجواميس كلها جنس واحد، ولحوم الغنم من الضأن والنعجة والمعز والتميس جنس واحد اعتباراً بالأصول وهذا عندنا، ولأن اختلاف الأصل يوجب اختلاف الفرع. بدائع الصنائع ج٥: ١٨٩، وانظر الهداية ج٣: ٧٢ .
- (٨) لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا، وهذا إذا كان مأذوناً له ولم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق، لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة.
- وعندهما: تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه. الهداية ج٣: ٧٣، وانظر الباب ج٢: ٤١ .
- (٩) خلافاً لأبي يوسف: أن حرمة الربا كما هي ثابتة في حق المسلمين فهي ثابتة في حق الكفار، لأنهم مخاطبون بالحرمت في الصحيح من الأقوال فأشترطه في البيع يوجب فساده.
- ولهما: أن مال الحربي ليس بمعصوم بل هو مباح في نفسه، إلا أن المسلم المستأمن منع من تملكه من غير رضا لما فيه من الغدر والخيانة، فإذا بدله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى، فكان الأخذ استيلاءً على مال مباح غير مملوك، وأنه مشروع مفيد للملك، كالأخذ على الحطب والحشيش. وبه تبين أن العقد هاهنا ليس بتملك بل هو تحصيل شرط التملك وهو الرضا، لأن ملك الحربي لا يزول بدونه وما لم يزل ملكه لا يقع الأخذ تملكاً، لكنه إذا زال فالملك للمسلم يثبت بالأخذ والاستيلاء لا بالعقد، فلا يتحقق الربا لأن الربا اسم لفضل يستفاد بالعقد. انظر بدائع الصنائع ج٥: ١٩٢، وانظر الباب ج٢: ٤١، وانظر الهداية ج٣: ٧٣، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٣٨ - ٣٩ .

باب (١) الاستبراء (٢)

من اشترى جارية أو ملكها بوجه من الوجوه فليس له أن يطاها، ولا يقبلها، ولا يلمسها بشهوة، ولا ينظر إلى عورتها، حتى يستبرئها بحيضة، أو بشهر، إن كانت ممن لا تحيض. وإن ارتفع حيضها وهي ممن تحيض تركها حتى يتبين أنها غير حامل ثم وطئها. وعن أبي يوسف: إنه مدة ثلاثة أشهر. وقال محمد: أربعة أشهر وعشرة أيام (٣).

(١) (باب): في أ، ب وفي جـ فصل

(٢) الاستبراء في اللغة: استبرأت المرأة: طلبت براءتها من الحبل. المصباح المنير: ١٨.

ودليل مشروعية الاستبراء: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن توطأ حامل حتى تضع أو حائل حتى تحيض». سنن الدارقطني ج٣: ٢٥٧، وانظر المعنى نفسه في الدر المنثور للسيوطي ج٥: ٢١٠، وشرح السنة للبلغوي ج٩: ٣١٩، وانظر تخريج هذه الأحاديث في نصب الراية للزيلعي ج٤: ٢٥٢ - ٢٥٣.

ووجوب الاستبراء مروى عن علي وعمر رضي الله عنهما.

والحكمة من ذلك تعرف براءة الرحم وصيانة ماء نفسه من الخلط بماء غيره، والتحرز عن أن يصير ماؤه ساقياً زرع غيره. المبسوط ج١٣: ١٤٦.

(٣) فإن كانت ممن لا تحيض فاستبرأؤها بحيضة واحدة عند عامة العلماء وعامة الصحابة، وعن معاوية أن استبرأها بحيضتين، لأن الاستبراء أخت العدة وعدتها حيضتان، والصحيح قول العامة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في سيايا أو طاس: «إلا لا توطأ الحيالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبران بحيضة والفعلة للمرة والتقدير الشرعي يمنع من الزيادة عليه إلا بدليل، ولأن ما شرع له الاستبراء وهو حصول العلم بطهارة الرحم يحصل بحيضة واحدة فكان ينبغي ألا يشترط العدة في باب العدة أيضاً إلا أنا عرفنا ذلك نصاً بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص.

وإن كانت ممن لا تحيض فلا يخلو إما إن كانت لا تحيض لصغر أو لكبر فاستبرأؤها بشهر واحد، لأن الشهر

أقيم مقام الأقران في حق الأيسة والصغيرة في العدة فكذا في باب الاستبراء.

وإن كانت لا تحيض لعدة فقد اختلفوا فيه:

قال أبو حنيفة: لا يطؤها حتى يعلم أنها غير حامل ولم يوقت في ذلك وقتاً.

وقال أبو يوسف: يستبرئها بثلاثة أشهر أو أربعة أشهر.

وعن محمد روايتان في رواية قال: يستبرئها بشهرين وخمسة أيام عدة الإمام.

ولفي رواية قال: يستبرئها بأربعة أشهر وعشر مدة عدة الحرائر.

وقال زفر: يستبرئها بستين، لأن الولد الموجود في البطن لا يبقى أكثر من ستين، فإذا مضت ستان ولم يظهر بها حمل علم أنها غير حامل، ويحتمل أن يكون هذا تفسير قول أبي حنيفة: لا يطؤها حتى يعلم أنها غير حامل وهو اختيار الطحاوي.

ويحتمل أن يكون ما قاله أبو يوسف تفسيراً لقوله، لأنها مدة يعلم فيها أنها ليست بحامل، لأن الحبل يظهر في مثل هذه المدة لو كان لظهوره آثاره من انتفاخ البطن وغير ذلك فيدل عدم الظهور على براءة رحمها. وإن كانت لا تحيض لحبل بها فاستبرأها بوضوح الحمل بعد القبض، لأن وضع الحمل في الدلالة على فراغ رحمها فوق الحيضة، فإذا وضعت حملها حلّ له أن يستمتع بها فيما سوى الجماع ما دامت في نفاسها كما في الحائض. بدائع الصنائع ج٥: ٢٥٥ - ٢٥٦، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١١٢ - ١١٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢٤١، وانظر الأصل ج١: ٢٤٧، وانظر المبسوط ج١٣: ١٤٦ - ١٤٧، وانظر الهداية ج٤: ٤٢٣، ٤٢٤، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٣٨ - ٢٣٩.

وإن قبضها وهي حائض لم يحتسب تلك الحيضة من الاستبراء (١)، وكذا إن حاضت بعد الشراء في يد البائع قبل القبض، أو مضى شهر لمن كان استبراؤها بشهر (٢). ويستحب للبائع إذا أراد أن يبيعها وقد كان (يطؤها) (٣) أن يستبرئها بحيضة وليس ذلك بواجب (٤)، فإن باعها ولم يفارقها البائع عن موطن البيع، أو لم يقبضها المشتري حتى تقايلا، (فالقياص) (٥) أن لا يطأها أيضاً حتى يستبرئها وفي الاستحسان له وطئها من غير

(١) وعن أبي يوسف: أنها كما طهرت من هذه الحيضة فله أن يطأها ليتبين فراغ رحمها بناءً على أصله، ولكننا نقول: الشرع ألزمه الاستبراء بحيضة والحيضة لا تتجزأ وقد نعلم الاحتساب من الاستبراء بما مضى منها قبل الشراء فلا يحتسب بجمعها منه كما لو طلق امرأته في حالة الحيض لا يحتسب لهذه الحيضة من العدة، ولأنه كان يحتسب بما بقي من الحيضة بعد الشراء من الاستبراء فعليه إكمالهما من حيضة أخرى، فإذا وجب جزء من الحيضة الثانية وجبت كلها. المبسوط ج١٣: ١٤٧، وانظر الأصل ج١: ٢٤٩، وانظر الهداية ج٤: ٤٢٣ وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١١٣، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٤١

(٢) إلا على رواية أبي يوسف: فإنه يقول: تبين فراغ الرحم يحصل بالحيضة التي توجد في يد البائع كما يحصل بالحيضة التي توجد في يد المشتري، ولكننا نقول: ملك الوطاء بسبب ملك الرقبة إنما يستفيد المشتري بالقبض، لأن الوطاء تصرف، وملك التصرف يحصل للمشتري بالقبض، فالحيضة التي توجد قبل هذا لا يحتسب بها، ولكن الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن بالعقد والموجود قبله بمنزلة الزوائد الحادثة. / المبسوط ج١٣: ١٤٧ - ١٤٨، بدائع الصنائع ج٥: ٢٥٦، تحفة الفقهاء ج١: ١١٣، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٤١

(٣) (يطأها): في ب، ج، وفي أ يطؤها.

(٤) هكذا روي عن ابن عمر وهذا الاستبراء في حق البائع مستحب عندنا، فلو أوجبنا عليه الاستبراء عند إزالة الملك لأوجبنا عليه الاستبراء في الطرفين جميعاً، يوضحه أن الاستبراء على المولى لصيانة ماء نفسه من أن يسقي به زرع غيره وإنما يتحقق هذا عند الشراء. فاما عند البيع فلا يتحقق هذا في حق البائع، ومعنى صيانة مائه يحصل بإيجاب الاستبراء على المشتري إلا أنه لا يأمن أن لا يستبرئها المشتري فيستحب له أن يستبرئها احتياطاً. المبسوط ج١٣: ١٥١ - ١٥٢ .

(٥) (فالقياص): في ج، وفي أ، ب القياص.

استبراء(١).

وإن اشترى (جارية)(٢) حاملاً من غير مولاها، ومن غير زوج لم يطأها حتى تضع(٣).
وإن اشترى جارية لها زوج لم يدخل بها وقبضها، كذلك ثم طلقها الزوج فللمشتري أن يطأها ولا يستبرئها(٤) (واختم بخير)(٥).

(١) فالقياس أن يجب الاستبراء على البائع، وهي رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة .

وفي الاستحسان: لا يجب وهي رواية محمد عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وجه القياس: أنه وجد سبب الوجوب في حقه وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين حقيقة،

وإنكار الحقائق مكابرة.

وجه الاستحسان: أن الإقالة قبل القبض فسخ والفسخ رفع من الأصل، وإعادة إلى قديم الملك كأنه لم يزل عن ملك البائع فلم يوجد السبب مع ما أن الملك قبل القبض غير متأكد، والتأكيد إثبات من وجه فلم يتكامل الملك للمشتري فلم يحدث ملك اليمين للبائع على الإطلاق فلم يتكامل السبب. بدائع الصنائع ج٥: ٢٥٤، وانظر الأصل ج١: ٢٥٠، ٢٥٦، وانظر المبسوط ج١٣: ١٤٨ .

(٢) (جارية): في ج وساقطة من أ، ب

(٣) لأن وضع الحمل في الدلالة على فراغ رحمها فوق الحيضة، فإذا وضعت حملها حل له أن يستمتع بها فيما سوى الجماع ما دامت في نفاسها كما في الحائض، هذا إن كان بعد القبض، فإن وضعت حملها قبل القبض ثم قبضها لا يطؤها حتى يستبرئها، ولا يجتزئ بوضع الحمل قبل القبض كما يجتزئ بالحيضة قبل القبض وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف يجتزئ به كما يجتزئ بالحيضة قبل القبض. بدائع الصنائع ج٥: ٢٥٦ .

(٤) لأنه حين قبضها لم يلزمه الاستبراء لكونها مشغولة بحق الزوج فحقه يمنع ثبوت ملك الحل له بملك الرقبة، وإذا لم يلزمه الاستبراء عند القبض لا يلزمه بعد ذلك، لأنه لو لزمه الاستبراء إنما يلزمه بالطلاق قبل الدخول، والطلاق لا يوجب الاستبراء وهذه هي الرواية الأخرى في أن الزوج إذا طلقها قبل الدخول لا يجب على المولى به الاستبراء. المبسوط ج١٣: ١٥٨، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٥٤، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١١٤ .

(٥) (واختم بخير): في أ وساقطة من ب، ج

باب السلم (١)

(السلم) (٢): (هو) (٣) (عقد شرع رخصة لحاجات الناس) (٤).
 وصورته قوله: أسلمت (إليك) (٥) (ديناراً) (٦) في كرت حنطة بيضاء إلى سنة تسلمها في بيتي ونحوه.
 وإنه جائز في المكيلات، والموزونات، والمعدودات، التي لا تتفاوت إلا اليسير كالجوز والبيض، وفي المذروعات (٧): (بعشرة) (٨) شرائط: ثلاثة في رأس المال (وهي) (٩) معرفة نوعه، وصفته، وقدره عند أبي حنيفة خلافهما في المعين، وكونه متقدماً شرط عنده خلافهما، وقبضه في مجلس العقد شرط بالإجماع (١٠).

(١) السلم في اللغة: كالسلف وزناً ومعنى، وأسلمت إليه بمعنى أسلفت أيضاً. /المصباح المنير: ١٩ .
 وعرفه البعض اصطلاحاً (هو بيع أجل بماجل). انظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٤٥، وانظر حاشية الطحطاوي علي الدر المختار ج٣: ١٢٠، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٨.
 والدليل على مشروعيته: عن ابن عباس قال: قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة والناس يسلفون في التمر العام والعامين - أو قال عامين أو ثلاثة، شك اسماعيل - فقال: من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم.

- وفي رواية «إلى أجل معلوم» . صحیح لجامع شرح ترمذی ص ٤٢٨ - ٤٢٩ هـ
 - وعن ابن أبي أوفى قال: «إنا كنا نسلف على عهد رسول الله وأبي بكر وعمر في الحنطة والشعير والزبيب والتمر» : صحیح لجامع شرح ترمذی ص ٤٢٩ هـ
 - وحاجة الناس إليه. تحفة الفقهاء ج١: ٨
 - والإجماع: انعقد الإجماع على جوازه باعتبار الحاجة والضرورة، فإنه يحتاجه الفقير، وكذا الغني للاسترباح وللنفقة على عياله. حاشية الطحطاوي على الدر المختار: ج٣: ١١٩، وانظر المبسوط ج١٢: ١٢٤ .

(٢) (السلم): في ج وساقطة من أ، ب

(٣) (هو): في أ، ج وفي ب وهو

(٤) (عقد شرع رخصة لحاجات الناس): في ب، ج وفي أ شرع عقده لحاجات الناس.

(٥) (إليك): في ج وفي أ، ب لك

(٦) (ديناراً): في ب، ج وفي أ ديناراً

(٧) لقوله عليه السلام: «من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» صحیح

والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير، لأنها الثمان، والمسلم فيه لا بد أن يكون مثنياً فلا يصح السلم فيهما، ثم قيل يكون باطلاً، وقيل ينمقد بيماً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان، والعبارة في العقود للمعاني، والأول أصح، لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا المقد فيه ولا يمكن ذلك. الهداية ج٣: ٧٨ - ٧٩، وانظر الباب ج٢: ٤٢، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٧، وانظر خزنة الفقه وعبون المسائل ج١: ٢٣٥

(٨) (بعشرة): في ب، ج وفي أ بعشر

(٩) (وهي): في أ، ج وفي ب سائطة

(١٠) وفي تحفة الفقهاء قال: وأما شرائط جواز السلم فسبعة عشر، سنة في رأس المال، واحد عشر في المسلم فيه، أما السنة التي في رأس المال فهي:

الأول، بيان الجنس: أنه دراهم أو دنانير، أو من المكيل، أو من الموزون.

والثاني: بيان النوع: أنه دراهم غطريفية أو عدلية، أو دنانير محمودية أو هروية.

والثالث: بيان الصفة أنه جيد أو ردي، أو وسط.

والرابع: إعلام قدر رأس المال فهو شرط جواز السلم فيما يتعلق العقد فيه بالقدر، كالمكيل والموزون والمعددي المتقارب، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: ليس بشرط.

والخامس: كون الدراهم والدنانير متقدمة، فهو شرط الجواز عند أبي حنيفة أيضاً مع إعلام القدر.

وعندهما: ليس بشرط.

والسادس: تعجيل رأس المال وقبضه قبل افتراق العاقدين بأنفسهما، فهو شرط الجواز عند عامة العلماء،

وسواء كان رأس المال حيناً أو ديناً.

تحفة الفقهاء: ج١: ٩ - ١٠، وانظر الباب ج٢: ٤٣، وانظر الأصل ج١: ٢، وانظر الهداية ج٣:

٧٨ - ٧٩، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٤٦، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٠١ - ٢٠٢.

وسبعة في المسلم فيه (١) وهي: معرفته ببيان جنسه، ونوعه، وصفته، وقدره (٢)، وأن لا يكون (من جنس رأس المال) (٣) ومما يقدر بتقديره، وأن يكون (مما) (٤) يتعين بالتعيين حتى لا يجوز السلم في الأثمان إلا في الفلوس (٥) وأن يكون مؤجلاً أجلاً معلوماً أقله شهر، وروي ثلاثة أيام (٦) وأن يكون موجوداً من حين العقد إلى حين (المحل) (٧)، وبيان مكان الإيفاء لماله حمل ومؤونة عند أبي حنيفة خلافهما إنه ليس بشرط (٨) ويسلم في مكان العقد، وأن لا يكون فيه خيار الشرط (٩).

(١) ويرى صاحب التحفة أنها أحد عشر شرطاً، والإمام الغزنوي رحمه الله ذكر في هذه الفقرة أحد عشر شرطاً رغم أنه قال: إنها سبعة، والأصل أن يقول: وأما الشرائط التي في المسلم فيه فهي أحد عشر شرطاً. (٢) فبيان جنس المسلم فيه: حنطة أو شعير أو نحوهما، وبيان نوعه: حنطة سقية أو بخسبة، سهلية أو جبلية، وبيان صفته: حنطة جيدة أو رديئة أو وسط، وبيان قدره: أنه كراً أو قفيز، بكيل معروف عند الناس، لأن ترك هذه الأشياء يوجب جهالة مفضية إلى المنازعة وهي مفسدة بالإجماع. تحفة الفقهاء ج١: ١٠ - ١١.

(٣) (من جنس رأس المال): في جـ وفي أ، ب من رأس جنس المال. أي أن لا يشمل البدلين أحد وصفي علة ربا الفضل، وهو القدر المتفق أو الجنس، لأنه يتضمن ربا النساء، والعقد الذي فيه ربا فاسد. تحفة الفقهاء ج١: ١١.

(٤) (مما): في ب، جـ وفي أ ممن

(٥) فلا يجوز السلم في الدراهم والدنانير، فأما السلم في الفلوس: فقد ذكر في الأصل وقال إنه لا يجوز، ولم يذكر الاختلاف - ويجب أن يكون ذلك على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، لأنه عندهما ليس بضمن مطلق بل يحتمل التعيين في الجملة.

وعلى قول محمد: لا يجوز، لأنه ثمن مطلق، على ما صرف في بيع الفلوس بالفلسين بأعيانها. تحفة الفقهاء ج١: ١١، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٤٥، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٨.

(٦) فإن كان الأجل مجهولاً فالسلم فاسد سواء كانت الجهالة متفاحشة أو متقاربة، لأن كل ذلك يفضي إلى المنازعة وإنها مفسدة للعقد لجهالة القدر وغيرها.

وأما مقدار الأجل فلم يذكر في الأصل، وذكر الكرخي أن تقدير الأجل إلى العاقدين، حتى لو قدر نصف يوم جاز.

وقال بعض مشايخنا: أقله ثلاثة أيام قياساً على خيار الشرط وهذا القياس غير سديد، لأن أقل مدة الخيار ليس بمقدر والثلاث أكثر المدة على أصل أبي حنيفة فلا يستقيم القياس.

وروي عن محمد أنه قدره بالشهر وهو الصحيح، لأن الأجل إنما شرط في السلم ترفيهاً وتيسيراً على المسلم

إليه ليتمكن من الاكتساب في المدة، والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه، فأما ما دونه ففي حدّ القلّة فكان له حكم الحلول. بدائع الصنائع ج٥: ٢١٢ - ٢١٣، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١١ - ١٢، وانظر اللباب ج٢: ٤٣، وانظر الهداية ج٣: ٨٠ - ٨١.

(٧) (المحل): في ب، ج وفي المحمل

ولنا: أن القدرة على التسليم ثابتة للحال وفي وجودها عند المحل شك لاحتمال الهلاك، فإن بقي حياً إلى وقت المحل ثبتت القدرة، وإن هلك قبل ذلك لا تثبت. والقدرة لم تكن ثابتة فوق الشك في ثبوتها فلا تثبت مع الشك.

ولو كان موجوداً عند العقد ودام وجوده إلى محل الأجل فحل الأجل ولم يقبضه حتى انقطع عن أيدي الناس لا يفسخ السلم بل هو على حاله صحيح، لأن السلم وقع صحيحاً لثبوت القدرة على التسليم لكون المسلم فيه موجوداً وقت العقد ودام وجوده إلى محل الأجل إلا أنه عجز عن التسليم للحال لعارض الإنقطاع مع عرضية حدوث القدرة ظاهراً بالوجود فكان في بقاء العقد فائدة، والعقد إذا انعقد صحيحاً يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم على السواء. بدائع الصنائع ج٥: ٢١١ وانظر الهداية ج٣: ٨٠، وانظر اللباب ج٢: ٤٢

(٨) وقالوا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً، ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد.

وقالوا: إن كان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه، فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر وصار كالقرض والغصب.

ولأبي حنيفة: أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب، وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان، فلا بدّ من البيان وصار كجهالة الصفة، وعن هذا قال من قال من المشايخ: إن الاختلاف فيه عنده يوجب التخالف كما في الصفة، وقيل عكسه، لأن تعيين المكان قضية العقد عندهما، وعلى هذا الخلاف في الثمن والأجرة والقسمة. الهداية ج٣: ٨١ - ٨٢، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢١٣ وانظر اللباب ج٢: ٤٤، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٤٦، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١٣.

(٩) لأن من شروط المسلم فيه أن يكون العقد باتاً، ليس فيه خيار الشرط، لهما أو لأحدهما، حتى لو أسلم عشرة دراهم في كرت حنطة، على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبض المسلم إليه رأس المال، وتفرقا بأبدانهما. ويبطل عقد السلم، لأن البيع بشرط الخيار ثبت، بخلاف القياس لحاجة الناس، فلا حاجة إليه في السلم.

ولو أبطلنا الخيار قبل التفرق، ورأس المال قائم في يد المسلم إليه، ينقلب جائزاً عندنا، خلافاً لزفر، ولو

كان رأس المال هالكاً لا ينقلب إلى الجواز بالإجماع. تحفة الفقهاء ج١: ١٢ - ١٣، وانظر المبسوط ج١٢: ١٤٣.

ولا يجوز السلم فيما سوى الأجناس الأربعة (١).
ويجوز السلم في الفلوس عدداً، فلو كان رأس المال (فيه) (٢) فلوساً لم يجز (٣).
ولا يجوز السلم في الحيوان، ولا في أطرافه (٤) ويجوز في السمك المالح وزناً ونوعاً
معلوماً، ولا يجوز في الطري إلا في حينه (٥).

(١) لأنها يمكن ضبطها بذكر الدرر والصفة والصنعة، ولقوله صلى الله عليه وسلم «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم وكذا في المعدود الذي لا يتفاوت. انظر الهداية ج٣: ٧٨ - ٧٩، وانظر اللباب ج٢: ٤٢

(٢) (فيه): في أ، ج وساقطة من ب

(٣) وعند محمد: لا يجوز بناءً على أن الفلوس أثمان عنده، فلا يجوز السلم فيها كما لا يجوز السلم في الدراهم والدنانير.

وعندهما: ثمنيتها ليست بلازمة بل تحتل الزوال، لأنها ثبتت بالاصطلاح فتزول بالاصطلاح، وإقدام العاقدين على عقد السلم فيها مع علمهما أنه لا صحة للسلم في الأثمان اتفاق منهما على إخراجها عن صفة الثمنية فتبطل ثمنيتها في حق العاقدين سابقاً على العقد، وتصير سلماً عديدة فيصح السلم فيها كما في سائر السلع العديدة كالتصال ونحوها. بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٨، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١١، وانظر الهداية ج٣: ٧٩، وانظر المبسوط ج٢: ١٣٦ - ١٣٧، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٤.

(٤) لأنه يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد، وكذا في أطرافه، للتفاوت فيها إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها. الهداية ج٣: ٧٩ وانظر اللباب ج٢: ٤٢، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١٤.

(٥) لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم، إذ هو غير منقطع، وأما الطري، لأنه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً. الهداية ج٣: ٨٠، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١٥ - ١٦، وانظر المبسوط ج١٢: ١٣٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٤.

ويجوز السلم في الشحم والألية (١)، ولا خير في السلم في اللحم.
وقالا: إن سمي موضعاً معلوماً جاز (٢).

وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم (فيه) (٣) وما لا فلا (٤).

وكل ما لا يمكن نقضه ليعود إلى حاله الأول كالقطن مع الغزل الرقيق، أو الغزل مع الثوب، والشعر مع المسح (٥) يجوز إسلام أحدهما في الآخر، وما لا يمكن نقضه كالصوف مع اللبد (٦)، والصفير (٧) مع الفلوس، (والصفير مع الحديد) (٨)، والسيف مع الحديد لا يجوز (٩).

(١) ويجوز السلم في الأليات والشحوم وزناً بلا خلاف، والعملة في ذلك أنها لا تختلف بالسمن والهزال إلا سيراً بخلاف اللحم فإنه يتفاوت بين غير السمين والسمين، والمهزول وغير المهزول تفاوتاً فاحشاً. انظر تحفة الفقهاء ج١: ١٥، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢١٠ - ٢١١، وانظر الأصل: ج١: ٩.

(٢) لهما: أنه يجوز إذا بين جنسه ونوعه وصفته، وقدره، وسنه، وموضعه، لأن الفساد لمكان الجهالة، وقد زالت بيان هذه الأشياء، ولهذا كان مضموناً بالمثل في ضمان العدوان.

ولأبي حنيفة: إن الجهالة تبقى بعد بيان ما ذكرناه من وجهين. أحدهما: من جهة الهزال والسمن، والثاني: من جهة قلة العظم وكثرته، وكل واحدة منهما مفضية إلى المنازعة. بدائع الصنائع ج٥: ٢١٠، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١٥، وانظر الأصل ج١: ٧، وانظر الهداية ج٣: ٨٠، والمبسوط ج١٢: ١٣٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٣٧، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٤.

(٣) (فيه): في ب، ج وساقطة من أ

(٤) لأنه لا يفضي إلى المنازعة، وما لا يمكن لا يجوز، لأنه مجهول يفضي إلى المنازعة. الباب ج٢:

٤٥، وانظر الهداية ج٣: ٨٦.

(٥) المسح: كساء من شعر، ويطلق على ثوب الراهب. المعجم الوسيط ج٢: ٨٧٥

(٦) اللبد: لبث الشيء بالشيء الصق به إلصاقاً شديداً. المعجم الوسيط ج٢: ٨١٨.

(٧) الصفير: النحاس. المصباح المنير: ١٣١

(٨) (والصفير مع الحديد): في أ وساقطة من ب، ج

(٩) فلا يجوز إسلام السيف مع الحديد، لأن السيف خرج عن أن يكون موزوناً عادة إلا في الحديد، فإنه لا

يجوز إسلام السيف في الحديد للمجانسة، وكذلك كل إناء خرج بالصفة من الوزن فلا بأس بأن يسلمه في

الموزونات إلا في نوعه. المبسوط ج١٢: ١٨٢.

ويجوز اسلام التمر في (الناطفي)(١) منه، ولا يجوز اسلام ربّ التمر في (الناطفي)(٢) منه(٣).

ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه، ولا بذراع رجل بعينه، ولا خير في كيل لا يعرف، وإن باع به جاز(٤).

ولا يجوز السلم في طعام قرية بعينها، أو ثمرة (نخلة)(٥) بعينها(٦).

(١) (الناطفي): في جـ وفي أ، ب الناطف.

والناطفي: نوع من الحلوى يسمى القيطي سمي بذلك، لأنه ينطف قبل استضراجه أي يقطر، وهذا النوع من

الحلوى يصنع من اللوز والجوز والفسق. انظر المصباح المثير: ٢٣٣، وانظر المعجم الوسيط جـ٢: ٩٣٩.

(٢) (الناطفي): في جـ وفي أ، ب الناطف

(٣) لأنه عند الاختلاف في النوع يصح البيع كيف شاء الإنسان. انظر المبسر جـ١٢: ١٨٥

(٤) أي إذا لم يعرف مقداره، لأنه يتأخر فيه التسليم فرما يضيع فيؤدي إلى المنازعة. الهداية جـ٣: ٨١،

وانظر اللباب جـ٢: ٤٣، وانظر ملتقى الأبحر جـ٢: ٤٦

(٥) (نخلة): في أ، ب وفي جـ نخل

(٦) وإذا أسلم في حنطة خراسان أو العراق أو فرغانة جاز، لأن كل واحد منها اسم لولاية فلا يتوهم

انقطاع طعامها، وكذا إذا أسلم في طعام بلدة كبيرة كسمرقند جاز، لأنه لا يفقد طعام هذه البلاد إلا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالمعدم.

ومن مشايخنا من قال: لا يجوز إلا في طعام ولاية لأن وهم الانقطاع فيما وراء ذلك ثابت والسلم عقد

جوز بخلاف القياس والصحيح الجواز، لأن الغالب في أحكام الشرع ملحق باليقين.

وإن كان مما يحتمل الانقطاع فلا يجوز السلم فيه كارض بعينها أو قرية بعينها، لأنه قد يعثره آفة فلا يقدر

على التسليم. انظر بدائع الصنائع جـ٥: ٢١١، وانظر الهداية جـ٣: ٨١، وانظر تحفة الفقهاء جـ١: ١٢،

وانظر اللباب جـ٢: ٤٣، وانظر المبسوط جـ١٢: ١٣٠، وانظر ملتقى الأبحر جـ٢: ٤٦، وانظر الأصل

ولا يجوز السلم في الجلود عدداً، ولا في الحطب (حزماً) (١) ولا في (الرطوبة) (٢) جزأً، فإن أمكن معرفة قدره من غير زيادة ولا نقصان جاز (٣).
 ولا يجوز في البطيخ والرمسان (٤) ويجوز في الصوف وزناً، ولا يجوز عدداً، وكذا إن شرط من غنم بعينه (٥).
 ولا بأس بالسلم في الطست (٦) (والقصعة) (٧)، ونحو ذلك إن أمكن معرفته بجميع أوصافه (٨).

(١) (حزماً): في ب، ج وسائطة من أ

(٢) (الرطوبة): في أ، ب وفي ج الرطب

(٣) للثاوت فيها إلا إذا عرف ذلك بأن بين له طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحيث لا يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت.

والجلود لا توزن عادة لكنها تباع عدداً، وهي عديدة متفاوتة فيها الصغير والكبير، فلا يجوز السلم فيها، والسلم في الحيوان لا يجوز كذلك في أعضا الحيوان. انظر الهداية ج٣: ٧٩، وانظر المبسوط ج١٢: ١٣١، وانظر الأصل ج١: ٣ - ٥، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١٤، وانظر اللباب ج٢: ٤٢، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٤٥ - ٤٦، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٣٧.

(٤) لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف إذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة لتفاوت فاحش بين واحدة وأخرى.

انظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٩، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١٤، وانظر الهداية ج٣: ٧٩، وانظر الأصل ج١: ٤٨، وانظر اللباب ج٢: ٤٣.

٥- لأنه يمكن ضبطه بالوصف، وهو أن يكون من الأجناس الأربعة، وهي بالكيل والموزون، والدرهم والمددي المتقارب. تحفة الفقهاء ج١: ١٤، وانظر الأصل ج١: ٥، والمبسوط ج١٢: ١٧٤.

٦- الطست: إناء كبير مستدير من نحاس أو نحوه يتمسل فيه. المعجم الوسيط ج٢: ٥٦٣.

٧- (والقصعة): في ج وفي أ، ب بالقمقم.

والقصعة: وعاء يؤكل فيه ويشرد، وغالباً يتخذ من الخشب. المعجم الوسيط ج٢: ٧٤٦.

والقمقم: أنية من نحاس يسخن فيه الماء، وله عروتان يستصحبه المسافر. المصباح المنير: ١٩٧.

٨- لأنه استجمع شرائط السلم، أما إن كان لا يعرف فلا خير فيه، لأنه دين مجهول. الهداية ج٣: ٨٦، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٤.

- ويجوز السلم في الثياب والذبائح إذا سمي طولاً وعرضاً، ودقة ورفعة وصفة (١).
 ولا يجوز السلم في اللآلئ والجواهر، والخرز (٢).
 ولا بأس (به) (٣) في اللبن والآجر إذا سمي ملتبناً معلوماً (٤).
 ويجوز السلم في المكيل وزناً، وفي الموزون كيلاً، ويجوز إسلام ما يكال (فيما) (٥)
 يوزن، وما يوزن فيما (٦) يكال.

١- لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم، وإن كان ثوب حرير لا بدّ من بيان وزنه أيضاً، لأنه مقصود فيه،
 انظر الهداية ج٣: ٨٥، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٨-٢٠٩، وانظر اللباب ج٢: ٤٥، وانظر ملتقى
 الأبحر ج٢: ٤٦.

٢- لأن أحدها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً، وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم، لأنه مما يعلم بالوزن.
 الهداية ج٣: ٨٥، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٩، وانظر اللباب ج٢: ٤٥، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٤٦.
 ٣- (به): في جـ وساقطة من أ، ب.

٤- لأنه عددي متقارب لاسيما إذا سمى الملبن. الهداية ج٣: ٨٦ وانظر اللباب ج٢: ٤٥، وانظر
 ملتقى الأبحر ج٢: ٤٥.

٥- (فيما): في أ، ب، وفي جـ في ما

٦- يقول: السرخسي: «ولا بأس بأن يسلم الخنطة وما أشبهها فيما يوزن أو يكال بالرطل لما بينا أن ما
 يكال بالرطل فهو موزون، وإسلام المكيل في موزون هو مبيع جائز، لأنه لا يجتمع في البديلين أحد العوضين
 وهو الجنسية والقدر الواحد». الميسوط ج١٢: ١٧٦، وانظر الأصل ج١: ٢، ٥٢.

ولا يجوز إسلام المكيل في المكيل، ولا الموزون في الموزون إلا الذهب والفضة في غيرها من الموزونات (١).

وإذا أسلم عشرة دراهم في قفيز حنطة وقفيز شعير لم يجز عند أبي حنيفة حتى يبين (كم) (٢) فيها رأس مال كل واحد منهما.
وقال: يجوز إن لم يبين (٣).

١- فالسلم في الذهب والفضة لا يجوز، وكذا في المكيل بالمكيل للكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يبدأ بيد...» ولكن عند الاختلاف فيصح ذلك.

انظر الأصل ج١: ٥٢، وانظر المبسوط ج١٢: ١٧٦، وانظر الهداية ج٣: ٦٧-٦٨.

٢- (كم): في ب، ج، وساقطة من أ

٣- يقول الإمام الكاساني: وأما الذي يرجع إلى رأس المال- الشروط- فأنواع ومنها بيان قدره إذا كان مما يتعلق العقد بقدره من الكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ولا يكفي بالإشارة إليه وهذا قول أبي حنيفة.
وقال أبو يوسف ومحمد: ليس بشرط، والتعيين بالإشارة كاف.

وعلى هذا الخلاف: إذا كان رأس المال جنساً واحداً مما يتعلق العقد على قدره فأسلمه في جنسين مختلفين كالحنطة والشعير، أو نوعين مختلفين من جنس واحد كالهروي والمروي، ولم يبين حصة كل واحد منهما فالسلم فاسد عند أبي حنيفة، وعندهما جائز.

ووجه البناء على هذا الأصل: أن اعلام القدر لما كان شرطاً عنده فإذا كان رأس المال واحداً وقوبل بشيئين مختلفين كان انقسامه عليهما من حيث القيمة لا من حيث الأجزاء، وحصة كل واحد منهما من رأس المال لا تعرف إلا بالحزر والظن فيبقى قدر حصة كل واحد منهما من رأس المال مجهولاً، وجهالة قدر رأس المال مفسدة للسلم عنده.

وعندهما: إعلام قدره ليس بشرط فجهاته لا تكون ضارة. بدائع الصنائع ج٥: ٢٠١-٢٠٢، وانظر

تحفة الفقهاء: ج١: ٩.

ولا تجوز الإقالة في أحدهما عندهما، وإن أسلم (فيهما) (١) ثوباً، أو نحوه جاز وإن لم يبين في قولهم (٢).

وإن أسلم إلى رجل مائتي درهم في كسر حنطة، مائة منها دين على المسلم إليه، فالسلم في حصة الدين باطل (٣).

وإن قال: حنطة جرجانية جاز، وإن قال: حنطة حديثة لم يجز لأنها في الحال معدومة (٤). ولا بأس بالسلم في نوع واحد مما يكال أو يوزن على أن يكون حلول بعضه في (وقت) (٥) وبعضه في وقت آخر.

ولا يجوز السلم إلى أجل مجهول (٦)

١- (فيهما): في ب، ج وفي أ فيها.
٢- فالإقالة جائزة في المسلم فيه كما تجوز في بيع العين، ولأن الإقالة في بيع العين إنما شرعت نظراً للعاقدين دفماً لحاجة الندم واعتراض الندم في السلم ها هنا أكثر لأنه بيع بأوكس الأثمان فكان ادعى إلى شرع الإقالة. فإن تقايلاً في كل المسلم فيه جازت الإقالة لما قلنا سواء كانت الإقالة بعد حلّ الأجل أو قبله، لأن نص الإقالة مطلق لا يفصل بين حال وحال، وكذا جواز اعتراض الندم قائم في الحالين، وسواء كان رأس المال قائماً في يد المسلم إليه أو هالكاً.

وإذا قبض رب السلم المسلم فيه ثم تقايلاً والمقبوض قائم في يده جازت الإقالة وعلى رب السلم ردّ عين ما قبض، لأن المقبوض في يده بعد السلم كأنه عين ما ورد عليه عقد السلم. وأما صحة الإقالة فلأن الإقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة فبطل الشرط وصحت الإقالة وهذا على قياس قول أبي حنيفة ومحمد، لأن الإقالة عندهما فسخ.

وأما على قياس أبي يوسف: فتبطل الإقالة والسلم على حاله إلى أجله، لأن الإقالة عنده بيع جديد والبيع تبطله الشروط الفاسدة.

انظر بدائع الصنائع ج٥: ٢١٤-٢١٥، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٣: ١٢٤، وانظر الهداية ج٣: ٨٣.

٣- لأن من شروط رأس المال أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم، لأن المسلم فيه دين، والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين، وأنه منهي عنه.

ولأن مأخذ هذا المقدم دليل على هذا الشرط، فإنه يسمى سلماً وسلفاً لغة وشرعاً، والسلم ينبيء عن التسليم، والسلف ينبيء عن التقدم فيقتضي لزوم تسليم رأس المال، ويقدم قبضه على قبض المسلم فيه. انظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٢، وانظر الهداية ج٣: ٨٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٤٧، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٣.

٤- لأن من الشروط أن يكون موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل، فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل أو كان موجوداً فيهما لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشياء ذلك لا يجوز.

وقوله حنطة جرجانية جاز، لأنه لا يتوهم انقطاعها. انظر بدائع الصنائع ج٥: ٢١١، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١٢.

٥- (وقت): في ب، ج وفي أ وقته

٦- لأنه إن كان الأجل مجهولاً فالسلم فاسد سواء كانت الجهالة متفاحشة أو متقاربة، لأن كل ذلك يفضي إلى المنازعة وإنها مفسدة للعقد لجهالة القدر وغيرها. انظر بدائع الصنائع ج٥: ٢١٢-٢١٣، وانظر الهداية ج٣: ٨١ وانظر اللبس ج٢: ٤٣، وانظر غرر الخزانة الفقهية ج١: ٢٣٦.

فصل

وإذا وجد المسلم إليه بعد الإفتراق رأس المال زيوفاً أو نيهرجة فاستبدل بطل السلم عند أبي حنيفة خلا فهما إذا قبض بدله في مجلس الرد، وإن تجوز به صح في قولهم (١).
 وإن وجده رصاصاً أو (ستوقاً) (٢)، أو استحق في يده بطل في قولهم (٣).
 وإن وجد بعضه كذلك بطل من (السلم) (٤) بقدره (٥)، وإن وجد بعضه زيوفاً أو نيهرجة فإن كان أقل من النصف استبدله، وجاز السلم استحساناً في رواية محمد عن أبي حنيفة أيضاً (٦).

(١)- وجه قولهما: أن قبض الزيوف وقع صحيحاً، لأنه قبض جنس الحق، الا يرى انه لو تجوز بها جاز، ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز كالستوق إلا أنه فاتته صفة الجودة بالزيادة فكانت من جنس حقه أصلاً لا وصفاً فكانت الزيادة فيها عيباً، والمعيب لا يمنع صحة القبض.

وجه قول أبي حنيفة وزفر: أن الزيوف من جنس حق المسلم إليه لكن أصلاً لا وصفاً، ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصف فكان حقه في الأصل والوصف جميعاً فصار بقبض الزيوف قابضاً حقه من حيث الأصل لا من حيث الوصف، إلا أنه إذا رضي به فقد سقط حقه عن الوصف، وتبين أن المستحق هو قبض الأصل دون الوصف لإبرائه إياه عن الوصف، فإذا قبضه فقد قبض حقه ليبطل المستحق، وإن لم يرض به تبين أنه لم يقبض حقه، لأن حقه في الأصل والوصف جميعاً فتبين أن الافتراق حصل لا عن قبض رأس مال السلم هذا إذا وجده زيوفاً أو نيهرجة. بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٥.

(٢)- (ستوقاً): في ج وفي أ، ب استوقاً.

والستوق: الصفر المموه بالفضة، والستوق من الدراهم الزيف. المعجم الوسيط ج١: ٤١٧.

(٣)- فإن وجده بعد الافتراق بطل السلم، لأن الستوق ليس من جنس الدراهم، الا يرى أنها لا تروج في معاملات الناس فلم تكن من جنس حقه أصلاً ووصفاً فكان الافتراق عن المجلس لا عن قبض رأس المال فبطل السلم سواء تجوز به أو لا، لأنه إذا لم يكن من جنس حقه كات التجوز به استبدالاً برأس مال السلم قبل القبض، وأنه لا يجوز بخلاف الزيوف فإنها من جنس حقه على ما بينا.

وإن وجده في المجلس فاستبدل فالسلم ماض، لأن قبضه وإن لم يصح فقد بقي الواجب في ذمة رب السلم دراهم هي حق المسلم إليه، فإذا قبضها فقد قبض حقه في المجلس والتحق قبض الستوق بالعدم كأنه لم يقبض أصلاً، واخر قبض رأس المال إلى آخر المجلس وكذا في الصرف. بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٥.

(٤)- (السلم): في أ، ج، وفي ب المسلم

(٥)- سواء كان رأس المال عيناً أو ديناً بلا خلاف، لأن القبض انتقص فيه بقدره، وكذا في الستوق والرصاص فبطل العقد بقدره قليلاً كان أو كثيراً بالإجماع لما قلنا. بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٦، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٢٢.

(٦)- فقياس قول أبي حنيفة أن ينقص العقد بقدره إذا لم يتجاوز ورده استبدل في مجلس الرد أو لا، وهو قول زفر، لأنه يبين أن قبض المردود لم يصح فتيين أن الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال في قدر المردود فيبطل السلم بقدره، إلا أنه استحسّن في القليل، وقال: إن كان قليلاً فردّه واستبدل في ذلك المجلس فالعقد ماض في الكل، وإن كان كثيراً يبطل العقد بقدر المردود، لأن الزيادة في القليل مما لا يمكن التحرز عنه، لأن الدراهم لا تخلو عن ذلك فكانت ملحقة بالعدم بخلاف الكثير.

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الحدّ الفاصل بين القليل والكثير مع اتفاق الروايات على أن الثلث قليل، وفي رواية عنه أن ما زاد عن الثلث يكون كثيراً، وفي رواية النصف، وفي رواية عنه الزائد على النصف. بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٦، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٢٢-٢٣.

وإن قبض رب السلم السلم فوجد فيه عيباً ردّه، وأخذ مثله (سليماً) (١)
 فإن حدث عنده فيه عيب آخر فالمسلم إليه بالخيار إن شاء أخذه معيباً بالعيبين، وعاد رب
 السلم بسلمه، وإن شاء أبى ذلك ولا شيء عليه.
 وقال أبو يوسف: إن أبى أخذه بالعيبين كان رب السلم بالخيار إن شاء احتبس ما قبض
 ولا شيء له غيره، وإن شاء ردّ مثله معيباً بالعيب الأول ورجع عليه بسلمه.
 وقال محمد: إن أبى ذلك غرّم نقصان عيبه من رأس مال السلم لرب السلم (٢).

(١) - (سليماً): في أ، ب، وفي ج سلماً.

لأن حقه في السلم دون المغيب. تحفة الفقهاء ج١: ٢٣.

٢- وذكر الطحاوي: أنه لو أسلم إليه دراهم في حنطة قبضها رب السلم فوجد به عيباً وقد تعيب عنده،
 فإن رضي المسلم إليه أن يقبلها مع العيب الحادث ردّ المقبوض وطالبه رب السلم بحقه، وإن أبى أن يرضى لم
 يرجع ربّ السلم عليه بشيء في قول أبي حنيفة، لأن الفائت وصف ولا قيمة للصفة في الأموال الربوية منفردة
 عن الأصل.

وعند محمد: رجع بحصة نقصان العيب من رأس المال، لأن بقدر ما يرجع يخرج من أن يكون رأس المال
 بمنزلة ما لو حطّ بعضه فلا يؤدي إلى الربا إذا رجع بحصة العيب بهذا الطريق.

وقال أبو يوسف: إن أبى المسلم إليه أن يقبل المغيب غرّم ربّ السلم طعاماً قبل المقبوض، ورجع بحقه وهو
 مستقيم على أصله في ردّ المثل عند تعدر ردّ العين لصاحب الدين إذا وجد المقبوض زبواً وقد هلك في يده.

المبسوط ج١٢: ٢٠٠-٢٠١.

ومن أسلم جارية في مائة كَرَّ حنطة، وقبضها المسلم إليه ثمّ تقايلا، فماتت (الجارية) (١) في يد المسلم إليه، فعليه قيمتها، وكذا إن تقايلا بعد موت الجارية (٢). وإن اشتراها بما هو ثمن، فتقايلا ثمّ ماتت في يد المشتري بطلت الإقالة، وكذا إن تقايلا بعد موتها (٣).

(١) - (الجارية): في جـ وساقطة من أ، ب

(٢) - لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه، وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقاءه، وإذا جاز ابتداءً فأولى أن يبقى انتهاءً، لأن البقاء أسهل، وإذا انسخ العقد في المسلم فيه انسخ في الجارية تبعاً فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه ردّ قيمتها. الهداية جـ ٣: ٨٤، وانظر شرح فتح القدير جـ ٧: ١٠٧ - ١٠٨، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ٤٧ - ٤٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٦.

(٣) - لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداءً، ولا تبقى انتهاءً لانعدام محلها، وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد الموضين، لأن كل واحد منهما مبيع فيه. الهداية جـ ٣: ٨٤ - ٨٥، وانظر شرح فتح القدير جـ ٧: ١٠٨، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ٤٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٦ - ٣٢٧.

فصل

وإن اختلفا فقال المسلم إليه شرطت لك ردّيناً، وقال رب السلم: لم (تشرط شيئاً) (١).
فالقول للمسلم إليه (٢).
(وإن) (٣) قال رب السلم: له أجل، وقال المسلم إليه: لم يكن له أجل فالقول لرب
السلم (٤).
وإذا حلّ الأجل فلم يقبض السلم حتى انقطع فرب السلم بالخيار، إن شاء فسخ السلم،
ورجع برأس ماله، وإن شاء صبر (إلى وجود) (٥) مثله فيأخذه، وليس له أن يأخذ من غير
جنسه، ويجوز أن يأخذ من غير صفته إذا تراضيا عليه (٦).

(١) - (تشرط شيئاً): في أ، ج وفي ب تشرط لي شيئاً.

(٢) - لأن رب السلم تمتعت في إنكاره الصحة، لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة، وفي عكسه
قالوا: يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه
منكراً.

وعندهما: القول للمسلم إليه، لأنه منكر وإن أنكر الصحة. الهداية ج٣: ٨٥، وانظر شرح فتح القدير
ج٧: ١٠٨-١٠٩، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٤٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٢

(٣) - (وإن): في أ، ج وفي ب فإن

(٤) - لأن المسلم إليه تمتعت في إنكاره حقاً له وهو الأجل، والفساد لعدم الأجل غير متعين لمكان الاجتهاد
فلا يعتبر النفع في ردّ رأس المال بخلاف عدم الوصف، وفي عكسه القول لرب السلم عندهما، لأنه ينكر حقاً
له عليه فيكون القول قوله. الهداية ج٣: ٨٥، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٤٨، وانظر الجامع
الصغير: ٣٢٢-٣٢٣.

(٥) - (إلى وجود): في أ، ج وفي ب بوجود.

(٦) - وفي البدائع: «لا يفسخ السلم بل هو على حاله صحيح، لأن السلم وقع صحيحاً لثبوت القدرة على
التسليم، لكون المسلم فيه موجوداً وقت العقد ودام وجوده إلى محل الأجل إلا أنه عجز عن التسليم للحال
لعارض الإنقطاع مع عرضة حدوث القدرة ظاهراً بالوجود، فكان في بقاء العقد فائدة والعقد إذا انعقد صحيحاً
يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم على السواء كبيع الأبق إذا أبق قبل القبض، فلأن يبقى لفائدة عود القدرة
في الثاني ظاهراً أولى، لكن يثبت الخيار لرب السلم، إن شاء فسخ العقد، وإن شاء انتظر وجوده، لأن
الإنقطاع قبل القبض بمنزلة تغير العقود عليه قبل القبض، وأنه يوجب الخيار». بدائع الصنائع ج٥: ٢١١.

- (ولا) (١) بأس بالإقالة في السلم كله، وفي بعضه دون البعض (٢).
 (وليس) (٣) لرب السلم أن يشتري من المسلم إليه بعد الإقالة برأس المال شيئاً قبل قبضه (٤).
 (وإذا) (٥) تقايلاً لم يجوز أن يأخذ رب السلم إلا رأس ماله (٦).
 ولا يجوز أن يأخذ في السلم البتة إلا سلمه، أو رأس ماله ولا يجوز استبدالهما (٧).
 ويجوز الإبراء عن المسلم فيه (٨)، وإبراء رأس المال فسخ (٩).

(١)- (ولا): في ب، ج وساقطة من أ.

(٢)- لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أقال مسلماً أقاله الله عشرته يوم القيامة». ابن ماجه ج٢: ٧٤١، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٣٠.

ولأن الإقالة في بيع العين إنما شرعت نظراً للعاقدين دفماً لحاجة الندم واعتراض الندم في السلم ها هنا أكثر، لأنه بيع بأوكس الأثمان فكان ادعى إلى شرع الإقالة فيه.

وفي بيع العين: إذا أقال في البعض دون البعض جاز بالإجماع. انظر بدائع الصنائع ج٥: ٢١٤-٢١٥، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ١٨.

(٣)- (وليس): في ب وفي أ، ج: فليس

(٤)- لأن المسلم فيه مبيع منقول، وبيع المنقول قبل القبض لا يجوز. بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٣، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٧.

(٥)- (وإذا): في ج وفي أ، ب: فإذا

(٦)- فلا يجوز استبدال المسلم فيه قبل قبضه بأن يأخذ رب السلم مكانه من غير جنسه لما ذكرنا أن المسلم فيه وإن كان ديناً فهو مبيع ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل قبضه. بدائع الصنائع ج٥: ٢١٤.

(٧)- فإن كان رأس المال مما يتعين بالتعيين وهو قائم فعلى المسلم إليه ردّ عينه إلى رب السلم، وإن كان هالكاً فإن كان ماله مثل فعلية ردّ مثله، وإن كان مما لا مثل له فعليه ردّ قيمته، وإن كان رأس المال مما لا يتعين بالتعيين فعليه ردّ مثله هالكاً كان أو قائماً، لأنه قبضه عن عقد صحيح. بدائع الصنائع ج٥: ٢١٤-٢١٥.

(٨)- لأن قبضه ليس بشرط، والإبراء عن دين لا يجب قبضه شرعاً، إسقاط لحقه لا غير فيملك ذلك.

تحفة الفقهاء ج١: ١٩.

(٩)- ولا يصح الإبراء من رأس المال بدون قبول رب السلم، وإذا قبل يصح الإبراء، ويظل السلم، لأنه

فات قبض رأس المال، لأنه لا يتصور قبضه بعد صحة الإبراء.

ولو ردّه أو لم يقبله بقي عقد السلم صحيحاً، فله أن يسلم رأس المال قبل الانقراض، حتى لا يفسد.

الفقهاء ج١: ١٩.

ولا بأس ببيع السلم بعد قبضه مرابحة وتولية (١).
وتجوز الحوالة والكفالة بالمسلم فيه، ولا يجوز برأس المال إلا أن يقبض في المجلس بعد الإفتراق (٢).

ولا يجوز بيع السلم ممن عليه، ولا من غيره (٣).
ويحلّ السلم بموت المسلم إليه، (ولا يحل بموت رب السلم (٤)).
وإذا أسلم في حنطة فلما حلّ الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كراً، وأمر رب السلم (٥) ليقبضه فقبضه لم يكن قبضاً، وإن أمره أن يقبضه له أولاً ثم يقبضه

(١)- كما إذا أسلم عشرة دراهم في ثوبين متفقين من جنس واحد ونوع واحد وصفة واحدة وطول واحد حتى جاز السلم بالإجماع ولم يبين حصة كل واحد منهما من رأس المال فحل الأجل له أن يبيعهما جميعاً مرابحة على العشرة بلا خلاف. بدائع الصنائع ج٥: ٢٢١.

(٢)- وعن الحسن البصري: أنه لا يجوز ذلك كله: لا برأس المال، ولا بالمسلم فيه، ثم متى جاز ذلك عندنا، يجب أن يقبض المسلم إليه رأس المال من الحوِيل والكفيل أو من ربّ السلم حتى يحصل الافتراق عن قبض رأس المال، فيجوز، ولا يبطل العقد.

وأما إذا تفرق رب السلم والمسلم إليه، قبل القبض، يبطل السلم، وإن بقي الحوِيل والكفيل مع رب السلم. ولو ذهب الحوِيل والكفيل، وبقي المسلم إليه مع رب السلم، لا يبطل المسلم، والعبرة لبقاء العاقدين وانفراقهما، هذا في جانب رأس المال.

فأما في جانب المسلم فيه، فالمحيل يبرأ بنفس عقد الحوالة، ويبقى تسليم المسلم فيه واجباً على المحتال عليه إذا حلّ الأجل، فإذا حلّ الأجل يطالب رب السلم المحتال عليه ولا مسيل له على المحيل.

وفي الكفالة رب السلم بالخيار: إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب الكفيل، وله أن يحبس الرهن حتى يأخذ المسلم فيه. تحفة الفقهاء ج١: ١٩-٢٠، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢١٤.

(٣): لأنه لا يجوز بيع المبيع المنقول قبل قبضه، لأن المسلم فيه وإن كان ديناً فهو مبيع ولا يجوز استبدال المسلم فيه قبل قبضه، ويجوز الإبراء عنه. بدائع الصنائع ج٥: ٢١٤.

(٤)- والأصل في هذا أن موت من عليه الدين يبطل الأجل، وموت من له الدين لا يبطل، لأن الأجل حق المدينون لا حق صاحب الدين فتعتبر حياته وموته في الأجل وبطلانه. بدائع الصنائع ج٥: ٢١٣، وانظر حاشية ابن هابدين ج٤: ٢٠٦.

(٥)- (ولا يحل بموت رب السلم... وأمر رب السلم إليه) في جـ وساقطة من أ، ب. وفي هذه العبارة زيادة كلمة إليه وهي زائدة تخلّ بالمعنى فحلقتها.

لنفسه، فاكتاله، ثم اكتاله بنفسه جاز، وإن لم يكن مسلماً وكان قرضاً فأمره بقبض الكرّ جاز بقبضه مرة (١) .

وإن أسلم في كرّ، وأمر المسلم إليه أن يكيل الكرّ في غرائر (٢) رب السلم ففعل حال غيبته لم يصر قابضاً، ولو كان مكان السلم يبعاً جاز وصار قابضاً به إذا كان الكرّ معيناً (٣) .
وإذا (أتى) (٤) المسلم إليه المسلم فيه أجود مما شرط، واستزاد درهماً أو (نقص) (٥) وصفاً وردّ درهماً في المكيل والموزون لا يجوز عند أبي حنيفة (ومحمد) (٦) .
وعند أبي يوسف: يجوز (٧) .

(١)- لأنه اجتمعت الصفتان بشرط الكيل فلا بدّ من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم: «عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع، وصاع المشتري». سنن ابن ماجه ج٢: ٧٥٠، وهو حديث ضعيف، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٣٤ .

وهذا هو محل الحديث على ما مرّ، والسلم وإن كان سابقاً لكن قبض السلم فيه لاحق، وأنه بمنزلة ابتداء البيع، لأن العين غير الدين حقيقة، وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وإن لم يكن مسلماً وكان قرضاً فأمره بقبض الكرّ جاز، لأن القرض إجارة، ولهذا ينعقد بلفظ الإجارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقاً حكماً فلا تجتمع الصفتان. الهداية ج٣: ٨٣، وانظر حاشية ابن عابدين ج٤: ٢١٠، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٥ .

(٢)- الغرائر: وهي وعاء من الخيش ونحوه يوضع فيه القمح ونحوه، وهو أكبر من الجوالق. المعجم الوسيط ج٢: ٦٥٤ .

(٣)- لأن الأمر بالكيل لم يصح، لأنه لم يصادف ملك الأمر، لأن حقه في الدين دون العين فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه، وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيساً ليزنها المديون فيه لم يصر قابضاً .

ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضاً، لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع. الهداية ج٣: ٨٤. وانظر شرح فتح القدير ج٧: ١٠٥-١٠٧، وانظر الأصل ج١: ٣٣-٣٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٥ .

(٤)- (أتى): في ب، ج وساقطة من أ .

(٥)- (نقص): ب، ج وفي أ انتقص

(٦)- (ومحمد): في أ، ج وساقطة من ب .

(٧) - وجه قولهما: أنه لا يجوز، لأن الدرهم الزائد بمقابلة الجودة ولا قيمة للجودة في الأموال الربوية، إلا ترى أنه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز وسط ودرهم لا يجوز، وهذا في معنى ذلك.

ولو أتى بأنقص وصفاً ورد عليه شيئاً لم يجز كذلك عندهما، لأنه لا قيمة للصفة فكيف تستقيم الإقالة فيه؟ وجه قول أبي يوسف: أنه لا يجوز، لأن رب السلم يزيد في رأس المال فتلحق الزيادة بأصل العقد أو المسلم إليه يحط شيئاً من رأس المال والحط أيضاً يلتحق بأصل العقد لا أن يكون بمقابلة الصفة أو يكون فيه إقالة العقد في شيء، ثم المسلم إليه اجنبي في قضاء الدين إذا أتى بالأجود ورب السلم أحسن إليه حين تجوز بالرديء، فإذا أمكن تحصيل مقصودهما بهذا وجب حمل تصرفهما عليه عملاً بقوله تعالى: «فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه». الزمر ١٧-١٨

ولكننا نقول هذا إذا لم ينص على النص والمقابلة، أما إذا نصا على ذلك لا يمكن حمل فعلهما على التبرع كما لو باع درهماً بدرهمين لا يجوز، ولا يجعل أحد الدرهمين هبة.

وذكر أبو سليمان عن أبي يوسف: أن أبا حنيفة جوز ذلك في الشباب ولم يجوزه في الطعام، وهذه الرواية تخالف رواية محمد في الثوب إذا أتاه بأردأ مما شرط أو بأنقص مما شرط، والاعتماد على رواية محمد. المسوط ج١٢: ١٥٤، وانظر الأصل ج١: ٢٠.

ولو أتى بأكثر قدراً أو انقص قدراً، واستزاد (أو ردّ) (١) درهماً جاز (٢).
وفي المذروع في القدر إن كان يوم السلم بين حصة كل ذراع من الثمن جاز، وإن لم
يبين لا يجوز (عندهما) (٣) خلافاً لأبي يوسف (٤).
ولو أتى (بأزيد) (٥) وصفاً في المذروع والمعدود واستزاد درهماً جاز بالاتفاق (٦)
ولو أتى بأنقص وصفاً ورد عليه شيئاً لم يجز عندهما خلاف أبي يوسف (٧) (رحمه
الله) (٨) (واختم بالخير) (٩).

-
- (١)- (أو ردّ): في ب، ج وفي أ ويردّ
(٢)- ففي الثياب: إن أتاه بأزيد وصفاً أو ذرعاً بأن أتاه بأحد عشر ذرعاً وقد كان المسلم فيه عشرة أذرع
فقال: خذ هذا وزدني درهماً يجوز وتكون تلك الزيادة بمقابلة صفة الجودة أو الذراع الزائد وذلك مستقيم
المبسوط ج١٢: ١٥٣، وانظر الأصل ج١: ١٩
(٣)- (عندهما): في أ، ب في ج عند
(٤)- انظر تعليل ذلك في صفحة ١٥٣ تحت رقم (٧).
(٥)- (بأزيد): في أ، ب وساقطة من ج
(٦)- انظر رقم (٢)- في الصفحة نفسها وانظر الأصل ج١: ١٩ - ٢٠
(٧)- لأن الدرهم الزائد بمقابلة الجودة، ولا قيمة للجودة في الأموال الربوية. المبسوط ج١٢: ١٥٤،
وانظر الأصل ج١: ٢٠
(٨)- (رحمه الله): في أ، ج وساقطة من ب.
(٩)- (واختم بالخير): في أ وساقطة من ب، ج.

باب الصرف (١)

وهو بيع الذهب بالفضة وعكسه، وبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لم يجز إلا مثلاً بمثل، وإن اختلفا في الجودة والصياغة (٢). ولا يجوز مجازفة (٣)، وكذا سائر المكيلات والموزونات بجنسها، فإن تصارفا فيها مجازفة ثم عرفا وزنها في المجلس أو (المكيل) (٤) جاز، وبعد الافتراق لم يجز (٥).

(١)- الصرف في اللغة: صرف النقد بمثله: بدله، والصراف، من يدل نقداً بنقد، والصرف في الاقتصاد: مبادلة عملة وطنية بعملة اجنبية. المعجم الوسيط ج١: ٥١٥.

- وفي الاصطلاح: اسم لبيع الأثمان المطلقة بعضها ببعض، وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة، وأحد الجنسين بالآخر. بدائع الصنائع ج٥: ٢١٥.

- والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والورق بالورق مثلاً بمثل»-

صحیح بخاری، بیع صحیح بخاری ج٤: ٣٧٩

وفي رواية: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء، وبيعوا الذهب بالفضة والفضة بالذهب كيف شئتم». فتح الباري. ج٤: ٣٧٩.

(٢)- للحديث السابق: «لا تبيعوا الذهب بالذهب... الخ» صحیح بخاری ج٤: ٣٧٩ وانظر الهداية

ج٣: ٩٠.

(٣)- المجازفة: بيع الشيء لا يعلم كيله ولا وزنه. المصباح المنير: ٣٨.

(٤)- (المكيل): في جـ وفي أ، ب الكيل.

(٥)- لأن ما يجوز البيع فيه متفاضلاً، يجوز فيه البيع مجازفة، وما لا يجوز فيه البيع متفاضلاً لا يجوز فيه البيع مجازفة.

ومن هنا لا يجوز بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة مجازفة لاحتمال الزيادة في أحدهما.

ويستوي الجواب بين أن يعرف المتبايعان وزن كل واحد منهما، أو كانا يعرفان وزن واحد دون الآخر، أو

كان أحدهما يعرف والآخر لا يعرف، فإن وزنا في المجلس، فكانا سواء في الوزن فالبيع جائز استحساناً وإن

تفرقا قبل الوزن ثم وزنا واستويا في الوزن فالبيع فاسد.

وقال زفر: إذا استويا في الوزن جاز في الحالين. تحفة الفقهاء ج٣: ٣١ وانظر المبسوط ج١٤: ١٣.

(وكلما) (١) جاز فيه التفاضل جازت المجازفة (فيه) (٢)
وما لا يكال ولا يوزن من جنس واحد (كثوب هروي) (٣) (بثوبي) (٤) هروين أو سيف
بسيقين، أو إناء بإنائين، (أو عبد بعبدين) (٥) أو شاة بشاتين، وسائر العروض جاز بيعها
يداً بيد، ولا بدّ من قبض العوضين قبل الافتراق (٦).
وإذا (بيع) (٧) الذهب بالفضة جاز التفاضل ووجب التقابض، فإن (افترقا) (٨) في
الصراف قبل (قبض) (٩) العوضين أو أحدهما بطل العقد (١٠).

(١)- (وكلما): في أ، ب وفي ج وكل ما

(٢)- (فيه): في أ، ج وساقطة من ب

ولأن الأصل أن ما يجوز البيع فيه متفاضلاً، يجوز فيه البيع مجازفة، وما لا يجوز فيه البيع متفاضلاً
لا يجوز فيه البيع مجازفة. تحفة الفقهاء ج٣: ٣١.

(٣): (كثوب هروي): في أ، ج وساقطة من ب

(٤)- (بثوبي): في أ، ج وفي ب بثوب

(٥)- (أو عبد بعبدين): في ب، ج وساقطة من أ.

(٦)- لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: «الذهب بالذهب...» وقد مرّ تخريجه في ص: ١٥٥

ولقول عمر رضي الله عنه: «وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره» الموطأ: ٣٩٥، وانظر تخريجه في

نصب الرأية ج٤: ٥٦.

- ولأنه لا بدّ من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالء بالكالء.

- ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق الربا.

- ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعنان كالمصوغ أو لا يتعنان

كالمضروب، أو يتعنان أحدهما ولا يتعنان الآخر، لإطلاق ما روينا، ولأنه إذا كان يتعنان ففيه شبهة عدم التعيين

لكونه ثمناً خلقه فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربا.

والمراد منه الافتراق بالأبدان حتى لو ذهب عن المجلس يمشیان معاً في جهة واحدة، أو ناما في المجلس أو

اغمي عليهما لا يبطل. الهداية ج٣: ٩٠، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ١٣٥.

(٧)- (بيع): في ج وفي أ، ب باع.

(٨)- (افترقا): في أ، ج وفي ب انترق.

(٩)- (قبض): في أ، ج وساقطة من ب

١٠- لقوات الشرط وهو القبض. الهداية ج٣: ٩٠-٩١، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ١٣٨، وانظر

ولا يجوز التصرف في بدل الصرف قبل قبضه (١)، فإن (جعلاً) (٢) ثمن الصرف قصاصاً بدين كان وجب قبله جاز استحساناً (٣).
ومن كان عليه دراهم (فأعطاء) (٤) بها دنائير (أو كان) (٥) عليه دنائير (فأعطاء) (٦) بها دراهم فلا بأس إذا افترقا وليس بينهما شيء (٧).
ولو جعلاه قصاصاً بدين وجب عليه بعد عقد الصرف (لم يجز) (٨).

(١)- لأن القبض مستحق بالمعقد حقاً لله تعالى، وفي تجويزه فواته، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله، لأن الدراهم لا تتعين فيصرف العقد إلى مطلقها، ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع، لأن البيع لا بد منه، ولا شيء سوى الثمنين، فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم الأولوية. وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورته كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه الهداية ج٣: ٩١، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ١٣٩.

(٢)- (جعلاً): في ب، ج وفي أ جعل

(٣)- والمسألة: كما لو باع ديناراً بعشرة دراهم، وسلم الدينار ولم يقبض العشرة وكان لمشتري الدينار على بائعه عشرة دراهم فأراد المقاصة فيها هنا ثلاث مسائل:-

أحدها: أن العشرة على البائع وجبت عليه قبل الصرف بقرض أو غصب أو من ثمن مبيع، فأراد أن يجعلها ثمن الدينار وهو العشرة قصاصاً بذلك الدين فإن اجتمعا على ذلك جاز وكان قصاصاً، وإن لم يجتمعا على ذلك لم يكن قصاصاً- وهذا جواب الاستحسان، والقياس لا يجوز وهو قول زفر.

ووجه قول زفر: لأن بالمعقد المطلق يصير قبض البديلين في المجلس مستحقاً وفي المقاصة تفويت القبض المستحق بالمعقد فلا يجوز بتراضيها، كما لا يجوز لإبراء عن بدل الصرف والاستبدال به وهذا لأن في المقاصة يكون آخر الدينين قضاءً عن أولهما، ولا يكون أولهما قضاءً عن آخرهما، لأن القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه فلو جوزنا هذه المقاصة صار قاضياً يبدل الصرف الدين الذي كان واجباً، وبدل الصرف يجب قبضه، ولا يجوز قضاء دين آخر به، والدليل عليه رأس المال فإنهما لو جعلاه قصاصاً بدين سبق وجوبه لم يجز، وكذلك بدل الصرف، لأن كل واحد منهما دين مستحق قبضه في المجلس. انظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٩، وانظر المبسوط ج١٤: ١٩.

(٤)- (فأعطاء): في أ، ب وفي ج فأعطا

(٥)- (أو كان): في أ، ج وفي ب كان

(٦)- (فأعطاء): في أ، ب وفي ج فأعطا

(٧)- وفي هذه الحالة يتعقد العقد، وينفذ إذا وجد التقابض قبل انقراض العاقلين. تحفة الفقهاء ج٣: ٢٧،

وانظر المبسوط ج١٤: ١٩.

(٨)- لأن كل واحد منهما دين مستحق قبضه في المجلس. المبسوط ج١٤: ١٩.

ولو وجب له عليه مثل ما وجب لصاحبه بقبض مضمون نحو: إن غصب منه شيئاً (١) بعد عقد الصرف أو أقرضه إياه صار قصاصاً، وإن لم يتقابضاً فإن كان أحدهما أفضل فأراد صاحب الأفضل أن يجعله قصاصاً بالأدون جاز وإن أبي الآخر (٢).

(١) - (لم يجز، ولو وجب له عليه مثل ما وجب لصاحبه بقبض مضمون نحو إن غصب منه شيئاً) في ب، ج وساقطة من أ.

(٢) - يقول الإمام الكاساني: «فأما إذا وجب بالقبض كالغصب والقرض فإنه يصير قصاصاً سواء جعلاه قصاصاً أو لا بعد أن كان وجوب الدين الآخر متأخراً عن العقد، لأن العقد انمقد موجباً قبضاً حقيقة فقد وجد هاهنا لكن قبض الغصب والقرض قبض حقيقة فيجعل عن قبض رأس المال، لأنه واجب، وقبض الغصب محظور وقبض القرض ليس بواجب فكان إيقاعه عن الواجب أولى بخلاف ما تقدم، لأن هناك لم يوجد القبض حقيقة والقبض بطريق المقاصة يمكن في أحد الفصلين دون الآخر.

هذا إذا تساوى الدينان فأما إذا تفاضلا بأن كان أحدهما أفضل والآخر أدون فرضي أحدهما بالقصاص وأبي الآخر، فإنه ينظر إن أبي صاحب الأفضل لا يصير قصاصاً لأن حقه في الجودة معصوم محترم فلا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه، وإن أبي صاحب الأدون يصير قصاصاً، لأنه لما رضي به صاحب الأفضل فقد أسقط حقه عن الفضل كأنه قضى دينه فأعطاه أجود مما عليه وهناك يجبر على الأخذ. بدائع الصنائع ج ٥:

ومن باع ديناراً بعشرة دراهم فلم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً، فالبيع في الثوب فاسد (١).

ولا يجوز أن يرته من ثمن الصرف، ولا أن يهبه له، أو يتصدق به عليه قبل القبض، فإن فعله وقبله الآخر بطل الصرف، وإن لم يقبله كان (الصرف) (٢) بحاله (٣).
ولا قيمة للصبغة والجودة بجنسها، وإنما يقومها بغير جنسها، فإن باع إناء فضة بذهب، أو عرض قيمتها أكثر من وزنه جاز (٤).

(١)- لأن القبض مستحق بالعقد حقاً لله تعالى، وفي تجويزه فواته، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله، لأن الدراهم لا تتعين فيصرف العقد إلى مطلقها، ولكننا نقول الثمن في باب الصرف مبيع، لأن البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم الأولوية، ويبع المبيع قبل القبض لا يجوز، وليس من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه. الهداية ج٣: ٩١، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ١٣٩-١٤٠، وانظر المبسوط ج١٤: ١٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٢٧

(٢): (الصرف): في أ، ج. وساقطة من ب

(٣): لأن قبض البدل مستحق، والإبراء عن الدين إسقاطه، والدين بعدما سقط لا يتصور قبضه فكان الإبراء عن البدل جعل البدل بحال لا يتصور قبضه، فكان في معنى الفسخ فلا يصح إلا بتراضيهما كصريح الفسخ، وإذا لم يصح بقي عقد الصرف على حاله فيتم بالتقايض قبل الانقراض بأبدانها. بدائع الصنائع ج٥: ٢١٨، وانظر تحفة الفقهاء: ج٣: ٢٨-٢٩.

(٤): لقوله صلى الله عليه وسلم: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيد والفضل ربا». فتح الباري ج٤: ٣٧٩.

لأنه لا قيمة للجودة والصنعة فيها عند مقابلتها بجنسها فوجود ذلك كعدمه وهذا في الذهب بالذهب جيده ورديته، وتبره ومصوغه نافقه وغير نافقه في ذلك سواء. انظر المبسوط ج١٤: ١١.

وإن كسر حلياً أو إناءً، (أو سوار) (١) فضه من غير جنسه، وشرط الخيار والأجل في الصرف باطل فإن شرطاً ثمّ (أسقطاه) (٢) قبل التفرق جاز الصرف (٣). وكذا إن شرطاً الخيار في السلم (ثمّ أسقطاه صح السلم) (٤). (وإن) (٥) طال مجلس المتعاقدين، أو اشتغلا فيه بشيء آخر، أو قاما بمشيان معاً أو ناما لم يبطل المجلس بذلك كله (٦).

(١)- (أو سوار): في ب، جـ وساقطة من أ.

(٢)- (أسقطاه): في أ، ب. وفي جـ أسقطا

(٣)- لأن من شروط الصرف أن لا يكون فيه خيار شرط لهما أو لأحدهما، وأن لا يكون لهما أو لأحدهما أجل في الصرف.

فإن أبطلا الخيار، أو مات من له الخيار، قبل انقراض العاقدين: يجوز الصرف استحساناً، عندنا خلاف زفر.

وكذا إذا أبطلا الأجل في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد، وعن أبي يوسف روايتان.

وإن انترقا ولأحدهما خيار رؤية بأن كان مصوغاً- أما في المضروب فلا يثبت خيار الرؤية، لأنه لا فائدة فيه، كما في المسلم فيه فلا يفسد العقد، لأنه خيار حكمي. تحفة الفقهاء جـ ٣: ٢٨.

(٤)- (ثمّ أسقطاه صح السلم): في أ وفي ب، جـ ثمّ أسقطا صح السلم.

(٥)- (وإن): في ب، جـ وفي أ وإذا.

(٦)- لأن الانقراض هو أن يفترق العاقدان بأبدانتهما عن مجلسهما فيأخذ هذا في جهة وهذا في جهة، أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر حتى لو كانا في مجلسهما لم يبرحا عنه لم يكونا مفترقين وإن طال مجلسهما لانعدام الانقراض بأبدانتهما، وكذا إذا ناما في المجلس أو أغمي عليهما لما قلنا، وكذا إذا قاما عن مجلسهما فذهبا معاً في جهة واحدة وطريق واحدة ومشياً ميلاً أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه فليسا بمفترقين، لأن العبرة لتفرق الأبدان. بدائع الصنائع جـ ٥: ٢١٥، وانظر الهداية جـ ٣: ٩٠.

وإن لم يكن مع واحد منهما شيء فتعاقدا ثم إقترضا في المجلس وتقابضا فيه جاز (١). ويجوز الجمع بين الصرف والبيع في عقد واحد، وينصرف النقد إلى الصرف كمن باع سيفاً محلي بمائة درهم، وحليته خمسون فدفع من ثمنه خمسين جاز البيع، وكان المقبوض بحصة الفضة وإن لم يبين، وكذا إن قال: خذ هذه الخمسين من ثمنها، فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية والسيف، إن كانت الحلية لا تتخلص إلا بضرر (٢)، فإن كانت

(١)- يقول السرخسي: «وإذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار وليس عند كل واحد منهما درهم ولا دينار ثم استقرض كل واحد منهما مثل ما سمي ودفعه إلى صاحبه قبل أن يفرقا جاز، لأن كل واحد منهما يلتزم المسمى في ذمته بالعقد، وذمته صالحة للالتزام فصح العقد ثم الشرط التقابض قبل الافتراق وقد وجد. المبسوط ج١٤ : ١٤ .

(٢)- يقول الإمام الكاساني: «وكذا إذا باع ذهباً وثوباً بلذهب، والذهب أكثر حتى جاز البيع، أنه في حصة الذهب يكون صرفاً، وفي حصة الثوب يكون بيعاً مطلقاً، وكذا إذا باع سيفاً محلي بالفضة مفردة أو منطقة مفضضة أو لجاماً أو سرجاً أو سكيناً مفضضة أو جارية على عنقها طوق فضة بفضة مفردة والفضة المفردة أكثر حتى جاز البيع بحصة الفضة صرفاً ويراعي فيه شرائط الصرف، وبحصة الزيادة التي هي من خلاف جنسها بيعاً مطلقاً فلا يشترط له ما يشترط للصرف فإن وجد التقابض وهو القبض من الجانبين قبل التفريق بالأبدان تم الصرف والبيع جميعاً، وإن لم يوجد أو وجد القبض من أحد الجانبين دون الآخر بطل الصرف لوجود الافتراق من غير قبض.

وهل يبطل البيع المطلق؟ ينظر إن كانت الفضة المجموعة مع غيرها يمكن فصلها وتخليصها من غير ضرر كالجارية مع الطوق وغير ذلك، فالبيع جائز وفساد الصرف لا يتعدى إلى البيع، لأنه إذا أمكن تخليصها من غير ضرر جاز، لأنهما شيئان منفصلان ولهذا جاز بيع أحدهما دون الآخر ابتداءً، فلأن يبقى جائز انتهاءً أولى، لأن البقاء أسهل من الابتداء.

وإن كان لا يمكن فصلها وتخليصها إلا بضرر بطل البيع أيضاً، لأنه بيع ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر، وأنه لا يجوز ابتداءً كبيع الجذع في السقف ونحو ذلك فكذا في حالة البقاء، فإذا بطل العقد في قدر الصرف يبطل في البيع أيضاً. بدائع الصنائع. ج٥ : ٢١٧

تتخلص بغير ضرر (جاز) (١) البيع (في السيف) (٢) وبطل في الحلية (٣).
ومن باع إناء فضة وقبض بعض ثمنه ثم افترقا صح البيع فيما قبض وبطل فيما لم يقبض،
وكان الإناء مشتركاً بينهما (٤)، فإن استحق بعض الإناء كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ
الباقى بحصته، وإن شاء رده (٥).

وإن باع قطعة نقرة (٦) فاستحق بعضها أخذ ما يفي بحصته ولا خيار له (٧).
وإن اشترى (منطقة) (٨١) أو سيفاً محلي بذهب أو فضة بمثلها أكثر من الحلية

١- (جاز): في أ، ب وفي ج وجزا

(٢)- (في السيف): في ب، ج وفي أ وبالسيف

(٣)- لأن العقد بقدر الحلية يكون صرفاً، وفي حق السيف يكون بيعاً مطلقاً، والتقابض شرط صحة
الصرف لا غير، فإذا كانت تتخلص الحلية من غير ضرر، فكأنهما شيان منفصلان، ولهذا جاز العقد في
أحدهما دون الآخر، ولذا جاز أن يبقى. تحفة الفقهاء ج٣: ٣٣ وانظر الهداية ج٣ ص٩١-٩٢.

(٤)- لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد، والفساد طارئ، لأنه يصح ثم يبطل
بالافتراق فلا يشع. الهداية ج٣: ٩٢، فتح القدير ج٧: ١٤٣-١٤٤، ملتنقى الأبحر ج٢: ٥٣.

(٥)- والعملة في ذلك أن الشركة عيب في الإناء. الهداية ج٣: ٩٢.

(٦)- النقرة: القطعة المدابة من الفضة. المصباح المنير: ٢٣٧

(٧)- لأنه لا يضره التبعض. الهداية ج٣: ٩٢، انظر اللباب ج٢: ٤٩، انظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٥٣.

(٨)- (منطقة): في أ، ج وساقطة من ب.

والمنطقة: ما شددت به وسطك المصباح المنير: ٢٣٤.

جاز، وبقدرهما، أو أقل لم يجز (١).
 وإن باعه بغير جنس الحلية جاز متفاضلاً، ووجب التقابض في حصة الحلية (٢).
 وإن باع ثوباً ونقرة فضة بثوب ونقرة فضة فالثوب بالثوب والفضة بالفضة، أو كل ثوب
 بفضة (٣).

(١)- يقول السمرقندي: «ولو باع سيفاً محلى بذهب أو فضة: إن باع بجنس الحلية والثمن أكثر من الحلية جاز، وتكون الحلية بيعاً، بمثل وزنها، والفضل بإزاء الجفن والحماثل، لأن الأصل عندنا في تقسيم الثمن على المبيع، إذا كان أشياء بعضها من جنس الثمن والبعض لا، صرف الثمن إلى جنسه بمثل وزنه على وجه فيه تصحيح العقد ما أمكن، وذلك في صرف بعض الثمن إلى جنسه بمثل وزنه والبعض إلى خلاف الجنس على طريق الاعتبار وذلك ما قلنا.

وأما إذا كان الثمن مثل الحلية أو أقل فلا يجوز، لأنه يبقى الجفن والحماثل فضلاً في بيع الريا. . تحفة الفقهاء ج٣: ٣٢-٣٣.

(٢)- يقول الإمام السمرقندي: «فأما إذا كان بخلاف الجنس بأن باع قلب فضة وزنه عشرة دينار، والمسألة بحالها صح الحط والزيادة بالإجماع، ويلتحقان. بأصل العقد فيشترط قبض هذه الزيادة في المجلس - حتى لو ائترقا قبل قبض الزيادة في مجلس الزيادة: يفسد العقد في حصة الزيادة، لأن الزيادة صارت ثمن الصرف. وفي الحط: تفرقا أو لم يتفرقا، فهو صحيح، لأن الفضل في خلاف الجنس جائز، ويجب عليه رد ما حط. تحفة الفقهاء، ج٣: ٣٤-٣٥.

(٣)- لأن الفضة يقابلها في العقد مثل وزنها من الفضة وذلك حكم ثابت بالنص فيكون أقوى من شرط المتعاقدين، فإن كان فيه فضل من أحد الجانبين فهو مع الثوب بالثوب الآخر كرجل اشترى نقرة وزن عشرة دراهم وثوباً بثاة واحد عشر درهماً فعشرة بعشرة ودرهم ومساواة بالثوب، فإن تفرقا قبل القبض انتقض من ذلك عشرة بعشرة وجاز بالثاة والدرهم والثوب، لأن العقد في ذلك ليس بصرف، وتميز البعض عن البعض يمكن من غير ضرر فالفساد لمعنى طارئ في البعض لا يتعدى إلى ما بقي. المبسوط ج٤: ١٤: ٥٤.

وإن اشترى ثوباً وعشرة دراهم، (بشاة) (١) وأحد عشر درهماً كانت العشرة بعشرة،
والدرهم والشاة بالثوب (٢).
وإن باع درهمين وديناراً بدينارين ودرهم جاز. وجعل كل واحد من الجنسين بالجنس
الأخر (٣).
ومن باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار، كانت العشرة بثلاثها والدينار بالدرهم (٤).

(١) - (بشاة): في ب، ج وفي ا وشاة.

(٢) - انظر ص: ١٦٣ تحت رقم (٣).

(٣) - ويقول في الهداية: «ولنا أن المقابلة المطلقة محتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس،
وأنه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحاً لتصرفه، وفيه تغير وصفه لأصله لأنه يبقى موجبه الأصلي
وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى
نصيبه تصحيحاً بخلاف ما عدّ من المسائل.

وقال زفر والشانمي رحمهما الله: لا يجوز. الهداية ج٣: ٩٢، وانظر اللباب في شرح الكتاب ج٢:

٤٩، ملتقى الأبحر ج٢: ٥٤ شرح فتح القدير ج٧: ١٤٤.

(٤) - «لأن شرط البيع في الدرهم التماثل على ما روينا، فالظاهر أنه أراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار

وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما». الهداية ج٣: ٩٣، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ١٤٨، انظر اللباب

ج٢: ٤٩ - ٥٠ و انظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥٤.

ويجوز بيع درهمين صحيحين (بدرهمي) (١) غلة (٢) وبدرهم صحيح ودرهم غلة (٣).
 (ومن) (٤) أعطى صيرفيا درهماً فقال: أعطني بنصفه فلوساً، وبنصفه درهماً صغيراً وزنه
 نصف درهم إلا حبة فسد العقد في الجميع عند أبي حنيفة وأبي يوسف.
 وقال محمد: البيع في الفلوس جائز، وفي الدرهم الصغير لا يجوز، وهو قول أبي
 يوسف الأول (٥).

-
- (١) - (بدرهمي): في أ وفي ب وبدرهم، وفي ج وبدرهمين.
 (٢) - درهم الغلة: هو ما يردده بيت المال لا للزيادة، بل لأنها دراهم مقطعة مكسرة يكون في القطعة ربع
 وثمان وأقل، وبيت المال لا يأخذ إلا الغالي. انظر شرح فتح القدير ج٧: ١٥١، وانظر الهداية ج٣: ٩٣.
 (٣) - ووجهه: تحقق المساواة في الوزن، وما عرف من سقوط اعتبار الجودة. الهداية ج٣: ٩٣، وانظر
 اللباب ج٢: ٥٠، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٥٤.
 (٤) - (ومن): في ب وفي أ، ج من
 (٥) - ففي قياس قول أبي حنيفة: يفسد البيع كله، لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع، ولأنه إذا فسد
 العقد في البعض لمعنى الربا يفسد في الكل.
 وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز في الفلوس ويبطل في حصة الصرف، لأن العقد في
 الدرهم الصغير يفسد لمعنى الربا، فإنّ مقابلة نصف الدرهم بنصف درهم إلا حبة يكون رباً.
 المبسوط ج١٤: ٢٧، وانظر الهداية ج٣: ٩٥، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ١٦٠-١٦١، وانظر
 اللباب ج٢: ٥٢-٥٣، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٥٥.

ولو أعطاه درهماً. وقال: أعطني به درهماً صغيراً وزنه نصف درهم إلا حبة، وبالباقى فلوساً جاز، وكانت الفلوس بنصف درهم وحبة ونصف درهم إلا حبة بمثله (١).
ومن اشترى قلب فضة وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم وتقابضا واقترباً ثم التقيا بعد ذلك فحط عنه البائع درهماً، أو زاده المشتري درهماً وقبل الآخر ذلك فسد البيع عند أبي حنيفة (٢)
وقال أبو يوسف: الحط والزيادة (باطلان) (٣) والعقد الأول صحيح.
وقال محمد: الزيادة (باطلة) (٤) والحط جائز، والعقد صحيح (٥)

(١)- لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم، وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس. الهداية ج٣: ٩٥، وانظر اللباب ج٢: ٥٣، وانظر ملئقى الأبحر ج٢: ٥٥، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ١٦١.

(٢)- حنيفة: في أ، ج وفي ب وج

(٣)- (باطلان): في أ، ب، ج أما في تحفة الفقهاء "فاسدان"

(٤)- (باطلة): في أ، ب، ج أما في تحفة الفقهاء "فاسدة"

(٥)- وسبب هذا الخلاف فرع اختلافهم في أصل هو أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد في الذكر إذا لحق به هل يلتحق به أم لا؟

فمن أصل أبي حنيفة فيه: أنه يلتحق بأصل العقد ويفسد العقد، والزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد على أصل أصحابنا كأن العقد ورد على المزيد عليه والزيادة جميعاً فيتحقق التفاضل والجنس متحد فيتحقق الربا فكانت الزيادة والحط بمنزلة شرط فاسد ملتحق بالعقد فيتأخر عنه فيلتحق ويوجب فساده.

ومن أصل أبي يوسف ومحمد: أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد لا يلتحق بالعقد فطرده أبو يوسف هذا الأصل وقال: تبطل الزيادة والحط جميعاً ويبقى البيع الأول صحيحاً.

ومحمد فرق بين الزيادة والحط. وقال الزيادة باطلة والحط جائز، لأن الزيادة لو صححت لالتحقت بأصل العقد فيوجب فساده فبطلت الزيادة، وليس من شرط صحة الحط أن يلتحق بالعقد ألا ترى أنه لو حط جميع الثمن صح ولا يلتحق إذ لو التحق لكان البيع واقماً بلا ثمن فيجمل خطأ للحال بمنزلة هبة مستأنفة.

بدائع الصنائع ج٥: ٢١٦ وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٤

وإن وجد في الدراهم بعد الافتراق زيوفاً أو نبهرجة ردّه واستبدله في مجلس الرد(١)، فإن كان أقل من النصف صح الصرف، وإن كان أكثر بطل في حصة المردود، وكان القلب مشتركاً بينهما.

وقالا: يُستبدل وإن وجد الكل زيوفاً (٢).

وإن وجد بعد الافتراق درهماً فما فوقه ستوقاً أو رصاصاً انتقض الصرف فيه، وكان القلب مشتركاً (٣).

(١)- لأن المقبوض ليس من جنس حقه فكأنه لم يقبضه أصلاً، وتأخير القبض إلى آخر المجلس لا يصير .

المبسوط ج٤: ١٤: ١٣ .

(٢)- وجه قولهما: إن قبض الزيوف وقع صحيحاً، لأنه قبض جنس الحق. الا يرى أنه لو تجوز بها جاز،

ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز كالستوق، إلا أنه فاتته صفة الجودة بالزيادة فكانت من جنس حقه أصلاً لا وصفاً فكانت الزيادة فيها عيباً والمعيب لا يمنع صحة القبض كما في بيع العبن إذا كان المبيع معيباً، وبالرد ينتقض القبض، لكن مقصوداً على حالة الرد، ولا يستند الانتقاض إلى وقت القبض فيبقى القبض صحيحاً. وكان ينبغي الا يشترط قبض بدله في مجلس الرد، لأن المستحق بمقد السلم القبض مرة واحدة، إلا أنه شرط لأن للرد شياً بالمقد لا يجب القبض في مجلس الرد إلا بالرد كما لا يجب القبض في مجلس العقد إلا بالمقد فالحق مجلس الرد بمجلس العقد.

وجه قول أبي حنيفة وزفر: أن الزيوف من جنس حق المسلم إليه لكن أصلاً لا وصفاً، ولهذا يثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصف فكان حقه في الأصل والوصف جميعاً فصار بقبض الزيوف قابضاً حقه من حيث الأصل لا من حيث الوصف إلا أنه إذا رضي به فقد اسقط حقه عن الوصف، وتبين أن المستحق هو قبض الأصل دون الوصف لإبرائه إياه عن الوصف إذا قبضه فقد قبض حقه فيطل المستحق، وإن لم يرض به تبين أنه لم يقبض حقه، لأن حقه في الأصل والوصف جميعاً فتبين أن الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال. بدائع

الصنائع ج٥: ٢٠٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٦٧

(٣)- لأن الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم فيكون مستبدلاً به لا مستوفياً، ولكن يرده وكان

شريكاً في الدينار بحصته، لأنه تبين أنه كان قبض في المجلس تسعة دراهم ولم يقبض درهماً حتى افتراقا.

المبسوط ج٤: ١٣، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٦.

والزيوف: الدرهم المغشوشة
والنبهجة: التي ضربت في غير دار السلطان
والستوة: صفر مموه بالفضة.
وقيل الزيوف: التي (زيفت) (١) بيت المال
والنبهجة: ما لا يقبله التجار
والحديد والنحاس والرصاص ونحوها بأمثالها كالذهب والفضة (يحرم) (٢) الفضل. (٣)

(١)- (زيفت): في جـ وفي أ، ب وزيفه.

(٢)- (يحرم): في ب وفي أ، جـ ومحرم

(٣)- فهنا لا يجوز، لأنه بيع ربا لوجود علة الربا وهو الوزن مع الجنس. وأما بيع الأواني الصفرية واحد
بائنين كبيع قممته بقممته ونحو ذلك فإن كان مما يباع عدداً يجوز، لأن العد في العدييات ليس من أوصاف
علة الربا فلا يتحقق الربا، وإن كان مما يباع وزناً لا يجوز، لأنه بيع مال الربا بجنسه مجازفة. بدائع الصنائع

جـ: ٥: ١٨٥.

فصل

وإن كان الغالب على الدراهم الفضة فهي في حكم الفضة، وإن كان الغالب على الدينار الذهب فهي في حكم الذهب، يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد (١). فإن كان الغالب (عليهما) (٢) الغش فليستا في حكم (الدراهم) (٣) والدينار، فإن بيعت بجنسها متفاضلاً جاز، وكان كبيع الجنسين بالجنسين (٤). وإن اشترى بها سلعة ثم كسدت، (أو ترك) (٥) الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة.

وقال (أبو) (٦) يوسف: عليه قيمتها يوم البيع.
وقال محمد: عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها (٧).

(١)- حتى لا يجوز بيع الخالصة بها، ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً في الوزن، وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزناً، لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة، لأنها لا تطيع إلا مع الغش، وقد يكون الغش خلقياً كما في الرديء منه فيلتحق القليل بالرداءة، والجيد والرديء سواء.

الهداية ج٣: ٩٣-٩٤ وانظر شرح فتح القدير ج٧: ١٥١-١٥٢، وانظر اللباب ج٢: ٥٠ وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥٤.

(٢)- (عليهما): في أ، ج وفي ب وعليها.

(٣)- (الدراهم): في أ، ج وساقطة من ب.

(٤)- اعتباراً للغالب، وإن بيعت بجنسها متفاضلاً جاز صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة وفضة، ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين، فإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر، لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر. الهداية ج٣: ٩٤، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ١٥١-١٥٢، وانظر اللباب ج٢: ٥٠ وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥٤.

(٥)- (أو ترك): في ج وفي أ، ب وترك

(٦)- (أبو): في أ، ج وفي ب وأبي

(٧)- لهما: أن العقد قد صح إلا أنه تملّز التسليم بالكساد، وأنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أوانه، وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رحمه الله وقت البيع، لأنه مضمون به، وعند محمد: يوم الانقطاع، لأنه أوان الانتقال إلى القيمة.

ولأبي حنيفة: أن الثمن يهلك بالكساد، لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعاً بلا ثمن فيبطل، وإذا بطل البيع يجب ردّ المبيع إن كان قائماً، وقيمه إن كان هالكاً كما في البيع الفاسد. الهداية ج٣: ٩٤، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ١٥٤-١٥٥، وانظر اللباب ج٢: ٥١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥٤.

ويجوز البيع بالفلوس، فإن كانت نافقة جاز، وإن لم (تعين) (١)، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها (٢).
 وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة (٣).
 ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز البيع (وعليه) (٤) ما يباع بنصف درهم من الفلوس (٥).

(١) - (تعين): في جـ وفي أ، ب ويعين

(٢) - لأنها مال معلوم، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تعين، لأنها أثمان بالاصطلاح، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع حتى يعينها، لأنها سلع فلا بدّ من تعينها. الهداية جـ ٣: ٩٤ - ٩٥، وانظر شرح فتح القدير جـ ٧: ١٥٦.

(٣) - انظر صفحة ١٦٩ تحت رقم (٧).

(٤) - (وعليه): في جـ وفي أ، ب عليه.

(٥) - وقال زفر رحمه الله: لا يجوز في جميع ذلك، لأنه اشترى بالفلوس وإنها تقدر بالعدد لا بالدائق ونصف الدرهم فلا بدّ من بيان عددهما ونحن نقول: ما يباع بالدائق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد.

ولو قال: بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله، لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس.

وعند محمد: أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم، لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة وليس الدرهم كذلك، قالوا وقول أبي يوسف رحمه الله أصح ولا سيما في ديارنا. الهداية جـ ٣: ٩٥، وانظر اللباب جـ ٢: ٥٢، وانظر ملتي الأبحر جـ ٢: ٥٥.

وإذا أقرض فلوساً، أو جنساً من الدراهم فكسدت فعليه مثلها، وفي رواية قيمتها وهو قولهما، ثم عند أبي يوسف تعتبر القيمة يوم القرض، وعند محمد يوم الكساد (١).
ويكره كل قرض يجبر منفعه (٢)، حتى السفتجة (٣) وهي: قرض استفاد به المقرض (أمن) (٤) خطر الطريق (٥).
فإن قضى أجود من دراهمه جاز إن لم يكن شرط ذلك (٦).

- (١) - لأنه إعارة وموجبة رد العين معنى، والتمنية فضل فيه إذ القرض لا يختص به.
وعندهما: تجب قيمتها، لأنه لما بطل وصف الثمنية تعلم ردها كما إذا استقرض مثلياً فانقطع.
ولكن عند أبي يوسف تعتبر القيمة يوم القرض، لأنه مضمون به، وعند محمد يوم الانقطاع، لأنه أوان الانتقال إلى القيمة. انظر الهداية ج٣: ٩٥، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٥، وانظر المبسوط ج١٤: ٢٩ - ٣٠.
(٢) - لقوله صلى الله عليه وسلم: «كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا»، المطالب العالية لابن حجر: ١٣٧٣، والدر المنثور للسيوطي ج٥: ٣٥٠، وكنز العمال: ١٥٥١٦.
(٣) - السفتجة: أن يعطي آخر مالاً، وللآخر مال في بلد المعطي فيوفيه إياه هناك، فيستفيد أمن الطريق. المعجم الوسيط ج١: ٤٣٤، والمصباح المنير: ١٠٦.
(٤) - (أمن): في أ، ج وفي ب ومن
(٥) - وكان ابن الزبير يأخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم إلى البصرة وإلى الكوفة ليأخذون أجود من ورقهم. قال عطاء: فسألت ابن عباس عن أخذهم أجود من ورقهم، فقال: لا بأس بذلك ما لم يكن شرطاً، وبه نأخذ.
فتقول المنهي عنه المنفعة المشروطة، وعلى هذا إن أقرضه بغير شرط وكتب له سفتجة بذلك فلا بأس به، وإن شرط في القرض ذلك فهو مكروه، لأنه يسقط بذلك خطر الطريق عن نفسه فهو قرض جرّ منفعة.
المبسوط ج١٤: ٣٧.
(٦) - انظر رقم (٥) في الصفحة نفسها.

ولا بأس بقبول الهدية ممن (له) (١) عليه القرض (٢).
 (والقرض) (٣) في كل ما يكال ويوزن ويعد مما لا يتفاوت جائز (٤)، وكان أبو حنيفة
 يكره قرض الخبز وهو قول أبي يوسف.
 وقال محمد: لا بأس بقرضه موزوناً ومعدوداً، لأن البلية به عامة، وموزوناً خيراً (٥).
 ولو أقرض مؤجلاً، أو شرط التأجيل فيه بعد القرض فالأجل باطل (٦).

(١) - (له): في أ، ج وساقطة من ب.

(٢) - لما روي عن محمد بن سيرين قال: أقرض عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبي بن كعب عشرة آلاف
 درهم، وكانت لأبي نخل بمعدل، فأهدى أبي بن كعب رطباً لعمر فرده عليه. فلقبه أبي فقال: اظننت أنني
 أهديت إليك لأجل مالك؟ ابعت إلى مالك فخذ، فقال عمر لأبي: ردّ علينا هديتنا. وبه نأخذ، فإن عمر
 إنما ردّ الهدية مع أنه كان يقبل الهدايا، لأنه ظن أنه أهدى إليه لأجل ماله فكان ذلك منفعة القرض، فلماً أعلمه
 أبي أنه ما أهدى إليه لأجل ماله قبل الهدية وهذا هو الأصل. المبسوط ج٤: ١٤: ٣٥.

(٣) - والقرض: في أ، ج وفي ب فالقرض.

(٤) - فالحاصل أن المقبوض على وجه القرض مضمون بالمثل، وكل ما كان من ذوات الأمثال يجوز فيه
 الاستقراض. المبسوط ج٤: ١٤: ٣٥.

(٥) - ولا خبير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة، لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتور والتقدم
 والتأخر.

وعند محمد: يجوز بهما للتعامل وعليه الفتوى.

وعند أبي يوسف: يجوز وزناً ولا يجوز عدداً للتفاوت في أحاده. الهداية ج٣: ٧٣، والمبسوط ج٤: ١٤:

٣١، وانظر حاشية ابن عابدين ج٤: ١٧٨، وانظر عيون المسائل ج٢: ١٥٩.

(٦) - فلا يثبت الأجل، وله أن يطالبه به في الحال، ولأنه أخذ مثل القرض كعین القرض، فيكون فاضلاً

في العین، وهو باطل. انظر المبسوط ج٤: ١٤: ٣٣، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٥.

لو استقرض دراهم بلد، فسافر من ذلك البلد فطالبه بها رب الدين ولم يقدر عليها في ذلك (١) البلد، فإن كانت تُتفق في تلك البلدة إن وجدت، إن شاء صاحب الحق أجله قدر المسافة ذاهباً وجائياً، وإن شاء أخذ منه قيمتها، وإن كانت لا تتفق فيها وجبت القيمة (٢). وإذا كان (٣) له على رجل دراهم جياذ فأخذ منه مثل دينه فأنفقه ثم علم أنه كان زيوفاً فلا شيء له عند أبي حنيفة. وقالوا: يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياذ. (٤)

(١)- (ذلك): في ب وفي أ، ج وتلك

(٢)- لأن المستقرض مضمون بالمثل فلا يجوز فيه شرط الإبقاء في مكان آخر، ولأن الواجب على المستقرض مثل ما استقرض ديناً في ذمته فكان محتملاً للاستبدال كسائر الديون، ولهذا اختلف بماله مثل من المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة، دلّ أن الواجب على المستقرض تسليم مثل ما استقرض لا تسليم عينه، إلا أنه أقيم تسليم المثل فيه مقام تسليم العين، كأنه انتفع بالعين مدة ثم ردها إليه فأشبهه دين الاستهلاك وغيره. انظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٣٥، وانظر المبسوط ج١٤: ٣٧.

(٣)- (كان): في أ، ج وفي ب وكانت

(٤)- وجه قول أبي حنيفة وزفر: أن الزيوف من جنس حق المسلم إليه لكن أصلاً لا وصفاً، ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصف، فكان حقه في الأصل والوصف جميعاً فصار بقبض الزيوف قابضاً حقه من حيث الأصل لا من حيث الوصف.

وجه قولهما: إن قبض الزيوف وقع صحيحاً، لأنه قبض جنس الحق. ألا ترى أنه لو تجاوز بها جاز، ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز كالستوق إلا أنه فاتته صفة الجودة بالزيادة فكانت من جنس حقه أصلاً لا وصفاً، فكانت الزيادة فيها عيباً، والمعيب لا يمنع صحة القبض كما في بيع العين إذا كان المبيع معيباً بالرد يتقضى القبض لكن مقصوراً على حالة الرد ولا يستند الانتقاض إلى وقت القبض فيبقى صحيحاً. بدائع الصنائع ج٥: ٢٠٥، وانظر الأصل ج١: ٢٤، وانظر الهداية ج٣: ٨٩، وانظر اللباب ج٢: ٥٣.

(كتاب الشفعة) (١).

وهي مشروعة لدفع سوء الجوار عن الجار (٢).

فإذا بيع عقار فللشفيع أن يأخذه بثمنه، والشفعة لثلاثة نفر:

- للخليط (٣) في نفس المبيع (٣)، فإن لم يكن أو ترك للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق، ثم للجار الملاصق، ولاحق للثالث مع الثاني إلا إذا سلم الثاني، وكذا الثاني مع الأول (٤).

(١) (كتاب الشفعة): في أ، ب وفي ج باب الشفعة.

(٢) والشفعة في اللغة: من الشفع ضد الوتر، وشفعت الشيء شفعاً ضمته، وهي اسم للملك المشفوع وتستعمل بمعنى التملك. المصباح المنير: ١٢١، مختار الصحاح: ٣٤١. والشفعة في الاصطلاح: هي تملك العقار على مشتره بما قام عليه جبراً ملتقى الأبحر ج٢: ١٩٥، وانظر شرح الهروي على كنز الدقائق ج٥: ٢٦٥.

والدليل على مشروعيتها: عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنهما قال: «قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة» صحيح البخاري ج٤: ٤٣٦. وفي رواية «الجار أحق بسقبه» صحيح البخاري ج٤: ٤٣٧، والسقب: القرب وتعمي الشفعة. المصباح المنير: ١٠٦، وانظر المبسوط ج٤١: ٩٣.

ولأن الأخذ بالشفعة لدفع الضرر، فإن الضرر مدفوع لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» مسند الإمام أحمد ج١: ٣١٣، سنن البيهقي ج٦: ٦٩، وانظر تخريجه في كشف الخفاء ج٢: ٥٠٨. وهذا يتحقق بالمجاورة يعني الضرر البادي إلى سوء المجاورة على الدوام من حيث إبعاد النار وإعلاء الجدار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار. المبسوط ج١٤: ٩١.

(٣) والخليط: المجاور والشريك. المصباح المنير: ٦٨.

والمقصود أن هؤلاء لهم حق الشفعة وهم الشريك والخليط في حق المبيع كالشرب بأن كان له نصيب من الماء والطريق، وكذلك للجار الملاصق ولو بابه في سكة أخرى. انظر الباب ج٢: ١٠٦.

(٤) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء على الترتيب. أما الثبوت فلما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «الجار أحق بسقبه» فتح الباري ج٤: ٤٣٧، ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصالاً تأييد وقرار فثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع. وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة. إنما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار، إذ هو مادة المضارة على ما عرف، وقطع هذه المادة بتملك الأصل أولى، لأن الضرر في حقه بإزاحجه عن خطة آباته أقوى، وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره.

وأما الترتيب فللقوله عليه السلام: «الشريك أحق بالشفعة، فإن لم يكن شريك، فالجار، والخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه» شرح السنة للبغوي ج٨: ٢٤٥، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١٧٦.

فالشريك في نفس المبيع، والخليط في حقوق المبيع، والشفيع هو الجار، ولأن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى، لأنه في كل جزء، وبعده الاتصال في الحقوق، لأنه شركة في مرافق الملك، والترجيح يتحقق بقوة السبب، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحاً. الهداية ج٤: ٣٤٩ - ٣٥٠ انظر تحفة الفقهاء ج٣: ٤٩ وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٩٥ - ١٩٦، وانظر الباب ج٢: ١٠٦ - ١٠٧ وانظر المبسوط ج١٤: ٩٣ - ٩٤، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٠٤.

ولا يكون الرجل بالجدوع على الحائط شفيح شركة، لكن يكون (شفيح) (١) جوار (٢).
 وإذا كان (للعقار) (٣) شفاء متساوين فطلب أحدهم الشفعة استحقتها كلها، فإن طلبها
 بعد ذلك من مثله شركه فيها، وإن اجتمع شفاء متساوين فالشفعة بينهم على عدد
 رؤوسهم، ولا يعتبر اختلاف الاملاك (٤).
 وإن طلبها من هو أشفع منه (أخذها) (٥) الثاني كلها بان كان الأول (جاراً) والثاني
 خليطاً (٦).

(١) (شفيح): في ب، ج وفي أ شريك

(٢) لأن العلة هي الشركة في العقار، وبوضع الجدوع لا يصير شريكاً في الدار إلا أنه جار ملاصق. الهداية

ج ٤: ٣٥٠.

(٣) (للعقار): في أ، ج وفي ب العقار

(٤) والسبب أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال، فيستوون في الاستحقاق، ألا يرى أنه لو انفرد
 واحد منهم استحق كل الشفعة، وهذا آية كمال السبب، وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة الغلة، والترجيح يقع بقوة
 في الدليل لا بكثرته، ولا قوة ها هنا لظهور الأخرى بمقابلته، وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات
 ملكه، بخلاف الثمرة وأشباهاها. الهداية ج ٤: ٣٥١، وانظر ملتنقى الأبحر ج ٢: ١٩٧، وانظر الجامع
 الصغير: ٣٦١-٣٦٢، وانظر المبسوط ج ٤١: ٩٧.

(٥) (أخذها): في أ، ب وفي ج وأخذها

(٦) فيقدم الأقوى فالأقوى، فيقدم الشريك على الخليط، والخليط على الجار.

والشريك في نفس المبيع، والخليط في حقوق المبيع، والشفيح هو الجار، ولأن الاتصال بالشركة أقوى، لأنه
 في كل جزء، وبعده لاتصال في الحقوق، لأنه شركة في مرانق الملك، والترجيح يتحقق بقوة السبب، ولأن
 ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحاً. انظر بدائع الصنائع ج ٥: ٨، وانظر الهداية ج ٤: ٣٥٠،
 وانظر بقية المراجع في الصفحة السابقة تحت رقم (٤).

وإن اشترى دارين صفقة واحدة (ولهما) (١) شفيح واحد، فاراد أن يأخذ إحداهما دون الأخرى ليس له ذلك (٢).

(وإن اشترى جماعة من واحد داراً صفقة واحدة فللشفيح أن يأخذ حصة أحدهم) (٣).
وإن (اشترى) (٤) واحد من جماعة أخذ الجميع أو ترك (٥)، فإن ادعى نصيب واحد لم تبطل (شفاعته) (٦) في الباقي وله أن يأخذ الجميع كذلك.

(١) (ولهما): في أ، جـ وفي ب وهما

(٢) وهذا سواء كانت الداران متلاصقتين أو لا، وسواء كانتا في مصر واحد أو مصرين، لأن فيه تفريق الصفقة على المشتري.

وقال زفر والحسن: له الخيار بين أن يأخذهما أو يأخذ إحداهما. انظر تحفة الفقهاء جـ ٣: ٥٨، وانظر عيون المسائل جـ ٢: ٢٥٩.

(٣) (وإن اشترى جماعة... حصة أحدهم): في أ، جـ وساقطة من ب

(٤) (اشترى): في ب، جـ وساقطة من أ

(٥) والفرق أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تنفرد الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر.

وفي الوجه الأول: يقوم الشفيح مقام أحدهم فلا تنفرد الصفقة، ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده وهو الصحيح، إلا أنه قيل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين، بخلاف ما بعد القبض، لأنه سقطت يد البائع، وسواء سمي لكل بعض ثمناً أو كان الثمن جملة، لأن العبرة في هذا لتفرد الصفقة لا للثمن.

الهداية جـ ٤: ٣٦٦ - ٣٦٧، وانظر الأصل جـ ١: ٣٦٠ - ٣٦١، وانظر الجامع الصغير: ٣٦٠-٣٦١.

(٦) (شفاعته): في ب، جـ وفي أ شفاعته

وفي البيع الفاسد، والبيع بخيار البائع، (إذا أسقط الخيار وجبت الشفعة) (١)، وفي خيار المشتري الشفعة في الحال (٢).

وإذا صالح عن دار وجبت فيها الشفعة (٣).

وإن باع المشتري الدار ثم علم الشفيع، فإن شاء أخذها بالبيع الأول، وإن شاء بالثاني (٤).

فإن لم يبعها، ولكن وهب وسلم، ثم جاء الشفيع والمشتري والموهوب له حاضران يأخذ (بالشفعة) (٥) ويكون في ذلك إبطال (للهبة) (٦) إذا كان بقضاء (قاضي) (٧).

(١) (إذا أسقط الخيار وحق النقص وجبت الشفعة): في النسخ أ، ب، وكلمة «وحق النقص» لا تتسق مع

المعنى بل هي زيادة، وعبرة الهداية كما يلي: فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة. الهداية ج٤: ٣٦٢

وسبب وجوب الشفعة: لأنه زال المانع عن الزوال، ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح، لأن

البيع بصير سبباً لزوال الملك عند ذلك. الهداية ج٤: ٣٦٢

(٢) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق، والشفعة تُبتنى عليه. الهداية ج٤: ٣٦٢

(٣) ويقول في اللباب: «ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها، أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها أو

يصالح بها عن دم عمد، أو يعتق عليها عبداً، أو يصالح عنها بإنكار أو سكوت، فإن صالح عنها بإقرار

وجبت فيها الشفعة». اللباب ج٢: ١١٠، وانظر الهداية ج٤: ٣٦٢، وانظر ملتنى الأبحر ج٢: ١٩٩

(٤) يقول الإمام الكاساني: «ولو اشترى داراً بألف ثم باعها بألفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ولم يعلم بالبيع

الأول فأخذها بقضاء أو بغير قضاء ثم علم أن البيع الأول كان بألف فليس له أن ينقض أخذه، لأنه لما أخذها

بالبيع الثاني فقد ملكها، وحق التملك بالبيع الأول بعد ثبوت الملك له لا يتصور فسقط حقه في الشفعة في

البيع الأول ضرورة ثبوت الملك له، والثابت ضرورة يستوي فيه العلم والجهل. بدائع الصنائع ج٥: ٨

(٥) (بالشفعة): في ب وفي أ، ب والشفعة

(٦) (للهبة): في ج وفي أ، ب الهبة

(٧) (قاضي): في ب، ج وفي أ قاض.

والعلة في ذلك: أن الشفيع يأخذها بالبيع لا بالهبة، لأن كون العقد معاوضة من شرائط الاستحقاق.

بدائع الصنائع ج٥: ٧، ١١

والشفعة واجبة في العقار، وإن كان مما لا يقسم: كالرحى والحمام (١).
ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمتها، وإذا اشتراها بمكيل أو موزون أخذها
بمثله (٢).

وإن (باع) (٣) عقاراً بعقار آخر، أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر (٤).
وإن ابتاع بثمن مؤجل، فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بثمن

(١) لأن من شروط الشفعة أن يكون المبيع عقاراً أو ما هو بمعناه فإن كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة
العلماء، والدليل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا شفعة إلا في ربع أو حائط» سنن البيهقي
ج٦: ١٠٩، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١٧٨، وتلخيص الحبير ج٣: ٥٥.
لأن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكناً، وإنما لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام وذلك لا
يتحقق إلا في العقار، ولا تجب إلا في العقار أو ما في معناه وهو العلو على ما نذكره إن شاء الله سواء كان
العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها كالحمام والرحى والبئر والنهر والعين والدور الصغار عند أصحابنا
رحمهم الله. انظر بدائع الصنائع ج٥: ١٢، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٩٩، وانظر خزنة الفقه وعيون
المسائل ج١: ٣٠٤، وانظر المبسوط ج١٤: ٩٥، ٩٨.

(٢) لأنها في الأولى من ذوات القيم، وفي الثانية من ذوات الأمثال، وهذا، لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية
التملك على المشتري يمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن، كما في الإتلاف العددي المتقارب من ذوات الأمثال.
الهداية ج٤: ٣٥٧، وانظر اللباب ج٢: ١١٦، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٩٨، وانظر خزنة الفقه وعيون
المسائل ج١: ٣٠٥.

(٣) (باع): في ب، ج وفي اتباع

(٤) لأنه بدله، وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته. الهداية ج٤: ٣٥٧، وانظر اللباب ج٢: ١١٦

حال، وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها (١).
 وإن (ابتاع) (٢) بئمن ودفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالئمن دون الثوب.
 وإن اشترى ذمي داراً (بخمر) (٣) أو خنزير وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة
 الخنزير (٤)، فإن كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير (٥).
 (١) وقال زفر رحمه الله: له ذلك، وهو قول الشافعي في القديم، لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن
 كالزيادة والأخذ بالشفعة به فيأخذ بأصله ووصفه كما في الزيوف.

ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به في حق
 المشتري رضاءً به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة، وليس الأجل وصف الثمن، لأنه حق المشتري. ولو
 كان وصفاً له لتبعه فيكون حقاً للبائع كالئمن، وصار كما إذا اشترى بئمن مؤجل، ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل
 إلا بالذكر كذا هذا، ثم إن أخذها بئمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل، وإن أخذها من
 المشتري رجع البائع على المشتري بئمن مؤجل كما كان، لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع
 فبقي موجه، فصار كما إذا باعه بئمن حال، وقد اشتراه مؤجلاً، وإن اختار الانتظار له ذلك، لأن له أن يلتزم
 زيادة الضرر من حيث التقديرة.

وقوله في الكتاب: وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل مراده الصبر عن الأخذ، أما الطلب عليه في الحال
 حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافاً لقول أبي يوسف الآخر، لأن
 حق الشفعة إنما يثبت بالبيع، والأخذ بتراض عن الطلب وهو متمكن من الأخذ بالحال بأن يؤدي الثمن حالاً
 فيشترط الطلب عند العلم بالبيع. الهداية ج٤: ٣٥٧ - ٣٥٨، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٩٨، وانظر
 خزائن الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٠٥، وانظر الحجة على أهل المدينة ج٣: ٧٩.

(٢) (ابتاع): في ب، ج وساقطة من أ

(٣) (بخمر): في أ، ب وفي ج الخمر

(٤) لصحة هذا البيع فيما بينهم، وحق الشفعة بعم المسلم والذمي، والخمر لهم كالحل لنا، والخنزير كالشاة،
 فيأخذ في الأول بالمثل، والثاني بالقيمة. الهداية ج٤: ٣٥٨، وانظر اللباب ج٢: ١١٤، وانظر بدائع
 الصنائع ج٥: ١٦.

(٥) أما الخنزير فظاهر، وكذا الخمر، لامتناع التسليم والتسليم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي. الهداية

ج٤: ٣٥٨، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٦، انظر اللباب ج٢: ١١٤، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٩٨

والصغير والكبير والمسلم والذمي في الشفعة سواء (١)، ويطلب شفعة الصغير وليه، فإن لم يطلب أو سلم بطلت.

وقال محمد وزفر رحمهما الله: لا تبطل، وهو على شفخته إذا بلغ (٢).

والمأذون له إذا كان عليه دين فباع داراً ومولاه شفيعها (أخذها، وكذا إذا باع المولى والعبد شفيعها (٣)، ولا يكون لو كبل البائع إذا باع وهو الشفيع الشفعة (٤)، وكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة (٥).

(١) فالكاثر والمسلم والذمي في ذلك سواء، لأنه من الأمور الدنيوية، وروي عن شريح أنه قضى بالشفعة للذمي على مسلم فكتب إلى سيدنا عمر رضي الله عنه فأجازه، وكان ذلك بحضور من الصحابة الكرام فيكون ذلك إجماعاً. بدائع الصنائع ج٥: ١٦

وفي الهداية: والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات، ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق، ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير، والباضي والعاقل، والحرّ والعبد، إذا كان مأذوناً أو مكاتباً. ج٤: ٣٦١.

(٢) وجه قوله: إن هذا حق ثبت للصبي نظراً، فإبطاله لا يكون نظراً في حقه، ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولي كالعفو عن قصاص وجب للصبي على إنسان، والإبراء عن كفالته بنفس أو مال. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ما ذكرنا: أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمه امتناع من الشراء، وللولي ولاية الامتناع من الشراء، ولأن الولي يتصرف في مال الصبي على وجه المصلحة، والمصلحة قد تكون في الشراء وقد تكون في تركه والولي أعلم بذلك فيفوض إليه. بدائع الصنائع ج٥: ١٦، وانظر الجامع الصغير: ٣٦٢، وانظر المبسوط ج١٤: ٩٨-٩٩.

(٣) وإن كان عليه دين فله الشفعة، لأن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون فكان بمنزلة الأجنبي، وكذا إذا باع المولى داراً والمأذون شفيعها وعليه دين فله الشفعة، لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري، وشراء كل واحد منهما من صاحبه جائز. بدائع الصنائع ج٥: ١٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٦١.

(٤) (أخذها، وكذا... الشفيع الشفعة): في ب، ج وساقطة من أ

(٥) والأصل أن من باع أو بيع له لا شفعة له، ومن اشترى أو ابتاع له فله الشفعة، لأن الأول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تمّ من جهته وهو البيع، والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة، لأنه مثل الشراء. الهداية ج١٤: ٣٦٥.

فصل

ومن اشترى أرضاً وفي نخلها ثمر أخذها الشفيح بثمرها، فإن أخذه المشتري (سقط عن الشفيح حصته، (وإذا) (١) أثمر الشجر في يد المشتري أخذه الشفيح بثمره، فإن جدّه المشتري) (٢) (فالشفيح) (٣) بالخيار، إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك ولا يسقط شيء من الثمن (٤).

وإن كان في الأرض زرع أخذها الشفيح بزرعها بقللاً (٥) كان أو مدركاً (٦) (فإن) (٧) حصده المشتري (سقط حصته عن الشفيح، ويقوم عليه يوم (وقع) (٨) العقد (عليه) (٩) وكذا إن قطع شجر البستان سقط حصته عن الشفيح (١٠).

(١) (وإذا): في أ، ج وفي ب وإن

(٢) (سقط عن الشفيح... فإن جدّه المشتري): في ب، ج وساقطة من أ

(٣) (فالشفيح): في أ، ج وفي ب بالشفيح

(٤) ومعناه إذا ذكر الثمر في البيع، لأنه لا يدخل من غير ذكره، وهذا الذي ذكره استحسان.

وفي القياس: لا يأخذه، لأنه ليس يبيع، الا ترى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر، فأشبه المتاع في الدار.

وجه الاستحسان: أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار وما كان مركباً فيه فأخذه الشفيح.

وكذلك إذا أثمر في يد المشتري يأخذه الشفيح، لأنه مبيع تبعاً، لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد

المبيع. الهداية ج٤: ٣٦٠، وانظر الجامع الصغير: ٣٦١.

(٥) البقل: كل نبات اخضرت به الأرض. المصباح المنير: ٢٣

(٦) مدركاً: أدركت الثمار إذا نضجت، وأدرك الشيء بلغ وقته. المصباح المنير: ٧٣

(٧) (فإن): في أ، ب وفي ج فأنى

(٨) (وقع): في أ وساقطة من ب، ج

(٩) (عليه): في أ وساقطة من ب، ج

(١٠) وإن كان المشتري أرضاً فيها زرع: فإنه يأخذها الشفيح بزرعها، بقللاً كان أو مستحصداً، لأنه تبع

الأرض، فإن حصده المشتري الزرع ثم جاء الشفيح: فإنه يقسم الثمن على قيمة الأرض وعلى قيمة الزرع وهو

بقل، يوم وقع العقد، فيأخذ الشفيح الأرض بما أصابها من الثمن، ولا يقسم الثمن على قيمة الزرع وهو

مستحصد. هذه رواية عن أبي يوسف، وروي عن محمد أنه قال: أقوم الأرض وفيها الزرع، وأقومها وليس

فيها ذلك الزرع، فما كان بين ذلك فهو قيمة الزرع ولا أقوم الزرع وهو بقل محصود. تحفة الفقهاء ج٣:

وإن انههدمت الدار (أو احترق) (١) بناؤها، أو يجفّ شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيح بالخيار إن شاء (أخذه) (٢) بجميع الثمن وإن شاء ترك (٣).
 وإن نقض المشتري (البناء) (٤) قيل للشفيح: إن شئت خذ العرصة بحصتها من الثمن، وإن شئت فدع، وليس له أن يأخذ النقض (٥).
 وإذا بنى المشتري، أو غرس ثمّ قضى للشفيح بالشفعة فهو بالخيار: إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء كلف المشتري قلعه (٦).
 وإن أخذ الشفيح فبنى، أو غرس فيه ثمّ استحق رجوع بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس (٧)، (واختم بخير) (٨).

(١) (أو احترق): في ب، جـ وفي أ احترق

(٢) (أخذه): في ب، جـ وفي أ أخذ

(٣) (سقط حصته عن الشفيح... وإن شاء ترك): في أ، ب وممسوحة من جـ.

ولأن البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر، فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصير مقصوداً، ولهذا جاز بيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما إذا فرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته، لأن الغائب بعض الأصل. الهداية جـ ٤: ٣٥٩، وانظر الباب جـ ٢: ١١٩

(٤) (البناء): في ب، جـ وفي أ البيع

(٥) لأنه صار مقصوداً بالاتلاف فبقابله شيء من الثمن بخلاف الأول، لأن الهلاك بآفة سماوية، وليس للشفيح أن يأخذ النقض، لأنه صار مفصولاً فلم يبق تبعاً. الهداية جـ ٤: ٣٦٠، وانظر الباب جـ ٢: ١١٩ وانظر ملئقى الأبحر جـ ٢: ١٩٩.

(٦) وعن أبي يوسف: أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس، وبين أن يترك. ولا يبي يوسف: أنه مسح في البناء، لأنه بناء على أن الدار ملكه، والتكليف بالقلع من أحكام المدوان، وصار كالموهوب له، والمشتري شراء فاسداً، وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف بالقلع، وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين يتحمل الأدنى فيصار إليه.

ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالأمر إن بنى في المرهون، وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري، لأنه يتقدم عليه، ولهذا ينقض بيعة، وهبته، وغيره من تصرفاته، بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق، ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف، ولهذا لا يبقى بعد البناء، وهذا الحق يبقى فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق.

والزراع يقلع قياساً، وإنما لا يقلع استحساناً، لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر، وليس فيه ضرر كثير، وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً. الهداية جـ ٤: ٣٥٩

(٧) لأنه تبين أنه أخذه بغير حق، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذه منه، ولا على المشتري إن أخذه منه.

وعن أبي يوسف: أنه يرجع، لأنه متملك عليه فنزلاً منزلة البائع والمشتري.

والفرق على ما هو المشهور: أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيح، لأنه مجبور عليه. الهداية جـ ٤: ٣٥٩، وانظر الباب جـ ٢: ١٠٩، وانظر ملئقى الأبحر جـ ٢: ١٩٩.

(٨) - (واختم بخير): في أ وساطة من ب، جـ.

فصل

وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة وإلا فلا(١)، حتى لا تجب في الدار يتزوج عليها، أو يخالعهما، أو يستأجر شيئاً، أو يصالح عليها من دم عمداً، أو يعتق عليها عبداً، (٢) (أو صالح)(٣) عليها بإنكار، فإن صالح عليها بإقرار أو سكوت وجبت الشفعة(٤).

(١) لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة. الهداية ج٤: ٣٦١، وانظر الباب ج٢: ١١٠، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٠٥.

(٢) لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال، وهذه الأعواض ليست بأموال، فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع. الهداية ج٤: ٣٦١، وانظر الباب ج٢: ١١٠، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٠٦-٣٠٥.

(٣) (أو صالح): في ج١ وفي أ، ب يصالح

(٤) وفي الهداية يقول: والصحيح أو يصالح عنها بإنكار فكان قوله أو يصالح عليها، لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقيت الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه، وكذا إذا صالح عنها بسكوت، لأنه يحتمل أنه بدل المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب خصمه، كما إذا أنكر صريحاً، بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار، لأنه معترف بالملك للمدعي، وإنما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية، أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك، لأنه أخذها عوضاً عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه. الهداية ج٤: ٣٦٢، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٠٦، وانظر الباب في شرح الكتاب ج٢: ١١٠، وانظر المبسوط ج١٤: ١٤٥.

ولا شفعة في العروض والسفن وسائر المنقولات كالبناء والشجر إذا بيع دون العرصة (١) ولا شفعة في الهبة إلا أن (تكون بعوض) (٢) مشروط (٣).
وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم (بالقسمة) (٤).

(١) لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا شفعة إلا في ريع أو حائط» سنن البيهقي ج٦: ١٠٩، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١٧٨

ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام، والمالك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يتحقق به.

وفي بعض نسخ المختصر: ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الأصل، لأنه لا قرار له فكان نقلياً، وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة، ويستحق به الشفعة في السفلى إذا لم يكن طريق العلو فيه، لأنه بما له من حق القرار التحق بالقرار. الهداية ج٤: ٣٦٠ - ٣٦١، وانظر اللباب ج٢: ١٠٩ وانظر ملتحى الأبحر ج٢: ١٩٩، وانظر خزنة الفقه وحيون المسائل ج١: ٣٠٦.

(٢) (تكون بعوض): في ب، ج وفي أ تكون بغير عوض.

(٣) لأنه بيع انتهاء، ولا بد من القبض، وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً، لأنه هبة ابتداءً، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد، لأن كل واحد منهما هبة مطلقة إلا أنه أثبت منها فامتنع الرجوع. الهداية ج٤: ٣٦٢، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١١، وانظر خزنة الفقه وحيون المسائل ج١: ٣٠٦، وانظر المبسوط ج١٤: ١٠٨.

(٤) (بالقسمة): في ج وفي أ، ب بلا قسمة.

ولأن القسمة فيها معنى الإفراز، ولهذا يجري فيها الجبر، والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة.

الهداية ج٤: ٣٦٣، وانظر اللباب ج٢: ١٢٠

- وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة، ثم ردّ المشتري بخيار رؤية (أو شرط أو عيب) (١) بقضاء (قاض) (٢) فلا شفعة للشفيع (٣).
- (وإذا) (٤) ردها بغير قضاء أو تقايلاً فللشفيع الشفعة (٥).
- وإذا بلغ الشفيع أن الدار بيعت بألف فسلم الشفيع، ثم علم أنها بيعت بأقل أو (بمكيل) (٦) أو موزون قيمته ألف أو أقل، أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة (٧).

(١) (أو شرط أو عيب): في جـ وفي أ، ب أو شرط عيب

(٢) (قاض): في أ، ب وفي جـ قاضي

(٣) لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه، والشفعة في إنشاء العقد، ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه. الهداية جـ ٤: ٣٦٣، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل جـ ١: ٣٠٧.

(٤) (وإذا): في جـ وفي أ، ب وإن

(٥) لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما، وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حدّ البيع، وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي، والشفيع ثالث، ومراده الرد بالعيب بعد القبض، لأن قبله فسخ من الأصل، وإن كان بغير قضاء على ما عرف وهذا هو رأي الإمام أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف: هو بيع إلا أنه لا يمكن جعله بيعاً فيجمل فسخاً، إلا أن لا يمكن فسخه، ولأنه مبادلة المال بالمال بالتراضي، وهذا هو حدّ البيع.

وعند محمد: هو فسخ إلا إذا تعدر جعله فسخاً، فيجمل بيعاً إلا أن لا يمكن فيبطل، واللفظ للفسخ والرفع، وإذا تعدر يحمل على محتمله وهو البيع. الهداية جـ ٣: ٦١، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل جـ ١: ٣٠٧.

(٦) - (بمكيل): في جـ وفي أ، ب بمكيل.

(٧) لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن الأول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني، إذ الجنس مختلف، وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر، لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنائير. الهداية جـ ٤: ٣٦٥، وانظر تحفة الفقهاء جـ ٣: ٥٧، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل جـ ١: ٣٠٧، وانظر المبسوط جـ ١٤: ١٠٥.

وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له (١)، وإذا قيل: إنها بيعت بعرض فسلم، ثم تبين أنها بيعت بعرض آخر أقل قيمة مما سلم أو مثله فله الشفعة (٢).
وإن قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة (٣)، وكذا إذا علم أنه اشترى مع غيره فله أن يأخذ نصيب ذلك الغير (٤).
ولو أخبر ببيع (بعض الدار) (٥) فسلم ثم علم أنه باع الكل فله الشفعة،

(١) لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير، وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له، وكذا إذا كانت أكثر.

وقال زفر رحمه الله: له الشفعة لاختلاف الجنس.

ولنا: أن الجنس متحد في حق الثمنية. الهداية ج٤: ٣٦٥، وانظر اللباب ج٢: ١١٧، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٥٧.

(٢) لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني، إذ الجنس مختلف، وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب. الهداية ج٤: ٣٦٥، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٥٧.

(٣) لتفاوت الجوار. الهداية ج٤: ٣٦٥، وانظر خزائن الفقه وصيون المسائل ج١: ٣٠٧، وانظر اللباب ج٢: ١١٧، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٥٨، وانظر المبسوط ج١٤: ١٠٥.

(٤) لأن التسليم لم يوجد في حقه. الهداية ج٤: ٣٦٥، وانظر اللباب ج٢: ١١٧، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢٠١، وانظر المبسوط ج١٤: ١٠٤.

(٥) (بعض الدار): في أ، ب وفي ج الجميع

ولو أخير يبيع الجميع فسلم ثم علم أنه باع البعض صح التسليم ولا شفعة له، وروي على العكس(١).

(وإن)(٢) صالح عن شفעתه على عوض أخذه (بطلت)(٣) الشفعة ويرد العوض(٤). وكذا إن باع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت(٥)، وإن ضمن الشفيع الدرك(٦) عن البائع بطلت شفעתه(٧).

(١) لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة، وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية، لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه. الهداية ج٤: ٣٦٥ وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٠١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٥٨.

(٢) (وإن): في ب، ج، وفي أ ومن

(٣) (بطلت): في ب، ج، وفي أ وبطلت

(٤) لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط، وكذا لو باع شفעתه بمال لما بينا، بخلاف القصاص، لأنه حق متقرر، وبخلاف الطلاق والعتاق، لأنه اعتياض عن ملك في المحل. الهداية ج٤: ٣٦٤، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٠٠ - ٢٠١، وانظر اللباب ج٢: ١١٣، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٠٦.

(٥) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه، ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة، كما إذا سلم صريحاً أو إبراءً عن الدين وهو لا يعلم به. الهداية ج٤: ٣٦٥، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٠١، وانظر اللباب ج٢: ١١٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٧.

(٦) الدرك: التبعة، يقال: مالحققك من درك فعلي خلاصه، وفيه ضمان الدرك في الفقه. انظر المعجم الوسيط ج١: ٢٨١، وانظر مختار الصحاح: ٢٠٣.

(٧) وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره، فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له، لأن البيع تمّ بإمضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري. الهداية ج٤: ٣٦٥، وانظر اللباب ج٢: ١١٣، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٠١، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٦.

وإذا مات الشفيع بطلت الشفعة(١)، وإن مات المشتري لم تبطل(٢).
 وإذا بطل عقد المشتري بوجه من الوجوه لم يبطل حق الشفيع، وإذا ساوم الشفيع المشتري
 لنفسه أو لغيره، أو استأجرها أو كانت أرضاً فأخذها مزارعة بطلت الشفعة(٣).
 وإذا قال الشفيع حين أخبر بالبيع: الحمد لله (قد ادعيت)(٤) شفعتها، أو قال: الله أكبر،
 أو لقي المشتري فبداه بالسلام، أو قال حين أخبر بالبيع من (اشتراها)(٥)، أو بكم باعها(٦)
 ثم طلب الشفعة فهو على شفعتها (في هذا كله)(٧).

(١) ومعناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة، أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه
 فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط.

ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره، ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع، ويقاؤه للشفيع إلى
 وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونها. الهداية ج٤: ٣٦٤، وانظر الباب ج٢: ١١٣، وانظر تحفة
 الفقهاء ج٣: ٦١، وانظر البدائع ج٥: ٢٢، وانظر خزانة الفقه وهيون المسائل ج١: ٣٠٦.

(٢) لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه، ولا يباع في دين المشتري ووصيته، ولو باعه القاضي أو الوصي
 أو وصي المشتري فيها بوصية للشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه، ولهذا ينقض تصرفه في حياته.
 الهداية ج٤: ٣٦٤ - ٣٦٥، وانظر الباب ج٢: ١١٣.

(٣) لأنه بعدما علم بالشراء فذلك كله تسليم للشفعة، لأن حكمها يتأفي حكم أخذ الدار بالشفعة. تحفة
 الفقهاء ج٣: ٥٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣٠٦.

(٤) (قد ادعيت): في ب، ج وفي أ قد ادعيت أو باعها

(٥) (اشتراها): في أ، ج وفي ب اشتراه

(٦) (اشتراها، أو بكم باعها): في ب، ج وساقطة من أ

(٧) (في هذا كله): في ب، ج وساقطة من أ

فهو حينما حمد الله إنما ذكرها لانتاح كلامه تبركاً به فلا يكون دليل الاعراض عن الطلب، وكذا إن قيل
 من ابتاعها، أو بكم بيعت، لأن الإنسان قد يرضى بمجاورة إنسان دون غيره، وقد تصلح له الدار بشمن دون
 غيره. بدائع الصنائع ج٥: ١٨، وانظر الهداية ج٢: ٣٥٢ - ٣٥٣، وانظر ملئقى الأبحر ج٢: ١٩٧،
 وانظر الباب ج٢: ١٠٧ - ١٠٨، وانظر هيون المسائل ج٢: ٢٦٠، وانظر المبسوط ج١٤: ١١٧.

ولو اشتغل بعمل آخر ثم طلب لا شفعة له (١).
ولا الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف.
وتكره عند محمد (٢).

فإذا باع داراً إلا مقدار ذراع في طول الحدّ الذي يلي الشفيع فلا شفعة له (٣).
وإن ابتاع (منها) (٤) سهماً بثمن، ثم ابتاع بقيمتها فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني (٥).

(١) لأنه فرط في الطلب مع القدرة عليه. انظر بدائع الصنائع ج٥: ١٨

(٢) يقول الإمام الكاساني: «وأما الكلام في كراهية الحيلة للإسقاط وعدمها، فالحيلة إما إن كانت بعد وجوب الشفعة، وإما إن كانت قبل الوجوب، فإن كانت بعد الوجوب. قيل: إنها مكروهة بلا خلاف. وإن كانت قبل الوجوب فقد اختلف فيه:

قال أبو يوسف: لا تكره.

وقال محمد: تكره.

وجه قول محمد: إن شرع الحيلة يؤدي إلى سدّ باب الشفعة وفيه إبطال هذا الحق أصلاً ورأساً.

وجه قول أبي يوسف: إن الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب مباشرة سبب الامتناع شرعاً وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات فإن المشتري يمنع حدوث الملك للبائع مباشرة سبب الامتناع شرعاً وهو الشراء، وكذا الهبة والصدقة وسائر التمليكات، وقد خرج الجواب عن قول محمد أن هذا إبطال لحق الشفعة، لأن إبطال الشيء بعد ثبوته ضرر والحق هاهنا لم يثبت بعد ذلك فلا تكون الحيلة إبطالاً له بل هو منع من الثبوت مباشرة سبب الامتناع شرعاً، وأنه جائز». انظر بدائع الصنائع ج٥: ٣٥، وانظر عيون المسائل ج٢: ٢٦٦.

(٣) لانقطاع الجوار وهذه حيلة، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه. الهداية ج٤: ٣٦٦، وانظر

اللباب ج٢: ١١٧، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٠١

(٤) (منها): في ج وفي أ، ب منها

(٥) لأن الشفيع جار فيهما، إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه، فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن

إلا درهماً والباقي بالباقي. الهداية ج٤: ٣٦٦، وانظر اللباب ج٢: ١١٧ - ١١٨.

وإن اشترى نصف دارغير مقسومة، فقاومه البائع ثم جاء الشفيح فإن (شاء) (١) أخذ النصف الذي صار للمشتري أو يدع (٢)، وسواء وقع نصيب المشتري (من) (٣) جانب الشفيح أو لا، وسواء كانت القسمة بغير قضاء أو بقضاء (٤).
وتسليم الشفعة قبل البيع باطل، وبعده صحيح، وإن كان الشفيح جاهلاً بالبيع أو جاهلاً بحق الشفعة (٥).

(١) (شاء): في أ وساقطة من ب، ج .

(٢) لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع، ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة، والشفيح لا ينقض القبض، وإن كان له نفع فيه تعود المهدة على البائع، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه. انظر الهداية ج٤: ٣٦٧، وانظر الجامع الصغير: ٣٦١.

(٣) (من): في ب، ج وفي أ في .

(٤) وللشفيح أن يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف، لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة.

وعن أبي حنيفة: أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها، لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر. الهداية ج٤: ٣٦٧ .

(٥) لأن الشفعة لم تثبت بعد، فلا يصح إبطاله، ولو سلم بعد الشراء تبطل سواء علم أو لم يعلم. تحفة الفقهاء ج٣: ٥٦، وانظر المبسوط ج٤: ١٠٥ .

فصل

والشفعة تجب بعقد البيع (١)، وتستقر بالإشهاد (٢)، وتملك بالأخذ إذا (سلم) (٣) المشتري، أو حكم بها حاكم (٤). وللشفيع أن يمتنع من أخذ العقار بالشفعة، وإن بذل له المشتري حتى يقضي القاضي له بذلك (٥).

وإذا علم الشفيع بالبيع، وأراد أن يأخذ الشفعة ينبغي أن يشهد في مجلسه ذلك على المطالبة (٦)، ثم ينهض منه فيشهد على البائع إن كان المبيع في يده، أو على المتاع، أو عند العقار

(١) لأن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار، والبائع يعرفها، ولهذا يكفي بثبوت البيع في حقه، حتى يأخذها الشفيع، إذا أقر البائع بالبيع، وإن كان المشتري يكذبه. الهداية ج٤: ٣٥١، وانظر الباب ج٢: ١٠٧، وانظر ملحق الأبحر ج٢: ١٩٥، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٠٤.

(٢) لأنه حق ضعيف يظل بالإعراض، فلا بدّ من الأشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبة منه دون إعراضه عنه، ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد. الهداية ج٤: ٣٥١، وانظر ملحق الأبحر ج٢: ١٩٦، وانظر الباب ج٢: ١٠٧، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٠٤.

(٣) (سلم): في ب، ج وفي أسلمها .

(٤) لأن الملك للمشتري قد تمّ، فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الهبة. الهداية ج٤: ٣٥١، الباب ج٢: ١٠٧، وانظر ملحق الأبحر ج٢: ١٩٦، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٠٤.

(٥) لأن من شروط التملك بالشفعة رضا المشتري أو قضاء القاضي، ولأن تملك مال الغير مما لا سبيل إليه في الشرع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي فلا يثبت التملك بدونهما. بدائع الصنائع ج٥: ٢٥

(٦) والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد، ويصح بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة. الهداية ج٤: ٣٥٢، وانظر الباب ج٢: ١٠٧، وانظر ملحق الأبحر ج٢: ١٩٧، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٤.

فإذا فعل ذلك استقرت الشفعة (١) ولم (تسقط) (٢) بعد ذلك بالتأخير عند أبي حنيفة.
وقال محمد: إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت (٣).
وإذا كان بين الشفيع وبين الطلب حائل فهو على شفيعته وإن طال الزمان (٤).

(١) وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه، لأن للأول اليد وللثاني الملك، وكذا يصح الإشهاد عند المبيع لأن الحق متعلق به. الهداية ج٤: ٣٥٣، وانظر الباب ج٢: ١٠٧ - ١٠٨، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٩٧، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٤-٣٠٥.

(٢) (تسقط) في أ، ج وفي ب يسقط .

(٣) وهو قول زفر رحمه الله معناه: إذا تركها من غير عذر.

وعن أبي يوسف: أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته، لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه، ولم يخاصم فيه اختياراً دل ذلك على إعراضه وتسليمه.

وجه قول محمد: أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبداً بتضرر به المشتري، لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع، فقد رناه بشهر لأنه آجل وما دونه عاجل.

ووجه قول أبي حنيفة، وهو ظاهر المذهب، وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه، وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائباً، ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر، ولو علم أنه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالانفاق، لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً. الهداية ج٤: ٣٥٣، وانظر بدائع الصنائع ج٥: ١٩، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٩٧، وانظر الباب ج٢: ١٠٨، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٥٥، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٠٥.

(٤) لأن ترك المطالبة، مع المانع، لا يدل على الإعراض، تحفة الفقهاء ج٣: ٥٦.

وإذا ترك الشفيح الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفيعته، وكذا إن أشهد في المجلس ثم لم يشهد على أحد المتبايعين أو عند العقار(١).
 وإذا تقدم الشفيح إلى القاضي فادعى الشراء (وطلب)(٢) الشفعة، سأل القاضي المدعى عليه فإن اعترف بملكه الذي (تشفع)(٣) به (وإلا كلفه)(٤) إقامة البينة(٥).
 فإن عجز عنها (استحلف)(٦) المشتري بالله(أنه)(٧) ما (يعلم)(٨) أنه مالك للذي (ذكره) عما يشفع به(٩)، فإن نكل أو أقام الشفيح البينة سأل القاضي:

(١) لأنه فرط في الطلب مع القدرة عليه بدائع الصنائع ج٥: ١٨ وانظر كنز الدقائق: ج٥: ٢٦٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣٠٦.

(٢) (وطلب): في ج وفي أ، ب أو طلب.

(٣) (تشفع): في ج وفي أ، ب يشفع.

(٤) (وإلا كلفه): في ب، ج وفي أ وإن كلف.

(٥) لأن اليد ظاهر محتمل، فلا تكفي لإثبات الاستحقاق. قال رضي الله عنه: يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها، لأنه ادعى حقاً فيها فصار كما إذا ادعى رقبته، وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفيعته لاختلاف أسبابها. فإن قال: أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تمّ دعواه على ما قاله الخصاص رحمه الله.

وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً الهداية ج٤: ٣٥٤، وانظر اللباب ج٢: ١١١، وانظر ملتي الأبحر ج٢: ١٩٧.

(٦) (استحلف): في ب، وفي أ، ج استحلفا.

(٧) (أنه): في أ وساقطة من ب، ج.

(٨) (يعلم): في ب وفي أ، ج تعلم.

(٩) معناه بطلب الشفيح لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، ثم هو استحلاف على ما في يده فيحلف

على العلم. الهداية ج٤: ٣٥٤.

هل ابتاع أم لا، فإن (١) أنكر الابتياح، أو قال للشفيح: أقم البينة (٢) فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره (٣).

وإن أحضر الشفيح البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة، ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه، ويقضي بالشفعة على البائع، ويجعل العهدة عليه (٤).

-
- (١) (ذكره عما يشفع به.... ابتاع أم لا، فإن): في أ، جـ وساقطة من ب .
- (٢) لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع، وثبوته بالحجة. الهداية جـ ٤: ٣٥٤، وانظر الباب جـ ٢: ١١ .
- (٣): فهذا على الحاصل، والأول على السبب، وإنما يحلفه على البتات، لأنه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة، وفي مثله يحلف على البتات. الهداية جـ ٤: ٣٥٤، وانظر الباب جـ ٢: ١١١ .
- (٤) لأن الملك للمشتري، واليد للبائع، والقاضي يقضي بهما للشفيح، فلا بدّ من حضورهما بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت، حيث لا يعتبر حضور البائع، لأنه صار اجنبياً إذ لا يبقى له يد ولا ملك.
- وقوله: فيفسخ البيع بمشهد منه: إشارة إلى علة أخرى، وهي أن البيع في حق المشتري إذا كان يفسخ لا بدّ من حضوره ليقضي بالفسخ عليه، ثمّ وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة، وهو لا يوجب الفسخ إلا أنه يبقى أصل البيع لتعلد إنفاسه، لأن الشفعة بناءً عليه، ولكنه تتحول الصفقة إليه، ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع، بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه، لأنه تمّ ملكه بالقبض، وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري، وأنه يوجب الفسخ. الهداية جـ ٤: ٣٥٤ - ٣٥٥، وانظر الباب جـ ٢: ١١٢

ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم في الشفعة (١) (إلا) (٢) أن يسلمها إلى الموكل (٣).
وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن في مجلس القاضي، فإذا قضى
القاضي بالشفعة، والدار في يد البائع سلم الشفيع الثمن إليه وقبض الدار منه، وقد انفسخ
عقد المشتري (٤).

وإن كانت الدار في يد المشتري قبضها منه وسلم الثمن إليه والبيع الأول صحيح (٥).

(١) لأنه هو العاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه. الهداية ج٤: ٣٥٥

(٢) (إلا): في أ، ب وفي ج إلى

(٣) لأنه لم يبق له يد ولا ملك، فيكون الخصم هو الموكل. الهداية ج٤: ٣٥٥

(٤) في الهداية واللباب العبارة مختلفة عما هي في الحاوي حيث قالوا: «فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه

إحضار الثمن.... الهداية ج٤: ٣٥٤، واللباب ج٢: ١١٢

ويقول الإمام الكاساني: فإن كان المبيع في يد البائع، ذكر الكرخي رحمه الله، أن القاضي إذا قضى بالشفعة

ينتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري في المشهور من قولهم.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا ينتقض

واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم: البيع لا ينتقض بل تتحول الصفقة إلى الشفيع.

وقال بعضهم: ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري وينعقد للشفيع بيع آخر كأنه كان من البائع

إيجابان أحدهما مع المشتري والآخر مع الشفيع فإذا قضى القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع بالإيجاب الذي أُضيف

إليه، وانتقض ما أُضيف إلى المشتري سواء قبل المشتري الإيجاب المضاف إليه أم لم يقبل.

وجه من قال بالتحويل لا بالانتفاض أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة لأنه من شرائط وجوب الشفعة

فإذا انتقض لم يجب فتعذر الأخذ.

انظر بدائع الصنائع ج٥: ٢٣ - ٢٤، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٥٤

(٥) لأن التملك وقع على المشتري فيجعل كأنه اشترى منه، ثم إذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن إلى

البائع، وكانت العهدة عليه، ويسترد المشتري الثمن من البائع إن كان قد نقد الثمن، وإن أخذها من يد المشتري

دفع الثمن إلى المشتري وكانت العهدة عليه. بدائع الصنائع ج٥: ٢٤.

وعهدة الشفيع على من يقبض الثمن منه بائعاً كان أو مشترياً أو وكيلاً (١).
 وإن اختلف الشفيع (والمشتري) (٢) في الثمن فالقول للمشتري (٣) فإن أقاما البينة فالبينة
 بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد.
 وقال أبو يوسف: البينة بينة المشتري (٤).
 وإن ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع ثمناً أقلّ منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال
 البائع، وكان ذلك (حطاً) (٥) عن المشتري (٦).

(١) لأن الشفيع إذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن إلى البائع وكانت المهدة عليه، ويسترد الثمن من
 البائع إن كان نقد، وإن أخذها من يد المشتري دفع الثمن إلى المشتري وكانت المهدة عليه، لأن المهدة هي حق
 الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبض الثمن. بدائع الصنائع ج٥: ٢٤

(٢) (والمشتري): في أ، ب وساقطة من ج

(٣) لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل، وهو ينكر والقول قول المنكر مع بينته، ولا
 يتحالفان، لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار، فالمشتري لا يدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك
 والأخذ، ولا نص ها هنا فلا يتحالفان. الهداية ج٤: ٣٥٦، وانظر الباب ج٢: ١١٥، وانظر تحفة الفقهاء
 ج٣: ٦٠.

(٤) وجه قول أبي يوسف: لأنها أكثر ثباتاً، فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو.

ولهما: أنه لا تنافي بينهما، فيجعل كأن الموجود بيعان، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء، وهذا بخلاف البائع
 مع المشتري، لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول، وها هنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو
 التخريج لبينة الوكيل، لأنه كالبائع، والموكل كالمشتري منه كيف وأنها ممنوعة على ما روي عن محمد رحمه
 الله.

وأما المشتري من العدو، فقلنا: ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم، فلنا أن نمنع وبعد التسليم
 نقول: لا يصح الثاني هنالك إلا بالفسخ الأول، أما هاهنا فبخلافه، ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير
 ملزمة والبيئات للالتزام. الهداية ج٤: ٣٥٦ وانظر الباب ج٢: ١١٥، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٩٨،
 وانظر الجامع الصغير: ٣٦١-٣٦٢، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٦٠.

(٥) (حطاً): في أ، ج وفي ب خطأ.

(٦) لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به، وإن كان على ما قال المشتري فقد حط
 البائع بمض الثمن، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع، ولأن التملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله في
 مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله. الهداية ج٤: ٣٥٦، وانظر المبسوط ج٤: ١٤.

وإذا كان قبض الثمن أخذها الشفيع، بما قال المشتري ولم يلتفت إلى قول البائع (١)
 وإن اختلف الشفيع والمشتري في (قيمة) (٢) العرض الذي اشترى به العقار فالقول
 للمشتري (٣) (إن أقاما البينة فالبينة بينة الشفيع.
 وقالوا: البينة بينة المشتري (٤).
 وإن حط البائع عن المشتري بعض الثمن (٥) سقط ذلك عن الشفيع، وإن حط جميع
 الثمن لم يسقط عن الشفيع شيء (٦).

- (١) لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد، وخرج هو من البين وصار هو كالأجنبي وبقي الاختلاف بين
 المشتري والشفيع. الهداية ج٤: ٣٥٦ - ٣٥٧، وانظر المبسوط ج٤: ١٠٧: ١٠٧.
- (٢) (قيمة): في جـ وفي أ، ب قدر
- (٣) لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل، وهو ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه ولا
 يتحالفان، لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار، فالمشتري لا يدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك والأخذ
 ولا نص لها هنا فلا يتحالفان. الهداية ج٤: ٣٥٦.
- (٤) في عبارة الحاوي خلاف حيث اعتبر الإمام أبو حنيفة أن البينة بينة الشفيع، وعندهما البينة بينة المشتري.
 والصحيح كما ورد في كتب الحنفية أن الإمام أبا حنيفة ومحمد يريان أن البينة هي بينة الشفيع لأنه لا تنافي
 بينهما، فيجعل كأن الموجود بيمان، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء.
- ولأبي يوسف: البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتاً فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من المدو. الهداية
 ج٤: ٣٥٦، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٦٠.
- (٥) (إن أقاما البينة... بعض الثمن) في ب، جـ وساقطة من أ
- (٦) لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد، فيظهر في حق الشفيع، لأن الثمن ما بقي، وكذا إذا حط بعدما
 أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع، حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل
 العقد بحال. الهداية ج٤: ٣٥٧، وانظر اللباب ج٢: ١١٥ - ١١٦، وانظر المبسوط ج٤: ١٠٧-١٠٨.

وإن زاد المشتري البائع في الثمن لم يلزم (١) الشفيع الزيادة (٢). وللشفيع أن يرد الدار المشفوعة بخيار الرؤية، وخيار العيب فإن وجد بها عيباً فله أن يردها به، وإن كان المشتري شرط البراءة منه (٣).
(والله تعالى أعلم، اللهم اختم بخير) (٤)

(١) (يلزم): في جـ وفي أ، ب تلزم

(٢) لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع، لاستحقاقه الأخذ بما دونها بخلاف الحط لأن فيه منفعة له، ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول. الهداية جـ ٤: ٣٥٧، وانظر الباب جـ ٢: ١١٦

(٣) لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء، ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاطه. الهداية جـ ٤: ٣٥٥، وانظر الباب جـ ٢: ١٢٠

(٤) (والله تعالى أعلم، اللهم اختم بخير): في ب وساقطة من أ، وفي جـ والله تعالى أعلم.

كتاب الإجارة (١)

(الإجارة) (٢): عقد على المنافع بعوض. ولا تصح حتى (تكون) (٣) المنافع معلومة والأجرة معلومة (٤).

وما جاز أن يكون (لئناً في البيع جاز أن يكون) (٥) أجرة (٦).
والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى، والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت (٧).
وتارة تصير معلومة بالعمل والتسمية، كمن استأجر رجلاً ليصبغ

(١) الإجارة في اللغة: الكراء، ويستعمل الأجر بمعنى الإجارة وبمعنى الأجرة. انظر المصباح المنير: ٢ ومختار الصحاح: ٦.

والإجارة في الاصطلاح: «بيع المنفعة». بدائع الصنائع ج٤: ١٧٣.

وفي ملتقى الأبحر: «بيع منفعة معلومة بعوض معلوم دين أو عين» ج٢: ١٥٧.

وفي اللباب شرح الكتاب: «هي عقد على المنافع بعوض» ج٢: ٨٨، الهداية ج٣: ٢٦٠، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣٠٨.

وحكمها: جائزة عند عامة العلماء، وقال أبو بكر الأصم: إنها لا تجوز والقياس ما قاله، لأن الإجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتل البيع فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل فإذن لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المالك فلا جواز لها رأساً لكننا استحسنا الجواز بالكتاب والسنة والاجماع. بدائع الصنائع ج٤: ١٧٣، وانظر الهداية ج٣: ٢٦٠ والأدلة على مشروعيتها كثيرة منها: الكتاب

أ- قوله تعالى: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تاجرني ثماني حجج﴾ القصص: ٢٧

ب- قوله تعالى عن تينك المراتين: ﴿قالت إحداهما يا أبتِ استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين﴾

القصص: ٢٦

«وما قضى الله علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ يصير شريعة لنا مبتدأة يلزمنا على أنه شريعتنا لا على أنه شريعة من قبلنا» لما عرف في أصول الفقه.

ج- قوله تعالى: ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله﴾ الجمعة: ١٠

والإجارة ابتغاء الفضل.

د- قوله تعالى في استئجار الظئر: ﴿وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم﴾ البقرة: ٢٣٣ .
نفي سبحانه وتعالى الجناح ممن يسترضع ولده، والمراد منه الاسترضاع بالأجرة دليله قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف﴾ البقرة/ ٣٣٣ قيل أي الأجر الذي قبلتم.

هـ- قوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ الطلاق: ٦

وهذا نص وهو في المطلقات.

ومن السنة: ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: «واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بني الدليل هادياً خريئاً وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه واحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحتيهما صبح ثلاث» صحيح البخاري بسرح فتح باري ٤: ٢٤٤

والاجماع: فإن الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة إلى يومنا هذا من غير تكبير فلا يعاب بخلافه، إذ هو خلاف الاجماع.

وبه تبين أن القياس متروك، لأن الله تعالى إنما شرع العقود لحوائج العباد وحاجتهم إلى الإجارة ماسة، لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها. انظر بدائع الصنائع ج٤: ١٧٣ - ١٧٤، وانظر الهداية ج٣: ٢٦٠

(٢) (الإجارة): في ب، جـ وساقطة من أ

(٣) (تكون): في أ، ب وفي جـ يكون

(٤) ولأن الجهالة في المعقود عليه وفي بدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع. الهداية

ج٣: ٢٦٠، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٣٧٤، وانظر اللباب ج٢: ٨٨

(٥) (ثمناً في البيع جاز أن يكون): في ب، جـ وساقطة من أ

(٦) لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع، وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره، لأنه عوض مالي. الهداية ج٣: ٢٦٠، وانظر اللباب ج٢: ٨٨، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٨.

(٧) لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت، وقوله أي مدة

كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت، ولتحقق الحاجة إليها إلا أنه في الأوقاف لا تجوز الإجارة الطويلة كيلا يدهي المستأجر ملكها، وهي مازاد على ثلاث سنين وهو المختار. الهداية ج٣: ٢٦٠، وانظر اللباب ج٢: ٨٨، وانظر ملتحى الأبحر ج٢: ١٥٧ - ١٥٨، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٠٨.

له ثوباً، أو يخيط، أو استاجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً، أو يركبها مسافة سماها (١).

وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة: كمن استاجر رجلاً لينقل له هذا الطعام (٢). ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى، وإن لم يبين ما يعمل فيها (٣)، وله أن يعمل كل شيء إلا الحدادة والقضارة (٤) والطحانة (٥).

(١) لأنه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول، وجنسه، والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد. الهداية ج٣: ٢٦١، وانظر الباب ج٢: ٨٨ - ٨٩، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٨، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣٠٩.

(٢) لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد. الهداية ج٣: ٢٦١، وانظر الباب ج٢: ٨٩، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٨، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣٠٩.

(٣) لأن العمل المتعارف فيها للسكنى، فيصرف إليه، وأنه لا يتفاوت فصح العقد. الهداية ج٣: ٢٦٤، وانظر الباب ج٢: ٨٩، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣٠٩.

(٤) القصار: يقال قصرت الثوب قصراً: بيضته، والقضارة بالكسر الصناعة والفاعل قصّار. المصباح المنير: ١٩٣.

(٥) والسبب في استثناء الحدادة والقضارة والطحانة، لأنه يوهن البناء فيتقيد بما وراءها دلالة. الهداية ج٣: ٢٦٤، وانظر الباب ج٢: ٨٩، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٩، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣٠٩، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٢.

ويجوز استئجار الأراضي للزراعة، ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها، (أو يقول) (١) على أن يزرع ما يشاء (٢).

ويجوز أن يستأجر ساحة لبني فيها، أو يغرس نخلاً، أو شجراً، فإذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعاً ويتملكه، (أو أن) (٣) يرضى بتركه على حاله ليكون البناء لهذا (والأرض) (٤) لهذا أو الرطبة (٥) كالشجر (٥)

(١) (أو يقول): في جـ وفي أ، ب ويقول

(٢) لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها، وأما قوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها، لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعمين كي لا تقع المنازعة، وقوله على أن يزرع فيها ما يشاء، لأنه لما فوض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة. الهداية جـ ٣: ٢٦٤، وانظر الباب جـ ٢: ٨٩، ملقى الأبحر جـ ٢: ١٥٩، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٣٠٩.

(٣) (أو أن): في أ، ب وفي جـ وأن

(٤) (والأرض): في أ، ب وفي جـ أو الأرض

(٥) والأصل في ذلك أن استئجارها فيه منفعة تقصد بالأراضي وتحديد القلع بانقضاء المدة وتسليمها إليه فارغة، لأنه لا نهاية لهما وفي إيقائهما إضرار بصاحب الأرض. بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل الى زمان الإدراك، لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين. الهداية جـ ٣: ٢٦٥، وانظر الباب جـ ٢: ٨٩ - ٩٠، وانظر ملقى الأبحر جـ ٢: ١٥٩

ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل، فإن أطلق الركوب جاز له أن يركبها من شاء، وكذا لو استأجر ثوباً للبس وأطلق اللبس(١).

فإن قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان (فأركبها أو البسه)(٢) غيره كان ضامناً، إن عطبت الدابة أو تلف الثوب، وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل(٣) فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل (فإن)(٤) شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره(٥)، وإن سمى نوعاً (أو قدراً)(٦) يحمله على الدابة مثل أن يقول:

(١) لأنه متفعة معلومة موهودة، وفي الإطلاق جاز له أن يركب من يشاء عملاً بالإطلاق، ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره، لأنه تعين مراداً من الأصل، والناس متفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه، وكذلك في اللبس لتفاوت الناس في اللبس. الهداية ج٣: ٢٦٥، وانظر اللباب ج٢: ٩٠، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣٠٩.

(٢) (فأركبها أو البسه): في ج وفي أ فإن ركبها، وفي ب فإن كرها أو لبسها .

(٣) لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتمدها، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل. الهداية ج٣: ٢٦٥، وانظر اللباب ج٢: ٩٠ - ٩١، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣٠٩.

(٤) (فإن): في ب، ج وفي أ وإن .

(٥) فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره، لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضر بالبناء، والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا. الهداية ج٣: ٢٦٥، وانظر اللباب ج٢: ٩١ .

(٦) (أو قدراً): في ب وفي أ، ج وقدراً

خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم (١)، وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالمالح والحديد (٢). ولو اکتري من رجل دابة، فقال صاحب الدابة (إن ركبت إلى) (يونس) (٣) فبدرهم، وإن ركبت إلى (الخليل) (٤) فبدرهمين، وإن ركبت إلى (لوط) (٥) فبثلاثة دراهم مثل (الفرسخ) (٦) والفرسخين والثلاثة جاز ذلك استحساناً.

(١) لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت، أو لكونه خيراً من الأول. الهداية ج٤: ٢٦٥.

(٢) لانعدام الرضا فيه. الهداية ج٣: ٢٦٥، وانظر اللباب ج٢: ٩١

(٣) إن ركبت إلى (يونس) في أ، ب وفي جـ إن ركبت إلى أن تونس.

(و(يونس): وهي قرية يونس بن متى عليه السلام وهي نينوى بالموصل كما توجد قرية أخرى بسواد الكوفة

يقال لها نينوى منها كربلاء. وتوجد بلدة في فلسطين اسمها خان يونس - معجم البلدان ج٥: ٣٣٩ .

(٤) اسم موضع وبلدة فيها حصن وعمارة وسوق بقرب بيت المقدس بينهما مسيرة يوم، فيه قبر الخليل

ابراهيم عليه السلام في مغارة تحت الأرض، وهناك مشهد وزوار وقوام في الموضع، وضياقة للزوار، وبالخليل

سمي الموضع. معجم البلدان ج٢: ٣٨٧ .

(٥) لوط لم أشر على اسم بلدة بهذا الاسم، وأعتقد أن المقصود بذلك هي قرى قوم لوط في المنطقة

المسماة البحر الميت حيث كان يعيش فيها قوم لوط فنخسف الله بهم الأرض.

(٦) الفرسخ: مقياس من مقاييس الطول يقدر بثلاثة أميال، أو ثمانية عشر ألف قدم، أي نحو خمسة

آلاف وأربعمائة ذراع فرنسية. المعجم الوسيط ج٢: ٦٨٨ .

ولا يجوز أكثر من ذلك، كالخيار بين ثلاثة أثواب في الشراء، والخيار ثلاثة أيام في الشرط (١).

وإن استأجر (بعيراً) (٢) إلى مكة فهو على الذهاب دون المجيء ولو استعار دابة فهو على الذهاب والمجيء (جميعاً) (٣).

(فإن) (٤) استأجر جملاً يحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكة جاز له المحمل المعتاد، فإن شاهد الجمال المحمل فهو أجود (٥).

وإذا استأجر بعيراً (ليحمل) (٦) عليه مقداراً من الزاد فآكل منه في الطريق جاز أن يرد عرض ما أكل (٧).

(١) - وهذا جائز عند أصحابنا الثلاثة استحساناً، وعند زفر لا يجوز قياساً. وعلى هذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء، وإن ذكر أربعة لم يجز، وعلى هذا أنواع الخياطة والصبغ أنه إذا ذكر ثلاثة جاز عندنا، ولا يجوز ما زاد عليها كما في بيع العين.
وجه القياس: أنه أضاف العقد إلى أحد المذكورين وهو مجهول فلا يصح، ولهذا لم يصح إذا أضيف إلى أحد الأشياء الأربعة.

ولنا: أنه خيره بين عقدين معلومين في محلين متقومين ببدلين معلومين وأما قولهما: إن العقد أضيف إلى أحد المذكورين من غير عين نتم، لكن فوض خيار التعمين إلى المستأجر ومثل هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة كجهالة قفيز من الصبرة، ولهذا جاز البيع بالإجارة أولى، لأنها أوسع من البيع، إلا ترى أنها تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع، إلا بشرط الخيار. بدائع الصنائع ج٤: ١٨٥، وانظر عيون المسائل ج٢: ٢٤٠.

(٢) - (بعيراً): في أ، ب وفي ج بعير

(٣) (جميعاً): في ب، ج وساقطة من أ

ويجب على المستعير ردّ المستعار لأن ردّه عليه، لأن نفعه له على الخلوص فكان ردّه عليه لقوله صلى الله عليه وسلم: «الخراج بالضمان» سنن ابن ماجه ج٢: ٧٤٥، وانظر تخريجه في كشف الخفاء ج١: ٤٥١ - ٤٥٢، ولهذا كانت نفقته عليه، فكذا مؤونة الردّ، انظر بدائع الصنائع ج٤: ٢٠٩، وانظر عيون المسائل ج٢: ٢٤٢.

(٤) (فإن): في ب، ج وفي أ وإن

(٥) وفي القياس لا يجوز للجهالة، وقد يفضي ذلك للمنازعة.

وجه الاستحسان: أن المقصود هو الراكب وهو معلوم، والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا يفضي ذلك إلى المنازعة، وكذا إذا لم ير الوطاء والذئبة. الهداية ج٣: ٢٨٢ وانظر اللباب ج٢: ٩٥.

(٦) (ليحمل): في ب، ج وفي أ يحمل.

(٧) لأنه استحق عليه حملاً مسمى في جميع الطريق، فله أن يستوفيه، وكذا غير الزاد من المكيل والموزون، ورد الزاد معتاد عند البعض كردد الماء فلا مانع من العمل بالإطلاق. الهداية ج٣: ٢٨٢، وانظر اللباب ج٢: ٩٥ - ٩٦.

وإن قال: إن خطت هذا الشوب فارسياً فبدرهم، وإن خطته رومياً فبدرهمين جاز، وأي العاملين عمل استحق أجرته (١)

وإن قال: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غداً فبنصف درهم، فإن خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غداً فله أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم.
وقال: الشرطان جائزان فأيهما وقى به استحق أجرته (٢).

(١) وكذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهمين، وإن صبغته بزعفران فبدرهمان. الهداية ج٣: ٢٧٦، وانظر للباب ج٢: ٩٧ - ٩٨، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٨٥.

(٢) قال زفر: الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد، وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولاً، وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه، فيجتمع في كل يوم تسميتان. ولهما أن ذكر اليوم للتأقبت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان، ولأن التعجيل والتأخير مقصودان فنزلاً منزلة اختلاف النوعين.

ولأبي حنيفة رحمه الله، أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقبت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل، وإذا كان كذلك يجتمع في العقد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الأول، ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني.

وفي الجامع الصغير: لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان، فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى. الهداية ج٣: ٢٧٦ - ٢٧٧، وانظر للباب في شرح الكتاب ج٢: ٩٨، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٦٦، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٣، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٨٦.

وإن قال: إن سكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم في الشهر، وإن سكنته (حداداً) (١) فبدرهمين جاز، وأي الأمرين فعل استحق المسمى (به) (٢).
وقالا: الإجارة فاسدة (٣)

وإن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور إلا أن يسمى جملة شهور معلومة (٤)
فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه، (ولم يكن) (٥) للمؤاجر

(١) (حداداً): في أ، ج وفي ب بحداد.

(٢) (به): في ب، ج وساقطة من أ.

(٣) وجه قولهما: أن الأجر لا يجب بالسكنى وإنما يجب بالتسليم وهو التخلية، وحالة التخلية لا يدري ما يسكن فكان البدل عنده مجهولاً.

ولأبي حنيفة: أنه خير بين منفتحين معلومتين فيجوز كما في خياطة الرومية والفارسية، وهذا لأن السكنى وعمل الحدادة مختلفان والعقد الواحد منهما صحيح على الانفراد فكذا على الجمع.

بدائع الصنائع ج٤: ١٨٦، وانظر الهداية ج٣: ٢٧٧، وانظر اللباب ج٢: ٩٨، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٦٦، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٣.

(٤) لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعلمر العمل بالمعوم، فكان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه، وإذا تمّ كان لكل واحد منهما أن يتقضى الإجارة لانتهاء العقد الصحيح، ولو سمي جملة شهور معلومة جاز، لأن المدة صارت معلومة. الهداية ج٣: ٢٦٨، وانظر اللباب

ج٢: ٩٨ - ٩٩، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٦١.

(٥) (ولم يكن): في أ وفي ب، ج وإن لم يكن.

أن يخرجها إلا أن (ينقضي) (١) ذلك الشهر، (وكذلك) (٢) كل شهر (سكن) (٣) في أوله (٤).

فإن استأجر داراً شهراً بدرهم فسكنها شهرين لم يلزمه إلا أجره شهر واحد، وإن استأجرها سنة (بعشرة دراهم) (٥) جاز (وإن) (٦) لم يسم قسط كل شهر من الأجرة (٧). ويجوز (استئجار) (٨) (الظئر) (٩) بأجرة معلومة (١٠)، ويجوز بطعامها وكسوتها (١١)، وينبغي أن تكون الأجرة ومدة الرضاع معلومتين (١٢)، وعليها مع الرضاع

(١) (ينقضي): في جـ وفي أ، ب يقضى

(٢) (وكذلك): في ب وفي أ فكذلك وفي جـ وكذا

(٣) (سكن): في ب وفي أ يسكنه وفي جـ يسكن

(٤) لأنه تمّ النقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس، وقد مال إليه بعض المشايخ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها، لأن في اعتبار الأول بعض الحرج. الهداية جـ ٣: ٢٦٨ وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٦١، وانظر اللباب جـ ٢: ٩٩.

(٥) (بعشرة دراهم): في أ، ب وفي جـ بعشر دراهم

(٦) (وإن): في أ، جـ وفي ب لأنه .

(٧) لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد، فإنه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم.

الهداية جـ ٣: ٢٦٩، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٦١، وانظر اللباب جـ ٢: ٩٩.

(٨) (استئجار): في ب، جـ وفي أ إيجار

(٩) الظئر: المرأة الأجنبية تحضن ولد غيرها. المصباح المنير: ١٤٧

(١٠) لقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ الطلاق/ ٦ ولأن التعامل به كان جارياً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه. الهداية جـ ٣: ٢٧٠، وانظر بدائع الصنائع جـ ٤: ١٩٣-١٩٤، وانظر المبسوط جـ ١٥: ١١٨-١١٩.

(١١) هذا استحساناً عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يجوز، لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ.

وله أن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن في العادة التوسعة على الأظفار شفقة على الأولاد فصار كبيع قفيز من صبرة، بخلاف الخبز والطبخ لأن الجهالة فيه تفضي إلى المنازعة. الهداية جـ ٣: ٢٧١، وانظر الجامع الصغير: ٤٤١، وانظر بدائع الصنائع جـ ٤: ١٨٤، ١٩٢، ١٩٣-١٩٤، وانظر المبسوط جـ ١٥: ١١٩-١٢٠.

(١٢) وهذا مثل أجره عبد الخدمة: لا بدّ من بيان الوقت، وبيان الأجر، ونحو ذلك، إلا أن في الظئر إذا استأجرها بكسوتها ونفقتها جاز، من غير بيان عند أبي حنيفة استحساناً، وعندهما لا يجوز. تحفة الفقهاء جـ ١: ٣٦١.

(ما) (١) يعالج به الصبي من الغسل وغيره (٢). وهي بمنزلة الأجير الخاص (لا ترضع) (٣) غيره (٤)، وليس للمستاجر أن يمنع زوجها من (وطئها) (٥) فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة إن خافوا على الصبي من لبنها (٦).

وعليها أن تصلح طعام الصبي، فإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجرة لها (٧). ويجوز الاستئجار (على تعليم) (٨) الهجاء والنحو واللغة والخط والقرآن

(١) (ما): في أ، ج وفي ب وما.

(٢) والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب، فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظن، أما الطعام فعلى والد الولد، وما ذكره محمد رحمه الله ان الدهن والريحان على الظن فذلك من عادة أهل الكوفة. الهداية ج٣: ٢٧١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٦٢، وانظر اللباب ج٢: ١٠١، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٣٦١ - ٣٦٢، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٨١-١٨٤، وانظر المبسوط ج١٥: ١٢١.

(٣) (لا ترضع): في أ، ب وفي ج يرضع

(٤) فليس لها أن تشغل نفسها في المدة من رضاع الصبي، ولا أن تؤاجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل، والأجير الخاص أمين فيما في يده بخلاف الأجير المشترك. المبسوط ج١٥: ١٢١.

(٥) (وطئها): في ب وفي أ، ج وطئها.

(٦) لأن الوطاء حق الزوج فلا يتمكن من إبطاله، ولهم حق الفسخ إن حملت، لأن لبن الحامل يفسد الصبي، فلهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً. الهداية ج٣: ٢٧١، وانظر اللباب ج٢: ١٠١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٦٢، وانظر المبسوط ج١٥: ١٢٢.

(٧) لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع، فإن هذا إيجاب وليس بإرضاع، وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه يختلف العمل. الهداية ج٣: ٢٧١، وانظر اللباب ج٢: ١٠١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٦٢، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٣٦٢.

(٨) (على تعليم): في ب، ج وفي أ في تعليم

أيضاً وهو الفتوى (١)

فإن جعل (معلم) (٢) القرآن الأجرة لحبسهم وتأديبهم كان أولى.

وإن اشترط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره، وإن أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمل (٣).

(ويصح) (٤) شرط الخيار في الإجارة كما في البيع (٥).

(١) والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها عندنا، ولنا قوله صلى الله عليه

وسلم: «اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به» رواه أحمد في المسند ج٣: ٤٤٤، وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله

عليه وسلم إلى عثمان بن أبي العاص: «وإن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً» سنن أبي داود

ج١: ١٤٦.

ولأن القرية متى حصلت وقعت عن العامل، ولهذا تعتبر أهلية فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في

الصوم والصلاة، ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزماً ما لا يقدر على

تسليمه فلا يصح.

وبعض مشايخنا استحسوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم، لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية، ففي

الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى. الهداية ج٣: ٢٦٩، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٩١ - ١٩٢،

وانظر اللباب ج٢: ١٠٠، وانظر المبسوط ج١٦: ٤٦، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣١١، وانظر

تحفة الفقهاء ج١: ٣٥٧، وانظر الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب لاساتذنا الدريني: ٣١٣-٣١٤.

(٢) (معلم): في ب، ج، وفي أ مع

(٣) لأن المقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه، كالمنفعة في محل بعينه، أما إن أطلق فله أن

يستأجر من يعمل، لأن المستحق عمل في ذمته، ويمكن إيفاءه بنفسه وبالأستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين.

الهداية ج٣: ٢٦٣، وانظر اللباب ج٢: ١٠٢

(٤) (ويصح): في ب، ج، وفي أ وإن

(٥) لأنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع، والجامع بينهما دفع

الحاجة. الهداية ج٣: ٢٨٠، وانظر اللباب ج٢: ١٠٥

وتجوز الاجارة مياومة ومشاهرة ومسانهة(١) إذا بين عدد تلك المدّة، وما يختص بها من الأجرة(٢).

(وإن)(٣) استاجر داراً فليس له أن يؤجرها حتى (يقبضها)(٤) ولا يؤجرها إلا بمثل ما استاجرها به أو أنقص، وتكره الزيادة إلا أن يزيد فيها من العمارة شيئاً، وإن زاد (على ما استاجر)(٥) فالفضل له، ويؤمر أن يتصدق به(٦) وإن (أقعد)(٧) الصباغ أو الخياط في الحانوت معه من يطرح عليه العمل

(١) المسانهة: من السنة وهي الحول، والأصل سنهة، وتجمع على سنهات، وتسنت النخلة وغيرها أنت

عليها سنون، وعاملته مسانهة، وأرض سنهأ أصابتها السنة وهي الجذب. المصباح المنير: ١١١ .

(٢) لأنه إن لم يبين المدّة لا يصير معلوم القدر بدونه فترك بيانه يفضي إلى المنازعة، وسواء قصرت المدّة أو

طالت من يوم أو شهر أو سنة أو أكثر من ذلك بعد أن كانت معلومة، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك وسواء عيّن

اليوم أو الشهر أو السنة أو لم يعين. بدائع الصنائع ج٤: ١٨١ .

(٣) (وإن): في أ، ج وفي ب وإذا

(٤) (يقبضها): في ب، ج وفي أ يقبض .

(٥) (على ما استاجر): في أ، ج وفي ب وعلى المستاجر .

(٦) يقول الإمام الكاساني: «ولو أجزها بأكثر من الأجرة الأولى، فإن كانت الثانية من خلاف جنس الأولى

طابت له الزيادة، وإن كانت من جنس الأولى لا تطيب له حتى يزيد في الدار زيادة من بناء، أو حفر، أو

تطين، أو تخصيص، فإن لم يزد فيها شيئاً فلا خير في الفضل، ويتصدق به، لكن تجوز الإجارة.

أما جواز الإجارة فلا شك فيه، لأن الزيادة في عقد لا يعتبر فيه المساواة بين البذل والمبدل لا تمنع صحة

العقد وما هنا كذلك فيصح العقد.

وأما التصديق بالفضل إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى فلأن الفضل ربح مالم يضمن، لأن المنافع لا

تدخل في ضمان المستاجر، بدليل أنه لو هلك المستاجر فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على

المؤاجر، فكانت الزيادة ربح ما لم يضمن، ونهى النبي عن ذلك. بدائع الصنائع ج٤: ٢٠٦ .

(٧) (أقعد): في أ، ب وفي ج أقعد .

بالنصف جاز(١)
ومن استأجر (أرضاً)(٢) للزراعة فله الشرب والطريق(٣)
وابتداء (مدة الإجارة)(٤) عقيب العقد إلا أن يسمي وقتاً لم (يات)(٥) بعد(٦).
(وإذا)(٧) استأجر داراً لم يرها فله خيار الرؤية، وإن وجد بالمستأجر عيباً (يضر به
الانتفاع)(٨) فله الخيار، فإن رضي به فعليه الأجرة تامة، وإن زال العيب بطل الخيار(٩).

(١) لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل، وهذا بحذاته يعمل، فتتنظم بذلك المصلحة، فلا تضره الجهالة فيما يحصل. الهداية ج٣: ٢٨٢، وانظر ملئقى الأبحر ج٢: ١٦٨، وانظر الجامع الصغير: ٤٥٠.

(٢) (أرضاً): في أ، ج وفي ب أيضاً .

(٣) لأن الإجارة تعقد للانتفاع، ولا انتفاع في الحال إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع، لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال. الهداية ج٣: ٢٦٤، وانظر اللباب ج٢: ٨٩، وانظر ملئقى الأبحر ج٢: ١٥٩، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٢.

(٤) (مدة الإجارة): في أ، ج وفي ب مدة من الإجارة .

(٥) (يات): في أ، ج وفي ب يأتي .

(٦) ولو أضاف الإجارة إلى زمان المستقبل، بأن قال في رمضان: «أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة المحرم» بجوز. تحفة الفقهاء ج١: ٣٤٨

(٧) (وإذا): في ب، ج وفي أ وإن .

(٨) (يضر به الانتفاع): في ب، ج وفي أ يضر الانتفاع به .

(٩) ومنها أي من أحكام الإجارة أنه يجب على المؤاجر تسليم المستأجر سليماً عن العيب الذي يضر بالانتفاع، خالياً عن الموانع التي تمنع من الانتفاع في جميع المدة حتى يجب عليه جميع الأجر.
فإن كان به عيب يضر بالانتفاع، فالمستأجر بالخيار: إن شاء فسخ الإجارة وإن شاء مضى عليها، فإن مضى عليها مع العيب، يجب عليه جميع المسمى، لأنه رضي بالمعقود عليه مع العيب.

وإن زال ذلك العيب أو سقط حائط فبناه المؤاجر، فلا خيار للمستأجر، لأن العيب زال. تحفة الفقهاء ج١: ٣٤٩، ٣٥٠، وانظر الهداية ج٣: ٢٨٠، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٩٥-١٩٦.

وإصلاح الدار، والدكان، والبيوت وأحكامها وتطيينها، وكل ما يضر بالسكنى على رب الدار، فإن لم يعمل (لم) (١) يجبر عليه، ولكن إن شاء المستأجر خرج منها (٢). وما كان داخلياً من نحو (التنور) (٣) (والكانون) (٤) (والدكك) (٥) فعلى المستأجر إن شاء فعل (٦).

وعلى المؤاجر في إجارة الدور والحوانيت ونحوها تسليم المفتاح إلى المستأجر، وفي الدواب وغيرها تسليم ما يتمكن به من المستأجر كخطام الجمل ومجرّ (٧) الفرس والحمار (٨).

(١) (لم): في ب، ج وفي الا .

(٢) حتى تكون صالحة للانتفاع، ولكن لا يجبر على ذلك، لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه، لكن

يثبت الخيار للمستأجر، لأن هذا في معنى العيب. تحفة الفقهاء ج١: ٣٥٠ - ٣٥١.

(٣) التنور: الذي يخبز فيه المصباح المنير: ٣٠.

(٤) الكانون: الموقد المعجم الوسيط ج٢: ٨٠٨.

(٥) الدكك: المكان المرتفع يجلس عليه وهو المسطبة المصباح المنير: ٧٥

(٦) لأن ذلك كله شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لأحد العاقدين بدائع الصنائع ج٤:

١٩٥، وانظر المبسوط ج١٥: ١٥٤ - ١٥٥.

(٧) الخطام: الزمام، وهو ما وضع على خطم الجمل ليقاد به. المعجم الوسيط ج١: ٢٤٤.

ومجرّ الفرس: من انجرّ أي انجذب وجرره به: سحبه وجذبه به المعجم الوسيط ج١: ١١٦ - ١١٧

(٨) لأن الأجرة تستحق باستيفاء العقود عليه، فإذا استوفى العقود عليه استحق الأجرة عملاً بالمساواة.

الاختيار لتعليل المختار ج٢: ٥٥ .

وقال ابن عابدين: «ولو سلمه المفتاح فلم يقدر على الفتح لضياعه، إن أمكنه الفتح بلا كلفة وجب الأجر

والإفلا، وكذا لو عجز المستأجر عن الفتح بهذا المفتاح لم يكن تسليمه لأن التخلية لم تصح». حاشية ابن

عابدين ج٥: ٩

(وعلى) (١) المستأجر (رد) (٢) (المفاتيح) (٣) إلى المؤجر عند انتهاء المدة، وليس عليه ردّ الأعيان (المقولة) (٤).

وعلى المؤجر قبضها من منزل المستأجر بخلاف العارية (٥).

فإن استأجر دابة من دار صاحبها فعليه ردّها إليها، وإن استأجرها في دار نفسه لم يكن عليه ردّها إلى دار صاحبها (وعلى صاحبها) (٦) أن يأخذها من منزل المستكري (٧).
ومن ادعى نصف دار في يد رجل فأنكره ثمّ صالحه على سكنها سنة جاز، (فكانه) (٨) استأجر نصيب صاحبه بنصيبه (٩).

(١) (وعلى): في أ، ج وفي ب على

(٢) (رد): في أ، ج وساقطة من ب

(٣) (المفاتيح): في أ، ج وفي ب والمفاتيح

(٤) (المقولة): في أ، ب وفي ج والمقولة

ويقول في تحفة الفقهاء وعلى المستأجر: في إجارة الدار والحانوت تسليم المفتاح إلى المؤجر بعد انتهاء المدة. فإما في الدابة التي استأجرها للركوب في حوائجه في المصّر وقتاً معلوماً فليس عليه أن يسلمها إلى صاحبها بأن يذهب بها إلى منزله، وعلى المؤجر أن يقبضها من منزل المستأجر، لأنه حصل له المنفعة بالتسليم إلى المستأجر، وهو الأجر فلم يكن عليه الردّ كما في الوديعة، حتى لو أمسكها أياماً ولم يتفجع بها فهلكت في يده لم يضمنها، وفي العارية والغصب يجب الردّ على المستعير والغاصب. تحفة الفقهاء جـ ١: ٣٥١

(٥) انظر في الصفحة نفسها تحت رقم (٦)

(٦) (وعلى صاحبها): في أ، ب وساقطة من ج

(٧) لأن انتهاء الإجارة إلى هذا الموضع، فعليه أن يأتي بها إليه، لأن الردّ واجب على المستأجر، فإن حملها

إلى منزله فأمسكها حتى عطبت يضمن، لأنه تعدّى في حملها إلى غير موضع النقد. تحفة الفقهاء جـ ١: ٣٥١

- ٣٥٢

(٨) (فكانه): في أ، ج وفي ب مكانه

(٩) لأنه أمكن تصحيحه في جانبه على زعمه، ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلاً

في دعواه انظر الهادي جـ ٣: ٢١٧، وانظر المبسوط جـ ٢٠: ١٣٩ - ١٤٠

فصل

وإجارة العبد والحرّ جائزة (١).

والأجراء ضربان:

أجير مشترك. وأجير خاص.

فالمشترك: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار (٢).

والمشاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة، ويضمنه عندهما (٣).

(١) - فحرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا، لئيفذ عقد المملوك إن كان مأذوناً،

ويقف على إجازة مولاه إن كان محجوراً، وللمكاتب أن يؤاجر ويستاجر، لأنه في مكاسبه كالحرّ. بدائع

الصنائع ج٤: ١٧٦.

(٢) - لأن العقود عليه إذا كان هو العمل، أو أثره كان له أن يعمل للعمارة، لأن منافعه لم تنصر مستحقة

لواحد، فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً. الهداية ج٣: ٢٧٤، وانظر الباب ج٢: ٩٣، وانظر ملتقى

الأبحر ج٢: ١٦٤، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣١٠.

(٣) - وجه قولهما: ماروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك، ولأن

الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به، فإذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان

التقصير من جهته فيضمنه كالوديعه إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه،

والحريق الغالب وغيره، لأنه لا تقصير من جهته.

ولأبي حنيفة وزفر: إن العين أمانة في يده، لأن القبض حصل بإذنه، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن

الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضموناً يضمنه كما في الغصوب، والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً،

ولهذا لا يقابله الأجر بخلاف المودع بالأجر، لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً حتى يقابله الأجر. الهداية

ج٣: ٢٧٤، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ٢١٠، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٣٥٢، وانظر اللباب ج٢:

٩٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٦٤، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣١٠.

وما تلف بعمله يضمن (١).

والأجير الخاص: الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل. كمن استؤجر شهراً للخدمة، أو لرعي الغنم (٢)، ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده، وما تلف بعمله من غير قصده وتقصيره (٣).

ومن استأجر غلاماً للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط (٤)

(١)- وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا ضمان عليه، لأنه أمره بالفعل مطلقاً، فيتظمه بنوعيه الميب

والسليم وصار كأجير الوحد ومعين القصار.

ولنا: أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح، لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو العقود عليه حقيقة، حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذوناً فيه بخلاف المعين، لأنه متبرع، فلا يمكن تقييده بالمصلح، لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر، فأمكن تقييده وبخلاف أجير الوحد. الهداية ج٣: ٢٧٤-٢٧٥، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ٢١٠، وانظر للباب ج٢: ٩٣، وانظر ملقى الأبحر ج٢: ١٦٥.

(٢)- وإنما سمي اجير وحد، لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره، لأن منامه في المدة صارت مستحقة له، والأجر

مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل. الهداية ج٣: ٢٧٥، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣١٠.

(٣)- أما الأول: فلأن العين أمانة في يده، لأنه قبض بإذنه، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما،

لأن تضمين المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس.

واجير الوحد لا يقبل الأعمال فتكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت

مملوكة للمستأجر، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائباً منابه فيصير فعله منقولاً إليه كأنه فعله بنفسه

فلهذا لا يضمته الهداية ج٣: ٢٧٦، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣١٠، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٣٥٢، وانظر

اللباب ج٢: ٩٥، وانظر ملقى الأبحر ج٢: ١٦٥.

(٤)- (يده، وما تلف ... إلا أن يشترط) في ب، ج وساقطة من أ.

وإن استأجر عبداً محجوراً عليه فعمل (واعطاه الأجر فليس) (٢) للمستأجر أن يسترد منه استحساناً (٣).

والعبد المغصوب إذا أجر نفسه وسلم العمل وأخذ الأجر جاز فإن أخذ الغاصب الأجر وأكله فلا ضمان عليه.

وقالوا: يضمن (وإن) (٤) وجد المولى الأجر باقياً أخذه (٥).

وإذا أجر عبده أو ابنه فعتق العبد وبلغ الإبن فلهما الخيار.

وإن أجر عبد ابنه الصغير أو عقاره ثم بلغ الإبن لم يكن له فسخه (٦).

(١) - لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا يتنظمها الإطلاق، ولهذا جعل السفر عدلاً فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار، ولأن الضاوت بين الخدمتين ظاهر، فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب. الهداية ج٣: ٢٧٨، وانظر الباب ج٢: ٩٥. وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٦٦.

(٢) - (واعطاه الأجر فليس): في ب، ج وفي أ واعطاه الأجر ثم علم فليس.

(٣) - وأصله أن الإجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ من العمل، والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى، وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد.

وجه الاستحسان: أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضار على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر. الهداية ج٣: ٢٧٨، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٤-٤٤٥.

(٤) - (وإن) في أ، ب وفي ج فإن

(٥) - لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الإجارة قد صحت.

وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز، لأن التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب، لأن العبد لا يحرز نفسه عنه، فكيف يحرز ما في يده الهداية ج٣: ٢٧٨، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٦٦، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٥.

(٦) - لأن في استيفاء العقد إضراراً به لأنه بعد البلوغ تلحقه الأتفة من خدمة الناس، وإلى هذا أشار أبو حنيفة فقال: أرايت لو تفقه فولي القضاء أكنت أتركه يخدم الناس، وقد أجره أبوه؟ هذا قبيح.

ولأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً، والمقد ينمقد على حسب حدوث المنافع فإذا بلغ فيصير كأن الأب عقد ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداءً فكان له خيار الفسخ والإجارة كما إذا عقد ابتداءً بعد البلوغ.

وكذا الأب والجد ووصيهما والقاضي ووصيه في إجارة عبد الصغير وعقاره، لأن لهم ولاية التصرف في ماله بالبيع، كذا بالإجارة.

ولو بلغ قبل انتهاء المدة فلا خيار له بخلاف إجارة النفس. بدائع الصنائع ج٤: ١٧٨.

فصل

(استحقاق الأجرة) (١): لا تجب بنفس العقد، وإنما (تستحق) (٢) بأحد ثلاثة أشياء: (بشرط) (٣) (التعجيل) (٤)، أو (التعجيل) (٥) من غير شرط، أو استيفاء العقود عليه (٦). ومتى سلّم الصانع عمله استحق الأجرة، فإن عمل في ملك المستاجر وفرغ من عمله أي عمل كان فقد سلّم العمل إليه وله الأجرة (٧). وإن هلك بعد ذلك نحو بناء ينهدم، أو ثوب يحرق، وإن لم يكن في ملك المستاجر فلا أجرة (٨) له حتى يسلم إليه عمله (٩).

(١)- (استحقاق الأجرة): في ب، ج وساقطة من أ

(٢)- (تستحق): في أ، ج وفي ب يُستحق

(٣)- (بشرط): في ج وفي أ، ب شرط

(٤)- (التعجيل): في أ، ج وفي ب التأجيل.

(٥)- (التعجيل): في ب، ج، وفي أ التأجيل.

(٦): لأن العقد يتعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث النافع، والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الآخر وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجر لتحقق النسوية، وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل من غير شرط، لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله. الهداية جـ: ٣: ٢٦١، وانظر محفة الفقهاء جـ: ١: ٣٤٨، وانظر الباب جـ: ٢: ٩٦، وانظر ملئقى الأبحر جـ: ٢: ١٥٨، وانظر المبسوط جـ: ١٥: ١٠٨.

(٧)- لأن الإجارة عقد معاوضة فتقتضي المساواة بينهما، فما لم يسلم العقود عليه للمستاجر لا يسلم له العوض، والمقود عليه هو العمل أو أثره. حاشية ابن عابدين جـ: ٥: ٤٠، وانظر الهداية جـ: ٣: ٢٦١.

(٨)- (أجرة): في ب، ج وساقطة من أ.

(٩)- وقال الإمام السرخسي: وإذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له، ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: هو ضامن إلا إذا تلف بأمر لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق الغالب.

المبسوط جـ: ١٥: ١٠٣، وانظر حاشية ابن عابدين جـ: ٥: ٤٠

وإن ضرب لبناً في غير ملكه لا يصير مسلماً إليه إلا بالنصب عند أبي حنيفة وبالتشريع (١) عندهما (٢).

وإذا استاجر طباًخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة (فالغرف) (٣) عليه (٤).
(وإن) (٥) استاجر خبازاً ليخبز (له) (٦) في بيته مدّ دقيق بدرهم لا يستحق الأجرة حتى يخرج الخبز من التنور (٧).
ومن أجر داراً فله أن (يطالبه) (٨) بأجرة كل يوم إلا أن يتسبين وقت

-
- (١)- التشريع: شرّجت اللبن، نضدته، وهو ضم بعضه إلى بعض - المصباح المنير ص: ١١٧.
(٢)- وجه قول أبي حنيفة: لأن العمل يتفاوت بحسب اللبن، ألا ترى أنه لو ترك كذلك فسد وصار وجه الأرض فإن أتمه فهو برىء من اللبن وله الأجر وإن فسد بعد ذلك.
وعندهما: لا حتى يجف فإذا جف وأشرح فحيث له الأجر ومذهبهما استحسان اعتباراً فيه العرف. المبسوط ج١: ١٦: ٥٧، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣١٠-٣١١.
(٣)- (فالغرف): في أ، جـ وفي ب فالعرف
(٤)- يقول الإمام السرخسي: «ومثل هذا يصير مستحقاً بمطلق العقد كإخراج الخبز من التنور وغرف القدور في القصاع يكون مستحقاً على الطباخ عند الاستئجار في الوليمة» ج١: ١٦: ٥٧.
(٥)- (وإن): في ب، جـ وفي أ ومن
(٦)- (له): في جـ وساقطة من أ، ب.
(٧)- لأن تمام العمل بالإخراج، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم.
الهداية ج٣: ٢٦٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣١٠.
(٨): (يطالبه): في جـ وفي أ، ب يطالب

الاستحقاق بالعقد (١)

ومن استأجر بغيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة (٢).
وليس للقصار والحياط أن يطالب بالأجرة حتى يفرغ من العمل إلا أن يشترط التعجيل (٣).
وإذا تسلم المستأجر الدار وصارت في يده لزمته الأجرة وإن لم يسكنها (٤) إلا إذا غصبها
غاصب من يده فسقطت الأجرة (٥).
وكذا إذا لم يعمل في الدكان، ولم يزرع في الأرض، ولم يركب الدابة ولم يستعمل

(١) - لأنه استوفى منفعة مقصودة إلا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد، لأنه بمنزلة التأجيل. الهداية ج٣:

٢٦١، وانظر الباب ج٢: ٩٦، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣١٠.

(٢) - لأن سير كل مرحلة مقصود. وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً: لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء
المدة وانتهاء السفر، وهو قول زفر رحمه الله، لأن العقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على
أجزائها كما إذا كان العقود عليه العمل.

ووجه القول المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقيق المساواة إلا أن المطالبة في
كل ساعة تفضي إلى أن يتفرغ لغيره فيتضرر به فقلدنا بما ذكرنا. الهداية ج٣: ٢٦٢، وانظر الباب ج٢:
٩٦، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣١٠.

(٣) - لأن العمل في البعض غير متفع به فلا يستوجب الأجر به، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا
يستوجب الأجر قبل الفراغ إلا أن يشترط التعجيل لأن الشرط فيه لازم. الهداية ج٣: ٢٦٢، وانظر الباب
ج٢: ٩٦ - ٩٧.

(٤) - لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور، فأقمنا تسليم المحل مقامه إذ التمكن من الانتفاع يثبت به. الهداية
ج٣: ٢٦١، وانظر الباب ج٢: ١٠٤.

(٥) - لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع، فإذا فات التمكن فات التسليم
وانفسخ العقد لسقط الأجر، وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط الأجر بقدره إذ الإنفساخ في بعضها.
الهداية ج٣: ٢٦١، وانظر الباب ج٢: ١٠٤.

الأجير (١).

وإن استأجر دابة إلى مكان معلوم فلم ينفذ بها إلى ذلك المكان فلا أجره عليه (٢)، وإن وصلها فعليه الأجر ركبها أولاً بعد أن كان صالحاً للركوب (٣).
وإن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة ويجيء بعياله، فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر (بحسابه) (٤).
وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة، ويجيء بجوابه فوجده ميتاً

(١)- وهذا للسبب نفسه الذي ذكرناه في التعليل السابق تحت رقم (٥) ص: ٢٢١

(٢)- لأن المعقود عليه خطوات الدابة في الطريق، ولا يتصور وجود ذلك إذا كانت الدابة على أربها -محبسها- في البيت. المبسوط ج١٥: ١٨٤.

(٣)- لأنه أتى بما يستحقها بما هو المستحق عليه بالمقد وهو تسليم الدابة إليه وتمكينه من ركوبها في المدة فيطيب له الأجر كالمرأة إذا سلمت نفسها إلى زوجها طاب لها جميع الصداق. المبسوط ج١٥: ١٧٦، وانظر عيون المسائل ج٢: ٢٤٣.

(٤)- (بحسابه): في أ، ج وساقطة من ب.

لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره، مراده إذا كانوا معلومين. الهداية ج٣: ٤٦٣-٤٦٤، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٤.

(فردة) (١) فلا أجر له،
 وقال محمد: له أجر الذهب (٢).
 وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فوجده ميتاً فرده فلا أجر له في قولهم (٣).
 ومن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً معلومة العمق، والسعة في مكان معلوم لم يكن عليه أن
 يدفع شيئاً من (الأجرة) (٤) حتى يفرغ (منها) (٥).
 وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين بعد فراغه من العمل
 حتى يستوفي الأجرة (٦)، ومن لا أثر لعمله فليس له أن يحبسه للأجرة كالحمال والملاح (٧).
 وقبض الأجرة إلى العاقد أو (إلى) (٨) وكيله. (اللهم اختم بخير) (٩)

- (١) - (فردة) في ج وساقطة من أ، ب.
 (٢) - وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وذلك أن المعقود عليه هو نقل الكتاب، لأنه هو
 المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في
 الطعام.
 وقال محمد: له الأجر في الذهب، لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة، وهذا، لأن الأجر
 مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤونه. الهداية ج٣: ٢٦٤، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٤.
 (٣) - لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام لأن المعقود عليه في المسألة السابقة هو قطع المسافة.
 الهداية ج٣: ٢٦٤، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٤.
 (٤) - (الأجرة): في ب، ج وفي أ الأجر
 (٥) - (منها): في أ، ب وفي ج ساقطة منها.
 لأن وجوب الأجر عند الحفر المسوط ج١٦: ٤٧.
 (٦) - لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب، فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع، ولو حبسه
 فضاع في يده فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، لأنه غير متعدي في الحبس، فبقي أمانة كما كان عنده، ولا
 أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم.
 وعندهما: العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا
 أجر له، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر.
 الهداية ج٣: ٢٦٣، وانظر الباب ج٢: ١٠٢، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٩.
 (٧) - لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل
 الثوب نظير الحمل، وهذا بخلاف الأبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل، ولا أثر لعمله، لأنه
 كان على شرف الهلاك وقد أحياء فكانه باعه حق الحبس وهذا مذهب علمائنا الثلاثة.
 وقال زفر: ليس له حق الحبس في الوجهين، لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس.
 ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضياً به حيث إنه تسليم فلا يسقط حق
 الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع. الهداية ج٣: ٢٦٣.
 (٨) - (إلى): في أ، ب وفي ج لي.
 (٩) - (اللهم اختم بخير): في ب وساقطة من أ، ج.

باب الإجارة الفاسدة

الإجارة تُفسدها الشروط كما تُفسد البيع (١).
ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك.
وقالا: تجوز منه ومن غيره (٢).

(١) - لأنه بمنزله، ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ. الهداية ج٣: ٢٦٨، وانظر اللباب ج٢: ٩٥.

(٢) - وصورته: أن يؤجر نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك.

لهما: أن للمشاع منفعة، ولهذا يجب أجر المثل، والتسليم ممكن بالتخلية أو بالنهايؤ فصار كما إذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع.

ولأبي حنيفة: أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز، وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليماً لوقوعه تمكيناً وهو الفعل الذي يحصل به التمكين، ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكين فيه، وأما النهايؤ، فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك، وحكم العقد يعقبه، والقدرة على التسليم شرط العقد، وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر التراخي سابقاً، وبخلاف ما إذا أجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيع، والاختلاف في النسبة لا يضر، على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيع الطارئ، لأن القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء، وبخلاف ما إذا أجر من رجلين، لأن التسليم يقع جملة، ثم الشيع بتفرق الملك فيما بينهما طارئاً. الهداية ج٣: ٢٧٠، وانظر اللباب ج٢: ١٠٠، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٨٠، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣١١، وانظر الجامع الصغير: ٤٤١.

- ولا تجوز أجرة عسب (١) الفحل (٢).
 ولا يجوز الاستئجار على المعاصي كالغناء والنوح، ولا على تعليم الملاهي (٣).
 ولا يجوز على الطاعات كالأذان والحج، وتعليم الشرائع والفرائض (٤)، وما يعطى هؤلاء فهو النفقة للإعانة على (الطاعات) (٥)
 وما يفسد البيع من الجهالة يفسد الإجارة (٦).

-
- (١)- عسب الفحل: ضراب الفحل وقيل ماؤه، ويطلق على النسل والولد. انظر مختار الصحاح: ٤٣١، وانظر المعجم الوسيط ج٢: ٦٠٦.
- (٢)- وهو أن يؤاجر فحلاً لينزو على الإناث «لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل»، والمراد اخذ الأجرة عليه فتح البارئ ج٤: ٤٦١، وانظر الهداية ج٣: ٢٦٩، وانظر اللباب ج٢: ١٠٠ وانظر تفصيل ذلك في نظرية الغرر لاسناذنا الدكتور ياسين درادكة ج١: ٢٢١-٢٢٦، وانظر المبسوط ج١٥-٨٣.
- (٣)- لأنه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعاً كاستئجار الإنسان للعب واللهو، وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح، وكذا لو استأجر رجلاً ليقتل رجلاً أو ليسجنه. بدائع الصنائع ج٤: ١٨٩، وانظر اللباب ج٢: ١٠٠.
- وفي الهداية: «لأنه استئجار على المعصية، والمعصية لا تستحق بالعقد». ج٤: ٢٧٠، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣١١، وانظر عيون المسائل ج٢: ٢٤٣.
- (٤)- انظر تعليل ذلك في صفحة
- (٥)- (الطاعات): في ب، ج وفي أ الطاعة.
- (٦)- لأن الإجارة بمنزلة البيع، لأنها بيع المنافع اللباب ج٢: ٩٥.

- (وإن) (١): استأجر رجلاً لبيع له كراً من طعام لا يجوز (٢).
 وإن استأجره كل يوم، أو شهر بكذا لبيع له، أو ليشتري فهو جائز (٣).
 وإن استأجر إنساناً ليخبز له هذا القفيز من الدقيق هذا (اليوم) (٤) بدرهم فهو فاسد.
 وقالوا: جائز (٥).
 وإن (استأجره) (٦) ليطحن طعاماً بينهما فالإجارة فاسدة وله أجر المثل (٧)، وكذا (إذا)^(٨)
 دفع (إلى حائك غزلاً) (٩) لينسجه بالنصف فله أجر المثل والثوب لصاحب الغزل (١٠).

- (١)-(وإن): في أ، ب، وفي ج فإن
 (٢)- لأنه لا يقدر على ذلك إلا بفعل غيره، ولأنه إن لم يبين المدة لم يجز لجهالة قدر منفعة البيع والشراء.
 انظر تحفة الفقهاء ج١: ٣٥٨، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٨٤.
 (٣)- لأن الإجارة وقعت على منفعة المدة وهي معلومة. تحفة الفقهاء ج١: ٣٥٨، وانظر بدائع الصنائع
 ج٤: ١٨٤.
 (٤)- (اليوم): في ب، ج وساقطة من أ.
 (٥)- لأنه يجعل المعقود عليه عملاً، ويجعل ذكر الوقت للاستعمال تصحيحاً للعقد وترفع الجهالة.
 وله: أن المعقود عليه مجهول، لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها وذكر العمل يوجب كونه
 معقوداً عليه ولا ترجيح، ونفع المستأجر في الثاني ونفع الأجير في الأول، فيفضي إلى المنازعة.
 وعن أبي حنيفة: أنه تصح الإجارة إذا قال: في اليوم الأول كذا وقد سمي عملاً، لأنه للطرف فكان المعقود
 عليه العمل، بخلاف قوله اليوم. الهداية ج٣: ٢٧٢، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٠.
 (٦)- (استأجره): في ب، ج وفي أ استأجر.
 (٧)- لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان، وقد نهى النبي عنه وهو أن
 يستأجر ثوراً ليطحن حنطة بقفيز منه. الهداية ج٣: ٢٧١، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٠.
 (٨)- (إذا): في أ، ج وفي ب إن
 (٩)- (إلى حائك غزلاً): في أ، ج وفي ب غزلاً إلى حائك.
 (١٠)- لأن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول إذ حصوله بفعل الأجير فلا يعد
 قادراً بقدرة غيره. الهداية ج٣: ٢٧١، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٠.

وكذا إذا استأجر (حمالاً) (١) ليحمل له طعاماً بالنصف، أو استأجر بهيمة ليحمل عليها طعاماً بقفيز منه فهو فاسد، وهو قفيز الطحان المنهي (٢).
 وإذا كان الطعام بين اثنين فاستأجر أحدهما صاحبه أو دابته ليحمل نصيبه فحمل الكل فلا أجر له (٣).
 وإن استأجر أرضاً على أن يثنيها، أو يكري (٤) أنهارها أو (يشيدها) (٥) فهو فاسد (٦).

(١) - (حمالاً): في ج وفي أ، ب جمالاً.

(٢) - لأن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول إذ حصوله بفعل الأجير، فلا يعد هو قادراً بقدرة غيره، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان. سنن الدار قطني ج٣: ٤٧، وسنن البيهقي ج٥: ٣٣٩ وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١٤٠-١٤١.

وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه، وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه، وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجازات لا سيما في ديارنا-الهداية ج٣: ٢٧١، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٠

وفي المبسوط: «لأنه لو جاز صار شريكاً بأول جزء من العمل يقع على العامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر، فإذا لم يصح العقد لم يملك شيئاً من الممول فيبقى عمله مسلماً إلى صاحبه بعقد فاسد فله أجر مثله لا يجاوز به نصف ذلك لتعام رضاه بذلك القدر. ج١٦: ٣٥.

(٣) - لأنه ما من جزء يحمله إلا وهو عامل نفسه فيه، فلا يستحق تسليم المعقود عليه. الهداية ج٣: ٢٧٢، وانظر الجامع الصغير: ٤٤١.

(٤) - يكري أنهارها: كرى النهر حفره. مختار الصحاح: ٥٦٩

(٥) - (يشيدها): في أ، ج وفي ب يسيدها

(٦) - لأنه يبقى أثره بعد انقضاء المدة، وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، وما هذا حاله بوجب الفساد، لأن مؤاجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقات في صفقة واحدة وهو منهي عنه. الهداية ج٣: ٢٧٢، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٠-٤٤١.

وإن (استأجرها) (١) على أن (يكرهها) (٢) أو يزرعها أو يسقيها فهو جائز (٣).
وإن استأجرها بزرعة أرض أخرى فلا خير فيه، (وكذا) (٤) (السكنى) (٥) بالسكنى
والركوب بالركوب ونحوها (٦).
وإن استأجر جمالاً أو (دواباً) (٧) بعينها ليحمل عليها أو يركبها إلى مكة ولم يبين أحدها
فالإجارة فاسدة (٨).

(١) - (استأجرها): في ب، ج وفي أ استأجر

(٢) يكرهها: يقلبها للحرث. المصباح المنير: ٢٠٢

(٣) - لأن الزراعة مستحقة بالمقد، ولا تنافي الزراعة إلا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقاً كل

هذه الشروط. الهداية ج٣: ٢٧٢، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٠.

(٤) - (وكذا): في أ وساقطة من ب، ج.

(٥) - (السكنى): في ب، ج وفي أ والسكنى

(٦) - ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيته، وإلى هذا أشار محمد

رحمه الله، ولأن الإجارة جوزت، بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس، بخلاف ما إذا اختلف

جنس المنفعة. الهداية ج٣: ٢٧٢-٢٧٣، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٩٤، وانظر الجامع الصغير: ٤٤١.

(٧) - (دواب) - الصحيح وفي نسخ الثلاث دواباً وهي ممنوعة من الصرف

(٨) - لأن المعقود عليه وهو المنفعة يجب أن يكون معلوماً علماً يمنع من المنازعة. انظر بدائع الصنائع

ج٤: ١٧٩.

وأجرة السمسار (١)، والمنادي، والحمام وما أشبه ذلك مما لا تقدير فيه للوقت والعمل وللناس) (٢) (فيه حاجة ماسة (جائزة) (٣) للضرورة استحساناً وإن كان القياس فيه الفساد(٤).

والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل ولا يجاوز به المسمى). (٥)

(١)- السمسار: الوسيط بين البائع والمشتري لتسهيل الصفقة. المعجم الوسيط ج١: ٤٥١.

(٢)- (وللناس): في أ، ج وفي ب للناس.

(٣)- (جائزة): في ج وساقطة من أ، ب.

(٤)- وفي الدلال والسمسار يجب أجر المثل، وما تواضعوا عليه أن في كل عشرة دنانير كذا فذاك حرام عليهم.

أما الحمام فلتعارف الناس، ولم تعتبر الجهالة لإجماع المسلمين، انظر الهداية ج٣: ٢٦٩، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٨٤، وانظر عيون المسائل ج٢: ٢٤١، وانظر المبسوط ج١٥: ١١٥، وانظر رد المحتار على الدر المختار ج٥: ٣٩.

(٥)- (فيه حاجة ماسة... ولا يجاوز به المسمى): في أ، ج وساقطة من ب

لأن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالمقد لحاجة الناس، فيكتفي بالضرورة في الصحيح منها إلا أن الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة، وإذا نقص أجر المثل لم تجب زيادة المسمى لفساد التسمية، بخلاف البيع، لأن العين متقومة في نفسها وهي الموجب الأصلي فإن صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا. الهداية ج٣: ٢٦٨، وانظر اللباب ج٢: ١٠٣.

باب التعدي في الإجارة

وإذا عطبت (١) الدابة المكتراه، أو العبد المستأجر من غير (تعد) (٢) فلا ضمان عليه، وإن تعدى ضمن (٣).

(فإن) (٤) استأجر دابة إلى الحيرة (فجاوز بها) (٥) القادسية ثم ردها إلى الحيرة فنفتت (٦) فهو ضامن ساعة (جاوزها) (٧) وإن سلمت فعليه أجره الذهاب إلى الحيرة لا غير (٨). وإن سمى قدرأ يحمله عليها فحمل أكثر منه فإن كانت الدابة مما (تطبق) (٩) ذلك،

(١) - (عطبت): في أ، ج وفي ب غصبت

(٢) - (تعد): في ب وفي أ، ج تعدي

(٣) - يقول ابن عابدين رحمه الله: «اعلم أن الهلاك إما بفعل الأجير أو لا، والأول إما بالتعدي أو لا والثاني إما أن يمكن الاحتراز عنه أو لا، ففي الأول بقسميه يضمن اتفاقاً وفي ثاني الثاني لا يضمن اتفاقاً، وفي أوله لا يضمن عند الإمام مطلقاً ويضمن عندهما مطلقاً وأثنى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة مطلقاً. جـ: ٤٠.

(٤) - (فإن): في أ، ب وفي ج فإذا

(٥) - (فجاوز بها): في أ، ب وفي ج فجاوزتها.

(٦) - نفتت الدابة: إذا ماتت. المصباح المنير: ٢٣٦.

(٧) - (جاوزها): في أ وفي ب، ج جوازها.

(٨) - وقيل تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً ليتهاي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود

مردوداً إلى يد المالك معنى.

وأما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً فيكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، وقيل لا بل الجواب مجرى

على الإطلاق الهداية جـ: ٣، ٢٦٦، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٦.

(٩) - (تطبق): في ج وفي أ، ب يطبق.

وقد عطبت ضمن مازاد الثقل (١).
 وإن كانت (مما لا) (٢) يطبق ضمن كل القيمة (٣)، وإن سلمت فعليه ما شرط من الأجر، وكذا في العارية (٤).
 ولو استأجرها (ليركبها) (٥) فأردف معه آخر فعطبت ضمن نصف قيمتها، وإن (كانت) (٦) مما تطبق (ذلك) (٧)، ولا يعتبر فيه الثقل (٨).
 ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة شعير فحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فعطبت الدابة ضمن جميع قيمتها، كما إذا حمل (مثل) (٩) وزنه حديداً أو حجراً (١٠).

(١) - يقول الإمام السمرقندي: إن كان ضرر الدابة بسبب الزيادة، فحمل المسمى وزاد عليه بأن حمل أحد عشر قفيزاً مكان العشرة - فإن سلمت الدابة: فله ما سمي من الأجر، وإن عطبت فهو ضامن لجزء من أحد عشر جزءاً من أجزاء الدابة، وعليه الأجر الذي سمي، لأنها ماتت بفعل مأذون وغير مأذون فيقسم على ذلك. انظر تحفة الفقهاء . ج١: ٣٥٨-٣٥٩، وانظر الهداية ج٣: ٢٦٦، وانظر اللباب ج٢: ٩٢.

(٢) - (مما لا): في أ، جـ وفي ب ممن.

(٣) - لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة. الهداية ج٣: ٢٦٦

(٤) - ولا ضمان عليه، وإن عطبت ضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمة الدابة وهو قول عامة العلماء.

وقال زفر وابن أبي ليلى يضمن قيمة كل الدابة، لأن التلف حصل بالزيادة فكانت الزيادة حلة التلف. ولنا أن تلف الدابة حصل بالثقل، والثقل بعضه مأذون فيه وبعضه غير مأذون فيه فيقسم التلف أحد عشر جزءاً فيضمن بقدر ذلك. انظر بدائع الصنائع ج٤: ٢١٣-٢١٤.

(٥) - (ليركبها): في أ، جـ وفي ب فيركبها

(٦) - (كانت): في ب، جـ وفي أ كان

(٧) - (ذلك): في جـ وساقطة من أ، ب.

(٨) - لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف، ويخفف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية، ولأن الأدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن، فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنایات. الهداية ج٣: ٢٦٦، وانظر اللباب ج٢: ٩١.

(٩) - (مثل): في ب، جـ وساقطة من أ.

(١٠) - لأن المعتبر في الخلاف فيه في الجنس والقدر والصفة في استئجار الدواب ضرر الدابة، فإن كان الخلاف فيه في الجنس ينظر إن كان ضرر الدابة فيه بالخفة والثقل يعتبر الخلاف فيه من جهة الخفة والثقل، فإن كان الضرر في الثاني - الثقل - أكثر بضمن كل القيمة إذا عطبت الدابة، لأنه يصير غاصباً لكلها. بدائع الصنائع ج٤: ٢١٣.

- وإن كبح الدابة بلجامها، أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة (١).
 وإن اكرى حماراً (بسرج) (٢) فرغ سرجه وأسرجه بسرج مثله فتلف فلا ضمان عليه (٣).
 وإن وكفه (٤) بإكاف يوكف بمثله ضمن (٥).
 وقالوا: لا يضمن ما زاد الثقل (٦).
 وإن شرط أن يحمل المتاع في طريق كذا فحمل في غيره (مما) (٧) يسلكه الناس.

(١)- لأن الإذن قيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونه، وإنما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق.

ولهما: لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله بإذنه فلا يضمنه. الهداية ج٣: ٢٦٦، وانظر اللباب ج٢: ٩٢.

(٢)- السرج: رحل الدابة. المعجم الوسيط ج١: ٤٢٧.

(٣)- لأنه إذا كان يئمل الأول تناوله إذن المالك إذ لا فائدة في التقييد بغيره إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة. الهداية ج٣: ٢٦٦، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٧.

(٤)- الوكاف: برذعة الحمار وغيره. المعجم الوسيط ج٢: ١٠٦٧.

(٥)- لأن الإكاف ليس من جنس السرج، لأنه للحمل والسرج للركوب، وكذا ينسب أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينسب عليه الآخر فكان مخالفاً كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة. الهداية ج٣: ٢٦٧، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٧.

(٦)- لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضياً به إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة، لأنه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه. الهداية ج٣: ٢٦٧، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٧.

(٧)- (مما): في أ وفي ب، جـ فيما

فهلك لا يضمن (١)، وإن حملة في الماء فيما (يحملة) (٢) الناس ضمن (٣)، وإن (بلغ) (٤) الأجر (٥).

وإن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة (٦) ضمن ما نقصتها، ولا أجر عليه (٧).
وإذا تلف المتاع في يدي (الأجير المشترك) (٨) بعمله كتخريق الثوب، وزلق (الحمال) (٩)
وانقطاع الحبل الذي يشدّ به (المكاري) (١٠) الحمل، وغسرق السفينة من

(١)- وهذا، إذا لم يكن بين الطرفين تفاوت، لأن عند ذلك التقيد غير مفيد، أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقيد فإن التقيد مفيد، إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس. الهداية ج٣: ٢٦٧، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٧.

(٢)- (يحملة): في ج وفي أ، ب يسلكه.

(٣)- لفحش التفاوت بين البرّ والبحر. الهداية ج٣: ٢٦٧، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٧.

(٤)- (بلغ فله): وفي النسخ الثلاث بلغ فيهما فله نكلمة فيهما زائدة.

(٥)- لحصول المقصود، وارتفاع الخلاف معنى. الهداية ج٣: ٢٦٧، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٧.

(٦)- الرطبة: الرطبة القبضة خاصة، والجمع رطاب، والرطب المرعى الأخضر من بقول الربيع، وبعضهم قال: هو الغض من الكلاً وهو خلاف اليابس، انظر مختار الصحاح: ٢٤٦، وانظر المصباح المنير: ٨٧-٨٨
(٧)- لأن الرطاب أضرّ بالأرض من الحنطة، لانتشار عروقها فيها، وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافاً إلى شرّ فيضمن ما نقصها، ولا أجر عليه، لأنه خاصب للأرض. الهداية ج٣: ٢٦٧، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٧.

(٨)- الأجير المشترك: من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصبغ، والقصار، ولأنه يعمل للعمارة، ولأن

مناعمه لم تصر مستحقة لواحد. الهداية ج٣: ٢٧٤.

(٩)- (الحمال): في ج وفي أ، ب الجمال

(١٠)- (المكاري): في أ، ب وفي ج المكاري.

مدها يضمن (١)

إلا أنه لا يضمن بني آدم من غرق (في) (٢) السفينة، أو سقط من الدابة (٣)
وإن (فصد) (٤) (الفصاد) (٥) (وبزغ) (٦) البزاع، ولم (يجاوز) (٧) الموضع المعتاد فلا
ضمان عليه فيما عطب (من ذلك) (٨).
وإذا دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً فخطه قباً (٩) فإن شاء ضمنه (قيمة ثوبه) (١٠)،
وإن شاء أخذ القبا وأعطاه أجر مثله (١١).
وإن استأجر رجلاً ليحمل له (دناً) (١٢) فوقع في الطريق وانكسر فإن شاء

(١) ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح، لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو العقود عليه حقيقة، حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد ماذوناً فيه بخلاف المعين، لأنه متبرع، فلا يمكن تقييده بالمصلح، لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر، فأمكن تقييده، وبخلاف أجير الواحد، وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه.

وقال زفر والشافعي: لا ضمان عليه، لأنه أمره بالفعل مطلقاً، فيتنظمه بنوعية المعيب والسلم، وصار كأجير الواحد ومعين القصار. الهداية ج٣: ٢٧٤ - ٢٧٥، وانظر اللباب ج٢: ٩٣

(٢) (في): في ب، ج، وساقطة من أ

(٣) لأن الواجب ضمان الأدمي، وأنه لا يجب بالعقد، وإنما يجب بالجناية، ولهذا يجب على العاقلة،

وضمان العقود لا تتعمله العاقلة. الهداية ج٣: ٢٧٥، وانظر اللباب ج٢: ٩٤

(٤) فصد العرق: شقه، وهو إخراج من دم وريده بقصد العلاج. انظر المعجم الوسيط ج٢: ٦٩٧

(٥) (الفصاد): في أ، ج، وفي ب الفاصد

(٦) بزغ: إذا شرطه فأسال دمه، وبزغ البيطار الدابة، وخزها وخزاً خفيفاً فوق الحافر لا يبلغ العصب،

فيكون ذلك دواءً لها وبزغ الحاجم والبيطار أي شرطاً. المعجم الوسيط ج١: ٥٤، وانظر مختار الصحاح:

٥١.

(٧) (يجاوز): في أ، ب، وفي ج ويجاوز

(٨) (من ذلك): في أ، ب، وساقطة من ج

لأنه لا يمكن التحرز عن السراية، لأنه يبتنى على قوة الطيانع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل الهداية ج٣: ٢٧٥، وانظر اللباب ج٢: ٩٤، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٩.

(٩) القباء: ثوب يلبس فوق الثياب أو القميص ويتمنطق عليه. المعجم الوسيط ج٢: ٧٢٠

(١٠) (قيمة ثوبه): في ب، ج، وفي أ قيمته

(١١) لأن الأذن يستفاد من جهته، ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله، فكلاً إذا أنكر صفته

لكن يحلف، لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه. الهداية ج٣: ٢٧٩، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٧.

(١٢) (الدين): هو وعاء ضخم للخمر ونحوها المعجم الوسيط ج١: ٢٩٨

ضمنه قيمته في المكان الذي حمله منه ولا (أجرة) (١) له، وإن شاء ضمنه في المكان الذي (كسره) (٢) فيه وله الأجر بحسابه (٣).

وإذا حبس الصانع العين للأجرة فتلفت فلا ضمان عليه ولا أجر له (٤).

وقال (٥)، يضمن ويخير (صاحبه) (٦) إن شاء ضمنه غير معمول ولا أجر عليه، وإن شاء ضمنه معمولاً ويعطيه الأجر وهذا أجود (٧).

وإن استأجره للخبز فلما أخرج الخبز من التنور احترق من غير فعله فله الأجر

(١) - (أجرة): في ب، ج وفي أ اجر

(٢) - (كسره): في ب، ج وفي أ انكسر

(٣) - لأن السقوط بالعمار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه، وأما الخيار، فلأنه إذا انكسر في الطريق

والحمل شيء واحد تين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه، وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل

بإذنه فلم يكن من الابتداء تعدياً، وإنما صار تعدياً عند الكسر فيميل إلى أي الوجهين شاء، وفي الوجه الثاني

له الأجر بقدر ما استوفى، وفي الوجه الأول لا أجر له، لأنه ما استوفى أصلاً. الهداية ج٣: ٢٧٥، وانظر

الجامع الصغير: ٤٤٨.

(٤) يرى الإمام أبو حنيفة أنه لو حبسه فضاع في يده لا ضمان عليه، لأنه غير متعد في الحبس، فبقي أمانة

عنده كما كان عنده، ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم. الهداية ج٣: ٢٦٣، وانظر

الجامع الصغير: ٤٤٩.

(٥) وعند أبي يوسف ومحمد: العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه

قيمه غير معمول ولا أجر له، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر. الهداية ج٣: ٢٦٣، وانظر الجامع

الصغير: ٤٤٩.

(٦) (صاحبه): في ب، ج وساقطة من أ

(٧) وعندهما: العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول

ولا أجر له، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر. الهداية ج٣: ٢٦٣

ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة (١).
وقالا: هو ضامن دقيقاً ولا أجر له، أو خبزاً وله الأجر (٢).
وإن (أعطى) (٣) صباغاً ثوباً ليصبغه، ثم جاء إليه يطلبه، فأنكر الصباغ الثوب ثم جاء به
(بعد مدة) (٤) مصبوغاً، إن كان صبغه قبل الإنكار فله الأجر. وإن (صبغه) (٥) بعده فرب
الثوب بالخيار إن شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء (برد) (٦) الثوب
وضمنه قيمته أبيض (٧).

(١) لأنه صار مسلماً إليه بالوضع في بيته، ولا ضمان عليه، لأنه لم توجد منه الجنابة، لأنه أمانة في يده.
الهداية ج٣: ٢٦٢، وانظر الجامع الصغير: ٤٤٩.

(٢) وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له، لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم، وإن شاء
ضمنه الخبز وأعطاه الأجر. الهداية ج٣: ٢٦٢.

(٣) (أعطى): في ب، ج وفي أ أعطى

(٤) (بعد مدة): في ب، ج وفي أ بعده

(٥) (صبغه): في ج وفي أ صبغ وفي ب أصبغ

(٦) (برد): في ج وفي أ، ب ترك

(٧) أما ثبوت الخيار فلما ذكرنا من الخلاف في الجنس، وإنما وجب الأجر ها هنا لأن الخلاف في الصفة لا
يخرج العمل من أن يكون معقوداً عليه فقد أتى بأصل المعقود عليه إلا أنه لم يأت بوصفه، فمن حيث أنه لم
يأت بوصفه المأذون فيه لم يجب المسمى. ومن حيث أنه أتى بالأصل وجب أجر المثل ولا يجاوز به المسمى،
لأن هذا هو شأن أجر المثل. بدائع الصنائع ج٤: ٢١٦.

ويقول في عيون المسائل: «ولو أن رجلاً دفع إلى قصار ثوباً ليقصره بأجر معلوم فجدد القصار الثوب
وحلف، ثم جاء بالثوب مقصوراً وأقرّ به هل يجب الأجر له؟

قال: إن كان قصره قبل الجحود فله الأجر، وإن قصره بعد الجحود فلا أجر له، ولو كان هذا صباغاً
فالمسألة على حالها، فإن علم أنه صبغه قبل الجحود فله الأجر، وإن صبغه بعد الجحود فصاحبه بالخيار، إن
شاء أخذ ثوبه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء ترك الثوب وضمنه قيمة الثوب أبيض. ج٢: ٢٣٩ - ٢٤٠.

ولو كان مكان الصباغ قصاراً إن قصره قبل الإنكار فله الأجرة، وإن قصره بعده (فلا)(١) أجرة له.

ولو دفع غزلاً إلى (النساج)(٢) والمسألة بحالها في الوجه الأول له الأجر، وفي الثاني الثوب للنساج وعليه قيمة (الغزل)(٣) كما إذا كانت حنطة غصبها فطحنها(٤). وإذا عثرت الدابة من سوقه فسقط الحمل وتلف ضمن (٥)، فإن كان صاحب

(١) (فلا): في جـ وفي أ، ب لا

(٢) (النساج): في جـ وفي أ، ب نساج، وانظر التعليل في الصفحة السابقة تحت رقم (٧)

(٣) (الغزل): في ج، ب وفي أ الزرع

(٤) هذه الأمثلة ينطبق عليها ما ينطبق على المسألة التي سبقت في الصفحة السابقة تحت رقم (٧). بدائع

الصنائع جـ: ٤: ٢١٦، وعيون المسائل جـ: ٢: ٢٣٩ - ٢٤٠.

(٥) وفي بدائع الصنائع تفصيل في هذه المسألة وهي: فيما إذا كان الحمال هو الذي زاحم الناس حتى

انكسر يضمن عند أصحابنا الثلاثة، ولو تلفت الدابة بسوقه أو ضربه إياها، فإن ساقها سوقاً معتاداً أو ضرب

ضرباً معتاداً فعطبت فهو على الاختلاف، وإن ساق أو ضرب سوقاً وضرباً بخلاف العادة يضمن بلا خلاف،

لأن ذلك إتلاف على طريق التمسك لدي. بدائع الصنائع جـ: ٤: ٢١١ - ٢١٢

المتاع راكباً (أيضاً) (١) فساقها صاحب الدابة (برضاه) (٢)، فعثرت، وعطب الرجل، (أو فسد) (٣) الحمل لم يضمن (٤).

وإذا ضرب الراعي المشترك شاة أو بقرة ففقأ عينها أو كسر رجلها أو أساقها في نهر ففرقت، (أو ساقها) (٥) فتناطحت فقتل بعضها بعضاً، أو وطئ بعضها بعضاً فهو ضامن لذلك كله (٦).

(١) (أيضاً): في ب، ج وساقطة من أ

(٢) (برضاه): في أ، ج وفي ب برضاها

(٣) (أو فسد): في ب، ج وفي أ وتلف

(٤) وهذا إذا كان من غير صنع الأجير لا ضمان عليه لأن المتاع في يد صاحبه، وكذلك إذا كان صاحب

المتاع والمكاري راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين، لأن المتاع في أيديهما فلم يتفرد الأجير باليد فلا يلزمه

ضمان اليد. بدائع الصنائع ج٤: ٢١٠

(٥) (أو ساقها): في ب، ج وفي أ أو سقاها

(٦) وفي المبسوط: «وإن كانت لقوم شتى فهو ضامن مشتركاً كان أو غير مشترك، أما المشترك فلأن هذا

من جنابة يده، وأما غير المشترك، فلأنه سائق الدابة التي وطئت والسائق ضامن بالسبب، وكل من وقع عليه

الضمان فلا أجر له فيه لأنه ملك المضمون والضمان فلا يكون مسلماً إلى صاحبه. ج١٦: ١٥، وانظر

ج١٥: ١٦١.

وإن ماتت من غير سبب (منه) (١) أو أكلها سبع أو سرقت من غير تقصير منه كنوم في غير وقته ومحلّه، فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة (٢).
وقالوا: هو ضامن في جميع ذلك، ولا يصدق إلا بينة (٣).
وإذا تغافل الراعي حتى دخل الدواب زرعاً أو بستاناً وأكلت لا ضمان عليه ولا على غيره (ما لم يتعمد) (٤) ليلاً كان أو نهاراً (٥).
وإن خاف الراعي على موت شاة فذبحها فهو ضامن لقيمتها يوم ذبحها إلا إذا أذن له في مثله (٦).

(١) (منه): في ب، ج، وساقطة من أ

(٢) ولأبي حنيفة أن العين أمانة في يده، لأن القبض حصل بإذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه، ولو كان مضموناً يضمنه كما في المنصوب والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً، ولهذا لا يقابله الأجر بخلاف المودع بالأجر، لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً حتى يقابله الأجر. الهداية ج٣: ٢٧٤، وانظر المبسوط ج١٥: ١٦١

(٣) ولهما ما روي عن عمر وعلي أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك، ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقه كان التقصير من جهته، فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره، لأنه لا تقصير من جهته. الهداية ج٣: ٢٧٤، وانظر المبسوط ج١٥: ١٦١

(٤) (ما لم يتعمد): في ب، ج، وفي أ ساقطة منها

(٥) لأنه إن تعمد وترك الحفظ فقد أصبح متعمداً، وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان كالمودع إذا

ترك حفظ الوديعة، وإن لم يكن متعمداً فلا ضمان عليه. انظر بدائع الصنائع ج٤: ٢١١

(٦) لأن صاحبها لم يأمره بذبحها بل منعه من ذلك. المبسوط ج١٥: ١٦٣

فصل

ومن استأجر ثوباً ليلبسه كل يوم بدرهم، فوضعه في بيته سنين ولم يلبسه فعليه (لكل)(١) يوم درهم إلى الوقت الذي يعلم أنه لو لبسه إلى ذلك الوقت لتخرق (فحيثلذ)(٢) سقطت الأجرة، لأن الإجارة انعقدت (لليوم)(٣) الأول ثم (اليوم)(٤) الثاني والثالث وما بعدها على التوالي مضافة إليه، وإنما انعقد العقد فيها بدخول (كل)(٥) يوم (لكون)(٦) الثوب مسلماً إليه وهو قادر على الانتفاع به(٧).

(١) (لكل): في ب، ج وفي ا كل

(٢) (فحيثلذ): في ا، ج وفي ب فح

(٣) (لليوم): في ج وفي ا، ب اليوم

(٤) (اليوم): في ب، ج وساقطة من ا

(٥) (كل): في ا، ج وفي ب بكل

(٦) (لكون): في ا، ب وفي ج ليكون

(٧) يقول الإمام السرخسي: «ولو استأجرت المرأة الحلبي يوماً إلى الليل فإن بدا لها فحجسته فلم ترده عشرة أيام فالإجارة عشرة أيام، فالإجارة على هذا الشرط فاسدة في القياس لجهالة المعقود عليه أو لتعلق العقد بالخطر فيما بعد اليوم وهو أن يبدو لها، وتعلق الإجارة بالخطر لا يجوز ولكنني استحسن وأجيزها، وأجعل عليها الأجر كل يوم بحسابه لأن هذا الشرط متعارف محتاج إليه.

ثم قد بينا وجوب الأجر عليها عند الاستعمال والخطر قبل ذلك فيزول ذلك عند استعمالها فلها. يلزمها

الأجر لكل يوم تحبسه فيه». المبسوط ج٥: ١٧٠

وعلى المؤاجر في (الإجارة (١) التمكين من الانتفاع، وهو موجود كما لو استاجر داراً وأخذ مفتاحها ولم يسكن (٢).

ومن استاجر (رحى) (٣) ماء فانقطع ماؤها فله أن يردها، فإن لم يرد حتى مضت مدة الإجارة سقط عنه جميع الأجر، ولا شيء عليه (٤) (ليبتها وغيره) (٥).

ولو استاجر أرضاً للزراعة والماء منقطع عنها ولا يتم زرعها إلا بالماء فإن جاء الماء في

(١) (الإجارة): في ب، ج وفي التجارة

(٢) لأن الأجر يجب باستيفاء المنافع شيئاً فشيئاً أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم المستاجر إليه، وبتسليم

المفتاح إليه أيضاً. /تحفة الفقهاء ج١: ٣٤٨

(٣) (رحى): في أ وفي ب، ج رحا

(٤) لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض الهداية ج٣: ٢٧٩.

وفي بدائع الصنائع قال محمد: فيمن استاجر رحى ماء سنة فانقطع الماء بعد ستة أشهر فأمسك الرحي

حتى مضت المدة فعليه أجر للستة أشهر الماضية ولا شيء عليه لما بقي، لأن منفعة الرحي قد بطلت فانفسخ

العقد. بدائع الصنائع ج٤: ١٩٧، وانظر المبسوط ج١٥: ١٥ - ١٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣١٢،

وانظر هيون المسائل ج٢: ٢٣٦.

(٥) (ليبتها وغيره): في ب، ج وفي أساقطة منها.

وفي بدائع الصنائع قال: فإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته، لأنه بقي شيء من

المعقود عليه له حصة في العقد، فإذا استوفى لزمه حصته. ج٤: ١٩٧

وقت الحاجة وجب الأجر، وإن انقطع في بعض المدة أو جاء ما يزرع به بعض الأرض: فالمستاجر بالخيار إن شاء نقض الإجارة، وإن شاء لم ينقض وعليه من (الأجر) (١) بحساب ذلك (٢).

(اللهم اختم بخير) (٣).

(١) (الأجر): في ب، ج، وني الأرض

(٢) وهذا كمن استاجر أرضاً سنة يزرعها شيئاً ذكره فزرعها فأصاب الزرع آفة من برد أو غيره فذهب به وتاخر وقت زراعة ذلك النوع فلا يقدر أن يزرع قال: إن أراد أن يزرع شيئاً غيره مما ضرره على الأرض أقل من ضرره أو مثل ضرره فله ذلك وإلا فسخت عليه الإجارة والزمته أجر ما مضى، لأنه إذا عجز عن زراعة ذلك النوع كان استيفاء الإجارة إضراراً به. بدائع الصنائع ج٤: ١٩٦، وانظر عيون المسائل ج٢: ٢٣٥.

(٣) (اللهم اختم بخير) في ب، و ساقطة من أ، ج.

باب الاختلاف في الإجارة

إذا اختلف الخياط وصاحب الثوب فقال صاحب الثوب: أمرتك أن تخطيه قباء (١) وقال الخياط: لا بل قميصاً، أو قال صاحب الثوب للصبغ: أمرتك أن تصبغه أحمر (فصبغته) (٢) أصفر. فالقول لصاحب الثوب مع يمينه (٣) فإن حلف فالخياط ضامن (٤). وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر، وقال (الصانع) (٥) بل بأجرة، فالقول لصاحب الثوب مع يمينه عند أبي حنيفة (٦). وقال أبو يوسف: إن كان (ذلك) (٧) حرفته فله الأجرة، وإن لم يكن فالقول قوله أنه عمله بلا أجر (٨).

(١) القباء: سبق تعريفه انظر صفحة (٢٣٤) تحت رقم (٩)

(٢) (فصبغته): في ب، ج، وفي الصنعة

(٣) لأن الإذن يستفاد من جهته، إلا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته، لكن

يحلف، لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه. الهداية ج٣: ٢٧٩، وانظر المبسوط ج١٥: ٩٦

(٤) أي أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخله وأعطاه أجر مثله، وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف

إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى، وذكر في بعض

النسخ يضمه ما زاد الصبغ فيه، لأنه بمنزلة الغصب الهداية ج٣: ٢٧٩، وانظر اللباب ج٢: ١٠٢ - ١٠٣.

(٥) (الصانع): في ب وفي أ، ج الصايغ

(٦) لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالمقد وينكر الضمان، والصانع يدعيه والقول قول المنكر. الهداية

ج٣: ٢٧٩، وانظر البدائع ج٤: ٢٢٢، والمبسوط ج١٥: ٩٧

(٧) (ذلك): في ب، ج، وفي أ ذلك

(٨) لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأمر جرياً على معتادهما. الهداية ج٣: ٢٧٩، وانظر اللباب

ج٢: ١٠٣

وفي البدائع يقول أبو يوسف: إن كان الرجل حراً ثقة فعليه الأجر وإلا فلا. ج٤: ٢٢٢، وانظر المبسوط

ج١٥: ٩٧

وقال محمد: إن كان الصانع نصب نفسه لذلك العمل فله الأجرة، وإلا فلا أجرة له (١).
 وإذا قال الصانع: رددت الثوب إليك، (وأنكر) (٢) صاحبه فالقول للصانع.
 وقالوا: لرب الثوب.
 وإن اختلفا بعد مضي مدة الإجارة، فقال المستأجر لم تسلم إلي ما أجرتهني.
 وقال المؤجر قد سلمت إليك: فالقول للمستأجر والبينة بينة المؤجر (٣).
 وإن اتفقا على التسليم واختلفا في المانع من الانتفاع به، فادعى المستأجر

(١) لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر،
 والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر، والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ها هنا إلى
 الاستحقاق. الهداية ج٣: ٢٧٩، وانظر اللباب ج٢: ١٠٣، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ٢٢٢، وانظر
 المبسوط ج١٥: ٩٧.

(٢) (وأنكر): في ب، ج وفي أ فأنكر.

(٣) ولا تحالف هنا في الأجرة لأن التحالف شرع لفسخ العقد، فبعد استيفاء المنفعة لا يتصور إمكان فسخ
 العقد، لأن قيام العقد بقيام المبيع والقول مع اليمين للمستأجر. درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ج١٦:
 ٥٠٨، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ٢١٩.

أنه (عرض) (١) في المدة ما منعه من الانتفاع به، كمرض العبد، (أو) (٢) إبقائه وانقطاع ماء الرحا ونحوها، وانكر المؤاجر فلن كان المانع قائماً عند الخصومة، فالقول للمستأجر، وإن كان زائلاً فالقول للمؤاجر، وإن اتفقا على حدوث المانع واختلفا في مدته فالقول للمستأجر (٣).

وإن استأجر أرضاً للزراعة ولم (يبين) (٤) ما يزرع فيها فزرع ومضى الأجل فله ما سماه،

(١) (عرض): في أ، ج وفي ب مرض

(٢) (أو): في ب، ج وفي أ (و).

(٣) فإن كان اختلافهما بعد مضي وقت الإجارة أو بعد بلوغ المسافة التي استأجر إليها لا يتحالفان فيه، والقول قول المستأجر في مقدار البدل مع بيمته، ولا يمين على المؤاجر، لأن التحالف يثبت الفسخ، والمنافع المنعومة لا تحتل فسخ العقد فلا يثبت التحالف، وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن قيام المبيع في باب البيع شرط جريان التحالف في المبيع الهالك، والمنافع هنا هالكة، فلا يثبت فيها التحالف.

وأما عند محمد فيحتاج إلى الفرق بين المبيع الهالك وبين المنافع الهالكة ووجه الفرق له أن المنافع خير منقومة بأنفسها على أصلنا وإنما تنقوم بالعقد، فإذا فسخت الإجارة بالتحالف تبقى المنافع مستوفاة من غير عقد، فلا تنقوم فلا يثبت التحالف، بخلاف الأعيان فإنها منقومة بأنفسها، فإذا فسخ البيع بالتحالف يبقى العقد متقوماً بنفسه في يد المشتري فيجب عليه قيمته وإنما كان القول قول المستأجر، لأنه المستحق عليه، والخلاف متى وقع في الاستحقاق كان القول قول المستحق. بدائع الصنائع ج٤ : ٢١٩

(٤) (يبين): في أ وفي ب، ج يبين

فإن اختصاصاً قبل الزراعة فسخت الإجارة (١)، وكذا إذا استأجر حماراً إلى بغداد، ولم يسمّ ما يحمل عليه، فحمل عليه مثل ما (يحمل) (٢) الناس فعطب فلا شيء عليه، (وإن) (٣) بلغ بغداد فله المسمى (٤)، وإن اختصاصاً فيه قبل أن يحمل عليه نقضت الإجارة (٥) (اللهم اختتم بخير) (٦).

(١) لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها، وما يزرع فيها مضبوط فلا بدّ من التعمين كيلا تقع المنازعة. وعدم بيان ما يزرع ليها يفضي إلى الجهالة، والجهالة تفضي إلى المنازعة لكنها هنا تنقلب صحيحة بزورها استحساناً، لأن المعقود عليه صار معلوماً بالاستعمال، وصار كان الجهالة لم تكن. انظر الهداية ج٣: ٢٦٤، وانظر حاشية ابن عابدين ج٥: ١٨، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ٢٢٣، وانظر الجامع الصغير: ٤٤١ - ٤٤٢.

(٢) (يحمل): في ب، ج وفي أ يحمله

(٣) (وإن): في ب، ج وفي أ وإذا

(٤) لكون الدابة وصلت إلى المكان المتفق عليه، ولذا وجب المسمى. انظر حاشية ابن عابدين ج٥: ٢٣.

(٥) لأنه في إجارة الدواب فلا بدّ من بيان أحد الشئتين: المدة أو المكان، فإن لم يبين أحدهما فسدت، لأن

ترك البيان يفضي إلى المنازعة، وتفسخ الإجارة، لأن العقد على المنافع ساعة فساعة على حسب خلوها شيئاً فشيئاً، فكان كل جزء من أجزاء المنفعة معقوداً عليه مبتدأ. انظر بدائع الصنائع ج٤: ١٨٣، ٢١٩، وانظر

الجامع الصغير: ٤٤٢.

(٦) (اللهم اختتم بخير): في ب وساقطة من أ، ج

باب فسخ الإجارة

الإجارة تفسخ بالأعذار (١): كمن استأجر دكاناً في السوق يتجر فيه فذهب ماله،
وكمن أجر دكاناً أو داراً ثم أفلس وركبته الديون ولا يقدر على قضائها، إلا من ثمن ما
أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين (٢).
وكمن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له أمن السفر (٣)،
الاصْلَع

(١)- لأن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الإجارة كالميب قبل القبض في البيع،
تفسخ به إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق وهذا هو
معنى العذر عندنا.

الهداية ج٣: ٢٨٠، وانظر للباب ج٢: ١٠٥، وانظر المبسوط ج١٦: ٢، وانظر الجامع الصغير: ٤٣٩.
(٢)- لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وهو الحبس، لأنه قد لا يصدق
على عدم مال آخر، ثم قوله فسخ القاضي العقد إشارة إلى أنه يفترق إلى قضاء القاضي في النقض، وقال في
الجامع الصغير: وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج إلى قضاء
القاضي.

ومنهم من وفق فقال: إن كان العذر ظاهراً لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر، وإن كان غير ظاهر كالدين
يحتاج إلى القضاء لظهور العذر. الهداية ج٣: ٢٨١، وانظر للباب ج٢: ١٠٥، وانظر المبسوط ج١٦:
٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣١٢.

(٣)- هكذا وردت العبارة والمقصود ثم بدا له من السفر عذر . لأنه لو مضى على موجب العقد
يلزمه ضرر زائد، لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته، أو لطلب غريمه فحضر أو للتجارة فانقر. الهداية
ج٣: ٢٨١ وانظر للباب ج٢: ١٠٦، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣١٢، وانظر الجامع الصغير: ٤٣٨.

فإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر (١)، وكذا إذا وجد المكاري كرا أغلا، أو المكتري أرخص، فليس ذلك بعذر (٢).

وإذا حدث بالدار عيب يضر بالسكنى فله الفسخ (٣)، وإن خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة (٤)، أو انقطع الماء (من) (٥) الرحي انفسخت الإجارة (٦).

وإن مات أحد المتعاقدين، وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت (٧).

(١) لأنه يمكنه أن يعقد، ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره. الهداية ج٣: ٢٨١، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٩٨، وانظر اللباب ج٢: ١٠٦، وانظر الجامع الصغير: ٤٣٨.

(٢) لأنه يقصد بالفسخ هنا تحصيل الربح لا دفع الضرر. المبسوط، ج١٦: ٦، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٩٨.

(٣) لأن المعقود عليه المنافع، وأنها توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع. الهداية ج٣: ٢٧٩، وانظر اللباب ج٢: ١٠٤، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣١٢.

(٤) الضيعة: العقار جمع ضياع، كما تطلق على الأرض المغلة. انظر مختار الصحاح: ٣٨٦، وانظر المعجم الوسيط: ج١: ٥٤٩.

(٥) (من): في أ، ب، ج وكلمة عن أصح من من هنا.

(٦) لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت البيع قبل القبض وموت العبد المستأجر.

ومن أصحابنا من قال: إن العقد لا يفسخ، لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبهه الإباق في البيع قبل القبض.

الهداية ج٣: ٢٧٩-٢٨٠، واللباب ج٢: ١٠٤، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣١٢.

(٧) لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العائد مستحقة بالعقد، لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز. الهداية ج٣: ٢٨٠، وانظر اللباب ج٢: ١٠٥، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ٢٢٢، وانظر المبسوط ج١٦: ٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣١٢.

وإن كان عقدها لغيره لم تنفسخ (١).
 وإن استأجر غلاماً ليخيط معه فأفلس وترك العمل فهو عذر (٢).
 فإن أراد أن يترك الخياطة ويعمل في الصرف فليس ذلك بعذر (٣)
 ومن استأجر داراً من رجلين صفقة واحدة فمات أحدهما انتقضت الإجارة في حصته ولم
 تنتقض في حصة الآخر (٤).

- (١) - مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من معنى في حالة عقده لنفسه. انظر الهداية ج٣: ٢٨٠، وانظر اللباب ج٢: ١٠٥.
- (٢) - لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله. الهداية ج٣: ٢٨١ وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٩٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣١٢.
- (٣) لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية. الهداية ج٣: ٢٨١، وانظر بدائع الصنائع ج٤: ١٦٧.
- (٤) لأن هذا شيوخ طاريء، وأنه لا يؤثر في العقد في الرواية المشهورة، ولأن ما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها والملك صفة الموجود لا المدوم فلا يملكها الوارث إذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورث فما لم يملكه يستحيل وراثته بخلاف بيع العين. بدائع الصنائع ج٤: ٢٢٢ وانظر المبسوط ج١٦: ٧.

وإن باع الدار المستأجرة بغير إذن المستأجر فللمستأجر انقضاء البيع، فإن نقضه بقي منتقضاً بحيث لا يعود بعد ذلك أبداً (١) (كذا) (٢) ذكره الطحاوي (٣).

وذكر في ظاهر الرواية: أن البيع لا يفسخ بين المتعاقدين بفسخ المستأجر حتى لو انقضت المدة كان للمشتري أخذها. فإن لم ينقضها (٤) حتى تمت المدة تم ذلك البيع.

(١) لأنه ليس بعلمر بدون حقوق دين، ويوقف بيعه إلى إنقضاء مدتها هو المختار، لكن لو قضى بجوازه نقل.

وقال في البزازيه: فلو أذن حتى انفسخت الإجارة ثم المشتري رد المبيع بطريق ليس بفسخ لا تعود الإجارة بلا إشكال، وإن بطريق هو فسخ تعود وبه يفتى. رد المختار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ج ٥: ٥١.

(٢) (كذا): في أ، جـ وفي ب ساقطة منها.

(٣) أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي إليه انتهت رئاسة أصحاب أبي حنيفة بمصر، أخذ العلم عن ابن عمران وعن أبي حازم وغيرهما، صنف في اختلاف العلماء والشروط، وأحكام القرآن ومعاني الآثار، ولد سنة ٢٣٨ هـ وتوفي ٣٢١ هـ. انظر تاج التراجم: ٨-٩، وطبقات الفقهاء: ١٤٢.

(٤) (ينقضها): في جـ وفي أ، ب ينقضه.

وعن أبي يوسف: أنه لا سبيل له إلى (نقض) (١) البيع (٢) والإجارة كالبيع أيضاً في كونه عيباً إذ كل واحد من المتعاقدين (عيب) (٣) في الآخر، فإن كان المشتري عالماً بها فلا خيار له، ويصبر إلى انقضاء المدة، وإن لم يعلم: فإن شاء (ردّها) (٤)، وإن شاء أمضى البيع مع الصبر (٥).

(١) (نقض): في أ، ب وفي جـ مقض

(٢) وفي حاشية ابن عابدين: ليس للمؤجر الفسخ، وأما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالإجارة عند أبي يوسف، وعندهما له ذلك وإن علم، وعزا كل منهما إلى ظاهر الرواية، وقولهما هو الصحيح وعليه الفتوى.

ولو لم يجز المستأجر حتى انفسخت الإجارة نفذ البيع السابق، والبيع بلا إذن المستأجر نفذ في حق البائع والمشتري لا في حق المستأجر، فلو سقط حق المستأجر عمل ذلك البيع ولا حاجة للتجديد وهو الصحيح. حاشية ابن عابدين جـ ٤: ١٣٨ وانظر المبسوط جـ ١٦: ٣.

(٣) (عيب): في جـ وساقطة من أ، ب.

(٤) (ردّها): في أ، ب، وفي جـ رد لها.

(٥) لأن من شروط المستأجر سلامته عن حدوث عيب به يخل الانتفاع فإن حدث به عيب يخل الانتفاع به لم يبق العقد لازماً، حتى لو استأجر عبداً يخدمه فمرض العبد فالمستأجر بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ، بخلاف البيع إذا حدث بالبيع عيب بعد القبض أنه ليس للمشتري أن يردّه، لأن الإجارة بيع المنفعة والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً فكان كل جزء من أجزاء المنافع مبتدأ. فإذا حدث العيب بالمستأجر كان هذا عيباً حدث بعد العقد قبل القبض وهذا يوجب الخيار في بيع العين كذا في الإجارة فلا فرق بينهما من حيث المعنى، وإذا ثبت الخيار للمستأجر فإن لم يفسخ ومضى على ذلك إلى تمام المدة فعليه كمال الأجرة، لأنه رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل كما في بيع العين. بدائع الصنائع جـ ٤: ١٩٥ - ١٩٦.

ومتى انتقضت الإجارة بعد قبض المؤاجر الأجرة كان له منها بحساب ما مضى مما قد استوفى منافعه، ويرد الباقي (١).
 وكلما (ذكر) (٢) أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض من غير قضاء ولا تراض، وروي أنها لا تنتقض إلا بالقضاء (٣).

-
- (١) لأن عقد الإجارة ينتهي بانقضاء المدة، فتفسخ الإجارة بانتهاء المدة إلا إذا كان ثمة عذر بأن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل. بدائع الصنائع ج٤: ٢٢٣.
 (٢) (ذكر): في ب، ج وفي أ ذكرنا
 (٣) لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وقال في الجامع الصغير: وكل ما ذكرنا أنه عذر، فإن الإجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع، فينفرد العاقد بالفسخ.
 ووجه الأول: أنه فصل مجتهد فيه، فلا بدّ من إلزام القاضي، ومنهم من وفق فقال: إن كان العذر ظاهراً لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر، وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر. الهداية ج٣: ٢٨٠ - ٢٨١، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٤٣٩.

باب الاستصناع (١)

وهو جائز (٢) في كل ما جرت به العادة (وظهر) (٣): كاستصناع الخف، (والنعل) (٤) والقلنسوة (٥) ونحوها، وأواني الحديد، والصفير (٦)، والرصاص، والزجاج، وسائر الأمتعة والأسلحة وغيرها، إذا ذكر فيها قدرأ معلوماً وصفة (معلومة) (٧).
ولكل واحد منهما الخيار (إذا رآه مفروغاً) بذاته إن شاء أخذ، وإن شاء ترك

(١)- الاستصناع: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل بدائع الصنائع ج٥: ٢

وفي تحفة الفقهاء: «هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع» ج١: ٣٦٢.

(٢)- ودليل جوازه: أنه يجوز استحساناً لإجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار

من غير تكبير.

ولأن الحاجة تدعو إليه، لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، ولما يتفق وجوده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج بدائع الصنائع ج٥: ٢-٣، وانظر تحفة الفقهاء ج١: ٣٦٣، وانظر نظرية الفرر أ. د. ياسين درادكة ج١: ٣٠-٣١، وانظر المبسوط ج١٢: ١٢٨-١٢٩.

(٣)- (وظهر): في ب، ج وساقطة من أ.

(٤)- (والنعل): في ب، ج وساقطة من أ.

(٥)- القلنسوة: لباس للرأس مختلف الأنواع والأشكال. المعجم الوسيط ج٢: ٧٦٠.

(٦)- الصفير: النحاس. المصباح المنير: ١٣١

(٧)- (معلومة): في أ، ج وفي ب معلوماً

لأنه لا يصير معلوماً بدونه. بدائع الصنائع ج٥: ٣، تحفة الفقهاء ج١: ٣٦٣، وانظر نظرية الفرر أ. د.

ياسين درادكة ج٢: ٣٠.

(٨)- (إذا رآه مفروغاً): في أ، ج وساقطة من ب.

وهذا قول أصحابنا في رواية الأصول (١).

وعن أبي يوسف أنه لا خيار لواحد منهما إذا جابه على الصفة التي أرادها (٢).
ولو استصنع من (حائك) (٣) ثوباً (موصوف) (٤) الطول والعرض والرفعة والجنس
(والنوع) (٥) ينسجه الحائك من غزل نفسه فهو في القياس مثل الخف ونحوه، ولكن هذا لم
يتعامل به الناس فلا يجوز (٦).

(١) - يقول في التحفة: فإذا رآه المستصنع فله الخيار: إن شاء أجاز، وإن شاء فسح عند أبي حنيفة

ومحمد. ج١: ٣٦٣

وجه قول أبي حنيفة: أن في تخير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وإنه واجب. والصحيح جواب ظاهر
الرواية، لأن في إثبات الخيار للصانع ما شرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع، لأنه متى ثبت الخيار
للصانع فكل ما فرع عنه يتبعه من غير المستصنع فلا تندفع حاجة المستصنع. بدائع الصنائع ج٥: ٤، ٢١٠،
وانظر المبسوط ج١٢: ١٣٩.

وعندهما: إنه بمنزلة العين المبيع الغائب. تحفة الفقهاء. ج١: ٣٦٣.

(٢) - وقال أبو يوسف: لا خيار له لأنه مبيع في اللمة بمنزلة السلم. تحفة الفقهاء ج١: ٣٦٣، وانظر

المبسوط ج١٢: ١٣٩.

ووجه نظره: أن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان
للمستصنع الامتناع من أخذه لكان فيه إضرار بالصانع. بدائع الصنائع ج٥: ٤٠، وانظر الهداية ج٣: ٨٦.

(٣) - الحائك: حاك الرجل الثوب حوكاً، والحياكة بالكسر الصناعة. المصباح المنير: ٦٠.

(٤) - (موصوف): في أ، ب وفي ج موصوفاً.

(٥) - (والنوع): في أ، ج وساقطة من ب.

(٦) - لأن من شروط جواز الاستصناع أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس، ولا يجوز في الثياب،

لأن القياس يأبى جوازه، وإنما جوازه استحساناً لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب. بدائع الصنائع ج٥: ٣.

ولو ضرب (لهذا) (١) الثوب أجلاً وعجّل له الثمن كان سلماً جائزاً ولا خيار له فيه إلا خيار عيب، فإن فارقه قبل أن يعجّل الثمن فسد العقد (٢).
وقالا: بقي استصناعاً كما كان (٣).

ولو سلم غزلاً إلى حائك لينسج له ثوباً موصوف الطول والعرض (فجعله) (٤) أكبر من ذلك (أو أصغر) (٥) فهو بالخيار. إن شاء ضمّنه مثل غزله وسلم له الثوب،

(١) - (لهذا): في أ، ج وفي ب بهذا

(٢) - ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

وجه قوله: أنه إذا ضرب فيه أجلاً فقد أتى بمعنى السلم، إذ هو عقد على مبيع في اللزمة مؤجلاً، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ، ألا ترى أن البيع يتعقد بلفظ التملك، وكذا الإجارة وكذا النكاح على أصلنا، ولهذا صار سلماً فيما لا يحتمل الاستصناع، ولأن التأجيل يختص بالديون، لأنه وضع لتأخير المطالبة وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبة وليس ذلك إلا السلم إذ لا دين في الاستصناع. بدائع الصنائع ج ٥: ٣، وانظر المبسوط ج ٥: ١٥، ٨٦، ج ١٢: ١٣٩

(٣) - وجه قولهما أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة فلا يخرج به عن كونه استصناعاً. بدائع الصنائع ج ٥: ٣ وانظر المبسوط ج ٥: ١٥، ٨٦، وج ١٢: ١٣٩ - ١٤٠.

(٤) - (فجعله): في ج وفي أ، ب فحاكه

(٥) - (أو أصغر): في أ، ج وساقطة من ب.

وإن شاء أخذ ثوبه وأعطاه الأجر إلا في (التقصان)(١)، (فإنه) (٢) يعطيه بحساب ما سمي له (٣).

ولو أمره أن يزيد من عنده غزلاً. فقال: قد زدته، وقال رب الغزل: لم تزده فالقول له وعلى الخائف البينة (٤).

وإن أمر الصباغ بصبغ معلوم فصبغه بصبغ غيره فلبس الثوب

(١)- (التقصان): في أ، ج، وفي ب القصارة

(٢)- (فإنه): في ب، ج، وساقطة من أ.

(٣)- لأن الأصل أنه إذا عمل كما أمر استحق الأجر، وإن أفسد فله أن يضمته مثله، لأنه لما أفسده فكانه

أخذ غزلاً له واتخذ منه ثوباً من غير إذنه، والثوب للصانع، لأن المضمونات تملك بالضمان. بدائع الصنائع

ج٥: ٤، وانظر المبسوط ج١٥: ٨٦.

(٤)- فالقول قول رب الغزل مع يمينه على عمله، لأن الصانع يدعي على صاحب الثوب الضمان وهو

ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه على عمله، لأنه يمين على فعل الغير فإن حلف برىء، وإن نكل عن

اليمين لزمه مثل الغزل، لأن النكول حجة يقضي بها في هذا الباب.

فإن أقام الصانع البينة قبلت بينته. بدائع الصنائع ج٤: ٢٢٠، وانظر المبسوط ج١٥: ٨٧.

أن يضمته قيمة ثوبه أيضاً، ويسلم له الثوب. وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله، (ولا) (١) يتجاوز المسمى إلا في السواد فإنه يأخذه بغير أجره عند أبي حنيفة (٢). ولو قال للخياط: انظر أيكفيني هذا الثوب قميصاً فأقطعه وخطه قميصاً بدرهم فقطعه ثم قال: لا يكفيك فهو ضامن لقيمة الثوب (٣). (وإن) (٤) قال: انظر أيكفيني قميصاً، فقال نعم. فقال اقطعه (فقطعه) (٥) فإذا هو لا يكفيه فلا شيء عليه (وإن علم) (٦). (والله تعالى أعلم بالصواب) (٧)

(١)- (ولا): في جـ وفي أ، ب لا

(٢)- فإن كان الصبغ أسود فالقول قول رب الثوب مع يمينه على أصل أبي حنيفة أن السواد نقصان عنده، وكذلك كل صبغ ينقص الثوب، لأنه تعذر القضاء بالدعوة للتعارض، ولا سبيل إلى الرجوع إلى قيمة الصبغ، لأنه لا قيمة له فيرجع إلى قول المستحق عليه.

وأما اختلافهم في اللون: فالقول قول رب الثوب في قولهم جميعاً، لأن الأمر يستفاد من مثله. بدائع الصنائع ج٤: ٢٢، وانظر المبسوط ج١٦: ١٠.

(٣)- أي أنه بالخيار إن شاء ضمنه، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله، وفي بعض النسخ يضمته ما زاد في الصبغ فيه، لأنه بمنزلة الغصب. الهداية ج٣: ٢٧٩، وانظر رد المحتار على الدر المختار ج٥: ٢٦، وانظر المبسوط ج١٥: ٩٨.

(٤)- (وإن): في أ، جـ وفي ب ولو.

(٥)- (فقطعه): في ب، جـ وساقطة من أ.

(٦)- (وإن علم): في أ، وساقطة من ب، جـ

لأن الأذن في هذه الصورة مطلق، فلا يتعلق بأول كلامه فيكون قاطعاً بإذنه، ثم لا يكون قوله نعم إغراءً له حتى يضمن، لأن مجرد القول لا يوجب الضمان على الغار، وإنما يوجب أن لو كان ضمن العقد، وإن لم يكن فلا يضمن، ولكن لو قال الخياط: نعم، فقال المالك اقطعه ضمن إذ علق الإذن بالشرط. رد المحتار على الدر المختار ج٥: ٢٦.

ويقول الإمام السرخسي: «لأنه قطعه بإذنه في قوله اقطعه إذن مطلق، ولا يقال قد غره بقوله يكفيك، لأن الغرور بمجرد الخبر إذا لم يكن في ضمن عقد ضمان لا يوجب الضمان على الغار. المبسوط ج١٥: ٩٨. (٧)- (والله أعلم بالصواب): في أ، جـ وساقطة من ب.

كتاب الرهن (١)

ينعقد بالإيجاب والقبول (٢)، ويتم بالقبض (٣)، إذا قبض المرتهن الرهن (محوزاً) (٤) (مفرغاً) (٥) (مميزاً) (٦)

وما لم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلمه، وإن شاء رجع.

(١)- الرهن في اللغة: يقال رهن الشيء إذا ثبت ودام، ورهته المناع بالدين رهناً إذا حبسته. المصباح المنير: ٩٢.

وفي الاصطلاح: «جعل الشيء محبوباً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون» الهداية ج٤: ٤٦٦
وفي تحفة الفقهاء: «عقد شرع وثيقة بمال» ج٣: ٣٧، وانظر خزائن الفقه ج١: ٢٤٢، وزاد البعض للتوثق في جانب الاستيفاء، انظر المبسوط ج٢١: ٦٣.

ودليل مشروعيته قوله تعالى: أ- «وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة» البقرة/ ٢٨٣، وهو أمر بصيغة الخبر، لأنه معطوف على قوله تعالى «فاكتبوه»، وقوله: «وأشهدوا إذا تبايعتم» وأذن ما يثبت بصيغة الأمر الجواز. المبسوط ج٢١: ٦٤.

ب- وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «اشتري رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهودي طعاماً بنسيئة، فاعطاه درعاً له رهناً». صحيح مسلم بشرح النووي ج١١: ٣٩-٤٠.

ج- وقد انعقد الإجماع على ذلك، ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة. الهداية ج٤: ٤٦٦

(٢)- اعتباراً بسائر العقود. اللباب ج٢: ٥٤، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٧، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٣٥، وانظر عيون المسائل ج١: ٢٤٢.

(٣)- لأن القبض شرط للزوم. الهداية ج٤: ٤٦٦، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٨، وانظر عيون المسائل ج١: ٢٤٢.

(٤)- (محوزاً): في أ، ب محرزاً وفي ح محجوزاً، لأن كلمة محوزاً هي الأصح وهذا ما ذكره الحنفية في كتبهم كالهداية واللباب، وملتقى الأبحر، وانظر البدائع ج٦: ١٤٢.

(٥)- ومفرغاً: أي غير مشغول بحق الراهن، احترازاً عن النخل المشغول بالثمرة، والأرض المشغولة بالزرع بدون الثمر والزرع. اللباب ج٢: ٥٤، وانظر البدائع ج٦: ١٤٢.

(٦)- (مميزاً): في أ، ب، وفي ج مميزاً مفرزاً، وكلمة مفرزاً غير موجودة في الهداية، وملتقى الأبحر، لأنها وكلمة مميزاً تعطي المعنى نفسه.

ومميزاً: أي غير مشاع. انظر اللباب ج٢: ٥٤، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٨، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٤٢.

عن الرهن (١)، فإذا سلمه إليه وقبضه دخل في ضمانه (٢).
ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون (٣).
(والرهن مضمون) (٤) (بالأقل) (٥) من قيمته، ومن الدين (٦).
فإن هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفياً لدينه حكماً (٧)، فإن
كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة (٨).

(١)- لأن اللزوم بالقبض، إذ المقصود لا يحصل قبله. الهداية ج٤: ٤٦٦

(٢)- لإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلالهم في كفيته، ولأن
الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه، وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الأمن من
البحرود، مخالفة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزاً عن الانتفاع به لیتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو
لضجره، وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه، وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانياً يؤدي إلى الربا بخلاف
حالة القيام، لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن، فلا يتكرر ولا وجه إلى إستيفاء الباقي بدونه، لأنه لا
يصور، والاستيفاء يقع بالمالية. الهداية ج٤: ٤٦٧، اللباب ج٢: ٥٥.

(٣)- لأنه شرع استيثاقاً للدين، والاستيثاق فيما ليس بمضمون لغو. اللباب ج٢: ٥٥ وانظر الهداية
ج٤: ٤٦٨، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٤٠، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٤٢. وقال زفر: لا يجوز الرهن
بهذه الديون.

وجه قوله: أن سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى أن عين الدين تصير بدلاً عن
الدين لا بطريق الاستيفاء، لأن الاستيفاء لا يتحقق إلا عند المجانسة، والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس
عادةً فلا يكون القول بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين أن يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن بما
يحتمل الاستبدال وهذه الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها. بدائع الصنائع ج٦: ١٤٢.

(٤)- (والرهن مضمون): في أ، ج وساقطة من ب.

(٥)- (بالأقل): في ب، ج وفي أ بأقل.

(٦)- فإن كان الدين أقل من القيمة فهو مضمون بالدين، وإن كانت القيمة أقل من الدين فهو مضمون
بالقيمة. اللباب ج٢: ٥٥، وانظر الهداية ج٤: ٤٦٨، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٧٠، وانظر بدائع
الصنائع ج٦: ١٤٣، وانظر خزائن الفقه ج١: ٢٤٢.

(٧)- لتعلق قيمة الرهن بدمته، وهي مثل دينه الذي هو على الراهن، فتقاصا اللباب ج٢: ٥٥، وانظر
خزائن الفقه ج١: ٢٤٣، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٧٠.

(٨)- أي غير مضمون، ما لم يتعمد. اللباب ج٢: ٥٥، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٧٠، وانظر بدائع

الصنائع ج٦: ١٦٠، وانظر خزائن الفقه ج٢: ٢٤٣.

وإن كانت أقل (سقط) (١) من (الدين) (٢) بقدره ويرجع المرتهن بالفضل (٣).
 وإذا شرطاً على (أنه) (٤) إن ضاع الرهن (ضاع) (٥) بغير شيء، كان الرهن مضموناً
 والشرط باطلاً (٦).
 ولا يجوز رهن المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم من شريكه ومن غير شريكه (٧).

(١) - (سقط): في أ، ج وساقطة من ب

(٢) - (الدين): في أ، ج وفي ب المدين.

(٣) - لأن الاستيفاء بقدر المالبة الهداية ج٤: ٤٦٨، واللباب ج٢: ٥٥ وانظر ملتقى الأبحر ج٢:

٢٧٠، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٣.

(٤) - (أنه): في ب، ج وساقطة من أ.

(٥) - (ضاع): في أ، ب وساقطة من ج.

(٦) - لأن من شروط الرهن أن لا يكون معلقاً بشرط، ولا مضافاً إلى وقت، لأن في الرهن والارتهان معنى
 الإيفاء والاستيفاء فيشبه البيع، وأنه لا يحتمل التعليق بشرط والإضافة إلى وقت كذا هذا. بدائع الصنائع
 ج٦: ١٣٥.

(٧) - لأن من شروط جواز الرهن أن يكون منفصلاً عن غيره، غير متعلق بما لم يقع عليه عقد الرهن.

وعلى هذا قلنا: إن رهن المشاع لا يصح. وقال الشافعي: يصح. والصحيح ما قلناه، لأنه لا يقدر على
 تسليمه إلا بالهايؤ، وذلك يوجب فوات القبض على الدوام.

ويستوي الجواب في المشاع الذي يتقسم والذي لا يتقسم، ومن الشريك وغيره.

تحفة الفقهاء ج٣: ٣٨، الهداية ج٤: ٤٧٢، اللباب ج٢: ٥٦، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢٧٢،

وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٣٨، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٣، وانظر المبسوط ج٢١: ٦٩.

والرهن بالدرك (باطل) (١) والكفالة به جائزة (٢).
ولا يجوز الانتفاع بالرهن (بحق) (٣)، فإن أذن الراهن بالانتفاع للمرتهن ونقص به كان على الراهن ضمان نقصانه (٤).

وإذا هلك حالة الانتفاع كان كهلاك العارية، وفي غير تلك الحالة كهلاك الرهن (٥).
(ولا) (٦) يجوز رهن ثمره على رؤوس النخل دون النخل، ولا زرع

(١) - (باطل): في أ، جـ وفي ب ساقطة منها.

(٢) - والفرق: أن الرهن للاستيفاء، ولا استيفاء قبل الوجوب، وإضافة التمليك إلى زمان في المستقبل لا يجوز.

أما الكفالة: فالالتزام المطالبة، والتزام الأفعال يصبح مضافاً إلى المال كما في الصوم والصلاة. الهداية جـ: ٤٧٤، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ٢٧٣، وانظر بدائع الصنائع جـ ٦: ١٤٣-١٤٤، وانظر الجامع الصغير: ٤٨٨، وانظر المبسوط جـ ٢١: ٧٣.

(٣) - (بحق): زيادة في النسخ الثلاث وهذه العبارة غير منسجمة فقد تكون زيادة غير مقصودة.

(٤) - لأن للمرتهن حق الحبس دون الانتفاع. الهداية جـ ٤: ٤٧٠، وانظر تحفة الفقهاء جـ ٣: ٤٢، وانظر بدائع الصنائع جـ ٦: ١٤٦.

وفي حاشية ابن عابدين: «إذا انتفع المرتهن بإذن الراهن، وهلك حالة استعماله يهلك أمانة بلا خلاف، أما قبل الاستعمال أو بعده يهلك بالدين» جـ ٥: ٣١٠، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٢٤٢.

(٥) - فإن هلك في حالة الانتفاع هلك كهلاك العارية أي هلك أمانة، لثبوت يد العارية حيثل، أما في غير حالة العمل فإن هلك الرهن هلك بالدين لبقاء عقد الرهن. رد المحتار على الدر المختار جـ ٥: ٣٣٠، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٢٤٢.

ويقول الإمام الكاساني: «فإن انتفع به فهلك في حال الاستعمال بضمن كل قيمته، لأنه صار خاصياً. بدائع الصنائع جـ ٦: ١٤٦.

(٦) - (ولا): في ب وفي أ، جـ فلا.

في (الأرض) (١) دون الأرض، ولا يجوز رهن النخل والأرض دونهما (٢).
 ولا يصح الرهن بالأمانات، والودائع، والمضاربات، ومال الشركة (٣).
 ويصح الرهن برأس مال السلم، وبشمن الصرف، وبالمسلم فيه (٤)، فإن هلك في
 مجلس العقد تمّ الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفياً (لحقه) (٥) حكماً (٦).
 ويجوز رهن الدراهم، (والدنانير) (٧) والمكيل والموزون (٨)، فإن رهنت بجنسها

(١) - (الأرض): في ب، ج وفي أرض.

(٢) - لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع. الهداية ج٤: ٤٧٢ - ٤٧٣،
 وانظر الباب ج٢: ٥٦، وانظر ملتبى الأبحر ج٢: ٢٧٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٣، وانظر المبسوط
 ج١: ٢١٣.

(٣) - لكونها غير مضمونة، فللراهن أن يأخذها، ولو هلك في يد المرتهن قبل الطلب هلك بلا شيء.
 الباب ج٢: ٥٦، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٤١، وانظر ملتبى الأبحر ج٢: ٢٧٣، وانظر بدائع الصنائع
 ج٦: ١٤٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٣، وانظر المبسوط ج١: ٢١٣.

(٤) - وقال زفر: لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء، وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود.
 ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون. الهداية ج٤: ٤٧٤،
 وانظر الباب ج٢: ٥٦، ملتبى الأبحر ج٢: ٢٧٤، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٤٢.

(٥) - (لحقه): في أ، ج وساقطة من ب.

(٦) - لتحقق القبض حكماً. الهداية ج٤: ٤٧٥، وانظر الباب ج٢: ٥٦، وانظر ملتبى الأبحر ج٢:
 ٢٧٤.

(٧) - (والدنانير): في أ، ج وفي ب والدين.

(٨) - لأنه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلاً للرهن. الهداية ج٤: ٤٧٨، وانظر الباب ج٢: ٥٧.

(هلكت) (١) بمثلها من الدين، وإن اختلفا في الجودة (٢).
ويجوز أن يرهن ما يملكه وما لا يملكه بإذن (٣) (مالكه) (٤)
فإن استعار ثوباً أو عبداً ليرهنه فأعاره (كذلك بما شاء) (٥)؛ فإن سمي له قدراً، أو إنساناً
بعينه، فليس له أن (يتعداه) (٦) فإن لم يفتكه الراهن، وافتكه المعير، رجع عليه (٧).
وإذا جاء الراهن برهن آخر بدل الأول وقيمتها سواء وقبله المرتهن جاز،

(١) - (هلكت): في أ وفي ب، ج هلك

(٢) - لأنه لامتير بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة، لأنه عنده بصير مستوفياً باعتبار الوزن
دون القيمة.

وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه، ويكون رهناً مكانه. الهداية ج٤: ٤٧٨، واللباب
ج٢: ٥٧.

(٣) - لأن هذا بمنزلة الإذن له بقضاء الدين من مال هو عنده وديعه، وقد أذن مطلقاً فيجب العمل بإطلاقه،

وهذا إذا استعار منه شيئاً ليرهنه بدينه فأعاره منه مطلقاً: فله أن يرهنه، بأي صنف من الدين وبأي قدر.

أما إن سمي له قدراً، أو إنساناً، أو بلداً بعينه فليس له أن يفعل بخلافه. تحفة الفقهاء ج٣: ٤٦-٤٧.

(٤) - (مالكه): في ب، ج وفي أ ما يملكه.

(٥) - (كذلك بما شاء): في ب، ج وفي أ لذلك مطلقاً فله أن يرهن.

(٦) - (يتعداه): في أ، ب وفي ج يتعدا

(٧) - أنظر رقم ٣.

وأما إذا لم يفتكه الراهن وافتكه المعير رجع عليه ولا يكون متبرعاً، لأنه مضطر في ذلك لو صوله إلى ماله-

بمنزلة الوارث- إذا قضى دين الميت لتسلم له التركة يرجع في التركة. تحفة الفقهاء ج٣: ٤٧، وانظر المبسوط

ج٢١: ١٥٨.

ويصير الثاني هو الرهن إذا رد الأول: فإن هلك في يده قبل رد الأول كان الأول بالدين والثاني أمانة بغير شيء (١).
 وإن اشترى شيئاً بديراًهم. فقال البائع: أمسك هذا الثوب (حتى) (٢) أعطيك الثمن، فالثوب رهن (٣).
 وإذا رهن الأب مال ابنه بدين على الأب جاز (٤)، وكذا (الوصي) (٥).

-
- (١)- لأنه ما رضي بالجمع بينهما، ولا يصير الثاني رهناً إلا بعد انقضاء الأول، ضرورة عدم الجمع. وإنما تقع الضرورة إذا قبض الأول، فأما إذا لم يقبض بقي الأول رهناً دون الثاني، حتى لو هلك: يكون الثاني أمانة والأول هلك بدينه. تحفة الفقهاء ج٣: ٤٧.
- (٢)- (حتى): في ب، ج وفي ا على
- (٣)- لأنه أتى بما ينبىء عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء والمعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة، والحوالة في ضد ذلك كفالة.
- وقال زفر: لا يكون رهناً ومثله عن أبي يوسف، لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الإيداع، والثاني أقلهما فيقضى بثبوته. الهداية ج٤: ٤٨٠، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢٧٥.
- (٤)- لأنه يملك الإيداع، وهذا انظر في حق الصبي منه، لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة.
- الهداية ج٤: ٤٧٦، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢٧٤.
- (٥)- (الوصي): في ب، ج وفي ا لولوصي
- ولأن الوصي بمنزلة الأب - الهداية ج٤: ٤٧٦، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢٧٤، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٣٥.

(وتجوز) (١): الزيادة في الرهن، (ولا تجوز) (٢) في الدين عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يصير الرهن رهناً بها (٣).

ومن باع عبداً على أن يرهنه المشتري بالثمن شيئاً بعينه (٤)، فامتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر عليه (٥)، وكان البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع (٦) إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً أو يدفع قيمة الرهن رهناً (٧) (بها) (٨).

(١)- (وتجوز): في أ، جـ وفي ب ويجوز

(٢)- (ولا تجوز): في ب، جـ وفي أ يجوز

(٣)- وقال أبو يوسف رحمه الله: تجوز الزيادة في الدين أيضاً، لأن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع

والرهن كالثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع، والجامع بينهما الائتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان.

ولأبي حنيفة ومحمد وزفر، وهو القياس: أن الزيادة في الدين توجب الشبوع في الرهن وهو غير مشروع

عندنا، والزيادة في الرهن توجب الشبوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن. الهداية جـ: ٤٤:

٤٩٨-٤٩٩، وانظر تحفة الفقهاء جـ: ٣: ٤٦.

(٤)- جاز ذلك، لأنه شرط ملائم للعقد، لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وهو يلائم الوجوب، لكن لا يلزم

الوفاء به، لعدم لزومه. اللباب جـ: ٢: ٦٤. والهداية جـ: ٤٨٠. وانظر ملتقى الأبحر جـ: ٢: ٢٧٥.

(٥)- وقال زفر: يجبر، لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقاً من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن

فيلزم بلزومه، ونحن نقول: الرهن عقد تبرع من جانب الراهن ولا جبر على التبرعات. الهداية جـ: ٤٤:

٤٨٠. اللباب جـ: ٢: ٦٤.

(٦)- لقوات الوصف المرغوب فيه. اللباب جـ: ٢: ٦٤. وانظر الهداية جـ: ٤٨٠.

(٧)- لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة. الهداية جـ: ٤٨٠. اللباب جـ: ٢: ٦٤.

(٨)- (بها): في ب وساقطة من أ، جـ وهي ساقطة من الهداية واللباب.

وإن رهن عصيراً قيمته عشرة، فتخمر ثم تخلل، وهو يساوي عشرة، فهو رهن بالعشرة (١).
ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت، فدبغ جلدها فصار يساوي درهماً فهو رهن بدرهم (٢).

(١)- لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن، إذ المحلوبة بالمالية فيهما، والخمر وإن لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محل له بقاء، حتى إن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب. الهداية ج٤: ٤٩٧ وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٨٠، وانظر الجامع الصغير: ٤٨٨.

(٢)- لأن الرهن يتقرر بالهلاك، فإذا حي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع، لأن البيع يتقضى بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود، أما الرهن فيتقرر بالهلاك. الهداية ج٤: ٤٩٧، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٨٠، وانظر الجامع الصغير: ٤٨٨.

وإن قال الراهن: إن جثتك بحقك إلى وقت كذا، وإلا فهو لك بدينك أو (ابتعتك إياه) (١) بحقك لم يجز، وهو رهن على حاله (٢).
 وإذا رهن عيناً واحداً عند رجلين بدين كل واحد منهما جاز وجميعه رهن عند كل واحد منهما (٣)، والمضمون على كل واحد منهما حصة دينه منه (٤).
 فإن قضى أحدهما دينه كان كله في يد الآخر حتى يستوفي دينه (٥).

(١) - (ابتعتك إياه): في أ وفي ب، جـ ابتعه لك.

(٢) - لأن التمليك لا يتعلق بالشرط. تحفة الفقهاء جـ ٣: ٤٣.

(٣) - لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه، وموجه صيرورته محتسباً بالدين، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزئي، فصار محبوباً بكل واحد منهما. الهداية جـ ٤: ٤٨١، واللباب جـ ٢: ٦٣.

(٤) - لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفياً حصته إذ الاستيفاء مما يتجزأ الهداية جـ ٤: ٤٨١، وانظر اللباب جـ ٢: ٦٣.

(٥) - لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق، وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن. الهداية جـ ٤: ٤٨١، واللباب جـ ٢: ٦٣ - ٦٤.

وإن ادعى اثنان على رجل أنه رهنهما (عبده) (١)، وقبضاه، وأقاما البيئة عليه لا غير فهو باطل (٢).

(وإن) (٣) مات الراهن والعبد في يديهما وأقاما (البيئة) (٤) على ما وصفنا كان رهناً عند كل واحد منهما بنصفه استحساناً.

وفي قول أبي يوسف: الموت والحياة سواء فيه، وهو باطل كله (٥).

(١) - (عبده): في ب، ج وفي اعنده.

(٢) - لأن كل واحد منهما أثبت بيته أنه رهنه كل العبد، ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل، لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهناً لهذا، وكله رهناً لذلك في حالة واحدة، ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية، ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف، لأنه يؤدي إلى الشيع فتملر العمل لهما وتعين التهاثر. ولا يقال: إنه يكون رهناً لهما كأنهما ارتهناه معاً إذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات. هذا وجه استحسان، لأننا نقول: هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة، لأن كلاً منهما أثبت بيته حبساً يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء، وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره في الاستيفاء، وليس هذا عملاً على وفق الحجة، وما ذكرناه وإن كان قياساً لكن محمداً أخذ به لقوته، وإذا وقع باطلاً فلو هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له. الهداية ج٤: ٤٨١-٤٨٢، وانظر الجامع الصغير: ٤٩٠.

(٣) - (وإن): في ج وفي أ، ب فإن.

(٤) - (البيئة): في أ، ج وفي ب العبد.

(٥) - وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وجه الاستحسان: أن العقد لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه، وحكمه في حالة الحياة الحبس، والشيع يضره، وبعد المات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيع لا يضره، وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة، أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البيئة تهاثرت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهما بعد المات، لأنه يقبل الانقسام.

وفي القياس: هذا كله باطل عند أبي يوسف، لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن، وأنه باطل للشيع كما في حالة الحياة.

الهداية ج٤: ٤٨٢، وانظر الجامع الصغير: ٤٩٠.

وإن رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يسترده حتى يؤدي باقي الدين، وللمرتهن إمساك الرهن ما بقي له درهم سواء كان الرهن شيئاً واحداً (أو أشياء) (١) (١) مختلفة، وسواء كان الرهن واحداً أو أكثر (٢).

فإن رهن مائة شاة بألف كل شاة بعشرة فقضى عشرة دراهم فليس له أن يأخذ شاة منها حتى يؤدي جميع المال وهو قول أبي يوسف. وقال محمد: له أن يأخذ شاة منها (٣).

وإباق عبد الرهن كهلاكه، فإن (وجده) (٤) عاد رهناً وسقط من الدين بقدر ما نقص (العبد) (٥).

(١) - (أو أشياء): في أ، ب وفي جـ أو شيئاً.

(٢) - وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين، فيكون محبوساً بكل جزء من أجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين، وصار كالمبيع في يد البائع، فإن سُمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئاً من المال الذي رهنته به فكذا الجواب في رواية الأصل، وفي الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ما سُمي له.

وجه الأول: أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع.

وجه الثاني: أنه لا حاجة إلى الاتحاد، لأن أحد العاقدين لا يصير مشروطاً في الآخر، إلا ترى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز. / الهداية جـ ٤: ٤٨١ وانظر اللباب جـ ٢: ٥٨، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ٢٧٥.

(٣) - لأن العقد منفعة واحدة، وكل جزء مما يتناوله العقد يكون محبوساً بجميع الدين فما لم يقبض جميع الدين لا ينعدم المعنى المثبت بحق الجنس في شيء من الرهن كما في البيع.

وجه قول محمد: تعرف القيمة بتفرق الصفقة في الرهن، بدليل أنه لو رهن عبداً بألف درهم كل نصف بخمسمائة لا يجوز، ولو رهن عبداً من رجلين نصفه من كل واحد منهما بدينه لا يجوز، بخلاف حال الاجمال فعرنا أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق الثمن. / المسوط جـ ٢١: ١١٠، وانظر اللباب جـ ٢: ٥٨.

(٤) - (وجده): في أ، جـ وفي ب وجد

(٥) - (العبد): في أ، وساقطة من ب، جـ.

فصل

وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه، وزوجته، وولده، وخادمه، وجميع من في عياله (١).
فإن حفظه بغير من في عياله، أو أودعه ضمن (٢).
ويد الركيل في قبض الرهن وحفظه كيد المرتهن، وكذا يد العدل، فإن اتفقا على وضع
الرهن في يد عدل جاز (٣)، وليس للمرتهن ولا للراهن أخذه من يده (٤)، فإن هلك في
يده هلك من ضمان المرتهن (٥).

(١)- قال رضي الله عنه: منعناه أن يكون الولد في عياله أيضاً، وهذا لأن عينه أمانة في يده فصار
كالوديعة، ولأنه إنما يحفظ عادة بهؤلاء. انظر الهداية ج٤: ٤٧٠، وانظر اللباب ج٢: ٦٤، وانظر ملتنقى
الأبحر ج٢: ٢٧٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٢.

(٢)- لأن يده غير أيديهم، فكان في الدفع إليهم متعدياً. اللباب ج٢: ٦٥، وانظر الهداية ج٤:
٤٧٠، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٧٢.

(٣)- لأن يده على الصورة يد المالك في الحفظ إذ العين أمانة، وفي حق المالصة يد المرتهن، لأن يده
يد ضمان، والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقاً لما قصداه من رهن، وإنما يرجع العدل على المالك
في الاستحقاق، لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع. الهداية ج٤: ٨٤، وانظر اللباب ج٢: ٥٦، وانظر
ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٧٦، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٤.

(٤)- لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته، وتعلق حق المرتهن به استيفاءً فلا يملك أحدهما إبطال حق
الآخر. الهداية ج٤: ٤٨٣، وانظر اللباب ج٢: ٥٦-٥٧. وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٧٦.

(٥)- لأن يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة. الهداية ج٤: ٤٨٣ وانظر اللباب ج٢: ٥٧،
وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٧٦.

وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به (١).
 وإن كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من بيعه حتى يقضي دينه من ثمنه، فإذا
 (قضاء) (٢) الدين يسلم الرهن إليه (٣).
 والمرتهن أحق بالرهن وقيمته، إن بيع في (حياة) (٤) الراهن، أو بعد وفاته سواء كان
 عليه ديون أو لا (٥).

-
- (١) - لأن حقه باق بعد الرهن، والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم، فإذا ظهر
 مطله عند القاضي يحبسه. الهداية ج٤: ٤٦٨-٤٦٩. وانظر اللباب ج٢: ٥٨.
- (٢) - (قضاء): في أ، ب وفي ج انتضاء.
- (٣) - لأنه ما زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه. الهداية ج٤: ٤٧٠. وانظر اللباب ج٢:
 .٥٩
- (٤) - (حياة): في أ، ب وفي ج حياته.
- (٥) - فهو أحق بثمنه من سائر الغرماء، لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالرهون فيثبت له
 الاختصاص ببذله وهو الثمن.
 وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه
 من بين سائر الغرماء. بدائع الصنائع ج٦: ١٥٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢٧٨.

وللراهن أن يمتنع من تسليم الدين حتى يحضر المرتهن الرهن، فإذا أحضره قيل للراهن سلم الدين إليه أولاً ثم أقبض الرهن (١).
وليس للحاكم أن يبيع (رهناً) (٢) بدينه، ولكن يحبس ويأمره ببيعه إن لم يكن له وجه آخر.

وعندهما: يبيعه (٣)

وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى به الدين (٤)، فإن لم

(١)- ليعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقاً للنسوية كما في تسليم المبيع والتمن يحضر المبيع ثم يسلم

التمن أولاً. الهداية ج٤: ٤٦٩

(٢)- (رهناً): الصحيحة وليست رهن كما في ب، ج وهي ساقطة من أ

(٣)- عند أبي حنيفة بعد حلول الأجل، ولكن يُحبس الراهن حتى يبيعه، وهذا إن كان الراهن مقلساً.

وعندهما: يبيعه إذا كان مما سوى الدراهم والدنانير من المنقول والمقارن له أن يجيهم إليه.

انظر تحفة الفقهاء ج٣: ٤٣، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧٤.

(٤)- لأن الوصي قائم مقامه، ولو تولى الوصي حياً بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن فكذا الوصية.

الهداية ج٤: ٤٩٦، انظر اللباب ج٢: ٦٥.

يكن له (وصي) (١) نصّب القاضي له وصياً وأمره ببيعه (٢).
 وإن وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين. فالوكالة
 صحيحة (٣)، فإن شرطت الوكالة في عقد الرهن فليس للراهن عزله عنها، وإن عزله لم
 ينزل (أيضاً) (٤)

وإن مات الراهن لم ينزل أيضاً (٥)
 وإن مات الوكيل لم يكن للمرتهن ببيع إلا برضا الراهن. (٦)

(١) - (وصي): في أ، ج وفي ب ثم وصياً

(٢) - لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم، والنظر في نصب الوصي
 يؤدي ما عليه لغيره، ويستوفي ماله من غيره. الهداية ج٤: ٤٩٧، وانظر اللباب ج٢: ٦٥.

(٣) - لأنه توكيل ببيع ماله. الهداية ج٤: ٤٨٢، واللباب ج٢: ٥٨، وانظر ملتقى الأبحر ج٢:
 ٢٧٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٤٤.

(٤) - (أيضاً): في ب وسائطة من أ، ج.

لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقه، ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة
 فيلزم بلزوم أصله، ولأنه تعلق به حق المرتهن وفي العزل إتواء حقه، وصار كالوكيل بالخصوصة بطلب
 المدعي. الهداية ج٤: ٤٨٣ وانظر اللباب ج٢: ٥٨، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٤٤.

(٥) - لأن الرهن لا يبطل بموته، ولأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة. وحق المرتهن مقدم. الهداية ج٤:

٤٨٣، واللباب ج٢: ٥٨، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢٧٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٤٤.

(٦) - لأنه ملكه وما رضي ببيعه. الهداية. ج٤: ٤٨٤

وإن سلط الراهن (المرتهن) (١) على بيعه ثم مات الراهن فله أن يبيع بغير حضرة الورثة (٢). وإذا وضع الرهن على (يد) (٣) العدل (أو أمره) (٤) يبيعه عند حلول الدين (فامتنع) (٥) منه، والراهن غائب أجبر على بيعه، وكذا (المدعى) (٦) عليه إذا وكل بالخصومة ثم غاب فامتنع الوكيل من الخصومة أجبر عليها (٧).

(١)- (المرتهن): في ب، جـ وساقطة من أ

(٢)- لأن المرتهن أحق بشئته من بين سائر الغرماء، فإن فضل منه شيء يضم إلى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالخصم، لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن بدائع الصنائع جـ: ١٥٣، وانظر ملتقى الأبحر جـ٢: ٢٧٦.

وفي الهداية: لأن العقد لا يبطل بموتهما ولا يموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه. جـ٤: ٤٨٣.

(٣)- (يد): في أ، جـ وفي ب يدي

(٤)- (أو أمره): في جـ وفي أ، ب وأمره

(٥)- (فامتنع): في ب، جـ وفي أ وامتنع

(٦)- (المدعى): في ب، جـ وفي أ المدعى

(٧)- أما المدعى فلا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه، فلو لم يكن التوكيل مشروطاً في عقد

الرهن وإنما شرط بعده، قيل لا يجبر اعتباراً بالوجه الأول، وقيل يجبر رجوعاً إلى الوجه الثاني، وهذا أصح.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن الجواب في الفصلين واحد ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي

الأصل. الهداية جـ٤: ٤٨٤، وانظر اللباب جـ٢: ٥٨، وانظر ملتقى الأبحر: جـ٢: ٢٧٦، وانظر الجامع

الصغير: ٤٩٠-٤٩١.

وإذا دخل (الرهن) (١) عيب ينقصه عشر قيمته فإنه يذهب عشر الدين، إن كانت قيمته والدين سواء (٢).

وإذا اختلف المتراهنان في الدين والقيمة بعدما هلك الرهن فالقول للراهن في مقدار الدين مع يمينه، وللمرتهن في قيمة الرهن مع يمينه.
فإن نكل لزمه ما ادعى الراهن (٣).

(١) - (الرهن): في ب، ج وفي ا الدين

(٢) - لأن الرد بالعيب من حقوق البيع، وإنها ترجع إلى العاقد والعاقد هو العدل فيرد عليه ويسترد من الثمن الذي أعطاه. بدائع الصنائع ج٦: ١٤٩.

(٣) - لأن المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله.

ولو قال الراهن رهته بجميع الدين الذي لك علي وهو ألف والرهن يساوي ألفاً، وقال المرتهن: ارتهته بخمسمائة والرهن قائم فقد روي عن أبي حنيفة أن القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لأنهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد وهو الموهون به.

فإن هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن، لأن الراهن يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر.

بدائع الصنائع ج٦: ١٧٤.

ومن رهن عبداً (فمات) (١) فاستحقه رجل (فيضمن) (٢) الراهن القيمة فقد مات العبد بالدين (٣)، وإن ضمن المرتهن القيمة رجع على الراهن بالقيمة والدين جميعاً (٤). وإذا باع العدل الرهن وأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن ضمن العدل، ثم العدل إن شاء ضمن الراهن القيمة، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطي ليرجع هو على الراهن (٥).

(١)- (فمات): في ب، ج وساقطة من أ

(٢)- (فيضمن): في أ، ج وفي ب فضمن

(٣)- لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الايفاء الهداية ج٤: ٤٨٦

(٤)- أما القيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن، وأما الدين فلأنه انتقض انتضاؤه فيعود حقه كما كان. الهداية ج٤: ٤٨٦، وانظر الجامع الصغير: ٤٩٠.

(٥)- وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق: إما أن يكون هالكاً أو قائماً، ففي الوجه الأول: المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته، لأنه غاصب في حقه، وإن شاء ضمن العدل، لأنه متمتع في حقه بالمبيع والتسليم، فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء، لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه، وإن ضمن البائع ينفذ أيضاً، لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه.

وإن ضمن العدل، فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة، لأنه وكيل من جهته عامل له، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة. ونفذ البيع وصح الاقتضاء، فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن، لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق، لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له، وإنما آداه إليه على حسابان أنه ملك الراهن، فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضياً به، فله أن يرجع به عليه وإذا رجع بطل الاقتضاء، فيرجع المرتهن على الراهن بدينه.

وفي الوجه الثاني: وهو أن يكون قائماً في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده، لأنه وجد عين ماله، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن، لأنه العاقد فتعلق به حقوق العقد، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع، وإنما آداه ليسلم له المبيع ولم يسلم، ثم العدل بالخيار. الهداية ج٤: ٤٨٤ - ٤٨٥.

فصل

وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن، وأجرة الراعي على الراهن ونفقة الرهن عليه ونماؤه له (ويكون رهناً مع الأصل)(١).

فإن هلك هلك بغير شيء(٢).

وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض، وقيمة النماء يوم الفكك، فما أصاب الأصل سقط من الدين بحصته، وما أصاب

(١)- (ويكون رهناً مع الأصل): في ب، جـ وفي أ ويكون النماء رهناً مع أمه.

(٢)- والأصل أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن، سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن، لأن العين باق على ملكه، وكذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه، لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه وأجرة الراعي في معناه، لأنه علف الحيوان، ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لردده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ، لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه، فيكون بدله عليه، وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه، وهذا في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى في تبقيته. الهداية جـ: ٤٧١،

اللباب جـ: ٦١-٦٢، تحفة الفقهاء جـ: ٣: ٤٣-٤٤، بدائع الصنائع جـ: ١٥١، وانظر خزانة الفقه: جـ: ١: ٢٤٤.

افتكه الراهن (به) (١)
 وإذا مات الولد (بعد) (٢) موت الأم سقط الدين كله، ويجعل كأن الولد لم يكن (٣).
 وسقي كرم الرهن على المرتهن وخراجه على الراهن (٤).
 وإذا مرض عبد الرهن فدواؤه وعلاجه على المرتهن، فإن كان فيه فضل (عن) (٥) الدين
 فعليهما بالخصص (٦).

(١) - (به): في ب، جـ وفي أ فيه.

فيقسم الدين على الأصل والزيادة على قدر قيمتهما، وتعتبر قيمة الأصل وقت القبض، وإن شئت قلت
 وقت العقد، وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لأن الإيجاب والقبول لا يصير عقداً شرعاً إلا عند القبض،
 وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكك لأن الأصل إنما صار مضموناً بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض، والزيادة إنما
 يصير لها حصة من الضمان بالفكك فتعتبر قيمتها حينئذ. بدائع الصنائع ج٦: ١٥٧.

(٢) - (بعد): في ب، جـ وفي أ يوم

(٣) - لأنه إذا هلك التحق بالعدم من الأصل وجعل كأن لم يكن. بدائع الصنائع ج٦: ١٥٩.

(٤) - سواء كان في قيمة الرهن فضل أو لم يكن، لأن هذه الأشياء من حقوق الملك ومؤونات الملك على
 المالك، والملك للراهن فكانت المؤونة عليه والخراج على الراهن، لأنه مؤونة ملك. بدائع الصنائع ج٦:
 ١٥١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢٧٢.

(٥) - (عن): في أ، وفي ب، جـ على

(٦) - وفي مختصر الطحاوي: إن المداواة على المرتهن من باب إحياء حقه وهو الدين، وأما مداواة الجروح
 والقروح والأمراض فتقسم عليهما على قدر الضمان والأمانة وكذا ذكره الكرخي. بدائع الصنائع ج٦:
 ١٥٢.

وكل ما وجب على الراهن (إذا) (١) (فعله) (٢) المرتهن بغير أمر الحاكم فهو متبرع فيه، وإن كان بأمره رجع (به) (٣) على الراهن، وكذلك ما وجب على المرتهن ففعله الراهن (٤):

(١)- (إذا): في ج وفي ب إن وساقطة من أ.

(٢)- (فعله): في أ، ج وفي ب يفعله.

(٣)- (به): في ب، ج وساقطة من أ

(٤)- لأنه مقطوع لأنه قضى دين غيره بغير أمره، فإن فعل بأمر القاضي يرجع على صاحبه، لأن القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك، والإذن بالإنفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالكين، وكذا إذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه، لأنه صار وكيلاً عنه بالإنفاق.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن الراهن إن كان غائباً فأنفق المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه، وإن كان حاضراً لم يرجع عليه.

وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع في الحالين جميعاً بناءً على أن القاضي لا يلي على الحاضرة عنده، وعندهما يلي. بدائع الصنائع ج٦: ١٥٢، وانظر ملئقى الأبحر ج٢: ٢٧٢.

باب الجناية في الرهن

إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف (١)، فإن أجاز المرتهن جاز (٢) (وكذا، إن) (٣) قضى دينه (٤).

وإن أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه (٥)، فإن كان الدين حالاً طوّل بأداء الدين (٦)، وإن كان مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد فجعلت رهنًا (مكانه) (٧) حتى يحل الدين (٨).

(١)- لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته، وإن كان الراهن يتصرف في ملكه كما لو وصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به. الهداية ج٤: ٤٨٦، وانظر اللباب ج٢: ٦٠، وانظر ملتي الأبحر ج٢: ٢٧٧، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٤٢.

(٢)- لأن التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه. الهداية ج٤: ٤٨٦، وانظر اللباب ج٢: ٦٠ ملتي الأبحر ج٢: ٢٧٧.

(٣)- (وكذا إن): في أ، ب وفي ج وكذلك إذا

(٤)- لزوال المانع من الشؤذ، وإلا بقي موقوفًا، وكان المشتري بالخيار، إن شاء صبر إلى فك الرهن، أو رفع الأمر إلى القاضي لفسخ البيع. اللباب ج٢: ٦٠، وانظر الهداية ج٤: ٤٨٦، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٤٣.

(٥)- لأنه مخاطب أعتق ملك نفسه، فلا يُلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض، أو أعتق الأبق أو المنصوب، ولا خفاء في ملك الرقبة لقيام المقتضى، وعارض الرهن لا ينبي عن زواله، ثم إذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك بل أولى، لأن ملك الرقبة أولى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بطريق الأولى. الهداية ج٤: ٤٨٧، وانظر اللباب ج٢: ٥٩، وانظر ملتي الأبحر ج٢: ٢٧٧.

(٦)- لأنه لو طوّل بأداء القيمة نفع المقاصة بقدّر الدين، فلا فائدة فيه. الهداية ج٤: ٤٨٧-٤٨٨، واللباب ج٢: ٥٩، وانظر ملتي الأبحر ج٢: ٢٧٧.

(٧)- (مكانه): في ج وساقطة من أ، ب

(٨)- لأن سبب الضمان متحقق، وفي التضمن فائدة، فإذا حلّ الدين اقتضاء بحقه إذا كان من جنس حقه وردّ الفضل. الهداية ج٤: ٤٨٨ وانظر اللباب ج٢: ٥٩.

وإن كان المعتق معسراً استسمى العبد في قيمته فيقتضي بها الدين (١). وكذا (إذا) (٢) استهلك الراهن الرهن (٣)، فإن استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه بأخذ القيمة فتكون رهناً في يده (٤). ولا يجوز إجارة الرهن من الراهن، ولا من المرتهن، ولا من الأجنبي، فإن أوجر خرج عن كونه رهناً ولا يعود إليه (أبدأ إلا) (٥) بعقد جديد (٦).

(١)- لأنه، لما تعلم الوصول إلى عين حقه من حصة المعتق يرجع إلى من يتفقه بعقده وهو العبد، لأن الخراج بالضممان . الهداية ج٤ : ٤٨٨ وانظر الباب ج٢ : ٦٠ .

(٢)- (إذا): في جـ وفي أ، ب إن.

(٣)- لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف، والضممان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين . الهداية ج٤ : ٤٨٩ ، وانظر الباب ج٢ : ٦٠ .

(٤)- لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه، فكذا في استرداد ما قام مقامه، والواجب على المستهلك قيمته يوم هلك، والمعتبر في ضمان الرهن يوم القبض لا يوم الفكك، لأن القبض السابق مضمون عليه، لأنه قبض استيفاء إلا أنه يتقرر عند الهلاك . الهداية ج٤ : ٤٨٩ وانظر الباب ج٢ : ٦٠ - ٦١ .

(٥)- (أبدأ إلا): في جـ وأبدأ ساقطة من أ وأبدأ إلا ساقطة من ب

(٦)- وفي البدائع يقول: «وليس له أن يؤجره بغير إذن المرتهن، لأن قيام ملك الحبس له أن يمنح الإجازة، ولأن الإجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره، ولو فعل وقف على إجازته، فإن رده بطل، وإن أجاز جازت الإجازة لما قلنا وبطل عقد الراهن، لأن الإجازة إذا جازت وأنها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والأجرة للراهن، لأنها بدل منفعة مملوكة له وولاية قبض الأجرة له أيضاً، لأنه هو العاقد، ولا تكون الأجرة رهناً، لأن الأجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمهونة فلا يكون بدلها مهوناً. بدائع الصنائع ج٦ : ١٤٦ ، وانظر تحفة الفقهاء ج٣ : ٤٢ ، وانظر خسرانة الفقه ج١ : ٢٤٤ .

وإن استعاره الراهن منه أو غصبه ارتفع القبض وخرج من ضمان المرتهن، فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء، وللمرتهن أن يسترده إلى يده، فإن أخذه عاد الضمان (١).
وجناية (الراهن) (٢) على الرهن مضمونة (٣)، وجناية المرتهن عليه (تسقط) (٤) من دينه بقدرها (٥).

وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى ما لهما هدر (٦).

(١)- ففي هذه الحالة يخرج الرهن من ضمان المرتهن، وعقد الرهن على حاله، ولكل واحد منهما أن يبطل العارية، ويرده إلى الرهن، لأن العارية غير لازمة.

وكذا يخرج عن ضمان المرتهن إذا غصبه غاصب، ولكن الرهن قائم- حتى إن للمرتهن أن يأخذه من الغاصب ويرده إلى الرهن. تحفة الفقهاء. ج٣: ٤٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٤.

(٢)- (الراهن): في ب، ج وفي أ الرهن.

(٣)- لأنه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث، والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبداً يقوم مقامه. الهداية ج٤: ٤٩٢، وانظر اللباب ج٢: ٦١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٤٢.

(٤)- (تسقط): في ب، ج وفي أ يسقط.

(٥)- ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين، وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لملكه. الهداية ج٤: ٤٩٢، وانظر اللباب ج٢: ٦١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٤٥.

(٦)- وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما جنايته معتبرة.

وأما كون جنايته على الرهن هدرًا فلأنها جناية المملوك على مالكه، وهي فيما يوجب المال هدرًا، لأنه المستحق.

وأما كون جنايته على المرتهن هدرًا فلأن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه نظيرها لأنها حصلت في ضمانه، فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخلص عليه.

والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال، وأما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالإجماع. اللباب ج٢:

وإن (تعدي) (١) المرتهن في الرهن بأن كان سيفاً (فقلده) (٢) أو خاتماً (فتختم) (٣) به في يساره أو يمينه إلا إذا كان تحت خاتم (آخر) ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته (كما) (٤) إذا أهلكه (٥).

وإذا قتل عبد الرهن رجلاً خطأ وقيمه والدين سواء ففداؤه على المرتهن إن أحب، ولا يرجع به على الراهن ويكون العـ رهنأ على حـاله (٦).

(١) - (تعدي): في جـ وفي ا تعد وفي ب تعدا

(٢) - (فقلده): في ب، جـ وساقطة من أ، والصحيح فنقلده.

(٣) - (فتختم): في أ، ب وفي جـ فختم

(٤) - (كما): في أ، ب وساقطة من جـ

(٥) - لأن الناس يختلفون في التجمل بهذا النوع، فمنهم من يتجمل بالتختم في اليمنى ومنهم من يتجمل

به في اليسرى فكان كل ذلك استعمالاً.

ولو جعله في بقية الأصابع فهلك بهلك هلاك الرهن لأن التختم بها غير معتاد فكان حفظاً لا استعمالاً.

ولو لبس خاتماً فوق خاتم فهلك يرجع فيه إلى العرف والعادة، فإن كان اللباس ممن يتجمل بخاتميين

يضمن، لأنه مستعمل له، وإن كان ممن لا يتجمل به بهلك بما فيه، لأنه حافظ إياه. بدائع الصنائع ج٦:

١٤٨، وانظر عيون المسائل ج٢: ٣٥٧-٣٥٨.

(٦) - فهنا يخاطب المرتهن بالفداء، لأنه بالفداء يستبقي حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجنابة من غير أن

يسقط حق المرتهن، ولو بدىء بالراهن وخوطب بالدفع أو الفداء على ما هو حكم الشرع فرمما يختار الدفع

فيبطل حق المرتهن ويسقط دينه فكانت البداية بخطاب المرتهن بالفداء أولى، وإذا فداء بالإرش فقد استخلصه

واستصفاه عن الجنابة وصار كأنه لم يعجن أصلاً فيبقى رهنأ كما كان، ولا يرجع بشيء مما فدى على الراهن،

لأنه فدى ملك الغير بغير إذنه فكان مثبرعاً. بدائع الصنائع ج٦: ١٦٦.

وإن أبيع (فداؤه) (١) للمرتهن (٢) أو دفعه، وأيهما فعل بطل الرهن والدين (٣).
وإن كان في قيمته فضل على الدين فعلى الراهن فداء الفضل وعلى المرتهن فداء المضمون
إن شاء (٤).

وكذا لو (استهلك) (٥) العبد مالا يستغرق رقبته، فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد
كان العبد رهناً على حاله وإن أبيع للراهن: بعه في دينه أو (أد) (٦) عنه (دينه) (٧) فإن أدى

(١)- (فداؤه): في أ، جـ وفي ب فداؤه.

(٢)- الصحيح المرتهن وليس الراهن، وفي النسخ الثلاث الراهن. انظر الهداية ج٤: ٤٩٤.

(٣)- أما بطلان الرهن فلأن العبد زال عن ملكه بالدفع إلى خلف فخرج عن كونه رهناً.

وأما سقوط الدين فلأن استحقات الزوال حصل بمعنى في ضمان المرتهن فصار كأنه هلك في يده. بدائع

الصنائع ج٦: ١٦٦.

(٤)- وفي بدائع الصنائع: فإن كان الفداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط الدين كله، وإن

كان الفداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر الفداء وحبس العبد رهناً

بالباقى، وإن كان الفداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا

يسقط أكثر منها، لأنه لو هلك العبد لا يسقط من العبد أكثر من قيمته فهذا عند الفداء. بدائع الصنائع

ج٦: ١٦٦.

(٥)- (استهلك): في أ، جـ وفي ب استهلكه.

(٦)- (أد): في ب، جـ وفي أ ادي

(٧)- (دينه): في أ، جـ وساقطة من ب.

بطل دين المرتهن على الراهن وخرج العبد من الرهينة، وإن لم يؤد الراهن دينه فله ذلك وبيع العبد في دينه الذي لحقه فيأخذ صاحب الدين دينه (١) ويبطل بقدر ذلك من دين المرتهن (٢)، فإن بقي من ثمن العبد ما يكون وفاء بباقي دين المرتهن استوفاه، وما (فضل) (٣) (فللولي) (٤).

وإن رهن (عنده) (٥) عبداً قيمته ألف بألف إلى (اجل) (٦) فنقص في

(١) - لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية، لتقدمه على حق المولى. الهداية ج٤:

٤٩٥.

(٢) - لأن الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك. الهداية ج٤: ٤٩٥.

(٣) - (فضل): في أ، ج وفي ب بقي.

(٤) - (فللولي): في ج وفي أ، ب فاللمولى

لأنه بدل ملكه، وقد فرغ في حق المرتهن. الهداية ج٤: ٤٨٩.

(٥) - (عنده): في أ، ج وفي ب عبده.

(٦) - (اجل): في ب، ج وفي أ اجله

السعر، حتى رجعت قيمته (إلى مائة فقتله رجل فغرم قيمته مائة، فإذا حلّ الأجل أخذ المرتهن المائة بحقه) (١) ولا يرجع على الراهن بشيء آخر (٢).
ولو قتله عبد قيمته مائة فدفع به افتكه الراهن، بجميع الدين.
وقال محمد (رحمه الله) (٣): هو مخير إن شاء افتكه بالدين وإن شاء سلم المدفوع إلى المرتهن بماله. فإن لم يفتكه (٤) أحد (ولكن) (٥) باعه المرتهن بأمر الراهن بمائة أخذها (المرتهن) (٦) ورجع على (الراهن) (٧) بمائة (٨).

(١) - (إلى مائة فقتله . . . أخذ المرتهن المائة بحقه): في ب، ج وساقطة من أ

(٢) - وأصله: أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافاً لزفر، هو يقول إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين.

ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس، وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار، ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين، لأن بقوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه إذ اليد يد الاستيفاء، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهوناً بكل الدين، فإذا قتله حر غرم قيمته مائة، لأنها تعتبر قيمته يوم الإتلاف في ضمان الإتلاف، لأن الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن، لأنه بدل المالية في حق المستحق، وإن كان مقابلاً بالدم على أصلنا، حتى لا يزداد على دية الحر، لأن المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن فتعلق بالمالية. فهذا فيما قام مقامه، ثم لا يرجع على الراهن بشيء، لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء، وبالهلاك يتقرر قيمته كانت في الابتداء ألفاً فيصير مستوفياً الكل من الابتداء، أو تقول لا يمكن أن يجعل مستوفياً الألف بمائة، لأنه يؤدي إلى الربا فيصير مستوفياً المائة وبقي تسعمائة في العين، فإذا هلك يصير مستوفياً تسعمائة بالهلاك، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد، لأنه يصير مستوفياً الكل بالعبد، لأنه لا يؤدي إلى الربا. الهداية ج٤: ٤٩٣ - ٤٩٤، وانظر الجامع الصغير: ٤٩١ - ٤٩٢.

(٣) - (رحمه الله): في ج وساقطة من أ، ب

(٤) - (بفتكه): في ج وفي أ، ب بقتله

(٥) - (ولكن): في ب وفي أ، ج لكن

(٦) - (المرتهن): في ب، ج وساقطة من أ

(٧) - (الراهن): في ج وفي أ، ب، المرتهن

(٨)- وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: هو بالخيار إن شاء انكته بجميع الدين وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بحاله.

وقال زفر: يصير رهناً بمائة، له أن يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك إلا أنه أخلف بدلاً بقدر العشر فيبقى الدين بقدره.

ولاصحابنا على زفر: أن العبد الثاني قام مقام الأول لحماً ودماً، ولو كان الأول ثامناً وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذا ذلك إذا قام المدفوع مكانه.

ولمحمد في الخيار: أن الموهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمنصوب إذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمنصوب منه، كذا هذا.

ولهما: أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحماً ودماً، ذكرناه مع زفر، وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تملكه بغير رضاه، ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي، وأنه منسوخ بخلاف البيع، لأن الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لأن تملكه بأداء الضمان مشروع. الهداية ج٤: ٤٩٤، وانظر الجامع الصغير: ٤٩٢.

فصل

وسعاية العبد الذي اعتقه الراهن إنغا (تكون) (١) في أقل من قيمته ومن الدين، فإن فضل (من الدين شيء) (٢) أخذه من الراهن، ويرجع العبد بالسعاية (٣) على الراهن (٤).
فإن كان الرهن أمة فحملت وادعى الراهن حملها ثم وضعت بعد ذلك فهي تسعى في جميع الدين ولم ترجع به على الراهن (٥).
ولا سعاية على الولد (٦)، وإن كان الدين مؤجلاً (سعت) (٧) في قيمتها فيكون

(١) - (تكون): وفي ب، جـ يكون

(٢) - (من الدين شيء): في ب، جـ وفي أشياء من الدين

(٣) - السعاية: أصل السعي التصرف في كل عمل، وسعى على القوم ولي عليهم، وسعى المكاتب في فك

رقبته سعاية وهو اكتساب المال ليتخلص به، واستسعيته في قيمته طلبت منه السعي. المصباح المنير: ١٠٥

(٤) - لأن الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتسبه عند العبد فتقدر السعاية بقدر

الاحتياص، ثم إذا سعى العبد يرجع بما سعى على الراهن، لأنه قضى دين الراهن من خالص ملكه على وجه

الاضطرار، لأن الشرع أوجب عليه السعاية والقاضي الزمه. ومن قضى دين غيره مضطراً من مال نفسه لا

يكون متبرعاً ويرجع عليه كالوارث إذا قضى دين الميت من مال نفسه يرجع على التركة كذا هذا. بدائع

الصنائع ج٦: ١٧٢.

(٥) - فإن ادعاء الراهن فدعواه لا تخلو: إما إن كانت قبل وضع الحمل، وإما إن كانت بعده، فإن كانت

قبل وضع الحمل صححت دعوته ويثبت نسب الولد منه وصارت الجارية أم ولد له وخرجت عن الرهن، وأما

صحة الدعوة، فلأنها ملكة من كل وجه والمالك من وجه يكفي لصحة الدعوة فالمالك من كل وجه أولى.

بدائع الصنائع ج٦: ١٧٣

(٦) - لأنه صار حراً قبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه. البدائع ج٦: ١٧٣.

(٧) - (سعت): في ب وفي أ، جـ بيعت.

رهناً مكانها. فإذا حلّ الدين أخذها من دينه وسعت الأمة (في) (١) بقية دينه (٢).
ولو كان الراهن موسراً فلا سعاية لا في العتق ولا في الاستيلاء (٣).
وإن ادعى الراهن الولد بعد الوضع وهو معسر (أيضاً) (٤) قسم الدين على قيمة الأم يوم

(١)- (في): في أ، ج وساقطة من ب

(٢)- وهنا صار الولد حراً بعدما دخل في الرهن، وصارت له حصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما إلا أن قيمة الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة. بدائع الصنائع

ج٦: ١٧٥-١٧٦

(٣)- ذكر الكرخي أنه يسمى، وذكر القاضي في شرح مختصر الطحاوي أنه لا يسمى وسوى بين المرتهن وبين الأعتاق، وهو أن الدين إن كان حالاً أخذ المرتهن جميع دينه من الراهن، وإن كان مؤجلاً أخذ قيمة العبد من الراهن ويكون رهناً مكانه كما في الإعتاق. بدائع الصنائع ج٦: ١٧٣.

(٤)- (أيضاً): في أ، ج وساقطة من ب.

الرهن، وعلى قيمة الولد يوم الدعوة، فما أصاب الأم (سعت) (١) فيه بالغاً ما بلغ ولا ترجع به على (المولى) (٢).
وما أصاب الولد سعى في الأقل منه ومن قيمته ويرجع به على الراهن (٣).
وإن دبرها (الراهن) (٤) خرجت بذلك من الرهن وكان حكمها في السعاية كحكم الأمة التي ادعى الراهن ولدها قبل الوضع في جميع ما (ذكرنا) (٥).
(والله تعالى أعلم) (٦).

(١) - (سعت): في ب وفي أ، ج يمت

(٢) - (المولى): في ج وفي الولي وفي ب الأم المولى

ففي هذه الحالة يثبت النسب وصار حراً وصارت الجارية أم ولد له، وخرجت من الرهن، إلا أن هنا صار الولد حراً بعدما دخل في الرهن وصارت له حصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما إلا أن قيمة الجارية تعتبر يوم الرهن، وقيمة الولد يوم الدعوة فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين حكم المدبر في جميع الدين. بدائع الصنائع ج٦: ١٧٣-١٧٤.

(٣) - لأنه هنا ينظر إلى قيمة العبد وقت الرهن وإلى قيمته وقت الاعتاق وإلى الدين فيسمى في الأقل من هذه الأشياء الثلاثة، وهنا ينظر إلى قيمة الولد وقت الدعوة وإلى حصته من الدين فيسمى في أقلهما إذا كان الراهن معسراً ويرجع بما سعى عليه. بدائع الصنائع ج٦: ١٧٤

(٤) - (الراهن): في أ، ج وساقطة من ب

(٥) - (ذكرنا): في ج وفي أ، ب ذكره

وإذا دبره يخرج عن كونه رهناً، أما خروجه عن الرهن فلأن المدبر لا يصلح رهناً، لأن كون المرهون مالاً مطلقاً شرط جواز الرهن، وبالتدبير خرج من أن يكون مالاً مطلقاً فيخرج عن كونه رهناً، ولهذا لم يصلح ابتداءً، فكذا في حالة البقاء. بدائع الصنائع ج٦: ١٧٢

(٦) - (والله تعالى أعلم): في ج وساقطة من أ، ب

كتاب الوكالة (١)

كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به (٢)، ويجوز التوكيل بالخصومة برضا الخصم في سائر الحقوق (٣) (وبإيفائها) (٤) واستيفائها إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس (٥)، (وبغير) (٦) رضا الخصم لا يجوز عند (أبي حنيفة) (٧) إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً (مسيرة) (٨) ثلاثة أيام فصاعداً.

(١) الوكالة في اللغة: وكل إليه الأمر وكلاً ووكولاً: سلمه، وفوضه إليه، واكتفى به، ووكّله: استكفاه أمره ثقة به، وتوكل الرجل بالأمر: ضمن القيام به.
والوكالة: أن يعهد إلى غيره أن يعمل له عملاً. المعجم الوسيط ج٢: ١٠٦٧، وانظر المصباح المنير: ٢٥٧، وانظر مختار الصحاح: ٧٣٤
وفي الاصطلاح: «هي تفويض التصرف، والحفظ إلى الوكيل» تحفة الفقهاء ج٣: ٢٢٧، وانظر خزائن الفقه ج١: ٢٥٤.

وعرفه الإمام السرخسي بقوله: «تفويض التصرف إلى الغير وتسليم المال إليه ليتصرف فيه» المبسوط ج١٩: ٢، وانظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤: ٢٥٥.

والتوكيل جائز بالقرآن والسنة والاجماع والمعقول منها:
١- قوله تعالى: ﴿فابمشوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه﴾
الكهف: ١٩، وهذا كان توكيلاً، المبسوط ج١٩: ٢.

ب- وأما السنة: ما رواه علي رضي الله عنه قال: «أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أتصدق بجلال البدن التي نحررت وبجلودها» صحيح البخاري شرح صحيح البخاري ج٤: ٤٧٩
وقول أم سلمة رضي الله عنها لابنها: يا عمر قم فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه. سنن النسائي ج٦: ٨٢، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٩٢

والأدلة من السنة على ذلك كثيرة لا مجال لذكرها هنا فمن أراد ذلك فليرجع إلى المبسوط ج١٩: ٢
ج- وللناس إلى هذا العقد حاجة ماسة، فقد يعجز الإنسان عن حفظ ماله عند خروجه للسفر، وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلّة هدايته وكثرة اشتغاله، أو لكثرة ماله فيحتاج إلى تفويض التصرف إلى الغير بطريق الوكالة. المبسوط ج١٩: ٢

د- والإجماع: فقد أجمعت الأئمة على جواز الوكالة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤: ٢٥٤

(٢) لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال، فيحتاج إلى أن يوكل غيره، فيكون بسبيل منه دفعاً للحاجة. الهداية ج٣: ١٥٢، وانظر اللباب شرح الكتاب ج٢: ١٣٨.

(٣) للحاجة إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات، وقد صح أن علياً وكل فيها عقيلاً، وبعدما

أسنّ وكل عبد الله بن جعفر. الهداية ج٣: ١٥٢ اللباب ج٢: ١٣٨ وانظر المبسوط ج١٩: ٣

(٤) (وبإيفائها): في أ، ب وفي ج وإينشائها

(٥) لأنها تندري بالشبهات، وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي، بخلاف غيبة الشاهد، لأن الظاهر عدم الرجوع، وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء، فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلاً وهذا الذي ذكرنا وهو قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً. الهداية ج٣: ١٥٢، وانظر اللباب ج٢: ١٣٩، وانظر المبسوط ج١٩: ١٠٦، وانظر الجامع الصغير: ٢٥٦.

(٦) (وبغير): في أ، ب وفي ج ويعتبر

(٧) (أبي حنيفة): في أ، ج وفي ب: ح

(٨) (مسيرة): في ب، ج وفي أملة

وقالا يجوز برضاه (وبغير رضاه).^(١)

ولكن لا (تجوز) (٢) الوكالة بالخصومة في الحدود والقصاص واللعان أصلاً (٣).
ومن وكل إنساناً بشراء شيء فلا بدّ من تسمية جنسه، وصفته، أو جنسه، ومبلغ ثمنه إلا
أن (تكون) (٤) وكالة عامة فيقول: ابتع لي ما شئت (٥).

(١) (وبغير رضاه): في ب، جـ وساقطة من أ

(٢) (تجوز): في جـ وفي أ، ب يجوز

(٣) لهما: أن التوكيل تصرف في خالص حقه، فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون.
وله: أن الجواب مستحق على الخصم، ولهذا يستحضره. والناس متفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه
يتضرر به، فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر، لأن
الجواب غير مستحق عليهما هنالك، ثمّ كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقيق الضرورة.
الهداية جـ ٤: ١٥٣، وانظر الباب جـ ٢: ١٣٩

(٤) (تكون): في أ، جـ وفي ب يكون

(٥) لأنه فوض الأمر إلى رأيه فأى شيء يشتريه يكون ممثلاً، والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في
الوكالة كجهالة الوصف استحساناً، لأنّ مبني التوكيل على التوسعة، لأنه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض
الخرج وهو مدفوع. الهداية جـ ٣: ١٥٥، وانظر الباب جـ ٢: ١٤٢، وانظر تحفة الفقهاء جـ ٣: ٢٣٢،
وانظر المبسوط جـ ١٩: ٣٨، وانظر خزنة الفقيه وعيون المسائل جـ ١: ٢٥٦.

وإذا دفع إلى رجل دراهم ليشتري (له) (١) بها طعاماً فهو على الخنطة والدقيق، فإن اشترى بها خبزاً، أو لحماً، أو فاكهة، لم يجز (٢).
 وإن قال (اشتر) (٣) لي لحماً أنصرف إلى ما يباع (في الأسواق) (٤) غالباً كلحم الغنم أو البقر دون النادر، كلحم (الوحوش) (٥) أو (الطيور) (٦)، ولا ينصرف إلى السمك (والشواء) (٧) والمطبوخ، وفي الرأس ينصرف إلى المشوي دون النيء (٨).

(١) (له): في ب، ج وساقطة من أ

(٢) استحساناً، والقياس أن يكون على كل مطعم اعتباراً للحقيقة كما في اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم.

وجه الاستحسان: أن العرف أملك وهو على ما ذكرناه إذ ذكر مقروناً بالبيع والشراء، ولا عرف في الأكل فبقي على الوضع. الهداية ج٣: ١٥٦ وانظر المبسوط ج١٩: ٤١، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣١

(٣) (اشتر): في ب، ج وفي أ اشترى.

(٤) (في الأسواق): في ج وفي أ بالسوق، وفي ب في السوق.

(٥) (الوحوش): في ج وفي أ، ب الوحش

(٦) (الطيور): في ب، ج وفي أ الطير

(٧) (والشواء): في أ، ج وفي ب الشوي

(٨) لأن هذا كله مبني على العرف - تحفة الفقهاء ج٣: ٢٣٤.

وفي بدائع الصنائع استثناء وهو إن كان مسافراً ونزل في خان ودفع إلى إنسان درهماً ليشتري به لحماً

فينصرف هنا إلى المشوي والمطبوخ. انظر ج٦: ٣١

وإن لم يدفع إليه (شيئاً) (١) وقال: اشتر لي حنطة فاشترها لم يجز على الأمر، لأنه لم يسم كم (يشترى) (٢)، وكذا في كل مكيل وموزون (٣).
 وإن وكله أن يشترى له ثوباً أو دابة فهو باطل وإن سمى (الثلث) (٤). فإن قال: ثوباً هروياً، أو حماراً، فهو جائز، وإن لم يسم الثلث (٥).
 وإن قال: عبداً، أو جارية، أو داراً إن سمى الثلث جاز وإلا فلا (٦)

(١) (شيئاً): في ب، جـ وفي شيء

(٢) (يشترى): في أ، جـ وفي ب نشترى

(٣) فهنا لا تجوز الوكالة، ما لم يبين الثلث أو عدد القفزان تحفة الفقهاء جـ ٣: ٢٣٣

(٤) (الثلث): في أ، جـ وفي ب بالثلث

(٥) ففي الحالة الأولى يعتبر الشراء باطلاً للجهالة الفاحشة، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض، وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناساً، وكذا الثوب، لأنه يتناول الملبوس من الأتلس إلى الكساء، ولهذا لا يصح تسميته مهراً، وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس، لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتمذر الامتثال، وفي الحالة الثانية يجوز لانتهاء الجهالة. انظر الهداية جـ ٣: ١٥٥-١٥٦، وانظر ملتنقى الأبحر جـ ٢: ١٠٠، وانظر الجامع الصغير: ٤١٠-٤١١، وانظر المبسوط جـ ١٩: ٤٠.

(٦) إن قال تركياً أو رومياً أو هندياً جاز، لأنه نقل الجهالة بذكر أحدها وبحال الموكل. تحفة الفقهاء

جـ ٣: ٢٣٢ وانظر الهداية، جـ ٣: ١٥٥ وانظر ملتنقى الأبحر جـ ٢: ١٠٠، وانظر الباب جـ ٢: ١٤٢،

وانظر المبسوط جـ ١٩: ٣٩

وعند أبي يوسف: لا يجوز في الدار حتى يذكر (بلداً) (١) بعينه وبه نأخذ (٢). وإن أمره بشراء عبدين باعياتهما ولم (يسم) (٣) الثمن فاشترى أحدهما بمثل قيمته جاز (٤)، وكذا إن أمر أن يشتريهما بالالف وقيمتها سواء فاشترى أحدهما بخمسائة أو أقل جاز، وبأكثر منها لم يجوز قلت الزيادة، أو كثرت (٥)، إلا أن يشتري الآخر بما بقي قبل أن يختصما (٦).

(١) (بلداً): في أ، ب وفي ج بكلا

(٢) لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض، والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذر الامتثال.

الدر المختار ج٣: ٢٦٩، وانظر المبسوط ج١٩: ٤١ - ٤٢

(٣) (يسم): في ب، ج وفي أ يسمى

(٤) لأن التوكيل مطلق، فيجري على إطلاته، وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع. الهداية ج٣: ١٥٩،

وانظر الجامع الصغير: ٤٠٧ - ٤٠٨.

(٥) وهذا عند أبي حنيفة، لأنه قابل الألف بهما وقيمتها سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان أمراً بشراء

كل واحد منهما بخمسائة، ثم الشراء بها موافقة، وبأقل منها مخالفة إلى خير، والزيادة إلى شر قلت الزيادة

أو كثرت فلا يجوز. الهداية ج٣: ١٥٩، وانظر المبسوط ج١٩: ٤٣، وانظر الجامع الصغير: ٤٠٨.

(٦) وهذا استحساناً، لأن الشراء الأول قائم، وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدین بالالف،

وما ثبت بالانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها. الهداية ج٣: ١٥٩، وانظر الجامع الصغير: ٤٠٨.

وقالا إن اشترى أحدهما بأكثر من خمسمائة بما يتغابن فيه جاز، والذي يتغابن فيه نصف العشر، والأظهر أنه ما يدخل في تقويم المقومين (١)
 (وإن) كان له عليه ألف فقال: اشترى هذا العبد، فاشترى جاز (٣).
 وإن أمره (بشراء) (٤) عبد بغير عينه فاشتراه فمات في يده لم يكن من مال الأمر،

(١) لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالتعارف وهو فيما قلنا، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليتمكنه تحصيل غرض الأمر. الهداية ج٣: ١٥٩، وانظر الجامع الصغير: ٤٠٨.

(٢) (وإن): في ب، ج وفي أ فإن

(٣) لأن في تعيين المبيع تعيين البائع، ولو عين البائع يجوز. الهداية ج٣: ١٥٩، وانظر الجامع الصغير:

. ٤١٠

(٤) (بشراء): في أ وفي ب شراء وفي ج بشري

وإن قبض الأمر فهو له (١).
وقالا: البيع جاز على الأمر (٢)
وإن وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي (حنيفة) (٣).
(وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف، فإن اشترى باقيه لزم الموكل) (٤).
وإن وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم، فاشترى عشرين بدرهم من لحم يباع مثله

(١) وهذا عند أبي حنيفة، ولأنها تمنع في الوكالات، ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو سقط الدين بطلت الوكالة، وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه، وذلك لا يجوز، كما إذا اشترى بدين على غير المشتري، أو يكون أمراً بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله، وذلك باطل، كما إذا قال: أعط ما لي عليك من شئت، بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلاً عنه في القبض ثم يملكه، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق، لأنه جعل المال لله تعالي وهو معلوم، وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الأمر منه لانعقاد البيع تعاطياً. الهداية ج٣: ١٦٠، وانظر الجامع الصغير: ٤١٠.

(٢) وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه، لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعنيان في المعاضدات ديناً كانت أو عيناً، ألا ترى أنه لو تبايعا عيناً بدين، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل، ويلزم الأمر لأن يد الوكيل كيده. الهداية ج٣: ١٦٠، وانظر الجامع الصغير: ٤١٠.

(٣) (أبي حنيفة): في أ، ج وفي ب: ج

لأن اللفظ مطلق عن قيد الانتراق والاجماع، ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده، فإذا باع النصف به أولى.

وعندهما: لا يجوز لأنه غير متعارف، لما فيه من ضرر الشركة. الهداية ج٣: ١٦٣، وانظر بدائع الصنائع

ج٦: ٢٧ - ٢٨، وانظر اللباب ج٢: ١٤٨، وانظر المبسوط ج١٩: ٤٣ - ٤٤

(٤) (وإن وكله بشراء... لزم الموكل): في أ، ب وساقطة من ج.

لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال، بأن كان موروثاً بين جماعة، فيحتاج إلى شرائه شقياً شقياً، فإذا اشترى الباقي قبل رد الأمر البيع تبين أنه وقع وسيلة، فينقل على الأمر وهذا بالاتفاق، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر، وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق. الهداية ج٣: ١٦٣،

وانظر اللباب ج٢: ١٤٨، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٨

عشرة بدرهم، لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند (أبي حنيفة) (١) (رضي الله تعالى عنه) (٢)

وقالوا: يلزمه العشرون (٣)

وإن وكله بشراء شيء بعينه، فليس له أن يشتريه لنفسه (٤)، فإن وكله بشراء عبد بغير عينه، فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا (أن) (٥) يقول: نويت الشراء للموكل، أو (يشتريه) (٦) بمال الموكل (٧) وإذا اطلق للوكيل في البيع جاز أن يبيع بالنقد، والنسيئة، وبأي (ثمان) (٨) كان قل أو كثر.

(١) (أبي حنيفة): في أ، ج وفي ب: ح

(٢) (رضي الله تعالى عنه): في ج وساقطة من أ، ب

(٣) وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة، ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل.

لأبي يوسف: أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً، وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين.

ولأبي حنيفة: أنه أمره بشراء عشرة أرطال، ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه، وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما إذا استشهد به، لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلاً بدرهم حيث يصير مشترياً لنفسه بالإجماع، لأن الأمر يتناول السمين، وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الأمر. الهداية جـ ٣: ١٥٧، وانظر اللباب جـ ٢: ١٤٩، وانظر بدائع الصنائع جـ ٦: ٣٠

(٤) لأنه يؤدي إلى تغير الأمر، حيث اعتمد عليه، ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما تيل إلا بحضور

من الموكل. الهداية جـ ٣: ١٥٧، واللباب جـ ٢: ١٤٩

(٥) (أن): في أ، ج وساقطة من ب

(٦) (يشتريه): في ب، ج وفي أ نشتره

(٧) قال رضي الله عنه: هذه المسألة على وجوه:

إن أضاف العقد إلى دراهم الأمر كان للأمر وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلاً وخلافاً وهذا بالإجماع وهو مطلق.

وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة إذ الشراء بإضافة العقد إلى دراهم غير مستنكر شرعاً وعرفاً.

وإن أضافه إلى دراهم مطلقة، فإن نواها للأمر فهي للأمر، وإن نواها لنفسه فلنفسه، لأن له أن يعمل لنفسه

ويعمل للأمر في هذا التوكيل وإن تكاذباً في النية يحكم النقد بالإجماع، لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه،

وإن توافقنا على أنه لم تخضه النية قال محمد رحمه الله هو للعائد لأن الأصل أن كل واحد يعمل لنفسه

إلا إذا ثبت جملة لغيره ولم يثبت.

وعند أبي يوسف: يحكم النقد فيه، لأن ما أوقمه مطلقاً يحتمل الوجهين فيبقى موقوفاً فمن أي الجهتين نقد

فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه، ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للأمر، وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح

كما في حالة التكاذب والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه. الهداية جـ ٣: ١٥٨ وانظر اللباب

جـ ٢: ١٤٩

(٨) (ثمان): في ب، ج وفي أ من

وقالا: لا يجوز إلا بالدراهم والدنانير (إلا)(١) ما يتغابن في مثله.
 فإن باع (بغيرهما)(٢) لم يجز، إلا أن يجيز الموكل(٣).
 (والوكيل)(٤) بالشراء لا يجوز أن يشتري (إلا)(٥) بالدراهم والدنانير، ولا يجوز
 (بعرض)(٦) ولا (بشمن)(٧) أكثر مما سمّاه (قلت)(٨) الزيادة أو كثرت، وإن أطلق جاز إلى
 ما يتغابن فيه (بمثله)(٩)، (ولا يجوز (بما)(١٠) لا يتغابن في مثله)(١١).

(١) (إلا): هو الأصح وفي النسخ الثلاث إلى

(٢) (بغيرهما): في أ، ب وفي جـ بغيرها

(٣) وهذا عند الإمام أبي حنيفة، فله أن يبيع ما عزّ وهان، بأي ثمن كان، وإن كان غيباً فاحشاً، وسواء
 كان الثمن عيناً أو ديناً.

وعندهما: لا يجوز إلا أن يبيع بالائتمان، بمثل القيمة. تحفة الفقهاء جـ ٣: ٢٣٤، وانظر الهداية جـ ٣:

١٦٢، وانظر بدائع الصنائع جـ ٦: ٢٧

(٤) - (والوكيل): في جـ وفي أ، ب الوكيل

(٥) - (إلا): في ب، جـ وساقطة من أ

(٦) - (بعرض): في أ، ب وفي جـ بعرض

(٧) - (بشمن): في ب، جـ وفي أ ثمن

(٨) (قلت): في أ، ب وفي جـ قلة

(٩) (بمثله): في ب، جـ وساقطة من أ

(١٠) (بما): في ب وفي أ، جـ بما

(١١) (ولا يجوز بما لا يتغابن في مثله): في ب، جـ وساقطة من أ

وعدم الجواز بما لا يتغابن الناس في مثله هذا اتفاقاً، والذي لا يتغابن الناس فيه هو مالا يدخل تحت تقويم

المقومين. اللباب جـ ٢: ١٤٨، وانظر الهداية جـ ٣: ١٦٢، وانظر بدائع الصنائع جـ ٦: ٢٩

وإن أمره أن يبيعه بشيء معين فباعه بغيره، أو بأقل منه لم يجز في قولهم، وإن باعه بأكثر (من) (١) ذلك الجنس جاز (٢).

ويجوز التوكيل (بعقد) (٣) الصرف والسلام (٤).

وإذا كفّل عن رجل (بمال) (٥) فوكّله صاحب المال بقبضه من الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً (٦).

وإن وكله بقضاء الدين فهو وكيل بقبضه، ومن وكل رجلاً يبيع عبده غداً فهو وكيله غداً ويعده، وليس بوكيل قبل (غد) (٧).

(١) (من): في ب، جـ وفي أ منه

(٢) لأنه خلاف إلى شرّ، لأن أضرار الناس تختلف باختلاف الأجناس، فكان في معنى الخلاف إلى شرّ، وإن باعه بأكثر نفذ، لأنه خلاف إلى خير فلم يكن خلافاً أصلاً. بدائع الصنائع ج٦: ٢٧، وانظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤: ٢٧٠ - ٢٧١

(٣) (بعقد): في أ، جـ وفي ب بتقد

(٤) لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفماً للحاجة، ومراده التوكيل دون قبول السلم، لأن ذلك لا يجوز، فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره، وهذا لا يجوز. الهداية ج٣: ١٥٦، وانظر الباب ج٢: ١٤٣، وانظر المبسوط ج١٩: ٦٦ - ٦٧

(٥) - (بمال): في أ، جـ وفي ب بماله

(٦) - لأن الوكيل من يعمل لغيره، ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن، ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أميناً، ولو صححناها لا يقبل لكونه ميرثاً نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مأذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للفرماء، وبطال العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً. الهداية ج٣: ١٦٨

(٧) (غد): في أ، جـ وفي ب غداً

والعلة في ذلك، لأنه لا يتفرغ لذلك بنفسه لكثرة اشتغاله، وكذا لو وكله بعتق عبده غداً أو يبعه غداً فاعتقه أو باعه بعد غد جاز خلافاً لفرس. انظر المبسوط ج١٩: ٦٨، وانظر تبين الحقائق ج٤: ٢٧

فصل

ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام (١)، والوكيل ممن يعقل التصرف ويقصده (٢) فإن وكل الحر (الحر) (٣)، البالغ أو المأذون مثلهما جاز (٤) وإن وكلا صبيّاً محجوراً يعقل البيع والشراء، أو عبداً محجوراً جاز، ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما (٥).

والعقود التي يعقدها الوكلاء نوعان: ما يضيفه الوكيل إلى نفسه، وما يضيفه إلى موكله:

(١) لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بدّ من أن يكون الموكل مالكاً ليملكه من غيره.

الهداية ج٣: ١٥٣، وانظر اللباب ج٢: ١٣٩، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠.

(٢) لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيّاً لا يعقل أو

مجنوناً كان التوكيل باطلاً. الهداية ج٣: ١٥٣، وانظر اللباب ج٢: ١٤٠، وانظر بدائع الصنائع ج٦:

٢٠، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٥٤.

(٣) (الحر): في أ وساقطة من ب، ج.

(٤) لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة. الهداية ج٣: ١٥٣، وانظر اللباب ج٢:

١٤٠، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠، وانظر الجامع الصغير: ٢٥٥.

(٥) لأن الصبي من أهل العبارة: ألا ترى أنه ينقل تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه

مالك له، وإنما لا يملكه في حق المولى، والتوكيل ليس تصرفاً في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام المهدة.

أما الصبي فلتصور أهليته، والعبد لحق سيده فتلزم الموكل.

وعن أبي يوسف: أن المشتري إذا لم يعلم بمال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون أو محجور له خيار

الفسخ، لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالماقد، فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب.

الهداية ج٣: ١٥٣، وانظر اللباب ج٢: ١٤٠، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠، وانظر خزانة الفقه ج١:

فالأول: كالبيع والإجارة فحقوق هذا النوع يتعلق بالوكيل دون الموكل (١) فيسلم المبيع ويقبض الثمن، ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب (٢).
والثاني: كالنكاح، والخلع، والصلح، عند دم العمد، فحقوق هذا النوع يتعلق بالموكل

(١) لأن الوكيل هو العاقد حقيقة، لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدمياً، وكذا حكماً، لأنه لا يستغني عن إضافة العقد، إلى الموكل، ولو كان سفيراً عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول، وإذا كان كذلك كان أصيلاً في الحقوق فتتعلق به. الهداية ج٣: ١٥٤، وانظر الباب ج٢: ١٤٠ - ١٤١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٣٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣٣، وانظر خزنة الفقه: ٢٥٥

(٢) لأن كل ذلك من الحقوق، والملك يثبت للموكل خلافةً عنه اعتباراً للتوكيل السابق، كالعبد يتهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح.

الهداية ج٣: ١٥٤، وانظر الباب ج٢: ١٤١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٣٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣٣، وانظر خزنة الفقه: ٢٥٥.

دون الوكيل ، فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها (١) وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه (٢) إياه (٣) ، فإن دفعه إليه جاز ، ولم يكن للوكيل أن يطالب ثانياً (٤) .

وإن اشترى الوكيل وقبض ثمّ اطلع على عيب فله أن يردّه بالعيب ما دام المبيع في يده

(١) لأن الوكيل فيها سفير محض ، ألا ترى أنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول ، وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ، لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً . الهداية ج٣ : ١٥٤ ، وانظر الباب ج٢ : ١٤١ ، وانظر تحفة الفقهاء ج٣ : ٢٣٥ ، وانظر بدائع الصنائع ج٦ : ٣٣ ، خزانة الفقه وعيون المسائل : ٢٥٥ .

(٢) (يمنعه) : في أ ، ج وفي ب يبيعه

(٣) لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه ، لما أن الحقوق إلى العاقد . الهداية ج٣ : ١٥٤ ، وانظر الباب

ج٢ : ١٤١

(٤) لأن نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل إليه ، ولا فائدة في الأخذ منه ثمّ الدفع إليه ، ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ، ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل ، وبدين الوكيل إذا كان وحده إن كان يقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله : لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين . الهداية ج٣ : ١٥٤-١٥٥ ، وانظر الباب ج٢ : ١٤٢

(فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه، وإذا رد عليه المبيع (بعيب) (١) فله أن يبيعه
ثانياً (٢).
وإن باع وأخذ (بالثمن) (٣) رهناً فضع في يده (٤)، أو أخذ به كفيلاً جاز ولا ضمان
عليه (٥).
وإن وكل رجلاً يبيع عبد فباعه فضولي فأجازة الوكيل جاز (٦) وإذا أبرأ الوكيل من

(١) - (بعيب): في أ، ج وساقطة من ب

(٢) - لأن الحقوق ترجع إلى الوكيل، حتى يجب عليه تسليم المبيع، وقبض الثمن، ويخاصم المشتري

الوكيل في العيب. تحفة الفقهاء ج٣: ٢٣٥، وانظر اللباب ج٢: ١٤٢، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣٣

(٣) - (بالثمن): في ب وفي أ، ج الثمن

(٤) - (فإن سلمه إلى الموكل.... رهناً فضع في يده): في ب، ج وساقطة من أ

(٥) - لأن الوكيل أصيل في الحقوق، وقبض الثمن منها، والكفالة توثق به والإرتهان وثيقة لجانب الاستيفاء

فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين، لأنه يفعل نيابة، وقد أتابه في قبض الدين دون الكفالة، وأخذ الرهن.

والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه. الهداية ج٣: ١٦٤، وانظر الجامع الصغير:

٤١٢

(٦) - وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دعماً للحقوق عن نفسه، ولأنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في

محلّه فوجب القول بانعقاده، إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره، بل فيه نفعه حيث يكفي مؤونة طلب المشتري

وقرار الثمن وغيره، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء، وفيه نفع المشتري فثبت للقدرة الشرعية تحصيلاً

لهذه الوجوه، كيف وأن الإذن ثابت دلالة، لأن العاقل يأذن في التصرف النافع. الهداية ج٣: ٧٦، وانظر

المبسوط ج١٩: ٤٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٨

الثلث (أو أجله) (١) أو أخذ بالثلث عوضاً، أو صالح من الثلث على شيء جاز.
وقال: لا يجوز شيء في ذلك استحساناً (٢).
وإذا فارق الوكيل صاحبه في الصرف والسلم (قبل القبض) (٣) بطل العقد (٤)، ولا يُعتبر
مفارقة الموكل (٥).
وإذا وكل رجلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا فيه دون

(١) (أو أجله): في أ وفي ب، جـ أجل

(٢) وجه قوله: أنه تصرف في حق نفسه بالإبراء، لأن قبض الثلث حقه فكان الإبراء عن الثلث إبراء عن قبضه تصحيحاً لتصرفه بقدر الإمكان، ولو أسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة، لأنه لو بقي لبقية ديناً لا يحتمل القبض أصلاً، وهذا مما لا نظير له في الشرع، ولأن ديناً لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفيد فيسقط ضرورة ويضمن الثلث للموكل، لأنه وإن تصرف في حق نفسه، لكنه تعدى إلى ملك غيره بالإتلاف فيجب عليه الضمان، وكذا إن أخذ عوضاً عن المشتري، لأنه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومتى ملك ذلك فيملك رتبة الدين ضرورة بما أخله من العوض ويضمن لما ذكرنا، وكذا إذا صالحه على شيء.

وجه قولهما: أن الوكيل بالإبراء وأخواته تصرف في ملك الموكل من غير إذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها

أجنبي. بدائع الصنائع ج٦: ٢٨

(٣) (قبل القبض): في ب، جـ وفي أساقطة

(٤) لوجود الافتراق من غير قبض. الهداية ج٣: ١٥٦

(٥) لأنه ليس بعاقد، والمستحق بالعقد قبض العاقد، وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق

كالصبي والعبد المحجور عليه، بخلاف الرسول، لأن الرسالة في العقد لا في القبض، ويتقل كلامه إلى المرسل

فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح. الهداية ج٣: ١٥٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٣

الأخر(١)، إلا أن يوكلهما بالخصومة(٢)، أو بطلاق زوجته بغير عوض، أو بعقوبته بغير عوض، أو برد وديعة عنده، أو قضاء دين عليه(٣) .

وليس لأحدهما أن يقبض الدين دون الآخر، فإن قبض لا يبرأ الغريم من الدين حتى يصل ذلك إلى شريكه فيكون في أيديهما، (أو)(٤) يصل (إلى)(٥) الموكل(٦)

(١) وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك، لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما، والبدل وإن كان مقدراً، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري. الهداية ج٣: ١٦٥، وانظر الباب ج٢: ١٤٤، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣٢

(٢) لأن الاجتماع فيها متعذر للإنهاء إلى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج إليه سابقاً لتقويم

الخصومة. الهداية ج٣: ١٦٥، وانظر الباب ج٢: ١٤٤، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣٢،

(٣) لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض، وعبارة المثني والواحد سواء، وهذا بخلاف ما إذا قال لهما: طلقاها إن شئتما، أو قال: أمرها بأيديكما، لأنه تفويض إلى رأيهما، إلا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس، ولأنه علق الطلاق بفعلهما، فاعتبره بشئور لهما. الهداية ج٣: ١٦٥، وانظر الباب ج٢: ١٤٤، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣٢، وانظر خزائن الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٥٨.

(٤) (أو): في أ، ج وفي ب: و

(٥) (إلى): في ب، ج وساقطة من أ

(٦) لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما، واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة. الهداية ج٣: ١٦٦،

وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣٢ .

والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عند (أبي حنيفة) (١) وصاحبه (رضي الله عنهم) (٢) والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فيه عند أبي حنيفة (٣) والوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله عند القاضي جاز إقراره، ولا يجوز إقراره عليه عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد، إلا أنه خرج (من) (٤) الخصومة.
وقال (أبو) (٥) يوسف: إقراره عليه عند غير القاضي يجوز أيضاً (٦).

(١) (أبي حنيفة): في أ، ج وفي ب: ح

(٢) (رضي الله عنهم): في ج وساقطة من أ، ب

وهذا خلاف قول زفر رحمه الله، هو يقول: إنه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به. ولنا: أن من ملك شيئاً ملك إتمامه، وإتمام الخصومة وانتهائها بالقبض، والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله، لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال. ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك بالقبض على أصل الرواية، لأنه في معناه وصفاً إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن لا يملك. الهداية ج٣: ١٦٦، وانظر اللباب ج٢: ١٥٠، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣٢، وانظر الجامع الصغير: ٤٠٦

(٣) حتى لو أقيمت عليه البيعة على استيفاء الموكل أو إيرائه تقبل عنده.

وقالا: لا يكون خصماً وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، لأن القبض غير الخصومة، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات، فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها.

ولأبي حنيفة: أنه وكله بالتملك، لأن الدين تقضي بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور، إلا أنه جعل استيفاء العين حقه من وجهه، فأشبه الوكيل بأخذ شفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصماً قبل القبض كما يكون خصماً قبل الأخذ هنالك، والوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء، وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقاً وهو أصيل فيها فيكون خصماً فيها. الهداية ج٣: ١٦٧، واللباب ج٢: ١٥٠، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٢٩، وانظر الجامع الصغير: ٤٠٦.

(٤) (من): في أ وفي ب، ج عن

(٥) (أبو): في أ، ج وفي ب أبي

(٦) وجه قولهما: لأن الإقرار إنما يكون جواباً عند القاضي، لأنه في مقابلة الخصومة، فيختص به، فلو أقيمت بيعة على إقراره في غير مجلس القضاء لا ينفذ إقراره على الموكل إلا أن يخرج المقر بذلك من الوكالة حتى لا يطلع إليه المال، ولو ادعى المدعي ذلك وأقام بيعة لم تسمح، لأنه زعم أنه مبطل في دعواه.
ولأبي يوسف: يجوز، لأنه قائم مقام الموكل، وإقراره يختص بمجلس القضاء، فكذا إقرار نائبه، قال في التصحيح: قال الأسبجاني والصحيح قولهما.

وزاد قول زفر الذي قال: لا يصح أصلاً. اللباب ج٢: ١٥١، وانظر الهداية ج٣: ١٦٧ - ١٦٨

وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٢٩، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٤، وانظر الجامع الصغير: ٤٠٦.

ومن ادعى أنه وكيل غائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه (١).
 وإن قال: إني وكيل فلان بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه (٢).
 وإذا ضمن الوكيل بالبيع الثمن (عن) (٣) (المبتاع) (٤) فضمانه جائز، وإن ضمن الوكيل
 بالشراء المبيع عن البائع فضمانه باطل (٥).

- (١) لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقبضه خالص ماله. الهداية ج٣: ١٦٨، وانظر اللباب ج٢: ١٥١
- (٢) لأنه أقر له بجال الغير بخلاف الدين، ومن ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له ولا وارث له غيره، وصدقه المودع أمر بالدفع إليه، لأنه لا يبقى ماله بعد موته، فقد اتفقا على أنه مال الوارث.
- ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه، لأنه ما دام حياً كان إقراره بملك الغير، لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه. الهداية ج٣: ١٦٩، اللباب ج٢: ١٥٢.
- (٣) (عن) في ب، ج وفي أ على
- (٤) (المبتاع): في أ، ج وفي ب المتاع
- (٥) وفي تحفة الفقهاء يقول: ولو أن الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري من الثمن أو أجله، أو أخذ بالثمن عوضاً غيره، أو صالحه من الثمن على شيء، فذلك كله جائز على الوكيل عند أبي حنيفة، ويضمن للموكل، وعلى قولهما: لا يجوز شيء من ذلك. ج٣: ٢٣٦
- وفي اللباب يقول: «وإذا ضمن الوكيل بالبيع الثمن عن المبتاع فضمانه باطل، لأن حكم الوكيل أن يكون الثمن أمانة في يده، فلا يجوز نفي موجهه بجعله ضامناً له فصار كما لو شرط على المودع ضمان الوديعة فلا يجوز» ج٢: ١٤٨.

فصل

وإذا تصرف الوكيل فيما وكل به قبل علمه بالوكالة كان فضولياً ولا (ينفذ) (١) تصرفه (فيه) (٢) بدون الإجازة، فإن أخبره رجل بالوكالة أو امرأة وكان حقاً (نفذ) (٣) تصرفه (٤).
وليس للوكيل أن يوكل بما وكل به (٥) إلا أن يأذن له الموكل أو يقول اعمل برأيك (٦)
فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز (٧).

(١) (ينفذ): في ب، ج وفي أ ينقد

(٢) (فيه): في أ، ج وساقطة من ب

(٣) (نفذ): في ب، ج وفي أ نقذ

(٤) لأن علم الوكيل شرط لصحة الوكالة، حتى أنه لو وكل رجلاً ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى يجيزه الموكل، أو الوكيل بعد علمه بالوكالة، لأن حكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم بالمأمور به أو القدرة على اكتسابه سبب العلم به كما في أوامر الشرع. بدائع الصنائع ج٦: ٢٠ - ٢١ .

(٥) لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به وهذا، لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء. الهداية ج٣: ١٦٥، وانظر الباب ج٢: ١٤٤ .

(٦) لوجود الرضا وإطلاق التفويض إلى رأيه، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله، ولا ينمزل بموته، وينمزلان بموت الأول. الهداية ج٣: ١٦٥، وانظر الباب ج٢: ١٤٤ .

(٧) لأن المقصود حضور رأي الأول وقد حضر وتكلموا في حقوقه. الهداية ج٣: ١٦٥، وانظر الباب ج٢: ١٤٥ .

وإن عقد بغير حضرته فأجازه الوكيل الأول جاز(١) والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز (أن)(٢) يعقد عند أبي حنيفة مع أبيه، وجده، وولده، وولد ولده، وزوجته، وعبد، ومكاتبه(٣).

وقالوا: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا في عبده ومكاتبه(٤). ولا يجوز بيعه ولا شراؤه من نفسه(٥) وأما أبوا الطفل فهما جائزان منه للطفل، وكذا

(١) لأنه حضر رابه، ولو قدر الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز، لأن الرأي فيه يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل. الهداية ج٣: ١٦٥، وانظر اللباب ج٢: ١٤٥.

(٢) (أن): في ب، ج وفي أساقطة منها

(٣) وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة، ولأن المنافع بينهم متصلة، فصار بيعاً من نفسه من وجه، والإجارة والصراف على هذا الخلاف. الهداية ج٣: ١٦٢، بدائع الصنائع ج٦: ٢٨، وانظر اللباب ج٢: ١٤٦ - ١٤٧، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٥٨.

(٤) لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة، والمنافع منقطعة بخلاف العبد، لأنه يبيع من نفسه، لأن ما في يد العبد للمولى، وكذا للمولى حق في كسب المكاتب، وينقلب حقيقة بالمعجز. الهداية ج٣: ١٦٢، بدائع الصنائع ج٦: ٢٨، وانظر اللباب ج٢: ١٤٧.

(٥) لأن المحقوق تتعلق بالعائد فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلاً، مطالباً ومطالباً وهذا محال، ولأنه متهم في ذلك. بدائع الصنائع ج٦: ٢٨، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٥٩.

الجد أب الأب عند عدم الأب (١)
 وأما الوصي فإن (كان) (٢) ذلك (خيراً) (٣) لليتيم جاز وإلا فلا.
 وقالوا: لا يجوز (شراء) (٤) الوصي وبه نأخذ (٥).
 ولا يجوز بيع المكاتب، والعبد، والذمي، والمرتد، والحربي، ولا شراؤهم لأولادهم
 الصغار إذا كانوا أحراراً مسلمين، كما لا يجوز عقد نكاحهم عليهم (٦).

(١) وهذا عندهما يجوز بمثل القيمة، ووجه قولهما: أن البيع من هؤلاء ومن الأجنبي سواء، لأن كل واحد
 منهما يملكه اجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه.

ولأبي حنيفة أن البيع من هؤلاء بيع من نفسه من حيث المعنى لاتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه
 ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الأجنبي. بدائع الصنائع ج٦: ٢٨

(٢) (كان): في ج وساقطة من أ، ب

(٣) (خيراً): في ج وفي أ، ب خير

(٤) (شراء): في أ، ب وفي ج شري

(٥) وقال الإمام الدبوسي: «إن الوصي إذا اشترى مال اليتيم لنفسه بأكثر من قيمته أو باع مال نفسه من
 الصبي بأقل من قيمته جاز عند أبي حنيفة، وعنهما لا يجوز، وإن باع مال اليتيم من نفسه بمثل قيمته أو أقل
 لم يجز بالاتفاق. تأسيس النظر للدبوسي: ٤٠، وانظر الجامع الصغير: ٤١٢.

(٦) لأن الرق والكفر يقطعان الولاية، إلا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره،
 وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه، ولأن هذه ولاية نظرية فلا بدّ من التفويض إلى
 القادر المشفق ليحقق معنى النظر، والرق يزيل القدرة، والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض إليهما.
 الهداية ج٣: ١٦٦، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ١٠٤، وانظر الجامع الصغير: ٤١٢.

وإذا خالف الوكيل في الشراء فهو لازم له دون موكله، فإن سلم الوكيل إليه كان ذلك بيعاً مستقبلاً بينهما، وليس للموكل قبض المبيع والتمن (١) ومن وكل رجلاً (ليزوجه) (٢) امرأة، فزوجه امرأة غير كفؤ جاز على الأمر. وقال: لا يجوز (٣)

(١) لأنه صرح بمقصوده عند التوكيل بمحل صالح لما صرح به، وهذا المحل غير صالح لذلك، وكان الوكيل مشترياً لنفسه، وكذلك كل ما وصفه بصفة فاشتره بصفة تخالف تلك الصفة كان مشترياً لنفسه، بخلاف ما إذا اطلق فإن ما ليس بمعين يختلف باختلاف الصفة. المبسوط ج١٩: ٦٠

(٢) (ليزوجه): في ب، جـ وفي أ يزوجه

(٣) فعلى قول أبي حنيفة جائز، لإطلاق التوكيل، وعندهما في القياس يجوز أيضاً، لأن التقييد بدليل العرف، والعرف مشترك هنا فقد يتزوج الرجل من ليست بكفؤ له، لأن الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء، فإن نسب الأولاد إلى الآباء فيبقى مطلق التوكيل عند تعارض دليل العرف، ولكنهما استحسناهما فقالا: لا يجوز لأن المرء مندوب شرعاً أن يتزوج من يكافئه دون من لا يكافئه. قال صلى الله عليه وسلم: «تخيروا لتطفكم، وانكحوا الأكفاء، وانكحوا إليهم» ابن ماجه ج١: ٦٣٣، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٣: ١٩٧

والغالب أن مراده بهذا التوكيل نكاح من يكافئه، لأنه غير عاجز بنفسه عن التزويج إذا كان يرضى بمن لا يكافئه. المبسوط ج١٩: ١١٧

وإن وكله أن يزوجه امرأة بعينها (فزوجه إياها) (١) وزاد (في) (٢) المهر، فالزوج بالخيار، إن شاء (أجاز) (٣)، وإن شاء رد، فإن لم يعلم بذلك حتى دخل بها فله الخيار أيضاً، فإن اختار الفراق كان لها مهر مثلها (٤).

وإذا دفع الوكيل (بالشراء الثمن) (٥) من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على

(١) (فزوجه إياها): في جـ وفي أ فزوجه امرأة وفي ب فزوجه إياها

(٢) (في): في ب وساقطة من أ، جـ

(٣) (أجاز): في ب، جـ وفي أ أجازته

(٤) وهذا في قول أبي حنيفة رحمه الله بناءً على أصله أن المطلق يجري على إطلاقه حتى يقوم دليل

التقييد.

وعندهما: لا يلزمه النكاح إذا زاد بأكثر مما يتغابن فيه، لأن التقييد عندهما يثبت بدليل العرف.

وفرق أبو حنيفة بين هذا وبين الوكيل بالشراء، فإن هناك إذا زاد يصير مشترياً لنفسه، لأنه لم يضيف أصل

العقد إلى الموكل، وإنما أضافه إلى نفسه فتتمكن التهمة في تصرفه من حيث أنه قصد الشراء لنفسه، ولما علم

بنقل الثمن حوله إلى الأمر.

وفي النكاح يضيف العقد إلى الموكل فلا تتمكن فيه التهمة، ولو أضاف العقد إلى نفسه بأن تزوجه كانت

امراته دون الموكل، بخلاف الشراء فإن هناك يجوز أن يثبت حكم العقد لغير من يضاف إليه العقد ولا يجوز

مثله في النكاح، بل يثبت الملك لمن يضاف إليه العقد. المبسوط ج٩: ١١٧.

(٥) (بالشراء الثمن): وفي جـ بالشراء بقيمة الثمن وفي أ، ب بالشراء بعينه الثمن، وكلمة بقيمة أو بعينه

زائدة لا تنسجم مع العبارة وانظر الهداية ج٣: ١٥٦.

الموكل (١)

فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن (٢)، وله أن يحبسه حتى يستوفي الثمن (٣) فإن حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الرهن (عند أبي يوسف) (٤) (و ضمان المبيع عند محمد) (٥).

(١) لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية، ولهذا إذا اختلفا في الثمن بتحالفان، ويرد الموكل بالعيب على الوكيل، وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل، فيرجع عليه، ولأن الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل فيكون راضياً بدفعه من ماله. الهداية ج٣: ١٥٦ وانظر اللباب ج٢: ١٤٣ -

(٢) لأن يده كيد الموكل، فإذا لم يحبسه بصير الموكل قابضاً بيده. الهداية ج٣: ١٥٦، وانظر اللباب ج٢: ١٤٣ .

(٣) لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل.

وقال زفر رحمه الله: ليس له ذلك، لأن الموكل صار قابضاً بيده فكانه سلمه إليه، فيسقط حق الحبس. قلنا: هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه. الهداية ج٣: ١٥٧، وانظر اللباب ج٢: ١٤٣ .

(٤) (عند أبي يوسف): في أ، ج وفي ب عند أبي يوسف ومحمد

(٥) (و ضمان المبيع عند محمد): في ب، ج وفي أ وعند محمد ضمان المبيع.

و ضمان الفصص عند زفر: لأنه منع بغير حق.

لهما: أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه.

ولأبي يوسف: أنه مضمون بالحبس للاستيفاء، بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع، لأن البيع يفسخ بهلاكه وها هنا لا يفسخ أصل العقد، قلنا يفسخ في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به. الهداية ج٣: ١٥٧، واللباب ج٢: ١٤٣ .

فصل

ومن دفع إلى رجل ألفاً وقال: اشتر بها غلاماً: فاشتره، فقال الأمر: اشترته بخمسمائة. وقال المأمور بل بألف: فالقول للمأمور (١).
 وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول للأمر سواء كانت قيمته ألفاً أو أقل (٢).
 ولو قال: اشتر لي هذا العبد (بألف أ) (٣) ولم يسم الثمن فاشتره فقال الأمر: اشترته

(١) ومراده إذا كانت تساوي ألفاً لأنه أمين فيه، وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والأمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر، فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الأمر، لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة، والأمر تناول ما يساوي ألفاً فيضمن. الهداية: ج٣: ١٦٠، وانظر الجامع الصغير: ٤١٠
 (٢) أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة، وإن كانت قيمتها ألفاً فمعناه أنهما يتحالفان، لأن الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن، وموجه التحالف، ثم تفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور. الهداية ج٣: ١٦٠، وانظر الجامع الصغير: ٤١٠.
 (٣) (بألف أ): في ج وفي أ، ب ساقطة.

بخمسمائة وقال المأمور: لا، بل بالف فضدقه البائع فالقول للمأمور (١).
 وإن قال: أمرتك أن تبيع عبدي بالنقد فبعته بالنسيئة، وقال المأمور بل أمرتني ببيعه مطلقاً
 ولم (تقيده) (٢) بشيء فالقول (للامر) (٣).
 ولو اختلف المضارب ورب المال في (مثله) (٤)، كان القول للمضارب (٥).
 وإذا قال: أنا وكيل الغائب فقبض الدين ثم حضر الغائب فأنكر الوكالة أخذ الدين من

(١) وفي الهداية زاد مع بيته: قيل لا تحالف ما هنا، لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر. الهداية

ج٣: ١٦١، وانظر الجامع الصغير: ٤١١،

(٢) (تقيده): في ج وفي أ، ب تقيده

(٣) (للامر): في أ، ج وفي ب للمأمور

ولأن الأمر يستفاد من جهته، ولا دلالة على الإطلاق، الهداية ج٣: ١٦٤، وانظر الجامع الصغير: ٤٠٩

(٤) (مثله): في أ، ب وفي أمثلته

(٥) لأن الأصل في المضاربة العموم، إلا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة، فقامت دلالة الإطلاق

بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع، والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط
 الإطلاق فيه بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة، ثم مطلق الأمر بالبيع يتنظمه نقداً ونسيئة إلى أي أجل كان
 عند أبي حنيفة.

وعندهما: بتقييد بأجل متعارف والوجه تقديم. الهداية ج٣: ١٦٤، وانظر الجامع الصغير: ٤١٠

غريمه ثانياً(١)، ثم من عليه الدين هل يرجع على القابض، فهو على ثلاثة أوجه:
 - إن كان (الوكيل)(٢) صدقه في الوكالة^{الحين} سلمه إليه لم يرجع (عليه)(٤) إلا أن يكون ضمنه مع التصديق.
 - وإن كذبه رجع عليه، وكذا إن لم يصدقه ولم يكذبه(٥).

(١) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة، والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء. الهداية ج٣:

١٦٨، وانظر الباب ج٢: ١٥١

(٢) (الوكيل): في ب وفي أ، ج الغريم، والوكيل عبارة السمرقندي وهذه الفقرة مأخوذة من تحفة الفقهاء.

ج٣: ٢٣١

(٣) بعد الوكالة أضاف (أخذ الدين من) في أ، وهي غير منسجمة هنا.

(٤) (عليه): في أ، ب وفي ج إليه

(٥) يقول الإمام السمرقندي وهذه على ثلاثة أوجه:

أحدها: إن صدق الوكيل بالوكالة، ودفعه إليه، فإنه يقال له: «ادفع الدين إلى الطالب ولاحق لك على الوكيل»، لأنه أقر بالوكالة، وإقراره صحيح في حق نفسه، فكأنه يقول: إن الطالب ظلمني بالقبض، فلا أظلم الوكيل القابض بحق.

والثاني: إن صدقه وضمنه ما دفعه إليه، ثم حضر الموكل ورجع عليه: رجوع هو على القابض، لأنه وإن اعترف أنه قبض بحق وأن الطالب ظالم فيما قبض، ولكنه ضمنه ما يطلبه الطالب بغير حق، فيصح الضمان، كما لو قال: ما غصبك فلان فهو علي.

والثالث: إن كان المطلوب يقول: كذب الوكيل في الوكالة، أو لم يصدق ولم يكذب ودفعه إليه، ثم حضر الطالب، وأخذ منه رجوع على الوكيل، لأنه لما كذبه أو لم يكذبه ولم يصدقه، ثم طالبه، عاد إلى التكذيب، وله ذلك، فلم يقر بكونه قابضاً بحق فله أن يرجع. تحفة الفقهاء ج٣: ٢٣١ - ٢٣٢

ولو دفع إلى رجل مالا ليدفعه إلى آخر فقال: دفعته إليه وأنكر الأمر والمأمور له ذلك، فالقول للوكيل في براءة نفسه (١)

ولو دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فانفق (عليهم) (٢) عشرة من ماله، فالقياس أن يكون متبرعاً، وفي الاستحسان (تكون) (٣) العشرة له بعشرته قصاصاً (٤).

(١) لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه، ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه، ونجيب اليمين على أحدهما لا عليهما، لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر، فيحلف المكذب منهما دون المصدق، فإن صدق الوكيل في الدفع يحلف بالله عز وجل ما قبضه، فإن حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه، وإن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل، وإن صدق الطالب أنه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله لقد دفعه إليه فإن حلف برئ وإن نكل لزمه ما دفع إليه. بدائع الصنائع ج٦: ٣٤

(٢) (عليهم): في أ، ب وفي جـ عليه

(٣) (تكون): في جـ وفي أ، ب يكون

(٤) لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء، وقيل هذا استحسان، وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعاً. وقيل: القياس والاستحسان في قضاء الدين، لأنه ليس بشراء، فأما الاتفاق فيتضمن الشراء فلا يدخله. الهداية ج٣: ١٧٠، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٠٦، وانظر الجامع الصغير: ٤٠٧.

(ومن) (١) وكل رجلاً بقبض عبد له في يد آخر وغاب، فأقام من في يده البيعة أن الموكل باعه منه وقف الأمر إلى أن يحضر البائع، وكذا إن وكله (بقبض) (٢) عبده، أو أمته، أو امرأته، فأقام البيعة العبد والجارية على العتق، والمرأة على (الطلاق) (٣) الثلاث لا يقضى (بشيء) (٤).

(١) (ومن): في ب، ج وفي أ ولو

(٢) (بقبض): في ب، ج وفي أ بنقل

(٣) (الطلاق): في ج وفي أ، ب الطلاق

(٤) (بشيء): في أ وفي ب، ج شيء

لجواز أن تكون البيعة مسموعة من وجه دون وجه، كمن وكل إنساناً بنقل زوجته إلى حيث هو فطالبها الوكيل بالانتقال، فأقامت البيعة على أن زوجها طلقها ثلاثاً تسمع هذه البيعة في اندفاع حق الوكيل في النقل، ولا تسمع في إثبات الحرمة. ^{٢٥} بدائع الصنائع ج٦: ٢٥

وفي الهداية: «وهذا استحسان، والقياس أن يدفع إلى الوكيل، لأن البيعة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان: أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده، وإن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البيعة على البيع فصار كما إذا أقام البيعة على أن الموكل عزله عن ذلك، فإنما تقبل في قصر يده كذا هذا ج٣: ١٦٧، وانظر تبين الحقائق للزلمي ج٤: ٢٧٨ - ٢٧٩، وانظر الجامع الصغير: ٤٠٥.

وإن وكله بقبض دين وغاب فأقام من عليه الدين البينة أنه قضاه (تقبل ويبرئ) (١) الغريم.
وقالوا: لا (يبرئ) (٢) ويوقف الأمر (٣).

(والوكيل) (٤) بالقبض إذا قبض (المال) (٥) كان أمانة في يده كالمودع، والقول قوله مع يمينه
في هلاك المال وفي تسليمه إلى من (أمره) (٦) به ويبرأ هو، ولا يصدق على غيره (٧).

(١) (تقبل ويبرئ): في جـ وفي أ، ب يقبل ويبرأ

(٢) (يبرئ): في جـ، أ وفي ب يبرأ أو

(٣) فإن أقام الغريم البينة على الإيفاء سمعت بيته عند أبي حنيفة، وعندهما لا تسمع، وهي رواية الحسن

عن أبي حنيفة بناءً على أن الوكيل بقبض الدين هل يكون وكيلاً بالخصوصية فيه؟

عنده يكون، وعندهما لا يكون. بدائع الصنائع ج٦: ٢٧، وانظر الجامع الصغير: ٤٠٥

(٤) (والوكيل): في أ، جـ وفي ب أو الوكيل.

(٥) (المال): في أ، جـ وساقطة من ب

(٦) (أمره): في أ، جـ وفي ب أمر

(٧) لأن المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين واليمين، وقضاء الدين أمانة بمنزلة

الوديعة، لأن يده يد نيابة عن الموكل، بمنزلة يد المودع، فيضمن بما يضمن في الودائع، ويبرأ بما يبرأ فيها

ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه. بدائع الصنائع ج٦: ٣٤، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٣٠

ومن وكل رجلاً بقبض (آجل) دينه، فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه، فإنه يدفع إليه المال (١) ثم يتبع رب المال (٢).
فإن وكله (بعيب) (٣) في جارية فادعى البائع أن المشتري قد رضي به لم يردها عليه حتى يحضر المشتري فيحلف (٤).

(١) لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق، والاستيفاء لم يثبت بمجرد دسواه فلا يؤخر الحق. الهداية ج٣:

١٦٩

(٢) رعاية لجانبه، ولا يستحلف الوكيل، لأنه نائب. الهداية ج٣: ١٦٩

(٣) (بعيب): في ب وفي أ، ج لعيب.

(٤) لأن التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله، وها هنا غير ممكن، لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة، وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة، رحمه الله، كما هو مذهبه، ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لأنه لا يفيد.

وأما عندهما قالوا: يجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين، ولا يؤخر، لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء.

وقيل الأصح عند أبي يوسف: أن يؤخر في الفصلين لأن يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر. الهداية ج٣: ١٦٩ - ١٧٠، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٦.

فصل

وإذا عزل الوكيل في غيبته لم ينعزل، وهو على وكالته وتصرفاته جائزة حتى يخبره بالعزل
رجلان أو رجل عدل (١)
وقالا: من أخبره بذلك وكان صدقاً فهو عزل، كما في (التوكيل) (٢) وبه نأخذ (٣)،
وكذا (المولى) (٤) يخبر بجناية عبده فإن جاءه واحد على سبيل الرسالة أو سمع (بنفسه) (٥)
خرج من الوكالة في قولهم جميعاً (٦).

(١) ففي هذه الحالة ينزل في قولهم جميعاً سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر، لأن
خبر الواحد مقبول في المعاملات، فإن لم يكن عدلاً فخبر المعدل أو العدل أولى. بدائع الصنائع ج٦:
٣٧، وانظر الهداية ج٣: ١٧٠، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٠٧

(٢) (التوكيل): في ب، جـ وفي أ الوكيل

(٣) وجه قولهما: أن الإخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الأخبار
في سائر المعاملات. بدائع الصنائع ج٦: ٣٧
ووجه قول أبي حنيفة: أن الإخبار عن العزل له شبه الشهادة، لأن فيه التزام حكم المخبر به وهو العزل، وهو
لزوم الامتناع من التصرف ولزوم المهلة فيما يتصرف فيه بعد العزل فأشبه الشهادة، فيجب اعتبار أحد شروطها
وهو العدالة أو العدد. بدائع الصنائع ج٦: ٣٧

(٤) (المولى): في ب، جـ وفي أ الوالي.

(٥) (بنفسه): في جـ وفي أ، ب بطلبه

(٦) لأن الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أي صفة كان،
بدائع الصنائع ج٦: ٣٧

وموت الموكل يبطل الوكالة علم به الوكيل أو لم يعلم (به) (١).
 وللموكل أن يعزل الوكيل متى شاء (٢).
 وإذا جن (الموكل) (٣) جنوناً مطبقاً، أو لحق بدار الحرب مرتداً انعزل الوكيل، والجنون المطبق عند أبي يوسف أن يدوم شهراً، وعند محمد حولاً (٤).
 وإذا جن الوكيل فهو على وكالته، وكذا إذا ارتد ما لم يحكم بلحاقه بدار الحرب،

(١) (به): في ب وساقطة من أ، جـ

لأن التوكيل بأمر الموكل، وقد بطلت أهلية الأمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا. بدائع الصنائع ج٦: ٣٨، اللباب ج٢: ١٤٥، وانظر الهداية ج٣: ١٧٠، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٠٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٥٦

(٢) لأن الوكالة حقه، فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق الغير، وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن. الهداية ج٣: ١٧٠، وانظر اللباب ج٢: ١٤٥

(٣) (الموكل): في أ، جـ وفي ب الوكيل

(٤) لأن التوكيل تصرف غير لازم، فيكون لدوامه حكم ابتدائه، فلا بد من قيام الأمر وقد بطل بهذه

العوارض

وشرط أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله بمنزلة الإغماء، وحدّ المطبق شهر عند أبي يوسف رحمه الله اعتباراً بما يسقط به الصوم، وعنه أكثر من يوم وليلة، لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت.

وقال محمد: حول كامل، لأنه تسقط به جميع العبادات فعذر به احتياطاً.

قالوا: الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة، لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده، فكذا وكالته، فإن

أسلم نفذ وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة.

فأما عندهما: فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على رده أو يحكم بلحاقه. الهداية

ج٣: ١٧٠ - ١٧١، وانظر اللباب ج٢: ١٤٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣٨، وانظر ملتقى الأبحر

ج٢: ١٠٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٥٦.

فإن عاد بعد اللحق مسلماً عاد إلى وكالته عند محمد.
ولم يعد عند أبي يوسف.

وفي ظاهر الرواية، إن الوكيل إذا جنّ جنوناً مطبقاً بطلت وكالته كما إذا مات (١)
وإن وكل المكاتب ثم عجز، أو الماذون فحجر عليه، أو الشريك فافترقا فهذه كلها تبطل
الوكالة علم الوكيل (٢) أو لم يعلم (٣).

(١) وهذا عند محمد، لأن الوكالة إطلاق، لأنه رفع المانع، أما الوكيل يتصرف بممان قائمة به، وإنما عجز
بعارض اللحق لثبائن الدارين، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً.
ولأبي يوسف: أنه إثبات ولاية التنفيذ، لأن ولاية أصل التصرف بأهليته، وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق
لحق الأموات، وبطلت الولاية، فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر، ولو عاد الموكل مسلماً أو قد لحق بدار
الحرب مرتدلاً لا تعود الوكالة في الظاهر.

وعن محمد رحمه الله: أنها تعود كما قال في الوكيل، والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق
الموكل على الملك وقد زال، وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق. الهداية ج٣: ١٧١،
وانظر تحفة الفقهاء، ج٣: ٢٣٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣٨ - ٣٩، وانظر اللباب ج٢: ١٤٦، وانظر
خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٥٦.

(٢) (علم الوكيل): في ب، ج وفي أ زيادة علم أو الوكيل وهي خطأ

(٣) لأن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق، ولا فرق بين العلم وعدمه، لأن
هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل. الهداية ج٣: ١٧١، وانظر اللباب
ج٢: ١٤٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣٨، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٥٦

- وإن وكل وكيلاً بشيء ثم تصرف فيما وكل به بطلت الوكالة (١)
 وإن وكل رجلاً في خصومة برضى خصمه ليس له عزله إلا بحضور من وكله له (٢) .
 (اللهم اختم بخير) (٣) (والله أعلم) (٤)

(١) وهذا اللفظ يتنظم وجوها:

مثل أن يوكله باعتاق عبده أو بكتابه، فاعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه.

أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه.

أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثاً أو واحدة، وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه، لأنه لما

تصرف بنفسه تعدر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة، حتى لو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن

يزوجها منه، لأن الحاجة انقضت، بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل وأبانها له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة.

الهداية ج٣: ١٧١ - ١٧٢، وانظر اللباب ج٢: ١٤٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣٩، وانظر خزائن الفقه

وعيون المسائل ج١: ٢٥٦

(٢) لأنه تعلق هنا حق للغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق، لأن في العزل إبطال حقه من غير

رضاه ولا سبيل إليه. بدائع الصنائع ج٦: ٣٨

(٣) (اللهم اختم بخير): في ب وساقطة من أ، ج

(٤) (والله أعلم): في ب، ج وساقطة من أ

كتاب الكفالة (١)

لا تصح كفالة من لا يصح تبرعه. كالعبد والصغير (٢)، ولا تصح إلا بقبول المكفول له في مجلس العقد إلا في مسألة واحدة (وهي) (٣): أن يقول (المريض) (٤) لو ارثته تكفل عني بما علي من الديون، فتكفل بها مع غيبة الغرماء (٥).
والكفالة نوعان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال.
فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفولة به (٦).

(١) - الكفالة في اللغة: من كَفَّلْتُهُ، وكفلت به، وعنه إذا تحمَّلت به، وتكفلت بالمال التزمت به، والزمته نفسي، وكفل عنه بالمال لغريمه، وكفله بالمال ضمنه إياه. انظر المصباح المنير: ٢٠٥، وانظر مختار الصحاح: ٥٧٤-٥٧٥

في الشرع: «ضم ذمة إلى ذمة، في حق المطالبة، أو في حق أصل الدين» تحفة الفقهاء ج٣- ٢٣٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٧١.

وعند السرخسي: معنى تسمية العقد بالكفالة: أنه يوجب ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل على وجه التوثيق. المبسوط ج١٩: ١٦٠
والأدلة على جوازها كثيرة منها

- قال تعالى «وكفلها زكريا»- أي ضمها إلى نفسه. آل عمران/٣٧، وتحفة الفقهاء ج٣: ٢٣٧.

- قوله تعالى «ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم» يوسف: ٧٢، وما ثبت في شريعة من قبلنا فهو ثابت في شريعتنا ما لم يظهر نسخه.

- إن النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يكفلون فأقرهم على ذلك. المبسوط ج١٩: ١٦١

- قوله عليه السلام: «كافل اليتيم له أو لغيره أنا وهو كهاتين في الجنة وأشار مالك بالسبابة والوسطى».

مسلم بشرح النووي ج١٨: ١١٣.

أي ضم اليتيم إلى نفسه.

- عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه: «إن النبي أتني بجائزة ليصلي عليها فقال: هل عليه من دين؟

قالوا: لا فصلى عليه. ثم أتني بجائزة أخرى فقال: هل عليه من دين؟ قالوا: نعم، فقال: فصلوا على

صاحبكم. قال أبو قتادة علي دينه يارسول الله، فصلى عليه صححه البخاري بسنده صحيح ج٦: ٤٧٤

(٢) - لأن من شرائطها: أن يكون الكفيل من أهل التبرع، لأن الكفالة تبرع بالنزاهة المال، فلا تصح من

الصبي والعبد المحجور عليه، وكذا لا تصح كفالة المكاتب. تحفة الفقهاء ج٣: ٢٣٨، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٥، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٧١.

(٣)- (وهي): في جـ وفي أ، ب وهو

(٤)- (المريض): في ب، جـ وساقطة من أ.

(٥)- لأن القبول ليس بركن وهو أحد قولي الشافعي لما روي أن النبي أتى بجنازة رجل من الأنصار فقال: هل على صاحبكم من دين؟ فقيل نعم درهمان أو ديناران، فامتنع من الصلاة عليها. فقال سيدنا علي أو أبو قتادة هما علي يا رسول الله فصلى عليها، ولم ينقل قبول الطالب.

ولأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً لا تمليك، إلا يرى أنه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك.

ومعنى الضم والالتزام يتم ذلك بإيجاب الكفيل فأشبهه النذر، والدليل عليه أن المريض إذا قال عند موته: اضمنوا عني ما علي من الدين لغرمائي وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم. بدائع الصنائع ج٦: ٢، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٧٥.

(٦)- والدليل على جواز الكفالة بالنفس: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «الزعيم غارم» سنن أبي داود ج٣: ٢٩٧، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٥٧.

وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيتها، ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعمل الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه، أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك، والحاجة ماسة إليه، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه. الهداية ج٣: ٩٦ وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٤، وانظر المبسوط ج١٩: ١٦٢، وانظر اللباب ج٢: ١٥٢، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥٦، وانظر خزانة الفسقه ج١: ٢٧١.

(وتنعقد) (١) إذا قال: تكفلت بنفس فلان، أو برفقته، أو بروحه، أو بجسده، أو برأسه، أو بنصفه، أو بثلثه، وكذا إن قال: ضمنت، أو هو علي أو إلي، أو أنا زعيم به، أو كفيل أو قبيل (٢).

فإن شرط في الكفالة تسليم المكفول (به) (٣) في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه به في ذلك الوقت، فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم (٤)

(١) - (وتنعقد): في أ، ب وفي ج فتنعقد

(٢) - لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفاً، وكذا إن قال: بنصفه أو بثلثه، لأن النفس الواحدة، في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شامعاً كذكرها كلها. بخلاف ما إذا قال: تكفلت بيد فلان أو برجله، لأنه لا يعبر بها عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما. الهداية ج٣: ٩٦ وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢-٣، وانظر تبين الحقائق للزليعي ج٤: ١٤٧، وانظر خزائن الفقه ج١: ٢٧٢، وانظر المبسوط ج١٩: ١٦٨، وانظر اللباب ج٢: ١٥٢-١٥٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥٦.

(٣) - (به): في ب، ج وساقطة من أ.

(٤) - لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه، ولكن لا يحبسه أول مرة لعله ما درى لماذا يدعى، ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه وإيابه، فإن مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق. الهداية ج٣: ٩٧، وانظر اللباب في شرح الكتاب ج٢: ١٥٣، وانظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤: ١٤٨-١٤٩، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤٣-٢٤٤، وانظر خزائن الفقه ج١: ٢٧١.

وإذا حضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له على محاكمته برىء الكفيل من الكفالة (١).

وإن تكفل بنفسه (على) (٢) أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء (٣)، وإن سلمه في برية لم يبرأ (٤) (منه) (٥).

وإن مات المكفول به برىء الكفيل بالنفس من الكفالة (٦)، فإن تكفل بنفسه على أنه (إن لم يواف) (٧) به في وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره في ذلك الوقت

(١) - لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به، وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة. الهداية ج٣: ٩٧، وانظر اللباب شرح الكتاب ج٢: ١٥٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥٧، وانظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤: ١٤٩، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٢.

(٢) - (على): في أ، ج وساقطة من ب.

وبعد كلمة على زيادة في (ب) (به في وقت كذا فهو ضامن عليه وهو ألف فلم يحضره في ذلك الوقت لزمه ضمان المال ولم يبرأ من الكفالة) وساقطة من أ، ج وهي لا معنى لها ولا تنسجم مع العبارة، وقد جاءت في الصفحة التالية.

(٣) - لحصول المقصود، وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في إقامة الحق.

تبين الحقائق ج٤: ١٤٩، الهداية ج٣: ٩٧ وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤٣، وانظر اللباب ج٢: ١٥٣، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٧١.

(٤) - لأنه لا يقدر على مخاصمته في ذلك المكان فلم يحصل المقصود، وكذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفعل الحكم فيه، ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برىء عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة، وعندهما لا يبرأ، لأنه قد تكون شهوده فيما عينه، ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه. تبين الحقائق ج٤: ١٤٩، الهداية ج٣: ٩٧، وانظر اللباب ج٢: ١٥٣، وانظر البدائع ج٦: ١٢.

(٥) - (منه): في ب، ج وساقطة من أ.

(٦) - لأنه عجز عن إحضاره، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل، وكذا إذا مات الكفيل، لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال.

ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل، فإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت. الهداية ج٣: ٩٧، وانظر اللباب ج٢: ١٥٤، وانظر تبين الحقائق ج٤: ١٤٩، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥٧، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٧١.

(٧) - (إن لو يواف): في أ وفي ب إن لم يوف وفي ج لم يواف.

لزمه ضمان المال (١)، ولم يبرأ من الكفالة بالنفس (٢).
 ولو مات المكفول به لزمه ما كفل عنه (٣)
 ولا تجوز الكفالة بالنفس (٤) في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة (٥).

(١) - لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة، وهذا التعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال.
 الهداية ج٣: ٩٨، الباب ج٢: ١٥٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٠.

(٢) - لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه، إذ كل واحد منهما للتوثيق، ولأنه يشبه البيع، ويشبه النذر من حيث إنه التزام، فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه، ويصح بشرط متعارف عملاً بالشبهين، والتعليق بعدم الموافاة متعارف.

الهداية ج٣: ٩٨، الباب ج٢: ١٥٤، وانظر تبين الحقائق ج٤: ١٥٠، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٥٧، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٥.

(٣) - لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة، فإذا وجد الشرط لزمه المال، ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس، لأنها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا تنفي بوجودها.

تبين الحقائق ج٤: ١٥٠، وانظر الهداية ج٣: ٩٧، وانظر اللباب في شرح الكتاب ج٢: ١٥٤، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٥٧.

(٤) - (ولو مات المكفول به... ولا تجوز الكفالة بالنفس) في أ، ج وساقطة من ب.

(٥) - معناه لا يجبر عليها عنده، ولأبي حنيفة قوله «لا كفالة في حد» من غير فصل، ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق، لأنها لا تندريء بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير.

وقالوا: يجبر في حد القذف، لأن فيه حق العبد، وفي القصاص، لأنه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما في التعزير بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى. الهداية ج٣: ٩٩، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٧٥، وانظر الجامع الصغير: ٣٦٩، وانظر اللباب ج٢: ١٥٤، وانظر تبين الحقائق ج٤: ١٥١، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٥٨.

ومن كفل بنفس، ثم كفل به آخر فهما كفيلان، وكذا إذا كان أكثر (١).
 وإن كفل بنفس ولم يقل إذا سلمته إليك فأنا بريء فسلمه إليه بريء (٢).
 وإذا غاب المكفول بنفسه (تأخرت) (٣) المطالبة عن الكفيل، ولا يحبس في أول مرة يطالبه، ولكن (يمهله) (٤) مهلة مقدار مسافة الطريق في ذهابه ومجيئه، فإن أحضر

(١) - لأن موجه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثيق، وبالتالي يزداد التوثيق فلا يتنافيان. الهداية

ج٣: ٩٩، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٥٦، وانظر الجامع الصغير: ٣٦٩.

(٢) - لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه، ولا يشترط قبول التسليم كما في قضاء الدين،

ولو سلم المكفول به نفسه من كفاله صح، لأنه مطالب بالخصومة، فكان له ولاية الدفع، وكذا إذا سلمه إليه

وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه. الهداية ج٣: ٩٧-٩٨، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٥٧.

(٣) - (تأخرت): في أ، ب وفي ج فأخرت

(٤) - (يمهله): في ج وفي أ، ب يمهله.

- (وإلا يحبس) (١)
 (وتعذر) (٢) الإحضار عليه مثل تعذر المال، فينظر إلى وقت زوال العذر والعسر
 عنه) (٣)، ولصاحب الحق أن يلزمهما جميعاً ليلاً ونهاراً (٤).
 ولا يمنع الكفيل من التصرف (لقوته) (٥) وقوت عياله بالمعروف (٦).
 (وإن كفل بنفسه) (٧) إلى شهر، فسلمه قبل الشهر برىء (٨).

-
- (١) - (وإلا يحبس): في أ، ب، وفي ج لا يحبس
 لامتناعه عن إيفاء ما وجب عليه، ولكنه لا يحبسه أول مرة، لاحتمال أنه ما عرف لماذا يدعى، فيمهله
 حتى يظهر له مطله، لأنه جزاء الظلم، وهو ليس بظالم قبل الماطلة.
 قال العبد الفقير: ينبغي أن يفصل كما فصل في الحبس بالدين، فإنه هناك قيل إذا ثبت الحق باقراره لا
 يعجل بحبسه، وأمره بدفع ما عليه، لأن الحبس جزاء الماطلة، فلم يظهر بأول الوهلة، وإن ثبت بالبينة حبسه
 كما وجب لظهور مطله بالانكار فكذا هنا ينبغي أن يفصل على هذا التفصيل. تبين الحقائق ج٤: ١٤٨،
 وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤٣-٢٤٤، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٧١، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٠.
- (٢) - (وتعذر): في أ وفي ب، ج وتعلمر
 (٣) - (عنه): في أ، ج وفي ب عليه.
 (٤) - لأنه بمنزلة المفلس، لكن لا يحول بين الطالب والكفيل، بل يلزمه من الطالب ولا يحول الطالب
 أيضاً بينه وبين اشتغاله. بدائع الصنائع ج٦: ١٠، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤٤.
 (٥) - (لقوته): في أ، ب وفي ج لوقته.
 (٦) - لكن القاضي لا يحول بينه وبين الغرما، ولكن ليس للغرما أن يمنعه من اشتغاله، كما في الإفلاس
 سواء. تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤٤.
 (٧) - (وإن كفل بنفسه): في أ، ب وفي ج وإن كفل إلى نفسه.
 (٨) - لأنه خرج من الكفالة بالأداء، حيث أدى المال إلى الطالب، لأن حق المطالبة للتوصل إلى الأداء، فإذا
 وجد فقد حصل المقصود فينتهي حكم العقد. بدائع الصنائع ج٦: ١١، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٧١.

وإن ادعى (على عبد مالا) (١) فكفل بنفسه رجل (فمات العبد) (٢) برئ الكفيل (٣)
وإن ادعى رقبة العبد فكفل بها (رجلاً) (٤) ومات العبد، ثم أقام المدعي (البينة) (٥) أن
العبد كان له ضمن الكفيل للمدعي قيمته (٦).

(١) (على عبد مالا): في ب، ج وفي أ على مال على عبد.

(٢) (فمات العبد): في ج وفي أ، ب فجاء بالعبد.

(٣) لبراءة الأصيل، كما إذا كان المكفول عنه بنفسه حراً.

الهداية ج٣: ١٠٨، وانظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤: ١٧٠، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٦.

(٤) (رجلاً): في ج وفي أ، ب رجل، وفي الهداية، وتبين الحقائق فكفل به رجل).

(٥) (البينة): في أ، ب وفي ج بينة.

(٦) لأن على المولى ردّها على وجه يخلفها قيمتها، وقد التزم الكفيل ذلك، وبعد الموت تبقى القيمة واجبة

على الأصيل، فكذا على الكفيل بخلاف الأول. الهداية ج٣: ١٠٨، وانظر تبين الحقائق ج٤: ١٧٠،

وانظر الجامع الصغير: ٣٧٧.

فصل

والكفالة بالمال جائزة معلوماً كان المال المكفول (به) (١) أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً (٢)، وكذا الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب، والمقبوض على سوم الشراء، (والمقبوض) (٣) بالبيع الفاسد، فإذا قال: تكفلت عنه بالف، (أو) (٤) بما لك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع، أو أنا ضامن لك عنه، أو زعيم (أو) (٥) عندي أو قبلي كان كفيلاً (٦).

(١) (به): في ب، جـ وساقطة من أ

(٢) لأن مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة، وعلى الكفالة بالدرك إجماع، وكفى به حجة، وصار كما إذا كفل بشجة صحت الكفالة، وإن احتملت السراية والاقتصار، وشرط أن يكون ديناً صحيحاً، ومراده أن لا يكون بدل الكتابة. الهداية جـ ٣: ٩٩، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ٥٨، وانظر الباب جـ ٢: ١٥٤، وانظر تبين الحقائق جـ ٤: ١٥٢ - ١٥٣ وانظر بدائع الصنائع جـ ٦: ٢ - ٣ و ص ٧، وانظر تحفة الفقهاء جـ ٣: ٢٤٣ وانظر المبسوط جـ ٢٠: ١٢١، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٢٧٢-٢٧٣.

(٣) (والمقبوض): في أ، ب وفي جـ أو المقبوض

(٤) (أو): في جـ وساقطة من أ، ب

(٥) (أو): في ب، جـ وساقطة من أ

(٦) والعملة في ذلك ما ذكر في رقم ٢

ويجوز تعليق الكفالة بالشروط الموجبة مثل أن يقول (ما) (١) بايعت فلاناً (فعلي) (٢) وما غصبك فعلي وما ذاب (٣) لك عليه فعلي (٤).
 (وبالشرط) (٥) المحض لا (كهبوب) (٦) الريح، أو دخول الدار (٧).
 ولا تصح الكفالة بالأمانات إلا بالرد كالودائع والحواري (٨).

(١) (ما): في ب، ج وفي أ فما

(٢) (فعلي): في أ، ب وفي ج فقل

(٣) ذاب: يقال: ذاب له عليه من الحق كذا: أي وجب وثبت.

مختار الصحاح: ٢٢٥

(٤) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ يوسف/ ٧٢

والاجماع متعقد على صحة ضمان الدرك، ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله: إذا استحق المبيع، أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله: إذا قدم زيد وهو مكفول عنه، أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله: إن غاب عن البلدة، وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه.

الهداية ج٣: ١٠٠، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥٨، وانظر تبين الحقائق ج٤: ١٥٣ وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤١، وانظر المبسوط ج١٩: ١٧٣، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٧٣.

(٥) (وبالشرط): في ج وفي أ، ب وبالشرط

(٦) (كهبوب): في أ، ب وفي ج لهبوب

(٧) ففي هذه الحالة: تصح الكفالة، ويجب المال حالاً، لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق، والعناق. الهداية ج٣: ١٠٠، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥٨ وانظر تبين الحقائق ج٤: ١٥٤، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤١، وانظر المبسوط ج١٩: ١٧٣، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٧٤.

(٨) يقول الإمام السمرقندي: (وأما الكفالة بالأعيان فهي ثلاثة:

أحدها: كفالة بعين هي أمانة غير واجبة التسليم، كالوديعة، وكمال المضاربة، والشركة وهي لا تصح أصلاً.

والثاني: الكفالة بعين هي أمانة، ولكنها واجبة التسليم، كالعارية، والمستأجر في يد المستأجر، وكذا العين المضمونة بغيرها، كالبيع قبل القبض: مضمون بالثمن، وكالرهن: مضمون بالدين - والجواب في الكل واحد، وهو أنه تصح الكفالة بتسليم العين، فمتى هلكت العين لا يجب على الكفيل قيمة العين.

والثالث: العين المضمونة بقيمتها - كالمغصوب، والمبيع بيعاً فاسداً، والمقبوض على سؤم الشراء: تصح الكفالة بها، ويجب عليه تسليم العين ما دامت باقية، وإذا هلكت: يجب عليه تسليم قيمتها، متى ثبت الغصب بالبيئة أو الإقرار. تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤٢ - ٢٤٣، وانظر الهداية ج٣: ١٠٢، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٦٠، وانظر تبين الحقائق ج٤: ١٥٨، وانظر المبسوط ج٢: ١٠٢، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٧٤.

وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره، فإن كفل بأمره رجع بما يؤدي (عليه)(١)، وإن كفل بغير أمره لم يرجع (عليه)(٢).
 وإذا كفل، كان المكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل، وإن شاء طالب كفيله(٣).
 وإذا تكفل عن غائب بأمره أو بغير أمره جاز، (وإن)(٤) تكفل للغائب لم يجز(٥).

(١) (عليه): في ب، جـ وفي أ إليه

(٢) (عليه): في ب، جـ وفي أ إليه

لأنه التزم المطالبة، وهو تصرف في حق نفسه، وفيه نفع للطالب، ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع، إذ هو عند أمره وقد رضي به.

ومعنى رجع بما أدى أي إذا أدى ما ضمنه، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن، لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث، وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة، بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى، لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب على خمسمائة، لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الوكيل.

الهداية جـ٣: ١٠٠، وانظر اللباب جـ٢: ١٥٦، وانظر تبين الحقائق جـ٤: ١٥٥ - ١٥٦، وانظر خزنة الفقه جـ١: ٢٧٦.

(٣) لأن الكفالة ضم الدمة إلى الدمة في المطالبة، وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتباراً للمعنى. كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة. الهداية جـ٣: ٩٩

(٤) (وإن): في أ، جـ وفي ب وإذا

(٥) لأن من شروط المكفول له أن يكون في مجلس العقد، وأنه شرط الانمقاد عند أبي حنيفة ومحمد إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى إن من كفل لغائب عن المجلس قبله الخبر فأجاز، لا تجوز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر.

وعن أبي يوسف روايتان.

أولهما: أن ما ذكرنا فيه معنى التمليك أيضاً، والتمليك لا يقوم إلا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كالبيع مع ما أنا نعمل بالشبهين جميعاً فنقول لشبهة الالتزام يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط، والإضافة إلى الوقت، ولشبه التمليك لا يقف على غائب عن المجلس اعتباراً للشبهين بقدر الإمكان.

وجه قول أبي يوسف الآخر: أن معنى هذا العقد لغة وشرعاً وهو الضم، والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان إيجابه كل العقد والدليل عليه مسألة المريض. بدائع الصنائع جـ٦: ٦ - ٧، وانظر مسألة المريض في البدائع جـ٦: ٧

وتصح الكفالة إلى وقت مجهول، كالحصاد والدياس والقطاف، وإلى أن تمطر السماء ونحوها، وكذا يجوز تأخير الدين إلى هذه (الأوقات)(١) ولو كان عليه قرض فكفل عنه (رجل)(٢) مؤجلاً فهو على الكفيل مؤجل، وعلى (الأصيل)(٣) (حال)(٤).
 وإن كان هذا من ثمن مبيع أو اجرة أو نحرهما فأجله على الكفيل صار مؤجلاً عليهما استحساناً(٥).

(١) (الأوقات) في ب ، ج وساقطة من أ

ولنا: أن هذا ليس بجهالة فاحشة، فتحملها الكفالة، وهذا؛ لأن الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة بالتقديم والتأخير، وجهالة التقديم والتأخير لا تفضي إلى المنازعة في باب الكفالة، لأنه يسامح في أخذ العقد مالا يسامح في غيره لإمكان استيفاء الحق من جهة الأصيل بخلاف البيع، ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والكفالة إلى هذه الأجال متعارفة. بدائع الصنائع ج٦: ٣، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤، وانظر المبسوط ج١٩: ١٧٢، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٧٤.

(٢) (رجل): في أ، ب وساقطة من ج

(٣) (الأصيل): في أ وفي ب، ج الأصيل

(٤) (حال): في أ، ج وساقطة من ب

لأن المطالبة حق الطالب، فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه. بدائع الصنائع ج٦: ٣
 (٥) فإن ذلك لا يوجب فساد البيع، لأن التأجيل ابتداءً بمنزلة التأخير في الكفالة، وإذا لا يؤثر في البيع، فكذا هذا إذا كانت الكفالة مؤجلة. بدائع الصنائع ج٦: ٣

وإن مات الكفيل بالدين المؤجل حلّ الدين في ماله، ولورثته الرجوع على الأصيل إلى أجله، وكذا إن مات المكفول عنه والكفيل حي، فإن مات الطالب فهو على الكفيل والأصيل كما كان (١)، ولو كفل على أن يبرأ الأصيل مما عليه جاز ويبرئ الأصيل (٢). والكفيل بالمال إذا أدى غير الذي ضمن به مثل أن (يؤدي) (٣) زيوفاً أو مكسرة، أو

(١) لأن المطلوب بموته بريء هو بنفسه، وبرأته توجب براءة الكفيل، لأنه أصيل، والكفيل تبع، فإذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه، فكذا عن التبع لما قلنا، وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه، لأنهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه، وماله لا يصلح لايفاء هذا الحق، وهو إحضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال إذا مات، لأن ماله صالح له وحكمه بعد موته يمكن فيوفى من ماله، ثم يرجع إلى الورثة على المكفول له إن كانت الكفالة بأمره وإلا فلا شيء لهم، كما إذا أدى هو بنفسه حال حياته، وإن مات الطالب يخلفه وصيه أو وارثه فلا يبطل حق إذ هم قائمون مقامه في استيفائه. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤: ١٤٩ - ١٥٠، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٣.

(٢) لأن إبراء الأصيل إسقاط الدين عن ذمته، فإذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة، لأن المطالبة بالدين ولا دين محال. بدائع الصنائع ج٦: ١١

(٣) (يؤدي): في أ، ب وفي ج تؤدي

عروضاً عن الألف المضمونة، ويرجع على الأصيل (بما ضمن) (١) لا بما أدى (٢).
 وإذا صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة برئ الأصيل والكفيل جميعاً (٣).
 وإن كان على الأصيل خمسة دنانير (فصالح) (٤) الكفيل على ثلاثة دنانير ولم يقل على
 أن تبرئني (فذلك) (٥) الصلح يكون عنه وعن الأصيل، ويرجع هو عليه بثلاثة دنانير،
 (وإن) (٦) قال: على أن تبرئني (فكذلك) (٧) عنه (خاصة) (٨)، ويرجع الطالب على الأصيل

(١) (بما ضمن): في ب، ج، وساقطة من أ

(٢) لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحاح الجياد، وليس هذا كالمأمور بأداء
 الدين له أن يرجع بالمؤدى لا بالدين، لأنه بالأداء ما ملك الدين بل أقرض المؤدى من الأمر فيرجع عليه بما
 أقرضه، وكذلك لو أعطى بالدرهم دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فإنه يرجع بما عليه بما كفل لا بما أدى.
 بدائع الصنائع ج٦: ١٥، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٧٣.

(٣) فهنا يرجع بالخمسمائة لا بالألف، لأنه بأداء الخمسمائة ما ملك ماني ذمة الأصيل وهو الألف، لأنه لا
 يمكن إيقاع الصلح تملكاً ما هنا، لأنه يؤدي إلى الربا فيقع إسقاط الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به. بدائع
 الصنائع ج٦: ١٥، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٧٦، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٤.

(٤) (فصالح): في أ، ج، وساقطة من ب

(٥) (فذلك): في ب، ج، وفي أ بذلك وفي أ، ج زيادة كلمة كذلك قبل فذلك وهي غير منسجمة.

(٦) (وإن): في ب، ج، وفي أ ولو

(٧) (فكذلك): في ب، ج، وفي أ فذلك

(٨) (خاصة): في ب، ج، وفي أ وعن الأصل

بدينارين، والكفيل بثلاثة وللمطالب أن يطالب بالثلاثة أيها شاء(١).
 (وضمنان)(٢) العهدة باطل عند أبي حنيفة، وهو: ضمان الصحيفة عنده(٣)
 وقالوا: جائز. وهو: ضمان الدرك عندهما(٤).
 والكفالة والرهن بالخراج جائزان، وكذا ضمان نوائبه (وقسمته)(٥).
 وإن ضمن المضارب ثمن ما باع، أو رجلان (باعاً)(٦) عبداً صفقه واحدة فضمن

(١) لأنه في الفصل الأول، إيقاع الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باسقاط بعضه، فكان الصلح واقماً عنهما جميعاً فيرآن جميعاً، ويرجع الكفيل على الأصيل بثلاثة دنانير، لأنه ملك هذا القدر بالأداء فيرجع به عليه.

وأما في الفصل الثاني: بإضافة الصلح إلى ثلاثة مقروناً بشرط الإبراء المضاف إلى الكفيل إبراء للكفيل عن المطالبة بدينارين، وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل، فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الأصيل فيأخذه الطالب منهما. بدائع الصنائع ج٦: ١٥

(٢) (وضمنان): في أ، ب وفي جـ فضمان

(٣) ولأبي حنيفة: أن العهدة تحتل الدرك، وتحتل الصحيفة وهو الصك، وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الأصيل فدارت الكفالة بالعهدة بين أن تكون بمضمون وغير مضمون فلا تصح مع الشك، فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو كونه مضموناً على الأصيل. بدائع الصنائع ج٦: ٩

(٤) وجه قولهما: أن ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا. بدائع الصنائع ج٦: ٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٤.
 (٥) (قسمته): في أ، ب وفي جـ قسمه

أما الخراج، فلأنه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون، لأنه يجب حقاً للمقاتلة بدلاً عن الذب والاستحفاظ والمحاماة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الأجرة والرهن - كالكفالة، لأن كل واحد منهما للتوثيق، فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه.

وأما النوائب، فقد اختلفوا في صورته: فقال بعضهم أريد به ما يكون بحق كأجرة الحراس، وكري النهر المشترك، والمال الموظف لتجهيز الجيش، وفداء الأسارى.

وقال بعضهم: أريد ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق.

فإن كان مراد المصنف الأول جازت الكفالة به بالاتفاق، لأنه واجب مضمون.

وإن كان مراده الثاني، ففيه اختلاف المشايخ.

فقال بعضهم: لا تجوز الكفالة به ومنهم صدر الإسلام البيزدوي.

وقال بعضهم: يجوز ومنهم فخر الإسلام علي البيزدوي.

وأما القسمة: فقد قيل هي ما أصاب الواحد من النوائب، لأن القسمة هي النصيب.

وقيل: هي النوائب بعينها، غير أن القسمة ما يكون راتباً، والنوائب ما ليس براتب، وإنما يوظفه الإمام عند

الحاجة إذا لم يكن في بيت المال شيء. تبين الحقائق ج٤: ١٦٥ - ١٦٦، وانظر الهداية ج٣: ٩٩ + ١٠٥ -

١٠٦، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٥٨، ٥٣، وانظر الجامع الصغير: ٣٦٩.

(٦) (باعاً): في أ وفي ب، جـ باع

أحدهما حصة صاحبه من الثمن (فهو) (١) باطل (٢).
 وإذا كفل عبد مالا يطالب به (بعد) (٣) العتق (٤).
 وإن ادعى على رجل مائة دينار فبينها أو أبهما (أو ادعى) (٥) حقاً مطلقاً فقال رجل دعه
 فإني كفيل به إلى غد، فإن لم يوف به غداً فعلي مائة دينار فرضي به ثم لم يوف به غداً فعليه
 المائة (٦).
 وقال محمد (رحمه الله) (٧) إن لم يبينها حين كفل لم يلتفت إلى دعواه (٨).

(١) (فهو): في أ، ب وفي جـ وهو

(٢) لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه، ولأن المال أمانة في
 أيديهما، والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه، كاشتراطه على المودع والمستمير.
 وكذا إن باعاً عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن، لأنه لو صح الضمان مع
 الشركة يصير ضامناً لنفسه، ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز
 ذلك. الهداية جـ ٣: ١٠٥، وانظر ملتنقى الأبحر جـ ٢: ٦٣

(٣) (بعد): في أ، جـ وساقطة من ب

(٤) لأن امتناع النفاذ ما كان لانعدام الأهلية بل لحق المولى وقد زال. بدائع الصنائع جـ ٦:

(٥) (أو ادعى): في أ وفي ب، جـ وادعى

(٦) ولهما: أن المال ذكر معروفاً فينصرف إلى ما عليه، والمادة جرت بالإجمال في الدعاوى فتصح الدعوى
 على اعتبار البيان، فإن بين التحقق البيان بأصل الدعوى، فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية.
 الهداية جـ ٣: ٩٨، وانظر تحفة الفقهاء جـ ٣: ٢٤٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٠-٣٧١.

(٧) (رحمه الله): في جـ وساقطة من أ، ب

(٨) لأنه علق مالا بخطر، ألا يرى أنه لم ينسبه إلى ما عليه، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها،
 ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب إحضار النفس، وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح
 بالمال، لأنه بناءً عليه بخلاف ما إذا بين. الهداية جـ ٣: ٩٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٧١.

وإن قال: إن لم (يوفيك) (١) به غداً فعلى ألف درهم، ولم يقل التي لك عليه، ثم لم يواف به غداً فعليه الألف عند أبي حنيفة وأبي يوسف.
وقال محمد: لا شيء عليه (٢).
وإذا (تكفل عن) (٣) المشتري بالثمن جاز (٤)، وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم يجز (٥).

(١) (يوفيك): في ب، ج وفي أ يوفك

(٢) ولا فرق بين أن يبينها أو لم يبينها، بأن تعلق رجل على رجل فلزمه فقال: لي عليك حق ولم يدع عليه مالاً مقدراً. فقال له رجل: دعه فانا كفيل بنفسه فإن لم أوفك به غداً فعلي مائة دينار. فادعى المدعي واثبتها لزم الكفيل.

وقال محمد: إن لم يبينها، ثم ادعى وبينها لا تلزمه، وله فيها وجهان:

أحدهما: ما قاله أبو منصور الماتريدي: وهو أن الكفيل علق مالاً مطلقاً بخطر بحيث لم يقل التي لك عليه فكانت هذه رشوة التزامها الكفيل له عند عدم الموافقة به، فهذا يوجب أن لا يصح، وإن بينها المدعي، لأن عدم النسبة إليه هو الذي أوجب البطلان.

والثاني ما قاله الكرخي: وهو أن المدعي لما لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب إحضاره إلى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس أيضاً لعدم صحة الدعوى، ولم تصح الكفالة بالمال أيضاً، لأنها مبنية على الكفالة بالنفس، فإذا بطل الأصل بطل الفرع، وهذا يوجب أن تصح الكفالة إذا بين المال عند الدعوى.

ولهما أن هذه الكفالة أمكن تصحيحها فتصح. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤: ١٥١، وانظر تحفة

الفقهاء ج٣: ٢٤٤، وانظر المبسوط ج١٩: ١٧٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٧١.

(٣) (تكفل عن): في ب، ج وفي أ كفل من

(٤) لأنه دين كسائر الديون الهداية ج٣: ١٠٢، وانظر اللباب ج٢: ١٥٧

(٥) لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن، والكفالة بالأعيان المضمونة، وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي، لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً، والمقبوض على سؤم الشراء، والمقصوب لا بما كان مضموناً بغيره كالمبيع، والمرهون، ولا بما كان أمانة كالوديعة، والمستاجر، ومال المضاربة والشركة. الهداية ج٣: ١٠٢، وانظر اللباب ج٢: ١٥٧ - ١٥٨.

ومن استأجر دابة للحمل، فإن كانت بعينها (لم) (١) تصح الكفالة بالحمل وتصح بنفس الدابة (٢)، وكذا كفالة (العبد) (٣) وخدمته، وإذا كانا بغير عينهما جازت الكفالة بالحمل والخدمة (٤).

وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح الكفالة (به) (٥) (كالحدود) (٦) والقصاص (٧).

(١) (لم): في أ، ج وساقطة من ب

(٢) لأن الكفيل عاجز عن الحمل على الدابة المعينة، لأن الدابة المعينة ليست في ملكه، والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة، وفيه نظر لأن عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالأعيان مطلقاً، وما ذكر في الإيضاح جواباً للشانعي، وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الأعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه، لأن ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع، لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضاً. شرح العناية على الهداية ج٧: ٢٠٠، وانظر للباب ج٢: ١٥٨، وانظر الهداية ج٣: ١٠٢

(٣) (العبد): في أ، ج وفي ب عبد

(٤) لأنه عاجز عما كفل به. شرح فتح القدير ج٧: ٢٠٠، وانظر الهداية ج٣: ١٠٢

(٥) (به): في أ، ج وساقطة من ب

(٦) (كالحدود): في أ، ج وفي ب بالحدود

(٧) إذ لا يقتل الكفيل بدلاً عن المكفول عنه ولا يضرب، لأن الاستيفاء يعتمد الإيجاب عليه وهو متعلق، إذ الوجوب عليه، إما أن يكون أصالة والفرص خلافه، أو نيابة وهي لا تجري في العقوبات. قالوا: لأن المقصود هو الزجر وهو بالإقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك، وهو أن الزجر إما أن يكون للجاني بأن لا يعود إلى مثل ما فعل، أو لغيره فإن كان الأول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المهتكين يعودون إلى الجناية، وإن كان الثاني فقد يحصل المقصود بالإقامة على النائب هذا في الحدود.

وأما في القصاص فالأول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد الموت أصلاً لا محالة.

وأما الثاني كما في الحد، ولعل الاستدلال على ذلك بالإجماع أولى، فإنه لم يرو عن أحد من أهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك حيثل تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع.

شرح فتح القدير وشرح العناية على الهداية ج٧: ١٩٧ - ١٩٨، وانظر الباب ج٢: ١٥٧، وانظر

الهداية ج٣: ١٠٢، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٩، وانظر خزنة الفقهاء ج١: ٢٧٥.

ولا (تجوز) (١) الكفالة بمال الكتابة حرّ تكفل به - أو عبد (٢).
 وإن مات الرجل وعليه دين ولم يترك مالا فتكفل (رجل) (٣) عنه للغرماء لم تصح الكفالة
 عند أبي حنيفة (٤).
 (وعندهما: تصح) (٥).
 وإذا اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم (ياخذ) (٦) الكفيل حتى يقضي له
 على البائع (٧).

(١) (تجوز): في أ، ج وفي ب بجوز

(٢) لأنه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة، ولأنه لو عجز نفسه سقط، ولا يمكن إثباته
 على هذا الوجه في ذمة الكفيل، وإثباته مطلقاً ينافي معنى الضم، لأن من شرطه الاتحاد. وبدل السعاية كمال
 الكتابة في قول أبي حنيفة، لأنه كالمكاتب عنده. الهداية ج٣: ١٠٩، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٦٠ -
 ٦١، وانظر اللباب ج٢: ١٥٩، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٩، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٣٨، وانظر
 خزانة الفقه ج١: ٢٧٥.

(٣) (رجل): في ب، ج وفي أ رجلاً

(٤) لأن الدين سقط بموته مفلساً، فصار كما لو دفع المال ثم كفل به إنساناً. اللباب ج٢: ١٥٩، وانظر
 الهداية ج٣: ١٠٣

(٤) (وعندهما تصح): في ب، ج وفي أ وتصح عندهما

والعلة في ذلك: لأنه كفل بدين ثابت، ولم يوجد المسقط، ولهذا يبقى في الآخرة، ولو تبرع به إنسان
 يصح، وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال.

اللباب ج٢: ١٥٩، وانظر الهداية ج٣: ١٠٣

(٦) (ياخذ): في ب، ج وفي أ يؤخذ

(٧) لأنه بمجرد الاستحقاق لا يتقضى البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع، فلم يجب له
 على الأصيل ردّ الثمن فلا يجب على الكفيل، بخلاف القضاء بالحرية، لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع
 على البائع والكفيل.

وعن أبي يوسف: أنه يبطل البيع بالاستحقاق، فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق. الهداية ج٣: ١٦٠

وإن كفل العبد عن مولاه بأمره، فاعتق فأداه، أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد (العتق)(١) لم يرجع واحد منهما على الآخر بشيء(٢).

فصل

وليس للكفيل أن يطالب المكفول (عنه)(٣) (بالمال)(٤) قبل أن (يطالبه)(٥) به(٦). فإن لوزم بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه ويقول أدّ المال إلى الطالب، ولا يقول أدّ إلي(٧).

(١) (العتق): في أ وفي ب، جـ المعتق

(٢) وقال زفر: يرجع، وله أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره، والمانع وهو الرق وقد زال.

ولنا: أنها وقعت غير موجبة للرجوع، لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وكذا العبد على مولاه، فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازته. الهداية جـ٣: ١٠٩، وانظر ملتقى الأبحر جـ٢: ٦٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٧.

(٣) (عنه): في ب، جـ وفي أ بما عليه

(٤) (بالمال): في أ، جـ وساقطة من ب

(٥) (يطالبه): في ب وفي أ، جـ يطالب

(٦) لأنه لا يملكه قبل الأداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء، لأنه انعقد بينهما مبادلة

حكومية. الهداية جـ٣: ١٠٠ - ١٠١، وانظر ملتقى الأبحر جـ٢: ٥٩، وانظر اللباب جـ٢: ١٥٧

(٧) وكذا كان له أن يحبس، لأنه لحقه ما لحقه من جهته، فيعامله بمثله.

الهداية جـ٣: ١٠١، اللباب في شرح الكتاب جـ٢: ١٥٧، ملتقى الأبحر جـ٢: ٥٩

وإن كفل عن رجل بألف (بأمرة) (١) فقضاه الألف قبل أن يعطى هو صاحب المال فليس له أن يأخذها منه (٢).
وإن ربح فيها ربحاً فهو له، ولا يتصدق به (٣).
وإن كانت الكفالة بكر حنطة (فقبضها) (٤) الكفيل وتصرف فيه وربح فالربح له، ويستحب له أن يرد على الذي قضاه (٥).
وقالا: هو له ولا يردده (٦).

(١) (بأمرة): في كتب الحنفية ولكن في ب، ج فأمره وفي أ مرة والصحيح بأمره. انظر الهداية ج٣:

١٠٣، الباب ج٢: ١٥٦

(٢) لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين، فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال، كمن عجل زكاته ودفعتها إلى الساعي، ولأنه ملكه بالقبض، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة، لأنه تمحض أمانة في يده. الهداية ج٣: ١٠٣ وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٢٠٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٧١-٣٧٢.

(٣) لأنه ملكه حين قبضه، أما إذا قضى الدين فظاهر، وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه، وثبت له حق الاسترداد، لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه، إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل، ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح، فكذا إذا قبضه بملكه إلا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين. الهداية ج٣: ١٠٣، وانظر تبيين الحقائق ج٤: ١٦٢، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٢.

(٤) (فقبضها): في ب، ج وفي أ فقبضه

(٥) ولأبي حنيفة: أنه تمكن الخبث مع الملك، إما لقصور ملكه بسبب أن الأصيل بسبيل من استرداده بأن يقضي هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض، أو لأنه رضي بملك الكفيل على اعتبار قضاء الكفيل، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به. شرح فتح القدير ج٧: ٢١٠، الهداية ج٣: ١٠٣ - ١٠٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٢.

(٦) ولهما: أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الأصيل. شرح

فتح القدير ج٧: ٢١٠، الهداية ج٣: ١٠٣ - ١٠٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٢.

وإن كفل عنه بأمره فأمره المكفول عنه أن (يتعين) (١) عليه حريراً أو غيره ففعل، فالمشترى للكفيل والربح الذي ربحه البائع عليه بعين - يعني - يشتري ثوباً أو غيره بالنسيئة بأكثر ويبيع بالنقد (باقل) (٢) ليقضي به ما كفل وهو (بيع) (٣) العينة (٤) التي تكثر عند الساعة (٥).

وإن كفل بما ذاب له على فلان، أو قضى له عليه فغاب المكفول عنه، فأقام المدعي

(١) (يتعين): في الهداية ج٣: ١٠٤، وشرح فتح القدير ج٧: ٢١١ وفي نسخ المخطوط يعين.

(٢) (باقل): في أ، ج وساقطة من ب

(٣) (بيع): في أ، ب وساقطة من ج

(٤) العينة: بيع سلعة بثمن مؤجل، ثم يعود فيشتريها بأنقص منه حالاً. نصب الراية ج٤: ١٦

ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم». سنن أبي داود ج٣: ٢٧٤ - ٢٧٥، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١٧

(٥) ومعناه: الأمر ببيع العينة مثل: أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأى عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة، سمي لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للمدوم البخيل، ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله عليّ وهو فاسد وليس بتوكيل، وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين، وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة عليه، لأنه العاقد. الهداية ج٣: ١٠٤، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٢١١ - ٢١٢، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٣.

البينة على الكفيل بالف لم يقبل (١).

وإن أقام البينة أن له على فلان الغائب كذا، وإن هذا كفيل عنه بأمره، فإنه يقضي (به) (٢) على الكفيل وعلى المكفول عنه، وإن (كان) (٣) كفل بغير أمره كان قضاء على الكفيل خاصة (٤).

وإن قال: تكفلت بمالك على فلان، فقامت البينة بالف عليه فقد ضمنه الكفيل، وإن لم تقم

(١) لأن المكفول به مال مقضي به، وهذا في لفظه القضاء ظاهر، وكذا في الأخرى، لأن معنى ذاب: تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضي به، وهذا ماض أريد به المستأنف، كقوله: أطال الله بقاءك، والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح. الهداية ج٣: ١٠٤، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٢١٣، وانظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤: ١٦٣، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٣.

(٢) (به): في أ، ج وساقطة من ب

(٣) (كان): في أ، ج وساقطة من ب

(٤) وإنما تقبل، لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم، وإنما يختلف بالأمر وعدمه، لأنهما يتغايران، لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً، وبغير أمر تبرع ابتداءً وانتهاءً، فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر، وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جنابة، لأنه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه، وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر.

وقال زفر لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره، ونحن نقول: صار مكذباً شرعاً فبطل ما زعمه. الهداية ج٣: ١٠٤ - ١٠٥، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٢١٣، وانظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤: ١٦٣ - ١٦٤، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٣-٣٧٤.

بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به (١).
 فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله (٢).
 وإذا طالب رب المال الكفيل بالمال أو بالرجل، فإن كان المكفول عنه مقرراً أنه أمره بالكفالة
 أمر بالخصومة معه فيبرئه، وإن قال: كفل بغير أمري وحلف عليه لم يجبر على الخصومة
 معه (٣).

(١) - لأن البينة سبب لظهور الحق، وكذا إقرار الإنسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به. انظر بدائع الصنائع

ج٦: ٥، وانظر اللباب ج٢: ١٥٦

ويقول الإمام الكاساني في موضع آخر: ولو كفل بما له على فلان، فقامت البينة عليه بألف ضمنها
 الكفيل، لأنه تبين أنه كفل بمضمون على الأصل، وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما
 يقر به، أما القول قوله في المقر به، فإنه مال لزم بالتزامه فيصدق في القدر الملتزم كما إذا أقر على نفسه بمال
 مجهول، وأما اليمين فلأنه منكر الزيادة، والقول قول المنكر مع يمينه في الشرع. بدائع الصنائع ج٦: ١٠،
 وانظر اللباب ج٢: ١٥٦

(٢) - لأن إقرار الإنسان حجة في حق نفسه لا في حق غيره، لأنه مقر في حق نفسه مدع في حق غيره، ولا

يظهر صدق المدعي إلا بحجة. بدائع الصنائع ج٦: ١٠

(٣) - لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً، وبغير أمر تبرع ابتداءً وانتهاءً. الهداية ج٣: ١٠٤

(وإن) (١) كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن الآخر فما أدى أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة (٢).
 وإن تكفل اثنان عن رجل بألف وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما (عن الآخر) (٣) يرجع بنصفه على شريكه قليلاً كان أو كثيراً (٤).

(١) (وإن): في أ، ج، وفي ب وإذا

(٢) لأن كل واحد منهما في النصف أصيل، وفي النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة، لأن الأول دين والثاني مطالبة، ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول، وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة، ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع، لأن أداء نائبه كإدائه فيؤدي إلى الدور. الهداية جـ ٣: ١٠٧، وانظر شرح فتح القدير جـ ٧: ٢٢٧ - ٢٢٩ وانظر تبين الحقائق جـ ٤: ١٦٧ - ١٦٨، وانظر ملقى الأبحر جـ ٢: ٦٣، واللباب جـ ٢: ١٥٨ - ١٥٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٥.

(٣) (عن الآخر): في ب وساقطة من أ، جـ

(٤) ومعنى المسألة في الصحيح: أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك، والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر، وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه.

وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة، فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه، ولا يؤدي إلى الدور، لأن تضيته الاستواء، وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم، ثم يرجعان على الأصيل، لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه. الهداية جـ ٣: ١٠٧، تبين الحقائق جـ ٤: ١٦٨، وانظر اللباب جـ ٢: ١٥٩، وانظر شرح فتح القدير جـ ٧: ٢٢٩ - ٢٣٠، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٥.

وإن أبرأ الطالب أحدهما (برئ وياخذ) (١) الآخر بالجميع (٢).
 وإن كفلاً عن رجل بالف، ولم (يامره) (٣) يضمن أحدهما عن الآخر، (فإن على كل واحد منهما خمسمائة، ولا يرجع بما أدى على شريكه) (٤).
 وإن كاتب عبديه كتابة واحدة على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فكل شيء آداه أحدهما يرجع على شريكه بنصفه (٥)، فإن لم يؤد شيئاً حتى اعتق (المولى) (٦).

(١) - (برئ وياخذ): في ب، ج، وساقطة من أ

(٢) - لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل، والآخر كفيل عنه ب كله ولهذا يأخذ به. الهداية ج٣: ١٠٧، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٢٣٠، وانظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٤: ١٦٨، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٥.

(٣) - (يامره): في ج، وساقطة من أ، ب

(٤) - (فإن على كل واحد... على شريكه): في أ، ب، وساقطة من ج

وفي ج زيادة غير متسقة مع العبارة وهي (فإن على كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء آداه أحدهما يرجع على شريكه).

وهنا يرجع على شريكه إذا زاد ما دفعه على النصف فيرجع بالزيادة، لأن الأداء إلى النصف قد تعارض فيه جهة الأصالة وجهة الكفالة، والإيقاع عن الأصالة أولى لما فيه من إسقاط الدين والمطالبة جميعاً، بخلاف الكفالة فإنه لا دين على الكفيل. الباب ج٢: ١٥٩

(٥) - ووجهه أن هذا العقد جائز استحساناً، وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه، فيكون عتقهما معلقاً بأدائه ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه، وإذا صرف ذلك فما آداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما، ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة.

الهداية ج٣: ١٠٨، وانظر الباب ج٢: ١٥٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٥-٣٧٦.

(٦) (المولى): في ب، ج، وساقطة من أ

أحدهما جاز العتق وله أن يأخذ (بحصه) (١) (الذي) (٢) لم يعتق أيهما شاء، فإن أخذ الذي عتق رجوع على صاحبه بما أدى، (وإن) (٣) أخذ الآخر (لم) (٤) يرجع بشيء (٥).

(١) - (بحصه): في ب وفي أ، جـ بحصته

(٢) - (الذي): في ب، جـ وفي أ التي

(٣) - (وإن): في ب، جـ وفي أ فإن

(٤) - (لم): في ب، جـ وفي أ ولم

(٥) - لمصادفته ملكه، وبرئ عن النصف، لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق، وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر، لأن المال في الحقيقة مقابل برقتهما، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان، وإذا جاء العتق استغنى عنه، فاعتبر مقابلاً برقتهما فلماذا يتنصف، وللمولى أن يأخذ بحصه الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة، وصاحبه بالأصالة، فإن أخذ الذي اعتق رجوع على صاحبه بما يؤدي، لأنه مؤد عنه بأمره، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء، لأنه أدى عن نفسه. الهدية جـ ٣: ١٠٨، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ٦٤، وانظر شرح فتح القدير جـ ٧: ٢٣١ - ٢٣٢، وانظر تبين الحقائق جـ ٤: ١٦٨ - ١٦٩، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٦.

فصل

وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه، أو استوفى المال برىء الكفيل (١).
 وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ المكفول عنه، ويبرأ هو سواء قبل البراءة أم لا (٢).
 وإن وهب الدين من الكفيل أو تصدق به عليه وقبل ذلك جاز، وإن لم يقبل بطلت
 (وكانت) (٣) الكفالة له (بحالها) (٤) والمال بحاله (٥)، وكذا (إذا) (٦) (ورث) (٧) الكفيل المال
 ورجع به على المطلوب (٨).

- (١)- لأن براءة الأصيل، إبراء الكفيل، لأن الدين عليه في الصحيح وهذا بالإجماع. شرح فتح القدير
 ج٧: ١٩٢، وانظر الهداية ج٣: ١٠١، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٣، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٧٦.
 (٢)- لأنه تبع، ولأن عليه المطالبة، وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز. الهداية ج٣: ١٠١، وانظر
 تبين الحقائق ج٤: ١٥٦ - ١٥٧، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٣
 (٣)- (وكانت): في أ، ج وفي ب أو كانت
 (٤)- (بحالها): في أ، ب وفي ج زيادة له بحالها
 (٥)- لأن الكفيل بالمال يخرج عن الكفالة بأحد أمرين: أحدهما أداء المال إلى الطالب أو ما في معنى الأداء
 سواء كان الأداء من الكفيل أو من الأصيل، لأن حق المطالبة للتوسل إلى الأداء، فإذا وجد فقد حصل المقصود
 فينتهي حكم العقد، وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل، لأن الصدقة تمليك كالهبة فكان
 هو وأداء المال سواء كالهبة. بدائع الصنائع ج٦: ١١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٣٩
 (٦)- (إذا): في ج وفي أ، ب إن
 (٧)- (ورث): في أ، ب وفي ج ردت
 (٨)- لأن بالهبة والميراث يملك ما في ذمته: فإن كان الموهوب له أو الوارث هو الكفيل، فقد ملك ما في
 ذمته، فيرجع على الأصيل، كما لو ملك ما في ذلك بالأداء، ولو كان الموهوب له أو الوارث هو المكفول
 عنه برىء الكفيل، كأنه أدى. تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤٠

وإن ورث المكفول عنه المال أو (وهب) (١) له لم يرجع على الكفيل (بشيء) (٢) (وإن
أخر الطالب الدين عن الأصيل كان تأخيراً عن الكفيل، وإن أخره عن الكفيل) (٣) لم يكن
تأخيراً عن الأصيل (٤).

وإذا قال الطالب للكفيل برئت إلي من المال، رجع به الكفيل على الأصيل.
وإن قال: أبرأتك لم يرجع (٥).
ولا يجوز تعليق البراءة (من) (٦) الكفالة بشرط (٧).

(١) (وهب): في أ، جـ وفي ب وهبت

(٢) (بشيء): في جـ وفي أ شيء وساقطة من ب

(٣) (وإن أخذ الطالب الدين عن الأصيل... وإن أخره عن الكفيل) في أ، جـ وساقطة من ب

(٤) لأن الإرث من أسباب الملك فيملكه الأصيل، ومتى ملكه برئ فيبرأ الكفيل كما إذا أدى. بدائع

الصنائع جـ: ١٤، وانظر خزانة الفقه جـ: ٢٧٦.

(٥) لأن هذا إقرار بالقبض والاستيفاء، لأنه جعل نفسه غاية لبراءته، والبراءة التي هي غايتها نفسه هي براءة

القبض والاستيفاء، وبرئاً جميعاً، لأن استيفاء الدين يوجب براءتها جميعاً فيرجع الكفيل على الأصيل إذا

كانت الكفالة بأمره. بدائع الصنائع جـ: ١١ - ١٢، وانظر المبسوط جـ: ٢: ٩١ - ٩٢، وانظر خزانة الفقه

جـ: ٢٧٧.

(٦) (من): في جـ وفي أ، ب عن

(٧) لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات، ويروى أنه يصح، لأن عليه المطالبة دون الدين في

الصحيح فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق، ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل. الهداية

جـ: ٣: ١٠٢، وانظر ملتقى الأبحر جـ: ٢: ٦٠

كتاب الحوالة (١)

وهي جائزة (٢) بالديون سواء كان على المحال عليه دين أم لا، ويحول المال بها عن ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه حتى يبرأ المحيل (٣).

وإنما تصح الحوالة (برضى) (٤) المحيل والمحتال: وهو المحال له، والمحال عليه (٥) فإذا (تمت) (٦) الحوالة برىء المحيل من الدين (٧)، ولم يرجع المحتال على المحيل إلا إذا توى حقه (٨).

(١) الحوالة في اللغة: يقال: حولت شيء: نقلته من موضع إلى موضع، والحوالة بالفتح مأخوذة من هذا، فأحلتها بدينه نقلته إلى ذمة غير ذمتك. المصباح المنير: ٦٠ - ٦١

وفي الشرع: هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة «تبيين الحقائق ج٤: ١٧١، وملتقى الأبحر ج٢: ٦٥»
وفي شرح فتح القدير: «تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثيق به» ج٦:

٢٣٨

(٢) لقوله صلى الله عليه وسلم: «مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع». صحيح إجازي
شرح فتح القدير ج٤: ٤٦٤

وفي رواية: «مطل الغني ظلم وإذا أحلت على مليء فاتبه» سنن ابن ماجه ج٢: ٨٠٣، وانظر تخريجه في نصب الرأية ج٤: ٥٩، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٧٨

(٣) لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أحيل على مليء فليتبع»، ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة، وإنما اختصت بالديون، لأنها تنبئ عن النقل والتحويل، والتحويل في الدين لا في العين. الهداية ج٣: ١١٠، وانظر اللباب ج٢: ١٦٠، ملتقى الأبحر ج٢: ٦٥، وانظر تبيين الحقائق ج٤: ١٧١، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٢٣٩، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٧٨

(٤) (برضى): في أ، ب وفي ج يرصا

(٥) أما المحتال: فلأن الدين حقه وهو الذي يتقبل بها، والدمم متفاوتة فلا بد من رضاه، وأما المحتال عليه، فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه، وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات، لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه، لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره. الهداية ج٣: ١١٠، وانظر اللباب ج٢: ١٦٠، وانظر تبيين الحقائق ج٤: ١٧١، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٢٣٩ - ٢٤٠ وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٦، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٧٨

(٦) (تمت): في ب، ج وفي أ أثبت

(٧) وقال زفر: لا يبرأ اعتباراً بالكفالة، إذ كل واحد منهما عقد توثق.

ولنا: أن الحوالة هي النقل لغة، ومنه حوالة الفراس، والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها، أما الكفالة فللضم، والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية، والتوثق باختيار الأملأ والأحسن في القضاء، وإنما يجبر على القبول إذا نقد المحيل، لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعاً. الهداية ج٣: ١١٠، اللباب ج٢: ١٦٠، وانظر تبيين الحقائق ج٤: ١٧١ - ١٧٢، شرح فتح القدير ج٧: ٢٤١ - ٢٤٢، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٧، وانظر المسوط ج٢٠: ٥٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٧٨

(٨) لأنها مقيدة بسلامة حقه له إذ هو المقصود، أو تنسخ الحوالة لفواته، لأنه قابل للفسخ فصار كوصف

السلامة في البيع. الهداية ج٣: ١١٠، وانظر اللباب ج٢: ١٦١، وانظر تبيين الحقائق ج٤: ١٧٢، وانظر

شرح فتح القدير ج٧: ٢٤٣

والتوى (١) عند أبي حنيفة رضي الله عنه أحد الأمرين: إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه أو يموت مفلساً (٢).

وقالا: ووجه ثالث وهو: أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته (٣).
وتصح الحوالة بقوله: أحلت عليك بدين له علي ونحوه، وبلفظ الكفالة، والضمان بشرط براءة الأصيل (٤)

وإذا قبل الحوالة بغير (امر) (٥) المطلوب كان للمحتال أن يطالبه، وإذا أدى المال لم يرجع به

(١) توى: هلك. المصباح المنير: ٣١

(٢) لأن المعجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما، وهو التوي في الحقيقة. الهداية ج٣: ١١١، وانظر

اللباب ج٢: ١٦١، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٦٦، وانظر تبين الحقائق ج٤: ١٧٢ - ١٧٣، وانظر شرح

فتح القدير ج٧: ٢٤٥ - ٢٤٦، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤٧، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٨، وانظر

خزانة الفقه ج١: ٢٧٩

(٣) وهذا بناءً على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافاً لهما، لأن مال الله غاد ورائح.

ولهما أن إفلاسه حال حياته صار كمجزه عن الاستيفاء بالجحود أو موته مفلساً. تبين الحقائق ج٤:

١٧٣، وانظر الهداية ج٢: ١١١، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٢٤٦، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٦٦،

وانظر اللباب ج٢: ١٦١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٧٩.

(٤) لأن الحوالة تتضمن إبراء الأصيل إبراءً مفيداً، وكل من الحوالة والكفالة عقد التزام ما على الأصيل

للتوثيق. رد المحتار على الدر المختار ج٤: ٢٨٨، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤٧، وانظر بدائع الصنائع

ج٦: ١٥

(٥) (امر): في أ، ج وساقطة من ب

على المطلوب، وإذا كان للمطلوب عليه مال فهو بحاله (١)، وإذا طالب المحال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل: أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله، وكان عليه مثل الدين (٢).

وإن طالب المحيل المحتال بما أحاله (به) (٣) فقال (إنما) (٤) أحلتك لتقضيته لي، وقال المحتال: بل أحلتني بدين كان لي عليك. فالقول قول المحيل (٥).

(١) وإن كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلازم المحيل إذا لوزم، ولا أن يجسه إذا حبس، لأن الحوالة إذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه متبرعاً، وإن كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلازمه أيضاً فلا يفيد. بدائع الصنائع ج٦: ١٨

(٢) لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعي عليه ديناً وهو ينكر، والقول للمنكر، ولا تكون الحوالة إقراراً منه بالدين عليه، لأنها قد تكون بدونه. الهداية ج٣: ١١١، وانظر شرح فتح القدير ج٧: ٢٤٦، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٦٧، وانظر تبيين الحقائق ج٤: ١٧٣، وانظر اللباب ج٢: ١٦١، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٧٩

(٣) (به): في أ، ج ساقطة من ب

(٤) (إنما): في أ، ب وفي ج أنا

(٥) لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر، ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه. الهداية ج٣: ١١١، وانظر اللباب ج٢: ١٦١، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٦٧، وانظر تبيين الحقائق ج٤: ١٧٣، وانظر الجامع الصفيـر: ٣٧٨، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٧٩.

ومتى صحت الحوالة كان للمحتال أن يصادق المحال عليه بما عليه، إذا دفع البديل قبل أن يفترقا بأبدانهما، وإذا أدى المحال عليه المال أو وهب له أو تصدق به عليه أو ورثه، أو آداه الدنانير أو عروضاً بدل الدراهم رجع (على) (١) المحيل بالمال كالكفيل (٢) .
وإذا أودع عند رجل ألفاً ثم أحال بها عليه آخر جاز، وإن هلكت بطلت الحوالة (٣) .
(اللهم اختم بخير) (٤)

(١) - (على): في ب، ج، وساقطة من أ

(٢) - لأن من شرائط الرجوع: أداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة، إذا قبل المحال عليه، وكذا إذا ورثه المحال عليه، لأن الإرث من أسباب الملك، فإذا ورثه فقد ملكه، فكان له حق الرجوع وكذلك المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى، حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم، أو كان الدين دنانير فنقده دراهم عن الدنانير فتصارفاً جاز، ويراعى فيه شرائط الصرف، حتى لو افترقا قبل القبض، أو شرطاً فيه الأجل، والخيار يبطل الصرف ويعود الدين إلى حاله. بدائع الصنائع ج٦:

١٩

(٣) - لأنه أقدر على التسليم، فكانت أولى بالجواز، فإن هلكت برئ، لأن الحوالة مقيدة بها إذ لم يلتزم التسليم إلا منها بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغضوب حيث لا يبرأ به، لأنه يخلف القيمة. تبين الحقائق شرح

كنز الدقائق ج٤: ١٧٣، وانظر الجامع الصغير: ٣٧٨

(٤) - (اللهم اختم بخير): في ب وساقطة من أ، ج

كتاب الصلح (١)

وهو على ثلاثة أضرب: صلح مع إقرار، و صلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر. و صلح مع إنكار، وكل ذلك جائز (٢)
 فإن وقع الصلح عن إقرار (يعتبر) (٣) فيه (ما يعتبر) (٤) في البياعات (إن) (٥) وقع عن مال بمال (٦)، فإن وقع عن مال بمنافع يعتبر (بالإجراءات) (٧).
 والصلح عن السكوت، والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة، وفي حق

(١) الصلح في اللغة: يأتي بمعنى التوفيق، وأصلحت بين القوم: وفتت، والصلاح ضد الفساد. انظر المصباح المنير: ١٣٢، وانظر مختار الصحاح: ٣٦٧.

- والصلح في الاصطلاح: «عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة». شرح فتح القدير ج٨: ٤٠٣ وفي ملتقى الأبحر: «هو عقد يرفع النزاع». ج٢: ١٢٧، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٣: ٣٤٩.

وفي الاختيار: «عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم» ج٣: ٥
 - وهو عقد جائز. والدليل على ذلك:

- قوله تعالى: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ النساء/ ١٢٨

- وقوله صلى الله عليه وسلم: «الصلح جائز بين المسلمين» زاد أحمد «إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرم حلالاً» وزاد سليمان بن داوود: وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم» سنن أبي داوود ج٣: ٣٠٤ وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١١٢

- وأجمع المسلمون على جواز الصلح. تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤٩، وانظر مزيداً من الأدلة في كتاب المبسوط ج٢٠: ١٣٣ - ١٣٤

(٢) لإطلاق قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ ولقوله صلى الله عليه وسلم: «الصلح جائز بين المسلمين» وتأويل آخره أحل حراماً لمينه كالخمر، أم حرم حلالاً لمينه كالصلح على أن لا يظأ الضرة، ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه، لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه، وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضاً، إذ المال وقاية الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز. الهداية ج٣: ٢١٤، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٤٠، وانظر اللباب ج٢: ١٦٢ - ١٦٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٢٧، وانظر شرح فتح القدير ج٨: ٤٠٥ - ٤٠٨، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤٩، وانظر المبسوط ج٢٠: ١٣٩، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٤٨.

(٣) (يعتبر): في أ، ب وفي ج معتبر

(٤) (ما يعتبر): في ب، ج وساقطة من أ

(٥) (إن): في أ، ب وفي ج فإن

(٦) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال، في حق المتعاقدين بتراضيهما. الهداية ج٣: ٢١٤، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٢٧، وانظر اللباب ج٢: ١٦٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٨.

(٧) (بالإجراءات): في ج وفي أ، ب في الإجراءات.

لوجود معنى الإجارة، وهو تمليك المنافع بمال، والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها، ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة، لأنه إجارة. الهداية ج٣: ٢١٤، وانظر اللباب ج٢: ١٦٣، وانظر المبسوط ج٢٠: ١٤٤، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٩

المدعي بمعنى المعاوضة (١)

وإذا كان المصالح (عليه) (٢) مجهولاً لم يجز الصلح، وإن كان (المصالح) (٣) عنه مجهولاً جاز (٤).

والصلح جائز من دعوى (٥) الأموال والمنافع (٦)، وجناية (العمد) (٧)، والخطأ (٨)، ولا يجوز من دعوى حد (٩).

ولو صالح الشاهد بما على أن (لا) (١٠) يشهد عليه، أو أراد أن يدفع حد الزاني والسارق

(١) لأنه في زعمه أنه مالك لما في يده، وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة، لأنه في زعمه يأخذ عوضاً من حقه، فيعامل كل على معتقده، ويجوز أن يختلف العقد بالنسبة كما في الإقالة. الباب في شرح الكتاب ج٢: ١٦٤، وانظر الهداية ج٣: ٢١٤ - ٢١٥، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٩

(٢) (عليه): في أ، ج وفي ب عنه

(٣) (المصالح): في أ، ج وفي ب الصلح

(٤) ولا يجوز إلا على معلوم: يجوز الصلح عن مجهول، لأنه إسقاط، ولا يجوز على مجهول لأنه يفضي إلى المنازعة. والقاعدة أن كل ما يحتاج إلى قبضه في الصلح لا بد أن يكون معلوماً، لأن جهالته تفضي إلى المنازعة، وما لا يحتاج إلى قبضه يكون إسقاطاً فلا يحتاج إلى علمه، لأنه لا يفضي إلى المنازعة. ملتنقى الأبحر مع التعليق المبسر على ملتنقى الأبحر ج٢: ١٢٩

(٥) بعد كلمة دعوى توجد في نسخة ب حد وهي خطأ

(٦) لأنه في معنى البيع ولأن المنافع تملك بعقد الإجارة فكذا الصلح، والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالياً لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن. الهداية ج٣: ٢١٦، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٥٠

(٧) (العمد): في أ، ب وفي ج العبد.

(٨) أما العمد: فلأنه حق ثابت في المحل، فجاز أخذ العوض عنه

وأما الخطأ: فلأن موجب المال، فيصير بمنزلة البيع، إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية، لأنه مقدر شرعاً، فلا يجوز إبطاله، فترد الزيادة بخلاف الأول حيث تجوز الزيادة على قدر الدية، لأن القصاص ليس بما، وإنما يقوم بالعقد. الباب في شرح الكتاب ج٢: ١٦٥، وانظر الهداية ج٢: ٢١٦ - ٢١٧، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ١٢٩، وانظر المبسوط ج٢: ٢١٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٤٨، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٥٠

(٩) لأنه حق لله تعالى لا حقه، ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذ ادعت المرأة نسب ولدها، لأنه حق الولد لا حقها. الهداية ج٣: ٢١٧، واللباب ج٢: ١٦٥، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ١٢٩، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٤٨، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٥٠.

(١٠) (لا): في أ، ج وساقطة من ب

فصالحه على مال فالصلح باطل، ولا (تقبل) (١) شهادته في هذا ولا في غيره إلا أن يتوب ويرد المال في جميع ذلك (٢).

وإن صالح الكفيل المكفول له على دراهم على أن يبرئه من الكفالة بالنفس فهو باطل (٣) والكفالة لازمة (٤).

وإن ادعى عليه حقاً فأنكره فصالحه على أنه إن حلف فهو بريء فحلف فالصلح باطل، والمدعي على دعواه إذا أقام البينة وله استحلافه عند الحاكم، وكذا إن صالحه المدعى عليه على أن يحلف المدعي (٥).

(١) (تقبل): في أ، ج وفي ب يقبل

(٢) لأن من شروط المصالح عنه أن يكون حقاً للعبد لاحقاً لله تعالى سواء كان مالاً عيناً أو ديناً، أو حقاً ليس بمال عين ولا دين، ولأن المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه إما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض وإسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في حق غيره. بدائع الصنائع ج٦: ٤٨، وانظر الاختيار ج٣: ٧

(٣) لأن الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه، وذلك عبارة عن ولاية المطالبة، وأنها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة. بدائع الصنائع ج٦: ٤٩

(٤) وفي بدائع الصنائع: «وهل تبطل الكفالة؟ فيه روايتان: في رواية لا تبطل لأنه ما رضي بسقوط حقه إلا بمعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه.

وفي رواية: يسقط، لأن الإبراء لا تقف صحته على العوض فيصح وإن لم يسلم العوض، فإذا صح أنه إسقاط فالساقط لا يحتمل العود. بدائع الصنائع ج٦: ٤٩

(٥) لأن قوله على أنه إن حلف المدعي عليه فهو بريء تعليق البراءة بالشرط، وأنه باطل، لأن في الإبراء معنى التمليك، والأصل في التمليك أن لا يحتمل التعليق بالشرط، وإن لم تكن له بينة وأراد استحلافه فهو على وجهين: إن كان الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى، لأن تلك اليمين غير معتبرة لأنها غير واجبة، ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتداً بها، وإن كان عند القاضي لم يستحلفه ثانياً لأن الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعي حقه مرة فلا يجب الإيفاء ثانياً. بدائع الصنائع ج٦: ٥٠

ولو ادعى على آخر وديعة، أو عارية، أو مال مضاربة، أو إجارة فقال: قد رددتها إليك. أو هلكت ثم صالحه على مال، فالصلح باطل عند أبي يوسف (١).
وعند محمد: جائز (٢).

ومن غصب ثوباً لا يساوي مائة فاستهلكه ثم صالحه عنه على مائة جاز.

وقالا: لا يجوز إلا بقدر ما يتغابن فيه (٣)

وإذا اعتق أحد الشريكين العبد فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته لم يجز، ولو

(١) وجه قول أبي يوسف: إن المدعي مناقض في هذه الدعوى، لأن المودع أمين المالك وقول الأمين قول المؤمن، فكان إخباره بالرد والهلاك إقرار من المودع فكان مناقضاً في دعوى الاستهلاك، والتناقض يمنع صحة الدعوى، إلا أنه يستحلف، لكن لا لدفع الدعوى، لأنها مندومة لبطلانها بل للتهمة، وإذا لم تصح الدعوى لا يصح الصلح. بدائع الصنائع ج٦: ٥٠، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٥٦، وانظر المبسوط ج٢١: ٦١

(٢) وجه قول محمد: «إن هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة، ويمن متوجهة كما في سائر المواضع».

بدائع الصنائع ج٦: ٥٠، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٥٦ وانظر المبسوط ج٢١: ٦١

(٣) لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون رباً، بخلاف ما إذا صالح على عرض، لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه، ولأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة.

ولأبي حنيفة: أن حقه في الهالك باق حتى لو كان عبداً وترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى، لأن ضمان العدوان بالمثل، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان احتياطاً فلا يكون رباً، بخلاف الصلح بعد القضاء، لأن الحق قد انتقل إلى القيمة. انظر الهداية ج٣:

٢١٨، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٣٨

صالحه على عروض تزيد قيمتها على النصف جاز(١).
 وإذا قال: لا أقرّ لك (بمالك) (٢) حتى تؤخر عني، أو تحط عني بعضه ففعل جاز(٣).
 وإن ادعى عليه دراهم فصالحه على دنائير حالة جاز، وإن افترقا قبل القبض بطل ذلك
 سواء وقع الصلح على إقرار (أو) (٤) إنكار(٥).

(١) وهذا بالاتفاق أو عندهما فلما بينا وللفرق.

ولأبي حنيفة أن القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي، فلا تجوز الزيادة
 عليه بخلاف ما تقدم، لأنه غير منصوص عليها، وإن صالحه على عروض جاز، لأنه لا يظهر الفضل. الهداية

ج٣: ٢١٨، شرح فتح القدير ج٨: ٤٢١ - ٤٢٢

(٢) (بمالك): في جـ وفي أ، ب بمال

(٣) لأنه حط حقه في الحلول ورضي بدون حقه كما في الدراهم والدنانير. بدائع الصنائع ج٦: ٤٥،

وانظر الهداية ج٣: ٢٢١

(٤) (أو): في ب، جـ وفي أ: و

(٥) وهذا جائز بشرط القبض في المجلس لأنه صرف. بدائع الصنائع ج٦: ٤٣، وانظر تحفة الفقهاء

ج٣: ٢٥٣.

وإذا قتل المأذون له رجلاً عمداً فصالحه (عن) (١) نفسه (على مال) (٢) لم يجز، وإن قتل عبده رجلاً فصالح عنه جاز (٣).

وإن وجد المشتري بالمبيع عيباً فصالحه على أن يحطه (٤) من الثمن أو (يزيده) (٥) شيئاً آخر، فإن كان (المبيع) (٦) بحال، (يجوز) (٧) رده على البائع أو مطالبته بإرش العيب ولم يكن مما لا يجوز التفاضل بينه وبين ثمنه جواز الصلح (٨).

(١) (عن): في ب، ج وفي أ على

(٢) (على مال): في ب، ج وساقطة من أ

(٣) ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته، ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعاً فكذا استخلاصاً بمال المولى

وصار كالأجنبي، أما عبده فمن تجارته، وتصرفه فيه نافذ فيه بيعاً فكذا استخلاصاً، وهذا لأن المستحق كالزائل

عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه. الهداية ج ٣: ٢١٧ - ٢١٨

(٤) (يحطه): في ج وفي أ، ب يحط

(٥) (يزيده): في ب، ج وفي أ يزيد

(٦) (المبيع): في أ، ج وفي ب البيع

(٧) (يجوز): في أ، ج وفي ب جاز

(٨) لأن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو صفة سلامة المبيع عن عيب، وإنها من قبيل

الأموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح، وكذا الصلح عن الإرش معاوضة مال بمال لا شك فيه.

بدائع الصنائع ج ٦: ٥١، وانظر تحفة الفقهاء ج ٣: ٢٦١

وإن كان بخلاف ذلك مثل: أن يكون عبداً قد باعه المشتري أو وهبه أو قتله أو كان من أموال الربا لم (يجز) (١) الصلح (٢).
 وإن كان بحال يجوز فصالح ثم زال العيب كبياض العين وظهور حبل الجارية رجع بما حظه من الثمن (أو دفع إليه من الزيادة) (٣).
 وإذا ادعى رجل على امرأة (نكاحها) (٤) وهي تمجد فصالحته على مال (بدلته) (٥) حتى

(١) (يجز): في ب، ج، وفي أ يحل

(٢) لأن حق الدعوى والخصومة فيهما قبل البيع فقد بطل البيع فلا يجوز الصلح. بدائع الصنائع ج٦:

٥١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٦١

(٣) (أو دفع إليه من الزيادة): في ب، ج، وفي أ أو دفع إليه من الثمن.

ويرد ما أخذ، لأن المعوض وهي صفة السلامة قد عادت فيعود المعوض فبطل الصلح. بدائع الصنائع

ج٦: ٥١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٦١

(٤) (نكاحها): في ب، ج، وفي أ نكاحاً

(٥) (بدلته): في أ، ج، وفي ب بدلته.

يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع (١)، وإذا ادعت امرأة (نكاحاً) (٢) (من رجل) (٣) (فصالحها على مال بذله لها لم يجز) (٤)، وإن ادعى على امرأة (نكاحاً) (٥) فانكرت فصالحها على مائة درهم على أن تقر بالنكاح جاز (٦).
وكذا إن ادعى عبداً في يد رجل فانكر فصالحه (على) (٧) مال (على) (٨) أن يقر له بالعبد جاز (٩) وإن ادعى عليه ألفاً فقال أقر لي بها على أن أعطيك مائة درهم فهو باطل (١٠).

(١) لأن النكاح حق ثابت في حق المدعي فكان الصلح على حق ثابت فكان في معنى الخلع، إذ هو أخذ المال بالبيع وقد وجد فكان جائزاً وفي حقها بدل مال لاسقاط الخصومة وإنه جائز أيضاً للنص. بدائع الصنائع ج٦: ٥٠، وانظر الهداية ج٣: ٢١٧، وانظر اللباب ج٢: ١٦٥.

(٢) (نكاحاً): في أ، ب وفي ج نكاحها

(٣) (من رجل): في ج وساقطة من أ، ب

(٤) لأنه لا يخلو إما أن يكون النكاح ثابتاً أو لم يكن ثابتاً، فإن لم يكن ثابتاً كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة، وإن كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح، لأن العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء فلا يجوز. بدائع الصنائع ج٦: ٥٠ وانظر الهداية وفيها وجهان ج٣: ٢١٧

(٥) (فصالحها... على امرأة نكاحاً): في ب، ج وساقطة من أ

(٦) وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها، لأن اقرارها بالنكاح محمول على الصحة. بدائع الصنائع ج٦: ٥١، وانظر الهداية ج٣: ٢١٧، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٥٥، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٥٠

(٧) (على): في أ، ج وساقطة من ب

(٨) (على): في ب، ج وساقطة من أ

(٩) لأن هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعي، لأن الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه إعتاقاً

على مال فيصح. بدائع الصنائع ج٦: ٥٠

(١٠) لأن هذا إيجاب الألف على نفسه بمائة درهم. تحفة الفقهاء ج٣: ٢٥٦

وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعي بمعنى العتق على مال (١).

وكل شيء وقع عليه الصلح (وهو) (٢) مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن كان له على رجل ألف درهم جياذ فصالحه على خمسمائة زيوف جاز، (وصار كأنه) (٣) أبراه من بعض حقه وأخذ باقيه (٤).

(١) - لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه، ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل، وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة، لأنه يزعم أنه حرّ الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء. الهداية ج٣: ٢١٧، وانظر اللباب ج٢: ١٦٥.

(٢) - (وهو): في ب، ج وفي أ فهو

(٣) - (وصار كأنه): في ب، ج وفي أ وكأنه صار

(٤) - وهذا لأن تصرف العاقل يجري تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطاً للبعث في المسألة الأولى، وللبعث والصفة في الثانية. الهداية ج٣: ٢٢٠، وانظر تبين الحقائق ج٤: ٤١-٤٢، وانظر اللباب ج٢: ١٦٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٤٣.

ولو صالحه على ألف مؤجلة (جاز، فصار كأنه أجل نفس الحق)(١)، ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز(٢)، ولو كان الألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز(٣)، ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز(٤).

ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه إلا أن يضمته

(١) (جاز فصار كأنه أجل نفس الحق): في ب، ج، وساقطة من أ

لأنه لا يمكن جعله معاوضة، لأن بيع الدراهم بثلاثها نسبة لا يجوز فحملناه على التأخير. الهداية جـ: ٣:

٢٢٠، وانظر الباب جـ: ٢: ١٦٦، وانظر بدائع الصنائع جـ: ٤٤.

(٢) - لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المدائنة فلا يمكن حمله على التأخير، ولا وجه له سوى المعاوضة، وبيع

الدراهم بالدنانير نسبة لا تجوز فلم يصح الصلح. الهداية جـ: ٣: ٢٢٠، وانظر الباب جـ: ٢: ١٦٦.

(٣) - لأن المعجل خير من المؤجل، وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه، وذلك احتياض عن

الأجل وهو حرام. الهداية جـ: ٣: ٢٢٠، وانظر الباب جـ: ٢: ١٦٦، وانظر خزنة الفقه جـ: ١: ٢٥١

(٤) - لأن البيض غير مستحقة بعقد المدائنة وهي زائدة وصفاً فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة

وصف وهو ربا. الهداية جـ: ٣: ٢٢٠، وانظر الباب جـ: ٢: ١٦٦، وانظر بدائع الصنائع جـ: ٤٣، وانظر

خزنة الفقه جـ: ١: ٢٥١

والمال لازم للموكل (١).

فإن صالح عنه على شيء بغير أمره فهو على أربعة أوجه :

- إن صالح على مال وضمنه تمّ الصلح (٢)، وكذا إن قال: صالحتك على ألفي هذه، تمّ الصلح ولزمه تسليمها (٣)، وكذا لو قال: صالحتك على ألف وسلمها (٤)، وإن قال:

(١) وتأويل هذه المسألة: إذا كان الصلح عن دم العمد، أو كان الصلح على بعض ما يديه من الدين، لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه كالكوكيل بالتكاح إلا أن يضمنه، لأنه حيثل مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح، أما إذا كان الصلح عن مال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل. الهداية ج٣: ٢١٨، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٣٩ - ٤٠، وانظر الباب ج٢: ١٦٧

(٢) لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفي حقها الأجنبي والمدعى عليه سواء فصلح أصيلاً فيه إذا ضمنه كالقضولي بالخلع، إذا ضمن البذل ويكون متبرعاً على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين، بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي وإنما ذلك للذي في يده، لأن تصحيحه بطريق الإسقاط، ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مقرأً أو منكرأً. الهداية ج٣: ٢١٩، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٤٠، وانظر الباب ج٢: ١٦٧، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٥١.

(٣) لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح. الهداية ج٣: ٢١٩، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٤٠، وانظر الباب ج٢: ١٦٧، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٥١.

(٤) لأن التسليم إليه يوجب سلامة الموض له فيتم العقد لحصول مقصوده. الهداية ج٣: ٢١٩، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٤٠، وانظر الباب ج٢: ١٦٧، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٥١.

صالحتك على الف ولم يسلمها فالصلح موقوف فإذا أجازته (المدعى) (١) عليه جاز ولزمه الألف، وإن لم يجزه (٢) بطل (٣).
 - وإن كان الدين بين (شريكين) (٤) فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب أخذه فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه، وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين (٥).
 وإن استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض ثم يرجعان على الغريم بالباقي (٦).

(١) (المدعى): في جـ وفي أ، ب المدعا

(٢) (يجزه): في أ، جـ وفي ب يجز

(٣) لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه، لأن دفع الخصومة حاصل له إلا أن الفضولي يصير أصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه، فإذا لم يضمنه بقي عاقداً من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته. الهداية جـ ٣: ٢١٩، وانظر تبين الحقائق جـ ٥: ٤٠ - ٤١، وانظر اللباب جـ ٢: ١٦٧، وانظر خزانة الفقه جـ ١:

٢٥١

(٤) (شريكين): في جـ وفي أ، ب الشريكين

(٥) - وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض، لأنه ازداد بالقبض، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض. وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمره فله حق المشاركة، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه، فيملكه حتى ينقل تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته، والدين المشترك يكون واجباً بسبب متحد كتمن المبيع إذا كان صفقة واحدة، وتمن المال المشترك والموروث بينهما، وقيمة المستهلك المشترك، ولذا فله أن يتبع الذي عليه الأصل، لأن نصيبه باق في ذمته، لأن القابض قبض نصيبه، لكن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه رفع الدين، لأن حقه في ذلك. الهداية جـ ٣: ٢٢٢، وانظر اللباب جـ ٢: ١٦٨، وانظر تبين الحقائق جـ ٥: ٤٥ - ٤٦

(٦) - لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة. الهداية جـ ٣: ٢٢٢، وانظر تبين

الحقائق جـ ٥: ٤٦، وانظر اللباب جـ ٢: ١٦٨

(وإن اشترى أحدهما بنصيبه سلعة كان لشريكه أن يشركه فيما قبض ثم يرجعان على الغريم بالباقي)(١)

وإن (اشترى أحدهما)(٢) بنصيبه سلعة كان لشريكه أن يضمه ربع الدين(٣).
وإن كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة.
(وقالا: يجوز)(٤).

(١) (وإن اشترى أحدهما... ثم يرجعان على الغريم بالباقي): في ب، جـ وساقطة من أ

(٢) (اشترى أحدهما): في ب، جـ وفي أ اشترى أحدهما

(٣) لأنه صار قابضاً حقه، بالمقاصة كاملاً، لأن مبنى البيع على الماكسة، بخلاف الصلح، لأن مبناه على الإغماض والخطيئة، فلو الزمناه دفع الدين يتضرر به، فيخير القابض. اللباب في شرح الكتاب جـ ٢: ١٦٨، وانظر الهداية جـ ٣: ٢٢٢، وانظر تبين الحقائق جـ ٥: ٤٦ - ٤٧.

(٤) (وقالا: يجوز): في أ، ب وفي جـ وقالوا لا يجوز

اعتباراً بسائر الديون، وبما إذا اشترى عبداً فأقال أحدهما في نصيبه.

ولهما: أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين، وهذا، لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قام بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه، ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه. قالوا: هذا إذا خلط رأس المال فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق. الهداية جـ ٣: ٢٢٣، وانظر اللباب جـ ٢: ١٦٩

وإن كانت التركة بين ورثة، فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه، والتركه عقار أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه أو كثيراً (١)
فإن كانت التركة ذهباً فأعطوه فضه، أو على العكس فكذا (٢).

وإن كانت ذهباً وفضة وغيرهما فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بدّ أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية الميراث (٣).

(١) لأنه أمكن تصحيحه بيعاً، وفيه أثر عثمان رضي الله عنه، فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن صوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار. الهداية ج٣: ٢٢٣، وانظر الباب ج٢: ١٦٩، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٤٩ - ٥٠، وانظر المبسوط ج٢٠: ١٣٦.

(٢) لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس، فلا يعتبر التساوي، ويعتبر التقابض في المجلس، لأنه صرف، غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفي بذلك القبض، لأنه قبض ضمان فيتوب عن قبض الصلح، وإن كان مقرراً لا بدّ من تجديد القبض، لأنه قبض أمانة فلا يتوب عن قبض الصلح. الهداية ج٣: ٢٢٣، وانظر الباب ج٢: ١٦٩، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٥٠.

(٣) احترازاً عن الربا، ولا بدّ من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة، لأنه صرف في هذا القدر، ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا.

ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع، لكن بشرط التقابض للصرف. الهداية ج٣: ٢٢٣ - ٢٢٤، وانظر الباب ج٢: ١٧٠، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٥١.

فإن كان في الشركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل (١) فإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز (٢).

وإذا صالح عن دار بإقرار على عبد فاستحق العبد (أخذ المدعى المصالح عنه) (٣) وإن كان الصلح عن إنكار رجح على دعواه (٤).

وإن صالح على (خدمة) (٥) سنة جاز، فإن مات العبد في بعض السنة رجح في الدعوى، بمقدار ما بقي من الخدمة، وكذا إن مات المدعى عليه ولا يستحق الخدمة إلا إذا كانوا جميعاً أحياء (٦).

وإن صالح (عن) (٧) دار بإنكار على جارية فقبضها المدعي ووطئها فولدت منه ثم استحققت

(١) لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح. الهداية ج٣: ٢٢٤، وانظر اللباب ج٢:

١٧٠، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٥١

(٢) لأنه إسقاط، وهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز، وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة، والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوه عما وراء الدين، ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء، ولو لم يكن في الشركة دين وأعيانها غير معلومة، والصلح على المكيل والموزون، قيل لا يجوز لاحتمال الربا، وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة. الهداية ج٣: ٢٢٤، وانظر

اللباب ج٢: ١٧٠، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٥١ - ٥٢

(٣) (أخذ المدعى المصالح عنه): في ب، ج، وفي أ أخذ الذي صالح عليه المدعي.

لأنه معاوضة مطلقة كالبيع، وحكم الاستحقاق في البيع هذا. الهداية ج٣: ٢١٥

(٤) لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة

له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده. الهداية ج٣: ٢١٥

(٥) (خدمة): في ب، ج، وفي أ خدمته

(٦) ويكون في معنى الإجارة سواء كان الصلح عن إقرار المدعى عليه أو عن إنكاره أو عن سكوته، لأن

الإجارة تمليك المنفعة بم عوض وقد وجد. أما في موضع الإقرار فظاهر، لأن بدل الصلح عوض عن المدعى، وكذا في موضع الإنكار في جانب المدعي وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة واليمين وكذا في

السكوت. بدائع الصنائع ج٦: ٤٧

(٧) (عن): في ب، ج، وفي أ على

الجارية أخذ صاحبها منه العقر (١) وقيمة الولد (ثم) (٢) يرجع هو في دعوى الدار، فإن قامت له بينة قضي له بها (٣).
 وقيمة الولد على (المدعى) (٤) عليه، (وإن لم تقم بينة فلا شيء على المدعى عليه) (٥) من الرجوع عليه في الدعوى (٦).
 وإن استحق بعض الجارية يرجع في الدعوى (عليه) (٧) بحصته، وإن كان الصلح عن

(١) العقر: مهر المرأة إذا وطئت بشبهة. المعجم الوسيط ج٢: ٦٢١

(٢) (ثم): في أ، ج وفي ب لم

(٣) يقول الإمام الكاساني: وكذا لو كان المدعي جارية فاستولدها لم يكن مغروراً ولا يرجع بقيمة الولد، لأن ما أخذه المدعي ليس بدل المدعى في حقه إلا أنه إذا استحققت الدار المدعاة يرجع على المدعي بما أدى إليه، لأن المؤدى بدل الخصومة في حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى. بدائع الصنائع ج٦: ٥٣

(٤) (المدعى): في ج وفي أ، ب المدعا

(٥) (وإن لم تقم بينة فلا شيء على المدعى عليه): في ب، ج وساقطة من أ

(٦) فإنه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمة الولد إن كان الصلح عن إقرار، لأنه صار

مغروراً من جهته. بدائع الصنائع ج٦: ٥٥

(٧) (عليه): في أ وساقطة من ب، ج

فإن كان في الشركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل (١) فإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز (٢).

وإذا صالح عن دار بإقرار على عبد فاستحق العبد (أخذ المدعى المصالح عنه) (٣) وإن كان الصلح عن إنكار رجح على دعواه (٤).

وإن صالح على (خدمة) (٥) سنة جاز، فإن مات العبد في بعض السنة رجح في الدعوى، بمقدار ما بقي من الخدمة، وكذا إن مات المدعى عليه ولا يستحق الخدمة إلا إذا كانوا جميعاً أحياء (٦).

وإن صالح (عن) (٧) دار بإنكار على جارية فقبضها المدعي ووطئها فولدت منه ثم استحققت

(١) لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح. الهداية ج٣: ٢٢٤، وانظر الباب ج٢:

١٧٠، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٥١

(٢) لأنه إسقاط، وهو تمليك الدين عن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز، وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة، والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه وبصالحوه عما وراء الدين، ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء، ولو لم يكن في الشركة دين وأعيانها غير معلومة، والصلح على المكيل والموزون، قيل لا يجوز لاحتمال الربا، وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة. الهداية ج٣: ٢٢٤، وانظر الباب ج٢: ١٧٠، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٥١ - ٥٢

(٣) (أخذ المدعى المصالح عنه): في ب، ج، وفي أ أخذ الذي صالح عليه المدعي.

لأنه معاوضة مطلقة كالبيع، وحكم الاستحقاق في البيع هذا. الهداية ج٣: ٢١٥

(٤) لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة

له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده. الهداية ج٣: ٢١٥

(٥) (خدمة): في ب، ج، وفي أ خدمته

(٦) ويكون في معنى الإجارة سواء كان الصلح عن إقرار المدعى عليه أو عن إنكاره أو عن سكوته، لأن

الإجارة تمليك المنفعة بموض وقد وجد. أما في موضع الإقرار فظاهر، لأن بدل الصلح عوض عن المدعي، وكذا في موضع الإنكار في جانب المدعي وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة واليمين وكذا في

السكوت. بدائع الصنائع ج٦: ٤٧

(٧) (عن): في ب، ج، وفي أ على

الجارية أخذ صاحبها منه العقر (١) وقيمة الولد (ثم) (٢) يرجع هو في دعوى الدار، فإن قامت له بينة قضي له بها (٣).
 وقيمة الولد على (المدعى) (٤) عليه، (وإن لم تقم بينة فلا شيء على المدعى عليه) (٥) من الرجوع عليه في الدعوى (٦).
 وإن استحق بعض الجارية يرجع في الدعوى (عليه) (٧) بحصته، وإن كان الصلح عن

(١) العقر: مهر المرأة إذا وطئت بشبهة. المعجم الوسيط ج٢: ٦٢١

(٢) (ثم): في أ، جـ وفي ب لم

(٣) يقول الإمام الكاساني: وكذا لو كان المدعي جارية فاستولدها لم يكن مفروراً ولا يرجع بقيمة الولد، لأن ما أخذه المدعي ليس بدل المدعى في حقه إلا أنه إذا استحققت الدار المدعاة يرجع على المدعي بما أدى إليه، لأن المؤدى بدل الخصومة في حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى. بدائع الصنائع ج٦: ٥٣

(٤) (المدعى): في جـ وفي أ، ب المدعا

(٥) (وإن لم تقم بينة فلا شيء على المدعى عليه): في ب، جـ وساقطة من أ

(٦) فإنه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمة الولد إن كان الصلح عن إقرار، لأنه صار

مفروراً من جهته. بدائع الصنائع ج٦: ٥٥

(٧) (عليه): في أ وساقطة من ب، جـ

إقرار يرجع في المصالح عنه بحصته، وإن صالح عن دار باقرار على شيء واستحق بعض المصالح (عنه) (١) رجوع المدعى عليه (بحصة) (٢) ذلك من العوض.

وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجوع (المدعي) (٣) بالخصومة ورد العوض، وإن استحق بعض ذلك ردّ حصته ورجع بالخصومة فيه (٤).

(١) (عنه): في أ، ج وساقطة من ب

(٢) (بحصة): في ب وفي أ، ج بحصته

(٣) (المدعي): في أ، ج وساقطة من ب

(٤) لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق تين أن لا خصومة

له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده، وإن استحق بعض ذلك ردّ حصته ورجع

بالخصومة فيه، لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض، ولو استحق المصالح عليه عن إقرار رجوع بكل

المصالح عنه، لأنه مبادلة، وإن استحق بعضه رجوع بحصته، وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجوع إلى

الدعوى في كله، أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه، لأن المبدل فيه هو الدعوى، وهذا بخلاف ما إذا باع منه

على الإنكار شيئاً حيث يرجع بالمدعي، لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح، لأنه قد

يقع لدفع الخصومة. الهداية ج-٣: ٢١٥، وانظر شرح فتح القدير ج-٨: ٤١٠ - ٤١١، وانظر اللباب ج-٢: ١٦٦

وإن ادعى حقاً في دار لم يبينه(١) فصالح (من)(٢) ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض، لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقي(٣).

وإن صالح عن دار بإنكار لا تجب الشفعة إلا أن يقيم الشفيع البينة على ملك المدعي للدار(٤).

وإن ادعى شيئاً فصالح عنه على عوض ثم وجد به عيباً (برده)(٥)، ويتنقض الصلح بذلك

(١) يبينه: في أ، ب وفي ج يبينه

(٢) (من): في ب، ج وفي أ عن

(٣) بخلاف ما إذا استحق كله، لأنه يعرّي العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله، ولو ادعى داراً فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح، لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي، والوجه فيه أحد أمرين: إما أن يزيد درهماً في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي. الهداية ج٣: ٢١٦، وانظر الباب ج٢: ١٦٤.

(٤) لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعي، وزعم المدعي لإلزمه، بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة، لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره، وإن كان المدعي عليه يكلمه. الهداية ج٣: ٢١٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٥٣، وانظر الباب ج٢: ١٦٤

(٥) (برده): في أ، ج وفي ب رده

(إن)(١) كان وقع على إقرار، وإن كان على إنكار والعيب فاحش (فكذا)(٢)، (وإن)(٣) كان يسيراً كان الصلح ماضياً(٤).
 وإن جنى (على)(٥) العوض فأخذ إرشه(٦) ثم وجد به عيباً قديماً يرجع بخصه ذلك العيب على دعواه(٧).
 وإن كان (له)(٨) على آخر الف فقال له: أد إلي غداً خمسمائة على أنك بريء (من

(١) (إن): في ب، ج وفي أ وإن .

(٢) (فكذا): في أ، ج وفي ب وكذا .

(٣) (وإن): في أ، ج وفي ب إن .

(٤) فالرد بالعيب يثبت من الجانبين جميعاً إن كان الصلح عن إقرار، لأنه بمنزلة البيع، وإن كان عن إنكار يثبت في جانب المدعي ولا يثبت في جانب المدعى عليه، لأن هذا في منزلة البيع في حقه لا في حق المدعى عليه، والعيب على المدعى عليه في دعواه، فإن أقام البينة أخذ حصه العيب، وإن لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شيء. بدائع الصنائع ج٦: ٥٣، وانظر الهداية ج٣: ٢١٤ .

(٥) (على): في أ، ج وساقطة من ب

(٦) الإرش: يقال إرش الجراحة ديتها، وأصله الفساد، ثم استعمل في نقصان الأعيان، لأنه فساد فيها.

المصباح المنير: ٥ .

(٧) لأن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو صفة سلامة المبيع عن عيب، وإنها من قبيل

الأموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح. بدائع الصنائع ج٦: ٥١ .

(٨) (له): في ج وساقطة من أ، ب .

الفضل)(١) ففعل فهو بريء، وإن لم يؤد غداً عاد الألف عليه بحاله.
وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يعود(٢).
وإن قال أبرأتك من خمسمائة (من الألف على أن تعطيني خمسمائة غداً فلم يؤد لا يعود
الألف في قولهم(٣)، وكذا لو قال: صالحتك (عن)(٤) الألف على خمسمائة(٥) تدفعها

(١)- (من الفضل): في أ، ج وساقطة من ب

(٢)- لأنه إبراء مطلق، الا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة علي وهي للمعاوضة،
والأداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه، فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقاً، فلا يعود كما إذا
بدأ بالإبراء.

ولهما: أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته، لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد، وأنه يصلح غرضاً
حذار إفلاسه وتوسلاً إلى تجارة أربح منه، وكلمة علي إن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى
المقابلة فيه، فيحمل عليه عند تعلم الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه، أو لأنه متعارف والإبراء مما يتقيد
بالشرط وإن كان لا يتعلق به كما في الحوالة.

الهداية: ج٣: ٢٢٠ - ٢٢١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٥٩، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٤٤

(٣)- لأنه أطلق الإبراء أولاً وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً، ولكنه يصلح شرطاً فوق الشك في

تقييده بالشرط فلا يتقيد به. الهداية ج٣: ٢٢١

(٤)- (عن): في ب وفي أ، ج على

(٥)- (من الألف على أن تعطيني خمسمائة... صالحتك عن الألف على خمسمائة): في ب، ج وساقطة من أ

إلي غداً وأنت بريء من الفضل، على أنك إن لم تدفعها غداً فالألف عليك على حالها لا تبرأ إن لم تُدفع في الغد (في) (١) قولهم (٢).
 وإن قال: إن لم تعطني اليوم خمسمائة (فعليك الألف فلم يعطه كان عليه الألف بحاله، وكذا إن صالحه على أن يحطّ عنه خمسمائة) (٢) الساعة على أن يعطيه خمسمائة إلى شهر فإن فعل فهو بريء من الخمسمائة، وإن لم يفعل كان عليه الألف.
 وقال أبو يوسف: لا (تعود عليه) (٣) (الألف) (٤) إلا أن يشترط ذلك (٥).
 وإن قال صالحتك على أنك متى أدبت إلي خمسمائة فأنت بريء من الباقي، فأبى الطالب أن (يفي) (٦) له بذلك كان له ذلك ولم يبرأ من الباقي، وسواء ذكر لفظ الصلح أو لم يذكر (٧).
 (والله أعلم) (٨).

(١) - (في): في ب، ج وفي أ من

(٢) - وفي هذه المسألة يكون الأمر على ما قال، لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به. الهداية ج-٣: ٢٢١

(٢) - (فعليك الألف فلم يعطه... على أن يحط عنه خمسمائة): في ج وساقطة من أ، ب

(٣) - (تعود عليه): في ج وفي أ، ب يعود إليه

(٤) - (الألف): في ج وساقطة من أ، ب

(٥) - انظر وجه قول أبي يوسف وقولهما في الصفحة السابقة رقم (٢)

وانظر مزيداً من التفصيل في بدائع الصنائع ج٦: ٤٤ - ٤٥

(٦) - (يفي): في ج وفي أ، ب يفئ

(٧) - فالجواب فيه: أنه لا يصح الإبراء، لأنه علّقه بالشرط صريحاً، وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها

من معنى التملك حتى يرتد بالرد. الهداية ج-٣: ٢٢١، وانظر تحفة الفقهاء ج-٣: ٢٦١، وانظر بدائع الصنائع

ج٦: ٤٥

(٨) - (والله أعلم): في ب، ج وساقطة من أ

كتاب الهبة (١)

وهي تصح بالايجاب والقبول والقبض (٢)، فإذا قبض الموهوب له الموهوب في المجلس بأمر الواهب أو بغير أمره جاز (٣)، وإن (قبضه) (٤) بعد الافتراق لم يصح إلا أن يأذن (له) (٥) الواهب في القبض (٦)

وتنعقد الهبة بقوله: وهبت (ونحلت) (٧) وأعطيت (٨)، وأطعمتك هذا الطعام، وجعلت هذا الثوب لك، وأعمرتك (٩) هذا الشيء، وحملتك على هذه وأعمرتك الدابة إن نوى بالحمل

(١) الهبة في اللغة: يقال وهبت لزيد ما لأهبه له هبة أعطيته بلا عوض. المصباح المنير: ٢٥٨ وفي الاصطلاح: هي تمليك العين بلا عوض. تبيين الحقائق ج٥: ٩١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٠ والدليل على مشروعيتها: (أ) قوله تعالى: «فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً النساء/ ٤» (ب) قوله صلى الله عليه وسلم: «تهادوا تحابوا» سنن البيهقي ج٦: ١٦٩، وانظر ابن عدي في الكامل ج٤: ١٤٢٤

وقوله صلى الله عليه وسلم: «لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت، ولو أهدني إلى ذراع أو كراع لقبلت.» صحيح البخاري بشرح فتح سباري ج٥: ١٩٩

وانتعقد الاجتماع على جواز عقد الهبة، تحفة الفقهاء ج٣: ١٥٩، وانظر المبسوط ج١٢: ٤٧ - ٤٨ (٢) أما الايجاب والقبول، فلأنه عقد، والعقد ينعقد بالايجاب والقبول، والقبض لا بد منه لثبوت الملك. الهداية ج٣: ٢٥١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٠، وانظر تبيين الحقائق ج٥: ٩١، وانظر الباب في شرح الكتاب ج٢: ١٧١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٦٠، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٦٧. (٣) جاز ذلك استحساناً، لأن الايجاب إذن له بالقبض دلالة. الباب ج٢: ١٧١، وانظر الهداية ج٣: ٢٥١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٠، وانظر تبيين الحقائق ج٥: ٩٢

(٤) (قبضه): في ب وفي أ، ج قبض

(٥) (له): في أ، ج وساقطة من ب

(٦) لأن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك، والمقصود منه إثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطاً له على القبض، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق، لأننا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول، والقبول ينعقد بالمجلس، فكذا ما يلحق به، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس، لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح.

الهداية ج٣: ٢٥١، وانظر الباب ج٢: ١٧١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٦١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٠، وانظر المبسوط ج١٢: ٤٨

(٧) (ونحلت): في ج وفي أ، ب منحت

(٨) لأن الأول صريح فيه والثاني مستعمل فيه، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه النعمان بن بشير أن أباه نحله غلاماً فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يشهده فقال: أكل ولتلك نحلت؟ قال: لا. قال: فاردده. سنن النسائي ج٦: ٢٥٨، وانظر تخريجه في نصب الرابة ج٤: ١٢٢، وكذلك الثالث، يقال أعطاك الله وهبك الله بمعنى واحد. الهداية ج٣: ٢٥١ - ٢٥٢، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١١٦، والمبسوط ج١٢: ٥٨، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٦٥

(٩) (العمرى): أصمره داراً، أو أرضاً أو إبلأ: أعطاه إياها، وقال هي لك عمرى أو عمرك فإذا مت رجعت إلي، والإسم العمرى. انظر مختار الصحاح: ٤٥٤، والمعجم الوسيط ج٢: ٦٣٢ - ٦٣٣

ولا تجوز الهبة فيما ينقسم إلا مقسومة محوزة، وهبة المشاع فيما لا ينقسم جائزة (٢) ومن وهب شقياً (٣) مشاعاً مما ينقسم فالهبة فاسدة، فإن قسمه وسلمه جاز (٤).

(١) أما الأول: فلأن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم حينه يراد به تملك العين، بخلاف ما إذا قال: اطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عينها لا تطعم فيكون المراد أكل غلتها.
وأما الثاني: فلأن حرف اللام للتمليك.

وأما الثالث: فلقوله صلى الله عليه وسلم: «من أصر رجلاً عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها. فهي لمن أصر ولعقبه» سنن ابن ماجه ج٢: ٧٩٦ وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١٢٣ وكذا إذا قال: جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا

وأما الرابع: فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية، لكنه يحتمل الهبة. يقال: حمل الأمير فلاناً على فرس، ويراد به التملك فيحمل عليه عند نيته. الهداية ج٣: ٢٥٢، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٦٠، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٠، وانظر اللباب ج٢: ١٧١-١٧٢، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١١٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٦٥

(٢) لأن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله، والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه، وذلك غير موهوب، ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه، وهو مؤونة القسمة، ولهذا امتنع جوازه قبل القبض، لئلا يلزمه التسليم بخلاف مالا يقسم، لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفي به، ولأنه لا تلزمه مؤونة القسمة والمهابة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة، والهبة لاقت العين. الهداية ج٣: ٢٥٢، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٦١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥١

(٣) الشقص: القطعة من الأرض، والطائفة من الشيء. مختار الصحاح: ٣٤٣

(٤) لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع. الهداية ج٣: ٢٥٣، وانظر اللباب ج٢: ١٧٢، وانظر المبسوط

ج١٢: ٦٤، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٦٥

ولو وهب دقيقاً في حنطة، أو دهنأ في سمس فالهبة فاسدة فإن طحن وسلم (لم يجز) (١)

ومن وهب داراً مشغولة بمتاعه أو أرضاً فيها زرع لم يصح، وكذا إن وهب (التمر) (٢) أو الزرع دون الأرض والشجر، (فإن سلم الأرض) (٣) والشجر إليه لم يجز، وكذا إن وهب نصف دار وسلم الجميع إليه، فإن فرغ الأرض والشجر وسلمها إليه جاز (٤).

(١) (لم يجز): في أ، ج وفي ب جاز .

لأن الموهوب معدوم، ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه، والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلاً فلا ينعقد إلا بالتحديد بخلاف ما تقدم، لأن المشاع محلٌ للتملك وهبة اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم، والزرع والنخل في الأرض، والتمر في النخيل بمنزلة المشاع، لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع. الهداية ج٣: ٢٥٣، وانظر اللباب ج٢: ١٧٢ - ١٧٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥١، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٦٥

(٢) (التمر): في أ، ب وفي ج الثمن

(٣) (فإن سلم الأرض): في ب، ج وساقطة من أ

(٤) لأن الموهوب غير متميز عما ليس بموهوب، فيكون بمنزلة هبة المشاع، أما لو قسم المشاع، وسلم ما وهب: جاز. محفة الفقهاء ج٣: ١٦٢، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٢٥، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل

ج١ ٢٦٥

وإن (وهب) (١) له ما في بطن جاريتها، وما في بطون غنمه، أو ما في ضروعها من اللبن، أو ما على ظهورها من الصوف لم يجز (٢).
 وإن أمره بجزّ الصوف وحلب اللبن وقبضه جاز استحساناً (٣)، وإن قطع وحلب بغير أمره لم يجز وكان ضامناً (٤).
 وإن وهب اثنان لواحد داراً جاز (٥)، وإن وهب واحد لاثنين لم يجز عند أبي حنيفة.

(١) (وهب): في ب، ج، وساقطة من أ

(٢) لاحتمال الوجود والعدم، لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل، وقد يكون لداء في البطن وغيره، وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم، ولا سبيل لتصحيحه بالإضافة إلى ما بعد زمان الحدوث، لأن التملك بالهبة مما لا يحتمل الإضافة إلى الوقت فبطل. بدائع الصنائع ج٦: ١١٩، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٦٣ - ١٦٤، وانظر المبسوط ج١٢: ٧١، وانظر خزائن الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٦٥

(٣) والقياس أنه لا يجوز وهو قول زفر بناءً على أن العقد إذا وقع فاسداً من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزاً.

وعندنا يحتمل الجواز باسقاط المفسد مقصوراً على الحال، أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقتين اللذين ذكرناهما في كتاب البيع. بدائع الصنائع ج٦: ١٢٤

(٤) وسواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته، ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للإذن الثابت دلالة الإيجاب ولم يوجد ما هنا، لأن الإيجاب لم يقع صحيحاً حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الإذن بالقبض. بدائع الصنائع ج٦: ١٢٤

(٥) لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع. الهداية ج٣: ٢٥٤، وانظر المبسوط ج١٢:

وقالا: يجوز(١)

وإن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء(٢).
وإن تصدق (بعشرة)(٣) دراهم على (مسكينين)(٤) ووهبها لهما جاز(٥). وإن تصدقها
على غنيين أو وهبها (لهما)(٥) لم يجز عند أبي حنيفة.
وقالا: جاز. وروي عنه مثل قولهما(٦).
وإن تصدق على فقيرين بشيء كيف ما كان جاز عندهم(٧).

(١) لهما: لأن هبة الجملة منهما: إذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوع كما إذا رهن من رجلين داراً.
وله: أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما، ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح،
ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك، لأنه حكمه، وعلى هذا الاعتبار يتحقق
الشيوع بخلاف الرهن، لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كلاً إذ لا تضاف فيه فلا شيوع، ولهذا لو
قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن. الهداية ج٣: ٢٥٤، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٦٢ - ١٦٣،
وانظر ملقى الأبحر ج٢: ١٥١، وانظر الباب ج٢: ١٧٤، وانظر المبسوط ج١٢: ٦٩
(٢) - لأن العقد في هذه الحالة صحيح وبطل الاستثناء، لأن موجه أن يثبت الحكم في الكل، وقد نفى
بعض الموجب بالاستثناء، فيكون شرطاً فاسداً والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة. تحفة الفقهاء ج٣: ١٦٤،
وانظر الهداية ج٣: ٢٥٧

(٣) - (بعشرة): في ب وفي أ، ج عشرة

(٤) - (مسكينين): في أ، ب وفي ج مسكين

(٥) - (لهما): في ب، ج وساقطة من أ

(٦) لأن الصدقة تقع من المتصدق لله تعالى، لا للفقير، فلا يتحقق الشيوع، والصدقة من الغنيين هبة فلم
تجز، وقيل على قوله تجوز الصدقة على الغنيين، لأنه يحل لهما صدقة التطوع. تحفة الفقهاء ج٣: ١٦٣،
وانظر الهداية ج٣: ٢٥٤ - ٢٥٥، وانظر الجامع الصغير: ٤٣٧
(٧) فعندهما تجوز.

وعند أبي حنيفة روايتان: في كتاب الهبة لا يجوز، وفي الجامع الصغير يجوز.

وجه رواية كتاب الهبة: أن الشيوع كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة.

وجه رواية الجامع وهي الصحيحة: أن معنى الشيوع في القبض لا يتحقق في الصدقة على فقيرين، لأن
المتصدق يتقرب بالصدقة إلى الله، ثم الفقير يقبض من الله تعالى لقوله: ﴿الم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة
عن عباده ويأخذ الصدقات﴾ التوبة / ١٠٣

والصدقة تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد الفقير، والله واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع
كما لو تصدق على فقير واحد ثم وكل بقبضها وكيلين. بدائع الصنائع ج٦: ١٢٣، وانظر الجامع الصغير:

والهبة للفقير صدقة، والصدقة للغني هبة، والصدقة كالهبة في القبض لا تصح إلا به (١).
(ولا تجوز الصدقة في مشاع يحتمل القسمة) (٢) ولا يجوز الرجوع فيها بعد القبض (٣).

(١) لأنه تبرع كالهبة، ويلزم فيها ما يلزم في الهبة فامتنعت بدون القبض كالهبة. تبين الحقائق شرح كنز

الدقائق ج٥: ١٠٤، وانظر الهداية ج٣: ٢٥٨، وانظر اللباب ج٢: ١٧٨

(٢) في المخطوط ونجوز الصدقة في مشاع يحتمل القسمة وهو خطأ والصحيح ولا تجوز الصدقة في مشاع

يحتمل القسمة. انظر اللباب في شرح الكتاب ج٢: ١٧٨، الهداية ج٣: ٢٥٨، وتبين الحقائق ج٥:

١٠٤، وملتقى الأبحر ج٢: ١٥٦

(٣) أي لا رجوع في الصدقة، لأن المقصود هو الثواب وقد حصل، وكذلك إذا تصدق على غني

استحساناً، لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب، وكذا إذا وهب لفقير، لأن المقصود هو الثواب وقد حصل.

الهداية ج٣: ٢٥٨ - ٢٥٩، وانظر تبين الحقائق ج٥: ١٠٤ - ١٠٥، وانظر اللباب ج٢: ١٧٨،

وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٦

فصل

وإذا (كانت) (١) العين في يد الموهوب له ولم تكن مضمونه عليه ملكها بالهبة، وإن لم يجلد لها قبضاً (٢).
 فإن وهب (له) (٣) ودبعة في يده أو عارية فقبلها صح ملكه لها، وإن كان رهناً في يده، أو مبيعاً لم يجز إلا بقبض مستأنف (٤).
 وإن وهب له ديناً في ذممة (غريمه) (٥) وأذن له في القبض جاز (٦).

(١) - (كانت): في ب، جـ وفي أ كان

(٢) - لأن العين في قبضه، والقبض هو الشرط، بخلاف ما إذا باعه منه، لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة، أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه. الهداية جـ ٣: ٢٥٣، وانظر الباب جـ ٢:

١٧٣

(٣) - (له): في أ، جـ وساقطة من ب

(٤) وهذا استحسان، لأن الهبة تبرع، وقبض الأمانة ينوب عنه، بخلاف ما إذا باع من المودع، لأن البيع عقد ضمان، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان.

وفي الحالة الثانية لم يجز إلا بقبض مستأنف، لأنها إذا كانت مضمونة بغيرها لم تصح البراءة عنها بالهبة فلا يصير قبض أمانة، ولا بدّ من مجانس القبضين حتى يتساويا. تحفة الفقهاء جـ ٣: ١٦٥

(٥) - (غريمه): في أ، جـ وساقطة من ب

(٦) استحساناً لأنه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجوداً مملوكاً للخال مقدور القبض. بدائع الصنائع جـ ٦: ١١٩، ١٢٤، وانظر تحفة الفقهاء جـ ٣: ١٦٥

وإن وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد (١)
وإن وهب له الأجنبي هبة تمت بقبض الأب (٢).
وإن وهب لليتيم هبة قبضها وليه له (٣)، فإن كان في حجر أمه فقبضها له جاز (٤)، وكذا
إن كان في حجر أجنبي يريه فقبضها له (٥).
وإن قبض الصبي الهبة بنفسه وهو يعقل جاز (٦).

(١)- لأنه في قبض الأب فيتوب عن قبض الهبة، ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه، لأن
يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً يبيعاً فاسداً، لأنه في يد غيره، أو في ملك غيره.
الهداية ج٣: ٢٥٣، وانظر اللباب ج٢: ١٧٣، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٩٥ - ٩٦، وانظر ملتنقى الأبحر
ج٢: ١٥١

(٢)- لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فأولى أن يملك النافع. الهداية ج٣: ٢٥٣، وانظر تبين
الحقائق ج٥: ٩٦، وانظر اللباب ج٢: ١٧٣، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٦٨، وانظر خزنة الفقه وصيون
المسائل ج١: ٢٦٤

(٣)- لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب. الهداية ج٣: ٢٥٣ وانظر اللباب ج٢: ١٧٣ - ١٧٤،
وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ١٠١، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٩٦
(٤)- لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله، وهذا من بابها لأنه لا يبقى إلا بالمال فلا بد من
ولاية التحصيل النافع. الهداية ج٣: ٢٥٣، انظر اللباب ج٢: ١٧٤، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ١٥١،
وانظر تبين الحقائق ج٥: ٩٦

(٥)- لأن له بدأ عليه معتبرة: ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعاً
في حقه. الهداية ج٣: ٢٥٣ - ٢٥٤، وانظر اللباب ج٢: ١٧٤، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ١٥١، وانظر
تبين الحقائق ج٥: ٩٦، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٦٤

(٦)- لأنه نافع في حقه وهو من أهله. الهداية ج٣: ٢٥٤، وانظر اللباب ج٢: ١٧٤، وانظر ملتنقى
الأبحر ج٢: ١٥١، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٩٦، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٦٩

وإذا وهبَ (العبد) (١) رجل فلقبول والقبض (للعبد) (٢) (والمالك) (٣) للسيد (٤)
 وإن كان (العبد) (٥) صغيراً لا يعقل، يقبض مولاه (٦).
 والشروط التي تفسد البيع لا تفسد الهبة (٧).

فإن وهب داراً أو تصدق بها عليه على أن يرد عليه شيئاً (منها) (٨)، أو يعرضه عنها
 شيئاً، أو وهب جارية على أن يردها عليه، أو يعتقها، أو (يتخذها) (٩) أم ولد فالهبة جائزة
 والشرط باطل (١٠).

-
- (١) - (العبد): في أ، ب وفي جـ العبد
 (٢) - (للعبد): في جـ وفي أ، ب إلى العبد
 (٣) - (والمالك): في ب، جـ وفي أ والمال
 (٤) - لأن القبض من حقوق العقد، والعقد وقع للعبد فكان القبض إليه، ولأن الأصل في بني آدم الحرية
 والرق لعارض فكان الأصل فيهم إطلاق التصرف لهم، والانحجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر
 بالمولى ولم يوجد فبقي فيه على أصل الحرية والقبوض كسب العبد وهو للمولى. بدائع الصنائع جـ ٦: ١٢٦
 (٥) - (العبد): في ب، جـ وساقطة من أ
 (٦) - لأن له ولاية التصرف في ماله. تحفة الفقهاء جـ ٣: ١٦٨
 (٧) - لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط، ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا، وهو يعمل في المعاوضات
 دون التبرعات. الهداية جـ ٣: ٢٥٨، وانظر الباب جـ ٢: ١٧٨
 (٨) - (منها) في ب، جـ وساقطة من أ
 (٩) - (يتخذها): في أ وفي ب، جـ يستخدمها
 (١٠) - لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها، ألا ترى أن النبي صلى
 الله عليه وسلم أجاز العمري وأبطل شرط المعمر، بخلاف البيع. الهداية جـ ٣: ٢٥٨، وانظر الجامع الصغير:
 ٤٣٥-٤٣٦.

وإن كان له على آخر ألف (درهم) (١) فقال: إذا جاء غد فهي لك وأنت بريء منها، وإذا أدبت إلى نصفها فلك نصفها، أو أنت بريء من النصف الباقي فهذا باطل (٢).
والعمري (جائزة) (٣) للمعمر في حياته، ولورثته من بعد موته (٤).
(والرقبي) (٥) باطلة عند أبي حنيفة ومحمد.
وقال أبو يوسف: جائزة وبه نأخذ (٦).

(١) (درهم): في أ، ج وفي ب ساقطة.

(٢) لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه، وهبة الدين بمن عليه إبراء، وهذا لأن الدين مال من وجه، ومن هذا الوجه كان تمليكاً، ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان إسقاطاً، ولهذا قلنا إنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول، والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق - والعناق فلا يتعداها. الهداية ج٣: ٢٥٨، وانظر الجامع الصغير: ٤٣٧

(٣) (جائزة): في أ، ب وفي ج جائز

(٤) لصحة التمليك، وبطلان الشرط، لأن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد.

اللباب ج٢: ١٧٨، الهداية ج٢: ٢٥٨، وانظر ملتمى الأبحر ج٢: ١٥٥، وانظر تبيين الحقائق ج٥:

١٠٤، وانظر المبسوط ج١٢: ٩٤ - ٩٥، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٦٦

(٥) (والرقبي): في أ، ج وفي ب الرقبة

والرقبي: أن يعطي إنسان آخر داراً أو أرضاً، فإن مات أحدهما كانت للحي، فكلاهما يتربق وفاة

صاحبه. مختار الصحاح: ٢٥٢، وانظر المعجم الوسيط ج١: ٣٦٤

(٦) - لأن قوله: داري لك تمليك، وقوله رقي شرط فاسد كالعمري.

ولهما: أنه عليه السلام أجاز العمري، ورد الرقبى، ولأن معنى الرقبى عندهما إن مات قبلك فهو لك،

واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته، وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل، وإذا لم تصح تكون عارية عندهما لأنه

يتضمن إطلاق الانتفاع به. الهداية ج٣: ٢٥٨، واللباب ج٢: ١٧٨، وانظر تبيين الحقائق ج٥: ١٠٤،

وانظر ملتمى الأبحر ج٢: ١٥٥، وانظر المبسوط ج١٢: ٨٩، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٦٦

وإذا قال: داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة، ودفعها إليه فهي عارية. وكذا إن قال: هذه الدار لك سكنى، أو هذه الشاة، أو هذه الأرض لك منيحة (فهي) (١) عارية (٢).
والمنيحة إنما يكون (لبنها) (٣) وزراعتها. وكذا إن قال عمرى (سكنى) (٤) (أو سكنى عمرى) (٥) فهي عارية.
وإن قال: عمرى تسكنه أو هبة تسكنها (فهي) (٦) هبة.
وإن قال: صدقة تسكنها (فهي) (٧) صدقة (٨).

(١) - (فهي): في أ، ج وفي ب فهو

(٢) - لأن العارية محكمة في تملك المنفعة، والهبة محتملها ومحتمل تملك العين فيحمل المحتمل على

المحكم. الهداية ج٣: ٢٥٢

ولأن المنحة عبارة عن بدل المنافع، فإذا أضاف إلى عين ينتفع بها مع قيامها عمل بحقيقته، فأما إذا أضاف إلى شيء لا ينتفع به إلا باستهلاكه، كما إذا منحه طعاماً، أو لبناً، أو دراهم، أو دنانير فإنه يكون هبة، لأنه لا منفعة له مع قيام عينه.

وعلى هذا قالوا: إن عارية الأعيان تملك المنافع، وعارية المكيل والموزون قرض ويكون تملك العين تحفة

الفقهاء ج٣: ١٦٠، وانظر المبسوط ج١٢: ٩٦، وانظر خزائن الفقه ج١: ٢٦٢، وانظر الجامع الصغير:

٤٣٦ - ٤٣٧

(٣) - (لبنها) في ج وفي أ، ب لبنائها

(٤) - (سكنى): في ب وفي ج سكن وساقطة من أ

(٥) - (سكنى عمرى): في ب وفي ج أو عمرى سكن وهي مكررة في ج وساقطة من أ وهي معطوفة

على ما قبلها فانظر رقم (٢)

(٦) - (فهي): في أ، ب وفي ج فهو

(٧) - (فهي): في ب، ج وفي أ في

(٨) - لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير

له، وكذلك قوله: يكون مشورة، فيكون شرطاً فاسداً، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة. تحفة الفقهاء ج٣:

١٦١، وانظر الهداية ج٣: ٢٥٢، وانظر خزائن الفقه ج١: ٢٦٥.

فصل

وينبغي للرجل أن يعدل (في الهبات والعطيات بين أولاده) (١)، ويسوي بين الذكر والأنثى منهم. وهذا قول أبي يوسف، وهو الاختيار.
 وقال (محمد) (٢): يجزيهم فيها على قدر الميراث (٣).
 وإذا وهب الرجل لأولاده شيئاً في صحته (فسلم) (٤) ما للكبار إليهم، قبض (هو مال الصغار) (٥) وحفظه (لهم) (٦).
 (ولا) (٧) يجوز للأب أن يهب من مال ابنه الصغير شيئاً بشرط العوض ولا بغيره، وكذا الوصي، والولي، والمكاتب، أو المأذون له.
 وقال محمد: كل من جاز بيعه جازت هبته بعوض (٨).

(١) - (بين أولاده في الهبات والعطيات): في أ وفي ب في الهبات بين أولاده وفي ج في الهبات بين أولاده والعطيات

(٢) - (محمد): في أ، ج وفي ب ساقطة

(٣) وذكر محمد في الموطأ: ينبغي للرجل أن يسوي بين ولده في النحلي ولا يفضل بعضهم على بعض، وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما روي أن بشير أبا النعمان أتى بالنعمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إني نحت ابنك هذا غلاماً كان لي. فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: كل ولدك نحتك مثل هذا؟ فقال: لا فقال النبي صلى الله عليه وسلم: فارجمه، صحيح مسلم شرح النووي ج ١١: ٦٥، وهذا إشارة إلى العدل بين الأولاد في النحلة وهو التسوية بينهم، ولأن في التسوية تأليف القلوب، والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى.

وأفتى المتأخرون من الحنفية بأنه لا بأس بأن يعطي المتأدبين والمتقنين دون الفسقة والفجرة. بدائع الصنائع ج ١٢٧: ٣، وانظر تحفة الفقهاء ج ٣: ١٧٠، وانظر المبسوط ج ١٢: ٥٦

(٤) - (مسلم): في ج وفي أ، ب وسلم

(٥) - (هو مال الصغار): في ج وفي ب ما هو للصغار وفي أ ما للصغار

(٦) - (لهم): في أ، ج وساقطة من ب

لأن قبض الأب قبضه، ولأن له ولاية التصرف في مال الصغير. تحفة الفقهاء ج ٣: ١٦٨

(٧) - (ولا): في ب، ج وساقطة من أ

(٨) - والأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف، لأن المتبرع بمال الصغير قران ماله لا على وجه الأحسن، ولأنه لا يقابله نفع دنيوي، وقال تعالى: ﴿ولا تقرّبوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ الأنعام/ ١٥١، ولأنه لم يقابله عوض دنيوي كان كالتبرع ضرراً محضاً وترك المرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي.

وإن شرط العوض: لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد يجوز.

والأصل عندهما: أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض.

والأصل عنده: أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض. بدائع الصنائع ج ١١٨: ١١٨، وانظر تحفة الفقهاء

باب الرجوع عن الهبة

الهبة نوعان:

- مالا رجوع فيه

- وما فيه الرجوع مع (الكراهة) (١)

فالذي فيه الرجوع للموهوب له الامتناع من رده، والانتفاع به مالم يحكم (عليه الحاكم) (٢) بالرد (٣).

(١) (الكراهة): في ج وفي أ، ب الكراهية.

وسبب الكراهة، لأنه من باب الدناءة لقوله صلى الله عليه وسلم: «العائد في هبته كالكلب بقيء ثم يعود

في قيئه». صحيح مسلم بشرح النووي ج١١: ٦٤ - ٦٥

(٢) (عليه الحاكم): في ب، ج وفي أ الحاكم عليه.

(٣) لأنه فسخ بعد تمام العقد، فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض. تحفة الفقهاء ج٣: ١٦٦

فإن تصرف فيه بعدما قضي عليه بالرد فهو ضامن، ولا يصح الرجوع في الهبة إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم (١).

وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها (٢) إلا أن يعرضه عنها أو يزيد زيادة متصلة (٣)، أو يموت أحد المتعاقدين (٤) أو يخرج الهبة من ملك الموهوب له (٥).
وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها (٦)، وكذا إذا وهب أحد الزوجين

(١) - لأن ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه إلا بالرضا أو بالقضاء، ولأنه مختلف فيه بين العلماء، وفي أصله وهاء وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء، لأنه يحتمل أن يكون غرضه العوض الديني فيثبت له حق الرجوع، ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة أو إظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فلا بد من الفصل بالقضاء أو الرضا.

تبيين الحقائق ج٥: ١٠١، وانظر الهداية ج٣: ٢٥٦، وانظر اللباب ج٢: ١٧٧

(٢) - لقوله صلى الله عليه وسلم: «الرجل أحق بهبته ما لم يشب منها» سنن ابن ماجه ج٢: ٧٩٨،

وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١٢٥

ولأن المقصود هو التعويض للعادة، فثبت له ولاية الفسخ عند فواته إذ العقد يقبله. الهداية ج٣: ٢٥٥،

وانظر المبسوط ج١٢: ٥٢ - ٥٣

(٣) - لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد.

الهداية ج٣: ٢٥٥، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٦٧

(٤) - لأن يموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال حياته، وإذا مات الواهب

فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه. الهداية ج٣: ٢٥٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٢٩

(٥) - لأنه حصل بتسليطه فلا ينقضه، ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه. الهداية ج٣: ٢٥٥، وانظر تحفة

الفقهاء ج٣: ١٦٨

(٦) - لأن المقصود فيه صلة الرحم وقد حصل. الهداية ج٣: ٢٥٦، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ١٥٣،

وانظر المبسوط ج١٢: ٥٢، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٦٣، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٣٢

للآخر (١).

وإن وهب من فقير فلا رجوع فيها (٢)، وإن وهب (لامرأة) (٣) أجنبية ثم تزوجها فله الرجوع (٤).

وإن وهب لامرأته ثم أبانها فلا رجوع له (٥).

وإن وهب لعبد وهو أخوه، ومولاه أجنبي أو المولى أخوه وهو أجنبي فله الرجوع عند أبي حنيفة (٦)

وقالا: إن كان المولى أخاه فلا رجوع له، وإن كانا جميعاً (ذوا) (٧). رحم محرم فلا رجوع في

(١)- لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة، وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها، ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع. الهداية ج٣: ٢٥٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٣٣

(٢)- لأن الهبة من الفقير صدقة، لأنه يطلب بها الثواب كالصدقة ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى، وإن لم يكن عوضاً في الحقيقة. بدائع الصنائع ج٦: ١٣٣

(٣)- (لامرأة): في أ، ب وفي ج لامرأته

(٤)- لأنه إنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد ولذا لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها، ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع. الهداية ج٣: ٢٥٦، وانظر تبين الحقائق ج٥: ١٠١، وانظر المبسوط ج١٢: ٦٠

(٥)- لأن المقصود هنا الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالإبانة. تبين الحقائق ج٥:

١٠١، وانظر المبسوط ج١٢: ٦١

(٦)- وجه قول أبي حنيفة: أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة، لأنها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض إليه لا إلى المولى، وإنما ثبت ضرورة تعدد الاثبات للعبد فأقيم مقامه، وإذا ثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع مع أن الملك يثبت له بالهبة، لكن وقعت للمولى من وجه وللعبد من وجه، لأن الإيجاب أضيف إلى العبد والملك وقع للمولى إذ لم يكن دين فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة

الذي رحم محرم. بدائع الصنائع ج٦: ١٣٣

(٧)- (ذوا): في ج وفي أ، ب ذوي

قولهم(١).

ومن وهب لرجل أرضاً بيضاء فأنبتت في (ناحية منها)(٢) نخلة، أو بنى بيتاً، أو دكاناً وذلك يُعدّ زيادة فليس له الرجوع فيها(٣).

وإن اختلفا فقال الواهب: وهبتك وفيها هذه الأشجار والبناء. وقال الموهوب له: لا بل أنا أحدثت. فالتقول له(٤).

وإن كانت شاة أو بقرة أو غيرها من الحيوان فقال: وهبتها لي صغيرة فكبرت. وقال الواهب:

(١)- وجه قولهما: أن بطلان حق الرجوع بحصول الصلة، لأنها في معنى العوض ومعنى الصلة إنما

يتحقق لو قوع الحكم للقريب، والحكم وقع للمولى فصار كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداءً وأنه يمنع الرجوع.

بدائع الصنائع ج٦: ١٣٣، وانظر المبسوط ج١٢: ٥٨ - ٥٩

(٢)- (ناحية منها): في ج وفي أ، ب ناحيتها

(٣)- لأن هذه الزيادة متصلة، وقوله: وكان ذلك زيادة فيها إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا

يعدّ زيادة أصلاً، وقد تكون الأرض عظيمة يعدّ ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها. الهداية

ج٣: ٢٥٥، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٦٧، وانظر المبسوط ج١٢: ٨٣، وانظر الجامع الصغير: ٤٣٧

(٤)- يقول الإمام السرخسي: «وإن كانت الهبة خادماً، فقال: وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت عندي

وازدادت خيراً، وكذبه الواهب فالتقول قول الواهب عندنا.

وقال زفر: القول قول الموهوب له، لأنه مالك لها في الحال وهو منكر حق الواهب في الزيادة الحادثة

فيكون القول قوله كما إذا كان الموهوب أرضاً وفيها بناء وشجر. وقال الواهب: وهبتها لك، وقال الموهوب:

لم يكن فيها بناء ولا شجر حين وهبتها، فالتقول قول الموهوب له. انظر المبسوط ج١٢: ٨٧.

وهبتك هكذا كبيرة. فالقول للواهب(١).
 والنقصان الحادث في الموهوب لا يبطل الرجوع فيه(٢).
 فإن وهب داراً فباع نصفها غير مقسوم له الرجوع في الباقي إن شاء، وإن لم يبع منها شيئاً وأراد الرجوع في النصف له ذلك أيضاً(٣).
 وإن كانت الهبة جارية فولدت عند الموهوب له من زوج أو فجور فله الرجوع فيها دون الولد(٤).

(١)- انظر حاشية ابن عابدين ج٤ : ٥١٥ وهو معتمد على الحاوي القدسي في هذه المسألة.

(٢)- لأن ذلك رجوع في بعض الموهوب، وله أن يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكماله فكذا إذا

نقص، ولا يضمن الموهوب له النقصان، لأن قبض الهبة ليس بقبض مضمون. بدائع الصنائع ج٦ : ١٢٩،

وانظر تحفة الفقهاء ج٣ : ١٦٨

(٣)- لأن له حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه إن شاء، وإن شاء استوفى نصفه، وكذا له أن يترك الكل

إن شاء، وإن شاء ترك النصف، فكذا إذا بيع نصفها له أن يأخذ نصفها الباقي، لأن المانع لم يوجد إلا في

النصف فيستقدر الامتناع بقدره بل أولى، لأنه لما جاز الرجوع في النصف مع إمكان الرجوع في الكل فأولى أن

يجوز عند العجز. تبيين الحقائق ج٥ : ١٠٠، وانظر الهداية ج٣ : ٢٥٦

(٤)- لأن الزيادة ليست بموهوبة إذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ، وإنما ورد على

الأصل ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة بخلاف المتصلة. بدائع الصنائع ج٦ : ١٦٩، وانظر تحفة

الفقهاء ج٣ : ١٦٧

وإذا عوض الموهوب له عن الهبة فقبض الواهب سقط الرجوع قليلاً كان أو كثيراً من جنسها أو من غير جنسها ما لم يكن منها بعينها، إذا قال: خذا هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً منها أو في مقابلتها وقبضه الواهب (سقط الرجوع)(١).

وإن عوض أجنبي عن الموهوب له متبرعاً فقبض العوض سقط الرجوع ولم يكن للمعوض أن يرجع على الواهب ولا على الموهوب له(٢).
وإن استحققت الهبة رجع المعوض في العوض إن كان قائماً، وإن كان مستهلكاً ضمنه(٣).

(١)- في نسخ الحاوي القدسي سقطت عبارة (سقط الرجوع) حيث اختلف المعنى وفي الهداية موجودة جـ٣:

٢٥٦، وانظر الباب جـ٢: ١٧٦

لأن ثبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصوده وقد زال الخلل فصار كما إذا وجد المشتري صيباً في المبيع ثم زال، ولا بد من ذكر الموهوب له أن المدفوع عوض عن الهبة. تبين الحقائق جـ٥: ٩٩، الهداية جـ٣: ٢٥٦، وانظر الباب جـ٢: ١٧٦

(٢)- لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح، والأجنبي لا يرجع على الموهوب له وإن كان بأمره، لأنه لم يؤد عنه شيئاً واجباً عليه، لأن العوض ليس بواجب على الموهوب له بخلاف قضاء الدين. تبين الحقائق جـ٥: ٩٩، الهداية جـ٣: ٢٥٦، وانظر الباب جـ٢: ١٧٦

(٣) ذكر في الأصل وإن استحق كل الهبة، والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض من غير خلاف وهي إحدى روايتي بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

ووجه رواية الأصل: أن القبض في العوض ما وقع مجاناً وإنما وقع مبطلاً حق الرجوع في الأول، فإن لم يسلم المقصود منه بقي القبض مضموناً فكما يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع بقيمته إذا هلك. بدائع الصنائع

وعن (أبي) (١) حنيفة (رضي الله عنه) (٢): أنه لا يضمن العوض كالهبة (٣).
 وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض (٤)، وإن استحق العوض (٥) كان له الرجوع في الهبة (٦)، وإن استحق (نصف) (٧) العوض لم يرجع في شيء من الهبة إلا أن يرد ما بقي من العوض (٨) ثم يرجع (٩).

(١) - (أبي): في أ، ج وساقطة من ب

(٢) - (رضي الله عنه): في ج وساقطة من أ، ب

(٣) - وروى بشر رواية أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يضمن شيئاً وهو قول أبي يوسف.

ووجه الرواية الأخرى: أن العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة المتأخرة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من

القبض والحيازة، والموهوب غير مضمون بالهلاك. بدائع الصنائع ج٦: ١٣١

(٤) - لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه. الهداية ج٣: ٢٥٦، وانظر اللباب ج٢: ١٧٦، وانظر ملتقى

الأبحر ج٢: ١٥٣

(٥) - (استحق العوض): في أ، ج وفي ب استحق نصف

(٦) - لأن بالاستحقاق تبين أن التعويض لم يصح فكانه لم يعوض أصلاً فله أن يرجع إن كان الموهوب

قائماً بعينه لم يهلك، ولم يزد خيراً، ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع. بدائع الصنائع ج٦: ١٣٠، وانظر

ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٣.

(٧) - (نصف): في أ، ج وساقطة من ب

(٨) - (وإن استحق نصف العوض... يرد ما بقي من العوض) في ب، ج وساقطة من أ

(٩) - وقال زفر: يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر.

ولنا: أنه يصلح عوضاً للكل من الابتداء، وبالأستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو إلا أنه يتخير، لأنه ما

أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله أن يردّه. الهداية ج٣: ٢٥٦، وانظر اللباب

ج٢: ١٧٦، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٣

وإن وهب لرجل داراً فعوضه عن نصفها عبداً فله الرجوع في النصف الذي لم يعوضه عنه (١).

(وإذا) (٢) تلفت العين الموهوبة أو استحقتها مستحق (فضمن) (٣) الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء (٤).

وإن وهبت بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين، فإذا تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع، يرد بالعيب، وخيار الرؤية، وتجب فيه الشفعة، وأيهما قبض صح، وتعلق به الأحكام ما يتعلق بهما، إذا قبضا (٥).
(والله تعالى أعلم) (٦) (اختتم بخير) (٧).

(١) لأن المانع خص النصف. الهداية ج٣: ٢٥٦، وانظر الجامع الصغير: ٤٣٥

(٢) (وإذا): في ب، ج وفي أ وإن

(٣) (فضمن): في ب، ج وفي أ قبض

(٤) لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له، والغرر في ضمن عقد المعاوضة سبب

للرجوع لا في ضمان غيره. الهداية ج٣: ٢٥٧، وانظر تبين الحقائق ج٥: ١٠٢، وانظر اللباب ج٢:

١٧٧، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٤

(٥) لأنه بيع انتهاء.

وقال زفر والشانعي: هو بيع ابتداء وانتهاء، لأن فيه معنى البيع وهو التملك ببعضه والمعبرة في العقود للمعاني، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً.

ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين، وقد أمكن الجمع، لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض، وقد يتراخى عن البيع الفاسد، والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما، بخلاف بيع نفس العبد من نفسه، لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح

مالكاً لنفسه. الهداية ج٣: ٢٥٧، وانظر تبين الحقائق ج٥: ١٠٢، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٥٤،

وانظر اللباب ج٢: ١٧٧

(٦) (والله تعالى أعلم): في ب، ج وساقطة من أ

(٧) (اختتم بخير): في أ وساقطة من ب، ج

كتاب العارية (١)

وهي جائزة (٢)، وتصح بقوله أعرتك، وأطعمتك هذه الأرض، (ومنحتك) (٣) هذا الثوب، وحملتك على هذه الدابة (٤) وداري لك عمري إذا لم يرد بهما الهبة، وأخدمتك هذا العبد، وداري لك سكني (٥).

وللمعير أن يرجع في العارية متى (شاء) (٦)، والعارية أمانة إن هلكت من غير تعدد لم يضمن (٧).

وليس للمستعير أن يؤجر ما استعار (٨)، وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف

(١) العارية في اللغة: بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عارٌ وعيب، واستعار الشيء منه: طلب أن يعطيه إياه عارية، ويقال: استعاره إياه.

انظر المعجم الوسيط ج٢: ٦٤٢، وانظر مختار الصحاح: ٤٦٢

وفي الاصطلاح: تملك المنافع بغير عوض، تبين الحقائق ج٥: ٨٣، وانظر الهداية ج٣: ٢٤٦،

والمبسوط ج١١: ١٣٣

(٢) والدليل على مشروعيتها: ما روي عن أنس قال: كان بالمدينة فزع فاستعار النبي صلى الله عليه وسلم فرساً لأبي طلحة يقال له مندوب، فركبه فقال، ما رأينا من فزع، وإن وجدناه لبحراً، صحیح مسلم بشرح النووي ج١٥: ٦٧ - ٦٨ وسبب جوازها كذلك، لأنها نوع إحسان. الهداية ج٣: ٢٤٦

(٣) (ومنحتك): في ب، ج وفي أ وبعتك

(٤) لأنهما لتمليك العين، وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تملك المنافع مجوزاً. الهداية ج٣: ٢٤٦،

وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٣: ٣٨٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢١٤، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٦٢

(٥) لأنه جعل سكنها له مدة عمره، وجعل قوله سكني تفسيراً لقوله لك، لأنه يحتمل تملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره، وقوله أخدمتك هذا العبد، لأنه أذن له في استخدامه. الهداية ج٣: ٢٤٦، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٣: ٣٨٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢١٤، وانظر المبسوط ج١١: ١٣٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٦٢

(٦) - (شاء): في ب، ج وفي أ شئت

لقوله عليه السلام: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم».

سنن أبي داود ج٣: ٢٩٧، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١١٨

ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها، فالتملك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه. الهداية ج٣: ٢٤٧، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٣: ٣٨٥ وانظر الباب ج٢: ٢٠٢.

(٧) - لأن اللفظ لا يبيّن عن التزام الضمان، لأنه تملك المنافع بغير عوض، أو لإباحتها، والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه، والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعدياً، وإنما وجب الرد مؤونة كنفقة المستعير، فإنها على المستعير لا لنقض القبض. الهداية ج٣: ٢٤٧، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار ج٣: ٣٨٥، وانظر الباب ج٢: ٢٠٢

(٨) لأن الاجارة لازمة فيلزم المعير زيادة ضرر، لأنه لو جازت من المستعير لما جاز للمعير أن يرجع عليه حتى تفرغ ملته فيتضرر فلا يلزمه بغير رضاه. تبين الحقائق ج٥: ٨٥، وانظر حاشية الطحطاوي ج٣: ٣٨٦، وانظر المبسوط ج١١: ١٣٣، وانظر الباب ج٢: ٢٠٢، وانظر الهداية ج٣: ٢٤٧

المستعمل (١)

فإذا أجر المستعير الدابة ضمنها إن عطبت، ويتصدق بالأجرة (٢).
وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون (قرض) (٣)، وكذا المعدود والمذروع الذي لا يتفاوت (٤).
وإن استعار أرضاً ليبنى فيها أو يفرس جاز، وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والفرس (٥).

(١) - لأنها لما كانت تمليك المنافع جاز أن يعير، لأن المالك يملك أن يملك كالمستاجر يملك أن يؤجر. تبين الحقائق جـ ٥ : ٨٦، وانظر الهداية جـ ٣ : ٢٤٧، وانظر اللباب جـ ٢ : ٢٠٢.

(٢) - لأنه إذا لم تتناوله العارية كان غضباً، وإن شاء المعير ضمن المستاجر، لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه، ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لأنه ظهر أنه أجر ملك نفسه، وإن ضمن المستاجر، يرجع على المؤاجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفماً لفسر الفرور بخلاف ما إذا علم. الهداية جـ ٣ : ٢٤٧، وانظر المبسوط جـ ١١ : ١٣٤، وانظر الجامع الصغير : ٤٣٣

(٣) - (قرض) : في أ وفي ب، جـ فرض

(٤) - لأن الإعارة تمليك المنافع، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها فانتضى تمليك العين ضرورة، وذلك بالهبة أو القرض، والقرض ادناهما فثبت، أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه، قالوا: هذا إذا أطلق الإعارة، وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم تكن قرضاً، ولا يكون له إلا النفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها، أو سيفاً محلى يتقلده.

الهداية جـ ٣ : ٢٤٨، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر جـ ٣ : ٣٨٧، وانظر بدائع الصنائع جـ ٦ :

٢١٥، وانظر المبسوط جـ ١١ : ١٣٣

(٥) - وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة، وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلاً أرض المعير فيكلف تفريغها، ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه، لأن المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد، وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد.

الهداية جـ ٣ : ٢٤٨ - ٢٤٩، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر جـ ٣ : ٣٨٨، وانظر بدائع الصنائع

جـ ٦ : ٢١٦ - ٢١٧، وانظر خزنة الفقه جـ ١ : ٢٦٢

فإن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه (١)، وإن كان (وقت لها) (٢) فرجع قبل الوقت ضمن (المعير) (٣) ما نقص البناء والغرس بالقلع (٤).
ويستحب في الزرع إذا لم يوقت، أو تجاوز عن وقته وقد دنا حصاده (أن) (٥) يمهل إلى الحصاد، فإن لم يمهل (فلا) (٦) شيء عليه (٧).
وإن استعار دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديداً، أو لبناً (فعطبت) (٨) ضمن (٩).
وإن حمل (ما هو مثل الحنطة) (١٠) أو (أخف) (١١) كالشعير والذرة لم يضمن (١٢).

- (١)- لأن المستعير مغتر غير مغرور، حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد. الهداية ج٣: ٢٤٨، وانظر الباب ج٢: ٢٠٣
- (٢)- (وقت لها): في أ، ج، وفي ب لها وقت
- (٣)- (المعير): في أ، ج، وفي ب المستعير
- (٤)- لأنه مغرور من جهته حيث وقت له، والظاهر هو الوفاء بالعهد، ويرجع عليه دفناً للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر.
- وذكر الحاكم الشهيد: أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما، ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك، لأنه ملكه.
- قالوا: إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض، لأنه صاحب أصل، والمستعير تبع، والترجيح بالأصل. الهداية ج٣: ٢٤٩، وانظر الباب ج٢: ٢٠٣، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر ج٣: ٣٨٨، وانظر خزائن الفقه ج١: ٢٦٢
- (٥)- (أن): في أ، ب، وفي ج وأن
- (٦)- (فلا): في أ، ج، وفي ب لا
- (٧)- ويترك في يده إلى وقت الحصاد بأجر المثل استحساناً، وفي القياس: أن يكون له ذلك كما في البناء والغرس.
- ووجه الفرق للاستحسان: أن النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الإمكان، وذلك يمكن في الزرع، لأن إدراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين. بدائع الصنائع ج٦: ٢١٧، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر ج٣: ٣٨٨
- (٨)- (فعطبت): في أ وفي ج فمطب، وساقطة من أ
- (٩)- لأن ذلك أشق على الدابة، أو أنكى لظهرها أو أعقر. بدائع الصنائع ج٦: ٢١٦، وانظر المبسوط ج١١: ١٣٧
- (١٠)- (ما هو مثل الحنطة): في أ، ج، وفي ب مثل ما هو الحنطة.
- (١١)- (أخف): في أ، ب، وساقطة من ج
- (١٢) وهذا استحساناً، والقياس أن يضمن وهو قول زفر، لأنه خالف.
- وجواب الاستحسان: أن هذا وإن كان خلافاً صورة فليس بخلاف معنى، لأن المالك يكون راضياً به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيداً. بدائع الصنائع ج٦: ٢١٦

وكذا في القدر وزيادته ونقصانه(١).

فإن (استعارها)(٢) إلى مكان فجاز بها أو ذهب بها إلى مكان آخر فهو ضامن(٣).
وإن اختلفا فيما حمل على الدابة، (أو في)(٤) مسافة (الحمل والركوب)(٥)، أو في الوقت فالقول في ذلك كله للمعير مع يمينه(٦)، وكذا إن استعمل شيئاً من متاعه أو تصرف في شيء من ملكه، وادّعى الإذن من جهة صاحبه فعليه ضمان ذلك إلا أن يقيم البيينة على الإذن، أو نكل صاحبه عن اليمين(٧).

(١) فإن كانت الزيادة مما لا تطبق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها، لأن حمل ما لا تطبق الدابة اتلاف

للدابة.

وإن كانت الدابة مما تطبق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة. بدائع الصنائع ج٦ : ٢١٦

(٢) - (استعارها): في أ، ج، وفي ب ستعارها

(٣) - حتى لو أعادها إلى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلكت من قبل التسليم إلى المالك

يضمن وهذا قول أبي حنيفة الآخر، وكان يقول أولاً يبرأ عن الضمان كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ثم

رجع. بدائع الصنائع ج٦ : ٢١٦، وانظر المسوط ج١١ : ١٣٩، وانظر خزانة الفقه ج١ : ٢٦٣

(٤) - (أو في): في ب، ج، وفي أ وفي

(٥) - (الحمل والركوب): في ج، وفي أ، ب الركوب والحمل

(٦) - لأن المستعير قابض لنفسه، فيكون سقوط الضمان بناءً على الإذن له. تحفة الفقهاء ج٣ : ١٨٠

وفي البدائع: لأن المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتعيين قوله، لكن مع

اليمين دفماً للتهمة ج٦ : ٢١٦

(٧) - لأن التصرف منه سبب لوجود الضمان في الأصل فدعوى الإذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع إلا

بدليل. بدائع الصنائع ج٦ : ٢١٨، وانظر المسوط ج١١ : ١٤٤ .

وإن قال: أعرتني دابتك فنفتت، وقال (صاحب) (١) الدابة: بل غصبتها فلا ضمان عليه إن لم يكن ركبها، فإن ركبها فهو ضامن (٢).
 وإن قال رب الدابة: أجزتكها. فالقول للراكب (٣).
 وإذا تعدى المستعير في العارية ضمن قيمتها وقت التعدي (٤).
 وإذا استعار أرضاً للزراعة أو للغرس أو للبناء (٥) فإنه يكتب أنه (أعطاه) (٦).
 وقالوا: يكتب أنه أعاره (٧).

(١) - (صاحب): في أ، ب وفي ج صاحبه

(٢) - لأنه أقرّ بفعل المالك في ملكه، وذلك غير موجب للضمان عليه، والمالك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فيكون القول قول المنكر، وإن كان قد ركبها فهو ضامن لها، لأن السبب الموجب للضمان عليه قد ظهر وهو استعمال دابة الغير بغير إذنه، والإذن المسقط للضمان لا يثبت بدعواه. المبسوط ج ١١: ١٤٩
 (٣) - فالقول للراكب مع يمينه، لأنهما تصادقا على أن الركوب حصل بالإذن، ثم رب الدابة يدعي عليه الأجر، والراكب منكر فالقول قوله لإنكار ذلك. المبسوط ج ١١: ١٤٩

(٤) - لأنه خالف ما أمره به فصار خاصياً مستعملاً بغير إذنه. المبسوط ج ١١: ١٣٧

(٥) - (للبناء): في أ، ب وفي ج البناء

(٦) - (أعطاه): في نسخ المخطوط، وفي الهداية اطعمتني، وكذا في الجامع الصغير: ٤٣٤

(٧) - لأن لفظة الإعارة موضوعة له، والكتابة بالموضوع له أولى كما في إعارة الدار.

وله: أن لفظة الإطعام أدل على المراد، لأنها تختص بالزراعة، والإعارة تنظمها وغيرها، كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار، لأنها لا تعار إلا للسكنى. الهداية ج ٣: ٢٥٠ وانظر الدر المختار مع حاشية الطحطاوي ج ٣: ٣٨٩، وانظر الجامع الصغير: ٤٣٤.

فصل

وأجرة رد العارية على المستعير (١)، وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر (٢)، وأجرة رد (العين) (٣) المنصوبة على الغاصب (٤).
 وإذا استعار دابة فردها إلى اصطلبل مالکها لم یضمن (٥)
 وإن استعار عیناً فردها إلى دار (المالک) (٦) ولم یسلمها إليه ضمن.
 وإذا رد (٧) الدابة مع عبده أو أجیره أو أحد (من فی) (٨) عیاله، أو مع عبد رب الدابة
 أو أجیره أو أحد من فی عیاله (فلا) (٩) ضمان علیه (١٠).
 وإن ردها مع أجنبي ضمن (١١).
 (والله تعالی أعلم) (١٢)

(١) - لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه، والأجرة مؤونة الرد فتكون عليه. الهداية ج٣: ٢٤٩، وانظر تبیین الحقائق ج٥: ٨٩، وانظر ملتی الأبحر ج٢: ١٤٨ وانظر اللباب ج٢: ٢٠٤، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر ج٣: ٢٨٨

(٢) - لأن الواجب على المستأجر التمكين، والتخلى دون الرد فإن منفعة قبضه سائلة للمؤجر فلا يكون عليه مؤونة رده. الهداية ج٣: ٢٤٩، وانظر تبیین الحقائق ج٥: ٨٩، وانظر ملتی الأبحر ج٢: ١٤٨، وانظر اللباب ج٢: ٢٠٤، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر ج٣: ٣٨٩

(٣) - (العین): فی ب، ج وساقطة من أ

(٤) - لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعاً للضرر عنه فتكون مؤونته عليه. الهداية ج٣: ٢٤٩، وانظر تبیین الحقائق ج٥: ٨٩، وانظر ملتی الأبحر ج٢: ١٤٨

(٥) - وهذا استسحان، وفي القياس یضمن، لأنه ما ردها إلى مالکها بل ضیما.

وجه الاستحسان: أنه أتى بالتسليم المتعارف عليه، لأن رد العواري إلى دار الملاك معناه كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المرط فصح رده. الهداية ج٣: ٢٤٩، وانظر تبیین الحقائق ج٥: ٨٩ - ٩٠، وانظر ملتی الأبحر ج٢: ١٤٨ - ١٤٩، وانظر اللباب ج٢: ٢٠٤.

(٦) - (المالک): فی ب، ج وفي أ الملك

(٧) - (رد) فی أ، ب وفي ج أراد

(٨) - (من فی): فی أ، ب وفي ج من

(٩) - (فلا): في ب، جـ وفي أ لا

(١٠) - لأنها أمانة فله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة، وكذا إن ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره، لأن المالك يرضى به، ألا ترى أنه لو رده إليه فهو يرده إلى عبده، وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب، وقيل فيه وفي غيره وهو الأصح، لأنه إن كان لا يدفع إليه دائماً يدفع إليه أحياناً. الهداية جـ ٣: ٢٤٩ - ٢٥٠، وانظر المبسوط جـ ١١: ١٣٩، وانظر تبين الحقائق جـ ٥: ٩٠، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٤٩، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر جـ ٣: ٣٨٨، وانظر الجامع الصغير: ٤٣٣

(١١) - لأنه متعدّ في يد الأجنبي، وهذا يشهد لمن قال من المشايخ: إن المستعير ليس له أن يودع. وعلى المختار أن هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها، ثم بعثها مع الأجنبي، لأنه بإسائها بعد مضي المدة يصير متعدياً إذا هلكت في يده ضمن، فكذا إذا تركها في يد الأجنبي، وهذا لأن الوديعة أدنى حالاً من العارية، فإذا كان يملك الإعارة فيما لا يختلف فأولى أن يملك الإيداع، على ما بينا من قبل، ولا يختص بشيء دون شيء، لأن الكل لا يختلف في حق الإيداع وإنما يختلف في حق الانتفاع. تبين الحقائق جـ ٥: ٩٠، وانظر الهداية جـ ٣: ٢٥٠، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٤٩، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر جـ ٣: ٣٨٩، وانظر الجامع الصغير: ٤٣٣

(١٢) - (والله تعالى أعلم): في جـ وساقطة من أ، ب

كتاب الوديعة (١)

وهي أمانة في يد المودع إن هلكت لم يضمنها (٢) وللمودع أن يحفظها بنفسه (ويعين) (٣) في عياله (٤)، فإن حفظها بغيرهم، أو أودعها ضمن (٥) إلا أن يقع في داره حريق أو نهب فيسلمها إلى جاره، أو يكون في سفينة يخاف الغرق فينقلها إلى سفينة أخرى (٦). وإن قال صاحب الوديعة: لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها (إليها) (٧) لم يضمن، وكذا غيرها

(١) - الوديعة في اللغة: يقال: أودعت زيداً مالا: دفعته إليه ليكون عنده وديعة، واستودعته مالا: دفعته له وديعة يحفظه. واستودعه وديعة: استحفظه إياها. المصباح المنير: ٢٥٠، وانظر مختار الصحاح: ٧١٥. وفي الاصطلاح: الإيداع: هو تسليط الغير على حفظ ماله. تبين الحقائق ج٥: ٧٦، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٤٣

وزاد في حاشية الطحطاوي قوله «صريحاً أو دلالة» ج٣: ٣٧٥ ودليل شرعيتها

أ- قوله تعالى: «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها» النساء/ ٥٨.
ب- قوله صلى الله عليه وسلم: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» سنن أبي داود ج٣: ٢٩٠ وانظر تخريجه في تمييز الطيب من الخيث: ١٦، وكشف الخفاء ج١: ٧٥
ج- وقد اجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع. ملتقى الأبحر مع تعليقه ج٢: ١٤٣
(٢) - لأن بالناس حاجة إلى الاستيداع، فلو ضمناء يمتنع الناس عن قبول الودائع فتعطل مصالحهم. الهداية ج٣: ٢٤٠، وانظر المبسوط ج١١: ١٠٩، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٤٣، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٧٧، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٧١، وانظر اللباب في شرح الكتاب ج٢: ١٩٦

(٣) - (ويعين): في أ، ج وفي ب أوبين
(٤) - لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، ولأنه لا يجد بداً من الدفع إلى عياله، لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به. الهداية ج٣: ٢٤٠، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٤٤، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٧٧، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٧١،

وانظر المبسوط ج١١: ١٠٩ - ١١٠، وانظر اللباب ج٢: ١٩٦
(٥) - لأن المالك رضي بيده لا يبد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره، والوضع في حرز غيره إيداع إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه. الهداية ج٣: ٢٤٠، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٧٧

وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٧١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٤٤، وانظر اللباب ج٢: ١٩٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٦٠

(٦) - لأنه تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك. الهداية ج٣: ٢٤٠، وانظر اللباب ج٢: ٢٦٠

١٩٧

(٧) - (إليها): في أ، ب وفي ج إليه

من عياله (فمن) (١) لا بدّ له منه، فإن كان (له) (٢) منه بدّ ضمن (٣).
 وإن قال: أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر (من الدار) (٤) لم يضمن (٥)، وإن
 حفظها في دار أخرى ضمن (٦).
 ولو أمره بحفظها في هذا البلد، أو في هذا الكيس، أو في هذا الصندوق، فحفظ في
 غيره مثله لم يضمن (٧).
 وإن قال: في هذا البلد فحفظ في غيره ضمن (٨).
 وإذا أودع المودع الوديعة فهلكت فالضمان على الأول عند أبي حنيفة.

(١) - (من): في ب، وفي أ، جـ من

(٢) - (له): في أ وساقطة من ب، جـ

(٣) - وفي هذه الحالة: إن كان لا يجدر بدّاً من الدفع إليه له أن يدفع، لأنه إذا لم يجدر بدّاً من الدفع إليه
 كان النهي عن الدفع إليه نهياً عن الحفظ فكان سفهاً فلا يصح نهيّه، وإن كان يجدر بدّاً من الدفع إليه ليس له أن
 يدفع، ولو دفع يدخل في ضمانه، لأنه إذا كان له منه بدّ في الدفع إليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد، لأن
 الأيدي في الحفظ متفاوتة، والأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن. بدائع الصنائع جـ ٦: ٢٩، وانظر الهداية
 جـ ٣: ٢٤٣، وانظر المبسوط جـ ١١: ١٠٩ - ١١٠، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٢٦١، وانظر الجامع الصغير:
 ٤٣٠ - ٤٣١

(٤) - (من الدار): في أ، جـ وفي ب ساقطة منها

(٥) - لأن الشرط غير مفيد، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز. الهداية جـ ٣: ٢٤٣، وانظر
 بدائع الصنائع جـ ٦: ٢١٠

(٦) - لأن الدارين تتفاوتان في الحرز فكان مفيداً فيصح التقييد، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن
 كانت الدار التي في البيتين عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط. الهداية جـ ٣:
 ٢٣٤ - ٢٤٤، وانظر بدائع الصنائع جـ ٦: ٢١٠، وانظر الجامع الصغير: ٤٣١

(٧) - لأنه ما التزم حفظها إلا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له أن يحفظ في حرز غيره. بدائع الصنائع
 جـ ٦: ٢٠٩، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٢٦١

(٨) - لأنه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد، لأن الحفظ في المصر أكمل من الحفظ في السفر. بدائع الصنائع
 جـ ٦: ٢٠٩ - ٢١٠

وقالوا: المالك مخير بين تضمين الأول والثاني، فإن ضمن الأول لم يرجع على الثاني، وإن ضمن (الثاني يرجع) (١) على الأول (٢).
 وإن نهاه أن يسافر بها فسافر بها ضمن (٣).
 وإن خلطها بماله حتى لا يتميز ضمنها، وكذا إن خلط وديعتين عنده (٤)، فإن تميز بحيث يصل كل واحد إلى عين ماله فلا ضمان عليه (٥):
 وإن كان لا يتميز فلا سبيل لواحد منهما إلى ذلك وعلى الخالط ضمان مثله مكيلاً كان أو موزوناً.

(١) - (الثاني يرجع): في ب، ج وفي أ الثاني لم يرجع، وفي كتب الحنفية لم يوجد حرف لم في العبارة الثانية وهي، وإن ضمن الثاني رجع على الأول: انظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٧٢، وانظر الهداية ج٣: ٢٤٤
 (٢) - لهما: أن قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب، وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني، لأنه ملكه بالضمن فظهر أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول، لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة.

وله: أنه قبض المال من يد أمين، لأنه بالدفع لا يضمن مالم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما، فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملزم فيضمنه بذلك.

وأما الثاني: فيستمر على الحالة الأولى، ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره. الهداية ج٣: ٢٤٤، وانظر ملقى الأبحر ج٢: ١٤٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٨، وانظر تبيين الحقائق ج٥: ٨١ - ٨٢

(٣) - لأن التقيد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً. الهداية ج٣: ٢٤٢

(٤) - لأنه إذا كان لا يتميز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه إتلافاً فيضمن ويصير ملكاً بالضمن. بدائع الصنائع ج٦: ٢١٣، وانظر اللباب ج٢: ١٩٧، وانظر تبيين الحقائق ج٥: ٧٧ - ٧٨، وانظر المبسوط ج١١: ١١٠، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٦٠

(٥) - لتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه فهذه مجاورة وليست بخلط. المبسوط ج١١: ١١٠

وقالوا: إن شاء اقتسماه نصفين إن كان جميعاً دراهم أو دنانير أو حنطة أو شعير أو نحوها فإن كانت حنطة وشعيراً أو غيرهما من المكيل أو الموزون (واتفقا) (١) على البيع فإنهما يقتسمان الثمن بينهما (فياخذ) (٢) صاحب الحنطة ثمن الحنطة مخلوطة بالشعير، وصاحب الشعير ثمن الشعير غير (مخلوطة) (٣) بالحنطة (٤).

(١) - (واتفقا): في أ، ج وفي ب أو اتفقا

(٢) - (فياخذ): في ب، ج وفي أ لا يأخذ

(٣) - (مخلوطة): في ب، ج وفي أ مخلوط

(٤) - وجه قولهما: أن الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول إليها بعارض الخلط فإن شاء

اقتسما لاعتبار جهة القيام وإن شاء ضمنا لاعتبار جهة العجز.

وجه قول أبي حنيفة: أنه لما خلطها خلطاً لا يتميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع بالمخلوط فكان

الخلط منه إتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن، ولهذا يثبت اختيار التضمن عندهما، واختيار التضمن

لا يثبت إلا بوجود الإتلاف دل أن الخلط منه وقع إتلافاً.

وكذا إن خلط الحنطة بالشعير فيضمن عند أبي حنيفة، لأن الخلط إتلاف، وعندهما لهما أن يأخذ العين

ويبيهاها ويقتسما الثمن على قيمة الحنطة، مخلوطاً بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لأن قيمة

الحنطة تنقص بخلط الشعير وهو يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير،

لأن قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة، وتلك الزيادة ملك فلا يستحقها صاحب الشعير. بدائع الصنائع ج٦:

٢١٣، وانظر الهداية ج٣: ٢٤٠ - ٢٤١، وانظر ملثقى الأبحر ج٢: ١٤٤، وانظر تبين الحقائق ج٥:

٧٧ - ٧٨ وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٧٤

وإن اختلطت الوديعة بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها(١).
 وإن طلب (صاحب)(٢) الوديعة (الوديعة)(٣) فحبسها عنه وهو قادر على تسليمها
 ضمن(٤)، وكذا إن جاء إنسان فقال: أرسلني إليك صاحبها لتدفعها إلي فدفعها إليه، وأنكر
 الغائب وقد مرّ تفصيل رجوعه في الوكالة(٥).

(١)- كما إذا انشق الكيسان فاختلفا، لأنه لا يضمنهما لعدم الصنع منه فبشركان وهذا بالاتفاق. الهداية
 ج٣: ٢٤١، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢١٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٤٤، وانظر تبين الحقائق
 ج٥: ٧٨

(٢)- (صاحب): في أ، ج وفي ب صاحب المودع

(٣)- (الوديعة): في أ وساقطة من ب، ج

(٤)- لقوله تعالى: «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها». النساء / ٥٨

وهنا يضمن إن كانت لرجل واحد، وأما إن كانت مشاعاً فعند أبي حنيفة لم يؤمر بالرد حتى يحضر
 الغائب، وعندهما يقسم ذلك ويدفع إليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلاخلاف. بدائع
 الصنائع ج٦: ٢١٠، وانظر اللباب ج٢: ١٩٧، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٧٧، وانظر خزانة الفقه ج١:
 ٢٦٠

(٥) لأنه أقر له بمال الغير بخلاف الدين. الهداية ج٣: ١٦٩

وإذا أنفق المودع بعضها وكانت دراهم أو دنانير ضمن ما أنفق، ولا ضمان عليه فيما بقي (١)

وإن أخذها لينفقها ثم بدا له فردها فضاعت فلا ضمان عليه (٢)، وإن أنفق بعضها ثم رد مثله وخلط بالباقي ضمن الجميع (٣).

(وإذا) (٤) تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها، أو ثوباً فلبسه، أو عبداً فاستخدمه، أو (أودعها) (٥) غيره ثم زال التعدي وردها إلى يده زال الضمان (٦).

(١) - لأنه لم يوجد منه إلا إتلاف قدر ما أنفق، ولو ردّ مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود إتلاف الكل منه، النصف بالإتلاف، والنصف الباقي بالخلط إتلافاً على ما بينا. بدائع الصنائع ج٦: ٢١٣، وانظر الهداية ج٣: ٢٤١، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٧٨، وانظر المبسوط ج١١: ١١١.

(٢) - لأن نفس الأخذ ليس بإتلاف ونية الإتلاف ليست بإتلاف فلا توجب الضمان. بدائع الصنائع

ج٦: ٢١٣

(٣) - انظر بيان ذلك تحت رقم (١)

(٤) - (وإذا): في أ، ب وفي جـ وإن

(٥) - (أودعها): في أ، ب وفي جـ أدها

(٦) - لأن الأمر باق لإطلاقه، وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه، فإذا ارتفع عاد حكم العقد، كما

إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الردّ إلى نائب المالك. الهداية ج٣:

٢٤١ وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٤٤، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢١١-٢١٢، وانظر تبين الحقائق ج٥:

٧٨ -- ٧٩.

فإن (طلبها) (١) صاحبها فجعلها ضمنها، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ من الضمان (٢) وللمودع أن يسافر بالوديعة، وإن كان (له) (٣) حمل ومؤنة، إذا لم ينه صاحبها (٤). وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه منها (لم) (٥) يدفع إليه شيئاً حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة.

(١) - (طلبها): في ب، ج، وفي أ طحتها

(٢) - لأنه لما طالبه بالردّ فقد عزل عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع منه فيضمنها، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ من الضمان لارتفاع العقد إذ المطالبة بالردّ رفع من جهته والجهود فسخ من جهة المودع كجهود الوكيل الوكالة، وجهود أحد المتماقدين البيع فتمّ الرفع، أو لأن المودع يتفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضوره الموكل، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الردّ إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثمّ العود إلى الوفاق.

ولو جعلها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافاً لزفر، لأن الجهود عند غيره من باب الحفظ، لأن فيه قطع طمع الطامعين، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الأمر، بخلاف ما إذا كان بحضوره. الهداية ج٣: ٢٤٢، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٧٩، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢١٢

(٣) (له): في ب، ج، وفي أ معه

(٤) - وقالوا: ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة، ووجه نظرهما: أنه تلزمه مؤنة الردّ فيما له حمل ومؤنة، والظاهر أنه لا يرضى به فتقيد.

ولأبي حنيفة: إطلاق الأمر، والمغازاة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً، ولهذا يملك الأب والوصي في مال الصبي. الهداية ج٣: ٢٤٢، وانظر اللباب ج٢: ١٩٨، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٧٩

(٥) - (لم): في أ، ب، وفي ج ولم

وقالا: يدفع إليه نصيبه(١).

وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما (يقتسمانه)(٢) فيحفظ كل واحد منهما نصفه، فإن كان مما لا يقسم جاز أن (يحفظه)(٣) أحدهما بإذن الآخر(٤).

وإذا سلم أحدهما إلى الآخر(٥) (جميعها)(٦) فيما يقسم فتوى(٧) (عنده)(٨) ضمن عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يضمن.

وكذا أحد المرتهين في الرهن (الواحد)(٩) وأحد الوكيلين في المال على هذا الخلاف(١٠).

(١) لهما: أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف، ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه.

ولأبي حنيفة: أنه طالبه بدفع نصيب الغائب، لأنه يطالبه بالمفروض وحقه في المشاع، والمفروض المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالتسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع، بخلاف الدين المشترك، لأنه يطالبه بتسليم حقه، لأن الديون تقضى بأمثالها . الهداية ج٣: ٢٤٢-٢٤٣، وانظر المسوط ج١١: ١٢٣، وانظر اللباب ج٢: ١٩٩.

(٢) (يقتسمانه): في أ، ب وفي ج يقتسمانه

(٣) (يحفظه): في ب، ج وفي أ يخلطه

(٤) وقالوا: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين، لهما: أنه رضي بأمانتهما فكان نكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمته كما فيما لا يقسم.

ولأبي حنيفة: أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله، لأن الفعل متى اضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئة تناول البعض دون الكل فوق التسليم الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض، لأن مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم، لأنه كما أودعها ولا يمكنها الاجتماع عليه أثناء الليل والنهار وأمكنهما المهابة كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال. الهداية ج٣: ٢٤٣، وانظر اللباب ج٢: ١٩٩، وانظر تبيين الحقائق ج٥: ٨٠.

(٥) (وإذا سلم أحدهما إلى الآخر): في ب، ج وساقطة من أ

(٦) (جميعها): في ج وفي أ، ب جميعاً.

(٧) فتوى: أي هلك. المصباح المنير: ٣١

(٨) (عنده): في ب، ج وفي أ عند

(٩) (الواحد): في ج وساقطة من أ، ب

(١٠) انظر تحت رقم (٤) حيث يقول: وكذا الجواب عنده في المرتهين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر.

وقالا: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين. الهداية ج٣: ٢٤٣.

(وإن) (١) ادعى المودع هلاك الوديعة، أو ردها، أو جحدتها فالقول له مع يمينه، وكذا في قيمتها (ومقدارها) (٢) وصفتها (٣).

فإن ادعى هلاكها بعد قيام البينة لم يبرأ من الضمان (٤)، وإن ادعى أنها هلكت قبل جحدده إياها حلف القاضي المودع بالله ما يعلم أنها هلكت قبل الجحدود، فإن حلف لزم المودع ضمان الوديعة وإن نكل برىء من ضمانها، وكذا الجواب في العارية (٥).

(١) - (وإن): في أ، ج وفي ب وإذا

(٢) - (ومقدارها): في أ، ب وفي ج في مقدارها

(٣) - لأن المالك يدهي على الأمين أمراً حارصاً هو التمدي، والمودع مستصحب لمال الأمانة فكان متمسكاً بالأصل فكان القول قوله، لكن مع اليمين، لأن التهمة قائمة فيستحلف دفناً للتهمة. بدائع الصنائع ج٦:

٢١١

(٤) - لأن العقد لما ظهر بالحجة فقد ظهر ارتفاعه بالجحدود أو عنده، لأن المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ، والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقي مال الغير في يده بغير إذنه فيكون مضموناً عليه، فإذا هلك تقرر الضمان. بدائع الصنائع ج٦: ٢١٢

(٥) لأن الأصل في باب الاستحلاف أن الذي يستحلف عليه لو كان أمراً لو أقر به الحالف للزمه، فإذا أنكر يستحلف وهنا كذلك، لأن المالك لو أقر بالهلاك قبل الجحدود لقبيل منه ويسقط الضمان عن المودع، فإذا أنكر يستحلف، لكن على العلم، لأنه يستحلف على فعل غيره، وهذا إذا جحد حال حضرة المالك. بدائع الصنائع

ج٦: ٢١٢

وإن قال: لم تودعني شيئاً ثم قال: أودعنتي، ولكنها هلكت لم يصدق (١).
 (وإذا) (٢) كان في يده ألف ادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه فأبى أن
 يحلف لهما، فالألف بينهما، وعليه ألف أخرى بينهما (٣).
 وإذا مات المودع ولم تعرف الوديعة بعينها وهي متحققة عنده فهي دين في تركته
 (ويحاصص) (٤) صاحبها غرماء الصحة فيكون كأحدهم (٥).
 (والله تبارك وتعالى أعلم) (٦) (اللهم اختم بخير) (٧)

(١) - واختلف المتأخرون فيما إذا قال: ابتداءً لا أدري كيف ذهبت فمنهم من يقول هو ضامن لها، لأنه
 جعلها بما قال، والمودع بالتجهيل يصير ضامناً بخلاف ما إذا قال: ذهبت ولا أدري كيف ذهبت، لأنه بقوله
 ذهبت يخبر بهلاكها وكففيه هذا المقدار فلا معتبر بعد ذلك بقوله لا أدري كيف ذهبت والأصح أنه يصير
 ضامناً، لأنه مخبر بهلاكها محترز عن الكذب. المبسوط ج١١: ١١٣، ١١٧

(٢) - (وإذا): في ب، ج، وفي أ فإذا

(٣) - وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث
 ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين، وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعدد الجمع بينهما وعدم
 الأولوية، ولو تشاحا أقرع بينهما تطيباً لقلبيهما ونفياً لتهمة الميل، ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني، فإن
 حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة، وإن نكل أعني للثاني يقضي له لوجود الحجة، وإن نكل للأول يحلف
 للثاني، ولا يقضي بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به.
 أما النكول فإنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فيكشف وجه القضاء، ولو نكل
 للثاني أيضاً يقضي بها بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة، كما إذا أقام البيعة، ويفرم ألفاً أخرى بينهما، لأنه
 أوجب الحق لكل واحد منهما بذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه، وبالصرف إليهما صار قاضياً نصف حق
 كل واحد منهما بنصف الآخر فيفرمه، ولو قضى القاضي للأول حين نكل ذكر الإمام البيهقي في شرح الجامع
 الصغير أنه يحلف للثاني، فإذا نكل يقضي بها بينهما، لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني، لأنه يقدمه إما
 بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني.

وذكر الخصاص: أنه ينقل قضاؤه للأول ووضع المسألة في العبد، وإنما نقل لمصادفته محل الاجتهاد، لأن من
 العلماء من قال: يقضي للأول ولا ينتظر لكونه إقراراً دلالة، ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي، لأن نكوله
 لا يفيد بعد ما صار للأول.

وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه؟

قال: ينبغي أن يحلفه عند محمد، خلاف أبي يوسف بناءً على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى
 غيره بضمنه عند محمد خلافاً له، وهذه فريضة تلك المسألة. الهداية ج٣: ٢٤٤ - ٢٤٥، وانظر تبين الحقائق
 ج٥: ٨٢ - ٨٣، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢١٠ - ٢١١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٤٦، وانظر
 المبسوط ج١١: ١٣١، وانظر الجامع الصغير: ٤٣٠

(٤) - (ويحاصص): في ج، وفي أ، ب ويحاص

ونحاص الغرماء: اقتسموا المال بينهم حصصاً. المصباح المنير: ٥٣

(٥) - فالوارث خصم في طلب الوديعة، لأنه خليفة المورث قائم مقامه بعد موته، فإن كان على الميت دين
 وله وصي فينبغي للمستودع أن يدفع الوديعة إلى الوصي، لأنه قائم مقام الوصي بعد موته، فأما الوارث فإنما
 يخلف المورث بشرط فراغ الشركة عن حق الغرماء لأن حق الغرماء مقدم على حق الوارث، فلماذا كان له أن
 يدفعها إلى الوصي لبيعها فيقضي الدين ثم يدفع ما بقي إلى الوارث. المبسوط ج١١: ١٣٠ - ١٣١

(٦) - (والله تبارك وتعالى أعلم): في ج، وساقطة من أ، ب

(٧) - (اللهم اختم بخير): في أ، ب وساقطة من ج

كتاب الشركة (١)

وهي على ضربين: شركة أملاك وشركة عقود.
 فشركة الأملاك: العقار (أو العين) (٢) (يرثانه) (٣) الرجلان (أو يشترياه) (٤)، فلا يجوز لأحدهما التصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه، وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي (٥).
 وشركة العقود على أربعة أوجه: مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه (٦).

(١)- الشركة في اللغة: شركته في الأمر إذا صرت له شريكاً، وشركه في الأمر: كان لكل منهما نصيب منه، واشترك الأمر: اختلط والتبس. المعجم الوسيط ج١: ٤٨٣، وانظر المصباح المنير: ١١٨، ومختار الصحاح: ٣٣٦

والشركة بمعناها العام الاصطلاحي: «اختصاص اثنين فأكثر بمحل واحد». الباب في شرح الكتاب ج٢: ١٢١

والأدلة على جوازها: أ- ما رواه السائب، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كنت شريكاً في الجاهلية، فكنت خير شريك، لا تداريني ولا تماريني». ابن ماجه ج٢: ٧٦٨، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٣: ٤٧٤

ب- ما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن الله يقول أنا ثالث الشريكين، ما لم يكن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما» أبو داود ج٣: ٢٥٦، وانظر تخريجه بنصب الراية ج٣: ٤٧٤ - ٤٧٥

ج- ولأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فأقرهم عليها. الهداية ج٣: ٣، وانظر المبسوط ج١١: ١٥١، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٥٨.

(٢)- (أو العين): في ب، ج، وفي أ والعين

(٣)- (يرثانه): في ب، وفي أ، ج يرثان

(٤)- (أو يشترياه): في أ، ج، وفي ب ويشترياه

(٥)- وهي نوعان: ثابت بغير فعلهما كالميراث، وثابت بفعلهما وذلك بقبول الشراء أو الصدقة أو الوصية، والحكم واحد وهو أن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركاً بينهما. بقدر الملك، وكل واحد منهما بمنزلة الأجنبي في التصرف في نصيب صاحبه. المبسوط ج١١: ١٥١، وانظر الشركات د. الخياط ج١: ٣٨، وانظر الهداية ج٣: ٣، وانظر تبيين الحقائق ج٥: ٣١٣، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٥، واللباب ج٢: ١٢١، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٩٣-٢٩٤

(٦) انظر الهداية ج٣: ٣، وانظر المبسوط ج١١: ١٥١، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ١٥٥، وانظر

اللباب ج٢: ١٢٢، وانظر الشركات. د. خياط ج١: ٤١، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٤

وذكر بعضهم أنها على ثلاثة أوجه: شركة الأموال وشركة الأعمال وشركة الوجوه (١).
ويدخل في كل واحد منها شركة المفاوضة، وشركة العنان، فمتى تساويا فهما
(شريكا) (٢) مفاوضة (٣)، وإن تفاوتتا عنان وهذا (قريب) (٤) من الأول (٥).

(١) - وهذا رأي الإمام السمرقندي في تحفة الفقهاء حيث يقول: «وأما شركة العقود: فعلى ثلاثة أوجه:
شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه، ويدخل في كل واحد منها شركة العنان وشركة المفاوضة»
ج٣: ٥

(٢) - (شريكا): في أ، ج وفي ب شريكان

(٣) - لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ
هي من المساواة، فلا بدّ من تحقيق المساواة ابتداءً وانتهاءً، وذلك في المال، والمراد به ما تصح الشركة فيه، ولا
يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه، وكذا في التصرف، لأنه لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملك الآخر لفات
التساوي، وكذلك في الدين. الهداية ج٣: ٣ - ٤، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٩، وانظر اللباب ج٢:
١٢٢، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٥٨، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ١٥٦ - ١٥٨، وانظر المبسوط
ج١١: ١٥٢، وانظر تبين الحقائق ج٣: ٣١٣ - ٣١٤.

(٤) - (قريب): في ب، ج وفي أ أقرب

(٥) - فلا يشترط فيها أهلية الكفالة، ولا المساواة بين رأسي المال، ولا أن يكون في عموم التجارات بل
يجوز أن يكون عاماً وخاصاً. بدائع الصنائع ج٦: ٦٢، وانظر اللباب ج٢: ١٢٥، وانظر المبسوط ج١١:
١٥١ - ١٥٢، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٧، وانظر تبين الحقائق ج٣: ٣١٧ - ٣١٨، وانظر الهداية ج٣:

فصل

وشركة المفاوضة: أن يشترك رجلان يتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما(١).
فتجوز بين الحرين المسلمين البالغين(٢).
ولا تجوز بين الحر والعبد، ولا بين الصبي والبالغ(٣)، ولا بين المسلم والكافر(٤).
وتنعقد (على)(٥) (الوكالة والكفالة)(٦) فيما يشتره كل واحد منهما يكون على الشركة
إلا طعام أهله وكسوتهم(٧)، وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما تصح فيه
الاشتراك فالآخر ضامن له(٨).

- (١)- انظر تفصيل ذلك في ص: ٤١٩ رقم ٣
(٢)- وذلك لتساويهما في أهلية الكفالة، وأهلية سائر التصرفات. تحفة الفقهاء ج٣: ٨
وانظرتبيين الحقائق ج٣: ٣١٤، وانظر الهداية ج٣: ٤، وانظر اللباب ج٢: ١٢٢، وانظر بدائع
الصنائع ج٦: ٦٠ - ٦١، وانظر شرح فتح القدير ج٦: ١٥٨ - ١٥٩، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٥.
(٣)- لانعدام المساواة، لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة، والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن
المولى، والصبي لا يملك الكفالة، ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي. الهداية ج٣: ٤، وانظر شرح فتح القدير
ج٦: ١٥٩، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٩، وانظر اللباب ج٢: ١٢٢، وانظر تبيين الحقائق ج٣: ٣١٥
(٤)- وهذا قول أبي حنيفة ومحمد: لأنه لا تساوي في التصرف، فإن الدمي لو اشترى براس المال خموراً
أو خنازير صح، ولو اشترها مسلم لا يصح.
وقال أبو يوسف: يجوز التساوي بينهما في الوكالة والكفالة، ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما
كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي، فإنها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية إلا أنه يكره، لأن الدمي
لا يهتدي إلى الجائز من العقود. الهداية ج٣: ٤، وانظر اللباب ج٢: ١٢٢، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٩
وانظر تبيين الحقائق ج٣: ٣١٤ - ٣١٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٦١، وانظر شرح فتح القدير ج٦:
١٥٩، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٩٥.
(٥)- (على): في ب، ج وفي أ في
(٦)- (الوكالة والكفالة): في ب، ج وفي أ الوكالة والحوالة والكفالة
أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال، وأما الكفالة: فلتحقق المساواة فيما هو من مواجب
التجارات وهو توجيه المطالبة ونحوهما جميعاً. الهداية ج٣: ٤
(٧)- وكذا كسوته، وكذا الإدام، لأن مقتضى العقد المساواة، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في
التصرف، وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناءه في الكتاب، وهو استحسان، لأنه مستثنى من المفاوضة
للضرورة فإن الحاجة الراتبية معلومة الوقوع، ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله، ولا بد من
الشراء فيختص به ضرورة.
والقياس أن يكون على الشركة. الهداية ج٣: ٥، وانظر تبيين الحقائق ج٣: ٣١٥، وانظر تحفة الفقهاء
ج٣: ١٠، وانظر اللباب ج٢: ١٢٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٥.
(٨)- تحقيقاً للمساواة مما يصح فيه الاشتراك: الشراء، والبيع، والاستحجار، ومن القسم الآخر: الجناية،
والنكاح، والخلع، والصلح عند دم العمد، وعن النفقة. الهداية ج٣: ٥، وانظر تبيين الحقائق ج٣: ٣١٥،
وانظر اللباب ج٢: ١٢٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٥.

وإن ورث أحدهما ما لا تصح فيه الشركة، أو وهب له (ووصل) (١) إلى يده بطلت
المفاوضة وصارت شركة عنان (٢).
ولا تعتقد الشركة إلا بالدرهم أو الدينير أو الفلوس الناقفة (٣)، ولا يجوز (بما) (٤) سوى
ذلك إلا أن يتعامل الناس بها كالتيبر والنقرة (٥).
ويجوز أن يشتركا ومن أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم في المشهور من الرواية.
وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز (٦).

(١) - (ووصل): في ب، ج وفي أ أو وصل

(٢) - لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال، إذ هي شرط فيه ابتداءً وبقاءً، وهذا، لأن الآخر لا يشاركه
فيما أصابه لانعدام السبب في حقه إلا أنها تنقلب عناناً للإمكان فإن المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم
الابتداء لكونه غير لازم.

الهداية ج٣: ٥ - ٦، اللباب ج٢: ١٢٣ - ١٢٤، وانظر تبين الحقائق ج٣: ٣١٧، وانظر شرح فتح
القدر ج٦: ١٦٤، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٥.

(٣) - لأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن، لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان، فما
يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يملك، وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدينير، لأن
ثمن ما يشتريه في ذمته، إذ هي لا تتعبن فكان ربح ما يضمن، ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي
التقود الشراء، وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز، وشراء أحدهما شيئاً بماله على
أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز.

أما الفلوس الناقفة: فلأنها تروج رواج الأثمان فألحقت بها، وقالوا هذا قول محمد، لأنها ملحقة بالتقود
عنده، وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف: فلا تجوز الشركة والمضاربة بها، لأن ثمنيتها تتبدل ساعه فساعة،
وتصير سلعاً، وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد والأول أقيس وأظهر. الهداية ج٣: ٦، وانظر تبين
الحقائق ج٣: ٣١٦، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٥٩، وانظر شرح فتح القدير
ج٦: ١٦٧ - ١٧٠، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٥.

(٤) - (بما): في ب وفي أ، ج بما

(٥) - والتيبر: ما كان من الذهب غير مضروب. المصباح المنير: ٢٨

والنقرة: القطعة المداية من الفضة. المصباح المنير: ٢٣٧

والعلة في ذلك: للتعامل، ففي كل بلدة جرى التعامل بالمبايعة بالتيبر والنقرة فهي كالنقود لا تتعبن بالتقود
وتصح الشركة فيه، ونزل التعامل باستعماله ثمناً منزلة الضرب المخصوص. اللباب في شرح الكتاب ج٢:
١٢٥، وانظر تبين الحقائق ج٣: ٣١٧، وانظر الهداية ج٣: ١٦، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٦، وانظر بدائع
الصنائع ج٦: ٥٩، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٥.

(٦) - وجه هذه الرواية: أنه عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة، لأن القيمة تعرف بالحزر
والظن، وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة، لأنها من جنس الأثمان
فكانت المجانسة ثابتة في الثمنية. بدائع الصنائع ج٦: ٦١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٦، وانظر اللباب في
شرح الكتاب ج٢: ١٢٦

- ولا تجوز الشركة بدين، ولا بجال غائب(١).
 وإن أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم
 (عقدا)(٢) الشركة(٣).
 ولا تكون شركة المفاوضة حتى يقولوا لفظاً تفاوضنا أو اشترطنا مفاوضة أو (ما)(٤) في
 معناه(٥).
 ولا تصح إذا كان لأحدهما شيء من تجارة أو صناعة (أو ضمان)(٦) دون شريكه(٧).
 ويجوز إقرار المفاوض على شريكه(٨).

- (١)- لأن من شروطها: أن يكون رأس مال الشركة عيناً حاضراً لا ديناً ولا مالاً غائباً فإن كان لا تجوز
 عناناً كانت أو مفاوضة، لأن المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف، ولا يمكن في الدين ولا المال
 الغائب فلا يحصل المقصود. بدائع الصنائع ج٦: ٦٠، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٥-٦.
 (٢)- (عقدا): في ب وفي أ، جـ عقد
 (٣)- لأن العروض لا تصلح رأس مال الشركة، وتأويله إذا كان قيمة متاعهما على السواء، ولو كان بينهما
 تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة. الهداية ج٣: ٧، وانظر تبين الحقائق ج٣: ٣١٧،
 وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٦، وانظر اللباب ج٢: ١٢٥، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٥
 (٤)- (ما): في أ، جـ وساقطة من ب
 (٥)- لبعده شرائطها عن فهم العوام، حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز، لأن المعتبر هو المعنى واللفظ
 وسيلة إلى إفهامه. شرح فتح القدير ج٦: ١٥٨، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٦٢
 (٦)- (أو ضمان): في جـ وفي أ، ب وضمان
 (٧)- لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة، وهو المساواة. بدائع الصنائع ج٦: ٦١
 (٨)- لأن كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر فيلزم المقر بإقراره، ويلزم شريكه بكفالاته. بدائع الصنائع ج٦: ٧٢.

وإذا استهلك أحدهما شيئاً ولزمه غرمه كان الآخر ضامناً(١).
 (ويجوز)(٢) لكل واحد منهما أن يرهن ويترهن(٣).
 وإذا أذن أحدهما صاحبه أن يشتري جارية من مال الشركة (ويطأها)(٤) ففعل فهي له
 بغير شيء.
 وقالوا: يضمن نصف الثمن(٥).

-
- (١)- لأنه يعتبر فيها المساواة في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك. بدائع الصنائع ج٦: ٥٨
 (٢)- (ويجوز): في أ، ج وفي ب لا يجوز
 (٣)- لأن الرهن هو إيقاع، والارتهان استيفاء وكل واحد منهما يملك بالإيقاع والاستيفاء فيما عقده
 صاحبه. بدائع الصنائع ج٦: ٧٤
 (٤)- (ويطأها): في أ، ب وفي ج ويطأها
 (٥)- وجه قولهما: أن الحاجة إلى الوطء متحققة فتلحق بالحاجة إلى الطعام والكسوة، فإذا اشتراها لنفسه
 خاصة وقعت له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد نقد ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه
 شريكه بالنصف.
 ولأبي حنيفة: أن الأصل في كل ما يحتمل الشركة إذا اشتراه أحد الشريكين أن يقع المشتري مشتركاً بينهما
 من غير إذن جديد من الشريك بالشراء إلا فيما فيه ضرورة وهو ما لا بد منه من الطعام والشراب والكسوة،
 ولا ضرورة في الوطء فوق المشتري على الشركة بالإذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة إلى إذن آخر فلم
 يكن الإذن الجديد من الشريك لوقوع المشتري على الشركة، لأنه وقع على الشركة بدونه فكان للتملك. بدائع
 الصنائع ج٦: ٧٤، وانظر الهداية ج٣: ١٣ - ١٤

فصل

وشركة العنان تصح مع التفاضل في المال (١)، وأن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح (٢)، وأن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض (٣).
ويكره للمسلم أن يشارك مع الذمي شركة عنان، فإن فعل جاز (٤).

(١) وهنا مع التساوي في الربح لأنها لا تقتضي المساواة، وكذلك للحاجة إليه، وليس من قضية اللفظ المساواة. انظر اللباب في شرح الكتاب ج٢: ١٢٥، وانظر الهداية ج٣: ٧، وانظر المبسوط ج١١: ١٥٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٦

(٢) لأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة، وقد يكون أحدهما أحلق وأهدى، أو أكثر حملاً وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل.

وقال زفر والشافعي: لا يجوز، لأن التفاضل يؤدي إلى ربح مالم يضمن.

انظر اللباب ج٢: ١٢٥، وانظر الهداية ج٣: ٧ - ٨، وانظر المبسوط ج١١: ١٥٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٦.

(٣) - لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه، إذ اللفظ لا يقتضيه.

الهداية ج٣: ٨، اللباب ج٢: ١٢٥، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٦.

(٤) - لأن هله الشركة تقتضي الوكالة في التصرف عن كل واحد منهما لصاحبه، والتوكيل صحيح. تحفة

الفقهاء ج٣: ٧.

ولا بأس مع العبد والصبي (المأذونين) (١) والمرأة (٢).
وتتعقد هذه الشركة على الوكالة دون الكفالة، ولا تعقد إلا بما بينا أن المفاوضة تعقد به
من النقود (٣).
وما اشتراه كل واحد منهما طولب بشمته دون الآخر (٤)، ثم يرجع على شريكه بحصته
منه (٥).
وإذا هلك مال الشركة، أو أحد المالكين قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة (٦).

(١) - (المأذونين): في أ، ج وفي ب المأذون بهن.

(٢) - لأنه لا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون

والمكاتب. بدائع الصنائع ج٦: ٦٢، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٧

(٣) - وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده، ولا تعقد على الكفالة، لأن اللفظ مشتق من الاعراض يقال

عن له: أي عرض، وهذا لا ينشأ عن الكفالة، وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ. الهداية ج٣:

٧، وانظر اللباب ج٢: ١٢٥، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٦.

(٤) - لأنه يتضمن الوكالة دون الكفالة، والوكيل هو الأصل في الحقوق. الهداية ج٣: ٨، وانظر المبسوط

ج١١: ١٥٢، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٦.

(٥) - إي إذا أدى من مال نفسه، لأنه وكيل من جهته في حصته، فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه، فإن

كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعلية الحجة، لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر، وهو ينكر، والقول للمتنكر

مع يمينه. الهداية ج٣: ٨، واللباب ج٢: ١٢٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٦.

(٦) - لأنها تعينت بهذين المالكين، فإذا هلكا فوات المحل، وبهلاك أحدهما بطل في الهالك لعدمه، وفي

الآخر، لأن صاحبه لم يرض أن يعطيه شيئاً من ربح ماله. اللباب ج٢: ١٢٦، وانظر الهداية ج١: ٨-٩،

وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٦.

وإن اشترى أحدهما وهلك مال الآخر بعده فالمشترى بينهما على ما (شرطاً) (١)، ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه (٢).

وتجوز الشركة وإن لم يخلطاً المال، وكذا في المفاوضة (٣).

وإن تساويا في شركة العنان وشرطاً أن يعملوا ولأحدهما زيادة ربح على رأس ماله جاز (٤)، وإن (شرطاً) (٥) العمل على أحدهما على أن يكون له زيادة ربح على رأس ماله جاز أيضاً، ويكون مال صاحبه في يده كالبيع (٦)، وإن شرطاً الفضل لمن لا يعمل لا

(١) - (شرطاً): في أ، جـ وفي ب شرط

لأن الملك حين وقع وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء، فلا يتغير الحكم بهلاك المال الآخر بعد ذلك، ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافاً للحسن بن زياد حتى إن أيهما باع جاز يبعه، لأن الشركة قد تمت في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامهما. الهداية جـ ٣: ٩، وانظر الباب جـ ٢: ١٢٦، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٢٩٦

(٢) - لأنه اشترى نصفه بوكاته، ونقد الثمن من مال نفسه. الهداية جـ ٣: ٩، وانظر الباب جـ ٢: ١٢٧،

وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٢٩٦

(٣) - لأن الشركة مستندة إلى العقد دون المال، فلم يكن الخلط شرطاً.

ويرى الإمام زفر عدم جواز الشركة إن لم يخلطاً المال، لأن الربح فرع المال. انظر الباب جـ ٢: ١٢٧، والهداية جـ ٣: ٩-١٠، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٢٩٦.

(٤) - لأنه عامل في ماله، وربحه له، وعامل في مال شريكه، يبعض ربحه والربح يستحق بالعمل. تحفة

الفقهاء جـ ٣: ٧-٨.

(٥) - (شرطاً): في أ، جـ وفي ب شرط

(٦) - لأنه يجوز أن يكون له زيادة حذاقة، فيكون الربح بزيادة العمل. تحفة الفقهاء جـ ٣: ٧

- يجوز، وله مثل ربحه خاصة (١).
 ولا يستحق الربح إلا بمال أو عمل (٢)
 ولا تصح الشركة (إذا) (٣) شرطا لأحدهما دراها من الربح (٤).
 ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يوضع المال (٥)، ويدفعه مضاربة (٦)،
 ويوكل من يتصرف فيه (٧) ويده في المال يد أمانة (٨).
 ويجوز (لشريكي) (٩) العنان أن يبيعا بالنقد والنسيئة (١٠).

- (١)- فإن شرطاه على الذي شرطاً له فضل الربح جاز، والربح بينهما على الشرط، وإن شرطاه على أقلهما ربحاً لم يجز، لأن الذي شرطاً له الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان، وقد بينا أن الربح لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء الثلاثة. وإن شرطاً العمل على صاحب الأكثر لم يجز، لأن زيادة الربح في حق صاحب الأقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان. بدائع الصنائع ج٦: ٦٣
- (٢)- لأن الربح نماء رأس المال فيكون للمالكه، وأما بالعمل فإن المضارب يستحق الربح بعمله، فكذا الشريك. بدائع الصنائع ج٦: ٦٢
- (٣)- (إذا): في ج وفي أ، ب إلا إذا
- (٤)- لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما. الهداية ج٣: ١٠، وانظر اللباب ج٢: ١٢٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٦.
- (٥)- لأنه معتاد في عقد الشركة، ولأن له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه، وكذا له أن يودعه، لأنه معتاد، ولا يجد التاجر منه بدأ. الهداية ج٣: ١٠، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٦٨، وانظر اللباب ج٢: ١٢٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٦
- (٦)- لأنه دون الشركة فتضمنها، وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك، لأنه نوع شركة، والأصح هو الأول وهو رواية الأصل، لأن الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر، بل أولى، لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها، لأن الشيء لا يستتبع مثله. الهداية ج٣: ١٠، اللباب ج٢: ١٢٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٦.
- (٧)- لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة. الهداية ج٣: ١٠، وانظر اللباب ج٢: ١٢٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٦.
- (٨)- لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة، فصار كالوديعة. الهداية ج٣: ١٠، وانظر اللباب ج٢: ١٢٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٦.
- (٩)- (لشريكي): في أ وفي ب، ج لشريك
- (١٠)- لأن الإذن بالبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقاً، ولأن الشركة تنعقد على عادة التجار، ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة. بدائع الصنائع ج٦: ٦٨، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٨.

ويودع المال (١)، ويهرن ويرتهن (٢) (ولا يهب) (٣) ولا يقترض (٤).
وما لزم أحدهما من أجره استأجر في تجارتهما، أو دين أقر به فهو لازم له خاصة،
ثم يرجع على شريكه بحصته إن كان معروفاً، وإن لم يكن معروفاً لا يصدق على شريكه إذا
أنكره (٥).

وحقوق العقد ترجع إلى العاقد لا إلى شريكه.
وإذا كان لأحدهما ألف وللآخر ألفان فاشترط أن يكون الربح والرضيعة نصفين فهو فاسد (٦)،

(١)- لأن الإيداع من عادة التجار، ومن ضرورات التجارة أيضاً، لأنه لا بد للتاجر منه، لأنه يحتاج إلى
ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة، لأن له أن يستحفظ المودع بأجر فيغير أجر أولى. بدائع الصنائع ج٦:
٦٨-٦٩.

(٢)- لأن الرهن إبقاء الدين، والارتهان استيفاءه، وأنه يملك الإبقاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان.
بدائع الصنائع ج٦: ٧٠

(٣)- (ولا يهب): في ب، ج، وساقطة من أ

ولأن الهبة تبرع فلا تصح. انظر بدائع الصنائع ج٦: ٧١

(٤)- لأن هذا من باب التبرع وليس من جنس التجارة. تحفة الفقهاء ج٣: ٩

(٥)- لأن الإقرار حجة قاصرة فلا يصدق في إيجاب الحق على شريكه. بدائع الصنائع ج٦: ٧٢، ٧٦،

وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٢٠

(٦)- لأن الوضيعة هلاك جزء من المال فكان صاحب الألفين شرط ضمان شيء مما يهلك من ماله على
صاحبه وشرط الضمان على الألفين فاسد، ولكن لا يبطل بهذا أصل العقد، لأن جواز الشركة باعتبار الوكالة،
والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وإنما تفسد الشروط وتبقى الوكالة فكذلك هذا، فإن عملاً على هذا فوضعا
فالوضيعة على قدر رؤوس أموالهما، لأن الشرط بخلافه كان باطلاً. المبسوط ج١١: ١٥٨

ولا تكون الوضیعة، إلا (على) (١) قدر رأس المال، فإن عملاً على هذا فالربح بينهما على ما شرطاً، والوضیعة على قدر رأس المال (٢).
والشريكان أمينان يقبل قول (كل واحد منهما على) (٣) صاحبه فيما يدعيه من ضیاع المال مع يمينه (٤).
ولكل واحد من الشريكين فسخ الشركة فيما (لو) (٥) كان المال عيناً فإن (كان) (٦) عروضاً لم يكن له ذلك (٧).
وليس لصاحبه بعد علمه بالفسخ صرف (المال) (٨) في شيء من التجارة، ومالم يعلم بفسخ صاحبه كانت الشركة على حالها (٩).
وإن مات أحد الشريكين انفسخت الشركة علم الآخر به أو لم يعلم (١٠).

(١) - (على): في ب، ج، وساقطة من أ

(٢) - وفي تحفة الفقهاء: «وإن شرطاً الوضیعة نصفين، لا يصح، ويطل، وتكون الوضیعة على ما شرطاً

من ضمان العمل والأجر كذلك. جـ ٣: ١٣

(٣) - (كل واحد منهما على): في ب، ج، وفي أ أحدهما على

(٤) - فلو هلك بلا تعدد لم يضمه. الباب في شرح الكتاب جـ ٢: ١٢٧

(٥) - (لو): في ج، وساقطة من أ، ب

(٦) - (كان): في ب، ج، وفي أ صار

(٧) - ذكر الطحاوي: أنه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضاً وقت الفسخ لا يصح الفسخ، ولا تنفسخ

الشركة ولا رواية عن أصحابنا في الشركة وفي المضاربة. بدائع الصنائع جـ ٦: ٧٧

(٨) - (المال): في أ، ج، وساقطة من ب

(٩) - لأن الفسخ من غير علم صاحبه إضرار بصاحبه. بدائع الصنائع جـ ٦: ٧٧

(١٠) - لبطان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم، لأن كل واحد منهما

وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم، لأنه عزل حكمي فلا يقف على العلم.

بدائع الصنائع جـ ٦: ٧٨

فصل

وشركة الصنائع (١) كالحياطين والصباعين يشتركان على أن يتقبلا الأعمال، ويكون الكسب بينهما (فيجوز) (٢) ذلك (٣). وما يتقبله كل واحد منهما (من) (٤) العمل يلزمه وشريكه (٥)، فإن عمل أحدهما دون الآخر

(١) وتسمى شركة التقبل. الهداية ج٣: ١٠

وتسمى كذلك شركة الأعمال. تحفة الفقهاء ج٣: ١١

(٢) (فيجوز) في ب، ج وفي أ يجوز

(٣) وهذا عندنا: وعند زفر والشافعي: لا تجوز لأن هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التسمير، لأنه لا بد

من رأس المال، وهذا لأن الشركة في الربح تبنى على الشركة في المال على أصلهما على ما قررهنا.

ولنا: أن المقصود فيه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل، لأنه لما كان وكيلاً في النصف أصيلاً في النصف

تحققت الشركة في المال المستفاد، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً لزفر ومالك فيهما، لأن المعنى المجوز

للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت. الهداية ج٣: ١٠ - ١١، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٧٦، وانظر تبين

الحقائق ج٣: ٣٢٠ - ٣٢١، وانظر اللباب ج٢: ١٢٧ - ١٢٨، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٧.

(٤) - (من): في ب، ج وفي أ على

(٥) - حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر. الهداية ج٣: ١١، وانظر بدائع الصنائع

ج٦: ٧٦، وانظر اللباب ج٢: ١٢٨، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٧.

فالكسب بينهما نصفان كما إذا عملا(١).

- ويجوز أن يشتركا في صناعتين مختلفتين كالصباغ مع القصار خلاف زفر رحمه الله(٢).
ولكل واحد من (شريكي)(٣) الأعمال أن يطالب بالأجرة، ويرد الثوب إلى صاحبه،
ولصاحب الثوب أن يدفع الأجر إلى أيهما شاء، ويطلب برد الثوب إليه(٤).
وإن جنت يدا أحدهما فالضمان عليهما جميعاً(٥).
وإذا مرض أحدهما أو سافر فما عمل الآخر فهو بينهما على ما شرطاً(٦).
وإن دفع العمل إلى أحدهما (فالضمان عليهما جميعاً، وإن دفع العمل إلى أحدهما)(٧)
والأجر إلى الآخر (جاز)(٨).

(١)- لأن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل، لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الأجر به، ولأن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل، لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره. بدائع الصنائع ج٦: ٧٦، وانظر اللباب ج٢: ١٢٨، وانظر خزائن الفقه ج١: ٢٩٧.
(٢)- لأنه لا يشترط فيه اتحاد جنس العمل ولا المكان خلافاً لزفر، لأن المعنى المجوز للشركة وهو إمكان التحصيل بالتوكيل لا يختلف باختلافهما. تبين الحقائق ج٣: ٣٢١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٢

(٣)- (شريكي): في أ وفي ب، ج شريك

(٤)- لأنه قد لزمه كل العمل فكان له أن يطالبه بكل الأجرة، وإلى أيهما دفع صاحب العمل يرى، لأنه

دفع إلى من أمر بالدفع إليه. بدائع الصنائع ج٦: ٧٦

(٥)- والقياس أن لا يكون له ذلك، وجه القياس ظاهر، لأن هذه الشركة عتاق لا شركة مفاوضة وحكم

الشرع في شركة العتاق أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر.

وجه الاستحسان: أن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل، لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الأجر به، فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان وإن لم تكن مفاوضة حقيقة.

بدائع الصنائع ج٦: ٧٦

(٦)- فالأجر بينهما على ما شرطاً، لأن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل، لأن

العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره. بدائع الصنائع ج٦: ٧٦

(٧)- (فالضمان عليهما جميعاً، وإن دفع العمل إلى أحدهما): في أ وساقطة من ب، ج،

(٨)- (جاز): في أ، ج وساقطة من ب

لأن كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيه فيه فكانه تقبل العمل بنفسه.

بدائع الصنائع ج٦: ٧٦

فصل

وشركة الوجوه: (هي) (١) أن الرجلين (يشتركان) (٢) في الاسترزاق ولا مال لهما، على أن يشتريا (بوجههما) (٣) (ويبيعا) (٤) فتصح الشركة على هذا (٥) ويكون كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه (٦).

فإن شرطاً أن يكون (المشتري) (٧) بينهما نصفين فالربح كذلك، (ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، وإن شرطاً أن يكون المشتري بينهما أثلاثاً أو أقل أو أكثر فالربح كذلك) (٨).

والوضيعة في شركة الوجوه على قدر الضمان كالربح (٩).

(١) - (هي): في ب، ج، وفي أ على

(٢) - (يشتركان): في ب، ج، وساقطة من أ

(٣) - (بوجههما): في ب، ج، وفي أ بوجههما

(٤) - (ويبيعا): في ب، ج، وفي أ أو يبيعا

(٥) - سميت به، لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس، وإنما تصح مفاوضة، لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال، وإذا أطلقت كانت عناناً، لأن مطلقه ينصرف إليه وهي جائزة عندنا خلافاً للشافعي. الهداية جـ ٣: ١١، وانظر الباب جـ ٢: ١٢٨، وانظر خزنة الفقه جـ ١: ٢٩٧

(٦) - لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية، ولا ولاية فتعين الوكالة. الهداية جـ ٣: ١١، وانظر الباب جـ ٢: ١٢٨، وانظر خزنة الفقه جـ ١: ٢٩٧

(٧) - (المشتري): في ب، ج، وفي أ الشراء

(٨) - (ولا يجوز أن يتفاضلا... فالربح كذلك): في ج، وساقطة من أ، ب

وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو بالعمل أو بالضمين فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل، والأستاذ الذي يلقي العلم على التلميذ بالنصف بالضمين ولا يستحق بما سواها، ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمين.

والضمان على قدر الملك في المشتري وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة، والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان، لأنه في معناها من حيث إن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها.

الهداية جـ ٣: ١١ - ٢١، وانظر تحفة الفقهاء جـ ٣: ١١، وانظر الباب جـ ٢: ١٢٨-١٢٩، وانظر المبسوط جـ ١١: ١٥٤، وانظر خزنة الفقه جـ ١: ٢٩٧

(٩) - انظر التعليل تحت رقم (٨)

فصل

ولا تجوز الشركة في تناول المباحات (١) كالاختطاب والاحتشاش والاصطياد، وما أخذه كل واحد منهما فهو له دون صاحبه (٢) .

وإن اشتركا فيها وأخذها منها وخلطاه وباعاه فالثمن بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما فيه، فإن لم يعرف (مقدار) (٣) ذلك صدق كل واحد منهما إلى النصف (٤) . ولو دفع إلى رجل دابة ليؤاجرها على أن الأجر بينهما كان فاسداً. والأجر كله لصاحب

(١)- وتسمى هذه الشركة الفاسدة. الهداية ج٣: ١٢، المبسوط ج١١: ١١٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٨

(٢)- لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة، والتوكيل في أخذ المال المباح باطل، لأن أمر الموكل به غير صحيح، والتوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه، وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ وإحراز المباح، فإن أخذه معاً فهو بينهما نصفان لاستوائها في سبب الاستحقاق، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل، وإن عمل أحدهما وأعان الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر، أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر المثل، بالغاً ما بلغ عند محمد .

وعند أبي يوسف: لا يجاوز به نصف ثمن ذلك. الهداية ج٣: ١٢ وانظر المبسوط ج١١: ٢١٦، وانظر اللباب ج٢: ١٢٩، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٥ وانظر تبيين الحقائق ج٣: ٣٢٢-٣٢٣، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٨ .

(٣)- (مقدار): في أ، ب، جـ مقداراً.

(٤)- فإن كان مما يكال ويوزن: يقسم الثمن على قدر الكيل والوزن الذي لكل واحد منهما، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن، يقسم الثمن بينهما بالقيمة، فيأخذ كل واحد منهما بقيمة الذي له، وإن لم يعرف الكيل والوزن والقيمة، يصدق كل واحد منهما فيما يدعي إلى النصف، وإن ادعى أكثر من النصف فعليه البيئة. تحفة الفقهاء ج٣: ١٥ .

الدابة، وللآخر أجر مثله (١) .

فإن دفعها إليه ليكتسب عليها على أن الربح بينهما فلصاحب الدابة أجر مثلها وربح ما باع للآخر (٢) .

وإن (اشتركا ولأحدهما) (٣) بغل وللآخر راوية (يستقي) (٤) عليها الماء على أن يكون الكسب بينهما لم تصح الشركة، والكسب كله للذي استقى وعليه أجرة مثل الراوية إن كان صاحب البغل، وأجرة مثل البغل إن كان صاحب الراوية (٥) .

(١)- لأنه عقد على ملك الغير بإذنه ويجب أجر المثل، لأنه استوفى منفعة بعقد فاسد. تحفة الفقهاء ج٣:

١٦

(٢)- لأن رأس مال أحدهما عرض ورأس مال الآخر منفعة دابته، فإذا فسدت شركته فالربح لصاحب العرض، لأنه بدل ملكه، فإن الثمن بدل العقود عليه لا بدل ما حمل عليه من العقود عليه، ولصاحب الدابة أجر مثلها، لأنه شرط لنفسه عوضاً عن منفعة دابته، ولم ينل ذلك العوض فاستوجب أجر المثل على من استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد. المبسوط ج١١: ٢١٩ .

(٣)- (اشتركا ولأحدهما): في ب، ج وفي اشترى أحدهما

(٤)- (يستقي): في ا، ب، وفي ج ليستقي

(٥)- أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء، وأما وجوب الأجر، فلأن المباح إذا صار

ملكاً للمحرز وهو المستقي، وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره .

الهداية ج٣: ١٢، وانظر اللباب ج٢: ١٢٩، وانظر المبسوط ج١١: ٢١٩، وانظر خزانة الفقه

ج١: ٢٩٨

وكل شركة فسدت كان الربح فيها على قدر رأس المال ويطلب شرط التفاضل فيه (١) .
 وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد (ولحق) (٢) بدار الحرب بطلت الشركة (٣) .
 وليس لواحد من الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه، فإذا أذن كل واحد منهما
 لصاحبه أن يؤدي زكاته فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم (٤) .
 (اللهم اختم بخير)(٥)

(١)- لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره، كما أن الربح تابع للبدر في المزارعة والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال. الهداية ج٣: ١٢، انظر الباب ج٢: ١٣٠، وانظر تبين الحقائق ج٣: ٣٢٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٨.

(٢)- (ولحق): في أ، وفي ب، جـ أو لحق

(٣)- لأنها تتضمن الوكالة، ولا بد منها لتحقيق الشركة، والوكالة تبطل بالموت، وكذا بالالتحاق مرتدًا إذا قضى القاضي بلحقه، لأنه بمنزلة الموت، ولا فرق بينما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم، لأنه عزل حكمي، وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة، ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر، لأنه عزل قصدي. الهداية ج٣: ١٢-١٣، وانظر الباب ج٢: ١٣٠، وانظر تبين الحقائق ج٣: ٣٢٣، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٧٨، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٨.

(٤)- وهذا عند أبي حنيفة

وقالا: لا يضمن إذا لم يعلم، وهذا إذا أديا على التعاقب، أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه، وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الأمر بنفسه. ولهما: أنه مأمور بالتصديق من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل، وهذا، لأن في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل، وإنما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور ببيع دم الإحصار إذا فسخ بعدما زال الإحصار وحج الأمر لم يضمن المأمور علم أو لا.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه مأمور بأداء الزكاة، والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفاً، وهذا، لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب، لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر إلا لدفع الضرر، وهذا المقصود حصل بأدائه، وعرض أداء المأمور عنه فصار معزولاً علم أو لم يعلم، لأنه عزل حكمي.

وأما دم الإحصار فقد قيل: هو على هذا الاختلاف، وقيل بينهما فرق، ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه، فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار، وفي مسألتنا الأداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصوداً منه دون دم الإحصار. الهداية ج٣: ١٣، وانظر الباب ج٢: ١٣٠، وانظر تبين الحقائق ج٣: ٣٢٣-٣٢٤.

(٥)- (اللهم اختم بخير): في ب، وساقطة من أ، جـ.

فصل

- ومن اشترى شيئاً فقال له (الأخر)(١) : أشركني فيه . فقال : أشركتك . فإن كان قبل القبض لم يصح ، وإن كان بعده صحت (ولزمه) (٢) نصف الثمن ، وإن لم يعلم بالثمن فله الخيار إذا علم (٣) .
- وإذا اشترى رجلان عبداً فأشركا فيه رجلاً بعد القبض (فله في القياس) (٤) النصف (٥) ، وفي الاستحسان الثلث (٦) ، ولو أشركه أحدهما في نصيبه ونصيب صاحبه فأجاز شريكه ذلك كان للرجل النصف وللأولين النصف (٧) .
- ولو اشترى (رجل) (٨) عبداً فقال له رجل : أشركني فيه . فقال : أشركتك (ثم لقيه آخر) (٩) (فقال) (١٠) : أشركني فيه فأشركه فيه ، فإن كان قد علم بمشاركة الأول فله ربع العبد ، وإن لم يعلم فله النصف ، وقد خرج العبد من ملك الأول (١١) .
- (اختتم بخير) (١٢) .

-
- (١) - (الأخر): في ب، جـ وفي آخر
 (٢) - (ولزمه): في أ، جـ وفي ب ولزم.
 (٣) - فهذا بمنزلة البيع والشراء فإن كان قبل أن يقبض الأول لم يجز، لأنه يبيع المبيع المنقول قبل القبض، وإن كان بعده جاز، ويلزمه نصف الثمن، فإن كان لا يعلم بمقدار الثمن، فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء ترك. تحفة الفقهاء جـ ٣: ١٦ .
- (٤) - (فله في القياس): في جـ وفي أ فيه فالقياس وفي ب وله في القياس .
 (٥) - لأن كل واحد منهما لو أشركه في نصيبه على الانفراد، استحق نصفه، فكذا إذا اشركاه جميعاً معاً. تحفة الفقهاء جـ ٣: ١٦ ، وانظر المبسوط جـ ١١: ١٧٠ .
- (٦) - لأن الشركة تقتضي المساواة، فإذا قال له: أشركناك فيه فكأنهما قالا: شاركناك. تحفة الفقهاء جـ ٣: ١٧ ، وانظر المبسوط جـ ١١: ١٧ .
- (٧) - لأنه لما أجاز شريكه في نصيبه صار نصف نصيبه له، وقد أشركه في نصيب نفسه هذا، فيكون للثاني النصف، وبقي لكل واحد منهما الربع.
 تحفة الفقهاء جـ ٣: ١٧ ، وانظر المبسوط جـ ١١: ١٧
- (٨) - (رجل): في ب، جـ، وساقطة من أ
 (٩) - (ثم لقيه آخر): في ب، جـ وفي أ فقال آخر
 (١٠) - (فقال): في ب، جـ وساقطة من أ
 (١١) - أنظر تحفة الفقهاء جـ ٣: ١٧
 (١٢) - (اختتم بخير): في أ، وساقطة من ب، جـ .

كتاب المضاربة (١)

- وهي عقد على الشركة بمال (من) (٢) أحد الشريكين وعمل من الآخر (٣) .
 ولا تصح المضاربة إلا بالمال الذي ذكرنا أن الشركة تصح به (٤) .
 ومن شرطها أن يكون الربح بينهما (مشاعاً) (٥) لا يستحق أحدهما (منه) (٦) دراهم
 مسماة (٧) ، ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب لا يد لرب المال فيه (٨) .
 والمضاربة تشتمل على أحكام مختلفة، إذا دفع المال إلى المضارب فهو أمانة (٩) ، فإن
 اشترى به فهو وكالة (١٠) ، وإذا ربح صارت شركة (١١) .

(١)- المضاربة في اللغة: من ضرب في الأرض يضرب ضرباً: أي سار لابتغاء الرزق، وضاربه في المال
 من المضاربة وهي القراض. مختار الصحاح: ٣٧٩

(٢)- (من): في أ، جـ وساقطة من ب

وانظر هذا التعريف في: حاشية ابن عابدين جـ ٤: ٤٨٣ ، الهداية جـ ٣: ٢٢٥ ، تبين الحقائق جـ ٥: ٥٢
 وانظر شرح فتح القدير جـ ٨: ٤٤٧ ، وانظر حاشية الطحطاوي على الدر جـ ٣: ٣٦٢ ، وانظر خزانة الفقه
 جـ ١: ٢٩٩ .

وعقد المضاربة جائز بالكتاب والسنة والإجماع نذكر منها:

أ- قوله تعالى: «وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله» . المزمّل/ ٢٠ ، والمضارب يضرب في
 الأرض ويبتغي من فضل الله .

ب- ماروي عن عثمان بن عفان أنه أعطى رجلاً مالاً قراضاً يعمل فيه على أن الربح بينهما . انظر الموطن:
 ٤٢٧ ، وانظر تخريجه في نصب الراية جـ ٤: ١١٤ .

ج- وأما الإجماع: فإنه روي عن جماعة من الصحابة أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر
 وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وعائشة ولم ينقل أنه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون إجماعاً .
 بدائع الصنائع جـ ٦: ٧٩ ، وانظر المبسوط جـ ٢٢: ١٨ .

(٣)- ونوع من القياس يدل على الجواز أيضاً وهو أن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة، لأن الإنسان قد
 يكون له مال، لكنه لا يهتدي إلى التجارة وقد يهتدي إلى التجارة، لكنه لا مال له فكان في شرع هذا العقد

دفع لحاجتين، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد، ودفع حوائجهم. بدائع الصنائع ج٦: ٧٩،
وانظر الهداية ج٣: ٢٢٥، وانظر الاختيار ج٣: ١٩، وانظر المبسوط ج٢٢: ١٩.

(٤)- انظر المخطوط من ص: ٨٥ ب نسخة ج، وانظر المبسوط ج٢٢: ٢١، وانظر خزانة الفقه ج١:
٢٩٩، وانظر المضاربة للإمام الماوردي: ١٢٦.

(٥)- (مشاعاً): في ب، ج، وفي أساقطة.

(٦)- (منه): في أ وفي ب، ج من

(٧)- أي من الربح، لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما، ولا بدّ منها كما في عقد الشركة. الهداية ج٣:

٢٢٦، وانظر اللباب ج٢: ١٣٢، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٠ وانظر تبين الحقائق ج٥: ٥٤، وانظر
خزانة الفقه ج١: ٢٩٩.

(٨)- لأن المال أمانة في يده فلا بدّ من التسليم إليه، وهذا بخلاف الشركة، لأن المال في المضاربة من احد

الجانبيين والعمل من الجانب الآخر فلا بدّ من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه. الهداية ج٣:
٢٢٦، وانظر اللباب ج٢: ١٣٢ وانظر تبين الحقائق ج٥: ٥٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٩.

(٩)- يعني بدفع المال يجعله عليه مضموناً، لأنه قبضه بإذن مالكة لا على وجه البذل والوثيقة. تبين

الحقائق ج٥: ٥٣، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢١، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٨٧، وانظر الشركات في الفقه
الإسلامي علي الخفيف: ٦٧.

(١٠)- وإنما صار وكيلاً بالتصرف، لأنه متصرف في ملكه بأمره، وهذا معنى الوكالة. تبين الحقائق

ج٥: ٥٣ وانظر تحفة الفقهاء: ج٣: ٢١، وانظر الشركات علي الخفيف: ٦٧.

(١١)- وإنما صار شريكاً له إذا ربح، لأنه هو المقصود من عقد المضاربة، فصار ثبوت الشركة من ضرورة

صحتها وصحة الاشراف. تبين الحقائق ج٥: ٥٣، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢١.

وإذا فسدت المضاربة صارت إجارة (١)، وإذا خالف المضارب صار غصباً والمال (مضموناً) (٢) عليه (٣).

وتصح (المضاربة) (٤) بقول رب المال ضاربتك في هذا المال، أو خذ هذا المال مضاربة أو معاملة أو مفاوضة، أو خذه فاعمل فيه على شرط كذا، ولم يسمّ المضاربة (٥).
فإن شرط عليه التجارة مع رجل بعينه فليس له أن يتعداه، وكذا إذا خص له التصرف في بلد

(١)- لأن الواجب له فيها أجر المثل كالإجارة إذا فسدت، وهو بدل عمله، لأنه لا يستحق المسمى لعدم الصحة، وكذا عمله غير داخل تحت المضاربة ولم يرض بالعمل مجاناً فيجب له أجر المثل بخلاف الشريك. تبين الحقائق جـ ٥ : ٥٣، وانظر تحفة الفقهاء، جـ ٣ : ٢١.

(٢)- (مضموناً) : في ب، جـ وفي أمضون.

(٣)- لوجود التعدي على مال الغير كالغصب، وهذا، لأن صاحبه لم يرض أن يكون في يده إلا على الوجه الذي أمره به، فإذا خالف فقد تعدي فصار غاصباً فيضمن. تبين الحقائق جـ ٥ : ٥٣، وانظر تحفة الفقهاء جـ ٣ : ٢١-٢٢.

(٤)- (المضاربة) : في ب، جـ وفي أساقطة منها.

(٥)- لأن ركن المضاربة الإيجاب والقبول، وذلك بالفاظ تدل عليهما، فالإيجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدي معاني هذه الألفاظ. بدائع الصنائع جـ ٦ : ٧٩، وانظر تبين الحقائق جـ ٥ : ٥٣، وانظر تحفة الفقهاء جـ ٣ : ١٩، وانظر خزائن الفقه جـ ١ : ٢٩٩.

بعينه كالكوفة ونحوها، أو سلعة (بعينها) (١) كالحز (٢)، وكذا إن وقت للمضاربة مدة بعينها ويطل العقد بمضيها (٣).
 وإن شرط عليه أن يبيع ويشترى بالبصرة، فخرج إلى الكوفة، فما اشترى فهو ضامن، وما ربح يكون له، ويتصدق به عند أبي حنيفة خلافا لهما، وما لم يشتر لم يضمن (٤).

(١) - (بعينها): في ب، ج وساقطة من أ

(٢) - لأنه توكيل، وفي التخصيص فائدة فيتخصص، وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة، لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره. الهداية جـ ٣: ٢٢٧، وانظر تبين الحقائق جـ ٥: ٥٩، وانظر اللباب جـ ٢: ١٣٢، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٣٧، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٣٠٠، وانظر الجامع الصغير: ٤٢٥.

(٣) - لأنه توكيل فيتوقت بما وقته، والتوقيت مفيد، فإنه يتقيد بالزمان فصار كالتقيد بالنوع والمكان. الهداية جـ ٣: ٢٢٨، وانظر تبين الحقائق جـ ٥: ٥٩، وانظر اللباب جـ ٢: ١٣٣، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٣٧، وانظر الجامع الصغير: ٤٢٥.

(٤) - لأن المضاربة توكيل وفي التخصيص فائدة من أمن خطر الطريق، وخيانة المضارب، ومن نفقة ماله، وكذا الأسعار قد تختلف فبالثبوت تحصل الفائدة فتعتبر.

ولو عين له بلداً أو أخرجه إلى غير ذلك البلد أو دفعه بضاعة إلى من يخرجها من ذلك البلد ضمن، لأنه بالمخالفة صار غاصباً، وإن اشترى شيئاً بعد ذلك كان المشتري له، لأنه بالإخراج بطلت المضاربة. انظر تبين الحقائق جـ ٥: ٥٩، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٣٧، وانظر اللباب جـ ٢: ١٣٢، وانظر تحفة الفقهاء

جـ ٣: ٢٢

وفي بدائع الصنائع: «فإن أخرجها من الكوفة، فإن اشترى بها وباع ضمن، لأنه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفاً فيضمن، وكان المشتري لنفسه له ربحه وعليه وضيعته، لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يطيب.

وإن لم يشتر بها شيئاً حتى ردها إلى الكوفة برىء من الضمان ورجع المال مضاربة على حاله، لأنه عاد إلى

الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان. جـ ٦: ٩٨

وفي بدائع الصنائع رأي محمد مع أبي حنيفة وليس مع أبي يوسف: جـ ٦: ٩٨.

ويجوز للأب والجد ووصيهما أن يدفعوا مال الصغير مضاربة. (وكذلك) (١) القاضي (٢) وإذا قال رب المال: خذ هذا المال على أن لك نصف الربح، أو ثلثه جاز، وللمضارب ما شرط والباقي لرب المال (٣).

ونفقة المضارب في الحضر في ماله، وفي السفر نحو الطعام والشراب والكسوة والفراش، والركوب من مال المضاربة، (٤) وما يتداوى به أو يفتصد أو يحتجم فمن ماله (٥).

(١) - (وكذلك): في أ، ج وفي ب وكذا

(٢) - لأن تصرف الأب والوصي واقع للصغير حكماً بطريق النيابة، فصار دفعه كدفع الصغير، وشرطه كشرطه، فنشترط التولية من قبل الصغير، لأنه هو رب المال وقد تحققت. تبين الحقائق جـ: ٥٧.

(٣) - والمضاربة هنا جائزة قياساً واستحساناً، وللمضارب ما شرط، وما بقي فلرب المال، والأصل في جنس هذه المسائل: أن رب المال إنما يستحق الربح، لأنه نماء ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه إلى الشرط بدليل أنه إذا فسد الشرط كان جميع الربح له، والمضارب لا يستحق إلا بالشرط، لأنه إنما يستحق بمقابلة عمله، والعمل لا يتقوم إلا بالعقد. بدائع الصنائع جـ: ٨٠.

(٤) - ووجه الفرق: أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة، والمضارب في المصر ساكن بالسكن الأصلي، وإذا سافر صار مجبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه، وهذا بخلاف الأجير، لأنه يستحق البذل لا محالة فلا يتضرر بالإنتفاق من ماله، أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد، فلو أنفق من ماله يتضرر به، وبخلاف المضاربة الفاسدة، لأنه أجير، وبخلاف البضاعة لأنه متبرع. الهداية جـ: ٢٣٥-٢٣٦، وانظر تحفة الفقهاء جـ: ٣: ٢٣، وانظر ملتقى الأبحر جـ: ٢: ١٤٠، وانظر بدائع الصنائع جـ: ١٠٥-١٠٦، وانظر خزانة الفقه جـ: ١: ٣٠٣، وانظر الجامع الصغير: ٤٢٣.

(٥) - لأن وجوب النفقة للمضارب في المال لدلالة الإذن الثابت عادة، وهذه الأشياء غير معتادة، هذا إذا قضى القاضي بالنفقة يقضي بالطعام والكسوة، ولا يقضي بهذه الأشياء. بدائع الصنائع جـ: ١٠٦، وانظر المبسوط جـ: ٢٢: ٦٢-٦٣، ص ٦٥، وانظر الجامع الصغير: ٤٢٣.

وفي الهداية: عن أبي حنيفة أنه يدخل في النفقة، لأنه لإصلاح بدنه، ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار

كالنفقة. جـ: ٣: ٢٣٦

فصل

وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يشتري بمال المضاربة ويبيع ويسافر ويضع ويوكل، وله أن يبيع بالنقد والنسيئة (١) ويرهن ويرتهن، وله أن يعمل بنفسه ويستأجر من يعمل فيها (٢).

وليس له أن يقرض (٣) أو يستدين، ولا أن يأخذ (سفتجة) (٤)، ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة، (٥) ولا يشتري أمة قد ولدت منه، ولا من رب المال (٦).

(١) - لأنه أمره بعمل هو سبب حصول الربح، وهو الشراء والبيع، وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح، والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع، إلا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري أو بأقل من ذلك مما يتغابن الناس في مثله، لأنه وكيل، وشراء الوكيل يقع على المعروف.

وكذا الإبضاع، لأنه من عادة التجار، ولأنه طريق إلى الربح، ولأنه يملك الاستتجار فالإبضاع أولى. وله عند أبي حنيفة أن يبيع نقداً ونسيئة وبغبن فاحش فالمضارب أولى، لأن المضاربة أهم من الوكالة وعندهما: لا يملك البيع بالنسيئة، ولا بما لا يتغابن في مثله. بدائع الصنائع ج٦: ٨٧ وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٢، وانظر الهداية ج٣: ٢٢٧، ٢٣٤، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٥٧، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٣٦، وانظر اللباب ج٢: ١٣٧، وانظر المبسوط ج٢٢: ٣٨.

(٢) - لأنه من باب الإيفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان، وكذا له أن يستأجر من يعمل في المال، لأنه من عادة التجار وضرورات التجارة، لأن الإنسان قد لا يتمكن من جميع الأعمال بنفسه فيحتاج إلى الأجير. بدائع الصنائع ج٦: ٨٨، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٢، وانظر الهداية ج٣: ٢٣٤، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٣٦، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠١.

(٣) - لأن القرض تبرع في الحال، إذ لا يقابله عوض للحال، وإنما يصير مبادلة في الثاني، ومال الغير لا يحتمل التبرع، وكذلك الهبة والصدقة. بدائع الصنائع ج٦: ٩٢، وانظر المبسوط ج٢٢: ٣٩، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٠، وانظر الجامع الصغير: ٤٢٨.

(٤) - لأن الاستدانة إثبات زيادة في رأس المال من غير رضا رب المال، بل فيه إثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه. بدائع الصنائع ج٦: ٩٠، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٠.

(٤): (سفتجة): في أ، ب وفي ج سفتجة

وليس له أن يأخذ سفتجة، لأن إعطاء السفتجة إقراض، وهو لا يملك الإقراض إلا بالتصميم عليه، هكذا قال محمد: عن أبي حنيفة: أنه ليس له أن يقرض، ولا أن يأخذ سفتجة حتى يأمره بذلك بعينه. بدائع الصنائع ج٦: ٩٢ وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٠.

(٥) - وعن أبي يوسف: أنه يزوج الأمة، لأنه من باب الاكتساب، إلا ترى أنه يستفيد به المهر ومسقوط النفقة.

ولهما أنه ليس بتجارة، والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال، لأنه اكتساب، ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا. الهداية ج٣: ٢٣٥، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٥٨، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٣٨، وانظر اللباب ج٢: ١٣٧.

(٦) - لأن العادة أن من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز، والمضاربة تقتضي العرض على البيع وإبرازها للمشتري، وكان اتفاقهما على التزويج إخراجاً لها عن المضاربة. بدائع الصنائع ج٦: ٩٥، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٠.

فإن اشترى أمة قد ولدت منه ولا ربح في المال ثم ازدادت قيمتها ضمن لرب المال رأس ماله (منها) (١) وقيمة حصته من الربح، ولا سعاية فيه على الأمة (٢).
وليس له أن يشتري أبوي ربّ المال ولا أولاده، وكل من يعتق عليه من قرابته وغيرهم، (٣) فإن اشتراهم كان مشترياً لنفسه دون المضاربة (٤).

(١) - (منها): في أ، جـ وساقطة من ب

(٢) - ولذا فإن الجارية أم ولد له لظهور الربح فيها بزيادة قيمتها، وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال، وإن لم يكن له صنع فيها، لأن ضمانها ضمان تملك، ولهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوي أن يكون بفعله أو من طريق الحكم ولا يثبت نسب الولد من المضارب، لأنه لم يملك من الولد شيئاً ما لم يأخذ ربّ المال شيئاً من رأس ماله.

انظر بدائع الصنائع ج٦: ٩٤ .

(٣) - لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى، ولا يتحقق فيه لعنته، ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة، بخلاف البيع الفاسد، لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود.

الهداية ج٣: ٢٢٨، وانظر اللباب ج٢: ١٣٣، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٠، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣٠٢.

(٤) - لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف. الهداية ج٣: ٢٢٨،

وانظر اللباب ج٢: ١٣٣، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٠.

(وإن كان في المال ربح فليس له أن يشتري من يعتق عليه (١)، فإن اشتراهم (ضمن مال المضاربة) (٢) .

وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم، (٣) فإن زادت قيمة عتق نصيبه منهم ولم يضمن لرب المال شيئاً، (٤) وسعي المعتق لرب المال في قيمة نصيبه منه (٥).

وليس للمضارب أن يدفع المال مضاربة إلا أن يأذن له رب المال في ذلك أو (عمم)، (٦) فإن (دفع) (٧) مضاربة ولم يأذن له رب المال فيه لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني

(١) - لأنه يعتق عليه نصيبه، ويفسد نصيب ربّ المال، أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا

يحصل المقصود. الهداية جـ٣: ٢٢٨-٢٢٩، واللباب جـ٢: ١٣٣، وانظر تبين الحقائق جـ٥: ٦١ .

(٢) - (وإن كان في المال ربح... ضمن مال المضاربة): في ب . وفي جـ: وإن كان في المال

ربح كان مشترياً لنفسه دون المضاربة وساقطة من أ

- لأنه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة. الهداية جـ٣: ٢٢٩، وانظر اللباب

جـ٢: ١٣٣، وانظر تبين الحقائق جـ٥: ٦٠ .

(٣) - لأنه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه. الهداية جـ٣: ٢٢٩، وانظر اللباب جـ٢:

١٣٣، وانظر تبين الحقائق جـ٥: ٦١، وانظر خزانة الفقه جـ١: ٣٠٣ .

(٤) - لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة، لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم

فصار كما إذا ورثه مع غيره. الهداية جـ٣: ٢٢٩، وانظر اللباب جـ٢: ١٣٣، وانظر تبين الحقائق

جـ٥: ٦١ .

(٥) - لأنه احتسب ماليته عنده فيسمى فيه كما في الوراثة. الهداية جـ٣: ٢٢٩، وانظر اللباب جـ٢:

١٣٢، وانظر تبين الحقائق جـ٥: ٦١ .

(٦) - (عمم): في جـ وفي أ، ب عمّ

(٧) - (دفع): في ب، جـ وساقطة من أ.

حتى يربح، فإذا ربح ضمن المضارب الأول المال(١).
 وإن دفع اليه مضاربة بالنصف وأذن له أن يدفعها مضاربة فدفعها بالثلث، فإن كان رب
 المال قال له (على) (٢) أن ما رزق الله بيننا (نصفين)(٣) فلرب المال نصف الربح وللمضارب
 الثاني ثلث الربح وللأول السدس(٤).
 وإن كان قال: على أن ما رزقك الله بيننا (نصفين)(٥)، فللمضارب الثاني الثلث، وما بقي بين

(١)- وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة

وقالا: إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهذا ظاهر الرواية.

وقال زفر: يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل، وهو رواية عن أبي يوسف، لأن المملوك له الدفع على وجه
 الإيداع، وهذا الدفع على وجه المضاربة.

ولهما: أن الدفع إيداع حقيقة، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله.

ولأبي حنيفة: أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إيداع والفعلان يملكهما المضارب، فلا يضمن بهما إلا أنه
 إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره، وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة، فإن كانت
 فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني، لأنه أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به. الهداية ج-٣:
 ٢٣٠، وانظر الباب ج-٢: ١٣٥، وانظر تبين الحقائق ج-٥: ٦٤، وانظر ملتقى الأبحر ج-٢: ١٣٨، وانظر
 خزانة الفقه ج-١: ٣٠١-٣٠٢.

(٢)- (على): في أ وساقطة من ب، ج

(٣) + (٥)- (نصفين) في النسخ الثلاث والأصح نصفان.

(٤)- لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف
 جميع ما رزق الله تعالى، فلم يبق للأول إلا النصف فيصرف تصرفه إلى نصيبه، وقد جعل من ذلك بقدر
 ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس، ويطيب لهما ذلك، لأن فعل الثاني واقع للأول، كمن
 استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم. الهداية ج-٣: ٢٣١، وانظر الباب ج-٢:
 ١٣٤، وانظر ملتقى الأبحر ج-٢: ١٣٨، وانظر بدائع الصنائع ج-٦: ٩٧، وانظر خزانة الفقه ج-١: ٣٠٢.

رب المال والمضارب الأول نصفين (١).

وإن قال على أن ما رزق الله فلي نصفه فدفع المال إلى آخر مضاربة بالنصف فللثاني نصف الربح ولرب المال النصف ولا شيء للمضارب الأول (٢).

فإن شرط للمضارب الثاني (ثلاثي) (٣) الربح فلرب المال نصف الربح، وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للمضارب الثاني (مقدار) (٤) سدس الربح من ماله (٥).

(١)- لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول، وقد رزق الثلثين فيكون بينهما، بخلاف الأول، لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فانترقا. الهداية ج٣: ٢٣١، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٩٧-٩٨، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٢.

(٢)- لأنه جعل لنفسه مطلق الفضل، فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء، كمن استؤجر ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله. الهداية ج٣: ٢٣١، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٥، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٣٩، وانظر اللباب ج٢: ١٣٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٩٧، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٢.

(٣)- (ثلاثي): في أ، ب، وفي ج ثلاث

(٤)- (مقدار): في ب، ج وساقطة من أ

(٥)- لأنه شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم يتفد في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه، وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به، ولأنه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع، فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لحياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف. الهداية ج٣: ٢٣١-٢٣٢، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٥، وانظر اللباب ج٢: ١٣٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٩٧، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٢.

وإذا دفع المضارب شيئاً من مال المضاربة إلى ربّ المال بضاعة فاشترى به (رب) (١) المال، وباع فهو على المضاربة، ولم يكن ذلك استرداداً (٢).
 وإن شرط ثلث الربح لنفسه وثلثه لرب المال وثلثه لعبد رب المال على أن يعمل العبد معه جاز (٣).
 (وإذا) (٤) باع المتاع مرابحة (حسب ما) (٥) أنفق عليه من الحملان وغيره، لا يحسب ما أنفق على نفسه (٦).

(١) - (رب): في ج وساقطة من أ، ب

(٢) - وقال زفر: تفسد المضاربة، لأن رب المال متصرف في مال نفسه، فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً، ولهذا لا تصح إذا شرط عليه ابتداءً.

ولنا: أن التولية فيه قد تمت وصار التصرف حقاً للمضارب، فيصلح رب المال وكيلاً عنه في التصرف، والإيضاح توكيل منه فلا يكون استرداداً، بخلاف شرط العمل عليه في الإبتداء، لأنه يمنعه من التولية، وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح، لأن المضاربة تنمقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب، ولا مال لها هنا للمضارب، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع، وإذا لم تصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى. الهداية ج٣: ٢٣٥.

(٣) - لأن للعبد بدأ معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له، واشتراط لعمل إذن له، ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد، وإن كان محجوراً عليه، ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له، وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتولية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال، لأنه مانع من التسليم، وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط، والثالث للمولى، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين فهو للفرءاء هذا إذا كان العائد هو المولى.

الهداية ج٣: ٢٣٢، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٥، وانظر ملثقى الأبحر ج٢: ١٣٩، وانظر الجامع

الصغير: ٤٢٨

(٤) - (وإذا): في أ، ج وفي ب وإن

(٥) - (حسب ما): في أ، ج وساقطة من ب

(٦) - لأن العرف جارٍ بإلحاق الأول دون الثاني، ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا

يوجبها. الهداية ج٣: ٢٣٦، وانظر الجامع الصغير: ٤٢٤.

فصل

وإذا كان له على رجل ألف درهم فأمره أن يعمل بها مضاربة بالنصف أو (بالثلث) (١) أو أقل، أو أكثر فهو فاسد عند أبي حنيفة، وما اشترى وباع فهو له.
وقالا: هو جائز، وما اشترى وباع كان لرب المال وعليه للمضارب أجر مثله (٢).
وإذا قال للمضارب: خذ هذا المال (واشترى) (٣) به الحنطة بالنصف، أو سمى نوعاً من الأمتعة، فاشترها المضارب كما أمره فهذه (المضاربة) (٤) مضاربة فاسدة، وللمضارب أجر مثله فيما عمل، وليس له أن يبيع ما اشترى إلا بأمر رب المال، فإن باعه بغير أمره لم يجز بيعه. (٥)

(١) - (بالثلث): في ب، ج وفي أ والثلث

(٢) - لأن من شروط رأس المال: أن يكون رأس المال عيناً لا ديناً، فإن كان ديناً فالمضاربة فاسدة، وعلي هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل دين فقال له: اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف، فإن المضاربة فاسدة بلا خلاف.

فإن اشترى هذا المضارب وباع فله ربحه وعليه وضعيته والدين في ذمته بحال عند أبي حنيفة.
وعندهما: ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضعيته بناءً على أن من وكل رجلاً يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبي حنيفة، حتى لو اشترى لا يبرأ عما في ذمته عنده، وإذا لم يصح الأمر بالشراء بما في الذمة لم تصح إضافة المضاربة إلى ما في الذمة.

وعندهما يصح التوكيل، ولكن لا تصح المضاربة، لأن الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالمعروض. بدائع الصنائع ج٦: ٨٣، وانظر الهداية ج٣: ٢٢٥، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٣٦، وانظر اللباب ج٢: ١٣١.

(٣) - (واشترى): في النسخ الثلاث والأصح واشتر.

(٤) - (المضاربة): في أ وساقطة من ب، ج

(٥) - وهذا الكلام مخالف لرأي الحنفية حيث يقول الإمام الكاساني «ولو قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الطعام، أو قال: فاشتر به الطعام، أو قال: تشر به الطعام، أو قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف في الطعام فذلك كله سواء، وليس له أن يشتري سوى الطعام بالإجماع على أن للشرط والأصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره، لأن بعض أنواع التجارة يكون أقرب إلى المقصود من بعض، وكذا الناس مختلفون في ذلك فقد يهتدي الإنسان إلى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مغيراً فينتقد به، ولا يملك أن يشتري غير الطعام». انظر بدائع الصنائع ج٦: ٩٩.

ومتى فسدت المضاربة كان الربح كله لرب المال، وللمضارب أجر مثل عمله، وكذا إذا خسر (٢).

والمضارب في المضاربة الفاسدة كالأجير المشترك، فما ضاع من يده لا يضمن عند أبي حنيفة خلافاً لهسماً (٢) (اللهم اختتم بخير) (٣).

(١) - لأن استحقاق رب المال الربح لكونه نماء ماله، والمضارب إنما يستحق بالشرط، وقد فسد العقد لكن عمل له بحكم عقد فاسد، فيلزمه أجر المثل.

وكذا إذا لم يربح، لأنه استعمله مدة في عمله فكان عليه أجر المثل.

تحفة الفقهاء ج ٣: ٢٥.

(٢) - لأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة والأجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الإجارة الفاسدة، وإنما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال، لأن الربح نماء ملكه، وإنما يستحق المضارب شرطاً منه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه، وجعل المال في يده أمانة كما في المضاربة الصحيحة، وذكر الطحاوي فيه اختلافاً، وقال: لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة، وعندهما يضمن كما في الأجير المشترك إذا هلك المال في يده.

بدائع الصنائع ج ٦: ١٠٨

(٣) - (اللهم اختتم بخير): في ب وساقطة من أ، ج.

فصل

وإذا اختلف المضارب ورب المال فادعى أحدهما الإطلاق والآخر الخصوص، فالقول لمن يدعي الخصوص (١).
ولو كان مع المضارب الفان. فقال رب المال: رأس المال الفان. وقال المضارب: بل ألف وقد ربحت ألفاً. فالقول للمضارب والبينة بينة رب المال (٢).
ولو قال: دفعت اليك بضاعة، وقال ذو اليد: بل مضاربة (فالقول) (٣) لرب المال (٤).
(وإن قال: شرطت لك ثلث الربح. وقال المضارب: بل النصف، فالقول لرب المال) (٥)
والبينة بينة المضارب (٦).
وإذا كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطنها فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت قيمته (الف) (٧) وخمسمائة (والمدعي موسر) (٨) فإن شاء رب

(١) - وهذا مخالف لما في كتب الحنفية حيث يقول الإمام الكاساني: «فإن اختلفا في العموم والخصوص، فالقول قول من يدعي العموم... لأن قول من يدعي العموم موافق للمقصود بالمعقد إذ المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود في العموم أوفر، وكذلك لو اختلفا في الإطلاق والتقييد فالقول قول من يدعي الإطلاق». وقال الحسن بن زياد: القول قول رب المال في الفصلين جميعاً وقيل إنه قول زفر. بدائع الصنائع ج٦: ١٠٩.

(٢) - وكان أبو حنيفة يقول: أولا القول قول رب المال، وهو قول زفر، لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر، والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكره في الكتاب، لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض، وفي مثله القول قول القابض ضمناً كان أو أميناً، لأنه اعرف بمقدار المقبوض، ولو اختلفا في ذلك في مقدار الربح، فالقول فيه لرب المال، لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت، لأن البيئات للإثبات. الهداية ج٣: ٢٣٨، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٤١، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٠٩، وانظر الجامع الصغير: ٤٢٧.

(٣) - (فالقول): في أ، ج وفي ب والقول

(٤) - لأن المضارب يستفيد الربح بشرطه، وهو منكر، فكان القول قوله أنه لم يشترط، ولأن المضارب يدعي استحقاتاً في مال الغير فالقول قول صاحب المال.

بدائع الصنائع ج٦: ١١٠، وانظر الهداية ج٣: ٢٣٩، وانظر الجامع الصغير: ٤٢٧.

(٥) - (وإن قال: شرطت لك... فالقول لرب المال): في أ، ج وساقطة من ب.

(٦) - لأن الربح يستفاد من أصل المال، وقد اتفقا على أن جملة المال مضاربة، وادعى المضارب استحقاتاً فيها، ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله. بدائع الصنائع ج٦: ١٠٩.

(٧) - (الف): في النسخ الثلاث و الصحيح ألفاً.

(٨) - (والمدعي موسر): في ب، ج وفي أ والمدعي هو موسر

المال استسعى الغلام في ألف (ومائتي) (١) وخمسين، وإن شاء اعتق (٢).
 (وإن اشترى) (٣) بها عبداً فلم ينقدها حتى هلكت الألف (ودفع) (٤) إليه رب المال
 (الف) (٥) أخرى، فإن هلكت (الثانية والثالثة) (٦) فكذاك يدفع ابداً ويكون رأس المال جميع
 ما دفع إليه ثم يقتسمان الربح بعده (٧).
 وإن اشترى بها بزاً ثم باعه بالفين واشترى بهما عبداً فلم (ينقدهما) (٨) حتى (ضاع) (٩)
 الألفان، فإنه يغرم رب المال ألفاً وخمسمائة، والمضارب خمسمائة ورأس المال فيهما ألفان

(١) - (ومائتي): في النسخ الثلاث والصحيح ومائتين وخمسين. انظر الهداية ج٣: ٢٢٩
 (٢) - ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملاً على فراش النكاح، لكنه لم ينقل لفقد شرطه، وهو
 الملك لعدم ظهور الربح، لأن كل واحد منهما - أعني الأم والولد - مستحق برأس المال كمال المضاربة إذا صار
 أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر فيه الربح كذا هذا، فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح
 فنقلت الدعوة السابقة، بخلاف ما إذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة، لأن ذلك إنشاء العتق، فإذا بطل لعدم
 الملك لا ينقل بعد ذلك بحدوث الملك، أما هذا فإخبار فجاز أن ينقل عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد
 غيره ثم اشتراه، فإذا صحت الدعوة ثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه، ولا يضمن لرب المال شيئاً
 من قيمة الولد، لأن عتقه ثبت بالنسب والملك، والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان إعتاق
 فلا بد من التعدي ولم يوجد.

الهداية ج٣: ٢٢٩

(٣) - (وإن اشترى): في جـ وفي أ، ب وإن شاء اشترى

(٤) - (ودفع): في أ، جـ وفي ب دفع

(٥) - (الف): في النسخ الثلاث والصحيح ألفاً.

(٦) - (الثانية والثالثة): في جـ وفي أ، ب ثانية وثالثة.

(٧) - لأن المال أمانة في يده، ولا يصير مستوفياً، والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون، وحكم الأمانة
 يتأنيه فيرجع مرة بعد أخرى، بخلاف الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء
 حيث لا يرجع إلا مرة، لأنه أمكن جعله مستوفياً، ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة، فيما إذا
 اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع، لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء، فجعل مستوفياً
 بالقبض بعده، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفياً على ما
 مر. الهداية ج٣: ٢٣٨.

(٨) - (ينقدهما): في ب، جـ وفي أ ينقدها.

(٩) - (ضاعا): في النسخ الثلاث والصحيح ضاع.

وخمسمائة لكن لا يبيعه مرابحة إلا على الفين ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة (١).
 وإن اشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال، وربعه على المضارب فإن فدياه صار العبد بينهما يخدم رب المال ثلاثة أيام والمضارب يوماً وقد خرج من المضاربة (٢).

(١)- لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما تبين فيكون عليه في الأجرة.

ووجهه: أنه لما نصّ المال وظهر الربح وله منه وهو خمسمائة، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على ربّ المال، لأنه وكيل من جهته ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة، لأنه مضمون عليه، ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة، ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة، لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة.

وكذلك لا يبيع مرابحة إلا على الفين، لأنه اشترى بألفين، ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما. الهداية ج٣: ٢٣٧، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٧٢-٧٣، وانظر الجامع الصغير: ٤٢٢.

(٢)- لأن الفداء مؤونة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً، لأنه لما صار المال عيناً واحداً ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله، لأن قيمته ألفان، وإذا فديا خرج العبد من المضاربة، أما نصيب المضارب فلما بيناه، وأما نصيب ربّ المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة، بخلاف ما تقدم، لأن جميع الثمن فيه على المضارب، وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة، ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية، ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً لا على المضاربة يخدم المضارب يوماً وربّ المال ثلاثة بخلاف ما تقدم.

الهداية ج٣: ٢٣٧-٢٣٨، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٧٣-٧٤، وانظر الجامع الصغير: ٤٢٢.

وإن اشترى بها ثياباً فقصرها، أو (حملها) (١) بمائة من عنده، وقد قيل له: اعمل برأيك فهو متطوع فيه (٢).
 وإن صبغ الثياب حمراً أو نحوه فهو شريك بما زاد الصبغ (٣).
 وإذا كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مرابحة بألف ومائة (٤).

(١) - (حملها): في أ، ب وفي جـ حمل

(٢) - لأنه استدانة على رب المال فلا يتظمه هذا المقال. الهداية جـ ٣: ٢٣٦، وانظر تبين الحقائق جـ ٥:

٧٢-٧١

(٣) - لأن الصبغ عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ، وحصة الثوب الأبيض على المضاربة، بخلاف القصارة والحمل، لأنه ليس بعين مال قائم به، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المصوب، وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه.

الهداية جـ ٣: ٢٣٦، وانظر تبين الحقائق جـ ٥: ٧٢.

(٤) - إن كانت المضاربة بالنصف، لأن الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة المضارب، لأنه لحق فيه لرب المال فصار كأن رب المال اشترى ذلك من أجنبي، وتمكنت الشبهة في حصة رب المال، لأنه ماله بعينه فكأنه اشترى من نفسه فنسقط حصته من الربح إلا إذا بين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء. بدائع الصنائع جـ ٦: ١٠٢-١٠٣، وانظر الجامع الصنف: ٤٢٣.

وإن اشترى رب المال بخمسمائة ثم باعه من المضارب بالف باعه المضارب مرابحة بخمسمائة (١).

وإذا اشترى بمال المضاربة (عبد) (٢) فيه فضل، ملك المضارب حصته (حتى) (٣) لو اعتق العبد جاز عتقه، وكان كعبد بين رجلين اعتقه أحدهما (٤).

وإن اشترى بمال المضاربة عبيدين قيمة كل واحد منهما مثل مال المضاربة فأعتق المضارب أحدهما أو كلاهما معاً (أو متفرقاً) (٥) فهو باطل (٦).

ولو أعتقهما رب المال جميعاً (معاً) (٧) عتقا وضمن للمضارب (قيمة) (٨) حصته منهما موسراً كان أو معسراً (٩).

وإن أعتقهما على التعاقب عتق الأول، وكان الثاني كعبد بين رجلين (أعتقه) (١٠) أحدهما (١١).

(١) - لأنه لم يبق للمضارب حصة فصار شراء مال رب المال بعضه ببعضه فيبيعه على رأس المال الأول. بدائع الصنائع ج٦: ١٠٤.

(٢) - (عبد): في النسخ الثلاث والصحيح عبداً

(٣) - (حتى): في أ وساقطة من ب، ج.

(٤) - لأن المال كله من جنس واحد، وفيه فضل على رأس المال فيملك المضارب حصته من الربح، وإعتاق أحد الشريكين صحيح في حصته، ثم عند أبي حنيفة إن كان موسراً فلرب المال الخيار بين أن يضمن المضارب قيمة حصته وبين أن يستسمي العبد فيها، وبين أن يعتقه بناءً على أن مذهبه أن العتق يتجزأ. وعندهما: قد عتق كله والمضارب ضامن لرب المال حصته إن كان موسراً، وإن كان معسراً استسمى العبد في حصته. انظر المبسوط ج٢٢: ١١٠

(٥) - (أو متفرقاً): في ب، ج وفي أ متفرقاً

(٦) - فعتقه باطل عندنا، وعند زفر نافذ في ربح كل واحد منهما، وقيل على قول أبي يوسف ومحمد: ينبغي أن يكون الجواب كذلك بناءً على أصلهما أن الرقيق يقسم قسمة واحدة فكان هذا بمنزلة جنس واحد من المال فيملك المضارب حصته من الربح، وعند أبي حنيفة لا يجزىء في الرقيق قسمة الجبر فيستسمي كل واحد من العبيدين على حدته وكل واحد منهما مشغول برأس المال.

والأصح عند علمائنا الثلاثة أنه لا ينفذ عتق المضارب في شيء منها، لأنهما يريان قسمة الجبر على الرقيق عند إمكان اعتبار المعادلة إذا رأى القاضي النظر في ذلك، فعند عدم هذا الشرط كل واحد منهما معتبر على حدة لا فضل في كل واحد منهما على رأس المال فلا ينفذ عتق المضارب في شيء منها.

فزفر يقول: العبدان حكم المضاربة كعبد واحد، ورأس المال ألف درهم فيتقن بوجود الفضل فيهما على رأس المال فينفذ عتق المضارب في حصته وهو الربح كما في العبد الواحد. المبسوط ج٢٢: ١١١

(٧) - (معاً): في ب، ج وساقطة من أ

(٨) - (قيمة): في أ، ج وساقطة من ب

(٩) - لأن كل واحد منهما ملكه لكون كل واحد منهما مشغولاً بملك رأس المال وألف ربح فيضمن حصة المضارب من ذلك وهو خمسمائة موسراً كان أو معسراً، ولا سعاية على العبد عندهم جميعاً. المبسوط ج٢٢: ١١١-١١٢

(١٠) - (أعتقه): في أ وفي ب، ج أعتق

(١١) - لأنه حين نفذ عتقه في الأول منهما قد وصل إليه كمال رأس ماله وبقي العبد الآخر ربحاً، والربح مشترك بينهما نصفان، فهو بإعتاق الثاني أعتق عبداً مشتركاً بينه وبين غيره. المبسوط ج٢٢: ١١٢

فصل

- وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت (المضاربة)(١).
 وإن ارتدّ رب المال ولحق بدار الحرب بطلت(٢).
 (وإن)(٣) عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز(٤).
 وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها لا يمنعه العزل من ذلك(٥)، ثم لا يجوز أن يشتري بضمنها شيئاً آخر(٦).
 وإن عزل ورأس المال دراهم أو دنائير قد (نضت)(٧) فليس له أن (يتصرف)(٨) فيه(٩).
 وإن افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون(١٠)،
 وإن لم يكن فيه ربح لم يلزمه الاقتضاء(١١)، ويقال له وكل رب المال في

- (١) - (المضاربة): في ب، ج وفي المراجعة
 ولأنه توكيل، وموت الموكل يبطل الوكالة، وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة. الهداية ج٣: ٢٣٢،
 وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٦، وانظر الباب ج٢: ١٣٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١١٢، وانظر تحفة
 الفقهاء ج٣: ٢٤ - ٢٥، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٣.
 (٢) - لأن اللحوق بمنزلة الموت، ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند
 أبي حنيفة، لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه. الهداية ج٣: ٢٣٢، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٦،
 وانظر الباب ج٢: ١٣٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١١٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٣
 (٣) - (وإن): في أ، ج وفي ب وإذا
 (٤) - لأنه وكيل من جهته، وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه. الهداية ج٣: ٢٣٢، وانظر تبين
 الحقائق ج٥: ٦٧، وانظر الباب ج٢: ١٣٥، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٣
 (٥) - لأن حقه قد ثبت في الربح، وإنما يظهر بالقسمة وهي تثبت على رأس المال، وإنما ينقض بالبيع.
 الهداية ج٣: ٢٣٢ - ٢٣٣، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٧، وانظر الباب ج٢: ١٣٦، وانظر خزنة الفقه
 ج١: ٣٠٣.
 (٦) لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال، وقد اندفعت حيث صار نقداً فيعمل العزل. الهداية
 ج٣: ٢٣٣، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٧، وانظر الباب ج٢: ١٣٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦:
 ١١٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٠٣
 (٧) (نضت): في أ، ج وفي ب نضت
 (٨) (يتصرف): في أ وفي ب، ج يتصدق
 (٩) لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة.
 قال رضي اله عنه: وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال
 دنائير فله أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً، لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض، وعلى هذا موت
 رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها. الهداية ج٣: ٢٣٣، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٧،
 واللباب ج٢: ١٣٦
 (١٠) لأنه كالأجير والربح كالأجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على إتمام عمله كما في الإجارة المحضنة.
 تبين الحقائق ج٥: ٦٧، الهداية ج٣: ٢٣٣، اللباب ج٢: ١٣٦
 (١١) لأنه وكيل محض، والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به. الهداية ج٣: ٢٣٣، وانظر تبين الحقائق
 ج٥: ٦٧، وانظر اللباب ج٢: ١٣٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١١٤

الافتضاء(١).

وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال، وإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب فيه(٢).
 وإن كانا اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال أو بعضه (ترادا)(٣) الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال(٤)، فإن (فضل شيء)(٥) كان بينهما، وإن عجز عن رأس المال لم يضمن المضارب(٦).

(١)- لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، فلا بدّ من توكيله وتوكّله كيلا يضيع حقه.

وقال في الجامع الصغير: يقال له أجل مكان قوله وكل، والمراد فيه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات، والبيع والسمسار يجبران على التقاضي، لأنهما يعملان بأجرة عادة. الهداية ج٣: ٢٣٣، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٧، وانظر الباب ج٢: ١٣٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١١٤

(٢)- لأن الربح تابع، وصرف الهلاك إلى ما هو التابع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة، وإن زاد لا يضمن، لأنه أمين. الهداية ج٣: ٢٣٣، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٧ - ٦٨، وانظر الباب ج٢: ١٣٧، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١١٣

(٣)- (ترادا): في ب، ج، وفي أ تراد

(٤)- لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال، لأنه هو الأصل وهذا بناءً عليه وتبع له، فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه، لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله. الهداية ج٣: ٢٣٣، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٦٨، وانظر الباب ج٢: ١٣٧، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤

(٥)- (فضل شيء): في ب، ج، وفي أ فضل على شيء

(٦)- أي ما فضل من رأس المال بعد التراد يكون بينهما، لأنه ربح، لأن رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء رأس ماله إلا في الربح، وإن نقص لم يضمن المضارب، لأنه أمين. تبين الحقائق ج٥: ٦٨، انظر الهداية ج٣: ٢٣٣ - ٢٣٤، وانظر الباب ج٢: ١٣٧، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٤

(وإن) (١) (كان) (٢) اقتسما الربح وفتخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال (لم يترادا) (٣) الربح الأول (٤).
 وإذا مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة في تركته فإنه يكون ديناً فيما خلفه (٥).

(١) - (وإن): في أ، ب وفي جـ وإذا

(٢) - (كان): في النسخ الثلاث والصحيح كانا

(٣) - (لم يترادا): في أ وفي ب، جـ لم يزد

(٤) - لأن المضاربة الأولى قد انتهت، والثانية عقد جديد، فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول

كما إذا دفع إليه مالاً آخر.

الهداية جـ ٣: ٢٣٤، وانظر تبين الحقائق جـ ٥: ٦٨، وانظر الباب جـ ٢: ١٣٧

(٥) - لأنه صار بالتجهيل مستهلكاً للوديعة، ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم إلى رب المال.

ولو عين الميت المال في حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك أمانة في يد وصيه، أو في يد وارثه، كما كان

في يده، ويصدقون على الهلاك والدفع إلى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته. بدائع الصنائع جـ ٦: ١١٥.

كتاب المزارعة (١)

قال أبو حنيفة (رضي الله تعالى عنه) (٢) : المزارعة بالثلث، والرابع باطله (٣).
وقالا: جائزة (٤)

وهي عندهما على أربعة أوجه:

- إن كانت الأرض والبقر والبذر لواحد والعمل من الآخر.
 - أو كانت الأرض والبذر لواحد، والبقر والعمل من الآخر.
 - أو كانت الأرض لواحد، (والبقر والبذر والعمل من الآخر) (٥)
- جازت المزارعة في هذه (الوجوه) (٦) الثلاثة. (٧)

(١)- المزارعة في اللغة: المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها. المصباح المنير: ٩٦

وفي الاصطلاح: «عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعه له شرعاً». بدائع الصنائع

ج٦: ١٧٥، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٦٣، وانظر الهداية ج٤: ٣٨٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢١٠.

(٢)- (رضي الله تعالى عنه): في ج وفي ب رحمهما الله وفي أ رضي الله عنه.

(٣)- وجه قول أبي حنيفة وزفر: أن عقد المزارعة استتجار ببعض الخارج، وأنه منهي بالنص والمعقول.

أما النص فقول النبي صلى الله عليه وسلم: «من كانت له أرض فلْيُزْرِعْهَا أو فلْيُزْرِعْهَا أَخَاهُ، ولا يَكْرِهْهَا

بِثَلْثٍ، ولا بِرَبْعٍ، ولا بِطَعَامٍ مَسْمُومٍ» سنن أبي داود ج٣: ٢٦٠، وانظر تخريج احاديث المزارعة في نصب

الراية ج٤: ١٧٩-١٨١

ولنهي النبي صلى الله عليه وسلم: «عن كراء المزارع». مسيح البخاري بشرح فتح الباري ج١: ٢٦٩

وأما المعقول: فهو أن الاستتجار ببعض الخارج من النصف، والثلث، والرابع ونحوه استتجار يبدل

مجهول، وأنه لا يجوز كما في الإجارة، وبه تبين أن حديث خبير محمول على الجزية دون المزارعة صيانة

لدلائل الشرع عن التناقض. بدائع الصنائع ج٦: ١٧٥، وانظر اللباب ج٢: ٢٢٨، وانظر المبسوط ج٢٣:

١٧، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٢٧٨، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣١٢، انظر الجامع الصغير: ٤٦٩

(٤)- وجه قولهما وابن أبي ليلى أن الرسول صلى الله عليه وسلم: «دفع نخل خبير معاملة، وأرضها

مزارعة» وأدنى درجات فعله عليه السلام الجواز، وكذا هي شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف من غير

إنكار. بدائع الصنائع ج٦: ١٧٥، وانظر احاديث المزارعة في فتح الباري ج٤: ٤٦٢، وانظر اللباب

جـ٢: ٢٢٨، وانظر المبسوط جـ٢٣: ١٧، وانظر تبين الحقائق جـ٥: ٢٧٨ وانظر خزانة الفقه وحيون المسائل جـ١: ٣١٢.

(٥)- (والبقر والبذر والعمل من الآخر): في ب، جـ وساقطة من أ

(٦)- (الوجه): في ب، جـ وفي الأحوال.

(٧)- لأنه في الوجه الأول: استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بإبرته، أو طياناً ليطين بمره

وفي الثانية: لأن البقر آلة العمل فصار كمن استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط.

وفي الثالثة: لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة.

الهداية جـ٤: ٣٨٤، وانظر اللباب جـ٢: ٢٢٩، وانظر المبسوط جـ٢٣: ١٩-٢٠، وانظر خزانة الفقه وحيون المسائل جـ١: ٣١٣.

فإن كانت الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل من الآخر فهي باطلة، وكذا إذا كانوا أربعة ومن كل واحد منهم شيء من هذه الأربعة (١).
 وإن (عقدا) (٢) (المزارة) (٣) على أن تكون جميع الآلات على المزارع والعمل على رب الأرض فهي فاسدة، (٤) وكذا إن شرط صاحب البذر أن يرفع (بذره ثم يكون الباقي بينهما على ما شرطا فهي فاسدة في قولهم) (٥).
 وإن شرط صاحب البذر أن يرفع (٦) عشر الخارج لنفسه جاز (٧).
 ولو كان البذر من واحد والباقي من الآخر فهو فاسد إلا في رواية عن أبي يوسف (٨) (رحمه الله) (٩).

- (١) - وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز أيضاً، لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز، فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل.
 وجه الظاهر: أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض، لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء، ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل. لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل، الهداية ج٤: ٣٨٤، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٧٩-١٨٠، وانظر اللباب ج٢: ٢٢٩، وانظر المبسوط ج٢٣: ٢٠، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٢٨٠، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣١٣.
 (٢) - (عقدا): في أ، وفي ب، ج عقد.
 (٣) - (المزارة): في ب، ج وفي أ الزراعة.
 (٤) - لأن ذلك يمنع التسليم وهو التولية. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٠.
 (٥) - لأن ذلك يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر، فصار كما إذا شرطا رفع الخراج فالأرض خراجية، وأن يكون الباقي بينهما، لأنه معين، بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما، لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة كما إذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والأرض عشرية. الهداية ج٤: ٣٨٥، وانظر المبسوط ج٢٣: ٣٢، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٢٨٠.
 (٦) - (بذره ثم يكون الباقي.. صاحب البذر أن يرفع): في ب، ج وساقطة من أ.
 (٧) - لأن هذا الشرط لا يؤدي إلى قطع الشركة في شيء من الربيع بينهما مع حصول الخراج، فإنه ما من قدر يخرج إلا ويبقى بعد رفع العشر منه تسعة أعشاره.
 ثم هذا في معنى اشتراط خمسة ونصف من عشرة لصاحب البذر وأربعة ونصف للآخر، وذلك لا يؤدي إلى قطع الشركة في شيء من الربيع، وكذلك لو اشترط العشر لمن لا بذر من قبله والباقي بينهما نصفان جاز. المبسوط ج٢٣: ٣٣.
 (٨) - وجه قول أبي يوسف رحمه الله: لأنه استتجار كل واحد منهما جائز عند الانفراد، فكذا عند الاجتماع.
 ورد عليه: أن الجواز على مخالفة القياس يثبت عند الانفراد فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس. بدائع الصنائع ج٦: ١٧٩ وانظر المبسوط ج٢٣: ٢٠.
 (٩) - (رحمه الله): في ج وساقطة من أ، ب.

ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة (١).
 وأن يكون الخارج شائعاً بينهما فإن شرطاً لأحدهما قفزناً مسماة فهي باطلة، وكذا إن
 شرطاً (ما) (٣) على الماذيانات (٤) والسواقي (٥).
 وإن شرطاً في المزارعة التبن والريغ (٦) نصفين جاز، (٧) وإن لم يذكر التبن لم يجز عند
 أبي يوسف حتى يشترطاً لكل واحد منهما (جزءاً) (٨) معلوماً،
 وهو قول محمد (رحمه الله) (٩) آخرأ، وكان (أولاً يقول) (١٠) التبن لصاحب
 البذر (١١).

- (١) - لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل، والمدة هي المعيار لها فيعلم بها.
 الهداية ج٤: ٣٨٤، وانظر الباب ج٢: ٢٣٠، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٢٧٨
 وفي البدائع يقول: «فلا تصح المزارعة إلا بعد بيان المدة، لأنها استنجار ببعض الخارج ولا تصح الإجارة مع
 جهالة المدة وهذا هو القياس في المعاملة أن لا تصح إلا بعد بيان المدة، لأنها استنجار العامل ببعض
 الخارج. فكانت إجارة بمنزلة المزارعة إلا أنها جازت في الاستحسان لتعامل الناس بذلك من غير بيان المدة، وتقع
 على أول جزء يخرج من الثمرة في أول السنة، لأن وقت ابتداء المعاملة معلوم. البدائع ج٦: ١٨٠
 (٢) - وشرط كون الخارج شائعاً بينهما تحقيقاً لمعنى الشركة، وإن اشترطاً لأحدهما قفزناً مسماة فهي باطلة،
 لأن به تنقطع الشركة، لأن الأرض عسماها لا تخرج إلا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في
 المضاربة. انظر الهداية ج٤: ٣٨٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٧٧-١٧٨
 (٣) - (ما): في أ، ج وساقطة من ب
 (٤) - الماذيانات: وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول، فارسي معرب، وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل
 ثم يسقى منه الأرض. الباب ج٢: ٣٣٠
 (٥) - السواقي: جمع ساقية، ويقال للثقة الصغيرة ساقية لأنها تسقي الأرض. المصباح المنير: ١٠٧
 ومعنى العبارة: أي لأحدهما، لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أنضى ذلك إلى قطع الشركة، لأنه
 لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع. الهداية ج٤: ٢٨٥، وانظر الباب ج٢: ٢٣٠
 (٦) - الريغ: التراب الدقيق. المعجم الوسيط ج١: ٣٢٥
 (٧) - لأنه شرط مقرر بمقتضى العقد، لأن الشركة في الخارج من الزرع من معاني هذا العقد. بدائع الصنائع
 ج٦: ١٨١
 (٨) - (جزءاً): في ب، وفي ج جزواً وساقطة من أ
 (٩) - (رحمه الله): في ب، ج وساقطة من أ.
 (١٠) - (أولاً يقول): في ب، ج وفي أ يقول أولاً.
 (١١) - وجه قول محمد الأول: أن ما يستحقه صاحب البذر يستحقه بيلده لا بالشرط، فكان شرط التبن
 والسكوت عنه بمنزلة واحدة.
 وجه قول أبي يوسف: أن كل واحد منهما - أهني - الحب والتبن مقصود من العقد، فكان السكوت عن
 التبن بمنزلة السكوت عن الحب، وإذا مفسد بالإجماع فكذا هذا. بدائع الصنائع ج٦: ١٨١

وإن دفع الأرض مزارعة على أن يدفع أولاً حظ السلطان، وهو النصف، أو الثلث، وما بقي بينهما أثلاثاً (أو) (١) أنصافاً جاز (٢).

وإن قال: لا أدري ماذا يأخذ السلطان في هذه السنة المقاسمة أو الخراج (فأيا ملك) (٣) على أن أدفع أحد هاذين، ثم يكون الباقي بينهما فهذا فاسد من أيهما كان البذر (٤).
والزرع لصاحب البذر، (٥) والمقاسمة أو الخراج على صاحب الأرض (٦).
وإن (عقدت) (٧) المزارعة والبذر من قبل صاحب الأرض على وجه صحيح ثم أخذ

(١) - (أو): في أ وفي ب جـ «و»

(٢) - لأنه لا يؤدي إلى قطع الشركة في الخارج، فإنه ما من مقدار تخرجه الأرض إلا وإذا دفع منه العشر، أو نصف العشر يبقى شيء ليكون مشتركاً بينهما نصفين، فإن حصل الخارج أخذ السلطان حقه من عشر أو نصف والباقي بينهما نصفان، لأنهما شرطاً ذلك، والمؤمنون عند شروطهم. المبسوط جـ ٢٣: ٣٣، وانظر تبين الحقائق جـ ٥: ٢٨١

(٣) - (فأيا ملك): في جـ وفي ب فادعى ذلك، وفي أ فادعى، وهذه العبارة مأخوذة من المبسوط وهي كما يلي: «ولو كان صاحبه قال للعامل لست أدري ما يأخذ السلطان منا العشر أو نصف العشر فإيما تلك على أن»
جـ ٢٣: ٣٣

(٤) - فهذا فاسد في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد هو جائز بينهما على ما قالوا. ومعنى هذه المسألة: أن الأرض قد تكون بحيث تكتفي بماء السماء عند كثرة الأمطار، وقد تحتاج إلى أن تسقى بالدلاء عند قلة المطر، وفي مثله السلطان يعتبر الأغلب فيما يأخذ من العشر أو نصف العشر فكأنهما قالوا: لا ندري كيف يكون حال المطر في هذه السنة، وماذا يأخذ السلطان من الخارج فتعاقدا على هذه الصفة. ثم عند أبي حنيفة العشر أو نصف العشر على رب الأرض، فبهذا الشرط هما شرطاً لرب الأرض جزءاً مجهولاً من الخارج إما العشر أو نصف العشر وذلك مفسد للعقد عند أبي حنيفة.
وعندهما: العشر أو نصف العشر يكون في الخارج، والخارج بينهما نصفان فهذا في معنى اشتراط جميع الخارج بينهما نصفين وذلك غير مفسد للعقد. المبسوط جـ ٢٣: ٣٣-٣٤، وانظر الاختيار جـ ٣: ٧٥، وانظر ملقى الأبحر جـ ٢: ٢١٠

(٥) - فالبذر إذا كان من قبل صاحب الأرض كان للعامل عليه أجر المثل، لأن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض كان هو مستأجراً للعامل، فإذا فسدت الإجارة وجب أجر مثل عمله.
وإذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الأرض أجر مثل أرضه، لأن البذر إذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجراً للأرض فإذا فسدت الإجارة يجب عليه أجر مثل أرضه. بدائع الصنائع جـ ٦: ١٨٣

(٦) - لأن الخراج على صاحب الأرض، لأنه دراهم مسماة أو حنطة مسماة، فاشتراط رفع الخراج بمنزلة اشتراط ذلك القدر من الخارج لرب الأرض وهذا شرط يؤدي إلى قطع الشركة في الربيع مع حصوله لجواز أن لا يحصل إلا في ذلك القدر أو دونه. المبسوط جـ ٢٣: ٣٣

(٧) - (عقدت) - في النسخ الثلاث والصحيح عقدت.

صاحب الأرض بذره (فبذره) (١) بغير أمر المزارع (فقد بطلت المزارعة والزرع كله لصاحب الأرض) (٢).

وإن كان البذر من قبل المزارع، (٣) والمسألة بحالها كان (الزرع له) (٤) أيضاً، ويضمن البذر للمزارع (٥).

وإن شرط على (المزارع) (٦) أن (يكرب) (٧) الأرض، أو يثنيها فسدت المزارعة، وكذا إن شرط عليه بناء (مسناتها) (٨).

(١) - (فبذره): في جـ وفي أ، ب فبذر

(٢) - لأن عقد المزارعة لا يتعلق به اللزوم من قبل صاحب البذر قبل إلقاء البذر في الأرض، فينفرد

صاحب الأرض بفسخ العقد، وقد صار فاسخاً حين أخذه بغير أمر المزارع وزرعه، لأنه لا يمكن أن يجعل معيئاً له، لأنه استعان به، وليس لأحد أن يعين غيره بغير رضاه فكان فاسخاً للعقد. المبسوط جـ ٢٣: ٧٩

(٣) - (فقد بطلت المزارعة... من قبل المزارع): في جـ وساقطة من ب، وفي أ فقد بطلت المزارعة.

(٤) - (الزرع له): في أ، جـ وفي ب له الزرع.

(٥) - لأنه غاصب للبذر حين أخذه بغير أمر المزارع، فالعقد لم يكن لازماً في جانب المزارع قبل إلقاء

البذر في الأرض، وصاحب الأرض لا يملك أن يلزمه العقد بغير رضاه فيصير هو غاصباً للبذر، ومن غصب

بذراً فزرعه في أرض نفسه أو غيره كان الخارج كله له وعليه بذر مثل ذلك البذر ولا شيء له على المزارع، لأنه

لم يسلم للمزارع شيئاً من منفعة الأرض، ولكن رب الأرض فوتها عليه، ولو فوتها غاصب آخر لم يكن لرب الأرض على المزارع شيء.

المبسوط جـ ٢٣: ٧٩-٨٠

(٦) - (المزارع): في ب، جـ وفي أ الزارع

(٧) - (يكرب): في أ وفي ب، جـ يكري

(٨) - (مسنأة): في أ، ب وفي جـ منشاتها.

والمسنأة: سدّ يبنى لحجز ماء السيل أو النهر، به مفاتيح للماء تفتح على قدر الحاجة. المعجم الوسيط

جـ ١: ٤٥٩

وسبب فساد المزارعة في هذه الحالات، لأن هذا الشرط يبقى اثره ومنفعته بمدد مدة المزارعة، لأنه شرط لا

يقتضيه العقد. بدائع الصنائع جـ ٦: ١٨١، وانظر المبسوط جـ ٢٣: ٨٠

فصل

وإذا وقع الاتفاق (في المزارعة) (١) على أحد الوجوه الثلاثة الجائزة، فإن كان البذر من قبل (رب الأرض) (٢) فهو مستأجر للزارع، والدواب والآلات تبع له. وإن كان من قبل الزارع فهو مستأجر للأرض فمن كان من قبله البذر فما يستحقه من الربيع فهو ببذره (لا بالشرط)، (٣) والآخر يستحقه بالشرط لا غير، وإنما تكون مزارعة إذا كانت الأجرة من بعض الخارج. فلو كانت من غيره فهي إجارة. (٤) والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما.

(١) - (في المزارعة): في ب، ج وساقطة من أ

(٢) - (رب الأرض): في أ، ج وساقطة من ب

(٣) - (بالشرط): في أ، ب وفي ج إلا بالشرط

(٤) - لأن الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الأرض، أو المزارع، لأن استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط، لوقوع الاستثناء بالملك عن الشرط، واستحقاق الأجر الخارج بالشرط وهو العقد، فإذا لم يصح الشرط استحققه صاحب الملك، ولا يلزمه التصديق بشيء، لأنه نماء ملكه.

وإذا كان البذر من قبل رب الأرض فهو مستأجر للزارع فله أجر المثل وإذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الأرض أجر مثل أرضه، لأن البذر إذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجراً للأرض فإذا فسدت الإجارة يجب عليه أجر مثل أرضه. انظر بدائع الصنائع ج٦: ١٨٢-١٨٣ وانظر المبسوط ج٢٣: ٢٠

وأجرة الحصاد، والدياس، والرفاع، (١) والتذرية عليهما بالحصص، فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت (٢).
 وإذا صححت المزارعة فالخارج على الشرط ما لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل (٣).
 وإذا فسدت المزارعة فالخارج لصاحب البذر (٤)، فإن كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزداد على مقدار ما شرط له من الخارج (٥).
 وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ (٦).

- (١)- الرفاع: يقال رُفِعَ الزرع أن يحمل بعد الحصاد إلى البذر. مختار الصحاح: ٢٥٠.
- (٢)- وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات، ووجه ذلك أن العقد يتأخر بتأخر الزرع لحصول المقصود، فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤونه عليهما، وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه، وفيه منقعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل.
- وعن أبي يوسف: أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتباراً بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ. قال شمس الأئمة السرخسي: هذا هو الأصح في ديارنا. الهداية ج٤: ٣٨٨، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٨٢، وانظر الاختيار ج٣: ٧٨، وانظر اللباب ج٢: ٢٣٢، وانظر المبسوط ج٢٣: ٣٦، ١٦٠، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٢٨٣، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣١٤.
- (٣)- لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره، بخلاف ما إذا فسدت، لأن أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج. الهداية ج٤: ٣٨٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٨٢، وانظر اللباب ج٢: ٢٣١، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣١٤.
- (٤)- لأنه نماء ملكه، واستحقاق الأجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر. الهداية ج٤: ٣٨٦، وانظر اللباب ج٢: ٢٣١، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣١٤.
- (٥)- لأنه رضي بسقوط الزيادة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. الهداية ج٤: ٣٨٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٨٣، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣١٤.
- (٦)- لأنه استوفى منافعه بمقد فاسد، فتجب عليه قيمتها، إذ لا مثل لها. الهداية ج٤: ٣٨٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٨٣، وانظر اللباب ج٢: ٢٣١، وانظر خزائن الفقه وعيون المسائل ج١: ٣١٤.

وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل الأرض (١).
وفي المزارعة الفاسدة إذا لم تخرج الأرض شيئاً، فإن كان البذر من قبل العامل فعليه أجر
مثل الأرض والبقر، وإن كان من قبل رب الأرض فعليه أجر (مثل) (٢) العامل (٣).

(١) - لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها، وقد تعدر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها. الهداية

ج٤: ٣٨٦، وانظر الباب ج٢: ٢٣١، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣١٤.

(٢) - (مثل): في ج وساقطة من أ، ب

(٣) - ففي المزارعة الفاسدة يجب فيها أجر المثل وإن لم تخرج شيئاً، لأن الواجب في المزارعة الفاسدة أجر

مثل العمل في الدمة لا في الخارج، فانهدام الخارج لا يمنع وجوبه في الدمة. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٢، وانظر

الهداية ج٤: ٣٨٦، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣١٤، وانظر الجامع الصغير: ٤٦٩.

فصل

وإذا عقدت المزارعة الصحيحة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه، (١) وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل (٢).
وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة (٣).
وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك بعد، كان على المزارع أجر مثل (نصيبه) (٤) من الأرض إلى أن يستحصد (٥).
وإذا أخذ الرجل الأرض ليزرعها ببذره ثم بدأ لرب الأرض أن يترك زرعها فليس له

- (١)- لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه فصار كمن استأجر أجيراً ليهدم داره. الهداية ج٤: ٣٨٦، وانظر اللباب ج٢: ٢٣٢، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣١٤.
- (٢)- لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر، والعقد لازم بمنزلة الإجارة إلا إذا كان علر يفسخ به الإجارة فيفسخ به المزارعة. الهداية ج٤: ٣٨٦، وانظر اللباب ج٢: ٢٣٢، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣١٤.
- (٣)- أما بالنسبة لصاحب الأرض: سواء مات قبل الزراعة أو بعدها، وسواء أدرك الزرع أو هو بقل، لأن العقد أفاد الحكم له دون وارثه، لأنه عاقد لنفسه، والأصل أن من عقد لنفسه بطريق الأصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره إلا لضرورة، وكذا موت المزارع. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٤، وانظر الهداية ج٤: ٣٨٧، وانظر اللباب ج٢: ٢٣٢.
- (٤)- (نصيبه): في ب، ج وفي أ حصته
- (٥)- معناه حتى يستحصد، لأن في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه، وإنما كان العمل عليهما، لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة، وهذا عمل في المال المشترك، وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل، لأن هناك أبقينا العقد في مدته، والعقد يستدعي العمل على العامل، أما ما هنا فالعقد قد انتهى فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجود العمل عليه.

الهداية ج٤: ٣٨٧، وانظر اللباب ج٢: ٢٣٢، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٨٤-١٨٥.

أن يمنع الزارع عنها إلا من عذر(١).
 (والعذر أن يلزمه دين لا وفاء له إلا من ثمنها سواء كان الزارع عمل فيها شيئاً من حفر
 بثر)(٢) (أو إصلاح)(٣) مسناة أو غيره أو لم يعمل، فإن باعها لم يرجع الزارع على رب
 الأرض بما أنفق فيها(٤).
 وإن كان الزارع قد زرعها ونبت زرعها ولم يستحصد وأراد أن يبيعها لم يبيعها حتى
 يستحصد الزرع. (٥)
 وإن مرض العامل مرضاً يضعف عن العمل به فهو عذر(٦).
 (اللهم اختم بخير)(٧).

(١)- فإن كان صاحب البذر: فله ذلك، لأنه لا يمكنه الشروع، إلا بعد إتلاف ملكه، وهو البذر.

وإذا لم يكن صاحب البذر: ليس له ذلك إلا بعلم يفسخ به العقد. تحفة الفقهاء ج٣: ٢٧٠.

(٢)- (والعذر أن يلزمه دين... من حفر بثر): في ب، جـ وساقطة من أ

(٣)- (أو إصلاح): في أ، جـ وفي ب وإصلاح

(٤)- فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له إلا من ثمن هذه الأرض تباع في الدين ويفسخ العقد بهذا العذر إذا

أمكن الفسخ بأن كان قبل الزراعة أو بعدها إذا أدرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد، لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا
 بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضي الأرض بدينه أولاً ثم يفسخ المزارعة. بدائع الصنائع ج٦:

١٨٣، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٧٠، وانظر المبسوط ج٢٣: ٤٤

(٥)- لأن في البيع إبطال حق العامل وفي الإنتظار إلى وقت الإدراك تأخير حق صاحب الدين، وفيه رعاية

الحقين فكان أولى. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٣-١٨٤، وانظر الهداية ج٤: ٣٨٧، وانظر المبسوط

ج٢٣: ٤٥

(٦)- لأنه معجز عن العمل. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٤، وتحفة الفقهاء ج٣: ٢٧٠.

(٧)- (اللهم اختم بخير): في ب وساقطة من أ، جـ.

فصل

وإذا دفع إليه الأرض على أن يزرعها ببذره والخارج بينهما، ولم يقل له إعمل برأيك فشارك رجلاً آخر فأخرجاً جميعاً بذرأ على أن يعملوا والخارج بينهما نصفان فهو جائز ونصف الخارج للآخر ونصفه بين الأول ورب الأرض (نصفين، وعلى الأول لرب الأرض) (١) نصف أجر مثل أرضه (٢).

وإن أخذها على أن يزرعها (ببذره) (٣) والخارج بينهما (فدفعهما إلى رجل ليزرعها بيد الزارع الأول على أن) (٤) الخارج بينهم فهو جائز، وما أخرجت فنصفه للآخر ونصفه لرب

(١) - (نصفين، وعلى الأول لرب الأرض): في ب، ج وساقطة من أ، والصحيح نصفان

(٢) - لأن الأول استأجر الأرض فهو في التصرف فيها بمنزلة المالك للأرض، والمالك للأرض لو شارك فيها

رجلاً على أن يزرعها يبذر بينهما والخارج نصفان جاز ويكون هو مميراً نصف الأرض من الآخر كذلك هنا.

ثم نصف الخارج للآخر، لأنه نماء بذر، ونصفه بين الأول ورب الأرض نصفان، لأنه شرط له نصف

الخارج من الأرض بإزاء منفعة الأرض، وهذا الخارج الذي حصل له خارج من نصف الأرض فيستحق نصفه

بالشرط، وعلى الأول لرب الأرض أجر مثل نصف أرضه، لأن الخارج من النصف الآخر قد استحقه المزارع

الآخر، وقد كان المزارع الأول أوجب لرب الأرض نصف ذلك، فإذا لم يسلم له رجع عليه بأجر المثل في ذلك

النصف. المبسوط ج ٢٣ : ٧٧

(٣) - (ببذره): في أ وفي ب، ج فبذره

(٤) - (فدفعها إلى رجل ليزرعها... الأول على أن): في ب، ج وساقطة من أ

الأرض، ولا شيء لصاحب البذر(١).
ولو كان رب الأرض قال له: على أن مارزقك الله (فهو)(٢) بيننا (نصفين)(٣) ولم يقل له اعمل برايك فدفعتها إلى آخر بالنصف وبذرا معاً فنصف الخارج للآخر ونصفه بين رب الأرض والأول (نصفين)(٤)، وكذا لو كان البذر من قبل الآخر(٥).
وإن دفع الأرض إلى رجل ليزرعها ببذره وبيقره ومعه رجل آخر على أن يكون الربيع بينهما أثلاثاً فهو فاسد. فإن زرع على هذا فالثالث لرب الأرض والثلاثان لصاحب

(١)- لأن الأول هنا مستأجر للأرض بنصف الخارج، وله أن يتصرف في الأرض التي استأجرها بالدفع مزارعة على الوجه الذي يتصرف في أرض نفسه (الا ترى) أنه لو استأجرها بدراهم كان له أن يدفعها مع البذر مزارعة بالنصف فكذلك إذا استأجرها بيمض الخارج بخلاف ما سبق، فهناك المزارع أجر رب الأرض بنصف الخارج، وحقيقة المعنى أن المستأجر عامل لنفسه، فإنما يوجب الشركة للأجير في حق نفسه.
وأما الأجير عامل المستأجر، فإنما هو يوجب الشركة للآخر في الخارج من بذر رب الأرض فلهذا افترقا ثم إذا حصل الخارج هنا فنصفه للآخر بمقابلة عمله كما أوجبه له صاحب البذر، ونصفه لرب الأرض بإزاء منفعة أرضه كما شرط له صاحب البذر، ولا شيء لصاحب البذر، لأنه أوجب لغيره جميع الخارج من بذره بعقد صحيح.

المبسوط ج٢٣: ٧٥-٧٦

(٢)- (فهو): في أ، ب وساقطة من ج

(٣+٤)- (نصفين)- في النسخ الثلاث و الصحيح نصفان.

(٥)- لأن رب الأرض إنما شرط لنفسه هنا نصف ما يرزق الله المزارع الأول وهو ما وراء نصيب المزارع

الآخر، فيستوي إن كان البذر من قبل الأول أو الآخر. المبسوط ج٢٣: ٧٦.

(البذر) (١) وعليه للعامل معه اجر مثله ولا يتصدق هو ولا رب الأرض بشيء منه (٢).
 وإن كان البذر من قبل (رب) (٣) الأرض في هذه المسألة كانت المزارعة (جائزة)، (٤)
 والثالث لرب الأرض والثلاثان (للعامل) (٥).

(١)- (البذر): في أ، ج وفي ب الزرع

(٢)- يقول الإمام السرخسي: «ولو دفع إليه الأرض على أن يزرعها بيده وعمله على أن له ثلث الخارج،
 ولرب الأرض ثلثه، وعلى أن يكرهها ويعالجها بقر فلان على أن لفلان ثلث الخارج فرضي فلان بذلك فعلى
 العامل اجر مثل البقر بثلث الخارج وقد بينا أن البقر لا يكون مقصوداً في المزارعة فكان العقد بينهما فاسداً،
 وقد استوفى منفعة بقره فله اجر مثله عليه، وثلث الخارج لرب الأرض وثلثاه للعامل طيب، لأنه لا فساد في
 العقد بينه وبين رب الأرض. المبسوط ج٢٣: ٦٨»

(٣)- (رب): في أ، ج وساقطة من ب

(٤)- (جائزة): في ب، وفي أ، ج جائز

(٥)- (للعامل): في أ، ج وفي ب للعاملين

ولو كان البذر من الأول كان ثلثا الخارج للأجير كما أوجبه له المزارع الأول والثالث لرب الأرض، ولرب
 الأرض اجر مثل ثلث أرضه على المزارع الأول.

أنظر المبسوط ج٢٣: ٧٦-٧٧

باب المساقاة (١)

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: المساقاة بجزء من الثمرة باطلة بأن يستاجر إنساناً يعمل في بستانه على أن يكون له من (الثمرة ربعها) (٢) أو أقل، أو أكثر كالزراعة.
وقالا: جائزة وهي: إن ذكر مدة معلومة وسمى جزءاً من الثمرة مشاعاً (٣).
وتجوز المساقاة عندهما في النخل والشجر والكرم والرطاب، وأصول الباذنجان ونحوها (٤).

(١)- وتسمى المعاملة كذلك. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٥

والمساقاة في اللغة: أن يستعمل رجل رجلاً في نخيل أو كروم ليقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم مما تُغله. مختار الصحاح: ٣٠٥، والمعجم الوسيط ج١: ٤٣٩.

وفي الاصطلاح: «عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز». بدائع الصنائع ج٦: ١٨٥، وانظر تعريفها في تحفة الفقهاء ج٣: ٢٦٣

ودليل مشروعيتها عند من أجازها أن النبي صلى الله عليه وسلم ادفع نخل خبير معاملة وأرضها مزارعة.

انظر صحيح البخاري، صحيح مسلم، نزول الوصي ج٤: ٤٦٢

(٢)- (الثمرة ربعها): في أ، جـ وفي ب الثمرة جزء مربعها

(٣)- وجه قولهما: حديث خبير أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع نخلهم معاملة.

ولأبي حنيفة: أن هذا استئجار ببعض الخارج، وأنه منهي عنه. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٥، وانظر الهداية

ج٤: ٣٨٩، وانظر اللباب ج٢: ٢٣٣-٢٣٤، وانظر المبسوط: ج٢٣: ١٧.

(٤)- وسبب الجواز الحاجة وقد عمت، وأثر خبير لا يخصهما، لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار

والرطاب أيضاً، ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلومة سيما على أصله. الهداية

ج٤: ٣٩، وانظر اللباب ج٢: ٢٣٤، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٠١.

وإن دفع نخلاً فيه ثمرة مساقاة والشجرة مما تزيد بالعمل جائز، وإن كانت قد انتهت لم يجز (١).

(وعلی) (٢) العامل الحفظ والسقي والعمارة فإن ترك (مما) (٣) لا بدّ من ذلك فسدت المعاملة، وإن كانت مما لا حاجة له فيه بلا بدّ لم تفسد (٤).

وإن دفع إليه كرمًا أو شجرةً معاملةً بالنصف أو الثلث ولم يذكر سنين معلومة (جاء) (٥) على أول ثمرة تخرج استحساناً، وإن (تركا) (٦) التوقيت في الرطاب لم يجز (٧).

(١) - وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز، ولو استحصد وأدرك لم يجز، لأن العامل إنما يستحق بالعمل، ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك فلو جوزناه لكان استحقاقاً بغير عمل، ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل. الهداية ج٤: ٣٩٠، وانظر الباب ج٢: ٢٣٤، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٠٢-١٠٣، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٨٦.

(٢) - (وعلی): في أ، جـ وفي ب على

(٣) - (مما): في ب، جـ وفي أ ما.

(٤) - لأن كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج إليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقي وإصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل، لأنها من توابع المعقود عليه فيتناوله المعقد.

وكل ما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والأرض من السرقة وتقليب الأرض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرائش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيهما.

بدائع الصنائع ج٦: ١٨٧

(٥) - (جاء): في ب، جـ وفي أ جاءت

(٦) - (تركا): في جـ وفي أ، ب ترك

(٧) - لأن وقت إدراك الثمر معلوم وقلما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به، وإدراك البدر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الشمار، لأن له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع، لأن ابتداءه يختلف والإنتهاء مبني عليه فتدخله الجهالة الفاحشة. تبين الحقائق ج٥: ٢٨٤ وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٦٨، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٠٢

وفي القياس لا يجوز، لأن هذا استجار للعامل وبهذا لا يصير المعقود عليه معلوماً إلا ببيان المدة، فإذا لم يبين لا يجوز العقد كما في المزارعة.

انظر المبسوط ج٢٣: ١٠٢ .

وإن شرط على العامل الجذاذ والقطاف فسدت المعاملة، ومتى فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله (١).

وإذا دفع أشجاراً معاملة ثم بدأ للعامل أن يترك العمل لم يكن له ذلك، وكذا إن بدأ لصاحب الأشجار أن يعمل بنفسه ويخرج العامل لم يكن له (٢) ذلك إلا من عذر الدين، (٣) أو يكون العامل سارقاً يتضرر من خيائه (٤). والمساقاة تبطل بالموت، (٥) وتفسخ بالأعدار كالإجارة (٦).

(١)- انظر تفصيل ذلك في باب المزارعة: ٤٦١ تحت رقم (٢)

(٢)- (له): في ب، ج وساقطة من أ

(٣)- والدين هنا هو الدين الفاضح الذي لا قضاء له إلا من ثمن هذه الأرض تباع في الدين، ويفسخ العقد

بهذا العذر. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٣، وانظر المبسوط ج٢٣: ٢٣١

(٤)- لأن من الأعدار التي في جانب العامل أن يكون سارقاً معروفاً بالسرقة فيخاف الثمر والسعف. بدائع

الصنائع ج٦: ١٨٨، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٢٨٦، وانظر المبسوط ج٢٣: ٢٣١

(٥)- لأنها في معنى الإجارة، فإن مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما يقوم قبل ذلك

إلى أن يدرك الثمر، وإن كره ذلك ورثه رب الأرض استحساناً فيبقى العقد دعماً للضرر عنه ولا ضرر فيه على

الأخر. الهداية ج٤: ٣٩٠-٣٩١ وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٨٤-١٨٥، وانظر تبين الحقائق ج٥:

١٨٥، وانظر اللباب ج٢: ٢٣٤، وانظر المبسوط ج٢٣: ٥٦.

(٦)- مثل صريح الفسخ، ومنها الإقالة، ومنها انقضاء المدة، ومنها موت المتعاقدين. بدائع الصنائع ج٦:

١٨٨، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٢٨٦، وانظر اللباب ج٢: ٢٣٤.

كتاب الشرب (١)

المياه أربعة أنواع: ما يكون تحت الأرض فيستخرجه مالكيها، أو يكون ظاهراً فيها (ويكون) (٢) قليلاً (كبش)، (٣) أو قناة، أو عين صغيرة، فهذان في حكم مالك الأرض، وله أن يحوزهما ويمنع سائر الخلق أن يأخذوا، أو يستقوا، أو يسقوا الدواب منهما، (وأن) (٤) يَدْخُلُوا أرضه، إذا كان لهم بدّ من ذلك (العمل) (٥) ولهم ما يقتنعون به (٦).
ومن دخل أرضه وأخذ منها في ظرف بغير إذنه لم يكن له أن يسترده منه، وإن لم يكن

(١)- الشرب في اللغة: النصيب من الماء. المصباح المنير: ١١٧

وفي الاصطلاح: «عبارة عن حق الشرب والسقي». بدائع الصنائع ج٦: ١٨٨

والدليل على مشروعية الشرب قوله تعالى: «قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم» الشعراء/ ١٥٥ وفيها دلالة على جواز قسمة الشرب بالأيام، لأن الله سبحانه وتعالى عز اسمه أخبر عن نبيه صالح قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت شريعته لنا مبتدأة، وبها استدل محمد في كتاب الشرب على جواز قسمة الشرب بالأيام. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٨، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٦١.

(٢)- (ويكون): في أ، ب، وفي جـ يكونان

(٣)- (كبش): في ب، جـ وفي أ كثيراً

(٤)- (وأن): في ب، جـ وفي أ أو

(٥)- (العمل): في ب وساقطة من أ، جـ

(٦)- فإذا كانت الأرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم من الدخول في أرضه إذا لم يضطروا إليه بأن وجدوا

غيره، لأن الدخول إضرار به من غير ضرورة، فله أن يدفع الضرر عن نفسه. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٩،

وانظر الهداية ج٤: ٤٤٠-٤٤١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣١٨.

للناس ماءً غيرهما فعلى صاحب الأرض أن يأذن لهم بالدخول في أرضه، والأخذ من مائه، وأن يسقيهم منه ما يكفيهم ويغنيهم (١).
 وليس لهم أن يسقوا من سائحتها (زرعهم) (٢) وبساتينهم بغير إذنه إلا مالا حاجة له فيه أصلاً (٣).
 والنوع الثالث: ماء الأودية والأنهار والقنوات العظام وكل الناس مشتركون فيه

-
- (١)- فقي هذه الحالة: إن لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له: إما أن نأذن بالدخول، وإما أن تعطي بشسك، فإن لم يعطهم ومنعهم من الدخول فلهم أن يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يتدفع به الهلاك عنهم. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٩، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣١٨
- (٢)- (زرعهم): في جـ وفي أ، ب زرعههم.
- (٣)- فله أن يمنع ذلك لما في الإطلاق من إبطال حقه أصلاً إلا إذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم من الدخول في أرضه إذا لم يضطروا إليه بأن وجدوا غيره. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٩.

شركة إباحة للشرب والسقي وشق النهر منه إلى أراضيهم (وبساتينهم) (١) إلا المقسوم كما شاؤا (٢).

والرابع: وهو المحرز في الظروف (والأواني) (٣)، وهذا النوع يكون ملكاً يجوز بيعه وتملكه وتملكه، ومنع سائر الخلق عنه من سائر الانتفاع به دون الثلاثة (فإنها لا يجوز بيعها) (٤) وتملكها لنفس الماء إلا ما يحوز صاحب الأرض في أرضه، والذي يباع ويشترى منها في بعض البلاد فلتبعية الأرض (٥).

(١) - (وبساتينهم): في ب، ج وفي أ ولبساتينهم

(٢) - فلا ملك لأحد فيها، ولا في رقبة النهر، وكذا ليس لأحد حق خاص فيها ولا في الشرب بل هو حق لعامة المسلمين، فللكل أحد أن يتنفع بهذه الأنهار بالشفة والسقي وشق النهر منها إلى أرضه، بأن أحيا أرضاً ميتة بإذن الإمام له أن يشق إليها نهراً من هذه الأنهار، وليس للإمام ولا لأحد منعه إذا لم يضر بالنهر، وكذا له أن ينصب عليه رحى ودالية وسانية إذا لم يضر بالنهر لأن هذه الأنهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت الاختصاص بها لأحد فكان الناس فيها كلهم على السواء، فكان كل واحد بسبيل الانتفاع لكن بشرط عدم الضرر بالنهر كالانتفاع بطريق العامة. بدائع الصنائع ج٦: ١٩٢، وانظر الهداية ج٤: ٤٤٠

(٣) - (والأواني): في ب، ج وفي أ وفي الأواني

(٤) - (فإنها لا يجوز بيعها): في ب، ج وساقطة من أ

(٥) - لأنه مملوك لصاحبه لا حق لأحد فيه، لأن الماء وإن كان مباحاً في الأصل لكن المباح يملك بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكاً لغيره، كما إذا استولى على الحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الأشياء، وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحرزة في الظروف. به جرت العادة في الأمصار وفي سائر الأعصار من غير تكبير فلم يحل لأحد أن يأخذ منه فيشرب من غير إذنه. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٨، وانظر الهداية

ج٤: ٤٤١

ومن حفر بئراً في بركة فله حريمها، (١) فإن كانت للعطن (٢) فحريمها أربعون ذراعاً، (٣) وإن كانت للناضح فستون، (٤) وإن كانت عيناً فحريمها ثلاث مئة ذراع (٥).
والعطن: موضع الإبل، والناضح البعير الذي يستسقى عليه، ومن أراد أن يحفر في حريمها (يمنع) (٦) منه (٧).

(١)- الحريم: حريم الشيء: ما حوله من حقوق مرافقة، سمي بذلك لأنه يحرم على غير مالكة أن يستبد بالانتفاع به. المصباح المنير: ٥١.

(٢)- العطن: العطن للإبل المناخ والمبرك، ولا يكون إلا حول الماء والجمع اعطان، وعطن الغنم أيضاً مريضها حول الماء. المصباح المنير: ١٥٨

(٣)- وهذا بالإجماع نطقت به السنة، قال عليه الصلاة والسلام: «وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً». مسند الإمام أحمد ج٢: ٤٩٤، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٢٩٢، وبدائع الصنائع ج٦: ١٩٥، وانظر الهداية ج٤: ٤٣٧، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٦٦-١٦٢.

(٤)- وقد اختلف الحنفية في ذلك: فعند أبي حنيفة أربعون ذراعاً، وعندهما ستون ذراعاً، احتجا بما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: «وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً». وجه قول أبي حنيفة: أن الملك في المواث يثبت بالإحياء بإذن الإمام أو بغير إذنه، ولم يوجد منه إحياء الحريم، وكذا إذن الإمام يتناول الحريم مقصوداً إلا أن دخول الحريم لحاجة البشر إليه، وحاجة الناضح تندفع بأربعين ذراعاً من كل جانب كحاجة العطن فبقي الزيادة على ذلك على حكم المواث. والحديث يحتمل أنه قال عليه السلام في بئر خاصة وللإمام ولاية ذلك.

بدائع الصنائع ج٦: ١٩٥، وانظر الهداية ج٤: ٤٣٧، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٦٢.

(٥)- وحريم العين خمسمائة ذراع بالإجماع، ولذا فما ذكره الإمام الغزنوي مخالف لما عليه الحنفية. انظر بدائع الصنائع ج٦: ١٩٥، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢٥٦، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٢٣، وانظر الهداية ج٤: ٤٣٧-٤٣٨، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٦٢-١٦٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٧٠.

(٦)- (يمنع): في أ، جـ وساقطة من ب

(٧)- كيلا يؤدي إلى تفويت حقه والإخلال به، وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به،

فليس لغيره أن يتصرف في ملكه. الهداية ج٤: ٤٣٨، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٧٠.

والذراع من المرفق إلى الأنامل ذراع العرب (١) وإذا كان بين قوم (نهرأ) (٢) أو قناة عليها أرضهم فليس لأحدهم أن يأخذ منه نهرأ، ولا أن ينصب عليه رحى، ولا أن يحدث فيه شيئاً يضر بالماء، إلا برضا أصحابه، كالطريق الخاص،

وعليهم جميعاً حفره من أعلى النهر إلى أن يبلغ حدّ أحدهم في قول أبي حنيفة (٣).
وقالا: على الجميع حفره من أعلى النهر إلى آخره (٤).
وإذا قال الرجل: اسقني من نهرك يوماً على أن أسقيك من نهري يوماً لم يجز (٥).

(١) - انظر مختار الصحاح: ٧٩

(٢) - (نهرأ): في النسخ الثلاث والصحيح نهر.

(٣) - وجه قول أبي حنيفة: أن الكري من حقوق الملك، والمالك في الأعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر إلى شرب أولهم، فكانت مؤونته على الكل، فأما بعده فلا ملك لصاحب الأعلى فيه، إنما له حق وهو حق تسييل الماء فيه، فكانت مؤونته على صاحب الملك لا على صاحب الحق، ولهذا كانت مؤونة الكري على أصحاب النهر ولا شيء على أهل الشفة، لأن الملك لأصحاب النهر ولأهل الشفة حق الشرب. بدائع الصنائع ج٦: ١٩٢، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣١٩ وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢٥٩، وانظر المبسوط ج٢٣:

١٧٣-١٧٤

(٤) - وعندهما: الكري عليهم جميعاً من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأراضي.

فالكري بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر إلى أسفله إن كانوا عشرة. انظر بدائع الصنائع ج٦: ١٩٢، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣١٩، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢١٩، وانظر المبسوط ج٢٣:

١٧٣-١٧٤.

(٥) - لأن هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعاً، أو إجارة الشرب بالشرب وكل ذلك لا يجوز. بدائع الصنائع

ج٦: ١٨٩، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٧٧.

ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريمه عند (أبي) (١) حنيفة إلا أن يقيم بينة على ذلك.

وقالا: له مسناة يمشي عليها ويلقي عليها طينه (٢).

والنار والكلا في الأرض المملوكة كالماء فلا يجوز بيع النار ولا الكلا في أرضه، ولا (يجوز) (٣) بيع الماء في نهره، والناس فيه شركاء، والمباح من النار لهابها لا جمرها. (٤)
(اختتم بخير) (٥).

(١) - (أبي): في أ، ج وساقطة من ب

(٢) - قيل هذه المسألة بناءً على أن من حفر نهرًا في أرض موات يأذن الإمام لا يستحق الحريم عنده، وعندهما يستحقه، لأن النهر لا يتنفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر وإلى إلقاء الطين، ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج فيكون له الحريم اعتباراً بالبر. وله أن القياس يأباه على ما ذكرناه، وفي البشر عرفناه بالأثر، والحاجة إلى الحريم فيه فوقها إليه في النهر، لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم، ولا يمكن في البشر إلا بالاستقاء ولا إستقاء إلا بالحريم فتعلمر الإلحاق.

ووجه البناء أنه باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتباراً تبعاً للنهر، والقول لصاحب اليد، وبعدم استحقاقه تنعدم اليد، والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره. وإن كانت مسألة مبتدأة، فلهما أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به، ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه.

وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى: أما صورة فلاستوائهما، ومعنى: من حيث صلاحيته للغرس والزراعة، والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به كائنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضي للذي في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك، ولا نزاع فيما به استمساك الماء، إنما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه إن كان مستمسكاً به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن أرضه، والمانع من نقضه تعلق به حق صاحب النهر لا ملكه كالحائظ لرجل، ولآخر عليه جلود لا يتمكن من نقضه وإن كان ملكه.

الهداية ج٤: ٤٣٩، وانظر للباب ج٢: ٢٢٢-٢٢٣، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٧٦، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٧٠.

(٣) - (يجوز): في ج وساقطة من أ، ب

(٤) - لأن الماء خلق مباح والأصل بالنص، وإنما يأخذ حكم الملك بالاحراز بالأواني فلا يجوز بيعه لعدم الملك.

وكذلك الكلا الذي ينبت في أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك إلا إذا قطعه صاحب الأرض لقوله صلى الله عليه وسلم: «الناس شركاء في ثلاثة: الماء والكلا والنار» سنن أبي داود ج٣: ٢٧٨، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٢٩٤.

والنار اسم لجوهر مضيء دائم الحركة علواً فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أثبت الشركة فيها، فأما الجمر فليس بنار، وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه. بدائع الصنائع ج٦: ١٨٩، ١٩٣.

(٥) - (اختتم بخير): في أ وساقطة من ب، ج

كتاب إحياء الموات (١)

(الموات) (٢) ما لا ينتفع به من الأرض لانقطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو كونه منقطعاً عن العمارات وما أشبه ذلك (٣).

فما كان منها عادياً لا مالك له أو كان مملوكاً في الإسلام (ولكن) (٤) لا يعرف له مالك، ولا وارث له في الظاهر إلا الله عز وجل وهو بعيد من العمارة الجدرانية بحيث لو وقف إنسان في أقصى العمارة وصاح بأعلى صوته (لم يسمع صوته) (٥) في العمارة، فذلك يُسمى (٦) مواتاً (٧)، من أحياء بإذن الإمام ملكه وإن أحياءه بغير إذنه لم يملكه عند أبي حنيفة.

(١) الموات في اللغة: يقال ماتت الأرض موتاناً ومواتاً بالفتح خلت من العمارة والسكان فهي موات، وقيل الموات الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد. المصباح المنير: ٢٢٣ وفي الاصطلاح: هي أرض خارج البلد لم تكن ملكاً لأحد، ولا حقاً له خاصة. بدائع الصنائع ج٦: ١٩٤

والدليل على مشروعيتها إحيائها: قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق». أبو داود ج٣: ١٧٨

وفي رواية أخرى: عن عروة قال: أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «قضى أن الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، ومن أحيأ مواتاً فهو أحق به، جاءنا بهذا عن النبي صلى الله عليه وسلم اللذين جاءوا بالصلوات». أبو داود ج٣: ١٧٨ - ١٧٩

وفي رواية أخرى: «من أحاط حائطاً على أرض فهي له» أبو داود ج٣: ١٧٩، وانظر تخريج هذه الأحاديث في نصب الراية ج٤: ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠

(٢)-(الموات): في ب وساقطة من أ، ج

(٣)- وهذا هو تعريف صاحب الحاوي للموات.

وسميت مواتاً تشبيهاً بالحيوان إذا مات ولم يبق متفعماً به، أي لبطان الانتفاع به. انظر الهداية ج٤: ٤٣٥، وانظر الباب ج٢: ٢١٨ - ٢١٩، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٨٨، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٦٩.

(٤)-(ولكن): في ب، ج وفي لكن

(٥)-(لم يسمع صوته): في ب، ج وساقطة من أ

(٦)-(يسمى): في أ، وساقطة من ب، ج

(٧)-(مواتاً): الصحيح وفي النسخ الثلاث موات.

قال رضي الله عنه: هكذا ذكره القدوري، ومعنى العادي ما قدم خرابه.

والمروي عن محمد رحمه الله: أنه يشترط أن لا يكون مملوكاً لمسلم أو ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقاً.

فأما التي هي مملوكة لمسلم أو ذمي لا تكون مواتاً، وإذا لم يعرف مالكة يكون لجماعة المسلمين، ولو ظهر له مالك يُرد عليه ويضمن الزارع نقصانها، والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف، لأن الظاهر أن ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه.

ومحمد رحمه الله: اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة، وإن كان قريباً من القرية كذا ذكره الإمام المعروف بخواهر زاده، وشمس الأئمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف.

الهداية ج٤: ٤٣٥، وانظر الباب ج٢: ٢١٩، وانظر تبين الحقائق ج٦: ٣٤ - ٣٥، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٩٤، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٦٩

وقالا: يملكه (١)

(والدمي) (٢) يملك بالإحياء كما يملك المسلم (٣).

وإذا أعمار أرضاً بقرب العمارة لا يملكها، وإن لم يكن لها مالك (٤) ولا يجوز إحياء ما قرب من العمران، ويترك مرعى لأهل القرية، ومطرح حصاندهم (٥).

وما عدل عنه الفرات، ودجلة، والأنهار العظام وبعد عنه الماء، ويحتمل عوده إليه لم يجز إحياءه (٦)، وإن كان مما لا يعود إليه الماء ظاهراً (أو غالباً) (٧) جاز، وهو كالموات إن لم يكن حسريماً (لعامره) (٨) ويملكه من أحيائه بإذن الإمام (٩).

(١) - لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له» سنن أبي داود ج٣: ١٧٨، ولأنه مال مباح سبقت يده إليه فيملكه كما في الحطب والصيد.

ولأبي حنيفة أن الموات غنيمة فلا بد للاختصاص به من إذن الإمام كسائر الغنائم، والدليل عليه أن غنيمة اسم لما أصيب به من أهل الحرب بإيجاف الخيل والركاب، والموات كذلك، لأن الأرض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا يختص بعض المسلمين بشيء منها بغير إذن الإمام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والحطب والحشيش، لأنها لم تكن في يد أهل الحرب فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء وإثبات اليد عليها.

وأما الحديث فيحتمل أنه بصير به شرعاً ويحتمل أنه إذن جماعة بإحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجبه فلا يكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه السلام «من قتل قتيلاً فله سلبه» لم يصح الاحتجاج به في إيجاب السلب للقاتل على ما ذكر في كتاب السير، أو يحتمل ذلك على حال الإذن توفيقاً بين الدلائل.

انظر تحفة الفقهاء ج٦: ١٩٤ - ١٩٥، وانظر الهداية ج٤: ٤٣٥ - ٤٣٦، وانظر اللباب ج٢: ٢١٩ - ٢٢٠، وانظر تبين الحقائق ج٦: ٣٥، وانظر تخريج الحديث في نصب الراية ج٤: ٢٨٨، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٦٧

(٢) - (والدمي): في أ، ج وفي ب والذي

(٣) - لأن الإحياء سبب للملك إلا أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذن الإمام من شرطه فيستويان كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا.

الهداية ج٤: ٤٣٦، وانظر اللباب ج٢: ٢٢٠، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٩٥

(٤)- وشرط الطحاوي رحمه الله فإنه قال: وما قرب من العامر فليس بموات، وكذا روي عن أبي يوسف أن أرض الموات بقعة لو وقف على أذناها من العامر رجل فنادى بأعلى صوته لم يسمعه من في العامر، وفي ظاهر الرواية ليس بشرط والصحيح جواب ظاهر الرواية، لأن الموات اسم لما لا يتفتح به، فإذا لم يكن ملكاً لأحد، ولاحقاً خاصاً لم يكن متفتحاً به ^{سواء} كان بعيداً عن البلدة أو قريباً منها.

بدائع الصنائع ج٦: ١٩٤، وانظر تبين الحقائق ج٦: ٣٥

(٥)- لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه، فلا يكون مواتاً لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر، وعلى هذا قالوا لا يجوز أن يقطع الإمام ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا. الهداية ج٤: ٤٣٧، وانظر اللباب ج٢: ٢٢٠ - ٢٢١

(٦)- لتعلق حق العامة به على تقدير رجوع الماء إليه، لأن الماء حقهم كحاجتهم إليه. تبين الحقائق ج٦:

٣٨، وانظر الهداية ج٤: ٤٣٨، وانظر اللباب ج٢: ٢٢٢، وانظر عيون المسائل ج١: ٢٧٠

(٧)- (أو غالباً) في ب وفي أ، ج وغالباً

(٨)- (لعامره): في أ، ج وساقطة من ب

(٩)- لأنه ليس في ملك أحد، لأن قهر الإمام يدفع قهر غيره، وهو اليوم في يد الإمام. الهداية ج٤:

٤٣٨ - ٤٣٩، وانظر اللباب ج٢: ٢٢٢، وانظر تبين الحقائق ج٦: ٣٨

ومن حجر أرضاً، ولم يعمرها ثلاث سنين، أخذها الإمام منه ودفعها إلى غيره (١).
وللإمام أن يقطع من الموات لنفسه ما يستغني به، وله أن يجعل منه ما شاء (٢).
ولا يزول ملك المالك عن عقاره بخرابه أبداً (٣).

(١)- ولو حجر الأرض الموات لا يملكها بالإجماع، لأن الموات يملك بالإحياء، لأنه عبارة عن وضع أحجار، أو خط حولها، يريد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها، وشيء من ذلك ليس بإحياء، فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزوجه، لأنه سبقت يده إليه والسبق من أسباب الترجيح في الجملة وعلى هذا المسافر إذا نزل بأرض مباحة أو رباط صار أحق بها ولم يكن لمن يجيء بعده أن يزوجه عنها، وإذا صار أحق بها فلا يقطعها الإمام غيره إلا إذا عطّلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها. بدائع الصنائع ج٦: ١٩٥، وانظر الهداية ج٤: ٤٣٦ - ٤٣٧، وانظر اللباب ج٢: ٢٢٠، وانظر تبيين الحقائق ج٦: ٣٥ - ٣٦، وانظر خزائن الفقه ج١: ٢٦٩

(٢)- لأن الإمام يملك إقطاع الموات في مصالح المسلمين لما يرجع ذلك إلى عمارة البلاد، والتصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للإمام ككسرى الأنهار العظام، وإصلاح قناطرها ونحوه.
وجعل جزء منها لصالحه فيه مصلحة له ليستغني عن أخذ المال من بيت مال المسلمين. انظر بدائع الصنائع ج٦: ١٩٤

(٣)- لأن الملك قائم وإن طال الزمان حتى يجوز بيعها وهبتها وإجارتها، وتصير ميراثاً إذا مات صاحبها، إلا أنها إذا كانت خراباً فلا خراج عليها إذ ليس على الخراب خراج إلا إذا عطّلها صاحبها مع التمكن من الاستئمان فعليه الخراج هذا إذا عرف صاحبها فإن لم يعرف فحكمها حكم اللقطة. بدائع الصنائع ج٦: ١٩٣

كتاب الالتقاط (١)

- إذا وجد لقيطاً كان أخذه أفضل من تركه (٢).
 واللقيط حر، ونفقته في بيت مال المسلمين (٣).
 وإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه من يده (٤).
 فإن ادعى أحد أنه ابنه فالقول له (٥).
 وإن ادّعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به، وإن لم يصف أحدهما علامة فيه فهما سواء، ويكون ابنيهما (٦).

(١) - الالتقاط في اللغة: من باب قتل أي أخذته، وأصله الأخذ من حيث لا يحس فهو ملقوط، وقد

غلب اللقيط على المولود المنبوذ. المصباح المنير: ٢١٢

وفي الاصطلاح: «هو اسم للطفل المفقود، وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة». بدائع الصنائع

ج٦: ١٩٧

وعرفه الإمام السمرقندي بقوله: «أما اللقيط فما يلتقط ويؤخذ مما طرح على الأرض من صغار بني آدم».

تحفة الفقهاء ج٣: ٣٥١، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل للسمرقندي ج١: ٣١٥

وفي تبين الحقائق: «اسم لمولود حي طرحه أهله خوفاً من العيلة أو التهمة سمي به باعتبار ما يؤول إليه لما

أنه يلقط». ج٣: ٢٩٧، وانظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٥: ١٥٥، وانظر المبسوط ج١٠: ٢٠٩

(٢) - فاللقاطة أمر مندوب إليه لما روى مالك: عن ابن شهاب، عن سُنَيْنِ أَبِي جَمِيلَةَ، رَجُلٍ مِنْ بَنِي

سُلَيْمٍ، أَنَّهُ وَجَدَ مَنبُوداً فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ. قَالَ: فَجِئْتُ بِهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ: مَا حَمَلَكَ عَلَى

أَخَذِ هَذِهِ النَّسْمَةَ؟ فَقَالَ: وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتُهَا.

فَقَالَ لَهُ عُرَيْفَةُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ. فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَكْذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ.

فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: أَذْهَبَ فَهُوَ حُرٌّ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ. الْمَوْطَأُ: ٤٦٠، وانظر تخريجهم في نصب

الراية ج٣: ٤٦٥

ولأنه نفس لا حافظ لها بل هي مضيعة فكان التقاطها إحياء لها معنى، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ أَحْيَاها

فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾. المائدة/ ٣١.

بدائع الصنائع ج٦: ١٩٨، وانظر تبين الحقائق ج٣: ٢٩٧، وانظر البحر الرائق ج٥: ١٥٥، وانظر

المبسوط ج١٠: ٢٠٩

(٣)- لأن الأصل في بني آدم إنما هو الحرية، وكذا الدار دار الأحرار، ولأن الحكم للغالب. ونفقته في بيت المال لما ورد في الفقرة السابقة عن مالك، ولأنه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبهه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة، ولأن ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان، ولهذا كانت جنايته فيه، والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية إلا أن يأمره القاضي به، ليكون ديناً عليه لعموم الولاية.

الهداية جـ٢: ٤٦٧، وانظر اللباب جـ٢: ٢٠٥، وانظر بدائع الصنائع جـ٦: ١٩٧ - ١٩٨، وانظر تبيين الحقائق جـ٣: ٢٩٧، وانظر البحر الرائق جـ٥: ١٥٥، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل جـ١: ٣١٦، وانظر المبسوط جـ١٠: ٢٠٩ - ٢١٠

(٤)- لأنه ثبت حق الحفظ له لسبق يده. الهداية جـ٢: ٤٦٧، وانظر اللباب جـ٢: ٢٠٥، وانظر البحر الرائق جـ٥: ١٥٦

وفي بدائع الصنائع: «ومن أحكام اللقيط: أن الملتقط أولى بإمساكه من غيره حتى لا يكون لغيره أن يأخذه منه، لأنه هو الذي أحياه بالتقاطه، ولأنه مباح الأخذ سبقت يد الملتقط إليه، والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم. جـ٦: ١٩٨، وانظر المبسوط جـ١٠: ٢١٢

(٥)- معناه: إذا لم يدع الملتقط نسبه، وهذا استحسان، والقياس أن لا يقبل قوله، لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط.

وجه الاستحسان: أنه إقرار للصبي بما ينفعه، لأن يشرف بالنسب ويعبر بعده ثم قيل يصح في حقه دون إبطال يد الملتقط، وقيل يبنى عليه بطلان يده. الهداية جـ٢: ٤٦٧، وانظر بدائع الصنائع جـ٦: ١٩٩، وانظر اللباب جـ٢: ٢٠٥، وانظر تبيين الحقائق جـ٣: ٢٩٨، وانظر البحر الرائق جـ٥: ١٥٦ - ١٥٧

(٦)- لأنه الظاهر شامد له لموافقة العلامة كلامه، وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنتهما لاستوائهما في النسب. الهداية جـ٢: ٤٦٧، وانظر اللباب جـ٢: ٢٠٥، وانظر بدائع الصنائع جـ٦: ١٩٩، وانظر تبيين الحقائق جـ٣: ٢٩٨ - ٢٩٩، وانظر البحر الرائق جـ٥: ١٥٧، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل جـ١: ٣١٦

وإن وجد اللقيط في مصر من أمصار المسلمين، أو في قرية من قرَاهم فادعى ذمي أنه ابنه ثبت نسبه منه (وكان مسلماً) (١).

وإن وُجد في قرية من قرى أهل الذمة، أو في بيعة، أو كنيسة كان ذمياً (٢).
ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يُقبل منه (٣)، فإن ادعى (عبد) (٤) أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان حراً (٥).
(وإن) (٦) وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له (٧).

(١) - (وكان مسلماً): في ب، ج، وساقطة من أ

وهذا استحسان، لأن دعواه تضمن النسب، وهو نافع للصغير، وإبطال الإسلام ثابت بالدار وهو يضره فصحت دعواه فيما ينفعه دون ما يضره.

الهداية جـ٢: ٤٦٨، وانظر اللباب جـ٢: ٢٠٦، وانظر بدائع الصنائع جـ٦: ١٩٩، وانظر تبين الحقائق جـ٣: ٢٩٩، وانظر البحر الرائق جـ٥: ١٥٨، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل جـ١: ٣١٦
(٢) وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة، وإن كان الواجد مسلماً في هذا المكان أو ذمياً في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه:

ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه، وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد، وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد، إلا ترى أن تبعية الأبوين تبعية الدار، حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافراً، وفي بعض نسخه اعتبر الإسلام نظراً للصغير. الهداية جـ٤: ٤٦٨، وانظر اللباب جـ٢: ٢٠٦، وانظر بدائع الصنائع جـ٦: ١٩٨، وانظر تبين الحقائق جـ٣: ٢٩٩، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل جـ١: ٣١٦.
(٣) - لأنه حر ظاهراً إلا أن يقيم البينة أنه عبده. الهداية جـ٢: ٤٦٨، وانظر بدائع الصنائع جـ٦: ١٩٨، وانظر اللباب جـ٢: ٢٠٦.

(٤) - (عبد): في ج، وفي أ، ب عبداً

(٥) - لأن المملوك قد تلد له الحرة، فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك.

ولأنه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو الرق فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره. انظر الهداية جـ٢: ٤٦٨، وانظر بدائع الصنائع جـ٦: ١٩٨، وانظر اللباب جـ٢: ٢٠٦، وانظر تبين الحقائق جـ٣: ٣٠٠، وانظر البحر الرائق جـ٥: ١٥٨ - ١٥٩

(٦) - (وإن): في ب، ج، وفي أ فإن

(٧) - إعتباراً للظاهر، وكذا إذا كان مشدوداً على دابة وهو عليها لما ذكرنا، ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي، لأنه مال ضائع، وللقاضي ولاية صرف مثله إليه، وقيل يصرفه بغير أمر القاضي، لأنه للقيط ظاهراً. الهداية جـ٢: ٤٦٨، وانظر بدائع الصنائع جـ٦: ١٩٨، وانظر اللباب جـ٢: ٢٠٦، وانظر تبين الحقائق جـ٣: ٣٠٠، وانظر تحفة الفقهاء جـ٣: ٣٥٣، وانظر البحر الرائق جـ٥: ١٦٠، وانظر خزنة الفقه جـ١: ٣١٦

وإن ادعت امرأة أن اللقيط ابنها لم تصدق، فإن ادعت أنه ابنها من زوج وصدقها الزوج في ذلك قضي به لهما وجعل ابنهما (١).
 وإذا كبر اللقيط فادعى رجل أنه ابنه فهو إلى اللقيط في التصديق أو التكذيب (٢).
 وإن ادعاه رجل بعد الموت وقد ترك مالا لم يصدق (٣).

(١)- وكذا إن شهدت لها القابلة، أو أقامت البينة صحت دعوتها وإلا فلا، لأن فيه حمل نسب الغير على الغير وأنه لا يجوز. بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٠، وانظر الباب: ج٢: ٨٦، وانظر الهداية ج٣: ٢١٢، وانظر خزائن الفقه وعيون المسائل ج١: ٣١٦،

(٢) لأنه في يد نفسه، وله قول معتبر إذا كان يعبر عن نفسه فيعتبر تصديقه لإثبات النسب منه، وهذا، لأن المدعي يقر له بالنسب من وجه، ويدعي عليه وجوب النسبة إليه من وجه، فلا يثبت حكم كلامه في حقه إلا بتصديقه دعوى كان أو إقراراً، وإذا صدقه يثبت النسب منه إذا كان مثله يولد مثله، أما إذا كان مثله لا يولد مثله لا يثبت النسب منه، لأن الحقيقة تكليهما. المبسوط ج١٠: ٢١٣

(٣)- لأن نسبه لا يثبت بعد الموت، فإن حكم النسب وجوب الانتساب، والمقصود به الشرف وذلك لا يتحقق بعد الموت، ولأن صحة الدعوى باعتبار أنه أقر له بما يحتاج إليه، وهو بالموت قد استغنى عن النسب لبقية كلامه دعوى الميراث فلا يصدق إلا بحجة. المبسوط ج١٠: ٢١٤

فصل

ولا يجوز (تزويج) (١) الملتقط (٢)، ولا تصرفه في مال اللقيط (٣).
ويجوز أن يقبض له الهبة، ويسلمه في صناعة، ويؤاجره (٤).
وإذا أنفق الملتقط على اللقيط بأمر الحاكم يرجع به على اللقيط إذا كبر (وملك) (٥).
وجناية اللقيط على بيت (المال، وميراثه لبيت المال) (٦)، إن لم يكن له وارث (٧)، فإن
أدرك اللقيط كافراً، وقد وجد في مصر من أمصار المسلمين أجبر على الإسلام ويحبس (٨).
فإن مات قبل أن يعقل (صُلِّي) (٩) عليه سواء وجدته مسلم أو ذمي (١٠).

(١) - (تزويج): في ب، ج وفي أ تحويز

(٢) - لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطة. الهداية ج٢: ٤٦٨، وانظر الباب ج٢: ٢٠٧،
وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٩٩، وتبيين الحقائق ج٣: ٣٠١، وانظر البحر الرائق ج٥: ١٦١، وانظر
خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣١٦، وانظر المبسوط ج١٠: ٢١٣

(٣) - اعتباراً بالأم، وهذا لأن ولاية التصرف لتشمير المال، وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة
الموجودة في كل واحد منهما. الهداية ج٢: ٤٦٨، وانظر الباب ج٢: ٢٠٧، وانظر بدائع الصنائع ج٦:
١٩٩، وانظر البحر الرائق ج٥: ١٦١، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣١٦، وانظر المبسوط
ج١٠: ٢١٣

(٤) - لأن الهبة نفع محض، ولهذا يملكه الصغير بنفسه، إذا كان عاقلاً، وتملكه الأم ووصيها، ويسلمه في
صناعة، لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله، ويؤاجره .

قال العبد الضعيف: وهذا رواية القدوري في مختصره.

وفي الجامع الصغير: لا يجوز أن يؤاجره، ذكره في كتاب الكراهة وهو الأصح.
وجه الأول: أنه يرجع إلى تثقيفه.

وجه الثاني: أنه لا يملك إتلاف منافعه فأشبه العمّ بخلاف الأم، لأنها تملكه. الهداية ج٢: ٤٦٨ -
٤٦٩، وانظر الباب ج٢: ٢٠٨، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٩٩، وانظر تبيين الحقائق ج٣: ٣٠١،
وانظر البحر الرائق ج٥: ١٦١، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣١٦

(٥) - (وملك): في أ، ج وفي ب أو ملك

والعلة في ذلك: لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه. بدائع الصنائع ج٦: ١٩٩، وانظر تحفة الفقهاء

ج٣: ٣٥٢، وانظر تبيين الحقائق ج٣: ٢٩٧

(٦)- (المال وميراثه لبيت المال): في ب، ج، وفي أ مال المسلمين

(٧)- لأن الخراج بالضممان، فلو وجد اللقيط قتيلاً في محلة كان على أهل تلك المحلة دية لبيت المال،

وعليهم القسامة، وكذا إذا قتله الملتقط أو غيره خطأ، فالدية على عائلته لبيت المال.

ولو قتله عمداً فالخيار للإمام بين القتل والصلح على الدية وليس له العفو. البحر الرائق شرح كنز الدقائق

ج٥: ١٥٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٩٩، وانظر المبسوط ج١٠: ٢١٣

(٨)- ولكن لا يقتل، لأنه لم يعرف إسلامه حقيقة، وإنما حكم به تبعاً للدار فلم تتحقق رده فلا يقتل.

بدائع الصنائع ج٦: ١٩٨، وانظر المبسوط ج١٠: ٢١٤

(٩)- (صلّي)- الكلمة الصحيحة وفي النسخ الثلاث صلى.

(١٠)- فإن وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين، أو في قرية من قرأهم يكون مسلماً، حتى لو

مات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين. بدائع الصنائع ج٦: ١٩٨، وانظر المبسوط ج١٠: ٢١٤

كتاب اللقطة (١)

وهي أمانة في يد الملتقط إذا أشهد أنه أخذها ليحفظها على صاحبها (٢)، فإذا أمن على نفسه أنه إذا أخذها يردّها (على صاحبها) (٣) لا محالة أو غالباً فالأخذ أولى، وإن كان لا يأمن على نفسه فالترك أولى (٤).
وإذا أخذها فأراد أن يضعها مكانها وندم على الأخذ ووضعها في ظاهر الرواية لا يضمن، (وروي أنه يضمن) (٥).

(١) - اللقطة في اللغة: اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه، واللقطة بالضم ما التقطت من مال ضائع. المصباح المنير: ٢١٢
وفي الاصطلاح: «ما يلتقط مما يوجد مطروحاً على الأرض من الأموال من غير الحيوان» تحفة الفقهاء ج٣: ٣٥١

وفي بدائع الصنائع جعلها نوعين: «من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكة، ونوع من الحيوان وهو الضالة من الإبل والبقر والغنم من البهائم». ج٦: ٢٠٠
أدلة مشروعيتها:

عن زيد بن خالد الجهني أنه قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فسأله عن اللقطة. فقال: أعرف عفاصها ووكلاها ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فأنك بها، قال: فضالة: الغنم. قال: لك أو لأخيك أو للذئب.

قال فضالة: الإبل: قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها. قال يحيى أحسب قرأت عفاصها صحيح مسلم بشرح النووي ج١٢: ٢٠ - ٢١
(٢) - لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً، بل هو الأفضل عند عامة العلماء، وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه، وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك، لأن تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة.

ولو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع، لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه، وبغير إذن الشرع، وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الأخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يضمن، والقول قوله، لأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية. الهداية ج٢: ٤٧٠، وانظر الباب ج٢: ٢٠٧، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠١، وانظر نبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٣: ٣٠١، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣١٧.

(٣) - (على صاحبها): في ب، ج وفي أ لصاحبها

(٤) - لأنه ربما يأخذه فاسق لو تركه، وأما إذا كان لا يأمن على نفسه فالترك أولى، لأن صيانة نفسه عن الوقوع في الفساد أولى، مع احتمال أن يأخذه مصلح، فيصل إلى صاحبه أيضاً. تحفة الفقهاء ج٣: ٣٤٥، وانظر المبسوط ج١١: ٢

(٥) - (وروي أنه يضمن): في أ، ج وفي ب لا يضمن

وبعض مشايخنا قالوا: هذا الجواب فيما إذا رفعها ولم يبرح ذلك المكان حتى وضعها في موضعها، فأما إذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها إلى مكانها يضمن.

وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل. بدائع الصنائع ج٦: ٢٠١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٥٤.

ولو دفعها إلى غيره بغير إذن القاضي ضمن (١).
 وإذا هلك في يده: إن أشهد حين (أخذها) (٢) فقال: إني وجدت لقطة فمن ينشدها (٣)
 دلوه علي لا يضمن، ولو لم يشهد ضمن عند أبي حنيفة.
 وعندهما: لا يضمن إذا حلف أنه يأخذها ليردها على صاحبها وبه تأخذ (٤).

(١) - لأنه يجب عليه حفظها بنفسه، بالتزامه الحفظ بالالتقاط. تحفة الفقهاء ج٣: ٣٥٤

(٢) - (أخذها): في جـ وفي أ، ب أخذ

(٣) - (ينشدها): في أ، ب وفي جـ نشدها.

(٤) - وعندهما: لا يجب أشهد أو لم يشهد، ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها ثم تفسير

الإشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بسمع من الناس: إني التقت لقطة عندي، أو عندي لقطة، فأى الناس
 أنشدها فدلوه علي، أو يقول: عندي شيء فمن رأبتموه يسأل شيئاً فدلوه علي، فإذا قال ذلك ثم جاء
 صاحبها فقال الملتقط: قد هلكت كان القول قوله، ولا ضمان عليه بالإجماع.

وإن لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة. بدائع الصنائع ج٦: ٢٠١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣:

فصل

ويعرف على قدر اللقطة، فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها (سنة) (١).

وعن أبي حنيفة (رضي الله عنه) (٢) إذا كانت مائة درهم ونحوها عرفها حولاً، وإن كانت عشرة ونحوها عرفها شهراً، وإن كانت ثلاثة ونحوها عرفها جمعة إلى عشرة أيام، وإن كانت درهماً ونحوه (عرفها ثلاثة أيام، وإن كانت دانقاً ونحوه عرفها يوماً، وإن كان فلساً أو تمرة ونحوه) (٣) تصدق (بها) (٤) مكانه (٥).

(١) - (سنة): في ب، ج وفي أشهراً

(٢) - (رضي الله تعالى عنه): في ج وفي ا رضي الله عنه وساقطة من ب

(٣) - (عرفها ثلاثة أيام... فلساً أو تمرة ونحوه): في ب، ج وساقطة من ا

(٤) - (بها): في ا، ج وساقطة من ب

(٥) - قال العبد الضعيف: وهذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله.

وقوله أياماً: معناه على حسب ما يرى، وقدره محمد في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير.

وجه الأول: أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم، والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة، وتعلق استحلال الفرج به، وليست في معناها في حق تعلق الزكاة، فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً، وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما فقوضنا إلى رأي المبتلى به.

وقيل: الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم، ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك، ثم يتصدق بها، وإن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفه، حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به. الهداية ج٢: ٤٧٠ - ٤٧١، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٢، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٥٥، وانظر اللباب ج٢: ٢٠٨، وانظر المبسوط ج١١: ٣، وانظر خزائن الفقه وعيون المسائل ج١: ٣١٧.

ولكن قال: إن كانت درهماً أو نحوه عرفها يوماً. ج١: ٣١٧، وانظر عيون المسائل ج٢: ٣٧٢

وإذا مضى وقت التعريف ولم يظهر صاحبها، فإن كان الرجل موسراً لا يحل (له) (١) أن ينفق على نفسه (منها) (٢) لكنه يتصدق بها على الفقراء، ولا يتصدق بها على غني، وولد صغير لغني (٣).

ويجوز أن يتصدق (بها) (٤) على أبيه، وابنه الكبير، وزوجته إن كانوا فقراء (٥).
وإن كان الملتقط معسراً جاز أن يتصدق على نفسه، ثم إن ظهر صاحبها إن شاء أمضى الصدقة

(١) - (له): في أ، ب وساقطة من ج

(١) - (منها): في أ وساقطة من ب، ج

(٣) - وهو هنا بالخيار: إن شاء أمسكها إلى أن يحضر صاحبها، وإن شاء تصدق بها على الفقراء.
ولو أراد أن يتصدق بها فإن كان غنياً لا يجوز أن يتصدق بها، وإذا تصدق بها على الفقراء، فإن جاء صاحبها كان له الخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها، وإن شاء ضمن الملتقط أو الفقير إن وجد، لأن التصدق كان موقوفاً على إجازته، وإيهما ضمن لم يرجع على صاحبه، وكذلك إذا كان غنياً جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته إذا كانوا فقراء.

بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٢، وانظر الهداية ج٢: ٤٧١، وانظر اللباب ج٢: ٢٠٨، وانظر الهداية ج٢:

٤٧١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٥٥، وانظر المبسوط ج١١: ٧، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١:

٣١٧

(٤) - (بها): في ب، ج وساقطة من أ

(٥) - انظر رقم (٣) في الصفحة نفسها.

وله ثوابها، وإن شاء أخذ من المتصدق عليه وإن شاء ضمّن الملتقط (١).
 وإن كان شيئاً مما يتسارع إليه الفساد كالفواكه ونحوها يعرفها بقدر مالا يفسد ثم يتصدق
 بها أو يتفق على نفسه عند الحاجة (٢).
 وإذا رفع (الملتقط) (٣) الأمر إلى القاضي بعدما أشهد أنه رفعها ليردها كان أجود ليحكم
 القاضي بما يرى (٤) (اختم بخير) (٥).

(١) - لأن التصدق كان موقوفاً على إجازته، وأبهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما في غاصب
 الغاصب. بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٢، وانظر المبسوط ج١١: ٤ - ٥، ٦، وانظر خزائن الفقه وعيون المسائل
 ج١: ٣١٧

(٢) - ففي هذه الحالة لا يكمل مدة التعريف إذا كان مما يتسارع إليه الفساد.

انظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٢، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٥٥

(٣) - (الملتقط): في ب، ج، وساقطة من أ

(٤) - فإن كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة أمره بأن يؤجرها وينفق عليها من أجرتها نظراً
 للمالك.

وإن كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة، وخشي أن لو انفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره
 ببيعها وحفظ ثمنها مقامها في حكم الهلاك، وإن رأي الأصلح أن لا يبيعها بل يتفق عليها أمره بأن يتفق عليها
 لكن نفقة لا تزيد على قيمتها، ويكون ذلك ديناً على صاحبها حتى إذا حضر يأخذ منه النفقة. بدائع الصنائع
 ج٦: ٢٠٣، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٥٥، وانظر الهداية ج٢: ٤٧٢، وانظر اللباب ج٢: ٢٠٩،
 وانظر المبسوط ج١١: ٩

(٥) - (اختم بخير): في أ وساقطة من ب، ج

فصل

وإذا وجد ضالة من (الدواب أو الطيور كالإبل والبقر) (١) والغنم والدجاج والحمام الأهلي ونحوها، يأخذها ويفعل بها (ما قلنا من الإشهاد) (٢). ويرفع إلى القاضي ليأمره حتى يؤجر ما احتمل الإجارة وينفق عليها من أجرتها، (أو يأمره) (٣) بالإنفاق عليها من مال نفسه، أو يستدين ليرجع على صاحبها، أو يأمره ببيعها وإمساك ثمنها، وأي هذه الأشياء يرى القاضي فيه المصلحة يحكم به (٤).

(١)- (الدواب أو الطيور كالإبل والبقر): في أ، ب وفي جـ الدواب كالإبل أو الطيور أو البقر.

والضالة: هي الدابة التي نذت وضلت الطريق إلى مربطها. خزانة الفقه وعيون المسائل جـ ١: ٣١٧

(٢)- (ما قلنا من الإشهاد): في جـ وفي أ، ب من الإشهاد ما قلنا

(٣)- (أو يأمره): في أ وفي ب يأمر وفي جـ أو يأمرها

(٤)- فاما أمر القاضي فبمنزلة أمر صاحبها لما للقاضي على صاحبها من ولاية النظر عند عجزه عن النظر

بنفسه، والأمر بالإنفاق من النظر، لأنه لابقاء للحيوان بدون النفقة عادة، فإن رفعها إلى القاضي وأقام البيعة أنه التقطها أمره بأن ينفق عليها على قدر ما يرى.

ثم إنما يأمر بالإنفاق نظراً منه لصاحبها، فلا يأمر إلا في مدة يتحقق فيها معنى النظر له من يومين أو ثلاثة، لأنه لو أمر بالإنفاق في مدة طويلة ربما يأتي ذلك على قيمتها فلا يكون فيها نظر لصاحبها، فاما في المدة اليسيرة تقل النفقة، ومعنى النظر لحفظ عين ملكه عليه يحصل، فإن لم يجيء صاحبها باع الشاة ونحوها، لأن في البيع حفظ المالية عليه بالثمن وله ولاية الحفظ عليه بحسب الإمكان، فإذا تعذر حفظ العين عليه لعوز النفقة صار إلى حفظ المال عليه بالبيع.

وأما الغلام والدابة فتؤجره وبنفق عليه من أجره، لأن بهذا الطريق يتوصل إلى حفظ عين ملكه والمنفعة لا تبقى له بعد مضي المدة فإجارته والانفاق عليه بمحض نظر، فإذا باعها أعطاه القاضي من ذلك الثمن ما أنفق عليه بأمره في اليومين أو الثلاثة، لأن الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب للمنتقط على صاحبها وهو معلوم للقاضي فيقضى دينه بماله. الميسوط جـ ١١: ٩ - ١٠، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٣١٧.

ويعرف ذلك سنة في جواب ظاهر الرواية .
 وروى الحسن أنه على قدره: في النفيس سنة وفيما زادت قيمته على عشرة دراهم لا ينقص عن شهر (١).
 وينبغي للقاضي أن يحفظ المصلحة في الضالة إن كان الأصلح الإنفاق عليها لا يبيعها، وإن خاف استغراق النفقة ثمنها (يحكم) (٢) يبيعها وحفظ ثمنها (٣).
 وإذا أنفق الملتقط على الضالة بغير أمر القاضي كان متبرعاً لا يرجع على مالكةا (٤).
 وإن أنفق بأمر القاضي (كان ذلك ديناً عليه) (٥)، فإذا حضر المالك (٦) للملتقط أن يمنح ضالته منه حتى يأخذ ما أنفق عليها بأمر القاضي (٧).
 وإذا امتنع صاحبها من أداء ما أنفق بأمر القاضي باعها القاضي وأعطى نفقته من ثمنها ورد عليه الباقي (٨).
 ولقطة الحل والحرم سواء (٩).

- (١)- وقد مضى التعليق على هذه الفقرة لأنها مكررة في صفحة: ٤٩٣ تحت رقم (٥)
 (٢)- (يحكم): في ب، ج وفي أ حكم
 (٣)- وهذه المسألة مكررة. انظر التعليق عليها صفحة: ٤٩٥ تحت رقم (٤)
 (٤)- لقصور ولايته عن ذمة المالك. الهداية ج٢: ٤٧١، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٣، وانظر تبين الحقائق ج٣: ٣٠٥، وانظر اللباب ج٢: ٢٠٩.
 (٥)- لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له. الهداية ج٢: ٤٧١، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٣، وانظر اللباب ج٢: ٢٠٩.
 (٦)- (كان): لا توجد في النسخ الثلاث والصحيح فإذا حضر المالك كان للملتقط
 (٧)- (كان ذلك ديناً... عليها بأمر القاضي): في ب، ج وساقطة من أ
 والعملة في ذلك: لأنه حي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع، وأقرب من ذلك رادّ الأبق، فإن له الحبس لاستيفاء الجمل ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس، ويسقط إذا هلك بعد الحبس، لأنه يصير شبيه الرهن. الهداية ج٢: ٤٧٢، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٣، وانظر اللباب ج٢: ٢١٠، وانظر المبسوط ج١١: ١٠.
 (٨)- لأنه حينما أنفق عليها بأمر القاضي تكون ديناً على مالكةا، ولأن القاضي له ولاية في مال الغائب. انظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٣، وانظر الهداية ج٢: ٤٧١، وانظر اللباب ج٢: ٢٠٩.
 (٩)- فلقطة الحرم كلقطة الحل يصنع بها ما يصنع بلقطة الحل من التعريف وغيره .
 ولقوله صلى الله عليه وسلم: «اعرف عقاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها والإفشأنك...» صحيح مسلم بشرح النووي ج١٢: ٢٠ - ٢١، من غير فصل، ولأنها لقطة وفي التصديق بها بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرهما. الهداية ج٢: ٤٧٢، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٢ - ٢٠٣، وانظر اللباب ج٢: ٢١٠.

ومن رأى دابة في غير عمارة أو بركة لا يأخذها ما لم يغلب على ظنه أنها ضالة بأن كانت في موضع لم يكن بقربه من بيت مدر أو شعر أو قافلة نازلة أو دواب في مراعيها(١).
 وإذا جاء إنسان وأعطاه علامة اللقطة إن شاء الملتقط صدقه فيها وأعطاه إياه، وإن شاء امتنع حتى يقيم البيعة، فإن (أعطاه)(٢) من غير بيعة ثم جاء آخر وأقام البيعة أنها له يضمن له الملتقط ثم يرجع بها على من دفعها إليه وإن شاء الثاني يرجع على الأول(٣).
 ومن وجد صبياً منقطعاً عن العمارة كان أخذه أولى من تركه(٤).
 وإذا مات الغريب في بيت إنسان وليس له وارث معروف كان حكم تركته حكم اللقطة إلا إذا كان مالاً (كثيراً)(٥) يكون لبيت المال بعد البحث والفحص عن ورثته سنين(٦) (واختم بخير)(٧).

- (١)- لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لواجد البعير الضال: أرسله حيث وجدته.
 وكان في الابتداء ارسال ضالة الإبل، لأن الغلبة في ذلك الوقت لأهل الصلاح والخير، لا تصل إليها يد خائنة إذا تركها واجدها، فأما في زماننا لا يأمن واجدها وصول يد خائنة إليها بعده، فأخذها إحيائها وحفظها على صاحبها أولى من تضييعها. بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٢، وانظر المبسوط ج١١: ١١
- (٢)- (أعطاه): في أ، ج، وفي ب أعطاه
- (٣)- والعلامة مثل: أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها.
 ولأن اليد حق مقصود كالمالك فلا يستحق إلا بحجة، وهو البيعة اعتباراً بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام: «فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه» وهذا للإباحة عملاً بالمشهور، وهو قوله عليه السلام: «البيعة على المدعي» ويأخذ منه كفيلاً إذا كان يدفعها إليه استيثاقاً، وهذا بلا خلاف، لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده. الهداية ج٢: ٤٧٢ - ٤٧٣، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٣٥٥ - ٣٥٦، بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٢، وانظر اللباب ج٢: ٢١١.
- (٤)- لأن التقاطه واجب على كل من وجدته، لأن في تركه ضياعه، فيجب عليه صيانته. تحفة الفقهاء ج٣: ٣٥٢
- (٥)- (كثيراً): في أ، ب، وفي ج كثيراً.
- (٦)- وفي البحر الرائق قال: لو مات غريب في دار رجل ومعه قدر خمسة دراهم فأراد صاحب البيت أن يتصدق على نفسه إن كان فقيراً فله ذلك كاللقطة، ولم يصرح بما زاد على الخمسة.
 ثم ذكر ما ذكره الإمام الغزنوي في الحاوي.
 ثم ذكر مثلاً آخر وهو درجل غريب مات في دار رجل وليس له وارث معروف وخلف ما يساوي خمسة دراهم وصاحب الدار فقير ليس له أن يتصدق بهذا المال على نفسه، لأنه ليس بمنزلة اللقطة.
 وهو مخالف لما ذكرناه والأول أثبت. انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٥: ١٧١
- (٧)- (واختم بخير): في أ وساقطة من ب، ج

باب جعل الأبق (١)

من وجد مملوكاً أبقاً فرده على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله عليه جعل أربعين درهماً، فإن رده أقل من ذلك فيحسابه (٢).

- وإن كانت قيمته أقل من أربعين قضي له بقيمته إلا درهماً (٣).
وإن أبق المملوك من الذي أخذه فلا شيء عليه، ولا جعل له (٤).
وينبغي أن يشهد إذا أخذ (٥) (أنه) (٦) يأخذه ليرده على مالكة (٧).
فإن كان الأبق رهناً فالجعل على المرتهن (٨).

- (١) الأبق في اللغة: أبق العبد إذا هرب من سيده من غير خوف ولا كذب عمل. المصباح المنير: ١
وفي الاصطلاح: اسم لرقيق يهرب من مولاه. بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٣.
وفي تحفة الفقهاء: هو المملوك الذي فرّ من صاحبه قصداً ج٣: ٣٥١.
وتعريف البدائع وتحفة الفقهاء يعطي المعنى نفسه.
وأجمع الصحابة على أصل الجعل، إلا أن منهم من أوجب الأربعين، ومنهم من أوجب ما دونها. نصب
الراية ج٣: ٤٧٠، وانظر المبسوط ج١١: ١٧.
(٢) وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط، لأنه متبرع بمنالعه فأشبه العبد الضال.
ولنا: أن الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل إلا أن منهم من أوجب أربعين،
ومنهم من أوجب ما دونها فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر، وما دونها توفيقاً وتلفيقاً بينهما، ولأن إيجاب
الجعل أصله حامل على الرد، إذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس، والتقدير بالسمع ولا سمع في
الضال فامتنع، ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الأبق، لأنه لا يتوارى والأبق يخفي، ويقدر
الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما أو يفوض إلى رأي القاضي، وقيل تقسم الأربعون على الأيام
الثلاثة إذ هي أقل مدة السفر. الهداية ج٢: ٤٧٤، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٣ - ٢٠٤، وانظر تحفة
الفقهاء ج٣: ٣٥٦، وانظر اللباب ج٢: ٢١٧، وانظر المبسوط ج١١: ٢١ - ٢٢.
(٣) قال رضي الله عنه: وهذا قول محمد رحمه الله.
- وقال أبو يوسف رحمه الله: له أربعون درهماً، لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها، ولهذا لا
يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الأقل، لأنه حط منه.

ولمحمد: أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فيتقصد درهم ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة، وأم الولد والمدير في هذه بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه. الهداية ج٢: ٤٧٤ -

٤٧٥، وانظر الباب ج٢: ٢١٧

(٤) - لأنه امانة في يده لكن هذا إذا أشهد.

قال رضي الله عنه: وذكر في بعض النسخ أنه لا شيء له، وهو الصحيح أيضاً، لأنه في معنى البائع من المالك، ولهذا كان له أن يحبس الأبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا إذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا.

الهداية ج٢: ٤٧٥، وانظر الباب ج٢: ٢١٨، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ٢٠٤

(٥) - (أخذ): في النسخ الثلاث والصحيح أخذه.

(٦) - (أنه): في أ، ج وفي ب أن

(٧) - فالأشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، حتى لو رده من لم يشهد وقت

الأخذ لا جعل له عندهما، لأن ترك الإشهاد اشارة أنه أخذه لنفسه وصار كما إذا اشتراه من الآخذ، أو اتهمه أو ورثه فرده على مولاه لا جعل له، لأنه رده لنفسه، إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع

بأداء الثمن. الهداية ج٢: ٤٧٥، وانظر الباب ج٢: ٢١٨

(٨) - لأنه أحيا ماليته بالرد وهي حقه، إذ الاستيفاء منها، والجعل بمقابلة إحياء المالية، فيكون عليه والرد في

حياة الراهن وبعده سواء، لأن الرهن لا يبطل بالموت. الهداية ج٢: ٤٧٥. وانظر الباب ج٢: ٢١٨

وإن كانا اثنين وجدا مملوكاً ورداه جميعاً كان (الأربعون) (١) بينهما (٢).
 وإذا كان الراد بمن في عيال مالك الغلام لا جعل له . وإن لم يكن في عياله فله الجعل
 سواء كان أجنبياً أو ذا رحم محرم إلا الوالدين والمولودين (٣).
 ومن رد الصبي الحر أو الدابة الضالة فلا جعل له (٤).

(١) - (الأربعون): في أ، ب وفي ج الأربعين

(٢) - لاشتراكهما في مباشرة السبب والشرط. بدائع الصنائع ج٦ : ٢٠٤

(٣) - لأن من شرائط الاستحقاق: أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا
 جعل له سواء كان وارثاً أو أجنبياً، لأنه إذا كان في عياله كان الرد منه بمنزلة رد المالك، ولأنه إذا كان في عياله
 كان الرد عليه عاملاً لنفسه، لأن منفعة الرد تعود إليه، ومن عمل لنفسه لا يستحق الأجر على غيره، والأصل
 أن الراد إذا كان في عيال المالك لا جعل له كائناً ما كان.

وإن لم يكن في عياله فله الجعل كائناً ما كان إلا الابن يرد أبى، والزوج يرد أبى زوجته أنه لا جعل لهما
 وإن لم يكونا في عيالهما، لأن الإبن وإن لم يكن في عيال أبيه فالرد منه يجري مجرى الخدمة لأبيه، والإبن لا
 يستحق الأجر بخدمة أبيه، لأنها مستحقة عليه. بدائع الصنائع ج٦ : ٢٠٤ - ٢٠٥، وانظر الهداية ج٢:

٣٥٦، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٤٥٧، وانظر المبسوط ج١١: ٣٣

(٤) - لأن من شرائط الاستحقاق أن يكون المراد مرفوقاً مطلقاً كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان
 مكاتباً لا جعل له، لأنه ليس بمرفوق على الإطلاق بل هو فيما يرجع إلى مكاسبه حر. بدائع الصنائع ج٦:
 ٢٠٥.

ولأنه متبرع بمنافعه في الرد ووجوب الجعل لرد الأبى حكم ثبت نصاً بخلاف القياس بقول الصحابة رضي
 الله عنهم فلا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه، والضال ليس في معنى الأبى، فالأبى لا يزال يواعد من
 المولى حتى يفوته، والضال لا يزال يقرب من صاحبه حتى يجده، ولهذا أخذنا فيه بالقياس. المبسوط ج١١:

كتاب المفقود (١)

إذا غاب الإنسان ولم يُعرف مكانه، ولا أنه حي (أو) (٢) ميت نصب القاضي من يحفظ ماله، ويستوفي حقوقه (٣)، وينفق على زوجته وأولاده الصغار (من ماله) (٤)، ولا ينفق على أولاده الكبار الذكور إلا إذا كانت (بهم) (٥) زمارة (٦)، وينفق على الإناث وإن كن كباراً، وعلى والديه (٧).

ولا يفرق بينه وبين امرأته (٨)، فإذا تمّ (سنّة) (٩) مائة (وعشرون) (١٠) سنة حكم بموته، واعتدت

(١) - المفقود: فقدته فقدأ عدمته فهو مفقود وفقيد، وتأتي بمعنى ضلُّه وضاع منه.

المصباح المنير: ١٨٢، وانظر المعجم الوسيط ج٢: ٧٠٣.

وفي الاصطلاح: المفقود: هو الذي غاب عن بلده بحيث لا يعرف أثره، ومضى على ذلك زمان، ولم يظهر أثره. تحفة الفقهاء ج٣: ٣٤٩.

(٢) - (أو): في ب، ج وفي أ ولا

(٣) - لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه، والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون، وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له، كما ويستوفي حقوقه كقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم من غرمائه. انظر الهداية ج٢: ٤٧٧ وانظر اللباب ج٢: ٢١٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٩٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٤١٠

(٤) - (من ماله): في أ، ج وساقطة من ب

(٥) - (بهم): في ب، ج وساقطة من أ

(٦) - الزمارة: المرض يدوم زمناً طويلاً. المصباح المنير: ٩٧

(٧) - وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد، بل يعم جميع قرابة الأولاد، والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته، لأن القضاء حيثل يكون إعانه، وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته، لأن النفقة حيثل تجب بالقضاء، والقضاء على الغائب ممتنع، فمن الأول الصغار والإناث من الكبار، والزمن من الذكور والكبار، ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة. الهداية ج٢: ٤٧٧ - ٤٧٨، وانظر اللباب ج٢: ٢١٦، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٩٦، وانظر خزانة الفقه ج١: ٤١٠

(٨) - لأن النكاح عرف ثبوته، والغية لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك.

الهداية ج٢: ٤٧٨، وانظر اللباب ج٢: ٢١٦، وانظر المبسوط ج١١: ٣٥

(٩) - (سنّة): في ج وفي أ ثم وفي ب ساقطة

(١٠) (وعشرون) في النسخ الثلاث والصحيح وعشرون

زوجته وقسم ماله بين ورثته (الموجودين) (١) في ذلك الوقت (٢).
ومن مات قبل ذلك لم يرث منه (٣)، ولا يرث المفقود من أحد مات في حال فقده (٤)،
ويعتق مدبروه وأمهات أولاده عند الحكم بموته (٥).
ومن مات وله ابنتان وابن ابن أبوه مفقود ولا يدري ما حاله جعلت تركته في يد أمين يحفظها،

(١) - (الموجودين): في ب، ج، وفي أ وبين امراته والموجودين

(٢) - والحكم بموته بعد مائة وعشرين سنة، قال رضي الله عنه، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة، وفي
ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران، وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة، وقدره بعضهم بتسعين، والأقرب أن
لا يقدر بشيء، والأرفق أن يقدر بتسعين، وإذا حكم بموته اعتدت امراته عدة الوفاة من ذلك الوقت ثم يقسم
ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت. الهداية ج٢: ٤٧٩، وانظر اللباب ج٢: ٢١٦ - ٢١٧، وانظر
بدائع الصنائع ج٦: ١٩٧، وانظر المبسوط ج١١: ٣٥، وانظر خزنة الفقه ج١: ٤١١.

(٣) - لأنه لم يحكم بموته فيها نصار كما إذا كانت حياته معلومة. الهداية ج١: ٤٧٩، وانظر اللباب ج٢:

٢١٧، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٩٦، وانظر المبسوط ج١١: ٣٨.

(٤) لأن بقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق.

الهداية ج٢: ٤٧٩، وانظر اللباب ج٢: ٢١٧، وانظر بدائع الصنائع ج٦: ١٩٦، وانظر المبسوط

ج١١: ٣٤، وانظر خزنة الفقه ج١: ٤١١

(٥) لأنه إذا تطاول الزمان بعدما فقد من وقت ولادته بحيث لا يعيش مثله إلى ذلك الزمان بيقين أو من

حيث الغالب يحكم بموته، وتقع الفرقة بينه وبين نسائه، ويعتق أمهات أولاده ومدبروه. تحفة الفقهاء ج٣:

فإن (طلبت)(١) الابنتان (ميراثهما)(٢) (منها)(٣) دفع (لهما)(٤) النصف، لأنه لا يدري هل المفقود حي (فيرث)(٥) معهما(٦).
 وأموال المفقود كلها من الودائع، (والديون)(٧) الظاهرة باقرار من عليه، والعروض والنقود سواء للنفقة منها على من وجبت له النفقة(٨).
 وإذا استوثق القاضي في حفظ أمواله بكفيل أو ضمن من عليه كان حسناً(٩).
 ولا يبيع من ماله إلا ما يخاف عليه التلف(١٠)، ويبيع في النفقات ما سوى العقار(١١).
 (والله تبارك وتعالى أعلم)(١٢).

-
- (١) - (طلبت): في ب وفي ا، ج طلبتا
 (٢) - (ميراثهما): في ا، ب وفي ج ميراثه.
 (٣) - (منها): في ا وفي ب، ج منهما.
 (٤) - (لهما): في ج وفي ا اليهما وفي ب اليها
 (٥) - (فيرث): في ب، ج وفي ا يرث
 (٦) - لأنه إن كان حياً كان له النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن، وإن كان ميتاً كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن، فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتاً يقرن فيدفع إليهما ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حاله، فإن لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان إليهما والباقي لابن الابن.
 بدائع الصنائع ج٦: ١٩٦، وانظر الهداية ج٢: ٤٧٩، وانظر المبسوط ج١١: ٤٥ - ٤٦
 (٧) - (والديون): في ب، ج وفي ا فالدين
 (٨) - لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها إذا ظفرت به قدر ما يكفيها، فإذا أقر أن هذا ماله، وهذه امراته ثبت لها حق الأخذ، وكذا في الأولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة.
 ثم القاضي إنما ينفق من مال المفقود على ما ذكرنا إذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاماً أو ثياباً من جنس كسوتها، فأما إذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق، لأنه لا يمكنه الانفاق إلا بالبيع وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالإجماع. بدائع الصنائع ج٦: ١٩٦، ١٩٧
 (٩) - لجواز أن يحضر المفقود فيقيم البينة على أنه كان طلق امرأته أو كان أعطاهم النفقة ممجلة. بدائع الصنائع ج٦: ١٩٦ - ١٩٧.
 (١٠) - لأن ذلك وإن كان بيعاً صورة فهو حفظ وإمسك له معنى، والقاضي يملك حفظ المال المفقود. بدائع الصنائع ج٦: ١٩٧
 (١١) - وأما المتقول فله أن يبيعه عند أبي حنيفة من غير أمر القاضي، وعندهما لا يبيع المتقول كما لا يبيع العقار لما علم في كتاب النفقات. بدائع الصنائع ج٦: ١٩٧
 (١٢) - (والله تبارك وتعالى أعلم): في ج وفي ا اللهم اختم بخير وساقطة من ب

كتاب الحجر (١)

الأسباب الموجبة للحجر: الصغر، والرق، والجنون، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال (٢).
فمن باع من هؤلاء شيئاً، أو اشترى أو استأجر أو أجر وهو يعقل ذلك ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازته، إن كانت فيه مصلحة، وإن شاء فسخته (٣).

(١)- الحجر في اللغة: حجر عليه حجراً أي منعه من التصرف. المصباح المنير: ٤٧
وفي الاصطلاح: «هو منع عن التصرف قولاً، لا فعلاً، بصغر، ورق، وجنون». تبين الحقائق ج٥:
١٩٠، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ١٨٢، وانظر شرح اللباب ج٢: ٦٦
والأدلة على مشروعية الحجر قوله صلى الله عليه وسلم: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق، قال أبو بكر، في حديثه «وعن الميتى حتى ييرا» سنن ابن ماجه ج١: ٦٥٨، وانظر تخريجه في نصب الرأية ج٤: ١٦١ - ١٦٢
وفي الحجر بسبب الدين قوله صلى الله عليه وسلم: «عن أبي هريرة قال: كان لرجل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حق فأغلظ له فهم به أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «إن لصاحب الحق مقالاً» فقال لهم: اشترؤا له سناً فأعطوه إياه. فقالوا: إنا لا نجد إلا سناً هو خير من سته. قال: فاشترؤوه فأعطوه إياه فإن من خيركم أو خيركم أحسنكم قضاءً». صحيح مسلم بشرح النووي ج١٠: ٣٨

(٢)- أما الصغير فلنقصان عقله، غير أن إذن الولي آية أهليته، والرق لرعاية حق المولى كيلا تعطل منافع عبده، ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالإذن رضي بقوات حقه، والجنون لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال، أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتب أهليته فلهدا وقع الفرق. الهداية ج٣: ٣١٤، وانظر اللباب ج٢: ٦٦، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ١٨٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٦٩، وانظر المبسوط ج٢٤: ١٥٦ - ١٥٧، وانظر تبين الحقائق ج٥: ١٩١، وانظر خزنة الفقه وحيون المسائل ج١: ٢٤٦.

ويرى أبو يوسف ومحمد وعامة أهل العلم السفه والتبذير ومطل الغني وركوب الدين، وخوف ضياع المال بالتجارة، والتلجئة والإقرار لغير الغرماء من أسباب الحجر أيضاً. بدائع الصنائع ج٧: ١٦٩

(٣) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه، وفي الصبي والمجنون نظراً لهما فيتحرى مصلحتهما فيه، ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينمقد موقوفاً على الإجازة. والمجنون قد يعقل البيع ويقصده، وإن كان لا يرجح المصلحة على المسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلاً عن غيره كما بيناه في الوكالة فإن قيل: التوقف عندكم في البيع، أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر، قلنا: نعم إذا وجد نفاذاً عليه كما في شراء الفضولي، وما هنا لم نجد نفاذاً لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه. الهداية ج٣: ٣١٤، وانظر اللباب ج٢: ٦٧، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٦، و انظر ملتنقى الأبحر ج٢: ١٨٢

وهذه المعاني الثلاثة موجبة للحجر في الأقوال أو في بعضها دون الأفعال (١).
حتى إن الصبي والمجنون لا تصح عقودهما، ولا إقرارهما، ولا إعتاقهما، ولا
طلاقهما (٢)، ولكنهما إذا أتلفا شيئاً لزمهما ضمانه (٣).
والعبد أقواله غير نافذة في حق مولاه، نافذة في حق نفسه (٤)، حتى إذا أقرّ بمال لزمه بعد
الحرية، ولم يلزمه في الحال، وجنایاته موجبة للضمان (٥).

- (١) - لأنه لا مردّ لها لوجودها حساً ومشاهدة بخلاف الأقوال، لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه. الهداية ج٣ - ٣١٤، واللباب ج٢: ٦٧، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٦
- (٢) - لقوله صلى الله عليه وسلم: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» سنن الترمذي ج٢: ٣٣١، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١٦١
- والإعتاق يتمحض مضرّة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حدّ الشهوة فلهدا لا يتوقفان على إجازته، ولا يتفدان بمباشرة بخلاف سائر العقود. الهداية ج٣: ٣١٥، وانظر اللباب ج٢: ٦٧، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧١، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٤٦
- (٣) - إحياء لحق التلّف عليه، وهذا لأن كون الإتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه، والحائط المائل بعد الإشهاد بخلاف القول على ما بيناه. الهداية ج٣: ٣١٥، وانظر اللباب ج٢: ٦٧، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٢
- (٤) - رعاية لجانبه، لأن نفاذه لا يعرّى عن تعلق الدين بقربته أو كسبه وكل ذلك إتلاف ماله، وإقراره في حق نفسه نافذ لقيام أهليته. الهداية ج٣: ٣١٥، وانظر اللباب ج٢: ٦٧، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٦.
- (٥) - لوجود الأهلية وزوال المانع، ولم يلزمه في الحال لقيام المانع. الهداية ج٣: ٣١٥، وانظر اللباب ج٢: ٦٨، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٢، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٤٦

ولو طلق أو أقرّ بحدّ أو قصاص لزمه في الحال (١).

وإذا أوقف الصبي أو وهب، أو تصدق، فهو باطل أذن له الولي أو لم يأذن، عقل ذلك أو لم يعقل، فإن كان الصبي صغيراً بحيث لا يعقل التصرف (لا) (٢) ينفذُ بيعه وشراؤه وإن أجازته وليه (٣).

وبلوغ الصبي بالاحتلام، والإنزال أو الإحبال، فإن لم يكن (شيثاً) (٤) منها، فحين يتم له ثماني (عشرة) (٥) سنة عند أبي حنيفة.

وبلوغ الصبية بالحيض، أو الاحتلام، أو الحبل، فإن لم يوجد شيء من ذلك فحين يتم لها (سبع) (٦) (عشرة) (٧) سنة.

وقالا: إذا تمت للغلام والجارية خمس (عشرة) (٨) سنة فقد بلغا (٩).

(وإذا) (١٠) راق الغلام أو الجارية وأشكل أمره في البلوغ فقال: قد بلغت، فالقول قوله، وأحكامه أحكام البالغين (١١).

(١) - لأنه مبقي على أصل الحرية في حق الدم، حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك، وينفذ طلاقه، لأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلاً، وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تقويت منفعه فينفذ. الهداية ج٣: ٣١٥، وانظر اللباب ج٢: ٦٨، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٢، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٧٧، وانظر تبين الحقائق ج٥: ١٩٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧١، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٦.

(٢) - (لا): في أ وفي ب، جـ ولا

(٣) - وإنما يمنع عن ماله نظراً له قليلاً للسفه، لما أن السفه غالباً يجري في الهبات والتبرعات، فإذا منع منه ماله ينسد باب السفه فيقل السفه. بدائع الصنائع ج٧: ١٧٠، وانظر المبسوط ج٢٣: ١٧٤.

(٤) - (شيء): الصحيح وفي النسخ الثلاث شيئاً.

(٥) - (عشرة): في جـ وفي أ، ب عشر

(٦) - (سبعة): والصحيح في النسخ الثلاث سبع.

(٧) (عشرة): في جـ وفي أ، ب عشر.

(٨) - (عشرة): في أ، جـ وفي ب عشر

(٩) - وهو رواية عن أبي حنيفة، وعنه في الغلام تسع عشرة سنة، وقيل المراد أن يظمن في التاسعة عشرة سنة، ويتم له ثماني عشرة سنة فلا خلف، وقيل فيه اختلاف الرواية، لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة.

أما العلامة: فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال، وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ، وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة، وفي حق الجارية تسع سنين. الهداية ج٣: ٣١٩، وانظر اللباب ج٢: ٧١، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧١ - ١٧٢، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٥، وانظر قول أبي حنيفة في خزنة الفقه ج١: ٢٤٧

(١٠) - (وإذا): في ب، جـ وفي أ فإذا

(١١) - لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهراً، فإذا أخبراً به ولم يكذبهما الظاهر قيل قولهما فيه كما

يقبل قول المرأة في الحيض. الهداية ج٣: ٣١٩، وانظر اللباب ج٢: ٧٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧٢

وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٠.

فصل

قال أبو حنيفة (رضي الله عنه) (١): لا يحجر على السفية إذا كان عاقلاً بالغاً حراً، وتصرفه في ماله جائز.

(وإن) (٢) كان مبدراً مفسداً لماله فيما لا غرض له ولا مصحلة، إلا أنه قال: إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ (خمساً) (٣) وعشرين سنة، وإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه، وإذا بلغ خمساً وعشرين سنة سلم إليه ماله، وإن لم يؤنس منه (رشداً) (٤).

وقالا: يحجر على السفية ويمنع من التصرف في ماله، فإن باع لم ينفذ بيعه، فإن كانت فيه مصلحة أجازها الحاكم (٥).

(١) - (رضي الله عنه): في أ، ج وساقطة من ب

(٢) - (وإذا) في ج وفي أ فإن وفي ب وإن

(٣) - (خمساً): في ب، ج وفي أ خمسة

(٤) - (رشداً): في أ، ب وفي ج رشداً.

(٥) - وجه قولهما: لأنه مبذر ماله بصرفه لا على سبيل الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي بل أولى، لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبديل، وفي حقه حقيقة، ولهذا منع عنه المال، ثم هو لا يفيد بدون الحجر، لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده.

ولأبي حنيفة: أنه مخاطب عاقل، فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد، وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشد ضرراً من التبديل، فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى، حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المنتطب الجاهل، والمفتي الماجن، والمكاري المقلس، جاز فيما يروى عنه، إذ هو رفع ضرر الأعلى بالأدنى.

ولا يصح القياس على منع المال، لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة، ولا على الصبي، لأنه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة بإعطاء آية القلوة والجري على خلافه لسوء اختياره. ومنع المال مفيد، لأن غالب السفه في الهيات والتبرعات والصفات وذلك يقف على اليد.

ولا يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، لأن المنع باعتبار أثر الصبا وهو أوائل البلوغ، ويتقطع بتناول الزمان، وهذا بالإجماع كما في الكفاية.

لذا بلغ خمساً وعشرين سنة سلم إليه وإن لم يؤنس منه الرشيد، لأن المنع عنه بطريق التأديب، ولا يتأدب بعد هذا غالباً، ألا ترى أنه قد يصير جداً في هله السن فلا فائدة من المنع، فلزم الدفع، قال في التصحيح واعتمد قوله المحبوبي وصدر الشريعة وغيرهم.

انظر الهداية جـ ٣: ٣١٥ - ٣١٧، وانظر اللباب جـ ٢: ٦٨ - ٦٩، وانظر بدائع الصنائع جـ ٧: ١٧٠،

وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٨٣، وانظر المبسوط جـ ٢٤: ١٦١ - ١٦٢، وانظر تبين الحقائق جـ ٥: ١٩٥،

وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل جـ ١: ٢٤٦ - ٢٤٧

(وإن) (١) اعتق عبداً نفذ عتقه، وكان على العبد أن يسعى في قيمته (٢).
 وإن تزوج امرأة جاز (نكاحه) (٢)، فإن سمي لها مهرأ جاز منه بمقدار مهر مثلها وبطل
 الفضل (٤).
 وقالوا فيمن بلغ غير رشيد: لا يدفع إليه (ماله أبدأ) (٥) حتى يؤنس منه رشد، ولا يجوز
 تصرفه فيه.
 وفسر أبو يوسف (الرشيد) (٦): بأن يكون مصلحاً لماله (٧).

(١) - (وإن): في ب، ج، وفي أ فإن

(٢) - لأن الأصل عندهما: أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر، ومالا فلا، والعتق مما يؤثر فيه
 الهزل فيصح، وكان عليه أن يسعى في رقبته، لأن الحجر لأجل النظر، وذلك في رد العتق إلا أنه متعذر فيجب
 رده برد قيمته. الباب جـ ٢: ٧٠، وانظر الهداية جـ ٣: ٣١٧، وانظر بدائع الصنائع جـ ٧: ١٧١، وانظر
 ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٨٣، وانظر المبسوط جـ ٢: ١٦٧ و ١٨١

(٣) - (نكاحه): في أ، ج، وفي ب نكاحها

(٤) - فجواز النكاح، لأنه لا يؤثر فيه الهزل، ولأنه من حوائجه الأصلية، وإن سمي لها مهرأ جاز منه
 مقدار مهر مثلها، لأنه من ضرورات النكاح، وبطل الفضل، لأنه لا ضرورة فيه، وهذا التزام بالتسمية، ولأنه
 نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت. الهداية جـ ٣: ٣١٧، وانظر الباب جـ ٢: ٧٠،
 وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٨٣، وانظر المبسوط جـ ٢: ١٦٩

(٥) - (ماله أبدأ): في ج، وفي ب مالا وفي أ مهره

(٦) - (الرشيد): في ب، ج، وفي أ الرشيد

(٧) - لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقيت العلة كالصبا، ولا يجوز تصرفه فيه أي في ماله توفيراً لفائدة
 الحجر عليه، إلا أن يكون فيه مصلحة فيجيزه الحاكم. الباب جـ ٢: ٧٠، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٨٣.

- وإذا أقر المحجور عليه بحدّ أو عقوبة في بدنه أو طلاق ينفذ ذلك كله (١).
 (ويخرج) (٢) الزكاة من مال السفية، وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب (عليه) (٣)
 نفقته من ذوي أرحامه (٤).
 فإذا أراد حجة الإسلام لم يمنع منها، ولكن لا يسلم القاضي النفقة (إليه) (٥) ويسلها
 إلى ثقة من الحجاج ينفقها عليه في طريق الحج (٦).
 فإن مرض وأوصى بوصايا من القرب وأبواب الخير جاز ذلك في الثلث (٧).
 (ولا) (٨) يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله، والفسق الأصلي والطارئ (سواء) (٩).

(١) - سبق في صفحة ٥٠٧ تحت رقم (١)

(٢) - (ويخرج): في ب، ج، وفي أ وخرج

(٣) - (عليه): في أ وساقطة من ب، ج

(٤) - فالزكاة لأنها واجبة عليه وفي النفقة: لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه والإنفاق على ذي الرحم واجب عليه لقربته، والسفه لا يطل حقوق الناس، إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها، لأنه لا بدّ من نيته لكونها عبادة، لكن يمت أميناً معه كيلا يصرفه في غير وجهه، وفي النفقة يدفع إلى أميته ليصرفه، لأنه ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته. الهداية ج٣: ٣١٨، وانظر للباب ج٢: ٧٠، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٣، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٤٧

(٥) - (إليه): في أ، ج وفي ب إليها

(٦) - لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صفة، ولكن يسلمها إلى ثقة من الحجاج كيلا ي تلفها في غير هذا الوجه. الهداية ج٣: ٣١٨، وانظر للباب ج٢: ٧٠ - ٧١، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٣، وانظر المبسوط ج٢: ٢٤٤ - ١٧١ - ١٧٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٧.

(٧) - لأن نظره فيه إذ هي حالة انقطاعه عن أمواله، والوصية تخلف ثناءً أو ثواباً، ولأن الوصية مأمور بها فلا يمنع منها. الهداية ج٣: ٣١٨، وانظر للباب ج٢: ٧١، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧١، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٣، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٤٧

(٨) - (ولا): في أ، ب وفي ج وقالوا

(٩) - (سواء): غير موجودة في النسخ الثلاث ولكن العبارة ناقصة بدونها وعند الحنفية أضيفت هذه الكلمة. انظر الهداية ج٣: ٣١٨، وانظر للباب ج٢: ٧٥

والعلة في ذلك: قوله تعالى: ﴿فإن أنستم منهم رشداً، فادفعوا إليهم أموالهم﴾ النساء/ ٦ وقد أونس منه نوع رشداً، فنتناوله النكرة المطلقة، ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه، فيكون والياً للتصرف.

الهداية ج٣: ٣١٨ - ٣١٩، وانظر للباب ج٢: ٧٥، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٤، وانظر المبسوط ج٢: ٢٤٤، وانظر تبين الحقائق ج٥: ١٩٨.

فصل

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يحجر في الدين، فإذا وجبت الديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه، والحجر عليه حبس، ولم يحجر عليه (١)، فإن كان له مال لا يتصرف فيه الحاكم (ولكن يحبسه) (٢) أبداً حتى يبيعه في دينه (٣).
فإن كانت له دراهم ودينه دراهم قضاها القاضي بغير أمره (٤)، وإن كان دينه دراهم وله دنائير باعها القاضي في دينه (٥).

وقالا: إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء، وباع ماله إن امتنع من بيعه، وقسمه بين الغرماء بالخصص (٦).

(١) لأن في الحجر إهدار أهليته، فلا يجوز لدفع ضرر خاص. الهداية ج٣: ٣٢٠، وانظر الباب ج٢: ٧٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧٣، وانظر المبسوط ج٢٤: ١٦٣.
(٢) (ولكن يحبسه): في ج٢ وساقطة من أ، ب.
(٣) لأنه نوع حجر، ولأنه تجارة لا عن تراض، فيكون باطلاً بالنص، ويحبسه إيفاءً لحق الغرماء ودفعاً لظلمه. الهداية ج٣: ٣٢٠، وانظر الباب ج٢: ٧٢، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٤، وانظر المبسوط ج٢٤: ١٦٣.
(٤) وهذا بالإجماع لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه، فللقاضي أن يمينه.
الهداية ج٣: ٣٢٠، وانظر الباب ج٢: ٧٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧٤، وانظر تبين الحقائق ج٥: ١٩٩.

(٥) وهذا عند أبي حنيفة استحسان، وجه الاستحسان: أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة، فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهة بخلاف العروض، لأن الغرض يتعلق بصورها وأعيانها، أما النقود فوسائل فائتقاً.
الهداية ج٣: ٣٢٠، الباب ج٢: ٧٣، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧٤، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٤، وانظر المبسوط ج٢٤: ١٦٥.

(٦) لأن الحجر على السفه إنما جزاءه نظراً له، وفي هذا الحجر نظر للغماء، لأنه عساه أن يلجئ ماله فيفوت حقهم، ومعنى قولهما «ومنعه من البيع» أن يكون بأقل من الثمن، أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه.

ثم باع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين الغرماء بالخصص، لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله، فإذا امتنع نائب القاضي منابه كما في الجب والعتة
الهداية ج٣: ٣٢٠، وانظر الباب ج٢: ٧٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٤، وانظر المبسوط ج٢٤: ١٦٣ - ١٦٤

فإن أقرّ في حال الحجر إقراراً لزمه بعد قضاء الدين (١).
 ولا يبيع القاضي عند أبي حنيفة من مال المديون شيئاً إلا بعد موته، ويجعل عهدة المبيع على الغرماء دون الميت، ثم يرجعون بديونهم في مال الميت، (ويحل) (٢) الدين المؤجل بموت من عليه (٣).
 ومن كان عليه حق إلى أجل كان له أن يسافر سواء قرب حلوله أو بعد، وليس لغريمه أن يمنعه من ذلك (٤).
 ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فلصاحب المتاع أسوة بالغرماء (٥).
 وإذا لم يعرف للمفلس مال، وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول: لا مال لي، حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلاً عن مال (حصل) (٦) في يده كضمن المبيع وبدل القرض، وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة ولا يحبسه فيما سوى ذلك كعوض المغصوب (وأروش) (٧) (الجنائيات) (٨) إلا أن تقوم البينة بأن له (مالاً) (٩).

- (١) - لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك، لأنه مشاهد لا مرّة له. الهداية ج٣: ٣٢١، وانظر الباب ج٢: ٧٣، وانظر ملتمى الأبحر ج٢: ١٨٤.
- (٢) - (ويحل) في ب، جـ وفي أ ويجعل
- (٣) - لأن بيع القاضي ليس تصرفاً على الميت لبطان أهليته بالموت، ولأنه رضي بذلك في آخر جزء من أجزاء حياته هذا هو الظاهر، لأن قضاء الديون من حوائجه الأصلية فكان راضياً بقضاء الدين من أي مال كان تخلصاً لنفسه عن عهدة الدين عندما سده عن حياته. بدائع الصنائع ج٧: ١٧٥
- (٤) - لأن صاحب الحق هو الذي أقرّ حق نفسه بالتأجيل، ولأنه لا يملك مطالبته قبل حلول الأجل ولا يمكن منعه، ولكن له أن يخرج معه حتى إذا حلّ الأجل منعه من المضي في سفره إلى أن يوفيه دينه. بدائع الصنائع ج٧: ١٧٣، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٢٠٠.
- (٥) - لأن الإفلاس يوجب المعجز عن تسليم العين، وهو غير مستحق بالعقد، فلا يثبت حق الفسخ باعتباره، وإنما المستحق وصف في اللمة، أعني الدين وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة. هله هي الحقيقة فيجب اعتبارها إلا في موضع التعلد كالسلم، لأن الاستبدال ممتنع فأعطى للمعين حكم الدين. الهداية ج٣: ٣٢٢، وانظر الباب ج٢: ٧٥
- (٦) - (حصل): في ب، جـ وفي أ بدلاً
- (٧) - (وأروش): في أ، ب وفي جـ وأروش
- (٨) - (الجنائيات): في أ، جـ وساقطة من ب
- (٩) - (مالاً): في أ، جـ وفي ب مال.
- لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به، وإقدامه على التزامه باختياره دليل على يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله.
- وإن قال إنه فقير لا يحبسه إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً، لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين، وعلى المدعي إثبات غناه، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك، لأن الأصل هو المسرة، ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال. الهداية ج٣: ١١٦، وانظر الباب ج٢: ٧٣ - ٧٤، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٤٧ - ٢٤٨.

وإذا حبسه القاضي شهرين أو ثلاثة سأل عن حاله فإن لم يتكشف له مال خلى سبيله، وكذا إن أقام البيّنة بأن لا مال له (١) .

ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس أن يلازموه ولا يمنعوه من التصرف والسفر (٢) .

(وينفق) (٣) من كسبه على نفسه وزوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه وما يفضل منه يصرف إلى غرمائه (يقسم) (٤) بينهم بالخصص (٥) .

وقالوا: إذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه إلى أن يقيموا البيّنة أنه قد حصل له مال (٦) .

(١) - فالحبس لظهور ظلمه في الحال، وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بدّ من أن تمتد المدة ليفيد هله الفائدة فقدرة بما ذكره، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر، والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه، فإن لم يظهر له مال خلى سبيله بعد مضي المدة، لأنه استحق النظر إلى المسيرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً. الهداية ج٣: ١١٦، وانظر اللباب ج٢: ٧٤، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٨

(٢) - وهذا عند أصحابنا الثلاثة إلا إذا قضى القاضي بالإنظار لاحتمال أن يرزقه الله مالاً إذ المال غاد ورائح. وعند زفر: لا يلازمونه لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ البقرة/ ٢٨٠ ذكر النظرة بحرف الفاء ثبت من غير قضاء القاضي. بدائع الصنائع ج٧: ١٧٣، وانظر الهداية ج٣: ٣٢١، وانظر اللباب ج٢: ٧٤، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٨

(٣) - (وينفق): في ب، ج، وفي أ وأن ينفق

(٤) - (يقسم): الصحيح وفي النسخ الثلاث يقسمون.

(٥) - لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء، ولأنه حق ثابت لغيره فلا يظلم الحجر، ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء. الهداية ج٣: ٣٢١، وانظر اللباب ج٢: ٧١، ٧٥، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٤٨ .

(٦) - لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فثبت العسرة ويستحق النظرة، وعند أبي حنيفة لا يتحقق القضاء بالإفلاس، لأن مال الله رايح وغاد، ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهراً فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملازمة، وقوله إلا أن يقيموا البيّنة إشارة إلى أن بيّنة اليسار ترجح على بيّنة الإعسار لأنها أكثر إباناً إذ الأصل هو العسرة. الهداية ج٣: ٣٢١، وانظر اللباب ج٢: ٧٥ .

كتاب (المأذون) (١)

إذا أذن المولى عبده، (أو) (٢) الولي الصبي العاقل في التجارة إذناً عاماً جاز تصرفه في سائر التجارات يشتري ويبيع ونحوهما من التصرفات (٣).
 وإن أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها، (٤) فإن أذن له في شيء بعينه من غير تكرار ولا استخدام فليس بمأذون (٥).
 وإذا دفع المولى إلى عبده حماراً وراوية فقال استق في هذه الراوية على هذا الحمار وبعه، أو (دفع) (٦) إليه حماراً وقال: انقل عليه كذا، وكذا بالأجر كان مأذوناً له،

(١) - (المأذون): في ب وفي أ، ج الإذن واستعمل الحنفية كلمة المأذون في الهداية. بدائع الصنائع، تحفة الفقهاء وفي الباب في شرح الكتاب.

والإذن في اللغة: يقال أذنت له في كذا أطلقت له فعله، والاسم الإذن ويكون الأمر إذناً. المصباح المنير: ٤ وفي الاصطلاح: «فك الحجر وإسقاط الحق عندنا الهداية ج٤: ٣٢٥».

(٢) - (أو): في ب، ج وساقطة من أ.

(٣) - ووجه ذلك: أن التجارة اسم عام يتناول الجنس، قد يبيع ويشتري ما بدا له من أنواع الأعيان، لأنه أصل التجارة. الهداية ج٤: ٣٢٥، وانظر الباب ج٢: ٢٢٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٦، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٩٢، وانظر المبسوط ج٢٥: ٢٠-٢١ وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٣١.

(٤) - وقال زفر: لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع، وعلى هذا الخلاف إذ نهى عن التصرف في نوع آخر. لهما: أن الإذن توكيل وإنابة من المولى، لأنه يستفيد الولاية من جهته، وثبت الحكم وهو الملك له دون العبد، ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب

ولنا: أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه، وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع، بخلاف الوكيل، لأنه يتصرف في مال غيره، فثبتت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد، حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه. الهداية ج٤: ٣٢٦، وانظر الباب ج٢: ٢٢٣-٢٢٤، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٦، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٩٢، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٣١.

(٥) - لأنه استخدام، ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقاً لأهله، وهذا لأنه لو صار مأذوناً يفسد عليه باب الاستخدام. الهداية ج٤: ٣٢٦، وانظر الباب ج٢: ٢٢٤، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨٦، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٩٢.

(٦) - (دفع): في أ، ب، وفي ج ادفع.

وكذا إن وضع عليه كل يوم غلّة أو كل شهر أو كل سنة أشهد بذلك أو لم يشهد (١).
 وإن أذن له سنة أو شهراً أو يوماً كان مأذوناً مطلقاً ما لم يحجر عليه (حجراً) (٢) عاماً (٣).
 وإن (قال): (٤) ائعد في الخرازة (٥) أو في الصباغة أو غير ذلك كان مأذوناً له في جميع
 أنواع الحرف ما لم يحجر عليه (٦).

-
- (١) - لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب، أو قال له: ائعد صباغاً أو قصاراً، لأنه أذن بشراء ما
 لا بدّ منه وهو نوع فيصير مأذوناً في الأنواع. الهداية ج٤: ٣٢٦-٣٢٧، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٩٣.
 (٢) - (حجراً): في ج وساقطة من أ، ب
 (٣) - انظر تفصيل ذلك ٥١٤ تحت رسم (٣١)
 (٤) - (قال): في ب، ج وساقطة من أ
 (٥) - الخرازة: حرفة الخراز وهو من حرفته خياطة الجلود. المعجم الوسيط ج١: ٢٢٤-٢٢٥.
 (٦) - وانظر تفصيل ذلك في صفحة رقم ٥١٤ تحت رقم (٣).

وإن قال: إذا جاء غداً ورأس الشهر فقد أذنت لك جاز، وبمثله لا يصير محجوراً عليه (١). ويجوز الإذن للمدير وأم الولد (٢). وللحاكم أن يأذن لليتيم في التجارة، ويكون الإذن وإن لم يتكلم (٣) بلسانه نحو أن يراه يبيع ويشترى فيسكت عنه (٤). وكذا العبد إذا بيع وهو ساكت يكون سكوته مع العلم بالبيع إقراراً منه بالرق، وكذا الشفيع إذا سمع بالبيع فسكت، والبكر إذا زوجها الولي فبلغها الخبر فسكتت (٥).

-
- (١) - لأن هذا من الخاص المعلق بشرط، والمضاف إلى وقت كان يقول: اشتر لي بدرهم لحمأ غداً أو رأس شهر كذا. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٢.
- (٢) - لأن شرائط الركن أنواع: منها أن يكون الإذن لمن يعقل التجارة وكذا الإذن للأمة والمدير وأم الولد يؤذن لهم بعد أن عقلوا التجارة، لأن اسم المملوك يتناول الكل. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٣.
- (٣) - (يتكلم): في أ، ج وفي ب يتكاو.
- (٤) - لأن هذا إذن بطريق الدلالة فيصير ماذوناً في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير ماذوناً.
- وعند زفر: لا يعتبر ماذوناً، ووجه قوله: أن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الإذن مع الاحتمال. ولهذا لم يتفد تصرفه الذي صادفه السكوت.
- ولنا: أنه يرجح جانب الرضا على جانب السخط، لأنه لو لم يكن راضياً لنهاه إذ النهي عن المنكر واجب فكان احتمال السخط احتمالاً مرجوحاً فكان ساقط الاعتبار شرعاً. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٢، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣٣١.
- (٥) - فسكوت البكر يكون إذناً وقت العقد، وبعده يكون إجازة، وسكوت الشفيع إذا علم بالشراء يكون تسليمياً للشفعة. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٣.

فصل

وللمأذون له أن يفعل ما يدخل تحت التجارة ويكون من (ضروراتها)(١)، نحو أن يركل بالبيع والشراء، ويرهن ويرتهن، ويؤجل غريمه ويصالحه، ويستأجر من يتصرف له، ويستأجر دكاناً (أو دابة)، (٢) ويؤاجر ما اشترى من الدواب والرقيق للعمل، ويدفع المال وديعة ومضاربة وبضاعة ومشاركة وشركة عنان(٣).

وإقراره بالديون والغصب جائز، (٤) وليس له أن يشارك شركة مفاوضة فإن فعل كانت عناناً (٥).

وله أن يتوكل لغيره (بالبيع)(٦) والشراء، (٧) ويأذن لرفيقه في التجارة، فإن أذن لعبده ثم حجر المولى عليه، فإن كان عليه دين فالحجر عليه حجر على عبده، وإن لم يكن عليه دين كان عبده مأذوناً على حاله.

وقالا: الثاني (محجور) (٨) عليه كان على الأول دين أولاً وبه نأخذ(٩).

(١)- (ضروراتها): في ب، جـ وفي أ ضرورتها.

(٢)- (أو دابة): في ب، جـ وساقطة من أ.

(٣)- لأن هذا من عادة التجار أو التاجر ولا يمكنه أن يتولى ذلك كله بنفسه فكان توكيله فيه من أعمال التجارة، وله أن يشاركه شركة عنان، لأنها كذلك من صنيع التجار ويحتاج إليه التاجر، وليس له أن يشارك شركة مفاوضة، لأن المفاوضة تتضمن الكفالة ولا يملك الكفالة فلا يملك المفاوضة. بدائع الصنائع: جـ٧: ١٩٥، وانظر الباب جـ٢: ٢٢٤، وانظر الهداية جـ٤: ٣٢٦، والمبسوط جـ٢٦: ٢٩.

(٤)- لأن هذا من ضرورات التجارة إذ لو لم يملك لامتنع الناس عن مبياعته خوفاً من نوء أموالهم بالإنكار عند تعذر إقامة البيعة فكان إقراره بالدين من ضرورات التجارة فيصح. بدائع الصنائع جـ٧: ١٩٥، وانظر الهداية جـ٤: ٣٢٧، وانظر الباب جـ٢: ٢٢٤، وانظر المبسوط جـ٢٥: ٧٥، وانظر خزنة الفقه وحيون المسائل جـ١: ٣٣٣.

(٥)- (عناناً): في أ، ب وفي جـ عنان

وانظر الصفحة نفسها تحت رقم (٣).

(٦)- (بالبيع): في أ وفي ب، جـ بالبيع

(٧)- فله أن يتوكل عن غيره بالبيع بالإجماع، وتكون العهدة عليه، ولو توكل عن غيره بالشراء ينظر إن وكله أن يشتري أشياء بالنقد جاز استحساناً دفع إليه الثمن أو لم يدفع وتكون العهدة عليه، والقياس أن لا تجوز هذه الوكالة. بدائع الصنائع جـ٧: ١٩٥، وانظر الهداية جـ٤: ٣٢٦.

(٨)- (محجور): في ب وفي جـ محجوراً وساقطة من أ.

(٩)- لا يصير محجوراً بناءً على أن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده وعندهما يملك.

ووجه البناء: أنه لما لم يملك عبده وقد استفاد الإذن من جهة الأعلى لا من جهة المولى صار حجر الأعلى كموته ولو مات لصار الثاني محجوراً كذا هذا، ولما ملك عندهما صار الجواب في هذا وفي الأول سواء. بدائع الصنائع جـ٧: ٢٠٦.

وله أن يعير دابة للركوب، أو ثوباً لللبس، فإن باع شيئاً ثم حط من الثمن ما يحط التجار مثله في العادة جاز(١).

وليس له ولا للمكاتب أن يقرضا، فإن فعلا فهو باطل، (يسترد)(٢).
وليس للمأذون أن يتزوج ولا أن يشتري جارية، وإن أذن له مولاه ولا يزوج مماليكه.
وقال أبو يوسف: له أن يزوج أمته(٣).
والمأذون له في الشفعة من الأجانب كالحرة، وكذا من المولى إذا كان عليه دين(٤).

(١)- لأن الإعارة من عادة التجار، وأما الحط فإن حط من ثمنه ينظر إن حط بالمعروف بأن حط مثل ما يحطه التجار عادة جاز، لأن هذا الحط من توابع التجارة، وإن لم يكن بالمعروف بأن كان فاحشاً جاز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز. انظر بدائع الصنائع ج٧: ١٩٤-١٩٦، وانظر الهداية ج٤: ٣٢٧-٣٢٨ وانظر المبسوط ج٢٦: ٢٨، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣٣٣.

(٢)- (يسترد): في ب، ج وفي أ مسترد.

ولأن القرض تبرع للمحال ولهذا لم يلزم فيه الأجل. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٧، وانظر المبسوط ج٢٦: ٢٨، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣٣٢، وانظر الجامع الصغير: ٤٦٣.

(٣)- فلا يتزوج لأن الزواج ليس بتجارة.

وعند أبي يوسف: له أن يزوج الأمة، لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها.

ولهما أن الإذن يتضمن التجارة، وهذا ليس بتجارة، ولهذا لا يملك تزويج العبد. الهداية ج٤: ٣٢٧، وبدائع الصنائع ج٧: ١٩٧، وانظر اللباب ج٢: ٢٢٤، وانظر المبسوط ج٢٦: ٢٩، وانظر في خزانة الفقه ج١: ٣٣٣ وقال: لا يزوج أمته.

(٤)- فإن لم يكن على العبد دين فالشفعة له، لأنه إذا لم يكن عليه دين فالدار التي في يد العبد خالص ملك المولى فلو أخذها بالشفعة لأخذها هو فكيف يأخذ ملك نفسه بالشفعة من نفسه وإن كان على العبد دين فله أن يأخذها بالشفعة. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٥.

وإقرار المأذون له في المرض جائز، ويقدم دين الصحة، والدين المعروف عليه، ولا يكون للمولي على عبده دين في حال من الأحوال سواء كان مأذوناً له أو محجوراً عليه(١).

ولا يكاتب المأذون عبده، ولا يعتق على مال، ولا يهب بغير عوض ولا (بعوض)(٢) إلا أن يهدي اليسير من الطعام، أو يضيف من يطعمه(٣).

وديونه متعلقة برقبته يُباع للغرماء إلا أن يفديه المولى ويقسم ثمنه بينهم بالحصص فإن فضل من ديونه شيء طولب به بعد الحرية(٤).

وإذا باع المأذون من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز، وإن باعه بتقصان لم يجز(٥).
وإن باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع، فإن سلمه إليه قبل قبض الثمن (بطل الثمن)،(٦) وإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز(٧).

(١)- فدين من الصحة والدين المعروف مقدمان على ما أقر به في مرضه، لأن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير، وفي إقرار المريض ذلك. انظر للباب ج٢: ٨٤ وانظر الهداية ج٣: ٢٠٩-٢١٠، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٦، وانظر المبسوط ج٢٦: ٥٥.

(٢)- (بعوض): في ب، ج وساقطة من أ.

(٣)- فلا يكاتب المأذون عبده، لأنه ليس بتجارة، ولا يُعتق على مال، لأنه لا يملك الكتابة فلاعتاق أولى، ولا يهب، لأن ذلك تبرع بصريحه ابتداءً وانتهاءً فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه، لأنه من ضرورات التجارة استجلاً لقلوب معامليه وأهل حرفته. الهداية ج٤: ٣٢٧، وانظر للباب ج٢: ٢٢٤، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٩٧، وانظر المبسوط ج٢٦: ٢٧-٢٨، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٣٣.

(٤)- لتعلق حق الغرماء بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة، وإن فضل من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به، ولا يباع ثانياً دفعاً للضرر عن المشتري. الباب ج٢: ٢٢٥، وانظر الهداية ج٤: ٣٢٨، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٤.

(٥)- إن كان عليه دين فإن باعه بمثل قيمته أو أكثر جاز، وإن باعه بأقل من قيمته لم يجز عند أبي حنيفة أصلاً، وعندهما لا يجوز بقدر المحاباة. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٥.

(٣)- (بطل الثمن): في ب، ج وساقطة من أ.

(٤)- فإن لم يكن عليه دين لم يكن بيعاً لما قلناه، وإن كان عليه دين فإن باعه بمثل قيمته أو بأقل من قيمته جاز، وإن باع بأكثر من قيمته لم يجز البيع عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز، وتبطل الزيادة. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٥.

فصل

- إذا جنّ المأذون بطل الإذن، وكذا إذا صار معتوهاً (١).
 وإذا اغمي عليه أو على المولى لم يصر محجوراً عليه (٢).
 وإن باعه المولى ولا دين عليه صار محجوراً، (٣) وإذا أبق أو ارتد صار محجوراً خلافاً
 لهما (٤).
 وإذا مات المولى، أو جنّ، أو لحق بدار الحرب مرتدّاً صار المأذون محجوراً (عليه) (٥).
 وإذا ولدت المأذونة من مولاهما فذلك حجر عليها (٦).

- (١)- فإن جن جنوناً مطبقاً بطل الإذن، لأنه مبطل أهلية التجارة على وجه لا يحتمل العود إلا على سبيل
 الندرة لزوال ما هو مبني عليه وهو العقل فلم يكن لبقاء الإذن فائدة فيبطل، ولو أفاق بعد ذلك لا يعود مأذوناً
 بخلاف الموكل. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٧، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٣٢.
- (٢)- لأنه لا يبطل الأهلية لكونه على شرف الزوال ساعة فساعة عادة، ولهذا لا يمنع وجوب سائر
 العبادات. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٧.
- (٣)- لأنه زال ملكه بالبيع وحدث للمشتري فيه ملك جديد فيزول إذن البائع لزوال ملكه ولم يوجد الإذن
 من المشتري فيصير محجوراً. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٦.
- (٤)- لهما: لا توجب الحجر بناءً على وقوف تصرفاته عنده ونفوذها عندهما .
 بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٧، وانظر الهداية ج٤: ٣٢٩، وانظر خزانة الفقه ج١: ٣٣١.
- (٥)- (عليه): في أ وساقطة من ب، ج.
- ولأن الموت مبطل للملك، وفي الجنون لأن أهلية الإذن شرط لبقاء الإذن، لأن الإذن في التجارة غير لازم
 فكان لبقائه حكم الابتداء، وأما لحوقه بدار الحرب مرتدّاً، لأن اللحق يوجب زوال الملك وذا يمنع بقاء الإذن
 فكان حجراً دلالة. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٦-٢٠٧، وانظر الهداية ج٤: ٣٢٩.
- (٦)- خلافاً لزفر، هو يعتبر حالة البقاء بالابتداء، ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة
 الحجر عادة بخلاف الابتداء، لأن الصريح قاض على الدلالة.
 الهداية ج٤: ٣٢٩، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٦، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٣٢.

وإذا حجر المولى على المأذون لم يصر محجوراً عليه حتى يظهر الحجر بين أهل سوقه (١).
 (وإذا) (٢) حجر عليه فأقراره جائز فيما في يده من الأموال عند أبي حنيفة (٣).
 وإن لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك (المولى) (٤) ما في يده عنده حتى إذا اعتق
 (عبده) (٥) لم يعتقوا.
 وقالوا: يملك ما في يده (٦).
 وما أقر به العبد بعد الحجر أو التزمه من حقوق الأموال لا يلزم المولى بيعه لأجلها ولا
 الدفع فيها، وإنما يطالب به بعد الحرية (٧).
 فإن جنى (جناية) (٨) أو أقر بها على نفسه فإنه (يقتص) (٩) منه فيما يجب فيه القصاص.
 وإن كانت خطأ فإنه يدفع أو يفدي، ولا يمنع الحجر من ذلك (١٠).

(١) - وذلك بالثناء بالحجر، وهذا النوع من الحجر يبطل به الإذن الخاص والعام جميعاً، لأن الإذن بالتجارة غير لازم فكان محتملاً للبطلان والشيء يبطل بمثله وبما هو فوقه، وشرط صحة هذين النوعين علم العبد بهما فإن لم يعلم لم يصر محجوراً. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٦، وانظر الهداية ج٤: ٣٢٩، وانظر اللباب ج٢: ٢٢٥، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٣١.

(٢) - (وإذا): في ب، ج وفي أ فإذا.

(٣) - وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز إقراره، لهما أن المصحح لإقراره إن كان هو الإذن فقد زال بالحجر، وإن كان اليد فالحجر أبطلها، لأن يد المحجور غير معتبرة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر.
 وله: أن المصطلح هو اليد، ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة، وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته وإقراره دليل لتحقيقها. الهداية ج٤: ٣٣٠، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٢، وانظر اللباب ج٢: ٢٢٦.

(٤) - (المولى): في أ، وفي ب، ج الولي.

(٥) - (عبده): في أ، وفي ب، ج عبده.

(٦) - لأنه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته، ولهذا يملك إعتاقها ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله، بخلاف الوارث، لأنه يثبت الملك له نظراً للمورث والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته، أما ملك المولى فما ثبت نظراً للعبد.

وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافةً عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه، وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعق فربعه، وإذا نقل عندهما بضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به. الهداية ج٤: ٣٣٠، وانظر اللباب ج٢: ٢٢٦.

(٧) - لأن إقرار المحجور عليه بالدين لا يصح. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٤.

(٨) - (جناية): في أ، ب وفي ج جنائيات

(٩) - (يقتص): في ب، ج وفي أ يقتضي.

(١٠) - وأجمعوا على أنه إن أقر بالحدود والقصاص فإنها تقام من غير حضرة المولى، وكذا لو قامت البينة على إقرار المأذون أو المحجور بسبب القصاص أو الحد لزمه القود وحدّ حدّ القذف حضر المولى أو غاب ولا يلزمه ما سواهما. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٢-٢٠٣.

فصل

وإذا كان على الماذون دين فليس للمولى بيعه إلا أن يقضي ديونه، فإن طلب (غرامؤه) (١) يبعه باعه القاضي وأوفاهم ثمنه (٢).
 فإن فضل شيء من الديون كان على العبد (الوفاء) (٣) بعد العتق، فإن باعه المولى فللغرماء إبطال البيع (٤).
 فإن قبضه المشتري وغاب المولى فلا خصومة بين الغرماء وبين المشتري .
 وقال: أبو يوسف (رحمه الله): (٥) هو خصم (ويقضي) (٦) لهم بيع العبد (٧).
 وإن كان (الدين) (٨) مؤجلاً فليس لهم إبطال البيع، لكن إذا (حلت) (٩) الديون كان لهم أن يضمّنوا المولى قيمته، وذكر في النوادر أن لهم إبطال البيع وإن كان الدين مؤجلاً وبه نأخذ (١٠).

(١)- (غرامؤه): في أ، وفي ب، ج غرامائه.

(٢)- لأن حق الغرماء متعلق برقبته، وفي البيع إبطال هذا الحق عليهم فلا ينفذ من غير رضاهم كبيع المرهون إلا أن يصل ثمنه إليهم وفيه وفاء بديونهم فينفذ لما بينا أن حقهم في معنى الرقبة لا في صورتها نصار كما لو قضى المولى الدين من خالص ماله. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٤، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٢٩-٢٣٠، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣٣٤.

(٣)- (الوفاء): في أ، ب وفي ج ساقطة.

(٤)- لأن ملكه قائم لكنه مشغول بحق الغرماء. تحفة الفقهاء ج٣: ٢٩٠-٢٩١، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٤، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣٣٤.

(٥)- (رحمه الله): في ج وساقطة من أ، ب

(٦)- (ويقضي): في أ، ب وفي ج ويقضي.

(٧)- وهذا معناه إذا أنكر الدين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: المشتري خصمهم ويقضى لهم بدينهم، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى داراً ووهبها وسلمها، وغاب ثم حضر الشفيع فالوهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له.

ولأبي يوسف: أنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه.

ولهما: أن الدعوى تتضمن نسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب. الهداية ج٤: ٣٣٢-٣٣٣.

(٨)- (الدين): في ج وساقطة من أ، ب.

(٩)- (حلت): في أ، ب وفي ج حليت.

(١٠)- لأن البيع يتبع التعلق والتعلق يتبع الوجوب والوجوب على التضييق لا يثبت إلا بعد الأجل فكذا

التعلق. انظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٤، ٢٠٥.

وإن كان عليه دين يحيط برقبته فباعه مولاه وقبضه المشتري فغيبه فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته، وإن شاءوا ضمنوا المشتري قيمته، وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا ثمنه (١). وإذا جنى الماذون له جنایات ثم أعتقه المولى وهو لا يعلم غرم قيمته ولا يزداد على عشرة آلاف درهم إلا عشرة (٢).

وإن كان عليه دين فأعتقه المولى جاز عتقه فإن شاء الغرماء ضمنوا المولى الأقل من قيمته ومن الدين، فإن بقي من ديونهم (شيء) (٣) اتبعوا المعتق به، وإن شاقوا اتبعوا المعتق بديونهم

(١) - لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبعوه إلا أن يقضي المولى دينهم، والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم، والمشتري بالقبض والتعب فيخبرون في التضمن، وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن، لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما في المرهون.

الهداية ج٤ : ٣٣٢ .

(٢) - لتعلق حق أصحاب الجناية بالعين، والمولى بالاعتاق أبطل الحقين جميعاً فيضمنهما. بدائع الصنائع

ج٧ : ١٩٨-١٩٩ .

وفي المبسوط: «وإن لم يعلم بالجناية غرم قيمة عبده إلا أن تبلغ عشرة آلاف فينقص منها عشرة، لأن المستحق بالجناية نفس العبد بطريق الجزاء، والمولى مخير بين الدفع والقداء، فإذا أعتقه مع العلم بالجناية صار مختاراً للقداء بمنع الدفع، وإن كان لا يعلم بالجناية فهو غير مختار للقداء، ولكنه مستهلك للعبد الذي استحقه جزاء على الجناية فيغرم قيمته ولا تزداد قيمته على عشرة آلاف إلا عشرة، لأن هذه قيمة لزمته باعتبار الجناية من المملوك، فيقاس بقيمة تلزمه بالجناية على المملوك، فإذا كان لا يزداد على عشرة آلاف إلا عشرة فكذلك القيمة التي تلزمه بالجناية من المملوك»

ج٢٦ : ١٤ .

(٣) - (شيء): في ج وساقطة من أ، ب

كلها، وأي الوجهين اختاروا فلهم أن يرجعوا عنه ويختاروا الآخر، فإن اختار أحدهم تضمين المولى يتبعه بجميع القيمة إن بلغ دينه ذلك، ومن اختار اتباع العبد يتبعه بجميع دينه، وإن لم يعتقه المولى ولكن دبره لم يصير محجوراً عليه، والغرماء بالخيار كما في العتق إلا أن من اختار أحد الوجهين لا يكون له الرجوع عنه (١).

ومن اتبع المولى يأخذ من قيمته ما يخصه منها، أن (لو اتبعوه) (٢) جميعاً، فإن اختاروا (اتباع) (٣) المولى بالقيمة لم يكن على المدبر شيء ما لم يعتق، فإن كان المأذون له مديراً أو أم ولد ثم أعتقه جاز عتقه أيضاً ولا ضمان عليه للغرماء (٤).

وإن كانت أمة فاستدانت أكثر من قيمتها ثم دبرها المولى لم تبطل الإذن والمولى ضامن لقيمتها، (٥) فإن لم يدبرها ولكن ولدت من غير مولاه (أوفقت) (٦) عينها فوجب إرثها كان

(١) - لأن المولى يملك إعتاق عبده المأذون سواء أكان عليه دين أم لم يكن عليه دين، لأن صحة الاعتاق تقف على ملك الرقبة وقد وجد، إلا أنه إذا لم يكن على العبد دين فلا شيء على المولى، وإن كان عليه دين فالغرماء بالخيار إن شاؤوا اتبعوا المولى بالأقل من قيمته ومن الدين، لأنه تصرف في ملك نفسه وأتلف حق الغير لتعلق الغرماء بالرقبة فيراعي جانب الحقيقة بتنفيذ الاعتاق ويراعي جانب الحق بإيجاب الضمان مراعاة للجائين عملاً بالدليلين فينظر إن كانت قيمة العبد مثل الدين غرم وإن كانت أكثر منه غرم قيمة الدين وإن كانت أقل منه غرم ذلك القدر، لأنه ما أتلف عليهم بالاعتاق إلا القدر المتعلق برقبة العبد فيؤاخذ المولى بذلك ويتبع الغرماء العبد بالباقي، وإن شاؤوا اتبعوا العبد بكل الدين فيستسمونه فيه، لأن كل الدين كان واجباً عليه لمباشرة سبب الوجوب منه حقيقة وهو المعاملة. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٨، وانظر المبسوط ج٢٦: ١٣-١٤.

(٢) - (لو اتبعوه): في جـ وفي أ، ب لو اتبعوهما.

(٣) - (اتباع): في جـ وفي أ، ب اتبعوا

(٤) - ولو اعتقهما وعليهما دين فلا ضمان على المولى من الدين ولا من قيمة المدبر وأم الولد، لأن دين

التجارة لم يتعلق برقيتهما فخرجهما عن احتمال الاستيفاء منهما بالتدبير والاستيلاء فلم يوجد منه إتلاف حق الغرماء فلا يضمن. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٩.

(٥) - لانعدام دلالة الحجر إذ العادة ما جرت بتحسين المدبرة ولا منافاة بين حكميها أيضاً والمولى ضامن

لقيمتها. الهداية ج٤: ٣٣٠، وانظر الجامع الصغير: ٤٦٣.

(٦) - (فقتت): في أ، ب وفي جـ فقتت.

ذلك مصروفاً في دينها، (وإن لم يكن عليها دين كان لمولاها (خارج) (١) من تجارتها. وإن لحقها بعد ذلك لم يكن) (٢) لغرمائها على ولدها وإرشها سبيل (٣).
 وإن وهبت لها هبة صرفتها في دينها ما دامت في يدها سواء كان الدين سابقاً (أو) (٤) لاحقاً (٥).
 ومتى استغرقت ديون الماذون له ماله ورقبته لم ينفذ عتق المولى في عبده (٦).

(١) - (خارج): الصحيح وفي النسخ الثلاث خارجاً.

(٢) - (وإن لم يكن عليها دين . . . بعد ذلك لم يكن): في ب، ج وساقطة من أ.

(٣) - فإن ما ولدت المأذونة من غير مولاها بعد لحوق الدين يتعلق به، وما ولدته قبل ذلك لا يتعلق الدين به ويكون للمولى، وكذلك الإرش بأن فقئت عينها فوجب الإرش على الفاقية. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٣.

(٤) - (أو): في ج وفي أ، ب و٤.

(٥) - لأن الدين يتعلق بكسب العبد، لأن المولى بالإذن بالتجارة عينه للاستيفاء أو تعين شرعاً نظراً للغرماء سواء كان كسب التجارة أو غيره من الهبة والصدقة والوصية وغيرها وهذا قول علمائنا الثلاثة.

وقال زفر: لا يتعلق إلا بكسب التجارة وتكون الهبة وغيرها للمولى. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٣.

(٦) - وهذا قول أبي حنيفة، وعندهما يملك في يده ويمتق وعليه قيمته، لأنه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته، ولهذا يملك إعتاقها ووطء الجارية المأذون لها، وهذا آية كماله، بخلاف الوارث، لأنه يثبت الملك له نظراً للمورث، والنظر في هذه إحاطة الدين بتركته، أما ملك المولى فما ثبت نظراً للعبد.

وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلقه فيه، وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالمتق فريسته، وإذا نقل عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به. الهداية ج٤: ٣٣٠.

(ولو) (١) كانت ديونه لا تحيط بماله ورقبته جميعاً، فإعتاق المولى عبده جائر، ولكن يضمن قيمته له.

وقالا: عتقه جائر سواء كان الدين محيطاً أو لا، ولكن يضمن (قيمة المعتق) (٢) للمأذون له وبه نأخذ (٣).

وإذا قتل المأذون له رجلاً خطأ وعليه (دين) (٤) قيل لمولاه ادفعه إلى ولي الجناية أو افده بالإرش فأيهما فعل اتبعه غرماؤه بدينهم فباعوه فيها (٥).

فإن حضر الغرماء وغاب صاحب الجناية بيع في دينهم وبطل حق صاحب الجناية إن كان القاضي هو الذي باعه (٦)

وإذا أذن العبد أحد (مواليه) (٧) فلحقه ديون قيل للذي أذن له آذ دينه وإلا بعنا نصيبك منه (٨).

ومن قال للناس: هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايعوه (ففعولوا فلزمته ديون ثم

(١) - (ولو): في ب، ج وفي أ فلو.

(٢) - (قيمة المعتق): في أ، ب وفي ج ثمنه المعتق

(٣) - فإن لم يكن الدين محيطاً برقبته وبما في يده جازت إجازته بالإجماع ويضمن قيمته للغرماء لإتلاف حقهم. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٨، وانظر الهداية ج٤: ٣٣٠-٣٣١.

(٤) - (دين): في أ وفي ب ج ديون

(٥) - ففي هذه الحالة لا يبطل الدين بالجناية، لأن حكم الجناية في الأصل وجوب الدفع وله سبيل الخروج عنه بالفداء، أو التخيير بين الدفع والفداء وهذا لا ينافي الدين، لأنه لا يمكن دفعه متعلقاً برقبته بالدين، وكذا لا ينافيه الفداء لا شك فيه. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٥.

(٦) - فإن حضر أصحاب الدين أولاً فإن كان القاضي عالماً بالجناية لا يبيعه في ديونهم، لأن في البيع إبطال حق أصحاب الجناية وإن لم يكن عالماً بها فباعه بطل حق أصحاب الجناية حتى لو حضروا بعد ذلك ولا ضمان على القاضي ولا على المولى. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٦.

(٧) - (مواليه): في أ وفي ب، ج فولي.

(٨) - فذلك كله جائز في نصيب الذي أذن له، لأن الإذن فك للحجر، وذلك لا يحتمل الوصف بالتجزيء، ولا يتصور انفكاك الحجر في نصف التصرف دون النصف، ولا بد من تصحيح هذا الفك في نصيب الأذن، لأنه تصرف منه في ملكه وإسقاط لحقه في المنع من شغل مالية نصيبه بالدين، والإسقاط يتم بالمسقط. انظر المبسوط ج٢٥: ٤٢.

ويقول الإمام السرخسي أيضاً: «وإذا أذن المولى لعبده في التجارة فلحقه دين بسبب التجارة، فإن كان في كسبه وفاء بالدين أمر بقضاء الدين من كسبه عند طلب الغريم، وإن لم يكن في يده كسب فيه وفاء بالدين تباع رقبته في ديونه إلا أن يفديه مولاه بقضاء الدين عندنا. المبسوط ج٢٥: ٤٨.

استحق العبد، كان للفرماء أن يضمّنوا الإذن الأقل من قيمته ومن الديون (١).
وإن قال: هذا ابني قد أذنت له في التجارة فبايعوه (٢) ثمّ تبين أنه ابن غيره غرم الديون
بالغة ما بلغت (٣).

ومن قدم (مصرأ) (٤) فقال أنا عبد فلان. فباع واشترى لزمه كل شيء من التجارة إلا أنه
لا يباع حتى يحضر المولى، فإن حضر فقال هو مأذون له (بيع في الدين) (٥).

(١)- وهذا لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كان الرجل حرأ، وإما إن كان عبداً فإن كان حرأ فعليه الأقل
من قيمة العبد ومن الدين، أما وجوب أصل الضمان عليه فلأنه غرمه بقوله هذا عبدي فبايعوه حيث أضاف
العبد إلى نفسه وأمرهم بمبايعته فيلزمه ضمان الفرور. وهذا، لأن أمره إياهم بالمبايعه إخبار منه عن كونه مأذوناً
في التجارة.

وأما وجوب الأقل من قيمة العبد ومن الدين فلأن الداخل تحت الكفالة هذا القدر وللفرماء أن يرجعوا على
الذي ولي مبايعتهم إن كان حرأ، لأنه الذي باشر سبب الوجوب حقيقة، وإن كان مستحقاً أو مدبراً أو مكاتباً
أو أم ولد يرجع عليهم بعد العتاق، لأن رقابهم لا تحتمل الاستيفاء قبل العتاق. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠١.

(٢)- (فعلوا فلزمه ديون... له في التجارة فبايعوه): في ب، جـ وساقطة من أ.

(٣)- لأن فيها نوع غرر من قبل الذي قال: هذا ابني قد أذنت له في التجارة فبايعوه، وسبب تغريمه الديون
بالغة ما بلغت، لأن الصبي لا تنعقد كفالته فلا يؤاخذ بالضمان. انظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٠١.

(٤)- (مصرأ): في ب، جـ وفي مصر.

(٥)- (بيع في الدين): في جـ وفي أ مأذون في بيع الدين وساقطة من ب.

لأنه أخبره بالإذن فالإخبار دليل عليه، وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه إذ الظاهر أن المحجور يجري على
موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كيلا يطبق الأمر على الناس، إلا أنه لا يباع حتى
يحضر مولا، لأنه لم يقبل قوله في الرقبة، لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب، لأنه حق العبد فإن
حضر وقال: هو مأذون بيع في الدين، لأنه ظهر الدين في حق المولى. الهداية ج٤: ٣٣٣، وانظر الجامع
الصغير: ٤٦٣.

وشهادة النصراني (على المأذون له) (١) النصراني جائزة، وإن كان مولاه مسلماً (٢).
 وإذا أذن ولي الصبي الصبي في التجارة فهو في الشراء والبيع كالعبد المأذون إن كان يعقل
 البيع والشراء (وديونه عليه) (٣).
 (والله تعالى أعلم) (٤).

(١) - (على المأذون له): في ب، جـ وساقطة من أ

(٢) - لأن النصراني من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه، والفسق
 من حيث الاعتقاد غير مانع، لأنه يجنب ما يعتقده محرماً في دينه، والكذب محظور في الأديان كلها. الهداية
 جـ: ٣: ١٣٧-١٣٨، وانظر المبسوط جـ ٢٦: ٣٩.

(٣) - (وديونه عليه): في ب، وفي أ وديونه وفي جـ أو ديونه.

هكذا وردت في الهداية (إن كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه)، وهكذا تستقيم العبارة .
 ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في
 الخلافات، والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته، وقد ثبت نظراً إلى إذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي
 لاستيفاء المصلحة بطريقتين، واحتمال تبدل الحلال بخلاف الطلاق والعتاق، لأنه ضار محض فلم يؤهل له،
 والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن، والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر، فيجعل أهلاً له
 بعد الإذن لا قبله، لكن قبل الإذن يكون موثقاً على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً وصحة التصرف في
 نفسه. الهداية جـ ٤: ٣٣٤، وانظر اللباب جـ ٢: ٢٢٨، وانظر المبسوط جـ ٢٥: ٢٠-٢١.

(٤) - (والله تعالى أعلم): في جـ وساقطة من أ وفي ب اللهم اختتم بخير.

كتاب الإكراه (١)

إذا أمر السلطان القاهر أو اللص القادر إنساناً بفعل وأوعده على تركه بقتل، أو قطع، أو غيرهما (ما) (٢) يؤدي إلى تلف النفس أو شيء منه وهو يعلم ظاهراً (وغالباً) (٣) أنه يوقع به ما أوعده إذا لم يفعل فهو (مكروه) (٤).

وما جاز فعله (عند الضرورة جاز فعله) (٥) عند الإكراه وما لا فلا.

فإن أوعده بضرب قليل أو حبس أو قيد لم يسعه الاقدام على ما حرم عليه بل يصبر ليؤجر (٦).

وإن كان يجد من الضرب المأ شديداً، أو من الحبس غمماً عظيماً بحيث يخاف منه على نفسه فهو إكراه، فإن منعه الطعام أو الماء حتى يجد من الجوع أو العطش ما يخاف منه التلّف كان إكراهاً (٧).

(١) - الإكراه في اللغة: يقال أكرهته على الأمر إكراهاً حملته عليه قهراً. الصباح المنير: ٢٠٣.

وفي الاصطلاح: «عبارة عن الدعاء إلى الفعل بالإيحاء والتهديد مع وجود شرائطها». بدائع الصنائع ج٧:

١٧٥.

وقد ورد في القرآن من الآيات التي تتحدث عن الإكراه قوله تعالى: «من كفر بالله بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم». النحل/ ١٠٦.

(٢) - (ما): في ج وساقطة من أ، ب، والأصح ما

(٣) - (وغالباً): في أ، ج وفي ب أو

(٤) - (مكروه): في ب، وفي أ، ج مكروه.

لأن من شرائط المكروه أن يكون قادراً على تحقيق ما أوعده، لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة، وعلى هذا قال أبو حنيفة: إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان.

وقال أبو يوسف ومحمد: إنه يتحقق من السلطان وغيره.

وجه قولهما: أن الإكراه ليس إلا إيحاء بالحق المكروه وهذا يتحقق من كل مسلط.

وجه قول أبي حنيفة: يقول غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعده، لأن المكروه يستغنى بالسلطان فيغيثه فإذا كان المكروه هو السلطان فلا يجد هوئاً.

ومن شروط المكروه: أن يقع في غالب رايه وأكثر ظنه أنه لو لم يجب ما دعي إليه لمحقق ما أوعده به، لأن غالب الرأي حجة خصوصاً عند تعذر الوصول إلى التعيين.

بدائع الصنائع ج٧: ١٧٦، وانظر اللباب ج٢: ١٠٧، وانظر الهداية ج٣: ٣٠٨، وانظر ملقى الأبحر

ج٢: ١٧٨، وانظر المبسوط ج٢٤: ٤٨، وانظر خزائن الفقه وعيون المسائل ج١: ٤٠٥

(٥) - (عند الضرورة جاز فعله): في ب، ج وساقطة من أ.

(٦) - لأن هذا لا يخاف منه التلّف، وليس فيه تقدير لازم سوى أن يلحقه منه الاغتصاب البين من هذه

الاشياء، وهذا يسمى إكراهاً ناقصاً. بدائع الصنائع ج٧: ١٧٥، وانظر المبسوط ج٢٤: ٤٨-٤٩، وانظر خزائن الفقه ج١: ٤٠٥.

(٧) - لتحقق الضرورة حيث يخاف منه تلف النفس، أو العضو قلّ الضرب أو كثر. بدائع الصنائع ج٧:

١٧٥.

فصل

ومن أكره على بيع ماله أو (شراء) (١) سلعة أو على أن يقر لرجل بشيء أو يؤجر داره بقتل أو ضرب شديد أو حبس وخيم (فباع) (٢) أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى تصرفه، وإن شاء فسخ (٣).

فإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع (٤)

وإن قبضه مكرهاً فليس بإجازة وعليه رده واسترداد المبيع إن كان قائماً، (٥) فإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته (٦).

وللمكره أن يضمّن المكره إن شاء (٧).

وإن أكرهه على أن يقر لرجل بالف فاقراً بخمسائة فهو باطل، (٨) وإن أقرّ بالفين لزمه ألف من ذلك (٩).

وإن أقرّ بصنف غير ما أكره عليه فهو لازم (١٠).

(١) - (شراء): في أ، ب وفي ج شري

(٢) - (فباع): في أ وفي ب، ج وباع

(٣) - لأن من شرائط صحة هذه العقود التراضي. قال تعالى: «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان» النحل:

١٠٥

والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد، بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط، أو حبس يوم أو قيد يوم، لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة، فلا يتحقق به الإكراه، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أن يستضر به لقوات الرضا. الهداية جـ ٣: ٣٠٨، وانظر اللباب جـ ٢: ١٠٨، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٧٨، وانظر المبسوط جـ ٢٤: ٩٥، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل جـ ١: ٤٠٧.

(٤) - لأنه دليل الإجازة كما في البيع الموقوف، وكما إذا سلم طائماً بأن كان الإكراه على البيع، لا على الدفع، لأنه دليل الإجازة. الهداية جـ ٣: ٣٠٩، وانظر اللباب جـ ٢: ١٠٨، وانظر المبسوط جـ ٢٤: ٩٣.

(٥) - لفساد العقد. الهداية جـ ٣: ٣٠٩، وانظر اللباب جـ ٢: ١٠٩.

(٦) - لتلف مال الغير في يده من غير عقد صحيح، فلزمه القيمة. اللباب جـ ٢: ١٠٩، وانظر الهداية جـ ٣: ٣٠٩.

(٧) - لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإلتلاف، فكأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب، فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع، وإن ضمّن المشتري نقل كل شراء كان بعد شرائه كما لو تناسخته العقود، لأنه ملكه بالضمآن فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله، لأن الاستناد إلى وقت قبضه، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقداً منها حيث يجوز ما قبله وما بعده، لأنه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز. الهداية جـ ٣: ٣٠٩-٣١٠، وانظر اللباب جـ ٢: ١٠٩.

(٨) - لأن الإكراه على ألف إكراه على خمسمائة، لأنها بعض الألف، والإكراه على كل شيء إكراه على

بعضه فكان مكرهاً بالاقترار بخمسمائة فلم يصح. بدائع الصنائع جـ ٧: ١٩١.

(٩) - لأنه في الإقرار بالألف الزائد طائع فصح. بدائع الصنائع جـ ٧: ١٩١.

(١٠) - لأنه طائع فيما أقرّ به. بدائع الصنائع جـ ٧: ١٩٠.

وإن أقر له ولآخر بذلك المال فالإقرار باطل
وقال محمد رحمه الله: إن كان الآخر صدقه ولم يكن بينه وبين الذي أكره له شركة صح
النصف له (١).

فإن أكرهه على الهبة فوهبها له ولآخر، فإن كانت الهبة مما يقسم، (تبطل) (٢) كلها، وإن
كانت مما لا يقسم جازت. وكذا هذا في البيع والشراء (٣).
فإن باع (باقل) (٤) مما أكره عليه فهو باطل استحساناً، وإن باعه بأكثر جاز، (وكذا إن
باعه بجنس آخر) (٥).

(١) - فإن صدقه الغير في الشركة لم يجز أصلاً بالإجماع، وإن كذبه فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف.
وعند محمد: يجوز في نصيب الغير خاصة، وجه قول محمد: أن المانع من الصحة عند التصديق هو
الشركة في مال لم يصح الإقرار بنصفه شائعاً، فإذا كذبه لم تثبت الشركة فيصح إقراره للغير إذ هو فيما أقر له
به طائع.

وجه قولهما: أن الإقرار إخبار، وصحة الإخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقاً على الإخبار والمخبر به
ألف مشتركة فلو صح إقراره لغير المقر له بالإكراه لم يكن المخبر به على وصف الشركة فلم يصح إخباره عن
المشترك فلم يصح إقراره. بدائع الصنائع ج٧: ١٩١.

(٢) - (بطل): في أ، ب وفي ج تطل والصحيح تبطل.

(٣) - ولو أكرهه على هبة عبده لعبد الله فوهبه لعبد الله وزيد فسدت الهبة في حصة عبدالله وصحت في
حصة زيد، لأنه مكروه في حصة عبدالله لورود الإكراه على كل العبد، والإكراه على كل الشيء إكراه على
بعضه فلم تصح الهبة في حصته طائماً في حصة زيد، وأنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة فصحت في
حصته.

ولو كان مكان العبد ألف فالهبة في الكل فاسدة بالإجماع بين أصحابنا.

وجه قول أبي حنيفة: لأن هبة الطائع من اثنين لا تصح عنده فهبة المكروه أولى.

وعندهما: لأنه لما وهب الألف منهما والهبة من أحدهما لا تصح بحكم الإكراه كان واحباً نصف الألف من
الآخر، وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة وأنه لا يصح بلا خلاف بين أصحابنا بخلاف حالة الطوعية. بدائع
الصنائع ج٧: ١٩١

(٤) - (باقل): في أ، ج وساقطة من ب

(٥) - وجه الاستحسان: أن غرض المكروه هو الإضرار بالبائع بإزالة ملكه وإن قلّ الثمن، فكان الإكراه على
البيع بألف إكراهها على البيع بأقل منه، بخلاف ما إذا باعه بألفين، لأن حال المكروه دليل على أنه لا يأمره بالبيع
بأوفر الثمنين فكان طائماً في البيع بألفين فجاز. بدائع الصنائع ج٧: ١٩١.

فإن أكره على أن يبيع بدراهم (مسماة) (١) فباعه (٢) بقيمتها من الدنانير فالقياس أن يكون جائزاً، وفي الاستحسان باطل (٣).

وإن استهلك المشتري المبيع فلصاحبه أن يضمّن المشتري، وإن شاء ضمّن المكره، ثم يرجع المكره على المشتري، وإن ضمّن المشتري لا يرجع (على) (٤) المكره (٥).

(١) - (مسماة): في ب وفي أ، ج سماه.

(٢) - (وكذا إن باعه... بدراهم مسماة فباعه): في ب، ج وساقطة من أ.

(٣) - فقد اعتبر الدراهم والدنانير جنسين مختلفين في الإقرار قياساً واستحساناً، واعتبرها جنساً واحداً في الإنشاء استحساناً، لأنهما جنسان مختلفان حقيقة إلا أنهما جملاً جنساً في موضع الإنشاء بل مخالفة الحقيقة لمعنى منعدم في الإقرار، وهو أن الفائت بالإكراه وهو الرضا طبعاً، والإكراه على البيع بألف درهم كما يعدم الرضا بالبيع بألف درهم يعدم الرضا بالبيع بمائة دينار قيمته ألف لانحداد المقصود منها وهو الثمنية فكان انعدام الرضا بالبيع بأحدهما دليلاً على انعدام الرضا بالبيع بالآخر فكان الإكراه على البيع بأحدهما إكراهاً على البيع بالآخر. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٠.

(٤) - (على): في أ، ج وساقطة من ب

(٥) - أما حق الرجوع على المكره، فلأنه أئلف عليه ماله بإزالة يده عنه فأشبهه الغاصب فيرجع عليه بضمان ما أئلفه كالغاصب ثم يرجع بما ضمنه على المشتري، لأنه ملكه بأداء الضمان فنزل بمنزلة البائع.

وأما حق الرجوع على المشتري، فلأنه في حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب، وللمالك ولاية تضمين غاصب الغاصب كذا هذا. بدائع الصنائع ج٧: ١٨٧.

وإن كان المبيع عبداً فأعتقه بعد القبض جاز عتقه والمالك بالخيار في التضمين على ما وصفنا، وإن أعتقه قبل القبض لم يجز، ويجوز في رواية (١).
وإن كان المشتري باعه أو وهبه من آخر، أو تصدق به وسلمه، وهو قائم بعينه ينقض ذلك كله ويرد إلى صاحبه (٢).

(١)- أما قبل القبض فلا ينفذ إعتاقه، لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض والإعتاق لا ينفذ في غير الملك، فإن أجاز البائع بعد الإعتاق نفذ البيع ولم ينفذ الإعتاق. بدائع الصنائع ج٧: ١٨٧.
(٢)- لأن الإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يوجب توقفها على الإجازة كبيع الفضولي.

وجه قول زفر: أن الرضا شرط البيع شرعاً، والإكراه يسلب الرضا يدل عليه أنه لو أجاز المالك يجوز والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالإجازة كسائر البياعات فأشبه بيع الفضولي وهذه شبهة زفر.
ولنا: ظواهر نصوص البيع عاماً مطلقاً من غير تخصيص وتقييد، ولأن ركن البيع وهو المبادلة صدر مطلقاً من أهل البيع في محل وهو مال مملوك للبائع فيقيد الملك عند التسليم كما في سائر البياعات الفاسدة، ولا فرق سوى أن الفساد هناك لمكان الجهالة أو الربا أو غير ذلك، وهنا الفساد لعدم الرضا طبعاً فكان الرضا طبعاً شرط الصحة لا شرط الحكم. وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم في سائر البياعات الفاسدة إلا أن سائر البياعات لا تلحقها الإجازة، لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك فلا يزول برضا العبد، وهنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه. بدائع الصنائع ج٧: ١٨٦.

- والإكراه على الإجارة والكتابة وسائر ما قد ينقض بعد وقوعه كالإكراه على (البيع) (١) .
فأما إذا أكره على العتق ففعل صح العتق والولاء له (٢) .
وإن أكره على تزوج امرأة بألف ومهر مثلها أقل من ذلك رجع على المكره بالفضل (٣) .
وإن كان مهر مثلها أكثر وقد أكرهت المرأة جاز النكاح ولا شيء لها على المكره وكان
الزوج بالخيار، وإن كان كفوّاً لها فإن شاء تم لها صداق مثلها ويبقى على النكاح، وإن شاء
أبى ذلك وفرق بينهما، ولا شيء على المكره للمرأة إن لم يكن دخل بها (٤) .

(١) - (البيع): في ب وفي أ، جـ البيع

وانظر رقم (٢) صفحة ٣١ هـ

(٢) - لأن الإعتاق تصرف قولي فلا يؤثر فيه الإكراه كالطلاق، وقد ندب النبي صلى الله عليه وسلم إلى
الإعتاق من غير فصل بين المكره والطائع. انظر بدائع الصنائع جـ٧: ١٨٢، وانظر المبسوط جـ٤: ٢٤، ٦٢،
وانظر خزانة الفقه جـ١: ٤٠٦

(٣) - فإن كان المسمى أكثر من مهر المثل يجب قدر مهر المثل وتبطل الزيادة، لأن تسمية الزيادة على قدر
مهر المثل لم تصح مع الإكراه فبطلت وجعل كأنه لم يفرض إلا قدر مهر المثل. وهذا، لأن الإكراه وقع على
النكاح وعلى إيجاب المال إلا أن الإكراه لا يؤثر في النكاح ويؤثر في إيجاب المال كما يؤثر في الإقرار بالمال.
بدائع الصنائع جـ٧: ١٨٥، وانظر المبسوط جـ٤: ٢٤، ٦٤، وانظر خزانة الفقه جـ١: ٤٠٦.

(٤) - فإن كان الزوج كفوّاً لها قيل له: إن شئت فكمل لها مهر مثلها وإلا فنفرق بينهما فإن فعل لزم
النكاح وإن أبى تكميل مهر المثل يفرق بينهما إن لم ترض بالنقصان، لأن لها في كمال مهر مثلها حقاً، لأنها
تعتبر بنقصان مهر المثل فيلحقها ضرر العار.

وإذا فرق بينهما قبل الدخول بها فلا شيء على الزوج، لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها. بدائع
الصنائع جـ٧: ١٨٥، وانظر المبسوط جـ٤: ٢٤، ٦٤-٦٥.

وإن أكره على مراجعة امرأته فراجعها كانت مراجعة ولا شيء على المكره (١).
 وإن أكره على شراء ذي رحم محرم منه، (٢) أو على شراء عبد قد قال له: إن اشتريتك فأنت حرّ، أو على أن يقول لعبده: إن دخلت الدار فأنت حرّ فدخلها، أو على (تزوج) (٣) امرأة قد قال لها: إن تزوجتك فأنت طالق ففعل ذلك وقع العتق والطلاق وعلى المعتق والزوج قيمة العبد ونصف المهر (٤).

(١)- لقوله تعالى: «وبعولتهن أحق بردهن» البقرة/ ٢٣٧، عاماً من غير تخصيص، ولأن الرجعة لا تخلو من أن تكون بالقول أو بالفعل وهو الوطء واللمس عن شهوة، والنظر إلى الفرج عن شهوة، والإكراه لا يعمل على التوعين فلا يمنع جوازها. بدائع الصنائع ج٧: ١٨٥، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٤٠٦.

(٢)- ف شراء ذي رحم محرم منه يعتق عليه، لأن شراء القريب إعتاق بالنص، والإكراه لا يمنع جواز الإعتاق، لكن لا يرجع المكره ما هنا بقيمة العبد على المكره، لأنه حصل له عوض وهو صلة الرحم. بدائع الصنائع ج٧: ١٨٣.

(٣)- (تزوج): في أ، ب وفي ج- تزويج.

(٤)- لأنه صلح آله له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه، فله أن يضمته موسراً كان أو معسراً ولا سعاية على العبد، ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لأنه مؤاخذ بإتلافه.
 ويرجع عليه بنصف المهر، لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث أنه إتلاف، بخلاف ما إذا دخل بها، لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق. الهداية ج٤: ٣١١-٣١٢، وانظر اللباب ج٢: ١١٢-١١٣، وانظر المبسوط ج٢٤: ١٠٠-١٠٢، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٤٠٧.

وإن أكره على العفو عن دم العمد ففعل جاز(١).
 وإن أكره على الزنا فامتنع حتى قطع أو قتل كان مأجوراً،(٢) وإن زنا وجب الحدّ عند أبي حنيفة إلا أن يكرهه السلطان.
 وقالوا: لا يلزمه الحد(٣).
 وإن كان الإكراه بغير تلف فعليه الحدّ عندهم، ومتى سقط الحدّ بالإكراه وجب المهر (ولا يسقطان)(٤) جميعاً عن المكره(٥).

- (١)- لعمومات قوله تبارك وتعالى «فمن تصدق به فهو كفارة له»/ المائدة / ٤٤ وقوله به أي بالقصاص، لأنه أقرب المذكور والتصديق بالقصاص هو العفو. وقوله عزّ وجل: «وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم» البقرة/ ٢٣٦. فقد نذب سبحانه وتعالى إلى العفو عاماً، ولأنه تصرف قلبي فلا يؤثر فيه الإكراه ولا ضمان على المكره، لأنه لم يوجد منه إتلاف المال، لأن القصاص ليس بمال ولهذا لا يجب الضمان على شهود العفو إذا رجعوا. بدائع الصنائع ج٧: ١٨٦، وانظر خزائن الفقه وعيون المسائل ج١: ٤٠٦.
- (٢)- لأنه لا يساح ولا يرخص للرجل بالإكراه وإن كان تاماً، ولو فعل يائماً، لأن حرمة الزنا ثابتة في العقول. قال سبحانه وتعالى: «ولا تقرّبوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً» الإسراء/ ٣٢ فدل أنه كان فاحشة في العقل قبل ورود الشرع فلا يحتمل الرخصة بحال كقتل المسلم بغير حق. بدائع الصنائع ج٧: ١٧٧، وانظر المبسوط ج٢٤: ٩٠.
- (٣)- وكان أبو حنيفة يقول يحد وإن كان من السلطان وهو قول زفر، لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد إنتشار الآلة وذلك دليل الطواعية ثم رجع وقال لاحدّ عليه، لأن سببه اللجئ قائم ظاهراً والانتشار دليل متردد، لأنه قد يكون من غير قصد، لأن الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً كما في النائم فأورث شبهة. وإن أكرهه غير السلطان حدّ عند أبي حنيفة.
- وقالوا: يحد لأن الإكراه عندهما يتحقق من غير السلطان، لأن المؤثر خوف الهلاك وأنه يتحقق من غيره. وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادراً لتمكته من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بالسلاح، والناذر لا حكم له فلا يسقط به الحدّ بخلاف السلطان، لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج عليه بالسلاح فانترقا.
- الهداية ج٢: ٣٩١-٣٩٢، ج٤: ٣١٢ وانظر اللباب ج٢: ١١٣، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٨١، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٨٠-١٨١، وانظر المبسوط ج٢٤: ٨٨-٨٩.
- (٤)- (ولا يسقطان): في أ وفي ب، جـ ولا يسقطا.
- (٥)- لأن الإكراه الناقص لا يجعل المكره مدفوعاً إلى فعل ما أكره فبقي مختاراً مطلقاً فيؤخذ بحكم فعله. وأما في حق المرأة فلا فرق بين الإكراه التام والناقص ويدراً الحدّ عنها في نوعي الإكراه، لأنه لم يوجد منها فعل الزنا بل الموجود هو التمكين، وقد خرج من أن يكون دليل الرضا بالإكراه فيدراً عنها الحدّ. وإن كان الإكراه على الرجل ناقصاً بحبس، أو قيد، أو ضرب لا يخاف منه التلف يجب عليه الحدّ. بدائع الصنائع ج٧: ١٨١، وانظر المبسوط ج٢٤: ٩٠.

وإن أكره بقتل على قتل حرام لم يسعه قتله بل يصبر على القتل ولا يقتل فإن قتله كان آثماً، (١) والقصاص على الذي أكرهه إن كان القتل عمداً.
وقالوا: تجب فيه الدية على المكره لوليه في ماله، ولا شيء على المأمور وعند زفر رحمه الله يقتل المأمور (٢)
ولو كان القاتل (ذا) (٣) رحم محرم من المقتول لم يحرم ميراثه (٤).

(١)- لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكلاً بهذه الضرورة. الهداية ج٤: ٣١١، وانظر الباب ج٢: ١١٢، وانظر المبسوط ج٧: ٤٥-٤٦.

(٢)- قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال زفر يجب على المكره.

وقال أبو يوسف: لا يجب عليهما.

وجه قول زفر: أن القتل وجد من المكره حقيقة وحساً ومشاهدة وقرر الشرع حكمه عليه وهو الإثم، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير، لأنه سقط حكمه وهو الإثم فأضيف إلى غيره.

ولأبي يوسف: أن القتل بقي مقصوراً على المكره من وجهٍ نظراً إلى التائيم، وأضيف إلى المكره من وجهٍ نظراً إلى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب.

ولهما: أنه محمول على القتل بطبعه إثاراً لحبائه فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقى عليه، ولا يصلح آلة له في الجنابة على دينه فيبقى الفعل مقصوراً عليه في حق الآثم كما تقول في الإكراه على الإعتاق، وفي إكراه المجوسي على ذبح شاة الغير يتقل الفعل إلى المكره في الإلتلاف دون الزكاة حتى يحرم كلاً هذا. الهداية ج٤: ٣١١، وانظر الباب ج٢: ١١٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧٩.

(٣)- (ذا): في أ، ج وفي ب ذي

(٤)- لأن الموجود من المكره صورة القتل لا حقيقته هو في معنى الآلة فكان القتل مضافاً إلى المكره، ولأنه قتل لا يتعلق به وجوب القصاص ولا وجوب الكفارة فلا يوجب حرمان الميراث، وعلى قياس زفر يحرم الميراث، لأنه يتعلق به وجوب القصاص. بدائع الصنائع ج٧: ١٨٠.

وإن أكره على طلاق امرأته أو عتق عبده، ففعل وقع ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد وبنصف المهر إن كان قبل الدخول (١).

وإن كان أكره على قطع عضو مسلم ففعل فهو آثم، وإن أذن له صاحبه. فإن مات في الإذن لم تجب ديتته على أحد، وإن كان المقطوع مكرهاً في الإذن أيضاً فالضمان على الأمر ولا يحل أن يأذن بذلك (٢).
وإن أكره على إتلاف ملك إنسان ففعل كان الضمان على الأمر، وإن أذن فيه صاحبه مكرهاً فكذلك، وإن لم يكن مكرهاً في الإذن لا ضمان على أحد (٣).

(١)- لأنها تصح مع الإكراه كما تصح مع الهزل، ويرجع المكره على الذي أكرهه بقيمة العبد في الإعتاق، لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه، فله أن يضمه موسراً كان أو معسراً لكونه احتمال إتلاف، ويرجع بنصف المهر إن كان قبل الدخول أي الطلاق وكان المهر مسمى في العقد، لأن ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها وقد تأكد ذلك بالطلاق، فكان تقريراً للمال من هذا الوجه. اللباب ج٢: ١١٢-١١٣، وانظر الهداية ج٤: ٣١١، وانظر المبسوط ج٢٤: ٦٢-٦٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٤٠٦.

(٢)- غير أن صاحب اليد إن كان أذن للمكره بقطع يده من غير إكراه فقطع فلا ضمان على أحد، ولا يباح للمكره ذلك، لأنه لا يباح بالإباحة والإذن- ولكن في القطع لا يجب الضمان على أحد، لوجود الإذن من جهته، وفي القتل لا عبرة لإذنه، بل تجب الدية على المكره كما لو لم يوجد الإذن- هذا جواب ظاهر الرواية وفي رواية: لا يجب. انظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٧٥، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٨٠، وانظر المبسوط ج٢٤: ٩٠-٩١.

(٣)- لأن المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له، والإتلاف من هذا القبيل.

الهداية ج٤: ٣١١، وانظر المبسوط ج٢٤: ٦٩.

ومن أكره على أكل الميتة، أو شرب الخمر بحبس أو ضرب أو قيد. لم يحل له حتى يكره بما يخاف فيه على نفسه أو عضو منه فحيث سد وسعه أن (يقدم) (١) على ما أكره عليه، (٢) ولا يسعه أن يصبر على ما (توعد به)، (٣) فإن صبر حتى أوقع به ذلك ولم يأكل أثم (٤). وإن أكره على الكفر بالله أو أن يسجد للصليب (أو الصنم) (٥) أو النار (أو لأحد) (٦)

(١) - (يقدم): في أ، ج وفي ب يقوم.

(٢) - لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في حالة المخصصة لقيام المحرم فيما وراءها، ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو، حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد، وطلب على ظنه ذلك يباح له ذلك. الهداية ج٤: ٣١٠، وانظر الباب ج٢: ١١٠، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٧٩، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧٦، وانظر المبسوط ج٢٤: ١٥١.

(٣) - (توعد به): في ج وفي أ، ب يوعد به.

(٤) - لأنه لما أبيع كان بالامتناع عنه معاوناً لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في المخصصة.

ومن أبي يوسف: أنه لا يأثم، لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة فكان آخذاً بالعزيمة.

قلنا: حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الاستثناء فلا محرم فكان إباحة لا رخصة، إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة، لأن في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهد بالخطاب في أول الإسلام أو دار الحرب. الهداية ج٤: ٣١٠، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١١٠، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٧٦، وانظر المبسوط ج٢٤: ٤٨، وانظر خزائن الفقه ج١: ٤٠٦.

(٥) - (أو الصنم): في أ، ج وفي ب أو للصنم.

(٦) - (أو لأحد): في أ وفي ب، ج أو أحد.

سوى الله تعالى أو سبّ نبي من الأنبياء، أو ملك من الملائكة (بقيد أو حبس أو ضرب) (١) لم يكن ذلك إكراهاً حتى (يتواعد) (٢) بأمر يخاف منه على نفسه أو عضو من أعضائه (٣)، فإذا خاف ذلك وسعه أن يظهر الذي أمر به، وإذا أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه، (٤) وإن صبر حتى قتل كان ماجوراً. (٥) وإن أكره على إتلاف مال مسلم بما يخاف منه على نفسه أو عضو منه وسعه أن يفعل (٦) ذلك (٧).

والمكره على الكفر أو على إهلاك الناس ظلماً يكون الأفضل له أن لا يفعل، (٨) وإذا كفر كما قلنا وهو مكره لم تبن منه امرأته، ولا يحبّط شيء من عمله (٩) (والله تعالى أعلم) (١٠)

(١) - (بقيد أو حبس أو ضرب): في ب. جـ وفي أ بقيد أو ضرب أو حبس

(٢) - (يتواعد): في أ، ب وفي جـ يتواعد

(٣) - لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه في شرب الخمر، ففي الكفر وحرمة أشدّ وأولى وأحرى. الهداية جـ٤: ٣١٠، وانظر اللباب جـ٢: ١١١، وانظر ملتقى الأبحر جـ٢: ١٨٠، وانظر بدائع الصنائع جـ٧: ١٧٦-١٧٧.

(٤) - لقوله تعالى: «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان» النحل/ ١٠٥، ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع موت النفس حقيقة فيسهل الميل إليه. الهداية جـ٤: ٣١٠، وانظر اللباب جـ٢: ١١١، وانظر ملتقى الأبحر جـ٢: ١٨٠، وانظر بدائع الصنائع جـ٧: ١٧٧.

(٥) - لأنه جاد بنفسه في سبيل الله فيرجو أن يكون له ثواب المجاهدين بالنفس هنا، ولأن خيباً رضي الله عنه صبر على ذلك حتى قتل، ولأن الحرمة باقية والامتناع لإعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء. انظر بدائع الصنائع جـ٧: ١٧٧، وانظر الهداية جـ٤: ٣١١، وانظر اللباب جـ٢: ١١١، وانظر خزائن الفقه وعبون المسائل جـ٦: ٤٠٦.

(٦) - (يفعل): في أ، ب وفي جـ يقول

(٧) - لأنه مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت، ولأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه فلا يحتمل السقوط بحال إلا أنه رخص له الإتلاف لعذر الإكراه كحال المخمصة. بدائع الصنائع جـ٧: ١٧٧، وانظر الهداية جـ٤: ٣٣١، وانظر اللباب جـ٢: ١١١، وانظر ملتقى الأبحر جـ٢: ١٨٠.

(٨) - فالامتناع عنه أفضل من الإقدام عليه حتى لو امتنع فقتل كان ماجوراً، لأنه جاد بنفسه في سبيل الله تعالى فيرجو أن يكون له ثواب المجاهدين بالنفس هنا. بدائع الصنائع جـ٧: ١٧٧.

(٩) - لأن الردة تتعلق بالاعتقاد، ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيونة بالشك.

الهداية جـ٤: ٣١٢، وانظر اللباب جـ٢: ١١٤، وانظر ملتقى الأبحر جـ٢: ١٨١، وانظر بدائع الصنائع جـ٧: ١٧٨.

(١٠) - (والله تعالى أعلم): في جـ وفي أ، ب اللهم اختم بخير.

كتاب الغصب (١)

من غصب مالا يلزمه رده ما بقي المغصوب في يده، أو يد غيره كما كان (٢).
فإن هلك بفعله أو بفعل غيره، أو أتلف مال الغير ابتداءً وكان مثلياً لزمه ردّ مثله كالحنطة
والشعير، ولا يعتبر فيه النقصان والزيادة في السعر (٣).
وإن لم يكن مثلياً كالثوب والدابة لزمته قيمته (٤)، (وفي المثلي إذا انقطع من أيدي الناس
عليه قيمته أيضاً، وتعتبر قيمته) (٥) (أيضاً) (٦) يوم الخصومة.
وقال أبو يوسف: يوم الغصب

-
- (١)- الغصب في اللغة: من غصبه غصباً واغتمبه: أخذه قهراً وظلماً. المصباح المنير: ١٧٠
وفي الاصطلاح: «أخذ مال متقوم محترم، بغير إذن المالك على وجه يزيل يده».
الهداية ج٤: ٣٣٥، وانظر اللباب ج٢: ١٨٨، وانظر المعنى نفسه في المبسوط ج١١: ٤٩
وعرفه الكاساني بقوله «هو» إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمقابلة بفعل في المال،
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف: وقال محمد الفحل في المال ليس بشرط لكونه غصباً.
بدائع الصنائع ج٧: ١٤٣.
والدليل على وجوب رد المغصوب قوله صلى الله عليه وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» سنن
الترمذي ج٢: ٣٦٩، وانظر تخريجه في نصب الرأية ج٤: ١٦٧.
(٢)- لقوله صلى الله عليه وسلم: «على اليد ما أخذت حتى ترده» المبسوط ج١١: ٤٩.
(٣)- لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» البقرة/
١٨٧، ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر. الهداية ج٤: ٣٣٥، وانظر اللباب
ج٢: ١٨٨، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٥٠، وانظر المبسوط ج١١: ٥٠.
(٤)- لأنه تعدر إيجاب المثل صورة ومعنى، لأنه مثل له فيجب المثل معنى وهو القيمة لأنها المثل الممكن.
بدائع الصنائع ج٧: ١٥٠ - ١٥١، وانظر المبسوط ج١١: ٥٠.
(٥)- (وفي المثلي إذا انقطع... وتعتبر قيمته): في ب، ج، وساقطة من أ
(٦)- (أيضاً): في ب وساقطة من أ، ج وهو الأصح

وقال محمد: يوم الانقطاع (١).
وفي غير المثلي إن هلك فعلية (قيمه) (٢) يوم الغصب في قولهم (٣)، والغصب فيما ينقل
ويحول (٤).

فإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف.
وفي قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد: يضمن وبه نأخذ (٥).
وما نقص منه بفعله وسكنائه ضمنه في قولهم (٦).

(١)- لأبي يوسف: أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب إذ هو الموجب.

ولمحمد: أن الواجب المثل في اللعة، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع.
ولأبي حنيفة: أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع، ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك، وإنما ينتقل
بقضاء القاضي، فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء.

الهداية ج٤: ٣٣٥، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٥١، وانظر للبسوط ج١١: ٥٠.

(٢)- (قيمه): في ب، ج وفي أمثله

(٣)- لأنه لما تعلم مراعاة الحق في الجنس، فيراعى في المالية وحدها دفماً للضرر بقدر الإمكان، أما العددي
المتقارب فهو كالمكيل، حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البرّ المخلوط بالشعير القيمة، لأنه لا مثل له. الهداية
ج٤: ٣٣٦، وانظر الباب ج٢: ١٨٨.

(٤)- لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره، لأن إزالة اليد بالنقل.

الهداية ج٤: ٣٣٦، وانظر الباب ج٢: ١٨٩.

(٥)- وجه قول محمد: أنه يضمن لتحقق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين
على محل واحد في حالة واحدة، فيتحقق الوصفان وهو الغصب فصار كالمقول وجحود الوديعة.

ولهما: أن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين، وهذا لا يتصور في العقار، لأن يد المالك لا
تزل إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل
فيه وهو الغصب، ومسألة الجحود ممنوعة، ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالبحود ترك لذلك.

الهداية ج٤: ٣٣٦، وانظر الباب ج٢: ١٨٩، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٤٥ - ١٤٦، وانظر

المبسوط ج١١: ٧٣، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣١٨

(٦)- لأنه إتلاف، والعقار يضمن به، كما إذا نقل ترابه، لأنه فعل في العين، ويدخل فيما قاله إذا أنهدمت

الدار بسكنائه وعمله.

الهداية ج٤: ٣٣٦ - ٣٣٧، وانظر الباب ج٢: ١٨٩، وانظر المبسوط ج١١: ٧٣.

وإن ادعى الغاصب هلاك العين المغصوبة حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية (لأظهرها) (١) ثم قضى عليه ببذلها (٢).
 (وإن) (٣) كانت الدابة مربوطة فحلها رجل فذهبت (أو حلّ قيد عبدٍ فذهب) (٤)، أو فتح باب قفص فيه صيد فطار فلا ضمان عليه في شيء من ذلك (٥).
 ولو شق زق دهن فسال أو حلّ رباط رأسه ضمن (٦).
 ومن جلس على بساط غيره لا يصير به غاصباً ما لم ينقله إلا أن ينقص بجلوسه عليه فيضمن النقصان كما في العقار (٧).
 ومن استخدم عبد غيره أو بعته في (حاجة) (٨) أو ركب دابته، أو حمل عليها شيئاً (ثقيلاً أو خفيفاً) (٩) بغير إذنه فهو ضامن، فإن رده سالماً في الحال أو بعد مدة فلا أجره عليه (١٠).
 ومن حال بين رجل وأملاكه حتى هلكت فلا ضمان عليه (١١).

(١) - (لأظهرها): في جـ وفي أ، ب أظهرها

(٢) - لأن حق المالك ثابت في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه أنه صادق فيما يقوله وليس لحبسه حدّ مقدر بل هو موكول إلى رأي القاضي كحبس الغريم في الدين. انظر تبين الحقائق جـ ٥: ٢٢٤، وانظر الهداية جـ ٤: ٣٣٦، وانظر اللباب جـ ٢: ١٨٨ - ١٨٩، وانظر بدائع الصنائع جـ ٧: ١٦٣

(٣) - (وإن): في ب، جـ وفي أ وإذا

(٤) - (أو حلّ قيد عبد فذهب): في ب، جـ وفي أ أو حلّ قيدها أو كان مقيداً فذهب.

(٥) - وقال محمد: يضمن، ووجه قوله: إن فتح باب القفص وقع إتلافاً للطير تسيباً، لأن الطيران طبع له فالظاهر أنه يطير إذا وجد المخلص فكان الفتح إتلافاً له تسيباً فيوجب الضمان.
 وجه قولهما: أن الفتح ليس بإتلاف مباشرة ولا تسيباً، أما المباشرة فظاهره الانتفاء، وأما التسيب، فلأن الطير مختار في الطيران، لأنه حي وكل حي له اختيار فكان الطيران مضافاً إلى اختياره والفتح تسيباً محضاً فلا حكم له كما إذا حلّ القيد عن إنسان حتى أبق لا ضمان عليه، وكذا إذا حلّ رباط دابة. بدائع الصنائع جـ ٧: ١٦٦

(٦) - لأن المانع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمسك عند عدم المانع إلا على نقض العادة فكان الفتح تسيباً للتلف فيجب الضمان. بدائع الصنائع جـ ٧: ١٦٦.

(٧) - لأن النقص إتلاف جزء منه وتضمينه ممكن، لأنه لا يؤدي إلى الريا فيضمن قدر النقصان. بدائع الصنائع جـ ٧: ١٦٥

(٨) - (حاجة): في أ، ب وفي جـ حاجته

(٩) - (ثقيلاً أو خفيفاً): في أ وساقطة من ب، جـ

(١٠) - لأن يد المالك كانت ثابتة عليه، وإذا أثبت يد التصرف عليه فقد فوت يد المالك فيتحقق الغصب.

بدائع الصنائع جـ ٧: ١٤٨

(١١) - لأنه لم يوجد هنا إتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديراً، أما الحقيقة فظاهرة وأما التقدير فلأن ذلك بالنقل والتحويل والتغيب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه.

بدائع الصنائع جـ ٧: ١٤٦، وانظر المبسوط جـ ١١: ٧٤

وإذا جاء الغاصب بثوب أو دابة فقال: هذا الذي غصبتك، وادعى رب المتاع غيره فالقول للغاصب مع يمينه بالله أن هذا هو الذي غصبتك منه (١).
 ولو قال: غصبتك هذه الجبة ثم قال: ظهارتها لي لم يقبل (٢).
 (وإن) (٣) قال: غصبتك هذه البقرة ثم قال: ولدها لي. فالقول قوله (٤).
 وأم الولد لا تُضمن بالغصب عند أبي حنيفة رضي الله عنه.
 وعندهما: تضمن
 والمدبر يضمن في قولهم (٥).

(١) لأن الاختلاف بينهما في تعيين المقبوض، والقول فيه قول القابض أميناً كان أو ضامناً، لأنه لو أنكر القبض أصلاً كان القول قوله.

وقوله: يحلف بالله أن هذا ثوبه، لأن في تعيين المقبوض القول قوله، ومن جعل القول قوله شرعاً فإنه يحلف على ما يقول كالمودع في ردّ الوديعة، أو هلاكها، والمدعي يدعي عليه أنه غصبه ثوباً هروياً مثلاً أو مروياً وهو منكر لذلك فالقول قوله مع اليمين، فلهذا جمع في اليمين بين الأمرين، فإذا حلف قضيت لصاحب الثوب بالشوب، وأبرأت الغاصب من دعوى رب الثوب، وإن نكل عن اليمين يقضي عليه بما ادعاه المدعي، لأن نكوله كإقراره، وعند النكول لا يقضي له بهذا الثوب، فأما إذا حلف فهو ما استحق ثوباً سوى هذا وقد كان يدعي أصل الثوب بصفته، ولم تثبت له تلك الصفة بنفي دعواه أصل الثوب فيقضي له بهذا الثوب باعتبار دعواه، فإن شاء أخذه وإن شاء تركه. المبسوط ج١١: ٨٣

(٢) - في هذه الحالة لا يصدق، لأنه رجع عما أقرّ به، فاسم الجبة يتناول الكل. المبسوط ج١١: ٩٩

(٣) - (وإن): في ب، ج، وفي أ ولو

(٤) - لأن الولد منفصل فلا يكون تبعاً للام لإقراره بالأصل لا يتعدى إليه بخلاف الاستحقاق باليد عندنا. فلا يكون هو في دعوى الولد لنفسه مناقضاً بل يكون متمسكاً بما هو الأصل، وهو أن ما في يده فالظاهر

أنه ملكه إلا ما يقرّ به لغيره. المبسوط ج١١: ٩٩

(٥) - ولقب المسألة: أن أم الولد هل هي متقومة من حيث إنها مال أم لا؟ ولا خلاف أنها متقومة بالقتل، ولا خلاف في أن المدبر متقوم.

وجه قولهما: أنها كانت مالاً متقوماً، والاستيلاء لا يوجب المالية والتقوم، لأنه لا يثبت به إلا حق الحرية، فإنه لا يبطل المالية والتقوم كما في المدبر.

وجه قول أبي حنيفة: يضمن قيمتها، لأن مالية المدبرة متقومة بالانفاق، ومالية أم الولد غير متقومة عنده.

انظر بدائع الصنائع ج٧: ١٤٦ - ١٤٧، وانظر الهـداية ج٤: ٣٤٨.

ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها(١).

وإن كان الموصوب باقياً فرد وفي ذاته أو في (أوصافه)(٢) نقص فإنه يُقوّم سالماً، ويقوم (وفيه)(٣) النقص فيضمن قدر ما بين القيمتين لصاحبه إن كان ذلك مما يجوز بيعه متفاضلاً(٤)، وإن كان مما لا يجوز مثل أن يكون حنطة فيصيبها ماء أو إناء فضة، أو دراهم

(١)- هذا هو ظاهر الرواية، ووجهه أنه إنلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالحرق الفاحش في الثوب.

الهداية ج٤: ٣٤٠، وانظر اللباب ج٢: ١٩٠، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٥٨، وانظر المبسوط

ج١١: ٨٦، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣١٩

(٢)- (أوصافه): في ج وفي أ، ب صفاته

(٣)- (وفيه): في أ وفي ب، ج فيه

(٤)- فإن كان من غير أموال الربا يكون مضموناً إذا لم يكن للموصوب منه فيه صنع ولا اختيار، لأنه

هلك بعض الموصوب صورة ومعنى أو معنى لا صورة، وهلاك كل الموصوب مضمون بكل القيمة فهلاك بعضه يكون مضموناً بقدره لما ذكرنا أن ضمان الفصب ضمان جبر الفائت فيقدر بقدر الفوات.

وإن كان الموصوب من أموال الربا لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً كالمكيلات والموزونات فانتقض في يد

الغاصب بصفة أو بغير صفة فليس للموصوب فيه أن يأخذه منه ويضمنه قيمة النقصان لأنه يؤدي إلى الربا.

انظر بدائع الصنائع ج٧: ١٥٥، ١٥٩، وانظر المبسوط ج١١: ٨٦

صحاح فكسرها أو دنائير فقرضها (قراضات) (١) فصاحبها بالخيار إن شاء أخذ ذلك ولا شيء له غيره، وإن شاء تركه وضمنه مثله (٢).
وفي الإناء وما لا مثل له كالحلي يأخذ قيمته من خلاف جنسه إن كان من الفضة يقوم بالذهب، وإن كان من الذهب يقوم بالفضة، ولا يبطل بافتراقهما قبل قبض الضمان (٣).
ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه، فإن خرق (كبيراً) (٤) يُبطل عامة منفعته (فلمالكها) (٥) أن يضمنه جميع قيمته (٦).

(١) - (قراضات): في ب، جـ وفي أ قراضات

وقرضت الشيء: إذا قطعت. المصباح المنير: ١٩٠

(٢) - فإن كان في موضع لا يتفاوت فيه الصحيح والمكسر في القيمة فلا شيء على الغاصب، وإن كان في موضع يتفاوت فصاحبها بالخيار إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره، وإن شاء تركه عليه وضمنه مثل ما أخذ وليس له أن يأخذه بعينه ويضمنه النقصان عندنا. بدائع الصنائع جـ ٧: ١٥٩-١٦٠، وانظر المبسوط جـ ١١: ٨٨، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٣١٨-٣١٩.

(٣) - فالمالك بالخيار إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره، وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف الجنس، لأن الجودة لا قيمة لها بانفرادها مع الأصل متقومة خصوصاً إذا حصلت بصنع العباد فلا بدّ من التضمن والتضمن بالمثل غير ممكن، لأنه لا مثل له فوجب التضمن بالقيمة، ثمّ لا سبيل إلى تضمينه بجنسه، لأنه يؤدي إلى الربا فلزم تضمينه بخلاف جنسه، ولو قضي عليه بالقيمة من خلاف الجنس ثمّ تفرقا قبل التقابض من الجائنين لا يبطل القضاء عند أصحابنا الثلاثة، لأن القيمة قامت مقام العين.

وعند زفر يبطل لأنه صرف. بدائع الصنائع جـ ٧: ١٦٠، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٣١٩

(٤) - (كبيراً): في جـ وفي أ، ب كثيراً

(٥) - (فلمالكها): والصحيح في النسخ الثلاث فلمالكه.

(٦) - ففي الخرق اليسير يضمن نقصانه، لأن العين قائم من كل وجه، وإنما دخله عيب فيضمنه، وإن كان كبيراً فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته، لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقة. الهداية جـ ٤: ٢٤٠، وانظر

اللباب جـ ٢: ١٩٠، وانظر المبسوط جـ ١١: ٨٦

فإن غصب دابة فقطع يدها أو (رجلها) (١) فهو ضامن (لقيمة) (٢) الدابة وهي له (٣).
وإن فقا عين شاة ونحوها فعليه ما نقصها، (فإن) (٤) فقا عين فرس أو بغل أو حمارٍ أو
(بقرة) (٥) أو جمل فعليه ربع قيمتها (٦).

والهرم نقص حتى إذا غصب جارية شابة فأمسكها إلى أن هرمت أخذها صاحبها وقيمة ما
نقصها (٧) وكذا (نسيان) (٨) ما كان يحفظه من العلم أو القرآن، أو غيره، أو ما كان يحسنه

(١) - (رجلها): في ب وفي ا، جـ جلها

(٢) - (لقيمة): في ا، ب وفي جـ بقيمة

(٣) - فللمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه، بخلاف قطع طرف العبد المملوك
حيث يأخذه من إرث المقتوع، لأن الأدمي يبقى متفعماً به بعد قطع الطرف. الهداية جـ ٤: ٣٤٠، وانظر
المبسوط جـ ١١: ٨٦

(٤) - (فإن): في ا، جـ وفي ب وإن

(٥) - (بقرة): في ا، ب وفي جـ بقر

(٦) - فهنا يأخذه المولى ويضمه النقصان لوجود فوات جزء من البدن أو فوات صفة مرغوب فيها. بدائع
الصنائع جـ ٧: ١٥٥

(٧) - لأن الكبير يوجب فوات جزء أو صفة مرغوب فيها. بدائع الصنائع جـ ٧: ١٥٦

وفي المبسوط: «فإن صاحبها يأخذها وما نقصها، لأنها صارت مضمونة على الغاصب بجميع أجزائها،
وقد فات وصف مقصود منها وهو الشباب فعلى الغاصب ضمان ذلك اعتباراً للجزء بالكل. المبسوط جـ ١١:

٩٠، وانظر خزانة الفقه وعبون المسائل جـ ١: ٣٢٠

(٨) - (نسيان): في ا، جـ وفي ب النسيان

- نقص يقوم وهو يحسن ذلك، ويقوم وهو لا يحسنه فيضمن النقصان(١).
 وخروج لحية العبد ليس بنقصان(٢).
 وما نقصت الجارية بالولادة فمن ضمان الغاصب، فإن كان في قيمة الولد وفاء (به)(٣)
 جبر النقصان بالولد (وسقط)(٤) ضمانه عن الغاصب(٥).
 ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان(٦).
 وإن استهلك مسلم خمر ذمي أو خنزيره ضمن (قيمتها)(٧)، وإن استهلكها (لمسلم)(٨)
 لم يضمن(٩).

(١)- لأن العلم بالقرآن والحرفة معنى مرغوب فيه. بدائع الصنائع ج٧: ١٥٦، وانظر المبسوط ج١١: ٩٠، وانظر خزائن الفقه ج١: ٣٢٠.

(٢)- فهو غير مضمون، لأنه ليس بنقصان بل هو زيادة في الرجال، ألا ترى أن حلق اللحية يوجب كمال الدية؟ بدائع الصنائع ج٧: ١٥٦، وانظر المبسوط ج١١: ٩٠.

(٣)- (به): في ب، ج، وفي أ بها

(٤)- (وسقط): في ب وفي أ، ج سقطت

(٥)- وقال زفر: لا ينجبر النقصان بالولد، لأن الولد ملكه، فلا يصلح جابراً ملكه كما في ولد الظبية، وكما إذا هلك الولد قبل الرد.

ولنا: أن سبب الزيادة والنقصان واحد، وهو الولادة أو الملقوق على ما عرف وعند ذلك لا يعدّ نقصاناً، فلا يوجب ضماناً. الهداية ج٤: ٣٣٣ - ٣٣٤، وانظر اللباب ج٢: ١٩٥

(٦)- (وسقط ضمانه عن الغاصب... فيغرم النقصان): في ب، ج، وساقطة من أ

ولأنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في يده، لكن إن نقصت في يده فيغرم النقصان، لاستهلاكه بعض أجزاء العين. اللباب ج٢: ١٩٥

(٧)- (قيمتها): في أ وفي ب، ج ثمنها

(٨)- (لمسلم): في أ، ب، وفي ج المسلم

(٩)- لأن التقوم باق في حقهم إذ الخمر لهم كالحلّ لنا، والخنزير لهم كالشاة لنا، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع، فيتعذر الإلزام، وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك فتقوم فيضمنه.

الهداية ج٤: ٣٤٥، وانظر اللباب ج٢: ١٩٥، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٤٧، وانظر المبسوط ج١١: ١٠٢

فصل

ومن غصب من مسلم (خمرأ فصار خلأ) (١) أخذه صاحبه، وإن كان عصيراً فصار خمرأ فعليه ضمان العصير، ولو صار خلأ (أو) (٢) كان عنبأ فصار زبيبأ، أو حليبأ فصار رايبأ. فصاحبه بالخيار إن شاء أخذ عين ذلك ولا شيء له غيره، وإن شاء ضمنه مثله وسلم ذلك (له) (٣).

وولد المغصوبة (ونماؤها) (٤) وثمره البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك لا ضمان

(١) - (خمرأ فصار خلأ): في أ، ب وفي ج خلأ فصار خمرأ

(٢) - (أو): في أ، ج وفي ب ولو

(٣) - (له): في أ، ب وساقطة من ج

لأن الخل ملكه لأن الملك كان ثابتاً له في الخمر وإذا صار خلأ حدث الخل على ملكه وليس للغاصب فيه

عين مال متقوم قائم، لأن الملح الملقى في الخمر يتلف فيها فصار كما لو تخللت بنفسها في يده.

وفي حال العصير: ضمن عصيراً مثله، لأنه هلك في يده بصيرورته خمرأ أو خلأ والعصير من ذوات

الأمثال فيكون مضموناً بالمثل.

ولو كان عنبأ فصار زبيبأ وهكذا إن شاء أخذه ولا شيء له غيره، وإن شاء ضمنه مثله وسلم له ذلك كله،

لأنه من أموال الربا.

انظر بدائع الصنائع ج٧: ١٦٢، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٩٢، وانظر المبسوط ج١١: ١٠٥، وانظر

خزانة الفقه ج١: ٣١٩

(٤) - (ونماؤها): في أ، ج وفي ب ونماها

- عليه إلا أن يتعدى فيها أو يمنعها عن مالها إذا طلبها (١).
 (فإذا) (٢) غصب حيواناً فزاد في بدنه في يد الغاصب ثم باعه وسلمه إلى مشتريه ثم جاء
 صاحبه (٣) أخذه (٤)، فإن هلك في يد المشتري فلصاحبه أن يضمن الغاصب قيمته يوم
 الغصب، أو يضمن المشتري قيمته يوم قبضه من الغاصب. وليس له أن يضمن الغاصب
 الزيادة التي حصلت في يديه (٥).
 وكذا إن غصب جارية صغيرة فكبرت عنده لم يضمن الغاصب ما زاد فيها .

(١)- لأن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه
 الزيادة حتى يزيلها الغاصب، ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع، حتى لو منع الولد
 بعد طلبه يضمنه وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه أو أكله أو باعه وسلمه.
 الهداية ج٤: ٣٤٣، وانظر اللباب ج٢: ١٩٤ - ١٩٥، وانظر المبسوط ج١١: ٥٤ وانظر خزانة الفقه
 وعيون المسائل ج١: ٣٢١

(٢)- (فإذا): في ج وفي أ، ب فإن

(٣)- (صاحبه): في أ، ب وفي ج صاحبها

(٤)- ولا شيء عليه للغاصب، لأنه ليس للغاصب فيه عين مال منقوض قائم، وإنما الزيادة ثناء ملك

المالك. بدائع الصنائع ج٧: ١٦٢.

(٥)- (يديه): في ب، ج وفي أيده

وحتى لا يتغير بتغير السعر، لأن السبب لم يتغير ولا تغير المحل أيضاً، لأن تراجع السعر لفتور بحدته الله

سبحانه وتعالى في قلوب عباده. بدائع الصنائع ج٧: ١٥١، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٩٠، وانظر المبسوط

ج١١: ٧٢ .

وقالوا: له أن يضمن الغاصب قيمته يوم سلم (١).
 وإن كانت الزيادة ولداً، أو ثمرة فإنه يضمن قيمة الأصل يوم الغصب، وقيمة الزيادة يوم التسليم (٢).

وإن استهلك الغاصب الزيادة ضمن قيمتها يوم الاستهلاك (٣)، وكذا (إذا) كان المغصوب عبداً فقتله الغاصب بعد الزيادة خطأ فيختار المغصوب منه تضمين عاقلة الغاصب، فإنه يضمنها زائدة (٥).

فإن زاد المغصوب بنفقة الغاصب عليه بأن كان مريضاً فداواه حتى صح، أو كان شجراً أو زرعاً فسقاه حتى تمّ وأثمر وانتهى، أو كانت جارية صغيرة فكبرت بنفقته فإن صاحبها يأخذها ولا شيء عليه من النفقة (٦).

(١) - ويقول الإمام الكاساني: «ولو غصب حيواناً فكبير في يده، أو سمن، أو ازدادت قيمته بذلك فلصاحبه أن يأخذه ولا شيء عليه للغاصب، لأنه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم، وإنما الزيادة ثماء ملك المالك، وكذا لو غصب جريحاً، أو مريضاً فداواه حتى برا صح، ولا يرجع الغاصب على المالك بما أنفق، لأنه أنفقه بغير إذنه فكان متبرعاً». ج-٧: ١٦٢

(٢) - لأن المتولد منها ثماء ملكه فكان ملكه، وما هو في حكم المتولد بدل جزء مملوك أو بدل ماله فهو في حكم الجزء فكان مملوكاً له. بدائع الصنائع ج-٧: ١٦٠

(٣) - وهذا لأن فيه إتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه ولا حق له فيه فيوجب الضمان. بدائع الصنائع ج-٧: ١٦٣

(٤) - (إن): في أ، ب وفي ج إذا

(٥) - لأنه وجد سبباً وجوب الضمان: الغصب والقتل والزيادة الحادثة في يد الغاصب غير مضمونة بالغصب وهي مضمونة بالقتل، فإن ضمن القاتل فإنه لا يرجع على أحد، وإن ضمن الغاصب فالغاصب يرجع على عاقلة القاتل وينصدق بالفضل. بدائع الصنائع ج-٧: ١٦٥

(٦) - لأنه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وإنما الزيادة ثماء ملك المالك. بدائع الصنائع ج-٧: ١٦٢

فصل

وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها ومعظم منافعها، زال ملك المغصوب منه عنها، وملكها الغاصب وضمن بدلها(١).
ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها، وهذا كمن غصب شاة فذبحها وشواها (أو طبخها)(٢)، أو حنطة فطحنها أو حديداً فاتخذه سيفاً أو صفرأً فعمله إناء(٣).

(١) - هذا كله عندنا وفي رواية عن أبي يوسف لا يتقطع حق المالك غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده، لأنه يؤدي إلى الربا.

ولأبي يوسف: أنه يزول ملكه عنه، لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته.

ولنا: أنه أحدث صفة متقومة، فصير حق المالك هالكاً من وجه، الا ترى أنه تبدل الاسم، وفات معظم المقاصد وحقه في الصفة قائم من كل وجه، فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه، ولا يجعله سبباً للملك من حيث إنه محظور بل من حيث إنه إحداث الصفة بخلاف الشاة، لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة.

الهداية ج٤: ٣٣٨ - ٣٣٩، وانظر اللباب ج٢: ١٩١، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٥٣ - ١٥٤،
وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٩٣، وانظر المبسوط ج١١: ١٠٠، وانظر خزنة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٢١.

(٢) (أو طبخها): في ج وساقطة من أ، ب

(٣) وهذا استحسان، والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكلا عند أبي حنيفة رواه الفقيه أبو الليث، وجهة ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز.

وجه الاستحسان: قوله عليه السلام في الشاة الملبوحة المصلية بغير رضا صاحبها «أطعمه الأسارى» سنن أبي

داوود ج٣: ٢٤٤، وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ١٦٨

أناد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك، وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء، ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب، فيحرم قبل الإرضاء حسماً لمادة الفساد، ونفاذ بيعه وحرمة وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد، وإذا أدى البدل يباح له لأن حق المالك صار موثقاً بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي، وكذا إذا أبراه لسقوط حقه به، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم، أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه، لأنه لا يقضي إلا بطله. الهداية ج٤: ٣٣٩، وانظر اللباب ج٢: ١٩١، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٥٤، وانظر

تحفة الفقهاء ج٣: ٩٤، وانظر المبسوط ج١١: ١٠٠، وانظر خزنة الفقه ج١: ٣٢١

وإن غصب (فضة أو ذهباً) (١) فضرربها دراهم أو دنانير أو إناء لم يزل ملك مالكةها عنها عند أبي حنيفة (٢).

ومن غصب ساجة (٣) فأدخلها في بنائه زال ملك مالكةها عنها ولزم الغاصب قيمتها، وكذا إن غصب الجبص أو الأجر أو اللين وبنى بها (٤).

(١) - (فضة أو ذهباً): لي ب، ج وفي ذهباً أو فضة

(٢) - وقالوا: يملكها الغاصب وعليه مثلها، لأنه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكاً من وجه.

وله: أن العين باق من كل وجه، الا ترى أن الاسم باق ومعناه الأصلي الثمنية وكونه موزوناً، وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصفة دون العين، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً، لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها. الهداية ج٤: ٣٤٠، وانظر الباب ج٢: ١٩٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٤٩، وانظر المبسوط ج١١: ١٠١

(٣) - الساجة: ضرب عظيم من الشجر، الواحدة ساجة ولا ينبت إلا بالهند. المصباح المنير: ١١١

(٤) - لأن المنصوب بالإدخال والبناء والتركيب صار شيئاً آخر غير الأول لاختلاف المنفعة، إذ المطلوب من المركب غير المطلوب من الفرد فصار بها تبعاً له فكان الإدخال أهلاً كالمعنى، فيوجب زوال ملك المنصوب فيه، ويصير ملكاً للغاصب، ولأن الغاصب يتضرر بنقض البناء، والمالك وإن كان يتضرر بزوال ملكه أيضاً لكن ضرره دون ضرر الغاصب، لأنه يقابله عوض فكان ضرر الغاصب أعلى فكان أولى بالدفع.

بدائع الصنائع ج٧: ١٤٩، وانظر الهداية ج٤: ٣٤٠، وانظر الباب ج٢: ١٩٢، وانظر تحفة الفقهاء

ج٣: ٩٣ - ٩٤، وانظر المبسوط ج١١: ٩٣، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٣٢١.

ومن غصب أرضاً فغرس فيها، أو بنى قيل له: إقلع البناء والغرس وردها (١)
فإن كانت الأرض (تنقص) (٢) بقلع ذلك فللمالك أن (يضمن) (٣) له قيمة البناء والغرس
مقلوعاً ويكون له (٤).

ومن غصب حنطة فزرعها (فالزرع له) (٥) وعليه مثلها ويتصدق بالفضل (٦) بعد المؤونة.
وقال أبو يوسف: لا يتصدق بالفضل (٧).
وكذا إن غصب أرضاً فزرعها كرا، وأخرجت ثلاثة أكرار ونقصتها الزراعة ضمن النقصان

(١) - لقوله عليه الصلاة والسلام: ليس لعرق ظالم حق أبو داود ج٣: ١٧٨، وانظر تخريجه في
نصب الراية ج٤: ١٧٠.

ولأن ملك صاحب الأرض باق، فإن الأرض لم تصر مستهلكه، والغصب لا يتحقق فيها، ولا بد للملك
من سبب فيؤمر الشاغل بتزيفها كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه. الهداية ج٤: ٣٤١، وانظر الباب ج٢:
١٩٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٤٩

(٢) - (تنقص): في أ، ج وفي ب تنقص

(٣) - (يضمن): في أ، ج وفي ب يضمنه

(٤) - لأن فيه نظراً لهما ودفع الضرر عنهما، وقوله: «قيمه مقلوعاً»، معناه:

قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه، لأن حقه فيه إذ لا قرار له فيه، فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم
وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن بقلعه فيضمن فضل ما بينهما. الهداية ج٤: ٣٤١، وانظر الباب
ج٢: ١٩٣، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٤٩

(٥) - (فالزرع له): في ب، ج وفي أ فالزرع

(٦) - لأن فعل الغاصب في هذه المواقع وقع استهلاكاً للمغصوب، إما صورة ومعنى أو معنى لا صورة
فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد كما إذا استهلكه حقيقة. ودلالة تحقق الاستهلاك أن المغصوب قد
تبدل وصار شيئاً آخر بتخليق الله تعالى وإيجاده، لأنه لم تبق صورته ولا معناه الموضوع له في بعض المواضع
ولا اسمه، وقيام الأعيان بقيام صورها ومعانيها المطلوبة منها، وفي بعضها إن بقيت الصورة فقد فات معناه
الموضوع له المطلوب منه عادة فكان فعله استهلاكاً للمغصوب صورة ومعنى فيظل حق الاسترداد إذ الهالك لا
يحتمل الرد كالهالك الحقيقي، ولأنه إذا حصل الاستهلاك يزول ملك المالك، لأن الملك لا يبقى في الهالك كما
في الهالك الحقيقي فتقطع ولاية الاسترداد ضرورة، ولأن الاستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك
لوقوعه اعتداءً عليه، أو اضضراراً به، وهذا يوجب زوال ملكه عن المغصوب. بدائع الصنائع ج٧: ١٤٨ -

١٤٩

(٧) وجه قول أبي يوسف: لأنه ربح مضمون مملوك، لأنه عند أداء الضمان يملكه مستنداً إلى وقت
الغصب ومجرد الضمان يكفي للطيب فكيف إذا اجتمع الضمان والمالك. بدائع الصنائع ج٧: ١٥٤

ويأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل(١).
 وخراجها على رب الأرض إن كانت خراجية.
 وقال محمد: إن كان النقصان أقل من الخراج، فالخراج على الغاصب، وإن لم تنقصها
 الزراعة شيئاً فالخراج على الزارع(٢).
 وإن غصب عبداً فاستغله ونقصته الغلة فعليه النقصان، ويتصدق بالغلة(٣).
 وإن غصب ألفاً فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالألفين جارية (فباعها)(٤)
 بثلاثة آلاف فإنه يتصدق بجميع الربح.

(١)- أما ضمان النقصان، فلأن الغاصب نقص الأرض بالزراعة وذلك إتلاف منه، والمقار مضمون
 بالإتلاف بلا خلاف.

وأما التصدق بالفضل فلحصوله بسبب خيبث وهي الزراعة في أرض الغصب. وإن كان البذر ملكاً له
 ويطيب له قدر النقصان وقدر البذر لما ذكرنا أن النهي ورد عن الربح وذا ليس بربح فلم يحرم. بدائع الصنائع
 ج٧: ١٥٤

(٢)- وفي تحفة الفقهاء: «إن انتقصت الأرض بالزراعة، فالمشر على رب الأرض، وعلى الغاصب نقصان
 الأرض، كأنه أجرها منه وهذا عند أبي حنيفة. وعندهما في الخارج.

وإن لم تنتقص الأرض بالزراعة، فالمشر على الغاصب في الخارج كالعارية سواء.
 وإن كانت الأرض خراجية في الوجوه كلها، فإن الخارج على رب الأرض بالإجماع، إلا بالغصب، فإنه
 إذا لم تنتقص الأرض بالزراعة، فإن الخراج على الغاصب، وإن نقصت فعلى رب الأرض، كأنه أجرها». تحفة
 الفقهاء ج١: ٣٣٣ - ٣٣٤

(٣)- أما ضمان النقصان فلأن الاستغلال وقع إتلافاً فيضمن قدر ما أتلف ويطيب له قدر المضمون، لأن
 ذلك القدر ليس بربح والنهي وقع عن الربح.

وأما التصدق بالغلة عندهما، فلأنها خيبثة لحصولها بسبب خيبث فكان سبيلها التصدق.
 ولأبي يوسف أن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن ربح مالم يضمن» وهذا ربح مضمون والجواب أن
 التحريم لعدم الضمان يدل على التحريم لعدم الملك من طريق الأولى، لأن الملك فوق الضمان. بدائع الصنائع

ج٧: ١٥٤، وانظر الهداية ج٤: ٣٣٧

(٤)- (فباعها): في ب، ج وفي أ باعها

وقال أبو يوسف: يطيب له الربح (١).
 وإن اشترى (بالألف) (٢) جارية تساوي (الفين) (٣) ووهبها، أو اشترى طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء (٤).
 وإن غصب جارية (فزنى) (٥) بها فحبلت ثم ردها وولدت فماتت في نفاسها فإنه يضمنها يوم علقت، وإن كانت حرة لا يضمن.
 وقــــالــــا: لا (يضمن) (٦) في الأمــــة أيضاً (٧).

(١) - وجه قول أبي يوسف: أنه لا يلزمه التصديق بشيء، لأنه ربح مضمون مملوك، لأنه عند أداء الضمان يملكه مستنداً إلى وقت الغصب وبمجرد الضمان يكفي للطيب فكيف إذا اجتمع الضمان والمالك.
 وجه قولهما: يقولان الطيب كما لا يثبت بدون الضمان لا يثبت بدون الملك من طريق الأولى وفي هذا الملك شبهة عدم فلا يفيد الطيب. بدائع الصنائع ج٧: ١٥٤، وانظر الهداية ج٤: ٣٣٨.

(٢) - (بالألف): في أ، ب وفي ج بألف

(٣) - (الفين): في ج، ب وفي الألفين

(٤) - وهذا قولهم جميعاً لأن الربح إنما يثبت عند اتحاد الجنس، ولأنه لم يحصل له الربح، ولأن الخبز إنما يثبت بشبهة عدم الملك والشبهة توجب التصديق ولا توجب التضمن. انظر الهداية ج٤: ٣٣٨، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٥٤

(٥) - (فزنى): في ج وفي أ، ب فزنا

(٦) - (لا يضمن): في أ، ب وفي ج يضمن

(٧) - وجه قولهما: أن الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما إذا حملت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يده، ثم ردها فجلدت فهلكت فيه.
 وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه، فلم يصح الرد وصارت كما إذا جنت في يد الغاصب جنابة فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها، بأن كانت الجنابة خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة، كذا هذا بخلاف الحرّة، لأنها لا تضمن بالغصب لبقية ضمان الغصب بعد فساد الرد.

وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنى سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف، فلم يوجد السبب في يد الغاصب.

الهداية ج٤: ٣٤٤، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٥٦.

وإن غصب (فسيلاً) (١) (فغرس) (٢) فعليه (قيمته) (٣)، (ولو كان (فسيلاً) (٤) فكبير رده) (٥).

وإن غصب ثوباً فقطعه وخاطه فعليه قيمته بخلاف ما إذا لم يخطه (٦).
وإن صبغ الثوب أسود فصاحبه بالخيار عند أبي حنيفة، إن شاء ضمنه قيمته أبيض، وإن شاء أخذه ولا شيء عليه ولا له (٧).
(وإن) (٨) صبغه أحمر، أو أصفر فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه (أبيض) (٩) وإن شاء أخذه وغرم ما زاد الصبغ فيه.
وقالا: السواد كغيره من الألوان وبه ناخذ (١٠).

(١) - (فسيلاً): في ج وفي ا، ب فصيلاً

(٢) - (فغرس): في ب، ج وفي ا مفروساً

(٣) - (قيمه): في ا، ج وفي ب قيمتها

(٤) - فسيلاً في ج وفي ب فصيلاً، وساقطة من ا

(٥) - (ولو كان فسيلاً فكبير رده): في ب، ج وساقطة من ا

والفسيل: صغار النخل وهي الودي، وهي التي تقطع من الأم، أو تقلع من الأرض فنغرس. المصباح المنير:

١٨٠

وفي هذه الحالة ليس للمالك أن يسترد شيئاً من ذلك عندنا، ويزول ملكه بضمان المثل أو القيمة، لأن فعل الغاصب في هذه المواضع وقع استهلاكاً للمغصوب إما صورة ومعنى أو معنى لا صورة فيزول ملك المالك عنه، وتبطل ولاية الاسترداد كما إذا استهلكه حقيقة. بدائع الصنائع ج٧: ١٤٨

(٦) - فليس للمالك أن يسترد شيئاً من ذلك عندنا كما في المسألة السابقة.

وهذا بخلاف ما إذا غصبه فقطعه ولم يخطه لا ينقطع حق المالك إذ تقطيع الثوب ليس باستهلاك بل هو تنقيص وتمييب فلا يوجب زوال الملك بل يوجب الخيار للمالك. انظر بدائع الصنائع ج٧: ١٥٠، ١٥٨.

(٧) وقال أبو يوسف ومحمد: السواد وسائر الألوان سواء، وهذا بناءً على أن السواد نقصان عند أبي حنيفة، لأنه يحرق الثوب فينقصه.
وعندهما: زيادة كسائر الألوان.

وقيل: إنه لا خلاف بينهما في الحقيقة، وجواب أبي حنيفة في سواد ينقص، وجوابهما في سواد يزيد.
وقيل: كان السواد يعد نقصاناً في زمنه، وفي زمنهما كان يعد زيادة فكان اختلاف زمان. بدائع الصنائع

ج٧: ١٦١، وانظر الهداية ج٤: ٣٤٢

(٨) (وإن): في ا، ج وفي ب ولو

(٩) (أبيض): في ب، ج وفي ا أيضاً

(١٠) لأن فيه رعاية الجانبين، والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف الساجدة بنى فيها، لأن

النقص له بعد النقض، أما الصبغ فيتلاشى.

قال أبو عصمة في أصل المسألة: وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه، لأن له أن لا يملك الصبغ بالقيمة، وعند امتناعه تمين رعاية الجانبين في البيع. الهداية ج٤: ٣٤١ - ٣٤٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٦٠ - ١٦١، وانظر المسوط ج١١: ٨٤ - ٨٥، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٣٢٩ - ٣٣٠، وانظر اللب باب ج٢: ١٩٣.

- وإن غصب سويقاً فلتته (١) بسمن أو عسل فصاحبه بالخيار إن (شاء) (٢) (ضمنه) (٣) ،
 قيمة سويقه وسلمه للغاصب ، وإن شاء أخذه وغرم ما زاد السمن والعسل فيه (٤) .
 وإن غصب صبغاً فصبيغ به ثوبه فعليه مثله والثوب المصبوغ له (٥) .
 وإن (غصب) (٦) الثوب فقصره أخذه صاحبه ولا شيء عليه (٧) .

- (١) - لته : يقال : لت الرجل السويق لتأ بله بشيء من الماء وهو أخف من البس . المصباح المنير : ٢٠٩
 (٢) - (شاء) : في ب ، ج وساقطة من أ
 (٣) - (ضمنه) : في أ ، ب وفي ج ضمن
 (٤) - لأن السمن في السويق زيادة وصف من مال الغاصب كالصبغ في الثوب . انظر المبسوط ج ١١ :
 ٨٥ ، وانظر خزائن الفقه وعيون المسائل ج ١ : ٣١٩
 (٥) - فيضمن لصاحب الصبيغ صبغاً مثل صبغه ، لأنه أتلف عليه صبغه وهو من ذوات الأمثال فيكون
 مضموناً بالمثل . بدائع الصنائع ج ٧ : ١٦١
 (٦) - (غصب) : في أ ، ج وفي ب صبغ
 (٧) - (وإن غصب الثوب . . . ولا شيء عليه) : في ب ، ج وساقطة من أ
 لأنه ليس فيه زيادة في الثوب . تحفة الفقهاء ج ٣ : ٩٥

وإن غصب من مسلم خمرأ فخللها أو جلد ميتة فدبغها فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل مجاناً ولصاحب الجلد أن (يأخذ) (١) الجلد ويرد ما زاد الدبغ فيه (٢).
 فإن استهلكها الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد.
 وقالوا: يضمن قيمته مدبوغاً ويأخذ ما زاد الدبغ فيه (٣).
 وإن غصب جلدأ ذكياً فدبغه فهو كالثوب إذا صبغه (٤).

(١) - (يأخذ): في أ، ب وفي جـ يأخذوا

(٢) - لأن الخل ملكه، لأن الملك كان ثابتاً له في الخمر، وإذا صار خلأ حدث الخل على ملكه، وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم، لأن الملح الملقى في الخمر يتلف فيها فصار كما لو تخلت بنفسها في يده، ولو كان كذلك لأخله في غير شيء كذا هذا. وقيل موضوع المسألة: أنه خللها بالنقل من الظل إلى الشمس لا بشيء له قيمة وهو الصحيح.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب جلد ميتة ودبغه أنه إن دبغه بشيء لا قيمة له كالماء والتراب والشمس كان لصاحبه أن يأخذه ولا شيء عليه للغاصب، لأن الجلد كان ملكه وبعدهما صار مالاً بالدبغ بقي على حكم ملكه وليس لصاحبه فيه عين مال متقوم قائم إنما فيه مجرد فعل الدبغ.

وإذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والمفص ونحو ذلك يعطي ما زاد الدبغ فيه. انظر بدائع الصنائع ج٧: ١٦٢ - ١٦٣، وانظر الهداية ج٤: ٣٤٥ - ٣٤٦، وانظر المبسوط ج١١: ٩٦، وانظر الجامع الصغير: ٤٦٨.

(٣) - أما الخل: فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالانقلاب، ويجب مثله لأن الخل من ذوات الأمثال.

وأما الجلد: فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه، وهو مال متقوم، فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك، ويعطيه المالك ما زاد الدبغ فيه.

الهداية ج٤: ٣٤٦، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ١٦٣، وانظر المبسوط ج١١: ٩٦، وانظر الجامع الصغير: ٤٦٨.

(٤) - انظر صفحة ٥٥٧ تحت رقم (١٠)

والغاصب إذا أودع الموصوب عند إنسان فهلك عنده فلصاحبه أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن المودع رجع به على الغاصب، وإن ضمن الغاصب لم يرجع بشيء (١).
ولو غصب من الغاصب فهلك في يد الثاني إن ضمن الثاني لم يرجع على الأول، وإن ضمن الأول رجع على الثاني (٢).
ومن كسر يربطاً أو نحوه من المزامير، أو أراق لمسلم (مسكراً) (٣) أو منصفاً (٤) فهو ضامن، ويبيع هذه الأشياء (جائز) (٥).
وقالوا: لا يضمن ولا يجوز بيعها (٦).

(١)- فإن ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على أحد، لأنه تين أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن المودع يرجع على الغاصب، لأنه غرّه بالإيداع فيرجع عليه بضمان الغرر وهو ضمان الالتزام في الحقيقة. بدائع الصنائع ج٧: ١٤٥، وانظر المبسوط ج١١: ٩٨

(٢)- أما تضمين الأول فلوجود فعل الغصب منه وهو تفويت يد المالك، وأما تضمينه الثاني، فلأنه فوت يد الغاصب الأول ويده يد المالك من وجه، لأنه يحفظ ماله ويتمكن من رده على المالك ويستقر بهما الضمان في ذمته فكانت منفعة يده عائدة إلى المالك فأشبهت يد المودع، وقد وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان، إلا أن المضمون واحد فخيرنا المالك لتعيين المستحق فإن اختار أن يضمن الأول رجع بالضمان على الثاني، لأنه ملك الموصوب من وقت غصبه فتبين أن الثاني غصب ملكه، وإن اختار الثاني لا يرجع على أحد، لأنه ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك من وجه على ما بينا. بدائع الصنائع ج٧: ١٤٤

(٣)- (مسكراً): في أ وفي ب، جـ سكرأ

(٤)- المنصف: من العصير ما طبخ حتى بقي على النصف. المصباح المنير: ٢٣٢

(٥)- (جائز): الصحيح وفي النسخ الثلاث جائزة.

(٦)- وجه قولهما: أن هذا آلة اللهو والفساد فلم يكن متقوماً كالخمر.

ولأبي حنيفة: أنه كما يصلح للهو والفساد يصلح للانتفاع به من وجه آخر فكان مالاً متقوماً من ذلك الوجه، وكذلك لو أراق لإنسان مسكراً أو منصفاً فهو على هذا الاختلاف. بدائع الصنائع ج٧: ١٦٧ -

١٦٨، وانظر الهداية ج٤: ٣٤٧ - ٣٤٨

ومن غضب عيناً فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها (١).
والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه إلا أن يقيم المالك بينة بأكثر من ذلك (٢).
فإن ظهرت العين في قيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك، أو بينة أقامها، أو
بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك (٣).
وإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فالملك بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء
أخذ العين ورد العوض (٤).
ومن أحرق الحصائد في أرض نفسه أو أرض استأجرها أو استعارها أو غضبها أو سقاها
فتعدت النار أو الماء إلى أرض أخرى فتلّف شيء فيها فلا ضمان عليه (٥).
وإن غضب عبداً فقطع مالكه يده في يد الغاصب فمات من ذلك برىء الغاصب من
ضمانه (٦).
ومن صال عليه (بعير) (٧) فقتله فعليه قيمته للمالكه.
وعن أبي يوسف أنه قال: أستقبح أن أضمنه قيمته وقد وقع (الشر) (٨) الواجب الدفع عن
نفسه (٩) (والله تعالى أعلم) (١٠).

- (١) - لأنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعاً للضرر عنه. الهداية
ج٤: ٣٤٢، وانظر الباب ج٢: ١٩٣ - ١٩٤
(٢) - لأن المالك يدعي الزيادة وهو ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه، إلا أن يقيم المالك بينة بأكثر من
ذلك، لأنه أثبت بالحجة المزمّة. الهداية ج٤: ٣٤٢، وانظر الباب ج٢: ١٩٤.
(٣) - لأنه تم له الملك بسبب اتّصل به رضا المالك، حيث ادعى هذا المقدار.
الهداية ج٤: ٣٤٢، وانظر الباب ج٢: ١٩٤.
(٤) - لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار، حيث يدعي الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجة، ولو ظهرت العين
وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافاً لما
قاله الكرخي رحمه الله: إنه لا خيار له، لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لقوات الرضا.
الهداية ج٤: ٣٤٢ - ٣٤٣، وانظر الباب ج٢: ١٩٤.
(٥) - لأنه غير متعمد في هذا التسبب، فإن له أن يوقد النار في ملك نفسه مطلقاً، وتصرف المالك في ملكه
لا يتقيد بشرط السلامة.
قال بعض مشايخنا رحمهم الله: وهذا إذا كانت الرياح هادئة حين أوقد النار، فأما إذا أوقد النار في يوم
رياح على وجه يعلم أن الريح تذهب بالنار إلى ملك غيره، فإنه يكون ضامناً بمنزلة ما لو أوقد النار في ملك
غيره. المبسوط ج٢٣: ١٨٧، ١٨٨.
(٦) - لصيرورته متلفاً فيصير مسترداً. رد المحتار على الدر المختار ج٥: ٣٩٩، وانظر الهداية
ج٤: ٥٦١.

(٧) - (بعير): في أ، ج وفي ب بعيراً.

(٨) - (الشر): في أ، ب وفي ج الشراء.

(٩) - وانظر تفصيل ذلك في تبين الحقائق ج٥: ١١٠.

(١٠) - (والله تعالى أعلم): في ج وساقطة من أ، ب

كتاب الإقرار (١)

وهو إظهار (المالك) (٢) السابق مهما أمكن فتعتبر شرائطه (٣)، وأنه جائز في المعلوم والمجهول جميعاً، فإن لم (يمكن) (٤) فهو تملك وهبة فتعتبر شرائطها (٥).
 والتمليك في المعلوم جائز، وفي المجهول لا، حتى إذا قال: جميع ما في يدي أو جميع ما ينسب إلي فهو لفلان صح إقراره وله ما قال (٦).
 ولو قال: جميع مالي أو جميع ما أملكه (لفلان) (٧) إن سلم إليه جاز، وإلا فلا، لأن

(١)- الإقرار في اللغة من أقر بالشيء: اعترف به. المصباح المنير: ١٨٩

وفي الاصطلاح: «إخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه» رؤوس المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية للزمخشري ٣٢٧، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ٢٠، وانظر تبين الحقائق ج٥: ٢.
 والإقرار مشروع بالقرآن والسنة فمن القرآن قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم﴾ النساء/١٣٤

وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً رضي الله عنه بإقراره كما روي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز بن مالك: أحق ما بلغني عنك؟ قال: وما بلغك عني؟ قال: بلغني أنك وقعت بجارية آل فلان. قال نعم. قال: فشهد أربع شهادات ثم أمر به فرجم صحیح مسلم بشرح النووي ج١١: ١٩٦، وانظر مزيداً من الأحاديث في الصفحات: ١٩٧ - ١٩٩

(٢)- (المالك): في أ، ب وفي ج المالك

(٣)- ومن شرائطه: العقل، وأن لا يكون متهماً في إقراره، والطوع حتى لا يصح اقرار المكره. بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٢ - ٢٢٣، وانظر بقية الشروط في تحفة الفقهاء ج٣: ١٩٥

(٤)- (يمكن): في أ، ب وفي ج يمكن

(٥)- لأن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، لأن الحق قد يلزمه مجهولاً، بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته. اللباب ج٢: ٧٦، وانظر ملتقى الأبحر ج٢: ١٢٠، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٠، وانظر الميسر ج١٧: ١٨٥

(٦) لأنه عام، وليس بمجهول، فإن جاء المقر له ليأخذ عبداً من يد المقر واختلفا فقال المقر له: كان في يدك وقت الإقرار فهو لي، وقال المقر: لا بل ملكت هذا بعد الإقرار فالقول قول المقر إلا أن يقيم المقر له بيته.
 حاشية الشبلي على تبين الحقائق ج٥: ٣.

(٧)- (لفلان): في ج وفي أ، ب فهو لفلان

صار معلوماً (وقبضاً) (١).

ولو قالت المرأة: مهري (٢) الذي لي على زوجي لفلان، إن وكلته بالقبض أو أذنت به أو سلطته عليه جاز (٣).

فإن قال: الدين الذي لي على زيد هو (لعمرو) (٤) ولم يسلطه على القبض ولكن قال: (واسمي) (٥) في كتاب الدين عارية صح، ولو لم يقل هذا لم يصح (٦).
ومتى ما أقرّ الحرّ البالغ العاقل بشيء لزمه ما أقرّ به مجهولاً كان أو معلوماً (٧)، ويقال له: بين المجهول (٨).

(١) - (وقبضاً): هكذا وردت في النسخ الثلاث والأصح ومقبوضاً.

وانظر الصفحة السابقة تحت رقم (٦)

(٢) - (مهري): في أ، ج وفي ب المهر

(٣) - وفي حاشية ابن عابدين قال: «وفي شرح الوهبانية امرأة قالت: الصداق الذي لي على زوجي ملك فلان بن فلان، لا حق لي فيه وصدقتها المقرّ له ثم أبرأت زوجها، قيل يبرأ، وقيل لا. والبراءة أظهر لما أشار إليه المرغفاني من عدم صحة الإقرار فيكون الإبراء ملائماً لمحلّه.

فإن هنا الإضافة للملك ظاهرة، لأن صداقتها لا يكون لغيرها فكان إقرارها له هبة بلا تسليط على القبض.

ج٤ : ٤٦١

(٤) - (لعمرو): في أ وفي ب، ج لعمرو

(٥) - (واسمي): في أ، ج وفي ب أو سمي

(٦) - فهو إقرار له وحق القبض للمقرّ، لكن لو سلم إلى المقرّ له برئ، لكنه مخالف لما مرّ أنه إن أضاف لنفسه كان هبة فيلزم التسليم. ولذا قال في الحاوي القدسي: ولو لم يسلطه على القبض، فإن قال: واسمي في كتاب الدين عارية صح وإن لم يقله لم يصح.

قال المصنف: وهو المذكور في عامة المعتمدين خلافاً للخلاصة.

حاشية ابن عابدين ج٤ : ٤٦١.

(٧) - لأن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق وأنه ملزم لوقوعه دلالة، وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقرّ عن غيره، فيقتصر عليه، وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً، فإن العبد المأذون له - وإن كان ملحقاً بالحرّ في حق الإقرار - لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص.

ولا بدّ من البلوغ والعقل، لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبي مأذوناً له.

وجهالة المقرّ به لا تمنع صحة الإقرار، لأن الحق قد يلزمه مجهولاً بأن أتلف مالا لا يدري قيمته، أو يجرح جراحة لا يعلم أرسها، والإقرار إخبار عن ثبوت الحق، فيصح به بخلاف الجهالة في المقرّ له، لأن المجهول لا يصلح مستحقاً. انظر الهداية ج٣ : ٢٠٠، وانظر اللباب في شرح الكتاب ج٢ : ٧٦، وانظر رؤوس

المسائل: ٣٢٧، وانظر ملتقى الأبحر ج٢ : ١٢٠

(٨) - لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا اعتق أحد عبده.

الهداية ج٣ : ٢٠٠، وانظر اللباب ج٢ : ٧٦، وانظر ملتقى الأبحر ج٢ : ١٢٠.

فإن قال: لفلان علي شيء لزمه أن (يبين) (١) ما له قيمة (٢)، والقول فيه قوله مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر منه (٣).

وإن قال: له علي مال فالمرجع في بيانه إليه، ويقبل قوله في القليل والكثير (٤).

وإن قال: مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم (٥)

وإن قال: دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة دراهم.

وقالوا: لزمه مائتا درهم (٦).

(وإن قال: دراهم) (٧) فهي ثلاثة إلا أن يبين أكثر منها (٨)

(١) - (يبين): في جـ وفي أ، ب يبين

(٢) - لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته، وما لا قيمة له لا يجب فيها، فإن بين غير ذلك يكون رجوعاً.

الهداية جـ ٣: ٢٠٠ - ٢٠١، وانظر اللباب جـ ٢: ٧٦.

(٣) - لأنه هو المنكر فيه. الهداية جـ ٣: ٢٠١، وانظر اللباب جـ ٢: ٧٦ - ٧٧، وانظر ملتقى الأبحر

جـ ٢: ١٢٠

(٤) - لأن كل ذلك مال، فإنه اسم لما يتمول به. الهداية جـ ٣: ٢٠١، وانظر اللباب جـ ٢: ٧٧، وانظر

المبسوط جـ ١٨: ٩٨ - ٩٩

(٥) - لأنه أتر بما لموصوف في الذمة فلا يجوز إلغاء الوصف، والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه

غنياً به، والغني عظيم عند الناس.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة، لأنه عظيم حيث تقطع به اليد

المحترمة، وعنه مثل جواب الكتاب.

الهداية جـ ٣: ٢٠١، وانظر اللباب جـ ٢: ٧٧، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٢٠، وانظر رؤوس المسائل:

٣٣٨، وانظر المبسوط جـ ١٨: ٩٨، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٢٨٤

(٦) - لهما: لأن صاحب النصاب مكثراً حتى وجب عليه مواساة غيره، بخلاف ما دونه.

وله: أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع، يقال: عشرة دراهم، ثم يقال: أحد عشر درهماً، فيكون

هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه.

الهداية جـ ٣: ٢٠١، وانظر اللباب جـ ٢: ٧٧، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٢٠، وانظر بدائع الصنائع

جـ ٧: ٢٢٠، وانظر المبسوط جـ ١٨: ٩٨، وانظر خزانة الفقه جـ ١: ٣٨٤

(٧) - (وإن قال دراهم): في أ، جـ وساقطة من ب

(٨) - لأنها أقل الجمع الصحيح. الهداية جـ ٣: ٢٠١، وانظر اللباب جـ ٢: ٧٧، وانظر بدائع الصنائع

جـ ٧: ٢١٩، وانظر المبسوط جـ ١٨: ٩٧، وانظر خزانة الفقه وعبون المسائل جـ ١: ٢٨٤.

وإن قال: كذا درهماً بالنصب لزمه ما بينه، وذكر في الفتاوى أنه يلزمه درهمان، ولو قال: كذا (درهم) (١) بالجر (لزمه) (٢) مائة درهم (٣).

(وإن قال: كذا درهماً لم يصدق في أقل من (أحد) (٤) (عشر) (٥) درهماً) (٦)

وإن قال: كذا، وكذا (درهماً) (٧) لم يصدق في أقل من (واحد) (٨) وعشرين (٩)

وإن قال: له علي (الف) (١٠) فقد أقرّ بدين (١١) .

وإن قال: عندي أو قبلي فهو إقرار بأمانة (في يده) (١٢) .

(١) - (درهم): في أ، ب وفي جـ درهماً

(٢) - (لزمه): في أ وفي ب، جـ لزمته

(٣) - ويقول في تبين الحقائق: ولو قال: كذا درهماً درهم، لأنه تفسير للمبهم، يلزمه درهمان، لأن كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان إذ الواحد لا يعدّ حتى يكون معه شيء آخر. وقيل يلزمه عشرون وهو القياس، لأن كذا يذكر للعدد حرفاً، وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون.

ولو ذكره بالخفض: روي عن محمد أنه يلزمه مائة، لأنها أقل عدد يذكر بعده الدرهم بالخفض. تبين

الحقائق جـ: ٦

(٤) - (أحد): الصحيح وفي النسخ الثلاث إحدى.

(٥) - (عشر): في جـ وفي أ، ب عشرة

(٦) - (وإن قال كذا... من أحد عشر درهماً) في أ، جـ وساقطة من ب

وهذه العبارة ناقصة كلمة كذا ثانية.

(٧) - والسبب في عدم تصديقه في أقل من أحد عشر درهماً، لأنه جمع بين عددين مبهمين وجعلهما اسماً واحداً من غير حرف الجمع وذلك يحتمل أحد عشر، وأثنى عشر هكذا إلى تسعة عشر، إلا أن أقل عدد يعبر عنه بهذه الصيغة أحد عشر فيحتمل عليه لكونه متيقناً به، ويلزمه أحد عشر درهماً، لأنه فسر هذا العدد بالدرهم لا بغيرها. بدائع الصنائع جـ: ٧: ٢٢٢، وانظر ملتقى الأبحر جـ: ٢: ١٢٠، وانظر المبسوط جـ: ١٨: ٩٨، وانظر الهداية جـ: ٣: ٢٠١، وانظر اللباب جـ: ٢: ٧٧.

(٧) - (درهماً): في ب، جـ وساقطة من أ

(٨) - (واحد): الصحيح وفي أ واحد وفي ب، جـ أحد

(٩) - لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المقسر واحد وعشرين فيحمل كل وجه على نظيره. الهداية جـ: ٣: ٢٠١، وانظر بدائع الصنائع جـ: ٧: ٢٢٢، وانظر اللباب جـ: ٢: ٧٧، وانظر ملتقى الأبحر جـ: ٢: ١٢١، وانظر المبسوط جـ: ١٨: ٩٨

(١٠) - (الف): في ب وساقطة من أ، جـ

(١١) - لأن علي صيغة إيجاب، واشتقاقها من العلو، وإنما يعلوه إذا كان ديناً في ذمته بحيث لا يجد بدأ من قضائه ليخرج عنه.

انظر تبين الحقائق جـ: ٥: ٧، وانظر الهداية جـ: ٣: ٢٠٢، وانظر تحفة الفقهاء جـ: ٣: ١٩٣

(١٢) - (في يده): في ب، جـ وساقطة من أ

وقبلي ينين عن الضمان، والقبالة والكفالة اسم للضمان.

انظر الهداية جـ: ٣: ٢٠٢، وانظر تحفة الفقهاء جـ: ٣: ١٩٣، وانظر اللباب جـ: ٢: ٧٨، وانظر ملتقى الأبحر

جـ: ٢: ١٢١، وانظر المبسوط جـ: ١٨: ٩٩

- وإن قال: (له) (١) معي، أو في بيتي، أو في صندوقي، أو في كيسي فهو وديعة (٢)،
 وإن قال: في مالي فهو إقرار (٣)، وإن قال: من مالي (فهو) (٤) هبة (٥).
 وإن قال: (له) (٦) علي مال كبير أو كثير فهو كقوله مال عظيم (٧).
 وإن قال: غصبت منه إبلاً كثيرة لزمه (خمس) (٨) وعشرون جملاً، وإن (قال) (٩): شياه
 كثيرة (فأربعون) (١٠).
 وإن قال: حنطة كثيرة فخمس أوسق (١١).
 ولو قال: له على غير درهم لزمه درهمان، وإن قال: غير ألف لزمه ألفان (١٢).

(١) - (له): في ج وساقطة من أ، ب

(٢) - لأن هذه الألفاظ لا تدل إلا على قيام اليد على المذكور وإذا لا يقتضي الوجوب في الذمة لا محالة
 فلم يكن إقراراً بالدين فكانت وديعة، لأنها في متعارف الناس تستعمل في الودائع فعند الإطلاق تصرف إليها.
 بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٨

(٣) - وقال الجصاص: إنه يكون إقراراً بالشركة، لأنه جعل ماله ظرفاً للمقر به وهو الألف فيقتضي الخلط
 وهو معنى الشركة.

وقال بعضهم إن كان ماله محصوراً يكون إقراراً بالشركة وإن لم يكن محصوراً يكون إقراراً بالدين. بدائع
 الصنائع ج٧: ٢٠٨

(٤) - (فهو): في ج وفي أ، ب فهو

(٥) - لأنه ليس فيه ما يدل على الوجوب في الذمة، لأن اللام المضافة إلى أهل الملك للتملك، والتملك
 بغير عوض هبة وإذا كان هبة فلا يملكها إلا بالقبول والتسليم. بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٨

(٦) - (له): في ب، ج وساقطة من أ

(٧) - انظر ص ٥٦٤ تحت رقم (٥)

(٨) - (خمس) الصحيح وفي النسخ الثلاث خمس.

(٩) - (قال): في ب، ج وساقطة من أ

(١٠) (فأربعون): في ب، ج وفي أ لزمه أربعون

(١١) - بناءً على أن النصاب في باب العشر ليس بشرط عند أبي حنيفة، وعندهما شرط. بدائع الصنائع

ج٧: ٢٢.

(١٢) - لأن غير من أسماء الإضافة فيقتضي ما يغيره لاستحالة مغايرة الشيء نفسه فافتضى ألفاً تغاير الألف

الذي عليه. بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٠

وإن قال: أموال عظام فستمائة درهم(١).
 وإن قال: له علي مائة ونيف لزمه (مائة)(٢) والقول في النيف قوله(٣).
 وإن قال له (علي)(٤) عشرة وثوب لزمه ثوب واحد، وتفسير العشرة(٥) إليه.
 وكذا إن قال: (وثوبان لزمه ثوبان وتفسير العشرة إليه)(٦).
 وإن قال: عشرة وثلاثة أثواب كان عليه ثلاثة عشر ثوباً(٧).
 وإن قال مائة ودرهم فالمائة (دراهم)(٨) وكذا في عشرة ودرهم لزمه أحد عشر درهماً(٩).

(١)- لأن عظام جمع عظيم، وأقل الجمع الصحيح ثلاثة، وهذا على المشهور من الروايات، فأما ما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيقع على ثلاثين درهماً.

بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٠، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ١٩٨.

(٢)- (مائة): في أ، ب وفي ج ما يقع

(٣)- والقول قوله في النيف، لأنه عبارة عن مطلق الزيادة. بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٢

(٤)- (علي): في ج وساقطة من أ، ب

(٥)- والقول في العشرة إليه، لأن مثل هذا لا يستعمل في بيان كون المعطوف عليه من جنس المعطوف

فبقيت العشرة مجملة فكان البيان فيما أجمل عليه. بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٢، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٢،

وانظر الباب ج٢: ٧٩، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٨٤

(٦)- (وثوبان لزمه ثوبان وتفسير العشرة إليه): في ب، ج وساقطة من أ

والعلة في ذلك ما ورد في رقم (٥)

(٧)- لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف، فانصرف إليهما

لاستوائيهما في الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثياباً. الهداية ج٣: ٢٠٣، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٢،

وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٨٥

(٨)- (دراهم): في ب، ج وساقطة من أ

(٩) - فالمائة دراهم ويكون المعطوف عليه من جنس المعطوف وهذا استحسان.

والقياس: أن يلزمه درهم والقول قوله في المائة، وجه القياس: أنه أبهم المائة وعطف الدرهم عليها فيعتبر

تصرفه على حسب ما أوقفه فيلزمه درهم والقول في المبهم قوله.

وجه الاستحسان: أن قوله لفلان علي مائة درهم: أي مائة درهم ودرهم، وهذا معنى هذا في عرف الناس

إلا أنه حذف الدرهم طلباً للاختصار على ما عليه عادة العرب من الإضمار والحذف في الكلام. بدائع الصنائع

ج٧: ٢٢٢، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٢ - ٢٠٣، وانظر اللبس ج٢: ٧٩.

- وإن قال: مائة درهم أو عشرة أثواب بين ما شاء . . .
- وإن قال: غصبت منه بقرة، أو شاة، أو ثوباً لزمه واحد منها، والقول له مع يمينه (إن)(١)
- كان بعينه أو قيمته إن كان مستهلكاً(٢)
- ولو قال: علي من شاة إلى بقرة لم يلزمه شيء(٣)
- وإن قال: له علي قريب من ألف فعليه أكثر من خمسمائة والقول في الزيادة له(٤).
- (ولو)(٥) قال: من درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة.
- وقالوا: يلزمه العشرة كلها (ولا)(٦) تسقط الغاية، وكذا (إن)(٧) قال: ما بين درهم (إلى)(٨) عشرة(٩).
- ولو قال: من هذا الحائط إلى هذا الحائط، أو ما بين (هذين)(١٠) الحائطين كان له ما بينهما وليس له من الحائطين شيء في قولهم(١١).

- (١)- (إن): في ب، ج، وفي أ وإن
- (٢)- لأن الغصب يكون على ما يتفق فيكون القول قوله. تحفة الفقهاء ج٣: ١٩٧
- (٣)- ولو قال: ما بين هاذين الحائطين لفلان لم يدخل الحائطان في إقراره بالإجماع، وكذلك لو وضع بين يديه عشرة مرتبة، فقال: ما بين هذا الدرهم، إلى هذا الدرهم وأشار إلى الدرهمين، لفلان لم يدخل الدرهمان تحت إقراره بالاتفاق. بدائع الصنائع ج٧: ٢٢١، وانظر عيون المسائل ج٢: ٤٦٥.
- (٤)- لأن هذه العبارات تدل على أكثر من هذا القدر في المرف، ولأن خمسمائة وشيئاً أقرب إلى الألف من خمسمائة. بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٠
- (٥)- (ولو): في أ، ج، وفي ب وإن
- (٦)- (ولا): في ج، وفي أ، ب ولم
- (٧)- (إن): في أ، ب، وفي ج إذا
- (٨)- (إلى): في ب، وفي أ، ج وعشرة
- (٩)- وعند زفر عليه ثمانية، والأصل أن الغائبان لا يدخلان، وعندهما يدخلان، وعند أبي حنيفة يدخل الأول دون الآخر .
- وجه قول زفر: أن المقر به ما ضربت به الغاية للغاية فلا تدخل الغاية تحت ما ضربت له الغاية وهنا لم يدخل في باب البيع.
- وجه قولهما: أنه لما جعلهما غائبين فلا بد من وجودهما ومن ضرورة وجودهما لزمهما.
- وجه قول أبي حنيفة: الرجوع إلى المرف والعادة، ومن تكلم بمثل هذا الكلام فإنه يريد به دخول الغاية الأولى دون الثانية. بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٠ - ٢٢١، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٤، وانظر الجامع الصغير: ٤١٧ - ٤١٨، وانظر اللباب ج٢: ٨١.
- (١٠)- (هاذين): في أ، ج، وفي ب هذا
- (١١)- وهذا بالإجماع وتفسيره ما سبق تحت رقم (٣) وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢١، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٤، وانظر الجامع الصغير: ٤١٨.

فصل

وإذا قال لرجل: (لي) (١) عليك ألف درهم. (فقال) (٢): إتزنها (أو انتقدها) (٣)، أو أجلني بها، أو أرسل غداً من يقبضها، أو قد قضيتكها فهو إقرار كله (٤). ولو قال: أنقد، أو اتزن فليس بإقرار (٥).

(١) - (لي): في ب، ج وساقطة من أ

(٢) - (فقال): في أ، ج وساقطة من ب

(٣) - (أو انتقدها): في أ، ب وفي ج أو نطقها.

(٤) - لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى، فكأنه قال: اتزن الألف التي لك علي، حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور.

والتأجيل إنما يكون في حق واجب القضاء يتلو الوجوب، ودعوى الإبراء كالقضاء، وكذا دعوى الصدقة والهبة، لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب.

وكذا لو قال: أحلتك بها على فلان، لأنه تحويل الدين.

الهداية جـ ٣: ٢٠٢، وانظر الباب جـ ٢: ٧٨، وانظر ملتقى الأبحر جـ ٢: ١٢١، وانظر بدائع الصنائع

جـ ٧: ٢٠٨، وانظر تبين الحقائق جـ ٥: ٨، وانظر خزانة الفقه وعبون المسائل جـ ١: ٢٨٠، وانظر المبسوط

جـ ١٨: ١٦

(٥) - لأنه لم توجد الإضافة إلى المدعي فيحتمل الأمرين باتزان شيء آخر فلا يحمل على الإقرار

بالاحتمال. بدائع الصنائع جـ ٧: ٢٠٨، وانظر تبين الحقائق جـ ٥: ٨.

ومن أقرّ بدين مؤجل فصدقه المقر له (بالدين)(١) وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالاً، ويستحلف المقر له في الأجل(٢).
 ومن أقرّ بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة(٣).
 وإن أقرّ بدابة في (اصطبل)(٤)، لزمته الدابة خاصة(٥).
 وإن قال: غضبته ثوباً في منديل لزمه جميعاً(٦).
 وإن قال: له علي ثوب في ثوب لزمه (جميعاً)(٧)، (وإن قال: له علي ثوب وثوب لزمه)(٨).

(١)- (بالدين): في جـ وفي أ، ب في الدين

(٢)- لأنه أقر على نفسه بمال وادى حقاً لنفسه فيه فصار كما إذا أقرّ بعبد في يده وادعى الإجارة، ويستحلف على الأجل، لأنه منكر حقاً عليه واليمين على المنكر. الهداية جـ٣: ٢٠٢، وانظر اللباب جـ٢: ٧٨، وانظر ملتنقى الأبحر جـ٢: ١٢١

(٣)- ووجهه أن القوصرة وعاء وظرف له، وغضب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمه، بخلاف ما إذا قال: غضبت تمرأ من قوصرة، لأن كلمة «من» للانتزاع فيكون إقراراً بغضب المنزوع. الهداية جـ٣: ٢٠٣، وانظر بدائع الصنائع جـ٧: ٢٢١، وانظر اللباب جـ٢: ٨٠، وانظر ملتنقى الأبحر جـ٢: ١٢١

(٤)- (اصطبل): في جـ وفي أ، ب الاصطبل

(٥)- فالاصطبل لا يلزمه بالإجماع، لأن غضب الدابة مع الاصطبل غير معتاد مع أن المقار لا يحتمل الغضب عند أبي حنيفة وأبي يوسف. بدائع الصنائع جـ٧: ٢٢١، وانظر الهداية جـ٣: ٢٠٣، وانظر اللباب جـ٢: ٨٠، وانظر ملتنقى الأبحر جـ٢: ١٢١

(٦)- لأنه ظرف، لأن الثوب يلف فيه. الهداية جـ٣: ٢٠٣، وانظر بدائع الصنائع جـ٧: ٢٢١، وانظر اللباب جـ٢: ٨٠، وانظر ملتنقى الأبحر جـ٢: ١٢١

(٧)- (جميعاً): في ب، جـ وفي أ ساقطة.

فعليه ثوبان لأن الآخر ظرف. انظر بدائع الصنائع جـ٧: ٢٢١، وانظر الهداية جـ٣: ٢٠٣، وانظر اللباب جـ٢: ٨٠، وانظر ملتنقى الأبحر جـ٢: ١٢١

(٨)- (وإن قال: له علي ثوب وثوب لزمه) (ساقطة من أ، ب

وإن قال: ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف.
وقال محمد: يلزمه أحد عشر (١).

وإن قال: علي خمسة (في) (٢) خمسة (يريد الضرب والحساب لم يلزمه إلا خمسة
واحدة (٣)

وإن قال: أردت خمسة (٤) مع خمسة لزمته عشرة (٥).
ومن أقرّ بغصب ثوب وجاء بثوب معيب. فالقول فيه قوله، وكذا لو أقرّ بدراهم غصبها.
وقال: هي زيوف (٦).

(١)- وجه قول محمد: أنه جعل عشرة أثواب طرفاً لثوب واحد وذلك محتمل بأن يكون في وسط العشرة
فأشبهه الإقرار بثوب في منديل أو في ثوب، ولأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله
على الظرف.

ولأبي يوسف: أن حرف «في» يستعمل في البين والوسط أيضاً، قال الله تعالى: ﴿فادخلي في
عبادي﴾ الفجر/ ٢٩ أي بين عبادي فوقع الشك، والأصل براءة اللزم على أن كل ثوب موهي وليس بوعاء
فتعذر حمله على الظرف فتعين الأول محملاً. انظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢١، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٣،
وانظر اللباب ج٢: ٨٠ - ٨١، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ١٢١.

(٢)- (في): في ج، ب وفي ا مع

(٣)- لأن الضرب لا يكثر المال، وقال الحسن وزفر، يلزمه خمسة وعشرون

وجه قول زفر: أن خمسة في خمسة على طريق الضرب والحساب خمسة وعشرون فيلزمه ذلك.

ولنا: أن الشيء لا يتكرر في نفسه بالضرب وإنما يتكرر بأجزائه فخمس في خمسة له خمسة أجزاء فيلزمه
ذلك بالإقرار. بدائع الصنائع ج٧: ٢٢١، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٤، وانظر اللباب ج٢: ٨١، وانظر
ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٢١.

(٤)- (يريد الضرب والحساب... أردت خمسة): في ب، ج وساقطة من ا

(٥)- لأن اللفظ يحتمله. الهداية ج٣: ٢٠٤، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢١، وانظر اللباب ج٢: ٨١

٨١، وانظر ملتنقى الأبحر ج٢: ٢٢١.

(٦)- لأن الغصب لا يختص بالسليم. الهداية ج٣: ٢٠٨، وانظر اللباب ج٢: ٨١، وانظر محفة الفقهاء

ج٣: ٢٠١.

وإن قال: له علي ألف درهم من (ثمن) (١) عبد اشترته منه، فإن (ذكر) (٢) عبداً بعينه. قيل للمقر له: إن شئت سلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك (٣). وإن قال: من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الألف في قول أبي حنيفة (٤). ولو قال: له علي ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره (٥). ولو قال: له علي ألف من (ثمن) (٦) متاع وهي زيوف. وقال: المقر له بل جيباد لزمه الجيباد في قول أبي حنيفة (٧).

(١)- (ثمن): في أ، ب وفي ج قبل

(٢)- (ذكر): في ب، ج وفي أ ذكراً

(٣)- وهذا على وجوه:

أحدها هذا وهو أن يصدقه ويسلم العبد، وجوابه ما ذكر، لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة. والثاني: أن يقول المقر له العبد عبدي ما بعته، وإنما بعته عبداً غير هذا، وفيه المال اللازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد المقصود.

والثالث: أن يقول العبد عبدي ما بعته، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء، لأنه ما أقر بالمال إلا عوضاً عن العبد، فلا يلزمه دونه. الهداية ج٣: ٢٠٦، وانظر للباب ج٢: ٨١ - ٨٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢١٦.

(٤)- لأنه رجوع، فإنه أقر بوجود المال رجوعاً إلى كلمة علي وإنكاره القبض في غير المعين ينالها الوجوب أصلاً، لأن الجهالة مقارئة كانت أو طارئة، بأن اشترى عبداً ثم نسيه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع، فيمتنع وجوب نقد الثمن، وإذا كان كذلك كان رجوعاً فلا يصح وإن كان موصولاً. وعندهما: إن وصل صدق ولم يلزمه شيء، وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك ثمن عبد. الهداية ج٣: ٢٠٦، وانظر للباب ج٢: ٨٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢١٦.

(٥)- لأنه رجوع، لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً وأول كلامه للوجوب وقالوا: إذا وصل لا يلزمه شيء. الهداية ج٣: ٢٠٧، وانظر للباب ج٢: ٨٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢١٦.

(٦)- (ثمن): في ب، ج وساقطة من أ

(٧)- لأن هذا رجوع، لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب، والزيانة عيب، ودعوى العيب رجوع عن بعض موجه، وصار كما إذا قال: إذا بعته معيماً، وقال المشتري: سليماً، فالقول للمشتري. وقالوا: إن كان موصولاً صدق، وإن كان مفصولاً لا يصدق.

اللباب ج٢: ٨٢، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٧، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢١٥، وانظر المبسوط

ومن أقرّ لإنسان بخاتم (لزمه) (١) الحلقة والفص، وإن أقرّ بسيف لزمه النصل والجفن والحمائل (٢).

وإن أقرّ بحجلة (٣)، لزمه العيدان والكسوة (٤).

وإن قال (لحمل) (٥) (فلانة) (٦) علي الف. فإن قال: أوصى به فلان (أو) (٧) مات أبوه (فورثه) (٨) فالإقرار صحيح (٩).

وإن أبهم الإقرار (لم يصح عند أبي حنيفة) (٩).

وإن أقرّ بحمل جارية، أو حمل شاة، أو فرس لرجل صح الإقرار ولزمه (١٠).

(١) - (لزمه): في ب وفي أ، ج لزمته

(٢) - لأنه اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص، ولكنه يتناوله بطريق التضمين، وكذا فيمن أقر بالسيف، لأن الاسم ينطوي على الكل.

انظر بدائع الصنائع ج٧: ٢١١، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٣، وانظر اللباب ج٢: ٨٢ - ٨٣، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٨٨

(٣) - الحجلة: ساتر كالقبة يزين بالثياب والستور للعروس، وستر يضرب للعروس في جوف البيت.

المعجم الوسيط ج١: ١٥٨

(٤) - لانطلاق الاسم على الكل صرفاً. الهداية ج٣: ٢٠٣، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢١١، وانظر اللباب ج٢: ٨٣، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٨٨

(٥) - (لحمل): في أ وفي ب، ج محمل

(٦) - (فلانة): في أ في ب، ج فلان

(٧) - (أو): وفي النسخ الثلاث (أو) وهي غير منسجمة مع النص وهكذا وردت في كتب الحنفية. انظر اللباب ج٢: ٨٣، والهداية ج٣: ٢٠٥

(٨) - (فورثه): في ب، ج وساقطة من أ

(٩) - (لم يصح عند أبي حنيفة): في ب، ج وفي أ عند أبي حنيفة لم يصح.

لأن الحق يجب له من هذه الجهة فكان صادقاً في إقراره ليصح، وإن أجمل الإقرار لا يصح عند أبي يوسف وعند محمد يصح.

وجه قول محمد: أن إقرار العاقل يجب حمله على الصحة ما أمكن، وأمكن حمله على إقراره على جهة مصححة وهي ما ذكرنا فوجب حمله عليه.

وجه قول أبي يوسف: إن الإقرار المبهم له جهة الصحة والفساد، لأنه كان يصح بالحمل على الوصية، والإرث يفسد بالحمل على البيع والغصب والقرض فلا يصح مع الشك مع أن الحمل في نفسه محتمل الوجود والعدم، والشك من جهة واحد يمنع صحة الإقرار فمن وجهين أولى.

وفي هذه النسخ: لم يصح عند أبي حنيفة لكن في الهداية وبدائع الصنائع واللباب لم يصح عند أبي يوسف.

انظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٣ - ٢٢٤، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٤، وانظر اللباب ج٢: ٨٣

(١٠) - لأن له وجهاً صحيحاً وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه.

الهداية ج٣: ٢٠٤، وانظر اللباب ج٢: ٨٤، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٤

(وإن) (١) أقرّ بجارية لرجل ولها ولد لم يلزمه إلا الجارية، ولو كان اشتراها فولدت عنده ثمّ استحقها إنسان بيينة أخذها وولدها جميعاً (٢).
 (وإن) (٣) قال لآخر: أخذت منك ألفاً وديعة (فهلكت) (٤) فقال: أخذتها غصباً فهو ضامن، وإن قال: أعطيتها لي وديعة. فقال: بل غصبتها لم يضمن (٥).
 وإن قال: (هذه) (٦) الألف كانت (لي) (٧) عند فلان (فأخذتها منه. وقال فلان: هي

(١) - (وإن): في جـ وفي أ، ب ومن

(٢) - ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل، والولد كان متصلاً بها فيكون له.

أما الاقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الإخبار وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له، ثمّ قيل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً، وقيل يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل، فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد، قال محمد: لا تدخل الزوائد في الحكم، فكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم تبعاً للأم. الهداية جـ ٣: ٧٤

(٣) - (وإن): في جـ وفي أ، ب وإذا

(٤) - (فهلكت): في ب، جـ وفي أ هلكت

(٥) - والفرق أنه في الفصل الأول أقر بسبب الضمان، وهو الأخذ ثمّ ادعى ما يبرئه وهو الإذن، والآخر ينكره، فيكون القول له مع اليمين، وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذاك يدعي عليه سبب الضمان، وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالأخذ، والدفع كالإعطاء. الهداية جـ ٣: ٢٠٨، وانظر بدائع الصنائع جـ ٧: ٢١٧، وانظر الجامع الصغير: ٤١٦.

(٦) - (هذه): الأصح وفي النسخ الثلاث هذا

(٧) - (لي): في أ، جـ وفي ب له

لي(١) فإن فلاناً يأخذها(٢).

وإن قال: أعرت دابتي هذه فلاناً (فركبها)(٣) فردها، أو ثوبي هذا فلبسه ورده، أو قال (أجرتها)(٤) منه. (وقال)(٥) فلان: هما لي. فالقول للمقر(٦).
ومن اعتق أمة ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي. (فقال)(٧): بل قطعتها وأنا حرة. فالقول لها، وكذا فما أخذ منها إلا الجماع والغلة.
وقال محمد: لا يضمن إلا شيئاً قائماً فيؤمر برده عليها(٨).

(١)- (فأخذتها منه. وقال فلان: هي لي): في ب، ج، وساقطة من أ

(٢)- لأنه أقرّ باليد وادعى استحقاقها وهو ينكر والقول للمنكر.

الهداية ج-٣: ٢٠٨

(٣)- (فركبها): في ب، ج، وفي أ يركبها

(٤)- (أجرتها): في أ، ج، وفي ب أجرتها

(٥)- (وقال): في أ، ج، وفي ب وقال

(٦)- وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب وهو القياس، وعلى هذا الخلاف في الإعارة والإسكان.

ووجه الاستحسان: أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدماً فيما وراء الضرورة، فلا يكون إقراراً له باليد مطلقاً بخلاف الوديعة، لأن اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به اعترافاً باليد للمودع.

الهداية ج-٣: ٢٠٨ - ٢٠٩، وانظر بدائع الصنائع ج-٧: ٢١٧، وانظر الجامع الصغير: ٤١٦

(٧)- (فقال): في أ، ج، وفي ب فقال

(٨)- وجه قول محمد وزفر: أن المولى ينكر وجوب الضمان فكان القول قوله. وهذا، لأنه أضاف الضمان إلى حال الرق حيث قال: أتلفت وهو رقيق، والرق ينافي الضمان إذ المولى لا يجب عليه لعبده ضمان فكان منكراً وجوب الضمان والعبد بقوله أتلفت بعد المتق يدعي وجوب الضمان عليه وهو ينكر فكان القول قوله ولهذا كان القول قوله في الغلة والوطء، كذا هذا.

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن اعتبار قول العبد يوجب الضمان على المولى، لأن إتلاف مال الحرّ يوجب الضمان، واعتبار قول المولى لا ينفي الوجوب، لأنه أقرّ بالأخذ، والأخذ في الأصل سبب لوجوب الضمان.

والإضافة إلى حال الرق لا تنفي الوجوب، فإن إتلاف كسب العبد المأذون المديون ديناً مستغرقاً للرقبة والكسب موجب للضمان. فإذا وجد الموجب وانعدم المانع بقي خبره واجب القبول بخلاف الوطء والغلة، لأن وطء الرقيقة لا يوجب الضمان أصلاً، وكذلك أخذ ضريبة العبد وهي الغلة لا يوجب الضمان على المولى.

بدائع الصنائع ج-٧: ٢١٨

فصل

ومن أقرّ بحق وقال: إن شاء الله متصلاً بإقراره لم يلزمه الإقرار (١).
ومن أقرّ واستثنى متصلاً بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي، وسواء استثنى (الأقل) (٢) أو الأكثر، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء (٣).
وإن قال: له علي عشرة دراهم إلا ثلاثة (إلا) (٤) درهماً لزمه ثمانية (٥).
وإن قال: مائة درهم إلا ديناراً، أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة إلا قيمة الدينار والقفيز (٦).

(١)- لأن تعليق مشيئة الله بكون الحق في الدمة أمر لا يعرف، فإن شاء كان وإن لم يشأ لم يكن، فلا يصح الإقرار مع الاحتمال، ولأن الإقرار إخبار عن كائن والكائن لا يحتمل تعليق كونه بالمشيئة فإن الفاعل إذا قال: أنا فاعل إن شاء الله تعالى يستحق، ولهذا بطلنا القول بالاستثناء في الأيمان.

بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٩، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٥، وانظر اللباب ج٢: ٧٩، وانظر المبسوط

ج١٨: ٩٢

(٢)- (الأقل): في أ، ب وساقطة من ج

(٣)- لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي، ولكن لا بدّ من الاتصال، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء، لأنه تكلم بالحاصل بعد الاستثناء، ولا حاصل بعده فيكون رجوعاً. الهداية ج٣: ٢٠٥، وانظر اللباب ج٢: ٧٨ - ٧٩، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٠٩ - ٢١٠

(٤)- (إلا): في ج وساقطة من أ، ب

(٥)- لانا صرفنا الاستثناء الأخير إلى ما يليه فبقي درهمان يستثنيهما من العشرة فيبقى ثمانية، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿قالوا إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين﴾ الحجر/٥٨-٦٠

استثنى الله تعالى آل لوط من أهل القرية لا من المجرمين، لأن حقيقة الاستثناء من الجنس، وآل لوط لم يكونوا مجرمين، ثم استثنى امرأته من آله فبقيت في الغابرين. بدائع الصنائع ج٧: ٢١١ - ٢١٢

(٦)- وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وي طرح بما أقر به قدر قيمة المستثنى.

وعند محمد وزفر: لا يصح الاستثناء أصلاً، لأن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس.

ولهما: أن المجانسة في الأول ثابتة من حيث الثمنية، وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون بأوصافهما. انظر الهداية ج٣: ٢٠٥، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢١٠ - ٢١١، وانظر اللباب ج٢: ٧٩، وانظر

المبسوط ج١٨: ٨٧

ومن أقرّ بدارٍ واستثنى (بناءها) (١) لنفسه كان البناء والدار للمقر له (٢)،
فإن قال: بناء هذه الدار لي والعروة لفلان فهو كما قال (٣).
ولا يصح الرجوع عن الإقرار إلا في الحدود (٤).
وإذا قال: له علي ألف إلا قليلاً فعليه أكثر من خمسمائة والقول في الزيادة له (٥).
وإن قال: له علي مائة درهم ثم استثنى شيئاً لا يكال ولا يوزن كان استثنائه باطلاً، ولو قال:

(١) - (بناءها): الصحيح وفي النسخ الثلاث بناؤها.

(٢) - لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى لا لفظاً، والاستثناء تصرف في المفوظ، والفص في الخاتم،
والتخلة في البستان نظير البناء في الدار، لأنه يدخل فيه تبعاً لا لفظاً بخلاف ما إذا قال: إلا ثلثها أو إلا بيتاً،
لأنه داخل فيه لفظاً. انظر الهداية ج٣: ٢٠٥، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢١١، وانظر اللباب ج٢:
٧٩-٨٠، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٢

(٣) - لأن اسم البناء لا يتناول العروة إذ هي اسم للبقعة دون البناء.

انظر بدائع الصنائع ج٧: ٢١١، وانظر الهداية ج٢٠٥ - ٢٠٦، وانظر اللباب ج٢: ٨٠

(٤) - لأن الحدود حق الله تعالى، ولأنه يحتمل أن يكون صادقاً في الإنكار فيكون كاذباً في الإقرار ضرورة

ليورث شبهة في وجوب الحد. بدائع الصنائع ج٧: ٢٣٢ - ٢٣٣، وانظر خزنة الفقه ج١: ٢٩٢

(٥) - لأن القليل من أسماء الإضافة فيقتضي أن يكون ما يقابله أكثر منه ليكون هو بالإضافة إليه قليلاً فإذا

استثنى القليل من الألف فلا بد وأن يكون المستثنى منه أكثر من المستثنى وهو الأكثر من نصف الألف، والقول
في مقدار الزيادة على نصف الألف قوله، لأنه المجمل في قدر الزيادة فكان البيان إليه. بدائع الصنائع

ج٧: ٢١٠

له علي دينار إلا ثوباً لزمه الدينار ولم يصح الاستثناء.
 وقال محمد وزفر (رحمهما الله) (١) استثناء غير الجنس باطل سواء كان مكيلاً أو موزوناً
 أو غيرهما (٢).
 وإن قال: كفلت لك بعشرة إلى شهر. وقال المقر له: بل (حالة) (٣) فالقول للمقر بخلاف
 الإقرار بالدين (٤).
 وإن قال (له) (٥): علي ألف لا بل خمسمائة لزمه (الف) (٦).
 ولو قال (له) (٧) ألف درهم لا بل مائة دينار لزمه، وكذا لو قال: درهم لا بل دينار، أو
 قال: قفيز حنطة لا بل شعير لزمه، (وكذا) (٨) كل ما اختلف نوعه من المكيل
 والموزون (٩).
 وإن كانا من نوع واحد (لزمه) (١٠) أفضلهما حتى إذا قال: دراهم جياذ لا بل زيوف، أو
 قال: صحاح لا بل مكسرة فعليه الأفضل، وكذا إن قال: قفيز حنطة جيدة لا بل رديئة لزمته
 الجيدة (١١).
 وإن قال: له علي ألف درهم لا بل ألفان لزمه ألفان استحساناً وثلاثة آلاف قياساً، وكذا
 إن قال: درهم لا بل درهما (١٢).

- (١) - (رحمهما الله): في أ، ج وساقطة من ب
 (٢) - انظر صفحة ٥٧٦ رقم (٦).
 (٣) - (حالة): في أ، ب وفي ج أخاله.
 (٤) - فالقول قول المقر عند أبي حنيفة ومحمد، لأن الظاهر شاهد للمقر، لأن الكفالة تكون مؤجلة
 بخلاف الدين. بدائع الصنائع ج٧: ٢١٧.
 (٥) - (له): في أ، ج وساقطة من ب
 (٦) - (الف): في ج وفي أ، ب الألف
 وهذا الاستحسان، ووجه الاستحسان: أن الإقرار إخبار والمخير عنه مما يجري الغلط في قدره أو وصفه عادة
 فتقع الحاجة إلى استدراك الغلط فيه فيقبل إذا لم يكن متهماً فيه وهو غير متهم في الزيادة على المقر به فتقبل منه
 بخلاف الاستدراك في خلاف الجنس. بدائع الصنائع ج٧: ٢١٢، وانظر المبسوط ج١٨: ١٠٣.
 (٧) - (له): في أ، ج وساقطة من ب
 (٨) - (وكذا): في أ، ج وساقطة من ب
 (٩) - لأن مثل هذا الغلط لا يقع إلا نادراً والتأخر ملحق بالعدم، ولذا فلا تقع الحاجة إلى استدراكه. بدائع
 الصنائع ج٧: ٢١٢، والمبسوط ج١٨: ١٠٤.
 (١٠) - (لزمه): في ب، ج وفي أ لزمه.
 (١١) - فهنا ينظر إلى أرفع الصفتين وعليه ذلك، لأنه غير متهم في زيادة الصفة متهم في النقصان فكان
 مستدركاً في الأول راجعاً في الثاني فيصح استدراكه ولا يصح رجوعه كما في الألف والألفين.
 بدائع الصنائع ج٧: ٢١٢-٢١٣، وانظر المبسوط ج١٨: ١٠٤.
 (١٢) - والقياس أن يكون عليه ثلاثة آلاف.
 وجه القياس: أن قوله لفلان علي ألف درهم إقرار بألف وقوله لا رجوع وقوله بل استدراك والرجوع عن
 الإقرار في حقوق العباد غير صحيح والاستدراك صحيح فأشبه الاستدراك في خلاف الجنس.
 وقد مر وجه الاستحسان في الصفحة نفسها تحت رقم (٦).

وإن قال: هذا العبد لزيد لا بل لعمره يسلمه إلى زيد ولا شيء لعمره.
ولو قال: غضبته من زيد فسلمه إليه ثم قال: لا بل (غضبته) (١) من عمرو ضمن لعمره
قيمه، وسواء سلمه (إلى زيد) (٢) بقضاء أو بغير قضاء (٣).
وإن (قال) (٤): له علي ألف من ثمن متاع، أو قرض ثم قال: هي زيوف أو نبهجة لم
يصدق وصل بكلامه أو فصل.
وقالا: يصدق إن وصل وبه ناخذ (٥).

(١) - (غضبته): في ب، ج وساقطة من أ

(٢) - (إلى زيد): في ب، ج وفي أ لزيد

(٣) - ففي الحالة الأولى يدفعها لزيد، لأنه لما أقرّ بها للأول صح إقراره له فصار واجب الدفع إليه، فقوله لا
بل لفلان رجوع عن الإقرار الأول فلا يصح رجوعه في حق الأول، ويصح إقراره بها للثاني في حق الثاني.
وفي الحالة الثانية: إن الغصب سبب لوجوب الضمان فكان الإقرار به إقراراً بوجود سبب وجود الضمان
وهو ردّ العين عند القدرة، وقيمة العين عند العجز، وقد عجز عن ردّ العين إلى المقرّ له الثاني فيلزمه ردّ قيمته
بخلاف المسألة الأولى، لأن الإقرار بملك الغير للغير ليس بسبب لوجوب الضمان لانعدام الإنكشاف، وإنما التلف
في تسليم مال الغير إلى الغير باختياره على وجه يعجز عن الوصول إليه فلا جرم إذا وجد الضمان. بدائع
الصنائع ج٧: ٢١٣.

(٤) - (قال): في ب، ج وساقطة من أ

(٥) - وجه قولهما: أن اسم الدراهم يقع على الزيوف كما يقع على الجياد إذ هو اسم جنس والزيادة عيب
فيها. واسم كل جنس يقع على السليم والمعيب من ذلك الجنس، لأنه نوع من الجنس، لكن عند الإطلاق
ينصرف إلى الجياد فيصح بيانه موصولاً لوقوعه تعييناً لبعض ما يحتمله اللفظ، ولا يصح مفصلاً لكونه
رجوعاً عن الإقرار.

وجه قول أبي حنيفة: أن قوله هي زيوف بعد النسبة إلى ثمن المبيع رجوع عن الإقرار فلا يصح بيانه، لأن
البيع عقد مبادلة فيقتضي سلامة البدلين، لأن كل واحد من العاقدين لا يرضى إلا بالبدل السليم فكان إقراره
بكون الدراهم ثمناً إقراراً بصفة السلامة، فأخبره عن الزيادة يكون رجوعاً فلا يصح. بدائع الصنائع ج٧:
٢١٥، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٧، وانظر اللباب ج٢: ٨٢، وانظر المبسوط للسرخسي ج١٨: ١٢، وانظر

الجامع الصغير: ٤١٧

وإن قال: هي ستوفة، (١) أو رصاص، لم يصدق عند أبي حنيفة وأبي يوسف.
وعند محمد يصدق إن وصل (٢).
وإن قال: أودعني ألفاً (أو قال) (٣): غصبتَه ثم قال: هي زيوف أو نبهرجة صدق في قولهم جميعاً وصل أو فصل (٤).
وإن قال: اقتضيت من فلان عشرة دراهم، ثم ادعى أنها زيوف أو نبهرجة صدق، وإن ادعى أنها رصاص أو ستوفة لم يصدق إلا (ان يقوله) (٥) موصولاً بكلامه (٦).
وإن أقرّ بالف، ثم قال بعد ذلك: من ثمن عبد لم أقبضه لم يصدق إلا أن يقوله موصولاً بكلامه (مشيراً إلى عبد بعينه) (٧).

- (١)- الستوفة من الدراهم: الزُفُّ البهرج الذي لا خير فيه. المعجم الوسيط ج١: ٤١٧، وانظر مختار الصحاح: ٢٨٦.
- (٢)- ففي الوديعة والغصب يصدق إن وصل، وإن فصل لا يصدق، لأن الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم إلا أنه يسمى مجازاً فكان الإخبار عن ذلك بياناً مغيراً فيصح موصولاً لا مفصلاً كاستثناء.
- وأما في البيع: فلا يصدق عند أبي حنيفة فصل أو وصل. وهذا لا يشكل عنده، لأنه لو قال: إبتعت بالف زيوف لا يصدق عنده وصل أو فصل فهانئ أولى.
- وعند أبي يوسف: يصدق، ولكن يفسد البيع، أما التصديق فلأن قوله ستوفه، أو رصاص خرج بياناً لوصف الثمن فيصح كما إذا قال: بالف بيض، أو بالف سود.
- وأما فساد البيع فلأن تسمية الستوفة في البيع بوجب نساده كتسمية العروض، وروي عنه فيمن قال: لفلان علي ألف درهم بيض زيوف أو وضع زيوف أنه يصدق إذا وصل.
- ولو قال: لفلان علي ألف درهم جيساد زيوف، أو نقد بيت المال زيوف لا يصدق. بدائع الصنائع ج٧: ٢١٦.
- هذا مع العلم أن عبارة الهداية واللباب أن رأي أبي يوسف مع محمد ابتداءً وهي إن وصل صدق وإن فصل لم يصدق، وفي المبسوط أن أبا يوسف رجع فقال: يصدق في البيع إن وصل. انظر الهداية ج٣: ٢٠٧، وانظر اللباب ج٢: ٨٢، وانظر المبسوط ج١٨: ١٤.
- (٣)- (أو قال): في أ، ج وفي ب وقال.
- (٤)- لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل، فيكون بيان النوع فيصح.
- وعن أبي يوسف: أنه لا يصدق فيه مفصلاً اختياراً بالقرض إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان. الهداية ج٣: ٢٠٧-٢٠٨، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢١٧.
- (٥)- (أن يقوله): في ب، ج وفي أ بقوله.
- (٦)- أنظر الصفحة نفسها تحت رقم (٢) و (٤).
- (٧)- (مشيراً إلى عبد بعينه): في ب، ج وساقطة من أ.
- وانظر تفصيل هذه المسألة ص: ٥٧٢ تحت رقم (٣).

فصل

ومن أقر وشرط الخيار لزمه الإقرار وبطل الخيار (١).
والإقرار والإبراء لا يحتاج إلى القبول، ويرتد بالرد فإذا رد لا يمكنه الاستدراك حتى إن
من قال لرجل: (لك) (٢) علي ألف درهم. فقال الرجل: ليس عليك (شيء) (٣)، ثم قال
في الحال: بلى لي عليك ألف فلا شيء له (٤).
رجل له على آخر ألف درهم فمات وله ابنان فقال أحدهما: قبض (منهما) (٥) أبي
خمسائة فلا شيء للمقر وللآخر خمسمائة إن (أنكر) (٦).
(ومن) (٧) أقر أنه لا حق له قبل فلان (فهي) (٨) براءة لفلان من الدين والوديعة (٩).
وإن قال: هو بريء مما لي عليه بريء من الديون ولم يبرأ من الأمانات.
وإن أقر أنه ليس له مع فلان شيء فهو براءة من الأمانات وليس براءة من الديون (١٠).
وإن أقر أنه بريء من هذه الدار فهو إقرار بأنه لا حق له فيها (١١).

- (١) - أما جواز الإقرار فلوجود الصيغة الملزمة بقوله علي أو على عبدي لفلان. وأما بطلان الخيار لأن الخيار
للفسخ، والإخبار لا يحتمله. انظر المبسوط ج١٨: ١٩٨، وانظر الهداية ج٣: ٢٠٤.
(٢) - (لك): في أ، ب، وساقطة من ج.
(٣) - (شيء): في ب، ج وفي أ درهم.
(٤) - فقد بريء المقر بما أقر به، لأنه كذبه في الإقرار، ولأنه صار ميراثاً له، لأن قوله مالي عليك شيء
يحتمل أنه أراد مالي عليك شيء في الحال، لأنني أبرأتك ويحتمل أن يكون مراده ما كان لي عليك شيء. ومن
ضرورة نفي حقه في الماضي نفيه في الحال. المبسوط ج١٨: ١٢٢.
(٥) - (منهما): في ب، ج وساقطة من أ.
(٦) - (أنكر): في ج وفي أ، ب أنكره.
لأن هذا إقرار بالدين على الميت، لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون فإن كذبه أخوه استغرق الدين
نصيبه كما هو المذهب عندنا، غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما لكن المقر لو رجع
على القابض بشيء أرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي إلى الدور. الهداية ج٣: ٢١٣،
وانظر الجامع الصغير: ٤١٧.
(٧) - (ومن): في ب، ج وساقطة من أ.
(٨) - (فهي): في ج وفي أ، ب فهو
(٩) - لأنه أخرج الإقرار مخرج العموم وإجراؤه على العموم ممكن لجواز أن ينفي حقوقه عن فلان من كل
وجه، وأمكن العمل بموجب هذا الكلام من غير بيان من المقر. المبسوط ج١٨: ١٦٤.
(١٠) - لأن كلمة علي خاص لما هو واجب في الذمة فلا تدخل فيه الأمانة إذ لا وجوب في ذمة الأمين،
وإن قال: هو بريء مما لي عنده فإنما يدخل في هذا اللفظ الأمانة خاصة، فأما الغصوب والودائع التي خالف
فيها فقد صار ضمانها مستحقاً في ذمته بمنزلة الديون فلا يدخل في هذا اللفظ، وإن قال: وهو بريء مما لي
قبله بريء من الأمانة والغصوب. المبسوط ج١٨: ١٦٤.
(١١) - لأن تبرؤه عن العين يكون إقراراً بانقطاع سبب اتصاله به وذلك بالملك أو الحق. المبسوط
ج١٨: ١٦٥.

فصل

وإقرار الرجل بالدين لآخر في صحته جائز وارثاً كان أو غير وارث ويلزمه ذلك في حياته وبعد وفاته، فإن كانوا جماعة فهم شركاء فيه فمن قضاه منهم في حياته لم يشركه صاحبه (١).

وإقرار السكران جائز (٢)، وكذا إقرار المأذون له في التجارة (٣).

ولا يجوز إقرار المأذون في المهر والجنابة والكفالة (٤).

وإقرار المريض في مرض الموت لو ارثه في الكثير والقليل باطل إلا أن يُصدق فيه بقية

(١)- لأن حال الصحة حال الإطلاق لوجود الموجب للإطلاق، وإنما الامتناع لعارض تعلق حق الورثة أو للتهمة وكل ذلك هاهنا منعدم، ويستوي فيه المتقدم والمتأخر لحصول الكل في حالة الإطلاق. بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٤

(٢)- لأن جنابة الشرب قد ظهرت، ولم يتقدم المهد، وبثبت الحد بالإقرار مرة واحدة وعند أبي يوسف، أنه يشترط الإقرار مرتين. الهداية ج٢: ٣٩٨، ٣٩٩

(٣)- لأن الإقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتناب الناس، مبايعته ومعاملته. الهداية ج٤: ٣٢٧، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٦.

(٤)- لأن الكفالة تبصر إلا إذا أذن له المولى بالكفالة ولم يكن عليه دين. بدائع الصنائع ج٧: ١٩٧

الورثة، ولغير الوارث جائز مطلقاً(١)

وإذا أقرّ لوارثه في مرضه الشديد (عأ)(٢) يخشى عليه الموت (به)(٣) ثمّ صحّ صحّ إقراره(٤).

وإن أقرّ لأجنبي في مرض موته بدين وعليه ديون في صحته لأجنبي (ولوارثه)(٥) وديون لزمته في مرضه لهما بأسباب معلومة كبذل ما ملكه أو استهلكه فدين الصحة والديون المعروفة الأسباب تقدم(٦)، فإذا قضيت وفضل شيء كان فيما أقر به حال المرض(٧)، وإن

(١)- لنا قوله صلى الله عليه وسلم: «إن الله قد اعطى كل ذي حق حقه: فلا وصية لوارث» سنن ابن ماجه ج٢: ٩٠٥ وانظر تخريجه في نصب الراية ج٤: ٤٠٣.

ولأن تعلق حق الورثة بماله في مرضه، ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً، ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقي، ولأن حالة المرض حالة الاستثناء، والقراءة سبب التعلق، إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة، لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض بمنع الناس عن المعاملة معه وتلما تقع المعاملة مع الوارث، ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً، ثمّ هذا التعلق حق بقية الورثة فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره. الهداية ج٣: ٢١٠ - ٢١١، وانظر اللباب ج٢: ٨٥، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٧، وانظر تحفة الفقهاء ج٣: ٢٠٢، وانظر المبسوط ج١٨: ٢٤.

(٢)- (عأ): في ج وفي أ، ب ما

(٣)- (به): في أ، ج وفي ب فيه

(٤)- لأنه لما مرض فقد تعلق حق الورثة بماله، ولهذا لا يملك أن يتبرع عليه بشيء من الثلث مع أنه خالص ملكه لا حق لأجنبي فيه فكان إقراره للبعض إبطاً لحق الآخرين فلا يصح في حقهم، ولأن الوصية لا تصح لوارث فالإقرار أولى، ويصح إقرار الصحيح لوارث لأن ما ذكرنا من الموانع منعدمة في إقراره. انظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٤

(٥)- (أو): في أ، ب وفي ج ولوارثه

(٦)- لأن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير، وفي إقرار المريض ذلك، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاءً، ولهذا منع من التبرع والمحابة إلا بقدر الثلث. وإنما تقدم الأسباب المعروفة، لأنه لا تهمة في ثبوتها، لأن المعين لا مرد له، ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض، لأن في إثارة البعض إبطال حق الباقي إلا إذا قضى ما استقرضه في مرضه، أو نقد ما اشتراه منه. الهداية ج٣: ٢٠٩ - ٢١٠، وانظر اللباب ج٢: ٨٤ - ٨٥، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٧.

(٧)- لأن الإقرار في ذاته صحيح، وإنما رد في حق غرماء الصحة، فإذا لم يبق حقهم ظهرت في صحته. الهداية ج٣: ٢١٠، وانظر اللباب ج٢: ٨٥.

في صحته (جاز إقراره وكان المقر له أولى من الورثة(١)).
 وإذا أقر المريض أنه قبض ما كان له على فلان من الدين وقد وجب ذلك الدين عليه في صحته(٢) وهو أجنبي لإقراره جائز ويبرأ الغريم(٣).
 (وإن كان الدين مما وجب في مرضه فأقر باستيفائه لم يصدق ولا يبرأ الغريم(٤)).

(١)- لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير، ولأن قضاء الدين من المحتاج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ، ولهذا تقدم حاجته في التكفين. انظر الهداية ج٣: ٢١٠، وانظر الباب ج٢: ٨٥

(٢)- (جاز إقراره وكان... ذلك الدين عليه في صحته): في ب، ج وساقطة من أ

(٣)- فهنا يصح ويصدق في إقراره بالاستيفاء حتى يبرأ الغريم عن الدين سواء كان الدين الواجب في حالة الصحة بدلاً عما ليس بمال نحو إرض جنابة أو بدل صلح عن عمد أو كان بدلاً عما هو مال نحو بدل قرض أو ثمن مبيع، وسواء لم يكن عليه دين الصحة أو كان عليه دين الصحة. بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٦ - ٢٢٧، وانظر المبسوط ج١٨: ٨٢

(٤)- (وإن كان الدين مما... ولا يبرأ الغريم): في ب، ج وساقطة من أ

فإن وجب بدلاً عما هو حال لم يصح إقراره ولا يصدق في حق غرماء الصحة ويجعل ذلك منه إقراراً بالدين، لأنه لما مرض فقد تعلق حق الغرماء بالمبدل، لأنه مال فكان البيع والقرض إطلاً لحقهم عن المبدل إلا أن يصل المبدل إليهم فيكون بدلاً معنى لقيام المبدل مقامه لما أقر بالاستيفاء فلا وصول للمبدل إليهم فلم يصح إقراره بالاستيفاء في حقهم فبقي إقراراً بالدين، لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين، لأن كل من استوفى ديناً من غيره يصير المستوفى ديناً في ذمة المستوفى ثم تقع المقاصة فكان الإقرار بالاستيفاء إقراراً بالدين. بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٧

ومن أقرّ لأجنبي في مرض موته ثمّ قال: هذا ابني ثبت نسبه منه (وبطل) (١) إقراره له (٢).

ولو أقرّ لأجنبية ثمّ تزوجها لم يبطل إقراره لها (٣).

ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً، ثمّ أقرّ لها بدين ومات، فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه (٤).

ومن أقرّ بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه، وإن كان مريضاً (٥)، (ويشارك) (٦) الورثة في الميراث (٧).

(١) - (وبطل): في ج وفي أ، ب بطل

(٢) - لأن دعوى النسب تستند إلى وقت العلوق، فتبين أنه أقرّ لابنه فلا يصح. الباب جـ ٢: ٨٥، وانظر

الهداية جـ ٣: ٢١١، وانظر بدائع الصنائع جـ ٧: ٢٢٩.

(٣) - لأن الزوجة تقتصر على زمان الزوج، فبقي إقراره لأجنبية.

اللباب جـ ٢: ٨٥، وانظر الهداية جـ ٣: ٢١١.

(٤) - لأنهما متهمان فيه لقيام العدة. وباب الإقرار مسدود للوارث فلملأه أقدم على هذا الطلاق ليصبح

إقراره لها زيادة على ميراثها، ولا نعمة في أقل الأمرين فيثبت. الهداية جـ ٣: ٢١١، وانظر اللباب جـ ٢:

٨٥، وانظر بدائع الصنائع جـ ٧: ٢٢٨.

(٥) - لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره به، وشرط ذلك أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذباً في

الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف، لأنه يمنع ثبوته من غيره، وإنما شرط تصديقه، لأنه في يد نفسه،

إذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير، ولا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية. الهداية

جـ ٣: ٢١١ - ٢١٢، وانظر اللباب جـ ٢: ٨٦، وانظر بدائع الصنائع جـ ٧: ٢٢٨.

(٦) - (ويشارك): في أ، ب وفي ج وتشاركه

(٧) - لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته.

الهداية جـ ٣: ٢١٢، وانظر اللباب جـ ٢: ٨٦.

ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولي، ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولي (١)، ولا يقبل بالولد إلا أن يصدقها الزوج، أو تشهد بولادتها قابلة (٢). ومن (أقر) (٣) بنسب من غير الوالدين والولد مثل الأخ والعم لم يقبل إقراره (٤). فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له (٥)، وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه (٦). ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه وشاركه في الميراث (٧).

(١) - لأنه أقر بما يلزمه، وليس فيه تحميل النسب على الغير. الهداية ج٣: ٢١٢، وانظر اللباب ج٢: ٨٦، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٨ - ٢٢٩، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٠.

(٢) - لأن فيه تحمل النسب على الغير، وهو الزوج، لأن النسب منه فإن صدقتها صح، لأن الحق له، وقول القابلة مقبول في هذا. الهداية ج٣: ٢١٢، وانظر اللباب ج٢: ٨٦، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٩، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٠.

(٣) - (أقر): في ب، ج وساقطة من أ

(٤) - لأن فيه حمل النسب على الغير. الهداية ج٣: ٢١٢، واللباب ج٢: ٨٧، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٩، وانظر خزانة الفقه وعيون المسائل ج١: ٢٩٠.

(٥) - لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف. الهداية ج٣: ٢١٢، وانظر اللباب ج٢: ٨٧، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٠.

(٦) - (له وارث استحق المقر له ميراثه): في ب، ج وفي أ وللمقر له ميراثه

- لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال، وإن لم يثبت نسبه. اللباب ج٢: ٨٧، وانظر الهداية ج٣: ٢١٢، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٩، وانظر خزانة الفقه ج١: ٢٩٠.

(٧) - لأن إقراره تضمن شيئين: حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه، والاشتراك في المال وله فيه ولاية فثبت كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق.

الهداية ج٣: ٢١٢ - ٢١٣، وانظر اللباب ج٢: ٨٧، وانظر بدائع الصنائع ج٧: ٢٢٩ - ٢٣٠.

مصادر البحث ومراجعته

- ١- القرآن الكريم.
- كتب الحديث**
- ٢- الآثار: لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري تحقيق ابر الوفاء طبعة حيدر اباد - الدكن - الهند ١٣٥٥.
- ٣- الدر المنثور في التفسير بالمأثور، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي - دار الكتب العلمية - بيروت. الطبعة الأولى ١٩٩٠م.
- ٤- السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر التقي ابن التركماني لأبي بكر احمد بن الحسين البيهقي - دار الفكر - مصور عن الطبعة الهندية.
- ٥- المصنف في الأحاديث والآثار لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة تحقيق عبد الخالق الأفغاني - الدارس السلفية - الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ.
- ٦- الكامل في ضعفاء الرجال لأبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني - دار الفكر الطبعة الأولى - ١٩٨٤م.
- ٧- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني - تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي - دار المعرفة - بيروت.
- ٨- المعجم الأوسط لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني تحقيق د. محمود الطحان - مكتبة المعارف الرياض - الطبعة الأولى ١٩٨٦م.
- ٩- المرطأ للإمام مالك بن أنس صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي - كتاب الشعب.
- ١٠- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لشهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني تصحيح وتنسيق وتعليق عبدالله هاشم اليماني المدني ١٩٦٤.
- ١١- تمييز الطيب من الخبيث فيما يدور على السنة الناس من الحديث للإمام عبد الرحمن بن علي ابن محمد بن عمر الشيباني الشافعي الطبعة الأولى ١٩٨١.
- ١٢- سنن ابن ماجه للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي مطبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ١٣- سنن أبي داوود للإمام أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - نشر دار إحياء السنة النبوية.
- ١٤- سنن الترمذي وهو الجامع الصغير للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي حققه وصححه عبد الرحمن محمد عثمان الطبعة الثالثة ١٩٧٨م.
- ١٥- سنن الدارقطني: لشيخ الإسلام علي بن عمر الدارقطني تحقيق عبدالله هاشم يماني

- المدني ويذيله التعليق المغني علي الدارقطني ١٩٦٦.
- ١٦- سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي - دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان.
- ١٧- شرح السنة لأبي محمد الحسين بن مسعود الغراء تحقيق شعيب الأرنؤوط وزهير الشاويش الطبعة الثانية ١٩٨٣م.
- ١٨- صحيح مسلم بشرح النووي للإمام محي الدين بن شرف النووي طبعة المطبعة المصرية ومكبتها.
- ١٩- فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني تحقيق محمد بن فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب طبعة المكتبة السلفية.
- ٢٠- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على السنة الناس للمحدث إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي تحقيق أحمد القلاس طبعة مكتة التراث الإسلامي حلب.
- ٢١- كثر العمال في سنن الأقوال والأفعال لعلي المتقي بن حسام الدين الهندي مؤسسة الرسالة الطبعة الخامسة ١٩٨٥م.
- ٢٢- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي - دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان الطبعة الثالثة ١٩٨٢م.
- ٢٣- مشكل الآثار لأبي جعفر أحمد بن جعفر بن سلامة الطحاوي، دار صادر بيروت - لبنان، حيدر آباد الهند ١٣٣٣هـ.
- ٢٤- مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني وبهامشه كثر العمال في سنن الأقوال والأفعال دار الفكر الطبعة الثانية ١٩٧٨م.
- ٢٥- نصب الراية لأحاديث الهداية في حاشيته النفسية المهمة بغية الألمي في تخريج الزيلعي للإمام جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي الطبعة الثانية ١٩٧٣م.
- ٢٦- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار للإمام محمد بين علي الشوكاني - دار الجيل ١٩٧٣م.

كتب المعاجم والسير

- ٢٧- الطبقات الكبرى لابن سعد - دار صادر بيروت لبنان طبعة دار الفكر.
- ٢٨- المصباح المنير للعلامة أحمد بن علي الفيومي المقرئ طبعة مكتبة لبنان ١٩٨٧م.
- ٢٩- المعجم الوسيط قام بإخراجه إبراهيم مصطفى وآخرون وأشرف على طبعه عبد السلام هارون طبعة المكتبة العلمية طهران.
- ٣٠- مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي طبعة دار الإيمان

دمشق - بيروت .

٣١- معجم البلدان للشيخ شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت الحموي دار صادر -

بيروت .

كتب التراجم .

٣٢- الطبقات السنية في تراجم الحنفية تقي الدين بن عبد القادر الداري الغزوي تحقيق

عبدالفتاح محمد الحلو القاهرة - المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ١٩٧٠م

٣٣- الفوائد البهية في تراجم الحنفية لأبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي مع

التعليقات السنية على الفوائد البهية - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت لبنان .

٣٤- تاج التراجم في طبقات الحنفية للشيخ أبي العدل زين الدين بن قطلوبغا - مطبعة

العاني - بغداد ١٩٦٢ .

٣٥- تاريخ الأدب العربي كارل بروكلمان ترجمة عبد الحليم النجار - القاهرة دار المعارف

طبعة ١٩٨٣م

٣٦- طبقات الفقهاء أبو اسحاق إبراهيم بن علي تحقيق إحسان عباس - بيروت - دار الرائد

العربي .

٣٧- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون - مصطفى بن عبد الله المشهور بحاجي

خليفة طبعة وكالة المعارف الجلييلة ومطبعتها البهية ١٩٤١م .

٣٨- هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون اسماعيل باشا

البغدادي طبعة دار الفكر ١٩٨٢م .

٤٤٠٦٨٩

كتب الفقه

٣٩- أحكام المعاملات في المذهب الحنفي - العقود محمد زكي عبد البر دار الثقافة -

الدوحة طبعة سنة ١٩٨٦م .

٤٠- الإختيار لتعليل المختار عبدالله بن محمود بن مردود المرصلي الحنفي - دار المعرفة

للطباعة والنشر بيروت - لبنان الطبعة الثالثة .

٤١- الأصل: للإمام محمد بن الحسن الشيباني تحقيق أبو الوفاء الأفغاني الطبعة الأولى -

مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية .

٤٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين بن نجيم الحنفي وبهامشه الحواشي

المسماة بمنحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين - دار الكتاب الإسلامي الطبعة الثانية .

٤٣- الجامع الصغير للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني مع شرحه

النافع الكبير للعلامة أبي الحسنات عبد الحي اللكنوي عالم الكتب الطبعة الأولى ١٩٨٦م .

٤٤- الحجة على أهل المدينة للإمام أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني تحقيق مهدي

حسن الكيلاني عالم الكتب - بيروت .

- ٤٥- الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي د. عبدالعزيز الحيايط الطبعة الأولى ١٩٧١م منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية.
- ٤٦- الشركات في الفقه الإسلامي «بحوث مقارنة» للشيخ علي الخفيف ١٩٧٨ - دار النهضة العربية القاهرة.
- ٤٧- الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة للإمام سراج الدين أبي حفص الغزنوي الطبعة الأولى - مؤسسة الكتب الثقافية.
- ٤٨- الفتاوى الهندية للعلامة نظام وجماعة من علماء الهند والأعلام وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، المكتبة الإسلامية الطبعة الثانية.
- ٤٩- الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب أ.د محمد فتحي الدريني الطبعة الثانية ١٩٩١ - ١٩٩٢م منشورات جامعة دمشق.
- ٥٠- اللباب في شرح الكتاب للإمام أبي الحسن أحمد بن محمد القدوري والشرح للشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني تحقيق محمود أمين النواوي دار الكتاب العربي - بيروت
- ٥١- المضاربة للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي تحقيق د. عبد الوهاب حواس الطبعة الأولى دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت.
- ٥٢- الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن بكر بن عبد الجليل الرشداني والمرغناني دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة الأولى ١٩٩٠م .
- ٥٣- تأسيس النظر للإمام أبي زيد عبيد الله عمر بن عيسى الدبوسي تحقيق مصطفى محمد القباني الدمشقي دار ابن زيدون للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت.
- ٥٤- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي الطبعة الثانية - دار الكتاب الإسلامي.
- ٥٥- تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي الطبعة الأولى دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٥٦- تخريج الفروع على الأصول للإمام شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني تحقيق د. محمد أديب الصالح الطبعة الرابعة مؤسسة الرسالة.
- ٥٧- رؤوس المسائل «المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية» للعلامة جارالله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري دراسة وتحقيق عبدالله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية الطبعة الأولى ١٩٨٧م .
- ٥٨- حاشية الطحطاوي على الدر المختار للعلامة أحمد الطحطاوي الحنفي - دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت - لبنان ١٩٧٥م.
- ٥٩- خزانة الفقه وعيون المسائل للفقيه أبي الليث نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي - تحقيق د. صلاح الدين الناهي شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد ١٩٦٥م.
- ٦٠- درر الأحكام شرح مجلة الأحكام علي حيدر تعريب فهمي الحسيني دار الكتب العلمية

- بيروت - لبنان .

٦١- رد المختار على الدر المختار - حاشية ابن عابدين للشيخ محمد عابدين - دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان .

٦٢- شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيّاسي المعروف بابن الهمام الحنفي مع شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرني - دار الفكر .

٦٣- كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الثانية ١٩٨٦ .

٦٤- كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر .

٦٥- ملتقى الأبحر للعلامة إبراهيم الحلبي ومعه التعليق الميسر على ملتقى الأبحر تحقيق ودراسة وهبي سليمان غاوجي الألباني الطبعة الأولى ١٩٩٨م مؤسسة الرسالة .

٦٦- نظرية الفرر في الشريعة الإسلامية «دراسة مقارنة» أ.د ياسين درادكه منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية عمان - الأردن .

Abstract

Student : Mohammed Tu'ma suleiman al godah .

Supervisor : Professor Dr. Yassin Daradkeh .

Having, by God's grace , verified this part of the manuscript, al-Hawi al - Qudsi written by imam Ahmad ibn Mohammed ibn Noah al-Ghaznawi, I have drawn the following conclusions :

1. As far as I know , this manuscript has not yet come into existence and, consequently, I did my best to accomplish this work in a systematic way. To achieve this end , I spared no effort to check and correct the text, specify the title of every chapter such as commercial transactions, Lease and mortgage in respect of language and usage quoting evidences from the holy Quran, the honourable Sunna of the Prophet and the consensus (idjma) of the moslem legal scholars. I verified the traditions of the Prophet and traced them back to their reliable sources.

My effort was mainly directed to interpreting and elucidating the terms of imam al-Ghaznawi by referring only to the works of Hanafi scholars, especially those written a time before our manuscript.

2. This manuscript is marked by its refined style and subtle classification of jurisprudential topics .
3. Imam al-Ghaznawi depends to a great extent on the books of his Hanafi predecessors, expecially, "Mukhtasar al - Imam al-Qadduri, called, al-Kitab', 'a-jami al-Saghir' by imam Mohammed ibn Hasan al-Shaibani, 'Khazanat al-Fiqh wa uyun al-Masa'el' by Samarkandi, 'Tuhfat al-Fuqaha', 'Badai' al-Sanea' by imam al-Kasani and ' al-

'Mabsoot' by imam al-Sarkhasi.

In view of the fact that these books came into existence before our manu-script, the material of this book is, therefore, mainly collected from the first three books.

4. Al-Hawi al-Qudsi resembles to a great extent 'Bidayat al-Mubtadi' by imam al-Marghanani, who died in A.H. 593, the same year in which imam al-Ghaznawi died. The main difference between the two books is that the latter was expounded in 'al-Hidaya' Whereas the first remained as it is . As al-Hawi exceeds 'al-Hidaya', by nearly one third, it is, therefore, more comprehensive than 'Bidayat al-Mubtadi'.
5. It is worth mentioning that our manuscript lacks enough evidences from the holy Quran and sunna .
6. The author adheres to the Hanafi school and does not touch on any other jurisprudential school of thought .

In conclusion, I hope the reader will overlook any error he may come across in this thesis as I am a human being who is not infallible. Finally, praise be to God. Cherisher and Sustainer of the Worlds .