

الْمَنْفَعَةُ
لِنَشْرِ تَهْنِئَاتِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

كِفَايَةُ اللَّيْثِ فِي نَشْرِ التَّهْلُكِ

(التَّصْفِ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ)

تَأْلِيفُ
شِهَابِ الدِّينِ الْقَرَّافِيِّ
أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدَ بْنِ إِدْرِيسَ الصَّنَهَاجِيِّ الْمَالِكِيِّ
(٦٨٤ هـ)

تَحْقِيقُ
د. وَدَّيعِ أَكْوْنِينِ

يحتوي على الكتاب كاملاً

صفحات الفهارس

الجزء ① 565

الجزء ② 1126

الجزء ③ ... 1666

قناة الكتب المدمجة

دمج وفهرسة الكتب ذات الأجزاء المتعددة

مَنْفَعَاتُ
لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

كِفَايَةُ اللَّيْبِ فِي تَرْجِيحِ التَّهْلِكِ (النِّصْفُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ)

تَأَلَّفَ
شَهَابُ الدِّينِ الْقَرَّافِيُّ
أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدُ بْنُ إِدْرِيسِ الصَّنَهَاجِيِّ الْمَالِكِيِّ
(٦٨٤ هـ)

تَحْقِيقُ وَتَقْدِيمُ
د. وَدِيعُ أَكْثُونِينَ

الْجُزْءُ الْأَوَّلُ

حُقوقُ الطَّبْعِ مَحْفُوظَةٌ

الطَّبْعَةُ الْأُولَى

١٤٤٣ هـ - ٢٠٢٢ م

أَيْضًا
لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: @sfaar16



مَكْتَبَةُ الْأَمَامِ الذَّهَبِيِّ لِلنَّشْرِ وَالتَّوَنُّجِ

✽ الفرع الرئيسي : حولي - شارع المثني - مجمع البدري

ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤

✽ فرع حولي : حولي - شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦

✽ فرع المصاحف : حولي - مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨

✽ فرع الفحيحيل : البرج الأخضر - شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

✽ فرع الجهراء : الناصر مول - ت ٩٥٥٥٨٦٠٨

✽ فرع الرياض : المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي: ٥٥٧٧٦٥١٣٨ - ٠٠٩٦٦

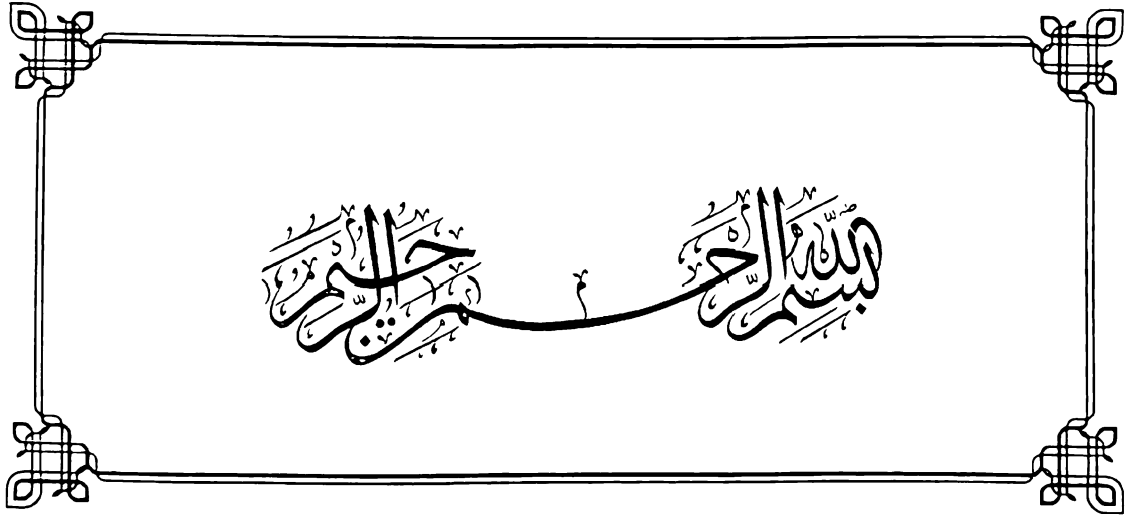
ص.ب ١٠٧٥ - الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت

الساخن: ٩٤٤٠٥٥٥٩ - ٠٠٩٦٥

E-mail: z.zahby74@yahoo.com

imamzahby

كُنَّا نَتَرَى الْبَيْتَ
فِي نَجْحِ التَّهْلُكِ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

—•••••—

يسرُّ «مشروع أسفار» أن يقدم للقارئ الكريم الإصدار الثالث والخمسين من إصداراته: (كفاية اللبيب في شرح التهذيب) لشهاب الدين القرافي (٦٨٤هـ)، مطبوعاً لأول مرة.

فإن المدونة عن إمام دار الهجرة «مالك بن أنس» رحمه الله من تدوينات الفقه الأولى السابقة، التي تسنمت المنزلة السامية، وابتنت عليها مدارس الفقهاء المالكيين، وعنوا بها تفسيراً وشرحاً واختصاراً، ومن أشهر مختصراتها وأوثقها اعتماداً: تهذيب الإمام أبي سعيد البراذعي القيرواني (٤٣٨هـ)، الذي حظي بعناية العلماء الشارحين وكان من جملتهم شهاب الدين.

ففي كتابه الكفاية إضافة مهمة للمكتبة الفقهية القرافيّة، تُضمُّ لمصنّفاته المطبوعة ك(الذخيرة)؛ ولقد كشف عن غوامض التهذيب حتى يستكفي بشرحه اللبيب.

تميّز بطريقته العلميّة المعهودة: من تأصيل التّقييد وإرجاع الفروع إلى الأصول، وتوجيه الأقوال مذهبياً، وتخريج الأحكام وفق مأخذها في الشريعة، والتّعليل المقاصدي مع ملاحظة المعاني الشرعية، وتبيين الفروق بين المسائل، وتقرير قواعد الاجتهاد وتنويع الاستدلال بما ينبى عن علو مكانة الفقه المالكيّ.

وقد حضرت شخصية الشّارح الفذة خلال الاستشكال العلمي والتّعقب والنقد، وإبداء الفروق ما بين التّفريعات، كما اهتمّ بترتيب مسائل المدونة وفق مظانها والتّنبية على شواردها، وتتبع «نسخ التهذيب» وقارن بين ألفاظها المتفاوتة وعباراتها.

كتابنا: يمثل الجزء الثاني من شرح التهذيب، وهو يبدأ من «كتاب السّلم» وينتهي بـ«كتاب الدّيات»؛ في نسخة نفيسة كتبت في حياة مصنّفها بالمدرسة الصّالحية بالقاهرة،

وهي المدرسة التي استقرَّ عليها الشَّهاب تعليمًا وتدريساً حتى وافاه الأجلُ .

إنَّ كتابنا هو الثَّالث للقرافي ضمن إصدارات هذا المشروع المبارك ، وقد سبقه إصداران: (شرح المنتخب) و(تنقيح الفصول) ، وقد وفقَّ الله تعالى لطباعته ونشره أوَّل مرَّة خدمةً للعلم وأهله .

وأصلُ هذا العملِ العلميِّ أطروحةٌ مقدَّمةٌ لجامعة «سيدي محمَّد بن عبد الله» بـ«فاس» للحصول على درجة (الدكتوراه) ؛ فجزى الله المحقِّق خيراً ونفع به .

وختاماً: نسألُ الله تعالى بأسمائهِ الحسنَى وصفاتهِ العُلا التَّوفيقَ والمباركةَ لهذا المشروع النَّافع (أسفار) ، وأنْ يكتب للقائمين عليه والدَّاعمين له أعظمَ الأجر وأجزله وأوفاه ، وصلى الله على نبينا محمَّد وآله وصحبه أجمعين ، والحمد لله ربَّ العالمين .

أَبْنُ فُلَيْحٍ
لِنَشْرِيفَيْسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

شكر وعرفان

أولى من يستوجب الشكر الجزيل في هذا المقام

السادة العلماء الذين صابروا في توجيهي فترة إنجاز هذا البحث:

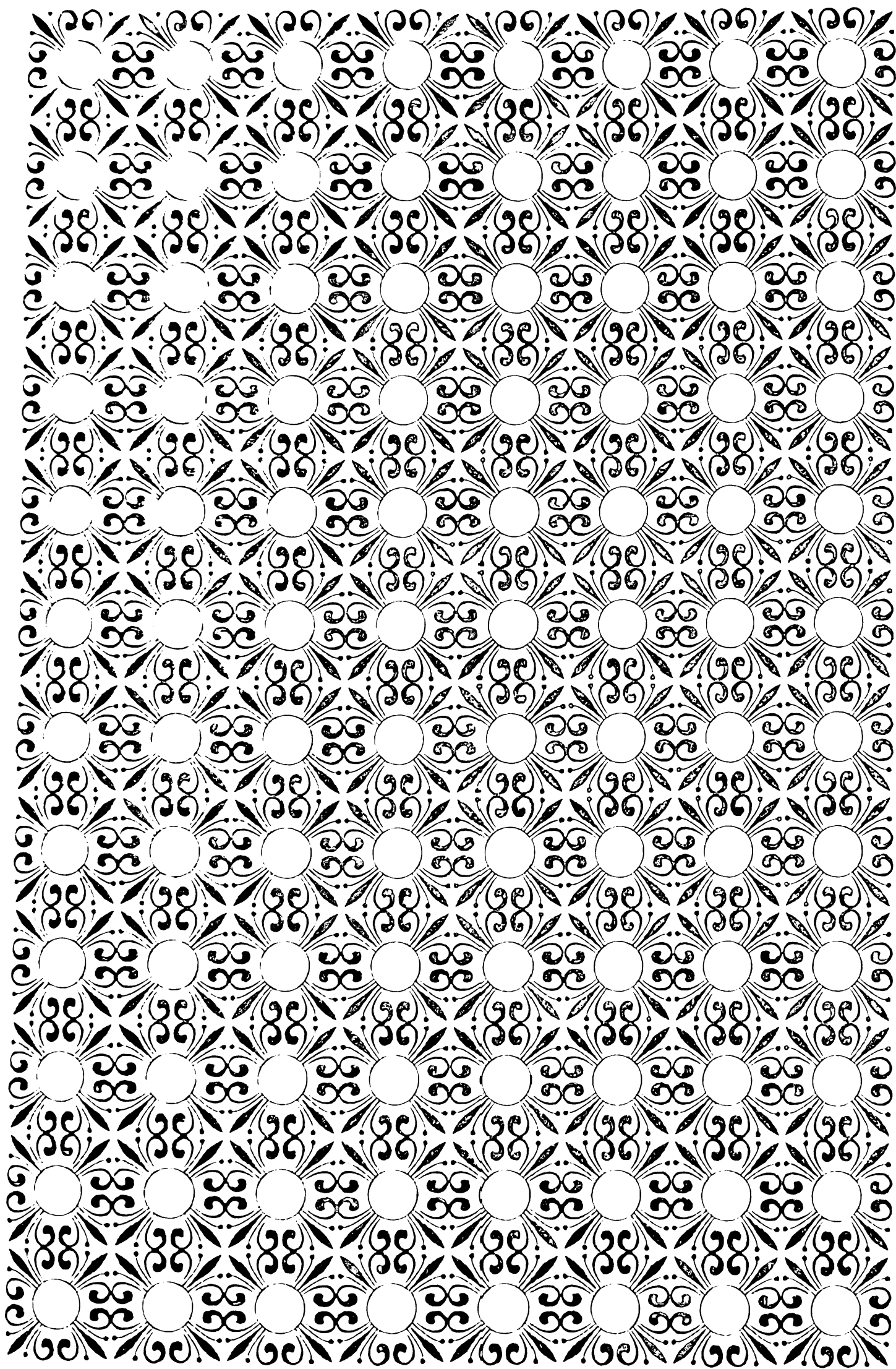
✽ فضيلة الدكتور المشرف عبد الله السفياي ، وفضيلة الدكتور حميد لحمر ،
فقد أفدت منهما تعليماً توجيهياً ، ونصحاً وتحفيزاً حتى آل البحث إلى هذه
الهيئة .

✽ الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة ، الذين صابروا على مطالعة البحث وتقويمه
وتصحيحه .

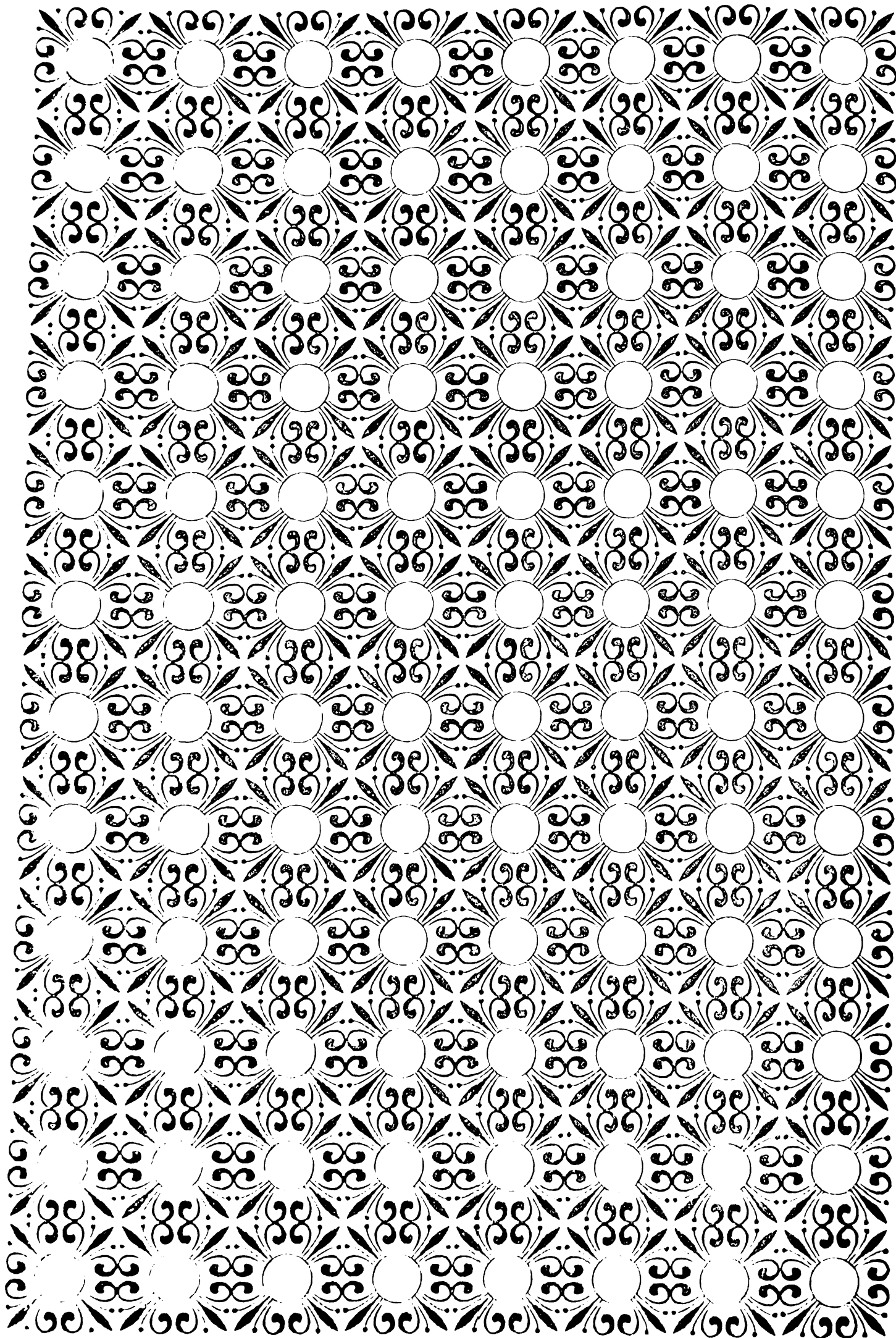
✽ الدكتور الفاضل عبد الله معصر ، الذي وجهني وأفادني طيلة سنوات الماستر
والدكتوراه .

✽ واجب الشكر ينادي كذلك ، باستحضار كثير من الأسماء الكريمة يقصر
المقام عن ذكرها ، فلكل أولئك صادق الشكر وخالص الامتنان .





قسم الدراسة



مدخل عام

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَصَلَّى اللَّهُ وَسَلَّم وَبَارَكَ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ الْهَادِي إِلَى أَقْوَمِ سَبِيلٍ ، وَعَلَى
آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ .

أما بعد ؛

فلا شك أن الباحث في فقه السادة المالكية ، يكتشف من تأليف الإمام
الكبير شهاب الدين القرافي رحمه الله سعة الجهد الذي أفنى فيه العمر خدمة لهذا
المذهب ، ويرى صنيعه في الذخيرة وعكوفه على ترتيب فروع الفقه وردّها إلى
أصولها من الكتب الخمسة التي اعتنى بها المالكية ، وهي : مدونة سحنون ، وعقد
الجواهر لابن شاس ، والتلقين للقاضي عبد الوهاب ، والتفريع لابن الجلاب ،
والرسالة لابن أبي زيد^(١) .

وعنايته بهذه الكتب الخمسة المشتهرة عند المالكية ، لم تنحصر في كتاب
الذخيرة ، بل تعدّتها إلى ما دونها من التصانيف ، وهو ما يُمكن من معرفة مُعتمد
الإمام من مصادر المذهب ، كما يفيد في تبين أغراضه ومقاصده في التأليف مما
سنبسط الحديث عنه في موضعه .

فأما «عقد الجواهر» و«التلقين» ؛ فقد اعتنى بالنقل عنهما في الفروق أيضا ،
وهو أمر معلوم عند الدارسين ، وما أشهر ما يذكرُ الشيخ الحطاب وغيره ، من

(١) انظر الذخيرة في الفقه المالكي ، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ) ، دار الغرب
الإسلامي ، تحقيق مجموعة من الأساتذة . الطبعة ٢٠٠٨/٣ . (٣٦/١) .



تقليد القرافي لابن شاس في كثير من المسائل!^(١)

وأما التفریع فقد خصّه بشرح مستقل وهو مخطوط لم يحقق بعد ، وهو في أصله شرح للتمساني على تفریع ابن الجلاب ، اختصره الإمام القرافي كما ذكر الفاكهاني ، والحطاب^(٢).

بينما اختار لخدمة المدونة: تهذيب البراذعي ، لمنزله في شجرة المذهب وانكباب الناس عليه ، فوضع عليه هذا الشرح النفيس الذي يخرج اليوم محققا ، والمسمى: «كفاية اللبيب في كشف غوامض التهذيب» ؛ وهو تأليف يدخل ضمن خانة الكتب الخادمة لمتون المذهب من حيث النوع .

ويظهر أن خدمة الإمام القرافي لتلك المصادر الخمسة على أسلوب الجمع والتنسيق كما في الذخيرة ، أو انفرادا كما فعل مع التفریع والتهذيب ، أو حتى بالنقل عنها والاستدلال بها ؛ يحكمها غرض واحد جليل ، ألا وهو تخریج الأحكام على قواعد الشرع ، تراه يصرح بذلك في مقدمة الذخيرة ، ويصدق منهجه

(١) راجع مثلا الصفحات (٢٧٩/٢) ، (٧٠/٣) ، وغيرها من مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، المعروف بالحطاب الرعيني (ت ٩٥٤هـ) ، دار الفكر الطبعة الثالثة ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م . راجع أيضا مقدمة أستاذنا د حميد لحمر في تحقيق عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لجلال الدين عبد الله بن نجم المعروف بابن شاس (ت ٦١٦هـ) ، الطبعة الأولى ٢٠٠٣ ، دار الغرب الإسلامي .

(٢) قال الفاكهاني: «ثم إنني رأيت بعد ذلك للشيخ شهاب الدين القرافي - رحمه الله - كلاماً على هذه المسألة... في اختصاره شرح الجلاب للتمساني ؛ فأردت أن أذكره لتكمل الفائدة في هذه المسألة إن شاء الله تعالى...» . «التحرير والتحبير في شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني» ، وقال الحطاب مُفيداً ذلك: «ونقله التلمساني في شرح الجلاب فأسقط منه لفظ «غير» ، وقال: الظاهر أنه مشروط ، هكذا رأيت في نسختين منه ، واختصره القرافي في شرحه على الجلاب كذلك» انظر مواهب الجليل . (٥٧١/١) ، و(٣٤٠/٤) .



في شرح التهذيب .

قال رحمه الله: «وأنت تعلم أن الفقه ، وإن جَلَّ ، إذا كان مفترقا تبددت حكمته ، وقلت طلاوته وبعُدت عند النفوس طلبته ، وإذا رُتبت الأحكام مخرجة على قواعد الشرع ، مبنية على ما أخذها ، نهضت الهمم حينئذ لاقتباسها ، وأعجبت غاية الإعجاب بتقمص لباسها . وقد آثرتُ أن أجمع بين الكتب الخمسة التي عكف عليها المالكيون شرقا وغربا ، حتى لا يفوت أحدا من الناس مطلبٌ ولا يعوزه أربٌ ، وهي : المدونةُ والجواهرُ والتلقينُ والجلّاب والرسالة ، جمعا مُرتبا بحيث يستقرّ كلُّ فرع في مركزه ولا يوجَدَ في غيره حيزه ، على قانون المناسبة في تأخير ما يتعيّن تأخيره وتقديم ما يتعين تقديمه من الكتب والأبواب والفصول متميزة الفروع ، حتى إذا رأى الإنسان الفرع فإن كان مقصوده طالعه ، وإلا أعرض عنه فلا يُضَيِّع الزمان في غير مقصوده»^(١).

لم أهدأ إلى قرينة قوية تفيد متى كان تأليف كفاية اللبيب ، غير أنني أفترض ، ابتداءً ، كون موسوعة الذخيرة جاء بعد مرحلة طويلة من التدريس والتلقين والإحاطة خبرا بفروع المذهب وأقوال الأئمة ، وبعد ملازمة مكنت الإمام رحمه الله من إدراك الفروق والقواعد التي بُنيت عليها تلك الأحكام والآراء ، مما دفعه إلى إعادة صياغة هذه الثروة الفروعية باستحضار معاهد الترتيب ونظام التهذيب كما عبّر في الذخيرة ؛ فأمكن مع هذا الافتراض أن يكون تأليف كفاية اللبيب سابقا على تأليف الذخيرة والفروق كذلك ، وتكفي مقارنة ما حرر في الفروق والذخيرة بما هو في الكفاية ، لتبيّن هذا الملحظ .

وعلى فرض تقدّم كتاب الكفاية ، فإن غرضه الجليل الذي ذكره في مقدمة

(١) الذخيرة: (٣٦/١).



الذخيرة أخذ يتكون ويتضح منذ تأليف الكفاية ، فكأنها تمهيد لتمام تلك الغاية ، وتوطئة لبلوغ ذلك القصد ، وسيظهر ذلك في المبحث الذي وسمناه بـ: منهج الإمام القرافي في كفاية اللبيب ؛ فإنه مع فقد مقدمة هذا السفر المبارك - التي هي مظنة الإفصاح عن مسلكه وغرضه في الشرح - يبقى التماس معالم ذلك فيما ذكرنا من العناية بالكتب الخمسة أمراً مفيداً جداً ، نعزز به النتائج التي توصلنا بها أثناء دراسة متن كفاية اللبيب .

نعم ، تتفق جلّ الدراسات حول الإمام القرافي^(١) على تقدمه في فن التعيد الفقهي وكشف الفروق ؛ فتفرّده بمنهجيته الخاصة في تأليف كتاب أنوار البروق يقطع الشك بذلك ، بيد أن ما يميز هذا الشرح الفقهي هو العناية الكبيرة برّد الأقوال إلى قواعد الشرع وأصول المذهب ، مع التقيد بمسائل الأصل المشروح واحدة تلو الأخرى ، وكأن الشارح رحمته الله يعيد تأليف التهذيب مسنداً بأدلته التي اعتمدها أئمة المذهب ، وبمبسوطا بقواعده التي ارتضوها له ، ويدفعه ذلك إلى الترجيح بين الأقوال وتقديم مشهورها ، وإلى ذكر الحديث أو بيان وجه ترك الأئمة له ، وإلى الاستدلال بأصل من الأصول ، أو قاعدة من القواعد ، وإلى التفريق بين المسائل بذكر الفروق ، وهي صنعة التي برع فيها . ثم لا يمنعه ذلك كلّ من الإقرار بالمشكلات الحاصلة في الكتاب صيغة أو حكماً أو اختلافاً ، فخدم بهذا الصنيع مدونة المالكية خدمة جليّة النفع عظيمة الفائدة ، أبرزت سعة مدارك رجال المذهب وعلو أنظارهم في الفهم والفقہ .

(١) انظر على سبيل المثال: القواعد والضوابط الفقهية القرافية زمرة التمليكات المالية لعادل بن عبد القادر قوته . دار البشائر الإسلامية ط ١ : ٢٠٠٤ . الإمام الشهاب القرافي حلقة وصل بين المشرق والمغرب في مذهب مالك في القرن السابع للأستاذ الصغير الوكيللي ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية . المملكة المغربية سنة ١٩٩٦ .

وقد كان تعرُّفي على الإمام القرافي منذ سنوات الإجازة، من خلال كتاب «الفروق» و«الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام»، ثم امتد اتصالي به في سنوات الماستر، إلى أن من الله بالاشتغال على هذه المخطوطة النفيسة التي هي كفاية اللبيب، في أطروحة الدكتوراه من جامعة سيدي محمد بن عبد الله، سايس، فاس، ضمن وحدة التراث الفقهي المالكي بالغرب الإسلامي دراسة وإنقاذ، تحت إشراف الدكتور عبد الله السفياني وتأطير الدكتور حميد لحمر، واللذين كان لهما فضل كبير في أطوار تحقيق هذا السفر النفيس، تولى الله جزاءهما في الدارين.

ويعلم جيدا من يزاوُل فن التحقيق وإخراج النصوص، أن السُّبُل وعرة متى كان تحقيقه معتمدا على نسختين أو ثلاث، فكيف به أمام نسخة كهذه النسخة القروية الوحيدة، التي فقد الجزء الأول منها ولم يُسمِّ مؤلفها؟

على أنني بذلت الوسع في التنقيب والبحث عن مظان وجود نسخ لهذا الكتاب طول مدة اشتغالي على تحقيق متنه، أطلع الفهارس، وأزور الخزائن والمكتبات، وأسأل أهل الاختصاص، أطلع أحيانا المجاميع المجهولة في الخزائن، وما أكثرها، علّني أجد نسخة أخرى للكتاب بين يدي تلك المجاميع، مثلما وُجِدَت هذه النسخة في خزانة القرويين، يوما، غير مذكورة المؤلف. لكنني لم أعثر إلى الآن على جديد، فقد انقطع خبرها عنا منذ زمن الشيخ محمد بن عبد الرحمن الحطاب الرعيني المتوفى سنة (٩٥٤هـ) صاحب مواهب الجليل، إذ هو الوحيد - حسب اطلاعي - الذي كان ينقل من هذا الكتاب ثم يذكره باسمه «كفاية اللبيب في كشف غوامض التهذيب»^(١)، تبعه الشيخ البناني (ت ١١٩٤هـ)

(١) انظر مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط ٣: دار الفكر. ١٩٩٢ (٢٩٠/٣) و(١١٥/٤) و(٧٤/٥).



في حاشيته على الزرقاني ، والشيخ محمد عlish (ت ١٢٩٩هـ) في كتابه منح الجليل على مختصر خليل^(١) في الإشارة والنقل في نفس مواضع الخطاب ، وإذا صح أن البناني وعليش بدورهما كانا ينقلان من كفاية اللبيب دون واسطة الخطاب فإن آخر عهدنا بالنسخة كاملة هو أواخر القرن الثالث عشر الهجري .

ولكن فقدان النسخ والاعتماد على وحيدة لا يضير التحقيق والبحث العلمي ، فكم شروح في المذهب وحيدة النسخ حُقت ثم خرجت للوجود ولما تظهر أخواتها ، فبقيت إلى الآن مصدرا يعول عليه ويرجع إليه ، فلعل الله يفتح بوجدان الجزء الأول من كفاية اللبيب وينسخ أخرى منه ، وما ذلك عليه بعزير .

وأما حافزي لتحقيق نسخة هذا الكتاب الوحيدة ، فكونها نُسخت في زمن الإمام القرافي ، وقبيل وفاته بثلاث سنوات ، ثم عُرضت على أصلها ، وعليها بعض الحواشي بخط المصنف ، وكل ذلك بشارات تبعث على شيء من الارتياح ، بل على الاطمئنان إلى فرادتها .

فإن كان من صعوبات في هذا البحث إذن ، فهي هذه ، يُضاف إليها ما يلفيه كل مبتدئ في طلب علم الفقه من عسر في فهم اللغة الفقهية عموما ، والمتن القرافي خصوصا .

وهذا الكتاب وإن كان شرحا على تهذيب المدونة للبراذعي ؛ إلا أن المؤلف رحمته الله يمدّ نفسه في الشرح كأنه تأليف يستقل عن المتن المشروح ، وعاداته في إيراد الفروق في المسائل ، وردّ الفروع إلى القواعد والاستدلال بالأصول الشرعية ، والتنبيه على ما في التهذيب من المشكلات ، أمر يجعل الأحكام والمضامين بحاجة إلى جهد مضاعف وقدرة كبيرة على فهمها .

(١) منح الجليل على مختصر خليل محمد عlish . ط : دار الفكر ، بيروت ١٩٨٩ . (٥٢/٣) و (٢٢٥/٤) .

خطة البحث

وأما خطة هذا البحث فتتظم في قسمين كبيرين:

قسم الدراسة؛ جعلته في مقدمات أربع: تهم الأولى كتاب تهذيب البراذعي على المدونة، وبيان مكانته ضمن متون المذهب حتى تظهر قيمة الكفاية، فإن الفرع لا تستقيم معرفته دون معرفة أصله. ولا يصح الكلام عن الشرح مع إهمال المشروح.

وأما المقدمة الثانية فخصصتها لترجمة الإمام القرافي رحمته الله، ترجمة غايتها التعرف على عوامل نبوغه، وظروف تكوين العقل الفقهي المتميز للإمام، وعلى أثر هذه الغاية يمضي المنهج والأسلوب المتبع في تحريرها فلا يكون هَمِّي الأول تتبع أطوار حياته ولا ما يحيط بها من سياقات علمية وسياسية واجتماعية كما يتبع ذلك من غايته تفصي الأخبار وحسب، بل سأقف على ما يمكن من معرفة آليات إنتاج المعرفة الفقهية عند القرافي، وكيف أنه حصل منهجا فريدا في التحرير الفقهي والقواعدي والنظر الكلي والمقاصدي. وحيث إن المادة العلمية حول المترجم وافرة، فإن العدول عن مجرد استدعائها إلى اكتشاف أسباب نبوغ صاحبها أقرب إلى وظيفية الترجمة في هذه الدراسة.

وتتولى المقدمة الثالثة دراسة كتاب «كفاية اللبيب في شرح التهذيب» من حيث عنوانه أولا، ثم نسبته إلى الإمام القرافي بالتحقق من كون نسخة القرويين هي بعينها كتاب الكفاية ثانيا، ثم منهج الإمام في هذا الشرح وتمييزه عن باقي

الشروح ثالثاً ، وذلك بالوقوف على أهم سماته في الشرح منهجاً ومضموناً .

وفي المقدمة الرابعة بيّنتُ عملي في تحقيق متن الكتاب .

أما قسم التحقيق ؛ ففيه متنُ الكتاب محققاً ومرتباً حسب الأبواب من كتاب السلم الأول إلى نهاية كتاب الديّات وهو آخر كتاب ، اجتهدت في توثيق مسأله والتعليق عليها قدر المستطاع .

وتيسيراً لأمر البحث ضُمن ثناياه قمت بوضع فهرس متنوع تكشف بعض مميزات المتن وفوائده .

بعد هذا المدخل الذي حاولت فيه بيان الغرض العام الذي جاء كتاب كفاية اللبيب على وفقه ، والخطة المرعية في البحث ، وأمضي الآن إلى بسط مقدمات الدراسة .



المقدمة الأولى

مكانة كتاب «التهذيب في اختصار المدونة»

❖ أهمية كتاب التهذيب

يعد كتاب «التهذيب» أو «تهذيب المدونة» أو «التهذيب لمسائل المدونة والمختلطة»^(١) للإمام أبي سعيد خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني المشهور بالبراذعي (ت ٤٣٨هـ)، من أشهر وأنفس ذخائر المالكية، وأهم المختصرات لكتاب المدونة، قصد فيه مؤلفه تيسير فهم المدونة وتسهيل حفظها وتدريسها، فعمد إلى اختصارها وتقريب مسائلها.

ويستمد هذا الكتاب أهميته أولاً من كونه اختصاراً للمدونة التي هي عمدة المذهب، وديوان أقوال الإمام مالك، وقيمتها لا تخفى في الفقه المالكي، وثانياً من حسن صنيع البراذعي في التهذيب والاختصار، حتى أصبح اسم المدونة ينصرف إليه عند الإطلاق. قال رحمه الله واصفاً منهجه في الكتاب: «واعتمدت فيها على الإيجاز والاختصار، دون البسط والانتشار، ليكون ذلك أدعى لنشاط الدارس، وأسرع لفهمه، وعُدّة لتذكره»^(٢).

وقد اشتمل كتاب التهذيب على مقدمة وخمسة وثمانين كتاباً؛ أولها كتاب

(١) انظر المقدمة التحقيقية للتهذيب لمسائل المدونة والمختلطة للبراذعي أبي سعيد، مركز نجيبويه، الطبعة الأولى ٢٠١٦ (ص: ٢٠).

(٢) التهذيب في اختصار المدونة، للبراذعي، طبعة دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث دبي، تحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، الطبعة الأولى ١٩٩٩، (١/١٦٧). وهذه الطبعة هي المعتمدة في هذه الرسالة.



الطهارة ، وآخرها كتاب الديات ، اقتصر فيه على مسائل المدونة والمختلطة دون أن يضيف إليها غيرها من مسائل الأمهات الأخرى .

وعن مكانة تهذيب البراذعي لدى المالكية يقول القاضي عياض : «وقد ظهرت بركة هذا الكتاب على طلبة الفقه ، وتيمنوا بدرسه وحفظه ، وعليه معول أكثرهم بالمغرب والأندلس»^(١) .

ومن مظاهر عناية المغاربة بالتهذيب ؛ ما ذكر المراكشي في «الإعلام بمن حل مراكش وأغمات من الأعلام» : «أن العلامة الكبير محمد بن عبد الكريم المغيلي التلمساني كان له ستة ممالك يحفظون تهذيب البراذعي»^(٢) .

✽ أهم الشروح على تهذيب المدونة

وقد تصدى لشرح التهذيب غير واحد من العلماء ، كعبد الرحمن بن محرز الإفريقي القيرواني (ت ٤٠٥ هـ) ، وأبي محمد بن عبد الله بن إسماعيل الإشبيلي (ت ٤٩٧ هـ) ، وأبي الفضل قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني (ت ٨٣٩ هـ) الذي له عليه شرحان ؛ كبير وصغير .

ومن أشهر الشروح : شرح نفيس الدين أبي الحزم مكي بن عوف بن أبي طاهر العوفي ، جاء في شجرة النور الزكية أنه ألف شرحا عظيما على تهذيب البراذعي في ست وثلاثين مجلدا يعرف بالعوفية ، تنافس في اقتنائه العلماء^(٣) .

(١) ترتيب المدارك وتقريب المسالك ، للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى ، مطبعة فضالة ، المغرب ، الطبعة الأولى ، تحقيق مجموعة من الأساتذة . (٢٥٧/٧) .

(٢) الإعلام بمن حل مراكش وأغمات من الأعلام ، للعباس بن إبراهيم المراكشي ، تحقيق عبد الوهاب بن منصور ، المطبعة الملكية ، الرباط ، ١٩٨٣ (١١١/٥) .

(٣) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، محمد بن مخلوف ، دار الكتب العلمية ، لبنان . الطبعة =



ولابن مرزوق الحفيد التلمساني (٨٤٢هـ): نهاية أمل اللبيب من شرح التهذيب، ذكره البغدادي في إيضاح المكنون^(١)، وفي ثبت أبي جعفر البلوي الوادي آشي (٩٣٨هـ): «رَوْضَةُ الْأَرِيبِ وَمُنْتَهَى الْأَمَلِ اللَّيْبِ فِي شَرْحِ التَّهْذِيبِ لَمْ يَكْمَلْ»^(٢).

كما لابن الأزرق (٨٩٦هـ) تهذيب على تهذيب البراذعي نسبة له ابن عبد السلام الناصري في رحلته الصغرى يسمى «مدونة ابن الأزرق»، في سفرين ضخمين^(٣)، وهو غير مشتهر ولا متداول، كما لإبراهيم بن عبد الصمد بن بشير (ت بعد ٥٢٦هـ) تهذيب على التهذيب كذلك، يوجد جزء منه في خزانة القرويين عدد ٣٨٠^(٤).

ومن أشهر شروح التهذيب أيضا، تقييد عن أبي الحسن الصغير علي بن عبد الحق الزرويلي (ت ٧١٩هـ)، قيده عنه تلاميذه وأبرزوه تأليفا، كما في سلوة

= الأولى ٢٠٠٣ (٢٣٨/١). وذكر الكتاني عن هذا الشرح ما نصه: «ولما قدم من المغرب ابنا الإمام أبي زيد وأخوه نسخاه وأنفقا في نسخه مالا عظيما وهو الآن في خزانة سلطان فاس بالمغرب، وبه نسخة وقف وهي التي بخط المؤلف، أخذت من تركة بيبرس الجمدار نائب السلطان بالثغر المحروس لما عزل، ووقع في الديباج ما نصه: وبيعت بالقاهرة المحروسة فاشتراها قاضي القضاة الاخنائي المالكي وهو كتاب نقيس إلى الغاية. ووقفت على مجلدة قد نسخت منها، قيل إنها من تجزئة خمسين مجلدا في أسفار كبار فعددت خمس كراريس ونصف مسطرة سبعة وعشرين سطرا في الكلام على سجود التلاوة فقط». انظر تاريخ المكتبات الإسلامية ومن ألف في الكتب محمد عبد الحي الشيخ بن عبد الكبير الكتاني (ت ١٣٨٢هـ) الرابطة المحمدية للعلماء الطبعة الأولى ٢٠١٣م.

(١) إيضاح المكنون (٦٩٠/٤).

(٢) ثبت أبي جعفر البلوي الوادي آشي. طبعة دار الغرب ط ١٤٠٣. (ص: ٥٤٦).

(٣) تاريخ المكتبات الإسلامية. (ص: ٣٢٧).

(٤) انظر شجرة النور (ص: ١٢٦) والدليل التاريخي لمؤلفات المذهب المالكي د محمد العلمي منشورات مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي الرابطة المحمدية للعلماء. ط ٢٠١٢/١ (ص: ١١٥).



الأنفاس والمعيار المعرب وعند الحجوي ، وهو من أشهر التقايد على تهذيب البرادعي^(١) ، كما أن لبدر الدين القرافي ، محمد بن يحيى بن عمر المصري (ت ١٠٠٨هـ) شرح على التهذيب ذكره التنبكتي في نيل الابتهاج^(٢) .

ووضع الشيخ أبو محمد عبد الكريم بن عطاء الله اختصارا على التهذيب ، وشرحا عليه سماه: «البيان والتقريب في شرح التهذيب»^(٣) ، وللزناتي عليه شرح ذكره الخرشي في شرحه على خليل^(٤) .

وقال ابن عرفة عن الشيخ الأبياري: «له تصانيف حسان منها شرح التهذيب ، ومنها شرح البرهان»^(٥) .

وقد عقد الدكتور محمد العلمي فصلا نفيسا جمع فيه ما ألف على متن

- (١) حقق من طرف باحثين في رسائل دكتوراه بالمملكة المغربية والمملكة السعودية .
- (٢) نيل الابتهاج بتطريز الديباج . لأحمد بابا التنبكتي ، دار الكتاب طرابلس ، ليبيا ، ط ٢ / ٢٠٠٠ . (٢٩٩/٢) . ومن الشروح التي تحمل عناوين متشابهة بكفاية اللبيب ، «نهاية أمل اللبيب من شرح التهذيب» قال صاحب إيضاح المكنون إسماعيل بن محمد أمين البغدادي: (أعني تهذيب المدونة للبرادعي في فروع المالكية - لحفيد ابن مرزوق التلمساني محمد ص الاستيعاب) إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون . طبعة دار إحياء التراث العربي لبنان . (٦٩٠/٤) . و«منية اللبيب في شرح التَّهْذِيب» لابن مطهر الحلبي في الأصول . هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين لإسماعيل باشا البغدادي ، طبعة وكالة المعارف ، استانبول ١٩٥١ ، أعادت طبعه دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان . (١٧٩/٢) .
- (٣) انظر مواهب الجليل (١٠٥/٣) ، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، لعلي بن أحمد العدوي ، دار الفكر بيروت لبنان ، طبعة ١٩٩٤ . (١٦٩/١) .
- (٤) انظر شرح مختصر خليل للخرشي محمد بن عبد الله الخرشي دار الفكر للطباعة - بيروت الطبعة: بدون . (٢٠/٢) .
- (٥) انظر المختصر الفقهي لابن عرفة محمد بن محمد ، مؤسسة خلف أحمد الخبتور ، الطبعة ٢٠١٤/١ . (٢٥٢/٩) .

البرادعي من الشروح والتقايد في كتابه الدليل التاريخي لمؤلفات المذهب المالكي فليُنظر^(١).

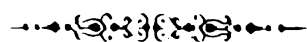
ومن أهم الشروح على تهذيب المدونة للبرادعي كتاب: «كفاية اللبيب في شرح التهذيب» - موضوع هذه الأطروحة - لمؤلفه الإمام البحر الفقيه اللوذعي الكبير سيدي شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المالكي، وها هي ذي ترجمته بين يديك.



(١) الدليل التاريخي لمؤلفات المذهب (ص: ١١٥) وما بعدها.

المقدمة الثانية

ترجمة الإمام شهاب الدين القرافي



ليست الغاية من تراجم علماء هذه الأمة عرض مناقبهم وأطوار حياتهم فحسب، بل لابد لمن يتعاطى تراجم العلماء - اطلاعا لها أو إنشاءً - أن يتفطن في مطالعته أو يبرز أثناء إنشائه لترجمة ما، عوامل وأسباب التميز العلمي والفكري للمترجم، فيجتهد في استثمار هذه الأسباب والعوامل لاستئناف سير تلك المعارف والعلوم، أو يقدمها - إن أعوزه الاجتهاد والجدُّ - إلى المتشوف لتلك الرتبة حتى يمتطي صهوة ذلكم الاستئناف، ويخوض لجج النظر والتجديد في ذلك الفن الذي يتعاطاه.

ولما كان شهاب الدين القرافي صاحبُ الكفاية، من أبرز أعلام مذهب الإمام مالك، وصاحب نظر دقيق في تخريج المسائل على أبداع المسالك، وتقعيد الفقه على طريقة سبق إليها سبق المالك لأزمة العلوم - يظهر ذلك من ذخيرة المالكيين له، والتي جمع فيها الفقه بأدلة الفقه وقواعده المشتملة على أسرار وحكم الشرع، ثم اهتدى إلى أفراد هذين بالتأليف، فوضع «الفروق»، على أسلوب في التصنيف غير مسبوق، وكان قد ألف قبله «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام» أيضا على فريدة - فإن كتاب «كفاية اللبيب في شرح التهذيب»، قد حاز من ذاك الأسلوب السهم والنصيب.

وامتدادُ هذا النَّفس في غالب كتب الإمام القرافي يُنبئ بتمكُّنه رَحِمَهُ اللهُ من آلة المنهج والبراعة في التأليف، مما سنتبينه في المبحث الخاص بدراسة منهجه في الكفاية.



وأما السؤال الذي سأجيب عنه في هذا المبحث فهو الآتي :

ما الذي جعل الإمام القرافي يتميز في معارفه وتآليفه ؟ وما هي العوامل التي ساهمت في تكوين هذا العقل المبدع ؟

لا شك أن سؤالاً كهذا يشي بقضية تراود صاحبه وهو يبحث في فكر وحياة المترجم ويسعى ما أوتي إلى إبراز جدواها وجدّتها ؛ وهذا ما جعل دراسة الأستاذ البحاثة الصغير بن عبد السلام الوكيللي ، مثلاً ، والموسومة بـ : «الإمام الشهاب القرافي حلقة وصل بين المشرق والمغرب في مذهب مالك في القرن السابع» تتميز عن نظيراتها بجملّة أمور :

أ - فإنه اشتغل على إثبات أمر كلّ في ترجمة القرافي ؛ وهو كونه حلقة تصل بين المغاربة والمشاركة في مذهب مالك ، وهذا الكلي يقتضي منه لا دراسة الشهاب في حياته وحسب ، بل دراسته في الأجيال التي قبله وصولاً إلى إمام المذهب ، والتي بعده وصولاً إلى عصرنا ، وذلك عبر آليتين هما : آلية تتبع الأسانيد والشيوخ ، وآلية تتبع أثر آرائه واجتهاداته على من جاء بعده من المغاربة خاصة .

ب - وإنه قد تفتن دون من سبقه إلى حضور آلية المناظرة لدى القرافي ومدى أهميتها في كتاباته ، فاشتغاله على هذا المبحث جعله يقف على تميز الإمام القرافي في إنتاجه العلمي وتفرد المنهجي في بناء النصوص وإقامة الأدلة وضجدها ، وإيراد الحجج ، وإبطال الدعاوى ، وتوجيه الأقوال ، وتصويب الآراء .

ت - ثم إنه أبرز بشكل واضح موسوعية الإمام ودورها في إبداعه وتميزه

في بابي القواعد والمقاصد خاصة .

وعلى هذا السنن سأمضي في هذه الدراسة ، واضعاً أركان الإجابة على السؤال . وهذه الإجابة تنطلق من إبراز مظاهر التكامل المعرفي عند الإمام شهاب الدين القرافي وأثر ذلك على نظره الفقهي ، وسأبسط الكلام في ذلك الآن .

❖ الركن الأول: النشأة العلمية بين المنهج المتين والمعرفة المتسعة:

١ - الاسم والنسبة

هو شهاب الدين ، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن يَلِيْنُ الصَّنْهَاجِي مَحْتِدًا ، البَهْشِيمِيّ مولداً^(١) ، القرافي .

ونسبته إلى القرافة كما عند ابن فرحون في الديباج ، عن ابن رشيد السبتي صاحب ملء العيبة: أن بعض تلاميذ القرافي ذكر سبب شهرته بهذا اللقب ؛ لما أراد الكاتب أن يثبت اسمه في بيت الدرس ، وكان حينئذ غائباً ، فكتبه بالقرافي ؛ لأنه كان يُقبل من جهة القرافة^(٢) ، وقريبٌ منه ما عند الصفدي في الوافي بالوفيات من أن سؤال الكاتب عنه وقع يوم تفرقة الجامكية^(٣) بمدرسة الصاحب بن شُكر

(١) كذا ضبطها كمال الدين الأُدْفُوي ، نسبة إلى بهشيم بباء موحدة ثاني الحروف ، وهاء وباء ثانية ، وشين معجمة ، وباء آخر الحروف ، وميم ؛ قريةٌ من أعمال البهنسا ، انظر البدر السافر عن أنس المسافر ، لكمال الدين جعفر الأُدْفُوي ، تحقيق قاسم السامرائي ، وطارق طاطمي ، منشورات مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث للرابطة المحمدية للعلماء ، الطبعة الأولى ٢٠١٥ . (٩٦/١) . وقد تقرأ بهشيم ، وبهشيم . انظر الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب إبراهيم بن فرحون ، دار التراث للطبع والنشر ، القاهرة (٢٣٩/١) .

(٢) انظر الديباج المذهب لابن فرحون (٢٣٨/١) .

(٣) الجامكية رواتب الطلبة والموظفين بالدولة .

بمصر (المدرسة الصاحبية)، فقيل: هو بالقرافة، فقال: اكتبوه القرافي، فلزمه ذلك^(١). فيكون الإمام شهاب الدين قد اكتسب لقب القرافي لما كان يدرس بالمدرسة الصاحبية، والتي أنشأها صاحب صفي الدين بن شكر، كما عند المقرئ في الخطط^(٢).

وفي «العقد المنظوم في الخصوص والعموم» للقرافي نفسه، نصّ أوثق مما عند ابن فرحون والصفدي، يقول: «واشتهاري بالقرافي ليس لأنني من سلالة هذه القبيلة، بل السكنى بالبقعة الخاصة مدةً يسيرة، فاتفق الاشتهار بذلك»^(٣).

وأما الصنهاجي؛ فنسبة متفق عليها من قبل المترجمين له. وصنهاجة من كبرى قبائل البربر بجنوب المغرب الأقصى وهي أرومة دولة المرابطين (من ٤٥٣ هـ إلى ٥٣٩ هـ) التي شمل نفوذها معظم الغرب الإسلامي، يزكي هذا اسم جدّه الثالث يَلِيْن، ضبطه ابن فرحون كما ينطق به الصنهاجيون^(٤). وعليه؛ فالقرافي مغربي الأصل بلا شك، ونصه في كتابه «العقد المنظوم في الخصوص والعموم» يحسم مادة الخلاف في ذلك حيث قال: «وإنما أنا من صنهاجة الكائنة بقطر مراكش من أرض المغرب»^(٥)، قال الأستاذ الصغير الوكيل لما تحدث عن نسبة القرافي إلى صنهاجة: «الظاهر أن صنهاجة التي نسب إليها الإمام القرافي هي القبيلة الأولى شمال فاس لأنها كانت موطن علم وعلماء، وكان أبناؤها

(١) الوافي بالوفيات للصفدي دار النشر فرانز بفيساباون، طبعة ١٩٦٢، (٢٣٣/٦).

(٢) المواعظ والاعتبار، في ذكر الخطط والآثار، المقرئ تقي الدين. مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي ط ٢٠١٣/٢ (٤٧٧/٤).

(٣) العقد المنظوم في الخصوص والعموم في الخصوص والعموم للإمام القرافي، ت أحمد الختم عبد الله، دار الكتبي مصر. ط ١٩٩٩. (٤٤٠/١).

(٤) انظر الديباج لابن فرحون (ص: ٦٤).

(٥) العقد المنظوم في الخصوص والعموم للقرافي (٤٤٠/١).



يقبلون على السفر لطلب العلم كثيرا»^(١).

٢ - النشأة

لا تذكر كتب التراجم عن نشأة القرافي الكثير، بل لم تنقل تاريخ ولادته، اللهم ما عند حاجي خليفة في كشف الظنون من أن القرافي ولد سنة ٦٢٦ هـ، كما نقله البغدادي^(٢)، وهو الصحيح الموافق لما ذكره الإمام في «العموم والخصوص»: «ونشأتي ومولدي سنة ستّ وعشرين وستمائة»^(٣).

وأما انتقاله من بلده المغرب إلى مصر متى كان فغير محقق؛ رجح الأستاذ محمد حجي «أن يكون خروجه من المغرب خلال العقد الخامس من القرن السابع في فترة الاضطراب التي عرفت نهايتها دولة الموحدين، وقبل أن تتمكن قدم دولة المرينيين مع يعقوب بن عبد الحق سنة (٦٥٦ هـ/١٢٥٨ م)، وإذا قدرنا أنه كان آنذاك في الثلاثين من عمره فتكون ولادته حوالي عام (٦٢٦ هـ/١٢٢٣ م)، كما استنتج ذلك إسماعيل البغدادي في إيضاح المكنون»^(٤)، لكن هذا التقدير لا يرقى إلى درجة اليقين القوي لافتقاده إلى دليل صريح، على أن الأدفوي، وتغري بردي يذكran ولادته ببهبشيم.

وأما الأستاذ الصغير الوكيل، فرأى أن الأب إدريس هو الذي انتقل إلى مصر، وقصد البهنسا من الصعيد، فوُلد له أحمد هناك، اعتمادا على كون الأب

(١) الشهاب القرافي للوكيلي (١/١٤٢).

(٢) هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون إسماعيل باشا البغدادي: (٦/٩١).

(٣) العقد المنظوم في الخصوص والعموم (١/٤٤٠). كشف الظنون (٢/١١٥٣)، هدية العارفين (١/٩٠).

(٤) الذخيرة للقرافي - مقدمة التحقيق - (١/١٢).



هو المؤهل لهذا السفر طلباً للعلم^(١).

وأما ولادته فكانت ببَهْشِيم ، وهي قرية من عمل البهنسا^(٢).

نشأ على قدر كبير من الجد والاجتهاد منذ صغره ، حيث انتقل إلى قرية دنديل ، إحدى قرى مصر ، يحرس القصب هناك في كورة البوصيرية ، وقد بكر بالاعتناء بالفقه منذ ذاك الوقت ، قال الأدفوي (ت ٨٧٤ هـ) : « وقال لي شيخنا أثير الدين أبو حيان : رأيت ناطورة هناك ، وقالوا لي : هذه ناطورته التي كان يحرس فيها . واشتغل هناك بالفقه على مذهب مالك »^(٣).

ثم قصد القرافة فلبث فيها مدة يسيرة ، حيث اكتسب لقب القرافي ، غير أن المصادر لا تسعف بتواريخ هذه الفترات ، ولا القدر الذي أمضاه في كل مرحلة من هذه النشأة.

والظاهر من نص الأدفوي ، أنه انتقل من دنديل إلى مصر لاستكمال تحصيله العلمي ، والنهل من علماء زمانه الكبار ، ومصر آنذاك كما قال الإمام القرافي : « اسم يقع على ما هو من الإسكندرية إلى عيذاب ، لأن ذلك كله برّ واحد ، ولذلك جرت العادة أن عيذاب من عمل مصر لكن العُرف قد خصص الآن مصر بهذا البلد »^(٤).

فكانت وجهته العلمية في هذه المرحلة تحصيل علم الأصول وعلم الاعتقاد ،

(١) الإمام الشهاب القرافي حلقة وصل بين المشرق والمغرب (١٤٥/١ - ١٤٦ - ١٤٧).

(٢) انظر البدر السافر (٩٦/١) ، والمنهل الصافي لابن تغري بردي ، تحقيق محمد أمين ، الهيئة المصرية العامة للكتاب . (٢٣٣/١).

(٣) البدر السافر (٩٦/١) . والناطور : حافظُ الزرع والتمر . انظر لسان العرب مادة : «نظر» .

(٤) انظر كفاية اللبيب ، أول كتاب السلم الثاني .

قال الأدفوي: «وقدم مصر فاشتغل بالأصولين»^(١)، فارتاد المدارس الكبرى.

٣ - المدارس التي درّس فيها أو درّس بها

١ - المدرسة الصالحية: أهم مدرسة قدم إليها الإمام القرافي للتعلم هي المدرسة الصالحية، أتاها تلميذا قبل أن يصير شيخها المبرز، «لذلك لا نشك في أنه أخذ العلم بها قبل أن يكون أستاذا فيها، ومن الثابت أن المدرسة الصالحية بدأ التدريس فيها سنة ٦٤١هـ، أي والقرافي كان في عمر الحادية والعشرين، وبذلك لا يبعد أن يتعلم في هذه الجامعة التي كانت أشهر من نار على علم»^(٢).

هذه المدرسة فقد بناها الملك الصالح نجم الدين أيوب ورتب فيها دروسا أربعة للفقهاء المنتمين إلى المذاهب الأربعة سنة إحدى وأربعين وست مائة. ثم إن عصمة الدين بنت لأجل مولاها الملك الصالح نجم الدين أيوب قبة بجوار المدرسة الصالحية، كما في خطط المقرئ: «كان موضعها - أي القبة الصالحية - قاعة شيخ المالكية. وفي المسودة: كانت بيت مدرس المالكية بالمدارس الصالحية»^(٣)، ولا تزال بقايا إيوان المالكية ماثلة هناك إلى يومنا. ولما مر ابن السنينيرة الشاعر هو والأمير نور الدين تكريت بالقاهرة بين القصرين ونظر إلى تربة الملك الصالح هذه وقد دفن بقاعة شيخ المالكية أنشد:

بُنِيَ لأرباب العلوم مدارساً ۞ لتنجّوبها من هول يوم المهالك
وضاقت عليك الأرض لم تلق منزلاً ۞ تحلّ به إلا إلى جنب مالك^(٤)

(١) البدر السافر (٩١/١).

(٢) الإمام الشهاب (١٦٠/١).

(٣) المواعظ والآثار في ذكر الخطط والآثار للمقرئ (٤٩٢/٤).

(٤) نفس المصدر (٤٩٤/٤)، وابن السنينيرة هو الأديب جمال الدين أبو المظفر عبد الرحمن بن =

وعلى التدريس بهذه المعلمة تعاقب أساطين الفقه، فذكر الونشريسي أن ابن الحاجب المالكي درّس بها^(١)، ودرس بها شمس الدين محمد بن ابراهيم بن عبد الواحد المقدسي الحنبلي أحد شيوخ القرافي كما سيأتي بعد، ثم كان آخر من درّس بها قبل الإمام القرافي شرف الدين السبكي.

وفي هذه المدرسة نُسخت مخطوطة كفاية اللبيب التي في القرويين كما هو مكتوب في آخرها، وذلك سنة ٦٨١ هـ، فإذا استحضرنّا أن النسخة عرضت على الإمام القرافي وعليها حواش بخطه جاز أن يكون حصل ذلك إبان تدريسه بهذه المدرسة أواخر عمره، وقد نقل الصفدي أنه درس بها المرة الثانية حتى توفي^(٢).

وما يرفع الشك أن القرافي كان يدرس بها ما ذكر الشيخ المنتوري^(٣) في فهرسته أن المفتي أبا علي عمر بن سليمان ابن داود العثماني المكناسي^(٤) قرأ

= أبي سعد الواسطي ت ٦٢٦ هـ.

(١) المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب، لأحمد بن يحيى الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف د محمد حجي. طبعة دار الغرب الإسلامي ط: ١٩٨١. (٣٧٣/١٢).

(٢) الوافي بالوفيات (١٤٦/٦).

(٣) أبو عبد الله محمد بن عبد الملك بن علي بن عبد الملك القيسي المنتوري، ولد بغرناطة سنة ٧٦١ هـ، وأخذ عن فرج ابن لب ومحمد بن علي البلنسي والشيخ محمد بن محمد الأليزي ومحمد بن سعد المعروف بابن بقي، وإمام القراءات محمد بن محمد القيحاوي، ورحل إلى فاس وأخذ عن أبي عبد الله محمد بن عمر اللخمي ويحيى السراج وغيرهم، له فهرسة مطبوعة، وكتاب الرائق في نصوص الوثائق، وشرح على رجز أبي الحسن بن بري واختصار الغريزي وترتيبه على السور وري الظمان في عدد آي القرآن وتأليف في الآداب والرقائق وغيرها، توفي سنة ٨٣٤ هـ. انظر للتفصيل في فهرسة المنتوري دراسة وتحقيق محمد بنشريف ص ١١ طبعة مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث الرابطة المحمدية للعلماء المغرب ط ٢٠١١.

(٤) هو الشيخ المقرئ الحافظ أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد بن سليمان الأنصاري القرطبي =



على الإمام القرافي كتاب «تنقيح الفصول في علم الأصول» بالمدرسة الصالحية من القاهرة^(١).

وأرجح أن الواقعة التي ذكرها صاحب المعيار مع أحد المتطلبين قد وقعت في هذه المدرسة، لأنها المدرسة التي أقام في التدريس بها طويلاً؛ نقل ابن راشد القفصي من نوادر شهاب الدين رحمه الله أن بعض المتطلبين قرأ عليه مدةً بأجرة، ثم انتقل عنه فقرأ على شمس الدين الأصبهاني فأعجب به فأقبل يطلب من الشهاب ما بذل له في الأجرة مُحتجاً بأنه لم ينتفع بالقراءة عليه، فكان جوابه له: لولا تَأَنُّسُ بصرِكَ بضوء الشهاب لا نطمس بأشعة الشمس، قال ابن راشد: وهذه سُنَّة شرار المبتدئين بين الأئمة الراسخين^(٢). وهذا النقل يفيد تميز هذا الإمام بسرعة البديهة في الجواب مع ما احتوى باطنه من الحِلْم والتواضع الجم.

٢ - المدرسة الصاحبية:

هذه المدرسة أنشأها صاحب صفى الدين ابن شكر، وهو على مذهب مالك فجعلها وقفاً على المالكية، وبها درس نحو وخزانة كتب، ثم جدد عمارتها القاضي ابن الزبير ناظر الدولة في أيام الملك الناصر حسن بن محمد بن قلاوون سنة ٧٥٨ هـ^(٣).

= نزيل فاس، أخذ عن علي بن عبد الغني وابن أبي الأحوص القرشي الفهري والقاضي أبي جعفر العصمي الثقفي وابن أبي ربحانة، وعنه المقرئ محمد بن عمر اللخمي وأبو الحسن الصغير صهره. نشأ بمالقة ثم رحل إلى فاس وبها توفي سنة ٧٣٠ وقيل ٧٢٧ وقيل ٧٣٦. انظر ترجمته في سلوة الأنفاس (١٨٢/٣)، والذيل والتكملة (٢١٧/١)، وغيرها.

(١) فهرسة المنتوري لأبي عبد الله محمد بن عبد الملك بن علي القيسي المنتوري (ص ١٧٠).

(٢) المعيار المعرب (٢٣٧/٨).

(٣) المواعظ والاعتبار (٤٧٧/٤).



وأستنتج أن القرافي كان تلميذا بهذه المدرسة مما نقلته سلفا عن ابن فرحون والصفدي، في سبب تسميته بالقرافي، من كونه يستفيد من الجامكية، أي العطاءات المخصصة لطلابها^(١)، كما أنه استفاد من خزانها قال عنها في كتابه «نفائس الأصول»: «وهذه الفصول وجدتها في كتاب في الخزانة الصاحبية الوزيرية الناجية أسبغ الله ظلالها»^(٢).

٣ - المدرسة الفاضلية:

تأسست سنة ٥٨٠ هـ على يد القاضي الفاضل عبد الرحيم بن علي البيسانى ووقفها على طائفتي الفقهاء الشافعية والمالكية^(٣)، وهي أيضا - إلى جانب المدرسة الصالحية - كان ابن الحاجب يُدرّس فيها كما نقل ذلك السيوطي في بغية الوعاة قائلا: «دخل مصر - أي ابن الحاجب - هو والشيخ عز الدين بن عبد السلام، وتصدر هو بالفاضلية ولازمه الطلبة»^(٤)، فالراجح من هذا أن القرافي كان من زمرة أولئك الطلبة الملازمين.

هذه هي المدارس التي ترجح لدي أن الإمام القرافي درّس أو درّس فيها، إضافة إلى مدرسة طبرس، وجامع مصر^(٥).

ومتى علمنا حضور المذاهب الفقهية؛ المالكية والشافعية والحنفية فيها،

(١) الوافي بالوفيات للصفدي (١٤٦/٦).

(٢) نفائس الأصول في شرح المحصول لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز الطبعة ١٩٩٥/١. (٤٩٩/١).

(٣) المواعظ والاعتبار (٤٦٢/٤).

(٤) بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة لجلال الدين السيوطي، المكتبة العصرية، لبنان، ط ١٩٧٩/٢. (١٣٥/٢).

(٥) الوافي بالوفيات (١٤٦/٦ - ١٤٧).



وتنوع الفنون التي كانت تدرّس هناك ، وتعاقب العلماء على التدريس بها ، أدركنا ما سيكون للإمام القرافي في تأليفه وآرائه واجتهاداته من المؤهلات العلمية والفكرية التي صقلت عقله الفذة .

وعلى هذا ، فإن مرحلة التكوين العلمي في حياة الإمام شهاب الدين يطبعها علو في الهمة ، وتشوف إلى تحصيل ما لدى الشيوخ ، وحرص على الأخذ المباشر والتام عنهم ، مع الإبقاء على نوع من الاستقلال بالرأي ونبذ داعية التقليد ، تشهد لذلك نظرتة إلى أساتذته الذين أخذ عنهم ، والذين سنذكر في المبحث الموالي أشهرهم :

٤ - الشيوخ

أولهم : عز الدين بن عبد السلام الشافعي ، عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسين السلمي سلطان العلماء ، أخذ الفقه على فخر الدين بن عساكر ، والأصول عن سيف الدين الآمدي وسمع الحديث من الحافظ أبي محمد القاسم بن أبي القاسم ابن عساكر ، وابن إسماعيل الطيبي ، والتصوف عن أبي الحسن الشاذلي والشهاب السهروردي^(١) . قدم من دمشق إلى مصر في عهد السلطان نجم الدين أيوب وذلك سنة ٦٣٩هـ ، وبقي بها إلى أن توفي سنة ٦٦٠هـ ، ودفن بالقرافة .

من مؤلفاته الدالة على بلوغه مراتب الاجتهاد ، (قواعد الأحكام في مصالح

(١) انظر طبقات الشافعية الكبرى ، لتاج الدين ابن السبكي ، تحقيق محمود محمد الطناحي د . عبد الفتاح محمد الحلو . هجر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة : الثانية ، ١٤١٣هـ (٢١٤/٨) . وحسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة ، لجلال الدين السيوطي ، دار إحياء الكتب العربية - مصر الطبعة ١/ ١٩٦٧ (٣١٥/١) .



الأنام أو القواعد الكبرى) و(القواعد الصغرى)، و(الإمام في بيان الأدلة والأحكام)، و(شجرة المعارف والأحوال) وغيرها.

والعز بن عبد السلام أكثر الشيوخ تأثيراً في الإمام القرافي، علماً وسلوكاً، وكان القرافي حين قدوم العز إلى مصر في مطلع شبابه يبلغ من العمر نحو خمسة عشر عاماً، فلازمه ما يقارب عشرين سنة واستفاد من براعته في علم الفقه والقواعد والأصول؛ حتى أن كتاب الفروق أشبه ما يكون بنتاج قواعد الأنام.

فما أكثر النقول عنه، وما أشد تأثيره به، لولا تفرد القرافي بمنهج آخر في الفروق، وكذلك الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وموسوعة الذخيرة، فمؤلفاته شاهدة على التأثير العلمي العميق، قال الأستاذ عبد الفتاح أبو غدة: «وقد ملك الشيخ عليه قلبه ولبه، بغزارة علمه وثقابة ذهنه ومثانة دينه وقوة شخصيته وبسالته في نصرة الحق، وكريم تواضعه وورعه وفضله فألقى القرافي إليه المقاليد...»^(١).

الثاني: الشريف الكركي، شرف الدين محمد بن عمران، المغربي الفاسي (ت ٦٩٨ هـ)، شيخ المالكية، أخذ عن الهسكوري صاحب التقييد المشهور على الرسالة، ورحل إلى مصر فأخذ عن العز بن عبد السلام الشافعي، وتلمذ عليه القرافي، وقال عنه: إنه تفرد بمعرفة ثلاثين علماً وحده، وشارك الناس في علومهم^(٢)، وكثر الآخذون عنه.

الثالث: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن عبد الواحد بن علي المقدسي،

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام لشهاب الدين القرافي، طبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، عناية د عبد الفتاح أبو غدة. ط ٢٠٠٩/٥ (ص ٢٢).

(٢) الديباج لابن فرحون (٢/٢٥٩).



شمس الدين: وهو مغربي أيضا هاجر إلى المشرق وعرف هناك بابن أبي سرور المقدسي الحنبلي ولقب بشمس الدين، وانتقل إلى مصر حيث تصدر للتدريس، وكان أول من ولي منصب قاضي القضاة الحنابلة بالديار المصرية وبقي بها إلى أن مات عام ٦٧٦ هـ، ودفن بالقرافة.

ولم يذكر أصحاب كتب التراجم من صلة القرافي به سوى أنه سمع عليه مصنفه (وصول ثواب القرآن) مع أن لأبي بكر الإدريسي مؤلفات أخرى، وقد كان الإمام القرافي يرى كما في المعيار المعرب أن وصول ثواب القرآن للميت لا يحصل إلا إذا كان بجوار القبر مشافهة. قال الونشريسي: وأما شهاب الدين في القواعد فنص على أنه لا ينتفع بذلك إلا إذا قرأ على القبر مشافهة، وهو قول خارج عن المذهب ينحو إلى مذهب الشافعي^(١).

الرابع: ابن الحاجب المالكي: عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس (٥٧٠ هـ - ٦٤٦ هـ) الإمام المحقق النحوي الأصولي الفقيه، قال عنه تلميذه القرافي: «شيخنا الإمام الصدر العالم، جمال الفضلاء ورئيس زمانه في العلوم وسيد وقته في التحصيل والفهوم»^(٢)، من مؤلفاته الكافية في النحو، ومنتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، والأمالي، ومختصر المنتهى، وجامع الأمهات.. أخذ عن كثير من الشيوخ منهم شمس الدين أبو الحسن علي بن إسماعيل بن عطية الصنهاجي الأبياري شارح البرهان لإمام الحرمين.

الخامس: الخُسر وشاهي، عبد الحميد بن عيسى بن عمويه شمس الدين،

(١) المعيار المعرب (١/٣٢١).

(٢) الفروق لشهاب الدين القرافي. تحقيق عبد الحميد هنداي، المكتبة العصرية صيدا بيروت ط: ٢٠١١. (١/٦٣ - ٦٤).



(٥٨٠ - ٦٥٢هـ)^(١)، العلامة الشافعي الفقيه الأصولي المتكلم، كان بارعا في المعقولات قرأ على الإمام فخر الدين الرازي وأكثر الأخذ عنه، قال عنه القرافي في العقد المنظوم: «وكان الشيخ شمس الدين خسروشاهي لما ورد البلاد يدعي أن أحدا لا يعرف حقيقة علم الجنس إلا هو، والظاهر صدقه، فإني لم أر أحدا يحققه إلا هو»^(٢).

السادس: ابن أبي الفضل المرسي^(٣)، محمد بن عبد الله بن محمد السلمي شرف الدين، (٥٧٠ - ٦٥٥هـ) العلامة الشافعي الفقيه المحدث الأصولي النحوي المفسر، كان زاهدا متعبدا، نعته الإمام القرافي بالشيخ الإمام العلامة^(٤).

السابع: الحافظ المنذري عبد العظيم بن عبد القوي أبو محمد زكي الدين الشافعي (٥٨١ - ٦٥٦هـ)، الإمام الحافظ المحدث المؤرخ الزاهد الورع، صاحب الترغيب والترهيب ومختصر سنن أبي داود، ومختصر صحيح مسلم والتكملة لوفيات النقلة.

الثامن: الخونجي^(٥)، محمد بن نامور بن عبد الملك أبو عبد الله أفضل الدين، (٥٩٠ - ٦٤٦هـ) العلامة الشافعي، له اليد الطولى في المعقولات، حتى تفرد برئاسة ذلك في وقته، وله اشتغال بالطب، من آثاره كشف الأسرار عن

(١) انظر ترجمته في طبقات ابن السبكي (١٦١/٨).

(٢) العقد المنظوم في الخصوص والعموم، لشهاب الدين القرافي، تحقيق محمد علوي بنصر، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٩٩٧. (٢٠٠/١).

(٣) انظر طبقات الشافعية (٦٩/٨)، والشذرات (٤٦٥/٧).

(٤) الاستغناء في أحكام الاستثناء لشهاب الدين القرافي، تحقيق محمد عبد القادر عطا دار الكتب العلمية ط ١/١٩٨٦ (ص: ٣٦٠).

(٥) انظر طبقات ابن السبكي (١٠٥/٨) والشذرات (٤٠٩/٧).



غوامض الأفكار ، والموجز في المنطق .

هؤلاء السبعة أهم الشيوخ الذين أخذ عنهم الإمام القرافي فبرع في علوم الشريعة وعلوم العقلیات ، وآلت إليه الرئاسة في زمانه ، والبراعة في ميدانه . حتى أقبلت إليه التلاميذ والطلبة والعلماء من كل جانب ينهلون منه علومه وفنونه .

٥ - التلاميذ

وعلى رأس تلاميذه:

* ابن راشد البكري القفصي ، محمد بن عبد الله ، الإمام الجليل توفي (٧٣٦هـ) له تأليف: «الشهاب الثاقب في شرح مختصر ابن الحاجب» ، «المذهب في ضبط مسائل المذهب» ، «لب اللباب» ، وغيرها . قال عن شيخه القرافي: «ثم رحلت إلى القاهرة إلى شيخ المالكية في وقته ، فقيد الأشكال والأقران ، نسيج وحده وثمر سعده ، ذي العقل الوافي والذهن الصافي ، الشهاب القرافي ، كان مبرزاً على النظّار ، محرزاً قصب السبق ، جامعاً للفنون ، معتكفاً على التعليم على الدوام ، فأحلني محل السواد من العين ، والروح من الجسد فجُلْتُ معه في المنقول والعقول»^(١) .

* إبراهيم بن يخلف المطماطي: إبراهيم بن يخلف المطماطي^(٢): أبو إسحاق ، المالكي انتهت إليه رئاسة العلم والفتوى بالمغرب ، وفي الابتهاج: «قرأ بالقاهرة المنطق والجدل على القرافي» ، وله: شرح كتاب التلقين للقاضي عبد الوهاب ، وهو مفقود .

(١) نيل الابتهاج (ص ٢٣٥) .

(٢) انظر ترجمته في نيل الابتهاج (ص: ٣٥ - ٣٧) ، شجرة النور (ص: ٢١٨) .



* أبو الربيع سليمان اللجائي ؛ نقل ذلك التنبكتي في نيل الابتهاج فقال :
« قال ابن الخطيب القسنطيني : شيخنا ومفيدنا الفقيه الحافظ المفتي بفاس ، أخذ
عن الربيع اللجائي تلميذ القرافي وانفرد بمعرفة كتابي ابن الحاجب في الأصول
والفروع ، وختمت عليه الأصلي بفاس وحضرت درسه في المدونة مدة ، وتوفي
سنة تسع وسبعين وسبعمائة .

* أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري^(١) : محمد بن إبراهيم الليثي ،
المراكشي (ت ٧٠٧هـ) ، أخذ عن القرافي عند مقدمه إلى مصر في رحلة الحج ،
له « إكمال الإكمال للقاضي عياض على صحيح مسلم » ، و« ترتيب الفروق
واختصارها » .

* تاج الدين الفاكهاني ؛ أبو حفص عمر بن علي بن سالم بن صدقة اللخمي
الإسكندري ، له المنهج المبين في شرح الأربعين ، والتحرير والتحبير ، والإفهام
في شرح عمدة الأحكام توفي ٧٣٤هـ^(٢) .

* ابن بنت الأعز ؛ عبد الرحمن بن عبد الوهاب بن خلف بن بدر العلامي
الشافعي (٦٩٥هـ) ، القاضي والوزير ، قال السبكي : « قرأ الأصول على القرافي ،
وتعليقه القرافي على المنتخب إنما صنعها لأجله .

* ناصر الدين البكري ؛ محمد بن عوض بن عبد الخالق التيمي البكري
(٧٣٣هـ) ، قال في الدرر الكامنة : « وبرع في الأصول على القرافي »^(٣) .

(١) انظر الديباج (٣١٦/٢) ، نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب ، وذكر وزيرها لسان الدين بن
الخطيب لشهاب الدين أحمد بن محمد المقرئ التلمساني ، تحقيق إحسان عباس دار صادر -
بيروت - لبنان (٥٣/٢) .

(٢) الديباج المذهب (٨١/٢ - ٨٢) .

(٣) الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر العسقلاني ، طبعة مجلس دائرة المعارف =



* يحيى بن علي بن تمام بن يوسف السبكي (٧٢٥هـ)، قال ابن السبكي في الطبقات: وَقَرَأَ أَصُولَ الْفِقْهِ عَلَى الْفَقِيهِ الشَّيْخِ أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدَ بْنِ إِدْرِيسِ الْقَرَا فِي الْمَالِكِيِّ وَسَمِعَ الْحَدِيثَ مِنْ ابْنِ خَطِيبِ الْمَزَّةِ وَغَيْرِهِ، وَبَرَعَ فِي الْفِقْهِ وَأَصُولِهِ وَتَوَلَّى قَضَاءَ بَعْضِ الْبِلَادِ الْمِصْرِيَّةِ ثُمَّ دَرَسَ بِالْمَدْرَسَةِ السَّيْفِيَّةِ بِالْقَاهِرَةِ وَاسْتَمَرَ بِهَا إِلَى حِينِ وَفَاتِهِ^(١).

ومن جملة تلاميذه علماء أجلاء كان لهم الأثر النافع على المسلمين، أحصى منهم الأستاذ الصغير الوكيل في كتابه عشرين اسماً، إلا أن عادل قوته رأى أن بعضهم لا يدخل تحت وصف التلمذة إلا بكبير تجوز^(٢)، ولكن لهم رواية عن الإمام الشهاب ويذكرون في الآخذين عنه في سلسلة أسانيده الفقهية.

٦ - الاختيار العقدي للإمام القرافي:

الإمام القرافي أشعري العقيدة تنبئ عن ذلك تصانيفه، ففي كتاب الاستغناء عند قوله تعالى: ﴿وَكَلَّمَ اللَّهُ مُوسَى تَكْلِيمًا﴾ [النساء: ١٦٤]، قال: «وموسى سمع كلام الله تعالى القائم بذاته عند أهل السنة خلافا للمعتزلة»^(٣). وفي نفائس الأصول قال في معرض الاعتراض على بعض عبارات المحصول: «وليس كما قال لأننا أيها الأشاعرة نجوز تكليف ما لا يطاق»^(٤). وفي نفائس الأصول كذلك: (عدم اعتباره هو مذهب جمهور أصحابنا الأشعريين)^(٥).

= العثمانية (١٩٧٢)، (٣٨٦/٥).

(١) الطبقات الكبرى لابن السبكي (٣٩١/١٠).

(٢) القواعد والضوابط الفقهية القرافية (٩٣/١).

(٣) الاستغناء للقرافي (ص ٢٣٤).

(٤) نفائس الأصول (٤١٩/١).

(٥) نفائس الأصول (١٢٣/١).



وقد ذهب الدكتور محمد المختار ولد باه إلى أن دور الإمام القرافي في ترسيخ الأشعرية بالمشرق كان مهماً فقال: أما في المشرق فقد أسهم في ترسيخ الأشعرية من المالكية عالمان كبيران من مصر وهما ابن الحاجب الذي صاغ عقيدته على منوال الفقهاء فأكثر فيها عبارات الترجيح، على طريقته في كتبه الأخرى في الأصول والفقه.

والثاني هو أحمد بن إدريس القرافي الذي امتاز داخل المنظومة الأشعرية بآراء جريئة، منها ما خولف فيه مثل رأيه بعدم صحة القول بأن الصراط أدق من الشعر وأحد من السيف، ولعله استند على ما روي عن البيهقي أن هذه العبارة لم ترد في الأحاديث الصحيحة، ومع ذلك فإن أصحاب السنوسي انتقدوها إذ يقول أحمد المقرئ:

وللقرافي هنا كلام ❖ نيط به من أجله الملام

أما رأيه الثاني فيتعلق بما هو قديم ومحدث من القرآن الكريم، وهو بحث في غاية الدقة، أورده ابن الأعمش في شرح الإضاءة، وملخصه أن ألفاظ القرآن كلها محدثة، وأن مدلولاتها تنقسم إلى قسمين، فمنها ما هو قديم، ومنها ما هو محدث، وقد نظم أبو علي اليوسي هذه المسألة قائلاً:

إن القرافي شهاب الدين ❖ جُزي خيراً ليس بالمجنون
أفاد أن في القرآن ما حدث ❖ وفيه ما قدم إذ فيه بحث
فقال قولاً ثبتت دلائله ❖ واضحة حجته وحاصله:
إن الأدلة أي الألفاظ ❖ حادثة كلا فكن حفاظاً
وقسموا المدلول وهو المعني ❖ إلى قديم وحديث يعني



والكل إما مفرد أو سند ❖ وللأخير أيضا التعدد
فمنه ما يحكى عن الله وما ❖ عن الغير والإنشا فاعلما
فالمفرد الذي له وصف القدم ❖ ذات لمولانا ووصفه الأتم
وهكذا إنشاؤه وما يحكى ❖ عن نفسه سبحانه فاستمسا
والمفرد الذي له وصف الحدوث ❖ وصفه يسأل عنهما بحوث
فقل له ذواتنا ووصفنا ❖ وزده ما يحكيه عنا ربنا
فهذه ستة أقسام على ❖ تناصف في الصفتين فاعقلا
ثم على خير الوري أصلي ❖ وآله والصحب أولي الفضل^(١)

لقد خلصنا خلال هذا الركن الأول الذي استحضرننا فيه «النسبة والنشأة الأولى للإمام»، و«المدارس والمعاهد التي درس فيها»، و«كثرة الشيوخ الذين أخذ عنهم»، و«انتشار تلاميذه» ثم «اختياره العقدي»، إلى أن شهاب الدين قد حصل تكويننا منهجيا ومعرفيا متينا وواسعا، ظهرت آثاره على منهج التأليف وآليات إنتاج المتن الفقهي، ونلمس آثار ذلك فيما يلي:

* التكامل المعرفي واتساع النظر الفقهي

تميزت الممارسة الفقهية عند الإمام القرافي بالاتساع في فهم مدارك الشرع^(٢)، وقوة في الاستنباط والتقعيد والفتوى والمناظرة الفقهية، ثم بالاتساع

(١) مقال د محمد المختار ولد باه: المنهج العقدي للمذهب المالكي. ضمن كتاب المذهب المالكي في سياقاته المعاصرة، أشغال ندوة الرابطة المحمدية للعلماء فبراير ٢٠١٢ فاس المغرب، (٥٨/١ و ٥٩).

(٢) قال العلامة الفيومي في المصباح المنير: «المدرک بضم الميم يكون مصدرا واسم زمان ومكان، ومدارك الشرع مواضع طلب الأحكام، وهي حيث يستدل بالنصوص والاجتهاد من مدارك=



في المنهج الذي يتوسل به في بناء النص الفقهي . وهذا راجع إلى كون الإمام القرافي يرى أن علم الفقه لا ينفصل عن بقية المعارف والعلوم الموجودة في زمانه ، وإنما يتصل بها اتصالاً وثيقاً بحيث يصير التحصيل والاطلاع على هذه المعارف سبباً في سلامة الأحكام والفتاوى ووظيفتها ، ويصير الفقيه المتمكن منها أوسع نظراً من الذي غابت عنه ، وسأورد هنا نصين نفيسين للإمام يبرزان ذلك .

النص الأول من مخطوطة «الاستبصار فيما يدرك بالأبصار» قال : «وتعين على كل من امتد في العلم بآله ، وعظم به نفعه وانتفاعه وكان ممن أقامه الله لبيان الحجة على خلقه والمنافحة عن دينه أن يستكثر من الاطلاع على الأسرار الربانية ، وما أودعه الله في المخلوقات الجسمانية»^(١) .

النص الثاني من كتاب الفروق يقول فيه : «وكم يخفى على الفقيه والحاكم الحق في المسائل الكثيرة بسبب الجهل بالحساب والطب والهندسة ، فينبغي لذوي الهمم العلية أن لا يتركوا الاطلاع على العلوم ما أمكنهم : فلم أر في عيوب الناس شيئاً كنقص القادرين على التمام»^(٢) .

إن هذان النصان ، يَمَكِّنَانِ من الكشف عن المنحى العام للمنهجية الفقهية القرافية ، والتي تأسست على اطلاع الإمام على علوم زمانه شرعية وعقلية^(٣) وواقعية ، وهي المعبر عنها اليوم بعلوم السياق ، مما يكسب الفقيه والقاضي والحاكم اتساعاً في النظر والاستنباط والحكم ، فيكون أقرب إلى الصواب وأقدر

= «الشرع» . المصباح المنير (ص ٧٣) .

(١) الاستبصار فيما يدرك بالأبصار مخطوط الخزانة العياشية .

(٢) الفروق (١٢/٤) .

(٣) ليست المقابلة بين الشرع والعقل هنا مقابلة تضاد وإنما استعمالاً نقلد فيه عادة كتب التراث في التمييز بين هذه العلوم .



على تنزيل الأحكام على الواقع ، فما هي إذن مظاهر هذا التكامل المعرفي لدى الإمام القرافي ؟

نقل صاحب الديباج قال : « قال الشيخ شمس الدين ابن عدلان الشافعي : أخبرني خالي الحافظ شيخ الشافعية بالديار المصرية ، أن شهاب الدين القرافي حرر أحد عشر علما في ثمانية أشهر ، أو قال ثمانية علوم في أحد عشر شهرا »^(١) ، كما نقل عن الحافظ العلائي أن القرافي « كانت له مشاركة حسنة قوية في الطب »^(٢) ، وكان فلكيا ورياضيا ومهندسا متمكنا ، جاء في نفائس الأصول : « بلغني أن الملك الكامل وُضع له شمعدان ، كلما مضى من الليل ساعة انفتح باب منه ، وخرج منه شخص يقف في خدمة السلطان ، فإذا انقضت عشر ساعات ، طلع شخص على أعلى رأس الشمعدان ، وقال : صَبَّحَ اللهُ السلطان بالسعادة ، فيعلم أن الفجر قد طلع . وعَمِلْتُ أنا هذا الشمعدان ، وزِدْتُ فيه أن الشمعة يتغير لونها في كل ساعة ، وفيه أَسَدٌ تتغير عيناه من السواد الشديد إلى البياض الشديد ، ثم إلى الحُمْرة الشديدة ، في كل ساعةٍ لهما لون ، فيُعرف التنبيه في كل ساعةٍ ، وتسقط حصاتان من طائرين ، ويدخل شخص ، ويخرج شخص غيره ، ويُغلق بابٌ ويُفتح باب ، وإذا طلع الفجر طلع شخص على أعلى الشمعدان وأصبعه في أذنه يشير إلى الأذان ، غير أنني عجزتُ عن صنعة الكلام . وصنعتُ أيضا صورة حيوانٍ يمشي ويلتفت يمينا وشمالا ، ويُصفر ، ولا يتكلم »^(٣) .

فهذا دليل كون الإمام راسخ القدم في علوم اللغة ، والفقه ، والأصول ، والقواعد ، والتفسير ، فضلا عن كونه مخترعا ، وذا براعة في علوم الرياضيات ،

(١) الديباج (١/٢٣٨) .

(٢) انظر مقدمة تحقيق كتاب الاستغناء .

(٣) نفائس الأصول (١/٤١٦ وما بعدها) .



والميكانيكا، والطب، والهندسة؛ حتى حاز الثناء والإكبار من أهل زمانه ومن بعدهم، فقال قاضي القضاة تقي الدين ابن شكر: «أجمع الشافعية والمالكية على أن أفضل أهل عصرنا بالديار المصرية ثلاثة: القرافي بمصر القديمة، والشيخ ناصر الدين بن المنير بالإسكندرية، والشيخ ابن دقيق العيد بالقاهرة المعزية»^(١)، وعده السيوطي في كتابه حسن المحاضرة^(٢) من طبقة المجتهدين، وقال الشيخ ابن دقيق العيد بعد أن بلغه خبر وفاته: «مات من يُرجع إليه في علم الأصول»^(٣).

* التمكن من آليات المناظرة والحجاج سواء مع المذاهب الفقهية الأخرى، أو مع أصحاب الديانة النصرانية:

يدل على الأول حضور أسلوب الجدل والمناظرة أثناء مناقشته لبعض فروع الفقه، أو أثناء الدفاع عن اختيارات المذهب، فهذا غالب على كتاباته، ومما جاء في مقدمة الذخيرة «وبينت مذهب مالك رحمه الله في أصول الفقه ليظهر علو شرفه في اختياره في الأصول كما ظهر في الفروع، ويطلع الفقيه على موافقته لأصله أو مخالفته له لمعارض أرجح منه، فيطلبه حتى يطلع على مدركه ويطلع المخالفين في المناظرات على أصله»^(٤)، وقد وجدنا هذا حاضرا بوضوح في كتاب كفاية اللبيب كما سيأتي. ويدل على الثاني تأليفه كتاب (الأجوبة الفاخرة في الرد على الأسئلة الفاجرة)، الذي كان من دوافعه تطاول الصليبيين على بلاد الإسلام والتبشير بدينهم وتحقير دين المسلمين، فكان هذا سببا لخروج العلماء إلى ساح

(١) الديباج (١/٢٣٨).

(٢) حسن المحاضرة (١/٣١٦).

(٣) انظر مقدمة تحقيق الاستغناء. نقلا عن صلاح الدين العلائي (ص ٢٢).

(٤) الذخيرة (١/٣٩).



المناظرة، و«داعيا للتحرك من الزعماء المسلمين في العلم والرأي، والقرافي من زعمائهم، بل ومن أساتذة المناظرة وعلمائها فيهم، ولذلك أصبح متعينا عليه خوض هذه المعركة الجدلية»^(١).

* النزوع إلى التقعيد والتأصيل إن على مستوى تأليفه التي وضعها أو شروحه على المتون السابقة: جاء في مقدمة الذخيرة قوله: «وأنت تعلم أن الفقه وإن جَلَّ، إذا كان مفترقا تبددت حكمته وقلت طلاوته وبعدت عند النفوس طلبته، وإذا رتبت الأحكام مخرجة على قواعد الشرع مبينة على مآخذها، نهضت الهمم حينئذ لاقتباسها، وأعجبت غاية الإعجاب بتقمص لباسها»^(٢).

بعد الفراغ من الركن الأول المتعلق بمنهجه المتين واتساعه المعرفي، وجب أن نمضي إلى الركن الثاني قصد الوقوف على الجانب العملي والأخلاقي.

✽ الركن الثاني: الحضور الأخلاقي ورسوخ الفقه العملي

١ - الحركة الأخلاقية في بيئة الإمام القرافي

لقد ضنت علينا كتب التراجم بما يتعلق بالصفات الأخلاقية والسلوكية للإمام حتى لا تكاد تجد سوى ذكر لا أثر لبعض شيوخه عليه من الجانب الروحي والتربوي، كتأثره بالشريف الكركي تلميذ الشيخ صالح الهسكوري الفاسي، أو بالعز ابن عبد السلام الصوفي تلميذ أبي الحسن الشاذلي. فهل كانت لهذه الملازمة الطويلة آثار خلقية على الإمام؟ هل تأثر القرافي بسلوك شيخه العز بن عبد السلام؟

(١) الإمام الشهاب القرافي (٥٧٥/١).

(٢) الذخيرة (٣٦/١).



وهل ظهر ذلك على أحواله ومعاملته؟ وهل في تأليفه ما يبرز هذا الجانب؟

راودتنا هذه الأسئلة ونحن نطالع ترجمة الإمام من مظانها فلم نهتد إلى شيء من الأجوبة عن ذلك، خاصة وأن الأبواب المعهودة في تراجم الرجال من قبيل: (خلقه وأحواله) و(زهده وورعه) أو حتى (صفته ومظهره) شبه غائبة في ترجمة الإمام القرافي، وغالب المترجمين إنما انكب على مؤلفاته وعلمه وبراعته في المعقولات وفراة منهجه، وغير ذلك مما هو مبسوط هنالك.

وعليه؛ فقد استنجدنا بما كتبه القرافي نفسه، فاجتهدنا في تتبع عبارات ضمن ثنايا كتبه تشي بوجود أحوال قلبية ومواقف سلوكية، وتحريرات تربوية واستشهادات نفيسة.

على أن بدايات القرن السابع قد عرفت حركة صوفية واضحة، وذلك بظهور أعلام التصوف الكبار، منهم أبو مدين الغوث (ت ٥٩٤هـ)، والتستري أبو الحسن (ت ٦٦٨هـ)، وابن سبعين (ت ٦٦٧هـ)، والسهروردي أبو حفص صاحب عوارف المعارف، وعمرو ابن الفارض، وابن عربي الحاتمي (ت ٦٣٨هـ)، وجلال الدين الرومي، والمولى عبد السلام بن مشيش، وأبو الحسن الشاذلي شيخ العز بن عبد السلام (ت ٦٥٦هـ) وغيرهم، وكان لهؤلاء تلاميذ ومريدون وأتباع في شتى البلاد الإسلامية.

وهذه البيئة الروحية العامة ألفت بظلالها على المجتمع الإسلامي في أواخر القرن السادس وبداية السابع، وكان لرموز التصوف دور بارز في حياة المسلمين، وخاصة في مصر مسكن القرافي، وموقف أبي الحسن الشاذلي وتلميذه العز بن عبد السلام في حملة لويس التاسع ملك فرنسا على المنصورة يزكي ذلك^(١)، مما

(١) المدرسة الشاذلية الحديثة وإمامها أبو الحسن الشاذلي د عبد الحليم محمود دار النصر للطباعة، القاهرة. (ص ٦٨).



يدل على أن الحضور القوي للتصوف في مواجهة الأخطار الصليبية آنذاك كان له وقع على الإمام القرافي أيضا.

ومهما يكن حضور الظاهرة الصوفية في زمن القرافي كبيرا - حتى عُدت كما ذكر الأستاذ الصغير الوكيل من الظواهر المتميزة في القرنين السادس والسابع - فإن ثمة جانبا آخر يبرز تأثر القرافي بهذا الجو، وهو ما سأبينه في المبحث الموالي.

٢ - الأثر الصوفي للشيخ على الإمام القرافي:

خير من يمثل هذا المعطى من أشياخ القرافي الإمام العز بن عبد السلام، ثم الإمام الشريف الكركي وقد تقدمت ترجمتهما، وتبيننا أن العز ابن عبد السلام كان من أعلام التصوف الذين أخذوه عن شيوخه المتخصصين فيه كالشيخ أبي الحسن الشاذلي، والسهروردي، بل صار من المنافحين والذابين عن حماه، كما يظهر ذلك من تأليفه، خاصة شجرة المعارف والأحوال، بل حتى في كتابه قواعد الأحكام، وهذا نص يبرز مدى حضور هذا البعد في تأليفه يقول فيه: «فائدة: قدم الأولياء والأصفياء مصالح الآخرة على مصالح هذه الدار لمعرفةهم بالمصلحتين.. وأما الأصفياء فإنهم عرفوا أن لذة المعارف والأحوال أشرف اللذات فقدموها على لذات الدارين، ولو عرف الناس من ذلك ما عرفوه لكانوا أمثالهم، فنصبوا ليستريحوا، واغتربوا ليتقربوا، فمنهم من تحضره المعارف بغير تكلف، فينشأ عنها الأحوال اللائقة بها بغير تصنع ولا تكلف، فسبحان من عرّف نفسه لهؤلاء من غير تعب ولا نصب»^(١). فهذا ملمح عن روح الشيخ عز الدين التي لا تكاد تفارق كتاباته.

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة. (ص: ٩).



وأما الشريف الكركي فيظهر اتصاله بالتصوف من كلام الرحالة ابن رشيد السبتي في ملء العيبة. فقد ذكر أن الإمام الكركي أجاز به بخط يده في اختصار الرعاية للمحاسبي ورسالة القشيري في التصوف وغيرهما^(١)، فيكون الشيخ الكركي قد أجز من شيوخه في كتب القوم بسند متصل، وصار هو يجيز بها تلاميذه، هذا فضلا عن مشاركته الإمام القرافي في التلمذ على يد العز بن عبد السلام. ومما ذكر ابن رشيد في رحلته، أبياتٌ للشريف الكركي رثى بها الإمام الصوفي الفقيه العدل الفاضل أبا عبد الله بن النعمان أولها:

هوى من سماء الدين في الشرق والغرب ❁ ولي من الأوتاد يُنمي إلى القطب
٣ - شدة الحرص على تصحيح القصد:

يظهر هذا المنحى لدى الإمام القرافي في أعماله التي تركها، والتي يلاحظ المتتبع أن تحصيل الإخلاص، والسهر على مراقبة القصد، وسلامة النية، أمور تلازم القرافي في كل تأليفه، بل إنني تتبعت مقدمات كتبه التي استطعت الوصول إليها؛ وهي تحديدا (موسوعة الذخيرة)، و(الفروق)، و(شرح تنقيح الفصول)، و(نفائس الأصول)، و(العقد المنظوم)، و(الاستغناء)، فاتفق أن كل المقدمات اشتملت على دعائه بخلوص النية وحصول البغية؛ ففي مقدمة الذخيرة قوله: «والله تعالى هو المسؤول في العون على خلوص النية وحصول البغية»^(٢)، وفي شرح التنقيح: «وهو ولينا في الدنيا والآخرة والمسؤول بجلاله المبتهل لعلائه في الإعانة على خلوص النية وحصول البغية»^(٣)، وفي العقد المنظوم: «سميته العقد

(١) ملء العيبة بما جمع بطول الغيبة لابن رشيد الفهري السبتي تحقيق محمد الحبيب بن الخوجة دار الغرب الإسلامي ط ١٩٨٨/١ (ص: ٣٤٧ وما بعدها).

(٢) الذخيرة (٤٠/١).

(٣) شرح تنقيح الفصول (ص: ١٠).



المنظوم في الخصوص والعموم، ورتبته على خمسة وعشرين بابا، مستعينا بالله تعالى على خلوص النية، وحصول البغية»^(١). وفي نفائس الأصول: «مستعينا بالله تعالى على خلوص النية وحصول البغية...»^(٢)، وفي الفروق: «وقد آن الشروع في الكتاب مستعينا بالله تعالى على خلوص النية وحصول البغية...»^(٣)، وفي الاستغناء: «سائلا الله تعالى من فضله حسن القصد لوجهه الكريم»^(٤).

يتبين من هذا بكل وضوح أن إمامنا كان يشغله همّ الإخلاص وتحرير القصد وتصحيح النية، حتى بلغ به ذلك أن يخصص دعاء يتكرر في سائر كتبه بعبارة واحدة، مما ينبه أن ذلك كان من أخص دعواته التي يتقرب بها لربه، وأكثر اهتمامه وقلقه في نجواه، يقطع الشك في ذلك نص نفيس من مقدمة الذخيرة عند حديثه عن آداب العلم، جاء فيه: «اعلم أن أعظمها - أي الآداب - الإخلاص لله ﷻ، فإنه إذا فقد انتقل العلم من أفضل الطاعات إلى أقبح المخالفات... واعلم يا أخي أن هذا مقام تشيب منه النواصي، ولا يعتصم منه بالصياصي، فينبغي لك أن توفر العناية عليه، والجد فيه، مستعينا بالله تعالى، فمن لم يساعده القدر، لم ينفعه الحذر، ولقد قطع الكبر من استكبر:

إذا لم يكن عون من الله للفتى ❦ فأكثر ما يجني عليه اجتهاده

ولكني أدلك على أعظم الوسائل، مع بذل الاجتهاد وهو أن تكون مع بذل جهدك شديد الخوف عظيم الافتقار ملقيا للسلاح معتمدا على ذي الجلال»^(٥)

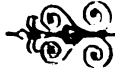
(١) العقد المنظوم في الخصوص والعموم تحقيق احمد الختم عبد الله المكتبة المكية . (١٣٣/١)

(٢) نفائس الأصول في شرح المحصول مكتبة نزار مصطفى الباز، ط ١/١٩٩٥ . (٩٧/١)

(٣) الفروق دار الكتب العلمية ط ١/١٩٩٨ . (١٢/١)

(٤) الاستغناء في الاستثناء (ص: ١١).

(٥) الذخيرة (٤٧/١).



ولم يقف الإمام مع هذا الاهتمام عند حد الدعاء والتنبيه بل أفرد للنية كتابا خاصا سماه: «الأمنية في إدراك النية»^(١).

أخلص في هذا الركن الثاني الذي تعرضت فيه للبيئة الفكرية والأخلاقية للإمام، ثم الأثر الروحي لشيوخته عليه، ثم حرصه على التماس صدق النية مع الله، أن الإمام القرافي قد تحصّل لديه نظر أخلاقي قوي ظهرت آثاره على مضامين المتن الفقهي عموما، وعلى اجتهاداته داخل المذهب خاصة. وأجمل هذه الآثار في ما يلي:

* حضور المقاصد عند الاشتغال بالفروع.

* حضور التعليل الأخلاقي في الفتوى.

ولا غرو إذن، أن نجد تآليف الإمام شهاب الدين شاهدة على علو كعبه ورسوخ قدمه وعبقريته الفذة، فلنذكر الآن من تصانيفه ما هو بين أيدينا.

٤ - مؤلفاته الإمام القرافي:

فمن تصانيفه المعروفة والمجلوات^(٢):

١ - «الأجوبة الفاخرة عن الأسئلة الفاجرة»^(٣).

٢ - «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام»^(٤).

(١) طبع الكتاب بتحقيق مساعد بن قاسم فالح، مكتبة الحرمين الرياض الطبعة الأولى ١٩٨٨.

(٢) مضيت في وضع هذه المصنفات على ما عند د عبد القادر قوته، فإنه رتب آثار الإمام إلى المعروفات والمجلوات، ثم المحجوبات، ثم المرددات.

(٣) مطبوع عدة مرات، بتحقيق د بكر زكي عوض، شركة سعيد رأفت للطباعة سنة: ١٩٨٧. وتحقيق مجدي محمد الشهاوي، مكتبة القرآن.

(٤) مطبوع أول مرة سنة ١٣٥٧هـ بمطبعة الأنوار بالقاهرة تحقيق محمد عرنوس، ثم بعناية=



٣ - «أدلة الوجدانية في الرد على النصرانية»^(١).

٤ - «الاستبصار فيما يدرك بالأبصار»^(٢).

٥ - «الاستغناء في أحكام الاستثناء»^(٣).

٦ - «الأمنية في إدراك النية»^(٤).

٧ - «البيان فيما أشكل من التعاليق والأيمان»^(٥).

٨ - «تنقيح الفصول في اختصار المحصول» ؛ مطبوع متداول.

٩ - «الذخيرة» طبعت دار الغرب الإسلامي بتحقيق مجموعة من الأساتذة في ١٤ جزءاً^(٦).

١٠ - «شرح تنقيح الفصول» ؛ مطبوع أكثر من مرة^(٧).

= د عبد الفتاح أبو غدة. دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ودار السلام. ط ٥/٢٠٠٩.

(١) مطبوع سنة ١٩٨٨ بتحقيق د عبد الرحمن دمشقية ١٤٠٨هـ.

(٢) مطبوع، حققه د محمد عبد الهادي أبو ريدة. انظر القواعد والضوابط الفقهية القرافية، د عادل قوته (١٠٦/١).

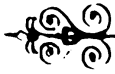
(٣) حققه د طه محسن، ضمن مطبوعات وزارة الأوقاف في بغداد سنة ١٤٠٢هـ.

(٤) حققه كل من د عبد الله إبراهيم صلاح ضمن رسالته «الإمام شهاب الدين القرافي وأثره في الفقه الإسلامي» (١٣٩٧هـ)، الشيخ مساعد بن قاسم الفالح (١٤٠١)، ود محمد بن يونس السويسي بتونس ١٤٠٢هـ.

(٥) انظر الديباج المذهب (٢٣٨/١). وإيضاح المكنون (٢٠٦/١). وهديّة العارفين (٩٩/١)، القواعد والضوابط الفقهية القرافية د عادل قوته (١١١/١ - ١١٢) فقد وقف على ذكر نسخة في «الفهرس الشامل للتراث العربي الإسلامي المخطوط، الفقه والأصول» (١٨٨/٢) ؛ وهي نسخة كتبت سنة ٩٦٧هـ، رضا رامبور [٢٦٢٥) (٥٣٣D٨)].

(٦) يتفق جل الباحثين والدارسين على أن الكتاب ما يزال في حاجة إلى تحقيق جيد ينفي عنه ما وقع في طبعاته من تحريف وتصحيف وأغلاط.

(٧) انظر القواعد والضوابط الفقهية القرافية د عادل قوته (١٢٤/١).



١١ - «العقد المنظوم في الخصوص والعموم» ؛ مطبوع ضمن منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب .

١٢ - «الفروق» ؛ وهو مطبوع ومتداول ، أشهر طبعاته طبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر ١٣٤٣ ، وبهامشها حاشية ابن الشاط ، وكتاب تهذيب الفروق للشيخ محمد علي بن حسين المالكي .

١٣ - «كفاية اللبيب في شرح التهذيب» ، أو «شرح التهذيب» ؛ وهو هذا النص المحقق ، وسيأتي الكلام حوله .

١٤ - «نفائس الأصول في شرح المحصول» ؛ حقق ضمن رسائل دكتوراه بجامعة الإمام بالرياض ، ولم تطبع ، ثم طبع بتحقيق عادل أحمد عبد الموجود ، وعلي محمد معوض^(١) .

١٥ - «اليواقيت في علم المواقيت»^(٢) ، نُشر متنه بعناية جلال علي الجهاني ، وتقديم الأستاذ الحبيب بن الطاهر .

١٦ - «شرح الجلاب»^(٣) ؛ وأصله شرح التلمساني على الجلاب ، كما تقدم الكلام على ذلك .

وأما المؤلفات المحجوبات ؛ أي الثابتة عن الإمام من غير أن يوقف عليها ،

(١) نفسر المرجع (٤٥/١) .

(٢) انظر الديباج (٢٣٧/١) ، هدية العارفين (٩٩/١) ، إيضاح المكنون (٧٣٢/٢) . ونسخه كثيرة ؛ انظر القواعد والضوابط الفقهية لعادل قوته (١٤٧/١) .

(٣) عندما طالعت فهرس مخطوطات الخزانة العلمية بتازة وجدت نسخة مبتورة الآخر برقم (٢١٢) . ورقمها التسلسلي (٣٥٨) في فهرسة مخطوطات الخزانة العلمية بالمسجد الأعظم بتازة . وعنوانها: كتاب شرح التفريع للجلاب للإمام القرافي .

فذكر منها عبد القادر قوته:

١ - الاحتمالات المرجوحة^(١)، البارز للكفاح في الميدان^(٢)، شرح الأربعين في أصول الدين^(٣)، المناظر في الرياضيات^(٤).

٢ - الأجوبة عن الأسئلة الواردة على خطب ابن نباتة^(٥).

وأزيد على ما ذكر عادل قوته كتابين:

٣ - المِهَادُ المَوْضُوعُ وَالسَّقْفُ المَرْفُوعُ، ذكره الإمام القرافي في كتاب اليواقيت وقال عنه: «وهو جُغرافيا وضعتها وصوّرتُ فيها أحوال الأرضِ وأسقاعها وبِحَارها وأوضاعها، وأحوال السمواتِ وأسرارها، وأن النهار والليل يكون كل واحد منهما من عشرِ عشر ساعة إلى نصف سنة، وأكثر من ستّة أشهر لا يكون، وذلك مما قامَ عليه البُرْهَانُ القَطْعِيُّ في علم الهيئة»^(٦).

٤ - التعليقة على المنتخب من المحصول. وممن قرأ هذه التعليقة على الإمام، الشيخُ القاضي عبد الرحمن المشهور بابن بنت الأعز (ت ٦٦٥ هـ). قال السبكي: «وقرأ الأصول على القرافي، وتعليقةُ القرافي على المنتخب إنما صنعها لأجله»^(٧).

(١) الديباج (٢٣٨/١)، هدية العارفين (٩٩/١).

(٢) الديباج (٢٣٨/١)، هدية العارفين (٩٩/١).

(٣) الديباج (٢٣٧/١)، هدية العارفين (٩٩/١).

(٤) هدية العارفين (٩٩/١).

(٥) الديباج (٢٣٨/١)، هدية العارفين (٩٩/١).

(٦) اليواقيت في علم المواقيت (ص: ١٠ و ١١).

(٧) طبقات الشافعية (١٧٢/٨).



وأما المؤلفات المرددات ؛ وهي التي حصل التردد في نسبتها للإمام ؛ فمنها :

«اختصار الجلاب» ، و«اختصار قواعد العز» ، و«الفصول» ، و«المعين على كتاب التلقين» ، و«الرائض في علم الفرائض»^(١).

هـ - وفاة الإمام القرافي :

توفي الإمام القرافي رحمته الله بدير الطين ظاهر مصر ، وهي قرية قريبة من مديرية الجيزة على الشاطئ الشرقي للنيل ، قبلي فسطاط مصر بقليل ، وتعرف الآن بدار السلام بالقرب من مصر القديمة ، ودفن بالقرافة القريبة من قبر الإمام الشافعي .

وقد قال ابن رشيد في رحلته ، وكان راغبا في لقياءه : «دخلت مصر عقب وفاته بثمانية أيام ، ففات لقاءه ، وإنا لله وإنا إليه راجعون . . . وكانت وفاته يوم الأحد متمم جمادى الأخيرة ، عام أربعة وثمانين وستمائة ، ودفن يوم الاثنين غرة رجب ، فلقيت أصحابه وقد فرق جمعهم»^(٢).

هكذا انتهت حياة هذا الإمام الجليل ، بعد جهاد وكدح مباركين انتفعت بهما الأمة المحمدية علما وعملا ولا تزال ، ف رحمته الله ورضي عنه .

لقد أتيت الآن على تمام هذه المقدمة المتعلقة بترجمة الإمام ، التي تتبعت خلالها مظاهر وعوامل النبوغ والتفرد في الإنتاج الفقهي لدى القرافي رحمته الله ، وتبينت أن تحصيله للمناهج العلمية والمعارف الوقتية من جهة ، وتكوينه الأخلاقي وتأثره بمشرب شيوخه من جهة أخرى ، ساهما في اتساع نظره الفقهي ، وفي تقوية ملكة التقعيد والتأصيل لديه ، وفي تمكنه من التعليل وإعمال المقاصد

(١) انظر القواعد والضوابط الفقهية (١/١٥٦).

(٢) نقلا عن مقدمة تحقيق الذخيرة (١/١٤).



الشرعية ، وهي سمات لم تتخلف عن كتاب كفاية اللبيب في شرح التهذيب .
ولذا وضعت مقدمة ثالثة تتولى التعريف بكتاب الكفاية تحقيقا لنسبتها له ، وإبرازا
لمنهجها ، ووقفا على ميزتها ، أشرع فيها بحول الله .



المقدمة الثالثة

في التعريف بكفاية اللبيب، ونسبته إلى الإمام القرافي، ومنهجه



هذه أهم إشكاليات هذا البحث ، فلذلك وجب بيان المسلك المتبع في إثبات نسبة هذا الشرح إلى الإمام شهاب الدين القرافي ، وذلك بذكر نسبة هذا الشرح له ابتداء ، ثم بالتحقق من نسخة القرويين التي بين يدي القارئ .

١ - تحقيق عنوان الكتاب

إن أهم ما يمكن ملاحظته على العنوان أنه ورد بصيغ ثلاثة:

أ - «شرح التهذيب»:

ورد بهذه الصيغة في الديباج لابن فرحون (ت ٧٩٩هـ)^(١) ، وعند ابن تغري بردي (ت ٨٧٤هـ) في المنهل الصافي^(٢) ، وكذا في شجرة النور الزكية لمخلوف (ت ١٣٦٢هـ)^(٣) ، وهدية العارفين لإسماعيل البغدادي (ت ١٣٩٩هـ)^(٤) .

ب - «كفاية اللبيب في كشف غوامض التهذيب»:

ذكرت هذه الصيغة عند الإمام الحطاب في مواهب الجليل في ثلاث مواطن ، سأتي على ذكرها .

(١) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ابن فرحون ، برهان الدين اليعمري (٢٣٧/١) .

(٢) المنهل الصافي (٢١٧/١) .

(٣) شجرة النور الزكية (٢٧٠/١) .

(٤) هدية العارفين (٩٩/١) .

ت - «كفاية اللبيب في شرح التهذيب»:

جاءت هذه الصيغة في الورقة الأولى والأخيرة من النسخة المخطوطة الموجودة في القرويين .

وبَيَّن عنوان المخطوطة هذا والعنوان المذكور في مواهب الجليل تقارب كبير .

ترجيح العنوان:

وعلى هذا، فأني أرجح اختيار الاسم الوارد في النسخة الوحيدة بخزانة القرويين وهو: «كفاية اللبيب في شرح التهذيب»، لما يلي:

* إن العنوان ورد في الورقة الأولى من النسخة المخطوطة هكذا: «السفر الثاني من كفاية اللبيب في شرح التهذيب»، ثم تكرر بنفس العبارة في آخر النسخة في قوله: «تَمَّ الجزء الثاني من كفاية اللبيب في شرح التهذيب»، وهذا يَشِي بعلمية هذا الاسم، فإنه إذا استحضرنا مثلاً كتاب «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام» للإمام القرافي نفسه، وجدنا أن العبارات في تسميته مختلفة عند المترجمين له، بل حتى عند الإمام صاحب الكتاب؛ حين يشير إليه في الفروق وشرح تنقيح الفصول، لكن المعتبر هو ما ثبت في فواتح وخواتم النسخ المتوفرة من المخطوط بعد أن تُقابل ببعضها وتحقق.

* إن النسخة عتيقة كتبت بالمدرسة الصالحية، مدرسة الشهاب القرافي، وذلك سنة إحدى وثمانين وستمائة ٦٨١هـ، والإمام القرافي كانت وفاته سنة أربع وثمانين وستمائة ٦٨٤، أي أنها كتبت في حياته فتكون بذلك أقرب من غيرها إلى صاحبها، وذلك مظنة صحة عنوانها.

* إن النسخة صححت أو قوبلت بأصلها، نظراً لوجود علامات المقابلة والتصحيح فيها، ففي بعض حواشي النسخة عبارة: «حاشية بخط المصنف»،

و«طرة من أصل المصنف» مما يُشعر على أن النسخة يمكن أن تكون عرضت على المؤلف وصب أو أقرّ عنوانها.

٢ - تحقيق نسبة الكتاب إلى الإمام القرافي

أولاً: إن جمهرة من المترجمين للإمام القرافي نسبوا له شرحاً على تهذيب الإمام البراذعي، منهم الإمام ابن فرحون في الديباج، والبغدادى في الهدية، ومخلوف في شجرة النور الزكية، وابن تغري بردي كما تقدم.

ثانياً: إن الحطاب من رواة كتب الإمام القرافي، وقد وصل هذا الشرح إلى عصره؛ إذ نص في مواهب الجليل على اسم الكتاب «كفاية اللبيب في كشف غوامض التهذيب»، ونقل منه في ثلاثة مواضع، وهي:

الأول: «قال في المدونة في كتاب النذور، ومن قال لامرأته: أنت طالق واحدة إن لم أتزوج عليك، فإن أراد أن لا يتزوج عليها فليطلقها طلقة، ثم يرتجعها فتزول يمينه، ولو ضرب أجلاً كان على بر وليس له أن يحنث نفسه قبل الأجل، وإنما يحنث إذا مضى الأجل ولم يفعل ما حلف عليه القرافي في كفاية اللبيب في كشف غوامض التهذيب»^(١).

الثاني: «ومن هذا المعنى مسألة القرافي التي ذكرها في كتابه المسمى كفاية اللبيب في كشف غوامض التهذيب، المتقدم ذكرها عند قول المصنف في باب الأيمان: وبعزم على ضده»^(٢).

والثالث: «فرع: قال ابن يونس في كتاب المكاتب قال ابن المواز: وإنما يلزمه العتق إذا أعتق عبد ابنه الذي هو في ولايته وحجره، وأما الابن الكبير

(١) مواهب الجليل (٣/٢٩٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/١١٥).

الخارج من ولايته فلا يجوز عتقه في عبده اهـ، ونقله القرافي في كفاية اللبيب وفي الذخيرة في كتاب المكاتب أيضا»^(١).

ومثله في منح الجليل، قال: «وَتَبَعَ المصنّف فيما قال القرافي، قال في مدارك البرّ والحنث. السادس العزم على عدم الفعل، وهي على حنث اهـ. وَجَرَى على هذا في كِفَايَةِ اللّيب في كشف غوامض التهذيب، فاستشكل قوله في كتاب النُّدُور: مَنْ قال لِامْرَأَتِهِ: أَنْتَ طالقَ واحِدَةً إنْ لَمْ أَتَزَوَّجْ عَلَيْكَ فَأَرَادَ أَنْ لا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَلْيُطَلِّقْهَا طَلَقَةً ثم يَرْتَجِعْهَا فَتَزُولُ يَمِينُهُ»^(٢).

وهذه النقول جاءت في باب اليمين، وباب الظهار، وباب الحجر. وبهذا يظهر أن الإمام القرافي له شرح على تهذيب البراذعي بلا أدنى خلاف.

٣ - التحقق من نسخة القرويين

إن جملة ما توصلت إليه في مخطوطة القرويين من أمارات على كونها كفاية التهذيب للإمام القرافي ما يلي:

أ - العنوان:

وقد تقدم الحديث عنه، وهو مثبت في أول صفحة من الكتاب بعبارة: السفر الثاني من كفاية اللبيب في شرح التهذيب. وفي آخرها أيضا بهذه الصيغة: (تم الجزء الثاني من كفاية اللبيب في شرح التهذيب).

ب - تاريخ النسخ:

نسخت هذه المخطوطة سنة إحدى وثمانين وستمائة ٦٨١ هـ، وبهذا تكون الفترة بين تاريخ النسخة وتاريخ وفاة الإمام حوالي ثلاث سنوات، ما يجعلها

(١) مواهب الجليل (٥/٧٤).

(٢) منح الجليل (٣/٥٢).

نسخة فريدة جدا .

ت - مكان النسخ :

جاء في آخر ورقة من المخطوطة أنها نسخت بالمدرسة الصالحية من القاهرة ؛ وهي المدرسة التي كان يدرس بها الإمام حتى توفي ، كما ذكره المترجمون في ترجمته .

ث - ذكره للملك الكامل :

تقدم في نفائس الأصول أن الإمام القرافي صنع للملك الكامل شمعدانا وزاد فيه صنعة خاصة ، وهو في هذا الشرح يذكر هذا السلطان حيث قال : وقال الملك الكامل لبعض المغاربة : لِمَ كانت الجلود بالمغرب أكثر منها بديار مصر ؟ فقال لأنكم تأكلونها . فقال الكامل : فأتتنا سكتة .

ج - أسلوب الشرح :

يقول الرجراجي في بيان مناهج المتقدمين في تدريس المدونة : «وقد كان للقدماء رحمة الله عليهم في تدريس المدونة اصطلاحان : اصطلاح عراقي واصطلاح قروي ، فالاصطلاح العراقي : جعلوا مسائل المدونة كالأساس ، وبنوا عليها فصول المذهب بالأدلة والقياس ، ولم يعرجوا على الكتاب بتصحيح الروايات ، ومناقشة الألفاظ ، ودأبهم القصد إلى أفراد المسائل وتحرير الدلائل برسم الجدليين ، وأهل النظر من الأصوليين .

وأما الاصطلاح القروي : فهو البحث عن ألفاظ الكتاب ، والتحرز عما احتوت عليه بواطن الأبواب ، وتصحيح الروايات ، وبيان وجوه الاحتمالات ، والتنبيه على ما في الكتاب من اضطراب الجوابات ، واختلاف المقالات مع ما

انضاف إلى ذلك من تتبع سياق الآثار، وترتيب أسانيد الأخبار، وضبط الحروف على حسب ما وقع من السماع - وافق ذلك عوامل الإعراب أو خالفها»^(١).

وعليه؛ فطريقة الشارح رحمه الله تمزج بين الاصطلاح العراقي والقروي، فإنه مع جعله مسائل التهذيب كالأساس تبنى عليها الأدلة، إلا أنه في مواطن كثيرة يبحث ألفاظ التهذيب ويرجح الروايات ويبين وجوه الاحتمالات. ويتخذ الشارح أسلوباً في الشرح يتميز بتوجيه الأقوال، والمراد بالتوجيه هنا أن يذكر للأقوال ما بنيت عليه من أدلة أو يعرض القول على أصول المذهب ليتبين وجه اعتبار ذلك القول، فإما أن يكون هذا التوجيه بالأصول الشرعية كالكتاب والسنة وغيرهما، أو يكون بما استقر من قواعد الشرع في المذهب، أو يكون بإبراز الفروق الفقهية، لذلك تكثر في الشرح عبارة (وجه المذهب...) أو وجه هذا القول... أو وجه الأول...، ووجه الثاني...)، إضافة إلى إيراد القواعد، والإشارة للعلل والمقاصد، وإعمال المناظرة في الرد على المذاهب الأخرى؛ وهذه كلها ملامح قرافية سنسبب الكلام فيها بإذن الله في موضعها من دراسة الكتاب.

ح - تشابه النقول مع ما في كتب الإمام المشهورة:

وذلك كثير في الكتاب، لكنني أذكر من ذلك ما يلي:

أولاً: التشابه بين نص الكفاية عند قول التهذيب: (وإن وجد المغصوبة منه بعينها بيد البائع، قال: يظهر من هذا أنها تتعين، ولنا في هذه المسألة قولان: إذا وجد المغصوب منه دراهم أو دنائير له بيد الغاصب فهل له أخذها بعينها أو مثلها؟ فوجه المثل أنها لا تتعين، ووجه الأول أن مال الغاصب حرام، فإن قلت أن الحل

(١) مناهج التحصيل للجرجاني (٣٨/١).

والحرمة لا تتعلق بالأعيان بل نتأول ذلك ، فالجواب: أن الغاصب كالمفلس لا يجوز أخذ ماله ولا معاملته إلا بالمحاصة فلذلك امتنع من أخذ ماله ، لا لأن الدراهم تتعين ولا لأن الحلية والحرمة يتعلقان بالأعيان . وقد استخرج من قول ابن القاسم فيمن سلم دراهم إلى أجل ثم قائله فإن له أن يأخذ دراهمه بعينها ، أنها تتعين . ويمكن أن يقال إنما قال ذلك لأن الإقالة مبنية على المعروف فرأى أن يرد نفس الثمن لئلا يخرج عن المعروف إلى المبايعة فلا يجوز بيع معين على أنه في الذمة سوى الدنانير والدراهم لأنها لا تتعين ، ولا يجوز في غيرها لأنه لا يجوز بيع ما ليس عندك إلا في السلم).

وفي مواهب الجليل قوله: (قلت ذكر ابن عرفة عن ابن شاس أنه إذا أراد الغاصب إعطاء ربها غير عينها فإن افترقا في الحل والتحريم أو الشبهة فلربها أخذ عينها اتفاقا وإلا فالمشهور كذلك ، انتهى . وما ذكره عن ابن الجلاب ذكره هو في باب الغصب وقال بعده: وقال بعض أصحابنا وهو الشيخ أبو بكر الأبهري ذلك لربها دون غاصبها وقال غيره لم يقل ذلك ابن القاسم في الغصب وإنما ذكره في البيوع ؛ لأن البيع بها واقع على صفة ؛ لأنها لا تراد لعينها ولا غرض في ذلك وأما المغصوب فله غرض في أخذ عين ماله ؛ لأنه حلال ومال الغاصب حرام فكيف يمنع من ذلك ولم يقله ابن القاسم فيه وإنما تأول عليه في هذا قوله في البيع ولا شبهة ، انتهى . وقال الشيخ سليمان البحيري بعد أن ذكر كلام التوضيح وما نقله ابن الجلاب عن ابن القاسم هو خلاف المشهور ، انتهى . وذكر التلمساني في شرح الجلاب والقرافي عن المدونة في كتاب الشفعة ما يدل على أن لربها أخذها والذي لابن القاسم في البيع هو ما في كتاب السلم فيمن أسلم ثم أقالك قبل التفرق ودراهمك في يده فأراد أن يعطيك غيرها فذلك له وإن كنت شرطت استرجاعها بعينها ، انتهى . فعلم مما تقدم أنه ليس للغاصب أن يحبس

المثلي حيث لم يجعل فيه مفوت ولم يدفع مثله ، والله أعلم^(١) .

ثانياً: التشابه في كلامه عن بيوع الآجال ، وإليك نص الكفاية وبعده نص

الفروق:

قال في الكفاية: (واستدل أصحابنا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا﴾ [الأنعام: ١٠٨] الآية ؛ وذلك أن سب الأصنام مباح ، ولكن اقترن به أنهم يسبون الله تعالى عند سبنا لأصنامهم ، فيمنع ذكر المباح ، كما أن البيع صحيح ، واقترن به في بعض الصور ما يحرم فحرم من أجله ، كأن يؤدي إلى سلف جر نفعاً ، أو صرف مستأخر ، أو عين بعين متفاضلاً ، وذلك أن يقع بصورة جائزة ويغلب على الظن أنه يتوصل بذلك الجائز إلى صورة ممنوعة فيمتنع . قال أصحاب الشافعي: لا دليل في الآية ؛ لأن سبهم عند ذلك مقطوع به ، فحرم سب أصنامهم ؛ لأنه يفضي بالقطع إلى محرم ، وهذه الصورة لا قطع فيها ، وذلك أن اليهود كانوا يتوصلون بهذا اللفظ المباح إلى سب النبي ﷺ فنهي المسلمون عنه . وقال أصحاب الشافعي: ولا دليل أيضاً في ذلك ؛ لأن المسلمين لم يقصدوا بذلك السب ، واليهود كانوا يقصدون به السب ، بخلاف مسألتنا: المتعاقدان هما اللذان يتوصلان إلى المحرم . واحتج أصحابنا بحديث زيد بن أرقم حين اشترى من المرأة جارية بثمان إلى أجل ، ثم باعها منه بأقل من الثمن نقداً ، فقالت لها عائشة رضي الله عنها: بئس ما شريت واشتريت ، وقالت لزيد بن أرقم: أبطلت حجك ، وهذا لا يقال إلا بتوقيف . قال الخصوم: لا حجة في قول صاحب . قلنا: ذلك فيما كان اجتهاداً منه لا بتوقيف . قالوا: ومن الدليل على ذلك قول عمر رضي الله عنه: «لا رباً ولا ريبة» ، والربا معلوم ، والريبة: ما يتهم صاحبه أنه وقع في الحرام . ووجه الدليل

(١) مواهب الجليل للشيخ الخطاب . (٢٧٩/٥)

منه: أنه قال ذلك بمحضر الصحابة وهم سكوت فجاز إجماعاً. قال الخصوم: هذه مسألة أصولية: هل إجماع السكوت حجة أو لا؟ وإن قيل: إنه حجة ففيه تفصيل: فإن كان المسكوت له إماماً فلا حجة فيه، لأنه يهاب، كما قال ابن عباس عن عمر رضي الله عنه: كان رجلاً مهيباً فهبته. وإن لم يكن إماماً ففيه حجة، وعمر إمام. وإذا ثبت ذلك فلم يبق لأصحابنا في ذلك إلا عمل أهل المدينة).

وقال في الفروق:

(ويحكي عن المذهب المالكي اختصاصه بسد الذرائع، وليس كذلك، بل منها ما أجمع عليه كما تقدم وحينئذ يظهر عدم فائدة استدلال الأصحاب على الشافعية في سد الذرائع بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨]، وبقوله تعالى ولقد: ﴿عَلَّمْتُمُ الَّذِينَ أَعْتَدُوا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ﴾ [البقرة: ٦٥] فذمهم لكونهم تذرعوا للصيد يوم السبت المحرم عليهم بحبس الصيد يوم الجمعة... فهذه وجوه كثيرة يستدلون بها وهي لا تفيد فإنها تدل على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة، وهذا مجمع عليه وإنما النزاع في الذرائع خاصة وهي بيوع الآجال ونحوها فينبغي أن تذكر أدلة خاصة لمحل النزاع وإلا فهذه لا تفيد وإن قصدوا القياس على هذه الذرائع المجمع عليها فينبغي أن يكون حجتهم القياس خاصة ويتعين حينئذ عليهم إبداء الجامع حتى يتعرض الخصم لدفعه بالفارق ويكون دليلهم شيئاً واحداً وهو القياس وهم لا يعتقدون أن مدركهم هذه النصوص، وليس كذلك فتأمل ذلك، بل يتعين أن يذكروا نصوصاً أخرى خاصة بذرائع بيوع الآجال خاصة ويقتصرون عليها، نحو ما في الموطأ أن أم ولد زيد بن أرقم قالت لعائشة رضي الله عنها يا أم المؤمنين إني بعت من زيد بن أرقم عبداً بثمانمائة درهم إلى العطاء واشتريته بستمائة نقداً فقالت

عائشة رضي الله عنها بشس ما شريت وبشس ما اشتريت أخبري زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب قالت أرأيتني إن أخذته برأس مالي فقالت عائشة رضي الله عنها فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله فهذه هي صورة النزاع، وهذا التغليظ العظيم لا تقوله ﷺ إلا عن توقيف فتكون هذه الذرائع واجبة السد وهو المقصود^(١).

ثالثاً: التشابه بين قوله في الكفاية: واختلف هل تقبل شهادة المشتري للبائع على الجاني؟ فقل: لا تقبل لأنه غريمه فيتهم على ذلك. وقيل: لا يخلو أن يكون البائع موسراً فتقبل شهادته، أو معسراً فلا تقبل؛ لأنه يتهم أن يجر إليه مالاً يأخذ منه ماله عليه (.) الموسر. وبين ما في الذخيرة: «قال صاحب النكت: إذا أحرقه رجل امتنعت شهادة المشتري إن كان معدماً، لأنه يتهم به في الحوالة عليه، وإلا جازت شهادته. قال أبو الطاهر: في شهادته أقوال، ثالثها: إن كان معسراً ردت وإلا فلا، وأصلها تبين التهمة وعدمها»^(٢).

رابعاً: التشابه بين قوله في الكفاية في آخر المساقاة: [فكل ما تجزُّ ثمرته بذهاب أصله ويخلف فالمساقاة فيه، وكل ما نحني ثمرته ويخلف كالورد والياسمين أو لا يخلف وأصله ثابت كالنخل، والتين الذي يئبس أو لا يئبس، أو غير ثابت كالزعر، وعلة المنع صحة البيع، فيبقى العجز أو امتناعه فيحصل العجز]. وبين قوله في الذخيرة: [وأصل قولهم إن كل ما يجر أصله ويخلف يمتنع وكل ما تجز ثمرته ولا يخلف يجوز كان أصله ثابتاً أم لا، أو تقول كل أصل ثابت تجز ثمرته يجوز ما لم يجر بيع ثمرته وكل أصل غير ثابت ويجز مع ثمرته كالزعر والبصل واللفت والجزر والمقائى يمتنع إلا أن يعجز عنه ويظهر من

(١) الفروق للقرافي (٢٦٧/٣).

(٢) الذخيرة (٢٢٧/٥).

الأرض وكل ما يجر أصله ويخلف كالبقل والكراث والقصب والموز يمتنع مطلقا واختلف في الرياحان والقصب الحلو بالمنع لأنه يجر ويخلف كالبقل والجواز للحاجة للمساقاة في الجزء الأولى دون الخلفة لأنها كما لم يظهر من الأرض وقيل القياس جواز الخلفة معه لأنها تبع فتجوز كبيعها مع الأصل تبعاً^(١).

٤ - دواعي التأليف

مع فقدان مقدمة هذا الشرح ، لابد من محاولة لالتماس الدواعي التي يحتمل أنها دفعت الإمام القرافي إلى العناية بكتاب التهذيب ووضع شرح عليه ، والتي رأيت بعد تحقيق الكتاب والتأمل فيه أنها تتمثل في ثلاث دوافع:

الأول: مكانة التهذيب ضمن مصادر المذهب ، وقد تقدم الكلام فيه .

والثاني: الجمع بين المدرسة العراقية والمغربية ؛ وقد رأينا في المدخل أن الإمام رحمه الله اهتم بالكتب المشتهرة في المذهب التي اعتنى بها المالكية ، لذا فشرحه للجلاب وللهذيب يشي بالاهتمام بمدرستي العراق والقيروان ، خدمة لغرضه الكبير وهو ترتيب فروع الفقه وردها إلى أصولها ومعاقدها .

الثالث: حضور التهذيب في البيئة المصرية زمن القرافي ؛ يدل على ذلك كلام الإمام ابن راشد القفصي عندما رحل إلى مصر حيث قال: «رحلت إلى الإسكندرية في زمن الملك السعيد فلقيت بها صدورا أكابر ، وبحورا زواخر ، كقاضي القضاة ناصر الدين ابن المنير وكان ذا علوم فائقة ، والكمال التنسي يُدعى مالكا الصغير يُدرس التهذيب»^(٢).

وأبين نص في كتاب الكفاية يدل على هذا الدافع قول الإمام معلقا على

(١) الذخيرة (١١٩/٦).

(٢) نقلا عن نيل الابتهاج (٣٩٢ - ٣٩٣).

نصّ البرادعي: (لله علي أن أصوم)، قال: «هذه مسألة من الصوم وقعت هنا في غير موضعها، ولذلك قيل للمدونة المختلطة، والتهذيب على نسقها ولذلك اختاره الناس، ولأن الشروح عليه»^(١)؛ فقله: «اختاره الناس، والشروح عليه» يفيد أن أهم ما جعل الإمام يخص التهذيب بهذا الشرح، هو عناية فقهاء وقته بمدارسته وشرحه.

وأما الرابع: فحاجة هذا الكتاب إلى شرح يرد الفتاوى إلى قواعد الشرع؛ لاحظت هذه الإشارة عند الإمام وهو يوجه نظره التقويمي صوب شراح المدونة قائلا: «وجدت أخيار علمائنا رحمهم الله قد أتوا في كتبهم بالحكم الفائقة، والألفاظ الرائقة، والمعاني الباهرة، والحجج القاهرة، غير أنهم يتبعون الفتاوى في مظانها حيث كانت، ويتكلمون عليها أين وجدت، مع قطع النظر عن معاهد الترتيب، ونظام التهذيب، كشرح المدونة وغيرها»^(٢)، ومتى انضاف هذا الهاجس العلمي إلى الدوافع الأولى تبين باطمئنان أن الإمام القرافي رحمهم الله إنما انبرى لشرح تهذيب البرادعي سدا لهذه الثلمة، وقيامًا بواجبه نحو هذا الكتاب من الترتيب، وهو تخريج تلك الأحكام على قواعد الشرع مبنية على مآخذها، ومرتبة على أبوابها كما ذكر في الذخيرة. وقد أشار في كفاية اللبيب إلى هذا الاختلاط الواقع في المدونة في مواضع، وأذكر من ذلك إضافة لما تقدّم، نصين آخرين:

الأول عند قول البرادعي: (ومن تزوج..) قال: «هذه مسألة من باب الأيمان بالطلاق وقعت في الشُّفعة، لأن المدونة مختلطة»^(٣).

والثاني عند تعليقه على قول صاحب التهذيب: (ومن باع من رجل مورثه)

(١) كفاية اللبيب، كتاب الرهون، [١٧٤/أ].

(٢) الذخيرة (٣٦/١).

(٣) كفاية اللبيب، كتاب الشُّفعة، اللوحة [٢٠٣/ب].

قال: «هذه المسألة من البيع ذكرها في القسمة على حكم الاختلاط في الكتاب»^(١).

يبقى بعد ذكر هذه الأمارات الواضحة، والدوافع التي يحتمل أنها دفعت الإمام إلى شرح التهذيب، أن نبسط الكلام عن منهج الشارح في الكتاب، وهو أيضا باب من أبواب الاستدلال على نسبة هذا الشرح إليه رحمه الله تعالى.

وقد حاولت خلال دراستي للكتاب، أن أبرز السمات الكبرى التي يتميز بها منهج الإمام القرافي، فقسمت هذه المعالم إلى جانب متعلق بآليات بناء النص، وآخر متعلق بمضمونه.

٥ - المنهج العلمي للقرافي في كتابه الكفاية

جمعت في هذا الفصل المتعلق بمنهج الكتاب عشرة خصائص تجلي طريقة الشارح في كفاية اللبيب، وهي في حقيقتها تروم إبراز ما توصل به من عدة علمية ومعرفية في شرحه، وتعين القارئ على إدراك أهمية هذا الشرح وما ضمه من الفوائد والفرائد.

أ - إبراز الفروق الفقهية

وأقصد بالفروق هنا: الفروق بين المسائل الفروعية لا الفروق بين القواعد الفقهية^(٢)، فكتاب كفاية اللبيب باعتباره كتاب فقه؛ حافظ فيه المصنف على غرضه من التأليف، وهو شرح وبيان المسائل ورفع الإشكال عنها، ولم ينصرف كثيرا إلى إبراز الفروق بين القواعد الفقهية كما هو صنيعه في كتاب الفروق خاصة، وإنما اعتنى بإبراز الفروق الفقهية على المسائل؛ وهذا ما يفسر غلبة هذا

(١) المصدر نفسه، كتاب القسم، اللوحة [٢٠٤/أ].

(٢) انظر: رشيد المدور. القواعد الفقهية في المذهب المالكي: أنواعها وأهم مؤلفاتها. مقال ضمن كتاب المنهجية الفقهية في مؤلفات المذهب المالكي. (٢/٤٨٠).

النوع من الفروق على الثاني. وعلى الرغم من ذلك فهذا الكتاب ذخيرة في القواعد الفقهية بتطبيقاتها الفروعية، لأن المصنف رحمته الله كان يتحرى التدليل على مسائل التهذيب بذكر قواعد الفقه وقواعد أصول الفقه، فاعتنى بها حتى قاربت ثلاث مائة فرق، مما يدل على قوة التحرير الفقهي للإمام، وجودة هذا الشرح على تهذيب البراذعي.

ولا بأس من الوقوف على نماذج من هذه الفروق^(١).

١ - الفرق بين فسخ الدَّين في الدين، وبيع الدَّين بالدين:

يقول في كتاب السلم الأول: «والفرق بين فسخ الدين في الدين، وبيع الدين بالدين: أن الفسخ يكون في ذمة واحدة، أعني أن الذمة المعمورة قبل الفسخ وبعده واحدة، وفي الدين بالدين هما ذمتان، لأن كل واحد منهما غير ذمة الثاني»^(٢).

٢ - الفرق بين تأخير الثمن في السلم، وتأخيره في الصرف، عند قول صاحب التهذيب: «وإذا أصاب المسلم إليه رأس المال نحاساً أو رصاصاً بعد شهر أو شهرين، فله البدل»^(٣).

قال: «هذا بخلاف الصرف؛ لأنه لو خرج في الصرف درهم زائف بعد افتراقهما، لم يجز إلا نقض الصرف، وفي السلم صح السلم كما قال، وإن أمكن أن يكونا اجتماعاً على الكالئ بالكالئ، فيدفع له صورة عينا زائفا ثم يردها إليه، فيتوصلا إلى الكالئ بالكالئ».

(١) معلوم أن كتاب الأمانة في إدراك النية، والفروق، والذخيرة، قد ضمت كما كبيرا من هذه الفروق التي امتاز الإمام رحمته الله بتفصيلها وفق منهجه الفريد.

(٢) كفاية اللبيب، مخطوطة القرويين. كتاب السلم الأول. اللوحة ٢.

(٣) التهذيب (٣/٣١).

والفرق بين العقدين أن الصرف أضيق من السلم، لأنه لا يجوز فيه التأخير بوجه، ويجوز في السلم تأخير الثمن بشرط ثلاثة أيام فما دونها، ولأنه لو رضي في السلم بذلك لصح السلم، ولو رضي في الصرف بأخذ الزيوف ما جاز، لأن التفاضل فيه حرام، فافترقا».

٣ - الفرق في قول التهذيب: (وعلى أن عليه حمله إلى القلزم^(١) فجائز)^(٢):

يقول: «الفرق بين هذا، وبين أن يشترط عليه أخذه بالقلزم، أنه في الأولى إذا جاء به إلى الفسطاط فقد خرج من ضمانه، ثم استأجرته على حمله إلى القلزم على ضمانه، فهذا سلم وإجارة، وفي الثاني لا يخرج من ضمانه حتى يأتي به إلى القلزم، وهو سلم لا غير».

٤ - الفرق بين مراتب الدين بالدين:

يقول: «مراتب الدين بالدين ثلاث:

الأولى: ابتداء دين بدين، وذلك إذا أسلمت إليه في سلعة، ففي تأخير الثمن قولان: المشهور الجواز ثلاثة أيام فما دونها، وقيل: لا يجوز بحال ولو ساعة، وهو قول العراقيين.

والثانية: بيع دين قد استقر بدين، ففيه قولان: المشهور المنع، وقيل: يجوز اليومين والثلاثة فما دونها.

والثالثة: فسخ الدين في الدين، هذا لا خلاف في منعه.

(١) مدينة، سميت باسم بحر القلزم لأنها مجاورة له بساحله الغربي في شرقي أرض مصر. الخطط للمقرئزي (٣٢/١). ط دار الكتب العلمية ١٤١٨ هـ.

(٢) التهذيب (٤٢/٣).

والفرق أن هذا هو الأصل في ذلك، لأنه الذي كانت الجاهلية تفعله وهو المنهي عنه، كأن أحدهما يقول: إما أن تُقضي أو تُربي، والذي قبله أشبه به فلذلك كان المشهور فيه المنع، بخلاف الأولى لأنه أبعد منه، لأن الدين هناك لم يستقر في الذمة بعد^(١).

٥ - الفرق في مسألة التهذيب: (لا خير في زيت زيتون بزيتون مما يخرج الزيت أم لا)^(٢):

قال: «الفرق بين هذه، وبين اللبن قد أخرج زبده أو لبن الإبل بزبد؛ أن لبن الإبل لا شيء فيه من الزبد بوجه، وكذلك الذي أخرج زبده. وأما الزيتون فلا بد أن يخرج منه الزيت إذا عوني وإن قل، فلذلك امتنع»^(٣).

٦ - الفرق في أنواع الوكالة:

قال: «والوكالة ثلاثة أضرب: باطل، والباقيان صحيحان، فالأول: المطلقة مثل أن يقول: أنت وكيل لي ولا يُبين شيئاً، لأنه يحتمل أشياء كثيرة، ومحتمل العموم والخصوص لم يكن لها أثر، وذلك بخلاف قوله في الوصية: فلان وصي ثم يموت، فهذا صحيح عندنا؛ وهو مشكل، لأنه كالأول لفظ مطلق لا يختص بشيء. والفرق: أن العرف في الوصايا أنه ينزل الوصي منزلته في جميع الأشياء، فهذا صح بانضمام العرف إليه»^(٤).

٧ - الفرق في قول التهذيب: (قال ابن القاسم: وإذا زاد مكتري الدابة أو

(١) كفاية اللبيب، كتاب السلم الثالث. اللوحة ٢٤.

(٢) التهذيب (٨٣/٣).

(٣) كفاية اللبيب. كتاب السلم الثالث، اللوحة ٢٩.

(٤) كفاية اللبيب. كتاب الوكالة. اللوحة ٧٥.

مستعيرها في المسافة ميلاً أو أكثر فعطبت ، ضمن وخير ربها ، فإما ضمّنه قيمتها يوم التعدي ولا كراء له في الزيادة ، وإما ضمّنه كراء الزيادة ولا شيء له^(١).

قال: «لأنها على ملكه وما مات من الحيوان ، أي: ما تلف من ذلك بسببه أو بأمر من الله سبحانه ، فإنه يضمّنه مطلقاً ، بخلاف غلة المغصوب إن تلف بأمر من الله وثبت ذلك لم يضمّن ، لأنه ضمان تهمة ، وإن لم يتبين ضمن . والفرق أن الضمان الأول بالأصل ، وهذا بالتبع ، فكان أخفّ»^(٢).

ب - المناظرة

يُعمل الإمام أسلوب المناظرة في الشرح بحيث يعرض آراء الخصوم وأدلتهم ، وينظرهم فيها كما هي عادته في الذخيرة والفروق وغيرهما ، وقد بان ذلك في مناظرته للمذاهب الأخرى في مسألة بيع الآجال: «قال الخصوم لا حجة في قول صاحب قلنا ذلك فيما كان اجتهدا منه لا بتوقيف ، قالوا: ومن الدليل على ذلك قول عمر رضي الله عنه: لا ربا ولا ريبة ، والربا معلوم ، والريبة ما يتهم صاحبه أنه وقع في الحرام ، ووجه الدليل منه أنه قال ذلك بمحضر الصحابة وهم سكوت فصار إجماعاً . قال الخصوم: هذه مسألة أصولية ؛ هل إجماع السكوت حجة أو لا ؟ وإن قيل: انه حجة ففيه تفصيل ؛ فإن كان المسكوت عنه له إماما فلا حجة فيه لأنه يهاب ، كما قال ابن عباس عن عمر رضي الله عنه: كان رجلا مهيبا فهبته ، وإن لم يكن إماما ففيه حجة وعمر إمام ، وإذا ثبت ذلك فلم يبق لأصحابنا في ذلك إلا عمل أهل المدينة»^(٣).

ومناظرته في كتاب الرجم في الزنى قال: «ومن جهة المعنى أن غرض

(١) التهذيب (٩١/٤ - ٩٢).

(٢) كفاية اللبيب . كتاب الغصب .

(٣) المصدر نفسه ، كتاب بيع الآجال ، اللوحة [٤٤/أ] .

الشرع في ذلك الستر . قالوا هذا منقوض عليكم بأنه لم يحصل الستر بحد الشهود ، قلنا إنما المراد ستر الزنى حَسْبُ . وأيضا فإن حد الشهود أهون من حد الزنى لأنه قد يكون قتلا . قالوا: ينبغي أن تفصلوا فتقولوا: إن كان محصنا ، ولم تقولوا ذلك»^(١) .

وكذلك مناظرته في الجراحات ، قال : «قوله: (فعليه بقدر ذلك) . أي ينظر أهل المعرفة إلى ما نقص من كلامه فيكون فيه بحساب ذلك . وقيل: ينظر ما نقص من حروف الهجاء الثمانية وعشرين ، وهو قول ثان في المذهب ، واعترض عليه بأن بعض الحروف أثقل من بعض . وأجيبَ بأن قوة الأصابع مختلفة ، وهي مع ذلك متساوية في الدِّيَّات ، واعتُرضَ بأن من الحروف ما هو من الحلق ، ومن الشفتين لا من اللسان . وأجيبَ بأنه لولا سلامة اللسان ما نطقَ بشيءٍ منها»^(٢) .

ت - رد الفروع إلى الأصول

وهذه أجل مزايا هذا الشرح الفريد لتهذيب البراذعي ، فإن القرافي يذكر لكثير من الفروع أصولها التي بنيت عليها ، كان الأصل نصّا قرآنيا أو حديثيا ، أو ضابطا فقهيا أو قاعدة من قواعده ، أو أصلا من أصول المذهب ، أو مقصدا من مقاصد الشريعة ، وذلك كثير في الشرح حتى أن القارئ يدرك أن الإمام إنما قصد في شرحه للتهذيب إبراز علوِّ اختيارات المذهب ودقة أنظار المالكية في تقرير الأحكام . وقد وقفنا على تطبيقاته لمجموعة من الأصول منها الإجماع ، والقياس ، وعمل المدينة ، والاستصحاب ، والعرف ، والمصلحة ، وسدّ الذرائع .

الاستدلال بالحديث: في المتن أكثر من مائة وعشرين استشهادا بأحاديث

(١) المصدر نفسه ، كتاب الرجم في الزنى ، اللوحة [٢٤٨/ب] .

(٢) المصدر نفسه ، كتاب الجراحات ، [٢٦٤/ب] .

المعاملات ، وكثير منها يرد بالفاظ وصيغ غير التي في مظان الحديث المشتهرة ، وربما ذكر الحديث أحيانا بروايتين ، أو اجتهد في تأويل معناه محتجا بلفظه ، وقد جمعها في فهرس خاص آخر البحث .

الإجماع: مثل قوله: «فالمعنى إذا حصل النقص لم يجز إلا مثلاً بمثل وهذا إجماع» .

القياس: مثل قوله: «ونحن نقول العلة على ثلاثة أضرب محققة وضرورية وغائية ؛ فهذه الثلاثة متقدمة باعتبار ، ومتأخرة باعتبار ، وهذه من هذا القبيل ، وأيضا فنحن نحرم الخمر قبل التلبس بشربها لإسكارها ، وهو متوقع ؛ ولأن المتوقع كالحاصل» .

وقوله: «هذا المذهبُ ، أعني إذا كان المضمون حاضراً موسراً فلا تأخذ الكفيل بالحق ، ولنا قولٌ ثانٍ: أنه مخير في أخذ من شاء منهما ، ودليل الأول القياس على الرهن ، فكما لا يباع الرهن إلا عند عسر الغريم ، وقبل ذلك فلا يباع ، فكذلك الكفيل ؛ لأنه توثقة مثل الرهن»^(١) .

العرف: كقوله في كتاب السلم الأول: «قوله: ومن أسلم في تمر ؛ إذا كان الموضع الذي انعقد فيه السلم ليس فيه من التمر إلا نوع واحد ، والغالب فيه نوع واحد ، وغيره يقل ويندر ، فإنه إذا أطلق التمر فإنه يردّ إلى العرف هناك لأن العرف كالشرط ، وأما إذا كان الموضع تكثر فيه أنواع كثيرة من التمر كالحجاز فإنه إذا لم يصف النوع المسلم فيه فسد وفسخ»^(٢) .

(١) المصدر نفسه ، كتاب السلم الثاني ، [٢١/أ] .

(٢) المصدر نفسه ، كتاب السلم الأول [٦/أ] .

وقوله: «الشَّافِعِي يشترط في جميع السلم الوزن أو الكيل ، وكل ما لا يضبطه الكيل يرجع فيه إلى الوزن عنده ، وكثيرا ما يقعون في الكرب في ذلك في أشياء يعلم بالعرف أنها لا توزن»^(١).

وقوله: «ونحن نضبط كثيرا منه بالعادة كالأترج ، وإن اختلفت حزمه ضبطناه بالوسط أو الصغير أو الكبير وكذلك الرمان أو القصب»^(٢).

سد الذرائع: «قوله فقبلها رجل ، هذا لا تهمة فيه ، واختلف هل تقبل شهادة المشتري للبائع على الجاني فقبل لا تقبل لأنه غريمه فيتهم على ذلك وقيل لا يخلو أن يكون البائع موسرا فتقبل شهادته أو معسرا فلا تقبل لأنه يتهم أن (.) إليه مالا يأخذ منه ماله عليه بخلاف الموسر»^(٣).

عمل أهل المدينة: كقوله في بيع الآجال «وإذا ثبت ذلك فلم يبق لأصحابنا في ذلك إلا عمل أهل المدينة»^(٤)، وقوله: «لكن هذا عمل المدينة يقضي به مالك»^(٥).

اعتبار المال: «وقول عبد الملك بالمنع اعتبارا بما يؤول إليه الأمر من النقص لأنها إذا (صفت) اختلف مقدارها وكذلك البسر بالبسر إذا استويا في البسرية وكذلك البلح الكبير بمثله وما لا يجوز (.) إلا مع التماثل فالجهل فيه بالتماثل كتحقق التفاضل في المنع»^(٦).

(١) المصدر نفسه ، كتاب السلم الأول [٥/ب].

(٢) المصدر نفسه ، كتاب السلم الأول [٥/ب].

(٣) المصدر نفسه ، كتاب السلم الأول [١١/ب].

(٤) تقدم.

(٥) المصدر نفسه ، كتاب الوكالة [٧٦/ب].

(٦) المصدر نفسه ، كتاب السلم الثالث [٢٨/ب].

الاستحسان: عند قول صاحب التهذيب: (استحسنه مالك) قال: «اختلف في استحسان الإمام فقيل: لا أصل له، وهذا فاسد لأنه وضع شرع، وقيل: بل لا بد أن يستند إلى أصل في الشرع وهو الصحيح»^(١). وقال في كتاب القذف: «أي فترد وإنما وجه قول مالك بالاستحسان إذا مضت أشهر»^(٢).

بل إنه تعرض لتعريف الاستحسان فقال في كتاب الخيار: «والاستحسان: العَمَلُ بِمَا لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ أَوْ بِمَا لَهُ مَعْنَى مُنَاسِبٌ، وقد اعترضه الخصم وقال: من حكم بغير دليل فقد شرع، ومن شرع فقد كفر، ونحن نقول به، قاسه ملك على أصول من الشريعة، فليس بابتداع شرع»^(٣).

الاستصحاب: عند قول البراذعي «وإن لم يؤمن وصول ذلك»، قال الإمام القرافي: «هذا الضابط، ولو كانت قرينة والهواء ساكن لا ريح فيه ثم تحركت فيه الريح فلا ضمان أيضا لأن ذلك بأمر من الله، والأصل استصحاب عدم الريح»^(٤).

ث - وضع الشروط

يبني الإمام القرافي المسألة أحيانا على وضع الشروط كقوله في كتاب السلم الثاني: المقاصة في ذلك لها شروط.. وقوله في كتاب السلم الثالث: «إنما اشترطنا أن يكون خمسة عشر يوما إذا كان في بلد واحد»^(٥)، وقوله في بيع

(١) المصدر نفسه، كتاب القسم [٢٠٩/ب].

(٢) المصدر نفسه، كتاب القذف، [٢٥١/ب].

(٣) المصدر نفسه، كتاب الخيار [٥٧/أ].

(٤) المصدر نفسه، كتاب حريم الآبار [٢١٧/ب].

(٥) المصدر نفسه، كتاب السلم الثالث، اللوحة [٢٧/ب].

الآجال: «والشروط ثلاثة أنواع: منها ما يعود بجهل الثمن».

ج - وضع التعريفات

يلجأ الإمام إلى تعريف المفاهيم الفقهية كشركة المفاوضة وشركة العنان والوكالة وغيرها والأصولية كتعريفه للاستحسان بقوله: والاستحسان العمل بما لا دليل عليه أو بما له معنى مناسب، كما يعرف ببعض المصطلحات الغريبة أو الأماكن، مثل تعريفه الصفرة والآنك والأقط والإثغار والتأبير والخربز والحظار والجرون والغرة والمواحيـز، وتعريفه للفسطاط، ولبـلاد مصر بقوله: «مصر اسم يقع على ما هو من الإسكندرية إلى عيذاب...» وغير ذلك.

ح - إبراز المذهب في المسألة أو الفرع ثم التنبيه على الأقوال الأخرى

يحرص الإمام في شرحه على إبراز المشهور في المسألة، قبل أن يذكر أقوالاً أخرى في المذهب، فتكثر العبارات المشيرة لهذا في المتن مثل: «هذا المذهب، وقيل...»^(١)، و«هذا المذهب، ولنا قول ثانٍ...»^(٢)، و«المشهور كذا... وقيل بل كذا...»^(٣)، وغيرها.

خ - توجيه الأقوال بإعمال الضوابط والقواعد الفقهية والأصولية

القصـد من التوجيه هنا: ذكر القاعدة أو الضابط باعتباره وجهاً في المسألة أو مستنداً لذلك القول، وقد امتلأ كتاب الكفاية بالضوابط والقواعد الفقهية والأصولية حتى تميز عن عادة شراح التهذيب والمدونة بقوة التقعيد، ويأتي ذلك

(١) كفاية اللبيب، (ص ٦٣ - ٣٥٠ - ٤٨٠) وغيرها.

(٢) المصدر نفسه (٥١٣ - ٨٠٢ - ٨١١ - ٨٥٤ - ١٢٩٦) وغيرها.

(٣) المصدر نفسه (٦٢ - ١٦٥ - ١٨٦ - ١٩٠) وغيرها.

إما بالابتداء بذكر الضابط أو القاعدة كأن يقول في أول الفرع أو الكتاب: «لنا ثلاث قواعد...»، أو بالانتهاء بذكر القاعدة أو الضابط كأن يقول: «وضابط هذا الباب كذا...»، أو «هذه المسألة مبنية على قاعدة وهي...».

فمن ذلك ما ذكر تعليقا على مسألة التهذيب: (وإن أسلمت إلى رجل مائة درهم في مائة إردب حنطة، ثم استزدته بعد تمام السلم أرادب معجلة أو مؤجلة إلى الأجل، أو أبعدَ جاز)^(١). حيث قال: «هذه المسألة مشكّلة على المذهب، لأنه أجاز فيها الزيادة معجلة ومؤجلة إلى مثل الأجل، أو أبعدَ منه، ففي إجازة المعجلة: القول بالسلم الحال، وهو ممنوع على المذهب. والانفصالُ عن ذلك أن يُقال: إنها إذا كانت معجلة فباع منه ذلك وأسلم في المؤجل (.) هما صفتان بيعٌ وسلمٌ، كما إذا كانت إلى أبعد من الأجل تكون صفتين أيضا، وينبغي في المعجلة أن تكون المعينة، أو من صبرة معينة، حتى تخرج عن أن تكون في الذمة.

وأیضا هذه الزيادة تشكّل بهدية المديان، وهي عندنا باطلة لما فيها من سلف جر نفعاً، وذلك أنه إذا أهداه فإنه يؤخره بالدين في مقابلة ذلك، ومن آخر ما وجب له فهو سلف منه له، على أن يأخذه منه بعد في مقابلة الهدية. وانفصلوا عن ذلك بأن الفرق بين الهدية وهذا، أن الهدية لم يسأله الطالب إياها، ولكنه تبرّعَ لهُ بها، وهذه قد سأله ذلك لما نفع المبتاع فقال: زدني. وقيل: لأن الهدية تكون حالة، وهذه قد تكون إلى أجل، وهذان الوجهان ضعيفان؛ لأن ذلك لا يخرجهما عن أن تكون نفعاً، وقيل: إنما أجاز ذلك بناء على أصل وهو: أن كل ما تبع العقد فكأنه في العقد لا خارجٌ عنه، وهذا جيد لأنه به يملك»^(٢).

(١) التهذيب (٥٩/٣).

(٢) نفسه. كتاب السلم الثاني، اللوحة ٢٢.

ففي هذا النص يعرض المصنف المسألة على أصليين في المذهب وهو امتناع السلم الحال، وهدية المديان، ثم ضعف حجة القولين القائلين بانفصال هذه الزيادة عن هدية المديان، ورأى أن الاستناد إلى قاعدة «كل ما تبع العقد فكأنه في العقد لا خارج عنه» أولى وأقوى.

ومثاله أيضاً، ما ذكر في بداية كتاب السلم الثاني قال: «لنا ثلاث قواعد: إحداها هل نراعي الخلاف أو لا؟ الثانية إذا قلنا بمراعاة الخلاف، فهل نراعي كل خلاف كان في المذهب، أو في غيره، أو لا نراعي من الخلاف إلا ما قوي دليله؟ والثالثة هل نراعي التهم البعيدة، أو لا نراعي منها إلا ما قرب؟ فعلى هذه القواعد تنبني المسائل، فإذا فسد السلم بأن يعقده حالاً، أو دون وصف، أو بضمن مجهول، أو غير ذلك من الأمور التي تفسد السلم، وفي بعضها خلاف كالسلم الحال، فإن الشافعي أجازه، وفي المذهب قولٌ بجوازه، ولكن ينبغي فسحه مطلقاً، ولا نراعي خلافاً في جوازه وإن كان في المذهب، لأن المقلد لا يجوز له تقليد غير ابن القاسم، لأنه أقعد بمذهب مالك، لأنه صحبه في آخر عمره، فيلزمه أن يعمل على نقله، إلا أن يكون مجتهداً فيجوز له حينئذ أن يعمل بما ترجح عنده من الأقوال»^(١).

ومن الأمثلة، قوله توجيهها لأحد الأقوال في اختلاف المتبايعان: «الخامس: القول قول البائع مطلقاً وهو شاذ، وَوَجْهُهُ: أن الأصل بقاء السلعة بيد بائعها»^(٢). وقوله في كتاب السلم الثاني: «ووجه هذا ينبني على قاعدة وهي أن: من خيّر بين شيئين فاختر أحدهما، فهل ينزل منزلة من التزم الذي عدل عنه ثم عدل عنه، أو

(١) كفاية اللبيب. أول كتاب السلم الثاني. اللوحة ١٣.

(٢) كفاية اللبيب. اللوحة ١٥.

لَا يَنْزِلُ إِلَّا مَنْزِلَةً مِنْ أَخَذَ مَا اخْتَارَ مِنْ أَوَّلِ وَهْلَةٍ؟^(١).

ومثال آخر في توجيه المشهور والراجح بالقاعدة قوله: «ووجه المشهور أن ما قرب من الشيء فحكمه حكمه»^(٢) وقوله: «فوجه الجواز أن الغالب السلامة»^(٣)، وقوله: «وفيها ثلاثة أقوال تبنى على قاعدة: وهي إذا اختلف المتبايعان فادعى أحدهما اللزوم، والثاني الخيار»^(٤)، وقوله: «ووجه هذا أنه: لا ضَرَرٌ ولا ضِرَارٌ»^(٥).

د - التعليل وإعمال المقاصد

يوظف الإمام في شرحه المنهج المقاصدي بتعليل كثير من أحكام المعاملات، وهذه سمة أخرى من سمات التأليف لدى الإمام القرافي أقصد الاهتبال بمقاصد الشارع الحكيم، وأسوق من ذلك بعض النصوص:

- قوله: «قوله: ولا يجوز أن يوكل ذمياً. هذا على الكراهة لا على التحريم، وإنما كره لأمر منها أنه لا يبالي بما يعقد من العقود الفاسدة، ولأن في ذلك إذلالاً للمسلمين الذين وكل عليهم ورفعة له عليهم، ولذلك نهى عن استعمال أهل الكتاب على الرعية لما في ذلك من إهانتهم»^(٦).

- قوله: «لأن العتق قد تشوف إليه الشرع»^(٧).

(١) نفسه. اللوحة ١٧.

(٢) نفسه. كتاب السلم الأول. اللوحة ٢.

(٣) نفسه. كتاب السلم الأول. اللوحة ٤.

(٤) كفاية اللبيب. كتاب الوكالة. اللوحة ٧٧.

(٥) نفسه. باب الحكرة. اللوحة ٨٣.

(٦) المصدر نفسه، كتاب السلم الثاني [١٧/أ].

(٧) المصدر نفسه، كتاب بيع الآجال [٤٨/أ].

- قوله: «وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ إزالة الضرر بشركة الأجنبي كما فعل الشرع في العرية، وجوز بيع الرطب بالتمر وبيع الطعام بالطعام إلى أجل لأجل تضرر المعري بالأجنبي، ولئلا يضيق على من فعل خيرا فيمتنع الناس من فعله»^(١).

- قوله: «إذا أسند مسلم وصيته إلى ذمي» أي إذا وصى للذمي لم يجز، لأمرين: أحدهما: أن من شرط الوصي الأمانة ومن شرطها العدالة والكفر فسق، الثاني: أن في ذلك استعلاء على المسلم لأن الوصي يضرب محجوره ويؤدبه، ولذلك لا يجوز أن يوكل الذمي على قبض ديونه من المسلمين»^(٢).

- قوله: «كل قسمة أحدثت ضررا فلا تجوز، لأنها شرعت لإزالة الضرر، وإذا كانت الساحة مشاعة أمكن انتفاع كل واحد منهم بها مطلقا، وليس من مكارم الأخلاق إذا كانت مشاعة أن يماكس الرجل شريكه فيها بجزء يسير لأنه أمر لا يتأبد»^(٣).

- قوله: «ومن جهة المعنى أن غرض الشرع في ذلك الستر». وفي موضع آخر: «لأنه لم يثبت الزنى وبهذا يُعلم أن قصد الشرع في هذا الستر»^(٤).

- «قوله: (كالرسول). أي إذا دفع بغير شاهد فيضمن على المذهب اعتبارا بالقاعدة المتقدمة، لأنه دفع لمن لم يتسلم منه وإنما هو أمين بالنظر إلى حفظهما ومصدق في تلفها ولا يجوز له أن يفرط في دفعها بغير بيان. وقال ابن الماجشون: لا يضمن، وقيل: ينظر إلى العرف فإن جرى العرف بأن الرسول لا يدفع إلا ببيان

(١) المصدر نفسه، كتاب الشُّفَعَة [١٩٦/أ].

(٢) المصدر نفسه، كتاب القسم [٢٠٩/ب].

(٣) المصدر نفسه، كتاب القسم [٢١٣/ب].

(٤) المصدر نفسه، كتاب الرجم بالزنا [٢٥١/أ].

ضمن وإن لا فلا ، لأن ذلك يسد باب المعروف بين الناس ، لأنه إذا علم الناس أنهم يضمنون الرسائل ، لم يتكلف أحدهم توصيل شيء البتة ، وفيه إضرار للناس»^(١).

- قوله: «وإذا امتنع الكفار من فدي الأسرى إلا بأن تُدفع لهم آله الحرب ، فالمذهب أن ذلك لا يجوز لأن الفداء مصلحة خاصة عارضتها مفسدة عامة». وفي باب منع التفريق بين الأم وولدها قال: «في التفريق في الهبة والصدقة والوصية قولان: المذهب أنها تصح ولا تفسخ بخلاف البيع لأنه إذا فسخ البيع رجع له العوض ، وفسخ الهبة يؤدي إلى قطع المعروف ، والمقصود تكثير المعروف بين الناس»^(٢).

- قوله: «قوله: في ثلاث سنين ؛ هذا للرفق بهم لأنه كان ينبغي ألا يغرموا عنه ، إذ ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤] ، لكن ما كان من الجنابة الخطأ يبلغ ثلث دية الجاني أو المجني عليه فصاعدا يثقل ، فخفف الشرع بأن كلف العاقلة أن يتحملوا عنه ، وما كان أقل من ذلك يخف ، فكان على الجاني في ماله حالاً ، وكذلك في صلح العمد يكون في ماله حالاً لأنه عاص فناسب الثقيل»^(٣).

ذ - إيراد الإشكالات ، والتنبيه على عبارات التهذيب

يورد الإمام الآراء المشككة في المذهب ، وأحيانا خارج المذهب مطيلا الكلام فيها ، وبنفس الأسلوب الذي يعتمد في الذخيرة ، وترد عنده عبارة «هذا مشكل» في مواضع عدة.

(١) المصدر نفسه ، كتاب الوكالة .

(٢) المصدر نفسه ، كتاب التجارة إلى أرض الحرب .

(٣) المصدر نفسه ، كتاب الديات [٢٦٧/أ] .

مثال ذلك قوله في باب السلم الأول: «قوله: ومن أسلم في حنطة في قصيل؛ هذا لفظ مشكل، لأن هذا بيع؛ لأن القصيل والقصب مُعِينَان، ولا يجوز التأخير فيهما للنهي عن بيع الحب حتى يبيس، وروي حتى يبيض، وحتى (٠) في أكمامه، وإذا كان بيعاً فينبغي ألا يعبر عنه بالسلم»^(١).

ومن أمثلته أيضاً قوله: «لأن نية الحرام حرام كمن نوى أن يشرب الخمر، ويروى في الكتاب: ولا تبع طعاماً؛ وهو مشكل لا يصح له معنى»^(٢).

ومن ذلك ما ذكر تعليقا على مسألة التهذيب: وإن أسلمت إلى رجل مائة درهم في مائة إردب حنطة، ثم استزدته بعد تمام السلم أرادب معجلة أو مؤجلة إلى الأجل، أو أبعدَ جاز^(٣)؛ حيث قال: «هذه المسألة مشكّلة على المذهب، لأنه أجاز فيها الزيادة معجلة ومؤجلة إلى مثل الأجل، أو أبعدَ منه، ففي إجازة المعجلة: القولُ بالسلم الحال، وهو ممنوع على المذهب. والانفصالُ عن ذلك أن يُقال: إنها إذا كانت معجلة فباع منه ذلك وأسلم في المؤجل (٠) هما صفتان بيعٌ وسلمٌ، كما إذا كانت إلى أبعد من الأجل تكون صفتين أيضاً، وينبغي في المعجلة أن تكون المعينة، أو من صبرة معينة، حتى تخرج عن أن تكون في الذمة»^(٤).

وربما علق أحيانا على عبارة البراذعي، كقوله في كتاب التدليس بالعيوب: «قوله: لأن له أن يترك؛ هذا لفظ غير جيد ينبغي أن يقول: يجب عليه أن يترك»^(٥).

(١) المصدر نفسه كتاب السلم الأول [١١/ب].

(٢) المصدر نفسه كتاب السلم الثالث [٢٦/ب].

(٣) التهذيب (٥٩/٣).

(٤) المصدر نفسه كتاب السلم الثاني [٢٢/أ].

(٥) المصدر نفسه كتاب التدليس بالعيوب [٨٦/أ].

وقال كذلك: «قوله: فيصير ذهباً بذهب ليس كفة بكفة؛ أي غير يد بيد، وعبر عن ذلك بقوله «كفة بكفة»، لأن أحدهما يكون في كفة والآخر في كفة. قال: وسمّاه صرفاً مجازاً، وإنما هو مراطلة»^(١).

ر - الاجتهاد في تصحيح المسائل والأقوال

يبرز هذا عند توجيه أقوال المذهب، أو مناظرته لمذهب الشافعي، أو تضعيف قول من أقوال المذهب، كما في بيوع الآجال عند تعرضه لمسألة فرس أبي القاسم حيث ضعف التعاليل.

وقوله في بيوع الآجال: «وهذا تقدير ضعيف»^(٢).

وقال مرجحاً قول ابن القاسم على قول أشهب: «ابن القاسم يرى أن عوض الهبة هو ما يدفع من عوض أو عين، وعند أشهب قيمة الهبة دنائير أو دراهم لا غير. فإن دفع له عرضاً فهو بيع ثان بالقيمة التي ترتبت في ذمته، وعلى هذا يرجع بكل عيب يجده في العرض وإن قل كما في البيع. والصحيح قول ابن القاسم لوجهين: أحدهما أن الموهوب إذا أبدل للواهب عرضاً ثواباً جبر الواهب على قبضه ولو كانت القيمة غير ذلك لم يجبره الثاني أنه لو وهب شقصاً من داره لشخص على الثواب فإن الشفيع إنما يشفع بقيمة الشقص ولو لم يكن هو القيمة لشفع بقيمة الموهوب»^(٣).

وفي كتاب الوصايا الثاني عند مسألة التهذيب (إلا في فضلة واحدة): «هذا

(١) المصدر نفسه كتاب الصرف [٤٢/أ].

(٢) المصدر نفسه كتاب بيوع الآجال [٤٩/ب].

(٣) المصدر نفسه كتاب الهبة [٢٢٤/أ].

كلام غير جيد بل الخلاف في خلع الثلث في الباب كله على القولين سواء أوصى بعين أو بمنافع»^(١).

٦ - مصادر المؤلف في شرحه

أ - المصادر المذكورة:

صرح الشارح بثمانية مصادر في هذا الشرح ، وهي:

١ - المدونة .

٢ - التهذيب .

٣ - مدونة أسد بن الفرات .

٤ - الاستيفاء للباجي .

٥ - شرح الموطأ لابن حبيب .

٦ - المنتقى للباجي .

٧ - كتب ابن وهب .

٨ - السليمانية .

ب - معتمد الشارح في شرحه

لقد تقدم في أول هذا المدخل افتراض كون الشارح عول كثيرا على شرح للتهذيب أو عمد إلى اختصاره ، كصنيعه مع شرح ابن الجلاب للتلمساني حيث اختصره وصار يعرف بشرح تفريع الجلاب للقرافي ، فمن النصوص المهمة جدا

(١) المصدر نفسه كتاب الوصايا الثاني [٢٣٨/ب] .

في هذا الباب ما يلي:

✽ النص الأول:

- كفاية اللبيب، كتاب القسم: [قوله: (والميل ونحوه بين ذلك قريب). أي هذه المدد لا تخرج به عن أن تكون جنسا واحدا، بخلاف اليوم فإنه كثير، وهذا إنما يكون بين القرى أما بين الديار في البلد فالاختلاف حاصل بنصف الميل].

- شرح الزرقاني على مختصر خليل، باب القسمة: [والذي قدمه عن التقريب، هو قوله: وفي التقريب على التهذيب وهذا إنما يكون بين القرى يعني القرب بالميل ونحوه وأما بين الديار في البلد فالاختلاف حاصل بنصف الميل اهـ] (١).

✽ النص الثاني:

- كفاية اللبيب، كتاب الإجارة: [قوله: (الإجارة في الحج). كل عبادة تختص بالبدن، فلا تجوز الإجارة عليها ولا النيابة فيها اتفاقاً كالصلاة والصوم، والمالية كالزكاة تجوز النيابة فيها اتفاقاً، والحج مالي بدني، فلذلك اختلف فيه في المذهب وخارجه. فوجه المذهب أن الحج لمباشره، وإنما للذي أجره ثواب المساعدة فقط، وكذلك من أجر قارئاً عنه، وإذا كان العمل له ينبغي ألا يأخذ عليه أجراً، وإذا شرع في الحج عن نفسه أو غيره، فلا يجوز له قطعه البتة، وإذا كان يجب عليه التماضي فيه، فلا يصح أخذ الأجرة عليه.

- مواهب الجليل باب الحج: [وفي التقريب على التهذيب في باب الإجارة

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني. (٣٥٥/٦).

ذكر قولين في الإجارة على الحج قال: وكذلك مَنْ استأجر قَارِئًا يقرأ عنه في
صحة ذلك قولان. انتهى^(١).

هذا يُظهر، ابتداءً، أن الشارح رحمه الله يرجع إلى تقريب التهذيب وينقل منه
دون ذكر اسمه.



(١) مواهب الجليل للحطاب (٥٤٣/٢)

المقدمة الرابعة عملي في التحقيق

١ - المنهج المتبع في ضبط النص

أما من حيث عملي في تحقيق متن كفاية اللبيب فإني:

نسختُ لوحات المخطوط كلها، من كتاب السَّلم الأول إلى نهاية كتاب الديات، ثم قابلت المنسوخ بأصله المخطوط، واشتغلت عليه كما يلي:

أ - ضبطت النص وفق الخط المطبعي والإملاء الحديث مع تصويب بعض كلماته؛ من ذلك كتابة حرف القاف بنقطتين بدل نقطة واحدة، وإثبات الهمزة في مثل: البائع، القائل، لئلا، تبرأ. واستبدال الألف الممدودة بالمقصورة من مثل: دعى وزنى. وإثبات همزة الوصل في بعض الألفاظ كقوله: لا اختيار ولا ارتباط ويا ابن، فإنها ترد في المتن: (لاختيار) و(لا ارتباط) و(يا ابن).

ب - وضعت علامات الترقيم، وميزت بين الجمل والفقرات بما يقتضيه المعنى.

ت - حددت بداية اللوحات بوضع رقمها بين معقوفين مع الرمز ب: (أ) للصفحة الأولى و ب: (ب) للصفحة الثانية هكذا: [أ/١]، [ب/١]، أثبتُ ذلك في بداية كل لوحة لا في آخرها.

ث - تتبععت نص الإمام البراذعي كله من الكفاية، ثم قابلته بما هو في كتاب التهذيب، فوثقته معتمدا على الطبعة الصادرة عن دار البحوث للدراسات

الإسلامية وإحياء التراث دبي ، بتحقيق الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ ، مع الاستعانة بنسخ خطية أخرى للتهذيب لم يعتمدوها المحقق المذكور^(١) ، فقد تبين أن الشارح رحمه الله كان يطالع أكثر من نسخة في شرحه كما يتضح ذلك من بعض العبارات كقوله: «وفي بعض النسخ كذا...»^(٢).

ثم إنني وضعت نص التهذيب بين علامتي التقويس () ، وميزته عن شرح الإمام القرافي حتى يظهر ويجلو ، وحيثما اختلف قول البراذعي من الكفاية عما هو فيه من التهذيب اختلافا شديدا أثبت نص البراذعي في الهامش ليباشر القارئ المقارنة بينهما ، وأما ما كان من الاختلاف يسيرا كاختصار عبارة ، أو حذف واو ، أو إبدالها فاء ، أو استعمال ضمير غائب بدل المخاطب أو تقديم وتأخير ، مما هو راجع إلى اختلاف النسخ ولا يغير المعنى ، فأكتفي بالإحالة إلى موضعه بالجزء والصفحة . مكتفيا في الإحالة عليه بقولي: «التهذيب» دون تمام عنوانه ، وإذا كثر نص التهذيب من الصفحة الواحدة فإني أكتفي بإحالة تجمع كل تلك النقول بقولي: هذا كله من التهذيب .

ج - اجتهدت في التنبيه على بعض المواقع التي ظهر لي فيها عدم استقامة المعنى ، بإثبات اللفظ البديل على الهامش . وأما ما استدركه الناسخ أو أضافه المؤلف بخطه في الحاشية فأضعه بين لمتين { } .

ح - أضع النقطة أو النقطتين أو الثلاث بين القوسين في المتن للإشارة إلى وقوع البتر بمقدارها مما لم أستطع تبينه ؛ فهذه العلامة: (.) تدل على بتر في المتن بمقدار كلمة واحدة ، وهذه: (. .) بمقدار كلمتين ، وهذه: (. . .) بمقدار

(١) منها نسخ الخزنة الأزهرية رقم ٩٥٣٦٤ - ٩٥٣٦٥ .

(٢) انظر أول كتاب بيع الغرر عند قول صاحب التهذيب «بجزء من أحد وخمسين» .



ثلاث كلمات ، ولم يقع البتر بأكثر من ذلك في سائر المتن إلا نذرا .

خ - حرصت على وضع الشكل على بعض الكلمات والجمل الفقهية أو الملتبسة تيسيرا على القارئ في قراءته .

د - وثقت الآيات برواية ورش عن نافع وأبرزتها بخط بين ، وخرّجت الأحاديث مكثفيا بذكر الكتاب الحديثي والباب والراوي ، دون رقم الحديث .

ذ - علقت على بعض المسائل الفقهية لزيادة البيان بحسب الإمكان ، من غير إثقال التحقيق بتكثير الهوامش .

ر - وثقت ، جهد الإمكان ، الأقوال الفقهية المذكورة في المتن بعزوها لمصادرهما ، أو المظان التي ذكرت فيها ، معتمدا في ذلك على شروح المدونة والتهذيب أولا ، ثم على المصادر المتأخرة للمذهب ثانيا .

ز - وضعت إلى جانب الفهارس المعتادة فهارس أخرى معينة على فهم مقاصد الكتاب ، ومبرزة لمميزات هذا النص الغني جدا ، ومسهلة للباحث الوصول إلى مضامينه ؛ فبالإضافة إلى فهارس الآيات والأحاديث والأعلام والمصطلحات والأماكن ، والموضوعات ، وضعت فهرسا خاصا بالقواعد الأصولية ثم القواعد والضوابط الفقهية .

٢ - الرموز المستعملة في النص

(.) : موضع غير بين أو فيه بتر أو طمس بقدر كلمة .

(..) : موضع غير بين أو فيه بتر أو طمس بقدر كلمتين .



[] : تنبيه على وجود تصرف يسير في الألفاظ الواقعة داخلهما إما بتصحيح أو تكميل ما بتر .

{ } : ما وقع في حواشي المخطوطة من زيادة ، أو إلحاق ، أو تصويب ، من الناسخ أو المصنف .

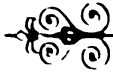
[أ/] [ب/] نهاية اللوحات وبداياتها .

٣ - النسخة المعتمدة ووصفها :

توجد نسخة هذا الجزء الذي اشتغلنا على تحقيقه من كتاب كفاية اللبيب في شرح التهذيب في خزانة القرويين ، وأما الجزء الأول فهو مفقود .

ويقع الجزء المتوفر تحت رقم : ٣٨٦ ، وعدد لوحاتها : ٢٧٥ لوحة ، مقياسها ٢٦ سم / ١٨ ، عدد السطور في كل واجهة تسعة وعشرون سطرا ، ومتوسط الكلمات في السطر الواحد خمسة عشر كلمة ، والنسخة بخط أندلسي ملون مقروء ، حالتها متوسطة يوجد بها بعض الخروم خاصة في كتاب السلم الأول وكتاب السلم الثاني ، غير مذكورة المؤلف والناسخ ، أما تاريخ النسخ فهو أواخر ربيع الأزهر ٦٨١ هـ ، وهي بذلك قد نسخت في حياة الإمام القرافي وقبل وفاته بثلاث سنوات ، وعليها علامات المقابلة بالنسخة الأصل وتصحيحات من المصنف كما تجده في بعض هوامشها بخط مغاير من عبارة «حاشية بخط المؤلف»^(١) ، وهذا يجعلها النسخة الفريدة إلى حد الآن .

(١) مثال ذلك حاشية نصها : «ما اشتري من الأسواق محمول على السلامة وإن كان يحتمل أن يكون الجلد أو العظم ميتة ، والطعام المائع نجساً ، أو ومغصوباً كذلك في الصلاة على الثياب ، ونحوها كل ذلك محمول على الغالب . طرة من أصل المصنف» . اللوحة رقم ٥٤ . وفي أخرى «قوله =



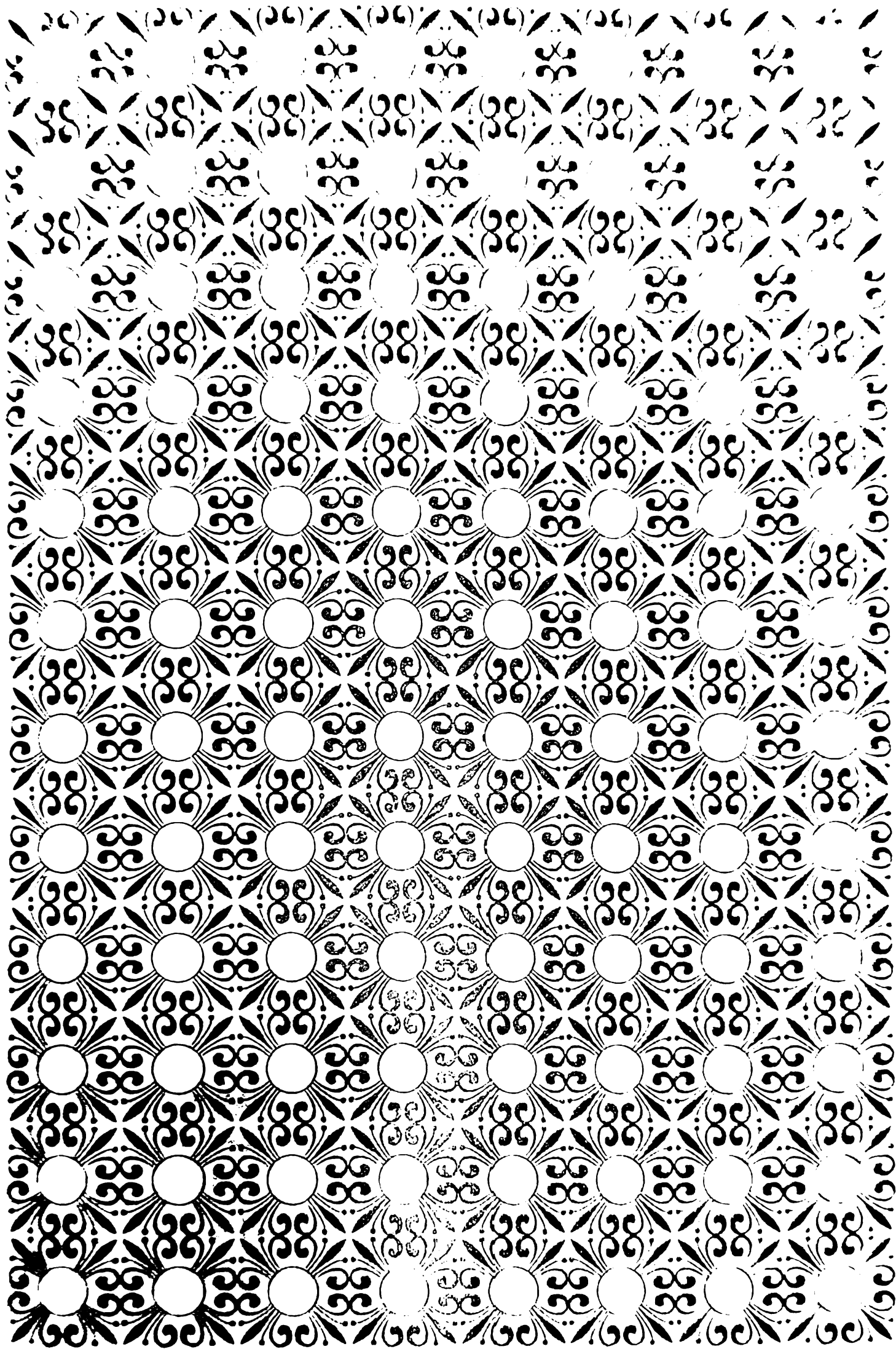
وهذا السفر الثاني يضم خمسين كتابا يبدأ بكتاب السلم وينتهي بكتاب الديات وأوله^(١):

«بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم..
كتاب السلم الثاني. قال تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية، قال ابن عباس: نزلت في السلم...»

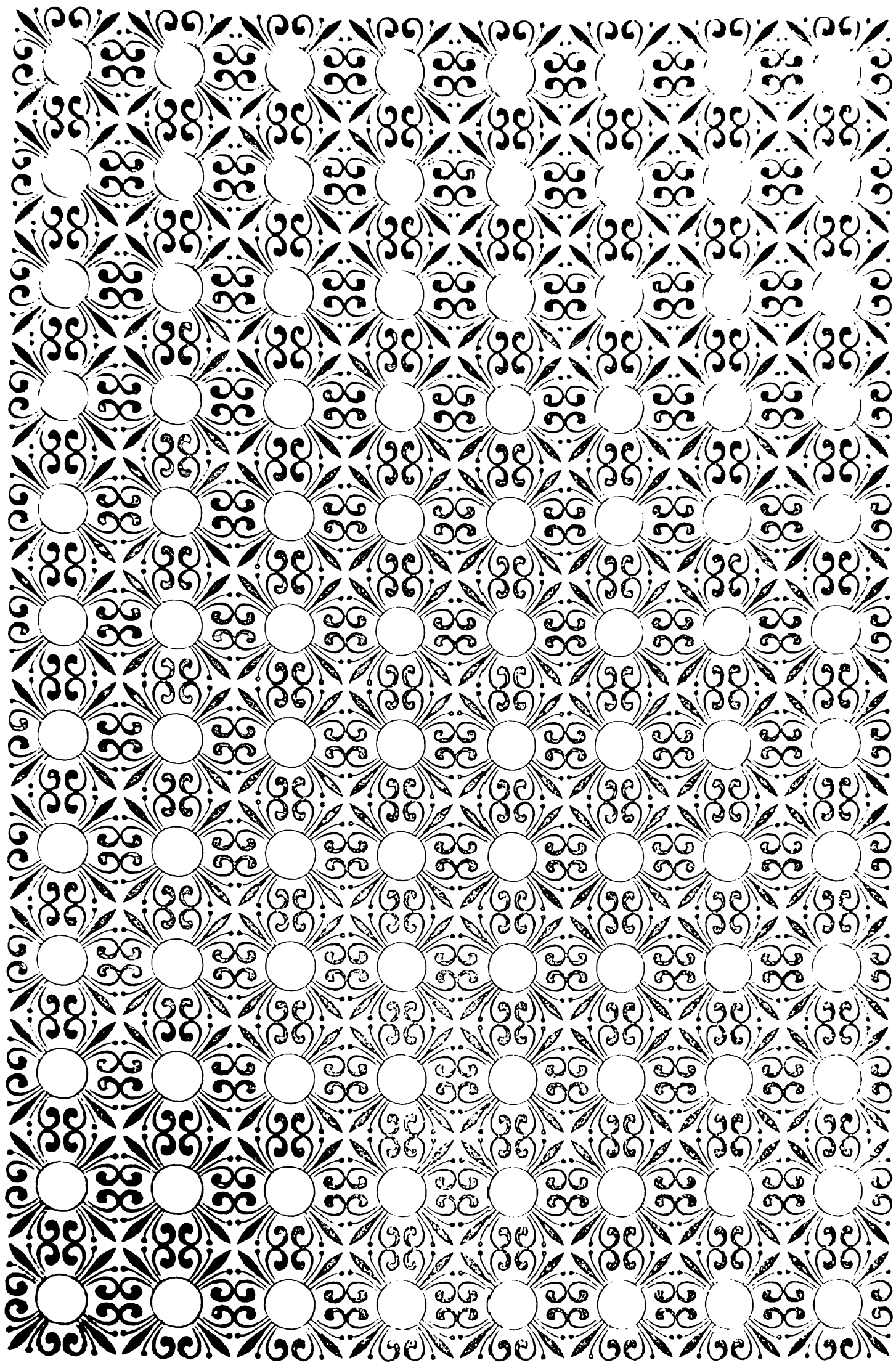
وآخره: «تم الجزء الثاني من كفاية اللبيب في شرح التهذيب وذلك في العشر الآخر من ربيع الأول من إحدى وثمانين وستمائة بالمدرسة الصالحية من القاهرة حرسها الله وصلى الله على محمد وآله».

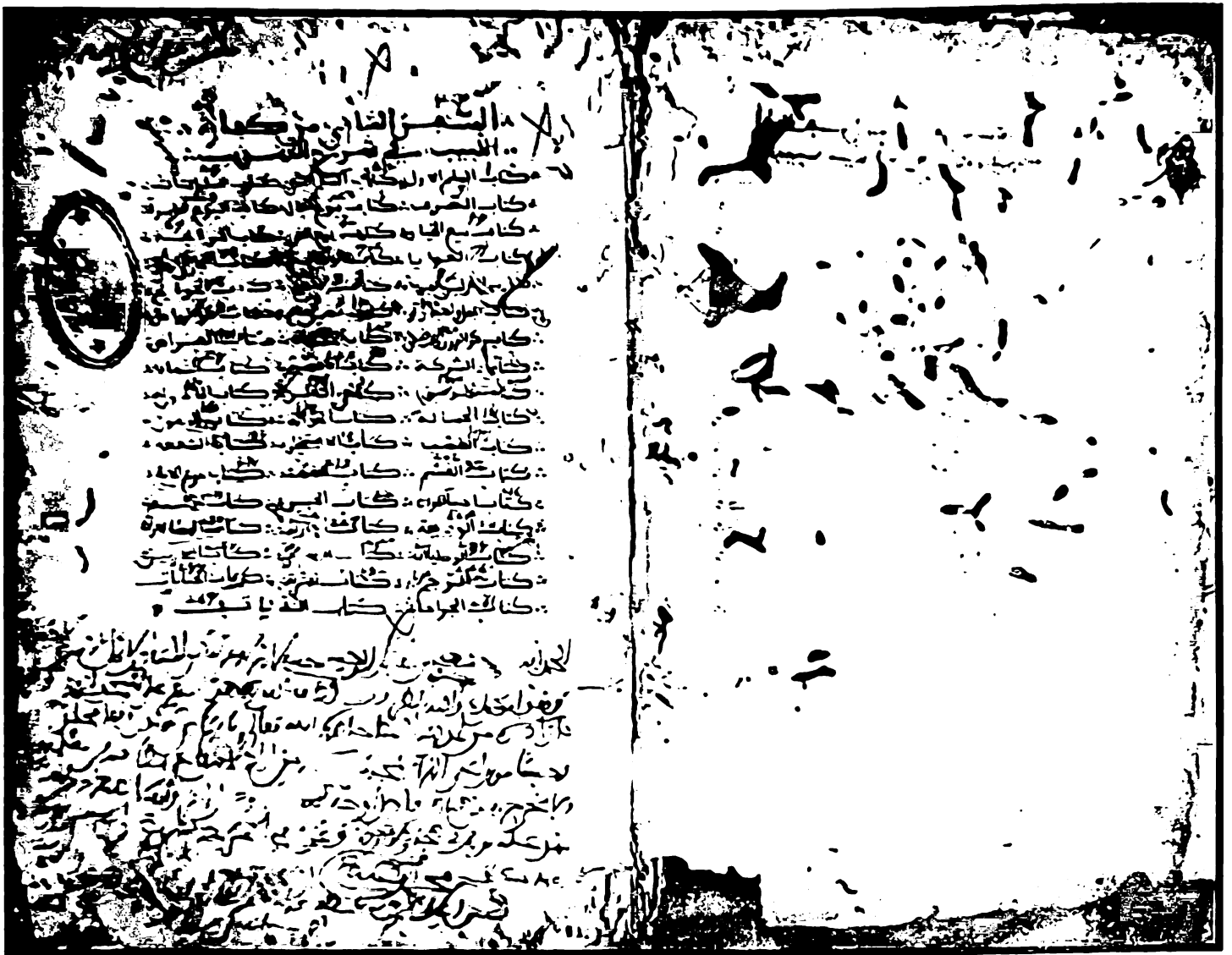


= تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾ أنكحه إحداهما على أن يختار موسى، وهذا شرع من قبلنا ولا يجوز في شرعنا للجهالة في ذلك حال العقد، وقيل: لم يعقد على الجهالة وإنما قال: أريد فقال: اختر، فيقع العقد بعد الاختيار على علم لا قبله، حاشية بخط المصنف». (١) توجد في الورقة الأولى صيغة تحبب الكتاب، لم أتبين منها بسبب التلاشي إلا ما يلي: «الحمد لله، حبس الله الرحيم الأعز المكين، الكاتب الأكمل الأشرف الأجمل هو أبو محمد عبد الله الطريفي لطف الله به، هذا السفر على المسجد الذي بناه بإزاء داره من المدينة البيضاء حماها الله تعالى بالرياض من [..] وقفا مخلدا محبسا مؤبدا على القراء المجتهدين [..] ممن أراد الانتفاع والمطالعة من المعلمين، ولا يخرج منه ذلك قاصدا وجه الله، والله لا يضيع أجر المحسنين [..]».



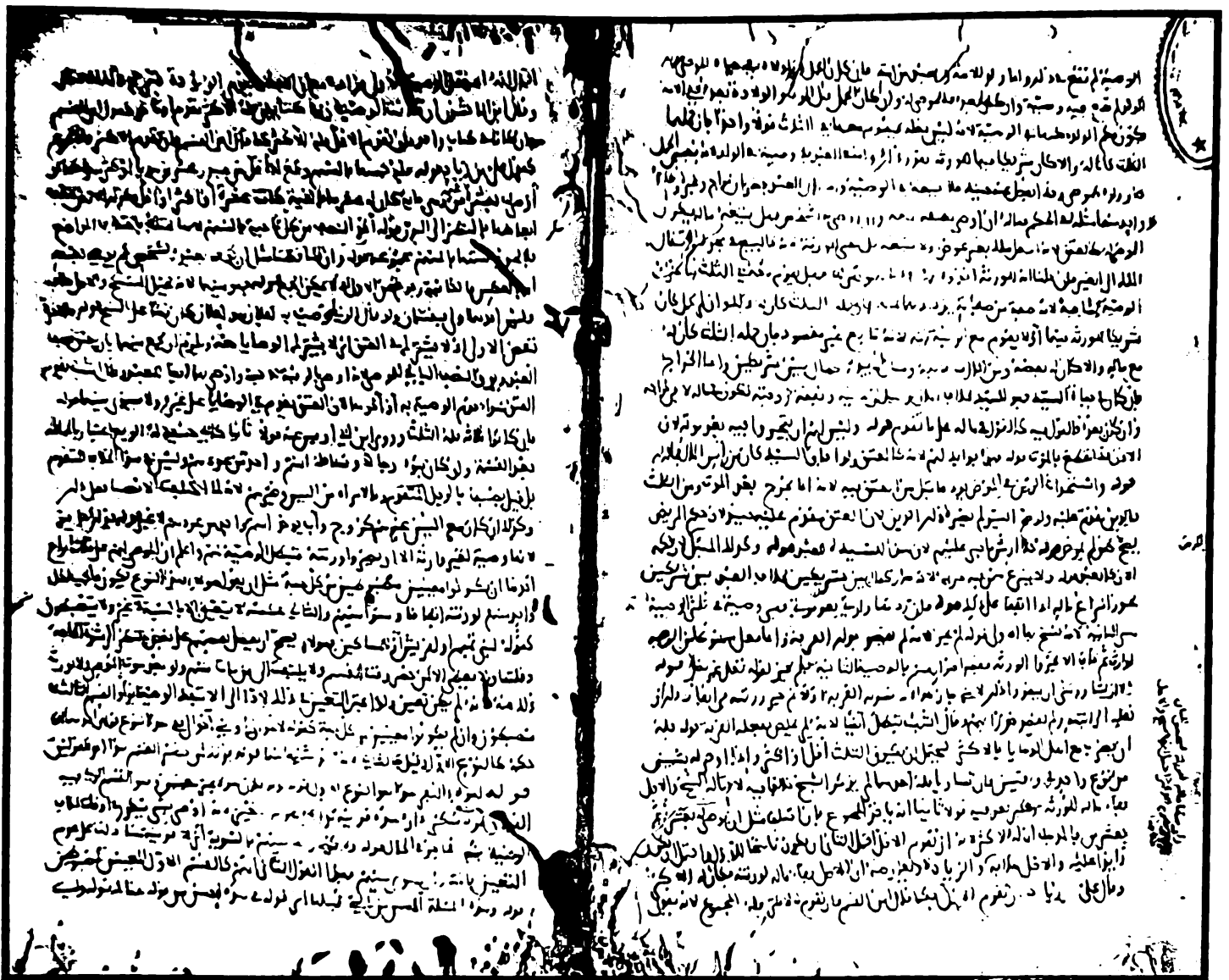
نماذج مصورة من النسخة



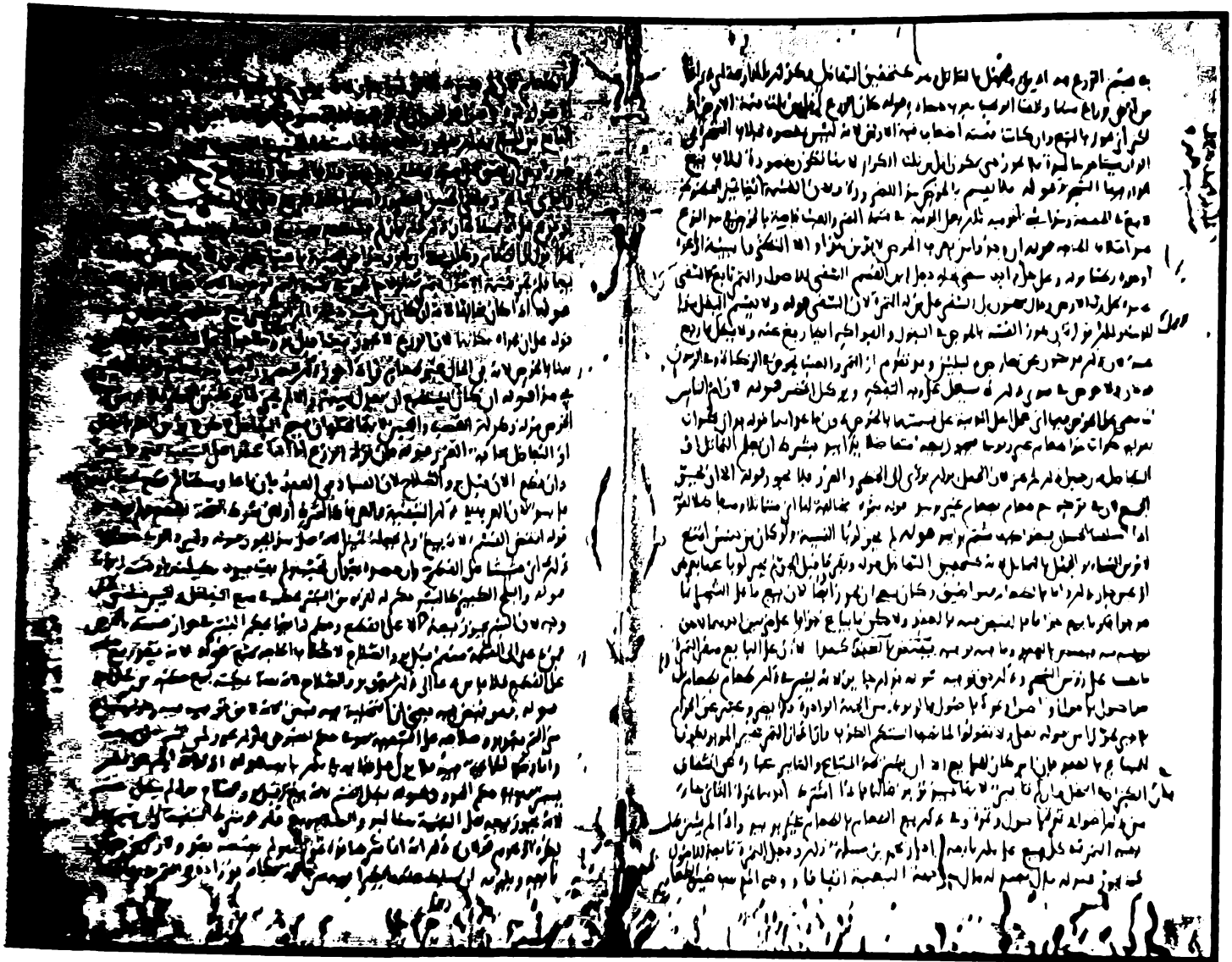




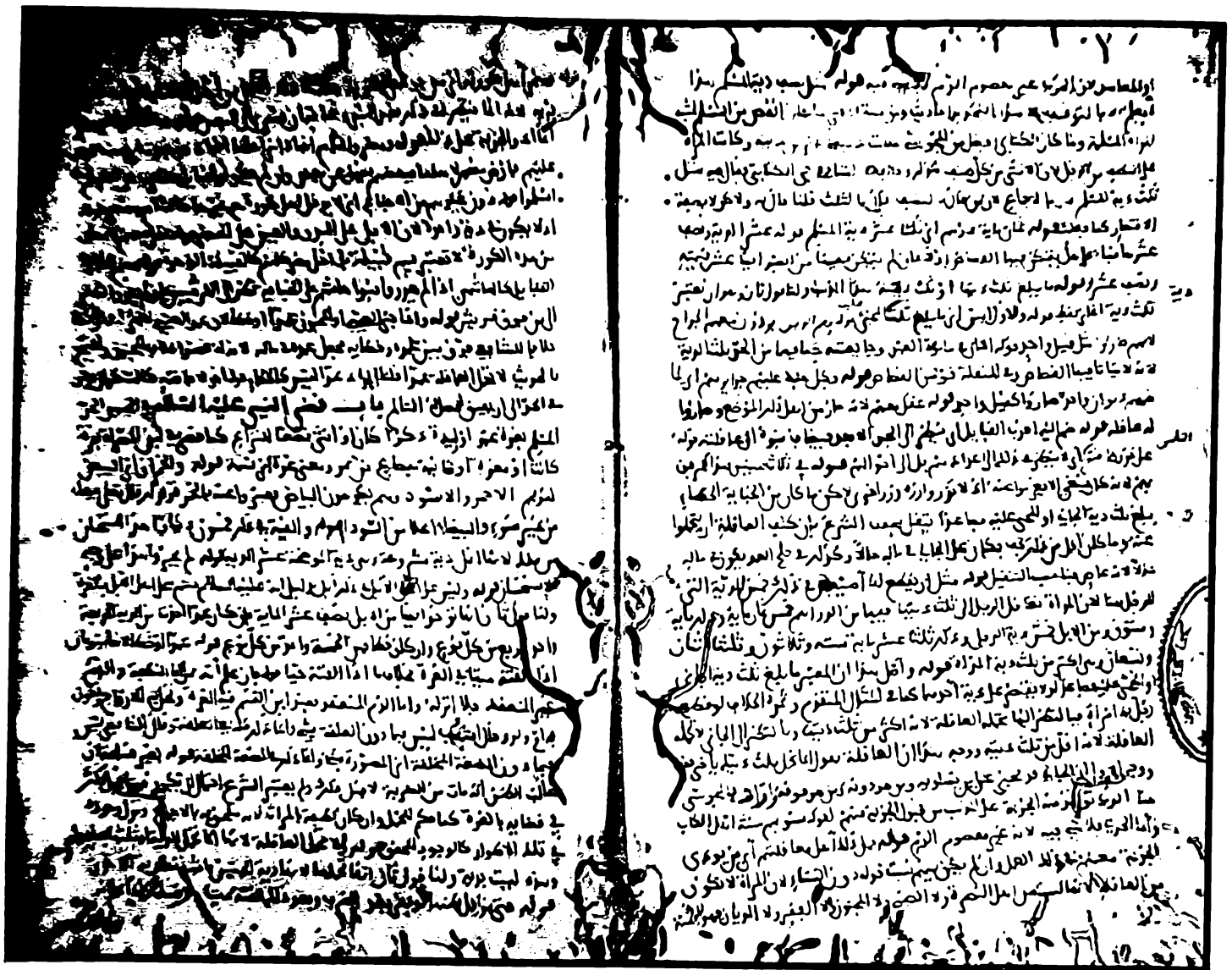
اللوحة الأولى من المخطوطة



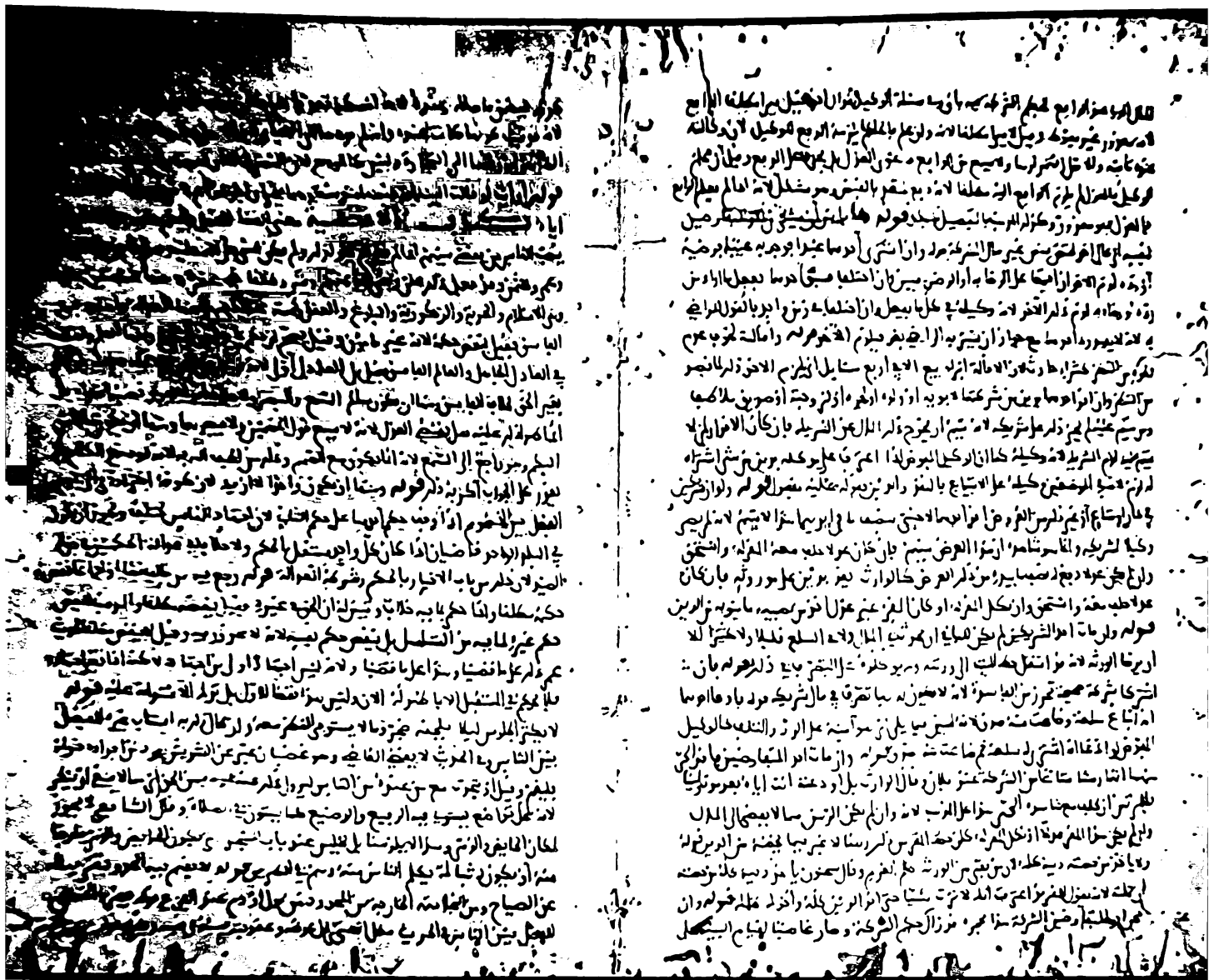
لوحة من كتاب الوصايا الثاني



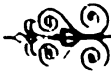
لوحة من كتاب القسم



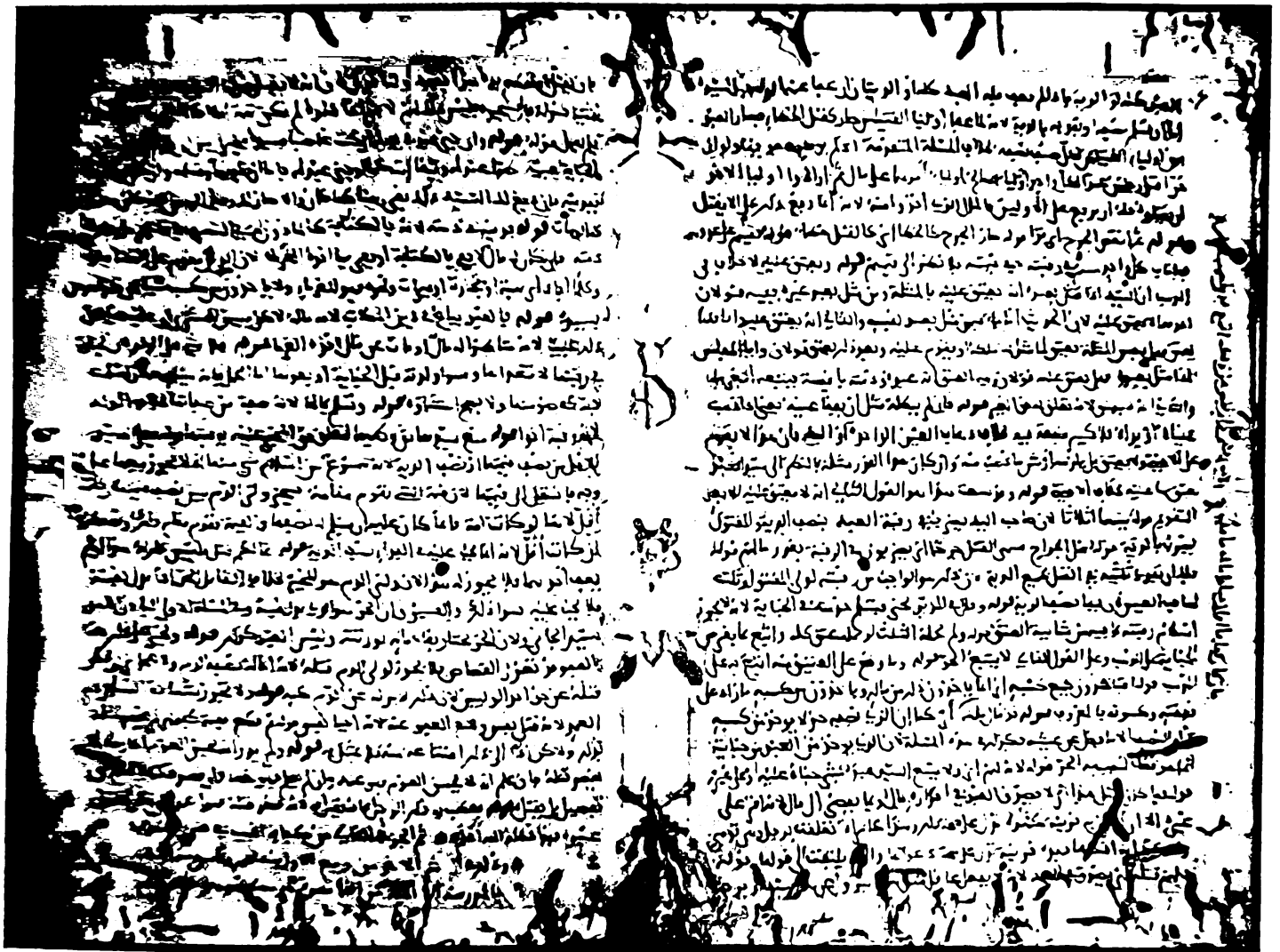
لوحة من كتاب الديات



لوحة من كتاب الأفضية



لوح من كتاب التدليس بالعيوب



اللوحة الأخيرة من النسخة

كِفَايَةُ اللَّيْلِ فِي نَشْرِحِ التَّهْلُكِ

(النِّصْفُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ)

تَأَلَّفُ

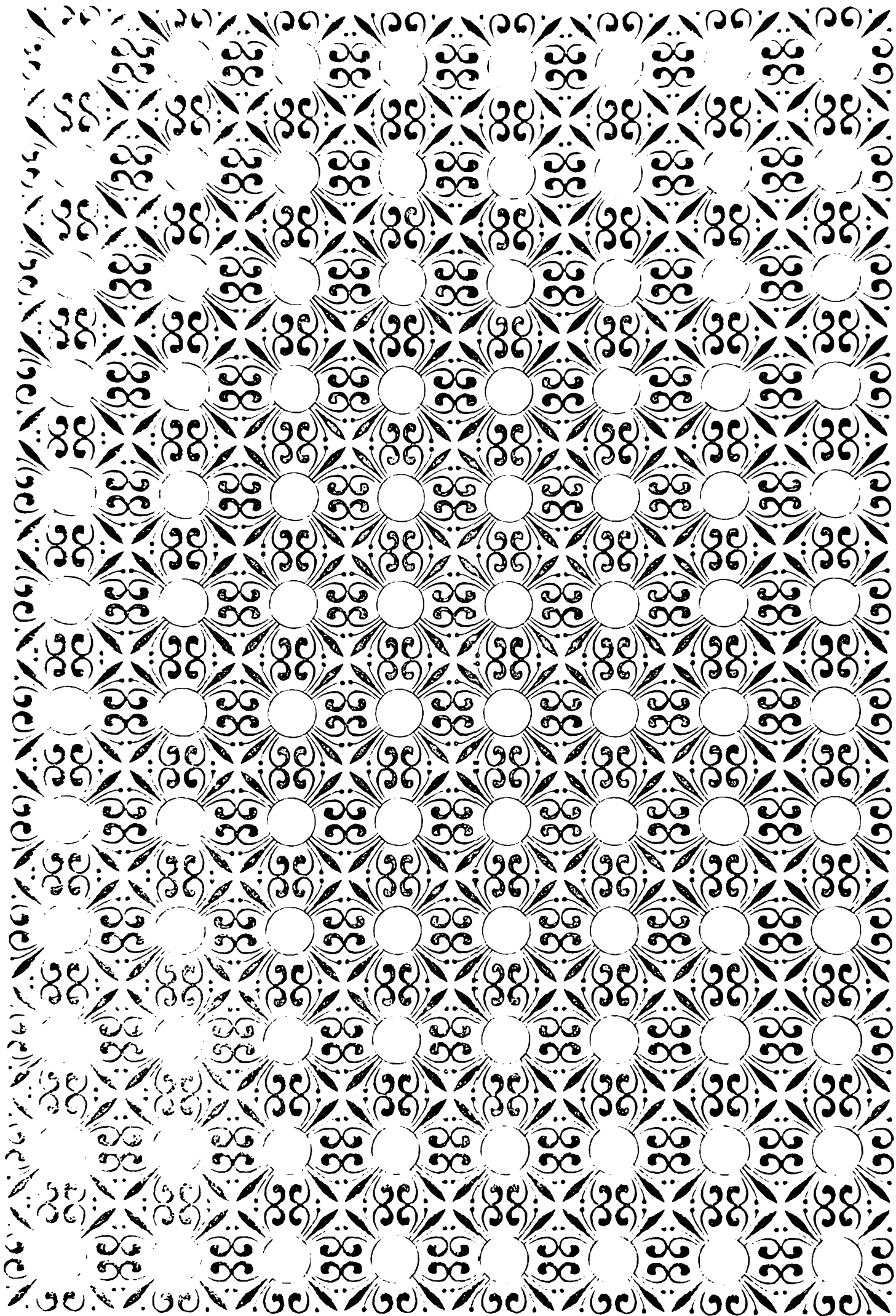
شَهَابُ الدِّينِ الْقَرَّافِيُّ

أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدَ بْنَ إِدْرِيسَ الصَّنَهَاجِيِّ الْمَالِكِيِّ
(٦٨٤ هـ)

تَحْقِيقُ وَتَقْدِيمُ

د. وَدِيعُ أَكْثُونِينَ

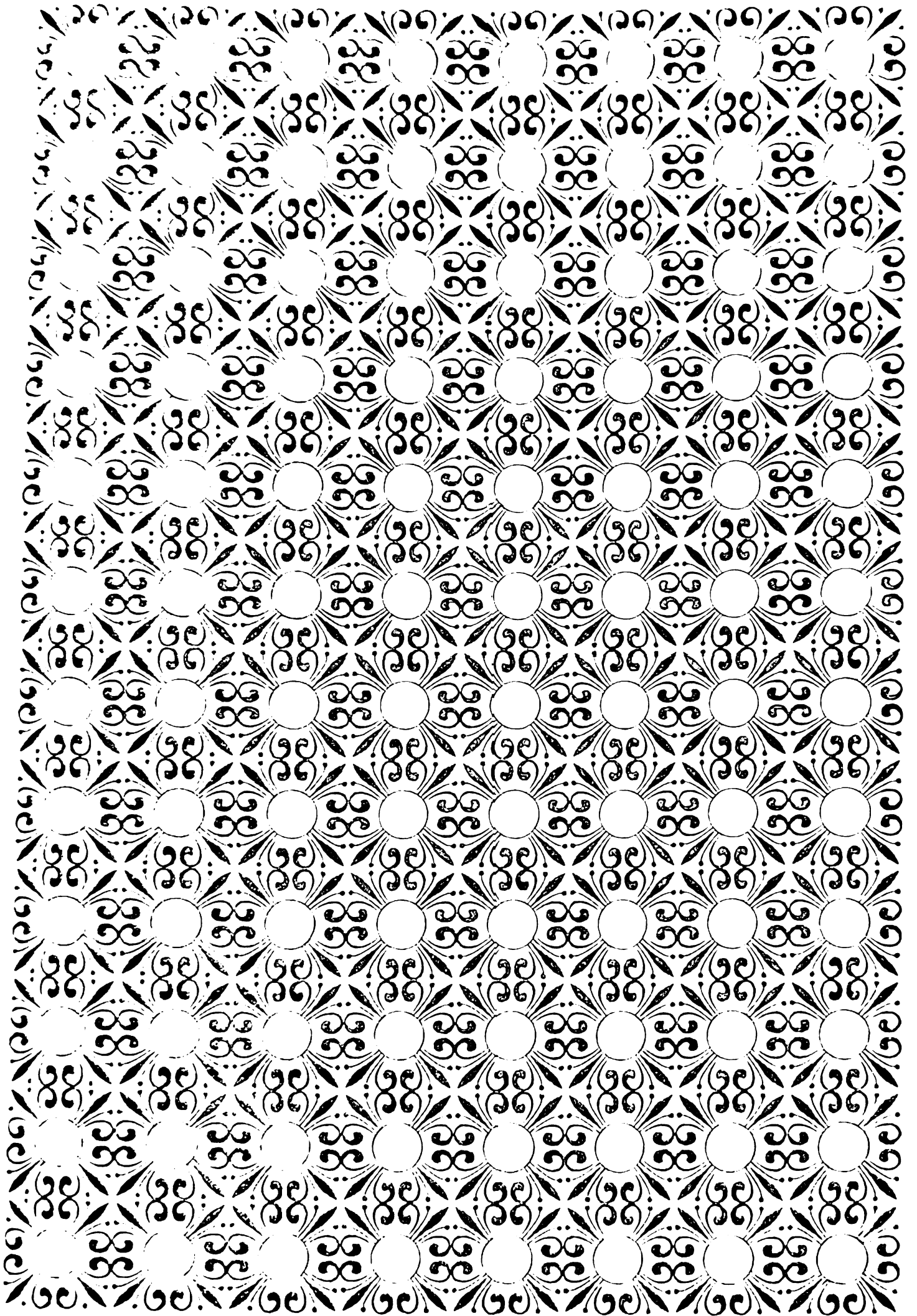
الْجُزْءُ الْأَوَّلُ



الجزء الأول

وفيه اثنا عشر كتابا:

- * كتاب السِّلَم الأول
- * كتاب السِّلَم الثاني
- * كتاب السِّلَم الثالث
- * كتاب الصَّرَف
- * كتاب بيوع الآجال
- * كتاب البيوع الفاسدة
- * كتاب بيع الخيار
- * كتاب بيع الغرر
- * كتاب المراجعة
- * كتاب العرايا
- * كتاب الوكالة
- * كتاب التجارة إلى أرض الحرب



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

كتاب

السلم الأول

—•••••

أصله قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية، قال ابن عباس: «نزلت في السلم»^(١)، وقال مالك: «إنها تجمع الدين كله»^(٢)، ويظهر في هذا شبه تناقض لأن الدين أعم من السلم، لأن كل سلم دين وليس كل دين (سلم)^(٣)، لأن البيع إلى أجل والقرض من الدين وليس ذلك سلماً.

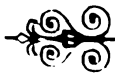
ووجه ذلك أن ابن عباس أخبر عن سبب نزولها فقط، ولا يمنع أن يكون سبب النزول خاصاً وتكون الآية عامة في ذلك السبب وغيره، ونظيره ما قيل في قوله تعالى: ﴿وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٨] أنه الباذنجان الأبيض (٠) أنها نزلت في ذلك، لأن الصحابة لما دخلوا خيبر وجدوا فيها باذنجاناً أبيض ولم يكونوا رأوه قبل ذلك فتعجبوا فنزلت^(٤)، فجاءت الآية عامة وسبب نزولها

(١) ذكر ذلك الطبري عند قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾: (كان ابن عباس يقول نزلت هذه الآية في السلم خاصة؛ حدثنا أبو كريب قال، حدثنا يحيى بن عيسى الرملي، عن سفيان، عن ابن أبي نجيع قال، قال ابن عباس في: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾، قال: السلم في الحنطة، في كيل معلوم إلى أجل معلوم). جامع البيان في تأويل القرآن محمد بن جرير، أبو جعفر الطبري للطبري تحقيق أحمد محمد شاكر. مؤسسة الرسالة. ط/ ٢٠٠٠. (٤٣/٦).

(٢) نقل ابن جزي في تفسيره: (قال مالك: وهذا يجمع الدين كله. يعني أنه يجوز التأخير في السلم والسلف وغيرهما). التسهيل لعلوم التنزيل لأبي القاسم، محمد بن جزي الغرناطي (ت: ٧٤١هـ) تحقيق عبد الله الخالدي ط ١٤١٦/١هـ (١٣٩/١).

(٣) كذا في المتن، ولعل الصواب: سلماً.

(٤) لم أقف على هذا القول.



خاص ، وكذلك قول من قال^(١) في قوله تعالى: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ﴾ [النساء: ١٤٨] أنه الرجل يستضيف قوما فلا يضيفونه ، معناه: أنها نزلت في ذلك وهي عامة .

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أسلمت فأسلم في شيء معلوم وضمن معلوم إلى أجل معلوم»^(٢).

وهو من أنواع المعاوضة والجامع لها انتقال ملك [المالك بلا قيد^(٣)] ، يكون بعوض أو لا بعوض ، فإن لم يكن بعوض فهي الهبة والصدقة ، وإن كان بعوض فإما أن يكون معلوما أو مجهولا ، فإن كان مجهولا فهي هبة الثواب ، وإن

(١) يقصد رواية ابن أبي نجیح عن مجاهد ، قال: (نزلت هذه الآية ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ﴾ في الرجل يمرُّ بالرجل فلا يضيفه فرخص له أن يقول فيه: إنه لم يحسن ضيافته). انظر الجامع لأحكام القرآن للطبري (٢/٦).

(٢) الحديث رواه البخاري بلفظ السلف عن ابن عباس رضي الله عنهما ، قال: قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَدِينَةَ ، وَالنَّاسُ يُسْلِفُونَ فِي الثَّمَرِ الْعَامَ وَالْعَامَيْنِ ، أَوْ قَالَ: عَامَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةَ ، شَكََّ إِسْمَاعِيلُ ، فَقَالَ: «مَنْ سَلَفَ فِي تَمْرٍ ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ». كتاب السلم . باب السلم في كيل معلوم . وراه مسلم في صحيحه عن ابن عباس: «مَنْ أَسْلَفَ فَلَا يُسْلِفُ إِلَّا فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ». كتاب المساقاة باب السلم . وعند أحمد في مسنده: عن ابن عباس كذلك من طريق عبد الرحمن بن مهدي قال: «وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي الثَّمَرِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ ، أَوْ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «سَلَفُوا فِي الثَّمَرِ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ ، وَوَقْتٍ مَعْلُومٍ». (٤٢٥/٣) . ورواه ابن ماجه عن أبي المنهال ، عن ابن عباس ، قال: قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي الثَّمَرِ ، السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ ، فَقَالَ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» كتاب التجارات . باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم .

وروي بلفظ السلم عند ابن أبي شيبة في مصنفه قال: حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ قَالَ: حَدَّثَنَا ابْنُ أَبِي زَائِدَةَ ، عَنْ حَجَّاجٍ ، عَنْ وَبَرَةَ ، قَالَ: قَالَ ابْنُ عُمَرَ: «لَا بَأْسَ بِالسَّلَمِ إِذَا كَانَ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» كتاب البيوع والأقضية . باب السلف في الطعام والتمر .

(٣) ما بين المعقوفين مطموس جلّه في المتن ، وما أثبتته أقرب للسياق ورسم الكلمتين .



كان معلوما فلا يخلو أن يكون العوضان عينا أو لا ، فإن كانا عينا فإن اتحد جنسهما فهي المراتلة كالذهب بالذهب والفضة بالفضة ، وإن اختلفا فهي الصرف كالذهب بالفضة ، وإن لم يكونا كذلك فإما أن يكون البيع منافع أو لا ، فإن كان منافع فهو الإجارة والنكاح أيضا ، وإن لم يكن منافع فإما أن يكون في الذمة أو لا ، فإن كان في الذمة فهو السلم وإن لم يكن فهو البيع وهو انتقال ملك إلى ملك بعوض .

والسلم بيع شيء في الذمة بثمن نقد إلى أجل تختلف فيه الأسواق غالبا^(١) ، وله شروط منها في الثمن ومنها في المثلون .

فالتى في الثمن: أن يكون معلوما من جنس معين ، ومُقَدَّرًا تحرُّزاً من الجُزَاف^(٢) ، وفي المذهب قولٌ بجواز كونه جزافا^(٣) ، ونقدا مُسلما ، واشتراطُ العلم تحرُّزٌ من الجهل لأنه غرر ، وكذلك التقدير واشتراط التسليم تحرزا من الدين بالدين وهو الكالئ بالكالئ ، وإنما نهى عن ذلك لأنه يشبه فسخ الدين في الدين وهو أصل الربا ، لأن العرب في الجاهلية كانت تقول لغرمائها إما أن تقضي

(١) عمد هنا إلى وضع حد لعقد السلم ، قبل الشروع في شروطه ومسائله ، ولم يفعل ذلك في الذخيرة . وقد نقل القرطبي (ت ٦٧١) تعريفا آخر عند قول الله تعالى: ﴿إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ . قال: (حد علماؤنا رحمة الله عليهم السلم فقالوا: هو بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم) . الجامع لأحكام القرآن ، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ) دار الكتب المصرية ط: ١٩٦٤ (٣/٣٧٨) .

(٢) وبيع الجزاف في الاصطلاح الفقهي: بيع الشيء بلا كيل ولا وزن مما يوزن أو يوكل . (انظر كشف المصطلحات الفقهية من خلال مختصر خليل بن إسحاق المالكي ، محمد المصلح ، منشورات مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي ، طبعة الرابطة المحمدية للعلماء ، ط ١ ، سنة ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م . المغرب . (ص ١٣٢) .

(٣) وهو قول المازري ، انظر الذخيرة للقرافي . (٥/٢٢٩) ، وبداية المجتهد لابن رشد (٣/٢٢٠) - (٢٢١) .



ولما أن تربى ، فإذا كان له عليه عشرة فسخها في خمسة عشر إلى أجل ثان .

والفرق بين فسخ الدين في الدين وبيع الدين بالدين أن الفسخ يكون في ذمة واحدة ، أعني أن الذمة المعمورة قبل الفسخ وبعده واحدة ، وفي الدين بالدين هما ذمتان ، لأن كل واحد منهما غير ذمة الثاني .

وقد روي عن مالك - وهو المشهور^(١) - جواز تأخير الثمن في السلم اليوم واليومين والثلاثة لا غير ، ومذهب العراقيين^(٢) الذي رَوَّه عن الإمام لا يجوز فيه إلا أن يكون نقدا لا غير . ووجه المشهور أن ما قرب من الشيء فحكمه حكمه ، فما تأخر ثلاثا في حكم النقد ، ولما كان [٢/ب] الدين بالدين (. .) فسخ الدين في الدين كان أخف فيه جاز لذلك فيه شيء من التأخير لما قلنا ، ولم يجز أن يفسخ ديننا في دين لا يوما ولا يومين ولا ثلاثة لأنه الأصل في ذلك .

(١) ذكر محمد بن القاسم الفاسي (ت ١٣٣١هـ) في تعريف المشهور ثلاثة أقوال قال: (الأول وهو الصواب ما كثر قائله ، قال الونشريسي في المعيار: «وعلى هذا القول في تفسير المشهور فلا بد أن يزيد قائله على ثلاثة» . أي لا يقال في حكم إنه مشهور إلا إذا حكم به أكثر من ثلاثة من العلماء . الثاني: أنه ما قوي دليله . الثالث: أنه قول ابن القاسم في المدونة) . رفع العتاب واللام عن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام دراسة تطبيقية لمصطلحات الترجيح في المذهب المالكي . دار الرشاد الحديثة . ط / ٢٠١٤ . (ص: ١٥) . وقال عبد السلام العسري في دراسته: (والحقيقة أن تفسير المشهور بقول ابن القاسم في المدونة كان حسب الإطلاق القديم ، أما إطلاق المتأخرين فهو ما كثر قائله) . انظر نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي . عبد السلام العسري . طبعة وزارة الأوقاف المغربية ١٩٩٦ ، (ص: ٤١) .

(٢) المراد أئمة المذهب من أهل العراق ، كالقاضي إسماعيل بن إسحاق ، والقاضي أبي الحسين بن القصار ، وابن الجلاب ، والقاضي عبد الوهاب ، والقاضي أبي الفرج ، والشيخ أبي بكر الأبهري ، ونظائرهم . انظر كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب لإبراهيم بن علي بن فرحون تحقيق حمزة أبو فارس وعبد السلام بن الشريف . ط دار الغرب الإسلامي ١٩٩٠ . (ص: ١٧٥) . ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل للشيخ الخطاب (١/٤٠) .

أما المثلون فمن شروطه:

أن يكون موصوفا في الذمة لأنه لو كان مُعَيَّنًا لكان في ذلك بيع معين يتأخر قبضه ولا يجوز لأنه يؤدي إلى أمرين كلاهما محظور؛ أحدهما: أنه قد قلنا عن الثمن ينبغي أن يكون نقداً، فعلى تقدير تلف تلك السلعة يرد له الثمن فيكون سلفاً، وعلى تقدير بقائها يكون بيعاً فلا يدري على أيهما يدخل على السلف أو على البيع وتلك جهالة (.) أنه يبقى في ضمان البائع فيصير كأنه دفع له بعض الثمن على الضمان وما في مقابلة الضمان من الثمن مجهول، وما يقابل المبيع مجهول فيؤدي أيضاً إلى الجهالة، وأيضاً في ذلك شراء الضمان وهو معروف لا يجوز بثمن.

والثاني: أن يكون مما تضبطه الصفة تحريزاً مما لا ينضبط بالوصف كالجوهر والمسك.

ومنها أن يكون معلوماً جنسه.

ومنها أن يكون مقدراً ولا يجوز أن يكون جزافاً (.) خلاف، لأن من شرط ما يجوز فيه الجزاف أن يكون معاييناً حاضراً.

ومنها أن يكون إلى أجل يحصل به غرض البائع والمبتاع، وذلك أن البائع يحصل له الانتفاع بالدرهم في ذلك الأمر، ويحصل للمبتاع شراء السلعة بأقل من ثمنها عند قبضها، وللناس ضرورة إلى ذلك، من أجله جَوِّز ذلك.

واستثني من أصل فاسد وهو بيع ما ليس عند البائع، وفي الحديث: «نهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك»^(١)، وأُرْخِص في السلم. كما «نهى عن بيع

(١) الحديث رواه مالك في موطنه وفيه: أنه بلغه أن رجلاً أراد أن يبتاع طعاماً من رجل إلى أجل، =

الدَّيْنِ بِالْدَيْنِ»^(١)، وأرخص في الحوالة، فصارت هذه مستثناة من أصول لا تجوز، وكذلك القرض مستثنى من أصل ممنوع هو بيع الطعام بالطعام، والعين بعين نسيئة، وإذا فسد شيء من هذه الفروع فهل يرد إلى أصله المستثنى منه فيكون حكمه كحكمه، أو يبقى أصلاً بنفسه؟ قولان، وذلك أن البيع الفاسد إذا وقع فإنه يرد المبيع ما لم يفت، فإن فات رجع فيه إلى القيمة، أو المثل إن كان من ذوات الأمثال؛ وهي ما ينضبط بوزن أو كيل أو عدد.

والقرض إذا فسد كأن يسلفه إردب^(٢) طعام في إردبين منه فهو فاسد فيرد

= فذهب به الرجل الذي يريد أن يبيعه الطعام إلى السوق، فجعل يريه الصبر ويقول له: من أيها تحب أن أبتاع لك؟ فقال المبتاع: أتبيعني ما ليس عندك؟ فأتيا عبد الله بن عمر فذكرا ذلك له، فقال عبد الله بن عمر للمبتاع: «لا تباع منه ما ليس عنده، وقال للبائع لا تبع ما ليس عندك». الموطأ. كتاب البيوع. باب العينة وما يشبهها. ورواه الترمذي في البيوع. باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطاً نفي بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»، وقال: وهذا حديث حسن صحيح. ورواه ابن ماجه في سننه كتاب التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن. عن حكيم ابن حزام قال: قلت: يا رسول الله الرجل يسألني البيع وليس عندي، أفأبيعه؟ قال: «لا تباع ما ليس عندك».

(١) الحديث رواه البيهقي في السنن الكبرى جماع أبواب الربا. باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين: أخبرنا أبو الحسين، أنا أبو الحسن، ثنا أحمد بن داود، ثنا عبد الأعلى بن حماد، ثنا عبد العزيز بن محمد، عن أبي عبد العزيز الرزدي، عن نافع، عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ». وفي كتاب البيوع من مستدرك الحاكم: عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الكالئ بالكالئ» هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٢) الإردب مفرد، والجمع أرادب وأرادب وإردبات: مكيال ضخمة لأهل مصر؛ قيل: يضم أربعة وعشرين صاعاً. انظر لسان العرب، مادة ردب: (١١١/٤). وقال القرافي: (قال صاحب التنبیهاة في كتاب السلم: الوية بمصر عشرون مدا والأردب بفتح الهمزة أربع ويات ذكره في السلم =

ما لم يفت بعينه ، وإن فات فهل يرجع إلى القيمة كما في الأصل إذا فسد أو يردّ المثل ؟ وسواء كان في هذا من ذوات الأمثال أو لا فإنه يرد مثله بخلاف البيع الفاسد ، وكذلك لو أسلفه جارية يحل له وطئها ومثلها يوطأ ، فإنه لا يصح ، فإنه يؤدي إلى عارية الفروج ، وإنما قلت يحل له وطئها لأنها لو كانت ممن لا توطأ لجاز ذلك ، وكذلك لو كانت ذات محرم منه يحرم عليه وطئها لجاز أن يسلفه إياها ، فإن لم تفت ردها ، وإن فاتت فهل يرد قيمتها أو يشتري مثلها ؟ قولان . وكذلك الحوالة ، وإذا ثبت اشتراط الأجل في ذلك فلا بد من كونه معلوما .

وأما قدره ففي المذهب فيه خمسة أقوال : قيل : خمسة عشر يوما ، وقيل : عشرة ، وقيل : خمسة ، وقيل : ثلاثة ، وقيل : يوم ، وهو مبني على أقل ما تختلف فيه الأسواق ، والبلاد تختلف في $[1/3]$ ذلك^(١) . وجوز بعضهم من يوم السلم الحال^(٢) وليس بصحيح ، لأننا نقدر (.) من أجل والاختلاف في تقديره ، وأما

= والإردب اليوم ست وبيات والوبية أربعون رطلا برطل مصر) الذخيرة: (٧٩/٣). وفي معجم اللغة العربية المعاصرة (٨٣/١): (مكيال لتقدير الحبوب يسع أربعة وعشرين صاعاً، ويزن مائة وخمسين كيلو جراماً «اشترى خمسة أرادب/ أرادب قمحاً»).

(١) قال ابن رشد: «تحصيل مذهب مالك في مقداره من الأيام: أن المسلم فيه على ضربين: ضرب يقتضي بالبلد المسلم فيه ، وضرب يقتضي بغير البلد الذي وقع فيه المسلم: فإن اقتضاه في البلد المسلم فيه: فقال ابن القاسم: إن المعتبر في ذلك أجل تختلف فيه الأسواق ، وذلك خمسة عشر يوما أو نحوها . وروى ابن وهب عن مالك: أنه يجوز اليومين والثلاثة . وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به إلى اليوم الواحد» . بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد ابن رشد . ط دار الحديث القاهرة ٢٠٠٤ . (٢٢٠/٣) .

(٢) قال ابن رشد: «وأما مالك ، فالظاهر من مذهبه ، والمشهور عنه أنه من شرط السلم ، وقد قيل : إنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال . وأما اللخمي فإنه فصل الأمر في ذلك فقال: إن السلم في المذهب يكون على ضربين: سلم حال ، وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة وسلم مؤجل ، وهو الذي يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة» . بداية المجتهد (٢١٩/٣) . =



الحال فلا أجل فيه فلا يجوز .

ومن شروط المثلون أن يكون مقدوراً على دفعه عند الأجل ، لأنه إن لم يقدر على ذلك أدى إلى الغرر ، ولا يدري هل دفع الثمن على جهة القرض أو الابتياح ، وقيل : بل يشترط القدرة على تسليمه في كل وقت مما بين وقت العقد وانقضاء الأجل ، لأنه إن مات الغريم حلّ عليه قضاؤه فصار كأنقضاء الأجل ، والأول المشهور لأن الموت نادر والغالب خلافه .

قوله : (ولا بأس أن تسلف الإبل في البقر)^(١) . اعلم أن اعتبار الجنس عندنا باتحاد المنافع واتفاقها^(٢) ، وباختلافها تختلف ، فلا شك أن هذه أجناس مختلفة لاختلاف منافعها ، لأن الإبل تراد للحمل ، والبقر للحرث ، والغنم لـ (.) والنسل ، فصح بيع بعضها ببعض ، وأما لحومها فجنس واحد لأن المنافع فيها سواء ، كما كان القمح والشعير جنسا واحدا ، وخبز (.) وخبز (.) ، ولأن المقصود منها سواء وإن اختلف في وجه ما ، وضابط هذا ما روي من قوله ﷺ :

= وفي الذخيرة : «قال اللخمي : يجوز الحال وإلى أجل قريب . وروي عن ابن عبد الحكم السلم إلى يوم ، فقل هي رواية في السلم الحال ، وقيل : بل المذهب لا يختلف في منعه ، وإنما هذا خلاف في مقداره» انظر الذخيرة (٤٥٣/٥) ، والفروق : الفرق بين قاعدة ما يجوز فيه السلم وبين قاعدة ما لا يجوز منه (٢٩٥/٣) .

(١) التهذيب (٥/٣) .

(٢) اختلف الأئمة في ما يراعى في الأجناس ، قال ابن رشد : «ومالك يعتبر الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات ، وفي النساء في غير الربويات اتفاق المنافع ، واختلافها ، فإذا اختلفت جعلها صنفين ، وإن كان الاسم واحدا» (١٥٣/٣) . وقال عند ذكر شروط السلم المتفق عليها : «أن يكون الثمن ، والمثلون مما يجوز فيه النساء ، وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء ، وذلك إما اتفاق المنافع على ما يراه مالك ﷺ ، وإما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة ، وإما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعي في علة النساء» . (٢١٨/٣) . بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد ابن رشد (ت : ٥٥٩٥ هـ) طبعة دار الحديث القاهرة ٢٠٠٤ .



«إِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ»^(١)، إلا أن قوله يَدًا بِيَدٍ يدل على أن المراد بالجنسين في الحديث ليس على إطلاقه بل يراد به العين، لأنه لا معنى لاشتراط ذلك في غيره.

قوله: (وكره أن تسلف البغال في الحمير)^(٢). لأن المقصود منها من الحمل سواء، فجعلها جنسا واحدا كالقمح والشعير وإن اختلفا ثمنا وطيبا وجعلهما في باب القسم جنسين لأنه منع أن يقيسهما معا مثل أن يترك لورثته بغالا وحميرا فيجب أن تقسم البغال على حدة والحمير على حدة، أو بالقيمة لأنه لا يقسم إلا ما تساوت أفراده، فاحتاط في باب البيع للربا، واحتاط في باب القسم للمغابنة، لأن أثمان البغال والحمير مختلفة فكان الاحتياط هناك ألا تقسم كلها.

قوله: (وكره مالك)^(٣). أي حُرِّم، وكثيرا ما يعبر مالك عن الحلال والحرام بأحب وأكره وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ﴾ [النحل: ١١٦].

وما علم أنه لا يراد إلا للحم فحكمه حكم اللحم وذلك معلوم بالعادة، وكذلك ما يراد للنسل واللبن معلوم بالعادة، لا يعتبر في ذلك اختلاف.

(١) الحديث لم أقف عليه بهذا اللفظ، والذي رواه مسلم عن عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ». كتاب المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا. والترمذي في سننه. البيوع. باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلا بمثل وكراهية التفاضل فيه. وأحمد في مسنده من حديث عبادة بن الصامت رقم ٢٢٧٢٧.

(٢) في التهذيب «وكره مالك أن تسلف الحمير في البغال» (٦/٣).

(٣) التهذيب (٦/٣).



قوله: (كبار الخيل في صغارها)^(١). لاختلاف المنفعة فيها.

قوله: (في حواشي الإبل)^(٢). يعني أردؤها.

قوله: (لا تسلم صغار الغنم في كبارها)^(٢). لأن المراد منها غالبا اللحم.

قوله: (والخشب لا يسلم منها جذع في جذعين)^(٣). قد تقدم أن المُرَاعَى في اتحادِ الجنسِيَّةِ اتفاقُ المنافعِ، ومنفعة الخشب واحدة غالبا فلا يجوز منه جذع في جذعين، لأن الربا ضربان؛ تفاضل ولا يكون إلا في الطعام، ونساء ويكون في الطعام وغيره فهو أعم، فلو أعطاه جذعا في جذعين مثله نقدا لجاز بخلاف الطعام، وإنما أفسده الأجل.

قوله: (فإن ابتغيت به نفع الذي أقرضته)^(٣). اعلم أن السَّلَمَ والسَّلَفَ بمعنى، والقرض لا يكون فيه النفع إلا للمقرض فإن كان للمقرض لم يجز للنهي عن سلفٍ جرَّ نفعاً، وإن كان لهما ففيه قولان، كالسفتجة [٣/ب] وهي أن يقرضه دنائير ببلد على أن يأخذها منه ببلد آخر، فقد انتفع المعطي بالضمان والمعطي بالتصرف فيها، فكذلك أن يسلفه طعاما مسوسا في مخمصة على أن يأخذه جديدا، وينبغي ألا يشترط ذلك، فإن أعطاه إياه باليا أخذه جيدا أو جديدا جاز لأنه من غير شَرَطٍ، أو يُقرضه بمكة طعاما على أن يأخذه بمصر والغالب أنه أغلى بمكة منه بمصر، والنفع الأخر اوي لا تأثير له.

وروي عن ابن عمر أنه قال: «سَلَمُكَ الشيء في مثله كقرضِكَ الشيء بمثله

(١) التهذيب (٦/٣).

(٢) المصدر نفسه (٦/٣).

(٣) المصدر نفسه (٧/٣).



فَإِنْ أَرَدْتَ بِهِ وَجَهَ اللَّهِ فَلَكَ وَجَهُ اللَّهِ ، وَإِنْ أَرَدْتَ بِهِ وَجَهَ صَاحِبِكَ فَلَكَ وَجَهُ صَاحِبِكَ ، وَإِنْ أَرَدْتَ نَفْعَ نَفْسِكَ فَذَلِكَ الرَّبَا»^(١) . فإذا أسلم ثوبا في ثوب مثله وأراد أن يكون له في ضمانه لم يجز لأن ذلك نفع (.)^(٢) في الضمان ، واختلف هل منعه على الكراهة أو على التحريم .

والفرق بين هذا وبين ما تقدم - مما قلنا المنفعة فيه للشخصين حتى جاز هنا القولان ؛ الجواز والمنع - أنَّ المنفعة هناك للمقرض غير محققة ، لأن غالب الطرق التي يسافر فيها السلامة ، وكذلك في المخمصة لو باع ذلك القمح البالي لكان أحسن له من الجديد فتعينت المنفعة للطرف الآخر فكان الجواز .

قوله : (وكانه أخذ جذعا على ضمان نصف الجذع)^(٣) . أي أن هذا لا فائدة فيه إلا الضمان بالجعل وهو معروف ، فلا يجوز فيه جعل فامتنع ولو كان نقدا لجاز .
قوله : (في وصفاء)^(٤) . الوصيف اسم للعبد ، والمؤنث وصيفة ، وكأنه

(١) في الموطأ عن مالك أنه بلغه أن رجلا أتى عبد الله بن عمر فقال : يا أبا عبد الرحمن : إني أسلفت رجلا سلفا ، واشترطت عليه أفضل مما أسلفته ، فقال عبد الله بن عمر : «فذلك الربا» ، قال : فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن ؟ فقال عبد الله : «السلف على ثلاثة وجوه : سلف تسلفه تريد به وجه الله ، فلك وجه الله ، وسلف تسلفه تريد به وجه صاحبك ، فلك وجه صاحبك ، وسلف تسلفه لتأخذ خبيثا بطيب ، فذلك الربا» ، قال : فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن ؟ قال : «أرى أن تشق الصحيفة ، فإن أعطاك مثل الذي أسلفته قبلته ، وإن أعطاك دون الذي أسلفته فأخذته أجرت ، وإن أعطاك أفضل مما أسلفته طيبة به نفسه ، فذلك شكر شكره لك ولك أجر ما أنظرته» . الموطأ . كتاب البيوع باب ما لا يجوز من السلف . والبيهقي في سننه . كتاب البيوع . باب : لا خير أن يسلفه سلفا على أن يقبضه خيرا منه .

(٢) مبتور بقدر كلمة ، ولعها : [للمقرض] .

(٣) في التهذيب «وكانه أخذ جذعا على ضمان جذع» (٧/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٨/٣) .



سمي بذلك لأنه يوصف لأنه سلعة تخفى عيوبه غالبا .

قوله: (بعشرة أفراس)^(١) . هذا بيّن لاختلاف الجنسين .

قوله: (في مقعد واحد)^(١) . أي نقدا ، ولو كان إلى أجل لم يجوز لأنه فسخ دين في دين .

قوله: (ولا يجوز السلم في حائط بعينه)^(٢) . الأشياء المباعة ثلاثة أضرب: حاضر وغائب على الصفة وشيء في الذمة مضبوط بالصفة ، وهذا الذي ذكر قسم غير الثلاثة لأنه من جهة كونه من حائط بعينه معين ، ومن جهة أنه غير الأصول غير معين ، لأن التمر غائب فاشترط في جواز بيعه ثلاث شروط:

أحدها: أن يكون قد بدا صلاحه وحل ينعه بالإزهاء ؛ لأنه لما لم يكن في الذمة ، لما قلنا ، صار من باب البيع لا من السلم ، ولا يجوز بيع التمر حتى يبدو صلاحه إلا بشرط القطع لا التبقية .

والثاني: أن يقبضه رطباً لا تمراً ؛ لأنه معين من حيث كان من حائط بعينه ، فكان ينبغي ألا يتأخر قبضها ، لما يؤدي إليه من الجهالة لكونه قرضاً إن تلف وبيعا إن لم يتلف ، لكنه لما كان ما بين الإزهاء والإرطاب يسيراً سوماً في ذلك ، مع أنه إذا أزهى تقل جائحته ، فلو شرط أخذه تمراً ففيه خلاف هل يكره ذلك أو يحرم ؟ وعلى القول بالكراهية لو تلف قبل القبض نفذ البيع بالثمن ، وعلى القول بالتحريم إن بقي رد ، وإلا رجع فيه إلى المثل لأنه من ذوات الأمثال لا إلى القيمة .

(١) التهذيب (٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٩/٣) .

والشروط في البيع ثلاثة: أحدها يُذهب بمقصود البيع كقوله أبيعك هذه الجارية على أن لا تبيعها ولا تنكحها، فهذا يبطل، ويصح البيع، والثاني لا يكون كذلك كهذا الذي قلنا، لأنه [١/٤] كان على غرر يتلف المبيع بجائحة ونحوها فلما سلم صحّ، فهذا يُكره، والثالث لا تأثير له بوجه كقوله: أبيعك جاريّتي على أن تكسوها ثياب الحرير.

والثالث من الشروط إنما يكون فيما إذا باعه من الحائط مكيّلة معلومة أو جميعه كيلا، ولا بد حينئذ أن يشترط ما يدفع له كل يوم إن لم يأخذه في مرة واحدة، وإن لم يشترط ذلك ووقع البيع منهما فهل يفسد البيع أم لا؟ قولان: أحدهما يبطل لأنه أدى إلى الجهل، والثاني إن انعقد بلفظ البيع أخذه معجلا لأن البيع يقتضي التعجيل، وإن انعقد بلفظ السلم فسد لأنه يقتضي التأخير، ولو باعه جميع ثمر الحائط دون أن يُسمّي كيلا معلوما لكان بيعا (.) لأنه حينئذ يخرج من ذمة البائع وضمّانه إذ لا يبقى فيه حق توفية كما في [الأول] ولذلك كان يشبه السلم.

قوله: (وسواء قدم النقد)^(١). يريد أن هذا لما كان بيعا لم (..) النقد {والأجل} لأنه لا يؤدي إلى الكالئ بالكالئ، لأن البيع مُعَيَّنٌ.

قوله: (لا مَحْمَلُ السلف)^(١). يريد السلم.

قوله: (وإن تأخر قبضه خمسة عشر يوما)^(١). لأن ذلك أمدٌ قريب، وأما إذا أسلم إليه دراهم في عدد من الخبز بأخذه كل يوم من العقد فهذا سلم لأنه في الذمة فلا يجوز فيه شيء من تأخير الثمن.

(١) التهذيب (٩/٣).



قوله: (ليس بين زهوها وأن ترطبَ إلا يسيرًا)^(١). هذا يختلف باختلاف البلاد.

قوله: (ورجع بحصة ما بقي)^(١). إنما جاز هذا وإن كان يحتمل أن يكون بيعا وسلفا لكنه احتمال بعيد، وإعمال التهم البعيدة لا تكون في كل موضع، وهذا كما إذا أكرى منه دابة ليركبها إلى بلد فماتت بالطريق فإنه يرجع ببقية الكراء، ولا يقال أنه بيع وسلف لأن احتمال ذلك ضعيف، أي يقصد لأنه بعيد أن يقول له: إكرمني دابتي بعددٍ فإذا ماتت رجعت إليك بعض الثمن، على أنه سلف، واختلف في الذي يرجع به من الثمن كيف يكون على ثلاثة أقوال: أحدها أنه إن قبض النصف مثلا رجع بنصف ما دفع إليه، الثاني أنه ينظر إلى كم سعره وما قبض وما بقي من الثمن، ويرجع بحساب ما بقي عليه لأن الغالب أن أول الثمن يكون غالبا وآخره رخيصة وقد يكونان بالعكس، والثالث إن شرط أخذه في وقت واحد رجع بنصف ما دفع له أو في أوقات مختلفة اعتبر ثمن المقبوض والباقي ورجع بحساب ذلك.

قوله: (وله أن يأخذ بتلك الحصة ما شاء)^(١). يريد أنه لما وقع الفسخ في الباقي على وجه من الوجوه المتقدمة تعين له دراهم في ذمته، فجاز أن يأخذ بها منه ما شاء. وقيل: لا يجوز أن يأخذ منه بها تمرا أو رطبا أكثر من مكيلة ما بقي له عنده، لأنه يتهم أن يكونا قصدا بيع التمر بالتمر وهذه تهمة بعيدة فجرى هذا على مراعاة التهم البعيدة. وقيل: إن انقطع ذلك بأمر من الله جاز أن يأخذ ما شاء مطلقا، وإن كان من قبل البائع لم يجز ذلك لأنه يتهم.

وكذلك هل يجوز له أن يدفع له صرف الثمن الذي بقي له عنده على ثلاثة

(١) التهذيب (٩/٣).



أقوال: الجواز ، والثاني المنع لأنه يتهمان على قصد الصرف المستأخر ، والثالث إن كان انقطاعه [ب/٤] بأمر من الله جاز وإلا فلا .

قوله: (ولا يشترط أن يأخذ كل يوم ما شاء)^(١) . أي مجهولا ، ولا يحتاج هنا إلى اشتراط أخذه رطباً لأنه يبيس غالباً .

قوله: (وإن لم يقدم نقده)^(٢) . لما قلنا من أنه بيع لا سلم .

قوله: (وكان على الصفة)^(٢) . أي يصف قدر ما يأخذ كل يوم أو كيف يأخذه من حد النضج ، لأنه ما بقي في ثماره اشتدت حلاوته وزاد وزنه .

قوله: (أو في لبن غنم بأعيانها)^(٣) . إنما صح هذا لأنه كالمعين ، لأنه إذا اختبرها وعرف لبنها وقدره في كل يوم ، فإنه لا يخلف غالباً فصار كالجزاف المرئي فجاز ، وكذلك صوفها ، وأما إن شرط كيلاً معلوماً من لبنها أو وزناً معلوماً من (.) فلا خفاء بجوازه .

قوله: (لزم البيع ورثة البائع)^(٤) . لأنهم يقومون مقامه في ذلك ، واختلف فيمن أسلم (. .) فمات البائع قبل التوفية ، هل يجوز للورثة أن يقسموا التركة قبل قبض الثمن (. .) ، فوجه الجواز أن الغالب السلامة ، والمنع أنه على تقدير تلف ذلك يرجع على مال الميت لا على ورثته ، لأن رجوعه عليهم إضرار به إذ قد يكون منهم مفلس وغيره .

(١) التهذيب (٩/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٠/٣) .

(٣) في التهذيب «لبن غنم بعينها» (١٠/٣) .

(٤) في التهذيب «ورثة الهالك» (١٠/٣) .

قوله: (وإن كانت حوامل)^(١). للجهل في ذلك لأنه قد تلد وقد لا تلد، وقد تحمل وقد لا تحمل، ولا يُعلم أذكرا تلد أم أنثى (..) تلد.

قوله: (إلا في إبانه)^(١). لأنه لو أسلم في ذلك قبل إبانه مع أنه شبه (.) لأدى إلى تأخير المعين فيه فيدخله الجهل كما قلنا، فإذا دخل إبانه وشرع في قبضه جاز لقرب ذلك، وجاز تأخير الثمن لأنه بيع لا سلم.

وإبان الصرف يريد به إذا نبت بعد جزازه وما دامت مجزوزة فهو خلاف إبانه.

قوله: (إذا كان بحضرة جزازها)^(٢). هذا إذا كان في غنم قليلة وما تقدم في كثيرة، لأنه مع كثرتها يكون قد أمن من عدمه بخلاف القليلة.

قوله: (لم يجز)^(٣). لأنه إذا لم يكن ذلك في ملك الرجل مع كونه معيناً امتنع، لأنه غالباً لا يتوصل إليه إذ يمتنع ربه من بيعه فيدخله الغرر، بخلاف ما في الذمة مما لا يتعين لأنه وإن كان بيع ما ليس عنده فهو حقيق أن يصل إليه كان مأمونا وجوده.

قوله: (ويجوز السلم في سمن غنم بعينها)^(٤). أما لو شرطاً وزناً معبراً من سمنها فلا خلاف، وأما إذا لم يذكر وزناً فمذهب ابن القاسم جوازه قياساً على اللبن، ومنعه أشهب.

واختلفوا في تعليل منعه؛ فمنهم من قال: لأنه مجهول إذ لا يعلم كيف

(١) التهذيب (١٠/٣).

(٢) في التهذيب «يحضر جزازها» (١٠/٣) الجزازة والجزاز والجزء ما جز منه، أو هي صوف نعجة جُرّ، فلم يخالطه غيره، أو صوف شاة في السنة. انظر القاموس المحيط: مادة جزز. (ص: ٢٦٦).

(٣) التهذيب (١٠/٣).

(٤) المصدر نفسه (١١/٣).



يخرج ولأنه يدخله عمل (.) بالنار فلا يعلم قدره ولا صفته ، فصار كمن قال :
أبيحك زيت زيتوني ، وهذا ممنوع بلا خلاف ؛ لأنه لا يدري كيف يخرج ولا
قدره ، وقيل : لأنه جزاف غير مرئي ومن شرط ما يباع جزافا أن يكون مرثيا .

قوله : (يَكْرَهُ السَّمْنُ)^(١) . أي يحرم .

والأَقِطُ^(٢) : أن يجفف اللبن ويقطع قطعاً ويدخر .

قوله : (ولا بأس بالسلم في طعام قرية بعينها)^(٣) . إذا كانت كبيرة كمصر
ونحوها فلا خلاف في جواز ذلك لأمنه وكثرة وجوده ، وإن كانت صغيرة فهي
تشبه الحائط المعين من جهة أنه لا يجوز السلم في ثمرها إلا حتى تزهي لأنها
لصغرها صارت كحائط مما يجري ثمره مجرى المَعِين فلم يَجُزْ بيعه إلا حتى
يبدو صلاحه ، ومن جهة أنه لا يجوز أن يشترط أخذه تمرا بل رطباً لقرب ما بين
الأمرين ، ويفارق الحائط من جهة أنه لا يجوز أن يُسَلِّمَ إلى من ليس [هـ] له في
الحائط شيء ، لأن الغالب في الحائط أن يكون لمالك واحد وإلا رجع منه شيء .

ويجوز على المشهور أن يسلم لمن ليس له في القرية الصغيرة شيء ، لأن
الغالب أنها تكون لأرباب عدة وأن يبيعوا من ثمرها فيتوصل غيرهم إليها ، وقد
قيل : لا يسلم إلا لمن له فيها ملك قياساً على الحائط ، ومن الفرق أيضاً أنه في
الحائط يجوز تأخير الثمن لأنه بيع بخلاف القرية فإنه لا يجوز وإن كانت صغيرة
إلا نقد الثمن لأنه سلم إذ هو في الذمة .

(١) التهذيب (١١/٣) .

(٢) قال الشيخ الحطاب : «قال القرافي عن التنبيهات : والأَقِطُ بفتح الهمزة وكسر القاف خَثْرُ اللَّبَنِ
المَخْرَجِ زُبْدُهُ ، ويقال أيضاً بكسر الهمزة وسكون القاف» . مواهب الجليل (٣٧٠/٢) .

(٣) التهذيب (١١/٣) .

قوله: (وادي القرى وذو المروة)^(١). مواضع بالحجاز.

قوله: (إلا ما يصلح في حائط بعينه)^(٢). يعني من الوجهين المتقدمين، ولما كانت القرية الكبيرة غالب أهلها أن يبيعوا منها جاز أن يسلم لغير أهلها فيما يخرج منها (٠) يتوصل إلى ملك ذلك بوجه ما، وإذا أسلم له في طعام قرية موصوفة فهل يجوز (٠٠) من طعام قرية آخرًا يماثله أو لا قولان مبنيان على: هل يجب الوفاء باشتراط ما لا يفيد أو لا؟ ووجه المنع أنه شرط فوجب الوفاء به، لقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٣)، ووجه الجواز أنه لا فائدة في تخصيص ذلك، وأما لو كان أملاك أحد القريتين لأجل لوجب الوفاء قولاً واحداً، فإنه ليس حينئذ من اشتراط ما لا يفيد.

قوله: (وأجاز ابن عباس)^(٤). لا خلاف [في جواز ذلك، إنما] أراد ابن عباس ذكر أن الآية نزلت في السلم في الطعام، لأن الجاهلية كانوا يفعلون ذلك، فجاء الإسلام وهم كذلك فسألوا عنه فنزلت، وقول مالك أنها تجمع الدين، يريد أن السبب في نزولها خاص وهي عامة.

قوله: (ولا يجوز السلم في زرع أرض بعينها)^(٤). يعني أرضاً معينة كقطعة

(١) في التهذيب «أو ذي المروة» (١١/٣).

(٢) في التهذيب «إلا ما يجوز في حائط بعينه» (١١/٣).

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه. كتاب الإجارة. باب: أجر السمسرة ولم ير ابن سيرين، وعطاء، وإبراهيم، والحسن بأجر السمسار بأساً وقال ابن عباس: «لا بأس أن يقول: بع هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا، فهو لك» وقال ابن سيرين: «إذا قال: بعه بكذا، فما كان من ربح فهو لك، أو بيني وبينك، فلا بأس به» وقال النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم». والبيهقي في سننه: عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم فيما وافق الحق». كتاب النكاح. باب الشرط في المهر والنكاح. والحاكم في مستدركه كتاب البيوع من حديث أبي هريرة.

(٤) التهذيب (١٢/٣).

أرض بخلاف الحائط ، لأن هذا معين لا يُستعمل إلا يابسا فتأخر قبضه فلم يجز ، وأيضا فإنه لا يجوز بيع ما في السنبل من الحب وإن كان يابسا لأنه لا يجوز بيع الجزاف إلا مرثيا ، والحب الذي في السنبل غير مرثي فلم يجز بيعه إلا أن يباع كما هو بسنبله ، لأن المبيع حينئذ يكون مرثيا فجاز ، وقد يكون السنبل مقصودا كالحب والتمر في الحائط صح بيعه جزافا لأنه مرثي لأنه الذي يصير رطبا لا غيره فصح ، وإفراك الزرع أن يصير فريكا^(١) ، وبعد ذلك يشتد في أكامه وهو يُيسه وابيضاؤه لأنه قبل ييسه يكون أخضر .

قوله: (إلا مضمونا)^(٢) . لما قلنا من أنه لا يؤخذ إلا يابسا بخلاف التمر فيتأخر قبضه فلا يصلح ، لأنه تارة يصير سلفا وتارة بيعا فيدخله الجهل .

قوله: (لأنه ليس من الحرام البين)^(٣) . لأنه غرر وسلم من الغرر ، فعلى هذا إذا وقع ولم يفت ردّ ، فإن فات مضى بالثمن ، وعلى القول الثاني من أنه حرام يرجع فيه إلى المثل لأنه من ذوات الأمثال فيفسخ البيع إذا لم يمض بالثمن ، واختلف في فوات هذا النوع في المذهب على قولين ؛ أحدهما - وهو المشهور - : أن فواته كفوات سائر الأشياء ، والثاني: أن فواته الذي يمضي بالثمن لأجله وهو وقوع العقد لا فوات عينه .

قوله: (بالحنطة الجديدة)^(٤) . كل ما يوجد في جميع السنة فيجوز السلم فيه في كل وقت لأجلٍ تتغيّر فيه الأسواق غالبا وذلك يرجع إلى العادة ، وقيل:

(١) في اللسان: (أفرك الزرع إذا بلغ أن يفرك باليد ، وفركته وهو مفروك وفريك ، ومن رواه بفتح الراء فمعناه حتى يخرج من قشره . والفريك طعام يفرك ثم يلت بسمن أو غيره .) (٨٩/٧) .

(٢) التهذيب (١٢/٣) .

(٣) المصدر نفسه (١٣/٣) .



بتحديده ، كما تقدم من الخلاف فيه الراجع إلى اختلاف العادة باختلاف المواضع .

قوله : [ه/ب] (كالسلم في قرية بعينها)^(١) . يعني أنه إذا كان كبيراً يؤمن [فيه] ذلك صار كقرية معينة وإن كان صغيراً لا يؤمن فيه ذلك لم يجز .

قوله : (يتأخر الذي له السلم)^(٢) . إذا أسلم في شيء في الذمة مما له إبان ثم قبض بعضه أو لم يقبض منه شيئاً حتى انقطع إبانها ، ففي ذلك ستة أقوال :

قول مالك : أنه يخير بين أن يأخذ رأس ماله أو ما بقي منه وبين أن يؤخره بذلك إلى السنة المقبلة وهو معنى قوله : «ثم رجع فقال لا بأس» هذا تخير منه في الأمرين . والثاني قول ابن القاسم : أن القول قول من طلب التأخير منهما إلا أن يرضيا بالمحاسبة^(٣) . والثالث قول أصبغ^(٤) : القول قول من طلب^(٥)

(١) في التهذيب «كالسلم في طعام قرية بعينها» (١٤/٤) .

(٢) المصدر نفسه (١٤/٣) .

(٣) قال ابن رشد : «الصحيح أنه من قول سحنون» . المقدمات الممهدات (٢٥/٢) .

(٤) أصبغ بن الفرّج بن سعيد بن نافع أبو عبد الله المصري صحب ابن القاسم وأشهب وابن وهب وغيرهم ، وسمع منهم . روى عنه الذهلي والبخاري ويعقوب بن سفيان ومحمد بن أسد الخشني ، وابن زنجويه ، وابن وضاح ، وسعيد بن حسان وابن المواز وابن حبيب وأبو زيد القرطبي ، والبرقي وابن مزين وعبد الأعلى القرطبي ، قال ابن حبيب : «كان أصبغ من أفقه أهل مصر ، وقال ابن حارث : «كان ماهراً في فقهه ... حسن القياس ، من أفقه هذه الطبقة ، وأهل التبيان والبيان . وتكلم في أصول الفقه» . (ت ٢٢٥هـ) ، وقيل : ٢٢٤ ، انظر ترتيب المدارك : (١٩/٤) .

(٥) قال ابن رشد : «فلمالك وأصحابه - عليه السلام - في ذلك ثلاثة أقوال ، القولان منها تتفرع على أربعة أقوال ، ففي جملة المسألة خمسة أقوال ؛ (أحدها) : قول مالك الأول في المدونة ، أن الذي يوجبه الحكم أن يتأخر الذي له السلم إلى عام مقبل ، فإن تراضيا واتفقا على المحاسبة ، فعلى قولين ، أحدهما أن ذلك لا يجوز لهما ، لأنه يدخله البيع والسلف ، وهو قول مالك الأول في المدونة ، والثاني أن ذلك جائز ، وهو قول مالك الآخر الذي رجع إليه ، وهو قول سحنون : من طلب التأخير منهما فذلك له ، إلا أن يجتمعا على المحاسبة . (والقول الثاني) قول أشهب : إن الذي يوجبه =



المحاسبة منهما إلا أن يرضيا بالتأخير . والرابع قول أشهب: المحاسبة ليس إلا ،
والخامس قول سحنون: (.)^(١) ليس إلا . والسادس: التفصيل بين أن يقبض الجل
فيرجع إلى المحاسبة فيما بقي ، أو يقبض البعض ، أو لا يقبض شيئا فتكون فيه
الأقوال المتقدمة ، وهذه الأقوال تنبني على مقدمتين:

الأولى: هل المقصود من السلم الأجل أو المبيع ؟ فإن قيل المقصود المبيع
فالتأخير لأن الوقت لا اعتبار له ، فليس للبائع أن يقول خذ مالك لأن المقصود
المبيع ، ولا المبتاع أن يقول (. . .) ، وإن قيل المقصود الوقت ؛ فإن قال البائع:
أخرني إلى عام قابل ، قال المشتري: إنما كان غرضي أن أملكه في هذا الوقت لا
في غيره ، وكذلك لو قال المبتاع: أنا أؤخرك له به إلى العام القابل ، كان للبائع
أن يقول: لا سهل علي أن أعمر ذمتي به إلى ذلك الوقت ، وإنما سهل ذلك علي
في الوقت المتقدم .

والثانية: هل التأخير الحكمي ، وهو الذي تؤدي إليه الأحكام ، ينزل منزلة
التأخير الشرطي أو لا ؟ وذلك أنه لو شرط على من له عنده دين أن يفسخه في
شيء مؤخر لم يجز لأنه فسخ دين في دين ، وفي هذه المسألة على قول مالك أنه

= الحكم المحاسبة وأخذ بقية رأس المال ، فإن اتفقا على أن يتأخر الذي له السلم إلى سنة أخرى
فعلى قولين ، أحدهما أن ذلك لا يجوز - وهو قول أشهب ، لأنه يدخله فسخ الدين في الدين ،
والآخر أن ذلك جائز - وهو قول أصبغ ، وهو قول ضعيف لا يحمله القياس ؛ فهذه أربعة أقوال
يتفرع كل واحد من القولين المذكورين إلى قولين كما حكيناه ، والقول الخامس قول ابن القاسم
في المدونة وكتاب ابن المواز: إن الذي له السلم مخير ، إن شاء أن يتأخر إلى سنة مقبلة ، وإن
شاء أن يأخذ بقية رأس ماله ، وهو قول ضعيف معترض أيضا من الوجه الذي اعترض به قول
أصبغ . المقدمات الممهدة لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت ٥٢٠ هـ) . ط
دار الغرب الإسلامي ١٩٨٨ (٢ / ٢٥) .

(١) بتر بمقدار كلمة ، لعلها [التأخير] ، فهو يتفق مع ما ذكر ابن رشد . انظر نصه المتقدم .



مخير بين المحاسبة والتأخير ، فإذا كان مخيرا فهل يكون إذا رضي بالتأخير بمنزلة من كان له المحاسبة ثم انتقل عنها إلى التأخير ، فيكون بمنزلة من فسخ ديناً في دين ، وإذا رضي بالمحاسبة بمنزلة من كان له التأخير ثم انتقل عنه إلى المحاسبة فيكون بمنزلة من باع طعاما قبل قبضه ، أو لا يكون بمنزلة من له الأمران بل بمنزلة من ليس له إلا أحد الأمرين حسب^(١) لم ينتقل عنه إلى غيره ، وهذان المحذوران يلفيان في التأخير وفي المحاسبة مطلقا ، وأما السادس فإذا قبض الجل لم يبال بالبعض لأنه في حكم التبع ، وقد ذهب الشافعي إلى منع بيع ما لم يقبض مطلقا طعاما كان أو غيره ، فقاموا على الطعام غيره ، وأما النهي عن بيع الطعام قبل قبضه وكان في مذهب مالك القول بالمفهوم ، وفي المذهب في القول بالمفهوم قولان ، وعلى ألا يقال بذلك فهو في العروض غير ممنوع بدليل آخر .

قوله: (في القصب)^(٢) . الشافعي يشترط في جميع السلم الوزن أو الكيل ، وكل ما لا يضبطه الكيل يرجع فيه إلى الوزن عنده ، وكثيرا ما يقعون في الكرب في ذلك في أشياء يعلم بالعرف أنها لا توزن كراويا^(٣) الماء وحُزَم الحلفاء^(٤) ، ونحن نضبط كثيرا منه بالعدة كالأترج ، وإن اختلفت حزمه ضبطناه بالوسط أو الصغير أو الكبير وكذلك الرمان والقصب .

قوله: (إذا وصف مقدار الرمانة)^(٥) . يريد [١/٦] أنها من الوسط أو من

(١) كذا ، ومعناه على الاكتفاء بأحد الأمرين ، وقد تكرر هذا في مواضع أخرى . قال في اللسان: «وحسبُ ، مجزوم بمعنى كفى ؛ قال سيبويه: وأما حسبُ فمعناها الاكتفاء» . (مادة: حسب ٤٣٤/٢) .

(٢) التهذيب (١٦/٣) .

(٣) كذا ، ولعل الصواب روايا الماء وهي حوامله ، انظر لسان العرب (٣١٠/٤) .

(٤) الحلفُ والحلفاء من نبات الأغلاث ، قال الليث: «الحلفاء نبات حمله قصب النَّشَاب ، قال الأزهري: الحلفاء نبت أطرافه محددة كأنها أطراف سعف النخل والخص» . اللسان: مادة حلف (٥٥٦/٢) .

(٥) التهذيب (١٦/٣) .

[الصنف]^(١) الصغير أو الكبير ولا يريد الوزن، وبالجمله فكل ما ينضبط بالوصف جاز فيه السلم وإلا فلا، واختبار ذلك بأن تُفْتَح الواحدة منه ونحوها وينظر إلى داخلها ويحكم على الباقي بما ظهر منها.

قوله: (ولا يسلف في البيض إلا عددا)^(٢). خلافا لمن يقول بالوزن لأن العدد فيه مقصود، فلو رجع فيه إلى الوزن لدخله الغرر، رجا المشتري أن يدخل في الرطل منه أكثر مما يرجوه البائع فلم يجوز.

قوله: (ومن أسلم في تمر)^(٣). إذا كان الموضع الذي انعقد فيه السلم ليس فيه من التمر إلا نوع واحد والغالب فيه نوع واحد وغيره يقل ويندر فإنه إذا أطلق التمر فإنه يرد إلى العرف هناك، لأن العرف كالشرط، وأما إذا كان الموضع تكثر فيه أنواع كثيرة من التمر كالحجاز، فإنه إذا لم يصف النوع المسلم فيه فسد وفسخ، وكذلك النقود إذا لم (..)^(٤) العقد إلا نوع منها أو غالبا عليه، فإنه يرد عند الإطلاق إليه كالدينار المصري إذا أطلق بديار مصر، وإن كثر أنواعه فسد العقد بالإطلاق كمكة.

قوله: (فإن نزل)^(٥). أي وقع ذلك على مجهول ثم اتفقا بعد على تعيين بعض الأنواع أرفع من الأول [أدون و]^(٦) تأخيره فسد لأنه فسخ دين في دين،

(١) ما بين المعقوفين مطموس في المتن، وأثبتته لاتفاق المعنى ورسم الكلمة.

(٢) في التهذيب «ولا يسلم في البيض إلا عددا» (١٦/٣).

(٣) المصدر نفسه (١٦/٣).

(٤) بتر بمقدار كلمتين ولعله: [لم يوجد مع]. لأنه بصدد الكلام عن وجود نوع واحد من النقود، فأشبهه هذا ما ذكره عن التمر. والله اعلم.

(٥) التهذيب (١٧/٣).

(٦) كذا في المتن، وهو غير متجه، فإن ما في المدونة: (فأتاني بأرفع التمر) وفي التهذيب (على أخذ=



وهذا الذي أراد في الكتاب ، وأما لو قبض ذلك نقدا ففيه تفصيل يأتي بعدُ .

قوله: (فإن كان الزبيب تختلف صفته)^(١) . يعني بأن يوجد منه هناك أنواعٌ مُخْتَلِفَةٌ فسَدَ البيعُ .

قوله: (بمحمولة)^(٢) . هي نوع من القمح أبيض وتسمى البيضاء لبياضها ، وهي أخف من السمراء ولكنها نوع غالب على مصر قبل هذا التاريخ وأما الآن فإنه يجلب إلينا أنواع من الصعيد والأرياف حتى كثرت بها أنواع متعددة .

قوله: (قضى له بسمراء)^(٣) . لأنها أغلبٌ علينا ، وهي حب أرزنٌ من المحمولة وفيه سُمرَةٌ .

قوله: (ولم يذكر ما لكل صنفٍ من الثمن)^(٤) . سواء ذكر أو لم يذكر إذا عين عددا للجميع فقال عشرة دنانير في ثلاثة أراذب واحد من قمح وآخر من شعير وآخر من حمص لكل إردب شيء معلوم ، أو لم يسم فذلك صفقة واحدة جائزة ، ولا أثر لتسمية ما يقابل كل نوع من الثمن لأنه لو استحق بعضها لرجع إلى القيمة عندنا ، لا إلى ما سميا لكل واحد .

قوله: (إذا اشترط جرزا أو حزما)^(٥) . الجرزة^(٦) كالحزمة ، وقد يريد بأحدهما

= (الأرفع) ولم يذكر الأدون ، انظر المدونة: (٦٣/٣) . والتهذيب (١٧/٣) . وقوله: «أما لو قبض ذلك نقدا...» ، يفيد أن الصورة الأولى التي أراد في الكتاب هي وقوع السلم على المجهول ثم اتفاهما على تعيين نوع أرفع مع تأخير قبضه والله أعلم .

(١) التهذيب (١٧/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٧/٣) .

(٣) في التهذيب «قضى بسمراء» (١٧/٣) .

(٤) المصدر نفسه (١٧/٣) .

(٥) المصدر نفسه (١٨/٣) .

(٦) أثبتها مُشْكَلَةٌ: (جُرْزًا) . وفي لسان العرب: الجُرْزَةُ: الحُزْمَةُ من القَتِّ ونحوه . مادة جرز (٩٥/٢) .



ما صغر وبالثانية أعظم ، ولكن ذلك عندنا يضبطه الإحالة على العرف بين الناس في ذلك النوع ، فيقول من الحزم المعروفة المقدار عند أهل ذلك ، وفي مذهب الشافعي لا بد من الوزن وكثيرا ما يُوقَع في الكرب التزام الوزن في ذلك . وأما إذا كان العدد مقصودا في الشيء كالبيض فلا يجوز بيعه وزناً ، ألا ترى أنه لا خلاف في بيع الفلوس والدرهم والدنانير بالوزن ولا بالكيل لما كان العدد مقصودا فيها ؟

قوله : (ولا يشترط الأخذ إلا في إبانه)^(١) . لما قلنا من أنه لا بد من القدرة على دفع ذلك عند الأجل .

قوله : (وكذلك القصب)^(١) . هو كالقرط يقطع مرة بعد أخرى ثم ينبت .

قوله : (لا يجوز اشتراط فدادين معروفة)^(٢) . لأن نبات الأرض مختلف قد يكون ضيقا وخفيفا فلا يفيد حداها بالطول والعرض ، والأصل أن كل ما لا تضبطه الصفة فلا يجوز أن يسلم فيه ، وأجاز ذلك أشهب [٦/ب] وألزمه على ذلك جواز السلم في الدور ، ولا خلاف في امتناعه لأن المقصود فيها تعيين الموضع لاختلاف الأصقاع ، لأن الصقع إذا كان مجاورا للجامع والسوق ليس كغيره ، فلما كانت الدور تختلف الأغراض باختلاف مواضعها لم يكن إهمال ذلك في السلم ، وإذا وجد ذكر الموضع صارت متعينة ، والسلم في المتعين لا يجوز . وكذلك الفدان من الصفات المقصودة فيه أيضا ذكر موضعه أو قربه وبعده عن البلد فاشتبهها عن هذه الجهة .

قوله : (إذا اشترط صنفا معلوما)^(٣) . لأن الرؤوس تختلف باختلاف ما هي

(١) التهذيب (١٨/٣) .

(٢) في التهذيب «لا يجوز في شيء من ذلك اشتراط فدادين معروفة» (١٨/٣) .

(٣) المصدر نفسه (١٩/٣) .



منها من الأنواع ، وفي القدر (.)^(١) أن يقول رؤوس نوع عظيمة الجرم أو متوسطة إلى غير ذلك ، وكذلك الأكارع .

قوله : (وإن اشترط تحريا)^(٢) . في التحري من البيع والسلم فيما يُشترط فيه المماثلةُ خلافٌ في المذهب ، فقليل : بجوازه لأن الشرع قد نزل التحري منزلة المقطوع به وذلك في بيع الجزاف . وقيل : لا يجوز لأن من شرط ذلك المماثلة والوقوف على مقدار معين ، وليس في التحري قطعٌ . وقيل : يجوز في القليل لنزائره ويمتنع في الكثير ، وقيل : يجوز إذا لم يكن هناك وزنٌ ولا كيلٌ .

قوله : (إذا كان لذلك قدر قد عرفوه)^(٣) . أي إذا كان التحري معلوما عندهم قد جربوه وعلموا وجه التخمين ، وإلا فلا يجوز أن (.) له به .

واعلم أن عقود العوض سبعة : [ومنها]^(٤) ما هو بيع لمنفعة كالنكاح والإجارة والقراض والمساواة والمغارسة والجعل ، وما هو بيعٌ عين ولكن لما افرقت بصفاتٍ ، فرّقَ بينها في العبادة .

واعلم أن البيع من الأعيان إذا بيع بمثله فلا يخلو أن يكون طعاما أو غيره ، فإن كان طعاما فلا يخلو أن يكون مدّخرا أو لا ، فإن كان مدخرا فلا يخلو أن يكون من نوع واحد فيشترط في صحة بيعه شرطان ؛ التقابض والمماثلة كالقمح بالقمح ، وإن كانا من جنسين اشترط في ذلك التقابض كالقمح بالفل ، وإن لم يكن مدخرا فشرطه التقابض كالتفاح بالتفاح أو بمثله ، وسواء كانا من جنس واحد أو جنسين .

(١) بتر بقدر كلمة ، ولعلها من ظاهر السياق : [مثل] .

(٢) سقطت من المتن ، وأثبتها من (التهذيب) . (١٩ / ٣) .

(٣) التهذيب (١٩ / ٣) .

(٤) كذا ، ولعل الصواب إسقاط الراو .

وإن كانا من غير الطعام فلا يخلو أن يكونا عينا أو لا ، فإن كانا عينا فإما أن يكونا من نوع واحد كالفضة بالفضة فشرطان التماثل والتقابض ، أو من نوعين فالتقابض لا غير ، وإن لم يكونا من العين فلا يخلو أن يكونا من نوع فممن شرطهما التقابض كثوب في مثله من نوعه أو من نوعين مختلفين فيجوز بيع أحدهما بالثاني مطلقا كثوب في جذع .

والربا ضربان تفاضل ونسيئة ، وكل ما اشترط في بيعه التقابض والتماثل ، أو التقابض فهو ربوي لأنه يكون في الطعام وغيره ، أعني الربا .

قوله : (إذا سمى جنسا)^(١) . كالبورى ، وصنفا أي من المتوسط في قدره أو الكبير ، أو يذكر طوله وعرضه وناحيته ، لأنه تختلف باختلاف مراعيه .

قوله : (قدرا)^(٢) . أي طوله وعرضه .

قوله : (وما ينقطع من طري الحوت)^(٣) . يعني قد ينقطع الصيد في بعض المواضع مدة فلا يوجد فيها طري إلا في إبان صيده .

واللحوم أربعة أصناف : الطير صنف ، والحوت صنف ، والحيوان البري الذي يؤكل لحمه صنف ، بهيمة الأنعام والوحش ، وقيل : الجراد صنف رابع ، كما أن القمح والشعير والسلت صنف واحد في مشهور المذهب ، ومذهب [١/٧] الشافعي أنها أصناف متعددة وأجناس مختلفة ، وفي المذهب قول شاذ ذكره أبو القاسم السيوري^(٣) ، ووجهه قوله عليه السلام : « لا تبيعوا البر بالبر ولا الشعير بالشعير

(١) التهذيب (١٩/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٠/٣) .

(٣) عبد الخالق بن عبد الوارث . قيرواني . له تعليق على نكت من المدونة أخذه عنه أصحابه . ويقال =

إلا يدا بيد»^(١)، ففرق بينهما في الذكر يدل على أنهما جنسان مختلفان.

ووجهُ المشهور أن فائدة التفريق إنما هي لكون البر قد يوجد في وقت واحدة أو غالبا، وقد يكون في الشدة وجود الشعير وحده، فأفرد لفظا لكل واحد منهما بحسب انفراده كما قلنا، ولأن السلف المتقدم كانت هذه الأشياء منفعتهما المقصودة منهم واحدة فيها كلحوم ذوات الأربع، ولأنها تساوت في المنبت والمزرع، ألا ترى أن صورتها واحدة في النبات لكل واحدة منها سنبله تشبه سنبله الأخرى حتى لا يفرق بينهما من أبصرهما إلا بعد إمعان النظر، وإنما جعل الشارع الربا في هذه الأشياء تعبدا، وأيضا من جهة المعنى لما كانت هذه الأشياء سواء بينهما فلم يجر بيع اثنين منهما بواحد حتى تستوي الناس فيها، إذ لو جاز التفاضل فيها لاختص الأغنياء بالجنس الفاضل من الطعام ومن النقود فجعلها سواء حتى يستوي الناس فيها ولا يختص بعضهم بشيء دون بعض.

قوله: (غير الجنس الذي أسلم فيه)^(٢). كان ينبغي أن يقول غير النوع الذي أسلم فيه، لأن الحوت جنس واحد تحته أنواع، وإذا أخر شيئين (.) ذلك من نوعه أو من غير نوعه إلى أجل لم يجر مطلقا لأنه فسخ دين في دين، فإن كان من

= إنه تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران، وطبقتهم، وقرأ الكلام والأصول على الأزدي، وأكثر ما قرأ الكلام. ولازم مدينة القيروان بعد خرابها، إلى أن مات بها، وعليه تفقه عبد الحميد، والمهدي، واللخمي، كانت وفاته سنة ستين وأربع مائة بالقيروان. انظر ترتيب المدارك (٦٥/٨). الديباج المذهب (٢٢/٢).

(١) الحديث رواه مسلم وغيره عن عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ قَالَ: إِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: «يَنْهَى عَنْ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرِّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرِ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرِ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحِ بِالْمِلْحِ، إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ، عَيْنًا بِعَيْنٍ، فَمَنْ زَادَ، أَوْ أَزْدَادَ، فَقَدْ أَرْبَى». كتاب المساقاة باب الصرف وبيع

الذهب بالورق نقدا.

(٢) التهذيب (٢٠/٣).



نوعه جاز مثل أن يكون له عنده إردب قمح فيدفع له إردب شعير لأنه كأنه دفع له إردب قمح لأنهما سواء، [لذلك] لا يقال إن ذلك بيع طعام بطعام لأنه كشيء واحد، بخلاف لو كان دفع له من جنس آخر كأن يدفع له فيه إردب فول لم يجز لأنه تحقق فيه البيع، فدخله محظوران أحدهما بيع الطعام قبل قبضه، والثاني عدم التقابض ولو دفع له من الشعير إردبين تحقق أيضا البيع فلم يجز ودخله المحظوران المتقدمان وزيادة التفاضل، وإنما يجوز أن يدفع له في إردب قمح طيب إردب قمح دُونٍ أو بالعكس فيكون حُسْن قضاء أو اقتضاء، لأن المنفعة من أحد الجهتين. فأما إذا كان ذلك من جهتين كما تقدم في إردبين من شعير لم يجز، لأنه يمكن أن يكون إنما دفع له ذلك في مقابلة فَضِيلَةٍ^(١) القمح، وكذلك نقصه فضيلة القمح فصار بيعاً فامتنع، وكذلك لو دفع له قمحا دوناً أكثر في طيب أو بالعكس امتنع لِتَحَقُّقِ البيع، أيضا ولو دفع له في طيب طيباً أكثر منه أو أقل جاز وكان الزائد أو الناقص هبة أو نقصاً.

وكذلك لا يجوز أن يدفع له دوناً أقل منه، ولا من شعير في قمح أقل منه؛ لأن المنفعة وإن كانت من جهة واحدة لأن ذلك يصير بيعاً والربا ممنوع في الجنس الواحد، فكما لا يجوز إردب قمح بنصفه شعيراً أو قمحا للتفاضل، فكذلك يمتنع التفاضل في ذلك بخلاف إذا دفع له فيما تعين له عليه أقل منه من نوع واحد وصفة واحدة لأنه نقصه من حقه الذي تعين له، ولا يجوز عقد ذلك أولاً؛ لأنه منهي عن الربا، وأخذه منه بعض ما وجب له ليس كذلك [ب/٧].

قوله: (قيل فإن نزل ثم اتفقا على أخذ الأرفع)^(٢). إن كان ذلك [على أن]

(١) المراد ما فَضِّلَ من القمح. في لسان العرب: «الفضيلة والفضالة: ما فَضِّلَ من الشيء». (مادة فضل: ١٢١/٧).

(٢) في (التهذيب): (فإن نزل) بإسقاط كلمة «قيل». (١٧/٣).

يدفعه له هذا ، فلا يخلو أن يكون من نوع ما له عنده فيمتنع ، لأنهما يتهمان على إمضاء ما وجب فسخه ، وإن كان من غير نوعه جاز ، لأنه لما وقع الفسخ تعين له عليه عين فجاز أن يأخذ منه فيه ما شاء بشرط النقدية ، وما قلنا أنه نوع واحد نحو القمح والشعير والسُّلت فإنما ذلك في الربا والزكاة ، وأما في القسمة بالقرعة فلا يجوز أن تقسم مخلوطة لما في ذلك من التغابن لاختلاف أثمانها ولكن يفرد كل نوع ، إلا في قسمة المراضاة فيجوز .

قوله : (فأخذ مكانها بعد الأجل طيرا من طير الماء)^(١) . إنما لم يجز [ذلك لأن] طير الماء جرت العادة بأنه إنما يتخذ للحم لا للتربية ، فصار ذلك كبيع الحيوان باللحم وقد نهى [عنه] ، واختلف في هذا الحديث^(٢) على ثلاثة مذاهب : أحدها للشافعي : أنه يمنع مطلقا من جنسه ومن غير جنسه أخذا بظاهره من غير تقليل .

والثاني : أن المراد من جنسه مطلقا أيضا .

والثالث : إنما يراد به الحيوان الذي لا منفعة فيه إلا اللحم لأنه حينئذ يدخله

(١) التهذيب (٢٠/٣) .

(٢) الحديث رواه مالك في الموطأ كتاب البيوع باب بيع الحيوان باللحم : حدثني يحيى ، عن مالك ، عن زيد بن أسلم ، عن سعيد بن المسيب ، أن رسول الله ﷺ : «نهى عن بيع الحيوان باللحم» . وفي سنن البيهقي : «أخبرنا أبو أحمد المهرجاني ، أنا أبو بكر محمد بن جعفر المزكي ح وأخبرنا أبو نصر عمر بن عبد العزيز بن عمر بن قتادة ، أنا أبو عمرو إسماعيل بن نجيد السلمي قال : ثنا محمد بن إبراهيم البوشنجي ، ثنا ابن بكير ، ثنا مالك ، عن أبي الزناد ، عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول : «نهى عن بيع الحيوان باللحم» قال أبو الزناد : وكان من أدركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم ، قال أبو الزناد : وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان أبان بن عثمان ، وهشام بن إسماعيل ينهون عنه» . كتاب البيوع باب بيع اللحم بالحيوان (١٠٥٧٤) .



بيع معلوم مجهول من جنسه وهو مزبنة . وإذا ثبت ذلك فالدجاج والإوز غالبا إنما تراد للحم ، فقد أدى ذلك إلى بيع لحم بلحم (..) لو كان الدجاج والإوز له خاصة في البيض والنسل لجاز بيعهما [باللحم] ، وأما إذا كانت في الذمة فلا يتأتى فيها ذلك لأنها غير معروفة قبل قبضها ، وهل لها خاصة تقتنى من أجلها أم لا ؟

وأجاز أشهب هذه المسألة واحتج بأن كل حيوان إذا كانت له حياة وإن يئس من بقائه ، فقد امتاز بالحياة عن اللحم فيصح بيعه به .

قوله: (من الداجن المربوب)^(١) . أي الذي يتخذ لذلك ، لأنه حينئذ لا يكون في معنى اللحم .

قوله: (يجوز بيع دجاجة بدجاجتين)^(١) . لأن غير الطعام من الربوي ، وهو ما كان من جنس واحد ، إنما الربا فيه النسيئة وأما التفاضل فجائز فيه ، والرَّيْطَةُ هي الملحفة وهي الملاءة التي تتخذ للتغطية ولا يعمل منها قُمْصٌ غالبا بذلك صارت جنسا آخر مباينا للقميص ، وصح إسلام أحدهما في الآخر . وفي الكتاب: «الرائطة بألف»^(٢) ، وكذا ذكره الشيخ .

قوله: (وجد تلك الرائطة)^(٣) . أي وجدت ذلك عنده فاخترت أن تأخذ منه قميصا بدلها أو لم تجدها .

قوله: (فأخذ منه عشرة عصافير بطائر واحد)^(٤) . أي دفع في بعض الأيام

(١) التهذيب (٢٠/٣) .

(٢) انظر التهذيب (٢٠/٣) . والمدونة (٢٥٩/٣) . الذخيرة (٢٧٩/٥) .

(٣) التهذيب (٢٠/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٢١/٣) .



بدل ما كان شرط عليه ذلك ، ولا بد أن يكون قدر العشرة بقدر الطائر بالحزر وإن اختلف المقدار امتنع لما ذكرنا في أخذ الشعير عن القمح وبالعكس ، والطير حيا أنواع مختلفة باختلاف منافعها كما أن بهيمة الأنعام في حال الحياة كذلك ، وإن كانت لحومها صنفا واحدا لأن المنفعة المقصودة منها واحدة .

قوله: (لا بأس بالسلم في المسك)^(١) . ضابط ذلك أن كل ما انضبط بالصفة عند أهل المعرفة به فالسلم فيه جائز ، وما لم ينضبط بها امتنع .

قوله: (أو قدرا)^(١) . مثل أن يقول كذا حزمة من (.) المتوسطة المعلومه عند أهل ذلك .

قوله: (وفي القراطيس)^(١) . يعني الورق التي يكتب فيها ، قال تعالى: ﴿ وَلَوْ نَزَّلْنَا عَلَيْكَ كِتَابًا فِي قِرْطَاسٍ ﴾ [الأنعام: ٧] ، و ﴿ قِرَاطِيسَ بُدُونَهَا ﴾ [الأنعام: ٩١] .

قوله: (وشرط جزز فحول كباش أو نعاج وسطة)^(٢) . أي في سننها ، لم يجز لأن ذلك لا يعلم ولا يتميز عن غيره فلا فائدة في اشتراط [١/٨] ذلك .

قوله (إلا وزنا)^(٣) . لأنه لا ينضبط إلا بذلك .

قوله: (لا يجوز عدد جزز)^(٤) . يعني بالجزء قدر ما يجز من الغنم في الوقت الذي نحن فيه .

قوله: (إلا أن يشتري ذلك عند إبانها)^(٥) . لأنه من أغنام معينة فصارت

(١) التهذيب (٢١/٣) .

(٢) في التهذيب «نعاج وسط» (٢١/٣) .

(٣) التهذيب (٢١/٣) .

(٤) في التهذيب «عدة جزز» (٢١/٣) .

(٥) كذا ، وفي التهذيب «إلا أن يشترط ذلك عند إبان جزازها» (٢١/٣) .

كالحوائط لا يجوز شراء أصوافها إلا في إبانها ولا يؤخره لأنه معين فلا يتأخر قبضه ، ولا بد من أن يرى الغنم .

واعلم أن الناس اختلفوا في علة الربا في الطعام وغيره ، فقال الشافعي : هي كونها جنسا طعاما فمنع الربا في كل طعام من جنس واحد كالبقول وكالتفاح وغيرهما ، وأجاز ذلك في جنسين كالقول والعنب . وقال أبو حنيفة : هي كونه موزونا أو مكيلا من جنس فمنع التفاضل في كل ما يوزن أو يكال مطلقا ، وقال عبد العزيز ابن الماجشون (١) (٠) ، وهو من كبار أصحاب مالك كالليث بن سعيد^(٢) ، وهو مستقل بمذهبه كالنخعي^(٣) : هي كل (٠٠) جنس واحد فعمم ذلك .

وقال مالك : هي كل جنس طعام مقتات مدخر ، فاعترض قوله مدخر بأنه لا يجوز التفاضل في العنب مطلقا ، ومنه ما لا يدخر ، وكذلك التمر والرطب ، ومنه ما لا يتمر كما من العنب ما لا يتزيب كعنب مصر ورطبها ، فأجيب بأنه من جنس

(١) سقط بمقدار كلمة ، ولعلها لقب لابن الماجشون .

(٢) كذا في المتن : (سعيد) ، والمشهور : سَعْد . وهو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي : مولى قيس بن رفاعه ، شيخ الإسلام وعالم الديار المصرية . وكان أصله من أصفهان . توفي سنة خمس وسبعين ومائة . وقال الشافعي : الليث أفقه من مالك إلا أن أصحابه لم يقوموا به . وكان ابن وهب يقرأ عليه مسائل الليث فمرت به مسألة فقال رجل من الغرباء : أحسن والله الليث كأنه كان يسمع مالكا يجيب فيجيب ، فقال ابن وهب للرجل : بل كان مالك يسمع الليث يجيب فيجيب ، والله الذي لا إله إلا هو ما رأينا أحدا قط أفقه من الليث . انظر ترجمته في : طبقات الفقهاء للشيرازي . ت إحسان عباس (ص : ٧٨) . وسير أعلام النبلاء (١٣٦/٨) .

(٣) هو إبراهيم بن يزيد بن الأسود بن عمرو بن ربيعة النخعي ، قال أحمد : مات سنة ست وتسعين . وقال الشعبي حين بلغه موت إبراهيم : أهلك الرجل ؟ قيل : نعم ، قال : لو قلت أنعي العلم ، ما خلف بعده مثله والعجب له حين يفضل ابن جبير على نفسه وسأخبركم عن ذلك : أنه نشأ في أهل بيت فقه فأخذ فقههم ثم جالسنا فأخذ صفو حديثنا إلى فقه أهل بيته فمن كان مثله ؟ انظر طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٢ . وسير أعلام النبلاء (٥٢٠/٤) .



يدخر ، فاعترض باللبن لأن التفاضل فيه لا يجوز ولا يدخر شيء منه ، فأجيب بأنه يستخرج منه ما يصح ادخاره وهو السمن و(١) ، اعترض بالبيض لأنه أيضا لا يدخر ، فأجيب بأنه يبقى في بعض البلاد وهي الباردة ، وزادوا في ذلك مما يتخذ للعيش غالبا واعترض بالسكر واللوز لأنهما يدخران وليسا بقوت ، ومع ذلك فالتفاضل فيهما ممنوع ، فالصحيح إسقاط ذلك في الربا وإثباته في الزكاة .

قوله: (ومن استصنع)^(٢) . يعني أن يسلم الرجل دراهم في (طست) نحاس موصوف في ذمته ، فلا فرق بين هذا وبين أنواع السلم في الجواز .

قوله: (أو إلى يوم أو يومين)^(٢) . وكذلك الثلاثة تجوز من غير شرط وبشرط ، لأن ما قرب من الشيء فله حكمه ، إلا في مذهب العراقيين من الأصحاب فلا يجوز وهي روايتهم عن مالك ، وأما ما زاد على الثلاثة فلا يجوز لا بشرط ولا بغير شرط ، لأنه يدخله الكالئ بالكالئ^(٣) ، فلو انعقد بينهما سلم وتأخر الثمن من غير شرط إلى أن حل أجله فثلاثة أقوال: البطلان ، والصحة ، والتفصيل بين أن يكون ذلك الثمن مما هو معين كالعروض ونحوها فيجوز ، أو مما لا يتعين كالدراهم فيمنع لأنه يتحقق فيه الدين بالدين .

قوله: (بعيدا)^(٤) . يعني ما زاد على الثلاثة ، وهذا عام في جميع مسائل السلم .

قوله: (من نحاس معين أو ظواهر)^(٥) . يعني الجلود أو القطع من الثوب ،

(١) سقط بمقدار كلمة ، ولعلها: (زبد) .

(٢) التهذيب (٢٢/٣) .

(٣) تقدم هذا كله في مسألة: ذكر حد السلم وشروط الثمن والمثمن .

(٤) التهذيب (٢٢/٣) .

(٥) في التهذيب «من نحاس أو حديد بعينه ، أو ظواهر معينة» (٢٢/٣) .



وإنما امتنع هذا لأنه يصير معينا فيدخله الغرر والجهل ، لأنه على تقدير أن يضيع ذلك النحاس ينفسخ السلم لأنه في معين ، وأيضا على تقدير سلامته قد لا يجيء على الوصف المشروط فيؤدي إلى فسخه ، فتارة يكون سلفاً وتارة سلماً فامتنع ، وقيل إن كان النحاس والجلد يجيء منه أكثر من ذلك مثل أن يكون عشرة أرطال والمسلم فيه من خمسة أرطال فيجوز ، لأنه على تقدير أن يخرج على غير الصفة فيمكن أن يُعيده مرة أخرى فيصح ، وإلا بطل ، وأما الجلد فلا يعود مرة أخرى كالنحاس فيبطل ، وقيل إن شرع في عمله من الآن جاز لقرب المدة حينئذ وقلة الغرر ، وإن لم يشرع فيه امتنع [٨/ب] .

قوله: (لأن صفته لا تعرف)^(١) . ولو عرف صفته أهل ذلك الشغل امتنع ، لأنه جزاف وشرط الجزاف أن يكون مرئياً .

قوله: (ما جاز)^(١) . لأنه على تقدير كونه ذهباً أو فضة لا يجوز بعين أخرى ، لأن من شرط العين بالعين التقابض وإن اختلفا ، ولو كان حاضراً جاز بيعه بعرض ، فإن وقع السلم فيه فسح ورد إليه ، فإن تلف بكونه صاغه فيغرم قيمته مصوغاً لا تبراً ، ويرد رأس مال السلم إليه ويغرم البائع له قيمة الصوغ ، وقيل لا يغرم له قيمة ذلك . وعلى القول بدفعه ذلك له ينظر ما بين قيمته تبراً ومصوغاً فيدفع له ما بينهما لا أكثر ، وإن لم يزد لم يدفع له (.) .

أما تراب الصواغين فلا يجوز بيعه لأنه لا يعلم هل يسقط فيه شيء أو لا ، بخلاف تراب المعدن لا بد أن يكون فيه ، وعلى تقدير سقوطه لا يعلم قلته من كثرته ، ولأن ما يسقط فيه يكون من الذهب والفضة فلا يجوز بيعه بعين للتفاضل ، ولا السلم فيه للنسيئة ، فإن وقع فسح فات أو لم يفت ، فرده مصوغاً ويدفع إليه

(١) التهذيب (٢٢/٣) .



أجر الصياغة لأنه لما تعذرت القيمة - إذ لا يقوم إلا ما يصح بيعه ولو في بعض الصور - رجع إلى الفسخ.

قوله: (ويجوز سلم الفلوس في طعام)^(١). لأنها كسائر الأثمان إذا (..).

قوله: (ولا يصح)^(٢). اختلف في الفلوس إذا جرى التعامل بها على ثلاثة أقوال:

أولها: أنها عروض فيجوز بيعها بالعين نسيئة.

والثاني: أنها من جملة الأثمان قال مالك: لو أن السلطان أجاز تصريف الجلود لكانت عينا^(٣).

وقيل: السلم فيها بالعين مكروه لا حرام ولا مباح، وعلى ذلك يبنى التفاضل فيها، وإذا درس منها شيء فأبدلها بشكل آخر صارت عروضاً بلا خلاف.

وسبب الخلاف هل علة التقابض والتماثل في العين قاصرة أو متعدية؟ والعلة القاصرة هي التي تكون في شيء لا فرع له، والمتعدية التي تكون في أصل له فرع. فمن علل ذلك بأنها قيم المتلفات فهذه علة متعدية إلى كل ما يصح جعله قيمة وثماناً، والفلوس قد صارت كذلك فحكم النوعين واحداً. ومن علله بأنها ذهب أو وزن فهذه علة قاصرة، لأن الذهب والورق عين لا يكون غيرهما كذلك. وهل العلة متعدية أو قاصرة؟ مسألة أصولية.

(١) التهذيب (٢٣/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٣/٣).

(٣) مثله في المدونة وهو من فقه مالك رحمه الله: «قال لي مالك في الفلوس: لا خير فيها نظرة بالذهب ولا بالورق، ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى تكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظرة» المدونة (٥/٣).



«لا يصح» و«لا يباع»: لفظ يحتمل الكراهة والحظر، لأن الحظر عام في النوعين، وأما الإباحة فمأخوذة من غير هذا الكتاب.

قوله: (لأن الفلوس عين^(١)). من جملة العين وما تصرف في المبيعات.

قوله: (ولا خير^(١)). هذا على التحريم، وسببه أنه لا يجوز بيع معلوم بمجهول من جنس واحد وهو باب المزابنة^(٢)، والنحاس لا يعلم هل يكون منه قدر تلك الفلوس أو لا، والجهل بالتماثل كت تحقيق التفاضل، والتماثل مشروط في بيع الجنس بمثله فلو علم أن ذلك النحاس يَجِيءُ منه أكثر من تلك الفلوس لجاز، لأن التفاضل في الجنس الواحد من غير الطعام جائز مع التقابض.

الصفير هو النحاس يخلط منه شيء آخر حتى يصفر. فلما كان مع النحاس جنسا واحدا لم يجر إلى أجل بعضه في بعض متفاضلا، لأنه إن كانت الزيادة من البائع دخله سلف جر نفعاً، وإن كانت من المبتاع دخله ضمان بجعل، ولا تماثلا لأنه يدخله ضمان بجعل.

قوله: (الآنك^(٣)). هو القصدير وهو يخرج من الرصاص إذا خلص وصفي.

قوله: (لم يصلح^(٣)). لأن الحديد كله إذا كان رديئا [١/٩] فإنه إذا خلص وصفي خرج لبابه وأمكن أن تعمل منه السيوف، فإذا كان كذلك فهما من نوع واحد، ولذلك كان الشعير مع القمح نوعا واحدا لأنه لو صفي وأخرج لبابه كان القمح، وكذلك الكتان الرديء إذا صفي وخلص خرج منه مثل العالي، وكذلك

(١) التهذيب (٢٣/٣).

(٢) سيأتي كلام المصنف رحمته بعد أنها: «بيع معلوم بمجهول من جنسه»، عند قول البراذعي: وإن تقابضتما قبل التفرق.

(٣) التهذيب (٢٣/٣).



سائر الأشياء التي هي نوع واحد ، وقال أشهب: يجوز ذلك لأنهما نوعان مختلفان لأن الاعتبار في الجنسية إنما هو اتفاق المنافع واختلافها.

وقوله: (لو خلص لخرج منه ما يعمل منه السيوف). لا يرجعان بذلك نوعا واحدا لأنه يخرج منه من عشرة أرطال رطل واحد وذلك قليل جدا فلا اعتبار بذلك.

قوله: (لأجزت حديد السيوف في الحديد)^(١). وهذا لا خلاف في منعه ، والفرق ما دخل الأول من الصنعة حتى صارت سيوفا.

قوله: (أن تسلف)^(٢). أي يسلم ، لأن النوع الواحد لا يسلم بعضه في بعض متماثلا ولا متفاضلا.

قوله: (ولا يسلم كتان في ثوب كتان)^(٣). يريد إلى أجل يمكن غالبا فيه أن يعمل من الكتان مثل ذلك الثوب ، لأنه يؤدي إلى أن يكون قد سلم الشيء في مثله إلى أجل وهو ممنوع لما قلنا ، فإن كان إلى أجل يعلم فيه أنه لا يعمل منه ثوب جاز لأمن المحذور من سلم الشيء في مثله والقطع بأنه سلمه في جنس آخر ، لأن الكتان ليس من نوع الثوب لأن صنعة النسيج (٠٠) في باب الربا ، إلا أنه روي عن مالك فيمن باع مفلسا كتانا ، فقام عليه الغرماء فوجد الكتان قد عمل منه ثوبا أنه يأخذه ، وهذا يدل على أن النسيج صنعة لا تنقل الكتان ، ويمكن أن يكون قال ذلك احتياطا على رب الدين ولم يراع كونه لم تنقل عينه . وأما طحن القمح فالمشهور أنه لا ينقل لأنه تفريق أجزاء لا غير ، وقيل إنه ينقل فيجوز التفاضل فيهما ولا خلاف أن الخبز ينتقل بخلاف العجين لا ينتقل عن الدقيق .

(١) التهذيب (٢٣/٣).

(٢) في التهذيب «أن يسلم» (٢٣/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٣/٣).



قوله: (لأن الثوب المعجل لا يخرج منه كتان)^(١). أي فأمِنَ المحذورَ ، ومن سلم الشيء في مثله ، وقيل في ثوب الحرير أنه يمكن حله ثم يغزل ثانية ، وأما غزل الكتان فاختلف هل ينقل الكتان فيكونان جنسين أو لا فهما جنس واحد؟ ومنع مالك أن تسلم الجارية الغزاة في غير الغزاة ، قال لأن الغزل موجود في كل النساء فلم يكن صنعة يخرج بها إحداها عن أن تكون ممتازة عن الأخرى فيصح سلمها فيها .

قوله: (الصفير والحديد)^(٢). جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر إلى أجل متماثلا ومتفاضلا .

قوله: (جرى مجرى الذهب)^(٣). لأنه يصير عينا .

قوله: (وأجاز يحيى بن سعيد)^(٤). هو من شيوخ مالك وهو القطان^(٥) يروي عنه في الموطأ .

قوله: (مضروبين)^(٦). يحتمل أن يريد ضربها أواني ونحوها فهذا بيّن ، لأن

(١) التهذيب (٢٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٤/٣) .

(٣) في التهذيب « جرى مع الذهب » (٢٤/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٢٤/٣) .

(٥) يحيى القطان بن سعيد بن فروخ أبو سعيد الإمام الكبير ، أمير المؤمنين في الحديث ، أبو سعيد التميمي مولا هم ، البصري ولد: في أول سنة عشرين ومائة سمع: سليمان التيمي ، وهشام بن عروة ، وعطاء بن السائب ، وسليمان الأعمش ، ويحيى بن سعيد الأنصاري ، وانتهى إليه الحفظ ، وتكلم في العلل والرجال ، وتخرج به الحفاظ: كمسدد ، وعلي ، والفلاس ، وكان في الفروع على مذهب أبي حنيفة إذا لم يجد النص . روى عنه: سفيان ، وشعبة ، ومعتز بن سليمان - وهم من شيوخه - وعبد الرحمن بن مهدي ، وعفان ، ومسدد ، وابنه ؛ محمد بن يحيى ، وغيرهم . (انظر ترجمته في سير أعلام النبلاء (١٧٥/٩) ، التاريخ لابن معين: (٦٤٥) ، طبقات ابن سعد (٢٩٣/٧) ، حلية الأولياء (٣٨٠/٨) وغيرها) .

(٦) التهذيب (٢٤/٣) .



الصنعة وإن لم تنقل فالتفاضل جائز في الصنف الواحد من ذلك مع التقابض ، وإن تلفت فذلك جائز مطلقا .

قوله: (وكرهه نظرة)^(١) . لاحتمال أن تكون الصنعة في ذلك غير ناقلة ، لأنه يمكن عوده نحاسا . ويحتمل أن يريد مضروبين لأن المقصود الشكل لأنه قد تقدم منع ذلك لأنه بيع معلوم بمجهول من جنسه ، ويحتمل أن يرى أن الصنعة نقلتها فصارت نوعا آخر فجاز التفاضل .

قوله: (وكرهه نظرة) . لاحتمال ألا تنقل فجعله حكما بين حكمين ، وأعطى لكل شائبة مقتضاها^(٢) .

قوله: (لا بأس بكتان بغزل كتان)^(٣) . لأنه [٩/ب] إن انتقل بالغزل فهو [دين]^(٤) ، وإن لم ينتقل فالتفاضل في الصنف الواحد مع التقابض جائز .

قوله: (وأما عاجلٌ بآجلٍ)^(٥) . احتمل عنده أن ينقل الغزل وأن لا ينقل فوقف ، والغزل من الكتان أو القطن على أنه لا ينقل صنف واحد ، وصنفان على أنه ينقل^(٦) ، وأما الثياب الغليظة أو الرقيقة من كل صنف فصنفٌ واحد والثياب الرقيقة بالغليظة وهما من صنفٍ فيهما قولان: أحدهما أنهما صنفان لاختلاف

(١) التهذيب (٢٤/٣) .

(٢) سيأتي بعد أن عادة ابن القاسم إعمال الشوائب (ص ١٩٣) .

(٣) التهذيب (٢٤/٣) .

(٤) ما بين المعقوفين غير واضح من المتن ، وما أثبتته أقرب لرسم الكلمة .

(٥) التهذيب (٢٤/٣) .

(٦) انظر الجامع لمسائل المدونة لابن يونس ، ت مجموعة من الباحثين ، معهد البحوث العلمية

وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى ، ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى

٢٠١٣ . (١٨٩/١١) .



المنافع ، وقيل : صنف بالنظر إلى أنهما في الأصل من صنف واحد^(١) .

وأما رقيق الثياب من الكتان ورقيقها من القطن ففيهما أيضا قولان : أحدهما أنهما صنفان وهو مذهب ابن القاسم ، فيجوز سلم بعضها في بعض لأن منفعة (.) غير منفعة الآخر ، ألا ترى أن الكتان يلبس في الصيف ولا يلبس فيه القطن عادة قد استمرت [فاختلفا ، و]^(٢) الثاني : أنهما صنف لاتفاق المنافع ، وهذا يرجع إلى اختلاف في تحقيق مناط وهو هل اختلفت المنافع فيها أو لا^(٣) ؟

قوله : (ومن أسلم فسطاطية في مروية)^(٤) . هما صنفان إلا أن هذا سلم وبيع وذلك جائز ، فما قابل الفسطاطية بيع وما قابل المؤجلة منها سلم ، وكذلك (.) في (.) لأنهما صنفان ، وضابط هذا كله أنه لا يجوز أن يسلم الشيء في مثله لا في أزيد ولا في أدنى .

قوله : ([ومن أسلم]^(٥) فسطاطية في فسطاطية معجلة ومروية^(٦) مؤجلة) . هذا أيضا بيع ، وتعليقه بأمرين : أحدهما أن يقال : الفسطاطية التي دفعها قسمان بعضها في مقابلة الفسطاطية المعجلة ، وبعضها في مقابلة المروية المؤجلة وذلك جائز لأنهما صنفان ، والثاني أن يقال : الفسطاطية في مقابلة الفسطاطية وبقيت

(١) قال في الذخيرة « فإن استوت المنفعة واختلفت الأصول كرقيق الكتان ورقيق القطن : أجازة ابن القاسم نظرا لأصولهما ومنعه أشهب نظرا للمنفعة » (٢٣٤/٥) .

(٢) ما بين المعقوفين مبتور الآخر ، ولعل الصواب ما أثبتته .

(٣) وهو معنى قول خليل : « وَالْمَصْنُوعَانِ يَعُودَانِ يُنْظَرُ لِلْمَنْفَعَةِ » . انظر منح الجليل : (٣٩١/٥) .

(٤) التهذيب (٢٦/٣) .

(٥) ما بين المعقوفين مبتور وأثبتته من (التهذيب) : (٢٦/٣) .

(٦) نسبة إلى مرو ، مدينة بفارس ، النسب إليها مروي ومروي ومروزي ، قال الجوهري النسبة إليها مروزي على غير قياس ، والثوب مَرْوِيٌّ على القياس . انظر لسان العرب : مادة (مرا) . (٢٦٧/٨) .



المروية ليس في مقابلتها شيء يمنعها فصيح ، فلو كانت الفسطاطية مؤجلة امتنع لأنه قرض بزيادة منفعة وهي المروية ، وكذلك إن جعلت بعض الفسطاطية في مقابلة الفسطاطية المعجلة وبعضها في مقابلة الفسطاطية المؤجلة امتنع أيضا .

ويجوز فسطاطية في فسطاطية بعضها مؤجل وبعضها معجل ، قياسا على ما روي عن مالك^(١) من إجازته جملا في جملين أحدهما نقدا والثاني مؤجل . وأجازه أشهب وعلله بأن أحد الجملين في مقابلة الثاني وبقي المؤجل ليس في مقابلته شيء يصح . ومنع ذلك سحنون وقال : لأن نصف الجمل المدفوع من إحدى الجهتين في مقابلة الجمل المعجل ، ونصفه الثاني في مقابلة الجمل المؤجل وذلك فاسد فامتنع .

ونظر المخزومي^(٢) لأشهب على هذه المسألة وألزمه علينا جواز دينار بدينارين نقدا فالتزم جوازه بناء على التعليل المتقدم ، فالزمه أن يجوز ذلك (.) ، أعني دينارا بدينارين أحدهما نقدا والثاني مؤجل ، فقال : الإجماع على منع ذلك

(١) نص ابن عرفة عن المازري في جمل بجملين مثله أحدهما نقد والآخر مؤخر روايتان بالجواز والكراهة ، وبالأولى أخذ ابن القاسم ، وبالثانية أخذ ابن عبد الحكم وقال سحنون هذا الربا . انظر منح الجليل . (٣٥٣/٥) .

(٢) المغيرة بن عبد الرحمن بن الحارث بن عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم ويقال أيضا بن عبد الرحمن بن الحارث بن عياش ويقال بن عبد الرحمن بن عبد الله بن عياش سمع أباه وجماعة كهشام بن عروة وأبي الزناد ومالك وغيرهم . وروى عنه جماعة كمصعب بن عبد الله وأبي مصعب الزبيري وغيرهما . خرج عنه البخاري . وكان بين مالك وبينه أول مرة معارضة ثم زالت وجالسه . وعرض عليه الرشيد القضاء بالمدينة وجائزته أربعة آلاف دينار فأبى أن لا يلزمه ذلك . كان فقيه المدينة بعد مالك . مولده سنة أربع وعشرين ومائة وتوفي سنة ثمان وثمانين ، وقيل سنة ست وثمانين ومائة . (انظر ترجمته في : الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب لابن فرحون (٣٤٣/٢) ، ترتيب المدارك : (٢/٣) . الأعلام للزركلي (٢٢٧/٧) .



ولولا الإجماع لجاز عندي ، لأنه يؤول إلى دينار في دينار نقدا ، والثاني مؤجل ليس في مقابلة شيء فجاز^(١) ، يريد أن الناس أجمعوا على منع ربا النسيئة وقد اختلفوا في ربا الفضل ؛ ألا ترى ابن عباس يجيز ربا التفاضل يجوز إردب حنطة بإردبين نقدا فكذلك دينار في دينارين نقدا ، واحتج بقوله ﷺ : « إِنَّمَا الرَّبَا فِي النَّسِيئَةِ »^(٢) ، وَحَمَلَ « إِنَّمَا » عَلَى الْحَضَر ، فذهب إلى أنه لا ربا إلا في النسيئة ، وقد ذهب أشهب في الصلح إلى مسألة يلزمه أيضا تجويز ذلك على مذهبه فيها وهي : لو مات عن زوجة وورثه فيها بنون ، وترك عينا ذهباً ودراهم وعروضا فصالح الورثة [١/١٠] الزوجة عن حظها من التركة بعين مثل ثمن العين الذهب . فذهب ابن القاسم إلى تجويز هذا الصلح لكن بشرط أن (.)^(٣) لها عينا من التركة ، فيكون حاصل ذلك أنها أخذت بعض ما يجب لها من التركة ووهبتهم الباقي ، قال : فإن دفعوا لها ذلك من أموالهم لم يجز لأن فيه شراء عين بعين تفاضلاً^(٤) ، وجوزه أشهب مطلقا قال : لأنه إنما باعت منهم ما يجب لها من العين

(١) انظر المسألة في مواهب الجليل (٤/٣٣٣) .

(٢) الحديث رواه مسلم في صحيحه كتاب التجارات باب من قال : لا ربا إلا في النسيئة . عن ابن عباس رضي الله عنه . وابن ماجة في سننه كتاب التجارات . باب من قال : لا ربا إلا في النسيئة . والترمذي في سننه وقال : (وقد روي عن ابن عباس أنه رجع عن قوله حين حدثه أبو سعيد الخدري عن النبي ﷺ ، والقول الأول أصح والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، وهو قول سفيان الثوري ، وابن المبارك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق وروي عن ابن المبارك أنه قال : ليس في الصرف اختلاف) . سنن الترمذي . أبواب البيوع باب ما جاء في الصرف . وقال النووي : (أجمع المسلمون على ترك العمل بظاهره . ثم قال قوم إنه منسوخ . وتأوله آخرون على أن المراد لا ربا في الأجناس المختلفة إلا في النسيئة) انظر شرح محمد فؤاد عبد الباقي على سنن ابن ماجة (٢/٧٥٨) .

(٣) . بتر بقدر كلمة ، ولعلها : [يرجعوا] .

(٤) قال في المدونة : « قلت : رأيت لو أن رجلا هلك وترك مالا - دنانير أو دراهم - وعروضا وأرضا =



الذهب بمثله ووهبتهم حقها من العروض فلا تفاضل ، ومنع ذلك كله ابن المواز قال: لأنه إذا كانت الدنانير المشروكة مثلا ثمانية فلها ثمن كل دينار معين ، فإذا دفع لها دينار فقد باعت سبعة أثمان الدينار والتي دفع لها بثمن كل دينار من الباقية وحظها من الدراهم والعروض ، وفي ذلك بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والعروض ، وذلك تفاضل لا يجوز فينبغي أن يمنع ذلك كله على (.) التعليل يكون في ذلك بيع العين بمثله متفاضلا فيلزم (.) ما تقدم^(١).

قوله: (بطل السلف)^(٢). لما فيه من المنفعة .

قوله: (وجميع الأشياء كلها)^(٣). لأن القرض مستثنى من أصل ممنوع وهو بيع الشيء بمثله إلى أجل .

قوله: (إلا في الجواري)^(٤). لأنه يجوز في القرض أن يرد ذلك الشيء بعينه ويجبر المقرض على أخذه وأن يرد مثله فعلى تقدير أن يرده بعينه يكون في ذلك عارية الفروج وهو ممنوع (.) يجوز فيمن يجوز له وطئها مطلقا .

قوله: (من نسج الولائد)^(٤). يعني النساء بالهند .

قوله: (والحلال منها)^(٥). أي الجائز لأن الصنفين يجوز ذلك فيهما .

= وترك من الورثة امرأة وأولادا فصالح الورثة المرأة من حقها على مائة درهم عجلوها للمرأة؟ قال: إن كانت الدراهم التي يعطون المرأة من الدراهم التي ترك الميت وهي قدر ميراثها من الدراهم أو أقل فلا بأس بذلك ، وإن كانت أكثر فلا خير فيه ؛ لأنها باعت عروضاً حاضرة وغائبة وذهباً بدراهم تتعجلها فلا خير فيه وهو حرام . المدونة . (٣٧٧/٣) . والتنبيهات المستنبطة . (١٤١١/٣) .

(١) المدونة (٣٧٨/٣) .

(٢) في التهذيب «بطل السلم» (٢٦/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٦/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٢٦/٣) .

(٥) في التهذيب «والحلال منه» (٢٧/٣) .



قوله: (لا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم)^(١). لأنه كيفما قدر صح، فإن قلت الجمل في مقابل الجمل والدرهم ليس في مقابلتها شيء لم يمنع، وإن قلت بعض الجمل في الجمل نقداً جاز، وبعض الباقي (٠) الدرهم صح، بخلاف تأخر أحد الجملين لأنه يؤدي إلى تسليم بعض جمل في جمل إلى أجل، وذلك باطل، أو إلى جمل في جمل مؤجل ودرهم منفعة بينهما.

قوله: (لم يجز ذلك)^(٢). لأنَّ يابَّ الطعام بالطعام أضيّق من باب العروض، لأنَّ الطعام بالطعام يشترط فيه شيئان: إن كانا من نوع، أو التقابض إن كانا من نوعين. فلما كان أضيّق اشترط فيما يدخل معهما أن يكون فيه التقابض لأن (٠) من الطعام لا يجوز في بيع بعضه ببعض إلى الأجل، والعروض قد يجوز في بيع بعضها ببعض إلى أجل في صور ما، فافترق البابان.

قوله: (ولا يجوز تأخير حصة الثوب)^(٣). فهذا من الطرف الآخر لأنه لما صحب الثوب في البيع لما لا يجوز فيه مُنْعَ.

قوله: (وكذلك السلعة في الصرف)^(٤). أي أن الصرف أيضاً أضيّق لا يجوز فيه الأجل بوجه فيما صحبه من الأجل مثل دينار في ثوب ودرهم إلى أجل.

قوله: (في صفقة)^(٥). معنى الصفقة الواحدة أن يقول: بعْتُكَ كذا وكذا بكذا، فيقول: قبلْتُ. وسواء عين لكل واحد ثمننا على انفراده أو لم يفرد بثمن

(١) في التهذيب «لا بأس بالجمل بجمل مثله» (٢٧/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٧/٣).

(٣) في التهذيب «ولا يجوز منه حصة الثوب» (٢٧/٣).

(٤) المصدر نفسه (٢٧/٣).

(٥) المصدر نفسه (٢٨/٣).

فإن ذلك صفقة واحدة ، وكذلك إذا قال : بعثُ منك كذا بكذا ، وكذا بكذا ، وكذا بكذا ، فقال : قبلتُ بعدما فرغ من كلامه ، كانت صفقة واحدة لأن البيع إنما انعقد بالقبول مع الإيجاب المتقدم ، وقيل : قوله : قبلتُ ، لم يكن بيع فلا فائدة لتنويع ذلك ، إلا أن يقول : بعث مثلاً كذا بكذا ، فيقول : قبلتُ ، ثم يقول : وكذا بكذا ، فيقول : قبلتُ ، فهاتان صفقتان يجوز في كل واحدة ما يجوز في العقد الواحد [١٠/ب] الذي لم يذكره معه غيره .

قوله : (عشرة أراذب حنطة إلى شهر وعشرة دراهم إلى شهر آخر)^(١) . هذه صفقة واحدة .

قوله : (قال ابن شهاب)^(١) . هذا هو مشهور المذهب أن الصفقة لا تتعدد بتعدد المبيع ، فإذا باعه شيئاً في صفقة بعضها حلال وبعضها حرام فسدت الصفقة كلها^(٢) ، وسواء سمى لبعضها ثمناً من الجملة أو لا ، وقيل : إنها تتعدد بتعدد المبيع ، فعلى هذا يصح ما هو صحيح منها ويفسد الفاسد مطلقاً ، كان الصحيح قليلاً أو كثيراً ولا يعتبر تسمية ما سمى لكل واحدة منها ، بل يرجع إلى قيمتها لأنه قد يتسامح في توزيع الثمن عليها ويسمح في ثمن واحدة ويزيد في ثمن أخرى ، وقيل : إن كان الحرام الأكثر تبعه الأقل فيفسد الجميع ، وإن كان الحلال الأكثر صحّ ، وفسد الحرام ، وردّ له قدر ما قابله من الثمن ، وإن كان^(٣) سواء فسد الكل لأنه ليس أحدهما أولى بالتبعية من غيره ففسد الكل . وأما النكاح إذا اشتمل صحيحاً وفاسداً فلا خلاف في فساد الجميع احتياطاً للفروج^(٤) .

(١) التهذيب (٢٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٨/٣ - ١٥٥) .

(٣) كذا ، ولعل الصواب : [وإن كانا سواء] أي الحلال والحرام .

(٤) المدونة (١٩٤/٢) ، والذخيرة (١١١/٥) ، والتبصرة للخمّي (٢٠٧٢/٥) .



قوله: (فإن كان يحصده ولا يؤخره حتى يصير حبا)^(١). لأنه يكون في الحنطة مع القصيل بيع الطعام بالطعام متفاضلا ، وفي الحنطة مع القصب والقرظ بيع ما لم يبدُ صلاحه ، وقد نهى عن ذلك . وحب القرظ يسمى البرسيم فإذا (. .) شرط القطع أمن من ذلك .

قوله: (فلا خير فيه)^(٢). أي: هو حرام .

قوله: (لا أجود منه ولا أدنى)^(٣). لأنه إذا شرط ذلك دخله حكم البيع وخرج عن حكم المعروف فامتنع ، ويجوز إذا لم يشترط أن يدفع الأجود أو أدنى فيكون حسن قضاء أو اقتضاء .

قوله: (وليس له أن يأخذه منه قبل محل الأجل)^(٣). لأن الأجل من حق المقرض ، وقد التزم ذلك المقرض فلا يجوز له الرجوع فيه . ومنع الشافعي القرض بذكر أجل لأنه مبني على المعروف فلا يلزم أجلا ، بل لا يكون إلا حالا فيؤخره به ما شاء [ويأخذه]^(٤) متى شاء^(٥) ، وهذا الذي قاله ليس بشيء ، لأنه قد ألزم نفسه ذلك ، وقد أجمع معنا في العارية أنها إذا كانت إلى أجل فيلزمه ألا يأخذها حتى ينقضي الأجل ولا فرق لأن الموضعين معروف^(٦) .

(١) التهذيب (٢٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٨/٣) .

(٣) في التهذيب «وليس له أن يأخذه منه قبل الأجل» (٢٨/٣) .

(٤) ما بين المعقوفين مبتور الآخر ، وما أثبتته أقرب للمراد ورسم الكلمة المبتورة .

(٥) قال الماوردي من الشافعية: «ولصحة القرض فيما يجوز قرضه ثلاثة شروط معتبرة . فأما الشرط

الأول: فهو إطلاق القرض حالا من غير أجل مشروط فيه ، فإن شرط فيه أجلا وقال: قد أقرضتك

مائة درهم إلى شهر لم يجز» . الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي . (٣٥٥/٥) .

(٦) قال ابن رشد: «هي عقد جائز عند الشافعي ، وأبي حنيفة: أي للمعير أن يسترد عاريته إذا شاء .

وقال مالك في المشهور: ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وإن شرط مدة لزمته من المدة ما يرى =



قوله: (وإن أسلفه على وجه المبايعة)^(١). أي إذا كان ذلك بلفظ المبايعة امتنع ، وإن قصد القرض للنهي عن بيع الشيء من الطعام بمثله إلى أجل .

قوله: (وكذلك سلف البيض)^(٢). لأنه طعام . والجعرور: ضرب من التمر رديء . والصَّير: الحوت المملوح .

قوله: (أو يشرب)^(٣). كالأشربة واللبن ، وأما الماء فاختلف بعد الإجماع على أنه طعام ، لأن كل ما يتطعم طعام هل هو ربوي فيمتنع فيه التفاضل ، أو ليس بربوي فيجوز فيه ذلك نقداً^(٤)؟

قوله: (كان مما يكال ويوزن أو يعد)^(٥). وهذه ذوات الأمثال ، ولا أثر لذلك إلا لكونه طعاما .

قوله: (لم يجز)^(٦). لأنه بيع معين يتأخر قبضه ، فإن قدم الثمن فلا يدري هل يكون ذلك بيعا على تقدير سلامتها ، أو سلفا على تقدير تلفها وذلك غرر .

قوله: (فصار للضمان حصة من الثمن)^(٧). مجهولة فيبقى ثمن المبيع مجهولا .

= الناس أنه مدة لمثل تلك العارية». بداية المجتهد: (٩٧/٤). انظر أيضا البيان في مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي . ط ٢٠٠٠ . (٣٤٧ - ٥١٦/٦).

(١) التهذيب (٢٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٨/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٩/٣) .

(٤) انظر روضة المستبين في شرح التلقين ، لأبي محمد عبد العزيز التونسي المعروف بابن بزيمة ، تحقيق عبد اللطيف زكاغ ، منشورات دار ابن حزم الطبعة الأولى ٢٠١٠ ، (٩٤٠/٢) .

(٥) التهذيب (٢٩/٣) .

(٦) المصدر نفسه (٢٩/٣) .

(٧) في التهذيب «فصار للضمان جزء من الثمن» (٢٩/٣) .

قوله: (لأنه قمار)^(١). وكذلك لو ضمنت عن إنسان مالا ، فعلى تقدير أن يكون موسرا أخذت الجعل مجانا فإن أعسر أخذ عينا فيما هو أكثر منه وذلك فاسد .

قوله: (غرم قيمتها)^(١). أي قيمة ضمانها ولم يجز له ذلك نفعا لأنها قد عطبت .

قوله: (إلى يوم أو يومين جاز)^(١). لأن ذلك في حكم المقبوض ، وكذلك الثلاثة فجاز بالشرط لذلك ، وليس ذلك حينئذ معينا تأخر قبضه لأن التأخير هناك كالقبض لقربه [١/١١] .

قوله: (وكذلك إن كانا في سفر وكانت دابة تركب)^(١). كما روى أنه ﷺ: «اشترى من جابر بن عبد الله دابة وهما بطريق المدينة فاشترط أن يركبها إلى المدينة»^(٢). قالوا: وكان بقي بينهما وبين المدينة يومان ونحوهما^(٣) .

قوله: (وشرط أن يكتبه)^(٤). ولا يخرج ما فيه حق توفية من ضمان البائع إلا بالتوفية .

قوله: (وهو فيها أبين)^(٤). أي من الحيوان لأنه يسرع إليه التغيير .

قوله: (إلا أن يكون غيبة قريبة)^(٤). كثلاثة أيام فما دونها ، وإنما امتنع

(١) التهذيب (٣٠/٣) .

(٢) الحديث رواه مسلم في صحيحه عن جابر ، قال: «لما أتى عليّ النبي ﷺ وَقَدْ أَعْيَا بَعِيرِي ، قَالَ: فَخَسَهُ ، فَوَتَّبَ ، فَكُنْتُ بَعْدَ ذَلِكَ أَحْسِبُ خِطَامَهُ لِأَسْمَعَ حَدِيثَهُ ، فَمَا أَقْدِرُ عَلَيْهِ ، فَلَحِقَنِي النَّبِيُّ ﷺ ، فَقَالَ: بِغَنِيهِ ، فَبِعْتُهُ مِنْهُ بِخَمْسِ أَوَاقٍ ، قَالَ: قُلْتُ: عَلَى أَنَّ لِي ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ ، قَالَ: وَلَكَ ظَهْرُهُ إِلَى الْمَدِينَةِ ، قَالَ: فَلَمَّا قَدِمْتُ الْمَدِينَةَ أَتَيْتُهُ بِهِ ، فزادني وقيته ، ثُمَّ وَهَبَهُ لِي» . كتاب المساقاة . باب بيع البعير واستثناء ركوبه .

(٣) في فتح الباري: «قال داود بن قيس عن عبيد الله بن مقسم عن جابر اشتراه بطريق تبوك» (٣٢٠/٥) .

(٤) التهذيب (٣٠/٣) .

الشرط لأنه حينئذ يكون له حظ من الثمن فيدخل الثمن الجهالة، ويجوز على التطوع النقد لأن التطوع يقع بعد كمال العقد صحيحاً فلا يقابله شيء من الثمن.

والغائب عندنا يجوز بيعه على الصفة^(١)، وهل ينتقل إلى ضمان المشتري أو لا؟ ثلاثة أقوال: يبقى في ضمان بائعه قياساً على ما في الذمة كالسلم. والثاني ينتقل إلى ضمان المشتري لأنه شيء موجود كالعين. وقيل: إن شرط ذلك مثل أن يقول أحدهما هو في ضمانك كان كما قال، وإلا فهو في ضمان البائع^(٢).

وإذا أخرج المشتري الثمن ودفعه إلى أمين فتلف عنده، فهل يتعين أو لا؟ في ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: لا يتعين. وقيل: يتعين كالعروض لأنه قد يكون مالا لا شبهة فيه، وعلى ذلك يتركب ما غصب إنسان من العين، فهل يجب عليه رده بعينه إذا وجد عنده أو (..). والثالث أنه يتعين في حق المشتري، فإذا عينه المشتري وأشهد على ذلك ثم قامت بينة على تلفه لئلا يتهم أنه أراد نقض البيع فإنه ينتقض كما ينتقض في تلف العرض المبيع، ولا يتعين في حق البائع بل إذا قال البائع لا أبيع إلا بذلك الثمن لا بغيره فلا يلزم.

قوله: (ويدفع له غيره)^(٣). وثمره الخلاف هل ينتقض البيع [بتلف الثمن] أو لا كما ينتقض بتلف المبيع المعين؟ والمشهور أنه لا يتعين مطلقاً، لأن المقصود من العين كله واحد.

قوله: (فلا بأس بالنقد فيه)^(٤). أي على الشرط.

(١) انظر الفروق (٢٤٦/٣). وبداية المجتهد. (١٧٤/٣).

(٢) المدونة (٢٥٦/٣). التبصرة (٤٤٥٣/٩).

(٣) هذه العبارة لم أهد إليها، بل الذي في التهذيب «قال مالك: وإن كانت سلعة بعينها، وكان موضعها قريباً اليوم واليومين، طعاماً كان ذلك أو غيره فلا بأس بالنقد فيه» (٣٠/٣).

(٤) التهذيب (٣٠/٣).

قوله: (فلا خير في النقد)^(١). أي بالشرط وإلا فيجوز على الطوع.

قوله: (على أن تقبضها منه ليوم أو يومين لم يجز)^(١). يريد أن السلم الحال لا يجوز، وفي المذهب قولٌ بجوازه كما يقول الشافعي^(٢). وسبب الخلاف هل الأجل شرط في السلم لأنه كذلك وقع أو ليس شرطا فيه وإنما الذي وقع في عهد النبي ﷺ من الأجل فيه موافقة لا [شرطا]^(٣) فيجوز حالا لأنه أيضا سلم؟ أو لا يجوز لأنه لا يجوز بيع ما ليس عندك إلا في السلم المستثنى وليس الحال بسلم؟ فكأن الذي في المذهب من تجويز ذلك منتزع من القول بأن الأجل في السلم يجوز أن يكون يوما أو يومين وليس بشيء، لأن تجويز أن يكون الأجل يوما أو يومين ليس يوجب جوازه دون أجل^(٤).

قوله: (ولم يحد مالك فيه حدا)^(٥). رده إلى العرف في قدر ما تختلف فيه الأسواق غالبا، ومن حدّه اختلفوا فيه كما تقدم.

قوله: (في البلد الواحد)^(٥). تحرز من البلدين لأنه يجوز أن يسلم في بلد على أن يأخذ في بلد آخر دون أجل بل يكون الأجل مسافة ما بينهما، وأقل ما تكون تلك المسافة ثلاثة أيام لأنها المدة التي تتغير الأسواق باعتبارها في البلدين غالبا، وتغير الأسواق في بلدين أقرب من ذلك ليس غالبا.

(١) التهذيب (٣٠/٣).

(٢) انظر قول الشافعية في المجموع شرح المذهب. النووي (١٠٩/١٣). فتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير). للقرطبي (٢٢٦/٩). وقد تقدم قول المالكية في السلم الحال في أول هذا الكتاب.

(٣) كذا في المتن، ولعل الصواب: شرط.

(٤) الفروق (٢٩٥/٣)، والذخيرة (٢٥٢/٥).

(٥) التهذيب (٣٠/٣).



قوله: (يغاب عليه)^(١). يريدون بالذي يغاب عليه ما يجعل في الخزانة وذلك كالثياب والطعام ولا يتأتى ذلك في الحيوان مطلقا فهذا الذي يغاب عليه لا يتهم [١١/ب] المودع على دعوى تلفه .

قوله: (فإن كان تركه وديعة فهو منه)^(٢). لأنه قد انتقل إلى ضمانه بخلاف أنلو لم يدفعه إليه فإنه باق في ضمانه ، فإذا أتلّفه دخل في يدك وقامت بذلك بينة فالسلم ثابت أيضا لأنه قد صار ملكا له ويطلب الجاني به ، فإن لم تقم له بينة بإتلافه كان منك لأنك تُتهم على إخفائه وانتقض السلم لأن العوض تعيّن .

قوله: (فقتلها رجل)^(٣). هذا لا تهمة فيه ، واختلف هل تقبل شهادة المشتري للبائع على الجاني ؟ فقيل: لا تقبل لأنه غريمه فيتهم على ذلك . وقيل: لا يخلو أن يكون البائع موسرا فتقبل شهادته أو معسرا فلا تقبل لأنه يتهم أن يجر إليه مالا يأخذ منه ماله عليه (.) الموسر^(٤).

قوله: (وكذلك السلعة في الصرف)^(٥). لا يجوز أن ينضم إلى الصرف بيع إلا

(١) التهذيب (٣١/٣).

(٢) في التهذيب «فإن كان تركه وديعة بيدك بعد أن دفعته إليه فهو منه» (٣١/٣).

(٣) المصدر نفسه (٣١/٣).

(٤) قال في الذخيرة: «عن ابن القاسم: إذا لم يقم البينة فيما يغاب عليه يفوت السلم وعلى المشتري قيمته لأن الأصل بقاء العقد وإذا قلنا بالفسخ: قال التونسي: فذلك بعد تحليف المسلم على التلف لاتهمه في الكتمان فإن نكل لزمته القيمة. قال صاحب (النكت): إذا أحرقه رجل امتنعت شهادة المشتري إن كان معدما لأنه يتهم به في الحوالة عليه وإلا جازت شهادته قال أبو الطاهر: في شهادته أقوال: ثالثها: إن كان معسرا ردت وإلا فلا وأصلها تبين التهمة وعدمها». الذخيرة (٢٢٧/٥).

(٥) التهذيب (٢٧/٣). هذه المسألة سبق أن ذكرها في موضعها معلقا بقوله: (أي أن الصرف أيضا أضيّق لا يجوز فيه الأجل بوجه فيما صحبه من الأجل مثل دينار في ثوب ودراهم إلى أجل). ثم كرر ذكرها هنا.



فيما قلّ مثل أن يشتري منه سلعة (٠) دراهم بدنانير (٠) وهل يشترط في ذلك أن يكون أحدهما أكثر من الثاني حتى يكون جواز الآخر بالتبعية أو لا يشترط ذلك؟ قولان .
قوله: (قل بفسخ البيع كله)^(١). لأن الصفقة الواحدة لا تتبع فساد ففسد الجميع بفساد البعض .

قوله: (ومن أسلم في حنطة في قصيل)^(٢). هذا لفظ مشكل لأن هذا بيعٌ ، لأن القصيل والقصب مُعينان ولا يجوز التأخير فيهما ، للنهي عن بيع الحب حتى يبس وروي حتى يبيض وحتى يشتد في أكمامه ، وإذا كان بيعا فينبغي ألا يعبر عنه بالسلم .
قوله: (لا أجود منه)^(٣). لأنه يكون سلفا جر نفعا ، ولا أدنى لأنه يكون فيه ضمان بجعل .

اختلف في المذهب في الماء هل هو طعام أو لا ؟ وعلى أنه طعام اختلف هل هو ربوي أم لا ؟ وعلى ذلك ينبنى بيع دار فيها بئر بدار فيها (٠)^(٤) هل يجوز أو لا للتفاضل في الطعام ؟ وهذا الخلاف في الماء القَرَّاح^(٥) لا المرّ^(٦) .

(١) هذه العبارة لم أهد إليها هنا ، والذي في التهذيب عند كلامه عن الصفقة بعضها حلال وبعضها حرام قوله: «ومن باع بيعا بعضه حلال وبعضه حرام في صفقة واحدة فسخ البيع كله» ، وقد تقدم الكلام فيها عند قول الشارح رحمته الله: «قوله: قال ابن شهاب هذا هو مشهور المذهب» (ص: ٤٤) .
(٢) التهذيب (٢٨/٣) .

(٣) هذه المسألة تقدم شرحها أيضا في موضعها قبل هذا (٢٨/٣) ، وعلق بقوله: «لأنه إذا شرط ذلك دخله حكم البيع وخرج عن حكم المعروف فامتنع ، ويجوز إذا لم يشترط أن يدفع الأجود أو أدنى فيكون حسن قضاء أو اقتضاء» . ثم كرر ذكرها هنا .

(٤) ما بين المعقوفين مطموس في المتن ، ولعله .

(٥) القَرَّاح: الماء الذي لا يخالطه ثفلٌ من سويق ولا غيره ، وهو الماء الذي يشرب إثر الطعام ، وقال أبو حنيفة القَرَّيْحُ الخالصُ كالقَرَّاح ، مادة قرح (٢٩٦/٧) .

(٦) انظر شرح ابن ناجي التنوخي على الرسالة (١١٧/٢) .



قوله: (إلا أن تكون غيبة قريبة)^(١). مثل أن يكون في بلدة بينها وبين موضع العقد ثلاثة أيام لا أكثر، وإنما امتنع النقد بالشرط في البعيد لأنه غرر وجهل، لأنه إذا شرط ذلك فلا بد أن يكون للشرط حظ من الثمن إذ بذلك ينقصه من الثمن فيرجع ثمن المبيع مجهولا.

قوله: (فإن كان تركه وديعة)^(٢). هذا الخلاف إذا جنى عليه جان هل تجوز شهادته على الجاني أو لا؟ وذلك (..) ^(٣) المودع إذا ادّعى هلاك الوديعة فهل لا يقبل قوله إلا بيمين أو دون يمين؟ وقيل قول ثالث في ذلك بالتفصيل بين أن يكون متّهماً فلا يقبل إلا بيمين، أو لا يكون متّهماً فيقبل منه دون يمين. فإذا قلنا إنه لا يقبل إلا بيمين فعلى هذا لا تقبل شهادته لأنه يتهم، وعلى القول بأنه يقبل دون يمين تقبل شهادته، لأنه لا يتهم، ومعنى التفصيل أنه إذا كان موسرا فلا يتهم فتقبل شهادته بخلاف المعسر فإنه يتهم في الشهادة له^(٤).

قوله: (إن كنت لم تدفعه إليه حتى أتلّفه رجل بيدك)^(٥). لا تقبل شهادته هنا لأنه مدع تلفه ليدفع عن نفسه بذلك ما يتهم عليه من المغيب عليه، بخلاف الأول إذا قامت بالتلف بينة صح السلم وكان من البائع لأنه بالعقد صار له وفي ملكه وإن لم يقبضه لأنه معين، وكذلك العين إذا قيل إنه يتعين، وأما إذا لم تقم بينة بالتلف، فقيل: ينتقض السلم، وقيل: البائع مخير بين النقض وبين أن يأخذ بقيمة ذلك العرض.

(١) التهذيب (٣٠/٣).

(٢) هذه المسألة تقدمت أيضا قبل هذا الموضع بقريب (٣١/٣).

(٣) ما بين المعقوفين مطموس في المتن، ولعله [ينبغي على أن].

(٤) الذخيرة (٢٢٧/٥).

(٥) في التهذيب «أحرقه رجل بيدك» (٣١/٣).

واعترض هذا بأن فيه إقالة على غير مال السلم فيتهم على أنه باع منه الطعام قبل قبضه .

قوله: (فله البدل)^(١) . هذا بخلاف [١/١٢] الصرف لأنه لو خرج في الصرف درهم زائف بعد افتراقهما لم يجز إلا نقض الصرف ، وفي السلم صح السلم كما قال ، وإن أمكن أن يكونا اجتماعا على الكالئ بالكالئ فيدفع له صورة عينا زائفا ثم يردّها إليه فيتوصلا إلى الكالئ بالكالئ .

والفرق بين العقدين أن الصرف أضيق من السلم ، لأنه لا يجوز فيه التأخير بوجه ، ويجوز في السلم تأخير الثمن بشرط ثلاثة أيام فما دونها ، ولأنه لو رضي في السلم بذلك لصح السلم ولو رضي في الصرف بأخذ الزيوف ما جاز ، لأن التفاضل فيه حرام فافترقا . وهل ينقض جميع الصفقة في الصرف أو ما يقابل دينارا واحدا؟ إن كان في أكثر من دينار وكان الزائف ما يقابل دينارا فما دونه لأن بعض الدينار لا يمكن رده ، وهذان قولان . (.) ثالث بالتفصيل بين أن يُسمّى لكل دينار شيئا معلوما فينتقض صرف دينار واحد ، أو لا يُسمّى فينتقض الجميع . وقيل أيضا في السلم بالنقض في الصفقة كلها . وقيل فيما يقابل الزائف ولا يكون هنا التفصيل ، لأن ما يقابل كل جزء من الثمن من السلم معلوم^(٢) .

قوله: (إلا أن يعمل على ذلك)^(٣) . فهذا لا يجوز قولاً واحداً .

قوله: (ليس هذا كتأخير النقد شهرا)^(٤) . لأن هذا لا يجوز لا بشرط ولا

(١) التهذيب (٣١/٣) .

(٢) انظر هذه الأقوال في الذخيرة: (٥/٢٢٧ - ٢٢٨) .

(٣) هذا قول أشهب . انظر المدونة (٨١/٣) .

(٤) التهذيب (٣٢/٣) .



بغير شرط لأنه الكالئ بالكالئ المنهي عنه ، وللمسلم إليه أن يرضى بالنقد الزائف فيصح^(١) ، لأن للإنسان أن يبيع (.) بأقل من ثمنه بخلاف الصرف للنهي عن الربا فيه . وإذا تأخر الثمن في السلم أكثر من ثلاثة أيام دون شرط ففيه ثلاثة أقوال: الفسخ ، والجواز لأنه لم يكن مقصودا ، والتفصيل بين أن يكون الثمن مما يتعين فيجوز ، وإلا فيبطل .

قوله: (فقلت له سأبدلها بعد يوم أو يومين)^(٢) . هذا في أول العقد لأنه يجوز تأخير النقد فيه بشرط ثلاثة أيام فدونها .

وقوله: (لم يجز)^(٣) . يعني إذا بقي من أجل السلم كثير فلا يجوز ، فلو بقي منه نحو من ثلاثة أيام جاز تأخيره شهرا لأنه صار في حكم المقبوض فخرج عن الكالئ بالكالئ .

قوله: (فالقول قوله)^(٣) . هذه المسألة تجري في جميع البيوع ، وإنما كان القول قول المشتري لأن البائع قد قبض الثمن وعاب عليه وصار يدعي على المشتري أنه له ليأخذ منه جيادا فلم يقبل قوله .

قوله: (و [يحلف])^(٤) ما أعطيته إلا جيادا في علمك . و « ما أعلم أن هذه التي أعطيتك » ، و « ما هي التي دفعت لك في علمي » ، وإنما حلف على العلم لأن العين لا يتعين .

وقال الشافعي^(٥): لا يحلف إلا على البت لأن يمينه على العلم لا يوافق

(١) هذا قول المازري كما في الذخيرة (٢٢٧/٥) .

(٢) في التهذيب « فقلت: سأبدلها لك بعد يوم أو يومين » (٣٢/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٣٢/٣) .

(٤) في التهذيب (وتحلف) (٣٢/٣) .

(٥) الوسيط في المذهب للغزالي (١٤١/٣) .



الدعوى لأنه ادعى أنها عينه بيقين فلا يبريه من ذلك إلا اليمين على اليقين ، وكذا مذهب الشافعي في اليمين والشهادة لا يكون شيء منها إلا على البت والقطع ، وكثيرا ما يَقَعُونَ في الكرب لذلك ، لأنه معلوم أنه لا يتوصل إلى ذلك قطعا .

وقيل في المذهب قول ثان كقول الشافعي : يحلف على القطع .

وفيه قول ثالث بالتفصيل لأصبع بين أن يكون المشتري صائغا فيحلف على القطع ، أو غيره فيحلف على العلم لأن الصائغ يعلم النقود بخلاف غيره . وأما إن رد عليه اليمين فلا يحلف إلا على البت لأنه يعلم ذلك .

قوله : (إلا أن يكون إنما أخذها منك ليربها)^(١) . فالقول قوله لأنه حينئذ أمين لك على نقدها ، وكذلك إن قامت بينة على أنها التي دفعت له كان القول له مثل أن يقبضها أمام شاهدين فلا يفارقانه حتى يردوها [١٢/ب] .

قوله : (لم يجز حتى يقبضه)^(٢) . لأنه على تقدير أن يسلمه إلى غيره تأخر ذلك بقدر (.) فيه ، فيكون سلف جر نفعاً ، لأن من آخر ما له فقد أقرضه^(٣) ، والمنفعة ما ترجوا من أن يسلمه لك . وعلى تقدير أن يأخذه هو لنفسه فيدفع لك من عنده فيكون فسخ دين في دين وذلك لا يجوز ، وكذلك لو دفعته له ثم رده إليك في المجلس لم يعد ذلك قبضا وامتنع كالأول إلا أن يسلمه إلى غيره في الحال فيصح ذلك كله .

قوله : (وغيراً من التهم)^(٤) . أي لأن كل واحد يتهم بما لا يجوز .

(١) في التهذيب «إلا أن يكون أخذها منك على أن يربها» (٣٢/٣) .

(٢) التهذيب (٣٣/٣) .

(٣) هذه من قواعد المذهب . قال الشيخ المنجور : (قال المقري قاعدة ، قال المالكية : من آخر ما وجب عليه عد مسلفاً) . شرح المنهج المنتخب (٢٤٩٥) .

(٤) في التهذيب «وغيراً من التهم» (٣٣/٣) .



قوله: (اشترى به سلعة نقدا)^(١). هذا يجوز إذا كان بالحضرتين غيره، وإن تأخر امتنع كان منه ومن غيره لما تقدم.

قوله: (ولا يجوز دينار ودرهم بدینار ودرهم)^(٢). لا احتمال أن يكون أحد الذهبين أصلح من الثاني، وأحد الذهبين أطيب من الثاني، والكل في مقابلة الكل، فيدخله التفاضل المعنوي بالجودة والرداءة وهو كالتفاضل المحسوس في المنع.

قوله: (فهو رباً)^(٣). لأنه سلف جر نفعاً، لأنَّ كُلَّ مَنْ آخر ما يجبُ له فقد أسلفه، فلما أخذه مع زيادةٍ فقد انتفع بذلك.

قوله: (ولا تبعه منه بشيء)^(٤). أي لغيره لا بأقل من ثمنه ولا بأكثر إذا كان ذلك إلى أجلٍ، لأنه فسخٌ دينٍ في دين وسواء حل الأول أو لم يحل لأنه ما لم يقبض فهو دين.

قوله: (إلا أن ينقذك)^(٥). فيخرج عن الكالي بالكالي، ولا يجوز قبل حلول الأجل بأقل منه لأنه ضَعُ وتَعَجَّلٌ وحاصله سلفٌ جرّ نفعاً، لأنه إذا دفع له ذلك فكأنه سلف (.) على بيع الدين بالدين على أن يأخذ منه عند الأجل أكثر من ذلك ولا بأكثر منه لأنه حُطَّ الضَّمانَ عني وأزيدك.

قوله: (مثل الصرف)^(٦). أي من شرط أن يتفرقا ولا يبقى لأحدهما عند

(١) في التهذيب «اشتر لي به سلعة نقدا» (٣٣/٣).

(٢) هذه المسألة غير مذكورة في هذا الباب من التهذيب. انظر الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي (٢٩/٣)، وشرح التلقين لأبي عبد الله المازري، ت محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط ٢٠٠٨، (٣٠٦/٢). وشرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني (٧٤/٥).

(٣) التهذيب (٣٣/٣).

(٤) المصدر نفسه (٣٣/٣).

الثاني شيء في ذمته كالصرف .

قوله: (وإن بعث محمولة بثمن إلى أجل)^(١). هذه مسألة منعها ابن القاسم لأنه ألغى الثمن تهمةً ، فخرج من يد البائع طعامٌ ورجع إليه طعام وذلك بيع الطعام بالطعام إلى أجلٍ ، فإن كان أقلّ دخله بيع الطعام بالطعام مُتفاضلاً^(٢).

وأجاز ابن القاسم أن يسلم في سلعة دينارين ثم يأخذ منه ديناراً بعد ذلك . وفرق بين الموضعين بأن العين ليس فيه قصدُ ضمانٍ بجُعلٍ ، وفي الطعام ذلك فلم يجز ، لأنه يتهمان بالزيادة في مقابلة الضمان .

فقليل له: قد أجزت أن يُسَلِّمَ ثوباً في سلعة ثم يأخذ منه ثوباً والضمان مقصود فيه كالطعام ، فينبغي لك أن تمنعه لأنه ليس كالعين الذي لا يقصد فيه الضمان ؟ وفرق بين الموضعين بأن باب الطعام أضيق من العروض لأنه يشترط فيه التقابض والتماثل فامتنع هناك ما لا يمتنع في غيره ، وأجاز أشهب المسائل الثلاث^(٣) ولم يكن في ذلك عنده تهمة بل أجراها كلها على قصد البيع ، وأما ابن أبي سلمة^(٤)

(١) التهذيب (٣/٣٤) .

(٢) الجامع لابن يونس (١١/٢٢٦) . ومناهج التحصيل للركراكي (٦/٧٦) .

(٣) يقصد بالأولى من باع محمولة بثمن إلى أجل فأخذ بالثمن بعد الأجل سمراء أو شعيراً ، وبالثانية: من أسلم في سلعة دينارين ثم أخذ منه ديناراً بعد ذلك ، وبالثالثة: من أسلم ثوباً في سلعة ثم أخذ منه ثوباً .

(٤) عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة ، المدني . المعروف بابن المَاجِشُون ؛ تفقه بمالك ، وبأبيه عبد العزيز ، وابن أبي حازم ، وغيرهم ؛ وبه أحمد بن المعذل ، وعبد الملك بن حبيب ، وسحنون ، وغيرهم . له كتاب سماعاته ، وكتاب في الفقه يرويه عنه يحيى بن حماد السجلماسي ، ورسالة في الإيمان والقدر . وكان ضريب البصر . ت ٢١٢ وقيل: ٢١٤ وقيل: ٢١٣ ، انظر ترجمته في: ترتيب المدارك: (٣/١٣٦) ، والديباج: (٢/٦) ، وشجرة النور: (٥٦) ، وطبقات الفقهاء للشيرازي: (١٤٨) ، وهدية العارفين: (١/٦٢٣) ، والأعلام للزركلي: (٤/١٦٠) .



فمنع الصور كلها لأنه جرى على سد الذريعة والتهمة في الجميع^(١).

قوله: (وليس هذا بإقالة)^(٢). لأن الإقالة إنما تكون بالثمن الأول أو مثله إن كان له مثلٌ، ولو باع طعاما من إنسان بدينار ثم أحال عليه بذلك الدينار شخصا آخر ننزل المَحال منزلة، فلم يَجْز أن يأخذ منه طعاما من غير صنف ذلك الطعام، كما لا يجوز للمُحيل أن يأخذ إلا مثل ذلك الطعام، محمولة من محمولة وسمراء من سمراء، لأنه إن أخذ غيره كان بيعا للطعام بطعام آخر إلى أجل، ولا يأخذ قمحا من شعير أو شعيرا من قمح وإن كانا من صنف واحد، لأنه يتحقق البيع بخلاف إذا أخذ ذلك النوع [١/١٣]، فإنه يجوز لأنه إما قرض وهو جائز أو مبادلة وهي جائزة أيضا. ولا يجوز أقل منه ولا أكثر لأن ذلك يحقق البيع أيضا، ولأن التفاضل لا يجوز في النوع الواحد من الطعام.

قوله: (بعد الأجل)^(٢). ويجوز قبله وإنما وقع السؤال كذلك فجاء الجواب على حده. وإذا اشتريت طعاما بدينار إلى أجل ثم بعت طعاما من شخص إلى أجل بدينار ثم أحلت عليه البائع الأول بذلك الدينار فلا يجوز أن يأخذ منه طعاما البتة، وإن جاز لك أن تأخذ منه طعاما من صنفه لأن الحوالة بيع فكأنك بعت منه ديناره بذلك الدينار والذي خرج عنه طعام فلا يجوز أن يأخذ بدله طعاما ولا من صنفه، لأنه ليس الذي باع منه فيكون مبادلة، وإنما يكون ذلك بيعا للطعام بالطعام إلى أجل فامتنع.

قوله: (ولا يجوز ذلك كله قبل محل الأجل)^(٢). لأنه لا يخلو (.) آخر، وفيه بيع الطعام قبل قبضه أو مثله مساويا له، وفيه ضَع وتَعَجَّل أي ضَع عَنِّي

(١) انظر المدونة: (٨٥/٣)، مناهج التحصيل (٧٦/٦).

(٢) التهذيب (٣٤/٣).



الضمان وتعجل ، وحاصلُ ضَعُ وتعجل أنه سلف جرّ نفعا لأنه أسلفه ليأخذ عنه من نفسه عند الأجل ذلك وزيادة أو أقل ، وفيه ضَع وتعجل أيضا أو أكثر ، وفيه ضَع عني الضمان وأزيد لك فامتنع . والقرض في ذلك كالبيع لأنه يتهم أنه لم يقصد القرض ، ولا يجوز أن تأخذ محمولة من سمراء ولا عكسه لأنهما قبل الأجل على الزيادة والنقص فيستحق البيع ، وأجاز ذلك أشهبُ في القرض^(١) ، قال : لأنه يجوز فيه ما لا يجوز في البيع من الطعام بالطعام إلى أجل ، ولأن الأجل فيه حق للذي عليه . وكذلك لو دفع له قبل الأجل عين ما أسلفه أو أفضل منه جبر الدافع على قبض ذلك بخلاف البيع .

قوله : (ولا يأخذ منها دقيق حنطة)^(٢) . هذا بناء على أن الطحين يردّ الحب صنفا آخر وينقله ، فصار بمنزلة أخذ الشعير من الفول وهو بيع لا بدّل ، ومن لم ير الطحين ناقلا أجاز ذلك لأنهما شيء واحد .

قوله : (ولا بأس به من قرض بعد محله)^(٢) . لأن القرض أخف من البيع لما قلنا ، ولأن الطحين قد اختلف فيه هل ينقل أو لا فخف فيه الأمر ، ومن باب أخرى أن يجيز ذلك في القرض أشهبُ هنا .

قوله : (لأنه بدل)^(٣) . لأن هذه اللحوم صنف واحد .

قوله : (ولا يجوز بيعه من غيره بنوعه)^(٣) . لأنه حينئذ لا يكون مبادلة ، لأنه ليس الذي خرج عن يده الطعام أولا فيكون مبادلة ، بل يكون بيعا فلا يجوز حتى يقبض .

(١) الذخيرة (٢٩٩/٥) .

(٢) التهذيب (٣٤/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٣٥/٣) .



قوله: (والذي اتقاه عبد العزيز)^(١). أي ابن أبي سلمة، يشير إلى ما تقدم^(٢).



(١) التهذيب (٣٥/٣). المدونة (٣٦/٤).

(٢) أي من قول الشارح: «وأما ابن أبي سلمة فممنع الصور كلها لأنه جرى على سد الذريعة والتهمة في الجميع». وفي المدونة قول ابن المَاجِشُون: «قال سحنون: ولقد خاف عبد العزيز في تسليم الدنانير في عرض إن قال: ومما يشبه الربا أن يسلف الرجل ذهباً أو ورقاً في إبل أو غنم أو سلعة غير ذلك فإذا حلت سلعتك أخذت بها من بيعك ذهباً أو ورقاً أكثر مما كنت سلفته. قال عبد العزيز: وأنا أخشى أيضاً إذا أخذت أقل مما أعطيته الذريعة والدخلة فيما أن تأخذ مثل ما أعطيت فإنما تلك إقالة وتفسير ما كره من ذلك أنك كأنك أسلفت ذهباً في ذهب أو ورقاً في ورق وألغيت السلعة بين ذلك وهي الأثمان وليست بمثمونة، فكيف بما يشتري وهو مضمون» المدونة. (٨٥/٣).

كتاب السلم الثاني

لنا ثلاث قواعد: إحداها هل نراعي الخلاف أو لا؟ الثانية إذا قلنا بمراعاة الخلاف فهل نراعي كل خلاف كان في المذهب أو في غيره أو لا نراعي من الخلاف إلا ما قوي دليله؟ والثالثة هل نراعي التهم البعيدة أو لا نراعي منها إلا ما قرب؟

فعلى هذه القواعد تنبني المسائل، فإذا فسد السلم بأن يعقدها حالا أو دون وصف أو بضمن مجهول أو غير ذلك من الأمور التي تفسد السلم، وفي بعضها خلاف كالسلم الحال فإن الشافعي أجازه، وفي المذهب قول بجوازه^(١)، ولكن ينبغي فسخه مطلقا ولا نراعي خلافا في جوازه وإن كان في المذهب، لأن المقلد لا يجوز له تقليد غير ابن القاسم لأنه أقعد بمذهب مالك، لأنه صحبه في آخر عمره، فيلزمه أن يعمل [١٣/ب] على نقله، إلا أن يكون مجتهدا فيجوز له حينئذ أن يعمل بما ترجح عنده من الأقوال.

وإنما نراعي الخلاف لا في الفسخ، بل في أمر آخر وهو أنه إذا كان الثمن عينا رده، وإن كان عرضا لم يفت الثمن رده، وإن فات فهل يجوز أن يأخذ بدله ما شاء أو يمتنع من بعض الأشياء؟ فإن قلنا لا نراع الخلاف جاز أن يأخذ منه ما شاء، لأنه لما انفسخ ذلك العقد ترتب له عنده ذلك الثمن، فيجوز أن يأخذ به ما كان يجوز أن يأخذه عوضا عنه من جميع الأشياء ومن الصنف الذي أسلم فيه، وإن راعينا الخلاف لم يجز أن يأخذ ذلك الصنف. ومراعاة الخلاف على معنيين:

(١) تقدم في كتاب السلم الأول أنه قول للخمي.

* أحدهما هذه بالمخالفة: وذلك أنه كما (.)^(١) أن يأخذ مثل ذلك الصنف إذا لم نراع الخلاف ، فلما راعيناه منعنا لأنه لما أخذ صنفه صار بمنزلة (.) ما عقدا عليه أولاً ، فكأنه لم يكن فسخ ، فباعتبار الخلاف منعناه ، لأنه لما توهمنا الصورة التي أجازها المخالف منعناه لئلا يقع في تجويزها .

* والثاني على طريق الموافقة: وذلك أن هذا العقد صحيح على قول المخالف ، فإذا كان السلم في طعام فإنما له في ذمته طعام لا دراهم فلا يجوز أن يأخذ طعاماً آخر ، لأنه يصير طعاماً في طعام {مع عدم التقابض} إلى أجل ، وفيه بيع الطعام قبل قبضه ، وأيضاً لو كان الثمن دنائير فأراد أن يأخذ منه دراهم أو بالعكس ، فإن راعينا الخلاف امتنع ، لأنه صرف ما ليس في الذمة مستأخراً ، لأنه ليس له في ذمته عين ، وإن لم نراع الخلاف: فإن راعينا التَّهْم البعيدة امتنع لأنهما يتهمان على أنهما جعلاً ذلك العقد ليتوصلاً به إلى الصرف المستأخر فلم يجز ، وإن لم نراع ذلك جاز ، لأنه لما انفسخ العقد صار له في ذمته ذلك العين فجاز له أخذ صرفه .

قوله: (إذا لم يؤخره)^(٢) . لأنه إن أخذه كان فسْخَ الدين في الدين فلا يجوز .

قوله: (ويجوز أن يؤخره برأس المال ويأخذ نصفه ويحط ما بقي)^(٣) . لو راعى الخلاف لم يجز لأنه فسْخُ دينٍ في دين .

قوله: (ومن اشترى داراً على أن ينفق على البائع حياته لم يجز)^(٤) . إنما

(١) بتر بقدر كلمة ، لعله: يجوز .

(٢) التهذيب (٣٧/٣) .

(٣) في التهذيب «أو يأخذ نصفه» (٣٧/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٣٧/٣) .



امتنع ذلك لأنه سلم في مجهول ، وبهذا الاعتبار أدخلها في باب السلم وهي في ظاهرها ليست منه ، لأن نفقته ما بقي من عمره مجهولة فلم يَجْزُ لذلك^(١) .

وحكي عن أشهب جوازها وعلل بوجهين أحدهما^(٢) : أنه على تعمير البائع وحساب ما بقي من عمره ، فإن مات قبل ذلك رجَع ورثته على المشتري لحساب ذلك ، وهذه الصورة على هذا التقدير لا يَنَازِعُ في جوازها ابن القاسم . والوَجْهُ الثَّانِي : أن يكون البائع دفع لابنه هذه الدار على أن ينفق عليه حياته ، لأنه يقول له : لا تَجِبُ عليك نفقتي لأن لي دارا فإذا اشتريتها مني أو دفعْتُها إليك صارت نفقتي عليك . فهذا يجوز لأنه نوع من المكارمة لا من المماكسة ، وهذه أيضا لا يخالف فيها ابن القاسم .

قوله : (فإن وقع)^(٣) . فسخ ، فإن فات رجع بقيمتها ، وإذا قيل بجوازها على التعمير فمات البائع قبل كمال المدة رجع على المشتري بقيمة بقية النفقة ، وقيل بجزء ذلك في الدار فيكون وارثه شريكا له فيها بقدر ذلك ، ووَجْهُ الأوَّلِ دفع ضرر الشركة عن المشتري لأنه لم يدخل على ذلك ، وإن قلنا بالفسخ كان إنفاقه عليه خارجا عن عياله بأن يوجه إليه طعامه رجع عليه بذلك الطعام مماثلة لا بقيمته ، بخلاف لو ضمن عنه طعاما فاشتراه بثمن ودفعه عنه [١/١٤] فإنه يرجع عليه بثمن الطعام لا بالطعام . والفرق أن المضمون قد أباح له أن يشتري عنه ويدفع

(١) الجامع لابن يونس (٢٤٦/١١)

(٢) هذا الوجه لأشهب ذكره ابن يونس في الجامع عن أبي إسحاق قال : «ومعنى ذلك عنده أنه التزم نفقة عمره بعد أن علم ما مضى من عمره وما بقي على التعمير الذي علمه ، فصار كأنها نفقة سنين معلومة عاش أو مات ، وهي مأخوذة على كل حال ، ولو كان هذا المعنى هو الذي أراده المتعاقدان ما منع من ذلك مالك» الجامع . (٢٤٧/١١) . ولم يذكر التعليل الثاني .

(٣) التهذيب (٣٧/٣) .



لغريمه ويرجع عليه بقيمته ما كانت .

قوله: (كانت الغلة له بضمانه)^(١). لأنها لو ملكت كانت منه فلذلك يأخذ غلتها .

قوله: (يوم قبضها)^(١). وهو يوم أن تعدّي شرعا بجعل يده عليها لأن المتعدي شرعا كالمتعدي حسا .

ولو باع منه عبدا بمائة دينار وقبضها ثم وجد به عيبا قيمته عشرة فيجوز أن يأخذ منه بها دراهم حالة لا تهمة في ذلك ، لأن العيب من جهة واحدة وهي جهة البائع ، ولم يعلمه المشتري ، فبعدت التهمة جدا فصح أن يأخذ صرف العشرة منه^(٢) .

قوله: (موصوفا)^(٣). أي في الذمة وهو السلم .

قوله: (إلى غير أجل)^(٣). أي لا يجوز السلم الحال .

قوله: (فهو حرام)^(٣). لأنه الكالئ بالكالئ وقد نُهي عنه .

قوله: (إلا أن يكون على النقد)^(٣). أي إذا عقدا على شرط كونه نقدا فيجوز تأخيرهما نحو من يومين لأنه كالمقبوض .

قوله: (في طعام بعينه إلى أجل بعيد)^(٣). لأنه بيع معين يتأخر قبضه .

قوله: (إلا أن يكون الأجل إلى يوم أو يومين)^(٣). لأن ذلك في حكم المقبوض .

(١) التهذيب (٣٧/٣) .

(٢) انظر التبصرة: (١٠/٤٦٦٦) ، والنوادر والزيادات: (٧/١٨١) .

(٣) التهذيب (٣٧/٣) .



قوله: (وإن كان الطعام مضمونا)^(١). أي في الذمة، فلا خير فيه، أي لا يجوز حالا ولا إلى نحو يومين لأن ذلك كالحال.

قوله: (نقدته منها خمسين)^(٢). فهذا جائز، وأخرته بخمسين فهذا ممنوع، والصفقة قد اشتملت على حلال وحرام فبطلت كلها على المذهبين، ويصح على المذهب الثاني ما يقابل النقد، ويفسخ ما عداه.

قوله: (أو كان لك عنده منها خمسون)^(٢). أي قلت له: لي عندك خمسون وهذه خمسون كلها في مائة إردب، فبعض الصفقة كالي في كالي وهو حرام، وبعضها حلال، فبطل جميعها.

قوله: (فإن كان بشرط فسد البيع)^(٢). وإن تأخر بغير شرط أكثر من ثلاثة أيام وما قرب منها كالعشرة الأيام، لأن ما قرب من الشيء فله حكمه، ففي ذلك خمسة أقوال: أحدها الصحة لأنه لم يكن مقصودا، الثاني البطلان لأنه كالي بكالي، والثالث التفصيل بين أن يكون حيوانا فيصح لأنه ليتعينه ينتقل بالعقد إلى ملك البائع ولا يتهم عليه المشتري، بخلاف العرض لأنه لا يخرج عن ضمان المشتري إلا بالقبض لأنه يتهم عليه، الخامس إن كان عدم القبض هروبا من البائع صح، معاملة له بنقيض مقصوده، لأنه إنما فرّ من القبض ليبطل العقد، وكان المشتري مخيرا بين الفسخ والتصحيح، وإن كان هرب من المشتري صح أيضا لذلك وجبر البائع في الأمرين^(٣).

(١) التهذيب (٣/٣٧).

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٨).

(٣) انظر الأقوال من: التهذيب (٣/٣٨)، الجامع لابن يونس (١١/٢٤٢)، الذخيرة (٥/٢٢٦)، مواهب الجليل (٤/٥١٦).



قوله: (بقدرح أو قصعة)^(١). يعني معين لأنه بصدد أن يتلف فيدخل المبيع الجهل، وأجاز ذلك أشهب^(٢) قال: ويودع ذلك المكيال عند ثقة إلى الأجل، وإن تلف رجع في ذلك إلى الوسط من ذلك النوع.

قوله: (قال غيره)^(٣). هذا تفسير لقول ابن القاسم.

قوله: (ولا بأس أن تسلم تبرأ أو نقرا)^(٤). يعني الجُزاف، لأنه مرئي فصح، بخلاف المسلم فيه لا يجوز جزافا لأنه غير مرئي.

قوله: (عرفا عددها أو لا، إذا لم يعرفا وزنها)^(٤). لأن بيع الدراهم جزافا لا يجوز لأنه قمار، لأن كل واحد منهما يطمع في عين صاحبه، وسواء كان التعامل فيها بالعدد أو بالوزن لا يجوز ذلك لأن كل واحد يطمع بأن يكون [١٤/ب] عددا أكثر أو أقل من الذي طمع الآخر فدخله الغرر والمخاطرة.

قوله: (يعرفان وزنها مع دنائير لا يعرفان وزنها)^(٤). إنما امتنعت لأنها صفقة شملت صحيحا وفاسدا.

قوله: (وهو مصدق في وزن ما قبض)^(٥). لأنه مدعى عليه، والنكول يقام مقام شاهد يحلف معه.

قوله: (لم يجز حتى يسمي أي موضع في مصر)^(٥). مثال ذلك: أن يسلم له بمكة على أن يأخذ ذلك بمصر فلا يجوز، لأن مصر اسم يقع على ما هو من

(١) التهذيب (٣٨/٣).

(٢) المصدر نفسه (٣٩/٣)، المدونة (٨٩/٣)، الذخيرة (٢٤٢/٥).

(٣) قال محقق التهذيب «القائل هنا هو أشهب، انظر التقييد (٢٠٣/٣). (٣٩/٣).

(٤) المصدر نفسه (٣٩/٣).

(٥) المصدر نفسه (٤٠/٣).



الإسكندرية إلى عيذاب^(١)، لأن ذلك كله برّ واحد، ولذلك جرت العادة أن عذاب^(٢) من عمل مصر لكن العُرف قد خصص الآن مصر بهذا البلد.

وأما إذا أسلفه بموضع من ديار مصر على أن يأخذه بمصر وعَيْن البلد، فقل: بسوق تلك السلعة طعاما كانت أو غيره^(٣)، وقيل: يلزمه أن يوفيه إياه بداره من مصر حيث يسكن، وقيل: بأي موضع دفع ذلك إليه من مصر لزِمه أخذها^(٤)، فإن أسلم له بمصر ففي ذلك الأقوال الثلاثة، ورابع وهو موضع العقد.

قوله: (وصدقته في كيله جاز)^(٥). وليس لك رجوعٌ. لأنك لما ائتمنته لم يكن لك الرجوع في ذلك وصرت في النقص مدعياً عليه، فيكون القول قوله مع يمينه، [قوله]^(٦) وكذلك إن بعته أنت قبل كيله ممن صدقك لم يكن له الرجوع بالنقص إلا أن تكون له بينة أو تصدقه أنت في النقص، وكذلك الزيادة لك والنقص عليك لا ترجع به ولا ترده، وذلك في المتعارف بين الناس أن يزيد وينقص في الكيل مما جرت به العادة أن يتسامح فيه، وأما ما زاد على المتعارف فيهما فيرجع البائع بما زاد وترجع أنت عليه بما نقص من ذلك، فإن كان ذلك الطعام في ذمته رجع بالنقص طعاما في ذمته، وإن كان باعه منك معينا ولم يكن

(١) في التهذيب (لأن مصر ما بين البحر إلى أسوان) (٤/٤٥). وفي نظم الدر للشارمسي: (من أسوان إلى ..) من غير تنمة. ص: (٤٣٧). وقال الشارح في الذخيرة: (مراد ابن القاسم بمصر من أسوان إلى الإسكندرية ومصر اسم الجميع وهي الكورة، وعن أشهب يقتصر على الفسطاط دون بقية الكورة). (٣٨٩/١٢).

(٢) كذا من غير ياء. وترد بياء، انظر المواعظ والآثار للمقريزي (١/٣٧٣). طبعة دار الكتب العلمية.

(٣) المدونة (٣/٩٠).

(٤) قول ابن القاسم. المدونة (٣/٩٠).

(٥) التهذيب (٣/٤٠).

(٦) كذا في المتن، ولم أقف عليه في التهذيب، والصواب أنه ليس ترجمة، والله أعلم.



في ذمته فإنه ينتقض البيع فيه لأنه معين فيرجع عليه بقيمة ذلك .

قوله: (فإن لم تكن بينة حلف البائع)^(١) . جعل القول قوله لأنه مدعى عليه .

قوله: (إن كان اكثاله)^(٢) . أي إن علم ذلك ، وإلا فعلى ما يعلم ، وينبغي ألا تُجزئ هذه اليمين لأنها بخلاف الدعوى ، لكن احتَرَزَ بها لئلا يقع في الكذب باليمين على القطع .

قوله: (فإن نكلت فلا شيء لك)^(٢) . (.) على رجل حقا فنكل المدعى عليه والمدعي فلا شيء له .

قوله: (لا يعجبني هذا)^(٢) . فسروه بأنه يريد لا يعجبني أن يبيعه بمثل هذا القبض ، أي لا يجوز لأنه ليس بقبض تام ، وبيع الطعام إنما يكون بعد القبض الصحيح ولا يحتاج إلى ذلك . بل يكون معناه لا يعجبني أن يكون هذا قبضا لكن يلزم عن ذلك امتناع بيعه .

قوله: (وأنا أراه ضامنا للطعام)^(٢) . أي البائع لم يخرج عن ضمانه إلا أن تقوم له بينة على كيله أو تُصدّقه أنت في ذلك ، فحينئذ يكون في ضمان مشتريه ويكون تلفه منه ، وقيل في الوجه الأول أنه يكون ذلك قبضا تاما لأنه لما دفع له غرائره ووكله على كيله وأنا به منابه صار بمنزلته ، فصح لذلك أن يبيعه بذلك القبض ، ويكون ضياعه منه ، وهذه المسألة تبنى على قاعدة أصولية وهي: هل يصح أن يكون اليد الواحدة قابضة دافعة باعتبارين لأن ذلك لا تناقض فيه ، أو لا يصح ذلك لأن الشيء الواحد لا يتعدد^(٣) ؟

(١) التهذيب (٤٠/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤١/٣) .

(٣) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب . (٢٨/١) .



قوله: (لم يجز أن يقبضه بغيرها)^(١). لأنه لا يخلو أن يكون ثمنه هناك أقل من ثمنه بالموضع الآخر، فيكون فيه ضع وتعجل، وبيع الطعام قبل قبضه، وبيعه بمثله غير يد بيد أو أكثر [١/١٥] فيكون فيه حُطّ عني الضمان وأزيدك، والوجهان الآخران أو مثله فلا يخلو أن يأخذ منه أجرة على حمله، فيكون في ذلك بيع طعام بطعام متفاضلاً لأن للأجرة حظاً من الطعام، وفي ذلك أيضاً ما تقدم، وإن لم يأخذ أجرة ففيه بيع الطعام بالطعام إلى أجل وبيع الطعام قبل قبضه.

قوله: (لأن البلدان بمنزلة الآجال)^(١). للمسافة التي بينهما.

قوله: (وعلى أن عليه حمله إلى القلزم)^(٢) فجائز)^(٣). الفرق بين هذا وبين أن يشترط عليه أخذه بالقلزم، أنه في الأولى إذا جاء به إلى الفسقاط فقد خرج من ضمانه، ثم استأجرته على حمله إلى القلزم على ضمانه، فهذا سلم وإجارة، وفي الثاني لا يخرج من ضمانه حتى يأتي به إلى القلزم وهو سلم لا غير.

قوله: (لم تجبر على أخذه)^(٣). لأن الأجل حق لهما معاً، لأن من حق المشتري أن يقول إن ثمنه إذ ذاك أغلى منه الآن، بخلاف القرض لأن الأجل فيه حق للمدفع له.

قوله: (فاختلفا)^(٤). الخلاف في البيع في ثلاثة مواضع:

العقد والخلاف فيه في شيئين: أحدهما صحته أو بطلانه، الثاني نفوذه

(١) التهذيب (٤١/٣).

(٢) مدينة، سميت باسم بحر القلزم لأنها مجاورة له بساحله الغربي في شرقي أرض مصر. الخطط

للمقرئزي (٣٢/١).

(٣) التهذيب (٤٢/٣).



وَعَدَمَ نَفُوذِهِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا: هُوَ بَتْلٌ^(١)، ويقول الثاني: بَيْعُ خِيَارٍ، والموضع الثاني الثمن، والثالث المبيع.

والخلاف في كل واحد منهما في خمسة مواضع وهي: القلة والكثرة، كأن يقول أسلمت في إردبين ويقول الثاني في إردب. والثاني في القبض وعدمه. والثالث في التعجيل والتأخير مثل أن يقول أسلمت (٠) إلى شهر وبشمن إلى شهر ويقول الثاني إلى شهرين، والرابع في الجنس فيهما، والخامس في النوع فيهما، فإذا اختلفا في الجنس مثل أن يقول أحدهما اشتريت منك فرسا وقال الثاني بل حمارا، فلم يقع بينهما اتفاق لأنهما لم يجتمعا على شيء واحد فالفسخ، بخلاف ما إذا اختلفا في عدد الثمن أو في قدر المبيع فقد اتفقا على شيء واحد من جهة، ومهما لم يفت المبيع فهل نراعي دعوى الأشبه أو لا؟ قولان، بخلاف أن تفوت فيتعين حينئذ دعوى الأشبه^(٢). فمن شبّه ما قبل الفوت بما بعده قال بالأشبه ومن لم يُشبّه به لم يراعه، ومتى لم يُراعِ دعوى الأشبه فالتحالف والتفاسخ، وإذا راعيناه رجع إلى قول (٠٠)، وإذا استويا في دعوى الأشبه أو عدمه ففي ذلك خمسة أقوال:

أحدها لأشهب: يتحالفان مطلقا ويتفاسخان، ووجهه الحديث: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتفاسخا»^(٣)، فحمله على إطلاقه، والثاني: القول قول المشتري

(١) البتل أي القطع، والمقصود بيع قاطع في مقابل الخيار. انظر لسان العرب (٤٢/١١).

(٢) قال المازري: (مراعاة دعوى الأشبه تجب مع فوت السلعة من غير خلاف واختلف فيها مع قيام السلعة). شرح التلقين: (٩٠/٢). وقال: (المشهور من المذهب أنه لا يراعى دعوى الأشبه في الاختلاف في الثمن مع قيام السلعة، فأجراهما ابن الموازها هنا على حكم الاختلاف في مقدار الثمن خاصة مع اتفاقهما على صحة العقد، مع كون دعوى الأشبه لا تعتبر كما بيناه). (٩١/٢).

(٣) الحديث لم أقف عليه بهذا اللفظ، والذي في مسند أحمد «إذا اختلف البائعان ولم تكن بينة، فالقول قول البائع، أو يترادان البيع». مسند أحمد. آخر مسند عبد الله بن مسعود.



إذا قبض السلعة لأنه تقوى جانبه بالقبض ويصير البائع يدعي عليه في سلعة هي بيده شيئاً ينكره، وقيل: لا يكون القول قول المشتري^(١) حتى يقبض ويبين بها^(٢)، لأنه حينئذ يقوى جانبه، والرابع، وهو المشهور: القول قول المشتري إذا فاتت السلعة، لأنه حينئذ يصير غارماً والقول قول الغارم لأنه مدعى عليه^(٣)، والخامس: القول قول البائع مطلقاً وهو شاذ، ووجهه أن الأصل بقاء السلعة بيد بائعها، والحديث: «إذا اختلفا فالقول قول البائع مع يمينه»^(٤).

وإذا قلنا بالتحالف فهل يبدأ بالبائع أو بالمشتري أو يقرع بينهما^(٥)؟ فوجه الأول أن البائع أحق بسلعته استصحاباً للأصل، ولأن المشتري يدعي عليه خروج سلعته عن ملكه بما لا يريد، ووجه الثاني أن البائع قد أقر بالبيع وهو يدعي تعمير ذمة المشتري بأمر فيكره، ووجه الثالث أن كل واحد منهما مدع على صاحبه ومنكر لقوله، فليس أحدهما [١٥/ب] أولى بالتبرئة، وإذا تحالفا فهل يكون الفسخ بنفس التحالف أو بحكم الحاكم؟ وفائدة الخلاف: هل إذا حلفا وأراد البائع إمضاء البيع بما ادعى المشتري فهل يجوز له ذلك بالعقد الأول أو لا بد من عقد

(١) حاشية بمقدار جملة عليها بتر ولعلها: [...] يكون القول قول المشتري.

(٢) في شرح التلقين: (بان به أو لم يبين) (١٠٢٣/٢).

(٣) قال ابن بريزة: «قال الإمام أبو عبد الله: ذكر اللخمي في معياره أن بعض الأصحاب ذكر عن السيوري أنه وقع في الواضحة أن القول قول المشتري بنفس العقد، وهو قول أبي ثور». انظر هذه الأقوال في روضة المستبين: (١٠٢٣/٢).

(٤) الحديث رواه مالك في موطئه، عن ابن مسعود: «كان يحدث أن رسول الله ﷺ، قال: أيما بيعان تباعا، فالقول قول البائع، أو يترادان» كتاب البيوع. باب: الاختلاف في البيع بين البائع والمشتري. ورواه أحمد في المسند، آخر مسند عبد الله بن مسعود. والطبراني في المعجم الكبير رقم: (١٠٣٦٥). وكلهم لم يذكروا (مع يمينه). وعند الترمذي: «إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع والمُبتاع بالخيار». سنن الترمذي. كتاب البيوع. باب ما جاء إذا اختلف البيعان.

(٥) انظر روضة المستبين لابن بريزة: (١٠٢٤/٢).

ثان؟ وكذلك أيضا إذا نكلا معاً هل يفسخ البيع بنكولهما أو لا بد من حكم الحاكم؟ وفائدة ذلك كالفائدة الأولى^(١).

قوله: (وإن اختلفا في النوع)^(٢). ومثّل باختلافهما في حنطة وشعير وفي فرس وحمار، وهذا الثاني إنما هو اختلاف في جنسٍ ولا خلاف فيه، أعني أن الاختلاف في الجنس يتحالفان فيه ويتفاسخان قولاً واحداً لاختلاف المرجع، إذ لا يرجعان إلى شيء واحد^(٣)، وأما إذا اختلفا في النوع كالأول ففيه قولان، أحدهما: أنه يجري مجرى الاختلاف في الجنس وهو مذهب الكتاب^(٤)، والثاني: أنه يجري مجرى اختلافهما في الكيل لأنهما كشيء واحد، فتكون في ذلك خمسة أقوال المتقدمة الذكر.

قوله: (نخلات بغير عينها)^(٥). هذا بمنزلة الاختلاف في الجنس لأنهما لا يرجعان فيه إلى شيء واحد لأن المعين عند أحدهما غير الذي عينه الثاني فليس إلا التحالف والتفاسخ.

قوله: (وإنما اختلافهما في الكيل بمنزلة كذا)^(٦). يريد أن البائع صار في ذلك غارماً باتفاقهما على المسلم فيه فصار بمنزلة من قبض السلعة وفاتت عنده

(١) انظر مناهج التحصيل للركراكي: (١٥١/٦).

(٢) التهذيب (٤٢/٣).

(٣) الذخيرة: (٣٢٧/٥).

(٤) أي التحالف والتفاسخ، في النوادر والزيادات: (قال مالك: وإن اختلفا في النوع تحالفا وتراداً)

(٤١٧/٦). والجامع لابن يونس: (٢٦٧/١١).

(٥) في التهذيب «نخلات أختارها بغير عينها» (٤٢/٣).

(٦) في التهذيب «وإنما اختلافهما في الكيل إذا تصادقا في النوع المسلم فيه بمنزلة من باع جارية

ففاتت عند المبتاع» (٤٣/٣).



فإنه يجب عليه الغرم للقيمة ، فيكون القول قوله لأنه مدعى عليه ، والأصل براءة الذمة ، فكان القول قوله ، وكل (١) قلت فيه: القول قول شخص ما فالمراد مع يمينه على المذهب ، فإذا قبض المشتري وفاتت عنده فحينئذ يكون القول قوله ، وإلا فالقول قول البائع لأن الأصل بقاء سلعته في ذمته ، وفي هذه الصورة تداخلت فيها صورة القبض وصورة البيونة مع القبض وصورة التلف مع ذلك .

قوله: (إذا أتى بما يشبهه) (٢) . لا بد من اعتبار الأ شبه بعد الفوت كما قلنا آنفا .
قوله: (يوم اشتراها) (٣) . هذا محمول على أن الجارية كانت لا مواضعة فيها لأنها من وَخْش (٤) الرقيق ، وإلا فإذا كانت فيها مواضعة فليس القبض يوم الشراء .
قوله: (لأنه لو باعها أو عورت) (٥) . يريد أنها في ضمانه (٠٠) إياها لأنه بيع صحيح .

قوله: (وإن تغير) (٥) . هذا على المذهب من أن القول قول المبتاع إذا قبض المبيع وفات بيده لأنه حينئذ يصير غارما فهو مدعى عليه ، وإن لم يفت فالقول قول البائع مع يمينه ، فإن حلف وإلا حلف المبتاع وانفسخ البيع . والمشهور أن البائع يُقَدَّم في التحالف . وفائدة التحالف أن ينكل أحدهما فيصح قول الثاني

(١) بتر قدره كلمة ، ولعلها [موضع] .

(٢) التهذيب (٤٣/٣) .

(٣) الوَخْش من الرقيق: الخسيس ، وهو مشتق من وخشت الشيء أخشه ، وزن وزن يزن ، ووعد يعد أي خلطته ، فكان الوخش لا يعرف لخساسته بعينه إذ هو أخلاط الرقيق ، ولذلك سمي المصدر من وخش يَخْشُ وخشاً ، أي خلط يخلط خلطاً . شرح غريب ألفاظ المدونة للجبي . ص: (٨٠) .
والواحد والجميع والإناث سواء . انظر كتاب العين (٢٨٣/٤) .

(٤) في التهذيب «أو أعورت» (٤٣/٣) .

(٥) التهذيب (٤٣/٣) .



بيمينه وإنما قُدم لأن الأصل بقاء سلعته بيده .

قوله: (تحالفا وتفاسخا)^(١) . ووجهه الحديث المتقدم الذكر «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتفاسخا»^(٢) ، وإنما كانت حواله السوق تُلغى لأن السلعة بتغير ثمنها تصير كأنها غيرها ، وإن نقصت كان للمبتاع أن يقول: إذا دفعنا لك تساوي أكثر ، وبالعكس يقول البائع في الزيادة أنت دفعت لك ما يساوي عشرة فكيف أرد لك ما يساوي عشرين ؟ فكان من المصلحة لهما أن تجعل الزيادة والنقص فوتا ويرجعان إلى القيمة .

قوله: (فأعلى) . أي أن ذلك أدون وجوه الفوت^(٣) .

قوله: (صُدد البائع)^(٤) . قال الشيخ: معناه قدّمه في التحالف^(٥) ، إلا أن قوله: «بَعْدَ أن يتحالفا ويتفاسخا»^(٦) لا معنى له ؛ لأنه ليس بعد التحالف [١/١٦] تصديق ، إنما ذلك قبله .

قوله: (ما لم يفسخ بحكم)^(٦) . معناه أنه لا يكون الفسخ إلا بالحكم فلا يلزمه حينئذ بالعقد الأول ، بل بعقد ثان ، وقيل: يكون الفسخ بنفس التحالف أيضا ، وسواء قلنا أن الفسخ كالحكم أو بالتحالف فهل يكون ذلك فسخا في

(١) التهذيب (٤٣/٣) .

(٢) الحديث تقدم تخريجه .

(٣) قوله: (قوله: فأعلى) . عبارة غير مذكورة في هذا الموضع من التهذيب . لعل المراد حواله السوق . قال في التهذيب (فإن فاتت بيد المبتاع ببيع أو حواله سوق ، صدق المبتاع إذا أتى بما يشبه ، وإن لم تفت بما ذكرنا صدق البائع بعد أن يتحالفا ويتفاسخا) (٤٤/٣) . المدونة: (٩٣/٣) .

(٤) التهذيب (٤٤/٣) .

(٥) انظر: المدونة (٩٣/٣) والذخيرة (٣٣٠/٥) .

(٦) التهذيب (٤٤/٣) .

الظاهر والباطن أو في الظاهر لا غير؟ قولان. وثمره الخلاف أنه إن كان في الباطن جاز للبائع أن يطاء المملوكة ويتصرف فيها بجميع أنواع التصرف، وإن قيل في الظاهر لا غير فلا يجوز له ذلك فيما بينه وبين الله إلا البيع ليتصرف من ثمنها.

قوله: (فالبائع يصدق مع يمينه)^(١). هذا راجع إلى العرف في ذلك الموضع^(٢)، فإن (كان)^(٣) السلعة مما جرت العادة في بيعها بأن ينقد ثمنها حمل الأمر على ذلك، لأن العرف كالشرط، وإن جرى العرف بالكالئ فيها حمل أيضا على ذلك، وصدق من يدعي العرف.

قوله: (فالقول قول البائع). لأن الأصل في بيع الآجال عدم الحلول، فمن ادعاه فهو مدع للأصل.

قوله: (فإن لم يأت بما يشبه)^(٤). مثل أن يدعي أجلا لم تجر العادة في ذلك الموضع أن تباع تلك السلعة بمثله.

قوله: (فالقول قول المبتاع)^(٥). لأنه صار غارما.

قوله: (ادعى أحدهما أنه لم يضربا له أجلا)^(٦). يريد أن من ادعى منهما صحة العقد فalcول قوله، لأن أصل عقود المسلمين الصحة، وقال {سحنون} إلا في المغارسة، لأنها عقد يكثر فيه الحرام^(٦)، وكذا ينبغي في هذا الزمان لأن

(١) في التهذيب «فالبائع يصدق في يمينه» (٤٤/٣).

(٢) في الجامع لابن يونس إشارة إلى العادة بقوله: (إلا في مثل ما يبتاع الناس على النقد كالصرف).

(٣) لعل الصواب كانت.

(٤) التهذيب (٤٤/٣).

(٥) في التهذيب: «وإذا ادعى أحدهما في السلم أنه لم يضربا له أجلا» (٤٤/٣).

(٦) انظر جامع الأمهات أو مختصر ابن الحاجب: (٣٦٩/١).

البطلان غالب على عقود الناس .

قوله: (وإذا تناقضا السلم)^(١). أي نقضاه واختلفا في مبلغ رأس المال وقد قبضه البائع فالقول قوله لأنه صار غارما مدعى على ذمته ، والأصل براءة الذمة .

قوله: (لزمه أخذ الثلاثة)^(٢). لأنه قد ثبت بالبينتين أنه انعقد بينهما عقدان أحدهما غير الآخر فصح كل واحد .

قوله: (فهذا سلم واحد)^(٣). لأن الخلاف إنما وقع في نفس الثمن لا في المثلون .

قوله: (إلا أنني أقضي بالبينة الزائدة)^(٤). هذا مشكل لأنه يحتمل أن يكون ذلك في وقت واحد ، أي تتوارد الشهاداتتان على وقت واحد فتكون ساقطتين معا لتناقضهما ، ويحتمل أن يكون ذلك في وقتين فيصح كل واحد من الشهاداتتين ، ومع ذلك فيحتمل أحد الوقتين أن يكون قبل الثاني فيكونان متناقضتين أيضا فتسقطان ، وإنما يمضي ما في الكتاب على أن يكون الوقتان ينضاف إليهما ما يدل على أن العقد واحد فتكون الشهاداتتان معا قد اجتمعتا على الثوب وزادت إحداهما العبد ، وزيادة العدل مقبولة ثابتة^(٥).

قوله: (كشاهد له على خمسين وآخر على مائة)^(٦). فقد اجتمعا على خمسين فتجب له بغير يمين ، ولا تجب له الزيادة إلا مع يمينه لأنهما بشهادة واحد .

قوله: (في مائة إردب شعيراً)^(٧). فهذان سلمان مختلفان ، فإن تساوت البينتان

(١) التهذيب (٤٥/٣).

(٢) انظر المختصر لابن عرفة: (٤٦٤/٩).

(٣) التهذيب (٤٥/٣).

(٤) في التهذيب «إردب شعير» (٤٥/٣).



تساقطتا وكانا كمن لا بينة لهما فيتحالفان ، وإن كانت إحداهما أعدل قضى بها .

قوله : (فالقول قول من ادعى موضع التبايع)^(١) . لأنه الغالب عرفا ، ولأنه من يدعي خلافه مدع زيادةً على صاحبه في ذمته .

قوله : (فإن لم يدعياه)^(١) . يعني شرط الوفاء بموضع التبايع .

قوله : (لأن المواضع كالأجال)^(١) . يريد أن بُعد الموضع من محل المشتري يشبه بُعد الأجل ، لأن التوفية تتأخر مع البعيد أكثر ، والأصل في بيع الأجل بُعد الأجل .

قوله : (وإن تباعدت المواضع حتى لا يشبه قول واحد منهما)^(١) . لأن العادة لم تجر في السلم في ذلك الموضع بمثل ما يدعيان [١٦/ب] تحالفا لاختلاف المدة .
قوله : (بإذنه لزمه)^(٢) . لأنك وكيله .

قوله : (جاز ذلك)^(٢) . منعه أشهب وخالف ابن القاسم في هذه المسألة وفي التي بعدها ، قال : لأنه يؤدي إلى الجهالة إذ لا يدري البائع أي ذمة يتبع وربما كانت إحداهما معسرة ، ووجه قول ابن القاسم في تجويزه لذلك أن تكون الذمّتان متساويتان ، أو يكون ذلك على أن ضمنت له ما يترتب في ذمة المشتري له ، ولا خلاف عندنا في جواز ضمان ما يترتب في الذمة قبل حصوله ، خلافا للشافعي لا يجيز الضمان إلا فيما استقر وثبت ، وفرق بين المسألتين بأنه إذا ضمن له ذلك فهو حاصل في ذمة الضامن سواء اشترى ذلك المبيع له أو لم يشتره ، بخلاف المسألة الأولى لأنه لم يستقر ذلك بعد في ذمة بعينها ، ولو اشترى له بغير إذنه

(١) التهذيب (٤٥/٣) .

(٢) في التهذيب « بإذنه لزمه » (٤٦/٣) .

لتوقف ذلك على إذنه ، فإن قبله صح وإلا لزمه هو إن صدقه البائع في أن الشراء له ، وإلا فهو شراء الفضولي وهو عندنا صحيح منعقد ، خلافا للشافعي فإنه عنده لا ينعقد البتة .

قوله : (فإن اشترى له ما يصلح أن يكون من ثياب الأمراء أو خدمه جاز)^(١) .
لأن العرف كالشرط .

قوله : (أو ما يشبه أن يزداد على مثل الثمن)^(٢) . يريد أن العادة جرت بأن يزيد الثمن على المحدود يسيرا أو ينقص ، فحكم المعتاد حكم المشروط ، فيلزم الأمر ويدخل البيع في ضمانه إن كان على الصفة التي وصفنا ، أو كان من سلعه المعروفة له .

قوله : (لأنها جاريته لا خيار له فيها)^(٢) . بخلاف ما إذا كانت الزيادة كثيرة لم تجر العادة بمثلها فإنه لا بد من إذنه .

قوله : (وأمرته أن يسلم لك في طعام)^(٣) . يريد أنه متى أخذه لنفسه أو لمن هو تحت نظره فإنه لا يصح^(٤) ، وذلك أنه ممنوع ابتداءً ، فإذا وقع لم يجز إقراره لما يؤدي إليه من الفساد ، وذلك أنه لما فعل ما لا يجوز تعيين ذلك المال في ذمته للأمر ، فإذا أعلمه بأنه أخذه لنفسه أو لمن تحت نظره وأجاز ذلك كان حينئذ قد انتقل عن ماله في ذمته إلى الطعام ، وذلك فسخ دين في دين فامتنع ، اللهم إلا أن يعلم إلا عند حلول أجل السلم فإنه يجوز حينئذ أن يجيزه ويأخذه حالاً ، لأنه

(١) في التهذيب «الأمر بدل الأمراء» (٤٦/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٦/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٧/٣) .

(٤) انظر المدونة (٩٨/٣) ، التاج والإكليل (١٩٠/٧) .

سلم من فسخ دين في دين ، وأما إن أسلمه إلى أجنبي منه فلا يطرأ فيه ذلك .

وأما إذا دفع له سلعة لبيعها له فباعها من نفسه أو من في نظره ففي ذلك ثلاثة أقوال : أحدها المنع مطلقاً لأنه قد يُحابي نفسه بها ، وقيل : يجوز مطلقاً إن كان بضمن المثل ، وقيل : للأمر الخيار في الإمضاء والفسخ^(١) .

قوله : (شريكه المفاوض)^(٢) . شركة المفاوضة هي أن يقيمه مقامه في جميع الأشياء فلما قام مقامه من كل الجهات صار بمنزلة نفسه^(٣) ، بخلاف شركة العنان وهي شركة في شيء خاص عنهما فصارا فيه بمنزلة سيدي العنان على السواء .

قوله : (وإن وكلت وكيلًا)^(٤) . الوكالة عندنا على ثلاثة أضرب : مطلقة ومفوضة وخاصة ، فمثال الأولى أن يقول : أنت وكيلي ، ولا يذكر شيئاً ، فهذا لا يجوز لأنه يحتمل أن يكون في شيء مخصوص وأن تكون في شيء دون شيء فبطلت ، بخلاف الوصية المطلقة فإنها تجوز عندنا إذا قال أنت وصي فتصح ويكون وصياً في كل شيء له ، والفرق بينهما أن الوصية لما كانت عند الموت اقترن بها قرينة دلت على أنه أقامه مقامه في كل شيء بخلاف الوكيل في الحياة لأنه مع حياته قد لا يقيمه مقامه في [١/١٧] كل شيء فبان الفرق بينهما^(٥) .

(١) انظر : النوادر والزيادات (٢٠٠/٧) ، والتبصرة للخمى (٣٠٠٠/٧) .

(٢) في التهذيب «شريك له مفاوض» (٤٧/٣) .

(٣) في الذخيرة مثله قال : «أو شريكه المفاوض له لأنه كنفسه» (٢٦٤/٥) .

(٤) التهذيب (٤٧/٣) .

(٥) وقريب من هذا الفرق في التوضيح لخليل قال : (فإن قيل : لم أبطلتم الوكالة المطلقة وصححت الوصية المطلقة وجعلتم الوصي يتصرف في كل شيء ؟ قيل : يتيم ، لما كان محتاجاً أن يتصرف له في كل شيء ولم يوص عليه والده غير من أطلق الوصية له كان ذلك قرينة في تفويض الأمر للموصى ، بخلاف الموكل فإنه قادر على التصرف فيما جعل للوكيل ولا بد له من أمر يستبد به في العادة احتاج إلى تقييد الوكالة بالتفويض أو بأمر مخصوص) . التوضيح في شرح المختصر =

وأما المفوّضةُ فأن يقول: أنت وكيلي في كل شيء فهذه في جميع الأشياء .
والخاصة: أن يُعيّن شيئاً ما فلا يتعدى النظر فيه .

قوله: (فأسلم ذلك إلى ذمي جاز)^(١). إلا أنه يكره؛ لأن مال الكفار (.) من أمور محرمة عندنا لا عليهم، وعلى القول بأنهم مخاطبون بفروع الشريعة فذلك عليهم حرام، وإنما كان أهل الورع يبايعونهم، بناء منهم على القول بأنهم غير مخاطبين بفروعها، والمسلمون لا خلاف أنهم مخاطبون بذلك. فإذا قلت أديانهم، كانت مبايعة الكفار أولى، وكذلك تكره مبايعة الفاسق ومعاملته لما قلنا.

قوله: (ولا يجوز أن يوكل ذمياً)^(٢). هذا على الكراهة لا على التحريم، وإنما كره لأمر، منها أنه لا يبالي بما يعقد من العقود الفاسدة، ولأن في ذلك إذلالاً للمسلمين الذين وكل عليهم ورفع له عليهم، ولذلك نهى عن استعمال أهل الكتاب على الرعية لما في ذلك من إهانتهم.

قوله: (ولا يجوز لمسلم أن يستأجر نصرانياً إلا للخدمة)^(٣). لأن في تصريفهم إهانة لهم بخلاف مخالطتهم لغير ذلك، وأما تصرف المسلمين لهم فإن كان فيه إهانة للمسلم منع على التحريم وأخذت أجرته وتصدق بها، معاملة له بنقيض مقصوده، وأدب المسلم على خدمته، والكافر على استخدامه، وإن لم تكن فيه إهانة كالخياطة له والنجارة فإنه يكره والأجرة له، وأما أن يكرى منه داراً فلا يجوز إذا جعل فيها خمراً أو خنازير، وكذلك الفاسق لا يكرى منه داراً يفسق

= الفرعي لابن الحاجب المؤلف: خليل بن إسحاق، تحقيق أحمد نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث الطبعة: الأولى ٢٠٠٨، (٤٨٣/٦).

(١) التهذيب (٤٧/٣).

(٢) لم أقف عليه في التهذيب.

(٣) التهذيب (٤٧/٣).

فيها ، والأجرة المأخوذة فيه على ذلك حرام .

قوله : (وكذلك عبده النصراني)^(١) . لا فرق بين عبده وغيره من الكفار .

قوله : (ولا يمنع المسلم عبده النصراني من شرب الخمر)^(١) . هذا مشكل لأنه لو منع السيد عبده من شرب العسل ولم يضيق عليه في المشرب والمأكّل فإنه يجوز ، ويحرم حينئذ على العبد ما منعه منه ، لأن حركاته وسكناته وجميع أفعاله لسيدّه فلا يجوز له أن يوقع شيئاً منها إلا على مراد سيده ، وإذا كان ذلك فكيف لا يجوز أن يمنعه من شرب الخمر ؟ ففسروه بثلاثة أوجه : أحدها أنه لا يجوز أن يمنعه مما قلّ من ذلك لأنه ليس بحرام عليه^(٢) ، والثاني أن يُراد لا يمنعه من قبول ما أُهدي له من ذلك ، وأمّا ما كثر من ذلك فلا يجيزه له ، والثالث أن يريد لا يتعرض له في ذلك بمنع ولا إباحة .

قوله : (أو يأتي الكنيسة)^(٣) . هذا في وقت ما ، وأمّا على الدوام فلا لأنه إذا لم تجب عليه الجمعة لحق سيده فأحرى ذلك .

قوله : (ولا يشارك ذميّاً)^(٤) . لأنه لا يؤمن منه إتيان ما لا يجوز في شرعنا .

قوله : (إلا بحضرة المسلم)^(٥) . لأنه قد أمن حينئذ من ذلك .

قوله : (لا بأس أن يساقه)^(٥) . يعني من المساقاة ، لأنه لا يجوز للإنسان

(١) التهذيب (٤٧/٣) .

(٢) قال ابن يونس : (قال بعض أصحابنا: يريد وذلك في الشيء اليسير الذي يتاعه لقوته وإلا فهو يمنعه فيما يحل له تملكه من بيعه وشرائه ، فكيف بالخمر والخنزير) . الجامع لمسائل المدونة . (٢٩٦/١١) .

(٣) كذا وفي التهذيب : الكنيسة ، (٤٧/٣) .

(٤) انظر التهذيب (٤٨/٣ و ٥٦٣/٣) .

(٥) التهذيب (٤٨/٣) .

أن يبيع عنه من الذي يعصر خمرا لأنه يعينه على الحرام ، وسواء كان ذلك المعلن مسلما أو كافرا ، وكذلك لا يجوز أن تباع السلاح من كافر ولا فاسق .

قوله: (أن يدفع مالا قرضا لذي) ^(١) . لما يخاف من أن يعمل ما لا يجوز ، ولا يأخذ منه قرضا لأن ذلك إهانة للمسلم وتسخييرا له ^(٢) .

قوله: (ومن وكل عبدا مأذونا له في التجارة) ^(٣) . هو وكيل له كالأجنبي لا فرق .

قوله: (إذا وكل غيره لم يجز) ^(٤) . لا يخلو أن يكون الوكيل ممن يعلم الموكل أنه لا يباشر الأمور بنفسه فيلزمه فعل الذي وكل عنه ، لأنه [دخل] ^(٥) على أنه ممن لا يباشر الأمور [ب/١٧] بنفسه ، أو يعلم أنه بخلاف ذلك فلا يجوز له أن يوكل عنه أو يجهل فقولا: أحدهما أنه إذا عرفه الناس بأنه لا يباشر الأمور فيجوز توكيله عنه ويلزمه ذلك ، لأن معرفة الناس لذلك تنزل منزلة معرفته هو بذلك . والثاني أنه لما جهل هو بذلك لم يدخل عليه فلم يلزمه شيء ^(٦) .

قوله: (وإن وكلت رجلا على بيع طعام أو عرض) ^(٧) . أصل البيع أن يكون

(١) التهذيب (٤٨/٣) .

(٢) في الجامع لابن يونس «لئلا يذل نفسه» الجامع (٢٩٦/١١) .

(٣) التهذيب (٤٨/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٤٨/٣) .

(٥) ما بين المعقوفين غير واضح بسبب البتر ، وما أثبتته أقرب للمعنى .

(٦) في مختصر ابن عرفة: (قال سحنون: إن كان المأمور مثله لا يتولى السلم بنفسه ؛ جاز للأمر أن يرضى بفعله . الصقلي: يريد: أنه فعل ما يجوز له فلا يتخلد في ذمته ديناً . قلت: فيجب حمل قوله: جاز للأمر أن يرضى بفعله على لزوم ذلك له) . المختصر الفقهي: (١٠٢/٧) . وهو ظاهر القول الأول .

(٧) التهذيب (٤٨/٣) .



بعوض نقداً وبعين ، ومتى وقع حمل على العرف لأنه كالشرط ، فلذلك إذا باع على موكله بعوض هو عرض أو بعين إلى أجل ، لم يلزم الموكل ذلك البيع وفسخ إن لم يمضه الموكل ، وإن فات كان مخيراً بين أن يمضي فيأخذ الثمن ، أو يرد ويضمن المأمور القيمة .

فإذا وكله على بيع طعام فباعه بطعام ؛ فإن كان من نوعه أو بغير نوعه فينبغي ألا يجوز لأنه بيع الطعام بالطعام على الخيار ، لأنه لما باع بغير عين صار متعدياً فتوقفت الإجازة على إذن الموكل ، وكما لا يجوز الصرف على الخيار لأنه يشترط فيه التقابض فكذلك الطعام بالطعام ، فتحمّل إجازته في الكتاب على أن البائع لم يعلم أن البيع للغير ، فإذا باعه بنوعه من الطعام ولم يحز الموكل المبيع أخذ ذلك النوع لأنه كطعامه الأول ، فإن كان بغير نوعه كأن يبيع له حنطة بفاول ؛ فإن لم تفت عند المشتري فسخ ورد إليه الطعام ، وإن فات كان الموكل مخيراً بين الإجازة فيأخذ الفول ، أو يمنع فيأخذ من الوكيل مثل طعامه لأنه من ذوات الأمثال ، وهذا مذهب ابن القاسم ، وقال أشهب : لا يجوز ذلك لأن فيه بيع الطعام بالطعام غير يد بيد^(١) .

ووجهه هذا ينبني على قاعدة وهي أن : من خيّر بين شيئين فاختر أحدهما فهل ينزل منزلة من التزم الذي عدل عنه ثم عدل عنه ، أو لا ينزل إلا منزلة من أخذ ما اختار من أول وهلة ؟

فعلى قول أشهب قدر كأنه ملك مثل الطعام الأول ثم باعه قبل قبضه بالفول فلم يجز ، قال : فيجب أن يباع الفول ويشتري بثمنه مثل طعامه الذي باع ، ثم لا

(١) انظر شرح التلقين للمازري (١٠٨/٢) .



يخلو أن يساوي مثل ثمنه أو أقل أو أكثر، فإن كان مثله فبيّن، وإن كان أقل غرم الناقص الوكيل، وإن كان أكثر كانت الزيادة للموكل، لأن من تعدى فلا ربح له. لأنه لو علم كل متعدّد أن له الربح لتسارع الناس إلى التعدي رغبة في حصول الربح لهم.

فاعترض عليه بأن قيل: إذا كان لا يجوز له أخذ الفول لما قلت فكيف يجوز له أخذ ما اشترى بثمنه؟ فأجاب عن ذلك بأن قال: هذا لا يلزمكم، لأنكم قلتم لو باع الطعام والسلعة التي أمره أن يبيعها بعشرة نقداً بخمسة عشر إلى أجل فهذا لا يجوز له لخوف أن يأخذ الخمسة عشر، لأنه قد تعيّن له في ذمة المأمور عشرة بالتعدي، فلو أخذ الخمسة عشر لكان فيه فسخ دين في دين، وبيع عشرة بخمسة عشر إلى أجل. ولا يجوز أيضاً للمأمور أن يدفع له عشرة ويأخذ الخمسة عشر لأنّ في ذلك سلفاً جرّ نفعاً، لأنه يدفع له عشرة على أن يأخذ عنه من نفسه عند الأجل خمسة عشر.

قال ابن القاسم: فلا بد من بيع الخمسة عشر الدين، لأن الديون يجوز بيعها بعرض ثم يباع ذلك العرض، فإن ساوى عشرة نقداً أخذها الأمر، وإن ساوى أقل غرم ذلك للمأمور، وإن ساوى أكثر فالزيادة للأمر لا للمتعدي، فقد امتنع أن يأخذ الخمسة عشر وأخذ ثمنها^(١).

والفرق بين الموضعين أنه في هذه لا يسع خلاف ذلك لأنه لا يجوز له أن

(١) قال المازري معللاً الخلاف في المسألة: «وسبب هذا الاختلاف أن من قدر أن العقد لم يزل منبرماً جائزاً لما أجازة الموكل حين علم به، لم يتعقب هذا العقد، ورأى أن إجازة الموكل لفعل الوكيل يتضمن كون الوكيل لم يعقد إلا عقداً ماضياً جائزاً. ومن قدر أن هذا العقد لم يُبرم ويلزم إلا الآن حين علم الموكل فأجاز، أبطل هذا العقد لأنه لم يحصل فيه التناجز حين عقده، وإنما حصل فيه التناجز حين أمضاه الموكل وأجازته» التلقين (١٠٨/٢).



يأخذ الخمسة عشر ولا العشرة [١١/١٨] لما قلنا ، فُضِّمَتِ الضرورة إلى بيع الدين ، وأما في الصورة الأولى فعن ذلك مندوحة بأن يأخذ مثل الطعام المبيع لأنه من ذوات الأمثال .

قوله: (فأحب إلي أن يضمن المأمور)^(١) . اختار هذا لما فيه من معاملة المأمور - لتعديهِ - بخلاف مقصوده .

قوله: (إلا أن يخير) . أي مخير في الأمرين وإن كان الأول أحسن لما قلنا .

قوله: (فاشترها بغير العين)^(٢) . لأن العرف غالبا الشراء بالعين نقدا ، فإذا فعل ذلك كان فضوليا وكنت مخيرا في إمضاء الشراء وتدفع مثل الثمن ، وفي تركه .

قوله: (فهى كالعروض)^(٣) . أي لا يلزمه ذلك لأنه كمن باع لك بعرض ، بخلاف لو كانت السلعة ممن تباع بالفلوس يلزم لأنها صرف كسائر النقود فيجوز له .

قوله: (إلا أن تكون خفيفة الثمن)^(٣) . أي قليلته .

قوله: (فأسلمها في بساط شعر)^(٣) . لمّا تعدى في ذلك لم يلزمك شيء مما فعل ، وهو قولك: (فليس لك)^(٣) : أي لا يلزمك ذلك .

وأیضا لا يجوز لك أن تجيز فعله البتة لأن في إجازته بيع الدين بالدين ، لأنه لما تعدى بفعله صارت الدراهم ديناً عليه لك ، فإن أجزت فعله بعته ديناً

(١) أحب هنا بمعنى الوجوب ، نقله محقق التهذيب عن التقييد . انظر التهذيب (٤٨/٣) .

(٢) التهذيب (٤٨/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٩/٣) .

بدين^(١)، اللهم إلا أن يتأخر ذلك إلى أن يحلَّ أجله فيجوز أن تُجيزَه وتقبض ذلك حينئذ ولا يكون فيه دينٌ بدينٍ ولا بيعُ الطعام قبل قبضه إن كان طعاماً.

قوله: (لأن الطعام قد وجب للمأمور بالتعدي)^(٢). أي صار له في ذمة المسلم إليه فلا يجوز أن يبيعه حتى يقضيه.

قوله: (ولو لم يدفع إليه ثمن)^(٢). هذه بخلاف الأولى لأن تلك امتنع فيها أن يجيز الأمر السلم لما فيه من بيع الدين بالدين إذا كان قد دفعه فتعين في ذمة المأمور بالتعدي، وفي هذه لم يدفع إليه شيئاً فلا يتعين لك في ذمته شيء، وكأنه وَلَّى لك الصفقة، ويلزم أن تنقد له حينئذ الثمن، أي حين إجازتك فعله لأنه باعك ديناً له فيلزم أن يكون ثمنه نقداً.

قوله: (وإن أمرته ببيع سلعة)^(٣). هذه من أقسام المسألة المتقدمة،

فقوله: (فإن أدرك البيع)^(٣). يعني إن لم يفت عند البائع فسخ ورجع إليك ما أمرته ببيعه، وإن فات لم يجز أن يخرج إلى ذلك لما في ذلك من بيع دين بدين، لأنه لما نقد تعيَّن في ذمته قيمة العَرَض أو ما سميت له أن يبيعها به وليس فسخ دين بدين، لأن هذا إنما يكون في ذمة واحدة، أعني فسخ دين في دين، وإن كان في ذمتين فهو بيع دين بدين. ولا يجوز أيضاً لو باع له عرضاً بثمن إلى أجل أن يأخذ من المأمور قيمة العَرَض ويكون له الثمن المؤجل، لأن في ذلك سلف جر نفعاً، لأنه يُسلف من نفسه على أن يأخذ عنه عند الأجل أكثر من ذلك، وكذلك في مسألتنا لا يأخذ منه قيمة العرض ويخرج هو العرض، لأنه يكون

(١) انظر الذخيرة (٢٦٤/٥).

(٢) التهذيب (٤٩/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥٠/٣).



الفضلُ للمأمورِ ، والمتعدي لا ربح له فلا بد من بيع العرض كما قال ، حتى يعامل بنقيض مقصوده ، فإن كانت قيمته مثل قيمة السلعة أو أكثر فللآمر ، وما نقص ضمنه المأمور . ولما تعذر في الطعام بيعه قبل قبضه أغرم المأمور القيمة أو التسمية ، وانتظر إلى أجل الطعام فإذا قبض بيع وكانت الزيادة للآمر والنقص عليه .

قوله : (فعليه الأكثر مما باعه به أو القيمة)^(١) . أي ينظر قيمتها إلى مثل الأجل ، فإن كانت أقل مما باعها به أو مثلها فله ما باعها به وإلا فله القيمة .

قوله : (حَلَفَ الآمِرُ)^(١) . إنما كان القول قوله لأنه الأصل إبقاء سلعته بيده فهو مدعى عليه في إخراجها عنه ، وإن نكل كان [ب/١٨] القول قول الوكيل .

قوله : (حَلَفَ المأمورُ)^(٢) . لأنه صار بتلفها غارماً فكان القول قوله ، لأن الأصل براءة الذمة ، ومن ادعى خلاف ذلك فهو مدع ، وإن نكل لزمه ما قال الموكل ولا ترد اليمين عليه^(٣) ، وهل تكون حوالة السوق هنا فوتاً أو لا ؟ قولان ، والمشهور أنه فوت لأنه بيع بشبهة كالبيع الفاسد . وإن أقر الوكيل أنه تعدى في البيع وأنه أمره باثنَي عشر فباع هو بعشرة ، فلا بد من تحليف الموكل على دعواه لأنه يتهم أنه يكون هو والوكيل تواطأ على ذلك ليفسدا البيع .

مسألة : لا يجوز مطلقاً بيع الدينار والدراهم جزافاً . وقيل : يجوز مطلقاً . وقيل : إن كان التبايع فيها بالعدد فلا يجوز ؛ لأن معرفة العدد لا يتوصل إليه بحرز

(١) التهذيب (٥٠/٣) .

(٢) ذكرت هذه المسألة في التهذيب هنا ، وكذا في كتاب الوكالات (٥٠/٣ - ٢١٥) .

(٣) قال ابن يونس «قال ابن المواز: فإن نكل فله عشرة بغير يمين ، وقال ابن ميسر إذا نكر حلف المأمور ومضى البيع بعشرة . يريد فإن نكل غرم دينارين تمام الأنثى عشر التي قال الأمر» . الجامع لمسائل المدونة (٣١٠/١١) .



ولا تخمين ، وإن كان بالوزن فيجوز لأن ذلك قد يوصل إليه بالتخمين من يعرف ذلك . ومن شرط بيع الجزاف أن يكون المتبايعان عالمين بالحرز وإلا فلا^(١) .

واختلف في تعليل المنع ؛ ف قيل : لأن العين لا يتعين وإنما هو أبداً في الذمة ، فإذا قال : بعثك بعشرة دنانير فكأنه قال : في ذمتك ، ولا اعتبار بحضور (.) وإذا كان ذلك ، والجزاف لا يكون معلوماً ، فلا يكون في الذمة لأنه مجهول المقدار حقيقة فامتنع ، لأن البيع لابد أن يكون معيناً أو في الذمة ، فلو بيع العين جزافاً لم يكن معيناً ولا في الذمة ؛ لأنه لا يكون في الذمة إلا ما هو معلوم من كل جهة فامتنع ، وهذا التعليل ينبنى على أن العين لا يتعين . وقد قيل : يتعين .

والخلاف إنما هو إذا قال : بعثك هذا بهذا الدينار ، وأما إذا قال : بدينار ولم يعينه فلا خلاف أنه في الذمة .

فالتعليل العام أن يقال : إنه غرر ؛ لأن كل واحد منهما يبتغي أن يكون عددها مخالفاً لما يبتغي الآخر ، وهذه مخاطرة .

وأما وجه التفريق بين العدد والوزن ؛ فلأن الوزن يمكن التوصل إلى معرفته ، وهذا أيضاً مبني على أنه يتعين فلذلك جوزه ، وأما في العدد فإن قيل : يتعين ، فلا يتوصل إلى معرفته بالتخمين^(٢) .

(١) وقال اللخمي «ذكر أبو الحسن بن القصار عن مالك أنه قال : لا تباع الدنانير والدراهم جزافاً على طريق الكراهية ، يريد في الدراهم إذا كانت مجموعة فتباع وزناً ، ويختلف في بيعها جزافاً ، وإن كانت تباع عدداً مثل الدراهم الجائزة بين الناس في مكة أو المدينة فلا تباع وزناً ولا جزافاً» التبصرة (٤٤٧٦/٩) ، انظر تفصيل هذه الأقوال في التوضيح (٢٣٨/٥) .

(٢) أشار خليل في التوضيح إلى هذه الأقوال في علة المنع ، فتعليل المنع بالغرر قول الأبهري وأبي محمد ، وأما التفريق بين الوزن والعدد فطريقة الباجي ، نقل عنه ابن بشير في مبنى الخلاف في المسألة . انظر التوضيح (٢٣٩/٥) .



قوله: (لأنه يسلم ثلث دينارٍ ونصفه)^(١). يريد إذا جرت العادة بأن يسلم فيما قيمته أقل من دينار فلا بد من تصديقه، أو يكون في دفعه دراهم صلاح للدافع جاز لأنه كأنه أمره بذلك.

قوله: (وضمن الدنانير)^(٢). أي صارت في ذمته بتعديه.

قوله: (لا يجوز لك أن تتراضيا)^(٢). لأن في ذلك بيع دين بدين وبيع الطعام قبل قبضه، إلا أن يكون ذلك بعد أن قبضه الوكيل؛ أي يكون لم يعلم بتعديه حتى حل أجل السلم وقبضه، فإنه يجوز أن يكون للدافع لأنه قد سلم من الأمرين المحذورين.

قوله: (ولك قبض ما أسلم لك فيه وكيالك)^(٣). صورة ذلك أن يدفع لك شخص في سلم ثمننا ويذكر لك أنه لفلان ويغيب ذلك الدافع ثم يجيء فلان فيقتضيه منك، فينبغي لك ألا تدفعه له حتى يحضر الدافع مخافة أن يكون قد صار له بوجه ما، فإن أقام فلان بينة أنه له لزمك أن تدفعه له، فإن جاء الدافع يطلبه منك ولا بينة لفلان فهل تقبل شهادتك بإقراره أو لا؟ قولان، وجه المنع أنك في هذه الشهادة تجر نفعا لنفسك لأنك بها تطلب براءة نفسك فيما ترتب فيها، وكل شهادة تجر نفعا فلا تقبل.

وقيل: إنها تقبل؛ لأن لك طريقا في إبراء نفسك غير تلك، لأنه يمكنك حين كان غائبا أن ترفع أمره إلى الحاكم وتدفع له ذلك ويبرئك منه. وإنما تكون التهمة عند انحصار الوجوه فيما فعلت، وأما لو لم تدفع ذلك إلى فلان [١/١٩]

(١) في التهذيب «لأنه يسلم ثلث دينار دراهم ونصفا ونحوه» (٥٠/٣).

(٢) التهذيب (٥٠/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥١/٣).

حتى جاء الدافع فاختلفا فيه فإن شهادتك تقبل بأنه لفلان لأنه لا تهمة ، اللهم لو كنت شهدت بذلك قبل (.) علم الحاكم فلا تقبل ، لأن كل شهادة رُدَّت فلا تقبل بعد التهمة ولو أثبت الدافع أنه له فوجب عليك دفعه لم تبرأ من قبل فلان فيما بينك وبين الله إلا بأن تدفع له ثانياً^(١) .

قوله: (فالمأمور أولى بقبضه)^(٢) . غير مشتركة .

قوله: (وأخذت به رهنا)^(٣) . كل ما تقبضه لمنفعة الدافع لا غير فلا ضمان عليك فيه مطلقا وهو الوديعة ، إلا أنه إذا تلف فهل يقبل قولك بيمين أو لا ، وإن كنت متهما حلفت وإلا فلا ؟ ثلاثة أقوال .

وإن قبضه لمنفعتكما كالإجارة فقولان ؛ المشهور أن الضمان على ربه ، وقول شاذ على القابض سدا للذريعة ، مخافة أن يتطرق الناس إلى أخذ أموال الغير ، ومن الأول القراض ، لأن منفعة العامل غير مقطوع بها ومنفعة رب المال مقطوع بها وإذا كان جلّ النفع للقابض كالرهن والعارية وبيع الخيار ف ضمان ما يغاب عليه من ذلك على القابض للتهمة ، فإن قامت بينة بالتلف فلا يحرم لزوال التهمة ، ولا تزول عند أشهب ، بل يبقى الغرم لأنه ضمان بالأصلِ عنده لا للتهمة ، ويجري مجراها قبضُ الصُّناع الموترين بصناعتهم ، فإنهم يضمنون ما غابوا عليه من ذلك ، لأن الضرورة داعية إلى دفع ذلك إليهم بخلاف دفع السلعة إلى المنادي لينادي عليها لأنه لا ضرورة إلى ذلك ، إذ يمكن أن تنادي على سلعتك وأن تختار من ترضى دينه ، ونعني بالذي يغاب عليه ما يحصل في

(١) مواهب الجليل: (٥/٢١٢) .

(٢) التهذيب (٣/٥١) .

(٣) في التهذيب «وأخذت منه رهنا» (٣/٥١) .

الخزانة ، بخلاف جميع الحيوان فإنه لا يغاب عليه .

قوله : (فإن أردت أن تقاص الرهن)^(١) . المقاصة في ذلك لها شروط^(٢) : أحدهما أن يصح دفع ما رجع إليك فيما خرج عنك ، والثاني أن يصح دفع الرهن في المسلم فيه مثل أن يسلم في فرس ويرهنك ثوبا فإذا تلف الثوب صح أن تقاصه بثلثه عن الفرس ، فعلى تقدير أنك أخفيتَه خرج عن يدك غيره ورجع إليك ثوبٌ وذلك جائز ، وأيضا فيه بيع فرس بثوب وهو جائز^(٣) .

قوله : (ما لم يكن الرهن دنائير)^(٤) . يريد إذا كان من أحد الجهتين دنائيرٌ ومن الجهة الأخرى دراهمٌ ، فلا يجوز لأنه على إلغاء السلم يفضي إلى صرف مستأخر {وهو سلف جر نفعا} ، وأما إذا كانت الدنائير من الجهتين أو الدراهم فإنما يمتنع إذا رجع إليه أكثر مما خرج عنه فيُتَهمان حينئذ على سلف جرَّ نفعاً ، وأما إذا كان الرهن مثل الأول أو دونه فلا تهمة عند ابن القاسم ، وأما ابن أبي سلمة فيمنع ذلك مطلقاً لأنهما يتهمان على الدنائير بالدنائير غير يد بيد .

ولا يجوز رهن العين إلا مختوما عليه أو على يد أمين ، لأنه لا يتعين فيمكن أن يتصرف فيه المرتهن ويرد مثله فيكون في ذلك بيعا وسلفا ، ولذلك منعنا إجارة

(١) التهذيب (٥١/٣) .

(٢) كذا في المتن ، ولعل الصواب [شرطان] .

(٣) قال في الذخيرة : (قال سند إن كانت المقاصة عند حلول الأجل اعتبر أمران : جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه ، وأن تكون قيمة الرهن يجوز أخذها في رأس مال السلم .

وقبل الأجل يراعى معهما أن يكون الرهن من غير جنس المسلم فيه فإن كان الرهن والثلث عيني من جنس وكان الرهن في العقد أجازه أكثر الأصحاب إذا طبع عليه ومنعه التونسي لأنه آكل الرهن إلى تأخير رأس المال بشرط فيفسد) . الذخيرة : (٢٦٥/٥) .

(٤) التهذيب (٥١/٣) .



الدنانير والدراهم لأنها لا تتعين فيؤدي إلى دينار ودرهم وهو الأجرة بدینار ، وكذلك الطعام لا يجوز رهنه أيضا إلا مطبوعا عليه أو بيد أمين لأنه لا يتعين ، وإن كان في باب البيع يتعين بخلاف العين .

والفرق أن العين لا منفعة فيه سوى كونه ثمنا ، وأما الطعام فإن المقاصد تختلف فيه ، فإذا باع بطعام معين وتلف فسخ البيع بلا خلاف .

قوله : (وليس هذا بإقالة) ^(١) . لأن الإقالة إنما تكون على مثل الثمن أو عليه بعينه ، وفي الإقالة قولان هل هي بيع أو لا ؟ فإن قيل إنها فسخ فلا يحتاج إلى استثنائها [١٩/ب] من بيع الطعام قبل قبضه ، وأما التولية فتبرأ به الذمة بخلاف الشركة لأنها تولية بعض المبيع فتبقى الذمة مشغولة بالبعض .

قوله : (من صنفه أو من غير صنفه) ^(٢) . اعترض بأنه يؤدي إلى بيع معين يتأخر قبضه ، لأنه على تقدير ألا يوجد السلم فيكتال من الرهن وهو بيع شيء معين يتأخر قبضه ، وانفصل بأمرين :

أحدهما أن يريد بقوله (من صنفه) : أن يكون الرهن مما لا يلزم المشتري أن يأخذ منه ، مثل أن يسلم إليه في حنطة ويرهنه شعيرا أو سلتا وكلها صنف واحد ، وإذا كان ذلك فلا بد من بيع الرهن عند الأجل ويشتري بثمنه ، وليس في ذلك بيع معين يتأخر قبضه .

والثاني أن يكون من صنفه كحنطة وحنطة ولا يلزم مع ذلك ما قال ، لأنه لا يجبر المشتري على أن يأخذ من الرهن نفسه ، بل له أن يأخذ غيره ، بخلاف أن لو كان هو المبيع لأجبر على الأخذ منه فليس في ذلك بيع معين يتأخر قبضه .

(١) التهذيب (٥١/٣) .



قوله: (بيعا وسلفا)^(١). لأنه قد نهي عن ذلك لما فيه من النفع، ومن الجهالة بما يؤدي إليه الأمر وما دخلا عليه.

قوله: (أو تمر في رؤوس الشجر)^(٢). هذا لا يغاب عليه لأنه متعلق بما لا يغاب عليه فكان حكمه حكمه، بخلاف ما هو مجذوذ ومحضود من ذلك لأنه يغاب عليه، والرهن يجوز على الفور لأنه ليس بيعا.

قوله: (أو كفيل)^(٢). له ثلاث صور:

أحدها أن يضمن المسلم فيه بأسره فلا خلاف في جوازه، الثانية أن يضمن رأس المال فيقول: إن لم يدفع لك فعندي ما دفعت له، فهذا لا يجوز لأنه لا يدري هل هو بيع أو سلف، والثالثة أن يقول: إن تعذر عليه الدفع فعندي مثل رأس المال أشترى لك به مثل المسلم فيه بالغاً ما بلغ فإن حصل به مثله أو أقل أخذته واتبعته بالباقي غير مضمون وإن ساوى أكثر فهو لي، ففي هذا قولان: فوجه المنع أنه مجهول لأنه لا يدري ما المضمون من السلم هل جميعه أو بعضه، والصحيح الجواز لأن الرهن لا خلاف في صحته مع أنه لا يدري كم يساوي في ذلك الوقت وإنما يمنع الجهل في نفس الصفة لا فيما هو خارج عنها.

قوله: (فإن مات المسلم إليه)^(٢). لأنه لما خربت ذمته حلت ديونه التي عليه بخلاف ماله لأن ورثته يقومون مقامه، وكذلك المعسر إذا قام غرماؤه عليه كل بما عليه أيضا، لإمكان ألا يوسر بعد، ولأنه قد يكون المال المقسوم بين الغرماء مال الذي دينه إلى أجل، ولا يصلح أن تقع المقاسمة في ماله وهو إلى جانب منه.

(١) التهذيب (٥٢/٣).



وأما الكفيل ففي المذهب فيه قولان: إذا كان المضمون موسرا فالمشهور أنه يتخير في أخذ من شاء منهما، وقيل: لا يأخذ الكفيل إلا إذا أعسر المضمون قياسا على الرهن فقط لا يباع إلا عند الإعسار وكذلك الضمان، وإذا بيعت السلعة المضمونة فهل يبقى الضمان للمشتري أو لا؟ قولان؛ فوجه بقائه أن المبيع بصفة أنه مضمون فوجب أن يبقى على تلك الصفة، ووجه زواله أن الضامن يقول: إِنَّمَا ضَمَنْتُ لِهَذَا وَلَا أَلْتَزِمُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِ.

[أصعب ما في هذا الكتاب: السلم، والصلح، وبيع الآجال] ^(١).

وشروط صحة المقاصة من ثمن الرهن بالدين:

أن يكون ذلك الرهن مما يجوز أن يقتص من رأس مال السلم.

وأن يصح سلمه فيه وإلا امتنع: مثل أن دفع له ثوبا في فرس [فرهنه] ^(٢) ثوبا من نوعه وصفته، أو يدفع له دنانير ويرهنه دراهم أو بالعكس. وإنما الجائز مثل أن يدفع له دنانير في فرس ويرهنه ثوبا، فإذا تلف عنده وقاصه من قيمته فلا يخلو [٢٠/٢] أن يكون مما جرت العادة بأن يُباع بالدنانير أو بالدراهم، فإن كانت العادة جارية بأنه يباع بالدراهم لم يجز، لأنه على تقدير أنه باعه وقبض ثمنه فقد خرج عن يده دنانير وأخذ دراهم وذلك لا يجوز، وإن كان يباع بدنانير جاز، لأن الدنانير يصح اقتضاؤها من الدنانير وإن كان لا يصح مثلها فيها بشرط التناجز في العين، وعلى تقدير أنه أخفاه فقد أخذ ثوبا وخرج عن يده دنانير وهو جائز، وأخذ أيضا ثوبا عن فرس وهو جائز، وعلى تقدير أنه تلف فكالإخفاء لأنه على ضمانه.

(١) كذا في المتن.

(٢) موضع مبتور جله، وما أثبتته أقرب إلى رسم الكلمة.

بَاب (١)

قوله: (فصالحك الكفيل منها)^(٢). لابد أن يكون بنقد مخافة الدين بالدين .

قوله: (حاضرا)^(٣). مخافة أن يكون قد قضاؤه بعضه ، والشراء لا يكون إلا في معلوم بخلاف الضمان لأنه يجوز ضمان المجهول ، وفي رواية حاضراً (.) أنكره بعضهم قال: لأنه لا فائدة له لأنه قد تعلق بذمة الضامن ، والصواب إثباته ، وتوجيهه على أن يكون الضمان وقع قبل ترتب الدين في ذمته^(٤) ، مثل أن يقول له: عَامِلُهُ فَمَا تَرْتَبَ لَكَ عِنْدَهُ فَأَنَا كَفِيلٌ بِهِ ، فهو لا يدري كم ترتب في ذمته حتى يفي بذلك مخافة أن يقول له اشتريت منه أكثر مما له عندي .

وهل يتنزل الكفيل منزلة المضمون أو لا ؟ قولان: فإن قلنا لا يَتَنَزَّلُ منزلته وإنما هو كالأجنبي فيجوز له أن يشتري ذلك بكل شيء مطلقاً^(٥) ، وإن قلنا تَنَزَّلُ منزلته فلا يجوز شراؤه إلا بما يجوز للغريم أن يشتريه به فلا يشتريه قبل الأجل بأقل لأنه ضَعُ وتَعَجَّلَ وهو سلف جر نفعاً ، ولا بأكثر لأنه حُطَّ عني الضمان وأزيدك ، ولا بدراهم إن كان الثمن دنائير ولا بالعكس ، ويجوز بعين مثله فتكون إقالة ، ولا يجوز بعرض مثل رأس المال لأنه لا يكون إقالة ، ولا يجوز بيع عرض

(١) وَضَعَ فِي الْمَتْنِ الْبَابَ لِلشُّرُوعِ فِي مَسَائِلِ الْكَفَالَةِ فِي السَّلْمِ ، وَقَالَ: (بَابُ قَوْلِهِ: فَصَالِحُ الْكَفِيلِ مِنْهَا).

(٢) التَّهْذِيبُ (٥٢/٣).

(٣) الْمَصْدَرُ نَفْسَهُ (٥٣/٣).

(٤) قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ: (وَعَنْ مَالِكٍ إِذَا ثَبِتَ الدِّينُ بَيِّنَةً وَعِلْمَ حَيَاةِ الْغَرِيمِ جَازَ بَيْعُهُ وَلَا يَشْتَرِطُ حُضُورُهُ

لأن الظاهر تحققه فالغرر منتف ، وإذا اشترطنا الحضور على ما في الكتاب فمعناه: إذا كان قَبْلَ

الْأَجْلِ ، أَمَا عِنْدَ الْأَجْلِ فَقَدْ تَوَجَّهَ الْحَقُّ عَلَى الْكَفِيلِ فَلَهُ تَخْلِيصُ نَفْسِهِ) الذَّخِيرَةُ (٥/٢٦٧).

(٥) انظر الذخيرة (٥/٢٦٧).

بعرض مثله إلى أجل .

ووجه أنه تنزل منزلة الغريم أنه على أحد القولين مخير في أخذ من شاء من الضامن والمضمون مطلقا ، وأما إن أعسر المضمون فيأخذ الضامن قولاً واحداً ، فقد تنزل منزلته . وأيضا إذا كان له حق على شخص وأحدهما ضامن لما على الثاني فإنه لا يجوز أن يقلل أحدهما ، كما لا يجوز أن يقلل الغريم من بعض ما عليه لأنه يؤدي إلى بيع وسلف وقد نُهي عنه وحاصله سلف جر نفعاً ، لأن في البيع نفعٌ لهما أو لأحدهما ، فقد تنزل الكفيل منزلة المضمون أيضاً .

قوله : (وإن صالحك بأمر يكون عليه الغريم فيه بالخيار)^(١) . يعني إن اشترى منك الدين للغريم بغير إذنه فإنه يكون فضولياً ، فيتوقف ذلك على اختيار الغريم إن شاء أجاز ودفع له الثمن وإن شاء لم يجز فيكون في ذلك إخلال بالبيع لأنه يصير إلى الجهالة إذ لا يدري الكفيل هل يرجع له الثمن الذي دفع أو يكون له الدين . وقد اختلف في هذه المسألة على ثلاثة أقوال : الجواز مطلقاً ، والمنع مطلقاً ، والتفصيل .

فإن كان دفع الكفيل شيئاً يرجع فيه إلى القيمة جاز ، وإن كان من ذوات الأمثال لم يجز ، فوجه المنع ما تقدم من الجهالة ، ووجه الجواز أنه إنما يدخل على الأقل من الأمرين ، لأن غالب أمور الناس ألا يلتزموا إلا أقل الثمنين ، ووجه التفصيل - وهو المذهب - أنه إذا دفع ما له قيمة فهو معلوم ، لأن القيمة تعتبر فيه وقت أن دفعه ، فهو إنما يدخل على الأقل من تلك القيمة ومن الدين وذلك معلوم ، وإذا كان ما يعتبر فيه المثل فهو مجهول ، لأن قيمته تختلف فلا يدري على ما يدخل ، والعين كالأول [٢٠/ب] لأنه لا يختلف^(٢) .

(١) التهذيب « وإن صالحك عن الغريم بأمر يكون الغريم عليه فيه بالخيار » (٥٣/٣) .

(٢) الجامع لابن يونس (٧٥/١٨ - ٧٦) .



قوله: (أو أجودَ رقاعاً)^(١). بالقافِ ذكره الشَّيْخُ، [وهو الذي ذكر يمتنعُ]^(٢)، سواءً قلنا إن الكفيل بمنزلة المضمون أو لا، لأنه لما لزمه الضمان لم يجرِ صلحُه عن نفسه بالأقل، لأنه سلف جرّ نفعا لأنه دفع له ذلك على أن يأخذ من الغريم عنه عند الأجل أزيد من ذلك، فكأنه منه يأخذ، وفي الأزيد زاده على سقوط الضمان وهو حُطّ الضمان وأزيدك^(٣).

قوله: (شيء يرجع إلى القيمة جاز)^(٤). هذا يفسر قوله قبل: «وإن صالحك بأمر يكون عليه الغريم فيه بالخيار»^(٥)، وأنه أراد بذلك ما لا يرجع إلى القيمة، وإلا فهو مناقض له.

قوله: (إلا بمثل رأس مالك)^(٦). لأن بيع الطعام قبل قبضه لا يجوز إلا في القرض والإقالة والشركة والتولية لأن هذه كلها رخص فيها لأنها من باب المعروف^(٧)؛ أما القرض فبيّن، وأما التولية فلائّه ولاه عقدا تعب فيه وخصه بذلك، ولا يكون إلا بمثل الثمن وإلا كانت بيعاً وخَرَجَتْ عن المعروف، وأما الإقالة فلائّه أقالهُ لما ندم رفقا به، وأما الشركة ففيها من المعروف أنّه يشركه معه فيما كان يختص بملكه والشركة إضرارٌ برَبِّ المال.

قوله: (برضاه)^(٨). إنما شَرَطَ في الإقالة رضاهُ لأنه إن لم يكن رضاه كان

(١) التهذيب (٥٣/٣).

(٢) كذا، ولعل المعنى: [وهذا الذي ذكر يمتنع].

(٣) انظر التاج والإكليل لمختصر خليل (٥٢٣/٦).

(٤) التهذيب (٥٣/٣).

(٥) هي المسألة قبل هذه انظر (ص: ٩٥).

(٦) التهذيب (٥٣/٣).

(٧) انظر تحصيل الأقوال في هذه المسألة في بداية المجتهد (١٦٤/٣ - ١٦٥).

(٨) التهذيب (٥٣/٣).



له الخيار في إمضائها - لأنها بيعٌ من البيوع - أو ردّها، وإذا كان ذلك صارت الإقالة منعقدةً على الخيار وذلك لا يجوز فيها وإن صحَّ البيع على الخيار، لأنه إما أن ينقذ الثمن الذي عليه فيكون نقداً في أيام الخيار، وهو لا يجوز مطلقاً لِمَا يُؤدّي إليه من كونه بيعاً تارةً على تقدير إمضاء البيع، وسلفاً على تقدير ردّه^(١)، أو لا ينقذه فيكون فيه بيعٌ الدين بالدين لأنه دين وإن تأخر أجل الخيار يسيراً، ولذلك امتنع أن يُقيلَ البائع في بعض المبيع، وأما التولية فلا حاجة فيها إلى إذن الذي عليه الدين فلذلك لم يذكر رضاه فيها.

قوله: (فيصير الكفيل كأنه أسلفه الثمن)^(٢). في الوجهين، [في]^(٣) التولية والإقالة برضاه.

قوله: (ويتبعه بما أدّى)^(٤). أي لا يجوز له أن يأخذ منه أكثر مما أدّى لك ولا مخالف له لأنّه سلفٌ، ثم ذكر العلة التي أوجبت شرط الرضا في الإقالة.

قوله: (فقبّحت الإقالة)^(٤). أي لم تجز.

قوله: (ويصير إن رضي بها بيع الطعام قبل قبضه)^(٤). يريد أنه لما أقال عنه بغير رضاه لزمه ذلك البيع لأنه متعّدّ وهو بيع الطعام قبل قبضه، فإذا رضي الآخر به فكأنه باع منه ذلك الطعام قبل قبضه.

قوله: (مثل طعامك)^(٤). لأنه مبادلة، والكفيل كالغريم لِمَا قلنا، وأما

(١) قال في الذخيرة: (قال سند: منع سحنون إقالة أحدهما إلا بإذن شريكه الآخر في المسألة الأولى كما لا يقبض إلا بإذنه والفرق: أن الإقالة يمتنع فيها الخيار فلو خيرنا الشريك كانت إقالة على الخيار فتنفسد لأنها بيع وسلف وبيع للطعام قبل قبضه) (٥/٢٧٤).

(٢) التهذيب (٣/٥٣).

(٣) ما بين المعقوفين مبتور، وأثبتته لمناسبة المعنى ومقدار البتر.

(٤) التهذيب (٣/٥٤).

الأجنبيُّ تُحِيلُهُ عَلَى الْغَرِيمِ فَيَمْتَنِعُ لِأَنَّهُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ .

قوله: (ومن الكفيل قضاء)^(١) . لأن عن الغريم يدفع لك .

قوله: (ولم تَسْأَلِ أَنْتَ الْأَجْنَبِيَّ)^(١) . ذَلِكَ جَائِزٌ ، لِأَنَّهُ يَكُونُ سَلْفًا مِنْهُ لِلْغَرِيمِ وَإِذَا سَأَلْتَ أَنْتَ صَارَ بَيْعًا ، لِأَنَّ الْإِحَالَهَ بَيْعٌ ، وَلَا بَدَّ فِيهَا مِنْ حُلُولِ الدِّينِ الْمَحَالِّ بِهِ وَإِلَّا لَمْ تَجُزْ .

قوله: (على ذلك)^(١) . أَيِ عَلَى أَنْ تُحِيلَهُ بِهِ عَلَيْهِ .

قوله: (إلا مثل طعامك)^(١) . أَيِ الَّذِي لَكَ عَلَيْهِ فَيَكُونُ فِيهِ حَسَنُ قَضَاءٍ بِتَعْجِيلِهِ لَكَ ، وَلَا يَجُوزُ خِلَافُهُ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بَيْعًا لِلطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَلَا أَقْلَ مِنْهُ وَلَا أَكْثَرَ مِنْ نَوْعِهِ لِمَا تَقَدَّمَ .

قوله: (أو رأس المال ، لا أَفْضَلَ)^(١) . لِأَنَّهَا مُقَابِلَةٌ فَإِنْ زَادَهُ كَانَ فِيهِ رَبًّا وَصَارَ سَلْفًا جَرَّ نَفْعًا ، وَالْبَيْعُ لَغْوٌ تَوَصَّلَا بِهِ إِلَى مَا لَا يَجُوزُ .

ويجوز في العين عند ابن القاسم أن يأخذ منه أقل لأنه لا يتهم على أن يدفع دينارين ويأخذ ديناراً ، ولا يجوز ذلك في العروض والطعام لما فيها من حق الضمان فيكون من باب الضمان بالجعل ، ومنع ذلك كله ابن أبي سليمة^(٢) ، وأجازه كله أشهبُ ورأى أن التهمة [١/٢١] بعيدة^(٣) .

قوله: (ولا يأخذ منه ولا من الكفيل سمراء من محمولة)^(٤) . لِأَنَّهُ يَدْخُلُهُ

(١) التهذيب (٥٤/٣) .

(٢) كذا في المتن ، والصواب [ابن أبي سلمة] ، وهو ابن المَاجِشُون .

(٣) انظر الجامع لابن يونس (٣٣١/١١) .

(٤) التهذيب (٥٤/٣) .

ضَع وتَعَجَّل ، أي ضَع الضمان ، ويتحقق { فيه } البيع لمكان المنفعة من الجهتين .
قوله : (لأنه بدلٌ) ^(١) . يريد أن المنفعة صارت من أحد الجانبين فدخله
المعروف الذي يكونُ في البدلِ .

قوله : (ولا يجوز من الكفيل) ^(١) . لأنه يشتري لنفسه ذلك على أن يأخذ من
الغريم ما عليه لا ما أدَّى عنه ، ولو دفع عنه بعد الأجلِ ذلك على جهة السلف
لجازَ لأنه ليسَ بِبَيْعٍ ووجب عليه أن يرجعَ بما أدَّى .

قوله : (لم يرجع به على الغريم) ^(١) . لأنه تطَوَّعَ بتقديم ذلك ، فلا يلزم
الغريمَ تقديمه .

قوله : (وليس للكفيل أخذ الطعام من الغريم) ^(٢) . يريدُ أنه لا يَجِبُ ذلك على
الكفيل ، لكنْ له - من غير وجوب - أن يطلبه حتى يؤدي الحقَ فيَبْرَأَ هو من الضمان .

قوله : (فليس على الكفيل أن يقضيك) ^(٢) . هذا المذهبُ ، أعني إذا كان
المضمون حاضراً موسراً فلا تأخذ الكفيل بالحق ، ولنا قولٌ ثانٍ : أنه مخير في
أخذ من شاء منهما ، ودليل الأول القياس على الرهن ، فكما لا يباع الرهن إلا
عند عسر الغريم - وقبل ذلك فلا يباع - فكذلك الكفيل لأنه توثقةٌ مثلُ الرهنِ .

قوله : (وإن كان الغريم غائباً أو عديماً) ^(٢) . أما إعدامه فلا خلاف أنه يطلبُ
الكفيل حينئذ ، وأما مَغْيِبُهُ فإن كان له مال وسَهْلٌ على رب الدين إثباتُ دينه ومِلْكِهِ
والتوصُّلُ إلى أخذ حقه مما له فلا يطلب الكفيل ، وأما إن تعذر ذلك عليه فيجب
على الكفيل حينئذ الأداءُ .

(١) التهذيب (٥٤/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٥/٣) .

قوله: (فخفت المحاصة)^(١). يريد أن الكفيل كالرهن ، فكما أنه يختص بالرهن ولا يدخل مع الغرماء في المحاصة وكذلك لا يدخل معهم وله ضامن ، وإلا لم تكن فائدة للكفيل والرهن .

قوله: (فإن أخذه على الاقتضاء)^(١). هذا الموضع مُشْكِلٌ : لأنه قد تقرر له أنه إذا قبضه نائباً عن الغريم في دفعه عنه أو عن الطالب ، فمتى قبضه وتلف فضمانه على الذي ناب عنه ، فأما قوله: «على الاقتضاء» ففسروه بأحد أمرين ؛ أحدهما أن يكون الحاكم قد غلط فحكم على الغريم بأن يدفع الحق للكفيل ليدفعه عنه ، فيكون حينئذ في قبضه متعدياً فيلزمه الضمان إذا تلف عنده^(٢). والثاني أن يكون خاف أن يقوم عليه غيره فأكرهه بحكم حاكم على أخذ ذلك منه ليبرأ بدفعه ذمته إلى ربه فلذلك ضمنه لما تلف .

قوله: (قضاء ذلك الغريم متبرعاً)^(٣). مُشْكِلٌ ، والصوابُ إسقاطه من الكتاب ، لأنه إذا دفعه له تبرعاً فيكون نائباً عنه^(٤).

قوله: (بقضاء سلطان)^(٥). يريد أنه حينئذ يعذر في دفعه إليه .

(١) التهذيب (٥٥/٣).

(٢) قال في الجامع لابن يونس: «فإن كان أخذه على الاقتضاء ضمنه قامت بهلاكه بينة أو لم تقم ، كان مما يغاب عليه أم لا ؛ لأنه متعدي ، وسواء قضاء ذلك الغريم متبرعاً أو باقتضاء من الكفيل بقضاء سلطان أو غيره . قال ابن المواز عن ابن القاسم: لأن ذلك من السلطان إن قضى به خطأ» (٣٣٣/١١ - ٣٣٤).

(٣) التهذيب (٥٥/٣).

(٤) قال في الجامع لابن يونس: (ومعنى قوله: قضى ذلك الغريم متبرعاً: أنه اقتضاه ، فدفع ذلك إليه متبرعاً ولم يكلفه إلى أن يقضي به عليه السلطان ، وأما لو لم يقتضه فتبرع الغريم فدفعه إليه ليوصله فظاهر هذا أنه على الرسالة). (٣٣٤/١١).

(٥) التهذيب (٥٥/٣).



قوله: (لأنك لم توكله على قبضه)^(١). فيكون متعديا في بيعه وتلزمه قيمته ، أو مثله إن كان من ذوات الأمثال ولا يكون لك أن تجيز بيعه لأن فيه بيعك الطعام قبل قبضه^(٢).

قوله: (إذا قبضه على غير اقتضاء)^(٣). في هذا لم يتعدَّ بقبضه بل نائبا ، ولم تبرأ ذمة الغريم بذلك ، فَلِلطَّالِبِ أَخْذُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا بِطَعَامِهِ ، فَإِنْ أَخَذَ الْكَفِيلُ بِهِ بَرَأَ الْغَرِيمُ حِينَئِذٍ مِنْ دَيْنِ الطَّالِبِ وَبَرَأَ الْكَفِيلُ مِنْ قَبْلِ الْغَرِيمِ ، وَإِنْ أَخَذَ الْغَرِيمُ رَجَعَ الْغَرِيمُ عَلَى الْكَفِيلِ ، فإِذَا أَنْ يُجِيزَ بَيْعُهُ فَيَكُونُ لَهُ الثَّمَنُ أَوْ لَا يُجِيزُهُ فَيَأْخُذُ بِمِثْلِ طَعَامِهِ .

قوله: (يدفع إليه)^(٣). يعني إلى الغريم مثل الطعام إذا قبضه بمعنى الاقتضاء ، لأنه هنا مُتَّعِدٌ بِالْقَبْضِ عَلَيْهِ خَاصَّةً فَيَأْخُذُهُ بِطَعَامِهِ ، أَوْ يُجِيزُ بَيْعَهُ إِيَّاهُ فَيَأْخُذُ ثَمَنَهُ ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ بَيْعُ طَعَامٍ قَبْلَ قَبْضِهِ وَيَبْقَى الْحَقُّ عَلَى الْغَرِيمِ لِلطَّالِبِ فَيُطْلَبُ بِهِ .

قوله: (لم يجز البيع)^(٤). لأنه على تقدير ألا يكون عنده يصير سلفا ، فيكون تارة بيعا وتارة سلفا ، وأيضا كأنه يقول: إن لم يكن عنده ما أسلمت فيه [٢١/ب] حينئذ (٠) من البيع والإقالة كالصرف لا تجوز إلا بشرط المناجزة فهذه صورة ممنوعة ، ولو تكفل بالمسلم فيه جاز ، ولو تكفل برأس المال على أنه إذا كان عند الأجل ولم يكن عنده ذلك اشترى له برأس المال ما يجب له من ذلك الطعام ، ففيه قولان: الجواز ، والمنع للجهالة^(٥) ، فلو وقعت الصورة الممنوعة فلا يخلو

(١) التهذيب (٥٥/٣).

(٢) انظر التهذيب (٥٥/٣) ، الجامع لابن يونس (٣٣٤/١١).

(٣) التهذيب (٥٥/٣).

(٤) المصدر نفسه (٥٦/٣).

(٥) أي يمتنع هذا للجهل بما يشتري من الثمن . انظر الذخيرة (٢٧١/٥).



أن تقع في نفس العقد فقولان: مذهب ابن القاسم فساد العقد وانتقاض الضمان لأنهما كعقد واحد، ومذهب المغيرة أن البيع باطل ويلزم الضمان، لأن رب الدين يقول: لولا ضمانك ما عاملته، فيكون ذلك في ذمته. وإن كان خارج العقد صح وبطل الضمان^(١).

قوله: (على عشرة دراهم من المائة)^(٢). امتنع لما فيه من ضَع وتَعَجَّل، وذلك مفقود بعد الأجل فجاز.

قوله: (بما أدى)^(٢). أي لا يجوز أن يدخل بالأقل لما في ذلك من الربا بأن يدفع قليلا ليأخذ كثيرا من نوعه، وهو سلف جر نفعا فكذا الأجنبي.

قوله: (لم يجز)^(٢). للربا.

قوله: (وليس لك حبسها)^(٢). يشير إلى أحد القولين وهو أن الضامن لا يطالب مع يسر المضمون، ويجوز ذلك على القول الثاني.

قوله: (إلا في عُدْم الغريم أو غيبته)^(٢). أي مع التعذر إلى الوصول إلى الأداء.

قوله: (لأن الغريم مخير)^(٢). فيكون في ذلك جهالة لأنه لا يدري ما الذي يرجع إليه، هل الثمن الذي دفع أو الدين الذي اشترى، ويدخله تأخير الصرف، وكذلك إن اشتراها الكفيل بذلك لنفسه لأنه صرف مستأخر.

قوله: (ولا بأس بصلحه)^(٢). عن المائة، أجاز هذا على التفصيل المتقدم، لأن هذا مما يرجع إلى القيمة فدخل على الأقل من قيمته أو قيمة الدين.

قوله: (جاز)^(٢). لأنه لا خيار في ذلك للغريم ويرجع عليه بالدين كله لأنه

(١) انظر الذخيرة (٢٧١/٥).

(٢) التهذيب (٥٦/٣).

قد نزل منزلة بئعه .

قوله: (فزده بعد الأجل)^(١). سنذكر بعد كون ذلك قبل الأجل ، وكان ينبغي أن يذكر المسألتين معا ، فشرط جواز هذه المسألة أن يدفع له الثمن بزيادة معجلا لا مؤجلا ؛ لأنه يدخله في التأجيل فسح دين في دين ؛ لأن الثوب الأول دين دفعه له مع الدراهم في ثوب آخر أطول ، فإن عجله زال ذلك المحذور .

قال الشيخ: إلا أنه يدخله محذور آخر وهو السلم الحال^(٢) ، سواء قدرت أنهما صفتان وثوبان ، أو صفقة واحدة وثوب واحد ، لأنها اشتملت على سلم حال وسلم مؤجل .

قوله: (إن كان الثمن عينا أو ما لا يعرف بعينه)^(٣). لأنه لما لم يتعين أمكن أن ينتفع به ويردّه فهذا سلف منك له وبيع ، وكذلك إن استرجع عوضا من صنفه فهذا سلف .

قوله: (دون ثوبه)^(٤). وإذا كان من غير صنفه جاز لأنه يكون سلفا .

قوله: (فلا يجوز أن تأخذ نصف رأس المال ونصف سلمك)^(٥). وكذلك بعضهما ما كان لما فيه من البيع والسلف .

قوله: (جاز أن تقيله من بعض)^(٦). إنما صحت الإقالة هنا من البعض لأنه

(١) التهذيب (٥٦/٣) .

(٢) قال اللخمي «معناه أن الثوب المأخوذ معين وإلا دخله السلم الحال» . انظر المختصر الفقهي لابن عرفة (٢٩٣/٦) .

(٣) التهذيب (٥٧/٣) .

(٤) لم أقف عليه في التهذيب .

(٥) في التهذيب «فلا يجوز أن تأخذ بعد الأجل أو قبله نصف رأس المال ونصف سلمك» (٥٧/٣) .

(٦) المصدر نفسه (٥٧/٣) .

قد أمن المحذور ، وكذلك لو كان الثمن الذي لا يتعين مطبوعا عليه عند أمين لجاز بعد التفرق أيضا .

قوله : (لم يجز)^(١) . إن كان الثمن لا يُعرَف بعينه ، فيكون جميع رأس المال المردود بعضه سلفا وجميع السلم زيادة .

قوله : (على أن تأخذ رأس مالك بعينه)^(٢) . جاز لأن المحذور قد زال بسبب التعين كما تقدم .

قوله : (وكذلك إن أخذت بعض رأس مالك بعينه)^(٣) . لأن المحذور قد انتفى .

قوله : (وتسترجع عروضها من صنف رأس مالك)^(٤) . لأنه يدخله سلف وبيع ، وإن كان المسترجع من غير صنفه جاز لأنه صار بيعا .

قوله : (على أن زادك في طولها جاز)^(٥) . من شرط جوازها أن يبقى من الأجل قدرُ أجلِ السلم ليخرج عن [١/٢٢] السلم الحال ، واشتراط ذلك دليل على أنهما صفقتان لا واحدة ، ولو كانت واحدة لكان بعض رأس المال مؤخرًا بشرط ، ومنع هذه المسألة سحنون وقال : لأنهما ثوبان يسلم أحدهما مع الزيادة في ثوب آخر وذلك فسخٌ دينٌ في دين . وهو عند ابن القاسم ثوب واحد لأنه لم يتعين الأول بعد ، وإنما هو في الذمة^(٥) .

(١) التهذيب (٥٧/٣) .

(٢) في التهذيب «على أن تأخذ نصف رأس مالك بعينه» (٥٧/٣) .

(٣) التهذيب (٥٧/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٥٨/٣) .

(٥) قرر مثله في الذخيرة فقال «قال صاحب النكت: إذا زدته قبل الأجل لتأخذ أطول جاز عند=

واحتج سحنون على منعها بأن ابن القاسم شرط في جواز التي كانت الزيادة فيها بعد الأجل أن يكون السلم المزيّد معجّلاً ، قال : «وكان ينبغي له أن يمنع هذه أيضاً لما فيها من التأخير» ، وأجيب عن ابن القاسم بأن الأولى فيها سلف وبيع إن أخرت الزيادة ، لِأَنَّ مَنْ أَخَّرَ مَا وَجَبَ لَهُ فَقَدْ أَسْلَفَهُ ، وليس ذلك هنا لأنه لم يجب له الآن قبضٌ فأخذه ، واحتج ابن القاسم على جوازها بجواز الإجارة مع الزيادة كما في الكتاب ، والإجارة بيع فما يبطلها يبطل البيع وما يصححها يصححه . قال سحنون : إنما جاز ذلك في الإجارة لأن القول معين ، والمنافع التابعة لمعين معينة ، وليس في ذلك دينٌ بدين ، قال ابن القاسم : «قد ثبت أنه لا يجوز لمن استأجر أجيراً على خياطة سراويل بدرهم ثم دفع له ثوبا يخطه بدل السراويل وزيادة درهم أنه لا يجوز لما فيه من الدين بالدين . وكذلك لو كان الصانع معيناً بأن يقول له أنت خطها لي لم يجز^(١) ، ولا تعينت المنافع وإن كانت تابعة لمعين ، ويدل على ذلك أن الصانع لو مات قبل العمل لتعينت الإجارة في ماله ولم تبطل بموته ، وذلك دليل على أنها لا تتعين فيبطل قول سحنون .

قوله : (ولياخذ قياس ذراعه عندهما)^(٢) . كما لو قال بكيل غير معتاد لزم

= ابن القاسم لأنها صفتان بشرط أن يبقى من الأجل مثل أجل السلم فأكثر وإلا امتنع لأنه سلم حال فيما ليس عندك ولو كان لتعطيه أرق أو أصفق امتنع لأن الخروج عن الصفقة فسخ دين في دين وفي زيادة الأطول حصل الأول مع غيره فلم يفسخ ومنعه سحنون مطلقاً ورآه فسخ دين في دين وجوزه في الإجارة لأنها في شيء بعينه وفيه نظر لأنه لو مات الأجير أوصى على ذلك من ماله فهي والسلم سواء قال سند : قوله : يمتنع استرجاع بعض الثمن لياخذ أدنى ليس شرطاً بل المثل والأجود كذلك في الفساد في الاسترجاع لأنه سلف» (٢٧١/٥) .

(١) في المدونة : «قلت : أرأيت إن دفعت ثوبي إلى خياط ، وشرطت عليه أن يخطه هو نفسه ، أيجوز في قول مالك أم لا ؟ قال : ذلك جائز عند مالك» (١١٨/٤) .

(٢) التهذيب (٥٨/٣) .



أن يأخذا قدره ويودعانه عند أمينٍ إلى أجل حتى يخرجنا من الجهالة لأن الأدرع مختلفة باختلاف الناس .

قوله: (وحفنة)^(١). أما الواحدة فيجوز البيع بها لأن الغرر يسير، وأما الحفنات فتمتنع للكثرة، وهي مختلفة إلا أن ينظر قدرها وترد إلى كيل معلوم فيجوز حينئذ .

قوله: (ولم يشترط وزنه)^(١). خلافا للشافعي^(٢)، لأنه لا حاجة إلى الوزن في الثوب، إنما المراد منه طوله وعرضه وخفته وصفاقته^(٣).

قوله: (أراه إياه)^(٤). مثل أن يقول مثل هذا الثوب .

قوله: (لا أعرف جيدا)^(٥). لأن كل جيد ففوقه جيد أجود منه، وكذلك كل فارِه فوقه أفره منه فلا ينضبط بذلك .

قوله: (إن كان على الصفة)^(٦). أي التي شرطا في العقد .

قوله: (ثم استزدته بعد تمام السلم)^(٦). هذه المسألة مُشْكِلَةٌ على المذهب، لأنه أجاز فيها الزيادة معجلة ومؤجلة إلى مثل الأجل أو أبعد منه، ففي إجازة المعجلة القول بالسلم الحال وهو ممنوع على المذهب، والانفصال عن ذلك أن

(١) التهذيب (٥٨/٣).

(٢) انظر البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (٤١٧/٥).

(٣) صَفَّقُ الثوب صَفَاقَةً كَثُفَ نَسْجُهُ. انظر كتاب الأفعال لابن القطاع الصقلي (٢٣٢/٢). والقاموس الفقهي، سعيد أبو حبيب (ص: ٢١٣).

(٤) التهذيب (٥٨/٣).

(٥) في التهذيب «ولا أعرف في صفة الثوب جيدا» (٥٨/٣).

(٦) التهذيب (٥٩/٣).



يقال أنها إذا كانت معجلة فباع منه ذلك وأسلم في المؤجل (٠) (١) صفقتان بيع وسلم، كما إذا كانت إلى أبعد من الأجل تكون صفقتين أيضا، وينبغي في المعجلة أن تكون المعينة، أو من صبرة (٢) معينة حتى تخرج عن أن تكون في الذمة.

وأیضا هذه الزيادة تشكّل بهدية المديان وهي عندنا باطلة لما فيها من سلف جر نفعاً، وذلك أنه إذا أهده فإنه يؤخره بالدين في مقابلة ذلك، ومن آخر ما وَجَبَ لَهُ فَهُوَ سَلَفٌ مِنْهُ لَهُ، على أن يأخذه منه بعد في مقابلة الهدية.

وانفصلوا عن ذلك بأن الفرق بين الهدية وهذا: أن الهدية لم يسأله الطالب إياها، ولكنه تبرّع له بها، وهذه قد سأله ذلك {المبتاع} لما نفع فقال: زدني (٣). وقيل: لأن الهدية تكون حالة وهذه قد تكون إلى أجل، [٢٢/ب] وهذان الوجهان ضعيفان لأن ذلك لا يخرجهما عن أن تكون نفعاً، وقيل: إنما أجاز ذلك بناء على أصل وهو أن كُلَّ مَا تَبَعَ الْعَقْدَ فَكَأَنَّهُ فِي الْعَقْدِ لَا خَارِجٌ عَنْهُ، وهذا جيد لأنه به يملك.

قوله في المسألة المتقدمة: «ثم استزدته بعد تمام السلم أرادب معجلة أو مؤجلة»، يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ فِي الْمَعْجَلَةِ بَيْعٌ وَسَلَمٌ، أو على أنه سلم حال وصح (٤)

(١) بتر بمقدار كلمة ولعلها: [فَهُمَا].

(٢) الصبرة: ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن بعضه فوق بعض، يقال اشتراه صبرة أي بلا كبير ولا وزن. انظر لسان العرب مادة: صبر.

(٣) قال الشيخ المواق في التاج والإكليل: (ومن المدونة قال ابن القاسم: إن أسلمت إلى رجل مائة درهم في مائة إردب حنطة ثم استزدته بعد تمام البيع أرادب معجلة أو مؤجلة إلى الأجل أو أبعد منه، جاز ذلك وكأنه في العقد، وإنما هذا رجل استغلى شراءه فاستزاد بآثمه فزاده. ابن يونس: قال بعض أصحابنا: في هذه المسألة نظر، وكيف تجوز هذه الزيادة بعد العقد وهي كهدية المديان؟ وقال بعض الناس: هدية المديان ما ابتدأه بغير مسألة وهذا سأله لاسترخاضه). التاج والإكليل (٦/٥٣٠).

(٤) كذا في المتن، ولعل الصواب: [وَصَحَّ].



لأنهما لم يدخل عليه ، وكل ما يتبع العقد فهل يكون بمنزلة ما وقع في العقد أو لا ، أو يفصل بين القريب وما بعد ؟ ثلاثة أقوال ، كمن باع عبداً فلما تم البيع استثنى ما له ورضي البائع ، فإن قيل إنه بمنزلة ما وقع في العقد فيجوز على حد جوازه في العقد من كونه غير معلوم لأنه في حكم البيع ، وإن قيل ليس كذلك فلا يجوز إلا على ما يجوز على انفراده ، والتفصيل : إن قُرْب كان باطلاً وإلا كان منفصلاً عن العقد .

قوله : (وفارقتَه قبل أن تقبض دراهمك)^(١) . إنما امتنع هذا لأن الإقالة بيعٌ فينبغي أن تكون على التقابض على شرط بيع الدينار بالدراهم وهو صرفٌ ، وعلى القول بأنها فسخٌ يجوز ذلك ، إلا أن المذهب أنها بيعٌ إلا في أربع مسائل ستذكر في موضعها^(٢) .

قوله : (تبعاً لفَضِّته)^(٣) . يريد أن الحلي يكون تابعا في البيع للسلعة فيجوز بيع الفضة بالذهب وبالعكس للتبع ، لكن كل ما بيع مع الطعام من غيره ومع العين من غيره فإنه يكون حكمه حكمه ، فلا يجوز فيه التأخير .

قوله : (وقد تغير سوقه ، جاز ذلك)^(٣) . إنما لم يكن ذلك فوتاً هنا لأن الإقالة معروفٌ فلم يرفع حكمها تغيرُ السوق ، بخلاف البيع الفاسد لأنه من النظر للمتبايعين أن يجعل ذلك فوتاً .

(١) التهذيب (٥٩/٣) .

(٢) الأولى والثانية عند قول صاحب التهذيب في المراجعة : « ثم أقال منها ، لم يبع مرابحةً إلا على عشرين » .

قال في الذخيرة : قال أبو عمران : « الإقالة بيع إلا في ثلاث مسائل : في الشفعة والمراجعة والإقالة في الطعام » (٣٥٥/٧) .

(٣) التهذيب (٥٩/٣) .



قوله: (ما لم يَحُلْ في عينه)^(١). فإذا حَالَ صار كأنه غيرُه فتحقق حينئذ أنه بيع لا إقالة؛ لأن الإقالة إنما تكون بالثمن لا بغيره، وإذا تحقق البيع وخرج عن باب الإقالة لم يجز بيع الطعام قبل قبضه.

قوله: (بَهْزَالٍ أَوْ سَمَنِ)^(١). لأنهما مما يَعْرِضَانِ ويزولان كثيرا لبني آدم فلم يعتد بهما، بخلافهما في الدواب والرقيق لا تكون مثلها، لأن الدابة إذا كانت سميئة كانت قوية على الحمل، بخلاف الهزال أعني غير المريض، وذلك أن المهزول من الدواب يَضْعُفُ حَمْلُهُ، وفي الرقيق السمن يضعف معه التصرف والمهزول أكثر تصرفا، وهذا المَذْهَبُ.

وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ^(٢): وهو أنه لا يكون في الدواب فوتا لأنه يزول ويرجع كثيرا، وكذلك الحيوان الذي يُؤْكَلُ لَأَنَّهُ يَقْصَدُ فِيهِ السَّمْنُ.

قوله: (لم تجز الإقالة إلا أن يكونا حَيَّيْنِ)^(٣). إذا مات فلا تكون إقالة، وإنما هي بيع على ثمن الميت وهو مجهول، لأن قيمة ما لَمْ يَقُومَ [مجهولة، ولذلك]^(٤) لا يجوز البيع بقيمة شيء (٠) لأنه مجهول حتى يقوم.

(١) التهذيب (٥٩/٣).

(٢) انظر البيان والتحصيل (٣١١/٨). وقال الشيخ الخطاب في مواهب الجليل: «والفوت في كلام المدونة وغيرها يطلقونه على المتوسط الموجب للخيار فتحصل في هزال الدواب طريقان لابن راشد وغيره، وأما سمن الدابة فقال ابن رشد في شرح المسألة المتقدمة اختلف قول مالك في سمن الدواب فمرة رآه فوتا يكون المبتاع فيه مخيرا بين أن يرد، أو يمسك ويرجع بقيمة العيب، ومرة لم يره فوتا، وقال: ليس له إلا الرد اهـ. ونحوه في المقدمات وزاد فيها قولاً ثالثاً أنه فوت خرجه على الكبر، ونقله ابن عرفة، ونصه ابن رشد في لغو السمن وكونه من الثالث، أو الثاني ثلاثة لابن القاسم وابن حبيب والتخريج على الكبر اهـ. والثالث في كلامه هو المتوسط والثاني هو المعيب». (٤٥٤/٤ - ٤٥٥).

(٣) التهذيب (٦٠/٣).

(٤) ما بين المعقوفين مضموس جله في المتن، وأثبتته لاتفاق المعنى ورسم الكلمتين.



قوله: (إلا أن يعلم دافع العبد [بنقصه]^(١). فيجوز)^(٢). لا تكون إقالة بل هي بيع .

قوله: (وإن أسلم رجلان إلى رجل في طعام أو عرض)^(٣). أجاز إقالة أحدهما وهي مُشكلةٌ على أصله، لأنه رأى أن الشريكين في دين لا يجوز لأحدهما أن يقبض منه شيئاً إلا بإذن صاحبه فإذا أسلمت أنت وشخصٌ إلى شخصٍ سلماً في صفقةٍ واحدة فهو بينكما على الشركة، وإذا كان ذلك فلا يجوز لأحدهما أن يُقِيلَ من حَظِّهِ الغريم، لأن ذلك بيع ففي الحقيقة هذا الذي باع بينه وبين شريكه تتوقف صحته على إجازة شريكه، فقد آل إلى إقالة على الخيار وهي ممنوعة، وإقالة في البعض وهي أيضاً ممنوعة.

فاختلفوا في توجيه ذلك^(٣)، فمنهم من قال: [١/٢٣] إنما يجوز على أحد القولين له في أحد الشريكين أنه يتصرف فيما يقابله دون إذن شريكه، قالوا: وذلك مأخوذ من قوله في مسألةٍ وهي: لو قتل رجلان عمداً له وليان فعفا أحدهما عنه ودفع له عبداً، قال: فإن العبد يكون له في خاصته دون الولي الآخر، وروى عنه أنه بَيْنَهُمَا، قالوا: فقد خرج من قوله أن له في المسألة الأولى قولين فجوزها على أحدهما، واعترض على ذلك بأن قيل: لا دليل فيها.

وإنما انبنى الخلاف فيها على أصل آخر وهو: هل الواجب بقتل العمد القود أو يكون الولي مخيراً بين القود والدية^(٤)؟

(١) ما بين المعقوفين مطموس، وأثبتته من التهذيب (٦٠/٣).

(٢) التهذيب (٦٠/٣).

(٣) انظر الذخيرة (٢٧٤/٥).

(٤) قال ابن الحاجب «وفي موجب العمد روايتان لابن القاسم وأشهب: يتعين القود، والتخير بينه وبين الدية» جامع الأمهات. (ص: ٤٩٨).



وفائدة الخلاف لو أبى القاتل أن يدفع الدية لم يكن للولي إلا القود إذا قلنا بالقود، فإذا قلنا أنه يتعين القود فلا يكون الوليان شريكَيْن، وإذا قلنا بالتخير فيكون شريكا له، وقيل: إنما أجازها لئلا يؤدي إلى إقالة على الخيار وهذا ليس بشيء، لأنه ليس أحد الأصلين أولى بالإبطال من الآخر وتصحيحها دائر بين إبطال أحد أصلين.

وقيل: إنما أجازها بناء على أنهما لما سلما له شَرَطًا أن يكون مالٌ كلُّ واحد منهما على حدة، وهذا الوجهُ حسنٌ، غير أنه لا يتصوّرُ الخلاف في المسألة بهذا الاعتبار.

وقد خالف فيها سحنون فمنعها لما قلنا (١) يتجه خلافه إذا اعتبرت بهذا الاعتبار، وقد قيل: إنما أجازها لأنها تولية ولاه العقد لنفسه من نفسه، والتولية ليست كالإقالة، وهذا باطل لأن التولية إنما تكون في ذمتين، والذمة في التولية لا تبرأ وقد برئت في الإقالة فليست بتولية.

قوله: (إلا أن يكونا متفاوضين) (٢). لأنه لا خلاف حينئذ أنهما كالرجل الواحد فتمنع الإقالة من أحدهما دون الثاني كما تمنع أيضا بلا خلاف الإقالة في بعض السلم المختص.

قوله: (أو في جميع أموالهما) (٢). يريد أن المفاوضة قد تكون في جميع مالهما وفي بعضٍ خاصٍ.

قوله: (لأن ما أقال منه وأبقى، بينهما) (٢). لأنه لا يجوز له التصرف دون صاحبه.

(١) مطموس قدر حرف ولعله: [وقد].

(٢) التهذيب (٦٠/٣).

قوله: (ولا حجة لشريكه)^(١). أما في التولية فبيّن، لأن المولى له قد تنزّل منزّلته.

قوله: (في إقالة)^(١). ممنوع.

قوله: (وإنما حجته على البائع)^(١). أي الغريم لأنه يطلبه بما له عليه.

قوله: (ولا يتهم البائع)^(١). أراد أن يفرق بين أن يكون رب المال واحدا أو أكثر، لأنه إذا كان واحدا فأقاله على بعض السلم اتّهم أن يكون قصد إلى السلف والبيع وتوصلا إلى ذلك بالبيع. وإذا كانا شخصين فيبعد أن يبيع من أحدهما على أن يسلفه الآخر، فلمّا لم تكن تهمة جاز.

قوله: (فأقاله أحدهما جاز)^(١). الخلاف فيه كالخلاف المتقدم سواء.

قوله: (فذلك جائز)^(١). لأنهما شخصان لا ارتباط بينهما، إذ لا يتبع أحدهما بما على الثاني بخلاف إذا كانا عميلين كلّ واحد منهما بما على صاحبه فإنهما حينئذ كالشخص الواحد فكأن الحق على واحد أقاله من [بعضه]^(٢) وذلك ممنوع.

قوله: (فذلك له)^(٣). في هذا خلاف إذا عينت الدراهم والدنانير هل تتعين أو لا؟ وأما إذا لم تتعين بالإشارة إليها فلا تتعين بلا خلاف، فالمذهب أن العين لا يتعين بوجه، قال المتأخرون: وهذا ليس على عمومته بل المراد به ما لم يكن لها خاصية، مثل أن تكون من حلال، فهذه لا خلاف أنها تتعين^(٤).

(١) التهذيب (٦٠/٣).

(٢) ما بين المعقوفين مبثور في المتن، وأثبتته من التهذيب (٦٠/٣).

(٣) التهذيب (٦٠/٣).

(٤) قال خليل في التوضيح «فائدة: الدراهم والدنانير تتعين في ذوي الشبهات على المشهور، نقله =



وقيل: إنها تتعين فتكون كسائر العروض . وقيل: تتعين من قبل المشتري لا من قبل البائع^(١)، مثاله أن يقول المشتري: لا أدفع إلا من هذه، ويقول البائع: [ب/٢٣] لا آخذ إلا غيرها، فالقول قول المشتري ولا يلتفت إلى ما قال البائع .

قوله: (لم يجز أن يعطيه إلا ذلك بعينه)^(٢). لأن ما عدا العين يتعين لاختلاف المقاصد فيه، بخلاف العين لأنها لا تتراد لعينها بل لتصريفها، وعلى ذلك لا تكون الإقالة بمثل الثمن إلا في العين خاصة وفيما عداه تكون بيعاً .

قوله: (فجائز أن تقبل منه)^(٣). فيرد مثله، لأن المثل يقوم مقام مثله، فيرد إليك المثل وترد إليه الثمن .

قوله: (بعد أن يعلم البائع بهلاكه)^(٤). لأنه إن لم يعلم ذلك كان فيه بيع

= ابن عبد السلام، وتتعين في باب الصرف على المشهور حرصاً على المناجزة، نقله ابن بشر. وكذلك نقل صاحب المقدمات، فقال: مذهب مالك وجمهور أصحابه في الصرف أنها إن عينت تعينت، وإن لم تعين فإنه تعين إما بالقبض أو بالمفارقة. وحكى المازري الاتفاق على أنها تتعين بالمفارقة. وقال ابن القصار: الظاهر من المذهب أنها لا تتعين. المازري: وفي كونه الأظهر نظر، لأن في المدونة ما يدل على اختلاف قول ابن القاسم في هذا، ففي السلم: أنها لا تتعين، لأن فيه: إذا أسلمت إليه في طعام أو غيره ثم أقالك قبل التفرق ودراهمك في يده فأراد أن يعطيك غيرها، فذلك له وإن كنت اشترطت استرجاعها بعينها» التوضيح في شرح المختصر (٥/٢٦٢ - ٢٦٣).

(١) قال الرجراجي «قال بعض المتأخرين: لا خلاف أن النقود تتعين من جهة المشتري، والخلاف: هل تتعين من جهة البائع أم لا. وفائدة ذلك وثمرته: أنها إذا عينت من جهة المشتري مثل أن يقول له: اشترت منك هذه السلعة بهذه الدراهم بدراهم معه في جيبه أو في يده - أراه إياها - أو بالدراهم التي في صندوقه، أو التي لي عند فلان، ثم استحققت: فإن البدل لا يلزم المشتري إلا أن يشاء» مناهج التحصيل (٦/٣٧).

(٢) في التهذيب «لم يكن له أن يعطيك إلا ذلك بعينه» (٣/٦١).

(٣) المصدر نفسه (٣/٦١).

(٤) في التهذيب «بعد علم البائع بهلاكه» (٣/٦١).

عَرْضٍ بِعَرْضٍ مثله غيرَ يد بيدٍ .

قوله: (حاضرا)^(١). تحرزا من الدين بالدين ويدفعه إليه بموضع قبضه منه ، لأن الشيء يختلف باختلاف المواضع والأزمنة ، والذي يدفع لك بموضع آخر غير الذي يدفع بالموضع الأول ، فكأنك في السلم إذا دفع لك بموضع آخر بَعَثَ منه الذي لك عليه بما يدفع لك وزيادة أجر الحمل فامتنع ، وكذلك هنا إذا دفعت المثل بغير موضع القبض فقد زاد أجر التوصل بينهما وفسدت الإقالة .

قوله: (بموضع غصبته)^(١). لأنه يجب على الغاصب رده بموضع الغصب ، فالذي يدفع لغيره شيء آخر من صنفه وبينهما زيادة أو نقص .

قوله: (لم تجز الإقالة)^(١). لأن من شرطها أن تكون على الثمن لا على قيمته ومثله .

قوله: (إن قبضت الثوب مكانك)^(١). لأن من شرط الإقالة التقابض لأنها كالصرف ، فلا بد فيها من المناجزة فإذا لم يكن تناجز فلم تنعقد الإقالة بعد ، فيبقى السلم على حاله .

قوله: (ولا يجوز أخذ ثوب مثله)^(١). لأن ذلك بيع لا إقالة .

قوله: (تلف عندك)^(١). بعد الإقالة قبل أن تدفعه فهو منك لأن الإقالة لم تنعقد بعد ، لأن من شرطها التناجز .



كتاب السلم الثالث

قوله: (فأفالك في مرضه)^(١). فيها صورتان:

إحداهما أن يكون الطالب هو المقيّل ، والثانية أن يكون الغريم هو المقيّل ، والإقالة بيعٌ ، وبيع المريض إذا كان بمحابة موقوفٌ على إجازة الورثة فصارت الإقالة بتأخير وذلك ممنوع ، والبيع أيضا مجهول لأنه لا يدري هل يجيز الورثة أو لا ؟ فمن أجل ذلك منع المسألتين سحنون^(٢).

وأجازها ابن القاسم ووجهها بأن المقيّل حين أقال مات ، أو يكون وصّى لورثته أن يُقيلوه ، وعلى الجواز لهما فإن أجاز الورثة ذلك [أو حمل]^(٣) الثلث المحابة فلا إشكال ، وأمّا إذا لم يكن للموصي غير ذلك ولم يُجزِ الورثة ، ففي المسألة الأولى تلزم الإقالة فيما يقابل المائة الدرهم من الأرادب وذلك خمسون ، فيردّ لهم مائة درهم وتسقط عنه خمسون إردباً وتبقى عليه خمسون إردباً ، لكن قد أوصى له بنصف ماله لأن المحابة (٠)^(٤) نصف تركته فترجع الوصية إلى ثلث المال وذلك ثلث مائتي درهم ، وإنما أوصى له بخمسين إردباً (٠)^(٥) أوصى ببعض ماله فلم يجز الورثة ، خيروا بين أن يخلعوا الثلث من كل شيء أو يجيزوا ذلك المعين . وإذا دفع الثلث فهل يدفع له الثلث من كل شيء

(١) التهذيب (٦٣/٣) .

(٢) انظر الذخيرة: (٢٧٥/٥) .

(٣) ما بين المعقوفين مبتور جله ، وما أثبتته يوافق المعنى والرسم .

(٤) في هذا الموضع طمس بمقدار كلمة ، ولعلها: [تعدل] .

(٥) طمس بمقدار حرف ولعله: [كمن] .

أو يجمع له ذلك في العين الموصى بها لأنه أوفق لغرض الموصي؟ إذ إنما كان قصده أن يخصه بذلك بعينه فلذلك قطع له ثلث ما عليه من الطعام ويدفع لهم سائر الطعام؛ لأن هذا لم يدخله عليه.

وقيل: إن هذا لا يجوز لأنه يرجع إلى المسلم أو من قام مقامه من ورثته مثل ما خرج عنه وزيادة (٠) ينبغي أن يشتري له بالمائة درهم خمسون إردبا ثم يدفع له مع الخمسين ذلك الباقي من الطعام، وأما الثانية (٠) (١) أن يسلم إليه مائة درهم في مائة إردب [٢٤/١] قيمتها خمسون ثم يقله البائع في مرضه ولا يكون له مال سوى ذلك فيمنع الورثة، فعلى الجواز لا يلزم إلا خمسون درهما، لكنه إذا امتنع من أن يأخذ خمسين وقد خرج عنه مائة تبقى له خمسون درهما والوصية بها، ويرجع إلى ثلثها ويسقط عنه مقابلها من الطعام ويأخذه الورثة بما يقابل الباقي منها، وعلى المذهب الثاني إذا ابتاعوا له مائة إردب بخمسين.

قوله: (وإن كانت قيمة الطعام مائة درهم جازت الإقالة) (٢). لأنها تقع حينئذ ناجزة لأنه لا اختيار فيها للورثة.

قوله: (وقد استغل واستخدم) (٢). لأن الخراج بالضمان (٣).

(١) كلمة مطموسة في المتن، ولعلها: [فقل].

(٢) التهذيب (٦٣/٣).

(٣) أصله ما روى الترمذي في البيوع باب ما جاء في من يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا. وابن ماجه في السنن سنن ابن ماجه. كتاب التجارات. باب الخراج بالضمان قال: (حدثنا هشام بن عمار قال: حدثنا مسلم بن خالد الزنجي قال: حدثنا هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، أن رجلا اشترى عبدا فاستغله، ثم وجد به عيبا، فردّه، فقال: يا رسول الله إنه قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: الخراج بالضمان). وأخرجه ابن ماجه في باب: الخراج بالضمان، وأبو داود في باب: فيمن اشترى عبداً فاستعمله، ثم وجد به عيباً، والنسائي في باب: الخراج بالضمان.



قوله: (فذلك جائز)^(١). لأن حوالة السوق لا تُفِيْتُ عينها.

قوله: (فذلك يُفِيْتُ الإقالة)^(١). لأنها إما أن يردّها وحدها وذلك ممنوع للفرقة بين الأم وولدها، وإن ردهما لم يصح لأنهما صار اثنين.

قوله: (بمنزلة النماء في البدن)^(١). يعني أن يصير الصغير كبيرا، وأما السمن فلا يُفِيْتُ الرَدَّ.

قوله: (فذلك عيب)^(١). لأن الدين ترتب في ذمته لا يجوزُ للسيد أن يسقطه عنه لأنه بإذنه كان، وإذا بقي ذلك في ذمته صار نقصا من ثمنه، ولا خلاف أن ذلك عيبٌ ولكنه لو درأه السيد عنه برئت ذمته ولم يكن عيباً.

وأما لو استدان بغير إذنه فإنه يكون عيباً، وإن أسقطه [السيد من]^(٢) ذمته، لأن ذلك منه سفه وخلاف على سيده.

قوله: (ليس بعين شئيه)^(٣). وإذا صار كأنه غيره خرج عن الإقالة ودخل في البيع، فيمتنع حيث يمتنع كبيع الطعام قبل قبضه.

قوله: (لم يجز)^(٣). لأنه يدخله سلف بزيادة وفيه بيع الطعام قبل قبضه.

قوله: (وأخذ رأس المال عرضاً)^(٤). أي بدله، لم يجز لأن الإقالة لم تنعقد لأن من شرطها هنا المناجزة للدين بالدين، فحصل من ذلك بيع الطعام قبل قبضه.

(١) التهذيب (٦٣/٣).

(٢) ما بين المعقوفين مطموس جله، وأثبتته لأن السياق والرسم يقتضيان.

(٣) التهذيب (٦٤/٣).

(٤) في التهذيب «وأخذ برأس ماله عرضاً» (٦٤/٣).



قوله: (لأنه بيع حادث)^(١). أي فيجوز فيها ما يجوز في البيع من نقد الثمن وتأجيله ، لأنه لا يؤدي إلى محذور كما في التي قبلها من إمكان أن يتوصلاً بذكر الإقالة إلى بيع الطعام قبل قبضه.

قوله: (أو بعته إن كان يجوز لك بيعه)^(١). تحرز من الطعام الذي لا يباع قبل قبضه.

قوله: (لم يجز لك أن تؤخره بالثمن يوماً أو ساعة)^(٢). مراتب الدين بالدين ثلاث^(٣):

الأولى: ابتداء دين بدين^(٤)؛ وذلك إذا أسلمت إليه في سلعة ففي تأخير الثمن قولان: المشهور الجواز ثلاثة أيام فما دونها ، وقيل: لا يجوز بحال ولو ساعة وهو قول العراقيين .

والثانية: بيع دين قد استقر بدين ؛ ففيه قولان: المشهور المنع ، وقيل: يجوز اليومين والثلاثة فما دونها .

والثالثة: فسخ الدين في الدين هذا لا خلاف في منعه .

والفرق أن هذا هو الأصل في ذلك لأنه الذي كانت الجاهلية تفعله وهو المنهي عنه ، كأن أحدهما يقول إما أن تقضي أو تُربي ، والذي قبله أشبه به فلذلك كان المشهور فيه المنع ، بخلاف الأولى لأنه أبعد منه لأن الدين هناك لم يستقر

(١) التهذيب (٦٤/٣).

(٢) في التهذيب «لم يجز لك أن تؤخر بالثمن من وليته أو أقلته أو بعته ، يوماً أو ساعة» (٦٤/٣).

(٣) تقدم الكلام عن هذا في أول السلم الأول . انظر ص: (٤).

(٤) سمي ابتداء دين بدين لأنه لا تعمّر الذمة إلا بالعقد وهو أخف من بيع الدين بالدين لاغتفار التأخير فيه ثلاثة أيام . انظر منح الجليل شرح مختصر خليل: (٤٦/٥).

في الذِّمَّةِ بَعْدُ.

قوله: (أو يعطيك به حميلاً أو رهناً)^(١). كما لا يجوز ذلك في الصرف.

قوله: (انفسخت الإقالة)^(١). لأنها لم يوجد شرط صحتها فبقي البيع كما كان.

قوله: (قبل أن يفارقك)^(١). يعني في المجلس مثل أن يعرض شغل يمنع من القبض بالعوض، ولو دخلا على ذلك لم يجز وإن كان بقي المجلس.

قوله: (وأخَرَ النَّقْدِ)^(٢). يعني بغير شرط، وقيل: يجوز، وقيل: إن كان الثمن مُعَيَّناً كثوب أو حيوان جاز وإلا امتنع.

قوله: (ودخله فضةً نقداً بفضةٍ وعَرْضٍ)^(٢). وهذا لا يجوز مطلقاً لأجلِ ونقداً [٢٤/ب] لإمكان أن يكون العرض لا يعدل ما تزيد إحدى الفضتين على الأخرى فيدخله التفاضل في الفضة، وإذا كان إلى أجل كان أشد امتناعاً لأنه فضةً بفضةٍ إلى أجل، وما يقابل العوض من إحدى الفضتين بيعٌ وسائرُها سلفٌ.

قوله: (بنصف ثوبك)^(٢). لأن العلة قد زالت وهي السلف لأنه إنما أراد نصف الثوب بعينه فصَحَّتْ الإقالة في البعض لانتفاء العلة المانعة.

قوله: (ودخله سلفٌ بزيادة)^(٢). لأن أحد الثوبين سلف.

قوله: (بعينه)^(٢). هذا يُزِيلُ علة السلف.

قوله: (إلا أن يزيد له شيئاً من صنف ما أسلمت فيه)^(٢). مثاله: لو أسلم له في عشرة أثوابٍ مَرْوِيَّةٍ فرساً، ثم أقالهُ فَرَدَّ له الفرسَ وخمسةَ أثوابٍ مَرْوِيَّةٍ فهذا

(١) التهذيب (٦٤/٣).

(٢) المصدر نفسه (٦٥/٣).

لا يجوز لأنه يدخله عِلَل ثلاثٌ وهي: بيعٌ وسَلَفٌ، وَضَعٌ وتَعَجَّلٌ، وَحُطٌّ عني الضمان وأزِيدُكَ.

فأما الأولى فهي موجودة على كلِّ تقديرٍ لأنه باع منه الفرس بخمسة أثواب فيحتمل أن يكون الفرس مساويا للخمسة الأثواب فيدخله بيع الفرس بالخمسة الساقطة، وأسلفه الخمسة الأثواب على أن يأخذها عنه من نفسه عند الأجل، لأن من قَدَّمَ ما لا يجب عليه فقد أسلفه، وعلى تقدير أنه دونها يدخله مع ذلك ضَعٌ وتَعَجَّلٌ، وعل تقدير أنه فوقها: حُطٌّ عني الضمان وأزِيدُكَ أي في الخمسة الأثواب.

قوله: (ولا بأس أن تأخذَ منه ثوبك ببعض ما أسلمت فيه)^(١). حاصله أنه باع منه الثمن ببعض المُسَلَّم فيه.

قوله: (ولا تُقدِّمه قبل الأجل ولا تُؤخِّره)^(٢). لأنه في التقديم يدخله مع البيع سَلَفٌ، لأن من قَدَّمَ ما لا يجب عليه أسلفه، وبيع التأخير يدخله أيضاً مع البيع سَلَفٌ من الجهة الأخرى، لأن من أخر ما وجب له فقد أسلفه إِيَّاه ليأخذه منه بعد ذلك.

قوله: (في صفقة)^(٢). وكذلك لو كانا في صفقتين لا فرق.

قوله: (جاز أن يقيلك)^(٢). عبر بالإقالة عن البيع مجازاً لأنه لا محذور، بخلاف لو قال له بدَلْ أَقْلَنِي من الطعام الذي لك عندي: بعهُ مني بما لك عندي من ثمنه، لم يَجُزْ - وإن قصدا الإقالة - لأنَّ اللفظ يراعى في ذلك. والكَرُّ^(٣) عند

(١) في التهذيب «من ثوبك بعينه» (٦٥/٣).

(٢) التهذيب (٦٥/٣).

(٣) في القاموس: بالضم: مكيال للعراق، وستة أوقار حمار، أو هو ستون قفيزاً، أو أربعون إزدباً.

القاموس المحيط مادة «كرر» ص: (١٤٠٦). ط دار الحديث القاهرة ط/٢٠٠٦.

أهل العراق بمنزلة الإزدب بمصر والقفيز بالمغرب .

قوله: (قبل أن تفارق الذي أقالك)^(١) . لأنه لا تأخير قبل التفريق .

قوله: (جاز)^(٢) . لأن الوكيل يقوم مقام من وكله في القبض الناجز والتأخير .

قوله: (وهو مثل العين)^(٢) . لأن الجامع الدين بالدين .

قوله: (فلم يقبضها حتى أشرك فيها)^(٢) . هذا بيّن لأن ما عدا الطعام يجوز بيعه قبل قبضه .

قوله: (فإن كان لا ينتقد الثمن إلا إلى الأجل فجائز)^(٢) . لأنه أنزله منزلته في ذلك .

قوله: (وإن تعجله قبل أجله لم يجز)^(٢) . لأنه سلف جر نفعا ولولاه ما ولأه ولا أشركه .

قوله: (بعد أن اكتال الطعام وقبضه)^(٢) . لأنه قد صح البيع الأول وكمل ، فيجوز في البيع الثاني ما يجوز في البيع المستأنف .

قوله: (لم يكن ليأخذه به إلا إلى الأجل)^(٢) . لأنه لما وقع لفظ التولية فقد أنزله منزلته وصار كأنه اشترى من الأول بدليل أن العهدة إنما تكون على الأول لا على الثاني فلا يجوز له أن يُعجل الثمن .

قوله: (وإن شرط تأخير الثمن لم يجز)^(٣) . لأنه يخرج بذلك عن المعروف ويمكن أن يكون إنما رضي بالتأخير لأنه لم يكن يساوي ذلك فدخله نوع من

(١) في التهذيب «قبل أن تفارق الذي أقالك» (٦٦/٣) .

(٢) التهذيب (٦٦/٣) .

(٣) في التهذيب «وإن اشترط تأخير الثمن إلى أجل لم يجز» (٦٦/٣) .

المكايسة فلم يجز .

قوله: (فليس للمبتاع منك رجوع عليك)^(١). لأنه قد رضي بذمة الثاني بدلا عن الأول وانفصل طلبه إليه .

قوله: (حتى أشركت فيها رجلا)^(١). هذه بنفس العقد قد انتقلت إلى ملك المشتري لأنه لا توفية فيها ، بخلاف الطعام فلا [١/٢٥] ينتقل إلى ضمان المشتري حتى يكتاله ويقبضه .

قوله: (فالعبد بينهم أثلاثا)^(١). فيها ثلاثة أقوال: المشهور ما في الكتاب^(١) أنه بينهم أثلاثا ، ووجهه أنهما تنزلا منزلة الواحد ، وقيل: يكون له النصف لأن كل واحد لو قال له ذلك منفردا لكان له نصف ما يملك ، وقيل بالتفصيل: إن قالا له ذلك منفردين فله النصف أو مجتمعين فله الثلث^(٢).

قوله: (على أن ينقد عنك)^(٣). لأن اشتراطه النقد يخرج ذلك من المعروف فيصير بيعا وسلفا لأنه ينتفع بذلك قبل أن يدفعه .

قوله: (ثم سألك أن توليه)^(٣). هذه إقالة وقعت بلفظ التولية - وإن كان يراعى اللفظ في كثير من المواضع - لكن لما كانت التولية معروفا كالإقالة صح أن تنوب عنها .

(١) التهذيب (٦٧/٣) .

(٢) انظر التاج والإكليل: (٤٣٠/٦) . وفي منح الجليل: (ابن محرز: معنى مسألة الكتاب أنه وجدتهما مجتمعين . اهـ . وإن سألهما بمجلسين بلفظ أفراد فله نصف ما لكل ، كاختلاف نصيبيهما سواء سألهما بمجلس أو مجلسين بلفظ أفراد أو ثنية فالصور ثمان له الثلث في ثلاث ، ونصف ما لكل في خمس ، فله النصف في الأول منها ولكل الربع ، وكذا في الأربع الباقية إذا كان لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان ، ولذي الثلث السدس والثلثين الثلث قاله سند) (٢٥٨/٥) .

(٣) التهذيب (٦٧/٣) .



قوله: (وإنما التولية لغير البائع)^(١). أي بين شخصين .

قوله: (المتعارف من زيادة الكيل أو نقصانه)^(١). مثل أن ينقص النقص المتعارف ويزيد الزيادة التي لا يتشاح في مثلها عرفاً، ومثل أن يبيع بكيل أبي البيس^(٢) وهو بمصر وقد علم ما بين الكيلين في الزيادة والنقص .

قوله: (فضمانه منكما وإن لم يكتله)^(٣). لأن الشركة في الطعام قبل قبضه جائزة .

قوله: (ربعها بربع الثمن)^(٤). لأن التولية إنما تكون بالثمن لا أقل ولا أكثر .

قوله: (إذا انتقدت)^(٤). مخافة الدين في الدين ، ولا خلاف بين العلماء في جواز الإقالة في الطعام قبل قبضه ، واختلفوا في العلة:

فمذهب مالك أن ذلك لأنها معروف فجاز فيه ما لا يجوز مع المكايسة^(٥) ، ومذهب غيره أن جواز ذلك فيها لأنها فسخ لا بيع^(٦) ، وفي المذهب أيضاً قول بأنها فسخ ، فإذا فرعنا على التعليل بأنها معروف دخل معها في ذلك التولية والشركة . والمخالف لا يرى ذلك فيهما لأنه إنما علل في الإقالة بكونها فسخاً ، وأما القرض فهو أعظم في العرف من كل ما تقدم فلذلك جاز فيه .

(١) التهذيب (٦٧/٣) .

(٢) أبو البيس إحدى مدن مصر ، وتعرف بـ: بلبس . قال أبو عبيد البكري: (بلبيس ، فتح أوله وإسكان ثانيه بعده باء مثل الأولى مفتوحة أيضاً وياء ساكنة وسين مهملة ، وهو موضع قريب من مصر معروف ، وذكر ابن خرداذبه في كتاب المسالك والممالك: أن بين بلبس ، ومدينة فسطاط مصر ، أربعة وعشرين ميلاً) . المواعظ والآثار للمقرئ (٣٣٩/١) .

(٣) التهذيب (٦٧/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٦٨/٣) .

(٥) مواهب الجليل للحطاب: (٢٩٦/٤) . روضة المستبين في شرح كتاب التلقين لابن بزيمة: (٩٥٣/٢) .

(٦) هو القول الصحيح للشافعي . انظر المجموع شرح المذهب: (٢٠٠/٩) .



قوله: (ثم وليتها)^(١). هذه المسألة ينتقدها على المذهب الحنفي لأننا نمنع البيع بمجهول وقد أجازَه هنا لأنه لم يُسم له المبيع ولا ثمنه ومع ذلك فقد جاز، ووجهه أنه على جهة المعروف، ويقع البيع جائزاً على الخيار لا واجباً^(٢).

وبيع المجهول عندنا على ثلاثة أوجه:

أحدها بيع مجهول قد رآه قبل ذلك، هذا يقع البيع فيه واجباً لا جائزاً.
والثاني أن يبيعه منه على الصفة، لأنه لم يره قبل فهذا يقع البيع فيه واجباً إن وافق الصفة وإلا كان جائزاً إن أحب.

والثالث أن يبيع منه شيئاً لم يره قبل ذلك ولا يسميه له ولا ثمنه، مثل أن يقول له: اشتريت اليوم سلعة فيقول له وَلَنِي إياها، فيقول: قد قبلتُ، فهذا يقع جائزاً، وهي التي نحن بسبيلها.

قوله: (فإن كنت ألزمته إياها لم يجز)^(٣). أي إنما تجوز إذا أوقعتما البيع على الجواز والخيار له، ويلزم البائع حسب قوله: (وإن بعت عبداً)^(٤) نقداً لا يكون على المعروف كما تكون التولية فلذلك امتنع، إن وقع على جهة الإيجاب لأنه فاسد بخلاف أن يعقده على الخيار.

قوله: (والخربز)^(٥). هو البطيخ الأصفر^(٦).

(١) التهذيب (٦٨/٣).

(٢) انظر الجامع لابن يونس (٣٨٤/١١). ومواهب الجليل: (٢٩٦/٤).

(٣) التهذيب (٦٨/٣).

(٤) أي عند قوله في (التهذيب): (وأما إن ابتعت منه عبداً في بيتك بمائة دينار ولم تصفه ولا رآه قبل ذلك فالبيع فاسد) (٦٨/٣).

(٥) التهذيب (٦٨/٣).

(٦) المختصر الفقهي لابن عرفة: (الباجي: الخربز: نوع من البطيخ): (١٧٤/٦). انظر لسان العرب: (٣٤٥/٥).



قوله: (لأنه ليس بطعام)^(١). لأنه لا يؤكل ، ولا يعتبر كونه ينبتُ منه طعامٌ بدليل أن النوى ليس بطعام بلا خلاف وإن أنبت تمرًا ، فلذلك جاز بيعه قبل قبضه .

قوله: (الفجل الذي يخرج منه الزيت)^(١). يريد أن هذا يؤكل بخلاف الأول لا يقدم على أكله .

قوله: ([وهو]^(٢) مما يُدّخر أو لا يدخر)^(٣). هذا المشهور من المذهب أن الطعام كله سواءً ، وأن الحديث «نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ»^(٤) عامٌّ [ب/٢٥] في كل طعامٍ ؛ ما يُدّخر وما لا يُدّخر .

وقيل: إنّما ذلك فيما يُقتات ويُدّخرُ للعيش غالباً^(٥) ، لأنه الأهمُّ مِنَ الطعامِ [فَضِيْقَ]^(٦) فيه وخُصَّ بما لا يكون في غيره .

قوله: (والشراب)^(٧). يعني الأشرطة المعمولة من عسل وسكر .

(١) التهذيب (٦٨/٣) .

(٢) ما بين المعقوفين ليس في التهذيب .

(٣) التهذيب (٦٩/٣) .

(٤) الحديث أخرجه البخاري . كتاب البيوع . باب بيع الطعام قبل أن يقبض ، وبيع ما ليس عندك : عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ ، قال : (من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه) ، زاد إسماعيل : (من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه) . ومسلم في كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض . والترمذي في البيوع باب ما جاء في كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه .

(٥) انظر شرح التلّيقين للمازري : (١٧١/٢) .

(٦) في المتن (فضويق) كذا ، ولا وجه له ، ولعل الصواب ما أثبتته ، أي فَضِيْقَ الطعام في القول الثاني وجعله فيما يقتات ويدخر لأنه الأهم . وهو معنى قول المازري : (وأما رواية ابن وهب فقد أشرنا إلى وجهها ، وكأنه رأى الطعام لما خُصَّ بما يقتات منه ويدخر فتحريم الربا فيه لشرفه وكونه حافظاً للحياة) . شرح التلّيقين : (١٧١/٢) .

(٧) التهذيب (٦٩/٣) .



قوله: (والمِلح)^(١). لأنه مُصْلِح للطعام فَجَرَاهُ مجراه، وكذلك التَّوَابُلُ كُلُّهَا ولذلك امتنع فيها ما امتنع فيه. ونعني بالقرْنَبَاذِ^(٢) القرقة، والشُّونِيزُ هو الحَبَّةُ السَّودَاءُ ونقول لها الكمون أيضا، لأن الكمونين: الأبيض، والأسود وهو الشُّونِيزُ، و(نعني) بالبسباس الشمار^(٣) (وهو).^(٤)

قوله: (إلا أن تختلف الألوان)^(٥). يعني الأنواع كالشونيز بالكمون الأبيض.

قوله: (إلا الماء)^(٥). اختلف فيه هل يصح مِلْكُهُ أو لا؟ وليس كل ما يصح مِلْكُهُ يصحُّ بيعه، واختلف هل هو طعام أو لا؟ وإذا قلنا إنه طعام فَحُكْمُهُ حُكْمُهُ، ووجه كونه ليس بطعام أنه لا يكون قُوتاً.

قوله: (وكل ما أكرت)^(٥). المذهبُ على أنه يجوز بيع ما لم يقبض مما عدا الطعام، ودليله مفهومُ النهي عن بيع الطعام قبل قبضه.

ولنا قول في المذهبِ بالأخذ بالمفهوم، والمشهورُ ألا يؤخذ به، والخلاف في مفهوم المخالفة^(٦). وأما مفهوم الموافقة فلا خلاف في القول به^(٧)، ووجه ذلك على المشهور من عمل المدينة.

ولك في المذهب قولٌ ثانٍ - كما يقول المخالف - بمنع بيع الطعام ما لم

(١) التهذيب (٦٩/٣).

(٢) قال الشيخ الحطاب: (القرنباذ بفتح القاف والراء ونون بعدها ساكنة وآخره ذال الكروي أو الشونيز بفتح الشين الحبة السوداء). مواهب الجليل: (٣٥٤/٤).

(٣) انظر الجامع لابن يونس: (٣٩١/١١).

(٤) في التهذيب «إلا أن تختلف الأنواع» (٦٩/٣).

(٥) التهذيب (٦٩/٣).

(٦) انظر الذخيرة: (١٠٢/١).

(٧) انظر المحصول لابن العربي. ص: ١٠٤.



يقبض مطلقاً وهو قول ابن أبي سلمة وابن حبيب وربيعه ، ووجهه عمومُ النهي عن ربح ما لم يُضْمَن^(١) ، وحمله على المشهور على صورة خاصة وهي بيع الفضولي ، وقد تقدم أن سبب جواز بيع الطعام قبل قبضه في الإقالة وأخواتها إنما هو كونها على جهة المعروف لا على جهة العوض حقيقة ، فما تحقق فيه العوضيّة امتنع فيه ذلك بلا خلاف كالطعام تُستأجر به دارٌ ، وما يحتمل الأمرين يكون فيه الخلاف ، فكذلك فيما يصالح به عن دمٍ عمدٍ أو يخالعه به قولان ، فمن نظر إلى أن ذلك معروف وأن الواجب في قتل العمد القود وكذلك في الخلع لأن الطلاق يقع دون عوضٍ فهو كالإقالة ، ومن نظر إلى كونه عوضاً منع .

وكذلك صداق المرأة إن نظرت إلى كونه مكارمةً لا عوضاً حقيقة فهو كالإقالة ، وإن نظرت إلى أن فيه عوضاً فهو كالبيع ، وإنما جاز ذلك فيما هو من جهة المعروف توسيعاً لباب المعروف لأنه مبنيٌّ على التخفيف بخلاف [المكايسة]^(٢) .

قوله : (إلا أن يكون الذي بعينه مُصبراً)^(٣) . يعني المبيع على الجزاف لأنه لا يتوقف على توفية فبالعقد صح قبضه لأنه لا يحتاج إلى كيلٍ ، وكذلك لا خلاف في أنه كالبيع ينتقل إلى ملك المشتري .

(..)^(٤) على قولين هل يجوز بيعه قبل قبضه أو لا ؟ { ووجه } المنع النهي عن بيع الطعام حتى يستوفى (..) صاع البائع وصاع المبتاع ، وهذا كله عمومٌ فينبغي

(١) انظر هذا التوجيه عند ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة : (١٢٢/٢) .

(٢) في المتن (المكا) وهو بتر ، والصواب ما أثبتته .

(٣) التهذيب (٦٩/٣) .

(٤) موضع مبتور بقدر كلمتين ، ولعل المسألة هنا عن الماء هل يجوز بيعه قبل قبضه أو لا .



أَنْ يَنْقُلَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ مَوْضِعِهِ إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ وَحِينَئِذٍ يَصَحُّ بَيْعُهُ .

وَمَنْ بَاعَ طَعَامًا كَيْلًا مِنْ صَبْرَةٍ فَاجْرَةً الْكَيْلَ عَلَى الْبَائِعِ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ عَلَيْهِ ، وَفِي الْقَرْضِ عَلَى الْمُقْتَرَضِ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ لَهُ ، وَفِي الشَّرْكَاءِ قَوْلَانِ : فَإِنْ قِيلَ أَنَّهَا بَيْعٌ فَكَالْبَيْعِ ، وَإِنْ قِيلَ مَعْرُوفٌ فَكَالْقَرْضِ .

وَإِذَا جَعَلَ الْمُبِيعُ مِنَ الطَّعَامِ فِي الْكَيْلِ أَوْ فِي الْمِيزَانِ وَتَعَيَّنَ ، وَمَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ الْمُشْتَرِي فِي وَعَائِهِ فَقَوْلَانِ : قِيلَ إِنَّهُ مِنَ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْهُ بَعْدَ الْمُشْتَرِي ، وَقِيلَ مِنَ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ إِنَّمَا عَلَى الْبَائِعِ تَمْيِيزُهُ لَا أَنْ يَجْعَلَهُ فِي وَعَائِهِ (١) . مَا عَلَيْهِ . وَالتَّوْفِيقُ فِي الْمُبِيعِ الَّتِي [١/٢٦] يَتَوَقَّفُ قَبْضُ الْمُبِيعِ عَلَيْهَا : الْكَيْلُ وَالْوِزْنُ وَالْعَدْدُ فَذَلِكَ فِي كُلِّ مَا يَكَالُ أَوْ يوزن أَوْ يَعُدُّ ، طَعَامًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ .

قوله : (ويجوز بيع ما اقترضته) (٢) . لأن القرض دخل في المعروف .

قوله : (جاز أن تبيعه من المكاتب) (٣) . لأن ذلك في الحقيقة نقل من كتابة إلى كتابة أخرى .

قوله : (ولا تبع ذلك الطعام من أجنبي) (٤) . لأنه إنما ملكته بعوضٍ وهو رقبة المكاتب .

قوله : (ولا تحاص بها) (٤) . فرق بين الكتابة وبين غيرها ، ولذلك جاز أن يفسخها في دين وهي في الذمة ، وأيضاً لِمَكَانِ الْعَتَقِ وَتَشَوُّفِ الشَّرْعِ لَهُ جاز فيها

(١) كلمة غير واضحة بسبب البتر . ولعلها : [وقد جهل] .

(٢) في التهذيب «ويجوز بيع ما أقرضته» (٦٩/٣) .

(٣) التهذيب (٦٩/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٧٠/٣) .



ما لا يجوز في غيرها ، ولذلك لم يجر بيعها من أجنبي بدين لأن ذلك مفقود فيها .

قوله : (ولا تباع خدمة المُدَبَّر^(١) من غيره)^(٢) . لأنها مجهولة إذ لا يدري كم يعيش ، وجاز بيعها منه لأن ذلك نقل من شيء إلى شيء ، وإمكان التوصل إلى العتق .

قوله : (فلا يجوز)^(٣) . لأن بيع نجم^(٤) من الكتابة لا يوصل إلى العتق كبيع جميعها ، وقيل : يجوز في البعض مطلقا كما جاز في الكل .

قوله : (وإنما يجوز أن يبيعه جميع ما عليه فيعتق)^(٥) . أي إذا كان عن ذلك العتق (.) ذلك بمكانه .

قوله : (قال سحنون : إنما يجوز ذلك)^(٥) . هذا خلاف آخر ، يريد إنما تحمل ذلك إذا تعجل العتق ، وأما إذا تأخر فلا يجوز تحمل ذلك ، وأجازه ابن القاسم .

(١) المدبر : (على زنة المفعّل أي الذي يكون حرا عن دبر مولاه ، أي عن إدباره عن الدنيا ، أي إذا أدبر ومات) . الجبي . شرح غريب ألفاظ المدونة ، تحقيق محمد محفوظ ، دار الغرب الإسلامي ، ط ١٩٨٢/١ ص : (١٠٧)

(٢) في التهذيب «ولا تباع من غيره» (٧٠/٣) .

(٣) التهذيب (٧٠/٣) .

(٤) في اللسان : (والنجم : الوقت المضروب ، وبه سمي المنجم . ونجمت المال إذا أدبته نجوما . . . تنجيم الدين : هو أن يقدر عطاؤه في أوقات معلومة متتابعة مشاهرة أو مساناة ، ومنه تنجيم المكاتب ونجوم الكتابة ، وأصله أن العرب كانت تجعل مطالع منازل القمر ومساقطها مواقيت حلول ديونها وغيرها ، فتقول إذا طلع النجم : حل عليك ما لي أي الثريا ، وكذلك باقي المنازل ، فلما جاء الإسلام جعل الله تعالى الأهلة مواقيت لما يحتاجون إليه من معرفة أوقات الحج والصوم ومحل الديون) . مادة نجم (٥٧٠/١٢) .

(٥) التهذيب (٧٠/٣) .



قوله: (بمثل رأس مالك نقدا)^(١). لثلا يدخل في ذلك بيع دينٍ بدينٍ.

قوله: (إلا أن تبيعه بمثل صنفه)^(٢). لأنه يؤدي إلى أن يخرج منه عوض مثلا بآخر مثله إلى أجل من الغريم، وسلم الشيء في مثله يجوز لا مثله ولا أقل ولا أكثر كما تقدم.

قوله: (بمثل الثمن أو أقل)^(٣). هذا مذهب ابن القاسم في العين، أما المثل فهو إقالة أو سلم وكلاهما جائز، وأما أقل فلا يتهم أن يعطي دينارين ويأخذ دينارا كما يتهم إذا أخذ أكثر أنه أسلفه زيادة^(٤)، وأما في الطعام فممنوع فيه الأقل والأكثر وأجاز المثل لأنه إقالة على المشهور من أن مثل الثمن إذا كان من ذوات الأمثال تصح به الإقالة، وعلى المذهب الثاني أنه لا تكون إقالة بالمثل فتكون سلفا.

وأما في العرض أعني أن يكون الثمن عرضا فيمتنع على الوجوه الثلاثة، ومنع ذلك ابن أبي سلمة وأجازه أشهب مطلقا^(٥).

قوله: (ولا تأخذ منه قبل الأجل ثيابا فرقية إلا مثل ثيابك)^(٦). لأنه يكون قد عجل له ما عليه من غير زيادة ولا نقص وذلك جائز، لأنه لا مكروه فيه بخلاف أن يدفع أنقص فيدخله ضغ وتعجل، أو أزيد فيدخله حط عني الضمان وأزيدك.

قوله: (إلا أن يحل الأجل)^(٦). لأنه حينئذ لا يبقى محذور ويكون حُسن

(١) في التهذيب «بمثل رأس مالك أو أقل أو أكثر نقدا» (٧٠/٣).

(٢) التهذيب (٧٠/٣).

(٣) في التهذيب «بمثل الثمن فأقل» (٧٠/٣).

(٤) في التهذيب «وأما بأكثر من الثمن، فلا يجوز بحال، حل الأجل أم لا» (٧١/٣).

(٥) انظر التهذيب (٧٠/٣).

(٦) التهذيب (٧١/٣).

قضاء أو حُسن اقتضاء.

قوله: (جزافاً)^(١). يريد أن هذا لا توفية فيه ، فبالعقدِ صحَّ قبضُهُ لأنه معين .

قوله: (أو زَنْبَق)^(٢). هو الشَّيرَج والشَّيرِق معا^(٣) يجعل فيه (.) كدهن الورد ، وقد اختلف في هذا النوع هل يبقى على أصله من الطعام أو ينتقل إلى أن يكون دواء فيجوز بيعه قبل قبضه؟ وقد اختلف في الحلبة على ثلاثة أقوال هل هي طعام أو دواء؟ وقيل إن كانت منبثة بأن تزرع حتى تنبت وتحضر فهو طعام لأنها تؤكل حينئذ ، وإلا فهي دواء .

قوله: (إلا أن يكون ذلك من أهل العينة)^(٣). (.) فعله من العون كأنهم يُعِينُونَ الناس ، أو من العين لأنهم كانوا قوما بالمدينة يعرفون بذلك ويعينون . والمحذر في فعلهم إلى أن يخرج من أحدهم [٢٦/ب] دراهم يأخذون أكثر منها والبيع لغوٌ ، فمن عُرِف بذلك لم يجز أن تشتري ما لك عليه بأكثر من ثمنه لأنهم يُتَّهَمُونَ بالربا ، بخلاف غيرهم لا يتهمون .

قوله: (أشترى لك)^(٤). أي من أجله ، مثل أن يشتريها منه بعشرة ثم يبيعها منه بعشرين ثم يشتريها منه بأقل من عشرين ، فقد خرج من يده قليل ليأخذ كثيراً ورجعت السلعة إليه بالعشرة الأولى التي اشتراها بها وما بعد ذلك لغوٌ .

(١) التهذيب (٧١/٣) .

(٢) في تهذيب اللغة: «الشيرق لغة في الشيرج (٤٥/٩) . والشيرج والحل: دهنٌ دهن السمسم» انظر اللسان: (٣٢٠/٧) . والزنبق بزاي مفتوحة فنون فموحدة دهن مطيب وفي الصحاح دهن الياسمين . انظر القاموس . ص: (٧٢١) . واللسان: (٤/٤١١) .

(٣) في التهذيب «بين أهل العينة» (٧١/٣) .

(٤) التهذيب (٧١/٣) .

قوله: (أو يشتري سلعة)^(١). هذا إنما اشتراها بقليل لبيعها منه بكثير فلولا ذلك ما [اشترأها]^(٢) أولاً.

قوله: (فلا تواعد فيه)^(٣). الأشياء التي تمنع فيها المواعدة ثلاثة:

الخطبة: تصريحاً في العدة، ولا خلاف في أن ذلك حرام.

والثاني المواعدة في بيع الطعام قبل قبضه في ذلك ثلاثة أقوال: التحريم^(٤) لأن المواعدة بذلك مقدمة البيع وكأنه سبب العقد فحرم لتحريمه، والكراهة لأنه مشبه بالخطبة في العدة ولا يقوى المشبه قوة المشبه به، والثالث الجواز لأنه بخلاف ذلك، ولأن تحريم المواعدة في العدة إنما هو مخافة وقوع المحذور من النكاح في العدة فمنع سدا للذريعة، وأما في بيع الطعام قبل قبضه فهما قادران على وقوع البيع مع التناجز ولا محذور.

والثالث الصرف، قال اللخمي^(٥): أيضا فيه الثلاثة الأقوال قياساً على بيع

(١) في التهذيب «أو يشتري من لرجل سلعة» (٧١/٣).

(٢) ما بين المعقوفين مطموس في المتن، وأثبتته لقرب المعنى ورسم الكلمة.

(٣) التهذيب (٧٢/٣).

(٤) انظر المدونة: (١٣٥/٣).

(٥) هو أبو الحسن، علي بن محمد بن علي الربيعي اللخمي، القيرواني، نزيل سفاقس. ولد في القيروان، وبها نشأ، ولم يذكر له تاريخ ولادة عند من ترجم له، وقد بقي فيها حتى خرج منها في الفتنة كما ذكر عياض، وقد اختار مدينة سفاقس فظل بها حتى توفي، ومسجده وقبره بها معروفان. تفقه بأبي الطيب الكندي، وأبي اسحاق التونسي، وأبي القاسم بن مُحرز القيرواني، وغيرهم. وتلمذ عليه أبو علي الكلاعي السفاقسي، وأبو الفضل التوزري المعروف بابن النحوي، وأبو عبد الله الصقلي الغرناطي، وغيرهم. ولم يعرف للخمي كتاب غير كتاب «التبصرة»، وتوفي سنة ٤٧٨ هـ. تنظر ترجمته في: ترتيب المدارك (١٠٩/٨)، معالم الإيمان (٢٠٠/٣)، الديباج المذهب (١٠٤/٢)، شجرة النور الزكية: (١١٧/١)، الأعلام للزركلي (٣٢٨/٤).



الطعام قبل قبضه^(١). وقال غيره: ينبغي ألا يكون هنا إلا التحريم كالنكاح لأنه أشبه به ، لأن وقوع الصرف دون التناجز ممنوع^(٢).

قوله: (ولا تبع طعاما)^(٣). معناه النهي عن أن يبيع طعاما من غيره وينوي أن يقضيه من الطعام {الذي} اشتراه قبل قبضه لأن نية الحرام حرام ، كمن نوى أن يشرب الخمر ، ويروى في الكتاب: «ولا تبع طعاما» وهو مشكل لا يصح له معنى ، لأنه لا يتصور إلا ذلك لأنه إذا كان عليك طعامٌ لِأَحَدٍ فلا {ضرر} أن تشتري طعاما وأن تنوي عند شرائه أنك تقضيه عن الطعام الذي عليك فلا يمكن أن يوجد خلاف ذلك^(٤).

قوله: (فلا بأس أن تبيعه منه)^(٥). لأنه لم يكن بينك موعد فيه قبل قبضه . قوله: (فالقول فيه مذكور في الجزء الثاني)^(٥). يريد أن القول قولُ البائع لا المشتري ، لأنه قد غاب عليه .

قوله: (لا ينبغي أن توكلَ على قبضه منه عبده)^(٥). أي لا يوكل على قبضه كل من تحت نظره لأنه بمنزلته ، وكما لا يجوز أن يوكله هو على قبضه فيكون ذلك قبضا يبيعه به ، لأن اليد الواحدة لا تكون قابضة دافعة بخلاف ابنه الكبير لأنه صار كالأجنبي .

(١) انظر التبصرة (٣٠٧٧/٧) ، وما بعدها .

(٢) هذا قول ابن راشد ، وابن عبد السلام ، وقال ابن بشير: «الكراهة محمولة على المدونة وظاهرها المنع» انظر التوضيح (٢٥٨/٥) .

(٣) التهذيب (٧٢/٣) .

(٤) انظر الجامع لمسائل المدونة: (٣٩٦/١١ - ٣٩٧) .

(٥) التهذيب (٧٢/٣) .



قوله: (لم يجز أن تتقاصّا)^(١). فيه ثلاثة أقوال أحدها (..)^(٢) لأنه جعل ذلك بمنزلة لو كان على رجلين ، وهذا ممنوع اتفاقا لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه ، والثاني الجواز مطلقا بناء على إلغاء التُّهم البعيدة^(٣) ، والثالث قول أشهب أنه إن استوت رؤوس الأموال جازَ ويكون مقابلة من كل واحد لصاحبه^(٤) ، لأنه لما أقاله دفع له عن الثمن ما قبله من الثمن ، أو يكون كل واحد وَلَّى لصاحبه صفقته ، ويجوز في ذلك بيعُ الطعام قبل قبضه ، وأما إذا اختلف المالان فيتحقَّقُ البيعُ ويمتنعُ.

قوله: (لو كان على رَجُلَيْنِ)^(٥). فسر بوجهين: أحدهما أن يكون الدينان على شخصين آخرين ثم يحيل كل واحد من الغريمين صاحبه على الدين الذي له على صاحبه فيمتنع قولاً واحداً. وقيل: يكون له عليك دين ولك [١/٢٧] دين مثله على آخر فتحيله بدينه على الذي لك عليه ، ولا خلاف في منع الصورتين فكَذلك ما هو مثلها فالصورة الأولى بين أربعة أشخاص ، والثانية بين ثلاثة.

قوله: (فإن كان أحدهما من قرض)^(٥). إنما جازت هذه لأن الذي هو من قرض يجوز بيعه قبل قبضه ، فيكونُ هو الذي قَبِل قبضه قضاءً عن السلم وذلك جائزٌ إذا حلَّ الأَجَلانِ ، وإن لم يحلَّ فثلاثة أقوال: الجوازُ بناء على الجواز مطلقاً في المسألة قبلها ، والمنعُ بناء على المنع ، والتفصيلُ إن حلَّ أَجَلُ السَّلَمِ وإلا

(١) التهذيب (٧٢/٣).

(٢) ما بين القوسين مطموس جله ، ولعله: [ما في الكتاب] ، يؤيده المعنى ورسم الكلمتين .

(٣) قال اللخمي في التبصرة: وعلى القول ببراءة الذمم تجوز ، وهو أقيس في هذا وفي جميع ما تقدم مما قَصَدَا فيه المبايعَة أن تجوز ؛ لأن ذمتها تبرأ من الآن (٤٢١٦/٩).

(٤) انظر التبصرة: (٤٢١٦/٩).

(٥) التهذيب (٧٢/٣).



امتنع ، لأن أجل القرض لا حاجة إلى حله لما تقدم .

قوله (أو كان على رجلين)^(١) . على صورتين أيضا .

قوله : (لم يجز للمحال له أن يأخذ فيه من الطعام إلا ما جاز لك)^(٢) . لأنه ينزل منزلتك ولأن الدافع يحرم عليه أن يأخذ إردباً ويدفع أكثر منه فيكون هو المخاطب بالتحريم عليه .

قوله : (لا يعجبني أن تبيعه منه)^(٣) . هذا على التحريم وكأنه أراد أن يتوصل بالقرض إلى بيع الطعام قبل قبضه فلم يجز ، لأن البائع لم يقبضه أولاً ولا آخراً .

قوله : (فإن حل أجل القرض والسلم جاز)^(٣) . هي المسألة المتقدمة .

قوله : (وإن لم يحل لم يجز)^(٣) . فيها ثلاثة أقوال المتقدمة .

قوله : (لم أحب لمسلم)^(٣) . هذا على التحريم ووجهه أنا الصفة بين مسلم وكافر ، فتحرم على المسلم ولا يجوز له أن يفعلها كمن باع من صبي يوم الجمعة شيئاً فإنه يحرم ، فكذلك الذمي وإن جاز له ذلك على القول بأنه غير مخاطب بالفروع فلا يجوز للمسلم ، والعقد لا يكون إلا باعتبار الشخصين .

قوله : (إلا أن تُواعده)^(٣) . هذا ممنوع لما تقدم من المواعدة ويدخله أنه باع ما ليس عنده ، لأنه باع منك شيئاً قبل أن يشتريه فلم يجز ، لأنه قد نهى عن بيع ما ليس عنده .

(١) في التهذيب «لو كان على رجلين» (٧٢/٣) .

(٢) في التهذيب «لم يجز للمحال به أن يأخذ فيه من الطعام إلا ما جاز لك» (٧٣/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٧٣/٣) .

قوله: (فهي منك)^(١). لأن الصبرة معيّنة فهي في ضمان المشتري .

قوله: (أُتِّبَت بقيمتها)^(١). لأن البيع قد صح لأنها معيّنة ، وسواء كان المتعدي البائع أو غيره لأنه يصير هنا كالأجنبي ، وأخذ قيمتها من المتعدي لا يكون بيعاً قبل قبضها ، لأنه قد قبضها المشتري لأنها معينة ، ولأنّ ضمان القيمة ليس بيعاً وإنما هو غرم استهلاكه لا بيع ، وهلاكها يكون من المشتري أو البائع أو أجنبي أو من الله تعالى أو بأمر مجهول ، فإن كان من الله سبحانه أو مجهول فمن المشتري مثل أن يهلكها هو .

قوله: (كانت من البائع)^(١). لأنها ما خرجت بعد من ضمانه .

قوله: (فعليه أن يأتي بمثلها)^(١). لأنه يُتَّهَم أنه أراد نقض البيع فيعامل بنقيض مقصوده .

قوله: (ولا خيار لك)^(١). لأنّ فيه بيع الطعام قبل قبضه .

قوله: (غرم مكيلته)^(١). لأنها من ذوات الأمثال .

قوله: (وإن لم يعرف كَيْلُهَا أغرمناه للبائع قيمتها)^(١). لأنّه تعذّر المثل ويتوصل إلى قيمتها بأن يتفقا على قدر صبرة مثلها ثم تُقَوَّمُ .

قوله: (فلا تقل له: بعه)^(١). إن ثبت أنه باعه من غيره فحسن ، وإن لم يثبت امتنع لأنّه يُتَّهَم على أن يكون اشتراه لنفسه فيكون في ذلك بيع الطعام قبل قبضه . وإن دفع له ورقاً والأصل ذهب أو بالعكس فيه صرف مستأخر توصلاً إلى إجازته . وأما إن كان المردود أكثر أو أقل تحقق البيع فامتنع .

(١) التهذيب (٧٤/٣) .



فابن القاسم منع من هذه وإن اتحد الثمن ولم يجعله إقالةً ، لأن لفظ البيع مانع ، وأجاز ذلك أشهب مع اتحاد الثمن على الإقالة ولم يعتبر لفظ البيع .

قوله في التي بعدها: (فيجوز [ب/٢٧] بمعنى الإقالة)^(١) . هذه إن ثبت أنه اشترى بذلك طعاما وأخذه أو حقه منه جاز ، وإن لم يفعل كذلك قال ابن القاسم: جاز إذا كان الثمن واحداً لأنه إقالة .

والفرق بينها وبين الأولى أنه هناك وقع لفظ يضاد الإقالة وهو لفظ البيع ، بخلاف هذه لأنه لم يقع فيها لفظ يناقض الإقالة ، لأنه إما أن يشتري فيصح ، أو لا فيصح أيضاً . وأما إن اختلف الثمن فيمتنع لتحقيق بيع الطعام قبل قبضه .

قوله: (إن كان رأس مالك)^(١) . أي المال الذي رده له وهو مثل الأول ، يريد أنه إذا اشترى به طعاماً أقل من الذي كان عليه وأتبعه بالباقي أو هضمه عنه^(٢) جاز كما لو دفع بعض الطعام الذي عليه وخط عنه باقيه جاز وهو حسن اقتضاء .

قوله: (أو أقل لم يجز)^(٣) . هذا في الطعام وأجازه في العرض لأن باب الطعام أضيق ، لأنه لا يجوز بيعه قبل قبضه ولا بد فيه من التناجز ، بخلاف العرض لأنه يجوز بيعه قبل قبضه ، فضيق فيما هو أضيق ووسع فيما هو أوسع ، ولم يتهمه لأنه غالباً لا يعطي أحد ديناراً ويأخذ أقل منه ، وإنما تقوى التهمة إذا أخذ أكثر ، فأشهب يجيز ذلك كله ، وعبد العزيز يمنع مطلقاً^(٤) .

قوله: (فله إذا حلّ الأجل أن يأخذك بالثمن حيثما وجدك)^(٤) . لأن المقصود

(١) التهذيب (٧٤/٣) .

(٢) هضمت بمعنى أسقطت ، انظر (التهذيب): (٧٥/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٧٥/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٧٠/٣) .

من الثمن في كل المواضع واحد، وليس بمثمون فتختلف أثمانه إلا أن يكون بموضع يخاف في طريقه فلا يلزمه أن يقبله منه بموضع الدفع، وأما إن كان المسلم فيه طعاماً فلا يجوز أن تأخذه منه بغير الموضع المشروط فيه الدفع، لأن فيه ضَع الضمان وتعَجَّل، لأنه يلزمه أن يوصله إلى الموضع المشروط فذلك تعجيل، ويدخله بيع الطعام قبل قبضه لأن الطعام الذي دَفَعَ له بموضع غير الذي يدفع له بموضع آخر لأنهما يتعددان بتعدد المحل، وفيه بيع الطعام بطعام غير يد بيد فإن أعطاه أجره الحمل لم يجز أيضاً لأنه يكون في ذلك فُضَّة بفضة وطعام، [فمتى] ^(١) اتحد مال الربا من الجهتين ومع أحدهما غيره لم يجز، وأما إن كان عرضاً فلا يخلو أن يكون لحمله مؤنة أو لا، فإن كان له مؤنة تعين موضعه لأنه يدخله ضَع وتعَجَّل، ولا يجوز له أن يدفع له أجره الحمل لِمَا قلنا، وإن كان لا مؤنة في حمله فإن كان سعره سواء في الموضعين جاز وصار ذلك كالعين يأخذه حيث شاء، وإن كان سعره هنا أقل دخله ضَع وتعَجَّل، وإن كان أكثر دخله حُطَّ عني الضمان وأزِيدَ.

قوله: (جاز ذلك لاختلاف سعرهما) ^(٢). يريد أن أجل السلم إنما اشترطنا أن يكون خمسة عشر يوماً إذا كان في بلد واحد، أما إذا كان في بلدين بينهما مسافة ثلاثة أيام فصاعداً فإنه يجوز بغير أجل لاختلاف سعر البلاد غالباً التي بينها هذه المسافة.

قوله: (بالفسطاط) ^(٣). يعني مصر، وموضعُ الفسطاطِ جامعُ عمرو بن العاص ^(٣).

(١) ما بين المعقوفين مبتور الأول. ولعله ما أثبت.

(٢) التهذيب (٧٥/٣).

(٣) جاء في المواعظ والاعتبار وذكر الخطط والآثار لتقي الدين المقرئ: «فلما افتتح عمرو بن العاص مدينة الاسكندرية الفتح الأول، نزل بجوار هذا الحصن، واحتط الجامع المعروف بالجامع =



قوله: (لأنه شراء شيء بعينه إلى أجل)^(١). لا يخلو أن يدفع له الثمن فيمتنع لأنه تارة بيع وتارة سلف، وإن لم يدفع امتنع أيضا لأنه بيع معين يتأخر قبضه وكذلك الأول، ويختص هذا [بأنه فيه]^(٢) جعلاً على الضمان فيكون للضمان حظاً من الثمن مجهولاً فيصير الثمن مجهولاً، وأيضاً على تقدير سلامة البيع يصح البيع وعلى تقدير تلفه يبطل فيصير المثلون مجهولاً.

قوله: (لأنه بيع وكراء في صفقة)^(٣). [١/٢٨] وكذلك لو كان الطعام صبرة جزافاً فلا تحتاج إلى كيله بل بمجرد البيع يخرج من ضمان بائه.

قوله: (وليس لك أخذه به بعد الأجل إلا في إفريقية)^(٣). لما تقدم.

قوله: (بخلاف أن تقرضه)^(٣). لأن فيه سلفاً وانتفاعاً بربح الحملان.

قوله: (أجبر على الخروج)^(٣). لأنه يتعين عليه أن يؤفيه بذلك البلد هو أو مَنْ يَنْوِب عنه.

قوله: (إن فات الأجل)^(٣). أي ذلك ممنوع قبل الأجل وبعده.

قوله: (ولك منع غريمك)^(٣). وكذلك إذا بقي من أجل الدين بقدر ما إن سافر لم يرجع إلا بعد الأجل.

قوله: (ولا يمنع من قريبه)^(٣). إذا كان أميناً غير متهم.

= العتيق وبجامع عمرو بن العاص، واختطت قبائل العرب من حوله، فصارت مدينة عُرفت بالفسطاط، ونزل الناس بها» (٥/٢) مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي. مركز دراسات المخطوطات الإسلامية ط ٢٠١٣/٢.

(١) التهذيب (٧٦/٣).

(٢) كذا في المتن، ولعل الصواب: (بأن فيه).

(٣) التهذيب (٧٦/٣).



قوله: (فلما حل أخذت منه بالثمن مائة إردب سمراء)^(١). لأنه إقالة أو قرض.

قوله: (وأخاف أن يكون)^(٢). يريدُ يَتَّهَمُ أنه توصل إلى مائة بخمسين وذلك ممنوع لأن فيه ضمانا بجُعْلٍ، لأنه قال له: خُذْ خمسين بخمسين، فقال: وأيُّ فائدة في ذلك؟ فقال: أنا أزيدك خمسين على ضمانه.

قوله: (أو تكون مائة إردب)^(٢). يريد أن فيه علةً أخرى وهي طعام بطعام متفاضلاً إلى أجلٍ.

قوله: (حلَّ الأجل أو لا)^(٢). لأنه بيع طعام بطعام إلى أجل ولا يكون ذلك مبادلة لأنه لم يكن له في ذمته طعام فيعطيه بدلا عنه طعاما آخر.

قوله: (فلا تأخذ في ثمنه عجوة)^(٢). لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه.

قوله: (جاز أن تشريه بعرض أو طعام)^(٢). هذا تحرز من فسخ الدين في الدين.

قوله: (أقلَّ أو أكثر)^(٣). لأنه بيع صحيح، ولا يجوز ثوب مثله لأن فيه بيع ثوب في مثله إلى أجل ولم يرد القرض فيجوز.

قوله: (لأنه دين بدين)^(٤). هذا مجازٌ، وتحقيقه فسخ دين في دين من شخص واحد.

(١) في التهذيب «فلما حل الأجل أخذت منه مائة إردب سمراء» (٧٦/٣).

(٢) المصدر نفسه (٧٧/٣).

(٣) في التهذيب «أقل من مائة أو أكثر» (٧٧/٣).

(٤) المصدر نفسه (٧٧/٣).

قوله: (فإن كان بمعنى الصلح لم يجز)^(١). لأنه لما دخله معنى المماكسة تحقق فيه البيع، وبيع الطعام قبل قبضه ممنوع، وإن كان حسن اقتضاء جاز أن يحطه الباقي بغير شرط.

قوله: (وكذلك في أخذه خمسين)^(٢). أي بغير شرط.

قوله: (لم يجز)^(٣). للدين بالدين.

قوله: (إن جذاً ما في رؤوس النخل)^(٣). لأن التمر لا يخرج من ضمان بائعه حتى يجذ، ويدل على ذلك أن سقيه على (.) حتى يتناهى، وأنه لو طرأت عليه جائحة لكانت (.) من البائع فإذا لم يجذ كان في ذلك بيع الطعام بالطعام إلى أجل فامتنع.

قوله: (جاز)^(٤). لأن التمر على رؤوس النخل معين فيكمل قبضه ببيعه.

قوله: (وأكرهه)^(٤). على ظاهره من الكراهة لأن قدر التأخير في ذلك قريب مثل أن يقبض منه الحنطة ثم يدخل إلى داخل بيته فيخرج الطعام الآخر كما يكره ذلك في الصرف.

قوله: (فبعث فيه)^(٥). أي يحتاج أن يوجه خلفه بعد أن عقدا فيه البيع وكذلك إذا كان (.) غائبين.

قوله: (وإن تقابضتما قبل التفرق)^(٦). أي يكره ذلك ولو لم يحصل التفرق

(١) في التهذيب «فإن كان بمعنى الصلح أو التبائع لم يجز» (٧٧/٣).

(٢) المصدر نفسه (٧٧/٣).

(٣) في التهذيب «إن جذاً ما في النخل» (٧٧/٣).

(٤) المصدر نفسه (٧٨/٣).

(٥) في التهذيب «ولا خير في بيع حنطة حاضرة، بتمر أو شعير غائب في دار صاحبك يبعث فيه» (٧٨/٣).

(٦) المصدر نفسه (٧٨/٣).

إلا بعد القبض .

قوله: (ولا يجوز بيع تمر برطب)^(١). هذا للحديث المروي عن النبي ﷺ قال: «أينقص الرطب إذا ييس؟ فقالوا: نعم، فقال: فلا إذا»^(٢).

أي فلا يجوز، فأخذ بذلك الأئمة في منع المزابنة كلها وهي بيع معلوم بمجهول من جنسه . وخالف في ذلك أبو حنيفة لأنه يقدم القياس على خبر الواحد الذي تعم به البلوى أي يكون في الناس عموماً، بخلاف الأمور الخاصة كطلاق شخص وبيعه، فهنا يقول بخبر الواحد^(٣)، واعتلَّ لجواز ذلك بأن قال: التمر والرطب لا يخلو أن يكونا، [ب/٢٨] فيجوز بيع أحدهما بالثاني مطلقاً، وإن كانا جنساً واحداً فيجوز مثلاً بمثل، قال أيضاً: فإنَّ معناه أن المنع يكون بعد الييس لأنَّ الفعل الذي تدخل فيه الهمزة يصير مستقبلاً، فالمعنى إذا حصل النقص لم يجز إلا مثلاً بمثل وهذا إجماعٌ، وأيضاً كيف تكون العلة متأخرة عن المعلول؟ فإن كان النقص علة المنع فلم تحصل بعدُ، وتقدّم المعلول على وجود العلة ممتنع .

ونحن نقول العلة على ثلاثة أضرب: محققة وضرورية وغائية . فهذه الثلاثة متقدمة باعتبار ومتأخرة باعتبار، وهذه من هذا القبيل، وأيضاً فنحن نحرم الخمر قبل التلبس بشربها لإسكارها وهو متوقعٌ، ولأنَّ المتوقع كالحاصل، وأما الرطب بالرطب والحنطة المبلولة بلاً واحداً بالسواء وما يُشاكلها مثل أن تعرق في وقت واحد فيها قولان: قال ابن القاسم بالجواز اعتباراً بالمماثلة الآن، وقول عبد الملك

(١) في التهذيب «ولا يجوز تمر برطب» (٧٨/٣) .

(٢) الحديث رواه الترمذي في البيوع باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة . والنسائي في سننه كتاب البيوع باب اشتراء التمر بالرطب . وابن ماجه في السنن أبواب التجارات . باب بيع الرطب بالتمر . عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه .

(٣) انظر رفع النقاب عن تنقيح الشهاب للرجراجي: (١٧٤/٥) .



بالمنع اعتباراً بما يؤول إليه الأمر من النقص ، لأنها إذا جفت اختلف مقدارها ، وكذلك البسر بالبسر إذا استويا في البسرية وكذلك البلح الكبير بمثله^(١) ، وما لا يجوز (٠)^(٢) إلا مع التماثل ، فالجهل فيه بالتماثل كتحقق التفاضل في المنع .

قوله : (ويجوز التفاضل في صغير البلح)^(٣) . هذا ليس بطعام بل هو علف^(٤) فلذلك جاز فيه التفاضل .

قوله : (يدا بيد)^(٥) . لا وجه له إلا أن يريد إذا كان على رؤوس النخل ، لأنه إن لم يكن يدا بيد أدى إلى بيع التمر قبل بدو الصلاح على شرط التبقية وذلك ممنوع ، وأما لو كان ذلك البلح مجذوزاً لجاز أن يباع إلى أجل ويداً بيد .

قوله : (في النوى بالتمر)^(٦) . فيه قولان^(٧) . فوجه الجواز أن التمر لا يقصد فيه النوى ، ووجه المنع أنه يدخله بيع معلوم بمجهول ، اللهم إلا أن يكون ذلك الثمن خشباً فيرتفع الخلاف ، ولا يجوز لأن النوى فيه مقصود .

قوله : (وأجاز النوى بالحنطة)^(٨) . يعني يداً بيد إلى أجل لأنه ليس بطعام .

قوله : (ومجمل النهي عن اللحم بالحيوان)^(٩) . هذا الحديث^(١٠) اختلف

(١) انظر التبصرة للخمّي (٣١٠٦/٧) . وشرح التلقين للمازري (٢٩٤/٢) .

(٢) بتر بقدر كلمة ، لعلها : بيعه .

(٣) التهذيب (٧٨/٣) .

(٤) انظر الجامع لابن يونس : (٤٣٨/١١) .

(٥) في بعض نسخ التهذيب زيادة نصّها : (لأن صغيره علف لا طعام ، ويجوز بطعام إلى أجل) . انظر التهذيب (٧٩/٣) .

(٦) المصدر نفسه (٧٩/٣) .

(٧) انظر المدونة (١٤٦/٣) .

(٨) في التهذيب « وأجاز مالك النوى بالحنطة » (٧٩/٣) .

(٩) المصدر نفسه (٧٩/٣) .

(١٠) الحديث عن سعيد بن المسيب « أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان » رواه مالك في الموطأ =



في معناه ، ففي المذهب قولان: المشهور هذا الذي قال أن ذلك في الجنسين الواحد فيما إذا كان الحيوان لا يقتنى ، والثاني: قول أشهب أنه يجوز بيع الحيوان باللحم مطلقاً^(١) ، وأن الحيوان ما دامت فيه حياة فهو غير اللحم لأنه منفصل عنه باسمه ، ووجه ذلك: تقديم القياس عليه .

وفي مذهب الشافعي قولان: أحدهما أنه يمنع مطلقاً أخذاً بظاهره فلا يجوز بيع عبد بلحم ، والثاني أنه مخصوص بالحيوان الذي يؤكل لحمة^(٢) .

قوله: (بموضع^(٣) التفاضل فيه والمزابة^(٤)) . أشار إلى أن ذلك فيما (..) ^(٥) كالكسير لأنه يكون حينئذ باع معلوماً بمجهول من جنسه .

قوله: (ولا حيٌّ منها بمذبح)^(٦) . يعني بالشرط المتقدم .

قوله: (فجائز فيه الحي بالمذبح)^(٦) . يريد وإن كان ذلك الحي لا يحيى كالمدقوقة العنق والدجاجة والكسيرة ولحم الجدي .

قوله: (كريمة)^(٦) . أي ليس شأنها أن تذبح .

قوله: (وهو يعلم أنه أراد ذبح ذلك)^(٧) . يريد أنه لا ينتقل عن حكمه بإرادة

= كتاب البيوع باب بيع اللحم بالحيوان . والبيهقي في سننه الكبرى . جماع ابواب الربا . باب بيع اللحم بالحيوان . والحاكم في المستدرک . كتاب البيوع باب حديث أبي هريرة رقم: (٢٢٥٢) .
(١) انظر مواهب الجليل: (٣٦١/٤) .

(٢) انظر الحاوي الكبير (شرح مختصر المزني) للماوردي الشافعي: (١٥٧/٥ - ١٥٩) .

(٣) في التهذيب (لموضع) . (٧٩/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٧٩/٣) .

(٥) ما بين القوسين مبثور .

(٦) التهذيب (٧٩/٣) .

(٧) المصدر نفسه (٨٠/٣) .

هذا، بل يراعي كون ذلك الحيوان مما شأنه أن يقتنى في غالب العرف فيحمل على ذلك، ولا يلتفت إلى إرادة هذا.

قوله: (وجعل له حكم الحي) ^(١). لأنه حي بعد، فلا ينتقل ذلك الاسم عنه حتى يموت.

قوله: (فإن كانت صحيحة) ^(٢). أي لا يعتبر إلا حالها لا إرادة شخص ما.

قوله: (فلا خير فيه إلى أجل) ^(٣). لأنه طعام بطعام غير يد بيد.

قوله: (بالخيل وسائر [٢٩/أ] الدواب) ^(٤). حكى الطرطوشي ^(٥) فيما عدا الآدمي والخنزير من سائر المباح ثلاثة أقوال: الحرمة الجواز والكراهة، فإن فرعنا على الحرمة فلا إشكال في ذلك مع التأجيل.

قوله: (لأنها لا تؤكل لحومها) ^(٦). هذا يحتمل الحرمة والكراهة.

قوله: (ولا بأس بالجراد) ^(٦). في المذهب قولان بعد الاتفاق على أنه

(١) التهذيب (٨٠/٣).

(٢) في التهذيب «فإن كانت حية صحيحة» (٨٠/٣).

(٣) المصدر نفسه (٨٠/٣).

(٤) المصدر نفسه (٨١/٣).

(٥) محمد بن الوليد بن محمد بن خلف بن سليمان بن أيوب، أبو بكر، الفهري، الأندلسي، الطرطوشي، أخذ عن القاضي أبي الوليد الباجي، وأبي بكر الشاشي ببغداد والجرجاني وغيرهم، وعنه أبو الطاهر السلفي، واسماعيل بن عوف وسند، وأبو بكر بن العربي وغيرهم، قال ابن بشكوال: «كان إماما عالما، عاملا زاهدا، ورعا دينا متواضعا، متقشفا متقللا من الدنيا، راضيا منها باليسير. له «سراج الملوك»، وكتاب كبير في مسائل الخلاف، وشرح رسالة ابن أبي زيد، وكتاب الحوادث والبدع. توفي: ٥٢٠ هـ. انظر ترجمته في الصلة: (٥٤٥)، والديباج: (٣٧١)، وفيات الأعيان: (٢٦٤/٤).

(٦) التهذيب (٨١/٣).



طعام، ولكن هل هو صنف رابع من اللحوم فلا يجوز فيه التفاضل لأنه يقتنى ويدخر؟ وهل هو طعام لا لحم فليس صنفاً رابعاً فيجوز فيه التفاضل^(١)؟

قوله: (ويجوز لبنٌ حليبٍ)^(٢). اعلم أن الألبان كاللحوم تابعةٌ للحيوان الذي هي منه، فما كان صنفاً فله حكمه ولبنه كذلك، وقد اختلف في اللبن باللبن من صنفٍ واحد: هل يجوز متمائلاً أو لا كالرطب بالرطب؟

فابن القاسم يجيزه لأن التماثل حاصل في الحال. وأبو الفرج البغدادي^(٣) يمنعه^(٤)، لأن الاختلاف في المآل حاصل في ذلك لأن الزبد الذي يخرج من أحدهما يخالف الذي يخرج من الآخر. فأحدهما يراعي التماثل في الحال، والآخر يعتبر الاختلاف في المآل، ووجه الأول أيضاً أن الزبد غير مقصود فيهما غالباً.

(١) انظر التهذيب (٨١/٣). ومواهب الجليل: (٣٤٨/٤). وقال المازري: (وأما الجراد فإنه صنف رابع، والمعروف من المذهب أن بيع بعضه ببعض متفاضلاً جائز، وهكذا ذكر ابن المواز عن أشهب، وذكر ابن حارث عن سحنون أنه يمنع بيع بعضه ببعض متفاضلاً، وإلى هذا مال بعض أشياخي، ورأى أنه مما يدخر.) شرح التلقين (٢٩٨/٢).

(٢) التهذيب (٨١/٣).

(٣) عمر بن محمد بن عمرو أبو الفرج الليثي البغدادي وأصله من البصرة القاضي الفقيه من الطبقة الرابعة من العراق والمشرق، كان فصيحاً لغوياً فقيهاً متقدماً. تفقه بإسماعيل بن إسحاق القاضي وكان من كتبه. روى عنه أبو بكر الأبهري، وأبو علي بن السكن، وأبو القاسم عبيد الشافعي، وعلي بن بندار القاضي الأنطاكي، وعمرو بن المؤمل الطرطوسي الحافظ وغيرهم. له كتاب: الحاوي في مذهب مالك واللمع في أصول الفقه توفي (٣٣٠هـ)، وقيل (٣٣١). انظر الديباج المذهب لابن فرحون (١٢٧/٢)، وجمهرة تراجم الفقهاء المالكية لقاسم علي سعد (٨٨٦/٢)،

(٤) قال الرجراجي «وأما بيع الحليب بالحليب متمائلاً: فقد اختلف فيه على قولين قائمين من «المدونة»: أحدهما: الجواز، وهو قول مالك في كتاب السلم الثالث. والثاني: المنع، وهذا القول حكاه أبو الفرج عن مالك في الحاوي». مناهج التحصيل (٢٤٩/٦). انظر كذلك مواهب الجليل (٣٥٨/٤).

قوله: (بلبن مضروب)^(١). أي مخرج زبدُه؛ امتنع للتفاضل في ذلك لأن كل واحد منهما لبنٌ، فهما نوع واحد وإن اختلفا في المآل بالزبد المخرج من أحدهما، لأن ذلك غير مقصود.

ويعني بلبن اللقاح: لبن النوق؛ لأن لبن الإبل لا زبد فيه. وينبغي إذا روعي المآل أو كان القصد إخراج الزبد أن لا يجوز للتفاضل.

قوله: (كما جاز دقيق قمح)^(١). هذا لا خلاف في جوازه بين الخصمين ولو كان في القمح ريعٌ يصير به في ثاني حالٍ مخالفاً، ويمكنُ الفرق بأن يقال: إنَّ الدقيق هو نفسُ القمح وإنما تفرقت أجزاءه، بخلاف الزبد من اللبن لأنه شيء آخرٌ مخالفٌ يخرج بصنعةٍ، وكل جنس لا يجوز فيه التفاضل فلا بد من تحقيق التماثل في بيع بعضه ببعض^(٢).

وإن كان غير ربوي كالتفاح والثياب فلا يجوز بعضه ببعضٍ حتى يتحقق التفاضل أو التماثل، وأما الجنسان فيجوز بيع أحدهما بالثاني مطلقاً لاختلاف المنافع والمقاصد فيهما.

قوله: (السمن بلبن أُخرج زبدُه)^(٣). لأنهما جنسان فيجوز فيهما التفاضل، بخلاف اللبن فيه زبدُه لأن في ذلك بيع معلوم بمجهول من جنسه، ولأنه قد اتحد الربويُّ من الجانبين ومع أحدهما غيره.

(١) التهذيب (٨١/٣).

(٢) لعل هذا القول لابن بشير، قال خليل في التوضيح «رد ابن بشير ما خرجه اللخمي من هذه المسألة أن السمن صار بالصنعة والنار كجنس آخر وسيأتي ذلك. وتبع المصنف في نسبة هذا لابن بشير ابن شاس، وليس هو في تنبيهه ولعله في غيره». (٣١٧/٥).

(٣) التهذيب (٨١/٣).



قوله: (لا بأس بشاة لبون بلبن)^(١). يَرِدُ على تجويزها إشكالاً، لأنَّ الشاةَ اللبون فيها لبن، فإن اعتبر ذلك فينبغي أن يمنع بيعها مطلقاً، وإن لم يعتبر ما فيها من اللبن فينبغي أن يجوز إلى أجلٍ. فوجه ذلك أن فيها شائبتين باعتبار أحدهما جاز ذلك، ولأن اللبن غير مقصود من الشاة، وباعتبار الثانية منعها إلى أجل.

والحالوم^(٢) هو الجبن الأبيض الذي لا (..) والبقري، لأن الذي (.) هو الجاموسي والماعز.

قوله: (ولا ينبغي لأجلٍ أيهما عجلت)^(٣). في هذه أربعة أقوال: المنع، وعلته ما قلنا من الطعام بالطعام إلى أجل. والجواز مطلقاً لأن اللبن في الشاة غير مقصود. والثالث يجوز إن عجلت الشاة وأخر اللبن، ويمتنع العكس لأن في ذلك سلم الشيء فيما يخرج منه وذلك سلفٌ وبيع. والرابع العكس يجوز إن قدم اللبن لأنه الطعام حقيقة فيكون التأخير فيما ليس بطعام^(٤).

قوله: (وكذلك إن كان مع السمن عَرَضٌ أو دراهم)^(٥). إنما امتنع لما تقدم من أن ما يصحب الطعام حكمه في التعجيل حكم الطعام.

قوله: (لأنه لا يخرج منها)^(٦). هذا معترض، [٢٩/ب] لأنه لا يمنع اللبون باللبن لكونه يخرج منها خاصة، بل ومع ذلك لأنه طعام بطعام فينبغي المنع إلى

(١) التهذيب (٨١/٣).

(٢) في لسان العرب: الحالوم، بلغة أهل مصر: جبن لهم. الجوهري: الحالوم لبن يغلط فيصير شبيهاً بالجبن الرطب وليس به. لسان العرب مادة: حلم (١٤٨/١٢).

(٣) التهذيب (٨١/٣).

(٤) انظر النواذر والزيادات (١٨/٦). والتبصرة (٣١٠٠/٧).

(٥) في التهذيب «وكذلك إن كان مع السمن أو الجبن عرض أو دراهم» (٨١/٣).

(٦) التهذيب (٨٢/٣).

أجلٍ لذلك .

قوله: (عليها جزءٌ صوفٍ بجزءٍ صُوفٍ)^(١). يعني أطيب منها لأن الصوفَ ليس بربويٍّ فصَح فيه التفاضل .

قوله: (كل ذلك نقداً)^(٢). لأن فيه إلى أجلٍ سَلَمُ الشيء فيما يخرج منه ، وهو راجع إلى سلفٍ وبيع .

قوله: (إلا أن يتباعد ما بينهما)^(٢). يعني أن يقطع بالتفاضل بينهما لأنهما جنس واحد .

قوله: (وتكون الفلوس عدداً)^(٢). لأنه إذا كانت جُزافاً بطل ، لأن كلَّ ما يقصد فيه العددُ كالفلوس والدرهم والرمّان والبيض فلا يجوز بيعه جزافاً لما يدخله من المخاطرة والغرر ، لأن كل واحد يروم غَبْنَ صاحبه ويشتهي أن يكون عددها مخالفاً لما يشتهي الآخر منها .

قوله: (قصيلاً أو تَبْنًا بشعيرٍ نقداً جازاً)^(٣). القصيل^(٤) بشرط القَصْل كالتبنِ ، ليس واحد منهما بطعام بل هما علف ، وإذا كان ذلك فإنما امتنع مع التبقية لما فيه من بيع الزرع قبل انتهائه بشرط التبقية وذلك غرر . ولذلك ينبغي أن يُريد بقوله «شعيراً» أنه أخضرٌ ، أو يريد أن ذلك جائزٌ مطلقاً ، وأما إن كان يابساً لجاز بالتبن .

(١) في التهذيب «عليها جزء صوف كاملة بجزء صوف» (٨٢/٣) .

(٢) التهذيب (٨٢/٣) .

(٣) في التهذيب «قصيلاً ليقضه ، أو تبناً بشعير نقداً جازاً» (٨٢/٣) .

(٤) القصيل: الشعير يجر أخضر لعلف الدواب ، سمي قصيلاً لأنه يقصل وهو رطب ، والقصل القطع . انظر المصباح (٥٠٦) . والقاموس: (١٣٣٢) .



قوله: (وكذلك القَرَطُ^(١) الأخضر واليابس (بالرسيم)^(٢))^(٣). لا بد في الأخضر من شرط القطع ، ومع ذلك يجوز يدا بيد وإلى أجل .

قوله: (قصيل نقدا)^(٣). أي بشرط القطع .

قوله: (إلا إلى أجل)^(٣). تحرّز من بيع الطعام قبل بدوّ صلاحه على التبقية ، أو من سلّم الشيء فيما يخرج منه .

قوله: (فلا أحب أن يقبض في ثمنه شيئاً)^(٤). تحرز من سلم الشيء فيما يخرج منه .

قوله: (لا خير في زيت زيتون)^(٤). الفرق بين هذه وبين اللبن قد أُخرج زبده أو لبن الإبل بزبدٍ ، أن لبن الإبل لا شيء فيه من الزبد بوجه ، وكذلك الذي أُخرج زبده . وأما الزيتون فلا بد أن يخرج منه الزيت إذا عوني ، وإن قلّ ، فلذلك امتنع .

قوله: (ولا في الجلجلان بزيت)^(٤). لأنه بيع معلوم بمجهول من جنسه .

ونعني بالنبيد ما يحل شربه وهو أن ينبذ التمر في الماء ويشرب (.) .

ورُبُّ القصبِ ما يخرج من عَصْرِهِ أو بالطبخ فلذلك لم ينتقل عن أصله ، بخلاف ما إذا جَعَلَ فيه إِبْزاراً فإنه ينتقل ويصير جنساً واحداً كما انتقل اللحم المطبوخ بالإبزار وصار جنساً آخر ، ولم ينتقل المطبوخ بغير إبزار لأنه إذا سلق

(١) القَرَطُ: حب معروف يخرج في غلف كالعدس من شجر العضاة ، وقيل: ورق السّلم يدبغ به الأدم وقيل ثمر السنط . انظر القاموس: (١٣٠٩) . ولسان العرب مادة قرط: (٣٢٠/٧) .

(٢) كذا في المتن ، ولعل الصواب البرسيم كما في التهذيب (٨٣/٣) . والبرسيم: بالكسر حب القُرْط شبيه بالرطوبة أو أجل منها . القاموس: (برسم): ص: (١١٦) .

(٣) التهذيب (٨٢/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٨٣/٣) .



بعد أن يعمل منه كل ما يعمل من (.) وكذلك يعمل الطباخون يلقونه أولاً ثم يعملون منه الألوان .

قوله: (وصفة رُبِّ التمر أن يطبخ)^(١) . فسرها حتى يبين أنها لم تنقله عن أصله .

قوله: (ولا يجوز خل التمر بخل العنب)^(٢) . لا خلاف أنهما جنس واحد ، بخلاف زيت الزيتون وزيت الجرجان لأنهما جنسان بلا خلاف ، وبخلاف نبيذ التمر ونبيذ العنب لأن فيهما قولين: أما الأول فلأنه لما كان العنب والتمر لا يصيران خلا إلا بعد طولٍ وكانت منفعة كل خل واحدةً انتقلا عن أصليهما واتحدا باتحاد المنفعة فيهما وشدة الاحتياج إليهما على السواء ، بخلاف الزيتين فإن منافعهما مختلفة فبقيا على أصليهما من الخلاف فجاز التفاضل فيهما .

وأما النبيذ فإنه لا يطول كغيره وإنما هو يجعل الماء عليهما ولا يترك لئلا يحرم استعمالهما ، فمن راعى أصليهما من الخلاف أجاز التفاضل فيهما ، ومن راعى استواءهما الآن جعلهما صنفاً واحداً لاتفاق المنافع .

قوله: (لطول أمد الخل)^(٢) . ففارق أصله ولشدة الحاجة إليه أكثر منها إلى أصله .

قوله: (لابأس بالسويق)^(٢) . [١/٣٠] لأنه بالقلو صار نوعاً آخر لأنه لا يتهياً من الخبز بعد قلوه ما كان يُعمل منه قبله ، ولا بأس بالخبز بالعجين لأنه بالطبخ قد انتقل عن أصله إذ لا يُعمل منه ما كان يعمل من الدقيق ، بخلاف العجين مع

(١) في التهذيب «وصفة رب التمر» (٨٣/٣) .

(٢) التهذيب (٨٣/٣) .

الحنطة لأن الحنطة يتها ما يتها من العجين ، فكأنه لم ينتقل لأنها صنعة لم تُغَيَّرُهُ.

قوله: (ويجوز القمح بدقيقه)^(١). لنا في الدقيق قولان^(٢) هل ينقل ، فعلى هذا الأمر فيه جائز ، أو لا ينقل ، فلا يجوز التفاضل لأنه القمح بعينه إلا أنه تفرقت أجزاؤه .

واختلف بالدقيق بالقمح على ثلاثة أقوال: أحدهما يجوز مماثلة كما تقدم بالكيل لأنه المعيار الشرعي في ذلك ، والتماثل في ذلك حاصل في الحال . والثاني المنع مطلقاً ، لأنه إما أن يكون بالوزن فيمنع لأن فيه خروجاً عن المعيار الشرعي ، أو بالكيل ولا مماثلة لأنه بلا شك الدقيق الخارج من الحنطة بذلك الكيل أكثر ، فقد حصل الخلاف في المالك فلم يجز ابتداءً . والثالث الجواز بشرط أن يكون بالوزن لا بالكيل ولم يبال بالمعيار الشرعي لأن الضرورة تدعو إلى ذلك لمكان التماثل المقصود شرعاً^(٣).

قوله: (وقد غمره مالك)^(٤). يعني عابه ، يريد أن القلو لا ينقل الحب بمجردده حتى يطحن ، لأنه قبل الطحن يصلح منه ما يصلح من الحب غير المقلو ، ومشهور المذهب أن الحنطة والشعير والسلت صنف^(٥) ، وقيل أيضاً العلس^(٦)

(١) التهذيب (٨٤/٣).

(٢) انظر المختصر الفقهي لابن عرفة: (٢٦٤/٥).

(٣) انظر تفصيل هذه الأقوال في شرح التلقين عند قوله: (اختلف الناس في بيع ما فيه الربا من الحبوب بدقيقه...) شرح التلقين: (٢٨٦/٢) وما بعدها.

(٤) التهذيب (٨٤/٣).

(٥) انظر المدونة: (١٥٣/٣). والتبصرة: (١٠٨٠/٣). وبداية المجتهد: (٢٨/٢).

(٦) قال الرجراجي: واختلف في العلس وهو الإشقالية: وهو حب مستطيل مصوف يكون باليمن =



معهما صنف واحد، وقد نقل أبو القاسم السيوري قولاً عن مالك أن القمح والشعير صنفان كمذهب الشافعي^(١)، وذكروا حديثاً فيه: «بيعوا القمح والشعير كيف شئتم»^(٢).

وأما القطاني ففيها قولان: أنها صنف، وأنها صنفان في البيوع وفي الزكاة، إلا أن المشهور هناك خلاف المشهور هنا، احتياطاً على براءة الذمة، وعلى الهروب من الربا^(٣).

والغريض من اللحم الطري، وإنما امتنع بالقديد لأنه مزبنة، لأنه لا يعلم

= هل يضم بعضه إلى القمح والشعير والسلت أم لا على قولين: أحدهما: أنه من جنس القمح والشعير والسلت، وهو قول أكثر أصحاب مالك على ما نقله ابن حبيب في واضحته. والثاني: أنه صنف رابع، ولا يضاف إلى الأنواع الثلاثة، وهو قول ابن القاسم، وبه قال ابن وهب وأصبغ. ووجه القول الأول: أنه تساوى مع القمح في المنفعة ولا يكاد يخلو منه. ووجه القول الثاني: أنه لا يتفق مع الحنطة والشعير في الوجود فدل ذلك على اختلاف منفعتهما.

(١) انظر روضة المستبين لابن بزيمة (٢/٩٤٠). ومواهب الجليل: (٤/٣٧٤). وشرح ابن ناجي على الرسالة: (٢/١١٩).

(٢) يريد حديث عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد». صحيح مسلم. كتاب المساقاة. باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً.

(٣) انظر التهذيب (١/٤٨٠). ومناهج التحصيل: (٢/٣٩١). وحكى ابن رشد في البيان والتحصيل قولاً ثالثاً: «قال محمد بن رشد: القطاني كلها عند ابن القاسم وسائر أصحاب مالك في البيوع أصناف مختلفة، واختلف قول مالك في ذلك على ثلاثة أقوال: أحدها: أنها أصناف مختلفة، والثاني: أنها صنف واحد، والقولان له في السلم الثالث من المدونة، والثالث أن ما كان منها يشبه بعضه بعضاً، يريد في المنفعة كالحمص والعدس فهو صنف واحد لا يجوز فيه التفاضل؛ وما كان منها لا يشبه بعضه بعضاً في ذلك فهو صنفان، يجوز التفاضل فيهما، وهو قول مالك في سماع أشهب من جامع البيوع». البيان والتحصيل: (٧/٩٦).



كيف يكون في الطري لو ييس ، وكذلك المشوي لأنه لم ينقل اللحم بشيّه عن كونه لحماً.

قوله: (وإن تحري)^(١). اختلف في بيع ما لا يجوز فيه التفاضل من الربويات بتحري المماثلة على أربعة أقوال:

المذهب منها أنه يجوز ذلك في الموزون لا في المكيل فالتمر بالرطب على تقدير أنه إذا ييس صار مثله ، والرطب بالرطب والتمر بالتمر بالتحري في المماثلة. والفرق أن الميزان كثيرا يتعذر وجوده بخلاف الكيل لأنه ييسر كالآنية والكف. ومنها: أنه يجوز مطلقاً لأن التحري يقوم مقام الكيل والوزن.

وقيل: لا يجوز مطلقاً لأن التحقيق لا يتوصل إليه بالتحري ، والجهل بالتماثل مثل تحقيق التفاضل.

وقيل: يجوز في اليسير دون الكثير.

قوله: (بمَمَقُور)^(٢). يريد المالح اليابس ، وقد فسر النكشود^(٣) باللحم المالح ، وإنما امتنع ذلك لأن التماثل فيه مجهول وهو ربوي.

قوله: (مع زيت وخل)^(٣). هذا يصير صنفاً آخر كما ينقل المطبوخ بالإبزار ، ولا ينتقل المسلوق كالمقلو والمشوي دون إبزار.

قوله: (ولا بأس به بالنّيء)^(٣). لأنه قد صار صنفاً آخر.

(١) التهذيب (٨٦/٣).

(٢) كذا في المتن بالشكل ، وفي (التهذيب): نمكسود

(٣) التهذيب (٨٦/٣).



قوله: (والمطبوخ كله صنف)^(١). هذا المذهب أن جميع المطبوعات من لحم وأرز وهريسة وغير ذلك من أنواع الألوان، فإنه يصير جميعه صنفا واحدا، لأن المقصود من جميعه سواء ولا اعتبار باختلاف المنافع بالنظر إلى آحاد الناس. وقيل: إنه أنواع مختلفة بحسب [٣٠/ب] اختلاف منافعه.

وإذا قلنا أنه كله صنف واحد فهل يكون حكم مرقته كلحمه فلا يجوز التفاضل بينهما نفسهما، ولا بينهما وبين اللحم المطبوخ فيها لأنها أجزاء ذلك اللحم، أو هي نوع آخر لأنها في الأصل ماء فيجوز التفاضل فيها، وإنما يختص بامتناع التفاضل ذلك اللحم المطبوخ حسب؟

وكذلك اختلف في العظام التي مع اللحم، مطبوخا كان أو غيره، هل يراعى التماثل أيضا فيه كاللحم الذي معها، أو لا يراعى ذلك إلا في اللحم الذي معها لا غير^(٢)؟

قوله: (كقلية)^(٣). بمعنى مقلوة، ويروى كقلية.

قوله: (في الصير)^(٤). يريد المملوح يدخر من الحوت، وسمي بذلك لأنه بالتمليح يصير إلى زمان آخر.

قوله: (لا خير في شاة مذبوحة)^(٤). يرد على هذه المسألة إشكال: لأنه لا يجوز في المذهب بيع رطل من لحم شاة في جلودها قبل سلقها لأنه مجهول، وقد أجاز في هذه بيع لحم شاة بلحم شاة، وكلتاها في جلدها، وعليه يجوز بيع

(١) التهذيب (٨٦/٣).

(٢) انظر شرح التلقين: (٣٠٠/٢). والبيان والتحصيل: (٨٧/٨).

(٣) في التهذيب «كقلية» (٨٦/٣).

(٤) التهذيب (٨٦/٣).



شاة في جلدها مذبوحةً بدراهم ، وقد اختلف في جواز ذلك .

فالمذهب جوازه مطلقاً كما ترى ، وقيل : يمتنع ، وهل المنع مطلقاً في الحضر والسفر ، أو في الحضر ويجوز ذلك في السفر ؟ قولان :

المذهبُ : وجهُ المنع أن في ذلك اتحاد مال الربا من الجهتين ومع كل واحد منهما غيرُهُ وهو الجِلْدُ وذلك ممنوع .

ووجهُ الجواز أن الجلد حافظ لا بَالَ به فصار تابعاً كقشر الفول وكقشر البيض إذا بيع بعضه ببعض ، وكذلك بيضُ النعام له ثمنٌ وهو مقصود ، لكنه لم يعتبر . ووجه تجويز ذلك في السفر أن الجلد في السفر لا بال له ولا ثمن له ، فصار تابعاً ، وكذلك حال بيعه قبل السِّلْخ ولا يدري كيف يخرج لأنه لا بَالَ له هناك .

قوله : (إن قدر على تحريمها)^(١) . لأنه إن لم يقدر على ذلك فلا يجوز .

قوله : (فله حُكْمُ اللحم)^(١) . لأنه كُلُّهُ لحم . ومن حلف ألا يأكل لحماً فأكل شحماً حنث بخلاف العكس لأن الشحم من اللحم وليس كذلك العكس .

قوله : (ولا بأس بأكل الطحال)^(١) . إنما قال هذا لأنه دَمٌ ، والحديثُ : «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ»^(٢) ، ليس بصحيح ، ولا تَسَاوِي في التحري ، هذا المشهور .

(١) التهذيب (٨٦/٣) .

(٢) الحديث رواه ابن ماجه عن عبد الله بن عمر ، أن رسول الله - ﷺ - قال : «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ ، فَأَمَّا الْمَيْتَتَانِ : فَالْحَوَتُ وَالْجَرَادُ ، وَأَمَّا الدَّمَانِ : فَالْكَبِدُ وَالطَّحَالُ» أبواب الأَطْعِمَةِ . باب الكبد والطحال . وأحمد في مسنده رقم ٥٧٢٣ . وغيرهما . وفي سنده كلام . قال أحمد شاكر بعد أن عرض روايات الحديث وأحوال رواته : (فهذا الحديث إذن حديث صحيح مرفوعاً أو موقوفاً ، ليست له علة ، وقد أخطأ كل من أعلاه . وقد ثبت الحديث بهذا اللفظ أيضاً ، من حديث أبي هريرة ، بإسناد صحيح على شرط الشيخين ، رواه أحمد فيما سيأتي (٨٨٩٥ ، ٩٠٤٩) . ورواه النسائي =



قوله: (يدخر)^(١). يريد من المقتاتِ ، لأن ما يدخر ولا يقتات أو يقتات ولا يدخر فيجوز فيه التفاضل ، وما لا يجتمع فيه الأمران فهو الربوي .

وقد اختلف في البيض ، فقليل : ليس بربوي لأنه لا يدخر ، وقيل : ربوي لأنه قد يمكث كثيرا في فصل البرد ، وما لا يثمر (.) مصر ولا يُزَبَّب من عنبها ففيه قولان :

قل : ربوي ؛ لأن جنسه يدخر ، وقيل : ليس بربوي لأنه بعينه لا يدخر .
ولا خلاف في أن اللبن ربوي لأنه يستخرج منه ما يُدَّخر^(٢) .

وما يدخر في موضع دون غيره ففيه قولان كالتين ، قيل : ليس بربوي لأنه المروي عن مالك وكذلك لا زكاة فيه ، وقيل : هو ربوي في الموضع الذي يدخر

= (٣٦٣/١) وابن ماجه ١ : ٢٨٩ ، والحاكم ١ : ٤٠٧ . انظر تحقيقه على الحديث : (٥/٢١٢ - ٢١٣ و ٩٨/٦) .

(١) التهذيب (٨٧/٣) .

(٢) مثله عند ابن بشير ؛ قال ابن شاس «قال الشيخ أبو الطاهر : «ولم يختلف أهل المذهب في كون اللبن ربوياً على اختلاف أصنافه ، وهو إن كان لا يدخر على حاله فإنه يستخرج منه ما يدخر كالسمن والجبن» .

وقال أبو الحسن اللخمي : «يختلف في بيع المخض بالمخيض والمضروب بالمضروب متفاضلاً ، لأنهما لا يدخران . فمن منع التفاضل بينهما منع أن يباع شيء منه بحليب أو سمن أو زبد أو ما في معناه لأنه كالرطب باليابس . ومن أجاز التفاضل أجاز بيعه بأي ذلك أحب من الحليب وغيره» . قال : «وقال مالك في المدونة : لا بأس بالسمن باللبن الذي قد أخرج زبده» ، وهذا لا يصح إلا على القول بأن التفاضل بينهما جائز ، لأنه كالرطب باليابس ، وأرى أن يجوز التفاضل في المخيض والمضروب ، لأنه مما لا يدخر . ومن منع ذلك حملة على الأصل . قال الشيخ أبو الطاهر : (وهذا الذي ذكره وما عول عليه من المدونة فيه نظر ، لأنه لا خلاف في المذهب أن لبن الإبل ربوي ، وإن كان لا يدخر ، ولا يستخرج منه ما يدخر للاقتيات (أو) للأكل وليس ذلك إلا لأنه مقتات ، وهو غالب أقوات الأعراب الذين خوطبوا بمبتدأ الشرع» . عقد الجواهر (٢/٦٥٧) ، والتوضيح (٥/٣١٧) .

فيه ، وفيه الزكاة أيضا هناك^(١) .

قوله : (ما خلا الذهب بالذهب والفضة بالفضة)^(٢) . لا خلاف في امتناع التفاضل في ذلك ، إلا ما يروى عن ابن عباس من أنه أجاز فيها التفاضل وأخذ بالحديث : « إنما الربا في النسيئة »^(٣) ، فقصر الربا في النسيئة ، وقد روي عنه أنه رجع عن ذلك فانعقد الإجماع على ذلك .

قوله : (والفلوس بالفلوس عدداً مثلاً بمثل)^(٤) . أي التماثل فيها إنما هو باعتبار العدد لا باعتبار الوزن لأنها تختلف في ذلك ، وإنما يعتبر فيها ما تساوى بخلاف الذهب والفضة فيعتبر فيهما الوزن ، وكذلك في تَبْرُهُمَا لأنه ذهب أو فضة^(٥) ، بخلاف النحاس الذي تعمل منه الفلوس ، [١/٣١] وذلك لأنه قد انتقل بضربه فلوساً فصار جنساً آخر ، كما لو ضربت فلوس من الجلد لصار نوعاً يمنع فيها التفاضل ، وفي الفلوس ثلاثة أقوال : أنه ربوي لأنه قد صار صَرفاً ، وأنه ليس بربوي نظراً إلى أصله ، فهذان قولان بالحل والحرمة ، والثالث الكراهة وهو مشهور المذهب^(٦) .

قوله : (ولا يجوز السكر بالسكر)^(٧) . لأنه مقتات فيدخر .

قوله : (ولا صبرة حنطة بصبرة شعير إلا كيلاً)^(٨) . هذا هو ما قلت من الفرق

(١) انظر جامع الأمهات لابن الحاجب (٣٤٥/١) ، و مواهب الجليل (٣٤٦/٤) .

(٢) التهذيب (٨٧/٣) .

(٣) الحديث تقدم تخريجه . انظر (ص : ٤١)

(٤) التهذيب (٨٧/٣) .

(٥) انظر المدونة : (٣/٣) .

(٦) انظر المدونة (٥/٣) . والذخيرة (٣١/٦) .

(٧) التهذيب (٨٧/٣) .

(٨) المصدر نفسه (٨٨/٣) .



بين المكيل والموزون في البيع بتحري المماثلة في الموزون لا في المكيل^(١).

قوله: (ولا إردب حنطة وإردب شعير بمثلهما)^(٢). هذه المسألة إنما امتنعت لأن الصنف الربوي اتحد فيها من الجانبين ومعه غيره فيهما، وذلك هو التفاضل المعنوي لا الحسي، لأنه يمكن أن تكون الحنطة من أحد الجانبين أعلى ومن الآخر أدنى والشعير كذلك فيدخله التفاضل المحذور. وأجازه عبد الملك ابن المواز^(٣) إذا تحقق أن الصنفين من الجانبين أفضل معا منهما من الجانب الثاني أو أدنى منهما فيزول المحذور بذلك من كون أحدهما يريد أن يغبن الثاني. وأجاز ذلك أبو حنيفة مطلقاً لأنه يجعل كل صنف في مقابل نوعه كان مثله أو أدون منه كما يجوز ذلك على الأفراد على جهة المعروف فكذلك مع الاجتماع.

وأما في اقتضاء ذلك من مثله فإنه جائز مثل أن يكون له عليه مدٌّ ودرهم فيعطيه عما في ذمته مدًّا ودرهما فهذا جائز، لأن ضرورة الاقتضاء لا بد فيها من ذلك، وذلك كالذهب بالذهب والفضة بالفضة، إلا أنه أجاز في العين بالعين في الصرف أن يكون معهما بيع يسير، وهل يجوز ذلك في غيرهما من الربويات؟ قولان: فوجه الجواز أن القليل تابع فلم يعتبر، والمنع أن ذلك جائز في الصرف للضرورة التي تضم إلى ذلك فيه بخلاف غيره.

قوله: (ولا تصلحُ الفُلوسُ بالفُلوسِ جُزَافاً)^(٤). لأن الغرض منها العدد فلا

(١) أي عند قول صاحب التهذيب (وإن تحرى). ص: (١٥٢).

(٢) التهذيب (٨٨/٣).

(٣) كذا في المتن، ولعل الصواب: عبد الملك وابن المواز. لأن ابن المواز تفقه على عبد الملك ابن المَاجِشُون. ولم أقف على هذا القول منسوباً لابن عبد الملك، بل لابن المواز. انظر الجامع لمسائل المدونة: (٤٦٩/١١). والنوادر والزيادات: (٦/٦).

(٤) التهذيب (٨٨/٣).



تجوز جزافا لما يدخله من المخاطرة ، وكذلك الوزن والكيل لأن كل واحد يريد أن يغبن صاحبه .

قوله : (وإنما كره مالك ذلك في الفلوس)^(١) . هذا هو المذهب .

قوله : (لا خير في بيع رطل فلوس برطلين نحاس)^(٢) . لأنه يُحتمل أن يخرج من النحاس مثل تلك الفلوس وأكثر فيدخله المخاطرة ، إلا أن يتحقق أن أحدهما أفضل فيجوز .

وكذلك كل صنف غير ربوي لا يجوز بيعه مما هو من نوعه إلا أن يتحقق في ذلك المماثلة أو التفاضل ، وهذا إذا كان يدا بيد ، وأما إلى أجل فلا يجوز بمثله لأنه سلف جر نفعا وهو الضمان ، ولا بأكثر منه لأنه ضمان بجعل ، ولا بأقل لأنه سلف بزيادة .

قوله : (وكل شيء يجوز واحدا باثنين من صنفه)^(٢) . يعني غير الربوي فلا يجوز فيه الجزاف لمكان المخاطرة ، كتفاح بمثله فلا بد في ذلك من تحقيق المماثلة أو التفاضل ، حتى يزول الغرر وهو أن كل واحد يريد غبن الآخر .

قوله : (بشيء كثير)^(٢) . لأن اليسير في حكم العدم ، فمهما لم يتحقق المماثلة أو التفاضل الكثير كان مخاطرة .

قوله : (وإن كان ترابا)^(٢) . أي ما لا خطر له ولكن مع ذلك لا بد في بيع بعضه ببعض من تحقق المماثلة أو التفاضل .

قوله : (ولا يكون ذلك دينا بدين)^(٢) . لأنه معيّن لا في الذمة ، وعلى هذا

(١) التهذيب (٨٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٨٩/٣) .



فكان ينبغي إذا تلف أحدهما أن يكون من مشتريه ، فلا يفسخ البيع كسائر المبيعات .

فقوله : (انتقض البيع)^(١) . وجَّهوه بأنه لما بقي محبوسا في الثمن لم يخرج عن [٣١/ب] ضمان بائعه ، وفي السلعة المحبوسة عند البائع في ثمنها قولان : هل تخرج من ضمان البائع أو لا ؟ فهذا القول على أحدهما ، وقيل : إنه باعتبار أنه تلف قبل أن يمضي من وقت العقد من الزمان قدر ما يوفيهما المشتري ، ومتى لم يضر ذلك القدر فهي بعد في ضمان البائع . وفي المذهب قول شاذ كقول الشافعي : أن السلعة مطلقا لا تخرج من ضمان البائع حتى يقبضها المشتري ، ولا تحمل المسألة على هذا القول لشذوذه ، وهذا الذي قلنا إنما يكون إذا ثبت للبائع بينة بتلف ذلك ، وهل يحلف بعد ذلك أو لا ؟ قولان .

ومما يقوي بيع الشاة المذبوحة بمثلها أن الجلد كاللحم لأنه يسمط فيشوى مع اللحم ببلاد مصر ويؤكل^(٢) . وقال الملك الكامل^(٣) لبعض المغاربة : لم كانت الجلود بالمغرب أكثر منها بديار مصر ؟ فقال لأنكم تأكلونها . فقال الكامل : فالتنا سكتة .



(١) التهذيب (٨٩/٣) .

(٢) قد ذكر هذه المسألة عند قول صاحب التهذيب (لا خير في شاة مذبوحة) انظر ص : (١٥٤) .

ونقل الشيخ الخطاب قول الباجي : أن الجلد لحم يؤكل مسموطا . مواهب الجليل : (٣٥١/٤) .

(٣) الملك الكامل محمد السلطان ناصر الدين أبو المعالي وأبو المظفر ابن السلطان الملك العادل

سيف الدين أبي بكر ، بن أيوب بن شادى صاحب مصر . ولد بمصر سنة ٥٧٦ وتوفي سنة ٦٣٥ .

ولاه أبوه مصر سنة ٦١٥ . قال ابن تغري بردي : فاضلا عالما شهيا مهيبا عاقلا محبا للعلماء . وقال

ناقلا عن المذري : كان معظما للسنة النبوية وأهلها ، راغبا في نشرها والتمسك بها ، مؤثرا الاجتماع

مع العلماء والكلام معهم) . النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة : (٢٢٧/٦) ، وقد صنع الإمام

القرافي آلة أهداها إليه كما تقدم في مقدمة الترجمة .

كتاب الصرف

—•••••—

قوله: (بطلت الصفقة كلها)^(١). لأن فيها صرفاً [مستأخراً]^(٢) وإذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام فالمذهب بطلان جميعها، وقيل: يصح الصحيح منها ويبطل الفاسد مطلقاً، وقيل: إن كان الحرام الأكثر بطل الجميع، وإن كان الحلال الأكثر صحَّ وبطل الحرام.

قوله: (لم يصح)^(٣). للعلة المتقدمة، وزاد هنا علة ثانية وهي فسخ دين في دين، لأنه فسَخَ عشرة الدنانير الباقية في المائة الدرهم، فلذلك تبطل الصفقة كلها وتبقى مائة الدنانير كما كانت.

الطوق: شيء يجعل في العنق (.) .

قوله: (ولا خير فيه). أي أنه حرام.

قوله: (والحلي في هذا والمسكوك والتبر سواء). لأن جميع ذلك ذهب وفضة.

قوله: (فالجميع منتقض). هذا المذهب، والخلاف فيه كما تقدم.

قوله: (لأن هذا صرفٌ صحت عقده). أي العقد هنا وقع صحيحاً لأنه لم يقصدا التأخير أولاً، وذلك بخلاف عقد الأول، وإلا فلو رضي الرديئة صح جميعه، فلذلك صح بعضه وفسد بعضه.

(١) التهذيب (٩١/٣).

(٢) في المتن: (مستأخرٌ)، والصواب ما أثبت.

(٣) من هذا إلى قوله: (لأنه صرف فيه سلعة تأخرت) كله في التهذيب (٩٢/٣).



قوله: (أعطني بالعشرة الأخرى عشرة أَرْطال)^(١). إنما اختلف في اجتماع البيع والصرف في صفقة واحدة فقليل: يجوز مطلقا كما يجوز ذلك في غير الصرف، وقيل: يمتنع مطلقا؛ لأن البيع والصرف عقدان مختلفان في أحكامهما، وإنما ينضم العقد إلى غيره إذا اتفقت أحكامهما، فلو أضيف البيع إلى الصرف لأمكن أن يستحق المبيع فيرد إليه ما قابله، وحكم ما سحب الصرف في البيع أن يكون ثمنه نقدا فيؤدي إلى أن يخرج عن أصله. وقيل: لا يجوز إلا في دينار واحد لا أزيد، وهو المذهب.

وإذا قيل بالجواز في الدينار أو مطلقا فلا بد أن يكون أحد العقدين تابعا للآخر بأن يكون الصرف في الأكثر أو بالعكس، حتى يكون الأقل تابعا للآخر فلا يتحقق الجمع، ومن أجازة في الدينار لا غير فعلى التبعية أيضا، وقيل مطلقا فيجوز أن يصرف نصف الدينار بدراهم وتبيع بنصفه سلعة، وذلك مبني على: هل نعتبر (٠)^(٢) بالنظر إلى نفس الشيء أو إلى غيره، فنصف الدينار بالنظر إلى دينار يسير، وبالنظر إلى نفسه أو الدينار الواحد كثير، فيمتنع على هذا، ويجوز على الأول.

قوله: (ولا يجوز تأخير ما [وقع]^(٣) مع الدراهم من عرض). لأنه لما صحبه صار كأنه عين فلم يجز تأخير.

قوله: (بغير شرط). أي في العقد أولاً، لأنه لا إشكال في امتناعه، ألا ترى أنه لو أسلفه دينارا على أن يأخذ منه دراهم لم يجز، وإذا لم يكن [١/٣٢] بشرط جاز على أنه صرف ما في الذمة كالمسائل المتقدمة في صدر هذا الباب.

(١) في التهذيب «أعطني بالعشرة الأخرى أَرْطال لحم» (٩٢/٣).

(٢) ما بين القوسين غير واضح بسبب البتر ولعله [العدد].

(٣) ما بين المعقوفين من (التهذيب) (٩٢/٣).



وقيل: لا يجوز صرف ما في الذمة لأنه يتأخر وقد نهى عن ذلك.

ووجه الجواز العمل، وحديث ابن عمر: «كنا نبيع الإبل بالبقيع فنأخذ الذهب عن الورق، والورق عن الذهب فنذكر ذلك للنبي ﷺ فلا ينكره»^(١) ووجهه أن ما في الذمة كأنه حاضر فنزل منزلة الشاهد.

قوله: (لأنه صرف فيه سلعة تأخرت). يريد لأن البائع خرج عن يده دراهم نقدا وسلعة مؤخرة، وخرج عن يد المشتري ديناراً.

قوله: (وإن كثرت الدراهم)^(٢). أي كانت أكثر من دينار.

قوله: (ولا بأس بصرف دينار بدراهم وفلوس)^(٢). لأن الفلوس كسلعة فهو صرف وبيع في دينار، وهذا الباب مُشْكِلٌ، ولذلك تورع ابن القاسم عن أن يرث أباه وكان تاجراً وقال: كان لا يُحسن الصِّرف مع أنه كان عالماً، ويدل على أنه كان عالماً بغيره من الفقه، أن السلطان حينئذ سأل ابن القاسم عما يصلح للقضاء فقال: لا أرى أصحَّ له من أبي، فلما أعلم السلطانُ أباهُ قال: أنا أستشير ابني، يعني ابن القاسم، في ذلك. فقال: الأصح لك ألا تشتغل به. ثم اجتمع

(١) الحديث رواه أبو داود في سننه كتاب البيوع. باب في اقتضاء الذهب من الورق عن ابن عمر، قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير، وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فأتيت رسول الله ﷺ، وهو في بيت حفصة فقلت: يا رسول الله، رويدك أسألك إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير، وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم، وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفرقا وبينكما شيء». ورواه النسائي في سننه. كتاب البيوع. بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة. والحاكم في مستدركه. كتاب البيوع: (٢٢٨٥). والترمذي في سننه. أبواب البيوع. باب ما جاء في الصرف.

(٢) التهذيب (٩٣/٣).

مع السلطان فقال: إن ابني أشار علي بتركه ، فقال: كيف يقول هو أصلح من غيره ثم يقول لك الأصلح تركه ؟ فقال: قلت ذلك بالنظر إلى المسلمين ، وهذا بالنظر إليه في نفسه .

قوله: (وذهباً يسيراً لا يكون صرفاً)^(١) . أي من نزارته لا يقابله ما يسمى صرفاً وبيع ذلك ، فلو تأخر ما يقابله أو شيئاً من الثمن في الصفقة لم يجز ، وإن كان العقد الذي يقابل الذهب نزاراً جداً ، والمعظم إنما هو التبع ولكن مع ذلك فالحكم في الثمن التناجز .

قوله: (وإن كان الذهب كثيراً لم يجز)^(١) . لأن البيع والصرف لا يجتمعان في أكثر من دينار على المذهب ، ومن منعه مطلقاً قال: إلا في الحبة ونحوها لمكان الضرورة إذ لا يمكنه أن يدفع له قطعة ذهب بقدرها لتعذر كسره .

قوله: (لأن الفلوس لا خير فيها)^(١) . هذا على الكراهة وهو المذهب وقد بينه ، والخلاف في ذلك مبني على: هل العلة في العين قاصرة أو متعدية^(٢) .

فإن قيل إنها قاصرة: أي منع التأخير فيها لكونها ذهباً أو فضة ، فهي علة غير متعدية لأن كونها ذهباً أو فضة قاصرٌ . وإن قيل إنها متعدية: أي منع ذلك لكونها أثماناً للأشياء وقيماً للمتلفات ، فهذه علة متعدية إلى كل ما يجعل ثمنها ما كان ، ولو جلدأ كما قال .

وأبو حنيفة يمنع القول بالعلة القاصرة ويقول: لا معنى للعلة إلا تعدّيها من محلّ إلى محلّ وإلا فليست علة ، قال: والقول بالعلة القاصرة لا فائدة له لأن في

(١) التهذيب (٩٣/٣) .

(٢) انظر شرح تنقيح الفصول: (٤٠٥/١) .



ذلك تعريفاً للشيء بمعرفتين^(١) ويرى (٠٠)، وإنما تكون الفائدة في التعليل بما يتعدى كفاية القياس عليه. ونحن نقول بالقاصرة لأنه لا امتناع من أن يجتمع على الشيء الواحد مُعرّفان وثلاثة كالنص والقياس والإجماع، وأيضاً فلذلك فائدة الإشعار بالتعبد من غير تعليل ليحصل الثواب على الإيمان بذلك كما هو غير معلّل.

قوله: (فلا خير فيه)^(٢). منعنا في الذهب صرف ما في الذمة وقد تقدم الكلام فيه، والصرف على ما في الذمة وهو أن يصارفه على ما ليس في ذمته في الحال ولكن ليأخذه من غيره في الحال، فهذا إذا كان من جهة واحدة جاز، أعني أن يقول: أصارفك في هذا الدينار الحاضر [٣٢/ب] بدراهم ليست عندي لكن أستقرضها من هذا الشخص، فهذا جائز في المذهب لأنه لقربه صار بمنزلة ما في الذمة إذا لم يتأخر، وخالف أشهب^(٣) في جوازه لأنه حقيقة عقد على ما ليس حاضراً في الحال ولا في الذمة، وأما إن كان من الجهتين مثل أن يصارفه وليس عند أحدهما دينارا ولا عند الثاني دراهم، ولكن على أن يقترضاها بالحضرة فهذا بعيد ويمتنع.

قوله: (ولم يجزه أشهب)^(٤). وكذلك خالف في صرف ما في الذمة فلم يجزه أيضاً.

قوله: (وأكره للصيرفي)^(٤). هذا على التنزيه، وإنما الحرام ما يعمله أعيان الناس بمصر بأن يدفعوا للصيارفة دنائير على أن ينتفع بها ويأخذون منه متى احتاجوا صرفها.

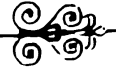
قوله: (وأكره أن يصارفه في مجلس ويناقده في آخر)^(٤). هذا على التحريم.

(١) كذا في المتن، ولعله يريد بمعرفتين، وهو ظاهر في قوله بعد هذا: (مُعرفان).

(٢) التهذيب (٩٤/٣).

(٣) انظر مواهب الجليل: (٣٠٩/٤).

(٤) التهذيب (٩٥/٣).



قوله: (أو جلسا^(١) ساعة)^(٢). هذا على التنزيه، ولكن عبر عن المعنيين المختلفين بلفظ واحد اتكالا على علم أصول المذهب.

قوله: (فواجبه عليها)^(٢). هذا ممنوع لأن القبض متأخر عن العقد.

قوله: (فإن كانت جيادا أخذتها على كذا)^(٣). هذا إمضاء للعقد دون تناجز، وكذلك إن واعدته بأن يصارفه في السوق ولكن فيه الخلاف في المواعدة بالصرف، قيل: تحرم لأن الوعد بالعقد عقد، وقيل: تجوز لأن الوعد بالعقد ليس بعقد حقيقة، وقيل: يكره، وهو مقيس على المواعدة بالنكاح في العدة وهو أشبه به من المواعدة على بيع الطعام قبل قبضه، لأن المحذور من أن يُبرم العقد في الحال وذلك ممنوع.

قوله: (في أن يبتاع وارث)^(٣). لأن ابتياع الوارث شيئا من التركة كابتياع الأجنبي، بدليل أنه إذا سمي لذلك ثمنا ثم استحق باقي التركة رجع يقاسمهم في الثمن الذي أخذوا منه، ولو كان ذلك على وجه المقاسمة ما رجع يقاسمهم في ذلك، ولو اقتسموا ذلك فخرج في سهمه سيفٌ مُحلّى دون أن يذكر ثمنًا له ولا لبعضه كانت قسمة، ثم يرجع بعضهم على بعضٍ بعد، وإذا كان كالأجنبي وما في السيف المحلاة من الحلية يوجب أن يكون ثمن الجميع حاضرا فيجب التناجز في ذلك، وإنما يكتسب الحلي التابع لغيره، وهو ما قيمته ثلث الجميع فدُون مَنْ حُكِمَ ذلك العين أن يصح بيعه بعين سواء موافق أو مخالف، ولولا التبعية لم يبع بمثله إلا متماثلا وهذا المذهب، وقيل: إنه يكون حكمه كحكمه

(١) في الحاشية قوله: (جلسا). وفي (التهذيب): (أو يجلسا): (٩٥/٣).

(٢) التهذيب (٩٥/٣).

(٣) المصدر نفسه (٩٦/٣).

مطلقاً فيصح بيعه دون التناجز ، لأنه صار كعرض .

وفي صفة تقويمه مع العرض الذي فيه قولان:

المذهب أنه ينظر إلى وزنه ولو بالتحري ثم يضاف ذلك إلى قيمة العرض دون حلّي ، ووجهه أنه قد ثبت في الزكاة اعتبار الحلّي الذي لا ينزع من العرض إلا بفساد بالوزن ولا ينظر إلى قيمة المصوغ ، وكذلك في الزكاة إذا سرق فضة أو ذهباً مصوغاً وزنه أقل من ربع دينار وهو يساوي الصنعة التي فيه أكثر من نصاب القطع والزكاة فلا يقطع [لأن] ^(١) التحديد قد وقع بالنصاب ، وكان الأحوط ألا تعتبر القيمة بل الوزن فكذلك هنا ^(٢).

وقيل: بل تُعتبر في ذلك القيمة لا الوزن لأنه لما كان مع عرض صار كحكمه فرجع فيه إلى القيمة ^(٣).

والفرق بينه وبين الزكاة والقطع: أن النصاب هناك محدودٌ ، ولا نصاب هنا مذكورٌ تجب مراعاته .

وقد تقدم أنه إذا صرف دنائير بدراهم فوجد فيها رديئاً فالمذهب أن يبطل قدر الصرف في الرديء ، فإن [١/٣٣] كان أقل من صرف دينارٍ بطل في دينار ، أو أكثر فديناران ، أو أكثر من صرف دينارين فثلاثة ، وهذا ينقص لما دون صرف الدينار إلى درهم صرف دينار ويصح الباقي .

وقيل: بل يبطل الجميع لأن الدرهم الرديء كل جزء منه يقابل كل جزء من

(١) ما بين المعقوفين مبتور في المتن ، ولا بد منه .

(٢) انظر التاج والإكليل (١٧٤/٦) . وشرح الزرقاني على خليل (٩٦/٥) .

(٣) القول الثاني هو ظاهر الموطأ والموازية . انظر مواهب الجليل: (٣٣١/٤)



الدنانير فوجب أن يبطل الجميع . وقيل: لا يبطل إلا ما قابل الرديء ، فإن كان دينارا بطل أو درهم فيقدر ما يقابله من الدينار وصارا شريكين في ذلك الدينار . وقال ابن الجلاب^(١): لا يخلو أن يسميا لكل دينار عِدَّة من الدراهم ، فيبطل دينار ونحوه مما يقابل الرديء ويبطل الدينار لدرهم واحد فصاعدا ، أو لا يُسمَيَا له عددا فيبطل الجميع^(٢) .

قوله: (قيل ومن صرف من رجل دينارا بعشرين درهما)^(٣) . اعلم أن الدنانير عندنا ثلاثة: واحدٌ قيمته من عشرة دراهم وذلك في الزكاة والجزية ، ودينارٌ صرفه اثني عشر وذلك في النكاح والقطع والديات^(٤) ، ودينارٌ من عشرين درهما وذلك في الصرف . قال الشيخ: وكأن الصرف كان في زمان مالكٍ عشرين درهما والله أعلم ، فلذلك ذكره في الصرف .

قوله: (وإن صرفت من رجل دينارا بعشرين درهما)^(٥) . إنما منع هذه

(١) عبيد الله بن الحسن ، ويقال: ابن الحسين بن الحسن ، أبو القاسم البصري المعروف بابن الجلاب . تفقه بأبي بكر الأبهري ؛ أخذ عنه القاضي عبد الوهاب ، والطائي ، وابن أخته المسدد بن أحمد . له كتاب في «مسائل الخلاف» ، و«التفريع في المذهب» . وقال الذهبي: شيخ المالكية ، العلامة . . وكان أفقه المالكية في زمانه بعد الأبهري ، وما خلف ببغداد في المذهب مثله . توفي - فيما قيل - سنة ثمان وسبعين وثلاث مائة) تنظر ترجمته في: ترتيب المدارك: (٧/٧٦) (طبعة المغرب) ، ومختصر المدارك لابن رشيقي: (٢١٤) ، والديباج المذهب: (١/٤٦١) ، وشجرة النور الزكية (ص: ٩٢) ، وطبقات الفقهاء للشيرازي: (١٦٨) .

(٢) انظر الجامع لابن يونس: (٣٨٠/١٢) . ومناهج التحصيل: (١٨/٦) .

(٣) التهذيب (٩٢/٣) .

(٤) قال الشيخ الخطاب: «الدنانير في الأحكام خمسة ثلاثة كل دينار اثنا عشر درهما وهي دينار الدية ودينار النكاح ودينار السرقة وتسمى دنانير الدم ، واثنان كل دينار عشرة دراهم وهما دينار الزكاة ودينار الجزية وتسمى دنانير الذمي ، والله أعلم» . مواهب الجليل (٢٩٢/٢) .

(٥) التهذيب (٩٧/٣) .



المسألة على أصله في سد الذرائع ، وذلك أنه يحتمل أن يكونا توصلا بذلك إلى الصرف المستأخر ، وذلك أنه قال له : بعني دينارا بعشرين درهما إلى أجل ، فقال له : هذا لا يجوز ، فقال : تعال أقرضني عشرين درهما أشتري بها منك الدينار وتبقى لك العشرون إلى أجل . فالسلف لغوٌ وحصل من ذلك صرفٌ مستأخرٌ ، فلذلك قال : وكأنك أخذت دينارا في عشرين درهما ، أي إلى أجل إلا أنها تبنى على أصلٍ وهو : أنه من أسلف وشرطَ الحلول أو الأجل فذلك كما شرط .

وإن سكتا على ذلك فهل يحمل على الحلول فيأخذه بذلك متى شاء لأن الأجل كان له فلا يخرج ماله عن ملكه إلا كيف شاء ، أو هل يحمل على التأجيل لأن حال المقرض أنه محتاج أبدا فإنما دخلا على التأجيل ؟ وهذان قولان في المذهب .

ويفهم من هذه المسألة (.) وهو الحلول لأنه لما رد إليه العشرين درهما حملها على أنها التي أسلفها ، وذلك بناء على أن القرض عند السكوت والإطلاق محمول على الحلول ، وإلا فلو كان على التأجيل عند الإطلاق لكان ما رده إليه صرفا للدينار وبقي السلف في ذمته وصح الصرف ، فكونه أبطله دليل على ما (.) .

قوله : (ولو بعت منه دنانير)^(١) . يجوز على المعروف بدل الدينار والثلاثة (.) دون الناقصة بالوازنة على جهة المعروف والمبادلة ، ولا يجوز فيما كثر ، فإذا لم يجد من يبادله في ناقصة بوازنة فيبيعها بمثلها مراطلة .

والمراطلة بيع العين بمثلها وزنا ، كما أن الصرف بيع الذهب بالورق ، ولا يجوز لأحد منهما بعد ذلك أن يصرف بعض ما أخذ من صاحبه لأنهما يتهمان أن

(١) التهذيب (٩٧/٣) .

يتوصلا إلى بيع دنانير ودراهم بدنانير لك ، لأنه يكون أحدهما قد خرج عن يده دنانير ودراهم وأخذ دنانير وما بين ذلك ملغى .

قوله : (فلا تُعده إليه مكانك سَلَفًا في طعام أو غيره)^(١) . لأنهما يتهمان على فسخ دين في دين وتوصلا إلى ذلك بالدينار .

قوله : (ثم قضاكها بحدثان ذلك)^(٢) . يريد أنه لا يعتبر ذلك القبض إلا أن يتفرقا بعد القبض وتبقى عنده الدراهم نحوًا من خمسة أيام [٣٣/ب] ثم يدفعها له وإلا فهو لغو ، وكأنه فسخ دينا في دين .

قوله : (من غير شرط)^(٢) . أما إن شرط ذلك فهو حرام لا شك فيه بل هو من باب أحرى أن يمتنع هذا إذا امتنع من غير شرط .

قوله : (بحدثانه)^(٣) . قال مالك أن اليومين حدثان .

قوله : (إلا أن يقبض منك الدينار)^(٣) . يريد لابد من أن يكون النقد من الجهتين وإلا كان مُستأخراً ، أو حوالة في الصرف ، والحوالة في الصرف ممنوعة .
قوله : (إنما يجوز بِعَرَض)^(٤) . [يعني إذا كان عيناً . وشرط النَّقْد تحرُّزاً من الدين بالدين .

إلا أنه إذا كان بعَرَض صحَّ إذا كان النقد من الجهتين ، وأما إذا بيع العين بالعين لم يجز إلا نقداً من الجهتين]^(٥) ، وذلك بأن ينفصلا وذمَّتاها بريئتان لأن

(١) في التهذيب «سَلَمًا» (٩٧/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٩٧/٣) .

(٣) في التهذيب «منك الدنانير» (٩٧/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٩٧/٣) .

(٥) ما بين المعقوفين وقع في المتن مكرراً بنصه ، فأثبت الثاني لاتصاله بالتعليل اللاحق وهو قوله : =



صرف ما في الذمة من شرطه الحلول حتى يكون كالحاضر ، وإلا كان صرفاً مستأخراً وحوالة في الصرف ، والحوالة في الصرف ممنوعة .

قوله : (قال : عبد العزيز)^(١) . لا خلاف في هذا .

قوله : (فلم تجد من يراطلك)^(١) . أي من يشتريها منك مراطلة .

قوله : (ولا تجعل ذلك من رجل واحد)^(٢) . لأنك إن ابتعت بالورق وازنه من التي دفعت له الناقصة في الورق يكون قد خرج عن يده دراهم ودنانير وأخذ دنانير وذلك لا يجوز للتفاضل .

قوله : (كثير الفضة)^(٣) . أي فيه من العين أكثر من الثلاثين ، فحينئذ لا يجوز بيعه إلا بما تباع به الفضة ، لأنه صار كأن الجميع فضة .

قوله : (لم ينبغ أن يقبض السيف حتى تدفع الثمن)^(٣) . لِمَا يُشترط فيه من المناجزة .

قوله : (إذا نَقَدَ مكانهما)^(٣) . أي قبل افتراقهما فإن قبضه قبل النقد ثم باعه بيعاً صحيحاً بالنقد جاز البيع الثاني وفسد الأول .

والبيع الصحيح عندنا فوت للبيع الفاسد فيلزمه للبائع الأول القيمة ، كما يلزم القيمة فيما فات من المبيع الفاسد ، ولو كان الأول صحيحاً وفات لزمه الثمن له ، وهذا الفرق بين الصحيح والفاسد .

وكذلك لو اشترى فرساً بخمرٍ أو بثلثين إلى أجل مجهول ، ثم باعه بيعاً

= وذلك بأن ينفصلا وذمتاهما بريئتان .

(١) التهذيب (٩٧/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٩٨/٣) .

(٣) في التهذيب «إذا نَقَدَهُ مكانه» (٩٨/٣) .



صحيحاً فإن البيع الصحيح [فوتا]^(١) للبيع الأول فتلزم القيمة في البيع الأول ، ولو باعه بيعاً فاسداً في البيع الثاني فإن لم يَفُتْ عند الثاني رُدَّ إلى الأول ، وإن فات لَزِمَتْ القيمة في الموضعين فيأخذ البائع الثاني القيمة من المشتري ، والبائع الأول القيمة من المشتري الأول .

قوله : (كبيع فاسد)^(٢) . هو أيضاً بيع فاسد .

قوله : (ولو لم يخرج من يده)^(٣) . يعني من يد المشتري الأول شراء فاسداً لم يبعه بل حالت سوقه وهو عنده ، فإنه يرد إلى ربه ولا يفوت بذلك لأنه عينٌ وهو من ذوات الأمثال ، فلا يفوت بحوالة السوق لأنه لو فاتت عينها لرجع فيها إلى المثل (. .)^(٤) أولى من المثل ، وكذلك سائر ذوات الأمثال كالطعام ونحوه لا يفوت في البيع الفاسد بحوالة السوق ، وقيل يرجع إلى القيمة في ذلك .

قوله : (فعليه قيمته يوم قبضه)^(٥) . لما كان متصلاً (.)^(٦) حكم له بحكمه في القيمة ، وقد حكم له بحكم العين قبل ذلك تناقض ، ولهذا قال ابن الماجشون : يرجع في عينه إلى مثله ، لأنه من ذوات الأمثال لأنه في حكم [١/٣٤] العين .

قوله : (وذلك كله معاً)^(٧) . أي كلكم حاضرون يعني يمنع إذا فارقهما قبل أن يدفع له بحضرتك ، ولكن إن قبض وأنت حاضر جاز وإلا صار حوالة ، وهي

(١) كذا في المتن ، ولعل الصواب [فوت] .

(٢) التهذيب (٩٨/٣) .

(٣) التهذيب (٩٨/٣) .

(٤) ما بين القوسين مبتور في المتن بمقدار كلمتين .

(٥) التهذيب (٩٨/٣) .

(٦) كلمة غير واضحة في المتن بسبب البتر ولعلها [بالعرض] .

(٧) التهذيب (٩٩/٣) .



لا تجوز في الصرف .

قوله: (فأمرك بالقبض وقام فذهب)^(١). هذا يجوز لأن الصرف لك والوكيل إنما ناب عنك ، ولكن يكره لأنه إنما ينبغي أن يتولَّى طرفي عقد الصرف واحدٌ ، وأما أن يدفع لشخص ويقبض غيره فيكره وإن كان بالحضرة .

قوله: (ولا يصلح)^(١). هو نهْيٌ وتحريمٌ ، إلا أن يكون بحضرته فيكره^(٢).

قوله: (صرَّفها لي بدينار)^(٣). إن ثبت أنه صرفها من غيره جازٌ وإلا منع ، لأنه على تقدير أن يكون باع الدراهم بالدنانير من نفسه فيكون في ذلك فسخ الدين في الدينار ، لأنه إنما (.)^(٤) إياه بالدينار إلى مدة ، وفيه أيضا صرفٌ متأخِّرٌ لأنه يدفع له ديناراً في الدراهم التي له عليه وذلك يتأخَّر ، ومن آخر ما وجب له فقد اقرضه ، ولكن إنما اقرضه إياه ليصرف له ، وإذا صرفه من نفسه فقد أسلفه وباع منه ، وسلفٌ وبيعٌ لا يجوز لأن البيع منفعةٌ .

قوله: (وكذلك إذا أمرته بيع طعام لك عليه)^(٥). أو ثبت أنه باعه من غيره صحَّ لولا بيع الطعام قبل قبضه ، ولكن يمكن أن يبيعه من نفسه ، وفيه بيعٌ ودين بدين لأنه حين البيع يتأخر بالثمن مدة ، وفيه أيضا بيعٌ وسلفٌ لأنك إنما أخذته لبيع لك الطعام .

قوله: (وإن باعه بصنفه أزيد)^(٦). كأن قد خرج عن يده دينار ورجع إليه

(١) التهذيب (٩٩/٣) .

(٢) انظر مواهب الجليل: (٣٠٧/٤) .

(٣) التهذيب (٩٩/٣) .

(٤) كلمة غير واضحة في المتن ولعلها: [يأتيه] .

(٥) في التهذيب «وكذلك إن أمرته أن يبيع لك طعاماً لك عليه» (١٠٠/٣) .

(٦) المصدر نفسه (١٠٠/٣) .



ديناران مثلاً ، وذلك سلف بزيادة ، أو نقص يمتنع أيضاً أن يخرج عن يده ديناران سَلَمًا عن طعام ويرجع إليه دينار لمكان الطعام ، ولو كان عرضاً لجاز لما تقدم من ضيق باب الطعام .

قوله : (فإن رضيتَ جازاً)^(١) . يعني وكان صرف ما في الذمة ، وإن لم ترض غَرَمَ لك لأنه قد لزم بالعقد إتمامه ويطلب بعد ذلك حقه ، ولا خلاف في جواز هذا .

وإنما اختلف إذا قال له : صرف مني ديناراً أو بع مني سلعة كذا ، فقال له الآخر : أخاف أن تقتطع الثمن مما لك عندي ، فقال : لا ، بشرط ألا تنصفني مما لي عندك ، ولكن أخرُك به إلى أجل كذا . فقيل : لا يجوز ذلك لأنه سلف وبيع وهو النفع ، لأنه من آخر ما وجب له فقد أسلفه ، وقيل : يجوز لأنه ليس بسلف مُحَقَّق .

قوله : (ومن لك عليه نصف دينار)^(١) . هذا جائز ، وإذا ألغى الوسط صار صرف ما في الذمة وهو جائز ، ولكن إن وقع بيع (.)^(٢) من دينار كنصفه أو ثلثه أو ثلثيه فإنما يقضي في ذلك بدراهم لأن الدنانير لا تقسم لما في ذلك من الفساد ، ولكن هل الواجب له ذهبٌ ثم تكون الدراهم صرفاً عما وجب له ، أو الواجب له بالإقالة دراهم ؟

فعلى الأول يجب بقدر صرفه يوم القضاء ، وعلى الثاني يجب له بقدر صرفه يوم العقد ، والأول المذهب .

قوله : (فيؤول إلى الصرف)^(٣) . نظيرة هذه المسألة قد تقدمت ، ويفهم منها أن القرض إذا أطلق فهو على الحلول ، وحينئذ يؤول إلى الصرف نظراً ، لأنه لما

(١) التهذيب (٣/١٠٠) .

(٢) بتر بقدر كلمة ، ولعلها : [جزء] .

(٣) التهذيب (٣/١٠٠) .

رد الدراهم إليه كان ذلك قضاء عن (٠)، وإلا لو كان على التأجيل لكانت الدراهم التي ردها إليه على الصرف وصح.

قوله: (إن أقرضكها حالة)^(١). أي بشرط الحلول فابتعت منه سلعة نقداً أو إلى أجل صح، لأن حاصله سلعة نقداً بثمن حال، أو سلعة إلى أجل بثمن حال، وإذا كان القرض إلى أجل فلا تكون السلعة إلى أجل مخافة [٣٤/ب] الدين بالدين.

قوله: (دفع إليك عرضاً فقال بعه)^(٢). لا يخلو أن يبيعه ويشتري من ثمنه فذلك صحيح لأنه خرج عنك سلعة وأخذت ثمنها، أو لا يبيعه فيكون قد خرج عنك سلعة وأخذت سلعة، فإن كانت من صنفها أفضل منها فلا يجوز لأنه سلف وزيادة، وإن كانت مثلها أو أدنى جاز، قال: لأنه لا تهمة، وقد تقدم له في مثل هذا أنه لا يجوز لأنه يتهم في المثل بسلف وزيادة وهي الضمان.

وكذلك امتنع سلم الشيء في مثله وفي الأدون يدخله ضمان بجعل، وقال هنا: لا يتهم أن يخرج عن يده شيء ويرجع مثله أو أقل منه إليه بعد أجل.

قوله: (وأخاف أن يحبسه)^(٢). فيكون صرفاً بتأخير.

قوله: (وكذلك الفلوس)^(٢). لأنه صرف إلا أن ذلك فيها مكروه^(٣).

قوله: (وغير عيونها)^(٤). هذا يحمل على أنه يريد أكثر منها عدداً أو أقل، وأما مثلها عدداً وإن كانت غير عيونها وأعلى منها صفة أو أدون فذلك كله جائز لأنها فضة كلها.

(١) التهذيب (١٠٠/٣).

(٢) المصدر نفسه (١٠١/٣).

(٣) الجامع لابن يونس (٤٠٠/١٢).

(٤) في التهذيب «أو غير عيونها» (١٠١/٣).

قوله: (أو بَعْدَ يوم أو يومين)^(١). لأن ذلك يسير ، وأما إذا طال الزمان أكثر من ذلك فلا تهمة .

قوله: (كالأجنبي)^(٢). أي صارف عبدك النصرانيّ دون ربا لأن العبد يُملك وإن كان للسيد انتزاعه .

وقيل: يجوز أن يرابه لأنه كماله فلا يتحقق فيه الربا ، فقال في الكتاب: كالأجنبي^(٣) ، ومعناه لا يرابه ، ويحتمل أن يريد كالأجنبي النصراني [لأن]^(٤) مصارفة الذمي مكروهة لما يشتغلون به من الربا ولذلك أمر مالك أن يُقاموا من أسواق المسلمين ، وهذا على أحد القولين وهو أنهم مخاطبون بفروع الشريعة ، وأما على القول الثاني فلا يكره ذلك .

قوله: (وإن بعتَ درهما بنصفه فلوساً ونصفه فضة)^(٥). هذه مراطلة مع صرفٍ ، وفي المذهب قول بأن المراطلة لا يضاف إليها عقد آخر البتّة إذا كان هناك إبراء لذلك العين أو ما يقوم مقامها من فلوس . وفي هذا القول قد أجاز المراطلة مع وجود الفلوس ، والصحيح من المذهب أنه يجوز أن يُضاف إليها عقد آخر بشرط أن يكون في درهم واحد لمكانِ الضرورة لأن القاعدة: أن متى كان اتحاد الربا من الجهتين فلا يكون معهما غيره ، لأن ذلك يؤدي إلى التفاضل ، لكنّ الوجه أن تكون المراطلة في الأقلّ والبيع في الأكثر ، مثل أن يشتري بثلاثي درهم (.) طعاما ويرد ثلثه فضة ، والعكس مكروهٌ لكن جَوَّزَه للضرورة .

(١) في المتن: (أو أبعد) ، والصواب ما أثبتته من (التهذيب) (١٠١/٣) .

(٢) التهذيب (١٠٢/٣) .

(٣) انظر التهذيب: (١٠٢/٣) .

(٤) في المتن: (الان) والصواب ما أثبتته .

(٥) التهذيب (١٠٢/٣) .



وإنما كرهه لأن الأصل المنع فينبغي أن يكون السير من المرافلة القليل حتى يكون تابعا ، وأما النصف فقد جوزه في الكتاب نظرا إلى كونه قليلا بالنظر إلى أكثر من درهم ، وقد كرهه بعضهم بالنظر إلى كثرته في نفسه أو إلى الدرهم^(١) .
قوله : (لأنها في ذمته)^(٢) . أي بالغصب انتقلت إلى ذمته فيكون ذلك صرفا لما في الذمة .

وأما في الجارية المغصوبة فبالغصب صارت في ضمانه هي أو قيمتها إن هلكت أو فانت ، وعلى احتمال فوتها كأنه باع منه قيمتها فيكون مرافلة أو صرفا .
قوله : (لأنها في ضمانه)^(٢) . أي إن وجدها على تلك الصفة وإلا اتبعه بقيمتها .

قوله : (والدنانير في ذلك أبين)^(٢) . لأن تجويز هذه مشكل ، ولذلك منعها غيره من أصحابنا لأن في ذلك جهلا بالمبيع ، لأنه على تقدير بقائها تكون المملوكة المبيعة ، وعلى تقدير هلاكها يكون المبيع قيمتها ، وهي مجهولة . قد تكون أقل من الثمن الذي يدفع لك وأكثر ، وأيضا النقد في غائب بعيد وهو القرض ، ووجه قول [١/٣٥] ابن القاسم أن الغالب السلامة .

قوله : (ولا تصرف منه وديعة)^(٢) . لأنه ليس بحاضر ولا في الذمة ، وقيل يجوز لأنه تحت نظره وقبضه .

قوله : (على أن أعطاك مائة)^(٢) . لأن حاصله أن يسلفه مائة ليأخذ من نفسه عند بدلها مائتين .

(١) انظر تعليقة الوانوسي على التهذيب (٢٥٣/٢) .

(٢) التهذيب (١٠٣/٣) .



قوله: (يجوز أن تأخذ منها مائة)^(٢). لأن هذا حُسْنُ اقتضاء لا سلف بزيادة.

قوله: (فليس لك أن تأخذ ما ابتاع)^(٣). لأن العين لا يتعين، وإنما صرّف وابتاع على ذمته وبقي مالك عنده في ذمته، بخلاف ما يتعين من العروض والطعام فإنك تُخَيِّر في إجازة البيع وأخذ الثمن أو أخذ قيمة ذلك فيما له قيمة، أو مثله فيما نه مثل.

قوله: (بدينار إلا درهما)^(٤). كذا وقع في المدونة^(٥)، وظاهره الاستثناء من غير الجنس، وفيه قولان: المذهب أنه يصح ويرجع فيه إلى القيمة فينتصر قيمته من الأول ويصح الثاني إلا أن يستغرق قيمة الأول فيكون باطلاً لأنه لا خلاف في الاستثناء المستغرق أنه باطل، وأنه بدا على جهة (٠)^(٦) فدفع به الأول فبطل بالجملة.

ومذهب سحنون أن الاستثناء من غير الجنس باطل لا يلتفت إليه كاستثناء المستغرق، وإذا صح ذلك فالمسألة لا تخرج على الاستثناء بوجه، ولكن لا يفهم إلا على أن المراد باع سلعة ودرهما بدينار، وكذلك المسائل التي ذكر بعدها لا وجه لها إلا هذا، واللفظ لا يُفهم منه ذلك بوجه.

ولهذه المسألة أربع صور: أحدها لا خلاف في جوازها وهي أن يكون ذلك كله نقداً. والثانية لا خلاف في منعها وهي أن تكون كلها إلى أجل لما في ذلك من الصّرف بتأخير، ومن تأخير ما يجب تعجيله من العروض المصاحبة للعين في العوضية، والباقيتان في كل واحدة قولان بين ابن القاسم وأشهب^(٧).

(١) نظر المدونة: (١٤/٣). والتهذيب (١٠٣/٣).

(٢) كلمة غير واضحة (الندامة)

(٣) نظر جمع الأمهات: (٣٤٢/١). ومواهب الجليل: (٣١٥/٤). ومنع الجليل: (٥٠٢/٤).

قوله: (إن كان الدينار والدرهم نقدا والسلعة مؤخرة فجائز)^(١). وابن القاسم يمنع لما قلنا من أنه ينبغي للسلعة أن تكون حاضرة، وأشهب يوافق على ذلك في غير هذه، لكن وجه الجواز أن المقصود من الصفقة ما نقد فصارت السلعة غير مقصودة فجاز فيها التأخير على أصلها، ولم تكن مع العين^(٢).

قوله: (وإن تأخر الدينار والدرهم [إلى]^(٣) أجل واحد)^(٤). يريد إن كان إلى أجلين امتنع للصرف المستأخر، فإن كان أجلهما واحداً وعجلت السلعة جازت عند ابن القاسم، لأن السلعة لما كان تعجيلها هي المقصودة فجعل الصرف تبعاً لها فجاز فيه التأخير، لأنه لم يكن مقصوداً. وأشهب يمنع الصرف المستأخر.

قوله: (إلا درهمين)^(٥). في قدر الذي يجوز فيه التأخير أربعة أقوال: قيل الدرهم والدرهمان لا غير لنزارته، وقيل الثلث من الدينار، وقيل النصف لأنه يسير^(٥).

قوله: (إلا زحفاً)^(٦). أي خروجاً عن الأصل ومكروهاً، وأصل الزحف أن يزحف ويتنقل الشيء من موضعه، وفي ذلك انتقال الشيء عن موضعه.

قوله: (للغرر فيما يغترق ذلك من الدينار)^(٦). هذا بناء على أن المعاملة ببعض الدينار يجب فيها ذهب، ولكن (.) دراهم، فعلى ذلك يكون الصرف يوم القضاء لا يوم البيع، وإذا كان كذلك فوقع البيع عوضاً عن الدينار بدراهم وسلعة

(١) التهذيب (١٠٤/٣).

(٢) انظر البيان والتحصيل: (٣٣/٧).

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من المتن ولا بد منه: انظر (التهذيب) (١٠٤/٣).

(٤) التهذيب (١٠٤/٣).

(٥) جامع الأمهات: (٣٤٢/١).

(٦) التهذيب (١٠٤/٣).

لم يَدْر ما يقابل تلك الدراهم من الدينار يوم القضاء ، لأنَّ ثمن الدينار بالدراهم يختلف فتدخل الجهالة في البيع لذلك .

قوله : (قال يحيى^(١))^(٢) . وهو مذهب مالك ، والكراهة هنا تحريم لأن ما (.) العين من العروض فحكمه في التناجز حكمه ، ولذلك قال : رآه صرفاً ، أي حكمه حكمه .

قوله : (ولم يكن بينهما شرط ولا عادة ولا إضمار)^(٣) . يريد إذا اشترى بثلثي دينار سلعة ودفع [٣٥/ب] له ديناراً وقال خذ منه ثلثيه وأمسك باقيه حتى آخذه منك ، فإنه وإن علم أنه إنما يأخذ منه في ثلث الدينار الباقي دراهم لكنه يجوز ، إلا أن يشترط أحدها ذلك مثل أن يقول البائع : لا أبيع منك هذا حتى تترك ثلث الدينار ، فهذا يكون بيعاً وسلفاً ، أو تكون العادة في ذلك الموضع جرت بتأخيرها بثلث الدينار فيمنع لأن العرف كالشرط ، أو يُضمرا ذلك وإن لم يتكلما لأنه كالمفوض به سواءً ، وإذا صح ذلك كان صرفاً ما في الذمة .

قوله : (ومن قدم تاجراً)^(٤) . يريد أنه لا يجوز صرفاً وبيعاً في صفقة واحدة وكلاهما كثير ، وإنما يجوز اجتماعهما بشرط ، أما إذا كانا في الدينار فالمذهب على جواز ذلك فيهما^(٥) ، وهل يجوز مطلقاً أو بشرط أن يكون أحدهما أقل من

(١) يحيى بن سعيد بن قيس بن عمر الإمام العلامة ، عالم المدينة في زمانه . سمع من أنس بن مالك والسائب بن يزيد وسعيد بن المسيب وغيرهم ، وروى عنه الزهري وشعبة ومالك والزهري وغيرهم . قال عنه ابن عيينة : محدثو الحجاز ابن شهاب ويحيى بن سعيد وابن جريج . توفي : ١٤٣ هـ . انظر طبقات الفقهاء للشيرازي : (١/٦٦) . ترتيب المدارك : (٢/١٧١) . سير أعلام النبلاء : (٥/٤٦٨) .

(٢) التهذيب (٣/١٠٥) .

(٣) التهذيب «ولم يكن بينهما في ذلك شرط عند البيع ولا عادة ولا إضمار» (٣/١٠٥) .

(٤) المصدر نفسه (٣/١٠٥) .

(٥) انظر الشرح الكبير للشيخ الدردير : (٣/٣٢) .



الثاني فيكون الأقلُّ تابعا؟ وأما إذا كانا في أكثر من دينار فلا يخلو أن يكون المبيع أكثر من الصرف أو بالعكس ، فإن كان المبيع أكثر فلا يجوز الصرف معه إلا في دينار فدون ، لأن الصرف باب ضيق فلم يُوسَّع فيه ، وإن كان الصرف أكثر فقليل : لا يجوز أن يكون المبيع إلا فيما ثمنه دينارٌ فما دونَ قياساً على الصرف ، وقيل : بل يجوزُ إلى ثلث الصفقة لأن البيع أوسعُ من الصَّرف فوسع فيه إلى الثلث ، وفي المذهب قول شاذ بجواز بيعٍ وصرفٍ مطلقاً ولا عمل عليه^(١).

قوله : (إذ لا يجوز صرف وبيع في صفقة)^(٢) . لا يكون على إطلاقه .

قوله : (ولا شركة ولا بيع)^(٣)(^(٤)) . صورتها أن يقول : بعتُ مني هذا ، على أن اشتراكاً في أمره مثل أن يُخرج أحدهما مالا والثاني مالا ويشتركان في المجموع ، وذلك لأنه لولا الشركة ما باعه أو اشترى منه بذلك الثمن ، فيصير له حظاً من الثمن في مقابلة الشركة ويتقلب الثمن مجهولاً فيمتنع .

قوله : (ولا نكاح وبيع)^(٤) . فيه أربعة أقوالٍ : المنعُ وسببه أن يكون في مقابلة النكاح جزء من الثمن أو في المبيع جزء من الصداق فيصير كل واحد منهما مجهولاً . والثاني : الجوازُ مطلقاً لأنهما عقدان كبيع شيئين في صفقة . وقيل : ينظر إلى ثمن المبيع فإن فصل عنه ما يكون صرفاً صحيحاً وإلا بطلاً . وقيل : يكره ذلك ابتداءً فإن وقعاً جاز^(٥).

(١) انظر الذخيرة : (٣٦٩/٥) . التاج والإكليل : (١٤٧/٦) .

(٢) التهذيب (١٠٥/٣) .

(٣) لعل الصواب ما في التهذيب (ولا شركة وبيع) . لأن في دخول النفي على العقد الثاني خروجاً عن مقصود المسألة وهو الكلام اجتماع عقدين .

(٤) التهذيب (١٠٥/٣) .

(٥) انظر البيان والتحصيل : (٤١٥/٤) . ومناهج التحصيل : (٦/٤) .

قوله: (ولا جُعِلْ ولا بيع^(١))^(٢). لا خلاف في منعه لأنهما عقدان مُتباينان ، لأن الجعل على الجوازِ والبيعُ عقد لازمٌ ، فلم نَجْمع بينهما لتنافيهما ، والعلة الجامعة لكل أن أحدهما يقابله جزء من العوض في الثاني فتدخله الجهالة .

كذلك القراضُ والبيعُ لأنه خارج عن الأصل لما فيه من أجره مجهولةٍ وأمدٍ مجهولٍ فلم يُضْمَّ إليه عقدٌ آخر .

وكذلك المساقاة لأنها خارجة عن الأصول لما فيها من بيع التمر قبل بدو صلاحه ، ومن بيع الطعام بالطعام غير يد بيد ، لذلك منعها أبو حنيفة^(٣) .

قوله: (بخمسة دنانير إلا درهما)^(٤). أي سلعة ودرهماً بخمسة ، وإنما عبّر عنها بهذه العبارة لأن السلعة إذا قابلت خمسة دنانير إلا درهما فالسلعة مع الدرهم تقابل الخمسة ، وإنما امتنع تأخير الدينار والدرهم فيها ، وأجاز في المسألة المتقدمة (. .) الدينار والدرهم ، لأن الدرهم هناك لنزارته ، فكأن الصفقة ليس فيها صرف بخلاف هذه لأن الصرف فيها مقصود وقد دخل التأخير في بعضه فامتنع ، ولذلك قال: للدرهم في كل دينار حصة^(٥) ، فبطل الصرف كله لذلك ، لأنه لا يتعين الدرهم لدينار واحد .

قوله: (إلا ربعاً أو سدساً)^(٦). أي من الدينار ، ولا صرف هنا فصح فيها التأخير .

(١) لعل الصواب ما في (التهذيب): (ولا جعلٌ وبيعٌ) ١٠٥/٣

(٢) التهذيب (١٠٥/٣) .

(٣) ذكر القرافي هذه العقود التي يمتنع اجتماعها مع البيع وهي: الجعالة والصرف والمساقاة والشركة والنكاح والقراض . انظر الذخيرة: (٣٩٢/٤) . والفروق: (١٤٢/٣) .

(٤) التهذيب (١٠٥/٣) .

(٥) في التهذيب: إذ للدرهم في كل دين حصة (١٠٥/٣) .

(٦) المصدر نفسه (١٠٥/٣) .



قوله: (ودفعت ديناراً)^(١). إذا دفع له عن بعض الدينار ديناراً كاملاً [١/٣٦] فالصفقة لا يكون فيها صرف بل تعين له بعض الدينار الذي دفع له كاملاً فأخذ صرفه وصح تأخير سائر الدنانير هنا، لأن جزء الدينار المقبوض لا يجري في سائرهما، أي ليس له حصة من كل دينار كما كان للدرهم في المسألة الأولى حصة في كل دينار، لأن الدرهم هناك من ثمن الدنانير مقابلاً لها، بخلاف جزء الدينار هنا لأنه من جملة ثمن السلعة.

قوله: (إلا قفيز حنطة)^(١). على الحد المتقدم، وقد فسر في الكتاب بقوله: «وكأنه»^(٢). قال إن هذا اللفظ بمنزلة ذلك اللفظ، ولا إشكال في هذه المسألة لأنها سلع بدينار فجاز فيها النقد والأجل. إلا أنه لما كان المبيع فيها حالاً فيشترط فيه أن يكون حاضراً لأنه إن كان في الذمة صار من السلم الحال وهو ممنوع إلا على القول الشاذ، وإلا فبيع ما ليس عندك لا يجوز إلا في السلم وشرطه الأجل على المذهب.

قوله: (قال ابن المسيب)^(٣). وهذا المذهب، وصورته أن يشتري منه طعاماً بدينار ونصف درهم، فإذا اقتضاه الثمن تعذر عليه نصف الدرهم مثل ألا يضرب في ذلك الموضع إلا دراهم صحيحة كمكة، فيقول له: خذ مني بذلك من الطعام الذي بعت مني ما يقابله (.) لا يجوز لأن فيه بيع الطعام قبل قبضه، وذلك أن المشتري قد حصل الطعام في ملكه ولكنه لم يقبضه بعد فلا يجوز له أن يبيعه.

(١) التهذيب (١٠٦/٣).

(٢) قال في المدونة: «قلت: أرأيت إن بعت هذا الثوب بدينار إلا قفيز حنطة أيجوز هذا البيع إن كان نقداً أو إلى أجل؟ قال: لا بأس بذلك لأنه كأنه باعه الثوب وقفيز حنطة بدينار فلا بأس أن يكون

ذلك الدينار نقداً أو إلى أجل» المدونة: (١٨/٣). والتهذيب (١٠٦/٣).

(٣) التهذيب (١٠٦/٣).



وإن كان قد اكتاله امتنع أيضا لأن المذهب على إلغاء الوسط ، ونحن إذا ألغينا نصف الدرهم صار البائع خرج عن يده طعام ورجع إليه دنائير وطعام وذلك لا يجوز لاتحاد مال الربا من الجانبين ومع أحدهما غيرهما وتلك مفاضلة ، ولكن يدفع له درهما ثم يعطيه بنصف الدرهم الباقي طعاما إن كان قد اكتاله ، لأن ذلك المحذور قد زال من اتحاد المال الربوي من الجهتين ، فهذا المذهب .

وقيل : يجوز إذا علم ما يجب لذلك النصف من الدراهم من الطعام وتكون مقابلة^(١) ، وتجاوز في الطعام قبل قبضه ، وذلك أن يجعل صرف الدينار عشرة فيجب لنصف الدرهم من الطعام جزء من أحد وعشرين ما قابله في بعض المبيع على رأس ماله ، وذلك جائز إذا لم (.) المشتري على الثمن لما يؤدي إليه من بيع وسلف ، وقيل : إن هذا لا يجوز أيضا وإن فعلا ذلك ، لأن جزء الطعام من أحد وعشرين وإن عيّن فلا يقابله من الدراهم إلا جزءا من أحد وعشرين وسائر أجزائه إنما يقابلها بعض الدنانير ، فقد وقعت المقابلة على غير رأس المال فتحقق البيع للطعام قبل قبضه ، وأيضا فيه محذور آخر وهو أنه لو كانت إقالة صحيحة لوجب أن يأخذ من الذهب مقدارا ما يقابل سائر أجزاء الطعام وقد أخذ في مقابلة ذلك سائر الدرهم ، فهذا صرف بتأخير . وقيل : بل القول الأول صحيح ، لأنه لا يمتنع أن يجمع ما يقابل أجزاء الطعام من الثمن ويجعل (.) الدرهم مثل أن يكون له عليه ثمن درهم من كذا ، وثمن درهم من كذا إلى عشرة أجزاء ثم يدفع له في مقابلة ذلك الأجزاء درهما كاملا .

قوله : (وإنما كرهه)^(٢) . يعني حرّمه .

(١) انظر التبصرة للخمّي : (٢٨٢١/٩)

(٢) التهذيب (١٠٦/٣) .



كان السلف لا يلفظون في الأحكام بالحلال والحرام تورعاً لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ﴾ [النحل: ١١٦] فكانوا يعدلون إلى قولهم: «لا أحبُّ» و«أكره» ونحوه.

قوله: (ولو كان نصف الدرهم ورقاً أو فلوساً أو غير الطعام)^(١). يريد لأن هذا أخذ عن الدراهم وصرف ما في الذمة، [ب/٣٦] وأخذ غيره عنه جائز لأنه بيع، إلا أنه أخذ عنه طعاماً، فإن كان من جنس المبيع لم يجز لأنه على إلغاء الدراهم يصير كأنه دفع حنطة وأخذ سلماً ودنانير وذلك لا يجوز.

وإن كان من غير جنسه كزيتٍ فيمتنع أيضاً، إلا أن يكون كل ذلك حاضراً لأن من شرط بيع الطعام بالطعام التقابض، فإن كان ذلك بعد أن غاب عليه أو قبل أن يقبضه امتنع.

قوله: (وإن صرفت من رجل ديناراً بدراهم)^(٢). لها ثلاث صور:

ثنتان ممنوعتان أن يرجع فيه عند الاستحقاق والعيب بالثمن، ومنها التي في الكتاب، إحداهما: أن يصرف منه ديناراً بدراهم ولا يشترط شيئاً إلا أنك لا تقبض الدراهم منه حتى تأخذ منه بها سلعة أو تقبض بعضها، ولا تقبض البعض حتى تأخذ منه به سلعة.

والصورة الثانية أن تشترط أن تأخذ منه بتلك الدراهم سلعة نقداً أو إلى أجل، ثم تأخذ بها سلعة منه قبل قبضها أو تصارفه على أن تقبض منه الدراهم، ثم تأخذ منه بها قبل قبضها سلعة. فالصورتان جائزتان غير أنه إن استحققت السلعة

(١) التهذيب (١٠٦/٣).

(٢) المصدر نفسه (١٠٧/٣).



فيها أو ردها بعيبٍ فلا يرجع عليه بالدراهم بل يرجع عليه بالدنانير ، لأنه لو رجع بالدراهم كان في ذلك صرفٌ مستأخراً على إلغاء السلعة . وهذا من مراعاة التهم البعيدة لأنه بعيدٌ أن يقصدا الصرف المتأخر ، ثم قالوا : تعال نصطرف بدراهم أدفع لك فيها سلعة فتستحق أو تردّها بعيب وترجع علي بالدراهم ، ولذلك قال في الكتاب : «لأن البيع إنما وقع بالسلعة واللفظ لغوٌ ، وإنما ينظر مالك إلى فعليهما لا إلى قولهما»^(١).

والصورة الثالثة : أن يقبض منه الدراهم وبعد ذلك يشتري منه بها سلعة ، فإذا استحقّت أو رجع بها بعيب فيها فإنه يرجع بالدراهم ، لأن الصرف أولاً وقع صحيحاً . قوله : (وليس هذا من بيعتين في بيعة)^(٢) . لأن السلعة ملغاة ، فلم يكن فيه إلا عقد واحد .

وقد منعه المخالف لاشتماله على بيعتين ، ومثال بيعتين في بيعة أن يقول له : أبيعك (بدين) كذا ، والثاني بكذا ، على أن يلتزم أحدهما لا بعينه فهذان مضمونان مختلفان وأثمانهما مختلفةٌ كثوب وفرسٍ ، وفي ذلك أن المبيع وثمنه مجهولان معاً ، ولو جعلنا ذلك على الخيار جاز ، وكذلك أن يقول له : أبيع منك هذه السلعة بعشرة نقداً أو عشرين إلى أجلٍ على اللزوم في أحدهما ، ففيه الجهل الذي في الأول ، وفي هذا زيادة إذ يمكن أن (.) أحدهما ثم يبدوا له فيرجع إليه الثاني ، وفي ذلك فسخٌ دين في دين فيما بينه وبين الله تعالى .

قوله : (فإن كانت الدراهم يسيرةً أقل من صرف دينار)^(٣) . يريد : دينار فما دونه ، وهذا هو الذي تقدم من أنه إذا اجتمع صرفٌ وبيعٌ والبيع أكثر ، وذلك كله

(١) انظر المدونة (٢٠/٣) ، والتهذيب (١٠٧/٣) .

(٢) التهذيب (١٠٧/٣) .



في أكثر من دينار فلا بدّ أن يكون الصرف في دينار فدون لِضَيْقِهِ .

قوله: (لم يجوز)^(١) . لما تقدم من أن ما صحب العين مثله .

وقوله: (ولا يجوز بيعها بورق)^(١) . لاتحاد مال الربا من الجهتين ومع أحدهما غيره .

قوله: (فإن كانت سلعة يسيرة تكون تبعاً جاز)^(١) . لَمَّا وقع هذا مجملًا اختلف الأصحاب فيه ، فمنهم من قاس السلعة على الصرف فلم يُجزها إلا إذا قابلها دينارًا ، ومنهم من أجازها إذا كان ما يقابلها من الثمن الثلث فدون ، وهذا إذا كان الصرف أكثر من البيع^(٢) .

قوله: (إلا أن يقلّ ما معها من فضة أو ذهب)^(٣) . أن يكون ديناراً فدون .

قوله: (وإن كان الذهب والورق والعرضان)^(٤) . أي اللذان مع كل واحد منهما كثيرا ، أي لا يكون أحد [١/٣٧] الصرف والبيع تابعا فلا يجوز .

قوله: (لا يجوز بيع فضة وذهب)^(٤) . يعني مسكوكين بذهب ، وهذا لا خلاف فيه للتفاضل باتّحاد مال الربا من أحد الجهتين ومع أحدهما غيره .

قوله: (ولا بيع إناء مصوغ)^(٤) . ظاهره جواز اتخاذ الأواني المصوغة ، وقد قال بعد: (ومن اشترى إبريق فضة)^(٥) ، ولا خلاف في امتناع استعمالها بل للترين

(١) التهذيب (١٠٧/٣) .

(٢) انظر الجامع لابن يونس: (٤٣٥/١٢) ، ومواهب الجليل: (٣٠١/٤) .

(٣) التهذيب (١٠٧/٣) .

(٤) نفسه (١٠٨/٣) .

(٥) نفسه (١١٠/٣) .

بها. وفي المذهب قولٌ ثانٍ بالمنع^(١)، لأنَّ التزئُّن بها استعمالٌ لها أيضاً، وقد جاء: «الَّذِي يَشْرَبُ فِي آنِيَةِ الذَّهَبِ فَإِنَّمَا يَجْرُجِرُ فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ»^(٢)، وإذا قيل بجواز اتخاذها صحَّ بيعُها، ولا تؤخذُ الزكاة منها، وإذا قيل بالمنع لم يجز بيعُها وأخذت الزكاة منها، وهذا المذكور في الزكاة. وإنما جاء النصُّ في الذَّهَبِ، والفضَّةُ بالقياس عليها، فلذلك كانت أخفَضَ فجازَ منها الخاتم.

والأحسن أن يكون الخاتم في اليسار لأنه يناوله بيمينه، وقيل: في اليمين لمكان الاستنجاء والاستجمار باليسرى وفيها الخاتم وفيها اسم الله^(٣).

ووجه القياس في الفضة أن علة ذلك في الذهب الخيلاء والسرف، وكلا الأمرين موجود في الفضة فامتنع ذلك فيها، إلا أن قوله: «على ذُكُورِ أمتي»^(٤)، يَحْتَمِلُ أن يريد العموم فلا يجوز للصغار، ويحتمل أن يريد المكلفين فلا يدخل فيه الصغار، ولأن علة الخيلاء والسرف مفقودة في الصغير.

قوله: (ولا يباع حلي فيه ذهب وفضة بذهب ولا فضة)^(٥). هذا المصوغ

(١) انظر الجامع لابن يونس (٤٤٩/١٢).

(٢) الحديث رواه البخاري في كتاب الأشربة. باب آنية الفضة، عن أم سلمة زوج النبي ﷺ، أن رسول الله ﷺ، قال: «الذي يشرب في آنية الفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم». البيهقي في السنن الكبرى. كتاب الطهارة. باب المتع من الشرب في آنية الذهب والفضة.

(٣) انظر مثله في الذخيرة: (٢٦١/١٣).

(٤) جزء من الحديث رواه الترمذي وغيره عن أبي موسى الأشعري، أن رسول الله ﷺ قال: «حرم لباس الحرير والذهب على ذكور أمتي وأحل لإناثهم». سنن الترمذي، أبواب اللباس باب ما جاء في الحرير والذهب، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. ورواه ابن ماجه في سننه كتاب اللباس باب لبس الحرير والذهب للنساء. والنسائي في سننه كتاب الزينة باب تحريم الذهب على الرجال.

(٥) التهذيب (١٠٨/٣).



من النوعين فيه قولان عن مالك:

المذهب لا يجوز بيعه بشيء مما فيه لمكان التفاضل ، ولكن يباع بغير جنسه من عَرَضٍ أو فُلُوسٍ ، ولا خلاف في جواز بيعه بغيره ، وإن كان فيه إشكالٌ ، لأنه مجهولٌ ما فيه من قدرِ الذهب ومن قدر الفضة ، لكن لمكان الضرورة جاز ذلك ، إذ لا وجه لبيعه إلا كذلك .

والقول الثاني قال به أشهب ، وقال به علي بن زياد^(١) ، ورواه عن مالك وهو: بأن يباع بأقلِّ العينين فيه^(٢) ، لأنه مغتفرٌ فصار كأنه من نوع الأكثر وصار الأول تبعاً لا حكمَ له ، وهذا كما أجمعوا في السيف المُحَلَّاةِ تحليّةً قليلةً أن الحليّة تبعاً للنَّصْلِ ، وكذلك يكون هنا أحد العينين تبعاً للثاني .

ولم يرَ ابن القاسم كونه تبعاً في الحليّ ، لأن كل واحد منهما ثمنٌ للأشياء وأصلٌ بنفسه ، ويعني: إذا جاز كونه تبعاً للعرض الذي هو مَثْمُونٌ لِقَلَّتْهُ أن يكون ذلك في المصوغِ أوَّلَى ، وأما إذا كان المصوغ من ذهبٍ وفضةٍ متساوياً فيهما فلا يجوز بيعه بأحدهما بلا خلافٍ^(٣) لكن (.) .

(١) علي بن زياد أبو الحسن التونسي العبسي ، ولد بطرابلس ، ثم انتقل إلى تونس فسكنها ، سمع بإفريقية من خالد بن أبي عمران ، ثم سمع من مالك وسفيان الثوري والليث بن سعد وابن لهيعة وغيرهم ، وسمع منه البهلول بن راشد ، وشجرة المعافري وأسد بن الفرات ، وبه تفقه سحنون ، وكان يقدمه على غيره ولم يكن بعصره في إفريقية مثله ، روى عن مالك الموطأ ، وهو أول من أدخل الموطأ وجامع سفيان المغرب ، وفسر للناس هناك قول مالك . له ثلاثة كتب سماع من مالك ، وكتاب خير من زنته ، توفي (١٨٣هـ) . انظر ترتيب المدارك (٣/٨٠) ، والديباج (ص: ٢٩٢) . وهو غير علي بن زياد الإسكندراني المعروف بالمحتسب . انظر: إفادة السالك بتميز الأعلام المتشابهة في مذهب مالك (ص: ٢٤٤)

(٢) التهذيب (٣/١٠٨) .

(٣) انظر الجامع لابن يونس: (١٢/٤٤٦) .

قوله: (ولا يجوز بيعُ ثوب ودرهم بعبد ودرهم)^(١). لاتحاد مال الربا من جهتين ومع كل واحد غيرُه، وفيه التفاضل المعنوي لأن كل واحد من الدرهم في مقابلة السلعة والدرهم، وأجاز ذلك أبو حنيفة لأنه يرى أن كل جنسٍ في مقابلة جنسه كما يجوز مع الانفراد.

قوله: (لا يجوز كانت الفضة يسيرة أو كثيرة)^(٢). لأن المراطة أشد من الصرف لأن فيها أمرين: أحدهما شرط المماثلة، والثاني التقابض، وفي الصرف شيء واحد وهو التقابض لا غير، فلذلك كان الصرف أخف فجاز إضافة البيع إليه على ما تقدم، ولم يجز ذلك في المراطة إلا في الدرهم الواحد كما تقدم للضرورة.

قوله: (والسيف المُحلّي)^(٣). إذا كانت الحلية فيه تبعاً فإنها يحكم له بحكم المتبوع فيجوز بيع الجميع بنوع تلك الحلية لكن نقداً، لأن الشيء إذا حُكم له بحكم غيره فلا يلزم أن يحكم له بجميع أحكامه، ولأن [ب/٣٧] التفاضل في الذهب والفضة بنوعيهما، قد قيل به ولم يقل أحد ببيعهما غير يد بيد فكان هذا أضعف.

وأما ربيعة فأجاز في ذلك {إلى} الأجل، وقال به سحنون^(٤) ووجهه إجراء التابع مجرى المتبوع من كل جهة، وقد قال ابن القاسم بمثل ذلك في مال العبد أنه يجوز بيعه بالذهب والفضة وإن كان هو ذهباً أو فضة نقداً أو إلى أجل، فجعل له هنا حكم المتبوع من كل جهة.

(١) في التهذيب «ولا يجوز بيع ثوب ودرهم بعبد ودرهم» (١٠٨/٣).

(٢) التهذيب (١٠٨/٣).

(٣) التهذيب (١٠٩/٣).

(٤) انظر المدونة: (٢٣/٣)، والتبصرة: (٢٨٢٤/٦).



وكذلك حُكْم التمر التابع للأصول بحكمها من كل وجه ، فأجاز بيعه قبل بدو صلاحه على التبقية ، فيلزمه أن يقول كذلك هنا ، لكنه فرق بأن قال: التابع في العبد مالك للمتبوع ، فكأنه إذا اشترى عبدا موصوفاً بأن له مالا ، ولم يشتر مالا لأن المال ليس له إلا أن ينتزعه ، وقيل: ذلك ليس له ، ويبنى على ذلك أنه إذا استحق العبد فإنه لا يرجع إلا بقيمته دون ماله ، بخلاف إذا استحق التمر التابع أو الحلية التابعة في مسألتنا فإنه يرجع بهما . وهذا يبني على أصل وهو: هل التابع جزء من الثمن فيرجع بثلثه أيضا أو لا جزء له فلا يرجع بذلك ؟

فابن القاسم يرى أنه لا جزء لمال العبد من الثمن ، ولذلك خير في الموضعين الأخيرين ، وغيره يجعل لكل ذلك جزءا فيرجع أيضا بثلثه .

ولا خلاف في جواز تحلية السيف بالذهب لأن في ذلك إرهابا للعدو ، وأما المصحف فيجوز تحليته بالفضة ، وفي الذهب قولان ، وأما الخاتم فيجوز اتخاذه من فضة ، ولا يجوز من ذهب للنهي عن الحرير والذهب وتحريمهما على ذكور الأمة ، واختلف في صغارهم ؛ فعلى الجواز يجوز بيعه ولا تؤخذ الزكاة منه ، وعلى المنع لا يجوز بيعه وتؤخذ الزكاة منه . وقد اختلف في [قدر]^(١) الحلية من الذهب في الخاتم ، فإن علل منع ذلك بالسرف جاز لأنه لا سرف فيه ، وإن علل بالتكبر فلا يجوز لما فيه من الخيلاء وإن قل .

قوله: (فسخ ذلك إن كان قائما وإن فات أمضيته)^(٢) . هذا مراعاة للخلاف المتقدم ، ولأنه قد صار كالعرض بجواز اتخاذه ولأن نزعه مضرة فبعد عن أصله ودخل في حكم العروض .

(١) في المتن: (قد) ، والصواب ما أثبتته لأن المعنى لا يحصل إلا به .

(٢) في التهذيب «وإن فات بتفصيل حلية أمضيته» (١٠٩/٣) .



قوله: (وما حلي بفضة من سرج)^(١). هذه أيضا محمولة على السيف لأنها كلها آلة الحرب، فقيستنا عليه، وقيل: لا يجوز ذلك فيها، لأن معنى الإزهاج أنه يكون في السيف. والأول أصح بخلاف الدواة والسكين للبري والتمه والنمرد والمكحلة فلا يجوز ذلك فيها.

قوله: (أو مخروز عليه)^(٢). [يعني]^(٣) ما يخرز عليه من الذهب أو الفضة. وانخرز نوع من السلاح^(٤)، فليل هو من الأواني، وقيل هو المخرصة التي ينسكب القرمس يضرب بها قوسه، وجازت حلية المصحف تعظيماً له.

قوله: (وكان يكره هذه الأشياء)^(٥). أي يحرم، لما في ذلك من السرف والتخلياء، وقيل في المذهب بجواز ذلك ولا يستعمل، واستدل على ذلك بقوله: (ومن اشترى إبريق فضة)، وما كان من نحو ذلك. وقال أهل القول الأول: لا دليل فيه على أنه جائز، لأنه قد قال في موضع آخر أنه يكسر على المشتري، ولا خلاف في (ـ) بيعها، ولذلك وقع الخلاف في جوازها، وإنما أمر بكسرها على المشتري دون البائع مداً للثريعة حتى لا يشتريها مسلم، بخلاف البائع لأنه قد يقول: أنا إنما ابتعتها من كافر، ولأنه قد يملكها بميراث من عبده الكافر.

قوله: (ومن اشترى إبريق فضة بدنانير فاستحقت انتضر نبيع لأنه صرف)^(٦). ومراضة إن كنت بمراهه، وذلك أنه لما استحقت [د] وجب عليه

(١) تهذيب (١١٠٣).

(٢) مير حقوقيه مستور. ولا يهـ.

(٣) نظير مع حبير (١٨٤).

(٤) تهذيب (١١٠٣).

(٥) نظير نصرة (٢٨٣٠٦). وجمع (٤٤٩٩٢).

(٦) في تهذيب المستبر أو غيره مستحقت المستبر أو غيره. لكن نبيع لأنه صرف (٢٠٠٠).



أن يعطيه بدلها فيكون الصرف أو المراطلة بالبدل ، فيقع التأخير في ذلك فيبطل ،
 فلهذا بطل ، لا لأن الدراهم والدنانير تتعين كما يقول أشهب ، والتفصيل الذي
 ذكر أشهب في المسألة بعدها يمضي هنا ، وذلك أنه يرى أن الدراهم والدنانير إذا
 عُيِّنَت عند البيع تعينت ، فإذا استحققت بطل العقد كما يبطل عند استحقاق
 العروض ، وإن لم يعيَّنْها بل قال: أنا أعطيك في هذه الدنانير عشرة دراهم من
 الدراهم التي عندي ، ثم يخرج له دراهم فهذه لا تتعين ، بخلاف أن يقول له هذه
 بهذه وإنما صارفه على ذمته .

قوله: (ما لم يتفرقا)^(١) . يظهر أن أشهب إنما يراعي ألا يفترقا وإن طال
 المجلس ، وابن القاسم يمنع من طول المجلس وإن لم يكن افتراقاً ، ومع الدراهم
 المعينة انتقض عند أشهب لاستحقاق المعين ، وكذلك يقول في عرض يباع
 بدراهم معينة^(٢) .

قوله: (فأراد إجازة البيع واتباع البائع بالثمن لم يجز)^(٣) . لأنه صرف انعقد
 على خيارٍ لأن البيع الأول عقده فضولي توقف على خيار المستحق ، ولأن العقد

(١) التهذيب (١١١/٣) .

(٢) قال الشيخ الدسوقي في حاشيته: (اختلف الأشياخ في فهمها على تأويلات:

أحدها لابن رشد وابن يونس أن اختلافهما فيما بعد الافتراق أو الطول ويتفقان على الصحة إذا
 استحقب الحضرة مطلقاً .

الثاني لابن الكاتب أن خلافاً إذا استحق بالحضرة فعند ابن القاسم يصح مطلقاً وعند أشهب
 ينتقض في المعين ويصح في غيره ويتفقان على النقص بعد الافتراق أو الطول مطلقاً .

الثالث للخمى حمل الإطلاق في كلام ابن القاسم على تفصيل أشهب وخصه بما استحق في
 الحضرة فجعله وفاقاً هذا محصل كلام أبي الحسن) . انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير

للدردير: (٣٩/٣) .

(٣) التهذيب (١١١/٣) .

انصرف كأنه انعقد أخيراً بعد التفرق فدخله التأخير.

وأما إذا استحقَّ قبل التفرُّق فإنه يجوز عند ابن القاسم بحضور العين والخلخال، إلا أنه يردُّ عليه إشكالٌ وهو أنه لا يخلو أن يعتبر العقد الأول أو الثاني، فإن اعتبر الأول فينبغي ألا يشترط حضور الخلخال لأنه الصرف الأول قد انعقد وصحَّ، وإن اعتبر الثاني فينبغي أن نعتبر رضا المشتري لأن كلَّ عقد فلا بد فيه من رضا المتعاقدين، وها هنا يقول بخير المستحقَّ فإن اختار إمضاء الصرف جبر المشتري، فهذه مراعاة للصرف الأول، وكونه يشترط حضور الخلخالين اعتباراً للثاني، فهذا على عادته في إعمال الشوائب^(١)، ولذلك منع ذلك أشهب وقال: هو خيار في الصرف^(٢)، وابن القاسم يقول: هذا الخيار لم يدخل عليه، وإنما جرَّت إليه الأحكام.

وهذا يبنى على قاعدة وهي: هل الخيار الحكمي كالخيار الشرطي أو لا؟
فابن القاسم لا يجعله هنا كالشرطي فلذلك أجاز هذا العقد^(٣).

(١) مراده بإعمال الشوائب، عادة ابن القاسم رحمته الله في الجمع بين الأمرين لصعوبة طرح أحدهما وإعمالاً لكل واحد منهما من وجه. والله واعلم، وله مثال آخر من إعمال الشوائب في الفروق والذخيرة، قال: (ومقتضى الشركة أن تملك بالظهور ومقتضى الإجارة أن لا تملك إلا بالقسمة والتبضع فاجتماع هذه الشوائب سبب الخلاف فمن غلب الشركة كمل الشروط في حق كل واحد منهم ومن غلب الإجارة جعل المال وريحه لربه فلا يعتبر العامل أصلاً وابن القاسم رحمته الله - صعب عليه إطراح أحدهما بالكلية فرأى أن العمل بكل واحد منهما من وجه أولى). الفروق: (١٩٨/٢)، والذخيرة: (٢٥/٣).

(٢) قال في التهذيب (قال أشهب: هذا استحسان والقياس الفسخ لأنه صرف فيه خيار). (١١٢/٣)

(٣) ممن خرج المسألة على قاعدة الخيار الحكمي هل هو كالشرطي الشيخ أبو عبد الله المقرئ قال: (ومن هذا الأصل مسألة الصرف في الخلخالين يباعان بعين ثم يستحقان أن للمستحق إمضاء البيع ما لم يفرق المتبايعان. وقال أشهب: القياس الفسخ). انظر شرح المنهج المنتخب للمنجور: (٢٣٩/١).



قوله: (هذا استحسان)^(١). أي ليس لذلك قياس.

قوله: (فله نقد البلد)^(١). مثاله أن يقول له: عندي دينار أصارفك فيه على عشرة دراهم، ثم يُخرجه فيجده غير النوع المعروف بذلك الموضع، كاليوسفي بديار مصر، فإنه يحكم بالمصري لأن العرف والعادة كالشرط. وهذا لا يختص بالصرف بل يجري في جميع الأثمان؛ إذا أطلقت بموضع فإنه يرجع فيها إلى المتعارف.

قوله: (فإن كان نقد البلد مختلفاً)^(٢). كمكة فلا صرف فيهما للجهل الحاصل في ذلك.

قوله: (لأنه لا يبين بحصته)^(٣). لأنه لا يخلو أن يبقى عند صاحبه الأول أو يأخذه الذي اشتراه، فإن أخذه مشتريه فهو مشترك بينهما، فيبقى للبائع فيه حقه مُشاعاً فكأنه لم يُزل عن يده حُكماً، وهو وإن كان في يد المشتري حساً فليس بيده حُكماً، وإن بقي عند البائع فقد امتنع القبض حساً فلا يجوز، لأن حكم الصرف أن ينفصلاً ولا حق لواحد منهما قبل الآخر من ذلك.

قوله: (وقد بقي بينهما عمل الشركة)^(٣). يعني ما لكل واحد منهما فيه من التصرف.

قوله: (ولو اقتسماه)^(٣). أي لو أرادا قسمته لاحتاجا إلى تصريحه بدراهم ويقسمانها، فيؤدي الأمر إلى أن يخرج عن يد المشتري دراهم ويرجع إليه دراهم

(١) التهذيب (١١٢/٣).

(٢) في التهذيب «فإن كان نقد البلد في الدنانير» (١١٢/٣).

(٣) المصدر نفسه (١١٢/٣).



أقل أو أكثر أو متساوية غير يد بيد وذلك ممنوع .

قوله: (فقبضه أحدهما بأمر صاحبه)^(١) . يريد أنه لا يتأتى قبضه إلا من واحد لأنه واحد [ب/٣٨] فلا بد في قبضه أن ينوب أحدهما عن الثاني في ذلك .

قوله: (لو كان موضع الدينار نقرة)^(٢) . لا فرق بينهما^(٣) وبين الدينار .

قوله: (فباع منه نصيبه منها جاز)^(٤) . في بيع العين بالصنجة^(٥) مراطلة قولان على ما يأتي ، وجاء هنا على أحد القولين لأنه للضرورة لا يمكن أن يدفع له ما يقابل حظه إلا بالصنجة .

قوله: (وقبض المشتري جميع النقرة)^(٦) . وكذلك لو قبض غيره بإذنه .

قوله: (استرخصت مني الدينار)^(٦) . أي غبنتني فيه ، فزادك دراهم ، لا خلاف في جواز ذلك ، ويلزم - على ما قال ابن الماجشون فيمن باع من رجلين سلعة في صفقة ، ثم لقي أحدهما فقال له: يا أخي غبنتني فحطّ ديناراً ، قال: فإن ذلك الدينار يكون بين المتبايعين ، فألجّقه بالعقد الأول - أن تكون هذه الزيادة لاحقة بالصرف الأول فيبطل لمكان التأخير ، لكن لم يقل بذلك هنا بناء على أنه لا يرجع إلى العقد الأول ، وإنما هو مجرد هبة^(٧) .

(١) التهذيب (١١٢/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١١٣/٣) .

(٣) يريد نقرة الذهب ونقرة الفضة . والنقرة: القطعة المذابة من الذهب أو الفضة وقيل هو ما سبك مجتمعا منها . انظر لسان العرب . مادة (نقر): (٦٧٠/٨) .

(٤) التهذيب (١١٣/٣) .

(٥) صنجة الميزان: فارسي معرب . انظر لسان العرب: مادة: صنج .

(٦) التهذيب (١١٣/٣) .

(٧) بناء على قاعدة الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو كالهبة . انظر شرح المنهج المنتخب =



لكن لا يخلو إذا قال له ذلك أن يقول: وخُذ هذه الدراهم، أو يقول له: سأعطيك درهما، ففي الأول إذا خرج رديئا فلا يردّه لأنه وهب له بشيء يُعَيَّنُهُ فلا يلزمه غيره، وفي الثاني إن خرج رديئا - لأنه التزم له درهما والإطلاق يقتضي أنه طيب - فلا يرجع له رديئا. فقلوه: «ليس لك ردّ الزيادة»^(١) يعني إذا دفعه له معجلا، ثم إنه إن استحق الدينار لزمه أن يرد الثمن والزيادة لأنها كانت من أجل الصّرف، وهذا إذا كانت الزيادة يسيرة مما يُزاد مثلها لمكان البيع أو الصرف، وأما لو كانت تلك الزيادة كثيرة مما لا يُزاد مثلها لذلك فلا يرد لأنها مجرد هبة لغير ذلك.

وكذلك كل هبة تقع بعد البيع على ذلك التفصيل، وكذلك كل زيادة بعد رأس مال السّلم حُكمها ما قلنا في الوجهين [التفصيلين]^(٢)، وبُني على منع أن يصرف بعض دينار لتعذر القبض ألا يصرفه من شخصين إلا في صفقة واحدة، لأنه إن صرفه في صفقتين تعذر أيضا القبض.

قوله: (فأخذت منه بها دنانير نقدا لم يجز)^(٣). لأن صرف ما في الذمة إنما يجوز إذا كان حالا، وأما إذا كان مؤجلا دخله الصرف بتأخير، هذا المذهب سدا للذريعة إذ يمكن أن يتوصلا بذلك إلى الصرف المستأخر^(٤)، يقول له: صارفني بتأخير، فيقول: لا يجوز، فيقول له: تعال فأقرضني دراهم إلى أجل ثم أدفع لك

= للمنجور (٤٣٦/١). وقال الزرقاني: (وقولها - أي المدونة - نقداً أو إلى أجل يفيد أن الزيادة كالهبة لا من جملة الصرف ولا صرف مستأنف) انظر شرح الزرقاني على خليل: (٨٦/٥).

(١) التهذيب (١١٣/٣).

(٢) كذا في المتن، ولعل الصواب [المفصلين].

(٣) التهذيب (١١٤/٣).

(٤) انظر التبصرة: (٢٨٠٠/٦).



عنها دنانير نقداً . وقال غيره: يجوزُ ذلك لأنهما قد انفصلا وذِمَمهما بريئةٌ ، ولأنَّ حقَّ الأجل في العين إنما هو لمن عليه الدينُ ، فإذا رضي بتعجيله صار كالمعجل وخيّر صاحبه على أخذه ، بخلاف العروض لا يجبر ربها على أخذها إذا عجلها مَنْ هي عليه لأن أثمانها تختلف ، ولا تختلف الدراهم والدنانير بحسب الأوقات .
قوله: (وإن صارفته)^(١) . لهذه ثلاثُ صور ذكرها في الكتاب^(٢):

منها أن يصارفه قبل الأجل على دنانير ويشترط قبضها عند محل أجل الدراهم فلا يجوز ، لأن فيها صرفاً مستأخراً وفسخ دين في دين .

ومنها أن يشتري منه بالدراهم التي لك عليه إلى أجل عرضاً بعينه لا تقبضه إلا إلى أجلها فيمتنع ، لأن فيها بيع مُعَيَّن يتأخّر قبضه ، وهو تارة يؤدي إلى بيع إن سَلِمَ ، وتارة إلى سلفٍ إن تَلَفَ .

ومنها أن يشتري منه بها عرضاً مضموناً في ذمتك إلى الأجل فيمتنع ، لأنه فسخ دين في دين .

قوله: (وإن تعجلت العرض جاز)^(٣) . لأنه يخرج عن بيع الدين بالدين .

قوله: (ما لم يكن من صنف العرض الذي بيعت ويكون أجود أو أكثر فيمتنع حل الدين أو لا)^(٤) . [١/٣٩] لأن في ذلك سلف بزيادة ، وهو ضمان بجعل ،

(١) التهذيب (١١٤/٣) .

(٢) قال في التهذيب (وإن صارفته قبل الأجل على دنانير واشترط قبضها عند محل أجل الدراهم ، أو اشتريت بها منه قبل الأجل عرضاً بعينه ، أو مضموناً إلى ذلك الأجل لم يجز) . التهذيب (١١٤/٣) .

(٣) التهذيب (١١٤/٣) .

(٤) في التهذيب «ما لم يكن العرض الذي تأخذ من صنف العرض الذي بيعت ، ويكون أجود منه =



وسكت على المثل والدون والأقل لأن ذلك يجوز عنده ، لأنه لا يُتهم في المثل ، وقد اتهم في موضع آخر على أنه سلف بنفع الضمان ، وكأنه هنا جعله قرضاً . وأما الأقل والأدون فقد نصّ قبل على جوازه في العَرَض إذا أسلم ثوبين أو باعهما بثمن إلى أجل ثم أخذ قبل الأجل أقل مما خرج عنه ، قال : لا يَتَّهَم على ذلك .

ولو كان المبيع طعاماً لم يجز له أن يأخذ أقل منه قبل الأجل ؛ لأن باب الطعام ضيقٌ . ولو دفع له دينارين سلماً في عَرَض ثم أخذ قبل الأجل منه ديناراً جاز عند ابن القاسم كالقرض ، لأنه لا يَتَّهَم بخلاف الطعام ، وابن أبي سلمة يمنع الجميع ، وأشهب يجيز الجميع . ولو كان ذلك بعد الأجل جاز لأنه لا يدخله ضَعٌ وتعَجُّلٌ^(١) .

قوله : (وإن لم يرضها انتقض الصرف)^(٢) . لأنه يجب عليه أن يدفع لك بدلها فيدخل الصرفَ عدمَ التناجز فيبطل .

قوله : (لم يجز أن ترضى بذلك)^(٢) . لأن الصفقة وقعت فاسدة ، ولا يجوز تجويز الحرام بالرضا عليه .

قوله : (فأرجو أن يكون البديل في ذلك خفيفاً)^(٢) . لأن الاختلاف في الفلوس : هل هو من جملة النقود أو لا بل هو سلعة ، فكان ذلك فيها أخف .

قوله : (بغير شرط)^(٢) . يعني لم يدخل على التأخير بغير شرطٍ فجاز ، ولو شرطاً التأخير في الصفقة لم يَجُز .

= أو أكثر فلا يجوز ، حل أجل الدين أم لا » (١١٤ / ٣) .

(١) تقدم ذلك كله عند قول صاحب التهذيب (وإن بيعت محمولة بثمن إلى أجل) . انظر كلام الشارح

رحمته . ص : (١٦٧) .

(٢) التهذيب (١١٤ / ٣) .

قوله: (مردودا لعينه)^(١). يعني بأن يكون سكة أخرى، أي ضرب سلطانٍ آخر، وإن كان مثل الدراهم التي صرفت بها في الورق جاز لك أن ترده، وينقض الصرف لما تقدم.

قوله: (إذا ثبت الفسخ بينكما)^(١). يعني بحكم حاكمٍ أو بإشهادكما على الفسخ، ولا يثبت دون ذلك، لم يجز لأنه يصير صرفاً مستقبلاً، على أن الصرف الأول تمَّ ثمَّ عقدتُما صرفاً آخرَ بتلك الدراهم التي زعمت أنك ردَدتها وأخذت ديناركَ الأول، وفي ذلك تتميم للصرف الأول الذي وجب فسخه وعقدُ صرفٍ ثانٍ بتأخير.

قوله: (لا أقبل إلا كذا)^(٢). هذا راجعٌ إليه، يأخذ في سلعته ما شاء.

قوله: (وتجبر على أخذها)^(٣). لأنه لا يمكن كسر الدينار لأنه فسادٌ، فيُجبر على أخذ صرف مالك بالمتعارف في ذلك.

قوله: (لا يعلم وزنه بفضة)^(٣). أي لا يعلم وزنها، أي جزافاً من الجهتين، لأن الذهب والفضة غير المسكوكين يجوز بيعهما جزافاً.

قوله: (مالم تكن سكة)^(٣). لأن المقصود حينئذٍ عددها.

قوله: (وزنها نصف درهم)^(٤). أو وزنُ كلِّ درهمٍ منها نصفُ درهمٍ كامليٍّ^(٥) لأنه الشرعي.

(١) التهذيب (١١٥/٣).

(٢) في التهذيب «لا أقبلها إلا بكذا» (١١٥/٣).

(٣) المصدر نفسه (١١٥/٣).

(٤) المصدر نفسه (١١٦/٣).

(٥) قال المقرئ: كانت بمصر المعاملة بالورق، فأبطلها الملك الكامل محمد بن أبي بكر بن أيوب =



لا خلاف في القضاء بعين عن عين مثله دون وزنه أنه يجوز، أعلى من الذي عنده في الصفة أو دون، حسن قضاء أو اقتضاء، وفي المقدار قولان: الجواز حملاً على الصفة لأنه يشبه صفة الجودة والرداءة. ولا يجوز الاختلاف في العدد، وكان الأصل ألا يجوز التفاضل في شيء من ذلك، لكن خرجت الصفة بالنص، لأنه عليه السلام اقترض بكراً وقضى جملاً خياراً رباعياً^(١). وبقي ما عداه على المنع.

قوله: (على غير شرط)^(٢). لأن ذلك يخرج عن المعروف إلى باب البيع فلا يجوز للمفاضلة في البيع وقد نهى عن ذلك. ولما جاز ذلك في القرض والاقتضاء على جهة المعروف جازت المبادلة أيضاً بالتفاضل لأنها على جهة المعروف.

قوله: (وإن قضاك تسعين)^(٢). امتنع هذا لخروجه عن المعروف، لأن حكم المعروف أن يكون الفضل والنفع من أحد الجهتين، فمتى ترك أحدهما لصاحبه (٠) فيها من الجهة الأخرى دخلته المكايسة وصار حكمه كالبيع، فكثرة [٣٩/ب] العدد مقصودة في العرف فصار ذلك فضلاً من الجهة الأخرى فأمكن أن يزيده في الوزن لذلك.

= في سنة بضع وعشرين، وضرب الدرهم المدور الذي يقال له الكامل وجعل فيه من النحاس قدر الثلث ومن الفضة الثلثين، ولم يزل يضرب بالقاهرة إلى أن أكثر الأمير محمود الأستادار من ضرب الفلوس بالقاهرة والإسكندرية فبطلت الدراهم من مصر وصارت معاملة أهلها إلى اليوم بالفلوس). انظر المواعظ والاعتبار: (٢٩٧/١). ط مؤسسة الفرقان.

(١) الحديث رواه مالك في الموطأ كتاب البيوع. باب ما يجوز من السلف. عن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ أنه قال: (استسلف رسول الله ﷺ بكراً فجاءته إبل من الصدقة، قال أبو رافع فأمرني رسول الله ﷺ: «أن أقضي الرجل بكراً»، فقلت: لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً، فقال رسول الله ﷺ: «أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء»). ورواه الترمذي في سننه أبواب البيوع باب ما جاء في استقراض البعير أو الشيء من الحيوان أو السن. وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) التهذيب (١١٦/٣).



والدنانير عنده ثلاثة أصناف: قائمة وهي التي من ذهب جيد، وكل دينار منها يزيد على المئقال الشرعي حبةً وهي الميالة. والفرادى بعكسها كل دينار ينقص حبةً وذهبها رديء. والمجموعة مخلوطة من جيدٍ ورديء كل واحد منها جزء دينار.

قوله: (إن لم يكن في ذلك وَأَيُّ) ^(١). أي عادةً، فيكون سلفاً جر نفعا، وكذلك إذا كانت العادة أن يكون المقرض ينتفع فهو كالشرط فيمتنع.

قوله: (وإن قضاك تسعة لم يجز) ^(١). لما قلنا من فضيلة العدد.

قوله: (ولا يصلح إن كانت عدداً بغير كيل) ^(١). يريد بالكيل هنا الوزن، أي إذا لم تكن الدراهم والدنانير في القضاء بوزن فلا بد فيها من استواء العددين (.) في المقدار أو الصفة أولاً، وأما إن كانت بالوزن فيجوز مع اختلاف العدد لأن التماثل حينئذ مقطوع به.

قوله: (فقضيته خمسين درهماً أنصافاً) ^(١). كالمغربية، وجاز ذلك حسن اقتضاءً ومعروفاً، ونعني بالوازنة الكاملة وبالأنصاف أنصافها.

قوله: (ولو قضيته مائة درهم أنصافاً ونصف درهم لم يجز) ^(١). لزيادة العدد بذلك النصف، والعدد مقصود فصارت الفضيلة من الجهتين ودخلت المكايسة. وهذا الباب في المذهب ينقض ما تقدم من القول بسد الذرائع، لأن ذلك تشديد عظيم وهذا تحليل.

قوله: (ويجوز أن تقضيه أقلّ عدداً في مثل وزنها أو أقل) ^(١). ضابط هذا أنه إذا كان الرجحان من إحدى الجهتين جاز على جهة المعروف حسن قضاء أو اقتضاء، فإن كان رجحاناً من الجهتين ترك أحدهما لصاحبه دخلته المكايسة

(١) التهذيب (١١٦/٣).



وتحقق البيع فامتنع لخروجه عن المعروف .

قوله: (إذا اتفقت العيون)^(١) . لأنه إن اختلفت في الجودة والرداءة فيمكن أن يترك عددا لرداءة أو جودة (لعدد)^(٢) ، وذلك مكايسة تخرجه عن المعروف .

قوله: (ولو أقرضته كيلا جاز أن يقضيك أزيد عددا أو أقل)^(٣) . لأن التماثل قد تحقق بالوزن .

قوله: (تفاضل الوزن معروف مع اتفاق العدد)^(٤) . لأن الفضيلة من جهة واحدة ، بخلاف اختلاف العدد مع تفاضل الوزن لأنهما من جهتين .

قوله: (وإن أبدل لك رجل)^(٥) . لا خلاف في جواز إبدال ثلاثة دنانير كل واحد منها ناقص بثلاثة وازنة ، واختلف في الرابع والخامس ، ولا خلاف في امتناع الستة لكثرتها ، وكان الرابع لمجاورته عدد القلة ، ومجاور المجاور مجاور ، وجاز ذلك على المعروف قياسا على المعروف في القرض .

قوله: (وإن أعطاك بها دينارين قائمين لم يحل)^(٥) . لوجود كثرة العدد من أحد الجهتين والفضل من الجهة الأخرى . واليزيدية منسوبة ليزيد بن عبد الملك^(٦) وهي دون المحمدية . ويعني بالعتقاء الجياد غاية .

(١) التهذيب (١١٦/٣) .

(٢) كذا في المتن ، ولعله: العدد .

(٣) في التهذيب «ولو أقرضته المائة كيلا» (١١٦/٣) .

(٤) التهذيب (١١٦/٣) .

(٥) المصدر نفسه (١١٧/٣) .

(٦) يزيد بن عبد الملك بن مروان الخليفة الأموي ، أبو خالد الدمشقي ولد سنة إحدى وسبعين ، وولى الخلافة بعد عمر بن عبد العزيز سنة إحدى ومائة وتوفي سنة خمس ومائة . (انظر: سير أعلام النبلاء للذهبي: (١٥٠/٥) . وتجارب الأمم لأحمد بن مسكويه: (٤٦٩/٢) .

قوله: (لم تجبر على أخذها)^(١). لأن في ذلك منه منّة عليك ، ولا يلزمك أن تقبلها .

قوله: (جاز ذلك في العين قبل الأجل وبعده)^(٢). لأنه لا تختلف الأغراض في النقود ولا تختلف سوقه ، فيؤمن فيه أنه لم يرد المعروف ، بخلاف العروض لأن الأغراض تختلف فيها وأسواقها تختلف ، فيمكن أن يقصد بتعجيله غرضاً له من كساد يرتجيه عند الأجل أو غير ذلك ، فيدخله حطّ الضمان وأزيدك ، لكنه إن حل الأجل انتفى ذلك . وأما إجازته له في القرض فإن مبناه على المعروف .

قوله: (إن لم يكن وأيّ)^(٣). لأن في ذلك سلف بزيادة .

قوله: (ولا يأخذ قبل الأجل يزيدية من محمدية)^(٣). لِمَا قَالَ من أن فيه [٤٠/١] ضع الضمان وتعجل .

واعلم أن الضابط في هذا الباب أن الاقتضاء عما ثبت في الذمة على ثلاثة: إما من قرض أو {من} بيع أو استهلاك .

فأما القرض فاقضاء المثل منه جائز مطلقاً قبل الأجل وبعده ، وغير المثل إما أن يكون أكثر أو أقل ، فالأكثر إن كان في الصفة جاز مطلقاً قبل الأجل وبعده ، وأصله ؛ أنه عنه استسلف بكراً فقضى جَمَلاً خياراً رباعياً^(٤) ، وإن لم يكن كذلك فيأما أن يكون التعامل في ذلك بالعدد أو بالوزن وهو كالكيل .

فإن كان بالعدد جازت الزيادة في المقدار بلا خلاف مثل أن يكون له

(١) التهذيب (١١٧/٣) .

(٢) في التهذيب «جاز ذلك في العين من بيع أو قرض قبل الأجل» (١١٧/٣) .

(٣) التهذيب (١١٨/٣) .

(٤) الحديث تقدم تخريجه .



عشرين درهما مغربية فيدفع له عنها عشرين كامليّة، ولا يجوز أن يزيده في العدد على المذهب، وقيل يجوز قياسا على الصفة كما في المقدار عليها، والعرف أن زيادة المقدار ليست منفصلة فناسبت زيادة الصفة، بخلاف زيادة العدد لانفصالها، وعلى تجويز القياس يمشي ما ذهب إليه المخزومي لما ناظره أشهب^(١) في تجويز المخزومي جملاً بجملين أحدهما نقدا والثاني إلى أجل قال: لأنّ الذي للأجل لغوٌ وأحدُ الجملين في مقابلة الآخر يدايد، فقال له: يلزمك أن تجيز دينارا بدينارين أحدهما نقداً والثاني إلى أجل على أن يكون أيضا لغو، فلم يلزمه.

وإنما فرق لأنه لا خلاف في امتناع النساء في العين بالعين، فكأنه يقول: القياس يقتضي الجواز لولا أن الإجماع صدّ عن ذلك. وأما التفاضل فقد قال به ابن عباس أخذاً بالحديث: «إنما الربا في النسيئة»^(٢)، وقد حُكي أنه قد رجع عن ذلك. فعلى هذا فالإجماع منعقد على منع التفاضل فلا يلزم أيضا المخزومي تجويزه للإجماع على منعه وإن كان القياس يقتضيه.

وأما إن كان التعامل في ذلك بالوزن أو الكيل ففي جواز الزيادة في المقدار والعدد ثلاثة أقوال: النفي والإثبات إطلاقاً، والجواز في اليسير، والمنع في الكثير^(٣).

(١) تقدم الكلام عن هذه المناظرة عند قول صاحب التهذيب (ومن أسلم فسطاطية في فسطاطية معجلة...) انظر المسألة وهامشها في الصفحة: (٤١).

(٢) الحديث تقدم تخريجه.

(٣) قال الشيخ خليل في التوضيح: (وبالأفضل مقدارا، لا يجوز إلا في اليسير جدا، وقال أشهب مطلقاً. أي: فإن قضاه أجود قدراً فلا يجوز إلا أن تكون الزيادة يسيرة جداً، كما قال ابن المواز، مثل رجحان الموازين. وقال أشهب: تجوز الزيادة اليسيرة، أي: مطلقاً، سواء كانت الزيادة اليسيرة مقيدة بحد أو لا. وكذا نقل اللخمي والمازري، وابن يونس، وابن شاس وغيرهم عن أشهب، وإنما نقلوا في الزيادة مطلقاً كثيرة كانت أو قليلة الجواز عن عيسى بن دينار وابن حبيب، =



وهل يعتبر اليسير بالنظر إلى غيره أو بالنظر إلى نفسه؟ قولان: فإن اعتبر نفسه جاز أن يزيده في دينار مثله لأن الدينار يسير، ويمتنع بالنظر إلى الكل لأنه نصف، وإن اعتبر بغيره فيجوز في العشرة نحو ثلاثة، ويمتنع بالنظر إلى نفسها.

ووجه الخلاف في ذلك يبنى على قاعدة وهي: القياس على الرخص، ولنا فيها قولان: فعلى منع القياس فلا يجوز ذلك مطلقاً لأن الزيادة في الصفة إنما هي رخصة، والأصل المنع، خرجت الصفة عن الأصل بالنص وما عداها باقي على الأصل. وعلى الجواز فكما جاز في الصفة فليجز في غيرها، والجامع أن الزيادة موجودة في الموضعين، ومن جوز اليسير (٠) كالجمع بين القولين أو لأن اليسير مغتفر. وعلى الجواز بذلك مطلقاً قبل الأجل وبعده لأنه لا تهمة، وأما النقص بعد الأجل فجائز لأنه حسن اقتضاء، وقبل الأجل يُمنع لأنه يدخله ضِع وتَعَجَّل.

وأما الاستهلاك فكالقرض سواء لأنه ترتب في الذمة جبراً لا على جهة الاختيار فلا تهمة، وإنما تكون التهمة فيما يعقدانه على الاختيار وفي الاستهلاك هو مجبور على رد المغصوب، أو مثله إن كان من ذوات الأمثال، أو قيمته إن لم يكن من ذلك.

وأما في البيع فإن اقتضى عن ماله في ذمته عوضاً عن ثمن دفعه إليه أو مثمون سلم إليه فيه، فيجوز أن يأخذ بعد الأجل أقل من ذلك أو أكثر ومثله، ويمتنع قبل الأجل الأقل لأنه ضِع وتَعَجَّل، والأكثر لأنه حط عني الضمان وأزيدك^(١). وأما إن

= وفسر أشهب في الموازية الزيادة اليسيرة بزيادة إردب أو إردبين في المائة، أو درهم أو درهمين فيها. وهذا تقييد زيادة في القول الأول كما ذكرناه) انظر التوضيح: (٣٠١/٥).

(١) قال الشيخ خليل في التوضيح: قضاء الأفضل قبل الأجل في البيع ممتنع، سواء كان عرضاً أو طعاماً، لما فيه من حط الضمان وأزيدك قولاً واحداً (٣٠٢/٥).



اقتضى منه من نوع ما دفع له فالمثل جائز قبل [٤٠/ب] الأجل وبعده وتكون إقالة أو سلما، وأما غير المثل فإن دفع له عينا سلما فيجوز عند ابن القاسم أن يأخذ منه أقل من ذلك لأنه يتهمه، وابن أبي سلمة يمنع لأنه ربا عنده فيتهمان على قصد ذلك، وأما الأكثر فيمنع لأنه سلف وزيادة، وهذا كله قبل الأجل وبعده.

وإن دفع له عرضا فيجوز عند ابن القاسم أن يأخذ منه أقل كالعين لأنه لا يتهم أن يدفع ثوبا ويأخذ نصف ثوب من نوعه إلى أجل، وله قول آخر بالمنع لأنه يتهم أن يكون ضمان نصف الثوب بجعل بالنصف الثاني.

وفي الطعام يمنع بالأقل قولاً واحداً، لأن باب الطعام أضيق من العروض لأنه لا يجوز بيعه قبل قبضه، ولا ربا التفاضل وإن كان يدا بيد، وأما الأكثر فيمتنع قولاً واحداً أيضاً مطلقاً.

وقوله: (وإن أقرضته دراهم محمدية مجموعة)^(١). المجموعة والفرادى والقائمة أوصاف الدراهم أيضاً بالمعنى الذي يقال في الدنانير، والمجموعة أطيبها فضة من اليزيدية، وبعضها وازن وبعضها جزء من درهم وأكثر منه، فهي كهذه الدراهم السوداء، فصار في جهة المحمدية جودة الفضة وفي جهة اليزيدية رجحان الوزن، ومتى كان الفضل من جهتين خرج عن المعروف إلى باب المكايسة والبيع، وهذا ضابط هذا الباب وقد ورد النهي عن بيع ذلك دون التماثل.

قوله: (جاز)^(١). لأن الفضل يصير من جهة واحدة.

قوله: (ما لم تكن عادة)^(١). بأن يزداد المقرض فيمتنع لأن العادة كالشرط، وكذلك لو أضمرا دون كلام صار كالشرط وخرج إلى المبايع.

(١) التهذيب (١١٩/٣).

قوله: (لم يعجبني)^(١). هذا جائز لأن الفضل من جهة واحدة، والعدد لم يكن مقصوداً لأن الكيل مشروط بينهما وهو الوزن، لكن كرهه لإمكان أن يكون ذلك بشرط فينتفع المقرض بكثرة العدد^(٢).

وكذلك الزيادة في أرادب الطعام إلا أنه على المذهب يمتنع هذا لما قلنا من الزيادة المنفصلة، وأما بعد المجلس والفرق فالزيادة هبة إلا أن تكون عادة فيكون كالشرط^(٣).

قوله: (ولو قضاك أرجح في الوزن)^(٤). يعني مع استواء العددين، لما تقدم من أن زيادة المقدار تشبه زيادة الصفة.

قوله: (فلا يأخذ منها مائة مجموعة)^(٥). أي وزن المائة من المجموعة لأنه يكون من جهة المجموعة كثرة العدد ومن جهة القائمة فضل الطيب والوزن.

قوله: (إلا أن تسلفه بمعيار عندك قد عرفت وزنه)^(٥). يكون الوزن هو

(١) التهذيب (١١٩/٣).

(٢) حمل قوله (لم يعجبني) هنا على الكراهة، وفي الجامع لابن يونس: قال أبو محمد: وهو كزيادة العدد، ولم تأت الرخصة في زيادة العدد ٤٧٢/١٢. وقال الزرويلي في التقييد: لم يعجبني هنا على المنع لأنه أقرضه مائة فقضاه مائة وعشرين. انظر التهذيب: (١١٩/٣).

(٣) قال في المدونة: (سألت مالكا عن الرجل يتسلف من الرجل مائة درهم فيعطيه عند القضاء عشرين ومائة درهم على غير موعد ولا شرط أو يتسلف منه مائة إردب قمح لما أتى ليقضيه قمحه وحل أجله قضاه عشرين ومائة إردب مثل حنطته؟ قال مالك: لا يعجبني أن يقضيه فضل عدد لا في ذهب ولا في طعام عندما يقضيه ولو كان ذلك بعد ذلك لم أر بذلك بأساً إذا لم يكن في ذلك عادة ولا موعد ومعنى قوله بعد ذلك أي بعد مجلس القضاء الذي يقضيه فيه يزيده بعد ذلك وأما حين يقضيه فلا يزيده في ذلك المجلس ولكن يزيده بعد ذلك). المدونة (٣٤/٣).

(٤) التهذيب (١١٩/٣).

(٥) المصدر نفسه (١٢٠/٣).



المقصود، وإذا حصل التماثل به فلا يبالى باختلاف العدد، وكذلك إذا اشترط في البيع العدد مع الكيل فيكون العدد ملغى، [إنما]^(١) عوّلا على الوزن.

قوله: (ويشترط عددها داخل المائة)^(٢). أي يكون داخلا في المائة الصنجة عددها فلا بأس، لأن التماثل حاصل بالوزن الذي شرطا.

قوله: (ومن لك عليه مائة دينار مجموعة)^(٣). هذه (.)^(٣) ناقصة الوزن وفيها الجيدة والرديء، والقائمة أفضل وزنا وعينا والعدة واحدة فالفضل من جهة واحدة.

قوله: (وما بيعت بفرادى فلا تأخذه كيلا)^(٤). أي إذا بيعت بمائة من الفرادى فلا تأخذ عنها مائة بالصنجة منها للتفاضل، وليس على جهة المعروف لا اشتراط الوزن من غيرها، ولا منها لأن في الفرادى نقص الوزن والرداءة، فقد يكون الذي تأخذ أجود أو أكثر أو أنقص عددا فيؤدي إلى وقوع الفضل من جهتين أو إلى الزيادة في العدد، إلا إن شرطت مع عدد الفرادى وزنها فجاز أن تأخذ ذلك بالمقدار، لأن التماثل حاصل بالوزن.

قوله: (لأنك تجاوزت نقصها [١/٤١] لفضل عيونها). يريد أن الفرادى جيدة العين وليس فيها إلا نقص الوزن خاصة، وترك نقصها لجودة عيون المجموعة.

قوله: (ولم يُسمَّ كم دَخَلها). أي كم يدخل في المائة دينار الصنجة المعروفة من هذه المجموعة التي سمى لأنه لا يرجع إلى الوزن الذي شرط.

(١) بتر أول الكلمة، ويجوز أن يكون حرف عطف: (وإنما).

(٢) التهذيب (١٢٠/٣).

(٣) ما بين القوسين غير واضح بسبب البتر، ولعله: [كلها].

(٤) في التهذيب «وما بيعت بفرادى واشترطت كيله مع العدد فجاز أن تأخذ فيه كيلا» (١٢٠/٣).



قوله: (لم يدخل فيه ذهباً غير جائز)^(١). أي إن جعل في الميزان ذهباً لا يجري بين الناس فله رده، لأن العرف كالشرط.

قوله: (يجمع في الكيل)^(٢). أي في الميزان لا ينظر إلى عدتها بخلاف القائمة والفرادى.

قوله: (قد عرفا وزن كل واحد منهما)^(٣). أي بالحزر والتقدير، ولذلك قال: (إنهما لم يجمعا في الوزن)^(٤) أي: في كفة، فلذلك قال بعد: (لا بد أن يزيد وزن المجموعة على الفرادى أو ينقص)^(٥)، ويريد بالمجموعة ما يريد بالتبر، لأنها مقطوعة مثله، ولو كان وزنها معلوما عندهما لأخذ منه (٠)^(٥) تبراً فصَحَّ.

قوله: (فلا يكون ذلك مثلاً بمثل)^(٦). لأن النقيدين لا يحصل به تحقيق المماثلة، والجهل بها كت تحقيق التفاضل في الحكم.

قوله: (ولا يباع القمح وزناً بوزن)^(٦). لأن أنواعه تختلف في الخفة والثقل وذلك يؤدي إلى بيعه متفاضلاً في الكيل، ولأن معياره الشرعي إنما هو الكيل لا الوزن.

قوله: (وليس ما كرهنا من أخذ المجموعة من فرادى مثل ما أجزنا)^(٦). يريد أن في الأولى يوجد الفضل من الجهتين فتحقق البيع متفاضلاً، وفي الثاني إنما يكون الفضل من أحد الجهتين لأن السمرء أفضل من المحمولة، فأخذها عنها حسن قضاء والعكس حسن اقتضاء.

(١) في التهذيب «ما لم يدخل له ذهباً غير جائز» (١٢٠/٣).

(٢) التهذيب (١٢٠/٣).

(٣) في التهذيب «قد عرف» (١٢١/٣).

(٤) التهذيب (١٢١/٣).

(٥) كلمة غير واضحة، لعلها: بزيتها.

(٦) التهذيب (١٢١/٣).



قوله: (لأن الطعام مكيل لا تفرق أقداره)^(١). أي المقصود من كيله واحد بخلاف أنواع العين لأن الأغراض تختلف فيها.

قوله: (ويجوز مجموع الفضة بمجموعها)^(٢). يعني أنه إذا اتفقا في الوزن فلا يبالى باختلافهما في الصفة إذا كانت مزيدة من جهة واحدة.

قوله: (لأنه تبع لسكتتهما)^(٣). لأن السكة فضل في تلك الجهة، وجودة العين فضل في الجهة الأخرى فامتنع.

قوله: (لأن السكة غير الدراهم)^(٤). يريد أنها صنعة زائدة على نفس العين بخلاف جودة الطعام، لأنه ليس ذلك زائد على نفس الطعام، فلم يعتبر فيه ذلك فضلا زائدا.

قوله: (ما لم تكن سكة ولا فضل في وزن)^(٥). أي فيكون فضلا مقابلاً لفضل الجهة الأخرى.

قوله: (فذلك ربا)^(٥). لأنه لما وزنتها تحققت المكايسة والمبايعة، وقد نهى عن البيع في ذلك متفاضلا، وبالكيل خرج عن أن يكون مبادلة ومعروفاً.

قوله: (بغير مراطة)^(٥). لما قلنا من أن المراطة تخرج ذلك عن المعروف إلى باب البيع وإنما نهى عن التفاضل في المبايعة، المعروف نوع آخر، إلا أنه إنما يكون غالبا فيما قل كالثلاثة فما دونها، ولا خلاف في جواز ذلك، ولا

(١) في التهذيب «لا تفرق» (١٢١/٣).

(٢) المصدر نفسه (١٢١/٣).

(٣) في التهذيب «لأنه بيع لسكتتهما» (١٢١/٣).

(٤) المصدر نفسه (١٢١/٣).

(٥) المصدر نفسه (١٢٢/٣).



خلاف في منعه في الستة ، واختلف فيما بين الثالث والسادس على قولين .

قوله: (ولا يجوز في المبادلة أن يكون الناقص أجود عينا)^(١). لأن ذلك يُدخله في المكايسة ، ويُخرجُه عن المعروف .

قوله: (وإن سألتَه)^(١). يريد أنه إذا كان الدينار الناقص والوازن في [المبادلة]^(٢) من سِكة واحدة فلا خلاف في جواز ذلك ، وإن كان من سكتين فمذهب ابن القاسم جوازُه أيضا لأنه معروف لا مكايسة فيه ، ومنعه مالك وربيعه^(٣) ، لإمكان أن تكون تلك السكة الأخرى (تكون)^(٤) أنفق بموضع آخر فيتعلق بها القرض وتدخل المكايسة من أجل ذلك . [٤١/ب]

قوله (بهاشمية)^(٥). يريد أنهما من سكة واحدة ، ولذلك جاز مع اتفاقهما في الجودة بلا خلاف .

قوله: (فقد كرهه مالك بحال ما أخبرتك)^(٦). أي لأنهما سكتان فالقرض يتعلق بكل واحدة .

قوله: (فوهبته ذلك لم يجز)^(٦). لأنهما لما تراطلا تحقق البيع بينهما فلم يجز التفاضل البتة ، لا برضا أحدهما ولا بكراهته للنهي عن البيع مفاضلة .

قوله: (أجود من الذي لك عليه أقل وزنا)^(٦). لأن الفضل من الجهتين

(١) التهذيب (١٢٢/٣) .

(٢) في المتن: (المبادلة) ، وما أثبتته هو الصواب .

(٣) انظر التهذيب (١٢٢/٣) ، ومواهب الجليل (٤/٣٣٤ - ٣٣٥) .

(٤) تكررت كلمة (تكون) في المتن

(٥) يريد قوله «بدينار هاشمي» التهذيب (١٢٣/٣) .

(٦) المصدر نفسه (١٢٣/٣) .

فدخلته المكايسة.

قوله: (ويجوز أن تأخذ أدنى من تَبْرِكٍ أَقْلٍ وزناً)^(١). لأن الفضل من جهة واحدة.

قوله: (محمولة أَقْلٌ كيلاً)^(٢). لأنه لما اختلف المقدار تحقق البيع فلم يجز التفاضل، ولأنك بعت منه الذي لك عليه بما أخذتَ غيرَ يدٍ بيد.

قوله: (من جميع الحقوق)^(٣). أي من قرض ومن بيع وغيرهما، وأجاز ذلك أشهبٌ كالعين لأن الفضل من جهةٍ واحدة.

قوله: (وكذلك لو اقتضى دقيقاً من قمح)^(٤). هذا من كلام أشهب أجازَه على الأصلِ الأوَّل، لأن الفضل من جهة.

وابن القاسم يمنعُه لأنه ليس بقمح فتحقق فيه المبايعة بخلاف قمح دون الذي عليه أو أعلى منه، لأن ذلك كله صنفٌ واحد فيكون مبادلة غير بيع.

قوله: (إلا أن يكون الدقيق أجوداً)^(٤). فيكون الفضل في الجهتين.

قوله: (والفرق بين الفضة وبين الطعام)^(٤). يريد أن العين كله عند الناس نوعٌ واحد لا تختلف الأغراض فيه، لأنه إنما يريد ليُجعل عوضاً في الأموال لا لعينه فلا يختلف باختلاف الأزمان بخلاف الطعام لأن أثمانه تختلف، فقد تصير قيمة بعض الإردب كقيمة الإردب، ولأنه قد يكون لنوع من الحنطة أو دقيقها

(١) التهذيب (١٢٣/٣).

(٢) المصدر نفسه (١٢٤/٣).

(٣) في التهذيب «من جميع الحق» (١٢٤/٣).

(٤) المصدر نفسه (١٢٤/٣).



خاصة^(١) مقصودةٌ ليست لغيره فيتحقق فيه زمن البيع ، وأما قبل الأجل فلا يجوز البتة لأنه أقلُّ فیدخله ضِعٌّ وتَعَجَّلَ .

قوله: (لجاز أن يأخذ شعيراً أو سلتاً أو دقيقاً أقل)^(٢) . هذا كله يجوز عند أشهب لأن الفضل فيه من جهةٍ واحدة كالعين ولكن بَعْدَ الأجلِ ، وأما قَبْلَهُ فلا يجوز .

قوله: (ويدخله في البيع ببيعُه قبل قبضه)^(٣) .

قوله: (ومما يُبَيِّنُ ذلك)^(٤) . هذا لا يجيزُه أشهب للفاضل في الطعام على وجه المبادلة كما جاز ذلك في العين على جهة المعروف .

والفرق أنه كان الأصلُ ألاَّ يجوزَ التفاضل في شيء من ذلك ، خرج العين على جهة المعروف في المبادلة لعمَلِ أهل المدينة وبقي الطعام على أصله في المنع ، وأيضاً فإن الضرورة تضم إلى ذلك في العين ، لأن الدراهم والدنانير لا تُراد لأعيانها بخلاف الطعام فجاز ذلك فيها ولم يجر في الطعام .

قوله: (ولا خير في اقتضاء صيحاني من عجوة قبل الأجل)^(٥) . لأنه نوع آخر فیدخله قبل الأجل بيعُ الطعام قبل قبضه ، وضِعٌّ وتَعَجَّلَ في الأدون ، وحُطَّ الضَّمان وأزیدُكَ في الأعلى ، وبَعْدَ الأجل يزول هذا فيصيرُ مبادلةً لا مبيعةً فيجوز ، وحكم المتعين في الذمة جبراً كالقرض لأنه لا تهمة في أنهما أضمر ما لا يجوز .

(١) كذا في المتن ، والمقصود خاصة .

(٢) التهذيب (١٢٤/٣) .

(٣) كذا في المتن من غير أن يتعرض لها بشرح .

(٤) التهذيب (١٢٤/٣) .

(٥) المصدر نفسه (١٢٥/٣) .



قوله: (فقضاك دقيقاً مثل كيله)^(١). لأن الدقيق قمحٌ ، وإنما تفرقت أجزاؤه حسبٌ ، وهذا على بيع الدقيق بالقمح كيلاً ، وقيل: لا يجوز للتفاضل ، ولا بالوزن لأنه غير المعيار الشرعي ، وقيل: إنما يجوز بالوزن لأنه بذلك يصح التماثل .

قوله: (وإن كان أقل من كيله لم يجز)^(١). هذه مسألة الخلاف^(٢).

قوله: (ويجوز في المراطلة)^(٣). المذهبُ على جواز بيع المسكوك [١/٤٢] بالتبر وزناً لأن التماثل حاصل بالوزن . وقيل: لا يجوز مسكوك بتبر ولا بمسكوك آخر وزناً لأن في ذلك بيع المسكوك المقصود عدده جُزافاً وذلك مخاطرة . وعلى الجواز فهل يجوز بيع المصوغ بالتبر أو بالمصوغ أو بالمسكوك ؟ ثلاثة أقوال .

فالمذهب الجوازُ على إلغاء السكة والصياغة في كل ذلك ، وقد حصل التماثل في ذلك في الوزن فجاز . وقيل: لا يجوز شيء من ذلك لأن السكة والصياغة صناعةٌ زائدة على العين ، فيكون في ذلك اتحاد مالِ الربا من الجهتين ومعهما أو مع أحدهما غيرُهُ فلا يجوز . وقيل بالفرق بين السكة فتلغى ، والصياغة فلا تلغى بل تكون أمراً زائداً^(٤).

قوله: (بخلاف الاقتضاء)^(٥). أي تلغى هنا ولا تلغى هناك ، لأنه ثم كان له ألا يأخذ التبر عن المسكوكة والمصوغ ، فكأنه إنما أخره لغرضٍ ما له فيه ، فدخلت

(١) التهذيب (١٢٥/٣).

(٢) في مواهب الجليل: (وقوله: «وإن كان أقل من كيله لم يجز» خلافاً لأشهب في قوله «إن ذلك جائز» اهـ . يشير إلى قوله في المدونة عن أشهب «لو اقتضى دقيقاً من قمح والدقيق أقل كيلاً فلا بأس به إلا أن يكون الدقيق أجود من القمح» (٣٣٧/٤).

(٣) التهذيب (١٢٥/٣).

(٤) انظر الجامع لابن يونس (٤٨٠/١٢).

(٥) التهذيب (١٢٥/٣).

المكايسة والتفاضل .

قوله: (وكذلك حلبي بين رجلين)^(١) . لا خلاف في بيع العين مراطلة في الميزان وإن أمكن أن يكون فيه عين ، لكن تُختبر حتى يزول ذلك ، وأما بالصنجة ففيه قولان ، لأن تحقيق المماثلة معه أبعد من الأول .

فأما في مثل هذه المسألة فلا يمكن قسّم الحلبي إلا بضرر بيّن ، فللضرورة جاز أن يأخذ منه ما يقابل حظه بالصنجة ، وأما النقرة بينهما ففي جواز قسمها بينهما بالصنجة قولان^(٢) ، لأنه ليس في قسمتها حقيقةً كبير ضرر ، ومن لم يُجز قال: يحتاج في قسمتها إلى أجرٍ لمن يقسمها ، وقد يؤدي ذلك إلى تقطيع أجزائها وتضييع بعضها .

وأما الكيس المختوم فيه عينٌ بينهما فلا يجوز قولاً واحداً قسمته بالصنجة ، بأن يعطيه قدر حظه منه بالصنجة لأنه لا يتعذر قسمه حقيقةً بينهما ، وهذا كله لا بد فيه من حضور المقسوم حتى يكون ذلك كله يداً بيد^(٣) .

قوله: (فيصير ذهباً بذهب ليس كفة بكفة)^(٤) . أي غير يد بيد وعبر عن ذلك بقوله «كفة بكفة» ، لأن أحدهما يكون في كفة والآخر في كفة ، لأنه إذا كان مختوماً عليه غير مُشاهدٍ فهو غائب .

(١) التهذيب (١٢٥/٣) .

(٢) قال في التهذيب: (وكذلك نقرة بينهما ، وروى أشهب أن مالكا لم يجزه في النقرة) . (١٢٥/٣) .

(٣) نص المدونة: (ولو جاز هذا في النقرة لجاز هذا أن يكون كيس بينهما فيه ألف درهم مطبوع عليه

فيقول أحدهما لصاحبه: لا تكسر الطابع وخذ مني مثل نصفه دراهم فتكون الفضة بالفضة ليس

كفة بكفة وإنما جاز في الحلبي لما يدخله من الفساد وأنه موضع استحسان) . (٤٢/٣ - ٤٣) .

(٤) التهذيب (١٢٦/٣) .



قوله: (لموضع استحسان)^(١). يعني جواز في الحلي على غير قياس ، لكن جاز استحساناً لمكانِ الضرورة فلا يقاس عليه غيره .

قوله: (لأنه بيع لسكة أو صياغة بجودة ذهب)^(٢). يريد أن السكة والصياغة في القضاء أمر زائد معتبرٌ ، لأنه لولا ذلك ما قبض هذا فدخله التفاضل في بيع العين بمثله ، وأما في المرافلة فيجوز .

والفرق أنهما في الاقتضاء يُتَّهَمَانِ على أنهما قصداً إلى التوصل بذلك إلى ما لا يجوز من سلفٍ جرّ نفعاً ونحوه ، وفي المرافلة لا يتهمان على ذلك لأنهما لم يتقدّم بينهما عقد قبل ذلك .

الهرقلي: منسوب إلى هرقل . والذهب الأصفر دون الأحمر في الطيب ، وهو ألينُ جسماً منه ، ولذلك أمكن تصريفه في العمل يعني: تزيين الثياب والجدران وغيرهما به ، لكن كل واحد منهما ذهبٌ فلا يجوز التفاضل بينهما .

ويعني بالمنقوشة (جرة) الضرب .

قوله: (فإن أصاب في الدنانير ما لا يجوز عينه في السوق وذهبه أحمر جيد)^(٣). أي ومع ذلك العيب فهي أطيّب من الأصفر فيجبرُ على تصحيح العقود ، وذلك لأنه لو انقضى لأخذ الذي دفع ، وهو أدون من الذي صار له فلا فائدة له في نقص عقد قد صحّ وسمّاه صرفاً مجازاً ، وإنما هو مرافلة .

قوله: (إنما يرجع بمثل ما يرد)^(٣). أي لو دفع له مثله فإنما يكون ذلك في

(١) التهذيب (١٢٦/٣) .

(٢) في التهذيب «أو صياغة لجودة ذهب» (١٢٦/٣) .

(٣) المصدر نفسه (١٢٧/٣) .



[٤٢/ب] جودة الذهب كالذي يدفع له ، وقال أشهب: يجوز له رده وينقض العقد لأنه إنما شرط ما يجوز عينه في السوق ، وهذا الذي وجد خلاف ذلك^(١).

قوله: (وإن كان الدينار)^(٢). أي أحد الدنانير مغشوشا انتقض من التبر مثل وزنه ، هذا المذهب أنه ينتقض من العقد بقدر الرديء على اعتبار كمال الدينار . وقيل: ينقض جميع العقد . وقيل: لا ينقض في الصرف إلا ما يقابل الرديء من الدراهم ويكونان شريكين في الدينار إن كان بعضه .

قوله: (لأنه إذا حبسه لم يبق بيده مثل ما أعطى)^(٢). يريد أن هذه المسألة تخالف المتقدمة ، لأنه في الأولى إذا لم ينقض العقد بقي الفاضل ، وهنا لو لم يبق كان مغبونا لأنه قد خرج عن يده أفضل من الذي صار له ، وكذلك كل مُعَيَّن من المبيعات لو لم يرجع بالعيب كان الخارج عن يده أفضل مما أخذ ، وكذلك الدقيق المَعِيْبُ ليس كدقيق القمح السليم الذي خرج عن يده .

ومسألة الخلخالين مثل الأولى لأن ذهبهما أو فضتتهما أفضل مما دفع فلا ينقض العقد فيهما إلا على قول أشهب كما تقدّم .

قوله: (ومن كانت له دنانير ذهب)^(٢). هذا على المذهب من إلغاء السكة وأنها ليس أمراً زائداً حتى لا يكون مع أحد الذهبين غيره .

قوله: (مع تبر ذهب أحمر)^(٢). هذه ذهبٌ ، والضابط في ذلك ما تقدم من أن الفضل إذا كان من جهةٍ جازٍ ، وإن كان من جهتين بطل .

(١) قال ابن يونس: وأشهب يرى له الرد . فوجه قول أشهب ؛ فلأنه إنما باعه على أن يأخذ منه ما يجوز له ، فإذا أعطاه ما لا يجوز له فله رده ، وينتقض من التبر بوزنه اعتباراً بغير المرافعة (الجامع لابن

يونس: (٤٩٩/١٢) .

(٢) التهذيب (١٢٧/٣) .



قوله: (فإن اتفق المسكوكان جاز)^(١). لأن الفضل من جهة واحدة، بخلاف أن تكون المنفردة أجود من الذي مع التبر والتبر أرفع منهما، لأن الفضل حينئذ من الجهتين.

قوله: (إذا كانت إحدى الذهبين كلها أنفق جاز)^(٢). لِمَا قلنا من اتحاد المنفعة في إحدى الذهبين (وبقي)^(٣) أحد الجهتين.

قوله: (وإن كانت أحد الذهبين نصفها مثل الذهب الأخرى ونصفها أنفق جاز)^(٤). لأن الفضل أيضا في إحدى الجهتين، مثل أن يكون عشرون دينارا من جهة وعشرون من جهة، إلا أن عشرة من الأولى أنفق من الثانية، والعشرة الباقية مثلها، وهذا النوع خالف في إجازته سحنون قال: لأنه لا فائدة في دفعه العشرة المماثلة وأخذ مثلها، وإنما كان ينبغي أن يمسكها ويبادلها في العشرة الأخرى المخالفة، فلما جَمَعَ بينهما دل على غرض له في ذلك فلا يجوز^(٥).

قوله: (لم يجز)^(٦). لأن الفضل من الجهتين.

قوله: (فلا بأس به)^(٦). لأن العدد ملغى والمماثلة حاصلة بالوزن.

قوله: (هي أشر عيوباً من العتق لم يجز)^(٧). لأنه صار من جهة الهاشمية الجودة بها والرداءة في التي معها، ومن جهة العتق كثرة العدد والجودة.

(١) في التهذيب «فإن اتفق المسكوكان في النفاق جاز» (١٢٧/٣).

(٢) التهذيب (١٢٨/٣).

(٣) كذا في المتن ولعل الصواب: [وبقاء].

(٤) في التهذيب «إحدى» (١٢٨/٣).

(٥) لم يجره سحنون للذريعة. انظر البيان والتحصيل: (٢٩/٧).

(٦) التهذيب (١٢٨/٣).

(٧) المسألة في التهذيب «هي أشر عيوباً من العتق كالناقصة ثلاث خروبات ونحوه، لم يجز» (١٢٨/٣).

قوله: (جاز أن يعطيه برجحانها عرضاً أو ورقاً)^(١). هذا إنما يجوز بعد الأجل لا قبله لأنه سلفٌ وبيعٌ أو صرفٌ، لأن من قدم [ما]^(٢) لا يجب عليه فهو منه سلفٌ، وكأنه إنما قدم لبيع منه.

وقوله: (بخلاف المراطلة)^(٣). لأنه لم ينضمَّ إليها بيعٌ إلا في الدراهم للضرورة كما تقدم، وهذه المسألة حملها بعضهم على ما تقدم من جواز بيعٍ وصرفٍ مستأخراً إذا كان الصرف درهمين فما دون، لأنه تابعٌ غير مقصودٍ لأنه خرج من يده دراهمٌ وسلعٌ وأخذ دنائير. وقيل: بل يجوز مطلقاً، ولذلك لم يقيد لأن الصرف لم يكن أولاً مقصوداً فيجوز في القليل والكثير.

قوله: (وإن لم يحل فلا خير فيه)^(٣). ما قلنا من بيعٍ وسلفٍ.

قوله: (ولا تغرم لجودة وتأخذ لرداءة شيئاً)^(٤). لأنه [أ/٤٣] بذلك يتحقق البيع فخرج عن يدك الطعام الذي كان عليه، ودراهم في الطعام الذي أخذت، وكذلك إن دفع لك من خرج عن يده طعام ودراهم ليأخذ من نفسه الطعام الذي لك عليه حالاً أو عند الأجل، وفي ذلك اتحاد مال الربا من الجهتين ومع أحدهما غيره.

قوله: (ولا تأخذ أجود وأقل كيلاً)^(٥). لأنه يتحقق البيع وإن كان بعد الأجل فيدخله بيع الطعام قبل قبضه.

(١) التهذيب (١٢٨/٣).

(٢) ما بين المعقوفين مبتور من المتن، ولا بد منه.

(٣) التهذيب (١٢٨/٣).

(٤) في التهذيب «أو تأخذ» (١٢٩/٣).

(٥) المصدر نفسه (١٢٩/٣).



قوله: (ولو كان هذا من العروض غير الطعام)^(١). لأن هذه ليست بربوية ويجوز بيعها قبل قبضها، لكن إذا أخذ ما يغيرها عنها.

قوله: (ما لم تكن عادة)^(٢). لأنها كالشرط فيكون سلف بنفع، والفضة السوداء نوع منها، لكون معدنها كذلك، لكنها في الحكم كالبيضاء.

قوله: (جاز)^(٣). لأن الرجحان من جهة.

قوله: (فلا بأس بأن تأخذ بسدسه دراهم إذا حل أجله)^(٣). هذا على أصل ابن القاسم في منع صرف ما لم يحل، لأن ذلك صرف مستأخر لأنه دفع إليه دراهم على أن يأخذ عنه من بقية الدينار عند حلول الأجل.

وغيره يجيزه لأن حق الأجل في العين إنما هو لمن هو عليه خاصة، بخلاف العروض فإذا قدمه راضيا بذلك جاز كالحال لا فرق، فبهذا إن أخذ منه بجزء الدينار دراهم وقال له: تبقى لي عندك باقية دراهم، لم يجز لأنه صرف مستأخر لا خلاف في منع ذلك، فإن سكت أو قال: بقي عندك بعض الدنانير، فإنه يرد في أخذه ببقيته منه عند الأجل دراهم أو ذهب إشكالاً، وفي كل مسألة منها قولان:

فمذهب ابن القاسم أنه لا يأخذ منه ببقيته ذهباً، لأنه يكون قد خرج عن يده ذهباً فأخذ ذهباً ودراهم وذلك ممنوع، وأجاز ذلك غيره لأنه لم يقع العقد أولاً

(١) نص المسألة في التهذيب «ولو كان هذا من العروض التي تكال أو توزن أو غيرها من الثياب والحيوان عدا الطعام» (١٢٩/٣).

(٢) المصدر نفسه (١٢٩/٣).

(٣) يريد قوله «فلا بأس أن تأخذ بسدسه أو بما شئت من أجزائه دراهم إذا حل أجله» التهذيب (١٢٩/٣).



على ذلك وإنما جُرَّت إليه الأحكام ، وما جرَّ إليه الحكم هل يعد كالشرط أو لا ؟ وأجاز ابن القاسم أن يأخذ منه عند الأجل دراهم . ومنع ذلك غيره لأنه أيضا يؤدي إلى صرف مستأخر ، ولكن يجب أن يأخذ منه ببقيته عرضا أو فلوسا ، ووجه جواز الدراهم أن الصرف في ذلك لم يكن بالقصد أولا ، وإنما جرَّ إليه الحكم فليس كالشرط .

والمنع في الموضعين مبني على إعمال التهم البعيدة وأن يكونا قصدا ذلك فاحتالا في التوصل إليه ، ولو كان لك عنده ديناران فأخذت منه دراهم عن أحدهما وأخرت الثاني منه جاز بلا خلاف .

وإذا قلنا يأخذ دراهم فهل يصرف يوم القضاء أو يوم أخذ (١) (٢) بجزء الأول دراهم ، ولنا فيمن تعين له على غيره جزء دينار قولان: هل يكون له عليه جزء دينار أو دراهم تقابل ذلك الجزء ؟ وفي الوجهين إنما يأخذ منه دراهم عند الاقتضاء ، وفائدة الخلاف إذا قيل له ذهب فأخذ صرفها يوم القضاء ، وإذا قيل دراهم فتصرف يوم أن صارت في ذمته ، وينبغي أن يكون هذا الصرف يوم القضاء حتى يبعد من الصرف المستأخر .

قوله: (وإن لم يحل لم يجز [له]) (٢) . لِمَا فِيهِ مِنَ الْبَيْعِ وَالسَّلَفِ .

والدَّرهَمُ السَّتُوقُ وهو الظاهر الرداءة جدا ، كأن يكون غشه مشاهداً لناظره .

قوله: (لأن ذلك داعية إلى إدخال الغش) (٣) . يريد أنك إن بعت أنت ربّما

(١) كلمة غير واضحة في المتن لعلها: [قيمه] .

(٢) ما بين المعقوفين ليس في التهذيب (٣/١٣٠) .

(٣) التهذيب (٣/١٣٠) .

وقع لمن لا يبالي يَدْفَعُهُ عَلَى أَنَّهُ طَيِّبٌ .

ومرَّ عمر رضي الله عنه على رجل يبيعُ لَبْنًا قد خَلَطَهُ بماءٍ فأراقَه ^(١) ، وكان يطوف على الأسواق يتفقد أمور المسلمين .

فإذا غش رجل في سلعة وكانت يسيرة كالدرهم ونحوه ، فهل يرد ويضيع عليه قياسا على ذلك أو يهرق بها عليه [٤٣/ب] ويكون ذلك أدبا له ؟ قولان ، وإن كانت كثيرة فهل يتصدق بها عنه وذلك أدبه ، أو يترك يبيعهما بعد تأديب وبيان أمره للناس ولا يراق لأن ذلك تضييع للمال ؟ قولان أيضا .

قوله : (يقطعه) ^(٢) . أي يشقه حتى لا يجري في السوق .

قوله : (حتى يكسر) ^(٢) . أي يهشّم قطعاً حتى يؤمن جريانه بين الناس .

قوله : (ويجوز بدله على وجه الصرف) ^(٣) . كالمبادلة ، لأن الفضل من جهة .

قوله : (فليصفه) ^(٣) . أي يفرق بين فضته ونحاسه بالنار .

قوله : (فأسقطت) ^(٣) . يعني إذا أمر السلطان بأن لا تؤخذ ويتعامل بها فلا يجب عليه إلا مثلها ، لأن ذلك هو الذي تعين في ذمته قياسا على الدراهم والدنانير لو طرأ فيها مثل ذلك فإنه لا يتعين عليه إلا مثل الأول ، وذكر ابن سحنون ^(٤) عن

(١) ذكره ابن عبد البر في التمهيد بلاغاً بلفظ: «وَقَدْ بَلَغَنِي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَهْرَاقَ لَبْنًا قَدْ شِيبَ بِمَاءٍ عَلَى مُرِيدِ بَيْعِهِ وَالْغُشُّ بِهِ» (١٥/٦ ، ٥) . وفي التهذيب «طرح عمر رضي الله عنه في الأرض لبناً غُشّاً أدبا لصاحبه» (١٣٠/٣) .

(٢) التهذيب (١٣٠/٣) .

(٣) المصدر نفسه (١٣١/٣) .

(٤) هو محمد أبو عبد الله بن الفقيه عبد السلام سحنون بن سعيد التتوخي ، تفقه بأبيه ، وروى عن أبي مصعب الزهري وطبقته ، كان محدثا بصيرا بالآثار ، واسع العلم متحريرا ، وكان يناظر أباه توفي =

أبيه أنه يجب عليه مثل قيمة الفلوس أو الدراهم المسقطة يوم القضاء على تقدير لو كانت جاريةً ، لأنه إنما باعه بصرفٍ جارٍ وهو الآن قد صار غير جارٍ ، فليس الذي انعقد عليه البيع^(١).

قوله: (فليس يقضي عليه إلا بدراهم)^(٢). يوم القضاء لأنه إنما قبض منك دراهمَ وذكرُ الدنانير لغوٌ، وكذلك لو قال له: كم صرّف الدينار؟ فقال: أربعون، فقال: ادفع لي صرفه ، فلا يؤدي إلا أربعين قبل الصرف بعد أو كثر.

وبالعكس لو قال بعد سؤاله عن الصرف: ادفع لي ديناراً ، كان عليه دينار ، وصار ذكرُ الدراهم [لغواً]^(٣) كما كان الدينار في الأولى كذلك.

قوله: (فكسره)^(٤). أي صرفه.

وقوله: (فعليه أن يقضيه دينار فيكسره)^(٥). أي تصرفه لأنه إنما تعين لك عليه ذهباً نصف دينار فتأخذ مثله ، إلا أنه إذا استلف منه نصف دينار فدفع له

= سنة ٢٦٥ هـ. له كتاب السير والتاريخ وآداب المعلمين. ترتيب المدارك: (٢٠٤/٤). وطبقات الفقهاء: (١٥٧/١). سير أعلام النبلاء: (٦٠/١٣).

(١) قال الشيخ خليل في التوضيح: لو باعه بفلوس أو أسلفه فلوساً فقطع التعامل بها ، فالمشهور أنه لا يلزمه إلا مثلها ، لأنها من المثليات . وذكر ابن بشير أن الأشياخ حكوا عن كتاب ابن سحنون أنه يقضي بقيمتها ، وظاهره بقيمة الفلوس . لكن حكى بعضهم عن كتاب ابن سحنون أنه يتبعه بقيمة السلعة ، وعلى هذا فالشاذ في كلامه متنازع في معناه . لكن ذكر المازري عن شيخه عبد الحميد أنه أوجب قيمة الفلوس ، لأنه أعطى شيئاً منتفعاً به لأخذ منتفع به فلا يظلم بأن يعطي ما لا منفعة فيه). التوضيح: (٣٠٥/٥).

(٢) التهذيب (١٣١/٣).

(٣) في المتن: (لغوٌ)، والصواب: ما أثبتته.

(٤) التهذيب (١٣١/٣).

(٥) في التهذيب «فعليه أن يعطيك ديناراً فتكسره» (١٣١/٣).

دينارا فلذلك ثلاث صور:

إحداها أن يقول له: خُذْ نَصْفَ دينارٍ وزد نصفه ففي هذه إذا ضاع له قبل الصرف الدينار فيغرم له نصفه ، وهو أمين في الثاني .

والثانية أن يقول: خُذْ هذا الدينار فصَرِّفه وخُذْ نصفَه ورُدَّ النصف ، ففي هذا إن تلف قبل الصَّرف فلا يغرم شيئاً لأنه أمين في جميعه .

ولو سكت فلم يقل له شيئاً ثم تلف قبل الصَّرف: فهل يغرم النصف لأنه قد صار في ملكه وضمَّانَه بنفس قبض الدينار ، أو لا يغرم شيئاً لأنه إنما يتمكن من القبض بعد التصريف ، وحينئذ يكون في ملكه وضمَّانَه^(١) .

قوله: (والدانق)^(٢) . قال عبد الوهاب^(٣): جزء من عشرة في الدرهم عندهم ببغداد ، ودرهمهم ستون حبة ، وهو بمصر ثمن وحبَّتان ودرهم وأربعة وستون حبة . فإذا باعه بدانق تعين عليه جزء درهم فضة وهو المذهب ، فيعطيه صرفه من فلوس يوم القبض .

قوله: (إن تشاحَّخْتُمَا)^(٤) . هذا يبنى على أن يكون بالموضع سِكْكٌ متعددة ،

(١) لم يسم الصورة الثالثة ، ولكن قوله: «لو سكت فلم يقل شيئاً ثم تلف قبل الصرف» ، يؤول إلى الصورة الثالثة ، لأنه في الأولى يقول له: خذ نصف دينار ، وفي الثانية: خذ الدينار ، وفي الثالثة لا يقول شيئاً ، فاختلفت الأحكام وفقها .

(٢) في التهذيب «بدانق» (١٣٢/٣) .

(٣) القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي أبو محمد أخذ عن الأبهري وتفقه بكبار أصحابه كابن الجلاب وابن القصار وغيرهم ، له (النصرة لمذهب إمام دار الهجرة) ، والأدلة في مسائل الخلاف والتلخيص في أصول الفقه ، والإشراف على مسائل الخلاف وشرح المدونة وكتاب التلقين وغيرها ، توفي سنة: (٤٢٢هـ) . انظر الديباج: (٢٦/٢)

(٤) التهذيب (١٣٢/٣) .



وإلا فلو كان له سكة واحدة كان عليه ما يجب لدانق من الفلوس يوم البيع .

قوله: (بدانقِ فُلُوسٍ)^(١). البيعُ هنا إنما وقع بما يجب للدانق من الفلوس بخلاف الأول .

قوله: (لأنَّه غَرَرٌ)^(١). يعني جهل الثمن .

قوله: (وَقَعَ البيعُ عل الذهبِ)^(١). هذا المذهبُ ، وإن كان يقضي له بدراهم لكن فائدته أنه يأخذ بصرف يوم القضاء .

قوله: (يداً بيد)^(١). أي بحضرة السلعة ، وذكر أخذ الدراهم حينئذٍ فيصير البيعُ بالدراهم ، وذكر الدنانير لغوً فيصح إذا كان الصرف معلوماً عندهما .

قوله: (وشرط أن يأخذ به إذا حلَّ الأجلُ دراهم لم يجزِ)^(١). لأنه صرف متأخراً [أ/٤٤] لأن العقد وقع على الذهب وهو الذي في ذمته ، وعقداً صرفاً مستأخراً .

[قوله]^(٢): ولو جعلت الدينار لغواً كالمسألة الأولى امتنع ، لأن الثمن [مجهول]^(٣) ، لأنه باعه بصرف الدينار يوم الأجل وذلك مجهولٌ .

قوله: (ولو لم يشترط ذلك)^(٤). بل سميّا ثمننا بالدينار فيجوز أن يأخذ فيه دراهم إذا حلَّ ، لأنه إذ ذاك يقع الصرف .

(١) التهذيب (١٣٢/٣) .

(٢) لعل الصواب إسقاط ما بين المعقوفين ، لأن قوله في هذه المسألة: «قوله: ولو جعلت الدينار لغواً كالمسألة الأولى امتنع...» الخ ، ليس في التهذيب انظر: (١٣٢/٣) . والظاهر أنه من كلام الشارح ، لأن العبارة إنما قصدت إلى بيان المسألة الثانية التي عقداً فيها على الذهب ، فلا ينفع أن يجعل ذكر الدنانير لغواً لمكان الصرف المستأخر .

(٣) في المتن [مجهولاً] والصواب ما أثبتته .

(٤) التهذيب (١٣٣/٣) .



قوله: (وإن كان إنما وجب له ذهب)^(١). أي ولو قدرت أن الدينار ليس بلغو كان أشدَّ تحريماً، لأن فيه الثمن مجهولاً والصرف المستأخر.

قوله: (ولو شرط أن يأخذ به ثمانية دراهم)^(٢). هذا صحيح لأن ذكر نصف الدينار لغو.

قوله: (فلا يأخذ في ذلك قبل الأجل دراهم)^(٣). هذا على مذهبه في منع الصرف مما في الذمة إلى أجل.



(١) التهذيب (١٣٣/٣).

(٢) في التهذيب «ولو شرط أن يأخذ بنصف الدينار إذا حل الأجل ثمانية دراهم» (١٣٣/٣).

(٣) المصدر نفسه (١٣٣/٣).

كتاب بيوع الآجال

اختلف الأئمة في القول بسد الذرائع ، فمذهب مالك القولُ بها ، ولا يرى الشَّافعي شيء من ذلك ، قال : لأن أصل عقود المسلمين الصحة ، ولا يُتَّهم مسلمٌ بالوقوع فيما لا يجوز ، وأما أبو حنيفة فقال بها في بعض المسائل دون بعض .

واستدل^(١) أصحابنا بقوله تعالى : ﴿وَلَا تَسُبُّوا﴾ [الأنعام: ١٠٨] الآية ؛ وذلك أن سب الأصنام مباح ، ولكن اقترن به أنهم يسبون الله تعالى عند سبنا لأصنامهم ، فيمنع ذكر المباح ، كما أن البيع صحيح ، واقترن به في بعض الصور ما يحرم فحرم من أجله ، كأن يؤدي إلى سلف جر نفعاً ، أو صرف مستأخراً ، أو عين بعين متفاضلاً ، وذلك أن يقع بصورة جائزة ويغلب على الظن أنه يتوصل بذلك الجائز إلى صورة ممنوعة فيمتنع .

قال أصحاب الشَّافعي : لا دليل في الآية ؛ لأن سبهم عند ذلك مقطوع به ، فحرم سب أصنامهم ؛ لأنه يفضي بالقطع إلى محرم ، وهذه الصورة لا قطع فيها ، وذلك أن اليهود كانوا يتوصلون بهذا اللفظ المباح إلى سب النبي ﷺ فنُهِيَ المسلمون عنه .

وقال أصحاب الشَّافعي : ولا دليل أيضاً في ذلك ؛ لأن المسلمين لم يقصدوا بذلك السب ، واليهود كانوا يقصدون به السب ، بخلاف مسائلنا :

(١) ما سيأتي من الأدلة في هذه المقدمة ذكر مثله في الفروق ، انظر «الفرق الرابع والتسعون والمائة بين قاعدة ما يسد من الذرائع وقاعدة ما لا يسد منهما» الفروق (٢٦٦/٣) ، وانظر أيضاً الذخيرة (١٥٢/١) ، بداية المجتهد (١٦٠/٣) .

المتعاقدان هما اللذان يتوصلان إلى المحرم .

واحتج أصحابنا بحديث زيد بن أرقم^(١) حين اشترى من المرأة جارية بثمان إلى أجل ، ثم باعها منه بأقل من الثمن نقداً ، فقالت لها عائشة رضي الله عنها : بئس ما شريت واشتريت ، وقالت لزيد بن أرقم : أبطلت حجك ، وهذا لا يقال إلا بتوقيف .

قال الخصوم : لا حجة في قول صاحب .

قلنا : ذلك فيما كان اجتهاداً منه لا بتوقيف .

قالوا : ومن الدليل على ذلك قول عمر رضي الله عنه : « لا رَبًّا وَلَا رِبِيَّةَ »^(٢) ، والربا معلوم ، والريبة : ما يتهم صاحبه أنه وقع في الحرام .

ووجه الدليل منه : أنه قال ذلك بمحضر الصحابة وهم سكوت فجاز إجماعاً .

قال الخصوم : هذه مسألة أصولية : هل إجماع السكوت حجة أو لا ؟

وإن قيل : إنه حجة ففيه تفصيل : فإن كان المسكوت له إماماً فلا حجة فيه ، لأنه يهاب ، كما قال ابن عباس عن عمر رضي الله عنه : كان رجلاً مهيباً فهابته .

وإن لم يكن إماماً ففيه حجة ، وعمر إمامٌ .

وإذا ثبت ذلك فلم يبق لأصحابنا في ذلك إلا عمل أهل المدينة .

والتهمة ضربان : ما يغلب على الظن أمرها فلا خلاف في المذهب في رعيها .

[٤/ب] والثاني : ما لا يغلب على الظن لبعدها ، ففي مراعاتها قولان .

(١) أخرجه الدارقطني في « السنن » في كتاب البيوع حديث رقم ٣٠٠٢ ، والبيهقي أيضاً في « سننه » في كتاب البيوع ، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل .
(٢) لم أقف عليه .



ويسمى حماية الحماية أي: منع ذلك يفضي إلى ما يفضي إلى المحرم، ومن حجة أصحابنا في القول بسد الذرائع قوله تعالى: ﴿إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ﴾ [الأعراف: ١٦٣] وذلك أنه حرّم عليهم صيد الحوت يوم السبت فكان يخرج في ذلك اليوم، ويخفى في سائر الأسبوع، فجعلوه^(١) يوم السبت ما يمنعه من الرجوع إلى البحر حتى يجيء يوم الأحد فيصيدونه، فحرم ذلك عليهم؛ لأنه يفضي إلى الصيد.

قال المخالف: ولا دليل في هذا؛ لأن ما كانوا يفعلون يوم السبت من نصب آلة تمسكه تحقق صيده، بخلاف ما نحن بسبيله؛ لأنه لا يتحقق لنا قصدهم إلى الحرام فافترقا.

وأما حديث عائشة رضي الله عنها المتقدم حين اشترى زيد بن أرقم من أم ولد له جارية بعدد إلى أجل العطاء، أي: المواساة، فقد كان باعها منها بأكثر من ذلك إلى أجل، فلما باعها أولاً إلى أجل بثمن ثم اشتراها بأقل إلى العطاء، قالت عائشة رضي الله عنها لما بلغها ذلك: بئس ما شريت واشتريت، وقالت عن زيد: إنه أبطل حجه، إن لم يتب عن ذلك.

قال الخصم: لا دليل في ذلك؛ لأن هذا أم ولد فيمكن أن يكون لم يعتقها بعد، ويجوز للسيد أن يعامل مملوكه بالربا فلا يكون حجة فيه لكم إلا بعد إثبات كونها معتقة، أو أن السيد لا يجوز له أن يعامل مملوكه بالربا.

وأيضاً فقولها: بئس ما شريت، أي: بعت يناقض مذهبكم في أن البيع الأول في هذا الباب صحيح، وإنما يفيد الثاني.

قال الخصم: وإنما أنكرت ذلك عائشة، لأنه لما اشترى منها إلى أجل

(١) كذا، والمراد: فجعلوا له يوم السبت.

العطاء وهو مجهول ، قلنا نحن: إنما قالت: أبطل حجه لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾ [البقرة: ٢٧٩] .

وهذه نزلت في الربا ، ومن انتصب لحرب الله ورسوله ، فقد أبطل حجه .

وقولها: «بئس ما شريت» ، يُخَرَّجُ على أن المبيع قد تلف ؛ لأن هذا البيع في هذا الباب ممنوع عندنا لما يفضي إليه إذا وقع ، فلا يخلو أن يكون المبيع قائماً أو تالفاً ، فإن كان قائماً رد إلى بائعه ثانياً وصح البيع الأول ، وإن كان قد تلف فسخ البيعتان ، ورجع إلى القيمة كسائر البيوع الفاسدة ويحتمل أن يكون قولها: شريت بمعنى: اشتريت ويكون تكراراً .

قال الخصم: ويدل على ما قلناه أن كل واحد من هذين البيعين لو انفرد لصح ، وإذا انضم صحيح إلى صحيح فلا يفسد أحدهما إلى الثاني .

قلنا: دليلنا على ذلك أن البيع على حدته صحيح ، والسلف على حدته صحيح ، ولكن قد نُهي عن بيع وسلف ، فدل على أن لانضمام أحدهما إلى الثاني تأثير ، وما ذلك إلا حسماً للذريعة .

قال الخصم: إنما امتنع البيع والسلف لا لما قلتم من حسم الذريعة ، بل لكون الثمن يصير مجهولاً ؛ لأنه يكون المسلف حط من الثمن أو لمجرد التعبد ، وإذا ثبت ذلك فلم يبق لنا إلا عمل المدينة يمنع ذلك .

والشافعي: يجوز كل صورة من هذه ، وإن [أضمر]^(١) المتبايعان فيها الوجه الذي لا يجوز إذا وقع العقد سالمًا حين عقده ، ولا يلتفت إلى ما أضمره ،

(١) في المتن: (أضمرا) والصواب ما أثبتته .



وكذلك يقول في المحلل لو أضمرا أنه يطلقها لوقت بعينه ثم عقدا ، ولم يذكر في [العقد]^(١) ذلك ، صح عقده .

[١/٤٥] قوله : (ومن باع) . هذه المسألة لها أقسام كثيرة ، وصلها ابن رشد^(٢) إلى أربعة وستين ، ويقال عن هذا^(٣) : الشلمساحي^(٤) لما وصل إلى بغداد ؛ رميت عليه فقال : أذكرُ فيها ثمانين ألف وجه فاستغربوا من ذلك ، وجعل يسردها عليهم إلى أن انتهى إلى مائتي وجه فاستطالوها وأضربوا عن سماعها^(٥) .

ومثال ذلك : أن يشتريها ثانياً بتقد أو إلى أجل وهو إما أقرب من الأجل الأول ، أو أبعد أو مثله .

ثم الثمن ثانياً إما أن يكون مثل الأول أو أقل أو أكثر ، ثم المبيع إما أن يكون

(١) في المتن : (العد) والصواب ما أثبتته .

(٢) لم يصرح ابن رشد بهذا العدد في كتاب بيع الأجل ، فلعل الشارح استخرجها ، انظر المقدمات الممهدة (٤٢/٢ ، وما بعدها) .

(٣) حاشية بتر منها جزء ونصها : «... الشافعي... وأنه دعا عليه لما رآه... بالحلية والحرمة... ولا يحتاط في مذهبه بسد الذرائع الكافة للعامة قال... إن أبقيته ليذهبن دينك فمات بالغد ودفن بدار ابن عبد الحكم من القرافة الصغرى ، وكانت إذ ذاك بداخل مصر . وكذا مذهب أبي حنيفة لا احتياط فيه بمراعاة ما يؤول إليه الأمر من الصدق . وأما ابن حنبل فلا يذهب إليه لأنه أخذ بظاهر الكتاب والسنة . حاشية بخط المؤلف» .

(٤) كذا في المتن ، والمشهور (الشارمساحي) ، عبد الله بن عبد الرحمن بن عمر المغربي الأصل الشارمساحي المولد الإسكندري المنشأ والدار كان إماماً عالماً على مذهب مالك . ورحل إلى بغداد سنة ٦٣٣هـ ، فتلقاه الخليفة المستنصر بالله بالترحيب . له كتاب «نظم الدرر في اختصار المدونة» ، وشرحه بشرحين ؛ و«الفوائد في الفقه» و«التعليق في علم الخلاف» و«شرح آداب النظر» و«شرح الجلاب» وغير ذلك ، مولده سنة ٥٨٩هـ ، ووفاته سنة ٦٦٩هـ . وشارمساح اسم بلد بمصر . انظر ترجمته : الديباج المذهب لابن فرحون : (٤٤٨/١ - ٤٤٩) .

(٥) انظر نظم الدرر في اختصار المدونة للشارمساحي (ص : ٤٢٩) ، الديباج المذهب (٤٤٨/١) .

عرضاً أو طعاماً أو عيناً إلى غير ذلك من الأقسام المتداخلة .

وبالجملة: فإذا كان البيع الأول بالثمن نقداً فلا تهمة كيف ما كان الثاني ، إلا أن يكونا أو أحدهما من أهل العينة الذين عادتهم التعيين إلى بيع العين بالعين متفاضلاً فيتهمون ، وأما غيرهم فلا تهمة^(١) .

وضابط الباب في ذلك: أن تلغي المبيع أولاً ، وتنظر إلى ما خرج عن يد كل واحد وما رجع إليه ؛ فإن كان صحيحاً فالكُل كذلك ، وإن لم يكن كذلك فالكُل فاسد^(٢) .

ولو باع منه سلعة بثمن حالٍّ ثم لم يقبضه حتى اشتراها منه بثمن أقل منه أو أكثر نقداً: فأجازه ابن القاسم ؛ لأنهما ما دخلا على أن البيع الأول إلى أجل ، ومذهب ابن الماجشون: المنع ؛ لأنهما يُتَّهَمَانُ أنهما قصدا الأجل في الأول ، وهو يقول بحماية الحماية ، وهي التهم البعيدة .

وأما لو باعه سلعة بمائة إلى رمضان ، ثم اشتراها بمائة نصفها إلى آخر رجب ، ونصفها إلى آخر شوال ، فأجازه ابن القاسم ، لأنه خرج عن يده مثل ما رجع إليه ، وابن الماجشون يمنع ؛ لأن ذلك يفضي إلى أن أسلفه أولاً خمسين على أن يأخذها في رمضان ، ثم يسلفه الآخر خمسين مثلها على أن يأخذها في شوال فأسلف كل واحد صاحبه على أن أسلفه الآخر ، وذلك سلف جرّ نفعاً في الموضوعين .

قوله: (بمثل الثمن فأكثر)^(٣) . لأنه يكون حاصله أنه خرج عن يد البائع

(١) انظر جامع الأمهات لابن الحاجب (ص: ٣٥٢) .

(٢) انظر التوضيح (٣٧١/٥) .

(٣) التهذيب (١٣٥/٣) .



أولاً ، وهو المشتري ثانياً عدداً ، فأخذ بعد ذلك إلى أجل مثله أو أكثر ولا تهمة في ذلك .

قوله: (ولا يجوز بدون الثمن)^(١) . لأنه يؤدي إلى أن يخرج عن يده قليل ليأخذ أكثر منه وهو سلف بزيادة .

قوله: (ولا بأس به بالثمن فأقل منه إلى أبعد من أجله)^(١) . لأنه بالعكس يصير هنا البائع ثانياً وهو المشتري أولاً ، خرج عن يده عدد ، ويأخذ مثله أو أقل منه إلى أجل ولا تهمة في ذلك .

قوله: (وأما بأكثر منه)^(١) . يعني إلى أبعد من الأجل الأول ، لأنه يصير المشتري أولاً قد خرج عن يده قليل ليأخذ كثيراً .

قوله: (إلا على المقاصّة)^(١) . لأنه حينئذ لا يخرج عن يده شيء ليأخذ أفضل منه .

قوله: (فأما إلى الأجل نفسه فجائز مطلقاً)^(٢) . لأنه لا يخرج عن يده واحد منهما بشيء ليأخذ أكثر منه لأنهما يتقاصان عند الأجل .

قوله: (وإن بعث ثوباً بعشرة محمدية)^(٣) . قد تقدم أن المبادلة في العين لا تجوز إلا يداً بيد مع المماثلة فأحرى مع المفاضلة لأن المحمدية أفضل من اليزيدية فهما يتوصلان بذلك إلى محمدية بيزيدية إلى أجل بشرط .

قوله: (فلا تتبع أحدهما بتسعة)^(٣) . أي لا يجوز ذلك بأقل من الثمن ،

(١) التهذيب (١٣٥/٣) .

(٢) في التهذيب «فجائز بالثمن أو أقل منه أو أكثر» (١٣٥/٣) .

(٣) المصدر نفسه (١٣٥/٣) .



لأنك إذا ألغيت العين الذي رجع إليه خرج عن يد البائع أولاً تسعة دنانير وعبداً في عشرة [هـ/ب] دنانير إلى أجل فما قابل العبد من العين سلف على إن باعه العبد بدينار فهذا بيع وسلف ، وفيه أيضاً دنانير ، وعبد بدنانير فيتحد مال الربا من الجهتين ، ومع أحدهما غيره ، وفيه تفاضل ، لأنه يمكن ألا يساوي العبد ديناراً .

قوله : (وإن كان مثل المكيلة بمثل الثمن بأكثر نقداً فجائز)^(١) . لأن حاصله إذا ألغيت الرابع : أنه دفع عوداً ليأخذ مثله إذا قل إلى أجل .

قوله : (ولو كان قصاصاً جاز)^(٢) . لأنه لم يخرج عن يده شيء ، ويرجع إليها أكثر منه ، ولو وقع هذا البيع لم يخل أن يكون العبد الرابع باقياً أو تالفاً ، فإن كان باقياً رد على بائعه ثانياً ، وبقي ما كان على ما كان ، وإن تلف غرم له القيمة ، وبقي ما كان كما كان ثم ينظر إلى قيمته ، فإن ساوت الثمن الذي عينا له أو كانت أكثر منه دفعت إلى بائعه ثانياً ، لأنه إنما يتقي في ذلك أن يخرج عن يده عدداً فيأخذ مثله إلى أجل أو أقل منه ، وإن كانت أقل منه وقفت القيمة عند أمين إلى الأجل (.) بها ، ولا يجوز أن يدفعها له إذ ذاك ، لأنه يصير كمن دفع قليلاً ليأخذ من نفسه عنه عند الأجل أكثر وذلك باطل .

قوله : (فاشترت قبل الأجل بخمسة دراهم وثوب)^(٣) . إذا ألقينا الثوب الذي رجع إليه صار الحاصل أنه اشترى عشرة دنانير إلى أجل بثوب وخمسة نقداً فما قابل الخمسة من العشرة سلف وما قابل الثوب بيع ، وفيه أيضاً اتحاد مال

(١) التهذيب (٣/١٣٧) .

(٢) المصدر نفسه (٣/١٣٦) .

(٣) في التهذيب «فاشترته قبل الأجل بخمسة دراهم وبثوب نقداً من نوعه أو من غير نوعه لم يجز» . (٣/١٣٦) .

الربا من الجهتين ، ومع أحدهما غيره .

قوله : (جاز)^(١) . لأنه مقاصّة ؛ لأنه لم يخرج عن يده عين فأخذ أكثر منها إلى أجل .

قوله : (فابتعت بخمسة يزيدية) . حاصله أنه أبدل يزيدية بمحمدية إلى أجل ، والمحمدية أفضل فيه سلف بزيادة أيضاً ، واتحاد مال الربا من الجهتين ومع أحدهما غيره .

قوله : (لأنه دين بدين) . لأنها فسخت ما كان في ذمته إلى أجل بما صار في ذمته إلى أجل .

قوله : (فيصير صرفاً مؤخراً) . وإن كان صرف الدينار عشرين لكن كأنه زاده العشرة لمكان السلف فقويت التهمة .

قوله : (لبعدكما عن التهمة) . لأن هذه الزيادة يغلب أنها لا تزداد لمكان السلف بل (.) بيع مستأنف .

قوله : (جاز أن يتباعه بثلاثة دنانير) . لأن الزيادة أيضاً كثيرة مع أن التهمة في هذا الباب إنما هي غلبة ظن ، ولا يقطع بها .

قوله : (ولا يعجبني بدينارين وإن تساويا) . الأربعين ، لأن التهمة لا تنتفي بالجملة لكن تضعف ، ولذلك قال : لا يعجبني ، أي ذلك مكروه .

قوله : (ولا يعجبني أن يتباعه بعرض وفلوس نقداً)^(٢) . يريد إذا كانت الفلوس رائجة أي : جارية لأنها كالصرف في العين ، لكنه للخلاف فيها هل هي

(١) هذا إلى قوله : (ولا يعجبني بدينارين وإن تساويا) كله من التهذيب (١٣٦/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٣٧/٣) .



كالعين أو سلعة ؟ قال : لا يعجبني ، لأن أمرها أخف .

قوله : (ثم ابتعت به قبل الأجل مائتي إردب)^(١) . لما كان الطعام لا يتعين كالعين من ذوات الأمثال صار حين اشترى منه مائتي إردب ومائة دينار ، فهو سلف جرّ نفعاً ، فكأنه طلب منه أن يسلفه مائة دينار إلى أجل فقال : لا فائدة لي في ذلك ، فقال : تعال نعمل صورة حتى أنفعك بمائة أردب لمكان سلفك .

قوله : (ولا تشتري منه من صنف طعامك ككيله)^(١) . بل قل من الثمن إن كان مثل الكيل قد رجع إليه طعامه ، ودفع عيناً ليأخذ أكثر منها إلى أجل ، وإن كان أقل من كيله كمائتي أردب فقد رجع إليه من طعامه مثل ذلك ، ويبقى الباقي بيعاً بما يقابله ، فيكون الخارج عن يده مثلاً : ثمانون ديناراً ، أو عشرون أردباً ليأخذ إلى أجل عن ذلك مائة دينار ، فما قابل العين سلف ، وما [١/٤٦] قابل الطعام بيع ، وذلك بيع وسلف ، وفيه اتحاد مال الربا من الجهتين ، ومع أحدهما غيره .

قوله : (وإن كان مثل المكيلة بمثل الثمن فأكثر نقداً فجائز)^(١) . لأن حاصله إذا ألغيت الراجع أنه دفع عدداً ليأخذ مثله ، أو أقل ، إلى أجل .

قوله : (وكذلك كل مكيل وموزون في هذا)^(١) . يعني أن ذلك من ذوات الأمثال فيما يرجع إليه ؛ كأنه عين ما دفع فيصح إلغاؤه لذلك ، وكأنه لم يقع بيع ، بخلاف ما يتعين ويتميز كالثياب وسائر العروض التي ليست من ذوات الأمثال .

قوله : (فلا بأس أن يشتري منه قبل الأجل ثوباً في صنفه وجنسه)^(١) . لأنك لا تقدر أن تلغي الثوب الأول بأن تقول : قد رجع إليه مثله ، لأن الثياب تراد لأعيانها ، والمقاصد فيها تختلف ، فلم يُنب بعضها عن بعض ، وصار البيع الثاني

(١) التهذيب (٣/١٣٧) .

لا يفسد [الثاني]^(١) كما يفسده لو رجع إليه ثوبه بعينه .

ويدل على الاختلاف بين الطعام والثياب أن من استهلك مكيلاً أو موزوناً فإنما عليه مثله ؛ لأنه يقوم مقامه من كل جهة ، ومن استهلك ثوباً فإنما عليه قيمته فحصل الفرق .

واعترض على ابن القاسم في هذه المسألة بما تقدم من قوله : «أنه لو أسلم ثوبين في فرسٍ ثم اشتراه قبل الأجل منه بثلاثة من نوع الثوبين الأولين ، فإنه لا يجوز» ؛ لأنه حاصله أنه أسلم ثوبين في ثلاثة أثواب من نوع الثوبين ، وسلم الشيء في مثله أو أقل منه أو أكثر من نوعه لا يجوز .

قال أبو محمد^(٢) : ولا يلزم ذلك ابن القاسم ؛ لأنه إنما ألغى الثوبين لأنهما تقايلا فيه ، وصرحاً بالإحالة ، فأبطلا البيع بالإقالة ، ولم يبق له أثر فأمكن إلغاؤه .
ووجه الاعتراض على ابن القاسم في مسألة بيع ثوب فرقيّ بدينارين إلى أجل ثم يشتري منه قبل الأجل ثوباً من صنفه بثمان آخر ؛ أنه لم ينزل الثوب الرابع منزلة الخارج عنه .

فقل : فدخلت في مسألة يسلم ثوبين في فرس ، ثم اشترى منه الفرس بثلاثة أثواب من صنفه أنه لا يجوز ، لأنه رد إليه ثوبين وزيادة ، لأن المردود مثل المرجوع ، فأجيب عنه بأنهما تقايلا وألغيا ذكر الفرس فصار ثوبين في ثلاثة من نوعهما .

(١) كذا ، ولعل المقصود هنا البيع الأول ، لا الثاني ؛ لأن الثاني هو الذي يدخل على الأول بالإفساد أو عدمه ، والله أعلم .

(٢) القاضي عبد الوهاب البغدادي أبو محمد ، تولى القضاء ببغداد ، ثم رحل إلى مصر وبقي بها إلى أن توفي سنة ٤٣٠ ، له التلقين في فقه المالكية ، والمعونة ، والإشراف على مسائل الخلاف ، وشرح الرسالة ، انظر ترجمته في الديباج (٢/٢٦) ، والشجرة (١٠٣) .



وأما مسألة سلف وبيع ، فإنما صح إذا أسقطا حكم السلف ، لأنه خارج عن العقد ، ولم يلتفت أنه يؤدي إلى الجهل في الثمن وهو مشكل .

قوله : (وإن بعث منه عبيدين أو ثوبين بثمن إلى أجل جاز أن ثقيله من أحدهما)^(١) . إنما تمتنع الإقالة من بعض المبيع إذا كان قد دفع الثمن فيرد بعضه ؛ فكأنه بيع وسلف وهو هنا إلى أجل .

وكذلك إذا كان المبيع مما لا يتعين كالطعام إذا غاب عليه فيصير سلفاً وبيعاً ، وأما ما يتعين كالعبد والثوب فلا يكون ذلك سلف ، لأنه رده بعينه .

قوله : (ما لم يتعجل ثمن الآخر)^(١) . لأن الإقالة بيع وهو المذهب ، فإذا أجل ما لم يجب عليه فهو سلف ، والإقالة بيع ، وكذلك إذا أخره فمن أخذ ما يجب له فهو سلف .

قوله : (فإن لم يغب عليه أو غاب عليه بمحضر بينة جاز)^(١) . لأنه لا يكون في ذلك سلف لأن المردود هو الأول بعينه .

قوله : (ما لم ينقد)^(١) . لك الآن ثمن باقيه ، فيصير بيعاً وسلفاً ، لأن الإقالة بيع ، ومن عجل ما لا يجب عليه فهو منه سلف .

قوله : (ويدخله طعام وذهب نقداً بذهب مؤجلة)^(١) . يريد إذا عجل ذلك قبل محله فقد خرج عن يده الطعام الذي رد لك ، وعين على أن يأخذ عوضاً عن ذلك من نفسه عند الأجل عيناً . [٤٦/ب] .

قوله : (وإن أسلمت إليه فرساً على عشرة أثواب)^(١) . هذه المسألة تعرف : بفرس ابن القاسم ، لأنه سئل فأفتى فيها بذلك ، فنسبت إليه . والمسألة بعدها

(١) التهذيب (٣/١٣٨) .



تعرف بحمار ربعة ، لأنه أيضاً أفتى فيها بذلك .

فهذه مسألة الفرس ممنوعة ، وعلّلها في الكتاب بأربع علل ، وأورد ما على كل علة منها إشكالاً يضعفها ولا يختص ذلك بهذه المسألة ، بل بكل مسألة تعلل بواحد من هذه التعاليل لأنها يدور التعليل بها في المذهب .

الأولى: بيع وسلف ؛ وذلك أنه لما اشترى منه الفرس ثانياً بخمسة أثواب ، ورد إليه خمسة أثواب ، أو أقاله على أن رد إليه الفرس مع خمسة أثواب ، أو باع منه الفرس بسلعة وخمسة أثواب فجاء من ذلك كله بيعاً وسلفاً ، لأن من قدم ما لا يجب عليه فأسلفه ليأخذه من نفسه عند الأجل ، وهذه العلة ضعيفة ؛ لأن هذا ليس بسلف محقق ، وذلك أن حقيقة السلف أن تبقى ذمة المقترض مغمورة ، وقد برئت ذمة كليهما هنا .

ألا ترى أنه لو فلس المقترض لم يضرب القرض في ماله بحظه البتة ، فدل على أنه ليس له قبله شيء ، ولو كان له في ذمته شيء لأخذه بالأثواب الخمسة التي قدمها إليه متى شاء على الحلول حتى يحل أجلها عليه .

وأما الثانية: فقله: (وضيعة على تعجيل حق)^(١) . وهذا على تقدير أن يكون الفرس قيمته من خمسة الأثواب التي دفع في مقابلتها ، فكأنه دفع له ثلاثة أثواب بالفرس وخمسة فهذه ثمانية دفعها له قبل الأجل في مقابلة العشرة التي له عليه ، وهذا أيضاً ضعيف ؛ لأن حقيقة ضع وتعجل ؛ إنما تكون إذا عجل له عين ماله قبله لا شيء آخر .

مثل: أن لو عجل له هنا من العشرة الأثواب بعضها ، وأما إذا عجل غير

(١) التهذيب (٣/١٣٩) .



ذلك فلا يدخل ذلك إلا على تقدير واعتبار غير محقق .

ألا ترى أنه لو كان له عليه إلى أجل حق فدفع له عنه قبل الأجل شيئاً من غير جنسه أقل من ثمنه أو أكثر ، فإنه لا يمتنع ذلك بالعلة المتقدمة .

وكذلك العلة الثالثة: وهي حط الضمان وأزيدك ، لأن ذلك إنما يكون إذا كانت الزيادة من نوع ماله عليه لا من غيره ؛ لأن ذلك يكون بيعاً فيجوز ، فإنما هو تقدير ؛ كأن الفرس يساوي أكثر من خمسة ، وتقدير أنه دفع له بالفرس ستة أثواب وخمسة فحاصله أنه دفع له أحد عشر ثوباً ليأخذ عشرة من نفسه ، وهذا إنما أفضى إلى المحذور بالتقدير .

قوله: (تعجل حقك وأزيدك دخولا ضعيفاً)^(١) . لأنه قل ما يقصد الناس إلى ذلك .

والرابعة: سلم الشيء وأكثر منه من صنفه: وذلك على تقدير أن تكون قيمة الفرس أكثر من قيمة الخمسة الأثواب التي دفع فيها ، أو من جميع الأثواب ، فيكون حاصله كأن البائع أسلم على صاحب الفرس الأول أكثر من عشرة أثواب ؛ لأن الفرض أن الفرس يساوي أكثر من خمسة أثواب ، فكأنه دفع له بدفعه الفرس أكثر من خمسة أثواب ليأخذ من نفسه عند الأجل عنه عشرة أثواب ، وذلك لا يجوز .

وهذه العلة أيضاً باطلة ، لأن الخمسة الأثواب التي دفع له قد برئ منها فليست بسلم ولا سلف ، وإنما هي مقابلة لخمسة من العشرة التي عليه ، فلم يبق إلا أنه قدم له خمسة أثواب وباع منه خمسة أثواب بفرس أو سلعة ، وذلك جائز ، لكن هذه الإشكالات واردة على هذه التعاليل ومع ذلك فالمسألة ممتنعة .

(١) التهذيب (١٣٩/٣) .

فإن وقعت فإما أن تكون السلعة والأثواب قائمة فيلزم ردها له ويبقى ما كان على ما كان ، [١/٤٧] أو تتلف فتلزمه القيمة ، ولا محذور هنا كما في مسألة الثوبين المتقدمين ، لأنه إذا دفع له القيمة الآن فيأخذ منه عند الأجل أثواباً .

قوله : (لو أسلم ثوباً وسلعة أكثر ثمناً منه في ثوبين من صنفه لم يجز) ^(١) .
لأنه يصير كأنه أسلم له بعض ثوب في ثوب كامل من صنفه ، وفيه الربا نسيئة ، وكذلك مسألة الفرس ، وإذا لم يَجْزُ أن يسلم ذلك في الأثواب فلا يجوز اقتضاؤها عنها لأنه لا يقضى عن شيء إلا ما يجوز سلمه فيه ، كما أنه لما لم يجز أن يسلم القمح في التمر ؛ لأن الطعام بالطعام لا يجوز إلا يداً بيد فكذا لا يجوز اقتضاؤه منه .

قوله : (على أن يعجل لك ديناراً ربحاً) ^(٢) . إنما امتنعت هذه لأن الإقالة لما وقعت بأقل من الثمن لما كان الدينار الذي رد إليه ، فصارت بيعاً وتعجيله الدينار سلف ، لأنه عجل ما لم يجب عليه بعد ليأخذه من نفسه عند الأجل ، ولأنه خرج عن يده حمار ودينار على أن يأخذ من نفسه عشرة دنانير .

قوله : (على أن زاد له ديناراً أخرته عليه) ^(٢) . لما زاد الثمن صار بيعاً ، ولما أجزت ما وجب لك صار سلفاً ، فهو سلف وبيع ، ولأن الإقالة بيع ، قد خرج عن يده حمار وديناراً ليأخذ عشرة إلا أنه قد تقدم أنه إذا كان البيع الأول نقداً فلا تهمة إلا أن يكون المتبايعان أو أحدهما من أهل العينة ، فقد أطلق ربعة القول هنا بالمنع في حق أهل العينة وغيرهم .

فالجواب : أن الإقالة هنا كانت قبل التفرق ف وقعت في البيع الأول ، وهو

(١) التهذيب (١٣٩/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٤٠/٣) .



بيع واحد انعقد على فساد ، وإنما لو كانت بعد التفرق لكان ذلك التفصيل المتقدم فيبطل في حق أهل العينة لا في حق غيرهم .

قوله: (لم يَجُزْ أن يشتريها عبدك المأذون)^(١) . لأنه إذا تجر بمالك فهو بمنزلك لا فرق ، بخلاف أن يتجر بماله فيصير حينئذ كالأجنبي ، لأن العبد عندنا يملك ملكاً تاماً ما لم ينتزع السيد ماله .

قوله: (لا يعجبني أن تبتاعها لابنك الصغير)^(١) . ولا لكل من تحت ولايتك يمكنك أن تشتريها بغير إذنه منه لنفسك ، فيبقى التهمة .

قوله: (وإن وكلك رجل على شرائها)^(١) . لأن التهمة باقية حينئذ إذ يمكن أن يواطئك على ذلك ، والشراء لك ، وأيضاً فلا يجوز للرجل أن يشتري لغيره ، أو يبيع له إلا ما يجوز أن يشتريه لنفسه أو يبيع لها .

قوله: (إلا بمثل ما يجوز لك شراؤها به)^(٢) . لإزالة التهمة .

قوله: (وإن باع عبدك)^(٢) . لأنك أيضاً تنزل منزلته ، كما ينزل منزلتك إذا اتجر بمالك لا بماله .

قوله: (لأن المالين مقاصة)^(٢) . لأن حاصله أنك بعته عبداً وعبداً بعبد ودنانير ، وذلك لا محذور فيه .

قوله: (وأما إن اشترط إخراج المالين فهذا لا يجوز)^(٢) . لأنه إن اختلف المالان ففي ذلك التفاضل حساً ، لأنه عبد وعشرة بعبد وعشرين ، وإن استويا فيه التفاضل في المعنى ؛ لأنه على تقدير اختلاف العبدين يكون التفاضل حساً ،

(١) التهذيب (١٤٠/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٤١/٣) .



وأيضاً فيه اتحاد مال الربا من الجهتين ، ومع كل واحد منهما غيره .

قوله : (إضماماً كالشرط)^(١) . بخلاف أن يضمراه إضماماً لا أثر له ، ولا اعتداد

به .

قوله : (إن أراد بعد الشرط أن يدعي التناقد لم يجز)^(١) . يريد أن العقد وقع فاسداً ، فإذا تركا التناقد لما علما أن ذلك يفسده ، ورجعا إلى المقاصة فقد أمضيا العقد الذي كان فاسداً . ولذلك قال هنا : قادران بالشرط على فعل فاسد ؛ أي يتهمان فعلاً فاسداً ، فلا يجوز ذلك إلا حتى يستأنفا عقداً ثانياً ، [٤٧/ب] لأن الفساد في نفس العقد لأن ذلك مخل بالثمن ، ويصيره مجهولاً ، والثمن من أركان العقد .

قوله : (على أن يأخذ بها عند الشهر مائة درهم)^(٢) . ذكر الدنانير لغو لا يعتبر ، لأن الذي شرط أن يقبضه إنما هي الدراهم .

قوله : (على أن أخره ببقية الثمن)^(٢) . لم يَجْزُ لأن من أخذ ما يجب له فهو منه سلفٌ ، فصار ذلك كبيع بشرط السلف ، ولو أخذ السلعة وأضرب عن ذكر الباقي ، بل أخذه حالاً جاز ، وإن أخره به من غير شرط .

قوله : (وأرجأ عليه بقيته حالاً)^(٢) . أي أبقى ذلك عليه حالاً من غير شرط .

قوله : (فلا تكتري به منه دارك سنة)^(٣) . ضابط هذا أنه لا يجوز عند ابن القاسم فسخ دين في شيء يتأخر قبضه ، لأن في ذلك أكل المال بالباطل ؛ وذلك أنه إذا فسخ ذلك فيما لا يتعجل قبضه ، بل يتأخر عن أجل دينك إن كان دينك

(١) التهذيب (١٤١/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٤٢/٣) .

(٣) في التهذيب «داره» (١٤٢/٣) .

إلى أجل ، فقد أخرت ما يجب لك ، وهو منك سلف ، ولا بد في مقابلة ذلك التأخير من أن يهضم لك بعض حقه مخافة أن تطلب حَقَّك منه الحال ، أو إذا حل فهو سلف جرَّ نفعاً ، بخلاف ما يتعجل قبضه من خدمة ، أو إجارة معجلة في الحال ، فلا ينتفع في مقابلة التأخير بشيء ، ومنع ابن القاسم الباب كله مطلقاً سداً للذريعة .

وإن كان أجل دينك يتأخر عن قبضك لهذا الذي يتأخر قبضه ، ولأنه قد يعفو عن بعض الثمن تقية من أن يصعب عليه عند الأجل ، وهذا النوع كله أجازته أشهب استبعاداً لهذه التهمة ، وعدم الالتفات إلى ذلك .

قوله : (أو أرضه التي رويت)^(١) . يريد أنه لا يجوز النقد في كراء الأرض حتى تروى ويؤمن ذلك فيها ، لأنه لو نقد فيها لأفضى أن تكون تارة كراة على تقدير الري ، وتارة سلفاً على تقدير ألا تُروى .

قوله : (ولا تتبع به منه سلعة بخيار)^(١) . لأن القبض في هذه الأشياء كلها يتأخر ، وكذلك الغائب لا يخرج عن ضمان البائع حتى يقبض المشتري ، والنقد في هذه الأشياء لا يجوز بشرط ، لأنه تارة يكون سلفاً وتارة بيعاً ولا يخالف أشهب في ذلك ، (.) أنه ممنوع للعلة الثانية المتقدمة به ، إنما جاز البيع بشرط السلف إذا ألغيا الشرط لأن السلف خارج عن العقد بخلاف الأجل ، والتقديـة كأنها صفة للعقد ، وأما الأجنبي فقد أمن ذلك فيه ، لأن التأخير حينئذ يكون له لا لك فلم ينتفع حينئذ بتأخيرك .

قوله : (أخذت عبيدين من صنف عبدك)^(٢) . لأنه يؤدي إلى إلغاء العروض وسلم الشيء في أكثر منه ، فلا يجوز ، لأنه ضع عني الضمان وأزيدك ، ولذلك

(١) التهذيب (١٤٢/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٤٣/٣) .



قال: لا تأخذ من ثمن عبدك إلا ما يجوز لك أن تسلم فيه عبدك ، لأنه على مراعاة التهمة يؤدي إلى ما لا يجوز .

قوله: (لأنه فسخ محمولة في سمراء إلى أجل)^(١). يعني أنه دين بدين ولا يكون معروفا لا اقتران النهي به ، بخلاف ذلك بعد الأجل هذا جائز ، لأن النفع لم يقارنه محذورٌ فجاز على البدل وحسن القضاء والاقتضاء ، وهذا القدر في الطعام عند المبادلة يجوز لا التفاضل ، قل أو كثر ، بخلاف العين المرخصة في ذلك دون غيره .

قوله: (على أن تسلفه أو يسلفك)^(٢). هذا الشرط مفسد ، والشروط ثلاثة أنواع: منها ما يعود بجهل الثمن ، أو يسلب المقصود بالبيع من المنفعة والتصرف ، فهذان يبطلان البيع .

مثال الأول: البيع والسلف لان في مقابلة السلف حظاً من الثمن مجهولاً . والثاني أن يقول: أبيعك جاريتي على ألا تطأها أو لا تبيعها ، فهذا أيضاً يبطل البيع ، واستثنى [١/٤٨] من هذا النوع أن يقول بعثك عبدي على أن تعتقه ؛ لأن العتق قد تشوف إليه الشرع .

والثالث: ألا يؤدي إلى شيء من ذلك ، مثل أن يقول على أن تطعمه البرّ ، أو تلبسه الحرير ، فهذه المسألة فيها بيع وسلف قد نهى عنها كما تقدم ، فإن نزلت فلا يخلو أن تفوت السلعة أو لا تفوت ، فإن لم تفوت ففي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: بطلان البيع الأول والثاني ؛ لأن ذلك قد اشتمل على صحة وفساد فبطل كله .

(١) التهذيب (١٤٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٤٤/٣) .



والثاني: إن أسقط هذا الشرط صح العقد.

والفرق بين هذه والمسألة المتقدمة التي قال فيها: إن أراد بهذا الشرط أن يدعي التناقد لم يَجُز: أن الفساد هنا قليل خارج عن نفس العقد الأول، وفي الأول رجع الفساد إلى الثمن، وهو ركن من أركان العقد، ولذلك قال في الكتاب: «وهذا مخالف لبعض البيوع الفاسدة»^(١).

وقيل: لا يخلو أن يكون البائع قد قبض الثمن وغاب عليه، فيفسخ؛ لأن المنفعة قد تحققت، والسلف قد ثبت، أو لم يقبضه فيفسخ، لأن السلف لم يتحقق بعد، وإن فاتت السلعة بأدون قوت، وهو تغير سوق أو بأعلى قوت وهو الموت، أو ما بينهما من أنواع الفوت، فقولان:

أحدهما: أن عليه القيمة مطلقاً كسائر البيوع الفاسدة.

والثاني: وهو المذهب، أن ينظر؛ فإن كان السلف من البائع فعلى المشتري الأقل من الثمن، أو من القيمة، وذلك أنه قد رضي أن يدفع فيها ذلك الثمن مع أن يسلف البائع المشتري، ونحن قد أسقطنا عنه السلف، فإن كان الأقل الثمن فقد رضي به بالسلف، فأحرى دونه، وإن كان الأقل القيمة فلا يجب في البيوع الفاسدة إلا القيمة.

وإن كان السلف من المشتري فعليه الأكثر منهما، فإن كان الأكثر الثمن فقد رضي بذلك، مع أن يسلف البائع، وإن كان الأكثر القيمة فكسائر البيوع الفاسدة^(٢).

(١) التهذيب (١٤٤/٣).

(٢) انظر هذه المسألة في شرح التلقين (٣٨٢/٢ - ٣٨٣ - ٣٨٤ - ٣٨٥)، الشرح الكبير للدردير (٦٧/٣)، التاج والإكليل (٢٤٧/٦)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (١٠٥/٣).

قوله: (على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له)^(١). هذا بيع الثنيا الذي يذكره الموثقون^(٢)، لأنه استثنى فيها أن يتصرف فيها البائع إلا بقدر ما نقص له الثمن، وهو أيضا من بيعتين في بيعة، لأنه قد عقدا فيها بيعاً ثانياً بينهما لكن بضمن إلى أجل مجهول، وفيه معين يتأخر قبضه، لأنه لا يدري متى يأتيه بالثمن، فيأخر السلعة وتخرج عن ضمان المشتري، وفيه أيضاً بيعٌ وسلفٌ؛ لأن ما دفع له بصدد ذلك يرجع إليه متى ما (.)^(٣) له الثمن، وفي السلف نفع؛ وذلك لأن المشتري الأول ينتفع بها قدر ما تبقى عنده^(٤).

قوله: (كسلفك ثوباً في مثله)^(٥). يعني بالسلف هنا السلم، وقد تقدم في السلم، ويجوز أن تسلف الإبل بعضها في بعض، يريد السلم ولولا ذلك لم يكن للكلام معنى لأن العرض لو كان هو السلف لم تكن فيه فائدة.

قوله: (ولم تغتز)^(٦). أي لم تقصد، ودل على ذلك قوله بعد في مقابلته إن أردت، والمغزى المقصد، والغزُّ القصد إلى العدو.

قوله: (وعلم به صاحبك أو لم يعلم لم يجز)^(٦). لا حاجة في ذلك إلى علم صاحبك بل يبطل بقصدك، والمنفعة في القرض على ثلاثة أوجه:

إما أن تتمحض في جانب الآخرة لا غير فلا خلاف في الجواز أو تختص بجانب المقرض فلا خلاف في المنع للنهي عن ذلك وهو تعبدٌ وبمنزلة اختصاص

(١) التهذيب (١٤٤/٣).

(٢) كذا عند المازري في شرح التلقين أنه بيع الثنيا (٣٨٦/٢).

(٣) كلمة غير واضحة في المتن، لعلها [نجز]، والله أعلم.

(٤) عند سحنون أن العلة هي «سلف جر منفعة» انظر شرح التلقين (٣٨٦/٢).

(٥) في التهذيب «كسلك ثوباً» (١٤٤/٣).

(٦) المصدر نفسه (١٤٤/٣).

المنفعة بأحد الجانبين أن يكون معطى من أحد الجانبين ، وأما إذا كانت من الجهتين فالخلاف بالجواز نظراً إلى منفعة الآخذ ، والمنع نظراً إلى الجانب الثاني .

قوله : (فلا تعجل [ب/٤٨] حقه)^(١) . يعني إذا قامت بينة أنك إذا قصدت النفع فيجب على المقترض رده لك ، وإن لم يكن لك شاهدٌ إلا دعواك اتهمت أن تكون تريد الرجوع في السلف ولم ينفعك دعواك .

وخرجت : أي أتهت فيما أقررت به من قصدك النفع .

قوله : (عجلت فيه القيمة وفسخ الأجل)^(١) . حتى لا يبقى له أثر البتة وكل شيء وجب عن تعد فإنه يكون حالاً ، والتعدي حساً كالتعدي شرعاً ، وما تقبضه من بيع فاسد فأنت في قبضه متعد حساً .

قوله : (على أن يوفيكه ببلد آخر لم يجز)^(١) . لأن الأصل إن كان ما أقرضته بموضع ما فإنه يجب دفعه لك هناك ، فإن اشترطت موضعاً آخر فقد زدت عليه مؤنة الحمل ، وانتفعت بذلك فلم يجز بخلاف البيع ، لأنه يجوز أن يعقدا بيعاً بموضع ، ويشترط الآخذ بموضع آخر ، لأنه لا نفع في ذلك إذ هو من جملة العقد والضمن .

قوله : (قال ابن عمر : فأين الحمال ؟)^(٢) . يريد أنه سئل عن مثل هذه المسألة فقال : أين الحمال ؟ أي أجرة الحملان على من تكون ، أي : إن كانت من المقترض فذلك نفع لا يجوز .

قوله : (فلا حمال فيها)^(٣) . لأنه لا مؤنة في ذلك ، ولهذا صح أن يأخذه بها

(١) التهذيب (١٤٥/٣) .

(٢) في التهذيب « قال عمر » (١٤٥/٣) ، والأثر رواه مالك في الموطأ باب ما لا يجوز من السلف ، أنه بلغه أن عمر ابن الخطاب قال في رجل أسلف رجلاً طعاماً ، على أن يعطيه إياه في بلد آخر ، فكره ذلك عمر ابن الخطاب وقال : فأين الحمال ؟ .

(٣) التهذيب (١٤٥/٣) .

في أي موضع لقيه بعد الأجل .

قوله: (فإذا اشترطته)^(١) . يعني: العين ، فإنما يجوز ذلك إذا لم يقصد إلا الفرق بالمقترض ، وإن قصدت أنت بذلك نفعك لعذر طريق فلا يجوز لمنفعتك .

قوله: (كما يفعل في السفاتج)^(٢) . السفتجة^(٣) أن يعطيه دنانير بموضع على أن يأخذها ببلد آخر ، وهذا راجع إلى قوله: «فإنما يجوز ذلك إذا فعلته رفقا بصاحبك ، كما يفعل في السفاتج»^(٤) .

وفي المذهب في السفتجة قولان: الجواز والمنع^(٥) .

قوله: (إذا ضربت أجلاً تبلغ البلد في مثله)^(٦) . يريد إذا شرط أخذه ببلد آخر فلا بد من أن يضرباً أجلاً لئلا يبقى الأجل مجهولاً ، ومهما طال به قال بها فسافر ، فيفضي إلى الباطل وإلى ألا يسافر ويمطله .

قوله: (وإن لم يخرج)^(٦) . يريد إذا لم يسافر وحل الأجل أخذ به لذلك حيث شئت .

قوله: (على أن يوفيه ببلد آخر)^(٦) . يريد أن العرف جار بغلاء الطعام بالحجاز ، فالحاجة (.)^(٧) للمقترض هناك ، ومع ذلك فلا يشترط المقرض أن

(١) التهذيب (١٤٥/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٤٦/٣) .

(٣) انظر عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ص: (٦٤٨ و ٦٤٩) .

(٤) التهذيب (١٤٦/٣) .

(٥) انظر كتاب السلم الأول عند قول البراذعي: (فإن ابتغيت به نفع الذي أقرضته) .

(٦) التهذيب (١٤٦/٣) .

(٧) غير واضحة ، لعلها الكبرى .



يأخذ ذلك بمصرٍ مثلاً ، لما في ذلك من منفعة بالتوصيل ولكن يسلفه ويسكت ، ولا يشترط موضعاً آخر .

قوله : (على أن يقضيك من زرع له ببلد آخر)^(١) . لم يَجُزْ لما تقدم من أجره الحمل ، وأراد بقوله إلى جانبك زرعاً لك بجواره .

قوله : (من زرع مستحصد)^(٢) . أي قد بلغ أوان حصاده لقوله : «تحصده أنت» .

يريد أنه إن كان في حصاده ودَرْسِهِ نفعٌ له ، لأنه لا يقدر عليه إلا بمشقة ، وانتفع بذلك ، فلا يجوز ، وإن كان ذلك يسهل عليه لكثرة خدمه ودوابه فلا بأس به .

قوله : (على تصديقك في كيله)^(٢) . لأنه إذا صدقك فالغالب أنه إذا وجدته ناقصاً فلا يرجع عليك بنقصه مخافة أن تأخذ منه الذي أسلفته ، أو تضيق عليه ، ولكن يحتمل ذلك ، فتنتفع أنت بذلك .

قوله : (وإن كنت أنت أيضاً قد استقرضته)^(٢) . فلا يتحقق ما فيه بل لا بد من أن يكتله أمامك حتى تعلم تحقيق ما فيه .

قوله : (غيبتك عليه)^(٢) . لأنه حينئذ لا يتحقق كيله .

قوله : (وكان ديناً لربه عليك)^(٢) . لأنه إنما يعرفك وبك يثق ، لا به ، ويكون لك أنت عليه .

قوله : (ولا بأس ببيع ما استقرضت على تصديق كيلك)^(٢) . لأن الذي

(١) التهذيب (١٤٦/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٤٧/٣) .



يشتريه منك إن وجد نقصاً رجع به عليك ، لأنه لا يدلك عليه كالمقترض منك .

قوله: (ولا ينبغي [١/٤٩] إلى أجل)^(١) . للعلة المتقدمة ، لأنه يصير غريماً لك فيمكن أن يتغاضى على الكيل إذا وجدته ناقصاً ، ولا يرجع عليك بالنقص لتصبر عليه ، ويجيز القضاء منه فيؤدي ذلك إلى أكل المال بالباطل .

قوله: (ورد كثير الزيادة)^(١) . أي ما لم يجز العرف بأنه يزداد في الكيل ويسمح فيه ، أو ينقص منه بخلاف ما جرى العرف بزيادة أو نقصه .

قوله: (والمقترض يصير بالتسمية ضامناً)^(٢) . لما قلنا من إقراضه إياه فيؤدي إلى نفعك في السلف .

قوله: (إلا أن يقول له كِلْهُ وأنت مصدق)^(٣) . لأنه يصير أميناً على ذلك فلا يلزم إلا ما يجد .

قوله: (فلا بأس أن تبيعه منه أو من غيره)^(٣) . لأنه بيع الطعام قبل قبضه يجوز في القرض والشركة والتولية والإقالة .

قوله: (نقدًا)^(٣) . لأنه لا يجوز الدين بالدين .

قوله: (عدا سائر الطعام)^(٣) . لأنه لا يجوز بيع الطعام بالطعام إلا يداً بيد .

قوله: (بما شئت من الأثمان أو بطعام)^(٣) . من غير صنفه لأنه لأجل صار كالحاضر فهو يداً بيد .

(١) التهذيب (١٤٧/٣) .

(٢) كذا ، وفي التهذيب «والقرض يصير للتسمية» (١٤٧/٣) .

(٣) المصدر نفسه (١٤٨/٣) .



قوله: (فلا تأخذ أكثر كيلاً منه)^(١). لأنه سَلَفٌ بزيادة، وليس ذلك حسن قضاء للتهمة على قصد ذلك.

قوله: (إلا مثلاً بمثل)^(١). أشهبٌ يجيز أقل منه قياساً على القضاء عن العين كما تقدم.

قوله: (ولا تأخذ منه شعيراً ولا سلْتاً)^(١). لأنه لما اختلفا أعني القضاء والمقضي عند تحقق البيع فأفسده ما يفسد القضاء عن السلم قبل الأجل بخلاف إذا دفع له مثله تحقق القضاء.

قوله: (لم يَجُزْ أن تفارقه)^(١). حرازاً من الدين بالدين، وما قرب من نحو مضيه إلى البيت قريب.

قوله: (وَرِقاً من ذهب)^(٢). لأنه صرف ما في الذمة.

قوله: (نقداً)^(٢). من أجل الدين في الدين.

قوله: (فلا تفارقه حتى تقبضها)^(٢). لأن في ذلك بيع معين يتأخر قبضه، لأنه يفضي إلى أن يكون تارة بيعاً وتارة سلفاً ودخول البيت قريبٌ مع أن السلعة مما يتعين.

قوله: (فلا بأس به)^(٢). لأنه إذا كثر الطعام وكان لا يمكن كيله إلا في أيام من غير تفريط، فلا بأس بذلك لمكان الضرورة؛ إذ لا يسع أكثر من ذلك، ومثله أن يذهب ليأتي بجمال أو دابة أو يكري منزلاً له هذا كله قريب، هو عمل في القبض.

(١) التهذيب (١٤٨/٣).

(٢) المصدر نفسه (١٤٩/٣).



قوله: (والقرض في الخشب جائز)^(١). هذه الأشياء كلها يجوز قرضها ، ويجب رد مثلها ، والأشياء كلها في باب القرض ذوات أمثال إلا الدور ، فلا يجوز قرضها ، لأنه لانتفاء المماثلة فيها ، لأن حكم المثل أن يكون نفقته نفقة مثله ، ولا يتأتى ذلك في الدور إلا الجواري لمكان عارية الفروج ، وقيل يجوز في الجارية ذات المحرم ، لأنه قد أمن فيها ذلك ، ولا تراب الفضة يعني: تراب المعدن ، لأنه لا يتغير بالفضة ، وقالوا: إن معدن الذهب لا تراب له ، وإن كان له تراب ، فهو مثل تراب الفضة .

قوله: (ولا ينبغي لك قبول هدية مديانك)^(٢). لأن ذلك من أكل المال بالباطل وهو حرام إذا كانت من أجل الدين ، وإن كانت بينهما صداقة قبل ذلك فهو مكروه . قوله: (وإن قارضت)^(٢). يعني: العامل في القراض لا يجوز أن يهدي لرب المال شيئاً ، ولا رب المال له ، لأن ذلك كله من الباطل ، وهو في القرض أخرى منه في السلم .

قوله (لا يشترط عليه خبز تنور ، أو ملة)^(٢). وهما أفضل من خبز الفرن ويجوز قضاؤك له بغير شرط حسن قضاء .

قوله: (تحرياً)^(٢). أي بغير وزن ؛ لأن ذلك يضم الضرورة إليه من الحيران [٤٩/ب] في الرغبة اليسيرة وكذلك الطعام اليسير بالتحري ، والدينار بغيره مبادلة من غير وزن .

قوله: (ومن له عليك طعام من سلم فأحلت له على طعام لك من قرض)^(٢).

(١) التهذيب (١٤٩/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٥٠/٣) .



الإحالة بيع من البيوع ، وبيع الطعام قبل قبضه لا يجوز في السلم ، ويجوز في القرض ، فإذا كان أحد الدينين من قرض صح بيعه قبل قبضه ، فيكون في القرض بيعاً ، وفي السلم قضاء لا بيعاً ، فلذلك جاز إذا كان أحدهما من قرض ، وقيل : لا يجوز ، لأنه في جهة السلم قضاء ، بل هو بيع فامتنع ، وإنما اعتبر ابن القاسم في ذلك القضاء لا البيع ، والمخالف في هذه المسائل كلها أشهب .

قوله : (أو دفعت إليه دراهم يبتاع بها طعاماً)^(١) . يريد يدفع إليه دراهم بصورة : أن يشتري بها طعاماً لنفسه لا يزيده على ذلك ولا ينقصه ، ولا يهتمهما ابن القاسم في ذلك .

وأما أشهب فقال : لا يخلو أن يدفع له مثل رأس مال السلم ، أو أقل ، فيجوز ، لأنه لا تهمة أو أكثر فيمتنع ، لأنه يجر إلى سلف بزيادة .

قوله : (جاز أن يتقاصاً)^(١) . جاز هذا لبراءة الذمتين ، وأشهب يمنع ذلك ، قال : لأن الذمتين تبقيان مشغولتين إلى الأجل ، وإنما قدم كل واحد عليه ليأخذ من نفسه عند الأجل مثل ذلك ، وفيه طعام بطعام إلى أجل ، وهذا تقدير ضعيف .

قوله : (إلا أن تكون التي عليك سمراء ، أو التي لك محمولة)^(٢) . إذا حلا كان على جهة المعروف ، والمبادلة ، وإذا لم يحلا ، أو حل أحدهما خرج ذلك عن حكم المعروف وتحقق لطعام بطعام غير يد بيد وقبل قبضه .

قوله : (وإن كانا من سلم)^(٢) . امتنع هذا لأن بيع الطعام قبل قبضه في السلم لا يجوز ، وقال أشهب : إن كان رأس ماليهما أولاً على السواء جاز ذلك ، وصار حاصله إقالة ، لأنه في المعنى رد كل واحد لصاحبه ما دفع له أولاً ، ومنع ذلك

(١) التهذيب (١٥٠/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٥١/٣) .



ابن القاسم لأن هذه الإقالة لم تقع بلفظ الإقالة ، فلم تجز واللفظ مراعى .

قوله: (جازت المقاصة)^(١) . وفيه الخلاف المتقدم لأن ذلك في جانب السلم ليس قضاءً بل بيعاً .

قوله: (وإن لم يحلا أو لم يحل إلا أحدهما لم يجز)^(١) . لأنه تدخله المكايسة ، بأن يكون أحدهما قاصّ صاحبه لبعد أجل الذي له وقرب أجل الذي عليه ، فخرج عن وجه المعروف ، فلم يجز .

قوله: (اختلفت الآجال أم اتفقت وقد حلا)^(١) . لأن ذلك حالٌ بحالٍ ، وأما إذا لم يحلا أو حل أحدهما ؛ فأجازه ابن القاسم ، لأنه قد برئت الذمتان ، فجاز الحال بحالٍ ، ومنعه أشهب لأن الذمتين لا تبرآن إلا عند الأجل فهو دين بدين .

قوله: (جازت المقاصة إن حلا)^(١) . لأنه صرف ما في الذمة ، وإذا لم يحلا أو أحدهما أدى إلى صرف مؤخر .

قوله: (فإن كان أجلهما مختلفاً لم يجز حتى يحلا)^(١) . لأنهما يتهمان أن يلغي قرب أجل ماله عليه في جنس ما يأخذ ؛ فتتحقق المكايسة ، وتخرج المقاصة عن المعروف إلى الدين بالدين ، فإذا حلا أو أحدهما صح لزوال المحذور في الدين بالدين ، وإذا اتفقا لأجلان لم يتهما ، فكان على المعروف ، وجاز لبراءة الذمتين ، والخلاف في ذلك كله ؛ لأنه دين بدين على تقدير بقاء الذمة مشغولة ، لأن من قدم ما لا يجب عليه فهو سلفٌ منه .

قوله: (ليس كمن ابتاع)^(٢) . لأن هذا يتحقق فيه الدين بالدين ببقاء الذمتين مشغولتين .

(١) التهذيب (١٥١/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٥٢/٣) .



قوله: (بحميل وبغير حميل)^(١). لا أثر لكون أحدهما بحميل ، والثاني بلا حميل .

قوله: (قد استقرضته)^(١). [١/٥٠] يعني يستقرض طعاماً من إنسان ويتركه عنده حتى يقبضه الذي أحلته عليه ، وبيع الطعام من قرض قبل قبضه جائز ، هو قضاء عن السلم لا بيعٌ للسلم .

قوله: (قرضاً عليك وأداء ما أسلم لك فيه)^(٢). يعني: يصير الذي اقترضته ديناً عليه ، وأداء لما كان عليك .



(١) التهذيب (١٥٢/٣) .

(٢) في التهذيب «ويكون بكيلٍ واحدٍ قرضاً عليك وأداءً من سلم» (١٥٢/٣) .

كتاب البيع الفاسدة

البيع الفاسد عند الشافعي كله نوع واحد يُفسخُ على كل حال ، لأن المشتري لذلك كالغاصب ، لأنه متعد حكماً ، فصار في الحكم كالمتعدي حساً .

وأبو حنيفة يفرق بين الفاسد بأصله ، وهو الباطل عنده ، فهذا يُفسخُ أبداً ، وبين الفاسد بوصفه فيفسخ إن لم يفت ، ويرجع فيه إلى القيمة إن فات .

وعلى هذا هو مذهب مالك ؛ لأنه يفرق بين الفاسد بأصله فيقول : يفسخ أبداً كبيع الحرّ والخمر ، وقد قال بعد : إن الحرام البين يفسخ أبداً ، وبين الفاسد بوصفه كالبيع بثمن مجهول ، أو إلى أجل مجهول^(١) .

{ حد البيع }^(٢)

والبيع هو نَقْلُ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ بِعَوَضٍ ، فقلنا : «بِعَوَضٍ» تحرزاً من الهبة والميراث ونحوهما ، لأن ذلك نقل ملك إلى ملك بغير عوضٍ .

فإذا قيل : إن البيع الفاسد ينقل الملك ، كان الحد صحيحاً لشموله الصحيح والفاسد ، وإذا قيل : لا ينقل الملك كان الحد مخصوصاً بالبيع الصحيح فقط^(٣) ، والمذهب : أن البيع الفاسد لا ينقل الملك إلا إذا فات ، ولكن ينقل شبهة الملك^(٤) ،

(١) انظر : شرح التلقين للمازري : (٤١٧/٢) ، وبداية المجتهد : (٢٠٨/٣) .

(٢) ما بين المعقوفين في حاشية المتن .

(٣) شرح التلقين (٤١٨/٢) . وعقد الجواهر الثمينة (٦١٣/٢) .

(٤) شرح التلقين (٤٣٣/٢) . والتقيد على التهذيب (٦٦٢/٢) .



بدليل: أن المشتري شراءً فاسدًا لا يحد في الوطاء، ويلحق به الولد بخلاف الغاصب، لأنه يحد ولا يلحق به الولد، وقال أشهب: إنه ينقل الملك إذا فات، وإذا نقد الثمن أو دعا إلى القبض.

وثمره الخلاف إذا باع بيعاً فاسدًا، ولم يقبض المبيع ثم باعه قبل قبضه فهل يكون بيعه ذلك فوتاً أو لا؟ قولان. فإن قلنا ينقل الملك فتصرفه صحيح، ويكون ذلك فوتاً.

قوله: (فعليه قيمته يوم قبضه)^(١). لأنه متعدّ شرعاً فيضمن بالقبض، ولا أثر للعقد لأنه فاسدٌ، وقيل: يوم الحكم، وهو ضعيفٌ.

قوله: (فالرقيق والحيوان يفيتهما طول الزمان)^(١). وطوله فيه قيل: شهر، وقيل: ثلاثة، لأن الغالب أنه يتغير في مثل هذه المدة في نفسه، وفي سوقه، وإن لم يتغير ذلك في بعض الصور فهو نادرٌ لا يعتدُّ به^(٢).

وأما الديار فهل يفيتها تغير الأسواق أو لا؟ قولان. المذهب منهما: أنها لا تفوت بذلك^(٣)، لأنها غالباً لا تتخذ للتجارة، وأما طول الزمان تفوت بها بلا خلاف، وذلك لأنها غالباً تتغير في ذاتها، ولا يعتد بالنادر، والتغير في الذات فَوْتُ تَغْيَرِ السَوَقِ أَوْ لَا، وقيل: الطول في الديار عشرون سنة^(٤)، وهذا مختلف باختلاف المواضع، ألا ترى أن ديار مصر تتغير في مدة قريبة كثلاثة أعوام ونحوها.

(١) التهذيب (١٥٣/٣).

(٢) شرح التلقين (٤٤٥/٢ - ٤٤٦). والتقييد: (٦٦٤/٢).

(٣) قال ابن القاسم: «ولا يفيت الدور والأرضين حوالة الأسواق أو طول زمان». المدونة: (١٤٦٥/٤). وانظر شرح التلقين: (٤٤٣/٢).

(٤) هذا قول أصبغ، انظر شرح التلقين: (٤٤٣/٢). والتقييد (٦٦٦/٢).



قوله: (فلا يفيتها ذلك)^(١). أي اختلافها ليس كاختلاف الحيوان ، لكن إذا طال زمانها كالثلاثة الأعوام فإنه غالباً تتغير ، والضابط: أن ما تغير في نفسه بزيادة مثل أن يكون معيباً فيزول عيبه ، أو بولادة أو نقص فهو فوت .

قوله: (لم يكن للمبتاع ردها)^(٢). لأنه قد مضى عليها وقت وجبت فيه القيمة ، وذلك حين التغير ، وهذا مجمع عليه في المذهب ، وأما رجوعهما إليه بعد بيع أو هبة بوجه من شراء أو هبة [هـ/ب] أو غير ذلك فأشهب طرد الأصل الأول ، لأنه قد أتى عليها وقتٌ وجبت فيها القيمة ، وهذا ملك آخر غير الأول ، ونقض ذلك الأصل ابن القاسم حتى في رجوعها إليه بالميراث ، قال: لأن البيع كان باختياره ، بخلاف تغير السوق ليس بيده ، وكذلك الهبة وقعت باختياره ، قال: فصار لذلك المِلْكُانِ كِمِلْكٍ واحد^(٣).

واعترض عليه بأنه لو اشترى سلعة بثمن إلى أجل ثم باعها ثم ردها وفلس ، لم يكن للبائع الأول أن يأخذها ، ولكن تكون أسوة الغرماء ، لأنه ملك آخر بدليل أن العهدة في الموضوعين على شخصين مختلفين^(٤).

قوله: (إلا أن يتغير سوقها)^(٥). هذا معترضٌ ، لأنه قد ذكر في الجملة رجوعها إليه بعيب ، والمراد: العيب القديم لا الحادث عنده ، لأن ذلك يمنع

(١) في التهذيب «فلا يفيتها حوالة الأسواق ولا طول الزمان» (١٥٣/٣).

(٢) المصدر نفسه (١٥٣/٣).

(٣) قال الزرويلي: «وإنما فرق ابن القاسم بين حوالة الأسواق وبين البيع في رجوعها إليه لأن حوالة الأسواق ليس من فعله ولا صنع له فيها فلا تهمة تلحقه فيه والبيع من سببه وفعله». التقييد: (٦٦٧/٢).

(٤) انظر التقييد (٦٦٩/٢)، نقل هذا الاعتراض عن عبد الحق في تهذيب الطالب.

(٥) التهذيب (١٥٣/٣).



الردّ كما تقدم ، وإذا كان عيباً قديماً فلا يمنع الرد وإن تغيرت سُوقها ، لأن تغير السوق لا يمنع الرد بالعيب كما يأتي بعدد ، ووجهه أن يكون قوله «إلا أن تَتَغَيَّر سُوقُهَا» راجعاً إلى ما ذكر سوى العيب ، أو يريد أنه علم بذلك العيب القديم ، وحينئذ أخرجها عن ملكه ، وتصرف فيها ، فلم يكن له الرجوع به لأنه قد رضي به ، {لأنه} يفيتها بعقد البيع أي: وبما في معناه من هبة ونحوها^(١).

قوله: (لا يجوز أن تبتاع جارية بجاريتين غير موصوفتين)^(٢). لأنه سلم في المجهول وبغير أجل ، فإن وقع وقد قبض البائع الجارية رُدّت ، وإن فاتت رجع إلى القيمة ، وإن كان فوتها بعيب واختار ردها إليه في قيمتها لم يجز ، لأنها لما فاتت انتقلت إلى ملك المسلم إليه ، فلا يخرج عنه إلا ببيع صحيح .

ومن شرط البيع: العلم حالة العقد من المتبايعين بأركان العقد ، فإذا ردها بالقيمة كان الثمن مجهولاً ؛ لأن القيمة غير معلومة لهما حال العقد ، وإن توصل إلى علمها في ثاني حال فلا بد في بيعها من الأول من شرطين:

أحدهما: أن يكون بثمن معلوم .

والثاني: أن يكون لا مواضعة فيها ، مثل أن تكون من الوخش لئلا يكون فسخ دين فيما يتأخر قبضه ، وقد تقدم بطلانه^(٣) ، وسكت في الكتاب عن ذلك لأنه معلوم من الأصول .

وإن لم يعلم بذلك حتى قبض رب السلم الجاريتين ، فإن كانتا باقيتين ردتا ،

(١) انظر التقييد (٦٦٨/٢) .

(٢) التهذيب (١٥٤/٣) .

(٣) قال في التقييد: «لأن القيمة دين على المشتري أخذ البائع فيها جارية فيها مواضعة فهو فسخ الدين في الدين» . التقييد: (٦٧١/٢) . والجامع لابن يونس: (٧١٦/١٢) .

وإن فاتتا رجع إلى القيمة ، وإن فاتت إحداهما ، فلا تخلو أن تكون هذه الفاتنة وجه الصفقة أو شطرها أو أقل من شطرها ، فإن كانت جلها رد قيمة الجميع ؛ قياساً على تغيب ما ليس وجه الصفقة في البيع الصحيح ، لأنه إذا تغيب الدون وسَلِمَ الجُلّ لَزِمَ البَيْعُ في الجُلّ بحساب الثمن الأول ، وخير في ردّ الدون وإمساكه ، وكذلك هنا يصح أن يمسك الدون .

وأما إذا تغيب الجُلّ في البيع الصحيح صار الكل كأنه مغيب ، فلم يكن للمشتري إلا أن يرد الجميع ، أو يمسكه ويأخذ أرش العيب ، لأنه إن رد المعيب ، وأمسك الصحيح ، كان قد أخذ بثمن مجهول ، لأنه لا يعلم كم يجب له من الثمن الأول ، ولأنه يبعض السلعة على البائع .

وأما إن تغيب الشطر فقولان: بناء على أن الشطر هل هو الجُلّ أو لا ؟ فإن قيل: إنه في حكم الجُلّ فيكون [حُكْمُهُ] ^(١) حُكْمُ تَغْيِبِ الجُلّ ، فإن لم يفت بذلك كان مُخَيَّرًا في إمساك الجميع ، وأخذ الأرش أو رد الكل ، لأنه ليس الصحيح تابعاً للمعيب ، ولا العكس ، وقيل: إنه في المسألة الأولى يلزمه رد الباقي ، والفرق بينه وبين المسألة: العيب في البيع الصحيح ، أن هذا بيع فاسد فلا يجوز تصحيح [١/٥١] شيء منه ، وأما إن فاتت الدون رد الأعلى قولاً واحداً لأنه لا تبعية في ذلك ، وفي الشطر إن كان في حكم الأكثر كان القولان ، وإلا لزم رد الصحيح ، لأنه لا تبعية .

قوله: (وليس لبائعهما منك أخذها) ^(٢) . بيان لما تقدم .

قوله: (إلا أن يجتمعا) ^(١) . محمول ولا بدّ على ما ذكرت من اشتراط العلم

(١) في المتن: «حكم» من غير هاء ولا يستقيم ، وما أثبتته أقرب لمراد الشارح .

(٢) التهذيب (١٥٤/٣) .



بالثمن ، وإلا تكون فيها مواضعة .

قوله : (ثم مات الولد)^(١) . فذلك فوت ، لأنه إن كان اشتراها حاملاً فالحمل مرض ، وزوال المرض فوت ، وإن كانت حاملاً فالحمل عيب وثبوت فوت .

قوله : (وليس ما ذكرنا)^(١) . يريد أن العيب لم يكن للمشتري فيه عمل ، وإنما غش فيه البائع فحمل عليه وحده ، وفي البيع الفاسد قد اشتركا معاً في تعاطيه ، فسوى بينهما ، فجعل نقص السوق وزيادتها فوتاً يمنع الرجوع .

قوله : (وإن كان عيباً مفسداً)^(١) . أي وإن حدث عند المشتري عيب آخر مفسد ؛ كذهاب العين واليد ، فالمذهب أنه لا يمنع من الرد بالعيب القديم معاملة للبائع بنقيض مقصوده فيردّها وأرشد العيب الحادث ، وقيل : إذا كان العيب الحادث مفسداً ، فليس له إلا أرش القديم خاصة^(٢) .

قوله : (ولا شيء عليه في العيب الخفيف)^(٣) . أي لا أرش فيه ، فيردها دون أرش أو يمسكها إن شاء في الموضعين ، ويأخذ أرش القديم .

قوله : (لأنه عقد فاسد)^(٤) . أي أن الفساد فيه في نفس العقد ، لأن الأجل والنقد من صفات العقد ، بخلاف السلف والبيع ؛ لأنه خارج عن العقد فلذلك صح مع إسقاطه .

قوله : (يوم الفوت)^(٥) . هذا بظاهره قول ثالث في المسألة ، وقد قيل

(١) التهذيب (١٥٤/٣) .

(٢) قال في التقييد : «يريد بالعيب المفسد هاهنا ما أفسد بعض المنافع ، وأما ما أفسد جملة المنافع فإن ذلك يمنع الرد ، كذهاب العينين» (٦٧٢/٢) .

(٣) التهذيب (١٥٤/٣) .

(٤) المصدر نفسه (١٥٥/٣) .

(٥) في التهذيب «أو قيمتها في الفوت» (١٥٥/٣) .

بظاهره ، والوجه: أن يتأول بأن يكون يوم الفوت في هذه الصورة هذا يوم القبض ،
وأنها فاتت يوم القبض .

قوله: (ومن اشترى تمرًا لم يزه) ^(١) . هذه المسألة لها ثلاث صور:

أحدها: أن يشتريه قبل بُدُو صلاحه ، ويشترط جذّه فيجوز .

والثانية: أن يشتريه بعد بُدُو صلاحه فهذا يجوز مع شرط جذّه وتبقيته .

والثالثة: أن يشتريه قبل بُدُو صلاحه ويطلق فلا يذكُر جذاً ولا تبقيّة ، فإن
جذّه صح لأنه سلّم من المحذور ^(٢) ، وخرّج اللخمي فيها قولاً ثانياً من كلام ابن
الجلّاب أنه إذا أطلق لم يجز ، ويحتمل أن يريد ابن الجلاب إذا أبقاه حتى
أرطب ، أو تمرًا ، فلا تكون مسألته هذه ^(٣) .

قوله: (وَرَدَّ قِيَمَةَ الرّطْبِ) ^(٤) . لأنه وإن كان من ذوات الأمثال ، لكن قد
يتعذر ذلك ، وإذا تعذر المثل رجع إلى القيمة .

قوله: (فسد جميعها) ^(٤) . هذا المذهب ، وقيل: يصح الحلال ، ويبطل
الحرام مطلقاً ^(٥) ، وقيل: إن كان الحرام الجل بطل الكل ، وإن كان الأقل صح
الحلال وبطل الحرام ، فالحرام كل وجه بطل .

قوله: (يرد الحرام البين) ^(٦) . لنا حرامٌ مجمعٌ عليه كبيع الحر والخمر ، فهذا

(١) التهذيب (١٥٥/٣) .

(٢) انظر عقد الجواهر . (٧٢٩/٢) .

(٣) انظر التبصرة للخمّي . (٤٢٣١/٩ - ٤٢٣٢) .

(٤) التهذيب (١٥٥/٣) .

(٥) هو قول ابن القصار ، انظر التقييد: (٦٧٧/٢) .

(٦) التهذيب (١٥٥/٣) .

لا ينعقد فيه بيعُ البتة ، ولا قيمة له ، يعني : إن هلكت .

وحرامٌ بَيِّنٌ ، وهو الذي يقوى الدليل على تحريمه ، وَيَضْعُفُ فيه الحِلُّ فيفسخُ أبدأً ، ولا يمنع من فسخه لا عيب ولا حوالةُ سوق ولا بيع ، بل ينقضُ بيعه وعتقه ، إلا [الموت] ^(١) فيرجع فيه إلى القيمة .

ومَا فِيهِ الخِلَافُ خارجُ المذهب كالسَّلَم الحالُّ فيردُّ إن بقي ، ويرجع إلى القيمة إن فات ويفيته ما قلنا من حوالة سوقٍ والعيب .

وما كان مكروهاً قلنا فيه قولان : أحدهما إذا وقع رُدٌّ ، فإن فات مضى بالثمن ، والثاني : إن وقع صح بالثمن لخفة أمره ، وهو الذي يعني بما كرهه الناس ، ومحمّتل أن يريد القسم الثالث .

قوله : (واشترَاطُ خِلْفَتِهِ) ^(٢) . [٥١/ب] يعني بطونه التي تخلفه إذا قطع ، لكن لا بد من أن يبلغ الرأس الأول أن يرعى ويصح الانتفاع به ، لأنه الأصل المتبوع ، وجاز بيع ما بعده ، وإن كان عندنا على حكم التبعية كما كان جاز العبد وهو غير معلوم ، وبيع الثمرة قبل بُدُو صلاحها مع الأصل تبعاً له .

قوله : (ولم يكن في ذلك فساد) ^(٢) . يعني مثل أن يجتمع الناس على بيع جميع زرعهم ، كذلك فإن للإمام منعهم منه ، لما يؤدي إليه من الفساد ، وعدم الطعام .

قوله : (إن كانت مأمونة) ^(٢) . أي إذا أمن حصول هذه البطون ، وقطع بالعادة بذلك .

(١) ما بين المعقوفين مبتور جله ، ولعله ما أثبتته ،

(٢) التهذيب (١٥٦/٣) .



قوله: (ويشترط منه جذة أو جذتين)^(١). يعني بطناً أو بطنين ، هذا لا بد منه حتى تكون البطون التي اشتراها معلومة .

قوله: (إذا لم يشترط أن يتركه حتى يصير حبا)^(١). لأنه قد نهى^(٢) عن بيع الثمر قبل بُدُو صلاحه والحبّ قبل خروجه ، لأنه مجهول ، وقد تصيبه جائحة تذهب معظمه فيؤدي إلى أكل المال بالباطل ، ولم يَجُز بيعه تبعاً ، لأنه المقصود ، والمتبوع لا يكون تابعاً .

قوله: (غَلَبَةُ الْحَبِّ)^(٣). يعني تشاغل بجذّ الزرع فغلبه خروج الحب في بعضه ، وهو إنما اشترط الخلفة لا الحب ، قوم قدر ما رعى وما [كان^(٤)] يرعى من خلفته أي: يقوم على الرجاء ، وإن كان ذلك أصاب في بعض الخلف قوم ما رعى ، والخلفة الباقية ، ولا يقوم الحب ، لأنه لا يصح بيعه ، وينظر في ذلك إلى قيمة القصيل في أوقاته لا إلى قلته وكثرته ، فقد يكون في أوله أغلى ، وفي آخره أرخص وبالعكس .

قوله: (يريد إذا كان قبل أن يبلغ الرعي)^(٥). يعني أن يكون صغيراً جداً فيكون جذّه حينئذ من الفساد ، لأنه لا نفع فيه .

قوله: (حتى يَتَحَبَّبَ أو يَقْصَبَ)^(٦). أي يكون له قصب ، وإنما امتنع لأن

(١) التهذيب (١٥٦/٣).

(٢) يريد ما أخرجه البخاري وغيره: عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ثمر التمر حتى يزهو ، فقلنا لأنس: ما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر ، رأيت إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك؟ . رواه البخاري في كتاب البيوع . باب بيع المخاضرة .

(٣) التهذيب (١٥٦/٣).

(٤) في المتن [وما كا] ، والظاهر أنه «كان» .

(٥) التهذيب (١٥٦/٣).

(٦) في التهذيب «على أن يتركه يتحبب أو يتقصب» (١٥٧/٣).

في ذلك بيع معين يتأخر قبضه .

قوله: (فيتأخر شهراً)^(١) . لأن ذلك من ضرورة قبضه .

قوله: (إنما يزيد في التمر حلاوة)^(١) . يريد أن المبيع في التمر بعد بُدُوِّ جله موجود إلا يسيره ، فلا يعتد به لأنه تابع ، وإنما المقصود كله ألا يترك إلا ليزيد طيبه .

قوله: (لا ليعظم)^(٢) . لأنه قد تناهى عظمه ، وهو بعد ذلك يصغر ما طاب .

قوله: (يزيد نشوزاً)^(٣) . أي ارتفاعاً ، وثبّه بسقيه على زيادة فيه لم تكن موجودة حال العقد .

قوله: (والجائحة فيه من البائع)^(٣) . لأنه لا يخرج من ضمانه حتى يصح الانتفاع به ، ويؤمن من جائحته .

قوله: (وكذلك صوف الغنم لا يجوز بيعه)^(٤) . حتى تنتهي لتلك العلة ، ولا على شرط الجز لأن في جزه صغيراً إيلاًماً للبهائم ، وإذهاباً لها ، وذلك من الفساد .

قوله: (وإن اشترط سقيه)^(٥) . أي إن التزم المشتري سقيه من عند نفسه ، لأن ذلك لا يخرج عن كونه معيناً بتأخر قبضه ، فلا يدري هل يكمل فيدخل على البيع ، أو لا يكمل فلا يكون بيعاً .

قوله: (ولا يجوز ذلك لغيره)^(٦) . لأنه إنما جاز على وجه التبع ، ولو اشتراه

(١) التهذيب (١٥٧/٣) .

(٢) الذي في التهذيب قوله «إذ إنما يزيد في الثمرة حلاوة ونضجاً وقد تناهى عظمها» (١٥٧/٣) .

(٣) التهذيب (١٥٧/٣) .

(٤) في التهذيب «وكذلك صوف الغنم لا يجوز اشتراط تركه إلى تناهيه» . (١٥٧/٣) .

(٥) في التهذيب «وإن اشترط سقيه» (١٥٧/٣) .

(٦) المصدر نفسه (١٥٧/٣) .

غيره كان على جهة الانفراد ، وفي شراء من اشتراه له ثلاثة أقوال :

الجواز مطلقاً ، لأنه وإن انفصل من العقد الأول فهو تابع وكالمتصل .

والمنع مطلقاً ، لأنه لما انفصل صار كالمنفرد .

والتفصيل بين أن يفوت من العقد الأول فيصح ، أو يبعد فيمتنع ، وكذلك شراء

مال العبد ، والثمرة لمن اشترى العبد ، والأجل قبل ذلك فيه هذا الخلاف^(١) .

قوله : (ولا يجوز شراء ما يطعم المقثأة شهراً)^(٢) . علل المنع أن نباتها

يختلف بحساب اختلاف الأزمنة ، فتارة يكثر وتارة يقل ، فكان ذلك مجهولاً

فلا بد من شراء جميعها من أولها إلى آخرها .

وفيه علة أخرى وذلك أن نبات المقثأة متصل لا ينفصل [١/٥٢] بعضه عن

بعض ، بخلاف القرط والقصيل فلم يتميز نباتها بتميز الأوقات .

قوله : (على أنها بالنقد بدينار أو إلى شهر بدينارين)^(٣) . هذا عندنا من

بيعتين فيبيعة ، وإنما امتنع ذلك لأنه يمكن أن يختار النقد ، أولاً ثم ينتقل إلى

(١) نقل الزرويلي عن ابن العطار في وثائقه قال : « لا يجوز له شراء الخلفة ، إذا فصل شيئاً من الرأس ،

ذكره في السلم . ورأيت في طرة كتاب أنه إذا حصد بعض الرأس فإنه يشتري خلفة ما بقي دون

حصاد ، وما ذكره ابن العطار أقيس عندي على مذهب ابن القاسم ، مثل استثناء نصف الثمرة

ونصف مال العبد مع شراء الرقاب ، ويجوز على مذهب أشهب ، وذكر بعضهم أن الشيخ كان

يقول : إذا بقي بعض الرأس جاز اشتراء الخلفة لأن العقدة باقية فتأمل ذلك ، ومثل ما حكى ابن

العطار في الوثائق في المجموعة قال : وإذا كان حصد الرأس أو شيئاً منه لم يجز له ابتياع الخلفة

ويكون هو والأجنبي في ذلك سواء ، إلا أن تكون الخلفة قد نبتت وبلغت مبلغ الرعي فيجوز ذلك

فيها . انظر التقييد : (٦٨٦ / ٢ - ٦٨٧) .

(٢) التهذيب (١٥٧ / ٣) .

(٣) المصدر السابق (١٥٨ / ٣) .



الأجل ، وباختياره الأول يتعين للبائع ذلك في ذمته ، فإذا انتقل إلى الأجل ، فكان البائع أسلفه الأول ليأخذ إلى الأجل أكثر منه ، وفيه أيضاً بيع بغير رضا البائع ، لأنه قد ثبت البيع باختياره الأول ، وزال التخير ، وفيه أيضاً الجهل بالثمن ، لأن العقد دفع على ثمن مجهول^(١).

وله عندنا صورة أخرى: وهو أن يكون ثمنان بثمان واحد مثل أن يقول: بعثك هذا الثوب أو الفرس بعشرة ، وهذا يمتنع لأنه يؤدي ، إذا اختار أحدهما وانتقل إلى الثاني ، إلى بيع بغير رضا البائع ، ولأنه دخل على جهالة لا يدرى أن أيهما المبيع .

ومثّل الشافعي ببيعتين في بيعة بمثال آخر ، وهو: أن يبيع سلعة من شخص ثم يبيعهما من آخر وكلاهما في خيار المجلس ، أي قبل افتراقهما من المجلس ، لأنه يقول بخيار المجلس أو في خيار الشرط ، ويكون ذلك كله على التزام ، وفيه أيضاً الجهالة .

قوله: (على الإلزام لهما أو لأحدهما)^(٢). يريد أنه لو كان ذلك على الخيار لجاز ، لأنه لا ينعقد بيع منهما .

قوله: (لأنه عقد فاسد)^(٢). لأن الفاسد^(٣) في نفس العقد .

قوله: (لا يُسمّى كم من هذا أو)^(٤). هذا باطل ، لأن الثمن مجهول ، وهذا

(١) قال الزرويلي: قال اللخمي: «إن سلم فيه من الغرر فلا يسلم فيه من الربا ، ومن فسح الدين في الدين» التقييد: (٦٨٩/٢)

(٢) التهذيب (١٥٨/٣) .

(٣) كذا في المتن ، والمراد: لأن الفساد في نفس العقد .

(٤) في التهذيب «ولا يجوز شراء سلعة بمائة مثقال من ذهب وفضة لا يسمى كم من هذا وهذا» (١٥٨/٣) .

بخلاف لو أقر له بذلك لكان قوله مقبولا في التفسير .

ولو قال دينار واحداً ذهباً وسائرهما فضة ، لأن الأصل براءة الذمة ، وأما لو أوصى بذلك ومات قبل التفسير ، لحمل على النصف من ذهب ، والنصف من فضة ، لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر ، وقد كان يمكن لو عاش أن يفسرها بأن الذهب أكثر وليس ذلك كقوله: بعثك بمائة دينار ، ثم أراد أن يدفع يوسفية ، فإن العرف كالشرط ، فيرجع إلى الغالب ، ولا عرف لنا هنا نستدل به فبطل .

قوله: (ومن ابتاع أمةً على تعجيل العتق)^(١) . لا خلاف في أن كل شرط يخل بمقتضى البيع يفسد البيع ، وأجمعوا على صحة هذا الشرط ، وإن كان مخلاً به ، لكنه لما تشوف الشرع إلى العتق جوزه ، فإذا وقع فالعتق مرتب على البيع .

وكذلك إذا قال: إن اشتريتك فأنت حرٌّ ، أو تزوجتك فأنت طالق ، قلنا قولان: لزومه وهو المذهب^(٢) ، وعدم لزومه ، لأنه ليس في الملك ، وعلى الأول يترتب العتق أيضاً على الملك ولزم ، لأن المُقَدَّر كالحاصل .

وأما قوله: إن بعثك فأنت حر ، فيه قولان:

المذهب وقوعهما معاً فيصحُّ البيعُ لتصحيح العتق ، لكن يرد الثمن (لأنه) باعه ما لم يصح تملكه ، وإنما قلنا بصحة البيع ليوجه به صحة العتق حتى يترتب عليه وهو مشتمل .

والثاني: بطلان العتق وصحة البيع ، لأن العتق مركب على البيع ، وصحة

(١) التهذيب (١٥٨/٣) .

(٢) قال في الفروق: (اعلم أن مالكا وأبا حنيفة - عليهما السلام - اتفقا على جواز التعليق في الطلاق والعتاق قبل النكاح ، وكذلك العتق قبل الملك فيقول للأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق وللعبد إن اشتريتك فأنت حر فيلزمه الطلاق والعتاق إذا تزوج واشترى) . الفروق: (١٦٩/٣) .



البيع يقتضي بطلان العتق ، لأنه لم يصادف حينئذ محلاً ، لأنه قد انتقل إلى ملك غيره فشرطه تعجيل العتق ، لا يخلو أن يكون على الإيجاب فيلزم قولاً واحداً ، وإن كان على التأخير صار كوعد من المشتري بالعتق ، والوعد لا يلزم ، لكن يكون للبائع إبطال البيع إن شاء إذا لم يفت بما شرط عليه وإمضائه ، وهذا إن لم يفت البيع عند المشتري ، فإن فات رجع إلى القيمة ، ومن الفوت أن يطول عليه الزمان عنده كشهراً أو شهرين وثلاثة ، لأن الحيوان يتغير هو أو سوقه في مثل ذلك . [٥٢/ب]

وقال أشهب : يلزم العتق ولا يكون ذلك بوعده لأن البائع تعلق له حق بالعتق ، وقد ترك من الثمن في مقابلة ذلك ، والمؤمنون عند شروطهم فيلزمه العتق .

قوله : (لم يجز للغرر)^(١) . لأنه قد يموت قبل الأجل ، وقد يطاها^(٢) فلا نلزمه ، وقد يطرأ دين يبطل تدبيره فيأخذ من الثمن حظاً مجاناً .

قوله : (إن فات بذلك)^(٣) . أي فإن دبرها فللبائع الأكثر من قيمتها ، أو الثمن إذا كان الفساد خارجاً عن العقد ، وإن كان كالبيع والسلف ثم وقع وفاته ، فإنه يمضي بالأكثر من القيمة أو الثمن ، لأن أمره أخف مما يكون الفساد فيه في نفس العقد بجهل الثمن ، هذا إنما يرجع فيه عند الفوت إلى القيمة ، ولا أثر فيه للثمن وذلك أن الثمن في البيع ركن ، بخلاف الصداق في النكاح ليس بركن ، لأنه يصح دونه كنكاح التفويض ، وإن كان يمتنع على إسقاطه ، وفرق بين شرط إسقاطه ، والسكوت عنه .

(١) التهذيب (٣/١٥٩) .

(٢) كذا في المتن .

(٣) في التهذيب «إن فات المشتري فيها أن يتخذها أم ولد بولد أو عتق ، أو فاتت المشتري فيها التدبير أو العتق بذلك» (٣/١٥٩) .

قوله: (رددت قيمته)^(١). يريد إن كانت أكثر من الثمن على الأصل المقرر في هذا النوع^(٢).

قوله: (فلا يفسخه إلا فيما يعجله)^(٣). لما تقدم من الانتفاع بالتأخير، وهو أكل المال بالباطل.

قوله: (فلا يفارقها حتى يقبضها)^(٤). لأنه معين يتأخر قبضه، وليس من الدين بالدين لأن المعين ليس بدين.

قوله: (والبيع تام)^(٤). لأنه ليس فيه فسخ دين فيما يتأخر قبضه، ولا يريد هنا بالتأخير أن يكون ذلك كثيراً أو بشرط، لأن المعين لا يجوز تأخير قبضه.

قوله: (وليس للبائع حبسه بالثمن)^(٤). لأنه إنما تعين له الثمن [مؤجل لا حالاً]^(٥) فليس له أن يقول أمسكه في ذلك لِأَنَّهُ يَنْتَصِفُ مِنْهُ.

قوله: (وقد يجوز أن يكتري من رجل داره بدين)^(٦). لأنه ليس في هذا تأخير معين في فسخ دين.

قوله: (وكره ملك)^(٧). أي حرم، لأن في ذلك تأخير قبض المبيع المعين، ولا فرق في ذلك بين الطعام وغيره.

(١) التهذيب (١٥٩/٣).

(٢) انظر الجامع لابن يونس: (٧٤٣/٢).

(٣) في التهذيب «فلا تفسخه عليه إلا فيما تتعجله» (١٥٩/٣).

(٤) المصدر نفسه (١٥٩/٣).

(٥) كذا في المتن، ولعل الصواب: لأنه تعين له الثمن مؤجلاً لا حالاً،

(٦) المصدر نفسه (١٥٩/٣).

(٧) هذا إلى قوله: (مصبيتها من البائع...) كله من التهذيب (١٦٠/٣).



قوله: (بقيمتها). لأن ذلك ثمن مجهول، وإن توصل إلى علمه في ثاني حال، وإنما ينبغي أن يكون الثمن والمبيع غير مجهول عندهما حال العقد، لا (.) في ذلك بعلم غيرهما.

قوله: (أو على حكمه). لأن ذلك كله مجهول.

واعترض على ذلك: بجواز هبة الثواب، لأنه بيع بالقيمة، ولا خلاف في جوازها.

والانفصال أن هبة الثواب معروف وهذه مكايسة فلا تقاس المكايسة على المعروف، ولأن البيع بما يحكم به فلان مجهول من كل جهة، لأنه قد يحكم بأقل من قيمتها.

قوله: (ويتواضعان الثمن). لأنه إن نقده كان تارة سلفاً، وتارة بيعاً.

واختلف في ضمان الغائب المبيع، فقيل: في ضمان المشتري، لأنه معين لا توفية فيه بخلاف الطعام، وقيل: في ضمان البائع لأن فيه شبهة توفية، وقيل: هو في ضمان من شرط عليه ضمانه.

قوله: (مصيبتها من البائع ما دامت في رؤوس النخل). لأنه لا يتحقق القبض إلا بالجدّ (.) وقبل ذلك فلم تزل من ضمان البائع لأنها في أصوله، وقيل: من المشتري، لأنه معين لا توفية فيه.

قوله: (لا يجوز بيع غيران المعادن)^(١). يعني أن الغار يكون في المعدن أقطع لشخص لا يجوز له بيعه لأن المعادن إنما هي للمسلمين يتصرف الإمام فيها بما يراه مصلحة للمسلمين، فإذا أقطع إلى أحد من الجند فإنه لا تصير ملكاً

(١) التهذيب (١٦١/٣).



له ، لأنها لا تورث عنه فلا يجوز له بيعها .

واختلف في المعدن يجده الرجل في ملكه فقيل : له ، وقيل : لبيت المال ،
وسبب الخلاف أنه من اشترى أرضاً فهل أحل بالشراء باطنها أو لا ؟

قوله : (ويجوز تراب الذهب بالفضة)^(١) . هذا جزاف ومن غير جنسه فصح

[١/٥٣] .

قوله : (بقطع المعادن)^(٢) . يريد قطع العمل فيها ، لأنه كان في ذلك الزمان
يعمل فيها شرار الناس ، وكان الإسلام قويا يستغني عن ذلك ، ولا يريد إقطاعها
لأن ذلك قد ثبت في صدر الإسلام قبله^(٣) .

قوله : (لأنه غرر)^(٤) . لأن النيل عرق نبت في الأرض كالنبات ينتهي آخره
في التراب ، وقد يطول ويقصر فصار مجهولاً فلم يجز بيعه .

قوله : (وله منعه من الناس)^(٤) . لأنه قد [جاره]^(٥) بوجه صحيح من إقطاع

ونحوه .

قوله : (بخلاف فضل الماء)^(٦) . لأنه لا يملك هذا ، لأنه قد نهى عن بيعه

(١) في التهذيب « ويجوز بيع تراب الذهب بالفضة » (١٦١/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٦١/٣) .

(٣) في التقييد : « إنما يعني كتب ألا يعمل فيها أحد كما في كتاب ابن المواز ولم يرد كتب بإقطاعها
أن تقطع لمن يعمل فيها ، وذلك أن النبي ﷺ قد أقطعها ، فما يحتاج إلى أن يخبر أن عمر بن
عبد العزيز كتب بذلك ، وإنما أراد الأمر ألا يعمل فيها كما وصفنا » (٧١١/٢) .

(٤) التهذيب (١٦١/٣) .

(٥) كذا في المتن ، ولعلها : قد حازه .

(٦) التهذيب (١٦١/٣) .



فقال ﷺ: «لَا يَمْنَعُ فَضْلَ الْمَاءِ لِيَمْنَعَ بِهِ الْكَلَاءُ»^(١)؛ وذلك أن الناس إنما يرعون بموضع فيه الماء، فإذا علموا أنه ممنوع فلا يرعون فيه فصار منع الفضل من الماء، وهو الذي يفضل عن حاجته وحاجة ماشيته، يؤدي إلى منع الكلاء وهو مباح.

قوله: (ضريبة يوم)^(٢). يعني: ما يحفر منه من البئر والتراب في يوم، هذا لا يجوز بيعه قبل حفره، لأنه لا يدري كيف يكون حاله.

قوله: (فأرى أن تُغَرَّب)^(٣). التغريب أن تبعد عن ذلك الموضع الذي أفسدت فيه وتباع بأرض أخرى لا نبات فيها، حتى لا تضر زرع أحد بعد ذلك لأن هذا صار عيباً فيها، لا تنفك عنه، وهذا مما انفرد به المذهب في تغريب الدواب كالآدمي البكر في الزنى، ويقال: إنه الذي حكم به داود عليه السلام في الغنم التي نفشت في الحرث، وهو شرع من قبلنا^(٤).

قوله: (إلا أن يحبسها أربابها)^(٥). أي يمنعونها من ذلك فحينئذ لا تغرب.

قوله: (إلى الحصاد)^(٦). هذا مما خالف فيه الشافعي فلم يجزه، لأنه رآه مجهولاً، لأنه قد (.) أو يطول زماناً، وقد لا يكون بذلك الموضع حصاد، ومقصود ملك من ذلك معظم الحصاد بذلك الموضع لا أوله ولا آخره، وإن لم يكن رجع إلى وقته المعروف، والجرون جمع جران، وهو الأندر وبئر زرنوق موضع ترجع منه الجرون في وقت معلوم عندهم، وكذلك خروج الحاج معلوم الوقت.

(١) أخرجه مالك في الموطأ في الأقضية باب القضاء في المياه، والبخاري في صحيحه كتاب المساقاة باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى، ومسلم في المساقاة باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة، والترمذي في باب ما جاء في بيع فضل الماء.

(٢) التهذيب (١٦٢/٣).

(٣) انظر مثله في التقييد (٧١٤/٢).

(٤) التهذيب (١٦٢/٣).



قوله: (ذكر ماء العيون)^(١). وما ولد فيها من الحوت هل يباع ذلك أو لا ؟

قوله: (قد استحصد)^(٢). أي قد حصد وإن تأخر درسه ، لأنه (.) في قبضه

فهو كالقبض .

قوله: (فإن كان خروجه عند الناس معروفاً لا يختلف إذا عصر)^(٣). يعني:

أنه ليس بعضه ويعلم بالعادة أن سائرهم كذلك لا يختلف زيتهم جاز .

قوله: (بيع الزيت على الكيل لا بأس به)^(٣). هذا خلاف لابن القاسم^(٤)،

لأنه أجاز بيعه وزناً وهو المعيار الشرعي فيه ، ولأنه أحق ، ولذلك يصح العدول عن الكيل إلى الوزن ، ولا يجوز العكس .

قوله: (وأما بالرطل)^(٥). يريد إن اشتراها بالوزن على أن دفع له بمكيال

فلا بد أن يعلم كم يبيع ذلك الكيل .

قوله: (وكره ملك بيع العذرة)^(٥). أي حرم فقد نص على منع بيع العذرة

وقاس ابن القاسم عليها بيع الزبل بجامع النجاسة ، وأجاز هو ذلك وقاس غيره عليه جوازه في العذرة ، فصار في كل موضع منها قولان^(٦).

وقيل: لا يصح القياس في الموضعين لأن من منع في العذرة فلكونه أغلظ

(١) في التهذيب «ذكر بيع ماء العيون» (١٦٣/٣)

(٢) المصدر نفسه (١٦٣/٣).

(٣) في التهذيب «بيع الزيت على الكيل إذا عرف وجه الزيت لا بأس به» (١٦٤/٣).

(٤) وهو قول المدونة: «وإن قلت لرجل اعصر زيتونك هذا فقد أخذت منك زبته كل رطل بكذا..» المسألة (١٤٧٥/٤).

(٥) التهذيب (١٦٤/٣).

(٦) عقد الجواهر (٦١٨/٢).



في النجاسة من الزبل ، فلا يقاس عليها لاختلاف الناس في نجاسته ، وكذلك لا يصح قياس الزبل في المنع على العذرة لتباينهما^(١).

قوله: (والمبتاع أعذر)^(٢). لأنه مضطر إلى ذلك ، بخلاف البائع لا ضرورة به إلى بيع النجس ، وقيل: ليس لواحد منهما عذر ، بل كل واحد آثم فيما اقترف [ب/٥٣] من تأول ما لا يجوز من البيع والشراء^(٣) ، وعلى القول بأنه أعذر يكون أقل إثماً ، وعلى القول بالمنع يكون كل واحد آثماً ، وعلى الجواز لا إثم .

وأما خثى البقر وهو روثها^(٤) ، فهو طاهر كبعر الإبل والغنم ، وكذلك خرو الحمام عنده لا عند الشافعي ، لأنه يراه نجساً ، وهو زبل بالصعيد به يزبلون ثمارهم ، يأخذوه من أبراجها .

قوله: (لا يجوز بيع ميتة ولا جلدها)^(٥). أما الميتة فلا خلاف في ذلك ، وكذلك جلدها قبل الدبغ ، وأما بعده فلنا قولان:

المذهب أنه لا يطهر بالدباغ فلا يجوز بيعه ، ولا الصلاة عليه ، ولا الانتفاع به لأن ما حُرِّمَ فَثْمُهُ والانتفاعُ به كذلك . وقيل: إلا في اليابسات والماء ، لأنه يمنع عن نفسه بخلاف سائر المائعات ، ووجه الحديث: «أَيُّمًا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهَّرَ»^(٦): أي طهارة خاصة ، جمعاً بين الحديثين ، وَوُجَّهَ بما رُوي عنه ﷺ أنه

(١) التنبهات: (٧٣/٢) . التنبيه على مبادئ التوجيه: (٣٤٥/٢) .

(٢) في التهذيب «والمبتاع في زبل الدواب أعذر» (١٦٥/٣) .

(٣) قال محمد بن عبد الحكم «لا عذر الله واحدا منهما» . الجامع لابن يونس: (٧٦١/٢) ، التنبهات

(٧٣/٢) ، التنبيه على مبادئ التوجيه (٧٢٦/٢) ، التوضيح (٢٠٥/٥) .

(٤) انظر لسان العرب مادة: (خثا) . (٢٩/٣) .

(٥) التهذيب (١٦٥/٣) .

(٦) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الحيض ، باب طهارة جلود الميتة ، عن ابن عباس =



في آخر عمره أمر بأن لا ينتفع من الميتة بشيء^(١)، ومذهب ابن وهب أنها تطهر طهارة عامة لظاهر قوله: «فقد طهر»^(٢).

والمذهب الأول: بيعه حرام بيّن، وذلك أن الجلد من المذكي لا خلاف في جواز أكله، كالذي يشوى مع اللحم، أو يطبخ، ولا خلاف أن جلد الميتة وإن دبغ فإنه لا يجوز أكله في مجاعة ولا غيرها فصار كاللحم، ولا خلاف في أنه لا يجوز أكل لحم الميتة وإن غسل (٠)^(٣) الجلد أن يكون نجسا كاللحم، والجامع أنه جزء من الميتة لا يجوز أكله وإن دبغ، فوجب أن يكون نجسا قياسا على لحمها، وإذا كان من الحرام البيّن بيعه لقوة دليل تحريمه، فيفسخ على كل حال.

قوله: (ولا يؤاجر به على طرحها)^(٤). أي على تحويلها من موضع موتها إلى غيره، لأن الإجارة بيع منافع، فهو كسائر البيوع فيما يحل ويحرم، وقالوا لا يجوز أن يسوقها إلى كلابه، وليحمل كلابه إليها لئلا يتناول شيئا نجسا.

قوله: (ولا بأس أن يؤاجر على طرحها)^(٥). لأنه بيع.

قوله: (ولا يطبخ بعظام الميتة)^(٥). اختلف في العظم هل تحله الحياة أو

= بلفظ «إذا دبغ الإهاب فقد طهر». وأخرجه الترمذي في سننه أبواب اللباس باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت: «أبما إهاب دبغ فقد طهر».

(١) الحديث أخرجه أحمد، مسند الكوفيين برقم (١٨٨٠٢)، وأبو داود في باب من روى أن لا ينتفع بإهاب الميتة، من كتاب اللباس، والترمذي في باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت، من كتاب اللباس، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن». ورواه النسائي في كتاب الفرع والعتيرة، باب ما يدبغ به جلود الميتة، انظر أيضا الذخيرة: (٩٢/٨)، والتبصرة: (٤٢٥٣/٩).

(٢) انظر التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب: (٤٧/١).

(٣) كلمة غير مفهومة.

(٤) التهذيب (١٦٥/٣).

(٥) المصدر نفسه (١٦٦/٣).



لا ؟ فمن قال تحله الحياة استدل بقوله تعالى: ﴿مَنْ يُحْيِ الْعِظَمَ﴾ [يس: ٧٨] ،
وبتألم الحيوان بذلك ، فقال إنه نجس ، ومن قال لا تحله حمل الآية على حذف ،
أي: أصحاب العظام ، وقال التألم إنما هو للمجاورة لما يتألم به^(١).

والمذهب أنها نجسة فلا يجوز الطبخ بها ، لأن القدر لها مسام فيدخل منها
إلى الطعام أجزاءها ، ولولا المسام التي للقدر لما طبخ فيها شيء ، لكن إذا وقع
ذلك فلا يراق الطعام ويؤكل ، وإنما اشتد الأمر إذا كان ذلك الطعام مباشرا لها
كشي اللحم عليها ، وفي أكله قولان بناء على أصل : وهو هل النجاسة إذا استحال
عينها زالت نجاستها أو لا ؟

فَوَجْهُ الْأَوَّلِ: أن الأصل الطهارة بالحياة ، وبالموت طرأت النجاسة ، وهو
عرض ، لأنه ضد الحياة ، وهما عرضان لقوله ﴿خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ﴾ [الملك: ٢] ،
فاذا احترقت فهل تذهب الأعراض الموجبة للتنجيس وتبقى الذات التي كانت
طاهرة ، كالخمر إذا تخللت لما زال ذلك العرض الموجب للنجاسة وهو شدتها
بقيت الذات طاهرة ؟ أو لا يزول النجاسة بذهاب العرض لأن العين باقية ، وهي
المحكوم بنجاستها ، أو لا يزول ذلك العرض الموجب لنجاستها^(٢) ؟

قوله: (ولا يسخن بها ماء لعجين)^(٣). هذا أيضاً لا يراق .

قوله: (ولا باس أن يوقد بها على طوب)^(٤). وقيل: يكره الانتفاع بما هو
نجس ، [ولا]^(٥) تلك الطوب قد تحصل في موضع فتُظَنّ طاهرة فيُصَلَّى عليها .

(١) شرح التلقين: (٢٦٦/١) ، بداية المجتهد (٨٥/١) .

(٢) انظر شرح التلقين (٢٦٦/١) .

(٣) التهذيب (١٦٦/٣) .

(٤) يريد عظام الميتة . التهذيب (١٦٦/٣) .

(٥) كذا في المتن ، ولعل الصواب [ولان تلك] .



قوله: (ولا أنياب الفيل)^(١). لأنه [١١/هـ] من السباع ذو ناب وهو مفترس ، وقيل: إنه لا يذكي وإنما يأخذون منه ذلك إذا مات ، وقيل: إن أنيابه قرونه مُحَوَّلَةٌ ، لأنه لا قرون له سواها ، وفيها ثلاثة أقوال:

الطهارة مطلقاً بناءً على أنها لا تحلها الحياة ، والنجاسة مطلقاً بناءً على ضره ، والطهارة إن سَلَقَتْ ، وهذا مبني على أنها لا تحلها الحياة ، وأن نجاستها من ملابستها النجاسة .

وأما على القول الآخر فلا تطهر بالسلق كجلد الميتة^(٢) ، وإذا قيل إنه حرام فإن وقع البيع رد ، وإن فات فالقيمة ، وإن قيل مكروه مضي بالثمن إن وقع أو رد حتى يفوت فيمضي بالثمن^(٣) .

قوله: (ولا يُتَجَرُّ بها)^(٤). لأن ثمن النجس حرام والانتفاع كذلك .

بيع الطعام المُصَبَّر^(٥)

قوله: (وإن ابتعت صبرة)^(٦). هذه إنما ذكرها لمكان التي بعدها .

وقوله: (فإن نقصت عنها يسيراً)^(٦). يريد أنه إذا وجد أكثر من النصف لزم البيع ، وإن وجده أقل منه فهو عيب ، لأن المقاصد تتعلق بكثرة السلعة ، فله أن

(١) التهذيب (١٦٦/٣) .

(٢) انظر عقد الجواهر الثمينة (١٢/١) .

(٣) نفسير المصدر (٦٢٠/٢) .

(٤) التهذيب (١٦٦/٣) .

(٥) العنوان من المتن .

(٦) التهذيب (١٦٦/٣) .

يقول: ما بذلتُ لك هذا الثمن إلا بناءً على أنها مائة إردبٍ، ولو علمتُ ما هي لما بذلته لك، فيكون له الخيار، وإن وجدَ النصفَ فهل هو كالجُلّ فيلزم، أو لا فيكون له الرد؟

قوله: (وإن أمرته أن يكيلها لك)^(١). هذا قد صارَ وكيلك، فإذا اكتالها فوجد ما ذكر من الكيل أو معظم ما قال لزمك البيع، وكان تلفها بعد ذلك منك، لأنها انتقلت إلى ضمانك إن صدقته في الكيل أو قامت بينة. وإن وجدَ الأقلَ ثم ضاعتُ كانت منه.

قال صاحب الكتاب: لأنه لما ثبت العيب كنت مُخَيَّرًا فهلكت قبل أن تلزمك^(٢)، وهذا التعليل غير صحيح، لأن وجود العيب في المبيع لا يزيله من ضمان المشتري، بل يكون إذا قبضه هو أو وكيله في ضمانه حتى يردّه بالعيب، وإنما العلة أنه لما وجدّه أقل من نصف الصفقة كان ينبغي له ألا يكتاله له، لأنه [لما]^(٣) وكله على أن يكتال العدد الذي باع منه لا العدد الذي وجد، فصار تصرفه في الكيل بغير وكالة فلم يكن ذلك توفية فيبقى في ملك البائع إلى أن ضاع، وفي كون ذلك عيباً خلافاً.

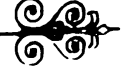
قوله: (لا يعجبني)^(٤). منع هذه المسألة، للجهل فيها بالتفصيل، وإن

(١) التهذيب (١٦٦/٣).

(٢) قال في التهذيب «وإن أمرته أن يكيلها لك في غرائرك أو في غرائره، وأمرته أن يدفعها وفارقه فزعم أنه فعل وأنها ضاعت، فإن صدقته في الكيل أو قامت بذلك بينة صدّق في الضياع، وإن لم تصدقه في الكيل أو قلت له: قد اكتلتها، ولكنك إنما وجدت فيها عشرين أو ثلاثين ولم تقم له بينة، لم يلزمك شيء، ولا ما أقررت به من هذه التسمية، لأنك كنت مخيراً لكثرة النقص في الرضا بما أصبت أو تركه، فهلك قبل أن يلزمك». (١٦٦/٣).

(٣) كذا في المتن، ولعل الصواب: [إنما].

(٤) التهذيب (١٦٧/٣).



علمت الجملة ، وأجاز ما يجهل فيه الجملة ، ويعلم التفصيل ، مثل أن يبيعه من صبرة مجهولة الكيل جميعها ، كل أردب بدرهم ، وذلك أن الجهل بالتفصيل أشد من الجهل بالجملة .

وخالفه أشهب في المسألتين : فأجاز ما منع ، ومنع ما أجاز ، قال : وقد منع ابن القاسم أن [يبيعه]^(١) على ما يرضى به فلان من الثمن ، وإن كان معلوماً في ثاني حال فيلزمه هنا أن يمنع إذا جهلت الجملة لأنها غير معلومة في الحال ، والاعتبار بحصول العلم في الحال^(٢) .

والفرق : أن هذا الذي أجازته ابن القاسم ليس معلوماً بالجملة ، بل يتوصل بما علم فيه إلى ما جهل ، بخلاف ما قال أشهب ، لأنه مجهول لهما بالجملة فحصل الفرق .

وأما الجهل بالتفصيل فمنعه ابن القاسم لما ذكر من الجهالة ، ومثله : أن يتزوج امرأتين بصداق مخلوط بينهما جميعه معلوم ، وما يقابل كل واحدة مجهول ، والخلاف واحد ، فإذا وقع هذا فإن لم يفت رد ، وإن فات رجع إلى القيمة من صداق المثل .

قوله : (وقد كان ابن القاسم يجيزه)^(٢) . هذا قول ضعيف عنه .

ولو باع سلعتين من رجلين بثمن معلوم للكل ، ولا يعلم ما يقابل كل واحد منهما فهذه عكس مسألة الكتاب ، والخلاف فيها مثلها ، إلا أنه لو وقعت هذه ؛ فابن القاسم على أصله يرد البيع [هـ/ب] ما لم يفت ، وإن فات فالقيمة . وأشهب

(١) ما بين القوسين مبتور . وأثبتته لما في التهذيب . (١٦٧/٣ - ١٦٨) .

(٢) التهذيب (١٦٧/٣)



قال في هذه: إذا وقع تكون السلعتان بينهما بالسواء ، وإذا وقعت الأولى يقتسمان الثمن على القيمتين فخالف أصله كما ترى .

قوله: (على أن أحدهما بالآخر حميل لم يَجْزُ) ^(١). لأن الثمن يصير مجهولاً لأن الضمان له جزء من الثمن ، ولأن أحدهما ما ضمن إلا على أن يشتري سلعته ، والضمان معروف لا يكون في مقابله نفعٌ .

قوله: (على أن تحملت له مالا) ^(٢). لأنه إنما (.) ^(٣) على أن يشتري منه . فجعل في مقابلة الضمان جعلاً .

قوله: (على أن يأخذ فلاناً حميلاً) ^(٤). إنما جاز هذا وهو شرط ، لأن من الشرط ما يكون في مصلحة البيع كالحميل والدهن ، لأنه لولاهما ما اشترت فجازت لذلك .

قوله: (أو قَرِيبَ الغَيْبَةِ) ^(٥). هذا مُشْكِلٌ ، لأنه وإن قَرُبَ موضعه فقد يتأخر مجيئه ويصير ذلك [خياراً] ^(٦) إلى أجل مجهول ، والخيار إلى أجل مجهول لا يجوز ، ولأنه قد لا يرضى بذلك فيصير البيع مجهولاً ، لكنه حمل على أنه قريب موضعه فيصير كأنه كالحاضر بخلاف البعيد ، لأن فيه غررين ، أحدهما: أنه قد يموت الضامن أو يعيش ، والثاني: أنه قد لا يرضى بذلك لكثرة الجهل بخلاف الرهن الغائب ، لأنه إنما فيه أحد الغررين فجاز .

(١) التهذيب (١٦٧/٣) .

(٢) في التهذيب «بمال» (١٦٧/٣) .

(٣) ما بين القوسين مطموس جله ، ولعله: [ضمن] .

(٤) التهذيب (١٦٧/٣) .

(٥) المصدر نفسه (١٦٨/٣) .

(٦) في المتن [خيار] ، والصواب ما أثبتته .



واعلم أن الشافعي لا يجيز شيئاً من المبيعات التي فيها جهل وإن قلّ ذلك ،
ولذلك كان مذهبه ضيقاً جداً ، مع أنه لا بد في البيع عنده من الإيجاب والقبول
باللفظ ، فينبغي على مذهبه ألا يجوز شراء شيء من جملة ككيل تمر من صبر
حتى تعين بجهة ، ويوجب البائع ويقبل المشتري ، وكذلك في اللحم وغيره وهذا
يتعذر في أكثر الأشياء .

ومن ذلك قوله في الأبوال والأرواث بالنجاسة مطلقاً ، فيلزمه التحفظ من
الطين في الطريق ، ومن نجاسة الحبوب في الأندر لأن البقر تدرسها ، والغالب
أنها تبول عليها فينبغي أن يغسل قبل استعماله ، وكذلك ينبغي لهم ألا يشتروا شيئاً
من القثاء ونحوه حتى يقطعوه ويظهر باطنه ، وذلك كله متعذر ، ولذلك يرجعون
في أكثر الأشياء إلى مذهبنا مثل ما تصيده الكلاب^(١) .

قوله : (ولو كان ذلك خلعاً)^(٢) . مثل أن تختلع من زوجها بمال إلى أجل ،
فيقول : لا أطلقك حتى تأتي بحميل ، فلا يقع الطلاق حتى تأتي بحميل .

قوله : (من دم عمد)^(٢) . هذا لا يكون في الخطأ ، لأن الدية فيه على العاقلة
منجمة بالأصل ، فلا بد منهم في ذلك أن يأتوا بحميل .

قوله : (إذ لا خيار فيه)^(٢) . يريد أنه عقد مُنبت فلا يجوز فيه الخيار بخلاف
البيع .

والفرق أن البيع يقع فلتة من غير ترو ، والنكاح لا يقع إلا بعد التروي

(١) الحق بالحاشية : «ما اشترى من الأسواق محمول على السلامة وإن كان يحتمل أن يكون الجلد
أو العظم ميتة ، والطعام المائع نجساً ، أو ومغصوباً كذلك في الصلاة على الثياب ، ونحوها كل
ذلك محمول على الغالب . طرة من أصل المصنف» .

(٢) التهذيب (١٦٨/٣) .



والسؤال عن الزوجين ، لأنه على جهة المكارمة [لا المكايسة^(١)] فلا يحتاج فيه إلى ذلك ، وأيضاً فإن الخيار يخل بمقتضى النكاح من جهة المودة فلم يَجُزْ ، هذا المَذْهَبُ ، وفيه قول ثانٍ: أنه كالبيع في ذلك ، لأنه عقد معاوضة مثله^(٢) .

قوله: (ولا يجوز على إن لم يأت بالمهر)^(٣) . لأنه المجهول وخيار لأن العقد وقع على شرط فإن لم يوجد ذلك الشرط انحلَّ ، وفيه قول بالجواز إن وقع كالبيع .
قوله: (فَأَمْضِيهِ)^(٣) . أي أنه مكروه ابتداءً ، وإن وقع مَضَى وبَطَلَ الشرطُ ، ومنعه أشهب لما فيه من الجهل .

قوله: (كما لو بيعتها به)^(٣) . أي كما لو كان العبد عوضاً صح مع غيبته ، فكَذَلِكَ (.)^(٤) في الرهن ما جاز في البيع .

قوله: (تُوقَفُ السلعة)^(٥) . لأنه لم يرض بدمته إلا برهن .

قوله: (ليس للمبتاع أن يرهنك سواه)^(٥) . لأنه معيَّن فلا يلزمه إبداله لا خلاف في ذلك ، بخلاف الكراء المضمون في (.) [i/٥٥] يأتي بدابة معينة فتهلك فإنه يلزمه بدلها لأن الكراء مضمون في الذمة ، وقيل: إن اشترط رهنا أو حميلاً غير معين يلزمه ذلك إن مات أو هلك ، لأن المقصود في العقد إنما كان التوثق بالرهن لا عين الرهن ، ولولا التوثق ما باع منه .

قوله: (ولك رَدُّه)^(٥) . أي البيع ، إلا أن يرضاه دون رهن .

(١) ما بين المعقوفين مظموس جله من المتن ، وأثبتته لاتضاح المعنى .

(٢) انظر الجامع لمسائل المدونة: (١٨٠/٩) .

(٣) التهذيب (١٦٨/٣) .

(٤) ما بين القوسين مبتور ، لعله: يجوز .

(٥) التهذيب (١٦٨/٣) .



قوله: (ليس له أن يبدل ما رهنك)^(١). لأن حَقَّك قد تعلق بعينه .

قوله: (لا يكون رهنا)^(١). لأن شرطه صحة الجواز ، وقبله فلا حق لك فيه دون سائر الغرماء .

قوله: (فلا يكون له سواء)^(١). لأن البيع قد وقع على غير هذا الرهن .

قوله: (على حَمِيلٍ لَمْ يُسْمِياه)^(٢). هذا بمنزلة كراء المضمون إن أتاه بدابة معينة لأنه إنما أراد أن يستوفي حقه منها ، وقيل: يلزمه ذلك قياسا على الكراء المضمون .

قوله: (بخلاف الرهن لم يقبض)^(٣). يريد أنه إذا قبضه تعيّن ولزمه أن يأتيه به ويجبر عليه لأنه قد تعلق حَقُّه به ، وإذا لم يقبضه لم يُجْبَرْ على أن يأتيه به بل يكون للبائع الخيار في إمضاء البيع دونه أو ردّه .

قوله: (وإذا تلف الرهن الغائب)^(٤). [أي]^(٥) السلعة الموقوفة فضمانها من البائع وليس له أن يجيز البيع حينئذ دون رهن لأنه يتهم أن يريد نقل السلعة إلى ضمان المشتري ليطلبه بقيمتها .

قوله: (على أن يعطيك عبده رهنا)^(٦). أي لم تثق بدمته إلا برهن فليس

(١) التهذيب (١٦٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٦٩/٣) .

(٣) في التهذيب «وليس هذا من الرهن الذي لم يقبض» (١٦٩/٣) .

(٤) مسألة التهذيب «وإن بعته سلعة على أن يرهّنك عبده الغائب جاز ، كما لو بعته به ، وتوقف السلعة الحاضرة حتى يقبض العبد الرهن الغائب ، وإن هلك العبد في غيبته فليس للمبتاع أن يرهّنك سواء ليلزمك البيع ولك رده إلا أن تشاء ، كما ليس له أن يبدل ما رهنك بغيره» . (١٦٨/٣) .

(٥) ما بين المعقوفين غير واضح من المتن ، وأثبتته ليتفق المعنى .

(٦) التهذيب (١٦٩/٣) .



هذا من ضمانٍ بجُعلٍ لأنك لم تنتفع في ضمانك إياه بل استوثقت لنفسك حسب.

قوله: (فرقم عليها أكثر)^(١). صورة ذلك أن يكتب عليها ليُوهم المشتري أنها عليه بذلك ويعرفه بأقل منه فيقول له: لعله غلط، فيكثر له في الربح رجاء أن يكون غالطا وذلك خديعة منه، فهذا إذا وقع فإن المشتري يكون بالخيار بالأقل من قيمتها، أو الذي عرفه به سواء كان حقا أو باطلاً، مساومةً أو مرابحةً.

قوله: (ولا يعجبني)^(١). أي أن ذلك مكروه^(٢)، فإن دفع مضى، وعلله بأنه زاده في الثمن ليكون في ضمانه تلك المدّة وهذا إذا لم يقبضها المشتري، وأما إن قبضها وصارت في ضمانه فيكون علة المنع الجهالة، ولذلك منعها أشهب وإن وقع البيع لأنه فاسد.

قوله: (وَلَكِنْ أَجْعَلْ هَلَاكَ السَّلْعَةِ)^(٣). كانت مما يغاب عليه فلا يُصدّق في تلفها، أو مما لا يغاب عليه فيصدق في هلاكه كالحيوان من البائع.

وكان ينبغي إن كان هذا البيع صحيحا أن يكون في ضمان المشتري بمجرد العقد، أو فاسداً أن يكون في ضمان البائع حتى يقبضه المشتري فيضمّنه بالتعدي الشرعي في قبضها إذا هلك، لكن فيه شائبتان: إحداهما أنه لا يجوز ابتداء فبذلك جرى مجرى الفاسد فلم ينتقل عن ضمان البائع إلا بالقبض. والثانية أنه يمضي إذا وقع فجرى مجرى الصحيح.

قوله: (بخلاف السلعة في البيع الصحيح تحبس بالثمن)^(٤). فهذه يكون

(١) التهذيب (١٦٩/٣).

(٢) انظر التقييد للزرويلي: (٣٨/٤).

(٣) التهذيب (١٧٠/٣).

(٤) في التهذيب «بخلاف البيع الصحيح يحبسها البائع بالثمن» (١٧٠/٣).

ضمانها من المشتري لأنه المقصّر في قبضها إذ لم يف بالثمن ، وقيل : هي في ضمان البائع لأنها لم تزل عن يده .

قوله : (بغير محاباة)^(١) . لأن محاباته (. .) لا تجوز لو ارث ، وأما إذا باع من أجنبي سلعة بمحابة فإن ذلك يجوز إلى ثلث قيمة ذلك (. .) ، وكأنه أوصى له بثلث قيمتها ، لأن تصرفه في ثلثه جائز فجاز له ثلث هذا المعين (.) وقعت فيه المحاباة .

قوله : (فصنع أبيها فيها)^(٢) . أما الابن فمشهور المذهب أنه بالبلوغ [هـ/ب] يكون رشيدا ، وقيل : لا يرشد إلا متى يؤنس رشده بعد بلوغه ولا خلاف أن اليتيم على هذا الثاني لأنه بالنص^(٣) . ووجه الخلاف أن حجر الصغير أصل ، وهل حجر السفية أصل للرشد أو الرشد أصل له ؟

وأما الابنة فمشهور المذهب أنها لا ترشد بالبلوغ بل لابد من تزويجها وبقائها في بيتها عاما ، وقيل : ثلاثة أعوام . والفرق بينها وبين الابن أنها لا تُباشر الأمور بنفسها ، وإنما لم تزل محجوبة ، وقيل : إنها ترشد بالبلوغ وإن لم تتزوج بعد .

قوله : (ولها ولد حر رضيع)^(٤) . هذه المسألة لا تجوز بانفرادها ، أعني أن يستأجر (ضيرا) على صبي على أنه إن مات هي لها بالآخر ، لأن ذلك مجهول ، وإنما أُجيزت هنا لأنها تبع للبيع ، ومن المسائل ما لا يحصى تُمنع على الانفراد

(١) التهذيب (١٧٠/٣) .

(٢) في التهذيب «فصنع أبيها في مالها» (١٧٠/٣) .

(٣) يريد قوله تعالى : ﴿وَابْتَلُوا الَّتِي تَعْتَمِدُ عَلَىٰ ذَاتِ الرَّجْلِ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء : ٦] .

(٤) التهذيب (١٧٠/٣) .



وتجوز على التبعية كمال العبد والتّمير قبل بدوّ صلاحه لا يجوز بيع شيء من ذلك بانفراده، ويجوز تابعاً.

قوله: (وكأنه أخذ لجنينها ثمناً)^(١). فيها ثلاثة أقوال: هذا الذي قال، ووجه المنع أن الحمل لا تُعلم حقيقته، قد يكون ريحا ينفش فلا يجوز بيع شيء مجهول، وقيل: يجوز فإن وضعته صح وإلا رجع بقدره من الثمن لأنه عيب فيقوم حائلاً وحاملاً، وقيل: إن كان ظاهراً صحّ بيعه معها وإلا امتنع. ولو قال: ضربها الفحل ولا أدري هل هي حامل أو لا صحّ ذلك بلا خلاف.



(١) التهذيب (١٧١/٣).

كتاب بَيْعِ الْخِيَارِ^(١)

الخيارُ على ثلاثة أضرب: خيارُ الشرط وهو الذي يتكلم فيه .

والخيار الحكمي وهو الذي تؤدِّي إليه الأحكام^(٢) .

وخيار المجلس^(٣) ولم يقل به إلا الشافعي ، ونقل الباغي عن ابن حبيب أنه قال به وغلط في ذلك ؛ فإنه ليس معروفا عنه .

وقيل : إنه خير بذلك لأنه اعتنى بشرح الموطأ وعمل منه الاستيفاء ، واختصر منه المنتقى ، ولابن حبيب على الموطأ شرحٌ فلعلَّه ذكر ذلك فيه ، ولا عتناء الباغي بشرح الموطأ وصل إليه ذلك ، والمخالف يستدل على إثباته بحديث ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال : «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا ، إِلَّا بَيْعُ الْخِيَارِ»^(٤) ونعني بالخيار الثاني الشرطي ، وبالأول خيار المجلس ، وهذا الحديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث صحيح ومعنعن ، وهو من النوع الذي يسميه المحدثون سلسلة الذهب لما فيه من القرب والصحة والعننة .

(١) كذا في المتن .

(٢) جعل ﷺ في الذخيرة أقسام الخيار ثلاثة فقال : «والخيار يتنوع إلى خيار المجلس ، وخيار الشرط ، وخيار النقيصة» . الذخيرة : (٢٠/٥) ، ثم قسم خيار النقيصة ثلاثة أقسام وقال : «وهو الخيار الذي يثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي ، أو قضاء عرفي ، أو تغرير فعلي ، أو خداع مالي ، وهو ينقسم ثلاثة أقسام» . (٥٢/٥) .

(٣) ما سيذكره هنا من مناظرة مذهب الشافعي ، قرر مثله في الذخيرة : (٢١/٥ و ٢٢ و ٢٣) .

(٤) متفق عليه ، أخرجه البخاري في باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب البيوع ، ومسلم في باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، من كتاب البيوع .



قال المخالف: إذا كان صحيحاً فترك العمل به لمن رواه فسق، قلنا: إنما يكون فسقاً لولا أن الراوي مجتهد، وعمل المدينة عند مالك مقدّم على خبر الواحد، كما أن القياس الجليّ عند أبي حنيفة مقدّم عليه، وذهب أشهب إلى أن هذا الحديث منسوخ بالحديث الثاني: «إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتفاسخاً»^(١)، وهذا الذي قال ليس بصحيح لأنه لا يُدعى النسخ إلا عند التضاد بين الحديثين وعدم الجمع بينهما، والجمع هنا بينهما ممكن^(٢) بأن يُحمّل قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان» على أن ذلك بعد انعقاد البيع ولزومه إذا لم يصح نسخه وكانت الأصول تشهد ببطلان الحمل على ظاهره، ولأن المجلس يطول ويقصر وذلك جهل والبيع على الجهل ممنوع، وأيضاً يلزم على الجهالة أن يكون المجلس وصفاً للبيع لا ينفك عنه لأن وصف الشيء لا يفارقه وبلا شك أن من اشترى لنفسه لمن هو في حجره أو بوكالة فلا يتصور في (.) لأنه لا يمكن أن يفارق نفسه، وكذلك لو كانا في سفينة بحيث لا يفترقان عن موضعهما، وأيضاً (.)^(٣) وافقنا على أن ذلك لا يعتبر في النكاح ولا الصرف، وأيضاً فإنه قد رويت في الحديث زيادة وهي قوله: «لا يحل له أن يفارقه مخافة أن يستقبله»^(٤) وهذا دليل على أن المفارقة بالأقوال لا بالأبدان، وإن كان قد روي عن ابن عمر: أنه كان إذا باع شخصاً قام من مجلسه ليعقد البيع^(٥)، وهذه الزيادة لمنع ذلك

(١) الحديث تقدم في السلم الثاني.

(٢) انظر المقدمات الممهّدات لابن رشد: (٩٦/٢).

(٣) لعل موضع البتر هنا: [فإنه].

(٤) أخرجه أبو داود (٣٤٥٦) في باب خيار المتبايعين (٣٢٥/٥)، وأخرجه الترمذي (١٢٤٧) في باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا (٥٤١/٢)، والنسائي (٤٤٨٣) في باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما (٢٥١/٧).

(٥) يريد ما رواه مسلم عن نافع، سمع عبد الله بن عمر، يقول: قال رسول الله ﷺ: «إذا تباع المتبايعان بالبيع فكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما عن خيار، فإذا كان بيعهما =

وزيادة العدل مقبولة ، وأيضاً فعموم قوله : «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتفاسخا» يريد العمل بذلك ، لأنه يقتضي لزوم البيع وإن لم يفتقرا بالأبدان ، وكما لا خلاف أن المراد بالتفرق في قوله تعالى : ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ﴾ [النساء: ١٣٠] بالقول فكذلك هنا قوله وإذا بطل (٠) المجلس ، وجب تأويل قوله : «المتبايعان» وصرفه عن ظاهره فيكون معناه : المتساومان بالخيار ، وقد جاء ذلك في قوله : «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه»^(١) إذ لا يصح أيضاً حمله على ظاهره ، وإنما معناه لا يُساوم أحدكم على سَوم أخيه فكذلك هنا ، ويكون هذا من باب تسمية الشيء بما يؤول إليه ، كتسمية البلح تمرا .

قال المخالف : إنما سَمِيَ الشيء بما يؤول إليه إذا كان مما لا بد أن يؤول إليه ، كقوله تعالى : ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ﴾ [الزمر: ٣٠] . والمساوم قد يبتاع وقد لا يبتاع ، قلنا : هذا لا يلزم ، قد قال تعالى : ﴿أَعَصِرْ خَمْراً﴾ [يوسف: ٣٦] وأجمعوا على أنه أراد عنباً ، وقد قيل في قوله : ﴿أَحْمِلْ فَوْقَ رَأْسِي خُبْزًا﴾ [يوسف: ٣٦] أنه أراد قمحاً فسماه بما يؤول إليه ، ولا يلتفت إلى من فرق بين التفرق والافتراق ، فخصص الافتراق بالبدن ، وجعل التفرق في القول والبدن .

وأما الخيار الشرطي ؛ فلا بد فيه من أجل معلوم ، وهو عندنا يختلف باختلاف المبيع ، وعند الشافعي وأبي حنيفة : لا يزيد على ثلاثة أيام ، أخذاً بحديث الذي كان يُخدَع في المبايعة ، فقال له ﷺ : «إِذَا بَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ وَاشْتَرَطَ الْخِيَارَ

= عن خيار ، فقد وجب ، زاد ابن أبي عمر في روايته : قال نافع : فكان إذا بايع رجلاً ، فأراد أن لا يقيله ، قام فمشى هنية ، ثم رجع إليه» كتاب البيوع باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين .

(١) أخرجه مالك في باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة ، والبخاري في صحيحه كتاب البيوع ، باب لا يبيع على بيع أخيه ، ومسلم في صحيحه كتاب النكاح باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ، وغيرهم . ولفظ مسلم : «لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، إلا أن يأذن له» .

ثلاثاً»^(١). ومعنى لا خلافة أي: أنظر في ذلك وأستشير، وهذا لا دليل فيه لأنه إثبات، ولا يفهم من الإثبات النفي، بل يمكن لو قال له أو أربعا، لقال وأربعا، إلا أن الشافعي قال: إذا انعقد البيع على خيار أزيد من ثلاثة، فإنه باطل، وعند أبي حنيفة يصح، ويبطل ما زاد على الثلاثة.

والخيار ضربان: تروؤ، واختبار. فالذي للتروي يكون ساعة، والذي للاختبار يقل ويكثر، بحسب ما يعرف فيه المبيع. فالثوب يعرف عن قريب، والحيوان غير العاقل في أكثر من ذلك، والعبيد في أكثر، لأنه أمكنه أن يخفي عيوبه، والدار لا تعرف عيوبها إلا في أكثر من ذلك، فإذا جعل الشيء في ذلك أكثر مما يعرف فيه؛ كان بيعاً فاسداً لأن الأصل انبرام العقود ولزومها، وكذلك لو جعل خيار التروي يوماً ونحوه لم يصح.

قوله: (فلا خير فيه)^(٢). لأنه تُغيّر فيه أحوال السلعة.

قوله: (وقد يزيده المبتاع)^(٣). هذا تعليل ثان (.)^(٤) فيه ضمان بجعل.



(١) أخرج الشق الأول من هذا الحديث: البخاري في باب ما يكره من الخداع في البيع، ومسلم في باب من يُخدع في البيع، وغيرهما؛ أما هذه الرواية التي ذكرها المصنف: «قل: لا خلافة، واشترط الخيار ثلاثاً» فلم ترد عند أي واحد من الستة، وقال الرافعي: «وهذه الروايات كلها في كتب الفقه، وليس في كتب الحديث المشهورة سوى قوله: لا خلافة» (تلخيص الحبير: ٥٠/٣) ثم عقب ابن حجر على كلام الرافعي قائلاً: «وأما قوله: {ولك الخيار ثلاثاً} فرواه البخاري في تاريخه، والحاكم في مستدركه من حديث محمد بن إسحاق، عن نافع، عن ابن عمر، ولفظ البخاري: {إذا بعث فقل: لا خلافة، وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال}.

(٢) التهذيب (١٧٣/٣).

(٣) المصدر نفسه (١٧٤/٣).

(٤) بتر سير، لعله: [يكون].

الخيارُ في الثيابِ والحيوانِ والفواكه^(١)

قوله: (وكره)^(٢). هذه على جهة التحريم، وإن لم يكن فيه اشتراط هذا، لأنه دخول على جهلٍ، إذ لا يدري هل دخل على بيع أو لا.

قوله: (لا يحل بشرط)^(٣). لأنه تارة يكون بيعاً على تقدير إمضائه، وتارة سلفاً.

قوله: (فلا بأس به)^(٤). لأنه إذا كان على التطوع فهو معروف ليس في مقابلته شيء، إلا في ثلاثة مواضع فإنه لا يجوز على المذهب التطوع [بالنقد]^(٥) فيها:

أحدها: أن يبيع أمة فيها مواضعة على الخيار، فلا يجوز أن يتطوع بالنقد في أيام الخيار (٥). إذا نقده صار سلفاً، لأن مَنْ قَدَّمَ مَا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ فَقَدْ أَسْلَفَهُ، فإذا تمت أيام الخيار، وأمضيا [ب/٥٦] البيع صار ثمنًا، والمواضعة لم تفرغ بعد، فقد فسخ ما كان له عليه من السلف فيما يتأخر قبضه، ومن أصل ابن القاسم منع ذلك.

والثاني: أن يكون كراء مضموناً على خيار فلا يجوز أن ينقذه أيضاً في أيام الخيار، لأنه يفسخ السلف فيما يتأخر قبضه^(٦).

(١) كذا في المتن.

(٢) التهذيب (١٧٤/٣).

(٣) المصدر نفسه (١٧٤/٣).

(٤) ما بين المعقوفين مبتور، وما أثبتته هو ظاهر ما في المسألة، وسيأتي مثله في كتاب بيع الغرر عند قول البراذعي: «ولا يَنْتَقَدُ شَيْئاً مِنَ الثَّمَنِ».

(٥) بتريسير، ولعله: [لأنه].

(٦) انظر شرح التلقين: (٥٥٣/٢)، منح الجليل: (١٢٢/٥).

والثالث: السَّلَمُ الذي انعقد على خيارٍ مثله أيضاً^(١).

قوله: (والبائع والمشتري في اشتراط الخيار سواء)^(٢). أي: يصح الخيار منهما ومن أحدهما.

قوله: (كما تُختَبَرُ الدابة بالركوب)^(٢). أي يضطر في اختبار الدابة إلى ركوبها بخلاف الثوب.

قوله: (من الفواكه والخضر)^(٣). هذا مما لا يصح فيه الخيار، لأنه يفسد ببقائه، لكن إن كان خيار تروء ساعة ونحوها جاز.

قوله: (من غير أن يغيب المبتاع)^(٤). لأن ذلك يؤدي إلى ما قال من البيع والسلف.

قوله: (فيما يعرف بعينه)^(٤). لأنه قد أمن من ذلك هنا لرجوعه بعينه.

قوله: (ولو بيعت العبدین)^(٤). عبر في هذه المسألة عن الإجارة بالبيع، لأنه بذلك فسرهما آخرًا، فيكون في ذلك بيع وإجارة في صفقة، وذلك جائز على

(١) قال الشيخ خليل في التوضيح: «لا ينقد ولو تطوعاً، ولو نقد فسد؛ لأن المسلم إذا نقد وتم العقد كان المسلم إليه قد أعطى سلعة موصوفة إلى أجل عن ثمن تقرر في ذمته، وذلك فسخ دين في دين، وعلى هذا فيجوز التطوع بما يعرف بعينه؛ لأنه لتعيينه ليس ديناً بدين. فائدة: تشارك هذه المسألة في عدم النقد ولو تطوعاً مسائل: إذا بيعت الأمة على خيار وفيها مواضعة لهذه العلة؛ لأن الثمن دين على البائع فإذا تم البيع بانقضاء مدة الخيار صار المشتري قد اقتضى من ذلك الذي دفعه جارية فيها مواضعة، وبيع الشيء الغائب بخيار، والكراء على خيار والأرض غير المأمونة قبل الري». التوضيح: (٦/٦). انظر الجامع لمسائل المدونة: (٨٣٦/١٣). شرح التلقين: (٥٥٣/٢).

(٢) التهذيب (١٧٤/٣).

(٣) في التهذيب «من رطب الفواكه والخضر» (١٧٤/٣).

(٤) المصدر نفسه (١٧٥/٣).

المذهب ، ولا بد في ذلك من أن يكون المردود معيناً ، وأن يكون عمله معلوماً ، والأجرة كذلك ، ومدة الإجارة مثله .

ولو وقع ذلك وعين أحدهما ، ولم يجعل له أجرة معلومة ، ولا ثمننا معلوماً لرجع عند التلف إلى قيمة المبيع وأجر المثل في الآخر ، ولو لم يعين لكان له نصف العبدین بالثمن ، والنصف الباقي بأجرة المثل لأن كل واحد يحتمل أن يكون المبيع والأجير ، وليس أحدهما أولى من الثاني .

قوله: (ولا تجوز إجارة ما لا يعرف بعينه)^(١) . لأنه تارة يكون بيعاً وتارة سلفاً ، وكذلك ما لا ينتفع به إلا بإتلافه كسائر المأكولات .

قوله: (فالسلطان ينظر له)^(٢) . لأنه نائب عن كل أحد ، ووليٌّ مَنْ لا وليَّ له . وقوله: (يتلوم للمجنون سنة)^(٢) . هذه المسألة من النكاح^(٣) ، أي المجنون من أخلاط يتلوم عليه سنة حتى تخرج فصول السنة الأربعة ، رجاء أن يكون ذلك من إحدى الطبائع .

وأما الذي يكون بمس الشيطان فيُفَرِّق بينه وبينها ، لأنه يؤذيها ، وكذلك الأجذم ، لأنه مُؤْذٍ ، أما الأبرص ففيه ثلاثة أقوال: يفرق بينهما مطلقاً ، وقيل: لا يفرق ، لأنه لا يمنع من التلذذ ، وقيل: إن كان كثيراً فرق ، وإلا فلا ، وما في الكتاب محمول على القليل .

قوله: (والخيار يُورَث عن الميت)^(٤) . خلافاً لأبي حنيفة قال: لأن الجواز

(١) التهذيب (١٧٥/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٧٦/٣) .

(٣) لعله تنبيه إلى أن هذه المسألة محلها كتاب النكاح ، وبقيت هنا على حكم الاختلاط الواقع في بعض مسائل المدونة .

(٤) التهذيب (١٧٦/٣) .



واللزوم صفتان للبيع ، فإذا وقع جائزاً فلا يصير لازماً إلا ممن صدر عنه البيع لا عن غيره .

ودليلنا: الإجماع على أن لهم الرد بالعيب يجدونه فيما اشتراه الميت ، قال الخصم: والفرق أن ذلك لازم ، والحقوق اللازمة مورثة .

قلنا: هو حق لأدمي فينبغي أن ينقل للورثة^(١) قياساً على سائر الحقوق ، وفي الحديث: «من مات عن حق فهو لورثته»^(٢) .

قوله: (وقد جعل مالك تأخير الورثة يُبرئ الغريم)^(٣) . في حثه قولان: فبالنظر إلى أن معنى اليمين أنه لا يبطل من له (.) فلا يحث ، لأنه لم يقع منه مطلق ، وبالنظر إلى كونه نسب التأخير إلى الميت دون غيره ، والتأخير لم يقع منه فيحث .

قوله: (فذلك إليه)^(٤) . لأنه حق أنزلته فيه منزلتها .

قوله: (ذلك لها)^(٥) . لأنه راجع إلى حقها ، ولأنها لو رضيت الابنة بإسقاطه فرفعت أمرها إلى الحاكم تقول إنها راضية بذلك ، لأسقطه شاءت الأمة أو أبت ، ما لم تكن الأم قد أمضت الطلاق بما بيدها قبل أن ترفع الابنة [أمرها]^(٦) إلى الحاكم فإنه حينئذ يمضي ما فعلت الأم .

قوله: (لنظرها وقلة عجلتها)^(٧) . يعني أن الابنة لا بد (.) [١/٥٧] لها ولا تبت ، فيعذر في دعواه أنه لم يجعل ذلك إليها .

(١) في المتن: (لورثة) ، والصواب ما أثبتته .

(٢) التهذيب (١٧٦/٣) .

(٣) قطع في المتن ، وما أثبتته يفيد المعنى وقدر رسم الكلمة .

(٤) في التهذيب «لأنه يقول: لم أكن أرضى أن أجعل أمر امرأتي إلا بيده لنظره وقلة عجلته» . قال

المحقق في الهامش: (في هـ: إلا بيد أمها . وفي كـ: إلا بيدها) . (١٧٧/٣) .

قوله: (لم يكن للوصي ولا للابنة شيء من ذلك)^(١). يعني على أحد القولين .

قوله: (فليس لهم إلا أن يأخذوا جميعاً)^(١). لأن البائع إنما باع من واحد فلا يشقّص^(٢) عليه سلعته لأن ذلك عيبٌ ، فمالم يكن للميت أن يرد عليه بعضها بعيب ، ويتمسك بالبعض فكذلك ورثته .

قوله: (وهذا النظر)^(٣). أي القياس في هذا ، لأنه لما لم يجز بعض الورثة ، فقد رجع إلى ملك البائع حظه ، فلا يخرج عن ملكه قياساً إلا عن اختياره ، فلهذا كان الوجه الثاني استحساناً لا أصل له ، لأنه صلح أن يقول المجيز للبائع: أنت قد رَضِيتَ بِالثَّمَنِ إِذَا بَعْتَ ، فأنا أدفعُ لك الثمن من مالي وآخذُ الجميع ، فلا ضرر يلحقك في ذلك ، ويكون حينئذ على هذا القول مجبوراً على ذلك .

والاستحسان: العَمَلُ بِمَا لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ أَوْ بِمَا لَهُ مَعْنَى مُنَاسِبٌ ، وقد اعترضه الخصمُ وقال: من حكم بغير دليل فقد شَرَّعَ ، ومن شرَّع فقد كفر .

ونحن نقول به ، قاسه ملك على أصول من الشريعة ، فليس بابتداعٍ شرَّع .

قوله: (أن يأخذ مصابة من لم يُجِز)^(٣). أي ما كان نصيبه بالبيع .

[قوله]^(٤): (إلا أن يسلم له الباقي من البائع). هذا على تقدير أن الميت اشترى .

قوله: (أو المبتاع)^(٥). على تقدير أنه باع ، ومعناه: إذا شاء البائع أن يبيع

(١) التهذيب (١٧٧/٣) .

(٢) الشقّص: النصيب . انظر شرح غريب ألفاظ المدونة للجبي . ص: (١٠٣) .

(٣) التهذيب (١٧٧/٣) .

(٤) ما بين المعقوفين غير موجود في المتن وهو من كلام التهذيب ؛ قال «فإن أبي رددنا الجميع إلا أن يسلم له الباقي من البائع أو من المبتاع» . (١٧٧/٣) .

(٥) في التهذيب «أو من المبتاع» (١٧٧/٣) .

من أحد الورثة ذلك الجزء ، ويدفع له الباقي صحّ .

قوله: (وكذلك إن [أصابا]^(١)). أي لهم في الرجوع على البائع بحسب ذلك ، إما أن يرجعوا بالجميع أو يتمسكوا ، وعلى الاستحسان إن شاء أحدهم أن يضم الجميع أجبر البائع على إمضائه .

قوله: (أو مشتريان)^(٢). هذا المذهبُ أنهما كالورثة فيما تقدم من وجهي القياس والاستحسان .

وقيل: لأحدهما أن يرد حظه ، والفرق بين هذا وما تقدم أن البائع لما باع من شخصين فقد دخل على التشقيص ، لأنه على تقدير أن يعير أحدهما فإنه يرجع عليه بحظه ، ولا يبتع صاحبه بشيء من ذلك ، وهذا مبنيٌّ على أصل: وهو هل تعدد السلعة بتعدد المشتري أو لا ؟

ولا خلاف في أنه إذا أعسر أحدهما فإنه إنما يرجع على أحدهما بحظه ، وإنما الخلاف في الرجوع بالعيب ، وفي إجازة أحدهما أيضاً في الخيار دون الآخر ، فمن قال بالتعدد أجاز رجوع أحدهما دون الآخر ، ومن قال: بأن لا تعدد لم يُجز ذلك ، ولا خلاف أن السلعة تتعدد بتعدد البائع .

قوله: (فللبائع أن يقبل مصابة الراد)^(٣). أي يقبل ما يصيب الراد منها ، ويرضى بالشقص .

قوله: (نظر لهم الوصي)^(٣). لأنه كالأب فإن لم يكن وصي (.)^(٤) ولا يلزمه

(١) ما بين المعقوفين غير واضح في المتن ، أثبتته من التهذيب . (١٧٧/٣) .

(٢) التهذيب (١٧٧/٣) .

(٣) المصدر نفسه (١٧٨/٣) .

(٤) طمس بمقدار كلمة .

أن يلي ذلك بنفسه .

قوله: (فهما في ذلك كاختلاف الورثة)^(١). أي إن أجاز الوصي أو الوارث فهما كالوارثين ، أي في كل ما تقدم من القياس والاستحسان .

قوله: (ولهم وصيّان)^(١). هما كالوصي الواحد ، ولذلك إذا اختلفا رجع إلى السلطان ، إذ لا يجوز لأحدهما أن يمضي أمراً إلا برضا صاحبه ، ولا يجوز لأحدهما أن يجيز دون الثاني على أن يلتزم الجميع ، لأنه ليس له التحكم في مال الورثة دون رضا الثاني ، كما لا يجوز أن يلزم ذلك لنفسه من ماله ، لأنه حينئذ أجني فلا يجبر البائع حينئذ على الإمضاء له إلا باختياره .

قوله: (فيما اجمعوا عيله)^(٢). يعني أن الوصيين يصيران كوارث واحد [فجاز^(٣)].

قوله: (نظر السلطان)^(٤). لأن الوصي الواحد لا يستقل بالنظر فيبطل نظره ، فيرجع الأمر إلى الحاكم .

وقوله: (إلا أن يشاء البائع أو المشتري)^(٤). هذا على ما تقدم من أن يكون الميت باع أو اشترى [٥٧/ب] فإذا شاء أن يدعها ويأخذ مصابة الذين ينوبهم ، أي يترك مصابة الوصيين بالثمن وتأخذ ما يصيب محاجيرهم من البيع .

قوله: (وليس للوصيين عليه)^(٥). يريد لا يجبر البائع على ذلك هنا ، لأنه

(١) التهذيب (١٧٨/٣) .

(٢) في التهذيب (فيما اجتمعا عليه من رد أو إجازة) . (١٧٨/٣) .

(٣) ما بين المعقوفين مبثور أوله في المتن ، وما أثبتته يؤيده المقام . انظر المسألة من التهذيب (١٧٨/٣) .

(٤) التهذيب (١٧٨/٣) .

(٥) المصدر نفسه (١٧٩/٣) .

إنما كان الرد والأخذ هنا بحكم السلطان لا بإجماع من الوصيين .

قوله: (وذلك أوفر لتركته)^(١). أي الأخذ أو الرد، أما إذا اختاروا الرد فلا كلام لأنهم لا يلزمهم أن يتحروا له، إنما يأخذون ما لهم عليه خاصة، وأما إن أجازوا، فلا يخلو أن تكون قسمة ذلك أكثر من الثمن الذي دفعوا فيه من مال الميت، فتكون الزيادة للميت أو أقل فيلزمهم النقص، فيكون من ديونهم لإجازتهم البيع، فعلى هذا الشرط يكون إجازتهم، أي إن كان قيمة ذلك أقل من الثمن كان النقص منهم لا من الميت، وأما لو أعسر بعد أن ابتاع سلعة على الخيار بل على اللزوم فأجاز الغرماء ذلك، ودفعوا الثمن للبائع ومنعوه من أخذ عين سلعته، فإن الزيادة بالنقص على الغريم وله .

والفرق أن البيع هنا لازم له فلما دفعوا عنه الثمن قاموا عنه بواجب فوجب لهم الرجوع عليه بذلك، وأما لو وهب له هبة ثواب وثنائها الآن أكثر من قيمتها يوم الهبة، فإنه يلزمهم إجازة الهبة لأن ردّها حَيْفٌ على الغريم .

قوله: (دون ورثته)^(١). لأن الحق للغرماء لإحاطة الدين بماله .

قوله: (لم يكن لورثته الأخذ إلا أن يؤدوا الثمن من أموالهم)^(١). لأن مال الميت قد أحاط الدين به الدين^(٢)، وقد ترك الميت مالا، وهذا الحق والمال للغرماء فيبقى هذا الحق للورثة، فإذا أدوا الثمن من مالهم لم يكن في ذلك ضرر على الغرماء .

قوله: (إلا أن يطول إغماؤه)^(٣). مثل كثير من المرضى يغمى عليهم

(١) التهذيب (١٧٩/٣).

(٢) كذا في المتن، والظاهر أن «الدين» تكررت .

(٣) التهذيب (١٧٩/٣).

ويأكلون ويشربون ، فهذا في المذهب مَرَضُ والمريض كالنائم ، لأنه غالباً لا يزول عقله ، وإن زال فإنه يرجع عن قريب ، وقال غير ابن القاسم : إنه كالمجنون ، لأنه قد زال عقله ، وفارق النائم لأن هذا إذا نُبِّه انتَبَهَ .

قوله : (ثم جعل أحدهما لصاحبه الخيار)^(١) . مثل أن يقول المشتري بعد تمام البيع : متى جئتني بالثمن فهي لك ، أو يقول البائع : متى جئتكَ بالثمن فهي لي ، فهذا بيع ثانٍ ، فيجوز إذا كان مما يجوز في مثله الخيار بخلاف الصرف وما يفسد ببقائه ، وضرباً أجلاً معلوماً غير بعيد ، هذا ظاهر الكتاب .

وقال المخزومي في تفسيرها : إذا قال البائع بعد عقد البيع : ما جعلتُ لك من الإيجاب لي فيه الخيار إلى أجل كذا ، ورضيه المشتري انصرف إلى البيع الأول وصار بيعاً على خيار ، وهذا الذي قال لا يحتمله ظاهر الكتاب لقوله : «فهو بيع مؤتلف»^(١) .

قوله : (بمنزلة بيع المشتري لها من غير البائع)^(١) . ثم قال : «لأنه صار بائعاً»^(٢) ، أي : أن المشتري لما باع بالخيار صارت السلعة في ضمانه ، وهو يؤيد ما قلنا أولاً .

قوله : (فليسَ يَدِهِ من الخيار ما كان له)^(٢) . هذا أحد المواضع التي استدلوا على أن المكاتب إذا عجز فإنه يبطل تصرفه في ماله سواء قبل الكتابة مأذوناً في النظر أو لا ، وقيل : بل يقر على تصرفه إذا كان مأذوناً له .

واستدلوا على ذلك بما وقع في الكتاب من أن المكاتب إذا باع سلعة ، ثم

(١) التهذيب (١٧٩/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٨٠/٣) .

عجز ووجد المشتري بها عيباً ، فإنه يرجع بالعيب عليه ، فدل ذلك على أنه لم يبطل تصرفه ، وإلا فكان يرجع على سيده ، وهذا لا دليل فيه على ذلك ، وإنما يعطى هذا أنه قد بقي ماله على ملكه بعد العجز لا غير ، ولا خلاف أن ماله يبقى بيده ما لم ينتزعه سيده ، وهو عبده بملك .

قوله : (على أن فلاناً بالخيار)^(١) . يعني [١/٥٨] من المتبايعين استدل على صحة ذلك بمسألة أخرى مثلها سمعها من مالك ، ثم قال : «فإن رضي البائع أو رضي فلان فالبيع جائز»^(١) ، فسوّى في هذا بين رضا البائع ورضا الموقوف على رضاه ، أي للبائع أن يستبد مع ذلك بنفسه . ثم قال في المشتري أنه إذا وقع الخيار على رضا أجنبي ، فإنه لا يجوز له أن يستبد برأيه دونه ، وفرق بين البائع والمشتري^(٢) .

قال الشيخ : ولا فرق بينهما ، وما قالوا من أن الأصل بقاء السلعة في ملكه يقابله أن الأصل بقاء الثمن في ملك المشتري ، وقيل في ذلك قولان آخران يتوقف فيهما ، وبالاستبداد أيضاً بينهما .

وأما إذا قال أحدهما : على أن أستشير فلاناً ، فلا يلزمه ذلك اتفاقاً .

قوله : (فسد البيع)^(٣) . فذلك عذر كما قلنا في الحميل البعيد .

قوله : (لم يَجْزُ لوقوعه فاسداً)^(٣) . فلا ينقلب صحيحاً لإسقاط الشرط المفسد .

قوله : (لم يتم البيع إلا باجتماعهما)^(٣) . لأنه لا يستبد أحدهما بذلك دون الثاني ، بخلاف إذا كان لأحدهما فإنه يتوقف على إجازته .

(١) التهذيب (١٨٠/٣) .

(٢) يريد قوله في التهذيب «ثم ليس للمبتاع رد أو إجازة دون خيار من اشترط» (١٨٠/٣) .

(٣) التهذيب (١٨٠/٣) .



قوله: (فلمن شاء منهما أن يأخذ أو يرد)^(١). يريد أن البيع يتعدد بتعدد المبيع، والدليل على ذلك أنه لا يتبع ذمة واحد منهما، لو أفلس إلا بحصته من الثمن وهذا لا خلاف فيه.

قوله: (وصاحِبُهُ)^(١). يعني أحد المتبايعين إذا أشهد أحدهما بالإمضاء، كان ذلك لازماً للغائب.

قوله: (إذا وهب أو دبّر)^(١). كل تصرف على جهة الاختيار لا على الإضرار^(٢)، فإنه يكون من المبتاع إمضاء ومن البائع ردّ للبيع.

ومعنى هَلَبَهَا: أي حلق شعر هَلَبِهَا أي ذَنِبَهَا. ومعنى غَرَبَهَا: حلق شعر غاربها، لأن ذلك الفعل إنما يفعله من يحل له، وذلك يكون بالملك الصحيح.

قوله: (إلا أن يركبها شيئاً خفيفاً)^(٣). هذا على جهة الإضرار فلا اعتبار به.

قوله: (تَسَوَّقَ بِهَا)^(٣). أي سام بها وذهب بها إلى السوق ليساوم بها أو يبيعها.

قوله: (وقد تجرد للتقليب)^(٣). ظاهره أن ذلك يجوز قبل البيع وهو ممنوع إلا بعد العقد، ولو على خيار ثم يجردها للتقليب، وإنما يعني: أن أخساء العوام قد يفعلون ذلك ولا يؤخذ منه جوازه، كما قال بعضهم.

قوله: (فهذا رضى)^(٤). لأن التلذذ إنما يسوغ بوجه شرعي فدل على الرضى.

قوله: (نَظَرُ الْمُبْتَاعِ إِلَى فَرْجِ الْمَرْأَةِ رِضًى)^(٤). هذا يخرج منه جواز النظر

(١) التهذيب (١٨١/٣).

(٢) كذا، ولعل الذي يناسب المقام: [لا على الاضرار]. والله أعلم.

(٣) التهذيب (١٨١/٣).

(٤) المصدر نفسه (١٨٢/٣).

من الزوج والمالك إلى فرج زوجته ومملوكته، وهو جائز، قيل: وأن يلحسه بلسانه، قال سحنون: يجوز شرعاً إلا أنه ممنوع من جهة الطب، لأنه يقال: إنه يولد العمى على من نظر إليه يعني فرج المرأة.

قوله: (إلا النساء)^(١). يعني في الشهادة، ومن يحل له الفرج من زوج أو سيد، فنظره إلى فرجها دليل على الرضى، لأنه إنما يجوز لمن يحل له، والرضى تارة يكون بالنطق، وتارة بما يدل عليه من الأفعال.

قوله: (إن زَوَّجَ الأمة)^(٢). لا خلاف في هذا أنه رضى، بخلاف تزويج العبد فيه خلاف هل يكون رضى أو لا.

والفرق: أن النكاح بيد العبد فيتركه إذا شاء، ولأن تزويج الأمة محرم لها على سيدها، فصار بمنزلة وطء المشتري لها فكما أن هذا رضى بلا خلاف، فكذلك تزويج الأمة لأن كل واحد محرم لها على سيدها.

قوله: (وإن جنى على العبد عمداً)^(٣). يعني إذا جنى المشتري على العبد في أيام الخيار عمداً، فإنه رضى، بخلاف الخطأ لا يكون رضى فيكون له رده إن شاء، وما نقصه العيب لأن العمد والخطأ في أموال الغير سواء [ولم ير أشهب]^(٤) الجنابة عمداً رضى، لأن جنابة العمد قد تكون على ما يملك وما لا يملك بقدر [٥٨/ب] من العيظ^(٥)، وإذا لم تكن رضى فيرجع فيها إلى القيمة.

(١) التهذيب (١٨٢/٣).

(٢) في التهذيب «وإن زوج المشتري الأمة» (١٨٢/٣).

(٣) المصدر نفسه (١٨٢/٣).

(٤) ما بين المعقوفين مطموس من المتن. وما أثبتته يفيد نص التهذيب، قال: «ولم ير أشهب الإجارة والرهن والسوم والجنابة، وإسلامه العبد للصناعة، وتزويجه العبد رضى» (١٨٢/٣).

(٥) كذا تقرأ في المتن وهي غير مفهومة في السياق.



قوله: (ضمن الثمن كله)^(١). لما روى ابن القاسم أن ذلك رضا مال فلزمه الثمن كله، ولأنه لا يخلو أن تكون القيمة أكثر من الثمن أو مثله، فإن كان أكثر فقد رضي البائع بالثمن، وإن كانت مثله فذلك أبين، وقيل: يلزمه الثمن إلا أن تكون القيمة أكثر فيلزمه القبض، لأنه يتهم أنما حبا عليها فراراً من القيمة فيعامل بنقيض مقصوده.

وأما إذا وجد سلعة في السوق قد بلغت إلى ثمن فأتلفها، فاختلف هل يلزمه قيمتها بناء على أن كل متعد إنما تلزمه القيمة أو الثمن، لأنه إنما أتلّف عليه ثمنها، وهذا يبنى على: هل أتلّف ذاتها أو قيمتها؟

قوله: (ولم ير أشهب)^(١). لكنه مع ذلك وإن لم يكن رضا، فإنه يتهم أنه أراد به الإمضاء للبيع فيخلف، وهذه اليمين التي تكون للتهمة لا ترد على المستخلف، وإنما ترد اليمين المقطوع بما حلف عليها.

وأما ما هو على جهة التهمة مثل أن يتهمه بأنه يأخذ له مالاً ونحوه، ولو تلفت عنده في أيام الخيار، وكانت مما يغاب عليه فإن قامت له بينة برئ، وإلا غرم، وعند أشهب يضمن وإن قامت بينة لأن الضمان عنده بالأصالة لا للتهمة.

وكذلك القول في كل ما قبضته لحقك خاصة كالعارية، أو لما فيه حق لك كالخيار والرهن، إلا أن تبدل في كونه عندك جعلاً كالإجارة فضمانه من ربه، وفي الرهن والسلعة في الخيار ما دفعت في مقابلة إمساك عوض يتقوى حقك فيه، بخلاف الثوب المستأجر يقوى أن الحق في كونه عندك لربه، فيلتحق باب الوديعة الذي الحق فيه لربها خاصة، وهي عنده لذلك أمين.

(١) التهذيب (١٨٢/٣).



قوله: (بيعه ليس باختيار للبيع)^(١). مذهب أشهب كابن القاسم أنه اختيار ، وعلى هذه الرواية لا يكون رضا ، ولكن بيع فضولي ، وفي إجازته قولان:

أحدهما أنه يتوقف على إجازة ربه ، والثاني: في أنه باطل ، لأنه بيع ما لم يضمن وقد نهى عنه ، وهذا باعه ولم يدخل في ضمانه .

قوله: (عبدًا بعبد)^(٢). أي أحدهما ثمن الثاني فلو أعتق البائع مملوكه الذي باع كان ذلك ردًا منه له ، وبطل البيع في الآخر ، ولو أعتق الذي اشترى توقف على إجازة الآخر ، فإن أجازته صح العتق ، وإن رده بطل العتق لبطلان ما توقف عليه .

قوله: (فمصيبتهما من البائع)^(٣). هذه يتعارض فيها أصلان:

أحدهما: أن ما هلك في أيام الخيار يقتضي أنه من البائع .

والثاني: أن البيع الفاسد يكون فيه المبيع من المشتري إذا قبضه ، لأنه بالقبض متعدد شرعا ، فلما تعارض الأصلان ، غلب حكم البائع فكانت منه ، لأن ضمانه يقوي الأصل فيها ، فبقيا مع الأصل .

وبمنزلة ذلك لو باع سلعة بالخيار إلى أجل بعيد ففسد وقبضها ، وهلك بعد أيام الخيار ، قيل: يكون عليه قيمتها يوم القبض ، لأنه بيع فاسد ، وبعد أيام الخيار لأنها حينئذ خرجت عن ضمان البائع باعتبار أن لو كان صحيحًا قولان .

قوله: (فإن رد المبتاع البيع لزم البائع عتقه)^(٤). لأنه موقوف على زوال

(١) في التهذيب «فإن باع فإن بيعه ليس باختيار ، ورب السلعة بالخيار إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن ، وإن شاء نقض البيع» . (١٨٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٨٣/٣) .

(٣) في التهذيب «فمصيبة كل عبد في الخيار من بائعه» . (١٨٣/٣) .

(٤) المصدر نفسه (١٨٣/٣) .

ذلك المانع فإذا زال تحقق العتق .

قوله: (فإذا تمت السنة)^(١) . عتقت بالعتق الأول ، لأنه قد وقع وإنما منعه من النفوذ مانع .

قوله: (فذلك له)^(٢) . بخلاف الحنطة وما لا يتعين ولا يراد لعينه ، لأن المقصود في أمثاله كلها سواء فله فيما يراد لأعيانه أن يقول: كنت أظن هذه الباقية بخلاف الأولى ، ولا يمكنه ذلك في الطعام لأن الغرض في جميعه واحد .

قوله: (ولك رد الجميع إن كان الاختلاف كثيراً)^(٣) . فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يلزمه شيء منه إذا وجد بعضه مختلفاً .

وقيل: إن كان [١/٥٩] المخالف يسيراً لزمه الحل بحسابه ، وإن كان الأكثر لم يلزمه شيء .

وقيل: يلزمه ما يجد منه على ما يرى قلّ أو كثر .

قوله: (أو في عهدة الثلاث)^(٤) . لا قائل بهذه العهدة وبعهدة السنة إلا مالك^(٥) ، واحتج في الثلاث بحديث: «من باع عبداً أو أمةً فعُهدتُ من البائع

(١) التهذيب (١٨٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٨٤/٣) .

(٣) في التهذيب «وله رد الجميع إن كان الاختلاف كثيراً» . (١٨٤/٣) .

(٤) المصدر نفسه (١٨٤/٣) .

(٥) في جامع الأمهات: «واختلف في عهدة الثلاث ، وعهدة السنة - روى المدنيون: يقضى بها في كل بلد ، وروى المصريون: لا يقضى بها إلا بعادة أو بحمل السلطان عليها ففي الثلاث - جميع الأدواء على البائع والنفقة والكسوة بخلاف الغلة على المشهور ، وفي السنة: الجنون ، والجذام ، والبرص ، ومستندهما: عمل المدينة» . جامع الأمهات . (٣٦٢/١) .

ثلاثاً»^(١) أي ضمان ما أصابه فيها من العيوب .

وأما السَّنة فعملُ المدينة ، إلا أن ذلك في الجنون والجذام والبرص لا غير ، وهاتان العهدتان مخصوصتان (. .) من الحيوان ، فالمبيع من العبيد لا يخرج من ضمان بئعه ، وإن لم يكن خياراً شرطي ، حتى تنقضي عهدة الثلاث ، وإن مات فيها أو أصابه أمرٌ من الله ؛ فمن البائع (. .) العبد .

ويمكن أن الغالب خفاء عيوب هذا الحيوان ، وأن ذلك كان ليستقدم عند البائع ، وكذلك ما طرأ في السنة من الأدوية الثلاثة فمنه أيضاً ، لأنها لم تخرج من ضمانه فيما يرجع إلى تلك الأدوية .

وأما زمن المواضعة ، فإنها لا تخرج أيضاً من ضمان البائع إلا بتمامها بمنزلة ما فيه حق توفية من المبيعات .

قوله : (ويخير المبتاع بين أخذها معيبة بجميع الثمن ، أو ردها)^(٢) . لأنه لا ضرر يلحقه في ذلك ، ولو ظهر في المدة التي هي في ضمان البائع على عيب آخر قديم سوى الحادث ، لكان أيضاً مُخَيَّرًا بين الأمرين ، لأنه لا ضرر عليه في ذلك .

قوله : (لأنه علمه وهي في ضمان البائع)^(٣) . أي هو - وإن كان قديماً لم يعلم به حين العقد - بمنزلة ما قد علمه حينئذ ، لأنه لم يَنْبَرِمِ العقد بينهما بعدُ .

قوله : (بعدما قبضها وخرجت من الاستبراء)^(٣) . أي بعد مصيرها في ضمان

(١) الحديث بهذا اللفظ لم أقف عليه ، والذي عند أبي داود في البيوع ، باب عهدة الرقيق ، أن النبي ﷺ قال : « عهدة الرقيق ثلاثة أيام » . ورواه ابن ماجة في التجارات ، باب عهدة الرقيق .

(٢) التهذيب (٣/١٨٤) .

(٣) المصدر نفسه (٣/١٨٥) .

المشتري ، فهذه ثلاث عيوب: الأولان لا يجب له الرد بأحدهما ، لأنه علمه في أيام الخيار ، ويجب له بالثاني القديم ، لأنه لم يعلمه إذ ذاك ، فالمشتري بالخيار بين أن يردّها بالعيب القديم ، وأرش^(١) الذي حدث عنده ، أو يمسكها ويأخذ أرش القديم .

وإنما كان ذلك لأنه لو تماسك دون أن يأخذ أرش القديم لتضرر ، ولو ردها دون أن يرد أرش الذي حدث عنده لتضرر البائع ، فكان العدل ذلك ، وجعل الخيار للمشتري لا للبائع ، لأنه يتهم أنه دلس بالعيب فكان أحق بأن يحمل عليه .

قوله: (نظر إلى قيمتها يوم الصفقة بالعيب الذي حدث في أيام الخيار)^(٢) .
لابد إذا قوم عيب أن ينظر إلى حال البائع صحيحا ، ثم قيمته معيّا ، فما كان بينهما نقص من الثمن ، وحال صحة هذه الجارية هي كونها بالعيب الحادث في أيام الخيار ، ثم ينظر قيمتها بعيب التدليس مع العيب الأول ، لأنه كحال صحتها ، لأنه اللازم للمشتري لعلمه به أو لا .

قوله: (فيقسم الثمن على ذلك)^(٢) . أي يطرح منه بقدر ما بين القيمتين ، فلا بد في العيب الواحد من تقويم المبيع مرتين .

قوله: (نظر إلى العيب الذي حدث عنده)^(٢) . يكون التقويم في هذا ثلاث مرات ؛ التقويمان المتقدمان وسكت عنهما لتقدميهما ، فيقوم ثالثا على تقدير وجود العيبين المتقدمين مع الثالث ، لأن الأول حال صحة ، وقيمتها بعيب

(١) قال الجبي في كتاب الحج الثاني «أرشاً: بفتح الهزة وإسكان الراء ، هو الثمن» ، وفي كتاب الجنائيات: «الأرش بفتح الهزة ووقف الراء: هو قيمة الجرحه» . والجمع أروش ، وأصله الفساد يقال أرشت بين القوم تأريشا أي أفسدت ، ثم استعمل في نقصان الأعيان لأنه فساد فيها . انظر شرح غريب ألفاظ المدونة للجبي ، تقدم توثيقه . ص: (٤٥ - ١١٢) .

(٢) التهذيب (١٨٥/٣) .

التدليس وحده يتضمن تقويمها بالأول وحده، فكأنها تساوى بالأول وهي حال الصحة مائة، وبه مع عيب التدليس تسعين، وبهما مع الثالث ثمانين، فبين قِيمَتِهما بالقديم، وبالأخر عشرة يردها إلى البائع، ويأخذ باقي الثمن، وإنما قدمت بعيب التدليس في هذا لا صحيحة، ثم (٠) بالعيوب كلها لئلا يكون غبن على المشتري.

قوله: (ولا ينظرُ إلى العيب الذي حدث في أيام الخيار)^(١). لأنه قد علمه أولاً؛ فصار كحال صحة.

قوله: (وانخساف البئر في أيام الخيار من البائع)^(٢). [٥٩/ب] هذا بيِّنٌ، لأنها في ضمانه كما قلنا.

قوله: (فللمبتاع ردها، أو يأخذها معيبة بجميع الثمن)^(٣). لأنه لا ضرر عليه.

قوله: (وللبائع طلب الجاني)^(٤). وقال ابن حبيب: إن أرش الجناية للمبتاع إن اختار، وهذا يبنى على أصل وهو هل إذا أمضى بيع الخيار يكون انبرامه حين العقد، ولكن يبين بالأخذ أنه كان منبرماً؟ فعلى هذا يكون ذلك للمشتري لا للبائع، وإنما ينبرم إذا وقع الإمضاء، فعلى هذا يكون الأرش للبائع.

وقد اضطرب قول ابن القاسم في الشُّفْعَة، قال هناك: إذا باع أحد الشريكين حصته بيعاً لازماً، وقد كان باع الثاني بيع خيار حظه، ثم أمضى ذلك البيع، فقال: تجب الشُّفْعَة للمشتري على الخيار على المشتري على اللزوم، فهذا على أن بيع

(١) التهذيب (١٨٥/٣).

(٢) في التهذيب «في أمد الخيار». (١٨٥/٣).

(٣) في التهذيب «فللمبتاع ردها ولا شيء عليه، وللبائع طلب الجاني، أو يأخذها معيبة بجميع الثمن والأرش للبائع» (١٨٥/٣).

(٤) المصدر نفسه (١٨٥/٣).



الخيار إنما ينبرم بعد الإمضاء ، لا حين العقد .

قوله : (وما وَهَبَ لَهُ أو تَصَدَّقَ به عليه فللبائع)^(١) . وقيل : للمشتري .

وسبب الخلاف : هل هذا الذي وهب له ينزل منزلة ما كان له قبل البيع ، لأنه ملكه العبد ، وهو في ضمان البائع بماله ، فيكون للبائع لأنه باعه دون ماله ، ولم يستثنه المشتري ؟ أو لا ينزل منزلة ذلك ، لأنه حدث له بعد أن باعه بخلاف الأصلي ، فيكون للمشتري ؟

وقيل : إن استثنى المشتري ماله حين البيع كان له ، لأنه بالاستثناء يزول عن البائع وهذا ماله ، وإلا فهو للبائع ، لأنه باق على ضمانه .

قوله : (ولا يرجع بشيء)^(٢) . وقيل يرجع بذلك ، لأنه عيبٌ فيقوم العبد بماله ، ويقوم على أنه لا مال له ، ويرجع بقدر ما بينهما ، وهذا بني على أصل وهو أن [البائع]^(٣) في المبيع هل له جزء من الثمن أو لا جزء للأتباع من الثمن ؟

قوله : (وعلى المبتاع رد ماله)^(٤) . لأنه إنما ساغ له أخذ ماله - كان له جزء من الثمن أو لا - بسبب البيع ، فأما إذا بطل البيع فلا وجه لتمسكه بماله .

قوله : (ولو حَدَّثَ بالعبدِ في الثلاثِ عيبٌ)^(٤) . سواء كان من الله أو من المبتاع أو من أجنبي .

قوله : (وعليه عقل جنايته)^(٤) . أي إذا جنى العبد جناية لا قود فيها في أيام

(١) في التهذيب «وما وهب لها أو تصدق به عليها في أيام الخيار فللبائع» . (١٨٦/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٨٦/٣) .

(٣) كذا ، ولعل الصواب : التابع . وسيأتي له ذكر القاعدة بعد عند قوله : «والتابع على المذهب لا جزء له من الثمن» .

(٤) التهذيب (١٨٦/٣) .



الخيار فسده بالخيار أن يسلمه في ذلك أو يفديه ، فإن افتداه السيد بقي البيع على ما كان عليه ، وإن أسلمه كان للمبتاع الخيار في أن يرضى بذلك ، أو يفديه من ماله ، فإن افتداه بأكثر من ثمنه كان ذلك منه لا يرجع به على البائع ، لأنه يقول له: من أجل رغبتك فيه فعلت ذلك ، وإن افتداه بأقل رجع السيد البائع عليه بباقي الثمن إن كان لم يقبضه ، لأنه يقول: إنما قمت عني بما دفعت لا غير ، وباقي الثمن باقٍ قبلك ، وإذا كان ذلك من العبد خطأ فليس بعيب ، وإن كان عمداً فهو عيب فيه .

قوله: (كان ولدها معها في إمضاء البيع أو رده لمن له الخيار)^(١) . هذا يفهم منه أن الولد يكون للمبتاع إذا كان له الخيار ، وقد تقدم له قبْلُ في الجنائية أن الأرش للبائع ، وهذا مناقض لذلك ، فاعتذروا عن المذهب بأن هنا مانعاً من طرد ذلك الأصل ، وهو ما اعترض من التفرقة بين الأم وولدها .

وأما أشهب فطرد أصله ، وجعل الولد للبائع ، لأن العقد إنما ينبرم بتمام أجل الخيار ، ثم يجبران على أن يبيع أحدهما من الآخر حتى تزول التفرقة .
قوله: (فللمبتاع رده)^(١) . لأنه عيب وإذا اقتصر منه بطل البيع .

قوله: (لم يصدق)^(١) . لأن ذلك مما يغاب عليه^(٢) ، وقبضه لمنفعة له في ذلك ، فيلزمه ذلك بالثمن ، لأنه إن كان مثل القيمة فيه ، وإن كان أكثر فيتهم أنه أخفى ذلك فراراً إلى القيمة ، وإن قامت بينة على التلف سقط الضمان عنه في المذهب ، لأنه إنما ضمن للثمة ، وعند أشهب لا يسقط الضمان وإن قامت

(١) التهذيب (١٨٦/٣) .

(٢) في بعض نسخ التهذيب «لم يصدق لأنه مما يغاب عليه» . (١٨٧/٣) .



البينة ، لأن ضمانه أصلي لا للتهمة ، لأنه عادة [١/٦٠] لما قبضه لمنفعته صار كالغاصب ، فكان ضمانه بالأصالة ، وإنما أجاز إمضاء البيع إذا وقع في قوله على إن لم يأتي بالثمن إلى عشرة أيام ، وإلا فلا بيع بيننا ؛ لأن الشرط عنده لا يُخل بمقتضى البيع ، فلما وقع صح وإن لم يجر ، وفرق بين الصحيح والجائر ، ومن منعه مطلقاً فلمّا فيه من الجهالة .

قوله : (ليختار أحدهما)^(١) . فهو المبيع ، والثاني أمانة محضة لا تهمة فيه كالوديعة .

قوله : (ضمن نصف التالف)^(٢) . لأنه يحتمل أن يكون كل واحد منهما هو المبيع ، وأن يكون أمانة ولا فرق ، فصار نصف التلف وديعة ، ونصفه ومبيعاً فلزمه نصفه .

قوله : (ثم له أخذ الباقي أو رده)^(٣) . قال ابن المواز : بل يكون مُخَيَّراً في نصف الباقي ، لأنه إن خير في كله يكون ذلك تخيراً في ثوب ونصف ، وهو إنما جعل له الخيار في ثوب واحد ، وكان الأول فرّاً من تشقيص السلعة على بائعها^(٤) .

قوله : (فإنه يكون شريكاً)^(٥) . أي فيما ذهب ، أي عليه دينارٌ ، ولربّها

(١) في التهذيب «ولو كان المبتاع إنما أخذ الثوبين ليختار أحدهما بعشرة دراهم فضاء» (١٨٧/٣) .

(٢) في التهذيب : «ضمن نصف ثمن التالف» . (١٨٧/٣) .

(٣) في التهذيب «ثم له أخذ الثوب الباقي أو رده» (١٨٧/٣) .

(٤) قال الرجراجي في مناهج التحصيل : «وهل له أن يأخذ الثوب الباقي أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما أنه يأخذه وهو قول ابن القاسم في المدونة . والثاني أنه يأخذ نصف الثوب ، ويغرم نصف

الثالث وهو قول ابن المواز . واحتج وقال : فول جاز أن يأخذ ثوباً ونصف ثوب وما اشترى إلا

ثوباً واحداً . وسبب الخلاف هل ضمانه ضمان تهمة أو ضمان أصل . مناهج التحصيل

(٤٠٤/٦) . انظر أيضاً مواهب الجليل : (٤٢٤/٤) .

(٥) التهذيب (١٨٨/٣) .



ديناران ، وذلك أنه يحتمل إن اختار الباقي فيكون أميناً في التالف . أو واحداً من التالفين فيكون أميناً في الباقي وأحد التالفين . أولم يختَر حتى تلفا فيكون أميناً فيهما ، ويرد الباقي ، فهذه ثلاثة أحوال يلزم في كل واحد أن يغرم واحداً ، ويسقط عنه اثنان ، فكانت شركتهما في ثلاثة الدنانير أثلاثاً^(١) .

قوله : (وإن كان موضع اليوم)^(٢) . رجع إلى أول المسألة ، أي أن الحيوان لا يغاب عليه فيكون أميناً فيه .

قوله : (وللمبتاع أن يأخذ أحد الثوبين)^(٣) . وعلى قول ابن المواز يكون مُخَيَّراً في نصفه .

قوله : (فإن مضت أيام الخيار)^(٣) . يريد أنه لا يؤول حكم الخيار بانصرام أجله ، بل يبقى بعد انصرامه يسيراً ، لأن ما قُرِبَ من الشيء فله حُكْمُهُ .

وإذا انقضت أيامه وما قُرِبَ منها دون أن يشهد أحدهما على نفسه بإمضاء أو رد للبيع ، فإنه يمضي البيع ، لأن السكوت دالٌّ على الالتزام والرضا .

وكذلك الفعل الدال على الرضا ، بمنزلة التصرف في البيع على وجه الاختيار ، ويريد بالقطع : تفصيل الثوب .

قوله : (ليس لهذا عندنا حدٌّ معروفٌ)^(٤) . أي بقدر إقامتهما في المجلس ، وذلك يطول ويقصر ، وهو مجهولٌ فلا اعتبار به .

(١) انظر مناهج التحصيل : (٤٠٤/٦) .

(٢) الذي في التهذيب «قال أشهب : فإن كان موضع الثوبين في البيع بدان فإلهاك من البائع ، وللمبتاع أخذ الباقي بالثمن أو رده» . (١٨٨/٣) .

(٣) التهذيب (١٨٨/٣) .

(٤) المصدر نفسه (١٨٩/٣) .



قوله: (إذا اختلف المتبايعان)^(١). أما إذا كان اختلافهما لا مرجع له أي لا يتفقان في شيء، فليس فيه إلا التحالف والتفاسخ مطلقاً، مثل أن يقول أحدهما: بعثُ منك فرساً، ويقول الآخر: بل جملاً أو ثوباً^(٢).

وأما إذا كان الخلاف مثل أن يقول: قمحاً من بلد كذا، ويقول الآخر: بل شعيراً أو قمحاً من موضع آخر، ففيه قولان:

قيل: هو كالأول لأن اختلاف النوع كاختلاف الجنس، وقيل: لا، بل اتفقا في الصنف.

وأما إذا كان لاختلافهما مرجعٌ في ذلك أقوال خمسة:

المذهب منها: أن القول قول البائع ما لم يتلف المبيع عند المشتري، وقيل: القول قول المشتري وهو ضعيف، وقيل: قول المشتري إن قبض، وقيل: إن بان بما قبض، وقيل: يتحالفان ويتفاسخان مطلقاً ولو تلفت.

والمذهب تبرئة البائع باليمين، لأن الأصل بقاء سلعته في يده، وإذا حلف حلف المشتري وبعد ذلك يكون الفسخ بمجرد اليمين منهما، أو النكول منهما إن تناكلا، أو بحكم القاضي قولان.

وقيل: يبدأ المشتري، وقيل: يقرع بينهما لاستوائهما في أن الأصل بقاء ثمنه بيده، والابتداء بأحدهما دون قرعة ترجيح من غير مرجح، ومن نكل كان القول قول صاحبه مع يمينه.

قوله: (ولا يجوز [ب/٦٠] في الصرف خيار)^(٣). هذا المذهب، وقيل:

(١) التهذيب (١٩٠/٣).

(٢) في المتن: (ثوب). والصواب ما أثبتته.

(٣) التهذيب (١٩٠/٣).



يجوز . وسبب الخلاف : هل ينبرمُ بيعُ الخيار بعدَ تمام الأجل ، أو بمجرد العقد وإنما تبَيَّنَ أخيراً أنَّه كان منبرماً ؟ فإذا قيل : من أول العقد ؛ لم يجر لأنه صرف مؤخر ، وإن قيل : في آخر الأجل ؛ صح لأنه لا تأخير ، وامتنعت فيه الحوالة وما ذكر لعدم المناجزة .

قوله : (ولا بأس بالخيار في السَّلم إلى أمدٍ قريبٍ)^(١) . يعني قدر ما يجوز فيه تأخير النقد فيه بشرط ، فهذا العقد كونه سلماً يقتضي تقديم النقد ، وكونه على الحضر يقتضي تأخيرَهُ فغَلَبَ فيه [لأنه^(٢)] [التأخيرُ ، لأنه يجوزُ تأخيرُ النقدِ فيه نحواً من ثلاثة أيامٍ .

قوله : (كرهت)^(٣) . أي يحرم .

قوله : (سلفٌ وبيعٌ)^(٣) . أي إما هذا أو هذا ، ولا يجتمعان لأنهما بتقديرين مختلفين .

قوله : (سلفاً جرَّ منفعة)^(٤) . لأنه أسلفه ليبيِّعَ منه بأقل من الثمن .

قوله : (على أن يختار أحدهما)^(٥) . هذا بيع واحد لا بعينه ، لكنه من شيئين معلومين فهو أيضاً معلوم فيصح .

وأما إذا اختلف ثمنهما فذلك بيعتان في بيعة ، لأنه لا يدري ما المبيع وما الثمنُ فيكثرُ الجهلُ من كل جهة ، مع أنه يؤدي إلى سلف بزيادةٍ ، وعَيْنُ بعينٍ ،

(١) التهذيب (١٩١/٣) .

(٢) كذا في المتن ، ولا معنى له ، والصواب إسقاطها ، والله أعلم .

(٣) التهذيب (١٩١/٣) .

(٤) في التهذيب «وسلفٌ جر منفعة» (١٩١/٣) .

(٥) المصدر نفسه (١٩١/٣) .

غَيْرَ يَدٍ بِيَدٍ . وإن كان هذا ففيه الجهالة ، ولذلك منع المخالف المثال الأول ، لأن المبيع فيه مجهول حالة العقد وإن جعل له البيعتين ، لأن ذلك في ثاني حالٍ .

وأما ابن أبي سلمة فأجاز ذلك بشرط أن يكون الثمنان نقداً ومن سكة واحدة^(١) ، فعلى تقدير أنه اختار الذي بسبعة أولاً ترتب للبائع ذلك في ذمته ، وصار الثوب للمبتاع ، فلما اختار الذي بخمسة رد الثوب الأول إليه فسقطت عنه السبعة ، ثم التزم ثوباً بخمسة ، وكذلك في العكس ، ولا محذور في ذلك ، وإنما يقوى عنده إلغاء هذا التقدير إذا كان أحد الثمنين نقداً والآخر إلى أجل واختلف السكتان ؛ لِمَا يَدْخُلُ ذلك من سلف وبيع ، أو مبادلة ، أعني : يداً بيدٍ ، وكانت المبادلة عنده أصعب فقدّر معها ذلك .

قوله : (وبيعتان في بيعة)^(٢) . أي من بيعتين في بيعة .

قوله : (ومكروه ذلك)^(٢) . أي ووجه كراهة ذلك .

قوله : (قيل إذا استثنى مشورة رجل ببلد البيع فسد البيع)^(٣) . لأنه وقع مجهولاً ، وسواء قال على رضاه أو مشورته ، ولا يصح له ترك الشرط فيهما لفساد العقد .

قوله : (فليس له أخذ بعض دون بعض)^(٤) . لأنه ليس له أن يشقص الصفقة

(١) في التهذيب «وأجاز ابن أبي سلمة شراء هذا الثوب بسبعة وهذا بخمسة ، يختار أحدهما على الإلزام إذا كان الوزن واحداً ، فإن كانت الدراهم مختلفة الوزن ، هذه تنقص وهذه وازنة ، لم يجز عند مالك ولا [عند] ابن أبي سلمة» . (١٩٢/٣) .

(٢) المصدر نفسه (١٩٢/٣) .

(٣) هذه المسألة وقعت في [الاستشارة والشركة في الخيار] ، وهي «ولو ابتاع على أن يستشير فلاناً جاز ، وله أن يخالفه إلى رد أو إجازة ، ولا يمنعه البائع ، وإنما يجوز البيع على مشورة فلان أو رضاه إذا كان قريباً ، ولو استثنى مشورة رجل ببلد بعيد فسد البيع» (١٨٠/٣) .

(٤) التهذيب (١٩٢/٣) .

إلا بإذن البائع .

قوله: (قال: قال مالك)^(١) . جاء بهذه المسألة ، لأنه يفهم منها الجواب عن السؤال ، لأنه ما لم تخرج أيام الخيار ، فالمبيع في ضمان البائع إلا أن يكون مما يغاب عليه ولا تقوم بينة بهلاكه ، فإنه يضمنه المبتاع بالتهمة ، ويلزمه الثمن على المذهب مطلقاً ، لأنه لا يتهم ، لأنه لا يصح له أن يمضي البيع بالثمن ، ولأن البائع قد رضي بثمنها ، ودعواه تلف المبيع لا ينفعه لأنه لا يقبله منه ، لأنه يتهم إن أخفاه ، فلذلك ضمن الثمن تعويلاً على تتميم العقد ، لأنه وقع صحيحاً .

قوله: (وإن وقع بيع الخيار فاسداً)^(١) . هذا فيه شائتان:

إحدهما: تُوجب الضمان من البائع وهي كونه على الخيار .

والثانية: توجب أن الضمان من المبتاع ، وهي قبضه إيّاها في بيع فاسدٍ ، فصار متعدياً بالقبض شرعاً ، فعلى هذا ينبغي أن يضمنها المشتري كالغاصب يضمن بالقبض لأنه متعديٌّ ، لكن غلبنا الشائبة الأولى حملاً للبيع الفاسد على الصحيح ، أو الأصل أن السلعة في ضمان بائعها ما لم تخرج عن ملكه ، والبيع الفاسد إذا كان منبرماً فهل ينقل [١/٦١] شبهة الملك إلى المبتاع (٠)^(٢) الملك أو لا ؛ قولان ، وإذا كان الخلاف في البيع الفاسد المنبرم فيجب في الفاسد الذي وقع بصحة غير اللزوم لا ينقل الملك ولا شبهته .

قوله: (لأن ذلك يصير تارة سلفاً ، وتارة بيعاً)^(٣) . هذه علة فاسدة تنقض

بأن ينقده طائعا بعد تمام العقد ، لأنه سلف وبيع لكنه صح .

(١) التهذيب (١٩٢/٣) .

(٢) فراغ في المتن قدر حرف .

(٣) التهذيب (١٩٣/٣) .

وإنما التعليل الصحيح أن يقال: لأنه سلف جر نفعا، وإذا نفذ طائعا بعد العقد فليس في مقابلة ذلك نفع، لأنه وقع بعد العقد.

قوله: (جاز أن يتطوع بالنقد)^(١). إلا في الثلاثة المواضع، أما بيع الأمة فيها المواضعة بالخيار فيها علة وهي: فسخ دين فيما يتأخر قبضه. وسائرهما فيها علتان فسخ دين فيما يتأخر قبضه، وفسخ دين في دين.

[قوله]^(٢): (وإن اشترى بالخيار على أن ينقد ثمنها فأصاب السلعة عيب في أيام الخيار فعلم به ورضيه، وحدث بها بعد أيام الخيار بعد أن قبضها عيب مفسد). إلى آخرها^(٣)، فهذه المسألة فيها ثلاثة عيوب:

أحدها يلزمه لأنه طرأ في أيام الخيار، والثاني من البائع، والثالث من المشتري، والبيع وقع فاسداً^(٤) فلا يُعتبر فيه الثمن بل القيمة تقوم مقامه، فإن اختار إمساكها قومت بالعيب القديم والذي في أيام الخيار، ودفع له قيمتها، ولا خلاف في أنها تقوم كذلك بخلاف التي بعدها.

والفرق: أنه هنا لما اختار إمساكها لم يكن ذلك لرضاه بالعيب القديم، ولكن اضطر إلى ذلك، لأنه إن ردها احتاج أن يرد قيمة العيب الذي حدث عنده، وإن اختار ردها قدمت ثانية بالثلاثة العيوب فما بين القيمتين يرد معها.

قوله: (لأنه بيع فاسد)^(٥). قد تقدم أن الرد بالعيب في البيع الصحيح لا يفите

(١) التهذيب (١٩٣/٣).

(٢) ما بين المعقوفين ليس في المتن، والمسألة بنصها من التهذيب.

(٣) التهذيب (١٩٣/٣).

(٤) في المتن: فاسد، والصواب ما أثبت.

(٥) التهذيب (١٩٣/٣).

تغير السوق ، وأما البيعُ الفاسد فلا يُفِيْتُ الرَدَّ بالعيبِ فيه أيضاً حوالة سوقٍ ، وإن لم يكن عيبٌ فإنه يفيت الرَدَّ فيه حوالة السوق ، أي إذا فات عند المبتاع بحوالة سوق ، ورجع إلى القيمة ، ولم يرده إلى بائعه لما تقدم من أن البائع والمشتري سواء بينهما في البيع الفاسد لاشتراكهما فيه ، ففات بحوالة السوق ردُّ المبيع ولزمته القيمة ، وقد تقدم في البيع الصحيح إذا اطلع فيه على عيب قديم ، فإنه يخير المبتاع بين إمساكه بجميع الثمن أو رده ، فإن أمسكه فقد رضي بالعيب ، فصار عنده بمنزلة الصحيح فلذلك لزمه بجميع الثمن .

وكذلك إن كان فيه ثلاثة عيوب كهذه المسألة ، فإنه يخير بين أن يمسكه بجميع الثمن للعلة المذكورة ، فإنه رضي بالقديم ، وبالذي طرأ في أيام الخيار ، أو يرده مع أرش الذي طرأ عنده في ضمانه ، إلا أنه في البيع الصحيح يقوم ، إذا أراد إمساكه قوّم مرتين ، أو رده قوّم لما قلنا ، وذلك لاعتبار الثمن .

وفي البيع الفاسد يقوم في الإمساك مرة واحدة صحيحاً ، لأنه لما أمسكه رضي بالعيب فكذلك صحيحاً ، فلزمته تلك القيمة لأن الاعتبار في البيع الفاسد بالقيمة لا بالثمن ، لأنه لا حكم له ولذلك قوم مرة واحدة كما لزمه في البيع الصحيح ثمنه إذا أمسكه له على تقدير الصحة ، وإذا رده قوم بعد ذلك على أنه بالعيوب الثلاثة فيما نقص عن القيمة الأولى رده معه .

قوله : (من قيمتها يوم قبضها)^(١) . مذهب ابن القاسم : أنها تقوم يوم قبضها صحيحة لما قلنا من أنه لما رضي بإمساكها ، فكأنه لم يلتفت إلى ذلك العيب فقوّمت صحيحة ، وهو قول أشهب .

وقال سحنون : بل تقوم بالعيب القديم ، لأنه إنما باعها [٦١/ب] منه صحيحة ،

(١) التهذيب (٣/١٩٣) .



ولم يرجعها إلا معيبة فكأنه باع منه عشرة أجزاء ودفع له تسعة ، لأن العيب في مقابلة جزء ، فكيف يقوم ما لم يدفع له ؟ ووافق في البيع الصحيح أنه إذا وجد به المبتاع عيبا قديما فاختر إمسাকে فإنه يقوم صحيحاً ، ثم بالعيب القديم ، ورجع بما بينهما وذلك إذا وجد به عيبا آخر في ضمان المشتري .

قوله : (ولو لم يحدث عنده عيب مفسد^(١)) . إذا اختار حبسها في هذه فقد رضي بالعيب لأنه اختار حبسها بغير ضرورة دعتة إلى ذلك فقال ابن القاسم : يلزمه قيمتها يوم قبضها وتقوم صحيحة ، لأنه لما اختار حبسها بذلك العيب كأنها لا عيب فيها قومت صحيحة ، كما أنه في البيع الصحيح إذا وجد بها عيبا قديما فاختر إمساکها لزمه جميع الثمن ، لأنها صارت كأنها صحيحة فكذلك هنا ، كما لا خلاف في ذلك ولا يرد له قيمة العيب هناك إذا أراد إمساکها فكذلك هنا .

قوله : (فالمبتاع مصدق)^(٢) . هذا لا خلاف فيه ، وذلك لأمرين :

أحدهما أن البائع دفعه أمانة للمبتاع ، ولما صار أميناً فهو في ضمان ربه .

[قوله]^(٣) : الثاني : أن المبتاع مدعى عليه إخراج الثمن من ملكه ، لأن البائع بإنكاره يروم إلزام البيع له ، والقول قول المنكر .

ولو كان البيع على اللزوم ثم وجد المبتاع بالمبيع عيبا بعد أن قبضه فردّه فقال : البائع ليس هذا الذي بعت منك ، فالقول قول البائع ، لأنه صار في هذه مدعى عليه لأن المبتاع يروم نقض البيع ، وهذا يتفق فيما قد يشكل كالحلي ، وأما ما لا يعرف بعينه فلا يجوز قبضه في أيام الخيار كأنواع الطعام ، لأنه صير سلفاً وبيعا .

(١) التهذيب (٣/١٩٣) .

(٢) المصدر نفسه (٣/١٩٤) .

(٣) كذا في المتن ، وظاهر السياق يقضي بإسقاطها ، والله أعلم .



قوله: (فالقول فيها قول الرَّادِّ)^(١). مثال ذلك: أن يدفع له دنائير ليقبض منها دينارا له عليه فلما ردها إليه ، قال: ليست التي دفعت إليك فالقول قوله ، لأنه أمين .

قوله: (لم يكلف بينة)^(٢). لأنه لا يمكنه أن يقيم البينة على إياقه وتفلت الدابة ، بخلاف دعواه أنه مات بموضع لا يخفى ذلك فيه ، فلا يقبل منه إلا ببينة لأن الغالب أن ذلك لا يجهل ، ولو اتفق ذلك بصحراء لم يكلف بينة ، لأنه لا يمكنه أن يقيم بينة هناك على موتها ، فلذلك أعطينا كل شائبة مقتضاها .

قوله: (لا يقبل إلا العدول)^(٢). لأنها شهادة إلا أن يشيع ذلك فيقبل فيه العدل وغيره ، لأنه لا يشترط في خبر التواتر العدالة ولا الإسلام .

قوله: (بغير تفريط)^(٢). لابد أن يشهدوا بأن ذلك بغير تفريط ، وإلا فالمفريط ضامن .

قوله: (وقد عاينوا)^(٢). لابد أن [يعاينوا]^(٢) الشهود تلف ذلك ، ولا يكفي أن يقولوا: غرق المركب الذي كان فيه ، لإمكان أن يسلم متاعه .

قوله: (في الرهن والعارية ، والضياع)^(٣). يعني الموترين بصناعتهم كالخياط والصباغ ، لأن الضرورة تضم إلى دفع السلع إليهم على أي حال كانوا من عدالة أو فسق ، فجعل ضمان السلع منهم احتياطا على أربابها ، وأما الصناعات غير الموترة صنعتهم كالسمسار والحمال ، فإن هؤلاء لا تضم الضرورة إليهم إذ يمكن رب السلع أن يختار من ذلك من له دين ، وإن يتناول ذلك بنفسه فكان

(١) التهذيب (١٩٤/٣).

(٢) كذا في المتن ، والصواب الجاري على المشهور: [يعاينَ] .

(٣) في التهذيب «إذا شهدت بينة بهذا كان من البائع ، وكذلك إن ثبت هذا في الرهن والعارية ، والضياع كان من ربه» . (١٩٥/٣).

ضمان السلع التي تدفع إليهم من أربابها .

قوله: (ومسألة من باع سلعة ثم تبرأ بعد البيع)^(١) . مثاله أن يبيع منه عبدا فإذا تمت الصفقة ، قال له: هو آبق أو سارق وإباقه يثبت له ، فهذا لا يلتفت [قوله^(٢)] ، لأنه يتهم أنه أراد بذلك أن يدفع عن نفسه عهدة ذلك ، لأنه إنما وجدته سارقا أو ابقا ، وأثبت أنه عيب قديم رجع به عليه فلا يلزم ذلك إلا إن ثبت [١/٦٢] له أنه كذلك ببينة فيكون الخيار حينئذ للمشتري لأن التهمة تزول بإثباته ذلك .

قوله: (فليس له ردها من يده)^(٣) . حاصل هذا أن السلعة إذا كانت بيد من له الخيار من بائع أو مشتر ، أو نقصت أيام الخيار ، ثم ادعى من له الخيار حلّ العقد فإن كان له بينة أشهدهم على ذلك في أمد الخيار سُمع قوله ، وإلا لم يلتفت إليه ، ومضى البيع إن كانت بيد المشتري ، أو انحل إن كانت بيد البائع .

وأما إن كانت بيد من ليس له خيار ، وادعى ذلك ، فإن كان له بينة قُبِلَ قوله ، وإلا صح العقد ، وجبرا على إمضائه .

قوله: (واحتج بالتلوم للمكاتب)^(٣) . قاس ابن القاسم هذا على الكتابة فكما أن ما قرب من الأجل في حكمه في حق المكاتب فكذلك في الخيار .

وفرق أشهب بين المكاتب وغيره لأن الكتابة تؤدي إلى العتق ، والشرع تشوف إليه ، والبيع مكاتبه فلم يجر مجراه .

قوله: (لم يَجْزُ هذا البيع)^(٤) . قيل: إن هذه المسألة مثل أن يقول: أبيعك

(١) التهذيب (٣/١٩٤) .

(٢) كذا في المتن ، والصواب: لقوله .

(٣) المصدر نفسه (٣/١٩٥) .

(٤) المصدر نفسه (٣/١٩٦) .

هذه السلعة بكذا على إن لم تأتني بالثمن إلى كذا فلا بيع بينهما... قولان، فكذا في هذه.

وقيل: ليست هذه كتلك لأن البيع هناك منعقد، وهنا لم ينعقد... عكسها فلا يقاس عليها.

وقيل: الجامع بينهما الجهالة، لأنه هناك لا يدري هل يثمن هذه... المنعقد عند الأجل أو لا؟ وفي هذه لا يدري هل ينعقد البيع عند الأجل أو لا... فقد اجتمعا في الجهالة فامتنعا.

ولما كان الشرط فيها لا يخل بمقتضى العقد مضى وإن وقع... القاسم تجويز ابن أبي سلمة، لثوبين أحدهما بخمسة والثاني بسبعة... نقداً^(١)، كذا هو الفرض الذي يجيزه ابن أبي سلمة، لأنه لا يدري ما يقع... وما الثمن، فلذلك منعهما.

ووجه إجازة ابن أبي سلمة لذلك في الدراهم المتساوية، لأنه قال لا يخرجني إلى محذور، لأنه لا يخلو أن يأخذ الذي بخمسة، أو الذي بسبعة، فإن أخذتني بخمسة احتمل أن يكون ما اختار إلا هو فصح قوله، واحتمل أن يكون أولاً خيراً الذي بسبعة فبقين في ذمة البائع سبعة، ورجع الثوب الآخر إلى من نفعني به فخرج عنه إلا برضاه، فكأنه ردّ الثوب الأول إلى بائعه على جهة بيع بسبعة فعمرت ذمة كل واحد لصاحبه بسبعة دراهم فدفع له البائع عن السبعة التي عنده ثوباً بخمسة، ثم دفع المشتري إلى البائع من السبعة التي كانت عنده خمسة دراهم وحطه درهمين، فإن أخذ الذي بسبعة احتمل أيضاً أن يكون ما اختار أولاً خيراً

(١) كذا في المتن.

ذلك فصَح قوله وأن يكون اختار أولاً الذي بخمسة ثم باعه منه بسبعة ، دفع له فيها الثوب الذي بسبعة ، ثم دفع له المشتري الخمسة الباقية عنده ، وزاده درهمين .

قوله: (أرأيت إن مرض هذا المبتاع)^(١) . يريد أن ذلك البيع لا يجوز لما فيه من المشقة على المبتاع بتحمله ذلك ، فليس من بيوع المسلمين .

قوله: (وجعل له من الأمد ما ينبغي)^(٢) . لأن السلع تختلف فكانت آجال الخيار مختلفة باختلافها ، وهي معلومة بالعرف فرجع إليه لأن العرف كالشرط .

قوله: (بثوب من ثوبين يختاره)^(٣) . لابد أن يكونا متساويين وإلا فإن اختلفا فرئ احتمال أن يختار أحدهما ثم ينتقل عنه ، ويبعد ذلك في المتساويين .

وكذلك في خمسين ثوباً من مائة ثوب كلها متساوية ، لأن الانتقال فيها ضعيف ، وقد وقع الإجماع هنا مع المخالف على جواز إردب من صبرة تمر أو طعام ، وإن احتمل أن يختار جهة منها ، ثم ينتقل إلى جهة أخرى لأن ذلك ضعيف .

قوله: (وإن اختلفت القيم)^(٣) . [٦٢/ب] هذا محمول على أن يزيد ثمن أحدهما على ثمن الآخر يسيراً جداً ، لأن اليسير في حكم التَّبَع ؛ فكأن الثمن فيها واحد فلم تكن جهالةً .

وأما إذا اختلف الثمنان اختلافاً بيّناً فإنه يمنع لقوة الانتقال في ذلك ، ولهذا منع في ثوبين مختلفين ، وإن كان ثمنها واحداً لقوة الانتقال .

قوله: (لأنه خطر)^(٣) . لأنه لا يدري ما يأخذ ، وهل إذا اختار أحدهما انتقل

(١) في التهذيب «أرأيت إن مرض المبتاع» . (١٦٩/٣) .

(٢) في التهذيب: وضرب له من الأجل ما ينبغي . (١٩٦/٣) .

(٣) المصدر نفسه (١٩٦/٣) .



إلى غيره أم لا ، بخلاف الجنس الواحد ، لأنه تساوي أحاده فرضاً ، فلا يكون فيه انتقال^(١).

قوله: (على أن يختار منه عدداً يقل أو يكثر)^(٢). أما المبتاع فيجوز أن يشترط اختيار عدد من جملة متساوية الآحاد ، ومن جنس واحد قل ذلك أو كثر ، لأنه لا جهالة فيه لاستواء الآحاد فلا انتقال في ذلك ، وأما البائع فالمذهب أنه لا يجوز أن يبيع جملة على أن يختار إبقاء بعضها إلا في اليسير .

والفرق: أن البائع عارف بما باعه ، فلو جعل له ذلك لتمسك بخيار المبيع وأسلم شراره ، وليس كذلك المبتاع ليس مثل البائع في العلم بذلك ، ويلزم على هذا التعليل إذا كان المبتاع خبيراً بالمبيع مثل أن يكون أجيراً فيه لا يجوز له ذلك كالبائع ، لكن هذه صورة نادرة ، فلو وقعت لم تجز ، لأنه لا اعتداد بالنادر ، وأما فيما قل كشاة من مائة ، فإن ذلك يسير مغتفر في بعد ذلك ففي البائع ثلاثة أقوال: أحدها: أنه كالمشتري يجوز له أن يستثنى اختيار بعض المبيع مطلقاً. والثاني: يستثنى الثلث فما دون ، الثالث: لا يستثنى إلا ما هو أقل من الثلث وهو المذهب .

قوله: (ما لم يذكر البائع خياره)^(٢). يعني أن يقول أحدهما: بعت منك هذه العدة إلا عشرة ، ولا يقول كان اختارها ، فإنه يكون حينئذ شريكاً بذلك الفرد من العدة .

(١) قال في الحاشية ما نصه: «قوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِمَا نَعْبُدُ﴾ أنكحه إحداهما على أن يختار موسى ، وهذا شرع من قبلنا ولا يجوز في شرعنا للجهالة في ذلك حال العقد ، وقيل: لم يعقد على الجهالة وإنما قال: أريد فقال: اختر ، فيقع العقد بعد الاختيار على علم لا قبله ، حاشية بخط المصنف» .

(٢) التهذيب (٣/١٩٧) .



قوله: (على أن يختار من صبر صبرة)^(١). إنما امتنع هذا لأن الصبر وإن كانت متماثلة في التقدير فتمائلها مجهول ، والجهل بالتمائل كتحقيق التفاضل ، فلو باع ذلك لأمكن أن يختار وينتقل من صبرة إلى صبرة ، وفي ذلك بيع طعام بطعام مجهولٍ التماثل ، وفيه بيع الطعام قبل قبضه ، لأنه على تقدير أن يختار أولاً صبرة ثم ينتقل بعد ما باعها قبل قبضها ، وإن تأخر قبضه لما يختاره أخيراً دخله بيع الطعام بالطعام غير يد بيد .

قوله: (كذا وكذا عِدْقاً)^(٢). العِدْق بالكسر هو العنقود ، وفيه العلل المذكورة .

قوله: (إن كان على غير الكيل)^(٣). لأنه إن كان على الكيل أي حينئذ يدخله التفاضل ، لأنه يدع هذه وقد قبل اختيارها ويأخذ غيرها .

قوله: (وكذلك إن اشترى منه عشرة أصوع محمولة أو تسعة سمراء بدينار)^(٤). هذه من بيعتين في بيعة لأن الكيل مختلف ، والسمراء أجود من المحمولة ، وعلى تقدير الانتقال يدخله بيع الطعام قبل قبضه والتفاضل ، ولو كان على غير الإلزام لجاز لانتفاء الجهالة .

قوله: (ويدخله بيعه قبل قبضه)^(٥). لأن الثمرة طعام .

(١) في التهذيب «على أن يختار من صبر مصبرة» . (١٩٧/٣)

(٢) المصدر نفسه (١٩٧/٣) .

(٣) في التهذيب «إن كان على الكيل» . (١٩٧/٣) .

(٤) نص المسألة في التهذيب (وكذلك إن اشترى منه عشرة أصع محمولة بدينار أو تسعة سمراء على

الإلزام لم يجز ، ودخله ما ذكرنا ، وبيعه قبل قبضه ، وكذلك هذه الغنم عشرة بدينار أو هذا التمر

عشرة أصع بدينار إلزاماً ، ويدخله بيعه قبل قبضه وهو من بيعتين في بيعة) (١٩٧/٣ - ١٩٨) .

(٥) المصدر نفسه (١٩٨/٣) .

قوله: (وكذلك إن ابتاع ثمر أربع نخلات)^(١). لأن ذلك طعام، وتقدير الانتقال يدخله ما ذكرنا.

قوله: (ولو ابتاعها بأصولها بغير ثمر جاز ذلك بالعروض)^(٢). لا بد من فرض التساوي في ذلك ليضعف حكم الانتقال، وكذلك في العروض لا بد فيها من فرض التساوي.

قوله: (وليس كالبائع)^(٣). هذه المسألة كما قال سُئل فيها مالك وبقي ينظر في إجازتها نحو من أربعين ليلة، فإذا جاء السائل قال له: إئتني غدا فلما كان بعد قال: يجوز.

ووجه الإشكال فيها؛ ما قلنا من خوف الانتقال، ومنعها ابن القاسم، وإن وقعت عنده صح وعلل إمضاءها بإجازة مالك لها، وعلى هذا فمن باب أخرى ألا يجيزها في المبتاع إذا كان عالما بالمبيع [١/٦٣] وخرج من قوله: «أجزته لقول مالك»^(٤)، أن ابن القاسم مقلد لا مجتهد، وقيل: لا دليل في ذلك لأن المجتهد إذا ضاق عليه الوقت ولم يمكنه فيه النظر مثل أن يُسأل عن صلاة يخاف فوات وقتها أو عن رجل يخاف موته لأنه في النزاع، فإنه يجوز له التقليد لمن شاء من الأئمة وكذلك ابن القاسم، يمكن أن يُسأل والوقت ضيق عن النظر^(٤).

(١) التهذيب (١٩٨/٣).

(٢) في التهذيب: (كالعروض). (١٩٨/٣).

(٣) المصدر نفسه (١٩٨/٣).

(٤) في المدونة: «قال مالك: ذلك له جائز وما رأيت أحدا من أهل المعرفة يعجبه قول مالك في ذلك فلا يعجبني أيضا الذي قال مالك من ذلك في كتبه في النخل يختارها البائع وما رأيت حين كلمته في ذلك عنده حجة ولقد أوقفني فيها نحو من أربعين ليلة ينظر فيها ثم قال لي: ما أراه إلا مثل الغنم يبيعها الرجل على أن يختار منها عشر شياه فلم يعجبني قوله لأن الغنم بعضها ببعض لا بأس بها متفاضلا يدا بيد والتمر بالتمر متفاضلا لا خير فيه فإذا وقع أجرته لما قال مالك في ذلك، =

قوله: (وجعله كمن باع غنمه)^(١). إذ أن مالكا شبه هذه المسألة بهذه الأخرى، وفرّق ابن القاسم بين المسألتين.

ومذهب مالك أولى لأن الاستثناء في البيع إنما يصحّ فيه أنه مبقى على ملك البائع لا يخرج عن ملكه ثم راجع إليه بيع آخر، وإذا كان مبقى فالبائع لم يخرج عن ملكه ما استثناه، وإذا لم يخرج عن ملكه فما اختار باق على ملكه فلو قدر انتقاله منه ما كان في ذلك بيعاً.

والذي يدل على أن المستثنى مبقى: مسألة من باع تمر حائطه واستثنى منه كيلاً معلوماً؛ فلو قلنا أنه غير مبقى لكان قد خرج عن يد المشتري عيناً وتمر في تمر، وذلك لا يجوز. وإبطال ابن القاسم هذه المسألة يدل على أنه يرى أن الاستثناء مخرج عن الملك.

وأيضاً فقد نقض أصله ابن القاسم في مسألة وهي: أن يبيع داره بمائة ويستثنى سكناها مدة معلومة، فقال ابن القاسم: لا يرجع البائع على المشتري بشيء من السكنى، وهذا لأن الاستثناء يبقيه على ملك البائع ولم يكن له الرجوع، وقال أصبغ في هذه المسألة: يرجع عليه بذلك بناء على أن الاستثناء إخراج له عن ملكه، ثم اشتراه ثانياً من المشتري فوجب أن يرجع بذلك، وأيضاً فلأن المشتري اشترى منه الدار بمائة وبسكناها مدة فبقي له عنده جزء من الثمن وهو السكنى.

= ولا أحب لأحد أن يدخل فيه ابتداء ولا يعقد فيه بيعاً وهو إذا لم يشترط الخيار أجزت البيع وجعلت له من كل نخلة بقدر ما استثنى إن كانت عشرة من مائة جعلت له عشر كل نخلة على قدر طيبها ورداءتها حتى كأنه شريك معه فهذا لا بأس به». (٢٣٧/٣)

(١) التهذيب (١٩٨/٣).



قوله: (ولا بأس به في الكباش)^(١). لأن الغنم لا يكون فيها تحريم التفاضل بخلاف الطعام، وإذا كانت متساوية فالانتقال فيها لا بأس به.

قوله: (ولم يشترط أن يختار)^(٢). هذا قد تقدّم، لأنه إذا استثنى عدداً ولم يشترط أن يختاره كان شريكاً فيه بذلك الجزء، وإذا ذكر الاختيار كان نصاً على القسمة فدخلها عليها.



(١) التهذيب (١٩٨/٣).

(٢) في التهذيب «ولو لم يشترط البائع أن يختار جاز البيع، وكان شريكاً بجزء العدد الذي سمي في ثمر كل نخلة». (١٩٩/٣).

كتاب بيع الغرر^(١)

قوله: (ثيابا مطوية)^(٢). يعني من غير تقدّم رؤية ولا على صفة ولا على خيار، بل على اللزوم، فهذا لا يجوز في الغالب إلا على أحد هذه الوجوه.

ولنا في بيع الغائب قولان: الجواز وهو مشهور المذهب، والثاني المنع. ولا يجوز عند أبي حنيفة إلا على الخيار، وإن كان بعد رؤية متقدمة أو صفة، واحتجوا بحديث «مَنْ ابْتاعَ مَا لَمْ يَرْ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَى»^(٣) وأخذ بعمومه، وهو لا شك مخصوص بالسلم لأنه إذا سلم في مضمون في الذمة على الصفة فإنه يلزمه بلا خلاف، وإنما صح تخصيصه بها فيتطرق إليه أيضا التخصيص بوجه آخر، وإنما الحديث عندنا محمول على ما إذا لم تتقدم رؤية ولا وصف له.

قوله: (فهو مدع)^(٤). وجهه أن الفرض أنه لم يمض وقتا تتغير فيه عرفاً، ولم يبين ذلك إلا بمجرد قوله، كالمبتاع يدعي عيبا في المبيع، فالقول للبائع لأن الأصل استصحاب الواقع الثابت، ووجه قول أشهب أن الأصل براءة الذمة، والمبتاع غارم.

(١) هذا الكتاب تقدم هنا في الترتيب، وقد جاء في التهذيب بعد كتاب المراجعة وكتاب الوكالات، بعنوان: (كتاب الغرر والملاسة). التهذيب: (٢٢٥/٣).

(٢) التهذيب (٢٢٥/٣).

(٣) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى. كتاب البيوع، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة. قال: «أخبرنا أبو حازم الحافظ، أنا أبو الفضل محمد بن عبد الله بن محمد بن خميرويه، أنا أحمد بن نجدة، ثنا سعيد بن منصور، ثنا حماد بن زيد، عن أيوب، قال: سمعت الحسن، يقول: «من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه».

(٤) التهذيب (٢٢٦/٣).

قوله: (وقد قال مالك)^(١). هذا احتجاج لقول ابن القاسم، وأراد مضي الزوم من وقت الرؤية أمدًا لا ينعقد فيه عُرفًا، كاليوم فما دونه لأنه الفرض.

وبيع الملامسة، والمنابذة من بيوع الجاهلية المنهي عنها، ومعنى ذلك أنه متى لمَسَ سلعةً من السلع أو نبذَها له فقد لزمته جبراً بكذا. وهذا غَرَرٌ وخطرٌ لأنَّ كل واحد يروم غلبة صاحبه، وفُسر أيضاً بيع المنابذة بأنه بيع الحصاة لأنه [٦٣/ب] يقول: أيُّ سلعة نبذتَ عليها حصاة لزمك بكذا.

قوله: (ومن الغرر شراء راحلة ضلت)^(٢). لأنه لا يدري هل هي باقيةٌ أو هالكةٌ، وعلى تقدير بقائها لا يدري موضعها ولا على أي صفة يجدها.

قوله: (وكل ما وجد على ما كان يعرف أو على الصفة لزمه)^(٣). خلافاً لأبي حنيفة يرى أنه على الخيار وإن كان على تقدم رؤية أو على صفة.

قوله: (إلا على أحد أمرين)^(٤). ثم ذكر ثلاثة أمورٍ فأنكر بعضُ أهل المذهب الثالث، وهو بيع الغائب على الخيار، وادعى أنه دُسَّ في المذهب، وأنه لا يجوز بيع الغائب عندنا إلا على رؤية تقدمت أو صِفَةً، وأن ذلك أُدخل في المذهب من مذهب أبي حنيفة لأنَّ مدونةَ أسد بن الفرات^(٥) فيها كثير من مذهب أبي

(١) التهذيب (٢٢٦/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٢٧/٣).

(٣) في التهذيب «وكل ما وجد على ما كان يعرف منه، أو على ما وصف له، لزمه ولا خيار له». (٢٢٧/٣).

(٤) المصدر نفسه (٢٢٧/٣).

(٥) أبو عبد الله أسد بن الفرات بن سنان، ولد بحرّان من ديار بكر سنة (١٤٢هـ). دخل القيروان (سنة ١٤٤هـ)، ثم تونس، تفقه على علي بن زياد، ولقي مالكا في المشرق فسمع منه الموطأ وغيره، ثم ذهب إلى العراق فلقى أبا يوسف ومحمد بن الحسن، وغيرهما، ثم رحل بعد وفاة مالك إلى مصر، فلقي ابن القاسم وكتب عنه الأسدية، وقدم بعدها إلى القيروان فولّي القضاء =



حنيفة . والصحيح أنه من المذهب ، وأن مذهب أبي حنيفة إنما هو ما تقدم من أن بيع { الغائب على } الخيار أبداً .

قوله : (وقد كانت يوم الصفقة على ما وصفت أو ما رأى)^(١) . أي إذا ثبت أن المبيع يوم العقد على ذلك لزم المبتاع ، وإن ثبت تغيره قبل العقد لم يلزمه .

قوله : (وهي من البائع)^(٢) . لا يخلو الغائب أن يكون مما لا يتغير غالباً كالدار والأرض ، فضمان هذا من المبتاع من وقت العقد ، وإن كانت مما يُسرع إليه التغير كالحيوان والثياب ، ففيها أربعة أقوال :

أحدها أن ضمانها من البائع حتى يقبض ، لأن الغائب فيه حق توفية فأشبهه الطعام ولأنه كبيع الخيار ، والثاني من المبتاع كسائر البياعات لأنه لا توفية فيه ، والثالث أنه من المبتاع إلا أن يشترط على البائع أنه لا يكون منه حتى يقبضه ، ووجهه أنه بيع معين كالحاضر الذي لا توفية فيه ، والرابع أنه من البائع إلا أن يشترط أنه على المبتاع^(٣) .

قوله : (والنماء والنقص كالهلاك)^(٤) . أي في الضمان لأن تغيير الصفات كتغيير الذات .

= بها ، ثم إمارة الجهاد لغزو صقلية مع ولاية القضاء ، وتوفي وهو محاصر لها سنة (٢١٣ هـ) .
(١) في التهذيب « قال ابن القاسم : وما ثبت هلاكه من السلعة الغائبة بعد الصفقة وقد كان يوم الصفقة على ما وصف للمبتاع ، أو على ما كان رأى » (٢٢٧ / ٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٢٧ / ٣) .

(٣) قال ابن شاس : « والظاهر من المذهب (أن) ضمان المبيع الغائب من بائعه إلا أن يشترطه على المشتري . وروي أنه من المشتري إذا أدركته الصفقة سالماً . وروي أن الضمان من البائع إلا في الديار والعقار . وقال ابن حبيب : الديار والعقار من المشتري ، وما كان سوى ذلك قريب الغيبة يجوز اشتراط النقد فيه ، فمصيبته من البائع . وما كان بعيد الغيبة لا يجوز النقد فيه ، فمصيبته من المشتري » (٢٢٨ / ٢) .

(٤) في التهذيب « والنقص والنماء كالهلاك في القولين » . (٢٢٨ / ٣) .

باب بيع البرنامج

وهو كتاب فيه ذكرُ سلعٍ مشدودة في عدل ، وذكرُ طولها وعرضها وصفاتها ، وكان ينبغي ألا يجوز بيع ذلك على الصفة لأن بيع الصفة إنما أجزناه في الغائب للضرورة ، وأما الحاضر فلا ضرورة فيه إلى ذلك ، إلا أنه لما كان في حلّ المتاع المشدود لكل مبتاع مضرّةً برّبّه وفساد يلحق المتاع سوغ ذلك^(١).

قوله: (فإن لم يغب عليه)^(٢). يعني حتى نظر إليه فوجدّه مخالفا للصفة أو كانت معه بيّنة لم تفارقه ، أو اعترف البائع له بذلك فيكون مخيرا في التزامه وردّه ، وإن غابَ عليه وحده وادّعى الخلاف ولم يعلم ذلك إلا بقوله وأنكر البائع وقال: ما بعْتُ منك هذا ، فالقول قول البائع لأنه مدّعى عليه ، وتعمير لزمته ، والأصل براءة الذمة ، لأن المبتاع صدّقه إذ قبض على صفة ، أي لما صدّقه في الصفة وكان قادرا على أن لا يقبض حتى ينشرها فنزل تصديقُه منزلة إقراره بالصفة ، ولو أقر بأنها على صفة البائع لها ثم رجع يُنكر بعد ذلك لم يُقبل منه فكذلك تصديقُه.

قوله: (فما عليه إلا اليمين)^(٣). إنما كان القول قول الصيرفي لأن ربّ الدينار صدّقه حين قبض منه الدراهم أنها جيّادٌ ، فكان ذلك منه كالإقرار بجودتها فلا يقبل إنكاره بعد ، ولأنه مدّعى عليه غرم زيادة ، والقول قول الغارم.

قوله: (في علمه)^(٣). هذا المذهب أنه يحلف على علمه لا بالقطع ، لأنه لو كُلف اليمين على القطع لكان ذلك إجماعاً له إلى الكذب وما لا يجوز له ، لأنه

(١) انظر: شرح التلقين (١٧/٢) ، مناهج التحصيل: (٣٦٦/٦) ، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاب: (٢٤٦/٥) .

(٢) التهذيب (٢٢٨/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٢٩/٣) .

لا يحقق ذلك ، وقال أشهب ، وهو قول الشَّافِعِي : لا يبريه إلا أن يحلف على القطع ، لأن المدعي يدعي القطع فلا يسقط دعواه إلا بنفيها بالقطع ، وقال أصبغ : إن كان رب الدراهم [١/٦٤] صيرفيا فيلزمه أن يحلف على القطع ، لأنه عارف بالجيّد والرديء منها ، وإلا حلف على العلم .

قوله : (صدق الدافع أن فيها كذا)^(١) . فهذا بمنزلة إقراره أن فيها ذلك فلا يقبل إنكاره بعد ، ولأنه يدعي تعمير ذمته بالزائد .

قوله : (بجزء من أحد وخمسين)^(٢) . لأن الثوب الزائد لا يتعين فيحتمل أن يكون كل واحد منهما هو ذلك الزائد ، وإذا احتمل كان معه شريكاً في الجملة بجزء منها ، وفي بعض النسخ : بجزء من اثنين وخمسين^(٣) ، وهو مشكل ، ووُجّه على أن هذه الثياب بلفافة هي زائدة على عدتها وقع البيع على الكيل بلفائفها ، وفي الرواية الأولى لم يقع على اللفافة أو لم يكن بلفافة ، ونظيره أن يبيع منه نخلا معلومة العدد إلا واحدة لا بعينها ، فيكون شريكاً له بجزء من الجميع .

قوله : (يرد منها ثوباً كعيب وجده فيه)^(٤) . وذلك أن يقسم على الجملة على أحد وخمسين فما خرج للواحد نظر لثوب منها يرد ، فإن زادت قيمته رد البائع الزائد ، أو نقص أخذ الناقص ، وإن ساوت ذلك فلا إشكال .

قوله : (وضع عنه من الثمن جزءاً من خمسين)^(٤) . هذا إذا كانت متساوية ،

(١) التهذيب (٢٢٩/٣) .

(٢) في التهذيب (إحدى وخمسين) (٢٢٨/٣) .

(٣) كما تجده في النسخة الخطية المحفوظة بزاوية الشيخ الحسين سيدي خليفة (ميلة) ، تحت رقم

٦٥٢م وعليها تملك محمد بن عبد الكريم الفكون ، وهي مقابلة وبخط مغربي وعليها حواشي ،

انظر فهرس جامعة قسنطينة .

(٤) التهذيب (٢٢٩/٣) .

وإن اختلفت فلائنه يحتمل أن يكون من أعلاها ومن أدونها.

ونظيره أن يدفع له دينارا فيجعله في دنائره ثم يسقط من المجموع واحداً، فيحتمل أن يكون الساقط هو ذلك الدينار، أو من العشرة فتكون الباقية بينهما على أحد عشر.

قوله: (إن وجد الأكثر لزمه بحصته من الثمن)^(١). لأن العقد لم يفسخ لوجود الحل، وإنما يسقط عنه ما يقابل الأقل، وإن وجد اليسير انفسخ البيع فلم يكن له أخذ الباقي، لأنه إنشاء بيع بثمن مجهول، لأن المجهول إذا نقص من المعلوم بقي مجهول، وإن وجد النصف كان مُخَيَّرًا في التزامه بنصف الثمن.

قوله: (وأخذها بمائة)^(٢). أي كل عشرة بمائة، فإذا نقص ثوباً من بعض الأجناس، فإن كان ذلك الجنس ربع الكيل فله ربع الثمن، ولعشره ربع عشر الثمن وهذا إذا كانت متساوية.

قوله: (ما زال الناس)^(٢). يعني أهل المدينة، كانوا يفعلون ذلك في الأمتعة تساق إليهم من الشام واليمن في اشتراء الغائب.

قوله: (وإن لم يصفها في الوثيقة)^(٢). لا يضر عدم ذلك في الوثيقة، بل الكتب ليس بشرط في البيع، وإنما يستحب ولكن لا بد من وصفها من المتعاقدين أو تقدّم رؤية أو بيعه على الخيار كما تقدم.

قوله: (فلا بأس به)^(٢). ولا يقال إن ذلك دين بدين لأن كل واحد منهما

(١) في التهذيب «وإن وجد في الثياب أكثر مما سمي لزمه بحصته من الثمن، وإن كثر النقص لم يلزمه أخذها، ورد البيع» (٢٢٩/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٣٠/٣).

معين كالحاضر ليس في الذمة ، وإنما يطرأ الدين في الدين إذا كان في الذمة بفسخ سلم في دين آخر .

قوله: (وإن ضربا لقبضهما أو لأحدهما أجلاً لم يَجُزْ)^(١) . إنما امتنع هذا ، لأنه يصير شرطاً بينهما إن لم يأت به إلى أجل وإلا فلا بيع ، وهذا شرط مفسد ، لأنه يورث جهلاً في العقد إذ لا يدري على ما يدخلان عليه من بيع أو غيره ، وأيضاً فإن فيه - إذا كان الثمن عيناً - إن نَقَدَا بيعاً وسلفاً ، لأنه على تقدير إمضاء البيع بيعٌ ، وعلى تقدير إبطاله سلفٌ ، وإن لم ينقد ففيه الجهل وضمانٌ بجعل ، لأنه بالعقد لا يصير في ضمان المبتاع على أحد القولين ، فقد زاده في الثمن في مقابلة الضمان زيادة مجهولة .

وإذا نقص المجهول من المعلوم بقي مجهول ، ولأنه لو جاء بها قبل الأجل لم يلزم المبتاع قبضها إلى الأجل ، فيكون في ضمان البائع إلى الأجل بخلاف بيع الغائب دون شرطٍ أجلٍ ، لأنه يقول له: إن قدرت على التوصل إليها متى أردت فذلك له ، ولا بشرط فيه يتقيه ، فهذا الشرط بينهما .

قوله: (كرهته)^(٢) . لأنه فيه ما تقدم .

قوله: [٦٤/ب] (أَمْضِيَّتُهُ)^(٢) . لأنه شرط خارج العقد مع قرب الأجل بعد تمام العقد ، بخلاف المسألة المتقدمة ليس فيها إلا المنع ، لأن البيع انعقد فاسداً فلا يضر بخلاف الفساد في أحد الأركان ، كالثمن أو المثلون ، وإذا بطل الشرط فهل يبقى الثمن إلى أجله أو يصير حالاً ؟

(١) في التهذيب «أو لقبض أحدهما» (٢٣٠/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٣٠/٣) .

وَجْهَ الْأَوَّلِ أَنَّهُمَا دَخَلَا عَلَى الْأَجْلِ ، وَوَجْهَ الثَّانِي أَنَّهُ إِذَا بَطَلَ الشَّرْطُ بَطَلَ مَقْتَضَاهُ وَهُوَ التَّأْجِيلُ .

وَأَشْهَبُ يَمْنَعُ ذَلِكَ الْعَقْدَ لِمَا فِيهِ مِنَ الْجَهْلِ فَيَفْسُخُهُ مَطْلَقًا ، إِلَّا إِلَى مِثْلِ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ ، لِأَنَّهُ فِي حَكْمِ الْمَقْبُوضِ .

قوله : (وجاز النقد فيه بشرط) ^(١) . لأنه لما كان قريب الغيبة صار كالحاضر بخلاف بعيد الغيبة ، لا يجوز النقد فيه بشرط ، لأنه تارة بيع ، وتارة سلف ، لأنه على تقدير تلفه يرد الثمن ، ويفسخ البيع .

قوله : (لغلبة الأمنفي غيرها) ^(٢) . فصارت كالحاضر ، إلا أنها قبل القبض هل تكون في ضمان البائع ، أو ينقل الضمان إلى المبتاع بالعقد ؟ قولان :

وَجْهَ الْأَوَّلِ أَنَّ الْمُبْتَاعَ مَمْنُوعَ مِنَ الْقَبْضِ بِسَبَبِ الْغَيْبَةِ ، فَلَا بَدَّ أَنْ يَمْضِيَ زَمَانٌ يُمْكِنُ فِيهِ الْقَبْضُ ، وَوَجْهَ الثَّانِي أَنَّهُ مَأْمُورٌ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَنْقَلِ الْمَضْمُونُ فِيمَا يَسْرِعُ إِلَيْهِ التَّغْيِيرُ ، لِأَنَّهُ تَارَةً يَكُونُ بَيْعًا وَتَارَةً يَكُونُ سَلْفًا .

وهذا بني على الخلاف في مسألة أخرى ، وهي : إذا باع موزونا كزيت فلما وضعه في الميزان واعتدل به تبدد بعد اعتداله ، فهل يكون من البائع لأنه بعد لم يوفه البائع ، أو من المبتاع لأنه ليس على البائع أكثر من ذلك ؟

فإن قلنا : لا ينتقل إلا بالقبض فكذلك هناك في بيع الغائب المأمون ، وبينى على ذلك الخلاف : هل يجبر المبتاع على نقد الثمن عند الإطلاق كما في الحاضر ، أو لا يجبر كالغائب سواء ؟ وليست الثياب كالديار لأنها تتلف وتتغير

(١) التهذيب (٣/٢٣٠) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٢٣١) .

وتسوق ، وتَهْدُمُ الدار نادرٌ ، ولذلك يجوز بيع دار في مراكش والمتعاقدان بمصر .
قوله : (وشرط أنه منه إن أدركته الصفة)^(١) . أي وهو سالم ، لأنه متى ثبت أنه هلك قبل انعقاد الصفة فهو من البائع ولا بيع .

قوله : (لم يَجُزْ أن يأخذ به كفيلاً)^(١) . أي بالسلعة لأن فائدة الضمان أنه إذا تلف المضمون كان مثله على الضامن ، وهنا إن تلف المبيع انفسخ البيع ، لأنه معين ، ولو دفع الثمن طائعا لصح أن يأخذ به كفيلا .

قوله : (فلا يجوز أن تتقايلا فيها)^(١) . الإقالة على المذهب بيع من البيوع إلا في أربعة مواضع ليس هذا منها ، فهي فسخ فإذا فرَّعنا على أن الضمان من البائع فيجوز ذلك ، لأنه لم يترتب الثمن في ذمة المبتاع ما لم يقبضه كبيع الخيار ، وإن فرَّعنا على أن الضمان من المبتاع فهو ممتنع ، لأنه بَيِّنَ أمرين : إما أن يكون سالما وقت العقد أو لا ، فإن لم يكن سالما فذلك كله فسخ ، وإن كان سالما فقد ترتب الثمن في ذمة المبتاع مؤخرا ، لأنه لا يجوز النقد في ذلك فيمتنع على أصل ابن القاسم من أنه لا يجوز فسخ دين فيما يتأخر قبضه لما فيه من أكل المال بالباطل ، لأن الغالب أنه لا يأخذه منه إلا بأقل مما يساوي لما فيه من التأخير .

قوله : (بمثل الثمن) . هذه الإقالة ، (أو أقل أو أكثر)^(١) : هذا بيع محقق ، وامتنع أيضا على تقدير سلامة الغائب ، وأن الضمان من المبتاع لما في ذلك من فسخ دين فيما يتأخر قبضه أيضا مع الزيادة أو النقص ، فيزداد المحذور ، لأنه مثلا ترتب له قبل المبتاع عشرة فإذا باعها منه بتسعة أو بأحد عشر وقاصه من ذلك ، فقد دفع عشرة في تسعة ، أو أحد عشر وفيه التفاضل وعدم المتاجرة ، ولو

(١) التهذيب (٢٣١/٣) .

كان نقد الثمن تطوعاً انتفى المحذور ، [١/٦٥] والإقالة بيع في هذه الصورة ، ولو كانت فسخاً جازت كلها .

قوله: (من ناحية الدين بالدين)^(١) . أي يشبه ذلك ، لأن فسخ الدين فيما يتأخر قبضه وهو معيّن ، ليس في الحقيقة ديناً في دين .

قوله: (ولا بأس أن يبيعها من غير البائع)^(١) . على القولين معا في الضمان لا خلاف أن له التصرف فيها وأنه قد ملكها .

قوله: (ولا يَنْتَقَدَ شيئاً من الثمن)^(١) . أي بالشرط ، لما قلنا من أنه تارة بيع وتارة سلف ، وكل موضع امتنع فيه النقد بشرط جاز على التطوع ، إلا في ثلاثة مواضع:

أحدها: بيع الأمة بالخيار وفيها مواضعة .

الثاني: السلم بالخيار .

الثالث: الكراء المضمون .

وذلك أنه لو نقد في أيام الخيار لكان سلفاً ، لأنه قدم ما لا يجب عليه ، فإذا تمت^(٢) الخيار ، ولزم البيع تحقق أنه ثمن فقد فسخ المبتاع الدين الذي كان له من السلف في الأمة ، وهي بعد في المواضعة ، وقبضها يتأخر ، فامتنع على أصل ابن القاسم في المواضع الثلاثة .

قوله: (لا بأس أن تقيله من أمة بعتها وهي في المواضعة)^(٣) . يعني أن الأمة

(١) التهذيب (٢٣١/٣) .

(٢) كذا في المتن .

(٣) في التهذيب «ولا بأس أن تقيله» (٢٣٢/٣) .



يوطأ مثلها إذا بيعت فلا بد أن تجعل على يد أمين حتى تحيض ، فيجوز لبائعها أن يقلل مبتاعها منه بثمن إلى أجل أو ينفد ، لأنه لا مواضعة عليه فيها ، لأن الماء ماؤه ، ولأنه ما غاب علينا المبتاع بعد ، وإنما بقيت عند الأمين فقد قبضها الآن ، فليس في ذلك فسخ دين فيما يتأخر قبضه ، ولأن الإقالة في الحقيقة فسخ لا بيع ، فلم يحتج فيها مواضعة ، بخلاف ما إذا أربحته أو زادك هو شيئاً فإنه يتحقق البيع ، لأن الإقالة تكون بالثمن الأول ، وإذا اختلف الثمن صار بيعاً ، وكان لا بد فيه من المواضعة لأن ذلك سنة البيع مطلقاً .

وإن اشتريت ممن بعث فلذلك امتنع النقد لأن ما طرأ عليها في هذه المواضعة المستأنفة من المبتاع ، فلا يجوز النقد بشرط .

قوله: (ويجوز للمبتاع بيعها)^(١) . كل أمة ليست من الوحش فإن بيعها يوجب فيها مواضعة ، إلا في مواضع يسيرة يأتي ذكرها إن شاء الله ، فإذا اشتراها بائعها ، وهي في المواضعة من بيعه ، فإنها تنقل إلى مواضعة أخرى مستأنفة ، وإن كان الماء واحد ، لأن ذلك حكم البيع بخلاف إقالته ، لأنها فسخ بيع لكن شبهت بالبيع فلم تكن مثله من كل وجه .

فرع:

لو باع أمة فيها مواضعة من رجل ثم اشتراها منه وهي في المواضعة بزيادة في الثمن ، ثم طرأ فيها عيب بعد البيع الأول في أيام المواضعة ، وقبل الثاني ، ثم ظهر بها حمل من الأول أو من غيره قديم ، فهل للبائع أولاً أن يرجع بالعيب فيردها لتسقط عنه الزيادة في الثمن ، ثم يردها المبتاع أولاً بالحمل ، ويأخذ الثمن

(١) التهذيب (٢٣٢/٣) .

الذي أدى فقط أو ليس له ذلك؟ قولان.

وسبب الخلاف أن ما يطرأ عليها في أيام المواضعة من العيوب فهي من البائع لأنها لم تخرج من ضمانه ما لم يبيعها المشتري في أيام المواضعة، فهل يكون ما حدث من العيوب على ملكه منه، لأنه لما تصرف فيها بالبيع فقد رضي بذلك؟ أو يكون من البائع، وهذا هو الصحيح لأنها إنما أمسكت للمواضعة من أجل أن تكون حاملة، ولا فرق بين حملها منه أو من غيره، لأنه عيب يوجب ردها فعلى الصحيح لا يكون له ذلك.

قوله: (بثوب في بيتك وَصَفْتُهُ)^(١). هذه المسألة فيها إشكال، لأن البيع على الصفة إنما أجزأه للضرورة في مغيب السلعة، أو المشقة في البرنامج، وهذا لا ضرورة فيه، فحملوه على أن ذلك إنما كان لضرورة مَنَعَتْ في حال العقد من الاطلاع عليه [٦٥/ب] حتى يصح البيع.

قوله: (ثم اشتريته منه)^(١). أي لما صح البيع الأول وصار الثوب ملكاً للمبتاع، باعه من بائعه منه بيعاً ثانياً يمتد واستأجر منه به داره للسكنى عامين.

قوله: (فجائزٌ إن علم أنه عندك)^(١). لا يصح البيع الثاني إلا بهذا الشرط، وهو أن يثبت أنه وقت البيع الثاني عند المبتاع ثانياً، وهو البائع أولاً، وإنما شرط، لأنه قال في مسألة أخرى وهي: لو باع منه سلعة ولم يدفعها له، ثم ادعى أنها تلفت فإن أقام بينة انفسخ البيع وإلا حلف وينفسخ أيضاً، وإن نكل لزمته القيمة، فلو لم يشترط كونها عنده في المسألة الأولى؛ لا حتمل أن يكون عنده فيقع البيع أو الإجارة بالثوب، أو بقيمته على تقدير تلفه فيكون العقد مجهولاً أحداً أركانه،

(١) التهذيب (٢٣٢/٣).

وهو الثمن .

وأيضاً على تقدير إن تسلم الدار التي استأجرها العام الأول ثم تنهدم في الثاني ويرجع عليه بما يقابل سكنى العام الثاني ، فلا يدري هل يرجع بنصف الثوب أو بنصف قيمته ؟ وهل تكون له قيمة السكنى على أصل ابن القاسم لما في الشركة في العبد من الضرر ، أو يكون شريكاً فيه بقدر ذلك على أصل أشهب ؟

قوله : (على أن يبتدئ بائع الدابة السكنى)^(١) . امتنع لأنه لا يجوز النقد بشرط في شراء الغائب للثمن ولا لبعضه ، وابتداء السكنى نقد لبعض الثمن ، فإن استأجرها بذلك لسنة من العقد ، وكان لا يتوصل إلى قبض الغائب إلا بعد شهر ، فهل يكون ابتداء السنة من يوم القبض أو من يوم العقد ؟ فكأنهما دخلا على أحد عشر شهراً ، إذ قد علم أن الثمن لا ينقد في البيع الغائب .

وهي مخرّجة على ما إذا باعه غائباً بثمن إلى سنة ، فهل يكون أولها من العقد أو من القبض ؟ قولان ، وليست كالأولى ، لأنه هنا يقبض المبتاع جميع المبيع ، بخلاف ذلك لأنه يتضرر بنقص شهر في أحد القولين ، ثم إذا تعذر عليه القبض بشهر آخر من قبل البائع فيبقى من السنة عشرة أشهر على أنها من القبض ، أو أحد عشر على أنها من العقد فيرجع عليه ببراء شهر ، وهل يرجع بذلك في رقة العبد فيكون له جزء من أحد عشر ، أو من اثني عشر ؟ هذا على قول أشهب ، وعلى قول ابن القاسم يرجع عليه بقيمة ذلك لما في الشركة في العبد من الضرر .

قوله : (وليس هذا من الدّين بالدين)^(١) . لأن منافع المعين معيّنة ، بدليل أنه لو انهدت الدار المستأجرة بطلت الإجارة .

(١) التهذيب (٢٣٢/٣) .

قوله: (المضمونان جميعاً)^(١). أي أن تكون الذمتان من الجهتين معمرتين، وإن كانت إحدهما معمورة دون الثانية صح، مثل أن يشتري سلعة بعينها غائبة بسلعة مضمونة إلى أجل، وكذلك بيع التمر بدين لأن التمر معين، لأنه متصل بمعين.

قوله: (وإذا بعدت الحوائط لم يجز شراء ثمرتها)^(٢). لأنها لا تبقى رطبة حتى يوصل إليها بل تتغير قبل ذلك.

قوله: (إلا أن يكون تمرًا يابساً)^(٣). أي إذا صارت كذلك فقد أمن تغيرها، ولا تفسد لبقائها على رؤوس النخل هذه المدة.

قوله: (فادعى البائع أنها هلكت بعد الصفقة)^(٤). تعارض هنا أصلان: أحدهما: أن الأصل بقاءها لأن الهلاك على خلاف الأصل فهذا يشهد للبائع. والثاني: أن الأصل براءة ذمة المبتاع فهذا يقوي دعواه أنها هلكت قبل البيع فلهذا اعتبر ملك تارة هذا، وتارة هذا.

قوله: (في قول مالك الأول)^(٥). يعني أن ضمانها من المبتاع قبل القبض، وأما على أن الضمان من البائع فلا يتصور هذا الخلاف.

قوله: (ويحلف له المبتاع)^(٦). لما ادعى كل واحد منهما العلم احتيج إلى

(١) التهذيب (٢٣٢/٣).

(٢) في التهذيب «ولو بعدت الحوائط جداً كإفريقية من مصر لم يجز شراء ثمرها خاصة بحال». (٢٣٣/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٣٣/٣).

(٤) في التهذيب «ويحلف المبتاع» (٢٣٣/٣).

تحليف المبتاع أنها لم تهلك بعد وجوب البيع ، وفائدة اليمين : أنه إن [١١/٦٦] نكل كان القول للبائع محققا ، وكذلك إن قلنا للمبتاع يحلف أيضاً البائع .

قوله : (والا فلا يمين عليه)^(١) . يعني أن اليمين إنما تكون إذا ادعى العلم ، وأما إذا تردد البائع فلا خلاف أنها منه ، كما لو قال لا أدري هل بعت أو لا فلا بيع .

قوله : (يجوز شراء طريق في دار رجل)^(٢) . إن اشترى رقبة الممر فيجوز مطلقا ، وإن اشترى المرور فلا بد من شرط أن يكون للمبتاع في ذلك توصل إلى ملك له في الحال ، أو يقدر شراؤه بعد ، كمن يكون له دار إلى جانب دار شخص فيريد أن يقطع ممره إليها الأول ، ويشترى ممرًا آخر إليها ، وأما إن لم تكن له فيه منفعة فلا يجوز شراؤه ، لأنه من أكل المال بالباطل فلا يجوز لهما الإقدام عليه ، فأطلق في الكتاب ولا بد من هذا التفصيل ، فإن وقع صحيحًا ثم استحق ذلك الملك الذي أراد التوصل إليه ، فهل يفسخ البيع في الممر لأنه لم يبق فيه منفعة فترجع قيمته على البائع ، أو يقال : إنه وقع صحيحًا فلا يعتبر ما طرأ بعد ذلك ؟

ونظيره أن الزرع قبل بُدُو صلاحه لا يجوز بيعه منفردا ، ويصح مع الأرض على جهة التبعية ، فلو استحققت الأرض بعد ذلك لبطل بيع الزرع قولاً واحداً ، لأنه لما بطل المتبوع بطل التابع كذلك هنا .

والفرق أنه في الزرع لا يمكنه التلافي لأنه لا يدوم فيه ، بخلاف الممر يدوم حتى يتحیل في اشتراء ذلك الملك المستحق أو غيره هناك .

قوله : (أو موضع جذوع من جداره)^(٢) . هذا مشكل في المذهب ، لأنه لا يجوز عند أحد الإجارة المؤبدة لأنها بيع المنافع ، ولا يجوز على التأبید للغرر

(١) التهذيب (٣/٢٣٣) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٢٣٤) .

في ذلك ، ولا يخلو أن يكون باعه رقبة الجدار وهو باطل إذ لا يجوز له أن يتصرف في شيء من الجدار بما سوى ذلك ، أو منافعه فينبغي أن يكون إلى أجل ، وليس كذلك لأنه دخل على التأييد .

ومتى اختل في حائطه شيءٌ لزمه بناؤه له حتى يتمكن من مقصوده ، وما جاء في الحديث من قوله ﷺ : «لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارُهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَةً فِي جِدَارِهِ»^(١) ، محمول عندنا على الاستحباب ، وإلا فله أن يمنع ذلك .

وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ فِي الْمَذْهَبِ شَاذٌ : أَنَّهُ يَجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ .

قوله : (إذا وصفها)^(٢) . يعني يصف غلط الجذوع وطولها .

قوله : (ويجوز هذا في الصلح)^(٣) . أي يعطيه عوضاً فيما يقابل ذلك على جهة الصلح ، وهو بيع من البيوع ، وهو ضربان ؛ على الإقرار والإنكار .

فالإقرار أن يدعي أن له عنده ثوباً فيقر له بذلك ويقول : خذ هذا في مقابلته ، فهذا بيع صريح .

والإنكار أن ينكر دعواه ولكن يقول : خذ في مقابلة دعواك كذا فهذا يشبه البيع ، وليس ببيع صحيح لأنه على عوض مجهول .

قوله : (لا بأس بشراء عمود عليه بناء للبائع)^(٤) . هذا لا يجوز إلا بشرط

(١) أخرجه مسلم في صحيحه : كتاب المساقاة باب غرز الخشب في جدار الجار ، وابن ماجه في سننه : كتاب الأحكام باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره ، وأحمد في مسند أبي هريرة حديث رقم : ٩٩٦١ بلفظ : «مَنْ سَأَلَهُ جَارُهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَةً فِي جِدَارِهِ ، فَلَا يَمْنَعُهُ» .

(٢) في التهذيب «إذا وصفتها» . (٢٣٤/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٣٢/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٢٣٤/٣) .



أن يكون الذي عليه من البناء لا يساوي منفعة أكثر من قيمة ذلك العمود ، وإن ساوى أكثر لم يجز ، لأنه إضاعةٌ للمال وقد نُهي عن ذلك .

وإذا صح بشرطه فعلى البائع الإنفاق على إزالة البناء عنه حتى يتركه قائماً في موضعه ، وليس عليه قلعه له بل يتركه مغروزاً كما اشتراه يقلعه المشتري .

وثمره ذلك : أنه إن انكسر في قلعه فيكون من المشتري كما لو اشترى فرساً باركا لم يكن عليه أن يقيمه له ، ولا أن يمشيه لتلك العلة بخلاف ما إذا اشترى منه تمراً فإن على المشتري أن يجنيه .

قوله : (أو نصل سيف وجفنه دون حليته)^(١) . هذا بالشرط المتقدم أعني : ألا يكون في نزع الحلية فساد ، لكن يكون له غرض في جعل على اثنتين منه .

قوله : (وينقض [٦٦/ب] البائع حليته)^(١) . أي يكون عليه مؤنة ذلك على الوجوب حتى يخلصه له .

وقوله : (إن شاء ذلك أحد المتبايعين)^(١) . هذا مشكّل ، لأنه خير فيه أحدهما ، ومحمّله على أنه أراد ألا يختار أن يكون ذلك مشتركا بينهما بأن تؤخذ قيمة الجميع ، وتفض على قيمتي النصل والحلية ، فيكونان شريكين بقدر ذلك في الجميع ، أو يحمل على أنه أراد إن شاء أن يشتري على ذلك .

قوله : (من الهواء يبقى لك)^(١) . هذا إنما يجوز بشرط أن يُبيّن كل واحد منهما بناءه ويصفه ، لأن صاحب الهواء الأسفل يلزمه أن يبني ليتمكن صاحب الأعلى من البناء عليه ، وكلما اختلّ من البناء الأسفل شيءٌ لزم صاحبه إصلاحه ، ويجبر على ذلك ، لأنه من مصالح صاحب العلو .

(١) التهذيب (٢٣٤/٣) .



وإذا اشترى الهواء فوق بنائك فهذا لا يلزم فيه إلا وصف البناء الأعلى .

والشَّافِعِي يشترط في ذلك كم قنطاراً يكون في البناء ، كما يشترط في السلم في الماء كم رطل في الرَّأوِيَّة ، وكذلك في الحلفاء كم رطل في كل قبضة ، وفَرَّوْا من الجهل إلى الكذب ، لأنه لا بد في ذلك منه .

قوله : (أبيعك سكني داري كل سنة)^(١) . اعلم أن البيع يختص بالرقاب والإجارة بالمنافع ، فهذا محمول على الكراء وإن كان بلفظ البيع ، لأن بيع الرقبة لا يكون إلى أجل بل على التأبید ، ولما خيره بالأجل صرف إلى بيع المنافع بهذه القرينة ، ونحن ننظر إلى المعنى ولا نعتبر اللفظ ، ولا ينعقد عند الشَّافِعِي كراء ولا نكاح بلفظ البيع ، ويصح عندنا : بعتك ابنتي بعشرة على النكاح ، والمخالف يشترط في الانعقاد الإيجاب والقبول ولذلك منع بيع المعاطاة .

قوله : (إلى عشر سنين)^(١) . أي الثمن مؤجل إلى ذلك يكره إلى أربعين ، ويفسخ إذا كان إلى خمسين ، لأن ذلك زمان طويل تغلب فيه موت المتبايعين ، وانتقال ذلك إلى غيرهما وخراب الذمة ، فيؤدي إلى أن يخسر الثمن ، وإنما يجوز إلى ما يغلب بقاؤهما إليه .

وأما في إجارة العين فلا يكون إلى أكثر من عشرة أعوام ، لأن التغير يسرع إليها ، ويختلف قواها ، لكنه إذا وقع ذلك فلا يجوز فيه أن ينقد فيه النقد إلا ما يقابل العمل ، لأنه لو نقده لأدى إلى أن يكون سلفاً أو بيعاً .

قوله : (ويستثنون سكني زوجته)^(١) . اعلم أن عدة المرأة من زوجها في

(١) التهذيب (٢٣٥/٣) .

طلاق أو موت حق لله تعالى ، لا يجوز لأحدهما أن يسقطه وإن رضي الآخر ، بل يُجبران على ذلك .

فإذا مات عن دار أو كانت في كرائه فقد تعلق بها حق لعدة المرأة ، لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] الآية ، ﴿إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ﴾ [النساء: ١٩] أي الزنى ، فيخرجن للحد وهي مقدّمة على الميراث لأنها دين ، وعلى الغرماء على المذهب ، لأنها تتعلق بعين الدار ، ولا يتعلق حق الغرماء بعين ذلك .
وقد قال سحنون: لو ترك سكنى دار لم يترك سواها وما يكفن به ، كانت المرأة أحق بسكنائها في العدة ، وكفن من بيت المال .

وقيل بموت الزوج لا يجب للمرأة سكنى ، لأن النكاح قد انقضى بالموت .
وقوله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] في المطلقات ، ولأن الميت في الحقيقة ما ترك شيئاً لأن الديون أحاطت به ، والمذهب: الأوّل .
وهل يجوز هذا البيع؟ قولان: المذهب الجواز لأن الأصل عدم الحمل ، لأنه منتف بالأصل ، وإن كان غالب الوقوع ، والعدة معلومة أربعة أشهر وعشر فتستحب ، وقال ابن عبد الحكم: لا يجوز ، لأنه يصير قدر المستثنى مجهولاً هل هو أربعة أشهر وعشر أو مدة الحمل^(١) ، إذا قلنا بجوازه فاسترابت وظهر بها حمل فقولان: المذهب أنه لا خيار للمشتري ، لأنه على ذلك دخل ، وقيل: بل يكون [١/٦٧] له الخيار ، لأنه إنما دخل على المعتاد .

(١) قال الشيخ خليل في التوضيح: «قال ابن عبد الحكم: لا يجوز البيع بهذا الشرط ؛ لأنه غرر ويفسخ . وسمع أبو زيد: إن بيعت عليه ، فلما مضى أربعة أشهر وعشر ارتابت فلها السكنى حتى تخرج ، وهي مصيبة نزلت به» (٤/٤٦٩) .



قوله: (أو يستثنى سكنى الدار)^(١). هذا يختلف باختلاف أبنية الدور ، فإن كانت مما يؤمن اختلافها جاز استثناء سكنها العام والعامين ، وإلا لم يَجُز كديار مصر لأنه خطر ، لأنه إذا علم تغيرها دفع فيها ثمننا نزرأ وقد لا تتغير .
وأما الحيوان فيجوز ذلك فيه اليومين والثلاثة ونحوها لا فيما زاد لكثرة التغير فيها .

قوله: (ولا حياة البائع)^(١). هذا مجهول فلا يدري متى يموت فقد يسقط من الثمن كثير في مقابلته فيموت سريعاً وبالعكس ، وفي ذلك مخاطرةٌ .

قوله: (فإن هلك الدار)^(٢). الاستثناء ضربان صحيح وباطل ، فإن كان باطلاً كان البيع مثله فيلزم المبتاع ضمان السلعة بالقبض كالغاصب ، لأنه متعدي شرعاً بالقبض ، وما لم يُقبَض فهو من البائع .

وإذا كان صحيحاً فالبيع صحيح ، فإن هلك قبل استيفاء السكنى أو بعضه ، فإما أن تهلك عند المبتاع ، أو عند البائع ؛ فإن هلك عند المبتاع ، [أو عند البائع فإن هلك عند المبتاع]^(٣) فهي منه ، أو عند البائع فكذلك .

وهل يرجع عليه بقدر السكنى أو لا ؟ قولان: المذهب أنه لا يرجع على المشتري بشيء .

وقال أصبغ: يرجع عليه بذلك ، وهذا بناء على أن المُشْتَرَى مَبْقَى على ملك البائع أو مبيع استرجع ، فعلى الأول باع الرقبة وبقي على ملكه منافعتها فهلك

(١) التهذيب (٢٣٥/٣) .

(٢) كذا في المتن ، ولعل الصواب ما في نسخ التهذيب «فإن هلك الدابة» (٢٣٤/٣) .

(٣) ما بين المعقوفين ورد هكذا في المتن ، والظاهر أنه وقع من الناسخ ، والصواب إسقاطه .



على ملكه ، وعلى الثاني وقع البيع بثمان وبسكنى الدار مدة فلما انهدمت بقي له جزء من الثمن فرجع به .

قوله: (والبيع على ذلك تام)^(١) . يريد أنه لما وجد فيها نحاسا فكأنه إنما قبض بعض الثمن وبعضه دين ، وذلك دين بدين ، فقال: هذا لا يعتبر لأنهما لم يدخل على ذلك أولاً كما لو أسلم إليه في سلعة دراهم بعضها نحاس فلا يقال إنه دين بدين ، لأنه لم يدخل على ذلك .

قوله: (ولم يضرب لذلك أجلاً)^(٢) . لأنه يكون إلى أجل مجهول فلا يجوز .

قوله: (أَيْنَمَا لَقِيَهُ)^(٣) . لأنه لا فائدة في تخصيص البلد ، لأنه لا فرق بين جميع البلاد بالإضافة إلى العين ، لأنه لا مؤنة في حمله ، ولا يختلف بالنظر إلى المواضع ، وإنما يُعتبر فيه الأجل فقط .

قوله: (فليس له أخذه إلا في البلد المشترط)^(٤) . أما في الطعام فلا إشكال في منع ذلك ، لأن فيه بيع الطعام قبل قبضه ؛ لأنه إنما يصح قبضه له بالبلد المذكور ، وما يدفعه له بغيره ليس الطعام الذي له قبله ، بل ثمن له باعه بذلك قبل قبضه فيمنع قبل الأجل وبعده .

وأما في العَرَضِ فقليل إن كان ثمنه في البلدين سواء جاز أن يدفعه إليه بموضع آخر ، لأنه لا مكروه فيه لما يكون في ذلك إذا اختلف الثمن ، لأنه يدخله قبل الأجل وبعده «ضع وتعجل» ، أو «حط عني الضمان وأزيدك» ، لأنه لا يخرج

(١) التهذيب (٢٣٥/٣) .

(٢) في التهذيب «ولم يضرباً» . (٢٣٥/٣)

(٣) المصدر نفسه (٢٣٥/٣) .

(٤) في التهذيب «فليس له أخذه بعد الأجل إلا في البلد المشترط» (٢٣٦/٣) .

عن ضمان البائع إلا بالموضع المعين .

والمذهب: أنه لا يجوز، وإن اتفق الثمنان، لأنه تبقى أجرة الحمل إلى ذلك الموضع فدخله «ضع وتعجل» .

قوله: (جبر على أن يخرج)^(١). وكذلك إن طلبه قبل الأجل بما يمكن أن يصل فيه إلى ذلك الموضع جبر على الخروج .

قوله: (بغني سلعتك بعشرة)^(٢). مذهب الشافعي أنه لا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول لفظاً، ولهم مذهب ثانٍ أنه يجوز بيع المعاطاة في اليسير والمحقرات .

وبيع المعاطاة عندنا جائز في الكثير والقليل، وهو أن تعطيه ويعطيك، وهذا مضطر إليه في كثير من البياعات والنظر إلى المعنى، ولو كان التلفظ في ذلك يراد لعينه [٦٧/ب] لم يصح بيع الأخرس .

قوله: (فكذلك مسألتك)^(٢). يعني أنه لا نص عن مالك في المسألة الأولى، ولكن قاسها ابن القاسم على هذه، واعترض عليه بأنها لا تشبهها لأن قوله في الأولى بغني سلعتك نص في القبول، والقبول يصح تقدمه على الإيجاب وتأخره عندنا. وليس قوله: بغني، كقوله: بكم هي؟ لأنه يمكن أن يساومه لغير قصد الشراء فيبقى مثل الأولى بقوله: قد رضيت .

ولو قال في الأولى: أتبيعني؟ على الاستفهام، كانت مثلها فينبغي على هذا ألا يقبل قوله في الأولى، ويلزمه البيع بخلاف الثانية .

(١) في التهذيب «أجبر» (٢٣٦/٣) .

(٢) التهذيب (٢٣٦/٣) .



قوله: (يحلف)^(١). هذه يمين تهمة ، لأنه يمكن أن يريد بذلك الابتياح ، ولذلك لا يصح قلبها على البائع .

قوله: (ولكن لما يذكره)^(١). أي الغرض الذي يسميه .

قوله: (قد أخذت منك غنمك هذه ، كلُّ شاةٍ بدرهم)^(١). إن أنكر هنا أنه أراد القبول لم يلتفت قوله ، إلا أن المبيع هنا مجهول حال العقد ، وإنما يعلمه في ثاني حال .

ونظير^(٢): لو ابتاع صبرة طعام كل إردب بدينار ، فالمذهب جواز ذلك كله لأنه معلوم في ثاني حال ، وقال سحنون بمنعه كالشَّافعي نظرا إلى جهله في حال العقد .

قوله: (ثم يطرح وزنها إذا فرغت)^(٣). ويطرح ذلك القدر من الثمن ، وهذا أيضاً مجهول حال العقد ففيه الخلاف .

قوله: (ومن اشترى راوية ماء على أن يوصلها إلى منزله فانحرفت قبل ، وتبدد الماء فهو من البائع)^(٤). لأنه إنما باع ما فيه توفية ، وعلى التوصيل ، ولم يوجد ذلك ، وبيع الماء عندنا صحيح ، لأنه لما انفرد به عن الموضع المباح اختص به وملكه ، فصح بيعه إياه .

(١) التهذيب (٢٣٦/٣) .

(٢) كذا في المتن . ولعل الصواب: «ونظيره» .

(٣) التهذيب (٢٣٦/٣) .

(٤) هذه المسألة لم ترد في التهذيب . والذي في الجامع لابن يونس: «روى عيسى عن ابن القاسم فيمن اشترى راوية ماء فتشقق أو تكون قللاً فتتكسر قبل أن تصل فذلك من السقاء وهو مما يشترى على البلاغ في عرف الناس» . (٩٣٣/١٣) . انظر أيضاً مثله في النوادر والزيادات (٣٧٨/٦) .



وقيل: إن ذلك بيع للماء، وإجارة على توصيله، وبالعقد قبض الماء، لأنه على الجزاف، فيكون في ضمانه، ويسقط عنه ما يقابل الكراء، لأنه كراء على البلاغ مثل إجارة السفينة، فيقبض الثمن الذي دفع له على قيمة وقدر الأجرة، ويرجع له قدر الثمن فقط، والأول المذهب، وأنه لإجارة في ذلك، والقولان فيمن باع زيتاً في ظرف على أن يوصله فيه إلى منزله، فتحرق قبل الوصول وتبدد.

قوله: (ولو باعه على الكيل)^(١). كل قسط بكذا على أن يوزن بالظروف ثم يسقط وزنها بعد تفريغه، ثم يكيله بالأقساط التي وزن كل قسط منها معلوم عندهما، مثل أن يكون في القنطار منها عدد معلوم لا يختلف فهذا لا يصح، وإن كان القنطار مرة يكون أربعة أقساط، ومرة أكثر أو أقل، لم يجز اعتبار الوزن بذلك.

قوله: (وأكذبه البائع)^(٢). أي يدعي المشتري أنها كانت أعظم من هذه لينقصه من الثمن، ويدعي البائع أن ذلك غير المشتري، وأنها كانت أصغر من هذه ليزيده في الثمن.

قوله: (وتصادقا عليه)^(٢). أي اتفقا على أنه السمن المبيع بعينه فيرد فيها، ثم يوزن، فإن كان وزنه كما كان علم أنها الأولى، فهذه طريقة توصل إلى دفع الخلاف بينهما، فيكون القول قول البائع، ويغرم المشتري، ولا يلتفت إلى قوله، لأن الأمين إذا خان لم يلتفت إليه.

وإن فات السمن أو تغير كان القول قول من عنده الظروف، لأنه قد أمنه صاحبه على ذلك.

قوله: (فتطوع أجنبي)^(٢). أي لما تخاصما في ذلك تطوع أجنبي أن يأخذها

(١) في التهذيب ولو ابتاعه على الكيل: (٢٣٧/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٣٧/٣).

راضيا بالعيب بخمسين على أن يسقط البائع الأول على المبتاع منه خمسة وعشرين ، ويسقط المتاع أولا من الثاني خمسة وعشرين ، فإن وجد فيها بعد ذلك المشتري الثاني عيبا قديما آخر رجع بها على المبتاع الأول ، لكن يأخذ منه خمسين ، وهي التي خرجت عن يده ، ورجع المبتاع الأول على البائع الأول [١/٦٨] بخمسة وسبعين فقط ويخسر هو خمسة وعشرين ، وهي التي حطها عن المبتاع الآخر .

قوله: (فذلك لازم)^(١) . لأن هذا حمل ، لا وعد ولا حمالة .

قوله: (لزمه ذلك الوعد)^(١) . لا خلاف في المذهب أن الوعد لازم إذا أدخل الموعود في مغرم ، مثل أن يقول الشخص: اشتر كذا وأعطيك كذا ، أو: تزوج فلانة وأعطيك كذا ، أو: ادفع لفلان كذا وأنا أدفع لك كذا ، أو بمثل الموعود ذلك فيلزم ويصير حملا لا وعدا ، وأما إذا لم يُدخِلْ الوعد في شيء فلا يلزم مثل أن يقول: أنا أعطيك كذا .

قوله: (فللمتعي نقض ذلك البيع)^(١) . لأن بيعه الأول فاسد لا يعتبر ، لأنه باع ما لا يملك ، وكان للميت الخيار في إمضائه وإبطاله ، وذلك حق مات عنه ، ومن مات عن حق فهو لورثته فانتقل له من ذلك ما كان لموروثه .

فلو غصب سلعة ثم باعها ، ثم اشتراها من المغصوب ، فهل له نقض البيع الأول لأنه فاسد أو لا ؟ قولان:

المذهب أنه ليس له ذلك ، لأنه إنما اشتراه من المغصوب ليتحلل منه بذلك فانقلب بيعه الأول صحيحا ، لأنه باختياره قصد إلى تحليله بالشراء ، بخلاف الميراث ، لأنه لا اختيار له ، وهو ملك جبري .

(١) التهذيب (٣/٢٣٧) .

وقيل: بل له نقضه لأنه انعقد أولاً فاسداً وهذا أولاً كما لو باع شقصاً له في ملك فتعينت الشُّفْعَةُ لشريكه فمات وورثه عنه، وقد مات عن حق الشُّفْعَةِ فهو لوارثه فتصح له الشُّفْعَةُ بالنظر إلى ميراثه، وإن لم تجز له الشُّفْعَةُ بالنظر إلى أنه عين ما باع فهو شفيع وغير شفيع بوجهين، واعتبارين كذلك هنا ينقض البيع باعتبار شرائه، ولا ينقضه باعتبار بيعه الفاسد.

قوله: (بдраهم نقداً أو إلى أجل فذلك جائز)^(١). إن قال: اشتريت منك هذا العبد وماله فهما كسلعتين لا تبع إحداهما الأخرى، ولا يجوز بيع ماله إلا بما يجوز به لو انفرد، وإن قال: بماله، كان بائعاً كما قال، لأن الباء تشعر بأنه صفة له تزيد في ثمنه فقط، فيكون تابعا فيجوز بيعه بعين مثله، لأنه عين زائد على العبد، والتابع، على المذهب، لا جزء له من الثمن، فلو هلك ملكه عند المشتري، ثم اطلع على عيب قديم كان له رَدُّهُ وأخذ جميع الثمن.

وقال: فيمن باع سيفاً بحلية فضة بдраهم، وهي تبع، ولولا ذلك ما جاز فإذا تلفت عنده ورجع بعيب، قال: فإنه يرد قيمة الحلية، وهذا يشكل على المذهب.

والفرق: أن الحلية تكون عند المشتري بحكم المتبوع بخلاف مال العبد فإنه يبقى بيده ولا يكون للمشتري، فتحققت فيه التبعية.

وقيل: للتابع جزء من الثمن فعند الرجوع ينظر قيمة العبد بمال وقيمه بغير مال، فما كان بينهما رجع به، ولو كان للعبد أمة حامل منه لتبعته إلا أن الحمل يكون لسيدها، لأنه ليس من مال العبد فهذا موضع بيعت فيه الأمة واستثني حملها

(١) التهذيب (٢٣٧/٣).



للضرورة، ولكن يوقف حتى تضع فيكون الولد للسيد، والأمة للمشتري، ولو بيعت الأمة منه منفردة ما جاز بيعها دون حملها.

ولو استثنى نصف مال العبد أو جزءا منه لصار بمنزلة المعين لا يكون تابعا، لأنه محتاج إلى قسمته فيصير مقصودا فلا يجوز بيعه حينئذ إلا بما يجوز بيعه لو انفرد.

وكذلك لو استثنى نصف الثمرة قبل بُدُو صلاحها لصار مقصودا فلم يَجُز فيه تابعا إلا فيما يجوز بيعه منفردا.



كتاب المراجعة

البيوع ثلاثة أنواع: مساومة ومراجعة ومزايدة^(١).

والمزايدة: مثل أن ينادي على سلعة بالسوق فيزيد فيها هذا، وهذا على زيادة الآخر، وذلك جائز عند الجمهور إلا قوما منعوها بظاهر الحديث [٦٨/ب]: «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه»^(٢).

وذلك محمول عند الجمهور على التراكن، أي إذا راكن أحدهما الثاني ورضي بذلك، وأما قبل التراكن فلا بأس به، وإلا فلو منع ذلك أدى إلى الفساد على الناس.

وأیضا فقد وقع الإجماع على أنه: «لا يخطب أحدٌ على خطبة أخيه»^(٣)، وهو حديث، وهو أيضاً محمول عند الكل على التراكن اتفاقاً.

والمساومة: أن يقول هذه بمائة مثلاً فهذا يلزم بما قال، وإن كان ذلك أمثال قيمتها، لأنه بالغ مالك لأمره، هذا المشهور في المذهب، وفيه قول غير مشهور: أنه إذا زيد على قيمتها أكثر من ثلثها فإنه يرجع بالغبن على البائع.

وأما المراجعة: فهو أن يقول بعثك إياها بكذا على أن تربحني كذا ديناراً،

(١) نقل في الذخيرة عن التنبيهات أن البيوع أربعة، فأضاف هناك الاسترسال، ولم يذكره هنا. انظر الذخيرة: (١٦٠/٥).

(٢) الحديث تقدم تخريجه في كتاب بيع الخيار.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، ومسلم في صحيحه من كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه، حتى يأذن أو يترك.



فهذا يلزم المشتري مطلقاً إلا أنه يلزم البائع أن يبين له جميع وجوهها من كونها اشتراها بأجل أو حط من ثمنها أو هي من شراء زمن قديم إلى غير ذلك ، فإن لم يبين شيئاً من ذلك وَوَقَعَ البيع خَيْرَ المشتري في التزام البيع إن كانت السلعة قائمة بالثمن ، أو رَدَّهَا ، وإن كانت لزمته بالقيمة .

قوله: (ومن اشترى بَرًّا)^(١) . اعلم أن ما ينوب المشتري على السلعة بعد شرائها على ثلاثة أضرب:

أحدها: يزيد في ثمنها كالصِّبْغ والخياطة ونحوهما مما له تأثير ظاهر فيها وهو كسلعة أخرى زائدة عليها ، بدليل أنه لو فلس ربها فوجدتها الصابغ والخياط بعينها كان له الاختصاص عن الغرماء بقدر ما زاد فيها الصبغ والخياطة ، فهذا النوع يحسبه البائع مع الثمن ، ويكون له جزء من الربح .

والثاني: ما يؤثر في ثمنها بالزيادة لا في عينها ، كنقلها من بلد إلى بلد ، فهذا جزء من الثمن ولا يكون له ربح .

والثالث: لا يؤثر في ثمنها ولا في عينها فلا يحسبه من الثمن ولا له ربح ، وذلك مثل كراء مخزن لها فهذا حفظ به ماله فهذه الأشياء إذا سكت عنها في بيع المراجعة كان حكمها ما ذكر ، وإذا شرط ما شاء من ذلك في الثمن أو الربح أو فيهما ، ورضيه المشتري لزمه .

وإذا بين باللفظ ؛ فهل يقول إذا صبغها أو جلبها من بلد آخر: شراؤها كذا وأربح كذا ، فيخلط ذلك مع الثمن مجملاً ، أو يقول: شراؤها كذا وصبغها كذا وحملها كذا والربح كذا؟ قولان:

(١) التهذيب (٢٠١/٣) .

فمن أوجب التفصيل قال: إن أَجْمَلَ كان للمشتري الخيار، كما أنه إذا حسب لما لا يربح له ربها، أو حسب في الثمن ما لا يحسب، فإن المبتاع إذا علم ذلك بالخيار في التزامها أو ردّها وإن فاتت فالقيمة.

قوله: (ولا يحسب جُعِلَ السَّمْسَار) ^(١). يعني بالسّمسار هنا: الواسطة بين البائع والمشتري الذي يشتري لك أو يُشِيعُ سلعتك بين التجار، فهذا لا يحسب جعله، لأنه مُستغنى عنه ولا أثر لفعله، بخلاف السّمسار الذي ينادي على السلعة هذا لا خلاف في أن أجرته جزء من الثمن، لأن المشتري يشتريها على أن يدفع له عنك من ثمنها أجرة ولا ربح لها.

قوله: (ولا أجر للشّدّ والطي) ^(٢). لأنه لا يزيد في السلعة شيئاً.

قوله: (ولا نفقة نفسه) ^(٣). لأن ذلك لا بد منه في حق نفسه.

قوله: (ويُحسب كراء الحمولة) ^(٣). لأنه يزيد في الثمن.

قوله: (والنفقة على الرقيق) ^(٣). لأنه لولا ذلك لمات، فيجعله جزءاً من الثمن إلا أن يكثر فقد طال الزمان فيلزمه أن يعرفه بوقت الشراء.

قوله: (بتغير سوق) ^(٤). في تغير المبيع بتغير السوق في البيع الصحيح قولان، وفي الفاسد هو فوت قولاً واحداً، فوجهُ حسابانه فوتاً هنا أنه لمّا لم يتبين بذلك صار غاشياً فأشبه البيع الفاسد، وكان تغير السوق فيه فوتاً.

(١) التهذيب (٢٠١/٣).

(٢) في التهذيب «ولا أجرُ الشّدّ والطي» (٢٠١/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٠١/٣).

(٤) المصدر نفسه (٢٠٢/٣).

ولما لم يكن فاسداً من كل وجه اعتُبر فيه الثمنُ ، بخلاف البيع الفاسد لا يعتبر فيه الثمن أصلاً [١/٦٩] بل يرجعُ إلى القيمة كالفاسد^(١).

قوله: (للعشرة أحد عشر)^(٢). هذا لفظ فارسي ، ومعناه أن يجعل العشرة أحد عشر جزءاً ويأخذ جزءاً منها ، أي على أن الربح جزؤها من أحد عشر .

ولو قال للعشرة اثنتا عشر كان معناه على أن الربح جزء ، والعشرة من اثني عشر ، وكذلك لو قال خمسة عشر أي: الربح ثلث الخمس عشرة^(٣).

قوله: (ومن رقم على متاع ورثه)^(٤). أي كتب بالرقم عليه أنه اشتراه بكذا فهذا كاذب .

قوله: (بالبراءة)^(٤). هي ضربان:

إما أن يتبرأ له من عيب علمه ، أو من جميع العيوب التي لا يعلمها بل يبيعها سالمة ، ويقول على أنه إن وجدت عيباً فهو منك ، فإن علم بها عيباً لم يَجْزُ له ذلك حتى يذكره .

قوله: (حتى يبينه)^(٤). لئلا يظن المشتري أنه اشتراها بذلك العيب ، ولو

(١) قال في الذخيرة: «قال ابن يونس: قال سحنون: إذا دخل في الثمن ما لا يحسب أو ما يحسب ولا يحسب له ربح ولم يبين ولم يفت ؛ خير بين إزالة ما لا يحسب وربحه ورد السلعة ، فإن فاتت فهي كمسألة الكذب إن لم يضع البائع ذلك كان على المشتري القيمة إلا أن يكون أكثر من جميع الثمن فلا يزداد أو أقل من الثمن بعد الطرح فلا ينقص وهو تفسير ما في المدونة: قال: وظهرها خلافه لأن الكذب زيادة ما لم يكن وهذا زيادة ما أخرجه من ماله» (٥/١٦٤).

(٢) التهذيب (٢٠٢/٣).

(٣) انظر الذخيرة (٥/١٦٠)، والمقدمات الممهدة (٢/١٢٦)، والتبصرة (١٠/٤٦٠١).

(٤) التهذيب (٢٠٢/٣).



علم أنها^(١) اشتراها صحيحة بذلك الثمن ، ثم اطلع على العيب ففرضي به لما أربحه ذلك .

قوله: (لأن الغلة بالضمان)^(٢) . للحديث: «الخراج بالضمان»^(٣) ، أي لو هلك لكان منه ، والغلة ما يحدث عند المشتري من صوف ولبن وتمر ونحوها . وأما ما كان بها من ذلك وقت الشراء فله جزء من الثمن لا غلة .

قوله: (إلا أن يطول الزمان)^(٤) . فيلزمه أن يبين لأن الشراء القديم بخلاف الحادث ، ولا يكاد يطول الزمان إلا ويتحول السوق ، [قوله:]^(٥) وإذا حالت لزمه أن يبين وقت الشراء لئلا يظن المبتاع .

قوله: (وأما إن جز الصوف)^(٦) . فلا بد من بيانه ، لأنه إما أن يكون موجودا انعقد فله جزء من الثمن ، أو يكون نبت عنده فقد طال الأمد فيلزم أيضاً البيان له بما كان .

قوله: (وإن باعها بأولادها)^(٧) . لا بد من البيان وإن زاد المبيع على ما كان عليه .

(١) كذا في المتن .

(٢) التهذيب (٢٠٣/٣) .

(٣) تقدم تخريجه في كتاب السلم الثالث .

(٤) التهذيب (٢٠٣/٣) .

(٥) كذا في المتن ، وليس ما بعده من كلام التهذيب ، بل هو من كلام الشارح رحمته الله ، والذي في التهذيب «ومن ابتاع حيواناً أو غنماً أو حوائط أو رباعاً فاغتلها وحلب الغنم ، فليس عليه أن يبين ذلك في المراجعة ، لأن الغلة بالضمان إلا أن يطول الزمان أو تحول الأسواق ، فليبين ذلك ولا يكاد يطول الزمان إلا حالت الأسواق ، ولا يثبت الحيوان على حال .» (٢٠٣/٣) .

(٦) في التهذيب «وأما إن جز صوف الغنم» (٢٠٣/٣) .

(٧) في التهذيب «ولو باعها بأولادها» (٢٠٣/٣) .

قوله: (ويحبس الولد)^(١). لا يجوز أن يبيعها دونه إلا إن أعتقه فيجوز ، ولكن يفرق بينهما ويشترط على المشتري أن يكون معها .

قوله: (لأن الناس في الطَّريِّ أرغبُ)^(١). يريد أن الطري لاسيما من المأكول أحبُّ إلى الناس .

قوله: (وإن باعها بالنقد)^(٢). لا يخلو هذا إن وقع من أن تفوت السلعة عند المبتاع أو لا ، فإن لم تفت ردها إلا أن يختارها بذلك الثمن حالا فله ذلك .

وإن قال له البائع: خذها بذلك الثمن إلى مثل الأجل الذي اشتريتها أنا به ، ففيه قولان:

المنع وهو المذهب^(٣) لأن البيع فاسدٌ لما فيه من الغش ، ولأن البائع أخره بالثمن الأول النقد إلى هذا الأجل ، ومن أخر ما يجب له فهو سلفٌ منه على المذهب في سدِّ الذرائع ، وهو فسخ دين في دين .

والثاني: أن يجوز لأن هذا بيع ثانٍ مستأنف ، لأن السلعة موجودة ولأن الفساد الذي فيه ليس بقوي ، إلا أنه يرى ألا يجبران على الفسخ كما في الفاسد ، لأنه لو اختار المبتاع أخذها بالثمن نقداً جاز^(٤).

(١) التهذيب (٢٠٣/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٠٣/٣).

(٣) انظر مناهج التحصيل (١٤/٧).

(٤) قال الرجراجي في مناهج التحصيل: «والقول الثاني من أصل المسألة: أنه عقد تلحقه الصحة وأن معنى قوله في «الكتاب»: والسلعة مردودة إلى البائع مع القيام. أي إن شاء المشتري وله الخيار ، وكذلك في «كتاب ابن حبيب». قال ابن أبي زمين: وهو مذهب ابن القاسم ويعد هذا الرضا كشراء مستأنف ولا يلتفت إلى علة سلف جر نفعاً: لأنه قد ملك الرد فقد ملك أن يملك ، وإلى هذا ذهب أبو القاسم بن الكاتب وابن لبابة وأبو عمران الفاسي وابن أبي زمين» (١٥/٧).



وهذه المسألة بمنزلة لو وجد في المبيع عيباً فأراد رده به فقال له البائع: امسكها وأنا أؤخر ك بالثمن إلى أجل كذا، فقد سلفه البائع ذلك فلا يجوز^(١).

ويخرج من حكاية الخلاف في المسألة الأولى أن في هذه قولاً ثانياً أيضاً بالجواز، ويمكن أن يقال بالفرق: أن السلف أكثر تخفيفاً منه في هذه الثانية.

فإن فاتت السلعة عند المبتاع فالمذهب أنه تلزمه القيمة مطلقاً حالة، سواء كانت أكثر من الثمن أو أقل أو مثله، وهو قوله: «وليس له إلا ذلك»^(٢) إشارة إلى القيمة، ولأنه المعلوم من مثل هذا الموضع.

وقال يحيى بن عمر^(٣): بل له الأكثر من القيمة أو الثمن كما إذا سلف المبتاع البائع في العقد، وفاتت السلعة قبل الرد فله الأكثر من الأمرين، لأنه قد رضي بالثمن مع السلف، فإذا أسقط السلف كان أرضى بالثمن، وإن كانت القيمة أكثر أخذها ولم يعتبر الثمن [٦٩/ب] لفساد البيع، واحتج على ذلك بأن هذا كان ينبغي أن يدفع الثمن عند الأجل لولا السلف فلما قدمه بالسلف فقد أسلفه ذلك، لأن من قدم ما لا يجب عليه فهو سلف.

قال: ويدل على ذلك قوله: «فليس له إلا ذلك» أشار إلى الثمن، ولو أشار إلى القيمة لقال تلك، وهذا يدل على أن الأول منهما، لا الأكثر، وأيضاً فإنها

(١) انظر مواهب الجليل (٤/٤٩٢).

(٢) التهذيب (٣/٢٠٣).

(٣) هو يحيى بن عمر بن يوسف بن عامر الكنانى، نشأ بقرطبة وسكن القيروان، الفقيه، العابد، سمع ابن حبيب، وسحنون بن سعيد، ويحيى بن عبد الله بن بكير، وغيرهم؛ سمع منه أخوه محمد، وأبو بكر بن اللباد، وأبو العرب، وغيرهم. له: كتاب اختلاف ابن القاسم وأشهب، والمنتخب، وأحكام السوق، وغيرها؛ وتوفي بسوسة (٢٨٩) انظر: ترتيب المدارك: (٤/٣٥٧ - ٣٦٤)، والديباج المذهب: (٢/٣٥٤ - ٣٥٧)، وشجرة النور الزكية: (٧٣)، وغيرها.



كمسألة الكذب ، وفيها إن لم تفت القيمة ما لم تنقص عن قيمة الثمن القديم الكذب ، أو تزيد على الثمن النقد الصديق^(١).

وبيان ذلك: أن يقوم الثمن إلى الأجل بعرض إن كان عينا ، ثم ينظر قيمة العرض بالنقد ، ثم تقوم السلعة ، فإن كانت دون قيمة الثمن ، لزمه قيمة الثمن لئلا يظلم البائع ، وإن كانت أكثر من ثمن النقد لم يلزم المبتاع لأن البائع قد رضي بثمن النقد.

وإن كانت بينهما لزم المبتاع ، لأنه قد رضي بأكثر من ذلك نقداً ، ومثاله: أن تكون إلى أجل باثني عشر واشتراها منه نقداً بعشرة ، وقيمة الثمن ثمانية .

وهل تفوت السلعة في ذلك بحوالة سوق ؟ قولان ، وسبب الخلاف أن هذا يشبه البيع الفاسد والسلعة تفوت فيه بحوالة سوق ، بخلاف الصحيح لا تفوت فيه بذلك على المذهب ، وذلك أن جانب المشتري في الصحيح مغلب على جانب البائع ، لأنه يتهم بالتدليس ، فلذلك ما فوتناها عليه كما نفوتها في الفاسد بأقل الأشياء ، حتى لا يمضي غرضه من المبيع .

فإن حكمنا له بحكم الفاسد فأتت بحوالة السوق ، وإن حكمنا له بحكم الصحيح كالرد بالعيب ، وإذا أراد أن يردها فأتت عنده بحوالة السوق فلا يفوتها .

والفرق: أنه في الفاسد دخلا معا على الفساد ، فلم يترجح جانب أحدهما على الثاني ، وكما يتضرر البائع بالحوالة في النقص لو رده والمبتاع بالزيادة لو لم يتمسك عادلاً بينهما بأن فوتناها ، وترجع إلى القيمة ، وإن قلنا إنه كالفساد فالقيمة يوم القبض ، كالغاصب تفوت عنده السلعة ، لأن هذا أيضاً متعدي شرعاً ،

(١) انظر مناهج التحصيل: (١٤/٧).



وإن قلنا كالصحيح فالقيمة يوم العقد، والمذهب؛ الأول.

قوله: (ولا يضرب له على القيمة ربح)^(١). لأنه إذا رجع إلى القيمة بطل اعتبار الربح لبطلان اعتبار الثمن، وإنما اعتبر الثمن في بعض المسائل الفاسدة إذا فات المبيع دون بعض، لأن الفساد فيها أخف، لأنه كان في العقد دون الثمن، ولا خلاف أنه إذا كان الفساد في الثمن أنه يبطل مطلقاً ويرجع إلى القيمة، وإن كان في العقد كالبيع يوم الجمعة بعد النداء وإن لم تفت السلعة ردت، فإن فات فهل يرجع إلى القيمة أو يمضي بالثمن، لأن ذلك كان لحق الله لا لحق العبد؟ ومن هذا القبيل كل ما فيه شرط يخل بمقتضى العقد، بخلاف ما لا يخل شرطه مقتضاه، وهذا إذا أسقط منه الشرط صح.

قوله: (ثم آخر بالثمن، أو نقد وخط عنه)^(٢). لأنه في الخطيطة يصير البيع بأقل من الثمن الذي عقدا عليه، فلا يحل له أن يعرف بغيره، وفي الدرهم الزائف إن كان ناقصاً مثل أن يكون نقص درهم فقد وقع البيع بدراهم وجزء درهم، وإن كان مغشوشاً فهو سلعة، وقد وقع البيع بعين وسلعة، ولا يجوز له أن يعرف المبتاع بعين، وأما إن كانت الخطيطة ما لا يُخط مثلها في البيع، ولم تجر العادة بذلك فيه فإنه لا يبين ذلك فيه، لأنه وهبه إياه لا لمكان البيع.

قوله: (فأعطاه فيها مائة دينار)^(٣). فهذه مصارفة (الثمن)^(٤) وهي بيع ثانٍ، ولا يحل له أن يعرف بأن الثمن العادة أن يقضي الإنسان في دينه أقل منه (.)^(٥)

(١) في التهذيب «ولا يضرب له الربح على القيمة». (٢٠٣/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٠٤/٣).

(٣) في التهذيب «فأعطى فيها مائة دينار» (٢٠٤/٣).

(٤) مقطوعة في الأصل.

(٥) مقطوعة في الأصل، ولعلها «مما هو».

[١/٧٠] بين الناس .

وكذلك إذا دفع فيها طعاما فهذا بيع ثانٍ إلا أن قوله: «أو ابتاع بذلك ، ثم نقد عينا»^(١) فيه إشكال ، لأنه بيعُ الطعام قبل قبضه ، لأن الطعام قد صار ملكه بالبيع ، فلما قبض عنه عينا فقد باعه قبل قبضه ، فلا بد من حمله على أن يكون الطعام صبرة جزافا لا يحتاج إلى توفية كيل فحينئذ يحصل قبضه بمجرد العقد ، ويصح بيعه قبل نقله^(٢).

قوله: (جاز أن يربحه على الثياب إذا وصفها)^(٣). أي يدفع له ثيابا أكثر منها هي في ذمته فهذه المسألة منعها أشهب .

وكذلك إذا أَرْبَحَهُ على الطعام فقد صار له في ذمته طعامٌ آخرٌ ليس عنده في حال ، وقد باع منه بثياب أو طعام موصوف في ذمته غير معين ، وبيعُ الموصوفِ في الذمة سلمٌ ، وقد نُهي عن بيع ما ليس عندك .

والإجماع على أن يشتري بالعين وليس عنده في الحال ، وإنما يراد بذلك ما عدا العين ، وبيعُ ما ليس عندك إنما هو سلم ، وهذا سلمٌ حالٌ ، ولا يجوز في المذهب ولا عند أشهب .

ولنا قول بجوازه كالمخالف ، فعلى هذا لا إشكال في جواز المسألة ، ووجهُ المذهب أن هذا ما جرَّت إليه الأحكام ولم يدخل عليه ، ولا خلاف بينهما في الشُّفْعَة إذا باع شقصا بثياب فإن الشفيع يأخذ بالشُّفْعَة بثياب مثلها موصوفة .

(١) في المتن ثم نقد عين ، والصواب ما أثبتته من التهذيب . (٢٠٤/٣) .

(٢) انظر مواهب الجليل (٢٧١/٥) .

(٣) في التهذيب «جاز أن يربح» (٢٠٤/٣) .



فرق أشهب بأن الشُّفْعَةَ ليست بيعاً محققاً، وأن حكمها كالبيع بدليل أن المشفوع عليه يجبرُ على ذلك، والبيع إنما هو نقل ملك إلى ملك اختياراً، وإنما صح جبره في الشُّفْعَةِ على ذلك لمصلحة أزيد من ذلك، وهي نفيُ مفسدةِ الشركةِ وضررها.

وبمنزلة جبر الشريكين على البيع فيما هو مشاع بينهما مما لا ينقسم أو في قسمتهِ ضرراً، فيجبرُ كلُّ واحدٍ على أن يخرج عن حظه في كل جزء منها إلى حظ الآخر.

وكذلك جبرُ الشريك في العبدِ على بيع حظه من شريكه الذي أعتق حظه منه، وذلك لمصلحة العتق، فهذه ثلاثة مواضع يُجبرُ فيها المالكُ على إخراج ملكه عن يده^(١).

قوله: (ردّ ذلك إلا أن يتماسك المبتاع)^(٢). أي أنه مخير في الرد والإمساك، فهذا قد جعله بيعاً صحيحاً لأن ذلك عنده عيبٌ.

قوله: (وإن فاتت بتغير سوق)^(٣). جعله كالبيع الفاسد، لأنه الذي يفوت فيه المبيعُ بتغيرِ السوق، وإلا الصحيح فالمذهب أنه لا يفوتُ بذلك حملاً على البائع، لأنه يُتَّهم فيرد عليه وإن نقص ثمنه، معاملةً له بنقيضِ قَصْدِهِ، وخيرُهُ في الفوت بين أن يلزمها بأجر الثمنين أيهما كان خيراً له وربحِهِ عليه.

ولنا قولٌ ثانٍ: أن ذلك بيع فاسد لما احتوى عليه من الغش فيردُّ ليس إلا،

(١) يريد: إجبار المشفوع على البيع، وجبر الشريكين على البيع فيما هو مشاع بينهما، وجبر الشريك في العبد على بيع حظه من شريكه. وكلها راجعة إلى اعتبار المصلحة.

(٢) التهذيب (٢٠٤/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٠٥/٣).

وإن فاتت السلعة عند المبتاع فالقيمة ليسَ إلّا ، وقد تقدم في الكذب أنها إذا فاتت فللبائع القيمة ما لم تزد على الثمنِ الكذبِ ، وما لم ينتقص عن الثمن الصدق .

قوله : (على الجزء الذي أرباحه)^(١) . مثل أن يربحه درهما في الدينار فينظر نسبة الدرهم من صرف الدينار ويربحه فيها تلك النسبة من ثمنها .

قوله : (ثم وهب له المائة)^(٢) . هذه لها صورتان :

إحدهما : أن ينقد المائة ثم يفارقه ثم يهبها له ، فهذا لا إشكال في أن يربح على المائة .

والثانية : أن يهبها له قبل قبضها منه فهذا ينبغي له مخافة الكذب ألا يعرف بثمنها ، لأنه ما اشتراها ، وقيل يجوز ذلك .

قوله : (ثم ورثها عنه)^(٣) . مثل أن يبيعها من عمه ثم يرثه ، فهذا ملك ثانٍ غير الأول ، فلا يجوز له أن يعرفه بشرائها لأنه يكون كاذبا ، ولم يذكر حكم الله في المسألة إذا وقعت ، وهو أنه إن لم تفت كان المبتاع مُخَيَّرًا في الرد والإمضاء بذلك ، وإن فاتت كان عليه [٧٠/ب] الأقل من قيمتها ، أو ذلك الثمن لأن البائع قد رضي به .

قوله : (فلا يَبِعُ نصفها مرابحة)^(٤) . لأنه لا يتعين ما ورث مما ابتاع ، لأن ذلك شائع في جميع أجزائها ، وكل جزء منها مبيع وموروث ، فإذا باع نصفه دخل فيه المبيع والموروث ، وقد تقدم أنه لا يجوز بيع الموروث مرابحة .

(١) في التهذيب «على الجزء الذي ربحه» (٢٠٥/٣) .

(٢) في التهذيب «ثم وهبت له المائة» (٢٠٥/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٠٥/٣) .

وقيل: يجوز ذلك وإن لم يبين، لأنه إنما باع منه النصف الذي اشترى وإن لم يتعين.

وقيل^(١): إن ابتاع أولاً النصف ثم ورث النصف الآخر فهذا يجوز له بيع النصف مرابحة وإن لم يبين، وإن كان العكس لم يَجُزْ حتى يبين لأن الغالب في البيع أنه بيع النصف الثاني الذي يكمل له به المبيع ليزيل شَعْبَ^(٢) الشركة، بخلاف ما إذا اشترى جزءاً من شيء لا يملك فيه شيئاً، وعلى هذا إذا اشترى سلعة في مرتين، ثم أراد بيعها فلا بد أن يبين أنه اشتراها مرتين^(٣).

قوله: (وما ابْتَعْتَ من مَوْزُونٍ أو مَكِيلٍ فَلَكَ بَيْعُ نِصْفِهِ)^(٤). لأن أجزاء كلهما متساوية، وقال ابن حبيب: لا يجوز شراء الجملة قد تكون أرخص وبالعكس، فلا بد أن يُحْمَلَ ما في الكتابِ على أن الأمرين سواء^(٥).

قوله: (فلا يَبِيعُ أَحَدُهُمَا مرابحةً)^(٦). بخلاف السلم^(٧).

في هذه المسألة ثلاثة أقوال^(٨):

(١) هذا قول القابسي، قال ابن عرفة: «القابسي: لو سبق الشراء الإرث لم يلزمه بيان؛ لأنه في سبق الإرث، يزيد في ثمن المشتري للتكميل». المختصر الفقهي لابن عرفة (١٤٠/٦)، الجامع (٨٧٦/١٣)، منح الجليل (٢٧٩/٥).

(٢) الشعب من الأضداد، قال ابن منظور: «الشعب الجمع والتفريق، والإصلاح والإفساد»، والمراد هنا إزالة ضرر الشركة، انظر لسان العرب مادة [شعب] (١١٩/٥).

(٣) انظر الجامع لابن يونس (٨٧٥/١٣)، المختصر لابن عرفة (١٤٠/٦).

(٤) التهذيب (٢٠٥/٣).

(٥) انظر الذخيرة (١٧٧/٥)، المختصر لابن عرفة (١٤١/٦).

(٦) التهذيب (٢٠٦/٣).

(٧) يريد قوله: «ولو كان من سلم جاز». التهذيب (٢٠٦/٣).

(٨) انظر المختصر الفقهي لابن عرفة (١٤٢/٦).



جوازُ ذلك في البيع والسلم حملاً على الغالب لاستواء الثوبين ، ولا بد من استوائهما .

ومنعُ ذلكَ فيهما مخافة أن يكون قد اغتفر أحدهما لمكان الثاني وإنما قبضه على الثاني ، وقد يخفى على المبتاع الفرقُ .

ووجه التفصيل أن البيع كثيراً ما يطرأ فيه ذلك أن يهمل جانب أحد السلعتين لمكان الأخرى ، لأن الأغراض تختلف باختلاف الأعيان كثيراً وإن تساوت صفاتها ، والسلم موصوف في الذمة ، فإذا اشترط استواءهُما ، ولم يتجاوز عنه في الوصف بأن يأخذ منه دون ما شرط عليه ، فلا يأخذ منه إلا متساويين بعد أن يكون أحدهما مأخوذاً عن الآخر ، وهذا قد اعترض عليه بقوله «أو بعد القبض»^(١) ؛ لأنهما قد تعينا بعد القبض وأمكن أن يغتفر أحدهما في حق الثاني .

فأجاب عن هذا الاعتراض المقدر في الكتاب بقوله: إنهما في الذمة لا يتعنان ولا يزولان عن ذلك بالقبض ، لأنه لو استحقا بعده أو أحدهما لم يبطل السلم كما يبطل البيع بذلك .

قوله: (أو توليةً بحصته من الثمن)^(٢) . لأن العلة واحدة إذ التولية بيع ، إلا أنه بالثمن الأول ، وعلى صفته من طول وتأجيل ، وإن خالف ذكر فهو بيع وهل الدرك في التولية على البائع الأصلي ، أو المولى قولان .

قوله: (وإن بعت رأساً)^(٢) . هذا وإن كانت الرؤوس متساوية لأن الأغراض تختلف لاختلاف الأعيان ، ولا يجوز قبض الأثمان على الرؤوس ويعرف بذلك

(١) يريد قوله: «جاز ذلك قبل قبضهما أو بعد» . التهذيب (٢٠٦/٣) .

(٢) التهذيب (٢٠٦/٣) .



ثمنًا حتى يتبين ، كما لم يَجُزْ في الثوبين لأنه إن باع بما ينوبه من الثمن يصير الثمن مجهولاً حال العقد ، وإن عُلِمَ في ثاني حال إذا حَقَّقَتْ قيمتهم .

قوله: (ثم اقتسماها)^(١) . ما لم يبع أحدهما حصته مرابحة لأن كل واحد منهما دفع بما صار له عينا ، وأجزاء من هذه العروض عوضا عما أخذ الآخر ، وصار الثمن عينا وبعضَ عرض ، فلا يجوز أن يعرف بعين ، فإن وقع ذلك بحكم الله فيها إن لم يفت يُخَيَّرُ المبتاعُ ، وإن فاتت لزمه نصف المبيع ، وهو ربع الكل بحسابه من الثمن ، لأنه الذي ابتاعه بالعين محققا ، والنصف الثاني يلزمه بالأقل من الثمن أو القيمة .

قوله: (فليبع مرابحة على الثمن الآخر)^(١) . أما إذا اشتراها ثانية من غير الذي باعها منه بأكثر أو أقل فليست إقالةً ، وحينها لا تكون إلا بالثمن الأول لا أقل ولا أكثر ، وأراد هنا أن الثمن نقد في الموضعين ، وأما إذا كان (.)^(٢) [١/٧١] إلى أجل فلا يجوز ، وأنها في غير أهل العينة المعروفين بذلك ، وإذا صحت هذه المسألة جاز له أن يعرف بالثمن الآخر ، لأنه ملك ثانٍ سوى الأول .

وأما لو باعها الأول بثمان قبضه ثم فارقه المبتاع ، ثم بعد ذلك اشتراها منه ، فلا إشكال في صحتها البتة .

قوله: (فلكل واحد ما نقد والربح بينهما بقدر ذلك)^(٣) . لأنهما لما ذكرا رؤوس أموالهما لزم المبتاع أن يدفع لكل واحد رأس ماله ويكون الربح بينهما على وزن ذلك ، وقيل: الربح بينهما بنصفين على قدر شركتهما في الرقبة وهذا

(١) التهذيب (٢٠٦/٣) .

(٢) بتر في آخر الورقة من الأصل ، ولعلها: [أحدهما] .

(٣) في التهذيب «فلكل واحد منهما ما نقد ، والربح بقدر ذلك» (٢٠٦/٣) .

في المراجعة^(١).

وأما في المساومة إذا قال: ابتعناه بكذا؛ فقال ابن القاسم: الثمن بينهما بنصفين، كما أن نفقته بينهما كذلك^(٢).

وقال أشهب: بل يقتسمان ذلك على رؤوس أموالهما لأنهما أجملا ولم يبينا.

قوله: (ثم أقال منها، لم يبع مراجعة إلا على عشرين)^(٣). الإقالة في جميع المواضع على المذهب بيع ثانٍ إلا في أربع مسائل منها هذه، وإنما لم تكن هنا بيعاً لأن ذلك يؤدي إلى أكل المال بالباطل، فكانت فسخاً للبيع فلم يبق له أثر فرجع إلى الأصل الأول.

والشافعي يُجَوِّزُ ذلك وإن عقدا فيما بينهما على ذلك إذا وقعت صورة البيع صحيحة ولا إثم عنده عليهما، وكذلك يقول في مسألة المحلل يصح، وإن أضمر ما لا يجوز إذا كانت صورة العقد سالمة، وعلى هذا يمشي ما يفعله اليوم الناس بأسواق البلاد يشتري أحدهم السلعة مثلاً بعشرة فيقول لجاره أبيعها منك بعشرين، ثم يرجع يشتريها منه ويهبه عشرة، ويتقاصا فتسقط عشرة بعشرة، ثم يبيعها مراجعة بعشرين ويسمون ذلك (..) ومنه تحرز مالك رحمته الله.

ومن تلك المسائل أن يشتري شقصاً من ملك فيخاف الشفعة فيبيعك بأكثر من الثمن ثم تقايله في ذلك، قال مالك: فإنما يأخذ الشفع بالثمن الأول، لأن الإقالة هنا فسخ للبيع ورفع لأثره لا بيع ثانٍ لليلة المتقدمة.

(١) انظر الجامع لابن يونس (١٣/٨٨٣).

(٢) انظر التهذيب (٣/٢٠٧)، والجامع لابن يونس (١٣/٨٨٣).

(٣) المصدر نفسه (٣/٢٠٧).



وقيل في المسألة المتقدمة إن أقاله قبل أن يقبض الثمن منه فالأمر كما تقدم، وإن كان بعد ذلك فالإقالة بيع^(١).

قوله: (فأنت مجبور أن تضع عن شركته)^(٢). هنا أربع مسائل: الشركة والشفعة والتولية والمراجعة، وفي كل مسألة قولان:

أحدهما: أن البائع ثانياً (مجبوراً)^(٣) على أن يحط ذلك عن المشتري آخرًا وعن الشفيع.

والثاني: أنه لا يجبر، (لأنما)^(٤) حظه البائع الأول يختص هو به بل يخير الشريك والمولى له والشفيع والمشتري في الالتزام بالثمن كله أو الرد، والمشهور من المذهب الجبر في الشفعة والشركة والتخيير في التولية والمراجعة، وصعب الفرق بين الموضعين على الأصحاب.

وقال بعضهم: لما كانت الشفعة تقع حبراً، والشركة قد يقع في جنسها الجبر كالورثة لملك بينهم، وكالمشتري تلقياً من الركبان فإنه يجبر على أن يكون من بقي من التجار شريكاً له في ذلك. والتولية والإقالة لا يقعان جبراً البتة فناسب الجبر الجبر، وهذا لا أثر له لا يناسب جبر المبتاع الأول عن الخروج عن ملكه في الشفعة أن يختص ببعض الثمن، ولأنه لا فرق بين التولية والشركة إلا أنه في الشركة ولاه بعض ما اشترى، وفي التولية ولاه كله.

(١) أي أنه يكون بيعاً مبتدأ، قال في الجامع: «ولو تناقدا وافترقا وتباعد ذلك، ثم بعد ذلك تقايلا فهذا بيع مبتدأ، وإن سموه إقالة، وله أن يبيع على الثمن الآخر والله أعلم». (١٣/٨٨٣).

(٢) في التهذيب «فأنك مجبور أن تضع عن شركته». (٣/٢٠٧).

(٣) كذا في المتن. ولعل الصواب: [مجبور].

(٤) كذا في المتن، ولعل الصواب: [لأن ما].



قوله: (ولو حطَّكَ بَائِعُكَ جَمِيعَ الثَّمَنِ)^(١). هذا معلوم أنه ليس من أجل المبيع، وإنما هو هبة بخلاف ما جرت العادة بحطّه، فإن صح هذا يجبر على حطه، ولا خيار له في ذلك.

قوله: (خير المبتاع)^(١). في حكم (.) إذا وقعت ولم تفت السلعة ثلاثة أقوال:

أحدها وهو المذهب: أن يبدأ بالمبتاع فيخير بين [٧١/ب] أن يأخذها بالثمن الكذب وربحه أو يرد، فإن ردّ فللبائع أن يسقط الكذب وربحه، فيجبر المبتاع على أخذها بالصدق وربحه لأن المحذور قد زال^(٢)، وليس عينا ثانيا في البيع، وإنما برئ بتخير المبتاع حملا على البائع، لأنه الظالم.

وقيل: يبدأ بالبائع فيجبر بأن يسقط الكذب وربحه، ويخير المبتاع عليها بالثمن الصدق وربحه أو يسترجعها، ووجهه: أن البائع أحق بماله، ولأن المبتاع قد كان رضيها بالثمن وربحه.

وقيل: لا يخلو أن يجيء البائع متنصلا من ذلك فأدى ما عليه أو يطلع عليه، ففي الأول يكون القولان المتقدمان، وفي الثاني لا يخير المبتاع البتة، لأنه قد يقول إذا كان تجره كذا فماله حرام فلا أبايعه.

وإن فاتت السلعة عند المبتاع لزمته القيمة يوم القبض، وقيل: يوم البيع.

وَجْهُ الْأَوَّلِ: أن البيع فاسد، لأنه منهي عنه، والنهي يدلُّ على فساد المنهيّ، وعلى هذا تفوت بحوالة السوق، والنقص اليسير في البدن، والزيادة اليسيرة كالباعيات الفاسدة لأنهما دخلا فيها على الفساد فلم يحمل على أحدهما دون

(١) التهذيب (٢٠٧/٣).

(٢) انظر التهذيب (٢٠٧/٣ - ٢٠٨).



الثاني ، بخلاف البيع الصحيح لا تفوت فيه بذلك لأن البائع متهم فلم يَمْنَع ذلك من ردها عليه معاملة له بنقيض قصده .

وَوَجْهُ الثَّانِي : أنه بيع صحيح ، وإنما ذلك عيب فهو كالرد بالعيب ، وعلى هذا لا تفوت بحوالة السوق والنقص اليسير في البدن كالرد بالعيب .

والفَرْق بين هذه وبين الرد بالعيب حتى كان المبتاع في المبيع مُخَيَّرًا بين الإمساك والرَدِّ ولم يكن للبائع اختيارًا: أن العيب هناك في نفس السلعة ثابت ، بخلاف الكذب ليس بعيب في نفس السلعة فإذا أسقطه البائع مع ربحه لم يبق في السلعة عائق يمنع من فوتها .

قوله : (إلا أن يكون ذلك أكثر من الثمن الكذب وربحه)^(١) . اعلم أن البيع الفاسد ضربان :

أحدهما يرجع فيه عند الفوت إلى القيمة مطلقاً كالبيع بخمر أو خنزير ، وتفوت السلعة عند المبتاع .

والثاني يرجع إلى القيمة ما لم تزد على الثمن كبيع الشروط مثل البيع على سلف ، فإن كان من المشتري فما لم ينقص عن الثمن ، وإن كان من البائع فما لم تزد عليه .

كذلك هنا القيمة ما لم تكن أكثر من ثمن الكذب ، لأن البائع قد رضي بدونها ، وكذلك ما لم تكن أقل من الصدق ، لأن المبتاع قد رضي بما هو أكثر منها .

قوله : (ولو كانت السلعة مما يكال)^(٢) . يريد أن ذوات الأمثال لا تؤخذ

(١) في التهذيب «أكثر من الثمن الكذب وربحه» (٣/٢٠٧ - ٢٠٨) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٢٠٨) .



عنها القيمة ، لأنه إنما يُرَجَّع إلى القيمة عند تعذر المثل ، والمثل أقرب إلى الشيء من القيمة فكانها لم تفت .

وأما إذا باع معينا فاستحقَّ فإن البيع ينقض وإن كان له مثل ، لأن الأغراض تتعلق بالمعيّنات .

قوله في الرواية الثانية: (إن فأت بنماء أو نقصت)^(١) . مفهومه أنها لا تفوت بحوالة السوق ولا بالنقص السير كالرد بالعيب لأنه بيع صحيح ، ويدل على أنه أراد ذلك قوله بعد: «فعليه قيمتها يوم ابتاعها»^(٢) ، وكذلك أراد في قوله: «فله قيمتها»^(٣) أي يوم البيع ، وهذا على أنه بيع صحيح ، وأن ذلك عيب ، ووجه الفساد فيه أنه بيعٌ منهى عنه ، ووجه الصحة أنه إذا أسقط الكذب كان صحيحا .

قوله: (لم يثبت)^(٤) . أي بالبينه أنها قامت عليه بعشرين ومائة ، هذا غلط لا كاذب ، لكنه إن لم يثبت قوله ببينة أو موافقة المبتاع له مثل أن يجد عليها رضا بذلك فلا يكون له (.)^(٥) ، وإن ثبت قوله خير المشتري بين التزامها بالثمن

(١) في التهذيب «بنماء أو نقصان» (٢٠٨/٣) ، ويريد بقوله: «وفي الرواية الثانية» ؛ ما جاء في بعض نسخ التهذيب من الرواية عن مالك ، وفي أخرى عن علي بن زياد عن مالك ، وفي نسخة الفكونية بجامعة قسنطينة رواية واحدة يظهر أنها تحاشت التكرار الذي في الروایتين ونصها: «وروى علي عن مالك أن السلعة إذا كانت قائمة خیر المبتاع في قبولها بجميع الثمن ، أو ردها ، إلا أن يحط عنه الكذب وربحه فيلزم المبتاع ، فإن فأت بنماء أو نقصان خير المبتاع بين أخذ الربح على ثمن الصحة وإلا فله قيمتها إلا أن يشاء المبتاع أن يثبت على ما اشترى به فإن أبى فعليه قيمتها يوم ابتاعها إلا أن يكون أقل أو أكثر على نحو ما ذكر ابن القاسم» .

(٢) في التهذيب «يوم ابتاعها» (٢٠٩/٣) .

(٣) التهذيب (٢٠٩/٣) .

(٤) الظاهر أن الصواب «ثم ثبت» ، كما في التهذيب «ثم ثبت أنها قامت عليه بعشرين ومائة ، فإن لم

تفت خير المشتري بين ردها أو يضرب له الربح على عشرين ومائة» (٢٠٩/٣) .

(٥) ما بين المعقوفين مبتور في المتن ، والظاهر أنه: شيء .



الصحيح أو ردها.

قوله: (وإن فانت بنماء أو نقص)^(١) (.)^(٢) [١/٧٢] أنه لا يُفِيْتُهَا تَغْيِيرُ السُّوقِ لأنه بيع صحيح ، لكنه كعيب في السلعة فلم يُفْتَحْهَا تَغْيِيرُ السُّوقِ والنقص اليسير .

قوله: (إلا أن تكون القيمة أقل من عشرة ومائة)^(٣) . هذه عكس المتقدمة ، لأنه هناك تلزمه القيمة إلا أن تكون أكثر من الكذب ، وأقل من الصحيح ، وهنا لم تكن أكثر من الصحيح وأقل من الغلط .

قوله: (وإن علم المبتاع أن البائع كذبه في الثمن فرضي لم يبع مرابحة)^(٤) . لأنه زاد في ثمنها أكثر مما تساوي بعد أن كان له الرجوع عليه .

قوله: (ومن ابتاع من عبده أو مكاتبه سلعة)^(٥) . هذا الذي قال إنما يكون إذا كان العبد يتجر بماله ، لأنه عندنا يملك ملكاً صحيحاً .

وأما إن تجر بمال سيده فلا يجوز له أن يعرف بشرائه منه ، لأنه كمن اشترى من نفسه ، وكذلك شراء العبد من سيده ، واحتج على أن العبد يملك ، لأنه يطأ بملك يمينه ، فلولاً أنه يملك ملكاً صحيحاً لما جاز له ذلك ، وعلى هذا المذهب ، إلا من باب اليمين احتياطاً إذا حلف أنه ليس في ملكه إلا هذا العبد ، وللعبد عبد آخر فهل يحنث أو لا ؟ قولان ، بناء على أن: مَنْ مَلَكَ أَنْ يَمْلِكَ هَلْ يُعَدُّ مَالِكًا أَوْ لَا ؟

ولا خلاف أنه لو قال عبيدي أحرار فلا يعتق عليه عبيد عبيده .

(١) التهذيب (٢٠٩/٣) .

(٢) قطع في آخر اللوحة .

(٣) التهذيب (٢٠٩/٣) .

(٤) في التهذيب «فرضي بذلك» (٢٠٩/٣) .

(٥) المصدر نفسه (٢٠٩/٣) .

قوله: (وَإِنْ جَنَى أَسْلَمَ مَالَهُ)^(١). لأنه كان له أن يفديه ، فلما رضي بإسلامه كان ذلك قرينة أنه رضي بإسلامه بماله ، وأيضا فهذا كالعتق ، لأنه إخراج ملك بغير عوض فتبعه ماله ، ودل ذلك على ملك العبد .

قوله: (فَلَبَسَهُ)^(٢). أي لبس اختبار لا اختيار إذا كان كثيرا ، واليسير لا شيء فيه ، وكذلك ركوب الدابة .

قوله: (فوطئها)^(٣). وطئ الثيب لا شيء فيه بخلاف البكر ، لأن ذلك ينقص منها إذا كانت من علية الرقيق ، وأما افتضاض الوخش فإنه يزيد فيها فلا يحتاج إلى بيانه .

قوله: (حَتَّى يُبَيَّنَ)^(٤). أنه زوّجها بعد الشراء لأن تزويج الأمة عيب ، فيكون للمبتاع الخيار بين أن يمسك أو يردّ كسائر العيوب ، ولا يسقط خياره ولو حدث عنده بها عيب خفيف ، لأن البائع متهم أنه اطلع على العيب القديم فهو أحق بأن يحمل عليه بخلاف ما لو باع السلعة بعيب خفيف ، فإن للمبتاع الخيار في الرد ، والإمسك ما كان العيب من قليل أو كثير .

قوله: (وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يُلْزِمَهُ إِيَّاهَا)^(٥). بخلاف مسألة الكذب المتقدمة . والفرق: أن العيب هنا ثابت في نفس السلعة ، فكان المبتاع مخيرا ، وهناك لا عيب في السلعة فإذا زال الكذب لزم المبتاع .

(١) في التهذيب «أسلم بماله» (٢٠٩/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢١٠/٣) .

(٣) قال في التهذيب «ومن ابتاع أمة فزوّجها لم يبع مراوحة أو مساومة حتى يبين ، لأنه عيب» (٢١٠/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٢١٠/٣ - ٢١١) .



قوله: (ولا يفيث ردّ هذه حوالة السوق)^(١). لأن البيع صحيح.

قوله: (بخلاف من اطلع على زيادة في الثمن)^(١). فهذه مسألة الكذب، وهي في المذهب بيع فاسد تُفيثه حوالة السوق والنقص الخفيف كما تقدم.

قوله: (فإن فاتت بعثت)^(١). أي لما تعذر الردّ تعين الرجوع على البائع بأرش العيب، كما إذا تعذر الرجوع بحدوث عيب عنده فيكون له الإمساك والرجوع بأرش القديم، أو يرده مع أرش الحادث عنده.



(١) التهذيب (٢١١/٣).

كتاب العرايا

—•••••—

وهي من عرى عن كذا، أي: تخلّى عنه، وقيل: من العراء وهو المكان الخالي، أي: أخلّى ملكه عنه.

ومذهب الشافعي أن معنى العرية في الحديث؛ بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر يدا بيد، أرخص الشارع فيه لمكان الضرورة إذ قد يتعذر على أكثر الناس أن يجد رطباً إذا لم يكن لهم نخل فيرخص له أن يشتري رطباً بخرصه بتمر، وإن كان فيه التفاضل، قال: لا يجوز تأخير التمر إلى الجذاد لزيادة المجذوذ، لأنه طعام بطعام إلى أجل فالبايع [٧٢/ب] قد أعراه الرطب الآن بخرصه تمرّاً.

واستدل على ذلك بالحديث: «نهى النبي ﷺ عن بيع الرطب بالتمر، وأرخص في العرية»^(١) فأجاز ذلك لكل أحد.

وأما أبو حنيفة فأنكر شراء العرية على هذا الوجه لأن القياس يأبى ذلك، وقال: إنما العرية هبة^(٢).

(١) ورد النهي عن بيع الرطب بالتمر (المزابنة) والترخيص في العرية في أحاديث عدة: منها ما جاء في «مسند الإمام أحمد» في مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُزَابَنَةِ، وَالْمُزَابَنَةُ أَنْ يُبَاعَ مَا فِي رُءُوسِ النَّخْلِ بِتَمَرٍ بِكَيْلٍ مُسَمًّى إِنْ زَادَ فَلِي، وَإِنْ نَقَصَ فَعَلَيَّ». قَالَ ابْنُ عُمَرَ، حَدَّثَنِي زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: «رَخَّصَ فِي بَيْعِ الْعَرَائِيَا بِخَرْصِهَا». وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «أرخص النبي ﷺ في بيع العرية بخرصها...» أخرجه مالك، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العرية: (٦٢٠/٢)، برقم (١٢٨٥)، والحديث في الصحيحين أخرجه البخاري، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(٢) انظر المبسوط للسرخسي (١٩٣/١٢).



قوله: «واشترى عريته» ليس ببيع ، وإنما رجع في هبته لأنها هبةٌ لم تقبض بعد ، وكأن قبض التمر عنده يكون (.) ، ولما رجع فيها وهبه بدلها تمرًا آخر .

وكذلك عند الشافعي ؛ للواهب أن يرجع في هبته ما لم يقبض الموهوب ، وعندنا لا يرجع الواهب بل يجبر على إقباضها للموهوب ما لم يمت أو يفلس قبل قبضها ، فتبطل الهبة ، لأنه قد تعلق بها حق الغرماء والورثة وهو أقوى .

قوله: (والعرايا في النخل وفي جميع الثمار)^(١) . لنا في ذلك ثلاثة أقوال أعني في شرائها بخرصها:

أحدها: في الثمر والعنب فقط ، لأنه الذي كان في المدينة .

الثاني: وهو المذهب في كل ما يبس ويدخر قوتا قياسا على الرخصة ، والمذهب يقيس على الرخص كثيرا .

وقيل: في جميع الثمار مطلقاً ادّخر أو لا ، كالخوخ والرمان ، وإذا اشترى ذلك فبخرصه من مثله أخضر ، وهذا توسّع في القياس على الرخص^(٢) .

قوله: (فأرخص لمعريها أن يشتريها إذا أزهرت)^(٣) . لنا فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: لا يجوز له ذلك للحديث: «لا يرجع أحدكم في هبته»^(٤) ، وإذا

(١) التهذيب (٢٣٩/٣) .

(٢) قال ابن شاس: «وأما محلها من الثمار فالنخل والعنب محل ورودها . واختلفت الرواية في القصر عليها أو التعدية . والرواية المشهورة تعديتها إلى ما يبس ويدخر من الثمار . وجعلوا ذلك علة الحكم في محل النص ، وناطوا الحكم به وجوداً وعدماً ، حتى قالوا: لو كان البسر مما لا يتمر (والعنب) مما لا يصير زيبياً لم يجز (اشترى) العرية منه بخرصها ، بل تخرج عن محل الرخصة لعدم العلة» . عقد الجواهر (٧٣٢/٢) .

(٣) في التهذيب: «فأرخص لمعريها أن يشتري الثمرة إذا أزهرت» (٢٣٩/٣) .

(٤) أخرجه الترمذي في الولاء والهبة باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، والنسائي في سننه =



اشترى منه ترك له من حقه شيئاً ، وقيل : يجوز مطلقاً ، وقيل : يجوز بخرصها تمرّاً فقط ، لأنه محلّ الترخّص .

وسبب الخلاف : أنه إذا تعارض الخبر مع القياس المنتزع من الإجماع فهل يقدم الخبر أو القياس^(١) ؟

فالمخالف يقدم القياس ، ولنا قولان : تارة قُدّم القياس ، وتارة قُدّم خبر الواحد ، وإن كان القياس مستنداً إلى خبر الواحد فعارضه خبرٌ قُدّم الخبرُ ، لأنه نصٌّ ، كقياس تحريم المزر^(٢) ، قياساً على تحريم النبيذ الثابت بخبر الواحد .

وإذا قلنا بجواز الشراء فبثلاثة شروط :

أحدها : أن يزهي ذلك التمر ، وقيل لا يجوز ، لأنه بيع على التبقية فلا يصح إلا بعد الإنهاء ، ولو كان رخص في بيع الرطب بالتمر إلى أجل ، فبقي فيما عدى ذلك على أصل المنع .

والثاني : أن يشتريها بخرصها تمرّاً من ذلك النوع كبرني ببرني ، وصيحاني بصيحاني ، فإن كان بخلافه خرج عن محل الرخصة وصار بيعاً آخر ، فلم يَجْزُ بيع الطعام بالطعام إلى أجل وإن كان من نوعه ففيه التفاضل .

الثالث : أن يدفعه إليه عند الجذاذ لا قبله ، لأن تلك السنة .

والعريّة هبةٌ ، لكن خصت بهبة التمر ، كما خصت المنحة هبة الشاة يحلبها

= كتاب الهبة في باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك .

(١) انظر المسالك في شرح موطأ مالك (٧٦/٦) .

(٢) المزر : نبيذ الشعير والحنطة والحبوب ، وقيل نبيذ الذرة خاصة . انظر لسان العرب : مادة [مزر] .

(٢٧١/٨) .



مدة ويردها^(١)، والمذهب: التفريق بين الهبة والعرية في الحكم، فإن كانت بلفظ العرية فالسقي والزكاة على ربها، وإن كانت بلفظ الهبة فذلك على الموهوب، وهو ضعيف لأنهما سواء إلا أن يستند في ذلك إلى العرف.

وقال ابن حبيب: السقي والزكاة فيهما على المعري والواهب، لأنه قصد نفع الموهوب المعري^(٢)، وقيل: على المالك، لأن من ملك شيئاً فعليه مؤنته، وقيل بالتفصيل؛ فالسقي على ربها، والزكاة على من يملكها^(٣)، فإذا سوينا بين العرية والهبة، فالعرية هبة التمر على رؤوس النخل، وإذا فرقنا بينهما فالعرية هبة التمر على رؤوس النخل والشجر بلفظ العرية^(٤).

وإذا كانت هبة فلا بد في تمامها من القبض ذلك بأن يؤبر ويحوز الأصل، فإن لم تؤبر ومات الواهب أو فلس بطلت، وقيل بالتأبير فقط.

قوله: (إن كانت خمسة أوسق فأقل)^(٥). للحديث، وفيه شك من الراوي فلا خلاف في جواز ما دون الخمسة [١/٧٣] وفي امتناع ما زاد وفي الخمسة قولان بسبب الشك.

قوله: (فإن كانت أكثر من خمسة أوسق)^(٥). لم يَجُز بيعها بتمر نقداً ولا إلى الجذاذ، ولا بطعام يخالفها إلى أجل لأن الرخصة إنما [جاءت]^(٦) في خمسة أوسق.

(١) انظر الذخيرة (١٩٦/٥).

(٢) المقدمات الممهدات (٥٢٦/٢).

(٣) المقدمات الممهدات (٥٢٦/٢ و ٥٢٧).

(٤) انظر عقد الجواهر (٧٣٤/٢)، الذخيرة (٢١٠/٥).

(٥) التهذيب (٢٤٠/٣).

(٦) ما بين المعقوفين مطموس من المتن، وما أثبتته موافق المعنى ومقدار الطمس.



قوله: (ويجوز له) أي للمعري ، (ولغيره شراء ما أزهى)^(١) . لأن المعري قد ملك ذلك فيصح له بيعه .

قوله: (وإن زاد على خمسة بعين أو عرض نقداً أو إلى أجل أو بطعام يخالفها نقداً ، ويتعجل جذاها)^(٢) . لأنه لا بد في بيع الطعام بالطعام من التناجز ، حتى يفترقا ودمتهما بريئتان .

ويجوز في صورة أن يشتريها بطعام قبل الجذاذ ، وذلك إذا أعراه سنين ثم اشترى عريته بطعام فهذا جائز ، لأنه ليس بيعاً في الحقيقة ، إنما هو تخلص للرقاب ليصح له التصرف فيها .

قوله: (وتجوز عرية النخل والشجر قبل أن يكون فيها تمر)^(٣) . لأن هبة المجهول جائزة عندنا وكذلك المعدوم ، خلافاً للشافعي ، واتفقنا على جواز ذلك في الوصية لأنها موضع ضرورة ، مثل أن يوصي له بثلاث ما يكون فيها من التمر بعد موته وبسكنى دار حياته .

قوله: (ولا يشتريها مغيرها حتى تزهى)^(٤) . هذا على حكم بيع التمر .

قوله: (وإذا باع المعري حائطه أو أصله دون تمرته ، أو تمرته دون أصله ، أو التمر من رجل ، والأصل من آخر ؛ جاز لمالك التمرة شراء العرية الأولى بخرصها)^(٥) . أي من اشترى من المعري يقوم مقامه في جواز ذلك ، لأن العلة

(١) التهذيب (٢٤٠/٣) .

(٢) في التهذيب «زاد على خمسة أوسق» (٢٤٠/٣) .

(٣) في التهذيب «ثمر» ، وفي بعض نسخه «تمر» (٢٤٠/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٢٤٠/٣) .

(٥) في التهذيب «الثمرة» عوض التمرة في كل المسألة (٢٤٠/٣) .



التي من أجلها سوغ للمعري أن يشتري من المُعَرَّى ذلك موجودةً، وهي إما دفع الضرر بدخول المعرَّى إلى ملك المعري لا غير في قول، وأن يكفيه مؤنة التعب بالحراسة والجذ لا غير في قول، فهذان قولان، والمذهب هو الثالث وهو جواز التعليل بكل واحد منهما على انفراده.

وكذلك إذا باع المعري من أجنبي ينزل منزلته في جواز أن يشتري منه المعري ذلك بخَرْصه تمرًا.

قوله: (كمن أسكنته داراً حياته فوهب سكنها لغيره كان لك شراء السكنى من الموهوب له)^(١). هذا لا يجوز بيعه ابتداءً لأنه غرر، ولكنه جار بعد الهبة فيه لأن المقصود بهذا الشراء إنما هو تخليص الرقبة لأن يتمكن من التصرف فيها من البيع والكراء وغيرهما، مكان البيع إنما هو تخليص الرقبة، وقيل في المذهب: لا يجوز هذا الشراء للنهي عن الرجوع في الهبة، وعن شراء ما وهبت وهو حديث عمر^(٢)، والمذهب إنما أجاز هذا، لأنه حمل الحديث على شراء رقبة الموهوب لا على شراء منفعه، وأيضاً بالقياس على العرية.

وأما ورثة الواهب فيجوز لهم شراء ذلك لدفع الضرر عنهم، ولأنهم ليسوا الواهبين لذلك فزال المحذور.

قوله: (وله أن يهبه)^(٣). لأن هبة المجهول تجوز عندنا لأنها بغير عوض.

قوله: (وإذا ملك رجل أصل نخلة في حائطك فلك شراء ثمرتها منه بالخرص كالعرية)^(٣). هذا كمذهب الشافعي في جواز بيع الرطب بالتمر، إلا أن مالكا

(١) في التهذيب «فوهب سكنها» (٢٤٠/٣).

(٢) لعل المراد هنا ابن عمر لا عمر، وقد سبق تخريج حديث النهي عن الرجوع في الهبة.

(٣) التهذيب (٢٤١/٣).

أجاز ذلك بشرط أن يكون البائع شريكاً معك في دفع عنك بذلك المؤنة التي تلزمه ، ولم يُجزَّه مطلقاً في حق الأجنبي كما فعل الشافعي .

قوله: (كالعرية)^(١) . أي يدفع لك الثمن عند الجذاذ قياساً على العرية .

قوله: (إن أردت رفقه لكفايتك إياه مؤنتها)^(٢) . أي فبذلك تشبه العرية لأنها معروف ، فإن لم يقصد هنا نفعه بل دفع الضرر عنك لم يكن في ذلك معروف ، ولا يشبه العرية ، ولا يقاس عليها ، ولأن أضراره بالدخول قد دخلت عليه أولاً ، لأنه شريكك ولا تعذر في ذلك إذا أردت دفع الضرر بما لا يجوز .

قوله: (ولو كان لدفع ضرر دخوله فلا يعجبني وأراه من بيع التمر بالرطب)^(٣) . أي ولا [٧٣/ب] يشبه العرية حينئذ .

قوله: (وأما العرية فيجوز شراؤها بالخرص لمعريها لوجهين إما لدفع الضرر بدخوله وخروجه ، أو لرفق في الكفاية)^(٤) . هذا دليل على التعليل بكل واحد على انفراده .

قوله: (وقال بعض أصحاب مالك: لا يجوز للمعري شراء ما أعري إلا لدفع الضرر)^(٥) . هذا المذهب الثاني ، وهو التعليل بدفع الضرر وعليه أجاز شراء تمر نخلة أصلها لغيره ، أي بالقياس على العرية إذا عللت بدفع الضرر وتوسّعاً في الرخصة . والصدق أن العرية لا تخلوا من معروف .

(١) التهذيب (٢٤٠/٣) .

(٢) في التهذيب «وأردت بذلك رفقه بكفايتك إياه مؤنتها» (٢٤١/٣) .

(٣) في التهذيب «وإن كان» (٢٤١/٣) .

(٤) في التهذيب «لدفع ضرر دخوله» (٢٤١/٣) .

(٥) في التهذيب «وقال بعض كبار أصحاب مالك» (٢٤٢/٣) .



قوله: (ومن مات من معرٍ أو معري جاز لورثته ما جاز له)^(١). لأنه من مات عن حق فهو لورثته.

قوله: (وقال بعض كبار أصحاب مالك: إذا أعري خمسة أوسق فلا يجوز أن يشتري بعض عريته)^(٢). هذا بناء على أن العلة في ذلك دفع الضرر فقط لا الرفق وعلى هذا تجوز.

قوله. (قال ابن القاسم: ومن أعري جميع حائطه وهو خمسة أوسق أو أدنى جاز له شراء جميعه أو بعضه بالخرص)^(٣). بناء على أن العلة الرفق بالكفاية.

قوله: (وتوقف مالك في شراء جميعه بالخرص)^(٣). بناءً على التعليل بدفع الضرر (٠) لا ضرر في ذلك^(٤)، وإنما يجوز على القول الآخر.

قوله: (كما جاز شراء جميع السكنى أو بعضه ولا يدفع به ضرراً)^(٥). أي وليست فيه تلك العلة بل فيه تخليص الرقبة ويريد بالبعض وقتاً معيناً فيجوز من كل أحد، وإن لم يعلم أن الموهوب له السكنى يعيش عاماً بناءً على الغالب، كما يستأجر الدابة إلى السنة، وإن أمكن ألا تبقى إلى الأجل.

قوله: (ومن أعري شيئاً من الخضر والفواكه)^(١). لا خلاف أن العرية جائزة في كل شيء لأنها هبة، إنما الخلاف في شرائه أخضر بخرصه من نوعه فالمذهب في الخضر والفواكه ألا تُباع بخرصها لأن هذه الأشياء لا تيسر فلو بيعت بخرصها

(١) في التهذيب «جاز لوارثه» (٢٤٢/٣).

(٢) في التهذيب «إذا أعري خمسة أوسق فأدنى» (٢٤٢/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٤٣/٣).

(٤) انظر التهذيب الهامش رقم ١ (٢٤٣/٣).

(٥) المصدر نفسه (٢٤٣/٣).

لأدى إلى أن يدفع له مثل ما على الشجر أخضر، وفيه أخضر بأخضر من نوع واحد غير متماثل لأن الجهل بالتماثل كت تحقيق التفاضل.

ولنا قول ثانٍ: إجازته توسعاً في القياس على الرخص؛ وذلك بأن يدفع له عند تناهي الجذاذ في هذا النوع مثل خرصه متناهي الطيب، ويكون تناهي طيبه بمنزلة اليبس في غيره، وفي أخذه دفعة واحدة رفع به ولا يدفعه له نقداً.

قوله: (فلا يباع بخرصه)^(١). لأنه يقطع أخضر أي لا فائدة في دفع مثله.
قوله: (أو أعري تمر نخلة قد أزهرت أو أرطبت لم يجز له شراؤها رطباً)^(٢).
أي كما لا يجوز شراؤها بخرصها رطباً فكذلك ذلك.

قوله: (وكذلك مُعري ما لا يثمر من الرطب أو ما لا يتزبب من العنب لا يشتريه بخرصه تمراً أو زيباً، ويجوز بالعين والعروض نقداً ومؤجلاً، وبخلافه من الطعام على الجذ قبل التفرق)^(٣). وعلى القول الآخر له خرصه من مثل ذلك النوع متناهي الطيب عند قطع هذا النوع، وقوله: «على الجذ» إذ لا بد في الطعام بالطعام من القبض الحسي لضيقه، وهذا وإن كان جزافاً ففيه حق توفية بالسقي.

قوله: (قال ابن وهب: قيل لمالك فالرجل يعري التين والزيتون ثم يشتريه كما يشتري التمر، فقال: أرى بيع العرية جائزاً إذا كان مما ييبس كله ويدخر)^(٣).
هذا مما يدخر، وإذا جاز الزيتون غالباً بأن يعصر ويدخر زيتته، وادخار كل شيء بحبسه، وقد يدخر حباً مملوحاً، فإذا أراد أن يشتري عريته من الزيتون اشتراها

(١) في التهذيب «فلا تباع بخرصها» (٢٤٣/٣).

(٢) في التهذيب «لو أعري ثمر نخل قد أزهرت أو أرطبت لم يجز له شراؤها بخرصها رطباً» (٢٤٤/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٤٤/٣).

بعد بُدُو صلاحه بأن يطيب بعضه بخرصه يدفعه له عند الجذاذ زيتوناً من نوعه متناهي الطيب ، ولا يدفع له زيتاً ، لأنه مغاير للزيتون .

قوله: (ولا رجوع لك في منحة أو عرية أو إخدام عبدٍ أو سكنى دارٍ تعميراً أو [i/v٤] تأجيلاً مسمى)^(١) . أي مدة عمره لأن المنحة هبة شيء خاص فجازت في المجهول كالهبة .

وأما شراؤها فقياس من مالك على شراء العرية وتوسعاً في القياس ، فالشافعي يمنع هبة المجهول وشراؤه ، وهذا عندنا ليس ببيع إنما هو تخليص للرقاب .

قوله: (ولا بأس أن تشتري ما منحته أو أخدمته أو أسكنته بعين أو عرض أو طعام نقداً أو مؤجلاً)^(١) . فقوله: «أو طعام» ، مشكّل في المنحة ، لأن فيه بيع طعام بطعام غير يد بيد ، بل أحدهما معدوم لأن اللبن لم يوجد بعد ، وقاس ذلك على بيع الشاة اللبون بالطعام إلى أجل ، واعترض عليه لأن المقصود هنا شراء الشاة ، واللبن غير مقصود بل هو تابع ، وهو في مسألتنا مقصود ، فإنما جاز ذلك لأن المقصود بالبيع هنا تخليص الرقاب للتصرف فيها لا اللبن .

قوله: (ولا بأس أن يباع هذا السكنى وإن كان تعميراً ، بسكنى دار لك أخرى إلى أجل ، أو بخدمة عبد لك إلى أجل)^(٢) . هذا على المذهب جائز لتخليص الرقبة والثلث معلوم ، وإن لم يَجُز بيعه ابتداءً كما تقدم ، وقد قيل : لا يجوز لأنه شراء ما وهبه ، ووقع لابن القاسم في غير الكتاب جواز ذلك بسكنى دار أخرى لك أو خدمة عبد إلى غير أجل ، ومنع ذلك سحنون ، لأن شراء الأولى

(١) التهذيب (٢٤٤/٣) .

(٢) كذا في المتن ، وفي التهذيب «ولا بأس أن تبتاع من هذه الدار سكنى وإن كانت تعميراً ، بسكنى دار لك أخرى إلى أجل ، وخدمة العبد بخدمة عبد لك آخر إلى أجل معلوم» . (٢٤٤/٣) .



إنما سوغناه للضرورة من تخلص الرقبة .

وأما الثانية فلا ضرورة تضم فيها إلى ذلك فلا يجوز ، ووجه قول ابن القاسم أنه ليس بيعاً لكن بادلته بالثانية كأنهما تركا الأولى [واستأنفا] ^(١) ذلك في الثانية .

قوله : (ومن أعرى نخلة ثم مات المعري قبل أن يطلع في النخل شيء) ^(٢) .
مذهب مالك : أنه لا بد في تتميم الهبة وما في معناها من أنواع العطايا من القبض ، والمخالف لا يشترط ذلك بل تصح دونه ، واتفقنا في الوصية على أنه لا يحتاج فيها إلى الحيابة للضرورة ، ودليلنا قول أبي بكر رضي الله عنه لعائشة بعد أن مرض ، وكان قد وهب لها نخلا فلما طلبته ، قال لها لو كنت حزتيه قبل المرض ^(٣) .

ومن جهة المعنى : أنه قد يتعلق بمال الواهب حقوق الغير بالموت والمرض والفلس فلا يبقى للموهوب فيه إلا وعد فلا يلتفت إليه .

وتبطل الهبة بما هو واجب منها من الحقوق فإذا حازها الموهوب قبل ذلك فقد تخلى الواهب عنها بالجملة ، وإذا ثبت ذلك ففي جواز الثمر ثلاثة أقوال :

قيل بالإبار ، وهو التلقيح ؛ لأنه بذلك يصح دخول الموهوب إلى الحائط

(١) عليها طمس .

(٢) التهذيب (٢٤٥/٣) .

(٣) روى مالك في «موطئه» عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : «إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ - رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ - كَانَ نَحَلَهَا جَادَّ عَشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِهِ بِالْعَابَةِ ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ ، قَالَ : وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنْ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ ، وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا مِنْكَ بَعْدِي ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكَ جَادَّ عَشْرِينَ وَسَقًا ، فَلَوْ كُنْتُ جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزَيْتِيهِ كَانَ لَكَ ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ ، وَإِنَّمَا هُوَ أَخَوَاكِ ، وَأُخْتَاكِ ، فَاقْسِمَاهُ عَلَيَّ كِتَابِ اللَّهِ ﷻ » . وقد أخرج هذا الحديث : أبو مصعب الزهري في كتاب النحل و العطية ، باب ما لا يجوز من النحل و العطية ، وأخرجه محمد بن الحسن الشيباني في كتاب البيوع في التجارات و السلم ، باب النحلى ، كلاهما عن مالك .



ولا يمنع منه ، وأما قبله فلا يسوغ له دخوله إلا باختيار الواهب ، لأنه لاحق له في ذلك ، وقيل بأن يتخلى عن الحائط أمام الشهود ويدفع له مفتاحه إن كان محققاً بحيطان ، وجوز كل شيء بحسبه فحيازة ما ينقل ويحول بنقله وتحويله ، وما لا ينقل بالإشهاد من الواهب على تخليه عنه ، والقبض من الموهوب وهذا هو المذهب ، وقيل بالأمرين معا .

قوله : (أو أشهد أن فرسه حبس في السبيل)^(١) . يعني الجهاد فلا بد من تخلي الواهب عن ذلك كله هبة كان أو صدقة أو حبسا أو عرية أو منحة ، ولا رجوع له بعد الحوز في شيء من ذلك ولا قبله بل يطالب بالحوز ، وإن طالب الموهوب بذلك وتبين لردّه ومنعهِ من ذلك الإقباض إلى أن مات أو فلس فإن حق الموهوب ثابت ، والقبض في المرض على المذهب كالموت والفلس .

وعند أشهب أقل أحواله أن يكون هبة في المرض من الثلث .

قوله : (أو منح رجل بعيراً إلى الزراع)^(٢) . أي وقت الزراعة .

قوله : (وزكاة العرية وسقيها على رب الحائط)^(٣) . هذا المذهب ، وأن الهبة يكون ذلك فيها على الموهوب ، ولا فرق بينهما إلا باللفظ ، لأن اللفظ قد يكون له حكم [٧٤/ب] لا يكون للفظ لمعناه ، ألا ترى أن الصدقة لا رجوع فيها للمتصدق البتة وإذا وهب لابنه جارية جاز له الاعتصار ؟ وذلك أن لفظ الصدقة يشعر بالقربة فلم يَجُز له الرجوع فيها ، فكذلك العرية يشعر لفظها بأمر زائد على الهبة ، وهو أن قصد المعري أن يتخلى بذلك عن جملته رفقا بالمعري والسقي والزكاة ينقص

(١) في التهذيب «أو شهد» (٢٤٥/٣) .

(٢) في التهذيب «أو منح رجلاً بعيراً» (٢٤٥/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٤٥/٣) .



ذلك إن كان من المعري ، ويمكن أن يكون عرفا في المدينة رجع إليه المذهب ، وقيل إن السقي والزكاة في العرية والهبة على الواهب والمعري لما تقدم والعرية هبة ، وقيل على الموهوب والمعري ، لأنه قد ملك ذلك فعليه مؤنته وما يلزمه .

وقيل بالتفصيل ؛ فتكون الزكاة على الموهوب والمُعري ، كما أنه إذا اشترى المعري عريته منه فأصابها جائحة فهي على المعري ، لأن ذلك أمر أصابها على ملكه ، فكذلك الزكاة لأنها وجبت وهي في ملكه .

وقد قيل : إن الجائحة من المعري ، لأنه إنما أعراه على جهة المعروف ، وأما السقي فعلى المعري ، لأنه لا يتخلص التمر إلا بالسقي ولأن ذلك معروف .

قوله : (وإن لم تبلغ ما فيه الزكاة فلا زكاة على واحد منهما)^(١) . يعني : خمسة أوسق لأنها تحسب عليه مع باقي الحائط ، وإذا قلنا على المعري فإن كان له نخل آخر أضيف ذلك إليه ، وزكى الجميع إن بلغ النصاب ، وتكون الزكاة في ذلك الثمر لا في ذمته .

قوله : (ولو تصدق بثمرة حائطه قبل زهوه على المساكين كان السقي عليه ولا يحاسب به المساكين)^(٢) . وكذلك الزكاة ، لأن لفظ الصدقة يشعر بالقربى فهو أبلغ في ذلك من لفظ العرية .

قوله : (ولو وهب ثمرة حائط ، أو تمر نخل معينة سنين قبل الزهو أو أعمر ذلك لم يجز له شراء ثمرة ذلك أو بعضه بخرصه)^(٣) . يريد أن الهبة لا تقاس على العرية في ذلك لأن الرخصة إنما وردت مع لفظ العرية فلا يتعدى بها محلها ،

(١) قدم هذه المسألة على ما بعدها ، انظر التهذيب (٢٤٦/٣) .

(٢) التهذيب (٢٤٦/٣) .

(٣) في التهذيب « ولو وهب ثمر حائطه ، أو جزءا منه أو ثمر نخل » (٢٤٦/٣) .



وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: تُقَاسُ الهبة على العرية في ذلك لأنهما سواء في المعنى ، وقوله: «قبل الزهو» ؛ لأن ذلك لا يمكن خرصه كالمعدوم ، وإذا أعراه سنين جاز له شراء ذلك بالطعام وغيره نقداً أو إلى أجل ، وليس ذلك بيعاً بل تخليص الرقبة .

قوله: (والسقي في ذلك على الموهوب)^(١) . فرق بين الهبة والعرية ، ولا زكاة على واحد منهما أي في هذا المعنى .

قوله^(٢): ولا يجوز شراء العرية بخرصها نقداً وإن جَذَّها ؛ لأن الرخصة إنما جاءت هنا ببيع الرطب بتمر إلى أجل فلا يتعدى . وقال محمد بن المواز: يكره ذلك فإن وقع جاز وهو أحرى بالجواز لأن المجذوذ فيه أقل ، لأن في الرخصة هنا بيع الرطب بالتمر وهو مزابنة ، وبيع الطعام بالطعام إلى أجل فإذا نقده فقد زال بعض المحذور وما فعل معه إلا زيادة خير .

قوله: (ولا يجوز شراء العرية إذا أزهت بخرصها تمراً نقداً ، وإن جَذَّها مكانه ، ولا تمر من غير صنفها إلى الجذاذ)^(٣) . لأن الرخصة إنما جاءت في الصنف الواحد .

قوله: (ولا يجوز شراؤها)^(٣) . قبل زهوها ، على حكم بيع التمر إلا على القطع فيجوز .

قوله: (ولا ينبغي له شراء عريته بخرصها من تمر حائط آخر)^(٤) . لأن في ذلك بيع معين يتأخر قبضه ، وإذا كان مضموناً في ذمته زال ذلك المحذور .

(١) التهذيب (٢٤٦/٣) .

(٢) كذا في المتن ، وما بعده ليس في التهذيب .

(٣) المصدر نفسه (٢٤٦/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٢٤٧/٣) .



قوله: (ولمن ابتاع عرية بيعُ تمر ذلك الحائط)^(١). لأنه قد صار جميعُهُ له.

قوله: (وليس للمعري طلبه بالخرص حينئذٍ)^(٢). لأن الذي له عنده إنما هو مضمون في ذمته إلى الجذاذ لا معينٌ.



(١) في التهذيب «ولمن ابتاع عريته من حائط بخرصها بيعُ جميع ثمرة ذلك الحائط» (٢٤٧/٣).

(٢) في التهذيب «وليس للمعري طلبه بالخرص إلا إلى الجذاذ» (٢٤٧/٣).

كتاب الوكالة^(١)

وهي النيابة، وهي ضربان: اختيارية وجبرية؛ فهذه الثانية كنيابة السلطان للأيتام ولسائر الناس، وكتصرف الأب لولده الصغير والوصي لمحجوره، والاختيارية ما عدا ذلك.

ثم هي ضربان: بجعل وبغير [١/٧٥] جعل؛ فأما التي بجعل فضربان: على شيء بعينه إن جاء به أخذ، وإلا فلا شيء له، وهي الجعالة، وفيها ثلاثة أقوال: قيل: هي جائزة من الطرفين، وقيل: لازمة منهما، وقيل: لازمة من جهة الجاعل جائزة من جهة المجعول له^(٢).

والثاني: إجارة أن يتصرف له مدة مخصوصة وهذا لازم من الطرفين. والتي لا جعل فيها جائزة من الطرفين إلا أن يتعلق بها حق للغير فتلزم، مثل أن يوكل شخصاً على بيع ما رهن وينصف غريمه منه أو على أن ينصف غريمه من دينه فيلزم، ولا يجوز له أن يعزله، لأنه قد يتعلق حق للغير في ذلك.

قوله: (فاشترأها الوكيل بعد موت الأمر)^(٣). فيها ثلاثة أقوال:

إذا اشترى له بعد موته قيل: لا يلزم الورثة مطلقاً علم بالموت أو لم يعلم وهو القياس، لأنه تصرف في مال الغير، ولأنه حين تصرف لم يكن مأموراً في

(١) في التهذيب [كتاب الوكالات]، وهو في الترتيب هناك بعد كتاب المراجعة، وقبل كتاب بيع الفرر. (٢/٢١٣).

(٢) الأقوال نفسها حكاه ابن بشير، انظر عقد الجواهر (٢/٨٣٢).

(٣) المصدر نفسه (٢/٢١٣).



نفس الأمر ، وغايته أن يكون أخطأ ، والعمد والخطأ في أموال الغير سواء .

وقيل : يلزم الورثة مطلقاً وهو مشكل ، ووجهه : أنه له شبهة في التصرف لأن الميت سلطه على ذلك ، فكأنه إنما مات عن ملك قد جعل منه التصرف لهذا .

والمذهب التفصيل بين العلم فلا يلزم الورثة ، وعدمه فيلزمهم ، لأنه متعدد في الأول لا في الثاني .

وهذا الخلاف بني على مسألة أصولية : هل يثبت التكليف من حين ثبت الحكم أو من حين وصول العلم به إلى المكلف ؟ مثاله : تحويل القبلة قبل أن يصل العلم به إلى أهل بلد فهل تلزمهم إعادة الصلاة من حين علموا به ، أو من حيث ثبت الحكم .

وهذا الخلاف أيضاً في تصرف الوكيل بعد العزل ، إلا أن المذهب هنا عند عدم العلم أنه يلزم الموكل لأنه المفطر إذ لم يعلمه بالعزل ، يعارضه أيضاً أن الوكيل مفطر إذ لم (.)^(١) ذلك ، لكن الفرق أنه هنا تصرف في مال الموكل ، لا في مال غيره ، وهو سلطه على التصرف ، كذلك المرأة يغيب زوجها فتنفق من ماله على نفسها ، ثم يثبت موته ، أو طلاقه إياها (.)^(٢) الخلاف إلا أن المذهب قال في الموت ترد ما أنفقت ، وفي الطلاق لا ترد .

والفرق : أنها في الطلاق تصرفت في ماله ، وفي الموت تعدت على مال الغير .

قوله : (ثم أتى البائع إلى الوكيل بدراهم زائفة)^(٣) . لا يخلو أن يعرفها

(١) غير واضح ، لعله : يستعمل .

(٢) غير واضح ، لعله : ففيه .

(٣) في التهذيب « ثم أتى البائع بدراهم زائفة ليبدلها » (٢١٣ / ٢) .



الوكيل أو لا ، وإذا لم يعرفها فيما أن يقبلها ، أي يصدق في مقالته أو لا يقبلها وينكره ، فإن عرفها فإنها تلزم الأمر لأن الوكيل أمينه ، وقد نزل منزله فصار اعترافه كاعترافه .

وَيَرَدُّ عَلَيْهِ إِشْكَالٌ : وهو أنه إنما وكله على شيء خاص ، ولم ينزله منزله مطلقاً فإنما يكون أمينه في حال العقد ، وبتمامه تفرغ الأمانة ، ويصير منه كالأجنبي لا يجوز عليه إقراره ولا إنكاره .

قوله : (وإن لم يعرفها المأمور وقبلها ، حلف الأمر)^(١) . فيه إشكال : لأنه إذا لم يعرفها الوكيل فهو لا يدعي أنها دراهم الأمر بعلم ولا ظن ، والدعوى التي توجب اليمين أقل أحوالها أن تكون معها غلبة ظن من هذا ، تنزيل الشك منزلة العلم أو الظن .

وكذلك كقوله : (إذا لم يقبلها ولا عرفها ، حلف المأمور)^(٢) . كان ينبغي ألا يحلف إلا الأمر لأن المأمور قد صار أجنبياً ، وثبت في بعض النسخ : وللبيع أن يحلف الأمر ، وفي بعضها : ثم للبايع^(٣) ، فانبني على ذلك قولان : هل يقدم الأمر في اليمين أو المأمور ؟ ووجه حل الإشكال البناء على قاعدة وهي : هل الاتباع للعقد في حكمه ، وهل يبقى ما بعد وقوع العقد في حكمه زماناً أو لا يبقى لها حكم بل ينقرض حكمه بانقراضه ؟

وإذا قيل : ببقائها فإنما ذلك ما لم يطل الزمان ، فلو ادعى الوكيل بعد

(١) التهذيب (٢١٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢١٤/٣) .

(٣) نص التهذيب « وإن لم يقبلها المأمور ولا عرفها ، حلف المأمور أنه ما أعطاه إلا جياداً في علمه ، ثم للبايع أن يحلف الأمر أنه ما يعرفها من دراهمه » . (٢١٤/٣) .



[٧٥/ب] ^(١) شراء السلعة أنه زاد في ثمنها يسيراً من عنده ، وكان ذلك قريباً من زمان العقد قُبِلَ قَوْلُهُ ، وإن بَعُدَ لم يُلتَفَتْ إليه ، لأنه صار أجنبياً مدعياً .

والوكالة ثلاثة أضرب ضرب باطل والباقيان صحيحان .

فالأول: المطلقُ ، مثل أن يقول: أنت وكيلي ولا يبين شيئاً ، لأنه يحتمل أشياء كثيرة ومحتمل العموم والخصوص لم يكن لها أثر ، وذلك بخلاف قوله في الوصية: فلان وصي ثم يموت فهذا صحيح عندنا وهو مشكل ، لأنه كالأول لفظ مطلق لا يختص بشيء . والفرق أن العرف في الوصايا أنه تنزل الوصي منزلته في جميع الأشياء فهذا صح بانضمام العرف إليه .

والثاني: أن تكون خاصة في شيء بعينه .

والثالث: أن تكون مفوضةً في جميع الأشياء وإذا قال: في كذا ، أو في كذا ، أو في جميع الأشياء حمل على أنه فيما تقدم لا غير ، لأن التقييد قرينة تصرفه إلى أنه أراد التعميم في ما ذكر فقط ^(٢) .

وإذا قال الوكيل: أنا اشتري منك لفلان وسكت ، أو: اشتري ولم يبين ، لم يشتر لزمه الثمن ، إن أنكر المشتري له ولا يريد إلا أن يقول عند الشراء: اشتري لفلان وهو ينقد الثمن ، ولا يلزمه شيء عند إنكاره .

قوله: (لم يَجُزْ له أن يبيعها بدين) ^(٣) . لأن العرف البيع بالنقد ، والعرف كالشرط ، وهذا في الوكيل الخاص ، وأما المفوض إليه فيجوز له أن يبيع كيف

(١) تغير خط الناسخ في هذا الشطر من اللوحة: [٧٥/ب] .

(٢) تقدم كلامه عن هذه الأضرب في كتاب السلم الثاني ، آخر اللوحة [١٦/ب] .

(٣) التهذيب (٢١٤/٣) .



شاء ، لأنه أنزله منزلته .

قوله : (فهو متعدّ)^(١) . لأن البائع بعرض مشتر لا بائع ، وإذا جعل له أن يبيع لا أن يشتري .

قوله : (فإنه ضامن)^(١) . هذا مبني على قاعدة وهي أن كل من سلم لمن لم يسلم منه فلا يقبل قوله إلا بينة ، وأصله قوله تعالى في الوصي : ﴿ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴾ [النساء: ٦] ، لأنه دفع لمن لم يتسلم منه ، وإنما تسلم من الأب فقبس على ذلك كل ما في معناه بخلاف من دفع لمن تسلم منه ، كالمودع يدفع الوديعة لربها بغير بينة ، ثم ينكره ، فالقول قول الدافع لأنه أمينه ، ولو دفعها لمن لا يتسلمها منه لم ير إلا بينة لأنه ليس أمينه .

وقال ابن الماجشون : لا ضمان عليه ، لأنه أمين في الحفظ والدفع ، وإنما أمر بالإشهاد في الوصي مخافة النزاع بين الحاجر والأوصياء ، كما لا تجب الشهادة في البيع لكن انتزعها مخافة النزاع .

ثم لا يخلو أن يحجر المبتاع الشراء والسلعة عند الوكيل ، فهنا يضمن الثمن ، لأنه الذي أتلفه على الأمر وتكون السلعة للوكيل أو (.) الشراء والسلعة معا ، فهنا قولان : أحدهما يضمن قيمة السلعة ، لأنه يتعدى بتسلمها دون ثمن ، والثاني يضمن الثمن ، لأنه باعها بيعاً صحيحاً فترتب للأمر ثمنها فهو الذي أتلف له .

قوله : (كالرسول)^(١) . أي إذا دفع بغير شاهد فيضمن على المذهب اعتباراً بالقاعدة المتقدمة ، لأنه دفع لمن لم يتسلم منه وإنما هو أمين بالنظر إلى حفظهما

(١) التهذيب (٢١٤/٣) .

ومصدق في تلفها ولا يجوز له أن يفرض في دفعها بغير بيان .

وقال ابن الماجشون: لا يضمن ، وقيل: ينظر إلى العرف فإن جرى العرف بأن الرسول لا يدفع إلا ببيان ضمن وإن لا فلا ، لأن ذلك يسد باب المعروف بين الناس ، لأنه إذا علم الناس أنهم يضمنون الرسائل ، لم يتكلف أحدهم توصيل شيء البتة ، وفيه إضرار للناس .

قوله: (فإن كان عيباً خفيفاً)^(١) . لأن العرف جار بأن هذا يبالى به ، بخلاف أن يكون عيباً مفسداً لا يغتفر مثله فيكون متعدداً .

قوله: (فابتاع من يعتق عليك)^(١) . إذا لم يعلم عتق على أنه حر ، فإن قلت: ينبغي أن يعتق [٧٦/أ] على المأمور وغايته أنه أخطأ في ذلك ، والعمد كالخطأ في أموال الناس ، فالجواب أنهما ضربان:

أحدهما: محض ، وهو الذي يكون كله من قبل المخطئ فهذا يجب فيه الغرم عليه .

والثاني: ليس بمحض ، وهو الذي يكون من قبل المخطئ لرب المال فيه تسبب كهذه المسألة ، لأنه تسبب في ذلك إذ سلطه عليه بالوكالة كما لو دفع ماله لسفيه أو محجور فأتلفه فلا غرم عليه ، وكما لو أذن له في دخول بيته فلقى في طريقه إناء فكسره فلا غرم عليه .

وإما إذا علم فيعتق على المأمون ويكون ولاؤه للآمر ، لأنه كأنه التزم أن يعتقه عنه من ماله .

وأما الوصي والأب يشتري من مال محجوره من يعتق عليه فلا ينفذ الشراء ،

(١) التهذيب (٣/٢١٤) .

لأن ذلك [إضرار] ^(١) بالابن ، وكما لا ينفذ عتق الصغير بنفسه ، فكذلك عتق من أعتق عنه من مال الصغير ، بخلاف ما لو وهب له من يعتق على عبد أو ورثه فإنه يعتق عليه ، ولا ينفذ من فعل النائب إلا ما يصح وقوعه من المنوب عنه .

قوله : (بما لا يشبهه) ^(٢) . لأن العرف كالشرط .

قوله : (ورد ذلك كله) ^(٣) . لأنه بيع فضولي أو شراؤه ؛ فيكون موقوفاً على حكم رب السلعة أو الثمن .

قوله : (بطعامه أو ثوبه) ^(٤) . يعني قلت له : أسلفني طعامك هذا أو ثوبك واشتر لي به كذا فيصير الثمن في ذمتك ، وكل شيء يصح قرضه فإنه من ذوات الأمثال بالنظر إلى المقرض ، لأنه إنما يقضي مثله وإن لم يكن مكيلاً أو موزوناً .

قوله : (فإن كان على الصفة) ^(٥) . أي التي شرطها .

قوله : (ولو زاد يسيراً) ^(٥) . هذا راجع إلى العرف ، وإنما جاز في الزيادة اليسيرة ، ولا يجوز في النقص شيء إذا أمرته أن يبيع سلعتك بعشرة فباعها بتسعة {ونصف} لم يَجْزُ .

والفرق : أنه في الشراء يحصل غرضك من السلعة فصح أن يزيد ليحصل غرضك ، وفي البيع لم يحصل لك غرضاً بل أخرج سلعتك عن ملكك بما لم

(١) في المتن : (إضرار) ، والصواب ما أثبتته .

(٢) التهذيب (٢١٥/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢١٥/٣) .

(٤) في التهذيب «بطعامه هذا أو بثوبه هذا» (٢١٥/٣) .

(٥) المصدر نفسه (٢١٥/٣) .

[ترد]^(١)، والثلث لا تتعلق به الأغراض، لأنه مستدرک في كل وقت بخلاف السلعة لأنها تراد لعينها.

قوله: (خلاف الأمر)^(٢). لأن الأصل بقاء سلعته عنده، والمأمور يدعي إخراج سلعته عن ملكه بما لا يريد فكان مُدَّعَى عليه.

قوله: (وإن فاتت)^(٣). لا تفوت بحوالة سوق ولا نقص يسير.

قوله: (حلف المأمور)^(٣). لأنه صار غارماً والأصل براءة الذمة، فمن ادعى تعميرها فهو مُدَّعٍ، ترجح جانب المأمور لذلك فكانت اليمين في جهته، وكذلك إذا كان لك واحد من الخصمين مدعى عليه فالقول قول الغارم منهما.

قوله: (ما لم يبع بما يستنكر)^(٣). فيكون القول للأمر لأنه ترجح جانبه بالعرف، وهو له بمنزلة شاهد.

قوله: (إذ الثمن مستهلك)^(٤). يريد أنه لما دفع له الثمن وقال: اشتر بهذا كذا، واشترى المأمور خلافه، فإنه اشترى على ذمته وملكه، لا على ذلك الثمن لأنه لم يتعين، وإذا كان الشراء لنفسه فقد أتلَف الثمن على الأمر فصار غارماً له فكان القول قوله.

ولو دفع له عرضاً فقال: اشترى بهذا كذا، فإن الشراء يكون للأمر، لأنه انعقد بشيء معين فيكون مُخَيَّراً في هذه الصورة بين أن يأخذ المبيع أو يأخذ منه قيمة عرضه، لأنه أتلَفه عليه.

(١) في المتن: (تريد)، وصوابه ما أثبتته.

(٢) في التهذيب «حلف الأمر» (٢١٥/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢١٥/٣).

(٤) المصدر نفسه (٢١٦/٣).



قوله: (وكذلك إن ضاع مراراً)^(١). لأنه ما لم يدفع الثمن فهو أمين لك ومصدق في تلفه، ولأنه يشتري على ذمتك لأن العين لا تتعين، بخلاف ما إذا أمرته أن يشتري لك بثمان معين فإنه إذا أتلفه زالت أمانته، وبعد تصرفه عنك، لأنك إنما جعلت أن يتصرف في شيء خاص.

قوله: (ويلزم المأمور)^(١). هذا إذا لم يقل والمشتري له ينقدك الثمن، وقيل إنه كالأول [ب/٧٦] يلزم الأمر أن يغرم له الثمن مراراً؛ لأن الدنانير والدراهم لا تتعين وإن عينت.

قوله: (كالعامل في القراض)^(١). لأنه دفع له مال معين يتجر فيه، ولا خلاف هنا، لأنه لم يأمره أن يشتري له كما في الصورة الأولى، إنما أمره أن يتجر فيه لهما.

قوله: (فإن لم تفت حلف وأخذها)^(٢). لأنه أمينه فيما يقول إذا أقامه مقامه.

قوله: (وإن فاتت لم يصدق المأمور)^(٣). لأنه ينسب إلى التفريط حين لم يبين له وتكون هذه الجارية للأمر، وإن قامت له بينة كان ذلك بمنزلة استحقاقها فبطل العتق والتدبير، وإن فاتت بالحمل فثلاثة أقوال:

قيل: يأخذ الجارية وقيمة الولد، وكان القياس أن يكون الولد تبعاً لها رقا بشبهة أن يكون ولده تبعاً له في الحرية، لأنه يلحقه بغيره برق ولده.

وقيل: يأخذ قيمة الجارية وقيمة الولد معاً، ووجهه أن الواطئ بشبهة إنما

(١) التهذيب (٢١٦/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢١٧/٣).

(٣) في التهذيب «وإن فاتت الأولى بولد منه أو بعث أو كتابة أو تدبير، لم يُصدق المأمور» (٢١٧/٣).

يكون على أن يكون ولده حر^(١) ويلحقه من رق أمه معرة ، فيجيز رقبها على أن يأخذ قيمتها ، وقيل : لا يأخذ قيمة الولد وهو بناء على أنه هل يضمن الأم من يوم الوطاء فيكون الولد محل ضمانه ومن يوم الحمل فيكون عليه قيمة الولد .

وأما لو وطئها بعدما تبين له لكان زانيا يحد ولا يلحق به الولد .

قوله : (فبعث بها إليه)^(٢) . ولم يبين فظن الأمر أنه اشتراها له بماله فوطئها فإن فاتت بحمل ونحوه ، ولم يكن للمأمور ربية لم يصدق ، وكانت للأمر (.) وكان المأمور منسوباً إلى التفريط إذ لم يعرفه ، وجانياً على نفسه بذلك ، ومن تسبب في إتلاف ماله لا يعذر .

قوله : (فعلى المبتاع غرم الثمن ثانية)^(٢) . يعني إذا لم يستثن مال المملوك حين اشتراه لأن المال الذي دفعه له العبد هو للسيد الأول ، ولا تتعين الدنانير والدراهم في البيع فإذا اشتراه على ذمته فيلزمه ثمنه .

وإن كان مُعسراً بيع العبد في ذلك ، وإن استثنى ماله صح ، ويكون وقوع البيع وملك المشتري لمال العبد مع ملكه معاً لا قبله ولا بعده ، فيصح .

ويرد عليه إشكال : وهو أن المال الذي اشتراه به مضمون وضمن ، لأنه باع منه العبد وماله بتلك المائة ، والانفصال بأن مال العبد تابع لا حظ له من الثمن فلم يكن مضموناً بل هو ضمن لا غير ؛ فصح .

قوله : (فأول البيعتين أحق)^(٢) . هذه المسألة قاسها مالك على مسألة تزويج الوليين لامرأة فوضت لهما في تزويجها فزوجها كل واحد دون أن يعلم الثاني ،

(١) كذا .

(٢) المصدر نفسه (٢١٧/٣) .

فهذه المسألة وقعت في زمن عمر رضي الله عنه ودخل بها الزوج الثاني ، فقضى بها له ، ووقع الإجماع على ذلك ، والقياس يقتضي أن يفسخ النكاح ، لأنه قد ثبت الأول ، فالثاني لم يصادف محلاً نكاحه ، لكن هذا عمل المدينة يقضي به مالك أنه إذا علم الأول من الثاني كان الأول أحق بها ما لم تفت بدخول الثاني ، فإن الثاني أحق بها ، وقاس على ذلك مسألة البيع إذا باع السلعة الوكيل ورثها ، ولم يعلم الأول من الثاني وقبضها الثاني ، فإنها قد فاتت بالقبض فهي للثاني ، وإن لم يكن فوت بالقبض فهي للأول .

وقال ابن عبد الحكم ^(١) ، وهو قول الشافعي وكثيرا ما يقول ابن عبد الحكم بمذهب الشافعي : إنها للأول أبدا .

وأما إذا لم يعلم الأول من الثاني ولا قبض أحدهما فإنهما يفسخان معاً ، ويعقد عليها من شاء منهما .

وكذلك الخلاف في امرأة المفقود يطلقها الزوج وتزوج ثم يلقي زوجها بعد أن تزوجت فعند ابن القاسم تكون للثاني .

وقال ابن عبد الحكم : يفسخ النكاح وترجع إلى الأول وإن كانت حاملاً فتكون للأول غير أنه لا يطؤها إلا بعد الاستبراء .

وإن كانت حاملاً فلا تحل له حتى تضع أو (.) حتى تحيض ثلاث حيض

[١/٧٧] .

(١) هو محمد بن عبد الله بن عبد الحكم : سمع من أبيه وابن وهب وأشهب ومحمد بن إدريس الشافعي . - ولازمه - وإسحاق بن الفرات . وروى عنه أبو بكر النيسابوري وأبو حاتم الرازي وابنه عبد الرحمن ، وابن خزيمة . انتهت إليه الرئاسة في مصر ، له أحكام القرآن ، وكتاب : الرد على الشافعي ، وكتاب : الرد على أهل العراق . كتاب : اختصار كتب أشهب . توفي منتصف ذي القعدة سنة : ٢٦٨ هـ ، ترتيب المدارك (٤ / ١٥٧ - ١٦٥) انظر الديباج : (١ / ١٦٣) . والشجرة : (٦٧) .

ومن المسائل المشككة: لو كان له ثلاث زوجات فوكل وكيلين على أن يزوجه بزوجة الأول من امرأة، ثم الثاني من امرأة أخرى، ولم يعلم بالأول حتى دخل بالثانية، وهي خامسة، فقالوا في المذهب: إنه يفسخ نكاحها لكونها خامسة، وتصح له الرابعة وكان هذا في المسألة المتقدمة أن يفسخ النكاح الثاني، لأنه لم يصادف محلاً.

قوله: (فإن كانت مما لا تباع عليه بذلك ضمن)^(١). هذا مجمل وتفصيله كما قال الغير، فإنما هو تفسير لا خلاف.

وكذلك قوله: (إن ادعى المأمور)^(٢). ليس بخلاف وإنما هو بيان لأن العرف كالشرط، ثم آخر يفرق بين العرض والعين بأن العين يدفعه حالاً من ليس هو عنده، بخلاف العرض لا يجوز أن يبيعه حالاً من ليس عنده، لأنه سلم إلى غير أجل، ولأن المعين إذا استحق لم ينقض البيع بخلاف استحقاق العرض المبيع فدل ذلك على تباينهما.

قوله: (وكل قائم لم يفت)^(٣). يريد أنه ادعى أحد المتبايعين فيه ما يشبه دون الثاني كان القول قول الذي شهد له العرف، لأنه كشاهد.

ولو ادعى كل واحد ما يشبه كان القول قول البائع، لأن الأصل بقاء ملكه على ما كان.

قوله: (وكذلك كل مستهلك)^(٤). يريد أن الغارم أبداً يسمع قوله، لأن

(١) في التهذيب فإن كانت مما لا تباع بذلك ضمن (٢١٨/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢١٨/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢١٩/٣).

(٤) في التهذيب «وكل مستهلك» (٢١٩/٣).



الأصل براءة الذمة فمن يدعي تعمير ذمة مُدَّعٍ.

قوله: (كالصانع)^(١). أما إذا قطع لك الخياط من الثوب ثوباً ليس من لباسك فهو ضامن فإن قطع ثوباً من ثيابك (.) فيه فالقول قوله ، لأنه غارم وأنت تدعي عليه قيمة الثوب ، لأنه استهلكه .

قوله: (لأنه زيادةٌ تَوَثَّقِ)^(١). هذا إن كان الرهن ما لا يغاب عليه ، وإن كان مما يغاب عليه فليس له ذلك إلا بأمرك ، لأنه ربما تلف فلزمك قيمته فلو ضاع ما يغاب عليه عنده ، ولم يعلم به كانت قيمته عليه وإن علمت فهو عليك ، لأنه بمنزلك قد أقمته مقامك .

قوله: (لم يكن للوكيل حبسه)^(١). لأن الحق إنما هو لك .

قوله: (وإلا ضمن ، كالوصي)^(٢). قاس هذه الأشياء كلها على الوصي ، والجامع أنه قبض في كل ذلك ممن أمناه ودفع لمن لم يقبض منه . وقال ابن الماجشون: في كل ذلك هو أمين لا ضمان عليه

قوله: (لم يضمن ؛ لأنه أمين)^(٢). هذا إذا لم يكن منه تفريط .

قوله: (ثم أقال بغير أمرك لم يلزمك)^(٢). لأنه إنما وكلته على التسليم خاصة بإقالته عنك تصرف فيما لا يملك ، ولا يجوز لك أن تمضي إقالته لأنها وقعت فاسدة ، لأنها إقالة وقعت على خيار .

والإقالة: حكمها أن تقع لازمة لأن المقيّل بين أمرين إما أن يرد إليه الثمن ، أو لا فإن لم يرد الثمن فقد فسخ ديناً في دين ، وإن رده أفضى إلى اشتراط النقد

(١) التهذيب (٢١٩/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٢٠/٣).



في أيام الخيار وذلك لا يجوز ، لأنه يؤدي إلى أن يكون تارة بيعاً وتارة سلفاً^(١) ، ورده الثمن إليه على الخيار سلف ، فإن أمضى البيع كان بيعاً لكن لك أن تفعل ذلك أنت ؛ أي : تستأنفا إقالته إذا ثبت لك البيع لا بد من هذا ، وإلا فلا فائدة لإقالتك منه وكذلك تأخيرته عنك لا يلزمك ، لأنه قد اقتضى نظره عنك .

قوله : (والعهدة للأمر على البائع)^(٢) . لأن المأمور إنما هو واسطة لا حق له في المبيع ولا عهدة له ولا فائدة لذكر الوكيل ذلك ولا لعدم ذكره لأن الشرع جعل العهدة للمشتري على البائع .

قوله : (فلا ردّ له)^(٢) . لأنه لما أمره بشراء هذه بعينها فقد فرغ توكيله إياه بفراغ شراء فلا يتصرف عنه بعد ذلك ، ولكن يرجع الأمر في ذلك إلى الموكل ؛ إن شاء ردها أو أمسكها

قوله : (فللمأمور الرد ، ليس لأن العهدة له)^(٢) . ولكن لأنه لما تعدى بشراء المبيع لزمه أن يرده ، لأنه وكيل [٧٧/ب] (٠) إذا لم يوقع الشراء المأمور به .

وقال أشهب : ليس له ذلك بل قد فرغ تصرفه له ، ويرجع ذلك للأمر إن شاء رد وإن شاء تمسك مثل السلعة المعينة فهو المقدم في ذلك ، وقد يكون له غرض في التمسك .

قوله : (فالمفوض له)^(٣) . يعني : في الوكالة المفوضة .

قوله : (فلا محاباة)^(٤) . لا بد من هذا كالوصي لا تجوز له محاباة في مال

غيره .

(١) انظر الذخيرة (١٥١/٥)

(٢) التهذيب (٢٢٠/٣) .

(٣) في التهذيب «فأما المفوض إليه» (٢٢١/٣) .

(٤) في التهذيب «بغير محاباة» (٢٢١/٣) .

قوله: (فليس له حبسها بالثمن)^(١). لأنها وديعة عنده، لأنه حين أسلفك لم يقل أنا أمسكها بالثمن، بل سكت فهي وديعة عنده لا رهن، ولو قال أمسكها بالثمن لكانت رهنا.

وثمره الخلاف: أنه في الوديعة لا يختص بها عن الغرماء، وإن تلفت عنده لم يضمنها وفي الرهن إن كان مما يغاب عليه وتلفت ضمن قيمتها إلا أن تقوم بهلاكها بينة فلا يضمن إلا على قول أشهب فلا يسقط الضمان وقيل تكون رهنا عنده، لأنه تنزل منزلة أن يمسكها بائعها بالثمن.

وفيه قولان إذا حبسها في الثمن بائعها هل تكون وديعة عنده أو رهناً؟

وثمره الخلاف: ما تقدم وفيه خلاف أيضاً هل ضمان المحبوسة في الثمن في ضمان البائع، لأنه لم يمكن المشتري من قبضها أو في ضمان المشتري، لأنه متمكن من قبضها بدفع الثمن.

قوله: (كمن أمر رجلاً)^(١). احتج بذلك على أنها وديعة وأشهب لا يوافق على هذه المسألة الثانية ويقول هي رهن عنده.

قوله: (ولو ابتاع له ذلك بينة)^(١). أي وهذا يدل على أنها رهن أيضاً.

قوله: (وإن اتهم لم يحلف)^(٢). في المودع ويدعي التلف ثلاثة أقوال: يحلف مطلقاً، ولا يحلف مطلقاً، والمذهب: إن اتهم حلف، وإن لم يتهم لم يحلف، ومعناه: إن كان عند الناس متهماً أو غير متهم.

قوله: (فإن ادعى البائع أنه باع على خيار)^(٣). هذه مسألة من بيوع

(١) التهذيب (٢٢١/٣).

(٢) في التهذيب «ويرجع بالثمن على الأمر وإن اتهم حُلف». (٢٢٢/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٢٢/٣).

الخيار^(١)، وفيها ثلاثة أقوال تنبني على قاعدة: وهي إذا اختلف المتبايعان فادعى أحدهما اللزوم، والثاني الخيار.

ف قيل: القول قول من ادعى اللزوم لأن أصل العقود اللزوم، وقيل: بالعكس لأن الأصل بقاء السلعة والضمن على ما كان عليه قبل العقد، وقيل: يتحالفان ويتفاسخان إذ ليس أحدهما أولى.

قوله: (فالمبتاع مصدق)^(٢). لأنه ادعى اللزوم.

قوله: (فهو مُدَّعٍ)^(٢). هذه أيضاً على أصل، وهو إذا ادعى أحد المتبايعين أن البيع وقع صحيحاً، وادعى الثاني أنه وقع فاسداً، فالقول قول مدعي الصحة، لأن أصل العقود الصحة، إن لم يأت بالضمن في يوم قد مضى فلا بيع بيتاً قد تقدم أنه شرط مفسد، إلا أنه عند ابن القاسم إن وقع مضى، وعلى ذلك قال هنا، ولو ثبت ذلك لم ينفعه ومضى البيع.

وقيل: إذا اختلفا في الصحة والفساد فإن كثر بين الناس حينئذ العقود الفاسدة كان القول قول مدعي الفساد للعرف والغالب، وإلا فقول مدعي الصحة.

قوله: (فرد نصف حمل)^(٢). من ادعى الأشبه منهما فالقول قوله، لأن ما يشبه كشاهد، فإن كان نصف الحمل يشبه أن يكون قيمته مائة فالقول قول المبتاع، فإن حلف رده وأخذ المائة، وإن نكل قلبت اليمين على البائع أنه باعه حملاً بمائة، فإن حلف على ذلك تحقق قوله وخير المبتاع بين أن يتماسك بنصف الحمل ولا شيء له، أو يكمل حملاً ويأخذ مائة.

(١) أشار إلى الاختلاط الواقع في المدونة.

(٢) التهذيب (٢٢٢/٣).

فإن أراد أن يرجع عليه بنصف مائة ، ورد نصف الحمل لم يجبر البائع على ذلك ، وإن تحقق أن الذي يره هو عين المبيع من عند المبتاع ، لأن ذوات الأمثال كالقمح والشعير التي لا يقصد أحدهما مهما وجد عيب في المبيع منها ، فإن الصفقة كلها تنزل منزلة شيء واحد لا تن حر بعدد واحد وثوب واحد يجد به عيباً ، ويريد رد بعضه فلا يجوز إلا رد الجميع .

وأيضاً [١/٧٨] فالإقالة في بعض الطعام لا تجوز لأنه لا يتعين فيؤدي إلى بيع وسلف لأن الذي يرد مثل (.) وذلك سلفٌ إلا أن يعلم أنه غير ما قبض ، ولو باع عبيدين أو ثوبين فوجد عيباً بأحدهما فلا يخلو أن يكونا متساويين أو مختلفين ، فإن تساويا جاز له أن يرد المعيب ويمسك السّالم لأن الثمن في ذلك معلوم ، لأنه نصف الأول ، وإن كان المعيب الأكثر انفسخ البيع ولم يجز أن يتماسك بالصحيح ، لأنه إنشاء بيع بثمان مجهول . وبالعكس يخير بين رد الجميع أو التماسك بالصحيح لأن البيع الأول لم ينفسخ لأن المعول على الجلّ وقد سلم ، وإنما يرد من الثمن قدر ما يقابل الأول وهو معلوم في ثاني حال ، وليس في ذلك إنشاء بيع بثمان مجهول فصَحَّ .

ولو باع عبداً بثوبين فاستحق أحدهما فعلى قول ابن القاسم يرجع عليه بقيمة الثوب ، ولا يرد بعض العبد لأن ذلك يؤدي إلى الشركة في العبد وهو ضرر . وقال أشهب يرد بعض العبد المماثل لما استحق طرداً للقاعدة في سائر البيوع ، وإن ادعى البائع ما يشبه كان القول قوله ، فإن حلف تحقق قوله ، وإن نكل قلبت اليمين على المبتاع كما تقدم ، وإن ادعى ما يشبه فلا بن القاسم في مسألة ما يقتضي أن القول قول المبتاع إن كان لم ينقد وقول البائع إن كان نقد ، وذلك أنه قال فيمن باع عبيدين فوجد المبتاع أحدهما معيباً وتلف عنده (. . .) قيمته

واختلفا في قيمته فقال: إن كان نقد الثمن فالقول قول البائع لأنه مدعى عليه وغارم، لأن المبتاع يدعي أن له في ذمته زيادة وإن كان لم ينقد الثمن فالقول قول المبتاع لأنه غارم، فكذاك يكون قوله في مسألتنا.

وقال أشهب: بل القول قول البائع مطلقا لأنه مدعى عليه في كل حال، وإن كان لم ينقد الثمن فالمبتاع يروم أن ينقصه مما له عليه بعضه وإذا قلنا أن القول قول البائع فإنه يحلف فإن حلف تحقق قوله ولزم المبتاع أن يتماسك أو يرد نصف حمل أو يرد الكل ويأخذ المائة، وإن نكل قلبت اليمين على المبتاع، فإن حلف تحقق قوله، وإن نكل تحقق قول البائع. وإن قلنا القول قول المبتاع حلف وأخذ، وإن نكل أديرَت اليمين على البائع فإن حلف تحقق قوله وإن نكل تحقق قول المبتاع. وصاحب الكتاب إنما تكلم على مسألة من ادعى الأ شبه منهما أخذها دون الثاني وكان القول قوله.

قوله: (ويرد من الثمن نصفه)^(١). دليل على أن العبدین متساويين.

قوله: (ولا غرم على المبتاع)^(١). راجع إلى المسألة الأولى.

قوله: (بل يعجل)^(٢). الأصل في البيع أن يكون الثمن حالا لأن الغالب ألا يُمكن أحد من سلعته إلا بعوض حال فلذلك يحيل عند الإطلاق على ذلك فيكون القول للبائع لأنه مدعى عليه إخراج ملكه على خلاف ما جرى العرف به.

قوله: (فإن ادعى المبتاع أجلا يقرب، صدق)^(٣). أي كاليوم ونحوه لأن ما

(١) التهذيب (٢٢٢/٣).

(٢) في التهذيب «ومن ابتاع سلعة بثمن ادعى أنه مؤجل، وقال البائع بل حال». (٢٢٣/٣).

(٣) في التهذيب «فإن ادعى المبتاع أجلا يقرب لا يتهم فيه صدق مع يمينه» (٢٢٣/٣).



قُرْب من الحال له حكمه ، وقيل : لا يلتفت دعوى الأجل قرب أو بعد إلا أن يكون عُرْف السلعة أن تباع بنقد أو مؤجل مثل بيع البقول واللحم والخبز فالعرف في ذلك البيع بالنقد .

قوله : (فالقول قول المقروض)^(١) . أي العرف قاض بأنه لا يقترض أحد إلا لحاجة فلا يكون إلا مؤجلا ، فالقول قول المقترض ، وقيل : بل قول المقترض لأن ذلك معروف أصله ووقوعه .

قوله : (صدق ربها)^(١) . لأنه مدعى عليه إخراج ملكه والرهن ليس إخراجا عن الملك .

قوله : (فاتت أو لم تفت)^(١) . أي فتلزمه القيمة إذا فاتت .

قوله : (بل استودعتكها)^(١) . إذ كانت وديعة فهي باقية على ملكه وإذا كانت رهنا [٧٨ ب] فهي (.) لأن تباع لأنه قد تعلّق للمرتهن حق في عينها فلذلك كان القول لربّها .

قوله : (فالقول قول المرتهن)^(١) . كذا الحكم أبدا وإن لم يكن وكيل أنه يُقبل قول المرتهن في دعوى قيمة الرهن فما دونها عند مالك ، وكأنهم كانوا في زمانه لا يرهنون إلا فيما يساوي قيمة الرهن لا فيما دونها والعرف الآن أنه إنما يرهن في أقل من قيمته واختلّف هل الرهن شاهد على نفسه أو على ذمّة الراهن ؟ وفائدة ذلك وأنه لو ادعى المرتهن مائة والرهن خمسين وقيمة الرهن سبعون فإنه يخلف على المائة لا على قيمة الرهن ليحقق دعواه موافقة اليمين لها ، فإذا أخذ بقيت له ثلاثون بلا شاهد وهو يدعيها على الراهن ، فإن حلف الراهن أنه ليس

(١) التهذيب (٢٢٣ / ٣) .



عليه شيء منها برئ، وإن نكل فيجب للمرتهن . وهل يحلف ثانياً على الثلاثين يمينا تخصصها وحينئذ يأخذها أو يكفيه يمينه الأولى العامة ؟ قولان .

وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْيَمِينَ الْأُولَى إِنَّمَا كَانَتْ عَلَى الْمَائَةِ لِيُوَافِقَ يَمِينَهُ دَعْوَاهُ لَا عَلَى الثَّلَاثِينَ فَيَنْبَغِي أَنْ يَحْلِفَ ثَانِيًا ، وَلَأنَّهُ إِنَّمَا (.) عَلَيْهِ الْيَمِينَ فِي الثَّلَاثِينَ بَعْدَ نَكُولِ الرَّاهِنِ وَالْيَمِينَ الْأُولَى كَانَتْ قَبْلَ نَكُولِهِ فَلَا تَجْزِيهِ .

وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ قَدْ حَلَفَ أَوَّلًا عَلَى الْمَائَةِ وَدَخَلَتِ الثَّلَاثُونَ فِي الضَّمَنِ وَلَا يَحْلِفُ عَلَى حَقٍّ وَاحِدٍ بِيَمِينَيْنِ فَإِنْ قُلْنَا أَنَّهُ شَهِدَ عَلَى الذِّمَّةِ فَتَلْزَمُ قِيَمَتُهُ ذِمَّةُ الرَّاهِنِ فَيُغْرَمُهَا وَيَأْخُذُ رَهْنَهُ (. .) عَلَى نَفْسِهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ جُنَايَةً وَقَعَتْ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ جُنَايَةِ الْعَبْدِ الْعَبْدُ فَيَكُونُ الرَّاهِنُ مَخِيرًا بَيْنَ أَنْ يَسْلِمَهُ فِي الدِّينِ أَوْ يَفْتَدِيَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ تَلَفَ الرِّهْنُ وَقُلْنَا أَنَّهُ شَهِدَ عَلَى نَفْسِهِ فَلَيْسَ لِلْمَرْتَهَنِ فِي ذِمَّةِ الرَّاهِنِ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لِلْمَفْقُودِ ، وَإِنْ قُلْنَا عَلَى الذِّمَّةِ وَثَبَتَتْ قِيَمَةُ الرِّهْنِ رَجَعَ بِهَا عَلَى الرَّاهِنِ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَغَابُ عَلَيْهِ ضَمْنُهَا الْمَرْتَهَنُ . فَقِيَمَةُ الرِّهْنِ شَاهِدَةٌ لِمَنْ ادَّعَاهَا مِنْهُمَا فَإِنْ اسْتَوَى فِي دَعْوَى الْأَشْبَةِ فَالْقَوْلُ لِلرَّاهِنِ لِأَنَّهُ مَدْعَى عَلَيْهِ إِخْرَاجُ مَلَكِهِ وَزِيَادَةُ فِي الثَّمَنِ .

قوله: (والقول قول الوكيل)^(١) . لأن الأشبه معه لأنه موافق للمرتهن .

قوله: (وفي دفعه إليك)^(١) . لأنه أمين سلم لمن سلم منه .

قوله: (موكل على قبض الثمن)^(١) . لأن التوكيل على البيع يتضمنه ، وكذلك على قبض الرهن من المرتهن ودفعه إلى الراهن هو مصدق في كل ذلك حتى إن تلف منه شيء من ذلك لم يضمن .

(١) التهذيب (٢٢٣/٣) .

قوله: (والمستعير مدع)^(١). لأنه يدّعي تعلق حق الغير بها في أكثر مما يقول ربها، وذلك يودي الى إخراجها عن ملكه.

قوله: (جاز إن كنت أنت أو وكيلك حاضراً معه)^(١). حتى لا ينتفع به لأنه إن غاب عليه أمكن أن يأخذه لنفسه فيكون سلفاً وبيعاً، ولأن من آخر ما يجب له فهو سلف منه أو يأخذه من غيره بعد أن ينتفع به فيكون سلفاً جر نفعاً وأراد بالكراهة التحريم.

قوله: (إنه من المعروف)^(١). يريد أنه لما اشترى له سلعة تعين ثمنها له قبله وقد أخذه به وذلك سلف في مقابلته أي يشتري له، وأراد ابن القاسم أن هذا (٠)^(٢) بين التجار كثيراً على وجه المعروف، فالحاصل أن لمالك في هذا النوع قولين: الجواز والمنع.



(١) التهذيب (٢٢٤/٣).

(٢) كلمة غير واضحة بسبب البتر ولعلها [يقع].

كتاب التجارة إلى أرض الحرب

قوله: (وقد شدد مالك الكراهية في التجارة إلى بلد الحرب، حيث يجري حكم المشركين عليهم)^(١) أي من شرب الخمر وتعاطي المحرمات فهذا السفر إليهم حرامٌ، وإن لم تنله أحكامهم، فإن كان ذلك لمجرد طلب الدنيا فهو مكروه، وإن كان لمصلحة المسلمين كالرسول فهو مُستحبٌ، وإن كان لفداء المسلمين فهذا السفر فرض كفاية. [i/v9]

قوله: (ولا يُباع من الحربيين آلة الحرب)^(١) هذا حرام؛ لأن فيه إعانة على سفك دماء المسلمين، [و]^(٢) لا يتضمن البيع اعتقاد أن ذلك مباحٌ، ومن اعتقده كافرٌ.

والخرثي يقع على أنواع الأمتعة والآلات، وقيل: يراد به هنا القصدير لأنه يُزَيَّنون به آلة الحرب، والنحاس يعملون منه الطبول ويرهبون بها المسلمين، وإذا امتنع الكفار من فدي الأسرى إلا بأن تُدفع لهم آلة الحرب، فالمذهب أن ذلك لا يجوز لأن الفداء مصلحة خاصة عارضتها مفسدة عامة. وقال سحنون: بل يجب ذلك لأن تخلص مسلم واحد مصلحة عامة لا يُقابلها شيءٌ.

وكذلك إذا طلبوا خمرًا أو خنازير، فالمذهب لا يجوز ذلك لأنه توصل إلى طاعة بمعصية، وقال سحنون: يجوز فيحصل السلطان لهم ذلك من أهل الذمة الذين عندنا ويخلص المسلمين.

(١) التهذيب (٢٤٩/٣).

(٢) بتر في الأصل مقدار حرف، والظاهر أنه عطف.



قوله: (لا يشتري منهم بالدراهم والدنانير)^(١) لمكان أسماء الله المنقوشة فيها، ومنهم نجس ولا تنفك النجاسة عن أيديهم، وقيل: يجوز ذلك لأنهم لا يبتذلون الذهب والفضة، ولكن يصونوهما لا لأسماء الله.

قوله: (قيل لمالك: إن في أسواقنا صيارفة منهم، أيصرف منهم؟ قال أكره ذلك)^(١) لما تقدم من نجاستهم، ولأنهم يبايعون بالربا وذلك لا يجوز للمسلم، وأيضاً فإنهم مخاطبون بفروع الشريعة فذلك حرامٌ عليهم، فكل مبايعةٍ يعقدونها بالربا حرامٌ، فبقِيَ الأثمانُ في ذمتهم قد استغرقتها الديونُ، ولنا في المديان الذي يستغرق الدين (.) الحجر عليه قولان: هل يجوزُ تصرُّفه لأنه بعدُ لم يحجر عليه - ولا خلاف أن المحجور عليه لا يجوز له التصرف في ماله ببيع ولا غيره من المعاوضات - أو لا يجوز تصرُّفه لأنه بمنزلة المحجور - إذ لو رُفِع أمره إلى الحاكم لحجر عليه - فهل ذلك كالواقع أو لا؟ قولان.

فعلى القول بأنه كالمحجور عليه ينبغي ألا تجوزَ معاملته، لأنه ينبغي لنا أن نمنعهم من المحرم عليهم لأنهم تحت ذمتنا كما يمنع المسلمين من ذلك، وكذلك هؤلاء البيّاعون لسرقتهم أبداً من كل بيعَةٍ الشيء اليسير فإنه يجتمع من ذلك أموالٌ تستغرقُ أموالهم، فيكون فيهم ذلك الخلاف.

قوله: (ولا أرى للمسلم ببلد الحرب أن يعمل بالربا فيما بينه وبين الحربيين)^(١) لأنهم مخاطبون، وقيل: يجوز ذلك لا على جهة أنه رباً لكن على أن الزائد أخذ من ماله، لأنه لا يملك شرعاً بل هو وماله لنا، والعقد إنما وقع فيما عدا الزائد، بخلاف العبد لا يجوز لسيده أن يعامله بالربا لأنه مالكٌ شرعاً حتى ينتزع السيد ماله، وقيل فيه قول ثان على أن يكون الزائد انتزاعاً.

(١) التهذيب (٢٥٠/٣).



قوله: (ولا بأس ببيع عبدك النصراني من النصراني)^(١) أما الكبير إذا اشتراه ولم يخرج من البلد فيجوز، أما إن أخرجه إلى بلد الحرب فلا يجوز لأنه قد اطلع على عورة المسلمين.

أما الصغير ففيه ثلاثة أقوال: الجواز لأنه كافر، الثاني: المنع تحريماً لأنه بصدد أن يُسلم، فكأنه باع مسلماً من كافر، الثالث: الكراهة. وهذه الأقوال في الصقالبة^(٢) مطلقاً الصغار والكبار.

ولنا قولان: أحدهما وهو المشهور: أن من عدا اليهود والنصارى من الكهان مجوس، وأنهم على حكم أهل الكتاب. وهل في الجزية فقط فيقبل منهم كما نقبل من اليهود والنصارى لأن لهم شبهة كتاب، أو مطلقاً فيجوز لنا تزويج نسائهم كأهل الكتاب؟

والثاني: الفرق بين الوثني كمشركي العرب وبين غيره، فهو لا تقبل منه جزية، بل يُقتلون إلا أن يسلموا لأنه لا شبهة كتاب لهم، وقد اختلف في المجوس: هل كان لهم كتاب يرجع أو لا؟ وإنما الكتاب [٧٩/ب] [يتحقق]^(٣) لليهود والنصارى، وعلى هذا يدل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا﴾ [الأنعام: ١٥٦] ولم يقل ثلاث، فكل كتاب نزل فعليهما نزل.

قوله: (وأما بيع الصقالبة منهم قال مالك: ما أعلمه حراماً، وغيره أحسن

(١) التهذيب (٢٥٠/٣).

(٢) الصقالبة: قوم من الروم، حمر الألوان صهب الشعور، كالمجوس من غير أهل الكتاب. وفي القاموس: جيل تتاخم بلادهم بلاد الخزر بين بُلغَر وقسطنطينية. القاموس مادة صقلب. ص: (٩٣٨). ولسان العرب (٣٦٨/٥).

(٣) ما بين المعقوفين غير واضح بسبب البتر، وما أثبتته هنا قريب للمعنى.

منه^(١) هذا مطلق في الكبار والصغار لأنهم كفار ، وعلى هذا لا يجبرون على الإسلام .

قوله : (قال ابن القاسم : وأنا أرى أن يُمنعوا)^(١) لأنه لا شبهة لهم فهم على دين من اشتراهم ، وعلى هذا يجبرون بالضرب والإيلاء على الإسلام دون القتل . وفيه قول بالتفصيل بين الصغير والكبير .

قوله : (قال مالك : وإن ابتعت صقلبية فلا تردّها بعيب)^(٢) هذه فائدة الخلاف : فإن قلنا أن هؤلاء يُحكم لهم بحكم من اشتراهم في الدين لأنهم كالحمير لا عقول لهم ، فإن اشتراهم مسلم فهم مثله أو نصراني فكذاك ، فعلى هذا لا يجوز أن يردّها بعيب ، ولكن يرجع بقيمة العيب خاصة كما لو فاتت بموت أو عتق ، وقيل : يردّها لأنها بعد كفرة وإن كان نوى ادخالها في دينه .

قوله : (قال ابن نافع عن مالك في المجوس : إنهم إذا ملكوا أجبروا على الإسلام)^(٣) هذا على أنهم بالشراء يحكم لهم بحكم الإسلام .

قوله : (ولا يمنع النصراني من شراء كبار الكتابيين)^(٤) يعني إذا لم يخرجوا بهم إلى بلادهم .

قوله : (وإذا ابتاع مسلم من نصراني خمراً كسرتها على المسلم)^(٥) هذا مشكل لأن في كسرها عليه (. .) ملكه ، وقد أجمعوا على أنه لا يجوز للمسلم أن

(١) التهذيب (٢٥١/٣) .

(٢) في نسخ التهذيب : « فلك ردّها بعيب » . (٢٥١/٣) .

(٣) التهذيب (٢٥١/٣) .

(٤) في التهذيب « ولا يمنع من شراء كبار الكتابيين » (٢٥١/٣) .

(٥) المصدر نفسه (٢٥١/٣) .



يَمْلِكُ ذَلِكَ . وَإِنَّمَا كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ وَيَكْسِرَهَا عَلَى الْكَافِرِ أَدْبًا لَهُ ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا عَاهَدْنَاهُ عَلَى أَنْ لَا يُظْهِرَ الْخَمْرَ وَبَيْعُهُ لَهَا إِظْهَارٌ لَهَا ، وَأَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْثَمَنِ عَنِ الْمُسْلِمِ .

قوله: (ولا أنتزعه منه إن قبضه)^(١) . وقيل ينتزع منه أدبا له .

قوله: (وكذلك إن ابتاعها منه نصراني لمسلم)^(١) . لأن يده كَيْدِ الْمُبْتَاعِ لَهُ وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ لَعَلَّ الْمُبْتَاعَ بِأَنَّهَا لِمُسْلِمٍ .

وقال في وكيل اشترى سلعة لغيره وأعلم البائع بذلك: أن الوكيل مطلوب بالثمن وتكون له السلعة إن أنكره الموكل حتى يقول الوكيل: وأنا بريء من الثمن ، فيلزم على هذا أن يصح هذا البيع بالنظر إلى البائع والمشتري .

قوله: (وأرض الصلح التي منع أهلها أنفسهم حتى صولحوا فهي لهم على ما صولحوا عليه من جزية الجماجم)^(١) . يعني ما يؤخذ منهم على رؤوسهم ، وجزية الأرض ما يؤخذ عليها من الخراج .

قوله: (ويورث عنهم إلا من لا وارث له فيكون ذلك للمسلمين)^(١) . لأنهم على ذلك أسلموا إذا لم يكن لهم وارث ، والأساقفة لا يرثونهم ولا بيت مال الكفار .

وهذا يبنى على قاعدة وهي: هل بيت المال وارث أو لا بل هو مصرف لكل مال جهل مصرفه؟ فإن قلنا أنه وارث فلا يكون ذلك للمسلمين بل لأساقفتهم لأنه «لا يرث المسلم الكافر»^(٢) .

(١) التهذيب (٢٥٢/٣) .

(٢) جزء من حديث أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الفرائض ، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وإذا أسلم قبل أن يقسم الميراث فلا ميراث له .



وبننى على ذلك إذا لم يكن له وارث معروف سوى بيت المال فهل يجوز له أن يلحق وارثاً غير الابن لا يُعرف إلا بقوله أو لا ؟ فالمذهب أنه يصح له الميراث ولا يثبت النسب ، لأنه لا يجوز للرجل أن يستلحق لغيره ، وقيل : لا يثبت له ميراث ولا نسب ، بخلاف الابن فإنه يثبت نسبه وميراثه ما لم يكذبه العقل أو العرف .

قوله : (ومن أسلم منهم سقط الخراج عنه وعن أرضه)^(١) لأنه إنما كان ذلك في مقابلة القتل ، فكما سقط القتل بإسلامه كذلك الجزية .

وكذلك لو كانت عليه دنائير من جزية سقطت عندنا بإسلامه خلافاً للشافعي . ولنا أن سبب ذلك هو الكفر وقد زال بإسلامه فيزول سببه . اعترضوا بأن الرق سببه الكفر ولا يزول بالإسلام ، قلنا : الفرق أن المسلم لا يصح أخذ الجزية منه ولا في صورة والحرية [١/٨٠] قد يطرأ عليها الرق ، كالحر يتزوج أمة (.) جزاء من الحر ومع ذلك يصير (.) لسيد (.) .

قوله : (وإذا باع المصالح أرضه من مسلم أو ذمي فالخراج باق عليه إلا أن يسلم)^(١) لأنه كان على الأرض وقد باعها ، وثنمها يقوم مقامها فبقيت عليه ، وقول أشهب : هو على المسلم لأن الأرض قد انتقلت إليه ، وهو مشكل لا يدري كم يدوم بقاؤها لأنه موقوف على إسلام البائع .

قوله : (كان بيعاً حراماً)^(٢) لأن في مقابلة الخراج جزاء من الثمن ، وأمد ذلك مجهول .

قوله : (لا يشتري منهم أصل الأرض)^(٣) لأنها ليست لهم .

(١) التهذيب (٢٥٢/٣) .

(٢) في التهذيب : «كان بيعاً فاسداً» . (٢٥٢/٣)

(٣) المصدر نفسه (٢٥٣/٣)



قوله: (وهي كغيرها من أموالهم)^(١) أي لا جزية فيها ولا خراج ، وهذا إذا كانت الجزية ، يعني إذا أخذ أهل الذمة وأرضهم عنوة ثم أقروا وضربت عليهم الجزية لأن الأرض ليست لهم وإنما هم وأرضهم للمسلمين .

قوله: (وأما الذين صولحوا على الجزية فإن أرضهم لهم ، يجوز لهم بيعها وهي كغيرها من أموالهم)^(١) أي لا جزية فيها ولا خراج ، وهذا إذا كانت الجزية على الجماعم لا على الأرض .

قوله: (قال مالك: ولا يجوز شراء أرض مصر)^(٢) لأن عمرا وقفها على المسلمين أبداً ، ولا تقطع لأحد أي على جهة التملك .

قوله: (ومن كان بيننا وبينه صلح أو هدنة من الحربيين ، على مال أو غير مال ، فلا ينبغي شراؤهم ممن سباهم)^(٣) لأنهم تحت عهدنا .

قوله: (وكذلك النوبة ؛ لأن لهم عهدا من عمرو بن العاص)^(٤) حين (..) عبد الله ابن سعد ما فيه^(٤) .

(١) التهذيب (٢٥٣/٣) .

(٢) في التهذيب «قال مالك رحمته الله : ولا يجوز لأحد شراء أرض مصر ولا تقطع لأحد» (٢٥٣/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٥٣/٣) .

(٤) في التهذيب «لأن لهم عهدا من عمرو بن العاص أو عبد الله بن سعد» . (٢٥٤/٣) . قال المحقق: «كذا على الشك» . وفي نسخة قسنطينة: «عمر بن العاص وعبد الله بن سعد» .

وعبد الله بن سعد هو ابن أبي السرح العامري ، ولآه عثمان رضي الله عنه على مصر بعد عمرو بن العاص ، عام ٢٥ ، ففتح إفريقية عام ٢٧ ، ثم فتح النوبة عام ٣١ للهجرة . والنوبة قوم من السودان نصارى أهل شدة في العيش ، لهم بلاد واسعة جنوب مصر بعد أسوان ، والذي عاهد النوبة على أربعمئة رأس في السنة هو عبد الله بن سعد . انظر ترجمته في أسد الغابة (١٧٣/٣) ، معالم الإيمان (١١٠/١) . معجم البلدان (٣٠٩/٥) .



قوله: (ولو قدم إلينا من بيننا وبينهم عهدة في بلدهم فباعوا منا أولادهم لم يجز شراؤهم منهم لأن لصغارهم من العهد ما لكبارهم)^(١) لأنهم تبعَ آبائهم.

قوله: (وأما من نزل عندنا ممن لا عهد له ببلده فلنا أن نبتاع منه الآباء والأبناء والنساء وأمهات الأولاد، وليس نزولهم على التجارة ببلدنا بالعهد ليبعوا ثم ينصرفوا، كالعهد الجاري لهم ببلدهم)^(٢) لأن هذا يعم الكل من صغير وكبير بخلاف الأول.

قوله: (والذمي والمعاهد إذا ابتاع مصحفاً أو مسلماً أجبر على بيعه من مسلم)^(٣) كما لا يجوز للمسلم أن يملك الخمر والحرّ.

وقال أشهب وسحنون: بل يُفسخ البيع ولا يُقرّ، لأن في إقراره تملك الكافر لذلك، وكلّ ما يُبطل استمرار الملك فيبطل ابتداءه، قياساً على النكاح إذا أسلمت زوجة الكافر فُسخ النكاح ولا يجوز ابتداء أيضاً، ووجه المذهب أن الكافر قد يملك المسلم في صورة؛ وذلك إذا أسلم عبده الكافر. قال الخصم: الفرق أن هذا ملك اضطراري والأول اختياري فلا يقاس عليه.

قوله: (ولو صالح قوم من أهل الحرب على مائة رأس كل عام، لم ينبغ أن نأخذ منهم أبناءهم ولا نساءهم، إذ لهم من العهد ما لآبائهم، إلا أن تكون الهدنة سنة أو سنتين)^(٤) وقيل: لا يجوز أيضاً هنا لأن الصلح قد شمل الجميع لهذه

(١) نص المسألة في التهذيب «ولو قدم إلينا تجار من أهل الحرب - وبيننا وبينهم عهد في بلدهم على أن لا نقاتلهم ولا نسبيهم أعطونا على ذلك شيئاً أم لا - فباعوا منا أولادهم لم يجز شراؤهم منهم، لأن لصغارهم من العهد ما لكبارهم» (٢٥٤/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٥٤/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٥٥/٣).

(٤) في التهذيب «إلا أن تكون المدة سنة أو سنتين» (٢٥٥/٣).



المدة، ووجه المذهب أمران:

أحدهما أن هذا ليس بصلح في الحقيقة بل هو تأخير للقتال عنهم.

والثاني أنه إذا كان أمد الصلح طويلاً فالصغير ينتهي إليه غالباً بالبلوغ فيكون من أهل العهد مباشرة، فلا يجوز له أخذه لأنه يؤول أمره إلى العهد، بخلاف المدة القصيرة تتم قبل أن يصير الصغير من أهله مباشرة بل بالتبعية.

قوله: (وإذا ابتاع الكافر عبداً بخيار فأسلم العبد في أيام الخيار لم يفسخ البيع)^(١) بل يعجل الخيار فإلى أيهما صار جبر على بيعه، وإنما فعلنا ذلك ليعلم على من تكون عهده إذا بيع.

قوله: (فإن كان [ب/٨٠] ^(٢) المبتاع مسلماً والخيار له فله أخذه أو رده)^(٣). أي يبقى الخيار وكان البائع قد خرج عن ملكه إلى المسلم. وإذا اختار الشراء فهل ينتقل الملك إليه من يوم العقد أو من يوم القبول؟ وقيل: يعجل الخيار لأنه لم يخرج عن ملك البائع.

قوله: (وإذا أسلم عبده الكافر أو أمته بيع عليه وكذلك عبده الصغير). إلى قوله: (ويجبر على الإسلام)^(٣). هذا يدل على أن إسلام الصغير المميز صحيح ولا يلزم إلا بالبلوغ لا قبله، لأنه إذا ارتد قبله لم يقتل.

قوله: (وإن كان لمسلم عبد نصراني فاشترى مسلماً فإنه يجبر على بيعه، إذ هو له حتى ينتزعه)^(٣) أي لا يقال: هو وماله لسيده، لأن العبد عندنا يملك

(١) التهذيب (٢٥٥/٣).

(٢) تكرر قوله: «فإن كان» لأنه وقع آخر الورقة.

(٣) التهذيب (٢٥٥/٣).



مِلْكَاً صحيحاً بدليل أنه يَطَأُ أُمَّتَهُ ، وليس مَنْ مَلَّكَ أَنْ يَمْلِكَ مالِكا .

قوله : (وقد يلحقه دين إن كان عليه دين)^(١) أي فيكون في ماله ولا يجوز لسيده انتزاعه حينئذ .

قوله : (وإذا أسلم عبيد زوجة المسلم النصرانية ، فلا بأس أن ينقل ملكها عنهم ببيعها إياهم من زوجها)^(٢) أي لا يقال : كيف تحرمون زوجه الكافرة ، فإنهم في الحقيقة ما يحرمون إلا الزوج لأن ذلك من أجله .

قوله : (أو تَصَدَّقْهُمْ على ولدها)^(٣) . أما الصَّدَقَةُ فلا خلاف في صحة ذلك ، وأما الهبة فالمذهب أنه لا يبرئها ذلك لأن الهبة للابن الصغير من الأبوين يصح فيها الاعتصار ، وقيل : يبرئها ذلك لأن الاعتصار فيها لا يجوز لما يؤدي إليه من عود ملك المسلم إلى الكافر ، لكن إن وَقَعَ جاز ثم يباع عليها ، فلما كان ممنوعاً ابتداءً خالف مسألة : مَنْ له أَمَتَانِ أَخْتَانِ وطئ إحداهما ثم أراد أن يَطَأَ الأُخْرَى فوهب التي وطئ لابنه الصغير ، فهذا لا يجوز له وطئ الثانية ، لأنه يصح له الانتزاع من غير كراهة . والخلاف في المسألة : ينظر هل من ملك أن يملك هل يعد مالكا أو لا ؟

قوله : (فإن بعدت غيبته باعه السلطان عليه)^(٣) . فإن قدم وأثبت أنه كان أسلم قبل البيع مضى البيع ، لأنه بحكم صحيح كما لو باع على غائب في دين ثبت عنده عليه ، فلما جاء أثبت أنه قد كان وفاه إياه فالبيع ماضٍ لأنه بالحكم ولا يُرَدُّ .

قوله : (وإن قربت غيبته)^(٣) كالיום واليومين نظر في ذلك السلطان فكتب

(١) التهذيب (٢٥٥/٣) .

(٢) في التهذيب : « ببيعهم من زوجها » . (٢٥٦/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٥٦/٣) .

إليه مخافة أن يكون أسلم قبله أو يقول: هو حرٌّ.

قوله: (كالنصراني الغائب تسلم زوجته)^(١) أنكحتهم غير صحيحة فيفسخ بغير طلاق على المذهب، فإذا لم يئن بها بانث منه إلا أن يسلم في الحال، فإن قدم وأسلم بعد الفسخ لم يرد إليها لأنه كطلاق، ولا عدة قبل البناء، وإسلامه كالرجعة ولا يكون إلا في عدة فإن زوّجها بنكاح مستأنف كانت عنده على ثلاث، وقيل: طلقتين بناء على أن الفسخ بطلاق، وإن كان قد بنا بها وهو أحق بها في العدة، فإن جاء بعدها وأسلم فقد بانث منه، فإن أثبت أنه كان قد أسلم قبل انقضائها فإن كانت قد تزوجت: فإما أن يدخل بها الثاني، وهو أحق بها على المذهب، وقيل: هي للأول لأن نكاح الثاني لم يصادف محلاً، وإن لم يدخل فالمذهب أن الأول أحقُّ بها وأن مجرد العقد لا تبينُ به. ولنا قولُ ثانٍ: إنها تبين بالعقد.

قوله: (وإذا أسلم عبدُ النصرانيّ فرهنه، بعثهُ عليه)^(٢) لأنه على ملك الراهن وهو كافر يتعجل الحق، لأنه يرهن ما يباع عليه في الحال وكأنه رضي بتعجيل الحق لأن الرهن صار (٠).

قوله: (إلا أن يأتي النصراني برهن ثقة مكان العبد)^(٣) لأن هذا يقوم مقام الرهن الأول، وقال أشهب: بل يعجل الدين ولا يقبل منه الرهن الثاني، لأن حق المرتهن قد تعلق بالرهن الأول فلا يلزمه قبول رهنٍ آخر.

قوله: (ولو وهبه لمسلم للثواب فلم يبعه)^(٤) فله أخذه ويباع عليه عليه).

(١) التهذيب (٢٥٦/٣).

(٢) كذا في نسخة قسنطينة، والنسخة الأزهرية ٩٠٢٦٥، وفي نسخ أخرى «عبدُ نصراني». انظر التهذيب (٢٥٦/٣).

(٣) التهذيب (٢٥٧/٣).

(٤) في التهذيب «للثواب فلم يثبه». (٢٥٧/٣).



أي لا يقال [١/٨١] كيف يردّه إلى ملكه ويخرج عن ملك المسلم ، لأنّ لا نقره عنده إذا ردّه ، ولأنّ الموهوب ما ملكه إلا بشرط الثواب .

قوله : (وإن وهب مسلم عبداً مسلماً لنصراني ، أو تصدق به عليه جاز ذلك ، وبيع عليه ، والثلث له)^(١) . لأنه في الحقيقة ما وهبه إلا ثمناً ، لأنه لا يقر على ملكه ولا خلاف في هذا ، ولا تفسخ الهبة والصدقة لأن في ذلك إضراراً بالموهوب والمتصدق عليه ، بخلاف البيع لأننا إذا فسخناه رجع للمشتري الثمن .

الْقَوْلُ فِي التَّفْرِقَةِ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا

قوله : (وإذا ابتعت أمة مسلمة أو كافرة لم يفرق بينها وبين ولدها)^(٢) . لقوله ﷺ : « لا تُوله والدته على ولدها »^(٣) ، و« من فرّق بين والدته وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته يوم القيامة »^(٤) .

اختلف في هذا : هل هو حق لله أو لأدمي ؟ فمن قال لله فلا يُجوز إسقاطه البتة ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز ذلك ابتداء فإن وقع جاز ، وهذا على أصله من أن النهي يدل على صحة المنهي عنه إذ لا يؤمر ولا ينهى إلا بما يصح ، وهو عند الشافعي ممنوع مطلقاً ، ويشكل عليه بقوله في البيع يوم الجمعة بعد النداء أنه يصح ، لأنه لأمر خارج ، وكذا هو في هذا ليس لعين المنهي عنه ، وقد تقول أنه

(١) التهذيب (٢٥٧/٣) .

(٢) في التهذيب « وإذا بيعت أمة .. » . (٢٥٧/٣) .

(٣) الحديث رواه البيهقي في سننه في أبواب الحضانة في باب الأم تزوج فتسقط حقها من حضنة الولد وينتقل إلى جدته . عن أبي بكر رضي الله عنه .

(٤) الحديث رواه الترمذي في سننه من أبواب السير ، باب في كراهية التفريق بين السبي ، عن أبي أيوب . وقال حسن غريب .



يتعذر التسليم هنا شرعا .

وإذا قلنا أنه حق لآدمي فهل للأمم فيجوز لها إسقاطه أو للولد فلا يجوز لها إسقاطه؟ ولنا فيه ثلاثة أقوال: قول بأنه لا يجوز مطلقا وإن أسقطا الشرط؛ لأنه وقع [فاسدا، والمذهب] أنه إذا أسقطا ذلك فاشترى أحدهما من صاحبه الأم أو الولد ويجمعهما صح، وقال ابن المواز: يصح إن باعها من شخص آخر يجمعهما، وهذا فيه جمع الرجلين سلعتيهما في البيع لشخص واحد، ولنا فيه قولان: المذهب يمنعه لأن الثمن مجهول حال العقد، والجواز لأنه معلوم في ثاني حال. وقال ابن المواز: الحديث عام في كل شيء من بني آدم والبهائم.

قوله: (إلا أن يستغني الولد عنها في أكله وشربه وقيامه ومناحه قال مالك: وحَدُّ ذلك الإثغار^(١) يعني تبديل أسنانه وقد يسرع ذلك في بعض الناس، فالأوَّلَى في هذا القول حدُّه بسبع سنين لأنه غالباً حدُّ الإثغار، وعشر سنين لأنه حد يضرب فيه على ترك الصلاة، وقيل: إلى البلوغ، وقال ابن عبد الحكم: أبداً. قوله: (بخلاف حضانة الحرة)^(١) لأنها حتى يدخل بها زوجها، والصبي حتى يحتلم.

قوله: (وإذا قالت المرأة من السبي: هذا ابني لم يفرق بينهما)^(٢) لأنه عليه السلام كذلك كان يفعل^(٣)، ثم لا يثبت النسب والميراث بينهما بذلك.

(١) التهذيب (٢٥٧/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٥٨/٣).

(٣) قال الترمذي معلقا على الحديث المتقدم: «والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، كرهوا التفريق بين السبي بين الوالدة وولدها، وبين الولد والوالد، وبين الإخوة». سنن الترمذي. (١٨٦/٣).



قوله: (وإذا نزل الروم ببلدنا تجاراً ففرقوا بين الأم وولدها لم أمنعهم)^(١) لأنهم غير مخاطبين ، ولأنه لا حكم لنا عليهم وعلى ذلك نزلوا .

قوله: (وكرهت للمسلمين شراءهم متفرقين)^(١) أي لا يحل لهم .

قوله: (وكذلك من ابتاع أمة قد كان ولدها في ملكه)^(٢) بأن يوهب له على أحد القولين في صحة الهبة لأحدهما بخلاف البيع .

قوله: (أو كان لابنه الصغير فلا يفرق بينهما في البيع)^(٢) وذلك مثل أن يوهب له ، والولي مكلف بذلك .

قوله: (ولو كان الولد لرجل والأم لآخر لجبرا أن يجمعا في ملك)^(٢) بأن يشتري أحدهما من الآخر .

قوله: (أو يبيعا في معا)^(٢) أي في صفقة واحدة لئلا يحصل التفريق في البيع ، وفي هذا جمع من الرجلين لسلعتيهما ، والمذهب يمنع لجهل الثمن في حال العقد ، وأجازه هنا من أجل التفريق المتبوع ، وابن المواز يجيزه لأنه معلوم في ثاني حال .

قوله: (وإذا ورث أخوان أمة وابنها)^(٢) ليس بتفريق لأن كل واحد منهما (٠) بينهما .

قوله: (ومن باع ولدا دون أمه فسخ البيع إلا أن يجمعا في ملك واحد)^(٢) هذا المذهب أنه يصح [٨١/ب] [العقد إذا أزالا]^(٣) المحذور .

(١) التهذيب (٢٥٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٥٩/٣) .

(٣) ما بين المعقوفين مطموس من المتن ، ولعل ما أثبتته هو المراد .



قوله: (وسئل مالك عن أخوين ورثا أمةً وولدها صغير، فأرادا أن [يتقاوماً^(١)] الأم وولدها فيأخذ [أحدهما^(٢)] الأم والآخر الولد، وشرطاً ألا يفرقا بينهما حتى يبلغ الولد، فقال: لا يجوز ذلك لهما وإن كان الأخوان في بيت واحد). ولنا قول ثان: يجوز.

وسبب الخلاف: هل يراعى الجمع في الملك أو في الحوز فقط؟ ووجه الأول أنه إذا حصل التفريق في الملك فهو بصدد أن يبيعه وحده.

قوله: (وهبة الولد للثواب كبيعه في التفرقة)^(٣) لأنهما كالبيع سواء.

قوله: (ولو وهب لغير الثواب الولد وهو صغير جاز)^(٣) في التفريق في الهبة والصدقة والوصية قولان: المذهب أنها تصح ولا تفسخ بخلاف البيع لأنه إذا فسخ البيع رجع له العوض، وفسخ الهبة يؤدي إلى قطع المعروف، والمقصود تكثير المعروف بين الناس، وكذلك في هذه الأشياء في الشفعة قولان: هل ينظر إلى مطلق انتقال الملك اختياراً كما في البيع فيأخذ بالشفعة أو يقال: الفرق أنه في البيع انتقل بعوض بخلاف هذه فلا شفعة كالميراث، ولا خلاف أنه لا شفعة فيه لأنه ملك جبري من غير اختيار.

قوله: (وإذا جمعاهما فمن أراد البيع منهما أو أرهاقه دين باع معه الآخر)^(٤). لأن التفريق ممتنع.

قوله: (ومن تمام حوز الموهوب أن يجوز الولد مع الأم، ولا يقبض الولد

(١) في الأصل: (يتقاويا)، وما أثبتته من (التهذيب) أصوب. (٢٥٩/٣).

(٢) في الأصل: (أحدهم)، وما أثبتته من (التهذيب) أصوب. (٢٥٩/٣).

(٣) التهذيب (٢٥٩/٣).

(٤) المصدر نفسه (٢٦٠/٣).



وحده^(١) . [لِمَحْذُورٍ]^(٢) التفريق .

قوله: (فإن فعل أساء)^(٣) أي إن وقع ذلك الحرام وفرق بينهما كان حوزا لأنه قد أخرجه عن حوز الموهوب فيختص به في الموت والفلس ، ولو تركه مع أمه عند الواهب حتى طرأ ذلك بطلت الهبة ، وعلى الواهب رضاع الصغير لأنه دخل على ذلك كما أن من وهب تمرا لشخص دون الأصول فعليه سقيها من مائه لأنه دخل على ذلك ، ولا يخير الواهب على أن يدفع الأم إلى الموهوب ، لأنه يمكن الموهوب أن يأتي بامرأة ترضعه عند الأم ويحصل له بذلك حوزة ، بخلاف واهب التمر لا بد أن يدفع للموهوب الأصول ليكمل الحوز ، إذ لا يتوصل إلى قبضها وسقيها إلا بذلك .

قوله: (ومن له أمة وولدها صغير ، فجنت الأم أو الولد ، فاختر السيد إسلام الجاني)^(٣) فإذا ملكه المجني عليه أمر بالجمع بأن يشتري أحدهما من الآخر فإن أبيًا جمعا في البيع ، وجاز هذا البيع في المذهب للضرورة .

قوله: (ومن ابتاع أمة وولدها صغير ثم وجد بأحدهما عيبا ، فليس له رده)^(٣) إن كان المعيب وجه الصفقة تعين الفسخ وعدم التماسك بالسليم كما في كل موضع ، ولو كان العكس لم يجز له أيضا أن يتمسك بالسليم بحصته من الثمن وإن جاز ذلك في غير هذا ، وإنما كان ذلك لمكان التفريق .

قوله: (ومن أعتق ابن أمته الصغير فله بيع أمه)^(٣) هذا ليس بتفريق لأنه يكون معها .

(١) التهذيب (٣/٢٦٠) .

(٢) ما بين المعقوفين مبتور جله من المتن ، وما أثبتته يتفق مع رسم الكلمة والمعنى المراد في المسألة .

(٣) التهذيب (٣/٢٦٠) .



قوله: (ويشترط على المبتاع نفقة الولد ومؤنته)^(١). ويخرج من هذا أن التَّفَقَّةَ على الواهب، وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ: أنها على بيت المال، والقولان أيضا فيما إذا اعتق صغيرا لا حراك به كابن المهد، وإذا قلنا أنها على الواهب فله أن يشترط خلف الرضيع إن مات، لأن هذا بيع وإجارة لمعين، ولذلك حط من الثمن، ومنع ذلك أشهب لأن الرضيع في الإجارة لا يشترط خلفه لاختلاف الصبيان، ولأنه بيعتان فيبيعة إذ لا يدري من يرضعهما. وابن القاسم أجاز ذلك مطلقا للضرورة، ولم يجزه سحنون إلا إذا فلس السيد بعد عتق الولد لأن الأم هنا تباع عليه اضطرارا وبيع الأم في الضرورة الأولى اختياراً.

قوله: (إذ هي في ملكه بعد)^(١). فإن أدت خرجت حرة ولا تفريق في الحرية بل يجبر مالك الولد أن يحوز معه أمه وإن عجزت صارت ملكا له فاجتمعا [١/٨٢] في ملكه، وأما التدبير فيمتنع البيع لأنه يؤدي إلى إبطال التدبير ولا يجوز بيع خدمته حياته لأن ذلك مجهول، ويجوز السَّنة ونحوها وليس ذلك بتفريق لأن المستأجر على ملك ربه وإن طرأ دين انتظر أن يكبر الابن أو يموت أحدهما أو يموت السيد.

قوله: (ولا بأس ببيع الأمة دون الولد أو الولد دونها قسمة للعتق)^(١). لأنه لا يلزم التفريق إلا إذا كان كل واحد ملكا لشخص.

قوله: (ولا ينبغي بيع الأم من رجل والابن من عبد مأذون لذلك الرجل، لأن ما بيد العبد ملك له)^(٢). أي لا يقال أن مال العبد لسيدته فلم يحصل تفريق لأن العبد يملك ملكا صحيحا، وليس من مَلَك أن يملك مالكا حتى ينتزع.

(١) التهذيب (٢٦٠/٣).

(٢) في الأصل (ملكاً له)، ولعل الصواب ما أثبتته من التهذيب. (٢٦١/٣).



قوله: (فإن بيعا كذلك أمرا بالجمع بينهما في ملك السيد أو العبد، أو ببيعانهما معاً إلى ملك واحد، وإلا فُسخ البيع)^(١) لأن هذا أولى من أن يجمعاهما في البيع لأنه يؤدي إلى محذور آخر لا ضرورة إليه وهو جمع الرجلين سلعتيهما في البيع.

قوله: (ومن أوصى بأمة إلى رجل وبولدها لآخر جاز)^(١) لأن الوصية معروف، فلو فسخ ذلك أدى إلى إبطال المعروف بين الناس، وقيل: يفسخ كالبيع.

قوله: (ومن باع أمة على أن الخيار له، ثم ابتاع ولدها صغيراً في أيام الخيار بغير خيار، لم ينبغ له أن يختار إمضاء البيع)^(١) أي يؤمر بأن لا يختاره، فإن اختار أمر بجمعهما في ملك وإلا فسخ البيع، وكذلك إن كان الخيار للمشتري أمر بأن لا يختاره.

قوله: (وإذا أسلم عبد الذمي وله ولدٌ من زوجته، وهي أمة لسيده، فولدَها منه تبع له في الدين)^(١) وإن كان عبداً، لأن الولد يتبع أباه في الدين وأمه في الرق والحرية، وهذا المذهب.

وقيل: يتبع في دينه أحسن أبويه ديناً، وقيل: بل الأم، قياساً على الرق والحرية، فبيع العبد وابنه ليخرجا من ملك الكافر ويلزم من بيع الولد بيع الأم معه لمكان التفرقة.

قوله: (ولو أسلمت الأم وحدها بيع معها الولد وكان على دين الأب)^(١) أي كافراً لكن بيع مع الأم مخافة التفرقة.

قوله: (وإسلام الزوجة يوجب التفرقة)^(١) لأن الزوج كافرٌ، ولو أسلم

(١) التهذيب (٣/٢٦١).

الزوج وحده دونها فرق بينهما أيضا ، لأنه لا يجوز للمسلم نكاح الأمة الكافرة كتابية كانت أو غيرها .

قوله: (ولا أعرض لأهل الذمة في معاملهم بالربا)^(١) لأنهم عاهدونا على البقاء على كفرهم وفعل ما يستحلونه لكن إن أظهروا بيع الربا والكفر منعوا .

قوله: (وإن أسلم الذي له الحق)^(١) أي إذا أسلم الطالب في مسألة الربا وهي: درهم في درهمين إلى أجل رجع برأس ماله ، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُبْتَغِرْ فَلَكَ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٧٩] ولا حيف في ذلك بالكافر المطلوب ، وإن أسلم المطلوب بالدين فتوقف مالك في هذه لأن حق الذمي قد تعلق بدرهمين ، فإن فسخ العقد أو رد رأس ماله كان ذلك ظلما للذمي . وقال {ابن القاسم}: أحكم بالفسخ مطلقا لأنه حكم بين مسلم وكافر ، فحكم فيه بحكم الإسلام ، وإن أسلم الطالب بالخمير تعذر منه ملكها ، فيرجع برأس ماله على الذمي ولا حيف عليه في ذلك ، وإن أسلم المطلوب بها تعذر منه دفعها للذمي ، إلا أن حق الذمي قد تعلق بها فتوقف مالك ، وقال ابن القاسم: يفسخ من غير توقف لما تقدم .



(١) التهذيب (٢٦٢/٣) .

باب في المصرة

لم يعمل أبو حنيفة بحديثها لأنه مخالف للأصول، إذ فيه بيع الطعام بطعام غير يد بيد، ومنع ذلك أيضا أشهب إلا أنه اعتل بالحديث الثاني أن: «الخراج بالضمان»^(١)، قال: وهذا اللبن [٨٢/ب] الذي حلبه إنما تولد على ضمانه، ولو هلكت الشاة كانت منه، فغلب الحديث الموافق للقياس على الحديث المخالف له، والمذهب العمل بالحديث وهو تعبد وهو عندنا أصل في الرد بالعيب، وفيه رد على المخالف القائل بأنه يجوز للمبتاع أن يتمسك بالمعيب ويأخذ أرش العيب وإن شاء رده، وهو عندنا قول ضعيف. ووجه المذهب أنه ليس له إلا الرد أو التمسك بغير أرش هذا الحديث لأنه لم يجعل له التمسك وأخذ الأرش.

قوله: (هذا حديث متبع)^(٢) أي تعبد.

قوله: (فإذا حلبها ثانية)^(٣) أي بالحلب الثاني تبين، فإن حلب ثالثة كان ذلك رضى منه إلا أن يشكل عليه الأمر في الثانية مثل أن يتركها بلا علف فيحلف على ذلك، ويكون الثالث اختيارا لا رضى.

قوله: (وإن كان ذلك ببلد ليس عيشهم التمر أعطى صاعاً من عيش ذلك البلد)^(٤) لأنه روى أيضا: وصاع من طعام ومن بر.

قوله: (فإن حلبها ثالثة؟ قال: إن جاء من ذلك ما يعلم أنه حلبها)^(٤) أي

(١) الحديث تقدم تخريجه في كتاب السلم الثالث.

(٢) التهذيب (٢٦٣/٣).

(٣) في التهذيب «حلبها الثانية» (٢٦٣/٣).

(٤) المصدر نفسه (٢٦٣/٣).



إن ثبت أنه لم يتبين له أمرها في الثانية رجع في الثالثة .

قوله: (ولا حجة عليه في الثانية)^(١) . لأنه لا يتبين له أمرها بالأولى .

قوله: (قال: وإذا ردها لم يكن له ردُّ اللبن معها إن كان قائماً بغير صاع)^(١) .
لأنه قد ثبت له بالشرع عنده صاع من طعام ، فإذا رد اللبن عوضاً فقد باع الطعام قبل قبضه وطعاماً بطعام غير يد بيد فلم يجز ، إلا أن يردَّ اللبن مع الصاع فيجوز على المعروف ، وقال سحنون: يجوز ردُّ اللبن بدلاً عن الصاع لأن هذه مقابلةٌ منهما في الصاع باللبن الذي هو عوض عنه ، ويجوز في الإقالة بيع الطعام قبل قبضه . قال: وهذا أقل محذورا ، ووَجْهُ المَذْهَب أنهما ما قصدا البيع والإقالة .

قوله: (وإن كان له ردُّه كان عليه في قَوَاتِهِ مثله)^(١) . لأنه من ذوات الأمثال ، أي إذا فات عنده اللبن لم يجز أن يرد عنه إلا صاعاً من تمره لا مثله لأن ذلك تعبُّدٌ .
قوله: (ولو رضي البائع أن يقبلها مع اللبن بغير صاع لم يعجبني ذلك)^(١) .
أي لا يجوز .

قوله: (إلا أن يقبلها بغير لبنها فيجوز)^(٢) . هذا معروف .

قوله: (ومن باع شاة حلوباً غير مصراة في إبان اللبن)^(٣) . كون ذلك في الإبان قرينة أنه قصد لبنها ، وإذا كان مقصوداً غير تابع فلا بد من أن يكون معلوماً موصوفاً بخلاف ما إذا لم يكن مقصوداً .

قوله: (والبائع يعلم ما تحلب فكتمه ، فللمبتاع أن يرضأها أو يردها ، كصبرة

(١) التهذيب (٢٦٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٦٤/٣) .

(٣) في التهذيب: «في إبان الحلاب» ، وفي نسخة: «في إبان اللبن والحلاب» . (٢٦٤/٣) .



يعلم البائع كيلها دون المبتاع^(١) لأن من شرط بيع الجزاف الجهل من البائع بقدره.

قوله: (ولو باعها في غير إبان لبنها)^(١) أي يكون اللبن حينئذ تابعا لأنه لا قرينة تدل على أنها مقصود فلا يحتاج إلى تبين قدره.

قوله: (فإن ابتعتها في الإبان على أنها تحلب قسطين جاز، فإن وجدت)^(٢) تحلب قسطاً فلك الردّ، وهو أقوى في الرد من المصرة للشرط فيها). أي لأنهما شرطاً قدّر لبنها، وفي المصرة لم يشترط ذلك.

قوله: (وإذا بنى رجل في أرضك على نهر لك رحي)^(٣) أي الذي تملك أرضه، وأما غير المملوكة فلا يختص به أحد.

قوله: (وأما الماء فلا كراء له)^(٣) قد تضمن كراء الأرض كراء الماء لأنه لولا الماء ما بنى عليها، فللماء حظ من الكراء.

وإنما يتصور ما قال بأن يعني إذا بنى على هذا الماء الجاري لا في أرضك فهذا لا كراء له، ولا يقول: أصله من أرضي فأخذ فيه كراء، لأنه قد صار هناك مباحاً.

قوله: (وإن كان في أرضك غدير أو بركة أو بحيرة فيها سمك فلا يعجبني بيع ما فيها من السمك)^(٤) لأن أصل هذا الماء مباح، فكذا ما تولد فيها من الحوت، وقال أشهب: إن كان أصل السمك من جعله فله بيعه، وإن كان تولّد وحده فلا.

(١) التهذيب (٢٦٤/٣).

(٢) في التهذيب «وجدتها». (٢٦٤/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٦٤/٣).

(٤) المصدر نفسه (٢٦٥/٣).



قوله: [١/٨٣] (ولا يمنع من يصيد فيها ولا الشرب منها)^(١) هذا على الكراهة .

قوله: (ولا يمنع الماء لشفة)^(١) يعني الآدمي .

قوله: (أو سقي كبد)^(١) يعني البهائم ، وهذا على جهة الأولى فيما كان مملوكا وقد اختلف في الماء الذي أصله الإباحة إذا اختص به شخص فهل يصح أن يملك أو لا ؟ فوجه الملك أنه كالحطب ولا خلاف أنه يملكه من اختص به فيجوز له بيعه ، ووجهُ الثاني أنه كثير لا تعب فيه . وعلى هذا الذي يأخذ السقاء إنما هو أجرة حمله إياه فإذا تلف على الأول قبل القبض فلا شيء له ، وعلى الثاني له أجرة الحمل .

قوله: (وكره مالك بيع ماء المواجل)^(٢) . يعني لمن اختص بها أولا ، لأن الأصل فيه الإباحة بخلاف ما أصله الملك ، وأنطابلس بالغرب .

قوله: (فأما ما حفر في الفيافي والطرق من المواجل ، كمواجل طرق المغرب فقد كره مالك بيعها ولم يرَهُ بحرَامٍ بَيْنَ)^(٣) وجه الجواز اختصاصه به كالحطب والربيع .

قوله: (وكره أصل بيع بئر الماشية)^(٤) أو مائها أو فضلها ، حُفِرَتْ في جاهليةٍ أو إسلامٍ)^(٥) . يعني ما أصله الإباحة .

(١) التهذيب (٢٦٥/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٦٥/٣) . والمواجل: المناقع المتخذة لجمع مياه الأمطار وأصله البئر الذي لا عمق له .

(٣) المصدر نفسه (٢٦٥/٣) .

(٤) كذا في المتن ولا يستقيم ، ولعل الصواب ما في التهذيب: وكره بيع أصل بئر الماشية . (٢٦٦/٣) .

(٥) التهذيب (٢٦٦/٣) .

قوله: (وأهلها أحق بها حتى يزُوروا)^(١) أي المجاورون لأنهم كمن اختص بمباح.

قوله: (ويكون للناس ماء فضل بينهم بالسواء إلا من مرّ بهم لشفتهم ودوابهم فلا يمنعون)^(١) لأن هذا يسيرٌ، بخلاف سقي الأنعام هذا كثيرٌ.



(١) التهذيب (٢٦٦/٣).



بَابُ فِي الْحَكْرَةِ

الاحتكار ضربان:

جائز وهو أن يشتري من سلع السوق ما شاء ويمسكها إلى أن يرتفع ثمنها .
والثاني ممنوع كالتَّسْعِيرِ على الناس ، وأن يختص بعض الناس بشراء السلع
وبيعها حتى لا يشاركه غيره .

قوله: (فما كان احتكاره يضر بالناس منع محتكره من الحكرة)^(١) . سواء
كان طعاما أو غيره إذا كان الاحتياج إليه عاما ، بخلاف ما الحاجة إليه خاصة مثل
الخشب فلا يمكن من حكرته .

قوله: (وإن قدم أهل الريف إلى الفسطاط لشراء طعام فمنعواهم)^(٢) ، لم
يمنعوا إلا أن يضر ذلك بأهل الفسطاط)^(٣) . أي إذا كان عند القادمين ما يقيمون
به رمقهم فلاهل البلد المنع إذا أضر بهم ذلك ، وإن لم يكن للقادمين شيء وجب
على أهل البلد مشاركتهم والبيع منهم .

قوله: (وكذلك من خرج إلى قرية فيها سوق ليجتلب فيها على ما ذكرنا)^(٤) .
إن أضر ذلك بأهل القرية منعوا القادم إن كان له ما يقيم به عيشه ، وإن لم يكن له
شيء وجب البيع منه .

(١) في التهذيب «منع محتكره من الحكر» (٢٦٦/٣) .

(٢) في التهذيب «فمنعواهم وقالوا: تغلون علينا سعرنا ، لم يمنعوا» . (٢٦٦/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٦٦/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٢٦٧/٣) .



قوله: (ولا يجوز أن يبتاع من رجل طعاماً على ما ابتاع منه فلان)^(١) إن كان هذا مجهولاً لم يجز، وإن كان معلوماً جاز.

قوله: (وإذا اشترى من رجل ثلاث جنّيات من حائطه)^(١) هذا كبيع كل إردب بدينار من صبرة معينة، فالتفصيل معلوم، وجملته ما يأخذ مجهول، فأجازه المذهب ومنعه سحنون، وهو مذهب الشافعي لأن الجملة مجهولة، وأما إذا كان التفصيل والجملة معلومين فيجوز اتفاقاً أو بالعكس فلا يجوز اتفاقاً، ولا يتصور أن يكون التفصيل مجهولاً والجملة معلومة.

قوله: (فأما ابتياعه بأربعين ديناراً من رطب هذا الحائط على أن كذا وكذا صاعاً بدينار، يأخذ في ذلك ما يجني كل يوم، فلا ينبغي ذلك حتى يُسمّى ما يأخذ كل يوم)^(١) هذا متردّد بين السلم لأن البيع غير معين وإن كان من مُعَيّن، وبين البيع لأنه تمر حائط معيّن بدليل أنه لو تلف انفسخ البيع بخلاف السلم لأنه في الذمة، ولما أشبه السلم جاز فيه تأخير القبض يسيراً، لكن لجوازه ثلاثة شروط: أحدها: أن يكون بعد الزهو لأنه بيع تمر.

الثاني: أن يأخذه رطباً لأنه معين يتأخر قبضه.

الثالث: أن يبين قدر ما يأخذ كل يوم، لأن الأغراض تختلف بذلك ويختلف سعره [٨٣/ب] باختلاف الأيام.

ويجوز فيه تأخير الثمن إذا شرع في القبض ولا يكون دينا بدين لأنه في حكم اللبن، وكذلك إذا انقذ الثمن يجوز أن يؤخر القبض أياماً يسيرة لا يبلغ بها أن يكون تمرّاً، وهذا البيع في اللحم والخبز وغيره أقرب إلى السلم لأن المبيع

(١) التهذيب (٢٦٧/٣).

ليس مُعَيَّنًا ولا مِن مُعَيَّن .

قوله: (وقد كان الناس يتبايعون اللحم بغير معلوم يأخذ كل يوم شيئاً، ويشرع في القبض ويتأخر الثمن إلى العطاء، وكان العطاء يومئذ مأموناً)^(١). أي لو كان مما يكون تارة ولا يكون أخرى لم يجز لأنه أجل مجهول.

قوله: (ولم يَرَوْهُ ديناً بدّين واستخفوه)^(٢). لأنه بشروعه في القبض زال الدين من هذا الطرف.

قوله: (وإن اشتريت جملة غنم كل شاتين بدينار)^(٣). أي أيّ شاتين كانتا من الجملة.

قوله: (لزمك الشاة بنصف دينار)^(٤). بحساب ما سمى.

قوله: (ولابأس أن يبيع الرجل الشاة أو البعير ويستثني جزءاً من ذلك)^(٥). أي فيكونان شريكين فيه.

قوله: (وأما إن استثنى الجلد أو الرأس فقد أجازته مالك في السفر إذ لا ثمن له هناك)^(٥). أي فكأنه لم يستثن شيئاً وأيضاً على المذهب إن أبى المشتري الذبح لم يجبر، وأعطاه مثل الجلد أو قيمته فلا محذور.

(١) في التهذيب: «وقد كان الناس يتبايعون بسعر معلوم يأخذ كل يوم شيئاً معلوماً ويشرع في الأخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء، وكذلك كل ما يباع في الأسواق، فلا يكون إلا بأمد معلوم يسمى ما يأخذ كل يوم، وكان العطاء يومئذ مأموناً». (٢٦٧/٣).

(٢) التهذيب (٢٦٨/٣).

(٣) في التهذيب «كل شاتين بدرهم» (٢٦٨/٣).

(٤) في التهذيب «لزمك الشاة أو الثوب بنصف دينار» (٢٦٨/٣).

(٥) المصدر نفسه (٢٦٨/٣).



وأيضاً إن قلنا إن المستثنى مبيع مردود على تقدير بيع ثان فيه وقبول فكأنه اشترى الجميع ولا محذور .

ولنا قول ثانٍ بأنه يجبر على الذبح لأنه شرط هذا الجلد وهذا الرأس ، وإن اجتماعاً على الأحياء كان شريكاً له على هذا فيها بالجلد فكأنه اشترى منه لحماً وهو مغيب .

قوله: (شروا جلده)^(١) أي مثله ، أو قيمته ، أي في الجلد قولان: هل هو من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم ؟ وهو يرجع إلى تحقيق مناط: هل يوجد مثله أو لا ؟ ووجه هذا أنه «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) ، والقيمة أو المثل تقوم مقامه .

قوله: (لا يكون شريكاً بالجلد)^(٣) لأنه لم يدخل إلا على الموت .

قوله: (ولا يجوز أن يستثنى الفخذ) . لأن ذلك مجهول القدر وكثير .

قوله: (ولا بأس باستثناء الصوف والشعر) . لأنهما معلومان .

قوله: (وإن استثنى من لحمها أرتالاً يسيرة) . فيها ثلاثة أقوال: لا يجوز مطلقاً للجهل بصفة اللحم ، الثاني: يجوز اليسير لأنه لا اعتبار به ، وقيل: الثلث فما دونه .

قوله: (ويجبر المبتاع على الذبح ههنا) . لأن اللحم له خطر في السفر والحضر وهو مقصود ، بخلاف الجلد لا يساوي في السفر شيئاً بخلاف الحضر

(١) في التهذيب «فلان عليهم شراء جلده» (٢٦٩/٣) .

(٢) الحديث أخرجه مالك في الموطأ ، في كتاب الأقضية ، باب القضاء في المرفق . وابن ماجه في كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره .

(٣) قال في التهذيب «ولا يكون شريكاً بالجلد إذ على الموت باع ، ولا يجوز أن يستثنى الفخذ أو البطن أو الكبد . ولا بأس باستثناء الصوف والشعر . وإن استثنى من لحمها أرتالاً يسيرة ثلاثة أو أربعة جاز ، ويجبر المبتاع على الذبح ههنا ، ولم يبلغ به مالك الثلث» (٢٦٩/٣) .



لا يجوز استثناءه في الحضر لكن إن وقع جاز لأنه قد جاز في صورة السفر ولأن المذهب أنه لا يجبر على الذبح ، فكأنه اشترى الجميع لا بقصد اللحم ، ويجوز بيعها مذبوحة وإن كان اللحم معيناً لأنه اشترى الكل .

قوله: (وأجاز استثناء الجلد والرأس لأن المبتاع منهما بالشراء)^(١) . أي إنما أجاز ذلك لأنه اشترى الجميع ، وهذا تفريع على أن المستثنى مبيع وعلى ذلك تكون مضمونة من المشتري فلو تلفت قبل الربح كان جميعها منه وبطل حكم الاستثناء ، وعلى هذا فلم يشتر لحمًا فلا يكون فيه بيع مجهول ، بخلاف أن يشتري لحمها مطلقًا ، أي وإن لم يستثن منه شيئًا فلا يجوز ، لأنه كقوله: اذبحها وادفع لي اللحم ، فلا تخرج من ضمان البائع إلا بعد أن يذبحها ويدفع له لحمها ، وفي الأول يذبح على المشتري ، وبيع اللحم وحده مغيباً لا يجوز وليس كبيعها مذبوحة على الجزار .

قوله: (ولا يجوز أن تبيعه رطلاً من لحمها قبل ذبحها)^(٢) . لأنه مغيب مجهول وأجاز أشهب ذلك للعارف به كالجزار لأنه عنده معلوم .

قوله: (وليس كاستثناء البائع ذلك)^(٣) . هذا تفريع على أن المستثنى مبقى

غير مبيع [١/٨٤]

قوله: (كما أنه يجوز استثناء البائع أصوعاً من ثمرة باعها بعينها)^(٣) رطباً (دون الثلث) . هذا تقوية ؛ لأن للمستثنى مبقى ؛ لأنه لو كان مبيعاً لكان المشتري قد أخرج دراهم ورطباً في رطب ، وكان أيضاً قد باع من البائع رطباً ، وهو

(١) في التهذيب «ضمنها بالشراء» . (٢٧٠/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٧٠/٣) .

(٣) ليس في التهذيب «بعينها» . (٢٧٠/٣) .

المستثنى على أن يؤخره إلى أن يصير ثمرًا ، وهو معين يتأخر قبضه ، فدلّ على أنه مبقّى .

وقد قال في الجائحة: إذا باع الحائط فيه عشرة أوسق ، واستثنى وسقًا من ثمرته ، ثم اجتبح الحائط إلا وسقًا ، فمرة قال: هو للبائع ؛ لأنه باعه ثم اشتراه ، وكان أحق به ، ومرة قال: هو بينهما على عشرة أجزاء ، فعلى هذا هو مبقّى ، وعلى الأول مبيعٌ .

قوله: (وإن ادعت في دار دعوى وصالحك من ذلك على عشرة أرطال من لحم شاته هذه لم يجز)^(١) لأن الصلح بيع ، فلا بد أن يكون بثمن معلوم ، وعلى قول أشهب يجوز ذلك إذا كان المشتري عارفا كالجزار .

قوله: (ومن اشترى لبن غنم بأعيانها جزافًا)^(١) أي إذا كان المشتري عارفاً بأحوال الغنم ، وما يكون فيها من اللبن وبالخرص والتقدير ، وينظر إلى جميعها واحدة وإلا فلا بد من الوصف بأن هذه تحلب كذا ، وهذه تحلب كذا ، وهذا أيضًا متردد بين المبيع والسلم ؛ لأنه معين بالنظر إلى كونه من غنم بأعيانها ، وفيه جهل بالنظر إلى أن اللبن لم يوجد بعد .

قوله: (شهرًا أو شهرين أو إلى أجل لا يقضي اللبن فيه)^(١) لأنه لا يصح ذلك في غير وقت لبن ؛ لأنه ليس بسلم محض إذ هو معين يتأخر ، والسلم لا يكون إلا في الذمة لا في معين ، فلا يتأخر قبضه ، والشروع في قبض الأوائل كقبض الأواخر .

قوله: (فإن كانت غنمًا يسيرة كشاة أو شاتين لم يجز)^(١) لأنه لا يدري هل

(١) التهذيب (٣/٢٧٠) .



هو بيع أو سلف لعدم اللبن ، والغالب في الكثيرة أن تبقى هي أو بعضها إلى هذا الأجل .

قوله : (فإن اشترى لبنها ثلاثة أشهر في إبانة ، فماتت خمس بعد أن حلبَ جميعها)^(١) أي من العشرة ، وإذا كانت الميتة تحلب قسطين قسطين ، والباقيّة قسطاً قسطاً في كل يوم خمسة عشر ، وفي الشهر مائة وخمسون ، وفي ثلاثة أشهر أربع مائة وخمسون ، وهذا جملة ما اشترى ، فقد أخذ في الشهر مائة وخمسين ، وقيمتها نصف الثمن ، وبقي له نصف المثلون ، وهو ثلاثمائة .

فلو بقيت الغنم استوفاهما ، لكن مات نصفها التي حلبها . ثلثا اللبن فرجع بثلثي نصف اللبن .

قوله : (لو كنت أسلمت في لبنها سلماً على كيل فهلك بعضها ، كان سلمك فيما بقي منهما بخلاف شرائك لبنها مطلقاً)^(٢) هذا بيع يشبه السلم ؛ لأنه في معين وجاز هنا من شاتين ؛ لأنه لما علم الكيل قلّ فيه الغرر .

وإذا لم يكن على كيل معلوم بل على الجزاف كما تقدم كثر الغرر بقلة الغنم ولا بد أن تكون الغنم في الجزاف معينة ؛ لأنه لا بد أن ينظر إلى كل واحدة منها ، وقوله : « بخلاف شرائك لبنها مطلقاً » ، لأن البيع هنا معين بتعيين الغنم وليس كذلك هنا ؛ لأنه كيل معلوم لا لبن جميعها ، فلا يتعين استيفاءه من بعضها دون بعض ، ولا من الجميع .

قوله : (ويجوز السلم في [شراء^(٣)] لبن غنم بعينها على الكيل كل قسط

(١) في التهذيب « وإن اشترى لبن عشرة من الغنم » (٣/٢٧٠) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٢٧١) .

(٣) ما بين المعقوفين ليس في التهذيب (٣/٢٧١) .



بكذا، كانت الغنم كثيرة أو يسيرة بعد أن يكون في إبان لبنها وتسمى أقساطاً معلومة، وتضرب أجلاً لا ينقضي اللبن قبله، قيل: أهل ينقذه الثمن؟ قال: نعم إذا شرع في أخذ اللبن، أو كان يشرع فيه إلى أيام يسيرة، فإن زال الإبان ولم يأخذ لبناً رجع بالثمن^(١) لأنه معين فات كما لو سلم في شيء له أبان، فخرج إبانته قبل القبض، فإنه يفسخ.

قوله: (ولا خير في بيع لبنها في غير [٨٤/ب] إبانته على جزاف أو كيل)^(٢) لأنه معين يتأخر قبضه.

قوله: (وإن اكرى ناقة أو بقرة حلوباً واستثنى حلابها؛ جاز إن عرّف وجهه)^(٣) أخذ من هذا قول بجواز الجزاف في الشاة والشاتين؛ لأنه لو كان لبنها تابعاً لم يحتج إلى اختبارها.

وقيل: إنما أراد بذلك أن يرجع بقدره إن اختلفت.

وردّ بأن البائع لا يرجع به؛ إذ لا جزء له من الثمن كمال العبد إذا تلف وقد استحق أو رد بعيب.

قوله: (شراء سمس أو زيتون أو حب فجّل بعينه على أن على البائع عصره، أو زرعاً قائماً على أن عليه حصّاده ودرسه، وكأنه ابتاع ما يخرج من ذلك كله وهو مجهول)^(٤) أي في الجهل، وهو مغيب، والجزاف لا بد أن يكون في

(١) التهذيب (٢٧١/٣).

(٢) في التهذيب: «وإن اشترى لبنها في غير إبانته على جزاف أو كيل وشرطاً أخذه في الإبان فلا خير فيه» (٢٧١/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٧١/٣).

(٤) المصدر نفسه (٢٧٢/٣).



معين ، ولا يخرج من قبض البائع إلا بعد الدرس ، بخلاف ما إذا باعه منه في سنبله ، فقبضه بالعقد .

قوله : (فأما إن ابتعت منه ثوباً على أن يخطه لك أو نعلين على أن يحذوهما فلا بأس به)^(١) لأن الخياطة والحذو لا يمنع من العلم بذلك .

وأما الطحن : فليس فيه إلا تفريق أجزاءه ، وقد علمه وقبضه قبل ذلك .

قوله : (وجل قوله في ذلك التخفيف على وجه الاستحسان لا على القياس)^(١) أي لا يدري كيف يخرج .



(١) التهذيب (٢٧٢/٣) .

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
تقديم أسفار	٥
شكر	٧
قسم الدراسة	٩
مدخل عام	١١
خطة البحث	١٧
المقدمة الأولى: مكانة كتاب «التهذيب في اختصار المدونة»	١٩
* أهمية كتاب التهذيب	١٩
* أهم الشروح على تهذيب المدونة	٢٠
المقدمة الثانية: ترجمة الإمام شهاب الدين القرافي	٢٤
* الركن الأول: النشأة العلمية بين المنهج المتين والمعرفة المتسعة:	٢٦
١ - الاسم والنسبة	٢٦
٢ - النشأة	٢٨
٣ - المدارس التي درّس فيها أو درّس بها	٣٠
٤ - الشيوخ	٣٤
٥ - التلاميذ	٣٨
٦ - الاختيار العقدي للإمام القرافي:	٤٠
* الركن الثاني: الحضور الأخلاقي ورسوخ الفقه العملي	٤٦
١ - الحركة الأخلاقية في بيئة الإمام القرافي	٤٦



الصفحة

الموضوع

٤٨	٢ - الأثر الصوفي للشيخ على الإمام القرافي:
٤٩	٣ - شدة الحرص على تصحيح القصد:
٥١	٤ - مؤلفاته الإمام القرافي:
٥٥	٥ - وفاة الإمام القرافي:
٥٧	المقدمة الثالثة: في التعريف بكفاية اللبيب ، ونسبته إلى الإمام القرافي ، ومنهجه
٥٧	١ - تحقيق عنوان الكتاب
٥٩	٢ - تحقيق نسبة الكتاب إلى الإمام القرافي
٦٠	٣ - التحقق من نسخة القرويين
٦٠	أ - العنوان:
٦٠	ب - تاريخ النسخ:
٦١	ت - مكان النسخ:
٦١	ث - ذكره للملك الكامل:
٦١	ج - أسلوب الشرح:
٦٢	ح - تشابه النقول مع ما في كتب الإمام المشهورة:
٦٧	٤ - دواعي التأليف
٦٩	٥ - المنهج العلمي للقرافي في كتابه الكفاية
٦٩	أ - إبراز الفروق الفقهية
٧٣	ب - المناظرة
٧٤	ت - رد الفروع إلى الأصول
٧٧	ث - وضع الشروط
٧٨	ج - وضع التعريفات



الصفحة

الموضوع

٧٨	ح - إبراز المذهب في المسألة أو الفرع ثم التنبيه على الأقوال الأخرى
٧٨	خ - توجيه الأقوال بإعمال الضوابط والقواعد الفقهية والأصولية
٨١	د - التعليل وإعمال المقاصد
٨٣	ذ - إيراد الإشكالات ، والتنبيه على عبارات التهذيب
٨٥	ر - الاجتهاد في تصحيح المسائل والأقوال
٨٦	٦ - مصادر المؤلف في شرحه
٨٦	أ - المصادر المذكورة:
٨٦	ب - معتمد الشارح في شرحه
٨٩	المقدمة الرابعة: عملي في التحقيق
٨٩	١ - المنهج المتبع في ضبط النص
٩١	٢ - الرموز المستعملة في النص
٩٢	٣ - النسخة المعتمدة ووصفها
١٠٩	كتاب السلم الأول
١٧١	كتاب السلم الثاني
٢٠٥	باب
٢٢٦	كتاب السلم الثالث
٢٧٣	كتاب الصرف
٣٤٠	كتاب بيوع الآجال
٣٧٠	كتاب البيوع الفاسدة
٣٧٠	حدّ البيع
٣٩٢	كتاب بيع الطعام المصبر



الصفحة

الموضوع

٤٠٢.....	كتاب بَيْعِ الْخِيَارِ
٤٠٦.....	كتاب الخيار في الثياب والحيوان والفواكه
٤٤٤.....	كتاب بَيْعِ الْغَرَرِ
٤٤٧.....	باب بيع البرنامج
٤٧١.....	كتاب المراجعة
٤٩٤.....	كتاب العرايا
٥٠٩.....	كتاب الوكالة
٥٣٠.....	كتاب التجارة إلى أرض الحرب
٥٤١.....	القول في التفرقة بين الأم وولدها
٥٤٩.....	باب في المصرة
٥٥٤.....	باب في الحكرة
٥٦٣.....	فهرس الموضوعات



الْمَجْلَدُ
لِنَشْرِيقِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

❖ أهداف المشروع:

- (١) إصلاح المسار العلمي لطباعة الكتاب الإسلامي ، وذلك بانتقاء وانتخاب أنفس الكتب من تراثنا المعرفي العريق ، ونشرها وفق أحدث مواصفات الطباعة والتنضيد .
- (٢) إيجاد الحِلَق العلمية المفقودة: وذلك بنشر المعارف الأساسية المفقودة أو المهجورة من المكتبة الإسلامية ؛ لذا فأغلب ما ينشر بمشروعنا يطبع لأول مرة ، بناء على أن التجديد المعرفي يكون بنشر الكتاب القديم المؤثر في حقله العلمي ، وقد ثبت صدق ذلك بالتجربة العملية .
- (٣) استنقاذ التراث الإسلامي من الضياع ، وذلك بنشر القطع الخطية الموجودة من أي كتاب تراثي فريد في بابه ، ولو كان ناقصاً ؛ لأن نشرها يعتبر حفظاً لها وتشجيعاً على تحصيل تكملتها .
- (٤) تغذية المعاهد والمدارس والدورات بالمقررات التعليمية والدراسية ، وهذا أحد أنماط المواد المنشورة في (أسفار): (منتج المتون التعليمية) ؛ لأن مطبوعاتها على نوعين: الأول: مناهج تأسيسية . والثاني: مصادر مرجعية .

❖ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

قائمة إصدارات مشروع أسفار

- ١ - عمدة الطالب لنيل المآرب في الفقه على المذهب الأحمد الأمثل مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل ، تأليف: العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١)، تحقيق: د. مطلق بن جاسر الجاسر . سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.
- ٢ - المنهج الصحيح في الجمع بين ما في المقنع والتنقيح ، تأليف: العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن عبد الله العسكري الحنبلي (ت ٩١٠)، تحقيق: د. عبد الكريم بن محمد العميريني (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.
- ٣ - شرح القصيدة الثائية في القدر لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تأليف: العلامة نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي (ت ٧١٦)، مع تحقيق نص القصيدة الثائية ، تحقيق: د. محمد نور الإحسان بن علي يعقوب (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.
- ٤ - رسالتان في مسألة القولين (وهي مسألة أصولية مذهبية مشهورة):
 - أ - نصرة القولين للإمام الشافعي ، تأليف: العلامة أبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (ت ٣٣٥)، تحقيق: أ. د. جميل بن عبدالمحسن الخلف (بحث محكم).
 - ب - حقيقة القولين ، تأليف: العلامة أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥)، تحقيق: د. مسلم بن محمد الدوسري (بحث محكم). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.
- ٥ - إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، إملاء: الحافظ المجتهد تقي الدين محمد بن علي القشيري المعروف بابن دقيق العيد المالكي ثم الشافعي (ت ٧٠٢)، تحقيق: عبد المجيد بن خليل العمري ، إمها حسن آية الله ، يونس الوالدي ، أحمد عبد الرحمن حيفو (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.
- ٦ - الحواشي السابغات على أخصر المختصرات ، تأليف الشيخ أحمد بن ناصر القعيمي ، سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.
- ٧ - بلغة الوصول إلى علم الأصول ، تأليف: عز الدين أحمد بن إبراهيم الكناني الحنبلي (ت ٨٧٦)، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان . سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.
- ٨ - تحصين المآخذ ، تأليف: العلامة أبي حامد الغزالي (ت ٥٠٥)، تحقيق: د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي ، د. محمد بن علي مسفر (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

- ٩ - النكت في المختلف (في الخلاف بين الشافعية والحنفية)، تأليف: العلامة أبي القاسم أحمد بن منصور السمعاني الشافعي (ت ٥٣٤هـ) ابن أبي المظفر السمعاني، تحقيق: د. حسن بن عون العرياني، د. عبد الله بن محمد المعتق (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.
- ١٠ - المسائل المولدات (المشهور بفروع ابن الحداد)، تأليف: العلامة أبي بكر محمد بن أحمد الحداد الكناني المصري الشافعي (ت ٣٤٤هـ)، تحقيق: د. عبد الرحمن بن محمد الدارقي (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.
- ١١ - حواشي ابن نصر الله على الفروع لابن مفلح، تأليف: محب الدين أحمد بن نصر الله التستري الحنبلي (ت ٨٤٤هـ)، تحقيق: د. عبد الوهاب بن حميد، د. حسين بن حميد، د. ضيف الله الشهري (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٨م.
- ١٢ - البدرانية شرح المنظومة الفارضية، ويليه: كفاية المرتقي إلى معرفة فرائض الخرفي، تأليف: عبد القادر بن أحمد بن بدران الدومي الحنبلي (ت ١٣٤٦هـ)، تحقيق: سامح جابر الحداد، مراجعة: د. منصور بن عدنان العتيقي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٨م.
- ١٣ - الممهد (شرح مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني)، تأليف: القاضي عبد الوهاب بن علي المالكي (ت ٤٢٢هـ)، تحقيق: د. عبد المجيد خلادي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.
- ١٤ - المنتخب من المحصول، تأليف: محمد بن عمر الرازي (ت ٦٠٦هـ)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.
- ١٥ - غرر المحصول، تأليف: عبد الله بن أبي منصور الواسطي البُزْزِي (ت ٦٥٧هـ)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.
- ١٦ - فصل: المقال في هدايا العمال، تأليف: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الشافعي (ت ٧٥٦هـ)، تحقيق: أنور بن عوض العنزري. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.
- ١٧ - الأوسط في أصول الفقه، تأليف: أحمد بن علي بن برهان الشافعي (ت ٥١٨هـ)، تحقيق: عدنان بن فهد العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.
- ١٨ - بغية أولي النهى في شرح غاية المنتهى، تأليف: ابن العماد الحنبلي (ت ١٠٨٩هـ)، ويليه: تكملة لإسماعيل الجراعي (ت ١٢٠٢هـ)، تحقيق: عبد الله بن سعد الطُّخَيْس، كريم فؤاد محمد اللُّمعي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

- ١٩ - مسائل الخلاف ، تأليف: القاضي الحسين بن علي الصِّيمري الحنفي (ت ٤٣٦) ، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ٢٠ - تنقيح الفصول في علم الأصول ، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق: سعد بن عدنان الخضاري . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ٢١ - المحصول في علم الأصول (تعليقة على مستصفى الغزالي على رسم الفقهاء) ، تأليف: محمد بن سعد الخواري (من فقهاء القرن السادس) ، تحقيق: عدنان بن فهد العبيات . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠١٩م .
- ٢٢ - عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين علماء الأمصار ، تأليف: ابن القصار المالكي (ت ٣٩٧) ، تحقيق: د. أحمد مغراوي (رسالة علمية) . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠١٩م .
- ٢٣ - مختصر كتاب المحصول في علم الأصول ، تأليف: تاج الدين عبد الرحيم بن محمد بن يونس الموصلي الشافعي (ت ٦٧١) ، ويليهِ: غاية السؤل في علم الأصول ، تأليف: علاء الدين علي بن محمد الباجي الشافعي (ت ٧١٤) ، تحقيق: حسن معلم داود حاج محمد . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠١٩م .
- ٢٤ - عيار النظر في علم الجدل ، تأليف: أبي منصور عبد القاهر البغدادي (ت ٤٢٩) ، تحقيق: أحمد عروبي . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٢٥ - الإخلال بالنقل في مسائل أصول الفقه - الاجتهاد والتقليد والفتيا والتعارض وال ترجيح - دراسة استقرائية تحليلية ، تأليف: محمد بن طارق بن علي الفوزان (رسالة دكتوراه حاصلة على التوصية بطبعتها) . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٢٦ - شرح المنتخب من المحصول ، تأليف: شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤) ، تحقيق: عدنان العبيات . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٢٧ - المفهم لصحيح مسلم ، تأليف: أبي الحسن عبد الغافر بن إسماعيل الفاسي (ت ٥٢٩) ، تحقيق: د. مشهور بن مرزوق الحرازي . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٢٨ - التوضيح في شرح التنقيح (شرح تنقيح فصول القرافي) ، تأليف: حلولو المالكي ، أبي العباس أحمد بن عبد الرحمن الزليطني ، تحقيق: أ. د. غازي بن مرشد العتيبي ، د. بلقاسم بن ذاكر الزبيدي ، د. عبد الوهاب بن عايد الأحمد . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٢٩ - الإبرازات المتعددة للكتاب ، دراسة في مفهوم الإبراز ، وتعددده ، وتأسيس لمنهج الحُكم على الكتاب بتعدد الإبراز ، وطريقة تحقيقه ، تأليف: أ. د. حاتم باي ، سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠٢٠م .

- ٣٠ - مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه) [نسخة مجردة عن حواشي التحقيق] ،
تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦) ، تحقيق: محمد بن طارق بن علي
الفوزان ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣١ - مختصر الترمذي ، تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦) ،
تحقيق: د. حسام الدين بن أمين حمدان ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٢ - الإحكام في اختصار أصول الأحكام (المختصر في أصول الفقه) ، تأليف: ابن اللحام
الحنبلي ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٣ - إيضاح المشكل من أحكام الخثي المشكل ، تأليف: جمال الدين الإسوي
(ت ٧٧٢) ، تحقيق: أنور بن عوض العنزي ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٤ - الكفيل بالوصول إلى ثمرات الأصول (مختصر برهان الجويني) ، تأليف: ابن الحُنيّر
المالكي (ت ٦٨٣) ، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٥ - الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة ، تأليف: أبي المظفر
السمعاني (ت ٤٨٩) ، تحقيق: أ.د. نايف بن نافع العمري ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٦ - نهاية الإقدام في مآخذ الأحكام ، تأليف: القاضي شهاب الدين الزنجاني
(ت ٦٥٦) ، تحقيق: حمود بن عبد الله المسعر ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٧ - الطريق السالم إلى الله ، تأليف: أبي نصر عبد السيد بن محمد البغدادي ، المعروف
بابن الصباغ (ت ٤٧٧) ، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢١م .
- ٣٨ - الغاية في شرح الهداية ، تأليف: شمس الدين السروجي الحنفي (ت ٧١٤) ، أربع
عشرة رسالة دكتوراه ، ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢١م .
- ٣٩ - تعليقة في أصول الفقه ، تأليف: عماد الدين الطبري المعروف بـ (إلكيا الهراسي) (ت
٥٠٤) ، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف ، والمثنى بن عبد العزيز الجرباء ، سنة النشر:
١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٤٠ - شرح صحيح البخاري ، تأليف: قوام السنّة إسماعيل التيمي الأصبهاني (ت ٥٣٥) ،
تحقيق: د. عبد الرحيم بن محمد العزاوي ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢١م .
- ٤١ - التحرير في شرح مسلم ، تأليف: قوام السنّة إسماعيل التيمي الأصبهاني (ت ٥٣٥) ،

تحقيق: إبراهيم آيت باخة، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٤٢ - مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه) ط. الموسعة ذات الحواشي. تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٣ - شرح مختصر الكرخي، تأليف: أبي الحسن القُدوري (ت ٤٢٨)، تحقيق: أ.د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٤ - النكت على كتاب البرهان، تأليف: أبي العزّ تقي الدين المقترح (ت ٦١٢)، تحقيق: د. علي بن عبد الرحمن بسام، راجعه: إبراهيم بن صالح الخزّي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٥ - نظم الوجيز، تأليف: أبي الفتح نصر الله التستري البغدادي الحنبلي (ت ٨١٢)، تحقيق: طارق بن سعيد آل عبد الحميد الدوسري، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٦ - مجموعة التصحيح السبكي، تأليف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت ٧٧١)، ويتضمن ثلاثة مصنفات؛ توشيح التصحيح، تحقيق: د. عبد الله الطخيس وكرم اللامي. تصحيح ترجيح الخلاف، تحقيق: محمد بن أحمد آل رحاب. ترشيح التوشيح وتوضيح الترجيح، تحقيق: د. حسن أبو ستّة وعبد الصمد البلوشي، بإشراف ومراجعة: حذيفة بن فهد كعك، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٧ - شرح المقترح في المصطلح، تأليف: تقي الدين المقترح الشافعي (ت ٦١٢)، تحقيق: أحمد محمد عروبي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٨ - نهاية السؤل في دراية المحصول، تأليف: القاضي المفضّل بن سلطان الحموي، المعروف بابن حاذور (ت ٦٦٠)، تحقيق: د. محمد بن عبد الله العثمان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٩ - المسكت، تأليف: الزبير بن أحمد الزبيري (٣١٧هـ)، تحقيق: عبدالله السلاج. الأقسام والخصال، تأليف: أحمد بن عمر الخفاف (٣٦٢هـ)، تحقيق: حذيفة كعك. شرائط الأحكام، تأليف: عبدالله بن عبدان الهمذاني (٤٣٣هـ)، تحقيق: عبد الصمد النذير، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٠ - جزء من التقريب والإرشاد، تأليف: أبي بكر الباقلاني (ت ٤٠٣هـ)، تحقيق: عدنان العبيات، تاريخ النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥١ - أصول السرخسي (المسمى: تمهيد الفصول في الأصول)، تأليف: شمس الدين السرخسي (ت٤٨٨هـ)، تحقيق: د. عبدالله السيّد، د. رائد العصيمي، د. عسكر بن طعيّمان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٢ - غاية الأمل في شرح الجمل، تأليف: ابن بزيّة المالكي (ت٦٦٢هـ)، تحقيق: إبراهيم بلفقيه اليوسفي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.



الْمَنْفَعَةُ
لِنَشْرِ تَهْنِئَاتِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

كِفَايَةُ اللَّيْثِ فِي نَشْرِ التَّهْلُكِ

(التَّصْفِ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ)

تَأْلِيفُ
شِهَابِ الدِّينِ الْقَرَّافِيِّ
أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدَ بْنِ إِدْرِيسَ الصَّنَهَاجِيِّ الْمَالِكِيِّ
(٦٨٤ هـ)

تَحْقِيقُ
د. وَدَّيعِ أَكْوْنِينِ

يحتوي على الكتاب كاملاً

صفحات الفهارس

الجزء ① 565

الجزء ② 1126

الجزء ③ ... 1666

قناة الكتب المدمجة

دمج وفهرسة الكتب ذات الأجزاء المتعددة

الْبَيْتُ الْمَدِينِيُّ
لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

كِفَايَةُ الْبَيْتِ فِي نَشْرِ التَّهْلُكِ

(النِّصْفُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ)

تَأَلِيفُ

شَهَابِ الدِّينِ الْقَرَّافِيِّ
أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدَ بْنَ إِدْرِيسَ الصَّنَهَاجِيِّ الْمَالِكِيِّ
(٦٨٤ هـ)

تَحْقِيقُ وَتَقْدِيمُ

د. وَدِيعُ أَكْثُونِينَ

الْجُزْءُ الثَّانِي

حُقوقُ الطَّبْعِ مَحْفُوظَةٌ

الطَّبْعَةُ الْأُولَى

١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م

السَّيْفُ الْمُنِيرُ

لِنَشْرِيفَيْسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعَامِيَّةِ

دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: @sfaar16



مَكْتَبَةُ الْأَمَلِ الذَّهَبِيِّ لِلنَّشْرِ وَالتَّوَزُّعِ

* الفرع الرئيسي : حولي - شارع المثني - مجمع البصري

ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤

* فرع حولي : حولي - شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦

* فرع المصاحف : حولي - مجمع البصري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨

* فرع الفحيحيل : البرج الأخضر - شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

* فرع الجهراء : الناصرمول - ت ٩٥٥٥٨٦٠٨

* فرع الرياض : المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي: ٥٥٧٧٦٥١٣٨ - ٠٠٩٦٦

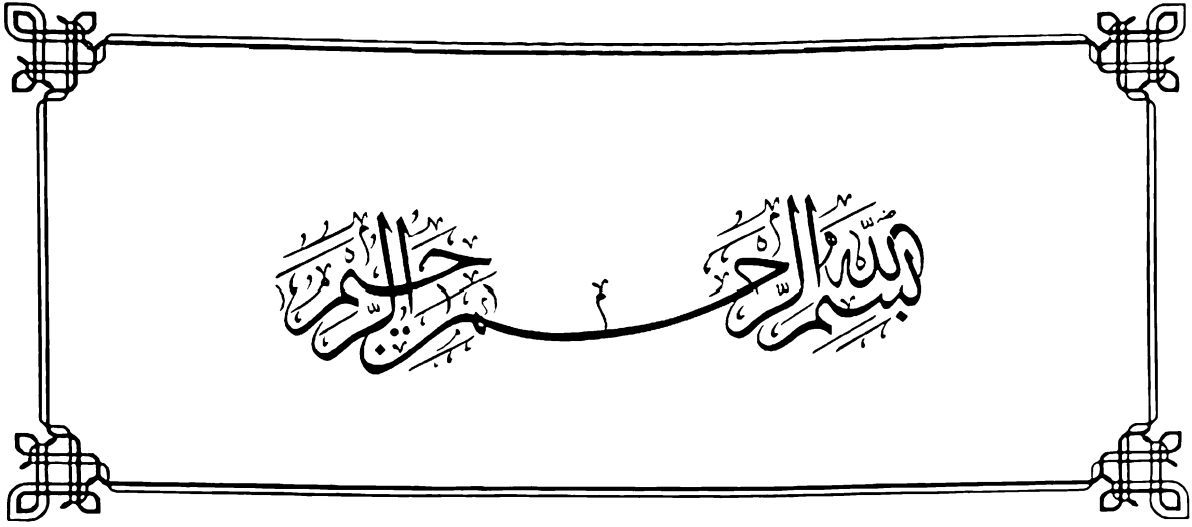
ص.ب: ١٠٧٥ - الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت

الساخن: ت: ٩٤٤٠٥٥٥٩ ٠٠٩٦٥

E-mail: z.zahby74@yahoo.com

imamzahby

كَفَايَةُ اللَّيْلِ
فِي تَرْجُحِ التَّهَانِي



كتاب التدليس بالعيوب

قوله: (فإنما له التماسك به بجميع الثمن أو الرد)^(١). الأصل في ذلك حديث المصراة، وأن من ابتاعها بخير النظرين إن شاء ردها وصاعاً من تمر، أو أمسكها^(٢)، ولا يأخذ من البائع شيئاً، فكذلك هنا إن أمسك، فلا شيء له.

وقال الشافعي: هو مخير بين أن يمسك السلعة، ويأخذ أرش العيب أو يردها ويأخذ الثمن، والتزم عيسى بن دينار^(٣) هنا مثل قول المخالف من قوله فيما إذا حدث عند المشتري عيباً ووجد قديماً؛ فالمذهب هناك أنه مخير بين الرد ورد أرش الحادث، وبين التماسك وأخذ أرش القديم، إلا أن يقول البائع: أنا أخط عنك أرش الحادث، وردها عليّ وخذ الثمن كله، فيلزم المشتري حينئذ الرد؛ لأن الذي منعه من الرد من عدم أرش العيب الحادث قد سقط عنه، فلا يبقى له عذر في الرد، وقال عيسى هنا: لا يسقط تخيره بقول البائع، بل يبقى على تخيره^(٤).

ف قيل: لما أسقط عنه البائع حكم العيب الحادث، فكأنه ليس في السلعة إلا عيب قديم فقط، فصارت كالمسألة الأولى، فيلزمه فيها ما قال هنا، وأجيب

(١) التهذيب (٢٧٣/٣).

(٢) الحديث أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب النهي للبائع ألا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر».

(٣) عيسى بن دينار بن واقد الغافقي أبو محمد القرطبي، أخذ عن ابن القاسم ولازمه وأخيه عبد الرحمن بن دينار، ولي قضاء طليطلة، والشورى بقرطبة، توفي سنة ٢١٢ هـ ودفن بطليطلة. انظر ترجمته في ترتيب المدارك (١٠٥/٤)، الديباج المذهب (٦٤/٢)، تاريخ ابن الفرضي (٣٧٣/١).

(٤) حكى عيسى بن دينار ذلك عن ابن مزين، انظر عقد الجواهر (٧١٢/٢)، والذخيرة (١٠٧/٥).

بأنه لا يلزمه .

والفرق أنه قد يقول المشتري في الثانية: أنا لا أتقصد منتك يا بائع ، ونقد المنة بمنزلة غرم أرش الحادث في المنع من الرد ، وليست كذلك المسألة الأولى ؛ لأنه لا مانع فيها من الرد بوجه .

واختلف إذا أراد التماسك في المسألة الثانية ، هل يجوز له ذلك قبل العلم بأرش العيب القديم أو بعده ؟ قولان .

فوجه المنع أنه لما كان الرد صار العقد جائزاً ، فإذا تماسك فقد أنشأ البيع بضمن مجهول .

ووجه الثاني أن ذلك مستند إلى العقد الأول ، وهو معلوم الثمن ، ولم يفسخ العقد ؛ ولأنه معلوم في ثاني حال .

قوله: (ولا يفيت الرد بالعيب حوالة سوق)^(١) . لأنه بيع صحيح بخلاف البيع الفاسد .

قوله: (ولا عيب خفيف عنده)^(٢) . الذي يحدث عند المبتاع من العيوب ثلاثة أنواع:

يسيرٌ فلا يمنعه من الرد بالقديم ، بخلاف ما لو كان ذلك اليسير قديماً ، فإنه يسوغ له الرد ، والفرق تغليب جانب المشتري لأنه لا يتهم ، بخلاف البائع لأنه يتهم بالتدليس .

والثاني: مفسدٌ فله الخيار في الرد مع أرش الحادث والإمساك مع أخذ القديم .

والثالث: [١/٨٥] مُتْلَفٌ فتلزمه القيمة ، ويرجع بأرش العيب القديم على البائع .

(١) التهذيب (٢٧٣/٣) .

(٢) في التهذيب «ولا عيب خفيف يحدث عنده» (٢٧٣/٣) .



قوله: (وأما زوال الأنملة ، فهو كذلك في الوحش)^(١) . أطلقه ، وقد قيل :
إن كان صانعاً ، فهو عيب مفسد وإن كان وخشاً .

قوله: (ومن ابتاع عبدين في صفقة بمائة)^(٢) . يعني : وأحدهما مثل الآخر
ومخالف ، وسواء كان المعيب وجه الصفقة أو لا ، لأن الهالك لا يفسخ فيه
البيع ، بل يمضي بما يقابله من الثمن ، ويرجع بما يقابل المعيب ؛ لأن البيع
صحيح ، فلا فائدة من أن يغرم ثمن التالف للبائع ، ثم يرجع يأخذه منه مرة أخرى .
وقيل : لا يخلو أن يكون المعيب جل الصفقة أو لا ، فإن كان الجل وأراد
رد العيب ، فإن البيع يفسخ في الجميع ، وتلزمه قيمة التالف ويرد المعيب ، ويأخذ
ثمن الكل ، وعلى هذا يفوت الذي لا عيب فيه بحوالة السوق ، كالبيع الفاسد .

وإنما انفسخ البيع لأنه لو تمسك بغير المعيب بعد أن ثبت له الرد كان فيه
إنشاء بيع بثمن مجهول ، فلو كان غير المعيب باقياً ، لم يكن خلاف في أنه ينظر
هل المعيب وجه الصفقة أو لا ؟ فإن كان الوجه وأراد الرد ، انفسخ البيع في
الجميع ، وإن لم يكن الوجه ، كان له رد المعيب وأخذ ما يقابله من المائة ، فإن
كان الثمن في هذه الصورة عرضاً كفرس ، إلا أنه تلف عند البائع ، فينظر إلى قيمة
الفرس ، وينزل منزلة المائة ويكون الحكم كما تقدم .

وإن كان باقياً ، وكان المعيب يسيراً رجع بقدر ما يقابله ثمناً على قول ابن
القاسم ، ويكون له من الفرس بقدر المعيب من العبدین على قول أشهب^(٣) .

قوله: (فالقول قول البائع إن انتقد)^(٤) . لأنه يصير غارماً ؛ إذ المبتاع يدعي

(١) التهذيب (٢٧٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٧٤/٣) .

(٣) انظر مواهب الجليل (٤٥٩/٤) .

(٤) التهذيب (٢٧٤/٣) .

أن الهلاك ليس بجعل حتى يرد عليه الجميع ، ويأخذ الثمن منه .

قوله : (فالقول قول المبتاع)^(١) . لأنه غارم .

وقال أشهب : القول قول البائع مطلقاً ؛ لأنه غارم في المعنى على كل حال .

قوله : (فأصاب أحدهما غير ذكية)^(٢) . مثل أن يذبحها مجوسي أو من لا يسمى الله عمداً .

هذه المسألة مشكلة لأن بيع الميتة حرام ، فتكون الصفقة جمعت حلالاً وحراماً ، فعلى المذهب ينبغي أن يبطل الكل ، ومع ذلك جعلها بمنزلة عيب .

ثم يردُّ عليه إشكال لأنه إن كان اشترى جزافاً ، فإذا تمسك بالذكية تمسك بثمان مجهول ، ولو قلنا : اشترى أرطالاً ، فلحُمُّها يختلف ، فلا بد من جهل الثمن لما يتماسك بها ، فلا بد أن يحمل ذلك على أن يكون في كل واحدة ما في الأخرى من الوزن ، ويستوي لحُمُّها في السمن والصفة ويشترى أرطالاً معلومة حتى تزول الجهالة ، فلو أكل إحداهما ثم اشتبه المأكولة هل هي الذكية أو غيرها فيلزمه ثلاثة أرباع الثمن ؛ لأنه قد لزمه نصفه للمأكولة والباقية لا يمكن ردها ؛ لأنه لا يعلم هل الذكية أو لا ، فعلى تقدير أنها الذكية لزمه ثمنها ، وعلى تقدير أنها غير الذكية لا يلزمه شيء ، فعليه نصفه .

قوله : (فلم يجد فيه إلا خمسين أو أربعين ، فلا يلزمه أخذه)^(٣) . لأن للناس غرضاً في تحصيل الجملة والنصف فما زاد بل ، فللمبتاع عند ذهابه ألا يلزمه ما بقي ، وإن شاء التزمه بما ينوبه من الثمن ؛ لأن ذلك معلوم ، لأن الكيل معلوم ،

(١) التهذيب (٢٧٤/٣) .

(٢) في التهذيب «إحداهما» (٢٧٤/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٧٤/٣) .



ولذلك ينبغي أن تكون مسألة الناس على وزن معلوم ولحم متساوٍ.

قوله: (ولو نقصت المائة الإردب شيئاً يسيراً)^(١). فهنا يجبر على أخذ الباقي بما ينوبه من الثمن؛ لأن جل الصفقة سلم له، فلا عُذر.

وقال أشهب: إذا سلم له من الطعام المعلوم الكيل، ولو إردب واحد لزمه بما يقابله من الثمن، ورأى أن بيع الطعام المعلوم الكيل أو السلع المتماثلة، وإن لم يُسم لكل إردب [٨٥/ب] ثمن، بمنزلة صفقات عدة^(٢).

قوله: (وكذلك من ابتاع قلتي خمر، أو قلالاً)^(٣). هذه كمسألة بيع الشاة غير الذكية مع الذكية، ولو أراد الرجوع بقلال الخمر، فوجدها قد صارت خلاً، وقد كان ثبت له ذلك، لم يجز له تملكها بالبيع الأول؛ لأنه لم ينعقد فيها البيع أولاً، وبالتحليل رجعت إلى ملك ربها، ولو لم تكن له بينة لم يلتفت إلى قوله.

قوله: (فهذا لم [يبتع] أحدهما لصاحبه)^(٤). أي كل واحد مقصود، فيلزمه الباقي منها والسالم بحصته من الثمن؛ لأنه قد سلم له الجل من الصفقة.

قوله: (وكذلك يقول ابن القاسم)^(٥). ظاهر ما تقدم له في الشاتين خلاف هذا إلا أن يُحمل أن أحدهما تبّع.

قوله: (فله رد جميع الصفقة)^(٦). هذا لحق المبتاع لأنه له مقالاً في أن عوضه كل الصفقة.

(١) في التهذيب «المائة إردب» (٢٧٥/٣).

(٢) انظر الذخيرة (٦٧/٩).

(٣) في التهذيب «قلتي خل» (٢٧٥/٣).

(٤) ما بين المعقوفين سقط من المتن، انظر التهذيب (٢٧٥/٣).

(٥) المصدر نفسه (٢٧٥/٣).

(٦) المصدر نفسه (٢٧٦/٣).

قوله: (وله أن يحبس ما سلم في يديه بحصته من الثمن)^(١). فيكون قد أسقط حقه .

قوله: (إن كان ما اشترى على الكيل أو كان المستحق جزءاً شائعاً)^(٢). لأنه بذلك يأمن إنشاء البيع بثمن مجهول ؛ لأنه إذا ساغ له الرد باستحقاق الأجل ، فقد زال لزوم البيع ، فكأنه انفسخ بالتزام الباقي في إنشاء بيع ثان .

قوله: (وأما إن وجد عيباً في كثير من العدد)^(٣). فرق بين استحقاق الأكثر أو يكون معيباً ، لأنه في الاستحقاق لا يتضرر البائع بتمسك المبتاع بالباقي بحصته من الثمن ، بخلاف تمسكه بالسالم إذا كان يسيراً ، ورد المعيب الأكثر لأنه قد يخرج عنه المعيب بالسالم ، كصبرتين واحدة من مائة إردب وأخرى من ثلاثين ، وقد يحتمل إن لم يعلم البائع بذلك العيب ، ولو ثبت غشه فهو كعيب غش به في سلعة واحدة ، فللمبتاع الرد أو الإمساك ، إلا أن يشاء البائع أن يدفع له السالم بما يقابله من الثمن فهذا لحق البائع ، فلو سلم النصف غلبنا حق المبتاع ، وكان له بما يقابله من الثمن جبراً .

قوله: (ومن ابتاع سلعة)^(٣). إن كانت متماثلة فتبقى كالمسألة قبلها ، وإن كانت تختلف ، فيمتنع التمسك بالسالم الأقل لأمرين :

أحدهما: أنه بثمن مجهول .

والثاني: [لحق]^(٤) البائع أنه يردّ المعيب كله عليه صرفاً والتمسك بغير

(١) التهذيب (٢٧٦/٣) .

(٢) في التهذيب «إن كان ما اشترى على الكيل أو الوزن أو كان مما يعد ، فاستحق منه جزء شائع» (٢٧٦/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٧٦/٣) .

(٤) ما بين المعقوفين مضموس جلّه في المتن ، ولعل ما أثبتته يفيد المعنى لقول التهذيب «فإن كان=

المعيب ، وذلك ضرر عليه .

قوله: (فإن كان المعيب وجه الصفقة رده وقيمة الهالك)^(١) . لأنه قد انفسخ البيع إذا اختار رد المعيب ، ولمَّا لم يُمكنه ردُّ الهالك لزمته قيمته ؛ لأنها تقوم مقامه .

قوله: (فإن فات العبد بحوالة سوق)^(١) . لأنه لما انفسخ البيع ، وتوجه الردّ ، وأمكنت حوالة الأسواق في الزيادة والنقص ؛ كان العدل بين الفريقين أن يكون ذلك فوتًا يوجب القيمة ، كما في البيع الفاسد لأنهما دخلا على الصحة هنا كما دخلا على الفساد هناك .

قوله: (نظر إلى الثوب الباقي)^(١) . أي كم نسبة التالف منه ؛ مثل أن تكون ثلاثة ، فيكون المعيب ثلاثة أرباع الجميع ، فيرجع عليه بثلاثة أرباع قيمة العبد الذي هو الثمن ، ويخسر ربع القيمة في مقابلة الثوب التالف عنده ، ولم يجعل للتالف قيمة سوى ذلك ؛ لأن البيع كان صحيحًا .

قوله: (إن كان الحاضر من الثوبين وأرفعهما ، ولم يفت بحوالة سوق أو غيرها)^(٢) . أي بهذين الشرطين يأخذ الثوب الباقي مع قيمة التالف ، وفي هذه الصورة الثوب الباقي سليم .

قوله: (وإن فات الحاضر)^(٣) . أي إن انتفى الشرطان أو أحدهما لم يلزم رب الثوبين أخذ الباقي وقيمة التالف ؛ لأنَّ له أن يقول: قد ذهب جل الصفقة ،

= المعيب وجه الصفقة وفيه رجاء الفضل ، فليس له إلا الرضا بالعيوب بجميع الثمن ، أو رد جميع الصفقة» (٢٧٦/٣) .

(١) التهذيب (٢٧٧/٣) .

(٢) في التهذيب «بحوالة سوق وغيره» (٢٧٧/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٧٧/٣) .



فلا آخذ اليسير [منها]^(١) فيصير الباقي من الثوبين كالعدم ، وينتقل إلى قيمتها [ما بلغت]^(٢).

قوله: (ومن اشترى جارية)^(٣). إن لم تكن [١/٨٦] فيها مواضعة ، فبالعقد تصير في ضمان المشتري كالعبد والفرس ونحوهما مما لا حقّ توفية فيه ، فلا يضر بقاؤها في يد البائع وتغيرها عنده بحوالة سوق ونحوها ، لأنها من المشتري ، بخلاف ما إذا كان فيها مواضعة فإنها وإن انتقلت إلى ملك المشتري بالعقد ، ولا تنتقل^(٤) إلى ضمانه حتى تخرج من المواضعة.

فقوله: (لم يقبضها إلا بعد شهر)^(٥). يعني كانت فيها مواضعة وتمت أو لم تكن وبقيت مع ذلك عند البائع ، ثم قبضها المشتري بعد ، وماتت عنده ، ثم اطلع على عيب قديم مثل أن يشهد له أنها كانت سارقة أو آبهة أو ذات زوج عند البائع ، فإنه يرجع عليه بأرث ذلك العيب ، فيحتاج إلى تقويمها سليمة من العيب ، ثم تقوم مع العيب ، فما نقص رجع به على البائع ، فإن كان البيع صحيحاً فالنقص يكون من الثمن ، وهو المعتبر ، فيعتبر وقت العقد التقويم على الوصفين ؛ لأنه بالعقد ينتقل إلى ملكه في الصحيح والبيع الفاسد لا ينقل الملك ، وإنما يكون في ضمانه بالقبض ؛ لأنه متعدد بالقبض ، فالمتعين في ذلك القيمة ، ومنها يكون النقص ، فيقوم في الفاسد يوم القبض على الوصفين إن كان ذلك بيعاً فاسداً.

قوله: (يوم الصفقة)^(٥). أي يوم العقد.

(١) بتر يسير ، لعل الصواب ما أثبتته .

(٢) موضع بتر ، وما أثبتته يوافق المعنى .

(٣) التهذيب (٢٧٧/٣) .

(٤) كذا في المتن ، ولعل الصواب أن يقول: [فلا تنتقل] .

(٥) التهذيب (٢٧٧/٣) .

قوله: (لأن له أن يترك)^(١). هذا لفظ غير جيّد ينبغي أن يقول: يجب عليه أن يترك.

قوله: (يلزمه قبضه)^(١). ولا هذا يلزمه قبضه إلا أن يرفعه البائع إلى الحاكم، ويدفع إليه، فيجبر على القبض.

قوله: (ولو لم يقبضها المبتاع في البيع الصحيح حتى ماتت عند البائع)^(١). يده في ذلك كيد المبتاع؛ لأنه نائبه وأمينه.

قوله: (وإن كان البائع احتبسها بالثمن)^(١). أي ولا يمنع ذلك من كونها في ضمان المبتاع إن لم تكن فيها مواضعة؛ لأنه إنما تركها باختياره إذ لو أراد أخذها لدفع له الثمن، وقيل: هي في ضمان البائع، حتى يدفعها للمبتاع، وكان ذلك فيها حق توفية، فعلى الأول تكون عند البائع كالرهن، فإن هلكت عنده؛ فإن كانت مما لا يغاب عليه، فهي من المبتاع، وإلا فهي من البائع، وعلى الثاني تكون من البائع مطلقاً^(٢).

قوله: (فضمانها من المبتاع)^(٣). حتى يقضي له بردها، أما إن هلكت، فليس له عند البائع إلا أرشها فقط، وإن طرأ عليها عيب، فهو من المبتاع حتى يحكم الحاكم له بردها على البائع، وأخذ هنا من لفظه أن الفسخ بسبب العيب لا يكون إلا من الحاكم.

وأما إن اتفقا على الفسخ به، فليس ذلك بفسخ، وإنما هي مقابلة، وهي المراد قوله^(٤): (أو يبرئه منها البائع)^(٥).

(١) التهذيب (٢٧٧/٣).

(٢) انظر تفصيل ذلك في شرح التلقين (٤٨/٢، وما بعدها).

(٣) التهذيب (٢٧٧/٣).

(٤) لعله يريد [وهي المراد بقوله].

(٥) التهذيب (٢٧٨/٣).



قوله: (ويجوز فيها عتق المبتاع)^(١). لأنها قد انتقلت إلى ملكه وضمانه.

قوله: (جاز عتق للبائع فيها)^(١). لأنها لم تنتقل عن ملكه ؛ لأن البيع الفاسد لا ينقل الملك .

قوله: (إلا أن يعتق المبتاع قبل البائع)^(١). إذا أعتق المبتاع فلا يخلو أن يتقدم فيها للبائع عتق أو لا ، فإن تقدم فلا أثر لعتق المبتاع ؛ لأنه لم يصادف محلاً .

وإن لم يتقدم له فيها عتق ، ففي ذلك قولان: المذهب منها أنه يلزم عتق المبتاع ، ويجعل عتقه إياها بمنزلة قبضه لها فتفوت به ؛ ووجهه: أن البائع سلطه على التصرف فيها .

وقيل: لا يلزم عتقه ؛ لأنه لم يملكها ، ولا صارت في ضمانه بعد ، فلم يصادف عتقه محلاً .

قوله: (حتى ماتت)^(٢). لا يخلو إما أن تخرج عن ملكه أو لا ، فإن خرجت عن ملكه ، فإما بعوضٍ أو لا بعوض ، فإن خرجت بغير عوض ، ففي الموت لا خلاف أنه يرجع عليه بأرث العيب إذا علمه ؛ لأن الرد قد فات بأمر من الله تعالى .

وإن كان بغير الموت كالعتق والهبة في ذلك قولان: المذهب [٨٦/ب] أنه يرجع بالأرث ، لأن الفوت الشرعي كالحسي .

وقيل: لا يرجع ، لأن البائع يقول له: لو كانت باقية لرددتها على من باعها مني ، لكن تصرفك فيها اختياراً (.) علي وعليك ، وإن كان بعوض فثلاثة أقوال ؛ المذهب أنه لا يرجع عليه إلا أن ترجع إلى ملكه يوماً ما ، فيصير له من التخير

(١) التهذيب (٢٧٨/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٧٩/٣).

بالرجوع أو أخذ الأرض أو إمساك ما كان له أولاً ، ووجهه أنه إن باعها بمثل الثمن إذا كثر ، فلا كلام له ، وإن باعها بأقل ، فالنقص لم يكن للعيب ؛ لأنه لم يطلع بعد عليه في حين البيع ، وإنما كان النقص لحالة الأسواق .

وقيل : يرجع عليه كالموت لأنه فوت في الجملة لأشهب .

وقيل : إن باع بمثل الثمن الأول أو أكثر فلا يرجع ، وإن باع بأقل من الثمن رجع بالأقل من الأرض ، ومن تمام الثمن الأول ، فإن باع بتسعة واشترى بعشرة ، والأرض دينار ونصف ، رجع بدينار ، وإن لم يخرج عن ملكه فإما أن يتعلق بها حق لأحد أو لا ، فإن لم يتعلق ولكنها على حالها ، فله التخير في الرد والإمساك . وإن تعلق كالإجارة ؛ فالمذهب أنها كالبيع لا يرجع حتى تعود إليه خالصة ، فيكون له الرد إن شاء .

وفرق أشهب بين البيع والإجارة ؛ لأنها في الإجارة ونحوها باقية على ملكه يمكنه استرجاعها ، فإن أسرع إلى فكها كان له الرجوع بها وأخذ الأرض ، وإلا فلا رجوع له إلا بالأرض فقط .

قوله : (وإن ولدت الأمة)^(١) . اعلم أن الغلة والخراج للمبتاع بضمانه لحديث : « الخراج بالضمان »^(٢) ، والولد ليس بغلة ولا خراج ؛ لأنه جزء من المبيع وجنسه ، بخلاف الثمرة لأنها وإن كانت كالجزء فليست من جنسه ، فلذلك لا يردّها على البائع ، بخلاف فسيل النخل^(٣) هذا كالأولاد سواء وكالحمل له جزء من الثمن فلذلك ردّها ، وسواء قلنا أن الفسخ بالعيب فسخ للبيع من حينه أو من

(١) التهذيب (٢٧٩/٣) .

(٢) الحديث تقدم تخريجه في كتاب السلم الثالث .

(٣) جمع الفسيلة وهي النخلة الصغيرة . انظر القاموس مادة فسل ، ص : ١٢٤٧ .

أصله ، ولنا قولان ، ومع ذلك لا خلاف عندنا أن الولد يرد مع الأم في العيب في جميع الحيوان بخلاف الألبان والسمن والصوف .

والشافعي يقول: إنه للمبتاع إذا حملت به ، وولد على ملكه بخلاف ما إذا كان حاملاً حال العقد هذا له جزء من الثمن ، والفسخ عنده فسخ للبيع من حينه ، ولا يمكنه أن يجعله ثانياً ؛ لأنه لا يفتقر إلى إيجاب وقبول ، بل البائع مجبور عليه^(١) .

قوله: (فلا يردّها إلا مع ولدها)^(٢) . إن قلنا: إنه يفسخ للبيع من أصله ، وهو المذهب ، فعلى ملك البائع حدث .

قوله: (ولا شيء عليه في الولد)^(٣) . لأنه إن كان الفسخ للبيع من أصله فعلى ملك البائع فات ، وإن قلنا من حينه ، فعلى ملك المبتاع .

قوله: (إلا أن تنقصها الولادة)^(٣) . أما لو بقي الولد ونقصت الأم ، فهل يجبر النقص بالولد ؟ قولان .

المذهب أنه لا يجبر النقص به ؛ لأنه للبائع ، وقيل : يجبر به ويوفيه الباقي إن كان العيب أعظم ، ويلزم على هذا أن يكون الولد غلة .

قوله: (لم يكن له رد الولد)^(٣) . لأنه إنما يرد الولد إذا كان تابعاً لأمه في الرد ، أما إذا هلكت الأم ، فقد فات الرد ، وكان القيمة عوضاً منها ، فلا يرد العوض مع المعوض .

قوله: (بعد أن تُقَوِّم الأم يوم الصفقة بغير ولد)^(٣) . ولو كانت يومئذ حاملاً

(١) انظر الذخيرة (١٨٤/٨) .

(٢) التهذيب (٢٧٩/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٨٠/٣) .

به ، لأن الحمل لا جزء له من الثمن .

وفرق أشهب بين الموت والقتل ، فقال : إن رجع إليه في القتل مثل ثمنها فأكثر ، فلا رجوع على البائع بشيء ؛ لأنه لو ردها لم يكن له إلا الثمن فقط ، ولو رجع إليه أقل من الثمن ، فيرجع بالأقل من الأرش وتمام الثمن فقط ، وقد زاده الولد .

قوله : (أنا آخذ الولد)^(١) . لأنه قد كان له أخذه مع الأم ، فأحرى وحده .

قوله : (فَلَيْسَ لِلَّذِي بَاعَ نَصِيْبَهُ أَنْ يَرْجَعَ عَلَيْكَ)^(١) . يعني أن عهدة كل مبيع على بائه مباشرة ، فإذا رجع الذي اشتراه مباشرة ، فحينئذ يرجع [١/٨٧] الأول على الذي باع منه مباشرة .

قوله : (ثم ظهر على عيب)^(١) . يعني المشتري ثانياً ، فإن أراد هذا الرجوع بالعيب فيما اشترى من صاحبه رجع عليه ، ثم رجع هو عليك .

قوله : (أن يردّ عليك نصف الثوب)^(١) . أي الذي اشترى منك مباشرة .

قوله : (فأصابها خراسانية)^(١) . يريد أن حُسن البربر أفضل ، وكذلك حسن الخراسانيات أفضل من الصقالبة واليابريات [والاشبانيات]^(٢) .

ومن شرط حسناً فوجد أفضل ، فليس له الرد إلا أن يعلم من حاله أنه لا يشتري ذلك الأفضل مثل أن يكون من أهل الحرث والزراعة ، فيشتري غلاماً ، فيجده [زماماً] فله الرد ، وإن كان ثمن هذا أعظم .

قوله : (لما يخاف من أصولهن)^(٣) . أي إن هذا الجنس تكثر فيهن الجرأة

(١) التهذيب (٢٨٠/٣) .

(٢) في المتن : لا شبانيات ، ولعل الصواب ما أثبتته ، انظر التهذيب (٢٨١/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٨١/٣) .

والإباق والسرقة ، وإذا علم ذلك من حاله كان قرينة تسوغ له الرد .

وقد اختلف في النصراني يشتري غلاماً يجده مسلماً ، هل يكون ذلك مسوغاً له الرد إذا علم من حاله أنه ألا يشتري مسلماً ، فقيل : يرده ، وقيل : الإسلام ليس عيباً ، بل يلزمه ، ثم يباع عليه .

قوله : (فتجر العرب ولأء ولدها)^(١) . يريد أنه يجد أباهاً عربياً مثل أن يتزوج الحرُّ أمة ، فيكون ولده رقيقاً ، وإذا يكون أخوها عربياً .

وأنساب العرب متشعبة ، فلا يزال ولأء هذه الأمة دائراً فيهم فلا يرجع إلى الذي اشتراها أبداً ؛ لأن الإرث بالولأء إنما يكون بعد انقطاع النسب ، والمذهب أن هذا ليس عيباً ، ويكون له ولأؤها على تقدير أن ينقطع نسبها يوماً فيرث ولأؤها ، وفي الحديث : «الولأء لمن أعتق»^(٢) وهذا مطلقاً .

وقال بعض أصحابنا يحيى بن عمر : لا ولأء على من أبوه قرشي أو عربي ، والحديث يراد به من لا نسب له^(٣) ، وقيل : ليس اختلافاً ، وإنما أراد ما تقدم من أنه إذا كان له نسب في العرب ، فلا يورث بالولأء لكثرة أنساب العرب^(٤) .

(١) في التهذيب «فتجر العرب ولأءها دون ولده» (٢٨١/٣) .

(٢) جزء من حديث رواه مالك في موطنه قال : «أخبرنا نافع ، عن عبد الله بن عمر ، عن عائشة زوج النبي ﷺ ، أرادت أن تشتري وليدة فتعتقها ، فقال أهلها : نبيعك على أن ولأءها لنا ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال : لا يمنعك ذلك ؛ وإنما الولأء لمن أعتق» . كتاب العتق والولأء ، باب «مصير الولأء لمن أعتق» .

(٣) انظر ذكر هذا الخلاف بين أشهب وما ذكر عن يحيى ابن عمر ، في شرح التلقين للمازري (٧٢٢/٢) .

(٤) قال المازري : «ولا معنى لهذه التفرقة بين كونه عربياً أو أعجمياً ، إلا أن يقال : لا بد للعربي من عاصب يعلم ، فلا ينقطع الولأء ها هنا لوجود نسب هو مقدّم في الشرع عليه» (٧٢٢/٢) .



قوله: (يوم الصفقة)^(١). لأن الثمن حينئذ وجب له.

قوله: (إذا لم يأخذ لها عوضاً)^(١). كأنه دفع له أربعة أجزاء وأمسك جزءاً في مقابلة العيب، لأنه يعدل الخمس.

قوله: (وإن أخذترده)^(٢). ورد ما نقص العيب الحادث مع هذا يقوم أيضاً مرتين، فيقوم أولاً يوم الصفقة بالعيب القديم، ثم وحده، فكأنه بثمانين والمشتري قبض ما يساوي ثمانين، ثم يقوم يوم الصفقة بالعييب بستين قبض الربع فكأنه رد ثلاثة أرباع العبد، فيغرم قيمة ربعه في مقابلة العيب الحادث، وذلك ربع الثمن الأول ويأخذ ثلاثة أرباعه.

قوله: (بسبب ذلك العيب)^(٣). ولو لم يعلم البائع بذلك العيب، وثبت أنه كان قديماً قبل أن اشتراه البائع، فهو كعيبٍ حدث عند المبتاع الآخر لا يرجع بذلك على البائع، وإن بين البائع أنه يابق يوماً فأبقى شهراً، وثبت أنه كان كذلك عند البائع وهلك في إباقه، فإن هلك في أول يوم من إباقه، فلا يرجع على البائع بذلك لأنه دخل على ذلك، وإن هلك فيما زاد على اليوم، فيرجع عليه بثمانه لأنه لم يدخل على هذا.

ولو لم يثبت للمبتاع أنه كان يابق شهراً، فهلك فيما زاد على اليوم، كان من المبتاع لأنه حدث عن ذلك.

قوله: (أن العيب قديم، وأن البائع باع بعد علمه به)^(٣). ولا بد من أن يثبت له أنه مات من ذلك.

(١) التهذيب (٢٨٢/٣).

(٢) في التهذيب «وإن اخترت» (٢٨٢/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٨٢/٣).

قوله: (فعلمه البيان)^(١). لأن ذلك ليس زيادة في ذاته ، بخلاف الزيادة في السن فإنه تصير ذاتاً أخرى ، فيفوت بها بخلاف الزيادة في السمن ؛ لأنه لا تختلف ذاته بذلك ، وغاية ما في تعليم الصنعة أن يزيد ثمنه ، وحوالة السوق ليست فوتاً في البيع الصحيح .

قوله: (وعلى المبتاع ما نقصها النكاح)^(١). فتقوم خلوا ثم بزواج يوم الصفقة ويرد فائتها .

قوله: (وإن لم ينقصها شيء)^(١). يعني أن الوخش قد لا ينقصه النكاح ؛ لأن ولدها ملك له [٨٧/ب] .

قوله: (ردّها ، ولا شيء عليه)^(١). من هنا يفهم أن الولد كالغلة ؛ لأنه جبر به النقص ، ولا خلاف أنه ليس غلة ؛ لأنه يردّ على البائع مع الأم في العيب .

قوله: (ولا يجبر النقص بالولد)^(١). هذا هو الأولى لأنه للبائع ، فكيف يجبر به النقص ، ولكن يجبر النقص من عنده ، ولا يلتفت إلى الولد .

قوله: (وقد قال مالك: إن النماء لا يجبر به النقص)^(٢). أي ولا خلاف في أن السمن لا يجبر به النقص والولد بها ، فينبغي ألا يجبر به النقص .

قوله: (فلا شيء عليك فيما دخله عندك من نقص خفيف أو حوالة سوق)^(٣). لأن البائع يتهم بالتدليس ، فرجّح جانب المشتري ، هذا إذا كان الثمن عيناً .

أما إذا كان عروضاً وحالت عند البائع سوقه ، فيفوت وتلزمه قيمته ؛ لأنه لو رده ناقصاً تضرّر المبتاع ، وإذا لزمّت القيمة بالنقص ، فكذلك في الزيادة عدلاً

(١) التهذيب (٢٨٣/٣) .

(٢) في التهذيب «وذلك كالنماء فيها ، وقد قال مالك رحمته الله : لا يجبر به النقص» (٢٨٣/٣) .

(٣) المصدر نفسه (١٨٤/٣) .



بين الفريقين ، ففي هذا فأتت بحوالة السوق ، والبيع صحيح .

قوله : (فإنك ترجع بمثل ما دفعت)^(١) . لأن مثل الشيء أقرب إليه من قيمته فلا يرجع إلى القيمة مع وجود المثل ، وصار هذا كالعين سواء في هذا .

قوله : (حتى أعتقه المبتاع لزمه العتق)^(١) . لأن البائع قد سلطه على التصرف فيه ، فيصير عتقه له بمنزلة قبضه له وتفويته .

وقال سحنون : لا ينفذ عتقه ؛ لأنه لم ينتقل إلى ملكه بعد ولا إلى ضمانه ، وأما لو أعتقه البائع ، فإنه ينفذ العتق اتفاقاً ، لأنه في ملكه وضمانه ، وإن قبضه المبتاع ثم أعتقه ، فينفذ عتقه اتفاقاً ؛ لأنه صار في ضمانه بالقبض وملكه بالفوت^(٢) .

وأما لو أعتقه في هذه الصورة البائع ، فقال ابن القاسم : ينفذ عتقه لأنه في ملكه بعد . وقال أشهب : لا ينفذ عتقه لأنه قد خرج عن ضمانه وسلط المبتاع على التصرف فيه ، فإن رجع إليه على هذا لم يعتق عليه^(٣) .

قوله : (فإن لم يكن له مال لم يجز عتقه)^(٤) . لأنه عتق سبقه الدين .

قوله : (كما لو ابتاع عبداً غائباً بيعاً صحيحاً)^(٤) . احتج على صحة العتق في الأولى هذه بقوله ، وشرط على البائع أنه منه هذا ليرتفع الخلاف في ضمانه ؛ لأنه قد قيل : إنه سالم بقبضه من البائع ، وقيل : من المبتاع ، وقيل : من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع ، وقيل : بالعكس ، فإذا شرط وقع الاتفاق ، فأراد به في هذه الصورة وإن كان ضمانه من البائع ، وهو عنده فعتق المبتاع لازم فيه .

(١) التهذيب (٢٨٤/٣) .

(٢) انظر الجامع لابن يونس (١٠٢/١٥) .

(٣) المصدر نفسه (١٠٢/١٥) .

(٤) التهذيب (٢٨٤/٣) .

ولسحنون أن يفرق بين الصورتين بأنه هنا قد انتقل ملكه إلى المبتاع اتفاقاً؛ لأن البيع صحيح بعد عتقه.

قوله: (كمن اشترى عبداً، فللبائع أن يمنعه من قبضه)^(١). ولا دليل له أيضاً في هذه الصورة الثانية، لأن الملك قد انتقل فيها؛ إذ البيع صحيح.

قوله: (رُدَّ العتقُ وبيع في الثمن)^(٢). هذا في البيع الصحيح، فيباع منه بقدر الثمن ويعتق الباقي، وإن كان الثمن أكثر تبعه بالباقي.

وأما في الفاسد، لأنه بعته لزمته القيمة معاً على أصل المذهب في قوله: إن بعثك فأنت حر؛ فيعتق عليه ويبطل البيع، وإذا تقدم الدين على العتق أو قارنه بطل.

وقال أشهب: لا يباع منه إلا بقدر الثمن؛ لأن البائع رضي بإخراجه عن ملكه بذلك القدر، فإن كانت القيمة أكثر من الثمن بقي ما زاد منه على الثمن حراً، وباقي القيمة يتبعه بها ديناً لأن الزائد إنما حدث بعد العتق، فلا يبطل العتق؛ لأنه لا يتحقق القيمة إلا بعد كمال العتق، وألزم على ذلك إذا قال: إن اشتريتك فأنت حر فاشتراه بثمن إلى أجل أن يصحَّ العتق؛ لأن الثمن إنما يتعين عليه بعد الأجل، وله أن يقول: قد لزمه قبل العتق، وإنما تأخرت المطالبة به.

ونُسب في هذه المسألة أشهب إلى الخروج عن أصله في مسألة أخرى، وهي: لو كان عليه خمسون وعبداً يساوي مائة، فأعتقه ثم بعد العتق أدان [١/٨٨] بخمسين أخرى، فقال ابن القاسم: يباع من العبد نصفه بخمسين يقتسمها أهل الديون كلُّهم؛ لأنه لم يفسد بعد، فالديون كلها في رتبة واحدة، ويبقى نصفه الثاني جزءاً.

(١) في التهذيب «ومن اشترى عبداً» (٢٨٤/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٨٥/٣).

وقال أشهب: ثم يرجع صاحب الخمسين الأولى فيقول له: لولا ما دأيت مرة أخرى كان لنا خمسون كلها، فيباع من النصف الثاني بخمسة وعشرين قدر ما بقي لهم، ثم يشاركون فيها أهل الخمسين الأخرى، ثم يرجع صاحب الخمسين الأولى، فيباع من الربع الباقي بقدر ما بقي له، ويقع الاشتراك، ولا يزالون يفعلون كذلك إلى أن يُباع جميعه، فكان ينبغي في هذه المسألة أن يقول له البائع: [هذه] ^(١) الذي دفعت لي على أنه في مقابلة الثمن، لا يتعين أن يكون له، بل منه على ذلك وعن باقي القيمة، مثل أن يكون الثمن عشرة والقيمة عشرين، فيبقى من قدر الثمن بعضه، فيباع من الجزء العتيق بقدره، ثم يفعل مثل ذلك إلى أن يُباع جميعه.

وأجيب عن ذلك بالفرق بأنه هنا قد أمسك العبد في الثمن كأنه رهن فيه، فلا يجوز قسمة ما يقابل الثمن بينه وبين ما يقابل القيمة، بل يكون ما دفعه له مختصاً بالثمن، بخلاف هذه المسألة الأخرى، لم يختص بالعبد فيها أحد، فصح قيمة المقبوض بين الدينين ^(٢).

قوله: (ولو بيع بالقضاء) ^(٣). يعني أنه لو باعه الغرماء عليه أو باعه هو لزمه العتق إذا رجع إليه، والفرق أنه قد يتهم في بيعه إياه أو بيعهم عليه أن يكون أخفى ماله.

وإذا باعه الحاكم فلا يكون إلا بعد إثبات التدليس، فإذا رجع إليه فهذا ملك ثانٍ غير الأول على صحة وعدم تهمة.

(١) كذا في المتن، ولعل الصواب أن يقال: «هذا الذي دفعت لي». والله أعلم.

(٢) ذكر هذه المسألة المازري أيضاً، لكنه قال: «وأشار بعض الأسياف إلى أن هذا لا يناقض به أشهب، بل ينظر إلى أصل آخر هو كون العتق تضمن حرية العبد». انظر تفصيل ذلك في شرح التلقين (٧٩٦/٢).

(٣) التهذيب (٢٨٥/٣).

قوله: (يجوز فيه النقد)^(١). لأنه في حكم الحاضر، ولذلك صح فيه النقد بشرط، وأما ضمانه إن هلك قبل القبض، ففيه الخلاف الذي في البعيد الغيبة سواء، وإنما فارقته في جواز النقد فقط.

قوله: (قبل وجوب الصفقة)^(١). مثل أن يثبت أنه هلك قبل الصفقة فلا يكون فيها عقد؛ لأن الثمن عوض، فيفسخ البيع بتلفه لتعلق الأغراض به، بخلاف العتق. قوله: (إلا أن يفوت)^(١). فتلزمك القيمة يوم البيع؛ لأنه صحيح.

قوله: (وشرطت قبض التي قبضت فسد البيع)^(١). لأن شرط النقد في البعيد الغيبة يُفسد العقد.

قوله: (ولو بعته في الوجهين)^(١). أي الصحيح والفاقد.

قوله: (رد العتق)^(١). للذي قارنه.

قوله: (فأعتقها المبتاع)^(٢). مهما تصرف بوجه أخرجها عن ملكه، كالبيع والهبة ونحوهما، فعن أشهب أنها تفوت، ولا يردّها إن رجعت إليه بعد؛ لأنه قد ملكها بالفوت، وخرجت عن ملك البائع الأول.

وقال ابن القاسم: إن رجعت إليه والبائع الأول لم يقم عليه بردها، فإنه يجب عليه أن يردّها، كما لو لم يتصرف فيها بوجه؛ لأن القيمة إنما كانت لمانع من الرد، وقد زال المانع، وترجع إلى ما كانت عليه أولاً.

وأما إن أقام عليه البائع لها بيعاً فاسداً، قبل أن ترجع إليه، فتجب القيمة بالحكم وإن رجعت إليه بعد ذلك لم يردّها بعد، واتفقا على أنها لو تغيرت بحوالة

(١) التهذيب (٢٨٥/٣).

(٢) المصدر نفسه (٢٨٦/٣).



سوق على أنها تفوت ، وإن رجعت السوق إلى حالها الأول .

والفرق على المذهب ، أنها إذا رجعت إليه بعد البيع ، فلم يتغير المبيع ولا البائع ولا المبتاع عما كانوا ، وهنا هذه السوق الأخيرة غير الأولى ، بل هي مثلها .

وأيضاً فإن تغير السوق ليس من فعل المبتاع وتصرفه فيها من فعله ، فيتهم على أنه إنما فعل ذلك ليفيتها على البائع الأول ، فلم تفت به إذا رجعت إلى حالها .

قوله : (ثم [عجزت] بعد أيام يسيرة)^(١) . يعني قبل أن يقوم البائع ، وتحرز بالأيام اليسيرة منالكثيرة [٨٨/ب] لأنها تتغير فيها في بدنها ، وذلك فوت .

قوله : (وإن عجزت بفوت ذلك)^(٢) . لأنه قد ملكها بفوت الكتابة ، فلا تخرج عن ملكه بعد .

قوله : (فرهنها أو أجرها)^(٣) . اتفق هنا أشهب وابن القاسم ، وذلك أنه قادرٌ على الافتكاك بخلاف البيع ، فإذا لم يفك تحقق الفوت ، وهذا بخلاف الرد بالعيوب ، فإن ابن القاسم هناك قال : إذا تمَّ أمد الرهن أو الإجارة رد لأن البائع هناك يتهم بالتدليس فحمل عليه .

قوله : (إن اشترى مسلم جارية من ذمي بخمر)^(٣) . أما إذا لم تفت فسخ البيع ، وردّت الجارية ، وبُدّدت الخمر إن كان قبضها الذمي تنكيلاً بالمسلم ، وإنما فسخ لأنه حكم بين مسلم وكافر .

وإن فاتت لزمت المسلم بالقيمة ، فإن كان قد قبض الخمر ، أخذت منه

(١) ما بين المعقوفين غير واضح من المتن ، وما أثبتته من التهذيب (٢٨٥/٣) .

(٢) كذا في المتن ، وفي التهذيب «بقرب ذلك» (٢٨٦/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢٨٦/٣) .

وبدّدت ، وأخذ الذمي القيمة .

وقد قال ابن القاسم فيما إذا باع ذمي من مسلم خمرًا ، فإن كان قبضَ الذميّ الثَّمَنَ بُدِّدَت الخمرُ على المسلم ، وإن كان لم يقبضه بددت الخمر ، وتصدق بالثمن تنكيلاً بهما .

قوله : (ابتاعَ بِنِعِ الإسلامِ)^(١) . أي بيعًا صحيحًا ؛ لأنه يمكن أن يكون فاسدًا فلا بد من إثبات صحته بالبيّنة . كما لو ادعى المتبايعان ؛ أحدهما : أن البيع صحيح ، والثاني : أنه فاسد فيحمل على الصحة لأنها الأصل ، لكن يحلف مدعيها ؛ لأنه يمكن ما قال الثاني .

قوله : (لم يعجل الإمام على القريب الغيبة)^(١) . لأنه كالحاضر .

قوله : (قضى عليه)^(١) . لأنه نائب عن جميع المسلمين .

قوله : (عند أمين)^(٢) . إنما لم يترك الزائد على الثمن عند المبتاع ؛ لأن البائع لم يأتّمه على ذلك ، بخلاف ما إذا كان للغائب دين على شخص ، فلا يخرج الحاكم من تحت أمانته ؛ لأن الغائب رضي بها .

قوله : (وإن كان نقصان)^(٢) . أي يحكم له باتباع الغائب بذلك ، وإن كان له مال أعراه عليه فيه .

قوله : (كفعله بالعيوب)^(٣) . يعني ما تقدم من بيعه عليه ، وإنصافه من الثمن ، ويرجع العبد إلى ملك الغائب .

(١) التهذيب (٢٨٦/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٨٧/٣) .

(٣) في التهذيب «في العيوب» (٢٨٦/٣) .



قوله: (أو يُفسخ البيع)^(١). لأنه بالفوت واختياره الرّد بالعيب زال حكم البيع الأول.

قوله: (ويترادان الفضل متى ما لقيه)^(٢). ترك هنا الزيادة إن كانت القيمة أكثر من الثمن عند المبتاع؛ لأن البائع قد ائتمنه على ذلك؛ لأنه باعه بيعاً فاسداً، ودخل على أنه إن فات لزمته القيمة.

قوله: (إلا في البيع والسلف)^(٣). فينظر: فإن كان السلف من المبتاع كان عليه الأكثر من الثمن أو القيمة، فإن كان الثمن أكثر قال له البائع: قد رضيت به مع زيادة السلف، وإن كان أقل قال المشتري: البيع فاسد، فليس لك إلا القيمة. وإن كان من البائع، فله الأقل من الثمن أو القيمة، فإن كان الثمن أقل، قال له المشتري: قد رضيت به على أن يزيد السلف، وإن كان أكثر، قال له البائع: هذا البيع لا أثر له، فالرجوع فيه إلى القيمة.

وكذلك في البيع والشرط يلزم له أكثر من الثمن؛ أو القيمة مطلقاً، وما عدا ذلك ففيه القيمة مطلقاً.

قوله: (ومن ابتاع جارية على ألا يبيع)^(٣). الشروط ثلاثة:

أحدها: ما يخل بمقتضى العقد كشرط ألا يبيع؛ لأن حكم البيع أن يتصرف المبتاع فيه لما بينا، ويتنزل منزلة البائع، فإذا وقع هذا ففيه قولان:

المذهب: إن أسقط البائع الشرط صحّ العقد، لأنه فساد في أمر خارج عن

(١) في التهذيب «وإن تغير في سوق أو بدن حكم عليه الإمام بقيمته، كانت أقل من الثمن أو أكثر، ويفسخ البيع ويتراد هو والبائع الفضل متى ما لقيه» (٢٨٧/٣).

(٢) في التهذيب «ويتراد هو والبائع» (٢٨٦/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٨٧/٣).

العقد وقد زال . وقيل : يبطل العقد وإن أسقط الشرط ؛ لأن العقد فاسد بما قارنه من الشروط ، فلا بد من عقد آخر .

والثاني : ما لا يخل بمقتضاه ولا شيء منه فلا أثر له ، كأن يشترط عليه أن يلبسه الحرير ، ويطعمه الحلوى .

الثالث : ما يخل ببعض مقتضى العقد كشرط السلف ؛ لأنه (.)^(١) كجهالة في الثمن ، وفيه القولان . والمذهب : إن أسقط صح^(٢) .

قوله : (لا تَقْرَبُهَا وَفِيهَا شَرْطٌ لِأَحَدٍ)^(٣) . [أ/٨٩] لأنه بقي للبائع فيما علقه ما فكأنه يملك بعضها .

قوله : (ولم يعلم به المبتاع)^(٤) . إن قلت : كيف يتصور أن تموت من الحمل ولا يدري به ، وإنما يكون ذلك عند الولادة ؟ فيمكن أن يكون مسافراً ، فلما قدم وجدها وبها الطلق فماتت .

قوله : (ولو علم)^(٥) . أي بالحمل .

قوله : (إلا أن يبادر) . ليس خلافاً ، بل تفسير^(٦) .

قوله : (فلم يصل إليه) . أي ولكنه أشهد من حضر أنه لا يرضى بذلك ، وإلا فيلزمه .

(١) بتر مقدار من الكلمة ، ولعلها [يَعُودُ] .

(٢) انظر ذكر هذه الشروط في عقد الجواهر الثمينة (٢/٤٧٤) ، والذخيرة (٤/٤٠٥) .

(٣) التهذيب (٣/٢٨٧) .

(٤) المصدر نفسه (٣/٢٨٨) .

(٥) قوله : « ولو علم » إلى قوله : « بلا ولد » ، في التهذيب (٣/٢٨٨) .

(٦) انظر التقييد (٤/٩١) .



قوله: (لو مضى بعد علمه وقت في مثله ما يرد). أي وقت يمكن فيه الرد، و«ما» زائدة أو [صدرية]^(١)، ولكنه يمكن أن يرضى فيه بها وألا يرضى، فتلزمه اليمين أنه ما رضي ويكون من البائع، فقوله: (لكنه يعد فيه راضياً)^(٢): أي قد يمكن فيه الرضا.

قوله: (وإن لم يدلس البائع، وإنما له الرجوع بما بين الصحة والداء). أي تقوم صحيحة يوم البيع وبالحمل ويرجع بما بينهما، وإن لم يعلم البائع بذلك؛ لأنه باع منه في المعنى شيئاً، وأخذ ثمنه ودفع له منه بعضه وأمسك بعضه، وعدم العلم لا يجيز له ذلك، وكذلك كل عيب قديم.

قوله: (حتى ولدت عند البائع، ثم قبضها). فقد رضي بالحمل، وإن لم يعلم به عند العقد، فلذلك لم يذكر الحمل عند التقويم، بل قومها يوم بعد البيع بالعيب القديم تارة، وبالعين أخرى.

قوله: (بلا ولد). أي بلا حمل.

قوله: (ثم عجز المكاتب، أو مات)^(٣). أما إذا مات فلا إشكال أن الأمر يرجع إلى السيد، وكذلك المأذون إذا حجر عليه سيده لا يبقى له التصرف البتة.

وإنما الخلاف في المكاتب إذا عجز؛ هل يصير بعجزه محجوراً عليه مطلقاً، أو يرجع على ما كان عليه قبل الكتابة، فإن كان محجوراً عليه صار كذلك أو مأذوناً له صار كذلك؟ قولان:

فظاهر كلامه هنا أنه يصير محجوراً عليه؛ لأنه أطلق وأخذ منه ذلك،

(١) كذا، ولعله يقصد: [صدرية].

(٢) في التهذيب «ولكنه لا يعد فيه راضياً» (٢٨٨/٣).

(٣) المصدر نفسه (٢٨٩/٣).

ويحتمل أن يريد إن ابتاع المكاتب الذي كان محجوراً^(١).

قوله: (وليس للعبد أن يرضى به)^(٢). لأنه قد صار محجوراً بعجزه.

قوله: (وأقام البائع بينة)^(٢). لأنه يتهم أن يتواطأ الآن معه على ذلك فلا يبرأ إلا بالبينة.

قوله: (وللوارث أن يقوم)^(٢). لأن موروثه مات عن حق، فهو له، ووافق أبو حنيفة إلا في بيع الخيار يموت عنه، قال: فلا يورث عنه؛ لأن الخيار صفة للميت ولا يورث عنه، ولا فرق عند مالك والشافعي في ذلك.

قوله: (ولا يمين على من يرى أنه لا يعلم ذلك)^(٢). أي من الصغار والنساء.

قوله: (أخذ الثمن من ماله)^(٢). أخذ منه القول الثاني أن المكاتب بعد عجزه يرجع إلى حاله، ويقويه قوله: (بيع عليه في الثمن)^(٢)، ولا دليل فيه لأنه لا ينافي كونه له مالاً أن يكون محجوراً عليه؛ إذ قد يكون عند العبد مال لا يتصرف فيه، وكذلك بيعه عليه لا يدل على تصرفه، بل يكون ما نقص ديناً عليه في ذمته لا في رقبته؛ لأن المكاتب أحرز نفسه وماله، فيلحقه الدين في ماله.

قوله: (فإن رضي المبتاع بالرد كان أسوة الغرماء)^(٢). أي إن شاء أمسك هذا العبد بعينه، وإلا فيحاص الغرماء في موجود العبد، وهو ثمن هذا العبد المردود^(٣).

قوله: (وإذا بعت عبدك من نفسه بمائة له)^(٤). يريد أن العبد وماله لك ويجوز

(١) انظر هذا الفرع في الذخيرة (٨٠/٥). ومناهج التحصيل (١٦٠/٧).

(٢) التهذيب (٢٨٩/٣).

(٣) انظر مناهج التحصيل (١٦٠/٧ - ١٦١).

(٤) في التهذيب «ولو بعت عبدك من نفسه بأمة له» (٢٨٨/٣).

أن ينتزع ماله ولا يعتقه، فصار ذلك بمنزلة شيئين لك أخذت أحدهما وتركت له الثاني، فلما استحققت لم يكن له رجوع عليه؛ لأنك في الحقيقة ما أعتقته على عرض.

قوله: (ولو بعته نفسه بها)^(١). مثل أن تقول له: أنت حرٌّ على أن تشتري لي أمة فلان، فالعتق في هذه الصورة وقع معلقاً قبل ملكه للأمة، وفي حالٍ لا يصح لك انتزاعها منه، ومنع من نفوذ العتق عدم الشرط الذي علق عليه، فلما وجد نفذ، ولما أُوقع [٨٩/ب] العتق على هذا العوض لزم عند الاستحقاق أن يرجع عليه بقيمة الأمة.

وكذلك لو قاطعت المكاتب على أمة في يده^(١)، إنما أوقعت العتق على عوض؛ لأن المكاتب قد أحرز نفسه وماله، ولا يجوز لك انتزاع ماله، فلذلك رجعت عليه بقيمة الأمة أو بأرش عيبتها ديناً.

قوله: (وهذا كالنكاح)^(١). أي العتق مبني على المكارمة، كالنكاح على المذهب، وذلك أن كل واحدٍ منهما يقع بالقيمة وبأكثر وبأقل، فلذلك يرجع في الموضعين عند الاستحقاق للعوض بقيمة ما أخذت.

ولما كان البيع مبنياً على المكايسة رجعنا فيه لقيمة ما خرج من يدك، لا بما تأخذ مثل أن تبيع عبداً بعبد، فيستحق أحدهما ويفوت الباقي.

وقيل: في النكاح يرجع بصدّاق المثل كالبيع.

قوله: (يوجد بها صدعاً)^(٢). عيوب الدور ثلاثة أنواع:

(١) التهذيب (٢٩٠/٣).

(٢) في التهذيب «فوجد بها صدعاً» (٢٩٠/٣).

خفيف جداً كالصدع والشق ، فهذا لا شيء فيه .

الثاني : فوقه يسير ، فهذا ليس فيه إلا الأرش ، ولا يكون للمبتاع رد المبيع بخلاف غير الدور ، هو مخير في الرد والإمساك ، وأخذ الأرش .

والفرق أن الديار يصعب اكتسابها ، لأنه لا يقدر كل أحد عليه ولا توجد في كل وقت ، ولذلك لم تفت بحوالة السوق ؛ لأنها غالباً لا تتراد للتجارة .

والثالث : أن يزيد ، كسقوط الحائط فله الرد .

قوله : (فليس بعيب)^(١) . يعني بالرَّسْح ألا تكون لها عَجْز إلا أن يعظم ذلك ويتفاحش ، فيكون عيباً .

وقيل هو عيبٌ مطلقاً لكن لم يرد به ؛ لأنه ظاهر لا يخفى على المبتاع ، ويلزم على هذا إذا اشترى أمة على الصفة فوجدها رسحاء أن يردها ، وليس كذلك ، فدل على أنه ليس عيباً .

وأما الزعر^(٢) في العانة فهو عيب ؛ لأنه إذا لم ينبت به شعر كان مسترخياً وقل الإلتذاذ به عند الجماع ، ويدل ذلك على داء به .

قوله : (والدين على العبد عيب)^(٣) . يعني إذا كان مأذوناً فإدانه في غير سفه فليس للسيد إزالته عن ذمة العبد ، فيبقى في ذمته على تقدير العتق (.)^(٤) به ذمته ، فهذا مما يتضرر به السيد في المآل لا في الحال ؛ لأنه يؤخذ ماله بعد العتق ، فلا

(١) التهذيب (٣/٢٩٠) .

(٢) الزعراء التي لا يثبت لها في عانتها ولا تحت إبطها شعر وهو عيب ، وجمعها زُعر . انظر شرح غريب ألفاظ المدونة للجبي (ص : ٨٠) .

(٣) التهذيب (٣/٢٩٠) .

(٤) كلمة غير واضحة في المتن ، ولعلها [فينفع] والله أعلم .

يرث منه شيئاً بالولاء.

وإذا أذن المأذون في سفه ، فلسيده أن يزيله عن ذمته ؛ لأنه إنما أذن له في التصرف على وجه النظر .

قوله: (له ولد أو زوجة)^(١) . هذه العلائق عيوب لأنه يميل إلى ولده وزوجته ويدفع لهما مما يملكه ، فإن مات الولد أو الزوجة قبل الرد ، فلا ردّ لأن العيب قد زال .

قوله: (فليس بواجب على المبتاع أن يُحدّها)^(١) . يريد أن السيد يجب عليه حدّ عبده في الزنى للحديث: «إذا زنت الأمة فاجلدوها ثم إذا زنت فاجلدوها» ، إلى أن قال: «فبيعوها بظفير»^(٢) ، هذا المذهب .

وقيل: إن كان له شهود على زناه ، فيرفع ذلك إلى الحاكم فيحدّه . وأما القطع في السرقة فلا يجوز له أن يقطع يده ، بعلمه كما جاز له أن يحدّه بعلمه في الزنى .

والفرق أنه في القطع أنه يتهم أنه قصد التمثيل به فيعتق عليه ، فلو حده المبتاع في الزنى كان ذلك رضا منه بعيب زناه ، فلم يكن له الرد .

قوله: (وإن اشتريت عبداً من رجلٍ ثم بعته)^(٣) . المذهب أنه إذا خرج العبد

(١) التهذيب (٢٩٠/٣) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه كتاب العتق ، باب كراهية التطاول على الرقيق من طريق أبي هريرة رضي الله عنه ، وزيد بن خالد ، عن النبي ﷺ قال: «إذا زنت الأمة فاجلدوها ، ثم إذا زنت فاجلدوها ، ثم إذا زنت فاجلدوها ، - في الثالثة أو الرابعة - يبيعوها ولو بظفير» . ورواه الترمذي أيضاً في سننه في أبواب الحدود باب ما جاء في الرجم على الثيب . ورواه الطبراني في الكبير ، باب الزاي ، معجم عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن زيد بن خالد . وفيها «بظفير» . ورواه النسائي في السنن ، كتاب الرجم ، إقامة الرجل على وليدته إن هي زنت ، وفيه «ولو بحبل من شعر» .

(٣) التهذيب (٢٩١/٣) .

عن ملكه بغير عوض كعتق أو هبة ، فإنه يرجع على البائع بأرش العيب ما كان ، وإن باعه أو خرج عنه بعوض لم يرجع عليه بشيء ؛ لأنه إن كان العوض مثل الثمن أو أكثر فبين ، وإن كان أقل ، فلم يكن النقص من أجل العيب ؛ لأن الفرض أنه لم يعلم به .

وقال أشهب: إن باعه بالثمن أو أكثر لم يرجع ، وإن كان بأقل رجع بالأقل من تمام الثمن أو الأرش .

قوله: (فأما إن رجع إليك العبد)^(١) . جعل ابن القاسم المبيع الثاني كاللغو ؛ لأنك لو رددته على المشتري الثاني [١/٩٠] منك الذي باع منك آخرًا لرده أيضًا عليك ، فرأى الأمر يفضي إلى أخير ، فيصير آخره أولاً .

ووجه قول أشهب: أنه إذا رددته على الذي رده عليك فقد يتمسك به ولا يرده عليك ، فعلى قول أشهب تكون - إذا رجع إليك مخيرًا - بين أن ترده على الذي باع منك أولاً وعلى الذي رده إليك ، وعلى المذهب لا خيار لك ، بل ترده إن شئت على الأول فقط .

قوله: (فقال بعضهم: لا رجوع لك على بائعك الأول)^(٢) . لأنه لم يلحقك ضررٌ في ذلك أو لم تعلم العيب عند بيعك له .

ووجهُ الثاني: إمكان أن يكون بعض الثمن من أجل العيب ، وإن لم يعلم به المبتاع الآخر .

قول أشهب: فلك رده على بائعك الأول ، أي: أنت مخير في الرد على

(١) التهذيب (٢٩١/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٩٢/٣) .

الأول أو الثاني .

قوله: (بتمام ثمنه لا بالأقل)^(١). لا خلاف في هذا ، ومثاله: أن يشتريه منك بعشرة ثم يبيعه منك بتسعة ، ثم يعلم بعيبه القديم ، وقد باعه منك فكأنه رده عليك ، ولا أثر لبيعه منك ، فيأخذ تمام ثمنه الأول لا أرش العيب ، لأنه إنما يأخذ الأرش الذي يمسك المعيب ، ولا يرده فلهذا قال: وها هو ذا في يدك .

قوله: (لم يرجع عليك هاهنا إلا بالأقل)^(٢). أي من تمام الثمن والأرش هذا من ابن القاسم رجوعٌ إلى قولٍ أشهب ، فله قولان في المسألة أحدهما: ألا يرجع على الأول إذا باعه ، والثاني: هذا .

قوله: (ولو وهبك المبتاع)^(٢). لا خلاف في هذه ؛ لأنه خرج عنه بغير عوض .

قوله: (ولا كلام له)^(٢). أي لا يحتج عليك بأنه وهب لك .

قوله: (للبائع مقال)^(٢). يعني أنه باع الكل فلا يرجع له البعض ؛ لأن الشركة في العيب ضرر عظيم ، فقول لنا أن تردّا معاً أو تُمسكا ، والمذهب وجوب الردّ لمن شاء منهما ؛ لأنه دخل على ذلك ؛ إذ باعه من شخصين لا من واحد .

ألا ترى أنه لو أفلس أحدهما لا تَبَعُّته دون شريكه ؟ فكل واحد منهما له حكمه .

قوله: (فذلك عيب)^(٣). لأن الاستحاضة دم علةٍ وفسادٍ ، ولأن استبراءها

يطول ، وهو ثلاثة أشهر كاليائس .

(١) يريد قوله: «ولو أن المبتاع له منك أخيراً باعه منك بأقل مما ابتاعه به منك ، فله الرجوع عليك بتمام ثمنه لا بالأقل ، لأن له رده عليك وها هو ذا في يدك» . التهذيب (٢٩٣/٣) .

(٢) التهذيب (٢٩٣/٣) .

(٣) المصدر السابق (٢٩٤/٣) .

قوله: (فارتفع حيضها)^(١). أي تأخر عن عاداتها وعن العرف، فلا يعجل في ردها على البائع؛ لأن الحيض يختلف بالتقدم والتأخر إلى أن يطول، فحينئذ يردها.

واختلف في الطول^(٢)، فقليل: خمسة أشهر، وقيل: ثلاثة، وقيل: ينظر الحاكم في ذلك، فإن مضى ما يتضرر فيه المبتاع ردها، وإلا فلا.

قوله: (لم ينفعه)^(٣). لأنه يريد بذلك إسقاط الضمان عنه ونفقتها في المواضعة على البائع.

قوله: (فذلك كله من المبتاع)^(٣). لأنه في حكم ما يحدث في ضمانه؛ لأنه بالعقد صار في ضمانه^(٤)، إذ لا مواضعة في ذلك كالعبد.

قوله: (احلف لي أنه لم يكن به عيب)^(٥). اعلم أن الدعوى لا تسمع حتى تكون معلومة جازمة ملزمة، فإذا لم يظهر به عيب فدعواه هذيان، فإن ظهر به عيب، وأشكل أمره هل هو قديم أو حادث؟ فإن كان ظاهراً حلف البائع على البت أنه لم يكن عنده، وإن كان خفياً حلف على العلم.

وفي هذه المسألة إشكال؛ لأن الدعوى هنا غير جازمة، ومع ذلك لا خلاف في هذا، وقد قال فيما إذا اتهمه بحق فهل يحلف؟ قولان، مثل أن يقول: كان لي عندك حقٌّ وأشكُّ هل قضيته أو لا؟ فقليل: لا يلتفت إلى هذه الدعوى، وكذلك لو قال لصاحبه: كان في هذا البيت دنائيرٌ وقد ضاعت، فاحلف أنك لم تأخذها،

(١) التهذيب (٢٩٤/٣).

(٢) في الجامع لابن يونس: «قيل لابن القاسم: متى ترد إذا رفعتها حيضتها فقال: إذا ارتفع حيضها الأربعة أشهر والخمسة» (١٥١/١٤). انظر أيضاً حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (١٠٩/٣).

(٣) التهذيب (٢٩٤/٣).

(٤) تكرر في المتن قوله: [لأنه بالعقد صار في ضمانه].

(٥) في التهذيب «احلف لي أنه لم يكن به يوم بعته عيب» (٢٩٤/٣).

وقيل: يحلف وإلا غرم.

قوله: (فإن أحلفه عالمًا بينته)^(١). لأنه رضي بإسقاطها، هذا إن تركها لغير عذر.

وأما إن كان له عذر في تركها مثل أن يكون بموضع بعيد، ويخاف هروب [٩٠/ب] الغريم، فقولان: أحدهما لا قيام له بها؛ لأنه قد كان أمكنه أن يصبر حتى يأتي بها، والثاني يقوم بها؛ لأنه إنما تركها لعذر.

قوله: (أخشى أنه لم يأتق)^(١). هذا لم يلتفت إليه؛ لأنها دعوى غير محققة، وكذلك إذا سرق عنده فقال: أخشى أن تكون عادته ذلك عندك.

قوله: (فليس له أن يحلف المبتاع إن لم يرض به بعد عمله به)^(١). هذا؛ لأن الدعوى غير الجازمة لا تسمع حتى يدعي أنه أقره بذلك مخبراً واعترف له هو بذلك ثم أنكر فيلزمه اليمين.

قوله: (إن وُجدَ مُخَنَّثًا)^(١). لا يريد الذي يؤتى في الدبر؛ لأن هذا يقتل إذا علم أمره، إنما يريد الذي فيه تكسر، وانثناء كالمرأة.

قوله: (المُذَكَّرَة)^(١). كالساحقة أو التي تتكلم كلام الرجال، وهذا عيب لأن ذلك يزيل الالتذاذ بها، إذ كلام النساء وأفعالهن بمعزل من الرجال.

قوله: (ولد الزنى)^(٢). يعني إذا كان من زنى في الإسلام؛ لأنه من نطفة شيطان، ولا ترد المرأة في النكاح بذلك إلا أن يشترط، لأن غالب الزوج لا يتزوج حتى يسأل عن أبيها وأهلها.

(١) التهذيب (٢٩٥/٣).

(٢) في التهذيب «وإن وجد العبد والأمة وَلَدَيَّ زنا فهو عيب» (٢٩٦/٣).



قوله: (حين خالفني فيها ابن كنانة)^(١). وجه قول ابن كنانة^(٢) أنه ليس عيباً في الوحش أنه يبتغي منها النسل كالبقرة والحمارة؛ لأن ذلك تنمية للمال. ووجه المذهب أن الحمل مرض لا تقدر معه على الخدمة، وقد يؤدي إلى الهلاك.

قوله: (إلا أن ينقطع ويمضي كثير من السنين)^(٣). لأنه يؤمن عودته كما لو كانت صغيرة فكبرت.

قوله: (فوجد شعرها قد جعد)^(٤). يعني أن شعر العجم سَبَطَةٌ^(٥) شفر، فالجعودة والسواد فيها عيبٌ بخلاف العرب، ويدل على المرض، فعلى هذا تكون الصُّهُوبَةُ، وهي بياض الشعر، عيباً.

قوله: (وترد الرائحة بالشيب)^(٦). يعني العلية؛ لأنها تراد للوطء بخلاف الوحش إلا أن يكثر الشيب فيه، فيكون عيباً.

قوله: (والبخر عيب)^(٧). لأنه من علة بجوفه.

ويُرْجَع في الخيلان إلى العرف، وكثرتها تشويه للون.

قوله: (وإن كان عند النخاسين عيباً)^(٨). يعني بائعي العبيد لأنهم يردون

(١) التهذيب (٢٩٦/٣).

(٢) عثمان بن عيسى بن كنانة المدني، أخذ عن مالك وغيره، قال ابن بكير: لم يكن عند مالك أضبط ولا أدرس من ابن كنانة، توفي ١٨٦هـ، ترجمته في ترتيب المدارك (٢١/٢ - ٢٢).

(٣) التهذيب (٢٩٦/٣).

(٤) المصدر نفسه (٢٩٧/٣).

(٥) السَبَطُ والسَّبَطُ والسَّبَطُ نقيض الجعد، وشعرٌ سَبَطٌ: مسترسل غير مجعّد، انظر لسان العرب مادة: سبط. (٤٧٤/٤).

(٦) التهذيب (٢٩٧/٣).

(٧) في التهذيب «والبخر في الفم عيب» (٢٩٧/٣).

(٨) المصدر نفسه (٢٩٧/٣).



بكل عيب ، وإنما يعتبر ما هو عيب في العُرف .

قوله : (ولا ترد بذلك)^(١) . لأنه قد زال ، ولا يؤمن عود .

قوله : (في الثلاث)^(٢) . أي كل عيب حدث بعد الثلاث بالعبد ، فهو من المبتاع سوى الجنون والجذام والبرص ، وما يكون عنها ، فإنه يلزم البائع حتى تمضي السنة .

قوله : (ثم أخذ بالمائة ثوباً)^(٣) . فهذا بيع ثان ، فإذا رد الثوب بعيب أو استحقَّ رجَع بالمائة لا بالسلعة الأولى لأن البائع^(٤) الأول قد صح .

قوله : (أخذ من ثمن طعام طعاماً)^(٥) . هذا إنما يصح إذا كان هذا الطعام مما يصح بيعه قبل قبضه كالقرض والتولية والإقالة ، ولا يجوز في غير ذلك ؛ لأنه ألغى الثمن ، فيبقى طعام بطعام إلى أجل ، فإنما كان له عليه من قرض طعام فباعه منه بثمن ، ثم دفع له في ذلك الثمن طعاماً مثل الأول في الجنس لم يكن في ذلك محذور عند إلغاء الثمن ، فإذا وجد الطعام معه رجع بثمنه لا بالطعام الأول لأنهما بيعان .

قوله : (وسموا لكل سلعة عشرة)^(٦) . لا يعتبر تسميتها عند الاستحقاق والرد بالعيوب ؛ لأنه قد جرت العادة بين التجار بأن يحملوا بعض السلع على بعض ،

(١) في التهذيب «ولا يرد» (٢٩٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٢٩٨/٣) .

(٣) كذا ، ولعل الأنسب للسياق أن يقول : لأن البيع الأول ، لأنه يريد العقد الأول وهو بيعه سلعة بمائة دينار .

(٤) كذا في المتن ، وفي التهذيب أخذ من ثمن الطعام طعاماً (٢٩٨/٣) .

(٥) في التهذيب «وسموا لكل ثوب عشرة» (٢٩٧/٣) .

فسموا لبعضها أكثر من قيمتها ، ولبعض أقل ، فنرجع نحن إلى قسمة الثمن على قيم الثياب بعد أن نقومها تقويماً آخر .

قوله : (فإن كانت قيمة المعيب خمسين ديناراً)^(١) . أي قد يكون قيمتها ذلك وإن سموا لها عشرة .

قوله : (فهذا وجه الصفقة)^(١) . جعل وجه الصفقة ما قيمته أكثر من نصف الثمن^(٢) .

وقال بعض الأصحاب : قد يكون النصف وجه الصفقة فيكون مخيراً في الرد والتماسك^(٣) .

قوله : [١ / ٩١] (كان ما اغْتَلَّتْ لك بضمانك)^(٤) . هذا لقول النبي ﷺ : « الخراج بالضمان »^(٥) ، وحمله الشافعي على البيع الصحيح^(٦) ، ولا فرق عند مالك بين الصحيح والفساد لعموم الحديث ، فإذا قبض في البيع الفاسد المبتاع ، فقد صارت السلعة في ضمانه ، وبالفوت يملكها بالقيمة وليس كالغاصب ، على القول بأن الغاصب يرد الغلات ؛ لأن العرف أن المبتاع بيعاً فاسداً سلطه ربها على ذلك ، والغاصب ليس يتصرف بإذن ربها .

قوله : (رَدَدَتْ ولدها)^(٧) . لأنه ليس بغلة ، وعند الشافعي كل ما حدث على

(١) التهذيب (٢٩٨/٣) .

(٢) انظر عقد الجواهر (٧١٦/٢) ، التوضيح (٤٨٠/٥) ، مواهب الجليل (٤٥٩/٤) .

(٣) قال الرجراجي « وعلى الجملة ففي النصف ثلاثة أقوال كلها قائمة من المدونة : أحدها : أن النصف في حيز الكثير ، في الطعام والعروض ، وهو قوله في كتاب الاستحقاق على إحدى الروايات ، والثاني : أنه في حيز اليسير في الجميع ، والثالث : التفصيل بين العروض والطعام » مناهج التحصيل (٤١/٩ - ٤٢) .

(٤) التهذيب (٢٩٩/٣) .

(٥) الحديث تقدم تخريجه في كتاب السلم الثالث .

(٦) انظر بداية المجتهد (١٩٩/٣) .

(٧) في التهذيب « رددت معها ولدها » (٢٩٩/٣) .

ملك المبتاع من الزوائد المنفصلة فهو له ، بخلاف ما كان موجوداً يوم البيع كالحمل فيرده ؛ لأنه لم يتخلق على ملكه ، بل له جزء من الثمن .

قوله : (إلا أن ينقصها ذلك)^(١) . وهل يجيز النقص بالولد أو لا ؟ قولان ، إن قلنا : إن الولد كالزيادة المتصلة كالسمن ، فلا يجيز به أو كالغلة فيجيز به .

قوله : (وأما الولد فيفيت البيع الفاسد)^(١) . لأنه كما يفوت بزيادة ثمنه في حوالة السوق ، فأحرى في الزيادة في ذاته بالولد^(٢) .

قوله : (وإن كان صوف الغنم يوم الصَّفَقَةِ تاماً)^(٣) . هذا كالثمر المأبور يُردُّ على المذهب ؛ لأن لذلك حظاً من الثمن .

وقال أشهب : كل ذلك غلة لا حظ له من الثمن ؛ لأنه لا ينتقل بنفسه^(٤) . وأجمعوا في مال العبد أنه يرد معه في العيب والاستحقاق وأنه لا حظ له من الثمن ولكنه تابع .

والفرق أن مال العبد صِفَةٌ لَهُ لَأَنَّهُ يَمْلِكُ عِنْدَنَا ، بِخِلَافِ النَّخْلِ لَيْسَتْ الثَّمَرَةُ صِفَةً لَهَا ؛ لِأَنَّ النَّخْلَ لَا تَمْلِكُ .

قوله : (ولما لم تكن واجبة)^(٥) . أي لما لم تكن للمبتاع إلا بالشرط صارت سلعةً أخرى لها حظ من الثمن .

قوله : (ولم ألزمها لك بحصتها من الثمن)^(٥) . أي ومع أنها كسلعة أخرى

(١) التهذيب (٢٩٩/٣) .

(٢) انظر بداية المجتهد (١٩٩/٣) .

(٣) في التهذيب «ولو كان صوف الغنم» (٢٩٩/٣) .

(٤) انظر مثله في روضة المستبين لابن بزيمة (١٠٠٧/٢) .

(٥) التهذيب (٢٩٩/٣) .



فليست من كل الوجوه كذلك . فلو وجد بالنخل المأبور عيباً ، وكان ثمن الثمرة أكثر الثمن ، فاختار المبتاع أن يرُدَّ النخل لأنه ليس بوجه الصفقة ، ويتمسك بالثمرة كما يفعل ذلك في السلعتين ؛ لم يَجْزُ لأن ذلك يؤدي إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها دون تبعية الأصول ، فلما أدَّى إلى هذا لم يَجْزُ ، ويتأتَّى ذلك في الصوف لأنه يصح بيعه على حدة من الغنم .

قوله : (وإن هلك المال قبل انتزاعك)^(١) . أي إذا هلك مال العبد وهو بيده بأمر من الله تعالى لم يكن عليه شيء إذا رددته بالعيب وتأخذ جميع الثمن ، وكذلك ما يأتي على الثمرة من أمر الله تعالى .

وأما إن انتزعه من يده فهلك عنده ، فإنك تردّه معه أو ما يقابله من الثمن بأن يقدر العبد بمالٍ وبلا مالٍ .

وأما لو كان مال العبد معيناً نقد له ، أو غير معلوم فإنه يصير كسلعة أخرى ، ولا يباع معه العبد إلا بما يصح بيعه به منفرداً .

قوله : (وكذلك الدابة تسافر عليها)^(١) . لأن ذلك غلة .

قوله : (دلّس له البائع بالعيب أم لا)^(١) . إذ لا ضرر ولا ضرار ، والمبتاع مخير بين أن يتماسك ويأخذ أرش القديم ، وبين أن يرد بأرش الحادث ، ويأخذ جميع الثمن .

قوله : (بخلاف الثياب تُقَطَّع وتُصبغ)^(٢) . لأنها لما كانت إنما تشتري لهذا ، فكأن البائع أذن له في ذلك وسلطه عليه ، ففي التدليس بالعيب لا يرد المبتاع ما

(١) التهذيب (٣/٣٠٠) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٠١) .



نقص بذلك ، وفي غير التدليس يرد ما نقص بذلك ؛ لأن البائع في الأول متعدي ، فيحمل عليه بخلافه في الثاني .

قوله : (إلا أن يفعل في الثياب ما لا يفعل في مثلها)^(١) . لأن هذا لم يؤذن له فيه فيصير كَعَيْبٍ حدث عنده ، فإذا رد بعيب قديم رد ما نقص لذلك .

قوله : (لم يعلم به البائع)^(١) . وهذا يرد قيمة ما نقص القطع ، وإن كان مأذوناً له فيه بالعرف ، والعرف كالشرط . [٩١/ب]

قوله : (وإن ادعى أن البائع دلّس)^(١) . يعني دعوى جازمة ، وإلا فلو شك فيها لم يحلف له ولم تسمع منه .

قوله : (وأنسيته)^(١) . هذا محتمل ، فلذلك أحلف ، لترفع التهمة بأنه ما نسيه ، فإذا حلف صار كمن لم يعلم بالعيب ، وكان له في الرد ما نقص القطع .

قوله : (وذلك فوت)^(١) . لأنه ما بقي الثوب ينتفع به لما يقطع له عرفاً فلزمت المبتاع القيمة ، ويرجع على البائع بأرشف العيب القديم .

قوله : (لميرجع إلا بما نقصه اللبس في التدليس وغيره)^(٢) .

الفرق بين هذا وبين القطع على العرف فيه أنه في القطع لم ينتفع المبتاع بشيء فلم يرد النقص في التدليس وفي اللبس قد انتفع رد قيمة ما انتفع به .

قوله : (ولا يرد لللبس الخفيف شيئاً)^(٣) . لأن اللبس [مأذوناً]^(٤) فيه عرفاً ،

(١) التهذيب (٣٠١/٣) .

(٢) في التهذيب «لم يردّه إلا بما نقصه» (٣٠١/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٣٠١/٣) .

(٤) كذا في المتن . ولعل الصواب : مأذونٌ .

فإذا خف قبل فلم يلتفت إليه .

قوله: (وأما إن صبغ الثوب صبغاً ينقصه)^(١). هذا كالقطع المأذون فيه ؛ لأنه إنما يشتري الثوب للقطع والصبغ ونحوه ، فلا يرد قيمة النقص في التدليس ويرده في غير التدليس .

قوله: (فلم يفسدها)^(٢). أي لم يكن مما تفوت به .

قوله: (ولو فعلني الثوب ما زادت له قيمة من صبغ أو غيره)^(٣). مثاله: أن يشتريه بدينار ويصبغه بدينار ، ويساوي بالصبغ ديناراً ونصف ، فيكون شريكاً بقدر نصف دينار ، وهو ثلاثة .

وهذه مسألة فرق: وذلك أنه لو استحق الثوب فيؤمر المستحق أن يدفع قيمة الصبغ ، فإن أبى كان شريكاً معه بقيمة الصبغ ، فإذا باعه قسم ثمنه بين قيمتي الصبغ والثوب أبيض .

والفرق أن المبتاع في الأولى لم يكن مضطراً إلى الرد ؛ لأنه يمكنه أن يتمسك بالثوب ، ويأخذ أرش العيب القديم ، كما أن المستحق لم يضطر إلى ذلك لأنه له أن يأخذ من المبتاع قيمة الثوب أبيض ، ويأخذ المبتاع على البائع منه بثمانه .

قوله: (ولا يعلم إلا بفساد)^(٤). كشق الخشب وأكل البطيخ ، والمذهب أنه لا يرد ولا يأخذ الثمن ولا قيمة عيب ؛ لأن ذلك مما يستوي المتبايعان في الجهل به .

(١) التهذيب (٣٠١/٣) .

(٢) في التهذيب «وإن لم يفسدها فليرد معها ما نقصها» (٣٠٢/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٣٠٢/٣) .

(٤) في بعض نسخ التهذيب «ولا يعلم بفساده» (٢٩٦/٣) .

وقيل: يردده ويأخذ الثمن أو يتماسك ، ويأخذ أرش العيب كسائر البيوع ، وهو قول الشافعي .

وقيل: إن كان ذلك مما يعلم أن البائع علم به مثل أن يوجد الجوز كله أو غالبه مسوساً والقشاً مرّاً ، فهذه لا تخفى على البائع ، ففي هذا يرد ويأخذ الثمن وإلا فلا^(١).

قوله: (وأما البيض)^(٢). لأن له [طريق]^(٣) يعلم بها فسادة معروفة عند الناس .

قوله: (فجفت)^(٤). أي لما جفت نقصت في الكيل .

قوله: (مغشوشاً)^(٤). مثل أن يخلط بالماء .

قوله: (فلك الرجوع بما بين الصحة والداء)^(٤). كان القياس أن يرجع عليه البائع بمثل ذلك ؛ لأنه عن ذوات الأمثال لكن تعذر المثل ؛ لأن بلل الحنطة لا يرجع إلى حدٍّ معلوم ، وكذلك خلط العسل بالماء قد يقل ويكثر ، فلما جهل المثل رجع إلى ما قال ، وهذا معنى قوله: «لا يوجد مثله بغشه»^(٤).

قوله: (ولو وجد مثله)^(٥). أي لو تحقق التماثل مثل أن يكون قدر الماء فيها سواء لزم المثل ، وردده المبتاع لأنه استهلكه بالأكل ويأخذ جميع الثمن .

قوله: (ولا يغرم لنقص الافتضاظ شيئاً)^(٦). لأنه لما زوجها ، ثم باعها ،

(١) انظر تفصيل هذه الأقوال في مختصر ابن عرفة (٤٢٠/٥) .

(٢) التهذيب (٣٠٣/٣) .

(٣) كذا ، ولعل الصواب: طريقاً .

(٤) التهذيب (٣٠٣/٣) .

(٥) في التهذيب «ولو وجدت مثله» (٣٠٣/٣) .

(٦) المصدر نفسه (٣٠٣/٣) .

فقد دخل على أنها قد تردّ بعيب بعد الافتضاض .

قوله: (فلا تراجع بينكما)^(١). يريد أن العيب قديم عند الذي باع منك ، فإن ردّته عليه ردّه عليك ، ودفعت له مثل الذي يدفع لك ، ولا فائدة في ذلك ، ولكن إن شئت فراجع أنت على البائع منك الأول .

قوله: (قبل علمك بالعيب)^(١). لأنك إن علمت به لم ترجع عليه ، ولا على الذي باع منك أولاً ؛ لأنك [١/٩٢] قد رضيت به ، وله أن يرجع عليك هو به إن لم يعلم به ، ثم ترجع أنت إن شئت على البائع الأول .

قوله: (فلا رجوع له عليك إن كان مدلساً)^(١). لأنه قد رضي به .

قوله: (فتتقاصان إن شئتما)^(١). لأنه له عليك مثلاً عشرة ولك عليه خمسة عشر ، ثم ترجع أنت إن شئت على البائع الأول إن لم تكن علمت بالعيب أولاً ، وهذا التفصيل لابن القاسم ، فيما إذا بعته ممن باعه منك ، أمّا إن بعته من أجنبي فلا ترجع بذلك على من باع منك .

قوله: (ورجعت عليه بحصة العيب من الثمن)^(٢). لأنه كمن دفع لك تسعة أجزاء العبد ، وهي التي وهبته إياها ، فلك الرجوع بالجزء الزائد عليه ؛ لأنه لم تقع فيه هبة .

قوله: (فالخيار هاهنا للبائع)^(٢). لا خلاف في هذا أن المبتاع لما باع نصفه كان هو الذي تسبب في ذلك ، فللبائع أن يقول: إنما آخذ العبد كله ، وحينئذ أدفع لك أرش العيب فتمسك بنصف العبد ، وادفع له نصفه وقيمة العيب أو رده لي وليس لك من أرش العيب شيء ، وقد ضررتني مع ذلك بإحداث الشركة .

(١) التهذيب (٣/٣٠٣) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٠٤) .

بخلاف ما لو باع الأول عبده من اثنين ثم وجدا عيباً ، فهل يرجع أحدهما دون الثاني ؟ هنا خلاف .

قوله : (فإما رَدَّهُمَا جميعاً)^(١) . لأنها كالشيء الواحد ، فلا يرد بعضه ويترك البعض ؛ لأنه لا ينتفع بأحدهما إلا مع الثاني .

والمصراع : إحدى دفتي الباب .

قوله : (في اشتراء الجملة)^(١) . يعني : إن كان المعيب وجه الصفقة ردّ الجميع أو ليس وجه الصفقة ردّ المعيب وأخذ ما يقابله من الثمن .

قوله : (وإن أراه إياها)^(١) . أي لا يبرأ منها وإن أراه إياها ، لأنه لا يكفي في ذلك أن رآها حتى يصفها له وصفاً بالغاً ؛ لأنها قد تكون مُنْغَلَةً أي قد وصلت إلى العظم ودوّدت ، ولا يعلم ذلك برؤيتها ، والمنغلة يموت منها الحيوان .

قوله : (فوجده ينقب)^(٢) . أي ينقب الديار والحوانيت .

قوله : (أو مثل العوالي أو مصر أو الشام)^(٣) . يعني من المدينة .

قوله : (تبرأ من عيوب الفرج)^(٤) . أي ذكرها جملة ، فإن كانت مختلفة ، ومنها ما يتفاحش ثم يبرأ .

قوله : (وأما الرتق وما تفاحش ، فلا يبرأ)^(٤) . إلا أنه عيب كبير ، ومنه اللحمي وهو الذي يعالج ، والعظمي لا يعالج .

(١) التهذيب (٣/٣٠٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٠٤ - ٣٠٥) .

(٣) في التهذيب «والمبتاع يظن إباق مثل ليلة أو إلى مثل العوالي ، أو سرقة الرغيف ، فوجده ينقب البيوت أو قد أبق إلى مثل مصر أو الشام ، فلا يبرأ حتى يبين أمره» (٣/٣٠٤) .

(٤) التهذيب (٣/٣٠٥) .

قوله: (ومن كَثُرَ في براءته أسماء العيوب)^(١). أي يذكر من العيوب ما ليست فيه مخافة أن يجده، فلا يرجع له، فلا يبرئه ذلك، ولكن يرجع عليه المبتاع بما يجده، وإنما يتقي في البراءة أن يقول: «اشتريته هكذا ولا أعلم به عيباً فخذ كما هو»، فلا يرجع عليه بما يجد فيه.

وإن علم به عيباً، لم يجر له أن يتبرأ منه على الجملة هذا تدليس، ولكن يسميه، والتلفيق أن يخلط بعض العيوب ببعض فيظن المبتاع أنه لا عيب فيه، وإنما يذكر ذلك مبالغة، فيزيد في الثمن، ويروم البائع أن يربح فيها عيباً يعلمه، أو يقول لعل بعض ذلك به فيحطه من ثمنه، أو يرى أنه قد (٠).

والبارئة: مخطف يجعل فيه اللحم من حديد كالوضم.

قوله: (فيبرأ من عيوب ذكره)^(٢). أي بعد العقد.

قوله: (وإن لم يكن ظاهراً لم ينفعه)^(٣). لأنه مجهول عند المبتاع، وقد علمه البائع، فلا يفسده ذلك والبيع قد تم.

ثم إذا اطلع على عيب بعد، فإن كان متلفاً رجع بالقيمة، وإن كان غير متلف، فهو بالخيار بين أن يردده ويأخذ الثمن أو يأخذ أرش العيب.

قوله: (ولو أقام البائع بينة أن بها عيباً باطناً)^(٣). لأن هذا قد ثبت بالنية فللمبتاع الخيار كسائر العيوب المحققة.

قوله: (فما تفي الثلاث)^(٤).

(١) التهذيب (٣/٣٠٥).

(٢) في التهذيب «من عيب ذكره» (٣/٣٠٦).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٠٦).

(٤) المصدر نفسه (٣/٣٠٧). كذا ذكره في المتن من غير أن يشرحه.

باب في عهدة الرقيق

عهدة الرقيق ضربان^(١): صغرى في [٩٢/ب] الزمن كبرى في الضمان، وهي عهدة الثلاث؛ لأنه يضمن البائع فيها كل عيب في الرقيق، وأصلها الحديث: «من باع عبداً أو وليدة، فعهدتها من البائع ثلاثة أيام بلياليها»^(٢). وروي «أربع» بضمائها، وهما في عهدة، وإنما اختص الرقيق بذلك لأنه يكتم عيوبه بخلاف غيره من الحيوان، واختلف في السلم في رقيق أو في نكاح برقيق، هل في ذلك عهدة الثلاث؟ قولان.

وَجْهُ الْأَوَّلِ الْقِيَاسُ عَلَى الْبَيْعِ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ؛ لِأَنَّهُ بَعْوُضٌ.

وَوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ إِنَّمَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ: «مَنْ بَاعَ»، وَهَذَا لَيْسَ بَيْعاً وَإِنْ كَانَ بَيْعاً خَاصّاً، بَلْ لَهُ اسْمٌ آخَرٌ.

والثانية: كبرى في الزمن صغرى في الضمان، وهي عهدة السنة؛ لأنها في

(١) قال ابن شاس «ذكر العهدين، وهما صغرى في الزمان كبرى في الضمان، وكبرى في الزمان صغرى في الضمان. فالأولى هي عهدة الثلاث من جميع الأدواء، مما يطرأ على الرقيق من نقص في بدن أو [فوات] عين في مدة ثلاثة أيام، وكأن هذه المدة مضافة إلى ملك البائع ولذلك تكون النفقة والكسوة عليه إلا أن الغلة ليست له. ورأى بعض المتأخرين أنها له، لأن الخراج بالضمان. والعهدة الثانية الكبرى في الزمان الصغرى في الضمان هي عهدة السنة من الأدواء الثلاثة: الجنون، والجذام، والبرص» انظر عقد الجواهر الثمينة (٧١٨/٢).

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، والذي في كتاب البيوع من الموطأ باب العهدة: قَالَ مَالِكُ: مَا أَصَاب الْعَبْدَ، أَوِ الْوَلِيدَةَ فِي الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ، مِنْ حِينَ يَشْتَرِيَانِ، حَتَّى تَنْقُضِيَ الْأَيَّامَ الثَّلَاثَةَ فَهُوَ مِنَ الْبَائِعِ. وَإِنْ عَهْدَةُ السَّنَةِ مِنَ الْجَنُونِ، وَالْجَذَامِ، وَالْبَرَصِ، فَإِذَا مَضَتْ السَّنَةُ فَقَدْ بَرِيَ الْبَائِعُ مِنَ الْعَهْدَةِ. وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا، أَوِ وَلِيدَةً مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ، أَوْ غَيْرِهِمْ بِالْبَرَاءَةِ، فَقَدْ بَرِيَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ. وَلَا عَهْدَةَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عِلْمُ عِيَا، فَكْتَمَهُ. فَإِنْ كَانَ عِلْمُ عِيَا، فَكْتَمَهُ، لَمْ تَنْفَعِهِ الْبَرَاءَةُ. وَكَانَ ذَلِكَ الْبَيْعُ مُرَدُّوْدًا. وَلَا عُهُدَةٌ عِنْدَنَا، إِلَّا فِي الرَّقِيقِ.

الأوداء الثلاث فقط^(١)، وذلك أن هذه قد يبطئ ظهورها، فجعل لها مُضَيِّ الفصول الأربعة، وكذلك إن مات أو غرق، هذا تعبُّدٌ لا يتعلَّلُ.

قوله: (فهلك فهو من البائع)^(٢). يعني إذا لم يعلم هل هلك في الثلاث أو بعدها فضمّانه من البائع حتى يعلم أنه لم يهلك إلا بعدها، ووجهه أن الأصل ضمانه من البائع، فلما أشكل استصحبنا ذلك الأصل الضمان.

وقال ابن القاسم: بل يكون من المبتاع عند الإشكال، وذلك أن الأصل براءة ذمة البائع من الضمان، وإنما عليه الضمان في الثلاث، وقد شككنا هل ذلك طراً في الثلاث، فيرجع إلى أصل براءة الذمة، وهذا المذهب، وَلَمْ يَقَعْ في المدوَّنة^(٣).
قوله: (ولو وجدناه)^(٤). أي سالما بعد الثلاث لم يوثق فيه عهدة؛ لأن العهدة لا تتكرر.

قوله: (ولا حجة على البائع في إباقه)^(٤). لأنه قد تبين له ذلك.

قوله: (ولا تنفع البراءة)^(٤). في ذلك خمسة أقوال^(٥):

أحدها: أنه لا براءة في شيء مطلقاً.

والثاني: عكسه ثبوت البراءة في جميع الأشياء المبيعة مطلقاً.

الثالث: أنه لا براءة إلا في الحيوان وشبهه أن عيوبه تخفى.

(١) انظر نظم الدر في اختصار المدونة للشارمساحي. (ص: ٤٦١).

(٢) في التهذيب «أو قتل، كان من البائع في الثلاث» (٣/٣٠٧).

(٣) انظر جامع الأمهات لابن الحاجب (ص: ٣٦٢).

(٤) التهذيب (٣/٣٠٨).

(٥) انظر تمام هذه الأقوال في التنبيهات المستنبطة (٣/١٣٦٩)، مختصر ابن عرفة (٥/٤٣٢)، والذخيرة (٥/٩٥).

والرابع: أنه لا براءة إلا في الرقيق وهذا المذهب، ووجهه أن العاقل يخفي عيوبه فيمكن ألا يطلع البائع عليها.

الخامس: أنه لا براءة إلا في الحيوان ما عدا الرقيق.

والفرق أن الرقيق قد يظهر من العيوب ما ليس به لغرض له، فلم يعتد بذلك.

قوله: (إلا من الحمل في الرائحة)^(١). لأنه إن كان منه وطء فيها فلا يجوز؛ لأنه لا يدري هل تكون مبيعة أو لا، لأنها إن خرجت حاملاً فهي أم ولد وذلك غرر.

وإن لم يطأها فالحمل ينقص من ثمنها كثيراً، فيدخل الخطر بأن يقول البائع: لعلها حامل، ويقول المبتاع: لعلها غير حامل، فيغبن أحدهما الثاني.

قوله: (لأنها تتواضع)^(١). أي وذلك لخطر الحمل فيها ونقصه جل ثمنها.

قوله: (وبيع السلطان بيع براءة)^(٢). لأنه قد علم أنه لا علم عنده بذلك.

وكذلك الورثة لا يتهمون بعلم العيوب فيبئعهم على البراءة وإن لم يشترطوه، وإذا لم يكن كذلك غيرهم للتهمة أنهم علموا بالعيوب فكتموا، ولو لم يعلم المبتاع أن البائع وارث أو سلطان حتى انعقد البيع، فلا يكون بيع براءة إلا بالبيان.

قوله: (ليس للمبتاع رده)^(٣). لأنه على البراءة دخل.

قوله: (وهو من المبتاع)^(٣). أي ضمانه.

قوله: (ولا تنفع في غير الرقيق)^(٣). هذا على المذهب.

(١) التهذيب (٣٠٨/٣).

(٢) في التهذيب «وبيع السلطان للرقيق في الديون أو المغنم وغيره بيع براءة» (٣٠٨/٣).

(٣) المصدر نفسه (٣٠٨/٣).

قوله: (ومن ذلك من يقدم عليه الرقيق)^(١). هذا أيضاً على غير المذهب بنفي البراءة مطلقاً.

قوله: (وثبت مالك على أن بيع السلطان بيع براءة)^(١). أي فيه قولان، والمذهب ثبوت البراءة.

قوله: (هو أشد من بيع البراءة)^(١). أي من غيره؛ لأنه قد علم من السلطان أنه لم يختر، ولا علم العيوب بخلاف من يشترط البراءة، قد يتهم أنه علم عيباً فكتمه. قوله: (وإذا كتم الورثة)^(١). أي إذا ثبت ذلك عليهم بالبينة، فلا ينفعهم اشتراط البراءة.

قوله: (ولا بأس بذلك في [١/٩٣] الوخش)^(١). يعني إذا لم يطأها السيد، ولذلك لا تتواضع لأن الحمل ليس بعيب فيها وقد يزيد في ثمنها.

قوله: (ولو كان ظاهراً)^(٢). لأنه لا تبقى مخاطرة بأن يقدر البائع الحمل والمبتاع نفيه.

قوله: (والثمن خمسين)^(٣). أي جوارى العرب، كانت لا تنتهي إلى هذا الثمن إلا فيما عظم.

قوله: (علم عيباً أم لا)^(٣). هذا على المذهب أن لا براءة إلا في الرقيق.

قوله: (ولا أيمان)^(٤). أي لا يحلفوا على أنهم لم يعلموا أحداً بظاهر الأمر من عدم العلم.

(١) التهذيب (٣/٣٠٩).

(٢) في التهذيب «ولو كان بها حملٌ ظاهر» (٣/٣٠٩).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣١٠).



قوله: (يُرَدُّ عَلَى الْغَرْمَاءِ)^(١). فيردون ثمنه ، ثم يبيعونه بيعاً آخر بالعيوب ولا يرد على المفلس ؛ لأنه ما باعه ولا قبض ثمنه ولا له مال آخر .

قوله: (كانت من الغرماء)^(١). لأن الحاكم إنما ينوب عن المفلس في البيع ، فإذا قبض الأثمان فإنما قبضها للغرماء كقبض الوصي لمحجوره فيده كأيديهم .

وقيل: من المفلس لأن حقوق الغرماء ثابتة عليه حتى يصلوا إلى قبضها^(٢).

وقيل: إن كان في الأثمان عين فهو ممن له عين ، أو متاع فهو ممن له مثله ؛ لأنه إنما يدفع له من ذلك النوع لا من غيره ، فكأنه قد قبضه ؛ ولذلك لو كان على المفلس طعام من سلم فبيع ماله بعين تلف فيكون من المفلس اتفاقاً ؛ لأن تصرف الحاكم عنه لم يفرغ بعد حتى يبتاع له بالعين طعاماً فيدفعه عنه .

قوله: (فرد الغرماء عتقه)^(٣). أي لهم منعهم إياه قبل التفليس ، إذا أحاطت الديون بماله ، من التصرف على غير النظر في ماله كالتعق والهبة ، لأن ذلك بغير عوض .

قوله: (فلا يطؤها)^(٣). لإمكان أن يطرأ له مال فيعتق عليه .

قوله: (فاشترأها ، بَقِيَتْ لَهُ رِقًّا)^(٣). لأن الحاكم قد أبطل عتقه إياها ، ولم يبق له أثر .

قوله: (كان أحق بها)^(٤). للحديث: «من باع سلعة فأفلس المبتاع ، فصاحبها أحق بها»^(٥) ، فمذهب مالك والشافعي أن المراد بصاحبها البائع ، أي

(١) التهذيب (٣/٣١٠).

(٢) انظر التبصرة للخمّي (٩/٤٠٤٤).

(٣) التهذيب (٣/٣١٠).

(٤) المصدر نفسه (٣/٣١١).

(٥) الحديث أخرجه مالك في الموطأ كتاب البيوع ، باب ما جاء في إفلاس الغريم ، عن أبي بكر بن =

الذي كان صاحبها^(١).

وقال أبو حنيفة: إنما صاحبها الآن المبتاع فهو أحق بها من البائع.

قوله: (كانت من المديان)^(٢). لأنها على ملكه فأتت.

قوله: (وليس له منعهم من أداء ثمنها)^(٣). أي ليس للمفلس خوفًا من أن تموت على ملكه فيتبع بثمنها، أن يقول خذوها ملكًا لكم وأبرؤوني مما دفعتم للبائع من ثمنها، فإن ماتت كانت منكم أو أسلموها إلى بائعها؛ لأنه ليس على الغرماء أن يشتروا من المفلس شيئًا، ولكن إذا دفعوا ثمنها صار دينًا زائدًا إلى ديونهم على المفلس يتبعونه به.

قوله: (فالعهد على ربها)^(٤). هذا إذا صدقه المبتاع، وإن لم يصدقه ولا كذبه فالعهد على الوكيل.

قوله: (وإن لم يعلم أنها لفلان حلفه الوكيل)^(٥). يعني إن ادعى الوكيل أن عند المبتاع علما بذلك، فيحلف الوكيل أنه لا يعلم، فإن لم يحلف ردها على فلان.

قوله: (فلا عهد عليهم)^(٦). لأنه قد علم الجمهور أنهم إنما يبيعون لغيرهم، فإن لم يوجد ذلك الغير فلا يلزم هؤلاء شيء؛ لأن البائع قد يكون طارئًا

= عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل باع متاعا، فأفلس الذي ابتاعه منه، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئًا، فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء».

(١) انظر التبصرة (٣١٦٩/٧).

(٢) التهذيب (٣١١/٣).

(٣) في التهذيب «حلف الوكيل» (٣١١/٣).

(٤) المصدر نفسه (٣١١/٣).

وهو الغالب وعلى ذلك دخل المبتاع، وما يعمل الآن في الأسواق من أخذ الضمان منهم إنما هو على جهة المصلحة للناس، اللهم إلا ألا يجمعوا بين البائع والمبتاع فتكون العهدة عليهم.

قوله: (ردّ السمسارُ الجعلَ على البائع)^(١). هذا نبأ على أن الرد بالعيوب نقض للبيع من أصله وهو المذهب.

وأما على قول أشهب: أنه نقض له من حينئذ فهو بيع ثان فلا يرد الجعل^(٢)، اللهم إلا أن يتبين أن البائع دلس بالعيوب، فلا يلزمه رد الجعل؛ لأن البائع تسبب فيما نقض البيع.

قوله: (فاعلم به البائع، فالثمنُ على الوكيل)^(٣). أي صدقه المبتاع في ذلك أو لم يصدقه.

قوله: (ولا عهدة على قاضولا وصي)^(٤). [٩٣/ب] لأنهما قد علم أن بيعهما على غيرهما.

قوله: (فلا شيء على الأيتام)^(٥). لأنه لا ذمة لهم، ولا يجوز للناظر لهم من حاكم أو غيره أن يبيع عليهم على ذمتهم، ولا أن يعمر ذمتهم بشيء، وإنما يقع البيع في ظاهر الملك وعلى ذلك دخل المبتاع، فإذا استحق تبين أنه لا ملك

(١) التهذيب (٣/٣١١).

(٢) أصل الخلاف مبني على قاعدة «هل الرد بالعيوب نقضُ بيعٍ أو ابتداء بيعٍ»، قال الوشرسي: «فعلى أنه نقض للبيع من أصله يرد وهو مذهب المدونة، وعلى أنه كابتداء بيع لا يرد» إيضاح المسالك: ص ٣٤٩، انظر هذه المسألة أيضا في جامع الأمهات (١/٣٦١)، والتنبيهات المستنبطة (١/٢٠٦).

(٣) التهذيب (٣/٣١٢).

(٤) في التهذيب «ولا عهدة على قاض أو وصي» (٣/٣١٢).

(٥) المصدر نفسه (٣/٣١٢).

لهم وكانت مصيبة نزلت بالمبتاع .

وقال المخزومي: بل يتبعون بذلك إذا صارت لهم (٠) ، لأنهم قد انتفعوا بمال المبتاع^(١) .

قوله: (إلا أن يعلم أن المديان علم به فكتمه)^(٢) . لأنه مدلس فحمل عليه ، إلا أنه له ثلاثة أحوال وقت الرد بالعيب:

أحدها: أن يكون على عهدة الأول ، فهذا يرد على الغرماء لأنهم الذين بيع لهم ، وأخذوا ثمنه فيردون الثمن ثم يبيعونه بيعاً ثانياً عليه بالعيب وما نقص من الثمن اتبعوا المديان به .

والثاني: أن يكون قد أيسر فيرد عليه ويؤخذ منه ثمنه لكن يلزمه عتقه ؛ لأنه قد بطل بيع السلطان له ؛ إذ الرد بالعيب نقض للبيع من أصله وبذلك البيع كان إبطال العتق ؛ فإذا بطل البيع عاد العتق صحيحاً .

والثالث: أن يعسر ثانية فهنا قولان:

أحدهما لابن القاسم: أنه كالحال الأول ، وكأنه لم يوسر بعد العسر الأول فيرد على الغرماء ثم يبيعونه ثانياً ويبطل العتق ، وهذا منه بناءً على أن الرد بالعيب نقض للبيع من حينه ونقض أصله في ذلك ؛ لأنه لو باع على أنه فسح للبيع من أصله لزمه العتق ؛ كمن أعتق عبداً له وهو مديان فلم يقم الغرماء ، ثم أيسر فلم يقم الغرماء حتى أعسر فالعتق لازم لأنه قد مضى له زمان لو قام فيه الغرماء لزم العتق وهو حال اليسر .

(١) انظر التنبيهات المستنبطة (٧٥٨/٢) ، والتوضيح (١٠٠/٥) .

(٢) التهذيب (٣١٢/٣) .



والثاني لأشهب قال: يعتق العبد ويتبع المفلس بثمنه ، وهذا أيضاً تفرع منه على خلافِ أصلِهِ من أنه فسُخِّ للبيع من حينه ؛ لأنه لو فرَّع على أصله لكان البيع الأول صحيحاً وهو إبطال العتق ، فأخذ من ذلك أن لكل واحد منهما قولين في الرد بالعيب .

قوله: (ولو حدث به عيب آخر مفسد)^(١). أي يكون بالخيار بين أن يردَّ ويأخذ الثمن ويرد أرش الحادث ، أو يمسكه ويأخذ أرش القديم على حكم كل مبتاع في مثل هذا ، إلا أنه إن ردّه على الغرماء لعُسْرِ سيِّده باعوه ثانية بالعيب كما تقدم ، وإن رده على سيده ليُسِّره ، ردَّ له الأرش ، وأخذ منه الثمن ، وفي الأرش الذي يردُّه المبتاع قولان ، أحدهما: أنه للعبد ؛ لأنه عن جزء منه بعد عتقه . والثاني: أنه للسيد .

وسبب الخلاف هل بطل البيع في العبد كله ، فيكون له لتحقُّق عتق الجميع ؟ وإذا بطل فيما عدا هذا الجزء الذي يقابله الأرش لأنه لم يبعه في الحقيقة فهو باقٍ على ملكه ، كما أنه لو هلك عند المبتاع كانت قيمة الجميع للسيد لأنه لم ينفذ فيه العتق ؛ لأنه إنما ينفذ العتق مع بقاء المحل الذي يكون فيه العتق .

قوله: (حتى يبين)^(٢). كما لو أبقَ عنده [.]^(٣) لم يجز بيعه حتى يبين الإباق ، لأنه لا يؤمن عود ذلك .

قوله: (إلا أن يخاف عودته أهل المعرفة)^(٤). إن قالوا: إن ذلك لا يعود

(١) التهذيب (٣/٣١٢) .

(٢) يريد قوله «ولو جن عنده مرة ثم انقطع لم يجز بيعه حتى يبين ، إذ لا يؤمن من عودته» (٣/٣١٣) .

(٣) ما بين المعقوفين يحتمل أن يكون: [مرة] أو [مدة] .

(٤) التهذيب (٣/٣١٣) .

صح البيع ولم يرد .

قوله: (والحمرة)^(١) . هي تشبه البهق^(٢) .

قوله: (تَسْلَخُ ، وَوَرَمٍ)^(٣) . يعني الجرب .

قوله: (ولا من البهق)^(٣) . لأنه يزول .

قوله: (ولو جنى عليه)^(٣) . قال ابن وهب: هذا لا يرد به ؛ لأنه معلوم الحدوث^(٤) .

وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ مَا ذَهَبَ عَقْلُهُ لِلضَّرْبَةِ إِلَّا وَهُوَ ضَعِيفُ الْعَقْلِ مِنْ قَدِيمٍ .

قوله: (وإن ذهب بذلك عقله)^(٥) . مثل أن يتوسوس لذلك .

قوله: (أمر قائم بالمدينة)^(٥) . أي هو عمل أهلها كان الخطباء بها يذكرونه على المنابر في خطبهم ، ويحافظون عليه .

وهل يحكم بذلك في كل بلد أهلُهُ مالكيَّةٌ وإن لم تجرِ لهم عادةٌ به ، أو لا يحكم به إلا في موضع جرت عادته به ؟ قولان .

قوله: [١/٩٤] (ولا عهدة إلا في الرقيق)^(٦) . لأن الحديث فيه جاء ، وليس

(١) التهذيب (٣/٣١٣) .

(٢) قال الجبي «البهق أثرٌ أبيض وطرق بيض في الجسم وتخالف لون الجسم ، وأكثر ما يبدو ذلك في الصدر والتراقي والأعناق يعرض ذلك من المرة السوداء ونحوها» . انظر شرح غريب ألفاظ المدونة للجبي ، تقدم توثيقه . ص (٨١) .

(٣) التهذيب (٣/٣١٣) .

(٤) انظر الجامع لمسائل المدونة (١٤/٢٤٤) .

(٥) التهذيب (٣/٣١٣) .

(٦) المصدر نفسه (٣/٣١٤) .

عند الشَّافِعي عهدة في الرقيق ، بل كل ما أصابه من يوم العقد ، فهو من المبتاع كسائر السلع .

قوله : (ولا يجوز النقد في الثلاث بشرط)^(١) . لأنه تارة يكون سلفاً ، وتارة ثمنًا ، فإن تنازعا فقال البائع : لا أخرج العبد من يدي حتى آخذ ثمنه ، وأبى المبتاع أن يدفع له مخافة ما يطرأ ، فإنه يجعل على يد أمين ؛ لأنه يؤمن محذور كونه سلفاً وبيعاً .

ولا يجوز للمبتاع أن يتصرف فيه في أيام عهدة الثلاث ، فإن تصرف بعث أو وطء أو بيع ، فيكون قد أسقط حقه من العهدة ، ورضي بما يطرأ فيها .

ابن كنانة : لا يسقط حقه بذلك ، بل يرجع بقيمة الأرش إن فات الرد ، والنقد فيها جائز ، أي بشرط^(٢) .

والفرق أن أمرها يطول ، ولا شك أن التصرف يجوز له فيها بالبيع والوطء وغيرهما ؛ لأن منعه من ذلك ضرر لطولها ، فكما صح له التصرف فيلزمه النقد بالشرط^(٣) .

ولو اشترى رضيعاً ، فلما كبر تبين أنه أخرس ، لم يكن له الرد لاحتمال أن يكون ذلك حدث به بعد البيع ؛ إذ الأصل السلامة وقت البيع ، وكذلك لو أعتقه ثم تبين له أنه أخرس ، فيجزيه لما ذكر .

(١) التهذيب (٣/٣١٤) .

(٢) انظر الذخيرة (٥/١١٩) ، النوادر والزيادات (٦/٢٢٣) ، شرح التلقين (٢/٧٧٦) .

(٣) قال في الذخيرة معللاً : « فرع قال ابن يونس : يحرم النقد في عهدة الثلاث لئلا يكون تارة بيعاً وتارة سلفاً دون عهدة المسنة لدور الأدواء الثلاثة ولطولها فيكون منع التصرف ضرراً فعجل الثمن والبيع » الذخيرة (٥/١١٩) .



ولا خلاف في بيع الرقيق أن فيه عهدة الثلاث ، وأنه لا عهدة في ميراثه ،
وفي السلم فيه ، والإقالة ، والتولية ، والقرض ، والخلع ، والصلح ، والنكاح ،
قولان في كل واحد .



كتاب الصلح

...﴿١٣٥٢﴾...

قال النبي ﷺ: «الصلح جائز، إلا صلحا حرم حلالا أو حلل حراما»^(١)، وهو على ثلاثة أضرب^(٢):

بيع، وإسقاط لبعض الحق، وإبراء لجميعه.

قوله: (فصالحك البائع)^(٣). مفهومه أن البيع الأول لم يفسخ؛ لأنه لا يفسخ إلا بحكم الحاكم على قول، أو بأن يقول المبتاع: أشهدكم بفسخه.

قال الأبهري: فيحمل كلام الكتاب على أنه قال ذلك، وإذا انفسخ البيع الأول، فإما أن يفوت العبد عند المبتاع أو لا، فإن لم يفت رده وثبتت المائة له على البائع حالة، فإذا قال المبتاع: خذ العبد بتسعين وأخترني بعشرة، فهذا بيع ثانٍ وسلف؛ لأن من آخر ما يجب له فهو سلف، وإن دفع العشرة نقداً صح.

وإن دفع لك عنها دراهم؛ فإن كانت إلى أجل لم يجز لأنه صرف مستأخرٌ وبيعٌ وصرفٌ في أكثر من دينار، ولا يجوز على المذهب انضمام الصرف إلى البيع إلا بشرط أن يكون أحدهما تبعاً للآخر فيكون كالعدم، مثل أن يكون الصرف

(١) رواه الترمذي في سننه في أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ من الصلح بين الناس، حديث رقم (١٣٥٢)، أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرم حلالا، أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما». قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح.

(٢) جعلها ابن شاس ضربان: معاوضة كالبيع، وإسقاط وإبراء. انظر عقد الجواهر (٢/٨٠٢). وابن الحاجب قال: «معاوضة - كالبيع -، وإبراء، وإسقاط» انظر جامع الأمهات (ص: ٣٨٨).

(٣) التهذيب (٣/٣١٥).

في هذه المسألة حالاً في دينار أو بالعكس لو كان البيع في دينار والصرف في سائر المائة ، وفي هذه المسألة ثلاثة أقوال^(١) :

أحدها: لا يجوز انضمام البيع إلى الصرف مطلقاً لاختلاف حكمهما .

والثاني: يجوز مطلقاً ؛ لأنهما عقدان كالبيع والإجارة .

والثالث: المذهب بالتفصيل المتقدم ، وإن دفع عنها عوضاً نقداً جاز ، وإلى أجل لا يجوز ؛ لأنه دين في دين .

وقال أشهب: البيع الأول في هذه المسألة باق حتى ينصا على فسخه فما دفع له على جهة الصلح عن العيب ، فيجوز فيه كل ما تقدم ؛ لأنه دفع له ذلك على إسقاط طلبه بالعيب^(٢) .

وأما إن تلف العبد تعيّن الرجوع بالأرث لتعذر الردّ ، وقد اشترى منه عبداً كاملاً ، وكأنه دفع له تسعة أجزاء وتمسك بجزء ، فلا يخلو أن يشتري منه ذلك الجزء بدينار أو دراهم أو عرض ، ولا بد على المذهب أن يعلما قيمة العيب أولاً وقدره من الرقبة ، لئلا يكون المبيع مجهولاً .

وقال غيره: لا يحتاج إلى النص على أنه ثلث أو ربع ؛ لأن قدر العيب معلوم عند التّجار ، فلا يضرّ سكوتهم عليه عند أخذ الأرث ، فإن دفع له دنانير ، فإما أن تكون بمثل [٩٤/ب] حصة العيب من المائة أو أقل ، فيجوز نقداً وإلى أجل لأنه لا تهمة ؛ إذ دَفَعَ له في أصل البيع في مقابلة هذا الجزء مثلها أو أكثر .

وأما إن كانت أكثر ، فيتهم إن كانت إلى أجل على أنه أخذه بما يقابل العيب

(١) انظر شرح التلقين (١٠٧٥/٢) .

(٢) انظر عقد الجواهر (٨٠٣/٢) .

من الثمن ليزيده ؛ لأنه قد وجب له أن يأخذ مقابله من الثمن حالاً ، وإن كانت نقداً جاز مطلقاً لأنه لا تهمة ؛ إذ لا يقابل ذلك شيء من الجهة الثانية .

وإن كان بدراهم أو عرض لم يجز إلا بالنقد ؛ لأنه دين بدين ، وفي الدراهم صرف مؤخر .

قوله : (طوق ذهب)^(١) . هو كالسوار إلا أنه يجعل في العنق ، ولذلك سُمِّيَ طوقاً ، وهو من زينة العرب .

قوله : (فصالحك منه البائع)^(١) . هذا أيضاً محمول على أن البيع الأول انفسخ ، ولذلك اعتبر البيع ثانياً .

وعلى قول أشهب ؛ البيع الأول باقٍ ، فكل ما دفع له يجوز لأنه على إسقاط طلبه بالعيب .

قوله : (وكأنه في عقد البيع)^(١) . أي كأنه باع منك الطوق وديناراً بألف درهم ، ولا يجوز إلى أجل ؛ لأنه بيع وسلف وصرف مستأخر في دينار ، ولا يجوز مع البيع على المذهب ، إلا في أقل من دينار .

قوله : (فإن كان نقداً جاز)^(١) . لأنه باع منه الطوق ، ورد إليه من الدراهم التي دفع له أولاً ؛ لأن مثلها من سكتها كعينها فلا محذور .

وإن كان ذهب وفضة بفضة ؛ لأن ذلك ليس على جهة البيع .

قوله : (يزيدية من غير سكة الثمن أو على تبر فضة لم يجز)^(١) . لأنه بالاختلاف تحقق البيع والمكايسة ، لفضل المحمدية على اليزيدية بجودة العتق ، وعلى التبر بالسكة .

(١) التهذيب (٣/٣١٦) .

قوله: (فإن كانت قدر مورثها من الدراهم فأقل، جاز)^(١). ووجهه أنها أخذت حقها من الدراهم، وأسقطت حقها من سائر التركة.

قوله: (فإن كانت أكثر لم يجز)^(١). لأن ذلك صار بيعاً لا إسقاطاً لبعض حقها، وفيه بيع حظها من الدنانير والدراهم الحاضرة والغائبة بدراهم، وذلك لا يجوز لما فيه من التفاضل والصرف المستأخر في أكثر من أقل دينار.

والعروض المصاحبة لما يشرط فيه التأخير يجب فيها ذلك أيضاً.

قوله: (من غير التركة لم يحل)^(٢). لأن هذا بيع محقق وفيه المحذور المتقدم، وهذا المذهب.

ولنا قول ثانٍ بمنع ذلك مطلقاً، ووجهه أن لها من كل عرض ودرهم ودينار من التركة ثمنه، فمهما أخذت شيئاً مع مقابلة ذلك تأخذه ويدخله المحذور المتقدم.

ونقل عن أشهب الجواز في ذلك كله؛ لأنه إنما يأخذ ذلك على وجه الصلح وتسقط حقها من الطلب فلا محذور.

قوله: (فأما على عروض من ماله نقداً فذلك جائز)^(٣). لأنه زال محذور العين بالعين وشرط النقديّة للدين بالدين.

قوله: (بعد معرفتها بجميع التركة)^(٣). لأن في الجهل بها الغرر والمخاطرة.

قوله: (وذلك كله حاضر)^(٣). ليزول الصرف المستأخر.

قوله: (على دنانير من التركة)^(١). أي وإن كانت أكثر من حظها من دنانير التركة.

(١) التهذيب (٣١٧/٣).

(٢) يريد قوله «من غير التركة، قلت أو كثرت لم يجز» (٣١٧/٣).

(٣) التهذيب (٣١٧/٣).

قوله: (إن كانت الدراهم يسيرة)^(١). أي حظها منها أقل من صرف دينار، وإن كان أكثر لم يجز؛ لأنه بيع وصرف في أكثر من أقل من دينار، ولا يجوز على المذهب.

قوله: (لم يجز الصلح على دنانير أو دراهم نقدًا من غير الولد)^(٢). أي من غير التركة؛ لأن في ذلك صرفًا مستأخرًا.

قوله: (لا من سلم)^(٣). لأنه يجوز بيع الطعام فيه قبل قبضه.

قوله: (فذلك جائز)^(٣). لأنه يجوز مع ذلك كله قبل قبضه.

قوله: (إذا كان الغرماء)^(٣). حضوراً ليحصل العلم بالمبيع.

وقوله: (فإن كانت قدر مورثها)^(٣). هذا على ما تقدم، وفيها الخلاف المتقدم.

قوله: (لم يجز)^(٤). لأنه يصير بيعاً منها لحظها، لا أخذاً لبعضه وإسقاطاً لسايره.

قوله: (لم يجز)^(٥). لأنه بلغ حظّه من الدنانير والدراهم والفلوس بدنانير، ولو دفع له حظّه في بعضها وأسقط الباقي جاز، والخلاف المتقدم يتجه هنا، فعلى قول أشهب: [١/٩٥] يجوز مطلقاً لأنه أسقط عنه الطلب فيما له معه.

(١) التهذيب (٣/٣١٧).

(٢) في التهذيب «من عند الولد» (٣/٣١٨).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣١٨).

(٤) يريد قوله «وإن ترك الميت دنانير حاضرة» (٣/٣١٨).

(٥) يريد مسألة مصالحة الشريك قال في التهذيب «وإن صالح شريك شريكه على دنانير من جميع ما بينهما، وبينهما دنانير ودراهم وعروض وفلوس لم يجز» (٣/٣١٨).



وعلى القول الثاني: يمتنع مطلقاً؛ لأنه شريكه في كل جزء من ذلك.

قوله: (لأنك حططته وأخرته)^(١). أي وليس في مقابلة تأخيرك نفع لك.

قوله: (على ذهبٍ أو عرض نقداً)^(١). لأن صرف ما في الذمة جائز بنقد إذا كان حالاً.

قوله: (ولا يجوز فيهما تأخير)^(١). لأنه فسخ دين في دين.

قوله: (والإقرار والإنكار سواء)^(٢). أي لا يجوز بمؤخر للدين بالدين، ويجوز بالنقد، فهذا قول بجواز الصلح في الإنكار مع التأخير كما أجازته مع الإقرار، وعلمه بقوله: «إن كنت محققاً لم يجز فسخك إياه في غيره»^(٣)، أي في دين آخر، ويجوز في النقد كما كان ذلك في الإقرار، فقد تساوى الإقرار والإنكار في الحكم فهما سيان.

ولمالك قولٌ بأنه لا يجوز بتأخير؛ لأنه قال في مسألة تعين فيها لرجل حقٌ على آخر بشأهده، فأراد أن يحلف مع شأهده، فقال له ذلك الرجل: أخبرني به وأسقط عنك اليمين، فهذا لا يجوز؛ لأنه سلف جرّ نفعاً بإسقاط اليمين، فكذلك هنا؛ إذا نكره وتوجّهت اليمين على المنكر، فله ردّها على المدعي، وإذا أخره بذلك فهو سلف جرّ نفعاً.

قوله: (أن لأبيه قبل فلان خليطة مالا)^(٤). أنه لا يقبل الدّعوى إلا مع الخلطة، وأصل هذا أنه إذا كان عرض مشترك بين شخصين فباعاه من شخص

(١) التهذيب (٣١٨/٣).

(٢) في التهذيب «والإقرار والإنكار فيما ذكرنا سواء» (٣١٨/٣).

(٣) المصدر نفسه (٣١٨/٣).

(٤) في التهذيب «فادعى أحد الولدين أن لأبيه قبل خليطة مالا» (٣١٩/٣).

في صفقة إلى أجل ، فإنه لا يجوز لأحدهما أن يأخذ من الغريم شيئاً من ذلك الدين يختص به ، بل يشاركه صاحبه فيه ، ولا أن يبيع حظه من ذلك الدين من الغريم أو غيره وينفرد بذلك ، بخلاف ما لو كانا شريكين في عرض ما فإنه يجوز لكل واحد منهما التصرف في حظه بما يرى .

غير أنه إذا قال: بعت منك نصف هذا العبد وهو مشترك بين شخصين ، فالبيع في نصفه مشاعاً ؛ رُبْعُهُ له ورُبْعُهُ لصاحبه ، ويكون بيعه لربع صاحبه بيع فضوليّ إن شاء جوزه ، وإن شاء رده . ولو قال: نِصْفِي منه ، كان ذلك في نصفه .

والفرق أنه لقبضه من الغريم حقه قد يعرضه بخراب ذمته ، فيتضرر شريكه بذلك كما إذا أسقط أحد وارثين حقه من القصاص بمال ، فإن الوارث الآخر يدخل معه في ذلك المال ؛ لأنه فَوَّتَ عليه القصاص ؛ لأنه تعذر بصلحه .

قوله: (غير الطعام والإدام)^(١) . استثنى ذلك لأنه لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه إلا إن كان من قرض .

قوله: (إلا أن يشخص المقتضي بعد الأعذار)^(٢) . لأنه إذا استأذن شريكه في طلب ذلك ، فلم يساعده فقد سلم له في ذلك ، فلا يرجع عليه بشيء مما يقبض .

قوله: (أو يقتضي من حاضر)^(٣) . أي قبل أن يعذر إلى شريكه .

قوله: (فإن اختاروا ، ابتاع الغريم لم يدخلوا معه بعد ذلك وإن نوى ما على

(١) التهذيب (٣/٣١٩) .

(٢) وفي بعض نسخ التهذيب «إلا أن يكون الذي عليه الحق غائباً ، فيشخص إليه المقتضي بعد الإعذار إلى شركائه» (٣/٣١٩) .

(٣) في التهذيب «أو اقتضى من حاضر» . (٣/٣٢٠) .

الغريم^(١). أي وإن أفلس.

قوله: (بكتابين)^(٢). لأنه لا شركة بينهم في الدين؛ لأنه وإن كان أصله بينهم فكُتِبَ في كتابين قسمةً للدين، ولا يكون في كتاب واحد إلا إذا كان من صفقة واحدة.

قوله: (على عشرة دنائير)^(٣). إن صالح صاحبه بعد ذلك على حقه بعشرة، فلا دخول له معه، وإن كان بأقل، فيدخل مع الأول، ويخلطان ذلك كله ويقسم؛ لأنه ميراث أو مشترك.

وإن كان بأكثر لم يدخل الأول معه؛ لأن قد أسقط حقه لما رضي بالعشرة عنه، ولأن الثاني ما تعدى على صاحبه بالقبض دونه بخلاف الأول؛ لأنه متعدد بالانفراد، فلذلك دخل معه الثاني.

قوله: (أو يأخذ من شريكه خمسة ويرجع هو بخمسة وأربعين وصاحبه بخمسة)^(٤). لأنها استحققت منها الخمسة، فرجع بها على الغريم فما دفع لهما اقتسماه على خمسين على هذه النسبة.

قوله: (ثم يرجع هو على الغريم بخمسين [٩٥/ب] جميع حقه فإن قبضها دفع للمُصالح الخمسة التي أخذ منه)^(٥). وَجْهُ هذا القول الثاني أن القابض الأول قد تفاضل مع الغريم ولما أخذ منه صاحبه الخمسة [صارت]^(٦) يطلبه بها فمهما قبض شيئاً من الغريم دفع له من ذلك بحسابه من الخمسين.

(١) لعل الصحيح ما في التهذيب «فإن اختاروا اتباع الغريم وسلّموا له ما قبض لم يدخلوا معه بعد ذلك فيما قبض وإن نوى ما على الغريم» (٣/٣٢٠).

(٢) التهذيب (٣/٣٢٠).

(٣) كذا في المتن، ولعل الصواب: صار يطلبه.

قوله: (إن اختار الذي لم يصالح أن يدخل مع المصالح في العشرة)^(١). أي ولم يختار اتباع الغريم بذلك ، فتكون الأربعون التي أسقطها عنه كأنها لم تكن ويصير الدين كله ستين ، فيتحصان عليها العشرة ويتبعانه بما بقي لهما عليه .

قوله: (وكذلك لو قبض أحدهما العشرة اقتضاء ثم حط عن غريمه أربعين)^(١). لا فرق بين أن يحطها عنه في صلح أو في غير صلح ، الحكم كما تقدم سواء .

قوله: (فلا يرجع على شريكه بشيء)^(١). أي لا يرجع عليه بالخمسة التي أخذ منه كما تقدم في الوجه الثاني ؛ لأنه حين القسمة للعشرة لم يكن تفاصيل للأول مع الغريم ، وإنما يرجع على الغريم بهذه الخمسة المأخوذة منه ، كما في الوجه الأول .

قوله: (ولو باع أحدهما حقه أو صالح منه على عشرة أقفزة)^(٢). هذا كما تقدم من تخيير الثاني في الدخول معه في ذلك أو تركه واتباع الغريم .

إلا أن هنا إشكالا ؛ وذلك أن الأول لما باع حظه بهذا العرض فقد تعدى على صاحبه في نصف ذلك وهو خمسة [وعشرين]^(٣) ديناراً .

ومن تعدى على رجل في عين ، فإنما يجب عليه مثله لأنه من ذوات الأمثال ، بخلاف من تعدى في عرض فباعه ، فإن لربه أن يجيز البيع ويأخذ ثمنه ، أو يفسخه ويأخذ عين ملكه إن كان باقياً ، وكان ينبغي هنالك أن يرجع عليه بمثل ما تعدى عليه فيه لا بما باعه به .

فالجواب عن ذلك ما قال سحنون من أن العين إذا كان ديناً فهو بمنزلة

(١) التهذيب (٣/٣٢١).

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٢٢).

(٣) كذا في المتن ، والصواب خمسة وعشرون .

العرض بدليل أنه لا يجوز بيعه بعين آخر لا إلى أجل لأنه دين بدين ، ولا نقداً لأنه لا يجوز ذهب بفضة إلا يداً بيد فصار كالعرض ؛ لأنه لا يباع إلا بالعرض فلذلك رجع عليه بقيمته .

قوله : (ثم يكون بقية الدين بينهما)^(١) . هذا بيّن .

وأما قول ابن القاسم إذا قبض هو جميع حقه دفع للمصالح قيمة العرض الذي أخذ منه يوم وقع الصلح فمشكّل ؛ لأنه على هذا باع منه نصف العرض بقيمته يوم الصلح ، وذلك مجهول حال العقد .

فجاوبه أنهما لم يقصدا البيع ولا دخلا عليه ، ولكن لما تعدى الأول بيع نصف الدين بهذا العرض ، والغالب أنه باعه بأقل مما يساوي فيقول الثاني : ليس عليّ إلا قيمة نصف العرض يوم الصلح وما زاد على ذلك حيفٌ بي .

قوله : (ثم ادعى أن الرهن ضاع قبل الصلح أو بعده فهو له ضامن)^(٢) . لأن الرهن إذا كان مما يغاب عليه فضمانه من المرتهن ، إلا أن تقوم بينة بهلاكه فيسقط ضمانه على المذهب .

وقال أشهب لا يسقط لأن الضمان بالأصالة لا للثمة ، ولا ينفعه أن يقول : تلف بعد الصلح والبيع ومن ذلك الوقت صار وديعة عندي لا رهناً ؛ لأنه إنما قبضه بحكم الرهن فلا يزول ذلك الحكم عنه حتى يردّه .

قوله : (فادّعت أنك صالحته على مالٍ فأنكر الصلح)^(٣) . فقد أقررت بأن

(١) التهذيب (٣/٣٢٢) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٢٣) .

(٣) في التهذيب «فادّعت أنه صالحك على مالٍ وأنكر الصلح» (٣/٣٢٤) .

لا قصاص لك بسبب الصلح ، وادعيت عليه ما لا أنكره ، فعليه اليمين على المذهب أن حق البدن إذا أفضى إلى مال فيصح فيه اليمين نظراً إلى المالية ، فإن نكل لزمه المال .

ووجه قول سحنون أن حق البدن لا يمين فيه سواء كان متمحضاً أو مشوباً بالمال ، فعلى قوله لا مال هنا ولا قصاص .

قوله: (ظننت أن الدية تلزمني)^(١) . أي أن دية الخطأ على العاقلة ، فإذا جهل هذا أنها على العاقلة وصالح على ذلك ، فيرجع إليه ما دفع ويرجع الأولياء على عاقلته إن كان له عاقلة ، وإلا فعلى بيت المال ، وهل يدخل هو في العاقلة ، فيكون عليه بحسبه وحسب حاله منهم [١/٩٦] أو لا ؟ قولان .

قوله: (ولو أقرَّ رجل بقتل رجل خطأ)^(٢) . في هذه المسألة أربعة أقوال:

أحدها: أنه لا يلزمه ولا عاقلته شيء ؛ لأن دية الخطأ على العاقلة ، وهذا أخذ بلزوم مال غيره فلم يسمع .

الثاني: تلزمه الدية وحده ، لإقراره بالدية ولم يثبت بقوله شيء على العاقلة فأخذت من ماله .

الثالث: يقسط عليه وعلى العاقلة ، فما ناب العاقلة سقط وأخذ من ماله ما ينوبه .

الرابع: إن كان عدلاً كان لوثاً ، فيقسم أولياء الدم معه ، ويستحقون الدية على العاقلة .

(١) التهذيب (٣/٣٢٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٢٤) .

قوله: (فالصلح جائز)^(١). لما رأى الخلاف في المسألة أمضى الصلح، وجعله كحكم حاكم.

قوله: (بِقَسَامَةٍ)^(١). أي بعد أن يقسم الأولياء على القتل، ثم يأخذون من العاقلة.

قوله: (لأن دم العمد لا دية فيه)^(٢). أي لم يُقدّر الشرع فيه شيئاً بخلاف الخطأ، فما اصطلحوا عليه لزِمَ، وهو بيعٌ للقصاص بذلك.

قوله: (فصالحه في المرض)^(٢). يريد أن دم العمد ليس بمال، فيجوز للمجروح أن يعفو عنه في مرضه وأن يصالح بما شاء، وإن لم يكن له مال. بخلاف الخطأ لأنه مال قد تقرر بالشرع، فلا يجوز للمجروح أن يسقط من ذلك إلا ما حمّله الثلث.

قوله: (إذ للمقتول العفو)^(٢). أي بغير مالٍ، فبالمالِ أخرى.

قوله: (فللولي الآخر الدخول معه في ذلك)^(٢). لأنه لما صالحه الأول تعذر القصاص فقد جنى على الولي الآخر، فكما أن له الدخول معه فيما أخذ.

قوله: (ولا سبيل له على القاتل)^(٣). لأن الأول صالحه عن جميع الدم.

قوله: (فليس له غيره)^(٤). لأنه قد أسقط حقه، ويكون للثاني الرجوع بحصته على القاتل بحسابه من الدية؛ لأنه لما تعذر القصاص صار كالخطأ وكان فيه الدية المعلومّة شرعاً.

(١) التهذيب (٣/٣٢٤).

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٢٥).

(٣) يريد قوله «ولا سبيل إلى القتل» التهذيب (٣/٣٢٥).

(٤) التهذيب (٣/٣٢٦).

قوله: (إذ لو عفا الأول)^(١). أي بغير مال.

قوله: (إذا ليس دم العمد بمال)^(١). يريد أن يفرق بين هذا وبين الدين المشترك بين الرجلين.

وعلى المذهب يقول: إذا وقع الصلح على مال فقد صار مالاً وأيضاً فصلحه أولاً قد أضر بالثاني، في تعذر القصاص كما أضر به في مسألة الدين إذا اختصر بقبض حقه؛ لأنه يؤدي إلى تخريب الذمة، وليس كالعبد المشترك لأنه إذ باع حظه لم يضر شريكه في شيء.

قوله: (ولهما أخت)^(١). لأن هذا المال وإن لم يتركه الميت كدية الخطأ فهو مال حدث للميت لم يعلم به، فيجب أن يقسم بين جميع الورثة.

قوله: (يُضْمَانِهِ إِلَى مَا صَالِحَ بِهِ أَخُوهُمَا)^(١). لأن جميع ذلك مالٌ عن الميت، فهو ميراث.

قوله: (على خمس الدية فأكثر)^(٢). لأن الصلح الأول كان مع صحة القصاص، فجاز أن يزيد على الذمة، بخلافه إذا تعذر القصاص فلا يزيد على الذمة في الخطأ.

قوله: (فليس له غيره)^(٢). لأنه أولاً أَسْقَطَ حَقَّهُ، ولا يرجع عليهما وإن صالحا بأكثر من ذلك، فلو وجداه معسراً اقتسما المال الأول، واتبعا بما بقي لهما من حساب الدية فاتبعه الأول بما بقي له من حساب صلحِهِ معه.

وأما قتل العمد فالمذهب أنه ليس فيه إلا القصاص حتى لو اختار ولي الدم

(١) التهذيب (٣/٣٢٦).

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٢٧).

الدية وأباها القاتل ، إلا القتل لم يكن له إلا القصاص .

وقال أشهب: الولي مخير بين أخذ الدية أو القصاص ، هذا في قتل الحر .

وأما إذا قتل العبد حرًا ، فللولي الاقتصاص وأن يحييه ، فإن أحياه فسيده مخير بين فكه بالدية وبين إسلامه ، وهذا باتفاق^(١) .

فإن عفا المقتول في مرضه عنه ؛ فقال ابن القاسم: يكون ذلك من رأس ماله ؛ لأنه دم عمد ولم يتعين المال .

وقال أشهب: في ثلثه ؛ لأنه مخير بين القصاص والدية ، فإن حمل الثلث قيمة العبد صح .

قوله: (فللزوجة ميراثها)^(٢) . لأنه مال عن الميت ، فيقسم بين الورثة على فرائضهم^(٣) .

ولبعض العلماء قول خارج المذهب: أنه لا يكون المال إلا للأولياء العصبية الذين [٩٦/ب] لهم العفو عن الدم ، ولا يدخل فيه ذوا الأرحام ولا الزوجة ولا عاصب ، ثم من يحجبه عن الميراث .

قوله: (وإذا قطع جماعة يد رجل)^(٤) . أي تقطع أيديهم في ذلك كما يقتلون إذا قتلوا ، ووجه اشتراكهم في القطع أن يجعلوا السكين على يديه ويجزّوه جرًا واحدًا حتى تبين .

وقال أبو حنيفة: لا قطع في ذلك ؛ لأن كل واحدٍ إنما قطع بعض يد ، ويلزمه

(١) انظر الجامع لابن يونس (٤٩١/١) .

(٢) التهذيب (٣٢٧/٣) .

(٣) انظر الذخيرة (٣٣٩/٥) .

(٤) التهذيب (٣٢٧/٣) .



ذلك في القتل فرق بين حرمة النفس واليد .

ولنا أن السبب الموجب للنفس بقتل الجماعة موجود في قطع اليد ، وذلك أنه لو لم يقتص منه لتوصل الناس إلى القتل والقطع بالاشتراك فيه لو علموا أنه لا قصاص في ذلك ، وكانت حكمة القصاص منتفية ، فإذا كان لهم القصاص من الجميع ، فلهم أن يقطعوا ويصالحوا بعضاً^(١) .

قوله: (ثم نَزَى فيها)^(٢) . أي [تجاوز^(٣)] ألم القطع إلى أن مات من ذلك ، فلأولياء أن يأخذوا مال الصلح فقط ؛ أو يردوه ويقسموا أنه مات من ذلك القطع لا من غيره ؛ إذ يحتمل أن يموت منه أو من غيره ، والقطع لوث تكون القَسَامَة معه ، ويأخذون بالقصاص .

قوله: (وكذلك لو كانت موضحة^(٤) خطأ)^(٥) . أي فصالح الجاني عليها ، ثم عَظَمَ أمرها إلى أن مات ، فلهم الأخذ بالصلح الأول ، أو يقسموا ويأخذون دية النفس .

قوله: (ويكون في العقل كرجل من قومه)^(٦) . هذا المذهب ، ولنا قول ثان: أنه لا يدخل في الغرم مع العاقلة .

(١) وخالف الشافعي أيضا في هذه المسألة ، انظر المقدمات الممهدات لابن رشد عند قوله «وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا تقطع الجماعة بالسرقة وإن تعاونوا عليها حتى يكون في حظ كل واحد منهما ما يجب فيه القطع ، كل على مذهبه في النصاب ، وتقتل الجماعة بالواحد ، فناقضوا...» (٤/٢١٩) .

(٢) التهذيب (٣/٣٢٧) .

(٣) في المتن [تجاوز] ، والصواب ما أثبتته .

(٤) قال الجبي «والموضحة التي أظهرت العظم ، وأوضحته بإزالة اللحم عنه» . شرح غريب ألفاظ المدونة للجبي ، تقدم توثيقه . ص (١١٣) .

(٥) التهذيب (٣/٣٢٧) .

(٦) المصدر نفسه (٣/٣٢٨) .

قوله: (قد عادت الجناية نفساً)^(١). أي لما جزأ القطع في اليد ومات منها.

قوله: (ولو لم يكن صلح)^(٢). يعني أنهم يقومون مقام الميت ، فلهم الصلح أو الاقتصاص كما كان له ذلك .

قوله: (على ثمرة لم يَبْدُ صلاحُها)^(٣). لأن بيعها على التبقية غرر ، والصلح هنا كالبيع فلا يجوز بالغرر .

قوله: (ارتفع القصاص)^(٤). أي بمجرد الصلح ، ويرجع إلى دية ذلك على أنه خطأ لتعذر القصاص فهو أرش المثل ، كما لو وقع النكاح بغير وفات بالبناء رجع إلى صداق المثل ، ولو لم يفت فسخ .

قوله: (لأنه بالخلع أشبه)^(٥). أي وقد وقع الاتفاق على جواز الخلع بالغرر ، والجامع أن الخلع ليس له قدر معلوم لأن الطلاق لا قيمة له ، ويجوز إرساله بغير عوض ، وهو مع ذلك خلع ، بخلاف البيع لا يكون بيعاً بهذه الحقيقة إلا بعوض ، ولو لم يكن عوضاً فهو هبة ، وكذلك النكاح لا يعقل شرعاً إلا بعوض ، وإن اختلفت العوض بالقلة والكثرة ، وكذلك دم العمد ليس فيه شيء مقدّر ، ويصح بغير عوض ، مع كونه صلحاً وعفواً .

قوله: (ويرجع بقيمة العبد صحيحاً)^(٥). أي بلا عيب ، وهذا كالنكاح والخلع ؛ الرجوعُ فيهما بقيمة ما أخذ لا بقيمة ما خرج عن يده ، بخلاف البيع يرجع بقيمة ما خرج عن يده .

(١) التهذيب (٣/٣٢٨).

(٢) في التهذيب «ولو لم يكن صالح فقال ذلك...» (٣/٣٢٨).

(٣) التهذيب (٣/٣٢٨).

(٤) في التهذيب «وهو بالخلع أشبه» (٣/٣٢٨).

(٥) المصدر نفسه (٣/٣٢٩).

والفرق أن البيع مبني على المكايسة، وهذه الأشياء على المكارمة والمسامحة، فقد يكون الذي أخذ أقل أو أكثر من قيمة ما خرج عن يده.

قوله: (إذ ليس للدم والطلاق قيمة تُعلم^(١)). بخلاف دم غير العمد لو طرأ فيه هذا، فإنه يرجع بدية الخطأ لأنه معلومة فهو كالبيع.

قوله: (وإن لم يدع مالا^(٢)). لأنه ليس بمال، وكذلك مع الدين؛ له العفو عنه ولا كلام للغرماء.

قوله: (ثبت^(٣)). أي لما وقع الصلح في حياته بمال صار ذلك المال كدية الخطأ لا يجوز له التصرف فيه مريضاً إلا ما يحمل الثلث.

قوله: (فللغرماء رد ذلك^(٤)). لأنه قد صار ماله للغرماء، فلا يجوز له أن يدفع بعضه فيما يسقط عنه القصاص الواجب عليه، وهذا بخلاف وطئه جاريته، ونفقتة على زوجته وولده.

والفرق أن الغرماء دخلوا في معاملته على أن ينفق على زوجته وولده ويطأ أمته، ولم يدخلوا على أنه يُصالح بماله عن القصاص الواجب عليه، وهذا كله ما لم يضرب الحاكم على يديه [١/٩٧] فحينئذ لا يجوز له وطء أمته ولا النفقة على زوجته إلا قدر ما يترك لهم من ماله لبعض الأيام.

قوله: (فإن كان الطالب بالبيئة عالماً بها، فلا قيام له^(٥)). لأنه أسقطها ورضي بالصلح، ولا عذر له ببعدها، لأنه كان يمكنه أن يتربص، وهذا كمن

(١) التهذيب (٣/٣٢٩).

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٢٩).

(٣) في التهذيب «ثبت» (٣/٣٢٩).

(٤) المصدر نفسه (٣/٣٢٩).

(٥) في التهذيب «فإن كان الطالب عالماً بالبيئة فلا قيام له» (٣/٣٣٠).

تعدى في دابة اكترها إلى موضع ، فتجاوزه بها ، فلربها أخذ الكراء فيما زاد وتضمينه ، فضلت الدابة منه فأخذ منه قيمتها ، ثم وجدت فليس له أن يرجع فيها .
قوله : (فإن لم يعلم بالبينة فله القيام ببقية حقه)^(١) . لأنه يقول لو علمت أنك تفي ما صالحته ، فهذه المسألة لا تشبه المقدمة لأنه ليس في تلك بينة قبل ، فيحتمل أن تكون له بينة ، فتكون مثلها سواء .

وقيل : بل الجامع أنه إذا لم تكن بينة في المسألة الثانية ، فإنه يرجع ببقية حقه ، فكذلك في الأولى ، وهذا وجه الجواب .

قوله : (والصلح جائز على الإقرار والإنكار)^(١) . خلافاً للشافعي لا يجوز الصلح على الإنكار لأنه بيع من البيوع ، بخلاف الإبراء منه ، وأن يكون بغير عوض كالإسقاط ، فإذا ادعى أن له في الدار نصيباً كالثالث وأنكره ، فهو عنده مجهول بالنظر إلى المنكر ، فلا يجوز أن يشتريه منه .

ونحن نقول : المدعي إذا كان مبطلاً فلا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً ، وإن كان محققاً فذلك معلوم عنده غير مجهول ، فيصح أن يبيعه منه .

قوله : (فمن ادعى على رجل مالاً)^(١) . لا بد أن يكون معلوماً ، أما لو قال : لي في هذا الدار جزء لا أعلم قدره ، فلا تسمع هذه الدعوى .

قوله : (على عشرة أرطال من لحم شاته وهي حية ، لم يجز)^(١) . لأن ذلك مجهول وإن كان له خبرة بالحس ؛ لأنه قد يخرج على خلاف ما ظن .

وقال أشهب : إذا كان له خبرة بنحوها أي : بمثل لحمها ، فإنه يكره له ابتداء لما تقدم ، لكن إن وقع جاز لأن الغالب مع الخبرة أن تخرج على ما يظن^(٢) .

(١) التهذيب (٣/٣٣٠) .

(٢) انظر مثله في الذخيرة (٥/٣٤٢) .



قوله: (وشرع في الذبح)^(١). أي إن أخر لم يجز لأنه دين بدين.

قوله: (على بعير مثله)^(١). إلى أجل لأنه فسخ دين، وهو القيمة المتعينة عليه بالإتلاف في دين.

قوله: (فإن كانت أكثر من القيمة لم يجز)^(١). لأن التأخير بالقيمة سلف، والزيادة منفعة.

قوله: (وإن كانت كالقيمة فأدنى جاز)^(١). لأنها أخرته بالقيمة، ونقصته منها، فذلك خير على خير وليس في مقابلة ذلك شيء.

قوله: (يباع بالدنانير)^(١). أي عرفه بذلك البلد أن يباع بالدنانير، أما إن كان العرف أن يباع بالدرهم أو بالدنانير والدرهم، فيطراً في ذلك صرف مستأخر فلا يجوز.

قوله: (بعد معرفتكم بقيمة المستهلك)^(١). لأن القيمة ثمن له، والتمن في البيع لا بد أن يكون معلوماً.

قوله: (ولو تعجلته بعد الشرط)^(١). لم يجز لأن العقد وقع فاسداً فلا ينصلح بالتعجيل بعد العقد.

قوله: (عبداً أو متاعاً)^(١). هو كالبعير سواء.

قوله: (جاز نقداً ومؤجلاً)^(٢). لأنه ليس في هذا دين بدين.

قوله: (إذا وصفت الغرض المؤجل)^(٣). لا بد من هذا لأنه سلم العبد أو العرض الذي ادعيت عليه رأس ماله، والعرض المؤجل هو المسلم فيه، فلا بد

(١) التهذيب (٣/٣٣١).

(٢) في التهذيب «جاز صلحك منه على عين أو عرض نقداً أو مؤجلاً» (٣/٢٣٢).

(٣) المصدر نفسه (٣/٢٣٢).

أن يكون معلوماً بالصفة .

وقوله: (وكان مما يجوز أن يسلم فيه عرضك)^(١) . أي يكون مخالفاً له ، وإن ماثله كمروي في مروي ، فلا يجوز أحدهما في الثاني إلى الأجل ، لأنه لا فائدة في ذلك إلا ضماناً بجعل وهو سلف جرّ نفعاً .

قوله: (لم يجز أن تصالحه على عرض مؤجل)^(٢) . للدّين بالدين .

قوله: (فإن كانت كالقيمة)^(٢) . فيه التفصيل المتقدم في البعير .

قوله: (وليس هذا من بيع الآبق)^(٢) . لأنه كان مضموناً غيره بالتعدي ، فلما أبق صار كالتلف ، وكتغير سوقه ، فوجب بالقيمة .

قوله: (إن لربها تضمينه القيمة)^(٢) . أي ولا يقال أن ذلك بيع ضال .

قوله: (ومن أوصى لرجل بما في بطن أمته)^(٢) . لا خلاف أنه تجوز الوصية بالمجهول ، ونحن نقيس عليه [٩٧/ب] الهبة بجامع أن ذلك إخراج مالٍ عن ملكه بغير عوض ، فجاز في المجهول والمعلوم كالوصية .

وخالف الشافعي ، وفرق بأن الوصية عقد غير لازم ؛ لأنه إنما تلزم بالموت ويجوز له الرجوع قبل ذلك ، والهبة عقد لازم فافترقا وامتنع القياس .

قوله: (لم يجز للورثة مصالحته من ذلك على شيء)^(٢) . لأنه يلزم منه بيع الجنين وهو مجهول الوجود ، إذ يمكن أن يكون (.) ، فإن اعترض عليه بما قال من خدمة عبده عمره وغلة نخله عمره فذلك كله يجوز الصلح عليه^(٣) ، فالفرق

(١) في التهذيب «أن تسلم فيه عرضك» (٢٣٢/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٣٣٢/٣) .

(٣) قال في الذخيرة «فرع في الكتاب: من أوصى بما في بطن أمته لم يجز للورثة مصالحة الموصى =

أن هذه الأشياء غلات ، والولد ليس بغلة لأنه يشبه أمه أكثر من هذه الأشياء بأصولها ، فصار كجزء منها ، ولذلك رد معها إذا ردت بالعيب كالسمن .

قوله: (ولها مرجع إلى الورثة)^(١) . أي إذا نفذ عمره رجعت هذه الأشياء إلى الورثة ، بخلاف الجنين لا يرجع إليهم البتة ، فصح الصلح في هذه لضرورة تخليص الرقاب ، وتمحيض تصرفهم فيها ، إذ ذلك يمنعهم من التصرف فيها . وهذا يرد عليه أن الأمة أيضاً لا يقدرّون على بيعها دون الجنين ، ففي الصلح أيضاً عليه تخليص الرقبة .

والعلة الصحيحة إنما هي أن مدة الحمل قريبة ، بخلاف العمر لأنه قد يطول ، فقويت الضرورة هنا إلى التخليص ، ولم تقوَ هناك^(٢) .

قوله: (ولم يجيزوا ارتهان الأجنة)^(٣) . لأنها أكثر غرراً ، إذ هي مجهولة أصل الوجود ، ففارقت سائر وجوه الغرر ، كالبعير الشارد والثمرة لم يبدُ صلاحها ، وهذا مذهب المدونة^(٤) .

وقال ابن الجلاب ، ابن ميسر^(٥) : يجوز رهن الجنين ، كما يجوز غيره من

= له (لأنه بيع للجنين وهو بيع الغرر بخلاف خدمة العبد وثمره النخل وسكنى الدار ولبن الغنم وسمنها لأنها يجوز بيعها) «الذخيرة (٣٦٢/٥) .

(١) التهذيب (٣٣٢/٣) .

(٢) قال في الذخيرة «قال ابن يونس : قيل : إنما جاز شراء السكنى ونحوها لتخليص الرقاب وإن كانت السكنى مدة العمر مجهولة فاستثني الجواز هاهنا لتخليص الأمة كضرورة البيع وغيره» (٣٦٢/٥) .

(٣) في التهذيب «لم يجزوا» (٣٣٢/٣) .

(٤) انظر المدونة (٣٨٩/٣) ، الجامع لابن يونس (٦٢٠/١٢) .

(٥) أبو بكر أحمد بن خالد بن ميسر الاسكندري ، روى عن ابن المواز كتبه ، وانتهت إليه الرئاسة بمصر بعده . وروى عن مطروح وابن شاكر وسعيد بن مجلون وغيره ، له كتاب الإقرار والإنكار . =

الغرر في الرهن^(١).

قوله: (وقد أرخص في بيع العريّة)^(٢). أي وإن نهى عن الرجوع في الصدقة، لكن لمكان الضرورة رخص الشرع فيه وإن لم يبد صلاحه، ولم يرخص في بيع الأجنة بوجه.

قوله: (وإن ادعيت شقصاً من دار بيد رجل وله شريك)^(٣). فعلى قوله تكون الدار بينكم، فإن أقر فلشريكه من الشُّفْعَة في ذلك بقدر نصيبه، وإن أنكر لم تجز الشُّفْعَة؛ لأنها إنما تكون فيما بيع بإجماع البائع والمشتري أنه مبيع، أما إذا اختلفا فقال المنكر: ليس بيعاً، فلا شفعة^(٤).

قوله: (ومن صالح من موضحة خطأ وموضحة عمد)^(٥). أما الخطأ فقد حدها الشرع بنصف عشر الدية، وذلك خمسون، وأما العمد فلا حد فيه، فإذا دفع له الشقص في الموضحتين فقد دفعه في مجهول ومعلوم، وإذا كان العوض مجهولاً فالشُّفْعَة بقيمة الشقص، كما إذا خالغ على شقص أو نكح عليه فالشُّفْعَة على قيمة الشقص على المذهب، لأنهما مبنيان على المكارمة، فقال ابن القاسم هنا: الشقص مقسوم بنصفين على الموضحتين، يشفع بخمسين، وبنصف قيمة الشقص، وهذا بين.

وعلى هذا لو صالحه بعشرة دنائير وبالشقص لأسقطنا العشرة من الخمسين

= توفي (٣٣٩هـ). انظر شجرة النور (١/١٢٠)، سير أعلام النبلاء (١٤/٢٩٢).
 (١) انظر شرح التلقين للمازري (٣/٤٢٤)، المختصر الفقهي لابن عرفة (٦/٣٢٥)، شرح ابن ناجي على الرسالة (٢/٢٥٩).
 (٢) التهذيب (٣/٣٣٢).
 (٣) المصدر نفسه (٣/٣٣٣).
 (٤) انظر الذخيرة (٥/٣٦٢).
 (٥) التهذيب (٣/٣٣٣).

دية الخطأ، تبقى أربعون، فالشقص في مقابلة أربعين والموضحة المجهولة، والموضحتان عنده سواء، والأربعون أربعة أخماس الخطأ، والعمد ستة أخماس أيضاً، فالشقص على تسعة أجزاء، أربعة أتساعها بأربعين، وتقوم خمسة أتساعه، فيشفع بخمسين، وبقيمة خمسة أتساع الشقص.

وقال ابن نافع في المسألة الأولى: يقوم الشقص، فلا يخلو أن تكون قيمته خمسين، فما دون أو أكثر.

فإن كانت أكثر فالزائد في مقابلة العمد، ويشفعُ بالخمسين وذلك الزائد.

وإن كانت خمسين فالشُّفعة بها، ويسقط حكم العمد.

وإن كانت أقل فالشُّفعة بخمسين أيضاً، لأن الشُّفعة لا تنقص عن الثمن الذي اشترى به الشقص وإن لم يساو ذلك، ويسقط حكمه عن العمد أيضاً.

فأما المخزومي فقال: يَقَوُّمُ الشَّقْصُ أبداً، فما بلغ فيجعله في مقابلة [١/٩٨] العمد، لأن الشرع قد عين الخطأ بخمسين، وتحمل قيمته على الخمسين، فما بلغ نسب الخمسين منه فكأنها ثلث الجميع، فتبقى المائة ثلثي ذلك، فيشفع ثلثي قيمة الشقص وبخمسين، ولو كانت قيمة الخمسين، لشفع بخمسة وسبعين^(١).

قوله: (ومن ابتاع عبداً)^(٢). هذه أول مسألة من باب الصلح، وقد تقدم البحث فيها.

قوله: (جائز)^(٣). لأن هذا بيع آخر، ولا محذور فيه.

(١) انظر مثل هذا التفصيل في الذخيرة (٣٢٦/٧ - ٣٢٧).

(٢) التهذيب (٣٣٣/٣).

(٣) المصدر نفسه (٣٣٤/٣).

قوله: (لم يستقبل)^(١). هو بيع لأن الإقالة إنما تكون بالثمن الأول.

قوله: (وإنما يكره)^(٢). أي يحرم لأنه إذا ردّ دراهم مع العبد هذا سلفه الدراهم ليأخذ مثلها من نفسه عند الأجل عنه بالإقالة، وباعه ذلك العبد بسائر الثمن، فخرج من يد البائع عبد ودراهم ليأخذ دراهم والبيع الأول قد صحّ على حياله.

وإن ردّ معه دنانير ففيه صرفٌ مستأخِرٌ، وبيعٌ وصرفٌ في أقل من دينار.

قوله: (ولو حل الأجل جاز)^(٣). لأنه بيع، وفي الدراهم لو كان الثمن دنانير (.) صرف ما في الذمة الحال، ولا يجوز التأخير للدين بالدين.

قوله: (وكانهما في صفقة وانتقل)^(٣). أي انتقل المثلون، واستغلاه فزاده البائع، وكأنّ البيع الآن وقع.

قوله: (فإن زاده البائع دراهم نقدًا لم يجز)^(٤). لأنه سلف وبيع.

قوله: (لأنه بيع عبد وذهب بفضة إلى أجل)^(٥). أي صرف متأخر وفي أكثر من دين.

قوله: (يَرُدُّهَا فِيمَا عَلَيْهِ)^(٥). أي يرد مثلها عند الأجل، وقد أسلفه لتصحيح البيع، فالسلف في العقد واقع.

قوله: (ثم استقالك المبتاع)^(٥). هذا بيع لأنه بثمن آخر.

(١) في التهذيب «ثم يستقبل» (٣/٣٣٤).

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٣٤).

(٣) في التهذيب «وكانهما في صفقة واستغلاه فزاده» (٣/٣٣٤).

(٤) المصدر نفسه (٣/٣٣٤).

(٥) المصدر نفسه (٣/٣٣٥).



قوله: (وإنما يكره)^(١). أي يحرم أن يرد إليك معه [ذهبا^(٢)] لأنه سلف ، لأنه أعطى ما لا يجب عليه ، كمن أخر ما يجب له .

قوله: (لم يجز)^(٣). للدين بالدين ، ولأن التأخير سلف .

قوله: (لا يبرأ حتى يريه ذلك)^(٤). أي لا يجوز التبري من العيوب في الحيوان ، لا في العقد ولا بعده ، وفي هذه المسألة خمسة أقوال:

أحدها: لا يجوز بيع البراءة من العيوب مطلقاً لأنه خطر ، إذ يبنى البائع على وجود العيب ، والمبتاع على ألا عيب ، وقد يكون الأمر بخلاف ذلك .

الثاني: يجوز مطلقاً لأن المبتاع أسقط حقه ، ولأن الأصل السلامة .

والثالث: تجوز في الحيوان فقط لأن عيوب الحيوان تخفى ، والعروض قلما يخفى عيوبها في الغالب أن البائع إذا تبرأ من ذلك في الحيوان ، فلا علم عنده بذلك .

والرابع: تجوز في الحيوان الناطق فقط ؛ لأنه قد يخفى عيوبه ، بخلاف الصامت من الحيوان لا يخفى عيوبه .

والخامس: بالعكس تجوز في الناطق ؛ لأنه غالباً يخبر بعيوبه ويشتكى ، والصامت ليس كذلك^(٥) .

(١) التهذيب (٣/٣٣٥) .

(٢) في المتن ذهبٌ ، والصواب ما أثبتته .

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٣٥) .

(٤) التهذيب (٣/٣٣٨) .

(٥) ما ذكره هنا من الأقوال مثله عند المازري في شرح التلقين ، والظاهر من نص المازري أن الرابع والخامس ، قول واحد اختلفت علته ، قال: «وأما من قصر ذلك على الحيوان الناطق ، فإن من =

قوله: (ويجب القيام للمبتاع بما ظهر من عيب)^(١). أي إذا بطل التبري بذلك ، فكأنه لم يتبرأ.

قوله: (أصالحك من دَيْنِكَ الذي لك على فلان)^(١). فهذا يلزم رب الدين ، ويرجع هذا الأجنبي بما أدى عنه على الغريم ، لأنه قام عنه بواجب ، وتبرأ ذمته .

قوله: (فصالحه عن امرأته)^(١). هذا خلع أجنبي عن المرأة مع زوجها اشترى منه طلاقها فيصح ، وتبقى المرأة على جميع حقوقها على زوجها من صداق وغيره ، ويكون الأجنبي متبرعا بذلك ، ولا يرجع على الزوجة بذلك لأنه لم يقم عنه بواجب .

قوله: (وإن لم يقل: أنا ضامن)^(١). لا يحتاج إلى ذلك بل قد لزمه بقولك: صالحتك عنه .

قوله: (فصالحته من ذلك على مائة درهم ، ثم فارقه قبل أن تقبضه)^(٢). جاز ذلك لأنك فعلت معه خيرين: نقص بعض حقك عنه ، وتأخير بسائره ، وليس في مقابلة ذلك شيء انتفعت به .

قوله: (فصالحه على رأس ماله)^(٣). أي أقاله ثم فارقه قبل أن يقبضه لم يجز ، لأنه فسخ دين في دين ، وباع في الطعام من سلم ذلك قبل قبضه ، ولكن

= المتأخرين من ذهب إلى علّة ، ومنه من ذهب إلى عكسها . فقل: إنّ الرقيق يخبر بعيه ، لكونه ممن ينطق ويعرب عن نفسه . وإذا لم يقع منه سكوت لسيد له لمرض أصابه ، لم يعلم سيده ما به فعذر سيده لكونه جاهلاً للعب وصدق فيما قال . ومنهم من قال: إنّ الرقيق يكتُم عيه ، ويستره عن سيده ، مخافة أن يزهد فيه فيبيعه . فعذر السيد في جهله بعيه ، وصدق في أنه لا يعلم ما به ، بخلاف البهائم التي لا تخبر بعيها . انظر شرح التلقين (٧٤٦/٣ - ٧٤٧) .

(١) التهذيب (٣٣٦/٣) .

(٢) في التهذيب «قبل أن تقبضها» (٣٣٦/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٣٣٧/٣) .

يجوز ذلك هنا لأنها إقالة ، [٩٨/ب] وهي من المواضع التي رخص فيها في بيع الطعام قبل قبضه .

قوله : (المحمول عليها نحاس)^(١) . أي المشوبة بذلك ، والبهرجية^(٢) الرديئة ، وإنما كره البيع بها مخافة أن يغتر بها الناس ، وأكثر ما يوجد ذلك الغرور من الصيارفة ، ولذلك رخص ابن القاسم الكراهة بهم ، ورأى جواز الصلح بها إذا لم يغربها أحدا وعزم على قطعها^(٣) .

قوله : (فلا يبعه مرابحة)^(٤) . لأنه إن كان الصلح على الإنكار ؛ فالغالب أنه يدفعه له قيماً لا يساوي ، وكذلك إن كان على الإقرار ، وهذا معلوم من أمر الصلح ، فلا يجوز أن يعرف بذلك الشراء حتى يبين .

قوله : (رد)^(٥) . لأن البيع وقع فاسداً فإن فات بيد المبتاع لزمته قيمته .

قوله : (طعاماً من قرض)^(٦) . لأنه يجوز بيعه قبل قبضه .

قوله : (فلا يؤخره بها)^(٧) . لأن ذلك فسخٌ دينٍ في دينٍ .

قوله : (أو بعضه لم يجز)^(٨) . لأن الصفقة جمعت حلالاً وحراماً ، فتفسخ

(١) في التهذيب «المحمول عليها النحاس» (٣/٣٣٧) .

(٢) في التهذيب «المبهرجة» ، وهي الرديئة . (٣/٣٣٧) .

(٣) قال في الذخيرة «كره ملك المصالح على الدراهم الجياد بالمخلوطة بالنحاس أو البهرجة والتعامل بها وإن بين لما فيه من تكثير الغش بين الناس وتقطع قال ابن القاسم: يجوز الصلح إن لم يغرب بها أحداً إن كان يأخذها ليقطعها» (٥/٣٦٤) .

(٤) المصدر نفسه «فلا تبعه» (٣/٣٣٨) .

(٥) المصدر نفسه (٣/٣٣٨) .

(٦) في التهذيب «طعاماً لك عليه من قرض» (٣/٣٣٨) .

(٧) المصدر نفسه (٣/٣٣٨) .

(٨) في التهذيب «أو بعضه حتى فارقك لم يجز» (٣/٣٣٨) .

كلها على المذهب .

قوله : (شيئاً قريباً)^(١) . لأن هذا في حكم المقبوض .

قوله : (إلى غد)^(١) . لأنه قريب أيضاً كالمقبوض ، وللضرورة .

قوله : (فصالحه على أحد عشر درهما نقداً)^(٢) . فذلك جائز ؛ لأن العشرة الدراهم قضاء ، والدرهم في مقابلة الطعام باعه إياه به .

قوله : (وإن كان من بيع لم يجز)^(٣) . لأنه يجوز بيع الطعام قبل قبضه من بيع .

قوله : (على مائة دينار ودرهم)^(٣) . فذلك جائز ، لأن الدينائر قضاء ، والدراهم من دراهمك ، وأسقطت عنه سائر الدراهم ، وليس في مقابلة ذلك شيء .

قوله : (بخلاف التبادل بها نقداً)^(٣) . لأن هذا ليس بقضاء وإنما هو صرف وفيه التفاضل ، ولا يجوز دينار ودرهم بدینار ودرهم ، لا بالعدد ولا بالمراطلة ؛ لأن كل جزء من الدينار يقابله بجزء من الدرهم ، وكذلك الدرهم بالدينائر وهذا تفاضل معنوي .

وأجازه أبو حنيفة لأنه لا تفاضل في ذلك حساً ، بل الدينار في مقابلة الدينار والدرهم .

قوله : (بمائة درهم مؤخرة وعشرة نقداً لم يجز)^(٤) . لأنه تحقق الصرف بالتأخير ، ولم يكن قضاء ، فصار لكل جزء من الدراهم المؤخرة جزءاً من الذهب والفضة ، وذلك تفاضلاً .

(١) التهذيب (٣/٣٣٨) .

(٢) في التهذيب « فصالحته » (٣/٣٣٨) .

(٣) التهذيب (٣/٣٣٨) .

(٤) في التهذيب « عشرة دراهم نقداً » (٣/٣٣٩) .

قوله: (يدخله بيع)^(١). يعني الصرف، وسلفٌ يعني التأخير.

قوله: (فدفع إليك منها خمسين، ثم فارقتَه قبل قبض ما بقي)^(٢). لم يجر لأن فيه صرفاً مستأخراً، وفي تأخير بعض رأس مال السلم الدين بالدين.

قوله: (ولا يجوز حصة ما نقد)^(٣). لأن الصفقة كلها تبطل بجمعها حلالاً وحراماً.

قوله: (فأصبت فيها درهما زائفاً، انتقض منها صرف دينار)^(٤). في هذه المسألة خمسة أقوال^(٥):

أحدها: يبطل الصرف مطلقاً؛ لأنه يؤدي إلى صرف مستأخر.

الثاني: يجوز أن يبدل الزائف لما ذكر، ولا يبطل العقد، بل ما يقابل الدرهم من الدينار، ويكونان شريكين في ذلك الدينار بقدر ذلك.

والثالث: المذهبُ يبطل صرف دينار. وإن كان الزائف أكثر من صرف دينارٍ بطل صرف دينارين، أو أكثر من صرف دينارين بطل صرف ثلاثة، وفي القول بالشركة في ذلك فساد؛ لأن شرط الصرف التناجز، وإذا كانا شريكين في دينار، فلم يرج تناجز بينهما.

وقيل: لا يخلو أن يسميا لكل دين جزءاً من الدراهم أو لا، فإن قالوا: لكل دينار كذا، فكل دينار صفقة، فيبطل صرف الدينار، كما قال في الذهب،

(١) التهذيب (٣/٣٣٩).

(٢) في التهذيب «قبل أن تقبض ما بقي» (٣/٣٣٩).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٣٩).

(٤) في التهذيب «فأصبت منها» (٣/٣٣٩).

(٥) انظر بداية المجتهد (٣/٢١٣)، القوانين الفقهية (ص: ١٦٦).

وإن لم يسميا فهي كلها صفقة واحدة ، فتبطل كلها .

والخامس : قول أشهب : إن كان صرف ما في الذمة جاز البذل وصح الصرف ، وإن كان عن معين بطل الصرف كله لأن الدراهم المعينة عنده تتعين في المعاملات ، فإذا باع سلعة بدنانير معينة واستحقت تلك الدنانير بطل عنده البيع ، والمذهب : أن النقدين لا يتعينان ، وإن عينا ، وإنما المعاملة على ما في الذمة بخلاف العروض ، إذا استحقت بطل [١/٩٩] العقد فيها .

قوله : (جاز أن تصطلحا على ما شئتما)^(١) . ويمكن بعد ذلك أن يكون أقل أو أكثر أو مثلاً لما كان لك عليه ، ولو تحقق أنه أقل أو أكثر لم يجز لكن لا طريق للتحلل بينهما إلا هكذا فجاز للضرورة .

قوله : (ومَغْمَزُ التَّيَّةِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ)^(١) . لأنه (.)^(٢) عَمِلًا فَلَا بَدَّ مِنْ ارْتِكَابِ مُحْذُورٍ ، وَكَذَلِكَ لَوْ دَفَعَ لَهُ عَرْضًا لِأَنَّهُ يَكُونُ الثَّمَنُ مَجْهُولًا إِذَا هُوَ بَاعَ بِالْمُحْذُورِ فِي ذَلِكَ (.) يَغْمِزُهُمَا ، فَإِذَا وَقَعَ هَذَا الصَّلْحُ ، وَأَرَادَا أَنْ يَرْفَعَاهُ وَيُرُدَّاهَا إِلَى مَا كَانَا عَلَيْهِ لَمْ يَجْزِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَقَعَ التَّحَالُلُ^(٣) بَيْنَهُمَا بِذَلِكَ ، فَلَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ إِلَى الْمُحْذُورِ الْأَوَّلِ .

قوله : (لِأَنَّهُ يَدْخُلُهَا الْخَطَرُ)^(٤) . أي المتقدم ، « وَالَّذِينَ بِالْدِّينِ » أي ويزيد على ذلك الخطر الدين بالدين ، فلا يجوز .

قوله : (صَالِحَتُهُ مِنْ دِينٍ لَكَ عَلَيْهِ عَلَى ثَوْبٍ ، عَلَى أَنْ عَلَيْهِ صَبْغُهُ أَوْ عَلَى

(١) التهذيب (٣/٣٣٩) .

(٢) كلمة غير واضحة بسبب الطمس ، لعلها [كَيْفًا] .

(٣) كذا في المتن .

(٤) التهذيب (٣/٣٣٩) .

عبد أنت فيه بالخيار^(١). قلنا لم يجز هذا على المذهب من أنه لا يجوز فسخ دين فيما لا يتعجل قبضه ، لأن الصبغ يتأخر ، وكذلك المبيع على الخيار يتأخر أيضاً.

قوله: (وهو دين في دين)^(١). أي هو من ناحية الدين بالدين .

قوله: (إن أعطاك مائة من ألف الحالة إلى شهر فباقيها ساقط)^(١). لو كانت إلى أجل لم يجز ؛ لأنه ضَعُ وتعَجَّل ، وإذا جاز الأجل فإن دفع له المائة فيه فلا كلام ، وإن أخرها عن ذلك بيوم أو دفع له في الأجل مائة إلا درهما ؛ فالمذهب أنه يلزم رب الدين ما قال ؛ لأن ما قَرَّبَ مِنَ الشَّيْءِ فَلَهُ حُكْمُهُ ، ونقصان دراهم أو زيادة يوم في العرف معتبرٌ .

وقال أشهب: لا يلزمه ما قال لأن ذلك شرط ومشروط ولم يوجد الشرط بحاله ، فلا يَقَعُ المشروطُ .

قوله: (وقد بقي باب من آخر هذا الكتاب الذي هو الصلح)^(١). أي بقي في المدونة منه باب كأنه كرر فيها ، فاستغنى عنه صاحب التهذيب ؛ لأنه قد تقدم في الصلح .



(١) التهذيب (٣/٣٤٠).

كتاب الجوائح^(١)

—•••••—

وهي مما انفرد بها مذهب مالك ، والأصل فيها: ما روي أنه ﷺ أمر بوضع الجوائح عن المشتري^(٢) ، وكان ينبغي من جهة القياس ألا توضع ؛ لأنها بالعقد قد صارت الثمرة في ضمان المشتري وملكه ، فإذا هلكت فعلى ملكه وفي ضمانه .

لكن وجه المذهب أن أكثر الثمار يحتاج إلى سقي وهو على البائع ومن تنمو بذلك وتزيد ففيها حق توفية ، فلم تخرج من ضمان البائع .

وقدّر الموضوع ما زاد على الثلث اتفاقاً ، وما دون الثلث لا يوضع لقلته ، وفي الثلث قولان: هل هو كثير أو قليل ؟ ووجه ذلك أن المشتري قد دخل على أن الثمرة لا تسلم كلها له ، بل منها حظ الطير والهوام ، فجعل ذلك في الثلث فما دونه ، فما زاد رجع به أجمع .

وقال اللخمي تخريجا ينبغي إذا أجيحت الثمرة ألا يعتبر الثلث إلا بعد إلغاء ما يُعلم بالعادة هلاكه من ذلك النوع كما نقول: إن التين مثلاً يذهب مخالفاً منه سدسه ، فإذا أجيح بعد السدس ثلثه فحينئذ يرجع بالنصف ، أما إذا أجيح بعد السدس سدس آخر فلا يوضع عنه ، لأنه لم يمض مما دخل على عدم هلاكه إلا السدس فقط^(٣) .

(١) تأخر كتاب الجوائح في التهذيب من حيث الترتيب فجاء بعد كتاب المساقاة ، وتقدم هنا .

(٢) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه كتاب المساقاة والمزارعة باب وضع الجوائح . وأبو داود في

كتاب البيوع كلاهما عن جابر رضي الله عنه . وليس فيه «عن المشتري» .

(٣) انظر الذخيرة (٢١٥/٥) ، عقد الجواهر (٧٣٦/٢) .



والمذهب أن يكون الثلث من الكل .

ثم الثمار على ثلاثة أقسام:

أحدها: يحبس آخره على أوله كالعنب يمكن بقاؤه في الأصل إلى أن ييبس ، وكذلك التمر والتين الذي ييبس ، فهذا القسم لا خلاف أن المعتبر ذهاب الثلث فما زاد من ثمرته ؛ لأنه من ثمنها^(١).

الثاني: ما لا يحبس أوله على آخره كَالْمَقَائِي والتفاح والتين لا ييبس ؛ لأنها إنما توجد ثمرتها شيئاً فشيئاً ، ولا يمكن أخذها في وقت واحد ، فالمذهب في هذا أن المعتبر ذهاب الثلث من الثمرة أيضاً ، ولا يعتبر اختلاف الثمر .

وقال أشهب: المعتبر ثلث الثمن ، مثاله: لو كان في النبات ثلاثة بطون ؛ أجح أول بطن وهو ثلث الجميع [٩٩/ب] في المساحة والوزن إلا أن قيمته نصف ثمن الجميع ، لأن أول الثمرة أغلى وبالعكس فيرجع بالجائحة على المذهب .

وقال أشهب: إن كان ثمنه أقل من ثلث الثمن لم يرجع به ، ولو كان رابع بطن قيمة ثلث الثمن حط عنه^(٢).

والثالث: ما يحبس للنضاجة فقط ، ويمكن أخذه في مدة قد بدا صلاح جميعه ، لكن لا يباع إلا شيئاً فشيئاً ولو جذه أجمع فسد أكثره ، وهو البقول ، ففيها ثلاثة أقوال:

أحدها: لا جائحة فيها ؛ لأنه يمكن أن يأخذهما بمدة لأنها قد انتهت ، ولا جائحة إلى نمائها .

(١) عقد الجواهر (٢/٧٣٨) .

(٢) المصدر نفسه (٢/٧٣٦) ، الذخيرة (٥/٢١٧) .

الثاني: يوضع قليل الجائحة فيها، وكثيرها بخلاف ما تقدم، والفرق أن الجائحة التي تطراً في البقول لا يبقى معها من المجاح شيء ينتفع به، بخلاف الجائحة في غيره يبقى معها من المجاح ما ينتفع ببعضه نفعا ما.

والثالث: هي كسائر الثمار يوضع فيها الثلث فقط.

قوله: (مما لا يخرص)^(١). الذي يخرص هو ما فيه الزكاة فقط.

قوله: (في كرة كالتفاح)^(٢). ليس بطونا، وإنما هو بطن واحد، وإن اختلف إدراكه.

قوله: (في زمانه)^(٣). أي يقدر ذلك المجاح ما قيمته سالماً في وقته ونقص ثمنه من الثمن بقدره؛ لأن البطون تختلف أثمانها، فلو نقص عنه للبطن الأول الدية هو ثلث الجميع ثلث الثمن لكان ظلماً له؛ لأنه قد يساوي أكثر من ذلك.

قوله: (وما كان بطناً واحداً كالنخل فثلث الثمر بثلث الثمن)^(٤). لأنه لا تختلف قيمة ذلك إلا أن تختلف الثمرة في نفسها فما أجيح نظر إلى قيمته.

قوله: (لأنها حينئذ ليست بمصيبة عليه)^(٥). لأنه قد يكون ثلث النبات يساوي سدس القيمة، فاعتبار الثمن أعدل.

قوله: (فكل ما يقدر على ترك أوله على آخره ولا يفسد حتى ييبس)^(٦).

(١) التهذيب (٤٢٥/٣).

(٢) التهذيب «وهو مما يطعم في كره إلا أن طيبه يتفاوت، ولا يحبس أوله على آخره، كالتفاح» (٤٢٥/٣).

(٣) التهذيب (٤٢٥/٣).

(٤) قوله «كالنخل» ليس في التهذيب. (٤٢٦/٣).

(٥) التهذيب (٤٢٦/٣).

(٦) في التهذيب «ولا يكون فسادا حتى ييبس» (٤٢٧/٣).



لأن هذا يحتاج إلى السقي ليزيد نباته ، فكانت فيه الجائحة ، وكذلك ما لا يستطيع ترك أوله على آخره ؛ لأنه أشد احتياجاً إلى السقي ؛ لأن الثمرة لم توجد بعدُ .

قوله : (اشترى أول جزء من الفصيل ثلث الثمن موضوع بغير قيمة)^(١) لأن الجزء هنا بمنزلة البطن الواحد كالتمر والعنب .

قوله : (ولو شاء فصله يوم الشراء)^(٢) . أي لا نحتاج إلى سقيه إلا للنظارة فقط ، فليس كالمقثاة ، ولا خلاف فيه كما فيه لو اشترى معه الخلفة .

قوله : (وهكذا يحسب فيمن اكرى أرضاً سنين)^(٣) . أي اختلف كراؤها في السنين قدرت في كل سنة منها بما تكرى فيها ، ونقص من الكراء ما أجح .

قوله : (والتين ليس مما يطعم بطوناً ؟ قال : يُسأل عنه أهل المعرفة)^(٣) . أي إن كان تمر الجنيات مختلفاً ، فأجح منه تين جنية واحدة فينقص ثمن تلك الجنية من الثمن الأول .

قوله : (ومن ابتاع فولاً أخضر أو قطنية على أن يقطعها خضراء)^(٤) . هذا بيع قبل بدو الصلاح ؛ لأنه إنما يبدو صلاح ذلك إذا اشتد ويبس ، وإنما جاز قبل بشرط القطع ، لكن اضطر إلى تبقيتها يسيراً للنضارة ، وذلك في حكم القطع ، فصار كالبقل .

قوله : (ولا يجوز اشتراط تأخيره حتى يبس)^(٤) . لأنه بيع قبل بدو الصلاح .

قوله : (ولا يوضع في قصب الحلو جائحة)^(٤) . لأنه لا يحتاج إلى ذلك ،

(١) في التهذيب «اشترى أول جزء من الفصيل فأجح ثلثها ، ثلث الثمن موضوع بغير قيمة» (٤٢٧/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٢٧/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٢٨/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٤٢٩/٣) .

إذ لا يباع حتى يطيب ويمكن قطعه ، وَوَجْهُ الثَّانِي أن يحتاج إلى تبقّيته أيامًا كالعشرة ليزداد حلاوة .

قوله: (فلا جائحة في ذلك)^(١) . لأنه بعد اليبس لا جائحة إلى التبقية ؛ إذ لا يبقى بعد كما يباع من ذلك فهو في الأندر^(٢) .

قوله: (ثم أجيح بعد إمكان جذاذه وتبيسه)^(٣) . لأنه لما انتهى عنده إلى هذه الحال فكانه [اشتراه]^(٤) بعدها .

قوله: (ولم يؤبر)^(٥) . لأن هذا بالعقد للمشتري ولا اعتبار له ، بل للأصول لأنها المقصود .

قوله: (ولا فيما اشترطه المبتاع)^(٦) . لأنه تابع غير مقصود .

قوله: (وإن أوجبه الاشتراط)^(٧) . أي إن ملكه [١/١٠٠] بالشرط لا بالعقد كغير المؤبر فلا يخرج ذلك عن أن يكون ملغى .

قوله: (وهي تبع للكراء)^(٨) . أي لكونه أقل (.) تلك الكراء .

قوله: (وكمّن ابتاع عبداً)^(٨) . يريد أن التابع لاحظ له من الثمن لأنه غير مقصود ، ولذلك لا يرد له جزءاً من الثمن إن هلك عنده بأمر من الله .

(١) التهذيب (٤٣٠/٣) .

(٢) الأندر: البيدر ، أو كدس القمح ، والجمع أنادر . انظر القاموس المحيط (ص: ١٥٩٥) .

(٣) في التهذيب «بعد إمكان الجذاذ واليبس» (٤٣٠/٣) .

(٤) ما بين المعقوفين مطموس جله في المتن ، وأثبتته لأن المعنى يؤيده .

(٥) التهذيب (٤٣٠/٣) .

(٦) المصدر نفسه (٤٣٠/٣) .

(٧) في التهذيب «وإن أوجبها الاشتراط» (٤٢٧/٣) .

(٨) المصدر نفسه (٤٣٠/٣) .

وقال أشهب: له حظ من الثمن، ويرده إن تلف عنده وأنفقت على أن حلية السيف التابعة للنصل لها جزء من الثمن.

والفرق على المذهب أن مال العبد لم يملكه السيد، بل بقي بيد العبد، بخلاف الحلبي قد ملكه بالشراء فكان له جزء من الثمن.

قوله: (ثم هلك ماله)^(١). أو أتلّفه المشتري لزمه ردّ ما يقابله من الثمن.

قوله: (اشترى الأرض جاز أن يبقيه فيها)^(٢). لأنه صار بمنزلة ما لو اشتراهما معاً.

قوله: (فله شراؤها قبل الزهو)^(٣). في ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: الجواز، وهو المذهب بناء على أن ما تبع العقد من اللواحق كأنه وقع في نفس العقد.

والثاني: المنع بناء على أن اللواحق للعقد ليست بمنزلة ما يقع فيه.

والثالث: التفصيل إن قرب ذلك من العقد جاز وإلا لم يجز؛ لأن ما قرب من الشيء فله حكمه.

قوله: (نخلة واحدة)^(٤). لا فرق بينها وبين الحائط.

قوله: (وتوضع الجائحة عن مشتري ما أعرى من العرية بخرصها)^(٤). لأنه باع ثمره له بعد بدوّ صلاحها، فكانت فيها الجائحة كغير المعري. وقال أشهب:

(١) التهذيب (٤٣٠/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٣١/٣).

(٣) التهذيب (٤٣١/٣)، الذخيرة (٢٢٢/٥).

(٤) التهذيب (٤٣١/٣).

لا جائحة في ذلك .

والفرق بينه وبين الأجنبي أن السقي هنا على ربّ الحائط وهو المعري ،
بخلاف الأجنبي السقي عليه فلزمه وضع الجائحة .

قوله : (ومن أسلم في حائط بعينه مكيلة معلومة)^(١) . هذا متردد بين السلم
والبيع ، ولا يجوز إلا بثلاث شروط^(٢) :

أحدها : أن يكون بعد الزهو .

والثاني : أن يأخذه رطباً لقرب ما بين ذلك ، ولو شرط أن يأخذه تمرّاً فهل يصح
لأنه حرامٌ ، أو يمضي البيع لأنه مكروه إذا وقع ؟ قولان ؛ المذهب أنه يمضي بالثمن .

والثالث : أن يذكر قدر ما يأخذ من ذلك كل يوم .

فمن حيث كانت هذه المكيلة من جميع الحائط صارت غير معينة فأشبهت
السلم ، ومن حيث كانت من هذه البقعة كانت معينة ، فلهذا إذا طرأت جائحة
على الحائط أذهبت جميع الثمرة ، انفسخ البيع لأنه كالمعين ولكونه كغير المعين
صح تأخره قليلاً ، وإن كان المعين لا يتأخر قبضه ، فإذا أجيح الحائط وبقي منه
قدر المكيلة ، كانت لهذا المشتري ؛ لأنه على ذلك دخل وكذلك لو باع من آخر
بعد مكيلة أخرى ، ثم طرأت الجائحة أخذ الأول أولاً ، ثم الباقي فيما بقي فلرب
الحائط ، بخلاف ما لو باع منه جزءاً من الثمرة ، فإنه يصير شريكاً له ، فإذا طرأت
جائحة أكثر من الثلث كانت بينهما .

ووجه ذلك : أن يعلم قدر جميع الثمرة بالوزن تخميناً ، وقدر الجائحة

(١) في التهذيب «ومن أسلم في حائط بعينه فأجيح بعضه أتبعه بحقه في بقيته ، لأنه على كيل» (٤٣١/٣) .
وفي المدونة قال «لأن سلمك في الحائط إنما هو اشتراء مكيلة منه معلومة» (٥٩٠/٣) .

(٢) انظر مناهج التحصيل للركراكي (١٠٣/٦) .



وَيَمُضُ عَلَى الْكُلِّ فَإِنْ كَانَ مَا قَابِلَ حَظِّ الْمَشْتَرِي أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ حَظِّ عَنْهُ ، وَإِلَّا فَلَا .
وَلَوْ اسْتَشْنَى الْبَائِعُ الْمَكِيلَةَ الْمَعْلُومَةَ مِنَ الثَّمَرَةِ ، ثُمَّ أَجِيعَ الْحَائِطُ فَلَنَا قَوْلَانِ :
أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ يَبْدَأُ الْبَائِعُ بِالْمَكِيلَةِ مِنَ الْبَاقِي .
وَالثَّانِي : أَنَّهُ يَكُونُ شَرِيكًا لَهُ .

وَهُمَا مَبْنِيَانِ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَشْنَى هَلْ هُوَ مَبْقَى فَيَكُونُ شَرِيكًا لَكَ ، أَوْ هُوَ بَيْعٌ
فَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ الْبَائِعُ مِنَ الْمَشْتَرِي ، فَقَدْ التَزَمَ الْمَشْتَرِي عَلَى أَنْ تَكُونَ الْمَكِيلَةُ لِلْبَائِعِ
مِنْ غَيْرِ جَائِحَةٍ ، وَإِذَا أَجِيعَ الْحَائِطُ وَلَمْ يَبْقَ مِنَ الثَّمَرَةِ إِلَّا جِزْءٌ يَسِيرٌ ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ
الْمَشْتَرِي بِحَظِّهِ مِنَ الثَّمَنِ ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْمَبِيعَاتِ ، فَإِنَّهُ إِذَا اسْتَحَقَّ جُلُّهَا انْفُسَخَ
الْبَيْعُ ، وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ .

وَالْفَرْقُ أَنَّ الْجَائِحَةَ يَغْلِبُ وَضَعُهَا فَكَأَنَّهُمَا دَخَلَا عَلَى ذَلِكَ ، وَأَيْضًا هِيَ مِنْ
أَمْرِ اللَّهِ تَعَالَى لَيْسَ لِلْبَائِعِ فِيهَا عَمَلٌ فَنَاسِبَ ذَلِكَ أَلَّا يَرْجِعَ عَلَيْهِ ، وَفِي الْاسْتِحْقَاقِ
هُوَ نَادِرٌ [١٠٠/ب] وَيَتَهَمُ الْبَائِعُ أَنَّهُ كَانَ عَالِمًا^(١) بِذَلِكَ ، فَنَاسِبَ ذَلِكَ أَنْ يَحْمَلَ عَلَيْهِ
وَيَرُدَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ .

قَوْلُهُ : (فَهُوَ مِنَ الْبَائِعِ)^(٢) . سَوَاءٌ كَانَ جَعَلًا أَوْ احْتِاجًا إِلَى سَقْيٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا
فَاسِدٌ ، وَلَمْ يَقْبُضْهُ الْمُبْتَاعُ .

فَإِنْ قُلْتَ : هُوَ عَلَى الْجَزَافِ فَبِالتَّخْلِي يَحْصُلُ الْقَبْضُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَضْمَنَهُ
الْمَشْتَرِي كَالْمَقْبُوضِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ يَتَلَفُ .

فَالْجَوَابُ : إِنَّ الْقَبْضَ الْحُكْمِيَّ لَا يُعْتَبَرُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ لضعفه ، بَلِ الْحَسِي ،

(١) كَذَا فِي الْمَتْنِ ، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ : عَالِمًا .

(٢) فِي التَّهْذِيبِ «فَهُوَ مِنَ الْبَائِعِ» (٤٣٢/٣) .

بخلاف الصحيح .

قوله: (ولو اشتراه على الجذّ)^(١). لأن هذا بيع صحيح والقبض ، يحصل فيه بالحكمي .

قوله: (لا كالقبل)^(١). أي لا يكون في جائحته خلاف كما كان في البقل ؛ لأن الثمرة إن بقيت على الجذ قبل الصّلاح ، فلا تخرج عن حكم الثمار .

قوله: (فهو جائحة)^(١). كل ما هو من آفة السماء ، فهو جائحة ، وزيد فيه: ولا يستطيع دفعه ليدخل الجيش ، وفيه قولان: هل هو جائحة أو لا ؟

ووجه أنّه ليس بجائحة ، أنه قد ينصفه السلطان منهم ، ويدخل أيضاً فيه السارق ، وفيه قولان ، وزيد أيضاً: وإن علم به ليخرج السارق ؛ لأنه إذا علم به يهرب ، وإنما يكون الخلاف في السارق إذا كان غير معلوم العين ؛ لأن هذا يسترجع منه ما أخذ .

قوله: (والبرد)^(١). وكذلك البرد ، قال الشيخ^(٢): ولم أرهم يذكرون الفأر البرّي ، وهو مضر بالثمرة ، ولعل ذلك لأنه لم يكن بالحجاز .

قوله: (وأما إن هلك الثمرة)^(٣). من جهة الماء ، فهذا يوضع قليله وكثيره ؛ لأنهما دخلا على سلامة ذلك .

قوله: (وتوضع الجائحة في المساقاة)^(٤). إن كانت في جهة من الحائط ألغي ولم يعمل فيه لئلا يذهب عمله مجاناً ، فإن كانت في كله فكما قال .

(١) التهذيب (٤٣٢/٣) .

(٢) لم أقف عليه .

(٣) التهذيب (٤٣٢/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٤٣٣/٣) .

وسعد^(١) من أصحاب مالك .

قوله: (قدر الثلث)^(٢). إذا كان الزرعُ تبعاً للأصول أو بالعكس ، أو البياض تبعاً لهما ، جازت المساقاة والمزارعة فيه مطلقاً بذلك الجزء على المذهب ، وبجزء مخالف على قول ابن نافع ؛ لأنه إذا جاز إبقاء البياض كله فبعضه أجوز ، وكيفية التبعية في ذلك على المذهب أن يعتبر بجميع الصفة .

وقال ابن حبيب: بل يعتبر بجزء العامل الذي يكون له من المساقاة ، فإن كان أكثر من ثلثه لم يكن تابعاً .

قوله: (فلا جائحة في ثمره)^(٣). لأنه كان تابعاً غير مقصودٍ ، فلا حظ له من الثمن .

وعلى القول بأن له جزءاً من الثمن: تكون فيه الجائحة ، وإذا كانت الثمرة قد أزهرت وليست تابعة جاز بيعها مع الكراء ، وهما صفتان ، ولا تباع إلا لعامٍ واحد ، فإن كانت في دارٍ أو أرضٍ ، فأجيحت الثمرة وضعت الجائحة فيها ؛ لأنها ليست تابعة ، ولو كانت في الأصول المبيعة ثمرة تساوي أكثر من الأصول فأجيحت ، فلا جائحة فيها .

وهذه مسألة فرق ؛ وذلك أن الثمرة لما كانت من الأصول صارت تابعة في الحكم ، وإن كان ثمنها أضعافاً لثمرّة الأصول ، بخلاف الأرض ؛ لأن الثمرة ليست متولدة منها .

(١) سعد بن عبد الله المعافري ، من كبار أصحاب مالك المصريين ، أخذ عنه ابن القاسم وابن وهب ، قال ابن حارث: كان فاضلاً مأموناً.. وكان معلم ابن القاسم في العبادة . ترجمته في ترتيب المدارك (٥٦/٣) .

(٢) التهذيب (٤٣٤/٣) .

(٣) في التهذيب «فلا جائحة في ثمره» (٤٣٤/٣) .

كتاب الجعل والإجارة

قوله: (على أن يتجر له بثمنها)^(١). هذا باع السلعة بالمائة، وبمنافع المبتاع سنة، والمنافع في البيع تجري مجرى الأعيان، ففي ذلك جمع بين الإجارة والبيع، وفيه قولان في المذهب:

أحدهما: الجواز، ووجهه أنه صار كبيع ذاتين بثمن واحد، لكن لا بد أن يذكر أجلاً للإجارة؛ لأنها لا بد من الأجل، ويذكر النوع الذي يتصرف فيه، ولا بد في هذه المسألة من أن يقبض المائة، ثم يرجعها له ليتجر فيها ليخرجها من الذمة إلى الأمانة؛ لأن المال عند الأجير أمانة لا يضمنه، وإن لم يفعل لم يجز؛ لأنه سلف جرّ نفعاً؛ لأن من آخر ما يجب له فقد أسلفه^(٢).

وقيل: لا يجمع بينهما؛ لأنهما متنافيا الأحكام، والإجارة على خلاف الأصل لأنها بيع معدوم؛ لأن المنافع [١٠١/أ] لم تؤجر بعد، ولو مات قبل تمام التصرف رجع البائع في عين السلعة إن لم تفت بقدر ذلك؛ لأن المنافع كعرض معين، فينقص البيع بقدر ذلك، وإذا ربح في هذا المال، فلا يلزمه أن يتجر في الربح، بخلاف الغنم تتوالد، فيلزمه أن يرعى أولادها.

والفرق أن العرف جار بأن حكم الأولاد حكم الأمهات.

ألا ترى أن من أكرى دابة أو سفينة من رجل وزوجته فولدت ولداً، فيلزمه حمل الولد للعرف بذلك، ولأن الولادة تقل، بخلاف الربح قد يكثر ويقل^(٣).

(١) التهذيب (٣٤١/٣)، الذخيرة (٤١٥/٥).

(٢) انظر الجامع لابن يونس (٣٥٨/١٦).

(٣) قال الشيخ الحطاب «وذكروا من جملة شروط المسألة أن لا يشترط عليه أن يتجر بالربح بخلاف =



قوله: (والا لم يجز)^(١). اعترض عليه لأن ما تستوفى به المنافع لا يتعين وإن عين كمن أكرى على حمل طعام بعينه فتلف، فيلزم حمل مثله، ويمكن أن يقال: إن الغنم المعينة قد يكون لها حال لا يكون لغيرها من سهولة انقياد، ونحو ذلك.

قوله: (واذهب بسلام)^(١). أي المؤاجر ترك حقه من الخلف.

قوله: (وله خلف ما مات منها بالقضاء)^(١). أي يجبر الأجير على ذلك، وكذلك في المائة لو نقصت جبر الأجير على التجارة فيها بعد التكميل.

قوله: (ولا بأس باجتماع بيع مع إجارة)^(١). العقود سبعة:

البيع والصرف، وهما في الأعيان.

والإجارة والجعل والمساواة والنكاح والقراض، وهذه في المنافع.

والتولية والشركة والإقالة بيع؛ إلا أن الإقالة تولية للبائع، والتولية لغيره، والشركة تولية البعض لغير البائع.

فلا يجوز اجتماع اثنين من ذلك لتنافي الأحكام، إلا في البيع والإجارة فقولان، والبيع والصرف في اليسير، والنكاح والبيع، وفي ذلك أربعة أقوال: الجواز، والمنع، والجواز إن فصل عن الثمن قدر ربع دينار، والكراهة فإن وقع جاز^(٢).

= أولاد الغنم يجوز أن يشترط عليه أن يرعى أولادها قالوا؛ لأن الربح مجهول، وما تلده الغنم معروف، والذي يظهر أنه غير معروف لاحتمال ولادتها واحدا، أو أكثر إلا أنه أقل غررا من الثمن فتأمله» (٤١٤/٥).

(١) التهذيب (٣٤١/٣).

(٢) انظر للزيادة في مسألة اجتماع هذه العقود مع البيع: كتاب الذخيرة (٣٩٢/٤) عند قوله «قاعدة: العقود أسباب»، وعقد الجواهر (٦٤١/٢)، التوضيح (٢٧٩/٥).

قوله: (على أن يبيع له النصف الآخر)^(١). أي جَعَلَ ثَمَنَ نصف الثوبِ ببيعِهِ له النصفُ الثاني، وتصرفه في (.) وإظهاره للتجارة، فالأجرة معلومة، فإن ضرب أجلاً يكون فيه التصرف صحت الإجارة.

قوله: (ما خلا الطعام)^(١). وذلك أنه بين أمرين: إما أن يدفع له نصفه لبيع أو لا.

فإن دفعه فلا يجوز؛ فإنه قد لا يبيع ذلك ويبيعه في نصف الأجل، فيحتاج إلى ردّه أو ردّ نصفه، والطعام لا يتعين، فيكون المردود سلفاً، ولا يختص بذلك الطعام بل هو جارٍ في كل ما لا يتعيّن.

وإن لم يدفعه له ففيه مُعَيَّنٌ يتأخّر قبضُهُ، وذلك لا يجوز.

قوله: (فله نصف الأجرة)^(٢). أي إن كان تصرفه في البيع في قدر نصف الأجرة.

قوله: (فله الأجر كاملاً)^(٣). لأن حكم الإجارة أن تكون له الأجرة مطلقاً، بخلاف الجعل إنما تكون له الأجرة إن عَمِلَ.

قوله: (على أن يبيع له النصف الباقي في بلد آخر)^(٣). هذا إذا كان بغير أجل كان جعلاً، فلا يجوز الجعل والإجارة، وإن كان بأجل بأجرة يأخذها ولا بد، كانت إجارة وصح.

قوله: (ولم يضرباً أجلاً لم يجز)^(٣). لأنه جُعِلَ وبيع.

قوله: (لأنه في السلع اليسيرة)^(٣). أي التي يجوز فيها الجعل منفرداً، وأما

(١) التهذيب (٣/٣٤٢).

(٢) في التهذيب «فله نصف الإجارة» (٣/٣٤٢).

(٣) التهذيب (٣/٣٤٢).

الكثرة فلا يجوز فيها الجعل منفرداً، فأحرى إذا انضم إلى البيع، وذلك أنه إذا كثرت السلع كان الغالب ألا يستوعبها بالبيع فيمضي عمله فيما باع منها مجاناً؛ لأن الجعل ليس له فيه شيء حتى يكمل العمل، بخلاف السلعة أو السلع اليسيرة: الغالب أنه بيعٌ جميعها، فتكون له الأجرة.

قوله: (فصارت إجارة غير مؤجلة)^(١). أي وهي الجعل فأفسدت البيع الذي انعقد معها.

قوله: (فلا خير فيه)^(١). لأنه جعل وبيع.

قوله: (فذلك حرام)^(٢). لأن الجعل إذا ضرب فيه أجل كان أجله بأن يمضي للأجل، ولم يعمل شيئاً، فيذهب عمله باطلاً.

قوله: (تلتزم بالعقد)^(٣). أي لا خيار مجلس فيها، نَبَّه على قول المخالف بخيار المجلس في البيع، وله في الإجارة قولان: هل يجري مجرى البيع أو لا؟ ولا خيار مجلسٍ عندنا مطلقاً^(٤).

قوله: (وليس [١٠١/ب] لأحدهما الترك)^(٥). أي هي لازمة من الطرفين، بخلاف الجعل هو لازم من جهة الجاعل فقط.

قوله: (وَقَتَّ له في الثوب ثمناً أم لا)^(٥). مثل أن يقول: إن بعته بعشرة، أو يقول: إن بعته مطلقاً.

(١) التهذيب (٣/٣٤٢).

(٢) في التهذيب «فذلك أحرم له» (٣/٣٤٢).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٤٣).

(٤) الذخيرة (٥/٢٠).

(٥) التهذيب (٣/٣٤٣).



قوله: (لم يصلح)^(١). لأن ضرب الأجل يؤدي إلى حرمانه كما تقدم.

قوله: (إلا أن يشترط أن يتركه متى شاء)^(١). لأن هذا ليس بأجل في الحقيقة إنما الأجل أن يلزمه ذلك.

قوله: (أخذ الجعل كاملاً)^(١). فدخله الخطر لهذا، لأنه يرتجى عمله في بعض اليوم، والجاعل يدخل على أن يعمل جميعه.

قوله: (وقد قال في مثل هذا: إنه جائز)^(١). أي قد نص في موضع آخر على جواز الجعل بالأجل الذي فيه الخيار، وله قول ثانٍ بالمنع، وسيأتي.

قوله: (على كثير السلع)^(٢). لما تقدم من أنه يفضي غالباً إلى أن يذهب عمله مجاناً، وكذلك ما فيه مشقة سفر إلا أن يقرب ما بين البلدين كمصر والقاهرة.

قوله: (سمّوا لها ثمناً)^(٣). مثل أن يقول: إن بعثها بكذا فلك كذا.

قوله: (لا يقطعه ذلك عن شغله)^(٣). لخفة أمره بخلاف السفر [يقطعه]^(٤) عن جميع أشغاله سواء.

قوله: (كل ما كان فيه الجعل)^(٥). كالسلع اليسيرة والعمل في البلد وطلب الأبق إذا ضرباً أجلاً وأجرة لا بد منها.

قوله: (وليس كل ما جازت فيه الإجارة)^(٦). كالسلع الكثيرة والسفر إلى

(١) التهذيب (٣/٣٤٣).

(٢) في التهذيب «على بيع كثير» (٣/٣٤٣).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٤٣).

(٤) في المتن «يقطه»، والصواب ما أثبتته.

(٥) في التهذيب «كل ما جاز فيه الجعل» (٣/٣٤٤).

(٦) المصدر نفسه (٣/٣٤٤).

البلاد البعيدة.

قوله: (فلا يجوز النقد في هذا)^(١). لأنه على تقدير أن يعمل في بعض الأجل، فيكون له بعض الأجرة، فيرد بعض ما قبض فيكون سلفاً، ولكن يدفع له بقدر ما عمل.

قوله: (لأنها إجارة على خيار)^(١). وهي بيع، كما يجوز البيع على الخيار. وقيل: لا يجوز نظراً إلى مطلق الخيار شهراً، وذلك لا يجوز في البيع.

ووجه الجواز أن هذا ليس كالخيار في البيع؛ لأن معناه أنه متى اختار الترك أخذ بقدر ما عمل، ولزمت الإجارة فيما عمل، والخيار في البيع إذا اختار الترك زال البيع بالجملة، وإنما هو كقوله: أجرتك داري مشاهرة، فإذا اختار الترك لزمه شهراً.

قوله: (ولا يجوز النقد)^(١). أي بالشرط، وكذلك على الطوع؛ لأنه من أصل المذهب ألا يفسخ ديناً فيما لا يتعجل قبضه، فلو تطوع بالنقد أمكن إن يبيع في نصف شهر، فيجب أن يرد نصف الأجرة، فيصير ديناً عليه للأجر، لكن يمدّ الأجير العمل رجاء أن يأخذ الأجرة كلها، فيكون في ذلك فسح دين فيما لا يتعجل قبضه من المنافع، وهو تعليل ضعيف.

قوله: (على أن يسلفك فيه رطلاً من غزل لم يجز)^(٢). ليس الشركة كالبيع لأنها معروفة، ولذلك جاز أن يشتركا بما ليس في ذمتهما، وفي ذلك ذهب بذهب، ودراهم بدراهم غير يد بيد، فلم يجز كالبيع، فلم يجتمع مع السلف، وإن وقع ذلك ولم (.) عليه إلا بعد الفسخ، فقيل: يدفع له مثل الغزل السلف أو

(١) التهذيب (٣/٣٤٤).

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٤٤ - ٣٤٥).

قيمتُهُ ، ويكون له الثوب كله ، وتكون عليه أجره المثل .

ولنا في المذهب في الغزل قولان: هل هو من ذوات الأمثال أو لا^(١) ؟ وهو راجع إلى تحقيق مناط ، وقيل: بل يكون العامل شريكاً بقدر غزله ويأخذ أجره مثله على حطّ رب الغزل ، وهذا الخلاف مخرج من مسألتين:

إحدهما: أن يدفع لصيرفي دراهم ، ويقول: أسلفني دراهم واعمل لي من الجميع صراراً ، فإن نزلت هذه فيكونان شريكين كما تقدم .

والثانية: أن يدفع له لحافاً ويقول: أسلفني ديناراً وموّههُ لي به ، وقالوا في هذه يكون للعامل أجره المثل ، ورجع بمثل الدينار .

ولا شك أن مسألة الغزل أشبه بمسألة اللجام ؛ لأن الغزل بعد النسج قد تلف ، ولا يمكن ردّه غزلاً كالدينار المموّه به ، بخلاف مسألة السوار لأن عين الفضة باقية يمكن قسم السوار بينهما .

قوله: (إذ ما جاز بيعه جازت الإجارة به)^(٢) . ولا شك أنه يجوز أن يبيع منه دقيق قمح يطحنه بعد البيع ، وقال ابن المواز: لا تجوز الإجارة [١/١٠٢] هنا بخلاف البيع ؛ لأنه في البيع على ملك بائعه إن هلك قبل القبض والتوفية ، وفي الإجارة الأجير ضامن على الطعام ؛ لأنه يتهم عليه^(٣) .

وبالجملة: كل صانع هو موثر بصنعيته كالصبّاغ والخياط ضامن لما يقبضه .

وأصل المذهب أنه لا يستحق الصانع أجره حتى يسلم ذلك العمل إلى ربّه ،

(١) انظر مناهج التحصيل (٢٣١/٧) ، روضة المستبين (١٤٩/٣) .

(٢) التهذيب (٣٤٥/٣) .

(٣) انظر التوضيح (١٤٥/٧) .

وأما إذا عمله وهلك عند الصانع فلا أجره له .

وقال ابن المواز: له الأجرة ، فلو تلفت عنده السلعة وقامت له البينة بالتلف ، وزالت التهمة فعلى المذهب لا أجره له ولا ضمان عليه ، وعلى قول ابن المواز له الأجرة ، فقد دخل على المذهب على أن يذهب عمله مجاناً بتقدير التلف وذلك غرر ففارق البيع .

فإذا فرعنا على قول ابن المواز في التلف أن له الأجرة ، فقد وقعت الأجرة بدراهم ، وبقفيز وهو معين ، فإذا هلك الدقيق كان ينبغي أن يرجع في عين منافعه ؛ لأن الأجرة قد انفسخت ، لكن المنافع قد تلفت فيرجع بقيمتها ، وذلك أن ينظر كم يساوي القفيز الذي كان مع الدرهم الأجرة ، فإن ساوى درهماً فالطحين نصف الأجرة ، فيرجع بقيمة نصف العمل^(١) .

قوله: (كان ضمانها من البائع)^(١) . لأن فيه حق توفية .

قوله: (مختلفا خروجه)^(٢) . أي في الكيل .

قوله: (ولا يجوز بيع لحم شاة قبل الذبح)^(٣) . أجازة أشهب إذا كان المشتري عارفاً بذلك باللمس والخبرة^(٤) .

قوله: (بيعتين في بيعة)^(٥) . لا يجوز لأنه قد يلتزم إحداهما المشتري ثم ينتقل إلى الثانية ، فيكون كأنَّ البائع فسخ ديناً في دين ، وبدل دراهم في أكثر منها

(١) التهذيب (١٤٦/٧) .

(٢) في التهذيب «مختلفا ما جاز» (٣٤٥/٣) .

(٣) في التهذيب «ولا يجوز بيع لحم شاة حية أو مذبوحة ، أو لحم بعير كسير قبل الذبح» (٣٤٥/٣) .

(٤) انظر الجامع لابن يونس (٣٩٤/١٦) .

(٥) التهذيب (٣٤٦/٣) .

أو أقل غير يد بيد.

قوله: (قال غيره في المسألة الأولى)^(١). أي كذا النقل، وإلا فرق بين الأولى والثانية، وأراد أن له الأكثر مما جعل له، وأكثر ما جعل له في العمل الأول درهم، فلا يزداد عليه إن كان أجر المثل أكثر لأنه قد رضي بذلك، وأقل ما جعل له في اليوم الثاني أو العمل الثاني نصف درهم فلا ينقص عن ذلك، وإن كان أجر المثل أقل ففي هذا القول اعتبر القيمة؛ لأنه لم يتحقق عنده أنها كبيعتين في بيعة؛ لأنه لا يلقي فيه المحروز المذكور آنفاً، وإنما خيره بين عملين.

قوله: (على دبغ جلود)^(٢). يريد أن الأجرة مجهولة؛ إذ لا يدري كيف تخرج من الدبغ.

ولو قال له: أبيعك هذا الجلد بعد دبغه لم يجز.

فإن وقع ذلك: فإن أمضيا البيع قبل الدبغ وقبض العامل الجلود ودبغها، فقد وقع البيع فاسداً فنصفها في ضمانه من يوم القبض، لأن الضمان في البيع الفاسد من يوم القبض، وقد فاتت بالدبغ فيردّ به قيمة ذلك يوم القبض ويدفع له نصف أجرة المثل على النصف الذي للبائع، ويكون شريكاً له بالنصف، وإن لم يقبضها إلا بعد الدبغ، فلم يدفع العامل نصفها على ملكه، وإنما تحقق البيع الفاسد فيها بعد الدفع، وإن عقده قبله فيردها على ربها، وله أجرة المثل على دفع الجميع، فإن فاتت بتغير قيمتها يوم الدفع، فارتفعت أو غلت لزم العامل قيمة النصف يوم القبض، ويرجع بأجرة المثل في الجميع على ربها، وكان له شريكاً بنصفها.

وكذلك مسألة الغزل سواء إذا قال لك النصف بعد النسج، فإن أعطاه

(١) التهذيب (٣/٣٤٦). انظر المسألة أيضاً في النوادر والزيادات (٧/٤١).

(٢) التهذيب (٣/٣٤٦).



النصف أولاً على أن ينسج له النصف الباقي فأراد العامل أن ينسج من جميعه ثوباً واحداً بينهما ، فهذه إجارة تمت ، ثم شركة بعدها منفصلة منها ، فإن زاده درهماً في الشركة على بعض عمله فسدت الشركة بدخول الإجارة معها .

قوله : (وإذا دفعت له دابة أو إبلاً أو داراً أو سفينة)^(١) . فيها ثلاثة أقوال :

أحدها : أن لرب ذلك الكراء الذي يحصل فيها ، وللعامل أجره مثله بناء على أنك أجرته بأجرة مثله ، ويقوي ذلك أنك لم تسلم له ذلك يتصرف [١٠٢ / ب] فيه تصرف المكري مطلقاً ؛ لأنه تحت يدك .

والثاني : أن للعامل الكراء الذي يحصل فيها ، ولربها كراء مثلها بناء على أن العامل أكرهاها منه بأجرة مثلها .

والثالث : الفرق بين الدار والحمام ، فيكون للعامل أجره مثله لأنه يعمل فيها ، وبين الدابة لأنها التي تعمل بنفسها ، والسفينة كالحمام لأنهما جماد لا فعل لها .

قوله : (بع سلعتي)^(١) . هذه لا خلاف فيها .

قوله : (ولو أعطيته الدابة ليعمل عليها)^(١) . فرق المذهب بين أن يعطيه الدابة ، ويقول : اعمل عليها عندك ، وبين أن يقول : هذه الدابة عندي اعمل عليها ، فيفهم من الأول أنه اكرى ، لكنه فاسدٌ لجهل الأجرة ، ويرد من فاسده إلى صحيحه ، وفي الثاني يقسم منه الإجارة الفاسدة فيردها إلى صحيحها ، والخلاف أيضاً في ذلك كله كما تقدم^(٢) .

(١) التهذيب (٣ / ٣٤٧) .

(٢) انظر التوضيح (٧ / ١٥٣) . منح الجليل (٧ / ٤٥٣) .



قوله: (إلا أن ينقده نصفه مكانه)^(١). لأنه لا يجوز تأخير قبض المعين لأنه لا يدري كيف يقبضه، ولأنه يبقى في ضمان الأول، وكأنه جعل له جزءاً من الثمن على ضمانه، وضمانٌ بجعلٍ لا يصحُّ.

قوله: (فإن شرطت ألا تأخذ حصته منه قبل البلد لم يجز)^(٢). لأن ذلك استمرار للشركة واستمرارها كابتدائها، فجاز شركة وإجارة، وأيضاً اشترط أن يكون منها إن تلف بقية الضمان بجعل، ولولا استمرار الشركة لكان ضمان كل حظ من صاحبه.

قوله: (كان له أجر مثله)^(٣). ردّ الإجارة الفاسدة إلى حكم الصّحيحة.

قوله: (متى شاء ميزها)^(٣). لأنه لم يشترط استمرار الشركة بل هي في الحكم قد زالت، فلم يجتمع مع الإجارة.

قوله: (إن ضربا للبيع أجلاً)^(٣). لأنه لا بد من الأجل في الإجارة، ولا يكون جعلاً لأنه لا يكون في العمل الكثير، وما فيه سفرٌ.

قوله: (إذا شاء أفرد)^(٤). هذا لما تقدم من استمرار الشركة.

قوله: (وكذلك إن أجرته على رعاية غنم بينكما)^(٤). المذهب في المعينة أنه لا بد من اشتراط الخلف لما نقص بخلاف غير المعينة، وردّه سحنون وقال: لا فائدة في ذلك؛ لأنه لا يتعين ما تستوفى به المنافع، ولكن إن أخلف ربها ما ضاع، وإلا فقد أسقط حقه وكان للأجير جميع الأجرة في الموضعين، ولا أثر

(١) في التهذيب «إلا أن تنقده نصفه مكانك» (٣/٣٤٧).

(٢) في التهذيب «فإن شرطت أن لا يميز حصته» (٣/٣٤٧).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٤٧).

(٤) المصدر نفسه (٣/٣٤٨).



لكون المعنية معروفة الخلق ؛ لأنه لو ادّعى ذلك لم يجز الخلف لما ضاع منها^(١).

قوله: (إذا اعتدلت في القسَم)^(٢). يعني أنهما لو اقتسما صار له من الغنم نصف العدد، وإن اختلف العدد أدى، على تقدير القسم، إلى أن يدعي له نصفه وهو أقل من نصفها عدداً أو أكثر، وذلك غرر، وعلى المذهب إن اقتسما، وصار له أقل من نصف عددها كان لرب الغنم أن يكملها حتى يصير مثل نصفها، وإن كان أكثر نقص منها.

قوله: (إذ لا يقدر على بيع حصته)^(٣). يعني يضطر إلى بقاء الشركة، فيتحقق اجتماع الشركة والإجارة.

قوله: (على بناء داربعينها)^(٤). فيها إشكال، وذلك أن الجص والآجر إذا كانت من عند العامل وليست الآن في ملكه، فهذا سَلَمٌ حالٌ وهو لا يجوز، ولا يمكن قسم الأجرة فيكون بعضها عن السلم وبعضها عن العمل؛ لأنه لم يفعل ذلك التفصيل، ويلزم النقد من أجل السلم، ويلزم عدم النقد لاحتمال أن يموت العامل أو يعجز عن العمل فيصير سلفاً، وقد صار فيها تناقضٌ.

وأجيب عن ذلك بأن محمول العامل يعمل الجص والآجر بيده، ويكون من باب السلم في الفواكه والخبز فيجوز فيه التناجز لأنه يقبض الأوائل.

قوله: (إذا كان على وجه القبالة)^(٥). أي يكون العمل مضموناً في الذمة،

(١) مناهج التحصيل (٣٠٠/٧).

(٢) التهذيب (٣٤٨/٣).

(٣) في التهذيب «على بناء دارك هذه» (٣٤٨/٣).

(٤) المصدر نفسه (٣٤٨/٣).

(٥) التهذيب (٣٤٩/٣)، والقبالة: أي الضمان، ومنه القبيل وهو الكفيل والضامن، انظر القاموس مادة «قبل» (ص: ١٢٨٤).

فيصح فيه النقد لأمن المحذور ، ويجر السلم على أصله من النقد لثمنه .

قوله: (ولا بأس أن تؤاجر حافتي نهرك ممن يبني عليه بيتاً)^(١) . أي لا يقال: أنك بعت منه الانتفاع بالماء المباح ؛ لأنك إنما تعرضت لانتفاعه بأرضك فقط ، وأما بيع الماء ، فلا يجوز بيعه حتى يحوزه المالك (٠)^(٢) ويصير [١/١٠٣] في يده ، ولا يجوز بيعه عند الشافعي ، وما يؤخذ فيه فأجرة على حمله فقط .

ووجهه الحديث عن النبي ﷺ ، قال: «الناس مُشْتَرِكُونَ في ثلاثة: الماء والكَلأُ والحطبُ»^(٣) .

قوله: (وإن استأجر طريقاً في دار رجل)^(٤) . إذا كان له منفعة في ذلك بأن [يمر]^(٥) فيها إلى موضع له ، وإلا كان من أكل المال بالباطل ، وكذلك إذا استأجر منه مسيلاً يمر فيه رحاضة داره وغسالتها .

قوله: (فلا يعجبني)^(٦) . أي لا منفعة لمسيل ماء الميزاب ، سوى الانتفاع بماء المطر النازل فيه ، ففي الحقيقة إنما باع منه ذلك الماء وهو مجهول ، ولو كان معلوماً صح وإن كان الآن معدوماً ، كما يجوز أن يشتري منه سقي زرع شهراً من بئر ، وذلك الماء كله الآن معدوم ؛ لأنه بيع شيئاً فشيئاً .

(١) التهذيب (٣/٣٤٩) .

(٢) كلمة غير واضحة في المتن ، لعلها «لذلك» .

(٣) الحديث أخرجه أحمد في مسنده بلفظ قريب: عن أبي خدّاش ، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والكَلأُ والنار» . مسند أحمد ، أحاديث رجال من أصحاب النبي ﷺ ، رقم ٢٣٠٨٢ ، (١٧٤/٣٨) .

(٤) التهذيب (٣/٣٤٩) .

(٥) مبتور جله من الأصل ، وأثبتته لموافقة المعنى .

(٦) التهذيب (٣/٣٤٩) .

ولو اشترى سيل الميزاب المجاورة لسطحه على أن يجري فيها ماء سطحه صحّ ، لأنه إنما استأجر منافع الميزاب .

قوله: (ولا يجوز أن يكرى بيت الرحا من رجل)^(١) . يعني يكون الرحا لرجلٍ وبيتها لآخرٍ ودابتها لآخر ، فيكتري ذلك كلّهم منهم واحدٌ .

وجه المنع وهو المذهبُ: أن حال العقد مجهول ما لكل واحد واحد ، وأجازه أشهب لأنه معلوم الجملة ، وليس مجهولاً من كل جهة ، ولأن التفصيل يعلم في ثاني حال .

ولابن القاسم أيضاً قول ثانٍ بالجواز ، فإن وقع ذلك على المذهب فقولان: أحدهما: يجوزُ مراعاةً للجوار في القول الثاني ، والثاني: يرجع إلى أجرة المثل في كل واحد^(٢) .

قوله: (وكذلك في الاستحقاق)^(٣) . تعليل للمنع ، أي إذا استحق بعض ذلك رجع بثمن مجهول في الحال ، وهذا لازم فيما إذا باع الرجل سلعته من رجلين ، إلا أن الاستحقاق على خلاف الأصل ، فلا يستقل التعليل به .

قوله: (ولا بأس بأجرة رحا الماء بالطعام)^(٣) . يريد أن لهما قولين في الماء: هل هو طعام ، أو غير طعام بل شراب ؟

وإذا قيل إنه طعام فهو ربوي ، أو غير ربوي كالبقول ، فلا يقال هنا: إنه استأجر طعاماً بطعام ؛ لأنه إنما استأجر منافع الرّحى فقط ، ودخل الماء بالضّمن بالتبعية .

(١) التهذيب (٣/٣٤٩) .

(٢) انظر المسألة في النوادر والزيادات (٧/٣٣١) ، الذخيرة (٨/٣٥) .

(٣) التهذيب (٣/٣٥٠) .

قوله: (فهو عذر تفسخ له الإجارة)^(١). لأنه لا يكمل المقصود إلا بالماء كما لو أكرى حماما فانقطع ماؤها، أو أرضاً للزراع فلم تمطر أو انقطع نهرها.

قوله: (وإن رجع الماء)^(١). أن تفسخا قبل رجوعه، فلا أثر لرجوعه، وإن لم يتفاسخا كان له بحساب ذلك.

قوله: (فإن تصادقا في أول السنة وآخرها صدق رب الرحا)^(١). لأنه لما تصادقا على وجود الماء أولاً في السنة ورجوعه آخرها كان الأصل استصحاب الماء فرجح جانب رب الرحا ولو كان لأجل براءة الذمة، لكن اشتغلت ذمة المكثري بالكراء، فهو يدعي سقوط بعض الكراء عن ذمته، وكذلك انهدام الدار يدعيه المكثري في وسط المدة ويتصادقا على سلامتها أولها وآخرها بالإصلاح.

وأما لو لم يرجع الماء ولم يصلح الدار واتفقا على انقطاع الماء والتهدم في أثناء المدة فالقول قوله، أو قال المكثري بعد السنة: إنما صدق المكثري هنا دون المكثري؛ لأنه بعدما استقر الكراء في ذمته بتمام السنة؛ ادعى سقوطه عنه، والأصل عدم التهدم فلا يقبل قوله إلا ببينة، وإلا فجانب رب الدار أوضح.

قوله: (ما مضى منها إلا شهران)^(١). إنما صدق هنا المكثري لأنهما لو توافقا على المدة كان الأصل بقاؤها، ولما كان القول للمكثري صدق أيضاً في التهدم وانقطاع الماء.

قوله: (لم يجز)^(٢). لأنه غرر؛ إذ من الجائز أن يقطع قبل الشهر، فتقل الأجرة، أو لا ينقطع فتكثر، وهذا مخاطرة.

قوله: (ومن استأجر فسطاطاً)^(٣). يجوز كراء الماعون وإن كان فيه خسة،

(١) التهذيب (٣/٣٥٠).

(٢) يريد قوله «ومن استأجر رحا ماء...» التهذيب (٣/٣٥٠).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٥١).

لأن زكاة الماعون إعارته .

قوله : (صُدِّقَ فِي الضِّيَاعِ)^(١) . لأنه أَمِينٌ عَلَيْهِ [١٠٣/ب] ولزمه الكراء كله .

قال سحنون: هذه عراقية^(٢) ؛ بمعنى أن أهل العراق يقولون بآرائهم في الدين ، وذلك أنه يلزم تصديقه في الضياع بسقوط الكراء .

وأُجِيبَ بأنه إنما أراد بأنه يصدق في مطلق الضياع ، ولا يصدقه أنه من وقت كذا المانع منه ، وهو أنه يريد سقوط الكراء عنه بعد أن لزمه .

قوله : (فَشَهِدُوا أَنَّهُ أَعْلَمَهُمْ بِضِيَاعِ ذَلِكَ)^(٣) . هذا ليس ببيّنة ، إنما هذا (.) وشبهة فلذلك حلف معه ، فترجّح جانبُهُ بذلك .

قوله : (في رجل اِكْتَرَى جَفَنَةً وَادْعَى الضِّيَاعَ أَنَّهُ يَضْمَنُ)^(٣) . أخذ من هذه المسألة أن المستأجر يضمن ما يُغَابُ عليه لأن الحفنة مما يُغَابُ عليه ، وقد تقدم في الفسطاط والغرائر أنه لا يضمن ، وكذلك قال بعد في إجارة الثوب وهو الوجه ، لأن المستأجر لم يقبض لحق نفسه فقط ، بل قبض لحقه ولمنفعة ربّ ذلك ، فينبغي أن يكون أميناً .

بخلاف المستعير لِمَا قَبِضَ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ فَقَطْ ضَمِنَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ اتِّفَاقًا ، وعكسه المودع لما قبض لحق المودع فقط لم يضمن اتفاقاً .

وأما المرتهن فالمذهب أن يضمن ما يغاب عليه^(٤) ، وذلك أنه غالباً إنما يطلب الرهن بعد ثبوت الدين في ذمة الغريم ، فيكون لمنفعة خاصة ، وإذا كان

(١) التهذيب (٣٥١/٣) .

(٢) انظر الجامع لابن يونس (٤١٥/١٦) . مناهج التحصيل (٢٨٩/٧) .

(٣) التهذيب (٣٥١/٣) .

(٤) انظر الجامع لابن يونس (٥٢٩/١٣) .

في العقد فمنفعة المرتهن أكثر من منفعة الراهن لأنها التي تدوم ، فغلب جانبه لذلك ، وقد [تولت] ^(١) مسألة الجفنة لذلك بأنه أراد بالضياح فيها أنها تكسرت ، ولم يأت ربها بأفلاقها ^(٢) ، فاتهمه لذلك لأنه لو صدق لكنت أجزاؤها عنده .

قوله : (لزمه جميع الأجرة) ^(٣) . لأنه الذي أسقط حقه إذ لم يستوف منافعه ، كما لو اكرى داراً لمدة ولم يسكنها .

قوله : (لزمه أجرة حبسه بغير لبس ليس كأجر اللبس) ^(٤) . معناه أنه ينظر قيمة أجرة لبسه في المدة التي حبسه فيها بعد أمد الإجارة فيقال مثلاً : دينار ، ثم ينظر كم نقص من قيمة الثوب في مدة إمساكه له لو لبس ، فيقال : نصف دينار ، فيكون له نصف دينار . وإنما نقص ذلك من أجرته لئلا يأخذ رب الثوب العوض والمعوض منه وهي المنافع في تلك المدة .

قيل : وهذا القول ليس بشيء ؛ لأنه يؤدي في بعض الصور إلى ألا يجب لرب الثوب شيء في مدة الإمساك ؛ لأنه رب ثوب ينقص منه اللبس لرفعته أكثر من أجرة لبسه .

وقيل : له أجرة المثل مطلقاً .

وقيل : بالتفصيل بين أن يكون رب الثوب حاضراً في مدة الإمساك ، فيكون له بحساب الأجرة الأولى ؛ لأنه لما تركه عنده فقد رضي بتلك الأجرة وحسابها ، وإن كان غائباً ، فله أجر المثل لأنه لم يتركه عنده اختياراً ، وهذا كله إذا ثبت ببيان

(١) كذا في المتن ، ويمكن أن يكون المراد «تَوَوَّلَتْ» والله أعلم .

(٢) أي أجزاؤها بعدما تكسرت ، انظر القاموس مادة «فلق» (ص : ١٢٦٤) .

(٣) في التهذيب «جميع الأجر» (٣/٣٥٢) .

(٤) في التهذيب «لزمه أجر حبسه بغير لباس ليس كأجر اللباس» (٣/٣٥٢) .

أنه لم يلبسه تلك المدة^(١).

قوله: (وتجوز إجارة متاع البيت)^(٢). ليس إجارة ذلك من المروءة، لقوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧] لأن زكاة الماعون إعارته، ويريد بمتاع الجسد الثياب والأسرة ونحو ذلك، أخلاق من تقدم من الناس أن يعيروهم بغير كذا. قوله: (فهو مصدق)^(٣). وهذا الذي يعول عليه لما تقدم أنه لم يقبض لحق نفسه فقط.

قوله: (إلا أن يتعدى)^(٢). فيضمن بتعديه.

قوله: (ثم ضاع في اليوم الثاني)^(٢). مثل أن يسرق من غير تفريط منه وثبت له ذلك، فلا كراء عليه كمرض الدابة يكثرها وانهدام الدار يستأجر سكنها، فلا كراء عليه في قدر ما تعطلت من المدة كالحمام يتعطل أياماً.

قوله: (لاختلاف اللبس)^(٣). أي لا يستوي الناس في الرفق والخوف، ولا في الأمانة والتقوى لله تعالى، فلذلك يضمن إن أعاره لغيره؛ لأن ربه إنما رضي به وبأمانته.

قوله: (كان مثله أو أخف)^(٣). لأن الناس يختلفون في الركوب، فقد يكون الرجل خفيفاً لكن لا معرفة له بالركوب، فيضرّ بالدابة، وقد يكون ثقيلاً، ويعرف ذلك فيكون [أ/١٠٤] أرفق بالدابة، بخلاف الحمل على الدابة يجوز أن يكرها ممن يحمل عليها مثل ذلك المحمول في الثقل؛ لأنهما سواء^(٤).

(١) انظر الجامع لابن يونس (٤٢١/١٦).

(٢) التهذيب (٣٥٢/٣).

(٣) المصدر نفسه (٣٥٣/٣).

(٤) انظر الذخيرة (٤٣٧/٥).

قوله: (أكريت من مثله)^(١). هذا للضرورة لأنه لا يتعين ما يستوفي به المنافع، ولا تنفسخ الإجارة بموت أحدهما فلزم الورثة أن يكروها من مثل الموروث.

قوله: (وليس ككراء الحمولة)^(١). أي ليس الحمل للمتاع، والطعام مختلف باختلاف ركوب الدابة، وكذلك السفينة والدار؛ لأنها لا تتضرر بالسكن تضرر الدابة بالراكب لا يعرف الركوب.

قوله: (وتكون صنعته في الخباء كصنعتك)^(٢). مثل أن يكتريه ليقيم به في عسكر المسلمين، فيعمل فيه صنعة، وكذلك إذا نزل ببلد خلال سفره.

قوله: (ولا بأس بإجارة حلي الذهب والفضة بذهب أو فضة)^(٣). لأن الكراء إنما هي منافع ذلك لا أعيانه، فلا يطرأ في ذلك تفاضل في العين يمنعه.

قوله: (ثم استثقله)^(٣). لأنه من الماعون الذي ينبغي أن يعار ولا تؤخذ فيه أجرة.

قوله: (وتجوز إجارة المصحف لجواز بيعه)^(٣). قاس بيع المنافع على بيع الأعيان، والبيع في ذلك يقع على الورق والجلد والكتابة فقط وكره ذلك في كتب الفقه، ولو كان فيها ورق وجلد وكتابة لأنها ظنون، فقد قال تعالى: ﴿إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾ [الحجرات: ١٢] فلم يجز بيع الظنون، والقرآن حق، فصح البيع لما يحصل من كثرته بين الناس، وكذلك كتب الشعر كره بيعها لاشتغالها على اللهو.

قوله: (ما لم يجعله متجرًا)^(٣). أي يكثر من ذلك، لأنه يورث التهاون به وعدم الاكتراث له كسائر السلع التي يتجر فيها.

(١) التهذيب (٣٥٣/٣).

(٢) في التهذيب «ويكون صنيعه في الخباء كصنيعك» (٣٥٣/٣).

(٣) التهذيب (٣٥٤/٣).



قوله: (وأما ما عملته بيدك)^(١). يعني ما تكتبه من المصاحف تتعيش به ، لأنه بيع مع ذلك منافعه وتعبه فيها ، ولذلك صحت الإجارة على كتابتها .

قوله: (كل سنة ، أو شهر بكذا)^(٢). هذه إجارة فتكون له الأجرة ، تَعَلَّمَ أو لَا .

قوله: (على أن يعلمه القرآن بكذا)^(٣). هذا جعلٌ واختلف فيه ؛ والمذهب جوازه لكثرة تعليم القرآن بتكثير طرقه من جُعِلَ وإجارة .

وقيل: لا يجوز لما في ذلك من الغرر فيذهب عمله مجاناً .

ولنا طريق آخر ، وهي الإجارة والجعل إنما تجوز في مواضع الضرورة حيث يكون العمل مجهولاً كالعبد الآبق .

وأيضاً فإن طالب الآبق في الغالب يعلم مواضع الإباق وحيث يطلبون ، وهذا الذي يتعلم القرآن لا ينضبط حاله لاختلاف أفهام الناس^(٤) .

قوله: (إن يشترط شيئاً معلوماً)^(٥) . يعني (.) .

قوله: (على تعليم الفقه)^(٥) . لما تقدم من أنها ظنون مشتملة على حق وباطل ، بخلاف القرآن لأنه كله حق .

وقيل: لأن تعليم ذلك فتوى ، والفتوى لا يجوز أن يأخذ عليها أجراً^(٦) .

قوله: (كما كره بيع كتبها)^(٧) . لأن الظن حق وباطل ، وقد بيعت كتب ابن

(١) التهذيب (٣/٣٥٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٥٥) .

(٣) في التهذيب «على أن يعلمه القرآن كله أو سدسه بكذا» (٣/٣٥٥) .

(٤) انظر هذه الأقوال من التبصرة للخمى (١١/٩٥٧) .

(٥) التهذيب (٣/٣٥٥) .

(٦) انظر التوضيح (٧/١٧٣) .

(٧) التهذيب (٣/٣٥٥) .

وهب بثلاثمائة دينار بحضرة ابن القاسم^(١)، وذلك يدل على الجواز.

قوله: (على تعليم الشعر)^(٢). لأنه لهو.

وقوله: (والنحو)^(٢). لأنه ظنون أيضاً.

قوله: (أو على كتابة ذلك)^(٢). لأنه كبيع، وإذا كره بيع كتب الفقه فأحرى

هذه.

قوله: (بالألحان)^(٣). يعني الأعاريض، ويعني بالغناء الترنم فيه، وأجاز

ذلك أبو حنيفة أخذاً بظاهر الحديث: «ليس منّا من لم يتغنّ بالقرآن»^(٤).

قوله: (الإجارة في الحج)^(٥). كل عبادة تختص بالبدن، فلا تجوز الإجارة

عليها ولا النيابة فيها اتفاقاً كالصلاة والصوم، والمالية كالزكاة تجوز النيابة فيها اتفاقاً، والحج مالي بدني، فلذلك اختلف فيه في المذهب وخارجه.

فوجه المذهب أن الحج لمباشره، وإنما للذي أجره ثواب المساعدة فقط،

وكذلك من أجر قارئاً عنه، وإذا كان العمل له ينبغي ألا يأخذ عليه أجراً، وإذا

شرع [١٠٤/ب] في الحج عن نفسه أو غيره، فلا يجوز له قطعه البتة، وإذا كان يجب

عليه التماضي فيه، فلا يصح أخذ الأجرة عليه.

وفي الإجارة على الصلاة أربعة أقوال:

(١) انظر عقد الجواهر لابن شاس (٧٨٨/٢).

(٢) التهذيب (٣٥٥/٣).

(٣) المصدر نفسه (٣٥٦/٣).

(٤) الحديث بهذا اللفظ رواه أحمد في مسنده عن سعد بن أبي وقاص في مسند أبي إسحاق سعد بن أبي وقاص. ورواه البيهقي في السنن الصغرى، كتاب فضائل القرآن، باب ترتيل القرآن وتحسين الصوت به.

(٥) التهذيب (٣٥٦/٣).

المذهب: المنع على الكراهة مطلقاً ؛ لأنها واجبة عليه .

وقال أيضاً: إن انضاف إليها الآذان والقيام بأمر المسجد صح ، فتكون الإمامة تابعة^(١) ؛ وعلى هذا لو عاقه عن الآذان عائق كأن يمرض من حلقه فهل له أجره في تلك الأيام أو لا ؟ قولان ، بناء على أن التابع هل له جزء من الثمن كالتمر في رأس النخل المبيع يستثنى المشتري أو لا^(٢) ؟

ولنا قولان في ذلك: فإن قلنا لا جزء له من الثمن فلا شيء له .

وإن قلنا له جزء من الثمن ، فيكون له بقدر ذلك .

والثالث: الجواز مطلقاً^(٣) ؛ لأنه التزم الصلاة في موضع ، ولا يجب ذلك عليه .

والرابع: أنه يجوز في النافلة كقيام رمضان دون الفرض ، قاله ابن حبيب .

قوله: (وله نصفه ، لم يجز)^(٤) . لأن فيه معيناً يتأخر قبضه ، ولأنه قد يموت ، فيذهب عمله بلا شيء ، وكذلك لا يجوز ولو ملكه نصفه الآن ؛ لأنه تستحيل هذه الإجارة على تعليم كل القرآن ؛ لأن نصفه قد صار له ، وتعليم بعضه دون بعض لا يتأتى .

قوله: (بعمل الغلام سنة)^(٤) . أي التي يعلمه فيها يكون له ذلك ، وإنما جاز هذا لأنه قد شرع في قبض الأجرة ، وهي منافع العبد في هذه السنة .

(١) قال المازري «ولا تجوز الإجارة عندنا على الصلاة إلا أن يكون تبعاً للآذان ، والقصد بالإجارة الآذان» . انظر شرح التلقين (٤٣١/٢) .

(٢) انظر مثل هذا التخريج في الذخيرة (٦٧/٢) والتنبيه لابن بشير (٣٩٥/١) .

(٣) قول ابن عبد الحكم ، انظر شرح التلقين (٤٣١/٢) .

(٤) التهذيب (٣٥٧/٣) .

قوله: (أجوز)^(١). لما في عمل السنة من الجهل ، وقد يتعلم خلالها فيكون لعمله قدرٌ ، وقد لا يتعلم ولا يساوي عمله شيئاً .

قوله: (لا تعجبني إجارة الدّف)^(١). لأنه لهوٌ ، إلا أن يكون في النكاح حيث أبيح فيجوز في الدف لقوله: «وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْذُّفِّ»^(٢) دون غيره من المعازف كالطبل ، وهو الكبر والبوق .

قوله: (على قتل القصاص)^(٣). لأنه ليس كل أحدٍ يحسن ذلك .

قوله: (فلا يعجبني)^(٣). أي لا يجوز لأنه فعل ممنوع ، فإن وقع ذلك فلا أجرة له ، ويُقتص من المباشر دون المسبب ، لأنه لم يُكرهه على ذلك ، ولكن يُضرب مائة ويُسجن سنة ، كمن تعذر قتله في القصاص بالقسامة .

وقال الشافعي: له الأجرة لأنه قد امتثل ما استأجر عليه ، وقد سقط الحرج عنه بالقصاص .

ولو دفع له شيئاً على قتل نفسه أو غيره ففعل ، فهل يقتص منه أو لا ؟ قولان: فلا يقتص لأنه أباح له ذلك .

ووجهُ الثاني أنه وهب له القصاص ، وهو في الحال لا يملكه ، وإنما يتحقق ذلك بعد موته ، وإنما وهب ما للورثة ، ولا تكون له الأجرة ، وأما العبد فهل تلزم له القيمة أو لا ؟ قولان أيضاً ؛ بناء على أنه وهب ما لا يملك ؛ لأن القيمة إنما

(١) التهذيب (٣/٣٥٧) .

(٢) جزء من حديث أخرجه الترمذي وابن ماجه في سننهما ، والبيهقي في الكبرى ، عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: أعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف » ، اللفظ للترمذي وقال: هذا حديث غريب حسن في هذا الباب . سنن الترمذي أبواب النكاح ، باب ما جاء في إعلان النكاح .

(٣) التهذيب (٣/٣٥٨) .

تجب بعد القتل .

ومن وهب ما لا يملك لنا فيه قولان ، كمن أسقط الشُّفْعَةَ قبل الشراء ، ثم أراد الأخذ بها بعده ولا أجره له .

قوله : (فإنما هو على البرء)^(١) . أي هو جعل وينبغي أن تكون الأدوية من عند المريض لثلا فيه يكون ذلك جُعلا وبيعاً ، ولا يجتمعان .

قوله : (فيجوز إن لم ينقده)^(١) . لما في النقد من كونه سلفاً تارة ، وأُجْرَةً أخرى .

قوله : (فيجوز فيه النقد)^(١) . لأن الصحيح إذا لم يرد أن يكحله لزمته الأجرة كلها لأنه لم يدخله كالمرضى إلى البرء ، ولما أمن من ردّ الأجرة جاز .

قوله : (إجارة قَسَامِ الدور)^(٢) . يعني الاقتسام بفرائض الله تعالى فقط ، لا تؤخذ أجرة على ذلك ؛ لأنه إِعْلَامٌ بِحُكْمِ الله كالفتوى ، وأما الذي يقسم الأرض أو الدار بالفعل ، هذا له الأجرة بلا كراهة لَتَعَبِهِ في ذلك .

قوله : (ليكرهه)^(٢) . ليعينه مسجداً وإرادته للناس أن يصلوا فيه قد أخرجه عن ملكه وإن لم يأذن كهذه المسألة فيكرهه ، لأن تسميته له مسجداً يقتضي أنه لله ، وأخذه الكراء ينافي ذلك فكرهه له .

قوله : (وأجاز ذلك غيره في البيت)^(٢) . لأنه ما جعله مسجداً .

قيل : وهذه المسألة ليست على الإطلاق ، فلا يجوز أن يكره للصلاة فقط ؛ لأنّ ذلك يؤدي إلى الجهل [١/١٠٥] لأن أوقات إيقاعهم الصلاة فيه مجهول ،

(١) التهذيب (٣/٣٥٨) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٥٩) .

وتطويلهم لها وتقصيرهم يختلف ، فإتما هي محمولة على أن يكره منهم جميع اليوم ، فمن شاء أقام ، ومن شاء صلى^(١) .

قوله : (وكره مالك السكنى بالأهل فوق ظهر المسجد)^(٢) . لأن ذلك امتهان له ، بخلاف لو كان المسجد فوق بيت السكنى ، ولا يخرج البناء على المسجد للسكنى عن أن يكون ذلك سطحاً للمسجد ، وله حرمة المسجد ، ولذلك يحث بدخوله مَنْ حَلَفَ ألا يدخل للمسجد ، وإن لم تجز الصلاة في الجمعة فيه على المذهب احتياطاً في الموضعين^(٣) .

قوله : (على أن يتخذها مسجداً عشر سنين)^(٤) . أي يجوز أن يكون المسجد (.)^(٥) كالدار .

قوله : (كان النقص للذي بنى)^(٦) . بخلاف الدار إذا فرغت المدة كان رب الأرض مخيراً بين دفع قيمة النقص له مقلوعاً ، وبين دفع النقص ؛ لأنه لا ينتفع الثاني بالنقص إلا مقلوعاً ، ولا ضرر ولا ضرار ، وفي المسجد لا ينتفع رب الأرض به لسكنائه ؛ اللهم إلا أن يقول : أنا أعيره لسكناي ، فيكون له دفع قيمة النقص مقلوعاً للثاني كالدار .

قوله : (ممن يتخذها كنيسة)^(٦) . للكتابي ، أو بيت النار للمجوس ؛ لأن

(١) انظر مواهب الجليل (٥/٤٢٠) .

(٢) التهذيب (٣/٣٦٠) .

(٣) قال في الذخيرة «وأجاز العلو مسجداً ، ويسكن السفلى ولم يجز العكس ، لأن ما فوق المسجد له حرمة المسجد ، لأن عمر بن عبد العزيز رحمته الله كان إذا بات على ظهر المسجد لا يقرب فيه امرأة» (١٨٨/٦) ، انظره مثله عند ابن شاس في إحياء الموات (٣/٩٥٣) ، ومواهب الجليل (٥/٤٢٠) .

(٤) التهذيب (٣/٣٦٠) .

(٥) كلمة غير واضحة في المتن ، لعلها : «مكرئ» ، والله أعلم .

(٦) التهذيب (٣/٣٦٠) .

هذه المنفعة حرام ، فيفسخ ذلك الكراء ويتصدق بالأجرة على المساكين أدباً له .
وقيل : بما زاد على كراء المثل فقط^(١) .

قوله : (ليركبوها لأعيادهم)^(٢) . هذه المنفعة مباحة إلا أنه يترتب عليها حرام كبيع الشاة منهم لأعيادهم ، فيتصدق هنا بما زاد على كراء المثل .

ومن باع عنباً ممن يعصره خمراً من ذمي أو مسلم فالمذهب أنه إذا اطلع على ذلك قبل الفوتِ بالعصر فُسخ ، وإن فات تصدق بالثمن كله أدباً له .

وقال أشهب : لا يفسخ البيع ، بل يباع عليه كما إذا اشترى الكافر مسلماً لا يفسخ ، لكن يباع عليه^(٣) .

وقيل : يجوز ذلك ؛ لأنه إنما عصره خمراً بعد أن صار في ملكه والشراء مباح .
قوله : (إلا أن يكون لهم أمر يمضوه)^(٤) . أي اشترطوا ذلك في العهد ورآه الإمام خطراً .

قوله : (في بلدة صالحوا عليها)^(٥) . لأنها لهم .

قوله : (وما اختطه المسلمون)^(٥) . هذه بلاد أخذها المسلمون ، فليس للكفار فيها شيء .

قوله : (ولا من أن يتخذوا فيها كنائس)^(٦) . لأن ذلك تأليف لهم وتحبُّ للإسلام .

(١) انظر التوضيح في شرح المختصر (١٦٩/٧) .

(٢) التهذيب (٣٦١/٣) .

(٣) انظر التوضيح (٩٦٧/١١) .

(٤) في التهذيب «أمر أعطوه» (٣٦١/٣) .

(٥) المصدر نفسه (٣٦١/٣) .

(٦) في التهذيب «من أن يُحدثوا فيها كنائس» (٣٦٢/٣) .

قوله: (يعني في مساكنهم)^(١). أي لا يؤخذ منهم خراج في المساكن تسهلاً عليهم.

قوله: (في حمل الخمر)^(٢). هذا حرام يتصدق فيه بالأجرة على المساكين.
قوله: (كمسلم باع خمرًا)^(٢). إن باعها من مسلم تصدق بثمنها وأريقته، وإن كان ذميًا تصدق بثمنها.

قوله: (أو لم يقبض)^(٢). أي تؤخذ من الذمي، ويتصدق بها.
قوله: (يرعى له الخنازير)^(٢). هذا إذلال للمسلم، فلم يجز.
قوله: (بحرث، أو بناء)^(٣). هذا أخف لأنه ليس فيه إذلال، وكرهه فقط.
قوله: (ولا بأس بالإجارة على طرح الميتة)^(٤). لأن الضرورة داعية إليه.
قوله: (بجلودها)^(٤). لأن جلد الميتة قبل الدبغ لا خلاف في نجاسته، وأما بعد الدبغ ففيه قولان^(٤):

المذهب أنه لا يطهر، لكن يستعمل في اليابسات، وفي الماء من بين سائر المائعات لأنه يمنع عن نفسه، وله صفات تميز بها حالة، ولذلك احتمل النجاسة اليسيرة إذا لم تغيره بخلاف غيره من المائعات، وقد تورع مالك في خاصته عن

(١) كذا، والذي في التهذيب «ولا خراج عليهم في قراهم التي أقرؤا فيها» (٣/٣٦٢).

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٦٢).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٦٣).

(٤) انظر البيان والتحصيل (١/١٠٠). وقال الشيخ خليل في التوضيح «واختلفت عبارة أهل المذهب في جلد الميتة المدبوغ، فقال أكثرهم كالمصنف: إنه يطهر طهارة مطلقة. وقال عبد الوهاب وصاحب البيان: إنه نجس، ولكن رخص في استعماله في اليابسات والماء، ولذلك لا يصلح عليه. وهو خلاف لفظي». (١/٤٦).



استعمال ذلك الماء .

والثاني أن يطهر مطلقا ، لقوله ﷺ : «أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهَّرَ»^(١) ، وفيه : «هَلَّا انْتَفَعْتُمْ بِجِلْدِهَا»^(٢) .

قوله : (لا بأس بإجارة الإنزاء)^(٣) . منع الشافعي ؛ لأن حاصله بيع المني ، والحركات تابعة ، ولذلك المني ما استأجره ، وهو عنده نجس ويقل ويكثر ، وقد لا يكون ، والمذهب الجواز لأن أهل المدينة كانوا يفعلون ذلك ، ويجوز أن يستأجره على أن يضرب فحله في غنمه المعينة المعلومة العدد [١٠٥/ب] شهرا بكذا .

قوله : (لم تجز الإجارة)^(٤) . لأنه مجهول ، لأنه لا يدري متى يكون وقد لا يكون .

قوله : (أن يشتري الوصي من مال اليتيم لنفسه)^(٥) . يعني أن يشتري لنفسه من نفسه ، لأنه يتهم أن يُحابي نفسه ، وكذلك إذا عمل له بالأجرة مثل أن يبني أو يخطط له على أن يأخذ ذلك من ماله ، وكذا الأب مع ولده الذي له مال ، فلا يخلصهما من ذلك إلا أن يُطلعا الحاكم على ذلك ؛ لأن كل واحد من الأب والوصي وإن كان له التصرف في مال الصغير ، فلا بد من أن يكون ذلك على وجه النظر للصغير .

قوله : (وأجر ابنه لخدمته)^(٥) . أي ليعلم الابن أباه بأجرة ، فإن كان الابن

(١) الحديث تقدم تخريجه في كتاب البيوع الفاسدة .

(٢) الحديث رواه مالك في موطنه كتاب الصيد ، باب ما جاء في جلود الميتة ، والبخاري في صحيحه كتاب الزكاة ، باب الصدقة على موالي أزواج النبي ﷺ .

(٣) في التهذيب «ولا بأس بإجارة الفحل للإنزاء» (٣/٣٦٤) .

(٤) المصدر نفسه (٣/٣٦٤) .

(٥) يريد قوله «ومن أجر ابنه للخدمة» التهذيب (٣/٣٦٥) .

كبيراً صح ، وإن كان صغيراً فأراد الأب أن يصرف بأجرة ينفق عليه منها أو يعلمه صنعة يكتسب منها فينظر .

فإن كان مثل ذلك الصغير من يتعلم تلك الصنعة ، جاز من ذلك ما فيه له نظر ، وإلا لم يجز إذا كان له مال .

قوله: (فعليه الأكثر)^(١) . أي أن الولي يدعي الأكثر منهما ، فهو له لأن المستأجر متعدي ، ولو طرأ عليهما في العمل هلاكٌ ضمن ، لأنه كان بغير إذن .

قوله: (وكان عملاً يعطبان في مثله)^(١) . تحرزاً من الخفيف جداً ، كتناول الإناء والمشي إلى السوق .

قوله: (والدية على عاقلته)^(١) . لأن هذا وقع خطأ .

قوله: (وإذا أنكر السيد)^(١) . يعني وكان هذا العبد ممن جرت عادته أن يتصرف للناس ، وإلا فإن اقترن به أنه لا يتصرف لأحد ، كان المستأجر بمنزلة من استعان بعبدٍ فيما فيه الأجرة فيضمن ما أصابه ، وإن لم يكن العمل غرراً .

قوله: (فيما فيه الإجارة)^(٢) . أي في عمل يستحق الإجارة . بخلاف تناول النعل والإناء .

قوله: (إلا أن يستغفل)^(٣) . أي يُكاد ويُغَرَّ ، فتكون الدية على الفاعل إن تلف .

قوله: (قضاه ذلك في غيره)^(٤) . هذا لم يجز ؛ لأنه كبيعتين فيبيعة ؛ لأنه باع منه منافعه في شهر كذا أو في شهر كذا على اللزوم فلم يجز .

(١) التهذيب (٣/٣٦٥) .

(٢) الذي في التهذيب «وإذا أنكر السيد أن يكون أذن له في الإجارة لم يضمن» (٣/٣٦٥) .

(٣) في التهذيب «إلا أن يستعمله في غرر» ، وفي نسخة «إلا أن يؤاجره» (٣/٣٦٥) .

(٤) المصدر نفسه (٣/٣٦٦) .

قوله: (إن تمادى مرضه)^(١). أي فتدخل أيام الشتاء على الصيف أو بالعكس.

وأما لو استأجر على أن يعمل شهر كذا أو شهر كذا وخيرَه في الالتزام وعدمه جاز، فإن كان على اللزوم فلا يجوز، لأنه قد ينتقل من أحدهما إلى الثاني، فيكون فيه فسخ دين في دين.

كما لو استأجره على قصارة، ثم فسخ ذلك في شغل آخر، فيه ثلاثة أقوال: المنع: لأنه دين بدين.

والجواز: لأن المنافع ليست ديناً وإن أشبهته، بدليل أنه إذا مات الأجير انفسخت الإجارة فدل على أنها ليست في الذمة. وقيل: يجوز فيما قل لا فيما كثر^(٢).

قوله: (والحديث في غرز الخشبة على الندب)^(٣). المذهب هذا^(٤)، للجمع بين هذا الحديث، وقال فيه أبو هريرة: «والله لأرْمينَّ بها بينَ أكتافِكُم»^(٥) وهذا يقتضي أنه بلا أجر، والحديث الثاني: «لا يحِلُّ مالُ امرئٍ مُسلمٍ إلَّا عَن طِبِّ نَفْسٍ مِنْهُ»^(٦).

(١) التهذيب (٣٦٦/٣).

(٢) انظر المختصر الفقهي لابن عرفة (٢١٩/٩).

(٣) في التهذيب «والحديث في غرز الخشب إنما هو ندب ولا يقضى به» (٣٦٧/٣).

(٤) انظر التاج والإكليل، عند قول خليل رحمته الله «وندب إعارة جداره لغرز خشبه» (١٤٩/٧).

(٥) جزء من حديث رواه مالك في الموطأ عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره»، ثم يقول أبو هريرة: «ما لي أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمين بها بين أكتافكم». كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق. ورواه البخاري في كتاب المظالم والغصب، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره. ومسلم في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار.

(٦) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الغصب، باب من غصب لوحاً فأدخله في =



ولنا قول شاذ أنه يلزمه بلا أجره أخذًا بالحديث الأول^(١).

قوله: (على أن يأتيك بالغلة)^(٢). معناه أن يستأجر منه منافعه، فتكون له ثم يقول: تصرف فيما شئت، فما عاد عليك فهو لي، فإذا شرط عليه شيئًا يأخذه منه، فسد إن دفع دراهم، صار كأنه أخرج من يده دراهم وأخذ دراهم متفاضلة غير يد بيد. وإن دفع له عرضًا، فقد يقل وقد يكثر، فيدخله الجهل.

قوله: (فإن وظيفته عليه بعد ذلك)^(٣). أي إن صحت الإجارة، ثم بعد ذلك وظفت عليه شيئًا يأتيك به من غير تضمين له جاز، لأن ذلك لم يكن في أصل العقد، ولا هو مضمون عليه.

قوله: (وأكره للأعزب)^(٤). هذا حرام لما يؤدي إليه من الحرام، وقد جاء أنه: «إِذَا خَلَا رَجُلٌ بِالْأَجْنَبِيَّةِ، فَالشَّيْطَانُ ثَالِثُهُمَا»^(٥)، ولا فرق في ذلك بين الأمة والحرّة.

قوله: (أو يزاملها)^(٦). مثل أن تكون في محارة^(٧) واحدة إلا أن هذا أخف

= سفينة أو بنى عليه جدارا. والدارقطني في السنن، كتاب البيوع، رقم ٢٨٨٦.

(١) لعله قول ابن كنانة، قال الشيخ خليل في التوضيح: «والمشهور ما ذكره المصنف أن ذلك مندوب، ولا يقضى عليه إن امتنع. وقال ابن كنانة: هو واجب، ويقضى عليه إن امتنع لظاهر الحديث» (٦/٣٧٣).

(٢) التهذيب (٣/٣٦٧).

(٣) في التهذيب «فإن وضعته عليه بعد ذلك، ولم تضمنه إن لم تأت به جاز ذلك» (٣/٣٦٧).

(٤) المصدر نفسه (٣/٣٦٨).

(٥) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى وفيه: «ولا يخلون أحدكم بامرأة فإن الشيطان ثالثهما». جماع أبواب الترغيب في النكاح، باب لا يخلو رجل بامرأة أجنبية. والحاكم في مستدركه، كتاب العلم من حديث يحيى بن أبي مطاع القرشي. رقم (٣٩٠).

(٦) في بعض نسخ التهذيب «أو يعادلها» (٣/٣٦٨). وفي لسان العرب: «زملتُ الرجل على البعير فهو زميل ومزمول إذا أردفته. والمزاملة المعادلة على البعير، وزاملته: عادلته». (٤/٤٠٤).

(٧) المحارة الخطُّ والنَّاحِيَةُ، والمحارة مَنَسِمُ البعير. انظر لسان العرب مادة [حور]: (٢/٦٥٤).

من الأول ؛ لأنه مع الناس في القافلة .

قوله : (ولا بأس بإجارة العبد عشر سنين)^(١) . لأن الغالب السلامة .

قوله : (والموصى له [١٠٦ / ١] بخدمة العبد)^(٢) . لأنه قد ملك منافعه ، فيجوز له أن يكرها من غيره .

قوله : (لا تجوز)^(٢) . هذا نظراً إلى الكثير في الناس ، وإن لم يكن غالباً .
قوله : (وهو في الدواب أبين غرراً)^(٢) . لأن الدواب لا تعمّر كابن آدم ، فالغالب فيها ألا تبقى هذه المدّة .

قوله : (لم يجز أن يفسخ ذلك في قصارة)^(٢) . فيها ثلاثة أقوال :
المذهب أنه لا يجوز إلا فيما قلّ .

وقيل : بالمنع مطلقاً لأنه كالدين بالدين ، لأن المنافع من الجهتين غائبة .
وقيل : بالجواز مطلقاً ؛ لأن المنافع المشروع في استيفائها بمنزلة الحاضرة ، ويدل على ذلك أنه إذا تهدمت الدار المكتراة أو مات العبد المستأجر انفسخت الإجارة ، ولو كانت في الذمة لما انفسخت ، وأيضاً فإنه يجوز أن يكتري الدار هذه بأجرة في الذمة ، وليس ديناً في دين ، وفيه فسح دين فيما لا يتعجل قبضه ، ولا يجوز على المذهب^(٣) .

قوله : (فلا يستعمله في غيرها)^(٤) . إنما وقع هذا فلا يخلو أن يكون الدين

(١) التهذيب (٣/٣٦٨) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٦٩) .

(٣) انظر التاج والإكليل (٦/٢٣٣) ، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٥/١٤٦) .

(٤) التهذيب (٣/٣٦٩) .



استعمله فيه غرراً كهدم حائط أو تنقية بئر ، فهذا يضمن بلا خلاف إن تلف .

وإن لم يكن غرراً بل كان مثل الشغل الأول فقولان: أحدهما أنه يضمن لأنه تعدى باستعماله في ذلك كالغاصب ، وقيل: لا يضمن لأنه قد أذن له في مثله فليس بمتعدٍّ .

وأما لو قال له العبد: إن سيدي قد أذن له في التصرف فصدقه فاستأجره على شغل لا غرر فيه ، فتلف فإنه يضمن ، بخلاف من استأجر عبداً من غاصب فيتلف فلا يضمن .

والفرق أن هذا لم يتعد كما لو اشتراه من سوق المسلمين ثم استحق ، والأول وإن كان لم يتعد فغايبته أن يكون مخطئاً ، والخطأ في أموال الناس كالعمد بالنسبة إلى الضمان ، وفي مسألة الغاصب يرجع على الغاصب ، ولا يرجع هنا ، لأن العبد وإن كان قد غصب منافعه ، فلا يرجع سيده عليه لأنه ماله ، فلا يرجع على نفسه .

قوله: (وليس فيما يمنعه النوم)^(١) . أي لا يجوز له ذلك ولا لسيده .

قوله: (من غير إفداح)^(٢) . أي من غير مشقة .

قوله: (وكره ما أجهد وقلّ أمنه)^(٢) . أي لا يجوز له أن يصرفه في ذلك .

قوله: (فليس له أن يسافر به)^(٢) . لأن هذا عمل آخر مخالف للأول .

قوله: (من عجین وخبز)^(٢) . لأن هذا معلوم لا يتفاوت ، بخلاف ما يتباعد

ويتفاوت مثل أن يقول: بشرط أن تسافر معي ، ولا يبيّن قدر ذلك ، والسفر يطول ويقصر ، ويشق ويسهل ، فيظن أحدهما القصير ، والثاني الطويل ، [فيقع^(٣)] المخاطرة .

(١) التهذيب (٣/٣٦٩) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٧٠) .

(٣) كذا ، ولعل الأنسب: فتقع .



قوله: (فالإجارة أولى به)^(١). لأن العقد الثاني لا يصادف محلاً، والمعين لا يجوز تأخير قبضه لما فيه من ضمانٍ بجعل والجهل بالثمن، ولا يدري كيف يقبض لاسيما فيما يتعين.

قوله: (كيوم أو يومين)^(١). لأنه يجوز تأخير المعين هذا القدر؛ لأنه في حكم المقبوض.

قوله: (فسخ البيع)^(١). فإن وقع ولم يعلم المبتاع ذلك حتى تمَّ أجل الإجارة، فقولان:

أحدهما: أنه باطل كما لو علم قبل.

وقيل: يصح إن وقع وإن لم يجز ابتداء؛ وذلك أن العيب المانع قد زال قبل العلم به.

وإذا قلنا بالصحة فالأجرة لمن تكون؟ فقل: للبائع، وقيل: للمبتاع، وجه الثاني أنه على ملكه، فأجرة منفعه له، وجه الأول أن ذلك يؤدي إلى الربا، لأنه يكون المبتاع قد خرج من يده دنائير فأخذ دنائير وعبدًا.

وقيل: العدل بينهما أن ينظر كم يساوي بالعيب على تقدير جواز بيعه كذلك، وكم يساوي دون عيب، فيرد له من الثمن بقدر ذلك^(٢).

(١) التهذيب (٣/٣٧٠).

(٢) قال الشيخ الحطاب «وقال في معين الأحكام أيضا: مسألة: لو أجره شهرا ثم باعه، فلم يعلم المشتري حتى انقضى الشهر قال بعض المتأخرين: البيع ماض، وهو كعيب ذهب، وللمشتري أجرة الشهر، أحب البائع أم كره؟ ولا يدخله بيع عبد، وذهب بذهب؛ لأن هذا أمر جرت إليه الأحكام قال بعضهم: الإجارة للبائع، ويخير المشتري في أن يأخذه بغير إجارة، أو يرده، ولا يجوز أن يتراضيا على أخذ العبد وإجارته انتهى منه. قال أبو الحسن عن ابن يونس: وقيل: بل يقوم العبد على أن يقبض يوم عقد البيع، ثم يقوم على أن يقبض بعد شهر فما نقص رجع بحصة =

قوله: (يمرض مرضاً بيناً)^(١). أما اليسير من ذلك فليس فيه إلا أن يحاسبه بقدره من الأجرة، وما كثر من المرض أو الإباق فإنهما يتفاسخان.

قوله: (لزمه تمامها)^(١). هذا إذا لم تنفسخ الإجارة.

أما إن فسخها الحاكم أو تفاسخا فيما بينهما فلا إتمام، إلا أنهما إذا ترافعا إلى الحاكم، فينظر الحاكم قدر [١٠٦/ب] المرض أو الإباق، فإن طال حكم بالفسخ وإلا لم يحكم به^(٢).

وإذا حكم بالفسخ إذ شهد عنه بأن المرض يطول أو الإباق، ثم رجَعَ الأبَوُّ عن قُرْبٍ، أو أفاقَ عن قرب، فهل يفسخ حكم الحاكم؟ قولان:

أحدهما: يفسخ لأنه قد تبَيَّنَ خطأه، والثاني: لا يفسخ لأنه حُكِّمَ قد وقع.

قوله: (إلا أن يتفاسخا)^(٣). أي فيما بينهما.

قوله: (لا تنتقض). لأن استيفاء المنافع ممكن.

قوله: (ولا تكرى أم الولد)^(٣). هذا المذهبُ لأنه لا يملك منها سوى الوطاء^(٤).

وقال علي بن الجهم: بل يملك جزءا منها كولدها، فيجوز له أن يؤاجرها مثل ولدها^(٥).

= ذلك من الثمن، وهذا أحسنها مواهب الجليل (٤٠٧/٥).

(١) التهذيب (٣٧١/٣).

(٢) انظر منح الجليل (٥٢٣/٧).

(٣) التهذيب (٣٧١/٣).

(٤) انظر المدونة (٤٤٦/٣)، الجامع لابن يونس (٤٥٢/١٦).

(٥) لم أقف عليه لابن جهم، وفي التوضيح قال: «وليس للسيد فيها إجارة ولا غيرها سوى الاستمتاع»



قوله: (فهو عيب)^(١). كما يرد في بيع الرقبة فكذلك في بيع منافعها.

قوله: (على رعاية غنم كثيرة)^(١). هذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يستأجره ليرعى له الغنم عنده، ولا يُسمّى عددا ولا يُعيّنها.

والثاني: أن يستأجره على مائة غير معيّنة من الغنم.

والثالث: أن يستأجره على مائة معينة، وفي هذه قولان:

المذهبُ الصّحّة، وأنه لا بد من شرط الخلف، وهو المذهب وإن كان

سحنون قال: لا أثر لهذا الشرط.

والثاني: لا يصح لأنه إذا عينها فقد حجر على ربها بيعها والتصرّف فيها

هذه المدة، وعلى المذهب لا يلزم ذلك، بل إذا باع منها شيئاً خلفه؛ لأنه لا

يتعين ما تستوفى به المنافع، فهذه المعيّنة لا يخلو أن يشترط عليه أن يرعى معها

غيرها أو لا، فإن لم يشترط فلا إشكال، وإن اشترط لزمه لأنه قد ملكه منفعه في

الرعاية كلها، فإن رعى غيرها، فهل تكون له الأجرة الأوّل، أو للراعي؟

المذهب: أنها للأول لأن المنافع له.

ويردّ عليه إشكالٌ وهو أن هذه الأجرة قد تكون أكثر من الأولى أو مثلها،

فيذهب عمل الراعي له باطلاً، ولأن الرعاية التي استأجره لها قد حصلت له، فلا

وجه لأخذه الزيادة.

وقيل: للراعي، ويرد عليه إشكال؛ لأن هذه المنافع إنما هي للأول^(٢).

= وما قرب من الخدمة، في المختصر: لا تؤاجر إلا برضاها؛ لأن الحر لو رضي أن يؤاجر نفسه

جاز. ابن الجلاب: وإن أجرها فسخت الإجارة، فإن لم تفسخ حتى انقضت لم يرجع المستأجر

على سيدها بشيء» (٤٦١/٨).

(١) التهذيب (٣٧١/٣).

(٢) انظر تفصيل هذه الحالات في مناهج التحصيل للركراكي (٣٠٠/٧).

قوله: (إلا أن يُدخل معه راعياً)^(١). هذا لا يمشي على أصل ابن القاسم؛ لأن فيه فسخ عمله في عمل ذلك الآخر.

قوله: (وأكره هذا الشرط في قليل القراض)^(١). لأنه إذا كان مال القراض يسيراً، فقد لا يربح فيه شيئاً، فيؤدي منعه من أخذ قراض آخر إلى ألا يكون له شيء، بخلاف كثير القراض لأنه يصح فيه ذلك الشرط؛ لأنه الغالب فيه الربح وإدخال قراض آخر عليه مشغلة عنه فيضرب بربه، فيصح ذلك الشرط فيه.

قوله: (إذ ليس بإجارة معلومة)^(١). يعني أن الإجارة لا بد له فيها من الأجرة، فلا يضره ألا يرعى غيرها.

والقراض ليس له شيء إلا من الربح.

قوله: (يحيله عن وجه رخصته)^(١). أي إنما رخص فيه لينتفع العامل بماله من الربح.

قوله: (والإجارة تجوز مؤجلة)^(١). بخلاف القراض، ويجوز أن يستأجره على بيع متاع أو شرائه بموضع معين، ولا يجوز ذلك في القراض، ولما اختلفت أحكام الإجارة والقراض لم يجز من الشرط فيه ما جاز فيها.

قوله: (يؤاجر نفسه من غيرك)^(١). لا يخلو أن يعمل لغيرك مثل العمل الذي استأجرته له أو خلافه، فإن كان خلافه فليس لك إلا أن تحاسبه على ذلك اليوم؛ لأنه لم يبع منافعك إنما باع غيرها، وإن عمل له مثل ذلك العمل فهذا فضولي، فلك إنفاذ بيعه وأخذ الأجرة، أو ترك الأجرة له وتحاسبه بعمل ذلك اليوم.

قوله: (وليس للراعي أن يأتي بغيره)^(١). لأمرين:

أحدهما: أنه إنما رضي بأمانة هذا وعمله دون غيره.

(١) التهذيب (٣/٣٧٢).



الثاني: أن فيه فسخ دين فيما لا يتعجل قبضه .

قوله: (لم يَنْبَغِ له أن يستسقيه لبناً)^(١). اعترض بأنه ﷺ مرَّ بِرَاعٍ فاستسقاَهُ وَشَرِبَ هُوَ وَمَنْ مَعَهُ مِنْ ذَلِكَ^(٢).

وأجيب بأن تلك الإبل كانت للمشركين وأموالهم لنا، وأيضاً بأن عادة الأعراب ألا يمنعوا ذلك، فيرجع في هذا إلى عُرْفِ الناس (.) بذلك [١/١٠٧] جاز، وإلا حرم.

قوله: (حماً على العرف في رعاية الأولاد)^(٣). أي كان العرف أن الأولاد تبع ليس فيها شيء فلا أجر له، وإلا فله الأجرة إن لم تكن لهم سنة أي عادة.

قوله: (ولا ضمان على الرعاية)^(٤). المذهب في الأجير المؤثر بصناعته الذي يشترك فيه الناس ضامن لما يعمل، والعلة التأخير، والاشتراك والشركة معاً.

وذلك أنه يحتاج إليه الناس، وتضم إليه الضرورة، فالمصلحة للفريقين كما قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن يضمنوا^(٥).

وقال الأوزاعي وطائفة من الفقهاء: يضمن الأجير المشترك بين الناس كالحمامي والسمسار، فعللوا بالاشتراك فقط.

(١) التهذيب (٣٧٣/٣)، الجامع لابن يونس (٤٦٧/١٥)، التبصرة (٩٨٥/١٠).

(٢) لعله المراد حديث البراء رضي الله عنه، قال: «لما أقبل النبي ﷺ إلى المدينة تبعه سراقة بن مالك بن جعشم، فدعا عليه النبي ﷺ فساخنت به فرسه قال: ادع الله لي ولا أضرك، فدعاه، قال: فعطش رسول الله ﷺ فمر برأع، قال أبو بكر: فأخذت قدحا فحلبت فيه كثة من لبن، فأتيته فشرب حتى رضى». صحيح البخاري، كتاب مناقب الأنصار، باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة.

(٣) يريد قوله «حماً على رعاية الولد في العرف» التهذيب (٣٧٣/٣).

(٤) في التهذيب «على الرعاة» (٣٧٣/٣).

(٥) انظر البيان والتحصيل (٢٤٥/٣).

قوله: (ولا ضمان على العبد الراعي إلا أن ينحر شيئاً)^(١). هذا كالحرّ سواء، إلا أن ذلك يكون في ذمته لا في رقبته؛ لأنه قد أذن له رب الغنم في العمل، وكذلك ما يأذن له فيه سيّدُه من عمل الناس.

وقال يحيى بن عمر من أصحابنا^(٢): بل يكون ذلك في رقبته كالجنّاية التي يجنيها بغير إذن، كما لو تعدى ابتداء على الغنم فتجراً وذبح، فهذا في رقبته، قال: لأنه إنما أذن له في الرعاية لا في النحر والذبح.

والمذهب يراعي الإذن المطلق، وإن لم يكن خاصاً، إلا أن الدين الذي على العبد إذا كان بإذن سيده لم يكن له إزالته عن ذمته، وإن كان بغير إذنه كان له إزالته.

قوله: (وإذا اشترط على الراعي الضمان فسدت الإجارة)^(٣). لأنه ضمان بجعل، والضمن معروف فلا يصح بجعل، وفيه أيضاً جهل بالأجرة لأن ما قابل الجعل مجهول.

قوله: (بغير ضمان)^(٣). أي له أجرة المثل على أن الإجارة صحيحة.

قوله: (لم يزد عليها)^(٣). أي إن زادت أجرة المثل على التسمية لم يزد عليها، لأنه قد رضي بالتسمية على أن يضمن، فلا كلام له في التسمية مع إسقاط الضمان.

قوله: (ومحال)^(٣). أي يستحيل في العرف أن تكون أجرة المثل أكثر من التسمية لأنها على شرط الضمان، فعلى إسقاطه يغلب أن تكون الأجرة أقل.

(١) التهذيب (٣/٣٧٣).

(٢) تقدمت ترجمته، انظر (١/٢٩٢).

(٣) التهذيب (٣/٣٧٤).

قوله: (بِسْمَةِ مَا مَاتَ مِنْهَا، ضَمَنُ) ^(١). يعني بموضع السمة كالأذن، وأكثر ما يكون سماتها في آذانها، وإذا أتاه بذلك تبين قوله.

قوله: (ممن لا ضمان عليه) ^(١). أي فلا ضمان لأنه الصحيح.

قوله: (لم يضمن) ^(٢). إذا جاء بها مذبوحة، وإذا لم يأت بها اتهم؛ إذ لم يتبين قوله.

ووجه الضمان أنه ادّعى الذبح، ثم ادعى أنه إنما ذبحها لخوفه عليها، ويتهم في الثاني، والتعدي قد ثبت بالذبح.

ووجه المذهب أنه يجب على المسلم حفظ مال أخيه، فلو وجدت شاة لغيرك على أن تموت، فلم تذبحها حتى ماتت، فهل تضمن؟ قولان: وجه الضمان أنك مأمور بتطهيرها بالذبح، محافظة على مال المسلم. وقيل: لا تضمن.

وسبب الخلاف: هل هذا الترك تنزل منزلة الفعل أو لا؟

فإذا قلنا: لم يفعل شيئاً بل ترك فلا ضمان، لأنه لم يفعل شيئاً.

وإن قيل: هو كالفعل لأنه أدى إلى تضييع مال أخيه فيضمن، وإنما كان ذلك فهذا الراعي مخاطب بالذبح، فكيف يضمن إذا ذبح ^(٣)؟

قوله: (فيما هلك أو سرق) ^(٤). إذ لا يمكنه أن يقيم بينة على ذلك بأكثر

المواضع.

(١) التهذيب (٣/٣٧٤).

(٢) يريد مسألة «إذا خاف الراعي الموت على شاة فذبحها، لم يضمن» التهذيب (٣/٣٧٤).

(٣) انظر الجامع لابن يونس (١٦/٤٧٠)، التفريع لابن الجلاب (٣/١٤٥).

(٤) التهذيب (٣/٣٧٤).



قوله: (بالذبح ضَمِنَ)^(١). لأنه تعدى في ظاهره، والسرقة لم تثبت.

قوله: (وإن أنزى الراعي)^(١). هذا يبنى على أن الإنزاء مصلحة للغنم فلا ضمان، أو ليس مصلحة فيه الضمان.

قوله: (الرعاية بموضع)^(١). لأنه خاف من غيره سبعا أو لصا، فإن تلف منها شيء ضمن القيمة يوم التعدي كما لو تلقت الدابة يتجاوز بها موضع الكراء، فيضمن القيمة، فإن سلمت الغنم لم يكن عليه شيء لأنه غرر وسلم، وفي الدابة يأخذ الكراء.

قوله: (ولا بأس بإجارة الظئر على رضاع الصبي)^(١). كان ينبغي ألا يجوز ذلك لأن فيه بيع اللبن، وإجارة على خدمة الصبي، وعلى القول بالجواز [١٠٧/ب] في البيع والإجارة كان البيع فيه مجهول القدر وهو اللبن وغير موجود في الحال، ولكنه يجوز اتفاقاً، والإجماع عليه، وذلك للضرورة^(٢).

قوله: (وليس لزوجها وطؤها)^(٣). لا يخلو أن تكون بزواج أو لا زوج لها، فإن لم يكن لها زوج جاز مطلقاً إلا أن تكون شريفة، ولها أولياء أغنياء يكفونها، أو لها مال فلهم منعها، لما في ذلك من إدخال الضرر عليهم بمصيرها (٠).

أو إن كان لها زوج، فإن كان بغير إذنه فله فسخه لما بين من اشتغالها به عن منافعها فيها، ولو كان بإذنه فهل يمنع من وطئها أو لا؟ قولان:

(١) التهذيب (٣/٣٧٥).

(٢) قال في الذخيرة: «ويستثنى من ذلك الشجرة تكون في الدار ثلث الكراء لأنها تبع، والمرأة للرضاع والحضانة مع تضمنه لأعيان اللبن للضرورة، وفي الكتاب: تجوز إجارة الظئر على الرضاع، وقاله الأئمة» (٥/٤٠٧ - ٤٠٨).

(٣) التهذيب (٣/٣٧٥).



وجه المنع أن الوطاء المرضع مما يضر باللبن عرفاً ، فيتضرر الصبي به .
 ووجه الجواز الحديث عن النبي ﷺ قال : «لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَنْهَى عَنْ الْغِيلَةِ
 حَتَّى أُخْبِرْتُ أَنَّ الرُّومَ وَفَارِسَ يَفْعَلُونَ ذَلِكَ فَلَا يَضُرُّ أَوْلَادَهُمْ»^(١) ، وقيل في
 الغيلة : وطاء المرضع ، وقيل : وطاء الحامل^(٢) .

قوله : (إلا امرأة لا يرضع مثلها)^(٣) . عند الناس إما لشرفها أو لجمالها .
 قوله : (ويحملون إلى ما يحتاج الصبي إليه)^(٤) . على ما تعارفه الناس ؛ لأن
 العُرف كالشَّرْطِ .

قوله : (فخيف على الصبي)^(٥) . إذا حملت (.)^(٦) اللبن (.) الصبي فسُخِ
 الإجارة ؛ لأن المعين إذا تعذر الانتفاع به فُسِخَ .

قوله : (ولا يلزمه أن يأتي بغيرها)^(٧) . هذا لا يجوز وإن رضيا به ؛ لأنه فسخ
 منافع في منافع .

قوله : (تفسخ بموت الصبي)^(٨) . كان ينبغي ألا تفسخ ؛ لأنه لا يتعين ما

(١) الحديث في موطأ الإمام مالك ، قال رسول الله ﷺ «قد هممت أن أنهي عن الغيلة حتى ذكرت
 أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم» قال مالك : «والغيلة أن يمس الرجل امرأته وهي
 ترضع» كتاب الرضاع ، باب ما جاء في الرضاعة . ورواه مسلم في الصحيح من كتاب النكاح ،
 باب جواز الغيلة وهي وطاء المرضع وكراهة العزل ، ورواه الترمذي في أبواب الطب ، باب ما جاء
 في الغيلة .

(٢) انظر مثله في الذخيرة (٤/٢٧٥) .

(٣) التهذيب (٣/٢٧٦) .

(٤) في التهذيب «ويحملون فيما يحتاجه الصبي من المؤنة» (٣/٢٧٦) .

(٥) المصدر نفسه (٣/٢٧٦) .

(٦) كلمة غير واضحة في المتن ، لعلها : [انفسد] .

(٧) التهذيب (٣/٣٧٦) .

(٨) يريد قوله «تفسخ الإجارة بموت صاحبها» (٣/٣٧٦) .

تستوفي به المنافع ، لكن قال بالفسخ ، فإن تراضوا على ألا فسخ لأنه لا يوجد مثل الصبي غالباً ؛ لأن غالب الناس أنهم لا يحتاجون إلى إرضاع أولادهم ، ومتى يوجد مثله في السن والحاجة إلى الإرضاع .

ومثله لو استؤجر على رياضة فرس فمات الفرس ، فتفسخ الإجارة لأنه لا يوجد غالباً فرس مثله في ذلك ، وكذلك معلم الصبي لا يوجد مثله^(١) .

قوله : (كمن اكرى دابة)^(٢) . لا خلاف أنه إذا مات الراكب فإنه تكرر من مثله [الضرورة]^(٣) ، ولا تنفسخ الإجارة .

وأما مع الحياة وعدم الغرر فقولان : أحدهما وهو المذهب تنفسخ الإجارة ؛ لأنه يتعذر وجود مثله في الرفق والحدق .

وقيل : يؤتى بمثله ، ولا تفاوت في ذلك يعظم بين الناس ، وأما الحمل بطعام أو متاع فيؤتى بمثله اتفاقاً^(٤) .

قوله : (فليس لهما أخذ الصبي)^(٥) . لأنه يمكن إن تركاه إلى أن تفرغ مدة الرضاع .

قوله : (إذا مرضت)^(٥) . لأن المعين إذا تعذر انفسخ .

قوله : (وليس عليها أن ترضع ما مرضت)^(٦) . لأن ذلك قد فات فلا تجبره .

(١) انظر مختصر ابن عرفة (١٩٧/٩) .

(٢) التهذيب (٣٧٦/٣) .

(٣) كذا ، ولعل المراد [للضرورة] .

(٤) انظر الجامع لابن يونس (٤٧٨/١٦) ، مختصر ابن عرفة (٢٥٣/٩) .

(٥) التهذيب (٣٧٦/٣) .

(٦) المصدر نفسه (٣٧٧/٣) .

قوله: (إلا أن يكون الكراء فُسِخَ)^(١). هذا تفسير، ومعناه أنه إن فسخه الحاكم، ثم أفاقت عن قرب، فهل ينقض الحكم أو لا؟ قولان.

وإن فسخ بغير حاكم فهل ما فعله الخصمان مما لو دفع إلى الحاكم حكم فيه بفعلهما، تنزل منزلة حكم الحاكم أو لا؟

فإن لم ينزل منزلته، رجعت إلى الرضاع، وإن تنزل ففيه القولان.

قوله: (وذلك ربع الإجارة)^(١). لأن ذلك ينوبه على تقدير تساوي في كل شيء، وإن لم يتساويا فضّ الكراء على القيم.

قوله: (ثم لها أن ترضع مع الثاني)^(١). لأنها إنما أجرها على نصف لبنها، فيبقى لها النصف الثاني.

قوله: (لم يكن لها أن ترضع معه غيره)^(١). لأنه قد استحق جميع لبنها.

قوله: (فللباقية ألا ترضع)^(١). لأنها دخلت على أن يكون لها منها نصف لبنها.

قوله: (ثم واجر أخرى تطوعاً)^(٢). أي تطوع بذلك، ولم يلزمه.

قوله: (فعليه أن يأتي بمن يرضع مع الثانية)^(٣). لأنها دخلت على ألا ترضع وحدها.

قوله: (فحصة باقي المدة من الأجر في مال الولد)^(٣). لأن الأب إنما فعل ذلك بناء على أنه سيلزمه، ولما مات تبين أنه لم يكن لازماً له، فلا يخلو أيقدم لها الأجرة كلها أو لا؟

(١) التهذيب (٣/٣٧٧).

(٢) في التهذيب «ثم أجر» (٣/٣٧٨).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٧٨).



فإن لم يقدم انفسخ العقد الأول فدفع لها باقي الأجرة ، وإن قدمه فالمذهب أن ما يقابل باقي المدة يرجع [١/١٠٨] ميراثاً ؛ لأنه التزم ما ظنّه يجبُ عليه ، بخلاف من تحمل عن شخص شيئاً على جهة فإنه التزم ما لا يلزم فلزمه .

ومثل الأول أجرة المعلم على تعليم الصبي إذا قدمتها له فيموت الأب ، فإن باقي المدة يصير ميراثاً على المذهب .

وقيل : ينبغي أن يرجع هذا ميراثاً لأنه تعليمه لا يجب أيضاً على أبيه فقد التزم ما لا يلزمه ، بخلاف الرضاع فإنه يجب عليه فهذه هبة .

وقال أشهب : بل ذلك هبة للصبي صحيحة قد ملكها بالجواز ، أعني حوز الظئر والمعلم لها ، فتكون له بموت الأب دون سائر الورثة .

احتج المذهب على أنها ليست للصبي بأنه إذا مات الصبي قبل الأب رجعت إلى الأب لا إلى من يرثه .

وقال أشهب : هذا لا يلزم لأن لنا مواضع من الهبات إذا مات الموهوب له رجعت فيها الهبة إلى الواهب ؛ كمن أخدم عبده رجلاً سنين فمات المخدم قبل تمامها وأنه يرجع إلى سيده ، ولو مات السيد قبل ذلك استكمل المخدم خدمته^(١) .

وكذلك الرجل يزوج ابنه الصغير بصدّاق يدفعه من عنده ثم يقع الطلاق قبل الدخول ويرجع نصف الصداق إلى الأب ، لأنه إنما وهبه ذلك على أن تكون هذه زوجة له ، وقد فُقد الشرط .

قوله : (دون أمه)^(٢) . لأنها ترثه مع أبيه .

(١) انظر المختصر لابن عرفة (١٩٩/٩) .

(٢) التهذيب (٣٧٨/٣) .

قوله: (وليس بمعنى الضمان)^(١). أي هذا التزامٌ ما لا يلزمه فلزمه؛ لأنه قصَدَ الحمل لا الحمالة.

قوله: (فلها فسخ الإجارة)^(٢). لتعذر الأجرة، ولو تطوع أجنبي بدفعها لها لزمها، لأن طلب الفسخ منها إنما كان لأجل عدم الأجرة.

وإذا مات الأب وقد قدم الأجرة فهل للمورث على المذهب رضاع أو مال؟ فكان ينبغي أن يكون المتروك رضاعاً إلا أنه يعتذر استيفاءه من الورثة، فلذلك رجعنا إلى المال الذي يجب لها في المدة، وقلنا هو المتروك^(٣).

قوله: (ففي ذمة الأب)^(٤). لأنه واجب عليه.

قوله: (لم يتبعه بشيء)^(٤). لأنه لا ذمة للصبي، وإنما رضاعه لمن لم يكن له مال في بيت المال؛ فإن لم يكن بيت المال، فعلى المسلمين ويعصى الجميع بترك ذلك.

قوله: (إن طرأ له مال)^(٤). هذا لا ينبغي مع أنه واجب في بيت المال أو على المسلمين.

وقال أشهب: يلزم الصبي ذلك؛ لأنه إذا لم يؤجر من يرضعه أو ينفق عليه والتزم شخص ذلك على هذا الشرط لزم الصبي، لئلا يؤدي إلى هلاك الصبي بأن يوكل أمره إلى بيت المال أو عامة المسلمين، اللهم إلا أن يوجد من يقوم

(١) يريد قوله «ففارق معنى الضمان» التهذيب (٣/٣٧٨).

(٢) التهذيب (٣/٣٧٨).

(٣) قال ابن رشد «مسألة وسئل عن الرجل يسترضع ولدا من امرأة له قد طلقها، أو من غيرها فيعطيهما رضاع سنة ثم يموت الأب، قال: إذا مات الأب كان ما بقي من أجر السنة التي بقيت بين الورثة؛ لأنه إنما كان يجب عليه رضاعه ما كان حيا» البيان والتحصيل (٥/١٥٧ - ١٥٨).

(٤) التهذيب (٣/٣٧٨).

بذلك بلا شيء ، فلا يلزم .

قوله : (ولا بأس أن يؤاجر الرجل أمه أو أخته)^(١) . هذا بين ، فيكون الصبي قريبها بالنسب والرضاع .

قوله : (على بيت المال)^(١) . هذا إذا كان ثم بيت المال ، فإن لم يكن كزماننا ، فعلى كافة المسلمين .

قوله : (وحامل الدهن والطعام)^(١) . اعلم أن الأجير على الطعام [خاصة]^(٢) ضامنٌ لأنه يتهم ، إذا النفوس تشتهيه ، فإذا غاب عليه حال حمله له ، ضمن ما لم يقيم بيان على تلفه ، وهو أبين فيما عدى الطعام .

قوله : (لا يضمن ما عثر به فانهرق أو انكسر)^(٣) . لأنه قد أذن له في حمله إذناً خاصاً فلا يضمن الخطأ فيه ، وهذا بخلاف الإذن العام فإنه إذنٌ على شرط سلامة العاقبة ، كإذن الشرع للماشي في الطريق ، فإن كسر آنية ، أو براء له دهنا ضَمِنَ ؛ لأن العمد كالخطأ في أموال الناس .

{ من فتح بابه وقد وقف إليها جرة زيت وهو لا يعلم فتبددت أنه يضمن }^(٤)

ولو وقف جرة زيت عند باب شخص ففتح بابه وهو لا يعلم ، فتبددت ضمن ؛ لأن كل واحد منهما مأذون له إذناً عاماً ، فكان بشرط سلامة العاقبة ،

(١) التهذيب (٣٧٩/٣) .

(٢) ما بين المعقوفين مطموس في المتن ، ولعل ما أثبتته أقرب للمراد ، قال ابن بزيمة في روضة المستبين «والمعتمد عليه تضمين الأجراء في الطعام خاصة رعيًا للمصلحة» (٤٠/٣) .

(٣) في التهذيب «فاهراق وانكسر» (٣٧٩/٣) .

(٤) ما بين اللتين من حاشية المتن .



وكذلك الإذن للمعلم في ضرب الصبي إنما هو مع سلامة العاقبة.

وأما إذا أذن له أن يدخل بيته، فهذا إذن خاص، فلا يضمن ما أخطأ في كسره أو تبديده، وهذا في المال.

وأما النفوس فيضمن مطلقاً مع الإذن الخاص وغيره، لأنها أعظم خطراً ولشرفها.

ولو أذن له في قلب آنية فوقعت من يده [١٠٨/ب] فانكسرت لم يضمن للإذن الخاص، فإن وقعت على أخرى فكسرتها، ضمن السفلى لأنه لم يؤذن له فيها، والخطأ في أموال الناس كالعمد في الضمان.

قوله: (أو فيما ربضت به الدابة)^(١). يعني ما قعدت به إلى الأرض فانكسر أو تبدد، هذا إذا لم تكن عاداتها ذلك فلا ضمان، لأنه لا فعل له في ذلك، وإن كان عاداتها فينبغي أن يبين ذلك وإلا ضمن، وكذلك إذا خرق في سوق دابة، فأتلفت ما عليها فيضمن.

قوله: (وهو مصدق)^(١). لأنه أمين في غير الطعام.

قوله: (ولا ضمان على من جلس لحفظ الثياب في الحمام لأنه أجير)^(٢). هذا على المذهب، وإن كان مشتركاً لكنه غير موثر.

وقال الأوزاعي، وسعيد بن المسيب، وابن عبد الحكم: يضمن الأجير المشترك^(٣).

قوله: (أو فسد من طحين)^(٤). مثل أن يتبدد من الدقيق بعضه.

(١) التهذيب (٣٧٩/٣).

(٢) في التهذيب «جلس يحفظ ثياب من دخل الحمام» (٣٧٩/٣).

(٣) انظر الجامع لابن يونس (٤٦٨/١٦).

(٤) في التهذيب «أو أفسد» (٣٨٠/٣).

قوله: (فهى جناية)^(١). هذا بنى على أصل وهو: أن ما تولّد عن الفعل المأذون فيه هل يضمن أو لا؟ المذهب ألا ضمانَ نظرًا إلى أن الأصل مأذون فيه. ويدخل [في]^(٢) الطبيب يغلط في علاجه فيموت المريض، وكذلك الأجير وإن أذن له إذنًا خاصًا^(٣) في الدخول إلى البيت، فهل يضمن ما كسره غلطًا أو لا؟ قوله: (وما سقط من يده)^(٤). لا خلاف أنه لا يضمن هنا؛ لأنه ليس ذلك من فعله.

قوله: (وللصناع منع ما عملوا)^(٤). فيمنع الخياط الثوب كله حتى يأخذ أجرته، فإن بيع قدم فيأخذ أجرته من رأس الثمن، وكذلك حامل المتاع يكون أحق بجميعه حتى يأخذ أجره، والرهن قد يكون عظيم الثمن في أمر يسير، فإن دفع ذلك لزمه قبل قبض الأجرة فهو أسوة الغرماء. قوله: (فالأداة)^(٤). أي ماعون البناء.

قوله: (على من تعارف الناس)^(٤). لأن العرف كالشرط.

قوله: (وكذلك حثيان التراب)^(٥). لأنه غالبًا لا يذكر عند العقد، ولكن العرف بين الناس أن الحافر يردّ التراب على الميت، وينبغي للشافعية الذين يعولون على الألفاظ لا على العرف ألا يكون ذلك عليه.

قوله: (فالة البناء على رب الدار)^(٥). لأنه لم يجز لها ذكر عند العقد، فإنما

(١) التهذيب (٣/٣٨٠).

(٢) كذا، ولعل الأصوب: ويدخل فيه.

(٣) في المتن «إذن خاص»، والصواب ما أثبتته.

(٤) التهذيب (٣/٢٨٠).

(٥) المصدر نفسه (٣/٣٨١).

عليه العمل محددًا.

قوله: (ونقش الرحا)^(١). لأنه على ربها أن يمكن المستأجر لها من استيفاء منافعها ، وذلك بنقشها وتقويم آلاتها كلها ، وكذلك آلة الحمام لا تستوفى منافعها إلا بجميع آلاته .

قوله: (والقول قول المكثري)^(١). لأن أيام تعطيله معينة فلا تختلف ، ولأن الأيام تختلف ، فلا تجر بأيام أخر ، وإذا تعين الفسخ في ذلك تطرق إلى الجميع إلا أن يختار الصبر حتى يصلح .

قوله: (ومن واجرته على بناء حائط)^(٢). هذا يشمل الإجارة المعينة بأن يتعين العامل ، والمضمونة بأن يقول: في ذمتك بنیان هذا الحائط ، وذلك أنه لما انهدم ما بنى أولاً انفسخت الإجارة فيما بقي ، ولا يلزمه على المذهب أن يبني النصف الأول ثانية بدلاً عن النصف الثاني لأنهما مختلفان قد يكون أحدهما أشق أو أسهل .

وعلى قول الغير: يبني النصف الأول ثانية بدلاً عن النصف الثاني إن كانت الإجارة مضمونة ، ولا يبنيه إن كانت معينة ؛ لأن المعين يفسخ بفوته .

وقيل: الجامع بين القولين أن يؤمر ربّ الحائط يبني من عنده النصف الأول الذي تهدم ، ثم يبني العامل النصف الثاني الذي بقي عليه ، لأن هذا لا اختلاف بينهما^(٣).

(١) التهذيب (٣٨١/٣).

(٢) في التهذيب «ومن أجّرت» (٣٨١/٣).

(٣) قال الزرويلي بعد ذكر رواية أخرى للمدونة «فعلى ما في الأمهات قول الغير خلاف لقول ابن القاسم في الرجل المعين ، وعلى تأويل أبي محمد: قول الغير كله وفاق» انظر ما قال المحقق في التهذيب (٣٨١/٣) ، الهامش رقم ٣.



قوله: (حفرها في ملكك أو في غير ملكك)^(١). يعني أن تكون في أرض مباحة لا يملكها؛ لأنه قد وجد منه العمل الذي استأجرته عليه.

قوله: (إلا أن يكون بمعنى الجعل)^(١). لأنه فيه ليس له إلا شرطُ إتمامِ العمل غير أنه لا يجوز هذا الجعل في أرض هي ملكك، لأنه يؤدي عند حفر البعض أن يبقى لك نفع فيها، ويذهب عمله مجاناً، بخلاف ما لا تملك (.) لك في ذلك.

قوله: (فإن انهدم قبل فراغه فلا شيء له)^(٢). هذا جعل.

قوله: (وقد خبر الأرض)^(٢). أي [١/١٠٩] قد حفر في تلك الجهة آباراً أخرى.

قوله: (على حفر بئر للنخل)^(٣). أي ليسقيه.

قوله: (على حافر البئر إخراج الماء)^(٤). أي إذا استأجره على حفر بئر في أرضه وخبراً قدّر بُعد الماء فيها من قُربِه، فإنما وقع العقد على إخراج الماء.

قوله: (مقاربه)^(٥). أي في بعد الماء بخمسة أذرع ونحوها، وأما المختلفة في ذلك فلا يجوز لأنه مجهول، ولكن استأجره على أذرع معلومة.

قوله: (شقا)^(٦). أي في وسط واللحد في جانبه، والعرف كالشرط. ولو كان الأمران معروفين فالقول قول الصانع لأنه مأذونٌ له، والأصل عدم التعدي، وقد أتى بما يشبهه.

(١) التهذيب (٣/٣٨١).

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٨٢).

(٣) في التهذيب «فقر النخل»، وفي نسخة «قعر»، والفقر هي الحفرة التي تحفر للنخلة لتغرس فيها» (٣/٣٨٢).

(٤) المصدر نفسه (٣/٣٨٢).

(٥) في التهذيب «مقاربة» (٣/٣٨٢).

(٦) المصدر نفسه (٣/٣٨٣).



وقيل: قول رب العمل؛ لأن الأصل براءة ذمته من الأجر.

قوله: (فأتمها الأجير وحده)^(١). وجه المذهب أن الأجرة بينهما على السواء أن المريض يقول: كنت تصبر حتى أستريح وأعمل معك ولكنك لما لم تصبر فقد تطوعت بالعمل عني فلا يجب لك على شيء إلا برضاي.

وقيل: لا يكون للمريض إلا بقدر ما عمله، ويسقط عن رب البئر ما في عمله ولا يكون للعامل، لأنه لما تبرع بعمله فيها وحده فقد تطوع لرب الأرض بذلك إذ كان له أن يكلفه أن يأتي ثم يعمل معه.

فسبب الخلاف: هل تطوع عن المريض أو عن ربها؟

ونظيره أن يدعي الصباغ أنه أمره بأحمر، وقال: بل أمرتني بأصفر؛ فإن لم يكن الثوب مما يصبغ أصفر فالقول قول ربّه، وإن كان مما يصبغ باللونين فالقول قول الصابغ لأنه قد أذن له وأتى بما يشبهه، والأصل عدم التعدي.

وقيل: بل القول قول رب الثوب لأن الأصل براءة ذمته من الأجر، فليس للصباغ شيء لأنه متعدّ.

قوله: (فإن لم يكن لهم سنة)^(٢). لأن الأصل لا يستحق شيئاً إلا بعد العمل وتمامه.

قوله: (وأما في الأكرية)^(٢). لأن استيفاء المنافع فيها يمتدّ، فله بقدر ما مضى وما قبضه المستأجر من المنافع.

قوله: (وليس للخياط)^(٢). يعني إذا استؤجر على خياطة ثوب فإنه في

(١) في التهذيب «فأتمها الآخر فالأجر بينهما» (٣/٣٨٣).

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٨٣).

العرف لا يكون إلا على وجه الجعل ، إذ لا يضرب له أجلا فلا يستحق شيئا إلا بعد الفراغ ، ولو عيّنّا له زمانا فهل تصحّ الإجارة أو لا ؟ قولان :

البطلانُ لأنه قد يفرغ منه قبله أو بعده فتدخله المخاطرة وقد يعرض له مانع من العمل في ذلك الوقت .

وقيل : يصح لأن زمان الخياطة معلوم بالعرف قدره عند الصّناع فلا غرر .

وسبب الخلاف : هل هو مخاطرة أو لا ؟

قوله : (إذ لم يأخذه على ذلك) ^(١) . تعليلٌ ، لأنه لا يؤخذ إلا على التمام .

قوله : (إن الصانع عمل له باطلا) ^(٢) . المذهبُ تصديقُ الصّانع ، لأنّ الغالب لما قعدوا لذلك العمل أنه أجره له ، لأنّ الوديعة تندّر في مثله ، ولو صدّق ربّ المتاع أدّى إلى أن يذهب عمل الصّناع باطلا ، فادعى ما يشبهه وإلا فله أجر المثل ، زاد على ما ادعى أو نقص .

وقول الغير : يأخذ الأقل ؛ لأنه قد رضي بما ادعى فلا يزداد عليه .

قوله : (لأنهم لا يشهدون في هذا) ^(٢) . أي لم تجر العادة بالشهادة على العمل في هذا النوع ، فكونه في يده مع قعوده بين الناس بذلك العمل ترجح جانبه .

ووجه قول الغير : أنه قد اعترف أن المتاع له ثم ادعى أنه استأجره عليه فصار بمنزلة من ادعى في عرضٍ أنه لزيد ، ثم ادعى أنه استعاره إياه أو رهنه عنده فلا يصدق .

(١) التهذيب (٣/٣٨٣) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٨٤) .

قوله: (ضمن)^(١). [لأن]^(٢) الصانع ضامنون لما يقبضونه فيستصحب ذلك الأصل حتى يتبين أنه يرده.

وقيل: إن كان قبضه بيينة فلا يُقبل قوله في الرد إلا ببيان، لأنه لم يأت منه عليه في الرد، وإن قبضه بلا بيينة فيقبل قوله في الرد لأنه أمينه في القبض والرد.

قوله: (وإن ادعى أحدهما أنه دفع له ثوبا بعمله وأنكر الآخر)^(٣). هذا بخلاف الأولى لأنه هناك [١٠٩/ب] أقر له بقبض المتاع، وهنا ادعى عليه فيختلف المدعى عليه على أصل الدعوى.

قوله: (بل سرق مني)^(٤). هذا إنكار للإذن في العمل، إلا أن المذهب صدق الصانع لأنه في يده، [و]^(٥) الظاهر من جلوسه لذلك الشغل فترجح جانبه.

قوله: (ادفع له أجر عمله)^(٦). سواء زادت قيمة الثوب به أو نقصت.

قوله: (كانا شريكين)^(٦). مثل أن يساوي العمل نصف دينار، وقيمة الثوب أبيض دينار؛ فللصانع ثلثه، فإذا بيع الثوب قبض ثمنه على ذلك.

قوله: (كل واحد مدع على صاحبه)^(٦). فرب الثوب يقول: لا [يستوجب]^(٧) في العمل شيئا لأنك متعد فيه، والصانع يدعي عليه الأجر.

(١) التهذيب (٣/٣٨٥).

(٢) ما بين المعقوفين مطموس جله من المتن، وأثبتته لاتضاح المعنى.

(٣) يريد قوله «إن ادعى على أحدهم فأنكر لم يؤخذ إلا بيينة أن المتاع قد دفع إليه» التهذيب (٣/٣٨٥).

(٤) المصدر نفسه (٣/٣٨٥).

(٥) ما بين المعقوفين مطموس، ولعله عطف.

(٦) التهذيب (٣/٣٨٥).

(٧) كذا، والسياق يقتضي أن يقول: «تستوجب»، والله أعلم.



قوله: (العامل مدع)^(١). لأنه قد اعترف أن الثوب له ثم ادعى أنه أذن له في عمله فلا يكون له أجر ، بخلاف الغاصب يصبغ الثوب لأنه صبغه على ضمانه .

قوله: (فإن أقمت بينة في قميص بيد رجل أنها كانت ملحفة)^(١). مثاله: أن يشتري من السوق ملحفة فيخيطها ثوبا ، ثم يستحقه منك رجل فلا يأخذها إلا بعد دفع الأجرة لك غير متعد في الخياطة ، لأنك اشتريتها من سوق المسلمين ، ثم ترجع بثمنها على من باع منك .

قوله: (فإنهم يترادون الربح فيما بينهم)^(٢). أي الأثمان ، وإن اختلفت الأرباح ، مثل أن يبيعها أحدهم بدينار ويشتريها بدينارين ، ثم يبيعها الآخر بثلاثة ، ويرجع عليه من يشتري منه بثلاثة ، ويرجع هو على من باع منه بدينارين ، وهكذا إلى أن ينتهي التراجع إلى الذي اشترى من اليتيم فلا يرجع عليه بشيء ، لأنه لما عامل من لا يحدد بيعه خسر .

قوله: (إلا أن يكون قائما بيده)^(٢). مثل أن يكون عرضا ، أو عينا مطبوعا عليها ، أو مودوعة عند أمين .

قوله: (ويكون اليتيم والذي صبغها آخراً شريكين)^(٢). هذا إن لم يدفع له وصيته ثمن الصبغ .

قوله: (لم أمرك إلا بقلع الذي يليه)^(٢). أما إذا اعترف الحجام أنه أخطأ فعليه الدية ، أو تعمد فعليه القصاص إن وجد له مثل ذلك الضرر من رباعية أو ثنية ، فإن لم يكن له مثله كقصاص الأصابع وسطى بوسطى وسبابة بسبابة ، وإلا تعذر القصاص ورجع إلى الدية .

(١) التهذيب (٣/٣٨٥) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٨٦) .



وأما إذا اختلفا: فالمذهبُ أن الحاجم مصدق لأنه حال القلعِ علِمَ به صاحبه ، ولأن الغالب أن الوجع يسري إلى الأضراس المجاورة فيظنّ كل واحد هو المضرور ، فلا يوثق بتعيّنه ، وقد أذن له في القلع وسكت عليه .

ووجهُ قولِ الغير: أنه إنما أذن له في خاصّ لا مطلقاً فبلغَ الذي لم يأذن له في قلعه ، والأصل براءة ذمته من الأجر .

وعلى الأوّل: الأصلُ عدم التعدي وقد أذن له فيه .

قوله: (إلا أن يصدّقه الحجام)^(١) . فتلزمه الدية أو القصاص .

قوله: (أمرتني أن ألته بعشرة دراهم)^(٢) . أي أجعل فيه سمنا بعشرة ؛

فيها إشكال على المذهب: لأنه قد اعترف اللتان أن السمن قد باعه وصار لربّ السوق ، فإذا دفع له مثل السوق فقد خرج عن يده سوق وأخذ سوقاً وسمناً ، لأنه بالتعدّي يصير ضامناً للسوق فإنما يأخذ ذلك الملتوت عما في ذمته ، وإذا اتّحد الربوي من الجهتين لم يجز أن يكون مع الجهتين ولا مع أحدهما غيرُهُما للتفاضل .

وكذلك إن أخذ رب السوق ذلك الملتوت فقد خرج عن يده سوق وأخذ سمناً وسوقاً ، ولكن الضرورة دعت إلى ذلك لأنه لا طريق إلى تحصيلها إلا بذلك .

قوله: (وإلا فأسلمه له بثلثاته ولا شيء لك)^(٢) . لأنك قادر على ما تقدّم ، وإن لم يفعله فافعل هذا لأنه تبينّ تعديك .

قوله: (لوجود مثله)^(٢) . بخلاف الثوب المتقدم لأنه معين ولا مثلاً له ،

(١) التهذيب (٣/٣٨٦) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٨٧) .

فاضطررنا إلى الشركة فيه .

قوله: (قُضِيَ له على اللَّات بمثل سويقه)^(١) . أي لا يخير في الوجهين كما في المذهب ، لأنه قد فات السويق باللَّت فيلزم اللات مثله . [١/١١٠]

قوله: (أَلته بعشرة)^(١) . أي بسمن بعشرة .

قوله: (إن أشبه)^(١) . لأن دعوى الأشبه ترجح جهته فيحلف معها ، وكذلك من ادَّعى الأشبه .

قوله: (لأنه مدعى عليه الضمان)^(١) . أي ضمان مثل السويق .

قوله: (بعشرة دراهم عصفرا)^(١) . أي بعصفر قيمته عشرة .

قوله: (وإن أتى بما لا يشبه)^(٢) . صدق رب الثوب لأنه غارم .

قوله: (فله أجر مثله)^(٢) . لأنهما قد اتفقا على الإذن في العمل فينظر الصانع إلى ذلك الصبغ وقيمه فيعمل عليها .

قوله: (كان فيه صبغ متقدم)^(٢) . هذه الدعوى تُبطل اعتبار دعوى الأشبه فلذلك يرجع في هذه إلى اعتبار إسلامه إليه ؛ فإن أسلمه إلى الصانع يعمله عنده فقد ائتمنه فرجح جانبه بذلك ، وإن لم يسلمه إليه بل قال: اعمله عندي ، فلم يَأتمنه .

قوله: (وهو)^(٢) . أي رب السويق لأنه اشترى منه سمنا وعمله في اللَّت وهو يقول: لم اشتر ذلك إلا بخمسة وقد فات المشتري ، فالقول قوله لأنه غارم .

قوله: (لصدق رب السمن)^(٢) . أي اللَّات ولم يصدق ربه أي رب السويق .

(١) التهذيب (٣/٣٨٧) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٨٨) .

قوله: (فلا يلزمه باقي السنة)^(١). يعني إذا بَلَغَ وتَبَيَّنَ رُشْدُهُ، والأصلُ حجر الصَّغِير ثم إذا بلغ قبل أن يتبين أمره من سفه أو غيره فهل أفعاله على الردّ، لأن الأصل السَّفَه استصحابا لحال الصَّغِير، أو على الجواز لأن الأصل غالبا بعد البلوغ الرُّشْدُ؟ قولان.

فلا يجوز للوصي أن يستأجره من أحد بعد رشده ولا أن يستأجر ربه، ولكن إذا قارب البلوغ فيستأجره وربه لمدة قريبة مخافة بلوغه، وفي نفسه أشد من ربه لأنه لا بد له من كراء، وليس كذلك إهانتة في نفسه بخدمة الغير، فلذلك فرق بين الأمرين فلزمه في ربه بعد الاحتلام إذا ظن بتخلفه أنه لا يبلغ رشيدا.

قوله: (أو يؤنس منه الرشد)^(٢). أي لما كان يظهر منه قبل البلوغ من سوء التدبير لنفسه، ولكن لما بلغ رَشَدًا، فيلزمه باقي المدة في ربه؛ إذ لا بد له من كراء، ولأنه الذي ينتفع بذلك، وأما في نفسه فلا يلزمه لأنَّ ذِلَّتَهُ في نفسه بالإجارة للغير أصعب.

قوله: (لا يلزمه إلا فيما قلّ)^(٣). بمتزلة نفسه لأنه قد ملك أمر نفسه وماله.

قوله: (لم يلزمه في نفسه ولا فيما يملك من ربع)^(٣). ولا في نفسه بخلاف ما يعقده عليه سفيهاً بعد البلوغ.

والفرق أن حجر الصغير مقطوع بزواله، بخلاف السفية قد يزول وقد لا يزول.

قوله: (كالسنة ونحوها)^(٣). هذا راجع إلى عرف الناس، فإن كان الغالب

(١) في التهذيب «باقي المدة». (٣/٣٨٨).

(٢) في التهذيب «أنس منه الرشد» (٣/٣٨٨).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٨٩).

في الأكرية ذلك عمل عليه لإمكان أن يزول سفهه (١). يستأجر في نفسه إذا بلغ سفيها أقل من ذلك مدة، لأن إجارة النفس أصعب من إجارة الربع.

قوله: (وإذ ترجى إفاقته كل يوم) (٢). علل بأمرين:

أحدهما: أن ذلك هو المعتاد، والثاني: أن خبرته أو سفهه بصدد أن يزول في كل يوم من المدة.

قوله: (وتجوز إجارة السمسار والجعل في شراء كثير الثياب بخلاف بيعها) (٣). والفرق أن البيع أصعب من الشراء، فهو بصدد ألا يبيع فيذهب عمله في الجعل مجانا فلم تجز الإجارة.

وقوله: (إن كان ذلك موجودا) (٤). تحرزا من أن لا يكون موجودا فيذهب تعب باطلا.

قوله: (وله رد المال متى شاء) (٥). لأن الجعل لازم من جهة الجاعل، غير لازم من جهة المجمعول له، لأنه قد لا يعمل شيئا فيذهب عمله باطلا.

قوله: (لم يضمن). لأنه أمين.

قوله: (فاشترى لها ما يشبه في تجارتها أو في كسوته) (٦). لأن العرف كالشرط.

ومنع أبو حنيفة الجعل لما فيه من الجهل والغرر (٧).

ولنا قوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢]. قالوا: [١١٠/ب]

(١) كلمة غير واضحة بسبب الخرم، ولعلها: وينبغي.

(٢) التهذيب (٣/٣٨٩).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٩٠).

(٤) انظر بداية المجتهد لابن رشد (٤/٢٠).

هذا شرع من قبلنا ، ولا يروونه شرعا لنا .

ونحن نقول : إذا لم يُنسخ فهو شرع لنا .

وقالوا : وعلى التسليم ، هذا لا يجري على أصلكم ؛ لأنه لا يجوز في الجعل أن يكون الجاعل عالما بموضع الطلب ، ويوسف عليه السلام كان عالما بموضع الصراع .

قلنا : الجاعل إنما كان المؤذن وهو غير عالم ، وليس الجاعل العالم .

قالوا : هو وكيه ، ويد الوكيل كيد موكله ، ولا يجوز أن يوكل العالم بموضع (.)^(١) من ينوب في طلبه بالجعالة لأنه قائم مقام الموكل .

قلنا : قد يمكن أن يكون ذلك بغير إذن يوسف ، وأيضا فقد ثبت بالكتاب شرع الجعل على الحملة ، ولنا أيضا القياس على القراض وقد اتفق العلماء على جوازه ، وفيه من الجهل ما فيه لكن للضرورة جاز .

قوله : (من جاءني)^(٢) . كل من سمعه إذا أتى به فله ذلك وإن أتى به من لا يسمعه فكذلك إلا أنه إذا طلب أكثر من التسمية فقولان :

أحدهما : إنما له هذا المسمى .

والثاني : له أجر المثل ، لأنه قد قام عنه بواجب ، ولم يعلم ما سمى ، وسواء كان ممن عادته أن يطلب الإباق أو لا ، لعموم قوله : من جاءني ، وإن قال : إن جئتني ، فأتى به من لم يسمعه ؛ فإن كان ممن ليست عادته طلب الإباق فلا شيء له لأنه شرع لذلك ، فإن كانت عادته فالحولان :

الأول : التسمية ، والأكثر منها ومن أجرة المثل .

(١) كلمة غير واضحة في المتن ، لعلها « لائق » .

(٢) التهذيب (٣/٣٩٠) .



قوله: (ولم يعرف السيد موضعه)^(١). إن عرف موضعه لم يجز الجعل ،
وأما إن عرفه [المجعول]^(٢) له فهل يجب له أجرٌ أو لا ؟ قولان:

أحدهما لا ، لأنه يجب عليه أن يعرف سيده بموضعه .

والثاني له أجر عنائه في ذلك .

قوله: (أجر مثله)^(٣). لأن الجعل وقع فاسدا إذ ثمنه مجهولٌ ، فرُدَّ إلى أجرة
المثل .

قوله: (جعل لرجل في عشرين)^(٤). لا يجوز على أنه إن لم يأت بهما معا فلا
شيء له قد يأتي بأحدهما فيسمع السيد بذلك ، وإنما يجوز على أنه إن أتاه بأحدهما
فله شيء معلوم فإن وقع ذلك الفاسد فالجعل فاسد فيكون له أجرة المثل .

وقال ابن نافع: له النصف المسمى^(٥) ؛ فاعتبر التسمية لأنه لم يُقدَّر العقد
فاسدا بأن يقول: وإن أتيت بأحدهما فلا شيء لك ، كما قدره ابن القاسم كذلك ،
فلما قدر هذا الفساد لم يمكنه اعتبار التسمية ، وقيل يفضّ المسمى على قيمتهما
يوم الإباق فيكون له من المسمى ما يقابل قيمة الذي أتى به ، وهذا أحسن .

قوله: (على الثلث والثلثين)^(٥). لأنه استأجر أحدهما بنصف ما جعل
لِلثاني ولم يكن أن يعطي لكل واحد ما سمي له ، لأنه إنما ساق نصفه لأكله ،
فغاية ما يمكن أن يكلف أكثر ما سمي وهو العشرة يقسمانها على حسب ما جعل

(١) التهذيب (٣/٣٩٠).

(٢) في المتن «المعجول» وما أثبتته أصوب .

(٣) التهذيب (٣/٣٩٠).

(٤) انظر التهذيب (٣/٣٩١) ، الجامع لابن يونس (١٦/٥١٢).

(٥) التهذيب (٣/٣٩١).

لهما ، ولأن كل واحد يبتغي كل جعله .

وقولُ ابنِ نافعٍ أحسنُ ، لأنه في الحقيقة إنما ساق كل واحد نصف العبد .

قوله : (ولك نصفه)^(١) . هذا بيع لحصاد نصف الزرع بالنصف الآخر ، ولذلك قال : وليس له تركه لأنه باع منافعه بذلك فهو إجارة لازمة من الطرفين ، فلو هلك الزرع قبل حصاده بأمر من الله تعالى فلربه قيمة نصف الزرع لفوته ، وكان ينبغي لو كان قائما أن يرجع في عينه لأن بيع المعين هكذا ، فلما تعذر رده رجع إلى القيمة .
وقيل : يحصد له بقدر نصف هذا الزرع زرع آخر ، وهذا مشكل لأن فيه فسخ منافع في منافع ، لأن المنافع الأولى غير هذه ، ولأنه كان حصاداً معيناً فينبغي أن يفسخ .

قوله : (كبيع نصفه)^(١) . هو بيع لا كبيع .

قوله : (فما حصدت أو لقطت فلك نصفه)^(١) . أي من قليل أو كثير فهذا معلوم التفصيل لأن كل حُزْمَة منه معلومة ، والجملة مجهولة .
فمن راعى جهل الجملة لأنه لا يعلم كم يحصد له : مَنَع .

ومن التفت إلى كل جزء معلوم وأن الجملة تعلم في ثاني حال : أجاز .

وعلى هذا ، لو قال له : إن جئتني [١١١/أ] بأحد عبدَي الأبقين ، فلك من الجُعل [بقدر]^(٢) ما ينوب قيمته من العشرة التي لك إن جئت بهما فقولان : من راعى الجعل الآن منع ، ومن راعى العلم ثانياً بعد الفض على القيمتين أجاز ، وهو كما إذا باعا سلعتيهما من رجل واحد بثمن واحد .

(١) التهذيب (٣/ ٣٩١) .

(٢) في المتن : بقدر ، والظاهر ما أثبتته .

قوله: (فلا خير فيه)^(١). لأن الجملة مجهولة ، ولا تفصيل في ذلك معلوم ، لأنه ألزمه جميع اليوم وإن عمل بعضه لا شيء له ، وهذا فاسد أيضاً من جهة الأجل في الجعل .

وإن شرط أن يترك متى شاء ؛ جاز لأنه يصير التفصيل معلوماً كالأول .

قوله: (فما نفضت أو سقط)^(١). هذا مجهول ، ولو قال: أنفض جميعها صح لأنه معلوم ، ولا يجوز في التحريك لأن الساقط مجهول .

قوله: (اعصر زيتوني)^(١). هذا فاسد لأمرين:

أحدهما: الجهل بقدر الزيت وصفته ، كما لا يجوز بيع الزيت قبل العصر . ولأنه إذا شرع في العصر لا يقدر على الترك ، فيبطل معنى الجعل من أن له الخيار في الترك .

قوله: (فتلك إجارة لازمة)^(١). أي لست جعلاً ، بل هي بيع لمنافعه بنصف الزرع ، فلا يضر كونه ليس له الترك .

قوله: (وادرسه)^(٢). هذا بطل لأمرين:

أحدهما: أن الحب غائب ، وبيع الجزاف لا يكون إلا في معين ، وإن لم يجز بيع الحب في السنبل فلا يكون ثمنًا لأجرة لأنه مجهول . ولأنه معين يتأخر قبضه إن طال ذلك .

قوله: (لأنه باعه حباً جزافاً لم يعاين جملته)^(٣). بخلاف إذا باعه الحب

(١) التهذيب (٣/٣٩٢) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٩٣) .

(٣) في التهذيب «لأنه اشترى حباً جزافاً لم يعاين جملته» (٣/٣٩٣) .



مع السَّنبل ؛ لأنه معاين يصح بيعه جزافاً.

قوله: (لأنه معلوم بالكيل)^(١). أي ليس بجزاف ، ويمكنه أن يعلم صفة الحب بِفَرْكٍ بعضِ سنبله .

قوله: (وإن تأخر إلى مثل عشرة أيام)^(٢). أي هذا في حكم المقبوض لقرب المدة ، فلا يكون فيه معين يتأخر قبضه .

قوله: (وليس ذلك كحنطة في بيتك)^(٣). أي لا يقول: أبيعك حنطة في بيتي ، كل قفيز بكذا ولا يذكر صفة ، ولا يعاينها ؛ لأن هذه غائبة ، بخلاف الزرع هو أمامه ، ويمكنك التوصل إلى معرفته بالفرك .

قوله: (وأكره الجعل على الخصومة)^(٤). لأنها على الشر والمجادلة ، ولأنها قد تطول ولا ينجز منها غرض للجاعل ، فيذهب عمله مجاناً ، فإن وقعت ردت إلى أجرة المثل .

وروي عن مالك أن ذلك جائز ، وذلك لما بالناس من الضرورة إلى ذلك كالعبد الآبق^(٥).



(١) التهذيب (٣/٣٩٣).

(٢) في التهذيب «وإن تأخر في درسه على مثل عشرة أيام» (٣/٣٩٣).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٩٣).

(٤) في التهذيب «وكره مالك الجعل على الخصومة» (٣/٣٩٤).

(٥) انظر التبصرة للخمّي (١٢/٢٣).

كتاب تضمين الصناع

.....

قوله: (فله أخذه، وللحائك أجره كله)^(١). هذا محمول على أن الغزل كله لم يجيء منه إلا ست في سبعة، إلا أن لربه أن يقول: لما علمت أنه لا يجيء سبعة في ثمانية كنت تردّه إليّ، فأنت متعد بذلك، فلذلك كان مخيراً بين أن يأخذ ما نسج له ويرجع له أجره كاملاً، وبين أن يضمّنه الغزل.

وعلى قول الغير^(١): له بحساب ما عمل؛ لأن أجر ستة في سبعة أقل من أجر سبع في ثمانية، ويحتمل أن يكون بقي من الغزل بعضه فسكت عنه ولم يذكره للعلم بأن يردّه إلى صاحبه.

وقيل: له أجره المثل مطلقاً، وهل تنفسخ الإجارة الأولى أو لا؟ قولان، وجهُ الفسخ تعذر الإتيان بمثل الغزل الأول، كتعذر الإتيان بالرضيع بدل رضيع آخر يموت، أو صبي يتعلّم القرآن بدل آخر.

وقيل: ينفسخ؛ لأن ما تستوفى به المنافع لا يتعين.

وقيل بالتفصيل بين أن يكون ذلك الثوب للباسه فيفسخ؛ لأنه قد يتعذر غزل الآخر عليه، أو يكون تاجراً فلا ينفسخ لقدرته على غزل آخر مثل الأول، وأما إذا ضمّنه (.) المذهب القول بفسخ الإجارة^(٢).

قوله: (يضمن في الغزل مثله)^(٣). هذا اختلاف في تحقيق مناط: هل الغزل

(١) التهذيب (٣/٣٩٥).

(٢) انظر هذه الأقوال في المدونة (٣/٣٩٩)، مناهج التحصيل (٧/٢٣٣).

(٣) التهذيب (٣/٣٩٦).

من ذوات الأمثال أو لا ؟ فيعرض على أهله ، فإن قالوا يوجد مثله فهو من ذوات الأمثال ، وإلا فلا^(١).

قوله : (ضمن قيمته يوم قبضه)^(٢) . لأنه بالقبض يصير [ب/١١١] في ضمانه ، فالقيمة تعتبر حينئذ .

قوله : (أبيض)^(٢) . غير مقصود ، كالصباغ يضمه أبيض ، فلو قامت له بنية أنه هلك بأمرٍ من الله سبحانه بعد أن فرغ من القصارة من الصبغ سقط عنه الضمان على المذهب ، وعند أشهب لا يسقط ؛ لأن الضمان بالأصل لا للثمة ، ولا أجرة له على المذهب ، لأنه لم يسلم المنافع لربها وإنما هلك في وقت هو أحق بها من غيره ، لأنه لو فلس رب الثوب كلف الصانع آخر بذلك حتى يأخذ أجره .

وقال ابن المواز : بل له أجره ؛ لأن منافعه قد جعلها في الثوب بأمر ربه ، فكأنه قد قبضها في المعنى^(٣) .

قوله : (وليس لربه أن يُغرم الصانع قيمة الثوب مفروغاً منه ويعطيه أجره)^(٤) . لأن ذلك قد يزيد في قيمة الثوب ، ووقت ضمان الصانع إنما هو وقت القبض .

قوله : (حتى يصل إلى يدك)^(٥) . فلو قبضه منه ، ثم رده إليه لمسكه شيئاً ،

(١) قال العلامة الرجراجي «وينبغي الخلاف على الخلاف الذي قدمناه في الغزل التالف يقضي له فيه بالمثل ، أو بالقيمة ، على قولين . فعلى القول بالقيمة فتتفسخ بينهما ، لأنه غزل معين ، فإذا ذهب العين بطل العقد المختص به كرضاع الصبي ، وتعليم الغلمان . وعلى القول بالمثل فلا معنى للفسخ ؛ لأن مثل الشيء كعينه» مناهج التحصيل (٢٣٣/٧) .

(٢) التهذيب (٣٩٦/٣) .

(٣) انظر المختصر لابن عرفة (٣٢٢/٨) ، مناهج التحصيل (٢٤٦/٧) .

(٤) التهذيب (٣٩٦/٣) .

(٥) في التهذيب «حتى يصل إليك» (٣٩٦/٣) .

فلا يضمن لأنه صار وديعةً.

قوله: (فعليه قيمة ما أفسد)^(١). لأنه لم يؤذن له في الإفساد والخطأ في أموال الناس كالعمد.

قوله: (ضمن قيمة الثوب كله يوم قبضه)^(١). يعني بعد القطع لأنه من حينئذ قبضه للعمل، وقبل القطع كان وديعةً.

قوله: (وهو صلاح للعامة)^(١). لأن الناس مضطرون إلى الصناع، وإن لم يعرفوهم، وإذا عرف الصناع أنه ضامن تحفظ.

قوله: (ويضمن الصناع ما أفسد أجير هو لا شيء على الأجير)^(٢). يعني إذا عمل عنده؛ لأنه لم يأتئنه على ذلك فهو الذي فرط، بخلاف ما إذا دفع له عملاً يعمل في بيته ويغيب عليه، فيضمن له؛ لأنه قد اتئنه كما اتئمت أنت الصانع.

قوله: (فإن لم يفرط)^(٣). مثل أن يتركه في الفرن كثيراً، ولا غرم من نفسه، مثل أن يقوي النار كثيراً حتى لا يملكها لم يضمن؛ لأنه معذور لغلبة النار عادة.

قوله: (فصبغ غير ما أمرته به)^(٤). فقد اتفقا على الخطأ فلك الخيار، ويريد بقوله: «يوم قبضه»^(٥) أي: غير مصبوغ.

قوله: (فإنك ترده)^(٦). لأنه لا يجوز لك تملك مال الغير دون إذنه.

(١) التهذيب (٣/٣٩٦).

(٢) في التهذيب «ويضمن القصار» (٣/٣٩٦).

(٣) المصدر نفسه (٣/٣٩٧).

(٤) في التهذيب «فصبغ غير ما أمر به» (٣/٣٩٧).

(٥) المصدر نفسه (٣/٣٩٧).

(٦) في التهذيب «فإن لك أن ترده» (٣/٣٩٧).

قوله: (ثم لك أن تضمن القصار)^(١). فيبقى القصار مع الذي دفع له الثوب كالبائع يدفع للمشتري ثوباً غير الذي اشترى منه ، فيقطعه على ما يأتي .

قوله: (أو تأخذه مخيطاً بعد دفع أجر الخياط)^(٢). لأن الذي خاطه مأذونٌ له غير متعدٍّ في ذلك ، بخلاف الغاصب فإنه متعدٍّ ، وكل ما يعمل في المغصوب فلكَ نزعُهُ ؛ لأنه «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»^(٣) ، ثم ينظر ؛ فما كان له بعد الإزالة عين يساوي ثمنًا كانتقاض البناء فله بقدر ذلك الثمن فقط ، ولك التمسك بالبناء قائماً وقلعه .

وإن كان مما ليست له عين تساوي شيئاً ، كالخياطة لو نقصت لم يكن لها عين ينفع به ، فلا شيء له في ذلك ، وكذلك ما يرقشه في البناء من أنواع الزينة ، ولا شيء له في ذلك لأنه لو أزيل لم تكن له عين ينتفع بها .

قوله: (فللبائع أخذه مقطوعاً)^(٤). ولا يرد إليه ما نقص القطع ؛ لأنه مأذونٌ له في القطع ، ونحن نفرق بين الخطأ المأذون فيه والخطأ لم يؤذن فيه ، فيغرم في أحدهما دون الثاني فهذا معنى قوله :

(وليس القطع بزيادة ولا نقصان)^(٥). أي هو كالعدم لا أثر له .

وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ^(٦) أنه يرجع عليه بالنقص ؛ وهو تخريج على قوله في المرأتين

(١) التهذيب (٣/٣٩٧) .

(٢) في التهذيب «أجر الخياطة» (٣/٣٩٧) .

(٣) أصله حديث مالك في الموطأ عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق» ، قال مالك: «والعرق الظالم: كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق» . كتاب الأقضية باب القضاء في عمارة الموات . وأخرجه الترمذي عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد . في أبواب الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات .

(٤) التهذيب (٣/٣٩٧) .

(٥) في التهذيب «بزيادة من الذي قطعه» (٣/٣٩٧) .

(٦) انظر مناهج التحصيل (٧/٢٤٩) .

تزفّ إحداهما على زوج الأخرى غلطاً فلها المسمّى الذي سمّى لها زوجها ،
تأخذه من هذا الداخل عليها ، وكان ينبغي على ما تقدم ألا يكون لها إلا ربع دينار
ما تحل به ؛ لأنها سلّطته على ذلك .

وكذلك قال في التاجر يبيع سلعة مرابحة بثمن فتتلف عند المشتري ، ثم
يتذكّر البائع أن ثمنها عليه أكثر من ذلك فقال: يغرم قيمتها ما لم ترد على الذي
سمى أو تنقص عن المسمى ، [أ/١١٢] وكان ينبغي ألا يكون عليه إلا ما سمى .

ونظيرُ قوله الأول ما إذا وكله على شراء جارية بثمانية ، فاشتراها بعشرة
رجعت بها إليه ولم يعلمه فوطئها ، فقال: ليس عليه إلا ثمانية .

قوله: (حتى يدفع قيمة الخياطة)^(١). لأن هذا عمل له عين في الثوب ولم يتعد

به .

قوله: (فزعم أنه يقطع قميصاً)^(٢). أي يجيء منه قميص .

لنا في الغرور بالقول قولان: هل يضمن به أو لا ؟ المذهب أنه لا يضمن .

وفي الغرور بالفعل قولان: والمذهب الضمان^(٣) ؛ فهذا غرور بالقول ،

فلذلك قال في المذهب: لم يضمن .

أما لو كان الخياط قطعه له فلم يجيء منه قميص ، فهذا غرور بالقول والفعل
معاً ، فوجه القول بأنه لا يضمن أنه قد أذن له في الفعل ، ووجه الضمان أنه لم
يأذن له مطلقاً ، بل تقيد أنه يكون فيه قميص فهو متعد بفعله .

(١) التهذيب (٣/٣٩٧) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٣٩٨) .

(٣) انظر مناهج التحصيل (٣/٣٩٠) .



قوله: (وكذلك الصيرفي)^(١). هذا غرور بالقول ففيه القولان.

وقيل: إن كان ذلك مما لا يخفى فسادَه على أهل المعرفة به ضمن اتفاقاً؛ لأنه تبين أنه غره.

قوله: (عوقبا)^(١). لأنهما عرّضا هذا إلى الخسارة، مثل ألا يكون له علم بذلك فيتعاطاه.

قوله: (بمعينة)^(١). أي يعاينوه في النار يحترق؛ إن في المركب حين عطب به أو في يد السارق، وهذا صعب متعذر.

ووجهه أنه إذا ادعى أنه سرق حين سرق بيته أو عطب في البحر حين عطبت السفينة، فلا يصدق لإمكان ألا يكون هناك، اللهم لو تحقق أنه كان هناك، صدّق.

قوله: (إذ لا يعرف)^(١). أي يمكن أن يكون من صنع القصار لكثرة ما جرت عاداتهم بالانتفاع بأمّعة الناس والأكل عليها يتعلق بها رائحة الطعام فيقرضها الفأر.

قوله: (فخرقة ضمن)^(١). لأن المرور في الطريق مأذون فيه شرعاً لكن بشرط سلامة العاقبة.

وللصباغ أن ينشر ثوبا في حبل معلق في الطريق، فإنما عمل ما أذن له فيه، اللهم إلا أن ينشره في غير موضع النشر كأن يعرضه لذلك في وسط الطريق فيضمّن.

قوله: (كاصطدام الأحمال)^(١). أي فيتلّف بعضها بعضاً مثل السفينتين تُغرق إحداهما الأخرى أو تغرقان معاً، وكذلك الجرتان يلتقيان فينكسران، فعلى

(١) التهذيب (٣/٣٩٨).



المذهب أحدهما لصاحبه ما أتلّف عليه^(١) ، وكذلك الفرسان بالجري .

وقال أشهب: بل يغرم له نصف ذلك لأنه لم يتلف بفعله فقط ، بل بفعلهما معاً ، وإنما أتلّف عليه نصف ذلك^(٢) ، وهذا يظهر في الخلاف إذا اختلفت القيمتان .

قوله: (فعر عليها رجل فانكسر لضمن)^(٣) . هذا في الإذن العام ، بخلاف الإذن الخاص ، لو أذن (.)^(٤) فعر على أنية فيه فكسرها لم يضمن .

قوله: (لم يضمنه إن ضاع)^(٥) . لأنه لم يغب عليه ، ولكنك معه فالتفريط منك لا منه .

قوله: (وكذلك ربّ الحنطة)^(٦) . لأن الكرى إنما يضمن الطعام إذا غاب عليه .

قوله: (فالصباغ مصدّق)^(٦) . لأنه مأذون له في الصبغ ، وقد صبغه صبغاً يشبه أن يصبغ الثوب في العرف بمثله ، والأصل عدم التعدي .

وقيل: بل يضمن ؛ لأن رب الثوب منكر له ، والأصل براءة ذمته من الأجرة .

قوله: (إلا أن يصبغه)^(٧) . هذه قرينة تكذب الصبّاغ .

(١) كذا في المتن ، وكأن العبارة وما بعدها تفيد أن المراد: فعلى المذهب [يغرم] أحدهما لصاحبه ما أتلّف عليه . قال ابن يونس في الجامع «وقال في رجلين اصطدما وهما يحملان جرتين فإن انكسرتا ؛ غرم كل واحد منهما ما كان على صاحبه ، وإن انكسرت إحداهما غرم ذلك لصاحبه» انظر الجامع لابن يونس (٩٧٠/٢٣) .

(٢) انظر الجامع لابن يونس (٩٧٠/٢٣) ، النوادر والزيادات (٥٢٨/١٣) .

(٣) في التهذيب «فكسرها ضمن» التهذيب (٣٩٩/٣) .

(٤) كلمة غير واضحة في المتن ، لعلها: [فيه] .

(٥) في التهذيب «لم يضمنوه إن ضاع» (٣٩٩/٣) .

(٦) المصدر نفسه (٣٩٩/٣) .

(٧) في التهذيب «إلا أن يصبغ صبغاً لا يشبه مثله» (٣٩٩/٣) .



قوله: (والصّائع مصدّق)^(١). لأنّ الفضّة التي دفع له يُمكن عُرْفًا أن يجعل منها هذا وهو صائعٌ للأمرين ، فقد أتى بما يشبهه ، فالخلاف هنا كما في التي قبلها .
قوله: (فعلّهم البيّنة)^(١). لأنّه لو قبل قول الصّائع في ذلك لم تكن فائدة لتضمينه .

قوله: (قبضه بيّنة أو بغيرها)^(٢). وقيل: إن قبضه بيّنة فلا يبرأ إلا أن يبينه لما لم يدفع إلا بيّنة ، فلم يَأْتَمَنه .

وإن قبض دون بيّنة فيقبل قوله لأنّه قد ائتمنه ولم تجرِ العادةُ في مثل هذا أن يقبض أو يرد بيّنة ، وأما المودع فهو أمين في (٠)^(٣) والضّياع ، [١١٢/ب] إلا أن يقبض بيّنة فلا يقبل منه إلا بيّنة .

قوله: (وإذا اختلف المتبايعان)^(٤). الاختلاف في البيع في مواضع^(٥):
منها: أن يختلفا في الصّحة والبطلان فيقول أحدهما: وقع البيع (٠) حراما ، ويقول الآخر: حلالٌ ، فقولان:

أحدهما: القول لمدعى الصّحة لأنّ غالب عقود المسلمين الصّحة .

وقيل: إن كثرت البيوع الفاسدة بين الناس في ذلك الوقت فالقول لمن

(١) التهذيب (٣٩٩/٣) .

(٢) في التهذيب «قبضوه بيّنة أو بغير بيّنة» (٣٩٩/٣) .

(٣) كلمة غير واضحة في المتن ، لعلها [الردّ] .

(٤) التهذيب (٤٠٠/٣) .

(٥) هذه الأقوال التي ستأتي في اختلاف المتبايعين ذكرها الشارح في الذخيرة في القسم السابع من كتاب البيوع مفصلة . انظر الذخيرة (٣٢٠/٥) وما بعدها ، انظر كذلك التوضيح (٥٨١/٥) ، وشروح المختصر عند قول خليل «إن اختلف المتبايعان» [الشرح الكبير للدردير (١٨٨/٣) ، مواهب الجليل للحطاب (٥٠٩/٤) ، منح الجليل لعليش (٣١٤/٥)] .



ادعى البطلان ، وإلا فلمن ادعى الصحة .

ومنها: أن يختلفا في اللزوم وعدم اللزوم: فيقول أحدهما وقع على خيار ، والثاني على غير خيار ؛ فثلاثة أقوال:

أحدها: القول لمن ادعى اللزوم لأنه الأصل في العقود ، والخيار لا يكون إلا بالشرط والأصل عدم الشرط . والثاني: لمن ادعى غرمه ، لأن الأصل براءة ذمة المشتري من الثمن وبقاء السلعة بيد بائعها . والثالث: أنهما يتحالفان ويتفاسخان .

{ومنها: أن يختلفا في جنس الثمن ؛ فيقول أحدهما هو جمل والثاني فرس ، فقول واحد: يتحالفان ويتفاسخان} لاختلاف الجنسيتين واختلاف منافعهما ، وهل يبدأ في التحالف بالبائع أو المشتري فثلاثة أقوال:

المذهب: بالبائع لأنهما قد اعترفا أن السلعة كانت له فلا تخرج عن ملكه إلا برضاه فرجَحَ لذلك جانبُه .

وقيل: بالمشتري لأن الأصل براءة ذمته من الثمن .

وقيل: بالقرعة لأن كل واحد مدعي ومدعى عليه فلا طريق إلا القرعة . وهل يفسخ البيع بنفس التحالف أو بالحكم ؟ قولان .

ثمرة ذلك أنه لو أراد أحدهما إمضاء البيع بما قال صاحبه لزمه ذلك بعد التحالف إن قلنا بالحكم ، لأنه لم يقع فسخٌ إلى الساعة .

وإن قلنا بنفس التحالف فليس له ذلك ؛ لأنه قد انفسخ البيع بينهما ، وإذا تناكلا فهل النكول بمنزلة التحالف أو لا ؟

فإن قيل: هو بمنزلته فيجري فيه من الخلاف ما فيه ، هل يفسخ العقد بنفس النكول أو بالحكم ؟ قولان ، وإن قيل ليس كالتحالف فإنه يتعين على الذي نكل



ثانياً أن يحلف أو يلزمه ما قال صاحبه ؛ كمن أتى بشاهد بحق على رجل ورجح جانبه فلم يحلف وردّ اليمين على خصمه فنكل ، فإنه يتعين عليه الغرم بنكوله وترجّح جانب صاحبه بالشاهد ، كذلك هنا إذا نكل الثاني لزمه قول صاحبه بنكوله [وترجّح جانب] ^(١) صاحبه كان المبدوء به البائع على المذهب أو المشتري .

ومنها: أن تختلفا في نوع الثمن ، فيقول أحدهما: ذهبٌ ، والثاني: ورقٌ فهذا جنس واحد لأنها يضمّان في الزكاة ، وكذلك القمح والشعير بخلاف القمح والفلول هما جنسان ، فهنا قولان:

أحدهما: أنه كالاختلاف في الجنسين ، نظرا إلى اختلاف الأغراض .

والثاني: أنه كالاختلاف في قلة الثمن وكثرته ، نظرا إلى أنهما كالنوع الواحد فيكون في ذلك من الخلاف ما في الخلاف في القلة والكثرة وهي خمسة أقوال:

أحدها: أنهما يتحالفان ويتفاسخان مطلقا ولو فات بيد المشتري ، ويرجعان إلى قيمته يوم البيع ؛ لأنه صحيح ، إلا أن تكون قيمته أكثر مما يدعي البائع فلا يلزمه إلا ما قال البائع ، وروي في ذلك حديث ^(٢).

والمذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان مطلقا إلا أن تفوت السلعة بيد المشتري فيكون القول له لأنه صار غارما .

وقيل: إلا أن يقبض المشتري السلعة فالقول له ؛ لأنه ترجح جانبه بالقبض ،

(١) ما بين المعقوفين مضموس من المتن ، وأثبتته لأن المعنى يفيد .

(٢) لعله يريد قول النبي ﷺ «أيما بيّعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان» ، قال الشيخ خليل في التوضيح «وذكر أبو عمر أنه مشهور عند العلماء تلقوه بالقبول ، وبنوا عليه كثيرا من الفروع ، فقد اشتهر عندهم بالحجاز والعراق شهرة يستغنى بها عن الإسناد ، كما اشتهر حديث «لا وصية لوارث» ، وليس في الحديث ذكر التحالف ، إلا أن أهل العلم تأولوه على ذلك» . والحديث رواه مالك في الموطأ . كتاب البيوع . باب بيع الخيار .

لأن الغالب فيمن سلم سلعته أنه رضي بقول المبتاع .

وقيل : إلا أن يقبضها ويبين بها فشرط شيئين ؛ القبض والبيونة لأن جانبه بذلك أرجح ، المذهب شرط ثلاثة أشياء في كون القول للمبتاع ؛ القبض والبيونة والفوت .

والخامس : أن القول قول البائع مطلقا ذكر عن ابن حبيب ولم يوجد في كتبه . وعلى الأقوال الثلاثة قيل هذا إذا فاتت بيد المبتاع السلعة فالقول قوله ، والمذهب لو باع منه سلعتين فقبضهما ففاتت عنده إحداهما ثم اختلفا في ذلك (١) (٢) الثمن الذي يدعيه المبتاع على قيمتهما فما يجب للتالف منه فالقول فيه قول المشتري ، [١/١١٣] وتبقى السلعة الباقية يكون القول فيها قول البائع لأنها باقية .

وكذلك لو كان المبيع عبدا فقبضه وقطعت يده ثم اختلفا [بأنه] (٢) يقوم سالما وبلا يد فما نقص كالخمس ، فيقابل اليد خمس الثمن ، فيكون القول في اليد وقيمتها للمشتري وفي سائر البائع لأنه باق .

قوله : (بتغير سوق) (٣) . جعل الفوت في ذلك بتغير السوق كالبيع الفاسد ، لأن هذا البيع للاختلاف فيه أشبه البيع الفاسد ، وليس مثله من كل وجه لأنه لا ثمن في البيع الفاسد ، ولكن رجح جانب المشتري بهذا القدر من فوت فقط .

قوله : (فَوَرَّثَهُمَا فِي الْفُوتِ وَغَيْرِهِمَا) (٤) . لأنه «مَنْ مَاتَ عَنْ حَقِّ فَهُوَ لَوَرَّثِهِ» (٤) ، وإن ادَّعَا العلم من الطرفين كان الحاكم كما تقدم ، فإن ادعى

(١) غير واضحة بسبب البتر ، لعلها : [فيقبض]

(٢) ما بين المعقوفين مبتور الآخر .

(٣) التهذيب (٤٠٠/٣) .

(٤) يجري الحديث مجرى القواعد عند الفقهاء بهذا اللفظ ، وهو في صحيح البخاري بلفظ «من ترك =

العلم ورثة أحدهما ولم يُصدّقهم الآخرون ولا كذبُهم حلفوا على ذلك إذا كان يشبهه ، وكان القول قولهم .

ولو ادّعى العلم بعضُ ورثة أحدهما فقط ؛ كان القول قوله إن ادعى الأشبهه ، وحلف على ذلك ولزم ما قال في مال الميت ، ولو لم يدّع أحدُهم العلمَ تفاسخوا في ذلك بعد الإيمان .

قوله : (فإن فاتبما ذكرنا)^(١) . أي من تغيّر سوق فما فوقه .

قوله : (واختلفا في الأجل)^(١) . هذا على ثلاثة أضرب :

أحدها : أن يختلفا في أصل الأجل فيدّعي البائع الحلول والثاني الأجل .
والثاني : كثرة الأجل وقلته .

والثالث : أن يتفقا على الأجل ويختلفا في حلوله .

ذكر في الكتاب أولا المسألتين الأوليين في سؤال واحد ، وقال : فإن لم تُفّت السلعة حلّفا وردت^(٢) ، كالمذهب في اختلافهما في قلة الثمن وكثرته ، لأن الأجل في معنى قلة الثمن ، لأن البيع بالأجل يقلّ معه الثمن وكذلك إذا ادعى البائع شهرا والمشتري شهرين يُرجع إلى الاختلاف في أصل الأجل لأنه بعد انقضاء الشهر يرجع الأمر إلى ذلك .

وأما فاتت بيد المبتاع فإن كان اختلافهما قلة الأجل وكثرته فالمبتاع مصدق ، لأن البائع قد أقرّ بالأجل وادّعى حلوله ، وهذا التعليل إنما يتبين فيما

= مالا فلورثته ، ومن ترك كلاً فلينا . كتاب في الاستقراض ، باب الصلاة على من ترك ديناً . وفي كتاب الفرائض ، باب ميراث الأسير .

(١) التهذيب (٣/٤٠٠) .

(٢) التهذيب (٣/٤٠٠ - ٤٠١) .



إذا اتفقا على أجل واحد وادّعى أحدهما حلوله ، وأما في هذا الفرض فقد اختلفا في الأجل .

قوله : (فيصير المبتاع مدعياً للأجل)^(١) . أي فيصدق البائع لأن غالب البياعات الحلول ، وهذا فيما يباع عادة بالأجل وغيره ، أما ما لا يباع عرفاً إلا بأحدهما فالعرف فيه قاض .

قوله : (في الوجهين)^(١) . يعني الاختلاف في الأجل ، والاختلاف في قلة الثمن وكثرته . وهذا أيضاً ما لم تفت السلعة .

وروى أيضاً ابن وهب ما لم يقبض المبتاع ويبين بها ، فهذه الثلاثة الأقوال المتقدمة .

وقيل : القول قول المشتري إن ادّعى ما يشبه كما تقدم هناك .

وقيل : يتحالفان ويتفاسخان مطلقاً ، وهو قول أشهب ، والأقوال التي هناك موجودة هنا لأنهما في المعنى سواء .

قوله : (حلف المبتاع وصدق)^(١) . لأنهما لما اتفقا على الأجل كان الأصل استصحابه ، وكذلك الأجير يستأجر نفسه إلى أجل ثم يدعي انقضاءه لا يصدق لأنه مدّعٍ خلاف الأصل الذي تقرر من الأجل .

قوله : (فهو ضامن)^(١) . أما الوصي فهو الأصل في ذلك لقوله تعالى : ﴿ فَآشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ [النساء : ٦] وهذا على الوجوب ، والرسول مقيس عليه لأنه دفع المال لغير من ائتمنه عليه ، فلا يبرأ إلا ببينة ، هذا المذهب في هذا النوع .

وقال ابن الماجشون : هو مصدق ، أما الوصي فلائنه أمين وقوله سبحانه :

(١) التهذيب (٤٠١/٣) .

﴿فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] ليس على الوجوب ، بل على الإرشاد كقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وهو مشروع لتوقع التنازع ، وأما الرسول فأمين أيضاً ولم يشترط عليه حين الدفع أن يشهد على المدفوع إليه ، وأما إن شرط عليه ذلك فيحرم اتفاقاً . وفي الطرف [١١٣/ب] الآخر لا يغرم اتفاقاً ، وهو أن يقول الرسول لرب المال: أنا لم تجر عادتني بالإشهاد ، وإنما أدفعه له بغير بينة .

ولو دفع الوصي مال الأيتام بغير بينة وأقاموا مدة طويلة كعشرين سنة بعد الرشد ، ثم طالبوه ؛ فلا يلتفت إليهم لأن العرف يكذبهم .

قوله: (منع من ذلك)^(١) . لأنه أضرّ بجاره بخلاف إعلاء بنائه ، وإن أظلمت دار جاره فهذا جائز له لأن للاضرار يفعل مثل ذلك .

وقوله: (فلا يمنع منه)^(٢) . لأنه دخل على ذلك ورضي به لأنه قديم .

ومن بنى في أندرِه حائطاً يمنع الشمس عن أندر غيره ؛ فقليل : لا يجوز لأن الأندر إنما نصب إلى الشمس ، بخلاف الدار إنما (٠)^(٣) للسكن لا للشمس .

وقيل : يجوز لأن له التصرف في ملكه كما جاز أن يعلي داره على دار جاره .

قوله: (فله أن يرجع بما انفق)^(٤) . لأنه قام عنه بواجب لأنه يجب على الولي والحاكم أن يبيع عليه ماله وينفق منه عليه .

وهذا أصل المالكية: أن من قام عن غيره بما يجب عليه وإن لم يأمره بذلك فإنه يرجع عليه به ، لأن الأصل ألا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه .

(١) ليس في التهذيب «من ذلك» (٤٠٢/٣) .

(٢) في التهذيب «لا يمنع منه» (٤٠٢/٣) .

(٣) غير واضحة في المتن ، لعلها [تبنى] .

(٤) التهذيب (٤٠٢/٣) .

وقالت الشّافعية: لا يرجع عليه إلا أن يكون ذلك بأمره لأنّه تبرّع منه فابتدأه بذلك يدلّ على أنّه لم يقصد الرجوع به ، وأما إن كان عن أمره فلا خلاف أنّه يرجع به .

قوله: (والنفقة على اللقيط احتساباً)^(١) . لأنّه لا مال له ، ونفقته من بيت المال ، فلو لم يكن فعلى المسلمين ، فمن اتّفق عليه ليرجع بذلك لم يقيم عنه بواجب .

وقال أشهب: إذا انفق عليه ليرجع متى طرأ له مالٌ لزمه ؛ لأنّه إن لم يرجع أدّى ذلك إلى قطع المعروف بين الناس .

قوله: (للأب تكون له أموال عروضه)^(٢) . هذا قام عنه بواجب .

قوله: (فله أن يتبعه)^(٣) . لأنّه قام عنه بواجب ، لأنّه تلزمه نفقه ابنه إذا كان موسراً .

قوله: (وأن لم يكن هو طرحه فلا شيء عليه)^(٤) . إنما تلزمه نفقته مع اليسر والتمكن من النفقة ، فإذا لم يعلم موضعه فهو لا يتمكن من ذلك ، فمن أنفق عليه لم يقيم عنه بواجب ، وكذلك عبده الأبق لا يعلم له موضعاً ، من أنفق عليه ليس له رجوع عليه لأنّه لم يقيم عنه بواجب .

قوله: (فلهما أن يرجعا عليه)^(٥) . لأنهما قاما عنه بواجب إذا كان موسراً ، وسواء كان ذلك بأمر الحاكم أم لا .

(١) التهذيب (٤٠٢/٣) .

(٢) قال في التهذيب «إلا أن يكون له أموال عروض فيسلفه حتى يبيع عروضه» (٤٠٢/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٠٣) .

(٤) في التهذيب «وإن لم يكن الأب هو الذي طرحه فلا شيء عليه» (٤٠٣/٣) .

(٥) المصدر نفسه (٤٠٣/٣) .

قوله: (ولو كان الأب معسرا لم يتبع بشيء وإن أيسر بعد ذلك)^(١). لأنه حين الإنفاق لم تجب عليه النفقة فقام عنه بما لا يجب عليه.

قوله: (فهو مسلم)^(٢). هذا حكم بالدار، لأن الغالب على الدار للكفار الكفر وبالعكس، فهذا حكم بالغالب ولا أثر للزّيّ لأنه يتزيا المسلم بزي الكافر وبالعكس.

قوله: (ليس فيها إلا اثنان والثلاثة من المسلمين)^(٣). أي وسائر أهلها نصارى، فهو للنصارى للغالب.

قوله: (إلا أن يلتقطه مسلم)^(٤). أي يحكم له بحكم ملتقطه؛ لأنه ينزل منزلة ابنه، فإذا التقطه مسلم في بلد الكفر ولم يعرض له أحد من الكفار حكم له بحكم المربي لأنه كابنه.

قوله: (ومن وهب لرجل لحم شاة وآخَرَ جلدَها ففعل عنها حتى نتجت فالنتاج لصاحب اللحم)^(٥). لأنه لا ضرر ولا ضرار، لأن صاحب الجلد ليس له إلا الجلد، ولصاحب اللحم أن يبقّيها حية لينتفع بلبّنها ونتاجها ويدفع لصاحب الجلد مثله أن وُجد له مثْلٌ، لأن ذلك أولى من القيمة وإلا بالقيمة.

وإذا لم يكن له إلا الجلد فالنتاج لصاحب اللحم، ولو أرادَ صاحبُ الجلد أن يبقّيها حية لم يكن له ذلك.

قوله: (ثم ضاع من الجملة دينار)^(٦). لا يخلو أن يضيع قبل الاختبار أولا؛

(١) في التهذيب «وإن كان الأب معسرا في ذلك لم يتبع بشيء»، ولو أيسر بعد عسره فمات لم يتبع بشيء» (٤٠٣/٣).

(٢) التهذيب (٤٠٤/٣).

(٣) في التهذيب «ليس فيها إلا الاثنان والثلاثة من المسلمين» (٤٠٤/٣).

(٤) المصدر نفسه (٤٠٤/٣).

فإن اختبراه بعد الخلط فلم يتعين لهما فقد تحققت الشركة بينهما فيقتسمان كما قال أولا ، وإن ضاع قبل الاختبار فعند مالك كما بعد الاختبار لأنهما شريكان أيضا .

وقال ابن القاسم: لا شركة في هذا إذا لو قد اختبراها قبل الضياع لأمكن أن يجد [١/١١٤] ديناره .

وإذا لم تكن شركة فالنزاع بينهما في دينار واحد من الجملة ، لأن كل واحد يقول: الذي ضاع دينارك وهذا لي ، فيقسمانه بنصفين ، ولو كان لأحدهم ثلاثة دنائير وللثاني ديناران والثالث واحد ، فخلطوها فضاع واحد ؛ فعلى قول مالك: يقسمون الخمسة على ستة ، وعلى قول ابن القاسم: النزاع إنما هو في ثلاثة ؛ لأن صاحب الاثنين يدّعيهما وصاحبُ الدينار يدّعيه ، فيسلم لصاحب الثلاثة اثنين لأنه لا يدّعيهما غيره ، ثم يأخذ صاحب الاثنين واحد^(١) من الثلاثة الباقية ، لأنه لا ينازعه فيه أحد ، إنما ينازعه صاحب الواحد في واحدٍ وصاحبُ الثلاثة في الواحد الذي بقي له ، يبقى اثنان لا ينازع صاحب الواحد إلا في أحدهما فيكون الأخذ من صاحب الثلاثة وصاحب الاثنين بنصفين ؛ لأن كل واحد يدّعيه كاملا ، ثم الواحد الباقي يدعي جميعه صاحبُ الدينار ، ويدعي صاحبُ الثلاثة نصفه لأنه الذي بقي له ، وصاحب الاثنين نصفه وهو الذي بقي له من تمام الاثنين ، فيقسم بينهم أرباعا لصاحب الدينار نصفه ، ونصفه الباقي بين صاحب الثلاثة وصاحب الاثنين ، فيصير لصاحب الثلاثة اثنين وثلاثة أرباعٍ ولصاحب الاثنين واحدٌ وثلاثة أرباعٍ ولصاحب الدينار نصف .

وكذلك لو تداعيا في ثوب لأحدهما كله والثاني نصفه ، فيقسم بينهما أثلاثا على قول مالك لصاحب الكل الثلثان ، ولمدعي النصف ثلاثة .

(١) كذا في المتن ، لعل الصواب [واحدًا] .

وقال ابن القاسم: إنما تنازع مدعي النصف في نصفه فيُسَلَّم النصف الآخر لمدعي الكل، ثم يقسم النصف الباقي بينهما بنصفين؛ لأن كل واحد يدعي جميعه فيكون لصاحب الكل ثلاثة أرباعه ولصاحب النصف ربه.

وقال أشهب: بل يقسم بينهما بنصفين؛ لأن يد كل واحد منهما على جميعه لأنه بأيديهما^(١).

قوله: (فهو لمن أخذه)^(٢). هذا كالأرض يحييها الرجل؛ فإنها لا تزول عن ملكه حتى تموت ثانية ويتركها لتعود إلى ما كانت عليه من الإباحة، كالماء إذا رجع من القرية إلى البحر فيرجع إلى أصل الإباحة، كذلك هذا إذا استوحش ونفر من الناس بعد أن كان مملوكا وما بقي مستأنسا فهو لصائده الأول، وإن صاده ثانٍ ثم اختلفا فقال الثاني: إنما صدته بعد الاستيحاش، وقال الأول: بل قبل ذلك؛ فقولا: أحدهما: القول للأول؛ لأن الأصل بقاء ملكه عليه.

والثاني: قول الثاني؛ لأنه في يده، والأوّل يدعي خروجه عن ملكه.

قوله: (فلحقت مكانها بالجبال)^(٣). أي حين الهروب فرت إلى الجبال لا إلى أجباح رجل آخر، فإن قال أهل المعرفة بذلك: إن أصلها التوحش فهي كالصيد يستوحش بعد الهروب فتكون لمن أخذها، وإن قالوا: ليس أصلها التوحش فتكون على ملك الأول، وتصير كاللقطة بالنظر لمن يأخذها ثانية، فيلزمه ردها إلى مالِكها الأول إن علم به.

(١) قال في الذخيرة «وقال أشهب إذا ادّعت الكل وادّعى النصف، وهو في أيديكما هو بينكما نصفان لتساويكما في الحياة، وقيل يقسم مثل هذه على عول الفرائض» (٢٨/١١).

(٢) في التهذيب «فهو لمن وَجَدَهُ» (٤٠٥/٣).

(٣) في التهذيب «ولحقت» (٤٠٥/٣).

قوله: (من جبح هذا إلى جبح هذا)^(١). هذه على ملك الأول، فإن قدر الثاني على أن يردّها إلى الأول بتمييزها لزمّته، وإن تعذّر عليه ذلك باختلاطها في نحلٍ كثيرةٍ كانت له لتعذّر الردّ كما لو اختلطت أختُه بنساء العالم.

وكذلك الحمّام في الأبراج إذا اختلطت، لما في ذلك من الحرج والمشقة، ولو تميزت له هي أو فراخها لم يصحّ له تملكها.

قوله: (ولا يحكم الإمام بين أهل الذمة في تعاملهم بالربا)^(٢). لأنهم إنما عاهدوا على إبقائهم على دينهم.

قوله: (لأن هذا من التظالم)^(٣). أي الذي يجب علينا أن نرفعه عنهم كما يلزمنا حفظ ديارهم فكذلك أموالهم.

قوله: (فيكون مخيرا)^(٤). لقوله تعالى: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَهُمُ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢].

قوله: (وترك الحكم بينهم في ذلك أحبُّ إليّ)^(٥). لأنّ في الحكم بينهم افتياتا على أساقفتهم وحكّامهم، وهم [١١٤/ب] إنما عاهدونا على أن يبقى أمرهم على ما كانوا.

قوله: (واللذان حكم النبي ﷺ فيهما بالرجم)^(٥). هذا انفصال عن اعتراض مقدّر كأنه قيل: إن ذلك ليس من حكم الإسلام؛ لأنه لا بدّ في الرجم في حكم الإسلام من الإحصان، والكافر ليس بمحصن فقال: هذان إنما كانا من أهل

(١) التهذيب (٤٠٥/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٠٦/٣).

(٣) في التهذيب «فيكون الإمام مخيرا» (٤٠٦/٣).

(٤) المصدر نفسه (٤٠٦/٣).

(٥) في التهذيب «والذين حكم ﷺ فيهم بالرجم» (٤٠٦/٣).

الحرب ، فقتله ﷺ لهما من باب الحِرابَة ، لأنه يجوز قتل المحارب بأي شيء توصل إلى ذلك ، لا من باب الحد ، لأن من شرط الحد الإحصان^(١) .

قوله : (فإن عليه رطلا من زيت)^(٢) . أي لصاحب الزنبق ، وهو دهن السَّمسم المذيب ، الخيارُ في أن يدفع له مثل زيتِه ؛ لأنه من ذوات الأمثال ، أو يدفع له رطلا من الزَّنبق المخلوط ، ولا يتصور هذا في مسألة خلط القمح بالشعير إذا لم يكن بتعد في الخلط فإنهما قد صارا شريكين فيه ؛ فلو دَفَع له قمحه أو شعيره كان فيه التفاضل ؛ لأنه إنما له بعض ذلك المخلوط ، لكن لو رضي بأن يدفع قدر شعيره أو قمحه من المخلوط صحَّ ، لأنه لا تفاضل حساً في ذلك ، فلا طريق فيه إلا ما قال سحنون من أنه يرجع إلى قيمته بالقيمة ، إلا أنه اعترض عليه بأن القيمة فرع عن المقوم ، ولا يجوز له أخذ المقوم للتفاضل ، لأنه يجب له فيه بعض ما كان له بالكيل ، فاعتذر عن ذلك بأنه لا طريق في التخلص إلا ذلك . وأما في مسألة الزنبق فيصحَّ التفاضل لأن الزنبق قد دخله صنعة انتقل بها إلى جنس آخر .

(١) لم يعلل في الذخيرة هذا الحكم بأنه من باب الحِرابَة ، بل قال : «إنما رجمهم بوحى يخص أولئك» ، وناقش أدلة المخالفين في ذلك ، انظر الذخيرة (١٢/٧٠ - ٧١ - ٧٢) . وقال جماعة من المالكية : إن ذلك من حُكم التوراة ، انظر : الجامع لابن يونس (٢٢/٣٤٩ - ٣٥٠) ، النوادر والزيادات (١٤/٢٣١) ، المقدمات الممهّدات (٣/٢٤٩) ، والتبصرة للخمّي (١٣/١٦٢ - ١٦٣) . وقصّة اليهوديين رواها البخاري في صحيحه : «عن إسماعيل بن عبد الله ، حدثني مالك ، عن نافع ، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال : إن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ ، فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا ، فقال لهم رسول الله ﷺ : « ما تجدون في التوراة في شأن الرجم » فقالوا : نفضحهم ويجلدون ، قال عبد الله بن سلام : كذبتم إن فيها الرجم ، فأتوا بالتوراة فنشروها ، فوضع أحدهم يده على آية الرجم ، فقرأ ما قبلها وما بعدها ، فقال له عبد الله بن سلام : ارفع يدك فرفع يده فإذا فيها آية الرجم ، قالوا : صدق يا محمد فيها آية الرجم ، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما فرأيت الرجل يحني على المرأة ، يقيها الحجارة . كتاب الحدود ، باب أحكام أهل الذمة وإحصانهم إذا زنوا . ورواها مسلم في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا ، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٢) في التهذيب «فلك عليه رطل من زيت» (٣/٤٠٧) .

قوله: (ومن اعترفت في يده دابة وقضي عليه)^(١). أي باستحقاقها منه ، فله وضع قيمتها عند عدل ليرجع بثمنها على بائعها منه بالبلد الذي اشتراها فيه ، لأنه إن لم يفعل ذلك لم يصدق أنه استحققت منه بعينها فأخذها ويطبع القاضي في عنقها سمة ، أو في خشبة معلقة من عنقها تأكيداً لأنّ هذه هي الدابة المذكورة ، ويمشي معه شهود من عند القاضي يعرفون على عينها بأن هذا القاضي حكم باستحقاقها ، أو يكتب له كتاباً فيه وصف الدابة ومعه شهود من عنده يشهدون عند قاضي البلد الثاني بذلك .

وكذلك في العبد والأمة والثوب .

بقوله: (ويطبع على أعناقها)^(٢). في عُود أو بالشمع .

قوله: (لم يزل ذلك من أمر الناس)^(٣). احتج على ذلك بالعمل ، ولا يرى الشافعي بذلك وهو قول ثان لنا ، وذلك أن هؤلاء الشهود الذين شهدوا للمستحق يبقى لمن باعها من هذا الذي استحققت منه الطعنُ فيهم ، وحينئذ يلزمه ردّ الثمن ، وأيضاً فينبغي للمستحق هنا ألا يقضى عليه بإطلاق ملكه مع هذا لما في ذلك ما يفضي لديه إلى التلف .

قوله: (فهو ضامن)^(٤). هذه فائدةٌ وضع القيمة فيها ، فهذه القيمة تكون أبداً لمن يقضي له بقيمة السلعة ، فإن سلمت للمستحق كانت للذي وضعها ، وإن لم تسلم بل ماتت أو طرأ عليها [عيباً مفسداً]^(٥) كانت للمستحق .

(١) في التهذيب «ومن اعترفت من يده دابة وقضي عليه» (٤٠٧/٣) .

(٢) في التهذيب «ويطبع في أعناقهم» (٤٠٨/٣) .

(٣) في التهذيب «ولم يزل ذلك من أمر الناس» (٤٠٨/٣) .

(٤) في التهذيب «فهو لها ضامن» (٤٠٨/٣) .

(٥) كذا ، والصواب: عيبٌ مفسدٌ .

كتاب كراء الرواحل

قوله: (جاز ذلك)^(١). هذا بيع وإجارة، والمذهب جوازه.

ولنا قول بامتناعه كالشافعي لاختلاف الأحكام^(٢).

قوله: (إن لم يشترط خلف الراحلة إن هلك)^(٣). إنما امتنع اشتراط ذلك لأنه كبيعتين في بيعة، لأنه يقول: اكري هذه أو أخرى معينة بكذا، وأيضاً فإذا هلكت هذه لزمه عوضها، وعوض المعين معين، وهي الآن غير معينة، فتكون معينة لا معينة وذلك متناقض.

قوله: (إلا أن يكون الكراء مضموناً)^(٤). لأنه لا محذور في ذلك.

قوله: (إن هلكت انفسخ الكراء)^(٥). كالدار تنهدم، ولو شرط أن يأتي بغيرها طراً الفساد المتقدم من بيعتين في بيعة.

قوله: (إلا أن يشترط البلاغ)^(٦). أي يكون مضموناً ولم يقصد أن الدابة التي يأتي [١/١١٥] بها معينة.

قوله: (إلا أن يشترط حلف ما مات منها)^(٧). قد تقدم أن هذا الشرط لا

(١) التهذيب (٤٣٥/٣).

(٢) تقدم القولان في أول كتاب الجعل والإجارة.

(٣) التهذيب (٤٣٥/٣).

(٤) في التهذيب «إن هلكت انفسخ الكراء» (٤٣٥/٣).

(٥) المصدر نفسه (٤٣٥/٣).

(٦) في التهذيب «إلا أن يشترط البلاغ وهو المضمون، فإن اشترط في معينة إن ماتت أتاها بغيرها،

لم يجز» (٤٣٥/٣).

يحتاج إليه لأنه لا يتعين ما تستوفى به المنافع وإن عيّن .

قوله: (والدابة هنا كالراعي)^(١). لأنها العين المستأجرة ، وإنما الغنم بها تستوفى المنافع ، فإذا فاتت فالمنافع المبيعة باقية في الراعي كما لو أكرئ منه حانوتا فهلك المتاع الذي فيه فلا يفسخ الكراء ، لأن العين المستأجرة باقية ، وإنما هلك ما تستوفى به المنافع .

قوله: (واستثنى ركوبها يوما أو يومين)^(٢). هذا جائز لأنه في حكم المقبوض فليس في ذلك مُعيّن يتأخر قبضه .

وأما ما بُعد فلا يجوز ، إذ لا يدري المبتاع كيف يرجع إليه ؛ أي كيف يقبضها وهذا غررٌ ، ولأن فيه : ضمان بجعل ، ويؤدي إلى جهل الثمن ، وعلى ذلك نبّه بقوله :

(و ضمانها من المبتاع فيما يجوز استثناءه)^(٣). أي في اليوم واليومين ؛ لأنه كالمقبوض فليس في ذلك ضمان بجعل .

قوله: (ومن البائع فيما لا يجوز استثناءه)^(٤). لأن البيع الفاسد لا يقبل الملك ، إلا أن يقبضها المبتاع وت تلف عنده فتلزمه القيمة .

قوله: (وأجاز النقد فيه)^(٥). لأنه كالمقبوض ، بخلاف ما بُعد لا يجوز النقد فيه ؛ لأنه تارة يصير بيعاً ، وتارة سلفاً .

(١) في التهذيب «والدابة ها هنا كالراعي» (٤٣٥/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٣٦/٣) .

(٣) في التهذيب «و ضمانها من المبتاع فيما يجوز استثناءه» (٤٣٦/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٤٣٦/٣) .

(٥) في التهذيب «وأجاز فيه النقد» (٤٣٦/٣) .

وإنما جاز هذا في الإجارة ولم يجر في البيع ، وإن كان في الموضعين مُعَيَّن يتأخر قبضه ؛ لأنه في البيع ينقل المبيع عن ضمان البائع إلى المشتري ، فإذا أبقاه عنده فقد أبقاه في ضمانه فكان في ذلك ضمانٌ بجعل ، وفي الإجارة لا ينتقل إلى ضمان المستأجر البتة ، بل يبقى على ضمان ربّه فلم يكن في ذلك محذور .

قوله : (وقال غيره : لا يجوز)^(١) . هذا بني على أصل مختلف فيه ، وهو أن المذهب يُجَوِّز الإجارة في مثل هذا وإن لم يتمكن المستأجر الآن من استيفاء المنافع ، وكذلك في كراء الأرض قبل المطر ، فإن وجد المطر صحّ الكراء وإلا فسخ ، وقال سحنون : لا يجوز حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع فإذا حضرت الدابة وسقيت الأرض جاز الكراء .

قوله : (ولا يصلح النقد في كراء الخيار)^(١) . أي لا بالشرط ولا بالطوع ، وهي ثلاث مواضع : هذا ، والمواضعة في بيع الخيار ، والسلم على الخيار ، وإنما لم يجر على الطّوع لأنه إذا تطوع بالنقد بعد استقرّ ذلك فصار دنيا له عليه ؛ لأن من قدم ما لا يَجِبُ عليه فهو منه سَلَفٌ ، فإذا انبرم البيع فقد فسح الدين في الدين . ومن أصل ابن القاسم أنه لا يجوز فسخ دين فيما لا يتعجل قبضه .

أما غير هذه المواضع فيجوز فيها النقد بالتطوع ؛ لأن المحذور إنما يكون لينتفع بذلك السلف ، وإذا كان النقد بالطوع بعد تمام العقد انتفى المحذور .

قوله : (إلا أن يشترط الخيار في مجلسهما ذلك)^(٢) . هذا كلا خيار لقربه ، وإنما قال هذا لأن خيار المجلس عنده باطلٌ خلافاً للشافعي ، فالعقد عندنا لازم وإن لم يفترقا من المجلس إلا أن يشترط ذلك .

(١) التهذيب (٤٣٦/٣) .

(٢) في التهذيب «إلا أن يشترط الخيار في مجلسهما ذلك» (٤٣٦/٣) .



قوله: (لأن المكتري أحق بها)^(١). أي قد تعلق حقه بعين ذلك فهو أحق من المبتاع به ، كما ينفرد به عن الغرماء والورثة حتى يستوفي منافعه التي قد باعها الميت والمفلس منه .

قوله: (كطعام بعينه)^(١). تحرّز مما في الذمة كالسلم فلا يكون المبتاع أحق به ؛ لأنه دين كسائر الديون .

قوله: (فسخ الكراء)^(١). لأنه تعذر القبض فيه وهو معين .

قوله: (ولو قدر منعليها)^(٢). أي بحكم الحاكم على ربها الغائب بذلك ، ونقض البيع إن كانت مدة الكراء بعيدة ، وأما إن قرّبت فهو كالمقبوض ، وذلك كثلاثة أيام ونحوه .

قوله: (ومن أكرى دابة)^(٣). إذا كان الكراء مضمونا [لزم] تقديم الأجرة من أجل الدين بالدين ، قيل لمالك: فإن الأكرى يأخذون أموال الناس ولا يَفُون لهم ، [١١٥/ب] فرخص في جواز تأخير الكراء وإن كان فيه دينٌ بدين للضرورة ، وقال: اقتطع الأكرى أموال الناس^(٤) .

ومرة قال: يقدم لهم من الكراء بعضه حتى يكون الباقي توثقة .

وإذا اشترى منه سلعة واكرى كراء مضمونا في صفقة واحدة فبعضها يجب فيه النقد وبعضها يجوز فيه التأخير ، فهل يقبض الكراء على القيمتين فيؤخر ما يصح تأخيره وينقُذ ما يجب تقديمه ؟ قولان:

(١) التهذيب (٤٣٧/٣) .

(٢) في التهذيب «ولو قدرت عليها» (٤٣٧/٣) .

(٣) في التهذيب «ومن اكرى دابة» (٤٣٧/٣) .

(٤) انظر الجامع لمسائل المدونة (٣٦/١٦) .



أحدهما: لا يجوز، لأن ما تعين لأحدهما لا يتعين له، بل يكون للسلعتين كما إذا باع سلعتين من شخص في صفقة ووزع الثمن بينهما، فلا يلتفت ذلك. وقيل: يصح، ويتعين لذلك ما عيّن له.

قوله: (ولم يشترط شيئاً)^(١). من نقدٍ ولا تأخير، والمعين لا يتأخر قبضه، فيرجع إلى العرف بذلك الموضع.

فإن كان النقد في البياعات عرفهم لزِمَ النقد؛ لأن العرف كالشرط، وإن كان العرف فيه التأخير، أو كان الأمران معروفين عندهم فسد الكراء عند ابن القاسم؛ لأنه وقع فاسداً، وإن عجلت هذه العروض؛ لأن تعجيلها لا يَقلِبُ الكراء صحيحاً بعد انعقاده فاسداً.

وقال ابن حبيب: بل يصح ما لم يشترط التأخير، لأن أصل العقود الصّحة إلا أن يشترط ما يفسد، وعلى المذهب هو فاسدٌ إلا أن يشترط المصحح من النقد^(٢).

قوله: (بدنانير معينة)^(٣). جعل الدنانير في هذه المسألة تتعيّن كالعرض، وهو مخالفةٌ لأصله من أن الدنانير والدراهم لا تتعيّن، وإنما يقع العقد فيها على الذمة لأنها ترادُّ لأعيانها، بخلاف العروض.

قوله: (إلا أن يتعجلها)^(٤). فرق بينها وبين العروض لأنه قدّم في العروض أن الكراء لا يصحُّ وإن عجلت، فالدنانير وإن بقيت عنده فليست كالعروض،

(١) في التهذيب «ولم يشترط شيئاً» (٤٣٧/٣).

(٢) انظر الجامع لمسائل المدونة (٣٧/١٦).

(٣) التهذيب (٤٣٧/٣).

(٤) في التهذيب «إلا أن يعجلها» (٤٣٧/٣).



فقوله هنا: (لم يجز الكراء)^(١)، يعني أنه مكروه لا حرام كما في العروض.

واحتج على الفرق بين النوعين بمسألة مالك؛ ووجه الدليل منها أنه باع فيها بدنانير (.) بضمانها إن تلفت وجوز ذلك، ولو شرط في العرض المعين ضمانه إن تلف لم يجز لما فيه من بيعتين في بيعة، ومراده أن الدنانير إن تعينت فليس تعينها كتعين العرض.

ونظير هذا في مذهب ابن القاسم: اشتراط الخلف في رعاية الغنم المعينة، لأنها كالدنانير ينبغي ألا تتعين، لأن ما تُستوفى به المنافع لا يتعين، ولذلك يرد عليه سحنون في الغنم وفي الدنانير، لأنه لا يتعين شيء من ذلك.

قوله: (لأنه مما يبتاع لعينه)^(٢). أي إنما تُراد هذه العروض لأعيانها وتتعلق الأغراض بأعيانها، بخلاف الدنانير (.)^(٣) متساوية الجنس فلم يكن في ذلك بيعتان في بيعة.

قوله: (وقال غيره)^(٤). هو سحنون، يعني أنه يجوز الكيل بالدنانير المعينة وإن لم يشترط خلفها، ولا تتعين بل إن ضاعت يكون ضمانها من المبتاع لأن البيع فيها على الذمة، إلا أنه في الكراء المضمون يجبر على نقدها للدين بالدين.

قوله: (أو بدنانير)^(٥). سواء في هذه بين الدنانير والعروض من كل وجه، لأنه قال: فلا بد من فسخه وإن قال: أنا أعجل الدنانير، وقول الغير هو الجاري على الأصول.

(١) التهذيب (٤٣٧/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٣٨/٣).

(٣) كلمة مطموسة في المتن، ولعلها [غير].

(٤) التهذيب (٤٣٨/٣).



قوله: (لم يعجبني)^(١). أي هو مكروه، إلا أنه في حكم المقبوض لقرب الأجل.

قوله: (إن كان مما يلبس)^(١). تحرز من أن يكون شقة غير مقطوعة ونحوها مما لا يلبس.

قوله: (أو توثق حتى يشهد)^(٢). أي يؤخر القبض حتى يكتب وثيقة ونحو ذلك، فهذا قريب جداً لا أثر له.

قوله: (أجاز تأخير الكيل)^(٣). يعني أن في ذلك تأخير قبض المعين، لأن ما فيه حق توفية فلا يقبضه المبتاع إلا بعدها.

قوله: (وأرى في الشرط إن لم يأت بالثمن إلى أيام)^(٤). يريد الثلاثة ونحوها، وقد تبين ذلك في موضع آخر [١/١١٦] أنه ينفذ البيع ويبطل الشرط، ولم يره فاسدا وإن تضمن تأخير المعين إلا أنه أمرٌ يسيرٌ.

قوله: (فلا يعجبني تأخيرها اليوم واليومين)^(٥). أي هي كالعرض.

قوله: (إلا أن يشترط ضمانها)^(٦). فقد وقع التأخير إلا أنه أمر قريب، لكن باشتراط الضمان خرجت عن التعيين.

قوله: (أو يضعها رهنا)^(٧). أي يصير في حكم المقبوض لأنها قد خرجت

(١) التهذيب (٤٣٨/٣).

(٢) في التهذيب «أو توثقا حتى يشهد» (٤٣٨/٣).

(٣) في التهذيب «أجاز مالك تأخير الكيل» (٤٣٩/٣).

(٤) في التهذيب «ورأى في المشترط» (٤٣٩/٣).

(٥) المصدر نفسه (٤٣٩/٣).

(٦) في التهذيب «إلا أن يشترط المكترى ضمانها» (٤٣٩/٣).

(٧) المصدر نفسه (٤٣٩/٣).



عن يد ربها ، وَيَدُ الْأَمِينِ كَيْدِ الْبَائِعِ ، وَقَوْلُ الْغَيْرِ أَجْرِي عَلَى الْأَصُولِ .

قوله: (وإذا هلك هذا العرض)^(١). يعني إذا اكرئى إلى مكة بعرض أو عبد وأمسكه حتى يتوثق أو لينفع به اليوم ونحوه فهلك عنده ؛ فإن كان مما لا يغاب فهو من المكري لأنه كأنه قد قبضه ، وإن كان مما يُغابُ عليه كان من المكترى إن لم تقم بيّنة بهلاكه وفسخ البيع ، وإن فات بيّنة كان من المكري وصح الكراء .

وقال ابن حبيب: هلاكه مطلقا من المكترى لأنه لم يُمكن المكري منه فهو لا يخرج عن ضمانه حتى يقبضه المكري .

قوله: (ولا يقال له: إيت بمثله)^(١). لما في ذلك من بيعتين في بيعة .

قوله: (وكذلك إن استحق من يده)^(٢). انتقض الكراء .

قوله: (وكذلك إذا كان رأس المال السلم)^(٣). أي وأمسكه رب السلم للوثيقة فتلف هذا العرض عنده فالحكم فيه كما تقدم .

قوله: (وكذلك في البيع يحبس البائع للثمن)^(٤). أي حتى يقبض الثمن ففيه قولان:

المذهب أنه كالرهن في الثمن فهو من المبتاع ، لأنه في حكم المقبوض ولأنه الممتنع من قبضه بتأخير الثمن ، وإذا كان كالرهن ؛ فإن كان مما لا يغاب عليه أو قامت بيّنة على هلاكه فيما يغاب عليه فهو من المبتاع ، وإن كان مما يغاب عليه ولم تقم بينة فمن البائع .

(١) التهذيب (٤٣٩/٣) .

(٢) في التهذيب «وكذلك إن استحق في هذا» (٤٣٩/٣) .

(٣) في التهذيب «أو إذا كان رأس المال السلم» (٤٣٩/٣) .

(٤) في التهذيب «وكذلك في المبيع يحبس البائع لنفعه به ، أو للثمن» (٤٤٠/٣) .

وقيل: هو من (.) مطلقا ، لأنه لم يمكن المبتاع منه ، فليس كالرهن والقولان عن مالك .

قوله: (فهو منه)^(١) . يعني ما يغاب عليه ، لأنه فيه كان يتكلم ، وقول أشهب ليس بخلاف .

قوله: (وما لا يكال)^(١) . لأن (.) فيه حق توفية فلا ينتقل إلى ملك المبتاع إلا بعدها .

قوله: (فالنقد في ذلك جائز)^(١) . لأنه قد ملكه ، وكأنه مقبوض فليس في ذلك دين بدين .

قوله: (لم يجز كالبيع)^(١) . لأن الثوب ثمن المنافع فلا بد من كونه معلوما .
قوله: (على أن عليه رحلتها)^(٢) . أن (.) الأحمال عليها وهذا غالب العرف يكون على رب الأبل .

قوله: (بعلفها)^(٣) . هذا جائز لأنه معلوم بالعرف ، ومنعه الشافعي حتى يبين مقداره لأن الحيوان يختلف في ذلك .

قوله: (وذلك معروف)^(٣) . أي العرف كالشرط .

قوله: (والزوج إذا تزوج لا يحد للزوجة نفقة)^(٣) . استدل مالك بهذا على صحة ما تقدم ، لأن نفقة الزوجة تلزم الزوج ، وعلى ذلك وقع العقد ، ولا خلاف أنه لا يحتاج إلى تحديدها ولكن يرجع فيها إلى العرف .

قوله: (أو بكسوته)^(٤) . لأنها أيضا معلومة بالعرف في هذا النوع إذا كانت

(١) التهذيب (٤٤٠/٣) .

(٢) في التهذيب «على أن عليك رحلتها» (٤٤٠/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٤٠/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٤٤١/٣) .

العروض معجلة ، ليسلم من معجلٍ يَتَأَخَّرُ قبضه ، ومن الدين بالدين لأن المنافع غير مقبوضة الآن .

قوله : (إن ضرباً لذلك أجلاً)^(١) . يريد أنه سلم له في العرض المضمون في الذمة هذه المنافع التي هي في حكم المقبوض ، ولا بد في السلم من أجلٍ .

قوله : (فإن كان على ما يركب الناس الدواب جاز)^(١) . أي إن كان قدر ركوبه عليها معروفاً جاز ، مثل أن يكون قاضياً يركب عليها من داره إلى موضع الحكم مرة في اليوم أو مرتين ، وأما إن لم يكن معلوماً فلا يجوز .

قوله : (ليطحن قمحاً)^(٢) . هذا كله إن كان معروفاً عند الناس جاز ، ومنع ذلك [كله] المخالف حتى يذكر قدره .

قوله : (ولم يسم ما تحمل كل دابة ، جاز)^(٣) . لأن مالكتها واحداً ، والمحمول معلوم و[الدواب]^(٤) معلومة .

قوله : (لم يجز)^(٥) . لأن ما ينوب كل دابة مجهول في حال العقد ، وهذا كما لو باع رجلان سلعتيهما [ب/١١٦] من رجل بثمان معلوم فلا يجوز ؛ لأن الثمن الذي يقابل كل واحد مجهول حال العقد .

وقيل : يجوز ذلك ؛ لأنه يعلم في ثاني حال بأن بعض الثمن كله على القيم^(٦) .

(١) التهذيب (٤٤١/٣) .

(٢) في التهذيب «ان اكترها لطحين قمح» (٤٤١/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٤١/٣) .

(٤) ما بين المعقوفين مبتور الأول .

(٥) التهذيب (٤٤١/٣) .

(٦) لم أقف على هذا القول .



قوله: (قال غيره إلا أن يكون مبلغ التشيع في البلد معروفا)^(١). هذا ليس بخلاف، وإنما هو بيان.

قوله: (لم يجز حتى يعين التي إلى إفريقية والتي إلى برقة)^(٢). لأنه قد تكون إحداهما أصعب من الأخرى فلا يحتمل الأبعد، ولو تبين له ذلك ما رضي، فيدخله الخطر.

قوله: (لم يجز)^(٢). لأنه بيعتان فيبيعة على اللزوم، فربما اختار أحدهما فيلزم ذلك، ثم انتقل إلى الثاني فيدخله فسخ الدين في الدين والربا والجهل، لأنه لا يدري ما باع، ولا ثمن ما باع.

قوله: (فله كراء مثله)^(٣). لأن ذلك فاسد فلا ينظر إليه.

قوله: (إلا من قوم عرف حملهم)^(٤). كالقماحين قد علم أنهم قد يحملون منه بقدر معلوم.

قوله: (قال غيره)^(٤). ليس بخلاف، أي يجوز أن يكون على حمل نوع يذكره ولا يسمى قدر ما يحمل لكن يحمل حمل المثل عرفاً، فيجوز لأن العرف كالشروط.

قوله: (مما شئت لم يجز)^(٤). لأن الأشياء المحمولة تختلف، فبعضها أضر بالدابة من بعض، وإن كان الوزن واحداً، فالحديد ليس كالقمح.

وكذلك استيفاء المنافع في العقار يختلف، فليس شغل الحداد كشغل الخياط، ولا الصباغ كالنجار، فلا بد من البيان؛ لأن ضرر ذلك بالدار وجدراؤها يختلف.

(١) في التهذيب «قال غيره إلا أن يكون مبلغ التشيع بالبلد قد عرف» (٤٤١/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٤٢/٣).

(٣) في التهذيب «فله كراء مثله» (٤٤٢/٣).

(٤) المصدر نفسه (٤٤٢/٣).



قوله: (إلى بلد شاء)^(١). هذا لا يجوز أيضاً لاختلاف الطرق، فلا بد من البيان.

قوله: (وكل ما تباعد الاختلاف فيه)^(٢). أي لا يجوز للجهل؛ لأن رب الموضع قد باع من منافعها ما لا يدري، فلا بد من البيان.

قوله: (ألا ترى أن من حمل ما ليس بأضر مما شرط لم يضمن)^(٣). استدل بالضمان على اختلاف ما تستوفى به المنافع، فمن حمل على الدابة {مثلاً أكثرى} على حمل في الحقيقة وأثقل، أو دونه، لم يضمن، والشعير أخف من القمح. وبالعكس يضمن إن طراً في الدابة شيء.

والشطوي: نوع من الثياب رفيع في الجودة والدقة. والضمان يدل على التعدي.

قوله: (بمثل ما تكارى به الناس لم يجز)^(٤). لأنه مجهول، مثل أن يقول: بما يخرج به الكراء، أما إن كان ذلك معروفاً فيجوز.

قوله: (بطعام مضمون)^(٥). هذا سلم، ورأس المال المنافع، فلا بد من الأجل وذكر موضع القبض، فإن كان لذلك عرف معلوم جاز.

قوله: (إلا أن يتراضوا من ذي قبل)^(٦). أي إذا فسخوا العقد الأول وعقدوا عقداً آخر صحيحاً جاز.

(١) في التهذيب «إلى أي بلد شاء» (٤٤٢/٣).

(٢) في التهذيب «وكل ما يتباعد الاختلاف فيه» (٤٤٢/٣).

(٣) التهذيب (٤٤٣/٣).

(٤) في التهذيب «بمثل ما يتكارى الناس، لم يجز» (٤٤٣/٣).

(٥) المصدر نفسه (٤٤٣/٣).

(٦) في التهذيب «إلا أن يتراضوا على أمر جائز» (٤٤٣/٣).

قوله: (وعلى أن لهم حمل من مرض منهم لم يجز)^(١). لأن هذا غرر، قد يمرض أحدهم أو كلهم أو لا يمرض، فهو خطرٌ.

قوله: (إن بلغه موضع كذا يوم كذا)^(١). مثل أن يقول: إن بلغت مكة قبل الوقوف؛ فهذا لا يجوز، لأنه لا يدري هل اكرئ أو لا.

قوله: (فعليه كراء المثل)^(٢). لأنه لا مردّ له إلا ذلك.

قوله: (ليزفوا عليها عروسا)^(٣). يعني الرجل، فعليهم الكراء لأن التعذر جاء من قبلهم، وليس عليه أن يدفعها لهم ليلة أخرى لأنه لما عيّن الوقت صار الكراء معيناً، فإذا ذهب الوقت المعين انفسخ الكراء كسائر المبيعات. ولا يصح اشتراط خلف المعين لأنه بيعتان فيبيعة، ولا يوجد مثل هذا العروس في تلك الليلة بعينها فتكرئ منه، كما لا يوجد مثل الصبي الذي يموت في الكتاب في تلك المدة، فلا بد من الفسخ، ولو كانت مضمونة لم يفسخ.

أما لو كان التعذر من قبل ربّ الدابة مثل أن يكرئها من غيرهم في جبر المكترئ الأول في أربعة أمور:

أحدها: أن يأخذ كراءه ويفسخ عقد الثاني، أو يأخذ ثمن الكراء.

الثاني: كله لأن منافع الدابة صارت له.

الثالث: أن يأخذ ما زاد على كرائه الذي دفعه له إن أكرأها ربها من غيره بزيادة لأن الزائد له.

الرابع: لو كان بهذا المكري [١/١١٧] اكرئ غيرها بزيادة على ما اكرأها به،

(١) التهذيب (٤٤٣/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٤٤/٣).

(٣) في التهذيب «ليزفوا عليها ليلتهم عروسا» (٤٤٤/٣).



فيأخذ تلك الزيادة من رب الدابة لأنه السبب فيغرمه إياها .

قوله: (فقد لزمه الكراء)^(١). لأن تعذر الاستيفاء كان منه حتى فاتت المدة المعينة .

قوله: (وليكر الدابة إن شاء)^(٢). لأنه لا يتعين ما تستوفى به المنافع .

قوله: (في مثل ما أكرئ)^(٣). أي في تلك المدة بعينها وإن انقضت وقد تم أمد الكراء ولزمته الأجرة .

قوله: (أو عرض له غريم)^(٤). وكذلك لو أمسكه ظالم ، فلا يلزم صاحب الدابة أن يترك الفعل ويصبر عليه ، ولكن إن وجد من يكرئها وإلا (.) الكراء .

قوله: (فصاحب الإبل أولى بما على إبله)^(٤). لأن منافعه في هذه الحمولة كالصانع منافعُهُ في الثوب فهو أولى من الغرماء .

قوله: (ليطحن لك إردبين كل يوم بدرهم)^(٥). اعلم أن الجمع بين تقدير العمل وتعيين زمانه فيه خلاف ؛ فالظاهرُ من المذهب أنه لا يجوز ، كخياطته ثوب في يوم معين لأنه غرر ، إذ لا يدري متى يفرغ منه هل في بعض اليوم ، أو في يومين ، أو أكثر ، فيدخله الخطر ، وقيل يجوز .

وظاهرُ هذه المسألة يدل على الجواز ، لأنه قال: وعليك في الإردب نصف درهم فاعتدَّ بالأجرة ، فلو كان فاسدا عنده لقال بأجرة المثل .

(١) التهذيب (٤٤٤/٣) .

(٢) في التهذيب «وليكر الدابة إنشاء» (٤٤٤/٣) .

(٣) في التهذيب «في مثلما اكرئ» (٤٤٤/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٤٤٤/٣) .

(٥) في التهذيب «لتطحن عليه إردبين كل يوم بدرهم» (٤٤٥/٣) .

قوله: (أو دبر تحتك دبيرة)^(١). يعني إن كان ذلك موجودا به قبل الكراء، وكذلك إن حدث بعد الكراء لأنه عيبٌ يمنع من استيفاء المنافع، والكراء معين فلو كان مضمونا لم يفسخ، بل كان يلزمه أن يأتي بغيره، لو استوفت المنافع ثم ثبت لك بالبينة أن هذا البعير جموح أو عضوض فإنك ترجع عليه بقدر ما بين كرائه سليما وكرائه معيبا، وإن كان لم يؤذ كانت في طريقك، لأنه غرر بك ولم يبين لك.

قوله: (وإذا مرض العبد مدة الأجارة فلَّك فسُخُ الكراء)^(٢). ثم قال: (إذا صح في بقية المدة عاد إلى عمله)^(٣)، يعني إذا كان الفسخ بينكما، وأما لو كان من حاكم لم يبق (٠).

وقال في الدابة تعتل^(٤): لا بد من الفسخ ولا يعود الكراء إن أفاقت بعد؛ فقل قولان في كل مسألة بالنقل والتخريج، وقيل: بل المراد في الدابة أنها كانت في السفر؛ فلا يمكن أن يصبر عليها لفوت الرفقة والعبد في الحضر فليس كذلك حتى لو كان بالعكس إن كان العبد في السفر لم يعد كراؤه بعد الفسخ، وكانت الدابة في الحضر عاد كراؤها بعد الفسخ.

قوله: (لم يلحقه)^(٥). يعني أن المكري قد سافر مع القافلة وبقيت الدابة حيث اعتلت.

قوله: (فلعله قد اكرى غيرها)^(٦). أي فلا فائدة في ذلك.

(١) التهذيب (٤٤٥/٣).

(٢) في التهذيب «فسخ الكراء» (٤٤٥/٣).

(٣) المصدر نفسه (٤٤٥/٣).

(٤) يريد قوله «وإذا اعتلت الدابة...» (٤٤٥/٣).

(٥) في التهذيب «لمتلحقه» (٤٤٥/٣).

(٦) المصدر نفسه (٤٤٥/٣).



قوله: (وأبى ربها إذا مرضت إلا أن يبيعها)^(١). مخافة أن تموت فيخسر ثمنها.

قوله: (فسخ)^(٢). لبيعها ربها فينتفع بثمنها.

قوله: (وكأنك ملكت ظهرها)^(٣). أي لما ملكت منافعه فكأنك مالك للرقبة، فلا يجوز لمالكها أن يصرف في ذلك إلا بإذنتك.

قوله: (فلك كراؤه)^(٤). لأن المنافع صارت لك.

قوله: (إلا أن تكون اكرتت منه على حمل أرتال مسماة)^(٤). لأنك لم تملك هنا المنافع كلها.

قول أشهب: «وإن أكرى ليحملة وحده»^(٤)؛ هذه صورة ثالثة شرطا عليه مع حملة له أرتالا معلومة، أن لا يحمل على الدابة غيره أو في السفينة، قال: فتكون الزيادة هنا لرب الدابة لأن ما اكرتت عليه من حمل الأرتال قد وجد ولم يتصرف هو لك في ملكه، وغاية ما وعدك أن يحملك وحدك، وذلك لا يلزمه بل كان لك أن تمنعه، فلما لم تمنعه فقد رضيت بفعله.

قوله: (ضمن)^(٤). لأنه تعدى بكرائه ممن هو أثقل منه، أو من غير مأمون، وهذا إذا عطبت الدابة.

قوله: (لم يضمن الثاني)^(٤). لأنه لا ضمان على المستأجر [١١٧/ب] وإنما ضمن الأول لكونه متعديا لا غير.

قوله: (إلا أن يأتي التلف من سببه أو يتبين كذبه)^(٥). في أنها تلفت فيصير

(١) في التهذيب «وأبى ربها إذا مرضت إلا يبيعها» (٤٤٥/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٤٥/٣).

(٣) في التهذيب «وكأنك تملك ظهرها» (٤٤٦/٣).

(٤) المصدر نفسه (٤٤٦/٣).

(٥) في التهذيب «إلا أن يأتي من سببه أو يتبين كذبه» (٤٤٦/٣).

ضامنا بالتعدي أيضاً فهما ضامنان ، إلا أنه يرجع الأول على الثاني ، وربُّ الدابة على الأول لأنه صاحبه .

قوله: (وأكره أن يكون من غيره)^(١) . هذا المذهبُ أن ذلك مكروه ولا يجوز .

وقيل: لا يجوز إلا لعذر ، وأما في الموت فيجوز مطلقاً للضرورة^(٢) .

قوله: (وأكثر قول ملك أن ذلك له في الحياة)^(٣) . فأحرى في الموت للضرورة .

قوله: (إلا بإذن المكري)^(٤) . هذا المذهبُ لأنه لما كان الطريق الثاني مثل الأول فكأنه هو ، لا غيره .

ووجه قول الغير أنه فسحُ دين في دين ، وأما مع الاختلاف فلا يجوز قولاً واحداً لأنه تحقق فيه الدين في الدين .

قوله: (إلا بعد صحة الاقالة)^(٥) . إذا تقابلا في الأول صحَّ الثاني اتفاقاً لأنه لم يبق للأول أثرٌ .

قوله: (فإن زاد ما تعطب في مثله)^(٥) . يعني ينظر للزائد في حال خلطه مع المأذون فيه لا وحده:

فإن كان مما تعطبُ ، ضمنَ ، مثل أن يزيد إردباً على إردب .

وإن كان مما لا تعطب ، فليس له إلا كراءُ الزيادة فقط ، لأنه يعلم أنها لم

(١) في التهذيب «وأكره له أن يكري من غيره» (٤٤٧/٣) .

(٢) انظر الذخيرة (٥١٠/٥) .

(٣) التهذيب (٤٤٧/٣) .

(٤) في التهذيب «إلا بإذن الكري» ، وهو المكري - انظر: (٤٤٧/٣) .

(٥) المصدر نفسه (٤٤٧/٣) .



تعطبت من الزيادة بل بأمر من الله ؛ كما لو تعدّى فحمل على الدابة نصف وية فعطبت لم يضمن .

وقال غيره في الزيادة التي لا تضر ، لا يخلو أن يجعل المأذون فيه أولاً ثم يزيد ذلك بعد ، أو يجعلهما في زمان واحد :

ففي الأول : لا يضمن إلا كراء الزيادة كما تقدم ، لأن الأول مباح ، والثاني لو انفرد لا ضمان معه ، فكذلك إذا اختلطا .

وفي الثاني : يضمن قيمة الدابة إن عطبت ، لأن الفعل كله وقع حراماً .
قوله : (خير ربها بين أخذ قيمة كراء ما زاد)^(١) . لأنه قد يكون ذلك أكثر من قيمتها .

قوله : (وكذلك الرديف)^(٢) . أي إن كان مع المكثري مما تعطب الدابة بهما معا لزمته القيمة إن شاء ، وإلا كصبي صغير فأجرة الزيادة فقط .

قوله : (وأما زيادة الحاج في وزن ما تحمل الراحلة)^(٣) . يريد أنه جرت العادة بأن الحاج كثيراً ما يزيد على حملة لكثرة ما يحتاج إليه ، فما كان من ذلك قليلاً فلا كراء له ، لأن العرف قد جرى به ، بخلاف غير الحاج فإنه إذا زاد شيئاً وإن رآه ربّ الدابة فله كراؤه .

قوله : (فليس ذلك كغيره)^(٤) . أي في الكراء ، وأما ما تعطب بمثله فعليه الضمان .

(١) في التهذيب «خير ربها بين أخذ المكثري بقيمة كراء ما زاد» (٤٤٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٤٨/٣) .

(٣) في التهذيب «وأما زيادة الحاج في وزن الزاملة» (٤٤٨/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٤٤٨/٣) .



قوله: (وقد عُرِفَتْ للحاج زيادات في السفر والأطعمة)^(١). أي العرفُ قد جرى بذلك . والسفرة ما يؤكل عليها في السفر .

وظاهر لفظ الكتاب أنه لا يضمن في الزيادة المعطبة بخلاف غيره، ثم قال: (إذا كان الكري قد رأى ذلك)^(٢)، وعلى هذا فهو مثل غيره فانظره (٠)^(٣) بعد، يعني أنه قد عُرِف للحاج أنه يزيد زيادات مثلها تعطب فإذا رأى الحمال كل ما يحمل وحمله فلا كراء يلزمه في الزيادات، ولا ضمان وإن عطبت بها الراحلة، لأنه قد دخل على أنه يزيد مثل ذلك، وهو فرط إذا لم يحمل ذلك على جمل آخر، بخلاف غيره لأنه إنما يكري على حمل معلوم، فإن زاد عليه فبالكراء، وإن كان مما تعطب ضمن .

قوله: (ثم زاد ميلا)^(٣). متى عطبت الدابة بالتعدي فربها مخير بين أخذ قيمتها أو كراء الزيادة على تقدير أن يكون أكثر من القيمة، والكراء الأول لا بد منه .

قوله: (ولو ردها بحالها)^(٣). لم يضمن هنا إلا كراء مثل الزيادة لا بحساب الكراء الأول، لأنها الآن تعبانة، بخلاف ما إذا أمسكها بعد انقضاء أمد الكراء عن ربها أياما حتى حالت أسواقها ومنعه التصرف فيها، فإنه هنا إن ردها سالمة فربها مخير بين تضمينه قيمتها لطول إمساكها عنه أو يضمه إياه كراء الزيادة، أي كراء المثل مطلقا؛ هذا المذهب .

وقيل: إن كان ربها حاضرا معها فعلى حساب الكراء الأول، لأنه يتركها (٠)^(٤) [١/١١٨] دون عذر قد رضي بذلك، وإن كان غائبا فكراء المثل .

(١) التهذيب (٤٤٨/٣) .

(٢) بتر بمدار كلمة .

(٣) التهذيب (٤٤٨/٣) .

(٤) موضع بتر، لعلها [عنده]

وهذه مسألة فرق ؛ وذلك أن الغاصب إذا ردّ الدابة سالمة فليس عليه إلاكراء تلك الأيام التي كانت عنده لا قيمتها .

والفرق أن الإجارة يكثر بين الناس وقوعها ، فإذا علم المستأجر أنه إن حبس الدابة غَرَمَ قيمتها (١) ردّها ، وهذا كما قيل في المقارض إذا تعدى فتجر لنفسه بمال القراض ؛ فإنه إن خسر ضمن ، وإن ربح لم يستبدّ بالربح بل يقسمه مع رب المال على شرطهما ، لأنّ ذلك لما كثر بين الناس (٢) (١) هذه المفسدة بذلك ، والغصب ينذر وقوعه فلم يحتج فيه إلى ذلك .

قوله : (يحمل محمل) (٢) . أي كالهودج والمحارة ونحوها ، والزاملة مركب آخر من نوعها ، فهذه الأشياء يرجع بها إلى أهل المعرفة بأنها أضرب بالدابة أو أقلّ ضررا ، فيعمل على ذلك في التعدي وغيره .

وكذلك زراعة الأرض لأن بعض البذور أضرب بها .

قوله : (أو نصف الكراء الأول) (٣) . يعني أنه أكرى من مصر إلى برقة ذاهبا وراجعا ، والرجوع نصف الكراء ، وقد ملكها بالقيمة حين وصل إلى برقة ، وهذا إن كان الذهاب كالرجوع . وأما إن كان أصعب فعليه أكثر من النصف ، وبالعكس .

قوله : (مع قيمتها ببرقة يوم العداء) (٤) . لأن الضمان بأول الجزء من العداء .

قوله : (لأن سوقها تغير) (٥) . أي لما طال ذلك كان ذلك لربها أن يضمه

القيمة .

(١) كلمة غير واضحة في المتن ، لعلها [ضمنا]

(٢) كذا ، وفي التهذيب «لحمِل محمل» (٤٤٩/٣) .

(٣) التهذيب (٤٥٠/٣) .

(٤) في التهذيب «يوم التعدي» (٤٥٠/٣) .

(٥) المصدر نفسه (٤٥٠/٣) .



قوله: (لم يضمن المكثري)^(١). لأنه فعل ما أُذِنَ له فيه .

قوله: (ولربها نصف الكراء)^(١). أي إن كان الذهاب مثل الرجوع ، وإلا فبقدر ذلك .

قوله: (وقيمة الثور وقت ربطه لطحين الإردب الثاني)^(٢). لأنه وقت العداء ؛ ولا شك أن طحين الإردب الثاني بعد الأول مما يكون سببا في العطب .

قوله: (في اختلاف المتكاريين قبل الركوب)^(٣). يعني قبل قبض المنافع المعينة ، أو بعد يسير لا ضرر في رجوعه منه كالميل ونحوه ، لأنه في حكم الأول .

قوله: (إلى برقة)^(٤). الخلاف في الكراء قد تكون في المسافة وحدها ، وفي الثمن وحده ، وفيهما ، والخلاف في الثمن كما تقدم في البيع^(٥) .

قوله: (تحالفا وتفاسخا)^(٦). هذا كما ذكر في البيع أنها يتحالفا ويتفاسخان ما لم تفت السلعة بيد المبتاع .

قوله: (وكان يشبه ما قال)^(٦). كل من اختص بدعوى الأشبه ترجح جانبه ، وهل العرف بمنزلة شاهد فيحلف معه ، وهذا المذهب ، أو بمنزلة شاهدين فلا يحلف ؟

وإذا استويا في دعوى الأشبه فالقول قول المكري ، ووجهه أنه صار بعد الانتقاد منكرا مدعى عليه ، لأنه لو ترك وما هو عليه لم يطالب صاحبه بشيء ،

(١) التهذيب (٤٥١/٣) .

(٢) في التهذيب «وقيمة الثور وقت ربطه في الثاني» (٤٥١/٣) .

(٣) يريد قول التهذيب «وإذا اختلف المتكاريان قبل الركوب...» (٤٥١/٣) .

(٤) التهذيب (٤٥١/٣) .

(٥) انظر عند شرحه لقول التهذيب: «وإذا اختلف المتبايعان» من كتاب تضمين الصناع ، قبل هذا الكتاب .

(٦) التهذيب (٤٥١/٣) .



وقد ائتمنه صاحبه بالنقد وادعى عليه زيادة المسافة فترجّح جانبه .

قوله: (ألا ترى أنه لو قال)^(١) . كان ينبغي أن يقوم ذكر المبتاع وهو رب السلم لأنه المدعي ، والمسلم إليه منكر ومُدَّعى عليه زيادة الطعام .

قوله: (وقد بلغاها)^(١) . أي قبض المكتري المنافع وتلفت لأنها لا عين لها تبقى .

قوله: (فهو مصدق)^(١) . لما تقدم من أنه مُدَّعى عليه الزيادة وقد ائتمنه المكتري يرجع الثمن إليه .

قوله: (إن أشبه)^(١) . أي إذا تساويا في دعوى الأشبه ، ومن انفرد بالأشبه ترجح جانبه فكان القول قوله ، ثم قال: (ولا يلزمه التماضي)^(١) ولم يجعل القول قول المكتري من كل وجه ، وإن ترجح جانبه بدعوى الأشبه ؛ لأن الكريّ أيضاً قد ترجح جانبه بالتعدي فصدق في دعوى المسافة لأنه مدعى عليه فيها .

قوله: (وإن لم ينقد)^(٢) . هذه كما لو اشترى منه عبيدين بثمن اختلفا في مقداره ، وقبض المبتاع أحد العبيدين وتلف عنده ، فالقول قوله فيما يقابل التالف من الثمن ، ويتحالفان في الباقي ويتفاسخان ، فكذاك هنا فض الكراء وأخذ الجمال لحصة المنافع المستهلكة [١١٨/ب] ويفاسخان فيما بقي .

قوله: (لأنه ذلك مما يتغابن الناس فيه)^(٣) . أي قدر ما اختلفا فيه قد يتغابن فيه ؛ فيوجد الكراء إلى إفريقية تارة بالأقل وتارة بالأكثر .

قوله: (أيهما نكل قُضي لمن حلف)^(٣) . هذه فائدة توجيه الأيمان على الخصمين .

(١) التهذيب (٤٥٢/٣) .

(٢) في التهذيب «وإن لم ينقد» (٤٥٢/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٥٢/٣) .



قوله: (وإن تكافأنا تحالفا)^(١). أي تساقطا فصارا كمن لا بينة لهما.

قوله: (يُقْضَى بالزيادة وليس بتهاتر)^(١). كما إذا شهدتا بما لا يصح فيه الجمع. والتهاتر معناه التناقض والتكالم المتهاتر الذي يدفع بعضه بعضا، أي أن الزيادة قد أثبتتها إحدى البيّنتين ونفّتها الأخرى فصارت كزيادة الراوي، والإثبات مقدّم على النفي.

وَوَجْهُ الْمَذْهَبُ أَنَّهُمَا إِمَّا أَنْ تَكُونَ شَهَادَتُهُمَا فِي مَجْلَسٍ فَهُوَ تَهَاتُرٌ، أَوْ فِي مَجْلَسَيْنِ وَلَا يَعْلَمُ اتَّقَدَّم إِحْدَاهُمَا، وَالْمَشْهُودُ لَهُ إِنَّمَا يَرْعَى عَقْدًا وَاحِدًا لَا عَقْدَيْنِ، فَهُوَ يَكْذِبُ بَيِّنَتُهُ فَلَا بَدَّ مِنَ التَّهَاتُرِ.

قوله: (وقاله ابن القاسم)^(٢). احتج على ذلك بقول لابن القاسم في غير المدونة ليس المذهب.

قوله: (ولو قال)^(٢). الخلاف هنا في الثمن وفي المسافة معا، فإذا انتقد المائة صار لك واحد منهما مدعيا مدعى عليه، فإذا استويا في الأشبه قبل قول الجمال في المسافة للعرف، ولأنه قد ائتمنه المكثري بالنقد وادّعى زيادة المسافة ويحلف.

وقيل: قول المكثري في الثمن؛ لأنه قد فاتت المنافع بعد أن قبضها ويحلف مع الأشبه ويتفاسخان في زيادة المسافة.

قوله: (وإن لم ينقده)^(٢). هذه كمن اشترى سلعتين بثمن اختلفا في قدره بعد فوت أحد السلعتين عند المبتاع، (٠)^(٣) الثمن عليهما ويصدق في ثمن الفائت، ويتحالفا في الباقي ويتفاسخان.

(١) التهذيب (٤٥٢/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٥٣/٣).

(٣) كلمة غير واضحة في المتن، لها [فيقبض]

قوله: (أقضى بيّنة كل واحد منهما)^(١). لأنه يصح الجمع بينهما فلا معنى للتهاتر والتساقط مع إمكان الجمع.

قوله: (فالقول قول الجمال)^(١). هذا يرجع إلى العرف؛ فإن كانوا في موضع يقدّمون فيه الكراء قبل الركوب قضى به، لأن العرف كالشرط، ولو لم يكن عرف لم يبرأ المكترى إلا ببيّنة، لأن الأصل عدم القبض.

قوله: (وعلى المكترى البيّنة)^(١). أي أنه قد دفع.

قوله: (ما لم يبعد)^(١). لأن العرف ذلك، ومع العرف كان الحمولة بيده.

قوله: (فاختلافا في الكراء بأيلة)^(٢). أي في قلته وكثرته، (فالقول قول المكترى)^(٢). فرع هنا على قول مالك أن البائع إذا دفع السلعة للمبتاع فالقول قول المبتاع لترجحه بالقبض، وهنا أخرى؛ لأن بعض المنافع قد تلفت بيده، وسواء في ذلك بين الكراء المضمون والمعين، ثم استشعر اعتراضا وهو أن المضمون إذا دفع له جملا ليستوفي به المنافع قبل يتعيّن كالمعيّن من أصله أو لا يتعيّن؟ قولان لنا.

فقوله: (لم يكن للجمال نزع منه). بناء على أنه يتعيّن بالتعيين، كما أن الرهن المضمون إذا دفع له شيئا ما فلا يجوز له أخذه منه بعد ذلك، ويعوضه غيره، ولا خلاف في الرهن أنه يتعيّن.

وإذا كان المضمون يتعين بالتعيين فقبضه إيّاه كقبض السلعة المعينة بالأصل، فترجح جانبه بذلك، وقال غيره: ليست الراحلة بعينها مثل المضمون^(٢)؛ هذا القول الثاني، وإذا لم يتعين فلا يترجح جانب المكترى بقبضه، لأن كلا قبض، فيكون

(١) التهذيب (٤٥٤/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٥٥/٣).

القول قول الجمال ، وإن تحالفان^(١) ويتفاسخان على الخلاف .

والفرق بين الرهن المضمون والكراء المضمون إذا دفع له فيه جملاً معيناً أن هذا يستوفي به المنافع ، وما تستوفي به المنافع لا يتعين ، والرهن ليس لاستيفاء المنافع بل يراد للتوثقة للحق .

قوله : (فالقول قوله في أمد يبلغ الكتاب في مثله)^(٢) . لأنه قد يتهمه على توصيله ، فإذا مضى لذلك زمان يمكن فيه التوصل استحق الكراء ؛ لأن تكليفه إثبات الوصول عسير عليه .

[١/١١٩] ووجه قول الغير أنه إنما يدفع له الكراء على الوصول ولا يثبت بقوله ، فلا شيء له حتى يثبت ذلك .

قوله : (وكذلك الحمولة كلها)^(٣) . لأنك قد ائتمنته على ذلك .

قوله : (حملاً على سنة الناس في نقد الكراء)^(٤) . مذهب الشافعي أن الكراء يجب بالعقد كالبيع إذا أطلقا الثمن حمل على النقد .

والفرق عندنا بينهما أنه في البيع يقبض السلعة حين العقد ، وفي الكراء لا يستوفي المنافع إلا شيئاً فشيئاً ، (.) البيع أنه كلما قبض منها شيئاً وجب له كراؤه .

قوله : (فلا رجوع له فيه)^(٤) . لأنه قد تطوع بذلك والتزمه ، فلا يرجع فيما وجب عليه ، وأما الكراء المضمون فلا بد فيه من النقد للدين بالدين .

قوله : (ثم نقد بلد عقداً فيه)^(٥) . لأنه الأصل وإنما ذكر الثاني لأنه موضع

(١) كذا ، ولعل الصواب [ويتحالفان]

(٢) في التهذيب « فالقول قوله في أمد يبلغ في مثله » (٤٥٥/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٥٥/٣)

(٤) المصدر نفسه (٤٥٦/٣)

(٥) يريد قوله « فإن أراد أحدهما نقد البلد الذي بلغا إليه ، وطلب الآخر نقد بلد التعاقد ، قُضي بنقد =



استيفاء أجر المنافع .

قوله: (لم يجز أن تعطي بها دينارا قبل الركوب أو بعده)^(١) . لأن في ذلك صرفا يتأخر ؛ وذلك إذا دفع له قبل الوجوب دينارا فقد أسلفه أياما ليأخذ من نفسه عشرة عند الأجل بدله دراهم ، وإنما يجوز صرف ما في الذمة إذا كان حالا ، لأنه يكون حينئذ كالمقبوض .

قوله: (رجعت بحصة ما بقي دنانير كما نقدت)^(٢) . لا كما عقدت ، ولم يعتبر هنا لما دفع الدنانير ، إلا أن العقد وقع بها لا بالدراهم ، وإنما ذكر الدراهم ليعلم كم يجب لها من الذهب فقط ، ولم تجعله بيعا ثالثا للمحذور فيه ، ولا يجوز أن يرجع بحساب ذلك من الدراهم للمحذور الذي فيه من الصّرف المستأخر ، لأنه أخذ بدل بعض الدنانير دراهم غير يد بيد .

قوله: (إن رجعت بدراهم)^(٣) . لأنه لا محذور في هذا ، فجعل العرض هنا ليس بيعا ثانيا .

قوله: (بطعام بعينه كيلا)^(٤) . أي فيه حق توفية فلا يقبضه إلا بعد الكيل ، ولا يجوز بيع الطعام قبل قبضه ، بخلاف المصبر وهو الذي لا يحتاج إلى كيل ، بل بيع جزافا فإنه بالعقد يقبضه المبتاع ويضمنه إذ ليس فيه حق توفية .

قوله: (لم يجز إلا إلى خروج الناس)^(٤) . هذا إذا لم يكن في الطريق خوف ولا ضرر فيؤخر إلى حين خروج الناس ، أما إذا كان ذلك فيجيز الجمال متى

= البلد الذي انعقد فيه الكراء ، وإذا اكرت بدراهم ولم تشترط نقده « (٤٥٦/٣) » .

(١) في التهذيب «دنانير قبل الركوب أو بعده» (٤٥٦/٣) .

(٢) التهذيب (٤٥٦/٣) .

(٣) في التهذيب «الرجعت بدراهم» (٤٥٧/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٤٥٧/٣) .

وجد أمنا .

قوله: (حملا على ما تعارفه الناس)^(١) . غالب العرف ألا (.) ما نقض ، مع أن الحمل في أول السعر أقوى منه في آخره ، فإذا أكل من زاملته خف البعير ، بخلاف أحمال (.) هذه لا تنقض .

قوله: (وليس للمكري أن يتركه بأول الفسطاط)^(٢) . لأن العرف أنه إنما ينزل بمزله لا بغيره فقد دخل الكريّ على ذلك .

قوله: (لم يضمن المكري ، إلا أن يغر من عثار)^(٣) . أي يكون بدابة عثار أو ضعف فلا يبيّنه .

قوله: (فيضمن الفاعل)^(٤) . يعني إن تناول تحميل الدابة بيده ، وأما لو ناوله الإبل مع الدابة وقال: هذه جيدة (.) غيره كان ذلك غرورا بالقول لا بالفعل .

ولنا في كل واحد من الغرورين قولان ، إلا أن المذهب في الذي بالفعل الضمان ، وفي الذي بالقول ألا ضمان .

قوله: (فلا كراء فيه ، إلا على البلاغ)^(٤) . أي لا يجب (.) كراء إذا (.) الرهن وتلف المحمول ، لأنه لم ينتفع ربه بشيء ولا قبض من المنافع شيئا ، كما أنه إذا خاط الثوب وتلف عنده بأمر من الله فلا يضمن ، ولا أجرة له على المذهب ؛ لأنه لم يسلم ذلك لدابة .

(١) التهذيب (٤٥٧/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٥٨/٣) .

(٣) في التهذيب «لم يضمن المكري قليلا ولا كثيرا» (٤٥٨/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٤٥٨/٣) .

(٥) غير واضحة ، لها [للعائر] .



وعلى القول بأن له الأجرة فالفرق أن منافعه له غير قائمة في الثوب ، وقد جعلها بإذن ربه فيه فكأنه قبضها . ومنافع الجمال ليس لها عين ، ولا انتفع رب الحمولة بشيء . والكراء يفسخ ولا يلزم ربها أن يأتي بحمولة أخرى مثلها ، ويكون الكراء كله (.) لأن له أن يقول : أخاف [١١٩/ب] أن تعثر ثانيا فتتلف علي الحمولة الثانية ، بخلاف ما إذا سرق المحمول في بعض الطريق فالكراء لم يفسخ ، ويلزم رب الحمولة أن بأخرى لأن ما تستوفى به المنافع لا يتعين .

قوله : (وكذلك هروب الدابة)^(١) . يعني إذا صوبت بموضع فلاة تبعد من العمران وإلا فإذا كان عامرا فله لحساب ما مضى لأن رب الحمولة قد انتفع بذلك .

قوله : (وكذلك السفينة)^(٢) . هذا المذهب أنه لا شيء له فيها مضى من الكراء ، لأن رب الحمولة ما انتفع بشيء ، وقول ابن نافع : « له بحساب ما بلغت »^(٢) ، وجهه أن صاحب السفينة ليس بيده من ذلك شيء ، وهذان قولان مطلقان .

ولنا قول ثالث : إن وسط فلا شيء له وإن (.) فله بقدر ما مضى ، لأنه قد انتفع بالقرب من البر .

قوله : (وقال غيره : ليس الدواب كالسفينة)^(٣) . يعني أن الدابة هنا باقية ، فله أجر جميع الكراء ، ويجبر رب الحمولة على الإتيان بمثلها .

ووجه المذهب أنه لما كان الإتلاف بسبب الدابة والحامل ، فلا يلزم المكثري أن يأتي في بمحمولة أخرى ، لأنه لا يأمن من ذلك مرة ثانية ، ومن أجل ذلك لم يكن لرب الدابة شيء فيما مضى على المذهب ، لأنه هلك بفعله وإن لم يتعد .

(١) التهذيب (٤٥٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٥٩/٣) .

(٣) في التهذيب « كالسفن » (٤٥٩/٣) .



قوله: (وما استحملت على رجل)^(١). أي ما حملت عليه.

قوله: (فللمكثري الكراء)^(٢). لأنّ تلف الحمولة لم يكن من سبب الحامل ولا شيء من حركته، فلا عذر لرب الحمولة.

قوله: (فيكري له الإبل)^(٣). لأنّ متابعتها قد صارت له فيكريها له الإمام، فإن لم يجد طلب الجمال ذلك في طريقه، فإن وجد كان لرب الكراء الأوّل.

قوله: (فإنه يكرى للميت شقة)^(٤). أي أنهما أكريا محارة^(٥) على الجمل فإذا مات أحدهما أكرى له جانبه.

قوله: (لأن ربّ الطعام معه)^(٦). لأنه لم يأتّمه فلا ضمان على الجمال بالطعام إذ لم يغب عليه، وكذلك لو تركه ربّه في بعض الطريق معه؛ لأنه لم يأتّمه أولاً فخرج معه وهو غير ضامن.

قوله: (وكذلك إذا كان في السفينة)^(٦). وقيل يضمن في السفينة بخلاف غيرها، وإن كان ربّه معه إذا كان الطعام مما تسرع الشهوة إليه كالتمر لأنه قد ينام ويشغل عنه.

قوله: (فلا يصدق في الطعام والإدام)^(٦). المذهب عموم الطعام والإدام، وقيل: بل ما يقتات خلا الرّز لأنه لم تجر عادة بإتيانه، وخلا الترمس لأنه لم يؤكل كما هو، ولا يضمن ما عدا ذلك.

(١) في التهذيب «وما استحملت في السوق على رجل» (٤٥٩/٣).

(٢) في التهذيب «فللمكثري الكراء» (٤٦٠/٣).

(٣) المصدر نفسه (٤٦٠/٣).

(٤) في التهذيب «شقه»، وفي نسخة «مثله» (٤٦٠/٣).

(٥) المحارة منسم البعير، أو شبه الهودج. انظر لسان العرب (٦٥٤/٢)، القاموس (ص: ٤١٨) مادة:

حور.

(٦) المصدر نفسه (٤٦٠/٣).

ومن الإدام أربعة أنواع فقط وهي: الخل والزيت والعسل والسمن ، لأنها غالب الأدم هناك^(١).

قوله: (لا يكون كراء بضمان)^(٢). لا يجوز بشرط الضمان ؛ لأن الكري أمين فلا يعتبر منه ذلك ، وإنما ضمن الطعام للتهمة ؛ بدليل أنه إذا قامت ببينة سقط عنه .

قوله: (ولا يضمنون سائر العروض)^(٣). لأنهم أمناء ، وإنما ضمنوا الطعام للتهمة حتى لو قامت بينة بعدم التعدي فلا ضمان .

قوله: (فإن حازوها بذلك حيازة الرهن)^(٤). فيكون حكمها كالرهن ؛ ما يغاب عليه مضمونٌ ، وما لا فلا ، إلا أن يكون طعاما فعلى أصل الضمان هو ، ولأنه يغاب عليه .

قوله: (فلا شيء له ولا عليه)^(٥). أي لا يضمن ذلك ؛ لأنه قد عرف أن الطعام ينقص في الكيل يسيرا ويزيد ، كالمدة في الأرب ، ولا حصة للزائد من الكراء ولا للناقص بأن يسقط من الكراء في مقابلتيها .

قوله: (لم يصدق الجمال)^(٦). لأنه قد يكون كراء تلك الزيادة أكثر من ثمنها ، كما يحمل إلى مكة من مصر من الطعام وهي راحية ، فيتهم الجمال أنه زاد ذلك من عنده أراد بيع ذلك معه بأكثر من ثمنه .

(١) لعل هذا قول ابن حبيب ، انظر الجامع لابن يونس (٨٧/١٦) ، الذخيرة (٥٢٩/٥) . والرُّزُّ بالضم الأرز ، والترمس: حمل شجر له حب مضلع محزّز ، أو الباقلاء المصري . انظر القاموس مادة «ترمس» (ص: ١٩٠) .

(٢) التهذيب (٤٦١/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٦١/٣ - ٤٦٢) .

(٤) المصدر نفسه (٤٦٢/٣) .

قوله: (وإن زاد الكيل)^(١). مثل أن تأمره بأن يكيلَ من طعامك عشرة أرادب في كيل خمسة عشر، فإذا وصل إلى البلد قال: اكتلت بدل العشرة خمسة عشر، فلا يجوز لك [أن]^(٢) تأخذ الزيادة وتدفع [١١/١٢٠] له الكراء علينا، لأن فيه بيع الطعام بالطعام غير يد بيد، وبيع الطعام بالطعام متفاضلا، لأنك زدته الكراء، وذلك أنه لما تعدّي في حمل الزائد صار في ذمته لك؛ فإن أخذت الزيادة فعن الذي في ذمته تأخذها.

وكذلك لو غصب طعاما وحمله إلى بلد فوجده الغصوب منه، فلا يجوز لك أن تأخذ الطعام وتعطيه الكراء، لتلك العلة، قال بعد: إنما أراد: لا يجوز لك أن تأخذ الزيادة إذا ادّعاها الكريّ لنفسه، أما إذا لم يدعها فذلك لك، وترجع له الكراء.

والفرق بين هذا والغاصب؛ أن هذا حين أخذها إنما حملها على أنها لك، بخلاف الغاصب بالغصب صار الطعام في ضمانه، فإنما يأخذ منه مثله في موضع التعدي.

قوله: (إلا أن تكون الزيادة أمر معروفا)^(٣). لأنه لا تعدّي في ذلك.

قوله: (ولكل صانع أو حمال منع ما حمل أو عمل)^(٤). إلا أن الصانع يضمن ذلك مطلقا حتى يدفعه إلى ربه، والجمال إنما يضمن الحمولة ضمان الرهن ما يغاب عليه فقط.

قوله: (ولا أجر لهم)^(٥). لأنه تلف على ضمانهم، وقال ابن المواز: لهم

(١) التهذيب (٤٦٢/٣).

(٢) في المتن [أتأخذ]، ولا معنى له، والظاهر ما أثبتته.

(٣) في التهذيب «زيادة الكيل» (٤٦٢/٣).

(٤) في التهذيب «ولكل صانع أو حمال على ظهر أو سفينة منع ما حمل أو عمل» (٤٦٢/٣).

(٥) التهذيب (٤٦٢/٣).



الأجر^(١)، لأن عمله له عين قائمة وضعها بأمرك في متاعك، فكأنك قبضت المنافع لأنها في متاعك. والعريش قريب من غزة.

قوله: (ضمن قيمة الدهن بالعريش)^(٢). لأنه موضع الإتلاف، وقول الغير: «بمصر إن أراد»؛ يعني أنه مخير في الأمرين، وليس بخلاف، وإنما خص المذهب ذكر العريش لأن الدهن فيه أغلى، لأنه لولا ذلك ما حمل من مصر، فمعلوم أنه إن أراد الأقل فله ذلك، ولو تلف بموضع لا عمران به نظر إلى أقرب المواضع منه فإن بُعد قدرت القيمة على تقدير أن لو كان هناك عمران.

قوله: (لأن منه تعدى)^(٢). إذ لم يبين عثار دابته.

قوله: (فزحمه الناس)^(٢). لأن المزاحم وإن أخطأ فالخطأ في ذلك كالعمد، ولأنه وإن كان مأذونا له في الزحام لكن بشرط سلامة العاقبة.

قوله: (ضمن الذي سلم للذي لم يسلم)^(٢). وقال أشهب: إنما يضمن نصف القيمة، لأنها تلفت بفعليهما معا.

قوله: (ضمن كل واحد لصاحبه)^(٢). وقال أشهب: يضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف قيمة خدمته، وهذا بين لا اختلاف فيه إذا اختلفت القيمتان.

قوله: (أو غير ذلك)^(٣). من الأواني والزجاج، ونحوهما من المتلفات.

قوله: (ففرس كل واحد منها في مال الآخر)^(٣). ومذهب أشهب على النصف من القيمة والدية، إلا أن القيمة في مال الجاني، والدية على عاقلته^(٤).

(١) انظر الجامع لابن يونس (١٠١/١٦)، روضة المستبين (٤٢/٢).

(٢) التهذيب (٤٦٣/٣).

(٣) المصدر نفسه (٤٦٤/٣).

(٤) انظر عقد الجواهر (١٢٣/٣).

قوله: (وأما اصطدام السفينتين)^(١). يريد أنه لا تفريط في ذلك ولا ضمان على أهلها إذ لم يكن ذلك بحركتهما كما تقدم في الجرتين والفرسين.

قوله: (في رأسه اعتزام)^(١). أي قوة، وذلك لعدم رياضته، فما صدمه في مشيه فمن راكمه، لأنه بتحريكه إياه جمع، وأما لو لم يكن مروضاً لم يجر له أن يدخله سوق الناس، ويضمن مطلقاً.

قوله: (من المد)^(٢). يعني جبرها بالحبال في النيل ونحوه.

قوله: (كَتَعَدِّي مَنْ اسْتَعْمَلْتَهُ فِي بَيْتِكَ)^(٣). أي أن النوتي^(٤) وإن أُذن له في ذلك الفعل، فلم يؤذن له فيما يؤدي إلى غرقها، كالصانع يتعدى فيما أُذن له فيه إلى ما لم يؤذن، فيضمن.

قوله: (في طرح الدابة)^(٥). يعني ضربه بها الأرض لتروية من (.) .

قوله: (أو كبجها)^(٥). يعني جذب اللجام إليه وهو راكباً^(٦)، وإنما ضمن وإن كان قد أُذن له في ذلك، لأن الإذن في ذلك بشرط سلامة العاقبة كضرب المعلم للصبى، والرابض الذي يربض الحيوان.

قوله: (فلا ضمان عليه)^(٧). لأنه لم يتعدّ البتة، وإنما فعل نفسهما أُذن له

(١) التهذيب (٤٦٤/٣).

(٢) في التهذيب «من مدّ» (٤٦٤/٣). ومد السفينة: ما يفعل بها حال القيادة من جذب ومطل. انظر القاموس (ص: ١٥١٦).

(٣) التهذيب: (٤٦٤/٣).

(٤) النوتي: الملاح في البحر، وجمعه النواتي. انظر القاموس مادة نوت (ص: ١٦٦٠).

(٥) التهذيب: (٤٦٥/٣).

(٦) كذا في المتن، ولعل الصواب راكب.

(٧) التهذيب: (٤٦٥/٣).



مطلقاً مع السلامة وعدمها، لأن ذلك قد علم أنه لا يردي، فما طراً معه علم أنه من الله، لا [١٢٠/ب] من فعله، وذلك مثل أن يأمر أجنبياً من الصغار بأن يناوله (٠) فيموت، (٠) زاد على المأذون مطلقاً إلى المأذون بشرط السلامة.

قوله: (فهو إلى الفسطاط)^(١). وإن كان لفظ مصر يقع على ما بين أسوان إلى غزة وإلى إسكندرية، إلا أن الأصل للفسطاط.

قوله: (وأجناد)^(١). يعني مواضع أمراء مختلفين، لكل واحد جند ولا يختص الشام ببعضها كما اختصت مصر بالفسطاط.

قوله: (بفادحين)^(٢). أي يفدحان ظهر البعير والدابة، ويشق عليه حملها لضخامتها.

قوله: (لا يذكر وطاءه)^(٢). أي قدر ما توطيه به من الثياب والأكسية، لا يخبر بما فيها من الوزن.

قوله: (ولو شرط عليه حمل هديات مكة)^(٣). أي ما يستصحبه الحاج من هناك من الهدايا لأصحابه والتحف، فهذا مجهول.

قوله: (أجبر الكري على حمل ولدها)^(٤). لأن هذا معروف بين الناس.

قوله: (عقبة الأجير)^(٤). أي اعتقابه لك في الركوب؛ تركب أنت مرة وهو أخرى.

قوله: (فلك الرجوع بذلك)^(٥). لأن نفقتها على ربها، فقد قمت عنه بواجب،

(١) التهذيب: (٤٦٥/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٦٦/٣).

(٣) في التهذيب «هدايا مكة» (٤٦٦/٣).

(٤) المصدر نفسه (٤٦٦/٣).

(٥) المصدر نفسه (٤٦٧/٣).



وكذلك ترحيلها هو على ربها ، فإذا غاب عنها واكترت أنت من يرحلها رجعت عليه بذلك .

قوله: (تكرى لك عليه الإمام)^(١) . هذا إن كان له مال هناك أغراك فيه ، وإلا اتبعته بقدر ذلك .

قوله: (فليس لك عليه إن لقيته بعد ذلك إلا الركوب أو الحمل)^(١) . هذا سواء في المضمون أو المعين ، لأن السفر للتجارة في كل وقت سواء ، فلا يتعين بتعين وقت الخروج إلا في الحاج بفوت إبانة ، وقد قيل: إن الحج والتجارة في ذلك سواء لا يفسخ الكراء ، ويحيله إلى عام قابل ، بخلاف أن يكره لأيام معلومة فيفسخ لخروجها ، لأنه معين من كل وجه ، والأول ليس معيناً من كل وجه فأشبهه المضمون .

قوله: (ولو رفعه إلى الإمام)^(١) . هذا نظراً إلى أنه قد يطرأ على المكتري في ذلك ضررٌ ، وقد اتفقنا أن الدابة إذا اعتلت في أثناء السفر فإن الكراء يفسخ للضرر .

قوله: (انتقض الكراء)^(٢) . لم يبق في ذلك كراء حتى يقال انتقض ، لأن هذا معين من كل وجه فلا يصح اشتراط خلفه لما فيه من بيعتين في بيعة .

قوله: (ويقضى من ذلك الجمال كراه)^(٣) . فإن كان زائداً فللمكتري ، أو ناقصاً فعليه ، لأن منافع الإبل صارت للمكتري .

قوله: (أو طعام عند وكيله ببلد أخرى)^(٤) . اكترى منه على أن يمشى إلى

(١) التهذيب (٤٦٧/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٦٨/٣) .

(٣) في التهذيب «ويقضى من ذلك للجمال كراه» (٤٦٨/٣) .

(٤) في التهذيب «بلد آخر» (٤٦٨/٣) .



ذلك البلد يسوقُ له منه الطعام الذي عند وكيله فلم يجده ، فيتلوم له الإمام بقدر ما يرى ، فإن لم يجد الوكيل أكرى الإبل للمكتري ، لأن منافعها له .

قوله : (إلا أن يجد الكراء)^(١) . أي تكون له تلك المنافع ويحاسبه بالكراء .

قوله : (لم أر أن يبطل عمله)^(٢) . لأنه لو رفع ذلك إلى الإمام لم يجد كراء ، إذا الفرض ألا كراء هناك .

قوله : (ثم تقايل برأس المال أو بزيادة)^(٢) . إنما تكون المقابلة برأس المال وإلا فهو بيع ، فسمّاه إقالة مجازاً .

قوله : (فلا بأس بالزيادة ممن كانت)^(٢) . لأنه لا محذور في ذلك قبل النقد أو بعده ، وقيل : الغيبة عليه لأنه لم ينتفع به .

قوله : (جازت الزيادة من المكتري قصاصاً)^(٢) . أي معاوضة .

مثاله : أن يكتري منه بعشرة ، ثم يرغب المكتري في الإقالة فيقول له الجمال : إن أردت أن أقيلك وأخذ مناعي ، فإنما أدفع لك فيها ثمانية وأتمسكُ بدينارين ، فهذا في الحس نقصٌ من العشرة وزيادة للجمال ؛ لأنه ردّ إليه المكتري المنافع [و]^(٣) دينارين مقاصة ، فقد زاده على المنافع دينارين وأخذ الثمانية ، فلا تجوز زيادة المكتري إلا هكذا ، فلو دفع له مع المنافع دينارين وأخذ العشرة التي عند الجمال لم يجز ، لأنه دفع دينارين والمنافع وأخذ عشرة ، وهذا ربا .

قوله : (وصار الكراء محللاً)^(٤) . فيتھمان [١/٢١] على أن يدفع له المكتري

(١) التهذيب (٤٦٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٦٩/٣) .

(٣) ما بين المعقوفين مبتور بمقدار حرف ، والظاهر الموافق للمعنى إثبات العطف .

(٤) التهذيب (٤٦٩/٣) .



عشرة ليأخذ اثنتي عشر مثلاً ، وهذا لا يجوز ، فأدخلا الكراء بين ذلك ليحلله ، وهذا موجود بعد النقد قبل السير أو بعده بيسير ، فأما ما إذا طال السير فيصح ، لأنهما لا يتهمان مع أن الأكرياء كثيراً ما (.) عشرة الناس فيغلب ذلك معهم فتضعف التهمة ، ولنا في التهمة البعيدة قولان : هل تراعى على أو لا ؟ والمذهب عدم الرعي^(١) .

قوله : (بخلاف البيوع)^(٢) . مثل أن يسلم له عشرة في عشرة أرادب ، فإذا جاء الأجل دفع له خمسة أرادب وردّ له بقيمة الثمن أو زاده ، وفيه ما في الصورة الأولى من سلف المردود مع بيع وهو بنفع ، لكن امتنع هذا لقوة التهمة فيه ، ولما بعدت التهمة في الأول لم ير المردود سلفاً ، لكن باع به بقية المنافع منه ، وجعل ذلك الغير يبيعاً وسلفاً إعمالاً للتهمة^(٣) ، فمنع زيادة الكريّ بعد النقد والغيبة عليه .

قوله : (وأكرية الدور)^(٤) . مثل أن يكتري منه الدار بعشرة لسنة ، ثم يسكن نصفها ويرد لك نصف الكراء ، فهذا سلف وكراء انتفع به ، فإن زاده كان أشد امتناعاً ؛ لأنه يدخله زائداً على ذلك الربا ؛ لأنه كأنه دفع له مالا ليأخذ أكثر منه .

قوله : (أو عجل الزيادة)^(٥) . لأنه إن لم يعجلها دخله دين بدين ؛ لأن باقي المنافع غير مقبوض .

قوله : (قبل الركوب)^(٦) . لأنه لما غاب عليه أمكن أن ينتفع به فاتهم .

(١) انظر مقدمة كتاب السلم الثاني .

(٢) التهذيب (٤٦٩/٣) .

(٣) يريد قول التهذيب « قال غيره : لا يزيد الكري إن غاب على النقد قبل الركوب أو بعد بيسير الركوب أو كثيره ؛ لأنه يبيع وسلف » (٤٧٠/٣) .

(٤) التهذيب (٤٦٩/٣) .

(٥) في التهذيب « إذا عجل الزيادة » (٤٦٩/٣) .

(٦) التهذيب (٤٧٠/٣) .

وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ انْتِفَاعُهُ بِهِ ، فَإِذَا رَدَّهَ لَهُ عَنْ قَرِيبٍ فَقَدْ سَقَطَ
السَّلَفُ وَزَالَ الْمَحْذُورُ بِذَلِكَ ، لِأَنَّهُ بَيْعٌ وَسَلَفٌ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ :

قِيلَ : يَفْسَخُ مَطْلَقًا لِلنَّهْيِ عَنْهُ .

وَالْمَذْهَبُ : إِذَا أَسْقَطَ السَّلَفُ صَحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ الْمَحْذُورُ .

وَقِيلَ : إِنْ غَابَ الْمُشْتَرِي عَلَى ذَلِكَ أَوْ الْبَائِعُ ؛ إِنْ كَانَ السَّلَفُ مِنَ الْمُشْتَرِي
بَطُلَ ، لِأَنَّهُ قَدْ تَحَقَّقَ السَّلَفُ بِالنَّفْعِ ، وَإِنْ لَمْ يَغِبْ صَحَّ ، وَعَلَى هَذَا قَوْلُ الْغَيْرِ^(١) .



(١) انظر المسألة في الجامع لابن يونس . وفيها أن الغير هنا هو أشهب . (١١٤/١٦) .

كتاب كراء الدور والأرضين

قوله: (سدره)^(١). هي شجرة النبق.

قوله: (فالثمرة للمكري)^(١). هذا للحرث.

قوله: (فإن كانت تبعاً مثل الثلث)^(١). لنا في الثلث ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه كثير مطلقاً.

الثاني: أنه قليل مطلقاً، ووجه ذلك أنه قال في بعض المسائل: إنه قليل كالوصية، وفي بعضها أنه كثير، فكان في كل واحد قولان بالنقل والتخريج.

والثالث: أنه كثير في مواضع، قليل في مواضع، فما كان أصله المنع فهو فيه كثير، كالجائحة كان الأصل أن يكون كل ذلك على البائع، وما كان أصله الإباحة فهو فيه قليل، كالوصية لأنه كان الأصل أن يجوز له التصرف في كل ماله.

قوله: (وأما في سؤالي إياه)^(٢). يريد أن له في ذلك قولين، إلا إن أمن القسم رجع إلى الثلث وهو المذهب، فيقوم كراء الأرض أو الدار دون ثمرة، ثم تقوم الثمرة على التقريب في كل عام من أعوام الكراء؛ فإن كان بعد طرح مؤنها الثلث فما دون صح، لأنه وإن لم يجز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ولا قبل خروجها مع الانفراد، فيجوز بالتبعية لما يصح بيعه منفرداً، [وكثير^(٣)] من الأشياء لا يجوز بيعه منفرداً ثم يجوز تابعاً لغيره، كمال العبد، وحلية السيف.

(١) التهذيب (٤٧١/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٧١/٣).

(٣) في المتن [وكثيراً]، والصواب ما أثبتته.

قوله: (فما عرف مما يطعم كل عام)^(١). أي في المتعارف مما يطعم من هذا الجنس كل عام، ولو لم تَطْبُ الثمرة في ذلك لكانت باقية لرب الدار أو الأرض؛ لأنه إنما أكرى الدار أو الأرض بخلاف مشتري الشجر.

قوله: (وهذا كالمساقاة)^(١). يعني أنه لا يجوز كراء الأرض بما يخرج منها على الانفراد، ولكن إذا كانت الأرض في حكم التبع للأشجار صح أن يتبع كراؤها المساقاة فيها، فيدفع له جزءا من الحب وجزءا من ثمرة الشجر، [١٢١/ب] كما فعل النبي ﷺ في خيبر لما ساقى أهلها^(٢)، وجعل البياض تابعا لذلك.

قوله: (وإن وقع)^(٣). أي إذا اشترط ما هو أكثر من الثلث وجعله تابعا كان العقد فاسدا، فيكون الثمن لرب الأرض وله أجر عمله فيها، بخلاف الغاصب يسقي الشجر المغصوب لا شيء له، لأنه لم يؤذن له في ذلك العمل فلا أجر له، بخلاف من اشترى من السوق فسقى ثم استحققت، فله الأجرة، لأنه مأذون له شرعاً في العمل.

قوله: (ولو كانت الثمرة مزهية)^(٤). هذه يجوز بيعها بانفرادها فذلك إصلاحها، فلذلك جاز اشتراطها وإن كانت أكثر من الثلث، إلا أنه إنما يجوز ذلك لعام واحد فقط ولا يجوز ما زاد، لأنه إنما أخذناه فيما زاد بالتبعية لهذا البائع في هذا العام، وهذا الذي أزهى ليس بتابع فلا (.) غيره.

(١) التهذيب (٤٧١/٣).

(٢) الحديث، أخرجه البخاري في كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة مع اليهود، عن ابن عمر، ومسلم في المساقاة والمعاملة بجزء من التمر والزرع، ومالك في الموطأ، كتاب المساقاة، باب ما جاء في المساقاة.

(٣) التهذيب (٤٧٢/٣).

(٤) المصدر نفسه (٤٧٢/٣).



قوله: (فيها زرع أو بقل)^(١). يريد أنه لا يجوز بيع شيء من ذلك قبل بدو صلاحه، إلا على شرط القطع لا على التيقية، لكن جاز هنا أن يبيع الكراء لكن فيما كان أقل من الثلث.

والفرق بينه وبين الثمرة حتى جاز هناك أن يبيع الثلث: أن الثمرة تبقى وتكرر ببقاء الأصول، فكان الضرر فيها أكثر لمشقة دخول الغير عليه، والزرع لا يبقى إلا يسيراً في عام واحد؛ فلما كثر الضرر هناك جاز استثناء الثلث، ويعني بالتأفيه: ما دون الثلث.

قوله: (فاشترط المكري نصفها)^(١). لم يجز؛ لأنه باشرط الجزء يصير ذلك مقصوداً منهما قد اشتركا فيه، والمقصود لا يكون تابعا، فقصده يبطل التبعية.

وقال أشهب: كل ما جاز في الكل يصح في البعض، فيجوز اشتراطه كالكل، وعلى المذهب إذا صار مقصوداً لم يجز حتى يبدؤ الصلاح.

قوله: (وكذلك حلية السيف)^(١). أي يجوز شراؤه بالفضة، والحلية فضة إذا كانت أقل من الثلث في الجميع، وكذلك مال العبد لا يجوز بيع شيء من ذلك منفرداً، ويصح بالتبعية.

ولو شرط استثناء جزء من ذلك لم يجز على المذهب، لأنه يصير مقصوداً، ويجوز على قول أشهب.

وعلى المذهب يخرج مال العبد عن كونه صفة للعبد تابعة له (.) .

قوله: (وجاز في المساقاة اشتراط ما خرج من البياض بينهما)^(٢). يعني إن كان البياض تابعا في ذلك لا يكون إلا هكذا، ما يخرج منه من الحب بينهما،

(١) التهذيب (٤٧٢/٣).

(٢) التهذيب (٤٧٣/٣).

ولا يدفع رب الأرض من الزريعة شيئاً لأنها السنة ؛ إذ لم يدفع النبي ﷺ لليهود خبير شيئاً من الزريعة .

قوله : (فاشترط نصف السواد ، لم يجز)^(١) . قد تقدم أولاً أنه إذا كان السواد تابعاً فيجوز مع الكراء ، ولا يكون في ذلك كراءً ومساقاةً ، لأن السواد تابع فلا يتحقق المساقاة ، فإن اشترط المكترئ نصفه فقط صار مقصوداً فتحققت فيه المساقاة ، فلم يجز .

قوله : (فإن شرطاً على أن ذلك من الكراء جاز)^(٢) . سواء كان معلوماً أو مجهولاً ، وإن لم يكن من الكراء صار ثمنُ المنافع مجهولاً ، فلم يجز .

قوله : (فلا خير)^(٣) . لأنه مجهول ، وإذا جعلاه من الكراء لم يضر ؛ لأنه لا يعود بجهل الثمن .

قوله : (مرمتها) . أي إصلاح ما يهي ويتهدم فيها .

وأما كنس المراحيض ، أي تفريغها ، ففيها ثلاثة أقوال :

إحداها : أنها على المكترئ بشرط أن يجدها فارغة فيملؤها ، أما إذا وجدها [ملئت]^(٤) فلا شيء عليه .

الثاني : على رب الدار ؛ لأنه لم يجز العرف بأن يكلف المكترئ تفريغ المرحاض .

الثالث : التفصيل ، فإن كانت خانا^(٥) ونحوها مما يكثر ساكنوه ، وبعضهم

(١) التهذيب (٤٧٣/٣) .

(٢) في التهذيب «فإن اشترط علي أن ذلك من الكراء» (٤٧٣/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٧٣/٣) .

(٤) في المتن «ملاة» ، وما أثبتته تصويبٌ .

(٥) الخان الحانوت أو الفندق ، انظر لسان العرب مادة خون (٢٥٦/٣) .



يسكن قليلا وبعضهم كثيرا ، فعلى ربه ، وإلا فعلى المكتري .

قوله: (فهو لرب الحمام)^(١) . لأنها مبنية فصارت كالجدار ، بخلاف الصندوق ونحوه مما ليس مبنيا ، هو للمكتري .

قوله: (أو لحميم)^(٢) . يعني الماء الذي يتحمم به ، [١/١٢٢] وإن كان ذلك مجهولاً لم يجز حتى يسمي يوما في الجمعة وعددا معلوما .

قوله: (ولا بأس بكراء الحمامات)^(٣) . تنبيه على الخلاف ؛ لأن بعض العلماء منع ذلك منه عليه السلام عن بنائها لما فيها من كشف العورة ، وأنها مأوى الشياطين ، وإذا تحقق الإنسان أنه لا بد أن يطلع على عورة أخيه لم يجز له دخولها^(٤) .

قوله: (فإن كان الذي انهدم وجهه ما اكرى)^(٤) . هذا كبيع سلعتين تستحق إحداهما ، فإن كانت الأقل لزمه الباقي بحسابه من الثمن وإلا فسخ ؛ لأن التمسك بالباقي يكون بضمن مجهول ؛ لأنه لما انفسخ البيع استأنف بيعا آخر في الباقي .

قوله: (جاز لك الإجارة به)^(٤) . لأن حكم العوضين في الكراء مثلهما في البيع .

قوله: (مما لا يعرف بعينه)^(٤) . كالحديد والرصاص قد تكون فيه علامة يمتاز بها ، ويريد أن تكون الإجارة أن يردَّ فيها بعد استيفاء المنافع العين المستأجرة ، فإذا لم تُعرف بعينها أمكن أن يكون مثلها ، وفي ذلك سلفُ بزيادة الثمن .

قوله: (ولا بأس بكراء نصف دار)^(٤) . لا خلاف في هذا .

(١) التهذيب (٤٧٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٧٤/٣) .

(٣) انظر الذخيرة (٢٦٨/١٣) ، التاج والإكليل (٤١٤/٢) .

(٤) التهذيب (٤٧٤/٣) .

إنما الخلاف فيهبتهما ، والصدقة والرهن لها ، لأن القبض لذلك الجزء بعينه يتعذر.

قوله: (فلأحدهما أن يكرى حصته)^(١). لأنه قد ملك منافع تلك الحصّة .
قوله: (ولا شفعة فيه)^(٧). وقال أشهب: فيه الشفعة ، لأن ما في شراء الرقبة من الضرر لدخول الغير عليه موجود في المنافع .
ووجه المذهب أن الشراء للرقبة مبني على التأييد فكان الضرر فيه كثيرًا ، والكراء ليس كذلك لأنه لأمر ينقضي .

قوله: (واستثنى ربعها بربع الكراء أو بغير كراء جاز ذلك)^(٢). يعني أن قوله: «اكرت منك عشرة ثلاثة أرباعها بكذا» ، بمنزلة قوله: «اكرتتها عشرة إلا ربعها باثنين ونصف أو اكرتتها إلا ربعها بسبعة ونصف ، وكذلك إذا قال بعتهما إلا ثلاثة أرباعها بكذا ، كقوله: بعت منكر بعها بكذا ، والمعول في ذلك على المعنى لا على اللفظ ، وإلى ذلك أشار بقوله: «إذا صحّ العمل منها»^(٣) ؛ أي ما عملا عليه من المعنى .

قوله: (بسكنى دار له أو بأخرى ، جاز)^(٤). لأنها منافع بمنافع وليس دينا بدين ، لأن منافع المعين في حكم المعين ، بدليل أنه يجوز كراؤها (.)^(٥) وينفسخ الكراء بانهدام الدار .

(١) التهذيب (٤٧٤/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٧٥/٣) .

(٣) في التهذيب «إذا صحّ العمل بينهما» (٤٧٥/٣) .

(٤) في التهذيب «بسكنى دار له أخرى» (٤٧٥/٣) .

(٥) غير واضحة في المتن ، لعلها [بالمؤجل] .

قوله: (أو بغير مضمون نصفه)^(١). هذا سلمٌ، رأسُ مال السلم الدارُ، فإن كان إلى غير أجلٍ فسد للجهل، وإن كان الثوب غير موصوف كان الجهل فيه من الجهتين.

قوله: (فعليه كراء المثل)^(٢). لأنه لما فات رجع إلى كراء المثل، كما إذا فات المبيع رجع إلى قيمة المثل.

قوله: (فهو منك)^(٢). لأنه بالعقد ينتقل إلى ملكه وضمّانه لأنه لا توفية فيه ولا هو مرهون في الثمن.

قوله: (وقد وصفه، كان منه)^(٢). هذا بيع غائب وفيه أربعة أقوال:

إذا تلف قبل القبض؛ المذهبُ أنه من البائع، وقيل: من المشتري^(٣)، وقيل: من البائع إلا أن يشترط أنه من المشتري، وقيل عكسه: من المشتري إلا أن يشترط أنه من البائع، وقيل: إن كان مما لا يتغير كالدور فهو من المشتري، وإلا فمن البائع.

قوله: (ولك كراء المثل)^(٤). لأنه لما فات عين ما دفعت من المنافع رجعت إلى قيمته، ولو كان باقياً رجعت في عينه.

قوله: (ليس لك أن تحبسه وتأخذ قيمة عيبه)^(٥). هذا المذهبُ في السلعة

(١) في التهذيب «أو بعبد مضمون بغير صفة» (٤٧٥/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٧٥/٣).

(٣) قال ابن رشد «اختلف قول مالك - رحمه الله - في ذلك، فمرة قال: إن مصيبته من البائع وينتقض البيع كتلفه قبل العقد، وهو آخر قوله، ومرة قال: إن مصيبته من المبتاع ويصح البيع» المقدمات الممهدة (٧٩/٢).

(٤) في التهذيب «ولك فيما سكن كراء المثل» (٤٧٥/٣).

(٥) في التهذيب «وليس لك إذا وجدت العيب في الثوب أن تحبسه» (٤٧٥/٣).

يوجد بها عيبٌ .

قوله: (ويكون لك ما وصفنا)^(١) . يعني من انتقاض الكراء لباقي المدة ،
وأخذ كراء المثل لما سكن منها .

قوله: (ولو كان العيب خفيفا)^(٢) . اعتباره بما لا ينقض ثمن الثوب .

قوله: (ولو اطلعت على العيب بعد أن بعت الثوب)^(٢) . هذا المذهب ؛
لأنه إما أن يكون اطلع على العيب قبل البيع أو لا ؛ فإن كان اطلع فقد رضي به ،
وإن لم يعلم فإما أن يبيعه بمثل الثمن الذي اشتراه [ب/١٢٢] به ، أو أقل ، أو أكثر .
فإن كان بمثل الثمن فلا حيف عليه ، وإن كان أكثر فمن باب أخرى ، ولو
كان بأقل فالنقص لم يكن لأجل العيب ، بل لحوالة الأسواق ؛ لأن الفرض أنه لم
يطلع على العيب بعد ، فإن رجع إليه بعد البيع رجع حينئذ إن شاء .
وقال أشهب: يرجع بالأقل من أرش العيب وتماث الثمن الذي اشتراه به إن
كان باعه بأقل .

قوله: (وأما إن وهبته أو تصدقت به أو لبسته)^(٢) . لا خلاف في هذا لأنه
لم يخرج عنه بعوض ويرجع بأرش العيب لأنه قد تعذر الرد .

قوله: (جاز ، إذا كان له أن يسكن البيت بقية الشهر)^(٣) . مثل أن يكون
العقد على الخيار ، ويجعل شروعه في السكنى تنفيذا للبيع والتزاما له .

وأما إن قال: إذا سكنت منه يوما واحدا وأردت الانتقال منه فلا سكنى لك

(١) في التهذيب «ويكون كما وصفنا» (٤٧٥/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٧٥/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٧٦/٣) .



ويلزمك الكراء، فهذا غير جائز لأنه غرر، لأن رب البيت يقول: لعله لا يسكن إلا بعض الشهر ويكون لي الكراء، والمكثري يقول: أسكن الشهر كله.

قوله: (وللمكثري أن يأخذ كراء كل يوم يمضي)^(١). مذهب الشافعي أنه يستحق جميع الكراء بالعقد كبيع الرقبة، ونحن نقول: إن كان عُرفُ هناك بنقد أو تأجيل فهو كالشرط، وإلا فلا يستحق إلا كراء ما استوفى يوما فيوماً.

قوله: (فله كراء الشهر كاملاً)^(١). لأنه أكرى شهراً فرجع فيه إلا الهلال.

قوله: (ولرب الدار أن يخرجها متى شاء)^(١). أي أنه غير لازم، وإنما ذكر المشاهدة أو المساننة أو المياومة، إعلاما بما يجب لكل نوع من ذلك من الكراء، وقال عبد الملك بن الماجشون: يلزم الكراء في ذلك النوع واحد مما سمياً، فإن كان مشاهدة فشهرًا، ولا خلاف أنه إذا نقد مع ذلك كراء مدة ما كانت فإن الكراء يلزم فيها، لأن بُعد ذلك قرينة بالتزام جميع ذلك^(٢).

ومذهب الشافعي أن [هذا]^(٣) الأكرية لا تجوز، لأنه مجهول الجملة، إذ لا يدري كم يسكن.

ونظيره أن يقول: كل إردب من هذه الصبرة بكذا؛ فالمذهب جواز البيع؛

(١) التهذيب (٤٧٦/٣).

(٢) قال الرجراجي «المذهب على ثلاثة أقوال: أحدهما أن له أن يخرج متى شاء، ولا فرق بين الشهر الأول والثاني. وهو قول ابن القاسم في «المدونة» وهو المشهور. والثاني: أنه يلزمه الشهر الأول بالشروع فيه، ولا يلزمهما ما بعدها، وهو قول عبد الملك بن الماجشون. والثالث أنه يلزمه كراء الشهر بالشروع فيه - كان أول الشهر أو لم يكن. وهو قول ابن أبي أويس عن مالك». مناهج التحصيل (٣٩٨/٧).

(٣) كذا في المتن، ولعل الأصوب أن يقول: «أن هذه الأكرية لا تجوز...»

لأن الآحاد والتفصيل معلومٌ، وإن كان جميع المبيع مجهولاً، ومنعه الشافعي وهو مذهب سحنون أيضاً.

قوله: (ليس للورثة إخراج المكتري إلا برضاه)^(١). وقال أبو حنيفة: لهم إخراجُه لأن الملك قد انتقل إليهم، وإنما أكرى الميتُ المدة على تقدير أن يعيش، فانكشف بموته أنه أكرى منافعا ليست له.

ووجه المذهب: أنهم ملكوا الرقبة مسلوقة المنافع، واتفقنا على أنه إذا أوصى بمنافع داره مدة أنها لا تنقض.

الفرق أن الشرع جعله مالكا لثلثه. وكذلك إذا زوج أمتَه ثم مات، فانتقلت إلى الورثة فليس لهم فسخ النكاح؛ والفرق أن النكاح مبني على التأييد، بخلاف الكراء.

وإذا وقف الدار على طبقات ورثته أو غيرهم، فأكرى البطن الأول منافعها لمدة فمات قبل انتهائها، فهل للبطن الثاني في نقض الكراء ويدفعون بقية الكراء، أو ليس لهم ذلك؟ قولان:

فإن قلنا البطن الثاني إنما تلقى ذلك عن الميت الذي وقف، وأنه بموت البطن الأول رجعت إلى ملك الواقف فلهم النقض، لأن ذلك الواقف لم يكرها، وإن قلنا إنهم لم يتلقونها^(٢) عن البطن الأول فليس لهم النقض.

قوله: (أو يسكن غيره)^(٣). لأن ما تستوفى به المنافع لا يتعين إذا كان على المعروف.

(١) التهذيب (٤٧٦/٣).

(٢) لعل الصواب: [يتلقونها].

(٣) التهذيب (٤٧٦/٣).

قوله: (حسب أحد عشر شهرا بالأهلة، وشهرا على تمام هذه الأيام ثلاثين)^(١). وقيل: يَعُدُّ بقدر ما كان بقي قبل الشهر الأول فقط.

وكذلك لو كان للعقد في بعض اليوم فهل يلغي ذلك اليوم الناقص، أو يعتد من ذلك الوقت إلى مثله؟ قولان. وكذلك الخلاف في العدة؛ إذا طلقت في أثناء الشهر، أو حلف ألا يُكَلِّمَه شهرا وذلك في أثناء شهر. [١/١٢٣]

قوله: (فإنه يُقضى للمكتري بسكنى عامين)^(٢). أي ولا يفيض العام الثالث؛ لأن ذلك فسخ منافع بمنافع وكان القياس أن يكون عليه كراء الشهر الأول المسمّى، ويتبعه بمثل كرائه؛ لأن الكراء يقلّ ويكثر، وهو في الحقيقة قد غصبه منافع ذلك الشهر فيكون عليه كراء المثل كالغاصب، لكنّ وجه المذهب أنه لما لم يدفع له هذه المنافع بعد، بقيت في ضمانه، فكأنّه لم يملكها المكتري إذ لم تخرج عن ضمان رب الدار.

قوله: (فإن لم يكن رب الدار فيها)^(٢). أو لهُ فيها متاع أو شغلها بوجه ما، فالكراء على هذا المكتري؛ لأنه الذي فرّط بتركها.

قوله: (وقد علمت به فلم تخرجه، لزمه كراء ما سكن)^(٣). خلافا للشافعي، لأنك لما لم تخرجه فقد تبرعت له بذلك، كما لو دفعت عنه لغريمك حقا بغير إذنه فهو تبرعٌ عنده.

ووجه المذهب في هذا أنك قد قمت عنه بواجبٍ عليه فترجع عليه، بخلاف ما لو قمت عنه بما لا يجب عليه فلا ترجع عليه، وأما في المسألة الأولى فإنه

(١) في التهذيب «حسب إحدى عشر شهرا...» (٤٧٧/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٧٧/٣).

(٣) في التهذيب «لزمه كراء كل ما سكن» (٤٧٧/٣).

شَغَلَ مِلْكَكَ بغير إذنك فصار كالغاصب ، فوجب الرجوع عليه .

قوله : (للقصارة)^(١) . يعني (.)^(٢) الثياب يغسلها بالماء الحلو بعد تبييضها في البحر وضربها بالمرزبة وطبها هذا مرادنا بالقصار .

قوله : (لم يضمن)^(٣) . لأنه فعل ما يجوز له إذا أذن له رب الدار في ذلك ، وأما بيوت الجيران فلا فعل له في ذلك ، بل وقع ذلك من الريح وهو أمر الله .

قوله : (ضمن)^(٣) . لأنه فعل ما لا يجوز له وهو متعدي ، ولو احترقت بيوت الجيران من ذلك لم يضمن ؛ لأن تعديه إنما كان في ذلك الموضع الخاص ، ولا تعدي له فيما زاد ، بل ذلك بأمر الله .

قوله : (ضمن الباقي)^(٤) . لأن الأول إنما فعل ما يجوز له من كراء المنافع التي ملكها .

قوله : (فذلك جبار)^(٥) . لأنه فعل ما يجوز له ، إذا العادة جارية بين الناس بفعل ذلك ، اللهم إلا أن تكون الدابة معروفة بذلك فيضمن .

قوله : (وشرط ألا يسكن معه أحد)^(٥) . اختلف في اشتراط ما لا يفيد : هل يجب الوفاء به أو لا ؟

والمذهب أنه لا يجب ، لأنه لا فائدة .

وقيل : بل يجب لقوله ﷺ : «المؤمنون عند شروطهم»^(٦) ، ولأنه قد يكون

(١) التهذيب (٤٧٨/٣) .

(٢) كلمة غير واضحة ، لعلها [تصفية] والله أعلم .

(٣) التهذيب (٤٧٨/٣) .

(٤) في التهذيب «ضمن الثاني» (٤٧٨/٣) .

(٥) المصدر نفسه (٤٧٨/٣) .

(٦) الحديث رواه البخاري في صحيحه كتاب الإجارة ، باب أجر السمسرة . والبيهقي في السنن =



ذلك لغرضٍ مثل أن يكون قد حلف بذلك .

قوله : (وإن كان في سكناهم ضرر)^(١) . مثل أن تكون غرفة ضعيفة الخشب .

قوله : (وأكره للمسلم)^(٢) . هذا بمعنى التحريم .

قوله : (فالكراء فاسد)^(٣) . أي يفسخ أبداً ، وما سكن فالمذهب أنه تؤخذ أجرته ويتصدق بها ، تأديباً للمسلم .

ولنا قول ثانٍ : يتصدق بما زاد على كراء المثل ؛ لأنه من أجل تلك الزيادة أكرها لذلك .

قوله : (فذلك جائز)^(٣) . لأن الكراء وقع صحيحاً ، ومتى علم وسكت عليه فسد .

قوله : (وكذلك لو اتخذ كنيسة أو ضرب ناقوساً)^(٤) . لأن ذلك شعار للكفر .

قوله : (وهي في بيت أكثرته سنة)^(٥) . قال هنا لا كراء عليه ، وقال في العدة عليه الكراء .

فمن الأصحاب من حمل ذلك على حالين ؛ فجعل مسألة العدة على أنها كانت قد أكرتها قبل عقد النكاح فدخل الزوج ؛ إذ عَقَدَ على أن منافع الدار لها ،

= الكبرى ، كتاب الصداق باب الشروط في النكاح ، والدارقطني في سننه ، كتاب البيوع ، رقم ٨٢٩٢ ، كلهم بلفظ « المسلمون عند شروطهم » .

(١) التهذيب (٤٧٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٧٩/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٧٩/٣) .

(٤) يريد قوله « وكذلك إن اتخذ في الدار كنيسة يصلي فيها هو وأصحابه ، وأراد أن يضرب فيها ناقوساً » التهذيب (٤٧٩/٣) .

(٥) المصدر نفسه (٤٧٩/٣) .



فصار ذلك كما لو ملكت الرقبة ، والعادة أن المرأة لا تطلب الكراء من الزوج إذا سكن معها في دارها ، وحمل هذه المسألة هنا على أن الكراء وقع بعد العقد ، فلم يدخل الزوج على أن للزوجة داراً ولا منافع دارٍ .

ومنهم من جعلها قولين في المسألة ؛ وجهه أنه لا كراء عليه : القياس على ما إذا كانت تلك الرقبة ، وجهه الثاني : الفرق بينهما^(١) .

قوله : (إلا أن تُبين له)^(٢) . وتشتط عليه الكراء ، فإذا بينت فالمذهب أن عليه جميع الكراء ، وقال الغير^(٣) : بل عليه الأقل من كراء المثل أو المسمى ؛ لأنه قد يكون كراء هذه الدار كثيراً فيقول : أنا لم أكن [١٢٣/ب] لأكري مثل هذه ، وأما إذا علم قدر كراء الدار فيلزمه قولاً واحداً .

وكذلك إذا لم يعلم أن هذه الدار قد ملكت رقبته ولا منافعها فيلزمه الكراء .

قوله : (جاز ذلك)^(٣) . يعني إذا كان أول السكنى من وقت يصل إليها .

قوله : (فالكراء لا يصلح)^(٣) . لأنه كالبيع إنما يجوز على رؤية أو صفة منافعها المقصودة ومنها : قربها من المسجد والحمام وبُعْدُها منها .

قوله : (والدور مخالفة للرقيق)^(٤) . أكثر ديار مصر في ذلك كالرقيق ، فلا يجوز تأخير قبض العين منها لأنه خطر .

قوله : (والنقد مختلف)^(٥) . كالدينار بمكة فهذا مجهول ، وأما إذا تعيّن

(١) انظر التاج والإكليل (٥٨٥/٧) ، مواهب الجليل (٤٤٦/٥) .

(٢) التهذيب (٤٧٩/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٨٠/٣) .

(٤) في التهذيب «والدور والأرضون المأمونة مخالفة للرقيق» (٤٨٠/٣) .

(٥) المصدر نفسه (٤٨٠/٣) .



بالعرف فهو كالشرط فيصح .

قوله: (أو رقيق عشر سنين)^(١) . هذا لأنه يقبض في الحال ، والأصل استصحاب الحياة والصحة .

وقيل : ذلك في الحيوان خطر ؛ لأنه يصير تارة بيعا وتارة سلفا .

قوله: (غرم بحساب ما سكن)^(١) . يعني إذا أطلقا ولم يَكُنْ عُرْفٌ بنقد ولا تأخير ؛ فإنه يدفع له بحساب ما سكن أولا بأول ، وعند الشافعي : يستحق جميع الكراء بالعقد كالبيع .

والفرق أنه بالبيع يملك جميع الرقبة ، وهنا لا يملك بالعقد كل المنافع .

قوله: (ولا ينتقض الكراء بموت أحد المتكاريين)^(٢) . خلافا لأبي حنيفة قال : بموته قد انتقل الملك إلى الورثة بجميع منفعه . واتفقنا على أنه إذا أوصى بمنافع دار فلا تفسخ الوصية .

ولنا أن الورثة إنما يملكون الرقبة مسلوقة المنافع تلك المدة .

قوله: (لأنه ضرر)^(٣) . أي قسم ما لا يقسم .

قوله: (والبيت مثله)^(٣) . أي إذا اختلفا في كيفية استيفاء منفعه ولم يقسم بينهما على مرادهما أكرى عليهما ، لأن في تعطيله ضرراً عليهما .

قوله: (لم يجبر رب الدار على تطيينه)^(٤) . لأنه معيّن طراً فيه عيب ؛ فإن

(١) التهذيب (٤٨٠/٣) .

(٢) في التهذيب «ولا ينتقض الكراء في الدور ، ولا الكراء المضمون في الدواب والإبل بموت أحد المتكاريين» (٤٨٠/٣) .

(٣) التهذيب (٤٨١/٣) .

(٤) في التهذيب «عل الطر» ، والطر : التطيين ، وهو جعل التراب على سقف البيت وسطوحه (٤٨١/٣) .

رضي المكتري بالعيب وإلا تركه .

قوله: (التطين على رب الدار)^(١) . ليس خلافاً ، ولكن متى طينه فذلك عليه ، لأنه في ملكه .

وأما كنس المراحيض ؛ فالمذهب أنه على رب الدار مطلقاً لأنه العرف ، ولنا قول ثانٍ أنه على المكتري مطلقاً ، لكن إذا ملأها هو .

وقيل : إن كان خانا فعلى ربه ، لعسر التمييز ، وعلى القول الثاني : هو على المكتري بشرط التمييز ، وإن كانت داراً فعلى المكتري إذا ملأها هو^(٢) .

قوله: (وأما إن بناها بعد خروجه وقد بقي من الأمد شيء لم يلزم المكتري الرجوع)^(٣) . لأنهما قد فسحا الكراء .

قوله: (وانهدام الشرفات)^(٣) . يعني البناء الذي على أعلى الدار (. مشرفاً ، لا ضرر في انهدامه^(٤) .

قوله: (كان متطوعاً)^(٥) . لأنه قام عنه بما لا يجب عليه .

قوله: (فللمكتري أن ينفق فيها حصته تلك السنة)^(٦) . لأنه إنما بذر فيها زرع تلك السنة وحدها ، فلا يلزم رب الأرض أكثر من كراء تلك السنة ، قياساً على ما لو أكثر سنة واحدة ، فإن زاد في النفقة كان متطوعاً ؛ لأنه قام عنه بغير واجب .

(١) يريد قوله «قال غيره: والطر وكنس المراحيض مما يلزم رب الدار» التهذيب (٤٨١/٣) .

(٢) انظر ما قاله في الذخيرة (٤٩٣/٥ - ٤٩٤) ، ومنح الجليل (٣١/٨) .

(٣) التهذيب (٤٨٢/٣) .

(٤) انظر الذخيرة (٥٣٢/٥ - ٥٣٣) .

(٥) التهذيب (٤٨٢/٣) .

(٦) المصدر نفسه (٤٨٣/٣) .



وقال عبد الملك بن الماجشون: بل يجوز أن ينفق على البئر جميع كراء السنين ليسلم زرعه ؛ لأن السنين كلها كسنة واحدة ، ويزرع باقي السنين فيها بلا كراء ؛ لأنه قد أنفق كراء ذلك على ملك ربها^(١).

قوله: (وليس الدور كذلك)^(٢). لأنه لم ينفق المكتري فيها شيئاً ، فإما رضي بالعيب الطارئ فيها ، أو خرج ، لأنه لا ضرر عليه .

قوله: (وكذلك إن خاف أن تسقط عليه)^(٣). يعني إذا شهد أهل المعرفة بأنها على السقوط .

قوله: (لا يسمي ما يعمل فيه)^(٤). لا بد أن تكون الأعمال التي فيها متقاربة في القيمة والضرر ، وإن اختلفت لم يحز حتى يسمي .

قوله: (وكره ربّ الحانوت تقديره)^(٥). لأن ذلك يرغب الناس [عن]^(٥) اكترائه بعد ، وقول الغير ليس بخلاف ، بل هو تفسير للمذهب .

قوله: (تحالفا وتفاسخا)^(٦). لأنه ليس لِقَوْلِهِمَا مُدَّة ، لأنهما ادعيا [١/١٢٤] جنسين مختلفين ، بخلاف ما إذا ادعى أحدهما عشرة والثاني خمسة ، فدعوى أحدهما بعض دعوى الثاني .

قوله: (ويبدأ رب الدار)^(٦). لأنه البائع ، وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ: يبدأ المكتري ، وقول ثالث: يسهم بينهما . والبحث فيه كما تقدم في البيوع .

(١) انظر التفريع لابن الجلاب (٣٥٧/٢) .

(٢) التهذيب (٤٨٣/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٨٣/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٤٨٤/٣) .

(٥) بتر يسير ، وما أثبتته يؤيده معنى المسألة .

(٦) التهذيب (٤٨٤/٣) .

قوله: (وقالا جميعا ما لا يشبه)^(١). وكذلك إن ادعى جميعا ما يشبه ، أو ادعى أحدهما ما يشبه ولم تفت السلعة ، وإن فأت فالحول قول المكترى إن ادعى ما يشبه لأنه غارم .

قوله: (فالحول قولك). لأنه مدع عليك ؛ كمن اعترف لك بثوب عنده وأنت وهبته له ، وأنت تدعى البيع .

قوله: (فيما يشبه). وإلا رجع إلى كراء المثل ، قول الغير بالأقل : إنما يلزمه اليمين فيه للمدعي إذا كان كراء المثل أكثر من دعواك يسقط عنه بيمينه الزائد ، وإن لم يحلف لزمه ما ادعى .

وأما إن كان كراء المثل أقل ، أو مساويا ، فلا حاجة إلى يمينه .

قوله: (فالحول قول رب الدار)^(٢). لأنه مدعى عليه إذا الظاهر أن ذلك كان من الدار .

قوله: (والقول قول المكترى) إذا لم يثبت أنه كان في الدار .

قوله: (فالمكترى مصدق). أي في البناء ، وقدر النفقة فيما يشبه .

قوله: (إن تبين للعمل أثر). وإلا فهو كاذب ، وقول الغير: «على المكترى البينة» ، أي في قدر النفقة ؛ لأنه يتهم أن يسقط عن نفسه الكراء ، وإن لم تكن له بيّنة كان على المكري اليمين أنه ما أنفق لك .

قوله: (وقد أحدث المكترى في الدار بناء)^(٣). سواء أحدثه بأمر ربها أو

(١) هذا إلى قوله: (على المكترى البينة) كله من التهذيب (٤٨٥/٣) .

(٢) في التهذيب «فالحول قول ربها» (٤٨٥/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٨٦/٣) .



بغير أمره ، فإنه إذا انقضى أمد الكراء كان ربه مخيراً بين قلع ذلك وبين أن يدفع له قيمة ماله من ذلك مقلوعاً ؛ لأنه إنما بنى على غير التأييد ، كمن بنى في الأرض المحكرة ، فلا فرق في ذلك من المأذون له وغيره في الحكم إلا في الإثم ، وإن لم يأذن له ربها فهو متعدّ ، وهذا بخلاف من بنى في الأرض بشبهة على التأييد ، فهذا له قيمة بنائه قائماً ، لأنه دخل على التأييد .

قوله : (وليس للمكتري أن يأبى لأن مضار)^(١) . أي ليس له أن يقول اقلعها وإلا خذ قيمتها منقوضة ، لأنه ليس في ذلك إلا الأضرار فقط .

قوله : (لم آذن لك في نفحك لأغرم لك شيئاً) . أي ليس له إذا اختار رب الأرض القلع أن يطلب [بقيمته]^(٢) مقلوعاً ، لأنه لم يأمره أن يبني ذلك لمنفعته بشرط أن يغرم له شيئاً .

قوله : (فهو كالبيع) . أي هو كبيع الفضولي ، فلك إمضاؤه وردّه .

قوله : (رجع ربها على الوكيل) . لأنه متعدّد عليه .

قوله : (ثم لا رجوع للوكيل على الساكن) . لأنه يقول له : لما جئتني بذلك أو وهبته لي فقد رضيت بأن تحمل عني كراءه لربه ، ولا يجب لك علي شيء ؛ لأنه لم تقم علي بواجب .

قوله : (رجع ربها على الساكن) . لأن لنا مسبباً ومباشراً ، فلما تعذر المسبب رجع إلى المباشر .

قوله : (ثم لا رجوع للساكن على الوكيل) . هذا المذهب ، لأنه غرّه بالقول ،

(١) هذا إلى قوله : (إلا أن يدفع إليه الغرماء) كله من التهذيب (٤٨٦/٣) .

(٢) في المتن [بقيمة] ، ولعل الصواب ما أثبتته .

بخلاف الغرور بالفعل يرجع عليه .

ولنا قول ثانٍ في الغرور بالقول أنه يرجع عليه .

قوله: (فربها أحق ببقية السكنى) . لأنه كسلعة باعها منه فوجدها فهو أحق بها .

قوله: (إلا أن يدفع إليه الغرماء) . لأنهم أحق ، وإلا كان مخيراً بين الحصاص وأخذ باقي السكنى .

وإن كان قبض بعض الكراء مثل أن يكرها لسنة باثني عشر ديناراً فيسكن ستة أشهر ، ويدفع له ستة دنائير ، فإنه مخير بين [أخذ]^(١) باقي المدة في باقي كرائه وبين إسلام المدة ، ويرد ثلاثة دنائير مما قبض ويحاص بواجب تسعة أشهر ، وذلك لأن كل ما يقبضه لا يختص بما سكن ، بل يجب لكل شهر منه جزء ، فكل دينار يدفع له مقسوم على اثني عشر جزءاً ، لكل شهر جزء ، فالسنة التي قبض يجب منها للسنة التي سكن ثلاثة ، [١٢٥/ب] وللسنة الباقية ثلثها فيلزم ردها .

وكذلك لو باع منه عبداً باثني عشر وقبض منه ستة ثم فلس والعبد باقٍ ؛ فهو مخير بين أن يحاص الغرماء بالسته وبين أن يأخذ نصف العبد ويرد نصف الستة التي قبض ويحاص بثلاثة ، فتكون الثلاثة التي أخذ مع التي ردّ ثمناً للنصف الآخر .

قوله: (ثم تهدم بئرها)^(٢) . أي بقيت لا ينتفع بها لباقي المدة ، فينسخ الكراء فيما بقي ، ويكون لرب الأرض من كراء السنين بقدر ما زرع ، لكن إن اختلف كراؤها لهذه السنين لزمه لكل سنة مما عمل بقدر كرائها عرفاً يقسط كراء الكل عليها كذلك ، وقد تختلف الأرض بأخذ الماء أعلاها وجعله في غيرها وذلك الطين هو طينها ؛ فتصير تلك مرغوباً فيها وهذه مرغوباً عنها .

(١) ما بين المعقوفين مبتور من المتن ، وما أثبتته أقرب إلى المراد .

(٢) في التهذيب «تهور بئرها» (٤٨٧/٣) .



قوله: (وليس كراء الأرض في الشتاء والصيف واحداً)^(١). يعني التي تزرع فيها المقائي؛ فإنها في الصيف تنبت أسرع من الشتاء.

قوله: (كدور مصر)^(١). كالتى على النيل يرغب فيها في أيام مجيئه، وكذلك مكة يرغب فيها في الموسم فإذا تهدمت دارٌ منها عمل لما سكن من الشهور من الكراء بحسابه.

قوله: (فإن كان أكثرها ردّ جميعها)^(١). لأنه يفرق الكل بالماء، وانقطاع الماء عنه يفسخ الكراء في الجميع، فلا يجوز أن يتمسك بالأقل؛ لأنه ابتداء عقد آخر بثمن مجهول، وإذا غرق البعض الأقل لم يفسخ العقد، وجاز له التمسك بالأكثر وإن كان الثمن مجهولاً، لأنه ليس ابتداء عقد، بل هو مستند إلى العقد الأول فجاز، ولأنه معلوم في ثاني حالٍ.

قوله: (في كرمه ودنائه)^(١). أي الأرض، فإن كانت (.) قد يختلف فيقوم بحسب ذلك.

قوله: (وكذلك في استحقاق بعض الأرض)^(١). أي إن استحق الأقل جاز التمسك بالثاني، وإن كان الذي استحق الأكثر لم يجز التمسك بالباقي.

قوله: (لا بأس بكراء أرض المطر عشر سنين إن لم ينقد)^(١). يلزم عليه أن يجوز شراء الأبق إذا لم ينقد وهو ممنوع؛ لأنه غرر ويدخله الخطر، إذ يغبن أحدهما صاحبه على تقدير أن يوجد وأن لا يوجد.

والفرق أن الوجود هنا وعدمه على السواء، وفي مسألتنا الغالب الرّي والمطر، فجاز على الغالب.

(١) التهذيب (٤٨٧/٣).

قوله: (فسد الكراء)^(١). لأنه يكون في العقد اشتراطاً ما يكون تارة ثمناً وتارة سلفاً، بخلاف ما إذا كان ذلك على الطوع؛ لأنه خارج عن العقد.

قوله: (وقد أمكنت للحرث)^(١). أي بعد الري.

قوله: (حصة عامه)^(١). لأن ما زاد فيه المانع المتقدّم.

قوله: (قرب الحرث)^(١). أي قبل المطر.

والغير هو سحنون^(٢)؛ رأى أن هذا العقد قبل المطر لا يجوز لأنه غرر كالعبد الأبق، والبعير الشارد.

قوله: (وتوقع الغيث)^(٣). أي حينئذ يكون المطر والري غالباً فيصح العقد دون النقد.

قوله: (ولا بأس بكرائها قرب ربيها)^(٤). هذا كلام ابن القاسم، أي بعد المطر ومجيء النيل وقبل الري، لأن الغالب هنا حصول الري، فصح النقد.

قوله: (إلا أن تكون مأمونة كأمن النيل)^(٥). يعني التي تروى من اثني عشر وقلّ ما ينقض النيل عن ذلك البتة، وأما ما يروى من ثمانية عشر ونحوها فهذه غير مأمونة.

قوله: (فلا كراء على الزارع)^(٥). لأنه لم يستوف المنافع التي أكرهاها، إذ

(١) التهذيب (٤٨٧/٣).

(٢) لم يذكر الغير في الذخيرة عند تعرضه لهذه المسألة هناك، وقد قيل هو ابن الماجشون، انظر هامش التهذيب (٤٨٨/٣)، ومنح الجليل (٢٨/٨).

(٣) التهذيب (٤٨٧/٣).

(٤) في التهذيب «قرب إبان شربها» (٤٨٨/٣).

(٥) المصدر نفسه (٤٨٨/٣).



لا يمكن استيفاؤها إلا بالماء .

قوله: (فإن حصد ماله بال^(١)) . هذا يختلف باختلاف البلاد ، فالإردب بمصر لا بال له ، وبمكة له بال .

قوله: (فالكراء عليه)^(٢) . لأنه [قد]^(٣) استوفى المنافع ، والحاجة جات بعد استيفاء المنافع وهي أمر من الله سبحانه ، بخلاف الحاجة في التمر لأن التمر هنا هو عين المبيع ، فإذا أجيح عين المبيع رجع به ، وكان ينبغي أن يرجع [١/١٢٦] بالجميع لولا أن الغالب أنه لا [يأخذ]^(٤) جميع الثمن ، بل لابد من ذهاب بعضه بأكل الطير ونحوها .

قوله: (فإن كان غرقه بعد أن مضى إبان الحرائه كان كالجليد)^(٥) . أي كان حاجة أصابت بعد أن استوفى المنافع ، بخلاف ما إذا كان ذلك في الإبان لأنه بعد لم يستوف المنافع ؛ لأن من جملة المنافع أن يطرأ على زرعه شيء فيزرعه ثانياً ، فمهما بقي شيء من الإبان ما كمل استيفاء المنافع .

قوله: (لزمه الكراء وإن لم يحرث)^(٥) . لأنه فرط .

قوله: (ويجوز النقد في أرض النيل)^(٥) . يعني ما يروي لعدد لا يخلف ، كائني عشر ونحوها .

قوله: (النيل أبينُ شأنًا)^(٥) . لأنه غالبا لا يخلف ، والمطر قد يخلف أكثر .

(١) التهذيب (٤٨٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٨٩/٣) .

(٣) موضع مبتور ، وما أثبتته أقرب لرسم الكلمة .

(٤) ما بين المعقوفين بتر جله . ولا بد منه .

(٥) التهذيب (٤٨٩/٣) .

قوله: (فَيَغْبِنُ الْمَكْتَرِي رَبَّ الْأَرْضِ)^(١). لأنه أولا بنى العقد على ألا يكفي فيدخله الخطر.

قوله: (أَنْ يَنْقَدَ كِرَاءُ سَنَةٍ)^(٢). هذا المذهب.

قال ابن الماجشون: كراء جميع السنين.

قوله: (إِنْ أَبَى رَبُّهَا)^(٣). بل لربها أن يردّ كراءه ويمنعه من الإصلاح، لأنها غير مأمونة، فقد لا يجدي ذلك ويكون قد عطل عليه الأرض تلك المدة بلا فائدة، وقد يكون له غرض في آخر أرضه بأن يكون له ماء آخر يردّه إليها، أو غير ذلك من الانتفاع.

قوله: (فَعَلَيْهِمُ الْخَرَجُ)^(٣). ليس هذا بكراء بل هو خراج لازم لهم سواء زرعوا أو لم يزرعوا، لأنه (.) عليهم، وقول الغير تفسير.

قوله: (وَأَمَّا إِنْ صَوْلَحُوا عَلَى خَرَجٍ مَعْرُوفٍ)^(٣). أي إن زرعوا لزمهم وإلا فلا، فهذا يكون كراء فلا شيء عليهم إذا غرقت الأرض أو عطشت.

قوله: (فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ أَضْرَبَهَا)^(٣). يعني أن بعض النبات على الأرض أضرب من بعض، ولذلك لا يزرع الكتان في الأرض سنتين متواليتين، لأنه يذهب برطوبة الأرض.

قوله: (فَلَا بَأْسَ أَنْ يَكْتَرِيهَا مِنْ رَبِّهَا سَنِينَ مُسْتَقْبَلَةً)^(٤). أي وتبقى شجرة في الأرض ليس له قلعها.

(١) التهذيب (٤٨٩/٣).

(٢) في التهذيب «وإن انقطع الماء بأمر حادث، فللمكترى إنفاق كراء سنته في غور بئر» (٤٩٠/٣).

(٣) المصدر نفسه (٤٩٠/٣).

(٤) المصدر نفسه (٤٩١/٣).

قوله: (ثم إن أرضاك الفارس)^(١). أي تنزل أنت منزلة رب الأرض فتكون مخيراً بين أن تبقي غرسه أو تقلعه.

ووجه قول الغير: أن رب الأرض ما لم يختار القلع فمغارس الشجر ليست له، فلا يحل له أن يكرها منه مع بياض الأرض التي بينها حتى يتفق مع الفارس على قلعها، فحينئذ تصير كأنها مقلوعة.

قوله: (على أن يقلع عنك الشجر)^(١). أي فحينئذ يصح له التصرف في جميع (٠)^(٢) وتصير الشجر كأنها مقلوعة حساً، وكأنه تفسير للمذهب.

قوله: (لم يكن لرب الأرض قلعه)^(٣). بخلاف الشجر، لأنه ليس لبقاء الشجر أجل معلوم والزرع له نهاية معلومة، فلزم رب الأرض أن يتركه إليها، وله كراؤه إما كراء المثل أو بحساب الكراء الأول؛ قولان^(٤).

قوله: (إلا أن يكرها إلى تمام الزرع)^(٥). أي لا يذكر مدة معلومة فيبقى إلى آخره.

وقول سحنون: «إن كانت الأرض مأمونة»^(٥)، أي فحينئذ يصح العقد كما تقدم.

قوله: (لم يجز لرب الأرض شراؤه)^(٦). لأن بيع الزرع قبل بدو الصلاح لا يجوز إذا كان مقصوداً، بل بالتبعية للأرض في صفقة واحدة كالتمر والحمل، وأما

(١) التهذيب (٤٩١/٣).

(٢) موضع كلمة مبتور، لعلها [الأرض].

(٣) التهذيب (٤٩١/٣).

(٤) انظر الذخيرة (٤٦٩/٥).

(٥) التهذيب (٤٩١/٣).

(٦) المصدر نفسه (٤٩١/٣ - ٤٩٢).



إذا اشترى النخل أولاً والأرض ، ثم أراد أن يشتري التمر والزرع ؛ فثلاثة أقوال^(١) :

الجواز ؛ وكأن البيع الثاني مع الأول في (٠)^(٢) واحد ، فكان تابعا .

والمنع ؛ لأنه لما انفرد صار مقصوداً غير تابع .

والتفصيل بين أن يطول ما بين البيعتين فلا يجوز لأنه يتحقق أنه مقصود ،

أو يقرب ما بينهما فيصيران كبيع واحد .

قوله : (كان ما أُبْر)^(٣) . أي ظهر من الطلع وانشقت الكيزان منه ، عبر عن

الظهور بالتأبير لأنه إنما يؤبر [١٢٦/ب] غير ذلك ، وقبل الانشقاق لا يؤبر وإن ظهر .

وأصل هذا أن التمر إذا لم يظهر حين العقد فهو للمبتاع كالحمل ، لأنه

غائب ، ولا يجوز أن يستثنيه البائع كما لا يستثنى الحمل ، وإن ظهر فهو للبائع

إلا أن يشترط المبتاع للحديث وكذلك الولد إذا انفصل .

وأما الزرع إذا لم يظهر في الأرض وقت العقد بالمذهب أنه للمبتاع كالتمر

والحمل لأنه غائب في الأرض مثلها .

ولنا قول ثانٍ أنه للبائع ؛ لأنه يشبه السلعة المودوعة في الأرض ؛ لأنه إنما

جعله المبتاع هناك ولا تخرجه الأرض بنفسها .

قوله : (على أن له نصف الشجر)^(٣) . لم يجز لأن فيه معيّنًا يتأخّر قبضه ولا

يدري كيف يأخذه ، فالثمن مجهول .

قوله : (لو بتل له الآن نصف الشجر)^(٣) . أي لو ملكه إياها الآن صحّ ، ووجه

(١) انظر المدونة (٥٣٩/٣ - ٥٤٠) ، المختصر لابن عرفة (١٧١/٦) ، التاج والإكليل (٥٧٨/٧) .

(٢) كلمة مبتورة .

(٣) التهذيب (٤٩٢/٣) .



قول الغير بالمنع: أن الغارس بتمام المدة وجب له على رب الأرض قيمة الشجر مقلوعاً، وذلك دين فسخه في منافع الأرض التي يقبضها شيئاً فشيئاً وذلك يشبه الدين، فكان فيه فسخ دين فيما لا يتعجل قبضه.

ووجه المذهب: أنه لما لم يتفقا على القلع فلم يجب للغارس شيء على رب الأرض.

قوله: (كل سنة بكذا)^(١). المذهب أن لهما الترك متى اختارا ذلك، ما لم ينقد واجب سنة أو نصفها فيلزم ذلك القدر.

وعلى قول ابن الماجشون؛ يلزم واحد من المذكور وإن لم ينقد.

قوله: (ما لم يزرع)^(١). أي فيلزم تمام ذلك الزرع كما يلزم تمام ما نقد له.

قوله: (أنا أطلع زرعي)^(٢). لا يلتفت إليه لأنه قد رضي بأخذ الأرض سنة.

قوله: (قابلاً)^(٢). أي للعام القابل، أي المقبل بعد عامك.

قوله: (ولا أحب النقد)^(٣). لأنه وإن كانت مأمونة فقد تتعين في طول المدة

جنسها أو أكثر صفاتها.

قوله: (فتحمل السنة فيها على الحصاد)^(٣). لأنها إنما تزرع في العام مرة،

فإذا تم الزرع لزمه الكراء وإن بقي أكثر السنة. بخلاف أرض السقي التي تزرع طول السنة بقولا بطناً بعد بطن فالسنة فيها بالشهور كاللُّدور.

قوله: (فإن تمت وله فيها زرع)^(٤). أي ظن أنه يتم مع انقضاء السنة فزرعها

(١) التهذيب (٤٩٢/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤٩٣/٣).

(٣) في التهذيب «فمحمل السنة فيها على الحصاد» (٤٩٣/٣).

(٤) المصدر نفسه (٤٩٣/٣).

فلم يتم ، فيلزم رب الأرض أن يبقية إلى تمامه ويأخذ كراءه في الزائد ، وقول الغير تفسيرٌ ، لأنه إذا بقي مالا (.) فيه زرع فيكون بالزرع متعديا ، لكن ذلك بشبهة توجب ألا يقلع زرعه لكن يكون عليه في هذا الأكثر من الذي ينوبه بحساب الكراء الأول ومن كراء المثل .

قوله : (فإن كان بحضرة الكراء)^(١) . أي قبل أن يزرع تحالفا وتفاسخا للحديث : « إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ تَحَالَفًا وَتَفَاسَخًا »^(٢) ، ولأن السلعة لم تفت .

قوله : (فلربها فيما مضى ما أقر به المكتري)^(٣) . لأن دعوى الأشبه يرجح جانبه ويقوم مقام شاهد ، وترجح أيضا بأنه غارم فيكون القول قوله بدعوى الأشبه ويمينه ، فإن ادعى ما لا يشبه كذبه العرف ، فترجح جانب رب الأرض بدعوى الأشبه ، ويحلف ؛ فإن ادعى ما لا يشبه كذبهما العرف معا ، ورجعا إلى كراء المثل ، وما بقي من السين يفسخ بعد التحالف لأنه لم يفت .

قوله : (ومن قول مالك)^(٣) . أي له قول آخر أن يقدم رب الأرض إذا ادعى الأشبه ؛ لأنه مدعى عليه وغارم في الحقيقة ، وقول الغير تفسيرٌ للمذهب فيما إذا انتقد ، وكان القول هنا لرب الأرض لأنه يصير غارما .

قوله : (إذا أتى بما يشبه)^(٤) . لأن ذلك كشاهد .

قوله : (وإن لم يشبه ما قال واحد منهما)^(٥) . أي فقد كذبهما العرف ؛ فيرجع

(١) التهذيب (٣/٤٩٤) .

(٢) الحديث تقدم تخريجه في السلم الثاني من مسند أحمد بلفظ « إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ وَلَمْ تَكُن بَيْنَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ، أَوْ يَتَرَادَّانِ الْبَيْعَ » .

(٣) التهذيب (٣/٤٩٥) .

(٤) يريد قوله « وأتى المكتري بما يشبه » التهذيب (٣/٤٩٥) .

(٥) المصدر نفسه (٣/٤٩٥) .

إلى التحالف .

قوله: (فإن أتيا بما يشبه)^(١) . ترجح رب الأرض لأنه غارم [١/١٢٧] ومدعى عليه .

قوله: (ولم يسكن المكتري إلا ما أقر به المكري) . أي الخمس سنين بالمائة ، وتلك فائدة ترجح جانبه .

قوله: (وادعى أنه اكتراها منه)^(١) . هذه شبهة إذا كان الإبان قد ذهب ؛ لأنه ليس في قلع الزرع لرب الأرض فائدة إلا الإضرار فقط .

قوله: (فربها مصدق)^(٢) . أي في قدر ما يدعيه من الكراء .

قوله: (إلا أن يعلم به ربها)^(٢) . لأن سكوته رضا ، فيكون له ما يدعيه المكتري من الكراء .

ومعنى قول الغير أن له ، عِلْمٌ أو لم يَعْلَمْ ، كراء المثل ، لأنه يقول: لا يلزم من سكوتي رضائي بدون كراء المثل ، وإن كان ما أقر به المكتري أكثر من كراء المثل لزمه .

قوله: (فإن لم يفت الأبان)^(٢) . يكون هنا كالغاصب ؛ لرب الأرض في قلع الزرع الخيار ، أو يعطيه قيمة ماله مقلوعا أو يبقيه فيأخذ كراء المثل ؛ لأن لهما هنا حجة بالانتفاع بأرضه .

قوله: (وإن لم يكن للمكتري في الزرع نفع)^(٣) . لكونه لا يكون علفا ، فيبقى لرب الأرض وليس للمكتري قلعه ؛ لأن ذلك إضرار منه بغير فائدة .

(١) التهذيب (٤٩٥/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٩٦/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٩٧/٣) .



قوله: (إذا رويت)^(١). لأن الزرع حينئذ كأنه قد تم.

قوله: (إذا كان السقي مأموناً)^(١). أي وإن لم يشرع فيه ؛ لأن الغالب الرّي وتحصيل المنافع.

قوله: (نقد حصة أول بطن)^(٢). أي قبل أن يكمل ؛ لأنّ البطون إنما تكون في أرض السقي ، فإذا بدر جاز النقد ؛ لأن الغالب الرّي ، وعند الشافعي: يجب جميع الكراء بالعقد ، قياساً على البيع.

والفرق أنه في البيع ملك الرقبة وجميع المنافع بالعقد ، وليس كذلك هنا ، وفرق بين كراء الأرض والدور بأنّ منفعة الأرض إنما تحصل بعد كمال الزرع ، وفي الدور كل وقت يسكن من مدة الكراء فقد استوفى منافع ذلك الوقت.

قوله: (إلا أن يوقن بانكشافه)^(٣). لإمكان ألا يرتفع عنها.

وقول الغير: «إن خيف ألا ينكشف لم يجز»^(٣): أي العقد عليها ، لأنه غرر وإن لم ينقد.

ووجه المذهب أن الانكشاف يقع على الماء فصح العقد دون النقد.

قوله: (فعليه كراء المثل)^(٤). كما تلزم القيمة في البيع الفاسد إذا فات المبيع.

قوله: (ولا ينتقض بموت أحدهما)^(٥). خلافاً لأبي حنيفة. ولنا أن الموت سبب كسقوط التكليف ، فلم ينتقض العقد قياساً على الجنون.

(١) التهذيب (٤٩٧/٣).

(٢) يريد هنا قول الغير «عليه بقدر حصة أول بطن» التهذيب (٤٩٨/٣).

(٣) المصدر نفسه (٤٩٨/٣).

(٤) المصدر نفسه (٤٩٩/٣).

(٥) يريد قوله «ولا ينتقض الكراء بموت المتكاريين أو أحدهما» (٤٩٩/٣).

قالوا: إنما انتقض بالموت لانتقال المال بجميع منفعه للغير، لا لسقوط التكليف.

قلنا: إنما ملكها الوارث مسلوبة المنافع لتلك المدة.
واتفقنا على أنه لا ينتقض في الموصى بمنافعها مدة، وفرق هو بتشوف الشرع إلى تنفيذ الوصية.

كراء المزبنة

وهي: بيع معلوم بمجهول من جنسه، كبيع التمر بالتمر.
والمحاكلة: من الحقل وهو أرض الزرع.

والمخابرة: من خبر، وفي الحديث النهي عن كراء الأرض بالطعام^(١)، وهو عندنا عام، وعند الشافعي يراد به الطعام الذي يخرج منها، وفيه النهي عن اكترائها بما تنبت، والنهي عن كرائها مطلقاً، وبه أخذ طاوس، وهو عندنا مخصوص بالطعام، وأجاز الليث ابن سعيد^(٢) كراءها بجزء مما يخرج منها، كما يجوز القراض على جزء من المال مجهول.

ووجه منعه بالطعام مطلقاً أنه يؤدي إلى بيع طعام بطعام إلى أجل وغير يد بيد، وذلك أنه إذا اكترى أرضاً بطعام ومَلَكَ منافعها فجائز أن يزرع فيها ما شاء ومن ذلك [الطعام]^(٣)، ومن منفعة الأرض أنها تزيد في البدر بتلك الزيادة طعاماً،

(١) الحديث رواه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب المحاقلة والمزبنة، عن أبي سعيد الخدري يقول: نهى رسول الله ﷺ عن المزبنة والمحاقلة والمزبنة: اشتراء الثمر بالتمر في رءوس النخل والمحاقلة: كراء الأرض بالطعام «»، ومسلم في صحيحه كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالطعام، وغيرهما.

(٢) كذا في المتن، وقد تقدمت ترجمته.

(٣) موضع مبتور، وما أثبتته يؤيده السياق.



فقد خرج عن يده طعاماً^(١) ليأخذ طعاماً آخر إلى أجل أقل أو أكثر أو مساوياً.

ووجه منعه بما نبت أنه يفضي إلى الربا أيضاً؛ وذلك أن بيع العروض المتماثلة بما يساويها أو أقل أو أكثر من جنسها لا يجوز، لحديث ابن عمر: [١٢٧/ب] «قرضك الشيء بمثله كبيعك إياه بمثله، فإن أردت بذلك وجه الله فلك ما قصدت، وإن أردت نفع صاحبك فلك وجه صاحبك، وإن أردت نفع نفسك ولم ترد وجه الله فذلك الربا»^(٢).

فإن دفعه في أكثر فهو سلف جرّ نفعاً، وإن لم يقصده فهو ممنوع سداً للذريعة، وإن كان في أقل فهو ضمانٌ بجعلٍ، وإن كان في مثله فهو سلف جرّ نفعاً، لأنه يبقى لك في ضمانه.

ولا يراد في الكراء وجه السلف لأنه بيع، فهو رباً؛ لأن الأرض تزيد فيما يزرع فيها من نوعه. والأصطبة هو المشاق، وهو نبات.

قوله: (بفلفل)^(٣). لأنه طعام إذ هو مما يصلحُه.

قوله: (الذي هو للسكين)^(٣). أي الذي لا يراد إلا للأكل؛ لأنه حينئذ يصير طعاماً، وكذلك شاة اللحم التي لا تراد إلا للذبح.

قوله: (ولا بزعفران ولا بطيب يشبه الزعفران)^(٣). أي في أنه نبات.

قوله: (لا بأس بكرائها بالعود والخشب)^(٣). هذا وإن كان نباتاً فيندر كراء الأرض لتزرع لذلك، ولأن مدته تطول، وقد تختلف منافع ذلك فيجوز بيع بعضه ببعض إلى أجل وإن أنبت فنادر لا يعتد به.

(١) كذا ولعل الصواب: [طعام].

(٢) الحديث تقدم تخريجه بلفظ قريب في كتاب السلم الأول.

(٣) التهذيب (٥٠١/٣).

قوله: (فلا يأخذ بها طعاما)^(١). لأنه يتهم أن يجعل ذلك محلا لما لا يجوز بالمنع من سدّ الذرائع.

قوله: (فإن كان فيها يؤمّثد تمرّ، لم يجز)^(١). لأنه لا يجوز كراؤها بالتمر على انفرادِه، فكذلك مع غيره.

قوله: (يعني لم يؤبر)^(٢). يعني أن التأبير إنما يكون بعد ظهور الطلع وانشقاق الكيزان، فإذا ظهر لم يجز بيعها بالطعام؛ لأنه في حكم الطعام المؤجل.

قوله: (ويجوز بيع رقبة الأرض بشجر فيها ثمر)^(٣). الفرق أن المبيع هنا: الرقبة، ومنافعها تابعة لها غير مقصودة فصح البيع بالطعام، وفي الكراء: المقصودُ المنافع التيهي بمنزلة الطعام فلم يجز.

قوله: (لا يثمر النخل قبله)^(٤). لأنها إن أثمرت قبل ذلك؛ فكأنك في العقد دفعت تمرا لتأخذ ثمرا أو نخلا، وهذا لا يجوز للتفاضل.

وإذا أثمرت بعد الأجل فقد فرغ العقد وجميع آثاره، وفلم يصادف العقد من الممنوع شيئا.

قوله: (لا يثمر النخل قبله)^(٥). هو من الثمر بالشاء [المثلثة]^(٦)؛ لأنه إذا

(١) التهذيب (٥٠١/٣).

(٢) كذا في المتن، وليس في نص التهذيب، وفي الجامع أنه قال: قال ابن القاسم: وإن كان في الشجر ثمر لم يجز، يريد ثمرا لم يؤبر، ولو أبر لجاز؛ لأنها تبقى لربها» الجامع لابن يونس (٢٣٦/١٦)، الذخيرة (٣٩٣/٥).

(٣) التهذيب (٥٠٢/٣).

(٤) الذي في التهذيب «ولا باس ببيع نخل بتمر إلى أجل يثمر النخل إليه، كشاة لا لبن فيها في لبن إلى أجل يصير إليه فيها اللبن» (٥٠٢/٣).

(٥) كذا في المتن مكررة.

(٦) في المتن [المثلة]، والظاهر ما أثبتته.

ظهرت الثمرة فهو كالتمر .

قوله: (لأنه يخرج منه)^(١). أي لأنه على تقدير أن يعمل من الكتان ثوبا فيكون قد دفع ثوبا في ثوبٍ مثله إلى أجل فلم يجز ، وإن لم يعمل من الكتان ثوبا ، هذا للذريعة إلا أن يكون أجلا قريبا ، لأنه إذا عمل الثوب منه بعد الأجل فإنما كان ذلك بعد تمام العقد وآثاره ، فسلم العقد من المحذور .

قوله: (كالقصيل يسلم فيه شعيرا)^(١). لإمكان أن يترك القصيل حتى يكون منه الشعير ، فإن أمكن ذلك قبل الأجل لم يجز ، وإن قرب الأجل جدّا صحّ ، وفي العكس إذا دفع له قصيلا ليقطعه الآن في شعير يجوز مطلقا ، لأنه لا محذور .

قوله: (بأرضك ليزرعها هو عاما قابلا)^(١). أي أكرت منه منافع أرضه الآن بمنافع أرضك في العام الآتي .

قوله: (يقبضها قابلا بألف إلى عشر سنين)^(٢). أي أكرى منافع أرضه في علم قابل بثمان مؤخر إلى عشر سنين .

قوله: (أبعد من مسافته)^(٣). أي من الزمان الذي يوصل إليه فيه .

قوله: (ليس دينا بدين)^(٣). لأن الغائب المعين ليس بدين .

قوله: (بدنانير على أن تأخذ لكل دينار عشرين درهما جاز)^(٣). على إلغاء الوسط ، وإنما ذكره ليعلم ما في الثمن من دنانير أو دراهم ، وهذا البيع لا يجوز عند الشافعي ؛ لأنه من بيعتين في بيعة ؛ لأنه لم يرض أولا بالدنانير فيكون

(١) التهذيب (٥٠٢/٣) .

(٢) في التهذيب «قابلا بألف درهم» (٥٠٣/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٠٣/٣) .

بالدراهم بيعاً ثانياً في صفة أخرى .

قوله: (حتى يحل)^(١). لأن صرف ما في الذمة لا يجوز حتى يكون حالاً ، وذلك أنه إذا صار كالحاضر ، وهذا المذهب .

ولنا [١/١٢٨] قول ثانٍ أنه لا يجوز ، للحديث: «يدا بيد»^(٢) ، وليس هذا يدا بيد .

قوله: (بدرهم وخمر في صفقة فسد جميعها)^(٣). لأنها جمعت حلالاً وحراماً .

ولنا قولٌ أنه يصح الحلال ، ويبطل الحرام مطلقاً .

وقول آخر: إن كان الحلال الأكثر صح وبطل الحرام ، وإلا بطل الجميع .

قوله: (ليس كالبيع والسلف)^(٣). أي لأن السلف أجنبى عن البيع فلذلك يصح البيع إذا أسقطا السلف ، والحرام هنا داخل في ركن العقد وهو الثمن ، لأنه بعضه .

قوله: (إن شرع في الجز مكانه)^(٣). لأنه معين فلا يجوز تأخيرها ؛ لأنه لا يدري كيف يقبضه فيدخله الغرر ، ولأن فيه ضماناً بجعل ؛ لأنه ما لم يقبضه في ضمان المبتاع .

قوله: (لأنه من وجه الدين بالدين)^(٣). بل هو دين بدين ، ولو فسخ في منافع دار يسكنها من الآن ، أو أرض يزرعها من الآن كان من وجه الدين بالدين ، وإن لم يسكنها ولم يزرعها إلا بعد ذلك فهو دين بدين أيضاً .

(١) التهذيب (٥٠٣/٣) .

(٢) تقدم تخريجه من حديث «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» .

(٣) التهذيب (٥٠٣/٣) .



قوله: (ويجوز كراؤها بثياب موصوفة)^(١). أي فيكون سلماً، ورأس مال السلم منافع الأرض، وليس بدين إذا شرع الآن في استيفاء منافعها.

قوله: (وإن لم يؤجله جاز)^(١). أي فيكون خياراً مطلقاً ولا يجوز عند الشافعي، والعرف عندنا يختار مثل ذلك لغيره.

قوله: (ضرب له بقدر ما يرى)^(٢). أي يتلوم قدر ما يتلوم في ذلك.

قوله: (فالقول قول من أراد الرد)^(٣). لأنه إن كان البائع فالأصل بقاء سلعته على ملكه، وقد استصحب ذلك، وإن كان المبتاع فالأصل بقاء الثمن بيده، وقد استصحب ذلك.

قوله: (على أن زرع حنطة فبكذا، أو شعيراً فبكذا)^(٣). هذا النوع إذا كان مع لزوم العقد، وإنما له التعيين في أحد الثمنين فلا يجوز؛ لأنه جهل بالثمن، فإذا كان له الخيار في العقد وفي الثمن معاً، فإن شاء التزم العقد بأحدهما كان، وإلا فلا، هذا يجوز. ولا فرق بين كون الثمن معيناً أو مضموناً أو يكون لزوم العقد لأحدهما أولهما.

قوله: (على أن ما أنبتت بينهما لم يجز)^(٤). لأن الثمن أو بعضه مجهول.

قوله: (فإذا بلغت النخل كذا كذا سعة)^(٥). أي بلغت أن تكون أغصانها كذا، لأن السعف الأغصان؛ هذه جعالة، وعمل الجعالة مجهول والأجل

(١) التهذيب (٥٠٣/٣).

(٢) هذه العبارة في بعض النسخ دون غيرها. انظر التهذيب (٥٠٤/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥٠٤/٣).

(٤) في التهذيب «على أن ما أنبتت بينهما، أو هو مع الأرض بينهما لم يجز» (٥٠٤/٣).

(٥) في التهذيب «كذا أو كذا» (٥٠٤/٣).



يفسدها ، والجعل معلوم وهو نصف الأرض^(١).

ومنع ابن حبيب هذه المسألة ورآها من باب الإجارة إلى غير أجلٍ فلا تجوز ، قال : والجعل على خلاف الأصل ، وإنما جوز في العبد الآبق والجمل الشارد للضرورة ، ولا طريق سواه ، ولنا طريق آخر هنا^(٢).

قوله : (فإن كان مع مواضعها من الأرض)^(٣) . أي ويكون البياض الذي بينهما لرب الأرض .

قوله : (حتى تبلى لم يجز) . لأن الجعل هذه المنافع المجهولة الأجل .

قوله : (حنطة من عنده بطائفة من أرضك) . فقد أكريته هذه الطائفة بعمله وحنطة من عنده .

قوله : (يزرعها بحبك) . هذه جائزة لأنك أكرتيه أرضك ، أو بعت منه رقبتها بمنافعك في الزراعة .

قوله : (وهو ككراء الأرض بالخشب) . وهذا جائز ؛ لأنه لم تجر العادة بأن يكرئ الأرض لذلك فهو نادر .

(١) انظره في أبواب المغارسة : المختصر لابن عرفة (١٤٨/٨) ، عقد الجواهر (٩٤٧/٣) ، منح الجليل (٤٢٠/٧) .

(٢) رأى ابن أبي زيد أنها مغارسة وإنما تغير اللفظ ، قال « ومن كتاب ابن حبيب ؛ قال مالك : ولا تجوز المغارسة إلى أجل وهي من معنى الجعل ، قال لي مطرف : وإنما يجوز الأجل في هذا على ما يصح أن يقول : أغرسها شجرا كذا وكذا ، فإذا بلغت الإثمار أو قال : شبابا كذا فلك النصف ولي النصف على أن تغرم لي بنصفي كذا وكذا سنة . فذلك جائز وكأنه وأجره يغرس له نصفه أو يأتي بالغرس من عنده ويقوم له بكذا وكذا سنة وأعطاه في إجارته نصف الأرض ، فإن بطل الغرس بعد أن غرسه قيل لرب الأرض : أعطه غرسا مثله يغرسه لك ويقوم لك به إلى أجلك ، قلت فهذه مغارسة بعينها وإنما تغير اللفظ » النوادر والزيادات (٣٩٠/٧) .

(٣) هذا إلى قوله : (ربع أرض) كله في التهذيب (٥٠٥/٣) .

قوله: (ربع أرض). هذا بيّنٌ، وإنما الخلاف في هبة الجزء أو رهنه لما يحتاج إليه من الحيابة، والمذهب الجواز أيضاً، وأنه تصح حيابة الجزء [كالكل] ^(١).

قوله: (ولا يجوز في المختلفة) ^(٢). لما فيه من الخطرِ وغبنِ كلِّ واحدٍ لصاحبه، ووجه قول الغير بالمنع في المتساوية: أنه قد يكون حصداً أحدهما في جهة دون أخرى لكونها تلي أرضه، أو لغرض ما فدخله الخطر.

قوله: (على أن يكرها) ^(٣). أي يحرثها قبل زرعها؛ لأن ذلك يصلحها يقلب التراب الندي [١٢٨/ب] إلى بطنها، فتكون الأجرةُ المنافعُ مع العين، فإن زرعها دون أن يحرثها قوّم كراؤها بحرث وبلا حرث، ورجع عليه بما بينهما.

قوله: (إن كان الذي يزيلها به شيئاً معلوماً) ^(٤). كزبل الحمام أو زبل الدواب أو تراب السباخ ^(٥).

قوله: (على أن يحرثها له ربها) ^(٦). فيكون رب الأرض قد باع منفعه ومنافع أرضه من المكثري، قال: ولا بأس بالبيع والكراء، والبيع يختص بالرقاب، والكراء بيعُ المنافع، أي: فإذا جاز اجتماع بيع الرقبة وبيع المنافع فأحرى أن يجتمع بيع المنافع ومنافع.

قوله: (على صفة أو رؤية متقدمة) ^(٦). ويجوز البيع على وجه ثالث وهو على الرضا، فيكون في هذا الثالث العقد على غير اللزوم، فإن رضي لزم وإلا

(١) ما بين المعقوفين مبتور جله في المتن.

(٢) التهذيب (٥٠٥/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥٠٦/٣).

(٤) في التهذيب «شيئاً معروفاً» (٥٠٦/٣).

(٥) جمع سبخة: كل أرض ملحة لا تنبت شيئاً. انظر شرح غريب ألفاظ المدونة (ص: ٢٠).

(٦) التهذيب (٥٠٦/٣).



فلا ، لأنه لم تتقدم صفة ولا رؤية ، وهو في الوجهين المتقدمين على اللزوم .

قوله : (بَيْعُ مراعي أرضه)^(١) . بشرط أن تنبُت وأن يُمكن الانتفاع به بالرعي ، وقبل ذلك لا يجوز لأنه غررٌ إذ لا يُؤمن هلاكه .

قوله : (إلا بإذنها)^(١) . لأنها أجنبية إلا أن يكون ناظرا لها .

قوله : (ولا أحب للوصي أن يشتري لنفسه شيئا من مال يتيمة)^(١) . لأنه وإن جاز أن يبيع عليه إذا احتاج من غيره ، فيكون من نفسه للتهمة ، فإذا وقع ذلك تعقبه الإمام وأعاد ذلك المبيع إلى السوق إن كان باقيا ، فإن زاد ثمنه باعه من غيره ، وإن تلف فإن باعه أو استوفى منافع الأرض المكتراة فيسأل الإمام أهل المعرفة بذلك عن ثمنه ، فإن كان فيه فضل غرمه الوصي .

قوله : (ولا يرجع بالفضل)^(٢) . أي إن اشتراه بأزيد من ثمنه فلا يرجع بالزائد ، لأنه قدرضي بذلك وهو مالكٌ لأمره .

قوله : (هو لرب الأرض)^(٢) . لأن العادة جارية بأن ذلك الحب الباقي في الأرض عند الحصاد يبقى للطير وللناس ، فقد خرج عن ملكه حينئذ .

وقيل : هو له ، ويكون عليك كراء المثل ؛ لأنه زرعها بشبهة فعليه كراء المثل ، وكذلك في المسألة بعدها القولان ؛ وجه المذهب أن ما يحمله السيل في حكم الهلاك ، ووجه الثاني أنه قد تبين أخيرا أنه على ملكه .

قوله : (ومن ابتاع زرعاً أخضر)^(٢) . هذا لا يجوز إلا على القطع ؛ لأن في بيعه على التبقية بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، ولا أثر لإذن رب الأرض فيما لا يجوز .

(١) التهذيب (٥٠٦/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٠٧/٣) .



قوله: (إلا أن يشتري الأرض)^(١). أي يشتري الزرع أولا على القطع، ثم يشتري في الأرض فيجوز له التبقية؛ لأن الكل قد صار له هذا المذهب.

ولنا قولان: أحدهما: لا يجوز إلا في صفقة واحدة، فأما إذا كان في صفقتين فلا يجوز مطلقا^(٢).

والثاني: إن بُعد ما بين الصفقتين لم يجز، وأن قرب جاز، وسواء اشترى الأرض أولا ثم الزرع، أو بالعكس، في ذلك الثلاثة الأقوال، والمذهب الجواز.

قوله: (فاستحق بعد الحرث والزراعة)^(٣). أي إذا استحق أحد العرضين وهو معين فإنه يفسخ العقد فيهما، فإن كان العوض الآخر باقيا رجع صاحبه في عينه، وإن تلف رجع بقيمته لا بقيمة المستحق، لأن العقد قد انفسخ وصار لا أثر له، وإذا حرث أو زرع فقد فأت المنافع، يرجع إلى كراء المثل وهو القيمة.

قوله: (إذا كان لا يغرس فيهما يعصر منه خمرا)^(٤). يعني إذا كان معروفا بذلك وهو خمار فلا يجوز كراؤها منه ولو كان مسلما، وإذا لم يكن كذلك جاز كراؤها منه وإن كان ذميا.

قوله: (وأكره أرض الجزية ذات الخراج)^(٥). أي أكره للمسلم أن يكرى أرض الذمة التي عليه فيها الخراج الجزية، لأن ذلك يؤدي إلى أن يغرم عنه الجزية إذا طولت الأرض بها، [والنيابة]^(٥) عن الذمي في دفع الجزية عنه لا

(١) التهذيب (٥٠٧/٣).

(٢) قال في كتاب الوصايا «ومن ابتاع أرضا ذات زرع أخضر دون زرعها، ثم ابتاع الزرع في صفقة أخرى، أو ابتاع الجميع في صفقة ثم استحق رجل جميع الأرض خاصة، بطل البيع في الزرع لانفراده، وإنما أجز بيعه أخضر مع أرضه في صفقة واحدة» انظر التهذيب (١٥٠/٤).

(٣) المصدر نفسه (٥٠٧/٣).

(٤) المصدر نفسه (٥٠٨/٣).

(٥) موضع مبتور، والظاهر من السياق ما أثبتته.

يجوز لما في ذلك من الذلة والصغار .

قوله: (فجار عليك السلطان)^(١) . أي يأخذ [١/١٢٩] خراج الجزية أو أكثر منه منك ، فإن كان الذمي قد أدى عن نفسه جزيته فلا ترجع عليه بذلك ؛ لأنك لم تُقِّم عنه بواجبٍ ، وإن كان لم يرُدَّهَا رجعت عليه بقدرِ خراجه ؛ لأنك قمت عنه بواجبٍ ، ويسقط الزائد لأنها مظلمة حلت بك .

قوله: (فربها أحق بالزرع)^(١) . لأن أرضه بمنزلة يده فيحوز ما اشتملت عليه من الزرع ، وكذلك ما يكون في دارك التي في كرائه من المتاع أنت أحق به ؛ لأن حوز دارك له كحوزك ، كما أنك أحق بالسلعة بِعَتَّها منه توجد في تركته .

قوله: (وهو في الموت أسوة الغرماء)^(٢) . والفرق أنه في الفلّس لم تَحْرَبْ ذِمَّتُهُ بالجملة كما في الموت .

قوله: (أحق بالسكنى)^(٢) . لأن هذا المنافع بمنزلة سلعة لها تجدها في تركته .

قوله: (فكلام غير هذا)^(٢) . أي يجبر فيأخذها في المدة ، أو يحاص ويتركها للغرماء .

قوله: (فالمكتري أحق بالإبل)^(٢) . هذا عكس الأولى ، ووجهه أن حق المكتري تعلّق بالإبل كما يكون أحق بالدار يكتريها منه .

قوله: (إلا أن يضمن الغرماء حملانه)^(٢) . وجهه أن الدين ليس في ذمّة الميت ؛ لأن الميت لا ذمّة له ، وإنما هي في عين التركة فليس ديناً في دينٍ ، ووجه قول الغير أن هذا دينٌ بدين وفسخٌ منافع في منافع ، ومن أصل المذهب أنه

(١) التهذيب (٥٠٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٠٩/٣) .



لا يجوز فسخ الدين فيما لا يتعجل قبضه .

قوله: (فالجَمال أولى بالمتاع)^(١) . لأن إبله قد جازته كالأرض والدار فصار كحيازته له بنفسه .

قوله: (ويكرى الغرماءُ الإبلَ في كرائِه)^(٢) . لأنه قد صارت منافعهم لهم .

قوله: (في الموت والفلس)^(٣) . سوى بينهما هنا بخلاف ما تقدم ، والفرق أن عمل الصانع لم يخرج من يده بعد ، فكان اختصاصه به أقوى ، بخلاف سكنى الدار والسلعة ، لأن ذلك قد خرج عن يده فضعف الاختصاص عن ذلك .

قوله: (ثم أقالك ربها على إن زدته)^(٤) . سمي هذا إقالة [مجازاً]^(٥) ، وإنما هو كراء ثانٍ بعد فسخ الأول ، لأن الإقالة إنما تكون بالثمن الأول ، إلا أن هذا لو كانت الزيادة من رب الأرض إنما تجوز بشرط ألا يقبض رب الأرض الكراء الأول ، لأن فيه أن المكتري خرج من يده دراهم ليأخذ أكثر منها إلى أجل والكراء محلل .



(١) التهذيب (٥٠٩/٣) .

(٢) في التهذيب «ويكرى الغرماءُ الإبلَ في مثل ما اكترى» (٥٠٩/٣)

(٣) المصدر نفسه (٥٠٩/٣) .

(٤) في المتن [مجازاً] ، والصواب ما أثبتته .

كتاب المساقاة

.....

وأصلها أنه ﷺ سَأَقَى يَهُودَ خَيْبَرَ عَلَى جِزَاءٍ مِنَ الثَّمَرَةِ^(١).

وَرُوي أَنَّ الْمُهَاجِرِينَ أَرَادُوا قِسْمَةَ الْأَرْضِ الْمَغْنُومَةِ مَعَ الْأَنْصَارِ، فَقَالَ الْأَنْصَارُ: دَعُوهَا وَنَحْنُ نَدْفَعُ لَكُمْ جُزْءاً مِّنَ الثَّمَرَةِ^(٢)، وَهَذِهِ الْمَسَاقَاةُ بَعِينُهَا.

وَمَنْعَهَا أَبُو حَنِيفَةَ لِمَا فِيهَا مِنَ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ غَيْرَ يَدٍ بِيَدٍ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الرَّقِيقِ وَالِدَوَابِّ الَّتِي تَكُونُ فِي الْحَائِطِ عَلَى الْعَامِلِ.

وَفِيهَا بَيْعُ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بَدْءِ الصَّلَاحِ بِمَنَافِعِ الْعَامِلِ، وَذَلِكَ مُخَالَفٌ لِلْأَصُولِ.

قَالَ: وَلَا دَلِيلَ فِي يَهُودِ خَيْبَرَ، لِأَنَّهُ ﷺ فَتَحَهَا عَنْوَةً وَصَارُوا لَهُ عِبِيداً، وَيَجُوزُ أَنْ يَفْعَلَ الرَّجُلُ مَعَ عَبِيدِهِ مَا لَا يَجُوزُ لَهُ فِعْلُهُ مَعَ غَيْرِهِمْ.

قُلْنَا: لِمَا افْتَتَحَهَا، أَعْتَقَهُمْ فَصَارُوا أَحْرَاراً كَالْأَجَانِبِ.

وَأَيْضاً لِحَدِيثِ الْأَنْصَارِ الْمُتَقَدِّمِ.

قَوْلُهُ: (عَلَى أَنْ لِلْعَامِلِ جَمِيعُ الثَّمَرَةِ)^(٣). وَكَذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ جَمِيعُ الثَّمَرَةِ لِرَبِّ الْحَائِطِ عَلَى أَنْ وَهَبَهُ الْعَامِلُ عَمَلَهُ، وَهَبَةُ الْمَجْهُولِ تَجُوزُ عِنْدَنَا، وَهِيَ عَقْدٌ لَا زَمَ، وَيَصِيرُ الْعَمَلُ فِي ذِمَّةِ الْعَامِلِ إِنْ عَجَزَ عَنْهُ أَوْ مَاتَ اتَّبَعَ بِذَلِكَ، بِخِلَافِ

(١) الْحَدِيثُ تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي كِتَابِ كِرَاءِ الدُّورِ وَالْأَرْضِينَ.

(٢) الْحَدِيثُ رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ كِتَابُ الشُّرُوطِ، بَابُ الشُّرُوطِ فِي الْمَعَامِلَةِ، عَنْ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: «قَالَتِ الْأَنْصَارُ لِلنَّبِيِّ ﷺ: اقْسِمْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ إِخْوَانِنَا النَّخِيلِ، قَالَ: «لَا»، فَقَالَ: «تَكْفُونَا الْمِثْلَةَ وَنَشْرِكُكُمْ فِي الثَّمَرَةِ»، قَالُوا: سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا».

(٣) التَّهْذِيبُ (٤٠٩/٣).

القراض ليس بلازم ولا في الذمة .

قوله: (فيها ما لا يحتاج إلى سقي)^(١) . تحرز من أن تكون صغاراً لم تبلغ أن تطعم ذلك العام ، لأن الجهل يكثر ، فإن كانت تطعم جازت إلى سنة أو أكثر ، ويسأل العامل أهل المعرفة عن حملها في هذه الأعوام .

قوله: [١٢٩/ب] (قبل طيبه)^(١) . هذا المذهب ؛ لا تجوز المساقاة بعد الطيب ، لأنه لا [حاجة]^(٢) إلى ذلك ، وقال سحنون: تجوز وهي إجارة .

ورُدَّ بأن الإجارة بيع ويرجع فيها بالجائجة وليس كذلك المساقاة ، فيلزمه أن تكون في ذلك الجائجة ، وأن يجوز للمساقي بيع حنطة ويتمادى على عمله في حطّ رب الحائط ، ولا يجوز له ذلك ، ولو كان أجازته لكانت الأجرة في ذمة رب الحائط لا من الثمرة .

قوله: (على النصف والثلث)^(٣) . ذهب بعض الظاهرية إلى أنه لا تجوز إلا بالنصف ، وكذلك في القراض لأنها كذلك وقعا وهما رخصة فلا يتعدى بها محلها ، ولا دليل في الواقع على التخصيص ؛ لأنه تجوز قياساً بأي جزء كان إذ لا فرق .

قوله: (أو حَبٍّ)^(٣) . يعني الزرع تجوز المساقاة فيه بالتبعية إلى الأصول ، فمن شرطه:

أن يكون أقل من الثلث .

وأن يكون بجزء واحد في الجميع ، فإن اختص الزرع بجزء دون جزء الثمرة

(١) التهذيب (٤٠٩/٣) .

(٢) ما بين المعقوفين بتر وسطه ، ولعل ما أثبتته قريب للمعنى . والله أعلم

(٣) التهذيب (٤٠٩/٣) .



لم يجز ، لأن ذلك يصيره مقصودا غير تابع .

وأما إذا انفرد الزرع فلا تجوز المساقاة ، لما في ذلك من كراء الأرض بما يخرج منها ، لكن إذا استقل وعجز صاحبه عن السقي جازت المساقاة فيه بالشرطين .
ولا تجوز قبل استقلاله ، لأنه حينئذ لا تحتاج إلى سقي ، وتجاوز في الأصول عَجَزَ صاحبُها عنها أو لا .

قوله : (وكان بياض خبير يسيرا بين أضعاف السواد)^(١) . أي تابعا له .

قوله : (أكريت بالذهب)^(٢) . أي على حدة .

قوله : (ببلد بعيد)^(٢) . أي تجوز في الحائط الغائب ، لأنه بالصفة يصير كالخاص .

قوله : (ونفقة العامل في خروجه إليه عليه)^(٢) . كما ينفق على نفسه إذا مشى ليقضي ما اشترى غائبا ، بخلاف القراض فإنه إذا سافر من أجله فَيَنْفَقَتْهُ من المال .

قوله : (فللعامل اشتراطهم)^(٢) . المذهب أنهم بالعقد يدخلون فيه ، فلا يحتاج العامل إلى اشتراطهم ؛ لأن المساقاة في خبير كذلك وقعت فلا يتعدى بذلك محله .

وقال ابن نافع : لا يدخلون في العقد إلا بالشرط^(٢) ، غلب القياس على الخبر .

قوله : (كزيادةٍ يَشْتَرِطُهَا)^(٢) . لأن السنة أن تبقى الدواب فيه ، فإذا نزعهم

(١) . التهذيب (٤٠٩/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤١٠/٣) .

بالشرط فقد زاد على العامل زيادة مونة على ما في الصورة الشرعية فتخرج بذلك الرخصة عن حدها.

وكذلك اشتراط العامل زيادتها على رب الحائط^(٢). وكذلك العكس إلا ما قل يغتفر، لكن بشرط أن يكون مما يبقى بعد المساقاة، بخلاف الحبال ونحوها. قوله: (يصير في هذا يشترط جميع العمل)^(٢). أي جلّه، لأن عمل الدواب والريق في ذلك هو الأكثر.

قوله: (ولا خلف ما أدخل فيه العامل)^(٢). لأن ذلك زيادة شرط تخرج به الرخصة عن حدها.

قوله: (على ربّ الحائط)^(١). لأن ذلك له.

قوله: (فإن نزل ذلك فللعامل أجره مثله)^(١). لأن المساقاة فسدت، وبقي عمله فله أجره، والمساقاة مستثناة من الإجارة الفاسدة، فإذا فسدت فهل ترجع إلى أصلها من الإجارة وهو المذهب، أو لا ترجع لأنها قد صارت أصلاً بل يكون في ذلك مساقاة المثل على تقدير أن لو جاز هذا الشرط^(٢)؟

قوله: (ولا يجوز أن يشترط العامل أن يعمل معه ربّ الحائط)^(٣). لأن المساقاة أمانة، وفي اشتراط كون ربّ الحائط معه إخراج لها عن حكمها من الأمانة. وقال سحنون: يجوز ذلك، بدليل أنه قد جاز أن يشترط العامل على ربّ الحائط غلاماً يكون معه، وغلامه بمزليته^(٤).

(١) التهذيب (٤١١/٣).

(٢) انظر بيان القاعدة في الذخيرة (٢٨٨/٥)، شرح المنهج المنتخب (٤٠٩/١ - ٤١٠).

(٣) التهذيب (٤١١/٣).

(٤) قال ابن شاس: «وقال سحنون إذا كان الحائط كبيراً بحيث يجوز اشتراط الغلام فيه جاز اشتراط =



وأما في القراض فلا يجوز ذلك البتة ، لأنه محضُ أمانةٍ ، وليس كالمساقاة لأنه يغيبُ عن المال ولا يغيب المساقى على الثمرة ؛ لأنها معينة ، ولذلك جاز أن يساقى غيره وإن لم يأذن له ربُّ الحائط ، ولا يجوز في القراض أن يقدم غيره إلا بإذن ربِّ المال .

قوله : (لأن مالكاً أجاز أن يشترط)^(١) . أي فأمر ذلك خفيفٌ ، فلذلك ردّت مساقاة المثل [١/١٣٠] إلى الإجارة .

قوله : (إذا كان لا يزول)^(١) . أي إلى آخر المساقاة ، وإن مات أخلفه ، أما إن كان غير معين يتعين ، وأما المعين فعلى أصل ابن القاسم في رعاية الغنم المعينة أنه لا بد من شرط الخلف .

وقال سحنون في الوضعين : لا يلزم ذلك الشرط ؛ [لأنه]^(٢) ما تستوفى به المنافع لا يتعيّن ، وإن عيّن فيلزم الخلف وإن لم يشترط .

قوله : (وجميع المؤونة على العامل)^(٣) . هذه السنّة ، فلا يجوز إخراجها عن حكمها ؛ لأن الرخصة لا يُتعدّى بها محل ورودها .

قوله : (ولا بينهما)^(٣) . أي لا تكون النفقة بينهما لمخالفة السنة ، ولا في ثمرة الحائط ، ويقتسمان ما بقي ؛ لأنه قد يستغرق ذلك الثمرة فيبقى عمله مجاناً ، ولأنّها السنّة .

قوله : (لا أرى للعامل أن يأكل شيئاً من الثمرة)^(٣) . لأنها مشتركة بينه وبين

= عمل رب الحائط فيه . عقد الجواهر (٩١٥/٣) .

(١) التهذيب (٤١١/٣) .

(٢) كذا في المتن ، ولعل المراد : لأنّ ما تستوفى به المنافع لا يتعين .

(٣) التهذيب (٤١١/٣) .

رب الحائط .

قوله : (إن اشترط قسمته حبًا جاز)^(١) . هذا المذهب ، وإن لم يشترط فعصر الزيت بينهما .

وقال سحنون: بل يقتسمان حبا لأنها نهاية التمرة أن تصير حبا ، والعصر على رب الحائط .

وقيل : على العامل لأن المقصود من الزيتون إنما هو الزيت فهي نهاية .

قوله : (وإن شرط العامل على رب النخل صرام النخل لم يجز)^(٢) . لأن السنة خلاف ذلك ، وفيه اشتراط زيادة على رب الحائط إذ جميع العمل على العامل .

قوله : (لا بأس باشتراط التلقيح على رب الأرض)^(٣) . هذه رواية ، ورؤي عن مالك : ذلك لا يجوز .

وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ يَسِيرٌ ، وَجْهُ الثَّانِي أَنَّهَا زِيَادَةٌ عَلَى حُكْمِ الْمَسَاقَاةِ فَلَمْ تَجْزَ قَبْلَ ، وَالْوَجْهَ الْجَمْعُ بَيْنَ الرِّوَايَتَيْنِ فَيَحْمِلُ الْجَوَازَ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ شَقُّ الْكِيزَانِ فِي النَّخْلِ فَقَطْ لِأَنَّهُ خَفِيفٌ ، وَالْمَنْعُ عَلَى أَنَّهُ مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ مِنَ التَّلْقِيحِ ، وَالْغَالِبُ فِي التَّلْقِيحِ أَنَّ يَشُقُّ الْكِيزَانَ وَمِنْهَا مَا يَتَشَقُّ^(٤) وَحْدَهُ لَمْ يَأْخُذْ عِدَدُ مِنَ الْفَحَالِ وَيَجْعَلُ فِي الْقَنُو يَرْبُطُ مَعَهُ بِسَعْفَةٍ ثُمَّ تَعْلُقُ عَلَيْهِ الْكَوزَ بِالرِّبْطِ وَيَتْرَكُ سَاعَةً هُنَاكَ حَتَّى يَسْتَوِيَ فِي الْقَنُو غِبَارَ ذَلِكَ الْقُوَّةِ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، وَقَدْ يَسْتَعْنَى عَنْ ذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ الْفَحْلُ مَعَ النَّخْلِ فَتَحْمِلُ الرِّيحُ غِبَارَهُ إِلَى الْكِيزَانِ .

(١) التهذيب (٤١١/٣) .

(٢) في التهذيب «لم ينبغ» (٤١٢/٣) .

(٣) في التهذيب «على رب المال» (٤١٢/٣) .

(٤) كذا .

قوله: (ما لم يزه) ^(١). كان أصل الرخصة ألا تجوز المساقاة إلا عند العجز عن السقي، ثم رخص مع غير العجز.

قوله: (وإن لم تظهر الثمرة لا فرق لجواز بيعه) ^(٢). أي فلا حاجة إلى المساقاة لأنه يجوز بيعه مع التبعية، بخلاف ما لم يزه لا يجوز على التبعية، فاضطر إلى المساقاة فيه، ولم يرخص هنا فيما أزهى إلا على قول سحنون المتقدم، فإن ساقى على حائط بدا صلاحُ بعضه؛ فإن كان الصلاح متلاحقا لم يجز، وإن لم يكن متلاحقا فيسقى الجميع ويأخذ من الذي لم بيد صلاحه، وإلا لم يجز أن يأخذ من الجميع.

قوله: (وإن عجز العامل) ^(٣). أما قبل بدو الصلاح فإن كان له مالٌ أخذ من ماله وسقى به وإلا نظر؛ فإن وجد من يساقى عنه بأقل من ذلك الجزء أو بأكثر صح، وأن لم يوجد فإن أسلفه رب الحائط صح، وإلا بطلت المساقاة ورجع الحائط إلى ربه، لأن المساقاة في آخر أمرها لازمة كالإجارة، وبعد العجز كالجعالة غير لازمة، وأما بعد بدو الصلاح فتباع عليه، فإن لم يوجد من يشتريه فإن أسلفه رب الحائط وإلا رجع له، إلا أن في بيعها إشكالا؛ لأن المشتري لا يجوز له أن يقبض حظه إلا بعد اليبس وهذا لا يجوز في غير هذا لو اشترى ثمرة بشرط ألا يقبضها إلى الجداد لم يجز، لأنه معيني تأخر قبضه، فإنما جاز هنا للضرورة.

وقال سحنون: إذا عجز بطلت المساقاة لأنها تصيرُ بالعجز غير لازمة كالجعالة، ولا يكلف رب الحائط أن يسلفه سلعة إذا لم يوجد من يشتري [١٣٠/ب] حظ العامل.

(١) التهذيب (٤١٢/٣).

(٢) في التهذيب «كما تجوز لو لم تظهر الثمرة» (٤١٢/٣).

(٣) التهذيب (٤١٢/٣).

قوله: (والمساقى في أرض أو زرع مساقاة غيره في مثل أمانته)^(١). قبل بدوه في الأمانة، بخلاف القراض لا يجوز للعامل فيه أن يدفعه لغيره لا يجرئه ولا بأكثر، فإن فعل وربح مثل أن يأخذه على النصف من الربح ويدفعه على الثلث ورضي رب المال فإن ثلثي الربح لرب المال، والثلث للعامل الثاني ولا شيء للأول، بخلاف المساقى جاز له أن يربح في ذلك لأنه قد ضمنه فعلى ضمانه أخذ الربح.

قوله: (السقاء بالذهب والورق كبيع ما لم بيد صلاحه)^(٢). أي لا يجوز أن يضيف إلى عمله عينا، فإن ذلك بيع ثمرة لم بيد صلاحها، وإنما رخص في ذلك في المساقاة لا في هذا، وكذلك لو دفع له العامل ثمرة من حائط آخر لم يجز لتحقيق البيع، وفيه بيع ثمرة لم بيد صلاحها فلا يجوز.

قوله: (لا يجوز أن يربح في المساقاة إلا ثمرا)^(٣). أي مثل الثمر التي ساقى مر عليها، فإن ربح غير ذلك من عين أو ثمرة أخرى ففيه البيع المحذور للثمر قبل بدو صلاحه.

قوله: (أو يربح عليه)^(٣). هذا مشككٌ؛ لأنه أخذ على النصف، فالنصف الثاني لرب الحائط فكيف يربح عليه المساقى الثاني السدس من النصف الثاني؟ فأجيب عنه بوجوه:

قيل: إنه غلط في الكتاب.

وقيل: أرادَ يدفعُ له السدس لكن من ثمرة حائط أخرى، وعلى هذا القول

(١) في التهذيب «ولمن سوقي في أصل أو زرع مساقاة غيره في مثل أمانته» (٤١٢/٣).

(٢) في التهذيب «المساقاة بالذهب...» (٤١٣/٣).

(٣) التهذيب (٤١٣/٣).



تجوز المساقاة على أن يدفع له من ثمرة حائط آخر ، وهو قول ثان لمالك فيلزم عليه جواز المساقاة بالدنانير والدراهم .

وقيل : معناه أنه يرجع عليه بسدس عمله فيأخذ أجره مثله ، وذلك ربح للعامل الثاني .

قوله : (وإن شرط أن لأحدهما من الثمر مكيلة معلومة لم يجز)^(١) . لأنها قد تستغرق جميع الثمرة فيبقى عمل العامل مجانا ، فإن نَزَلَ ذلك رجع إلى أجره المثل أو إلى مساقاة المثل كما تقدم .

قوله : (لم يجز)^(٢) . لأنه قد تخلف ثمره الأصول إلا ما استثنى رب الحائط ، ويكون المستثنى هو المقصود بطيبه وما دونه رديء فيدخله الخطر .

قوله : (ولو ساقاه على (.) من كل نخلة لم يجز)^(٣) . لأنه مجهول ، وقد لا يحمل بعض النخل ، ولو قال على مُدٍّ من حمل كل نخلة صح ، كقوله : بع فولي بدرهم من ثمنه .

قوله : (ثم يقتسمان ما بقي لم يجز)^(٤) . لأنه قد لا يبقى شيء .

قوله : (لم يجز وفسخ)^(٤) . لأن العقد اشتمل على جائز وغير جائز فيفسخ الجميع ، فإن لم يشرع في العمل فبيّن ، وإن شرع فيحدث مر العام الأول فله أجره وفسخ ما بقي ، وإن شرع في العمل في العام الثاني لم يفسخ وكان له مساقاة المثل في السنتين .

(١) في التهذيب « وإن شرطاً أن لأحدهما مكيلة من الثمر معلومة وما بقي بينهما لم يجز » (٤١٣/٣) .

(٢) يريد قوله « وإن شرطاً أن للعامل ثمر نخلة معلومة . » التهذيب (٤١٣/٣) .

(٣) هذه العبارة ليست في التهذيب ، وما بين القوسين غير واضح في المتن .

(٤) التهذيب (٤١٣/٣) .



قوله: (وهو كأخذ العروض قراضاً)^(١). وإنما لم يجز لأن من شرط الفواض أن يُحضِر العامل رأس المال عند إرادة القسمة فإذا كان عرضاً وقيمته تختلف باختلاف الأسواق فيؤدي إلى أخذ مال رب المال، أو بالعكس فإن نزل ذلك كان الحُكْمُ كما قال.

قوله: (فله قراض مثله)^(١). القراض أيضاً مستثنى من الإجارة الفاسدة، فإذا فسد فهل يردّ إلى أصله أو يجعل أصلاً؟ قولان.

قوله: (فإن شرط رب الحائط على العامل)^(١). يعني أن ما يبقى بعد المساقاة لا يجوز اشتراطه لأنه يرجع إليه، فتكون زيادة قد ازدادها على العامل، وما لا يبقى يجوز كالحبل وتنقية البئر ونحو ذلك.

قوله: (ويكون أجيراً)^(١). أي تبطل المساقاة بذلك الشرط ويرجع إلى أجرة المثل.

قوله: (شَرُّ الشرب)^(٢). لأن هذا لا يبقى.

والحظار: الحظيرة من أعوادٍ ونحوها حول الحائط.

والظفرة: مجرى الماء، إذا أصلح فيه قدر لبنة أو لبنتين فذلك خفيف.

قوله: (ويجوز لمن انهارت بثره أن يدفع حائطه)^(٣). في هذه الصورة اشتراط كون الماء الذي سقى به من عند العامل، والسُّنَّةُ فيه أن يكون الماء من عبد ربّ [١/١٣١] المال، وقد يكون الماء له قيمة كثيرة فكان ينبغي ألاّ يجوز إلا

(١) التهذيب (٤١٤/٣).

(٢) الظاهر أن الصواب ما في التهذيب «سَرُّ الشرب» (٤١٤/٣)، انظر أيضاً الذخيرة (١٠١/٦)، والجامع (٥٤٧/١٥). سرو الشرب: تنقية ما حول النخل من منافع.

(٣) في التهذيب «وأجاز مالك لمن انهارت بثره دفع حائطه مساقاة إلى جاره» (٤١٤/٣).

أنه للضرورة أجازهُ.

وقال ابن القاسم: لولا أنه أجازهُ لكرهته^(١)، أي لم أجزه. واستُخْرِجَ من هذا أنه كان مقلداً لمالكٍ غير مجتد في مذهب الإمام.

والصحيح أنه في مواضع مجتهدٌ في مذهب مالك، ومقلدٌ في مواضع، وقد يقول في بعض المواضع: أرى خلاف ما قال مالك، ومع ذلك فيُتَّبَعُ قولُ ابن القاسم؛ فإنه ليس في الحقيقة خلافاً لمالك، وإنما خالفه في هذا الفرع استناداً إلى أصل من أصول مالكٍ يقتضي خلاف ذلك.

قوله: (ويصرف رب النخل ماءً حيث شاء، لَمْ يَجْزُ)^(٢). لأنه لا ضرورة هنا لفارق المسألة المتقدمة.

قوله: (ولا بأس أن يشترطاً الزكاة في حظ أحدهما)^(٢). لأنها جزء معلوم هو ربع العشر الكل وحظه أيضاً جزء من الكل، وإذا نقص معلوم من معلوم بقي معلوماً، بخلاف القراض لا يجوز ذلك فيه، لأن حظ العامل جزء من الربح وهو يقل ويكثر وقد تكون زكاة المال تستغرق حصته من الربح فيذهب عمله مجاناً، وتعتبر الزكاة في ذلك مجال رب الحائط، فإن كان ممن تجب عليه الزكاة أخذت، وإن كان العامل عبداً أو ذمياً، وبالعكس لا زكاة، ولو شرط الزكاة على العامل والمساقاة على النصف، وكان الثمرة أقل من النصف فهل تقسم بينهما على تسعة أجزاء خمسة لرب الحائط وأربعة للعامل، لأنهما دخلا على ذلك بعد إخراج العُشر في الزكاة، أو بنصفين لأنه تبين بالأخير ألا زكاة؟

قوله: (فشأن الزكاة أن يبدأ بها)^(٢). أي تؤخذ من الجميع، وكذلك القراض.

(١) التهذيب (٤١٤/٣).

(٢) المصدر نفسه (٤١٥/٣).

قوله: (لا تجوز إلى شهر)^(١). لأنه لا فائدة في ذلك .

قوله: (أو سنة محدودة)^(١). كما لا يدخل الجعل لأنه قد يكون الجذاذ قبل تمام السنة ، فيبقى عمله إلى أخذها مجانا ، مع مخالفتِهِ للسُّنَّة وأن تأخذ الجذاذ فاستحق بيع الثمرة قبل بدو الصلاح إن أعطاه ، وإن لم يعطه شيئا ذهب عمله مجانا .

قوله: (ما لم يكتر جدا)^(١). لكثرة الغرر والجهل .

قوله: (لا أدري)^(١). أي إنما يرجع في ذلك إلى العرف ، فها هو كثير فيه كثير .

قوله: (حتى إذا بلغت الشجر كانت هذه مساقاة)^(٢). أي ذلك كله في صفقة واحدة فهذا خطرٌ ، إذ قد لا ينبت الشجر ، مع ما في ذلك من الطول وكثرة العمل ، وخلافِ السُّنَّة .

قوله: (فليس لأحدهما المتاركة)^(٣). لأنه عقد لازم .

قوله: (إلا أن يتاركا بغير شيء) . يعني أنهما إن دفع أحدهما لصاحبه شيئا فقد باع من الثمرة قبل بدو الصلاح ، وإن أخذ ربّ الحائط منه فقد ساقاه العامل بحصته من الثمرة وبذلك الزائد على أن يعمل عنه في الحائط ، وذلك لا يجوز .

قوله: (وليس هذا بيع ثمر لم بيد صلاحه) . يعني أن العامل دفع له حظه عند الجذاذ على أن يعمل عنه فيه ، لكن لم يمتنع لأنه في الحقيقة لم يجب للعامل الآن شيء ، وكما يجوز للعامل أن يساقي أجنيا وفيه ذلك المعنى فكذلك مع رب الحائط .

(١) التهذيب (٤١٥/٣) .

(٢) في التهذيب «كانت بيده مساقاة» (٤١٥/٣ - ٤١٦) .

(٣) من هذا إلى قوله: (بخلاف الرسول) كله من التهذيب (٤١٦/٣) .



قوله: (أسلم الحائط إلى ربه). لأن المساقاة عند العجز تصير غير لازمة كالجعل ، وإن شاء رب الحائط أسلفه مالا وتبقى المساقاة .

قوله: (جاز ذلك). لأن الثمر لهما ، إلا أنه قبل بدو الصلاح إنما يصح على الجذ.

قوله: (ولا أرى فيه مغمزاً). يشير إلى أن في ذلك أن يعط العمل لهذا الجعل الذي يأخذه ، لكن لا التفات إلى ذلك .

قوله: (ثم ألفتته سارقاً لم يفسخ). لأن ذلك أمر نزل بك كما إذا بعث بدئين سلعة من رجل فوجدته عند الأجل مفلساً .

قوله: (لم يجز أن يقيلك). لأن الإقالة بيع ، وفيه بيع الثمر قبل بدو الصلاح على غير الوجه الذي رخص فيه .

قوله: (بينهما على ما شرطاً من الأجزاء). لأنها كما هما [١٣١/ب] شريكان في الثمرة فكذلك في كل ما يستفاد من الأصول على ذلك الجزء .

قوله: (وإذا اختلفا). أما أن كانا قبل الشروع في العمل تحالفا وتفاسخا ، وإن كان بعده فالاختلاف إما في قدر الجزء ، أو في قبضه ، أو في الصحة والفساد .

فإن اختلفا من قدر الجزء فالقول قول مُدَّعي الأُشبه منهما ، وما جرى العرف في ذلك الموضع أن يساقي عليه من ربع أو نصف ، وإن اتفقا في دعوى الأُشبه فالقول قول العامل ، لأن الثمرة تحت حوزة وهو أمين عليها ، فهو غارم ومؤتمن ، وإن اتفقا في دعوى ما لا يشبه رجعا إلى أجرة المثل .

وإن اختلفا في قبض الجزء عند الجذاذ فلا يحلوا أن يكون ذلك إثر الجذاذ فالقول قول رب الحائط لأنه مدَّعى عليه فالعامل يدَّعي براءة ذمته من حظ رب

الحائط ، وإن بَعُدَ ذلك عن الجذاذ فالقول قول العامل لأن العرف يشهد بأنه لا يترك القبض إلى ذلك الجذاذ .

وإن اختلفا في الصحة والفساد فالمذهب أن القول قول من ادعى الصحة ، لأن الأصل في عقود المسلمين أن تكون شرعية .

وَلَمَّا قَوْلُ ثَانٍ أَنَّ الْمَسَاقَاةَ وَالصَّرْفَ عَقْدَانِ كَثِيرًا مَا يَقَعَانِ فَاسِدَيْنِ لَجَهْلِ أَكْثَرِ النَّاسِ بِهِمَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ ادَّعَى الْعَقْدَ فَاسِدًا .

قوله: (فالقول قوله). لأنك معترف بتوكيله وقد ادعى أنه فعل وصدقه المساقى ، وكذلك في الوكيل في كل شيء كالمرأة توكل من يعقد نكاحها فيدعي أنه زوجها من زيد ، ويقول لم تفعل ، والزوج معترف ، أما لو كله ثم عزله قبل التصرف وقت العزل قيل : يقال إن القول قول الموكل لأن الوكيل تصرف في نفس الأمر وهو غير وكيل .

وقال في الميت إن القول قول الوكيل ، والفرق بينهما لأنه كما لا يقدر الميت على تبليغ العزل فقد يكون الحر غائباً لا يمكنه التوصيل أيضاً ، وفي كل مسألة قول ثانياً بعكس ما تقدم فيها ، ويبنى على مسألة أصولية وهي : إذا نسخ حكم بحكم آخر فهل تلزم العبادة الثانية من وقت النسخ أو من وقت البلوغ ؟ قولان ؛ وقد ثبت في أهل قباء أنهم تحولوا في الصلاة إلى بيت المقدس ولم يَقْضُوا ما قبل ذلك ، قيل : لأن القضاء بخطاب جديد ولم يكن في أول الإسلام .

قوله: (بخلاف الرسول). لأن الدافع يقول إنما أمرتك بأن تدفع له دفعا (.) بالإشهاد عليه فأنت مفرط .

وقال ابن الماجشون: لا يغرم الرسول لأنه أمين مطلقا، وكذا قال في الوصي إذا دفع المال لليتيم بغير شهادة فإنه أمين، ولنا قول ثانٍ بالتفصيل إن كان المرسول إليه ممن لا يشهد عليه لتبعيةٍ وعِظَمِ مرتبةٍ كالقاضي والتاجر المشهور لم يضمن الرسول، وإلا ضمن.

قوله: (أحدهما على النصف، والآخر على الثلث في صفقة)^(١). لأن قد يزيد في أحدهما لمكان الثاني فيجيء من مضمون ذلك أنه ساقاه في حائط على أن يأخذ الثمرة من آخر، وهذا لا يجوز لأنه خلاف السُّنة وعلى القول الثاني يجوز.

قوله: (ولا بأس أن يكونا على جزءٍ واحدٍ)^(١). ذلك المحذور أيضا هنا، لكن إنما جاز لأنه كذا وقعت المساقاة في خير لأن حوائطها مختلفة.

قوله: (لم يجر حتى يكونا على جزء واحد جميعا)^(١). لأنه إن كان الزرع تابعا فتخصيصه بجزءٍ يُصيرُه مقصودا فتبطل التبعية، وإن لم يكن تابعا فلا تجوز المساقاة فيه إلا بشرط العجز عن سقيه، وأن يستقل بأن يخرج من الأرض ويطول شبرا (٠)، وقبل ذلك لا يحتاج إلى سقي، وهذا يجوز بجزء آخر.

التابع عند الشافعي ما يدخل في العقد بغير شرط، (٠) لا يصح بيعه مفردا كمال العبد.

قوله: (على أن يعمل له في حائط آخر)^(١). لأن فيه المحذور المتقدم من أن يساقي [١/١٣٢] على حائط ليأخذ من آخر.

قوله: (لا بأس أن يساقي أحدهما الآخر)^(١). لأنهما وإن كانا شريكين فهما في ذلك كالأجنبيين.

(١) التهذيب (٤١٧/٣).

قوله: (وللماذون دفع المساقاة)^(١). لأنه لما أذن له سيده في التصرف في ماله ، وذلك الحائط من جملة ماله ، كان له ذلك أيضا فيه .

قوله: (وأخذهما)^(١). اعترضه سحنون لأن ذلك إجارةٌ منه لنفسه ولا يقتضي إذن السيد له في التصرف في ماله أن يتصرف في نفسه ، بل لا يجوز له أخذها إلا بإذنٍ ثانٍ من السيد ، وكذلك أخذه القراض يعمل فيه ، ووجه المذهب أنه أذن له السيد إذناً مطلقاً أن يتصرف في ماله ونفسه .

قوله: (فسخ ذلك)^(١). لأنه لا يصح للغريم التصرف في شيء من ماله بعد قيام الغرماء إلا بإذنهم لئلا يبذر عليهم أموالهم .

قوله: (إلا أن يحابي فيه فيكون في ثلثه)^(١). هذا مشكّل ، لأنه مثلاً إن باع السلعة منه بمائة وهي تساوي خمسين ، فإن صحّ من مريضه وقع البيع وأدّى المشتري مائةً ، وإن لم يصحّ فإن حمل الثلث الخمسين الزائدة أدّى مائةً ، وإلا أدّى خمسين ومائةً ، والبيع لازم في كل ذلك ، ولكن توقف على صحته أو موته ، وقد دخل المشتري على أنه إما أن يودّي مائة أو مائة وخمسين ولا يتمكن من السلعة إلا إلى أجل مجهول ، وكان ينبغي ألاّ يجوز ذلك .

قوله: (لزم ذلك في ماله)^(١). أي يوجد سنة بقدر أجرة من يعمل فيه إلى الجذاذ .

قوله: (وأتوا بأمين)^(١). فإن لم يجدوه رجع الحائط إلى ربه ، فإن جاء رب الحائط بعامل آخر كان ذلك الجزء من الثمرة للثاني ولا شيء للأول هذا المذهب ، وفيه قول ثان بالتخريج على من جعل لرجل جعلاً في حفر بئر في غير أرضه فحفر ثم عجز وترك العمل ، ثم إن ربّ البئر أتى بعامل آخر فأتى العمل ،

(١) التهذيب (٤١٩/٣) .

فقالوا: هنا تكون الأجرة بين الأول والثاني ، فإذا كان لهذا الذي ترك العمل من تلقاء نفسه حظ من الأجرة فمن باب الأولي أن يكون لهذا الميت حظ من الثمرة .

قوله: (ولم تُنقض المساقاة)^(١) . لأنها عند لازم .

قوله: (إلا أن يعري حظه من نخلات)^(١) . لأن ذلك هو الذي عليك ، وكذلك حظه كله ، أو من ثمرة واحدة .

قوله: (ولا بأس بمساقاة شجر البعل)^(٢) . لأن ما يحتاج إليه من العمل في التلقيح والتقليم والتذكير وغير ذلك يقوم مقام المساقاة بالماء ، وأما الزرع البعل فلا تصح فيه مساقاة لأنه لا يحتاج إلى سقي ولا عمل ، فلا يعجز عنه ربُّه البتة .

قوله: (ومصر)^(٢) . زرع مصر كله لا يحتاج إلى سقي بعد الرِّيِّ الأوَّل من النيل ، فلا تجوز فيه المساقاة ، إلا زرع الفيوم فإنه أبداً يحتاج إلى السقي فتصح فيه المساقاة .

قوله: (فإن احتاج من المؤنة إلى ما يحتاج شجر البعل)^(٢) . أي إن قدر أن زرعا يحتاج إلى ذلك صار كالشجر في جواز المساقاة فيه .

قوله: (إلا حفظه وحصاده ودراسه)^(٢) . هذا لا تجوز المساقاة فيه من أجله لأنه إذا بدا صلاحه صحَّ بيعه وكان ينبغي في الزرع المنفرد ألا تجوز مساقاته لما فيه من كراء الأرض بجزء مما يخرج منه ، وهو الذي يدفع العامل لرب الأرض عند الحصاد لكن المضرورة بالعجز عنه صحَّ .

قوله: (وتصير إجارة فاسدة)^(٢) . أي إن وقع ذلك .

(١) التهذيب (٤١٩/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٢٠/٣) .

قوله: (عند الضرورة)^(١). أي بالعجز عن سقيه .

قوله: (وكره ملك أخذك من نصراني مساقاة أو قراضا)^(١). تصرف المسلم للذمي على ثلاثة أنواع:

حرام كالبلان يدلك رجله ويحزمه في الحمام أو يرعى له خنازير أو يعصر خمرا فهذا يعزّر ويتصدق بأجرته كلها .
والثاني مكروه كعمله له في المساقاة والقراض ، فهذا يكره ولا يتصدق عليه بأجرة .

والثالث مباح وذلك مثل أن يخطط له ثوبا أو يبنى له دارا .

قوله: (إن أمنت أن يعصره خمرا)^(١). [١٣٢/ب] أما إذا خفت أن يعمل من الثمر نبذا أو من العنب خمرا وبيع الربا في القراض فلا يجوز .

قوله: (بيعوا الحائط على أن هذا مساقى فيه)^(١). هذا مشكل ، لأن فيه بيع الأرض قبل ظهور الثمرة ، وتبقى الثمرة على ملك البائع ؛ والسنة في أن من باع نخلا وفيها ثمر لم يؤبر فهو للمشتري بالعقد^(٢) ، ولو أراد البائع هنا أن يستثنى شيئا من الثمر فسد البيع ، فكيف يصح في هذا أن تبقى الثمرة التي لم تؤبر في هذا العام ، أو لم تظهر بعد في هذا العام أو عام بعده على ملك البائع إن كانت المساقاة على كلها ، أو بعضها إن كان للعامل بعضها ؟

وفيه أيضا أن المشتري ممنوع من قبض الثمرة إلى الجذاذ ، ولو باع بذلك الشرط لم يجز ، ف قيل لمالك: لِمَ أجزت ذلك ؟ فقال: للضرورة ، لأنه لا طريق

(١) التهذيب (٤٢٠/٣) .

(٢) سيأتي تخريج الحديث في آخر كتاب الرهون .

لنا سوى ذلك ، وهو وجه الشأن فيه^(١) .

قوله : (كزيادة يشترطها على العامل)^(٢) . لأن البذر إن كان من عند العامل فقد زاده ذلك البذر وعمله فيه ، وإن كان من رب الحائط فقد زاده العمل ، وخرج المساقاة بذلك عن محل وُرودها .

وقوله : (وإن جعل الزرع بينهما)^(٣) . أي لم يجز لأنهما خالفا سنة المساقاة بجعل البذر بينهما ، وإنما الواقع في السنة إن كان البذر من عند العامل والحب النابت بينهما على جزء المساقاة .

قوله^(٤) : لأنها إن خالف ذلك الجزء كان مقصودا وبطلت التبعية ، وأجاز أصبغ أن يكون بجزء مخالف قال : لأنه إذا صح أن يلغيه رب الأرض له بلا شيء جاز بأي جزء كان ، كما وقع في خيبر .

قوله : (وأحب إلي أن يلغى البياض)^(٥) . لما في عدم إلغائه من كراء الأرض بما تنبت ، والحديث في خيبر لم يجر على القياس ، مع أنه قد قيل إنهم كانوا عبده ﷺ ، فلذلك اختار مالك القياس على الحديث .

وإذا ألغى البياض لنزارته فأصابت الثمرة جائحة فلا يخلو أن يذهب جميعها أو بعضها ، ففي ذهاب الجميع يرجع في البياض إلى كراء المثل لأنه قد ذهب المتبوع ولم يحصل لرب الأرض شيء ، ويذهب عمل العامل بلا شيء لأنها مصيبة نزلت بهما ، كما في الجعل إذا لم يقدر على الضال والآخر .

(١) انظر التهذيب (٤٢٠/٣) .

(٢) في التهذيب « كزيادة يسيرة تشترط على العامل » (٤٢١/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤٢١/٣) .

(٤) هذا ليس في التهذيب ولعله من الشارح .

(٥) المصدر نفسه (٤٢١/٣) .

وإن ذهب بعضها فإن كان الباقي مبتوعا بالبياض يقي الأمر على ما كان ، وإن بقي ما لا يكون البياض تابعا ففيه أيضا كراء المثل لبطلان التبعية .

قوله : (إن ساقاه زرعاً فيه بياض ، هو تبع له)^(١) . فهو كبياض الأصول وإن انفرد الزرع عن الأصول فلا تجوز المساقاة فيه إلا مع العجز كما تقدم .

وقال ابن نافع : تجوز مطلقاً كالأصول وإذا اجتمعا ؛ فإن استويا لم يتبع أحدهما الثاني ، وكان كل واحدٍ منهما كما لو انفرد ، وإن اختلفا فكل واحد تابع للأكثر .

قوله : (على ما اشترطا في الزرع)^(٢) . أي يساقيه بجزء مساوٍ وجزء الزرع .

قوله : (ولا ينبغي أن يشترطها العامل لنفسه)^(٢) . بخلاف البياض لأنه جاز فيه أمران ؛ أن يكون للعامل ، وأن يعمل في زرعه بجزء تبعاً للأصول .

والأصول التابعة إنما تجوز أن يعمل فيها بجزء كجزء الزرع على المذهب ، لا أن تلغى ، والفرق أن المساقاة في الأصول أصلٌ ، بخلاف الزرع فلم يكن تابعة له .

قوله : (ولا يجوز على أن ثمرتها لأحدهما)^(٢) . لأن ذلك زيادة على سنة المساقاة .

قوله : (لم يجز لأنه خطر)^(٢) . لأنه قد لا يكون فيه أول سنة شيء ، وبالعكس فيدخله الغرر .

قوله : (إلا أن يعجز عنه ربه)^(٢) . أي لهذه الصورة جاز ، وكان القياس ألا يجوز لما فيه من شبه كراء الأرض بما يخرج منه ، لأن العامل فيه كأنه زرعه ،

(١) التهذيب (٤٢١/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٢٢/٣) .



ولأن الوارد إنما هو في الثمار ، وهذا بالقياس على ذلك .

قوله : (لأنه خطر)^(١) . ولأنه كالعمل في الحائط بثمرة حائط آخر .

قوله : (وإن كان له ما يسقي به)^(١) . أي (.) العجز في الماء والسقي مع وجود الماء إلى (.) آخر .

قوله : (إذا [١/١٣٣] استقل)^(١) . أي إذا أمكن رعيه .

قوله : (وإن أسبل)^(١) . لأنه بعد لم بيد صلاحه ولا جاز بيعه .

قوله : (فلا يجوز سقيّه)^(١) . لأنه لا ضرورة إلى ذلك لصحة البيع .

قوله : (ما لم يحل بيع ثمرتها)^(١) . هذا المذهب ، ولنا قول ثانٍ أنه يجوز ؛ أخذ من قول مالك «ويجوز أن يعمل في الحائط بثمرة حائط آخر قد بدا صلاحه» وهذه إجارة ، فلذلك له أجاز سحنون المساقاة في الحائط بعد بدو صلاح ثمرته .

قوله : (ولا تجوز مساقاة القصب)^(٢) . لأنه مهما ظهر صح بيعه لإمكان رعيه ، فلا يحتاج إلى المساقاة ، وكذلك القرط والبقل لأنه يصح بيعهما إذا استقلّا فلا مساقاة فيهما ولا عجز .

وكذلك الموز لأنه عن قليل بيع إذا حمل خلقة قبل الطيب مع أن أصوله لا تبقى إلى تمام بطونه ولا يتميز بطن عن بطن بخلاف الورد والياسمين والقطن هذه تخلف مع بقاء أصولها ، ولا تباع حين خروج ثمراتها فأمكن فيها السقي .

قوله : (واشترط خلفته على ما يجوز)^(٢) . أي في عام معلوم ، ويكون ما لم يوجد من ذلك قد صح بيعه بالتبع لما وجد وصار كأنه موجود .

(١) التهذيب (٤٢٢/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤٢٣/٣) .



قوله: (كُلُّ مَا يُجَزُّ أَصْلُهُ فَيُخْلَفُ لَا تَجُوزُ مَسَاقَاتُهُ)^(١). كالقصب والبقل ، ويدخل فيه الموز لأن الأصل الواحد منها لا يُثمر مرّتين ، فكل ما تجزُّ ثمرته بذهاب أصله ويخلف فالمساقاة فيه ، وكل ما نحني ثمرته ويخلف كالورد والياسمين أو لا يخلف وأصله ثابت كالنخل ، والتين الذي يئبس أو لا يئبس ، أو غير ثابت كالزروع ، وعلة المنع صحة البيع ، فيبقى العجز أو امتناعه فيحصل العجز.



(١) التهذيب (٤٢٤/٣).

كتاب القراض

أجمعت الأمة عليه في الجملة ، وهو مستثنى من الإجارة الفاسدة^(١) ؛ لأن العمل فيه مجهولٌ والأجرة كذلك ، والأجل ، وقد يكون ربحٌ وقد لا يكون .

وإنما شرع للضرورة إذ يوجد من له مالٌ لا يدرى كيف يتصرف فيه ، ومن له معرفة بالتصرف ولا مال له ، ويندر أن يعرى من الأمرين ، والشرع إذا مَهَّدَ قاعدةً فلا تناقض بأحاديث الصور^(٢) .

قوله : (لا بالفلوس)^(٣) . فيها ثلاثة أقوال : الجوازُ بناءً على أنها صارت كالعين لأنها قيمةٌ وثمانٌ ، والمنعُ لأنها عرضٌ ويحول سوقها إذا لم تَرُج ، والكراهةُ .

قوله : (عبد الرحيم)^(٣) . قيل هو عبد الرحمن ابن القاسم ، قال سحنون : وقد أخبرني .

وقيل : غيره من أصحاب مالك^(٤) .

قوله : (يجيز شراءها بالدنانير والدراهم)^(٤) . نظرة ؛ فكذاك يجوز فيها

(١) مثل هذه العبارة في التوضيح « لا خلاف بين المسلمين في جوازه ، وهو مستثنى من الإجارة المجهولة ومن سلف جر منفعة » (٣١/٧) .

(٢) انظر هذه القاعدة عند الغزالي في شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل ، مطبعة الإرشاد ، بغداد الطبعة الأولى ١٩٧١ (ص ٦٦٨) .

(٣) التهذيب (٥١١/٣) .

(٤) لعله عبد الرحيم بن خالد بن يزيد ، أبو عبد الله مولى الجمحيين ، من كبار أصحاب مالك ، تفقه على ابن القاسم ، وارتحل إلى المدينة فأخذ عن مالك ، وهو أول من أدخل فقه مالك إلى مصر ، (ت ١٦٣ هـ) ، ترجمته في ترتيب المدارك (٣١٠/١) ، طبقات الفقهاء (١٤٩) .

التفاضل على هذا ، وبعضها ببعض نظرة ، وهذا بنى على مسألة أصولية وهي : هل منع التفاضل في الدراهم والدنانير لكونها ثمناً للأشياء وقيمةً للمتلفات فتكون الفلوس إذا راجت كذلك ، أو لكونها ذهباً وفضة فلا تكون كذلك^(١) ؟

قوله : (بنقر الذهب)^(١) . إذا كانت يبتاع بها في بلد كبغداد فيجوز ، وإذا لم يبتاع بذلك فثلاثة أقوال :

الجواز : لأن القراض قد كان قديماً في الجاهلية وفي صدر الإسلام ولم يكن هناك إلا نقد قطع من ذهب أو فضة غير مسكوكة ، لأن السكة إنما أحدثه الملوك .

والثاني : المنع لأنها تختلف قيمتها بخلاف المسكوك فتصير كالعروض .

والثالث : الكراهة .

قوله : (ولا خير في القراض بطعام أو عرض)^(٢) . لأنه لا بدّ عند قيمة الربح من إبراز رأس المال عينا ، فلو كان رأس المال عرضاً لأمكن أن تكون قيمة أخرى أكثر منها أولاً ، وبالعكس ، فيؤدى إلى أكل المال من أحدهما بالباطل ، فإن وقع فإن باعه ولم يشتر بثمنه شيئاً فله أجرٌ مثله في بيعه ، وإن عمل فله قراض المثل أو أجره البيع .

قوله : (على أن يشتري عبد فلان)^(٢) . لا فرق بين أن يدفع إليه عرضاً فيقول هذا [١٣٣/ب] رأس المال القراض أو يقول بعهُ واتخذ ثمنه رأس المال .

وأما إذا كلفه شراء عبدٍ فلان فذلك زيادة عمل شرطها على العامل يخرجُ بها القراض عن سنّته فيبطّله .

(١) التهذيب (٥١٢/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥١٣/٣) .

قوله: (ولا تدفع إليه وديعة أو ديناً)^(١). لأن ذلك سلف منك له لأنك أخذت ما يجب لك لتأخذ في مقابلتها الربح، فهو سلف جرّ نفعاً، ولذلك قال: اغتفر الزيادة بتأخير الدين، فإذا جاء بذلك ودفعه لك ثم ردّته إليه صحّ.

ويشترط في مال القراض ثلاثة شروط:

أن يكون نقداً، تحرّزا من العرض.

والثاني: أن يكون معلوماً، تحرّزا من المجهول كالنقر.

والثالث: أن يكون مسلماً، تحرّزا من الدين^(٢).

قوله: (ولا تدفع إليه سلعتك وتقول: قامت عليّ بكذا)^(٣). لأن ذلك من باب جعل رأس المال عوضاً، وفيه زيادة ويشترط على العامل في القراض في تكلف بيعها.

قوله: (ولا يجوز اشتراط عمل يد العامل في خفاف أو صناعة)^(٣). لأن في ذلك زيادةً عملٍ اشترطها على العامل ليست من عمل القراض، وقال ابن وهب: يجوز ذلك لأنه قد باع منافعه من رب المال بالربح، ومن جملة منافعه هذه، وألزم على هذا أن يجوز أن يعمل الرجل على دابّته رجلاً آخر بجزء مما يربح عليها.

قوله: (وتجوز المقارضة على النصف أو الخمس)^(٣). خلافاً لأهل الظاهر قالوا: لا تجوز إلا بالنصف فقط، لأنه الواقع في السنة فلا يتعدّى بالرخصة عن محلّها.

(١) التهذيب (٥١٣/٣).

(٢) قال ابن الحاجب «المال شرطه: نقد معين معلوم مسلم» (ص: ٤٢٣). انظر أيضاً التوضيح (٣١/٧).

(٣) التهذيب (٥١٤/٣).



وله: أنه عقد معاوضةٍ فجاز بأي جزءٍ كان .

قوله: (على أن الربح كله للعامل)^(١). كأنه وهب له حظه من الربح ، وكذلك العكس ، وتجاوز عندنا هبة المجهول والمعدوم .

قوله: (ولا ضمان)^(١). إن ضمنه المال صار قرضاً فيكون الربح كله للعامل ، لأنه قد ملكه بالتضمنين وصار في ذمته .

قوله: (فذلك النصف)^(٢). يعني أن لفظ الشركة إذا أطلق فالسابق منه المساواة .

قوله: (ثم تراضيتما بعد أن عمل)^(٣). لأن ذلك هبة للزائد ، لكن من شرط صحتها ألا يموت الواهب قبل قبض الموهوب لها ، فإن كان الواهب رب المال ومات العامل قبل أن يقتصما صحت لأن المال كله في قبض العامل ، وإن كان بالعكس ومات العامل بطلت الهبة ، لأنها هبة لم يقضها من وهبت له ، لحديث أبي بكر رضي الله عنه إذ قال لعائشة: «لو كنت قبضت الهبة قبل موته عليه السلام كانت لك»^(٤).

(١) التهذيب (٥١٤/٣).

(٢) يريد قوله «فذلك على النصف» التهذيب (٥١٥/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥١٥/٣).

(٤) الأثر رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب ، عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي ﷺ ، أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة ، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ، ولا أعز علي فقرا بعدي منك ، وإنني كنت نحلته جاد عشرين وسقاً ، فلو كنت جدديته واحتزتيه كان لك . وإنما هو اليوم مال وارث ، وإنما هما أخواك ، وأختاك ، فاقسموه على كتاب الله ، قالت عائشة ، فقلت: يا أبت ، والله لو كان كذا وكذا لتركته ، إنما هي أسماء ، فمن الأخرى؟ فقال أبو بكر: ذو بطن بنت خارجه ، أراها جارية ، كتاب الأفضية ، باب ما لا يجوز من النحل . ورواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الهبات ، جماع أبواب عطية الرجل لولده ، باب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية على الاختيار .

قوله: (لم يجز)^(١). لأنها شريكان في العمل فيجب أن اشتركا في ذلك ، ولما اختلف الجزء كان ينبغي أن يعمل صاحب السدس في ثلث المال وقد عمل في النصف ، فإن وقع ذلك فيرجع بأجر مثله في عمله في السدس على العامل ، ويرجع إلى قراض المثل ، وكذلك إذا اشترك شخصان في صناعة بجزئين مختلفين .

قوله: (قبل العمل ، ردّ المال)^(١). لأنه عقد جائز ما لم يعمل فيه .

قوله: (فالقول قول العامل)^(١). كالصانع من ادعى وحده الأ شبه الذي يشهد له العرف فالقول قوله ، لأن العرف كشاهد يترجّح به جانب من شهد له ، وإن اتفقا في الأ شبه أو عدم الأ شبه بعد العمل فالقول قول العامل لأنه مدّعى عليه ، ويتّهم ربّ المال أنه يريد أن يقلع المال من يده ، وكذلك الصانع إذا شهد له العرف فإنه مدّعى عليه ، ولأن ربّ المال قد ائتمنه .

قوله: (مائة درهم)^(٢). هذا فاسد لأنه قد يستغرق الربح ، فالقول قول مدّعي الصحة لأن عُرّف الشرع يشهد للعقد الصحيح .

وقيل: القول قول من ادعى الفساد في القراض والمساواة والصرف ، لأنّ الفساد فيها أغلب لقلة معرفة الناس بها .

قوله: (للمساكين)^(٢). هذا لازم لهما فيما بينهما وبين الله ، لا أنهما لا يجبران على ذلك [١/١٣٤] لأن المساكين غير معينين ، وفي المعين إذا طلب ذلك يقضى عليهما به .

قوله: (فيتغذى بالأفلس)^(٢). لأن هذا لا خطر له .

(١) التهذيب (٥١٥/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥١٦/٣) .



قوله: (في تجهزه لسفره)^(١). لأنه ما لم يخرج من البلد فهو مقيم.

قوله: (كانت نفقته في سفره من المال)^(٢). الأموال على ثلاثة أضرب:

كثير كآلف دينار؛ ففيه النفقة والكسوة، إلا أن يكون السفر قريباً فلا كسوة.

وقليل كعشرة دنانير؛ فلا نفقة ولا كسوة.

ومتوسطة كمائة؛ ففيه النفقة دون الكسوة.

وإذا أنفق فيأخذ منه جميع نفقته. وقال عبد الوهاب: له من النفقة بقدر ما يزيد بنفقته في السفر علينا في الحضر. وقال بعضهم: ليس خلافاً بل إذا كان يتعيش في بلده من صناعة يده لأن سفره يمنعه من ذلك فهذا يأخذ من المال كل نفقته.

أما إذا كان له خراج أو تجارة يعيش منه فهذا يأخذ من المال قدر الزائد لأن سفره لم يمنعه عملاً كان يعمل، والمذهب الإطلاقي كما تقدم.

قوله: (إلا أن يكون فيها بموضع إقامة)^(٣). لأن إقامته هناك في حكم السفر.

قوله: (إلا أن يوطنها)^(٤). لأنها صارت مواضع إقامته بالاستيطان وإن لم يكن له بها أهل.

قوله: (فخرج به إلى بلد له به أهل فلا نفقة له)^(٤). لأن سفره إنما هو من أجل أهله لا من أجل المال.

(١) التهذيب (٥١٦/٣).

(٢) في التهذيب «كانت نفقته من المال في طعامه» (٥١٧/٣).

(٣) في التهذيب «إلا أن يكون مقيماً بموضع إقامة» (٥١٧/٣).

(٤) المصدر نفسه (٥١٧/٣).

وقال أشهب: له النفقة، لأنه مسافر بالمال مع ذلك، وقال بعضهم ليس بخلاف، وإنما هو أراد أشهب إذا سافر في غير وقت يسافر فيه إلى أهله في عادته فيعلم أن سفره في ذلك الوقت لأجل المال.

قوله: (لا نفقة لحاج ولا غاز)^(١). يعني إن قصد الحج أو الغزو، وقال بعدُ فيمن خرج لحاجة بمال القراض فله النفقة منه؛ فأخذ من كل مسألة قول ثانٍ في الأخرى، وأنه إنما قال ذلك في الحج والغزو؛ لأنه اتهمهم أن يكونوا أولاً قصدوا الحج والغزو ولولاهما ما أخذوا القراض، وقيل: الفرق أنه في الحج والغزو خرجَ لِمَشْيٍ لا ينوبُ عنه فيه سواه ولا يغزوا بعد الإحرام وبعد الحصول في بلاد العدو إن رجع، بخلاف الحاجة فإن غيره ينوب فيها عنه.

قوله: (ومن تجهز لسفر بمال)^(١). هذا إنما كان غرضه أولاً أن يسافر بالمال الأول فيرد علينا إشكالاً ألا ينفق من المال الثاني شيئاً كما في الحج والغزو.

قوله: (بالحصص)^(١). هذا المذهب أن يفيض على المالكين النفقة على أقدارهما سواء أخذهما في وقت أو وقتين، كما أن النفقة الأب على ولديه بالنظر إلى حالهما وهو المذهب، وقيل بالسواء في الموضعين لاشتراكهما في سبب البنوة، ومال القراض، وقيل في الأولاد بحسب الميراث فيجب على البنت ثلث ما على الابن، وإن كان المالكين قليلاً وكثيراً أخذهما في وقت فذلك، وإن كان القليل أولاً فضعف عليهما أيضاً بقدرهما، وقيل من الثاني لأن لصاحب الأول أن يقول: لو علمت أنك تأخذ الثاني لكان الجزء أقل.

قوله: (أن يفيض النفقة على قدر قيمتها في سفره)^(٢). أي ينظر كم ينفق في

(١) التهذيب (٥١٨/٣).

(٢) في التهذيب «على مبلغ قيمة نفقته في سفره» (٥١٨/٣).

سفره لتلك الحاجة ويجعل ذلك كرأس مال آخر .

قوله: (فإن هلك المال لم يلزم رب المال شيء)^(١). لأنه أنفق ليأخذ منه لا من رب المال، إذ لم يقم عنه بواجب كما لو أنفق على عبد آبق لغيره أو دابة بذلك في عينها فإن هلكت فلا شيء له لأنه كان له ألا ينفق، ويرجع أمرها إلى الحاكم .

قوله: (ولا يكون بالكراء شريكا في السلع)^(١). لأنه ليست له عين قائمة بخلاف ما له عين بالصنع فما أنفق في هذا يكون سلفاً لرب المال فإن دفعه إليه رب المال بقي على قراضه، إلا أن هذا زائد على المال الأول لا يجب على العامل أن يعمل فيه وحده إلا بأجرة .

قوله: (كان شريكا بما ودي)^(٢). اعترض [١٣٤/ب] عليه لأن في ذلك أخذ قراض ثان من رب المال بعد العمل في الأول وخلطه مع الأول، وذلك لا يجوز لأنه يؤدي إلى أن يعمل في مال ليأخذ الربح من غيره، وذلك غير جائز .

كما لا يجوز في المساقاة أن يعمل في حائط ويأخذ من غيره ويتهم رب المال أنه استغل ما اشترى العامل من السلع فدفع له مالا آخر ليرخصها به، أما لو ترك المالكين منفصلين لجاز؛ فاعتذر عنه بأن ذلك لم يكن هنا بقصد من رب المال، ولكنه لما اضطر العامل إلى النفقة على المال لزم رب المال أن يؤديه له، أو يتركه شريكا في المال .

قوله: (قال غيره)^(٣). خالف ابن القاسم في ثلاثة^(٤):

(١) التهذيب (٥١٩/٣).

(٢) كذا، وفي التهذيب «فإذا دفع إليه رب المال ما أدى وكان على قراضه وإلا كان العامل شريكاً له بما أدى من ماله، لأن هذا عين قائمة بخلاف الكراء» (٥١٩/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥١٩/٣).

(٤) انظر هذه المواضع نفسها في الذخيرة (٦٣/٦ - ٦٤).

أحدها قوله: (قيمة الصبغ)^(١). وابن القاسم قال: يدفع له ما أنفق في الصبغ.

وقوله: (لم يكن الصبغ على القراض)^(١). أي لما فيه من المحذور المتقدم.

قوله: (عند الشراء)^(١). أي هذا يجوز اتفاقا، لأنه قبل العمل في المال الأول فكأنه مع الأول في وقت واحد، لما أراد العامل شراء السلعة كلها قصر رأس المال عنها فزاد من عنده فيها رغبة، وإذا لم يكن ما يعطيه على القراض فيكون العمل من الزائد على رب المال، أو يأتي بعامل آخر يستأجره ويكونان شريكين في العمل لا في رأس المال.

قوله: (وإن تضمنه)^(٢). هذا الموضع الثاني، لأنه تعدى بذلك.

قوله: (كان شريكا في الثياب بقيمة الصبغ)^(٢). أي ويكون على القراض أيضا للمحذور المتقدم، وهذا [هذا]^(٣) الموضع الثالث؛ فإذا ربح قسم الربح على المالكين فما قابل قيمة الصبغ للعامل، وما قابل المال الأول بينهما على شرطهما.

قوله: (ولا يزكي)^(٤). المعتبر في الزكاة كون رب المال من أهلها، وإلا فلا زكاة.

والمذهب أن زكاة المال كله إذا انفصلا على ربه إذا حصل له من الربح مع رأس المال نصاباً فأكثر ولا شيء منه على العامل، وإن أصاب في حظه من الربح نصاباً، لأن المشهور أنه يملك بالنضوض فلم يملك ذلك إلا بعد وجوب الزكاة على رب المال في الجميع، وكأن العامل أجير على العمل في المال، ولا يلزم على هذا أن تكون أجرته في الذمة لأنهما لم يدخل على ذلك، وقد قيل:

(١) التهذيب (٥٩١/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٢٠/٣).

(٣) كذا، ولعله تكرار.

(٤) التهذيب (٥٢٠/٣).

يملك بالظهور وهو إذا اشترى السلعة وظهر فيها ربحٌ .

وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ رَبَّ الْمَالِ الزَّكَاةَ عَلَى حِظِّ الْعَامِلِ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَهُ قَبْلَ النَّضْوِضِ ، وَيَلْزَمُ عَلَى الظَّهْوَرِ أَنْ يَكُونَ الْعَامِلُ شَرِيكَاً لِرَبِّ الْمَالِ فِي السَّلْعَةِ وَهُوَ بَاطِلٌ .

قوله: (وإن أقام بيده أحوالاً)^(١) . إن كان بقاءه في سلعة واحدة تم لما باعها اقتسما وجبت زكاةٌ واحدةٌ حينئذٍ ، وإن باعه ثم اشترى سلعة أخرى ولو مرة واحدة فحكمه كالمدبر يزكي لكل عامٍ ، فيجب عليه أن يعلم كم كان في كل عام ويخرج عنه .

قوله: (كان قد تمّ لهذا التسعة عشر دينار حَوَّلَ عند رب المال فلا زكاة عليهما)^(٢) . لأنه إنما تجب لرب المال من الربح مع رأس المال أقل من نصاب ، وإنما الخلاف المتقدم إذا صار له في حظه نصابٌ ، إلا أَنَّهُ يَرِدُ الإشْكَالُ بهذه على القول بأن العامل إنما يملك بالنضوض ، وهو الذي يفرع عليه غالباً ، وإنما الظهور إنما استخرج من مسألةٍ ؛ وهي إذا اشترى العامل بمال القراض جارية قال : لا يجوز لرب المال أن يطأها ، لأن حق العامل قد تعلق بها ، ولم يلزم العامل زكاة في حظه من الظهور لأنه مِلْكٌ غير مستقر ، لأنه بصدد أن تحوّل الأسواق فلا يربح شيئاً .

قوله: (لأن الفائدة الأولى)^(٣) . يعني التي هي أقل من نصاب .

قوله: (أو العاشر)^(٣) . سُمِّيَ بذلك لأنه يأخذ أعشار أموال المسلمين ظلماً

(١) التهذيب (٣/٥٢٠) .

(٢) يريد قوله «وإن أخذ تسعة عشر ديناراً فعمل بها شهراً فكان تمام حول رب المال ، ثم افترقا وقد ربحا ديناراً فلا زكاة عليهم» التهذيب (٣/٥٢٠) .

(٣) المصدر نفسه (٣/٥٢١) .



وهو المكاس ، لأنه ينقص المال .

قوله : (لم يضمن)^(١) . لأنه أمينٌ .

قوله : (يجبر بما ربح فيه)^(١) . [١/١٣٥] أصل المال أن يبقى الحكم كما لو كان الذهاب باقيا ليس للعامل من الربح شيء حتى يجبر ، وهذا من غرر القراض الذي دخلا عليه .

قوله : (فهو أبداً على القراض الأول)^(١) . أي لا يصير الباقي رأس مال ويلغى ما ذهب وإن اتفقا على ذلك بالقول أو بإحضار المال وقبض ربّه له ثم رده للعامل في المجلس حتى يغيب عليه ربه ، وإلا فهو في حكم ما هو عند العامل فلا يجوز لأنه يتهم أن يكون قد أثلفه ، فيكون تأخير رب المال سلفاً يجزئ نفعاً للربح .

وكذلك لو عمل في رأس المال ثم اقتسما الربح وأراد نقل القراض إلى جزء غير الأول فلا ينتقل بقولهما حتى يقبضه ربّه ويبقى عنده أياً ما ثم يُعيده ، وهذا قول ابن القاسم وأصحاب مالك كلهم يخالفونه في ذلك ويقولون إنه ينتقل بالقول ولا حاجة إلى قبض رب المال له ، واتفقوا على أنه إذا كان له عليه ديناً فأتاه به فقبضه منه ثم رده إليه في سلم أنّ ذلك لا يجوز لأن ذلك القبض كلاً قبض ، فهو دينٌ في دينٍ .

قوله : (وليس ما استهلك العامل منه)^(١) . لأن هذا وإن بقي معتبراً في الضم إلى المال وقسمة الربح بعد كماله كالأول ، إلا أنه لا ربح لهذا يخصّه . مثاله : أن يسلف العامل نصف المال أو يُثلفه والجميع مائة تبقى خمسون ، فيتجر فيها فتصير مائة ، فهذا الربح مخصوص بالخمسين الباقية فيه بنصفها للعامل والنصف لرب المال ، إلا أنه إن كان على العامل ديون تستغرق ماله حاص رب المال الغرماء

(١) التهذيب (٥٢١/٣) .

في خمسة وعشرين بالخمسين التي له عنده هذا المذهب.

ولنا قول ثانٍ أنه يختص عن الغرماء بالخمسة وعشرين لأن العامل لا يكون له من الربح شيء حتى يحضر جميع المال، وإن لم يكن عليه دين فإن رب المال يأخذها عن بعض ماله عنده ويتبعه بباقي الخصمين.

قوله: (ثم أكل منها مائة ثم تجر في المائة الباقية فربح مائة)^(١). فرأس المال الذي له الربح مائة، والربح بنصفين للعامل خمسون وعليه مائة له نصفها، لأن المائة التي عنده كانت ربها، فإن لم يكن عليه دين أخذ رب المال نصف الربح الثاني فيما له عليه وإن كان عليه ديون حاصّة بذلك.

قوله: (فلم يبق إلا المائة التي في ذمته)^(٢). لا قراض في هذه ولا ربح، لأنه قد صارت المائة مضمونة على العامل، والقراض غير مضمون.

قوله: (وجنى عليه رب المال جناية نقصت من قيمته مائة وخمسين)^(٣). مثل أن يقطع يده فلا يُقال إنه لما أذهبت الجناية قدر ماله من الربح ورأس المال قد قبض ذلك لأنه لم يتحاسب بعد ويتفاصلا، فتبقى المائة والخمسون ديناً على رب المال، بمعنى لاحظ لها من الربح ولكن تضاف إلى المال، ولا يكون للعامل ربح حتى يتم المال الأول، فيأخذ حظه من الربح ويحاسبه بما عنده، ويحاصّر غرماءه إن كان عليه دين.

قوله: (ثم ضاع المال)^(٣). إن أعاده رب المال لم يضمن الضائع إليه بخلاف ما يضيع بعضه لأنّ هذا يجب عليه حين خسارته، وإذا ذهب كله صار

(١) في التهذيب «فربح مالا» (٥٢١/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٢١/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥٢٢/٣).



كأنه لم يكن إذ لم يثق منه شيء يراعى تكميله .

قوله: (خير ربها فإن أبى لزم العامل الثمرة)^(١) . لأنه إنما أذن له في العمل في مال معين ، لا فيأن يشتري له على ذمته .

ونظيره إذا وكل رجلا ودفع له مالا ليشتري له سلعة ، فلما اشتراها وهم بدفع الثمن وجده قد ضاع فلا يلزم الموكل أن يدفع له شيئا آخر لأنه إنما وكله على الشراء بذلك المعين ، بخلاف إذا لم يدفع له الثمن بل قال: اشتر لي كذا ، فهذا يلزمه أبداً دفع الثمن إليه وإن تلف مراراً ، لأنه إنما أمره أن يشتري على ذمته .

وقال المغيرة في الموضوعين: يلزمه أن يدفع له الثمن أبداً ، لأنه لم يدخل الوكيل على أن يدفع من عند نفسه شيئاً ؛ قال: [١٣٥/ب] وكذلك في القراض يلزم رب المال أن يدفع له الثمن لأن الشراء كان له وبإذنه ، فلو دفع للعامل مائة فاشترى بها سلعة فضاع منها خمسون خيّر رب المال ؛ فإن دفعها له كان قراضاً ثانياً لا يخلط بالأول لئلا يؤدي إلى العمل في مال والآخر من غيره ويذهب بذلك سنة القراض والمال الأول مائة ، فلو باع السلعة بمائة وخمسين قسم هذا الثمن على المالين بنصفين يجب للمائة الأولى خمسة وسبعون لا يكون للعامل فيها شيء ، لأنه لم يتم رأس هذا المال بعد ، ويجب للثاني خمسة وسبعون للعامل ويجب خمسة وعشرون منها للعامل اثنتا عشر ونصف ، ولو باع بمائتين كمل الأول وكان للعامل من ربح الثاني خمسة وعشرون ، ولو باع بمائتين وعشرين كان للعامل من ربح الأول خمسة ، وإن أبى أن يدفع ذلك رب المال لزم العامل وكان شريكاً له في السلعة .

قوله: (فلا شيء على رب المال)^(١) . لما تقدّم ، ويغرم العامل ثم السلعة .

(١) التهذيب (٥٢٢/٣) .

قوله: (وإذا خاف العامل على مال القراض)^(١). يعني أن يكون للعامل مال آخر فيخاف إن اشترى بمال القراض أولاً أن يقع الرخص بعد في جنس تلك السلعة أو بالعكس، فالأولى هنا أن يخلط المالين ويجعل الشراء بهما واحداً، لأنه أن قدم نفسه ثم على ذلك اتهم أنه حابى نفسه فلا يخرجه من ذلك إلا خلط المالين.

قوله: (ويكون ما اشترى بها من السلع على القراض وعلى ما نقد)^(١). أي يقسمه بين المالين ويقسم الربح بينهما.

قوله: (إذا خلطهما بغير شرط)^(١). أي إن شرط رب المال عليه أن يخلط بمال القراض مالا من عنده كان القراض فاسداً، لأنه اقترنت به زيادة أخرجته عن سنته، أما إذا لم يشترط ذلك صح للعامل الخلط حنيئذ.

قوله: (ولا يجوز للعامل أن يشارك بمال القراض أحدا)^(١). لأن رب المال إنما رضي بأمانته، لا بأمانة غيره.

قوله: (فإن فعل ضمن)^(١). أي إن طرأت خسارة ضمها.

قوله: (عاملاً آخر لرب المال)^(١). لأنه إنما أمّنه رب المال على مال خاص، وكذلك إذا أودع عند شخص شيئاً فإنما ائتمنه على ذلك خاصة لا على غيره، فالعامل بفعل ذلك يضمن إن طرأ نقص.

قوله: (ولا بيع أحدهما من الآخر بيعاً يحاييه فيه)^(١). أي أحد العاملين من الآخر، وإن كان المالان لشخص واحد فإن وقع ذلك فلا تخلوا أن يربحا معاً في تلك السلعة أو يخسرا، أو يربح أحدهما.

(١) التهذيب (٥٢٣/٣).

فإن ربحاً فلا كلام لرب لمال لأنه لم يتلف عليه شيئاً ، وإن خسر فكذا ، لأن المحابي يقول : لو لم أبعهما منه كنتُ أخسرُ فيها ما خسر ، وإن ربح المحابي وحده فكذا ، لأنه يقول : لو أمسكتُها خسرتُ ، وفي العكس يضمن قدر النقص .
قوله : (وإن كان في المال فضل)^(١) . أي وإن ظهر فيه ربح تعلق به حقه فإن ذلك غير ثابتٍ ، إذ قد يخسر فيجبر الخسارة بذلك الفضل .

والبضاعة أن تدفع لرجل مالاً على أن يشتري لك سلعة ولك الربحُ وحدك ، وإنما هو رسول لك .

قوله : (فإن فعل ضمن)^(١) . لأنه أمين من توثق به عندك .

قوله : (ما لم يأخذه على ذلك)^(١) . أي إن اشترط في العقد أن يبضع منه لم يجزُ ، لأنها زيادة في القراض تخرجه عن حكمه .

قوله : (واشترط معونته)^(٢) . لأنه يجوز في المال الكثير أن يشترط على رب المال عبداً له بعينه ، لأن ذلك يسير ؛ أي فلا يجوز أن يبضع هذا العبد لأنه لم يَأْتِمْهُ سيده على ذلك ، وإن اشترط عليه أن يبيع بالنقد لم يضر ، لأن هذا لازم وإن لم يذكر فهو اشتراط مالاً بَدَّ منه ، بخلاف أن يشترط البيع بالدين فهذا يفسد القراض .

قوله : (إلا لعذر كالمودع)^(٢) . لأنه إذا خاف على المال الضياع وجب عليه أن يدفعه لِأَمِينٍ عنده ولا يضمنُ إن تلف .

قوله : (وكذلك المساقاة)^(٢) . في هذا قولان :

(١) التهذيب (٥٢٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٢٤/٣) .

أحدهما: أن العامل الثاني رجع [١/١٣٦] على الأول بمثل سدس الثمرة لأن نصف الثمرة لربّ الحائط ، والثاني أنه يرجع بأجرة المثل بما يقابل السدس ، وهو الجاري على الأصول ؛ لأنه إنما خرج عن يده منافعُ فله أجرة المثل .

قوله: (ولو كانت ثمانون ديناراً)^(١) . قد تقدم في المساقاة أن العامل إذا أخذ على جزء كالثالث ودفع على أكثر أو أقل كالسدس فالربح له ، لأنها عقدٌ لازم والعمل في ذمته يباع فيه موجوده ، فربح على ضمانه .

وأما في القراض فالربح يكون لرب المال لأنه غير حائز ولا يضمن العامل فيه شيئاً ، ولما دفع العامل بعض المال إلى عامل آخر لم يعلم بأن المال لغيره وربح فيه ، كان العامل الأول متعدياً بذلك وكان لرب المال أن يأخذ من المائة ثمانين رأس ماله ثم نصف الربح ، ويبتع العامل الثاني للأول بتمام واجبه من الربح لتعديّه وهذا المذهب ، لم يفصل فيه بين أن يذهب بعض المال بتعدي العامل أولاً .

وأما أشهب فقال: لا يخلو أن يتلف بعض المال بتعدّي أو بأمرٍ من الله ؛ فإن كان بتعدّي فهو في ضمانه ويأخذ العامل الثاني نصف الربح بعمله فيه ، ويبقى لربّ المال سبعون ويبتع العامل الأول بأربعين ، وإن تلفت بأمر من الله فلا يضمن شيئاً لكن يتبعه رب المال بعشرين تمام تسعين لأنه متعدّد بدفع القراض إلى غيره .

قوله: (ضمن)^(٢) . لتعديّه بدفع المال إلى غير من ائتمنه .

قوله: (جاز ذلك في حظ رب المال)^(٢) . هذا إن باعها العامل بثمن من جنس رأس المال لأنه يكون ذلك نضوضاً وتأخير رب المال بمنزلة قبضه ذلك من المال ، وإن لم يكن من جنسه فللعامل منعه من التأخير لأنه قد فوض له النظر

(١) في التهذيب «ثمانين» (٣/٥٢٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٥٢٥) .

في المال بما يرى .

قوله: (فإن توى حظ رب المال)^(١) . أي بعد أن قبض العامل حصته من الربح ثم تلف عنده الباقي فلا ضمان عليه لأنه أمين .

قوله: (وأخذه)^(١) . قال سحنون: ينبغي ألا يجوز بمجرد الإذن الأول ، لأن في ذلك استحد منه واعتذر للموهوب بأنه قد أذن له في التصرف في ماله وكان أجر القراض لو عاين الكسب صح أيضا .

قوله: (ولا يضمنه)^(١) . كالحرث سواء .

قوله: (إن لم يكن الأول كثيراً)^(١) . أما إذا أخرج مع ذلك مالا آخر فهل يضمن لرب المال الأول الربح الذي كان يربح فيه لولا اشتغاله بالثاني أولا ؟ قولان .

قوله: (أو أجره للخدمة إن كان له مثل العبد)^(٢) . أي إن كان له أجر ، مثل جواز ذلك للعبد فيبقى على إجارته الأولى مع ذلك ، وقال سحنون: لا يجوز ذلك في الأجير لأنه لا يقدر مع القراض على بقاء الإجارة الأولى فيكون فيه فسخ منافع في منافع .

قوله: (وللمكاتب أن يبضع)^(٣) . ربح البضاعة لربها ، بخلاف السفينة ربحها للرسول .

قوله: (ولا أحب مقارضة من يستحل الحرام)^(٣) . لأنه يبايع بالربا .

ولو قارض ذمي ذمياً فاشترى خمرا ثم أسلم رب المال أريق حظه من الخمر

(١) التهذيب (٥٢٥/٣) .

(٢) في التهذيب «أو أجيره للخدمة إن كان له مثل العبد» (٥٢٦/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٢٦/٣) .

عليه ، لأنه بالاستلام خرجت عن ملكه .

ولو قارض المسلم ذميا فإما أن ينهأ عن شراء الخمر ونحوها من المحرم أو يُطلق ، فإن نهأ فاشترى ضمن الذمي ، وإن أطلق له فهل يضمن لأنه دخل على قراض المسلمين ، أو لا لأنه أطلق له فظن أن يفعل ما يصح في دينه ؟ قولان :
فإن قلت لا يضمن فإن تحقق أنه اشترى ذلك وجب عليه أن يتصدق بماله ذلك ، وإن شك تصدق بربحه فقط .

وكذا في الذمية يتزوجها مسلم قولان : هل يمنعها من الكنسية وشرب الخمر والخنزير لأنها دخلت على حكم الإسلام أو لا يمنعها لأنه دينها وقد دخل الزوج عليه ؟ وهذا الثاني المذهب .

قوله : (وأكره للمسلم)^(١) . لأن الكافر يعلو عليه [١٣٦/ب] .

قوله : (ولا باس أن يدفع المسلم كرمه)^(١) . وقد دفع النبي ﷺ خير مساقاة إلى اليهود على أن يعمل بكل مائة على حدة لأنه يكثر الغرر وقد يكون الربح في أحدهما .

قوله : (ويكون العامل أجيرا)^(١) . إذا فسد القراض فقليل يرجع إلى أجره المثل مطلقا لأنه الأصل وقيل إلى قراض المثل ، إلا في موضعين :

أحدهما أن يكون إلى أجل ، الثاني أن يضمنه العامل ؛ لأنه في هذين لم يجر بحقيقة القراض ، بخلاف ما إذا اشترط عليه أن يتصرف في شيء خاص أو ألجأه إلى أمر فإنه يشبه الأجير حينئذ .

قوله : (مائة على النصف ومائة على الثلث ويعمل بكل مائة على حدة)^(١) .

(١) التهذيب (٥٢٧/٣) .

أما إن كان الجزء واحدا فجائز أن يعمل في كل واحدة على حدة ، وأما إذا اختلف الجزء ولم يخلطها فلا يجوز لأنه قد يغتفر أحدهما للثاني فيعمل في أحدهما ليأخذ من الآخر ، وأما إن خلطهما صح لأن الجزء يصير واحدا ، فإن ربح فيها مائة كان له نصف نصفها وثلث نصفها فيقسم الربح بينهما على اثنتي عشر للعامل خمسة ولرب المال سبعة ، وذلك أن النصف من اثنين والثلث من ثلاثة وضرب أحدهما من الآخر بستة ، فهذه في مقابلة الربح فنصفها يقسم على ثلاثة ونصفها الثاني لا يقسم على اثنين فتضربها في ستة باثني عشرن للعامل نصف نصفها وثلث نصفها .
قوله: (على أن لرب المال درهما من الربح)^(١) . هذا فاسد لأنه قد لا يربح سوى درهم .

قوله: (لأن السلف زيادة)^(٢) . أي يخرج القراض بها عن سنته وهو ضعيف لإخراجه عن سنته فأقل شيء يضاف إليه يفسد .

قوله: (ولا ضمان عليه)^(٢) . لأنه يبقى قراضا لانه لم يختل كثير خلل ، وأما إذا رجع إلى أجرة المثل فهي في ذمة رب المال على المذهب ، وقال أبو حنيفة هي من الربح لم يدخل إلا على أن يأخذ من الربح .

قوله: (على أن يعمل معه رب المال)^(٢) . لأنه بذلك لم يأت منه فيخرج القراض عن حكمه .

فإن عمل معه بغير شرط ؛ فإن كثر العمل كره ، واليسير مغتفر .

قوله: (وللعامل رده)^(٣) . لأن التصرف قد صار له في المال دون ربه .

(١) التهذيب (٥٢٧/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٢٨/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٢٩/٣) .

قوله: (أن يعينه بعبده)^(١). أي إذا كان المال كثيرا.

قوله: (في المال خاصة). أي في التصرف في رفع الأثقال ونحوها، لا في بيع سلعة وشرائها.

قوله: (لم يجز في الغلام)^(٢). لأن يده كيد سيده، بخلاف الدابة.

قوله: (ولا يصلح لرب المال)^(٣). أي لا يجوز لأن تلك زيادة زادها على العامل، بخلاف عمل رب المال معه بغير شرط هذا من باب المعروف.

قوله: (فلا خير فيه)^(٣). لأنه حجر عليه التصرف فخرج عن سنة القراض، ولذلك أنكره مالك فقال: أئعطيه المال ويقوده كما يقود البعير^(٣)؟

قوله: (ألا يشتري إلا أن يبلغ ذلك الموضع)^(٣). أي إن أباح له أن يشتري في غير ذلك الموضع صح على أن اشتري هو وتنقد أنت، فمهما لم يأت منه على المال فسد القراض، لأنه خرج عن سنته.

قوله: (ليضره في التجارة)^(٤). هذه زيادة زادها رب المال على العامل يختص به وليست داخلة في القراض ومختصة به فيفسد بها ويرجع إلى أجره المثل، بخلاف ما لو كانت الزيادة داخلة في القراض ومختصة به ولا يختص بها أحدهما، كقوله: بع بالنسيئة، أو: لا تتبع إلا سلعة كذا، فهذا يفسد ويرجع إلى قراض المثل لأنه بالشرط لم يناف القراض.

قوله: (فلم يعمل حتى زدته مالا آخر)^(٥). لأنه ما لم يعمل على أصل

(١) التهذيب (٥٢٩/٣).

(٢) التهذيب «لم يجزه عبد العزيز في الغلام» (٥٢٩/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥٢٩/٣).

(٤) كذا، وفي التهذيب «ليضره التجارة» (٥٣٠/٣).

(٥) المصدر نفسه (٥٣٠/٣).

الجواز فما زاده مع الأول كمال واحد .

قوله: (إذا لم يخلطهما)^(١) . لأنه قد يربح في أحدهما دون الثاني فيكون عمله في أحدهما مجانا ، وإذا أخطلها صار جزء الربح معلوما في الجميع ، فلم يعمل في أحدهما ليأخذ من الآخر .

قوله: (لم يعجبني)^(٢) . لأنه قد يخسر الثاني [١/١٣٧] فيجبره بربح الأول ويذهب عمله الأول باطلا ولا اعتبار بأن تكون فيه السلعة مثل رأس المال فإن الأسواق قد تحول فيؤدي إلى ذلك ، وقد ينقض ثمن السلعة فيرخصها بالثاني ، بخلاف ما إذا لم يخلطهما فلا يجبر أحدهما بالأخذ فيجوز . ولأنه مع اختلاف الجزء يتهم إن كان لم يعمل في الأول أن زاد أحدهما الثاني رغبة فيه ، ولولا ذلك ما تمسك العامل بالمال لأن العقد قبل العمل جائز .

قوله: (لا أقل ولا أكثر)^(٢) . لأنه لما نض صار العقد جائزا فيتهم رب المال أن زاده في الجزء أنه أراد إبقاء المال بيده وهو نفع كالسلف بنفع ، ويتهم العامل إن نقص من الجزء أن يخاف من أخذ المال منه .

قوله: (وفيه ربح أو وضعية)^(٢) . أما في الوضعية فيجبرها من الثاني إذا خطلها وفي الربح لما تقدم ، وقال الغير: يجوز أخذه لمال آخر مطلقاً بثلاثة شروط: أحدها أن ينض المال الأول ، والثاني أن يكون فيه ربح ، والثالث ألا يخلطا .

قوله: (على ألا بيع إلا بالنسيئة)^(٣) . هذا قراض فاسد ، لأنه حجر عليه فإذا باع بالنقد لم يجز لأنه غير ما أمر به ، فيكون مع ذلك متعديا كما قال الغير ، وإذا

(١) التهذيب (٣/٥٣٠) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٥٣١) .

(٣) كذا ، وفي التهذيب «على أن يبيع بالنسيئة» (٣/٥٣٢) .

كان متعدياً بذلك في العقد غير الفاسد فكذلك في الفاسد لو أمره أن يبيع له سلعة بنسيئة فباعها بنقد، فإن كانت باقية خير في إجازة البيع أو ردّه، وإن فاتت عند المبتاع ضمن العامل قيمتها بالنسيئة، لأن ذلك أكثر من النقد.

ولو أمره بالنقد فباع بالنسيئة؛ خير أيضاً في إجازة البيع أو ردّه، فإن فاتت لم يجز أن يضمّنهُ قيمتها نقداً لأن في ذلك أن يدفع الوكيل ثمناً ليأخذ أكثر منه إلى أجل، ولكنه يباع ذلك الرهين فإن كان ثمنه مثل قيمتها نقداً أو أكثر كان له، وإن كان أقل اتّبعهُ بما بينهما.

قوله: (فله فيما ربح قراض مثله)^(١). لم يجعل له أجره المثل لئلا تكون الأجرة أكثر من الربح فيصل بتعديه إلى مقصوده، وضمّنه الوضعية مخافة أن يتعدى العامل في القراض بمثل ذلك، فإذا علموا بهذا لم يتعدوا.

قوله: (إلا أن يكون موجوداً)^(٢). وصح لأن جنس البزّ أنواع كثيرة، بخلاف لو قال: هذا الصنف الخاص منه، فهذا لا يجوز لأنه تعجز عليه.

قوله: (ولا يبيع البزّ بعرض سواه)^(٢). أي هذا الذي شرط عليه ألا يشتري إلا البزّ، لأنه إن باعه بعرض فقد باعَ البزّ وابتاع ذلك العرض فخرج عن الشرط.

قوله: (ألا ينزل به وادياً)^(٢). لأن ذلك مما يحفظ المال فصح اشتراطه.

قوله: (فهو متعدّد)^(٢). لا فرق بين أن يشترط ذلك عليه في العقد أو بعده قبل العمل لأنه بعدُ جائز.

قوله: (ولك تركها)^(٢). لأنه لم يفسد القراض؛ لأنه لحق مخلوق، فإن

(١) التهذيب (٥٣٢/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٣٣/٣).

شاء ترك حقه .

قوله: (كان الربح بينكما)^(١) . ولا يرجع إلى أجرة المثل لأنها قد تكون أكثر من الربح .

قوله: (فإن كان معه عين فأنت أحق بها منهم)^(٢) . لأنه عين مالك ، ولا يحص التضمين في العين ، بخلاف السلع أنت مخير في أخذها ويبرأ من قبلك ، وإسلامها فتكون له ، ويضرب مع الغرماء فيها .

ويعني بالشركة: أن تكون القسمة أكثر من رأس المال ، فلك أخذ بعضها .

قوله: (لم يضمن)^(٢) . لأنه غرر بالخروج وسلم ، فصار كمن لم يخرج .
قوله: (ضمنها إن تلفت)^(٢) . لتعدييه .

قوله: (ثم رد ذلك مكانه)^(٢) . هذا على المذهب ، وقيل: يضمن مطلقا رد أو لم يرُد ، وقيل أن يضمن إن لم يرُد بسنة .

قوله: (وللعامل أن يتجر بالمال في الحضر والسفر)^(٢) . لأن ذلك كله مما ينمي المال إذا لم يكن غرر بالسفر ، فعند الإطلاق يجوز له الأمران .

ولنا قول ثان: أنه عند الإطلاق لا يسافر إلا بإذن رب المال لأن المسافر ومتاعه [١٣٧/ب] على فلت إلا ما وقى الله .

قوله: (في أرض مصر)^(٢) . هي من إسكندرية إلى باب أسوان ، والفسطاط مصر فقط .

قوله: (فليس له أن ينهاء عن السفر إذا أشغل المال)^(٢) . لأنه يقول لا أربح

(١) التهذيب (٥٣٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٣٤/٣) .

فيه إلا بالسفر ، ولو علمت أنك تمنعني ما عملت فيه .

قوله: (ولو هلك رب المال بعد تجهزه للسفر)^(١) . لم يكن للورثة منعه لأنه كان له ذلك في حياة موروثهم ، وإذا دخلوا على ذلك وقد تعلق حق العامل بالمال فله السفر به ، إلا أن يشهد بأن قيمته في البلد كقيمته في السفر فإنه لا يخرج به .

قوله: (على أن يجلس به في حانوت)^(٢) . هذا كله يحجر عليه فيرجع إلى أجرة المثل لأنه على المذهب متى شرط أحدهما زيادة في القراض لا تختص به وجعلها لنفسه أو حجر العمل على العامل فإنه يرجع إلى أجرة المثل ، وإلا فهو على قراض المثل كالشرط للضمان أو جعله إلى أجل .

وإذا رجع إلى أجرة المثل فالمذهب أنها تكون في ذمة رب المال سواء خسر العامل أو ربح .

وقال ابن حبيب: لا تكون إلا من الربح ، لأنهما دخلا على أن يأخذ من الربح . ولنا قول: أن له الأقل من أجرة المثل ، وحظه من الربح فقط .

قوله: (وليس وجودها بمأمون)^(٢) . أي فإن كان مأمونا صح ، لأن مراده بسلعة كذا: جنسها ، ولو أراد سلعة معينة لم يجز .

قوله: (أو على أن يزرع) . لأنه قصد على بعض ما يكون فيه الربح .

قوله: (ولو علم رب المال أنه يجلس في حانوت)^(٢) . أي هذا جائز إذا لم يكن بشرط لأنه لم يحجر عليه ، وكذلك إذا كان العرف بالسفر إلى جهة واحدة كاليمين فيجوز لأنه لم يكن بشرط .

(١) التهذيب (٣/٥٣٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٥٣٥) .

قوله: (ولو زرع العامل من غير شرط جاز)^(١). لأنه مما يثمر به المال ، وكذلك أخذه النخل مساقاةً ؛ إلا أن هذا يرجع إلى عرف البلد ، لأنّ العرف كالشرط ، فإن لم يكن عرف المقارض أن يعمل ذلك كما في مصر اليوم لم يجر له ذلك .

قوله: (حتى ابتاع أخرى على القراض)^(٢). أي أخذها على ذمته ليكون مع الأول قراضاً ، فهذا ممنوع لأنه يتهم أن يكون رب المال لم يدفع له المال إلا بشرط هذا وأخفيا الشرط ، وفيه من الفساد أن يضمن العامل ويأخذ ربّ المال ربح ما ضمن ، ولو كان ذلك مختصاً بالعامل وربحه صحّوكون شريكاً به ، فما قابله من الربح له ، وما قابل الأول فبينهما .

قوله: (قوّمت المائة المؤجلة بالنقد)^(٢). وقيل: بل تقوّم السلعة ويكون شريكاً بقيمتها ، وهو أحسن من المذهب لأنّ ثمن السلعة بعيد عن الأصل .

قوله: (فأخذ من رجل قراضاً ونقده فيها ، لم يحبّ ذلك)^(٢). لأنه يتهم أن يكون غالباً يرمى فيها هذا الرجل .

قوله: (فلا خير فيه)^(٢). لأنه لما صار الثمن في ذمة العامل سأل من هذا أن يدفعه عنه ليكون قراضاً فأشبه ذلك ما إذا أسلفه ليعمل فيه فيكون في ضمانه ، ويكون الربح بينهما ، لأنه سلف جرّ نفعاً .

قوله: (فحطّ من الثمن أكثر من قيمة العيب)^(٣). ينبغي أبداً أن يكون تصرفُ العامل على وجه النظر وعدم المجابة ، وإلا ضمن .

قوله: (فرضيه ربّ المال)^(٣). أما إن كان فيه ربح فالأمر للعامل ، لأنه قد

(١) التهذيب (٥٣٥/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٣٦/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٣٧/٣) .

تعلّق له حق فيه ، وإن لم يكن فيه ربح فلربّ المال ذلك ، ويكون تفاعلا بينهما ، وكأن الثمن نصّ لأن العامل يخاف إن أخذه أن ينقض الثمن فيجبره بالربح ، فإذا قال رب المال: أسقطه عنكما تخاف فدعه ورح .

قوله: (فاحتال بالثمن ضمن)^(١) . لأنه باع بدين وخرج من ذمته إلى ذمة ، لاسيما أن كان الثاني معدما .

قوله: (فجحد البائع في دفع الثمن قبل قبض السلعة)^(٢) . أي قال بائعها: ما بيني وبينك معاملة ، فيضمن لأنه فرط في دفع الثمن من دون بينة ، وكذلك الوكيل على شراء سلعة معينة أو غير معينة يدفع ثمنها للبائع قبل قبضها فيجحد ، [١/١٣٨] فإنه يضمن لأنه تعدّى في تصرفه .

قوله: (وإن علم بقبض البائع الثمن بإقراره)^(٣) . أي وإن علم الموكل بأنه دفع إليه الثمن فإن أقر البائع للموكل بذلك لأن هذا الإقرار لا فائدة له ، أي لا تقبل شهادة الموكل بذلك لأن الشراء له فيضمن الوكيل وإن علم صدقه ، ويحل له أخذه منه مع ذلك ، لأنه فرط وجنى على نفسه .

قوله: (إلا أن يدفع الوكيل الثمن بحضرة رب المال ، فلا يضمن)^(٣) . لأنه هنا شاهد دفع الوكيل والعامل للثمن قبل قبض السلعة ودون بينة وسكت على ذلك ، فهو راض بما فعله ، وهو في الحقيقة المشتري فسقط الضمان عن الوكيل .

قوله: (فعليك غرمه ثانية)^(٣) . لأنك إنما أمرته أن يشتري لك على ذمتك ، فليزمه أن يغرم له ولو تلف مرارا .

(١) في التهذيب «فاحتال بالثمن على مليء أو معدم إلى أجل ضمن» (٥٣٨/٣) .

(٢) في التهذيب «وإذا دفع العامل ثمن سلعة بغير بينة ، فجحد البائع وحبس السلعة» (٥٣٨/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٣٨/٣) .



ووجه القول الثاني أن رب المال إنما قال بهذا العدد لا بأكثر منه ، وقد يكون ليس له إلا ذلك ، وأما إذا دفع له ثمننا معينا وقال : اشتريت بهذا وتلف ، فلا يغرمه له ثانيا على المذهب ، لأنه إنما وكله على أن يشتري بهذا الخاص فقط .

وقال المغيرة : يضمن له ثانيا وثالثا ، لأن الدراهم لا تتعين فشراؤه إنما هو على الذمة كالأول .

قوله : (وأكره أن يشتري العامل من رب المال سلعة)^(١) . لأنه يتهمان أنهما أرادا أولا أن يكون رأس المال تلك السلعة ، فاحتالا بذلك فدفع له مالا ثم رد إليه .

قوله : (وإن صح ذلك بينهما)^(١) . أي إن لم يقصدا ذلك الظاهر أولا فقد توصل بذلك غيرهما إلى الممنوع بهذه الصورة ، فكان الوجه منعها سدا للذريعة .

قوله : (فإن كان فيهم فضل وهو موسر عتق عليه علم أو لم يعلم)^(٢) . لأنه قد ملك جزءا من أبيه أو ولده فيعتق عليه وقوم الباقي عليه .

قوله : (وغرم لرب المال رأس ماله وحصته من الربح)^(٣) . لأنه أتلف عليه قيمتهم ، وقيل : إنما يغرم له الثمن الذي اشتراهم به ، لأنه الذي أتلف عليه .

وهذا كما إذا أمره بابتياح سلعة ودفع له الثمن فدفعه إلى البائع دون بينة ولا قبض فجحده ؛ فهل يغرم للموكل الثمن الذي دفع له لأنه الذي تعدى فيه ، أو قيمة السلعة لأنها التي تعدى فيها ؟

قوله : (وإن لم يكن فيهم فضل لم يعتقوا)^(٣) . لأنه لم يملك منهم شيئا ،

(١) التهذيب (٥٣٩/٣) .

(٢) في بعض النسخ «فإن كان فيه فضل وهو مليء عتقوا عليه» التهذيب (٥٣٩/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٣٩/٣) .

وقيل: يعتق عليه لأنه اشتراه بمالٍ له فيه التصرف فأشبهه ماله ، إذ كان له فيه شبهة التصرف .

قوله: (بيع منها لرب المال من رأس ماله)^(١). إن أدّى بيع البعض إلى ألا يساوي رأس المال بيع الكل ، وما وجب للعامل لم يجز له تملكه بل يجعله في عتق رقبة .

ولنا قول ضعيف: أنه يعتق عليه هنا أن علم ويتبع ، وهو بناء على ما إذا اشترى عبدا فأعتقه ولا مال له فالمذهب أنه لا يفسد العتق لأن الزمن مقارن وهو كالمقدم على العتق .

وقيل: يعتق بناء على أن الدين إنما وجب من أجل البيع ، فهو متأخر في الرتبة فصح العتق ، وهو ضعيف .

فالحاصل أنه إذا كان موسرا وفي السلعة ربح فإنه يعتق علم أو لم يعلم ، وإن لم يكن ربح وهو موسر وعلم أو لم يعلم ؛ فإنه يعتق عليه فقولا ن .

فوجه القول بالعتق القياس على الوصي والأب يشتري من مال محجوره عبدا فيعتقه ، لأن له شبهة التصرف فكأنه ماله ، وكأنه التزم ثمنه .

ولو كان معسرا ولا ربح وعلم ؛ فعلى المذهب لا يعتق ، وعلى القول الضعيف يعتق ويتبع ، وإن لم يعلم فلا عتق .

قوله: (عتق على الابن)^(٢). لأنه قد ملكه كما لو اشتراه هو ولم يعلم أنه أباه^(٣) .

(١) التهذيب (٥٣٩/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٤٠/٣) .

(٣) كذا في المتن .

قوله: (وإن علم العامل)^(١). فهذا متعدّد، وكأنّه التزم عتقه عن ابنه فيكون الولاء للابن، ويغرم العامل ثمنه للابن من دون ربح لأنه [١٣٨/ب] لا يجوز له أن يربح في أبيه شيئاً، ولو كان العامل معسراً فلا شيء عليه.

ومن أعتق أبا رجلٍ له عليه دينٌ لم يكن له أن يطالبه به لأن ذلك يؤدي إلى إبطال عتق أبيه.

قوله: (ضمن قيمتها)^(١). وقيل: يضمن ثمنها، لأنه الذي تعدّى عليه، وقيل: الأكثر منها، وإن لم تحمل وهو موسر لزمته القيمة لئلا يؤدي إلى عارية الفروج، ولا يحدّ لأن له شبهة التصرف في المال، ولا خلاف أن ولده حرٌّ.

قوله: (جاز)^(١). لأن له التصرف في المال، فجاز كالأب والوصي.

قوله: (وعتق حصة العامل)^(١). إن كان بيع البعض يؤدي إلى النقص من رأس المال بيع الكلّ ولم يجز للعامل أن يملك حصته.

قوله: (فالقول قول العافي)^(١). لأن ذلك ينمي المال، وقد تعلق للعامل به حق، وليس في القصاص فائدة.

قوله: (فقيمة العبد في القراض)^(١). أي تؤخذ من السيد وتزاد على القراض.

قوله: (لم يجز لرب المال أن يبتاعها)^(٢). هذا من بيوع الآجال لأن يد العامل كيدرب المال، فكأنّه الذي باعها إلى أجل فلا يجوز أن يشتريها بأقل من ذلك نقداً لأنه سلف جرّ نفعاً؛ يدفع قليلاً ليأخذ أكثر منه إلى أجلٍ.

(١) التهذيب (٥٤٠/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٤١/٣).

قوله: (هو بيدي وديعة أو قراض)^(١). فقد ادعى العامل الأمانة ، وادّعى ربُّ المالِ الضمان ، فوجه المذهب أن وَضَعَ اليَدِ على مال الغير يقتضي الضمان ، فهذا يشهد لرب المال ، والعامل يدعي سقوط الضمان .

وقال أشهب: إن كان تصرف فيه دَلَّ على القراض ، وإلا فالقول قولُ العامل لأنَّ الأصل براءة الذمة ، وإذا احتمل واحتمل بقينا مع الأصل .

قوله: (قراض ، وقال رب المال بضاعة)^(٢). فقد اتفقا على الأمانة إلا أن البضاعة وهي تسمى الرسالة رِبْحُهَا لربها ، بخلاف القراض .

فوجه المذهب أن الأصل بقاء ذلك لربه ، والعامل مدعى عليه .

ووجهُ قولِ سحنونٍ أن التصرف في المال الغير لا يكون مجانا مع أن الاستبضاع قد يكون بأجرة ، كما أن القراض قد يكون كُلُّ ربحِهِ لربِّ المال ، لكن غالب الربح فيه أن يكون بينهما ، فكان له الأقل من الأجرة وما يدّعي من الربح .

قوله: (فإن نكل رب المال صدق العامل)^(٣). لأنه ترجّح جانبه ، كما أنه إذا كان مما لا يستعمل نفسه في القراض كالشاهد لرب المال ، فيقبل قوله وإن لم يحلف .

قوله: (أَوَدَعْتُكَ ، وقال العامل أخذته قراضا)^(٤). اتفقا على الأمانة ، إلا أن العامل يتهم لما تعدى وتصرف في الوديعة وخسر فلزِمَهُ الضمانُ أن يدفع بدعواه القراض عن نفسه الضمان فهو ممنوع .

(١) التهذيب (٥٤١/٣).

(٢) يريد قوله «وإن قال العامل قراضا ، وقال رب المال بل أبضعتك لتعمل به» التهذيب (٥٤١/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥٤١/٣).

(٤) المصدر نفسه (٥٤٢/٣).

قوله: (قراض ، وقال العامل قرض)^(١) . فقد ادعى العامل الضمان ، ورب المال الأمانة ، فيتهم أنه إنما فعل ذلك لربح كان في المال .

قوله: (وقال ربه أَلْفَانِ ، فالقول للعامل)^(١) . لأنه أمينه ، ويطعنهم رب المال أنه يريد الاختصاص بكل الربح .

قوله: (فادع رب المال أنه نهاه)^(١) . صدق العامل لأنه أمين ، ولأن الأصل في القراض عدم النهي وإطلاق الإذن .

قوله: (صدق رب المال ما دام في المال ربح)^(١) . أي ما لم يقتسما الربح ويتفاصلا ، لأنه مهما بقي من مال القراض بيد العامل شيء فالعامل مدع أبداً لنفسه والأصل خلافه ، فإن قال تلف فهو أمين عليه فلا ضمان فإن قسما الربح فرغت الأمانة وصار رب المال هو المدعي والعامل مصدق في رد المال لأنه قبضه بغير بينة .

قوله: (صدق ، ربح أو خسر)^(١) . لأنه أمين .

قوله: (ورجع بها في المال)^(١) . أي لا في الذمة ، لأنه إنما أنفق على ذلك المال ، فإن تلف لم يكن له شيء .

قوله: (ولو ادعى ذلك بعد القسمة لم يصدق)^(١) . المذهب أنه إن بعد وقت الدعوى من القسمة لم يصدق ، وإن قرب صدق كما (٠) (٢) [١/١٣٩] القسمة .

قوله: (ما لم يعمل به العامل)^(٣) . لأنه يصير عقدا لازما ، وكذلك إن ظعن لسفر به قد تعلق له حق فيه .

(١) التهذيب (٥٤٢/٣) .

(٢) موضع كلمة مطموس الأول ، ولعله: [قَبْلَ] ، والله أعلم .

(٣) المصدر نفسه (٥٤٢/٣) .

قوله: (وأنا أنفق عليك)^(١). أي أدفع له^(٢) قدر ما أنفقت في سفرك وآخر.

قوله: (لم يكن لرب المال أن يجبره على بيعها)^(٣). لأن حقه قد تعلق في ربحها.

قوله: (فتعدى)^(٤). لأنه متى نهاه قبل الشغل فهو جائز.

قوله: (بخلاف الذي نهاه رب المال عن شراء سلعة)^(٤). أي لا يفسد القراض هنا بل يخير رب المال في الإجازة أو التضمين ، والقراض على صحته.

قوله: (فلربه أن يجبره على التقاضي)^(٤). لأنه دخل على ذلك ، سواء ربح أو لا ، إلا أن يرضى رب المال بإسقاط ذلك عنه ويدفع له حظه من الربح ، وإن لم يدفع له حظه لم يجز ؛ لأن فيه أنه باع منه عمله في المال بجزء من الربح مجهول في الحال .

قوله: (وأراد رب المال أخذه بما يساوي)^(٤). أي يكون تفاصلا أولا فهو جائز كالأجنبي .

قوله: (قل لورثته تقاضوا الدين)^(٤). كان ينبغي أن يفسخ ذلك بموته لأنه معين كالأجير المعين وهذا إذا عمل بعض المدة فإن الإجازة تفسخ ، لكن الفرق أن الأجير المعين له من الأجرة بقدر ما عمل وليس ذلك في ورثة العامل ، فيبقى القراض ليتوصل الورثة إلى حق ما عمل موروثهم .

قوله: (لا ربح لهم)^(٥). فإن أتى بعامل آخر كان الربح كله له ، وفيه قول

(١) التهذيب (٥٤٢/٣).

(٢) كذا في المتن .

(٣) التهذيب (٥٤٢/٣).

(٤) المصدر نفسه (٥٤٣/٣).

(٥) المصدر نفسه (٥٤٤/٣).

بأن للورثة بقدر عمل موروثهم من هذا الربح ، وهو تخريج فيما إذا استأجره على حفر بئر في غير أرضه فعمل البعض وترك ، وأتى رب البئر بعامل آخر فأتَمَّهَا فالأجرة هنا بين الحافرين بقدر عملهما ، قيل : فإذا كان بعض الأجرة هنا للأول الذي ترك العمل اختياراً ، فَلَأَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي الْقَرَضِ مِنْ بَابِ الْأُولَى لِأَنَّهُ تَرَكَ الْعَمَلَ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارٍ .

قوله : (أَنْ كَانَ الْمَالُ عَيْنًا)^(١) . لأنه نضوضٌ ، فيصير كما لو لم يشرع في العمل .

قوله : (فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ)^(١) . المذهب هنا التفصيل بين أن يعلم فيبطل تصرفه ويضمن ، وبين ألا يعلم فيصح تصرفه .

وفيهما قولان آخران : أحدهما أنه يبطل تصرفه مطلقاً لأن المال قد انتقل إلى الورثة ، والعمد والخطأ في أموال الناس سواء . والثاني نقله ابن المنذر وهو ضعيف ؛ أن يصح تصرفه مطلقاً ، وأما أن عزله الموكل فتصرف بعد العزل وبعد العلم أو قبله ، ففيها أيضاً الثلاثة الأقوال ، إلا أن المذهب هنا أنه يصح تصرفه مطلقاً .

والفرق أن هنا تصرف في مال من أذن له في التصرف ، وفي الموت تصرف في مال من لم يأذن له في التصرف .

قوله : (فَذَلِكَ فِي مَالِهِ)^(١) . لأنه فرط بكونه لم يُوصَ ولم يُشهد بذلك ، فيصير كسائر الديون يحاص بها ربها الغرماء .

وقال أشهب : لا يضمن لأنه أمينه ولم تزل أمانته بموته ، ويحتمل أن يتلف ، وإلا والأصل الأمانة وبراءة الذمة .

(١) التهذيب (٣/٥٤٤) .

كتاب الشركة

أصلها من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ﴾ [الكهف: ١٩] ، لأن غالب أمر الناس الاشتراك في المأكول ، وفيه أيضا دليل على الوكالة .

وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَخَالَطُوهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠] قال المفسرون: أي أن تخالطوا اليتامى في النفقة ، وهو خطاب للأوصياء .
ومن السنة قول النبي ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شُرَكَاءَ لَهُ»^(١) ، وأنه: حكم ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم^(٢) .

إلا أن الشركة في هذين قد تكون اضطرارية مثل أن يموت عن ملك أو عبد فيورث عنه ، ولا دليل في الاضطرار على الجواز اختيارا .

فالدليل من السنة أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه^(٣) ، إلا في الشركة والتولية . ولا خلاف في جوازها بالأموال التي من جنس واحد لأنه الواقع .

وهي خارجة عن الأصول لأن ذلك بيع ، ومن شرط [١٣٩/ب] الذهب بالذهب والورق بالورق المناجزة وأن يتفرقا وقد تفاعلا ، وهنا يوكل واحد منهما على العوض والمعوّض ، إلا أنه رخص في ذلك قصد التعاون ، وفي الجنسين خلاف

(١) الحديث رواه مسلم في صحيحه ، «عن ابن عمر ، قال: قال رسول الله ﷺ: من أعتق شركا له في عبد ، فكان له مال يبلغ ثمن العبد ، قوم عليه قيمة العدل ، فأعطى شركاءه حصصهم ، وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق» . كتاب الأيمان ، باب من أعتق شركا له في عبد .

(٢) الحديث تقدم تخريجه في أول كتاب الشفعة .

(٣) الحديث تقدم تخريجه في كتاب السلم الثالث .

كالذهب والورق لأنه يزيد في ذلك صرف غير ناجز ، لكن مبنى الخلاف: هل يقاس على الرخص ؛ لأن علة الجواز في الجنس الواحد إنما كانت للرفق والعون وذلك موجود في الجنسين ، أو لا يقاس على الرخص ولا يتعدى بها محلها؟ وفي العروض البيع بالقيمة لأن كل واحد يُقَوِّم عرضه ، فإن تساوت القيمتان باع نصف عرضه بنصف عرضه صاحبه .

قوله: (أو على عمل الأبدان)^(١) . خلافا للشافعي ، قال: لأن الوارد من ذلك إنما هو في المال وهو رخصة فلا يُقاس عليها ، ولنا الاشتراك في الغنمة بالعمل في القتال ، ولأن المعاونة حاصلة كما في المال .

قوله: (إذا كانت صنعة واحدة)^(١) . لأنه إذا اختلف العمل والمكان لم تحصل المعاونة .

وأجاز أبو حنيفة ذلك مع اختلاف الصنائع .

قوله: (فأما بالذم فلا تجوز)^(١) . لأن الضمان معروف فلا يصح بجعل ، لأنه من أكل المال بالباطل ، كما لا يجوز السلف بجعل . والجامع المعروف لأنه ما ضمن عنه إلا لمكان الربح ، وذلك من أكل المال بالباطل .

قوله: (تفاوضاه)^(١) . أي أن الشركة ضربان:

مفاوضة: وذلك أن يتَّحدا في كل شيء .

وشركة عنان: وهي التي في شيء خاص كالرقيق .

وروي عن ملك: لا أعرف شركة العنان ، يعني هذه التسمية ، أي في الشرع ، وإلا فهي في اللغة موجودة ، ولم يُنكر أصلها ، وفي اشتقاقها قولان:

(١) التهذيب (٥٤٦/٣) .

أحدهما: مِنْ عَنِّ ؛ إذا ظهر ،

والثاني: المساواة من عَنان الدّابة .

قوله: (بمال قليل)^(١). أي الشركة على الذمم قد يكون فيها مال ومع ذلك لا تجوز ، لأن العقد اشتمل على حلال وحرام فامتنع كُله .

قوله: (إلا أن يجتمعا في شراء سلعة معينة)^(١). إنما جاز هذا لأنهما اشترياهما أولاً ووقعت الشركة بنفس الشراء ، ثم بعد العقد يقع الضمان فقد وقعت الشركة صحيحة ، بخلاف ما تقدم وقعت الشركة فاسدةً يتقدم الضمان أولاً فإن وقع الضمان هنا في العقد فقولان:

المنع ، للضمان بجُعِل .

والجواز ، نظرا إلى المعين ، لأن المعين لا ينتقل إلى الذمة فقد زال المانع من الضمان بجُعِل .

قوله: (على أن يتقبل عليه المتاع)^(١). أي يأخذ على ذمته ، ويبيع الآخر فهذا لا يجوز لأن كل واحد انفرد بجعل مخالفاً لعمل الآخر بالشرط ، ولو لم يكن ذلك بشرط مع الاتفاق في أصل العقد جاز ، وإن كان الربح للذي يأخذ المتاع على ذمته وللعامل أجره مثله ، ولا بد في شركة الأبدان من المال إلا أنه تابع ، وفي شركة المال من العمل إلا أنه تابع ، ومع ذلك فلا يجوز اختصاص أحدهما بشيء من العمل وإن كان تابعا .

قوله: (إلا أن يكون عملهما واحداً)^(١). كما أن الأموال يشترط في الشركة فيها خلط المالين حسا أو حُكماً ، وفي غير المذهب اشتراطُ الخلط حساً ، فكذا إذا كان رأس مالهما عملُ أبدانِهِمَا فلا بد من الخلط حُكماً ، وذلك لا

يتأتى إلا أن تكون الصنعة واحدة، وأما إذا اختلفت فلا يتصور الاختلاط الحكمي في ذلك فيزول التعاون المقصود بالشركة وهو حِكْمَتُهَا، ولأنه قد يؤدي إلى أكل المال بالباطل لأنه قد أخذهما بأكثر من الآخر، وقد ينفرد بالعمل، فكما أنه لو جعل أحدهما مائة والآخر خمسين وشرطا القسم بنصفين لم يجز ما فيه من أكل المال بالباطل المنهي عن بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

وكذلك إذا كانا في حانوتين متباعدين لا يجوز، لأنه بمنزلة لو عملا منفردين ثم اقتسما الربح، وذلك لا يجوز لما فيه [١/١٤٠] من أكل المال بالباطل، ولأنه لا يحصل بذلك التعاون الذي هو حكمة الشركة، إلا أن تكون الحانوتان قريبتين وكل واحد منهما يعمل في أيهما شاء من غير حجر بينهما كالحانوت الواحد.

قوله: (وهذا لا بد منه)^(١). يعني أنه لو كان ذلك بالشرط لم يَجُزْ، لكنه لما كان غير مقصودٍ جاز، ولا يَسْلَمُ عقد من أن يكون فيه غررٌ لكنه غير مقصود، وإنما نهى عن الغرر المقصود.

قوله: (أو حانوتين)^(٢). يعني متباعدين.

قوله: (وعليه ثلث الضياع)^(٢). يعني أن ما ضاع عند العامل من المتاع ضِمَنَهُ.

قوله: (أخرجاه بينهما بالسوية)^(٢). أي على قدر شركتها في العمل؛ يعني أنه قد يكون في شركة الأبدان غالبا مالٌ فيكون تابعا، فينبغي أن يستويا فيه أيضا بقدر شركتهما، فإن كان يسيراً جداً واختلفا فيه؛ فإن كان يغير شرطٍ جاز، وإن كان بشرطٍ لم يَجُزْ. وإن كثر يمتنع الاختلاف فيه مطلقاً، ويرجع في القليل

(١) التهذيب (٥٤٦/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٤٧/٣).

والكثير إلى العرف .

وكذلك لا تخلوا شركة المال من العمل ويكون تابعا ؛ فما قل منه جاز فيه الاختلاف من غير شرط وإلا امتنع لأن ذلك زيادة شرطها أحدهما على الآخر ، فتخرج بذلك الشركة عن سُنَّتِها .

قوله : (على أن العمل عليهما)^(١) . أي بالشرط .

قوله : (لأحدهما الحانوت وللآخر الأداة)^(١) . معنى هذا أن كل واحد منهما أخرج منافع نفسه ومنافع حانوته وأداته واشتركا على ذلك ، فإذا استوت المنافع من الجهتين جاز ، والذي يجب لكل واحد من الربح هو ما يُقَابِلُ منفعه لا ما يقابل منافع صاحبه لو كان ذلك قد أجر صاحبه بما يقابل أجره منافع ذلك باطل ، لأن الإجارة لا تكون بغير أقل ، ولا يكون جعلاً لأن الأجرة فيه معلومة .

قوله : (أو أتى رجلٌ بدابةٍ والآخرُ برحاً)^(١) . يريد في غير مسألة القصارين ، لأن الرحا لا يحتاج في القسارة .

قوله : (إذا كانت أجارتهما مختلفة)^(١) . يعني لو استؤجر كل واحد كانت أجرته مثل أجره الثاني فحينئذ تستوي المنافع ، فإذا اختلفت إيجارتهما فكأنه أخذ نصف ما أخرج بأجرة نصف ما أخرج الثاني وذلك غير معلوم ، كما لا يجوز أن يجمعَا سلعتيهما في البيع لمشتري^(٢) واحد إذا اختلفتا لأنه بثمن مجهول ، وإن تساوتا جاز للعلم بما لكل واحدة .

قوله : (إن تطاول)^(٣) . أي زاد على صاحبه بذلك .

(١) التهذيب (٥٤٧/٣)

(٢) كذا في المتن ، ولعل الصواب : لمشتري واحد .

(٣) التهذيب (٥٤٨/٣) .



قوله: (حتى يستويا في ملكهما)^(١). أي في رقبتهما أو في منافعهما.

قوله: (فلا يجوز)^(٢). يحافظُ في هذا أبداً على امتناع كراء الأرض بما يخرج منها، فمهما سلمت الصور من أن تكون الأرض في مقابلة البدر جازت إلا أن أحسنها أن يكونوا شركاء في الأرض والعمل والبدر حتى يستؤوا في الربح والخسارة، فإن ضاع شيء من البدر أو مات شيء من الدواب ضمناء، وأما إن كانت الأرض من عند أحدهما والزريعة من الثاني والعمل بينهما لم يجز، لكراء الأرض بما تُنبِت.

ولو كانت الأرض من عند أحدهما والعمل من الثاني والزريعة بينهما فقليل: لا يجوز لاختلافهما إذا تلف شيء من الحيوان فيضمن أحدهما دون الآخر وحكم الشركة المساواة، وقيل: يجوز مراعاةً لحصول المساواة الآن، والتلف والموت خلاف الغالب فلا يلتفت، وقد سَلِمَا من كراء الأرض بما تُنبِت.

قوله: (كأرض المغرب)^(٢). يعني أنها لكثرتها لا بال لها فيجوز أن تكون من عند أحدهما وتلغا ويشتركان في العمل والبدر، وهذه صورة أخرى جائزة.

قوله: (واختلف عن ملك في [١٤٠/ب] الشركة في الحرث). لفظٌ مشكِلٌ لأنه لا خلاف في هذه الشركة، إنما الخلاف في سنيتها.

قوله: (وجهلوا أنه لا يجوز)^(٣). يعني أنهم حال العقد لم يعلموا بتساوي المنافع فوق العقد جائزا لما فيه من الجهل كما تقدّم، فإن اطلع على ذلك قبل الشروع فسخ، فإن وقع كما لو جمعا سلعتيهما في البيع بثمن واحد لا يعلمان

(١) في التهذيب «حتى يشتركا في ملكها» (٥٤٨/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٤٨/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥٤٩/٣).

تساويهما وهما متمثلان في نفس الأمر ، ثم إن كان في نفس الأمر تساوي المنافع مَضَى .

قوله: (لأن كل واحدٍ أكرى متاعه بمتاع صاحبه)^(١). أي كل واحد أخرج ثلثي منافع ماله ليأخذ ثلثي منافع ما أخرج صاحبه وثلث ما أخرج الآخر فصار له ثلث جميع المنافع ليأخذ ثلث الربح .

وكذلك الشريكان في شيء لا بد أن يملك أحدهما قدر ما أخرج مما أخرج صاحبه .

قوله: (لو كان ذلك لأحدهم)^(١). أي لو تساؤوا في المنافع بالكراء لا يملك الرقاب صحَّ .

قوله: (قسم المال بينهم أثلاثاً)^(١). هذا فسخ للشركة لما فاتت ، لأنه لم يمضها بما وقعت به ، لأن فيها إجارة لأجل مجهول وبثمن مجهول ، فأجازها على التراجع لما زاد على اعتدال ، ولأن هذه الإجارة تابعة لعمل أيديهما ، ورُبَّ عقدٍ لو انفرد لم يجرُ ثم يجوزُ بالتبعية ، فيبقى البحث في هذه المسألة هل أجرة الرّحى والبيت والدابة تابعٌ أو متبوعٌ؟ وفيه نظرٌ. وإن أرادوا الاستدامة أنشؤوا شركة صحيحة من الآن .

قوله: (وإن لم يصيبوا شيئاً)^(١). لأنه لما زالت الشركة صار ذلك في ذمة كل واحد منهم كالإجارة ، وصفة التراجع أن يكون كراء الرّحى درهمين وكراء البيت ثلاثة دراهم وكراء الدابة درهما ، فقد تساؤوا في درهمين درهمين ، ثم يتبع صاحب البيت كل واحد من صاحبه بما ينوبه من درهمين إذا قضت على ثلاثة ، وذلك ثلثا درهمٍ ويتبعُ صاحبُ الدرهمين صاحبه بثلثي درهم ، فالواجب على كل واحد بالأصل درهمان ، فينبغي ألا يؤخذ من صاحب الرّحى شيء ، وأن يؤخذ

(١) التهذيب (٥٤٩/٣) .

من صاحب الدابة درهم يأخذه صاحب البيت ، وإنما فائدة ذلك في العسر كيف يتبع كل واحد صاحبه .

قوله: (أن العمل على رب البغل)^(١) . هذه أيضا شركة فاسدة لأن العمل الذي هو رأس المال من أحدهما ، ولا رأس مال للباقيين فيرجع إلى إجارة المثل في البيت والرحى ، وللعامل الربح والوضيعة ، وهي بمنزلة قوله: ادفع لي دابتك أعمل لي ولك نصف الكسب ، في أنها شركة فاسدة ترجع إلى الإجارة ، ولكن للعامل هنا أجرة عمله والكسب كله لرب الدابة ، وفيما تقدم: الكسب لرب الدابة وهو العامل ، وأجرة المثل لرب البيت والرحى .

قوله: (لأن هذا أمر جائز)^(١) . يعني أنهما دخلا على ذلك ، إذ لا بد من المرض اليسير ، والمغيب القليل .

قوله: (إلا ما تفاحش)^(١) . هذا إن كان بالشرط أفسد الشركة ، فإن لم يكن بشرط فإن وقع عمل الصحيح فإن شاء دفع إلى صاحبه حظه تبرعاً وإلا استتاب عنه من يعمل معه بأجرة هذا العمل ، ويكون للمريض نصف أجرة العمل الأصل ، إذ قد يكون أقل أو أكثر فيكون له الزائد وعليه النقض .

قوله: (وما تفرد به أحدهما)^(١) . أي كل ما انفرد به فيما مضى فهو له لأنه قد فسدت الشركة وما عملا معا بينهما على قدر عملهما كغير الشريكين ، ولما كانت يد الشريك هي كيد صاحبه كان ما تقبل أحدهما بمنزلة ما تقبله معاً ، يجب عليهما معا عمله وضمائه إن تلف .

قوله: (وكذلك الأطباء إذا كان ثمن ما يشتري به الدواء بينهما)^(٢) . يريد

(١) التهذيب (٣/٥٥٠) .

(٢) في التهذيب «ثمن ما يشترون» (٣/٥٥٠) .

أن شركة الأبدان لا بد معها من مال يكون تابعاً، فلا يجوز استبداد أحدهما به على الشرط، ولو كان أحدهما جرائحيا والثاني طبائعيا اختلف العمل [١/١٤١] فلم تجز الشركة.

قوله: (ولا تجوز شركة الحمالين على رؤوسهما أو دوابها لافتراقهما)^(١). أي لا بد أن يستوي الشريكان في عملهما، ولذلك إذا اختص أحدهما ببعض الصنعة، والثاني ببعضها على الشرط لم يجز؛ كالطبيب يقعد في الدكان والثاني يمشي إلى الديار، وكذلك المعلم الأعمى مع البصير في تعليمهم الصبيان لأن الأعمى لا يكتب، فالعرف يقضي أنه يشترط ألا يكتب، وإن لم يذكر ذلك فامتنع. قوله: (إلا أن يجتمعا في حمل شيء بعينه)^(٢). كخشبة بينهما أو صبرة واحدة صح إلى موضع واحد.

قوله: (وإن جمعا دابتيهما على أن يكرياهما ممن أصابا، والكرء بينهما لم يعجبني)^(٢). أي لا يجوز إذ قد ينفرد أحدهما عن الثاني بالعمل ولا بد من اتفاقهما.

قوله: (ومن استأجر نصف دابة من رجل)^(٣). أي تكون منافعتها بينهما. قوله: (فأما إن اشتركا ليحتطبا أو يجمعا ثمار البرية ويحملها على رقابهما أو دوابهما، فأما من موضع واحد فجائز، ولا يجوز أن يفترقا)^(٣). لأن باجتماعهما يحصل التعاون، ولو كانت بركة الماء لا يدخلها إلا واحد صح الاشتراك إذا كان الآخر حاضرا معه، إذا عيا هذا عمل الآخر.

(١) في التهذيب «على رؤوسهم ودوابهم لافتراقهم» (٣/٥٥٠).

(٢) المصدر نفسه (٣/٥٥٠).

(٣) المصدر نفسه (٣/٥٥١).

قوله: (ولا يجوز أن يشتركا على أن يصيدا ببازيهما أو كليهما إلا أن يملكا رقابهما أو يكون الكلبان طلبهما واحداً لا يفرقان)^(١). أي في موضع واحد.

قوله: (فإن عملاً في المعدن معاً فأدركا نيلاً كان بينهما، قلت: فمن مات منهما بعد إدراكه النيل لم يورث حظه)^(٢). هذا المذهب أثبت ما أدركا من النيل قبل قبضه، لأن المعدن لا يملك إلا بالإقطاع، ولا يورث عمن أقطعه لأنه مال للمسلمين، فلما استخرج هذان اللذان أقطعه شركين هذا النيل ولم يقضاه لم يورث عمن مات منهما.

وقال أشهب، وهو قول عن مالك: يورث عنه لأن السلطان قد ملكه هذا النيل وقد عمل فيه.

قوله: (وكره ملك الطلب في قبور الجاهلية وبيوتهم)^(٣). قيل: لأنه قد يكون فيها قبر [نبي]^(٤).

وقيل: لأن ترابهما نجس.

وقيل: لئلا يجدوه على حالة حسنة فيفتنون بذلك.

قوله: (واستحب غسل ترابهم)^(٥). يعني وإن كان تراباً لأنه لا يتعين كونه نجساً، وإن احتمل فالأصل الطهارة.

قوله: (أو على أحدهما)^(٦). إن كان يسيراً فيصح إلغاؤه كالأرض التي لا

(١) التهذيب (٥٥١/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٥١/٣ - ٥٥٢).

(٣) المصدر نفسه (٥٥٢/٣).

(٤) ما بين المعقوفين مطموس، ولعل ما أثبتته هو المراد، انظر الذخيرة (٧٠/٣)، التهذيب (٤٣٦/٣). والتوضيح (٢٦٩/٢).

(٥) في التهذيب «واستخف غسل ترابهم» (٥٥٢/٣).

(٦) المصدر نفسه (٥٥٢/٣).



بال لها ، وإنما شأنها أن تمنح .

قوله: (وإن اكتريا أرضا من أجنبي جاز أن يخرج أحدهما البذر). لأنهما سلّما من كراء الأرض بما تنبت .

قوله: (على أن متولي العمل يكرم الأرض)^(١). صوابه يكرّب الأرض بالباء ، أي: يحرثها ، لم يجر لأن عمّله نقد للكرّاء فلا يجوز إلا في المأمونة الرّئي .

قوله: (ويقضى بالزّرع لصاحب الأرض)^(٢). وجهه أنه أكرى أرضه منهما كراء فاسداً ، فهو كمن باع طعاماً بيعاً فاسداً وقبضه وأتلفه بالزّرع فعليه مثله لأنه من ذوات الأمثال .

ووجهُ الرواية الثانية أنهما اكتريا منه الأرض كراء فاسداً وبأمرهما جعل الزّرع في الأرض ، فالربح لهما لأن الزّرع أشبه بالمال الذي يكون فيه الربح في القراض الفاسد ، ولا يكون لصاحب الأرض لأنه أخرج ما لا يشبه المال ، لأنه يؤاجر ، بخلاف العين ولا يخسر فيها كالمال ، وإنما له أجره الأرض فقط .

قوله: (على قيمة ما أخرج كل واحد)^(٢). أي إذا قوما فقد باع كل واحد نصف عرضه بنصف عرض الآخر ورأس مالهما القيم ، فهذه الشركة تفسد باختلاف قيمة العرضين واتفاقهما في الربح ، أو باتفاقهما في القيمة والاختلاف في الربح .

قوله: (فلما قوما سلعتيهما تفاضلت القيم)^(٣) . [١٤١/ب] أي لم يعلما حال عقد الشركة بالتماثل ، فوقعت فاسدةً .

قوله: (رأس مال كل واحد منهما ما بيعت به سلعته)^(٣) . لأنه لو اعتبرت

(١) كذا في المتن [يكرم] ، وفي التهذيب «يكرّب» كما صوبها في الشرح ، (٥٥٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٥٤/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٥٥/٣) .

القيمة أمضينا الشركة الفاسدة ، وذلك أن الشركة بيعٌ ، والبيع الصحيح يرتفع فيه ضمان البائع بوضع يد المشتري إن لم يكن في البيع حق توفية ، ولما كانت فاسدة لم ترتفع بواحد منها عن نصف عرضه الذي دفعه لصاحبه عوضاً ، فبقي في ضمانه في أنه لما تعارض الضمان الطارئ بالشراء والضمان الأصلي وكان الطارئ فاسداً ، استصحبنا الأصلي ، والبيع الفاسد لا يرفع الضمان الأصلي إلا بالفوت ، ولا فوت هنا ، فإذا باعاً ذلك أو أحدهما اعتبر ثمن المبيع^(١) .

ويرد عليه إشكال : وهو أنه قد باع كل واحد منهما من صاحبه بيعاً فاسداً وقبض ذلك أو تمكّن من قبضه ، فكان ينبغي لما فات بالبيع أن تلزمه القيمة ولا يأخذ الثمن .

وأجاب في الكتاب بأنه لما كانت الشركة فاسدة لم يكن لها أثر^(٢) ، فبقي على ضمانه ما باع بالشركة إلى أن باعه هو ، أو صاحبه وهو وكيله في ذلك ، ويد الوكيل كيد الموكل .

إلا أنه قال في شركة الذمم إذا وقعت واشتري شيئاً قال : يلزمه بالثمن ، فاعتبر الشركة وإن كانت فاسدة ، وكان ينبغي أن يكون الشراء لمن اشترى وحده ، فإن قال : لأنه وكله وكالة فاسدة فكأنه الذي اشترى ، قلنا : وكذلك هنا وكله على ذلك .

قوله : (ما قوما به)^(٣) . لأن هذه بمنزلة البيع الصحيح فارتفع ضمان المبيع عن نصف عرضه بوضع يد الآخر عليه فكان رأس المال القيمة ، وإنما احتيج إلى معرفة القيمة في ذلك لأن العمل والربح بقدر ذلك .

(١) حكى خليل في التوضيح قولاً شاذاً باعتبار القيمة يوم الإحضار ، انظر التوضيح (٣٤١/٦) .

(٢) قال في التهذيب « وفي الفاسد لم يقع لأحدهما في سلعة الآخر ملك ولا ضمان » (٥٥٥/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٥٦/٣) .

وهل التمكن من القبض في البيع الفاسد قبض يوجب الضمان إذا فات أو
لَا ؟ قولان^(١).

قوله: (أولا يكال ولا يوزن)^(٢). كالخشب والسفن والحجر.

قوله: (لا تجوز الشركة بشيء من الطعام)^(٢). لأن في ذلك بيع الطعام بالطعام
من غير قبض، لأن يد الشريك جائلة في المال المشترك كله، والمعتبر في بيع
الطعام القبض الحسي لا الحكمي، وذلك بأن تزول يد البائع عن التصرف فيه
حسًا وحكمًا.

وقد كان ينبغي ألا تجوز الشركة في المال كما تقدم إلا أنه رخص في ذلك
وبقي ما عداه على الأصل، وقيل: امتنع في الطعام لأنه يؤدي إلى بيع الطعام قبل
قبضه، وذلك أن أحدهما إذا باع شيئًا من الطعام المشترك فإن يد الشريك الآخر
لم تزل عنه لما قلنا من جواز تصرفه، فلا يصح للمشتري فيه قبض شرعي فامتنع.
ومن أجاز ذلك اعتبر القبض الحكمي لأن تصرف الشريك بعد ذلك في
نصف المال بجهة النيابة لا بجهة الملك فلم يعتبر.

قوله: (وأجاز ابن القاسم الشركة بطعام متفق)^(٣). وجهه: القياس على
الرخصة لأن المقصود في الشركة التعاون، أما إذا اختلف النوع وهما من صنف
ربوي كسمراء ومحمولة، أو قمح وشعير فلم يُجزه ابن القاسم لأنهما إن تشاركا
على القيمة أو الكيل ففيه التفاضل زائدا إلى عدم المناجزة

قوله: (ورجع ملك)^(٣). أي كان يجيزه أولاً ثم رجع عن ذلك.

(١) انظر التوضيح (٣٤١/٦).

(٢) التهذيب (٥٥٦/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥٥٧/٣).

ولم يجز ابن القاسم الشركة بالدنانير مع الدراهم لما فيه من صرف غير ناجز ، وأجاز ذلك أشهبُ قياساً على الرخصة ، ولأن التفاضل يجوز فيهما .

وأجازه في القمح والشعير باعتبار الكيل لا القيمة ، للتفاضل .

قوله: (ولا أعلم لكراهيته وجهها)^(١) . يعني إذا قسنا على الرخص .

قوله: (ولو خلطاه قبل البيع)^(١) . يريد أنه بالخلط قد فات فصار الضمان منهما ، كما لو خلطاه من غير اشتراك فهبَّت الريح فأدررته لكان ضمانه بينهما لأنه قد فات بالخلط [i/١٤٢] فيكون بينهما على القيمة قمح معيبٌ وشعير غير معيب كما تقدم في الخلط من غير تعدٍّ ، كما لو خلطته الريحُ ، ومن تعدى بذلك ضمنه غير معيبٍ ، وقال أشهب بالكيل للتفاضل .

قوله: (تجوز الشركة بالعين)^(١) . إذا لم يكن مع الشركة إذن في التصرف كهذا الباب لم يَجُزْ لأحدهما أن يتصرَّف في حظ صاحبه .

قوله: (متفقة النفاق)^(٢) . يعني رواجها واحداً ، فإن لم يستويا في ذلك مثل أن يكون لأحدهما أربعون ديناراً تساوي أربع مائة درهم والآخر أربعون تساوي أكثر أو أقل لم يَجُزْ اشتراكهما بالقيمة لما في ذلك من التفاضل ، ولو استوى الرواج بحكم الحاكم لم يَجُزْ لأنه ظلمٌ ، لأن أحدهما يبيعُ مثلاً ثلث دنائره بنصف دنائير الثاني فلا بد أن يصرفا ذلك أوّلاً بدراهم ثم يشتركان بالدراهم .

قوله: (على أن يتفاضلا في الربح لم يَجُزْ)^(٢) . لأنّه أكلُ المال بالباطل ، وكذلك عكسه أن يتساويا في الربح ويختلفا في المال والعمل ولكن لا بد من التساوي في المال والعمل والربح على حدٍّ واحدٍ .

(١) التهذيب (٥٥٧/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٥٨/٣) .

قوله: (فإن نزل ذلك)^(١). فإن علم به قبل الشروع في العمل فسخت الشركة، وإن كان بعده فالربح والخسارة على قدر رؤوس أموالهما، وليس ذلك إمضاءً للشركة بل هو حكم الخلط، إذ لو خلطا المالين دون شركة واشترى به سلعاً لكان الحكم كذلك.

قوله: (وكذلك لو لحقهما دين)^(١). أي يكون بينهما على قدر رؤوس أموالهما، وفي ذِمَمِهما، وإن تساوا عملهما بنض كل واحد بقدر ماله صح وإلا رجع كل {^(٢) بفضل عمله على عمل صاحبه فيأخذ منه أجرة ذلك.

قوله: (ولا يضمن القليل المال لصاحبه نصف ما فضله به)^(٣). على شرطيهما، لأنهما دخلا على السواء في الربح والخسارة، فلا يقول الكثير المال: عليك من الدين نصفه ومن العمل كذلك، بل يرجع من له فضل عمل على صاحبه، ويعتبران قدر مالهما.

قوله: (وليس بسلف)^(٣). أي لا يقول الكثير المال: أسلفتك الزائد، لأنه سلف جرّ نفعاً، ولا أجارة، لأن الأجرة مجهولة.

قوله: (ولو صح عقد المتفاضلين)^(٣). أي بأن يتفاضلا كذلك في العمل والربح في العقد، ثم تطوع صاحب الأقل بالعمل في الكل جاز لأن ذلك تبرع بعد العقد لا بشرط.

ولو ادعى أحدهما التبرع وأنكر الثاني كان العرف يصدق من ادعى التبرع لأنه الغالب في الشركة، كما لو وهب الأعلى للأدنى ثم ادعى الثواب كان العرف يكذبه.

(١) التهذيب (٥٥٨/٣).

(٢) كلمة على الحاشية غير واضحة.

(٣) التهذيب (٥٥٨/٣).

قوله: (لم يجز)^(١). لخروج الشركة عن سُنَّتِها من تمشية الأمانة بينهما في جميع المال.

قوله: (جاز)^(١). لأنه لم يجحد أحدهما على الثاني ولا نزع عنه الأمانة، بل فعل ذلك لأن منزله اتفق ونحو ذلك.

قوله: (بالمال الغائب)^(١). لا تلزم الشركة إلا بعد إخراج المالين، وهي قبل ذلك جائزة لكل واحد فسخها.

قوله: (فاشترى بما معه)^(٢). هذا لم يدخل في ذلك على أن يعمل ولا أن يشتري حتى يخلط المالين، وإنما خرج ليأتي بخمس المائة فكان عمله تبرعا، وأيضا فالشركة جائزة لم تلزم بعد لأنها لم تلزم إلا بالخلط والإخراج، ولصاحب الألف أن يفسخها إذا لم يف صاحبها بما شرط، وإنما قال سحنون بفسادها لأنه يرى أن شرط الشركة الخلط حسا فهذه قد وقعت بدون شرطها، وهو قول ضعيف لأن الجواز لا يلزمه الفساد.

قوله: (فإنما له ثلث الفضل)^(١). أي على أموالهما والهاشمية أصلح من الدمشقية، وكذلك المحمدية أجود من اليزيدية.

قوله: (إلا في اختلاف يسير)^(١). يعني ما يغتفر عرفاً في الشركات فيعد الرواج فيها واحداً، هذا المذهب. ووجهه أن الشركة خارجة عن [١٤٢/ب] الأصول، وقد جاز فيها الذهب بالذهب غير ناجز بناجز.

ولنا قول ثان: أنه لا يجوز، لما في ذلك من التفاضل، وأما إن كثر فلا يجوز لما فيه من المحذور، وذلك أنه بالشركة يملك أحدهما نصف مال الآخر،

(١) التهذيب (٥٥٨/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٥٩/٣).

بدليل أنه لو اشتركا بدنانير مُخْتَلِفَةٍ ولكن انفقت في الرّواج حتى لا تختلط ثم تلف ما كان لأحدهما قبل التصرف فيضمّن كلّ واحد نصفه ، وإذا كان ذلك فلا بد مع الاختلاف من تقويم الدنانير بالدراهم وبالعكس ، ليعلم كم لكل واحد منهما ، فيقال: دنانير هذا تساوي مائة درهم ، ودنانير الآخر تُساوي خمسين ، ثم يشتركان بعد الخلط على الثلث ، فقد باع ثلث إحداها بثلث الأخرى وحصل التفاضل ، لأن ثلث أحدهما أكثر من ثلث الآخر ، أو فيه أيضا تقوّم ما لا يُقوّم لأنه في الشرع قيمة المقوّمات وذلك لا يجوز ، بخلاف العرضين صح اعتبارهما بالقيمة لأنهما مما يقوّم.

قوله: (وحكمهما الوزن في البيع والشركة)^(١). وفي كل موضع لأنهما من ذوات الأمثال ، لأنه لو أتلّف له ذهباً أو دراهم حكم عليه بالمثل لا بالقيمة.

قوله: (يوم الشركة جاز)^(١). لأنه إنما ينظر الاتفاق في ذلك يوم الشركة قبل الافتراق ، كالعروض لو اختلفت قيمتها بعد الشركة لم يلتفت إلى ذلك.

قوله: (لم ينظر إلى ذلك)^(١). لأن الاعتبار الاتفاق وقت العقد ، وما نقص بعد ذلك خسارة ، وما زاد ربح.

قوله: (لم يجز)^(١). هذا المذهب ووجهه أن التقابض لا يحصل في الصرف مع بقاء يد كلّ واحد جائلة في ذلك كله ، ولو ابتديا أولاً بالصرف ثم تشاركا لم يجز أيضا لأنهما إنما تصارفا بشرط الشركة ، إلا أن يبعد ما بين ذلك ولم يقصدا الشركة أولاً حين الصرف ، ولو اشتريا بالدنانير والدراهم وباعا بمثل ذلك وعزّلا المالين صح.

وكذلك لو قوّما الدنانير بعد البيع للسلع كم كانت تُساوي من الدراهم يوم

(١) التهذيب (٥٥٩/٣).

الشركة سَلِمًا من الصرف والشركة ، وجَوَّزَ أَشْهَبُ ذلك قياساً على الرَّخص ، ولأن بقاء يدِ كلِّ واحد جائلة في مال الآخر ليس على جهة الملك له بل على جهة الوكالةِ ، وقد ارتفعت يدهُ حُكْمًا بالنظر إلى الملك ، فَصَحَّ التَّقَابُضُ .

قوله: (ولا يَصْلُحُ مع الشَّرْكة صرفٌ)^(١) . أي لا يجتمع مع الشركة عقد من العقود لأنها خارجة عن الأصولِ ، ولأنها مخالفة في الأحكام لغيره ولا يجتمع عقدان مخالفًا للأحكام .

قوله: (فإن عملاً فلكل واحد مثل رأس ماله)^(١) . ليس إمضاءً للشركة ، بل هو حكم الخلط .

قوله: (ويقسم الثمن كله كما وصفنا)^(٢) . اعتبر القيمة في الشركة الفاسدة لأنها كبيعٍ فاسدٍ تَلَفَ المبيعُ فيه ، فيرجع إلى القيمة ، وهذا مناقض لما قدم في الشركة الفاسدة بالعروضِ ، وقَوْلُ الغيرِ أولى منه لأنه لا حاجة إلى قسمة الثمن مع العلم بِسِلْعَةٍ كل واحد بعينها ، وإنما تحتاج إلى ذلك مع عدم العلم .

قوله: (ولا بأس أن يخرج هذا ذهباً وفضة ، وهذا مثله من ذهب وفضة)^(٣) . أي واشتركا على النصف ، وكذلك لو كان ذهبٌ أحدهما ثلثُ ذهبٍ الآخرِ وفضته ثلثُ فضته واشتركا على الربع ، فإذا باعاً بذهب أو فضة اقتسما على ذلك الجزء .

قوله: (ولو اشتركا بمالين سواءً ، فأخرج كل واحد ذهبه فصرّها على حدة وجعل الصرتين بيدٍ أحدهما أو تابوته فضاعت واحدةٌ منهما)^(٣) . المذهب أن الشركة ثبتت بالخلط حكماً وإن لم يكن حساً ، وأما لو لم يخلط المالين لا حساً

(١) التهذيب (٥٥٩/٣) .

(٢) في التهذيب «ويقسم الثمن كله كما ذكرنا» (٥٥٩/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٦٠/٣) .

ولا حكما فلا شركة ، وكل واحدٍ عليه ضمان ماله .

وقال سحنون: لا بد من الخلط الحسي حتى لا يتميز مال أحدهما كالقمح وغيره من الطعام ، وإلا فالضمان على ما كان قبل الشركة .

قوله: (وإن بعثت صرة كل واحد بيده [١/١٤٣] فضياعهما منه)^(١) . لأنه لم يوجد الخلط البتة لا حسا ولا حكما .

قوله: (وكذلك إن كانا مختلفي السكة)^(١) . يلزم سحنون في هذا ألا تصح الشركة وإن خلطا حسا ، لأن مال أحدهما متميز عن مال الثاني مع الاختلاط ولم يقل بذلك .

قوله: (فإن تفاضل الصرف فسدت الشركة)^(١) . إلا في التفاضل اليسير كما تقدم .

قوله: (وكانت الذاهبة من ربها)^(١) . لأنه لا شركة وإنما كانت وديعةً عنده .

قوله: (وإن بقيت صرة كل واحد منهما بيد ربها حتى ابتاع بها أمة على الشركة فهي بينهما)^(٢) . لأنه وكله على شراء نصفها له فتكون بينهما ، وتكون المدة الذاهبة من ربها لأنها لم تخلط بعد .

قوله: (وقال غيره)^(٢) . هو سحنون .

قوله: (ولا بأس أن يشتركا بمال يتفاوضان فيه وهما في بلدين على يجهز كل واحد منهما صاحبه)^(٢) . أي يشتري في هذا البلد ويوجه لصاحبه .

قوله: (ويلغيان نفقتهما)^(٢) . أي من رأس المال كالخسارة .

(١) التهذيب (٥٦٠/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٦١/٣) .



قوله: (وإن اختلف سِعْرَاهُمَا)^(١). مثل مكة ومصر، لأن كل واحد يعمل في المال، وقد اضطرَّ إلى ذلك البلد الذي هو فيه.

قوله: (كان ذا عيال أو لا عيال لهما)^(٢). أي إذا استويا في ذلك، وأما أن انفرد أحدهما بالعيال فنفقة عياله عليه لا في المال.

قوله: (حسب كل واحد ما أنفق)^(٣). على نفسه لا من المال.

قوله: (وما اتباع أحدهما يلغى من طعام أو كسوة له أو لعياله فللبائع أن يتبع أيهما شاء بالثمن)^(٤). لأن يدهما واحدة، فله أخذ من شاء منهما بذلك.

قوله: (إلا كسوة لا يتبذلها العيال كوشي أو قصبي ونحوه)^(٥). لأن هذا لا يحكم العرف به فيكون من ماله، لا من مال الشركة.

قوله: (وإن ابتاع أحدهما طعاما أو كسوة له، أو لعياله، لم يدخل فيه الآخر)^(٥). أي ليس له أن يشاركه في ذلك بل يشتري بعد لنفسه مثل ذلك من رأس المال ويحصّ بذلك الأول.

قوله: (يتفاوضان فيه إذا اشتركا على أصل مال)^(٥). أي لا يجوز على الذمم.

قوله: (وأما شركة عنان فلا نعرفه من قول مالك)^(٥). أي لا يعرفه فقهاء الحجاز، وهو عند بعض العلماء الشركة في كل شيء يملكانه بالسوية لا غير، وهما متفاوضان في جميع ذلك^(٦).

(١) التهذيب (٥٦١/٣).

(٢) كذا، وفي التهذيب «كانا ذوي عيال أو لا عيال لهما» (٥٦١/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥٦١/٣).

(٤) المصدر نفسه (٥٦٢/٣).

(٥) المصدر نفسه (٥٦٣/٣).

(٦) قال خليل في التوضيح «وقيل: هي الشركة في كل شيء من الأشياء بعينه، وعلى أنها الشركة =

قوله: (ومن أقام البينة على رجل أنه مفاوضه على الثلث أو على الثلثين جاز ذلك)^(١). أي صحت هذه الشركة وإن لم تكن على السوية، بخلاف ما يقول هؤلاء في شركة عنان.

قوله: (ويكونان متفاوضين ولأحدهما عرض أو عين دون صاحبه)^(٢). أي ويصح أن يكون في بعض ما يملكانه أيضا وإن كانا متفاوضين.

قوله: (وإن أقام البينة أن فلانا مفاوضه كان جميع ما بأيديهما بينهما)^(٢). هذا إطلاق يقتضي تساويهما في كل شيء يملكانه، فهما كذلك إلا فيما قامت بينة أن يختص به أحدهما.

قوله: (ومن ابتاع من أحد المتفاوضين من بيع صحيح أو فاسد لزم الآخر)^(٢). لأنه وكيله، فيده فيما اشترى من صحيح وفاسد كيده ويلزمهما القيمة في فوت الفاسد عندهما أو عند أحدهما.

قوله: (ومن عليه دين لأحدهما فقضاه لشريكه جاز)^(٢). لأن أحدهما بمنزلة الثاني لا فرق، فأبرأه إبراء له.

قوله: (ويجوز للماذون مفاوضة الحر)^(٢). أي لما أذن له في التصرف صح له أن يوكل وإن يفاوض من شاء.

قوله: (ولا يصلح لمسلم أن يشارك ذميا)^(٢). لأنه يبيع بالرّبا، وكذا ينبغي في المسلم الذي هو فاسق.

قوله: (وبالدين)^(٢). أي على الذمم، فيفسخ الكل لأنها صفقة جمعت حلالا وحراماً.

= في شيء بعينه «(٣٤٦/٦).

(١) التهذيب (٥٦٣/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٦٤/٣).

قوله: (فباع أحدهما)^(١). يريد: أي يصح إذا لم يكن في أصل العقد بشرط ذلك.

قوله: (وإن تفاوضا)^(١). أي اشتركا في جميع أموالها حتى لا يختص أحدهما عن صاحبه بمال، فإذا [١٤٣/ب] اشترى أحدهما لنفسه في المال جارية فقد تعدى، فشريكه مخير بين أن يحيز ذلك فيضمن له قدر حظه ويختص هو بربحها وخسارتها ويكون ذلك متجا في قدر ثمنها من الشركة، ولا يجوز له هو أن يفسخ الشركة وحده إلا باجتماعها على الفسخ.

قوله: (أو يردّها في الشركة)^(١). هذا إذا لم يطأها.

قوله: (لا خير في ذلك)^(١). يريد أن فيه عارية الفروج، ولو سوغ لكل واحد أن يشتري جارية ويطأها ثم يردّها إلى مال الشركة.

قوله: (فيتقاومانها فيما بينهما)^(١). هذا إذا وطأها ولم تحمل، أما لو حملت فإنه يقوم عليه نصفها لا غير، وهل يأخذ منه نصف قيمة الولد أو لا؟ قولان، بناء على أن القيمة يوم الوطء، فلا قيمة للولد لأنه تخلّق حرّاً، أو يوم الحمل (.) من القيمة بعضها أو الأكثر من القيمتين ثلاثة أقوال.

ولو كان معسرا فقولان: يقوم عليه نصفها ويتبع بذلك، وقيل يباع عليه نصفها إذا وضعت مخافة (.) الحمل وولده حر بالإجماع، بخلاف الغاصب هو زانٍ، وكذلك المودع إذا وطىء أمة المودوعة.

قوله: (وليس ذلك كغاصب الثمن)^(١). لأن الشريك له التصرف في المال فلا يضمن بنفس الشراء ويصير مالكا، والغاصب يصير ضامنا للثمن ومالكا لما

(١) التهذيب (٥٦٥/٣).

اشترى، لأنه اشترى على ذمته وهو متعدّ محض، وكذلك المودع فلا خيار للمغضوب منه في إجازة البيع كما في الشريك، وذلك أنه لو سوغ للشريك أن يملك ما اشتراه لتوصل الشريك المقارض إذا أرادوا الاختصاص بالربح بفعل ذلك فكانت الوضعية عليهم، ولا يستبدون بالربح ليرتدعوا عن التعدي.

قوله: (كمبضع)^(١). لأنه جعل له التصرف في المال فليس متعدّيا محضا كالغاصب.

قوله: (ولكل متعدّ سنة يحمل عليها)^(١). كالغاصب يضمن القيمة والشريك يكون شريكه مخيرا لما تقدم.

قوله: (لم يكن له ذلك)^(١). لما يفضي إليه من عارية الفروج.

قوله: (وقال غيره: له ذلك)^(١). أي إذا لم تحمل ووجهه أنه إنما خرجت من اختصاصه بالحبس ولم يكن هو الذي اختار ردّها فلم يكن في الحقيقة معيراً لفرجها ولكن يمنع بعد ذلك منها لأنها بينهما، فلا يجوز الإقدام من أحدهما عليها.

قوله: (أو استيلافا)^(١). فأجاز هذا لما فيه من النظر للمال بجلب المشتري وتكثير البيع، وهذا إنما يكون في الشريك المفاوض عموما أو خصوصا وكذلك الوكيل المفوض، أما الوكيل على بيع شيء خاص فلا يجوز له لأنه بنفس البيع فرغت وكالته.

قوله: (على وجه المعروف)^(١). يعني من هبة ونحوها لا على جهة الاستيلاف.

قوله: (ويرد صنع الوكيل)^(١). إن وهب شيئا بعينه فإنه يبطل ذلك في حط

(١) التهذيب (٣/٥٦٦).



شريكة ويرد بعينه ، إلا أن تلف فيرجع إلى قيمة .

قوله : (لم يصلح أن يبتاعها بأقل من ذلك نقداً)^(١) . هذا من بيوع الآجال ، ويدُّ الشريك كيد شريكه فكأنه الذي باعها إلى أجل واشتراها بأقل نقداً وهو سلف جرّ نفعاً .

قوله : (وإن أبضع أحدهما)^(١) . إذا علم بموت أحدهما قبل أن يشغلها لم يحز له التصرف ، لأنها قد انتقلت بالإرث إلى الورثة ولم يأذنوا له في ذلك ، كالمقارض يصحّ عنده موت رب المال قبل شغله فلا يجوز له التصرف ، بخلاف ما لو كان قد شغله فإن الورثة قد دخلوا على ذلك .

قوله : (فله أن يشتري)^(١) . الفرق أن المال هنا لم ينقل عن ملكها ، وأن الافتراق إنما وقع في المال الحاضر لا في هذا الغاصب ، فيبقى على حكم ما جعل له .

قوله : (ولأحدهما أن يبضع ويقارض)^(١) . لأن ذلك مما يُنمي المال ، بخلاف الإيداع بغير إذنه لا يجوز لأن فيه أن يأتَمَنَ مَنْ لم يَأْتَمِنُهُ صاحبه فيضمن إن تلف [١/١٤٤] إلا أن يكون إيداعه لعذر .

قوله : (إلا أن يودعك بينة)^(١) . المودع أمينٌ ، فإن قبض بغير بينة فهو أمين مطلقاً لأنه أئتمن على الحفظ والردّ وأن قبض ببينه فإنما أئتمن على الحفظ لا على الرد فلا يقبل قوله في الرد إلا بينة ، ونظيره الوصي هو مؤتمن على الحفظ ، فإن تلف في يده لم يضمن ولا يقبل قوله في الدفع إلا ببينة ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ [النساء : ٦] ، وقيل : يقبل قوله بغير بينة لأنه لما

(١) التهذيب (٥٦٦/٣) .

أئتمن على الحفظ فكذلك في الرد.

قوله: (وإذا ادعى التلف)^(١). ولم يذكر وجهها قبل قوله مع يمنه وهي يمن تهمة، ولا ترد إيمان التهم فإن نكل ضمن.

وإن ذكر وجهها فإما أن يكون مما لا يمكن إقامة البينة عليه كسرقة ونحوها فيقبل قوله، وإن كان فيما يمكن إقامة البينة عليه لظهوره كدعوى غرق المركب واحتراق الدار فلا يقبل قوله إلا بأن يبين أن الوديعة كانت فيه.

ونظيره المرأة يقبل قولها في حيضها وعدتها فيما يشبه، لأن ذلك مما لا يمكن ظهوره للبينة ولا يعلم إلا من قبلها، فإن ادعت انقضاء العدة بحمل أسقطته لم يقبل منها إلا ببينة لأن ذلك فما يظهر للجيران.

والفرق بين التلف والرد أن الرد يمكن إقامة البينة عليه بخلاف التلف، فلذلك قبل قوله في التلف وإن قبض ببينة.

قوله: (وإن رددتها إلى الآخر منها برئت)^(٢). لأنه وكيله وأمينه، وكذلك إذا دفعت ثمن ما اشترت منهما أو من أحدهما إلى الآخر، لأن كل واحد وكيل الآخر.

قوله: (فإن أنكر لم يبرأ إلا ببينة)^(٣). لأنها رجعت إلى غير من أئتمنك، فلا تبرأ إلا ببينة.

قوله: (فأودعها ذلك الرجل لشريكه المفاوض ضمن)^(٣). لأنه إنما أئتمن شريكه على شيء خاص وهو مال الشركة فقط وليست الوديعة منه، ولأن الناس

(١) الذي في التهذيب قوله «فإن زعمت أنها هلك» (٥٦٦/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٦٦/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥٦٧/٣).

لهم قصد ألا يُطْلَعُوا أحداً على ما عندهم من المال فيضمن ، لأنه دفعها لغير من ائتمنه ، وكذلك لو دفعها إلى مودع المودع لأنه وإن ائتمنه على وديعة أخرى فذلك خاص لا عام .

قوله : (ومن دفعت إليه منهما وديعة كانت بيده دون صاحبه فإن مات ولم تعرف الوديعة في تركته كانت في حصته ديناً)^(١) . لأنه فرط في ذلك إذ لم يشهد بها .

وقال أشهب : لا يضمن لأنه على استصحاب الأمانة ، ويحتمل أن تلفت وإن تعدى فيها والأصل البراءة فلا يضمن بالشك .

قوله : (وإن أودع رجل أحدهما وديعة فعمل بالوديعة تعدياً فربح فإن علم شريكة بالعداء ورضي)^(١) . لما علم بذلك وأجره عليه وهو وكيله كان كالذي يأمر وكيله يأخذ مال لغيره فشركه في الضمان والربح ، لأن يده كيدِه وسواء عمل معه في ذلك أولاً ، وهو الذي بغير بسط اليد .

قوله : (وإن لم يعلم فالربح للمتعدى وعليه الضمان خاصة)^(١) . ينبغي هنا أن يكون له أجره عمله قول الغير إن عمل معه ورضي الشريك فإنماله أجر مثله وهو ضامن ، لأنه إذا جعله أجيراً فلا يضمن لأنه لا ضمان على الأجير .

قوله : (وإن رضي ولم يعمل معه فلا شيء له ولا ضمان عليه)^(١) . هذا أقيس من الأول ، لأنه لا يلزم من رضاه الضمان ، ولا يكون له ربح ، وكذلك من أمر وكيله يأخذ مال الغير ينبغي أن يكون الضمان من الوكيل لأنه المباشر .

قوله : (ولا يوجب الرضا دون بسط اليد ضماناً ولا ربحاً ، إلا من وجه قول

(١) التهذيب (٥٦٨/٣) .



الرجل: لك نصف ما أرباح من هذه السلعة^(١). أي إنما يكون له من الربح شيء إذا أشركه في الربح هبة له منه فيكون له طلبه بذلك ما لم يفلس أو يموت قبل القبض كسائر الهبات لقوله: لك [١٤٤/ب] نصف ما أرباح في هذه السلعة فهذه هبة للمجهول ويجوز ذلك عندنا، وضمانها من ربها فقط.

قوله: (ولا يجوز لأحدهما أن يفاوض شريكا)^(١). لأن ذلك إدخال في كل ما يملكه من المال ومن التصرف، فلا بد من إذن صاحبه.

قوله: (وأما إن شاركه في سلعة بعينها فجائز)^(١). لأنه لم يدخله على شيء مما لصاحبه، وقال أشهب: لا تختص بذلك دون صاحبه لأنهما متفاوضان في كل شيء.

وقيل: إن لم يتعطل بذلك عن عمله في المفاوضة فلا كلام، وإن اشتغل عما يجب عليه من العمل حتى يصير صاحبه قد قام بثلاثة أرباع العمل مثلا ورجع عليه بأجرة {الربع} لأنه قام بذلك عنه.

قوله: (وإن استعار أحدهما بغير إذن الآخر ما حمل عليه لنفسه أو لمال الشركة فتلف، فضمانه من المستعير)^(٢). قد تقدم أن الحيوان لا يضمن في العارية لأنه مما لا يغاب عليه، فوجه هذا؛ قيل مراعاة قول الشافعي بالضمان مطلقا، وقيل: لا حاجة إلى مراعاة قول المخالف، هل هو تفریع على القول الثاني في الحيوان أنه مما يغاب عليه، والأول المذهب، وعليه قول الغير؛ لا يضمن الدابة في العارية إلا بالتعدي.

قوله: (قال غيره لا يضمن الدابة في العارية إلا بالتعدي)^(٢). إنما لم يضمن

(١) التهذيب (٥٦٨/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٦٩/٣).

لأنه فعل بها ما استعيرت له ، وشريكه كوكيله فهو مأذون له في الفعل ، بخلاف المسألة بعدها التي ذكرها ليفرق بينها وبين المتقدمة ، لأنه لم يؤذن له في حمل الغلام فكان متعديا بذلك فضمن ، وإن كانت إنما استعيرت لحمله .

قوله: (والعارية من المعروف الذي لا يجوز لأحدهما أن يفعله من مال الشركة إلا بإذن صاحبه ، إلا أن يكون أراد به استيلاف التجارة)^(١) . هذا لإصلاح المال ، فإن قيل هذا سلف جر نفعا لأنه دفع له ليشتري منه فالجواب: لم يدفع ذلك له إلا للسمعة بحسن التمشية والإحسان للناس ، وقد يشتري هذا منه وقد لا يشتري .

قوله: (وعبد المتفاوضين)^(١) . أي من مال الشركة ، ليس لأحدهما أن يأذن له في التجارة ، لأنه قد يخسر في المال ولا يكاتبه ولا يعتقه على مال ، لأن هذا ليس كالبيع الذي يجوز له ، لأنه يصح للسيد أن ينزع مال عبده ولا يكاتبه ولا يعتقه ، بخلاف أن يأخذ من أجنبي مالا على عتقه ، لأنه بيع لا يجوز له التوصل إلى هذا المال دون ذلك .

قوله: (ولا يلزم أحدهما كفالة لآخر لأنه معروف)^(١) . أي الضمان معروف التزمه في حق نفسه .

قوله: (وإن كانت غيبته بعيدة فأقام المشتري بيّنة أنه ابتاع بيع الإسلام وعهدته)^(٢) . أي صحيحا لا فاسدا ، وعهدته: تحرز من أن يكون باعه على البراءة من عيب أو عيوب .

قوله: (نظر في العيب ، فإن كان قديما لا يحدث مثله ردّ العبد على الشريك

(١) التهذيب (٥٦٩/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٧٠/٣) .

الآخر ، وإن كان يحدث مثله فعلى المبتاع البينة أن العيب كان عن البائع ، وإلا حلف الشريك بالله ما أعلم أن هذا العيب كان عنده وبرئ^(١) . إن ادّعى عليه القطع فيحلف على البت لا على العلم .

قوله : (فإن نكل حلف المبتاع على البت أنه ما حدث عنده تم رده عليه)^(١) . لأن يد الشريكين واحدة أي ويبقى الغائب على حجته .

قوله : (ومن ابتاع سلعة من أحد المتفاوضين بضمن إلى أجل يعطي الثمن بعد افتراقهما الذي باع منه أو شريكه ، فإن لم يعلم بافتراقهما فلا شيء عليه ، وإن علم ضمن)^(١) . وقال في مسألة الوكيل يتصرّف بعد العزل وقبل العلم : إنه لا يبرأ ، يعني إذا تلف المال .

والفرق أن الوكيل تصرّف بعد العزل مخطئاً ، والخطأ كالعمد في أموال الناس ، وفي مسألة الشريك تصرّفه صحيح لأنهما إنما افترقا في غير [١٤٥/أ] المال الذي عند الدافع فحكم الشركة فيه باقٍ ، وفي مسألة الوكيل أقوال أخرى :
 قيل : يبرأ مطلقا الدافع لأنه معذور غير مفرط .

وقيل : لا يبرأ مطلقا لأنه وإن علم فالحكم يلزمه الدفع للوكيل ، لأن وكالته عنده ثابتة والأصل استمرارها ، ولا يسمع من الدافع دعوى العزل بل يجبره على الدفع .

وقيل : إن علم الوكيل بالعزل لم يلزم الدافع إليه مطلقا ، لأنه دفع لمعتد بالقبض ، وهو مشكّل لأنه إذا لم يعلم الدافع بالعزل فهو معذور وكذلك المذهب بالتفصيل مشكّل .

(١) التهذيب (٣/٥٧٠) .

قوله: (ولا بأس أن يشتري أحد المتفاوضين لنفسه)^(١). أي بمال آخر يختص به من غير مال الشركة.

قوله: (وإن اشترى أحدهما عبدا فوجد به عيبا فرضيه)^(٢). أو رده لزم الآخر، إن اجتمعا على الرضا به أو الرض فبين، وإن اختلفا في زمن واحد فالقول للراضي به لأنه لا يفيد رد أحدهما مع جواز أن يشتريه الراضي بعد فيلزم الآخر.

قوله: (وإقالته لخوف عدم ونحوه من النظر كشراء حادث)^(٣). لأن الإقالة إبراء بيع إلا في أربع مسائل، أي يلزم الآخر ذلك لما قصد من النظر.

(وإن أقر أحدهما بدين من شركتهما لأبويه أو ولده أو لجدته أو لزوجته أو صديق ملاطف ومن يتهم عليه لم يجز ذلك على شريكه)^(٤) لأنه يتهم أن يخرج ذلك المال عن الشريك فإن كان الإقرار لمن لا يتهم عليه لزم الشريك لأنه وكيله كما أن الوكيل المفوض إذا اعترف على موكله بدين من شيء اشتراه له لزم، لأنه في الموضعين وكيله على الابتياح بالنقد والدين، فقوله عليه مفصول.

قوله: (ولو أن شريكن في دار أو متاع أو غير ذلك من العروض أقر أحدهما لأجنبي بنصف ما في أيديهما)^(٥). هذا لا يتهم لأنه لم يصر وكيلاً لشريكه، وإنما هو شاهد، أي هذا العرض بينهم فإن كان عدلا حلف معه المقر له واستحق، وإن لم يكن عدلا دفع له نصف ما بيده من ذلك العرض، كالوارث يقر بدين على موروثه فإن كان عدلا حلف معه واستحق، وإن نكل المقر له أو كان المقر غير عدل أخذ من نصيبه ما ينوبه من الدين.

(١) التهذيب (٣/٥٧٠).

(٢) المصدر نفسه (٣/٥٧١).

(٣) المصدر نفسه (٣/٥٧٢).

قوله: (وإن مات أحد الشريكين لم يكن للباقي أن يحدث في المال ولا في السلع، قليلاً ولا كثيراً، إلا أن يرضى الورثة)^(١). لأنه قد انتقل حظ الميت إلى ورثته، ولم يוכלوه على التصرف في ذلك.

قوله: (فإن اشتركا شركة صحيحة)^(١). تحرّز من الفاسدة، لأنه لا يكون له بها تصرف في مال شريكه.

قوله: (فادعى أحدهما أنه ابتاع سلعة وضاعت منه صدق؛ لأنه أمين فيما يلي)^(١). أي هو أمينه على الرد والتلف، كالوكيل المفوض لو ادعا أنه اشترى له سلعة ثم ضاعت منه صدق.

قوله: (وإن مات أحد المتفاوضين فأقرّ الحيّ منهما أنهما رهنا متاعاً من الشركة عند فلان، وقال الوارث: بل أودعته أنت إياه بعد موت وليّنا، فللمرتهن أن يحلف مع شاهده الحيّ)^(١). هذا على المذهب لأنه وإن لم يكن الرهن مما لا يفضي إلى المال، وإن لم يكن هذا المقر عدلاً أو نكل المقر له كان حظ المقر من ذلك رهنا لا غير فيما يخصه من الدين.

قوله: (ولا يأخذ من حصّته دينه كله)^(١). لأن من بقي من الورثة ظلم الغريم، وقال سحنون: يأخذ دينه كله من حصته إن حملته، لأنه يقول للمقر: قد اعترفت أنك لا ترث شيئاً حتى أخذ الدين كله، وأخوك ظلمك.

قوله: (وإن جحد أحد المتفاوضين الشركة)^(٢). هذا بجحده قد زال عن حكم الشركة وصار غاصبا لقيام البينة على [١٤٥/ب] كذبه، فيضمن ما هلك عنده لأنه أمسكه تعدياً فإن كان موته قريباً من أخذها فهي في حصته، لأنه قد ثبت كونها

(١) التهذيب (٥٧٢/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٧٣/٣).

كانت عنده ، وأنه لم يردّها إلى التجارة ، والأصل بقاؤها ، بخلاف ما تناول فإن الظاهر أنه ردها إلى التجارة ، وليس كالمودع لأن التصرف كان له هنا فلا يمضي هنا قول أشهب .

قوله : (أرأيت لو قالت البيّنة : أنه قبضها منذ سنة وهما يتجران ، أيلزمه أم لا شيء ؟) ^(١) . هذا إنكار للزومها إياه .



(١) التهذيب (٥٧٣/٣) .

كتاب الأقضية

—•••••—

معنى القضاء: الفصل والحكم، ويجب على الإمام أن ينصب للناس من يقضي بينهم إذا لم يفرغ هو لذلك، ولم يكن للنبي ﷺ قاض ولا لأبي بكر وعمر وعثمان، وقد فعل ذلك عليّ رضي الله عنه.

وشروط القاضي عشرة:

منها خمسة متفق عليها وهي: الإسلام، والحرية، والذكورية، والبلوغ، والعقل.

وخمسة مختلف فيها، منها: العدالة، واختلف في الفاسق فقيل: يقض حكمه لأنه غير مأمون، وقيل: يصح إن حكم بما يوافق الشرع.

ومنها: العلم، واختلف في العادل الجاهل والعالم الفاسق، فقيل: بل العادل أولى لأنه يُسأل عن الحق، ولا تحكمه عدالته عن الحكم بغير الحق، بخلاف الفاسق.

ومنها: أن يكون سالم السمع والبصر، ولا خلاف أنه لا يجوز نصبهما ابتداءً، بل إذا طرأ ذلك عليه هل يقتضي العزل لأنه لا يسمع قول الخصمين ولا يبصرهما.

ومنها: أن يكون سالماً من البكم، وهو راجع إلى السمع لأنه إنما يكون مع الصمم، وذلك من لطف الله به، لأنه لو سمع الكلام ولم يقدر على الجواب أكرهه ذلك.

[قوله] ^(١) ومنها أن يكون واحداً لا أزيد، لأن كونه أكثر يؤدي إلى عدم

(١) كذا في المتن وليس ترجمة، بل شرط آخر من شروط القاضي. ولعل الصواب إسقاطها. والله أعلم.



الفصل بين الخصوم إذا وقف حكم أحدهما على حكم الثاني ، لأن اجتهاد الناس يختلف .

ويجوز أن يكون في البلد الواحد قاضيان إذا كان كل واحد مستقل^(١) بالحكم ، ولا خلاف في عدالة الحكمين في جزاء الصيد لأن ذلك من باب الإخبار بالحكم وشرطه العدالة .

قوله : (رجع فيه)^(٢) . من خالف نصّا أو إجماعاً نقض حكمه مطلقاً .

وإذا حكم بما فيه خلافٌ وتبين له أن الحق في غيره ، فقليل ينقضه مطلقاً ، والمذهب لا ينقض حكم غيره لما فيه من التسلسل ، بل ينقض حكم نفسه لأنه لا محذور فيه ، وقيل : لا ينقض مطلقاً لحديث عمر : «ذلك على ما قضينا وهذا على ما قضينا»^(٣) ، ولأنه ليس اجتهداً أولى من اجتهاد ، لكنّه إذا تغير اجتهداً فلا يحكم في المستقبل إلا بما ظهر له الآن وليس هذا نقضاً للأول بل ترك الاستدامة عليه .

قوله : (لا يكثر الجلوس)^(٤) . لئلا يلحقه ضجر وما لا يستوفي النظر معه وإن طال ذلك به استتاب غيره للفصل بين الناس ، وفي الحديث : «لا يَقْضِي

(١) كذا في المتن ، ولعل الصواب : «مستقلاً» .

(٢) التهذيب (٥٧٥/٣) .

(٣) الأثر رواه البيهقي في السنن الكبرى ، عن الحكم بن مسعود الثقفي قال : «شهدت عمر بن الخطاب رضي الله عنه أشرك الإخوة من الأب والأم مع الإخوة من الأم في الثلث ، فقال له رجل : لقد قضيت عام أول بغير هذا ، قال : «فكيف قضيت ؟ قال : جعلته للإخوة من الأب والأم ، ولم تجعل للإخوة من الأم شيئاً» ، قال : «تلك على ما قضينا ، وهذه على ما قضينا» كتاب آداب القاضي ، باب من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهداه . ورواه الدارقطني في كتاب الفرائض رقم ٤١٢٦ .

(٤) المصدر نفسه (٥٧٥/٣) .



القَاضِي وَهُوَ غَضَبَانٌ^(١) عبر عن الشريش بفرد من أفرادهِ .

قوله: (فليقم)^(٢) . وقيل: أو يتحدث مع من عنده من الناس ليزول ذلك

عنه .

قوله: (من الحق)^(٢) . أي مما لا ينبغي أن ينكر لأنه محل تواضع يستوي

فيه الرفيع والوضيع كما يستوي في الصلاة، وقال الشافعي: لا يجوز مكان الحائض والذمي، وهذا لا يلزمنا، بل يجلس عند باب المسجد حتى يكون الحائض والذمي خارجا منه أو يكون له شباك يكلم الناس منه وهم في الطريق .

قوله: (لا يقيم فيه الحدود)^(٣) . تنزيها له عن الصياح ومن النجاسة الخارجة

من المحدود من بول أو دم عند الفزع .

قوله: (يضرب الخصم)^(٣) . للفصل بين الناس، في الحديث: «مَطْلُ الْغَنِيِّ

يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»^(٤) فيسبه في نفسه ويضربه .

قوله: (حتى يسأل عنهم [١/١٤٦] في السر)^(٥) . ينبغي أن تكون له بطانة عدل

يعلمه بأمور الناس وينبغي تعديله وتجريحه، لأن ذلك من باب الإخبار، كما

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان . والترمذي في سننه، أبواب الأحكام، باب لا يقضي القاضي وهو غضبان . ورواه أحمد في المسند، مسند البصريين، من حديث أبي بكرة نفع بن الحارث . رقم ٢٠٣٨٩ .

(٢) التهذيب (٥٧٥/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٧٦/٣) .

(٤) الحديث رواه بهذا اللفظ البغوي في شرح السنة، كتاب البيوع، باب ثواب من أنظر معسرا، وفيه

«لي الواجد يحل عرضه وعقوبته» . كذا أيضا عند الطحاوي في مشكل الآثار، في باب بيان مشكل

ما روي عنه عليه السلام من قوله لي الواجد يحل عرضه وعقوبته، (٤١٠/٢) . ولفظ البخاري: «مطل

الغني ظلم» وسيأتي تخريجه .

(٥) المصدر نفسه (٥٧٦/٣) .

يسمع قول المترجم لأنه مخبر ، وقيل لابد من اثنين لأنها شاهدة ، ولابد أن يكون البطانة مخفيا عند الناس لئلا يرشى إذا علم به الناس ، ورب شخص يعدله الناس بمحضره مخافة منه فإذا غاب قالوا فيه الحق .

قوله: (أو في العلانية)^(١) . يعني من لا يعرف فيه أنه يخاف إضراره .

قوله: (ولا يقبل في التزكية أقل من رجلين)^(١) . لأنها شهادة وقيل إخبار فيقبل فيه بطانة واحدة ، وهي حق بدن فلا يجوز فيه إلا الرجال .

قوله: (وهو غائب عن القاضي)^(١) . بشرط أن يكون يعرفه القاضي .

قوله: (لم يقل)^(١) . أما إذا رجع بعد الحكم وقبل الاستيفاء فهل يمضي الحكم؟ المذهب أنه يمضي ، لأنه الآن بالرجوع فاسقٌ ، وحين شهد عدلٌ ، وقيل: لا يمضي لأنه قد يتبين كذبه قبل الاستيفاء فإن كان ذلك عمداً غرم ما أتلّف بشهادته وهل يقتص منه في الدماء؟ المذهب لا يقتص منه لأنه ليس مباشرا بل الحاكم هو المباشر والشاهد مسبب لكن يغرم الدية ، وقال أشهب: يقتص منه كالحاكم المكره غيره على قتل شخص ، فإن كان حصا بثلاثة أقوال:

قيل: لا يرجع عليه بشيء مطلقا لأنه إذا علم الشهود بالرجوع عليهم في الخطأ أدى إلى حسم باب الشهادة ، وقيل يرجع مطلقا ، وقيل أن كانت في مال لم يرجع عليه وفي النفس يرجع عليه لخطرها

قوله: (عرف الشاهد خطه)^(١) . أما إذا كان المحضر بخطه وتحقق ذلك وأن الشهادة بخطه أيضا وإن لم يذكر المشهود به فإنه يؤديها وينتفع ، فإذا لم يكن بخطه إلا الشهادة وتحقق أنها خطه فقل يؤديها وينتفع لأن الضرب على الشهادة

(١) التهذيب (٥٧٦/٣) .

على خلاف الأصل وقادر وقد تحققها ولا خلاف في المذهب أن الشهادة على الخط تنفع وقيل لا يؤدي ولا ينتفع لاحتمال الضرب عليها.

والفرق بين الشاهد الميت والحي الغائب^(١) أن الميت والغائب لو حضرا ذكرا الشهادة وهذا قد اعترف أنه لم يعرف الشهادة، والمذهب أنه يؤديها ولا تنفعه فيقول هذا خطي ولا أذكر الشهادة، وفائدة ذلك أن يكون الحاكم ممن يعمل بذلك.

قوله: (وفي ديوانه شهادة البيئات وعدالتها)^(٢). جرت عادة القضاة أن يأخذوا نسخا من العقود عندهم مخافة أن يتلف ما في أيدي الخصوم أو يزداد فيها أو ينقص منها، فإذا وجد في ديوان شهادة الشاهد وأنه عدل عنده لم يجر لمن بعده من القضاة أن يحكم بذلك حتى يثبت عنده ثبوت ذلك عند العدول أو حكمه به، ولا يقبل قول المعزول في ذلك لأنه إما أن يكون قوله حكما، فكيف يقبل حكمه وهو قد عزل؟ وإن كان شهادة فهي شهادة على فعل نفسه، ولذلك يسجل على القاضي ويشهد على حكمه مخافة عزله أو موته.

قوله: (وللطالب)^(٣). يعني صاحب الحق المشهود له به عند المعزول أن يحلف خصمه أن ذلك الحق ما شهد له به عنده، وفائدة ذلك أن ينكل فيلزمه الحق.

قوله: (ولا مع غيره)^(٤). لأنه لا يشهد على فعل نفسه.

قوله: (لا يتخذ كاتباً من أهل الذمة)^(٥). لأن من شرطه أن يكون عدلا

(١) كلمة على الحاشية غير واضحة.

(٢) التهذيب (٥٧٦/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥٧٧/٣).

(٤) ليست العبارة في التهذيب.

(٥) التهذيب (٥٧٧/٣).



مخافة أن يزيد في الكتب وينقص ، ولما في ذلك من اطلاعه على أحوال المسلمين ، والقسم شاهد أو مخبر فلا بد من العدالة ومن شرطها الحرية .

قوله : (أو مات المكتوب إليه)^(١) . لأنه لا يقصد المكتوب إليه بعينه وإنما المراد من يحكم من المسلمين ولذلك قيل الأحسن إذا كتب القاضي بحكم فلا [١٤٦/ب] يكتب به إلى شخص معين ، لكن يقول إلى قاضي المسلمين ببلد كذا ، ومن شرط العمل به أيضا أن يكون ذلك القاضي مشهورا بالعدالة والحكم بالحق ، وإلا فلا يعمل بحكمهم .

قوله : (ويجوز كتب القضاة)^(١) . لأنه قد يضطر إلى إثبات قضية في موضع ما ثم يوجه بها إلى موضع آخر ، ومنعه أبو حنيفة لأنه لا تجوز عنده الشهادة على الغائب لأن من شرطها إنكار الخصم ولا إنكار للخصم ، واتفقنا على الميت لأن إنكاره متعذر ، والحكم على الغائب عندنا إنما هو إرجاء الحجة فلا محذور .

قوله : (لم تعد البيئة بحضوره)^(١) . أي لم يقضي بإعادة الشهادة لكن يخبر بالشهود وبالشهادة ، فإن كان له مطعن في ذلك وإلا مضى الحكم الأول .

قوله : (ولاة المياه)^(٢) . يعني من له الحكم في أمر خاص كقسم الماء بين أهله بموضع ما ، ووالي الفسطاط يعني به صاحب الشرطة وهو صاحب المظالم ، وهو الذي يحكم في الحدود ويولي أمر الصلاة ولم يكن يلي ذلك إلا العلماء ، ولا في حكم بين الناس في أموالهم إلا القاضي ، ووالي الإسكندرية كوالي الفسطاط سواء .

قوله : (أو استقضى قاضيا)^(٢) . هذا ليس له لكن يمضي من ذلك ما وافق

(١) التهذيب (٥٧٧/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٧٨/٣) .

الشرع وإذا حكم رجلان شخصا لزمهما ما يحكم به مما يوافق الشرع ، وهل لأحدهما الرجوع عن تحكيمه ثلاثة أقوال :

قيل : لا يجوز مطلقا بنفس التفويض له .

وقيل : له الرجوع ما لم يشرع في الحكم .

وقيل : ما لم يثبت الحكم ويقول قد قضيت بينهما بكذا فاشهدوا علي .

ومن شرط من حكم أن تكون له أهلية الحكم من العدالة ، والعلم ، وغيرها ، فإن حكما من ليس كذلك كالمرأة ، والصبي ، والمسخوط ، فقولان : لا يمضي حكمه البتة ، وقيل : يمضي إذا وافق الشرع وقد رضي بحكمه .

قوله : (كره أجره قسام القاضي)^(١) . يعني إذا كان يأخذ أجرته من أموال اليتامى مخافة أن يجحف بينهم ، وأما لو كان من بيت المال فلا كراهة ، ولو قدماه للقسمة بينهما وهما بالغان لم يكره له ما يأخذ منهما البتة .

قوله : (على عدد الرؤوس)^(١) . لأن قدر تعبته في كل ذلك سواء بل الجزء الأصغر الأتعب ، وقيل على الأنصباء اعتبار بما يصيب كل واحد منهم بالقيمة .

قوله : (إلا أن يشترطوا)^(٢) . أي كونها على الأنصباء .

قوله : (لا تجوز شهادة القسام على ما قسموا)^(٣) . لأنها شهادة على فعلهم .

قوله : (ثم ادعى أحدهم الغلط)^(٣) . أي لا يسمع إلا في الجور البين ، لأنه يؤدي إلى الافتيات على الحاكم لأنه نائبه .

(١) التهذيب (٥٧٨/٣) .

(٢) في التهذيب «إذا لم يشترطوا» (٥٧٩/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٧٩/٣) .

قوله: (فالرسول ضامن)^(١). هذا عام ، من دفع إلى لم^(٢) يأت منه فلا بد من الشهادة أصله الوصي لأنه أمين الميت وهو أمين على الأيتام لا لهم فلا يدفع إليهم المال إلا بشهادة ، فذلك هذا إنما أمره أن يدفع دفعا مبرئا لزمته فإذا دفع بغير بينة تعدى فلزمه الغرم .

قوله: (رفع ذلك إلى من فوقه)^(٣). لأنه لا يمكنه الحكم في ذلك بعلمه إذ لو حكم الحاكم بعلمه لاتهم لميله مع أحد الخصمين فإذا رفعه فقد يشهد بذلك غيره فيكمل نصاب الشهادة .

قوله: (فليرفعه إلى القاضي)^(٣). يعني إذا لم يكن فوقه غيره رفع إلى من تحته كفعل عمر رضي الله عنه حتى لا يحكم بعلمه ، وقد قيل لا تزول التهمة لأن من تحته لا يمكنه رد شهادته وكذلك إذا حكم الخصم خصمه وهو القاضي فقال رضيت بما تحكم به ثم أراد الرجوع فقولان ، يلزمه لأنه قد رضي بحكمه وقد حكم بالشرع ، والثاني لا يلزمه لأنه فعل ما لا يجوز له من الحكم في حق عليه .

قوله: (دون أن يرفع إلى أمير المؤمنين)^(٣). لأن ذلك يجرى . [١/١٤٧]

قوله: (لم يجز عفو الطالب)^(٣). لأن ذلك حق الله ، وقيل يجوز مطلقا لأنه حق للطالب ، وقيل إن قصد الطالب التستر جاز ، وذلك أن يكون هذا الطالب ملطخ العرض بحيث {يقدر} خصمه على إثبات ذلك في حقه فيقبل عفو منزلة ويتوصل الحاكم إلى ذلك بأن يسأل عن الطالب فإن كان نبذه الصفة قبل العفو ، وكذلك لو كان القاذف أباه قبل عفو له لأن حدّه عقوق له ، وأما في السرقة والزنى فلا يقبل العفو لأنهما حقان لله .

(١) التهذيب (٥٧٩/٣) .

(٢) كذا في المتن .

(٣) التهذيب (٥٥٩/٣) .



قوله: (لا يقضي بعلمه)^(٤). أما قبل ولايته أو بعدها إلا في مجلس الحكم فلا يحكم بذلك اتفاقا، وأماما يعمل في مجلس الحكم مثل أن يقر أحد الخصمين لثاني بشيء أمام الحاكم ثم ينكر، فقليل: لا يحكم القاضي بعلمه وقيل يحكم في هذا لأنه لو لم يحكم لأدى إلى أن يجب عليه إحضار الشهود مجلس حكمه وذلك لا يجب عليه فلا بد أن يحكم بعلمه في هذا، وأما علمه في التزكية والجرح فيحكم به.

والفرق أن ذلك ليس بحكم بدليل أنه لو شهد عنده شاهدان بأن شخصا قد عدله حاكم موضع كذا فلا يجب عليه أن يحكم بشهادته حتى يشهدوا بأنه عدل، ولو كان حكما للزمه الحكم بذلك، ووجه ثان ذلك أن حكمه بتعديل أو تجريح مما لا يخفى عند الناس، بخلاف سائر الحقوق لا يعلمها إلا من اطلع عليها.

قوله: (أهل العراق)^(١). يعني الحنفية لأن أبا حنيفة أقدم من ملك لحق عدة من الصحابة ويعني بالإقرارات الأموال.

قوله: (لا عهدة على قاض)^(١). لأنه يبيع على غيره وقد دخل المبتاع على ذلك، ولو كان على القاضي العهدة لما باع على أحد شيئا وكذلك الوصي إذا تبين أنه يبيع على الأيتام.

قوله: (فلا شيء على الأيتام)^(١). لأنه لا ذمة لهم وعلى ذلك دخل المبتاع وعلى قول المخزومي يتبعون إذا ظهر لهم مال.

قوله: (وقضاؤه نافذ)^(١). لأن حكم الحاكم لا ينقض إذا حكم بما قيل به إلا أن يكون جورا بينا فينقض الحكم فقط ولا شيء على الحاكم.



وإذا حكم الحاكم بمذهب ضعيف جدا؛ فالمذهب أنه ينقض حكمه مثل الحكم بشفعة الجار، وتوريث العمّة، وتوريث الخالة، وتوريث المولى الأسفل، وشهادة النصراني على النصراني أو اليهودي على اليهودي في الوصية في السفر، وكل ذلك في مذهب أبي حنيفة، وكذلك إذا حكم برد الثلاث إلى الواحدة في الطلاق.

قوله: (من ليس بفقهاء)^(١). للقضاء شروط صحة وهي الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورية والعدالة، إلا أن أصبح قال: تصح تولية الفاسق ولكنه يعزل، المذهب لا تصح.

وفائدة الخلاف هل ينقض حكمه أولا؟ وله شروط كما منها أن يكون سميعا بصيرا متكلم فقيها.

قوله: (عارفا بآثار من مضى)^(١). ليعرف مواضع الإجماع.

قوله: (مستشيرا ذوي الرأي)^(١). لقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩] فإذا أشكل عليه شيء شاور فيه أهل العلم.

وقوله: (مستخفا بالملوك)^(٢). أي لا يهابهم ولم يرد الاستخفاف بأمرهم.

قوله: (ويرى هو نفسه أهلا لذلك)^(٣). لأنه أعرف بنفسه، وقد قيل: أفت نفسك إذا أفتاك المفتون.

قوله: (وليس علم القضاء كغيره)^(٣). أي يحتاج إلى تيقظ وحذق ما لا

(١) التهذيب (٥٨٠/٣).

(٢) ليست في التهذيب.

(٣) التهذيب (٥٨١/٣).

يحتاج إليه غيره .

قوله : (أبقيت لكما حجة)^(١) . هذا لسرعة الفصل في الخصومات .

قوله : (إلا أن يأتي بماله وجه)^(١) . مثل أن تكون له بينة في موضع بعيد ولا يعلم بها فيقبل قوله في ذلك .



(١) التهذيب (٥٨١/٣) .

كتاب الشهادات

معنى الشهادة البيان ، قال الله تعالى : ﴿ شَهِدَ اللَّهُ ﴾ [آل عمران: ١٨] أي : بَيَّنَّ وَوَصَّفَ نفسه بشهيد ، أي مبيِّن للحِلِّ والحَرِّمة ، [١٤٧/ب] كذلك الشاهد يبين الحق من المبطل عند تقابل الدعاوي ، وهو منصب رفيع أرفع من مرتبة الحاكم لأن الحاكم أسيرُ الشاهد ومجلي له إلى الحكم ينبغي أن يكون زيهًا^(١) عن كل ما يخل به .

وشروطه الإسلامُ ، والبلوغ ، والعقل ، والحرية ، والعدالة ، والتيقظ . والصحيح من المذهب أن أداء الشهادة وتحملها كل واحد منهما فرض كفاية ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ، ولذلك يحرم عليه أن يأخذ أجرًا على ذلك وإن بعد محل الأداء إلا أن يبلغ إلى سفر القصر فلا يجب عليه أداؤها لأن الأحكام تتغير في سفر القصر كالقصر والفطر فكذلك هذا ، وأوجبها الظاهرية على الأعيان وقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] قيل : إنه في التهمل فعلى هذا تحرم الأجرة لأنه مأمور بالتحمل وهي كالصلاة على الجنازة لا ينبغي للإنسان أن يتكل على غيره في ذلك لأنه قبل سقوط ذلك يفعل من فعله فهو في عهدة الطلب بعد .

قوله : (من هو في عياله)^(٢) . لأنه يجبر بذلك نفعا لنفسه وتجاوز عليه ، وفي الأخ أربعة أقوال : تجوز له لأن العدالة تمنعه من الميل ، وتمتنع للتهمة ، والمذهب تمنع إذا كان في عياله ، وتجاوز إذا كانا مبرزين في العدالة .

قوله : (والتعديل)^(٢) . أي وفي حقوق البدن التي له بخلاف الطلاق والتجريح

(١) كذا في المتن ، ولعلها نزيها .

(٢) التهذيب (٥٨٣/٣) .

هما عليه فجاز أن يعدل أخاه وإن كان في ذلك جرّ نفعا لنفسه بعدالة أخيه ، لأن ذلك لا يخفى على الناس ، وقيل لا يقبل لذلك ولا في تجريح من جرح أخاه لأنه يدفع بذلك عارا عن نفسه .

قوله: (لا تجوز شهادة خصم)^(١). أي من خاصمه في أمر الدنيا وأما من أمره بمعروف أو نهاه عن منكر فليس من هذا ، ويدخل فيه العدو وهو من يسره ما ساءه ويسؤه ما سره ، والصديق الملائف من سره ما يسره ، وساءه ما ساءه والظنين المتهم وهو يعم الأقسام كلها .

قوله: (لا تجوز شهادة السؤال)^(٢). لأنهم يتهمون بجر النفع إليهم .

قوله: (المغني)^(٢). أي المطرب ، والغناء المطرب هو السماع الذي يغيب عن عقله من سمعه في بعض الأحوال وهذا حرام ، وأراد المغني المعروف بذلك لإكثاره منه ، أما من يغني في بيته وعلى انفراده فلا ، والنياحة حرام قد لعنها الشارع ، والسامع لها والراد عليها ، لأنه يثير الجزع فيما أمر الله فيه بالصبر ، وفي معناها الوعاظ على القبور لأنهم يغنون بالشعر يولد الجزع ، وفي معناه القراء على الجنازة لأنهم يسوقون الآي في معرض الجزع كقوله: ﴿يَا سَفَى عَلَى يَوْسَفَ﴾ [يوسف: ٨٤] ، والشاعر الذي ينحو لأنه كذاب ، والمدمن على الشطرنج لأنه يتشغل به عن الصلاة ويحلف كاذبا .

قوله: (المرّة بعد المرّة)^(٢). فسر بأنه أراد المرات في العام وأما الثلاثة في العام فكثير وإدمان ، والنرد أشد منه لأنه لا بد فيه من القمار ولذلك قلّ استعماله ، وهو كالشطرنج له سفى وبنادق أو فصوص .

(١) التهذيب (٥٨٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٨٤/٣) .

قوله: (هي أشر من النرد)^(١). لأن ولوع الناس به أكثر لأنه بلا قمار في الغالب.

قوله: (وتجوز شهادة المولى لمن اعتقه)^(٢). يعني الأسفل للأعلى ومعنى دفعه عن نفسه أن يكون على الأعلى دين تقدم العتق، فيشهد الأسفل بأنه قد وفي الدين فيجر لنفسه صحة العتق لأن الدين المتقدم يبطل العتق وإن كان العبد ولد جر لنفسه عتق ولده ويحتمل أن يريد إلا الأعلى للأسفل ومعنى دفعه عن نفسه أن يجني الأسفل جناية تكون على عاقلته فيشهد الأعلى بنفي ذلك لأنه عاقلته.

قوله: (لمكاتبه)^(٢). لأنه كمن شهد [١/١٤٨] لنفسه لأن ذلك يغييه على أداء الكتابة وإن عجز فیرجع ذلك إليه ولأنه يرثه بالولاء وشهادته لعبد ابنه كشهادته لابنه.

قوله: (وإن شهد لأمة بالعتق زوجها ورجل أجنبي)^(٢). لأن الزوج يتهم بعتق ابنه وعتق زوجته وتبقى شهادة الأجنبي، فعل المذهب يحبس السيد حتى يحلف أنه لم يعتق، وقال أشهب يعتق عليه إن لم يحلف بالشاهد والنكول لأنهما من جهتين مختلفتين فهما أقوى من الشاهد واليمين لأنهما من جهة واحدة، وهل يجوز للزوج أن يطأها بعد أو لا؟ قولان: لا يجوز لأنه قد شهد بعتقها فإذا وطئها فقد توصل إلى إرفاق الحد بخلاف إذا تزوج الأمة أولا لأنه على ذلك دخل، وقيل يجوز لأن النكاح صحيح وذلك جرّت إليه الأحكام.

قوله: (جازت الشهادة)^(٢). لا يشترط في حال التحمل العدالة والشروط المتقدمة، بل ذلك حال الأداء بدليل أن كثيرا من الصحابة تحملوا في حال الصبا والكفر وقبلت أخبارهم حال الكبر والإسلام، لأنه حينئذ يؤدي ما علمه قبل.

(١) التهذيب (٥٨٤/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٨٥/٣).

قوله: (لم تجز أبدا)^(١). للتهمة أن يزيلوا العار برد شهادتهم وهذا يظهر في الفاسق والكافر، وأما الصبي والعبد فلا عار عليهما في رد شهادتهم لأن الصبا والرق ليسا من فعلهما ولذلك قيل يقبلان بعد، ونظير ذلك المحدد في الزنى لا يقبل بعد وإن كان عدلا في الزنى، لأنه يتهم على قصده تكثير الزنى، وأما لو قبلت شهادتهم في حال النقص لجهل الحاكم فحكم بها ونقض حكمه بعد تقبل شهادتهم إذ زال النقص قولان: وجه القبول أنه لم ترد شهادتهم وإن تضمن نقض الحكم بها ردها فلا يتهمون بخلاف ما إذا ردت شهادتهم وأما الأبوان وإن علو للابن وإن سفل فكل واحد ظنين بأن ينفع صاحبه لأنه مجبول غالبا على السرور بما يسره والمساءة بما يسوءه.

قوله: (لابن ابنه)^(١). لأنه ابن وإن سفل، وكذلك الجد وإن علا أب، وكذلك الزوج لأنه يتحمل بمال زوجته وتمتع بمال زوجها.

قوله: (إن شهد له في غير التجارة)^(١). يعني في مال ورثه أو وهب له ونحو ذلك لأنه إن كان في التجارة فقد جر نفعاً لنفسه لأن مال كل واحد بيد صاحبه له جزء من ربحه ولذلك لم تقبل شهادة الوصي لأن مال اليتيم بيده فصح أن يتجر فيه فيكون له جزء من ربحه.

وقوله: (إذا كان لا يجز بذلك نفعاً)^(١). مثل أن يقصد إدخال ذلك المال في التجارة ويكثرها به وأما الكفر فلا إنه أعظم الفسق.

قوله: (مات في سفر)^(٢). على قول أبي حنيفة أنه يجوز في السفر شهادة الكفار في الوصية إذا لم يوجد غيرهم من المسلمين للضرورة أخذا بظاهر قوله

(١) التهذيب (٥٨٥/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٨٦/٣).

تعالى: ﴿أَوْءَاخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦] أي من غير أهل دينكم ويحتمل أن يريد من غير أهل قبيلتكم؛ أو هو منسوخ بقوله: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وهذا لا معارضة فيه بينه وبين ذلك بأن يريد في غير الضرورة فلا يكون ناسخا كما يقول المخالف.

قوله: (لا تجوز شهادة نساء أهل الكفر)^(١). لكفرهن وكذلك النساء الفواسق من المسلمات لا يقبلن بإحدى الكوافر.

قوله: (شهادة امرأتين)^(١). والشافعي يقول لا بد من أربعة، لأن الشرع جعل امرأتين كرجل واحد ووجه المذهب أن شهادة النساء هنا أصل، لأن هذه المواضع لا يحضرها الرجال وهي: الولادة، واستهلال الولد، وكونه ذكرا أو أنثى، وعيوب الفرج، وإذا ادعت امرأة أن ولدها استهل صارخا ثم مات وأنكر العصبة شهد النساء، وكذلك [١٤٨/ب] إذا أنكروا أصل الولادة أو كونه ذكرا أو قالوا بل كان أنثى وذلك بعد أن مات، فالمذهب أنه يقبل قول النساء في ذلك مطلقا، وقال سحنون: لا بد من وجود الجسد وثبوته بشهادة الرجال على الجملة فتقوى بذلك شهادة النساء، وقيل أن كان الدفن قريبا نبش عنه حتى يعلم كونه ولدا وحاله هل هو ذكر أو مثله ممن يستهل وإن بعد فلا يسمع قولهن.

قوله: (وتجوز شهادة من تاب)^(٢). ولنا قول ثانٍ لا تقبل شهادته فيما حد فيه أبداً وسبب الخلاف هل رجع الاستثناء في قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ [البقرة: ١٦٠]. إلى الجملة الآخرة أو إلى جميع ما قبله. وأما ولد الزنى، فلا يقبل في الزنى تاب اتفاقا.

(١) التهذيب (٥٨٦/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٨٦/٣).

والفرق أن ولد الزنى لا ينفك عنه ذلك لأن أمه زانية وهذا قد يزول عنه بالصلاح ، وأما شاهد الزور فلا يقبل لأنه وإن صلح وصار عدلا فلا يوثق لأنه كذلك كان حين شهد بالزور وصار كالزنديق لا تقبل توبته لأنها لا تعلم ، وقيل إن حسنت حاله وصارت أعلى من الأولى كالفضيل^(١) قُبِلَ ، لأن عدالته الآن زادت على عدالته الأولى .

قوله : (وتجوز الشهادة على الشهادة)^(١) . إنما شرع هذا لتعذر الأداء بالغبية والموت إذ الشهادة على الخط لا يقول بها أكثر الناس فاحتيج إلى ذلك ، وتجوز أيضا الشهادة على الشهادة للتعذر المتقدم إلا أنه لا يجوز من الفرع بحضور الأصل بل مع فقدته إلا في النساء ، فقد قيل يجوز مع حضورهن في الموضع لتعذر مباشرتهن للشهادة وأدائها ، ويشترط أن يبقى الأصل على عدالته فإن فسق لم يقبل الفرع لأنه نائب عن الأصل ، بدليل أن الحاكم إذا أدى عنده الفرع نظر في حال الأصل والفرع ، ولو جن الأصل لم تبطل شهادة الفرع لأن الجنون لا يبطل العدالة ، وأبو حنيفة لا يجيز الشهادة على الشهادة في الحد ، لأن مقصود الشارع في ذلك الستر ، وفي الشهادة على الشهادة إذاعة له .

قوله : (تجوز على شهادة عدد كثير)^(١) . كما يجوز للشاهدين أن يشهد في وقائع عدة ، وقيل لا بد من اثنين على كل واحد فيحتاج في نقل كل شهادة إلى أربعة ، وأما في الزنى فقبل يكفي في نقلها اثنان يشهدان على كل واحد ، وقيل اثنان لكل واحد فيجئ من ذلك ثمانية ، وقيل أربعة لكل واحد فهؤلاء ستة عشر .

قوله : (ولا يجوز نقل واحد عن واحد)^(١) . لأنه لو قبل في ذلك واحد مع اليمين لا يحتاج إلى يمين آخر لأنه باليمين الأولى يكمل الشاهد كما يحتاج إلى

(١) التهذيب (٥٨٦/٣) .

اليمين مع شاهد الأصل فجيء في ذلك يمينان ولا نظير له وأيضا فإن شهادة الشاهد لا تثبت إلا بشاهدين فإذا شهد بها واحد صارت كنصف شاهد ولا يحلف مع نصف شاهد، وأيضا فإن اليمين والشاهد إنما يكون في الأموال لا فيما يؤول إلى المال.

قوله: (ولا تجوز شهادة النساء في الحدود)^(١). لأن هذه حقوق الأبدان وإنما شرعت شهادتهن في الأموال وما لا يطلع عليه غيرهن.

قوله: (ويحلف الطالب مع شهادة امرأتين)^(١). لأنهما كرجل واحد.

قوله: (أو في الوكالة)^(١). لأنها تؤول إلى المال على المذهب.

قوله: (إذا كان معهن رجل)^(١). لأنه ألف امرأة بمنزلة رجل واحد لأنه لم يثبت حق بهن إلا مع رجل.

قوله: (ولا ينقلن شهادة إلا مع رجل)^(١). صح هذا على المذهب لأنه يرجع إلى المال ومنع الغير شهادتهن في حقوق البدن وإن آلت إلى مال وسبب الخلاف هل يلحق ما يؤول إلى المال بالمال أو لا؟

قوله: (إذا ثبت النسب بغيرهن)^(٢). مثل أي يقر الرجل بابن له ثم يموت المقر ثم الابن فيختلف الورثة [١/١٤٩] هل كان ذكرا أو أنثى، وكذلك إذا ثبت أنهما أخوان ثم قال أحدهما أنت لأبيه وأنا شقيقه وكذلك إذا لم يعلم انحصار الورثة فيهما فيشهد النساء أنه لا وارث للميت سواهما فهذا كله يؤدي إلى المآل.

قوله: (في قتل الخطأ)^(٢). مثل أن يقتل رجلا بمحضر نساء فيدعي القاتل

(١) التهذيب (٥٨٧/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٨٨/٣).

الخطأ ويدعي الأولياء العمد فيقول النساء خطأ فهذا راجع إلى المال .

قوله: (لفواتها)^(١). أي كيفية القتل والاستهلال يفوتان فأجيزت شهادة النساء وأما الجسد فلا يفوت فلا بد من حضوره أو ثبوت وجوده عند سحنون ولا حاجة إلى ذلك عند ابن القاسم بل قول النساء يكفي وهو موضع ضرورة وهن فيه كالرجال وكذلك شرط بقاء الجسد في شهادة الصبيان ولم يشترطه ابن القاسم ، واعلم أنه لا يجوز أن يشهد الرجل وأباه في قضية واحدة لأن كل واحد يصحح قوله الآخر ويزكيه وكذلك لا يشهد على شهادته .

وأما شهادة الصبيان ففيها ثلاثة أقوال: منعها ابن عبد الحكم مطلقاً لأنها على خلاف القياس ، والمذهب جوازها في القتل والجراح ، وقيل: تجوز في الجراح لأنها تكثر بينهم والقتل نادر .

وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ ثبوت العمل بها لمن السلف ، قال أبو الزناد: هي السنة ، ولئلا تهدر الدماء .

ويشترط في ذلك أن يكونوا مميزين ، وأن يكونوا محكوما لهم بالإسلام تبعاً لأبائهم لأننا لا نعلم الكفار الحرب ، وذكوراً لأن الذكورة موضع ضرورة لأنهم الذين يعلمون الحرب ، وأحراراً لأن العبد مشغول بخدمة سيده ولأن الحر من جنس من تقبل شهادته من الكبار ، وألاً يكون فيهم كبير لأنها إنما وردت فيما بينهم فلا يقاس عليها شيء آخر ، وأن يشهدوا على ما هو من فعلهم وفي ما بينهم ، وأن يشهدوا مُجْتَمِعِينَ ، وأن يكون ذلك قبل تفرقهم لأنهم يقبلون التعليم والتحب ، وأن تتفق شهادتهم ، وأن يكونوا اثنين فأكثر .

وفي الإناث قولان ؛ فوجه القبول أن إناث أولاد العرف يدخلون مع الذكور



في ذلك ، وهل تعتبر العداوة فيما بين آبائهم ؟ قولان ، لأنهم لا يعرفون ذلك وقيل قد يعرفون ، ولا يعتبر وقوع المعاصي منهم بخلاف الكبير ، وإن شهدوا ثم رجعوا أخذ بأول قولهم ، وكذلك لو شهد على شهادتهم لم يلتفت إلى رجوعهم ، ولو قال بعضهم هذا قتل ، وقال آخرون بل هذا ، فقيل تعارضتا وسقطتا ، وقيل تكون الدية على عاقلتيهما .

ولو شهدوا بأن هذا قتل وشهد علان أن دابته قتله فقيل بالتعارض ، وقيل قول الصبيان أولى لأنهم أثبتوا والنافي أولا منه المثبت لأن الكبار يقولون دمه هدر وكذلك لو شهد عدلان بأن شخصا قتل آخر ودخل في جماعة معينين ولا يعلمون القاتل منهم ، فقيل يسقط لعدم التعيين ، وقيل الدية على عواقل الكل .

قوله: (ولا يقسم بذلك)^(١) . أي لا يكون قول الصبي لوثا بخلاف الكبير لأن له وازعا من الدين لاسيما عند الموت لمنيعه من الكذب .

قوله: (وليس في الصبيان قسامة)^(١) . أي لا يكون قولهم لوثا وقيل: إن قولهم يكون لوثا في العمد والخطأ .

قوله: (لا تجوز شهادتهم في القتل)^(١) . لأنه أعظم حرمة من الجرح وأندر وقوعا .

قوله: (وإن اعترف القاتل)^(١) . لأنه اعتراف على عاقلته وكذلك إذا قال الكبير قتلت فلانا خطأ لا يلتفت لأنه اعتراف على غيره .

قوله: (تجوز شهادة الإناث)^(٢) . هذا قياس على الذكور .

(١) التهذيب (٥٨٩/٣) .

(٢) في التهذيب «ولا تجوز شهادة الإناث . وقال المخزومي: إن الإناث تجوز شهادتهن» (٥٨٩/٣) .



قوله: (نزى في جرحه)^(١). أي علا مرضه منه حتى مات ، وقيل ليس له إلا أرش الجرح .

قوله: (تجوز شهادة [١٤٩/ب] الوصيين بدين على الميت). لأنهما لا يتهمان ، بخلاف ما لو شهد له بمال وأولاده صغار أو سفهاء ، يتهمان على كونه بأيديهما .

وقيل: لا يجوز لأنها يتهمان على إخراج مال اليتيم حتى لا ينظرا له ، وهذه من التهم البعيدة والمذهب يراعيها في الشهادات لا في البيوع ، وفي مراعاة التهمة البعيدة مطلقا قولان .

قوله: (قدر ما يصيبه من الدين)^(١). لأن مقدم على الميراث .

وقال أشهب: يعطيه جميع ما بيده لأنه اعترف ألا ميراث إلا بقدر الدين ، وباقي الورثة أخذوا ميراثه وغصبوا حق الغريم ، ولو ثبت لرجل دين على آخر وله مال حاضر ومغصوب ، وجب أن يعطيه من الحاضر .

قوله: (لم تجز شهادته)^(١). لنا في السفیه قولان: هل يكون عدلا لأن حكم الشاهد ألا يكون مغفلا يغبن في البيوع ؟ وعلى القولين لا تقبل شهادته بما يؤدي إلى خروج مال عنه ، وإلا لم تكن فائدة في الحجر عليه .

والمذهب أنه غير عدل ، وإقرار السفیه على نفسه لا يعتبر .

قوله: (جائزة)^(١). لأنها لا تهمة وقد يكون أعرف منها بالنظر في المال .

قوله: (وقال غيره)^(١). هذا تفسير للأول لا خلاف ، وإلا فلا يجبر أحد على

(١) التهذيب (٣/٥٩٠).

أن يكون وصيا إذا لم يشأ، ومثال جرهما النفع أي يكون المشهود له من أهل الجاه.

قوله: (على نسب)^(١). هذا ما لم يؤدّ إلى شهادة الأخ لأخيه، لأنه لا يشهد لديه نسب ولا فيما هو دفع معرة عنه، لأنه في السب يتهم بإرادة ميراثه في ثاني حال، وإن كان الشاهد عما وأخا جاز لأنه لا يتهم وقد أخرج نفسه في الحال من الميراث لأمر موهوم.

قوله: (لم تجز شهادتهما)^(١). هذه تهمة ضعيفة لأنهما في الحال أخرجا حظهما في العبد عن ملكهما إلى أمر موهوم.

قوله: (لا تجوز شهادة الوصي)^(٢). يريد وكيل الميت على القسمة بين ورثته ليدفع التشاجر بينهم، أو الذي على تفرقة ثلثه فهذا لا يتهم لأنه لا يصير تحت يده من المال شيء ويريد بالعدول الرشد.

قوله: (وكان لا يجزّ بشهادته شيئا)^(٢). مثل أن يكون بعضهم صغيرا أو سفيها وهو ناظر له.

قوله: (إن كان في الوصية عتق أو إبطاع)^(٢). لأن شهادة النساء إنما تقبل في الأموال ولا بدّ معهم من رجل، وفيما لا يطلع عليه غيرهنّ كالولادة وعيوب الفرج، ويستقلّرن في هذا كالرجال لأنهنّ أضلّ هنا. وهل يحلف معهن أو لا؟ قولان.

قوله: (قال غيره)^(٢). هذا قول أشهب وسحنون أي حقوق الأبدان وإن آلت إلى ما لا تجوز شهادة النساء فيهن.

(١) التهذيب (٥٩٠/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٩١/٣).

قوله: (إذ لا يحلف وصي أو وكيل)^(١). أي لو جازت شهادة النساء في ذلك لجاز أن ينت بالشاهد واليمين، وعلى المذهب إنما لم تصح اليمين هنا لأن المشهود له بالوكالة والوصية ليس الحق لهما فلم يصح منها الحلف لأنه إنما يحلف الحالف فيما له فيه حق كيمين الغرماء مع شاهد على دين لغريمهم فيحلفون ويستحقون.

وكذلك إذا باع الوكيل سلعة وادعى عليه البائع أنه دفع له ثمنها فإنه يحلفه ويستحق الموكل، لكن لو لم يحلف غرم للموكل الثمن.

قوله: (جازت شهادته مع يمينه)^(١). لأن هذه وصية بمال.

قوله: (وامرأتان في ذلك ومائة سواء، يحلف معهن)^(٢). هذا في غير الموضع^(٣) التي لا يطلع عليها إلا النساء، وقد قيل: يحلف معهن فيها.

قوله: (ولا يحلف مع امرأة)^(٤). لأنها كنصف شاهد، وإنما يحلف مع الشاهد، ولو حلف معها أدى إلى يمين في حق واحدة.

قوله: (لعبد أو امرأة أو ذمي فإنه يحلف)^(٤). أما العبد والمرأة فلائهما مسلمان مكلفان، وأما الذمي فيحلف في (.) بما يعظه.

قوله: (فإنه لا يحلف حتى يبلغ)^(٤). لأن فائدة [أ/١٥٠] اليمين أن ينكل فيقر، وإقرار الصبي غير معتبر فتعذر تخليفه، وهل يُنزل تعذر حلفه بمنزلة نكول الكبير فيرجع اليمين على المدعى عليه ويستحق أو يبرأ أولاً، بل يوقف الأمر

(١) التهذيب (٥٩١/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٩١/٣ - ٥٩٢)

(٣) كذا في المتن.

(٤) التهذيب (٥٩٢/٣)

حتى يبلغ الصبي ؟ قولان :

أولاهما أنه ليس بمنزلة نكول الكبير ، لأن النكول إنما يكون ممن توجهت عليه اليمين ، والصبي لم توجه عليه . وهل يفرق في ذلك بين الحق الذي هو عين فيوقف إلى بلوغه ، وبين الذي هو في الذمة فيمضي الأمر فيه بحلف المدعى عليه أو لا يفرق ؟ قولان .

وإذا وقف فمات الصبي قبل البلوغ قام وارثه مقامه في ذلك ، فإن حلف استحق ، وإن نكل فهل يكفي المدعى المردودة اليمين عليه حلفه أولا يحلف ثانيا ؟

وَجْهُ الْأَوَّلِ أنه قد حلف فلا حاجة إلى يمين أخرى ، وَوَجْهُ الثَّانِي أن تلك اليمين لم تكن عن نكول معتبر ، وَحَكْمُ يَمِينِ الْمَدْعَى عليه المردودة أن تكون بعد النكول ، فإن بلغ الصبي وحلف استحق ، وإن نكل فهل يحلف المدعى أحلفا أخرى أو لا ؟ قولان كما تقدم .

وأما السفية فهل يحلف ، أولا وترد اليمين على المدعى عليه ؟ قولان : وَجْهٌ أنه لا يحلف : أنه لا يعتبر إقراره في المال ، وإذا نكل بعض الورثة عن اليمين ثم مات لم ينتقل اليمين لمن ورثه ، لأنه لما نكل مَوْرُوثُهُ فكأنه اعترف أن الحق ليس للميت الأول فلا يكون للوارث الثاني يمين لا بالأصل ولا بالانتقال .

قوله : (حلفوا وأخذوا مقدار حقهم)^(١) . المذهب أن كل واحد يحلف على جميع الحق لا على مقدار مورثه ، لأن هذه اليمين مورثة عن الميت وهي لا تنجزاً فكملت في حق كل واحد .

(١) التهذيب (٥٩٢/٣) .

وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ بِأَنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى مَقْدَارِ حَقِّهِ فَقَطْ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ .

قوله: (كان لهم أن يحلفوا)^(١) . لو نكل بعضُ الكبار ثم مات صغير قبل بلوغه ، وورثه ذلك الكبير ، فإنما يحلف على ما للصغير فقط .

قوله: (ضمن المال)^(١) . لأنهم شهدوا بمال وسرقة فثبت المال بهم دون السرقة ، فهذا حق بدن إفضاء إلى مال ، وعكسه لو شهدوا بأنه اشترى زوجته لثبت ذلك ، فهذا مال أفضى إلى فسخ النكاح .

وقال أشهب: ثبوت المال فرعُ ثبوتِ السرقة ، والشَّهادة واحدة لا تتجزأ ولا يثبت واحد منهما .

قوله: (يميناً واحدة)^(١) . لأن الشهادة هنا ترجع إلى المال لأنه في العمد تعذر القصاص فيرجع إلى الدية ، ولو كانا رجلين في العمد وجب القصاص .

قوله: (يقتص فيه بشاهد ويمين)^(٢) . هذا مُشْكَلٌ لأنه حق بدن متمحض ، ووجهه أن جنس الجراح لا قصاص فيه ، بل منها ما ليس فيه إلا الدية ، وهو ما يتعذر القصاص فيه لخطره كالجائفة والمأمومة فصار جنسها كأنه مالي كُلُّهُ فثبت بشاهد ويمين .

قوله: (فإن شاء حلف مع شاهد المائة)^(٣) . وجهه أن شاهد المائة قد شهد بالخمسين فاجتمعا على الخمسين ، وبقيت الخمسون الزائدة بشاهدٍ واحد .

وقيل: لا يأخذ الخمسين ولا المائة إلا بيمين ؛ ووجهه أن المذهب ضم

(١) التهذيب (٥٩٢/٣) .

(٢) في التهذيب «فالشاهد واليمين فيه جائز» (٥٩٢/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٩٢/٣) .

إحدى الشهادتين إلى الأخرى، وأطلق هل ذلك في مجلس أو مجلسين والضم غير صحيح لأنه لا بد من تحليف المشهود عليه على أن الشهادة بالزائد كذب، فإذا شهد أن ما زاد على الخمسين شهادة كاذبة فقد رضي بتكذيب شاهد المائة، فلا يصح له ضم شهادته إلى شاهد الخمسين يبقى له كل واحد من الحقين بشاهد واحد، ولنا في ذلك قول ثان وهو: ألا تبطل شهادته بذلك، وعليه يخرج المذهب، فلو ثبت له بشاهد حق ونكل عن اليمين معه وردّها على المشهود عليه فحلف وقال في يمينه وأن ما شهد لك به كذب ثم وجد [١٥٠/ب] شاهداً ثانياً فهل نضيف إليه الأول أو لا على القولين. ولنا أيضاً في اليمين مع الشاهد قولان: هل اليمين جزء من السبب أو مقوية لا جزء؟ يُبنى عليه: لو شهد بحق وحلف معه المشهود له واستحق، ثم رجع الشاهد عن شهادته، فهل يغرم نصف الحق الذي تلف بشهادته أو كله؟

وإذا كانت [الشهادتان]^(١) في مجلس واحد ففيل تسقطان لأن إحداهما تكذب الأخرى، وقيل: لا، لأنه قد تكون الشهادتان في وقتين، وإن كان المجلس واحداً، وإن كان في وقتين ومجلسين فلائهما بزيادة لا تكذب إحداهما الأخرى لأنهما عند ذلك مختلفان ومعاملتان، ففيل يحلف مع كل واحد منهما ويأخذهما، وقيل: يأخذ الأقل بلا يمين وإن شاء الأكثر بيمين كما تقدم وهو المذهب، وقيل: يأخذ أحدهما بلا يمين ويحلف الغريم على كذب البينة في الباقي، ويبرأ لاحتمال تكرّر الشهادة على حق واحد.

قوله: (تكفل لفلان ولوالدهما)^(٢). فقد شهدا لأجنبي ولأبيهما، وكذلك قوله لهما ولفلان قد شهدا لأنفسهما ولأجنبي، فالمذهب بطلان الكل لا شتماله

(١) في المتن «الشهادان» ولعله سهو، والصواب ما أثبتته.

(٢) التهذيب (٥٩٣/٣).

على ما يجوز وما لا يجوز كما تبطل الصفقة كلها إذا بطل بعضها ، ولأن الشهادة واحدة فلا تُبعض .

وقيل : تصح للأجنبي وتبطل لغيره وتتبعض .

وقيل : إن كان المشهود به يسيراً صحّ الجميع ، وكذلك إن شهد هو وأجنبي لنفسه لبعده التهمة بالشاهد الأجنبي .

قوله : (إذ لا يصح بعض الشهادة ورد بعضها)^(١) . علل الصحة بعدم التبعض ، فينبغي أن تبطل كما يقول الغير للتهمة وعدم التبعض .

قوله : (إن كان معه شاهد غيره جازت)^(١) . هذا قول رابع في شهادته لنفسه .

قوله : (في قوم مسافرين)^(١) . لم تجز شهادتهم لأنهم متيمون أن بعضهم شد لبعض تواطؤاً على ذلك .

قوله : (لم تجز شهادته بالعتق)^(٢) . هذه الشهادة اشتملت على شيئين مختلفين : أحدهما ثبتّ بشاهد ويمين ، والثاني لا يثبتّ بذلك ، فصح أحدهما وهو الوصية بالمال ، وبطل الآخر بالعتق .

قوله : (فإن ضاق الثلث)^(٢) . أي إن لم يسع جميع الوصايا على تقدير صحتها فتعدد الابتداء بالعتق في الثلث فما بقي كان لأهل الوصية الثانية لأن العتق مقدّم ، وقد بطل فيتحصّر الورثة مع صاحب الوصية بالمال ويقولون له : إن كانت الشهادة حقاً فالعتق مقدّم فليس لكم إلا ما فضل ، وإن كانت باطلا فليس لجميعكم شيء .

(١) التهذيب (٣/٥٩٣) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٥٩٤) .

قوله: (وإنما تبطل كلها)^(١). أي ليست هذه كالمسألة المتقدمة التي شهد فيها الشاهد لنفسه ولغيره.

قوله: (حلف فلان مع شهادتك)^(١). إن كنت عدلاً.

قوله: (لم تجز شهادتك إن كانت غيبة بعيدة)^(٢). قيل فإذا طلب ذلك المودع فينبغي لك ترجعه له ولا تحاصه، ثم إذا جاء الغائب عرفته وبذلك، وحلف مع شهادتك واستحق، وإن خاصمته أولاً بطلت شهادتك للغائب، لأنك تتهم أن تكون قصدت أن يكون عندك، ولضعف التبرع بالشهادة في حق الآدميين.

وقيل: بل يدفع أمرها إلى الحاكم فيوقفها للغائب ويحلف مع شهادتك.

شهادة السماع لا تكون إلا فيما شأنه أن يستفيض بين الناس في النكاح، والحبس، والنسب، والولاء، وملك العقار والدور والأرضين. لا فيما لا يستفيض كالودائع والديون.

ويكفي على المذهب فيه شاهدان كنقل الشهادة، وعلى قول ابن الماجشون لا بد من أربعة، على أصله في نقل الشهادة اثنين لكل واحد.

ولا يشترط أن يكون السماع من العدول ولا معينين، بخلاف نقل الشهادة لا بد من كونهم [١/١٥١] عدولا ومعينين، وأن يأذنوا في نقل شهادتهم، إلا أن تراه يؤدي شهادته عند الحاكم فيجوز لك نقل شهادته، وإن لم يأذن لك في ذلك، لأنه لا يؤديها عند الحاكم إلا بعد أن تحققها بخلاف ما لو سمعه يقول أشهد على فلان بكذا، إذ قد يكون عنده معارض. ولنا قول ثانٍ باشتراط العدالة في المسموع

(١) التهذيب (٥٩٤/٣).

(٢) في التهذيب «غيبه تنتفع أنت بمثلها في المال» (٥٩٥/٣).

منهم في شهادة السماع ، ويشترط أيضا أن يستفيض ذلك المسموع بين الناس وهو دون التواتر ، وأن يطول الزمان واختلف فيحده: قيل خمسة عشر سنة إلى أربعين ، ولا قائل بأقل من خمسة عشر لأن شهوده يكونون أحياء فلا حاجة إلى السماع إلا أن يكون (.) الربا فيكون الطول أقل ولا ينزع بشهادة السماع ملك من حق حائز لضعف أمرها ، ولا بد معها من اليمين لأنها تنزل منزلة الشاهد الواحد^(١) .

قوله: (استوني بالمال)^(٢) . لأنه قد يجيء من هو أقوى حجة من هذا .

قوله: (مع يمينه)^(٢) . أي مع الشاهد أو مع الشاهدين بالسماع ، ووجهه أن شهادة السماع إن كانت عدولا عن عدول معينين فهذه نقل شهادة قاطعة لا شهادة سماع فلا تحتاج إلى يمين فإن كان غير معين فهذا نقل خبر ويمكن أن ستند إلى واحد فيصير كنقل شهادة واحد فاحتيج إلى اليمين .

قوله: (ولا يجر بذلك الولاء)^(٢) . لأنه لا يثبت بشاهد ويمين وإنما يكون المال فقط .

قوله: (لم يقض له بالمال)^(٢) . لأنه كنصف شاهد .

قوله: (جازت الشهادة)^(٢) . لارتفاع التهمة لأنه لا يحدون لأنفسهم الآن شيئا لأن مال الميت يأخذه المشهود له ، بخلاف إذا كان له ولد أو موالى فقد يرجع إلى الشهود ، ولأنهم بعد موت المشهود لا سيما أن كان كثيرا لا وارث له غير الشهود .

قوله: (وإن كان الولاء قد يرجع إليهما)^(٢) . أي هذه تهمة بعيدة فلا تلتفت .

(١) في الحاشية: لابد من اليمين مع شهادة السماع .

(٢) التهذيب (٥٩٦/٣) .



قوله: (وإن لم ينقلوا عن بينة معينين)^(١). بخلاف نقل الشهادة.

قوله: (وسئل مالك)^(١). يعني أن الشهادة بالسماع يثبت بها تفاصيل الحبس كما يثبت بها أصله، وقال الشافعي: لا يثبت بها تفاصيله لأنها لا تشتهر كاشتهار أصله فكثير من الناس من يعرف أصل الحبس ولا يعرف شرط المحبس إلا يدخل فيه زوجته أو كون المدرس له وقف المدرسة عددها.

قوله: (فلا يشهد على شهادته)^(١). إذا أشهده على شهادته فلا خلاف في صحة التحمل وإن لم يشهده فيها فلا خلاف في امتناع التحمل بخلاف التحمل بالإقرار.

والفرق أن المقر بحق الغير لا يجوز له الرجوع عنه، والشاهد يجوز له الرجوع عن شهادته، واختلف إذا أدى شهادته عند الحاكم فهل يجوز لمن سمعها التحمل عنه لأنه قد علم أنه يتحققها ففقد المحذور الأول، أو لا يجوز لأنه قبل حكم الحاكم بها قد يجوز له الرجوع فيها؟ وكذلك إذا سمعه يشهد على شهادته غيره فهل يجوز له تحملها أيضا وإن لم يأذن له؟ قولان.

قوله: (فليشهد بذلك)^(٢). لأن هذا حق لله فيجب عليه أن يشهد بها لأنه أن لم يشهد بقي المطلق يستمتع بحرام عليه، والمعتق يستعبد الحر وأما لو رآه يأكل مال غيره فإن كان ذلك الغير حاضرا يعلم فلا حاجة إلى الشهادة وإن كان يجهل فيجوز أن يذكر ذلك له وإن كان غائبا فهل يشهد بذلك عند الحاكم لما فيه من الاحتياط على أموال الناس وحفظها أولا على تقدير ألا يطالبه ذلك الغائب؟ قولان.

(١) التهذيب (٥٩٦/٣).

(٢) المصدر نفسه (٥٩٦/٣).



أما إذا سمعه يقذف شخصا فلا يجوز له أن [١٥١/ب] أن يشهد بذلك إذا كان وحده لأنه ينسب إلى التعريض به فيجب حده، ولكن إن كملت الشهادة صح وكان على الحاكم أن يجد القاذف، وإذا اطلع على ذلك وحده فعليه أن يعرف المقدوف ولكن لا يخبره أمام الناس للتعريض ولكن يقول: لك عندي شهادة، ويخير في أن يذكرها له فإن اختار قالها في أذنه سرا حتى لا يسمعه غيره، وأما الزنى فإن اطلع عليه وحده فلا يجوز له أن يشهد به لثلا يحد.

قوله: (ولم يشهداه)^(١). هذا لأن الإقرار لا يجوز الرجوع، فإذا سمع أول كلامهما وآخره جاز له الشهادة بما سمع، وقيل: لا يشهد لأن المقر قد يتجاوز في كلامه إذا علم أنه لا شاهد يشهد عليه، وكذلك لو قال لشخص لا تشهد علينا وتحاسبا أمامه، وكذلك لو كان الشاهد مخفيا نفسه يسمع كلامها فهل يشهد بما سمع أولا؟ قولان.

قوله: (ولا يجزى بذلك الولاء)^(٢). هذه كمسألة السرقة المتقدمة ووجه ذلك تفكيك الشهادة وتصحيح بعضها وإبطال بعض، فكأنه قال هنا أشهد أنه مستحق لمال هذا بطريق الولاء وهناك أشهد أن له عنده دراهم سرقها له فصح الموصوف وبطلت الصفة، لأن السرقة والولاء وصفان للمال، وأشهب يقول لا يصح ذلك لأن ثبوت المال إنما يصح بعد ثبوت الولاء والسرقة، وقيل هنا يصح الولاء تنزيلا لشاهدي السماع منزلة الشاهدين بأقل ذلك.

قوله: (ثبتت المواريث حتى صارت له)^(٣). أي ثبت الورثة وأنهم انقرضوا وصارت له عنهم.

(١) ليست في التهذيب.

(٢) تقدمت هذه الترجمة قبل هذا الموضع بقليل، انظر التهذيب (٥٩٦/٣).

(٣) المصدر نفسه (٥٩٧/٣).



قوله: (فالذي ينفعه)^(١). كذا لأن ما عدى ذلك لا يفسده لاحتمال أن يكون قد اشترى من غاصب وشهادة السماع ليست في قوة غيرها فلذلك قدم حق القادم لأنه أتى بيقين .

قوله: (وها هنا دور)^(١). احتج بأن شهادة السماع يصح التملك بها عند عدم من يستحق ذلك بوجه أقوى منها .

قوله: (لم ينفعه ذلك)^(٢). لاحتمال أن يكون ابتاعها من غاصب .

قوله: (منذ خمس سنين ، لم ينفعه)^(٢). لأن شهادة السماع لا التي ذلك إلا في الزمن الطويل ، لأن ما قرب هذا القرب فشهادة الأصل لم تنقض فلا يعدل إلى شهادة السماع .

قوله: (على علم الشراء)^(٢). أي من القادم أو ممن ورثها عنه القادم .

قوله: (ومن أقر أنه تسلف)^(٢). لما أقر فقد شغل ذمته وصار الأصل بإقراره اشتغل ثم أخذ بالمسقط والأصل عدمه لكنه اقترنت قرينة في البعد ذلك على صحة قوله من الإسقاط فصدق ، بخلاف القذف لأنها قرينة تكذبه فلم يلتفت إلى إقراره بالمسقط ، ولو خالفه الورثة في البعد فادعوا القرب ، قال ابن القاسم: القول قولهم لأن الأصل الشغل فلا يزال عنه إلا بقاطع ، وقال أشهب القول قوله لأنه إنما آخر على صفة فيحمل قوله عليها ، والإقرار عنده لا يتبعض كما يتبعض عند ابن القاسم .

قوله: (جزى الله فلانا خيرا)^(٢). هذه قرينة من الشكر تدل على أنه ما قصد ذكر شغل ذمته وإنما قصد الثناء عليه بجنس (.) معه وقد يكون ذاهلا عن ذكر

(١) التهذيب (٥٩٧/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٥٩٨/٣) .



الشغل ، وكذلك لو ذمه فقال: لا جزاه الله خيرا عاملته وقضيته ، فهذا أيضا قرينة مثل الشكر ، وقيل بالفرق وأنه في الذم لا يقبل منه دعوى الإسقاط .

قوله: (حلف مع شاهده واستحق الكفالة). هذا على المذهب لأنه حق بدن يفضي إلى المال طريق الملك تختلف فكما أنه هو شهد له أنه باع منه شيئا لملكه فكذلك في الكفالة .

قوله: (ويحاص). [١/١٥٢] أي لا فرق بين الشاهدين والشاهد واليمين في باب الأموال خلافا لأبي حنيفة .

قوله: (وإن أقام الطالب شاهدا)^(١). اليمين إنما هي في جانب أقوى المتداعيين سببا وهو المدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته فإذا أتى الطالب بشاهد قوي سببه وترجع على البراءة الأصلية ، فلذلك انتقلت اليمين إلى جهته بالأصالة وإن لم يحلف فله ردها على المطلوب لأنها أصلية فسح قلبها بخلاف المردودة لا يصح ردها لأنه يؤدي إلى التسلسل .

وقال شريح: لا ترد اليمين بل يحكم بمجرد النكول لأنه كالإقرار ، ولنا عمل السلف .

قوله: (وإذا ثبتت الخلطة)^(٢). أصلها الحديث: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر إذا كانت بينهما خلطة»^(٣) كذا رواه بعضهم بهذه الزيادة ،

(١) التهذيب (٣/٥٩٨).

(٢) المصدر نفسه (٣/٥٩٩).

(٣) لم أقف عليه بهذه الزيادة التي ذكر . وفي سنن البيهقي ، كتاب الدعوى والبيّنات ، باب البينة على المدعي واليمين على من أنكر: (لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَا دَعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدْعَى، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» فَادْعُهَا فَذَكَّرَهَا قَالَ: فَتَلَى عَلَيْهَا: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشَارُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ .



ومن جهة المعنى لولا اعتبار الخلطة تسلط تقبل الناس على وجوههم فأحلفوهم في كل وقت ولا يثبت إلا برجل عدل أو امرأتين عدلتين وهو لوث، والمراد بالخلطة المعاملة لا غيرها من الجوار والصحبة ونحوها، ولا يكفي فيها التبائع مرة بالنقد حتى يتكرر ذلك بل يراعى التبائع بالدين وهل تكون معتبرة في الخصومة في الأعيان كما هو في ما هو في الذمة؟ ظاهر المذهب أنها لا تعتبر في الأعيان كما إذا ادعى أن شريكه باع شقصه من داره أو أرضه من فلان وأنكر فلان فيحلف وإن لم يكن بينهما خلطة، ولَنَا قَوْلٌ ثَانٍ بأنها في كل شيء إلا في مواضع يستغنى فيها عن اعتبار الخلطة لقريئة أخرى كالبيع يدعي حقا على شخص وكذلك الغريب يدعى أنه أودع عند شخص معتبر من البلد أو في رفقة يدعي أنه أودع بعضهم شيئا لخوفه عليه وكذلك المريض يقر بدين له عند فلان فيجب اليمين في ذلك من غير خلطة وكذلك الدعوى على من يتهم بالسرقة.

قوله: (فعليه أن يعلمه بذلك)^(١). ولا يكون هذا من تعليم الخصومة لأحد الخصمين بل هذا مما يتوقف حكمه عليه.

قوله: (فلا حق له)^(١). لأنه قد اختار اليمين وترك البينة وفي الحديث شاهدا لها ويمينك فهذا تخير فأيهما اختار لزمه وقيل: يقضى له به لأنه قد يقول كنت أظن أنه لا يحلف فيثبت لي الحق بنكوله إلا أن تكون له بينة بعيدة ويخاف ذهاب الغريم فإنه يقضى له بها لأن له في تركها عذرا وما قرب في حكم الحاضر فلذلك لا يحلف إلا على أنها تسقط ولا يقضى بها.

قوله: (فلا يمين عليه)^(١). والمحالف يحلف بمجرد الدعوى ولا يعتبر خلطة.

(١) التهذيب (٣/٥٩٩).



قوله: (فلم ير ملك)^(١). هذه خلطة لأنها معاملة واحدة وإنما تكون الخلطة أكثر من ذلك وأيضاً فإن البائع في صلته نائب عن صاحبه ولا خلطة بينهما إلا الاشتراك في شراء هذه السلعة وليس ذلك خلط.

قوله: (بمخالطة)^(٢). أي تخليط.

قوله: (أو علمت تهمة)^(٢). لأن التهمة العروفة كالخلطة كمن يدعي على من عرف بالظلم أنه أخذ له مالا إذا ادعى عليه القطع ونكل عن اليمين رد عليه اليمين فإن حلف استحق بنكول صاحبه ويمينه وهما جهتان مختلفتان وإن اتهمه لم ترد اليمين لأنه لا يمكنه أن يحلف إذ لا يتحقق ذلك لكن يغرم المدعى عليه بنكوله فقط، وهو هنا كالإقرار، ويجوز للطالب التملك إذا غلب على ظنه ذلك بنكوله وتهمة إياه كما إذا شهد له شاهد بحق لا يعلمه فيحلف معه لغلبة ظنه أو شاهدان.

ولنا في اليمين بغلبة الظن قولان: أحدهما يجوز والثاني لا يحلف إلا على العلم.

[١٥٢/ب] قوله: (فإما أحلفه أو أخذ له كفيلاً)^(٢). أي لا يكون توقيف حق ولا يمين إلا بعد ثبوت الخلطة دفعا لإضرار السقال بالناس.

قوله: (ممن لا يشار إليه). أي من أهل العدالة أو الستر جرت لقذفه وللزنى ولا يتداخلان لاختلاف موجبهما وأحكامهما، لأنه يجوز العفو عن القذف قبل الوصول إلى الحاكم بخلاف الزنى، فلما اختلف الموجب والموجب والأحكام لم يتداخل، وإن كان معروفا بتلطيخ العرض فلا يُحدّ لأن مَنْ قذف

(١) التهذيب (٥٩٩/٣).

(٢) المصدر نفسه (٦٠٠/٣).

مُلَطَّخَ العرض فلا يحدّ.

قوله: (أنه ولده)^(١). يجوز للرجل أن يحلق بفراشه من شاء، واستلحاق الولد قاطع لكل تهمة، لكن بشرط:

أن يكون ممن يولد لمثله مثله، مثل أن يستلحق ابنَ عشرين وهو ابنُ أربعين. وأن يكون مثله في النسب مخافة أن يستلحق العربي أعجميا، فينظر إن كان دخل بلاد العجم لحق به وإلا فلا.

وأن يكون الابن المستلحق لا نسب له قبل ذلك معروف، مثل اللقيط لأنه لا يجوز أن يقطع نسبا معروفاً باستلحاقه، وكذلك المعروفُ الولاء لا يجوز له استلحاقه، لأنه بذلك يصرفه عن ولاء من اعتقه والولاء مثل النسب.

وأما إذا استلحق بأبيه ولدا فلا يجوز لأنه إلحاق بفراش غيره وكذلك أن مال قول في لم يبطل قوله.

قوله: (فلا يمين عليه)^(١). لأن فائدتها أن ينكّل فيثبت الحق، وهذا لا يهتم بالنكول.

قوله: (لا يؤخذ في هذا كفيلا)^(١). لأن فائدة الكفالة أخذ المال من الكفيل عند التعذر، وفي حقوق الأبدان لا ينقلب إذ لا يقتل أحد عن أحد ولا يحدّ عنه.

قوله: (أو أوقفه ولم يحبس)^(١). أي وكل به شخصا يلازمه في يومه ولا يجعله في الحبس لأنه لم يثبت عليه بعد شيء.

قوله: (ومن ادّعى عبدا)^(٢). لما تعارض أمران: أحدهما توقيف الملك

(١) التهذيب (٦٠٠/٣).

(٢) المصدر نفسه (٦٠١/٣).

وتعطيل صاحبه عن الانتفاع به ، والثاني أن الطالب أن لم يذهب به ، لم يثبت له حقه ، لأنه إنما يشهد له على عينه وقد ادعى ما يرجح جانبه من شاهد القطع أو شهادة السماع ، فكان الجمع بين المصالح أن يضع قيمته ويذهب به ، فلو مات العبد في ذهابه ؛ فإما أن يحلف مع شاهده بالملك فيثبت له ملكه وإن كان قد أبى أو لا أن يحلف لأن هذا غرر ، ويتضمن ذلك رجوع المدعى عليه على من باعه منه ويأخذ هذا القيمة الموقوفة أو ينكل عن اليمين فيسقط حقه وتكون القيمة لربّ العبد .

قوله: (لم يكن ذلك له)^(١) . لأنه لم يثبت له بعد لطح ، وفي توقيفه حتى يأتي بالبينة الغائبة إضراراً بالسيد .

قوله: (إلا أن يدعي بينة حضوراً)^(١) . فيوقف اليوم ونحوه لأن أمره هذا يقرب بخلاف إتيانه بالبينة الغائبة وإن قرب موضعها لأنه قد يطول أمره .

قوله: (فإن كانت بعيدة)^(١) . لم يوقف لما في ذلك من الضرر ، لكن يستحلف القاضي المدعى عليه ويسلم إليه العبد بغير كفيل لأنه لم يتعين عليه بعد شيء .

قوله: (وإن ادعى شهوداً حضوراً)^(١) . هذا راجع إلى مسألة الشاهد والسماع ، وقال هنا خمسة أيام أو جمعة وهو يتغير ، وقال ابن القاسم في المسألة الأولى: ما قرب من يوم ونحوه .

قوله: (ورأى ابن القاسم أن يوقف له)^(١) . أي من غير تحديد ، وهذا راجع إلى قوله: فإن كانت بعيدة وفي إيقافه ضرر .

قوله: (لأن الجائي بشاهد أو سماع)^(١) . معناه أن التوقيف هو الذي ينبغي ،

(١) التهذيب (٦٠١/٣) .



لأنه أهون من أن يدفع له يذهب به ، فكان أولى من القول الأول .

قوله : (فهذا كالإيقاف)^(١) . بل هو أهون .

قوله : (ونفقة العبد في الإيقاف على من يقضى له به)^(١) . وكذلك [١/١٥٣] نفقته في الذهاب به ، وقيل في الإيقاف على الذي هو عنده لأنه منعه من الطالب ولأن نفقته كانت عليه ، فاستصحاب الأصل أولى ، وقيل بينهما بالسواء فمن ثبت له رجع عليه الآخر .

قوله : (لأن ذلك يحول)^(١) . أي فائدة التوقيف أن يبدله بغيره فلا يعرفه الشهود ، فيبطل حق الطالب بخلاف الدور والأرضين لا يمكن تبديلها .

قوله : (يوقف ما لا يؤمن تغييره وزواله)^(١) . كالحيوان والثياب .

قوله : (يمنع الإحداث فيه)^(١) . أي وفق كل شيء بحبسه ، فوقف العقار يمنع التصرف فيه بما يغيره من هدم وبيع وبناء ، لا بما لا يضره من سكنى ، وأما الغلة فلمن هو في يده لأن الخراج بالضمان .

قوله : (إذا كان مبتاعا)^(١) . تحرر من الغاصب لأنه لا شيء له في الغلة ، وهذا على المذهب وفيه خلاف ، أو شيئا مستهلكا : أي أنه أهلكه له .

قوله : (سأله القاضي بينة على خلطه)^(٢) . الخلطة في المعاملة أن بينهما معاملة متقدمة وفي الكفالة بأن ثبت بينهما صحبة وأخوة ، لأن الكفالة ليست معاملة وإنما هي معروف وهبة لما تكفل به على تقدير أن يكون المتكفل عنه مُعسرا .

قوله : (وأطلقه بغير كفيل)^(٢) . لأنه لم يثبت له عليه حق ، ولكن إذا جاء

(١) التهذيب (٦٠٢/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦٠٣/٣) .



بعد ذلك بالبينة سمعها ولم يسقط حقه ، فيحلف أولاً لأن ذلك كان لعذر .

قوله: (وإنما يأخذ الكفيل بنفسه)^(١) . هذه الكفالة بالطلب فيجب عليه أبدأ طلبه حتى يحضره وتحرز في كل الحقوق من المال والحدود .

قوله: (وما لا يحتاج إحضاره)^(١) . كالعقار والدور .

قوله: (أجلها القاضي بإحضار شاهدين)^(١) . أي بسبب ذلك يضرب لهما أجلاً يوقف فيه ذلك الذي فيه النزاع .

قوله: (ولم يحلف)^(١) . أي إذا أبى من الحلف ، ولو حلف استحق مع شاهده .

قوله: (إلى الكشف عنهما)^(١) . أي إلى أن يزكيا عنده .

قوله: (وهو مبتاع)^(١) . أي أن ادّعى الطالب أنه باع منه ذلك بثمن شهد به لزمه ذلك الثمن سواء كان أقلّ من الثمن الذي بيع به ذلك ووقف أو أكثر ، فإن كان أكثر فيقال للبائع: إن كنت تعلم أن البيع باطل فلا يحلّ لك أخذ هذا الزائد وإن كنت تعلم أنه صحيح حلّلك تملك الزائد ، وكذلك إن كان الطالب بائعاً فيلزم المطلوب المبتاع المنكر للشراء الثمن الذي شهد به ، وإن كان أكثر من الذي بعث به الموقوف قيل له ذلك .

قوله: (أنت أعلم بالمُخرج)^(٢) . أي بما يخرج فيما بينك وبين الله عن أخذ هذه الزيادة في ثمن المبيع الذي حجرتة .

قوله: (لأنه عليه بيع نظراً)^(٢) . أي فالثمن له .

(١) التهذيب (٦٠٣/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦٠٤/٣) .

قوله: (ومن بعث بمال)^(١). لأنه بقريته الحال إنما يأمره بدفع برئ فإذا لم يشهد على القابض فلم يدفع دفعا مبرئاً، ولأن هذا الدافع يدعي على القابض أنه دفع له وهو ينكر، والمدعي لا يبرأ إلا ببينة، وأصل ذلك أن كل من دفع مالاً لغير من ائتمنه عليه فلا يقبل قوله إلا ببينة أصله الوصي مع الأيتام لا يقبل قوله في الدفع لهم عند البلوغ إلا بإشهاد لقوله تعالى: ﴿فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]، وقال ابن الماجشون: هو أمينه في الدفع فيقبل قوله.

قوله: (إن أمره بصدقة على مساكين بأعيانهم)^(١). لا فرق بينها وبين التي قبلها، وأما لو كانوا غير معينين فيقبل قوله في الدفع.

والفرق أن لا يتأتى هنا إنكار من المدفوع إليهم لأنهم غير معينين وإنكار القابض هو (٠) في طلب الدافع وإلا فهو على [١٥٣/ب] أصل الأمانة وإن لم يتعذر الإشهاد بأن يحضر عدلين على كل ما يدفع للمساكين.

قوله: (وإن قال القابض)^(١). هذه مسألة لا ترجع إلى التي قبلها، لأن القابض هنا له لو أقر بالقبض برئ الدافع، وكان الضياع من القابض لأنه على ذمته، وإنما معنى هذه المسألة أن يوكل رجلاً على قبض مال له من آخر فإنه لا يبرأ الدافع منه إقرار الوكيل بقبضه منه إذا ادعى ضياعه، لأنه يتهم أن يتواطأ مع الغريم على إسقاط حق الموكل فلا يبريه إلا أن يشهد على الوكيل بذلك ولا تلفت إلى إقراره بالقبض، لأن ذلك يتضمن الإقرار على غيره وهو الموكل أنه بريء من قبله بخلاف إقرار رب المال بالقبض لأنه أقر على نفسه والوكيل على شيء خاص هو ثمن في الفعل لا في القول، وإنما أنزله الموكل منزلته في الفعل لا في القول، ولا يطالب الموكل الوكيل بشيء من ذلك لأنه أمانة، وإذا غرم

(١) التهذيب (٦٠٤/٣).

الدافع ذلك لربّ المال لم يرجع على الوكيل لأنه قد صدقه في أنه وكيله .

قوله: (إلا أن يكون مفوضاً إليه)^(١). لأن هذا قد نزل الموكل منزلة نفسه في كل شيء من الفعل والقول بإقراره عليه كإقراره على نفسه ، ولا يلحقه^(٢) عزل إلا بالنص عليه بخلاف الموكل على شيء خاص فإنه يلحقه العزل يقام ذلك الشيء فهو ضعيف .

قوله: (قُضي بشهادة أعدلهما)^(٣). لنا في هذه ثلاثة أقوال:

أحدها: لا يرجح بين البيّنات لاشتراكها في العدالة ولكن تتعارض وهو قول الشافعي .

والثاني: يرجح بها بالعدالة والعدد ، لأنه يحصل مع ذلك ظن أرجح من الحاصل بالأول ، فتبقى المرجوحة كأنها لم تكن ولا يعتبر في العدد عددٌ ما ، وقيل بعدد اعتبره الشرع وهو الأربعة ، ووجهه أن الشهادة ترجع إلى التعبد في كثير من المواضع ، إلا أن يكثر العدد جداً كعدد التواتر ، فيصير هذا علماً يشهد به عند الحاكم مَنْ سَمِعَهُ وحصل له العلم ، وتبطل الشهادة الأخرى لأنها ظنّ .

والثالث: وهو المذهب: الترجيح بالعدالة لا بالعدد^(٤).

والفرق أن العدالة وصف داخِل في نصاب الشهادة ، والعدد وصف خارج عن النصاب . وسوى ابن القاسم بين الشاهدين وبين اليمين والشاهد ، فيلزمه إذا كان الشاهد أعدل أن يرجح جانب اليمين وغيره يرجح جانب الشاهدين للخلاف

(١) التهذيب (٦٠٤/٣).

(٢) في المتن: ولا يحلقه ، والصواب ما أثبتته .

(٣) التهذيب (٦٠٥/٣).

(٤) انظر شرح ابن ناجي على التهذيب ، اللوحة رقم ٥٦ ، مخطوطة جامعة الملك سعود .



في الشاهد واليمين ، ولأننا إذا قلنا أحد البينتين تجرح الأخرى فالشاهد واليمين لا مدخل لهما في التجريح ، وكذلك القول في رجل وامرأتين مع رجلين .

قوله : (مائة رجل)^(١) . هذه مبالغة ، وإلا فلو اجتمع مائة لثبت العلم وترجح جانبه^(٢) ، والحق المدعى لا يخلو أن يكون بيد أحدهما أو بيد غيرهما ، أو لا يد عليه :

فما كان بيد أحدهما فإن لم تكن لهما بيّنة فالقول لصاحب اليد فيحلف ويستحق فإن نكل حلف الثاني واستحق يمينه ونكول صاحبه ، وإن نكل بقي لصاحبه اليد ، ومن أقام بيّنة فهو له ، فإن أقام كل واحد بيّنة فإن تكافأتا تساقطنا كأنها لم يكونا ، وإن ترجحت إحدهما صارت المرجوحة كأنها لم تكن فيستحق جانب الراجح أيهما كان .

وإن كان بيد غيرها فإما أن يدعيه لنفسه أو لأحدهما أو لغيرهما أو يقول : لا أدري لمن هو ، فإن ادّعاه لنفسه فقولان :

أحدهما لا يلتفت إلى دعواه لأن البيتين قد شهدتا أنه للأولين المتقدمين ، فإن قلنا لا يلتفت إليه إذا ادّعاه لنفسه فكذلك هنا ، وإن قلنا يسمع قوله فينزل من ادّعاه له منزله فيحلف [١٥٤/أ] ويستحق وإن ادّعاه لغيرهما فإن كان عدلا كان له شاهداً وإن لم يكن عدلاً لم يلتفت إليه ، ولو قال : لا أدري لم يلتفت إليه أيضا .

وإن لم تكن عليه يدٌ فلا يخیلوا أن يكون عفوا من الأرض أولاً ؛ فالأول من أتى بيّنة فهو له ، وإن أتيا بيّنتين وتكافأتا تساقطا وصارا كمن لا بيّنة له فيردها الإمام إلى بيت المال ، لأن ذلك أصلها فاستصحب الأصل حتى يأتي من

(١) التهذيب (٦٠٥/٣) .

(٢) هذا قول اللخمي ، وتبعه المازري ، انظر شرح التهذيب لابن ناجي ، اللوحة ٥٧ .

يستحقها بوجه أثبت من ذلك .

والثاني: إن كان مما يبقى ولم تكن بينة دفعه الإمام إلى أن يأتي من يستحقه يثبت لأن هذا قد علم أنه لا بد له من مالك ، فإن طال أمره ولم يأت مستحق له قسمت بينهما ، لأن توقيفه ضرر ، ولم يأت من يطلبه فالغالب أنه لهما .

وقال الشافعي: لا يزال أبداً موقوفاً إلى أن يأتي من يستحقه بوجه معلوم ، وإن كان مما لا يبقى قسمةً بينهما إن لم تكن بينة لأنه ليس أحدهما أولى من الثاني .

قوله: (ليس هذا بتجريح)^(١) . بدليل أنهما يقبلان بعد ذلك فيما شهدتا فيه ولولا اعتبار عدالتهما في الحال ما أثرت إحداهما في الأخرى كالأدلة المتعارضة ، وإنما الترجيح هنا مجازٌ يراد به التعارض فعلى هذا يثبت الترجيح بجانب رجل وامرأتين إذا كانوا أعدل على رجلين لأنه ليس تجريحاً .

قوله: (وكان الذي شهدوا فيه مما ير الإمام منعهما منه)^(١) . يريد إن كان مما يبقى ولا يتغير وقفه حتى يأتيا ببياناتٍ أخر ، وإن كان مما لا يبقى قسمةً بينهما بعد إيمانهما ووقف كل شيء بحسبه ، فتوقيف الثوب والعبد ليس كتوقيف العقار .

قوله: (عفواً من الأرض)^(٢) . يعني ما يملك بالإحياء من أرض المسلمين لأنه أهون من غيره .

قوله: (وبقيت الأرض كغيرها)^(٢) . أي لبيت المال .

قوله: (إلا أن يطول الزمان)^(٢) . لأن طول الزمان ولا يأتي من يدعيه قرينة

(١) التهذيب (٦٠٥/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦٠٦/٣) .

تدلّ على صحة قولها .

قوله : (لأن ترك ذلك ووقفه)^(١) . يعني إلى ما لا نهاية له .

قوله : (يستأنى به قليلا)^(١) . أي وقف كل شيء بحسبه .

قوله : (كما لو ادعاها)^(٢) . لا فرق بين أن يدعيها البائع ويثبت ملكها له أو من ابتاع منه لأنه قد نزل بالشراء منه منزله .

قوله : (إلا أن تكون طالت حيازته)^(٢) . الحيازة حد الطول في العقار فيه خلاف :

قيل : عشرة أعوام مُطلقا بين الأجنب والأقارب .

وقيل : عشرة للأجنبي ولل قريب عشرين إلى أربعين سنة فما زاد لأنه كثيرا ما يطرأ ذلك بين الأقارب .

وقيل : إن كان التصرف بالسكنى فأربعين سنة في القريب ونحوها ، وفي الأجنبي عشر ، ولو كان بالغراسة والبنيان والهدم فعشرٌ مطلقا ، لأن هذا التصرف غالبا إنما يكون في الملك ، وروي في ذلك حديث : «من حاز ملكا عن غيره عشر سنين فهو له»^(٣) ، وهذا إذا لم يمنعه مانعٌ من القيام عليه لكونه ذا جاهٍ يُخاف منه .

(١) التهذيب (٦٠٦/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦٠٧/٣) .

(٣) الحديث أخرجه ابن وهب في موطئه ، كتاب القضاء في البيوع ، فيمن حاز شيئا عشر سنين ، قال : أخبرني عبد الجبار بن عمر ، عن ربيعة ، عن سعيد بن المسيب يرفع الحديث إلى رسول الله ﷺ أنه قال : «من حاز شيئا عشر سنين فهو له» . وفي مراسيل أبي داود ، كتاب الطهارة ، باب ما جاء في القضاء : حدثنا هلال بن بشر ، حدثنا يحيى بن محمد بن قيس ، سمعت زيد بن أسلم ، أن رسول الله ﷺ قال : «من احتاز شيئا عشر سنين فهو له» . انظر أيضا المدونة الكبرى (١٩٢/١٣) .

قوله: (فذلك قطعٌ لدعواه)^(١). أي وإن ثبت له بيينة، فإن سكوتَه حاضراً مُكذَّبٌ له، وعند الشافعي: لا تنقطع دعواه بذلك البتة.

قوله: (على نتاج أو نسج)^(١). أي شهد لكل منهما أن هذا العبد نتج عنده أو هذا الثوب نسج عنده فتسقط البيّتان كما تقدّم وبتقوى اليد ويترجّح صاحبها، وكذلك لو شهد لأحدهما أنه فتح عنده، وللثاني أنه يملكه فيحكم به للذي نتج عنده لأنه أول أسباب الملك، ولأن من شهد بالنتاج مقدر للملك وشاهده الآخرين ناقلة له فقويت الأولى باستصحاب الأصل ولا ينفع الثاني بإثبات أنه له إلا أن يشهد له أنه اشتراه من هذا الذي نتج عنده، وكذلك لو شهد للذي نتج عنده [١٥٤/ب] كما يثبت لصاحبه ذلك أن الأم ملكه وغزل الثوب له ليرجح بذلك.

قوله: (وإن كانت بيينة الأخرى أعدل)^(١). لأن الترجيح بالأعدلية إنما يكون عند التعارض ولا تعارض هنا، بل يصح اجتماع الشهادتين لأن الأول أقدم، وهذا معنى قوله: «ولكنها زادت بقدّم الملك»^(٢).

قوله: (بالوطء والخدمة)^(٣). أي فهذه قرينة تدل على بطلان دعوى الثاني، لأن كونه يقره على ذلك ولا يطلبه باستيلاء أياها يقوم مقام الطول في الصغار، وكذلك في الثوب يلبسه أمامه الشهر ونحوه ويعرضه للبيع أو للخياطة والتفصيل ولا ينكر عليه.

قوله: (وابنه النصراني أحق بميراثه)^(٣). لأنه ادّعى بقاء الأصل وادّعى المسلم النقل عن الأصل فكانت دعوى النصراني أرجح، وقال في مسألة أخرى

(١) التهذيب (٦٠٧/٣).

(٢) في التهذيب «لكن لما زادت بقدّم الملك كانت أولى» (٦٠٨/٣).

(٣) المصدر نفسه (٦٠٨/٣).

ما يناقض هذا وهي: لو ادعى الابنان أن أباهما مات كافراً، وقال المسلم: أسلمت بعد موته، حتى يصح له الإرث، وقال الآخر: بل قبله لا بعد موته، فقال هنا: على المسلم البيّنة، وكان ينبغي على ما تقدم أن يسمع قول المسلم لأنه ادعى بقاء الأصل إلى ما بعد الموت، كما يصرف في بيع الأجل من يدعي بقاءه.

وقال أيضا فيمن قال لعبده: إن متّ من مرضي فأنت حرّ فمات، فقال العبد: من ذلك المرض مات، وقال الورثة: بل من مرض آخر، فقال ابن القاسم: على العبد البيّنة لأنه يدعي العتق، ولم يلتفت إلى كونه يدعي بقاء المرض الأول واستصحابه، ولو كان لهما في مسألة الكتاب أخ صغير فله النصف، والنصف بين الكبيرين، وهي مسألة يغالي بها فيقال: ترك ثلاثة أولاد أخذوا حكم النصف والباقيان النصف، وذلك أنه محتمل أن يموت الأب كافراً فيموت عن ابنين: كافر صغير وكبير لأن الصغير تبع لأبيه في الدين فيكون للصغير النصف، ويحتمل أن يكون مسلماً فيموت عن مسلمين كبير وصغير، فللصغير أيضا النصف فعلى كلّ تقدير له النصف، ويبقى النصف الثاني يتنازع فيه الكبير لأن كل واحد يدعي لنفسه فيقسم بينهما، وقيل: يوقف المال إلى أن يبلغ الصغير فيلتزم ما شاء من الدينين.

قوله: (إذا تكافأت البيّنة قضى بالمال للمسلم)^(١). وهذا الخلاف مبني على مسألة أصولية وهو أن الدليلين والعليتين إذا تعارضتا واقتضت إحداهما البقاء على البراءة الأصلية، والثانية النقل عن الأصل؛ فهل تقلب الناقلة لأنها أثبتت حكماً زائداً أو المقدرة لأنها تقوى باستصحاب الأصل؟

قوله: (زادت)^(١). هذا إنما يكون إذا لم تقل إحداهما: مات مسلماً،

(١) التهذيب (٦٠٨/٣).

والثانية: مات كافراً، لأن هذا تعارض لا يصح به الاجتماع فحينئذ يمكن الجمع بينهما، وتكون إحداهما قد زادت على ما شهدت به الأخرى.

قوله: (فقد تقدم الجواب)^(١). أي أن ذلك لا يقطع الدعوى.

قوله: (من حاز على حاضر)^(١). أي تصرف فيها بحضوره لا ينكر عليه.

قوله: (ولا حيازة على غائب)^(١). أي لا تعتبر لأن الغائب معذور فلا تسقط

دعواه.

قوله: (من وجه الحيازة التي أخبرتك)^(٢). يؤخذ من هذا أن العشر تعتبر

مطلقاً في الغريب والأجنبي، وقيل: بل تعتبر في القريب العشرون فما زاد.

قوله: (حتى يقولوا: لا نعلم له وارثاً غيره)^(٢). لاحتمال أن يكون له وارث

آخر، وإذا شهدوا بذلك فهل يحلف هذا الابن بيمين الاستظهار على القطع أو لا؟ قولان.

فوجه اليمين أنهم لم يشهدوا بالقطع وبهذا الظن ثبت حقه فمن جاء بعد

ذلك كان مستحقاً كما يأخذ بالشاهدين ولا تفيد شهادتهما إلا الظن.

قوله: (حتى يقولوا: لا نعلم أنها خرجت عن ملكه)^(٢). أي يشهدون

بالمملك وباستمراره ويحضر الورثة.

واعترض [١/١٥٥] على هذا بأن قيل: لا يحتاج إلى قولهم لا يعلم أنها خرجت

عن ملكه لأنهم بين أمرين: إما أن يعلموا انتقالها عن ملكه فلا يحل لهم الشهادة

بالمملك مع علم الغير، أو لا يعلمون فلا فائدة لذكره إلا زيادة التوكيد، وقد يغفل

(١) التهذيب (٦٠٩/٣).

(٢) المصدر نفسه (٦١٠/٣).

الشاهد عن ذلك فيبيّنه له .

قوله: (وترك القاضي باقيها بيده)^(١) . لأنه وإن ثبت ملكها لموروثهم فقد يخالف الغائب في ذلك إذا قدم ، ولأنه لا يجب على القاضي الحكم للغائب بل عليه فقط ، ويكون جراحها له لأنها في ضمانه إلا أن يكون غاصبا على المذهب .

ووجه الثاني أنه قد ثبت أنها ليست لهذا الذي وجدت بيده فيوقف للغائب حظه منها ، ولا معنى لإبقائها بيد هذا ، إلا أن يكون على الغائب دين فيطلبه ربه ، فحينئذ يجب على الحاكم بيع حظ الغائب عليه وأن يقضي دينه ، فإذا قدم فإن واجد على ذلك برئ من دينه ، وإن لم يوافق فلا ينقض البيع لأنه بالحكم ، ويغرم الدين ويرجع الذي بيع ذلك عليه على رب الدين بالثمن .

قوله: (لم يقض لهذا بشيء)^(٢) . لأن حظه مجهول وتبين لدعواه وجه أي غير كامل مثل أن يأتي بشاهد واحد ومع ذلك يمنع الذي هو في يده من التصرف فيها لأنه قد تعلق بها حق للغير .

قوله: (غير قاطعة)^(٢) . مثل أن تبقى تزكيتهم .

قوله: (هدمت ذلك)^(٢) . هذه إضاعة للمال لا يقر عليها .

قوله: (قال غيره)^(٢) . يريد أن المذهب إجازة البيع له مخافة ألا يجد مثل ذلك الثمن بعد ، وإذا باع فلا يقبض الثمن ولا يتصرف المبتاع فيها ، وقول الغير أولى لأنه غرر ، إذ يمكن أن لا يثبت له الثبوت في ذلك إلى أجل معلوم ومقتضى البيع أن يقبض البائع الثمن وأن يتصرف المبتاع في المبيع ، وليس هذا كالبيع

(١) التهذيب (٣/٦١٠) .

(٢) المصدر نفسه (٣/٦١١) .

لـلـغـائـب وإـن وقـف الثـمـن ، لأن ذـلـك لأـمر مـعـلـوم والإثبات للـحـق هـنـا لا وقـت لـها مـعـلـوم .

قوله: (فإن قال: أعرتها أو استودعتها)^(١). أي إن قال المدعى عليه ذلك .

قوله: (ليس عليه أن يأتي ببينة يشهدون على البت)^(١). خلافا للشافعي لا حلف عنده إلا على البت .

قوله: (ليس عليه أن يحلف مع شاهديه)^(٢). لأنه لا يحتاج الثابت إلى إثبات وإنما وجبت اليمين على الورثة فيما تقدم لا ليسوا كونهم وارثين بل لينفوا زيادة ورثة عليهم ولأن الشهود إنما حلفوا على العلم لا على البت ، وشهادة النفي لا يقطع فيها لأنه لا يلزم من جهل شخص بأمر أن بجهله غيره ، ولولا الضرورة ما عمل شهادة النفي لكن لما في ذلك من تعطيل الحقوق بردها .

قوله: (حلف معه)^(٣).

❖ فَرَع

لو ابتاع عرضا فقام شخص يدعيه وأتى بشاهد ولم يحلف معه بل مضى ليأتي بشاهد آخر فوقف له فهلك في الإيقاف فلا فائدة في يمين هذا المدعي بعد ، لأنه لم يبق له ما يأخذ بها فهل يحلف أولا ؟ قولان: أحدهما أنه يحلف مع شاهده حتى يثبت أن العرض كان له ليرجع المستحق منه بضمن العرض على من باع منه لأنه يقول له: أنت السبب في هذا إذا امتنعت من الحلف أولا ، وقيل لا يحلف لأنه لا يستجرّ بهذا اليمين لنفسه شيئا ويخسر الذي كان بيده لأنه لم يثبت

(١) التهذيب (٦١٢/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦١٣/٣) .

(٣) ليس في التهذيب

الاستحقاق بعد .

قوله: (إلا أن يدعي المديان فإنه يحلف)^(١). فائدة ذلك أن ينكل [ويقوم]^(٢) نكوله مقام شاهد للمدعي فيحلف معه ويبرأ ولا ترد هذه اليمين لأنها مردودة، وقيل: لا تسمع هذه الدعوى لأنه يروم بذلك فسخ المجلس الأول ولكن يتم الحكم الأول فإذا فرغ قيل ادع عليه ثانياً.

قوله: (لم يؤخذ منه كفيل)^(٣). لأن العمل بالونهم لا يجوز لأنه يؤدي إلى الامتناع من [١٥٥/ب] التصرف في الأملاك.

قوله: (فأراد أن يحلف أنه لاحق لك قبله)^(٣). إنما لم يجر هذا وإن كان عاماً يتضمن الحلف على الحق المعين لاحتمال أن يؤدي به، مثل أن يكون قد غصبه البائع قبل ذلك حق فأراد المشتري أن يجعل هذا اليمين في مقابلة ماله عليه، فإذا قال ليس له عندي حق فهو صادق، إلا أن هذا مشكل لأنه (.) يمكنه أن يحلف على البيع لئلا يكذب، وإن قال باعني وقضيته لم يصدق في القضاء قيل يحلف ما بعته بيعاً يحب له علي منه حق. ويضمن هذه الزيادة في نفسه ويبرأ.

ووجه المذهب أن اليمين المطلوبة إنما تكون على نية المستحلف، بخلاف اليمين المتبرع بها تكون على نية الحالف والتوريك التورية كأنه ورك على ذلك.

قوله: (فليس للمطلوب أن يقول)^(٤). يريد أن المفاوض قد صار مع من فاضه بمنزلة شخص واحد وهو أقوى من الوكيل المفوض لأنه لا ينزل بالعزل

(١) التهذيب (٦١٣/٣).

(٢) ما بين المعقوفين مبتور جله، وما أثبتته يوافق السياق.

(٣) التهذيب (٦١٣/٣).

(٤) المصدر نفسه (٦١٤/٣).

لأنه قد تعلق حقه بالمال كالوكيل إذا تعلق حقه بالمال فلما كان ذلك وجب أن يحلف له على حقه بالأصالة وحق صاحبه بالنيابة يمينا واحدة.

قول: (فحلف الوكيل). يعني المفوض أو الذي حصل له تقاضي هذه اليمين.

قوله: (لا يزيد على هذه)^(١). الحلف المغلظ في الحقوق ضربان:

أحدهما يغلظ بالعدد والزمان والمكان وذلك في اللعان فيكرر أشهد بالله ويحلف بعد العصر في الجامع.

والثاني يغلظ بالمكان فقط وهي سائر الحقوق يحلف في المسجد بالله ويزيد الذي لا إله إلا هو وهذه اليمين على ما مضى فإن كانت كاذبة فهي غموس لا كفارة فيها، وأما حلفه على ما يختص به مما هو في المستقبل وهي التي يحنث فيها ويبر، فبأي لفظ كانت من أسماء الله لزمته.

قوله: (لا يزيد على هذا)^(٢). وقيل يزيد عالم الغيب والشهادة.

قوله: (وكل شيء له بال)^(٣). يعني ربع دينار فما زاد.

قوله: (وليس عليه أن يستقبل به القبلة)^(٣). وقيل عليه ذلك للإرهاب وأما اليمين على المصحف عندنا فبدعة خلافا للشافعي.

قوله: (إلا منبر النبي ﷺ)^(٣). لما روى من قوله: «مَنْ حَلَفَ عِنْدَ مِنْبَرِي كَاذِبًا فَلْيَتَّبِعُوا مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ»^(٤)، ولم يجئ ذلك في غيره من المنابر وما كان من

(١) التهذيب (٦١٤/٣).

(٢) تقدمت، انظر التهذيب (٦١٤/٣).

(٣) المصدر نفسه (٦١٤/٣).

(٤) الحديث رواه قريبا من هذا اللفظ البيهقي في سننه، كتاب الشهادات، باب تأكيد اليمين بالمكان=

الحقوق أقل من ربع دينار فهذا ضرب ثالث لا يغلط فيه اليمين فيجوز أن يحلف فيه بالله وفي غير المسجد .

قوله: (وتخرج المرأة)^(١). لأنهن شقائق الرجال في الأحكام.

قوله: (فلتخرج ليلاً)^(١). جمعا بين المصلحتين .

قوله: (يجزيه رجل واحد)^(١). لأنه نائبه وقائم مقامه .

قوله: (وأم الولد كالحر)^(١). يعني أنها قد يكون سيدها من أهل الدنيا فلا تخرج نهارا .

قوله: (كالحر)^(١). لأنه مكلف إلا إذا كان مأذونا له في التصرف وإلا فغير المأذون لا يقبل إقراره البتة كالصبي ، وفائدة اليمين إنما هي لينكل فيلزمه الحق وهذا لو أقر لم يلزم الإقرار ، وكذلك لا تجوز الشهادة على إقراره فإنه لا يفيد إلا بأن تعانيه البيئة يجني على واحد فتلزمه الجنائية في رقبته إلا أن يفتكه سيده .

قوله: (فهي كالحر)^(٢). لأنهما قد يكون سيدهما من أهل الدنيا فيشرفان

به .

= الزمان والوعظ والتخويف بالله ﷻ وكيف يحلف ، عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال: «من حلف على منبري هذا بيمين آثمة تبوأ مقعده من النار» ، وابن ماجه في سننه ، كتاب اليمين ، باب اليمين عند مقاطع الحقوق . ورواه النسائي في سننه ، كتاب القضاء ، اليمين على منبر النبي ﷺ ، ولفظه: «من حلف عند منبري هذا بيمين كاذبة يستحل بها مال امرئ مسلم ، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل الله منه عدلا ولا صرفا» . ورواه أحمد في المسند بلفظ: «أيما امرئ من الناس حلف عند منبري هذا على يمين كاذبة يستحق بها حق مسلم أدخله الله النار ، وإن على سواك أخضر» . مسند جابر ، رقم ١٥٠٢٤ .

(١) التهذيب (٦١٥/٣) .

(٢) تقدمت في قوله: وأم الولد كالحر .



قوله: (حتى يبلغوا)^(١). قد تقدم الخلاف هل يوقف الأمر أو ترد اليمين على المدعي.

قوله: (لم ينفعه)^(١). أي لا يريد إلا البيان.

قوله: (وله اليمين على من يظن به علم ذلك)^(١). فإن حلف استحق حظه وإن نكل رد عليه اليمين فيحلف ويبرأ من حظه ومن لا يظن به العلم كالبنات والصغير يأخذ حقه من ذلك فلا يمين.

قوله: (إلا بالله)^(١). لأنهم أهل كتاب.

قوله: (ولا يزاد عليهم)^(١). لأنهم لا يعتقدون التوحيد ولا الذي أنزل التوراة والإنجيل كما لا يحلف [١/١٥٦] المسلم بالذي أنزل القرآن.

قوله: (في كنائسهم). لأن ذلك ترهيب بالمكان.

قوله: (ويحلف المجوس في بيت نارهم)^(١). أي بالله وإن كانوا إنما يعظمون النار لأنهم على الجملة يعتقدون صانعا ويغلطون في أنه هذه النار فصاروا كالمجسمة يعتقدون التجسيم ومع ذلك يحلفون بالله، وإن كان يستحيل عليه ما يعتقدون حتى يكشف عنهم لأن القاضي أسير الشاهد فيلزمه الكشف عن أمره.

قوله: (أو صاحب قيان)^(٢). القينة المغنية، أي صاحب مغان، وسماع غناء الأجنبية حرام وإن لم يكن مطربا حسما للباب، وليس كلام المرأة وغنائها عورة، وإنما حرم سماع غنائها لخوف الفتنة، كما أنه إذا خاف من كلامها فتنة لفتوره

(١) التهذيب (٣/٦١٥).

(٢) المصدر نفسه (٣/٦١٦).

حرم، وكذلك وجهها وإن لم يكن عورة، ووجه الأمر إذا خيف منه الفتنة حرم النظر إليه، وغناء الرجل المطرب مكروه، وسماع المزامير حرام، لأنها آلات اللهو كالشبابة ونحوها، وإن كانت المغنية ما (٠) جاز له سماع غنائها إلا أنه يكره لما فيه من التطريب وقلة المروءة وإنما أراد أن يسمع غناء الأجانب والكذاب شاهد المرة ونحوها لا يعتبر ذلك فإن كثر منه كان مغفلا لا يقبل وإن كذب عمدا المرة ونحوها لم يقبل فإن تاب قبل، وإن كذب مرارا عمدا لم يقبل بعد وهو شاهد زور.

قوله: (لا يجرحه إلا اثنان)^(١). لأنها شهادة وأما بطانة القاضي فقبل في التجريح وحده لأنه من باب الخبر وقيل شهادة فلا يقبل إلا اثنان ومن شرط البطانة أن يكون عدلا ورعا مجهولا عند الناس وذلك أنه إن علم تحفظ منه وكذلك قيل لا يقبل في التزكية المشهورين بالفضل لأن الناس يتحرزون منهم والظنين ضربان: خاص بالنظر إلى شخص ما فلا يقبل في حقه وعام وهو الذي يخالط الفساق وإن لم يعمل بعملهم لكنه يتهم فلا يقبل.

قوله: (المغموص في خلائقه)^(١). أي الذي غمص في الخلائق الردية والعرف الذي يسوءه ما يسره ويسره ما يسوءه، ولا يكون ذلك إلا في حق الدنيا لأن المعادي في الله لا يكون بهذه الصفة وشاهد الزور أضر من المحارب، لأن هذا يقدر من التحرز منه ولا يتحفظ من شاهد الزور فلذلك ينبغي أن يشهر بين الناس حتى يتحفظ منه ويرتدع غيره عن فعله.

قوله: (ولا تقبل له شهادة أبدا)^(١). لأنه لا يعلم توبته لأنه حين شهد بالزور كان موصوما بالعدالة فصار كالزنديق، وقيل يقبل إذا صلحت حاله مطلقا، وقيل أن حسنت حاله غاية ويصير أعلى مما كانت قبل وإلا فلا.

(١) التهذيب (٦١٦/٣).

كتاب المديان

—•••••—

الأصل في حبس الغريم قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا﴾ [آل عمران: ٧٥] أي ملازما مانعا له من التصرف ولا معنى للحبس إلا المنع من التصرف^(١)، وقوله ﷺ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»^(٢)، وهو على ثلاثة أقسام: منهم من تبين لديه فيجب حبسه، ومنهم من يتهم بإخفاء ماله فيحبس أقل من الأول، ومنهم من لا يتهم فلا يحبس^(٣).

قوله: (أو يأخذ عليه كفيلا)^(٤). أي بوجهه فقط وقال سحنون: لا يؤخذ كفيل به لأن الكفيل يقوم مقام المتكفل به فيلزمه ما كان يلزمه والغريم إذا شهد له بالعسر حلف أن ما شهد له به حق، لأن الشهود إنما شهدوا على غالب الظن أنهم لا يعلمون له مالا، لأن القطع في ذلك متعذر وهو يحلف على القطع، والوكيل لا يحلف على ذلك لأنه لا علم عنده بذلك فلم يقم مقامه، وقد كان بعض السلف يحلف الغريم أيضا على أنه متى وجد مالا قضاه والوكيل لا يحلف بذلك.

[١٥٦/ب] قوله: (من قرض أو عرض)^(٥). أي من عين أو عرض.

(١) قال ابن ناجي «قال بعض البغداديين: والأصل في جواز التداين قوله تعالى ﴿وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ﴾ إلى قوله: ﴿مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا﴾، فإذا جازت ملازمته ومنعه من التصرف جاز حبسه ولا خلاف في ذلك بين علماء الأمصار» شرح التهذيب لابن ناجي، أول كتاب المديان، لوحة ١٠٤.

(٢) الحديث تقدم تخريجه، وسيأتي بلفظ «مطل الغني ظلم».

(٣) قال في الحاشية: «كان في شرع من مضى... في شرع من مضى أن يملك السارق فيما سرق للمسروق له، حاشية من الأصل».

(٤) في التهذيب «حميلا» (٦١٩/٣).

(٥) المصدر نفسه (٦٢٠/٣).



قوله: (ولا يحبسان في دينه)^(١). لأن ذلك عقوق منه يحبسه عن التصرف والتضييق عليه ، وقد قال الله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍ﴾ [الإسراء: ٢٣] ، ولو كان الابن صغيرا ليس له شيء سوى ماله عند الأب وهو ملد فإن الحاكم يحبسه له ، وليس ذلك [عقوقا]^(٢) من الابن لأنه لم يحبسه هو ولا هو مكلف .

قوله: (لا أرى أن يحلف الأب للابن)^(٣). لأن ذلك عقوق ، لأنه يكذبه ولولا ذلك ما حلف ، فإن فعل ذلك سقطت عدالته وصحت اليمين .

قوله: (فلا أظلم الولد لهما)^(٣). أي لا أسقط حق لهما ، بل يلزمهما الحق ويغرمانه .

قوله: (والعبيد)^(٣). يعني المأذون منهم إذا كان عليه دين وعيب ماله .

قوله: (لا يؤاجر الحر إذا أفلس)^(٤). ولنا قول ثانٍ أنه إن كانت له صنعة فإنه يؤاجر ويأخذ منها ما يكفيه مع أهله ويؤخر الفاضل .

قوله: (وإن هلك رجل)^(٥). لها ثلاث صور:

إحداها ما ذكر أولا ، فالورثة معذورون بما فعلوا وتصرفهم صحيح فلا يتبع القادم إلا الغرماء لأن الورثة لم يرثوا شيئا .

قوله: (فإن علموا بدينه)^(٦). هذه صورة ثانية ، أو كان الميت موصوفا

(١) التهذيب (٦٢٠/٣) .

(٢) في المتن «عقوق» ، والصواب ما أثبتته .

(٣) المصدر نفسه (٦٢٠/٣) .

(٤) في التهذيب «ولا يؤجر» (٦٢٠/٣) .

(٥) المصدر نفسه (٦٢٠/٣) .

(٦) المصدر نفسه (٦٢١/٣) .

بالدين صورةً ثالثة ، ففي هاتين لا يعذر الورثة لأنه كان ينبغي ألا يقسم المال إلا بعد الدين فيرجع الغرماء القادمون على الورثة ، ويرجع الورثة على الغرماء الأولين .

قوله: (وقال في باب غير هذا)^(١) . ليس خلافاً ، وإنما معناه أن الغرماء القادمين مخيرون في أن يرجعوا على الورثة أو على الغرماء الأولين ، فأيهما كان معسراً تعين الموسر منهما .

قوله: (ثم تلف ما بقي)^(١) . لم يرجع هنا القادم على أحد لأن الكل فعلوا ما وجب لهم فعله ، والباقي تلف بأمر من الله تعالى .

وقال أشهب: يرجع عليهم لأنهم تعدوا بالقسمة وليسوا وكلاء للغائب وكان ينبغي أن يرجعوا الأمر إلى الحاكم فيوقف للغائب حظه .

قوله: (اتبع الورثة بمثل الفضلة)^(٢) . هذه الصورة فيما إذا كان الميت موصوفاً بالدين ولم يعلموا له غريماً ، فلو قدم الغريم ووجد عين المبيع بيد من اشتراه لم يرجع فيه على المذهب لأن تصرف الورثة في بيعه صحيح . وقال أشهب: يرجع فيه وينقض البيع لأنه يبع منه عنده لحق الغير كالنهي عن البيع يوم الجمعة ، إلا أن يدفع له المشتري دينه ويرجع هو على الورثة .

قوله: (لم يجز بيعهم)^(٣) . لأنهم باعوا متعلق حقوقهم فبيعهم كلاً بيع ، وتعلق حق الغريم بمال المفلس كتعلق حق المرتهن بالرهن ، فلو باع الراهن أو المفلس ذلك وكان له مال سواه صح البيع ، لأنه لم يتعين التعلق بعين ذلك وإن لم يكن مالٌ سوى ذلك تعين التعلق به ، فلم يجز بيعهما ولا عتقهما بخلاف

(١) التهذيب (٦٢١/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦٢١/٣ - ٦٢٢) .

(٣) المصدر نفسه (٦٢٢/٣) .

المستحق له نقض البيع مطلقا ، لأن المبيع غير ملكه .

قوله : (على وجه التأليج)^(١) . لأنه إنما يجب له بالحصاص البعض فقد أولج حق غيره فيما دفع له ، وقول الغير ليس [خلاف]^(٢) ، بل معناه أن المريض لا يحجر عليها في تصرفه إذا كان بعوض من غير محاباة ، ولا في إقراره لأجنبي بدين لأنه لا يتهم مع إقدامه على إليه أن يأخذ حق هذا ويدفعه لغيره .

قوله : (ورهن من أحاط الدين بماله جائز)^(٣) . يعني الصحيح ، وله البيع والشراء لأنه [إخراج المال للعوض]^(٤) ، بخلاف إخراج غيره عوض أو لمحاباة ، ولنا قول : أنه لا يجوز تصرفه لأنه لو رفع أمره إلى الحاكم لحجر عليه ، ولأن الرهن يؤدي إلى تفضيل بعض الغرماء على بعض .

وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أنه ليس في الحال تخصيصا له بمال ، وقد يحجر عليه .

وللمريض ثلاث صور :

أحدها : أن يكون ماله أكثر من الدين الذي عليه [١/١٥٧] فهذا لا يمنع من التصرف بغير محاباة ويقضي ما عليه ويقر بما عليه .

والثاني : أن يكون ماله شاق الدين فيجوز له التصرف بلا محاباة ويقضي بعض ما عليه من الدين ، وقيل لا يجوز . وَجْهُ الْأَوَّلِ أنه يقضي عوضا عما أخذه ، وقد بقي له وفاء بما عليه ، وَجْهُ الثَّانِي أنه معرض لأن يتلف ما بيده ، وهذا بعيد لأن الغالب السلامة .

(١) التهذيب (٦٢٣/٣) .

(٢) في المتن «خلاف» ، والصواب ما أثبتته .

(٣) التهذيب (٦٢٣/٣) .

(٤) كذا في المتن ، والظاهر أن صوابه : «إخراج للمال بالعوض» ، كما يفيد السياق .

والثالث: أن يكون ماله دون الدين فهذا أيضا يتصرف ويقر بدين لم لا يتهم عليه ولا يجوز له أن يقضي بعض من له عليه دين زائدا على ما ينوبه في المحاسبة ولا يخصه برهن من ماله .

قوله: (يدخلون معه)^(١). أي إذا تلف ما بقي بيده ، وإن لم يتلف فلا يدخلون معه البتة ، فإذا حجر عليه بالحكم فلا يجوز له التصرف بوجه .

قوله: (فأخره أحدهما بحصته)^(٢). من آخر ما يجب له فهو سلف ، فلما أسقط حقه من الحلول لزمه الأجل .

قوله: (فلا رجوع)^(٢). يشير إلى أن المال المشترك من سلعة مشتركة وفي كتاب واحد حُكْمُهُ كالدين الواحد ، لكنه هنا لما قبض حقه فقد اقتسما ذلك .

قوله: (وأما صلح أحدهما)^(٢). أي إذا أسقط أحدهما بعض حقه وأخذ البعض فإن كان قد أعذر إلى شريكه في ذلك فقال له: أنا آخذ عن حقي بعضه ، وقال الآخر أنا لا أفعل ذلك ، فلا رجوع له عليه بعد أن يفلس ، وإن لم يعذر إليه فيرجع عليه ويحاصه لأنه كمال واحد ، فإن صالحه بعرض دون إذنه وهما على السواء في الدين فهو مخير بين أن يسلم فعله ويتبع الغريم بحقه أو يأخذ نصف العرض ، ثم إذا قبض حقه دفع له نصف قيمة العرض يوم قبضه من الغريم ، وإن أخذ دنائير مثل أن يكون الدين مائة بينهما فيأخذ أحدهما عن حقه عشرة ؛ فإن شاء أخذ منها خمسة ويرجعان معا على الغريم هذا بخمسة وأربعين والآخر بخمسة . وقيل: بل إذا قبض حقه دفع لصاحبه الخمسة التي أخذ منه . وقيل: بل يقسمان العشرة على ستين لأن صاحب العشرة ليس له إلا عشرة وقد أسقط

(١) التهذيب (٦٢٣/٣).

(٢) المصدر نفسه (٦٢٤/٣).

الباقى ، ثم يرجعان على الغريم صاحب العشر بما بقي له من العشرة ، والآخر بما بقي له من الخمسين .

قوله : (لم يضمه الغريم ، ورجع عليهم)^(١) . لأن قبضهم له لا يصح إذ لا يוכלهم على ذلك بخلاف فعل الحاكم لأنه وكيل له فلزمه فعله ، ولو عزل الحاكم دينا لغائب وضاع ، فلما قدم طراً غريم آخر فيكون المعزول بينهما ومنهما فلا يرجعان بذلك على الميت إن طراً له مالٌ .

قوله : (أوصى بتأخر دين له على رجل)^(٢) . هذا بمنزلة الوصية بخدمة عبدٍ أو سُكْنَى دارٍ لأنه كما ينتفع بالدار والعبد لمدة ما فكذلك ينتفع بالمال بالتَّجَرُّ فيه ، فقد منع الورثة من التصرف في ذلك كله ، وهذا الانتفاع بذلك إنما يكون وهو على ملك الورثة وليس له أن يمنعهم من التصرف في شيء من التركة مع بقائه على ملكهم ، ولما منعهم من الانتفاع بذلك مع قدرته على أن يمنعهم من الرقاب فكأنه أوصى بالرقاب لا بالمنافع ، فلذلك جعلنا الأصول في الثلث لا المنافع ، فإن حملها الثلث صحّت الوصية ورجعت الرقاب بعد استيفاء المنافع إلى الورثة ، وإن لم يحملها صارت بمنزلة من أوصى بعبدٍ أو مال لشخصٍ ، ولم يحمله الثلث فيخير الورثة بين إجازة الوصية أو خلع قدر الثلث من ذلك المال أو العبد ، وهو مُشْكَلٌ جداً .

قوله : (إلا من وارث)^(٣) . لأنه كما لا يجوز له استثناء البراءة له في المرض لأنه وارث ، وكأنه أوصى له بذلك فكذلك لا يجوز الإقرار له بالبراءة ، وكان الأصل أن يجوز الإقرار للأجنبي مطلقاً لولا مانع التهمة ، فإذا زال المانع [١٥٧/ب]

(١) في التهذيب «لم يضمه الغريم ، ورجع عليهم فيما قبضوا» (٦٢٤/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦٢٤/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٦٢٥/٣) .

عمل المقتضى .

قوله: (فذلك جائز)^(١) . لأن الزوجية لا تدوم بخلاف النسب ، فإذا لم يتهم بالميل إليها وليس لها ولد منه جاز ، بخلاف قريبه لأنه إذا قرب منه اتهم لأن القرابة مظنة التهمة إلا لقيام قرينة تزيل التهمة كأن يكون معه بنت ويقر لابن عمّ بدين فلا يتهم أن يمنع بنته ويعطي ابن عمّه .

قوله: (فلا يجوز إقراره)^(١) . لبعضهم للتهمة بالميل إلى بعضهم .

قوله: (فإن كان المقر عدلا حلف معه)^(٢) . لأنه أقرّ وشهد وصحّ إقراره وشهادته ، فإن لم يكن عدلا لزمه الإقرار فيأخذ نصف ما بيده لأنه أقرّ بأن له بيده خمسين وبيد أخيه خمسين ، لكن أخوه غصبه الخمسين .

وقال أشهب يدفع له جميع المائة التي بيده لأنّ المقرّ له يقول: أنت قد أقرّرت أنه لا ميراث لك إلا بعد الدين ولكن أخوك غصبك ميراثك لا لي ، فصار بمنزلة ما لو ترك مائتين إحداهما مغصوبة ، وعليه دين مائة فلا خلاف أن الغريم يأخذ الحاضرة .

قوله: (لم تقبل شهادته)^(٢) . لأنه لا يقبل إقراره على نفسه فكيف على غيره ، ولأن السّفيه لا يكون عدلا ، لأنه وإن لم يكن فاسقا فهو كالمغفل لا معرفة له بأمور الدنيا .

قوله: (قضى بهما)^(٢) . لكمال نصاب الشهادة .

قوله: (بضعة عشر درهما)^(٢) . إن فسر المقر البضع بما يحتمل لغة قبل قوله ،

(١) التهذيب (٦٢٥/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦٢٦/٣) .



وإن فسرهما بأقل من ثلاثة فلا يقبل قوله ويلزمه ثلاثة هل المذهب ، لأنه المتيقن .
قوله: (لم يقض له إلا بثلاثة)^(١) . أي مع العشرة وقيل ستة عشر ، ووجهه
أن الثلاثة محققة ، وما زاد علينا إلى تسعة تنازعا فيه وهو ستة ، فيقتسمانه على
نصفين .

قوله: (ادفع إلى فلان مائة صلة)^(١) . أي أقرضني مائة وأدفعها إلى فلان ،
أو كأنه تحمل ذلك عنه فالمذهب على أنه أن شهد على المأمور بالرضا بالقرض
قبل موت الأمر ، أو أقر المأمور بذلك بعد موت الأمر فذلك ينزل منزلة الحوز
للمائة من المرسل إليه فتصح له وتصير ديناً للمأمور على الأمر يأخذها من تركته .

وقال الغير: لا يصح له الحوز إلا بالقبض من المأمور قبل موت الأمر
فحينئذ يصير ديناً للمأمور على الأمر ، وقبل القبض ليس له شيء ، وإن أشهد
الأمر أو أقر المأمور ، لأنها هبة لم تقبض حتى مات الواهب الآخر أي أنها قبل
القبض لم تخرج من ضمان المأمور ، ولو تلفت كانت منه ، وفي الحقيقة إنما
أعطى المأمور منفعة المال لا عينه والأمر أعطى نفس المال ، فإن لم تكن بينة ولا
إقرار فلا شيء له اتفاقاً .

وأما إذا بعثت له بهدية وأشهد على ذلك فهذا حوز للمبعوث له ، وحوز كل
شيء بحبسه ، ولو لم يكن شاهد إلا أنه قال للرسول: هي لفلان فقد صار شاهداً
عليه وذلك حوز ، وإن لم يقل لم شيء^(٢) فلا حوز إلا حتى تصل .

قوله: (فيمن ساق عن ناكح صداقا)^(٣) . أي تحمل عن الزوج الصداق فإن

(١) التهذيب (٦٢٦/٣) .

(٢) كذا ، ولعل الصواب: شيئاً .

(٣) التهذيب (٦٢٧/٣) .

شهد بذلك عليه فهو حوز للزوجة فيصح لها في ماله وإن مات ، ولو وهبه هبة فباعها الموهوب في حياة الواهب قبل قبضها ومات الواهب قبل القبض لزمته لأنه تعلق بها حق الغير قبل الموت فأغنى عن الحوز ، ولو قال : بعه فرسك وأدفع لك الثمن ومات ؛ فإن قبض الفرس لزمته ، وإن لم يقبضه حتى مات الواهب فهل يلزم ذلك بنفس القول أو لا ؟ قولان .

قوله : (لمن أقرضكها فأعطاه بها دنانير برضاه)^(١) . فيها قولان :

أحدهما : أنه يصح ، وذلك أنك لما أمرته بدفع الدراهم ورضي بذلك صارت لمن أسلفك إياها عنده قضاءً ثم باعها هو من المأمور بدنانير بيعاً مستأنفاً لما صارفه على ما في الذمة بعد أن انتصف منك .

والثاني : أنك تبيع المأمور بدراهمك ويكون الصرف خاصاً بهما ، [١/١٥٨] ووجهه أن الذي [أسلف]^(٢) الدراهم ابتاع بها من المأمور ذهباً ، فعلى تقدير أن يربح يكون في ذلك سلفٌ جرّ نفعاً .

قوله : (واستحب مالك اتباع الآخر بدراهم)^(٣) . لم يوجب ذلك لأن النقدين يقرب أحدهما من الآخر فلا يستحق البيع وإنما هو قضاء بخلاف لو دفع له عرضاً فهنا يتحقق البيع ، ففي هذه ثلاثة أقوال :

أحدهما يصح لأنه إنما باع بعد أن اتصف في الحقيقة ، والثاني يتبعه بدراهم لما فيه من سلف جرّ نفعاً ، والثالث يكون للمقرض الأقل من العرض أو الدراهم حتى لا يتبع .

(١) في التهذيب « إلى من استقرضكها » (٣/٦٢٧ - ٦٢٨) .

(٢) ما بين المعقوفين مبتور الآخر .

(٣) في التهذيب « واستحب لك اتباع الآخر بدراهم » (٣/٦٢٨) .

قوله: (فأراد مقاصته بها)^(١). لأن صرف ما في الذمة صحيح ، والنقد أن يتميز له شيء واحد .

قوله: (إن حلا)^(١). تحرز من صرف مستأخر .

قوله: (وقد ذكر فيه اختلاف)^(١). وجهه أنه لما دفع عنك ما لم تأمره وعند أمرك تعينت له عندك دراهم وباع هو عرضا من غريمك فتدفع له دراهم ، وقيل: ما دفع عنك من الدنانير أو قيمة العرض ، وقيل: الأقل .

قوله: (اتعد من المأمور على وعد)^(١). أي وثق منه بوعده وترك غريمه منهما ، لقوله فإن ذلك لازم للملتزم وهي حمالة .

قوله: (جبرت على أخذها)^(٢). اعلم أن الأجل في القرض مطلقا سواء كان عرضا أو عينا للمقترض ، فمتى أتى به لزم المقرض قبضه ، وأما في البيوع فإن كان عينا جبر أيضا ربّه على قبضه قبل أجله لأن العين لا تنظر به حوالة الأسواق بخلاف القروض إلا أن يكون وقت خوف أو مكانه فلا يجبر على قبضه ، لأن ذلك إضرار به .

وللشافعي في هذا قولان ، الثاني: أنه لا يجبر لأن ذلك حقه وأما العروض فالحق في الأجل لهما ، فلا يجبر على قبضها قبل الأجل لأنها ينظر بها الأسواق .

قوله: (فتبرع رجل)^(٢). هذا لازم له اتفاقا ، وإنما الخلاف هل يرجع بذلك عليه ؟ فقال الشافعي: لا يرجع إلا إذا كان ذلك بإذن المتحمل عنه ، وعندنا: إذا كان بغير إذنه إن كان له مال وأراد بذلك الرجوع ، وحلف عليه رجوع ، لأن الأصل

(١) التهذيب (٦٢٨/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦٢٩/٣) .

بقاء ماله على ملكه ، وإن لم يكن له ملك كان قرينةً على أنه لم يرد الرجوع ، فإن طرأ له مال بعد فلا يرجع .

قوله: (من ضمن لرجل مالا له على ميت)^(١) . قد تقدم أن الهبة ضربان: لعوض وغيره ، فهذا الضامن متبرّع ولا يتصوّر الضمان إلا تبرّعا ، لكنه وهب للغريم منفعةً هذا المال حتى يرجع به على تركة المضمون فأشهاد به بذلك حوز له لأن حوز كل شيء بحبسه فلزمه لقوله: الزعيم غارم^(١) ، أي حوّل إلى الغرم ، فدل على لزومه إياه ، إذ لولا لزومه إياه لما صار إلى الغريم .

قوله: (بغير أمره)^(١) . المخالف يشترط في الرجوع إذن المحتمل عنه في التحمل وفي الأداء .

قوله: (إن أراد الضرر)^(١) . هذا كما إذا باع من أمته زوجها قاصدا فسخ النكاح فيفسخ البيع لقصد الضرر ، وكذلك إذا اشترى دينه للضرر ، وأما إن علم البائع فيفسخ البيع ، وإن لم يعلم ففيل: يفسخ ، وقيل: يصح ويباع الدين عليه من آخر لأن في فسخه إضرارا بالبائع .

ووجه ذلك أن العقد اشتمل على صحة من جهة أن البائع لم يعلم بالإضرار ، وعلى فساد من جهة قصد المشتري الإضرار . فهل يغلب جهة الفساد أو الصحة ؟ ونظيره إذا أقر الرجلان أقرض أحدهما من الآخر أن المقرض قصد النفع لنفسه فإن ذلك يبطل ، فإن ادعى المقرض وحده أنه قصد بذلك النفع لنفسه وأنكره المقرض فقد اشتمل على صحة وفسادٍ إلا أنه هنا يُتَّهم المقرض أنه أراد الرجوع في الفرض بأن يفسخ فلا تلفت إلى قوله .

(١) التهذيب (٣/٦٢٩) .

قوله: (لم يبرأ الدافع)^(١). لأنه يتهم أن يتواطأ مع الوكيل على إسقاط حق الموكل ، [١٥٨/ب] أما الوكيل فأمين ، فلا يرجع عليه الموكل لأنه أمينه ، ولا الدافع لأنه صدقه في أنه أمينه ولم يتبين خلاف ذلك .

قوله: (إلا أن يكون الوكيل مفوضا إليه أو وصيا فهو مصدق بخلاف الوكيل المخصوص)^(١). لأنه قد نزل الموكل منزله في كل شيء وائتمنه مطلقاً ولا ينعزل إلا بالعزل ، بخلاف الوكيل الخاص فيعزل بانتهاء ذلك الشغل الخاص وبالعزل أيضا ، وأما الوصي فأقوى من المفوض لأنه لا ينعزل إذ قد مات الذي نصبه فكان أقوى ، وإذا اعترف الوصي أو الوكيل بعد العزل ورشد الأيتام لم يتبع قولهما إذ قد زال تصرفهما .

قوله: (وإن نكل ضمن)^(١). أي بعد ردّ اليمين على المدعين ، وكذلك قوله بعد: (فيضمنه بنكوله في السير)^(١). أي بعد رد اليمين ، ففي نكول الوصي هل يضمن ، أو لا يضمن في السير ثلاثة أقوال .

وجه الضمان أنه بنكوله اتهم ، ووجه سقوط الضمان أن تغريم الوصي مفسدة تؤدي إلى امتناع الناس من النظر إلى الأيتام ، فهذا استحسان ، ولأن الدافع قصر إذ دفع بغير بينة ، وما كل أحد يحلف وإن كان (.)^(٢) ، ووجه (.) الجمع بين المصالح .

قوله: (ضمن)^(٣). لأنه دفع إلى غير من ائتمنه بغير بينة ففرط ولزمه الضمان .

قوله^(٣): ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ يَتِمُّونَ﴾ [النساء: ٦] . فيه دليل على صحة جواز بيع اليتيم

(١) التهذيب (٣/٦٣٠) .

(٢) كلمة غير واضحة في المتن .

(٣) التهذيب (٣/٦٣٠) .

لأن الابتلاء يتضمن ذلك ، إذ لا يكون إلا به فلذلك قلنا: متى باع اليتيم انعقد البيع ، وتوقف الإمضاء على إذن الوصي .

والشَّافِعِي يقول: لا ينعقد لأنه مسلوب العبارة كالبهيمة ، وحمل الآية على أنه المراد باليتامى بعد البلوغ سموا يتامى بِمَا كانوا عليه .

قوله: (فشرط الرشد مع البلوغ)^(١) . أي لا يكون رشدا قبله ، وما يوجب الحجر سبعة أشياء: الصَّغَر ، والسَّفَه ، والزَّوْجِيَّة ، والارتداد على القول فإن المرتد يبقى اسما له ولا يزول عن ملكه ، والعبد ، والمريض ، والمفلس^(٢) .

فحجر الصغير يزول بالبلوغ ، وبعد ذلك هل الأصل السفه حتى يتبين الرشد أو العكس ؟ قولان . وهذا فيمن له أب أو وصي ، وبينى عليه أمر البالغ المهمل هل تصرفه على الرشد فيمضي حتى يتبين منه السَّفَه ، أو على السفه فيردُّ ؟ قولان أيضا .

قوله: (وإن حاضت الجارية وتزوجت ودخل بها)^(٣) . هذا المذهب ، ولنا قَوْلُ ثَانٍ كَالشَّافِعِي أنها ترشد بالبلوغ .

قوله: (أو خضب بالحناء)^(٤) . أي خضب الشيب ، هذا المذهب .

وقال في موضع آخر: إذا بلغ الغلام ذهب حيث شاء ، فأخذ منه أنه يرشد بالبلوغ ، وقال سحنون: يريد يذهب بنفسه دون ماله فيجتمع القولان ، وإذا اختبر

(١) التهذيب (٦٣١/٣) .

(٢) قال ابن شاس في أول كتاب الحجر: «وأسابيح الحجر سبعة: الصبا والجنون والتبذير والرق والفلس والمرض والنكاح في حق الزوجة» . عقد الجواهر (٧٩٦/٢) .

(٣) في التهذيب «وإن حاضت الجارية وتزوجت ودخلت بيتها» (٦٣١/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٦٣١/٣) .



الوصي المحجور وثبتَّ عندُ رشدهُ فلا يحل له أن يتصرف في ماله ، ولا يبريه عند الحاكم أن يدفع إليه ماله بالإشهاد فقط ، وإن أبرأه ذلك فيما بينه وبين الله ، ولكن يرفع أمره إلى الحاكم فيقول: قد ثبت عندي رشده وحرَم علي التصرف في ماله ، فينظر الحاكم في إثبات كونه يتيماً ، وكون هذا وصياً له ، ورشدِه عنده ، ويحكم بذلك ، وإلا جعله تحت حجر وصيٍّ آخر .

وقيل: يسمع الحاكم من الوصي قوله فيحكم بذلك ويجزيه .

قوله: (لا يجوز له عتق)^(١) . لأن ذلك إخراج مالٍ بغير عوضٍ .

قوله: (إلا أن يجيزه)^(٢) . أي إلا أن يُنشئ ذلك بعد الرشد فيلزمه ، وليس قبل ذلك موقوف الإجازة بدليل أن يجوز بيعه قبل الرشد ، وإنما عبر عن الإنشاء بالإجازة ، وليس أيضاً كبيع العبد لأن هذا لو أعتق قبل علم السيد لزمه ذلك ، لأنه إنما لم ينفذ بيعه لمانعٍ حق السيد ، فلما زال المانع عمل المقتضى ، لأنه كان رشيداً ، وإنما حجر عليه التصرف لحق السيد [١/١٥٩] والصغير إنما حجر عليه لحق نفسه ، وحقُّ نفسه لم يزل بالرشد فلم يكن مقتضى للبيع إذ ليس أهلاً ، فلما رشد احتيج إلى التجويز فحينئذ جاز .

قوله: (وما ليس له فيه إلا المتعة فقط)^(٢) . كأم ولده يجوز له عتقها لأنه ليس في ذلك إخراج مال ، بل حرَمها على نفسه فصار ذلك كطلاقه ، وهل يتبعها مالها أو لا ؟ قولان .

وجهُ عدم التَّبعية أن هذا لا يجوز له إخراج المال دون عوض ، ووجه التَّبعية

(١) يريد قوله «ولا يجوز للمولَّى عليه عتق» التهذيب (٦٣١/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦٣١/٣) .



أن مال المعتق تابع له أبدأً، والمال التابع غير مقصود فصَحَّ إذْ لم يكن إخراجُه بالقصد.

قوله: (وأما النكاح)^(١). لأنه إخراج مال.

قوله: (فإنه يدخل في الحجر)^(١). لأنه مال محجور عليه، وكذلك إن أذن له بالتجارة فربح يدخل في الحجر أيضا.

قوله: (مثل الدرهم)^(١). لأن هذا ضرورة ونزر يسير.

قوله: (وللرجل منع أم ولده)^(١). لأنها مملوكة والد وسبب للحجر بخلاف الزوجة، ومنعها من التبرعات على خلاف الأصل.

قوله: (لم يجز ذلك الإذن)^(١). يعني أن يأذن له يبيع ويشترى بلا مال يدفعه له، فأما إن دفع لهما لا يتجر فيه يختبره به جاز.

قوله: (بعد الحلم)^(١). هذا هو السفيه يختبره بذلك.

قوله: (لم يلزمه الدين فيما دفع إليه)^(٢). لأنه محجور عليه وينبغي أن لا يباع من إلا بنقد، ويجب على الوصي أن يعرف الناس بذلك، ومن باعه بدين ظالم لنفسه، والذي بيده للتجارة مال محجور عليه فلا يرجع عليه فيه، بخلاف مال العبد المأذون له لأنه ليس مال سفيه بالدين يتعلق به وبذمة العبد، لأنه له ذمة يبيع بذلك إذا عتق والسفيه لا ذمة له.

وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ: أن الدين يتعلق بالمال الذي يدفعه الوصي لليتيم للاختبار، وقد اختلف في دفع الوصي لليتيم شيئا من ماله للاختبار فقليل: يجوز كما قال

(١) التهذيب (٦٣١/٣).

(٢) المصدر نفسه (٦٣٢/٣).

في الكتاب ، وقيل : لا يجوز ولكن يختبره بغير دفع المال له .

قوله : (يلحقه ما أذن فيه خاصة)^(١) . أي قدر ذلك فمأذون ، ووجهه أنه لما سوغ له التجارة التي من لازمها الدين فقد الزمه له في ذلك المال .

قوله : (كان في ذلك المال)^(٢) . معناه أن الأجنبي دفع للمحجور مالا للتجارة ، لا لتمليكه إياه مطلقا ، لو كان ذلك لصار حكمه حكم ماله ولكن دفع له بشرط أن يتبصر فيه ، فلما لم يكن مالا لليتيم فقد التزم الدافع أن يكون الدين فيه ، وكذلك لو دفع الوصي لليتيم من مال نفسه كان كالأجنبي .

قوله : (ولا يلزم ذمتهم) . لأن الصغير لا ذمة له والعبد يعيبه الدين ولم يأذن له سيده في ذلك ، لو أذن له سيده في ذلك كان في ذمته ولا ذمة الدافع بل يصير بمنزلة سائر الغرماء يخاصمهم فيما بقي من هذا المال بيده .

قوله : (وصفة من يحجر عليه من الأحرار) . لأن العبيد محجور عليهم ، وإن كانوا أرشد الناس ، وضابط ذلك أن يبذر ماله في غير مصلحة شرعية ؛ أي في معصية أو مباح ، بخلاف تذييره إياه في طاعة هذا لا يحجر عليه كمن يعتق عبدا أو يبني مساجد حتى يذهب ماله كله .

قوله : (يسقط فيه سقوط من لا يعد المال شيئا) . أي يتصرف على غير وجه من النظر ، ولا خلاف أنه يحجر على المبذر لماله في غير الطاعة وإن كان صالحا يستأنف الحجر عليه .

قوله : (وهو فاسق في حاله) . هذا المذهب أنه يخرج من الحجر إذا كان

(١) في التهذيب «يلحقه ما أذن فيه خاصة» ، «يكون ما اذن فيها أذن فيه خاصة» (٦٣٢/٣) .

(٢) من هذا إلى قوله : (ولا يتولى الحجر إلا القاضي) كله من التهذيب (٦٣٢/٣) .

رشيدا في تصرّفه وإن كان فاسقا ، إلا أنه لا يتلف ماله لفسقه ، وخالفه سائر الرواة فقالوا: لا يخرج من الحجر كقول الشافعي ، لأن الفسق (.) إتلاف المال ، وأما إذا ارشد ثم طرأ الفسق ولم يتلف به ماله فبالإتفاق لا يحجر عليه .

قوله: (وإن كان ١٥٩/ب | شيخاً) . خلافاً لأبي حنيفة قال: لا يحجر على من بلغ حمسا وعشرين سنة .

قوله: (ولا يتولّى الحجر إلا القاضي) . لأن هذا لما كان مختلفاً فيه بين العلماء احتيج فيه إلى الحاكم ، وإذا صاحب الشرطة ، فإذا جعل له حكم خاص فلا يتعدّى ، لأن القاضي يختص بالبحث عن الاستيا وعن الشهود ، وإذا لم يظهر رشد الولد بعد البلوغ سمع قول الأب أنه سفيه وحجر عليه الحاكم لقوله ، وإن ظهر سفهه بعد الرشد فهل يسمع قول الأب في ذلك أو يتهم كالأجنبي حتى يثبت ؟ قولان .

قوله: (كانت لي دينا على المأمور)^(١) . هذا قد أقر بتصرفه في مال الغير إذ قضى منه دينه لمن ادعى أن ذلك له ، والأصل خلافه ، وأن اليد دالة على أنها ملكه والبينة على المدعي والقول للمُنكر .



كتاب التفليس

.....

وهو الحكمُ على الرجل بخلع يده عن التصرف في ماله ، وهو المفلس الذي ديونه أكثر من ماله ، وكان في شرع من قبلنا أنه يباع في دينه ويصيرُ عبداً ، وهل يباع لأمدٍ معلوم أو للأبد؟ قولان . وقد قال تعالى: ﴿فَنَظَرْتُ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ، وله ثلاثة أحوال:

أما إذا حلت الديون كلها فلا خلاف أنه يفلس ، وإذا لم يحل منها شيء فلا خلاف أنه لا يمنع من التصرف ولا يراعى الخوف من خراب ذمته فيما بعد ، وإذا حل بعضها فالمذهبُ أنه يحل جميعها كالميت ، لأن الجامع في الموضعين خرابُ الذمة ، لكن الفرق أن خراب ذمة الميت لا تنجر فينبغي ألا يقاس عليه ، وإنما هو استحسان لأن العيب الحادث في الذمة بعد المبيع والعيوب الحادثة بعد العقد لا تفسده ، فهي مصيبةٌ نزلت من الله ، ولنا قول شاذ: أنه لا تحل ديونه ، وهو قول الشافعي ، بخلاف الميت لأن ذمته (.) ولم تخرب كموته .

قوله: (كقيام الجماعة)^(١) . أي الحكم لأحدهم بالتفليس حكم لسائرهم ، كما أن الحكم بالأجل لإحدى زوجات المفقود حكم بالأجل لسائرهن .

قوله: (لم يصدق)^(١) . لأنه يتهم بالتوليغ ليعيده عليه بعد ، ولكنه يؤخذ بإقراره فيتبعه به في مال آخر إن طرأ له .

قوله: (رجع على الغرماء)^(١) . لأنهم أخذوا حقه .

(١) التهذيب (٣/٦٣٤) .



قوله: (والموت والتفليس بمنزلة واحدة)^(١). أي في حلول الديون حسب ، وإلا فالفرق بينهما أن خراب الذمة في المفلس يرجو الزوال ، وأن البائع من المفلس أحق بسلعته إذا وجد عينها ، بخلاف من باع من مَيّت فهو أسوة الغرماء لأن ذمته قد خربت بالجملة .

قوله: (ليس كالمت في الاستيناء)^(١). أي يستأني فيه أكثر لذهاب الذمة بالجملة .

قوله: (وحصله غيره كالمت)^(١). في الاستيناء ، وَوَجْهُ الْأَوَّلِ الفرق بأن هذا مرجو الذمة وأنه إن طرأ غريم آخر رجع على سائر الغرماء وليس في المَيّت إلا هذا الثاني ، وإذا كان المفلس حاضراً هو وماله حَلَّتْ ديُونه ، وإن كان هو حاضراً وله مال غائب فكذا ، وإن كان هو غائب وله مال آخر فهل تحل ديونه المؤجلة ويقتسمون ما حضر؟ قولان: لا تحتل ديونه لأنه هناك غني ، وقيل: تحل لأنه إذا حلت مع حضور وله مال غائب فأحرى إذا كان هو غائب ، فإذا اقتسموا هذا الحاضر وبقي لهم ما بقي ومضوا إليه ، فمن كان دينه حالاً يأخذ ما بقي له ، ومن كان دينه مؤجلاً فهل يأخذ ما بقي له [الآن]^(٢) أو لا؟ قولان ، وجه الحلول أن الحكم قد نفذ بذلك فلا يردّ ، وكذلك إذا طرأ للمفلس مال بهبةٍ أو [إرث]^(٣) قولان .

قوله: (وذلك رضا منه)^(٤). هذا على أن السكوت رضا ، وليس كذلك في المَيّت ، [١/١٦٠] وَوَجْهُ الثَّانِي أنه ليس رضا فيوقف له حقه .

(١) التهذيب (٣/٦٣٥) .

(٢) ما بين المعقوفين مبتور جله ، وما أثبتته أقرب إلى المعنى ورسم الكلمة .

(٣) ما بين المعقوفين أكثره مبتور ، وما أثبتته أقرب إلى المعنى ورسم الكلمة .

(٤) التهذيب (٣/٦٣٥) .



قوله: (إلا أن يتبين)^(١). فيكون رضا اتفاقا.

قوله: (لم يقبل قوله)^(١). لأنه يتهم بالإيلاج.

قوله: (لأجنبي)^(١). لأنه لا يتهم.

قوله: (فإنه يدخل معه من دينه بيّنة)^(٢). لأن الإقرار أبلغ من البيّنة.

قوله: (فلا يدخل فيما بيده من مال)^(٣). للتهمة، ولكن يؤخذ بإقراره فيبقى

ذلك في ذمته.

قوله: (لأن التهمة إنما كانت في المال الأول)^(٣). المذهب أن حجر

التفليس لا يدوم ويتكرر وإنما يكون حجره بالنظر إلى المال الذي يقام عليه فيه، ومذهب الشافعي أن حجر التفليس دائم أبدا لا يزول ويبقى صاحبه كالسفيه من عامله خسر، وكالصبي.

قوله: (قائم الوجه)^(٤). أي مستور الأمر، فهذا يصح تصرفه إلا أن يعلم أن

الدين سابق على عتقه فيبطل، فإذا علم الناس أن دينه أكثر من ماله فهنا القولان، وهو معنى قوله: (إذا تبين فلسه)^(٤).

قوله: (فهذا وجه التفليس)^(٤). أي لا معنى للتفليس إلا هذا.

قوله: (وإذا قسم الغرماء المال)^(٤). إنما رجع القادم على الغرماء لأنهم

أخذوا حقه بخلاف المستحق إنما يرجع على البائع لا على المشتري يتلف عنده البيع.

(١) التهذيب (٦٣٦/٣).

(٢) في التهذيب «فإنه يدخل مع من دينه بيّنة» (٦٣٧/٣).

(٣) المصدر نفسه (٦٣٧/٣).

(٤) المصدر نفسه (٦٣٨/٣).

والفرق أن البائع هو الذي سلط المشتري وإن كان جاهلاً ، لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواءً ، والمفلس هنا لا يسمع قوله ولو أقر بذلك عليه ما التفت إليه .

قوله : (أقر في مرضه لأجنبي بمائة ولابنه ، بمائة وترك مائة)^(١) . الإقرار للوارث يصح باعتبار تسليم الورثة فإذا لم يجيزوا بطل ، وهو بالنظر إلى الأجنبي المقر له صحيح ، فلذلك يحاصه في المائة ، فما صار للوارث المقر له صار ميراثاً لأن الورثة لم يجيزوا له ، ويجعل سائر الورثة ابناً آخر ، فهذا المذهب أن الابن المقر له والأجنبي يقسمان المائة بنصفين ثم يرجع الابن الثاني فيقول لأخيه : لا يصح لك الإقرار فيقسمان الخمسين بنصفين وتمت المسألة .

وقال أشهب : ثم يرجع الابن المقر له على الأجنبي فيقول : أقر لنا أبي بمائة وقد أخذ مني خمسة وعشرون فيقسمان الخمسة وسبعين بنصفين ، ثم يرجع الابن الآخر على أخيه يضم ما بيده إلى ما بيده ويقسمان ذلك ، ثم يرجع الابن المقر له على الأجنبي إلى أن تقبل العدد فيقطع هنا كالدور لأنه لا مبالاة بذلك ، ووجه المذهب أنه يقول : لو علمت هذا رجع أيضاً الأجنبي على الابن الذي لم يقر له فيقول : لا ميراث لك إلا بعد الدين فيأخذ ما بيده ثم يرجع عليه الابن المقر له كما تقدم ، ثم يرجع الابن الآخر ثم الأجنبي ، ويدور ، فلهذا تركت أنا ذلك .

قوله : (ولا حجة للأجنبي في أنه أقر إلى وارث)^(٢) . يعني أن الميت فر بماله عن الأجنبي إلى الوارث فلا يقبل قوله لأنه ساواه في ثبوت حقه بالإقرار ، ولو كان دين لأجنبي ببينة كان أقوى فيختص حينئذ بجميع المائة ولا يقاسمه

(١) في التهذيب «ولم يترك إلا مائة» (٦٣٩/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦٣٩/٣) .

الوارث لأن الإقرار له ضعيف .

قوله: (لم يكن للقائم أن يأخذ منه شيئاً)^(١). لأنه مال قد اقتسمه الغرماء وتعين ما بيده لمن تركه بيده فإن ربح فيه ضربوا في ذلك الربح بما بقي لهم .

قوله: (لأنهم فيما ردّوا إليه كمن عامله)^(٢). أي فهم يختصون بذلك باختصاص عامله بعد ذلك بما يوجد بيده، لأن هذه معاملة أخرى فلا يكون للأولين شيء إلا أن ينصف الآخرين .

قوله: (وإن كان فيما ألفوا بيده وضيعة)^(٣). لأنهم يختصون بذلك دون الأولين يضربون (.) .

قوله: (ولم يأمر ببيعه)^(٤). الضمير عائد على مال معاد، أي إن لم يتناول بيعه بل خلا بينهم وبينه، وقيل: يعود [١٦٠/ب] على معاذ وإن ذلك كان في أول الإسلام، أعني بيع المفلس ثم نسخ بقوله: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] .

قوله: (وإن أسلفت رجلاً)^(٤). لم يجر أن يكون شيء من الرهن الثاني في شيء من { الدين } الأول لأنه سلف جرّ نفعاً، لأنه إن كان الأول برهن فهو زيادة توثقة، وإن كان بغير وهن فهو ابتداء توثقة، بخلاف الرهن في أصل القرض ليس نفعاً، لأنه لو لاه ما أسلفه، ولو كان الدين حالاً والغريم موسر جاز ذلك لأنه كمن أسلفه ابتداءً لأن تأخير إياه بما حل له سلف، فإن وقع ذلك فالمذهب أنه يكون

(١) التهذيب (٦٣٩/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦٤٠/٣) .

(٣) في التهذيب «وإن كان فيما أبقوا في يده وضيعة» (٦٤٠/٣) .

(٤) المصدر نفسه (٦٤٠/٣) .

جميع الرهن بالثاني ، ووجهه أنه كان قضاءً الأول فيبقى رهنا في الباقي ، كما لو قضاؤه بعض حق له فيه رهن كان الرهن كله فيما بقي كالمكاتب هو عبد ما بقي عليه درهمٌ وهذا بالاتفاق ، فإذا انصف منه كان للغرماء ما بقي من الرهن ، وقيل : بل يقسم الرهن بين السلعتين فما قابل الأول كان لجميع الغرماء الآن ؛ وجهه أنهما إنما دخلا على أن يكون رهنا في الدينين بخلاف رهنه في دين (.) دخلا على أنه رهن في جميع أجزائه .

ويبنى على ذلك مسألة : لو باع سلعتين برهن ثم استُحقت إحداهما فالمذهب أنه يبقى رهنا في الباقية كما لو قضاؤه ذلك ، وقيل : بل يقسم بين السلعتين فما ناب المستحقة كان للغرماء ، ووجهه أن السلعتين كأنهما صفتان .

قوله : (ومن فلس وعليه دين لعبد)^(١) . إذا كان لعبد المأذون عليه دينٌ ، فإن لم يكن على العبد دين بطل دينه الذي على السيد ، لأنه يباع في دين سيده ، وإن كان عليه دين لأجنبيٍّ ؛ فإن كانت قيمة العبد مثل جميع الديون بيع فيها وصار ما على العبد على السيد لأنهم غرماء غزيمه ، وإن كان أقلّ مثل أن يكون على السيد ستون ، عشرون لكل شخص وعلى العبد عشرون ، وله على سيده عشرون ووجد السيد عشرون ، فإنهم يتحاصون فيها : غرماء السيد مع العبد ، فيجب لكل واحد ربع ماله وذلك خمسة ، فيرجع ما وجب للعبد لغرمائه تبقى عليه خمسة عشر فيباع العبد ويقال من يشتريه مثلاً بعشرة على أن عليه دينا خمسة عشر ثم تقسم تلك العشرة لأنها مال السيد على غرماء السيد ومنهم العبد ، يجب لكل واحد اثنان ونصف ، فما صار للعبد أخذه غرماءه ، وتبقى عليه اثنا عشر ونصف ، فإن دفع في العبد اثنا عشر قسم عليهم ووجب لكل واحد ثلاثة ، فيبقى على العبد

(١) التهذيب (٣/٦٤٠) .

اثنا عشر ، وهكذا يطلبُ فيه الزيادة إلى ألا يوجدَ من يزيد فيباع ، وما عليه لغرمائه يتبعونه به فيما يطراً له من مالٍ (.)^(١) لا في أجرته أو في ذمته إن عتق ، ويتبع غرماء السيّد السيّد فمتى طراً له مال ضربوا فيه مع العبد ، وما صار له أخذه غرماءُهِ إلى أن ينتصفوا من العبد .

قوله : (جناية خطأ لا تحملها العاقلة)^(٢) . يعني ما كان فيه من الجراح أقل من ثلث الدية ، وما لم يكن في نفس إنسان كإتلاف بهيمة ، وكذلك العمد في الجراح التي لا يتأتى فيها القصاص كالمأمومة^(٣) والجائفة فهذه كلها لا تحملها العاقلة .

قوله : (قبل قيام الغرماء به)^(٤) . لأنه بعد قيامهم لا تصرف له بوجه .

قوله : (فصاحب الجناية أحق بالرهن) . من سائر الغرماء إلا أن يكون ذلك الرهن غير معاملة أحدهم فيكون أحق به .

قوله : (ولا حجة لهم أن يقولوا : إن ذلك ليس من ابتياع)^(٤) . هذا لا يلزم لأنه عن حق لازم ، ولا يضره كونه ليس بعوضٍ بدليل أن المرأة تحاص الغرماء بمهرها [١/١٦١] وإن لم يدخل بها الزوج وليس بعوض ، وأما لو كان ذلك عن صلح في عمد فهل بردّ أو لا يردّ؟ قولان ؛ وجه الرد أن للغرماء أن يقولوا ليس لك أن تُتلف مالنا بل يجب عليها القصاص ، ووجهُ الثاني أن ذلك قد فات قبل قيامهم كما لو خالع زوجته قبل قيامهم لم يردّ لأنه قد فات .

(١) كلمة غير واضحة .

(٢) التهذيب (٣/٦٤٠) .

(٣) في المتن « المومومة » ، والأصوب ما أثبتته ، وهي ما أفضى إلى الدماغ بمدخل إبرة . انظر التهذيب (٤/٥٥١) .

(٤) المصدر نفسه (٣/٦٤٠) .

قوله: (يحل حينئذ)^(١). هذا المذهب، ولنا قول ثان: أنه لا يحل وهو أحد قولي الشافعي المشهور في الميت تحل اتفاقاً لخراب الذمة.

قوله: (أو بيعه الآن)^(١). أي إن شاء أبقوه إلى أجله أو باعوه الآن.

قوله: (زرعاً لم بيد صلاحه)^(٢). صحّ رهنه لأنه يجوز رهن الغرر على قول لنا، كالعبد الأبق، وفي رهن الحمل قولان.

والفرق وإن الحمل لم يتقدم له وجود مقطوع به، ولأن الزرع يصح بيعه على القطع، وبيع العبد الأبق على الصفة، ومن جوز رهن الغرر مطلقاً فلا يجيزه في أصل العقد بل خارجاً عنه.

قوله: (يخاص الغرماء)^(٢). وذلك خشية أن يصيب الزرع جائحة فيبطل حقه ثم إذا كمل الزرع انتصف منه ورد بقدره آخر، وإن كان ثمن الزرع أقل مما له فبذلك ينبغي أن يخاصّ أولاً، مثاله: لو كان له عليه عشرة ولرجلين عليه عشرون ووجد له خمسة عشر يجب لكل واحد خمسة ثم بيع الزرع بخمسة تبين أنه كان ينبغي أن يخاصّ بخمسة لأنه الدين حقيقة، وما زاد عليه في حكم المأخوذ بسبب الرهن والواجب للخمسة من الخمسة عشر ثلاثة، فيرد اثنين للغرماء، وقيل: بل يقال له ضربت أولاً بعشرة وكان ينبغي أن تضرب بخمسة فردّ نصف ما أخذت باثنين ونصف، وهذا المردود لم يتخاص فيه بعد، فيتخاصّ جميعهم فيها، فيجب منها نصف لصاحب الزرع يضمه إلى ما صار له، وليس له أن يبيع الزرع على القطع، كما للغرماء بيع الدين الذي للمفلس وإن نقص الثمن في الوجهين، لأن بيع الدين بالنقد يجوز، بخلاف بيع الزرع على القطع لأنه من الفساد في

(١) التهذيب (٦٤١/٣).

(٢) المصدر نفسه (٦٤٢/٣).

الأرض ، ولو اجتمع أهل موضع على ذلك لمنعهم الحاكم منه لأنه يؤدي إلى هلاكهم بالجوع .

قوله : (ليس للمفلس أن يتزوج)^(١) . لأن ذلك إخراج مال بغير عوض وهو لا يجوز له التصرف في ماله بوجه .

قوله : (فيما أفاده بعده)^(١) . لأن هذا مال لم يحجر عليه فيه ، بخلاف الأول لأنه مال حجر عليه فيه كماله قبل الحجر يتصرف في ماله وإن تعلقت حقوق الغرماء به .

قوله : (بزيادة أو نقص)^(١) . لأن ذلك فوت فتجب به القيمة على الموهوب فيصير غريما له فيكون أحق بتلك الهبة لأنها بيع ، وللغرماء أن يدفعوا له قيمتها ويختصون بها كالبيع .

وأما إذا لم تتغير فهي باقية على ملك الواهب فلا يمنع منها بوجه ، بخلاف البيع لأنه بالعقد لزم المبتاع الثمن وانتقل إلى ملكه .

قوله : (فالبائع أسوة الغرماء)^(١) . هذا للنص ، ولأن ذمته قد خربت بالجملة .

قوله : (كان البائع أحق بها)^(١) . لأن ذمته لم تخرب ، إلا أنها إن كانت مرهونة فالمرتهن أحق بها في قدر دينه ، ثم يتحصن فيما زاد ، ولا تكون لبائعها لأنه قد تعلق بها حق المرتهن فصارت كأنها لم يحدها البائع ، وللغرماء أن يدفعوا له دينه ويختصون بالرهن .

قوله : (إلا أن يرضى الغرماء)^(١) . المذهب أنه إن فعل ذلك أحدهم فإنه يصير ما دفع في ذلك من جملة دينه لأنه [سلف] منه للمفلس يحاص به ولا

(١) التهذيب (٦٤٢/٣) .

يختص بالسلعة لما دفع الآن ، وقال ابن المواز: بل يختص بها لما دفع الآن لأنه [١٦١/ب] تنزل منزلة البائع ، وكما كان للبائع الاختصاص بالسلعة فكذلك هذا ، فإن فضل له عن ثمنها فضل كان مضافاً إلى دينه الأول يحاص بالجميع .

ولو وجد البائع سلعته قد رهنها المفلس فقد (.) اختص بها ثمنها لا لما دفع للمرتهن وحاص بذلك الغرماء ، ولو باع من رجل عبداً فجنى العبد جناية أسلمه المبتاع فيها ثم فلس فلرباع العبد أن يفتك العبد ويحتص به وكأنه جنى على ملكه فلا يرجع على المفلس بما افتكه به لأنه إنما افتكه لنفسه ولمنفعته ولو شاء لترك وحاص بثمنه الغرماء ، والأصل فيما تقدم قوله ﷺ: «من باع سلعة من رجل فصاحبها أحق بها في الفلس»^(١) .

قال أبو حنيفة: لا دليل فيه ؛ لأن قوله: «فصاحبها» حقيقة في المتاع ، وحمله على البائع مجاز ، بمعنى أنه كان صاحبها ، والحقيقة أولى من المجاز .
قلنا: حمله على المبتاع لا فائدة فيه ، لأن ذلك معلوم .

قوله: (فولدت عنده ثم ماتت)^(٢) . إن كان الولد موجوداً حال العقد فهما سلعتان ، وأما أن حدث بعد العقد فلم يباشر البيع فيكون تابعاً لأمه ، لأن كل عقد ثبت في الأم فيكون ولدها بمنزلتها ، فإن وجدتهما معا أخذهما معا إن شاء بالثمن ، وإن مات الولد أو باعه أخذ الأم إن شاء بجميع الثمن ، وإن باع الأم أما ماتت ؛

(١) الحديث في موطأ مالك عن يحيى بن سعيد ، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ، عن عمر بن عبد العزيز ، عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أفلس ، فأدرك الرجل ماله بعينه ، فهو أحق به من غيره» . كتاب البيوع ، باب ما جاء في إفلاس الغريم . وفي رواية عند البيهقي في السنن ، كتاب التفليس ، باب من المشتري يفلس بالثمن: «من اشترى سلعة ثم أفلس فصاحبها أحق بها» .

(٢) التهذيب (٦٤٢/٣) .

فقال في الموت: يأخذ الولد بجميع الثمن إن شاء، وقال في البيع: يأخذ الولد بما يقابله من الثمن، ففرق بينهما وهو مشكِلٌ، ووجهُهما في الموت أنه إذا أراد الرجوع فأخّر الولد قدرَ كأنَّ البيع انفسَخَ من أصله وأنها ماتت على ضمانه.

قوله: (فله أخذ الأمهات والأولاد)^(١). بخلاف الغلة وهي كل ما انتفع به من العين مما ليس من جنسها مع خفائها كاللبن والثمرة لقوله: «الخراج بالضمان»^(٢). ولو حلف ألا ينتفع بالشاة أو الشجرة حنث بلبنها وثمرها، ولا يحنث بالولد لأنه منفصلٌ عنها.

قوله: (وما كان من غلة أو صوف)^(٣). هذا إذا لم يكن يوم الشراء فيه الصوف كمل نباته أو قرب من الكمال على ظهورها والثمرة مؤبدة، فحينئذ يكون غلة وداخله في العقد بلا شرط، وأما إن كانت على الشجر مؤبرة والصوف على ظهورها قد صلح للجز فإنه حينئذ يكون كسلعة أخرى فيردها، إلا أن الصوف يدخل في العقد بلا شرط كيف ما كان لأنه متّصلٌ بالمبيع أقوى من اتّصال التمرة، فلذلك إذا كانت مؤبدة فلا تدخل في العقد إلا بالشرط، وكان القياس أن تدخل بلا شرط لولا أن الشارع قال: «من باع نخلاً وفيه تمر مأبورٌ فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»^(٤).

قوله: (فليس كالغلة)^(٥). أي في ردّه إن كان جذه إن كان قائماً وإلا فقيّمته،

(١) التهذيب (٦٤٣/٣).

(٢) الحديث تقدم تخريجه في كتاب السلم الثالث.

(٣) التهذيب (٦٤٣/٣).

(٤) الحديث رواه مالك في الموطأ، باب من باع نخلاً مؤبداً أو عبداً وله مال، عن نافع عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع». ورواه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها تمر.

(٥) التهذيب (٦٤٣/٣).

لأنه وإن كان من ذوات الأمثال فيتعذر المثل هنا لأنه بيع جزاف فيرجع إلى القيمة.

قوله: (غيره)^(١). هذا قول أشهب خالف فيما كان يوم البيع موجودا على المبيع فقال: إن لم يجذّه ويجزّه ردّه، وإن جذّ وجزّ فلا يرد، ووجهه أنه تابع، ولنا قولان في الاتباع: هل لها جزء من الثمن أو لا؟

فعلى قوله: لا جزء لها من الثمن، وإذا جزّ الصوف وجذ الثمرة وقلنا بالردّ فهل يرجع بأجرة الجذّ والجزّ فيحاص به أو لا؟ قولان؛ وجهه ألا يرجع أنه إنما جذ ذلك على ملكه ولنفسه، لا لغيره.

قوله: (فإن سقاه فهو به في الفلس)^(٢). لأنه قد أجازته وأنفق فيه ماله، ولأنه إنما جنى الزرع بسقيه فبفعله وجد فكأنه [١/١٦٢] باعه من رب الأرض بعمله فصار كسلعة يجدها بيد المفلس فصار كالرهن عنده.

قوله: (وهو في الموت أسوة الغرماء)^(٣). بخلاف الصانع لأنه أحق بالسلعة في الموت والفلس لأنه مؤثر بضعته فيها، وأيضا فإن الزرع في أرض المفلس وفي حوزة بخلاف المرتهن، لأن الرهن في يده.

وقيل: هو أحق بها في الموت لأنه قد أثر فيها على الجملة بخلاف الأجير على رعاية الإبل هذا حافظ لها لم يحدث برعيه ولا أنفق فيها من ماله شيئا.

قوله: (وأرباب الحوانيت أسوة غرماء مكتريها)^(٤). يعني فيما استوفي من

(١) التهذيب (٦٤٣/٣).

(٢) في التهذيب «فهو أحق به في الفلس» (٦٤٣/٣).

(٣) المصدر نفسه (٦٤٣/٣).

(٤) في التهذيب «الحوانيت والدور» (٦٤٤/٣).



المنافع ومسألة لا فيما يفي لأنه باق على ضمان ربه الحانوت والdraهم أحق بما يقابل ذلك .

قوله: (وليسوا أحق بما فيها من متاع)^(١) . لأنه ليس تحت أيديهم ، وقيل: هم أحق به لأن حوائيتهم قد جازته وهي كأيديهم .

قوله: (وجميع الصناع)^(١) . إن كان الصانع يعمل في موضع رب العمل فهو أحق بذلك في الفلاس لا في الموت ، وإن كان يعمل في موضعه فهو أحق بها في الموت والفلاس لأنها عنده كالرهن ، ولأنه يؤثر فيها بصناعته ، وهو قد ضمنها .

قوله: (وكذلك المكثري على حمل متاع)^(٢) . هذا أقوى من السقي لأن المتاع قد جازته له إبله وقد أتى السفر فيها بزيادة الثمن في النقل إلى بلد آخر .

قوله: (وليس للغرماء أن يجبروا المفلس)^(٣) . لأنه لا يجب عليه أن تكتسب لهم ، لقوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] .

قوله: (وله هو انتزاعه)^(٣) . أي يجوز له ذلك إن شاء ، وكذلك ليس لهم أن يجبروا على اعتصار هبة ولده ، وله ذلك إن شاء .

قوله: (فليس له انتزاعه)^(٣) . لأنه إنما ينتزعه لورثته أو للغرماء ، وإنما يجوز له أن ينتزع لنفسه .

ولنا قول ثانٍ: أنه يجوز له الانتزاع مطلقاً لأنه ملكه ، وقد لا يموت .

قوله: (ما لم يتقارب الأجل)^(٣) . ولنا قول ثانٍ: أنه ينتزعه وإن قُرب لأنه ملكه .

(١) التهذيب (٦٤٤/٣) .

(٢) في التهذيب «وكذلك المكثري» (٦٤٤/٣) .

(٣) المصدر نفسه (٦٤٤/٣) .

قوله: (لم يكن له أن يأخذ مال مدبره للغرماء)^(١). وعلى القول الثاني يجوز له ذلك.

قوله: (بيع المدبر بماله)^(١). لأنه صفة من صفاته ، وكذلك يقوم بماله على المذهب لو ترك مدبراً قيمته مائة وبيده مائة وترك سوى ذلك مائة ؛ فعلى المذهب ثلث التركة مائة ، نسبتها من المدبر نصف ، فيعتق نصفه ويبقى ماله بيده مشتركا بينه وبين الورثة بنصفين كمال بين شريكين .

ولنا قول ثانٍ: ينتزع ماله ويباع ويقوم دون ذلك فيعتق كله ويبقى بلا مالٍ .

قوله: (ولا بأس للسيد بمبايعة عبده)^(١). لأنه كأجنبي ، ويضرب بدينه مع الغرماء لأنه لما إذن له في التجارة فقد ايفرد دعتة بماله بصح أن يضرب بدينه مع الغرماء ، وفي المكاتب أخرى لأنه قد أحزر نفسه وماله بالكتابة .

قوله: (ولا يضرب بالكتابة)^(١). لأنها ليت دينا محققاً لأن الغرماء تقول له: إن عجز رجعت رقبته لك .

قوله: (ثم قاتل فقتل)^(٢). لا تسقط الردة حقوق الناس عليه فإذا قتل رجع ماله إلى بيت المال بعد إخراج الديون منه .



(١) التهذيب (٦٤٤/٣) .

(٢) المصدر نفسه (٦٤٥/٣) .

كتاب المأذون له في التجارة

قوله: (تجر فيما شاء)^(١). لأن التجارة تتناول جميع أنواع التصرفات بعوض، وهو قوله: (لأي أنواع التجارات أقعده)^(١).

قوله: (ولزم ذمته ما دأين به الناس)^(١). لأن السيد قد رضي بذلك.

قوله: (وأما أن أقعده لصنعة)^(٢). فهذا لا يجوز له أن يتعدى ذلك فيضمن ما يضمنه أهل تلك الصنعة لا ما عداه.

قوله: (نظراً أو استيلاً جاز)^(٣). لأن ذلك يصلح تجارته إذا سمع منه أن يحبس في البيع (.)^(٤) التقاضي . [١٦٢/ب]

قوله: (كالوكيل)^(٥). أي المفوض.

قوله: (فلا يلزم)^(٥). لأنه بالبيع فرع تصرفه.

قوله: (أن يعتق عن ولده)^(٦). لأن ذلك تبرع ولا يجوز له شيء من التبرعات إلا على وجه النظر.

قوله: (أو غير مأذون)^(٧). هذا أحرى ألا يتصرف.

(١) التهذيب (٥/٤).

(٢) في التهذيب «وأما إن أقعده ذا صنعة» (٥/٤).

(٣) المصدر نفسه (٥/٤).

(٤) موضع خرم يسير جداً.

(٥) التهذيب (٥/٤).

(٦) في التهذيب «أن يعتق عن ولده» (٥/٤).

(٧) المصدر نفسه (٥/٤).



قوله: (إلا أن يفسخه عنه سيده أو السلطان)^(١). هذا يبرئ ذمته كما لو تزوج بغير إذن سيده فسخه السيد^(٢) سقط عنه الصداق ، لكنه فيما بينه وبين الله يجب عليه ذلك .

قوله: (على الطوع من معطيه)^(٣). تحرز من الجناية التي تكون في رقبته .
قوله: (أبيع المأذون أم ولده؟)^(٣). قيل: إنما منع ذلك مخافة أن تكون حاملاً فيكون قد باع ملك سيده ، لأن ولده ملك لسيده .

وهذا التعليل غير صحيح لأنه يلزم عليه أنه إذا وطئ أمته ألا يجوز له بيعها ، وإنما كره ذلك مالكٌ مراعاةً لقول من يرى أنها تكون أم ولد له إذا عتق بهذا الاستيلاد ، فعلى تقدير العتق يكون قد باع أم ولد لحر ، ولا تكون أم ولد إلا باستيلادٍ من الحر .

قوله: (وأما ولده منها فلا يباع في دينه)^(٣). لأنه ملك لسيده لا له .
قوله: (فإنهم يباعون في دينه)^(٤). لأنهم في هذه الصورة ملكه ، لأنه اشتراهم بماله .

قوله: (وللسيد رد ما وهب العبد)^(٢). لأن ذلك كعين ماله لقوة تعلق حقه به ، لأن من ملك أن يملك بمنزلة المالك ، وإن كان للعبد أن يطاء بالملك بلا خلاف ، لكنه وإن كان مأذوناً فلا يجوز له شيءٌ من التبرعات ، والمكاتب وإن أحرز ماله فذلك يؤدي إلى عجزه وإبطال عتقه .

(١) التهذيب (٦/٤) .

(٢) كذا ، ولعل الصواب وفسخه السيد . والله أعلم .

(٣) التهذيب (٦/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٧/٤) .



قوله: (غرم القيمة)^(١). أي يوم الإتلاف لا يوم الهبة إذ ليس متعدياً إلا لو علم أنه عبدٌ فيضمن يوم القبض.

قوله: (إلا أن يكون ذلك من السيد انتزاعاً)^(١). له ثلاثة أحوال:

إن انتزع ذلك للعبد كان للعبد، وإن انتزع لنفسه كان له، وإن سكت فهو للعبد استصحاباً للأصل.

وفائدته أن يعتق العبد أو يموت السيد أو يفلس فيكون للعبد.

قوله: (إلا في المكاتب)^(١). لأنه لا يجوز له انتزاع ماله لأنه قد صار بالكتابة كالأجنبي ولو رضي بذلك فيبني على الخلاف إذا اتفقا على التعجيز هل يجوز أم لا؟

قوله: (في مرضه)^(١). لأنه إنما جوز له الشرع أن ينتزع ماله لنفسه لا لغيره. وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ: أنه يجوز له في مرضه.

قوله: (ومن استتجر عبده)^(١). هذا المال الذي يدفعه له للتجارة بمنزلة القراض أن الربح للعبد، وقد التزم السيد أن تكون الديون فيه وكأنه ملكه للعبد فلذلك لا يضرب السيد به مع الغرماء كما لا يضرب بمال القراض.

قوله: (في ذمة العبد)^(١). لأن السيد سلطهم عليه ورضي بالدين في ذمته ولا يكون في رقبة بخلاف الجناية لأن الرقبة عين ملك السيد بخلاف مال العبد وإن تعلق حق السيد به فهو أيضاً يملك بدليل وطئه بالملك.

قوله: (إلا أن يكون عامله بعد ذلك)^(١). لأنه قد صيرَه كالأجنبي بتعريضه للتجارة، ولأن هذا مال لم يبعه له بخلاف الأول فوجب أن يتبعه به.

(١) التهذيب (٧/٤).

قوله: (بغير محاباة)^(١). لأنه إن حابى سيده كان قد خصّه من بين سائر الغرماء (.) وذلك لا يجوز.

قوله: (كان السيد أحق به)^(١). كالأجنبي لا فرق.

قوله: (مما يعلم أنه توليج)^(٢). أي يتّهم أن يدفع زائداً على حقه فيدخل حقّ الغرماء فيما دفع له.

قوله: (فغرماءه أحقّ به)^(٢). لأن ذلك ماله، وقد رضى السيد بترتب الدين في ذمته فالغرماء أحق به، وقيل: ليس على إطلاقه بل يريد إذا وهب له دين بما يقضي به دينه أي بهذا للشرط فلا يجوز للسيد أن يأخذ منه شيئاً. وأما إن لم يكن [١/١٦٣] كذلك سيد أحق به إن شاء انتزعه لأنه ليس المال الذي وقعت معاملته فيه.

قوله: (سيده أحق بكسبه)^(٢). لأن ذلك عين ماله.

قوله: (وإن خارجه سيده)^(٢). أي أخذ منه خراجاً على أن يعمل لنفسه فلا يكون للغرماء مما يفضل له من عمله شيء لأن عقد المخارجة جائز إن شاء السيد أن يرجع فيه فيأخذ ما فضل له فذلك عين ماله، بخلاف الهبة لأنها لازمة من جهة الواهب.

قوله: (فقبله العبد)^(٢). إن كان عليه ديونٌ فيلزمه القبول وإلا لم يلزمه، ويجوز له أن يهب له بشرط أن لا ينتزع ذلك سيده كالوصية له بذلك.

قوله: (سيده أحق بها)^(٢). كالأجنبي، والدنانير قائمة بيده لم تُفْت كما له

(١) التهذيب (٧/٤).

(٢) المصدر نفسه (٨/٤).



أَخَذُ سِلْعَتِهِ الَّتِي بَاعَهَا مِنْهُ إِذَا وَجَدَهَا بِعَيْنِهَا مِنْ أَجْلِ ثَمَنِهَا ، فَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَى مِنْهُ سِلْعَةً وَدَفَعَ لَهُ الثَّمَنَ قَبْلَ قَبْضِهَا ثُمَّ فَلَسَ ، وَوَجَدَ الثَّمَنَ بِعَيْنِهِ مَنْفَرْدًا أَوْ مَخْلُوطًا مَعَ مِثْلِهِ وَشَهِدَتْ بِذَلِكَ الْبَيِّنَةُ ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَسْلَمَ لَهُ فِي طَعَامٍ إِلَى أَجْلِ ثُمَّ فَلَسَ وَوَجَدَ ثَمَنَهُ فَلَهُ أَخْذُهُ وَإِنْ كَانَ حَسَنَ الدَّنَانِيرِ وَالدِّرَاهِمِ لَا يَتَعَيَّنُ لَوْ اشْتَرَيْتَ سِلْعَةً بِدَنَانِيرٍ مَعِينَةٍ فَاسْتَحَقَّ وَأَرَدْتَ أَنْ تَدْفَعَ لَهُ غَيْرَهَا صَحَّ وَلَمْ يَنْقُصِ الْبَيْعُ بِخِلَافِ مَا يَتَعَيَّنُ .

قوله: (فَصَبَّهُ عَلَى زَيْتٍ لَهُ)^(١) . أَيِ يَأْخُذُ زَيْتَهُ بِالْكَيْلِ ، وَلَا يَفُوتُ بِالخَلْطِ لِأَنَّهُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، وَقَالَ فِيمَا إِذَا وَهَبَ لِابْنِهِ زَيْتًا فَخَلَطَهُ بِزَيْتِهِ أَنْ ذَلِكَ يَمْنَعُ الْإِعْتَصَارَ .

وَالْفَرْقُ ضَعْفُ الْإِعْتَصَارِ وَقَدْ اخْتَلَفَ فِيهِ الْعُلَمَاءُ ، وَقُوَّةُ الرُّجُوعِ هُنَا فَيَسْقُطُ الضَّعِيفُ بِأَدْنَى شَيْءٍ ، وَكَذَلِكَ لَوْ مَرَضَ الْمَوْهُوبُ لَهُ سَقَطَ الْإِعْتَصَارُ لِتَعَلُّقِ حَقُوقِ الْوَرِثَةِ .

قوله: (فَصَبَّهَا فِي كَيْسِهِ)^(١) . أَيِ قَبْلَ أَنْ يَدْفَعَ لَهُ الدِّرَاهِمَ ، وَهَذَا التَّفْرِيقُ قَرِيبٌ ، ثُمَّ إِثْرُ الصَّبِّ فَلَسَ الصَّرَافُ بِأَنَّهُ يَأْخُذُ دَنَانِيرَهُ وَالخَلْطُ لَا يُوَثِّرُ شَيْئًا ، وَهِيَ عَلَى تَعَيُّنِهَا بَاقِيَةٌ كَمَا لَوْ لَمْ يَخْلُطْهَا ، وَيَفْسُدُ الصَّرْفُ لِعَدَمِ التَّنَاجُزِ .

وَقَالَ أَشْهَبُ: إِنَّمَا وَقَعَ الصَّرْفُ عَلَى مَا فِي الذِّمَّةِ وَقَدْ بَطَلَ بِطَرَوِّ الْحَجَرِ وَالِدَنَانِيرِ لَا تَتَعَيَّنُ ، فَيَحَاضُّ بِهَا الْغَرَمَاءُ .

قوله: (وَإِنْ حَجَرَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ)^(١) . أَيِ لَا يَعْتَبَرُ فِي مَنَعِ التَّصَرُّفِ إِلَّا حَجَرُ الْحَاكِمِ .

(١) التهذيب (٩/٤) .

قوله: (لا يلزم السيد عهدة ما يشتري)^(١). أي لا يرجع عليه بثمن ذلك لكونه أقعده للبيع والشراء من الناس.

قوله: (إلا أن يكون قال للناس: بايعوه وأنا ضامن)^(٢). فيتبع السيد بذلك مع العبد.

قوله: (لا أرى للمسلم)^(٣). لئلا يبايع بالرّبا في عين مال السيد، بخلاف تصرف العبد في ماله بما شاء، ثم يجوز إن كاتبه السيد به لأن ذلك مال العبد.

قوله: (لا يجوز لأحد الشريكين)^(٣). لأن ذلك يعيب العبد بترتب الدين في ذمته، وكذلك أخذه حظه من ماله ينقص ثمن العبد فلم يجر إلا بإذن صاحبه.

قوله: (فالقول قول العبد)^(٣). لأن السيد هنا يتهم أن يأخذ حقوق الغرماء.

قوله: (فالسيد مصدق)^(٣). لأن يد عبده كيده، فهو في حوزة فalcول قوله وعلى الأجنبي البيّنة، ولا يلتفت إلى قول العبد.

قوله: (ولا أن يؤاجر عبده)^(٤). يعني أن العبد المحجور عليه قد يكون له مالٌ وعبيدٌ وإن لم يجر تصرفه في ذلك.

قوله: (فلسيدّه أن يحجر عليه)^(٤). لكن يكون ماله للغرماء ويصلح إقراره بدينٍ عليه ما لم يحجر عليه الحاكم.



(١) في التهذيب «ولا تلزم السيد عهدة فيما يشتري المأذون» (٩/٤).

(٢) المصدر نفسه (٩/٤).

(٣) المصدر نفسه (١٠/٤).

(٤) المصدر نفسه (١١/٤).

كتاب الحمالة

.....

الأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] ، وشرع مَنْ قَبْلَنَا شرع لنا بلا خلاف إذا لم ينسخ . وقال النبي ﷺ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»^(١) أي يؤوَلُ أمره إلى الغرم .

وهي على أربعة أضرب: بالمال ، وبالوجه ، وبالطلب ، [١٦٣/ب] ومبهمَةٌ:

فالتى بالوجه المذهبُ أنها تؤوَل إلى المال إذا عجز عن إحضاره ، ولَنَا قَوْلُ ثَانٍ كَالشَّافِعِيَّةِ: أنها لا تؤوَل إلى المال بل هي كالتى بالطلب .

وما بالطلب فهي أن يقول على طلبه فلا يلزمه إلا ذلك ، كما لو شرط في التى بالوجه ألا يلزمه مَالٌ ، وهذه تصح في الحدود وغيرها .

والمبهمَة أن يفترقا على الإبهام ، وذلك أن يقول أنا ضامن له ولا يبيّن شيئاً ثم يختلفان ، وفيها قولان: أنها في المال لأنها الغالبة في الباب والمقصودة من الوجه ، وقيل بالوجه فقط لأنه الأقل المتحقق ، والأصل براءة الذمة .

أما إذا قال بعد الإبهام: أردت بالوجه فقط ، فليست مبهمَة .

ولابد في الحمالة من شغل ذمتين ، وفي الحوالة تفريغ ذمة وشغل ذمة ، والمذهب أن الضمان كالرهن ، والاتفاق على أنه لا يباع الرهن حتى يعجز الرهن عن الأداء ، فكذلك في المذهب لا يؤخذ الضامن إلا عند تعذر المضمون .

ولَنَا قَوْلُ ثَانٍ: أن له أخذهما ، وله الخيار بخلاف الرهن .

(١) أخرجه أحمد في مسند الأنصار ، حديث أبي أمامة الباهلي ، ٢٢٢٩٥ .



قوله: (أو هو لك عندي)^(١). مُبْهَمٌ يَحْتَمِلُ أَنْ يَرِيدَ مَا عَلَيْهِ أَوْ طَلِبَهُ ، وكذلك
قوله: (إلي)^(١) ، أَيِ جِئْتُ إِلَيَّ مَتَى طَلَبْتَهُ .

قوله: (أو بعينه)^(١) . أَيِ بَذَاتِهِ .

قوله: (وإلا غرم)^(١) . هَذَا الْمَذْهَبُ فِي الْوَجْهِ مَا لَمْ يَشْتَرِطْ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ
مِنَ الْمَالِ شَيْءٌ .

قوله: (مكانه)^(٢) . أَيِ لَا يَتَلَوَّمُ عَلَيْهِ شَيْئًا .

قوله: (لا يلزمه شيء)^(٢) . أَيِ فِي الْوَجْهِ إِلَّا أَنْ يَفْرِطَ فِي إِطْلَاقِهِ .

قوله: (رجع الحميل)^(٢) . لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ بِمَوْتِهِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ .

قوله: (ومضى الحكم)^(٢) . هَذَا الْمَذْهَبُ أَنَّهُ إِذَا حُكِمَ عَلَى الْحَمِيلِ بِالْغَرَمِ
وَلَمْ يَنْفِذْ الْحُكْمَ حَتَّى حَضَرَ الْمَضْمُونُ فَإِنَّ الْحُكْمَ يَنْفِذُ ، وَلَنَّا قَوْلُ ثَانٍ: أَنَّهُ لَا يَنْفِذُ
وَيَبْرَأُ الْحَمِيلُ كَمَا لَوْ حَضَرَ الْمَضْمُونُ قَبْلَ الْحُكْمِ .

قوله: (تقدر على أخذه من السجن)^(٣) . أَيِ لَا أَنْ يَأْتِيَ بِهِ لَهُ .

قوله: (بعد تمام ما يسجن فيه)^(٤) . أَيِ لَغَيْرِ هَذَا الطَّالِبِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَحْبَسَ
فِي الْحَقِّينَ مَعًا .

قوله: (ولم يكن في بلده ، فيبرأ)^(٤) . هَذَا إِنْ كَانَ لَهُ شُهُودٌ هُنَاكَ بِحَقِّهِ وَإِلَّا

(١) التهذيب (١٣/٤) .

(٢) المصدر نفسه (١٤/٤) .

(٣) فِي التَّهْذِيبِ «يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ فِي السِّجْنِ» (١٥/٤) .

(٤) المصدر نفسه (١٥/٤) .

فلا يبرأ إلا إذا أحضره لهُ بموضع يمكنه فيه انتصافه منه .

قوله: (لم يبرأ بذلك الحميل)^(١) . لأنه قد التزم أن يكون هو الذي يدفعه إليه مباشرة أو بواسطة .

قوله: (فإن لم أوفيك به في غدٍ فأنا ضامنٌ)^(١) . أي لم آتكَ به غدا ضمنت ما ثبت لك عليه فما لم يثبت الحق فلا يلزمه شيء .

قوله: (فهذه مخاطرة)^(١) . أي لا يلزمه بذلك الحق لأنه علق قوله بالذي يدعيه قبلي علي ، على أن يؤخره اليوم ولم يؤخره الطالب إلا لالتزامه الحق ، والتأخير معروفٌ كالسلف فلا يقرن به نفعٌ لمن فعله ، فكل واحد منهما طلب غبن صاحبه فلم يتعد بذلك إقراراً .

قوله: (فله أن يرجع عليه)^(١) . لأنه قام عنه بواجب ، والأصل ألا هبةً وهذا قريب من الحوالة ، وكأنَّ ربَّ الدين أحاله على ذمة الغريم فلم يبرأ الفرع إلا بالدفع فإذا قال الدافع: ما دفعتُ إلا لأرجع ، فالقول قوله لأن ذلك هو الأصل .

قوله: (تكفل عن صبي بحق)^(٢) . أي مما يجب على وليه يفعله من مال الصبي كنفقة أو جنيته فله أن يرجع به في مال الصبي لأنه قام عنه بواجب لا في ذمته إذ لا ذمة له .

قوله: (من متاع كسره)^(٢) . المذهب أن جناية الصبي مطلقاً في ماله ، ولنا قولٌ ثانٍ في غير المميز كالبيهمة فجنيته جبار ، ولا خلاف في المميز أن ذلك في ماله .

قوله: (ادعى أنها القرض)^(٢) . معنى المسألة أن يكون المضمون قد أيسر

(١) التهذيب (١٥/٤) .

(٢) المصدر نفسه (١٦/٤) .

بعد عسر ويكون ربّ الدين يهرب منه لصعوبة التقاضي منه ، وإلا فلو كان الغريم مُعسراً لكان لرب الدين الأخذ من الضامن ، ولم تكن فائدة لقول الضامن: إنها القرض .

قوله: (قضي بنصفها عن القرض)^(١). هذا [١/١٦٤] أيضا على أنه حين القضاء كان المضمون معسرا ، لأنه يكون دفعه عن القرض واجبا وعن المضمون واجبا فتستوي الدعوتان فيرجع إلى القسمة .

أما لو كان المضمون موسرا كان دفعه عنه تبرّعا لا يجب على المذهب ، والأصل عدم التبرع فترجح أنها على القرض .

قوله: (القول قول المقتضي)^(١). لأنه لما لم يشهد عليه حين دفع له بتفصيل ذلك فقد إئتمنه فالقول قوله .

قوله: (إلا ما عجز عنه الغريم)^(١). هذا المذهب ، وَوَجْهُهُ أن الحميل توثقه بالحق كالرهن فلا يرجع عليه إلا عند تعذر أخذه من الغريم .

وَوَجْهُ الثَّانِي الفرق بأن الرهن لم يتعين الاستيفاء منه ، بخلاف ذمة الحميل هي متعيّنة بالشغل ، ومعنى الكفالة على الأول أنه وهب للغريم الحق أن أعسر .

قوله: (يخاف الطالب لو قام عليه المحاضرة)^(٢). لأنه إن طلبه هذا تيقظ سائر الغرماء لطلبه وأفلس ، لأن الديون قد استغرقت ماله فإذا خاف هذا فله الأخذ من الحميل ، وكذلك إن كان الغريم مُلدا صعب الاقتضاء ، وإن لم يكن عليه ديون فله الأخذ من الحميل وإلى هذا أشار بقوله: ولمثل هذا أخذ .

(١) التهذيب (١٦/٤) .

(٢) في التهذيب «يخاف الطالب إن أقام عليه المحاضرة» (١٧/٤) .



قوله: (وإذا مات الكفيل قبل الأجل)^(١). لما كانت ذمته مشغولة بالحق كالغريم حل الدين بموته فوجب أن يخرج من تركته، والمذهب أخذ الطالب إياه فإذا كان عند الأجل رجع ورثة الكفيل به على الغريم، وقيل: بل يؤخذ من تركته الكفيل ويوقف توثقه إلى الأجل، فإن كان الغريم موسرا رجع ذلك إلى ورثة الكفيل، وإلا أخذه الطالب واتبع ورثته الكفيل الغريم.

وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي تَوْقِيفِ الْحَقِّ إِذْ قَدْ يَتَلَفُ فَيُؤَدِّي إِلَى الضَّرَرِ بِالطَّرَفَيْنِ لِأَنَّهُ لَا يَبْرَأُ الْغَرِيمَ وَلَا الْكَفِيلَ، وَهَذَا عِلَّةٌ تَعْجِيلُ دَيْنِ الْمَيِّتِ وَلَمْ يَوْقِفْ إِلَى الْأَجْلِ.

قوله: (وله محاصة غرمائه أيضا)^(١). أي للطالب أن يحاص غرماء الكفيل إن كان له غرماء، ثم ما ينوبه في المحاصة هل يأخذه أو يوقف؟ قولان.

قوله: (لم يتبع الكفيل حتى يحلّ الأجل)^(١). لأنه إنما دخل على ذلك.

قوله: (والطالب وارثه، برئ الحميل)^(٢). لأنه قد حلّ الدين بموت الغريم وهو مليء فلا حاجة إلى الأخذ من الحميل، ولأنه لا فائدة أن يأخذ من الحميل هنا شيئا إذ لو قدر ذلك لأدّى إلى الدور بأن يرجع الحميل بما غرم له على التركة وهي في يد الطالب فيأخذ منه ما أعطاه وصار يقاصه فكأن الطالب يقاصه ممّا ضمن له بما يرجع عليه في التركة لو قبضه منه، بخلاف إذا مات الغريم معدا فيأخذ الكفيل بذلك لأنه لا يرجع عليه بشيء فلا دَوْرَ.

قوله: (وأما في الحوالة فذلك على المحال عليه)^(٢). لأن الحوالة تحويل الحق من ذمة إلى ذمة فهي براءة إحدى الذمتين، والكفالة شغل ذمة أخرى

(١) التهذيب (١٧/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٨/٤).

بالحق ، فقد صار الدين على المحال عليه أصلاً يؤخذ به على كل حال .

قوله: (بكتاب واحد)^(١) . أي مشتركا بينهما فينبغي أن يشتركا في قبضه ولا يستبد أحدهما دون الآخر يبنى ولو كان في كتابين لكان ذلك قسمة بينهما فيه .

قوله: (وكذلك قال ملك)^(١) . احتج بهذه على الأولى لأنها مثلها .

قوله: (إلا أن يكون المقتضي أعذر)^(١) . أي فيكون ذلك بمنزلة القسمة في الحق وتميز ما لأحدهما عن الثاني ، وكذلك إن أشهد على ذلك ، أي إن لم يكن في البلد سلطان .

قوله: (فقضى للحاضر بأخذ حقه)^(١) . أي فهذا حكم منه بالقسمة ، وحكم الحاكم لا ينقض .

قوله: (قصي له الإمام بما ينوبه)^(٢) . وهل يوقف للغائب نصيبه أم لا ؟ قولان بناء على: هل يجوز [١٦٤/ب] للمديان إذا كانت ديونه أكثر من ماله أن يقضي بعض ديونه قبل الحجر أو لا لأن الحاكم نائبه ؟ فإن قيل إن هذا كالتفليس وقفه له لأنه في حكم المحجور عليه ، وإن قيل ليس كالمفلس لأنه لم يحجر [عليه] بعد بقي في يده نصيب الغائب .

قوله: (فإن جهل)^(٢) . لأنه تبين غلطه في الحكم ، وقول الغير مبني على أنه كالمحجور عليه فيرجع الغائب على الحاضر ، وإن حكم له بقدر حقه إذ لم يوقف حق الغائب ، وكما يرجع القادم على أرباب الديون في التفليس فيما اقتسموا وتبطل القسمة .

(١) التهذيب (٤/١٨) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٩) .



قوله: (كان هذا الكفيل ضامن له)^(١). يجوز عندنا ضمان المجهول خلافاً للشافعي وهو كهفته إياه ذلك مع غيره أو هبة الانتفاع بذلك المال إلى أن يأخذه منه، وهبة المجهول تجوز عندنا، وقد اتفقنا على صحة ضمان الدرك في البيع وهو مجهول، ولا يدري هل يكون أو لا.

قوله: (وكل من تبرع بكفالة لزمته)^(٢). أي بإذن أو بغير إذنه، خلافاً للشافعي فيشترط في اللزوم إذن المضمون عنه ليصح الرجوع عليه، وإن كانت بغير إذنه كان تبرعاً فله الرجوع، كالهبة يجوز له الرجوع فيها والمواعيد عندهم كلها لا يلزم الوفاء بها.

قوله: (ثم ثبت الحق بعد موته)^(٣). أي صح أنه ثبت قبل الكفالة وإلا لو ثبت بعدها لم تصادف الكفالة محلاً فلا تلزم.

قوله: (ولزمه ذلك أن حلف الطالب)^(٣). لأنه علقه على ذلك الشرط ثم إذا غرم عنه فأنكر المضمون الحق فهل يحلف أو لا؟

فقل: كيف يحلف ودعوى الضامن بوجه الحق غير جازمة، واليمين إنما تجب بالدعوى الجازمة؟ وأيضا إن نكل المضمون كيف يغرم وحكم الغرم عن النكول أن يكون بعد ردّ اليمين على الطالب؟ ولا يمكن هنا ردها على الضامن لأنه لا تحقق وجوب الحق على المضمون، وإذا لم تردّ فكيف يغرم قبل ترتب ما رتب الشرع في ذلك ويمين الطالب أولا لم يكره بعد نكول المطلوب؟

فالجواب أنه يحلف ويغرم إن نكل للضرورة كما تقدّم في الصبي إذا شهد

(١) كذا، والصواب ما في التهذيب «ضامنا له» (١٩/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٩/٤).

(٣) المصدر نفسه (٢٠/٤).

له شاهدٌ بحق فإنه لا يحلف معه ، ولكن تردّ اليمين على المطلوب ، وإن كان ذلك قبل النكول المعتبر للضرورة ثم إذا بلغ الصَّبِيَّ حلف واستحق .

قوله : (أو غائبان)^(١) . خلافا للشافعي .

قوله : (بايع فلاناً)^(١) . هذا على ثلاثة أصول مختلف فيها :

ضمان المجهول : والشافعي يخالف فيه .

و ضمان ما لم يجبْ بعْدُ : وهو بخلاف فيه ، ولا فرق بينه وبين ما وجب عندنا في معنى التوثقة .

والحكم بالعرف : وهو لا يقول بالعرف في أكثر المواطن . وقد أجمعنا فيما إذا باع بدراهم مطلقة أنه يحكم في نوعها بالغالب في البلد .

قوله : (إنما يلزمه من ذلك ما كان يشبه)^(١) . لو كان بياعا فادّعى أنه باع منه فرسا أو داراً فلا يلزم الضمان بذلك ، لأنه إنما يقضي العرف بما بيع منه من حرفته ، وإنما لزمه ذلك لأنه أدخل المكفول له في غرم .

قوله : (فذلك له)^(١) . لأنه بعْدُ لم يشرع في المعاملة ولا يثبت له قبله شيء بخلاف قوله : احلف وأنا ضامنٌ لأن الحق هنا قد ثبت قبل الضمان فصادف محلا فلم يصحّ الرجوع .

قوله : (فللكفيل اتباع الغريم بالجميع)^(٢) . لأنه ضمن عنه النصف وهو غريمٌ غريمه في النصف الآخر .

قوله : (لا كغريم حضر مع كفيل)^(٢) . لأنه أدّى عنه ما ضمن عنه بالكفالة ،

(١) التهذيب (٢٠/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٢١/٤) .



ولم يضمن أحدهما للثاني ما على الغريم .

قوله: (لم يكن للطالب على من لقي من الحملاء إلا ثلث الحق)^(١) . لأن كل واحد منهم إنما ضمن له ثلث الحق عن الغريم .

قوله: (إذ لا يتبع الكفيل في حضور المكفول به وملائه)^(١) . [١/١٦٥] هذا على المذهب .

قوله: (أيكم شئت أخذت بحظي)^(٢) . صار كل واحد فيها ضامن^(٣) عن الغريم لكل الحق فمن أدّى منهم لم يرجع على سائر الحملاء بشيء لأنه لم يتحمل عنهم شيئاً .

والعمل في مسألة الكفلاء الستة: أن ربّ الدين إذا لقي الأول أخذه بجميع الدين وانفصل عنهم ، ثم إذا لقي الأول الثاني أخذه بنصف الدين ، فإذا لقي الأول الثالث قال له: غرمت عن أربعة أنت أحدهم ما تبين فعليك منها بالأصالة خمسون وتبقى لي مائة وخمسون غرمتها بالكفالة فعليك نصفها فيبقى للأول على سائرهم خمسة وسبعون .

وإذا لقي الثاني الثالث أخذ منه أيضاً خمسين بالأصالة وقال له: غرمت بالكفالة مائة وخمسين ، فيقول له الثالث: وأنا غرمت بالكفالة خمسة وسبعين فقد ساويتك فيها ويبقى لك مما غرمت بالكفالة خمسة وسبعون يدفع له نصفها ويبقى للثاني على سائرهم مائة واثنى عشر ونصف ، ويبقى الثالث على من بقي منهم مثلها . فقد عزم كل واحد من هؤلاء الثلاثة عن نفسه مائة ، ومجموع ما بقي لهم

(١) التهذيب (٢١/٤) .

(٢) في التهذيب «أخذت بحقي» (٢١/٤) .

(٣) كذا في المتن ، ولعل الصواب: ضامناً .

ثلاث مائة .

فإذا لقي الأولُ الرَّابِعَ أخذ منه الخمسين التي غرم عنه بالأصالة وتبقى له خمسةٌ وعشرون غرمها بالكفالة ، فيأخذ منه نصفها فيبقى للأول على من بقي اثنا عشر ونصفٌ ، فإذا لقي الثاني الرابع أخذ منه خمسين بالأصالة لأنه أيضاً أدى مائتين عن أربعة هذا الرابع أحدهم وغرم بالكفالة اثنين وستين ونصف ، يقول له الرابع : وأنا قد غرمت بالكفالة اثني عشر ونصف ساويتك بمثلها ، فبقي للثاني مما غرم بالكفالة خمسون يدفع له الرابع نصفها ، فإذا لقيه الثالث طالبه بنصف ما غرم بالكفالة فقط ، وذلك مائة واثنا عشر ونصف لأنه لم يغرم عنه بالأصالة هنا شيئاً ، فيقول له الرابع : قد غرمت أنا بالكفالة أيضاً سبعة وثلاثين ونصفاً بمثلها ، يبقى لك خمسةٌ وسبعون فيدفعُ له نصفها بجميع ما غرم الرَّابِع مائة عن نفسه بالأصالة ، وبالحمالة خمسة وسبعون جميع ما بقيَ لهم مائتان .

فإذا لقوا الخامس أخذه كل واحد بنصف ما بقي له وذلك النصف مائة ، وهذا الخامس كالسادس لم يؤدَّ عن أحدٍ شيئاً بالكفالة فلا يحاسبُهُم بشيءٍ ، فإذا لقوا السَّادس أخذه كل واحد منهم بما بقي له وذلك مائة .

وأحسن من هذا العمل : أنه إذا لقي الأول الثاني قال له : لو لقينا الطالبُ معاً أخذ كلَّ واحد منا بنصف حقّه ، وقد غرمتُ عنك ثلاث مائةٍ ، فيأخذها منه ويستويان ، ثم إذا لقي كل واحد منهما الثالث قال له : لو لقينا الطالب ثلاثة أخذ كلَّ واحد بثلث الحق ، وكان يجب عليك مائتان ، وقد غرمت عنك أنا وصاحبي مائتين فادفع لي مائة ولصاحبي إذا لقيته مائة ، [فيستوون]^(١) في الغرم .

فإذا لقي كلَّ واحد من هؤلاء الثلاثة الرابعُ قال له : لو لقينا الطالبُ أربعة

(١) في المتن « فيستون » ، والصواب ما أثبتته .

رجب على كل واحد مائة وخمسون، وقد غرمت أنا وصاحبي عنك مائة وخمسون، فادفع لكل واحد منا خمسين، [ويستوون]^(١)، ثم إذا لقي كل واحد من هؤلاء الأربعة الخامس قال له: لو كنا خمسة وجب على كل واحد مائة وعشرون وقد دفعناها عنك في أربعة فادفع لكل واحد منا ثلاثين [ويستوون]^(٢)، ثم إذا لقوا السادس أخذ كل واحد منهم عشرين [واستو]^(٣).

قوله: (على أن كل واحد منهم حميل بجميع المال)^(٤). أي بما تصح الحمالة به لأن ما عليه لا يكون حميلاً به.

قوله: (على أن كل واحد [١٦٥/ب] منهم حميل عن واحد بجميع المال)^(٥). أي ذلك الواحد حميل عنه بجميع المال فهذا بمنزلة قوله: على أن كل اثنين حميلان بجميع المال.

قوله: (ومن أخذ من غريمه كفيلاً بعد كفيل)^(٦). معناه أنه عمر [بإحدى]^(٧) ثلاث ذمم: ذمة الغريم، وذمة الكفيلين.

قوله: (فله فيعدم الغريم)^(٨). أي لا يوجد الكفيل إلا إذا تعذر الغريم هذا المذهب ويأخذ من شاء منهما بجميع الحق لأن كل واحد كفيل لجميعه.

(١) في المتن كسابقتهما، وصوبناها.

(٢) صوبناها كالسابقتين.

(٣) كذا في المتن، ولعل المراد: «واستووا».

(٤) التهذيب (٢٢/٤).

(٥) يريد قوله «أو قال: على أن كل واحد منهم حميل عن واحد أو اثنين أو ثلاثة منهم أو أكثر أو عن جميعهم، إلا أنه قال: بجميع المال» التهذيب (٢٢/٤).

(٦) المصدر نفسه (٢٥/٤).

(٧) ما بين المعقوفين لحقه خرم، ولعل الصواب ما أثبتته.

(٨) التهذيب (٢٥/٤).

قوله: (بخلاف كفيّلين في صفقة)^(١). لا يتحمّل أحدهما عن الآخر إنما له أخذ كلّ واحدٍ بنصف الحقّ، ولو تحمل أحدهما عن الثاني أخذه بجميع الحقّ.

قوله: (ومن أخذ من الكفيل كفيلاً)^(١). فيكون الأول غريماً محضاً بالأصالة، والثالث كفيلاً محضاً، والثاني غريماً كفيلاً لأنه غريمُ الكفيلِ الثاني فلا يأخذ من الكفيل الأول إلا إذا تعذر الغريم الأصيل، ولا يأخذ من الثالث إلا إذا وجب الأخذ من الثاني ويعسر.

قوله: (بنفس رجل)^(١). أي بوجهه.

قوله: (برئ هو والباقيان)^(١). لأنه أحضره عن نفسه وعن صاحبيه لأنه حمل عنهما.

قوله: (برئ هو وحده)^(١). لأنها لما أحضره عن نفسه فقط، فلو أطلقه الطالب طلبه من الكفيل الثاني.

قوله: (بعد حلول الحق)^(٢). إن كان الغريم مُعْسِراً فبيّن، وإن لم يكن معسراً فمعناه أنه أخذه على تقدير إعسار الغريم، وكذلك يجوز أن يؤخذ الكفيل قبل حلول الحق كما يؤخذ الغريم بدين مؤجل إلى أجلٍ آخر.

قوله: (إلا أن يحلف)^(٣). هذه يمين تهمة.

قوله: (لأنه لو وضع الحَمَالَة)^(٣). أي إذا جاز له أن يضع الحَمَالَة عنه بالجملة ويرجع إلى طلب الغريم بالحق فأحرى أن يؤخّره بالطلب بالحَمَالَة إلى وقت آخر ويبقى على طلب الغريم من حين الحلول.

(١) التهذيب (٢٥/٤).

(٢) في التهذيب «بعد محلّ الحق» (٢٦/٤).

(٣) المصدر نفسه (٢٦/٤).



قوله: (فإن نكل)^(١). لم يقل تردّ اليمن لأنها تهمة فلا تردّ إذ لا يحلف إلا على التحقيق.

قوله: (كان تأخيراً للكفيل)^(١). لأنه لا يأخذ الكفيل إلا إذا وجب الأخذ من الغريم.

قوله: (لزمته الحمالة)^(١). لأن السكوت بعد العلم، رضا من الساكت.

قوله: (حلف الطالب ما أخره ليرئ الحميل)^(١). لأن تأخيره محتمل لذلك.

قوله: (تأخيراً بيناً)^(١). أي زماناً طويلاً لأن ذلك بقضي بالرضا بذمة الغريم وترك الحمالة هذا إذا كان الغريم موثقاً، أما إن كان معسراً فلا يدلّ، بل فعل مع الكفيل بتأخيره خيراً.

قوله: (وهي دونها)^(٢). أي وزئهما واحداً، ولكن ذهب الدمشقية دون الهاشمية في الجودة.

اعترض على تجويز هذه المسألة لأن فيها أن الكفيل دفع أدون ليأخذ أعلى، وقد قال فيما إذا كان له عليه حنطة محمولة فدفع له الكفيل محمولة دونها قال: لا يجوز.

ووجه المذهب أنه في الأولى لم يدخل على أن يدفع له الغريم الجيدة بالشرط بل للغريم أن يدفع للكفيل مثل ما دفع للطالب أو مثل ما عليه للطالب فزال المحذور، وأما المسألة الثانية فإنما امتنعت لأنه لما دفع للطالب أدون في التي على الغريم فقد باع منه الطعام غير يد بيد فلم يجز.

(١) التهذيب (٤/ ٢٥ - ٢٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/ ٢٧).



وأما إذا اشترى الكفيل من الطالب ما على الغريم بعرضٍ أو طعامٍ ففي جواز ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يجوز لأنه لا يدري ما يرجعُ له ، هل قيمة ما دفع أو الذي كان للطالب على الغريم .

والثاني: يجوز لأن الغالب أبدأً في مثل هذا أنه إنما يدفع له الغريم الأقل من قيمة ما دفع أو مما كان عليه ، وذلك معلوم .

والثالث التفصيل بين ذوات الأمثال والقيَم ، ذكره في السّلم ، فإن دفع من ذوات القيم صحّ ، لأن قيمته معلومة ، وإن كان من ذوات الأمثال لم يجز ، لأن المماثلة [١/١٦٦] تختلف .

قوله: (لم يَجْزُ)^(١) . لأنه باع له الطالبُ الذهب التي له على الغريم بالورق ، وذلك صرفٌ غير يد بيد فيبطل ويرجع الكفيل على الطالب بما دفع إليه ويبقى ما كان على ما كان ، وقد أجاز بعدُ هذه المسألة .

ووجه ذلك أنه قد تقدم على القول الثاني أن الكفيل ينزل منزلة الغريم من يوم الضمان فصَحَّ له أخذه بالحق مع يُسرِ الغريم ، وإذا تنزّل منزلته فكما أنه لو دفع له الغريم دراهم صحّ لأنه صرفٌ ما فيه الذّمة فكذلك الكفيل .

وبُني على ذلك فرعٌ وهو: لو كان له على الغريم دين من سلعة باعها منه فهل يجوز أن يشتريها الكفيل من الطالب بأقل من ثمنها؟ قولان:

فإن قلنا إنه يتنزّل منزلة الغريم وهو لا يجوز أن يفعل ذلك مع الغريم لأنه يلغي السلعة ويكون قد دفع له قليلاً سلفاً في كثير إلى أجلٍ فلا يجوز ، وإن قلنا

(١) يريد قوله: «ولو دفع ذهباً عن ورق لم يجز» التهذيب (٤/ ٢٧) .

أنه أجنبي جاز ولم يُتَّهم كما يجوز بيعه ذلك من غيره هو للأجنبي بما شاء إذ لا يتَّهم.

قوله: (وهو بخلاف المأمور يدفع خلاف ما أمر به)^(١). لا خلاف في جواز هذا سواء كان ذلك للأمر على المأمور، أو لم يكن له عليه إلا أنه أسلفه إياه ليرجع به عليه، وإذا الخلاف فيما يرجع المأمور به على الأمر فقل بما دفع لئلا يربح في السلف، وقيل: بما أمر، وقيل: بالأقل، وكذلك الخلاف في الكفيل على القول بالجواز.

قوله: (وأخذ الكفيل منه)^(١). أي من الغريم سلعة أي اشتراها منه بالألف المكفول بها على أن يدفع الثمن عنه للطالب، ثم إن الطالب أخذ الألف من الغريم فسقطت الكفالة وبقي البيع الأول صحيحاً بين الغريم والكفيل، فيرجع عليه الغريم بثمن السلعة وهو ألف درهم.

قوله: (فأبرأته من خمسين)^(١). أي من حمالة الخمسين فدفعت لك الخمسين وبقيت الخمسون الأخرى على الغريم بلا حميل ولا تدفع على الغريم إلا بما أدى لك.

قوله: (يأخذ أحدهما من الآخر مائة على أن يدفع الألف عنه وعن نفسه)^(١). أي تحمل عنه يحمله بأربع مائة وصار هو كفيلاً بتسع مائة.

قوله: (فإن حل الأجل والطالب حاضر يقبض مكانه، جاز)^(١). لأنه إن لم يحل أو كان الطالب غائباً فقد انتفع بتلك المائة في مقابلة ضمانه إياه في الأربع مائة فهو ضامن بجعل، فلم يجز، ويكون أيضاً دافع المائة قد أسلفها له ليسقط عنه الضمان فإذا لم ينتفع قابض المائة بها فلم تكن سلفاً له.

(١) التهذيب (٢٧/٤).



قوله: (على أمر جائز)^(١). أي بحلول الحق وحضور ربّه.

قوله: (ثم صالح الطالب على خمسين)^(١). أي وأسقط عنه سائر الألف فقد دفع له عن نفسه خمسة وعشرين وعن صاحبه مثلها فيردّ لصاحبه خمسة وسبعين.

قوله: (لم يكن للذي أدّى أربع مائة أن يرجع على صاحبه بشيء)^(١). لأنه قد تحمّل عنه تحمله بأربع مائة.

قوله: (ومن تكفّل لرجل بما أدركه من درك)^(١). معناه أنه لما انعقد البيع وثم أخذ المشتري من البائع كفيلاً بأنه إن استحققت السلعة منه غرم له الثمن.

قوله: (ولو شرط خلاص السلعة لم يجز)^(٢). أي قال الكفيل له: إن استحققت السلعة فعلي أن أشتريها لك وأخلصها من المستحق فهذا امتنع لأنّ الكفالة إنما تكون بما في الذمة، وقد يتعذر عليه تخليصها بأن يمتنع المستحق من بيعها، ومن تكفل بما لا يقدر عليه ولا يجوز به التكفل لم يصحّ.

ووجه قول الغير أنه لا يجوز ابتداء فإن وقع خارج العقد صحّ، لأنه أدخله في غرم بكفالاته، فإن استحققت ولم يقدر على [١٦٦/ب] تخليصها لزمه الأقل من قيمتها، وكأنّه أتلّف عليه السلعة أو الثمن لأنه الذي خرج عن يده بالكفالة.

قوله: (إلا أن يكون الغريم مليئاً حاضراً)^(٢). لأن الكفيل إنما يؤخذ عند تعذر الغرماء.

قوله: (ولو شرط المبتاع على البائع)^(٢). هذا في نفس العقد، وقد قابل

(١) التهذيب (٢٨/٤).

(٢) المصدر نفسه (٢٩/٤).



الضمانَ جزءٌ من الثمن فَفَسَدَ العقدُ لِمَا قارنه مِنَ الفسادِ .

قوله: (وشرط خلاصه)^(١) . أي إن أبى ربُّه البيعَ .

قوله: (ولولا أن الناس كتبوا ذلك في وثائق الأشرية)^(١) . يعني قولهم على أن البائع يخلط السلعة أن استحققت من المشتري ، وإنما يقولون ذلك على حمنة التوثق لا على الشرط ، وإن وقع العقد على اشتراط ذلك كان منقوضاً .

قوله: (لميجز أن يأخذ به كفيلاً)^(١) . صورة ذلك أن يشتري منه شيئاً غائباً على الصفة أو حاضراً ويحسبه في الثمن إلى أن يقبضه فيطلب منه حميلاً إلى أن يقبضها منه ، فإن تلفت أو استحققت فعلى الكفيل مثلها فهذا لا يجوز ، لأن ذلك معين فلا يضمن إلا ما في الذمة وذلك غررٌ لأنه لا يدري ما ابتاع هل هذا أو مثله .

قوله: (كما لا يجوز للبائع ضمان مثله)^(١) . أي وكذلك لا يجوز أن يضمن ذلك البائع فيقول على مثله إن تلف أو استحق لأنه غررٌ أيضاً ، ومعينٌ فلا يضمن .

قوله: (ولا تجوز الكفالة بكتابة المكاتب)^(١) . لأن ذلك يؤدي إلى أكل المال بالباطل في بعض الصور ؛ وذلك إذا تحمل عنه بغير النجم الأخير فقد يؤدي عنه نجماً أو نجمتين ثم يعجز المكاتب ويعسر الحميل فيرجع المكاتب عبداً ويخسر الحميل ما أدى عنه ، لأنه لا يرجع بذلك على العبد ولا على سيِّده ، ويجوز ذلك في النجم الأخير لأنه يعتق بعضه فيتبعه الحميل ، وإذا اجتمع المكاتبون في كتابة واحدة وأدى بعضهم عن بعض ثم عجزوا فلا يتبع أحدهم الآخر ، لأن أخذ السيد منهم ماله بخلاف الكفيل الأجنبي .

قوله: (جازت الكفالة)^(١) . لأن العتق قد وقع فيتبعه الكفيل بذلك .

(١) التهذيب (٢٩/٤) .

قوله: (ومن له دين على رجل)^(١). اعلم أن حق الأجل في القرض للمقترض، سواء كان عينا أو عرضا، فإذا عجله قبل أجله جبر المقرض على قبضه، لأنه لو كان الحق في ذلك للمقرض كان سلفاً جرّ نفعاً، وإنما تخلص النفع في باب القرض للمقترض لأنه معروف، وأما في الدين فإن كان عينا فالحق في الأجل للغريم فقط، فإن عجله جبر ربّ المال على قبضه، وإن كان عرضا فالحق لهما، فإن عجله لم يجبر ربه على قبضه لأنّ له حقا في تأخيرهِ وبقائه في ذمة الغريم إلى أجله، لأنه مما تطلب به الأسواق بخلاف العين، فعلى هذا لو أراد الغريم في العرض أن يدفع حميلا أو رهنا لربه على أن يفرد أجله لم يجز، لأن فيه حطّ عني الضمان وأزيدك إذ الرهن والحميل زيادة توثقة، وقد لزمه بالشرط بسبب الحميل والرهن أن يقبضه منه، ولولا ذلك كان مخيرا. فقوله: «أو إلى دونه»^(١) محمول على العين لا على العرض.

قوله: (لأنه ملك قبض دينه)^(١). هذا إذا كان الغريم مليئاً وحلّ الدين فيصير تمكينه من قبضه كأنه قبضه واستأنف دينا آخر بحميل، وابتداء السلف بحميل أو رهن جائز.

وأما إذا كان معسرا فهو كما إذا أخذ منه حميلا أو رهنا قبل الأجل ليؤخره به إلى أبعد من أجله، وهذا لا يجوز لأنه سلف من ربّ المال جرّ نفعاً، لأن من أخر ما يجب له قبضه فهو سلف منه، كمن عجل ما لا يجب عليه، وهذا لما أخره إلى أبعد من الأجل فقد ملك القبض عند الأجل وأخره عنه، [١/١٦٧] وقد انتفع بالرهن والحميل قبل حلول الأجل فلذلك تحقق السلف الجارّ للنفع، بخلاف المسألة الأولى التي فيها التأخير بعد حلول الأجل لم ينتفع قبل الأجل فهو سلف

(١) التهذيب (٣٠/٤).



برهنٍ أو حميلٍ ، وقولُ الغيرِ تفسيرٌ ، أي يبطل الرهن والحَمالة ولا يختص بالرهن في الفلس والموت وإن كان قد قبضه لأنه فاسد .

قوله : (فالبينة عليه)^(١) . لأنه مدع لبراءته مما التزمه .

قوله : (إلا أن يوافيه الآن)^(١) . أي في الحال قبل أن يحكم عليه بالغرم لأنه لا ينفعه بعد الحكم أن يأتي به ، ولكن يغرم ويرجع عليه .

قوله : (ليوقع البينة على عينه)^(٢) . أي إذا لم يشهد الشهود إلا على عينه ، وليس معروفا عندهم بحيث يشهدون عليه غائبا والبينة بموضع قريب فلا بد من ذلك ، ووجه الأول أن الغالب إمكان الشهادة عليه وهو غائب ، والحاكم يحكم على الغائب بلا حاجة إلى الحميل .

قوله : (إلا أن يعلم شاهد)^(٣) . لأنه بمنزلة ثبوت الحق إذ يثبت بالشاهد واليمين .

قوله : (فلا يؤخذ بذلك من المقضي له كفيل)^(٤) . لأنه لا اعتبار بالموهوم ، ولو اعتبر ذلك ما صحّ عقد ولا حكم لأنه لا يحصل القطع في جميع الأمور وإنما يجتزأ بغلبة الظنون .

قوله : (ومن تكفل لك بطعام من قرض أو من سلم فلا يجوز ذلك إن تصالح الكفيل أو الغريم)^(٥) . إنما لم يجز ذلك في السلم لأن فيه بيع الطعام قبل قبضه ،

(١) التهذيب (٣٠/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣١/٤) .

(٣) في التهذيب «إلا أن يقيم شاهدا» (٣١/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٣١/٤) .

(٥) في التهذيب «فلا يجوز لك أن تصالح الكفيل والغريم» (٣١/٤) .

وضع وتعجل وهو سلف جر نفعا ، لأن هذا أعم لأن من قدم ما لا يجب عليه فقد أسلفه ليأخذه عنك من نفسه عند الأجل ، وكذلك الكفيل لأنه أسلف الطالب وانتفع بإسقاط الضمان عنه وهو بمنزلة الغريم لأنه يرجع بذلك عليه .

وأما في القرض ففيه ضع وتعجل ؛ لأن المقرض لا يملك القبض الآن ويجوز فيه بيع الطعام قبل قبضه ، وكذلك لا يجوز بالزيادة لأن فيه في السلم حط عني الضمان وأزيدك وهو سلف بتعجيله ما لا يجب عليه بزيادة ، وبيع الطعام قبل قبضه ، وأما في القرض فلا يجوز أيضا لأنه إذا زاد المقرض ففيه سلف بزيادة فلم يجز ، وإن حل الأجل جاز ذلك كله لأن الغريم مالك للدفع ، وكذلك الكفيل ، ويجبر رب الدين على القبض فيكون النقص حسن اقتضاء والزيادة حسن قضاء .

قوله: (إلا أنها أجود أو أدنى)^(١) . النقص والزيادة في الصفة مثلهما في العين لا فرق .

قوله: (ولا يجوز لك صلح الكفيل)^(١) . إنما امتنع هذا لأنه يؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه ؛ وذلك أنه إذا دفع ما لا يجب على الغريم لم تبرأ ذمة الغريم وكان مخيرا في أن يدفع له مثل ما دفع وأن يدفع مثل ما كان عليه فيتحقق البيع في هذه الصورة ، ولا يجيء ذلك في الغريم لأنه كيفما دفع فإنه تبرأ ذمته ويكون حسن قضاء أو اقتضاء بخلاف ما إذا دفع الكفيل مثل ما على الغريم فيصح ويكون بدلا لا بيعا لأنه يرجع بما دفع .

قوله: (وأما في القرض)^(١) . لأنه يجوز هنا بيع الطعام قبل قبضه .

قوله: (فادعى الورثة أن الميت دفع الثمن إلى البائع)^(١) . وأما ما سوى هذا

(١) التهذيب (٤/٣٢) .



أي شهد بدفع الميت للغريم فقط ولا يعلم هل دفع من ماله أو من مال الشريكين وينكر رب الدين القبض فظاهر الحال أنه دفع من ماله ثلث الدين بالأصالة وثلثه بالكفالة فإذا حلف الورثة على ذلك وأنه دفع من ماله تخلصوا من البائع ورجعوا بثلاثي الدين على الشريكين ولا يحلف [ب/١٦٧] الشريكان مع الورثة لأنهما لا يبرءان بذلك من الغرم إما لرب الدين أو للورثة فإن نكل الورثة لم يحلف الشريكان أيضا إلا أن يدعي أن الميت دفع عنهما وعنه من مالهما فيكون الشاهد كأنه شهد، فإذا حلف على ذلك وأن المال منهما رجعا على الورثة بما ينوب (١)(.) وهو الثلث الذي فرط فيه إذ دفعه بغير بينة، وقيل لا يرجعان على الورثة بشيء لأنه لم يثبت أن المدفوع كان من مالهما وإن حلفا على ذلك وإنما الثابت دفع الميت لرب المال.

قوله: (ولا تجوز الكفالة بالحدود)^(٢). لأنها إنما تكون فيما يؤخذ من الكفيل عند تعذر المكفول به.

قوله: (قال بكر)^(٣). هو غير ابن بكر.

قوله: (وما فهم عن الآخرس)^(٤). أي ممن جرت عادتهم أنه تفهم أشارته.

قوله: (فذلك في ثلثه)^(٤). لأن الكفالة تبرع فهي في الثلث كالهبة والصدقة.

قوله: (سقطت الكفالة)^(٤). لأنه لا ثلث مع الدين كالوصية مع الدين، إلا أن الفرق بينهما أن الكفالة إذا بطلت ولم يجزها الورثة مثل أن يتكفل لوارث

(١) سقط بقدر كلمة.

(٢) في التهذيب «ولا تجوز الكفالة في الحدود» (٣٣/٤).

(٣) كذا، وفي التهذيب «بكر» (٣٣/٤). وبكير بن عبد الله بن الأشج القرشي المدني.

(٤) المصدر نفسه (٣٣/٤).

بدين فيتهم ويمنع سائر الورثة فإن ذلك يرجع للميت مالا قد علم به فتدخل فيه الوصايا لأن الميت قد علم أنه يرجع بالكفالة على المكفول بخلاف الوصية لو ارث إذا لم يجزها الورثة فلا يرجع ذلك للميت ولا تكون منه سائر الوصايا لأنه مال لم يعلم به الميت إذ يمكن إجازة الورثة لذلك .

قوله: (ثم صح لزمه)^(١). لأن المرض يعقبه الصحة ليس مرضا ، وإنما يفي بالمرض الذي يعقبه الموت .

قوله: (ومن أقر في مرضه أنه تكفل في مرضه)^(١). هذا بمنزلة إنشائه الآن في المرض بخلاف قوله في مرضه: كنت فعلت في صحتي كذا ، فيه قولان: أحدهما وهو المذهب: يبطل لأنه لا يكون من رأس المال لأنه يتهم أنه فعله في الصحة ، ولا من الثلث لأنه لم يوص به في المرض .

والثاني أنه من الثلث لأنه أقل أحواله أن يكون كما أنشأه في المرض .
قوله: (وإن كان للأجنبي أو الصديق ملاطف جاز)^(٢). لأن الوصية تجوز لهما .

قوله: (فإقراره له جائز إن ورثه ولد)^(٣). لأنه لا يتهم .
قوله: (بكلالة)^(٣). هو اسم للميت الذي ذهب عمودا نسبه ، وقيل هي ذهاب العمودين ، وقيل: ذهاب العصبه ، والمراد هنا العمودان .

قوله: (وما أقر به)^(٣). الصحيح أنه فعله يعني من التبرعات التي تنجز بالحيازة

(١) التهذيب (٤/ ٣٣) .

(٢) في التهذيب «لأجنبي أو لصديق ملاطف» (٤/ ٣٣) .

(٣) التهذيب (٤/ ٣٤) .

كالوصية والهبة فلذلك بطلت بالمرض والموت .

قوله: (وإن قامت له بذلك بينة)^(١) . يعني إذا لم يكن المقر له قائما على طلبه بالحيازة والقبض فإن كان ذلك فلا يبطل معه بالموت والمرض .

قوله: (إلا العتق والكفالة)^(١) . لأن هذا لا يحتاج إلى حيازة .

قوله: (فإقراره باطل)^(١) . هذا المذهبُ ، وقيل: يكون من الثلث .

قوله: (كانت الوصايا في ثلث ما بقي بعد ذلك)^(١) . أي أن الورثة يتحاصون مع أهل الوصايا لأنه لم يوص لهم إلا في ثلث ما بقي بعد إخراج ذلك الذي قد أبطله الورثة .

قوله: (لم تدخل الوصايا في شيء مما أقر به)^(١) . يعني إلا الكفالة فإنها مال قد علم به الميت .

قوله: (ومن واجرته يخدمك شهرا لم يجز أن تأخذ منه حميلا)^(٢) . لأن خدمة المعين معينة ولا يضمن المعين ، ويدل على أنها معينة أنه إذا هلك الأجير فسدت الإجارة ، والضمان إنما يكون فيما يتعلق بالذمة والمعين لا يكون في الذمة ، ولأن فائدة الحماله أنه إذا أعسر المضمون أو مات غرم عنه الحميل وهذا بموته يسقط عنه ذلك ، لكن يجوز حميل برد ما بقي من الإجارة إن مات أو تعذر قبل إتمامها . [١/١٦٨]

قوله: (وهو دين في دين)^(٣) . أي لما مات صار ما بقي دينا لك على السيد ،

(١) التهذيب (٣٤/٤) .

(٢) في التهذيب «ومن أجرته لخدمتك» (٣٤/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٣٤/٤) .

فإذا دفع لك ما لا يتعجل قبضه الآن فهو مثل دين بدين ، وهذه المسألة على أنه كان انتقد الأجرة أولاً ، وأصل ابن القاسم أن ما لا يتعجل قبضه دين ، أي كالدين ، وأجاز ذلك أشهب لأنه لا يرى ذلك ديناً ، ولأن قبض الأوائل عنده كقبض الأواخر ، ولأن خدمة المعين معين فذلك دين في معين .

قوله: (لم يلزم الحميل أي يأتي بغيره)^(١). بل تفسخ الإجارة لأنه لا يقدر على من يكون عمله كعمل الأول سواء ، ولأنه دين في دين كما تقدم .

قوله: (ولا كفيل حتى يعمله)^(١). أي يتكفل به إلى أن يفرغ .

قوله: (بالحمولة المضمونة)^(١). لأنها في الذمة فيصح التحمل بها .

قوله: (إلا أن يتكفل برد بقية الكراء)^(١). هذا جائز لأنه في الذمة وكذلك أخذ الخياطة إن دفع له الأجرة وخاف منه أن يعسر قبل العمل .

قوله: (فإن فر الكري في الكراء المضمون)^(١). أي فر بإبله فأكرى الكفيل للطالب إبلاً بضعف الكراء الأول أو أضعافه فإنه يرجع بذلك كله على المضمون لأنه بسببه غرم ذلك ، كما لو تكفل بطعام من سلم عن شخص فلما كان عند للأجل فر الغريم فاشترى الكفيل مثل ذلك الطعام للطالب بأضعاف الثمن ، فإنه يرجع على الغريم بجميع ذلك لأنه الذي أدخله فيه .

قوله: (ولا يجوز لعبد أو مكاتب)^(٢). أي لا يجوز له من التبرعات لحق سيده ، لأن ملكه ليس بتام .

قوله: (لم يلزمهم)^(٢). هذه فائدة منعهم من التصرف ، لأنه لو لزمهم لكان

(١) التهذيب (٣٤/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٥/٤) .

عيا فيهم ينقص ثمنهم .

وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أنه ليس للسيد إلا أن يبطل من ذلك ما يضر به وهو ترتب الدين عليهم لا أصل العقد لأنه لا يتضرر به ، فعلى هذا إذا عتق لحقه ذلك لأنه قد زال المانع ، ولا خلاف في المرأة إذا عتقت ما يزيد على ثلثها ثم أبطل ذلك الزود فإنه إن بقي بيدها إلى أن طلقها لزمها العتق اتفاقا لزوال المانع .

والفَرْقُ أن الزوجة من أهل العتق ، وليس كذلك العبد لأنه إن أعتق بإذن سيده فالولاء للسيد لا له ولأن الزوجة تتصرف فيما دون ثلثها ، وفي جميع مالها عند الشَّافِعي ، فكانت أقوى من العبد .

قوله: (لزمهم ذلك)^(١) . لأن المانع قد زال بالحرية .

قوله: (ولا يجوز ذلك للمكاتب)^(١) . هذا بناء على الخلاف في تعجيز المكاتب نفسه بإذن السيد ، ولنا فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: المنع إلا أن تكون بحكم الحاكم ، لأن العتق لحق الله فلا يجوز إبطاله .

وقيل: يجوز ذلك مطلقا ، وهو المذهب .

وقيل بالتفصيل: إن كان له مال ظاهر لم يجز ، وإلا جاز .

قوله: (لا تجوز كفالة المأذون)^(٢) . لأنه إنما جعل له التصرف في المال بما يصلحه فقط .

قوله: (وإن كان عليه دين)^(٢) . هذا مانع آخر يمنعه من الكفالة وإن أذن له

(١) التهذيب (٣٥/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٦/٤) .

سيده لحقوق غرمائه ، وهو كالحر في هذا المانع الثاني ، وكذلك لا يجوز للعبد أن يتوكل لأجنبي إلا بإذن سيده لأن تصرفه ومنافعه عين مال سيده ، فلا يجوز له التصرف في ذلك إلا بإذنه ، وإذا حجر عليه سيده ماله الذي هو متعلقٌ حقّه فأحرى ما هو عين حقّه وكذلك لا يجوز له أن يتكفل عن سيده إلا بإذنه .

قوله : (لأن من وكل عبده)^(١) . احتج بهذه المسألة على صحة تصرف العبد بإذن السيد وأنه كالحر ، أي أنه لو وكل حراً على دفع دينه الذي عليه لأجنبي فأنكر المدفوع له المقبوض وقام شاهد للوكيل فإنه يحلف مع شاهده [١٦٨/ب] ويبرأ الموكل ، فذلك العبد سواء يحلف كالحر ، ولا يحلف السيد ، فدلّ على أنه كالحر في صحة التصرف بإذن سيده ، غير أن الوكيل الأجنبي لو نكل عن اليمين فلا يحلوا أن يكون موسراً أو معسراً ، فإن كان موسراً رجع الموكل عليه بما دفع له لأنه فرط فيه ، وإن كان معسراً صار غريماً للموكل وقد شهد له شاهد ، فإن الموكل يحلف مع ذلك الشاهد لأنه شهد لغريم له بحق على غريم غريمه ، فكما يحلف مع شاهد غريمه ويستحق من غريم غريمه ، فذلك هنا يحلف وتبرأ ذمته .

وأما في العبد إذا نكل فإن السيد يحلف مُطلقاً مع الشاهد وبيراً ، لأن عبده بمنزلة ويده كيده ، فكأن الشاهد إنما شهد للسيد ، ولا بدّ أن يكون السيد عالم^(٢) بالدفع أو غلب على ظنه صحته بالشاهد وإلا لم يجز أن يحلف ، وإن تحمل عبد بدين على سيده بإذنه أي : يجوز له أن يعمر ذمته بدين جبراً .

قوله : (بيع فيه بموت السيد وفلسه)^(٣) . لأن الكفيل هنا مال المكفول وليس

(١) التهذيب (٣٦/٤) .

(٢) كذا في المتن ، والصواب : عالماً .

(٣) كذا في بعض نسخ التهذيب ، وفي نسخ أخرى : «وإن تحمل عبد بدين على سيده بإذن السيد ، ثم فلس السيد أو مات ، فإن أتبع الطالب بدينه ذمة السيد بيع العبد في ذلك» انظر (٣٦/٤)

له غيره فَبِيعَ عليه ، فإن لم يَفِ ثمنه بالدين فيشكل بيعه لأن قدرَ ما بقي عليه من الدين للكفالة مجهولٌ ، والوجه في ذلك أن يباع على التبعض ؛ مثل أن يكون على السيد مائة دينار لشخص والعبد متكفل بخمسين فقط ، وقيمته قدر ذلك ، فيقال من يشتريه بخمسينَ على أن في ذمته دينا خمسة وعشرين ، لأن ثمنه يقسم بين الغريمين فيوف صاحب الخمسين المضمونة نصفها ، ثم يقال : من يشتريه بستين على أن عليه عشرين ؟ هكذا حتى يقف ثمنه .

قوله : (وإن شاء اتبع به العبد)^(١) . هذا تفريع على القول بأنه يؤخذ الكفيلُ مع ملا الغريم لأن السيد مليء بالعبد وليس المذهب ، فمن الناس من قال : هذا رجوع إلى ذلك القول ، ومنهم من قال : إنما كان ذلك هنا لأن مال العبد مال لسيدة بخلاف الكفيل الأجنبي ، وهذا لا يمشي على المذهب أيضا ، لأن المذهب أن العبد يملك ملكاً صحيحاً بدليل وطئه بالملك .

قوله : (وقال غيره)^(٢) . هذا هو الموافق للمذهب .

قوله : (أن تحمل بالدين عن أجنبي بأمر سيده)^(٢) . يعني أنه إذا رضي العبد بكفالة أجنبي أو بكفالة سيده وأذن له في ذلك سيده جاز بلا خلاف ، وإنما الخلاف إذا لم يرض العبد وجبره السيد على أن يكفله ، أو أجنبيا ، فقال ابن القاسم : لا يجوز . وأجازه مالك^(٣) .

قوله : (ولا يجبر السيد على ذلك)^(٤) . هذا قول ابن القاسم ، ووجهه ما يلحقه من الضرر بالدين على تقدير عتقه ، وجوز ذلك مالك واحتج عليه بأنه لو

(١) في التهذيب «وإن رضي باتباع العبد دون السيد كان ذلك في ذمة العبد» (٣٦/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٦/٤) .

(٣) انظر الذخيرة (١٩٥/٩) .

(٤) في التهذيب «ولا يجبره السيد» (٣٦/٤) .

قال له: أنت حر وعليك مائةٌ لزمه المال ، فقد عمر ذمته وهو حر بالمال ، وإذا كان له تعميرُ ذمته جبراً وهو حرٌّ بأحرى وهو عبد .

وقال ابن القاسم في هذه المسألة: إنه يخرج حرّاً ولا يلزمه المال ، لأنه لا يصح أن يعمر ذمته بعد أن صار حرّاً .

ووجهُ قولِ مالكٍ أن العتق مع تعمير الذمة كانا معاً في زمنٍ واحدٍ .

ولو قال له: أنت حر على مائة دينارٍ فقولان ؛ قال ملك وابن القاسم: العبد مخيرٌ إن رضى بذلك صحّ العتق ولزمت المال . وقال غيرهما: يلزمهما ذلك جبراً لأنه في ملكه لم يخرج عن ملكه بعد ، وينفذ العتق لأنه جعله في مقابلة المائة .
قوله: (ومن باع من عبده)^(١) . أي المأذون .

وقوله: (فإن ذلك باقٍ له في ذمته)^(١) . لأنه صار في معاملته منه كالأجنبي ، فالسيد بالخيار إن شاء أزال الدين عن ذمته إذا أراد بيعه ، أو يُبقيه ويبيعه معيباً ، وذلك ينقض ثمنه وللناس أغراض ، وقد يكون بيعه بذلك أرجح لأن في ذلك الإعلام بأنه تاجر فيرغب الناس [١/١٦٩] في شرائه .

قوله: (لأن السيد يحاصّ به غرماء عبده)^(١) . أي هو دين ثابتٌ على العبد ، بخلاف الكتابة فيصح الكفالة به .

قوله: (ولم يضرب لذلك أجلاً)^(١) . وهكذا تكون الكفالة على الإطلاق فتحمل على تعذر وقت الأخذ من الغريم ، لكن لا بدّ في كل قضية من التلوم فيها اليومين والثلاثة .

قوله: (حتى يموت)^(١) . أي جعل شرط تعمير ذمته الكفيل بالحق موت

(١) التهذيب (٣٧/٤) .



الغريم ، بخلاف إذا أطلق فإن ذمته معمورة بالحق من الآن ، وإنما يكون مشروطاً بعسر الطالب منه ، لا تعلق الحق بذمته ، ويصير ذلك حميل الوجه لا يلزمه شيء حتى يتعذر إحضارُ الغريم ، فلو مات الكفيل في مسألتنا قبل موت الغريم فهل للطالب أخذُ ورثته بذلك إذا مات الغريم معسراً أم لا ؟ قولان :

أحدهما : لا يلزمهم شيءٌ ، لأن موروثهم مات قبل أن يلزمه شيء .

والثاني : يلزمهم ، لأنه لما مات الغريم معسراً تبين أن ذلك قد لزم موروثهم .

قوله : (وإن كان العطاء مجهولاً)^(١) . أي زمانه ، فإذا كان الضمان في قرض أو ثمن بيع قد صحت عقده قبل الضمان جاز ، وإن كان وقت القضاء مجهولاً ، وأما إن كان في أصل البيع فلا يجوز ، لأن الضمان له حظ من الثمن ، فإذا كان وقته مجهولاً كان ما يقابله من الثمن مجهولاً فيبطل البيع والكفالة معه .

قوله : (ليس للكفيل أخذ الغريم قبل أن يؤخذ منه)^(٢) . أي قبل أن يطلبه الطالب من الغريم .

قوله : (إلا أن يتطوع الغريم)^(٣) . أي يدفع له المال من غير أن يطلبه الكفيل به ليدفعه عنه إلى الطالب ، فيكون الحميل أميناً عليه كالرسول فلا يبريه منه إلا أن يدفعه للطالب ببينة (.) لأنه لو أخذه منه ، أي على جهة الأمانة .

قوله : (فإن كان على الاقتضاء)^(٣) . أي إن طلبه الكفيل منه خوفاً من إعدامه ، وقال له : أنا أدفعه عنه وقد برئت أنت منه ، فيكون صياغة من الكفيل لأنه لم يقبضه على جهة الأمانة .

(١) التهذيب (٤/ ٣٧) .

(٢) في التهذيب «أخذ الغريم بالمال» (٤/ ٣٨) .

(٣) المصدر نفسه (٤/ ٣٨) .



قوله: (جاز عتقها وهبتها وإن كره الولد)^(١). هذا^(٢) قول في المعنس؛ لأنه بمنزلة البكر ترشد بالبلوغ إذا أنس منها الرشد، وإن لم يدخل بها زوجها وكان التعنيس قام لها مقام الدخول لعرفتها بالأمر ومصالحها بطول إقامتها في بيت أبويها، وليس المذهب وإن اختاره ابن القاسم.

والقول الثاني لمالك: أنها كالصغيرة لا ترشد إلا بالدخول. ووجهه أن حيائها أشد لما يعاب عليها من طول إقامتها في بيت أبويها فهي أقل خبرة بالأمر، وهذا هو المذهب، وإليه أشار بقوله: (إن ذلك ليس بجائز، هو الذي يعرف)^(٣).

قوله: (إن أجازة الوالد)^(٣). هذا قول ثانٍ لابن القاسم بالتفصيل، قيل وليس بشيء، لأنها إما أن تكون رشيدة فلا حاجة إلى إجازة الوالد، أو لا تكون فلا يجوز شيء من تصرفها وإن أجازة الولي، لأنه ضرر بها.

قوله: (لأن بضعها بيد أبيها)^(٤). أي لا يجوز أن تنكح إلا بإذنه، فكذا لا يجوز تصرفها كالصغيرة.

قوله: (وكان مالك مرة يقول)^(٤). هذا هو الذي اختار ابن القاسم.

قوله: (لم ينبغ للسلطان أن يجيز)^(٤). أي أن الولي أباً كان أو غيره، لا يجوز تصرفه في مال محجوره إلا على النظر، وإلا منعه الحاكم وضرب على يديه.

قوله: (ولا يجوز لها بعد البناء)^(٤). لأنه من ثلاثة أشياء: البلوغ،

(١) كذا، ولعل الصواب ما في التهذيب «وإن كره الوالد» (٣٨/٤).

(٢) تكرر لفظ «هذا».

(٣) التهذيب (٣٩/٤).

(٤) المصدر نفسه (٤٠/٤).



والدخول ، وتبين الرشد ، ولم يذكر لذلك في الكتاب حداً.

قوله: (وهي لا يؤلى عليها)^(١). أي إذا لم تكن سفيهة ، وإلا فَمَعَ السفه لا يجوز لها تصرّف ، أذن الزوج أو لا .

قوله: (فللزوج ردّ الجميع)^(١). هذا المذهب ، وقيل: إنما يردّ ما زاد على الثلث فقط كالوصية ، ولا خلاف فيها .

والفرق [١٦٩/ب] أن الزوجة تقدر على الإنشاء بعد الردّ في ثلثها ، وقد تعذر ذلك من الميت فلا يؤدّ إلا ما زاد على الثلث فقط .

قوله: (كالدينار)^(١). لأنه يسير ومغتفر .

قوله: (إن حملها الثلث إن لم يقل وإلا فلا)^(٢). فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: يعتق جميعها ولا يتبع بشيء ، لأن ما قرب من الشيء فحكمه حكمه .
الثاني: يعتق جميعها ويتبع بالزائد ، وهذا أعدل الأقوال .

والثالث: يعتق منها إلا بقدر الدينار ، فإن قال وإلا فلا يعتق منها شيء اتفاقاً لأنه نص على ذلك .

قوله: (فإن مات زوجها أو طلقها رأيت أن تعتق بغير قضاء)^(٣). أي يندب إلى ذلك ولا يحكم عليها لأنه قد حكم بعد ذلك فرجعوا إلى الردّ بحق الزوج ، إذ لا يكمل مقصود الزوج بالردّ من التجميل بعين مالها إلا بأن يرجعه إرقاء ولا يتجميل بما هو موقوف وإنما استحب لها أن تعتق مراعاة لقول الشاذ بصحة

(١) التهذيب (٤١/٤) .

(٢) في التهذيب «إن حملها الثلث وإلا فلا» (٤٢/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٤١/٤) .

تصرفها في كل مالها مطلقا، بخلاف المفلس إذا ردّ عتقه وبقي العبدُ بيده إلى أن أيسر فإنه ينفذ عتقه قولا واحدا، لأن رد الزوج أقوى من ردّ الغرماء.

والفرق أن الزوج تعلق حقه بعين مال الزوجة للتجمل به ولم يتعلق حق الغرماء بعين المال.

قوله: (ليس كالوصية)^(١). أي فيطل جميعه، ومعنى الفرق أن أمر الوصية أخف من التصرف من المال بغير الوصية، لأنه قد تصح وصية من لا يجوز تصرفه في ماله فلا يقاس عليها.

قوله: (إذا أجاز الزوج كفالة زوجته)^(١). لأنه أسقط حقه، وإذا أخرجت الثلث ثم تصرفت في ثلث الباقي فثلاثة أقوال:

أحدها: يبطل الأول والثاني، لأنها تتوصل بذلك إلى إخراج الجميع.
والثاني: أنه يصح الأول دون الثاني.

والثالث التفصيل: إن قرب ما بين الزمانين بطلا جميعاً، وإن بعد صحاً معاً.

قوله: (لم يصدق)^(١). لأن الأصل في أفعال الإنسان الطوعية.

قوله: (بمالها كله)^(١). لأنه يجوز للرشد أن يتصرف بإذهاب جميع ماله فيما يباح له، ولو أراد أن يرميه في البحر مثلاً منع.



(١) التهذيب (٤٢/٤).

كتاب الحوالة

...٢٠٠٠ (١٤٠٠) ٢٠٠٠...

وهي تحويل الحق من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى وتشتغل الثانية، أي بالنظر إلى المحال وإلا فقد كانت مشغولة بالنظر إلى المحيل، وقيل: إنها ندب لقول النبي ﷺ: «وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»^(١)، فهذا أمر اقترن به ما يصرفه عن الوجوب من أن الإحالة بيع ذمة بذمة فبقي على الندب، وقيل: مباح لورود الأمر بعد النهي عن بيع الدين بالدين كقوله: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢]، ولأن البيع مباح.

ولها ثلاث شروط:

أحدها: أن يكون دين المحتال [حال]^(٢)، والثاني: أن يكون الدينان من جنس، والثالث: أن لا يكون الدين المحال عليه أحسن من المحال به^(٣).

فأما الأول فلأن الحوالة معروف فإذا لم يحل دين المحال فلا معروف، ولأنه يتهم أن يكون فرّ عن اتباع المحيل فتتحقق جهة البيع فيمتع الدين بالدين، ولقوله ﷺ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ»، وإذا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»، فلو لم يكن حالاً لم يتصور المظل، وسماه غنياً لأنه لا يكون إلا كذلك ولو بدينه، وقد فهم

(١) جزء من الحديث الذي بعده، أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، جامع الدين والحوال، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع». ورواه البخاري في كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب مطل الغني ظلم وفي رواية النسائي في السنن: «إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع، والظلم مطل الغني». كتاب البيوع، مطل الغني.

(٢) كذا، والصواب: حالاً.

(٣) انظر جامع الأمهات لابن الحاجب (ص: ٣٩٠).

العلماء أن قوله: «وإذا اتبع أحدكم» [مرتبطاً]^(١) بالأول لا كلام أجنبى منه ، وإذا كان ذلك وقد نهى عن بيع الدين بالدين واقتضى قوله: وأرخص في الحوالة ، أن يجوز ذلك فيها مطلقاً كما رأى بعض العلماء لكن وقف مالك لفظ الحديث ، ولم يجز من الدين بالدين إلا ما قام القاطع على جوازه ، وأبقى ما عداه على [١/١٧٠] أصل المنع .

وأما الشرط الثاني فلأنه إذا اختلف الدينان تحقق البيع ، وكذلك الثالث إذا كان المحال خير لجودة جنسٍ أو ملاءمة يتهم المحتال أنه لم يقصد المعروف فيتحقق أيضاً البيع .

قوله: (برئت ذمة غريمك)^(٢) . إلا أن يحيله على عدو ينكل به في الاقتضاء منه ، فلا يمكن من ذلك .

قوله: (ولا ترجع عليه في غيبة المحال عليه أو عدمه)^(٣) . بخلاف الحمالة لأن ذمة المحيل قد برئت ولم تبرأ في الحمالة ، بل شغلت ذمة أخرى بالحق ، ولا يشترط فيها رضا المحال عليه ولا حضوره ولا إقراره ، بخلاف بيع الدين لابد من حضوره وإقراره ، والفرق أن الحوالة معروف .

قوله: (ولو غرك من غريم)^(٤) . أي هذا مدلس فترجع عليه .

قوله: (ولو لم يغرك)^(٥) . كما إذا باعت سلعتك من شخص لا تعلم حاله فيخرج مُعسراً فلا ينقض البيع ، غير أن المبيع هنا في الحوالة هو الذمة ، فكان

(١) كذا ، والصواب: مرتبطٌ .

(٢) التهذيب (٤٣/٤) .

(٣) في التهذيب «ولو غرك من عدم يعلمه بغريمه» (٤٣/٤) .

(٤) في التهذيب «وإن لم يغرك كانت الحوالة لازمة لك» (٤٣/٤) .

ينبغي إذا خرجت معيبة أن يرجع بالعيب كما يرجع نصيب السلعة المعينة أبدأ علم البائع بعيبها أو لا .

والفرق أن الحوالة معروف ، ولأن غالب المحتال ألا يحتال على أحد حتى يسأل الناس عن ذمته ، فإذا وجده مُعدماً نسب إلى التفريط ولم يعذر ، بخلاف المبتاع لا يمكنه البحث عن المبيع ما دام عند البائع فكان معذوراً .

قوله: (فلا دخول لغرمائه معك)^(١) . هذا كسائر ما يبيعه المديان قبل التفليس لأنه بيع (..) الحجر عليه .

قوله: (فلست حوالة)^(١) . لأن حكمها أن يكون فيها دين بدين ، فإذا لم يكن له عنده شيء كانت حمالة ، وعلى حكمها .

قوله: (لزمك ، ولا رجوع لك على المحيل)^(١) . لأن المؤمنين عند شروطهم . هذه المسألة المتقدمة قد جعلها هنا حوالة وإن لم يكن له عند المحال عليه شيء ، فهذه أيضاً حمالة حكم لها بحكم الحوالة في براءة ذمة المحيل وحكم الحمالة في رجوع المحال عليه بذلك على المحيل .

قوله: (روى ابن ملك)^(٢) . هذا قول آخر في المسألة بعينها أنها حمالة ليس إلا ، ففيها قولان .

قوله: (بعشرة دنانير)^(٣) . أي نقداً أو إلى أجل لأن الحمالة تصحّ فيهما

قوله: (وكانت حمالة)^(٣) . هذا أحد القولين المتقدمين .

(١) التهذيب (٤٣/٤) .

(٢) الذي في التهذيب «روى ابن وهب عن مالك» (٤٤/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٤٤/٤) .

قوله: (وإن لم يشترط)^(١). يعني أنه إذا كانت حوالة فلا بدّ من حلول الدين المحال به لما تقدم من أنه لو لم يحل زال المعروف وتحقّق البيع، فيبطل للدين بالدين.

قوله: (إن شرعت في السكنى أو الخدمة)^(٢). هذا معترض لأنه لا يمتنع كراء دار لم يشرع في سكنها وإجارة عبد لم يشرع في خدمته بدين، لأنّ منافع المعين معينة.

وحاصل المسألة أنه اكرئ منه الدار أو العبد بدينه على شخص آخر، وذلك جائز وإن لم يشرع، وليس في ذلك فسخ دين فيما لا يتعجل قبضه.

قوله: (فعلى مبتاعه أداء ثمنه لغريمك، ثم يرجع هو بالثمن عليك)^(٣). وقال أشهب فيها لما استحق العبد بطل البيع فيه، وإذا بطل بطل ما تركب عليه من الإحالة، إذ لا يصح الفرع مع بطلان الأصل.

ووجه المذهب: أنه لما أحال عليه بالمائة فقد أتلّفها عليه، فوجب عليه مثلها لأنها من ذوات الأمثال.

وكذلك لو سلم له في فرس في ذمته عبداً معيناً ثم أحال عليه في الفرس من له عليه مثله، ثم استحق العبد، فيلزم المحال عليه، على المذهب، أن يدفع مدينا للمحتال، ويرجع بقيمته على المحيل، لأنه ليس من ذوات الأمثال.

ووجهه: أنه لما استحق العبد بطل البيع، وبقي الفرس للمحال عليه، وقد

(١) التهذيب (٤/٤٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٥).

(٣) في التهذيب «فعلى مبتاعه أداء ثمنه لغريمك، لأنه شيء لزم ذمته، ثم يرجع هو بالثمن عليك» (٤/٤٥).



أُتلفه عليه المحيل بالإحالة التي هي عند ابن القاسم صحيحة فلزمه قيمته .

قوله: (وإن أحالك مكاتبك على [١٧٠/ب | مكاتب له] ^(١) . امتنع هذا لأمرين:

أحدهما: أن سنة الإحالة أن تكون بدين ثابت على دين ثابت ، لأن ذلك أقل غررا ، والكتابة ليست دينا ثابتا ، لأنه إذا عجز المكاتب صار رقا .

والثاني: أن سنتها أن يكون دين المحال حالا .

قوله: (إلا على أن يبت عتقه) ^(٢) . لأنه إذا فعل ذلك صارت الكتابة دينا ثابتا ، لأنه يعتق الآن وتبت حرمة ، وصارت الكتابة حالة .

واعترض عليه هذا لأنه يعقد الكتابة إذا أدى خرج حرا ولا يحتاج إلى إنشاء عتق آخر ، ولأنه لا يحل بذلك ما عليه بل يبقى دينا كما كان ، وأيضا فإن كتابة العبد الآخر دين غير ثابت ، وأيضا قد يعجز فلا يدري هل يأخذ منه السيد الأعلى الكتابة أو الرقبة ، كما لو اشترت كتابة عبد ثم عجز فإنه يصير لك رقا ، ومن شرط الحوالة أن يكون الدينان من جنس واحد كما تقدّم . فالمحوز لذلك كله أنه السيد وعبده ، وليس كالأجنبي فلا حاجة إلى قوله إن ثبت عتقه .

قوله: (ولا يرجع المكاتب الأعلى بشيء) ^(٣) . لأن ذمته قد برئت منك .

قوله: (وقد تمت حرمة) ^(٤) . أي فصارت كتابة دينا ثابتا وكأنه حال .

قوله: (ولا تجوز حمالة بكتابة) ^(٤) . لما يؤدي إليه في بعض الصور من

(١) في التهذيب «وإن أحالك مكاتبك بالكتابة على مكاتب له» (٤٥/٤) .

(٢) في التهذيب «إلا على أن تبت أنت عتق الأعلى» (٤٥/٤) .

(٣) في التهذيب «ولا ترجع على المكاتب الأعلى بشيء» (٤٥/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٤٥/٤) .

أكل ماله بالباطل ، وذلك إذا تحمّل عنه وأدّى نجماً ، فأعسر المحيل وعجز المكاتب ، فيرجع عبداً ويخسر الحميل ما أدّى .

قوله : (إن كانت الكتابة قد حلّت) ^(١) . ليقل الغرر في الدين بالدين .

قوله : (وكذلك إن حلّ عليه نجم فلا بأس أن يحيله به ويبرأ ذمته من هذا النجم) ^(٢) . ولا تجوز الحماله به إلا أن يكون أخذ الأنجم لانتفاء المحذور هنا بمصير العبد حراً فيصح اتباعه .

قوله : (ذمّة بذمّة) ^(٣) . أي دينٌ بدين كلاهما غير حالّ .

قوله : (ورباً بين السيد ومكاتبه) ^(٣) . سماه رباً وإن لم تكن فيه زيادة ، لأن فسخ الدين في الدين يقال فيه رباً ، وقد تكون الزيادة فيه في المعنى ، والمكاتب قد صار بمنزلة الأجنبي بخلاف العبد القن ، وقد اختلف فيه هل يجوز لسيده أن يبايعه بالربا أو لا ؟ قولان .

وجوّز الغير أن يحيله المكاتب وإن لم تحلّ الكتابة ، قال : ويعتق مكانه لأن ما على المكاتب ليس بدين ثابت ، أي لما أحاله برئت ذمّته ، وصححنا الإحالة بتعجيل عتقه ليكون الدين الأول ثابتاً ، وكأنه نقله من عقدٍ إلى عقد وصح النقل ، لأن ما عليه لم يكن ديناً ثابتاً ، فكأنه ابتداءً أولاً عتقه ما على المحال عليه ، والمذهب يشترط في صحّة هذه الحوالة أن يثبت عتقه أولاً ليصير الدين ثابتاً حالاً .

(١) التهذيب (٤/٤٥) .

(٢) يريد قوله «وكذلك إن حلّ عليه نجم فلا بأس أن يحيلك به على من له عليه دين حل أو لم يحل ، ويبرأ المكاتب من ذلك النجم» التهذيب (٤/٤٥) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٥) .



قوله: (وكمّن قال لعبده)^(١). واستدل على أن الكتابة ليس بدين ثابت لجواز النقل عنها، ولا يجوز ذلك مع الأجنبيّ لأنه دينٌ في دينٍ، لأن دينه ثابت؛ فأمرُ السيد مع عبده ليس كأمره مع الأجنبيّ.

قوله: (ذلك لا ينبغي)^(١). أي الحوالة على أجنبي، والكتابة غير حالة لدخول الأجنبي بينهما، واحتج بأن مالكا كره، أي حرّم، بيع الكتابة من أجنبي بثمرٍ إلى أجل، للدين بالدين.

ووجه قول الغير: أنها معاملة بين السيد وعبده، ولم يراع دخول الأجنبيّ.

قوله: (الذمة بالذمة من وجه الدين بالدين)^(١). أي من أقسامه ووُجُوهِه.



(١) التهذيب (٤٦/٤).

كِتَابُ الرُّهُونِ

أصله من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ومن السنة: أنه ﷺ رهن درعه في الحضر عند يهودي^(١)، وبعض العلماء لم يجزه إلا في السفر، ودليلنا الحديث في الدرع، وهي فضية عين يحتمل أن يكون أصل الرهن من السفر.

ومن القياس: أنه توثقة [١/١٧١] فجاز في الحضر والسفر قياساً على الحمالة، ولا خلاف أنها جائزة فيهما، وهو لازم بالعقد من جهته الراهن ولا يلزم من جهة المرتهن إلا بالقبض، كالهبة لا تتم إلا بالقبض، ولا بد من استمرار القبض فيه، فإن رده إلى الراهن بطل اختصاصه به.

وقال الشافعي: لا حاجة إلى استمرار القبض، بل يكفي قبضه أولاً وتصرف الراهن فيه بعد النيابة عن المرتهن، فيده كيده، فلا تنكل الرهنية.

ولنا: وصفه بمقبوضة في الآية^(٢)، والصفة لازمة للموصوف في كل حال، لأنه ليس تعبداً، بل لتحصيل التوثق فإن رده إليه بطل التوثق.

قوله: (لا بأس برهن جزء مشاع)^(٣). هذا المذهب، ولنا قول ثانٍ أنه لا

(١) الحديث رواه البخاري عن عائشة بلفظ: «إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَى أَجْلِ وَرَهْنَهُ دِرْعَهُ»، كتاب الرهن، باب من رهن درعه. ورواه أحمد في مسنده، من مسند مالك بن أنس، رقم ١٣١٦٩.

(٢) يريد قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة، من الآية: ٢٨٢].

(٣) التهذيب (٤/٤٧).

يصحُّ حوزة ، وهو قول أبي حنيفة .

وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ : أَنَّهُ كَمَا يَصَحُّ بَيْعُهُ وَقَبْضُ الْمُبْتَاعِ لَهُ ، فَكَذَلِكَ رَهْنُهُ .

وَوَجْهُ الثَّانِي : أَنَّ الْبَيْعَ لَيْسَ كَالرَّهْنِ ، لِأَنَّهُ يَصَحُّ الْبَيْعُ مَعَ عَدَمِ الْقَبْضِ ، وَالرَّهْنُ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِ الْمَقْبُوضِ فِي الرَّهْنِ ، وَالْمَشَاعُ لَا يَتَعَيَّنُ لِأَنَّ كُلَّ جِزَاءٍ مِنْهُ مَشَاعٌ .

قوله : (لا بأس أن يضعاه على يد الشريك)^(١) . لأن المقصود من إخراج الراهن عن التصرف فيه حاصلٌ .

قوله : (مما يقسم من طعام وغيره)^(٢) . لا بد أن ينقله المرتهن عنده ، أو يدفع إليه مفتاح المخزن ، أو يقسم ذلك فيدفع حظه للمرتهن .

وشرط ما ينقل من الرهن أن يقبض قبضاً حسياً ، ويطلع على ما لا يعرف ، أي كل ما هو من ذوات الأمثال ، لئلا ينتفع المرتهن بعينه ويرد مثله ، فيكون سلفاً ورهنًا .

قوله : (بطل حوز المرتهن)^(٣) . لتصرف الراهن في ذلك مشاعاً ، فإن كانت الدار مما لا ينقسم لم يجز للراهن ذلك .

قوله : (لم يضمن إلا نصفه)^(٤) . أي الذي هو عنده رهن ، لأنه في الثاني أمين ، وفي الذي قبض لحق نفسه ، فيضمن فيما يغاب عليه لأنه يتهم ، فإن قامت بينة على أنه تلف بأمر من الله سقط الضمان ؛ لأنه كان بالتهمة على المذهب .

(١) في التهذيب «على يدي الشريك» (٤/٤٧) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٨) .

(٣) في التهذيب «بطل حوز الرهن» (٤/٤٨) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٨) .

وعلى قول أشهب: ضمانه بالأصالة فيما يغاب عليه؛ لأنه بوضع يده عليه لِحَقِّ نفسه يضمنُ، ولا يسقط عنه الضَّمان، ولا يضمن ما لا يغاب عليه اتفاقاً منهما.
وعند الشَّافعي: ما قبضه لحق نفسه يضمن مطلقاً ما يغاب وما لا يغاب عليه كالعارية بالأصالة، لقوله: «بَلْ عَارِيَةٌ مَّضْمُونَةٌ»^(١)، وما قبضه لحق غيره لا يضمن مطلقاً كالوديعة، وما الحقُّ فيه مشتركٌ بينهما فضمانه على ربه مطلقاً كالإجارة، وكذلك الرهن عنده.

قوله: (فضمان النصف من المقتضي)^(٢). لأنه ملكه.

قوله: (ولا يمين عليه إلا أن يتهم)^(٢). لأن الأمين لا يحلف، إلا أن يتهم.

قوله: (فباقيه رهن بجميع الحق)^(٢). لأن جميع الرهن رهن في جميع أجزاء الحق، ولا يلزم الرّاهن أن يعيد إليه رهناً بقدر النصف المستحق لأنه معيّن، كما لو تلف الرهن المعين بقدر القبض فلا يجب على الراهن حلف، وأما المطلق فإذا دفع له معيّن ثم ضاع فهل يتعيّن بالتعين فيصير كالمعين بالأصالة أو لا؟ قولان.

قوله: (قليل للراهن والمرتهن: بيعا معه)^(٢). أي لا بد أن يحضر المرتهن، ولا يخلي بين الراهن والرّهن يتصرّف فيه بالبيع لئلا يبطل الرهن، ولكن يبيعه وهو بيد المرتهن، أو بيد من كان الرهن عنده من أمينٍ رضيّاً به.

(١) جزء من حديث رواه أحمد في مسنده، مسند المكيين، مسند صفوان بن أمية الجمحي، عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه: «أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم حنين أدراعاً» فقال: أغصبا يا محمد؟ فقال: «بل عارية مضمونة» قال: قضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب». ورواه البيهقي في السنن، كتاب العارية، باب العارية مضمونة. والحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، حديث أبي هريرة، رقم ٢٣٠٠.

(٢) التهذيب (٤/٤٨).

قوله: (لم يضمن المرتهن إلا نصف قيمته للراهن)^(١). لأنه كان أميناً في نصفه.

قوله: (لم يضمن المرتهن). لأنه لم يكن عنده.

قوله: (وبقي دينه بحاله). أي بغير رهن.

قوله: (فضمانه من الراهن). [١٧١/ب] لأنه كان في يد أمين، والفرق بين الأمين والمرتهن: أن من قبض لحق نفسه يتعذر على الدافع أن يختبره، والأمين لا يدفع إليه إلا بعد أن وثق بأمانته، إلا أنه يقال: إذا وضع الرهن على يد أمين فلا يخلو أن يكون وكيلاً للراهن فتكون يده كيده فيلزم أن يبطل حوز المرتهن كما لو كان عند الراهن، أو وكيلاً للمرتهن فيلزم أن يضمن ما يغاب عليه إذا ضاع عنده أو يكون وكيلاً لهما، فيكون يده كأيديهما، أو لا يكون وكيلاً عنهما وذلك باطل، وذلك أشكل على المذهب في أن يد الوكيل كيد موكله، وليس كذلك هنا للضرورة، فيكون هذا استثناء من ذلك الأصل.

وقوله: (فأحب إلي). اختار أن يأتي برهن آخر ويأخذ القيمة لما في توقيف القيمة من الضرر عليهما لأنها قد تتلف.

قوله: (وإلا جعلت القيمة رهناً). لأنها تقوم مقام الرهن، وقيل: يعجل الحق ويأخذه المرتهن، لأن توقف القيمة إضراراً بالفريقين، ولو كان الراهن هو الذي تعدى غرم القيمة، وجعلت رهناً على يد أمين لأنه لا يوثق به بعد ذلك.

قوله: (لم يجز بيعه). لأنه ممنوع من التصرف فيه، ولتعلق حق المرتهن به فله رد البيع.

(١) من هذا إلى قوله: (لأحياء الرهن) كله من التهذيب (٤٩/٤).

قوله: (عُجِّلَ للمرتهن حقه). أي جبراً، وهذا محمول على ما الأجل فيه حقٌ للغريم، مثل أن يكون الدين من قرض أو يكون من سَلَم لكنه دنائير أو دراهم، وأما إن كان عرضاً فلا يجوز على أن يتعجل قبضه، فإن باع الدائن الرهن بما هو من جنس الدين فإجازة المرتهن للبيع قرينة تدلُّ على إرادة التعجيل، وأما إن باعه بغير جنس الدين فلا تدلُّ إجازته على ذلك.

قوله: (لإحياء الرهن). أي بوضع رهن آخر في مكانه، ولما احتَمَلَ واحْتَمَلَ اتُّهم، فوجب أن يحلف، وكان القول قوله لأنه مدعى عليه.

قوله: (ولم يسلمه من يده إلا إلى المبتاع)^(١). لأنه إن أسلمه إلى الراهن يتصرف فيه بطل القبض فيه، وخرج عن حكم الرهن لتصرف الراهن فيه.

قوله: (وإن تعدى المرتهن). هذا بيع فضوليّ فيتوقف على إذن الراهن، فإن لم يأذن كان له أخذه ممن وجده عنده وإن تداولت البياعات فيه، ويرجع المبتاع على البائع منه.

قوله: (قبل بدوّ صلاحها). لأنه يصح رهن الغرر، وكذلك العبد الآبق، ولنا في الجنين قولان.

والفرق أنه لم يتقدم له وجود، ولا يجوز بيعه على حال، بخلاف الثمرة والآبق لأنهما موجودان، ويصح بيع الثمرة على شرط القطع، والآبق على الصفة، وإذا رهن الجنين فلا يصح الحوز إلا بقبض الأمّ، وإذا وضعت اختص بالولد فقط، كما يجوز الثمرة بقبض الأصول.

قوله: (وأجرُ السّقي على الراهن). للحديث: «للرّاهنِ غُثمُه، وعَلِيه»

(١) من هذا إلى قوله: (أبر أو لم يؤبر) كله من التهذيب (٥٠/٤).

غُرْمُهُ»^(١)، إلا أنه لا يتصرف في ذلك بنفسه لئلا يبطل الحوز.

قوله: (أن يأخذ النخل معها). لأنه لا يتأتى قبض الرهن إلا بذلك.

قوله: (ثم لا يكون رهنا في قيام الغرماء، إلا الثمر). أي لا يختص عن الغرماء إلا بذلك دون الأصول والثمر والزرع، وإن كانا من جنس ما يُغاب عليه فهما في حال كونها على الشجر وفي الأرض لا يغاب عليها، لأنه لا يمكنه استصحابهما في كل وقت، وكذلك الزرع المحصود ما بقي في أندرته فلا يضمن شيء من ذلك.

قوله: (كان ما في بطنها، وما تلد بعد ذلك رهنا). لأن كل عقد لازم في الأم فولدها فيه حال اتصاله بها بمنزلتها، وكل ما صادفه حال الاتصال لا يزول إلا بزواله عن الأم، ولا يجوز رهنها دون [١/١٧٢] الحمل؛ لأن ذلك يؤدي من إلى استثناء الجنين وهو ممنوع، وليس النتاج غلة فيبقى معها رهنا، ولا يأخذه الراهن بخلاف الغلة، وكذلك ما يتولد عن الرهن مما يشبهه في الخلق، كالثمار أي الأصول، فهو كالولد يدخل في الرهن.

قوله: (أبر أو لم يؤبر). هذا بخلاف البيع، لأن التمر المؤبر يكون للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، فكذلك يكون للراهن إلا أن يشترطه المرتهن، كالولد المنفصل حال الرهن، والصوف الكامل النبات، يكون للمبتاع بالإجماع، فكذلك يدخل في الرهن.

(١) الحديث رواه البيهقي في السنن، كتاب الرهن، باب الرهن على غير مضمون، ولفظه: «عن سعيد بن المسيب، أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلّق الرهن، الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه». وكذلك رواه سفيان الثوري عن ابن أبي ذئب وقال في مثله: «الرهن ممن رهنه، وله غنمه وعليه غرمه»، ورواه إسماعيل بن عياش، عن ابن أبي ذئب، فوصله. ورواه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، ٢٩٢٦.

والفرق أن الصوف لا عمل له فيه ؛ لأنه ينبت وحده ، فهو جزء من المبيع متصل ، وأما التمر فله فيه بالسقي والحرث والعلاج تأثير ، فصار كسلعة زائدة ، والتمر غير المؤبر كالصوف ينبت بعد الرهن والبيع كل ذلك غلة فإنما حرث على ملك المشتري ، وللراهن غنم الرهن وعليه غرمه ، ولو شرط المرتهن ذلك كان هنا .

وأما مال العبد فكما لا يتبعه في البيع فكذلك في الرهن ، واختلف هل له جزء من الثمن أو لا ؟ والصحيح أنه لا جزء له من الثمن ، فإن تلف فيرد العبد بعيب أخذ ثمنه ، ولم يرد ما يقابله .

قوله : (وما وهب له فليس برهن)^(١) . لأنه غلة .

قوله : (وترجع أنت على الذي عليه الحق بقيمة رهنك)^(١) . لأنك كائنك أدت ذلك عنه بالجملة .

قوله : (على المرتهن إن شئت)^(٢) . لأنه المتهم بإتلاف رهنك .

قوله : (أو على المطلوب)^(٢) . لأنك بأمره رهنه ، ويرجع هو بها على المرتهن ، لأنه الذي وجب عليه ذلك بالضمان .

قوله : (ولا تتبع بالزيادة إلا المرتهن)^(٢) . لأنك تبرعت بدفع الرهن له دون أمر الغريم ، ولو كانت قيمة الرهن أقل من الدين اتبع المرتهن بالباقي الغريم وأنت كفيل به .

قوله : (إذا علم المرتهن أن الدية على عاقلته فدفع الرهن عنهم)^(٣) . فإن

(١) التهذيب (٥١/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٥٢/٤) .

(٣) في التهذيب «ويجوز الرهن في دم الخطأ إن علم الراهن أن الدية على العاقلة» (٥٢/٤) .

دفعه عن نفسه يظن أن الدية تلزمه بطل الرهن وله أخذه، وكذلك تبطل الحماله إذا أعطى كفيلا بذلك يظنه أنه يلزمه، وكذلك لو تصدق عليه فأتى به منها يظن أنها كالهبة، كان له الرجوع في الثواب.

قوله: (لم يضمنها)^(١). أي تصح العارية، ويبطل الشرط لأنه مخالف لسنة العارية، و«كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»^(٢)، وقال أشهب: لم يعره ذلك مجاناً، بل قال: إن تلف فعلي قيمته فهي إجارة مجهولة فيرجع إلى ثمن المثل.

قوله: (ضمنه)^(٣). لأنه قبضه على أنه رهن، فلا يعتبر في ثبوت الضمان كونه ليس رهناً صحيحاً.

قوله: (لم ينفعه شرط)^(٤). أي يصح الرهن ويبطل الشرط. قال أشهب: يصح الرهن ويسقط الضمان، وهذا الخلاف إذا كان الرهن في نفس العقد، فعلى المذهب يصير الثمن مجهولاً، لأن للضمان حظاً من الثمن وقد بطل، وقال

(١) التهذيب (٥٢/٤).

(٢) الحديث رواه مالك في الموطأ، عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: جاءت بريرة فقالت: إني كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني. فقالت عائشة: إن أحب أهلك أن أعدها لهم عنك. عدتها ويكون لي ولاؤك فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها. فقالت لهم ذلك فأبوا عليها. فجاءت من عند أهلها ورسول الله ﷺ جالس. فقالت لعائشة إني قد عرضت عليهم ذلك فأبوا علي إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع ذلك رسول الله ﷺ. فسألها. فأخبرته عائشة. فقال رسول الله ﷺ: خذها واشترطي لهم الولاء. وإنما الولاء لمن أعتق، ففعلت عائشة. ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه. ثم قال: «أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل. وإن كان مائة شرط. قضاء الله أحق. وشرط الله أوثق. وإنما الولاء لمن أعتق» كتاب العتق والولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق. ورواه أحمد في المسند، مسند النساء، مسند الصديقة عائشة، رقم ٢٥٧٨٦.

(٣) التهذيب (٥٢/٤).

(٤) المصدر نفسه (٥٢/٤).



أشهب: ليس مجهولا بل فعل معه بإسقاط الضمان معروفاً.

أما لو كان ذلك بعد العقد لصحّ اتّفاقا ، لأنه فعل معه معروفين: دفعُ الرهن ، وإسقاطُ الضمان .

قوله: (وضمن)^(١). لأنه قبضه بنية الرهن ، لا على الأمانة .

قوله: (ويجوز الرهن بالعارية)^(١). أي على تقدير تلفها فالرهن توثقة .

قوله: (وأعطاه بالإجارة)^(١). أي بالأجرة ، ولا يصح الكفيل بالعمل لأنه إن تعذّر منه انفسخت الإجارة .

قوله: (ثم تصادقا أن دعواه باطلة)^(٢). أي كذب الطالب نفسه فبقي الرهن على حكم الرهن في الضمان ، لأنه قبضه على تلك الجهة .

قوله: (حتى يصارفه)^(٢). أي صرف ما في الذمة ، فيضمن الدراهم لأنه لم يقبضها على جهة الأمانة . [١٧٢/ب]

وكذلك الصانع يعمل بغير أجر يضمن ، لأنه لم يقبض على جهة الأمانة .

قوله: (وجَهلاً). أي أن الصرف باطل لأنه بتأخيرٍ .

قوله: (أخذ رهناً بقراض)^(٢). هذا فاسد ، إذ القراض ليس في ذمة العامل ، لكن ضمن الرهن لأنه قبضه على أنه رهن .

قوله: (بكل ما أقرض لفلان)^(٢). أي قبل القرض كما يجوز أن يتحمل عنه قبل ترتب الحق ، خلافاً للشافعي لا يجوز الرهن ولا الحماله إلا في حق قد

(١) التهذيب (٥٢/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥٣/٤).



ثبت ، وذلك عندنا على الجواز ، ولا يلزم إلا بعد أن يثبت الدين ، إلا أنه في الرهن لا يكون له طلبه إلا بقدر قيمة الرهن ؛ لأنه لم يتحمل في ذمته شيئاً ، بل ذلك في غير الرهن ، بخلاف الحماله يلزمه كل ما عامله به على المتعارف .

قوله : (فلا يباع إلا بإذن السلطان)^(١) . إنما كان ذلك وإن قد كان أذن لهما في البيع ؛ لأن الوكالة ضربان :

اختيارية : فهذه يقوم فيها الوكيل مقام الموكل .

والثاني : اضطرارية ، وهي التي نحن فيها ، لأنه لم يأذن في ذلك مختاراً ، بل لضرورة ما عليه من الدين ، فوجب ألا يباع عليه إلا بعد إذن الحاكم والتقضي في ذلك والاجتهاد .

قوله : (وإن بيع نفذ بيعه)^(١) . أي لا يجوز ذلك ابتداءً إلا بإذن الحاكم ، فإن وقع نفذ لأنه قد أذن الراهن في ذلك ، وأما إن لم يأذن في بيعه فلا يجوز بيعه البتة إلا بإذن الحاكم ، وهو حكم على الغائب .

قوله : (لأن قبض وكيله كقبضه)^(٢) . فكأنه تلف في يد المرتهن ، لأن يد وكيله كيدِه ، والوكيل أمين المرتهن فلا شيء عليه ، بخلاف العدل فإنه لم يقبض لأحدهما بل لهما معاً .

قوله : (فدفعه إلى الراهن أو المرتهن)^(٢) . إن لم يضع جُبراً على رده ، ولا يكون مبطلا لحوز الرهن ، بخلاف ما لورده المرتهن باختياره إلى الراهن ثم أفلس الراهن ، ويجعل بيد أمين آخر لأن الأول قد سقطت عدالته .

(١) التهذيب (٥٣/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٥٤/٤) .

وإن تلف هذا الرهن وهو معسر ، ضمن العدل للمرتهن الأقل من قيمة الرهن أو الدين ، فإن كان الأقل الدين فهو الذي أتلف عليه ، وإن كان قيمة الرهن فذلك ، ويرجع المرتهن يتبع الراهن بالزائد ، وإن تلف عند المرتهن لزمته القيمة حالة ، فإن حل الدين قاصه به وإلا أعاد القيمة على يدي عدلٍ آخر .

قوله: (ضمن العدل الفضل للراهن)^(١) . لأنه تعدى بدفعه إلى المرتهن ويتبع العدل المرتهن به .

قوله: (فليس له أن يوصي)^(١) . لأن ذلك ليس حقا له مات عنه فيكون لورثته ، وإنما رَضِيت أمانته لا أمانة غيره .

قوله: (لم يضمه)^(١) . لأنه أمين .

قوله: (وإن اتهم حلف)^(١) . لأن كل من يتهم يحلف ، كالمودع وغيره .

قوله: (كان الثمن من الذي له الدين)^(١) . وقيل: من الراهن ، وسبب الخلاف: هل تصرف الحاكم في ذلك لحق الراهن أو لحق المرتهن ؟

فإن قيل تصرفه للراهن حتى يقبض المرتهن حقه ، فعلى ضمان الراهن تلف ، وإن قيل بالبيع ينقطع التصرف عن الراهن ويصير الثمن للمرتهن ، فعلى ملكه ضاع وهو الظاهر ، لأنه لو شاء الراهن أخذ الثمن من المأمور لم يجز له على ذلك وقد تعلق حق المرتهن بعين الثمن ، وله جبر المأمور على أخذ الثمن منه .

قوله: (كغرماء المفلس)^(٢) . فيها أيضا القولان .

قوله: (صدق المرتهن)^(٣) . لأنه مُدَّعى عليه ، وكل من دفع لغير من ائتمنه

(١) التهذيب (٥٤/٤) .

(٢) في التهذيب «لغرماء المفلس» (٥٤/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٥٤/٤) .



بغير بيّنة فلا يقبل قوله ، أصله الوصي مع الأيتام .

قوله : (إنما باعه بخمسين)^(١) . فقد اعترف أن الرهن إنما يساوي خمسين ، والآخر أنه يساوي مائة ، فالخمسون الزائدة التي يضمنها المأمور بتفريطه إذ لم يدفع بيّنة لا يختص بها المرتهن [١/١٧٣] أحدا بإقراره ويدخل فيها الغرماء ، وهو أسوتهم فيها بالخمسين التي بقيت له قبل الراهن فلا رهن .

وقيل : يختص بها المرهن نظرا إلى اعتراف المأمور أن الرهن ساوي مائة ، وهو ضعيف .

قوله : (ويرجع المرتهن بحقه)^(٢) . ويصير بلا رهن ، ولو وجد المستحق عين سلعته عند المبتاع كان له أخذها ، ورجع المبتاع بالثمن على المرتهن ، وإذا تلفت عند المبتاع بأمر من الله سبحانه فليس للمستحق إلا إجازة البيع وأخذ الثمن ، وإن أتلّفها هو فللمستحق أن يضمّنه القيمة ، ويرجع المبتاع بالثمن على المرتهن وإن تداولتها الأيدي بالبيع ، كان للمستحق الخيار في إجازة أيّ بيع شاء اتّفقت الأثمان أو اختلفت ، فإن اختار الأخير انفسخ الجميع ، ويرجع الأخير على من باع منه ، ومن باع منه على من باع منه ، إلى آخرهم ، وإن اختار إجازة الأول لم يفسخ سواه ، وإن اختار الأوسط انفسخ ما قبله وصحّ ما بعده .

قوله : (لم يجز)^(٢) . لأنه إنما أذن له في البيع لا في الشراء ، والحنطة وسائر العروض ليست أثمانا ، فلذلك كان متعديا فيضمن إن تلف بيده ، بخلاف إذا باع بالنقد لا يضمن إن تلف بيده .

قوله : (صدق الراهن)^(٢) . لأنهما قد اتفقا على الأجل ، والأصل بقاؤه ،

(١) التهذيب (٤/٥٤) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٥) .

والراهن مدّع للأصل .

قوله: (إذا أتى الراهن بأمر لا يستنكر)^(١) . لأنه إذا ادّعى أجلاً بعيداً يكذبه العرف بطل .

قوله: (بعد أن فاتت)^(١) . أي إن لم تفت تحالفاً وتفاسخاً .

قوله: (فادعى المبتاع أجلاً قريباً صدق)^(٢) . لأن العرف يشهد له ، بخلاف البعيد يكذبه العرف .

ووجه تصديق المبتاع: أنه قد صار بالتلف غارماً فكان القول قوله ، ووجه قول ابن القاسم: أن الأصل في البياعات الحلول فمن ادّعاه قوي بالأصل .

قوله: (إلا أن يقرّ بأكثر مما ادّعاه البائع)^(٢) . أي يقول البائع مثلاً: تسعة حالة ، ويقول المبتاع بعشرة إلى أجل فلا يقبل قوله عند ابن القاسم ، لأنه يتّهم أن يكون زاد في الثمن ليصدق في دعوى الأجل .

قوله: (أو أجره أو أعاره)^(٢) . حقيقة الإجارة تملك منافع العين بعوضٍ ، والعارية تملك منافع العين بغير عوضٍ ، وكيف يتحقق ذلك هنا والراهن يملك منافع الرهن بالأصالة ، وكيف يدفع فيها عوضاً؟ فهذا محمول على أن يكون المرتهن قد استأجر الرهن لمدة قبل مصيره رهناً أو بعده ، ثم يستأجره الراهن تلك المنافع التي قد ملكها المرتهن ، أو يعيره إياه ، فإن أطلق ذلك بطل الرهن ، وإن قيّده بأجلٍ وعند الأجلٍ قام يطلبه بالرهن لم يبطل ، إلا أن يفلس الراهن ، أو يموت قبل الأجل فيبطل الرهن ، لتعلّق حقوق الغرماء والورثة به .

(١) التهذيب (٥٥/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٥٦/٤) .

قوله: (إلا أن يعيره على ذلك)^(١). من هنا يُفهم ما قلنا من أنه إن أُطلق بطل الرهن.

قوله: (وبقي بيدك)^(٢). أي حكماً أو حساً فلن الرهن بطل بتصرف الراهن فيه، وهذا أيضاً كما تقدّم أن دفعها له ليزرعها مطلقاً بطل الرهن، وإن قيد بتمام الزرع ثم طلبها منه بعد الزرع رجع الرهن إليه، ما لم يفسد أو يمرض أو يموت قبل تمام الزرع.

قوله: (بإذن الراهن)^(٣). هذا من المواضع التي ليست يد الوكيل فيها كيد الموكل للضرورة، أما لو [كل]^(٤) الراهن أجنبياً غير المرتهن فتصرف له فيها فإن الرهن يبطل، لأن يد الوكيل حينئذ بخلاف يد العدل لأنه قابض للمرتهن.

قوله: (فضياعه من الراهن، لإذنه فيه)^(٥). أي لما كان إخراجها من يد المرتهن بإذن الراهن صار ذلك كما لو تلف [ب/١٧٣] عند عدلٍ، فهو من الراهن.

قوله: (بوجب لها الصداق كله)^(٦). أي المطالبة فيه والتصرف، لأنها يمكنها أن تطلب الدخول الذي يوجب لها الملك اتفاقاً، وكل من قال: إنه يجب بالعقد لها كل الصداق الطلاق مشطراً والنصف والدخول مكمل، ولا يحب لها به شيء، والدخول مثبت للكل، والطلاق للنصف فإنه يقول: يوجب طلبها له وصحة تصرفها فيه.

(١) التهذيب (٥٦/٤).

(٢) في التهذيب «وهي بيدك» (٥٧/٤).

(٣) المصدر نفسه (٥٧/٤).

(٤) كذا، ولعل الصواب: وكل.

(٥) في التهذيب «فضياعه على الراهن» (٥٧/٤).

(٦) المصدر نفسه (٥٧/٤).

قوله: (والرهن أجمع رهن بنصف الصداق كمن قضى بعض الدين)^(١).
هذه متفق عليها، وأما لو باع سلعتين ورهنه فيهما رهنا ثم استحققت إحداهما،
فهل يبقى الرهن كله في الباقية أو نصفه؟ قولان.

والفرق أنهما في القضاء دخلا على أنه رهن بالكل ولم يضمن خلاف
ذلك، وفي مسألتنا تبين أخيراً أن الرهن وقع فيما لها وفيما ليس لها.

قوله: (من أحاط الدين بماله)^(٢). أي قبل التفليس، وسبب الخلاف: هل
هذا إخراج للمال بغير عوض فلا يجوز، أو بعوض لأنه يقابله من الثمن حظ
فيجوز؟

قوله: (هي التي فيها الرهن)^(٢). أما إذا قيّد عند الدفع فقال: هذه مائة الرهن
فلا كلام.

وكذلك إذا حلّ أحدهما، مثل أن يحلّ أجل مائة الرهن فالقول قول من
ادّعى أنها المقبوضة، لأنّ الآخر يدّعي قبض التي لم تحلّ بعد؛ فهو يدّعي عليه
التطوع بدفعها، والأصل خلاف التطوع، ولكن إذا حلّ معاً وأطلقا فالمرتتهن
يدّعي بقاء الرهن عنده والأصل خلافه بعد أداء المائة التي رهن فيها، والراهن
يدّعي إخراجه من يده والأصل خلافه، وليست إحدى المائتين بالرهن أولى
فتقسم المائة المقبوضة بنصفين؛ أحدهما من مائة الرهن والثاني من التي لا رهن
فيها فلا يبقى للمرتتهن اختصاص إلا بنصف الرهن فقط، وتبقى له خمسون
برهن، وخمسون بلا رهن.

قوله: (ولم يقبض رأس المال)^(٢). أي فتبطل الإقالة لأن من شرطها قبض

(١) التهذيب (٥٧/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥٨/٤).

رأس المال ، وإذا بطلت صار بيعا محققا ، وفيه فسخ دين في دين ، وبيع الطعام قبل قبضه ، فبطل البيع والإقالة وبقي الدين صحيحا على أصله .

ولو قبض رأس المال مكانه صحت الإقالة ، وهي يجوز فيها بيع الطعام قبل قبضه .

قوله : (دخله بيع الطعام قبل قبضه)^(١) . أي الممنوع ، وإلا فالإقالة يجوز فيها ذلك^(٢) .

قوله : (وذلك لازم لليتيم)^(٣) . أي في ماله لا في ذمته لأنه لا ذمة له .

قوله : (وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة)^(٣) . لأن له النظر في ماله بما ينمي .

قوله : (ولا يعجبني)^(٣) . أي لا يجوز ، لأنه يتهم أن يحابي نفسه إذا عمل فيه بجزء من الربح ، بخلاف تصرفه لليتيم في ماله بغير جزء من الربح لا يتهم فيه ، وهو قوله : «إلا أن يتجر لليتيم فيه»^(٣) ، أي بغير جزء من الربح .

قوله : (ويرجع عليهم إن كان يوم السلف عرض)^(٣) . لأن في ذلك رفقا بهم .

قوله : (لم يكن له ذلك)^(٣) . لأن الصبي لا ذمة له ، وفي الأول إنما أقرضه على غير ماله ، فإذا أقوضه على ذمته لم يكن له شيء ، لأن نفقة اليتيم حينئذ من بيت المال .

وقال أشهب : يرجع عليهم إن حدث لهم مال ، وإلا فمنعه من الرجوع عليهم يمنع المعروف بين الناس . وقال المخزومي فيما إذا ترك الميت مالا أنفق الوصي

(١) التهذيب (٤/ ٥٨) .

(٢) في الحاشية : {الخارج في خدمته} كلمة غير واضحة .

(٣) التهذيب (٤/ ٦١) .

على أولاده الصغار، ثم تبين عليه مال، فإن الغرماء يتبعون الصغار بذلك متى جدت لهم مال لأنهم أنفقوا بمال الغير.

قوله: (وليس للوصي أن يأخذ رهنا)^(١). لأن من شرط صحة الرهن الحوز، وذلك لا يصح من الوصي لا أنه يجوز من نفسه لنفسه فلو جعله على يد عدل صح واختص به دون الغرماء، ولو أخذ له ديناً من غيره وأخذ له رهناً من مالهم، وحازة [١/١٧٤] هو لصاحب الدين لأنه يحوز من نفسه لغيره.

قوله: (لله علي أن أصوم)^(٢). هذه مسألة من الصوم وقعت هنا في غير موضعها، ولذلك قيل للمدونة المختلطة، والتهذيب على نسقها ولذلك اختاره الناس، ولأن الشروح عليه.

ولنا قول ثانٍ كقول الشافعي: لا بد من النية في كل يوم.

ووجه المذهب: القياس لجميع المدة على أول ليلة بجامع أن الفعل المنوي والنية لم يتخلل بينهما زمان يصح صومه.

قوله: (إلا بإذن صاحبه). لأنهما كشخص واحد إذ لم يرضى الموصي تطراً أحدهما بانفراده.

قوله: (عزل الورثة). لأنه ليس لهم القبض للغير، إذ لم يوكلهم على ذلك فضياع المال منهم، بخلاف قبض الحاكم له، لأنه ناظر لجميع الناس فهو وكيل لهم، فما ضاع مما قبض له فهو من ربه.

قوله: (ومن زوج أمته). فرع فيها على (.) أن الزوجة تملك جميع الصداق

(١) التهذيب (٦١/٤).

(٢) هذا إلى قوله: (من غير حاجة) كله من التهذيب (٦٢/٤).

بالعقد ، فكأنه لما طلقها استحق نصفه ، فالتق مقدم على الدين فلا يبطل ، ويتجه أن يقال: تبين أخيراً لما طلقها الزوج أن الدين كان متقدماً على العتق فيبطل ، وهو قول ثان .

وقال فيمن أمر عبده ببيع سلعة وقبض ثمنها واستهلكه السيد ، ثم عتق العبد ، ثم استحققت السلعة ولا مال له : إن العتق يبطل .

والفرق أنه هنا تبين أخيراً أن الدين مقدم على العتق ، وفي الأولى الزوجة قد ملكت الصداق كله فلما طلقها ملك نصفه ملكاً ثانياً كما يملك المعتصر الهبة ملكاً ثانياً بعد أن خرجت عن ملكه .

قوله : (وليس للسيد أن يأخذ مهر أتمته) . لأن الشرط العرفي كالشرعي ، وقال في موضع آخر : إذا باع الأمة وقد زوجها ، فهو أحق بالصداق ، وهذا مناقض لما تقدم لأنه لا يجب للزوج على المشتري أن يجهزها له .

والفرق أن الزوج دخل في هذه الصورة على أن للسيد بيعها والاختصاص بالصداق ، وقيل : أراد بقوله « ولكن يجهزها » إذا (.) معه بيتا على حدة ، أما إذا أسكنها معه فلا .

قوله : (لم يجز الرهن) . لأنه ليس له أن يتصرف في شيء من ماله إلا بالمصلحة له .

قوله : (من غير حاجة) . تحرر من أن يكون معسراً فتكون نفقته في مال الإبن ، فيكون الرهن حينئذ من مصالح الإبن .

قوله : (لبعض من يلبان من بعض)^(١) . لا خلاف في هذا ، وكذلك الجد

(١) التهذيب (٤/٦٣) .

ينكح ابن ابنه من بنت ابنه ، والخلاف في الرجل يعتق أمته ويزوجها من نفسه فقد تولى طرفي العقد منه الشافعي فعورض بالجد ، وفرق بأن الجد قام مقام اثنين .

قوله : (.)^(١) . يعني في العقد ؛ لأنه إن كان بعد العقد فهو هدية المديان ولا تجوز ، لأنه ربما أخره عند الأجل بذلك فيكون سلفاً جرّ نفعاً ، إلا أن ذلك موهوم فلذلك كره ولم يحرم ، وإذا كان في العقد مكانه باع منه السلعة بدراهم وبمنافع الرهن ، ولا بد من الأجل ؛ لأن الإجارة لا بدّ لها من أجل ، والإجارة والبيع يحوز اجتماعهما ، وكره ذلك مالك لأمرين :

أحدهما : أن البائع لا يدري كيف يرجع إليه الرهن ، وهذا منقوض بالإجارة .
والثاني : لتناقض الأحكام ، لأن الرهن مضمون والإجارة غير مضمونة .

واعترض بأنه كره ذلك في الحيوان ، ولا يضمن في الرهن لأنه لا يغاب عليه ، ولكن على قول مالك إذا وقع هذا صحّ ، فإن وقع وضاع الرهن بعد أجل الإجارة وهو مما يغاب عليه وقامت بينة فلا ضمان ، وإن لم تقم بينة فينظر [١٧٤/ب] كم يقابل المنافع من الثمن ويضمن الباقي لأنه الرهن ، وإن ضاع أولاً ولم تقم بينة رجع البائع بما يقابل المنافع من عين سلعته التي خرجت عن يده ، لأن الثمن معين . هذا إن كان قائماً ، أو بقيمة ذلك إن كان تالفاً ، وإن ضاع بعد ذلك نظر كم قدر ما مضى من المنافع وما بقي .

قوله : (لا بأس برهن المصحف)^(٢) . كلّ ما يجوز بيعه يجوز رهنه ، وبيع

(١) كذا في المتن من غير أن يذكر رأس المسألة ، والظاهر من الشرح أنها : قوله « وإذا اشترط المرتهن منفعة الرهن فإن كان الدين من قرض لم يجز ذلك ؛ لأنه سلف جر منفعة . وإن كان الدين من بيع ، وشرط منفعة الرهن إلى أجل مسمى ، قال مالك : لا بأس به في الدور والأرضين . » (٤/٦٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٦٣) .

المصحف جائز ، وإنما كره أن يتخذ متجراً لما في ذلك من امتنائه ، وكره مالك بيع كتب الرأي ، وعلل ذلك بأن فيها ظنوناً ولا يجوز بيع الظنون ، بخلاف بيع المصحف لأن ما فيه حق .

وقد كرهوا إجارة المصحف لأن البيع في ذلك يتمحض للقراءة ، بخلاف البيع فإنه يرجع إلى الجلد والرق وتكون الكتابة تبعاً ، وعلى هذا لا يكره بيع الكتب ؛ لأن الظنون أيضاً تبع ، ومن الأشياء ما لا يجوز انفراده ويصح بالتبعية . قوله : (ولا يقرأ فيه)^(١) . لأنه إن كان في قرض كان سلفاً جرّ نفعاً ، وإن كان في بيع كان فيه إجارة المصحف .

قوله : (فوسّع له ربُّ المصحف)^(١) . أي تبرّع بذلك ، فإن كان في قرض فهو سلفٌ ينفع ، أو في بيع فهو هدية المديان ، ولا تجوز لما فيها من أكل المال بالباطل .

قوله : (في شيء مما حرم الله)^(٢) . كحمل الخمر أو عَصْرِها أو خرز الخنازير للنهي عن ذلك .

قوله : (لا ترهن الدنانير حتى يطبع عليها)^(٣) . إنما منع ذلك لأن ما لا يعرف بعينه يمكن أن ينتفع المرتهن بأعيانه ويرد المثل فيكون سلفاً ينفع ، أما في القرض فبين ، وأما في البيع فالمرتهن انتفع الراهن من قبله بالبيع ، إذ لولا الرهن الذي أسلفه إياه ما باعه وما يعرف بعينه وإن أمكن أن ينتفع به المرتهن ويتركب

(١) التهذيب (٦٣/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٦٤/٤) .

(٣) في التهذيب « لا ترهن الدنانير والدراهم والفلوس ، وما لا يعرف بعينه من طعام أو إدام ، وما يكال أو يوزن ، إلا أن يطبع على ذلك » (٦٤/٤) .

المحضور^(١) في ذلك فلا يتحقق، بل الغالب خلافه ولا تقوى التهمة إلا فيما لا يعرف بعينه فيمنع، والغالب فيما يتعين أنه إن تصرف فيه علم ذلك بتغير عينه أو بالاطلاع عليه، كركوب الدابة ولبس الحلي.

قوله: (لا يرهن خمرا)^(٢). لأن فائدة الرهن أن يبيعه ويستوفي الحق من ثمنه، وهذا لا يصح بيعه، إلا أنه إن تخللت الخمر بنفسها بقيت رهنا ولا خلاف في حلها إذا تخللت بنفسها، وإن خللتها رهنا فقولان.

قوله: (كان ولدها رهنا)^(٣). لأن كل عقد في الأم فولدها فيه بمنزلتها إذا كان موجودا بعده، أو كان حميلا يوم ذلك العقد لأنه تابع لا يصح استثنائه، بخلاف المنفصل منها قبل الرهن فلا يدخل فيه إلا بالشرط، والصحيح من المذهب أن الولد ليس بغلة فيكون رهنا كالأم.

قوله: (أو كسرتها)^(٣). فرع أولا على أن كسرها إتلاف فيلزم المرتهن القيمة وتوقف على يد عدل، لأنه لا يؤتمن عليها بعد، ولا يقاصه بذلك وإن اتحد الدين مع القيمة لأنهما دراهم، مخالفة للمرتهن بنقيض مقصوده، لأنه يتهم إن كسرها أو عيَّبها ليتعجل حقه بأخذ الخللين فيما عليه من القيمة، لما في توقيف القيمة من الغرر ولو كان ذلك التعدي بعد حلول الأجل قاصه بذلك.

قوله: (فلزمك قيمتها دنانير)^(٣). أي تقوم بغير جنسها للتفاضل.

قوله: (صرفت لك)^(٢). لا يجوز على التراضي أن يأخذها، فيكون صرفا لما في الذمة، ولا يجبر على ذلك كما يجبر إذا اتحد النوعان، فأجرى في هذا القول كسرها مجرى إتلافهما، بخلاف الأجنبي لو كسرها لم يكن عليه إلا

(١) كذا في المتن، ولعل المراد: ويتركب المحذور.

(٢) في التهذيب «ولا يجوز لمسلم أن يرهن من ذمي خمرا أو خنازير» (٦٤/٤).

(٣) المصدر نفسه (٦٤/٤).

إصلاحهما تم يقوم الأرض الذي بين قيمتهما صحيحين [١٧٥/١] ومصلحين .

والفرق أن المرتهن كان عنده أولا على الضمان ، ثم جنى عليهما فهذا ضمان ثان ، فأشبه الغاصب إذا تعدى على العين المغصوبة عنده فغلظ عليه ، وإذا قيل إن الكسر عيب فعليه أرش العيب .

ووجهه أنه كالأجنبي فلا يجب عليه إلا ما نقص ، ويكون هذا الأرض رهنا عند عدل مع الخللين إلى الأجل .

قوله: (ولا يكون الرهن بما فيه)^(١) . أي لا يعلق الرهن لأنه بيع فاسد ، لأنه لا يدرى هل يأخذ الرهن بالثمن الذي دفع أو المبيع أولا ، وفيه معين يتأخر قبضه فلا يبطل العقد الأول والرهن ، بل يصحان معا ويبطل هذا البيع في الرهن ، فإن وقع ولم يطلع عليه فيكون بحكم الرهن ما لم يحل الأجل ، فإن حل كان عنده بحكم البيع الفاسد فهو أبدا على الرد ما لم يتلف ، فإن تلف قبل الأجل وكان مما يغاب عليه ضمن المرتهن قيمته ، وإن تلف بعد الأجل فعليه قيمة الرهن .

قوله: (فلو كان هذا الرهن على يدي عدل وتلف عنده)^(٢) . فإن كان قبل الأجل فهو من الراهن كما في قبض العدل لسائر الرهان ، وتلفها عنده ، وإن تلف بعد الأجل فهل يضمن قيمة الرهن أو يكون تلفه من الراهن ؟ يبيى على هل لما

(١) التهذيب (٤/٦٤) .

(٢) لم أفق عليه في التهذيب ، وفي المدونة ، قلت أرأيت الرهن إذا كان على يدي عدل ، فدفعه العدل إلى الراهن أو المرتهن فضاع ، وهو مما يغيب عليه ، أضمن أم لا في قول مالك ؟ قال: نعم ، يضمن إن دفعه إلى الراهن ضمن للمرتهن وإن دفعه إلى المرتهن ضمن ذلك للراهن ؛ لأن الراهن لم يرض أن يكون رهنه عند المرتهن ، فإن كان الرهن كفافا بحق المرتهن سقط بذلك حق المرتهن إذا تلف الرهن في يديه ، وإن كان في قيمته فضل ، غرم ذلك العدل للراهن ؛ لأن الراهن لم يرض أن يكون رهنه عند المرتهن . (٤/١٣٩) .

صار بحكم البيع الفاسد فهل ضمان قبض العدل للمرتهن فيكون الضمان من المرتهن لأن يد نائبه كيده ، أو لم يزل يده عن حكم القبض الأول وكان قابضا لهما فيكون من الراهن وهو الظاهر ، لأن الضمان في البيع الفاسد إنما يكون بالقبض الحسي لا الحكمي .

قوله : (وينقض هذا الرهن)^(١) . أي هذا الوصف الفاسد ، ويبقى الرهن صحيحا بدليل قوله : «ولك أن تحبسه» ، ولو كان فاسدا لم يكن ذلك لك وإنما ينقض الشرط الفاسد .

قوله : (ولو حل الأجل) . أي لا يبطل حلول الأجل اختصاصك به دون الغرماء ، لأنكما على الرهنية دخلتهما ، وسواء كان عندك أو عند عدل .

قوله : (لأن شرطك ذلك ، ولم يتم لك ملك الرهن)^(٢) . أي ذلك الشرط الفاسد لم يملك به الرهن لكن لك به الاختصاص ما لم يفت بعد الأجل فيكون له حكم المبيع بيعا فاسدا .

قوله : (في الحيوان والسلع) . أي أن حوالة السوق إنما تكون فوتا في هذين لأنها مما يتخذ للتجارة بخلاف الدور والأرضين فإنها تتخذ غالبا للقنية .

وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ أَنَّهَا تَفُوتُ بِذَلِكَ ، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ الْغَرَضُ فِيهَا التَّجَارَةُ ، وَفِي ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ أَيْضًا قَوْلَانِ : الْمَذْهَبُ أَنَّهَا لَا تَفُوتُ بِحَوَالَةِ السُّوقِ لِأَنَّ الْمَثْلَ يَقُومُ مَقَامَهَا ، وَإِنَّمَا يَرْجَعُ إِلَى الْقِيَمَةِ لِتَعَذُّرِ الْمَثْلِ ، وَقِيلَ : تَفُوتُ بِذَلِكَ لِأَنَّ الْأَغْرَاضَ قَدْ تَتَعَلَّقُ بِأَعْيَانِهَا .

(١) من هذا إلى قوله : (ولا يكون دينك عليه رهنا) كله من التهذيب (٤/٦٥) .

(٢) في التهذيب «لأجل شرطك» (٤/٦٥) .

قوله: (يوم حلّ الأجل). لأنه يوم البيع ، والقبض فيه تعد شرعا فلزمت القيمة بالتعدي .

قوله: (فسدت الفلوس). أي صارت غير رائجة .

قوله: (مثل فلوسك). بناء على أن المثل يقوم مقام مثله مطلقا ، كما لو كان الثمن بدراهم أو دنائير ، ثم صارت غير رائجة فلا يلزمه إلا مثلها ، وقيل: يلزمه قيمتها يوم السلف لأنه إنما أسلفه فلوسا رائجة ، وهي الآن غير رائجة ، وباختلاف الصفة يختلف الموصوف فهي غيرها لا مثلها ، وكذلك القولان في المسألتين بعدها .

وأما إن عدت هذه الفلوس الفاسدة ولم يقدر على وجودها ؛ فقل: تلزمه قيمتها يوم القطع ، أو يوم الحكم . المذهب: يوم الحكم ، لأنه قبله إنما يجب عليه المثل من غير الرائجة [١٧٥/ب] إلى يوم الحكم .

ووجه الأول: أنه تبين بالأخير أن القيمة تجب عليه من ذلك الوقت .

قوله: (ثم صارت مائتين بدرهم). هذه مخالفة لما قبلها ، لأن الرواج هنا ما زال ، فلا خلاف فيها أنه تردّ إليه عين ما أسلفه .

قوله: (ولا يكون دينك عليه رهنا). لأن الرهن إنما يكون رهنا [ثان] ^(١) يدفعه ربه على جهة الرهنية ، وهذا ليس كذلك فيتحصّن الراهن بقية رهنه مع الغرماء في دينك الذي عليه .

وقال أشهب: بل يكون دينك رهنا له في قيمة رهنه الذي ابعته ، لأنه أولا ما وثق فدفع لك الرهن لولا الدين الذي كان لك عنده فلا تأخذ دينك منه حتى

(١) كذا في المتن .

تدفع إليه ثمن رهنه فيختص به على الغرماء ، أعني بالدين الذي عليه ، وفي قوله : «لأنه لم تر منه إياه»^(١) إشعارٌ بجواز رهن الدين عند من هو عليه ، وذلك حوز له ، بخلاف ما لو كان عند أجنبي فلا بد من دفع الركن به للمرتهن ، ويقوم ذلك مقام حوزة لأن حوز كل شيء بحبسه .

قوله : (ولم يذكر أن ذلك في دينك)^(٢) . أي رهن به أو ثمن لسلعة فيختص بذلك عن الغرماء ، ولا يخالف أشهب في هذه لأنه لا رهن فيها .

قوله : (فالرهن كشاهد للمرتهن)^(٣) . يعني في قيمته يوم الحكم ، وفيه إشكال لأن العرف الآن أن الرهن تكون قيمته أكثر من الدين فيمكن أن يكون العرف في زمان مالك أن يرهن في قدر قيمته لا أقل منها ، وإنما اعتبر القيمة يوم الحكم لأنه يوم شهادة الرهن ، ولأنه فائدة الرهن .

وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ : القيمة تعتبر يوم الرهن ، لأن الشهادة تعتبر يوم التحمل ، وهذا على أنه شاهد على ما في الذمة ، والأول على أنه شاهد على نفسه ، وهو المذهب ، ويبني على ذلك أنه إذا كان على نفسه فلا تعتبر شهادته على قدر الدين إلا إذا كان قائما ، لأن الشاهد إنما يشهد إذا كان حاضرا ، فإن تلف الرهن على هذا كان القول في قدر الدين قولَ الراهن ، لأنه مدعى عليه ، كما لو كان الدين بغير رهن وإن كان مما يغاب عليه ضمن المرتهن قيمته ، وكان القول فيها للمرتهن لأنه غارمٌ ، وعلى القول الآخر يعتبر الدين بقيمته .

وأیضا إذا كان الرهن قائما ، وقيمته سبعون ، وادعى الراهن أن الدين

(١) التهذيب (٦٦/٤) .

(٢) في التهذيب «ولم تذكر أن ذلك من دينك» (٦٦/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٦٦/٤) .



خمسون ، والمرتهن أنه مائة ، فيكون للمرتهن سبعون بيمينه وشهادة رهنه ، فإن قلنا: إنه شاهد على نفسه كان للراهن أن يدفع له الرهن في السبعين أو يفديه بها ، وذلك كجناية في رقة الرهن ، كنفقة الضالة وجناية العبد ، وكذلك كل ما في رقة الشيء ربُّه مخيّر بين أن يفديه بذلك أو يسلم ، وليس ذلك من علق الرهن ، لأنهما لم يشترطا ذلك أولا ، وعلى أنه شاهد على ما في الذمة لا يكون له دفع الرهن له ، بل يبيعه بذلك في ذمته وإن صارت قيمة الرهن بعد ذلك عشرة ، وإذا حلف المرتهن مع شهادة الرهن فهل يحلف على المائة حتى تكون يمينه موافقة لدعواه ، أو على السبعين حتى تكون يمينه على وفق شهادة شاهده ؟ ولا بد إن حلف على الكل احتاج إلى أن يحلف ثانيا على الزائد عند نكول الراهن ، فيكون قد حلف بيمينين في حق واحد ولا نظير لذلك في الشرع ، قولان . ثم ما زاد على السبعين يصير كدين بلا رهن فهو دعوى على الراهن فيحلف أنه لا يستحق عليه إلا خمسين ، ويسقط عنه الزائد على قيمة الرهن .

فإذا قلنا يحلف المرتهن على وفق دعواه ؛ فهل إذا نكل الراهن ورد عليه اليمين يحلف ثانيا أو لا ؟ قولان [١/١٧٦] ؛ فوجه أنه يحلف : أن اليمين المردودة إنما تتوجه بعد ثبوتها على من رُدَّت عليه ونكوله ، ويمين المرتهن أولا على الزيادة إنما كانت قبل أن تجب عليه شرعا ، فلا اعتبار بها .

ووجه أنه لا يحلف : أنه قد حلف على ذلك أولا فيستغني بذلك ثانيا .

قوله : (يوم الحكم)^(١) . لأن فائدة الرهن إنما تظهر ذلك اليوم ، وقيل : يوم الرهن ، لأن الشهادة إنما تعتبر يوم التحمل .

قوله : (فإنما يبرأ من الزيادة على قيمة الرهن)^(١) . أي لأن ما زاد كدين بلا

(١) التهذيب (٤/٦٦) .

رهن فير به منه بيمينه لأنه مدعى عليه فيه بلا شاهد .

قوله: (والا فليس له أخذه)^(١). أي ويبقى عند المرتهن بذلك ، وهذا تفریع على أنه شاهد على نفسه فيكون ذلك كجناية في رقبة فللراهن افتدائه أو إسلامه ، ولا يكون ذلك من علق الرهن لأنهما لم يدخل على ذلك بالشرط ، وأيضا الراهن مخير بين افتدائه وإسلامه ، وفي الحديث: «الرهن بما فيه»^(٢) أي تعتبر قيمته عند الإنكار كما تقدم .

قوله: (فالقول قول المرتهن إلى مبلغ قيمة الرهن)^(٣). أي ويكون ما زاد دينا بلا رهن ، لأنها اتفقا على الرهنية في ذلك ، واختلفا في قدر الدين الذي فيه رهن ، وقد قلنا: إن الرهن شاهد للمرتهن .

قوله: (فللراهن أخذ رهنه إذا عجل الخمسين قبل أجلها)^(٣). لأن الأجل في الدراهم والدنانير إنما هو للمديان ، وقال غيره: بل يكون رهنا في جميع المائة ، ويكون القول قول المرتهن في الجميع ، لاتفاقهما على أصل الرهنية .

قوله: (فكما لو أنكرها)^(٣). أي الزيادة ، لأنه مدعى عليه فكذلك لا يلزمه بقاء رهنه في أكثر من قيمته ، لأن ذلك دين غير ثابت له .

قوله: (تواصفاه ، ويكون القول قول المرتهن)^(٣). لأنه غارم لقيمة المتلف ، والغارم مصدق كالغاصب إذا أتلّف المغصوب فهو مصدق في صفته لأنه غارم هذا الغرم الخاص .

(١) التهذيب (٦٧/٤) .

(٢) الحديث البيهقي السنن الصغرى ، كتاب البيوع ، باب الرهن غير مضمون ، رواه الدارقطني في سننه كتاب البيوع ، رقم ٢٩١٦ ، عن حميد عن أنس ، وقال: لا يثبت هذا عن حميد ، وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء .

(٣) التهذيب (٦٧/٤) .

قوله: (صدق المرتهن مع يمينه)^(١). أي بعد الوصف واليمين على الصفة إن أنكره الراهن.

قوله: (ويسقط من الدين)^(١). أي بالمقاصة ويبقى الثوب الآخر رهنا في الباقي.

قوله: (فالقول قول الراهن)^(١). لأنهما لم يتفقا هنا على الرهن إلا في أحدهما واختلفا في الآخر، والأصل عدم الرهن، والقول قول من ادعى الأصل. قوله: (أودعني)^(٢). أي فلا ضمان علي فيه.

قوله: (النمط هو الرهن)^(٢). أي فيضمنه بالراهن يدعي تضمينه للنمط، والأصل براءة الذمة، والمرتهن يدعي كون الجبة رهنا، والأصل خلاف ذلك، فسقط الدعوتان.

قوله: (على أن يرهنيك عبده ميمونا)^(٢). هذا رهن معين فلا يجب عليه خلفه.

قوله: (لم يبطل الرهن). لأنه لازم بالعقد، وإنما القبض متمم له.

قوله: (فيكون أسوتهم)^(١). أي إن تلفت عنده وإلا فإن كانت قائمة فأنت أحق بسلعتك.

قوله: (مضى البيع)^(٢). لأنك فرطت في تركه عنده فكأنك أذنت له في التصرف فيه، ويفهم من تعليله بقوله لأن تركك إياه أنك لو قمت عليه تطلبه دون تأخير كان لك نقض البيع، وقيل: ليس له نقض البيع البتة، لأن تركه إياه عنده لم يقبضه إذن في التصرف فيه.

(١) التهذيب (٦٧/٤).

(٢) المصدر نفسه (٦٨/٤).



قوله: (وبيعك الأول غير منتقض)^(١). وإن كان على شرط الرهن؛ لأنك بمنزلة من رد الرهن إليه، ولو كنت لم تدفع إليه السلعة أولا كان لك منعه منها حتى يقبض الثمن.

قوله: (على أن يأخذ به رهنا)^(١). هذا رهن مضمون غير معين.

قوله: (فلا يقبض البيع)^(٢). لأنه كان على رهن ولم يوجد.

قوله: (وأخذ سلعتك)^(٣). هذا إن كانت قائمة، وإن تلفت عنده [١٧٦/ب] فقل: أنت مخير بين أخذ ثمنها منه عند الأجل أو قيمتها الآن.

وقيل: بل ينقض البيع وتكون لك القيمة لا غير.

وقال ابن المواز: يلزم على التخيير إشكال وذلك من خير في شيئين فاختر أحدهما هل يعد متقلا أو لا بل ما أخذ هو الذي وجب له فقط؟

فعلى الأول يكون قد وجب له كثير يفسخ في دين أقل منه أو أسلف ليأخذ أكثر من ذلك، فالوجه القول بالقيمة لا غير.

قوله: (فليدفعها إلى الإمام)^(٣). هذا من أجل أن يكون مذهب الإمام أنه يجوز تخليلها، وفي جواز تخليل الخمر وحليتها بذلك قولان.

وأما مصيرها خلا بنفسها فلا خلاف أن ذلك يحلها، وكذلك الوصي يجد في التركة خمرا لا بد أن يرفع أمرها إلى الإمام لئلا يكون مذهبه جواز التحليل فيغرمها الوصي إن أراقها.

(١) التهذيب (٦٨/٤).

(٢) في التهذيب «فلك نقض البيع» (٦٨/٤).

(٣) المصدر نفسه (٦٨/٤).

وكذلك لا يخرج عن اليتيم زكاة الفطر من ماله إلا بأمر الإمام ، لئلا يكون حنفيا يرى أنها لا تجب ، وإذا تخللت الخمر بنفسها فإنها تطهر لأن الأجزاء التي كانت نجسة لإسكارها صارت طاهرة ، وإذا خللت الخمر بشيء يجعل فيها كالعجين مع طهارتها قولان: أحدهما لا يطهر الخل لأن ذلك الذي جعل فيها قد صار نجسا بملاقاة الخمر ، ثم حلّ في الخل نجس فتنجس ، وقيل يطهر لأن ذلك الذي جعل فيه قد صارت الأجزاء التي تخللته من الخمر خلا ، ويقال: إن كل عصير من العنب لا بد أن يكون خمرا أوّلا ، ثم يصير خلا ، وهذه الخمر محترمة ، والخمر ضربان: محترمة وغير محترمة .

وأما الإناء يكون فيه الخمر فيراق منه ؛ فإن كان زجاجا أو (.) فإنه يطهر بالماء لأنه لا مسام له ، وإن كان فخارا فهل يطهر بالماء أو لا ؟ قولان: أحدهما لا يطهر لأن أجزاء النجاسة قد تحللت أجزاءه فلا يزول بالماء . والثاني يطهر بجعل الماء فيها المدة الطويلة ويبقى .

مسألة مشكّلة: وهي إذا تحللت الخمر وصارت طاهرة وقبل مصيرها خلا كانت عند غليانها ينتهي إلى فم الإناء حتى ينجس بها ، فكيف يخرج منه الخل إن أريق لا تبين مواضع النجاسة فيتنجس ، فقال ابن عوف: يثقب في أسفله ثقبه ويخرج منها .

قوله: (إذا ملك المسلم خمرا)^(١) . صورته: أن يرثها من عبد له كافر ، فهذا ملكه جبري وكذلك لو أسلم عليهما .

قوله: (ولا يخللها)^(١) . المذهب أن ذلك يكره ، وإن وقع صح ، وقيل: لا

(١) التهذيب (٤/٦٨) .

يباح له بذلك معاملةً له بنقيض قصده ، وبناء على أنها لا تطهر كما تقدم .

قوله : (لا بأس برهن جلود السباع)^(١) . لأنها تطهر بذكاتها وإن لم ترجع وفيه العدل بتبعض الزكاة لأنها لم تؤثر في اللحم ، ومنع ذلك المخالف لأن الزكاة لا تتبعض لأنها شيء واحد ، ولنا عمل الصحابة .

قوله : (لا يجوز رهن جلود الميتة) . لأن المذهب أنها لا تطهر وإن دبغت ، ولكن يجوز أن يجعل فيها بعد الدبغ اليابسات والماء دون غيره من المائعات لأنه يمنع عن نفسه بخلاف المائعات إذ لا ينجسه إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه ، وكره ذلك في خاصة نفسه أعني جعل الماء فيها ، وعلى هذا لا يجوز بيعها ولا فائدة في رهنها ، وعلى قول ابن وهب أن الدباغ يطهرها طهارة عامة ، يجوز بيعها ورهنها .

قوله : (ويجوز ارتهان ما لا يجوز بيعه في وقت ، وقد يجوز في وقت)^(٢) . هذا القسم كالتمر لم بيد صاحبه ، لأنه لا يجوز بيعه قبل الصلاح ، ويجوز بعده ، وأما بشرط القطع فيجوز مطلقاً .

وتم قسم لا يرهن ولا يباع وهو ما لا يصح ملكه ، كالخمر والخنزير وكذلك الجنين [١٧٧/١] على مذهب المدونة ، وقسم لا يباع بوجه ويجوز رهنه كالعبد الآبق ومثله الجنين على قول ابن الجلاب ، وما لا يباع ويصح رهنه كالمدير ، وما يرهن ويباع وهذا كثير .

قوله : (مثل زرع أو ثمر) . أي على التبقية .

(١) هذا إلى قوله : (جائز أن يرهن أم ولده) كله من التهذيب (٦٩/٤) .

(٢) في التهذيب « وقد يجوز بيعه بعد ذلك » (٦٩/٤) .

قوله: (وتعجلت دنيا مماله)^(١). لأنه لا تدري هل يسلم الزرع أو الثمر أو لا ، فإن كان للميت مال أخذت الدين من تركته وسلّمت الرهن إلى ورثته ، وإن لم يدع مالا انتظرت صلاح ذلك ، وإن كانت عليه ديون وترك ما لا يفي بها دخلت معهم في المحاصة .

فإذا بدا صلاح ذلك ؛ فإن ساوى قدر دينك رددت للغرماء ما أخذت في المحاصة وإن ساوى بعضه فهو الذي كان ينبغي أن يضرب به أولاً فترد ما زاد على ما يقابله على ما تقدم .

قوله: (ويحكم بين أهل الذمة). لأنهم إنما بذلوا الجزية ليدفع عنهم التظالم مطلقاً من غيرهم ، وفيما بينهم .

قوله: (وإذا رهن المكاتب أو ارتهن فجائر). لأنه قد أحرز نفسه وماله ، فجاز تصرفه على وجه النظر كالمأذون والمكاتب ما دون له أيضاً في التصرف لكن على وجه النظر .

قوله: (فليس له أخذه). لأنه عند شرطه وقد لزمه ذلك .

قوله: (لم يجز ، كما لا يجوز الحماله بها). إنما كان ذلك لأنه يؤدي في بعض الصور إلى أكل المال بالباطل ، فإذا دفع رهنا في الكتابة أو حميلاً فحل نجم منها بيع الرهن أو غرم الحميل ثم عجز المكاتب بعد ذلك صار عبداً وخسر الراهن والحميل ما أديا .

قوله: (جائز أن يرهن أم ولده). أي عند سيده وعند غيره في دين يأخذه يؤدّيه عن نفسه ، لأن أم ولده ملكه ويجوز له بيعها ، بخلاف ولده هو ملكٌ لسيده

(١) كذا ، وفي التهذيب «دينك من ماله» المصدر نفسه (٦٩/٤).



سواء كان معه في الكتابة أو لا ، فلا يتصرف في ملك غيره .

قوله : (ليس له أن يرهنه سواه)^(١) . لأنه معين فوّته بالعتق .

قوله : (بقي العبد رهنا)^(١) . أي وقف عتقه وعجل الدين ، هذا إن لم يكن عرضا من دين ، فإن كان لم يجبر المرتهن على قبضه ؛ فإن أتاه برهن آخر صحت الكتابة والعتق ، وإلا فقولان في العتق أحدهما يجبر على القبض لحرمة العتق ، وقيل : لا يجبر ويوقف العتق إلى الأجل ، وتكون الكتابة رهنا بالدين فإن رماه عند الأجل بعد العتق والكتابة ، وإلا بيع العبد المعتق والكتابة .

وإن كان الراهن معسرا لم ينفذ شيء من ذلك ويبقى الأمر إلى الأجل ، فإن وفاه صح ذلك وإلا فلا .

وفي التدبير قولان : إذا كان الراهن مليا هل يجري مجرى العتق أو لا ؟

والفرق أن المدبر إنما يخرج من الثلث ويباع بعد الموت لكل دين سابق أو لاحق ، لأن المديان لا ثلث له فهو كالعبد فصَحَّ رهنه بخلاف المعتق .

قوله : (لأن الرجل يرهن مدبره)^(١) . لا يجوز في أصل عقد الجهل ، لأنه إنما يباع للدين الذي حدث بعده موت السيد ، فلا يدري المرتهن متى يموت الراهن وللرهن حظ من الثمن ، فيدخله الغرر والجهل ، وإنما يجوز خارج العقد ، فإذا كان بعد موت الراهن وله ثلث خرج حراً وإلا بيع .

قوله : (التدبير كالعتق)^(١) . أي إن شاء فيه التدبير مثل العتق سواء فتعجل الدين من أجلها إن لم يكن عرضا من دين فإن كان فالقولان .

قوله : (أو كانت مخللة)^(١) . فيها قولان : المذهب يبطل الرهن ، لأنه لما

(١) التهذيب (٧٠/٤) .

لم يحفظها فقد علم أنها تتصل بسيدها فكأنه أذن له في ذلك ، وقيل لا يبطل لأنه لم يأذن له كما لو تسور الراهن عليها فوطئها ، لكن إن حملت عجل الدين ، لأن أم [١٧٧/ب] الولد لا يصح رهنها إذ لا تباع فيعجل الحق أو يأتي برهن آخر .

قوله : (بيعت الجارية)^(١) . إنما يباع منها مقدار الدين ويعتق الباقي إن كان ثمنها أكثر .

قوله : (حُدّ)^(٢) . لأنه زانٍ .

قوله : (وهي بكر)^(٢) . قال أشهب لا شيء لها ، كما لا شيء للبكر الحرة في ذلك وهي محجورة مثلها ، لأنها تبرعت بذلك ولم يطرأ عليها شيء .

قوله : (فلا شيء عليه)^(٢) . كان ينبغي أن يكون لها الصداق ، لكن لا صداق في الزنى تطوعا البتة ، إلا أن (.) كالأفضاء فيلزمه الأرش ؛ لأنه إتلاف لم يتضمنه النكاح .

قوله : (لم تعتق عليه)^(٢) . لنا في (.) الزنى ثلاثة أقوال :

المذهب : لا يجوز له نكاحها .

وقيل : يجوز كمذهب الشافعي لأنها لأته فجاز النكاح كالأجنبية .

والثالث : الكراهة ، ويجوز له بيعه اتفاقاً وإن اختلف في تزويجه إياها ، لأن ذلك احتياط على الفروج .

قوله : (فذلك للعبد)^(٢) . أي يجبر الغرماء على ذلك ، وهذا يتفق إذا أعتق بماله أو وهب له مال .

(١) التهذيب (٧٠/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٧١/٤) .



قوله: (ومن استعار سلعة)^(١). هذا المعير لا يدري هل ترجع له عين السلعة أو قيمتها، وصحّ ذلك لأنه معروف.

قوله: (ويُقضى للمرتهن ببيعها)^(١). لأن المعين على ذلك دخل.

قوله: (لا يتبع المعير المستعير بقيمتها)^(٢). لأن يده كيد المرتهن، والعارية مما يغاب عليه أيضا مضمونه، وإن شاء اتبع المرتهن بقيمتها.

قوله: (وأراه ضامن)^(٣). أي يضمن مطلقا، كانت مما يغاب عليه أو لا، وكان للمعير مقال لأنه يقول: لو رهنيتها في دراهم سهل على فداؤها ولا أقدر على الطعام.

قوله: (إلا أن تكون قيمة العبد أقل من الدين)^(٤). إنما عليه الأقل منهما، فإن كانت قيمة العبد أقل قال: لم أتلف عليك إلا الرهن وهذه قيمته، وإن كان الدين أقل قال: لم أتلف عليك إلا الدين فقط.

قوله: (لم ينفعه إقراره)^(٥). فإن كان مليا عجل الدين وصار العبد للمقر له، وإن كان معسرا بقي رهنا في الدين إلى الأجل فيباع فيه، وما بقي من ثمنه يكون للمقر له.

قوله: (وليس له أن يتلف مال سيده). وإن لم يعلم بذلك فقولان:

المذهب يعتقون على السيد، لأن للسيد بشبهة الملك ويملك أن يملك.

(١) التهذيب (٧١/٤).

(٢) وفي بعض النسخ «لأتبع المعير» انظر التهذيب (٧١/٤).

(٣) كذا، لعل الصواب ما في التهذيب «وأراه ضامنا» (٧١/٤).

(٤) من هذا إلى قوله: (لم يجز ذلك) كله في التهذيب (٧٢/٤).

(٥) في التهذيب «لم يجز إقراره في هذا» (٧٢/٤).



وقيل: لا يعتقون، لأن العبد مالك، ويجوز له أن يطاء بنت سيده بالملك كالأجنبية.

قوله: (ولا يكون هنا رهنا). لأن نسبة الرهن أن يبقى حتى ينصف من ثمنه إن تعذر عليه.

فقوله: (إن مضت سنة خرج من الرهن). إخراج له عن حكم الرهن فلم يكن رهنا.

قوله: (لم يجز ذلك). يعني إذا باعها بالثمن الذي أمرته به ولكنه أخذ توثقة، فإن كان الرهن مما يغاب عليه فهو متعدّد، وإن كان مما لا يغاب عليه فما فعل إلا خيراً لكن في إمساكه الرجل كلفة وإن شاء ردّه وبقي المبيع.

قوله: (وضمنانه من المأمور)^(١). لأنه متعدّد.

قوله: (بالدين على القراض)^(١). أي يأخذ ديناً على ذمّته ويضيفه إلى القراض، لأنه أسلفه ذلك لمكان الربح.

قوله: (لم يجز ذلك)^(١). لأن شراءه بالدين تعدّد، ورهن العبد الأول فيه تعدّد آخر.

قوله: (بالدين على المضاربة)^(١). أي ليأخذ ديناً على ذمّته ويعمل فيه والربح بينكما، فهذا من أكل المال بالباطل.

قوله: (فأصلحها المرتهن)^(٢). لا يلزم الراهن ذلك، كما لو تهدّمت الدار الرهن، فإذا أصلحها المرتهن كان ذلك جناية في رقبة الزرع أو النخل لأنه أنفق

(١) التهذيب (٧٣/٤).

(٢) المصدر نفسه (٧٣/٤).

عليه حتى حيي فيقدم ذلك على الدين .

قوله: (فليس لهم ما زاد على كراء تلك السنة)^(١). هذا المذهب أنه إنما جاء [١/١٧٨] ربه ذلك لمكان زرعه لثلا يتلف ، وذلك في سنة واحدة فغاياته أن يخسر عليه رب الأرض كراء سنة واحدة كما لو كان الكراء كله لسنة واحدة .

وقال ابن الماجشون: يجوز له أن ينفق عليه كراء السنين كلها حتى يسلم زرعه ، ويبقى باقي السنين بلا كراء .

قوله: (ولم يذكر الأرض)^(٢). أي أطلق بذكر التحمل فقط ، أو بذكر الأرض فقط ، أما إذا قال النخل بما بينها من الأرض ، أو الأرض بما فيها من النخل فبيّن .

[قوله^(٣)]: (لم يرجع به على الراهن)^(٤). هذا إن كان على وجه الظلم وهي مصيبة نزلت بذلك ، لأنك لم تقم عنه بواجب ، أما إن كان واجبا عليه مثل أن يكتري الأرض من القاطن ويوليك إياها .

قوله: (فرضي كل واحد منهما)^(٥). وكذلك الراهن أن يكون الرهن بيد أحدهما أو دفعه الراهن لهما ، ثم رضي أحدهما بكونه عند صاحبه ، فإنه إن كان مما يغاب عليه وتلف فلا يضمن إلا نصفه لأنه أبين في الثاني ، لكن إن رضي الراهن بذلك فلا يضمن الغريم الذي لم يكن الرهن عنده شيئا ، وإن لم يرضَ ضمن النصف الآخر ، لأن يد صاحبه كيدِه .

(١) في التهذيب «فليس له أن ينفق ما زاد على كراء تلك السنة» (٧٣/٤ - ٧٤) .

(٢) المصدر نفسه (٧٤/٤) .

(٣) مطموس من المتن ، وهو ترجمة للمسألة .

(٤) التهذيب (٧٤/٤) .

(٥) يريد قوله «وإذا ارتهن رجلان ثوبا فرضيا ، ورضي الراهن .» (٧٤/٤) .

قوله: (أقرضه على أن يبيع الآخر بيعاً)^(١). هذا سلف جرّ نفعاً وهو البيع ، فلم يجزّ .

قوله: (فذلك جائز)^(١). لأن القرض بغير شرط .

قوله: (فإن له أخذ حصته من الرهن)^(١). أي لا يبقى رهنا كله بالدين الآخر لأنهما حقان مختلفان ، بخلاف ما لو باع منه سلعتين برهن فاستحقت إحداهما فالرهن كلّ في الباقية . اعترض بأنه كان ينبغي أن يبطل الرهن لرجوع بعضه للراهن يتصرف فيه على الإشاعة .

قوله: (وكان دينهما واحداً)^(١). بأن يكون من سلعة واحدة بينهما بالمائة من نوع واحد وفي كتاب واحد ، أما لو اختلفت الأثمان ، أو كانت في كتب مختلفة ، أو كانت من سلع مختلفة ، فهي ديون مختلفة وإن كتبت في كتاب واحد .

قوله: (فالباقى رهن)^(٢). إن قلنا ليس له أن يقبض من الباقي لأنهما معا ماله فَبَيِّنْ ، وإن قلنا له الاقتصاص فيمنعه المرتهن إلا أن يعجل دينه أو يأتي برهن أخرى .

قوله: (وحوزه لهم حوز)^(٢). لا يكفي في الحوز [الإقرار به]^(٣) ولا الشهادة به دون معاينة ذلك والتخلي عنه ، فإذا حبس داراً على صغار ولده أكرها لهم وتخلي عنها ، وأشهد على أن ذلك حق لهم ، فإن ألفاها بيده إلى أن فلس أو مات بطل الحوز .

قوله: (أو جلها)^(٤). أو سكن البعض واستأجر البعض ، فقليل: يبطل الكل

(١) التهذيب (٧٥/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٧٦/٤) .

(٣) في المتن: «الإقرار به» ، ولعل الرأى زيدت سهواً ، والظاهر ما أثبتته .

(٤) التهذيب (٧٦/٤) .



لأن يده متصرفه في البعض مشاعا ، وقيل : يصح ما استأجر ، ويبطل ما سكن وإن كانت دارا واحدة .

وقيل : إن كان الذي سكن الأكثر بطل الجميع ، وإن كان الأقل صح الجميع تبعا .

وقيل : إن كان حبا صح لتعلق ما ليس بمعين به ، وإن كان صدقة أو هبة بطل لأن ذلك لمعين فيقوى أمر الحيازة .

قوله : (ذات المساكن)^(١) . هذا أبين من الدار الواحدة لأنه إذا تعددت المقاصير صارت كدور متعددة .

قوله : (وكذلك دور سكن واحدة منها)^(١) . لأنها تبع للموهوب المحوز ، وقيل : يبطل فيها لعدم الحوز .

قوله : (فجنى عنده)^(١) . هذا عيب حدث به عند الغاصب ، لأنه في رقبته فصار كما لو قطعت يده عنده ، فلسيده أن يضمه قيمته ويبقى هو مع المجني ، وإن شاء أسقط عنه حكم الغصب وافتكه ، أو أسلم للمجني عليه .

قوله : (لم يضمن هو ولا المستعير)^(٢) . إذا تصرف عند المستعير الثاني فيما لا يملك [١٧٨ ب] في مثله ، كما لو هلك في ذلك عند المرتهن أو المستعير الأول .

وقال سحنون : إذا صرفه الثاني في غير ما أذن فيه الأول ضمن ، وإن كان لا يهلك في مثله ، لأن مالكا قال فيمن اكرى دابة فتجاوز بها موضع الكراء إلى ميل فعطبت ، فإنه يضمن ، وإن كان الميل لا تعطب في مثله لأنه تعدى على

(١) التهذيب (٧٦/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٧٧/٤) .



منفعتها كما تعدى هذا بخلاف ما لو صرفها فيما أذن فيه الأول لم يضمن .

واعترض عليه بما لو استأجره من غاصبه ولا يعلم أنه غاصب ، فعطب في عمل خفيف لا يعطب في مثله .

ففرق بأن الغاصب هنا ضامن ، فلم يحتج إلى تضمين المباشر ، أما لو غر العبد بأنه حر فاستأجره من نفسه شخص فعمل عنده عملاً خفيفاً ، فهلك فإنه يضمن لأنه لا ضامن سواه ، والعمد والخطأ في الإلتلاف سواء .

قوله: (فيضمن)^(١) . هذا لا خلاف فيه .

قوله: (لم يمنع زوجها من وطئها)^(١) . لأن المرتهن والمبتاع دخل على أن لها زوجاً .

قوله: (فليس للعبد وطؤها في الرهن)^(١) . لأنه لما رهنها السيد فقد تصرف فيها ، وذلك تفويض لانتزاعها عن العبد ، فلم يجز له وطؤها .

وقال ابن المواز: هو انتزاع صريح .

وفائدة الخلاف: أنه إذا افتكها من الرهن فهل يجوز للعبد أن يطأها دون إذن السيد أو لا بد من إذنه ؟

فإن قلنا: إن ذلك الرهن انتزاع فلا بد من إذنه ، وإن قلنا: إنه طريق إلى الانتزاع لا انتزاع فلا يحتاج إلى إذن ، وإذا رهنهما معا فذلك أبين في أنه لا يحتاج إلى إذن . وعند ابن المواز لا بد من الإذن في الوجهين .

قوله: (لأن ذلك عيب)^(١) . إذ قد تحمل وتموت من الحمل ، أو ينقص ثمنها ، فلا يجوز إلا برضى المرتهن .

(١) التهذيب (٧٧/٤) .

وقيل: لا يجوز وإن أذن المرتهن، لأنه ربما أذن على أن لا يطأها، ولا يصح نكاح إلا حين يصح الوطء، إلا في الحيض والنفاس.

وقيل: إن دخل صح، وإن لم يدخل لم يصح.

قوله: (لأنك انتفعت بزيادة وثيقة)^(١). فهذا رهن حرّ نفعا فلا يجوز، فإن وقع كان رهنا بالدين الآخر فقط.

وقال ابن المواز: إن كان الرهن الأول كفافا بالدين الأول وبيعه سهل جاز ذلك، لانتفاء المحذور حينئذ من الانتفاع بالثاني.

وأما إن كان ثمن الرهن الأول أقل من الدين الأول، أو بيعه يصعب فلا يجوز للمحذور.



(١) التهذيب (٧٨/٤).

كتاب الغصب

—•••••—

وهو إزالة اليد المستحقة ووضع اليد العادية على ملك الغير، واعترض بالغصب من الغاصب لأنه غصب، كما أن السرقة من السارق سرقة، وليس في ذلك إزالة يد مستحقة، فقل في حده: وضع اليد العادية على ملك الغير على وجه الاستعلاء والقهر^(١).

وقولنا على جهة الاستعلاء يخرج الوكيل فالغاصب بوضع يده على المغصوب ضامن له فإن تغير في يده تغيرا يسيرا، فإن كان بأمر الله تعالى فليس للمغصوب منه إلا أخذه بلا أرش أو قيمته، وإن كان بصنعة أو كان التغير كثيرا مطلقا فقولان: أحدهما إنما له ما نقص لأن العين باقية. والثاني يخير بين أخذ ما نقص أو القيمة.

وقال أشهب: لا يأخذ ما نقص بل يخير بين أخذ القيمة أو يأخذ العين كما هي، ولا يأخذ النقص مع العين؛ لأنه وجبت له القيمة فتركها، ولأن في أخذ ما نقص مع العين حيفا بالغاصب مثل أن تكون صحيحة قيمتها مائة وبعد التغير تسعون، ثم يصلحها بعشرة ثم تكون قيمتها بعد الإصلاح خمسة وتسعين، [١/١٧٩] فإذا رد العين وما نقصها فقد زاد على القيمة خمسة وأجرة الإصلاح هنا على الغاصب.

وأما النفقة على الجرح إلى أن يتبين أمره وهل يسري إلى النفس أو لا؟ فقولان. قيل: على الجارح لأنه أحق بأن يحمل عليه، وقيل: على المجروح.

(١) انظر مثله في الذخيرة: (٢٨٤/٨).



والفرق بين هذه وما تقدم أن النفقة في إصلاح الثوب معلومة ، وهي هنا مجهولة لأنه لا يدي قدر ما يبقى .

قوله : (فما كان من ذلك فاسدا فإنه يضمن قيمته)^(١) . لأنه كإتلاف الجملة .

قوله : (ويعتق عليه)^(٢) . لأنه لما ضمنه قيمته صار ملكاً له فتبين أنه حين مثل به كان ملكة فأعتق عليه ، وقيل : يعتق عليه لأنه حين المثلة به لم يكن في ملكه وشرط العتق بالمثلة تقدم الملك ، وقيل : يخير المغصوب بين أن يأخذ العبد وما نقص لا يعتق ، وبين أن يضمنه القيمة فيعتق عليه .

قوله : (ثم قتلها)^(٢) . المذهب أنه يأخذ قيمتها يوم الغصب ، وقيل : هو مخير بين أخذ القيمة يوم الغصب أو الجناية لأنهما سببان للضمان فيضمنه بأيهما شاء ، وإذا اعتبرنا يوم القتل فكأنه رفع عنه حكم الغصب كما لو قطع يدها مثلاً ورجع عنه حكم الغصب . وقال أشهب : له أعلى القيم لأنه في كل واحد غاصب (...)^(٣) .

قوله : (أو وهبها)^(٤) . إن وجدت عند الموهوب أخذها ربها ، وإن تلفت عنده : فإن كانا موسرين فالمذهب أن يأخذ القيمة من الغاصب حتى تصح الهبة ، وقيل : يتبع أيهما شاء ولا يرجع أحدهما على صاحبه وإن كان أحدهما موسراً أخذ منه ، وإن كانا معسرين ابتع أولهما إيساراً .

قوله : (فإنما لربها على الغاصب الثمن الذي قبض فيها)^(٥) . أي يجيز البيع

(١) في التهذيب «من ذلك فساداً فاحشاً» (٨٠/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٨٠/٤) .

(٣) ما بين القوسين غير واضح من الأصل .

(٤) التهذيب (٨٠/٤) .

(٥) في التهذيب «على الغاصب الثمن إن شاء» (٨٠/٤) .



ويرفع حكم الغصب فيأخذ الثمن أو يأخذ القيمة من الغاصب ، فإن كان معسرا والثمن أقل من القيمة ، فإن رفع عنه حكم الغصب كان المشتري غريمه فيأخذ منه الثمن ، وإن لم يرفع عنه حكم الغصب كان المشتري غريم غريمه فيدخل معه الغرماء في الثمن ويضرب معهم فيه بالقيمة ، وعلى قول أشهب يرجع بالمائتين ، وإذا باعها الغاصب بأكثر من القيمة واختار المغضوب منه الرجوع على الغاصب بالقيمة كان الثمن كله للغاصب ، لأنه تبين أنه باع ملكه . وقال أشهب : لا يربح بالتعدي بل يكون الزائد على القيمة للمغضوب منه .

قوله : (بخلاف الغاصب)^(١) . لأن القيمة تؤخذ منه لو قتلها هو يوم الغصب على المذهب ، لأنه يوم تعديه وضمانه إياها ورجع على القاتل لأنه مباشر للإتلاف والغاصب مسبب .

قوله : (فربها مخير في أخذها معيبة)^(١) . أي من غير أرش ، لأنه لا صنع له في ذلك .

قوله : (فليس لربها أخذ الغاصب بما نقصها)^(٢) . لأن ذلك كما لو حدث عند الغاصب بأمر من الله فإذا لم يختار القيمة فلا أرش له ، بخلاف ما إذا تعدى يحمل عليه فيرد العين وما نقصها بعد إصلاحها .

قوله : (فذلك فوت)^(٢) . لأن هدمها كموتها إذ لا نفع فيها .

قوله : (فإنما يضمن مائة)^(٢) . لو لم تمت أخذها كما يأخذها إذا لم تزد فأحرى إذا زادت ، فلما ماتت كان له القيمة يوم الغصب ، والزيادة تبين أنها حديثة حدثت على ملك الغاصب . وقال أشهب يأخذه بألف .

(١) التهذيب (٨٠/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٨١/٤) .



قوله: (لا يضمنهم)^(١). إذا وجد الولد والابن فلا خلاف أنه يأخذ الكل ، فإن مات الجميع فعلى المذهب إنما له قيمة الأم يوم الغصب ، وعلى قول أشهب: [١٧٩/ب] له أكثر قيمتهم في زمان الغصب من أوله إلى أن ماتوا ، فإن ماتت الأم فإما أن يأخذ الولد أو قيمة الأم فقط ، لأنه إن رفع عنه حكم الغصب فأخذ قيمة الولد فكأن للأم ماتت على ملك الغاصب ، وإن لم يرفع حكم الغصب فأخذ قيمة الأم فالأم ماتت على ملك المغصوب منه ، وإن مات الولد أخذ الأم ، وعلى قول أشهب: يأخذ قيمة من مات منهم على الكمال ، وهو قول الشافعي أن عليه أعظم القيم .

قوله: (ولو قتلهم الغاصب ضمنهم)^(٢). إذا ماتوا دون الأم كما يضمنهم بالقتل إذا ماتوا مع الأم .

قوله: (لم يعلم بالغصب)^(٣). إن علم فهو غاصب ، ولا يصلح البيع حينئذ لأنه لا يدري هل يصير له ذلك أو قيمته .

قوله: (فلا شيء عليه)^(٣). لأنه لم يتعدّ ، وقد حبس ثمنها بضمانه إياها بالشراء .

قوله: (أو الثمن الذي أخذ فيها)^(٣). لو وجد الغاصب معسرا فقال: أنا أجزى البيع لأرجع بالثمن على المشتري ، فقال في المذهب: لا يجوز له ، لأنه لما جوز البيع فكأنه أذن للغاصب في البيع وصار له وكلا ، وقبض الوكيل صحيح ، وقيل: بل له الرجوع على المشتري بالثمن ولا يلزم من الإذن في البيع هنا الإذن في

(١) في التهذيب «لم يضمنهم» (٨٢/٤) .

(٢) في التهذيب «ضمن قيمتهم» (٨٢/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٨٢/٤) .

قبض الثمن ، لأن الغاصب تعدى في البيع وقبض الثمن ، فلا يلزم تجويز أحدهما تجويز الآخر ، بخلاف الوكيل على البيع فيأخذ الثمن من المشتري ويرجع به هو على الغاصب .

قوله : (فأخذ لها أرشاً فلربها الخيار)^(١) . سيأتي في ثلاثة أشياء : إما أن يرجع على الغاصب بقيمتها يوم الغصب ، أو يجيز بيعها ويأخذ منه الثمن ، أو يأخذ الأرش من المبتاع فينتقض البيع لأنه ردها إلى ملكه فأخذ إرشاً لأنه يقوم مقامها ويرجع المبتاع على الغاصب بالثمن .

قوله : (ولو كان المبتاع هو الذي قتلها)^(٢) . لأنه تعدى على ملك الغير فللغاصب أخذ قيمتها منه لأن القيمة تقوم مقامها ويرجع المبتاع بالثمن لأنه لو كان البيع صحيحاً لم يلزمه شيء ، أو يجيز البيع ويأخذ الثمن من الغاصب ، أو يأخذ الغاصب بقيمتها .

قوله : (وإنما ضمن المبتاع قيمتها)^(٣) . فرق بين تعديه على المغصوب فيلزمه القيمة وبين أن تموت عنده أو يتلف بأمر من الله سبحانه فلا يلزمه شيء ، واستدل على ذلك بمثله ، لأنه إذا ابتاع طعاماً فأكله ثم استحق فقد تعدى على مال الغير في نفس الأمر فللمستحق أن يجيز البيع أو يأخذ المبتاع بالقيمة لتعديه لأنه المباشر ، ويرجع هو بالثمن على البائع لأن بيعه الفاسد هو الذي سبب ذلك ، وإن شاء غرم الغاصب القيمة لأنه المسبب الملجئ .

قوله : (ويضمن المبتاع)^(٣) . فأنقصها وقد بطل البيع بذلك .

(١) في التهذيب « لو قتلت عند المبتاع فأخذ لها أرشاً ثم استحققت ، فلربها إن شاء أخذ قيمتها يوم الغصب من الغاصب » (٨٢/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٨٢/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٨٣/٤) .



قوله: (فلبسه لبسا ينقصه)^(١). هذا تعد بالمباشرة ، ولو تلف الثوب بأمر من الله لم يكن على المبتاع شيء .

قوله: (وإن حالت الأسواق)^(١). لأن ذلك لا يمنع الرد بخلاف البيع الفاسد .

والفرق أن البائع هنا سلط المبتاع عليه ففات عليه (.) من شيء ، والمغصوب منه لم يسلط الغاصب فلم يخرج عن ملكه بذلك .

قوله: (فإن الغاصب يغرمه)^(١). أن لا يصير تجويز البيع كالوكيل على البيع فيكون أمنيا .

والفرق أن الغاصب ما باع المغصوب حتى صار في ضمانه ، وكذلك ثمنه والوكيل لم يضمن شيئا ولكنه على الأمانة ، إلا أن المذهب أنه يأخذ المغصوب منه الثمن من الغاصب إن كان موسرا لأنه كالوكيل في يسره فإن كان معسرا رجع على المبتاع بالثمن ، وقال [١/١٨٠] غيره: هو بالخيار في أخذ الثمن ممن شاء منهما لأنهما مباشر ومسبب .

قوله: (أن فلانا غصبك)^(١). هذه شهادة على فعل الغصب وإنشائه .

قوله: (على إقرار الغاصب)^(١). هذه شهادة على الإقرار بالإنشاء وهي تحتمل الصدق والكذب بخلاف الأولى ، ولكن وفق الشهادة منها لاجتماعهما على أن الملك لك ، وإن كانت إحداهما شهادة على الفعل والأخرى على القول .

قوله: (أنها لك)^(٢). هذه بالملك والأخرى بفعل الغصب وقد اجتمعتا في

(١) التهذيب (٨٣/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٨٤/٤) .



إيجاب الملك لك إلا أن الغصب لم يثبت في هذه فإن لم يكن نقص في المغصوب يوجب الأرش فلا كلام، وإن كان احتيج إلى إثبات الغصب فيحلف مع شاهد الغصب ويضمن الغاصب الأرش.

قوله: (أنها في حيزه)^(١). هذه شهادة بسبب الملك.

قوله: (كقولك هذا حيز فلان)^(١). أي في حوزة.

قوله: (لم يلتفت إلى قوله)^(١). لأنه كان يمكنه أن يبحث عن ذلك حتى يعلم ولا يتعجل، ولم يفرق ابن القاسم بين أن يزول البياض عند الغاصب أو عند المبتاع، وقال بعض القرويين: ينبغي أن يفرق فإن زال عند الغاصب فلا رجوع للمغصوب منه لأن الثمن الذي باع به الغاصب لم يكن فيه نقص، وإن قال عند المبتاع فله الرجوع لأن في الثمن نقصا، وقال غيره لا فرق بين زواله عند الغاصب أو عند المبتاع كما قال أشهب^(٢).

قوله: (ولو شاء لم يتعجل)^(٣). هذه لا خلاف فيها، لأنه قد أخذ قيمتها ومن الممكن أن توجد وألا توجد.

قوله: (فله أخذها ونقض العتق)^(٤). لأنه أعتق ملك الغير.

قوله: (فإن أجازته تم العتق بالعقد الأول)^(٤). وتصح شهادة العبد فيما تقدم وميراثه وجميع أحكام الحر التي فعلها بعد العتق، بخلاف عتق المديان إذا أجازته الغرماء فإنما يصح من يوم الإجازة، وما فعل قبل ذلك العبد من أحكام الحر يرد

(١) التهذيب (٨٤/٤).

(٢) فصل في الذخيرة ما أجمله في هذه المسألة، انظر الذخيرة (٣١/٩).

(٣) في التهذيب «ولو شاء لم يَعتَجَل» (٨٤/٤).

(٤) المصدر نفسه (٨٥/٤).



مثل إن لو صار حاكما فإنه يعزل وترد أحكامه ، والفَرْق أن المديان متعديا^(١) بالعتق والمبتاع إنما أعتق بوجه صحيح لأنه لم يعلم بالغصب .

قوله: (والبيع لم يزل جائزا)^(٢) . وإنما هو بيع فضولي فهو موقوف على إجازة المالك ولازم من جهة المبتاع .

قوله: (لم يصدق على المبتاع)^(٢) . لأن الغصب لا يثبت بمجرد إقراره بالنظر إلى نقض البيع ، لكن تلزمه القيمة للمغصوب منه .

قوله: (فليس للغاصب نقض ما باع) . هذا بخلاف ما لو ورثه فإنه يكون له نقض البيع ، لأنه لما باعه وهو فضولي كان للمالك الإجازة والرد ، فلما ورث ذلك انتقل إليه من التخيير ما كان للموروث ، بخلاف الأول الغاصب لأنه لما ابتاع ذلك من المغصوب منه فالظاهر أنه قصد أن يتحلل ما صنع من بيع ما ليس له أي يصيره حلالا ويدفع الإثم عنه ، فحمل على الظاهر ولم يكن له نقض البيع الأول ، هذا المذهب ، وقيل أنه مثل الوارث سواء لأنه قد انتقل إليه من الخيار ما كان للمغصوب منه .

قوله: (كان نقضا لبيع الغاصب)^(٢) . لأنه إنما توقف بيع الغاصب على إجازة المالك وقد رده ببيعه ذلك من هذا الثاني فانتقض البيع الأول .

قوله: (فللمبتاع رد البيع)^(٢) . لأنه إن سكت بعد العلم كان حكمه حكم الغاصب في ضمان القيمة فيحتج بذلك على الغاصب ويرجع عليه جبرا بالثمن ، فهذه علة . وأيضا لأن المغصوب منه يكون مخيرا عليه في إجازة البيع أو رده وذلك إضرار به ، فهذه علة أخرى .

(١) لعل الأصوب متعد .

(٢) التهذيب (٨٥/٤) .

قوله: (لم يكن للمبتاع رده)^(١). لأنه لازم من قبله [١٨٠/ب] جائز من قبل المغصوب منه ، وكذلك من (.) عليه في بيع سلعته فباعها فضولي تغير أمره يكون له الخيار في إجازته ورده .

قوله: (وَتَقَوُّمُ تِلْكَ الصِّفَةِ)^(٢). أي على الصفة .

قوله: (فذلك تمليك لك)^(٣). لأنهم شهدوا لك باليد وهي ظاهرة في الملك إلى أن تستحق منه بوجه أقوى .

قوله: (صدق الغاصب في الصفة)^(٤). لأنه غارم ، والأصل براءة الذمة .

قوله: (مع يمينه)^(٤). فائدة ذلك أن ينكل فيكون القول قول المغصوب منه .

قوله: (صدق المغصوب منه)^(٤). أي إذا ادعى ما يشبه .

قوله: (مع يمينه لينكل)^(٥). فيرجع إلى قول الأول ، فإن ادعى ما لا يشبه رجع إلى الوسط من جنس ذلك المغصوب .

قوله: (فلربها أخذها)^(٦). لأنه إنما أخذ القيمة على تقدير هلاكها وقد تبين خلاف ذلك .

قوله: (لم يأخذها)^(٦). لأنه قد كان يمكنه ألا يتعجل حتى توجد كما تقدم في الدابة تضل من المكتري .

(١) التهذيب (٨٥/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٨٦/٤) .

(٣) في التهذيب «فذلك تمليك» (٨٦/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٨٦/٤) .

(٥) في التهذيب «مع يمينه» (٨٦/٤) .

(٦) المصدر نفسه (٨٦/٤) .



قوله: (بأمر بين)^(١). أي مما لا يتغابن الناس بمثله فيرجع بالزائد وكان الغاصب لما تبين أجرا لزمته القيمة أولا بتمامها فأمسك بعضها.

قوله: (أو انتهب صرة)^(٢). أي أخذها استلابا وفرّ بها.

قوله: (فالقول قول الغاصب)^(٣). لأنه غارم ولا يخلو أن يفتحها الغاصب ويعلم ما فيها، أو يرميها من يده في بحر قبل أن يفتحها ففي الأول يحلف على اليقين، وفي الثاني يحلف على الظن بحرزه إياها أن ما فيها إلا كذا أو يحلف على نفي ما ادعى المغصوب منه.

قوله: (من وطئه)^(٣). هذا زنى لا يلحق به الولد، ويحد.

قوله: (أو من زوج)^(٣). أي زوجها الغاصب منه على أنها أمته فهذا يلحق به النسب ويكون ولده رقا، لأنه دخل على ذلك وهو نكاح بشبهة، ولو علم الزوج أنها مغصوبة كان زانيا ولا ينفعه العقد، إذ ليس بشبهة لعلمه أنها ملك الغير.

قوله: (إلا أن يتزوجها على أنها حرة)^(٤). أي تعده هي أو الغاصب فهذا يكون ولده حرا لأنه دخل على ذلك، لكن لسيدتها قيمة الولد يوم الحكم، وقد كان القياس أن يكون له رقا لولا دخول الزوج على الحرية، وقد وقع الإجماع فيمن اشترى أمة فأولدها أن ولده حر، وهذه مثلها. وقال المغيرة: القيمة يوم الولادة^(٥).

(١) التهذيب (٨٦/٤).

(٢) في التهذيب «أو انتهب صرة بينة» (٨٧/٤).

(٣) المصدر نفسه (٨٧/٤).

(٤) في التهذيب «إلا أن يتزوجها أنها حرة» (٨٧/٤).

(٥) انظر عقد الجواهر لابن شاس (٤٥٨/٢).

وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ إِنَّمَا يَمْنَعُ السَّيِّدُ مِنْ أَخْذِ الْوَلَدِ يَوْمَ الْحَكْمِ لَا قَبْلَ ذَلِكَ فَحِينَ الْمَنْعِ يَسْتَحِقُّ الْقِيَمَةَ ، وَوَجْهُ الْمَغْيِرَةِ أَنَّهُ بِالْوِلَادَةِ اسْتَحَقَّ السَّيِّدُ الثَّمَنَ . وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْقَوْلَيْنِ أَنَّهُ عَلَى الْمَذْهَبِ إِنْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ الْحَكْمِ لَا شَيْءٌ عَلَى الْأَبِ لِأَنَّهُ إِذَا يَقَعُ الْمَنْعُ مِنْهُ يَوْمَ الْحَكْمِ وَقَدْ غَرِمَ قَبْلَهُ ، وَعَلَى قَوْلِ الْمَغْيِرَةِ تَلْزَمُ الْقِيَمَةُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ وَلَوْ مَاتَ .

قوله: (ولم تذكر البيئة غير ذلك)^(١) . أي لم يعرضوا لكونه أخرجها عن ملكه أولا ، لكنه يحلف هو أنه ما أخرجها عن ملكه ، لأنه لا تنافي بين كونها قد كانت له وبين أن يخرجها عن ملكه .

قوله: (غرم المبتاع لربه قيمته)^(١) . لأنه لما (.) صار ذلك كتلفه إذ لم يبق فيه نفع .

قوله: (يوم لبسه)^(١) . أي يوم ابتداء لبسه ، لأنه أول تعديه في نفس الأمر واعترض هذا وقيل ينبغي أن تكون القيمة يوم أن صار باليا فيقوم (.) جديدا ، لأنه في أول يوم لبسه وثانيه وثالثه لو وجده ربه كان له أخذه إذ لم يتغير بعد .

قوله: (فعليه مثله)^(٢) . المغصوب ضربان: مثلي ، وقيمي ، فالأول المكمل والموزون والمعدود ، وقال المخالف المغصوب كله يرد مثله ، واحتجوا بحديث القصعة^(٣) ، ولا دليل فيه لاحتمال أن تكون القصعة المردودة للنبي ﷺ لا

(١) التهذيب (٨٧/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٨٨/٤) .

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه كتاب المظالم والغصب ، باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره ، عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام ، فضربت بيدها ، فكسرت القصعة ، فضمها وجعل فيها الطعام ، وقال: «كلوا» وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا ، فدفع القصعة الصحيحة ، وحبس المكسورة . ورواه أيضا =

للكاسرة ، ويحتمل [١/١٨١] أن تكون لها لكن رضيت بذلك ونحن لا نمنع في القيمي إذا اتفقا على المثل ذلك .

قوله : (لزمه أن يأتي بمثله)^(١) . لا خلاف إذا وجد عنده المثل في موضع الغصب أنه يأخذه ، فإن لم يجده في ذلك خمسة أقوال ، وهي الأقوال التي في السلم إذا وفاه بعضه ثم لم يجد سائره لعدم الإبان :

فالمذهب : التأخير إلى إبان آخر ، وقيل : يحاسبه الآن ويأخذ باقي رأس المال لما في التأخير من الإضرار به ، وكذلك يأخذ هنا قيمة المثل وفيه بيع الطعام قبل قبضه ، وقيل : القول قول من طلب التأخير إلا أن يجتمعا على المحاسبة ، وقيل : القول قول من طلب المحاسبة إلا أن يجتمعا على التأخير ، وقيل : إن كان قبض الأكثر فلا يؤخر الباقي بل يتحاصن ، وإن قبض الأقل فيؤخر الباقي .

قوله : (لم يقض عليه هناك بمثله أو بقيمته)^(٢) . لأن فيه بيع الطعام بالطعام غير يد بيد ، وبيع الطعام قبل قبضه ، لأنه إنما وجب له المثل بموضع الغصب ، ولأنه إن دفع له أجرة الحملان كان إجحافا بالغاصب وإلا كان فيه الربا . وأجاز أشهب ذلك لمكان الضرورة ، ولأن بيع الطعام قبل قبضه عنده معلل بالعينة لا تعبد . وهذه المسألة لها ثلاث صور :

إحداها : أن يجد عنده غير المغصوب بغير موضع الغصب ، فالمذهب لا يأخذه إلا من موضع الغصب لأنه غير ما وجب عليه ، وقال أشهب يأخذه لأنه

= أحمد في المسند ، مسند أنس بن مالك . والبيهقي في سننه كتاب الغصب باب رد قيمته إن كان من ذوات القيم ، أو رد مثله إن كان من ذوات الأمثال ، إذا أتلغه الغاصب أو تلف في يديه .

(١) التهذيب (٤/٨٨) .

(٢) في التهذيب «لم يقض عليه هناك بمثله ولا بقيمته» (٤/٨٨) .

عينه . والثانية: أن يجد المثل فإن كان بموضع الغصب أخذه بلا خلاف ، وفي غير موضع الغصب لا يأخذه عل المذهب ، وقال أشهب: هو مخير بين أخذه أو قيمته ، وقال في السَّلم بالتزام المحاسبة لما في التأخير من فسخ دين في دين ، ونقض هنا أصله . والثالث^(١): ألا يجد مثلاً لأنه غير إبانة ، فالمذهب يلزم التأخير ، وقال أشهب: هو مخير بين المحاسبة والتأخير أيضاً .

قوله: (فله قيمة ذلك)^(٢) . لأنه لا محذور في هذا لكن تعتبر القيمة في موضع الغصب يومه ، ولا يلتفت إلى قيمة ذلك بهذا الموضع الثاني .

قوله: (وما أثمر عند الغاصب)^(٣) . في فوائد المغصوب خمسة أقوال:

أحدها: أنها كلها للغاصب لعموم الحديث «الخراج بالضمان»^(٤) . الثاني: عكسه ، لأن ذلك الحديث خاص بغير الغاصب لأنه «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»^(٥) ، ولأنه أحق بالحمل عليه لتعديه . الثالث: يرد فوائد العقار والأنعام لأن هذه لا يحتاج إلى نفقة إذ النعم يرعى وحده ولا يرد في الدواب والرقائق لأن هذا يحتاج إلى نفقة وهذا المذهب . الرابع: إن اغتلب بنفسه وسكن لم يضمن ، وإن أكرى من غير واحد غرم . الخامس: يرد فيما لا يسرع إليه التغير كالدور ، ولا يرد فيما يسرع إليه كالعبيد لأن الضمان في هذا أكثر تحققا .

قوله: (وليس له اتباع المستحق بما أنفق)^(٥) . لأنه يقول له كنت لا تنفق شيئاً إذ لا ضرورة إلى نفقتك .

(١) لعل الصواب: [والثالثة] .

(٢) التهذيب (٨٨/٨) .

(٣) الحديث تقدم تخريجه في كتاب السلم الثالث .

(٤) أصله حديث هشام بن عروة عن أبيه وقد تقدم تخريجه في أول تضمين الصنع .

(٥) التهذيب (٨٩/٤) .



- قوله: (لكن له المقاصة)^(١). ولو لم تكن فائدة لم يرجع بما أنفق البتة .
- قوله: (ولا شيء له فيما بقي)^(١). في لأنه لما ضمنه بأخذ قيمة الأم كان الولد والفوائد إنما حدثت على ملك الغاصب .
- قوله: (فإن لربها أخذ الولد)^(٢). أي لم يضمنه فيكون كل ذلك حادثا على ملك المغصوب منه .
- قوله: (ما لم يحاب)^(٣). أي يكرهها بأقل من أجرتها فيكون ذكر في ذمته .
- قوله: (وإن لم يسكنها ولا انتفع بها فلا شيء عليه)^(٤). هذا المذهب ، وقيل: يضمن الكراء لأنه عضلها عن صاحبها بمنعه منها .
- قوله: (من دواب أو رقيق)^(٥). هذا المذهب ، ووجهه ما لزمه من علفها .
- قوله: (لو أنفق على الصغير)^(٥). لا يرجع [١٨١/ب] بنفقة الحيوان وإن لم تكن له فائدة ، لأنه متعدد في إمساكه عنده ، وما قام عن ربه بواجب فلا يرجع على ربه بزيادة الحيوان لأنه ليس ذلك من فعله ، بخلاف ما إذا سقى بستانا غصبه فهل يرجع بنفقة السقي على ربه قولان ، وجه الرجوع إن عمله في ذكر تولد عنه وبه شيء ظاهر ، فأشبه بنائه فيه وغرسه ، ووجه الثاني أنه إنما أنفقه على أنه له فلم يحم عن ربه بواجب ، وكذلك القولان فيما ينفق على المبيع الفاسد .
- قوله: (كان له أخذ ما أحدث فيه)^(٥). أي يخير رب الموضع بين أن يطالبه

(١) التهذيب (٨٩/٤) .

(٢) في التهذيب «وإن شاء أخذ الولد» (٨٩/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٨٩/٤) .

(٤) في التهذيب «وإن لم يسكنها ولا انتفع بها ولا اغتلتها ، فلا شيء عليه» (٨٩/٤) .

(٥) المصدر نفسه (٩٠/٤) .

بقلع ذلك ، أو أخذ قيمته مقلوعا .

قوله : (أو حبسها أياما كثيرة)^(١) . تتغير الأسواق فيها والأغراض ، بخلاف القليلة .

قوله : (ليس عليه في مثل هذا قيمة ولا كراء)^(٢) . فرق المذهب بين المكروي والمستعير وبين الغاصب والسارق ، ووجه ذلك قلة السرقة والغصب وكثرة الكراء والاستعارة . فإذا علم المكثري والمستعير بأنه يغرم الكراء يمتنع من التعدي ، وهذا كما قلنا في المقارض يتعدى فيشتري برأس المال ليختص بالربح فلا يكون له الربح ويكون عليه الخسارة ، لأنه أيضا كثير ، فإذا علم بذلك امتنع من التعدي .

قوله : (ولولا ما قاله مالك)^(٢) . قيل : هذا يدل على أنه كان مقلدا لمالك لا مجتهدا .

قوله : (ولقد قال جل الناس)^(٢) . هذا قول ثان بالتسوية ، وقد روي أيضا عن ابن القاسم فله في المسألة قولان .

قوله : (ولا كراء له في الزيادة)^(٣) . لأنها على ملكه وما مات من الحيوان أي ما تلف من ذلك بسببه أو بأمر من الله سبحانه فإنه يضمنه مطلقا ، بخلاف غلة المغصوب إن تلف بأمر من الله وثبت ذلك لم يضمن ، لأنه ضمان تهمة ، وإن لم يتبين ضمن . والفرق أن الضمان الأول بالأصل وهذا بالتبع ، فكان أخف .

قوله : (إلى ذي الحليفة)^(٣) . أي من المدينة ، لأن العادة جارية بأن يصلوا

(١) في التهذيب «أو يحبسها أياما كثيرة» (٩٠/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٩١/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٩٢/٤) .

في التشيع إلى ذلك الموضع .

قوله: (من منازل الناس)^(١) . أي المتعارفة لأن العرف كالشرط .

قوله: (ولا تحمل العاقلة دم العبد)^(٢) . لأنه لا يعقل إلا عمن يعقل هو وذلك في الحر والعبد وإن كان له عاقلة مثل أن يتزوج حر أمة فأولدها فعَصَبَتْهُ عاقلة له ، لكن لا يحملون عنه شيئاً حتى يعتق .

قوله: (إن كان ملياً)^(٢) . لأنه المسبب وليصح ما فعله من المعروف يكثر المعروف بين الناس ، وقيل يرجع على الموهوب لأنه المباشر ، وقيل : يخير فيمن يرجع عليه منهما (.) السيد فيهما فإن كان الواهب معسراً تعين الموهوب لأنه المباشر ، وإن كانا معسرين فعلى أولهما يسرا .

قوله: (ثم لا يرجع الموهوب)^(٢) . لأنه إنما وهبه هذه العين على تقدير بقائها ولم يلتزم في ذمته شيئاً .

قوله: (وهو ممن لا يتهم)^(٣) . له ثلاثة أحوال: إن كان معروفاً بالصلاح عوقب المدعي ، وإن كان معروفاً بالغصب نكل وسجن ويبرأ بعد ذلك بيمينه وإن كان مستوراً برئ فقط ، وإذا اعترف المتهم بعد التنكيل بأنه سرق أو غصب فقال سحنون يؤخذ بإقراره فيغرم ويقطع في السرقة ، لأن هذا إكراه حق لا كالإكراه الباطل بغير حق ، وقيل : لا يؤخذ بإقراره مخافة أن يكون أقر للإكراه . وقيل إن اعترف بشيء يتعين كالثياب وعينه وقال: هذا الذي سرقتُه أو غصبتُه ، وعرف الثوب أخذ بإقراره ، وإن كان مما لا يتعين كالطعام فلا يؤخذ بإقراره ، لاحتمال

(١) في التهذيب «مثل منازل الناس» (٩٢/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٩٢/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٩٣/٤) .

أن يكون أقر مكرها .

قوله: (حتى ترد اليمين على المدعي)^(١). هذا إن كانت دعواه قطعاً، وإلا فيمين التهمة لا ترد .

قوله: (صدق [١/١٨٢] الغاصب)^(١). لأنه غارم، ويحلف لاحتمال أن ينكل .

قوله: (فإن كان به عالماً بالبينة فلا شيء له)^(٢). ولنا قول ثان: أنه يرجع بها لأنه قد يخاف الفوت أو لا يقطع بأنه يحلف، وأما إن كان تركها غير عالم فيرجع بها .

قوله: (أو عند غيره)^(٣). مثل أن يُحكّم بينهما شخصاً .

قوله: (أو يعطيه قيمة صبغه)^(٣). أي يقوم الصبغ بنفسه، وقال أشهب: بل يأخذ قيمة الثوب إن شاء أو الثوب ولا يدفع قيمة الصبغ لأنه إنما يدفع للمغصوب قيمة ما يمكن إزالته فيكون له قيمة وهذا لا يزول من الثوب وصار (.) البناء، وقيل: إنه يزال الصبغ من الثوب بعقاقير فيصبغ به غيره .

قوله: (فأحب إلي أن يضمن مثل الحنطة)^(٤). يعني الوجوب، لأنه بين أمرين إما أن يأخذ الدقيق ويدفع أجرة الطحن فذلك ربا، أو يأخذه بغير أجرة فيضر بالغاصب، وقال: أشهب يأخذه بلا أجرة لأنه لا عين لما فعله، وقد أجمعوا في الغاصب ثوباً مفصلاً يخيطة أنه لا أجرة له في الخياطة لأنه لا عين لها تساوي

(١) التهذيب (٩٣/٤) .

(٢) في التهذيب «فإن كان ربه عالماً بالبينة فلا شيء عليه» (٩٣/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٩٤/٤) .

(٤) في التهذيب «فأحب ما فيه إلى أن يضمن مثل الحنطة» (٩٤/٤) .

شيئا لو نقصت .

قوله: (فعليه قيمتها مصوغين)^(١). يعني (.) بالصنعة ، خرجا عن ذوات الأمثال ولولا الصنعة كالتبر والمسكوك كان من ذوات الأمثال .

قوله: (من الدراهم)^(١). لأنها من ذهب فلم تكن القيمة بالذهب للربا .

قوله: (وله أن يؤخره بتلك القيمة)^(١). أي لا يقال أن ذلك صرف لأنه ذهبت بدراهم فلا يجوز التأخير لأنه بالصنعة صار سلعة فصح تأخير ثمنها .

قوله: (لا بأس أن يؤخره بها)^(١). أي لا يقال: إنه لما وجب عليه القيمة ثم أخره فقد فسخ ديننا في دين ، لأنه لم يجب عليه إلا هذا المؤخر لا غيره .

قوله: (لأنه إنما أفسد به صنعة)^(٢). أنه لم يأخذ العين كالغاصب .

قوله: (فليقض له بها)^(٣). لأنه حكم على غائب وهو على حجته إذا جاء .

قوله: (فعليه لكل واحد مثل طعامه)^(٣). هذا إن كان موسرا ، وإن كان معسرا ولم يرفعا عنه حكم الفداء ، فالمذهب أنه يباع ذلك ويقسم ثمنه على قيمة ما كان لهما غير مخلوط مثل أن يكون لأحدهما إردب قمح وللثاني إردب شعير ، ويكون فيه الشعير ثلث قيمة القمح فيقسم الثمن على ثلاثة ، قال لأن في قسمة المخلوط بينهما بالسواء إضرارا بصاحب القمح . وقال أشهب: يلزم في قسم القيمة التفاضل لأن القيمة بمنزلة المقوم فإذا دفع لصاحب القمح ثلث الثمن فكأنه أخذ من المخلوط ثلثيه وذلك ربا ، وإنما يقسم المخلوط بينهما بنصفين ليؤمن الربا ،

(١) التهذيب (٩٤/٤) .

(٢) في التهذيب «لأنه إنما أفسد به صنعة» (٩٢/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٩٥/٤) .



ولا محذور في ذلك لأنه يجوز بيع الحنطة بالشعير متماثلين . وقال: سحنون بل يباع المخلوط ويشتري لهما به قمح وشعير ويتبعانه ببقية الإردبين .

قوله: (فلربها أخذها وهدم البناء)^(١) . هذا المذهب ، ولنا قول ثان: إنه يأخذ القيمة ، لما في هدم البناء من الضرر وسواء كانت ظاهرة أو غائبة . ووجه الأول أنه «ليس لعرق ظالم حق»^(٢) . العروق أربعة: البناء والغرس والحفر وإجراء الماء ، وقال أبو حنيفة إن كانت ظاهرة نقض البناء وإلا فله القيمة لأنها كالتالفة لمغيب عينها .

قوله: (فلربها أن يأخذها)^(٣) . وإن نقص منها شيء بالنقوض غرم إرش النقض .

قوله: (عمل من الخشبة أبوابا)^(٤) . هذه قد فاتت بالصنعة فيرد القيمة ، ولو عمل منها ألواحا فله أخذها وما نقصت الخشبة والتراب من ذوات الأمثال لأنه مكيل أو موزون أو محزور .

قوله: (فحصد منها حبا كثيرا)^(٥) . لما فاتت بالزراع لزمّت القيمة ، [١٨٢/ب] وقال الشافعي الزرع للمغصوب منه وعليه الكراء ، لأن ذلك ولادة فأشبه ولد العبيد .

قوله: (لأن من ابتاع حراما)^(٦) . لأن هذا أيضا متعد شرعا كالغاصب والسارق .

(١) التهذيب (٩٥/٤) .

(٢) الحديث تقدم في أول تضمين الصناعات .

(٣) في التهذيب «فلربه أن يأخذها» (٩٥/٤) .

(٤) في التهذيب «ولو عمل الغاصب من الخشبة بابا» (٩٥/٤) .

(٥) المصدر نفسه (٩٥/٤) .

(٦) في التهذيب «لأن من ابتاع ما يكال أو يوزن يباع حراما» (٩٥/٤) .

قوله: (فلربها أخذها)^(١). أي ان كان يمكن غرسها أو ينتفع بخشبها وإلا ضمنه القيمة.

قوله: (فلربما أخذها). لأنها كانت ملكا للمغصوب منه حين كانت ثم خرجت عنه بالخمرية، فلما زال المانع بالتحليل رجعت إلى ملكه.

قوله: (فإن اجتراً). يعني أنه كان يجب عليه ألا يبقيا في ملكه فهو بإمساکها عاص.

قوله: (فعليه إن أتلّفه قيمته). أي وإن كان مما لا يباع فيجّب في إتلافه القيمة كالمدير وأم الولد يقتلان فيقوم كأنه مما يباع، وكذلك الكلب الذي ينتفع به لا يباع وتجب بإتلافه القيمة

قوله: (ولم يؤت مالك). لأن هذا تحديد وذلك لا يصح إلا من الشارع لأنه تحكّم.

قوله: (وإنما على عاقلته قيمته)^(٢). أي ما كانت.

قوله: (وكره)^(٣). أي هو حرام، وهذا المشهور من المذهب أنه لا يطهر بالدبغ فلا يحل بيعه قبل الدبغ ولا بعده، وقال ابن الماجشون: إنه يطهر بالدبغ فيجوز بيعه حينئذ والصلاة عليه^(٤).

قوله: (ولا يلبس)^(٥). مخافة أن يعرق فيها.

(١) من هذا إلى قوله: (ولم يؤت مالك) كله من التهذيب (٩٦/٤).

(٢) في التهذيب «إنما على قاتله قيمته» (٩٧/٤).

(٣) المصدر نفسه (٩٧/٤).

(٤) انظر تفصيل الأقوال في هذه المسألة في شرح ابن ناجي على الرسالة (٣٧٧/١) وما بعدها.

(٥) في التهذيب «ولا تلبس» (٩٧/٤).

قوله: (ما أحب أن أضيق على الناس)^(١). يعني أن الماء يدفع عن نفسه بخلاف غيره من المائعات ، وله علامات تدل على النجاسة من لونه وطعمه وريحه .

قوله: (دبغت أو لا)^(٢). لأن ذكاتها تطهر جلودها وإن لم تكن ذكاة لغير جلودها ، والذكاة هنا تتبعض وأصله أن السلف كانوا يذكون السباع بجلودها ، فيجوز بيعها دبغت أو لا .

قوله: (ليس كل غاصب محاربا)^(٣). أي لا يكون له حكم المحارب من أنه يقتل مطلقا وإن لم يقتل .

قوله: (ومن دخل على رجل بيته)^(٤). هذا المذهب أن هذا محارب ، فله حكمه فيقتله وإن لم يقتل ، وقال ابن الماجشون: ليس بمحارب إلا من حارب خارج المصر .

قوله: (إلا أن يتعدى)^(٥). أي بأن يأخذ منه لنفسه شيئا أو يمسكه بعد علمه بأنه مغصوب .

قوله: (فلا يلتفت إليه)^(٥). يعني أن حراسة الثغور واجبة كالصلاة ، وأن السلطان إنما يطاع فيما ليس معصية .

قوله: (إلا أن يكون كلامه نسقا)^(٦). فيكون الكلام بآخره أما إذا فرق بينهما تفريقا ليس في حكم الاتصال عرفا فلا يلتفت إلى الأخير ويعد (.) أو كذبا .

(١) في التهذيب «ولا أحب أن أضيق على الناس» (٩٧/٤) .

(٢) في التهذيب «دبغت أم لم تدبغ» (٩٧/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٩٧/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٩٨/٤) .

(٥) في التهذيب «فلا يلتفت إلى قوله» (٩٨/٤) .

(٦) المصدر نفسه (٩٨/٤) .

قوله: (قيل للغاصب: اقلع الأصول)^(١). ينبغي أن يقول: خير رب الأرض في أن يدفع له قيمة الغرس والبناء مقلوعا ما كان من ذلك له قيمة بعد القلع أو يأمر بقلع ذلك لأنه «ليس لعرق ظالم حق»^(٢)، وإذا دفع له قيمته فينظر، فإن كان الغاصب ممن يتولى قلع ذلك بنفسه فلا يغرمه أجرة القلع، لأنه يقول: كنت أنا أقلعه بنفسي. وإن كان ممن لا يتولاه بنفسه حاسبه بأجرة القلع.

قوله: (وكذلك كل ما حفر من بئر أو مطمورة)^(٣). للطعام، لأنه ليس لعمله هنا عين لها قائمة.

قوله: (في غصب الخمر)^(٤). لأنها بالنظر إليهم مال معصوم، وقال ابن الماجشون وابن المعدل^(٥): ليست بمال البتة فلا يقضي بينهم فيها، (أو فسادها): أي أفسدها بعضهم على بعض.

قوله: (ولا أقضي بينهم في تظالمهم في الربا)^(٦). لأن كل أمة منهيّة عنه، وقد قال الله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١]، فلا يقضي بينهم إلا بالرجوع إلى رؤوس الأموال كالمسلم، وقيل يسأل الأساقفة فإن قالوا إنه مباح فيما بينهم جاز أن يحكم بينهم فيه.

قوله: (وترك الحكم بينهم في الربا أحب إلي)^(٦). هذا عام في كل ما

(١) في التهذيب «اقلع البناء والأصول» (٩٨/٤).

(٢) الحديث تقدم في أول تضمين الصناعات.

(٣) في التهذيب «من بئر أو مطمر» (٩٩/٤).

(٤) في التهذيب «ومن غصب لذمي خمر» (٩٩/٤).

(٥) أحمد بن المعذل بن غيلان البصري من أصحاب ابن الماجشون ومحمد بن مسلمة، تفقه عليه جماعة كإسماعيل القاضي، كان فصيحا شاعرا، ورعا زاهدا، عارفا بمذهب مالك، توفي وقد قارب الأربعين سنة، انظر ترتيب المدارك (١١/٤)، الديباج (١٤٣/١)، شجرة النور (٩٧/١).

(٦) التهذيب (٩٩/٤).

يتحاكمون [١/١٨٣] فيه إلينا ، لقوله تعالى: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢] ، وترجع الأعراض لأن في الحكم افتياتا على حكامهم من غير ضرورة لأنه مع الضرورة يعجلون في القبر كيفما أمكن مثل الطاعون والملاحم ، ومع غير الضرورة يجعل الرجل أمام المرأة إلى القبلة ثم الصبي ثم المرأة كما في صلاة الفرض يتقدم الرجل إلى الأمام .

قوله: (هل يجعل بينهم حاجز من الصعيد)^(١) . أي كما يجعل بين المضجعين بالحياة حائل أولى بالصلاة عليها من زوجها لأنه أجنبي لكنه أولى بالغسل ، لأن له الاطلاع عليها وإن جاز له أن يتزوج أختها بموتها ، وكذلك هي أولى بغسله ، وإن وضعت بموته وعقدت نكاحا مع آخر . وقد قيل عَصَبَتْهُ أُولَى لأنها بانت بالموت منه .

قوله: (إِغْرَمَ قِيَمَةَ الْعِمَارَةِ وَالْبِنَاءِ)^(٢) . قائماً ، لأنه بناء بشبهة فله حق وقيل قيمة ما اتفق وقيل يدفع له ما اتفق لا قيمته والأول أحسن ، لأنه قد يشتري غالبا ، وبالعكس فالقيمة أعدل ويتعين فيما إذا كانت الآلة عنده لم يشتريها هذا ، وقيل تقوم الأرض دون عمارة وبناء ومع ذلك فما زاد دفعه له ، وفي الوجه الأول اعتراض لأنه إذا قدم العمارة والبناء قائما فلا بد من أخذ جزء من الأرض يدخل في ذلك وهو ليس له من الأرض شيء ولا يمكن تقويمه بدون جزء لأنه يكون تقويما له مقلوعا ، إلا أنه قال فيمن اشترى ثوبا وصبغه ثم وجد عيبا قال: يرجع في الرد بالعيب بما بين قيمة الثوب مصبوغا وقيمه أبيض ، وفي الغاصب والمستحق يرجع بقيمة الصبغ .

(١) التهذيب (٤/١٠٠) .

(٢) في التهذيب «إِغْرَمَ لَهُ قِيَمَةُ أَرْضِهِ» (٤/١٠٠) .



والفرق أن هذا ليس مجبورا على الرد بالعيب بل له أن يتماسك بخلاف المستحق منه والغاصب هو مجبور على الرد، وأيضا فإن الثوب قد تنقص قيمته بالصنع فلو رجع الغاصب بالزائد لأدى إلى أن يبطل حقه من ذلك مع كونه مجبورا على الرد، بخلاف الأرض المبنية لا بد أن تزيد قيمتها بالبناء.

قوله: (أو عمرها بأصل)^(١). يعني غرسها بأصول الشجر.

قوله: (ادفع إلى المبتاع نصف قيمة ما عمر)^(٢). فيكمل له نصف الأرض بما فيها وله أن يشفع بعد ذلك في النصف الآخر بنصف الثمن، ثم يقال له: ادفع قيمة ما في هذا النصف الثاني من العمارة. فيكمل له جميع الأرض.

قوله: (فإن أبى قيل للمبتاع: ادفع إليه قيمة نصف الأرض)^(٣). فيكون للمبتاع بيع الأرض بما فيها.

قوله: (فإن أبى كانا شريكين)^(٤). فيكون لرب الأرض ربعها وربعها الثاني قد باعه من هذا المتاع، فيكون للمبتاع ثلاثة أرباعها ثم لرب الأرض أن يشفع بربعه منها في النصف الذي اشتراه أولا مع الكل، وهل يشفع بجزء باعه بعد البيع أو لا قولان، يظهر ثمرة الخلاف إذا كان له شركاء في الموضع يطلبون بالشفعة فيتحاسون بقدر ملكهم.

قوله: (هذا أحسن ما سمعت)^(٥). أشار إلى الخلاف فيما يرجع للباني

(١) التهذيب (١٠١/٤).

(٢) في التهذيب «ادفع إلى المبتاع قيمة نصف ما عمر» (١٠١/٤).

(٣) في التهذيب «فإن أبى من دفع ذلك فيما استحق واستشفع قيل للمبتاع: ادفع إليه نصف قيمة الأرض» (١٠١/٤).

(٤) المصدر نفسه (١٠١/٤).

(٥) المصدر نفسه (١٠٢/٤).

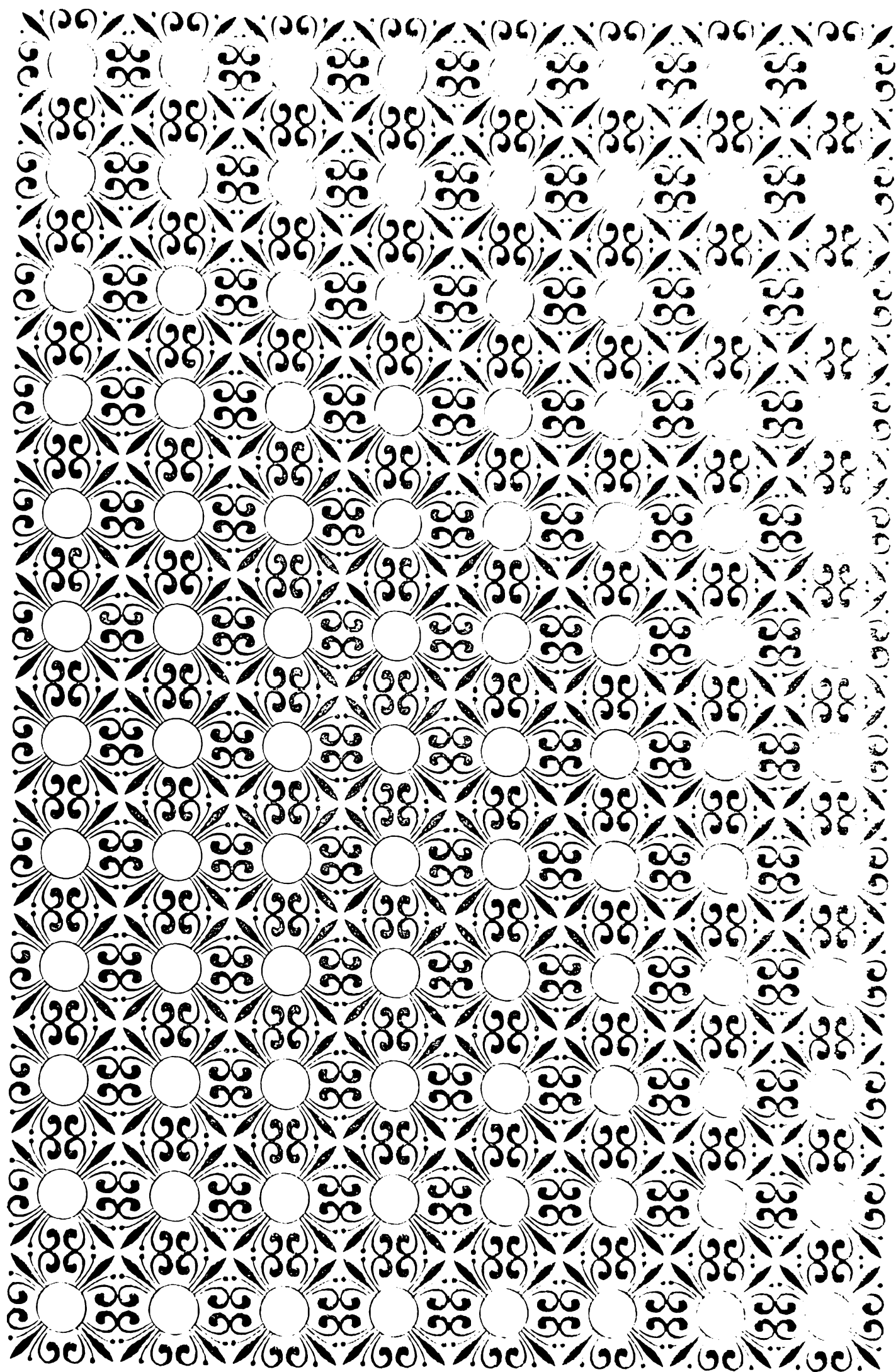


والغارس ، وبذلك يكون شريكا إن أبى من الدفع .

قوله : (فهو أحق بها من غرماء الميت)^(١) . لأنهم إنما يأخذون من ماله وهذا ليس مالا له .



(١) التهذيب (٤/١٠٢) .





فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
كتاب التدليس بالعيوب.....	٥
باب في عهدة الرقيق	٤٩
كتاب الصلح.....	٦١
كتاب الجوائح	٩٢
كتاب الجعل والإجارة	١٠٢
كتاب تضمين الصناع	١٦٦
كتاب كراء الرواحل	١٨٧
كتاب كراء الدور والأرضين	٢٢٥
كراء المزابنة.....	٢٥٥
كتاب المساقاة	٢٦٧
كتاب القراض	٢٨٩
كتاب الشركة	٣٢٢
كتاب الأفضية.....	٣٥٤
كتاب الشهادات	٣٦٥
كتاب المذيان	٤٠٨
كتاب التفليس.....	٤٢٥
كتاب المأذون له في التجارة.....	٤٣٩
كتاب الحماله.....	٤٤٥



الموضوع	الصفحة
كتاب الحوالة	٤٧٧
كتاب الرُّهون	٤٨٤
كتاب الغصب	٥٢٥
فهرس الموضوعات	٥٥١



قائمة إصدارات مشروع أسفار

١ - عمدة الطالب لنيل المآرب في الفقه على المذهب الأحمد الأمثل مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل ، تأليف: العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١)، تحقيق: د. مطلق بن جاسر الجاسر . سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.

٢ - المنهج الصحيح في الجمع بين ما في المقنع والتنقيح ، تأليف: العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن عبد الله العسكري الحنبلي (ت ٩١٠)، تحقيق: د. عبد الكريم بن محمد العميريني (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.

٣ - شرح القصيدة الثائية في القدر لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تأليف: العلامة نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي (ت ٧١٦)، مع تحقيق نص القصيدة الثائية ، تحقيق: د. محمد نور الإحسان بن علي يعقوب (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٤ - رسالتان في مسألة القولين (وهي مسألة أصولية مذهبية مشهورة):

أ - نصررة القولين للإمام الشافعي ، تأليف: العلامة أبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (ت ٣٣٥)، تحقيق: أ. د. جميل بن عبد المحسن الخلف (بحث محكم).

ب - حقيقة القولين ، تأليف: العلامة أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥)، تحقيق: د. مسلم بن محمد الدوسري (بحث محكم). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٥ - إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، إملاء: الحافظ المجتهد تقي الدين محمد بن علي القشيري المعروف بابن دقيق العيد المالكي ثم الشافعي (ت ٧٠٢)، تحقيق: عبد المجيد بن خليل العمري ، إرفها حسن آية الله ، يونس الوالدي ، أحمد عبد الرحمن حيفو (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٦ - الحواشي السابغات على أخصر المختصرات ، تأليف الشيخ أحمد بن ناصر القعيمي ، سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٧ - بلغة الوصول إلى علم الأصول ، تأليف: عز الدين أحمد بن إبراهيم الكناني الحنبلي (ت ٨٧٦)، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان . سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٨ - تحصين المآخذ ، تأليف: العلامة أبي حامد الغزالي (ت ٥٠٥)، تحقيق: د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي ، د. محمد بن علي مسفر (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

- ٩ - النكت في المختلف (في الخلاف بين الشافعية والحنفية) ، تأليف: العلامة أبي القاسم أحمد بن منصور السمعاني الشافعي (ت ٥٣٤) ابن أبي المظفر السمعاني ، تحقيق: د. حسن بن عون العرياني ، د. عبد الله بن محمد المعتق (رسائل علمية) . سنة النشر: ١٤٣٩هـ ، ٢٠١٨م .
- ١٠ - المسائل المولدات (المشهور بفروع ابن الحداد) ، تأليف: العلامة أبي بكر محمد بن أحمد الحداد الكناني المصري الشافعي (ت ٣٤٤) ، تحقيق: د. عبد الرحمن بن محمد الدارقي (رسالة علمية) . سنة النشر: ١٤٣٩هـ ، ٢٠١٨م .
- ١١ - حواشي ابن نصر الله على الفروع لابن مفلح ، تأليف: محب الدين أحمد بن نصر الله التستري الحنبلي (ت ٨٤٤) ، تحقيق: د. عبد الوهاب بن حميد ، د. حسين بن حميد ، د. ضيف الله الشهري (رسائل علمية) . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٨م .
- ١٢ - البدرانية شرح المنظومة الفارضية ، ويليهِ: كفاية المرتقي إلى معرفة فرائض الخرفي ، تأليف: عبد القادر بن أحمد بن بدران الدومي الحنبلي (ت ١٣٤٦) ، تحقيق: سامح جابر الحداد ، مراجعة: د. منصور بن عدنان العتيقي . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٨م .
- ١٣ - الممهد (شرح مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني) ، تأليف: القاضي عبد الوهاب بن علي المالكي (ت ٤٢٢) ، تحقيق: د. عبد المجيد خلادي . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ١٤ - المنتخب من المحصول ، تأليف: محمد بن عمر الرازي (ت ٦٠٦) ، تحقيق: عدنان العبيات . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ١٥ - غرر المحصول ، تأليف: عبد الله بن أبي منصور الواسطي البُرْزي (ت ٦٥٧) ، تحقيق: عدنان العبيات . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ١٦ - فصل: المقال في هدايا العمال ، تأليف: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الشافعي (ت ٧٥٦) ، تحقيق: أنور بن عوض العنزي . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ١٧ - الأوسط في أصول الفقه ، تأليف: أحمد بن علي بن برهان الشافعي (ت ٥١٨) ، تحقيق: عدنان بن فهد العبيات . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ١٨ - بغية أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، تأليف: ابن العماد الحنبلي (ت ١٠٨٩) ، ويليهِ: تكملته لإسماعيل الجراعي (ت ١٢٠٢) ، تحقيق: عبد الله بن سعد الطُّخَيْس ، كريم فؤاد محمد اللُّمعي . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .

- ١٩ - مسائل الخلاف ، تأليف: القاضي الحسين بن علي الصِّمري الحنفي (ت ٤٣٦) ، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ٢٠ - تنقيح الفصول في علم الأصول ، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق: سعد بن عدنان الخضاري . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ٢١ - المحصول في علم الأصول (تعليقة على مستصفى الغزالي على رسم الفقهاء) ، تأليف: محمد بن سعد الخواري (من فقهاء القرن السادس) ، تحقيق: عدنان بن فهد العبيات . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠١٩م .
- ٢٢ - عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين علماء الأمصار ، تأليف: ابن القصار المالكي (ت ٣٩٧) ، تحقيق: د. أحمد مغراوي (رسالة علمية) . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠١٩م .
- ٢٣ - مختصر كتاب المحصول في علم الأصول ، تأليف: تاج الدين عبد الرحيم بن محمد بن يونس الموصللي الشافعي (ت ٦٧١) ، ويليهِ: غاية السؤل في علم الأصول ، تأليف: علاء الدين علي بن محمد الباجي الشافعي (ت ٧١٤) ، تحقيق: حسن معلم داود حاج محمد . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠١٩م .
- ٢٤ - عيار النظر في علم الجدل ، تأليف: أبي منصور عبد القاهر البغدادي (ت ٤٢٩) ، تحقيق: أحمد عروبي . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٢٥ - الإخلال بالنقل في مسائل أصول الفقه - الاجتهاد والتقليد والفتيا والتعارض والترجيح - دراسة استقرائية تحليلية ، تأليف: محمد بن طارق بن علي الفوزان (رسالة دكتوراه حاصلة على التوصية بطبعتها) . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٢٦ - شرح المنتخب من المحصول ، تأليف: شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤) ، تحقيق: عدنان العبيات . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٢٧ - المفهم لصحيح مسلم ، تأليف: أبي الحسن عبد الغافر بن إسماعيل الفاسي (ت ٥٢٩) ، تحقيق: د. مشهور بن مرزوق الحرازي . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٢٨ - التوضيح في شرح التنقيح (شرح تنقيح فصول القرافي) ، تأليف: حلولو المالكي ، أبي العباس أحمد بن عبد الرحمن الزليطني ، تحقيق: أ. د. غازي بن مرشد العتيبي ، د. بلقاسم بن ذاكر الزبيدي ، د. عبد الوهاب بن عايد الأحمدي . سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٢٩ - الإبرازات المتعددة للكتاب ، دراسة في مفهوم الإبراز ، وتعددده ، وتأسيسُ لمنهج الحُكم على الكتاب بتعدُّ الإبراز ، وطريقة تحقيقه ، تأليف: أ. د. حاتم باي ، سنة النشر: ١٤٤١هـ ، ٢٠٢٠م .

- ٣٠ - مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه) [نسخة مجردة عن حواشي التحقيق] ،
تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦) ، تحقيق: محمد بن طارق بن علي
الفوزان ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣١ - مختصر الترمذي ، تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦) ،
تحقيق: د. حسام الدين بن أمين حمدان ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٢ - الإحكام في اختصار أصول الأحكام (المختصر في أصول الفقه) ، تأليف: ابن اللحام
الحنبلي ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٣ - إيضاح المشكل من أحكام الخنثى المشكل ، تأليف: جمال الدين الإسنوي
(ت ٧٧٢) ، تحقيق: أنور بن عوض العنزي ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٤ - الكفيل بالوصول إلى ثمرات الأصول (مختصر برهان الجويني) ، تأليف: ابن المُنِير
المالكي (ت ٦٨٣) ، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٥ - الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة ، تأليف: أبي المظفر
السمعاني (ت ٤٨٩) ، تحقيق: أ.د. نايف بن نافع العمري ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٦ - نهاية الإقدام في مآخذ الأحكام ، تأليف: القاضي شهاب الدين الزنجاني
(ت ٦٥٦) ، تحقيق: حمود بن عبد الله المسعر ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٧ - الطريق السالم إلى الله ، تأليف: أبي نصر عبد السيد بن محمد البغدادي ، المعروف
بابن الصباغ (ت ٤٧٧) ، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢١م .
- ٣٨ - الغاية في شرح الهداية ، تأليف: شمس الدين السروجي الحنفي (ت ٧١٤) ، أربع
عشرة رسالة دكتوراه ، ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢١م .
- ٣٩ - تعلية في أصول الفقه ، تأليف: عماد الدين الطبري المعروف بـ(إلكيا الهراسي) (ت
٥٠٤) ، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف ، والمثنى بن عبد العزيز الجرباء ، سنة النشر:
١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٤٠ - شرح صحيح البخاري ، تأليف: قوام السنّة إسماعيل التيمي الأصبهاني (ت ٥٣٥) ،
تحقيق: د. عبد الرحيم بن محمد العزاوي ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢١م .
- ٤١ - التحرير في شرح مسلم ، تأليف: قوام السنّة إسماعيل التيمي الأصبهاني (ت ٥٣٥) ،

تحقيق: إبراهيم آيت باخة ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢١م .

٤٢ - مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه) ط . الموسعة ذات الحواشي . تحقيق:

محمد بن طارق بن علي الفوزان ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ، ٢٠٢١م .

٤٣ - شرح مختصر الكرخي ، تأليف: أبي الحسن القُدوري (ت ٤٢٨) ، تحقيق:

أ.د . عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ، ٢٠٢١م .

٤٤ - النكت على كتاب البرهان ، تأليف: أبي العزّتي الدين المقترح (ت ٦١٢) ، تحقيق:

د . علي بن عبد الرحمن بسام ، راجعه: إبراهيم بن صالح الخزّي ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ،

٢٠٢١م .

٤٥ - نظم الوجيز ، تأليف: أبي الفتح نصر الله التستري البغدادي الحنبلي (ت ٨١٢) ،

تحقيق: طارق بن سعيد آل عبد الحميد الدوسري ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ، ٢٠٢١م .

٤٦ - مجموعة التصحيح السبكي ، تأليف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي

(ت ٧٧١) ، ويتضمن ثلاثة مصنفات ؛ توشيح التصحيح ، تحقيق: د . عبد الله الطخيس وكریم

اللمعي . تصحيح ترجيح الخلاف ، تحقيق: محمد بن أحمد آل رحاب . ترشيح التوشيح وتوضيح

الترجيح ، تحقيق: د . حسن أبو ستّة وعبد الصمد البلوشي ، بإشراف ومراجعة: حذيفة بن فهد

كعك ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ، ٢٠٢١م .

٤٧ - شرح المقترح في المصطلح ، تأليف: تقي الدين المقترح الشافعي (ت ٦١٢) ،

تحقيق: أحمد محمد عروبي ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ، ٢٠٢١م .

٤٨ - نهاية السؤل في دراية المحصول ، تأليف: القاضي المفضّل بن سلطان الحموي ،

المعروف بابن حاذور (ت ٦٦٠) ، تحقيق: د . محمد بن عبد الله العثمان ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ،

٢٠٢١م .

٤٩ - المسكت ، تأليف: الزبير بن أحمد الزبيري (٣١٧هـ) ، تحقيق: عبد الله الثلاثي .

الأقسام والخصال ، تأليف: أحمد بن عمر الخفاف (٣٦٢هـ) ، تحقيق: حذيفة كعك . شرائط

الأحكام ، تأليف: عبد الله بن عبدان الهمداني (٤٣٣هـ) ، تحقيق: عبد الصمد النذير ، سنة النشر:

١٤٤٣هـ ، ٢٠٢٢م .

٥٠ - جزء من التقريب والإرشاد ، تأليف: أبي بكر الباقلاني (ت ٤٠٣هـ) ، تحقيق: عدنان

العبيات ، تاريخ النشر: ١٤٤٣هـ ، ٢٠٢٢م .

٥١ - أصول السرخسي (المسمى: تمهيد الفصول في الأصول)، تأليف: شمس الدين السرخسي (ت٤٨٨هـ)، تحقيق: د. عبدالله السيّد، د. رائد العصيمي، د. عسكر بن طعيّمان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٢ - غاية الأمل في شرح الجمل، تأليف: ابن بزيّزة المالكي (ت٦٦٢هـ)، تحقيق: إبراهيم بلفقيه اليوسفي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.



الْمَنْفَعَةُ
لِنَشْرِ تَهْنِئَاتِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

كِفَايَةُ اللَّيْثِ فِي نَشْرِ التَّهْلُكِ

(التَّصْفِ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ)

تَأْلِيفُ
شِهَابِ الدِّينِ الْقَرَّافِيِّ
أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدَ بْنِ إِدْرِيسَ الصَّنَهَاجِيِّ الْمَالِكِيِّ
(٦٨٤ هـ)

تَحْقِيقُ
د. وَدَّيعِ أَكْوْنِينِ

يحتوي على الكتاب كاملاً

صفحات الفهارس

الجزء ① 565

الجزء ② 1126

الجزء ③ ... 1666

قناة الكتب المدمجة

دمج وفهرسة الكتب ذات الأجزاء المتعددة

أَبْنُ فُلَيْحٍ
لِنَشْرِيفِيسَ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

كِفَايَةُ اللَّيْبِ فِي بَيِّنَاتِ الْبُهْتَانِ

(النِّصْفُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ)

تَأَلَّفُ

شَهَابُ الدِّينِ الْقَرَّافِي
أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدُ بْنُ إِدْرِيسِ الصَّنَهَاجِيِّ الْمَالِكِيِّ
(١٨٤٦ هـ)

تَحْقِيقُ وَتَقْدِيمُ
د. وَدِيعُ أَكْثُونِينَ

الْجُزْءُ الثَّالِثُ

حَقُوقُ الطَّبْعِ مَحْفُوظَاتُ

الطَّبْعَةُ الْأُولَى

١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م

السَّيْفُ الْمَلِكِيُّ

لِنَشْرِيفِيسِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعِلْمِيَّةِ

دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

E-mail: s.faar16@gmail.com

Twitter: @sfaar16



مَكْتَبَةُ الْأَمِيرِ الْإِسْلَامِيِّ لِلنَّشْرِ وَالتَّوَزُّعِ

✽ الفرع الرئيسي : حولي - شارع المثنى - مجمع البدري

ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤

✽ فرع حولي : حولي - شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦

✽ فرع المصاحف : حولي - مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨

✽ فرع الفحيحيل : البرج الأخضر - شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

✽ فرع الجهراء : الناصر مول - ت ٩٥٥٥٨٦٠٨

✽ فرع الرياض : المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي: ٥٥٧٧٦٥١٣٨ - ٠٠٩٦٦

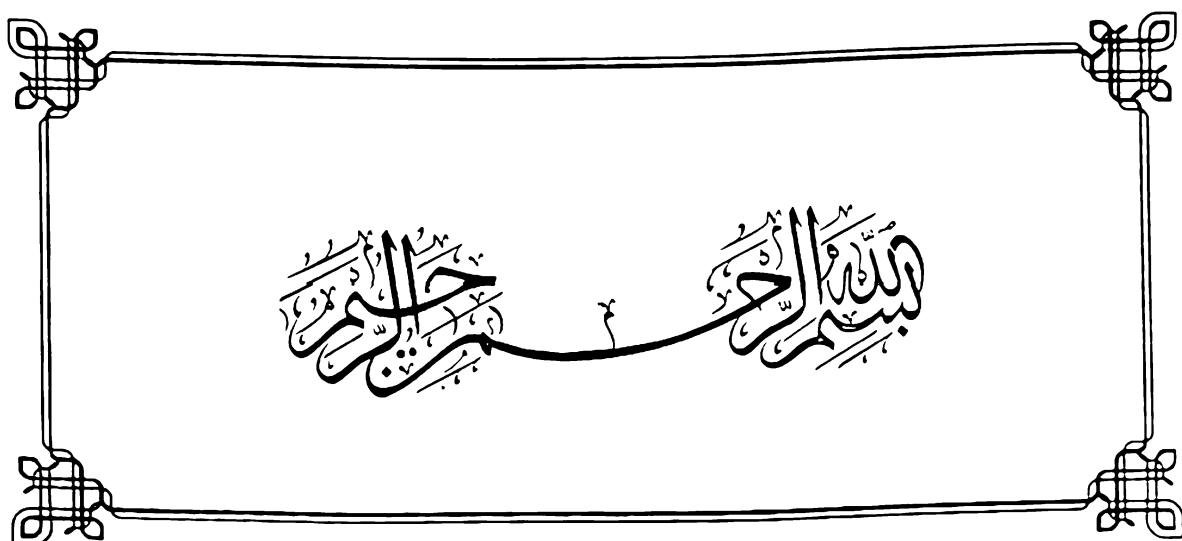
ص.ب: ١٠٧٥ - الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت

الساخن: ت: ٠٥٥٥٩١٠٥٤٤ ٩٦٥٠٠٩٦٥

E-mail: z.zahby74@yahoo.com

imanzahby

كفایتِ اللیب
فی شرح التہذیب



كتاب الاستحقاق

—•••••—

قوله: (للبناء والغرس)^(١). هذا يكون للأعوام، فإن قام المستحق بعد تمام المدة فالكراء للأول، إن كان مشترياً أو وارثاً، وإن كان غاصباً فالكراء لرب الأرض على المذهب، وإن قام في أثناء المدة، فإن كراء ما مضى منها للأول على ما تقدم، وما بقي فلرب الموضع إجازة [١٨٣/ب] الكراء ويأخذ الأجرة من حساب الكراء الأول، وقيل: لا يجوز حتى يعلم ما يجب لباقي المدة لئلا تكون بكراء مجهول.

ووجه الأول أن الكل معلوم بالتفصيل يعلم على قرب في ثاني حال فيجوز أو فسخه، وله الخيار في أن يدفع إلى المكثري قيمة عمله قائماً أي إلى آخر المدة يقوم على تقدير ثباته إلى ذلك الحد، ولا يجوز له قلعه لأنه بشبهة أو يبيع منه الأرض براحا ويشاركه فيها.

قوله: (والزرع)^(١). هو على وجهين إما أن تكون هذه الأرض تزرع مرة في السنة أو بطونا، فالأول إن قام قبل ذهاب الإبان وبعد الزرع فليس له قلع الزرع ولكن يكون الكراء له، وإن كان بعد ذهاب الإبان فالكراء للأول إن لم يكن غاصباً، ويرده الغاصب. وإن كانت تزرع بطونا فكالسنيين، وإذا قام أثناء بطن فما مضى من كرائه الأول إن لم يكن غاصباً، وما بقي للثاني على التفصيل المتقدم.

قوله: (تزرع السنة كلها)^(١). أي بطونا.

قوله: (مقلوعاً)^(١). لأنه على ذلك دخل، أعني أن يقلع بعد المدة.

(١) التهذيب (١٠٣/٤).



قوله: (قائما)^(١). يعني إلى تمام الأجل .

قوله: (الصبر إلى انقضاء البطن)^(١). لأن ذلك بشبهة فله حق ، أما لو كان الأول غاصبا فللثاني قلعه عل المذهب ، وقيل ليس له إلا قيمة الكراء ، لأنه لا ضرر ولا ضرار .

قوله: (فإن استحقها بعد إبان الزراعة)^(١). هذا إن كان الأول غاصبا فالمذهب أن لرب الأرض أخذه بقلعه ، لأنه لا حق له . وقيل ليس له إلا الكراء لأن في قلعه ضررا فلا فائدة تدخل على رب الأرض .

قوله: (لا يعلم أغاصب هو أو مبتاع)^(١). أي فيحمل على ألا غصبَ لأنه على خلاف الأصل ، وكذلك لو ادعى أنه غصبه ذلك فأنكره فأقام بينة على أنه غصبه فحكمه كمن اكترى أو اشترى من غير غاصب لأن ذلك بشبهة ، ولا قطع بشهادة البينة إنما هي ظن .

واعلم أن الغلة لا تكون لرب الموضع في خمسة مواضع:

أحدها: أن يشتري من غاصب لا يعلم أنه غاصب فالغلة له لأنه ضامن .

والثاني: أن يشتري شراءً فاسداً فيستغل ، ثم ينقض فتكون الغلة له بالضمان .

الثالث: أن يرد بعيب فالغلة له .

الرابع: أن يشتري ثم يستحق منه ذلك .

والخامس: أن يشتري شقصا فيشفع عليه فيه بعد أن استغله .

قوله: (فإنه يرجع على أخيه بحصته)^(١). لأنه لم يكن ضامنا لذلك .

(١) التهذيب (٤/١٠٤) .



- قوله: (رجع على أخيه بالمحابة)^(١). لأنه المسبب ، والموهوب لم يتعد .
- قوله: (إن كان مليا)^(١). فإن كان معسرا رجع على المباشر ، ووجه الثاني أنه وهب ما لا يملك فرجع على المباشر مطلقا أي موسرا كان {أو} عديما .
- قوله: (إلا أن يعلم الأخ أن معه وارثا)^(٢). هذا قول ثالث بالتفصيل ، لأنه إذا علم ذلك كان متعديا وغاصبا ويرجع عليه .
- قوله: (فأما إن سكنها هذا الوارث)^(٣). القياس يقتضي أن يرجع عليه وهو القول الثاني ، كما إذا أسكن غيره لكن المذهب ما قال ، واعتذر له بأنه أراد إذا كان هذا الساكن له مواضع آخر مثلها فكأنه لم ينتفع بذلك إذ لم يكن مضطرا إليها ، فصار كمن حصد زرع جاره له بغير إذنه ولذلك الجار قدرة على حصاده من أولاد وعبيد ، فلا أجرة له على ذلك ، فأما إن لم تكن له بموضع آخر واضطر إليه فإنه يرجع عليه بنصف الكراء قولا واحدا لأنه قد تحقق انتفاعه به وهذا ضعيف .
- قوله: (له نصف كراء ما سكن)^(٤). أي مطلقا وله الكراء أي كله ، لأن الأول لم يكن في ضمانه منها شيء [أ/١٨٤] فلا شيء له من الكراء .
- قوله: (فليس له قلع الزرع)^(٥). لأنه بشبهة .
- قوله: (بسبب واحد)^(٥). لأنه حينئذ يحجب القادم .
- قوله: (بعبد أو بثوب)^(٦). يعني ذوات القيم .

(١) التهذيب (١٠٤/٤) .

(٢) المصدر نفسه (١٠٥/٤) .

(٣) في التهذيب «وأما إن سكنها الوارث» (١٠٥/٤) .

(٤) في التهذيب «له عليه كراء نصف ما سكن» (١٠٥/٤) .

(٥) المصدر نفسه (١٠٥/٤) .

(٦) المصدر نفسه (١٠٦/٤) .

قوله: (أو بما يوزن من نحاس)^(١). يعني ذوات الأمثال ، وهي هنا كذوات القيم لأنها تتعلق الأغراض بأعيانها فيفسخ العقد بذهابها ، بخلاف ما في الذمة . ولم يذكر ما يكال من الطعام لأنه لا يجوز كراء الأرض به فهذا له ثلاثة أحوال: إن استحق قبل أن يعمل في الأرض شيئاً فللمستحق الخيار أن يجيز الكراء ، لأنه كراء فضولي فيكون له منافع الأرض ويدفع العبد لرب الأرض ، أو يفسخ فيأخذ الأرض ربها . أو بعد أن زرعت فقد فات الكراء ، فإن أجازته رفع على المكتري بقية العبد وإلا لزم المكتري كراء الأرض لربها . إن كان بعد أن حدث ولم يزرع فيأخذ الأرض ربها ، وهل يغرم للمكتري قيمة الحرث لأن ذلك يصلح الأرض أو لا يدفع له لأنه لم يعمل فيها شيئاً له عين ؟ قولان .

قوله: (أو أحدث فيها عملاً)^(١). يعني له عين .

قوله: (فتعدى البائع على الطعام فباعه أو أكله فعليه أن يأتي بطعام مثله)^(٢). إنما كان ذلك هنا معاملة له بنقيض قصده ، لأنه يتهم أنه أراد بإتلافه نقض البيع .

قوله: (ولا خيار للمبتاع)^(٣). أي إن دفع له المثل .

قوله: (انتقض البيع)^(٣). لأن المعين إذا تلف فلا يلزم مثله لأن الأغراض متعلقة بالمعين ، بخلاف ما في الذمة إذا تلف لا ينقض البيع به .

قوله: (وليس للبائع أن يأتي بطعام مثله)^(٣). يعني إن أبى المبتاع ذلك .

قوله: (فكراء ما مضى للأول)^(٣). إن استوى كراء المشهور وأجاز الكراء

(١) التهذيب (١٠٦/٤) .

(٢) في التهذيب «فتعدى البائع على الطعام فباعه ، فعليه أن يأتي بطعام مثله» (١٠٦/٤) .

(٣) المصدر نفسه (١٠٦/٤) .

أخذ ما بقي من حسابه ، وإن اختلف فهل له إجازة الكراء أو لا ، حتى يعلم ما يجب لباقي المدة ، قولان ، بناء على الخلاف هل يجوز جمع الرجلين سلعتهما في البيع بثمن واحد ، لأن قدر ما لكل واحد معلوم ، أو لا لأنه مجهول حال العقد .

قوله : (فرارا من عهده)^(١) . أي بتقدير أن تنهدم الدار ويتعذر سكنها ، والغالب خلاف ذلك .

قوله : (ولو انتقد الأول)^(١) . أو جعله حالا لأنه كالمقبوض فيكون للمستحق الخيار ، لأن الكراء بالنقد ينقض عن الكراء يقبض واجب كل شهر في آخره ، فإن أجاز وكان مأمونا دفع له كراء الباقي حالا ، وإلا لم يدفع له إلا واجب كل شهر .

قوله : (ونحوه)^(١) . من جناية .

قوله : (وقيمة الهدم)^(١) . أي ما نقص عن قيمته فإنما قوله لرجع بها المستحق على الهادم لأنه المباشر لذلك وهذه المسألة والتي بعدها تنقض على المذهب . قوله في المسألة المتقدمة فالاستحسان ألا يرجع لأخيه عليه بشيء .

والفرق أن الموهوب في المسألة الأولى غير متعد وهو في هاتين المسألتين متعد ، فلذلك رجع عليه قولاً واحداً .

قوله : (إن شاء الثمن الذي قبض فيها وقيمه)^(٢) . يعني وقيمة الهدم مع ذلك كما تقدم .

قوله : (ولو هدمها المكثري لم يلزمه لربها قيمة)^(٣) . هذه مسألة فرق ؛ لأنه

(١) التهذيب (١٠٧/٤) .

(٢) في التهذيب «إن شاء الثمن الذي قبض فيه أو قيمته» (١٠٧/٤) .

(٣) في التهذيب «ولو هدمها المكثري ، لم يلزمه لربها قيمة» (١٠٧/٤) .

قال فيمن اشترى ثوبا فقطعه للخياطة أنه يقدم الأرض إذا رد بعيب، وفرّق أن البناء يمكن أن يعاد كما كان، والثوب لا يمكن رجوعه إلى ما كان البتة وهذا ضعيف لأنه لا يعود إلا بمال وقال ابن المواز: يغرم الأرض في الموضعين.

قوله: (فإن كان السير من الدار)^(١). إن كان هذا السير لا مضرة عليه فيه فيجبر على ما أخذ ما يقابله من الثمن ويصح البيع، وإن كان فيه مضرة [١٨٤/ب] فيخير بين فسخ البيع وإبقائه، وهذا بخلاف غير الدور فإذا استحق السير فيها كان له الخيار في الفسخ عشرة أثواب يستحق أحدها، والفرق أن اكتساب العقار صعب لأنها إنما تتخذ غالبا للقنية لا للتجارة، ولهذا لا يفيتها حوالة السوق.

قوله: (فهو مخير)^(٢). لأن ثمن الباقي لأنه جزء من الكل أما لو كان المبيع أشياء متعددة واستحق جلها فيفسخ ولا يخير، لأن الباقي يكون ما يقابله من الثمن مجهولا فهو مثل ما وصفنا في البيوع، لأن الغالب أن كراء الشهور سواء ووجه قول الغير أن كراء الشهور يختلف في بعض المواضع بحسب الفصول كديار البحر، أيضا فإن بناء الدار ليس أول السنة كآخرها وعلى هذا يكون واجب الشهور مختلفا فيجري مجرى الثياب المختلفة الأثواب فلا يجوز له التماسك إلا في استحقاق السير الذي لا يفسخ معه الكراء.

قوله: (فإن علم)^(٣). العالم بالغصب في ذلك غاصب.

قوله: (على أيهما شاء)^(٣). لأن كليهما غاصب.

قوله: (يرجع أولا بالغلة على الغاصب)^(٣). هذا المذهب، لتصح هبته،

(١) التهذيب (١٠٧/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٠٨/٤).

(٣) المصدر نفسه (١٠٩/٤).

وقال أشهب: هو مخير في أيهما يرجع عليه، لأن الموهوب مباشر والغاصب مسبب. ولنا قول ثالث أنه يرجع أبدا على المباشر.

قوله: (رجع بها على الموهوب)^(١). ولا يرجع بذلك على الواهب كما لا يرجع الواهب على الموهوب أيضا إذا رجع عليه المستحق، وإن كانا معسرين فعلى أولهما يسرا.

قوله: (فعلى ما ذكرنا)^(١). والخلاف كالخلاف.

قوله: (فاستغلها ولده)^(١). أي وعلم أن أباه غاصب.

قوله: (فالموهوب لا يكون في عدم الواهب أحسن حالا)^(١). مع كونه أجنبيا فهو أولى بأن يرجع عليه.

قوله: (ولا يوضع ذلك عنه لأنه اشتراه)^(٢). أي لا يكون الشراء بشبهة له في سقوط ذلك عنه لأنه باشر إتلافه بنفسه بخلاف ما إذا تلف عنده بأمر من الله.

قوله: (كان من وهبه غاصب فاستغل أخرى أن يرد)^(٣). لأن الموهوب أخذ ذلك بغير يمين والمشتري أخذه بضمن.

قوله: (فلربه إذا استحقه أخذ قيمة ما عمل)^(٣). لأنه منفعة عنده وما وهب ماله.

قوله: (بَيِّنَة)^(٤). لأن ما يغاب عليه يتهم أنه أخفاه فإذا تبين أنه ليس كذلك سقط الضمان.

(١) التهذيب (١٠٩/٤).

(٢) في التهذيب «ولا يوضع ذلك عنه أنه اشتراه» (١١٠/٤).

(٣) المصدر نفسه (١١٠/٤).

(٤) في التهذيب «بينة» (١١٠/٤).

قوله: (بخلاف الغاصب)^(١). لأنه ضامن بالإحالة بوضع اليد، لا للتهمة.

قوله: (لرجع المستحق بالغلة على الموهوب)^(٢). فرق بين المبتاع من الغاصب لا يعلم أنه غاصب وبين من وهبه الغاصب لا يعلم أنه غاصب، لأن المبتاع له الخراج بالضمان، والموهوب لم يدفع في ذلك ثمنا فلم يكن ضامنا له. فإذا كان الغاصب موسراً رجع المالك عليه بالغلة لتصح هبته لأنها معروفة حتى يكثر المعروف بين الناس، ولم يرجع هو على الموهوب بشيء لأنه الذي سلطه على ذلك. وإن كان معسراً رجع على الموهوب لأنه المباشر، ولم يرجع بذلك الموهوب على الغاصب لأنه إنما وهبه غير معين ما ليس له.

قوله: (ويكون للموهوب قيمة علاجه وعمله)^(٣). لأنه قام عن المالك بذلك.

قوله: (فإنما يرجع بما دفع من العين)^(٢). أي بالدرهم لأنه إن رجع بالدنانير كان قد خرج عن يد المبتاع دراهم فأخذ دنانير وذكر صرف بتأخير فأمكن أن يتواطأ عليه، وهذا يدل على اعتبار التهم البعيدة.

قوله: (ولو دفع في الدنانير عرضاً)^(٢). هذا بيع ثان.

قوله: (لم يرجع البائع)^(٣). وهو المبتاعُ أولاً باع ثانياً منه عرضاً بتلك الدنانير [١/١٨٥] التي وجبت عليه، فإذا استحققت السلعة الأولى رجع البائع ثانياً على البائع الأول بالدنانير ثمن العرض ولا محذور في ذلك.

قوله: (ولو استحق هذا العرض من يد المبتاع ثانياً)^(٤). أي دون السلعة

(١) التهذيب (٤/١١٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/١١١).

(٣) في التهذيب «لم يرجع على البائع» (٤/١١١).

(٤) في التهذيب «ولو استحق هذا العرض من يد البائع» (٤/١١١).



الأولى لم يرجع على البائع ثانياً إلا بالدنانير التي كانت في مقابلة السلعة الأولى .

قوله: (ولا ما نقصها)^(١) . وقال فيما إذا ردها بعيب أنه يردها وما نقصها ، والفرق أن في الأولى بالخيار بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن أو لا يجيز فيأخذها دون أرش العيب ، والبائع في الثانية لا خيار له ، إنما الخيار للمبتاع بين أن يمكنها بالعيب أو يردها بالأرش .

قوله: (أخذها إن شاء مع قيمة ولدها)^(١) . وقيل: يأخذ قيمتها . وقيل: يأخذ قيمة الأم فقط .

قوله: (يوم الحكم)^(١) . لأنه حين يمنعه منه ، وقيل: يوم الولادة قاله المغيرة ، يبني عليه أنه إن مات قبل الحكم فلا شيء له على المذهب ، وكان القياس أن يأخذ الولد مع الأم لأن الولد لمن له الأم ، إلا أن الإجماع على أن الولد في هذا النوع حر ، لأنه وطءٌ بشبهة ، وإنما دخل الواطئ على حرية ولده وإذا كان للولد مال فهل يقوم بماله أو دون ماله ؟ قولان ، وأما قيمة الأم فيوم الحمل ، وقيل يوم الوطء وقيل ليس بخلاف ولكن إن كان وطئاً واحداً فيوم الحمل يوم الوطء وإن تعدد فيوم الحمل .

قوله: (لأن في ذلك ضرراً على المبتاع وعلى الوالد باسترقاق أمه)^(٢) . وهذه النازلة بعينها طرأت لمالك في أم ولده إبراهيم ، فأفتى الفقهاء بالمدينة بأخذ قيمتها .

قوله: (فإن أخذت الأمة رجع بالثمن)^(٣) . وكذلك إن أخذت منه قيمتها .

(١) التهذيب (١١١/٤) .

(٢) في التهذيب «لأن في ذلك ضرراً على المبتاع ، ويأخذ قيمة الولد أيضاً يومئذ» (١١٢/٤) .

(٣) في التهذيب «فإن أخذت الأمة من المبتاع على أحد قولي مالك رجع بالثمن» (١١٢/٤) .

قوله: (ولا يرجع بما أدى من قيمة الولد)^(١). أي ألا يقال إن البائع كان السبب في ذلك لأنه بوطئه إياها كان ذلك.

قوله: (كما لو باع من رجل عبدا سارقا ودلس له فيه)^(٢). لأنه يقول: وَلَمْ أَمَّنْته أنت حتى سرق لك.

قوله: (لم يضمن البائع ذلك)^(٣). لكن يتبع العبد بذلك في ذمته إن رده عل بائعه بعيب السرقة، وإن لم يدلس البائع بذلك لم يرجع بذلك على أحد، ولكن إن شاء أمسكه بذلك العيب أو رده.

قوله: (فإن كان الولد مليا أدى القيمة)^(٤). هذا يدل على أن الولد لا يقوم بماله، لأنه لو كان ماله للمستحق لم يدفع منه قيمة الولد له.

قوله: (ولا يرجع بها على أبيه)^(٥). لأن ذلك في حق الولد ولأجل حرته. قوله: (ولا يرجع به الأب على الولد)^(٦). لأن ذلك إنما كان بوطئه الأمة، وليس للولد شيء في ذلك.

قوله: (لا شيء على الابن من قيمة نفسه)^(٧). لأن الإجماع على حرته وليس بيده في ذلك شيء.

قوله: (وليس للمستحق فيمن مات من الولد قيمة)^(٨). لأنها إنما تجب القيمة

(١) التهذيب (١١٢/٤).

(٢) في التهذيب «ودلس له به» (١١٢/٤).

(٣) المصدر نفسه (١١٢/٤).

(٤) في التهذيب «ثم لا يرجع بها على أبيه» (١١٢/٤).

(٥) المصدر نفسه (١١٢/٤).

(٦) المصدر نفسه (١١٣/٤).



بالحكم ، وعلى قول المغيرة: تجب عليه قيمة من مات لأنها وجبت يوم الولادة.

قوله: (وفي الغرة)^(١). يعني إذا ضرب بطنَ أمةٍ ضاربٌ (.)^(٢) جنينا ففيه الغرة بالإجماع كما في جنين الحرّة.

قوله: (ولا يضع القصاص استحقاقها)^(٣). أي لا يقال إنها لما استحققت صارت أمة فولدها بمنزلتها، فيكون عشر قيمتها كجنين الأمة لا الغرة كجنين الحرّة.

قوله: (فديّته كاملة للأب)^(٤). لأنه حر .

قوله: (وعليه الأقل)^(٥). قال أشهب: ليس عليه شيء لأن الولد قتل قبل الحكم كما لو مات قبل الحكم ، وفرق المذهب فيهما لأنه في القتل أخذ السيد فيه الدية وبسببه وفي الموت لم يأخذ فيه شيئاً ، فإن كانت القيمة أقل من الدية كان الزايد [ب/١٨٥] للأب ، وإن كانت الدية أقل من القيمة رجع بالفاضل المستحق على القاتل ، لأنه يقول: أنت فوتت علي هذا الزائد ، وإنما لم يكن على الأب إلا الأقل ، لأنه لو كان حياً لم يلزمه إلا القيمة ، إلا أن دية الخطأ تؤخذ منجمة في ثلاث سنين ، وكذلك يدفع الآن الأقل منها على حسب ذكر التنجيم متى قبض شيئاً دفع ذلك .

قوله: (لم يكن على الأب فيهم قيمة)^(٦). لأنه لم يأخذ بسببهم شيئاً وإنما

(١) التهذيب (١١٣/٤).

(٢) كلمة غير واضحة في المتن .

(٣) في التهذيب «ولا يضع القصاص عن القاتل استحقاق هذه الأمة» (١١٣/٤).

(٤) المصدر نفسه (١١٣/٤).

(٥) في التهذيب «وعليه لسيد الأمة الأقل» (١١٣/٤).

(٦) المصدر نفسه (١١٣/٤).

يلزمه قيمة من هو حي يوم الحكم .

قوله: (وإن جاوزت الدية)^(١). لا يخالف في هذا أبو حنيفة لأنه حر ، بخلاف قيمة العبد المقتول .

قوله: (أقطع اليد)^(١). تلزمه أولاً قيمته أقطع ثم بعد ذلك ينظر ما بين قيمته صحيحاً وقيمته أقطع ، فما كان نظر بين ذلك وبين الأرش الذي أخذ في اليد فيلزمه الأقل بدفع ذلك للمستحق ، فإن كانت دية اليد أقل رجع بالزائد المستحق على الجاني ، لأنه الذي فوت ذلك عليه لجنائه ، وإن كان ما بين القيمتين أقل كان الفاضل للأب .

قوله: (فأخذ الأب ديتها)^(٢). فيظهر منه أن ذلك ملك للأب وليس على ظاهره بل معناه أخذها لينظر فيها لأنه محجوره .

قوله: (ثم للمستحق على الأب الأقل من الغرة ومن عشر قيمة الأم)^(٣). الواجب للمستحق ، فإن كانت الغرة أكثر فالفضل للأب ، وأقل اتبع المستحق الجاني بالفضل كما تقدم .

قوله: (فله هدمه كمن ابتاع عبداً فأعتقه)^(٤). قيل: كان ينبغي أن يبدأ المستحق بأن يدفع قيمة أنقاض البناء قائمة (.) أمر الثاني يدفع قيمة الأرض براحاً فإن أبياً كانا شريكين ، فأجيب بأن الثاني كان غاصباً فلذلك أمر بهدم البناء ، وقيل: ولا يمشي على ذلك لأنه في الغصب يبدأ رب الأرض بأن يدفع قيمة

(١) التهذيب (١١٣/٤) .

(٢) في التهذيب «ما فضل من دية اليد للأب» (١١٣/٤) .

(٣) في التهذيب «ثم للمستحق على الأب الأقل من ذلك أو من عشر قيمة أمه» (١١٤/٤) .

(٤) المصدر نفسه (١١٤/٤) .

الأنقاض مقلوعة ولكن شبه المسألة بعق العبد المستحق ، والفرق أن القرية في العتق وقعت بذات العبد وفي المسألة إنما تفوت بالبناء والدار فلا يصح بيع البناء بوجه لأن في^(١) ذلك بيع الحبس ، فيلزمه أن يقلع الأنقاض ويجعلها في مسجد آخر بأقرب المواضع من هذا ويمكن أن تكون المسجد هي الدار بعينها لم يزد فيها شيئا فلذلك كان للمستحق هدمه أولا لأنه عين ذلك قرية رجع بحصته من الثمن أي ولا يبقى الباقي مبيعا بثمن مجهول ، لأن البيع لم ينتقض عقد استحقاق الأقل الذي هو تابع ، بخلاف العكس لأنه إذا استحق الأكثر المتبوع انتقض البيع .

قوله: (رجع بحصته من الثمن)^(٢) . لأنه معلوم قبل أن يرضى به فيعقد البيع فيه بثمن معلوم ، وكذلك الجزء الشائع كالثلث والخمس معلوم .

قوله: (فإنما يقع لكل سلعة منها)^(٣) . حصته من الثمن يوم وقعت الصفقة لأن البيع صحيح ، لا يوم الاستحقاق أو الرد بالعيب .

قوله: (فإن الثمن يقسم على جميع الصفقة)^(٣) . أي لا يعتبر ما سميا لكل صبرة حال العقد لأنهما قد يتسامحا في ذلك ويحملا صبرة على صبرة ، وكذلك لا يحل للمشتري أن يعرف بأن ذلك شراء صبرة منها إلا أن يبين ذلك للذي يشتري منه ولكن يبيعه مكايسة .

قوله: (لم يجز البيع)^(٣) . لأنه مخاطرة لأن المبتاع يقول: لعل القمح يكون أكثر فأغبنه ، والبائع يقول: لعل الشعير يكون أكثر فأغلب المبتاع . ولو قال على

(١) وقعت (في) مكررة في المتن .

(٢) التهذيب (٤/١١٤) .

(٣) المصدر نفسه (٤/١١٥) .

أن كل قفيز من القمح بكذا ومن الشعير بكذا جاز .

قوله: (فاستحق أحدهما بحرية)^(١). هذا استحقاق شرعي أي ثبت [١/١٨٦]
أن أحدهما حر .

قوله: (فله رد الباقي)^(١). أي ولا يجوز التمسك بحصته لأن البيع قد انتقض وإنما أراد به التمسك به بالثمن كله وأما ببعضه فلا ، ويعني بالوجه أن يكون قيمة الأكثر وأما إذا كان النصف فيكون الباقي معلوم الثمن فيجوز رده والتمسك به لأن ما يقابله معلوم .

قوله: (المستحق قيمته)^(٢). أي الحد ، لأنه إنما استحققت قيمته في الحقيقة لا هو ، يعني يُقَوِّم إذا رد على تقدير أنه عبد لأن الحر لا يُقَوِّم .

قوله: (وكذلك لو كان مكاتبا أو مدبرا أو أم ولد)^(٢). لأنه لا يجوز بيع شيء من هؤلاء .

قوله: (على الإقرار)^(٣). أي أقر له بما ادعى واشترى منه ذلك فبدا بيع فإذا استحق العرض رجع بما أقر له به أو بقيمته إن فات .

قوله: (وهو عرض أو حيوان)^(٣). أي أن العقار لا يفوت بتغير الأسواق .

قوله: (على الإنكار)^(٣). وذلك أن ينكره في دعواه فيلزمه اليمين فينكل عنها ثم يرجع له عوضا عن ذلك فهذا بيع في المذهب ، والشَّافِعِي يمنع ذلك ، وعلى قولنا هل البيع الخصومة أو توجه اليمين ؟ فإن استحق هنا العوض فإن قلنا

(١) التهذيب (١١٥/٤) .

(٢) في التهذيب «وكذلك لو كان المستحق مكاتبا» (١١٥/٤) .

(٣) المصدر نفسه (١١٦/٤) .

أنه عن إسقاط الخصومة مطلقا فلا يرجع عليه ، لأنه قد أسقط حقه ولم يثبت له شيء ، وإن قيل عن إسقاط الطلب في ذلك الوقت رجوع عليه ، وقيل إن بعد ما بين الصلح والاستحقاق رجوع عليه ، لأنه يقول لولا الصلح كانت لي بينة في ذلك الوقت وفي القذف يرجع .

قوله : (فليرجع بما دفع)^(١) . وقال أشهب : لا يرجع لأن ذلك إنما كان عن رفع الطلب في الحال .

قوله : (فإنه دفع بالمائتين)^(٢) . لأنه إنما أسقط عنه المائة الأخرى من أجل العبد ففي الحقيقة إنما دفع له العبد عوضا من المائتين ، ولا ينظر إلى ظاهر كلامهما .

قوله : (فإنما وقع البيع بتلك السلعة)^(٣) . أي وذكر الثمن لغو ، فلا ينظر إلى كلامهما كذلك في المسألة الأولى .

قوله : (رجع بقيمة)^(٣) . القياس أن يرجع في الصلح والنكاح والخلع بقيمة ما أخرج عن يده لا بما دفع له ، ولكن لما كان الصلح والنكاح والخلع يقع بين الناس على جهة المكارمة وعلى غير المكايسة استحق أن يرجع بقيمة ما دفع له .

ولنا قول ثانٍ على القياس : أنه يرجع بصداق المثل وخلع المثل ، وفي الدم بالدية ، ولنا : لو باع منه عبدا بعبد فاستحق أحدهما فإنه يرجع بعبد الذي خرج عن يده إن كان باقيا وبقيمته إن كان تالفا .

قوله : (وكأنهما في صفقة)^(٤) . وذلك أن المعيب كأنه نقص منه جزء فدفع

(١) التهذيب (١١٦/٤) .

(٢) في التهذيب «فإنه يرجع بالمائتين» (١١٦/٤) .

(٣) المصدر نفسه (١١٦/٤) .

(٤) المصدر نفسه (١١٧/٤) .

له العبد الثاني في مقابلة ذلك الجزء فإن استحق أحدهما فالحكم كما لو كان في صفقة ، وقال أشهب: ليس الثاني مبيعا وإنما دفعه له في مقابلة إسقاط الخصومة ، فإن استحق الثاني لم يرجع عليه بشيء ، وإن استحق الأول رجع عليه بجميع الثمن ، وهذا على أن البيع الأول لم ينتقض بالصلح ، وعلى المذهب انتقض واستأنفا بيعا آخر .

قوله: (فإنه يرجع في عبده)^(١) . فإنه إذا استحق المعين انتقض البيع ، لأن غيره لا يقوم مقامه لتعلق الغرض بعينه ، وليس كذلك غير المعين لأنه في الذمة .

قوله: (يوم الصفقة)^(١) . لأن البيع صحيح .

قوله: (فاستحق الثوب)^(١) . مثل الأولى إلا أن الفوت فيها بعثت ، وفي الأولى بحوالة سوق ، ويصح العين بشرط أن يكون لدافع الثوب شبهة فيه ، لأنه حينئذ يكون عتقه بشبهة . [١٨٦/ب] وأما لو كان قد غصبه واشتراه العبد بطل عتقه لأنه في شبهة له .

قوله: (أو ولدت أولادا)^(١) . الفوت هنا بالزيادة كما تفوت بالنقص بطرؤ عيب .

قوله: (وإن كانت وخشا)^(١) . لأنه يمنع الوطاء ، ولتعلق غرضها بالزوج .

قوله: (إلا ومعها ما نقصها)^(١) . لأنه حدث عنده عيب بها وإذا اطلع على عيب قد عرف ، فإن شاء أمسكها وأخر الأرش وإلا ردها وأرش الحادث عنده .

قوله: (فأحب إلي ألا يرد العتق)^(٢) . هذا على الوجوب ، وهذا المذهب

(١) التهذيب (٤/١١٧) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١١٨) .



كما تقدم في الخلع والنكاح والصلح ، وذلك هنا من أجل تشوف الشرع للعتق .
ولنا قول ثانٍ: أنه ينقض العتق ويرجع مكاتبا كما كان ، وهو القياس أن
يرجع فيما خرج عن يده .

قوله: (فالعق ماض)^(١) . الفرق أنه في هذه لم يعتقه على عوض بل الذي
أخذ منه انتزاع لماله فصح العتق ، وفي المكاتب لم يعتقه إلا على عوض فلما
استحق العوض رجع عليه بذلك .

قوله: (فإنه يرجع في هبته)^(٢) . لأن هبة الثواب بيع .

قوله: (إلا أن يعوضه قيمتها)^(٣) . هذا بخلاف البيع ، لأنه في البيع إذا استحق
العوض المعين انتقض البيع ولا يلزم البائع وإن دفع له المشتري ثمنا آخر .

والفرق أنه في البيع انعقد على ثمن معلوم معين ، وفي الهبة لم يشترط ثمن
إلا قيمتها فبقيا على ذلك الحكم .

قوله: (إنما كان تطولا)^(٤) . لأنهما لم يدخلوا إلا على قيمة ذلك فقط .

قوله: (قبل حوالة سوقها)^(٣) . أي قبل أن تفوت فلمبتاعها حبس نصفها
الباقى لأنه بثمن معلوم .

قوله: (فإن كان معروفا بالحرية)^(٤) . لأن الحرية هي الأصل في الناس ،
فلا يعترض على الوصي لأنه تصرف بحق ولكن يأخذ السيد من ماله ما وجد

(١) التهذيب (٤/١١٨) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١١٩) .

(٣) في التهذيب «قبل حوالة سوق» (٤/١١٩) .

(٤) المصدر نفسه (٤/١١٩) .



قائماً ، وما بيع فإنما يأخذه بالثمن ويرجع على من قبض ثمنه أو دفع ما أخذ وهذا المَذْهَبُ ، وهو مشكل ؛ لأنه غاية ما في ذلك أن الوصي تصرف فيما ليس له التصرف فيه غلطا ، والقصد والغلط في أقوال الناس سواء . وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ : أنه يرجع عليه بذلك كله وهو القياس ، وأما لو لم يعرف بالحرية فيرجع عليه قولاً واحداً .

قوله : (ولا متولي الحج) ^(١) . إن كان حج ، أما إن لم يحج فتؤخذ منه الأجرة .

قوله : (فإن كان الشهود عدولاً) ^(٢) . لا فرق بين العدول وغيرهم في القياس ، لأن ذلك كله نفذ بحكم حاكم واجتهاده .

قوله : (ترد إليه زوجته) ^(٣) . أي ولو ولدت أولاداً من غيره ، بخلاف زوجة المفقود فإنها تفوت بالدخول .

والفرق أن الحاكم زوجها على تقدير حياة لأنه لما عمد لم يقطع بموته وهنا إنما زوجه على تقدير موت الزوج .

قوله : (فهو أحق به بالثمن) ^(٢) . هذا المَذْهَبُ ، والقول الشاذ أنه يأخذ ذلك كله بلا ثمن ، لأن العمد والخطأ في أموال الغير سواء ، فإن قلت : هذا كما إذا وجد متاعه في المغنم بعد القسمة فهو أحق به بالثمن ، قيل : الفرق أن شبهة الكفار أقوى لأنهم يملكون بدليل أنهم لو أسلموا عليه كان لهم .

قوله : (فالسلم تام) ^(٣) . لأن الدنانير والدراهم لا تتعين ، وإنما العقد بها على ما في الذمة .

(١) التهذيب (٤/ ١١٩) .

(٢) المصدر نفسه (٤/ ١٢٠) .

(٣) المصدر نفسه (٤/ ١٢١) .



قوله: (ولو أسلمت عرضاً أو شيئاً مما يكال أو يوزن)^(١). لأن ذوات الأمثال في هذا تتعين لتعلق الأغراض بها فيفسخ البيع باستحقاقها أو ردها بعيب.

قوله: (أو مثله)^(٢). أي في المكيل والموزون.

قوله: (ومن أسلف)^(٢). يعني من أسلم.

قوله: (ولا ينتقض السلف)^(٢). لأنه مضمون في الذمة، فإذا استحق ما قبضه صار كأنه لم يدفع له شيئاً [١/١٨٧].

قوله: (ومن ابتاع طعاماً كيلاً أو وزناً)^(٢). يعني ما فيه حق توفية، لأن هذا لا يكون سلفه من البائع حتى يقبضه، بخلاف الجزاف لأنه بالعقد قابض له.

قوله: (وليس على البائع أن يأتي بمثله)^(٢). لأنه قد أنقض البيع.

قوله: (فإن كان شيئاً معلوماً)^(٣). لأن الهبة هنا لها جزء من الثمن فلا بد من كونها معلومة.

قوله: (فيرجع من الثمن بحصة السلعة)^(٣). هذا على أن تكون السلعة الأقل أو النصف، ولو كانت الجبل انفسخ الجميع.

قوله: (فالعبد رأس المال)^(٣). أي المدفوع حالا في ذلك هو الثمن، وهو رأس مال السلم، وسواء قال: أبيعك أو اشتري منك.

قوله: (ويرجع على البائع بنصف الثمن)^(٣). لأن النصف معلوم.

(١) في التهذيب «ولو أسلمت عرضاً، أو حيواناً، أو رقيقاً، أو شيئاً مما يكال أو يوزن» (٤/١٢١).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٢١).

(٣) المصدر نفسه (٤/١٢٢).

قوله: (ورجع بقيمة ما استحق)^(١). هذا مشكل ، لأن القاعدة: إذا استحق المعين انتقض البيع ، فكان ينبغي هنا أن يفسخ من الفرس ما يقابل المستحق من الثوبين كالربع مثلاً وتبقى له ثلاثة أرباع الفرس . ثم قوله «رفع قيمة ما استحق» مشكل من جهة أخرى: وذلك أنه في البيع إنما يرجع البائع فيما خرج عن يده لا فيما دفع له إلا في النكاح والخلع والصلح لما تقدم . ولو أسلم ثوبين متكافئين في فرسين متماثلين فاستحق أحد الثوبين انفسخ السلم في أحد الفرسين ، فإن قلت: الثوب منها إنما يقابله نصف هذا الفرس ونصف الفرس الآخر فكان ينبغي أن يفسخ ذلك ، فيقول: لما كان من نوع واحد جمع النصفان في فرس واحد ، كما لو أسلم له في نصف فرس ، ثم في نصف فرس أخذ نصفه الأول فإنه يجمعهما له في فرس واحد ، وإذا احتيج إلى تقويم شيء من السلم فإنما يقوم على أنه لأجله المضروب له ، وإن كان التقويم بعد انقضاء الأجل .



(١) في التهذيب «ورجع بقيمته» (٤/١٢٢).

كتاب الشفعة^(١)

—•••••—

وهي من الشَّفَعِ خلاف الوتر ، لأنها بها يصير حظه حظين ، ومنه قوله تعالى : ﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً حَسَنَةً﴾ [النساء: ٨٥] أي يَزِدُّ ، أو من الشفاعة لأنهم كانوا في الجاهلية إذا دخل أجنبي بالشراء في ملك مشاع استشفع له حتى يترك ذلك الإضرار ، فسمي الآخذ بالشفعة في الشرع شفيعاً كأنه يشفع لنفسه بما جعل له من ذلك الشرع .

والأصل فيها قوله ﷺ : «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ ؛ فَإِذَا ضُرِبَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ»^(٢) ، فدل على أن الشُّفْعَةَ إنما تكون فيما يصح قسمته ، وفيه دليل على ألا شفعة للجار خلافاً لأبي حنيفة ، لأنه بضرب الحدود يصير الشريك جاراً ، ولأنه لا ضرر عليه بالجوار . ولا حجة [له في]^(٣) قوله ﷺ : «الجارُ أَحَقُّ بِصَقِيهِ»^(٤) لأنه لفظ مشترك ، وهو عندنا يراد به الشريك . وأجمع العلماء على صحة الشُّفْعَةِ في الجملة ، ولنا سببان : إزالة الضرر ، والثاني تعذر القسمة .

(١) ما ساقه هنا من الأدلة عن أصل الشُّفْعَةِ قريب مما هو في الذخيرة . (٢٦١/٧) .

(٢) الحديث رواه مالك في الموطأ عن أنس ، كتاب الشُّفْعَةِ ، دون باب ، بلفظ «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» رقم ٢٣٧١ . والبخاري في صحيحه كتاب الشُّفْعَةِ ، باب الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ ، ولفظه : «قضى رسول الله ﷺ بالشُّفْعَةِ في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة» .

(٣) ما بين المعقوفين مبتور في الأصل ، وأثبتته لأنه ظاهر .

(٤) الحديث رواه مالك في الموطأ ، في أول كتاب الشُّفْعَةِ ، حديث رقم ٨٥٦ . والبخاري في صحيحه ، كتاب الحيل ، باب احتيال العامل ليهدي له . ورواه أحمد في مسنده ، الملحق المستدرک من مسند الأنصار ، حديث أبي رافع ٧١١٨٠ .

ولنا في القسمة قولان:

أحدهما: أنه يعتبر فيها أن تكون الأقسام على حد ما (..) كالدار تصير دورا.

والثاني: لا يعتبر ذلك. فعلى الأول لا يصح قسمة الحمام، وهو قول ابن القاسم، فلا تصح فيه الشُّفْعَةُ لأنها فيما يقسم^(١).

ثم الشُّفْعَةُ على خلاف الدليل، لأن فيها إخراج الملك عن المالك جبرا فكان الأصل ألا تجوز لولا معارضة أصل آخر، وهو إزالة الضرر، لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢).

قوله: (فباع المسلم من مسلم أو ذمي)^(٣). أما من مسلم فتجب للذمي الشُّفْعَةُ لأنه حكم بين مسلم وكافر، فيجب على الحاكم الحكم بينهما بحكم المسلمين من الأخذ بالشُّفْعَةِ.

وأما من [١٨٧/ب] ذمي فقولان: فإن نظر إلى أنه تنزّل الذميُّ الشريكُ منزلة المسلم البائع، وقد انتزع من المسلم فأحرى أن ينتزع من الكافر، وإن نظرنا إلى أنه حكم بين كافرين فلا حكم لنا فيه إلا أن يترافقوا إلينا، فيكون الحاكم مخيرا في الحكم بينهما، وإذا حكم فإنه يحكم بالأخذ منه بالشُّفْعَةُ لأنه حكم المسلمين، فإن كان باع منه بما يصح للمسلم تملكه فلا كلام، وإن باع منه بخمر أو خنزير فقولان، بناء على أن: من أتلف لذمي خمرا فهل يغرم له قيمتها أولا قيمة لها لأنها ليست بملك؟ فقال ابن القاسم: يغرم له قيمتها، فعليه يشفع هنا بقيمة ذلك عندهم. وقال ابن الماجشون: لا يغرم قيمة ذلك، فعليه يشفع بقيمة

(١) انظر التوضيح (٥٧٢/٦).

(٢) الحديث تقدم تخريجه في كتاب التجارة إلى أرض الحرب، باب الحكرة.

(٣) في التهذيب «فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي» (١٢٥/٤).

الشفقة لتعدد الثمن . أما لو باع الذمي نصيبه فالمسلم يأخذ بالشفقة قولاً واحداً .
قوله: (والآخر لأب)^(١) . أي هم أبناء العلات^(٢) ، وإخوة لعلات ، أي
أمهاتهم مختلفة .

قوله: (إذ بالبنوة ورثوا)^(٣) . أي ليس أحدهم أقعد بالميت لاستوائهم فيها
ورثابه من البنوة ، وهذا على المذهب من أنه إذا باع بعض أهل سهم واحد فباقيهم
أحق بالشفقة من سائر الورثة كانوا ذوي سهام أو عصبه ، ووجهه ألا يدخل عليه
في ذلك السهم غيرهم بوجه كما اختصوا به أولاً في الميراث ، فمن اشترى من
بعضهم وليس منهم شيئاً من ذلك السهم كان من سائر الورثة أو أجنبياً جعل
لباقيهم إخراجهم بالشفقة حتى يبقى ذلك السهم لمن ورثه أو بعضهم لاتفاقهم في
السبب الذي ورثوا به ، بخلاف الأجانب لاستوائهم في سبب الملك وهو الشراء .
قوله: (فبقية ولده أشفع من أعمامهم)^(٤) . أي هؤلاء أحق بالشفقة لأنهم
أهل مورث ثان .

قوله: (فإن أسلموا)^(٥) . أي تركوا الشفقة ، كان للباقيين من سائر الورثة
الأخذ بها ، فإن تركوا صار ذلك للشركاء الأجانب .

قوله: (مع بني أخيه)^(٦) . أي وإن كان ذلك موروثاً أخرى لأن الأولاد قد
ورثوا ما كان لأبيهم من الحظ ومن حق الشفقة ، لأن من مات عن حق فهو لورثته

(١) التهذيب (٤/١٢٥) .

(٢) هم بنوا رجل واحد من أمهات شتى .

(٣) التهذيب (٤/١٢٥) .

(٤) المصدر نفسه (٤/١٢٦) .

(٥) في التهذيب «فإن سلموا» (٤/١٢٦) .

(٦) المصدر نفسه (٤/١٢٦) .

فصاروا في الشُّفْعَة كأبيهم.

قوله: (ولو باع أحد العصبة فالشُّفْعَة لبقية العصبة والبنات)^(١). وذلك لضعف ميراث العصبة لأنهم أدى لهم ما بقي، وإن لم يبق شيء فلا شيء لهم وأهل السهام لا بد من توريثهم، فلذلك دخل أهل السهام على العصبة ولم تدخل العصبة عليهم، هذا المذهب.

ولنا قول ثانٍ: أنه يدخل العصبة على أهل السهام وبالعكس، ولا يكون للأجانب إلا إن أسلم الورثة ذلك.

ولنا قول ثالث أنهم يستوون: الورثة كلهم مع الأجانب في الشُّفْعَة لاستوائهم في الملك.

قوله: (إذ هُنَّ أهل سهم)^(١). يريد أن الأخوات لهن الثلثان، فإذا كانت شقيقة وأخوان لأب فإنما لهن تمام الثلثين، بدليل أنه لو كانت شقيقتان لم يكن لهن شيء، فصار ما ورث الجميع موروثاً واحداً، وكذلك لو باعت الشقيقة كان الأخوات للأب أحقَّ بالشُّفْعَة من غيرهن، وهذا المذهب.

وقال أشهب: لا تدخل الشقيقة في مورث اللاتي للأب لأن لهن السدس، وهو غير ما للأخت وهو النصف.

قوله: (على قدر أنصبتهم)^(٢). هذا المذهب، لأنهم اشتركوا في السبب الذي يوجب الشُّفْعَة وهو الملك، فالشُّفْعَة بحسبه.

وقيل: على قدر رؤوسهم كالخلاف في كاتب الوثيقة والقاسم، وفيما إذا أعتق

(١) التهذيب (٤/١٢٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٢٧).



معا شريكاً من شركاء في عبد فهل يقوم الباقي على الأنصباء أو الرؤوس قولان.

قوله: (ما صار له [١٨٨/١] من الدار)^(١). أي بحظه من الساحة فلا شفعة بينهم، أي في السّاحة لأنها كالطريق إنما يشفع فيها بالتّبع وقد قسموا الدار قبل ذلك.

قوله: (في سكة أو غيرها)^(١). لأن أبا حنيفة يفرق بين الجار في السكة على الاتصال، وبين أن يكون مقابلاً له فلا شفعة في هذا.

قوله: (ولا بالشركة في الطريق)^(١). لأنه لا شفعة فيها إلا بالتبع.

قوله: (ومن له طريق في دار)^(١). أي منفعة الممر دون الرقبة، فلا شفعة، لأن المنافع لا شفعة فيها للحديث: «فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ»^(٢)، ولو أجر أحد الشريكين حظه من دار فليس للشريك الآخر شفعة، لأن ذلك لا يدوم وإنما يدوم كالأرض والدور. وأجاز أشهب الشُّفْعَةَ في المنافع لإزالة الضرر أيضاً.

قوله: (والنخل والشجر)^(٣). أي بالتبع للأرض.

قوله: (ولا شفعة في دين)^(٣). مثل أن يبيع دينه من رجل آخر فليس للذي عليه الدين شفعة لأن ذلك مما لا يدوم، وأما في بيع الكتابة كلها فللمكاتب الشُّفْعَةُ وليس ذلك في الحقيقة شفعة بل هي إزالة ضرر، وفي بيع نجم منها قولان، والفرق أن في بيع جميعها يحصل العتق.

قوله: (ولا حيوان)^(٣). كل ما يُنقل ويُحول فلا شفعة فيه.

قوله: (إذا بنى قوم في دار)^(٣). أي أحدثوا فيها بناءً فهو ملك اتفاقاً.

(١) التهذيب (٤/١٢٧).

(٢) الحديث تقدم في أول الكتاب.

(٣) التهذيب (٤/١٢٨).

قوله: (استحسنه مالك)^(١). لأن ذلك إزالة للضرر لا شفعة ، لأن الأرض ليست ملكا لهم .

قوله: (قيمة النقض)^(١). أي مقلوعا . أي انتهى الأمد أو إلى ما بقي من المدة يقوم باقيا إلى ذلك ثم يقلع وإن لم يكن له أمد ، لأن الباقي إنما دخل على القلع .

قوله: (ثم باع أحدهما حصته من النقض)^(١). هذا البيع مشكل ؛ لأنه لا يدري المشتري هل تكون له النقض أو الأقل من قيمته مقلوعا ومن الثمن الذي أداه فهو غرر أجازه المذهب ، ومنعه أشهب . واحتج للمذهب بأنه جاز البيع في الشقص ولا يدري المبتاع هل يكون له ذلك أو ثمنه ، وفرق أشهب بأن الشُّفْعَةَ على خلاف الأصل فلا يقاس عليها ، ولأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الأول .

قوله: (فلرب الأرض أخذ ذلك)^(١). قدّم ربّ الأرض على الشريك لأنه أقوى منه ، وفي الحقيقة ليست هذه شفعة لأن ربّ الأرض ليس له في النقض شيء ولا للشريك في الأرض شيء ، ولأن هذا النقض في حكم المقلوع ولا شفعة فيما يُنقل ويحول وإذاً ذلك إزالة ضررٍ .

قوله: (ولو كان جدّ لم يأخذ له)^(٢). هذا قول مالك: أن الجد ليس كالأب في النظر في المال خلافا للشافعي .

قوله: (لزمه ذلك)^(٣). لأن لهؤلاء النظر له ، فتركهم لذلك يلزمه لأنه على وجه المصلحة له .

(١) التهذيب (٤/ ١٢٨) .

(٢) في التهذيب «ولو كان له جد لم يأخذه له» (٤/ ١٢٩) .

(٣) المصدر نفسه (٤/ ١٢٩) .



قوله: (لأن والده بمنزلته)^(١). يعني أنه ليس كالوصي ، لأنه إن فرط الوصي في ذلك لم يسقط حق الصبي ، ولو فرط الأب في ذلك سقط حق الابن ، وذلك لاختصاص الأب بالشفعة ، والسلطان كالأب .

قوله: (والشفيع على شفيعته)^(١). لنا قول شاذ كالمذهب عند الشافعي : أن الشفعة كالرد بالعيب على الفور إن لم يرفع في الحال عند علمه وإلا قد سقطت .

قوله: (حتى يترك أو يأتي من طول الزمان ما يعلم أنه تارك)^(١). هذا راجع إلى العرف ، وقيل تسقط بعد سنة ، وقيل بعد عشر سنين ، وقيل لا تسقط أبدا حقه .

قوله: (وإن كان قد كتب شهادته)^(١). أي لا يكون ذلك تركا للشفعة لأنه يقول: أردت أن أحقق السبب الذي تجب لي به الشفعة وهو البيع . ولا تقبل شهادته [ب/١٨٨] في البيع إلا مع شاهدين فيه أو شاهد يحلف معه المبتاع ، لأنه يتهم على ذلك .

قوله: (ويحلف)^(٢). هذه يمينُ تهمةٍ فلا ترد لأن من يدعي ذلك غير محقق وفائدتها أن ينكل فتسقط الشفعة .

قوله: (فهو كالحاضر مع الدار)^(٣). أي في موضعها لأنه لا أثر لمغيب الدار عنه .

قوله: (ولا حجة للشفيع)^(٣). أي ليس له أن يقول لا أنقد حتى أقبض ، لأن الدار لا تتعين فيجوز النقد فيها وإن كانت غائبة .

قوله: (فإن كان سفره يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أمد تنقطع فيه الشفعة

(١) التهذيب (٤/١٢٩) .

(٢) في التهذيب «وهكذا يحلف» (٤/١٣٠) .

(٣) المصدر نفسه (٤/١٣٠) .



للحاضر^(١). كما لو سافر من مصر إلى اليمن ، وقلنا تسقط بعد السنة فإنه قد ترك الشُّفْعَةَ لإقدامه على ذلك بعد علمه بالبيع .

قوله: (وإذا اكترى الشفيع)^(٢). لأن ذلك قرينة دالة على إسقاط الشُّفْعَةَ إذ كان له أجره بالشُّفْعَةَ ، وأما إذا ساومه به فكذلك ، فإن ادعى أنه إنما فعل ذلك رجاء أن يبيعه منه بأقل فهل يعذر أو لا ؟ المذهب: لا يعذر ، وقيل: يعذر فلا يسقط حقه .

قوله: (صدق المبتاع)^(٣). لأن هذا يدعي عليه إخراج ملك عن يده ، ولا يقال أن الشفيع غارم فالقول قوله ، لأنه بعد لم يأخذ بالشُّفْعَةَ . وكذلك لا يقال أن المبتاع بائع والشفيع مُشْتَرٍ ، وإذا اختلف المتبايعان فالقول للبائع لذلك أيضا قوله: القول له .

قوله: (إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك)^(٣). أن يكون المشتري ملكا له رغبة في ذلك فيصدق في زيادة الثمن إن أتى بما يشبهه ، وكذلك قد يرغب الناس في جواره ابتغاء عطائه ، فيزاد في ذلك فإن لم يأت المبتاع بما يشبهه كان القول قول الشفيع إن أتى بما يشبهه ، فإن لم يأت بما يشبهه تحالفا ، وقيل للشفيع: إن أردت فاشفع بما قال أو أترك . أو ينظر إلى قيمة ذلك الشخص بالعدل فيأخذ بها إن أحب .

قوله: (وتكافأت في العدالة)^(٣). سقطتا وصارا كمن لا بينة لهما فيكون الأمر على ما تقدم ، والترجيح عندنا بوصف العدالة لا بالعدد ، ولا يغلب شهادة من شهد بالزيادة كما في الإقرار لأن البيع إنما وقع مرة فمعلوم أن أحد الشهادتين باطلة ، وفي الإقرار يمكن أن يكونا معاملتين فالذي شهد بالزائد قد يشهد بالناقص .

(١) في التهذيب «فإن كان سفره يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أمد تنقطع في مثله شفعة الحاضر» (١٣٠/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٣٠/٤).

(٣) المصدر نفسه (١٣١/٤).

قوله: (وعهدة الشفيع على المبتاع)^(١). لأنه بائع في الحقيقة وإن كان مجبوراً، وقال الشافعي على البائع الأول لأن الشُّفْعَةَ تنزع من المبتاع لا مشترٍ، لأن البيع لا يكون جبراً، وهي كذلك عندنا في بعض المواضع، فمن ذلك أن يشتري العامل في القراض من مال القراض شقصاً له فيه الشُّفْعَةُ فلا يرجع بالعهدة على رب المال لأنه لم يشتري ولا يمكن أن يرجع بها على نفسه بل على البائع، وكذلك لو كانت الشُّفْعَةُ لرب المال فلا يرجع بالعهدة على العامل لأنه اشترى بماله.

قوله: (وإليه يدفع الثمن)^(١). [وأي]^(٢) والعهدة أبداً في البيع على من يقبض الثمن.

قوله: (كان قد قبض الثمن أو لا)^(٣). يعني إذا باع بالحال، وأما إن باع بالمؤجل فلا يأخذ الشفيع إلا بالمؤجل لأن الشُّفْعَةَ إنما هي بمثل الثمن وعلى صفته، وإلا فهي بيع حقيقي لا شفعة.

قوله: (نظر الحاكم)^(٤). أي يحكم على الغائب بإمضاء الشُّفْعَةِ عليه، وللبيع بإنصافه من الثمن الذي له على الغائب، فيدفع له الثمن الذي يبدله الشفيع ويريه من ذلك إذا ثبت عنده البيع، إذ الحكم على الغائب كما في البيع المحقق في الدين وغيره [١/١٨٩] جائز.

قوله: (لأنه عنه أدى)^(٥). ومنه أخذ.

قوله: (ولا شيء للغرماء)^(٥). لأن حق البائع تعلق بذمة المبتاع وتعين

(١) التهذيب (٤/١٣١).

(٢) كذا في الأصل، لعله قصد الوأي بمعنى الوعد، والله اعلم.

(٣) في التهذيب «كان بائعه قد قبض الثمن أم لا» (٤/١٣١).

(٤) في التهذيب «نظر الإمام» (٤/١٣١).

(٥) المصدر نفسه (٤/١٣١).

المبيع لأنه في قبضه إلى (.) كالرهن ، ولو قبضه المبتاع ثم قامت الغرماء ووجد عنده كان البائع أحق به ، كمن باع من مفلس ووجد عنده عين سلعته فهو أحق بها إلا أن يدفع له الغرماء الثمن فيكونوا أولى بذلك ، لأنه ليس للبائع إلا الثمن ، وحق الغرماء إنما تعلق بذمته فقط فكانوا أضعف .

قوله : (لو سلمها)^(١) . أي لم يأخذ بالشفعة .

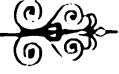
قوله : (بالثمن إلى ذلك الأجل)^(٢) . لأن المراعى أن يأخذ بمثل الثمن حتى لا يكون بيعا ثانيا .

قوله : (إن كان مليا)^(٣) . بمقدار الثمن عند الأجل ، وإلا أتى بضامن ملي ولو كان المشتري غير ملي لكان له أن يقول : رضي بي البائع ولا أرضى أنا بذمتك . وكذلك إن كان الشفيع مليا إلا أنه ممن يشهر بلدك فلا بد من حميل ، ولو اشتراه بعرض موصوف في الذمة إلى أجل لكان للشفيع أخذه بمثل ذلك العرض إلى أجله ، لأن العرض الموصوف من ذوات الأمثال ، وقيل : بقيمته عند الأجل ، وقيل : بقيمة الدين حالا .

وأما لو لم يعلم الشفيع بالبيع حتى حل الأجل فهل يأخذ بالثمن مؤجلا إلى مثل ذلك الأجل للتساوي المعتبر في ذلك ، أو بالنقد لأنه قد حل الثمن المأخوذ به ؟ قولان : بناء على القولين فيمن تزوج بصداق معجل ومؤجل ولم يدخل حتى حل المؤجل ؛ فهل لها المنع من نفسها حتى تقبض الجميع ، لأنه قد حل ، أو لا لأنها قد رضيت أولاً بتسليم نفسها بالمعجل وحده ؟ والقول بأنه يأخذه بثلث مؤجل أولاً لأن المشتري قد انتفع بالشقص قبل حلول الأجل .

(١) التهذيب (٤/١٣١) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٣٢) .



قوله: (وإن قال البائع أنا أرضى)^(١). إنما لم يجز هذا لأنها إحالة، ومن شرطها أن يكون المحال به حالاً لا امتناع الدين بالدين.

قوله: (وإن عجل الشفيع الثمن)^(٢). أي أن تطوع بذلك وأسقط حقه من الأجل تبرعاً.

قوله: (وليس للبائع أن يمنعه من قبض الدار)^(٢). لأنه قد دخل على تأخير الثمن.

قوله: (له شفيعان)^(٣). مثاله: دارٌ بين ثلاثة فيبيع أحدهم حظه من أجنبي ومسلم له أحد الشريكين، فللشريك الثاني أن يأخذ بالشفعة في الجميع لئلا يشقص على المبتاع صفقته ويدخل عليه ضرر الشركة فيه، ولا خلاف في هذه الصورة، ولو كانت بين اثنين فباع أحدهما حظه من اثنين في صفقة واحدة لم يكن للباقي أن يشفع على أحدهما دون الثاني عند ابن القاسم، وأجاز ذلك أشهب لأن الصفقة تعدد بتعدد المبتاع اتفاقاً، وهل تعدد تعدد البائع والمبيع؟ قولان. وعلل قول ابن القاسم بأنه إنما يشفع على من يشافعه، ولو باع أحد هذين المبتاعين حظه لم يدخل هذا الشريك في الشفعة عليه بل تكون لصاحبه لأنهما صارا بالشراء مشاعاً كأهل سهم واحد.

قيل: وقد خالف كل واحد منهما أصله في هذه المسألة، لأن أشهب هو الذي يرى أنهما كأهل سهم واحد وكذلك أهل الوصية الواحدة عنده كأهل السهم، وليس كذلك عند ابن القاسم فكان ينبغي لأشهب أن يمنع، ولا ابن القاسم أن يحيز، وهذا التعليل بعد ذلك ضعيف.

(١) في التهذيب «وإن قال البائع للمبتاع أنا أرضى» (٤/١٣٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٣٢).

(٣) في التهذيب «لها شفيعان» (٤/١٣٢).



قوله: (فليس للمبتاع أن يقول: لا تأخذ إلا بقدر حصتك)^(١). لأن الواجب له أن يشفع في الكل فلا يرجع إلى البعض إلا برضاه.

قوله: (ومن ابتاع شقصا من دارَيْن في صفقة)^(١). يعني من رجل واحد لأنه يجوز اتفاقا أن يجمع الرجل سلعتيه في البيع في صفقة، وإن كان من شخصين [١٨٩/ب] ففيه خلاف، والمذهب أنه لا يجوز نظرا إلى الجهل بثمن كل واحد، وأجاز ذلك أشهب لأن جملة الثمن معلوم والتفصيل أيضا معلوم في ثاني حال.

قوله: (فلآخر أن يأخذ)^(١). لأنه قد تعدد المبيع والشفيع، ولا ينظر إلى تبعض الصفقة لأنه دخل المشتري على ذلك، كمن اشترى في صفقة فرسا وشقصا من دار له شفيع، ولأنه لا يمكن أن يشفع في الشقص الآخر لأنه لا شركة له في أصله.

قوله: (من رجل أو رجال)^(١). تحتل أن يكون الأول للأول والثاني للثاني، فيكون على الصورة الجائزة اتفاقا؛ أي تكون الأشخاص المتعددة من رجال في صفقات، إلا أنه قال في صفقة فينبغي أن يحمل في الدار الواحدة على أن لكل واحد منها جزء معلوم مساو لجزء الآخر فلا يضر كونها في صفقة، لأن الثمن معلوم في حظ كل واحد.

وأما في الدور فيحمل على أنه قال: بثمن اشترت منك حظه بكذا ومنك حظه بكذا ومنك حظك بكذا، فيوجبون له إيجابا واحدا، فلما اتخذ الإيجاب والقبول سمي ذلك صفقة واحدة، وإن كان لابن القاسم قول في تجويز جمع الرجلين سلعتهما في صفقة واحدة كقول أشهب لكن ليس هو المذهب، فلا يحمل الكتاب عليه، وعلى الأول يكره ابتداءً، فإذا وقع صح فيحمل ما في

(١) التهذيب (٤/١٣٢).

الكتاب على أنه وقع فصَحَّ.

قوله: (فليس له إلا أن يأخذ الجميع أو يدع)^(١). لأن تشقيص الصفقة إضراراً بالمبتاع، فهذا أصل ابن القاسم في هذا الباب، سواء تعدد البائع أو المبتاع والمبيع أو لم يتعدد شيء من ذلك، وأجاز أشهب للشفيع أن يشفع في أي المواضع شاء لتعدد الصفقة عنده بتعدد شيء من ذلك فيصير كصفقات.

قوله: (من أحدهم حصته في نخل ومن آخر حصته في قرية)^(٢). هذا ظاهر في جواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع في صفقة، ويحتمل أن يريد أنه دفع فأجيز، والخلاف أيضا هنا كالتى قبلها.

قوله: (ابتاع ثلاثة من واحد، أو من ثلاثة)^(٣). يصعب هنا قول ابن القاسم لتعدد المبتاع، فالصفقة في المعنى صفقات، ولكن وجه قول ابن القاسم أن الصفقة الواحدة لا (.)^(٤) مطلقا.

قوله: (اشترى حظ ثلاثة رجال من دار)^(٥). مثل أن تكون أرباعا بينهم وبين المشتري.

قوله: (فإن أخذ الأولى لم يشفع فيها مع المبتاع)^(٦). لأن الشُّفْعَةَ إنما تكون بشركة متقدمة على بيع المشفوع فيه، فيكون للشفيع ملك الأولى والشُّفْعَةَ النصف.

قوله: (كان للمبتاع معه الشُّفْعَةَ فيها)^(٧). لأنه قبل بيعه قد كان شريكا لملك

(١) في التهذيب «فليس له أن يأخذ إلا الجميع أو يسلم» (٤/١٣٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٣٣).

(٣) في التهذيب «ابتاع ثلاثة ما ذكرنا من واحد، أو من ثلاثة» (٤/١٣٣).

(٤) غير واضح، لعله: ينقص.

(٥) المصدر نفسه (٤/١٣٣).

(٦) في التهذيب «فإن أخذ الأولى، لم يستشفع معه فيها المبتاع» (٤/١٣٣).

(٧) المصدر نفسه (٤/١٣٣).

متقدم ، فيكون للشفيع ثلاثة أثمانِ الدار ، وباقيها للمبتاع ، ومن باع حظه الذي يشفع به بعد أن وجبت له الشُّفْعَة فلا شفعة له ، لأنه إنما يشفع بملكه الذي باع ولما خرج عن ملكه سقطت الشُّفْعَة ، وقيل له ذلك لأنه إنما باع بعد وجوب الشُّفْعَة له ولم يبيع ما كان وجب له من ذلك .

قوله: (ولا يضرب بما اشترى)^(١) . لأنه إنما يشفع بما كان يملكه قبل بيع المشفوع فيه .

قوله: (فإنما للشفيع في الوجهين أن يأخذ الجميع)^(١) . أي ولا يلتفت إلى من أبى ذلك لأن في أخذه البعض إدخال الضرر على المبتاع بالتشقيص والشركة فيما اشترى ، وإن تراضيا على شيء جاز ، فإذا قدم أحد الغُيِّب قاسم الأول فيما أخذ ولا يأخذ بقدر حصته فقط ، وتكون عهده في المذهب على البائع لأن الشفيع الأول أخذ لنفسه ولغيره ، فكأنه ناب عن الغُيِّب ودفع عنهم الثمن ، ولأن الشُّفْعَة بيع جبري فليس بمبتاعٍ في الحقيقة . وقال أشهب: العهدة على الشفيع الأول لأنه [١/١٩٠] شفيع فيما أخذ بالنظر إلى حقه ومشتري فيما زاد على حقه ، وإنما جيز لإزالة الضرر .

قوله: (من ابتاع شقصا من دار وعرضا)^(٢) . لم يصح الأخذ بالشُّفْعَة في العرض لأنه مما لا يشفع فيه ، ولا تركها في الكل لئلا يؤدي إلى هدم قاعدة الشُّفْعَة ، لئلا يتوصل الناس إلى إسقاطها بأن يخلط في البيع ما لا شفعة فيه مع ما فيه الشُّفْعَة فوجب أن يشفع في الشقص ، وذلك بأن يقدم العرض على حدة والشقص على حدة ثم يقسم الثمن على القيمتين ويشفع بما ناب الشقص من

(١) التهذيب (١٣٣/٤) .

(٢) المصدر نفسه (١٣٤/٤) .

ذلك ، فإن كان العرض جل الصفقة فقد سلم له جل صفقته ، وإن كان العكس فالمذهب أنه لا رجوع للمبتاع على البائع بخلاف الاستحقاق ، والفرق أنه هنا دخل على ذلك لا في الاستحقاق ، وأيضا فإن الاستحقاق نادر والشفعة كثيرة ، هذا المذهب .

وقيل : يرجع عليه كما في الاستحقاق ، وهل يوقع الشفعة قبل علمه بما ينوب الشقص من الثمن أو لا حتى يعلم ما ينوبه ؟ المذهب أنه يجوز ذلك ، بخلاف البيع لا يجوز عقده بثمن مجهول في الحال . والفرق أن الثمن في الشفعة معلوم على الجملة ، لأنه إنما يشفع بالثمن الذي ابتاع به ، وقيل : لا يوقعها حتى يعلم ما يقابل الشقص .

قوله : (يوم الصفقة)^(١) . لأن البيع صحيح فبالعقد يصير المبيع في ضمان المبتاع ، بخلاف الفاسد إنما يقوم إذا تلف فوجبت القيمة يوم القبض ، ولو تأخر القبض عن العقد مدة لأنه أبدا على الرد ، والمذهب أن الفاسد لا ينقل الملك ، وقيل : ينقله فيكون في ضمانه من وقت العقد .

قوله : (تغيرت أو لم تتغير)^(٢) . بخلاف الفاسد لأنه بتغيره وفوته ينتقل إلى القيمة .

قوله : (ثم ظهر أن الثمن دون ذلك)^(٣) . لأن له عذرا في التسليم لكثرة الثمن .

قوله : (وتحلف)^(٤) . هذه يمين تهمة ، وقال أشهب : لا يحلف لأن يمين التهمة لا تجب عنده .

(١) التهذيب (٤/١٣٤) .

(٢) في التهذيب «تغيرت الدار بسكنى أو لم تتغير» (٤/١٣٤) .

(٣) المصدر نفسه (٤/١٣٤) .

(٤) في التهذيب «يحلف» (٤/١٣٤) .



قوله: (ثم ظهر أنه ابتاع جميع النصف)^(١). لأن له عذرا في أن يقول: لا أختار الانفراد بشركة المبتاع لكونه كثير الشر ونحو ذلك فلا أطيقه وحدي.

قوله: (ثم ظهر أنه ابتاع مع الآخر)^(٢). لأنه قد يرضى بشركة ذلك دون هذا فله أن يأخذ حظيهما على المذهب، وعلى قول أشهب: لا يشفع في حظ الذي سلم له بل على الأجنبي الآخر.

قوله: (فإن علم الثمن قبل الأخذ لزمه)^(٣). يريد أن الأخذ بالشفعة بيع وإن كان جبريا، لأن العهدة على المشفوع عليه، والبيع من شرطه العلم بالثمن لأنه ركن فيه، ومع جهله لا يصح فتبقى الشفة على الجواز.

قوله: (وإن لم يعلم به فله أن يرجع)^(٤). جعل له الاختيار في الأخذ بذلك القول الأول فدل على صحة الشفعة قبل علم الثمن، لأنه لو لم يصح به كالبيع لم تكن له الشفعة إلا بعقد آخر. والفرق بين الشفعة والبيع أن الثمن فيها معلوم على الجملة.

قوله: (بعد البيع فلا قيام له)^(٥). لأنه أسقط حقه بعد وجوبه له، بخلاف إسقاطه ذلك قبل الشراء لأنه وهب ما لم يجب له بعد، كهبة المرأة لضررتها لياليتها فلها الرجوع، بخلاف هبتها لزوجها نفقتها هذا لا ترجع فيه، والفرق أنها تجد من ينفق عليها ولا تجد من (.)^(٦)، وقيل: يلزمه لأنه تعلق للغير حق بذلك إذا دخله

(١) في التهذيب «ثم ظهر أنه ابتاع جميع النصيب» (٤/١٣٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٣٥).

(٣) في التهذيب «فإن علم بالثمن» (٤/١٣٥).

(٤) المصدر نفسه (٤/١٣٥).

(٥) وفي التهذيب «وإذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع، فلا قيام له» (٤/١٣٥).

(٦) لعلها: يحضنها.



في شراء هذا الشقص بقوله ، كقوله : عامل فلانا ولك عندي ما عاملته به .

قوله : (على مال أخذ جاز)^(١) . لأنه أسقط حقاله شرعيا في مقابلة مال وهو بيع ، كقوله : أعتق عبدك على كذا وطلق زوجك على كذا .

قوله : (بطل ورد المال)^(١) . لأنه من أكل المال بالباطل لأنه لا يدري هل [١٩٠/ب] يبيعه الشقص أو لا .

قوله : (وإن قال البائع)^(١) . هذه المسألة من اختلاف المتبايعين في الثمن ولا اعتبار بما يقول الشفيع ، وفي ذلك خمسة أقوال :

أحدها أن القول قول البائع مطلقا لأن الأصل بقاء سلعته بيده .

والثاني يتحالفان ويتفاسخان مطلقا لأن كل واحد مدع مدعى عليه ، لأن المبتاع يدعي [على]^(٢) البائع نقل سلعته بقليل والأصل خلاف ذلك ، والبائع يدعي على المبتاع تعمير ذمته بكثير والأصل خلاف ذلك ، وقد تغاررا على البيع ومطلق النقل ، فلما ترجح جانب كل واحد بالأصل وهو كالشاهد استويا في اليمين ويبدأ البائع ، للحديث : «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع وإلا تخالفا وتفاسخا»^(٣) ، أي فإن رضي المبتاع بما قال ، وإلا تحالفا ورجعت السلعة إلى أصلها من ملك بائعها إن كانت باقية ، فإن فاتت وجبت القيمة إلا أن يكون أكثر من دعوى البائع فيجب الثمن الذي قال ، لأنه قد رضي به ، وقيل : يبدأ المبتاع لأنه مدعى عليه ، وقيل : يقرع بينهما .

والثالث يتحالفان ما لم يقبضها المبتاع فالقول قوله لأنه تقوى جانبه بالقبض

(١) التهذيب (٤/١٣٥) .

(٢) ما بين المعقوفين مبتور من المتن ، وأثبتته لموافقة المعنى .

(٣) الحديث تقدم تخريجه بلفظ آخر ، انظر كتاب السلم الثاني .



فيقول: لولا أن ما ادعى حق ما دفعها إلي .

وقيل: ما لم يقبضها .

وقيل: ما لم يقبضها وبين بها ، وقيل: ما لم يقبضها وتفوت عنده وهذا المذهب ، لأنه يصير غارما ، وقد نزل طول الزمان في المذهب منزلة الفوت ، لأنه تقوى جانب المبتاع فيكون القول قوله ، ولا يلتفت إلى قول الشفيع حتى يستقر البيع .

قوله: (ويترادان بعد التحالف)^(١) . فلو نكل المبتاع لزمته بمائتين وبها يشفع الشفيع إن اختار ، وقال أشهب: بل بمائة لأن المبتاع قد اعترف أنه اشتراها بمائة ، وإنما لزمته المائتان بنكوله ، ووجه الأول أنه لو حلف رجعت السلعة إلى ربها وبطلت الشفعة ، ونظيره لو خلص ملك شخص من غاصب ظالم بمال دفعه له ثم جاء به إلى ربه ، فهل يلزمه ما دفع للغاصب لأنه لولا ما دفع له من ذلك لم يقدر ربه على ملكه ، أو لا يلزمه لأنه أخذه ظلما من الدافع ؟ قولان .

قوله: (وليس للشفيع أن يقول أنا أخذها بمائتين)^(١) . لأن الأخذ بالشفعة إنما يكون بعد استقرار البيع فإن رضي بذلك البائع كان بيعا ثانيا لا شفعة .

قوله: (وهي هنا على البائع)^(١) . لأن البيع لم يتم ولا تكون العهدة في الشفعة إلا على المبتاع فلا شفعة .

قوله: (وأخذها الشفيع بذلك)^(١) . لأن الشفعة إنما تكون بالثمن .

قوله: (إلا بعد العوض)^(١) . لأنها قبل ذلك على الجواز من جهة الموهوب حتى يرضى الواهب عنها ، وهبة الثواب تشبه البيع لأنها نقل ملك بعوض وتفارقه لأنها بثمن مجهول واختلف في قدر العوض ، فقيل: الواهب على هبته حتى

(١) التهذيب (٤/١٣٦) .



يرضى ، وقيل : يرجع إلى ثواب المثل ، وذلك إنما قد تكون من غني إلى فقير وبالعكس ، وليست هبة الغني كالعكس ، وقيل إلى قيمة الموهوب ، ولو فاتت قبل العوض رجع إلى قيمتها ، فما لم يكن عوض فهي على الرد إن كانت باقية ، فإذا أخذ العوض انبرمت فيأخذ حينئذ بالشفعة ، والمذهب أنه يأخذ بمثل العوض إن كان من ذوات الأمثال أو بقيمته إن كان من ذوات القيم ، وقال أشهب بالأقل من قيمة الشقص أو قيمة العوض ، فإن كان العوض الأقل فهو الذي خرج عن يده ، وإن كان الأقل قيمة الشقص قال له الشفيع : ما زدت عليه تبرع منك لا يلزمني .

قوله : (لأنه على وجه التفويض في النكاح)^(١) . أي إنما جازت بالقياس على نكاح التفويض ، وإن كان الثمن في البيع [١/١٩١] ركنا ، لكن هبة الثواب معروف ، فالجامع أن النكاح مبني على المكارمة كهذه الهبة .

قوله : (قد أجازته الناس)^(١) . أشار إلى الإجماع .

قوله : (ثم وضع عنه البائع)^(١) . يشير إلى ما جرت به العادة أن يكتب العقد بثمن في آخره يقال : وابراه من ذلك العدد من كذا ، فهذا يمكن أن يكون منهما لأجل الشفعة وإسقاطها ، فينظر إلى قيمة الشقص فإن كانت دون ما سميها أولا فذلك فرار من الشفعة فيأخذها الشفيع بالباقي ، وإن كانت مثله ينظر إلى ما أسقط فإن كان يسيرا مما جرت العادة به بين الناس بإسقاطه فيشفع بالباقي ، وإن لم تجر عادة به لكثرته فذلك هبة من البائع يختص به فيشفع بالجميع ، ولنا قول شاذ : إنما يشفع بالباقي لأن البيع به وقع ، وهذا الإسقاط يكون في أربعة مواضع ؛ الشفعة والشركة والتولية والمراوحة ، ولنا قولان في كل مسألة ، إلا أن المذهب في الشفعة والشركة أن الشفيع والشريك يأخذا بالباقي جبرا ، وفي التولية

(١) التهذيب (٤/١٣٦) .



والمراوحة لا يحاسبه إلا بالكل ، والفرق مشكل .

قوله: (وقال في موضع آخر)^(١) . هو تفسير لما تقدم وبمعناه جرت العادة في بعض المواضع أن يحط البائع للمشتري شيئا من الثمن تسهيلا عليه فهذا لا يحسب على الشفيع لأن العرف جرى به ، فلم يدخل إلا على ذلك عرفا .

قوله: (فقاسم شريكه)^(١) . مثاله: أن تكون دار بين ثلاثة أحدهم غائب ، وباع أحدهم حظه من أجنبي ولم يشفع الحاضر عليه بل سلم له ثم اختار القسم ، فلا يخلو طالب القسم أن يكون المبتاع فلا يحكم له القاضي بذلك على الغائب ، لأنه ملكه لم يستقر استقرارا تاما إذ للغائب الأخذ بالشفعة فيه وإخراجه ، وإن طلبها الشريك الأصلي فللحاكم الحكم بذلك على الغائب ، فإذا جاء الغائب فله نقض القسمة لأنها فرع ثبوت الشقص في ملك الأجنبي ولم يثبت بعد ثبوتها صحيحا ، ويُمكنُ إنمّا فعل ذلك ليسقط الشفعة فعوملا بنقيض المقصود .

وقيل: لا ينقض القسمة بل يشفع القادم على الأجنبي في ملكه الذي صار له بعد القسمة ، لأن نقض القسمة فيه نقض الحكم وإبطال حق الشريك الأصلي من القسمة ، ولأن نقضها يؤدي إلى قسمة أخرى إذا طلب الشريك الأول بالقسمة ثانيا ، ووجه الأول أنه إذا لم ينقض القسمة فيؤدي إلى أن يصير للقادم حضان مفترقان ، والنظر له أن يكون ما صار له بالشفعة مع ما كان له مجموعا .

قوله: (فللشفيع أخذه)^(١) . أي يكون كالمستحق لأن هذا المبتاع بنى في أرض لا يعلم أنها تبعا له فصار كمن بنى في غير أرضه بشبهة فله قيمة البناء قائما ، لأنه ينافي ملكه محققا وفي الاستحقاق بنى فيما يظنه ملكه ، فأقيم ظن الملك مقام تحقيقه فكان للشفيع هدم المسجد بعد دفع قيمة البناء لأن التحبيس

(١) التهذيب (٤/١٣٧) .

لم يصادف محلا .

قوله: (كان للشفيع نقص ذلك)^(١). إن أخذ بالصفقة الأولى بطلت الهبة ، فإن علم الواهب أن له شفيعا فكأنه وهب له الشقص إن لم يأخذه الشفييع أو ثمنه إن أخذه فيكون الثمن للموهوب ، فإن لم يعلم فليس للموهوب شيء من الثمن ولا القيمة ، لأنه إنما وهبه عين الشقص لا ثمنه ولا قيمته ، والغالب أن يعلم ذلك لأن من اشترى شقصا فعل الشركة دخل ، إلا في صورة مثل إن يهب دارا أو نصفها ثم يستحق نصفها فإن رضي الأول شريكا صحت الهبة وصار الأول شريكا أصليا وهب ، ولنا في [١٩١/ب] الهبة قولان: فإن قيل أنها كالبيع فيجوز أن يشفع فيها لكن بقيمة الشقص والعهد على الموهوب ، وإلا فلا شفعة .

قوله: (فللشفيع أخذه بأي صفقة شاء)^(٢). لأن كل واحد شريك وفي كل صفقة سبب الآخر قائم ، فإن أخذ بالأولى انتزعه من يد الآخر ودفع الثمن للأول الذي أخذ به ، لأن عهده عليه ويبطل ما بعدها من الصفقات ويتراجع الباقيون بعضهم على بعض حتى يصل الرجوع إلى الأول .

وإن أخذ بالآخرى دفع للأخير ثمنه وصح كل ما قبلها ، وإن أخذ بالوسطى بطل ما بعدها وصح ما قبلها ، ولا يدفع أبدا الثمن إلا لمن عليه عهده .

قوله: (وكذلك إن بيع الشقص)^(٣). أي وتداولته الأملاك .

قوله: (لأنه بيع قد وجب)^(٣). أي إنما وقعت الزيادة بعد تمام البيع ولم يجر بذلك عرفا ، فلا يحسب الزايد على الشفييع ، ولنا قول شاذ: أنه لا يشفع إلا

(١) في التهذيب: نقض ذلك (٤/١٣٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٣٧).

(٣) المصدر نفسه (٤/١٣٨).



بالجميع ، لأنه قد يقول : إنما زدته لأنني خفتُ أن يقلعه من يدي لأنه رخيص جدا أو لكثرة شره ، فصارت الزيادة جزءا من الثمن .

قوله : (وتبطل الإقالة)^(١) . أن تكون لغوا وفسخا لنفسها لا لغيرها فيصح البيع الأول ، وتكون العهدة على المبتاع الذي أقاله البائع . وإنما بطلت الإقالة لأنها تؤدي إلى إبطال الشفعة ، لأنها لو جعلت هنا بيعا صحيحا لرجع الشقص إلى الشريك الأول البائع فلم يصح انتزاع الشقص منه ، سواء أخذ بالبيع الأول أو بيع الإقالة ، وهما صفتان لأن الضرر قد زال برجوع الشقص إليه ، فلم يحدث ضرر بدخول أجنبي ولا يعتبر شريكه في جزء بخلاف إذا باع أحد الشركاء من بعضهم حظه .

قوله : (فإن سلم الشفيع صحت الإقالة)^(١) . أي وكانت بيعا ، لأنه لا مانع حينئذ من ذلك ولا تكون الإقالة إلا بالثمن بخلاف البيع ، ولذلك تجوز الإقالة بمجرد قوله : أقيلك ، ولا تصح بمجرد قوله : بعتك ، لأن الثمن مجهول .

قوله : (فخالعت به)^(١) . فهاتان صفتان لأن الخلع نقلُ شُفْعَةٍ شرعيةٍ بعوضٍ ، فإن أخذ الشفيع بالصفقة الأولى بطلت الثانية ، فكأن الشقص استحق من يد الزوج لأن الاستحقاق الشرعي كالحسي ، فيرجع على الزوج بقيمة الشقص على المذهب إذ قد يكون في ذلك مغابنة ، وقيل : بمهر المثل لأنه أخذه في مقابلة ما كان له فيها من البضع الذي لا يباح إلا بصدّاق المثل . وقيل : بخلع المثل ، أي بما يختلعه عرفا مثلها لمثله .

قوله : (وإن شاء كانت عهده على الزوج)^(١) . أي يأخذ بصفقة الخلع فيأخذه بقيمة الشقص ، وقيل : بمهر المثل أو بخلع المثل . ولو تزوج الزوج بالشقص بعد أن اشتراه وأخذ الشُّفْعَةَ بالصفقة الأولى رجعت الزوجة على الزوج

(١) التهذيب (٤/ ١٣٨) .

بقيمة الشقص أو مهر المثل قولان لا غير . ويشفع بثمن الشقص ، وإن أخذ بالثانية فبقيمة الشقص أو مهر المثل .

قوله: (تلوم له)^(١) . قد تقدم أن الشُّفْعَةَ لا تسقط إلا بعد سنة ، وقيل بعد ثلاث ، وقيل لا تسقط أبدا كالأغائب ، ومذهب الشَّافِعِي سقوطها على الفور كالرد بالعيب الذي هو اتفاق . ولنا قول شاذ في الشُّفْعَةَ تسقط على الفور ، وهذا إذا لم يوقفه المبتاع ، أما إذا وقفه المبتاع وقال: إما إن تشفع أو تترك فإنني لا أقدر على التصرف في ذلك بالبناء والهدم ، وطلب له أن يتلوم عليه ، فقيل: يتلوم عليه نحو ثلاثة أيام لا غير ، وقيل: لا يتلوم بل تسقط على الفور . وأما إذا قال شفعت ولم يدفع الثمن ثم عجز عنه ، فقيل يباع عليه كالمديان ويدفع البائع ، [١/١٩٢] وقيل: يخير البائع بأن يبيع ذلك عليه وبين أن يسقط شفعتة ويرجع إليه الشقص ملكا ، ونظير توقيف الشفيع توقيف المملّكة للطلاق على القول أنها لا تسقط ما بيدها حتى توقف أو توطأ ، فإنه ما لم يوقفها فلا يسقط ما بيدها حتى يوقفها الزوج يدعي الضرر ، فيحكم عليها الحاكم بإيقاع الطلاق أو إسقاط التملك ، فكذلك الشفيع إلا أن يصرح بإسقاطها أو يساوم المبتاع فيها على المذهب . وقيل: لا يسقط ذلك شفعتة ، لأنه قد يقول: رجوت أن أبتاعه منه بأقل من الثمن ، وكذلك إن اكتراه منه فيسقط ما بيده من ذلك .

قوله: (فضمان الشقص من الشفيع)^(١) . لأن الشُّفْعَةَ بيع وكل ما بيع منها لاحق توفية فيه فإنه في ضمان المبتاع من وقت العقد ، سواء قبضه أو لا ، إلا أن يمسكه البائع في الثمن فإنه في ضمان بائعه .

قوله: (ولك أن توكل)^(٢) . لأنه حق شرعي تصح النيابة فيه شرعا .

(١) التهذيب (٤/١٣٨) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٣٩) .



قوله: (ولا يلزمك تسليم الوكيل)^(١). أي إذا وكلته على الأخذ بالشفعة خاصة فلا يجوز له الترك عنك كما لو لم تجعل له إلا تركها لم يكن له الأخذ بها إلا أن يجعل له الأخذ والترك أو يكون وكيلا (.)^(٢) فله ذلك.

قوله: (وإن أقر الوكيل أنك سلمتها)^(٣). أي قال: منعني من الأخذ أنني سمعتك سلمتها، وأما إن أسقط عنك وادعى أنك جعلت ذلك له فلا يقبل قوله، لأن ذلك شهادة على فعله وفي الأول لم يشهد على فعله.

قوله: (فإن نكل حلفت)^(٤). فإن نكلت ففي الملك للمبتاع وسقطت الشفعة لأن اليمين المردودة لا ترد.

قوله: (ومن اشترى لرجل غائب)^(٥). أو كان وكيلا خاصا على الشراء فقط فقد فرغت وكالته بوقوع الشراء، وإن كان مفوضا حكم عليه القاضي بأن يمكن الشفيع من الأخذ بشفعته.

قوله: (ولا يضمن المبتاع ما حدث عنده)^(٦). بأمر من الله أو أحدثه هو، لأنه تصرف في ملكه، والشفيع مخير إن شاء أخذ بجميع الثمن وإلا ترك، وهذا إذا لم يعلم أن له شفيعا، وذلك في صور:

كما إذا اشترى جميع الموضع ثم استحق بعضه.

وكما إذا باع أحد الشركاء وأحدهم غائب وسلم الحاضر واقتسموا بالحكم

(١) التهذيب (٤/١٣٩).

(٢) كملة غير واضحة في المتن.

(٣) في التهذيب ولو أقر (٤/١٣٩).

(٤) المصدر نفسه (٤/١٣٩).

(٥) في التهذيب «ومن اشترى شقصا من دار لرجل غائب» (٤/١٣٩).

(٦) في التهذيب «لا يضمن المبتاع للشفيع ما حدث عنده» (٤/١٣٩).

على الغائب فلما جاء الغائب نقض القسمة وشفع ، وأما إذا علم بأن له شفعاً فيكون تصرفه كتصرف الغاصب لأنه متعد .

قوله : (مع نقضه)^(١) . صح أن يشفع في النقض بالتبعية لما فيه الشفعة ، وإن كان منقوضاً فهو كالقائم .

قوله : (وقيمة ما عمّر فيها)^(١) . لأنه إذا كان المستحق لا يهدم البناء ولكن يؤدي قيمته قائماً مع أنه انكشف أن المبتاع بنى في غير ملكه لكن ظن أنه ملكه فأقيم الظن مقام التحقيق فأحرى هنا ، لأنه بنى في ملكه محققاً ، وإنما اختار القيمة لأنه قد يغير في البناء فينفق فيه كثيراً أو بالعكس ، فالقيمة أعدل .

قوله : (إن لم يجز البيع)^(٢) . إن أجازته كان له الثمن ، وصار قد باع حظه فلا شفعة له في النصف الآخر وإن لم يجزه انتقض البيع في النصف ، وهو نقض من يومه لا من يوم العقد ، فتصرف المبتاع في نصف النقض صحيح لأنه حقيقة ملكه ، وكذلك في النصف [الباقي]^(٣) في ظاهر الأمر إذ لم يتعد لا هو ولا الذي باعه ، فلما تلف رجع إلى ثمنه لأنه بيع صحيح ، لا إلى قيمته بخلاف الفاسد ، فإن شاء أخذ الشفعة بالثمن الذي يقابله وإن كان معدوماً لأن ذلك عيب قديم (.) لمبتاع على ملكه غير متعد ، فإن شاء رضي به الشفيع وإلا ترك ، ولو بنى في ذلك شيئاً لزم [١٩٢/ب] الشفيع أن يؤدي له قيمة ما أنفق ولما تلفت الأنقاض عند المبتاع وتعذر الأخذ فيها بالشفعة صار البيع مشتملاً على ما فيه شفعة ، وما لا شفعة فيه كدار وعرض فيشفع في نصف العرصة دون الأنقاض بما يقابله من الثمن ، ويكون ثمن النقض (.) للبائع ، ويجبر في ذلك (.) الصفقة ضرورة ، وأما لو كانت

(١) التهذيب (٤/١٣٩) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٤٠) .

(٣) ما بين المعقوفين غير واضح في المتن بسبب البتر ، وأثبت هنا لأن رسم الكلمة ومعناها أقرب .



الأنقاض لم تفت عند من اشترى ما لم يجر له أن يأخذ بالشفعة إلا مع الأنقاض نزع من يد مشتريها وكان لمشتري الدار أن يمنعه حتى يأخذ الجميع ، لأنه لا يجوز تبعض الصفة .

قوله: (ولا ينظر إلى ثمن ما باع منه)^(١) . بل ينظر إلى الثمن الأول ونصفه وهو الذي (.) ولو تعذر تقويم النقص الهالك تعذر العلم بما يقابل نصف العرصة من الثمر فسقطت الشفعة ، لأنه لا بد أن يكون بثمن معلوم إلا على القول بالأخذ بالقيمة عند اختلاف الشفع والمشفوع عليه في الثمن .

قوله: (ولا يضمن المبتاع في الوجهين)^(١) . أي تلف النقص وغرم تلفه لأنه تصرف في ملكه تحقيقاً .

قوله: (فإن رجع على البائع)^(١) . أي أخذ البيع .

قوله: (فلم يرقم عليه المبتاع)^(١) . أي ولا وهب ذلك له بل بقي على طلبه .

قوله: (ثم يتبع المشتري الهادم بنصف قيمة ما هدم)^(٢) . لأنه تعدى على ملكه في ذلك النصف فتبعه به كما يتبعه المستحق بقيمة النصف .

قوله: (اتبعه المستحق)^(٢) . لأنه لم يترك ذلك له .

قوله: (فلا شيء على الهادم)^(٢) . لأنه تصرف بما يجوز له ، لأن الشرع أباح له ذلك بخلاف ما لو أتلّف في الطريق شيئاً فإنه يضمنه ، وإن أذن له الشرع في التصرف في الطريق لأنه لم يأذن له في إتلاف مال الغير ويكون للمستحق الخيار في أن يصحح الهبة ويرجع بثمن نصفه على الواهب ، أو يأخذه كما هو مهدوماً .

قوله: (بثمن النصف المستشفع فيه للواهب)^(٢) . لأنه إنما وهب الشقص

(١) التهذيب (٤/١٤٠) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٤١) .

ولم يعلم أن له شفيعا ، فإذا عاد إليه ثمنه بالرجوع على بائعه لم يكن للموهوب بخلافه إذا علم بأنه دخل على هبة الشقص أو ثمنه وكذلك في مسألة الأمة لأنه لم يعلم ، ولا عهدة على الواهب والمتصدق عليه بخلاف المبتاع لأنهما بغير عوض ، والمذهب ألا شفعة في الهبة والصدقة لأن ذلك يؤدي إلى إبطال المعروف ، وكذلك الوصية ، المجمع عليه في ذلك تجرد ملك لازم اختيارا فهذا الذي فيه الشُّفْعَة اتفاقا ، فالتحديد تحرز من أن يشتري شخصان معا ، واللزوم احتراز من بيع الخيار ، والاختيار تحرز من الميراث لا شفعة فيه لأنه ملك جبري ، إلا أن لنا قولا شاذا بالشُّفْعَة في الميراث لإزالة الضرر ، ثم الهبة كالصدقة تشبه الميراث لأنه بغير عوض وتشبه البيع في نقل الملك اختيارا .

واعلم أن الإقالة^(١) بيع حادث إلا في ثلاثة مواضع :

أحدها أن يبيع شقصا ثم يقل منه ، فلو كانت بيعا لزم إبطال الشُّفْعَة لأنه قد رجع بالإقالة إلى مالكة الأول فلم يطرأ ضرار بالشريك من أجنبي .

والثاني أن يبيع مرابحةً بدينار ثم يشتري ذلك بدينارين ثم يقله فيرجع إلى الأول ، فلو كانت الإقالة بيعا لصح له أن يعرف بالثمن الثاني وذلك لا يجوز سدا للذريعة .

والثالث أن يسلم له في عوض ثم يقله منه فلو كانت بيعا لجاز تأخير الثمن اليوم واليومين والثلاثة كما جاز في أصل السلم ، لكن لا يجوز لما فيه من الدين بالدين .

قوله : (ويفسخ البيع الفاسد)^(٢) . لأنه كالعدم وهو أبدا على الرد ما لم يفت

(١) في النسخة بخط أحمر بارز .

(٢) التهذيب (٤/١٤٢) ، جاء في التهذيب : (كتاب الوصايا) وإذا شهد ولدان للميت أن أباهما =



فلا شفعة لأنها إنما تكون بعد البيع الصحيح وبالفاسد ما زال عن ملك الأول .

قوله: (فسخ بيع الشُّفْعَة)^(١). لأنه مبني [١/١٩٣] على فاسد فهو كذلك ، وهو قوله: دخل مدخل المشتري ، أي في الفاسد .

قوله: (لَرُدُّ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ وَالْآخِرِ)^(٢). لأن المبيعَ بيعاً فاسدا لا يفوت ببيع فاسد ثان لأنه على الرَّدِّ ، بخلاف الصحيح يحصل به الفوت فتجبُ القيمةُ ، وليس ذلك بيعا بل هو قيمة متلفٍ وهو فسخ للبيع الأول ، لأنه لم يقض بالثمن الأول ، وهذا معنى قول ملك: أن الحرام البين بقيمته بعد الفوت وقبله^(٣) ، فإن فات عند الأول هذا الفاسد ببيع صحيح ، وعند الثاني لم يفت في ذاته ولا بشيء وجبت القيمة على الأول وردَّ للبائع ثمن المبيع الفاسد ، وصارا كبيعين صحيحين فيلزمُ الشفيعُ الأخذُ بالصفقة الثانية ، لا بالأولى التي فيها القيمة ، لأنه لو أخذ بها فسَدَ البيع الثاني الصحيح ورجعت إلى ربِّها فبطلت الشُّفْعَة .

ولو فات عند الثاني جاز أن يأخذ بأي الصفقتين شاء ، والفوت يكون بتعلق حق الغير كالبيع الصحيح ولا يتعلق بالبيع الفاسد أو بتغيره في ذاته أو في صفاته كالهدم والبناء ونقص الثمن وزيادته .

= أعتق ... ، وضمنه هذه المسألة وما بعدها إلى كتاب القسم ، وسيأتي بعد القسم كتاب الوصايا الأول والثاني .

(١) المصدر نفسه (١٤٢/٤) .

(٢) التهذيب (١٤٢/٤) .

(٣) تقرر هذا في كتاب البيوع الفاسدة عند قوله: (قال مالك رحمته الله يرد الحرام البين فات أو لم يفت ، وما كان مما كرهه الناسُ ردَّ إلا أن يفوت فيترك) انظر التهذيب . ١٥٥/٣ . وفي النوادر والزيادات لابن أبي زيد: (من كتاب ابن عبدوس ، قال: ومن قول مالك أنه يرد الحرام البين ، فات أو لم يفت) ١٧١/٦ . وقال العبدري: (قال مالك: يُردُّ الْحَرَامُ الْبَيْنُ فَاتٌ أَوْ لَمْ يَفُتْ . ابن يونس: مَعْنَاهُ يُرَدُّ بَيْعُهُ فَإِنْ كَانَ قَائِمًا رَدَّ عَيْنَ الْمَبِيعِ ، وَإِنْ فَاتَ رَدَّ قِيَمَتَهُ وَرَجَعَ بِثَمْنِهِ) انظر التاج والإكليل محمد بن أبي القاسم العبدري الغرناطي ، المواق (ت ٨٩٧هـ) ط ١/١٩٩٤ . ٢٥٦/٦



قوله: (ويفيت الرّبع)^(١). المذهب أنه لا يفوت بحوالة السوق بخلاف العروض، والفرق أن العروض إنما تراد غالباً للتجارة باختلاف ثمنه يبطل غرض كل واحد من المتبايعين، بخلاف الرّبع فإنه لا يُراد غالباً للتجارة بل للقنية^(٢)، وقيل: أنه يفوت بذلك لأنه مبيعٌ كالعرض.

قوله: (لا أعرف أن تغيّر البناء فوت)^(٣). يعني ما قلّ كشعت^(٤) الجصّ وتشقّقه، وإلا فقد قدم أن الهدم والبناء يُفيتها.

قوله: (أو طول المدة)^(٥). هذا يختلف باختلاف الأبنية، ولا يفيت حوالة السوق في الرد بالعيب، لما في ذلك من الحيف على المشتري ولم يفرط، بخلاف المبتاع في البيع الفاسد قد يجمع مع البائع على ذلك وقد يكون البائع دلس عليه فكان أحق بالحمل عليه.

قوله: (حتى يدفع قيمة ما أنفق)^(٦). لأنه بنى في ملكه محققاً، وإذا كان ذلك في الاستحقاق والذي بنى فيما يظنه ملكه فأحرى هنا.

قوله: (فذلك فوت)^(٧). لأنه إذا اتصل بالبائع الفاسد بيع صحيح مضى

(١) التهذيب (٤/١٤٢). والرّبع: الدار بعينها حيث كانت. ج: رباعٌ وربوعٌ. انظر القاموس مادة: ربع. ص: ٦١١.

(٢) قال الدسوقي في الحاشية عند قول الدردير «إلا الدار»: (ولأنها لا تراد للتجارة بل للقنية فتسوهل فيها). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير. لمحمد بن أحمد الدسوقي (ت: ١٢٣٠هـ). ط: دار الفكر. ١١٤/٣.

(٣) التهذيب (٤/١٤٢).

(٤) تفرقه وانتشاره وخلله، في القاموس: الشَّعْتُ محرّكة: انتشار الأمر، والتشعث التفرق والأخذ (ص: ٨٦٦)، انظر لسان العرب. مادة: (شعث). (٥/١٢٤).

(٥) التهذيب (٤/١٤٢).

(٦) في التهذيب «حتى يدفع للبائع قيمة ما أنفق» (٤/١٤٢).

(٧) المصدر نفسه (٤/١٤٣).

بالقيمة ، لأنه بيع بشبهة بدليل صحة الوطاء فيه فعمل عمل الصحة .

قوله : (وللشفيع الأخذ بثمن البيع الصحيح)^(١) . ولا يأخذ بالقيمة من الأول لثلاً يُبطل ما بعد ذلك من البيع الصحيح ، وإذا بطل زال الفوتُ ورجعت السلعة إلى الأول وبطلت الشُّفْعَة .

قوله : (يترادان الأولان القيمة)^(٢) . أي إن كان الثمن أقل أو أكثر من قيمته تراداً ذلك ، ولو كان البيع الأول صحيحاً والثاني فاسداً ، ولم تفت عند الثاني أخذ بالصحيح لأنها فاتت عنده بالبيع وهي عل الردّ عند الثاني ، فإن فاتت عن الثاني لزمته بالقيمة وأخذ الشفيع بأيهما شاء .

قوله : (وهذا إذا لم تفت ببناء أو هدم)^(٣) . أي إذا كان فوته بمجرد البيع لا غير ، وأما إن فات بغير ذلك فله أن يأخذ بأي القيمتين شاء .

قوله : (وإن لم تفت بهذا)^(٤) . أي بالبناء والهدم بل بالبيع الصحيح لكن قبل قيام الشفيع اصطلاح المتبايعان للفساد أولاً على الرجوع إلى القيمة وأحصيا ذلك بينهما ، فصار بيعاً صحيحاً ، وسواء كان ذلك منهما بقضاء حاكم أو بغير قضائه . فبطلانُ البيع الصحيح بعدُ لا يبطلُ الشُّفْعَة .

قوله : (وقد قال ملك في المكتري)^(٥) . وجه القيمة أنه قد صح على تقدير هلاكها ظاهراً ولا ينقض ذلك بوجودها بعدُ ، ولا التفت إلى ما في نفس الأمر ، لأن الأحكام إنما تجري على الظاهر ، ويدل على أنه إذا قبض القيمة [١٩٣/ب] فقد

(١) التهذيب (١٤٣/٤) .

(٢) في التهذيب : (ويتراد الأولان القيمة) ١٤٣/٤ .

(٣) المصدر نفسه (١٤٣/٤) .

(٤) المصدر نفسه (١٤٤/٤) .

ملكها وله التصرف فيها بما شاء ومنه ضمانها ، ومحال أن يملك القيمة والمقوم .
وإذا صح البيع هنا على (.) الهلاك ، فكذلك في مسألتنا وإن كانت السلعة
موجودة العين عند المشتري شراء صحيحا .

قوله : (لا تجوز التولية في البيع الفاسد)^(١) . لأنها إنما تكون بعد بيع
صحيح ، ولأن الفساد الأول يتكرر فيها لأنها إنما تكون بالثمن الأول وقد قارنه
السلف فكذلك في التولية . وفي بيع السلف ثلاثة أقوال :
أنه فاسد مطلقا فبطل وإن أسقط السلف .

والثاني ، وهو المذهب : إن لم تفت وأسقط السلف صح لأنه صحيح
الأركان ، (.) من أهله في محله وبثمن معلوم ، والسلف مقارن خارج عن العقد ،
وإن فأت فلا (.) الثمن من كل وجه ، بل إن كان السلف من البائع فله الأقل من
قيمتها أو الثمن ، فإن كانت مثل الثمن فقد رضي به على أن يزيد السلف ، وإن
كانت أقل فليس له إلا القيمة لأنه فاسد ، وإن كان من المشتري فعليه الأكثر من
قيمتها أو الثمن ، فإن كانت مثل الثمن فقد رضي به على أن يريد السلف ، وإن
كانت القيمة أكثر وجبت لأنها قيمته .

والثالث : إن قبض السلف وبان به بطل لأنه تحقق الانتفاع وإلا صحَّ إن
أسقطاه .

قوله : (ولو قال : قامت علي بمائة)^(١) . هذا تدليسٌ ، ولنا في هذا البيع
قولان : الفساد مطلقا . والمذهب إن لم تفت خير المبتاع في أخذها بمائة أو
يردها ، وإن فأت لزمه الأقل من قيمتها أو من المائة .

(١) التهذيب (٤/١٤٤) .

قوله: (وقيمة السلعة خمسون)^(١). أي أقل من مائة.

قوله: (فيه فضل)^(١). أي يساوي أكثر من ذلك الثمن الذي اشتراه به فليس للغرماء الاختصاص بتلك الزيادة لينقص من دينه، ولكن الشفيع أحق منهم بأن يأخذه بذلك الثمن، لأن حقه متعلق بعين الشقص وحقوقهم متعلقة بذمة الغريم، ومن تعلق حقه بالعين أقوى ممن تعلق حقه بالذمة. ونظيره المرتهن أحق بالرهن من الغرماء لأن حقه متعلق بعين الرهن، وكذلك العبد يجني وسيد مفلس، فالمجني عليه أحق من الغرماء، وكذلك من باع سلعة من مفلس ووجدها بعينها.

قوله: (ولا أن يجبروه على أخذها)^(١). وإن كانت قيمة الشقص أكثر من الثمن بأضعاف، لأنه ليس عليه أن يكسب لهم وإنما تعلق حقهم بذمته، وكذلك لو وهب له هبة لم يجبره الحاكم على قبولها وليس عليه أن يتحمل منه الواهب ليبرئ ذمته منهم، ولأن سنة الشفعة أن يشفع لنفسه لإزالة ضرر الشركة، وفي هذا لا يستقر على ملكه ففي الحقيقة كأنه شفع لغيره، وفيه إضرار بالمبتاع للشقص.

قوله: (ولا يجوز لشفيع أن يعطيه الأجنبي مالا)^(٢). أي زيادة على الثمن الذي يشفع به على أن يبيعه منه إذا شفع، لأنه في الحقيقة إنما يشفع لغيره، وذلك غير جائز لما فيه من الإضرار بالمبتاع وإخراج الشفعة عن سنتها، وكان الشفيع مالا من عنده ليأخذ أكثر منه، وهذا كالعينة إذا اشترى له سلعة بثمن على أن يبيعه منه بأكثر، ولو دفع له ذلك ليشفع عليه فقط لم يجز لأنه أكل المال بالباطل، ولو كان له غرض شرعي في ذلك جاز مثل أن (.) بجواره.

(١) التهذيب (٤/١٤٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٤٥).

قوله: (ولا يجوز بيعه الشقص قبل أخذه إياه بشفعته)^(١). لما في ذلك من بيع معين لا يملكه وهو غررٌ.

قوله: (لم يقطع ذلك شفعته)^(١). لأن تمام البيع مصحح للشفعة.

قوله: (قضيت بأعدلهما)^(١). المذهب الترجيح بالعدالة، لأنها وصف في نفس الشهادة، لا بالكثرة لأنها وصف خارج [١/١٩٤] عن ذات الشهود، ولنا قول بأن الترجيح بالكثرة مطلقا سواء كان العدد مما اعتبره الشرع في الشهادة كالأربعة في الزنى أو لا، لأن النظر الثابت بالأكثر أقوى، وإذا تكاثرت سقطةا فيتحالفان ويتفاسخان، ومن نكل كان لصاحبه، وهذا إذا كانت الدار بيد غيرهما أو في حوزهما، أما إذا كانت في حوز أحدهما فالقول قوله، ويحلف لأنه جانبه ترجح باليد.

قوله: (بما أدرك من درك)^(١). معنى الدرك أن يضمن له متى استحققت الدار أو طرأ ظهور عيب قديم فيها، فيكون عليه ما يلزم البائع إن غاب أو فلس، وكذلك إن أخذ البائع كفيلا بما يجد في الثمن من زائفٍ، أو إن استحق إن كان عرضا.

قوله: (لم يلزم الكفيل من قيمة البناء شيء)^(١). لأمرين: أحدهما أنه لم يضمن له البناء. والثاني أنه لا يأخذه المستحق إلا بقيمته فلا حاجة إلى ضمان.

قوله: (ادفع إلى المبتاع قيمة ما بنى وخذ قيمة دارك)^(١). فإن أبيا كانا شريكين بقدر قيمة الدار براحا وقيمة البناء قائما.

قوله: (فمصيبته من البائع)^(٢). لأنه معين، وليس فيه حق توفية ولم يمسه المبتاع عنه كما يمسك البائع السلعة في الثمن بل خلاه له فصار في قبض البائع وضمانه.

(١) التهذيب (١٤٥/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٤٦/٤).



قوله: (بقيمة العبد)^(١). لأنه من ذوات القيم ، وهل يلزم ألا يأخذ بها حتى يعلم القيمة أو لا ؟ قولان .

قوله: (وعهدته على المبتاع)^(١). لأنه قد انتقل الملك إليه انتقالا صحيحا ، فإن استحق الشقص من الشفيع رجع على المبتاع .

قوله: (وإن أخذ الشفيع بقيمة العبد)^(١). هذه صورة أخرى ، أي إذا لم تفت بموت ولا غيره .

قوله: (فله ردّه)^(١). إن اختار الردّ وجب أن يرد الشقص لكن قد فات بالبيع الصحيح فيرجع إلى قيمة الشقص ، وهذا مما جرّت إليه الأحكام أعني أخذه بالقيمة وإن لم يجز ابتداءً بيعه بالقيمة لجهلها ، كما أنه لو اشترى سلعة شراء فاسدا فأكلها فتلزمه القيمة كالمتعدي عليها ، وكذلك هذا مما استحقه الشرع صار كاستحقاق العين فلزمته القيمة .

قوله: (وقد مضى الشقص للشفيع)^(١). أي لا تنتقص الشُّفْعَة لأنها انبنت على بيع صحيح ، كما أن المبتاع^(٣) لو باع الشقص اختيارا من غير الشفيع لم ينقض ذلك البيع الثاني ، لأن الشُّفْعَة بيع وإن كان جبريا فهو كالاختياري .

قوله: (بخلاف البيع الفاسد)^(٣). لأنه لو اشتراه شراءً فاسدا لا يعلمان بفساده ثم أخذه الشفيع ثم أوجب الشرع رد البيع الفاسد بطلت الشُّفْعَة ، لأنها إنما تكون مبنية على بيع صحيح ورجع الشقص إلى مالكة الأول إن لم تفت عند الشفيع ، وتبطل الشُّفْعَة .

قوله: (لو رضيه البائع لهم)^(٢). أي فهو صحيح ، وإنما تفاسخا لأمر خارج

(١) التهذيب (٤/ ١٤٦) .

(٢) في التهذيب «ولو رضيه البائع لزمه» (٤/ ١٤٦) .



وهو رد العبد بالعيب .

قوله: (وإن استحق العبد قبل قيام الشفيع بطل البيع فلا شفعة)^(١). لأنه يرجع الشقص إلى مالكة الأول قبل ترتب الشُّفْعَة عليه ، بخلاف أن يستحق العبد بعد الأخذ بالشُّفْعَة ، ولو أخذ بالشُّفْعَة ولم يدفع القيمة حتى استحق العبد فالمذهب: أنه يشفع بقيمة العبد مطلقا .

وقال ابن الماجشون عبد الملك ، وسحنون: إنما يأخذ بقيمة الشقص ، لأنه تبين أن العبد لم يكن ثمننا لذلك ، فعلى هذا لو كانت قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد صار بمنزلة من قال وقد سمع أن الشقص بيع بمائة (.)^(٢) بالشُّفْعَة ، ثم تبين أنه بيع بمائتين فيكون له الخيار ولا يلزمه ذلك الأخذ بالشُّفْعَة . [١٩٤/ب]

وقيل: إنما يشفع بالأقل من قيمتي الشقص والعبد .

قوله: (ثم لا تراجع بينه وبين الشفيع)^(٣). لأنه قد تكون قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد ، فيقول الشفيع: أنت أخذت الشقص مثلا بمائة ، وأخذ مني فيه مائتان ، لأن الشُّفْعَة بيع ثانٍ .

قوله: (فسخ البيع)^(٤). لأنه قد رجع الشقص إلى بائعه ، فإن كان الاستحقاق بعد الأخذ بالشُّفْعَة فإنه يشفع بمثل الحنطة مطلقا قبل الاستحقاق وبعده لأنه الثمن ، لأنها من ذوات الأمثال ، وهذا المذهب . وقال عبد الملك وسحنون: بقيمة الشقص ، لأنه تبين بالاستحقاق أن لا ثمن بينهما وعلى هذا إن كانت قيمة الشقص أكثر من الحنطة يكون للشفيع الخيار ويرجع البائع للشقص على المبتاع

(١) التهذيب (١٤٦/٤) .

(٢) بتر بمقدار حرفين .

(٣) التهذيب (١٤٦/٤) .

(٤) المصدر نفسه (١٤٧/٤) .



بثمن الشقص لأن الشقص قد فات بالشفعة .

قوله: (وليس على البائع أن يأتي بمثلها)^(١). لاختلاف الأغراض في ذلك بخلاف الدنانير والدرهم؛ يريد أن الحنطة في الاستحقاق ليست من ذوات الأمثال، إنما ذلك في باب المتلفات، ولو لزمه المثل لكان من بيعتين في بيعة كأنه باع منه (.) أمثلها.

قوله: (يوم الصفقة)^(١). لأن البيع صحيح، ولأنه إنما يأخذ الشفيع بالثمن أو ما هو بمنزلته من القيمة واعتبار القيمة يوم الصفقة كالثمن، فلو قدم بعد ذلك لم يكن كالثمن.

قوله: (صُدِّقَ المبتاع)^(١). لأنه البائع من الشفيع وهو مقدم للحديث في اختلاف المتبايعين فالقول قول البائع إذا ادعى ما يشبهه، لأن ذلك يرجح جانبه فصار له كالشاهد وإن ادعى الشفيع أيضاً ما يشبهه قدم البائع فيحلف وأخذ الشفيع بذلك إن شاء، وإن نكل قوي جانب الشفيع فيحلف على ما ادعى ويأخذ بذلك، فإن انفرد أحدهما بدعوى الأشبه، فالقول قوله مع يمينه، فإن ادعى ما لا يشبهه: فإن كان العرض قائماً رجع إلى قيمته، وإن تلف رجعنا إلى صفته، فيُقدَّم البائع فيصفه ويقومه أهل المعرفة على تلك الصفة، ويحلف عليها قبل التقويم، ويلزم الشفيع تلك القيمة، وإن نكل البائع عن اليمين على صفته وصفة الشفيع وحلف على ذلك، وقومت تلك الصفة ويشفع بذلك، وقد اتفقا على جنس العرض أولاً وإذا اختلفا في صفته ولا يتفق في الصفة اجتماعهما على ما لا يشبهه، ولو نسي البائع قدر الثمن أخذ بقيمة الشقص.

قوله: (وإذا أنكر المشتري الشراء وادعاه البائع فتحالفا)^(١). هذا إنما يكون

(١) التهذيب (٤/١٤٧).

مع الاختلاف في الثمن والاتفاق على البيع ، لأنه حينئذ يكون كل واحد مدع مدعى عليه ، وأما إذا اختلفا في الشراء فإنما يحلف المشتري إذا ادعاه لأنه مدع ، فإن نكل ردت على البايع ، وبالعكس يحلف البائع لأنه مدع ، وإن نكل ردت على المشتري وليس في ذلك إلا يمين واحدة ، والمراد بالحديث : «إذا اختلف المتبايعان»^(١) إنما هو في الثمن ، لأن (.) في ذلك يتفق .

قوله : (وليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة)^(٢) . لأنه قد رجع إلى ملك البائع ، وقيل : يأخذ بالشفعة أخذا للبايع بإقراره أنه قد باعه ، فيأخذ بقيمة الشقص بنصف قيمة العبد لأن ذلك هو الذي يقابل قيمة الشقص فهو ثمنه .

قوله : (عرضا مما لا ينقسم)^(٣) . أي حسا كالحيوان ، أو شرعا كالخفين للضرر ، ولا شفعة في العروض لأنها مما يُنقل ويُحوّل كانت مما ينقسم أو لا ، فلا معنى لذكر ذلك هنا إلا على حكم الاحتياط إذا كان (.)^(٤) مما كالشفقة قسم بين الشريكين إذا [١/١٩٥] أبيا البيع وإن كان فيما لا ينقسم كالقميص والعرضي واختار أحدهما البيع جبرا الثاني على أن بيع معه ، لما في بيع حظه منفردا من الضرر ، فإن رضي أحدهما بيع حظه مشاعا فقد ترك حقه ولو ساوا مشاعا من (. .) بيع الكل لم يجز الشريك على البيع معه .

قوله : (فلا شفعة فيها)^(٥) . للحديث : « لا شفعة في بئر »^(٦) ، وإنما صحت

(١) الحديث تقدم تخريجه في السلم الثاني من مسند أحمد بلفظ : «إذا اختلف البيعان ولم تكن بينة ، فالقول قول البائع ، أو يتراد أن البيع» .

(٢) التهذيب (٤/ ١٤٧) .

(٣) المصدر نفسه (٤/ ١٤٨) .

(٤) كلمة غير واضحة بسبب الخدش ولعلها : (العرضي) .

(٥) التهذيب (٤/ ١٤٨) .

(٦) جزء من حديث سيأتي تخريجه .

الشُّفْعَة فيها بالتبعية ، لأن من الأشياء ما لا يجوز بيعه على انفراده ويصح أن يكون تابعا كبيع الثمر قبل بدو صلاحه ، ولو باع أحدهم حصته من الأرض وحدها وبقي شريكا في العين مع سائرهم ثم باع حظه من العين فيجوز لباقيهم الشُّفْعَة في ذلك لأنها تابعة لأرضهم ، وإن انفردت الشُّفْعَة في اليسير هنا .

قوله : (بالقُلْد) ^(١) . وهي القدر ، وصورة ذلك أن يؤخذ قِدرٌ مثقوبة الأسفل وتجعل معلقة على ماجور كبير وتملاً بالماء من ذلك العين أو من غيرها أبدا من الفجر إلى الفجر من اليوم الثاني وينظر كم ماجورا مثلا منها وكم يسع كل ماجور من رطل فيقسم عددها على فريضتهم ، فإن كانت من ستة كان جزء السهم سدس جميع الأرتال ومن أربعة وعشرين ربع سدسها ، فيأخذ قِدرا آخر تسع من الماء بقدر ذلك الجزء (.) وتملاً ويعطى كل واحد في ما قيمته من ذلك الجزء بقدر ما له ، وإن شئت قسمت ساعات اليوم واللييلة وهي أربعٌ وعشرون على الفريضة فيخرج لكل منهم قدر جريته من الماء من الساعات الزمانية من كان له سدس حصل له جرية أربع ساعات ، فيطلق العين على أرضه في كل يوم ولييلة أربع ساعات .

قوله : (فاقتسما النخل خاصة) ^(٢) . أي دون الأرض التي بينهما فقد صارت النخل مع مغارسها مقسومة وصاروا جيرانا فيها فلا شفعة فيها ، وبقي البياض مشتركا بينهم ، وإذا كانت الأرض محكورة وبقي من المدة بعضها وباع أحد الشريكين حظه ، ففي الشُّفْعَة قولان نظرا إلى أنها الآن قائمة البناء والغرس أو

(١) التهذيب (١٤٨/٤) ، وقال في الذخيرة: فائدة في التنبهات القلد بكسر القاف وسكون اللام القدر الذي يقسم بها الماء قاله الأكثرون وقال ابن دريد هو الحظ من الماء يقال سقينا أرضنا قلدنا أي حظنا وقال ابن قتيبة هو سقي الزرع وقت حاجته (٢٨٥/٧ و ١٦٢/٦ و ٢٢٧/٧ من الذخيرة .

وانظر أيضا شرح غريب ألفاظ المدونة للجبي ، ص ١٠٣

(٢) في التهذيب «فاقتسما الأرض والنخل خاصة» (١٤٨/٤) .

إلى أنها تؤول إلى القلع والتحويل لأنه على ذلك دخل ، وأما بعد انقضاء المدة فقولان أيضا .

ووجه الشُّفْعَة هنا أن العرف جرى بأن لا تقلع الأنقاض بل يطلب الكراء حسب .

قوله : (فلا شفعة)^(١) . لأنه كان جاررا له بالنخلة ولا شركة بينهما .

قوله : (فزرعها)^(٢) . يعني الأرض كلها ، ولا تتفق هذه الصورة إلا إذا اشترى الأرض فزرعها ثم استحق نصفها ، وهي المسألة التي بعد قوله : « ولا كراء له » ، لأنه إنما زرع في ملكه ولا يجوز له أخذ الزرع بالقيمة كالبناء والغرس ، لأنه مما لا يجوز بيعه على التبقية ولا يجوز أيضا هنا على القطع لما فيه من الإضرار بالمبتاع ، فإن كان في أوان الزرع أي لو قلعه أمكن زرعها فلا كراء له ، وإن فات ذلك فلا كراء له ويخير لأن المبتاع زرع في ملكه ، ويخير بين الأخذ بالشُّفْعَة الآن في الأرض وقد حدث فيها عيب يمنع من قبضها إلى أوان الحصاد ، فإن رضي بذلك وإلا صبر إلى الحصاد وأخذ بالشُّفْعَة ، يمكن أن تكون هذه المسألة على أن أرضا كان بين ثلاثة أحدهم غائبا فباع أحد الحاضرين ، وسلم الآخر واقتسموا الأرض ، ثم قدم الغائب فلم ينقض القسمة وأراد الشُّفْعَة .

قوله : (شجرا أو نخلا)^(٢) . هذا كالبناء لأنه يبقى ويتأبد ، بخلاف الزرع لا يبقى ، فاحتيج إلى أن يأخذه بالقيمة [١٩٥/ب] لكنه يقوم قائما لا مع المغارس ، لأن في ذلك إضرار على الشفيع إذ قد أدى الثمن في جميع الأرض ودخل في ذلك المغارس ، وإنما (.) على أن له حق البقاء في المغارس لا مع المغارس ، كما يكون لصاحب البناء الأعلى الحق في بقاء بنائه على الأسفل ، كذلك هنا

(١) التهذيب (٤ / ١٤٨) .

(٢) المصدر نفسه (٤ / ١٤٩) .

جعل الشرع ذلك الحق لأنه دخل على أن له حق التبقية فيما بنى وغرس ولو قوم دون المغارس ودون حق التبقية صار كتقويمه منقوضا كالغاصب .

قوله: (فلا شيء له في الزرع)^(١) . كما لا شيء له في البناء لو بنى فيها إلا بالقيمة ، ولا يباع الزرع في تلك الحال ، فينظر:

فإن قام في إبان الزرع أي إذا قدر فعله مكن زرعها فله الكراء ، وإلا فلا شيء له لأن المبتاع انتفع بالأرض التي كانت في ضمانه ، والخرج بالضمان^(٢) ، وهذا بخلاف الغاصب إذا قيم عليه في إبان الزرع كان لرب الأرض قلع الزرع .

وإن كان بعد الإبان فقولان:

أحدهما له الكراء ، ولا ضرر ولا ضرار ، والثاني له قلعه ، وليس لعرق ظالم حق^(٣) .

قوله: (ولا كراء له فيما استشفع)^(٤) . لأنه إنما تصرف المبتاع في ملكه بخلاف النصف المستحق قد انكشف فيه أنه تصرف في ملك غيره ، وبالنظر إلى النصف الذي فيه الشفعة وجده معيبا ، فإن شاء أخذه بالشفعة ولا يقبضه إلى عام الزرع ، وإلا ترك إلى تمامه أو [مطلقا]^(٥) .

قوله: (فالباع في النصف المستحق باطل)^(٦) . لأنه تبين أنه باع ما ليس له .

قوله: (ويبطل البيع في نصف الزرع)^(٧) . لأن بيع الزرع قبل بدو صلاحه

(١) التهذيب (١٤٩/٤) .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) الحديث تقدم في أول تضمين الصانع .

(٤) التهذيب (١٤٩/٤) .

(٥) ما بين المعقوفين غير واضح في الأصل ، ولعل ما أثبتته هو الصواب ، أي: ترك مطلقا .

(٦) التهذيب (١٥٠/٤) .

(٧) في التهذيب «يبطل في نصف الزرع» (١٥٠/٤) .

لا يجوز بانفراده ، وإنما يصح بالتبع كالتمر ، ولما بطل البيع في نصف الأرض التي كان يتبعها بطل فيه لأنه صار كأنه بيع منفرد ، وإذا بطل فرجع نصف الربح إلى البائع ، فإن كان بعد الإبان فلا كراء للمستحق فيه ، لأن الخراج بالضمان ، وإن كان في إبانه فله الكراء .

قوله : (ثم أبدأ الشفع) ^(١) . إنما قدمه في التخيير محافظة على الشُّفْعَة أن تبطل بِرَدِّ الصفقة لو بدأ المبتاع . وقال أشهب : بل يبدأ في التخيير المبتاع ، لأنه قد استحق من صفقته نصفها وهو كثير فلا يختار بين التزام الباقي ورده فتبطل الشُّفْعَة . ووجه هذا أن المبتاع يتضرر بكون العهدة عليه فلا فائدة ، لأن الشفع يأخذ من يده النصف الباقي ، وأيضا لما صار الخيار للمبتاع بسبب الاستحقاق والشُّفْعَة لا تصح عقيب بيع الخيار حتى ينبرم ، فنزل أشهب الخيار الطارئ الذي جرّت إليه الأحكام منزلة الخيار الأصلي ، ولم ير ابن القاسم الخيار الطارئ كالأصلي ، ويشهد له أنه لو وجد بالزوجة عيبا كان له الخيار في الرد والإمساك ولو عقد النكاح على الخيار لم يجز .

وقال سحنون : ينقض البيع كله لأنه قد انكشف أن البيع الأول إنما انعقد على زرع لم يبد صلاحه وذلك حرام ، وإذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام بطل جميعها .

ويرد عليه أن هذا حرام جرّت إليه الأحكام فلم يكن كالأصلي ، وإنما استحق من الصفقة أكثرها أو كثيرها وهو النصف ، فللمبتاع الخيار .

قوله : (ولم يكن) ^(٢) . أي في نصف الزرع شفعة بل يقوم نصف الأرض

(١) في التهذيب «ثم يتدئ الشفع» . (٤/١٥٠)

(٢) التهذيب (٤/١٥٠) .

بلا زرع فيشفع بما قابله من نصف الثمن ويبقى نصف الزرع للمبتاع ، فتصير الأرض كلها للشفيع ، والزرعُ نصفه للبائع ونصفه للمبتاع ، وصح أن ينفرد الزرع دون الأرض في ملكهما لأنه عن بيع صحيح كان ، كما لو باع أرضه المزروعة [١/١٩٦] دون الزرع .

قوله: (ثم ابتاع الزرع في صفقة أخرى)^(١) . فيها ثلاثة أقوال ، وكذلك في العقود التابعة لعقود قبلها:

هل تنزل منزلة ما هو في العقد الأول فتجوز بجوازها أو لا فتبطل ؟ أو ينصل بين ما قُربَ فيصح لأنه كأنه في العقد الأول وبين ما بُعدَ فيبطل ؟ والمذهب الصحة ، لأن المنع معلل ببقية الزرع في ملك الغير فكأنه في الحقيقة إذا باع الزرع وحده على التبقية قد جعل سقيه حظاً من الثمن وهو غرر وأكل المال بالباطل لأنه لا يدري هل يسلم الزرع أولاً فيأخذ ذلك الجزء من الثمن مجاناً وقد انتفى هنا ذلك المحذور لأنه يبقى في أرضه التي اشتراها أولاً . ومن منع ذلك رآه تعبدًا غير معلل .

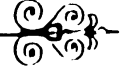
وعكس المسألة لا يجوز أن يشتري الزرع أولاً وحده ثم يشتري الأرض بعد ذلك في صفقة ثانية ، لأن البيع الأول فاسدٌ العقد فلا يصح بالثاني ، ولو اشترى الزرع أولاً على الجز ، ثم لما اشترى الأرض صح له أن يبقيه .

قوله: (بطل البيع في الزرع)^(١) . لأن التابع يبطل ببطلان المتبوع .

قوله: (ويحل محل البائع)^(١) . أي المبتاع يصير بسرائه الزرع كالبائع يبقيه في أرضه .

قوله: (ثم له بيع الأرض دون الزرع)^(١) . أي ولا يقال هنا أن الزرع قد بقي

(١) التهذيب (٤/١٥٠) .



في ملكه دون أرض ، فيبطل البيع كما بطل أولاً .

والفرق أن البيع هنا صحيح وبيعه الأرض يزيده صحة ، بخلاف ما إذا استحقت الأرض .

قوله : (وإذا كان بين قوم تمر قد أزهى فباع أحدهم حظه منه)^(١) . في هذا ثلاثة أقوال :

المذهب : جواز الشُّفْعَة في النخل والعنب لا غير .

والثاني : لا يجوز في شيء من الثمار ولا في الزرع شفعة ، وهو القياس لأنه من المنقولات المحوّلات .

والثالث : جواز الشُّفْعَة في ذلك كله كالتفاح وسائر الفواكه ، إذا باع نخلا فيه تمر فلا خلاف في جواز الشُّفْعَة فيه بالتبع .

ووجه المذهب إزالة الضرر بشركة الأجنبي كما فعل الشرع في العرية ، وجوز بيع الرطب بالتمر ، وبيع الطعام بالطعام إلى أجل ، لأجل تضرر المعري بالأجنبي ، ولئلا يضيق على من فعل خيرا فيمتنع الناس من فعله ، وهذا ليس بقياس لأنهما جنسان مختلفان ، وأيضا فما في العرية من ذلك رخصة ولا يقاس عليها^(٢) .

ونظيره : الشُّفْعَة في البناء في الأرض المحكرة مع أنه في حكم المقلوع ، وقد جوز أشهب أيضا الشُّفْعَة في الإجارة للضرر ، وكذلك جوز المذهب الشُّفْعَة في المساقاة لرفع الضرر عن العامل .

والفرق بين العنب والتمر وغيرهما أن هذين جرت العادة باستعمالها

(١) التهذيب (٤/١٥١) .

(٢) انظر الذخيرة (٧/٢٨٧) .



رطبين ، وكذلك جاز بيعهما رطبين بخلاف الزرع .

قوله : (ما لم ييبس)^(١) . لأنه قد زال الضرر بزوال البقاء على الثمار .

قوله : (لا يباع حتى ييبس)^(١) . أي فلا شفعة فيه قبل اليبس ، لأنها بيع فلا تكون إلا فيما يصح بيعه .

قوله : (لم يُؤبّر)^(١) . التأبير في النخل عبارة عن انشقاق الكيزان^(٢) وإن لم تؤبّر حقيقة ، فإن لم تظهر أو كان غير مأبور فهو للمشتري بالعقد .

وإن كان مؤبراً فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع فيكون كسلعة أخرى لها حظ من الثمن ، فكأن البائع جمع في البيع بين سلعتين له .

والأصل في ذلك قوله ﷺ : « من باع نخلا وفيه تمر قد أبر فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »^(٣) مفهوم ذلك أن غير المأبور للمبتاع ، وهو من مفهوم المخالفة ولنا في القول به قولان ، [١٩٦ / ب] ولا خلاف هنا في المذهب في القول به ، وقيس عليه ما في معناه من التين والعنب وسائر الثمار .

وأبو حنيفة لا يقول بهذا المفهوم ويرى أن الثمرة وإن لم تظهر للبائع أيضا قال : لأنه يؤدي إلى إبطال القياس كقوله : « لا تبيعوا البرّ بالبرّ إلا مثلاً بمثل » ، مفهومه جواز عدم المماثلة في غير البر ولا خلاف في القول بمفهوم الموافقة ، والإجماع على أن حمل الأمة للمبتاع .

وأبو حنيفة يفرق بينه وبين الثمرة ، لأن الولد جزء من الأم على الحقيقة ومن جنسها بخلاف الثمرة ، فإذا اشترى نخلا وفيها تمر لم يؤبر فلم يقابله حظ

(١) التهذيب (١٥١ / ٤) .

(٢) الكُوزُ مُطَرُّ الذُّرة . والجمع : كيزان . وكوز الذرة سنبلها .

(٣) الحديث تقدم تخريجه في كتاب التفليس .

من الثمن فيكون غلة للمشتري بالضمان ، لكن يختلف حكمه ، ففي البيع الفاسد إذا لم يفسخ إلى أن طاب التمر أو فات عنده بعد أن طاب التمر فإنه يكون للمشتري غلة بالطيب ، وكذلك في الرد بالعيب إذا لم يطلع على ذلك إلى أن طاب فهو له بالضمان ، لأنه قد سلطه البائع عليه في الفاسد فقوي أمره ، وكذلك في العيب لو شاء أمسكه لأن البيع صحيح فناسب ذلك أن يملكه بالطيب ، وأما في التفليس إذا وجد البائع سلعته بعد أن وجده المبتاع فإنه يكون له غلة بالجداد لا قبل ذلك لأنه فسخ للعقد من أصله ، فإنما نشأ على ملكه البائع ، وأما في الشُّفعة فلا يكون للمبتاع إلا إذا ييس ، فلا قبل ذلك ؛ لأن فيه الشُّفعة حتى إلى الييس ، وعلى قول المدنيين لا شفعة فيه ، وليس من المذهب ، فلذلك قالوا يملكه المبتاع بالإبار لأنه بيع صحيح فالثمرة الظاهرة للبائع ، وأما في الاستحقاق فقولان : لا يكون للمبتاع إلا إذا ييس لأنه اشترى بشبهة فذلك له بالضمان ، وقيل : حتى يجزه لأنه على ملك المستحق نشأ ، وأما إذا كان مؤبراً حال العقد فله حظ من الثمن ، فإذا استهلكه ورد بالعيب رد قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمثال ، ولا يمضي (١) (٢) من الثمن لأن في ذلك بيع التمر قبل بدو صلاحه ، وفي الشُّفعة يأخذه بجزء من الثمن لأن البيع صحيح ، وفي التفليس يتبعه بما يقابله من الثمن يحاص به الغرماء ، إذ ليس له ما يرُدُّ بدلاً منه .

قوله : (فكما ذكرنا) (٢) . لأنه ما لم ييس فلا يكون للمبتاع شيء من ذلك .

قوله : (وعليه للمبتاع قيمة ما سقى) (٢) . لأنه تبين أنه فعل ذلك عن غيره ،

وقيل : لا شيء له لأنه إنما فعل ذلك بناء على أنه لنفسه فلم يجب على المستحق وقام هو بذلك عنه .

(١) موضع لم أتبينه ، لعله : مجرى

(٢) التهذيب (٤/١٥٢) .



قوله: (فليس له أخذه)^(١). أي يمنعه المبتاع من الأخذ بسبب حق عمله فإن شاء أعطاه أجرته أو أجاز البيع.

قوله: (لم يكن له في الثمرة شفعة)^(١). لأنها قد صارت غلة بالجداد في الشُّفْعَة والاستحقاق يأخذها المبتاع بالضمان.

قوله: (إذ لم يقع)^(١). إما يوم البيع حصة من الثمن، بخلاف ما لو كانت عند البيع مؤبرة فإن لها حظا من الثمن يحط ذلك عن الشفيع وكذلك في نصف الاستحقاق يرجع على المبتاع بنصف الثمن كله وإن استهلك الثمرة حاسبه بذلك، ووجه قول بعض المدنيين أن المشفوع منه بائع، ومن باع نخلا فيها ثمر مؤبر فهو للبائع.

قوله: (وتكون له التمرة بالشُّفْعَة)^(٢). لأنها تابعة لأصولها.

قوله: (ما لم يجذّ فلا شفعة)^(٣). فيكون كمن ابتاع نخلا وعرضا فشفع في النخل خاصة بما قبله من الثمن، وتقوّم الثمرة يوم البيع على تقدير بقائها إلى الجذاذ على أصولها، ولا تقوم على القطع لأنه لا تمر لها، ولأنه إضرارا بالشفيع، وتقوم الأصول [١/١٩٧] بلا ثمرة، ولو جذها المبتاع قبل أن يبدو صلاحها قومت من حين البيع إلى حين قطعها وحط عن الشفيع بقدر ذلك والمبتاع غير متعد لأنه تصرف في ملكه.

قوله: (لأن التمرة وقع لها حصة من الثمن)^(٤). أي هي كسلعة أخرى بخلاف ما لم تكن مأبورة وجذها هذا لا يسقط عن الشفيع شيء من الثمن لأنها

(١) التهذيب (١٥٢/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٥٣/٤).

(٣) في التهذيب «ما لم تجذ أو تبس» (١٥٣/٤).

(٤) التهذيب (١٥٣/٤).

غلة أخذها المبتاع بالضمان .

قوله: (فالبائع أحق بالأصل والثمرة)^(١). لأن ذلك عين سلعته أما إن كان التمر مأبورا عند البيع فبين وإن كان غير مأبور فلا يكون غلة إلا بالجذاذ، لأنه قبل ذلك جزء من الأصول، ولما فلس المبتاع وكان البائع سلطه على أخذ البيع فكأن البيع لم ينبرم بعد وكان الثمر حدث على ملك البائع وليس كالرد بالعيب لأنه هناك يتجه أن يقال هو نقص للبيع من حينه لا من أصله، وأما هنا فمن أصله، وأما إذا جذه فيأخذه بالضمان، وقد يضمن الإنسان ما لا يملك، هذا إن لم يظهر عند البيع وإن كان مؤبرا أتبعه البائع بما يقابله من الثمن .

قوله: (بخلاف الشفيع)^(١). أي حقه في العين فلا يدفعه الغرماء عنه كما دفعوا البائع عن سلعته بدفع الثمن، لأن حقه لم يتعلق بعينها .

قوله: (بزرعها الأخضر)^(١). في بيع الزرع قبل بدو الصلاح تابعا قولان: أحدهما: الجواز قياسا عليه في الثمرة لم يبد صلاحها .

والثاني: المنع لأنه كان الأصل ألا يجوز ذلك للنهي عنه مطلقا، أعني بيع ما لم يبد صلاحه وردت الرخصة في الثمرة وبقي ما عداه على المنع، والمذهب الجواز فإذا باع الأرض بزرعها ثم استحق نصفها وقام المستحق بالشفعة في النصف الثاني أو باع حظه من الأرض بزرعها وقام الشريك بالشفعة، فلا يدخل الزرع في الشفعة لأنه كسلعة أخرى غير الأرض لأنه ليس جزءا منها ولا متولد عنها وإنما هو مودوع فيها، فهو كمن باع ما فيه الشفعة وعرضا في صفقة فيقوم الزرع على غرره، أي على تقدير احتمال أن يسلم وألا يسلم وتقدير أن يصح بيعه منفردا كما يقدر الحر في الجراح كأنه عبد ويقوم، والتقدير إعطاء الموجود حكم

(١) التهذيب (١٥٣/٤).

المعدوم وبالعكس ، وكذلك تقدير الحرام كأنه حلال ، وتقدير الأرض بلا زرع ويفض الثمن على القيمتين ويشفع في الأرض بما قابلها منه .

قوله: (لأن الزرع وقعت له حصة من الثمن)^(١) . أي سواء كان ظاهراً أو لا وقت البيع ، بخلاف الثمر غير المؤبر لا حصة له من الثمن لأنه للمبتاع بنفس العقد ، بخلاف الزرع وإن يظهر حين البيع فله جزء من الثمن .

والفرق أنه لو لم يبذر في الأرض لم يخرج منها ولا بد من خروج الثمر في الشجر ، إلا أن الشفيع لو قام قبل ظهور الزرع شفع في الجميع ، لأن البذر قبل ظهوره كالعدم إذ لا يجوز بيعه منفرداً على حال وبعد الظهور قد يجوز على الجذ .

قوله: (كان الزرع للزارع)^(٢) . أي وإن لم يظهر .

قوله: (يوم الصفقة)^(٣) . لأن البيع صحيح .

قوله: (في هذه)^(٤) . أي في أن له حظاً من الثمن ، وفي أنه لا يدخل في البيع إلا بالشرط .

قوله: (ولم يكن للشفيع في الزرع شفعة)^(٥) . لأنه أجنبي من الأرض بخلاف الثمر لأنه تولد منها بغير بذر فلا يكون له منه شيء بالشفعة قام قبل يسه أو بعده ، بخلاف التمر فيه التفصيل المتقدم .

قوله: (وللشفيع نصفها)^(٥) . يعني إذا استحق نصف الأرض وشفع في

(١) التهذيب (١٥٣/٤) .

(٢) في التهذيب «كان الزرع للبائع فافترقا» (١٥٣/٤) .

(٣) في التهذيب «ولو كانت الثمرة يوم البيع مأبورة» (١٥٤/٤) .

(٤) في التهذيب التهذيب «في أن ذلك للبائع» (١٥٤/٤) .

(٥) التهذيب (١٥٤/٤) .

النصف الثاني .

قوله: (فاغتلت سنين)^(١). لأن الخراج [١٩٧/ب] بالضمان .

قوله: (بعد أن صارت بواسق)^(٢). أي كما لا ينقص عن الشفيع من الثمن في النقص بالهدم والبوار ، فكذلك لا يزداد عليه فيما (.) بنفسه من الشجر لكن يدفع المشتري قيمة عمله فيه .

قوله: (هل تباع مرابحة)^(٣). يعني أن بيع المرابحة أمانة ينبغي أن يعرف باستهلاك الثمرة .

قوله: (ليس في رحا الماء شفعة)^(٤). يعني الحجر الأعلى لأنه منقلع بخلاف الأسفل لأنه متصل بالبناء ، وكذلك ما كان متصلا من أداة الرحاء . والفرق بين الحجر الأعلى أو باب الدار أن الباب يعسر قلعه ، وقيل : فيه الشُّفْعَة لأنه تابع لما يصح فيه ذلك .

قوله: (جرّها الماء أو الدواب)^(٥). لا فرق بين أن يطحن بالماء أو الدواب .

قوله: (وفي الحمام الشُّفْعَة)^(٦). قد تقدم أن الشُّفْعَة فيما ينقسم للحديث : «الشُّفْعَة فيما لم يقسم»^(٧) مفهومه نفْيُ الشُّفْعَة عمّا لا يقبل القسمة ، وفي المعتبر في القسمة خلاف :

قيل : أن يكون كل قسم ينتفع به على حد الانتفاع بالكلّ ، فإن كان حماما

(١) في التهذيب «فاغتلتها سنين» (١٥٤/٤) .

(٢) المصدر نفسه (١٥٤/٤) .

(٣) في التهذيب: (أجراها) ١٥٥/٤ .

(٤) التهذيب (١٥٥/٤) .

(٥) الحديث تقدم تخريجه .



بأن يصح جعل كل قسم حماما وإلا فلا قسمة ، لأن المراد بها إزالة الضرر فلا يكون جالبة للضرر ، وإذا لم تكن قسمة فلا شفعة .

وقيل : أن يكون في كل قسم ما يُنتَفَعُ به في الجملة فتصح القسمة مطلقا لقوله تعالى : ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ﴾ [النساء : ٧] ، وتصح الشُّفْعَةُ فيما باع منه مشاعا^(١) .

قوله : (لا بياض لها)^(٢) . أي لا أرض لها للحديث « لا شُفْعَةٌ فِي بَثْرٍ وَلَا فَحْلٍ نَخْلٍ »^(٣) .

قوله : (وإن سقا بها)^(٤) . بخلاف زرع ، لا أثر لذلك لأنها منفردة عن أرض تتبعها ، والنهر والعين كالبئر في ذلك .

قوله : (ففيه الشُّفْعَةُ)^(٥) . بالتبعية .

قوله : (بعد قسم الأصل)^(٦) . لأنها تبقى بلا أرض تتبعها .

قوله : (ولا بأس بشرب يوم أو يومين)^(٧) . ينبغي أن يكون شُرب - بالضم - لأن المراد به الفعل ، ولا يريد أنه اشترى نصيبا معلوماً من الماء ، بل أراد اشترى

(١) انظر هذه المسألة والتي قبلها في الذخيرة : فرع : في الكتاب لا شفعة في رحا الماء ، وعند قوله : (لا شفعة في الطاحون إلا أن تكون أحجارا تقبل القسمة ، وكذلك الحمام إلا أن يمكن قسمتها حمامين) وما بعده . ٢٨٨/٧ - ٢٨٩ - ٢٩٠ .

(٢) التهذيب (٤/١٥٥) .

(٣) الحديث رواه مالك في الموطأ ، كتاب الشُّفْعَةِ ، باب ما لا تقع فيه الشُّفْعَةُ ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الشُّفْعَةِ ، باب الشُّفْعَةُ فيما لم يقسم .

(٤) في التهذيب « ولا شفعة في بئر لا بياض لها ، ولا نخل لها وإن سُقي بها زرع أو نخل » (٤/١٥٥) .

(٥) التهذيب « بعد قسم الأصول » (٤/١٥٥) .

(٦) في التهذيب « ولا بأس بشراء شرب يوم ، أو شهر ، أو شهرين » (٤/١٥٥) .

قَدَرَ شُرْبُ أرضه يوماً ، فلو كانت العين بين قوم لكل واحد شرب يوم أو يومين فباع أحدهم حظه كان بالكسر ، وإنما جاز بيع ذلك لأنه معلوم عند أهل الخبرة بذلك .

قوله : (فنقص قدر ثلث الشرب)^(١) . وذلك أن يقدر من العين قدر ثلثها أو يسير اليسير ليسقي ثلث ما كان يسقي .

قوله : (كجوائح الثمار)^(١) . وجهه القياس على الثمار لأن الماء به تحيي الثمرة فحمل عليها ، ووجه قول ابن القاسم^(٢) أنه كان الأصل ألا يحط عن البائع شيء إلا أنه في الثمار لما دخل المبتاع على أنه لا بد من النقص بأكل الطير والهوام والعفن والفساد وذلك يختلف ، ولم يدخل على فساد الكل ، فحد له الشرع ما دون الثلث لأنه قليل ، وفي الماء لم يدخل على نقصه وغوره لأن الغالب فيه خلاف ذلك (.)^(٣) أن يرجع بجميع ما يفوته منه .

قوله : (مثل ما أصاب الثمرة من قبل الماء)^(٤) . يعني إذا استأجره أن يسقي ثماره من مائة مرة فغار الماء فإنه يرجع بجميع ذلك .

قوله : (ومن باع أرضاً وفيها شجر فإنه للمبتاع)^(٥) . إنه إذا أطلق فباع أرضاً ولم يذكر الشجر التي فيها ، أو بالعكس باع شجراً ولم يذكر الأرض ، وسواء كان

(١) التهذيب (٤/١٥٥) .

(٢) أي قوله : وأنا أرى أنه مثل ما أصاب الثمرة من قبل الماء فإنه ، يوضع عنه إن نقص شربه ما عليه فيه ضرر بين ، وإن كان أقل من الثلث ، إلا ما قل مما لا خطب له ، فلا يوضع لذلك شيء (٤/١٥٥ - ١٥٦) .

(٣) كلمة غير واضحة

(٤) التهذيب (٤/١٥٥) .

(٥) في التهذيب : ومن ابتاع أرضاً ولم يذكر شجرها ، فهي داخلة في البيع كبناء الدار ، إلا أن يقول البائع : أبيعك الأرض بلا شجر . (٤/١٥٦) .

الشجر كثيراً أو قليلاً ، فإن ذكر داخل في الصفقة .

وكذلك في الهبة والصدقة والرهن ، وكان ينبغي أن يفرق بين أن يبيع الأرض ويسكَّت عن الشجر والعكس ، لأن الأرض محتوية على الشجر كلها وليست الشجر محتوية على جميع الأرض بل ما عدا مغارسها كان ينبغي [١/١٩٨] ألا يدخل في البيع ، ويمكن أن يُقال: مراده إذا كان الشجر في حكم التبع كما يتبع قليل الأرض في المساقاة للثمار لأنه مغتفر ، فأجمل المؤلف . والكلامُ يجمل في غير مقصوده ويُفصّل في مقصوده .

قوله: (فأما إن كان فيها زرع)^(١) . فرّق بين الشجر والزرع فلا يدخل الزرع عند الإطلاق وإن كان قليلاً ، والفرق أن الزرع وديعة في الأرض ولم يجعل فيها إلا ليخرج إلى مدة فلم يصّر له حكم الجزية من الأرض ، وصار كمن باع أرضاً أو داراً فيها صندوق مقلوع ، بخلاف الشجر لأنه إنما جعل فيها باعتبار الدوام له بذلك حكم الجزية من الأرض .

قوله: (فله رد بقية الأرض)^(١) . لأنه استحق من الصفقة جلها وكثيرها ، وإن لم يكن الأكثر والأجل لأنه غير متبوع ولا تابع .

قوله: (قبل تغير سوق العبد)^(١) . أي قبل فوته بذلك فصاعداً ، فإن فات فإنه يمضي بقيمة يوم العقد لأن البيع كان صحيحاً .

قوله: (وعهده على المبتاع)^(١) . هذا يدل على تقديم تخير الشفيع في الأخذ بالشفعة على تخير المبتاع في الرجوع ، وهو المذهب لئلا يسقط حق الشفيع من الشفعة .

وقال أشهب: بل يقوم المبتاع فإن اختار الرجوع فلا شفعة ، لأنه لا فائدة

(١) التهذيب (٤/١٥٦) .



للمبتاع بل يدخل عليه الضرر باتباعه بالعمرة .

قوله: (فأقر النخل فيها)^(١). لما أقرها خرجت عن حكم المقلوع بالشراء الثاني للأرض ، وبالاستحقاق بنصف الأرض مع شجرها امتنع القلع ، لأنه لا يمكن قلع الجزء المشاع إلا بعد القسمة فصحت الشُّفْعَة في ذلك .

قوله: (بنصف ثمنها)^(١). أي ثمن الأرض وثمر النخل ، ووجهه أن العقود تابعة لعقود أخر فتنزل على المذهب منزلة ما هو في العقد المتبوع .

ولنا قَوْلُ ثانٍ: أنه يشفع في نصف النقض بقيمته قائما ، ووجهه أن التابع ليس كالمتبوع في الزمان . فهذان القولان مطلقا سواء اشترى الشجرة أولاً ثم الأرض بعد أو بالعكس .

ولنا تفصيل وهو: إن اشترى الأرض أولاً يشفع بالنقض من الثمن ، وإن اشترى النقض أولا فبالقيمة لكن مقلوعا لا قائما لأنه في حكم المقلوع .

ولنا تفصيل آخر وهو: إن اشترى الشجر أولاً فلا شفعة فيه لتحقق حكم القلع . قوله: (وليس للمبتاع حجة)^(٢). أي ليس له أن يُسقط الشُّفْعَة في النخل باشرائها إياها للقلع لأنها قد صارت كالمؤبرة .

قوله: (فإن لم يستشفع)^(٢). المذهب أن الشفيع مقدم في الأخذ بالشُّفْعَة على المبتاع في رد باقي الصفقة ، لأنه لا ضرر على المبتاع في ذلك ، وضررُ العهدة الأصلُ خلافه ، لأن الاستحقاق نادر .

قوله: (وقال بعد هذا)^(٣). حاصله أن له في كل مسألة قولين: أحدهما

(١) التهذيب (٤/١٥٦) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٥٧) .

(٣) في التهذيب «وقال في باب بعد هذا» (٤/١٥٧) .



بالنصر ، والثاني بالتخريج . فوجهُ الأخذِ بالثَمَنِ ما تقدمَ ، وأن المبتاع قد يزيد في ثمن الأرض ليبقي الشجر فيها ، فإن أخذ الشفيع بقيمته مقلوعاً أو قائماً تضرر المبتاع .

ووجه القيمة أنه لما ثبت للشجر حكمُ التبعية صارَ بمنزلة ما يحدثه المبتاع من الغراس والبناء ولذلك اعتبرت القيمة فيه قائماً لأنه لم يتعد ، وإنما تصرف بالشرع لإذنه له بالتبعية ، إلا أنه تكثر قيمته قائماً على قيمته مقلوعاً وفي ذلك حيف على الشفيع ، فإن لم يشفع ورد المبتاع نصف الصفقة نظرَ فإن كان البائعُ غاصباً كان للشفيع الشجر بالقيمة مقلوعاً ، وإن كان غرس بشبهة [١٩٨/ب] فبالقيمة قائماً .

قوله: (لم يجز)^(١) . لأنه باعَ منه ما لا يقدر على تسليمه لأن النقص المشتركة لا يمكن قلعه إلا بعد القسمة في النخل ومغارسها من الأرض ، وأيضاً فإن في ذلك غرراً وهو أنه على تقدير إثبات القيمة وقسم الحاكم عليه ، فلا يدري المبتاع ما يحصل له من الشجر في القسمة وفي أي جهة يكون ، ولذلك قال: «ولو شاء البائع أن يقاسم شريكه النخل خاصة ليقلعهما لم يكن له ذلك»: أي وإن لم يكن ثم غائب فإن ذلك يُمنع لما فيه من الغرر ، وقيل: إن استوت أصول الشجر جاز لانتفاء الغرر وهذا بعيد ألا تختلف الشجرُ .

قوله: (ولا شفعة فيه)^(١) . لأنه لا يتمكّن المبتاع من تبقيته لأن الأرض ليست له ، ولا المستحق لأن الأرض كلها ليست له فصار في حكم المقلوع كنقض مشترك بين شخصين على حكم القلع .

قوله: (وكان البيع تاماً)^(٢) . وتنزل المستحق منزلة البائع في الأرض لكن

(١) التهذيب (٤/١٥٧) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٥٨) .

ليس للبائع منفعة من القلع ، بخلاف المستحق لأنه يمنعه من القلع لأن ذلك مجرد ضرر ، ويدفع له قيمته مقلوعاً لأنه دخل على القلع وقيمه تقوم مقامه ، فإن أبى المستحق أن يدفع له القيمة مكن المبتاع حينئذ من القلع . ولورد باقي الصفقة من النقض نظر فإن كان البائع غاصبا فله قيمة النقض مقلوعاً وإلا بالقيمة قائماً .

قوله : (اكثرها) ^(١) . أي استأجرها لمدة فإذا تمت صارت أنقاضها في حكم المقلوع .

قوله : (في أرض يظنّها له) . لما استند إلى مبيع شرعي كان تصرّفه بإذن الشرع ، فكان له حق ولصاحب الأرض أيضاً حق ، فكان الجمع بين المصالح ما قال .

قوله : (إن شئت فأتبع البائع بالثمن) ^(١) . أي إن شئت أن تجيز البيع فلك الثمن ويصح البيع والهبة التي هي فرعُهُ ، وإن لم يجزه (.) ^(٢) عين العبد من الموهوب له ولا يكون للموهوب على الواهب شيء ، لأنه إنما وهبه عين العبد على أنه له ، وإن تلف عنده بموت أو غيره فلا شيء للمستحق على الواهب لأنه تصرف بوجه شرعي كما لو مات عند الواهب ، ولكن يرجع بقيمته على البائع إن كان غاصباً أو متعدياً أو على من باع من البائع إن كان كذلك .

قوله : (فهو بيع) ^(٣) . لا خلاف في وجوب الشفعة في هبة الثواب ، وإنما الخلاف في الهبة بغير عوض والصدقة فمن أوجب الشفعة فلإزالة التهمة بأن يتواطأ على ذلك ويخفيا العوض فيؤدي إلى إسقاط حق الشفيع ولدفع ضرر المداخلة أيضاً . ومن لم يرها فكالمراث .

(١) التهذيب (٤/١٥٨) .

(٢) كلمة غير واضحة .

(٣) التهذيب (٤/١٥٨) .



قوله: (فإن سمي العوض)^(١). هذا بيّن، وإذا لم يسمه فثلاثة أقوال: المذهبُ منها أنه إن بدل قيمة الهبة لزم الواهب مطلقاً. وقيل: الواهب على هبته ما لم يرض منها. وقيل: إذا بدّل قيمتها بالنظر إلى مثله من مثله لزمّت، وفرق بين أن يهب الأدنى إلى الأعلى وعكسه. ووجهُ المذهب أن العوض على القولين الآخرين يقلّ ويكثر ويدخله الجهل فكان الأعدل الرجوع إلى القيمة مطلقاً لأنها أقرب إلى العلم.

قوله: (بقيمة العوض)^(٢). إن كان من ذوات القيم والقيمة تقوم مقامه، وذوات الأمثال: المكيلات والموزونات والمعدودات.

قوله: (فلا قيام للشفيع)^(٣). لأن الهبة قبل العوض على الجواز.

قوله: (إذا لم تتغير الهبة في بدن)^(٣). أي في ذاتها لأنه إنما يبحث هنا فيما يصح فيه الشفعة فتجوز بقوله: في بدن.

واعلم أنه إذا بدل العوض فلا يخلو أن يكون الموهوب قائماً أو فائتاً، [١/١٩٩] فإن كان قائماً فالشفعة بما بدل، كان أقل من قيمتها أو أكثر أو مساوياً، وإن كان بعد الفوت فالمذهب كذلك، وقال أشهب: إن بدل أكثر من قيمتها بعد الفوت فإنما يشفع الشفيع بقيمتها، لأنه لما فاتت لزمّت الموهوب بالقيمة فما زاد على القيمة تبرّع منه، وروى ابن القاسم أنه كالثمن الغالي. ويلزم أشهب إذا بدل قبل الفوت أكثر من القيمة أن يشفع بالقيمة، لأن المذهب أنه إذا بدل القيمة قبل الفوت ملكها الموهوب له، فقد كان قادراً على أقل مما بدل.

(١) التهذيب (٤/١٥٨).

(٢) في التهذيب «كان له قيمة من العروض» (٤/١٥٨).

(٣) التهذيب (٤/١٥٩).

قوله: (يوم قبضها)^(١). لأن هبة الثواب تشبه البيع الفاسد لأنها بضمن مجهول ولأنه بيع بشرط، والضمان قد ثبت دون الملك كالبيع الفاسد والغصب.

قوله: (فليس للشفيع أخذه بذلك)^(١). لأن البيع لم يتم بعد.

قوله: (فإن رأى أنه لصدقة أو لصلة رحم)^(٢). مثل هبة الغني للفقير والأخ الغني لأخيه الفقير، فلا يخرج أخذه العوض عن ذلك وإنما يكون أخذه العوض منه جبرا لقلبه وصلة لرحمه أيضا لا في مقابلة الهبة، ويدل على ذلك أن للموهوب أخذ العوض منه ورده.

قوله: (فليرجع في العوض إن كان قائما)^(٣). لأنه لا يلزمه، وأما إذا بلغ فات فلا شيء له، لأنه سلط عليه فلم يتعد في تصرفه.

قوله: (ومن وهب شقصا من دار لابنه)^(٤). يحتمل أن يريد أن الشقص لابنه، وهبة الأجنبي على عوض، فعلى هذا يكون قوله: «لا تجوز محاباته في قبول الثواب» بمعنى: لا يجوز أن يأخذ من مال الأجنبي أقل من قيمته، لأن ذلك تصرف في مال ابنه على غير المصلحة.

ويحتمل أن يريد وهب شقصه لابنه، فلا يجوز له أن يأخذ من مال ابنه أكثر من قيمته ويحابي نفسه في الوجهين تصح الشفعة لأن هبة العوض بيع.

قوله: (ولا ما وهب)^(٤). أي ولا يجوز ما وهب من مال ابنه، أي بغير عوض لأنه لا يجوز أن يخرج ماله بغير عوض، وكذلك يمنع الصدقة والقرض،

(١) التهذيب (١٥٩/٤).

(٢) في التهذيب «الصدقة» ١٥٩/٤.

(٣) التهذيب (١٥٩/٤).

(٤) المصدر نفسه (١٦٠/٤).



فإن وقع شيء من ذلك فإن كان الأب معسرا رد جميع ذلك ، وإن كان موسرا ردت الهبة والصدقة إلا أن تفوت فيرجع فيها إلى القيمة ويمضي العتق ، لأنه فوت شرعي فهو كالحسي ، ويرجع إلى القيمة وكان ينبغي أن يرد لأنه أعتق مال الغير والإخراج بالقيمة قد لا يكون نظرا ، لكن لما تشوف الشرع إليه نفذ . وتعليل بعضهم بأن الولاء قد يرجع إلى الابن ليس بشيء ، لأنه ينتقض بالوصي إذا فعل مثل ذلك في مال محجوره .

وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ: أن الصدقة والهبة يمضيان بالقيمة كالعتق في الأب والوصي .

قوله: (ولا يجوز في الهبة)^(١) . استغنى {بذكرها} عن الصدقة .

قوله: (وإنما يجوز بيع الأب)^(١) . أي لا يجوز له أن يبيع شيئا من ماله إلا لهذه الثلاثة الأشياء: إما لضرورته ، أو لوجه نظر مثل أن يخاف على ذلك ، أو لزيادة في الثمن .

قوله: (وهبة المكاتب والمأذون على عوض تجوز)^(١) . لأن لهما النظر في المال ؛ أحدهما بالإذن ، والمكاتب أحرز نفسه وماله بالكتابة لكن لا يتصرفان إلا بالمصلحة .

قوله: (فالشُّفْعَةُ لمبتاعه)^(٢) . هذه المسألة تنبني على خلاف: وهو أن بيع الخيار إذا انبرم هل يكون من حيث الإبرام أو من وقت العقد؟ ولا تكون الشُّفْعَةُ إلا بشركة متقدمة على بيع الشركة ، فقوله: «لمبتاعه» بناءً على أنه من وقت العقد ، وبذلك يكون متقدما على البيع البتل^(٣) فيكون لمبتاعه الشُّفْعَةُ على مبتاع البيع

(١) التهذيب (٤/١٦٠) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٦١) .

(٣) البيع البتل: القاطع

البتل ، وقال ابن حبيب: من حين الإبرام ، فعلى هذا تكون الشُّفْعَة لمبتاع بيع البتل على مبتاع بيع الخيار . إلا ابنُ القاسم قال: إن الأروش تكون للبائع في بيع الخيار [١٩٩/ب] وعلى هذا كان ينبغي أن تجعل الشُّفْعَة لمبتاع بيع البتل .

قوله: (وإن رد فهي لبائعه)^(١) . لأنه لم يبع شيئاً ، وشركته سابقة على بيع البتل ولو لم يشفع أحد المبتاعين على الآخر ، وقد تم بيعُ الخيارِ فهل يشفع أحد البائعين على الآخر؟ هذا أيضاً ينبغي على خلاف: وهو أن الشريك إذا باع حظه بعد أن وجبت له الشُّفْعَة فهل يشفع بذلك الحظ الذي باعه أو لا ؟

المذهب: لا يشفع ، لأنه قد باع الحظ الذي يشفع به . وقيل: يشفع ، لأنه إنما باع بعد أن وجبت له الشُّفْعَة ولم يبع ما وجب له من ذلك . فإذا قلنا يشفع فعلى الخلاف المتقدم في بيع الخيار هل يمضي من حين عقده أو من حين إبرامه؟ وإذا باع الشريك بعض حظه فهل يشفع بما بقي له فيما باع مع الأشارك الباقين أو لا؟ قولان ، قيل: لا يشفع لأن بيعه يتضمن ألا شفعة لأنه لولا قصده ألا يشفع ما باع ، ووجهُ الثاني أنه شريك بما بقي له ، وإذا باع كل واحد من شريكين حظهً واختلفا من باع منهما قبل صاحبه ولم يتبين الأمر فلا شفعة لأحدهما على الآخر لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر .

واختلف في بيع الخيار هل ينقل الملك أولاً ، أو هو موقوف وضمانه من البائع وخراجه له على الأقوال ولا ينافي الضمان عدم الملك .

قوله: (فله رده)^(١) . لأن الضمان على البائع .

قوله: (بقيته)^(١) . لأن هذا هو العدل بين الشخصين ، لأن الصداق قد يكون بأكثر من صداق المثل فيتضرر الشفيعُ ، وبأقل فتضرر المرأة ، وكذلك

(١) التهذيب (٤/١٦١) .



الخلع وقيمة الشقص عدل بينهما .

وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ بِصَدَاقِ الْمَثَلِ وَخُلْعِ الْمَثَلِ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ أَنَّهَا تَرْجِعُ عَلَى الزَّوْجِ بِهِ ، وَهَنَالِكَ قَوْلُ ثَانٍ بِقِيَمَةِ الشَّقْصِ .

وأما الصلح في دم العمد ، فلأن فيه القود ولا ثمن له ولا قيمة ، لأنه يختلف فيرجع إلى قيمة الشقص ، وأما في الخطأ (.) الدية معلومة ففيها دفع الشقص ولذلك رجع إليها ، فإن كانت عينا لزمه مثله لأنه من ذوات الأمثال وتنجم عليه ، وإن كانت إبلا فهي من ذوات القيم قومت على حسب تنجيمها وغررها ، ويؤدي القيمة حالة الآن ولا يؤخرها لأنه دين في دين ، كما لو بيع الشقص بدين وكل قيمة فهي على الحلول ، فإن قلت : لو باع الشقص بعرض موصوفا إلى أجل فإنما يأخذ الشفيع بمثله إلى الأجل فهلا أخذ هنا بمثل الأجل ، قيل : الفرق أن الإبل وإن كانت معلومة للإنسان فصفاتها مختلفة . فإن قيل : فكيف تقوم مع ذلك ؟ قيل : ينبني الأمر في إبل الدية على المسامحة فكذلك في قيمتها وهذا إن صالحت العاقلة على الشقص ، أما إذا صالح عنها غيرها بالشقص فلنا فيه ثلاثة أقوال ، وفيمن صالح عن (.) لا يجوز لما فيه من الغرر لأن الجاني لا يلزمه ذلك الشقص بل هو مخير فهذا بيع مجهول ، وقيل : يجوز لأنه معروف ، وقيل : إن صالح بما هو من ذوات القيم صح لأن قيمة الشيء تقوم مقامه ، وإن كان من ذوات الأمثال لم يجز لأن المماثلة تختلف .

قوله : (يشهد فيه الإمام)^(١) . لما كان في تنجيم الدية قولان ثلاث سنين وأربع ، والأول أشهر ، احتيج إلى الإمام ليعين بنظره أحدهما ، فإذا كانت نصف

(١) في التهذيب «يجتهد فيه» (٤/١٦١) .

كدية اليد من الرجل فهل يكون {ثلثها} ^(١) في عام ، والسدس الباقي في عام ، أو يكون النصف في عامين ربعا ربعا ؟ قولين .

قوله: (بمثل كراء الإبل) ^(٢) . لأنه ثمن الشقص ، فيقوم كراؤها من هناك إلى مكة في ذلك الوقت فما كان يشفع به وكذلك سائر المنافع كإجارة العبد والدار تقوم تلك المنافع في ذلك [١/٢٠٠] الوقت .

قوله: (ومن تكفل برجل) ^(٢) . الكفالة بالوجه عندنا إن لم يحضره لزم المال خلافا للشافعي ، ووجهه أنه ما لم يحضره فهو قد منع رب المال من ماله وينسب إلى التفريط ، إلا أن يقول أضمن وجهه وليس عليه شيء من المال أو يموت المضمون فلا شيء على الضامن اتفاقا لأنه لا يقدر على إحضاره حيا .

قوله: (فجائز إن عرفا مبلغ الدين) ^(٢) . لأنه مع الجهل يكون ثمن الشقص مجهولا وهو ركن بخلاف الصداق ، فلذلك إذا استحق لم يبطل النكاح .

قوله: (ويرجع الكفيل بالأقل من الدين أو من قيمة الشقص) ^(٣) . فإن كانت قيمة الشقص أكثر قال له المضمون: أنت ظلمت نفسك إذ دفعت أكثر مما عليّ بغير إذني . وإن كانت أقل لم يلزمه إلا قيمته لأنه لا (.) عليه وإنما صالح عنه .

قوله: (جاز) ^(٤) . لأنه يجوز عندنا ضمان المجهول لأنه كالهبة ، ويجوز أن يهب شيئا مجهولا ويرجع في ذلك إلى العرف .

قوله: (فله أن يحلف الوكيل على علمه) ^(٥) . أي أنه لا يعلم ذلك فأراد

(١) في المتن ثلثاها ، وفي الحاشية قوله: (صوابه ثلثها)

(٢) التهذيب (١٦٢/٤) .

(٣) في التهذيب «بالأقل من المال الذي عليه» (١٦٢/٤) .

(٤) التهذيب (١٦٢/٤) .

(٥) في التهذيب «فله أن يحلف الكفيل على علمه» (١٦٢/٤) .

بالعلم غالب الظن ، ويمكن أن يُريدَ إذا ادعى عليه العلم ، وفائدة اليمين أنه إن نكل غرم ما ادعى الطالب فإذا قدم المضمون فإن وافق على ذلك فبيّن ، وإن ادعى أقل منه فيحلف على ما ادعى ويخسر الضامن ، وإن لم يحلف غرم للضامن جميع ما أدى عنه ، وفي هذه اليمين إشكال لأن من شرط اليمين أن يصح قلب المنكر إياها على المدعي ، وهذه لا يصح قلبها لا على الطالب لأنه قد حلف أولاً ولا يحلف مرتين ، ولا على الكفيل لأنه لا يدعي العلم لكن قد وجدنا اليمين لا ترد وهي يمين التهمة ، وقد قال مالك في الرجل يوكل آخر على شراء سلعة فإذا اشتراها ودفع الثمن عنه رد البائع بعض الثمن زائفا فأبدله الوكيل من عنده ثم جاء به إلى الموكل فأنكره ، فقال: يحلف الموكل أنه ليس له ، وهذه يمين لا ترد لأن الوكيل لا علم له .

قوله: (واستحق)^(١) . أي بشرط أن لا يكذبه العرف في دعواه .

قوله: (لم يجز ، ورُدَّ)^(٢) . لأن ذلك حق لله والآدمي فلما كان مشوباً بالحق لله لم يجز بيعه فكان ذلك من أكل المال بالباطل .

قوله: (لا شفعة ، لأنه لا بيع فيه ، بلغ الإمام أو لا)^(٣) . كان ينبغي أن يجوز ذلك قبل بلوغه الإمام كما جاز عفوّه حينئذ ، وأما إذا بلغ الإمام فلا يجوز العفو إلا إذا أراد ستره .

قوله: (لم يجز فيه عفو الأولياء)^(٤) . لأنه إذا أخذ قبل التوبة فالحكم فيه للإمام والحق لله ، فلا يجوز العفو عنه بلغ الإمام أو لا .

(١) التهذيب (٤/١٦٢) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٦٣) .

(٣) في التهذيب «ولا شفعة فيه بلغ الإمام أو لا» . (٤/١٦٣) .

(٤) التهذيب (٤/١٦٣) .

قوله: (فالشُّفْعَةُ في الغياض والآجام)^(١). لأن هذه الأشياء مباحة فلا شفعة فيها إلا إن كانت أرضاً مملوكة فيجوز بالتبع.

قوله: (فإن دفع إليه في حصة الشُّفْعَةِ قيمة نصف بنائها)^(١). يعني قائماً، وكان ينبغي أن يدفع للمستحق قيمة ما هدم من بنائه لأنه تبين أنه أفسد مال غيره خطأً وهو كالعمد في أموال الناس، لكن لما كان الشرع قد أذن له في الهدم هنا مع ظنه ملكه فارق إفساده بمال الغير في الطريق، لأنه وإن أبيح له المشي فيها فلم يباح له إتلاف مال الغير لكن انقاض ما هدم إن كانت قائمة أخذها المستحق نصفها، أو نصف ثمنها إن كان باعها وكذلك يرجع على البائع بنصف الثمن بعد إسقاط ذلك.

قوله: (فإن اصطلحوا)^(٢). أي يشفع في البعض ويسقطها في الباقي.

قوله: (ليس لأحد المتفاوضين)^(١). لأنه بيع كل واحد منهما بمزلة بيع صاحبه على نفسه، ومن باع شيئاً فلا شفعة له فيه.

قوله: (فإن تفاوضا في الدور)^(١). أي هل تكون المفاوضة في نوع واحد لا في جميع ما يملكان؟ قال: ما أعرف المفاوضة في بعض [٢٠٠/ب] ما يملكان. أو يريد: لا أعرف المفاوضة إلا فيما شأنه أن يُشترى للتجارة، لكن إن وقع ذلك في نوع ما كان الحكم كما تقدم.

قوله: (ليس لرب المال أن يبيع شيئاً في يد العامل)^(١). لأنه إنما اشتراه للربح وقد فوض إليه في ذلك فلا يجوز له أن يبيع شيئاً من ذلك بغير أمره إلا أن يرى الحاكم في بيع ذلك مصلحة لأن تركه مفسدة فيجوز أن يبيعه ويفاصله في القراض.

(١) التهذيب (٤/١٦٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٦٤).

قوله: (فله الشُّفْعَة)^(١). لأن مال القراض على ملك ربه فإذا اشترى به العامل شيئاً فكأن رب المال اشتراه فللعامل الشُّفْعَة، ولا يكون شراؤه إسقاطاً لشفعته لأنه إنما أراد بذلك تحقيق بيع الشقص حتى تصح له الشُّفْعَة، لكن يأخذه بالثمن ويرد مكانه في مال القراض لكن تكون العهدة على البائع لا على رب المال لأنه لم يشتره رب المال ولا أذن له في ذلك بعينه فلا يضره بالعهدة.

قوله: (ولو كان رب المال هو الشفيع)^(١). هذا في الحقيقة ليس بشفعة لأنه لا يشفع أحد على نفسه، وإنما فائدة تسميته شفعة إلا أنه يأخذه بمثل الثمن ولا ربح للعامل فيه. ويمكن أن يقال أن العامل يملك بالظهور، وغالب الشراء أن يكون فيه ربح فقد ملك العامل جزءاً فانتزعه رب المال منه ويعيد إلى مال القراض مثل ذلك، وتكون العهدة أيضاً على البائع لأن العهدة لا تكون على الشفيع نفسه لأنه المشتري في الحقيقة.

قوله: (ولأم الولد)^(١). يعني المأذون لها، وإلا فلا يجوز لها تصرف. والمكاتب والمأذون لهما التصرف.

قوله: (فلا قيام للسيد)^(١). لأنه قد أقامه بالإذن مقام الحر.

قوله: (فإن لم يكن العبد مدياناً)^(٢). لأنه حينئذ يصح للسيد انتزاع ماله الذي أعطاه وله الحجر عليه فيما شاء. فكذاك حجر عليه في الآخر في الشُّفْعَة هنا.

قوله: (فيها فضل)^(٢). لا بد من هذا وإلا فلا فائدة للغرماء فيها.

قوله: (ولا أخذ للسيد)^(٢). هذا إذا كان يتصرف على المصلحة وإلا لم يجز لأنه إخراج مال بغير عوض وذلك يؤدي إلى تعجيزه.

(١) التهذيب (٤/١٦٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٦٥).

قوله: (ولذات الزوج تسليم شفعتها)^(١). لأنه يجوز لها التصرف في مالها خلافا للشافعي، لأن الزوج يملك الاستمتاع منها في كل وقت فلا يبقى وقت تتصرف فيه للتجارة ولا غيرها.

قوله: (بطل جميعه)^(١). وكذلك (.) بمحابة يزيد على ثلثها. ولنا قول ثان: أنه يبطل ما زاد على الثلث فقط كالمريض ليس فيه إلا هذا القول الثاني. والفرق أن الزوجة تقدر على الانشاء والمريض لا يقدر عليه.

قوله: (غير الزوج)^(١). استثناء من أحد قولي. ومن أعمار العمرى أي: يسكنه داره عمر المعمر أو المعمر وذلك مجهول فلم يجز بيعه ولا الشفعة لأمرين: أحدهما أنه بيع فاسد. والثاني أنه باع منه منافع الدار لا رقبته فالشفعة إنما هي في الرقاب.

قوله: (وإن استغلها رد غلتها)^(٢). وهذا مشكل لأنه لو اكرت دارا كراء فاسدا ثم أكرها من غيره كراء صحيحا فإن الغلة له، ويؤدي إلى الأول كراء المثل. فقيل: لما كانت المنافع غير مقبوضة لأنها باقية على ملك ربها وإنما يأخذها المستأجر شيئا فشيئا، فلما لم يقبضها لم يضمنها فلم يكن الخراج له، وهذا باطل بالضرورة المتقدمة لأن العقد الصحيح المتصل بالعقد الفاسد فوت له يرجع إلى القيمة ويصح الثاني، فالوجه أنه أراد بقوله «إن استغلها»: إن سكنها بنفسه رد غلتها، أي: لزمه كراؤها كراء المثل لما مضى من المدة ويرد العوض^(٣).

قوله: (لم يجز)^(٤). لأنه بيع فاسد للجهل فبطل مطلقا [١/٢٠١] هذا المذهب،

(١) التهذيب (٤/١٦٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٦٦).

(٣) نقل هذا الوجه في الذخيرة عن بعض القرويين، انظر الذخيرة (٣١٣/٧).

(٤) التهذيب (٤/١٦٦).

وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: إِنْ بَاعَهَا ذَلِكَ الْأَبُ مِنْ ابْنِهِ فَيَصِحُّ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ حَقِيقَةُ الْبَيْعِ بَلْ هُوَ مَعْرُوفٌ .

قوله: (والغلة للمتصدق عليه)^(١). لأنه هنا باع منه الرقبة بيعا فاسدا فكانت في ضمانه فله الخراج .

قوله: (ويرجع بما أنفق)^(١). إِنْ كَانَتِ النِّفْقَةُ عَلَى الْمَعْرُوفِ فَبَيِّنٌ ، وَإِنْ زَادَ فِيهَا عَلَى الْمَأْلُوفِ فَقَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا إِنْمَا يَرْجِعُ بِالْمَعْرُوفِ وَالزَّائِدُ تَبَرُّعٌ ، وَالثَّانِي يَرْجِعُ بِذَلِكَ كُلِّهِ لِأَنَّهَا هِبَةٌ فِي مَقَابِلَةِ الْبَيْعِ .

قوله: (ولو هلك)^(١). لِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ إِذَا تَلَفَ قَضَى بِالْقِيَمَةِ لَا بِالثَّمَنِ ، وَعَلَى هَذَا تَجُوزُ الشُّفْعَةُ فِيهَا لِأَنَّهُ صَارَ بَيْعًا مَاضِيًا بِالْشَّرْعِ فَيُشْفَعُ بِالْقِيَمَةِ .

قوله: (وتجوز هبة غير المقسوم)^(٢). أَيِ الشَّائِعِ ، لَا خِلَافَ فِي بَيْعِهِ ، وَخَالَفَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي بَيْعِهِ وَرَهْنِهِ وَتَحْبِيسِهِ وَكُلِّ مَا لَا بَدَّ فِيهِ مِنَ الْحُوزِ ، قَالَ: لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ حُوزُهُ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ وَلَيْسَ كَالْبَيْعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهِ الْحُوزُ بَلْ يَصِحُّ دُونَ قَبْضٍ ، وَلَنَا قَوْلٌ مِثْلُهُ . وَوَجْهُ الْجَوَازِ أَنَّهُ إِذَا قَبِضَ الْكُلَّ وَنَزَعَ هَذَا الْأَوَّلَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي جَمِيعِهِ صَحَّ الْحُوزُ .

قوله: (والشفعة في دور القرى)^(٣). خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ يَفَرِّقُ بَيْنَ دُورِ الْقُرَى أَصْلَهَا الْإِبَاحَةَ وَلَا رَغْبَةَ فِيهَا كَمَا فِي دُورِ الْمَدَائِنِ فَلَا شَفْعَةَ .

قوله: (فلا يقضى له بالشفعة بإقرار)^(٣). هَذَا لِأَنَّهُ لَوْ قَضِيَ لَهُ بِمَجْرَدِ قَوْلِهِ لَأَدَّى إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْغَائِبِ إِذَا قَدَّمَ وَأَنْكَرَ الْبَيْعَ ، وَذَلِكَ أَنَّ الشَّفِيعَ إِذَا شَفَعَ بِحَكْمِ حَاكِمٍ

(١) التهذيب (٤/١٦٦) .

(٢) في التهذيب «وتجوز الهبة غير مقسومة» (٤/١٦٦) .

(٣) التهذيب (٤/١٦٦) .



فذلك ابتياع بشفعة ، فيكون له كراؤه وخراجه بالضمان ، فإن تهدمت الدار بفعله أو بأمر من الله لم يلزمه لربها شيء ، فلذلك قال: يبطل حق الغائب في الغلة والدار ولهذا ينبغي للحاكم ألا يحكم في حق يثبت عنده بالبينة ما يقر به المتخاصمان .

قوله: (فلا يجوز أن يشهد له أن فلانا وكله)^(١) . الحقوق ثلاثة:

متمحض له فلا يجوز أن يشهد له .

وحق متمحض عليه فيجوز أن يشهد عليه فيه .

وحق مشوب بما له وبما عليه ، فيغلب ما له احتياطاً ؛ فلا يجوز أن يشهد له فيه ، كصفقة جمعت حلالاً وحراماً فيغلب الحرام .

قوله: (وَكَلَهُ عَلَى شَيْءٍ)^(١) . هذا حق له ؛ لأنه يتصرف بذلك في مال الغير .

قوله: (وَكَلَّ غَيْرَهُ)^(١) . هذا حق عليه لأن الغير بذلك يتصرف في ماله ولو اشترى وكيله له سلعة من شخص فينكر الوكيل أنه وكيله ويقر البائع أنه اشترى له فهذا حق مشوب .

قوله: (فلا تجوز شهادتهن على الوكالة فيه)^(١) . فإنه إذا لم تجز في الأصل فلا تجوز في الفرع بطريق الأحرى ، وأما الوكالة في الأموال فكان ينبغي ألا تجوز لأنه إنما وردت في الأموال لا ما يفضي إليها ، لكن الوكالة عليه في معنى قبض الموكل له فجازت ، وقد أجاز ابن القاسم على هذا الأصل شهادتين في الميراث ، ولم تجز في النسب وكأنهن شهدن بمال ونسب ، بطل النسب وصح المال ففكك الشهادة . وأشهب يمنع هذا الأصل ، ولأن الميراث مترتب على النسب وإذا بطل الأصل بطل الفرع .

(١) التهذيب (٤/١٦٧) .

قوله: (على أخذ الشُّفْعَة ، أو تسليمها)^(١). لأن ذلك مال .

قوله: (ولا تجوز تزكيتهن)^(١). وإن كانت فيما يفضي إلى المال ؛ لأن إفضاءها إلى المال هنا بعيد وإنما وجب المال بالشهود الأولين ، ولأن التزكية إنما هي بمعنى أنه تجوز شهادة هؤلاء مطلقا في مال وغيره لا بالنظر إلى هذا المال الخاص فلم يجز .

قوله: (ألا يأخذ الوصي للحميل بالشُّفْعَة)^(٢). لأنه يحتمل أن يكون نفخا فهو كالعدم فلا يرث ولا يملك ، وإنما يوقف ميراثه نظرا [٢٠١/ب] إلى المال وذلك بالإجماع .

قوله: (لم يجز له بيع ذلك)^(٣). لأن الأحباس عندنا تصح بالقول ، وبما يقوم مقامه من الإباحة كتولية المسجد للناس يصلون فيه بمحضر من المحبس وهي على التأييد .

وأبو حنيفة لا يصح عنده التحبيس لما فيه من وجود ملك بلا مالك ، إلا أن يحكم به حاكم فحينئذ يلزم المحبس لأنه حكم حكم به الحاكم فيمضي . وقد احتج مالك على أبي يوسف في ذلك بقوله: «هذه أحباس رسول الله صلى الله عليه وآله لا يؤخذ منها إلا الزكاة»^(٤) ، يعني نخلا بالمدينة أقرها الصحابة والتابعون وتابعوهم على وجهها من المحبس .

والشافعي يشترط في صحة الحبس أن يكون بالقول فقط ، وإلا حل وله الرجوع فيها .

(١) التهذيب (٤/١٦٧) .

(٢) في التهذيب «ولا يأخذ الوصي للحمل بالشُّفْعَة حتى يولد ويستهل» (٤/١٦٧) .

(٣) التهذيب (٤/١٦٧) .

(٤) انظر روضة المستبين (٢/٣٩٣) ، ترتيب المدارك (١/٤٩) ، المقدمات الممهدات (٢/٤١٨) .

قوله: (وإذا كان حائط بين رجلين)^(١). مثاله أن يكون بينهما حائط مشترك فيبيع أحدهما داره مع حظه من الحائط، فلصاحبه الشُّفْعَة في الحائط خاصة بحظه منه لأنه بنى على أرضه وقد اشتركا فيها، وهذا إن انقسمت أرضه وأمكن أن يبني كل واحد منهما في حظه منها حائطاً، على قول ابن القاسم أن من شرط القسمة أن يكون فيما يصير لكل واحد أن ينفع به على حد ما كان.

قوله: (ولآخر فيه حمل خشب)^(١). لأنه إنما له فيه منفعة فلا شفعة له، لأن الشُّفْعَة إنما تكون في (رقبة بجزء رقبة) لا بمنفعة ولا في منفعة.

قوله: (ومن له علو دار وآخر سفلها فلا شفعة)^(١). لأنهما جاران وإنما الشُّفْعَة في المشاع لا في المتميز والمتجاوران تارة يكون سكناهما متصلين في الأرض وتارة يكون أحدهما على الآخر.

قوله: (لا شفعة في أرض العنوة)^(١). أرض العنوة ضربان:

أحدهما: أن يبيعها الإمام كما فعل عمر في أرض الشام، فهذه تباع ويشفع فيها.

والثاني: ألا يبيعها ولكن تركها للمسلمين كافة كما فعل عمر في أرض مصر إذ تأول قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ [الحشر: ١٠]، على أنه معطوف على ما قبله أي: والذين جاءوا، ولم يجعله مستأنفاً، فهذه لا تباع ولا يشفع فيها وهذه التي قصد الإمام، بل تملك منافعتها بالإجارة وبالإقطاع كإخبار الخبز، إلا أن يقطع الإمام شيئاً من ذلك لمن شاء على التأييد فيصير ملكاً له.

وأما أرض الصلح فهي أن يصلح العدو على بقاءه في أرضه على قدر معلوم

(١) التهذيب (٤/١٦٨).

من الخراج ؛ فهذه يجوز لأهلها بيعها ثم ذلك الخراج قد يكون على الرقاب أو على الأرض أو عليهما ، فإن لم يكن على الأرض صح بيعها مطلقا وإن كان على الأرض فيجوز بيعها إن التزم الكافر الخراج في ذمته ، فإن جعل الخراج على المشتري لم يجز بيعها لأمرين : أحدهما أنه مجهول لأنه إذا أسلم الكافر أو مات سقط الخراج عنه ولا يدري متى يكون ذلك ، والثاني أن الخراج إنما يؤخذ من الكافر على جهة الذل والصغار ولا يتأتى ذلك في المسلم ، وجوز بيعها أشهب قال : لأن المشتري إنما يدخل على أن الكافر لا يسلم ، فقد دخل على التأييد وإسلامه طارئ عارض ، ولأنه لا يلزم من أحد الخراج من المسلم أن يكون على جهة الذل لانتفاء الكفر عنه .

قوله : (على أن على المبتاع كل عام شيئا يدفعه)^(١) . هذا مجهول (.) جزء من الثمن إذ لا يدري كم يدفع في ذلك وليس هذا كبيع الدار المحكورة بيع أنقاضها ويلزمه كراء الأرض لربها في كل عام أو شهر لأنه هنا إنما باع الأنقاض وأكثر الأنقاض فهو بيع وإجارة .

قوله : (فاستحق من النخل شيء يسير)^(١) . فرقوا بين أن يستحق يسير من العقار أو يطرأ [٢٠٢/١] عيب يسير فيه فليس له رد الصفقة بل يرجع بما يقابل ذلك من الثمن ، وبين أن يكون ذلك في الثياب والعبيد فله الرجوع في الصفقة كلها . والفرق أن كسب العقار صعب وعزيز بخلاف العروض لأنه تراد للتجارة فذلك فيها كثير ، فإذا استحق من النخل جزء مشاع كالربع والثلث والثلثين جاز التماسك بالباقي لأن الثمن معلوم ، وإن كان المستحق معينا كناحية من الأرض معلومة :

فإن كان أكثر الصفقة انفسخ البيع ولم يجز التماسك بالباقي لأن في ذلك

(١) التهذيب (٤/١٦٨) .



إنشاء بيع ثان في الباقي بثمن مجهول ، كما لو اشترى عشرة أثواب مختلفة فاستحق أكثرها فلا يجوز أن يتماسك بالباقي لأنه لا يعلم ما يقابله من الثمن حتى (.) كل ثوب ويمضي الثمن على ذلك .

وإن كان الأقل لم يفسخ البيع لأن الأقل تابع للأكثر في المعاملات والعبادات كما إذا أخرج أقل رجله من الخف أو أكثرها بالحكم للأكثر لا للأقل ، وإذا كان الأقل تابعا فكأنه لم يستحق تبعا للباقي ، وفي العكس كان المستحق الجميع فإذا تماسك بالأكثر فليس في ذلك بيع (.) بثمن مجهول ولكنه البيع الأول بعينه تطرق الجهل إلى ثمنه لما نقص منه شيء مجهول فلم يدخل على الجهل أولا فصح ، كما إذا وجد عيبا بالمبيع وحدث عنده آخر فأخذ أرش الأول ، فإن استحق من الصفقة نصفها فقولان: بالنظر إلى أنه جل الصفقة فقد يتضرر المشتري بذلك فهو كالأكثر . وفي النظر إلى أنه ليس الأجل فلا تبعية وهو المذهب .

قوله: (كان له رد جميع النخل خاصة)^(١) . كان ينبغي ، على ما تقدم من أن يسير الاستحقاق في العقار لا (ينضم) كما لا تغيره حوالة الأسواق ، ألا يرد ذلك لكن هذا بالنظر إلى أن المستحق من النخل أكثره لا إلى الصفقة كلها وإن كان (.) ليس وجه الصفقة ، وبالنظر إلى أنه بين جميع الصفقة يسير فلا تفسخ الصفقة ويتمسك بما فيها ، وهذا هو الجاري على الأصول .

قوله: (رد تلك الدار)^(١) . نظرا إلى أن ما استحق منها أكثر .

قوله: (وإن كان وجه الدارين)^(١) . لأنه لما استحق وجه الصفقة صار الوجه في حكم الاستحقاق رد الدارين ، لأنه لا يصح التمسك بالأخرى لأنها أقل الصفقة .

(١) التهذيب (٤/١٦٩) .

قوله: (فإن جهلاه)^(١). هذا صلح على الإقرار، ويجوز على الإقرار والإنكار، وعلى المعلوم والمجهول، وقولهم أنه في الإقرار بيع من البيوع ليس على إطلاقه بل في بعض المواضع، لأنه يجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه، مثل هذه المسألة أقر المدعى عليه بالحق ولم يعرفه قدره جاز الصلح، وليس بيع فلا يجوز الشُّفْعَة فيه لأنه لم يتقرر فيه بيع شيء معلوم فلو عرفاه بعد الصلح ورضيا بذلك ثمننا صار بيعا صحيحا وجازت فيه الشُّفْعَة، وإن علمه المدعي وأنكره الآخر، فقال الشَّافِعِي: لا يجوز الصلح هنا لأنه أكل المال بالباطل لأنه اشترى يمينه.

وقال مالك: يجوز مخافة الحلف أو رد اليمين على المدعي مع عدم (.) بدينه، فإن تحقق المدعي أن له حقا حله له ما أخذ منه فيما بينه وبين الله سبحانه وإلا لم يحل له، ولا شفعة في ذلك لأنها مترتبة على العلم بالمبيع.

قوله: (وإن لم يسمه بطل الصلح)^(٢). لأنه لا عذر له في عدم التسمية مع دعوى العلم وصح الصلح مع عدم العلم منها ونظير ذلك ما شرط في بيع الجزاف من عدم علمهما ولم يجز مع [٢٠٢/ب] علم أحدهما بقدره دون الثاني لما فيه من القمار والخطر.

قوله: (وإن لم يعرفه لم يجز)^(٢). لأن بيع المجهول لا يجوز، والصلح بيع فلا بد من الإحاطة منها بجميع التركة مفصلة وإن كان فيها طعام لم يجز قبل قبضه.

قوله: (فالشُّفْعَة في الشقص الذي لا دعوى فيه)^(٢). لأنهما اتفقا على انتقال هذا الشقص من المنكر إلى المدعي في مقابلة سدس الدار، فلشريكه الشُّفْعَة فيه

(١) التهذيب (١٦٩/٤).

(٢) المصدر نفسه (١٧٠/٤).

بقيمة سدس الدار لأنه ثمن الشقص .

قوله: (ولا شفعة في الشقص المدعى فيه)^(١) . يعني سدس الدار لأنهما لم يتفقا على انتقاله إلى المنكر بل المنكر يدعي أنه يدل على ملكه .

قوله: (لأن قابضه)^(١) . أي الذي في قبضه وهو المنكر وإذا لم يثبت بيع فيه فلا شفعة لمن شرك فيه .

قوله: (والقول قوله في قيمتها)^(٢) . لأنك مبتاع للشقص وبائع من الشفيع ، لأنك هنا تصدق ولو ادعيت مالا يشبهه لأن الغالب فيما يؤخذ من الجاني على الجناية أقل من قيمتها فلا يعتبر الشقص (.) ولا يكلف صفتها ، لأن ذلك لا يتوصل إليه إلا من قبلك فلا فائدة في وصفك إياها لأنه لا طريق إلى الأمرين إلا أنت .

قوله: (لأن مالكا قال)^(٣) . أي فكما أن القول قول المشتري هنا وهو البائع من الشفيع ، فكذلك في الأولى غير أنه هنا إن ادعى ما لا يشبه بأن يقول: اشتريت بعض الدار بثوب مروي قيمته مائة دينار ، والثوب المروي لا يساوي ذلك ، فلا يلتفت فإن ادعى الشفيع ما يشبهه كان القول قوله ، وإن اتفقا على ما يشبه فقل تسقط الشفعة ، وقيل تصح ولكن بقيمة الشقص .

قوله: (قال نعم)^(٣) . لأنه أنظر له من غيره ولأنه في حجره وقد جعل له مالك العقد عليها إن كانت بكرا ورأى ذلك ولاية خاصة مقدمة على ولاية السلطان ، وقد روي أن عمر رضي الله عنه قال لمن أتاه بليط: «لك ولاؤه وعلينا نفقته»^(٤) ، يعني

(١) التهذيب (٤/ ١٧٠) .

(٢) في التهذيب «والقول قولك في قيمتها» (٤/ ١٧٠) .

(٣) التهذيب (٤/ ١٧٠) .

(٤) الحديث رواه البيهقي في معرفة السنن ، قال: «أخبرنا أبو بكر أحمد بن الحسن ، وأبو زكريا بن =

بالولاء المولاة^(١)، ويحتمل أن يجعل له الولاية بالنيابة عنه فتكون ولاية خاصة، أو قال لك ذلك بالالتقاط فتكون ولاية عامة وحيازته له أولى من حيازة الأجنبي في لمسألة المشبهة بها، وإنما شبه بها على جهة الأولى، وفائدة الحيازة في ذلك صحة الهبة (٠) حتى لا تبطل بموت الواهب أو قيام الغرماء عليه إلا أن فيها إشكالا وذلك أن من شرط الهبة قبول الموهوب له لكن لما كان الغالب أنه يقبل ذلك جاز.

قوله: (فلا قيام للشفيع ما دام العبد لم يفت)^(٢). لأنه على الرد إلى المغصوب منه ما لم يفت، فيكون البيع غير منعقد لأن العوض المعين إذا استحق انفسخ البيع لأن العقد إنما وقع على عينه لا على الذمة فإذا فات العبد مضى بالقيمة يوم الغصب، فمن حينئذ تجب الشفعة بقيمة العبد. قال مالك: كل بيع فاسد مجمع على فساد فإنه يفسخ قبل الفوت وبعده وإمضاؤه إذا فات بالقيمة فسخ في الحكم، لأنه فيه إبطال للثمن فلا تناقض بين القولين، قال وكل ما كرهه الناس فيفسخ قبل الفوت ولم يفسخ مطلقا كالأول.

قوله: (فإن كان فوتا يجب على الغاصب قيمته)^(٢). يعني بالموت، وأما حوالة السوق أو طرو عيب فلا يفوت بذلك بخلاف البيع الفاسد.

قوله: (يوم شرائه الدار)^(٣). لأن العبد هو (٠) فاعتبرت [١/٢٠٣] قيمته يوم

= أبي إسحاق، وأبو سعيد بن أبي عمرو، قالوا: حدثنا أبو العباس الأصم، أخبرنا الربيع، أخبرنا الشافعي، أخبرنا مالك، عن ابن شهاب، عن سنين أبي جميلة، رجل من بني سليم، أنه وجد منبوزا في زمان عمر بن الخطاب، فجاء به عمر بن الخطاب، فقال ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ قال: وجدتها ضائعة، فأخذتها، فقال له عريفي: يا أمير المؤمنين، إنه رجل صالح قال: كذا؟ قال: نعم قال عمر: اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته» كتاب إحياء الموات، باب التقاط المنبوز.

(١) كذا بلا ألف، لعله أراد المولاة.

(٢) التهذيب (٤/١٧١).

(٣) في التهذيب «يوم اشترى به الدار» (٤/١٧١).

الشراء كما لو كان له أولاً .

قوله: (فالشراء جائز)^(١). الفرق أن الدراهم والدنانير لا تتعين على المذهب ، وإن عينت فإذا اشترى بها فالشراء إنما هو على ذمته فلزمت الشفعة فيه بالثمن .

قوله: (وإن وجد المغصوبة منه بعينها بيد البائع)^(٢). يظهر من هذا أنها تتعين ، ولنا في هذه المسألة قولان: إذا وجد المغصوب منه دراهم أو دنانير له بيد الغاصب فهل له أخذها بعينها أو مثلها؟ فوجه المثل أنها لا تتعين ، ووجه الأول أن مال الغاصب حرام ، فإن قلت أن الحل والحرمة لا تتعلق بالأعيان بل نتأول ذلك ، فالجواب: أن الغاصب كالمفلس لا يجوز أخذ ماله ولا معاملته إلا بالمحاصة فلذلك امتنع من أخذ ماله ، لا لأن الدراهم تتعين ولا لأن الحلية والحرمة يتعلقان بالأعيان . وقد استخرج من قول ابن القاسم فيمن سلم دراهم إلى أجل ثم قايله فإن له أن يأخذ دراهمه بعينها ، أنها تتعين . ويمكن أن يقال إنما قال ذلك لأن الإقالة مبنية على المعروف فرأى أن يرد نفس الثمن لئلا يخرج عن المعروف إلى المبايعة فلا يجوز بيع معين على أنه في الذمة سوى الدنانير والدراهم لأنها لا تتعين ، ولا يجوز في غيرها لأنه لا يجوز بيع ما ليس عندك إلا في السلم .

قوله: (فالمبتاع مُدَّع)^(٣). لأنه ادَّعى ما الأصلُ خلافه فكان عليه البيان ، ومن ادعى ما هو الأصل فالقول قوله فلذلك كانت البيئة على المدعي واليمين على المنكر ، لأن البراءة هي الأصل .

قوله: (فإن كان ممن يتهم أحلف وإلا فلا)^(٤). لأن الغالب للإسلام السلامة

(١) التهذيب (١٧١/٤) .

(٢) في التهذيب «فإن وجدها المغصوب منه بعينها بيد البائع» (١٧١/٤) .

(٣) التهذيب (١٧١/٤) .

(٤) في التهذيب «وإلا لم بحلفه» (١٧٢/٤) .



من الممنوع شرعا ، ولنا في يمين التهمة قولان: أحدهما لا يتجه وأن الدعوى لا تسمع إلا إذا كانت جازمة .

قوله: (فباع أحدهما نصفها بعينه)^(١) . يعني أنه إنما له نصفها مشاعا ، فإذا باع نصفها معينا كأنه قسم ذلك دون إذن شريكه وباع ما صار له ، فلشريكه نصف ما باع لأنه باعه عليه بيع فضولي فيتوقف على إجازته ، فهذا الشريك بين أمور: إما أن يرضى بتلك القسمة فيأخذ النصف الباقي ، أو لا يرضى بل يرضى ببيع شريكه لما باع عليه ويأخذ ثمنه ، أو لا يرضى فيبقى له نصف المبيع ونصف الباقي ، ويكون المبتاع مخيرا في الرجوع على من باع منه لأنه قد استحق نصف صفقته ، فإما أن يشفع على المبتاع فيصير له ثلاثة أرباع الدار أو لا يشفع ، وإما أن يقتسما الدار من أول وهلة فإن صار للبائع النصف الذي باع صح البيع ، وإن صار له بعض ذلك كان للمبتاع الرجوع بما استحق من الصفقة .

قوله: (أفلا يقاسم)^(١) . كأن السائل يقول: كان ينبغي ألا يخير على فسخ البيع حتى تقسم الدار ، فإن خرج للبائع النصف الذي باع صح وإلا فحينئذ يفسخ . ولنا في ذلك قولان:

أحدهما: يفسخ البيع لأنه باع على غرر ؛ لأنه يمكن أن يخرج له في القسمة ذلك وغيره فرجع البيع أولا على جهالة فلم يجز ، وإنما صح عند الإجازة ؛ لأنه امتنع لحق آدمي .

الثاني: إنما يقتسمان الدار أولا ، فإن خرج له ذلك النصف صح البيع .

قوله: (والنخل بين الرجلين)^(١) . لا شفعة فيها كما جاء لا شفعة في محال النخل ، أي في نخلة واحدة لأنه ليس بينهما أرض مشتركة فصارت كالعين والبئر

(١) التهذيب (٤/١٧٢) .



لا شفعة فيهما وإن كانت أرضا مشتركة حتى يكون ذلك تابعا لأرض أخرى .

قوله: (ومن تزوج)^(١). هذه مسألة من باب الأيمان بالطلاق [٢٠٣/ب] وقعت في الشُّفْعَة ، لأن المدونة مختلطة .

قوله: (ثم طلق الثانية)^(٢). إذا كان الطلاق للثانية باختياره فقد أثر الأولى عليها فتطلق الأولى بالحنث ، وأما لو ملكها الطلاق أو حلف بالطلاق إن فعلت كذا ثم طلقت نفسها وفعلت المحلوف عليه فلا إثار لأن الطلاق وقع من قبلها فلا تطلق الأخرى .

قوله: (حبس أحدهما نصيبه)^(٣). لا يخلو أن تكون الدار مما يقسم أو لا ؛ فإن كانت مما لا يقسم لم يجز له تحبيس حظه إلا بإذن شريكه ، فإن فعل ذلك بغير إذنه فله الخيار في إجازة الحبس أو رده ، لأنه يدخل عليه بذلك ضرر ؛ لأنه لا يجد من يبني معه ولا يبيع منه متى اختار ذلك ، لأن المحبس يقول: ليس علي ملكه إذ لا يجوز لي التصرف فيه ، والمحبس عليهم ليس لهم إلا الانتفاع فقط .

وكذلك لو كان لأحدهما العلو وللثاني السفل لم يجز لأحدهما أن يحبس ما له إلا بإذن صاحبه لما في ذلك من الضرر بما ذكرنا لأن لصاحب العلو على الأسفل أن يبني الأسفل ويصلحه متى احتاج إلى ذلك ، وعلى صاحب العلو مثل ذلك لئلا يسقط العلو فيضر ما تحته .

وإن كان مما يقسم فله ذلك فمتى تضرر قسم ، إلا أن في القسمة في ذلك

(١) التهذيب (٤/١٧٣) .

(٢) قال في التهذيب «ومن تزوج امرأة على امرأة له أخرى ، فحلف للأولى بطلاق الثانية إن أثر الثانية عليها ، ثم طلق الأولى ، فإن الثانية تطلق عليه ، لأنه لما طلق الأولى فقد أثر الثانية عليها» . (٤/١٧٣) .

(٣) التهذيب (٤/١٧٣) .

إشكال: فإن قلنا أنها تميز حظه فلا إشكال، وإن قلنا أنها بيع أشكل الأمر لأن في ذلك بيع المحبس، وقد اختلف في الحبس على ملك من هو؟ فقيل: على ملك المحبس. وقيل: على ملك المحبس عليهم. وقيل: لله تعالى.

قوله: (فليس للذي حبس ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة)^(١). أما المحبس عليهم فلأنهم إنما يملكون المنفعة والشفعة لمن يملك الرقبة لأنها لإزالة الضرر في الرقاب، وأما المحبس فلأنه إنما شرعنا الشفعة لإزالة الضرر مع الشفيع بنفسه لا لغيره، وهو لو شفع فإنما يشفع لغيره ولا يتضرر بذلك. وقد احتج مالك على صاحب أبي حنيفة بقوله هذه أحباس رسول الله صلى الله عليه لا يؤخذ منها إلا الزكاة يعنى نخلا بالمدينة^(٢). ولا تؤخذ الزكاة إلا من (مملوك) فدل على أنها على ملك المحبس.

قوله: (إلا أن يأخذه المحبس فيجعله في مثل ما جعل نصيبه الأولي)^(٣). أي إن أخذ ذلك لحبسه لم يجز فإن التزم أن يحبس ذلك صح أخذه بالشفعة وكأنه اغتفر ذلك لما في الحبس من القرية فجوز له أن يشفع.



(١) التهذيب (١٧٣/٤).

(٢) الحديث تقدم توثيقه.

(٣) في التهذيب «نصيبه الأول» (١٧٣/٤).

كِتَاب الْقِسْمِ^(١)

وهي على ثلاثة أضرب:

أحدهما: على جهة التراضي؛ وهذه بيع تجوز في الجنس الواحد وفي الأجناس.

والثاني: قسمة تقريع وتعديل؛ وهي التي بالقرعة وفيها قولان: هل هي بيع أو تمييز حق؟ والمذهب يضطرب تارة يفرع على هذا وتارة على هذا، وهي جبرية لأنها شرعت لفصل الخصومة ولا تكون في المكيل والموزون لانقسام ذلك بسهولة.

والمذهب أنها لا تكون إلا في الجنس الواحد كالأرض أو الشجر؛ لأن في الجنسين يزيد الخطر باختلافهما، أما الجنس الواحد فكان ينبغي ألا تجوز فيه لأن الأغراض قد تختلف في أجزاء الجنس الواحد بالقرب والبعد من موضع ما يكون لأحدهم هناك وبالجار الصالح وعكسه.

ولنا قول ثانٍ بجوازها في المختلفة أيضا، ولا دليل في كونها جبرية على أنها ليست بيعا؛ لأن البيع قد يكون جبريا كالشُّفْعَة وبيع الحاكم.

والثالث قسمة المهايأة؛ وهي المنافع خاصة، {مثل} أن يسكن أحدهم دارا والثاني غيرها مدة ما.

وأصل القسمة قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ﴾ [النساء: ٨]، وفي القرعة قوله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ [الصفات: ١٤١]، [١/٢٠٤] وقوله: ﴿أَيُّهُمْ

(١) هكذا في النسخة، والظاهر أن يكون كتاب القسمة.

يَكْفُلُ مَرِيْعًا [آل عمران: ٤٤] ، وشرعُ من قبلنا شرع لنا ، أما إذا نسخ فلا ، كما أن شرعنا إذا نسخ فلا يكون شرعا لنا فذلك أحرى .

قوله: (ومن باع من رجل مورثه)^(١) . هذه المسألة من البيع ذكرها في القسمة على حكم الاختلاط في الكتاب .

قوله: (وإن لم يسميا)^(١) . أي لا تضر عدم التسمية مع المعرفة بذلك .
قوله: (وإن جهلاه)^(٢) . لأنه لا بد أن يكون البيع معلوما ، بخلاف الهبة والصدقة تصح بهما في المجهول .

قوله: (أو أحدهما)^(٣) . بخلاف الصلح على الإنكار لأن ذلك ضرورة .
قوله: (فباع كل واحد نصيبه)^(٣) . هذه من القسمة لأن (.) تميز بعد الشياخ ، وكذلك هنا قد صار حظ كل واحد معينا له بعد الاشتراك في كل جزء .

قوله: (كما لا يجوز صلح الزوجة على موروث لها)^(٤) . أي لا تصالح بذلك على الورثة ، ويجوز مع الورثة لأنها تأخذ بعض حقها وتسقط بعضه لهم .

قوله: (لا يجمع بين رجلين في القسم)^(٤) . لأن المراد في القسمة فصل الخصوم ، وإذا كان اثنان في سهم فلا فصل لأنهما يحتاجان إلى قسم آخر فإذا كان ذلك بالتراضي جاز في البيع .

قوله: (ممرأ في داره)^(٤) . لا بد أن يكون له فيه منفعة مثل أن يتوصل به إلى

(١) التهذيب (١٧٥/٤) .

(٢) في التهذيب «وإن جهله أحدهما أو كلاهما» (١٧٥/٤) .

(٣) التهذيب (١٧٥/٤) .

(٤) المصدر نفسه (١٧٦/٤) .



منزله ، وإلا لم يجز بيعه لأن شراء ما لا ينتفع به من أكل المال بالباطل .

قوله: (وإن لم تنصّب الحدود)^(١) . أي تصح القسمة وأن يفصلوا بين السهام بفواصل .

قوله: (فإن كانت الدور في النفاق والرغبة في مواضعها والتشاح فيها سواء)^(٢) . هذه قسمة القرعة ، وصفة العمل أن يقوم المال المقسوم أولا ثم يقسم على سهام الفريضة ، وإنما قوم أولا لتعدل السهام بالقيمة لأنه قد يكون بعض الملك أفضل من بعضه فتعدل السهام بالقيمة ، ثم يقرع على جهة ما فمن أخرج اسمه أولا أعطاه من تلك الجهة فإن كان له سهم واحد أخذه ، وإن كان له سهمان أضاف إليه السهم الذي يليه فإن بقي وارث واحد كان الباقي له أو ورثان استأنف القرعة ثانيا لمن يأخذ أولا .

قوله: (وإن اختلفت مواضعها قسمت كل دار على حدة)^(٣) . لأنه بالاختلاف يكثر العدد وتدخله المخاطرة ، بخلاف الجنس الواحد لأن أقسامه حينئذ متقاربة ، وإذا اتفقت الديار وتقاربت مواضعها صارت كالدار الواحدة يكمل سهم من أخذ من الأول بما له من الثانية كما في الدار الواحدة .

قوله: (وإن تشاح الورثة في دار من دور الميت كانوا يسكنونها)^(٣) . إنما كان لهم هنا مقال لأن عادة الناس أن يرغبوا في سكنى موروثهم لاسيما إن كانوا قد بنوا فيها ، فتصير هذه الدار مخالفة لسائر الدور فتقسم على حدة .

قوله: (والميل ونحوه بين ذلك قريب)^(٣) . أي هذه المدد لا تخرج به عن

(١) التهذيب (١٧٦/٤) .

(٢) المصدر نفسه (١٧٧/٤) .

(٣) في التهذيب «والميل وشبهه بين ذلك قريب» وفي نسخ أخرى «والميل وشبه ذلك قريب» (١٧٨/٤) .

أن تكون جنسا واحدا بخلاف اليوم فإنه كثير ، وهذا إنما يكون بين القرى أما بين الديار في البلد فالاختلاف حاصل بنصف الميل^(١).

قوله: (وأما الأشجار فإن كانت مختلفة)^(٢). جازت هنا قسمة القرعة في الأشجار المختلفة للضرورة، إذ لو قسمت الأشجار على انفراد والأرض على انفراد لأدى إلى أن تخرج أشجار بعض في أرض آخر، فجعلت تابعة للأرض وصارت كالجنس الواحد، فيقسم على أقل سهم في الفريضة بالقيمة وتعديل بها حتى تكون الشجرة مع أرضها تعدل الأشجار، فإذا كملت الأرض أسداسا وأثمانا كتبت أسماؤهم في بنادق من طين، ثم أمر شخص يرمي كل بندقة على كل قسم ثم ينظر، فإن خرج [٢٠٤/ب] في البندقة من له سهم فقط أخذه، فإن خرج من له سهام جمع له على التوالي ولا يفرق لأن القصد إنما كان رفع الخصومة.

قوله: (كالحائط فيه البرني والصيحاني والجعرور وأصناف التمر)^(٢). هذه جنس واحدة بخلاف ما تقدم وإنما اختلفت الأصناف بالجودة والرداءة.

قوله: (والعيون في الغزر)^(٣). أي كثرة الماء.

قوله: (ولا يقسم مجرى الماء)^(٤). لأن في ذلك ضررا، ومن دعى في القسمة إلى ضرر فلا يلتفت قوله، ولو قسم المجرى لحصل منه لمن سهمه قليل موضع ضيق لا يصل فيه من الماء ما يروي زرعه وموضع البيع لا ينقسم فكان الوجه تركه مشاعا.

(١) هذا النقل ذكره الزرقاني في شرحه على مختصر خليل وحاشية البناني عن كتاب التقريب على

التهذيب. (٣٥٥/٦).

(٢) التهذيب (١٧٩/٤).

(٣) وفي نسخ أخرى «في الغور» التهذيب (١٧٩/٤).

(٤) التهذيب (١٨٠/٤).

والقلد^(١) عبارة عن الآلة التي يقسم بها الماء وهي قدر كبيرة يثقب أسفلها ضيقا جدا، وتنصب على ماجور كبير ويجعل فيها الماء من طلوع الفجر إلى طلوع الفجر بعده، فما حصل من المأجور من ذلك ثقب قسم بين الورثة على حسب الفريضة فيكون لكل واحد من ماء العين تلك النسبة فيقتسمون (٠) بالساعات أو الأيام كيف شاءوا، ويعطى في كل يوم وليلة قدر تلك الأبطال التي له من الماء في ساقى إن تشاحوا.

قوله: (وكل شركاء في قلد)^(٢). يبيع أحدهم نصيبه منه فشركاؤه دينية أحق بالشفعة فيه دون سائر شركائه في الماء والدنية بين أهل وراثته يتوارثون دون شركائهم.

هذا كما تقدم في الورثة إذا باع بعض أهل سهم كالثمن أو الثلث حظ، فالباقون آخرون بالشفعة حتى لا يدخل سائر الورثة عليهم في ذلك السهم المسمى لهم بالشرع.

قوله: (فلا شفعة فيه)^(٣). لأنه إنما تصح فيه بالتبع للأرض كالأشجار لولا تبع الأرض ما صحت الشفعة فيها، وفي الحديث: «لا شفعة في بئر ولا في طريق ولا فحال نخل»^(٤).

قوله: (لا يقضى على الغائب في الدور)^(٤). أما القريب الغيبة فلا يقضى عليه مطلقا لأنه كالحاضر، وأما البعيد فيقضى عليه فيما عدا العقار، وقال أشهب: يقضى عليه مطلقا، وقيل الموضع الذي توقف مالك فيه: أن يقام على الغائب

(١) انظر تفصيله عند قوله: بالقلد. في كتاب الشفعة.

(٢) التهذيب (٤/١٨٠).

(٣) الحديث تقدم تخريجه.

(٤) التهذيب (٤/١٨١).

بدين وله عقار وذلك أن بيع الحاكم عليه لا ينقض وإن كانت للغائب جهة ، وأما إذا استحق شيء من عقاره فيقضى عليه لأنه إذا أتى بحجة رجع في عقاره ولو تداولته الأيدي ، ولا يقضي الحاكم للغائب إلا إذا ضاع ماله فهذا من حفظ مال المسلمين ، ويجب على كل أحد إذا قدر على حفظ مال المسلم وليس بحكم له .
قوله: (مثل الأندلس)^(١) . أي من الدنية .

قوله: (لا يقيم القاضي لغائب أو لطفل وكيلًا)^(٢) . وقيل يجوز أنه إذا قام له وكيلًا ينظر له ويقوم مقامه فلا يبقى للغائب إذا قدم حجة {وَجْهُ الْأَوَّلِ} كما لو باشر هو الخصومة وكذلك الصغير إذا كبر ، وَجْهُ الثَّانِي أن الوكيل إذا اجتهد في أمره واستقصى حقوقه لم يطرأ عليه حيف إذ لا يترك حجة إلا يأتي بها .

قوله: (فلا تقسم الثمار مع الأصل)^(٣) . قد ثبت أنه يجوز بيع التمرة قبل بدو الصلاح تبعاً للأرض ، وإنما امتنع هذا لبيع الطعام بالطعام من جنس متفاضلاً وجعل القسمة هنا بيعاً .

قوله: (ولو كان بلحا)^(٤) . يعني أنه الآن علف لا طعام لأنه يجوز فيه التفاضل الآن لو جد كما هو ، ولكنه لما آل إلى الطعام حكم له بحكمه وليس مثله من كل وجه لما قلنا ، ولا يجوز بيع ذلك بطعام إلى أجل لأنه يؤول إلى الطعام . وجوز سحنون هذه القسمة لأنها ليست بيعاً بل هي تمايز للحفظ وكذلك لا رجوع في ذلك (.) البتة ، ولأن ذلك ليس الآن بطعام .

قوله: (ولا يقسم الزرع مع الأرض)^(٤) . لأنه طعام كما تقدم .

(١) التهذيب (١٨١/٤) .

(٢) في التهذيب «ولا يقيم الإمام لغائب أو طفل» (١٨١/٤) .

(٣) في التهذيب «فلا يقسموا الثمر مع الأصل» (١٨١/٤) .

(٤) التهذيب (١٨١/٤) .

قوله: [١/٢٠٥] (لا يقسم الزرع)^(١). هذا دين للجهل بالتمائل وهو كتحقيق التفاضل ، وكذلك بالمدارعة أي دراعا من أرض بدراع منها .

والقت: الرطب بقرب حصاده .

قوله: (كان الزرع أقل من ثلث قيمة الأرض أو أكثر)^(٢). أي يجوز بالتبع وإن كانت قيمته أضعاف قيمة الأرض ؛ لأنه ليس بمقصوده ، بخلاف الشجرة في الدار يستأجرها لمدة فلا يجوز حتى يكون أقل من ثلث الكراء ، لأنها تكون مقصودة بخلاف بيع الدار فيها الشجرة .

قوله: (فلا يقسم بالخرص)^(٢). {لما فيه من الجهل بالتمائل .

قوله: (قسّم بينهم بالخرص) . هذا للضرورة ، ولأن القسمة أيضا تميز للحظوظ لا بيع في الحقيقة ، وهذا شيء أخذ فيه مالك بعمل المدينة في قسمة التمر والعنب خاصة بالخرص في هذا النوع عند اختلاف الحاجة .

قوله: (إن وجدوا من يعرف الخرص)^(٢). لابد من هذا ، وإلا انتظروا بينة أو باعوه أو جذوه رطبا .

قوله: (وعلى كل واحد سقي نخله)^(٢). جعل ابن القاسم السقي للأصول ، والتمر تابعٌ فالسقي عنده على رب الأرض ، وقال سحنون: بل السقي على من له التمرة لأن السقي^(٣) .

قوله: (ولا يقسم البقل)^(٤). هذا المذهب ، ولمالك قول ثان: يجوز القسمة

(١) يريد قوله «ولا يقسم الزرع الذي طاب فداين ولا مدارعة ولا قتا» التهذيب (٤/١٨٢) .

(٢) التهذيب (٤/١٨٢) .

(٣) هكذا في النسخة ، والظاهر أن المعنى غير تام .

(٤) التهذيب (٤/١٨٣) .

بالخرص في البقول والفواكه أيضا رجع عنه ولا يبطل {العمل} بما رجع عنه ، لأن ذلك قد يكون عن تعارض دليلين ، وقد تقدم أن التمر والعنب يخرص في الزكاة ، وفي (.) قولان ، ولا خرص في سوى ذلك لا يستعمل على وجه التفكه ويؤكل أخضر .

قوله : (لأن أمر الناس إنما مضى على الخرص فيهما)^(١) . أي عمل أهل المدينة على قسمتها بالخرص دون ما عداهما .

قوله : (فدان كراث بفدائي كراث)^(٢) . هذا طعام غير ربوي فيجوز بيعه متفاضلا يدا بيد بشرط أن يعلم التماثل أو التفاضل ، فإن جهل ذلك لم يجز لأن الجهل بذلك يؤدي إلى الخطر والغرر فلا يجوز .

قوله : (إلا أن يجد الجميع) . لأن في تركه بيع طعام بطعام غير يد بيد .

قوله : (بثمرة مخالفة لها) . أي متماثلا ومتفاضلا لقوله : «إذا اختلفَ الجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ»^(٣) .

قوله : (لم يجز) . لربا النسئة ، ولو كان من جنسين امتنع لأمرين : النساء ، والجهل بالتماثل لأنه كتحقيق التفاضل .

قوله : (وتفرقا قبل الجذ ، لم يجز) . لو باعها بعرض أو عين جاز ذلك ، وأما بالطعام فهو أضيق وكان ينبغي أن يجوز أيضا لأن بيع ما على الشجر إنما هو جزاف وما بيع جزافا فالقبض فيه بالعقد ، ولكن ما يباع جزافا على ضربين : أحدهما لا حقَّ توفية فيه فيقبض بالعقد ، وما فيه توفية فيقبض بالعقد كهذا ، إلا

(١) التهذيب (٤/١٨٣) .

(٢) من هذا إلى قوله : (فذلك جائز) كله من التهذيب (٤/١٨٤) .

(٣) الحديث تقدم تخريجه .

أن على البائع سقي التمرة ما بقيت على رؤوس الشجر وذلك حق توفية .

قوله: (فذلك جائز). لأنه ليس في ذلك طعام بطعام بل هو أصول بأصول أو أصول وتمرّة بأصول بالربوي من الجهة الواحدة فلا يضر . وعبر عن الحرام بـ«لا خير فيه» تحرزا من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ﴾ [النحل: ١١٦] . وأراد أن التمر غير المؤبر يكون للمبتاع بالعقد ، فإن أُبر كان للبائع إلا أن يشترطه المبتاع .

والتأبير عبارة عن انشقاق الكيزان في النخل ، وإن لم {يلزم} تأبير ؛ لأنها حينئذ تُؤبر غالبا ، فإذا اشترط أحدهما تمرّة الثاني جاء من ذلك أصول وتمرّة بأصول وتمرّة ، وفي ذلك بيع الطعام بالطعام غير يد بيد وإذا لم يشترط بقية التمر في كل بيع على ملك بائه ، أجاز محمد بن مسلمة ذلك وجعل التمرة تابعة للأصول كما يجوز عبد له مال بعبد له مال على جهة التبعية اتفاقا ، ووجه المذهب ضيق الطعام [٢٠٥/ب] بالطعام .

قوله: (وإن لم يشترط الآخر شيئا جاز)^(١) . لأنه يبقى على ملك بائه فلا يكون في ذلك الأصول وتمرّة بأصول .

قوله: (وإن لم تؤبر)^(١) . يريد أنه ممنوع أيضا لأنه بين أمرين: إما أن يستثنى البائع من المبيع وذلك لا يجوز لأنه يشبه استثناء الجنين في البيع ولا يجوز اتفاقا ، إلا في صورة وهي أن يعتق حمل أمته وعليه دين (.) فالمذهب أنها تباع مع الحمل ويبطل العتق (.) تباع ويستثنى الجنين للضرورة ، وهذا كله تفريع على أن المستثنى مبيع ومردود .

وأما لو فرع على أنه (.) لجاز ذلك كله ، وإن لم يستثنه ففيه بيع الطعام

(١) التهذيب (٤/١٨٥) .

بالطعام غير يد بيد، لأن هذا يؤول إلى الطعام، وكان ينبغي أن يجوز هذا في القسمة باعتبارها تميز حق لا بيع، لكن جعلها هنا بيعا فلم تجز قسمة الأصول بثمرتها ولا جائحة في قسمة التمرة وحدها لأنه جعل ذلك تميزا لا بيعا.

قوله: (إذا كان مخالفا)^(١). لأنه إن كان من جنسه دخله المزابنة؛ وهي بيع معلوم بمجهول من جنسه.

قوله: (على أن يجذاه مكانهما)^(٢). لأن الزرع لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه إلا على القطع، وجاز البيع هنا بالخرص لأنه في الحال غير طعام، وإذا جوز ذلك للضرورة فيما هو طعام في الحال ما جرى في هذا.

قوله: (إن كان يستطيع أن يعدل بينهم)^(٣). وإلا لم يجز لما يدخله من الخطر فلا بد ممن يعرف الخرص.

قوله: (وكذلك القضب والتبن)^(٤). لأنهما يختلفان فيصح التفاضل لكن لا بد من العلم بالتماثل أو التفاضل مخافة الغرر.

قوله: (فإن ترك الزرع)^(٥). أما إذا عقدا على التبقية فهو فاسد وإن قطع الآن قبل بدو الصلاح لأن الفساد في العقد. فإن باعا وسكتا ثم قطع أيضا فهو فاسد لأن العرف في ذلك التبقية، والعرف كالشرط، أو لأن شرط الصحة القطع ولم يوجد.

قوله: (انتقض القسم)^(٦). لأنه بيع ولم يجعله تميزا لأنه على هذا يجوز.

قوله: (وليرد الذي حصد قيمة ذلك)^(٧). أي حشيشا على القطع وإن حصده

(١) في التهذيب «إن كان الطعام مخالفا» (٤/ ١٨٥).

(٢) التهذيب (٤/ ١٨٥).

(٣) في بعض النسخ «التبن» التهذيب (٤/ ١٨٥).

(٤) التهذيب (٤/ ١٨٥).

(٥) في التهذيب «قيمة ما حصد» (٤/ ١٨٦).

بعد أن تحبب ولم يفت فيرد مكيلته أو قيمته إن فات .

قوله: (والبلح الكبير كالبسر)^(١) . حكم له لقربه من البسر بحكمه في منع التفاضل ، وليس مثله من كل وجه لأن البسر يجوز بيعه { على التبقية ليس كذلك البلح لا يجوز بيعه } إلا على القطع ، وحكم له أيضا بحكم البسر في جواز قسمته بالخرص فمن دعى إلى القسمة منهم قبل بدو الصلاح لاختلاف الحاجة منع ، لأنه يتعذر بيع حظه على القطع بخلاف من دعا إلى ذلك بعد بدو الصلاح ، لأنه هنا يمكنه بيع حظه من كل أحد .

قوله: (فهو قبض فيه)^(٢) . يعني أن التحلية فيه قبض ، لأنه لا حق توفية فيه وكذلك ما يباع من التمر بعد بدو صلاحه على التبعية هو في حكم المقبوض ، ولذلك يجوز لمن اشتراه أن يبيعه وأما وضع الجائحة فيه فلا يدل على خفائه في ملك بائعه .

قوله: (أو ثلاثة أيام)^(٢) . لأن ذلك يسير فهو في حكم المحدود .

قوله: (بطل القسم)^(٢) . لأنه بيع له قبل بدو الصلاح .

قوله: (لم يبطل القسم)^(٢) . لأنه يجوز بيعه على التبقية هنا لبدو الصلاح ، ومع ذلك لو شرط التبقية إلى أن يتم فهل يكره أو يحرم قولان . وذلك أنه إذا شرط أخذه تمرا (.) هو لم يقبضه بعد ولا زال من ضمان بائعه ويلزمه أن يسقط عنه ما يطرؤ فيه من جائحة فكأنه قد زاده في التمر في مقابلة ما [١/٢٠٦] ما التزم من حط الجائحة عنه ، ولا يجبر البائع إذا لم يشترط التبقية عليها بل يجبر المشتري على أخذ التمرة شيئا فشيئا .

(١) اختصر عبارة التهذيب ، وأصلها «والبلح الكبير إن اختلفت حاجتهما فيه في أن يأكل هذا بلحا ، ويبيع الآخر بلحا ، جاز قسمه بالخرص ، وهو كالبسر في تحريم التفاضل فيه» (٤/١٨٦) .

(٢) التهذيب (٤/١٨٦) .

قوله: (ولا بأس بقسمة البسر والرطب)^(١). في ذلك ثلاثة أقوال:

المذهب الجواز مطلقا نظرا إلى التماثل في الحال.

وقيل: لا يجوز نظرا إلى التفاضل مالا إذا يبس، وهو لابن الماجشون، وهذان القولان في اللحم باللحم.

وقيل: إن كانا من ثمرة واحدة جاز لأن الغالب استواءهما في النضج، وإن كانا من تمرتين لم يجز وينبغي في لحم شاة واحدة.

قوله: (لا بأس بقسمة البلح الصغير على التحري، وإن لم تختلف حاجتها)^(٢). هذا غير طعام في الحال فجاز فيه التفاضل بخلاف الكبير، لأن ذلك قريب من البسر ويشترط في بيع الشيئين من جنس واحد غير ربوي أن يتحقق التفاضل أو التماثل دفعا للغرر كالتراب بالتراب.

قوله: (حتى صار بلحا كبيرا)^(٣). لأنه في حكم البسر كما تقدم فإن قسماه أولا على تفاضل بطل لأنه تبين أنهما اقتسما بلحا كبيرا بتفاضل، وإن قسماه على تساو ووجدا التفاضل لما (.) بلحا كبيرا فسد أيضا لما آل إليه من الفساد.

قوله: (وإلا لم ينقض)^(٣). إذ لم يؤد إلى محذور لأنه بلح إلى الآن ولا تفاضل بخلافه إذا أزهى فيبطل القَسَم لأن فيه بيع التمر قبل بدو صلاحه على البقية.

قوله: (ولا يجوز قَسَم اللبن في الضرع)^(٤). لأنه غير مرئي ولا يجوز القسم

(١) التهذيب (١٨٦/٤).

(٢) في التهذيب «ولا بأس بقسمة البلح الصغير بالتحري، على أن يجذاه مكانهما إذا اجتهدا حتى يخرج من وجه الخطر، وإن لم تختلف حاجتهما إليه» (١٨٦/٤ - ١٨٧).

(٣) التهذيب (١٨٧/٤).

(٤) في التهذيب «في الضروع» (١٨٧/٤).

بالتحري إلا في معين ، أو أراد أن يأخذ أحد الشريكين نصف الغنم يحلبها لنفسه والآخر النصف الثاني فلا يجوز للخطر إذ يحتمل أن يكون أحدهما أكثر من الآخر ، فإن تبين التفاضل مثل أن يأخذ هذا خمسا وهذا ستا أو أكثر على أن يحلب كل واحد لنفسه ويرجع على صاحبه إن هلكت الغنم التي أخذ في اللبن الذي عنده فهذا جائز في المذهب على المعروف ، لأن أحدهما أسقط الزائد على صاحبه وليس هذا بيعا ولا قسمة ، ومنع ذلك أشهب وسحنون للتفاضل ، وأنه بيع ما لم يوجد وطعام بطعام غير يد بيد ، أما لو كان اللبن المقسوم حاضرا فأجاز المذهبُ قسمةً بالتحري على جهة المعروف ، وكذلك اللحم باللحم ، ومنعه أيضا أشهب وسحنون واتفقوا على تجويز ذلك في الصبرة يأخذ أحد الشريكين بالنصف ربعها ويترك { سائرهما لصاحبه } وذلك معروف لا بيع ولا قسمة . وفرق أشهب بأنه بالصبرة لم يجعل ما أخذ في مقابلة ما ترك ، وفي اللبن يقولان هذا في مقابلة ذا فتحققت المعاوضة .

قوله: (إن جزّاه الآن)^(١) . لأن في التأخير بيع معين يتأخر قبضه ، وبيع ما لم يوصف لأن الصوف يماني .

قوله: (إلى أيام قريبة)^(١) . لأنه في حكم المقبوض .

قوله: (وإن أبى ذلك بعضهم)^(١) . أي بعض الشركاء لأن هذه القسمة على جهة (الجبر فيما) تصح قسمته .

قوله: (إذا لم يكن في كل صنف من ذلك ما يحمل القسم في انفراده)^(١) . هذا تقييد لجواز القسم في هذه الأشياء المختلفة ، والقول الذي بعده مطلق بالجواز من غير تقييد ، فللمذهب قولان: قسمة هذه الأشياء بالقرعة لأنه يراها

(١) التهذيب (٤/ ١٨٨) .

صنفا واحدا لاجتماعها في منفعة البسر . ولأشهب قول ثان: أن كل ما يجوز تسليم بعضه في بعض من ذلك أو بيع بعضه ببعض متفاضلا إلى أجل فهي أجناس مختلفة ، فلا تصح هذه القسمة فيها لاختلاف الأغراض وكثرة الخطر . ولنا قول ثالث أن هذه الأشياء أصناف متعددة لاختلاف أسمائها ومنافعها فلا يجوز الجمع بينهما في القسم .

قوله: (كما يجمع الرقيق)^(١) . الفرق أن [٢٠٦/ب] هذا صنف واحد ، وأيضا فقد جعل المذهب في السلم العبد التاجر مخالفا لغيره من العبيد فجاز إسلامها فيه .

قوله: (ولا يجمع مع الأمتعة) . لكثرة الاختلاف وتباين المنافع .

قوله: (الخيول والبرادين)^(١) . لأنهما جنس رديء من الخيل والاكاديش منها ما تولد من (..) وهي البرادين .

قوله: (والبغال صنف والحمير صنف)^(١) . لاختلافهما بالنسل إلا أنه جعلهما في السلم صنفا واحدا لا يسلم أحدهما في الثاني لاتفاقهما في منفعة الخيل^(٢) ، فوجه ذلك أنه احتاط هناك لدفع الربا ، واحتاط هنا لدفع الخطر الحاصل من قسم ذلك معا ؛ لأن الأغراض تختلف فيهما .

قوله: (إلا بالتراضي)^(٣) . لما في ذلك لو قُسم من الفساد وتضييع المال ، وإنما يجوز على ما لا تضييع مال فيه ، ويعني بالساعدين ما يستر به الجندي يديه من الذرع والساقان ما يستر به رجله من جلد وقد يكون بعضه من حديد وهي

(١) التهذيب (٤/١٨٩) .

(٢) انظر المسألة في كتاب السلم الأول من التهذيب (٦/٣) .

(٣) التهذيب (٤/١٨٩) .



البراقات ويسمى الدلكوش ولا ينتفع بذلك إلا بالمجموع .

قوله: (والغارتان)^(١) . لأنه قد ينتفع بكل واحدة لأنها عدل وكساء ، بخلاف الخرج وكذلك المحمل لأنه (.) الركوب في جهة واحدة منها .

قوله: (وتقسم الجبنة)^(١) . إذا أبى أحدهم بيع حظه لأن قسمتها لا بد منها .

قوله: (مضى القسم)^(٢) . لأن الأصل عدم الغلط والأمر محتمل .

قوله: (ويحلف المنكر)^(٢) . لأنه مدعى عليه فترجح جانبه ، وقد اتفقا على وقوع القسم فإن ادعى عليه العلم بالغلط حلف على القطع وإلا على العلم .

قوله: (إلا أن تقوم للذي يدعي بينة)^(٢) . فيترجح جانبه ، وكذلك إذا تفاحش الغلط فهو كالبينة فينتقض القسم .

قوله: (أو يأتي من رقم الثوب)^(٢) . يعني رسم شرائه عليه ، ولا يوثق بذلك وحده حتى يشهد بأنه ممكن ثم (ادعى) صاحب الأربعة ثوبا من الستة لم ينقض القسم لأنهما اتفقا على وقوع القسم في الجميع والأصل عدم الغلط ، ويعني بقسم الناس ألا يتفاحش الغلط .

قوله: (وحلف حائز الستة)^(٢) . لأنه مدعى عليه والثوب في حوزة .

قوله: (فتكافأت)^(٢) . لأن التكافؤ في ذلك كالعدم لهما .

قوله: (وكذلك الغنم)^(٢) . أي قسمتها كقسمة الأثواب ، وقيل في هذه المسألة أنهما يتحالفان وينقض القسم لأن ذلك بيع ، فهو كاختلاف البائع والمشتري في الثمن والمثمون معا ولم يفت المبيع فيتحالفان ويتفاسخان ، وقيل

(١) التهذيب (٤/١٩٠) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٩١) .

ينقض القسم بعد التحالف في الثوب الذي فيه الخلاف فقط إن كانت قسمته قرعة ، وإن كانت قسمة تراض فلا يمنع قوله ، لأنه يصح على التراضي أن يأخذ أحدهما ثوبا والثاني تسعة مثلاً ، قاله ابن عبدوس ، وقال أشهب : لا يخلو أن يدفع إليه ذلك الثوب غلطا أو على جهة الوديعة ، فإن قال : دفعته غلطا ، لم يقبل لأن حوز المدعي له يرجح قوله والغلط نادر ، [قوله] ^(١) ولا يحلف له . وإن قال على جهة الوديعة لزمتم اليمين صاحب الستة ، فإن نكل لم يأخذه منه ، وإن حلف أخذه ، وإن تلف أخذ منه قيمته .

قوله : (وليس هذا كمن باع) ^(٢) . الفرق أنهما في مسألة القسمة اتفقا على القسم في الجميع ، وفي مسألة البيع اختلفا في انتقال الثوب العاشر ، ولما اختلفا في غير البيع تحالفا أو تفاسخا ولو ادعى أحدهما في المسألة الأولى أنهما أقسما في العشرة والثاني في التسعة لكانت كمسألة البيع سواء ، وليست كمسألة اختلاف المتبايعين في الثمن لأنهما اتفقا على النقل واختلفا في صفة النقل .

قوله : (بل اشترت العشرة) ^(٢) . فالمشتري يدعي أنه اشترى عشرة [٢٠٧/أ] بعشرة ، والبائع يدعي أنه باع تسعة بعشرة ، والمشتري يقول : اشترت عشرة بعشرة ، فإن كانت الثياب قائمة تحالفا وتفاسخا ، وإن تلفت بأمر من الله فلا شيء على المشتري لأن تلف ذلك الثوب على ملك البائع ، وفي ضمانه بإقراره ، وإن فاتت فلا يفيتها حوالة السوق هنا لأن ذلك إنما يكون فوتا في البيع ولا بيع ، فيرد ذلك الثوب وإن تلف بعد ذلك ، فإن باعه كان البائع مخيرا في إجازة البيع وأخذ ثمنه أو يأخذ منه الأكثر من قيمة ذلك الثوب ومن ثمنه على عشرة بعشرة ، وإن أعتق العبد نقض العتق وإن تعدى على ذلك ، فإن كانت الجناية يسيرة رده مع

(١) ما بين المعقوفين ليس ترجمة من التهذيب ، والصواب إسقاطه ، والله أعلم .

(٢) التهذيب (١٩١/٤) .

الأرث ، وإن كانت كثيرة أو تلف جميعه فالبائع مخير في أخذ الأكثر من القيمة أو الثمن .

قوله: (فتداعيا بيتا منها)^(١) . أي اتفقا على جهة القسمة إلا أنهما اختلفا بعد في بيت لمن صار منهما ، فهذا اختلاف في عين المقسوم والقسمة كالبيع فيتحالفان ويتفاسخان إلا أن يختص أحدهما بحوزه أو يمينه فيصدق .

قوله: (حتى ترد اليمين عليه)^(١) . أي لا يقضى فيه حتى ترد على المدعي فإما نكل أو حلف ، وكل يمين ترد إلا يمين التهمة .

قوله: (ودفع إلى جانب صاحبه)^(١) . أي أخذ من سهمه .

قوله: (ويفسخ قسم الساحة)^(٢) . لاختلافهما في عين المقسوم .

قوله: (وهو لا يجد طريقا إلا عليه ، لم يجز)^(٢) . لأنها إن كانت القسمة بيعا فليست بيعا لأن من شرطه التسليم ، وهو هنا متعذر ، ولا تميز لأنه إذا لم يكن مميز فلم يقع تميز ، وكل قسمة أحدثت ضررا لا تجوز لأنها {إنما} شرعت لإزالته .

قوله: (فلك أن تغرس مكانها نخلة)^(٢) . لأن الغرس ملك لك ، وينظر أهل المعرفة إن أردت غرس شجرة أخرى فيما يكون مثل الأولى في انتشار العروق والأغصان ، وبعض الشجر أضرب بالأرض من بعض فالجميز كثير السريان تحت الأرض فيمنع من الانتفاع بما حوله من الأرض ، وكذلك انتشارها على وجه الأرض يمنع الشمس عما حولها .

قوله: (نخلتين)^(٢) . لأنه إنما لك مغرس واحدة .

(١) التهذيب (٤/١٩١) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٩٢) .

قوله: (وليس له منعك من الدخول إليها)^(١). لأنه حق ثبت لك ، وإن قال: أنا أتصرف لك فيها بلا أُجرة لم يلزمك تقلد منته ، ولكن لا بد أن تدخل إليها أنت ومن لا بد من دخوله معك إلى ذلك الشغل .

قوله: (وإن كانت أرضه مزروعة)^(١). لأن حَقَّكَ من الدخول متقدم على زرعته .

قوله: (لم يكن لك السلوك بماشيتك)^(١). لأن ذلك يضر به ، ولكن الجمع بين المصلحتين أن يدخل وحده فيحشها ويخرج الحشيش إلى غنمك .

قوله: (فليس لك منعهم أن يغرسوا بحافتيه)^(١). لأنه ليس لك (.) ممر النهر ولا حافته .

قوله: (على سنة البلد)^(٢). أي إن كان العرف هناك في الكنس أن يجعل ما يخرج من التنقية من طين وغيره على حافتي النهر جاز ذلك وإن أدى إلى إفساد زرعهم .

قوله: (بيع بقدر الدين)^(٢). وذلك أن يكون الدين مائة مثلاً فيقال: مَنْ يشتري نصفها بمائة ؟ ثم يقول شخص: أنا آخذ خمسينها بمائة ، وآخر: أنا آخذ خمسا ونصف خمس . هكذا إلى أن ينتهي فيباع ذلك القدر ويقسم الباقي .

قوله: (إلا أن يخرج الورثة الدين)^(٢). لأنه إنما تعلق بذمة الميت لا بالتركة ، وإنما هي محل للتوفية ولا تتعين للدين ، (فأي) شيء دفع للغريم منها أو من غيرها لزمه أخذه .

قوله: (فالقسمة ترد)^(٢). لأنها وقعت فاسدة إذ لا قسم إلا بعد الدين

(١) التهذيب (١٩٢/٤) .

(٢) المصدر نفسه (١٩٣/٤) .



وفسادها لحق مخلوق ولو دفعوا له حقه من عند (.) صحت القسمة .

قوله: (فلرب الدين أخذ دينه [٢٠٧/ب | مما بيده)^(١) . لأن القسمة صارت كالعدم ، وما وجد بيده هو عين موجود الميت فله الأخذ منه ، ويرجع ذلك الوارث على سائر الورثة ، وإن كانوا معسرين .

قوله: (ويضمن كل وارث ما أكل)^(١) . لأنه تعدى ، بخلاف ما يتلف عنده بأمر من الله سبحانه فلا ضمان عليه فيه ، لأنه بمنزلة ما لم يُقسم فيكون ذلك من الغرماء ومن الورثة .

قوله: (وما باع فعليه ثمنه)^(١) . لأنه مأذون له في البيع شرعان ولو تعلق الدين بعين كل شيء من التركة لكان بيعه باطلا .

قوله: (إن لم يحاب)^(١) . فيغرم ما نقص عن ثمنه .

قوله: (وإذا جُني على الرقيق)^(٢) . أي بعد أن أخذه بعض الورثة في حظه فإنه ينقض القسم بطرو الدّين ويصير بين الجميع فيعدون الجاني بالجناية .

قوله: (لم يأخذ منهم كفيلا لما يلحق من الدين)^(٢) . أي على تقدير ذلك ما هو ظلم ممن فعله ، ولكن إن كان الميت ممن يعرف بالدين وقف الحاكم القسمة استبرأ ذلك (.) عنه ، فإن لم يجد عليه دينا قسم بينهم ولم يأخذ كفيلا من أحدهم ، ثم إن طرأ دين بعد القسمة انتقض .

قوله: (وهم رجال)^(٢) . أي مالكون أمورهم .

قوله: (فإن كان عدلا حلف الطالب معه واستحق)^(٢) . لأنه لا تهمة وإن

(١) التهذيب (٤/١٩٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٩٤) .

اتهمه الورثة أنه أراد بذلك نقض القسمة لكونه يسقط ما صار له فيها رجاء أن يصير له غير ذلك فلا يسمع قولهم (٠) إلا أن يعطوا (٠) من الدين ، فلا تبطل القسمة ويؤخذ من الشاهد أيضا ؟ فإن أبى المقرض إلا نقض القسمة لم يقبل منه ، وأخذ منه ما ينوبه من الدين أو بيع عليه في ذلك حظه أو بعضه .

قوله : (لم يجز أن يقسموا)^(١) . لأنه لا تهمة في ذلك بوجه ولا قسمة قبل الدين .

قوله : (إن طرأ وارث أو موصى له بالثلث)^(٢) . سوى بينهما ، وإن كان لا ميراث إلا بعد الوصية من قبل أن له ثلث التركة شائعا فصار كوارث له ثلثها ولم يتعلق حقه بذمة الميت كالدين .

قوله : (فإنما يتبع كل وارث بقدر ما صار إليه من حقه)^(٢) . أي يأخذ منه نسبة دينه من جميع المال فإن كان ما بيده مما ينقسم وإلا بقية ذلك .

قوله : (ولا يتبع الملىء)^(٢) . هذا المذهب ، وكذلك لو أقر أحدا لو أقر أحد ابنين بابن ثالث بعد أن قسموا ، فإنه يرجع على المقر بثلث ما بيده ، ويقول له : أخي ظلمك ، ولو حضرت أنت كان لي هذا إذ لم يقر بك فبعته ثلث ما بيده . وقال أشهب : بل ينقض القسم لأنه وقع فاسدا ، فيقول الغريم : لمن أقر به أنك (٠) أنه لا ميراث إلا بعد أخذ الدين ، فيأخذ منه جميع ما بيده إن استغرقه الدين ويبقى ذلك المقر يتبع سائر الورثة إن أقروا دفعوا له وكذلك يقول الابن المقر به : أنت مقر بأن الواجب لك مثلي فيقاسمه بنصفين ، ويتبعان الثالث وتخصيص المقر به بالتبعية للمعسر ظلم له .

(١) التهذيب (٤/١٩٤) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٩٥) .



قوله: (وليس كغريم طراً على وارثه)^(١). لأن ذلك يمنع الميراث بالجملة ، لأن حقه تعلق بذمة الميت وبجميع التركة فلذلك نقض له القسم .

قوله: (ولكن كغريم طراً على غرماء وقد قسموا)^(١). إلى آخر كلامه ، هذا المذهبُ أنه يتبع المعدم بما عليه ، وعلى قول أشهب ينقض القسم فيها لمن طراً من وارث أو غيره ، وذلك لعسر اكتساب العقار وزيادة الرغبات فيها ، ولذلك لم تفت بحوالة السوق في البيع الفاسد ، ولأنه لو لم ينقض القسم أدى إلى أن يأخذ حقه مفرقا في جميع العقار وذلك ضرر به .

قوله: (كان كلحقوق الدين)^(١). لأنه ليس له شيء من التركة كالوارث فصار لذلك كالدين لا يصح القسم قبل توفية حقه فإن وجد أحدهم مليا أخذ منه كالدين ، [١/٢٠٨] وإن لم يحمل ثلثه الوصية لم يؤخذ إلا قدر ما يحمله .

قوله: (ولا يجبر على أدائه من أموالهم)^(١). لأن التركة متعلقٌ حقه .

قوله: (لم يضمنوه)^(١). هذا بخلاف البيع ، لو بعت عبدا بعبد ثم ملك العبد الذي بعت واستحق الذي اشتريت ، رجعت بقيمة الذي خرج عن يدك لانتقاض البيع لأنه ملك على ضمان المشتري ، ولو كان موجودا أخذته والقسم لم يجعلها هنا بيعاً بل تَمَيُّزَ حقٍ .

قوله: (وهذا إذا كان ما في يد الذي أبى قد تغير)^(٢). يعني إذا لم يذهب بالجملة ، لأنه في هذه الصورة إذا انتقض القسم كان بيده ما يعاد إلى القسم ثانياً ، وإن ذهب بالجملة فلا قول له إذ لا فائدة في نقض القسم من جهة غيره ، بل يجبر سائر الورثة على نقض القسم أو إعطاء الدين من أموالهم فإن نقضوها لم يدخل

(١) التهذيب (٤/١٩٥) .

(٢) المصدر نفسه (٤/١٩٦) .

معهم هذا الذي ذهب حظه فيها .

قوله: (فالحاكم يلي ذلك على الغائب)^(١). ينبغي للحاكم ألا يحكم بقسمة ملك بين قوم حتى يثبت عنده أنهم مالكوه لثلا يكونوا قد غصبوه ، ويتوصلوا بحكم الحاكم بقسمته بينهم إلى صحة التصرف في ذلك ويعمّوا على الناس ، فإذا ثبت عنده أنه ملّكهم وحضر الورثة حكم على الغائب ، وفائدة ذلك أنه إذا هلك ما صار للغائب كان منه لأن الحاكم نائبه ووكيله .

قوله: (إذا ادعى في ربعه)^(٢). هذا نوعان:

أحدهما: أن يدعي فرع أن ملك الغائب له وثبت ذلك فيجب على الحاكم أن يحكم له به على إرجاء الحجة للغائب ، فإذا ورد الغائب وأثبت أنه له بوجه صحيح رجع في ملكه ولو تداولته البيوع مرارا ، فإن جميعها ينقض .

والثاني: أن يدعي أن له على الغائب دينا ويثبت أن له ملكا ويطلب من الحاكم أن يبيعه على الغائب في الدين وينصفه من ثمنه ، فهنا يتوقف الحاكم إن كان موضع الغائب بعيدا ويستأني إلى أن يطول ذلك ويخاف المدعي أن يموت شهوده ، فإنه حينئذ يحكم له بذلك ويبيع على الغائب ملكه للضرر ، وأما القريب الموضع فكال حاضر يكتب له الحاكم ويعلمه بذلك ، وقال أشهب: يحكم على الغائب البعيد مطلقا ، ووجه المذهب: أن بيع الحاكم لا ينقض البتة لأنه وقع بشبهة فيؤدي بيعه عليه للعقار إلى تفويته مع صعوبة اكتسابه ، بخلاف العروض ، وإنما قسم عليه الحاكم بخلاف البيع لأن القسمة تميّز حظّ ورفع لضرر الاشتراك ففارقت البيع . ويعني بصاحب الشرطة الذي يحكم في الحدود وهو الوالي ، ومن

(١) في التهذيب «فالقاضي يلي ذلك» (٤/١٩٦) .

(٢) التهذيب (٤/١٩٧) .

شرطه أن يكون عارفاً بالفقه وإلا حكم بالباطل ، وقد تقدم أنه يجوز منه القسم في المياه كما لو حَكَّموا رجلاً بينهم إلا أنه لو كان هناك أحدهم غائباً لم يجز حكمه عليهم .

قوله: (ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم)^(١). لما في ذلك من كثرة الغرر باختلاف الأغراض ، وكان ينبغي أولاً ألا تصح القسمة بالقرعة لغيرها ، لكن إذا اتحد الصنف فكان الغرض واحداً ومتقارباً (٠)^(٢) ذلك بالقيمة . وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ فِي الْأَصْنَافِ الْمَخْتَلِفَةِ أَنَّهُ يَجُوزُ قِسْمَتُهَا بِالْقَرَعَةِ ، لَكِنْ بِشَرَطِ التَّرَاضِي لَا بِالْجَبْرِ كَمَا كَانَ فِي الصَّنْفِ الْوَاحِدِ ، وَالْقِسْمُ بِالتَّرَاضِي فِي ذَلِكَ كُلِّهِ جَائِزٌ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مُحْضٌ ، وَقَدْ جَعَلَ الْمَذْهَبُ الرَّقِيقُ فِي الْقِسْمَةِ صِنْفَانِ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مَنَافِعُهُ {كَالْعَبْدِ الْفَاجِرِ ، وَغَيْرِهِ وَفِي السَّلَمِ أَصْنَافاً ، وَجَعَلَهُ أَشْهَبَ صِنْفاً إِنْ لَمْ يَخْتَلَفْ مَنَافِعُهُ} وَإِلَّا فَأَصْنَافٌ فَقَالَ: كُلُّ مَا يَجُوزُ سَلَمٌ بَعْضُهُ فِي بَعْضٍ لَمْ تَصَحَّ قِسْمَتُهُ بِالْقَرَعَةِ ، وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ الْإِحْتِيَاظُ فِي الْبَابَيْنِ (٠) وَالْحَمِيرُ .

قوله: (لأنه صنف واحد)^(٣). لاتفاقهما من كل وجه ، [٢٠٨/ب] إلا في الجودة والرداءة كالتمر هو صنف وإن اختلفت ضرابه .

قوله: (لا يحمله القسم)^(٣). فهذا نوعان: إما حساً كبقرتين بين ثلاثة ، أو حكماً كالخفين لأن في قسمة ذلك تضييعاً للمال فيباع ذلك ويقسم ثمنه ، لأنه بالبيع يفضي إلى ما يصح انقسامه ومن أبى البيع جبر عليه ، لأن العرف أن بيع الكل يُرغب فيه أكثر من الجزء إلا أن يساوي الجزء مشاعاً مثل ما يساوي في بيع الكل فلا جبر .

(١) التهذيب (٤/١٩٧) .

(٢) غير واضحة ، لعلها: متقارباً فيجبذ .

(٣) المصدر نفسه (٤/١٩٨) .



قوله: (والحلي بالوزن)^(١). سواء كان نوعا واحدا أو أنواعا؛ لأنه لا اعتبار للصياغة كما في الزكاة ولا يباع إلا بالوزن للتفاضل وتلغى الصياغة.

قوله: (ولا يبين منه)^(١). أي إلا بضرر لأنه تضييع للمال وإلا فينزع ويقسم الجوهر على حدة.

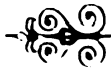
قوله: (الثلث فأدنى)^(١). هذا المذهب أن الثلث في ذلك (.) تابع للعرض فيكون له حكمه، فيباع بما يباع به العرض من نوعه أو من غير نوعه، إلا أنه إذا بيع بعين فلا يجوز إلا إذا بيد لأنه ليس بتابع للعرض من كل جهة، وإن كان الحلي أكثر كان العرض تابعا فلم يجز بيعه إلا بما يباع به الحلي لو انفرد، فكذلك تصح القسمة فيه فيجعل في الأول كأنه عرض فيعدل بالقيمة، وفي الثاني كأنه حليٌّ كله لكن يعدل بينه وبين ما يماثله بالتحري لا بالوزن. وأما إن تساويا فلا تبعية فلا يباع ذلك إلا بالعروض لئلا يتحد مال الربا من الجهتين ومع أحدهما غيره، ومنع ابن عبد الحكم التبعية في ذلك لما فيه من التفاضل، وجوز سحنون إذا كانت تابعة أن يحكم لها بحكم العرض سواء، فتباع بالنقد والنسيئة فجعلها تابعة من كل وجه وهو قول ربيعة.

قوله: (وقسم القاسم ماض)^(٢). لأنه نائب القاضي، وحكمه أن يكون عارفا بالقسمة ويصدقه القاضي فيما يخبره من القسمة لأنه من باب الإخبار، ولأنه عليه السلام قال: «اغْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا»^(٣)، وصدقه في ذلك، فإذا أخبر القاضي بأنه

(١) التهذيب (٤/١٩٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/١٩٩).

(٣) الحديث رواه الترمذي في سننه، أبواب الحدود، باب ما جاء في الرجم على الثيب، قال: «حدثنا نصر بن علي، وغير واحد، قالوا: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، سمعه من أبي هريرة، وزيد بن خالد، وشبل، أنهم كانوا عند النبي ﷺ فأتاه رجلان =



قسم بينهم ووصف له القسمة والقاضي أيضا عارف بذلك ، وإلا فيكون له شهود يعرفون ذلك فإذا وصف ذلك عنده بحضور الشهود ثبت عند القاضي صحة القسمة ، ولو قدموا قاسما من أنفسهم فقسم بينهم ثم أخبر القاضي بذلك عند تنازعهم ولم (.) وكان لهم نقضها .

قوله: (ولم ير مالك قسم القاسم بمنزلة حكم الحاكم)^(١) . أي أنه يتعقبه الحاكم ، وحكم الحاكم لا يتعقبه أحد ، ومن (.) الأدب معه فيجب عليه تقديره محافظة على منصب الشرع وذلك لله .

قوله: (ولا يجوز لأجنبي أن يشتري من أحدهم)^(١) . لأنه مجهول إذ لا يدري ما يخرج له في القسمة ومن شرط البيع العلم بطرفي العقد .

قوله: (إذ لا شركة له فيها)^(١) . أي إنما جازت القسمة على القرعة بين الشركاء مع ما فيها من الغرر ، ولأنها تميز حظ لا بيع محض .

قوله: (ليس من البيوع)^(١) . أي في أكثر الأحكام .

قوله: (إلى قسمة ثوب لم يقسم)^(٢) . لأنها قسمة تدعو إلى الضرر لكن يجبر على البيع من أباه ؛ لأن العرف قاض بأن بيع الجزء مشاعا ناقص الثمن .

= يختصمان ، فقام إليه أحدهما ، وقال : أنشدك الله يا رسول الله ، لما قضيت بيننا بكتاب الله ؟ فقال خصمه وكان أفقه منه : أجل يا رسول الله ، اقض بيننا بكتاب الله ، وائذن لي فأتكلم : إن ابني كان عسيفا على هذا ، فزني بامراته ، فأخبروني أن على ابني الرجم ، ففديت منه بمائة شاة وخادم ، ثم لقيت ناسا من أهل العلم ، فزعموا أن على ابني جلد مائة ، وتغريب عام ، وإنما الرجم على امرأة هذا ، فقال النبي ﷺ : والذي نفسي بيده ، لأقضين بينكما بكتاب الله ، المائة شاة والخادم رد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة ، وتغريب عام ، واغديا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها ، فغدا عليها ، فاعترفت فرجمها .

(١) التهذيب (١٩٩ / ٤) .

(٢) المصدر نفسه (٢٠٠ / ٤) .

قوله: (فإن استقر على ثمن)^(١). لو أبى الذي لا يريد جُبِرَ على بيع حظه معه ، وإن أبى الذي أراد البيعَ بيعَ حظه من شريكه جُبِرَ لأنه مقصوده من تكثير الثمن فهو مضار .

قوله: (لم يجز ذلك)^(٢). كما لا يجوز في البيع إلا بعد الروية أو على الصفة ، ويد الوكيل في التقويم والقسمة كيد موكله .

قوله: (على أن لأحدهما الخيار)^(٣). أي فتقع القسمة بالقرعة [١/٢٠٩] جائز إلى أن يتم أمر الخيار فيلزم أو يبطل .

قوله: (حتى يرفع ذلك إلى الإمام)^(٣). لم يمنع ذلك لاستعماله خطر في العقد ، لأن ذلك يجوز عندنا خلافا للشافعي ، بل لأنه يتهم أن يميل إلى أحدهم دون الآخر فيحابيه ، فلذلك كره استغلاله ، ولنا قولٌ ثانٍ أنه لا يكره كما بيع من أحدهما مال الآخر .

قوله: (أحببت أن يرفع)^(٣). أي وكرهت ألا يرفع ، ولو كان الصغير واحد مع أكابر لم تكره قسمته عليه لأنه يتهم ، وأيضا إذا كان في القسمة أكابر فلم يستقل بالقسمة فلذلك أجاز له أن يقسم ، وإن كان يستحب ، إذن ، الإمام مطلقا لأنه أخلص إذ فعل الوصي يلحقه (.) ويرد بالجور بخلاف حكم الحاكم .

قوله: (لا يخلط أنصباؤهم بعد ذلك)^(٣). لأن النظر لهم خلافه (.) الشركة .

قوله: (أحب إلي أن يرفعوا ذلك إلى القاضي)^(٣). «أحبُّ» هاهنا بمعنى الوجوب ، لأنها لما حلفت أن تقاسم إختوتها فلا تبرأ إلا بقسمة شرعية ؛ وهي

(١) في التهذيب «فإن استقرا» (٤/٢٠٠) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٠٠) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٠١) .

التي لا تواطؤ فيها ولا محاباة، لأنه ينبغي الاحتياط فيما يحصل به البر ولا يحصل بقسمة التراضي، لأنها ليست قسمة حقيقة بل هي بيع، وإذا لم يدفع ذلك إلى القاضي فلا يؤمن فيها التواطؤ والمحاباة فلا تبرأ، إلا أن هذا إذا حلفت لتقاسمهم إلى أجل كذا فإن جاء ذلك الأجل ولم تقع قسمة صحيحة (١). حلفت ولم تذكر أجلا فلا حنث، لأنه إذا لم تقع قسمة صحيحة نقضت واقتسموا ثانيا.

قوله: (لم تجز محاباته في ذلك) (٢). لأنه إنما يجوز له التصرف في مال ابنه بالمصلحة.

قوله: (وترد بالصدقة إن كان الأب موسرا) (٣). بخلاف العتق، والفرق أنه إذا أعتقه فقد حصل لنفسه منفعة الولاء، فتضمن عتقه له أنه اشتراه ففات بالعتق ويضمن قيمته وفي الصدقة لم يفت موجب الرد.

قوله: (فإن فات) (٤). لا يفوت هنا بحوالة سوق ولا بأن يبيعه المتصدق عليه، بخلاف البيع الفاسد فإنه يفوت قيمة البيع بحوالة السوق. والفرق أنه في البيع الفاسد قد تراضيا عليه ولم يبق إلا حق الله تعالى فضعف أمره، ونفذ بأقل أنواع التلف وتصرّف الأب هنا بالصدقة ممنوع لحق الابن فلم يفت إلا بأعظم وجوه التلف كالموت.

قوله: (ضمن الأب إذا كان موسرا) (٥). قد ثبت من أصول الشرع أنه إذا اجتمع في التعدي مباشر ومسبب فيناط الحكم بالمباشر. لكن المذهب هنا إناطة الحكم بالمسبب وهو الأب لأن الرجوع في الهبة والصدقة ممنوع ولأنه هو الذي مكن الأجنبي من ذلك وقد لا يعلم الأجنبي ذلك، وقيل: بل يضمن المباشر أبدا

(١) التهذيب (٢٠١/٤).

(٢) في التهذيب «وترد الصدقة» (٢٠٢/٤).

(٣) المصدر نفسه (٢٠٢/٤).

على القاعدة ، وقيل له أن يضمن ما شاء منها .

قوله: (يوم يختصمون)^(١) . أي يوم الحكم يعتبر اليسر والعسر لا يوم التلف ، وكونه لا يعلم ليس عذرا لأن غاية ذلك أن يكون خطأ وهو كالعمد في أموال الناس ، والقيمة تعتبر يوم التلف لأنه لما كان تصرفه باطلا فكأنه على ملك الابن إلى أن تلف ولم يكن متعديا كالغاصب فتكون القيمة يوم القبض .

قوله: (لم يكن للأب ولا للابن على الأجنبي شيء)^(١) . أما الأب فلأنه الذي مكن الأجنبي من ذلك وأما الابن فقد أخذ من الأب القيمة .

قوله: (ومن أدى منها لم يرجع على صاحبه بشيء)^(١) . أما الأب فكيف يرجع عليه وهو الذي مكنه من الاتلاف (.) وأما الأجنبي فكيف يرجع بقيمة ما أتلفه والابن يقول (.) لك على تقدير أن يصح ذلك (.)

قوله: (لم يكن للابن ترك)^(٢) . إلا على القولين الآخرين .

قوله: (جاز ذلك إن كان الأب موسرا)^(٣) . لأنه تضمن عتقه إياه أنه اشتراه [٢٠٩/ب] والعقد الصحيح إذا طرأ عليه الفاسد أمضاه ، وهذا بخلاف من اشترى عبدا فأعتقه ثم استحق منه فإن العتق يبطل .

والفرق أن للأب التصرف في مال ابنه على وجه ، وليس للأجنبي التصرف في مال الغير بوجه .

قوله: (وإن كان معسرا)^(٣) . لأنه بالعتق لزمه ثمنه وكان ديناً في ذمته لابنه مقارنة للعتق ، والدين المقارن كالمتقدم فأبطله .

(١) التهذيب (٢٠٢/٤) .

(٢) في التهذيب «لم يكن للابن تركه» (٢٠٢/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٢٠٢/٤) .



قوله: (إلا أن يتناول ذلك)^(١). هذا لأنه قد تعلقت به حقوق الغير وضعف إبطال العتق، وأما في الاستحقاق فسيبطل العتق وإن تناول. والفرق أن الدين هناك متقدم يقينا وليس المقارن في الحقيقة كالمقدم، وأيضا فإن للأب شبهة في مال ابنه وله التصرف فيه على وجه.

قوله: (وفي كتاب الشُّفْعَة ذكر {بيع} الوصي عقار اليتامى)^(١). أي ينبغي له ألا يبيع عقار اليتامى لأنه يصعب استبداله، ويقدم على ذلك بيع عروضه لأنها لا يصعب استبدالها.

قوله: (إذا أسند مسلم وصيته إلى ذمي)^(١). أي إذا وصى للذمي لم يجز، لأمرين:

أحدهما: أن من شرط الوصي الأمانة ومن شرطها العدالة والكفر فسق.

الثاني: أن في ذلك استعلاء على المسلم؛ لأن الوصي يضرب محجوره ويؤدبه، ولذلك لا يجوز أن يوكل الذمي على قبض ديونه من المسلمين، ولا بن القاسم قول ثان: أنه يجوز أن يوصي أخاه أو قريبه الذمي على أولاده المسلمين لما في القريب من الشفقة، وذلك بشرط أن يكون في دينه ذا أمانة وجودة.

قوله: (وكذلك المسخوط)^(١). يعني الفاسق.

قوله: (وأوصت بالصبي وبمالها إلى رجل)^(١). لا خلاف أن للأب الولاية في مال ولده فله أن يوصي بذلك، وأما الأم فليست كذلك إلا أنه قد ثبت لها ولاية في بعض ماله، وذلك أنه يجوز لها أن تقبض ما وهبته له قياسا على الأب لأنها أحد الأبوين، ولا يجوز الرجوع في الهبة إلا للأب فله أن يعتصر ما وهب لابنه الصغير، والأم أحد الأبوين، وإذا كان لها أن تخرج ملكه من يده وجرت

(١) التهذيب (٢٠٢/٤).

مجرى الأب في ذلك ، أجاز مالك أن توصي عليه بالنظر في ماله الذي ورثه عنها إذا كان يسيرا قياسا على ذلك وليس ذلك للجد ولا للأخ والعم ، خلافا للشافعي في الجدد لأنه عنده كالأب عند عدمه ، ولا يجوز للأب أن يوصي أجنبيا مع وجود الجدد .

قوله: (الذي ورث من أمه)^(١) . لو كان مالا آخر لم يجز لها ذلك فيه .

قوله: (نحو ستين)^(١) . أي وإن لم يكن له مال غيره وهذا يرجع إلى العرف في اليسير ما هو .

قوله: (استحسنه مالك)^(١) . اختلف في استحسان الإمام ؛ فقليل : لا أصل له ، وهذا فاسد لأنه وضع شرع ، وقيل : بل لا بد أن يستند إلى أصل في الشرع وهو الصحيح .

قوله: (ولا يجوز قسم الأب عن ابنه الكبير)^(١) . لأنه أجنبي بالنظر إلى ماله ، ولا الكافر على ابنته المسلمة لأن في ذلك استعلاء للكفر كما لا يجوز في النكاح ، وقيل يجوز إذا وصى لابنه المسلم ببعض ماله لأنه لا يرثه أن يوصي بذلك المال ، لأنه قد كان له نزع ذلك المال عنه ولأن المحذور قد زال بالموت عن الاستعلاء .

قوله: (ويجوز قسم الملتقط على ملتقطه)^(٢) . هذا لحديث عمر إذ قال للملتقط: «لك ولاؤه»^(٣) ، أي النظر في ماله وهذا وإن كان خاصا يحمل على العموم إذ لا فرق ، وقال مالك: ومن أنظر لها منه فهو بمنزلة الأب ولاية خاصة

(١) التهذيب (٢٠٣/٤) .

(٢) في التهذيب «ويجوز قسم ملتقط اللقيط عليه» (٢٠٣/٤) .

(٣) تقدم من الأثر من قول عمر: «لك ولاؤه وعلينا نفقته» .

لمكان التربية .

قوله: (والأب ووصيه أولى بذلك)^(١) . ليست أفعالهما مشتركة .

قوله: (حتى يؤنس رشدها بعد الدخول)^(١) . قيل بعد سبعة أعوام في ذات الأب (.) في اليتيمة ، وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ فِي اليتيمة أنها ترشد إذا علم رشدها متى كان قبل الدخول أو بعده .

قوله: (فإن كان وجه ما نابها)^(١) . [١/٢١٠] يعني بالوجه أن (.) له خمسة أثواب يجد بأحدها عيبا وهو في القيمة مثل سائرهما ، ويعني بالأكثر أن يجد عيبا بأربعة منها ، فالنصف جل والأكثر أجل ، فمتى وجد عيبا بجل الصفقة انتقضت بخلاف ما دون النصف لأنه أقلها .

قوله: (رد الجميع)^(١) . حكم القسمة كحكم البيع كما أن فيه إذا وجد عيبا في جل الصفقة كان له رد الجميع بخلاف اليسير . وكان ينبغي - على قولنا أنها تميز حظ - أن تنسخ القسمة مطلقا (.) الأقل والأكثر لأنه يتعين العيب لأحدهما .

قوله: (إلا أن تفوت)^(١) . كما انه في البيع إذا فات يفسخ البيع حكما لأنه يرجع إلى القيمة ، كذلك هنا يرجع إلى قيمة المعيب الفائت فيتنزل منزلة الفائت (.) قسم الجميع .

قوله: (وليس حوالة الأسواق في الدور فوتا)^(١) . كما في البيع ، وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنها تفوت بذلك ، وكذلك المذهب في ذوات الأمثال أنها لا تفوت بحوالة السوق لأن المثل منها يقوم مقام المثل ، وإنما يرجع إلى القيمة أبدا إذا تعذر المثل ، وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أنها تفوت به فيرجع إلى القيمة ، وإلا أدى إلى غبن أحدهما

(١) التهذيب (٤/٢٠٤) .

بأن يكون غالبا يوم القبض ويرخص يوم الرد وبالعكس ، فكانت القيمة في ذلك أعدل من المثل .

قوله: (وإن كان المعيب الأقل رده)^(١). مثاله أن يقسم أربعة أثواب فيجد أحدهما عيبا بأحد ثوبيه فيرده وينقض القسم فيه ويصير شائعا بينهما على ما كان ، ويصير أحد ثوبي الآخر الذي في مقابلة المعيب للذي رد المعيب قيمة نصفه فيأخذها ، ولا ينقض القسم فيه لأن ذلك يؤدي إلى رد الضرر الذي في الإشاعة ثم يقسمان المعيب .

وتفارق القسمة البيع في أنه في البيع إذا وجد عيبا بنصف الصفقة انسخ الكل ، وهنا لا ينقض القسم لذلك لأنه رجع الجميع المقسوم أولا ، وقال أشهب يرجع بما قل وما كثر في عين ما صار لصاحبه لا بالثمن فينقض القسمة .

قوله: (فأصاب أحدهم بنصف ما أخذ عيبا)^(٢). هذا على التفصيل المتقدم ، فينظر إلى المعيب فإن كان كثيرا انتقض القسم وإلا رجع بنصف ثمن المعيب ثمنا على المذهب أو في عين ما أخذ صاحبه على قول أشهب ، وإن كان عبدا لأن الأحكام جرّت إلى ذلك ولم يدخلها على ذلك .

قوله: (ومن ابتاع)^(٢). أي حكم القسمة في ذلك كالبيع .

قوله: (رد قيمتها)^(٢). جعل الطحن هنا فوتا ، لأنه صنعة فانتقل بها الحب عن حاله ، إلا أنه كان ينبغي أن يرد مثل الحنطة التي طحن لأنها من ذوات الأمثال لكن تعذر ذلك للجهل بالتماثل وهو كتحقيق التفاضل ، لأنه إذا كان مسوسا أو عفنا فلا يتوصل إلى علم ما يماثله في ذلك بعد الطحن ، ولو وجد مثلا له تحققت

(١) التهذيب (٤/٢٠٤) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٠٥) .

المماثلة جاز ، فيكون الدقيق له وتقوم القيمة مقام حظه من الحنطة فتخلط مع حظ الآخر منها وتعاد القسمة ثانيا .

قوله: (وليس له أن يرجع بنصف قيمة العيب في حنطة صاحبه)^(١) . أي لا يأخذ منه (.) ذلك المعيب لأنه يؤدي إلى أن أحدهما أخذ طعاما ودراهم والثاني طعاما ، فلا يأخذ منه عن ذلك المعيب من حظه من الحنطة شيئا للتفاضل ولكن يقوم الدقيق حبا على ما يظهر من حاله .

قوله: (ولا له أن يأتي بسلعة معيبة مثلها)^(١) . لأنها ليست من ذوات الأمثال ولو كانت لم تصح للجهل بالتماثل في ذلك .

قوله: (وإذا تبادلا قمحا)^(٢) . أي تبايعاه أو تقاسماه لأن أحد المتقاسمين يبادل الثاني بما كان له ، والطعام بالطعام ضيق ، ألا ترى أنه يشترط فيهما القبض الحسي دون الحكمي وقد [٢١٠/ب] فرق بين (.) والبلل لأن البلل يختلف فتدخل فيه المزابنة ، وفي الحقيقة لا فرق بل إذا اختلف (.) امتنع ، وكذلك البلل وإذا اتفقا جاز فهذا راجع إلى تحقيق مناطه .

قوله: { (حتى يصير خطرا)^(٢) . لأن أحدهما يريد كثرة الطعام والآخر قلته } . قوله: (إلا في الغلت الخفيف)^(٢) . أي المدخول عليه عرفا وإلا فالغلت ليس بطعام .

قوله: (وكذلك سمرا ملغوثه بشعير)^(٢) . لأنه لا فرق بين القمح وبين الشعير بالقمح عند المالكية لأنهما صنف واحد .

قوله: (وليس حشف التمر كالغلت)^(٢) . لأن الحشف نوع من التمر رديء ،

(١) التهذيب (٢٠٥/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٢٠٦/٤) .

والعلت ليس من {الطعام} .

قوله: (ولو كان الطعام {المغلوث صبرة واحدة جاز} ^(١) . لاستواء {أجزائها في الغلت بخلاف الصبرتين} .

قوله: (ويغربل القمح) ^(١) . هذا أولى لأنه أخلص .

قوله: (فقد جرى الاستحقاق فيما بيع وفيما بقي) ^(٢) . لأن حظ المستحق شائع في الكل ، وإن هذا باع ما له وما ليس له فيبقى بيد المشتري ثلاثة أثمان كالبائع منه ، وقال أشهب: لا يكون الاستحقاق إلا فيما بيد البائع ، لأنه تبين أخيراً أن هذا البائع لم يكن يملك في نفس الأمر إلا ثلاثة أرباع العبد وأنه باع النصف مما يملك .

قوله: (له رده كله لضرر الشركة) ^(٢) . يريد بخلاف غيره من العروض إنما تفسخ الصفقة فيها إذا استحق الجل منها لا أيسرها .

والفرق أن الشركة في الحيوان أعظم ضرراً ، فاحتج بهذه المسلمة على أن للمبتاع في الأول أن ينقض البيع إن شاء لأنه قد استحق من يده رجع ما اشترى ، ولا يجبر على إمساك الباقي . وإن دخل على أن العبد مشترك لأن الشركة بين اثنين أخف منها بين ثلاثة ، وكذلك يكون للبائع أن يرجع على ما باع منه أيضاً بذلك ، فإن قلت: فلو باع أحد الشريكين بعض حظه من أجنبي لم يكن لشريكه المنع ، قلنا: الفرق أنه هنا أدخل شريكاً لا ينقض على المبتاع صفقته ، وعلى قول أشهب المتقدم قال: لا يرجع المبتاع على البائع بشيء ، لأن صفقته قد سلمت له ، واعترض بأنه وإن سلم صفقته فقد صار أحد ثلاثة في العبد بعد أن كان واحداً من اثنين .

(١) التهذيب (٢٠٦/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٢٠٧/٤) .



قوله: (ولو اطلع المشتري على عيب به)^(١). يعني لو لم يكن استحقاق إلا أن المبتاع البائع لنصف العبد اطلع على عيب قديم بالعبد بعد أن باع النصف ورضي به المبتاع ثانيا فهنا لا يجوز له الرد لأنه قد تعذر بيع نصفه ، فيقول له البائع الأول: بعت منك عبد كاملا فكيف ترد لي بعضه (.) فصار بيعه له بمنزلة أن يحدث به عيب ثم يجد به عيبا قديما فليس له إلا أرش عيب (.) نصف فقط ، وللبائع الأول مع ذلك أن يقبل منه نصف العبد بنصف الثمن ولا أرش ، وأما عيب النصف المبيع فلا يرجع به على المذهب مطلقا ، لأنه إن باع النصف بأقل مما اشتراه ، فإنما كان ذلك بحوالة السوق لأن الفرض أن العيب غير معلوم وإن باعه بأكثر أو بمثل ما اشتراه به فبين ، وقال أشهب: يرجع تمام الثمن الذي اشتراه به فقط لإمكان أن يكون النقص إنما كان من أجل العيب .

قوله: (فاستحق نصف أحدهما)^(٢). إن كان الثاني باقيا رجع في ربعه حتى يكون له ثلاثة أرباع (.) نصف من المستحق نصفه ، وربع من العبد الثاني ، ولا تنقض القسمة وكان (.) إنما ترك عبدا ونصفا . وقال أشهب: تنقض القسمة في عبد ونصف ويصير ذلك بينهما وفي القولين إحداث (.) في العبد لأن الأحكام جرت إليه (.) في المذهب (.) بأحدهما لأن من له ثلاثة أرباع عبد أحسن حالا ممن له نصف عبد وربع عبد آخر . وقد قال ابن القاسم فيمن ابتاع عبدا [٢١١/أ] بعبد استحق بعض أحدهما قال: يرجع بالثمن مخافة إحداث الشركة فيما لا ينقسم ، وأشهب يقول: يرجع في نفس العبد لأن الأحكام جرت إليه ، ففرق المذهب بين البيع والقسمة لأنها تميز حظ وإن كانت على التراضي لأنها ليست محض بيع .

(١) في التهذيب «ولو اطلع البائع على عيب به» (٢٠٧/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٢٠٧/٤) .

قوله: (رجع على صاحبه بربع قيمته)^(١). كان ينبغي إذا باعه أن ينقض البيع ، لأنه تبين أنه باع ما ليس له ، وكذلك من باع عبدا بعبد إن اشتراه ثم استحق باقيه ينقض البيع وكل واحد مأذونا^(٢) له في التصرف شرعا وهو مشكل .

وقال في المرأة تصدق عبدا فتبيعه ثم تطلق فتقدم القيمة ولا ينقض البيع ، لأنها في قول ملكت بالعقد والطلاق مشطّر .

قوله: (يوم قبضه)^(٣). أي يوم القسمة وهو قول أشهب ، ووجه أنه سلطه عليه حينئذ فيضمن . ويرد عليه أنه لو هلك عنده وأخرت منه القيمة لكان قد ضمن ، والوارث لا يضمن ما يتلف عنده من الميراث . وقال سحنون: يوم الفوت ، لأنه قبل ذلك على الرد .

ويرد عليه أيضا الإشكال الأول ، وأيضا إذا أخذ منه القيمة ثم طرأ دين على الميت فأبى أن يدفع له هذه القيمة فيكون قد أدى الذي بيد الوارث وحده ، أو لا يدفع له فيرث مع الدين وذلك لا يجوز .

قوله: (باستحقاق أيسره)^(٤). بخلاف غيره من العروض والعقار إنما يرجع فيها باستحقاق الأجل ، وذلك لتعذر الانتفاع ببعض الأمة والعبد يريد (.) به ، وفي استحقاق النصف في غير القسمة قولان: وجه ردّ الصفقة به أنه فات له جل المبيع ، ووجه عدم الردّ أنه سلم له جلها ، وأما في القسمة فنصف ما صار لأحدهم يسير بالنظر إلى الجميع .

قوله: (بخلاف مبتاع عبيدين متكافئين)^(٤). تحرزا من أن يكون أحدهما

(١) التهذيب (٤/٢٠٧) .

(٢) كذا في المتن ، ولعله مأذون .

(٣) التهذيب (٤/٢٠٧) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٠٨) .



وجه الصفقة ، وهذا تفريع منه على أن استحقاقه الجل وهو النصف لا يوجب الرد .

قوله : (رجع على صاحبه برقع قيمة ما بيده) ^(١) . لم تنقض القسمة لأن ذلك يسير بالنظر إلى الكل .

قوله : (وإن استحق جل ما بيده) ^(١) . يريد بالجل هنا أكثر من نصفه .

قوله : (فإن استحققت شاة من يد أحدهما لم ينتقض القسم) ^(١) . هذا إذا لم تكن قيمتها أكثر من قيمة الأربع .

قوله : (ولا يجوز في قسمة تمر الحائط تفضيل أحد في الكيل) ^(٢) . لأنها إما أن تكون بيعا فلا يجوز لأمرين : أحدهما بيع الطعام بجنسه متفاضلا ، والثاني أنه إذا اتحد مال الربا من الجهتين فلا يجوز معه غيره .

وإن كانت قسمة لم تجز أيضا لأنها تميزُ حظ ، فإذا زادوا دراهم ولم تكن في المقسوم أولا خرجت عن القسمة .

قوله : (لا يجوز بيع حنطة ودرهم بمثلها) ^(٢) . لهذا ثلاث صور :

إحداها متفق على منعها وهو مُدّ حنطة ودرهم بمد درهم لتحقق التفاضل .

والباقيتان مختلف فيهما فمن ذلك مُدّ ودرهم بمد ودرهم ، أجازها أبو حنيفة ، قال : لأن الدرهم في مقابلة الدرهم والمد في مقابلة المد ، وبيع المسلم إذا أطلق فإنما يحمل على الصحة ، ووجه المنع أنهما جعلتا الجملة في مقابلة الجملة فصار لكل واحد من الدرهم والمد حظ من الدرهم والمد ، وربما استوعب أحد المدين المد من جهة أخرى مع بعض الدراهم فدخله التفاضل

(١) التهذيب (٢٠٨/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٢٠٩/٤) .



المعنوي ، ولو قالا الدرهم في مقابلة الدرهم والمد في مقابلة المد صح ، وكانت صفقتين . والثالثة مُد ودرهم بمُدين ، فأبو حنيفة يجيزها أيضا ، وهي ممنوعةٌ عندنا والبحث كما تقدم .

قوله : (فإن كان القمح مختلفا [٢١٠/ب] سمراء ومحمولة أو نقيا ومغلوثا لم يجز في البيع)^(١) . لأنهما جَبَرَا النقص بالزيادة بمحض البيع فدخله التفاضل المعنوي والخطر ، ولا في القسمة للخطر أيضا وكثرة الغرر ، فامتنع بخلاف الاتفاق فإنه يجوز في القسمة وإن كانت على التراضي ، لأنها ليست بيعا من كل وجه ، ولأن لكل واحد منها نصيب في كل جزء من المقسوم وإنما ميزا حظوظهما ، بخلاف البيع الذي يأتي فيه بالعوض بالعشرة التي أخذ كل واحد منهما حظه وتبقى عشرة أقفزة وثلاثون درهما لأحدهما بالأصالة ، من ذلك خمسة أقفزة وخمسة عشر درهما ثم تدفع خمسة أقفزة في خمسة عشر درهما ، ففي هذا الذي اختلفا فيه تحقق البيع فقط ولا محذور فيه ، ولم يجز ذلك في البيع لما فيه من دفع الكل عن الكل فيدخله التفاضل ، وهذا معنى قوله : { (بأن هذا لم يأت فيه أحدهما بطعام والآخر بطعام ودراهم فيفسد) }^(١) .

قوله { : (فأخذ هذا ستين قمحا وأربعين شعيرا) }^(١) . إنما صح هذا على ما تقدم لأن حاصله أن أحدهما صار له أربعين قمحا وشعيرا بالأصل ، والثاني مثلها في مقابلتها ثم دفع لصاحبه حظه من عشرين قمحا في حظه من عشرين شعيرا ولو كان بيعا لم يجز لأن فيه غاليا (.) ودون فيدخله التفاضل المعنوي .

قوله : (فأخذ هذا الحنطة وهذا القطنية يدا بيد)^(١) . هذا يصح في البيع وغيره لجواز التفاضل فيه ، ولا بد من العلم بالتماثل أو التفاضل وإلا كان خطرا

(١) التهذيب (٢٠٩/٤) .

من المزابنة لأنها ضربان: بيع معلوم بمجهول من جنسه فيمتنع للتفاضل . وبيع معلوم بمجهول من غير جنسه فيمتنع للخطر .

قوله: (لم يجز إلا أن يحصداه مكانهما)^(١) . لئلا يتأخر القبض ولا بد في الطعام بالطعام من التقابض ، ويشترط في الصنف الواحد شيان التقابض والعلم بالتماثل ، فلذلك يشترط الحصاد والكيل .

قوله: (فبنى أحدهما أو غرس)^(١) . هذا لا يرد الذي بقي له بعد الاستحقاق ، لأنه قد فات بالبناء أو الغرس ، والمعين إذا فات يرجع فيه إلى القيمة ، بخلاف الذي لم يبن إن استحق معظم حظه رجع بذلك في عين نصيب صاحبه وانتقض القسم .

وإن كان يسيرا رجع بالقيمة عند ابن القاسم ، ويرجع في عين حظه عند أشهب .

قوله: (فأما إن دفع إليه المستحق قيمة ما عمر قائما)^(١) . لأنه بنى بشبهة فإن أبى دفع له العامر قيمة أرضه براحا .

فإن أبيا كانا شريكين في ذلك ؛ هذا بقدر قيمة العمارة قائمة . والآخر بقيمة الأرض براحا .

قوله: (بثمن قيمة ما بيده)^(١) . لأن (.) نصيبه يصير كأنه لم يتركه الميت وينوبه منه ثمنه فيرجع بقيمة ثمنه .

قوله: (فاستحق منها خمسون)^(٢) . لا خلاف إذا استحق الأكثر أن له الرجوع ، وفي الأقل لا رجوع ، وفي النصف القولان لأنه سلم الجل وفات الجل .

فإن قيل: إنما الجل الأكثر ، قلنا مسلم أن الأكثر جل ولا نسلم أن الأجل

(١) التهذيب (٤/٢١٠) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٢١١) .

{إلا} الأكثر.

إلا أنه هنا إذا استحق الأكثر جاز أن يتمسك بالباقي بما يقابله من الثمن وإن استحققت الصفقة ، لأن ذلك معلوم الثمن .

وقال أشهب: يلزمه التمسك بما بقي ولكن مدا واحدا ، لأنه يرى أن ذلك صفقات متعددة وكل إردب بثمان معلوم .

والمذهب أنه صفقة واحدة ، لأنه إنما يرغب في شراء الكل وعليه وقع العقد .

قوله: (فإنما له أخذ الجميع أو رده)^(١) . فرق بين العيب والاستحقاق ، لأنه في الاستحقاق يرجع بما بقي عنده معيبا بالاستحقاق في الجمل والأجل فينقض الصفقة ، وفي السير لا يرجع إلا بالقيمة . وفي العيب لا يرد المعيب البتة ويتمسك بغيره ، بل يلزمه الجميع أو يتماسك دون [١/٢١٢] أرش ، لأمرين :

أحدهما: أن الحنطة وسائر الحبوب في الغالب أكثر ما تباع مجموعة لا مفرقة لأن ذلك ينقص ثمنها .

والثاني: أن المعيب وحده يزهد فيه حتى يخلط بطيب ينفق به ففي رد المعيب وحده ضرر بالبائع .

قوله: (وإن لم يكن جله)^(١) . قد ثبت أنه يرجع بذلك قيمة ولا ينقض القسم ، ووجهه أنه لما استحققت دار وهي نصف عشر الكل فقد خرج عن يده نصف عشر ما وجب له فيرجع بقيمته ، لأن ما بيد صاحبه قد فات بالقسم فلا يرجع في عينه ، وعلى قول أشهب يرجع في عين ما يقابل المستحق فتصير دار من التي صارت لصاحبه بينهما بنصفين ، لأن القسم انتقض فيها وإنما فات عوض

(١) التهذيب (٢١١/٤) .



المستحق بالقسم وبحوالة السوق ، بخلاف المستحق لا يفوت بذلك .

والفرق أن المستحق تصرف فيه المستحق منه بغير إذن مالكة وفي عوضه (.) فيه من هو بيده بتسليط مالكة .

قوله : (بخلاف الدار الواحدة)^(١) . أي تنتقض القسمة فيها باستحقاق الجزء اليسير منها وذلك لضرر الشركة فيها .

قوله : (إلا أن لا يضره ذلك)^(١) . أي بأن يمكنه القسمة ولا (.) على ألا تنتقض القسمة .

قوله : (فلربها أخذه وقيمة ولدها)^(٢) . هذا المذهب ، وكان مقتضى الدليل أن يأخذ الأم والولد لأن غاية ما في الباب أنه أخطأ بالاستيلاء والخطأ في أموال الغير كالعمد ، وإنما يسقط ذلك عنه الحد والصدّاق ، لكن الإجماع على أن الولد حر لأنه دخل على الحرية وظن ذلك فيُنزِلُ الشرع ظنّه منزلة التحقيق .

قوله : (يوم الاستحقاق)^(٢) . وهو يوم الحكم لأنها قبل ذلك على الرد ، وقيل وقت الوطء لأنه مظنة الحمل ، وقيل بالحمل ، وقيل الأكثر من ذلك .

قوله : (يأخذ قيمتها)^(٢) . لأنه بالوطء أتلّفها كما لو قتلها ، وهو إتلاف بالفعل أقوى منه بالقول كالعتق ، وكذلك قيمة الولد على الحرية ولا خلاف أنها تقوم بمالها إن كان لها مال ، لأن مال العبد صفة له فقوم بها كسائر صفاته ، وفي الولد قولان : لأن أحدهما يقوم بماله ، والثاني دون ماله . لأنه قال في المدونة : إذا كان الأب معسرا وللولد مال فيأخذ قيمته من ماله ، فدل على أنه يُقَوِّم دون ماله لأنه لو قُوم بماله أخذ المال أولا ثم قيمته ، لأن قيمة المال هي المال فهل

(١) التهذيب (٢١١/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٢١٢/٤) .



يأخذ قيمة الولد يوم الولادة فتلزمه وإن مات ، أو يوم الحكم قولان .

قوله: (ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها)^(١). أي تلزم الأب قيمة الولد حينئذ على قولَي مالك الأولين ، لأن القيمة إنما كانت في حق الأب لما يدخل عليه من العار باسترقاق أم ولده .

قوله: (لأنها لو كانت قيمتها قبل الاستحقاق)^(٢). أي لو كانت القيمة يوم الحمل أو الوطء لم يكن له من قيمة الولد شيء ، وقد أجمَعنا على أنه لا بد من قيمة الولد فدل على أن القيمة يوم الحكم ، وإذا هلكت عنده لم يرجع عليه المستحق بشيء لأنه قد خسر ثمنها إذ ماتت في ضمانه ، وإنما يرجع على من باعها منه إن كان غاصبا ، وإلا فمن قبله من البائعين إذا تبين كونه غاصبا وإلا فلا شيء له ، ولا يرجع أيضا المستحق منه على بائعها إن هلكت عنده قبل الاستحقاق لأنها على ضمانه ماتت فليس لربها إلا أن يأخذها (.) لأن المشتري ما تعدى عليها . وكذلك إذا هدم الدار فوجدها المستحق مهدومة فإنما يرجع بها كذلك أو يُجيز البيع ويأخذ الثمن ، فإن كان الثمن عرضا وهو باق عند المشتري أخذه أو قيمته إن تلف . [٢١٢/ب]

قوله: (وينتقض القسم)^(٣). لأنه استحق كل ما صار له فتصير التركة ما عداه .

قوله: (وإن بيع من النقض شيء فله ثلث ثمنه فقط)^(٤). لأن تصرفهم صحيح .

قوله: (فعميت عنده)^(٤). فلا شيء عليه لأنه لم يتعدّ بوجه .

(١) التهذيب (٢١٢/٤) .

(٢) في التهذيب «قال مالك: وإنما يأخذ قيمتها يوم يستحقها؛ لأنها لو ماتت عند المبتاع قبل أن يستحقها ربها، لم تلزم المبتاع قيمتها» (٢١٢/٤ - ٢١٣) .

(٣) المصدر نفسه (٢١٣/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٢١٤/٤) .



قوله: (جاز أن يقتسماه على التراضي أو بالقيمة)^(١). المذهب ألا يجوز قسم الأشياء المختلفة بالسهم مطلقا، فإن اتفق النقض بأن يكون حجرا كله أو خشبا صحت قسمته بالقرعة وإلا فلا يجوز. وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ: أنه يجوز ذلك لكن بالتراضي من الورثة بها.

قوله: (رفعا ذلك إلى الإمام)^(١). لأن للغائب حقا في أن يدفع لهما قيمة النقض مقلوعا بعد حط أجرة القلع منها إن لم يكونا ممن يتوليان ذلك بأنفسهما فلهما أن يقولوا نحن نزيله بأنفسنا فإن قلعه دون إذن الإمام أو رب الأرض إن كان حاضرا صح ذلك، ولا أجرة حينئذ لرب الأرض في دفع قيمته، لأنه قد انفصل عن أرضه لكنهما يعذران إن لم يعذرا بجهل في ذلك.

قوله: (هو أعلم بذلك)^(١). أي قد يعلم أن لرب الأرض مالا أو من يسلفه أو لا فيترك الأخذ له وإذا كانت العارية لغير أمد رجع فيها عند الأجل الذي يقضي به العرف أن ذلك يصار لمثله، هذا المذهب.

وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ: له نصفه متى شاء، لأن البناء لا أجر له وقد أعاره لغير أجل فمتى شاء أزاله فعل، والمقاواة أن يتزايدا في ذلك، فيقول أحدهما لصاحبه: عندي في حظك دينار، فيقول الآخر: عندي في حظك ديناران، إلى أن ينتهيا إلى ثمن على أحدهما، فإن باعها من أجنبي كان لرب الأرض الخيار في أخذه بالأقل من القيمة أو الثمن.

وقال أشهب: لا يصح هذا البيع لأن المشتري لا يدري هل يبقى له ما اشترى أو لا وما يحصل له عوضا عما دفع. واعترض على أشهب بجواز البيع المشقص فيه الشُّفْعَة، لأنه أيضا لا يدري هل يبقى له أو لا. وفرق بأن الأخذ

(١) التهذيب (٤/٢١٤).

بالشُّفَعَة بالثمن فالجهل فيه أقل ، وأيضا فإن الشُّفَعَة على خلاف الأصل ، فلا يعترض علينا بما ليس في معناها .

وإن باع أحدهما حظه من أجنبي كان الباقي أحق بذلك مع ضرر الشركة ، وسمى هذا شفعة لأنها تشابهها في دفع الضرر ، وإلا فلا تجوز الشُّفَعَة في هذا النوع لأن الأرض ليست لهما .

قوله : (ويقسم الجدار)^(١) . مذهب مالک وابن كنانة أنه يقسم كل شيء وإن لم يبق في الأقسام المنفعة الأولى ، وغيرهما يقول : لا بد من القسمة أن يبقى في كل قسم جنس المنفعة الأولى القريب ، لأن البعيد فلا بد عندهما ولا في جزء الحمام أن يصح كونه حماما . وسبب الخلاف : هل المُرَاعَى في القسم رفع الضرر مطلقاً ، أو رفع ضرر خاص وهو الواقع بالشركة ، وقسمة الحائط أن تكون في الطول لا في العرض لأنه لو قسم في العرض صحَّ لكل أحد منهما ما لا ينتفع به لضيقه ولا يقدر أن يجعل خشبه على حظهما ، بل لا بد أن يمر بها على حظ صاحبه ولو هدمها صح قسمة موضعه عرضاً ، ويضم ذلك إلى موضعه . والماجل : الصهريج .

قوله : (وإن كان لكل واحد عليه جذوع لم يقسم)^(١) . لأن ذلك يؤدي إلى إزالة الجذوع وهو ضرر .

قوله : (فلا يقسمان إلا بتراض)^(٢) . لأن قسمة التراضي بيعٌ ، وقسمة القرعة جبرٌ ، فلا تكون بالضرر .

قوله تعالى ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرُ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء : ٧] ، مخصوصٌ

(١) التهذيب (٤/٢١٥) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٢١٦) .

بالحديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

قوله: (ينتفع)^(٢). أي على حد الانتفاع الأول: في الدار دار، وفي الحمام حمام.

قوله: (بالقِلْد)^(٣). وذلك بأن يعلم كم يجري من الماء في يوم وليلة بقدر مثقوبة، ثم تقسم أرطال المجتمع على الفريضة [١/٢١٣] ثم يجعل إناء مثقوب بعد ذلك على ساقية كل واحد منهم، ويجعل فيه من الماء بقدر ما له من الماء أبداً، ويحفظ أبداً في ثقب الإناء حتى لا يتغير عن حاله.

قوله: (إن اعتدلتا في القسم وتراضيا بذلك)^(٤). هذا متناقض، لأن اشتراط الاعتدال إنما يكون قسمة السهم والتراضي في قسمة التراضي، فهذا يخرج على قول من يجيز القسمة المختلفة بالسهم مع الرضا لا الجبر، وليس من أصل ابن القاسم.

قوله: (فَلَمَنْ أَبِي الْبَيْعِ أَخَذُ ذَلِكَ)^(٤). أي يكون أحق به ممن زاد فيه أخيراً.

قوله: (فأراد أهل خارجها)^(٤). أي يجوز لأهل الخارج تحويل الباب المشترك إلى موضع لا ضرر على الداخلين في المرور عليه ببعد أو ضيق، وإن أخر ذلك بهم في الأمرين أو في أحدهما لم يجز.

قوله: (فللخارجين منعهم)^(٥). لأنهم تطرقوا بتلك الأبواب إلى التطلع

(١) الحديث تقدم في كتاب التجارة إلى أرض الحرب، باب الحكرة.

(٢) التهذيب (٢١٧/٤).

(٣) التهذيب (٢١٧/٤)، راجع تعريفه عند قوله: (قوله: بالقلْد) وقوله: (ولو قسم المجري).

(٤) التهذيب (٢١٧/٤).

(٥) المصدر نفسه (٢١٨/٤).

على ما لا يجوز لهم . كما لا يجوز لأحد أن يفتح بابا في زقاق نافدا أو غير نافد إذا قابل باب غيره .

قوله : (فللشريك منعه)^(١) . لأنه تصرف فيما لا يختص به بفتح باب ، وإنما هو مشترك له .

قوله : (لم يقبل منه)^(١) . لأن الخارج له في قسمة القرعة غير معين .

قوله : (فذلك له إن أراد ارتفاعا)^(١) . أي إن لم يقصد ضررا فإن مر هو وأهله جاز ، وإن أكثر المرور على صاحبه بأهله وغيرهم فله المنع .

قوله : (الأجنحة)^(٢) . أي البناء الخارج عن حائط إلى زقاق ، ويسمى الرواشق يريد أن من (.) لها من الفناء غير داخل في القسمة هذا إذا كان في زقاق غير نافذ ، لأن قسمة الفناء ضرر بأهله إلا أن يتسع جدا فيحصل لكل واحد ما ينتفع به . وأما الفناء الذي في طريق الناس فهذا يستوي فيه الناس ، ولا يجوز لمن يلي حائطا أن يبني فيه إلا ما يجوز في العرف مما يقوي حائطه .

قوله : (لا يعد من الفناء)^(٢) . أي وإن كانت في هوائه وهو تعد ، أي الأجنحة تعد من البناء وإن خرجت عن الحيطان .

قوله : (لا بأس بالتفاضل)^(٢) . لأن قسمة التراضي بيع .

قوله : (أو مؤجلا)^(٢) . لأن الدين من أحد الشقين لا يضر .

قوله : (أو على هبة)^(٢) . مثل أن يقول : خذ هذا بهذا على أن أهبك كذا .

قوله : (ولا يجوز على دين مسمى)^(٢) . أي لا ينفع وجود التسمية إذا كان

(١) التهذيب (٤/٢١٨) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٢١٩) .



الأجل مجهولا كالثمن في البيع .

قوله: (لا بأس بأرزاق القضاة)^(١) . كل من عمل عملا ينفع المسلمين فله في بيت المال حق .

قوله: (إذا عملوا على حق)^(١) . أي إن لم يكن عدلا في أفعاله وأحكامه فما يأخذ من بيت المال حرام ، وقد كان السلف يأخذون على ذلك من بيت المال .

قوله: (وأكره لقسام القاضي)^(١) . لا خلاف أنه لا يجوز للقاضي من الخصوم شيء لأنها رشوة ، وأما القسام فلا يجب عليه تمييز الحقوق لغيره إلا بأجر لكن (.) له الأجر ، لأن قسمته تتميم لحكم القاضي ، ولا يلزم القاضي تمييزها أيضا بنفسه .

قوله: (لأنه إنما يفرض لهم من أموال اليتامى)^(٢) . فإن كان من بيت المال لم يكره ، وكذلك إذا أخذ من أموال اليتامى بالعدل صح ، ويعني بصاحب السوق: المحتسب ، لأن أخذه من أهل السوق رشوة .

قوله: (وأجر القاسم على جميعهم)^(٣) . المذهب أنه على رؤوسهم لا على الفرائض ، لأن التعب في ذلك سواء بل الجزء الأصغر يورث من التعب أكثر ، وكذلك أجر كتاب الوثيقة ، وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ: فيهما: أنه على قدر الأموال . وأما في الشُّفْعَة فالمذهب هناك: أنهم يشفعون على قدر أنصبتهم لأن الشُّفْعَة (.) ، وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ: أن الشركاء يشفعون على قدر رؤوسهم .

قوله: (مذارعة بالسهم)^(١) . أي من غير تقويم بل تقسم الأذرع عليهم . وَلَنَا

(١) التهذيب (٢١٩/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٢١٩/٤ - ٢٢٠) .

(٣) المصدر نفسه (٢٢٠/٤) .

قَوْلُ ثَانٍ: أنه لا يجوز للغرر .

قوله: (إلا أن يتراضيا)^(١) . [٢١٣/ب] أي فتجوز قسمة ، ولا يجوز أن يتراضيا أولا على أقسام مختلفة ثم يقترعان بعدُ لأنه خطرٌ .

قوله: (ما لا ينتفع به)^(٢) . لأن كل قسمة أحدثت ضررا فلا تجوز ، لأنها شرعت لإزالة الضرر ، وإذا كانت الساحة مشاعة أمكن انتفاع كل واحد منهم بها مطلقا ، وليس من مكارم الأخلاق إذا كانت مشاعة أن يماكس الرجل شريكه فيها بجزء يسير لأنه أمر لا يتأبد ، بخلاف بناء أحدهم فيها لأن ذلك ضرر يتأبد فلم يجز ، فالسطح يقوم مع البناء لأنه من جملة الأبنية ، فيضاف إلى الغرفة لأنه بذلك يمكن الانتفاع بها .

قوله: (ولصاحب العلو أن يرتفق بساحة السفل)^(٢) . لأنها بينهم ، ولأنه لا يمكن تسليم العلو دون أن يرتفق بالسفل .

قوله: (ولا مرتفق لصاحب السفل في سطح الأعلى)^(٢) . لأنه قد قسم واختص به صاحب العلو ، ولأنه لا ضرورة له إلى ذلك بخلاف العكس .

قوله: (ويضيف القاسم قيمة خشب السطح)^(٢) . يريد أن السقف تابع للسفل أبدا بدليل أنه إذا باع قاعة دخل السقف بمجرد الإطلاق في العقد لأنها جزء منها ، ولو باع قاعة عليها علو لم يدخل العلو بالإطلاق لأنه ليس منها ، وكذلك سقف كل علو للسفل ويكون للعالي الانتفاع بما تحته وإن لم يبين ذلك لأنه معلوم ، فيكون بناء السقف أبدا على الأسفل لأنه ملكه ، فإذا انهدم العلو على السفل وتهدم سقف السفل كان بناء السقف على الأسفل ، لأن سقف كل

(١) التهذيب (٤/٢٢٠) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٢١) .

بيت تابع لأسفله . فلو سقط حائط من الأسفل فاحتاج العلو إلى خشب يحمله ريشما يبني ، فالمذهب أن أجر الخشب على صاحب السفلى لأن عليه حمل العلو مطلقا ، وقيل على الأعلى لأن صاحب السفلى يقول : إنما علي أن أحمل العلو بالبناء لا بالخشب وها أنا أبني .

قوله : (جبر رب الأسفل على بنائه أو يبيع)^(١) . ظاهر هذا الكلام أن كل مبتاع لذلك يخير بين أمرين ، وهذا أمر يؤدي إلى التسلسل .

وقال أشهب : بل يجبر الأول على البناء ويبيع عليه موجوده في ذلك مطلقا للتسلسل من أول وهلة .

قوله : (وكل واحد أولى بما بين يدي بيته)^(٢) . أي لا يتصرف أحد سواء من الشركاء في ذلك بما يضره ، وإن كان شريكا له فيها على الإشاعة ، فيختص هو بأن له التصرف في ذلك مطلقا ، ومن عداه له التصرف بقيد عدم الضرر به ؛ فلا يطرح أمام بيت غيره ما يضره في دخوله وخروجه إن كان في الساحة سعة ، وإن لم تكن سعة فيطرح ذلك أمام بيت شريكه ولكن لا يضره بمنع الدخول والخروج .

قوله : (رفعوا الطريق)^(٢) . أي أخرجوه من المقسوم ليقبى مشاعا ، لأن قسمته ضرر وكل قسمة أحدثت ضررا لا تجوز .

قوله : (ولا يرفع لهم طريق)^(٢) . أي لا يخرجوا الطريق عن القسمة بل يقسموا الجميع ، لكن هذا إذا كان لكل واحد حيث يجعل لنفسه طريقا وإلا لم تجز القسمة ، لأنه لم يحصل التسليم إلا بالتمكن من المنافع .

(١) في التهذيب « جبر رب السفلى على أن يبنيه ، أو يبيع ممن يبنيه » (٤/٢٢٢) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٢٢) .



قوله: (ولم يذكروا رفع الطريق)^(١). أي إن سكتوا على ذلك فرفع الباب في حظ أحدهم ، فإن رضي بالدخول عليه صح وإلا لزمه بالجبر أن يمر على بابه وتكون (.) لمن حصل في حظه ، إلا أن يكون هناك (.) يفتح غيره طريقاً لنفسه في حظه فلا يجبر حينئذ .

قوله: (فاختلفوا في سعة الطريق)^(١). رجع في ذلك إلى العرف فيما يدخل عليه الحمل والدابة ، ولم يجز ذلك لقوله: لا أعرف عرض باب الدار . وكذلك المحجة (.) يرجع فيها إلى العرف ، وقيل بقدر ما يجوز [١/٢١٤] فيها جملان مُحملان يذهب أحدهما ويجيء الآخر .

قوله: (إن كان له موضع)^(١). وإلا لم يجز لأنه لا يمكن الانتفاع بذلك . وينبني عليه فرع:

لو اقتسما داراً فأخذ أحدهما دبرها على أن يفتح لها باباً (.) إلى موضع آخر له ، ثم إن ذلك الموضع استحق منه ، فالمذهب أن القسمة تبطل لأنه تبين (.) أخذ ما لا يقدر على الانتفاع به .

وقيل: يصح لأنها وقعت صحيحةً ، ونظيره: لو اشترى زرعاً قبل بدو صلاحه في أرضه ثم استحقت الأرض فالمذهب فساد الشراء لأنه إنما صح على التبقية وقد ذهب المتبوع .

قوله: (جبر عليه من أباه)^(١). إن قلت: كيف يجيز أحد على ملكه (.) قيل: هذا إذا كان بيع الشقص ينقض ثمنه عن بيعه عن الجملة ، وذلك أن الشريكين دخلاً على ألا ضرر فيمنع كل واحد من التصرف بملكه بما يضر غيره ، لا يجوز له أن يفتح في داره بئراً إلى جانب حائط جاره ولا كنيفاً ولا طاقاً

(١) التهذيب (٤/٢٢٣) .

يُشرف منه على جاره .

قوله: (وللآبي أخذ الجميع)^(١) . أي يجبر على ذلك لأن مقصود الأخذ قد حصل بتكثير الثمن .

قوله: (ثم يضرب بالسهم)^(٢) . أي يكتب أسماءهم في سهم له جهات مسطحة بعددهم ثم يرميه بالأرض فمن علا اسمه دفع له أولا حظه من الأجزاء التي قد قومها وعدلها ، من أي جهة كانت من شرق أو غرب أو غيرهما ، فإن أبى ضرب القرعة على الجهات . وقيل: تكتب أسماؤهم في رق يجعلها في بنادق شمع أو طين ثم يؤخذ واحدة من الجميع ، فمن خرج اسمه أعطاه أولا ، فإن أبى تلك الجهة رجع فكتب اسم الجهات في ورق وجعلها في بنادق ثم أخذ منها واحدة ومن بنادق أسماء الورثة أولا ، وأسماء الجهات أيضا ، مخافة أن يختلفوا في الجهات فيحتاج إلى قرعة أخرى .

قوله: (يقسم على أقلهم سهما) . لأن قسمته على الأعظم تؤدي إلى قسمة أخرى كثمان وربع ، فيقسم الموضع أثمانا لأن الربع ثمان ، فإذا اجتمع الربع والخمس والسدس قسم الموضع أسداسا ، ثم يكتب أسماء المواضع وأسماء الورثة ، ثم اضرب بالبنادق التي فيها أسماء الورثة واحد منها واحدة ، ثم بأسماء الجهات واحد واحدة ، فإن خرج صاحب السدس واسم موضع حيث كان من الأقسام الستة دفعت له ، ثم رجع فضرب ثانيا ، فإن خرج صاحب الخمس أعطاه سدسا وإن كان له الخمس من السدس الذي يليه ، وإن شاء أولا طلب أمام عدد يقسم منه بلا كسر وذلك ستون ، وقسم الموضع ستين قسما ، وإن شاء بعد دفع السدس قسم الكل ثانيا أخماسا لمكان صاحب الخمس .

(١) التهذيب (٢٢٣/٤) .

(٢) هذا إلى قوله: (ولا يجمع حظ رجلين) كله من التهذيب (٢٢٤/٤) .

قوله: (إذا تشاحوا على أي الطرفين يضرب). كان ينبغي ألا يلتفت إلى هذا لأنه لا فائدة فيه، إذ لا يدري أحدهم بالقرعة ما يحصل له، لكن وجهه رفع النزاع فيما بينهم ولا طريق لذلك إلا هذا.

قوله: (فما خرج عرفه). أي سيدلي بالقسم بينهم منه.

قوله: (وإن انكسرت). مثل زوجة وبنين فيقسم على الثمن، فيعطى للزوجة حظها ويبقى الباقي بين العصبة مشاعا، كما إذا اجتمع في السهم أكثر من واحد وإن شاء اقتسموا ثانيا، وهو قوله: (ثم يعرف أيضا سهام من بقي فتضرب على أقلهم سهما). إن كان فيهم أنثى.

قوله: (لم ينظر إلى قول واحد منهم). إذ لا فائدة في ذلك كما تقدم، فاعتبر مع كثرة العدد قطع النزاع، ولأنه [٢١٤/ب] إذا بقي اثنان: ذو سهم وعاصب، فلا وجه لأحد؛ أحدهما بالقرعة، والباقي الذي يبقى بلا قرعة.

قوله: (لا في الوسط). لئلا يؤدي إلى تفريق ما للعاصب.

قوله: (وكذلك إن كان الولد والعصبة عددا). أي كثيرا فإن الباقي يكون بينهم كأهل سهم ولا يلزم القاسم للفريضة أن يميز ما بينهم إلا في قسمة ثانية إن اختاروا كأهل السهم الواحد.

قوله: (ولا يجمع حظ رجلين). أي إذا كانا من أهل سهمين بخلاف النساء يجتمعن في سهم واحد كالزوجات إلا في مثل هذا أي إذا خرجوا في سهم أو في تعصيب.

قوله: (فكل ما أضر بجاره من ذلك منع منه)^(١). يعني أنه لا يجوز للرجل

(١) التهذيب (٢٢٥/٤).

أن يتصرف في ملكه إلا بما لا يضر جاره للحديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، فلا يحفر بئرا إلى حائط أو يتخذ كنيفا أو قناة هناك.

قوله: (واستخفا اتخاذ التنور)^(٢). أي (.) ناره غالبا فلا يضر بالجار.

قوله: (وليس لك أن تفتح في سكة غير نافذة)^(٢). لأنها مملوكة لأهلها، ولا يجوز لأحد منهم أن يتصرف في ملكه بما يضر جاره مثل أن يقابل بابه بفتح باب أو يقاربه للتكشف عليه في ذلك.

قوله: (لي فيه مرفق افتح فيه بابي)^(٢). يعني أنك تفتح بابك في هذه السكة في حائطك تضر بجاره يمنع هو إن أراد أن يفتح بابا هناك.

قوله: (فلك أن تفتح ما شئت)^(٢). أي بشرط ألا تضر بغيرك.

قوله: (لم يمنع بنيانه)^(٣). لأنه تصرف في ملكه بالحوز له وإن كان ذميا، ولك أنت أن تعلي مثل ذلك (.) الدار إنما تراد للسكنى لا للضوء، ولأنه وإن أظلم عليه فهو ضرر ولا يدوم لزواله بالبناء والتعلية بخلاف فتح الطاق ينكشف منه عليه. ولنا في الجرين إذا بنى جاره في (.) ما يمنعه الشمس قولان: أحدهما أنه يجوز، لأنه تصرف في ملكه، الثاني لا يجوز، لأن الجرين إنما يراد للشمس فقد أضر بنيانه.

قوله: (ومنع من الضرر)^(٤). مثل أن يتخذ بإزائه كنيفا أو بئرا أو يفتح طاقا يشرف على أهله.

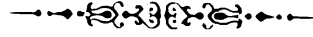
(١) الحديث تقدم تخريجه في كتاب التجارة إلى أرض الحرب، باب في الحكرة.

(٢) التهذيب (٢٢٥/٤).

(٣) في التهذيب «لم يمنع من رفع بنيانه» (٢٢٥/٤).

(٤) المصدر نفسه (٢٢٥/٤).

كتاب اللقطة^(١)



أما الدنانير والدراهم ونحوهما فالأصل فيها الحديث: «مَنْ اتَّقَطَ لَقْطَةً عَرَفَ عِفَاصَهَا وَوَكَاءَهَا»^(٢)، وفي بعض الروايات: «وَعَدَّهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَهِيَ لَهُ وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا»، وروي: «فَاسْتَنْفَقَهَا»^(٣)، فمن وجد ذلك، فإن كان في موضع مأمونٍ فلا يندب إلى حفظها، وإن كان غير مأمونٍ فإن عَرَفَ صاحبها تعيَّن عليه أن يحفظها له، وإلا ندب إلى ذلك.

قوله: (درهما فصاعدا)^(٤). لأن ما نقص من ذلك لا يطلبه صاحبه فيتصدق به من غير تعريفٍ، وإذا جاء صاحبها فعرفها دُفِعَتْ له دون يمينٍ على المَذْهَبِ، وقال أَشْهَبُ: لا بد من أن يحلف أنها له، لأن معرفته كشاهد فلا بد من اليمين.

وَوَجْهُ المَذْهَبِ أنه لا منازع له فيها، وعلى قول أَشْهَبِ كان واحد (.) ينازعه ويطلب تخليص نفسه منها. وإذا عَرَفَ العفاص والوكاء ولم يعرف العدد دفعت إليه على المَذْهَبِ، لأن هذا مما قد يغلط فيه، فإن جاء غيره فعَرَفَ مع

(١) انظر التهذيب، كتاب اللقطة والضوال (٤/٣٧٣)، والذخيرة (٩/٨٧).

(٢) الحديث رواه مَالِكٌ في الموطأ عن زيد بن خالد الجهني بلفظ: «اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها». كتاب الأقضية، باب القضاء في اللقطة. وفي رواية عند مسلم من كتاب اللقطة: «فإن اعترفت فأدها، وإلا، فاعرف عفاصها، ووكاءها، وعددها». ورواه البيهقي أيضا في السنن الكبرى، كتاب اللقطة، باب تعريف اللقطة ومعرفتها والإشهاد عليها.

(٣) رواه البخاري في صحيحه، كتاب اللقطة باب ضالة الإبل: «عرفها سنة، ثم احفظ عفاصها ووكاءها، فإن جاء أحد يخبرك بها، وإلا فاستنفقها». ومسلم في كتاب اللقطة، من حديث عمرو: «فإذا لم يأت لها طالب فاستنفقها» كتاب اللقطة، رقم ١٧٢٢.

(٤) التهذيب (٤/٣٧٣).

ذلك عددها، فإن كان الأول حاضرا دفعت إلى الثاني، وإن كان بعد أن ذهبت لم يلتفت إلى الثاني لإمكان أن يكون سمع بعددها، وقال لا ترجع إليه إذا لم يعرف وصفا من صفاتها ولو عرف تسعة أعشار صفاتها.

قوله: (ويخير صاحبها)^(١). هذا بناء^(٢) أن قوله: «فشأنك بها»، إنما هو إذن في التصرف لا تملك، وكذلك قوله: «فاستنفقها» أي بشرط الضمان، ووجهه قوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»^(٣). [١/٢١٥]

قوله: (كانت في رقبته)^(٤). لأنه تعدى في التصرف فيها بخلاف ذلك بعد السنة، لأن الشرع أذن له في تصريفها فكانت دينا في ذمته، إلا أنه لا يثبت كونها لقطة بإقراره إذا نازعه سيده، فإن وافقه أو ثبتت بالبينة لمستحق فحينئذ، وكذلك الصبي.

والعفاص الخرقّة، والوكاء الخيط، وقيل بالعكس^(٥).

قوله: (فاختلف العلماء)^(٦). أي بعضهم يرى أنه تملك، وإذا تمت السنة على قولنا ونوى أن يملكها بشرط الضمان، قيل: يملكها لمجرد البينة فقط، أو لا بد مع البينة من التصرف فيكون نقلها إلى ملكه بالبينة والفعل قولان، فإن قيل: إنه يملكها فتجب زكاتها عليه إن كان له مال آخر كما يزكي المال بيده الذي هو دين عليه إذا كان له عرض سواه.

(١) التهذيب (٣٧٣/٤).

(٢) كذا في المتن، ولعل الصواب: هذا بناء على أن قوله.

(٣) الحديث تقدم تخريجه.

(٤) التهذيب (٣٧٣/٤).

(٥) قال الجبّي في شرح غريب ألفاظ المدونة: «والوكاء للإناء ما يسدّ به فوه، والعفاص ما يربط به من خيط وشبهه» (ص: ١٠٠).

(٦) في التهذيب «فاختلف الناس» (٣٧٤/٤).



قوله: (حيث وجدها)^(١). وإن كانت في صحراء فيكون التعريف في مجمع الطرق ليبلغ الخبر صاحبها، ويقول: من تَلَفَ له شيء! ولا يبين في تعريفه شيئاً من صفاتها، فإن كان هو ممن يتناول ذلك بنفسه، وإلا استناب غيره وتكون أجرته على رب اللقطة.

قوله: (ففيه الخمس)^(١). إن كان الإمام عدلاً وإلا دفعه إلى المساكين، وما أشكل أمره هل هو من مال الكفار أو المسلمين دفعه إلى الإمام، وإن لم يكن عدلاً أمسكه، وبعد السنة يتصدق به على الضمان كالمعدن لاحتمال أن يكون معدناً في البحر.

قوله: (لأنه دفعها بأمر)^(٢). يجوز له لكن يجمع بينهما فإن لم يعرف أخذها اتهم أنه لم يرفعها له إلا أن يرجعها إلى الأول ببينة فيبرأ، وإن استوى شخصان في معرفة صفاتها قسمت بينهما.

قوله: (ما لا يبقى من الطعام)^(٢). إن كان بموضع يباع فيه باعه إن كان له بال وعرف ثمنه وإلا ضمنه.

قوله: (بقربه العمران جداً)^(٣). لقرب مراعي تلك العمارة فيردها إليها بلداً كانت أو عموداً.

قوله: (أكلها)^(٤). إذا لم يجد من يشتريها ولا أمكنه ردها إلى العمارة مخافة أن تموت بالجوع والعطش.

(١) التهذيب (٤/٣٧٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٧٥).

(٣) ليس في التهذيب «جداً» (٤/٣٧٦).

(٤) المصدر نفسه (٤/٣٧٦).



قَوْلُهُ: (هي لك أو لأخيك أو للذئب)^(١). مخصوص بالفلاة، وتسوية أحدهما بالذئب الذي لا ضمان عليه دليل على نفي الضمان فهذا المذهب، ولنا قول ثانٍ: أنه لا يجوز له تملكها، للحديث الآخر: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسٍ منه»^(٢).

وفي الحديث في ضالة الإبل: «مالك ولها، معها سقاؤها وحذاؤها»^(٣)، هذا مخصوص بأرض الحجاز وما مائلها إذ لا سباع فيها، أما في أرض فيها السباع فهي كضالة الغنم والبقر أخذت شيها من النوعين لأن فيه قوة كالإبل ولا يصبر على العطش مثلها، وهو المراد بالسقاء في الحديث.

قَوْلُهُ: (فليفعل بها هكذا)^(٤). أي يخليها ترد الماء وترعى الشجر حتى يأتي ربها يعني إن لم يخف عليها من السباع.

قَوْلُهُ: (حتى يدفع إليه ما أنفق)^(٥). لأن ذلك جناية في رقابها فإن شاء ربها افتكها أو أسلمها، وليس له زيادة عليها لأنه إنما أنفق على عين ذلك لا على ذمته ربها إذ لم يأذن له في ذلك.

قَوْلُهُ: (كالأجنبي)^(٥). أي يأخذ ما أنفق عليه من سيده أو يسلم إليه رقبته.

قَوْلُهُ: (ولم يذكر خارج المصر أو داخله)^(٥). هذا تحفظ في النقل، وأراد

(١) التهذيب (٣٧٦/٤).

(٢) الحديث تقدم تخريجه.

(٣) الحديث أخرجه مالك في الموطأ، وفيه، قال: «فضالة الإبل: قال: مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها». كتاب الأقضية، باب القضاء في اللقطة. والبخاري في كتاب المساقاة، باب شرب الناس والدواب من الأنهار. ومسلم في أول كتاب اللقطة.

(٤) التهذيب (٣٧٦/٤).

(٥) المصدر نفسه (٣٧٧/٤).



أن له في داخل المصير أحدا ما على إمساكه .

قوله: (فلا جعل له)^(١) . لأن ظاهر أمره أنه تبرع بذلك .

قوله: (فهو لربه)^(٢) . هذا وإن كان ربه قد تركه رغبة عنه لعدم قدرته في الحال عليه ، وقيل: يكون لمن وجدته لأن ربه قد تركه .

قوله: (فليس لربها أن يفسخ البيع)^(٢) . لأنه بيع صحيح بإذن الشرع . [٢١٥/ب]

قوله: (لم يضمن)^(٢) . لأنه أمين .

قوله: (أخذتها لتذهب بها)^(٢) . يريد بذلك التزام الضمان له فيصدق الملتقط ، لأن الأصل عدم التعدي .

قوله: (ضمنها)^(٢) . لأنه قد التزم حفظها .

قوله: (فيذهب ما في الحانوت)^(٣) . فالسارق الأول يقطع ويضمن ما أخذ الثاني . ولا قطع على الثاني لأنه لم يأخذ من حرز لأنه صار يفتح بابه كالزقاق . ولكن يرجع الأول على الثاني لأنه ضامن أيضا ويضمن الثاني موسرا كان أو عديما لانتفاء القطع .

قوله: (فيها أهلها لم يضمن)^(٣) . لأن أهلها هم المفرطون .

قوله: (ولو كان فيها ربها نائما)^(٣) . لأنه أيضا مفرط . وقال أشهب: بل يضمن هنا لأن ربها إنما نام مستندا إلى أن الباب مغلق فليس بمفرط .

قوله: (فذهب الطير ضمن)^(٣) . لا يجوز بيع الطير بشرط تغريد والجارية

(١) التهذيب (٤/٣٧٧) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٧٨) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٧٩) .

بشرط الغناء ولكن لا يتعرض لذكر ذلك في بيعهما حتى يصح البيع فيضمن هنا قيمة طائر دون صفة.

قوله: (فله أخذها)^(١). لأن المتصدق تصدق بما ليس له.

قوله: (فليس له تضمينهم)^(١). لكن يضمن الملتقط لأنه على شرط الضمان تصدق، ولا يجوز له أن يهب ذلك ولكن لو اشترى شيئاً فهو هبة ثم استحق، فإن كان مليئاً ضمن وصحت الهبة، وإن كان معسراً ضمن المباشر إن أتلّفها لأنه لم يؤذن له في ذلك بخلاف اللقطة بعد السنة تصرفه فيها صحيح وإن كانا معسرين ضمن أولها يسيراً.

قوله: (وأثبت شاهداً حلف معه)^(٢). هذا يرجع له ولا يستأنى بها، ولا [تا]^(٣) تؤخذ منه إلا أن يأتي من يدعيها بأثبت من ذلك لأنه استحقها بوجه مستقل. وأما إذا لم يكن له شاهد فلا يدفع له إلا بعد الاستيلاء وإن جاء غيره قلعت منه.

قوله: (ولا يستحلف مع شاهدين)^(٤). لأنه لا حاجة إلى اليمين.

قوله: (فإن صدقه العبد دفع له)^(٤). ولو قال هو لفلان فإن كذبه السيّد لم يلتفت إلى قوله، لأن حوز العبد حوز للسيّد وإن صدقه فإن كان نظر في أمره وإن كان غائباً فإن كان قريباً كتب إليه وإن كان غائباً في موضع بعيد وقفت له.

قوله: (لم يقبل قوله)^(٥). لأن إباقه مكذب له إذ المعتقد لا يابق ولأنه يتهم

(١) التهذيب (٣٨٠/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣٨١/٤).

(٣) كذا في المتن.

(٤) التهذيب (٣٨١/٤).

(٥) المصدر نفسه (٣٨٢/٤).

أن يريد نقض البيع .

قوله: (لأنه لو باعه هو نفسه)^(١). ليست هذه كالأولى لأن السيد اعترف ببيعه بعد عتقه فلم يلتفت قوله .

قوله: (فإنها ترد إليه إن لم يتهم)^(١). الفرق أن استحقاق الولد قاطع لكل تهمة ، وإذا لم يتهم يميل إليها بحبسها صدق ونقض البيع ، هذا مع قيام الولد وإن لم يكن ولد ضعف .

قوله: (فقال: ترد عليه إن لم يتهم)^(٢). وقيل: لا ترد عليه البتة .

قوله: (يجوز لسيد الآبق عتقه)^(٣). لأن هذا إخراج مال فيجوز في الغرر والمجهول .

قوله: (ولا يجوز بيعه)^(٣). للغرر ، إلا أن يكون موضعه معلوما فيجوز بيعه على الصفة كبيع الغائب ولا ينقد الثمن .

قوله: (أقيم عليه الحد)^(٣). أي في حال توقيفه ويقطع في السرقة بإقراره ، لأنه لا يتهم على ذلك ويكون ذلك المال لسيد عندنا لأن يده كيد سيده ، وقال أبو حنيفة: للمسروق منه ، لأن القطع فرع عن كون المال لذلك الأجنبي . وللشافعي القولان .

قوله: (فليقبل كتاب القاضي)^(٤). ولنا قول ثان: أنه لا يدفع إليه العبد بمجرد اتفاق الوصفين ، لأنه قد تتفق الصفات ، حتى يشهد على عينه أنه الذي هرب له .

(١) التهذيب (٤/٣٨٢) .

(٢) في التهذيب «قال: أرى أن يصدق وترد إن لم يتهم فيها» (٤/٣٨٢) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٨٢) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٣٨٣) .



قَوْلُهُ: (أحري أن يدفع إليه)^(١). لأنه أتى بشهود أن ذلك الموصوف له، وفي اللقطة ليس له إلا كونه يعرف صفاتها ويدفع له بغير يمين على المذهب، وعلى قول أشهب لا بد من يمينه [١/٢١٦] أنها له.

قَوْلُهُ: (ويتلوم)^(١). لا بد من التلوم، ومن أن يضمن ذلك إذا لم يكن له إلا معرفة صفته، أما لو جاء بشاهد وحلف معه فهذا لا يتلوم فيه ولا يضمن لأنه استحقه بوجه شرعي.

قَوْلُهُ: (إلا أن يقر أنه عبد لفلان)^(١). فإن كان بموضع قريب كتب إليه وإلا دفعه لهذا وضمنه إياه.

قَوْلُهُ: (فله وضع قيمتها)^(٢). قال ابن عبد الحكم: لا تدفع له لأنها قد ثبت لهذا المعرف ملكا بوجه لا مطعن لهذا المدعي فيه، إذ لا يمكنه أن يخرج هؤلاء العدول بها إلى البلد، ودفعها إليه إضرار بهذا المالك لا يجوز، ووجه المذهب الجمع بين المصالح وقيمتها تقوم مقامها.

قَوْلُهُ: (ويطبع في عنقها)^(٢). أي يجعل فيه خشبة فيها صورة طابعه، ويوجه معها شهودا يعرفون القاضي أن هذا طابعه كما يجعل على الكتاب طابعه في شمع ومعه شاهدان يعرفان القاضي أن هذا كتابه وطابعه.

قَوْلُهُ: (فإن تلفت الدابة في ذهابه أو مجيئه فهي من الذاهب بها)^(٢). وهذه فائدة توقيف القيمة، لأنه إنما أخذ الدابة لتكون في ضمانه لعله يستخرج الثمن الذي دفع فيها إلى أن يردّها فتخرج من ضمانه فإن تلفت الدابة وتلفت القيمة التي وقفها معا، فأما الدابة فتكون من الذاهب بها وأما القيمة، فقليل: ينظر إلى ما

(١) التهذيب (٣٨٣/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣٨٤/٤).

يؤول إليه الأمر فإن جاء بالدابة كانت القيمة منه وإن لم يجرى بها كانت من المعترف لأنها كانت بمنزلة الثمن عنده ، وهذا كالثمن الموقف في المواضعة تلف فينظر : فإن خرجت المواضعة تبين أنه من البائع ، وإلا تبين أنه من المشتري وقيل : بل ذلك الموقف ومن فيها لا قيمة لها فهو على ضمان ربه الذي أخذ الدابة ، فعليه غرم قيمتها ثانيا للمعترف .

قوله : (فإن كان أمينا دفعت إليه)^(١) . ولا بد مع ذلك من أن يكون له أهل ؛ لأنه لا يجوز له أن يخلوا بها .

قوله : (هل يكلف الذي جاء بالبغل)^(١) . أي بالدابة المذكورة يعني أن الحكم بالصفة جائز ، وعلى القول بأنه لا يحكم على الصفة بل بالتعيين لا بد ممن يشهد على عينها .

قوله : (فعدل المعدلين آخرون)^(٢) . أي لا تقبل العدالة على العدالة إلا إذا كان الذي عدلوا أولا غرباء ، فإنهم لا يهتمون وكذلك لو كانوا نساء لأن غالب النساء لا يعرفوا ، وأما البلديون إذا لم يعرفهم أحد من أهل العدالة فيهتمون لأن غالب الناس خلاف ذلك ، وكذلك لو عدل البلدين قوم غرباء فهذه تهمة ألا يعرفهم عدل من أهل بلدهم .

قوله : (ويحبس على ربه سنة)^(٣) . هذا إذا كان له من ينفق عليه وإلا فالنظر بيعه ويوقف ثمنه .

قوله : (فأحب إلي أن يأخذه)^(٣) . بخلاف اللقطة يجب عليه أن يأخذها إذا

(١) التهذيب (٤/٣٨٤) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٨٤ - ٣٨٥) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٨٥) .

عرف صاحبها لأنه لا مؤنة فيها والآبق قد يهرب منه .

قَوْلُهُ: (إِنْ لَمْ يَخَفْ ظَلَمَهُ)^(١) . بَأَنْ يَأْخُذَ لِنَفْسِهِ فَيَنْبَغِي لَكَ حِينَئِذٍ أَنْ تَدْفَعَهُ
لِهَذَا الْمَعْرِفِ وَتَضُمَّهُ إِيَّاهُ بَعْدَ الْإِسْتِيْنَاءِ .

قَوْلُهُ: (ضَمَنَهُ لِرَبِّهِ)^(١) . لِأَنَّ مَنَافِعَهُ لَهُ وَكَذَلِكَ أَجْرَتُهُ إِنْ لَمْ يَعْطَبْ هَذَا
الضَّمَانُ يَكُونُ إِذَا عَطِبَ فِي عَمَلٍ يَعْطَبُ فِي مِثْلِهِ .

قَوْلُهُ: (وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ عَبْدٌ)^(١) . رَجَعَ هُنَا عَلَى الْمُبَاشَرِ لِلِإِتْلَافِ بِخِلَافِ
الْغَاصِبِ يَسْتَأْجِرُ الْعَبْدَ مِنْ شَخْصٍ فَيَعْمَلُ عِنْدَهُ وَيَعْطَبُ فِي عَمَلِهِ ؛ فَيَرْجِعُ رَبُّهُ
عَلَى الْغَاصِبِ لَا عَلَى الْمُبَاشَرِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُبَاشَرُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ لَا عِلْمَ لَهُ .

وَالْفَرْقُ أَنَّهُ فِي الْغَاصِبِ مَعْنَا مُسَبَّبٌ يَرْجِعُ إِلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى
لَيْسَ فِيهَا إِلَّا الْمُبَاشَرُ ، لِأَنَّ الْعَبْدَ الَّذِي غَرَّهُ لَا يَصِحُّ لِسَيِّدِهِ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ وَلَوْ صَدَقَهُ
الْغَاصِبُ وَلَمْ يَعْطَبْ فَلَا أَجْرَةَ عَلَيْهِ ، لِأَنَّ الْخَرَجَ بِالضَّمَانِ [٢١٦/ب] وَإِنْ أَجْرَهُ مِنْ
غَيْرِهِ أَخْرَجَتْ الْأَجْرَةَ مِنْهُ عَلَى الْمَذْهَبِ .

قَوْلُهُ: (إِنَّمَا يَضْمَنُهَا)^(٢) . لِأَنَّهُ بَاشَرَ التَّلَفَ بِخِلَافِ مَا لَوْ تَلَفَ عِنْدَهُ بِأَمْرٍ مِنْ
اللَّهِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ وَيُرْجَعُ عَلَيْهِ الثَّمَنُ .

قَوْلُهُ: (لَمْ يَكُنْ فُسْخًا لِكِتَابَتِهِ إِلَّا بَعْدَ حُلُولِ النُّجُومِ)^(٣) . أَيُّ إِذَا حُلَّ نَجْمٌ مِنْ
الْكِتَابَةِ أَوْ نَجُومٌ ، وَيَتْلُومُ عَلَيْهِ وَلَمْ يَأْتْ فَيُفْسَخِ الْكِتَابَةُ وَيَعْجُزُ فَإِنْ وَجَدَهُ صَارَ عَبْدًا .

قَوْلُهُ: (أَوْ يَعْلَمُ ذَلِكَ بَعْدَ الْعَتَقِ)^(٤) . فَإِنْ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا بَعْدَ ذَلِكَ فَيَحْمِلُ عَلَى

(١) التهذيب (٣٨٥/٤) .

(٢) فِي التَّهْذِيبِ «إِنَّهُ يَضْمَنُهَا» (٣٨٥/٤) .

(٣) فِي التَّهْذِيبِ «حُلُولُ النُّجُومِ» (٣٨٦/٤) .

(٤) فِي بَعْضِ نَسَخِ التَّهْذِيبِ «أَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ إِلَّا بَعْدَ الْعَتَقِ» (٣٨٦/٤) .

أنه حدث بعد العتق لأن الأصل السلامة ، كما أنه لو كان يعلم به عيباً فالأصل استمراره ثم زال . وقال ابن حبيب: لا يجزيه حتى يعلم عند العتق أنه سليم .

قوله: (ولا يجوز النقد فيه)^(١) . لأنه غرر فيكون تارة بيعاً وتارة سلفاً .

قوله: (لم يضمنه المرتهن)^(١) . لأنه مما لا يغاب عليه ، ولذلك صدق في إبقائه فكان على حقه أي من الرهن .

قوله: (إلا أن يعلم المرتهن بكونه بيد الراهن)^(١) . أي قد وجده وسكت على بقائه عنده حتى أفلس فيبطل اختصاصه .

قوله: (لم يأخذه منه ربه إلا بالثمن)^(٢) . لأن الكفار قد ملكوه فإن باعه من غيره لم يكن لسيدته أخذه بالثمن بل بيع الأول له فات به ، وإنما له ما يزيد في ثمنه الذي اشتراه به أولاً ، بخلاف العبد في المغانم يباع ثانياً وثالثاً فهذا السيد أبداً يأخذه بالثمن الذي اشترى به .

والفرق أنه أخذ من الكفار قهراً فضعفت شبهة ملكهم ، والأول أخذه منهم اختياراً بالثمن فقويت شبهتهم ، وأما في المغانم إذا تداولته البياعات فهل يأخذه بما اشترى به أولاً في المغانم أو بأي بيع شاء كالشُّفْعَة ؟ قولان: فالمذهب أنه يأخذه من يد من كان عنده بالثمن الأول ويتراجع بعضهم على بعض .

والفرق بين هذا والشُّفْعَة: أن سبب الاستشفاع موجود في كل واحد لأنه شريك له ، وسبب الأخذ هنا إنما هو كونه مشتري في المغانم ، وهذا إنما يوجد في الأول ، ووجه القول الثاني أنه كما كان له أخذه بالثمن مطلقاً أشبه الشُّفْعَة .

(١) التهذيب (٣٨٦/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٨٧/٤) .

قَوْلُهُ: (وكذلك عبيد أهل الذمة)^(١). لا فَرْقَ لَأَن الذَّمِّيَّ معصوم المال كالمسلم.

قَوْلُهُ: (رد إلى جزيته)^(١). فَإِن بيع في المقاسم فلا يخلو أن يكون جاهلاً أو لبيبا، فَإِن كان جاهلاً لم يرجع عليه مشتريه بشر من الثمن وكانت مصيبة نزلت به. وإن كان لبيبا فهل يرجع عليه بالثمن أو لا؟ قولان، بناء على أن الغرور بالقول يوجب الضمان أولا، لأن السكوت يجري مجرى القول في مواطن هذا منها.

والمذهب في الغرور بالقول أنه لا يضمن، وفي الفعل قولان: المذهب أنه يضمن، ونظيره لو قال حُرٌّ لشخصٍ: بعني وخذ ثمني، فباعه وقبض ثمنه، ثم تبين أنه حر؛ قيل: يغرم الثمن لمشتريه لأنه غره بالسكوت، أو لا يرجع به إلا على الذي قبضه منه قولان.

قَوْلُهُ: (وإن فات العبد بعث)^(١). أي في صورتين إذا بيع في المغانم أو في دار الحرب، اعتقه الذي اشتراه في الموضعين أو دبره أو استولدها، فإنه يفوت بذلك كله لقوة الشبهة في الموضعين هذا المذهب، وقال أشهب: لا يفوت في الاستيلاء بل يكون كالاستحقاق سواء.

قَوْلُهُ: (بخلاف من ابتاع عبدا في سوق المسلمين)^(١). لأنه لا شبهة له في هذا بدليل أن المستحق يأخذه بغير ثمن، وفيما تقدم لا يأخذه إلا بالثمن.



(١) التهذيب (٤/٣٨٧).

كتاب حريم الآبار

بعض العلماء يحده بأدرع معلومة ، ويَرَوُونَ في ذلك أحاديث لم تصحَّ عند مَالِك ، والقصد بالحريم ألا يضر بالثاني الأوّل في جرّ مائه إليه ، فيرجع إلى العرف عند مَالِك ، وذلك مختلِفٌ برخاوة الأرض وصلابتها [١/٢١٧] وحجرها ، وسواء كانت البئر أو العين في أرض اشتراها أو ورثها أو أحيّاها فملكها بالإحياء ، أو في أرض مباحة لكنه لما سبق إلى ذلك اختص بما يحتاج إليه من الماء دون غيره وكان الفضل للناس ، وفيه جاء الحديث ، وله منع من يحفر قريبا منها لما ثبت له من الاختصاص .

قوله: (من مناخ الإبل ومرابط المواشي)^(١) . هذا حريم آخر لا بد منه وإن أمن الإضرار بماء البئر فلا بد من حريم بقدر مناخ إبله ومواضع مواشيه على العرف ، وإيرادها واحدة واحدة أو نقل الماء إليها إلى موضع آخر إضرارٌ به لا يجوز .

قوله: (فله منعها ومنع مائها إلا بئمن)^(٢) . أما ما كان في ملكه الذي اشتراه أو ورثه فلا خلاف في المذهب أنه يصح له بيعه وأما ما كان في أرض أحيّاها فكذلك أيضا ، إلا أن في المذهب فيه خلاف ؛ لأن أصله الإباحة ، وذهب بعض العلماء إلى أنه لا يجوز بيع الماء لأن أصله الإباحة ، ورووا حديثا: «النَّاسُ مُشْتَرِكُونَ فِي ثَلَاثَةِ النَّارِ وَالْمَاءِ وَالْكَلَأِ»^(٣) ، وهو عندنا محمول على الصحراء والمباح .

(١) التهذيب (٤/٣٩٠) .

(٢) كذا ، وفي التهذيب «فله منعها وبيع مائها» ، وفي نسخة «ومنح مائها» (٤/٣٩٠) .

(٣) الحديث تقدم تخريجه في كتاب الجعل والإجارة .

قوله: (إلا قوم لا ثمن معهم)^(١). وهل يُتبعون بذلك أو لا؟ قولان، وكذلك في إطعام (..). ثمن عنده لأنه قد وجب عليه أن يدفع ذلك له بلا ثمن له، ووجهُ الثاني أن وجوب الدفع لا يقتضي سقوط الثمن.

قوله: (ولهم جهاد من منعهم)^(١). فإن قتل المانع فدمه هدر، وإن قتل المحتاج ففيه القصاص.

قوله: (فدياتهم على عواقلهم)^(١). أي عواقل المانعين لأن القتل خطأ.

قوله: (والكفارة)^(١). لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ﴾ [النساء: ٩٢]، وهي من مال القاتلين ولو كانوا مائة والهالك واحد.

قوله: (مع وجيع الأدب)^(١). تحبيس كل واحد سنة ويضرب مائة.

قوله: (وأما في القرى والأرض المحوزة)^(٢). أي المباحة لم تملك بشراء ولا إحياء معنى قوله: «يمنع به الكلاء». أي الماشية إنما ترعى في مواضع فيه ماء؛ لأنها إذا رعت احتاجت إلى الماء وإذا كانت عطاشا فلا ترعى فيؤدي منع الماء إلى منع الكلاء الذي هو مباح.

قوله: (فلك منعه)^(٣). لأنه لما زرع على غير ماء فهو الذي عرض زرعه للتلف وإن زرع على ماء فانهارت بئره فخاف على زرعه ريثما يصلح بئره، فتُجبر على أن تدفع له فضل مائك في تلك المدة بغير ثمن، وقيل بثمن، وإن أبطأ في الإصلاح وفرط لم يلزمك ذلك.

(١) التهذيب (٣٩٠/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣٩٠/٤).

(٣) في التهذيب «فلك أن تمنعه» (٣٩١/٤).



قَوْلُهُ: (عن ماء الأعراب)^(١). يعني الذي يسقون إليه في المواضع المباح فيكونون أحق بحاجتهم ويكون ما فضل على أصل الإباحة.

قَوْلُهُ: (وكذلك بئر الماشية)^(١). أي من حفر بئرا في أرض مباحة لماشية فإنها تختص بسقيه بقدر حاجته، وليست كأرض الزرع لأن هذا إحياء فيملك الأرض به.

قَوْلُهُ: (ولا بأس بشراء شُرْبِ يوم)^(١). لأنه معلوم بالعرف.

قَوْلُهُ: (أو شراء أصل شرب يوم)^(٢). أي شراء الماء بما يقابله من أرض البئر أو العين فيكون شريكا في البئر كلها أو العين.

قَوْلُهُ: (ولا شفعة في ذلك)^(٣). للحديث: «لا شُفْعَةٌ فِي طَرِيقٍ وَلَا بَيْرٍ وَلَا مَجَالٍ نَخْلٍ»^(٤)، وإنما تكون الشُّفْعَةُ في ذلك بالتبع للأرض فإذا قسمت الأرض التي فيها البئر فلا شفعة.

قَوْلُهُ: (فباع أحدهم نصيبه من الأرض بغير ماء فلا شفعة في الماء إذا بيع)^(٥). لأنه إنما يكون يشفع بشركته في الأرض وقد باع نصيبه قبل ذلك، كما لا يشفع في الأرض من لا شركة له إلا في بئرها.

قَوْلُهُ: (لم يضرب الأول معهم)^(٦). أي لم يضرب من لا يشارك إلا في الماء من له حظ من الأرض والماء في الشُّفْعَةِ.

(١) التهذيب (٣٩١/٤).

(٢) في المتن «يوما»، والصواب ما أثبتته من التهذيب (٣٩١/٤).

(٣) التهذيب (٣٩١/٤).

(٤) الحديث تقدم.

(٥) في التهذيب «فلا شفعة في ذلك» (٣٩١/٤).

(٦) التهذيب (٣٩٢/٤).



قوله: (وإذا كان لرجل ماء خلف أرضك)^(١). هذه الصورة [٢١٧/ب] تولى الحكم فيها عمر بن الخطاب للضحاك بأن يجري الماء على الأرض، لأنه لا يضره ذلك بل ينتفع به. وعن مالك فيها قولان: المذهب: المنع، خيفة من أن يطول الزمان فيدعي أن الممر له. وقيل: لأنه يؤدي إلى الجهالة لأنه أباح له ذلك بسقي بعض أرضه وذلك مجهول، ووجه الثاني حكم عمر.

قوله: (فأراد أن يجري في أرضك)^(١). هذه أيضا حكم فيها عمر لعبد الرحمن بن عوف على محمد بن مسلمة.

قوله: (بأرضك هذه يزرعها سنة)^(٢). أي بمنافع أرضك، يقبض المنافع شيئا فشيئا فأشبه الدين.

قوله: (فانهارت)^(٢). لنا قولان: هل يجبر الأمي للعمل عليه أو لا يجبر؟ فالمذهب لا يجبر، ولكن يختص الذي أراد الإصلاح بالماء كله حتى ينتصف من الذي أنفق فيرجع الماء كما كان بينهما. وكذلك إذا احتاجت إلى الكسر ليكثر ماؤها. القولان فإن كسر أحدهما على المذهب اختص بالزائد، ولا يلزمهم بذل الفضل منه على حاجتهم لأنهم اشتروه بالنفقة حتى ينصف مما أنفق.

قوله: (ولا شفعة في بئر ماشية)^(٣). وكذلك عينها لما تقدم.

قوله: (ولا يباع)^(٣). لأن أهلها لم يملكوا الأرض، لأنه ليس حفرا لبئر، وإجراء الماء وحده إحياء.

قوله: (ولا بأس ببيع بئر الزرع)^(٣). لأنه ملك الأرض بالإحياء.

(١) التهذيب (٣٩٢/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣٩٣/٤).

(٣) المصدر نفسه (٣٩٤/٤).

قَوْلُهُ: (إِذَا لَمْ يَقْسِمِ الْأَرْضَ)^(١). لتصح التبعية.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ لَمْ يُؤْمِنْ وَصُولَ ذَلِكَ)^(٢). هذا الضابط ، ولو كانت قرينة والهواء ساكن لا ریح فيه ثم تحركت فيه الريح فلا ضمان أيضا لأن ذلك بأمر من الله ، والأصل استصحاب عدم الريح .

قَوْلُهُ: (فَعَلَى عَاقِلَةٍ مَرْسَلِهَا الدِّيَةُ)^(٣). لأنه خطأ وإن لم تكن له عاقلة فبيت المال فلهم منعه ، ويندبون إلى ذلك إذا لم يكن ضرر ولا يلزمهم ، واستدل بهذه المسألة على التي قبلها لأن الجامع تصرف الرجل في غير ملكه .

قَوْلُهُ: (غَدْرَانِ)^(٣). الغدير ما يترك السيل ، والبركة كما لو دخل بحر النيل بأرض ثم خرج وبقيت منه بركة .

قَوْلُهُ: (فَلَا يَمْنَعُ مَنْ يَصِيدُ فِيهَا)^(٤). لأن الأصل في ذلك الحوت الإباحة . وقال سحنون: له أن يمنع منه لأنه قد صار في ملكه وأرضه .

قَوْلُهُ: (وَلَا بَيْعَ سَمَكِهَا)^(٤). لأن ذلك مجهول .

قَوْلُهُ: (لَا بَأْسَ أَنْ تَبِيعَ حَصَّتَكَ مِنَ الزَّرْعِ)^(٥). لأنه معلوم ولا تبعه عامين لأن ذلك لم يوجد بعد وإنما يصح بيعه بعد أن ينبت .



(١) التهذيب (٣٩٤/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٩٥/٤) .

(٣) في التهذيب «غدير» (٣٩٥/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٣٩٥/٤) .

(٥) في التهذيب «ولا بأس أن تبيع خصبا في أرضك» (٣٩٥/٤) .

كتاب إحياء الموات^(١)

أصله: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»^(٢)، فحصل ذلك بسبب الملك . وذهب بعض العلماء إلى أن ذلك في جميع الأرض المباحة ما قرب منها من العمران وما بَعُدَ، لعموم الحديث .

ومالك يخص ذلك بما بعد من العمران ، لأن ما قرب يتشاح فيه الناس فلا بد فيه من إذن الإمام ، وهل ذلك عام في جميع الناس ؟ فالمذهب عمومته في المسلم والذمي لقوله: «من أحيا» ، وهو عام .

وقيل : لا يكون ذلك للذمي إلا فيما بَعُدَ جدا من العمران ؛ لأن ما قرب منه فيء للمسلمين ، والفيء لا يشارك فيه الكفار .

قوله : (والإحياء شق العيون وحفر الآبار)^(٣) . وهذا كله لا يكون إحياء حتى يقرن به زرع أو غرس أو بنيان فإن اقتصر على ذلك استؤني به ، وقيل له بعد ذلك إما أن تحيي أو تتركه فترك .

قوله : (إلا بعطية من الإمام)^(٤) . هذا سبب ثانٍ للملك وهو الإقطاع لمن شاء ، إلا أن هذا عندنا تملك به إلى الأبد كالاتياع والميراث .

(١) لم يجعله في التهذيب كتابا مستقلا ، بل ضمه إلى كتاب حريم الآبار المتقدم . انظر التهذيب (٣٩٦/٤) .

(٢) الحديث رواه مالك في الموطأ كتاب الأقضية ، باب القضاء في عمارة الموات مرسلا عن هشام بن عروة ، والترمذي في سننه كتاب الأحكام باب ما جاء في إحياء الأرض الموات ، وقال هذا حديث حسن صحيح . ورواه أبو داود في سننه ، كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب في إحياء الموات .
(٣) التهذيب (٣٩٦/٤) .

(٤) في التهذيب «إلا بقطية» (٣٩٦/٤) .

قَوْلُهُ: (الذي يحجر الأرض)^(١). هذا التحجير لا يملك به ، وهو أن يعلم عليها من نواحيها بتراب أو غير ذلك ، فروي في ذلك أثر أنه يترك ثلاث سنين فإن أحيائها ، وإلا كانت لمن أحيائها بعده ، وليس العمل على تركه ثلاث سنين .

وأما الحمى فهو: ما يمنعه الإمام من المواضع القريبة من العمران لأجل الصدقة [٢١٨/١] أو سلاح الوقف ونحو ذلك ، فإنه يصير بمنعه الناس منه وقفا بذلك إذا لم يضر بالناس ويضيق عليهم^(٢).

قَوْلُهُ: (وعادت كأول مرة)^(٣). هذا مَقِيسٌ على الصيد فإنه يملك بالصيد ، فإذا توحش وصار إلى مثل حاله الأول خرج عن ملك الصائد وكان لمن صاده ثانيا .

وقال سحنون: بل يملكه إلى الأبد ، ويصير بمنزلة مَالِكِهِ بالشراء والإرث ، لقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فهي له»^(٤) ، وهذه لَامُ الْمِلْكِ فلا تخرج عن ملكه بالدثور .

والفَرْقُ بينه وبين الصيد أنه لو اشترى الصيد ثم يؤمن بأنه يخرج عن ملكه ، ويكون لمن صاده ثانيا ، وما يشتريه من غير الصيد لا يخرج عن ملكه البتة اتفاقا .

قَوْلُهُ: (إذا أحيأ في غير أصل كان له)^(٥). أما إذا أحيأ ما كان له بشراء أو إرث فلا يخرج عن ملكه .

قَوْلُهُ: (فرغوا ما حولها أو حفروا بئرا)^(٥). أي أن هذا ليس بإحياء ؛ لأنّ الزرع وحده بمطرٍ نزلَ هناك دون إجراء الماء . وحفرُ البئر ليس بإحياء فلا

(١) التهذيب (٤/٣٩٦) .

(٢) انظر مواهب الجليل (٦/٤) .

(٣) التهذيب (٤/٣٩٦) .

(٤) يريد الحديث المتقدم .

(٥) التهذيب (٤/٣٩٧) .



يختصون برعي ذلك الموضع .

قوله: (فذلك إحياء)^(١) . أي يملكها بذلك وإن لم يغرس فيها ويجوز له بيعها به .

قوله: (ضمن ما عطب)^(١) . لأنه مسبب فإن كان هناك مباشر كان الضمان عليه لا غير ، بخلاف الغاصب يسلط المباشر فيضمن الغاصب لأنه متعدد بوضع يده ، وقيل: يؤخذ المباشر ، وقيل: يخير فيها فلو حفرها بحيث يجوز له كأرض يملكها أو داره فوق وقع فيها رجل فمات لم يضمن شيئاً ، وإنما ذلك إذا حفرها في طريق الناس .

قوله: (منع منه)^(٢) . لأنه لا ضرر ولا ضرار ، وعند الشافعي: لا يمنع لئلا يؤدي إلى منعه من التصرف في ملكه وليس أحدهما بالتصرف في ملكه بأولى من الآخر .

قوله: (ومن رفع بناءه)^(٣) . لا يمنع عند الشافعي من ذلك ولكن يمنع من التطلع فقط ، لأن ذلك تصرف في ملكه .

قوله: (يوقف على سرير)^(٣) . لأنه أقصى ما يستعلى به غالباً . وعند مالك لا يعتبر سرير ولا غيره ، بل إن كانت مرتفعة لا يتطلع منها غالباً جاز ، وهو قوله: لا ينال النظر إليه .

قوله: (وإن رفع بناءه)^(٣) . لم يمنع ، ويقال لجاره: ارفع أنت أيضاً . وأطلق مالك هذا فقال: له أن يُعلي بناءه ولم يفصل بين المسلم والذمي ، ولا يوجد في

(١) التهذيب (٤/ ٣٩٧) .

(٢) في التهذيب «منع من ذلك» (٤/ ٣٩٨) .

(٣) المصدر نفسه (٤/ ٣٩٨) .

المَذْهَبُ نص في منع الذَّمِّي رفع بنائه على المسلم.

وفي مذهب الشَّافِعِي ثلاثة أقوال: أحدها: الجواز ، والثاني: المنع لما فيه من استعلاء الكافر على المسلم ، والثالث التفصيل: فإن كان مبنياً جاز ، وإن كان أراد أن يحدث ذلك لم يجز.

قَوْلُهُ: (فعليه كراء ذلك)^(١). هذا المَذْهَبُ التفريق بين الحيوان وغيره ، لما يلزمه على الحيوان من النفقة فيكون له خراجه بالضمان.

قَوْلُهُ: (فإن أمره بذلك)^(١). هذا مشكل لأنَّ يدَ الوكيل يدُ موكله ، فينبغي على ذلك أن يبطل الرهن به ، لكن ألغى هذا للضرورة.

قَوْلُهُ: (فإن كان دينه من قرض)^(٢). يعني أن ما يقتضي من الكراء يختلف بالقلة والكثرة ، فيصير مجهول القدر ، فلم يجز أن يكون في العقد لأنه يؤدي إلى الجهل بالثمن ، فإن كان في قرض أو بعد أن أبرم البيع صحَّ الرهن لسلامته من ذلك المحذور.

وقَوْلُهُ: (وإن أذن له أن يسقي بها زرعه)^(٢). خرجت من الرهن ، خلافاً للشافعي إنما اشترط القبض حالة العقد ويجوز له بعد ذلك أن يرده إلى الراهن ، لأن القبض قد حصل فلا يضر عدم دوامه ، ومالك يشترط دوام القبض لأنه صفة للرهن لازمة ، لقوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ، فمهما تخلَّف هذا الوصف بطل الرهن.



(١) التهذيب (٣٩٩/٤).

(٢) المصدر نفسه (٤٠٠/٤).

كتاب الحبس

وهو توقيف منفعة العين ينتفع بها الغير إلى أن تذهب العين . [٢١٨/ب]

وأصله قَوْلُهُ ﷺ لأبي طلحة الأنصاري: «اجْعَلْهَا فِي الْأَقْرَبِينَ»^(١)، وعملُ الصحابة والسلف بعدهم .

ومنع ذلك أبو حنيفة^(٢) لأن فيه ملكا لا مَالِكَ له إلا أن يحكم بصحته حاكم فيلزم بحكمه ، لأن الحاكم إذا حكم بما فيه اختلاف بين العلماء لَزِمَ ، وهو في المَذْهَبِ عَلَى ملك المحبَس ولذلك أوجب الزكاة فيه ، وفي مذهب الشافعي ثلاثة أقوال: عَلَى ملك المحبس ، أو المحبس عليه ، أو انتقل إلى الله سبحانه .

واعلم أن لفظ الوقف نصٌّ في التأييد ، وهو في المنافع ، ولفظ الحبس ظاهر في ذلك ويحتمل العمرى إن كان عَلَى مُعَيَّنِينَ ، وفيه في المعين قولان: هل يرجع عند انقراضهم إلى ملك المحبس ، فلا بد من شرط القبول والحوز لأنه هبة ، ويجوز في المجهول عندنا كالْوَصِيَّةِ ، خلافا للشافعي وأبي حنيفة ، أو يبقى حبسا عَلَى قرابة المحبس فلا يحتاج إلى قبول ولا حوز؟

وإذا قلنا بالقبول فهل هو شرط في صحة الاحتياط فقط ، فإذا لم تقبل الطبقة الأولى بطل اختصاصهم وبقي لمن بعدهم لأنه لا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل ، أو في كونه حبسا فإذا لم يقبلوا بطل الحبس ورجع إلى ملك المحبس؟

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الوصايا ، باب إذا أوقف أو أوصى لأقاربه ومن الأقارب ، عن أنس ، ولفظه: قال النبي ﷺ لأبي طلحة: «أرى أن تجعلها في الأقربين» ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار ، كتاب الوصايا ، الوصية للقرابة .

(٢) انظر المقدمات الممهدة (٢/٤١٤) .

ولفظ الصدقة يقتضي تملك العين فيكون غير حبس ويحتمل الوقف فإن نواه صح ، ومتى انقضت الطبقة المتقدمة فهل ينقل عن التي بعدها عن المحبس الأول أو عن الطبقة المنقرضة؟ وفائدة ذلك لو ثبت الحبس بشاهد وأيمان المحبس عليهم: فعلى الأول لابد لكل طبقة من الأيمان ، وعلى الثاني لا يمين عليهم .

قوله: (فذلك في الغزو)^(١). لأن السبيل أكثر ما يستعمل في ذلك ، فعند الإطلاق يحمل عليه لا تقترن به قرينة تصرفه ، مثل أن يكون ببلد لا غزو فيه كمكة والمدينة .

والمواحيـز: جمع مَاحُوز وهي الثغور . ومن استوطن ثغرا فليس بم رابط ، بل الثواب في ذلك لمن لا غرض له فيه إلا قصد الجهاد سوى الاستيطان وإن كثرت إقامته .

قوله: (ولم ير جدّة من ذلك)^(١). لأنها ليس بثغر ولم ينزل بها عدو بعد النبي ﷺ إلا مرتين: التي ذكر في الكتاب ، وفي أيام صلاح الدين .

قوله: (يجوز النفع به)^(٢). أي يتنفع به انتفاع مثله .

قوله: (بيع)^(٣). لئلا تذهب عينه ويشتري بثمنه ما هو من نوعه إن بلغ أو تقاربه فيما هو من نوعه ، بخلاف الرباع فإن أعيانها لا تذهب ، ولو أن يجيء من يصلحها بالبناء .

قوله: (لا يباع)^(٣). لأنه مخالف لغرض الميت في هذه الأعيان .

(١) التهذيب (٤/٣١٩) .

(٢) ليس في التهذيب ، لعل المراد قول ربيعة «كل ما جعل حبسا أو حبسا صدقة ، فذلك يصرف في مواضع الصدقة على نحو النفع به» (٤/٣٢٠) .

(٣) التهذيب (٤/٣٢١) .

قوله: (خلاف هذا)^(١). أي تباع ، لأن ذلك أصلح من بقائها عاطلة لا منفعة فيها.

قوله: (ولم يجعل لها مرجعا)^(١). أي بعد ذلك فهي موقوفة هذا أحد القولين.

قوله: (يوم المرجع)^(١). أي يُقَدَّرُ كأنه الآن مات عنها.

قوله: (فإنها لا ترجع ملكا)^(٢). أي تبقى حبسا على ما يأتي من المجهولين لا ترجع على قرابة المحبس لأنه لم يجعل لها حدا.

قوله: (فهو تعجيز)^(٣). هذا القول الثاني.

قوله: (إذا قال في المعينين حبساً صدقة)^(٤). أي لفظ الصدقة قرينة تقضي بإخراجها عن ملكه وجهته فلا ترجع إلى جهته بالملك كقوله لا تباع.

قوله: (بقدر مرافقهم)^(٤). أي بقدر حاجتهم وما يحمل منهم يقسم ذلك بينهم.

قوله: (لولاته دون ولاية من ضم مع ولده)^(٤). لأن هؤلاء أجنب فليس لولاتهم شيء بعد انقراضهم.

قوله: (ذكورهم وأناثهم)^(٥). أي بالسواء لأن الولد يقع على النوعين.

قوله: (ولده أحق من أبنائهم)^(٦). لأنهم في الرتبة الأولى وأقرب إلى

(١) التهذيب (٣٢٢/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣٢٣/٤).

(٣) كذا في المتن ، وفي التهذيب «فهو تعمير» (٣٢٣/٤).

(٤) التهذيب (٣٢٥/٤).

(٥) في التهذيب «ذكرهم وإنثاهم» (٣٢٥/٤).

(٦) المصدر نفسه (٣٢٥/٤).



المحبس ، وقيل : هم سواء لأن الواو تقتضي التشريك [١/٢١٩] والجمع .

قوله : (فإن كان فضل)^(١) . مثل أن يفضل من المساكين بعضها لا حاجة للأولاد (.) إلى ولد الولد .

قوله : (ومن حبس في مرضه داراً على ولده وولد ولده)^(٢) . فحبسه في المرض على من يرثه لا يجوز ، لأنه إنما يجوز للرجل أن يتصرف في ثلثه بإخراجه عن الورثة إما بمنعهم من التصرف فيه وتركه لهم فلا يجوز لكنه خلط من يجوز له ذلك مع من لا يجوز له فلم يمكن إبطال الوصية محافظة على الوصية بذلك لولد الولد ، فيقسم على عددهم فما صار لولد الولد كان عليهم حبسا ، وما صار للأعيان وهو الأولاد سماهم بذلك لتعيينهم بقرب المرتبة ، فيدخل فيه سائر ورثة المحبس بطريق الإرث ، لأن المحبس أراد أن يمنعهم بما لا يجوز له فيكون ما صار لولد الأعيان بين جميع ورثة المحبس على فرائضهم منه ، ويبقى ذلك موقوفا بأيديهم حتى ينقرض الولد الأعيان وهم الطبقة الأولى ، ويرجع الحبس كله إلى ولد الولد ، فإن ماتت الأم والزوجة كان ما بأيديهما لورثتهما موقوفا بأيديهم ، لأن الذي صار لهما إنما كان بطريق الإرث فهو حق صحيح لها ، ومن مات على حق فهو لورثته .

وكذلك يورث ذلك عن ورثتهما ما بقي أحد من ولد الأعيان ، فإذا مات أحد من ولد الأعيان قسم ما صار له بالحبس على باقي ولد الأعيان وولد الولد على عدد الرؤوس ، لأن الميراث في الحبس إنما يكون أبدا على المحبس الأول ، فيقدر كأن المحبس مات الآن عن ابن وابن ابن مثلا فيكون الحبس بينهما ، كما كان للابن دخلت زوجة الميت وأمه بحق الميراث من المحبس ،

(١) التهذيب (٣٢٥/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٢٦/٤) .



كما فعلنا أولاً دفعا لما قصد المحبس من اختصاص بعض الورثة بذلك ، ومعاملة له بنقيض مقصوده ، فما صار لهما يضم إلى ما كان لها من ذلك ، وما بقي من نصيب الابن من ذلك فيضم إلى ما كان له أولاً ، ثم يقسم بين ولد الأعيان الحي والميت كما وقع للميت فهو الذي يقع لورثته ، فيكون لهم بالميراث عنه موقوفا بأيديهم إلى أن ينقرض ولد الأعيان .

ومن مات من ورثته فلورثتهم لأنه حق لهم بالإرث ماتوا عنه ، وإنما قدر الميت من الأعيان كأنه حي لأنه عند كل إرث في الحبس يقدر رجوع ذلك إلى المحبس فكأنه مات الآن .

قوله: (لم يجز ، وهو كراء مجهول)^(١) . فإن اطلع على ذلك ابتداء أمر بأن لا يفعله ، وإن أوقعه مضى لأن الحبس كالصدقة يراد بها وجه الله ولا رجوع فيها ، ويبطل الشرط الفاسد ويرد الحبس مثل البيع الفاسد ، وما أنفق فيه من ماله لم يرجع به عليه بل يأخذه من غلته إن شاء .

قوله: (ويشترط على المحبس عليه حبسه سنة)^(١) . أي لا يمضي حكم الحبس فيه إلا بعد سنة ، ولكن يبقى عند المحبس إلى آخرها .

قوله: (بغير قيمة)^(٢) . ظاهره أنه حبس عليه ، لأنه لو كان بيعاً أو كراء كان فاسداً فكان يرد إن لم يفت ويرجع بما أنفق ، وإن فات بحوالة سوق فما فوقه فعليه قيمته ، وفي البيع له الخراج بالضمان ، وفي الكراء يلزمه أجره المثل .

وقال أشهب: بل هي هبة بلفظ الحبس ، فيملكه قبل السنة ولا يرجع بالنفقة لأنه ملكه .

(١) التهذيب (٤/٣٢٨) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٢٩) .

قَوْلُهُ: (فلا خير فيه)^(١). لأنه بيع فاسد إذ منعه التصرف فيه بخلاف شرط العتق هذا يصح لتشوف الشرع إليه، والتدبير ليس عتقا ناجزا، وقد يطرأ دين يبطله وقد فات بالتدبير من المبتاع فيلزمه الأكثر من القيمة أو الثمن، كذا قال في البيوع: إذا باع منه عبدا ليدبره فدبره لزمه الأكثر من [٢١٩/ب] القيمة أو الثمن، فعلى هذا يجمل قَوْلُهُ بتمام الثمن إن كان يقضي شيئا من الثمن، أي إن كانت القيمة أكثر.

قَوْلُهُ: (أن يخرج البنات من تحبسه)^(٢). فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: لا يجوز ابتداء فإن وقع صح، لأن ذلك في ماله وهو صحيح غير مريض.

والثاني: لا يجوز مطلقا، لأن في ذلك إدخال الشحناء بين القرابات.

والثالث: بخير، فإما أدخل من الحبس وإلا بطل.

قَوْلُهُ: (لا يخرج أحد لأحد)^(٣). لأنه مباح للجميع فمن سبق منهم كان له ولا يلزمه كراء لمن لم يجد فيه سكنا.

قَوْلُهُ: (إلا أن يكون بيده فضل مسكن)^(٤). لا يحتاجه فيرجعه لغيره.

قَوْلُهُ: (إن تساووا في الحال)^(٥). أي يقدم أهل الحاجة.

قَوْلُهُ: (ما داموا صغارا)^(٥). لأن مؤنتهم على آبائهم وسكناهم معهم، فإذا

(١) التهذيب (٤/٣٢٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٣٠).

(٣) في التهذيب «ولا يخرج من الحبس أحد لأحد» (٤/٣٣١).

(٤) المصدر نفسه (٤/٣٣١).

(٥) المصدر نفسه (٤/٣٣٢).



أعطى الأب بقدر ما يمون من الزوجة وإلا لم يخصصوا بشيء.

قوله: (فلا شيء لورثته فيه)^(١). لأن جعله في الحبس قرينة تدل أنه أراد به الحبس، إلا أن يشهد بأنه ملك له. وقيل عكسه: هو له إلا أن يشهد بأنه قصد به الحبس، لأن الأصل بقاء ملكه. وقيل إن كان يسيرا فهو حبس والكثير له.

قوله: (من الميازيب)^(١). أي مجاري الماء، ويعني بالستر ما يبنى للستر.

قوله: (لأنها وصية)^(٢). أي لا تحتاج إلى قبض، وكذلك الصدقة والحبس في المرض لأنها تجب من الثلث، بخلاف ما يفعله من ذلك في صحته لا بد في كماله من القبض إلا أن ما يفعله في مرضه كهذا فهو كالوصية في أنه من الثلث، ويفارقها في أنه لا يجوز له تغييره وإذا صح صار من رأس ماله، ولو قال: إذا مت فهذا حبس أو اجعلوه في كذا، كان وصية يجوز له الرجوع فيها.

قوله: (لأن هذا غير وصية)^(٢). أي لا بد فيه في صحته من الحوز، وقد حبس الأعيان ولم يخرج إلا الغلة بخلاف السلاح كان يخرج أعيانها فلذلك صحت.

قوله: (أو يوصي بإنفاذه في مرضه)^(٢). هذه هي الوصية الأولى.

قوله: (حتى مرض)^(٣). لأن فعل المرض لا يدخل على الصحة فيبطل لتعلق حق الورثة بالمال كتعلق الدين. وقال أشهب: إذا قبض في المرض صار كأنه وهبه ذلك في مرضه فيخرج من ثلثه وذلك أقل أحواله، وأما البطلان فلا وجه له.

قوله: (وإن وليه الأب)^(٤). لأنه الذي يقبض لولده فإذا أشهد على ذلك

(١) التهذيب (٣٣٢/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣٣٣/٤).

(٣) كذا في التهذيب، وفي بعض نسخه «حتى مات» (٣٣٣/٤).

(٤) المصدر نفسه (٣٣٤/٤).

صح ولزمه ، وإن كان تحت يده .

قوله: (وقد طابت ، فهي لورثته)^(١) . لأن الموهوب إنما يستحق الأخذ إذا طابت الثمرة فإذا مات قبله فقد مات قبل أن يستحق . وقال أشهب: يُعتبر التأبير ، فإن مات بعد التأبير فهو لورثته وقبله فهي لربها . ووجهه أن الشرع اعتبر التأبير في مثل هذا في البيع فإن أبرت كانت للبائع .

قوله: (كما قال مالك)^(١) . احتج بهذه المسألة على اعتبار الطيب ، فإذا مات أحدهم قبل الطيب أو التأبير على الخلاف فقولان:

أحدهما: يرجع نصيبه لبقية أصحابه ، ووجهه أنه لما سوى بينهم في ذلك صار كمن حبس على ولده ، فمن مات منهم رجع حظه لمن بقي إلى أن يفرغ الجميع .

والثاني: يرجع لربه لأنه إنما قصد تخصيصه بذلك الجزء .

قوله: (يقوون بها على العمل)^(١) . فإن كان الميت قد عمل معهم في ذلك فلورثته الرجوع على سائرهم بالأقل مما أنفق مورثهم ومن حظه من الثمرة .

قوله: (كان مما تقسم غلته عليهم أو مما يلونه بأنفسهم)^(١) . لنا في كل قسم قولان ، وكذلك إن كان المحبس غلة أو عينا في كل قسم قولان ، إلا أن المذهب في العين أن يرجع حظ الميت إلى أصحابه لأنه شيء (٠)^(٢) في صرفه إليهم .

قوله: (وهو كراء مجهول)^(٣) . فيبطل وعليه كراء المثل إن سكن شيئا ورجع بما أنفق .

(١) التهذيب (٤/٣٣٤) .

(٢) كلمة غير واضحة في المتن ، لعلها [يتجزأ] .

(٣) التهذيب (٤/٣٣٦) .



قَوْلُهُ: (فهو بيع فاسد)^(١). يضمن فيه بالقبض فيكون له الخراج بالضمان ويرجع بما [١/٢٢٠] أنفق، وإن كان يأكل معه على مائدته رجع عليه، وإن كانت النفقة سرفا فهل يرجع بالسرف لأنه إنما أعطاه من أجل البيع أو بالقصد، وما زاد فهو تبرع ولا يفوت إلا بالبناء والهدم؟

وقال أشهب: إما أن يكون أبا أو غيره فحكم الأجنبي كما تقدم، وأما الأب فيصح ذلك لأنه ليس بيعا، بل على وجه المكارمة.

(٢) قَوْلُهُ: (حتى باعها المعطي)^(٢). لما وهب صارت للموهوب وإن لم يقبضها، ولا يجوز للواهب الرجوع فيها خلافا للشافعي، فإذا باعها فإن علم الموهوب وسكت فقد أجاز البيع، وإن لم يعلم فله نقضه وإجازته لأن هذا بيع فضولي.

قَوْلُهُ: (إن مات المعطي قبل أن يقبضها)^(٣). أي ولم يقم الموهوب على طلب القبض، وإلا فإن تمادى على طلبه فلا يبطل البتة بموت الواهب.

قَوْلُهُ: (إن خرجت عن ملكه)^(٣). يعني أنه إذا أخرجها عن ملكه قبل القبض بطل اختصاص الواهب بها لأنه أخرجها بوجه أقوى.

قَوْلُهُ: (قبلها مريض)^(٤). أي لا يجوز له الرجوع فيها لكنها من الثلث وتوقف، فإن صح فمن رأس ماله، وإن مات فمن ثلثه ولا يقبضه الموهوب في المرض ولا يأكل منه لأنه لا يدري لمن يكون، إلا على أحد قولي مَالِك في

(١) التهذيب (٤/٣٣٦).

(٢) في هامش المخطوطة: {كتاب الصدقة}.

(٣) التهذيب (٤/٣٣٧).

(٤) في التهذيب «بتلها مريض» (٤/٣٣٨).

المريض ؛ له مال مأمون وهو الدور والأرضون ، لأن الغالب أن ذلك يبقى وإن طرأ فيه شيء رجع ، والثاني لا ينفذ لأنه لا يتحقق بقاءه .

قوله : (فلا بأس أن يقومها على نفسه)^(١) . ولا كراهة في ذلك وإن ورد النهي عن اشتراء الهبة لما اقترن بذلك من خوف العيب .

قوله : (ويستقضى للابن)^(٢) . أي يبالغ في طلب الزيادة في ثمنه .

قوله : (وأما الأب والأم)^(٣) . أي لا حرج عليهما لأنهما استرجعا ذلك بوجه آخر واجب لهما على الولد من النفقة عليهما كما جاء في الحديث : «هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ»^(٤) .

قوله : (ولا يشتري الرجل صدقته)^(٥) . النهي عن ذلك ، واختلف هل النهي على التحريم أو على الكراهة ؟ وهل يختص بالموهوب له لأنه الذي يمكن أن يترك من الثمن شيئاً فيؤدي إلى الرجوع في جزء من عين الموهوب ، أو هو مطلق نظراً إلى مطلق الحديث ؟ وهل ذلك في الأعيان والمنافع مطلقاً أو يختص بالعين لا بالنفقة الموهوبة لأن شراء الأصل تخلص للرقبة ؟

قوله : (فإن كنت نهيته)^(٦) . فهذا لم يخرج عن ملكه بعد .

قوله : (فإنه ينفذ ما فات وما بقي)^(٧) . لأن ذلك خرج عن ملكه بالشهادة

(١) التهذيب (٣٣٨/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٣٩/٤) .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في كتاب النكاح ، باب الحرية تحت العبد . ومسلم في كتاب الزكاة ، باب إباحة الهدية للنبي ﷺ ولبنی هاشم وبنی المطلب ، وإن كان المهدي ملكها بطريق الصدقة ، وبيان أن الصدقة ، إذا قبضها المتصدق عليه زال عنها وصف الصدقة وحلت لكل أحد ممن كانت الصدقة محرمة عليه .

(٤) التهذيب (٣٣٩/٤) .

والحوز، وإن لم يشهد فلا يتخلص للهبة إلا ما فَرَّقَ لأنه قبضه الموهوب له قبل موت الواهب، وما بقى صدقة لم تخرج عن ملك ربها بشهادة حتى مات.

قوله: (ثم مات)^(١). أي ولم يخرج ذلك من يده فتكفي الشهادة عليه هنا للضرورة كما تكفي الشهادة في حوز الأرض وحوز كل شيء بحبسه.

قوله: (وإن لم يشهد)^(١). لأنها هبة لم تقبض حتى مات الواهب.

قوله: (إن كانت الصدقة لم تؤبر فهي للمعطي)^(٢). لأنه كالمبتاع وإن أُبِّرَت فللواهب كالبائع، واعتبر هنا التأبير لأن الهبة في الأصول، وفي المسألة المتقدمة اعتبر الطيب لأن الهبة في التمرة نفسها.

قوله: (والسقي على المعطي)^(٣). للضرورة حتى يتم الحوز كما لو وهب له حمل أمة قضى عليه بدفع الأم إليه مخافة أن يموت أو يفلس فتبطل الهبة.

قوله: (لم يجز)^(٣). لأنه بيع مجهول ومسألة الفرس هنا على المذهب كالمقدمة إذا كان بعد الأجل بعد (...)^(٤)، وقبل الأجل يخير كما تقدم، إلا أن أبا الحسن القاسبي، فَرَّقَ بينهما فجعل تلك الأولى كما قال في الكتاب حبسا، وجعل [٢٢٠/ب] هذه بيعا فاسدا، لأنه وقع في المدونة في هذه أن رب الفرس قال: والغزو لي، فدل ذلك على أنه أبقاه على ملكه هذه المدة فلا ينفذ البيع إلا بعد الأجل ومنعه من التصرف فيه هذه المدة، فإن فات بحوالة سوق فعليه قيمته، ويرجع بما أنفق، وإن لم يفت رده وأخذ ما أنفق، فجعل أشهب المسألتين هبة

(١) التهذيب (٣٣٩/٤).

(٢) في التهذيب «فإن كانت الثمرة يوم الصدقة لم تؤبر» (٣٤٠/٤).

(٣) المصدر نفسه (٣٤٠/٤).

(٤) موضع كلمتين مخروم.

بلفظ الحبس ، وأنه على ملك الموهوب من يوم الهبة ، وأنه أنفق على ملكه فلا يرجع بشيء ، كما أنه لو أعاره إياه مدة ثم ملك بعد لغيره أو له كانت نفقته عليه فكذلك هنا فجعل قبضه قبل الأجل ويزول الخطر .

قوله : (وإذا تزوجت الجارية)^(١) . لنا قولان^(٢) :

أحدهما : أنها ترشد بالبلوغ إن أنس رشدها كالغلام وهو مذهب الشافعي . والمذهب لا بد من الدخول وإيناس الرشد وأطلق بعد ذلك فقد يكون بعد يوم أو أكثر .

وقيل : لا ترشد إلا بعد سبعة أعوام من الدخول ولا بد من إيناس الرشد . وقيل : خمس سنين .

وقيل : إن كانت يتيمة فبعد عام أو عامين من الدخول وإيناس الرشد لأنها قد باشرت الأمر بخلاف ذات الأب .

قوله : (في ثلث ولا غيره)^(٣) . لأنها سفيهة ، وإذا حكم لها بالرشد تصرف في الثلث فقط لمكان زوجها .



(١) التهذيب (٣٤٢/٤) .

(٢) حكى ابن بزيمة في الروضة ست روايات في المذهب منها القولان المذكوران هنا ، ثم قال : «وهذا كلها استحسانات ليس عليها من الشرع دليل» انظر روضة المستبين (١١١/٢) .

(٣) التهذيب (٣٤٢/٤) .

كتاب الهبة

—•••—

قوله: (لم يجوز)^(١). لأنه لا يتصرف في ماله إلا على وجه النظر والغبطة وبما هو أكثر من القيمة، والإخراج عن القيمة ليس بنظر، ولذلك لا يجوز أن يهب من ماله هبة ثواب لأنها على القيمة، إلا أنه يجوز أن يعتق عبده على القيمة، وإنما جاز ذلك لتشوف الشرع إلى العتق.

فإن قيل: بل لأنه لم يخرج عن الولد بالجملة إذ يرجع إليه ولاؤه بالميراث، قيل: هذا منقوض بالوصي؛ لأنه يجوز له أن يعتق عبد محجوره على القيمة أيضا، ولا يرجع الولد للمحجور فإن بقيت الهبة ردت، وإن تلفت ضمن الواهب، ولا يرجع عليه بشيء لأنه سلّطه على الإتلاف، وإن كان معسرا ضمن الموهوب ولا يرجع على الواهب، لأنه إنما وهب له العين على تقدير صحة ذلك، فإن كانا معسرين رجع على أولهما يسرا ولا يرجع أحدهما على الآخر، ولو كان شريكان في شيء فوهب أحدهما جميعه لشخص فالمذهب أنه يمضي وتلزمه القيمة في حظ صاحبه، ووجهه أن الهبة معروف فأشبهت العتق فلم ترع.

وقيل: بل يمضي حقه فقط وهو القياس، لأن ذلك تصرف في ملك الغير بغير إذنه.

قوله: (فذلك جائز)^(١). ويتصرف معه فيها ويكون ذلك حوزا وحرز كل شيء بحبسه. وقال سحنون: لا تجوز هبة ذلك لتعذر الحوز مع بقاء يد الواهب شائعة في الجميع، ولا خلاف في جواز بيعه.

(١) التهذيب (٣٤٣/٤).



قوله: (من زيت جلجلانك)^(١). هذا مجهول لأنه لا يدري كيف يخرج. وهبة المجهول تجوز عندنا قياسا على الوصية، والشافعي يمنعه لأنه تملك كالبيع فمن شرطه العلم، والوصية خرجت عن الأصل بدليلها (٠)^(٢)، ويلزمك عصره لأنك وهبته له زيت فلزمك اقباضه ولا يتمكن من قبضه إلا مقصورا. وقال أشهب: بل القبض على الموهوب لأنه قد ملكه بمجرد الهبة لأن هبة المجهول جائزة.

قوله: (لخوف التأخير)^(٣). إذ لا يستخرج هذا الزيت إلا بعد أيام وقد يهلك الأول، أي فيكثر الغرر لأنه لما وهب له ذلك صار شريكا له بالزيت ثم اشتراه منه فإن هلك الأول خسر ما دفع ثمننا فيه لأنه هلك على ملكه بالشراء.

قوله: (لم يتبع بما عجز)^(٤). لأن الهبة تعلقت بعين ماله لا بذمته، فلو كانت بالذمة اتبعت بالثاني. [أ/٢٢١]

قوله: (من عطائه)^(٥). هذا مجهول، وقيل: إن (٠) له الموهوب.

قوله: (وكتب كتابا)^(٥). أي أشهد.

قوله: (أقر بما شاء)^(٦). يعني أي جزء كان بذلك يخرج عما لزمه، فإن قال جزءا من حائطها أو بابها لم يلتفت وجبر على أن يكون بينهما بنصفين، لأنه ظاهر إطلاق الشركة حتى يعين له جزءا ما.

(١) التهذيب (٣٤٣/٤).

(٢) محو في المتن بمقدار كلمة.

(٣) التهذيب (٣٤٣/٤).

(٤) المصدر نفسه (٣٤٤/٤).

(٥) في التهذيب «وكتب له به كتابا» (٣٤٤/٤).

(٦) في التهذيب «أقر بما شئت» (٣٤٤/٤).



قَوْلُهُ: (موروثه)^(١). هذا على ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز له الرجوع في الكل ؛ وذلك أن يقول: كنتُ أدري مال عبدي خسيسا أو دارا حقيرة فإذا هو قد بدّله بعبد رفيع ولو علمتُ أن ماله هذا ما وهبته. فهذا يرجع في الجميع.

والثاني: يرجع بالبعض وذلك أن يقول: كنتُ أظن أن ماله مائة فإذا هو ألف فيكون له شريكا بالمائة.

والثالث: يلزمه الجميع وذلك أن عبده كما ظن.

قَوْلُهُ: (لغير الثواب)^(١). لأن هبة الثواب بيعٌ.

قَوْلُهُ: (كان له دونك)^(٢). أي وهبت له جميع مَالِك على أسهم فيأخذ هو زائدا على ميراثه.

قَوْلُهُ: (فلورثته الحر)^(٣). لأنه من مات عن حق فلورثته ، وسيد العبد يرثه.

قَوْلُهُ: (اغترقه دينٌ)^(٣). هذا عيب لأنه يؤخذ من ذمته إن أعتق ومن ماله الذي يوهب له لا من خراجِه ، ويصحّ بيعه إذا بين بذلك لأنه عيبٌ ويرجع به إن لم يبين في البيع.

قَوْلُهُ: (لم يجز ذلك)^(٤). لأنه قد تعين للمجني عليه أحد أمرين: إما الرقبة أو أرش الجنّاية. والخيار للسيد ، فإن تحمل الجنّاية صحّ البيع إن كان موسرا ، وإن لم يعلم بالجنّاية أو قال: لم أرد بالبيع تحمّل الجنّاية بل اعتقدتُ أنك تجز

(١) التهذيب (٤/٣٤٤).

(٢) في التهذيب «كان له دونهم» (٤/٣٤٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٤٤).

(٤) المصدر نفسه (٤/٣٤٥).

البيع وحلف على ذلك ، كان كبيع الفضولي فللمجني عليه إمضاؤه وأخذ الثمن أو رده ، وكذلك إن كان معسرا إلا أن يوصي المبتاع بافتكاك العبد ؛ لأنه قد ينزل منزلة البائع فهو مخير في افتكاكه ، ويرجع على البائع بالأقل من الثمن أو أرش الجناية ؛ فإن كان الأرش أقل ، قال البائع : أنا أدفعُ ذلك لك والبيع باقٍ على صحته ، وإن كان الثمن أقل ردّ له الثمن فكأنه اشتراه بالأرش من المجني عليه . وهذا كله إن كانت الجناية خطأ أو عمدا لا قصاص فيه .

أما ما فيه القصاص فينقض البيع أبداً إلا أن يعفو المجني عليه .

قوله : (ثم وهبه لرجل قبل تغييره جازت الهبة)^(١) . لأنه باق على ملك الواهب لم ينقل بالبيع الفاسد مالم يفت عند المبتاع بوجه من وجوه الفوت ، فيقبل حينئذ ملكه بالقيمة وتبطل الهبة لأنه وهب ما ليس له .

قوله : (بطلت هبته)^(٢) . لأنها هبة لم تقبض حتى مات الواهب .

قوله : (ما لم يفت العبد)^(١) . أي يبطل العتق لأنه أعتق ملك الغير .

قوله : (فوهبه)^(١) . جاز ويقضي عليه بافتكاكه لأنه تصرف فيما خرج عن ملكه بالهبة ، لأنه لا يجوز له الرجوع فيها عندنا ويجبر على إقباضها للموهوب .

قوله : (إن كان له مال)^(١) . أي وإن لم يكن له مال بطلت الهبة لأنه لم يقبضها حتى أفلس بالدين الذي رهن ذلك فيه .

قوله : (فتبطل الهبة)^(١) . لأنها لم تقبض قبل موت الواهب .

قوله : (وليس قبض المرتهن قبضا للموهوب له)^(١) . لأنه قد تعلق حقه

(١) في التهذيب « قبل تغييره في سوق أو بدن جازت الهبة » (٤/٣٤٥) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٤٥) .



برقبة الرهن فيتعين حقه لقبضه ، ولم يكن حوزاً للموهوب لأنه لا يكون القبض الواحد عن شيئين وإن زال عن ملك الراهن .

قوله: (بخلاف المخدم)^(١) . أي يكون قبضه حوزاً للموهوب وإن لم يأذن له في ذلك الواهب ولا الموهوب ، لأنه إنما تعلق حقه بخدمة العبد لا بالرقبة ، وإنما قبض الرقبة ليستوفي المنافع وقد خرج عن ملك سيده بالهبة فكان ذلك حوزاً للواهب .

قوله: (جاز ذلك)^(١) . لأنه كان على ملكه ، وليس حوز الغاصب حوز^(٢) للموهوب ؛ لأنه كان على ملك الواهب وليس للغاصب حق فيه ، فكأنه لم يخرج عن يد الواهب .

وقال أشهب: يكون قبضه قبضاً للموهوب لأنه بصدد أن يتلف فتلزمه القيمة ، [٢٢١/ب] فكأنه قد خرج عن ملك الواهب ولم يقبضه الغاصب لحق له فصح أن يكون حوزاً للموهوب .

قوله: (إن كان غائباً)^(٣) . أي لا يصح قبض الغير للموهوب وإن أذن له الواهب ، إلا لعذر في الموهوب بكونه غائباً أو صغيراً أو سفيهاً فلا يصح منه القبض ، وأما إن كان حاضراً ومثله يصح قبضه لنفسه فلا يجوز ذلك .

قوله: (كذلك خليفتك)^(٣) . أي الذي استخلفته على القبض .

قوله: (فليس حوز المستأجر حوزاً للموهوب)^(٣) . وجهه أن الرقبة باقية على ملك السيد وأنه يستوفي المنافع على ملك السيد . وقال أشهب: يكون حوزاً

(١) التهذيب (٤/٣٤٥) .

(٢) كذا في المتن ، والصواب [حوزاً] .

(٣) التهذيب (٤/٣٤٦) .

له بناء على أنه إنما تستوفي المنافع على ملك الموهوب ، وأنه بنفس الهبة قد انتقلت الرقبة كما لو باعه بعد أن أجّره فلا خلاف أن المستأجر يستوفي المنافع على ملك المبتاع .

قوله: (إلا أن يسلم إليه إجارته معا)^(١). أي يهب له الرقبة والإجارة فيصح الحوز باتفاق ، لأنه قد خرج عن ملك الواهب اتفاقا .

قوله: (وهو من رأس المال)^(١). لأنه جعل ذلك في صحته لا في المرض .
قوله: (بحكم المسلمين)^(١). لأنه حكم بين مسلم وذمي فيغلب حق المسلم ، بخلاف الذميين لا يتعرض لهم في هذا الباب .

قوله: (والحوز في ذلك كله حوز الأرض)^(٢). أي بالإشهاد وإن كانت محدقة بحيطان لها باب فيدفع إليه المفتاح أمام الشهود ويخلي بينه وبينها .
قوله: (والسقي فيما يسقى على الموهوب)^(٢). هذا على المذهب إذ فرق بين الهبة والعرية في السقي والزكاة كما تقدم .

قوله: (ولو أقر المعطي)^(٢). أي لا يكفي في الحوز الإقرار ، لأنه يتهم بذلك أن يكون قصد قطع حقوق الغرماء وأنه لم يرد هبة في نفس الأمر . وكذلك في الرهن بالإقرار أنه قبضه من الراهن لا يلتفت ولا يختص به دون الغرماء .

قوله: (لابنه الصغير ولأجنبي)^(٢). وجه البطلان أنه لا يتأتى حوزة لابنه على الإشاعة مع بقاء البعض له فلا يتميز ما أخرج لابنه بالهبة ، ولأنها هبة واحدة ، فكيف يصح بعضها ويبطل بعضها ؟

(١) التهذيب (٣٤٦/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٤٧/٤) .



وكذلك في الحبس ، لأن المذهب أن الرقبة باقية على ملك المحبس ، ووجه قول الغير بالصحة: أن هذا شيء معين فصحت حيازته ببعضه كما يجوز له جميعه . أما لو وهب لابنه بعض ماله من دنائير أو دراهم مشاعا ولم يعينه حتى مات لم يصح اتفاقا ، لأنه غير معين . وكذلك الخلاف لو وهب لابنه بعض ملكه المعين وبقي شريكا له على الإشاعة فهل يصح حوزة له أو لا ؟ قولان .

قوله: (والصدقة يملكونها)^(١) . أي خرجت بالهبة عن ملك الواهب فصح الحوز للصغير منه ، ولا بد في الحبس كله من حوز كالهبة والصدقة ، كان على معين أو غير معين وإلا بطل قوله ، بخلاف ما حبس عليهم لأنه هنا إنما حبس المنافع فقط وإلا فالأصل باق على ملكه لم يخرج عنه ، (.) بطل جميع الحبس لأن رقبته باقية على ملك المحبس فلا يصح حوزة لهم .

قوله: (ومن وهبك دينا له عليك)^(١) . هذا خلافا للشافعي لأنه لا يجيز هبة المجهول ، وهذا مجهول . وقولك: قبلت حوزة لأن حوز كل شيء بحبسه .

قوله: (ودفع إليك ذكر الحق إن كان عنده)^(١) . أي وإن لم يكن له كتاب فالإشهاد يكفي في حوزة .

قوله: (فإن كان لها وجه تحاز به)^(١) . لأمر من فعل شيء من ذلك في حوزها وإن لم يكن لها وجه من ذلك مثل أرض في البرية لم يأت وقت حرثها ولا وقت تمنح فيه لمن يغرسها ، فالإشهاد يكفي بحوزها .

قوله: (فهي نافذة للمعطى بمجرد الإشهاد)^(٢) . لأنه لم يكن فيها وجه تحاز به وقت الهبة فتركه .

(١) التهذيب (٣٤٨/٤) .

(٢) في التهذيب «فهي نافذة للمعطى ، وحوز هذه الأرض الإشهاد» (٣٤٩/٤) .

قَوْلُهُ: (إن لم يفرط)^(١). إذا لم يفرط في طلب ذلك فلا يسقط حقه . [١/٢٢٢]

قَوْلُهُ: (لم يكن ذلك حوزاً)^(١). أي إذا كان لها وجه تحاز به .

قَوْلُهُ: (إلا أن تكون له في يدك أرض)^(١). فيكفي مع الإشهاد تصرفك فيها ولو لم تكن في يدك وهي ببلد آخر فإن خروجك إثر الهبة لحوزها حوز له .

قَوْلُهُ: (وقال غيره: ذلك حوز)^(١). أي وإن لم يقل: قبلت ، بل الإيجاب مع كونها في يدك يكفي .

قَوْلُهُ: (إذا اشترط الثواب أو أرى أنه أراد ثواباً)^(٢). أي القرائن الدالة على أنه أراد الثواب تقوم مقام الشرط ، مثل أن يهب الفقير لغني ، بخلاف العكس هذه قرينة تدل على أنه لم يرد الثواب ، وإن لم تكن قرينة فالقول للواهب لأن الأصل بقاء ملكه ، وجاز هذا البيع وإن كان الثمن مجهولاً كما صح نكاح التفويض على مهر المثل ، إلا أن الثمن في البيع ركن قد مضى العمل بجواز هذه الهبة .

قَوْلُهُ: (فله أخذ هبته)^(٣). إن لم تتغير كما أنه إذا لم يبذل الزوج مهر المثل بطل النكاح .

قَوْلُهُ: (بخلاف البيع)^(٤). لأنه لازم من الطرفين بالعقد .

قَوْلُهُ: (وكذلك إن أثابه أقل من القيمة)^(٤). كما لو بدل الزوج في نكاح التفويض أقل من صداق المثل لم يلزم المرأة .

قَوْلُهُ: (ولا يجبر الموهوب على ثواب)^(٤). كما لا يجبر الزوج على مهر

(١) التهذيب (٤/٣٤٩) .

(٢) في نسخ التهذيب «أو رئي» ، «درئ» التهذيب (٤/٣٤٩) .

(٣) التهذيب (٤/٣٤٩) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٣٥٠) .

في التفويض .

قوله: (إلا أن يرضى بإخراج قيمتها)^(١). فيلزم الواهب أخذها كما إذا أخرج الزوج صداق المثل جبرت المرأة على قبوله ، ولنا قولٌ ثانٍ في الهبة: أنه لا يلزم الواهب إلا بما يرضيه ، لأنه يقول: لو أردتُ القيمةَ كنتُ أبيعها في السوق ، بخلاف نكاح التفويض لأنه مبني على المكارمة .

قوله: (لزمته قيمتها)^(٢). كما تلزمه القيمة في التفويض لفوت البضع بالدخول .

قوله: (يوم وهبها)^(٣). وهو يوم القبض بناء على أنها تشبه البيع الفاسد لأنها بثمن مجهول ، وقيل: يوم الفوت لأنها بيع صحيح وقبل الفوت كان للواهب أخذها .

قوله: (وليس للموهوب ردها إذا فاتت بزيادة)^(٣). أي لا يحتج على الواهب بزيادتها ، لأنها بالفوت قد ملكها وفي النقص كذلك بالعكس .

قوله: (ولا يفيتها حوالة السوق)^(٤). لأنها بيع صحيح وهو المذهب .

ولنا قولٌ ثانٍ: أنها تفوت بحوالة السوق لأنها تشبه البيع الفاسد .

قوله: (ومن تصدق بصدقة على ثواب)^(٥). أي فلا يلتفت إلى لفظ الاقتران بشرط الثواب بها .

(١) في التهذيب «بدفع قيمتها» (٣٥٠/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٥٠/٤) .

(٣) في التهذيب «ردها في الزيادة» (٣٥١/٤) .

(٤) في التهذيب «ولا يفيتها عند الموهوب حوالة السوق» (٣٥١/٤) .

(٥) المصدر نفسه (٣٥٢/٤) .

قَوْلُهُ: (فَإِنْ وَهَبَهُ إِيَّاهُ لِثَوَابٍ)^(١). هَذَا إِذَا كَانَ مِمَّا يَصِحُّ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ بِخِلَافِ الطَّعَامِ مِنْ غَيْرِ الْقَرْضِ.

قَوْلُهُ: (إِلَّا يَدَا بَيْدٍ)^(١). لِثَلَا يَقَعُ دِينَارٌ بَدِينٍ.

قَوْلُهُ: (فَقَبْضُهُ حَوْزٌ لِلْغَائِبِ)^(١). لِأَنَّ الْوَاهِبَ قَدْ خَرَجَتْ عَنْ يَدِهِ.

قَوْلُهُ: (وَلَمْ يَعْلَمْ)^(١). لِأَنَّ غَيْبَتَهُ عَذْرٌ.

قَوْلُهُ: (أَلَا تَرَى أَنَّ أَحْبَاسَ السَّلَفِ)^(١). أَيُصِحُّ قَبْضُ الْحَاضِرِ لِلْغَائِبِ لِعَذْرِ، كَمَا جَازَ قَبْضُ الْمَوْجُودِ لِلْمَعْدُومِ فِي الْحَبْسِ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ أَبٍ)^(١). لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي ذَلِكَ وَهُوَ لَا يَتِمَكَّنُ أَبُوهُ مِنَ الْهَبَةِ فَيَأْكُلُهَا.

قَوْلُهُ: (فَعَلَى أَيِّ وَجْهِ حَازَهَا لَهُ)^(٢). إِنْ أَبْدَى وَجْهًا يَعْذُرُ بِهِ صَحَّ وَإِلَّا بَطَلَ قَوْلُهُ، وَلَا يَرْتَقِبُ فِي حَاضِرٍ وَغَيْرِ سَفِيهِ شَيْئاً فَيَكُونُ قَدْ مَنَعَهُ التَّصَرُّفَ فِيهَا إِلَى غَيْرِ أَجَلٍ، وَذَلِكَ يُبْطِلُ الْمَلِكُ؛ لِأَنَّهُ رَكَّبَ عَلَى التَّمْلِيكِ نَقِيضَ مُقْتَضَاهُ فَلَمْ يَصِحَّ، كَمَا لَوْ بَاعَ مِنْهُ بِشَرَطٍ أَلَّا يَتَصَرَّفَ فِي الْمَبِيعِ.

قَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ يَحْبِسَ عَلَيْهِ غَلَّةَ نَخْلٍ)^(٢). لِأَنَّهُ هُنَا مَا حَبَسَ الرِّقْبَةَ بَلْ هِيَ عَلَى مَلِكِهِ بَلْ حَبَسَ الْمَنْفَعَةَ فَلَمْ تَضُرْهُ حَيَازَةُ الْغَيْرِ لَهُ مَعَ حَضُورِهِ وَرُشْدِهِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ غَيْرُهُ)^(٣). هَذَا تَفْسِيرٌ لِمَا تَقَدَّمَ.

قَوْلُهُ: (وَهَذَا الْبَالِغُ الَّذِي أُعْطِيَ عَطِيَّةً يَكُونُ تَرَاثاً)^(٤). أَيُتَصَوَّرُ هَبَتُهُ مِيرَاثاً

(١) التهذيب (٣٥٢/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣٥٣/٤).

(٣) التهذيب (٣٥٣/٤)، وَقَالَ مُحَقِّقُهُ: «الْقَائِلُ هُنَا هُوَ سَحْنُونٌ».

(٤) فِي التَّهْذِيبِ «تَكُونُ لَهُ مَا لَا تَرَاثاً» (٣٥٣/٤).

للوأهب لما منعه من [٢٢٢/ب] نقضها بغير قصد غيره فيها، أي لما لم يُبَدِّ وجهها لذلك دل على أنه لم يقصد تمليكها إياها فبطلت، كما لو وهب لرجل على ألا يبيع ولا يهب فذلك قرينة تدل على أنه لم يقصد تمليكها لأن ما شرط منافعهُ للتمليك.

قوله: (وللابن البالغ)^(١). فيه قولان: المذهب أنه لا يرشد بالبلوغ حتى يؤنس رشده ولو شاخ، وقيل يرشد بالبلوغ. وهذا الخلاف بناء على أنه لما زال حجر الصغر الذي كان فيه فهل الأصل بعد الرشد حتى يثبت السفه أو العكس.

قوله: (لم يَبْنِ زوجها)^(٢). أي لم يدخل بها زوجها.

فرع

ولو قال أبوها لرجل: تزوّج ابنتي وأنا أهبها كذا. فهذا لا يحتاج إلى حيازة لأنها جرت مجرى العوض، إذ في مقابلتها التزويج وإن لم يكن للزوج لكن يحتمل بمالها.

قوله: (دون الأب)^(٣). لأن حجر الملك أقوى.

قوله: (ببد أجنبي)^(٣). فيكون هذا مالا لا يجوز للسيد انتزاعه، لأنه بهذا الشرط وهبه له، كمال العبد إذا تعلق به الدين فيمنع السيّد من انتزاعه.

فرع

لو قال لزوجته الذمّية: أسلمي فأهب لك كذا، فهل يحتاج إلى حوز أو لا؟ قولان: فوجه الثاني أنها عوض، ووجه الأول أن الإسلام يجب علينا. وإذا وهبت

(١) التهذيب (٣٥٤/٤).

(٢) في التهذيب «لم تبرز إلى زوجها» (٣٥٤/٤).

(٣) المصدر نفسه (٣٥٤/٤).

صداقها لزوجها ودفعت له الكتاب صحت الهبة ، ثم قال : لها خذي كتابك وهَبَّكَ ، فهذه هبة ثانية لأن الصداق قد صار له بالهبة الأولى فلا بد في الثانية من الحوز وإلا بطلت إن مات أو فلس قبل ذلك .

قوله : (أو من يحوز أمره)^(١) . كالسيّد أو الحاكم .

قوله : (وللأم أن تعتصر) . أصله الحديث : «نهى عليه السلام أن يرجع في الهبة واستثنى الوالد يهب لولده»^(٢) ، وهذا ظاهر في الأب ، يختص ذلك بالأب في قول . وقيل : يحتمل أن تدخل فيها الأم لأن الوالد لفظ جنس وهو المذهب .

وقيل : والجد ما علا والجدّة من الطرفين ما علت أم الأم وأم الأب ، وهو قول ثالث .

قوله : (إلا أن ينكحوا) . أي من أجل الهبة أو يتداينوا عليها ، أما إن لم يكن ذلك من أجلها فلا يمنع ولا يفوت الموهوب هنا تغير السوق .

قوله : (فإن لم يكن للصغير أب) . لأن اليتيم قرينة تدل على الصدقة وأنها أرادت بالهبة وجه الله لأنه مظنة الفقر غالباً ، وقيل لا تعتصر في حياة الأب لأن المال الموهوب يكون بيده وإنما تعتصر ما كان بيدها كالوصيّة أو بيد الموهوب كالابن الكبير .

قوله : (لأنها وهبت في حال اليتيم) . فلو وهبته في حياة الأب ثم مات الأب

(١) من هذا إلى قوله : (أو بتغير الهبة عن حالها) (٣٥٥/٤) .

(٢) الحديث أخرجه الترمذي في سننه ، أبواب الولاء والهبة ، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة . وجاء في الموطأ عن يحيى قال وسمعت مَالِكاً يقول : «الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلاً ، أو أعطاه عطاء ليس بصدقة إن له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد ديناً يداينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه» . كتاب الأقضية ، باب الاعتصار في الصدقة .



فهل تعتصر أو لا ؟ قولان: تعتصرُ لأن الهبة انعقدت في حال يجوز فيها الاعتصار . الثاني: إن كانوا فقراء لم تعتصر^(١).

قوله: (فهو كالصحيح). لأنه لا يصدق عليه اليتيم ، وقال في البكر لها أب مجنون: لا تنكح إلا بعد البلوغ كاليتيمة ، فجعل الأب في هذه الصورة كالعدم لأنه لا ينظر لها.

قوله: (أو بتغير الهبة عن حالها). ببيع أو بناء أو هدم ونحو ذلك .

قوله: (ثم وطئها)^(٢). أما إذا لم يطأ فيقبل قوله لأن ذلك لا يعلم إلا من جهته ، وإن وطئ فحملت صارت أم ولدٍ ، وإن لم تحمل فقولان: لا يعتصر لأنه قد حدث فيها حادث الحرمة على الأب ، والمذهب الاعتصار لأن العين باقية لم تفت فيستبرئ (.) مخافة الحمل ويتصرف فيها بما عدا الوطء .

قوله: (ولا يعتصر ما وهب الأجنبي)^(٣). لأن ذلك إنما جاء في الأب ، لأن مال الابن ماله وتجب نفقة أحدهما على الثاني ، وقال أبو حنيفة: ما وهب الأجنبي لا يجوز له الرجوع فيه ابتداءً ، فإن وقع صح على أصله من أن النهي [١/٢٢٣] يدل على صحة المنهي ولم يجز اعتصار الأب ما وهب لولده .

قوله: (ما تصدقا به)^(٤). خلافا للشافعي لأن الصدقة كالهبة في أنها تملك دون عوض .

قوله: (فأما الحبس)^(٤). إن كان على غير معين فهو كالصدقة لا فرق ، وإن

(١) انظر الجامع لابن يونس (٦١٩/١٩).

(٢) التهذيب (٣٥٦/٤).

(٣) في التهذيب «ولا يعتصر الأب ما وهب أجنبي لولده» (٣٥٦/٤).

(٤) المصدر نفسه (٣٥٦/٤).



كان على معين فإن قلنا: عمرى، صح الاعتصار، وإلا فلا.

قوله: (بعد أن نكحاً)^(١). لأن النكاح لم يكن من أجل الهبة، وقيل: لا يعتصر لأنه في المعنى كالنكاح بعد الهبة.

قوله: (وإن عقه)^(٢). لأنه وإن عصى فيه (.) فلا تعص أنت فيه.

قوله: (لا جد، ولا جدة، ولا غيرهما). ولنا قول ثانٍ بأنهما كالآب.

قوله: (وليس للولد أن يعتصر من مال والده شيئاً). لأن هذا على خلاف الأصل والنهي قد ورد فيه إلا ما استثنى.

قوله: (إذ يقضى على الواهب بذلك). كمن أخذ حقه من غريمه بغير إذنه، وهذا إن كان له بينة على الحق وإلا أنكره وقطعت يده.

قوله: (ولو قبضها الموهوب قبل الثواب). يعني أنها جائزة من قبل الموهوب ومخير في ردها أو إمساكها.

ولنا قول ثانٍ بأنها لازمة من الطرفين، وأنه بقبوله إياها يجبر على القيمة كالبيع.

ويبنى على ذلك فرع وهو: لو وهبه بشرط الثواب مطلقاً أي شاء أو كره: فعلى الأول لا تصح هذه الهبة لأنها مخلة بهذا الشرط فحكم الهبة على الثواب من أنها على التخير من قبل الموهوب، وعلى الثاني يصح لأن الشرط لم يخل بشيء.

فرع

لو وهب مريض على الثواب ماله كله لمريض آخر وليس للثاني مال سوى

(١) التهذيب (٤/٣٥٦).

(٢) من هذا إلى قوله: (ولا ثواب في هبة الدنانير والدراهم). كله من التهذيب (٤/٣٥٧).



ذلك ، ثم وهبه الثاني ذلك المال على الثواب أيضا: فيرجع إلى الثلث في مال كليهما فالمسألة من تسعة ، تخرج عن ورثة الأول ثلاثة تدفع لورثة الثاني ويبقى لهم ستة ، ويخرج عن هذه الثلاثة واحد يرجع إلى ورثة الأول فيكون لهم سبعة ، فهذا الواحد الراجع مال طرأ للميت الأول لم يعلم به وما بتله من هذه الوصية في المرض يدخل فيما علم {وما لم يعلم} ، بخلاف الوصية غير المبتلة ؛ لأنه لو صح كانت من رأس ماله فيرجع ثلث الواحد إلى ورثة الثاني ، ثم ثلث ذلك إلى ورثة الأول ويدور أبدا .

قال ابن عبدوس: فينبغي أن يزول الدور بأن يسقط الواحد أولا وتبقى المسألة عن ثمانية ستة لورثة الأول واثنان لورثة الثاني .

قوله: (فهى نافذة كالبيع) . أي من جهة الواهب .

قوله: (ولا ثواب في هبة الدنانير والدراهم) . لأن ذلك إنما يكون فيما (.) من العروض فهذا إن قصد به السلف كان سلفا وإلا فهبة لا ثواب لها . وقيل: بل تصح أن تكون هبة ثواب ويشبهه بعرض لا بعين ولا حلي لما في ذلك من التأخير {وصرف بتأخير .

قوله: (ولا يؤخر عينا)^(١) . لما فيه من التأخير} ، وقيل: يجوز التأخير كما جاز الجهل بالثمن في هذا توسعا للباب ، وكذلك إذا وهبه للثواب طعاما فعلى المذهب لا يجوز أن يعوضه طعاما إلا في المجلس ، وعلى القول الثاني يجوز التأخير .

قوله: (فلا شيء له)^(٢) . لأن قرينة القدوم من السفر في العرف تقضي بأن لا ثواب ، وكذلك قرينة الزوجية والأبوة والبنوة إلا أن يظهر ما يدل على ذلك .

(١) في التهذيب «ولا يعوض عينا» (٤/٣٥٨) .

(٢) التهذيب (٤/٣٥٨) .

قوله: (إن لم يرض منها)^(١). هذا القول الثاني .

قوله: (فله شَرَوَاها)^(١). أي قيمتها .

قوله: (لم يرجع الواهب)^(١). لأنه دفع ذلك عن الموهوب له ، فإن قصد الثواب وكان الذي دفع عوضا خَيْر الموهوب بين أن يدفع له ثواب الموهوب الأول أو ثواب الثاني أيهما كان أقل ، ويجبر الدافع للواهب الزايد على ما دفع .

وقيل: بل يدفع ثواب ما دفعه عنه فقط . وقيل: إن (.) دفع للواهب الأول ثوابه ورجع الأجنبي على الواهب الأول بثواب هبته .

قوله: (فلا يرجع عليه بشيء)^(٢). هذا المَذْهَبُ ، [٢٢٣/ب] وعلى القول الآخر يرجع بثوابها عوضا .

قوله: (وإذا تغيرت الهبة عند الموهوب)^(٣). قد تقدم أن المَذْهَبَ في هبة الثواب أنه لا يلزم الموهوب بقبولها قيمتها^(٤) بل يكون مخيرا ، ولنا قول ثانٍ: أنه تلزمه قيمتها بنفس القبول كالبيع ؛ فإذا فاتت عنده فالمَذْهَبُ أنه تلزمه قيمتها بفوتها بنقص أو زيادة مطلقا .

وقال أشْهَب: إن نقصت فالخيار للواهب فإن رضي بنقصها فله أخذها وإن زادت فالخيار للموهوب لأنه لا عذر للواهب في الامتناع من أخذها .

قوله: (ولا يفيتها حوالة سوق)^(٥). ولنا قول ثانٍ إنها تفوت بذلك كالبيع

الفاسد .

(١) التهذيب (٣٥٩/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٦٠/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٣٦١/٤) .

(٤) كذا في المتن .

(٥) التهذيب (٣٦١/٤) .

قوله: (فلا خير في أن يعوضه بعد ذلك حنطة)^(١). لبيع الطعام بالطعام غير يد بيد ويتهمان أنهما توصلا بذلك إلى هذه الهبة ، وعلى القول الثاني يجوز ذلك .

قوله: (إلا أن يعوضه مثل طعامه)^(٢). أي فيجوز بعد ذلك لأنهما لا يتهمان لأنه قرض فإن دفع له أكثر لم يجز لأنه سلف بزيادة ، وكذلك إن كان أفضل في الصفة وإن كان أقل فالمذهب الجواز لأنه معروف ولا يتهم أن يدفع كثيرا ويأخذ قليلا ، وقيل: لا يجوز لأنه ضمان بجعل .

قوله: (ولا يعوضه دقيقا من حنطة)^(٣). هذا المذهب لا يجوز فيه بيع حنطة بدقيق للتفاضل ، وينبني على مسألة وهي: لو باع منه زهوا ثم أرطب أو أثمر ماله وردّ ثمّنه ، قيل: لا يجوز ، لأن الإقالة بيعٌ والتمر لغو ، فكأنه باع ابتداء زهوا برطب أو بتمر .

وقيل: يجوز لأنه عين رطبه أو ثمره أو مثله ، وكذلك الدقيق عين حنطته أو مثلها ، وإنما فرقت أجزاءه ، ولو كانت حنطة غير مطحونة صح البيع وكذلك في الدقيق .

قوله: (لم يجز)^(٤). لأنه سلف بزيادة ، ولو كانت أقل فقولان: لفسخك ما وجب لك من القيمة فيما لا يتعجله هذا المذهب أنه لا يجوز فسخ دين فيما لا يتعجل قبضه . وقال أشهب: يجوز في سكنى دار وخدمة عبد لأنه معين ، ولأن قبض الأوائل كقبض الأواخر ، وأما العرض فلا يجوز لأنه دين في دين .

(١) التهذيب (٣٦١/٤) .

(٢) في التهذيب «إلا أن تعوضه طعاما مثل طعامه» (٣٦١/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٣٦١/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٣٦٢/٤) .

قوله: (لفسخك)^(١). تجوز بل هو بيع دين بما لا يتعجل قبضه ، والفسخ إنما يكون في الذمة الواحدة لا في ذمتين .

قوله: (ولو لم تتغير الهبة ، جاز ذلك)^(١). لأن البيع لم ينبرم بعد إلى الآن فليس فيه دين في دين بخلاف ما إذا تغيرت فقد لزمت القيمة دينا في ذمته .

قوله: (إن كانت الهبة مما يسلم في ذلك العرض)^(١). تحرز من الطعام إلى أجل أو ثوب بمثله لا يجوز إلى أجل لا ضمان بجعل .

قوله: (جاز ذلك)^(١). لأنها حوالة ، وهي مستثناة من الدين بالدين لكن بشرط أن يكون من نوع الدين الأول ولا يكون أكثر .

قوله: (فأقل)^(١). لأنه لا يتهم على أن يدفع كثيرا ويأخذ أقل منه في العدد أو الصفة ، لأنه يتهم أن بعض ذلك لأن الذمة الثانية خير من الأولى .

قوله: (لم يحل)^(١). لأنك أخرته ومن أخر ما وجب له فهو سلف منه ، فيزول المعروف ويتحقق الدين بالدين الممنوع منه .

قوله: (ولو لم تتغير الهبة)^(١). لأنه بيع من الآن .

قوله: (وهو كصرف دراهمك)^(١). هذا لم يجز لأنه انضاف إلى الحوالة صرف مستأخر فافسدها .

قوله: (في طعام ولم يقبضه)^(٢). انضاف إلى ذلك بيع الطعام قبل قبضه فلم يجز .

قوله: (إذا كان مثل عرضك)^(٣). هذا بشرط الحوالة كما تقدم .

(١) التهذيب (٤/٣٦٢) .

(٢) في التهذيب « ولم يقبضه » (٤/٣٦٢) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٣٦٣) .

قوله: (افسخ ما حل من دينك)^(١). يريد أن الحوالة إنما تكون في (٠) الحال لا غير.

قوله: (طعام من قرض)^(٢). لأنه يجوز بيعه قبل قبضه وهو مما استثنى من بيع الطعام قبل قبضه.

قوله: (وإن أحالك على طعام له من سلم لم يحل)^(٢). لأنه وإن [١/٢٢٤] كان الطعام من الطرف من قرض فيمتنع لما قال. ولنا قول ثانٍ أنه إذا كان أحدهما من قرض فيجوز، ويرى أن ذلك قضاء لما صح بيعه قبل قبضه من العرض لا بيعا.

قوله: (فإن حل أجل الطعامين، جاز)^(٢). لأنه بالحلول تحقق أنه قضاء.

قوله: (وكذلك إن كان الذي لك سلم)^(٢). أي بالعكس مما تقدم إن حل أحدهما جاز وكان قضاء لا بيعاً، وإذا لم يحل الأجل لم يصح أن يكون قضاءً، وعلى القول الثاني لا يجوز مطلقاً لأنه وإن حل فلا يخرج عن كونه ديناً حتى يقبض بما وجب له أن يأخذه في الحال.

قوله: (ثم لا بأس في الوجهين)^(٢). أي كان السلم لك والقرض له، أو بالعكس أن تؤخره.

قوله: (وإن حلاً)^(٢). لأنهما لا يخرجان بالحلول عن كونهما ديناً، ولا يصح وإن تقايضا بعد ذلك لأن العقد وقع فاسداً.

قوله: (فلك بيعه من غير غريمك)^(٢). وهل يشترط أن يبقى فيه من الأجل قدر أجل السلم أو لا؟ قولان. ووجه اشتراطه أن هذا المبتاع صار بمنزلة من سلم

(١) التهذيب (٤/٣٦٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٦٣).

في ذلك وأنشأه، ومن شرط السلم الأجل. وَوَجْهُ الثَّانِي أن هذا المشتري قد تنزل منزلتك وأنت لا تحتاج إلى أجل ثان لأنك لا تُنشئ سلماً.

قَوْلُهُ: (بتعجيله)^(١). لئلا يكون ديناً بدين.

قَوْلُهُ: (يحالفه نقداً)^(٢). لأنه لا يجوز إلى أجلٍ ثوبٌ بمثله لربا النساء، كما قال ابن عمر: «بِيعُكَ الشَّيْءُ بِمِثْلِهِ كَقَرْضِكَ الشَّيْءِ بِمِثْلِهِ، فَإِنْ أَرَدْتَ بِذَلِكَ وَجْهَ اللَّهِ فَلَكَ وَجْهُ اللَّهِ وَإِنْ أَرَدْتَ وَجْهَ صَاحِبِكَ فَلَكَ وَجْهَ صَاحِبِكَ، وَإِنْ أَرَدْتَ نَفْعَ نَفْسِكَ فَذَلِكَ الرِّبَا»^(٣).

قَوْلُهُ: (إذا كان الذي عليه الدين حاضراً مقراً)^(٤). لئلا ينكر.

قَوْلُهُ: (فليس ببيع)^(٤). إذا أراد بذلك نفعك، وإن قصد بذلك نفع نفسك بسوق يؤخره لها وبقائه في ذمة هذا وضمانه صار بيعاً ولم يَجْزُ لِمَا فِيهِ مِنْ ضَمَانٍ بِجُعْلٍ.

قَوْلُهُ: (فجعل لك رجل على أن أحلته عليه لم يَجْزِ)^(٥). لأن هذا بيعٌ ذهبٍ بذهب إلى أجلٍ فلم يَجْزِ مطلقاً. وَوَجْهُ الثَّانِي أنه أسلفه الدنانير فلما صارت في ذمته أحاله بها على الآخر.

قَوْلُهُ: (كالبيع)^(٦). لأنه يرى البيع بالقيمة في بعض السلع نظراً فجاز له ذلك وللوصي وللأب.

(١) في التهذيب «بتعجيله» (٣٦٣/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣٦٣/٤).

(٣) الحديث تقدم تخريجه في كتاب السلم الأول.

(٤) التهذيب (٣٦٣/٤).

(٥) كذا، وفي التهذيب «فعجله لك رجل» (٣٦٤/٤).

(٦) التهذيب (٣٦٤/٤).

قوله: (قضى على العبد بقيمتها)^(١). ولو لم يكن له مال لمنع السيد من أخذها.

قوله: (وبيع الأب جائز)^(٢). أي فذلك الهبة للثواب.

قوله: (فله ردها وأخذ العوض). كالبيع.

قوله: (فإن كان كقيمة الهبة). وقال أشهب: يردّه بأيّ عيب كان قل أو كثر، وهذا ينبني على أصل: وذلك أن ابن القاسم يرى أن عوض الهبة هو ما يدفع من عوض أو عين، وعند أشهب قيمة الهبة دنانير أو دراهم لا غير. فإن دفع له عرضا فهو بيع ثان بالقيمة التي ترتبت في ذمته، وعلى هذا يرجع بكل عيب يجده في العرض وإن قلّ كما في البيع.

والصحيح قول ابن القاسم لوجهين:

أحدهما: أن الموهوب إذا أبدل للواهب عرضا ثوبا جبر الواهب على قبضه، ولو كانت القيمة غير ذلك لم يجبره.

الثاني: أنه لو وهب شقصا من داره لشخص على الثواب فإن الشفيع إنما يشفع بقيمة الشقص، ولو لم يكن هو القيمة لشفع بقيمة الموهوب.

قوله: (لزم الواهب قبوله). أي فهو العوض عن الهبة لا غير.

قوله: (مما يجري بين الناس في الأعواض). هذا المذهب إنما يقبل منه ما جرت العادة بين الناس في الأعواض بخلاف التبن والحطب. وقال سحنون: (مخير) على قبول كل ما عوض من حطب أو تبن أو غيرهما مما (..) للهبة.

(١) التهذيب (٣٦٤/٤).

(٢) من هذا إلى قوله: (من وهب شقصا من دار لثواب) كله في التهذيب (٣٦٥/٤).



وقال أشهب: لا يقبل منه إلا الدنانير والدراهم فقط .

قوله: (من وهب شقصا من دار لثواب) . يعني أنه [٢٢٤/ب] لا يشفع إلا بعد أن يدفع الثواب ويشفع بقيمة الثواب .

قوله: (ولو خاصمه فيها الموهوب)^(١) . يعني إذا أنكره الواهب فخاصمه فأقام الموهوب بينة وطالبه الحاكم بتزكيته وأوقف الهبة حتى يثبت ذلك فمات الواهب خلال ذلك أو فلس ، فإنه يقضي للموهوب بذلك إن ذكر البينة ، لأنه ما فرط في الطلب كالمفلس يشتري من رجل سلعة ثم يطرأ بينهما خصام في تلك السلعة بعينها فيوقفها الحاكم ، ويموت المفلس خلال ذلك ، فإن ربها أحق بها بخلاف ما لو لم يطلب الموهوب قبض الهبة حتى مات الواهب أو فلس أو مرض فيسقط حقه فيها . وكذلك لو لم يطلبه الرجل سلعته ولا خاصمه فيها حتى فلس فإنه لا يكون أحق بها من الغرماء لكن يخاصمهم بثمنها .

قوله: (ومن لزمه دين لرجال أو ضمان عارية يغاب عليها)^(١) . فلأولى دين محقق عليه ، فإذا حلف ليدفعه إلى ربه ، وحلف ربه لا يأخذه منه فيجبر ربه على القبض له ويحنث ، لأن المطلوب يقول: لا أتحمل منتك فلا يجب علي ذلك ، ولها ضمان العارية إذا هلكت عنده وهي مما يغاب عليه ، فليس ذلك بدين محقق وإنما ضمن للتهمة ، وإن قامت له بينة أنها هلكت بأمر الله لم يضمن ، فإذا حلف ليدفعن قيمتها لربها وحلف ربه لا يقبله وتسقط عنه التهمة ، فإن أراد المستعير ليأخذه البتة فيحنث إن لم يأخذه منه ، وإن أراد ليغرمه له لكونه اتهمه ، سواء قبله أو لم يقبله لم يحنث لأنه قد وجد الغرم وإن لم يقبله منه .

قوله: (وله تركها)^(١) . أي فلا يجبر على قبض القيمة ولا يكون في تركها

(١) التهذيب (٤/٣٦٦) .



منة لأنها لم تتعين على المستعير في نفس الأمر .

قوله: (وفوات الهبة يوجب القيمة)^(١). لتعلق حق الغير بها وحدوث العيوب نقص .

قوله: (والعتق)^(٢). (.) تصرف بدل على الرضا والتزام القيمة فإن كان موسرا لزمت القيمة وإن كان معسرا بطل لتقدم الدين عليه .

قوله: (فذلك يفيتها). بخلاف البيع الفاسد ، والفرق أن في البيع الفاسد لا يجوز له التصرف ، وفي الهبة تصرف صحيح لأنه قد سلطه على ذلك ، فإذا تصرف فقد لزمته القيمة فلا تسقط بالرجوع إليه ، وإن لم تحل أي : وإن لم تتغير بزيادة ولا نقص .

قوله: (يوم الهبة). أي بالعقد ، كالبيع الصحيح لو هلك المبيع بعد العقد وقبل القبض كان من المبتاع ، وقيل يوم القبض لأنه بيع على شرط فأشبهه بيع الخيار ، أو كالبيع الفاسد لأنه يشبهه كما تقدم بجهل الثمن .

ولنا في البيع الفاسد قول ثان: أن القيمة يوم الفوت . وجهه أنه قبل الفوت على الرد حتى يفوت ، ووجه الأول أنه بالقبض متعد شرعا فصار كالغاصب .

قوله: (لأنه نقص). لأنه يلزمه افتكاكها أو إسلامها .

قوله: (مثله). أي زيادة لأن ذهاب العيب زيادة .

قوله: (والهدم). لأنه بعض العين .

قوله: (وليس له أن يقول: إقلع وأردُّ الهبة). لأنه بالبناء لزمته القيمة .

(١) في التهذيب «وفوات الهبة عند الموهوب يوجب عليه قيمتها» (٤/٣٦٦).

(٢) من هذا إلى قوله: (وإحالتها على حالها رضى بالثواب) كله من التهذيب . (٤/٣٦٧).

قَوْلُهُ: (والبيع الحرام). أي الفاسد يفوت بذلك.

قَوْلُهُ: (وإحالتها على حالها رضىً بالثواب). أي متى تغيرت عن حالها لزمت القيمة.

قَوْلُهُ: (وإلا منع من ذلك)^(١). لا يقال (.) بيع منه بقدر القيمة وعتق الباقي إذ تكون القيمة أقل من الثمن لأن هذا التصرف بالعتق أو التقليد لا وجه له، لأنه لا يجوز له (.) كما تقدم.

قَوْلُهُ: (وتباع على المشتري في الثمن)^(١). أي لا ينقض البيع لأنه صحيح بخلاف العتق المتقدم.

قَوْلُهُ: (خير الواهب)^(١). ولو كانا عبيدين متكافئين فباع أحدهما رد الثاني [١/٢٢٥] ولزمته قيمة الذي باع ولا خيار للواهب.

والفرق أن في الدار ضرر الشركاء، وقيل: تلزمه قيمة العبدین إذا باع أحدهما، كما لو اشتراهما على أن الخيار له ثم باع أحدهما قبل أجل الخيار فإنه يلزمه البيع فيهما، لأن الخيار إنما وقع على المجموع.

والفرق على المذهب أن هبة الثواب معروف، ولنا قول ثان في العبدین بتفصيل، وهو المذهب، إن كانا مختلفين؛ فإن باع وجهها لزمه الجميع بالقيمة لأن بيع الوجه كبيع الكل، وإن باع الأقل فله رد الوجه مع قيمة الذي باع.

قَوْلُهُ: (وإن وهبه عبيدين فأثابه من أحدهما)^(٢). هذا قبل أن يفوت أحدهما.

قَوْلُهُ: (ثم ادعى رجل أنه ابتاعها)^(٣). أي وأشكّل الأمر أيُّهما كان قبل

(١) التهذيب (٤/٣٦٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٣٦٨ - ٣٦٩).

(٣) من هذا إلى قوله: (ومدبره) كله من التهذيب (٤/٣٦٩).



فيقضي للمبتاع بها ، لأن تعلق حقه بذلك أقوى إذ لا يحتاج إلى حوز ، وأما على قول أشهب أنه إذا باع الواهب الهبة قبل قبض الموهوب أو أعتقها فيبطل حق الموهوب بلا إشكال . واستدل ابن القاسم بمسألة الحبس لأنه جعل الحق فيها مع الإشكال للغرماء ، ووجهه اعتبار الأقوى لما في ذلك من براءة الذمة ، وقيل : بل يغلب حق الحبس لأنه قد تحقق الحوز ولم يثبت دين يبطله لأنه لم يعلم تقدمه عليه .

وقال اللخمي : ينبغي أن يقسم بينهما لأنهما لا يترجح أحدهما على الآخر ولو وهبه هبة فباعها الموهوب قبل قبضها ثم مات الواهب قبل القبض فإنها قد لزمت بتعلق حق الغير بها في حياة الواهب فصار ذلك بمزلة القبض .

قوله : (لم يقض عليه بشيء) . مثل أن يقول : إن دخلت الدار أو كلمت فلانا فعبدني هذا لفلان ، لأنه لا يقصد بذلك القربة بل قصد به الامتناع من الفعل فيجب عليه فيما بينه وبين الله ، وقيل : يقضي عليه في المعين ، بخلاف غير المعين كالمساكين لا يقضي عليه قولاً واحداً ، ويجب عليه فيما بينه وبين الله . ولو قال : (.) داري لفلان ، قضى عليه لأنه على وجه القربة .

قوله : (بتلاً) . أي إذا عزم على ذلك في صحة ولم يجعله وصية .

قوله : (فليقض عليه إن كان لرجل بعينه) . وإن كان لغير معين فلا يقضى عليه ، وقيل يقضى .

قوله : (كل مال أملكه) . يلزمه الثلث ولا يقضى عليه به ، لأنه لغير معين فلا طالب يتعين له ذلك كمالك يقضى عليه بما يلزمه من الكفارات (.) في أم ولده ، لأنه لم يبق له فيها شيء .

قوله: (ومدبره). لأنه لم يبق له فيه إلا الخدمة ، وقيل يلزمه ، ثلث خدمته فما خرج في كل يوم تصدق بثلثه فإن كان ذلك أكثر ، أي أن كاتبه بخمسين وقيمته مائة لزمه ثلثها ، فإن عجز صار رقا فيخرج ثلث الفاضل ، وإن كانت القيمة أكثر من الكتابة لم يحاسب .

قوله: (فرط أو لم يفرط)^(١) . (.) أمر ذلك وقيل إن فرط لزمه الغرم كالزكاة يفرط فيها .

والفرق أن الزكاة واجبة بالاتفاق ، وقد اختلف في هذا ، فقال الشافعي ليس عليه إلا كفارة يمين ، وقال سحنون لا يلزمه إلا ما لا يجحف به كمن له خمسون يعيش من التجرة فيها ، ولو نقصن لم يكفه ذلك فيصدق بما لا يجحف به ، وقيل : لا يلزمه شيء .

قوله: (إلا إخراج ثلث ما بقي)^(١) . لأنه مالٌ معيّن ، ولو كسبها غيره لم يلزمه فيه شيء .

قوله: (حياتك)^(١) . هذه عمرى ولا خلاف أنها ترجع ملكا .

قوله: (أو هذه الدابة)^(١) . فيكون ذلك حياته إن بقيت الدابة أو الثوب وإلا بطل ذلك ، وأما الحلبي فيبقى أكثر من الدور .

قوله: (وهو للآخر منكما)^(١) . فيملكه الثاني (.) لأنه جعل شيء ملك الثاني له موت الأول .

قوله: (صدقة سكنى)^(٢) . هذه تحمل على حياة الساكن وخصص الصدقة

(١) التهذيب (٣٧٠/٤) .

(٢) في التهذيب «صدقة سكنها» (٣٧١/٤) .

بالسكنى [٢٢٥/ب] يدل على أنه لم يرد تمليك الرقبة ، وإذا قال : حبسا عليك وعلى بنيك ، فالمذهب أنه حبس ، فإذا انقروضوا رجع إلى أولى الناس بالمحبس حبسا عليهم ، فإن انقروضوا فإلى فقراء المسلمين . ووجهه مراعاة لفظ الحبس ، وقيل : يرجع ملكا لأنه لما جعل له غاية كان كالعمري ، لأن الحبس لا غاية له .

قوله : (ذكرهم وأنثاهم سواء)^(١) . بخلاف رجوعه ملكا إلى ورثته فللذكر مثل ما للأنثى لأنه ميراث .

قوله : (كبيعه)^(١) . أي كما يجوز للمريض أن يبيع ، كذلك هبة الثواب لأنه إخراج ملك بعوض .

قوله : (فقال الورثة : نعطيك ثلث جميع ماله)^(١) . أي (.) لك الثلث فهذا لا يقبل ؛ لأنه إنما يكون إذا لم تحمل الثلث الوصية .

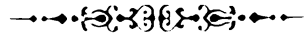
قوله : (بطلت الوصية فيها)^(٢) . أي كانت من الموصى له وقد صارت في ملكه وضمائه ، ولو تلفت كانت منه .



(١) التهذيب (٣٧١/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٧٢/٤) .

كتاب الوديعة



أصلها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

قوله: (فدفعه إلى زوجه أو خادمه)^(١). إذا كانوا ممن يدفع عندهم ماله فلا فرق بينهم وبين صندوقه ونفسه على المذهب، ولأنه لا يلزمه أن يستصحب الوديعة أبداً، بل لو استصحبها في بعض المواضع ضمن.

وقال أشهب: يضمن بدفعها إلى غيره مطلقاً، لأنه إنما أمنه وحده بل يجعلها في صندوقه.

قوله: (ويصدق أنه دفعه إلى أهله)^(١). أي إن تلف عندهم لم يضمن لأن المأذون فيه شرعاً أو عرفاً كالمأذون فيه قولاً، ولو أنكر هؤلاء أنه أودعهم إياها صدق هو لأنه يتعذر الإشهاد في مثل ذلك، بخلاف ما لو خاف عورة منزله أو سافر فأودعها عند ثقة فلا يضمن إن تلفت، لأن الشرع أيضاً أذن في ذلك ومن فعل ما أذن له فيه شرعاً لم يضمن، إلا أن ينكره هذا فإنه لا يصدق إلا ببينة على الدفع له، لأنه وإن أذن له في الإيداع عند ثقة للعذر فإنما أذن له بشرط التوثق والإشهاد في ذلك ممكن بخلاف أهله لأنهم في المعنى ليسوا زيادة عليه ومن دفع إلى غير من ائتمنه لزمه الإشهاد وإلا ضمن.

قوله: (إلا أنه لا يصدق)^(٢). يعني في دعوى العورة والسفر إذا بدا له في ذلك السفر فلم يسافر حتى ثبت ذلك.

(١) التهذيب (٢٩٣/٤).

(٢) المصدر نفسه (٢٩٤/٤).

قوله: (وإن سافر فحمل الوديعة ضمن)^(١). لأنه عرّضها للتلف، وكذلك إذا دفعت له في السفر فأودعها فيه ضمن، لأنه دفع لغير من ائتمنه كالحاضر إلا أن يخاف لصوصاً فله إيداعها عند غيره في الحضر في طريقه فإن لم يفعل ضمن، كما إذا خاف عورة منزله، وكذلك يجب عليه حفظ مال أخيه وإن لم يكن مودوعاً عنده.

قوله: (فكتب وصيها)^(٢). ليس هذا بوصي عليهم لأن المرأة لا توصي على ولدها وإنما المال عنده لغير من ائتمنه.

قوله: (فخلطها بمثلها لم يضمن)^(٣). لأن ذلك زيادة في حفظها، وقيل إن كانت يسيرة فخلطها بكثير ضمن إن تلفت لأنه عرضها للتلف بالشهرة، وهذا لا يظهر في العين لأنه خفي على الجملة وكذلك لو أمره أن يجعل وديعته في إناء فخار فجعلها في إناء نحاس أو زاد على بابيه أقفالاً فإنه يضمن.

قوله: (ولا يغيرها الخلط)^(٤). إذا كانت السكة مختلفة فلا اختلاط في الحقيقة، ولا يجوز خلط العروض لاختلاف الأغراض فيها لأنها وإن تماثلت من كل وجه حتى صح الاختلاط فيها فلا تتفق الأغراض. ويجوز في الدنانير والدرهم لأن الأغراض لا تختلف فيها، وفي الطعام قولان لأنه يشبه العين فيكونه من ذوات الأمثال والعروض لتعلق الأغراض المختلفة به.

قوله: (وإن كانت مختلفة [٢٢٦/١] ضمن)^(٤). أي بنفس الخلط لأنه يتعذر الانفكاك فيكون له المخلوط ويضمن له مثل ذلك قبل الخلط.

(١) يريد قوله «وإن أودعت المسافر مالاً فأودعه في سفره فضاع، ضمن» التهذيب (٢٩٤/٤).

(٢) التهذيب (٢٩٤/٤).

(٣) في التهذيب «فخلطها بمثلها ثم ضاع المال كله لم يضمن» (٢٩٤/٤).

(٤) المصدر نفسه (٢٩٤/٤).

قوله: (ففي ذمته)^(١). اعلم أن الصبي ونحوه كالسفيه والمجنون تارة لا يلزمهم شيء من جنائيتهم لا في مال ولا في ذمة، وذلك إذا بعث من أحدهم شيئا فأتلفه لأنك سلطته على ذلك. وتارة يلزم في أموالهم لا غير وذلك إذا أنفقت عليه على اتباعه بذلك، وأما لو دفعت لأحدهم مالا يتجر فيه فأتلفه فلا يكون في ماله ولا ذمة له فلا يتبع، وتارة يتبعون في المال والذمة وذلك في باب الإتلاف ابتداء منهم. وقولهم: «الصبي لا ذمة له» يعنون في غير الإتلاف فيكون المخلوط للصبي (٠) بما نقص قيمة ذلك عما كانت مع الانفراد إن كان له مال وإلا فلهما، وقال المخزومي: يتبع ذمة الصبي مطلقا.

قوله: (وإن اختار ترك الصبي)^(٢). أي إذا أسقط عنه الانتفاع صار كما لو اختلطا بالربح فيكونان شريكين بقدر قيمة ذلك مخلوطا، لأن كل واحد منهما إنما له الآن قمح مخلوط وشعير مخلوط ولا طريق إلى ذلك وفي هذا حيف بصاحب القمح، لأن قيمته بالخلط تنقص لكنها مصيبة نزلت به ولا يقوم كما كان قبل الخلط لأنه ليس له الآن قمح خالص، إلا أن يتراضيا فيقتسمان ثمن المخلوط على قيمتها قبل الخلط ولا يكون بينهما على الإشاعة مخلوطا للحيف في ذلك على صاحب القمح إلا أن يتراضيا.

قال أشهب: يقتسمانه كما هو على ما كان لهما وإلا وقعا في التفاضل، لأن قيمة القمح معينا بعض قيمته خالصا، والقيمة بمنزلة المقوم، وإن قوم خالصا فليس له إلا مخلوط ففيه التفاضل.

قوله: (لم يجز)^(٣). لأنه باع منه إردبا مخلوطا بإردب خالص.

(١) التهذيب (٢٩٤/٤).

(٢) في التهذيب «اختارا» (٢٩٤/٤ - ٢٩٥).

(٣) المصدر نفسه (٢٩٥/٤).



قوله: (لأنه قضاء لما لزمه)^(١). أي تعين عليه بالإتلاف مثل الذي أتلّف.
قوله: (لم يضمن إلا ما استهلك)^(١). في تصرف المودع في الوديعة خلاف:
المذهب أنه يجوز مع اليسير لأنه نقلها من الحفظ إلى الذمة والضمان وذلك
أصلح لربها.

وقيل: لا يجوز لأنه إنما أذن له في التصرف بالحفظ فقط.

وقيل: يكره جمعا بين القولين. وقيل: إن كانت مختومة لم يجز لأنه لا
يختار أن يطلع على ما فيها وإلا جاز.

فإن ردّ مثل ما أخذ فهل يبرأ من الضمان بالأخذ؟ خلاف:

المذهب أنه يبرأ لأن سبب الضمان إنما كان الأخذ وقد فقد. وقيل: لا
تزول من ذمته إلا بالرد لصاحبها، لأنه ليس له أن يرد ما صار في ذمته إلى الأمانة،
ولأن المردود غير الذي أخذ فليس له أن يودع ذلك الغير غير ربها. وقيل: إن رد
بيّنة لم يضمن وإلا ضمن، وضعّف بأنه لا فائدة للبيّنة مع تصديقه في تلفها إذا
ادعاه، وسوّى بين الدراهم والحنطة لأنها من ذوات الأمثال، والمثل يقوم مقام
المثل، وليس كذلك العروض لأنه إذا أخذ شيئا منها لزمته القيمة ولا يكون
التقويم إلا من الحاكم فلا ينوب عنه في ذلك.

ومن أودع وديعة فرماها من حجره أو كمه نسيانا ضمين؛ لأن نسيانه اقترن
به فعله، فلو نسيها من غير فعل؛ فهل يعد النسيان كفعله لأنه مفرط فيضمن أو لا
فلا يضمن؟ قولان.

وكذلك لو اختلط عليه صاحب الوديعة، وجاء شخصان يدعيانها فقولان:

(١) التهذيب (٢٩٥/٤).



المَذْهَبُ أَنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِ لِأَنَّهُ مَالٌ ادْعِيَاهُ مَعًا وَهُوَ مَعْذُورٌ بِالنِّسْيَانِ .

وقيل: يغرم الثاني مثلها؛ لأنه (.) عليه نسيانه وهو مفرط، وكذلك لو دفع له مالان من شخصين قراضا فربح في أحدهما ولم يعلم في أيهما ربح، فهل ما (.) [٢٢٦/ب] حظه من الربح ويدفع لهما الباقي يقتسمانه أو يرجع لهما جميع الربح ولا شيء له، ولو كان عليه دين لشخص فنسيه فظن أنه لغيره، فالمذهب: يغرم لهما. وقيل: يقسمان ذلك بينهما.

والفرق أن هذا في الذمة والوديعة ليست في الذمة.

قوله: (فهو مصدق)^(١). لأنه أمين في الحفظ والرد، فالقول قوله لأنه رد بزعمه إلى من ائتمنه مطلقا. وهل يحلف في دعوى السلف أو الرد أو لا؟ قولان: قيل: يحلف مطلقا، وقيل: لا يحلف مطلقا، وقيل: إن كان متهما حلف، وإلا فلا، ويحلف المتهم: والله لقد تلفت في التلف وما فرطت، لأنه يتهم في (.)، وغير المتهم إذا قلنا يحلف فيحلف أنه ما فرط فقط؛ لأنه في ذلك متهم فقط، فلو ادعى أنه قد حلف وأبى رب المال ألا يحلفه وشهد له شاهد أنه حلف ثم رجعا فلا يغرمان شيئا لأنهما أتلفا عليه يمينا لا مال.

فإن قلت: لو نكل لزمه المال لأن كل يمين لا ترد، فبالنكول يلزم الغرم.

قلت: لم يتلفا عليه النكول الذي يستحق به المال وهذه اليمين إذا ادعى التلف لا ترد؛ لأنها يمين تهمة، بخلاف يمينه إذا ادعى الرد لأنها يمين قطع فله ردها، فإذا حلف المودع ضمن المودع فإن لم يدفع له إلا بينة لم يقبل قوله في الرد إلا بينة؛ لأنه إنما ائتمنه على الحفظ لا على الرد فصار كالوصي (.)^(٢) في

(١) التهذيب (٢٩٥/٤).

(٢) كلمة غير واضحة، لعلها [هو آمن].

الحفظ ، ولا يقبل قَوْلُه في دفع المال للمحجور إلا بالبينة لأنه إنما أوْتُمِنَ على الحفظ فقط لا على الدفع ، ولأنه أمين المیت لا المحجور ، ومن دفع المال إلى غیر من ائتمنه ضَمِنَ ، ولا يتنافى أن يكون أمینا في الحفظ دون الردّ ، وقال ابن الماجشون: إنه أمين في كل ذلك ، وقَوْلُه تعالى: ﴿فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] ليس بشرط ، بل كقَوْلِه: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، وقال أيضا: إن كانت البينة في الإيداع للتوثق ضمن إذا ادعى الردّ دون بينة ، وإن كانت مخافة الموت لم يضمن وإن لم تكن له بينة .

قَوْلُه: (ضمن)^(١) . لأنه إنما أمره بالدفع المبرئ من كونه ببينة ، فإذا لم يشهد فقد فرط ، وقال ابن الماجشون: لا يضمن لأنه أمينه .

قَوْلُه: (ولو شرط الرسول)^(١) . فيه إشكال لأنه أسقط عنه ما لم يجب في الحال ، كأنه قال: إن لزمني ضمانها فأسقطه عني فلزمه لأنه معلق على ذلك .

قَوْلُه: (رددت المال إلى ربه مع رسول)^(١) . ضمن لأنه متعدد بدفعه لغيره ، ولو قال له: خذ هذا المال فإذا جاءك فلان بأمارتي فادفعه له ، فجاءه ذلك بالأمانة فدفعه إليه ، ثم طلبه به وأقر فلان بأنه دفعه إلى رب المال وأنكره ، فإن المدفوع إليه أولا يضمن لأنه دفع بغير بينة ، وهل يرجع على فلان؟ قولان: أحدهما يرجع لأنه تعدى بفعله بغير بينة ، والثاني لأنه قد صدقه أنه رسوله بالأمانة .

قَوْلُه: (فغرما الرسول)^(١) . فيها أربعة أقوال:

أحدها: لا يضمن الرسول مطلقا لأنه أمين .

والثاني: يضمن مطلقا لأنه لم يشهد بها وفرط .

(١) التهذيب (٤/٢٩٦) .



الثالث: إن قدم البلد لم يضمن لأنه أمين ، والغالب من حال المسلمين أن يبادر إلى تخليص أمانته ، وإن لم يصل البلد ضمن لأنه فرط بترك الشهادة .

والرابع: عكسه إن قدم ضمن لكونه لم يشهد حين دفع ، وإن لم يصل لم يضمن لأنه يحتمل تلفها ، وهو الغالب إذ لم توجد في رحله ، ويحتمل عدم التلف ، وإذا احتمل واحتمل فالأصل براءة الذمة .

قوله: (على من يجوز أمره)^(١) . أي ممن يتهم بعلم ذلك ، وكذلك إذا كان في الحضر (.) فلم توجد الوديعة في تركته ففي الضمان قولان .

قوله: (فإن لم يتهم صدق)^(٢) . أي أنه لم يمنع ورثته من الميراث وكان المقر له صديقا لم يصدق ، ولو لم يكن له وارث [١/٢٢٧] إلا بيت المال ، فإن قيل: إنه غير وارث كقول صدق ، وجاز أن يوصي بكل ماله وإلا فلا .

قوله: (صدقة أو صلة)^(٢) . صار ذلك بنفس الصدقة والصلة حقا للمرسل إليه فإذا دفع إليه بغير بينة ضمن لأنه دفع لغير من ائتمنه دفعا غير مبرئ .

قوله: (على قوم معينين)^(٢) . يضمن هنا لأن المعين يطلب حقه فلا يرى في الدفع إليه إلا ما يبرئ ، بخلاف غير المعين يُقبلُ قَوْلُهُ لأنه لا يعلم ذلك إلا من جهته ولا يثبت كذبه ، فمهما قال دفعته إلا أنه إن اتهمه رب المال حلفه ، ومن حقه أن يقول كنت تدفع ببينة يحضر الدفع في الجملة .

قوله: (ثم استردها لم يضمن)^(٣) . لأنه غرر وتعدّي وسلم وأما (.) في الرد في السلف والرد (.)^(٤) الوديعة فأحرى إذا كان المردود عينا .

(١) التهذيب (٤/٢٩٦) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٩٧) .

(٣) في التهذيب «ثم استردها فهلكت عنده لم يضمن» (٤/٢٩٧) .

(٤) كلمة غير واضحة بسبب الشطب ، لعلها [غير] .



قوله (فجحدك)^(١). أي قال لم تودعني شيئاً فلما قامت البينة بالإيداع قال: تلفتُ أو رددتها إليك ، لأنه لما جحد زالت أمانته ، وقد كذب ببينة بجحد أصل الوديعة فضمن .

وقيل : لا يضمن لأن له أن يقول : ظننت أن ذلك الجحود ينفعني .

وقيل : إن قال : لا تستحق علي حقا ، لم يضمن ، وإن قال : لم تودعني ، ضمن وكذلك إن طلبته بضمن سلعة باعها منه فأنكر البيع فأقام الشهادة به ، فأقام الغريم شهادة بالدفع ، فهل تسمع بينته أو لا لأنه قد كذبها ؟ قولان ، وفيها ذلك البحث .

قوله : (صدق رب المال)^(١). تعارض هنا أصلاً : فرب المال يدعي عليه الضمان والأصل خلافه ، والآخر يدعي الأمانة والأصل خلافها ، ولذلك قال أَشْهَبُ : القول قول الأمين لأنه إذا احتمل واحتمل فالأصل براءة الذمة ، وَوَجْهُ المَذْهَبُ أنهما اتفقا على جعله يده على ماله وعلى اليد ردُّ ما أخذت والدفع يكون بوجوه ، فلما احْتَمَلَ واحتمل استصحب الأصل من بقاء الملك الأول .

قوله : (فهو مدع)^(١). فصاحب اليد يدعي أنه أخذها باختياره ، ورب المال يدعي أنه أخذها غصباً وحال المسلم بناء في ذلك فقد ادعى رب المال خلاف الأصل فضعف جانبه بل ينكل بالمدعي إن لم يتهم المدعى عليه بذلك .

قوله : (صدق الدافع)^(٢). لأن العرف أن المال الذي دفعه له كان قضاء ، فقوي جانب رب المال مع أن هذا يدعي الأمانة والأصل خلافها .

قوله : (كما يصدق في ذهاب الوديعة)^(٢). أي لما كان القول قول الدافع

(١) التهذيب (٤/ ٢٩٧) .

(٢) المصدر نفسه (٤/ ٢٩٨) .

في تلف الوديعة فلم يلتفت إلى المدفوع إليه ، فإن قلت دعواه التفت^(١) ، إنما كان بعد دفع ما يمكن أنه الوديعة ، قيل : لا أثر لذلك لأن القول قوله في تلفها .

قوله : (لم يضمن)^(٢) . لأنه سلطه على إتلافه كما لو قال للكبير أتلفها لي لم يضمن ، فكذلك الصبي وإن لم يأذن له في الاتلاف لأن ائتمانه تعريض لذلك ولا أثر لإذن وليه لأن إذنه ليس بضمان عنه .

قوله : (ومن باع منه سلعة)^(٢) . لأنه سلط أيضا على إتلاف ذلك وكذلك إذا ابتاع منه شيئا ودفع له الثمن لأنه سلطه عليه ويضمن هو السلعة ، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذن معتبر شرعا .

قوله : (فهى في ذمته)^(٣) . لأن العبد له ذمة بخلاف الصبي .

والفرق أن الصغير إنما حجر عليه لحق نفسه فلو كان له ذمة لم يعد الحجر عليه شيئا ، والعبد إنما حجر عليه لحق سيده فيكون ذلك في ذمته أي يؤخذ منه بعد العتق لا قبله . وقال أشهب : إن كان العبد وغدا مخارقا فلا يكون في ذمته أيضا ، لأن الذي أودعه أتلف على نفسه . وقال يحيى بن عمر : ذلك في رقبته لأنه جناية إذ لم يأذن لم المودع في التعدي .

قوله : (إلا أن يفسخها السيد)^(٤) . لأن ذلك عيب في العبد وإن لم يلزمه ذلك الدين إلا (.)^(٥) [٢٢٧/ب] العتق فكان للسيد إزالته عنه ، كما إذا تزوج بغير إذنه وليس تصرفه فيها جناية .

(١) كذا في المتن .

(٢) التهذيب (٤/٢٩٨) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٩٩) .

(٤) في التهذيب «إلا أن يفسخها عنه السيد» (٤/٢٩٩) .

(٥) كلمة غير واضحة بسبب البتر ، لعلها [بعد] .

والفرق أنه مأذون له في تصرفه فيها بالحفظ . وقد اختلف العلماء في جواز التصرف في الوديعة بالإئفاق .

قوله: (في الرق)^(١) . أي لا يجوز له بعد العتق أن يفسخه عنه لأنه قد خرج عن ملكه فإن لم يفسخه عنه لزمه بيانه عند البيع ، فيقول هو معمور الذمة على شرط العتق بكذا لفلان ويبرأ العبد من ذلك فيما بينه وبين الله إذا فسخ عنه .

قوله: (قد كان في ذمته إلا أنه لا يفسخ السيد عنه)^(٢) . لأنه لما أذن له في التصرف في المال والبيع بالنسيئة والنقد دخل في ذلك الإذن المطلق قبول الودائع .

قوله: (لأن الذي أودعه متطوع بالإيداع)^(٣) . أي قد سلطه على التصرف بخلاف الجناية من العبد على ما لم يؤذن له فيه البتة هذا يكون في رقبته .

قوله: (وكذلك ما أفسد العبد الصانع)^(٣) . لأن السيد قد أذن له في ذلك فلا خلاف أنه في ذمته والصانع مأمونون ، وقد قيل في المأذون الأول: لا يدخل قبول الودائع في إذنه المطلق ، لأنه إنما أذن له فيما يتعلق بالبيع والشراء فله فسخه على هذا .

قوله: (ولا فيما بيده من مال السيد)^(٣) . لأنه لا يملكه العبد إنما يملك ماله كما كان مما تقدم يؤخذ من ماله إلا أن يفسخ السيد ذلك فيما يجوز له الفسخ فيه وإلا فمن ذمته ، ولا يؤخذ من خدمته لأن ذلك أيضا للسيد .

قوله: (فذلك في ذمتهم لا في رقابهم)^(٤) . لأن السيد لم يأذن له في التعدي .

(١) في التهذيب «في رقه» (٢٩٩/٤) .

(٢) في التهذيب «فذلك في ذمته لا في رقبته ، لأن الذي أودعه متطوع بالإيداع ، وليس للسيد أن يفسخ ذلك عنه» (٢٩٩/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٢٩٩/٤) .

(٤) في التهذيب «فذلك دين في ذمتهم لا في رقابهم» (٢٩٩/٤) .

قوله: (بخلاف الصبي)^(١). لأنه كالبهيمة ، بخلاف العبد فإنه مكلف ، وفي الصبي أربعة أقوال:

أحدها: لا يضمن مطلقا لا في مال ولا ذمة لأنه كالبهيمة .

الثاني: أنه يضمن مطلقا كان مالا أو نفسا .

الثالث: إن كان مميزا كما تقدم وإلا فكالبهيمة .

والرابع: إن كان في المال ففي ماله ، وفي النفس فعلى عاقلته ، وعمده خطأ .

قوله: (ولا ينبغي ذلك لأبيه)^(١). أن يأذن له في قبول الوديعة فهي جناية في رقبته ، كل ما يكون في رقبة العبد من الجناية فهو في ذمة الصبي ، والعبد الصغير كالحر الصغير .

قوله: (ولا تحملها العاقلة)^(١). لأن الأصل ألا تحمل العاقلة شيئا ، لكن جاء النص في دية الخطأ في الحر وبقي ما عداه على الأصل .

قوله: (فهو ضامن)^(٢). لأنه لما اعترف بدفعها إلى غيرك لزمه الضمان ثم أراد أن يسقط ما لزمه فلم يقبل منه .

قوله: (وصدقه الرسول)^(٢). لما اعترف الرسول بالتوصيل إليه برئ الرسول وصار كأجنبي فصح أن يشهد له بالصدقة إن كان عدلا .

وقيل: لا تجوز شهادته لأنه شهد على فعل نفسه .

والوجه ما تقدّم ؛ لأن فعله إنما هو التوصيل والدفع .

(١) التهذيب (٢٩٩/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٠٠/٤) .



[قوله]: (ویكون ذلك صدقة)^(١)، وصف لفعله کیف یحلف المرسل إليه، یرید أن ذلك لا علم له به ویمكن أن یتلقاه من الرسول، قال: «كما یحلف الصبي إذا كبر»^(١)، یعنی أنه قد یتوصل إلى ذلك بطریق آخر، وهي مبني على أصل فيه خلاف وهو: هل یجوز له اليمين على غلبة الظن؟ والمذهب جوازُه، وقد أمر به ﷺ في القسامة^(٢)، فكذلك الصبي إذا كبر قد یغلب على ظنه صدق الشاهد له بمال لأبيه على شخص، وإن لم یغلب على ظنه ذلك لم یجز له أن یحلف مع شاهد له أن لأبيه حقا على فلان إذا رأى ذلك مكتوبا بخط أبيه فیغلب على ظنه أن ذلك صدق، وقيل: لا یحلف إلا على العلم، كما قال: على مثل هذه فاشهد وإلا فلا؛ فعلى هذا من حلف على ظنه أثم.

قوله: (ضمن)^(٣). لأنه لما أمره بالدفع إلى رسوله أو غيره فإنما أراد [٢٢٨/أ] دفعا یرى ذمته بالإشهاد، والرسول وكيله في القبض وأمينه في الحفظ، ولم یأتمنه على القول أنه قبض منه، فلا یقبل قول الرسول في القبض إذ یمكن أنه تواطأ معه على ذلك.

قوله: (بخلاف من دفعت إليه مالا)^(٣). یعنی أن الرسول قد صدقه المدفوع إليه في الدفع (.) لأنه وكيله على الدفع إليه فقد صح الدفع بإقرار المدفوع إليه، وفي الأول وكله على القبض والحفظ بعده ولم یثبت القبض فلا حفظ ولا أمانة وإنما ثبتت الأمانة بعد ثبوت القبض فیضمن الدافع في الصورة الأولى للموكل

(١) التهذيب (٤/٣٠٠).

(٢) المقصود حديث حویصة ومحیصة، وقد رواه مالك في الموطأ، كتاب القسامة، باب تبدئة أهل الدم في القسامة، ورواه البخاري في الصحيح، كتاب الأحكام، باب كتاب الحاكم إلى عماله والقاضي إلى أمنائه. وأحمد في مسنده، مسند المدینین، بقية حديث سهل بن أبي حثمة. ١٦٠٩١.

(٣) التهذيب (٤/٣٠٠).

ولا يرجع الدافع على الوكيل ، لأنه لما صدقه في أنه يستحق القبض فقد دفع إلى من أذن له في القبض والحفظ ، وقول القابض في دعوى التلف مقبول ولا ضمان عليه لواحد منهما .

قوله: (والولد عبد لك)^(١) . لأنه يكون على ملكك وهو زان .

قوله: (فالدافع ضامن)^(٢) . لأنه دفع بغير بينة لغير من ائتمنه .

قوله: (فإن ضمنت)^(٢) . أي لك أن تضمن المدفوع إليه لأنه غريم غريمك وأن تضمن الدافع ، فإن ضمنت كان له الرجوع على أحدهما منه لأنه بين أمرين: إما أن يكون دفع إليك فقد تعدى إذ لم يشهد ، أو لم يدفع فيلزمه الغرم .

وقال أشهب: لا ترجع عليه لأنك قد صدقته أنه المأذون له في القبض حين جاءك بالأمانة .

قوله: (عند أعدلهما)^(٢) . هذا إذا تنازعا في حفظ المال وهما وإن جعل النظر لهما معا ، فمن شرط الوصي العدالة ، ولذلك إذا لم يكن عدلا أزاله الحاكم ، فإذا استويا في العدالة كان عندهما يقسم بينهما ، وهذا بخلاف المودع لأنه لا يشترط فيه العدالة إذ قد يودع عند ذمي وفاسق وتكون الوديعة عندهما ، وكذلك (.) ليس من شرطه العدالة ، فما قال في الكتاب مشكل ، ووجهه أن يكون المودع غائبا فيصير كالميت مع الوصي فينظر الحاكم في أمره ، وأما مع حضوره فلا .

قوله: (إن أقمت بينة أنه أودعها)^(٣) . لا بد من إثبات ذلك وتلزمه النفقة ،

(١) التهذيب (٣٠٠/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٠١/٤) .

(٣) في التهذيب «فإنك إن أقمت بينة أنه أودعها» (٣٠١/٤) .



لأنه قام عنه بواجب على أصل المَالِكِيَةِ من أن ذلك ليس بشرع .

قَوْلُهُ: (وإن لم يشهدوا بها)^(١) . لأنه يعلم انه لا بد لها من علف ولكن يقبل قولك فيما يشبه ولا يكذبه العرف .

قَوْلُهُ: (فهو ضامن)^(٢) . حكم للمسبب بحكم المباشر ، فأما إذا ماتت الدابة من الإيلاج فهو سبب بإعلاء الفحل عليها ولو ماتت لإعلاء الفحل عليها فهو مباشر بالتعدي ، وكذلك إذا زوج الأمة المودوعة فماتت من الحمل ، لأنه متعدد بالتزويج الذي هو سبب الوطء ، الذي هو سبب الحمل ، والمباشر هو الزوج فينبغي أن ينسب إليه التعدي . بخلاف الدابة لا ينسب إليها فعل لأنها كآلة فأشبهه هناك أن يثبت التعدي إلى المشتري لكن الزوج في ذلك معذور لأنه غره فلم يلزمه شيء ، وقد جعل الشرع للمغرور [أثراً]^(٣) ؛ ألا ترى أن الأمة إذا غرت بأنها حرة فيتزوجها رجل فولده حرّاً بالإجماع .

وقيل: لا ضمان على المدفوع لأن ذلك الذي فعل من مصلحة الدابة ، وكذلك التزويج ليس مما يهلك المرأة ، وإنما المقصود في ذلك حسم باب العداء ، إلا أن ذلك إذا علم أن الموت كان من سبب الوطء والإنزاء لا من غيره ، وقال في الأمة المرهونة: ضمانها من الراهن ، وهي كالمقدمة لا فرق ، فأخذ من كل مسألة قولاً ثان في المسألة الثانية بالتخريج .

قَوْلُهُ: (فأنت مخير في تضمينه)^(٤) . هذا لطول الزمان وتغير الحيوان غالباً ،

(١) التهذيب (٣٠١/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٠٢/٤) .

(٣) في المتن [أثر] ، والصواب ما أثبتته .

(٤) التهذيب (٣٠٣/٤) .



ولو وجد بحاله فإن ذلك يكون عن تغيرٍ حادثٍ في الغالب ، (١) (٢٢٨/ب)
فلذلك جبر في الضمان المكري والمستعير ، بخلاف لو غصبها أو سرقها فإنه إذا
لم يتعد في ذاته لم يضمن بحوالة السوق .

والفرق أن الغصب والسرقة يندران ، والكراء والاستعارة يكثران ، فيضمن
المتعدي فيما يكثر حسماً للتعدي .

قوله : (وصدقوه في ذلك) (٢) . فهو ضامن لأنه إنما تجب النفقة لهم عليه
بأن يحكم بها أو يدعي الغائب أنه لم يكن يبعث لهم فإذا وجبت فإنه يصدق ،
كما لو قام عنه بواجب من مال نفسه ليرجع به فأحرى إذا كان ذلك من مال
الغائب ، وإن لم يجب فلم يقم عنه بواجب وتعديت على ماله .

قوله : (فهو ضامن لما نقصها التزويج) (٢) . المذهب أن التزويج عيبٌ مطلقاً
في الإماء ؛ لأنها إذا تزوجت تعلق خاطرها بالزوج واعتادت الوطء ، فيقال : كم
قيمتها لم تتزوج ، وقيمتها قد تزوجت .

وقيل : لا يكون عيباً إلا في الوحش لا في العلية ؛ لأنها إنما تراد للوطء ثم
السيد بالخيار بين أن يجيز هذا النكاح أو لا ، فإن لم يجزه انفسخ ، وإن أجازته
فقولان :

أحدهما : يفسخ لكونه بلا ولي ، والثاني : يصح . فإن حملت فالحمل عند
أخذه عيب لأنه مرض ، وكذلك النفاس لأنها تبقى مدة لا تقرب فهذان عيبان ،
فإن لم يعلم حتى زال النفاس فعلى المذهب جبر العيب بالولد ، وهو مشكل لأن
الولد ليس غلة وإنما هو للمودع فكيف يجبر العيب بماله ؟ فاستخرج من ذلك أن

(١) بتر يسير جدا في طرف الورقة .

(٢) التهذيب (٣٠٣/٤) .

الولد غلة .

وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ ؛ بأنه لا يجبر بذلك بل تختار أحدهما بيع الأرض أو يضمه قيمتها ، لأنه متعدد بالتزويج ، ولا خلاف نقلا في الغاصب أنه يرد الولد ويمكن بالتزويج هنا أنه غلة .

قَوْلُهُ : (بلا ولد)^(١) . لأنه لما غرم قيمتها يوم البناء فقد تحلق الولد على ملكه .

قَوْلُهُ : (فيمن ابتاع أمة وَرَدَّهَا بَعِيْب)^(٢) . ليست هذه كالأولى ؛ لأن الولد نشأ على ملك المشتري فصح أن يجبر به النقص ، إلا أن الرد بالعيب هل هو نقض للبيع من حينه أو من أصله ؟ قولان : فإن قلنا من أصله فهو أيضا محمول على الغلة ، وقيل : لا يجبر بالولد .

قَوْلُهُ : (كما يجبره بزيادة قيمتها)^(٣) . يعني إذا وجد عيبا قديما فإنه يرجع بالأرث أو يردها دون أرث بعيب النكاح لاتجاره بالولد .

قَوْلُهُ : (والنكاح ثابت)^(٣) . لأن هذا نكاح صحيح ، ولذلك لا يجوز له أن يضمه هنا القيمة للتزويج ؛ لأنه لم يتعد بتزويجها بخلاف المودع .

قَوْلُهُ : (رجع بحصته)^(٣) . وقيل : لا يرجع لأنه لم يضره في البيع ؛ لأن الفرض أنه لم يطلع عليه .

قَوْلُهُ : (لو تسوق بها)^(٣) . أي أدخلها السوق للبيع .

قَوْلُهُ : (فالربح له)^(٤) . لأنه نشأ على ملكه ، لأنه إنما تعدى على الثمن ولا

(١) التهذيب (٣٠٣/٤) .

(٢) في التهذيب «فيمن رد أمة ابتاعها بعيب» (٣٠٣/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٣٠٣/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٣٠٤/٤) .

تتعين الدنانير والدرهم وإنما اشترى على ذمته بعد أن ترتب الثمن في ذمته فلا شيء لرب الوديعة في السلعة ولا خيار، بخلاف لو كانت الوديعة عرضاً فاشترى به عرضاً آخر فإن ربها [مخير]^(١) إن لم يجز البيع أخذ سلعته، وإن أجاز كانت السلعة الأخرى له؛ لأنه اشتراها بعرضه.

وقيل: إن الربح لرب المال لئلا يصل هذا بتعديه إلى أن يربح، ولكن إن خسر كان عليه.

وقيل: إن كان موسراً فالربح له لأن له ذمّة عامرة، وإلا فلرب المال.

قوله: (فلا ينبغي أن تجحده)^(٢). لقوله: «لَا تَخُنْ مَنْ ائْتَمَنَكَ»^(٣) وهذا نهْيٌ، وكذلك قالوا في الأسير يؤتمن: لا يجوز له أن يخون، بخلافه إذا لم يؤتمن.

وقيل: يرجع بذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ﴾ [النحل: ١٢٦]، ﴿وَجَزَّوْا سَيِّئَةً﴾ [الشورى: ٤٠]، ولحديث هند زوجة أبي سفيان لما شكت شحّه إليه ﷺ فقال: «خُذِي مِنْ مَالِهِ مَا يَكْفِيكَ وَبَنِيكَ بِالْمَعْرُوفِ»^(٤). وقيل: إن كان من جنس ماله أخذت وإلا فلا.

وقيل: إن لم يكن عليه دين أخذت، وإن كان فخذ قدر ما ينوبك في الحصاص.

(١) في المتن، مخيراً، والصواب ما أثبتته.

(٢) التهذيب (٤/٣٠٤).

(٣) الحديث رواه أبو داود في سننه كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده. والترمذي في أبواب البيوع، رقم ١٢٦٤، وأحمد في المسند، مسند المكيين، حديث رجل عن النبي ﷺ. وكلهم بلفظ «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك».

(٤) الحديث في صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيل والوزن و سننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة. ومسلم في كتاب الأفضية، باب قضية هند.

وقيل: ترك الأخذ مندوب، ويجوز الأخذ. [١/٢٢٩]

قوله: (يستأني بها)^(١). أي تعمره، وبعد التعمير يتصرف أو يتصدق عليه بشرط الضمان كاللقطة بعد التعريف سواء، فإن لم يأت برئت ذمتك بالصدقة لأنها عنه، وقبل التعمير لا يجوز لك التصرف البتة، ولا تحتاج في ذلك إلى الحاكم، وهذا ينبنى على أصل وهو: هل بيت المال وارثٌ كما يقول سحنون، أو لا وهو المذهب لاسيما في زمن الظلمة، فإن قلنا: إنه وارث فلا تجوز الصدقة وليدفعه إلى بيت المال، وعلى هذا لا يجوز أن يوصي بكل ماله، وإن قيل: لا بل هو فوت للمال الذي لا مَالِك له ويجوز^(٢) التصرف وأن يوصي بكل ماله لمن شاء.

قوله: (فهلك، ضمنته)^(٣). للتعدي في ملك الغير.

قوله: (لم يضمن)^(٤). لأن هذا مأذون فيه عرفا ويجوز بغير إذن السيد، فله ذلك لأن الإذن للعبد لا يمنع السيد من انتزاع ماله.

قوله: (فالقول قول السيد)^(٤). لأن كل ما في يد العبد إما مال السيد على أنه لا يملك أو متعلق حقه، وعلى الوجهين فهو أحق به، ولأن حوز العبد حوز للسيد فكما لو ادّعى شخص أن ما في حوزة له لم يقبل قوله، فكذلك هنا.

وأما العبد المأذون فإنه لما أذن له في التصرف تضمن الإذن أن يكون للناس من ديون فكان القول قوله إذا كان ذلك من نوع ما أذن له فيه بالتصرف.

(١) التهذيب (٣٠٥/٤).

(٢) كذا، والأنسب أنها: فيجوز.

(٣) التهذيب (٣٠٥/٤).

(٤) المصدر نفسه (٣٠٦/٤).

كِتَابُ الْعَارِيَةِ

وهي تَمْلِكُ مَنَافِعَ الْعَيْنِ الْمُسْتَعَارَةَ بِغَيْرِ عَوَضٍ ؛ فَإِنْ كَانَ بَعُوضُ فَهِيَ
الْإِجَارَةُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : هِيَ إِبَاحَةُ الْإِنْتِفَاعِ لَا تَمْلِكُ ؛ فِيرْجِعُ فِيهَا مَتَى شَاءَ
عِنْدَهُ ، وَيُبَيِّنُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ عِنْدَنَا [أَنَّهُ] ^(١) لَمَّا مَلَكَهَا فَيَجُوزُ بَيْعُهُ إِيَّاهَا ، وَلَا يَجُوزُ
عِنْدَهُ ، كَالْبُضْعِ مَلَكَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالإِبَاحَةِ وَلَمْ يَمْلِكْهُ ، وَلَوْ أَعَارَ جَارَهُ لِشَخْصٍ ثُمَّ سَرَقَ
مِنْهَا شَيْءً فَعِنْدَنَا يَقْطَعُ ، وَعِنْدَهُ لَا يَقْطَعُ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ حُوزًا بِالنَّظَرِ لَهُ . وَلَوْ أَعِيرَ إِيَّاهُ
يَوْمًا لَمْ يَجْزِ أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ وَلَا يَخْدُمَ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ سَيِّدُهُ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ مَنَافِعَهُ لِابْنِهِ .

وهل هي على الوجوب أو الندب ؟ قولان:

فَوَجْهُ الْأَوَّلِ : قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ [الماعون: ٧] ، وَهُوَ مَا
يَسْتَعَانُ بِهِ ، وَقَدْ تَوَعَّدَ عَلَيْهِ بِالْوَيْلِ .

وَوَجْهُ الثَّانِي : أَنَّ الْمُرَادَ بِالْمَاعُونَ فِي آيَةِ الزَّكَاةِ ، وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي
ضَمَانِهَا . فَقِيلَ : هِيَ مَضْمُونَةٌ مُطْلَقًا مَا يَغَابُ عَلَيْهِ وَمَا لَا يَغَابُ ، وَقِيلَ : عَكْسُهُ
مُطْلَقًا ، وَالْمَذْهَبُ التَّفْصِيلُ : فَيُضْمَنُ مَا يَغَابُ عَلَيْهِ دُونَ مَا لَا يَغَابُ عَلَيْهِ .

وَسَبَبُ الْخِلَافِ الْحَدِيثُ فِي الْأُدْرَاعِ الَّتِي أَعَارَهُ ﷺ صَفْوَانُ بْنُ أُمِيَّةٍ ؛ «بَلْ
عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ» ^(٢) ، فَهَذَا لَفْظٌ خَاصٌ وَرَدَ عَلَى سَبَبٍ خَاصٍ ، وَهُوَ فِيمَا يَغَابُ
عَلَيْهِ ، فَكَانَ مَقْصُورًا عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ اللَّفْظُ عَامًا وَالسَّبَبُ خَاصًّا فَإِنَّهُ يَعْمُ
نَظْرًا إِلَى اللَّفْظِ ، كَقَوْلِهِ ﷺ فِي بَثْرِ بَضَاعَةٍ : «خَلَقَ اللَّهُ الْمَاءَ [طَهُورًا] ^(٣) لَا يَنْجَسُهُ

(١) كَذَا فِي الْمَتْنِ ، الصَّوَابُ إِسْقَاطُهَا .

(٢) الْحَدِيثُ تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي كِتَابِ الرِّهُونِ ، مِنْ مَسْنَدِ أَحْمَدَ وَسَنَنِ الْبَيْهَقِيِّ .

(٣) فِي الْمَتْنِ : طَهُورٌ ، وَالصَّوَابُ مَا أَثْبَتَهُ .

شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه»^(١)، ووجه التضمنين مطلقا أنه أمين كالمودع، والفرق أن له التصرف، بخلاف المودع.

ولا ضمان في الإجارة لأنها بعوض، والمنفعة في القبض لها. وكان الأصل في الضياع غرم الضمان لكن ضمنوا لما في ذلك من المصلحة للفريقين، ولأن الغالب منفعتهم.

قوله: (فإن كان وجه عاريته إلى مثل ذلك)^(٢). لأن العرف كالشرط، ولا يضمن.

قوله: (اركبها حيث شئت)^(٢). في العرف أن يسير بها إلى بلد آخر، فإن تلفت الدابة لم يضمن لأنه مما لا يغاب عليه، لكن يضمن الشرج واللجام والحل لأن ذلك مما يغاب عليه.

قوله: (فالقول قول المستعير)^(٣). هذه إذا ادعى (.) [٢٢٩/ب] واحد ما يشبه؛ وذلك لأن المعير يدعي عليه الضمان والأصل عدمه، وقد اعترفا بالإذن.

نظيره: ما لو باع منه بثمن إلى أجل ثم ادعى البائع أنه قد حل الأجل، وأنكر المشتري، فalcول قوله لاجتماعهما على الأجل، والأصل عدم الحلول. فعلى المذهب: لا يلزمه كراء فيما زاد؛ لأن مقتضى تصرفه في ذلك أن يكون تصرفه بالعارية، وقال سحنون: تصرف المستعير بالنظر إلى التلف ويكون عليه

(١) الحديث بهذا اللفظ في البدر المنير لابن الملقن، كتاب الطهارة، باب الماء الطاهر، الحديث الثالث. ورواه أيضا أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب في بئر بضاعة، والنسائي في سننه كتاب المياه، باب ذكر بئر بضاعة. وأحمد في المسند، مسند المكثرين من الصحابة، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه. رقم ١١٢٥٧.

(٢) التهذيب (٣٠٧/٤).

(٣) المصدر نفسه (٣٠٨/٤).

الكراء في الزيادة جمعا بين المصلحتين ، ولأنه يدعي تصرفه في ملك الغير بالإذن والأصل خلافه .

قوله: (وكذلك إن اختلفا فيما حمل عليها)^(١) . فيها أيضا القولان .

قوله: (لم يصدق أنه استعاره لذلك)^(١) . لأن المهر في العرف لا يحمل عليه ، بل يراد للركوب بخلاف البعير .

قوله: (فحمل عليها حجارة)^(١) . إذا كان الذي حمل مثل الذي اشترط أو أقل ضررا فلا ضمان ؛ لأنه لا يتعين ما تستوفي به المنافع ، وإن عين ، إلا في الصبي الرضيع والمعلم الكتب والقراءة ، لاختلاف الصبيان في ذلك .

قوله: (أو أردف رديفا)^(٢) . إن كان المسلط موسرا غرم ولم يضمن الرديف ؛ لأنه دخل على ألا يغرم ، وإن كان معسرا اتبع .

وقيل: بل يغرم الرديف ؛ لأنه المباشر لاستيفاء المنافع .

قوله: (يوم أردفه)^(٢) . لأنه زمن العداء ، ولو باع المستعير هذه المنافع ممن تعدى على الدابة فأتلفها رجع عليه ربها لا على المستعير ؛ لأنه فعل ما يجوز له ، كما لو استأجر دارا إلى مدة ثم أكرها من غيره فهدمها ذلك الغير .

قوله: (يزيد في الحمل ما تعطب به الدابة)^(٢) . فَرَّقُوا بين أن تعطب في زيادة المسافة ، وأن تعطب بالزيادة في الحمل ؛ وذلك أنها في زيادة المسافة عطبت بغير مأذون فيه ، وفي غير زمن الإذن ، والحمل بعضه مأذون فيه فينبغي أن يكون بغير المأذون بعض القيمة .

(١) التهذيب (٣٠٨/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٣٠٩/٤) .



قوله: (من ثوب)^(١). إذا تلف الثوب فتلزمه قيمته على حاله بعد استيفاء المنافع ؛ لأنه قد ملكه هذه المنافع واستيفاءها ينقص منه ، ولا يقوم قبل ذلك إلا أن تقوم بينة ؛ لأنه ضمان تهمة ، فإذا قامت البينة زالت التهمة .

وقال أشهب: بل هو ضمان أصالة ، لقوله ﷺ: «عارية مضمونة»^(٢) ، ولم يكن ﷺ [متهما^(٣)] على ذلك ، فلا يسقط الضمان على هذا وإن قامت البينة على ذلك .

قوله: (ولا يضمن ما لا يغاب عليه من حيوان)^(٤). الأشياء المعارة ثلاثة أضرب:

ما يغاب عليه بلا خلاف ؛ وهو كل ما يجعل في الخزانة كالثوب والدرهم ، وما لا يغاب عليه بلا خلاف كالأرض والدور ؛ إلا أن الأبواب الداخلة فيها يغاب عليها ، وقسم فيه خلاف وهو الحيوان ، فالمذهب أنه مما لا يغاب عليه ؛ لأنه مما لا يخفى غالبا كالغنم والطيور والدجاج ، والنادر لا يعتد به ، وقيل: إنه مما يغاب عليه ؛ لأنه قد يمكن إخفاء بعضه ، والسفينة لا يغاب عليها وقلعها ومجاديفها يغاب عليها .

(مات العبد فلا شيء لك عليه)^(٥). لأنه قد فعل ذلك بإذنك فيما يصح لك من الأدب وينبغي للمأمور ألا يمثّل حتى يعلم استحقاقه لذلك ، ولو كان به مرض لا يحتمل ذلك من أجله ، عزز السيّد والضارب مائة وحسب سنة ، كما فعل ﷺ بمن

(١) التهذيب (٣٠٩/٤).

(٢) الحديث تقدم تخريجه في كتاب الرهن .

(٣) في المتن: متهم ، والصواب ما أثبتته .

(٤) التهذيب (٣١٠/٤).

(٥) كذا من غير ترجمة ، وهو في التهذيب (٣١٠/٤).

قتل عبده عمداً .

قوله: (واستحب له أن يكفر كفارة الخطأ)^(١) . لأنه يمكن أن يموت من ذلك ولم يقصد القتل فهو خطأ ، وقد اختلف في قتل العبد (.)^(٢) تقبل فيه الكفارة لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً﴾ [النساء: ٩٢] ، وهذا مؤمن ، (.)^(٣) لا كفارة فيه وإنما ذلك في الحر بدليل قوله: ﴿وَدِيَّةٌ﴾ [النساء: ٩٢] والدية إنما تكون في الحر ، فلذلك قال: [١/٢٣٠] «وأستحب»^(٤) ، للخلاف .

قوله: (فإن زاد زيادة أعانت على قتله)^(٥) . فرّق بين أن تكون الزيادة مما يقتل أو لا ، كتفريقه في الزيادة في الحمل ، ولم يفرّق في الزيادة في المسافة أنه يضمن بها مطلقاً ، فقليل قولان في كل موضع بالنقل والتخريج .

وقيل: الفرّق أنه في زيادة المسافة تلف بما لم يؤذن فيه ، وهنا لم يتمحض التلف لما لم يؤذن فيه ، بل مات بالمأذون وبغيره ، وسوّى سحنون بين الموضعين ، وهو الوجه ؛ لأنه إذا أراد ضرباً فقد تلف في زمان لم يؤذن له فيه بالضرب ، وكذلك الإمام إذا أمر أحداً بقتل شخص تعدياً أو [تعزيراً]^(٥) فقتله فلا يلزم المأمور شيء ؛ لأنه تلزمه طاعة الإمام كما يلزم العبد طاعة سيده ، فالجناية من السيّد والإمام لا من المأمور ، بخلاف من لا تلزمه طاعة الأمر فإنه يضمن .

قوله: (إلا أن تعطيه ما أنفق)^(٦) . لأنك لما أذنت له فقد تعلق حقه بذلك ،

(١) التهذيب (٤/٣١٠) .

(٢) موضع بتر يسير ، لعله: [هل]

(٣) موضع بتر ، لعله: [وقيل]

(٤) التهذيب (٤/٣١٠) .

(٥) كذا ، ولعل الصواب: تعزيراً .

(٦) التهذيب (٤/٣١٠) .

وتلك المنافع نيابة ، وصار قبضه لأولها بمنزلة قبضه لأواخرها ، وقبض كل شيء على حبسه .

وقد وقع له في بعض المواضع أن قبض الأوائل ليس بمنزلة قبض الأواخر ؛ وذلك إذا استأجره دارا لمدة فانهدمت ، فإن الكراء يفسخ ، ولو كان قبض الأوائل قبضا للأواخر لم يفسخ ، وكذلك قال : لا تفسخ ديننا فيما يتأخر قبضه كالإجارة فصار قولنا قبض الأوائل قبضاً للأواخر ليس بالقوي ، والمخالف لا يقول به ، وأيضا العرف كالشرط عندنا ، وليس بمنزلته في القوة ؛ لأنه مشبه به ، والمخالف لا يقول به ، فضعف أمره لذلك . فلهذا فرّقنا بين العرف والشرط ؛ فإذا شرط الأجل لم يكن له الرجوع في ذلك بوجه ، وفي العرف إن شاء الرجوع أعطى قيمة ما أنفق قائما .

ووجه القيمة : أنه قد ينفق بغير نظر أو يتأول ذلك بيده ، وقيل : هما قولان ، وقيل : اختلاف في حال ، فالقيمة إذا كانت عنده الحجارة والجص والتراب ، وما أنفق إذا اشترى ذلك بماله ، ولما دخل بإذن على شرط البقاء عرفا اعتبرت القيمة مع قيام النقيض ، بخلاف إذا تم الأجل ؛ لأنه دخل على القلع ، وقيل له أنه يعطيه قيمتها مقلوعة ؛ لأنه لما لم يدخل على أجل فقد دخل على القلع ، ولا عرف في قدر بقاء البناء يرجع إليه غالبا ، بخلاف الثوب والدابة . وتحط أجرة القلع من القيمة إلا أن يكون الباني ممن يتولّى ذلك بنفسه .

قوله : (وكذلك لو لم يبن)^(١) . لأنه لم يقبض من المنافع شيئا .

قوله : (وإن لم يضرب أجلا)^(١) . كان ذلك لك لما تقدم من ضعف العرف .

قوله : (فله قلع بنيانه)^(٢) . لأن الحق له إلا أن تشاء أنت أخذه ، لأنه لا

(١) التهذيب (٤/٣١٠) .

(٢) من هذا إلى قوله : (فله قلع بنيانه) كله من التهذيب (٤/٣١١) .

ضرر ولا ضرار وإن صادف آخر الأجل زرعاً لم يبد صلاحه أو ثمرة في رؤوس النخل، فأما في الإجارة فيلزمه كراء مدة بقاء ذلك إلى أن يطيب ولا يجبر على قلع ذلك، وأما في العارية فقد يتردد الأمر بين أن يقول لا كراء لك عليه لأنه دخل على ألا كراء مع أن الزرع له أمد معلوم فتوقف عنده، وقد يقال: عليه الكراء لأن الإذن إنما كان في مدة قد انقضت.

قوله: (حتى يتم الزرع). الفرق بينه وبين البناء من وجهين أحدهما أن الزرع له أمد ينتهي إليه والثاني أنه مما لا يجوز بيعه الآن فلا يصح أن يأخذه بقيمته كما في البناء وإن كانت لك الأرض لأن ذلك إنما يكون لو اشتريت الأرض قبل ذلك فيكون الزرع حينئذ تابعا للعقد الأول كأنه فيه.

قوله: (وليس لك أخذه بكراء). لأنه إنما دخل على (.) كراء ومن ضرورة إذنك له في التصرف أن يطرأ مثل ذلك فقد تضمنه الإذن.

قوله: (إلا أن يكون إنما أعرته [٢٣٠/ب] للثواب). لأن هذا إجارة بلفظ العارية.

قوله: (فإن تبين صفة البناء). لأنه صار عوضاً عن المنافع فلزم أن يكون موصوفاً وإلى أجل معلوم، إلا أنه قد قال في موضع آخر: لو باع داراً وشرط سكنها عشر سنين لم يجز، فيحمل على أنها كانت لا يؤمن تغييرها، وأما إذا أمن من ذلك فيجوز كهذه المسألة، لأن البناء فيها صار بيعاً بالمنافع والمنافع به، وينبغي أن يقال: إنه بفراغه من البناء يصير ملكاً لرب الأرض فيكون الكراء البناء مع الانتفاع به إلى أجل حتى يزول من ذلك تأخير قبض المعين.

قوله: (ما بدا لي). لم يجز لأنه يصير ثمن المنافع مجهولاً وحكم الإجارة أن تكون معلومة من الطرفين.

قوله: (فله قلع بنائه). يعني أنها إجارة فاسدة ولم تفت بالنيابة لأنه (.)

العوض وهو باق .

قوله: (ولك أن تعطيه منقوضا)^(١). أي ولا بد من (.) .

قوله: (إذ ليس لشجر حد معروف)^(٢). يعني أنه ليس من قدرة الانسان أن يحيي الغرس على ما يريد انما ذلك لله ﷻ: ﴿أَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أََمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ﴾ [الواقعة: ٦٤] ، مخالف لها ولم ينضبط بالصفة إذ لا يكون على غرضه كان مجهولا .

قوله: (والمغارسة من جهة الجعل)^(٣). يعني لا يجوز ذلك على جهة الإجارة لأن شرطها العلم بالعوض والعوض منه ، والجعالة حكمها أن العمل [مجهول]^(٣) ، والأجرة معلومة ولا بد ، إلا أن هذه المسألة مشكلة سواء ضربا أجلا أو لا ، أما مع الأجل فلا يجوز في الجعل الأجل ، لأنه يؤدي إلى أكل المال بالباطل إذ قد لا يمكنه ذلك في الأجل المضروب وإن لم (.) ، وقلنا إن الأجرة المنافع فهي مجهولة المدة ، وإن قلنا ما يستغل من ثمر الشجر الذي قد صار لرب الأرض بعضه فهو أيضا مجهول فينبغي ألا تجوز ، فلم يبق إلا أنه رجع إلى الغالب في ذلك والعرف ، وكأن المدة مضبوطة ومنافعها والثمر الذي يكون فيها كذلك .

قوله: (لم يجز)^(٤). لما تقدم من أن صيرورة الشجر على الوصف المذكور ليس من صنعه ويضرب الأجل في الجعل .

قوله: (مضمونة عليه)^(٤). لأنه إنما يكون مضمونا عليه ما له قدرة على فعله كالبناء .

(١) في التهذيب «ولك أن تعطيه قيمته مقلوعا» (٤/٣١١) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٣١٢) .

(٣) في المتن «مجهولا» والصواب ما أثبت .

(٤) التهذيب (٤/٣١٢) .

قوله: (فورثته بمنزلته)^(١). بخلاف النفقة، إذا التزم له النفقة عليه مدة فمات قبل تمامها لم يكن لورثته شيء.

والفرق أنه إذا أسكنه في موضع ولم يشترط الوحدة فإن زوجته وولده الذين في عياله يدخلون معه وليس ذلك كالنفقة، فصار كأنه ملكهم السكنى معه، فإن قلنا إنما ملكه وحده فينبغي ألا يكون لورثته شيء، قيل: قد تقدم أن قبض أوائل المنافع تنزل منزلة قبض الجميع وإنما انتقض ذلك في الدين لأنه شبه الدين في الدين، وقد طرد أشهب القاعدة في ذلك كله فأجاز فسخ الدين في منافع لا يتعجل قبضها وإذا ثبت ذلك فقد قبض الجميع بقبض الأوائل، فإذا مات فعن حق صار له بالقبض وليس كذلك النفقة، لأنه إنما ملك منها ما قبض حسب.

قوله: (كان قد قبضه أو لا)^(١). لأن الهبة لازمة من جهة الواهب جائزة من جهة الموهوب فتلزم بالقول وتتم بالقبض ولا تبطل إلا بموت الواهب قبل قبضها لحديث أبي بكر: «لو كنت حُرَّتِيهَا قبل مَرَضِي كَانَتْ لَكَ»^(٢)، أو بفلسه لأنه إذا مات أو فلس (٠) بماله حقوق أخرى من حقوق الموهوب إلا أن يكون الموهوب قائما على طلب الحق والواهب يماطله فلا يسقط حقه لأنه لم يفرط ويجبر الواهب على إقباضها لورثة الموهوب و(٠) تحتاج الوَصِيَّة إلى حوز لأنها جائزة في حياة الموصي وإذا مات لزم، وكذلك [١/٢٣١] الحبس على غير معين لا يحتاج إلى ذلك لأنه قد تعلق به حقوق غير معينين.

قوله: (والناس عند شروطهم)^(٣). أي من التزم شيئا لزمه وقد تكون العمرى باعتبار حياة المعمر وباعتبار حياة المعمر، وفي الحيوان تزيد قسما ثالثا

(١) التهذيب (٣١٢/٤).

(٢) الأثر تقدم تخريجه في أول كتاب القراض ذكره بلفظ: «لو كنت قبضت الهبة».

(٣) التهذيب (٣١٢/٤).



وهو اعتبار حياة الحيوان ، وإذا وقع هذا فهل هو تملك الحيوان له لأنه لا يرجع إليه بوجه إذ قيد الانتفاع بذلك حياته ، أو ليس تملكاً .

وفائدة الخلاف أنه إن قلنا ملكه فله أرشه وميراثه ، وأما في الثياب فقال : لم أسمع ذلك فيها ، ويمكن أن يكون الفرق أن الثوب يسرع تغيره بالانتفاع ، بخلاف الدار والحيوان والعمرى إنما هي تملك منافع العين مع بقائها وبذلك يجوز استئجار الثوب إلا إلى مدة يمكن بقاؤه إليها وتجاوز عندنا هبة المجهول الرقبى ، سميت بذلك لأن كل واحد يرقب موت صاحبه .

قوله : (فيحبسانها)^(١) . من حبس على غير معين فلا يحتاج إلى قبول أحد لأنه قد تعلق بذلك حقوق غير المعين وإذا حبس على معين فقولان هل يرجع بعد موته إلى ملك المحبس أو ورثته أو يبقى حبساً على أقرب الناس إلى المحبس ، وفيه ثلاثة أقوال :

أحدها : عصبته الذكور يحجب القريب البعيد .

والثاني : ورثته حينئذ من رجل أو امرأة .

والثالث : العصبه من كل (.) لو كان من النساء رجلاً كان عاصباً كالبنات والأخت والأُم ويحبب الأقرب الأبعد ، وعلى هذا يكون للأُنثى مثل ما للذكر سواء ، فإن قلنا يرجع فهي عمرى وهي هبة فلا بد من القبول والقبض ، وإن قلنا يبقى حبساً فلا يحتاج إلى قبول لأنها قد تعينت بتحبيس فيرجع إلى المسألة ، فسواء قلنا عمرى أو حبس فلا تجوز لأنها في الحقيقة هبة ثواب (.) خطرٌ ، لأنه لا يعلم من يموت قبل صاحبه فيبطل قَوْلُهُما وتبقى الدار على حالها ، وكذلك في مسألة العبد يبقى على ما كان ويبطل قَوْلُهُما ، إلا أن العتق يصح فمن مات منهما

(١) التهذيب (٤/٣١٣) .

خرج نصيب الثاني حراً من ثلثه لأنه عتق بعد موته .

قوله: (من رأس المال)^(١) . لأنه علقه بموت غيره وجائز أن يموت ذلك الغير قبله ، فكما لو قال العبد أنت حر بعد شهر ولا خلاف أنه من رأس المال وإن أمكن أن يموت السيد قبل ذلك لأن شائبة العتق قد تحققت إذ لا بد من وقوع الشرط بخلاف قوله: أنت حر إن دخلت الدار ، لأن الشرط ممكن ألا يقع .

قوله: (وكذلك لو كان ذلك في العبد بين الرجلين)^(١) . أي قال: كل واحد يصير [حراً]^(٢) بعد موت صاحبي .

قوله: (ومن استعار)^(٣) . قد تقدم أن العارية الانتفاع بمنافع العين مع بقائها ، ولا يتأتى ذلك في الدنانير لأنها لا ينتفع بها إلا مع ذهاب أعيانها فلا تجوز عاريتها إلا في صورة ؛ وهي أن يغيرها الصيرفي ليتجمل بها إلا أنه لا بد أن يقعد معه مخافة أن ينتفع بها فيكون سلفاً جر نفعاً وهل يجوز ذلك ؟ قالوا: هو مكروه لأن فيه تغرير بالناس أن هذا الصيرفي ذو مال فقد يتوصل بذلك إلى أخذ أموال الناس .

قوله: (حبس على رجل مائة دينار)^(٣) . معناه أسلفه إياها لينتفع بها مدة وتكون في ضمانه فإن كان ذلك بعد موته ففي ثلثه .

قوله: (حبست دنانير بيده)^(٤) . وصية وصت بها لها وإن حملها الثلث وقفت إلى أن تحج البيت أو تأس ، فإن يئست من الحج أو النفاس صارت ميراثاً .

قوله: (وليس للابنة أن تتعجلها)^(٥) . قيل إلا أن يصيبها مخرصة لأنه إنما

(١) التهذيب (٤/٣١٣) .

(٢) في المتن «حر» ، والصواب ما أثبتته .

(٣) التهذيب (٤/٣١٤) .

(٤) ليس في التهذيب [بيده] (٤/٣١٤) .

(٥) التهذيب (٤/٣١٤) .

أرادت الوَصِيَّة بذلك للرفق بها وإحياؤها أكد من كل ذلك .

قوله: (فإن شهدوا أنهم لا يعلمون)^(١) . لا يمكن أن (.) على القطع لأنه كذب ورأى مَالِك من المصلحة إذا استحقت الدابة أن يدفعها لمستحق منه ويضع قيمتها [٢٣١/ب] (.) بذلك ضمن ، باعها منه ببلد آخر ليأخذ ثمنه منه ، لأنه إن قضى دونها لم يصدق فيجعل القاضي في عنق الدابة عودا فيه خاتمه ويوجه معه شاهدين يشهدان على عين الدابة والطابع أنها استحقت . وقال ابن عبد الحكم: لا يمكن من ذلك لأنه لا يجوز التحكيم على أحد في إخراج ملك عن يده .

قوله: (وإن لم يشهدوا أنهم لا يعلمون)^(٢) . أي فيكفي شهادتهم بأنها للمستحق ، وحلف هو على البت أنها ما خرجت عن ملكه بوجه .

قوله: (كانت زورا)^(٣) . لكن لا يفسقون بذلك لأنهم يعذرون بالجهل ، ولأن الشاهد إنما يفسق إذا قطع بشهادته حق الغير .

قوله: (فليس لمستحقها أن يضمه قيمتها)^(٣) : لأنه تصرف بإذن ولا يرجع على المعين إن لم يكن غاصبا ، لأنه تصرف بما يجوز له ولكن على من باع منه إن كان أيضا غاصبا .

قوله: (يضمن ما هلك بانتفاعه)^(٣) . أي إذا استحق لأنه انتفع بتلفه والأول لم ينتفع بعين الدابة العاطبة .

قوله: (وليس للعبد أن يعير شيئا)^(٣) . لأن حق سيده متعلق به ، فإن قيل

(١) التهذيب (٣١٤/٤) .

(٢) يريد قوله «فإن شهدوا أن الدابة له ولم يقولوا: لا نعلم أنه باع ولا وهب ولا تصدق» التهذيب (٣١٥/٤) .

(٣) التهذيب (٣١٥/٤) .

إنه يملك وكما لا يجوز لأحد أن يأخذ من الصبي شيئاً.

قوله: (فضرب به فانكسر)^(١). قيل أنه يقبل قوله مطلقاً لأنه أمين وقال ابن القاسم: بشرط أن تقوم بينة أنه كان منه في القتال مخافة أن يكسره قبل. وقال سحنون: يشترط أن يثبت أنه كسره في فعل مأذون له مخافة أن يضرب به شجراً أو حجراً.

قوله: (ضمن)^(١). أي لما تعدى بالمجازاة المعروفة بين الناس صارت في ضمانه فلا يزول الضمان الذي ترتب في ذمته إلا برد المضمون سالماً.

قوله: (فإن أقر الرسول بالكذب ضمنها)^(٢). لأنه أقر بالتعدي وإلا ضمن المستعير، وقد تقدم أنه إذا أعار دابة فاختلفا في المسافة وادّعيًا ما يشبه أن المستعير يصدق، لأن الأصل براءة الذمة، فالفرق أن المستعير شاك يدعي عليه التحقيق ولا يدعي شيئاً إلا غلبة الظن فلذلك لم يقبل قوله.

قوله: (لأنه خصم)^(٢). أي فلا تقبل شهادته لأن ذلك فعله.

قوله: (فالقول قول ربها)^(٣). لأن الراكب يدعي بقاء الضمان وقد ثبت بوضع اليد إلا أن تقوم قرينة تصدق قوله بأن يكون ربها لم تجر له عادة بإكراء دابته.



(١) التهذيب (٣١٥/٤).

(٢) المصدر نفسه (٣١٦/٤).

(٣) المصدر نفسه (٣١٧/٤).

كتاب الوصايا الأول

قال ﷺ: «مَا حَقُّ امْرِئٍ لَهُ مَالٌ يُوصِي بِهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»^(١)، أي يجب عليه ذلك لأن الحق يطلق بمعنى الواجب وهي على خمسة أضرب:

واجب: وذلك إذا كان للناس عليه حقوق دين ووديعة، وهو مريض، وعليه يحمل الحديث.

ومندوب: وذلك في الصحة؛ لأن الغالب الحياة.

ومحذور: وذلك إذا قصد بها الإضرار بورثته، وقال تعالى: ﴿غَيْرُ مُضَارٍّ﴾ [النساء: ١٢].

ومكروه: إذا لم يقصد إضراراً، بل القربة لكن قرابته الوارثون أولى للحديث: «إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ لَكَ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»^(٢).

(١) الحديث رواه مالك في الموطأ، كتاب الوصية، باب الأمر بالوصية. والبخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي ﷺ: وصية الرجل مكتوبة عنده. ومسلم في أول كتاب الوصية عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) من حديث سعد بن أبي وقاص، أنه قال: «جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله، بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، فأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا قلت: فبسطره؟ قال: لا ثم قال: الثلث، والثلث كثير أو كبير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس، وإنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت بها حتى ما تجعل في امرأتك قال: فقلت: يا رسول الله، أخلف بعد أصحابي؟=



ومباح: إذا كان ماله كثيرا ولم يقصد إضرارا.

قوله: (بطلت وصيته)^(١). أي صار لا وصية له؛ لأن العبد الذي وصى بعته كأنه لم يملكه.

قوله: (فلا حق له في مال الميت)^(١). لأنه إنما وصى له بمعين وقد فات.

قوله: (لا يقوم على ميت)^(١). أي لو أوصى بعته نصف عبد فمات فلا يكمل عليه الباقي بخلاف الحي ولا يقوم ميت أي لو مات العبد الذي أعتق نصفه قبل التقويم.

قوله: (بعث عشرة من خمسين)^(٢). لم يعتق أحدا وليس أحدا أحق من الآخر، وإن اعتبرنا العدة وهي عشرة كما قال الميت، فربما خرج أقل من الخمسين وأكثر، فكان الاحتياط. والضابط أن يرجع إلى القيمة ويأخذ نسبة العشرة من الخمسين وذلك خمس، [١/٢٣٢] ومن مات منهم كأنه لم يكن فيأخذ نسبة العشرة ممن بقي فإذا بقي ثلاثون قومنا كل واحد ثم أخذنا ثلث القيم وضربنا القرعة فمن خرج منهم عتق إلى أن يبقى ثلث القيم فقد يخرج للمعتق أقل من الثلث وأكثر.

قوله: (ولو هلكوا إلا عشرة عتقوا)^(٣). لأن العدد الذي نص عليه الموصي تعين هنا وارث كالشركة بين العبيد والورثة.

= فقال: إنك إن تخلف، فتعمل عملا صالحا تبتغي به وجه الله، إلا ازددت به درجة ورفعة، فلعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون، اللهم أمض لأصحابي هجرتهم، ولا تردهم على أعقابهم، لكن البائس سعد بن خولة، يرثي له رسول الله ﷺ أن مات بمكة» رواه مالك في الموطأ، كتاب الوصايا، باب الوصية في الثلث لا يتعدى، ورواه البخاري في الصحيح، كتاب المغازي، باب حجة الوداع.

(١) التهذيب (٢٢٧/٤).

(٢) في التهذيب «بعث عشرة من عبيده ولم يعينهم وعدد عبيده خمسون» (٢٢٧/٤).

(٣) التهذيب (٢٢٨/٤).



قَوْلُهُ: (بالسهم)^(١). لأن عتق ثلث كل واحد إضرار بالورثة بتشقيص العبيد، وإذا امتنع ذلك وليس أحد العبدین أحق من الآخر فليس إلا القرعة، والأصل في هذا - وأنه يراعى حق الورثة لا العبيد - أنه ﷺ كذلك فعل في مثل هذه المسألة^(٢).

قَوْلُهُ: (فإنما للموصي له ثلث ما بقي)^(٣). لا تبين أنه لا عبيد له سوى هؤلاء، والوصية جائزة قبل الموت محال للزوم له إلا هؤلاء.

قَوْلُهُ: (بقي ثلثهم أو أقل)^(٣). أي بعد الموت أو الاستحقاق.

قَوْلُهُ: (كان شريكا بثلثهم)^(٣). أي إن اختار ألا يقسم مع الورثة.

قَوْلُهُ: (فللموصي له ما بقي)^(٣). لأنه جميع غنمه.

قَوْلُهُ: (يدخل فيه ما دخل)^(٣). أي يعتبر عشر القيم كما تقدم.

قَوْلُهُ: (لم تكن بالشراء حرة)^(٤). لأنه لم يوص بمعين ولم يقل: أي عبد اشتريتهم لي فهو حر فيكون حرا بالشراء، وفائدة ذلك أنه في هذا يكون بالشراء حكمه حكم الحر وإن مات بعد الشراء فقد وقعت الوصية.

قَوْلُهُ: (أخرجت بالاجتهاد)^(٤). أي ينظر الوصي أي عبد كان يليق بالموصي على قدر ماله وغرضه.

قَوْلُهُ: (في آخر نجومه)^(٤). لئلا يعجز فيعود رقيقا.

(١) التهذيب (٢٢٨/٤).

(٢) انظر تفصيل المسألة في الذخيرة (١٧١/١١) وما بعدها.

(٣) التهذيب (٢٢٨/٤).

(٤) المصدر نفسه (٢٢٩/٤).

قوله: (ردّ العتق)^(١). لأن الدين سابق .

قوله: (ولا يضمن الوصي)^(٢). وكذلك لو مات بعد العتق العبد ولو علم في الموضعين بالدين ضمن للغرماء في موت العبد وبطل العتق .

قوله: (اشتروا عبد فلان لفلان)^(٢). الأصل في هذا أن من وكل شخصا ليشتري له سلعة بعدد بعينه ولم ينص على عدم الزيادة فاشترها الوكيل بزيادة دينار ونحوه فإن ذلك يلزم الموكل ؛ لأنه حصل له غرضه ، وذلك الزائد في العرف كلا زيادة .

وهنا لما كان غرض الميت أن يملك هذا العبد لفلان ، فقد وصى بثمنه وما يسهل شراءه عليه ، ثم لا يخلو بآثقه أن يبيعه بمثل ثمنه أو يمتنع ؛ فإن باعه بذلك فإما أن يعلم بالوصية أو لا فليس له شيء ، وإن أبى من البيع فإما ظنا به لأنه عنده ممن لا يباع ؛ لأنه يريد عتقه أو تدبيره ، أو مات فتبطل الوصية ؛ لأنها إنما كانت على تقدير أنه مما يباع ، وإن كان امتناعه لطلب الزيادة فيلزم الورثة أن يزيدوه على الثمن مثل ثلث الثمن ، وهو ما كان الميت وصى به لهذا المشتري له ، لأن ذلك يسير بالنظر إلى ثمن العبد ، فإن باعه بالثمن وثلثه فحسن ، وإلا رجع ذلك ميراثا وتوقف رجاء أن يبيعه بعد ، وإن قال: بيعوه منه ، فإن اشتراه بمثل ثمنه ولم يعلم بالوصية فهل يرجع عليهم بثلث قيمة العبد أو لا ؟ قولان :

فوجه الرجوع أنه يقول: لو كنت علمت لما اشتريت بالثمن ، ووجه الثاني أنه قد اشتراه بما يساوي ، وحصل مقصود الميت من ملكه إياه ، وإن أبى من شرائه إلا بأقل نقص ثلث ثمنه ، لأن وصية البائع تتضمن تسهيل شرائه عليه فنقص عنه ما

(١) التهذيب (٢٢٩/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٢٣٠/٤) .



هو يسير في العرف ، وهو الثلث ، وإن أبى بعد ذلك وقف رجاء أن يشتريه بثلثي الثمن فإن أبى خير الورثة بين بيعه منه بأقل من ثلثي الثمن أو يعطوه ثلث العبد ؛ لأنه لما وصى له بما يقتضي ثلث الثمن نزلنا المثلث منزلة الثمن كما نزل منزلته في حديث النهي عن ثمن الشحوم لليهود^(١) ، وفيمن حلف ألا يأكل شيئاً فأكل ثمنه .
قوله : (وإن لم يذكر الميت أن يزداد أو ينقص)^(٢) . أي تضمنه قوله أو إن لم يصرح به .

[٢٣٢/ب] قوله : (أما الموصى أن يشتري فيعتق)^(٣) . هذه أول المسائل الخمس التي ذكر .

قوله : (فليستأني بثمنه)^(٢) . أي يتلوم قليلاً ثم يرجع ميراثاً وذلك أن الوصية بالزيادة في الثمن إنما كانت لسيد العبد على تقدير بيعه لا للعبد وقول ابن وهب أنه يوقف الثمن أمدًا حتى يقع البأس من عتق العبد بموته أو عتق سيده له ويرجع حينئذ ميراثاً .

قوله : (دفع له ثمنه وزيادة ثلث ثمنه إلى الموصى له)^(٣) . لأن الميت لما أوصى بأن يشتري له تضمن ذلك أنه أوصى له بثمنه وثلث ثمنه ، لأنه قد يمتنع البائع فيزداد ذلك القدر والثمن يقوم مقام الثمن .

قوله : (ضنا منه بالعبد)^(٤) . أي قال لا أبيع البتة فتبطل الوصية لأنها إنما

(١) الحديث رواه مالك في الموطأ ، كتاب الجامع ، باب جامع الطعام والشراب ، ومسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة ، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، ولفظه عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال : « قاتل الله اليهود ، حرم الله عليهم الشحوم ، فباعوها وأكلوا أثمانها » .

(٢) التهذيب (٢٣٠/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٢٣١/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٢٣٢/٤) .

كانت على أنه يباع .

قوله: (لم يقدم الورثة أكثر من زيادة ثلث الثمن)^(١). ويكون ذلك مع الثمن الذي يؤخذ من المشتري له موقوفا أبدا حتى يقع البأس فيرجع ميراثا ولا يكون للموصى له بالشراء لأنه إنما أوصى له برقبة لا بمال .

قوله: (فإنه يخير الورثة بين بيعه بما سئلوا أو بأقل من ثلثي الثمن أو يقطعوا له بثلث العبد بتلا)^(٢). لأنه لما وصى له بقدر ثلث ثمنه وتعذر الشراء نزل ثلث الرقبة منزلة ثلث ثمنها فكان له .

قوله: (أو يعتقوا ثلث العبد)^(٣). لأنه في المعنى أوصى له بثلث ثمنه فيعتق ثلثه فليس عليهم غير ذلك أي غير أن يحيطوا ثلث الثمن فإن أبى فلا شيء للعبد ، لأنه لم تكن الوصية للعبد بشيء منه بل بأن يشريه من أحب .

قوله: (وهذا مما لم يختلف فيه قول مالك)^(٣). لأن العتق قد تشوف الشرع إليه وغرض الميت كان عتقه .

قوله: (فلا قول له)^(٣). أي لا يقال أن الوصية من شرطها القبول ، لأن هذا حق لله تعالى وإن كان للعبد أيضا ، وقد تشوف الشرع إلى العتق فليس له أن يبقي نفسه في الرق .

قوله: (من جوارى الوطاء)^(٤). أي لا تقدر على الخدمة فيخاف أن تضع بالعتق بخلاف الوحش ، وقيل: لا يلتفت إلى قولها لأن العتق حق لله .

(١) في التهذيب «لم يلزم الورثة» (٢٣٢/٤) .

(٢) في التهذيب «فإنه يخير الورثة بين بيعه بما سئلوا أو يقطع له بثلث العبد بتلا» (٢٣٢/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٢٣٣/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٢٣٤/٤) .



قَوْلُهُ: (إِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ) ^(١). يَتَعَلَّقُ بِوَضِيعَةِ ثُلُثِ الثَّمَنِ.

قَوْلُهُ: (وَقَدْ بَيَّنَّا هَذَا الْأَصْلَ) ^(٢). فِي كِتَابِ الْعَتَقِ.

قَوْلُهُ: (وَمَنْ اشْتَرَى ابْنَهُ فِي مَرَضِهِ جَازَ إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ) ^(٣). هَذِهِ مُشْكَلَةٌ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَوَقَّفَ شِرَاؤُهُ عَلَى مَبْلَغِ الثُّلُثِ الَّذِي يَعْلَمُ إِلَّا بَعْدَ الْمَوْتِ فَالْعَتَقُ يَقَعُ إِذَا ذَاكَ فَلَا يَرِثُ لِأَنَّهُ حَالُ مَوْتِ الْأَبِ عَبْدٌ، وَأَيْضًا فَإِنَّهُ يَجُوزُ لِلرَّجُلِ اسْتِلْحَاقُ الْوَلَدِ فِي الْمَرَضِ (٠) أَنْ يَكُونَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ، فَوَجْهٌ ذَلِكَ أَنْ شِرَاءَهُ لَهُ تَبَرُّعٌ مِنْهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شِرَاؤُهُ وَالتَّبَرُّعَاتُ فِي الْمَرَضِ مِنَ الثُّلُثِ، وَلَيْسَ كَالِاسْتِلْحَاقِ لِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ بِخِلَافِ شِرَاءِ ابْنِهِ إِخْرَاجُ مَالٍ عَنِ الْوَرِثَةِ فِي ثَمَنِهِ بِخِلَافِ الْاسْتِلْحَاقِ، وَإِذَا اشْتَرَاهُ فَالْعَتَقُ يَكُونُ بِنَفْسِ الشِّرَاءِ فَيَمُوتُ وَهُوَ حُرٌّ، وَقِيلَ: لَا يَعْتَقُ إِلَّا بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَا يَرِثُ شَيْئًا وَقِيلَ: يَشْتَرِيهِ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ لِأَنَّ الْأَبَ يَسْتَلْحِقُ وَلَدَهُ فَيَحْجُبُ الْوَرِثَةَ، وَإِذَا قُلْنَا إِنَّهُ مِنَ الثُّلُثِ فَلَوْ لَمْ يَحْمِلِ الثُّلُثُ عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْ لِأَنَّ الْمَعْتَقَ (٠) كَالْعَبْدِ فِي جَمِيعِ أُمُورِهِ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ أَعْتَقَ مَعَ ذَلِكَ عَبْدَهُ) ^(٤). فَهَذِهِ وَصِيَّةٌ أُخْرَى فَيَقُومُ الْإِبْنُ لِأَنَّهُ بِالشِّرَاءِ يَعْتَقُ، وَهَذَا الْعَبْدُ إِنَّمَا يَعْتَقُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَإِنْ حَمَلَهَا الثُّلُثُ عَتَقًا مَعًا.

قَوْلُهُ: (أَوْصَى أَنْ يُشْتَرَى أَبُوهُ بَعْدَ مَوْتِهِ) ^(٤). هَذَا يَكُونُ حُرًّا بَعْدَ الْمَوْتِ بِنَفْسِ الشِّرَاءِ لِأَنَّهُ اشْتَرَى لِابْنِهِ وَالْمَيِّتُ لَهُ الْحَكْمُ فِي (٠) فَكَأَنَّهُ مَلِكٌ فَعَتَقَ عَلَيْهِ.

قَوْلُهُ: (إِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِي هَذَا أَوْ سَفَرِي هَذَا فَأَنْتَ حُرٌّ) ^(٤). هَذِهِ وَصِيَّةٌ عَلَى

(١) التَّهْذِيبُ (٤/٢٣٤).

(٢) لَمْ أَقِفْ عَلَيْهِ فِي نَسْخِ التَّهْذِيبِ.

(٣) التَّهْذِيبُ (٤/٢٣٤).

(٤) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٤/٢٣٥).



المَذْهَبُ يجوز له تغييرها ، وقال أَشْهَبُ : هو تدبير من كُنَايَاتِهِ فلا يجوز له تغييرها ، وأما إذا قال : أنت حر بعد موتي ، فأراد التدبير كان تدبيراً من كُنَايَاتِهِ ، أو الوَصِيَّةُ فهو وصية ، وإن لم ينو شيئاً [١/٢٣٣] كان وصية لأن الأصل الوَصِيَّةُ .

قَوْلُهُ : (فذلك باطل)^(١) . لأنه إنما وقف صحته على المرض والسفر المعينين وقد ارتفعاً فزالت الوَصِيَّةُ .

قَوْلُهُ : (إلا أن يكون كتب بذلك كتاباً)^(١) . يعني أن بقاء الكتاب عند الرجل دليل بقي على غرضه من الوَصِيَّةِ ، وأما إذا أخذ الكتاب من الرجل فهذه قرينة تدل على تغييرها ، وإن وجد الكتاب بعد ذلك في صندوقه ؛ لأنه لما أخذها من الرجل دل على إبطالها ، كما لو كتب وصيته في كتاب ووُجِدَ بعد موته في صندوقه لم يعمل به ؛ لأنه [كثير]^(٢) ما يكتب الإنسان بشيء ويبدوا له ولا يقطع الورقة .

قَوْلُهُ : (وإن شهد عليها)^(٣) . أي بتصحيحها ؛ لأن أخذه الكتاب من الرجل قرينة تدل على الإبطال إلا أن يجعلها على يدي رجل آخر .

قَوْلُهُ : (متى حدث بي حادث الموت)^(٤) . هذا لفظ مطلق لم يقيد بمرض ما ولا سفر ما ، فيعمل به أبداً .

قَوْلُهُ : (إذا شهدت عليه بينة)^(٤) . بذلك الكتاب .

قَوْلُهُ : (وإنما اختلف الناس في السفر والمرض)^(٤) . أي ذلك وصية ، وهو المَذْهَبُ كما تقدم ، أو هو تدبير لاقتران السفر والمرض ويكون من كُنَايَاتِهِ .

(١) التهذيب (٢٣٥/٤) .

(٢) كذا ، ولعل الصواب : كثيراً

(٣) التهذيب (٢٣٥/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٢٣٦/٤) .



قَوْلُهُ: (فليقدم ذكر التشهد)^(١). أي يقال في كتابة الوَصِيَّة: أوصي ، وهو يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، وإنه أوصى بنيه بما أوصى به يعقوب .

قَوْلُهُ: (كيف هو)^(١). أي كيف لفظ التشهد في ذلك .

قَوْلُهُ: (وأشهدهم على ما فيها)^(١). هذا يعلمه الناس حتى لا يطلع أحد على ما وصى به ، لكن إذا دفع الكتاب إلى البينة وأشهدهم على ما فيه فهذه شهادة صحيحة .

قَوْلُهُ: (فإن عرفوا الكتاب)^(١). يعني أنه قد يكون الكتاب عند بعضهم .

قَوْلُهُ: (أن يغير وصيته)^(٢). لأنها لا تلزم إلا بالموت .

قَوْلُهُ: (فكل مملوك لي مسلم)^(٢). أي يوم الوَصِيَّة هذا الظاهر ، وإن احتمل يوم الموت الأصل عدم العتق وبقاء المال للورثة .

قَوْلُهُ: (بعد موتي)^(٢). يشهد على العتق على موته وعلى خدمته الورثة شهرا ، فبعد الخدمة ينفذ العتق لا بعد الموت ؛ لأن الحر لا يستخدم .

قَوْلُهُ: (فإن لم يحمله الثلث)^(٢). لأنه علق على أن يحمل الثلث كله ، وإذا لم يوجد الشرط وغرض الميت العتق ولو علم أنهم لا يجيزون عتق ثلثه ولا يخلع له ثلث جميع التركة ، لأن الشرط لم يوجد .

قَوْلُهُ: (اشهدوا أن فلانا وصيي)^(٣). هذه وصية مطلقة وتجاوز عندنا خلافا للشافعي ، ولو قال: فلان وكيالي ، ولم يقيد ، لم يجز اتفاقا ؛ لاحتمال أن يريد في

(١) التهذيب (٤/ ٢٣٧) .

(٢) المصدر نفسه (٤/ ٢٣٨) .

(٣) المصدر نفسه (٤/ ٢٣٩) .

كل شيء أو في شيء خاص .

والفرق أن الموكل تصح مراجعته فيما أراد، بخلاف الموصي لأنه بالموت تعذر مراجعته ، مع أن قرينة المرض وانتظار الموت تدل على أنه أراد في كل شيء .
قوله: (بإذنه)^(١) . لأن الجبر في البكر إنما هو للأب فقط .

قوله: (وأحب إلي ألا يزوج بناته)^(١) . لأنه لم ينص على ذلك ، لكنه إن وقع ذلك قال مَالِك: رجوت أن يجوز ، لأنه وصي في الجملة ، وقد ائتمنه الأب على ماله . وقيل: لا يجوز ؛ لأنه ليس بوصي على النكاح .

قوله: (حتى يقدم ثان)^(٢) . فإذا قدم ورضي ، فلا كلام وإن لم يرض فهل يبطل أيضا الأول لأنه عياه بقدم فلان ، أو لا تبطل لأنه إنما أراد حتى يقدم ويجعل ، وإلا بقي الأول على وصيته ؟

قوله: (فأوصي إلى غيره)^(٣) . هذا جائز عندنا خلافا للشافعي ، وكذلك الوصي المفوض يجوز أن يوكل عنه غيره ، ولا يجوز عند الشافعي التوكيل المفوض ، ولو كان للموصي جنون ومحاجير يوصي شخصا كان وصيا على أولاده ومحاجيره معا .

قوله: (وأباه سحنون)^(٣) . لأن الميت إنما ارتضى لبنيه نظر اثنين أو ثلاثة ، فلا [٢٣٣/ب] يستقل ذكر من دونهم فلا يجوز لأحد أن يوصي بعضهم .

قوله: (وللمرأة أن توصي في مالها)^(٣) . أي تنفيذ ثلثها ، لا في مال ولدها الصغير ؛ لأنه إن كان له أب فالنظر لأبيه ، وإلا فالنظر إلى الحاكم أو وصيه .

(١) التهذيب (٤/٢٣٩) .

(٢) في التهذيب «حتى يقدم فلان» (٤/٢٣٩) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٤٠) .

قوله: (وإن كان يسيرا)^(١). هذا أحد الأبوين ، ووجهه أن الأم ليست كالأب في ذلك .

قوله: (ولا تجوز وصية الجد)^(٢). إذا وهب لصغير أجنبي مالا لينفق عليه جاز له أن يوصي في ذلك المال لشخص حتى لا يمكن منه أبا الصبي ولا غيره وجاز ذلك ؛ لأنها هبة متوقفة على شرط أن ينظر فيها هذا الخاص .

قوله: (فلا رجوع له بعد موته)^(٣). لأنه قد لزمه ذلك بالموت ، ولأن الميت قد توثق بجهته ، وإنما يجوز له الرجوع في حياة الموصي ؛ لأن الوصية حينئذ جائزة . ويعني بالمسخوط من لا بصيرة له بالتصرف في المال .

ومن شرط الوصي العدالة ، وأجاز ابن القاسم في قول له في غير المدونة أن يوصي المسلم بولده لقريب له ذمي ، بشرط أن يكون محمود السيرة في دينه^(٤) ، وليس العمل على قول ابن القاسم إذ لم يثبت في المدونة .

قوله: (فإن لم يكن في تركته خمر)^(٥). لأنه إن كان لزمه بيعها وحفظها للصغار ، وكذلك إن كان عليهم جزية فإنه يؤخذ بها ؛ لأنه الناظر لهم ، فيدركه من ذلك ذل وصغار ولا يجوز له ، فإن أمن ذلك كره بعد ذلك لأنه يتصرف للكفار .

قوله: (فليس لأحدهما بيع)^(٦). لأن الموصي إنما رضي بفعلها معا .

(١) التهذيب (٤/٢٤٠) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٤١) .

(٣) قال ابن أبي زيد: «قال ابن حبيب قال أصبغ عن ابن القاسم: في وصية المسلم إلى النصراني أو إلى غير هذا أرى أن يفسخ إلا أن يكون قريبه أو مولاه أو زوجته ومن يرجى منه حسن النظر لولده من أقاربه أو ولاته فأرى أن يجعل معه غيره ، ويكون المال بيد المجعول معه ولا تفسخ وصية الآخر ، وقاله مطرف ، وبه أقول» . النوادر والزيادات (١١/٢٨١) ، انظر أيضا عقد الجواهر (٣/٢٣٤) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٤١) .

قَوْلُهُ: (ولو اقتسَمَا الصَّبِيَّانَ)^(١). بأن يكون عند أحدهما بعضهم وعند الثاني بعضهم، فلا يقتسمان المال؛ لأن الموصي إنما قصد أن يجتمعا على النظر في كل جزء من المال.

قَوْلُهُ: (ولا يخاصم أحد الوصيين)^(١). لأنه كيف خصم.

قَوْلُهُ: (ومن أسند وصيته إلى مكاتبه أو عبده جاز ذلك)^(١). لأن العبد قد يكون عدلا وإن لم تقبل شهادته؛ لأن العدالة أعم. ألا ترى أن خبر المرأة والعبد يقبل بخلاف الشهادة؟

قَوْلُهُ: (إلا أن يضر ذلك بالأكابر)^(١). أي بيعه شقصا فيقضي على الأصاغر بالبيع وهذا للحاكم، ولا بيعُ العبد حظهم في نفسه عليهم؛ لأن الوَصِيَّة تبطل ببيع لحق السَّيِّد، بل يتولى ذلك الحاكم. ثم إن أذن له المشتري في التصرف لهم صح نظره لهم.

قَوْلُهُ: (لا يبيع الوصي عقار اليتيم)^(١). لصعوبة كسبه، إلا لضرورة حاجتهم أو مصلحة عامة كزيادة سلطان يحاورهم في ثمنها زيادة كثيرة.

قَوْلُهُ: (ولا العبد الذي أحسن القيام بهم)^(١). أي رباهم، ولا يشتري لنفسه؛ لأنه يتهم أن يحابي نفسه، وكذلك وكيله ومن (.) يتهم بالمحاباة.

قَوْلُهُ: (إن كان الورثة كبارا)^(٢). يعني أن يكون وصيا على تنفيذ ثلث ونحوه.

قَوْلُهُ: (ولم يجزه غيره). ينبغي إذا كان التأخير لنظر، مثل أن يتوقع إن طلبه مالا أفلس، جاز اتفاقا.

قَوْلُهُ: (فإنه يصدق). لأن الميت قد وصى به وبدونه.

(١) التهذيب (٤/٢٤٢).

(٢) هذا إلى قوله: (إنما أوصى بالثلث لابني) كله من التهذيب (٤/٢٤٣).



قَوْلُهُ: (أو وصية بثلاثي). أي بالنظر فيه .

قَوْلُهُ: (إنما أوصى بالثلث لابني). إن كان عدلا صدق ، وإلا فقولان:

أحدهما: لا يصدق للثمة .

والثاني: يصدق إذا أشبه أن يكون ابنه محتاجا ممن يوصى له بذلك^(١) .

قَوْلُهُ: (قال غيره: إن لم يجدا بذلك نفعا)^(٢) . ليس بخلاف ، لأن الوارث

إذا جر لنفسه نفعا فلا يقبل .

قَوْلُهُ: (على موت ميت)^(٣) . أي وعلى ورثته ووصيه ، ما كان مالا محضا

فلا خلاف في قبول النساء فيه ، أو بدناً محضاً فلا يقبل قَوْلُهُ اتفاقاً ، وما كان مشوباً

بها فابن القاسم يجعله كالمال المحض ، مثل أن يعتق عبده فيشهد رجل وامرأتان

أن عليه ديناً ، فهذا مال أدى إلى حق بدن ، وكذلك في هذه المسألة الموت حق

بدن ، وكذلك كون هذه المرأة زوجته ، إلا أنه يفضي إلى مال . وأشهب لا يقبلهن

إلا في المال المحض ، لا فيما شبهه .

قَوْلُهُ: (فإن تزوجت عزلت)^(٤) . لأنه وصاها على شرط ، وقيل: إنما يقول

إذا اشتغلت [١/٢٣٤] عن النظر لحقوق الزوج وإلا فلا ؛ لأنه إنما شرط ذلك

الموصي مخافة اشتغالها عن النظر وقد أمن ذلك .

قَوْلُهُ: (على أن لا تتزوج)^(٥) . وقع في السليمانية^(٦) قول أن هذا لا يجوز^(٧) ،

(١) انظر التهذيب (٢٤٤/٤) ، الجامع لابن يونس (٧١٨/١٩) .

(٢) المصدر نفسه (٢٤٤/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٢٤٥/٤) .

(٤) نسبة إلى القاضي أبي الربيع سليمان بن سالم القطان ، سمع من سحنون ، وولي قضاء صقلية ، وانتشر

مذهب مالك فيها به ، (ت ٢٨١هـ) ، انظر ترجمته في الديباج (٣٧٤/١) ، الأعلام للزركلي

(١٢٥/٣) .

(٥) انظر التبصرة للخملي (٥٧٩/٨) .

وذلك لما فيه من المحذور؛ لأنه اشترى منها شيئا مجهولا لا يدري أتزوج أم لا، وأيضا لأن التزويج لها مباح، فلا يصح بيع ما أباح لها الشرع وتحريمه، وأيضا فإن الثمن الذي تقبضه لا تدري هل يبقى لها بأن لا تتزوج، أو تردّه بأن تتزوج.

فإن وقع ذلك ثم تزوجت؛ فإن كان العروض عينا ردّته أو مثله، وإن كان عرضا؛ فإن كان باقيا ردّت عينه، وإن تلف فلا يخلو أن يتلف ببيع أو غيره؛ فإن كان بغيره لزمته قيمته، وإن كان ببيع ردّت ثمنه لا قيمته. كما أن الزوجة إذا باعت صداقها العرض ثم طلقت قبل الدخول؛ فيرجع عليها الزوج بنصف الثمن لا بنصف القيمة، وإنما كان ذلك لأنها مأذون لها في البيع والتصرف، بخلاف من لا إذن له في البيع فإنه يرد القيمة.

قوله: (ومن أوصى بحمل امرأة)^(١). يجوز عندنا هبة المجهول، والهبة للمجهول، ويجوز أن يوصي لمن سيوجد في المستقبل، وإن لم تحمل به أمه، بل يقول: لمن تلد ابنتي من ولد إذا تزوجت، ويوقف المال إلى أن تلد أو تيأس من الولادة.

قوله: (إلا أن يستهل)^(١). لأنه إن لم يستهل عدم، وإذا استهل فإن مات كان ذلك لورثته، وهذا إذا ولدته بعد موت الموصي حين تلزم الوصية، أما لو ولدته في حياته واستهل ومات بطلت الوصية.

قوله: (لم يصدق إلا بينة)^(١). لقوله تعالى: ﴿فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾، وقال ابن الماجشون هذا أمين بالنظر إليهم؛ لأن الشرع قد نزل بالوصية منزلة الأب^(٢).

(١) التهذيب (٤/٢٤٥).

(٢) انظر الجامع لابن يونس (١٩/٧٢٨).



قَوْلُهُ: (وإلا غرم)^(١). يعني إن لم يطل الزمان بعد رشدهم ودفع المال لهم،
كعشر سنين ونحوها فلا شيء لهم، لأن العرف يكذبهم.

قَوْلُهُ: (إن كانوا في حجره)^(١). أي يأكلون مع عياله؛ لأن الإشهاد على
نفقتهم في هذا غير ممكن كالنفقة، بخلاف إذا كان لهم حاضن؛ لأنه يمكن إقامة
البينة هنا على الحاضن.

قَوْلُهُ: (وإن شهد وارث بوصية لرجل حلف معه)^(٢). كل ما عدا المال وإن
أفضى إلى المال بدن، أو في حكم البدن عند أشهب، لا يقبل فيه شاهد ويمين
ولا النساء، فإن نكل بقي، أو كان المقر غير عدل.

قَوْلُهُ: (وإن لم يول على المقر)^(٢). أي إن لم يكن سفيها، فلائنه لا يفيد
إقراره، عدلا كان أو غيره؛ لأنه إنما حجر عليه احتياطا على ماله.

قَوْلُهُ: (فإن نكل أخذ من حصة المقر ما يصير عليه)^(٢). وعلى قول
سحنون: يتبعه بالوصية كلها إن حملها سهمه؛ لأنه لا ميراث إلا بعد الوصية.

قَوْلُهُ: (فله نصيب المقر)^(٢). يعني وإن كان جميع ميراثه بخلاف الدين؛
لأنه هنا قد أقر أن عين هذا الغير لمن أقر له، فلا يجوز له أن يأخذ منه شيئا.

قَوْلُهُ: (فما ولدت بعد موته)^(٢). لأن الوصية قد لزمت بموته، أما ما تلده
في حياته فيكون له تغيير الوصية، فإن لم يغيرها عتقوا كعتقها بعد الموت.

قَوْلُهُ: (كالأمة)^(٢). أي لها بعد السيد المعتقد إلى الأجل، وقبل الأجل
حكمه حكم العبد، وما بيده من مال يجوز لسيده أن ينزعه لأنه كالعبد، فإذا قرب

(١) التهذيب (٤/٢٤٥).

(٢) التهذيب (٤/٢٤٦).

الأجل فهل يجوز له ذلك ؟ قولان:

قيل: ينزع ؛ لأنه بعد كالعبد في أحكامه ، وقيل: لا ينزع ؛ لأنه يتهم أنه إنما انتزعه حتى لا يبيعه في العتق .

وكذلك أم الولد لا يجوز أن ينزع مالها في مرضه ، لأنه ينزعه لغيره وهم الورثة ، وأما الورثة فليس لهم انتزاع مال العتق إلى أجل [بخلاف]^(١) سيده .

قوله: (فإن جنت)^(٢) . اعلم أن جناية العبد القنّ في رقبتة ، والمدير ، والمعتق إلى أجل في خدمته ؛ لأنه لم يبق منه للسيد [٢٣٤/ب] إلا ذلك فيخير الورثة هنا إما أن يفروا ، وإما لهم من الخدمة بقيمة الجناية أو يسلموا الخدمة إلى المجني عليه فيخدمه بقدر أرش الجناية ، فإن انتصف قبل مضي السنة فحسن ، وإن بقي من الجناية فقولان:

المذهب أن الباقي يكون في ذمتها فيتبعها المجني عليه بذلك ؛ لأنه كان الأصل أن تكون الجناية في رقبتة ، لكن منع من ذلك شائبة العتق ، فجعلت في الخدمة ، ولما فرغت الخدمة بالحرية انتقلت إلى الذمة .

وقيل: يخير المجني عليه ما بقي له ؛ لأن الحر لا يستخدم ، وإنما كانت الجناية في عين الخدمة وقد ذهبت .

قوله: (فعجل الوارث عتقها قبل الأجل)^(٣) . أي أسقط ماله من الخدمة فهل تعتق الآن قبل الأجل ؛ لأن المانع من نفوذ العتق إنما كان الخدمة وقد زال ، كما أنه لو أعتق المعسر عبده فرد الغرماء العتق ثم أجازوا بعد ذلك فقولان ، المانع

(١) في المتن: بخلا ، ولعل الصواب ما أثبتته .

(٢) التهذيب (٢٤٦/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٢٤٧/٤) .

قد زال وقيل: لا يعتق الآن إلى أجل مخافة أن تطرأ جناية عليها فتكون للوارث فيبقى في الرق من أجل الأروش.

وعلى الأول هذا نادر؛ أي وقوعُ الجِنَاية عليها، وأخذ الأرش نادر ولم تجر عادةً بأن يراعى مثل هذا ولا يعتد به.

قوله: (ولا رجوع له)^(١). أي لا يرجع بأرش ونحوه.

قوله: (وهو وضع خدمة)^(١). أي ليس بعرق، وإنما أعتقه الميت فلذلك يكون له الولاء.

قوله: (فعتقها)^(١). أي وضع خدمة؛ أي لا يقوم عليه حظ صاحبه من الرقبة ولا من الخدمة؛ لأنه لم يعتق نصيبه ولا أتلّف عليه شيئاً، ولأنه يبقى العبد يخدمه بنصيبه من الخدمة.

قوله: (من أوصى لعبد بثلث ماله وحمله الثلث عتق جميعه)^(٢). لأنه لما ملك ثلثه قوم عليه باقيه، فأكمل في باقي الثلث؛ لأنه إذا قدم باقيه على غيره بعرق بعضه، فأحرى عليه نفسه.

وقيل: لا يكفل عتقه ثلثه فقط الذي ملكه، ويبقى بيده سائر ثلث الميت كمال بين شريكين لا يجوز لأحدهما انتزاعه إلا بتراضيهما، وهذا أولى من الأول؛ لأن التكميل إنما يكون فيما يملك اختياراً، لا فيما يكون بالجبر؛ ألا ترى أنه لو لم (.) لم يلتفت إليه ونفذت كما أن من ورث بعض من يعتق عليه لا يكمل عليه؛ لأنه ملكه جبراً.

(١) التهذيب (٤/٢٤٧).

(٢) في التهذيب «وقيمته الثلث» (٤/٢٤٧).



قوله: (استتم منه عتقه)^(١). وقيل: لا يتم من ذلك، وهو القياس؛ لأن مال المعتق بعضه كمال بين شريكين فلا يصح لأحدهما التصرف فيه إلا بإذن الآخر، ولو أوصى له ببعض ثلثه ولآخر بمال، ولم يحمل ذلك الثلث قسم بينهما، وقد ثبت أصلاً أن العتق أبداً يعدم في الوصايا.

والفرق أنه لم يوص هنا بعتق، وإنما أوصى لعبده بثلث ماله وتضمن ذلك العتق.

قوله: (جعل ذلك في رقبة العبد)^(١). أي إذا لم يحملها الثلث جمع له ذلك في رقبته.

قوله: (ولا يعتق فيما بيده من المال)^(٢). هذا القول الثاني.

قوله: (وإن كان للعبد امرأة حرة)^(٢). إن قبلت الوصية انفسخ النكاح وملكت جزءاً منه، وإن ردت بقي النكاح.

وأما الأولاد فإما أن يقبلوا فيملكوا جزءاً منه ويقوم عليهم باقيه إن كان لهم مال، وإن لم يقبلوا لم يملكوا شيئاً منه، ولم يكمل عليهم، وذلك أن من وهب له من يعتق عليه أو بعضه؛ فأما البعض إن لم يقبل الهبة فلا يلزمه شيء؛ لأن له عذراً بالتكميل، إلا أن يكون معسراً، وأما الكل فإن قبله عتق عليه، وإن لم يقبله فثلاثة أقوال:

أحدها: يعتق ولا يلتفت إليه لأنه مضار، والثاني: لا يعتق لأن الهبة تتوقف على قبوله، والثالث بالتفصيل: لا يخلو أن يعلم الواهب أنه ممن يعتق عليه، أو لا؛ فإن لم يعلم بقي رقيقاً، وإن علم عتق، وهل يكون الولاء للواهب أو

(١) التهذيب (٤/٢٤٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٤٨).

الموهوب ؟ قولان:

وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ دَخَلَ عَلَى عَتَقِهِ ، وَلَا يَكُونُ الْوَلَاءُ [١/٢٣٥] لِلْمَوْهوبِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبَلْ ، وَوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ قَدْ رَضِيَ بِأَنْ الْوَلَاءُ لَهُ وَالْعَتَقُ عَنْهُ ، فَلَوْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْعَبْدِ ثَمَانِيَةَ عَشْرٍ ، وَالْمَالُ أَرْبَعَةَ وَخَمْسُونَ ، وَالْوَلَدُ أَرْبَعَةَ ، صَارَ لِلْعَبْدِ سُدُسُ الْكُلِّ مِنْ رَقَبَتِهِ ؛ فَيَعْتَقُ مِنْهُ عَلَى الْقَوْلِ بِالتَّكْمِيلِ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخَرِ: يَعْتَقُ مَا مَلَكَ مِنْ نَفْسِهِ وَهُوَ ثَلَاثُ سُدُسِهِ ، وَيَكُونُ لَهُ دِينَارَانِ شَائِعِينَ فِي التَّرَكَةِ ؛ فَإِنْ كَانَ بِيَدِهِ مَالٌ فَهَلْ يَقُومُ فِيهِ سَائِرُهُ أَمْ لَا عَلَى الْقَوْلَيْنِ .

قَوْلُهُ: (لَمْ يَجْزِ لِلْوَرِثَةِ بَيْعُهُ)^(١) . لِأَنَّهُ مَعَيَّنٌ يَتَأَخَّرُ قَبْضُهُ مِمَّا يَقْبَلُ التَّغْيِيرَ ، بِخِلَافِ الدَّورِ وَالْأَرْضَيْنِ ، وَلَكِنْ إِذَا تَمَّتِ السَّنَةُ بَاعَوْهُ إِنْ شَاءُوا . وَنَفَقَتُهُ فِيهَا ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

قِيلَ: عَلَى الْمَخْدُمِ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي مَنَافِعَهُ ، وَقِيلَ: عَلَى سَيِّدِهِ إِنْ كَانَ حَيًّا أَوْ مِنْ يَمْلِكُهُ مِنْ بَعْدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالِكُ الرَّقَبَةِ ، كَالْعَبْدِ الْمُسْتَأْجِرِ نَفَقَتَهُ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَلِأَنَّ الْمُوصِيَّ قَصْدُ نَفْعِ هَذَا فَقَطْ ، وَقِيلَ بِالتَّفْصِيلِ بَيْنَ أَنْ تَطُولَ هَذِهِ الْخِدْمَةُ فَتَكُونَ النِّفْقَةُ عَلَى الْمَخْدُمِ ، أَوْ تَقْصُرَ فَتَكُونَ عَلَى الْمَالِكِ .

قَوْلُهُ: (أَوْصَى لَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ أَوْ سَكْنَى دَارِهِ)^(١) . أَجَازَ الْوَرِثَةُ (.)^(٢) وَإِلَّا جَعَلَ قِيَمَةَ الرَّقَبَةِ فِي الثَّلَاثِ ، فَإِنْ حَمَلَ الثَّلَاثُ ذَلِكَ فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ لَمْ يَحْمِلْهُ بِأَنْ يَكُونَ الثَّلَاثُ أَكْثَرَ مِنَ الرَّقَبَةِ ؛ فَلَنَا قَوْلَانِ:

الْمَذْهَبُ: يَخِيرُ الْوَرِثَةُ فِي إِجَازَةِ الْوَصِيَّةِ ، أَوْ خَلَعَ الثَّلَاثُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ .

وقيل: بل يخирون بين الإجازة، وبين جعل جميع الثلث في رقبة العبد

(١) التهذيب (٢٤٨/٤) .

(٢) كلمة غير واضحة في المتن، لعلها [فبين] والله أعلم .



والدار ، فيكون ذلك القدر للموصى له بالخدمة أو السكنى ، وإنما قلنا ذلك لأنه ليس للموصى منع الورثة من التصرف في شيء من تركته إلا في ثلثه ، فجعل في ثلثه رقبة العبد والدار حتى يمكن معهم من التصرف في ذلك ، فإن حمله الثلث صحت الوصية ورجع بعد ذلك العبد والدار إلى الميراث ، وإن لم يحمله فقد علمنا أن غرض الميت إنما كان أن ينفع الموصى له ، وأنه لو علم أنه [لم يجيزوا] ^(١) وصيته وصى له بثلث ماله فيقطع له بالثلث إن لم يجيزوا ، ولو أوصى له برقبة شيء من تركته فعلى ما تقدم من جعله في الثلث إن لم يجيزوا ، فإن حمله فهو للموصى له ، وإن لم يحمله فالقولان المتقدمان ، إلا أن المذهب هنا أنه يقطع له بالثلث ويجمع له في رقبة ذلك الموصى به لا شائعا في التركة .

والفرق أن غرض الميت هنا إنما كان تخصيص الموصى له برقبة هذا ، وفي المسألة الأولى لم يكن غرضه إلا نفعه فقط ، لا تخصيصه بالرقبة . وهذه المسألة من خلع الثلث مما يشنع به الشافعية على المذهب لما فيها من المخالفة للوصية ^(٢) .

قوله : (وما ولدت الموصى بعقها قبل موت سيدها فهم رقيق) ^(٣) . لأن الوصية حينئذ جائزة ولم يجب لها بعد عتق ، بخلاف ما تلده بعد موت السيد .
قوله : (بغير قرعة) ^(٣) . بخلاف قوله : فأحد عبيدي حر ، كأنه أوصى لهما معا ، لأن ولدها جزء منها .

قوله : (وما ولدت المدبرة بعد التدبير) ^(٣) . الفرق أن التدبير عقد لازم ،

(١) كذا ، ولعل الصواب : لم يجيزوا .

(٢) انظر مسألة خلع الثلث عند ابن عرفة في المختصر (٤٥٤/١٠) ، التوضيح (٥١٢/٨) ، منح الجليل (٥٦٤/٩) .

(٣) التهذيب (٢٤٩/٤) .

وكذلك المعتق إلى أجل ، فقد وجب لهم ما يتوصلون به إلى العتق ، ولا يجوز له الرجوع فيه بخلاف الوصية .

قوله : (عتقت وما في بطنها وبطلت العطية والوصية)^(١) . لأن الوصية إنما تلزم بعد الموت ، ولا تحتاج إلى قبض لأنها تلزم بالموت لزوما لا تحتاج معه إلى قبض ، ولأن الهبة لا تتم إلا بالقبض وقد طرأ العتق قبل القبض ، وهبة المعدوم والوصية به جائزة .

قوله : (بيعت وكان ما في بطنها لمن اشتراها)^(١) . هذا المذهب ، وقال ربيعة : بل يستثنى ؛ لأننا بين محذورين : إما أن نستثنى ما لا يجوز استثناءه ، أو نبيع الحر ، وبيع الحر أعظم ، فأحسن القبيحين الاستثناء ، لاسيما إذا قلنا إن المستثنى مبقى غير مبيع^(٢) .

قوله : (كان قبض المحرم للعبد قبضا لنفسه)^(٣) . لأن القصد بالقبض في الهبة أن يزول عن تصرف الواهب وذلك حاصل وسواء كان بشرط [٢٣٥/ب] أن يقبضه أيضا الواهب أو لا .

قوله : (وقبضه المخدم في صحة السيد)^(٤) . إذا لم يقبض الموهوب الهبة حتى مرض الواهب بطلت الهبة كالموت والفلس ، وهذا المذهب ؛ لأن حكم المرض لا يدخل على الصحة ، وقال أشهب : لا يبطل بل يصير هبة في المرض فتكون في الثلث .

قوله : (خدم العبد ورثته للميت سنة)^(٤) . لأن مفهوم قوله أنه حر بعد سنة

(١) التهذيب (٢٤٩/٤) .

(٢) لم أقف على قول ربيعة .

(٣) التهذيب (٢٤٩/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٢٥٠/٤) .



لأنه لم يقل: «إن خدمته»، ولا «إن قبل فأنت حرٌّ».

قوله: (ولو وهبها للعبد)^(١). أي لو وهب ذلك الأجنبي للعبد خدمته عتق حينئذ لأن المانع من نفوذ العتق قد زال.

قوله: (وأجره السلطان)^(١). هذا تمليك للغائب من غير قبول منه لكن تُوقف الأجرة فإن قبلها كانت له وإلا رجعت ميراثاً.

قوله: (إلا أن يكون الموصي قصد بذلك أن يكفل العبد المخدم أو يحضنه)^(٢). فهنا لا يؤاجر لكن ينتظر الغائب أو يخرج العبد إلى مرضعه.

قوله: (خدم أولاً)^(٣). لأنه بانقضاء السنة يخرج حراً، والحر لا يستخدم ولا يتبع العبد؛ لأن الخدمة كانت في زمن معين وقد فات ولم يفرط.

قوله: (كمن أبق)^(٤). لأنه جنى على سيده والعبد الجاني على سيده مثل أن يُتلف له دابة ونحوها لا شيء عليه بخلاف جانيه على أجنبي.

قوله: (فإنما يحسب من يوم موته)^(٤). لأن قرينة الوصية تدل على الموت وإلا لم يكن قرينة، كان من رأس ماله ومن يوم.

قوله: (وقوفها لآخر بعد الخدمة)^(٥). في نفقتها ثلاثة أقوال: في زمن الخدمة الأولى قبل علم المخدم؛ لأنه يستوفي المنافع، وقيل: على الذي تصير له الرقبة بعد كما تكون على السيد أو لمن (.) لأحد قبل.

(١) التهذيب (٢٥٠/٤).

(٢) كذا، وفي التهذيب «وإن كان الموصي له غائباً ببلد ناء، أجره له السلطان وأعتق للأجل، إلا إن كان أريد به وجه الكفالة والحضانة» (٢٥٠/٤).

(٣) في التهذيب «كان حراً خدم فيها أو لا» (٢٥٠/٤).

(٤) التهذيب (٢٥٠/٤).

(٥) في التهذيب «وبرقتها لآخر بعد الخدمة» (٢٥٠/٤).

والفرق أن السَّيِّد تقدم له ملك الرقبة وهذا لم يتقدّم له ملك رقبتها . وقيل :
إن طال زمن الخدمة فعلى المخدم ، وإن قصر فعلى الذي تصير له الرقبة .
قوله : (فإذا ولدت في الخدمة)^(١) . لأنّ كل حق ثبت في الأم فولدها فيه
بمنزلتها .

قوله : (وكذلك لو ولد العبد المخدم من أمته)^(١) . تحرز من ولد زوجته لأنه
تابع لأمه حرة كانت أو أمة .

قوله : (دخل بقية الورثة مع ذلك الوارث)^(٢) . هذه الوَصِيَّة لوارث فهي
باطلة إلا إذا ما صححناها هنا من أجل العتق ، فلو أبطلناها بطل العتق الموقوف
عليها ولكن يشترك سائر الورثة في الوَصِيَّة إن لم يجيزوا .

قوله : (تجوز وصية المحجور) . أما الصبي ففيه ثلاثة أقوال : قيل إذا كان
ابن سبع لأنه وقت يؤمر بالصلاة ، وقيل ابن عشر لأنه وقت يضرب على الصلاة ،
وقيل إذا تحقق تمييزه وذلك فيما بين السبع والعشر .

قوله : (والسفيه) . هذا عاقل وإنما حجر عليه لئلا يفتقر وبالموت يزول
المحذور ويرغب في الثواب في الآخرة .

قوله : (في حال إفاقته) . لأنه عاقل حينئذ .

قوله : (إذ أصاب وجه الوَصِيَّة) . تحرز من أن يخلط في كلامه مثل أن يقول :
أوصي به ليكثر مالي .

قوله : (لم يزد على قيمته)^(٣) . قد تقدم أنه إذا أوصى بذلك الأجنبي بلّ له

(١) التهذيب (٢٥٠/٤) .

(٢) هذا إلى قوله : (إذ أصاب وجه الوَصِيَّة) كله من التهذيب (٢٥١/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٢٥٢/٤) .



ثلث الثمن إذا أبى من بيعه والزيادة هنا وصية لوارث فإن أبى من بيعه بمثل ثمنه بطلت الوصية .

قوله^(١): ويتهم أن يجعل ذلك وليجة إلى الوصية للوارث ، [فلا أمكن]^(٢) أن يكون من باب الإيلاج بطل لأنها بالانتزاع وصية لوارث .

قوله: (إلا بالتافه)^(٣) . لأن هذا تزول به تهمة نفع سيده .

قوله: (ولا وارث له غيره ، جاز)^(٣) . لأن المحذور منتف فإذا جوزها الابن لم يجز له أن ينتزع ذلك من عنده ؛ لأنه يؤدي إلى إبطال وصية الأب لكنه يجوز أن يبيعه وأن ذلك ثمنه بسبب ماله ، لأن هذا قد يعد من الوصية فجاز فيكون هذا مالا بيد العبد لا يجوز لسيده انتزاعه .

قوله: (كان للعبد)^(٣) . ولو كان بالثلث صار قد ملك ثلثه ، فهل يكمل على نفسه في بقية الثلث أو في مال سيده على ما تقدم أو لا يكمل ؟

قوله: (وليس [أ/٢٣٦] للوارث انتزاعه)^(٣) . لأن ذلك يؤدي إلى إبطال وصية أبيه .

قوله: (وبيع بماله)^(٣) . أي ولا يقال قد انتفع الوارث بذلك المال ؛ لأنه إنما المقصود بيع العبد وماله تابع فلا يبطل ذلك الوصية .

قوله: (ولمن اشتراه انتزاعه)^(٣) . لأنه لا محذور ، ولأن هذا أجنبي من

الموصي .

(١) قوله «ويتهم أن يجعل ذلك وليجة إلى الوصية لوارث» ليس في التهذيب ، والظاهر أنه شرح لقول البراذعي: «ولا تجوز وصية رجل لعبد وارثه» انظر التهذيب (٤/٢٥٢) .

(٢) كذا في المتن ، ولعل الصواب [فلا مكان] .

(٣) التهذيب (٤/٢٥٢) .

قوله: (جازت الوصية في ماله دون الدية)^(١). لأن الوصية إنما تكون فيما علم به الميت من أمواله، والدية هنا لم يعلم بها الميت فلا تدخل الوصية في ذلك؛ لأنه يمكن لو علم الميت بالمال الزائد لم يوص به، والأصل بقاء ماله لورثته.

قوله: (فلا وصية له في مال ولا دية)^(١). لأنه تعجل الوصية فيتهم أنه قتله ليأخذ الوصية، فعومل بنقيض قصده قياساً على الوارث يقتل موروثه عمداً.

قوله: (دون الدية)^(١). لأنها تؤخذ من عاقلته بكمالها فليس له منها شيء.

قوله: (لم يرث من المال)^(١). لأنه تعجل ما أخره الله فعومل بنقيض قصده، ولا من الدية لأنها تؤخذ منه.

قوله: (وعلم به)^(١). أي ضربه خطأ وعلم الموصي ثم مات فهنا يأخذ من المال لأنها مال قد علم به الميت، وإن كانت عمداً فلا يأخذ من الدية؛ لأن الدية في العمد إنما تجب بعد الموت إذا قبلها الورثة فذلك مال لم يعلم به إلا أن يكون الميت هو الذي عفا عنه على مال معلوم فيموت من ذلك؛ لأن الميت قد أسقط حقه من القصاص.

قوله: (فالوصية لورثة الموصي له علم بها أو لا)^(٢). لأنه من مات عن حق فلورثته، كما لو مات عن أخذ بالشفعة أو خيار في بيع أو رد بعيب، وقال الأبهري: ليس ذلك لورثته لأنه يمكن أن يقبلها الموصي له لو علم بها وألا يقبلها، والأصل بقاء المال لربه وإذا قبل الموصي له بعد مدة من موت الموصي، فهل يملك الوصية من يوم القبول أو من يوم الموت؟ قولان: بُنيَ عليهما فروع

(١) التهذيب (٢٥٢/٤).

(٢) المصدر نفسه (٢٥٣/٤).

كثيرة كالغلات ، ولو كانت زوجه أمةً حاملا منه فهي من الوَصِيَّة فولدت قبل القبول فإن تلد من يوم الموت كانت أم ولد له ، لأنه ملكها حاملا على المَذْهَب وإن ملك يوم القبول لم تكن له أم ولد .

قوله: (وإن أوصى له من هو وارث)^(١) . فالوَصِيَّة باطلة لأنه لا وصية لوارث ، وهي عندنا لحق آدمي فتتوقف على إجازته ، وعند الشافعي لحق الله سبحانه فتبطل مطلقا .

قوله: (لأن تركه لها بعد العلم بإجازة لها)^(٢) . لا خلاف في هذا .

أما إذا لم يعلم فالمذهب أن الوَصِيَّة تبطل لأنه يمكن أنه إنما وصى له إذا لم يكن له وارث والأصل بقاء ماله لورثته ، وقال أشهب: يصح له لأنه لما أوصى له مع أن الوَصِيَّة لا تجوز له فأحرى إذا جازت .

قوله: (ومن أوصى لامرأة)^(٢) . هذه عكس التي قبلها .

قوله: (إلا أن يجيزه الورثة)^(٢) . لأنه حق لهم خلافا للشافعي .

قوله: (جاز إن ورثه ولد أو ولدٌ ولدٍ)^(٢) . لأنه لا يهتم أن يحرم هؤلاء مع وجود الشُّفْعَة عليهم غالبا بخلاف غيرهم .

قوله: (لم يجز منه شيء عند مالك)^(٢) . هذا بخلاف الموصي بأكثر من ثلثه فليس للورثة إلا إبطال ما زاد على الثلث . والفرق أن الزوجة تقدر على إنشاء وصية أخرى بخلاف الميت ولنا قولٌ ثانٍ أن الزوجة كالوصي سواء .

(١) يريد قوله «ومن أوصى لوارث ، لم تجز وصيته وإن أوصى له ثم حدث من يحجبه» التهذيب (٢٥٣/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٢٥٣/٤) .

قوله: (فلا يدخل إلا فيما علم به الميت)^(١). لأنه على ذلك نص ، ويمكن أن لو علم بزائد عليه لم يوص فيه بشيء ، وإذا احتمل فالأصل بقاءه للورثة .

قوله: (فإنه يدخل فيما علم به أو لم يعلم)^(١). لأن المدبر في الصحة إنما وكله إلى كسبه في جميع أموره ليخرج منه ، بخلاف الوصية وقد يخرج من الذي علم به لا غير ؛ لأنه يخرج من الثلث فأشبه الوصية ، وكذلك المدبر [٢٣٦/ب] في المرض القولان ، ويفارق الوصية أيضاً بأنه لا يجوز الرجوع فيه .

قوله: (هو من ناحية التعمير)^(١). يعني الحبس على معين على المذهب أنه يرجع ميراثاً وأما على القول الثاني أنه لا يزال حبساً فلا يكمل به لأنه قد خرج عنه وكذلك الحبس على غير معين ، وهو الذي عبر بالحبس البتل .

قوله: (فلا يعتق منهم إلا من علمه منهم)^(٢). لأنه إنما علق العتق بمعلومين عنده .

قوله: (والإجماع على ذلك)^(٢). احتج بالإجماع لأن ظاهر الآية تقديم الوصية ، ومن جهة المعنى أنه بالدين لا مال له يوصي فيه ولا يورث عنه .

قوله: (ويقدم المدبر في الصحة على كل وصية)^(٣). لأنه لازم ، ولأنه يخرج من المعلوم والمجهول .

قوله: (وعلى العتق الواجب)^(٤). وهو الذي في الكفارات ؛ لأن العتق هنا غير معين ، ولأنه يجوز له تبديله ويعدل إلى خطة أخرى .

(١) التهذيب (٤/٢٥٤) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٥٥) .

(٣) في التهذيب «وأول ما يبدأ في الثلث المدبر» (٤/٢٥٥) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٥٥) .



قوله: (وإذا اجتمع كفارتان وضاق الثلث)^(١). فقل: يتحصان، وقيل: تقدم كفارة القتل وإن كانتا معا فالقرآن، لأنها أضيق إذ فيها خصلتان وفي الظهار ثلاث، وإنما كانت الكفارة من الثلث مع وجوبها لأنه لا يجبر عليها بخلاف الزكاة تؤخذ منه كرها.

قوله: (بخلاف ما بتل في المرض)^(٢). أي لا يرجع فيه كالتدبير إلا أن المدبر في الصحة قدم عليه، لأنه يخرج من المعلوم والمجهول، وإذا أفاق صار المبتل في المرض كأنه بتله في الصحة، فيخرج من رأس ماله، لأن المرض الذي تعقبه له حكم الصحة، وإنما يعني بالمرض يعقبه الموت، وإذا زال المرض فلا تفاضل بين المبتل والمدبر حينئذ، لأن المبتل صار من رأس المال.

وإذا اجتمع مهر المنكوحة في المرض مع المدبر في الصحة فثلاثة أقوال؛ قيل: يبدأ بالمدبر لأن نكاح المرض حرام والتدبير عبادة، وقيل بالمهر لأنه عوض وقيل: يتحصان.

قوله: (مما فرط فيه من زكاة)^(٢). الزكاة الواجبة ثلاثة أقسام أحدها يخرج من رأس المال وصى بها أو لم يوصي، وهو ما وجب عليه في الحرث والماشية مما يقطع بأنه لم (.) .

والثاني يخرج من ثلثه أن أوصى به، وإلا فلا من رأس ماله ولا من ثلثه، وهو ما فرط فيه من الزكاة لأنه يتهم أن يكون أخرج ذلك قبل، وقال ابن شهاب: من رأس ماله إن أوصى بها.

والثالث أن يقوم عليه مال عين فالظاهر أنه لم يتركه بعد، فإن أوصى به فمن

(١) لم أقف عليها في التهذيب.

(٢) التهذيب (٢٥٥/٤).



رأس ماله وإلا لم يجبر الورثة على إخراجهم، لإمكان أن يكون قد قدم زكاته بخلاف المدبر لا تهمة فيه وقال أشهب: من رأس ماله، وأما زكاة الفطر فمؤخرة عن ذلك لأنها وجبت بالسنة، وقد اختلف العلماء في وجوبها، ولذلك لا ينبغي للوصي أن يخرجها عن المحاجر إلا بإذن الحاكم، ولو جحد وجوبها لم يكفر بخلاف من جحد وجوب الزكاة المالية.

قوله: (فإنها فارغة من رأس ماله)^(١). أي يفرغ منه وفي نسخة: خارجة^(٢).

قوله: (وإن كان ممن لا يجوز إقراره له رجع ميراثا)^(٣). لأن الوصية تكون في ثلث ما عداه، لأن المال إنما وصي في ثلث الباقي، ثم المبتل والمدبر في المرض معا، لأنهما لا يرجع فيهما، وقيل: يقوم المبتل لأنه أقوى إذ لو زال المرض كان من رأس ماله.

قوله: (ثم الموصى به للعتق بعينه)^(٣). لأنه حق تعلق بمعين بخلاف غير العين.

قوله: (ثم المكاتب)^(٣). لأنه عتق على شرط والمنجز أقوى.

قوله: (مع الحج معا)^(٣). لاجتماعهما في التطوع، ووجه الثاني أن العتق تشوف الشرع إليه ولأنه لا خلاف في الوصية بالعتق، وفي الوصية بالحج خلاف، وقد قيل: إنه مكروه لأنه لا يحج أحد عن أحد.

قوله: (في السبيل)^(٣). إذا أطلق حمل على الجهاد إلا أن يكون عرف يخصصه بأمر آخر كما لو أطلق بمكة كان للحج، لأنه لا جهاد هناك، وإذا أطلق

(١) في التهذيب «فإنها خارجة» (٢٥٥/٤).

(٢) كلا الروايتين في التهذيب (٢٥٦/٤).

(٣) المصدر نفسه (٢٥٦/٤).

في [١/٢٣٧] ثغر قوي حكم الجهاد .

قوله: (قسم بينهم بالاجتهاد)^(١). لأن اللام كثرت في كلام العرب للاختصاص وهو بيان المصرف ، ولا يحمل على الملك إلا بقريئة ؛ لأن الاختصاص أعم ، لأن كل ملك اختصاص ، ولا ينعكس ، فيحمل على الاختصاص . ولا يدل اللفظ على التساوي لأنه يستعمل مع ذلك ومع غيره فلا مخصص لأحدهما إلا بالقرائن ولا قريئة فيرجع إلى الاجتهاد ، ولولا الإجماع لم يدل ، قوله: «فهم شركاء»^(٢) على التساوي .

قوله: ((.)) بالعتق)^(٣). لأن أصلنا أن العتق يقدم على سائر الوصايا ، لأن الشرع تشوف إليه والعبد هو الثلث فلا يبقى من الثلث إلا خدمته سنة فإن أجاز الورثة الوصية أخذوا الخدمة وإلا أسلموها للموصى له بالمائة .

قوله: (فهو لأهل الوصايا)^(٤). لأن العبد مات رقيقا فلا بد له من ماله وقد خرج عن ملك الورثة لأنهم لا شيء لهم في الثلث ، فإما أن يكون على ملك الموصى له بماله له ، أو على ملك الميت وهو مع ماله ثلثه فلا شيء للورثة فيه بوجه .

قوله: (وأن يحمل العبد الثلث بطلت الوصية الأخرى)^(٥). إن لم يجز الورثة وعتق ثلث العبد بتلا . ووجهه أن الميت لو علم أنهم لا يجيزون الوصايا

(١) التهذيب (٤/٢٥٦) .

(٢) لم يرد في التهذيب عبارة «فهم شركاء» ، ولعل الشارح اعتمدها في نسخة أخرى (٤/٢٥٧) .

(٣) ما بين المزدوجين غير واضح من المتن ، وفي التهذيب قوله «ومن أوصى بعتق عبده بموته بسنة ولفلان بثلته أو بمائة دينار والعبد هو الثلث ، بدئ بالعبد ولم يعتق إلا بعد سنة» (٤/٢٥٧) .

(٤) التهذيب (٤/٢٥٧) .

(٥) في التهذيب «وإن لم يحمل العبد الثلث خير الورثة في إجازة الوصية أو العتق من العبد مبلغ الثلث بتلا ، وتسقط جميع الوصايا» (٤/٢٥٧) .

عتق ثلث العبد بتلا فيجبرون على ذلك . وقال أَشْهَبُ: ينبغي ألا يعتق ثلثه إلا بعد خدمته للموصي له ثلث سنة ولا تبطل الوَصِيَّةُ الأُخْرَى بالجملة .

قَوْلُهُ: (فالمدير مبدأ)^(١) . لأن قَوْلَهُ «إِنْ حَدَّثَ بِي حَدَّثُ الْمَوْتَ فَانْتَ حُرٌّ»^(٢) ، وصية على المَذْهَبِ ، والمدير أكد لأنه يجوز رجوع (.) الوَصِيَّةُ ، وأصل أَشْهَبُ أنه إذا قال ذلك في المرض أو السفر فهو تدبير فيتحصان على هذا لأنهما مديران .

قَوْلُهُ: (ويحابي فيه)^(٣) . هذه وصية والعتق يقدم عليها .

قَوْلُهُ: (فإن عجل ميمونُ المائة تحاصا)^(٣) . إما أن يتحصا ، أما إن لم يعجل شيئاً فيبدأ مرزوق قولاً واحداً ، وإن عجل ذلك فقليل: يبدأ أيضاً مرزوق نظراً إلى اللفظ وهو فيه مقدم وعتقه ناجز ، وعتق الآخر على شرط الأداء وقيل: يتحصان نظراً إلى أنه لما عجل ذلك صار عتقه ناجزاً ، فساوى الأول أوصى بعتقهما من غير شرط .

قَوْلُهُ: (أو يجعلوا فيه عتق بقية الثلث)^(٣) . هذا من خلع الثلث إلا أن المَذْهَبَ إذا لم يجيزوا الوَصِيَّةَ أن يجمعوا له ثلث التركة في رقبته ؛ لأنه أوصى له برقبته لا بمنفعة . وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ أن يكون له بقية ثلث جميع التركة شائعاً .

قَوْلُهُ: (بدئ بالعتق)^(٤) . لأن الكتابة عتق على شرط .

قَوْلُهُ: (أن يتحصا إن قرب الأجل) . لأن ما قَرُبَ مِنَ الشَّيْءِ فَلَهُ حُكْمُهُ ،

(١) التهذيب (٢٥٨/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٢٥٧/٤ - ٢٥٨) .

(٣) المصدر نفسه (٢٥٨/٤) .

(٤) من هذا إلى قوله: (فلتنفذ وصيته) كله من التهذيب (٢٥٩/٤) .



فكانه أوصى بعقتهما معا في وقت واحد ، بخلاف الأجل البعيد فيبدا المعجل
(.) تحاصا ، لأن المال والحج كل واحد تطوع ، وقيل : يبدأ المال لأن الإجماع
على صحة الوصية بالمال وفي الوصية بالحج خلاف لقوله : ﴿ وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ
إِلَّا مَا سَعَى ﴾ [النجم : ٣٩] . وقد قيل : إنها تُكره .

قوله : (وكذلك أن أوصى بمال وبعث نسمة غير معينة) . لأن تقديم العتق
إنما يكون إذا كان في شخص معين ، وقيل : يقدم العتق هنا وإن لم يكن معيناً .

قوله : (تبدئ الرقبة) . أضعف الوصية بالحج ، وقد قيل : إنه مكروه .

قوله : (ولو من مكة) . وإن لم يبلغ أعين به حاج .

قوله : (فلتنفذ وصيته) . مراعاة لقول المخالف أنه يسقط عنه الفرض ،
والمذهب أنه لا يسقط عنه فرضه وإنما يكون تطوعاً وإن كان ضرورة .

ولنا قول ثانٍ كمذهب الشافعي أنه يسقط فرضه .

قوله : (بدنانير في رقبة)^(١) . أي يعان بها في عتق رقبة ، لم يقدم هنا لأنه
لا يكون الولاء لهذا الموصي .



(١) التهذيب (٤/٢٦٠) .

كتاب الوصايا الثاني

—•••••—

(فإن كان عبداً يتهمان في جرّ ولائه)^(١). مثل أن يكون له مال كثير فتسقط شهادتهما وتنفذ شهادة الأجنبيين ، إلا أنه إن لم يكن وارث سوى الولدين [ب/٢٣٧] عتق العبد ، لأنهما قد أقرأ أنه حر فإن كان معهما وارث آخر لم يقبل قَوْلهما البتة ؛ لأنهما يتهمان أن أرادا تشقيص العبد على سائر الورثة ، وقال أَشْهَبُ : إذا أمضيت شهادة الأجنبيين كما تقدم صارت الوَصِيَّة التي شهدا بها كأن الميت لم يتركها ويعتق من العبد بقدر ثلث باقي التركة ، وذلك ثلثاه ؛ كما إذا أصاب بعض التركة جائحةٌ بأمر من الله كموت بعض الحيوان ؛ فإنه ينظر في الوَصِيَّة إلى ثلث ما بقي . وابن القاسم لا يرى ذلك بمنزلة جائحة لأن عينه باق بيد الموصي له .

وكذا اختلافهما في وارث أقر بدين على الميت ؛ فعلى قول ابن القاسم يأخذ منه من الدين ما ينوبه والوارث الآخر كأنه غصبه سائر حقه وليس بجائحة ، لأن عينه باق ، فالمذهب هنا أضّر { برب الدين ونفع الورثة ، وفي المسألة المتقدمة أضّر } بالورثة ونفع صاحب الوَصِيَّة ، وقال أَشْهَبُ : هو كالجائحة في يد المقر كأنه جميع التركة فيأخذ منه الدين كله .

وكذا اختلافهم لو غصب من التركة بعضها ، فهل المغصوب جائحة أو ليس بجائحة لأن عينه باق عند الغاصب ؟ قولان ، وقيل : تقدم شهادة الولدين في المسألة الأولى على الأجنبيين ، لأن التهمة بالولاء ضعيفة لأنه قد لا يموت العبد

(١) هذه ترجمة للمسألة من غير أن ينبه على ذلك ، انظر التهذيب (٢٦٣/٤) .

قبلهما، أو يموت لا عن مال أو عن وارث فيحجب السيّد، ولأن في شهادة الأجنبيّين إضرار بالورثة لأنه يؤدي - إذا لم يجر الورثة الوصيّة - إلى خلع الثلث وتشقيص جميع التركة عليهم.

قوله: (وكذلك شهادتهما بذلك)^(١). أي بالعتق ومعهما نساء من الورثة يتهمان أيضا في جرّ الولاء لأنه ليس للنساء منه شيء.

قوله: (يخدم عبدي فلانا سنة ثم هو حر)^(١). إن حملة الثلث أو أجاز الورثة إن لم يحمله فلا كلام، وإن لم يجزوا بُدئ بالعتق؛ لأن العتق المعين مقدم على سائر الوصايا فيعتق ثلث العبد بتلا.

ووجهه: أنا نعلم قطعا أن الميت لو علم أنهم لا يجيزون الوصيّة أوصى بعتق ثلث العبد.

وقال أشهب: بل يتوقف عتق الثلث على خدمة السنة بثلثه للموصى له بالخدمة فيخدم الورثة يومين والمخدم يوما، وبعد السنة يعتق الثلث.

قوله: (بخدمة عبده سنة أو سكنى داره سنة)^(٢). إن حمل الثلث أو أجازوا فلا كلام ويجعل في الثلث قيمة الرقاب على أصلنا، لأن الورثة لا يملكون التصرف فيها إلا بعد تمام السنة، وليس للموصي أن يمنعهم من التصرف في ذلك إلا في ثلثه.

قوله: (خير الورثة في إجازة ذلك أو القطع بثلث الميت)^(٢). لأنا نعلم قطعا أنه لو علم أنهم لا يجيزون الوصيّة أوصى له بثلثه كله شائعا في كل شيء، هذا المذهب؛ لأن قصد الميت إنما كان نفع الموصى له.

(١) التهذيب (٢٦٣/٤).

(٢) المصدر نفسه (٢٦٤/٤).



وقيل: بل يجمع له الثلث في رقبة العبد.

قوله: (في تلك الأعيان)^(١). لأن غرض الميت إنما كان أن يملك رقبة ذلك لا منفعته، ولنا قول ثانٍ كالمتقدم.

قوله: (بخدمة عبده سنة أو حياته ثم هو لفلان)^(٢). إن حمله الثلث أو أجاز [وأبدت]^(٣) الخدمة، لأن العتق لا يقع إلا بعدها والمجعول في الثلث قيمة الرقبة فقط لأنها محتوية على الوصيتين وإن لم يحمل ولم يجزوا خيروا بين إجازة الوصية أو خلع الثلث وهل يجمع في رقبة العبد أو يكون في جميع التركة القولان: فرع هنا على المذهب أنه يجمع في الرقبة فما كان منها خدَم الموصي له بالخدمة سنة أو حياته بذلك الجزء، فإذا انقضت السنة أو مات المخدم صار ذلك الجزء الموصي له بالرقبة.

وعلى القول الثاني: لا تسقط الوصية هنا كما كان ذلك فيما تقدم، لأنه لا عتق هنا فيقدم الثاني يكون له ثلث جميع التركة، ومن ذلك بعض العبد فيخدم الموصي له بالخدمة بذلك الجزء وما يحصل له من باقي الثلث يشتري به عبدا كاملا أو بعضه، ويخدم أيضا الموصي له بالخدمة بجملته أو بذلك [١/٢٣٨] الجزء إلى تمام المدة لأن هذا الزائد إنما أخذه في مقابلة العبد الموصي له لرقبته وللثاني لخدمته، فيقوم مقامه وبعد ذلك يتخلص للموصي له بالرقبة.

قوله: (قيمتهم سواء)^(٤). مثل أن يكون كل واحد بخمسين، وعلى أصلنا يجعل في الثلث قيمة الموصي بخدمته بالثلث خمسون؛ وكأن قيمة الخدمة

(١) التهذيب (٤/٢٦٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٦٥).

(٣) كذا، وسياق المسألة يفيد أنها: [أو بدئت]، انظر التهذيب (٤/٢٦٥).

(٤) التهذيب (٤/٢٦٥).

خمسون أيضا فيصير للموصى له بالرقبة نصف الثلث فيعطي ذلك في رقبة العبد الموصى له به على المذهب ، لأن وصيته برقبته .

وعلى القول الثاني: يأخذ نصف الثلث شائعا في جميع التركة ، ويصير للموصى له بالخدمة نصف الثلث أيضا يأخذه على المذهب شائعا في التركة ، وعلى القول الثاني في رقبة العبد .

قوله: (على أقل العمرين)^(١) . أي قد يكون المخدم شيخا كبيرا فيبقى من عمره غالبا يسيرا وبالعكس فنحن إنما نعتبر في قيمة أقل العمرين ويقدر ذلك على الغرر ، إذ يمكن أن يموت أحدهما لا بعينه قبل الآخر فيقال: كم يساوي خدمة العبد هذه المدة على الغرر .

قوله: (بمائة دينار ، ولآخر بخدمة عبد حياته)^(٢) . ثم هو حر بالعتق بعد الوصيتين فإذا كان العبد هو الثلث (٠) ^(٣) أهل الوصيتين في خدمة العبد فيجريهما على قدر ذلك فمتى هلك الموصى له بالخدمة خرج العبد حرا وسقط عنه الخدمة لصاحب المائة لنفاذ أجلها وسقطت الوصايا لأن العتق مبدء عليها .

قوله: (ولا يضرب معه صاحب الرقبة وصاحب الخدمة إلا بقيمة الرقبة فقط) . لأن الرقبة مشتملة على وصيتهما .

قوله: (بُدئ فيه بالمخدم) . لأن مصيره إليه موقوف على تمام الخدمة فيخدمه بقدر ذلك الجزء .

قوله: (رجع ما كان من العبد في الخدمة لصاحب الرقبة) . لأنه ملكه ، ولو

(١) التهذيب (٢٦٥/٤) .

(٢) من هذا إلى قوله: (ولا يعمر المخدم في هذه) كله من التهذيب (٢٦٦/٤) .

(٣) كلمة غير واضحة ، لعلها [تحاص] .



مات الموصى له بالرقبة قبل لم يخدم ورثته وبقي على خدمته إلى أن يموت الموصى له بالخدمة فيكون لورثة الأول.

قوله: (كان به شريكا في جميع التركة). لأن وصيته مال.

قوله: (ولا يعمر المخدم في هذه). لأنه لا يحاص بالخدمة غيره كما كان ذلك في المسألتين المتقدمتين بل الرقبة تشتمل على الوصيتين بالرقبة والخدمة وهما وصية واحدة فلا محاصة.

قوله: (ولم يقل: حياته)^(١). لأن الظاهر عند الإطلاق ذلك فعليه يحمل.

قوله: (ولم يقل: من بعده)^(١). أي لم يقل: إن هذه الوصية متأخرة عن الوصية الأولى، والظاهر أنهما معا فلذلك حمل المذهب ذلك على أنهما يتحصان في الرقبة.

قوله: (على غررها)^(١). يعني ما تقدم من موت أحدهما قبل الآخر بالنظر إلى أقصرهما عمرا كما تقدم، وجعل ذلك أشهب وصية واحدة يقدم الخدمة على وصية الرقبة فلا محاصة لأن الرقبة مشتملة على الوصيتين.

قوله: (إذا لم يكن العبد من عبيد الحضانة والكفالة)^(٢). مثل الشيخ والزمن الضعيف فيعلم بهذه القرينة أن الموصي إنما أراد (.) الميت في حياته بخدمته هذا وكفالاته فلا يكون للورثة من ذلك شيء.

قوله: (خدمة عبدي)^(٣). لما أضاف الخدمة إليه فهم من ذلك أنه يريد حياة العبد لا حياة المخدم، وقال أشهب: لو أوصى له بخدمة العبد حياة العبد لكان

(١) التهذيب (٢٦٧/٤).

(٢) في التهذيب «إذا لم يكن من عبيد الحضانة والكفالة» (٢٦٧/٤).

(٣) المصدر نفسه (٢٦٧/٤).

ذلك تمليكا للعبد إياه ؛ لأنه لا فائدة في العبد سوى الخدمة حياته وإذا لم يكن ذلك فيحمل على أنه أراد حياة المخدم .

وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَوْ صَرَحَ بِحَيَاةِ الْعَبْدِ لَمْ يَلْزَمْ مِنْهُ التَّمْلِيكُ لِلرَّقَبَةِ (١) (٢) .
يَبْقَى فِيهِ لِسَيِّدِهِ حَقُّ الْأَرْوْشِ الطَّارِئَةِ عَلَيْهِ وَالْجَنَائِيَّاتِ .

قَوْلُهُ: (يُخْرِجُ كُلَّ يَوْمٍ إِلَى غَيْرِ أَمَدٍ) (٢) . هَذِهِ وَصِيَّةٌ بِمَجْهُولٍ ، وَالْمَجْهُولُ ضَرْبَانُ: إِلَى غَايَةٍ مَعْلُومَةٍ كَقَوْلِهِ: نَفَقَةُ فُلَانٍ حَيَاتِهِ . وَإِلَى غَيْرِ غَايَةٍ كَمَا لِلْمَسْجِدِ ، وَفِيهِ قَوْلَانُ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ فَيَبْقَى إِلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ فَإِنْ أَجَازُوا كَانَ الْمَالُ كُلُّهُ فِي ذَلِكَ .

[٢٣٨/ب] وَالثَّانِي: مِنَ الثَّلَاثِ وَإِذَا كَانَ مَعَ ذَلِكَ وَصَايَا وَلَمْ (٣) (٤) الْوَرِثَةُ وَضَاقَ الثَّلَاثُ ضَرْبٌ لِلْمَجْهُولِ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ بِالْمَالِ كُلِّهِ ، وَعَلَى الثَّانِي يُضْرَبُ لَهُ بِالثَّلَاثِ .

قَوْلُهُ: (بِسَكْنَى دَارِهِ لِرَجُلٍ) (٤) . هَذَا فِيهِ - إِذَا لَمْ يَجِزُوا - الْقَوْلَانِ: إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ سِوَاهَا أَنْ يَخْلَعُوا الثَّلَاثَ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ ، أَوْ يَجْعَلُوا ذَلِكَ لَهُ فِي الدَّارِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهَا كَانَ الْخَلْعُ لثَلَاثِهَا فَقَطْ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَوْ عَلِمَ أَنَّهُمْ لَا يَجِزُونَ وَصِيَّتَهُ أَوْصَى لَهُ بِثَلَاثِهَا .

قَوْلُهُ: (أَوْصَى أَنْ يُؤَاجَرَ أَرْضُهُ مِنْهُ سَنِينَ مَسْمَاةً ، بِثَمَنِ مَعْلُومٍ) (٥) . إِنْ كَانَتْ

(١) سَقَطَ مَقْدَارُ كَلِمَةِ بِسَبَبِ الْخَرَمِ ، لَعَلَّهَا [أَوْ] .

(٢) التَّهْذِيبُ (٤/٢٦٩) .

(٣) بَتَرُ بِقَدَرِ كَلِمَةِ لَعَلَّهَا: «يَجْزُ» .

(٤) التَّهْذِيبُ (٤/٢٦٩) .

(٥) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٤/٢٧٠) .

قيمة الأرض الثلث فما دون فلا كلام للورثة ، وإن كانت أكثر من الثلث فلهم المنع ؛ لأنه يمنعهم من التصرف في رقبته هذه المدة ، وليس له منعهم من ذلك إلا في ثلثه ، وإذا كان الثلث لا يحمل القيمة خير الورثة بين أن يؤاجروها منه السنتين بالثمن المعلوم الذي (.) الميت أو يقطعوا بثلث الميت بتلا من غير ثمن .

ووجهه : أنا نعلم أن الميت لو علم أنهم لا ينجزون الوصية أوصى له بثلث ماله .

قوله : (ولا تخرج الوصايا مما حضر)^(١) . أي وثلث الحاضر والغائب أكثر من الوصايا ولو كان أقل لم يكن الحكم كما قال ؛ فإن شاء الورثة أن يدفعوها من الحاضر ويكون لهم جميع الغائب مع ما يبقى من الحاضر أو يدفعوا لهم ثلث الجميع يتحاصون فيه .

قوله : (ولكل واحد ثلث ما بيده بلا حصاص)^(٢) . لأنه عيّن لكل واحد ما له .

قوله : (نظر كم قيمة الأربعين)^(٣) . أي ليضرب كل واحد بمال حاضر في الثلث وتصح النسبة .

قوله : (إلا في خصلة واحدة)^(٤) . هذا كلام غير جيد بل الخلاف في خلع الثلث في الباب كله على القولين سواء أوصى بعين أو بمنافع .

قوله : (فإن العبد يوقف لاجتماع المال)^(١) . وقال أشهب يعتق الآن منه

(١) التهذيب (٢٧٠/٤) .

(٢) في التهذيب «ثلث مائه» (٢٧٠/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٢٧٠/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٢٧١/٤) .



بقدر الثلث الحاضر ، ولا يؤخر واعترض عليه بأنه إما أن يتصرف الورثة في نفقة المال الحاضر فيؤدي إلى تصرفهم في المال قبل خروج الوَصِيَّة ، وإن لم يتصرفوا فقد منعوا من حقهم .

قوله: (إلا أن يضر ذلك)^(١) . هذا بالاتفاق لمكان الطول .

قوله: (وما أدركت الناس إلا على هذا)^(٢) . لا خلاف في هذا ، وفي الدعاوي ثلاثة أقوال: إذا ادعى أحد شخصين جميع ذلك .

والثاني: نصفها أحدها يقسم على ثلاثة والباقي على أربعة لأن مدعي النصف سلم النصف الآخر وإنما التداعي في النصف فيقسم نصفين .

والثالث: لأشهب يقسم على اثنين نظرا إلى أن أيديهما عليهما وإذا كانت اليدين بنصفين (٠) إلى الدعوى لأن من ادعى فيما بيد شخص فلا يلتفت .

قوله: (فهلك العبد)^(٢) . تبطل الوَصِيَّة فيه لأنها معينة .

قوله: (أخذوه في ذلك)^(٢) . لأنه أوصى لهم بأشياء معينة فوجب أن يأخذوا ما صار لهم بالمحاصة في تلك الأشياء محافظة على الوفاء {بمقصوده} بقدر الممكن ، ومن ملك المعين الذي أوصى له به بطلت الوَصِيَّة .

قوله: (بسُّبع ما بقي)^(٣) . لأن ثلثه {يقسم} على ثلاثة فيطلب عدد الثلاثة ثلث صحيح وذلك تسعة ، فيقسم ثلثها ؛ لصاحب العبد منه اثنان فيأخذ من العبد ثلاثة لأنه الثلث ، وتسقط هذه الاثنين من التسعة فتبقى سبعة ؛ للورثة ستة ولصاحب السدس واحد سبع باقي التركة بعد إخراج وصية الأول .

(١) التهذيب (٢٧١/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٢٧٢/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٢٧٣/٤) .

قوله: (بخمسين بقية التركة)^(١). لأن ثلاثة تقسم على اثنين فتطلب أقل عدد لثلاثة نصف وذلك ستة للموصى له بالعبد (.) واحد وهو سدس التركة فيأخذ العبد لأنه السدس وأوصى له به ويبقى من المسألة خمسة لصاحب الوصية الثانية الخمس من باقي التركة بعد العبد.

قوله: (وعاد حظ الوارث موروثا)^(٢). لأن الوصية للوارث باطلة إلا أن [يجيزوا]^(٣) الورثة.

قوله: (لم يحاص الأجنبي)^(٤). لأن وصية الوارث [١/٢٣٩] باطلة إلا أن يجيز^(٥) الورثة.

قوله: (لم يحاص الأجنبي)^(٦). لأن وصية الوارث باطلة فلا وصية له، ويحيص الأجنبي بما يحمل الثلث من وصيته.

قوله: (فإن وليه)^(٧). أي الناظر في ثلثه من وصي أو وارث.

قوله: (فإنهم يغزون فيه بالحصص)^(٨). أي لا يختص بعضهم بذلك اذا كانوا كلهم ممن يعزوا لأنهم أحق بوصية أبيهم من الأجانب.

قوله: (إنما أجزت ذلك رجاء أن يعطوني الوصية)^(٩). هذا لا يلتفت لأن

(١) في التهذيب «بخمسين بقية التركة» (٢٧٣/٤).

(٢) التهذيب (٢٧٤/٤).

(٣) كذا في المتن.

(٤) التهذيب (٢٧٤/٤).

(٥) في المتن يجيزوا، وما أثبتناه أصح.

(٦) تكررت هذه الترجمة في المتن.

(٧) التهذيب (٢٧٤/٤).

(٨) في التهذيب «يغزون به بالحصص» (٢٧٤/٤).

(٩) المصدر نفسه (٢٧٤/٤).

الإجازة قد لزمته وهو أجنبي من الميت فيرجع الأمر إلى الحاكم فإن رآه أهلاً لذلك خصه به وإلا نظر من هو أولى .

قوله: (ويحج عنه من قد حج {أحب إلي})^(١). أي يكره أن يحج عند من قد حج {ابتداء؛ هذا مراعاة لقول المخالف أنه يسقط فرضه فإن وقع صح، ولا دليل في قوله ﷺ: «حج عن نفسك ثم عن شبرمة»^(٢) على أنه ينقلب إليه، لأن قوله: حُجَّ، معناه: أنشئ حجا عن نفسك، ولم يقل: اجعل هذا عن نفسك، فيبقى على ما أحرم به لأن الإحرام لازم، ويكون قوله: «ثم حج عن شبرمة» معناه: إذا أردت أن تحج عنه ثانياً أو عن غيره .

قوله: (وتحج المرأة عن الرجل)^(٣). لأنها من أهل هذا الفرض .

قوله: (ولا يجوز أن يحج عنه صبي)^(٤). لأنه ليس من أهله فلم يثبت عن غيره كما أن المرأة لما لم تعقد النكاح بنفسها لم يجز عقدها لغيرها، فأما الوصي إذا دفع الأجرة لصبي فيضمن قولاً واحداً، علم أو لم يعلم؛ لأن حال الصبي لا يخفى بخلاف العبد قد يخفى كونه مملوكاً، فإن لم يعلم بهذا اجتهد ولا يلزمه سوى الاجتهاد. وقيل: لا يزول الضمان لأن الخطأ في أموال الناس كالعمد، ولأن الغالب أن العبد لا يخفى أمره، فهو مفطر .

قوله: (فذلك نافذ)^(٤). لأنه يعلم أنه لم يرد إلا التطوع .

قوله: (والولد لولده)^(٤). لم يفصل في هذا كما فصل في الوصي لأن الأب

(١) التهذيب (٢٧٥/٤).

(٢) الحديث رواه الطبراني في الكبير، باب العين، حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس، رقم ١٢٤١٩. ورواه أبو داود في السنن كتاب المناسك، باب الرجل يحج عن غيره .

(٣) التهذيب (٢٧٥/٤).

(٤) في التهذيب «ولا يجزئ» (٢٧٥/٤).



أشفق على الابن من الوصي فلا يجوز إذنه فيما يشق .

قوله: (لا يجوز للوصي أن يأذن له في هذا)^(١) . لأن في ذلك تعريضا لإتلاف ماله في الجزاء والفدية لأن ذلك يكون عليه لا على الموصي .

قوله: (وقف المال إلى بلوغه)^(١) . لأن ذلك إلى غاية معلومة بخلاف عتق العبد ليس له غاية معلومة .

قوله: (يرجع ميراثا)^(١) . لأن الوصية للصبي قد امتنع منها ، وقال الغير: بل الوصية للميت لما في حج التطوع من الثواب فيرجع لمن يحج عنه .

قوله: (فليحج عنه غيره)^(١) . لأنه إنما قصد إسقاط الفرض عن نفسه وليس كالتطوع وهذا بناء على مذهب المخالف أنه يسقط به الفرض .

قوله: (كمن أوصى لمسكين بعينه)^(١) . الفرق أن الوصية والمنفعة هنا للمسكين والحج عن الميت وله .

قوله: (في غير عتق واجب)^(١) . أي لو كان واجبا اشترى غيره .

قوله: (أعطى من الثلث قدر ما يحج به)^(٢) . لأن ظاهر اللفظ أن الحج للموصى له .

قوله: (إلا أن يحج به)^(٢) . لأن الموصي إنما أعطاه ذلك على أن يحج به .

قوله: (ولم يزد الوارث)^(٢) . لأن الزيادة وصية ولا تجوز للوارث ، بخلاف الأجنبي إذا لم يوصي بعدد زيد عليه وكانت الزيادة وصية .

(١) التهذيب (٤/٢٧٦) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٧٧) .

قَوْلُهُ: (فَإِنْ نَزَلَ أَمْضَاهُ)^(١). مراعاةً للخلاف.

قَوْلُهُ: (كَرْسُولٌ لَهُمْ)^(١). لو تلف المال لم يلزمه الحج بخلاف الأجير يلزمه الحج تلف ما أخذ أو بقي لأنه صار في ذمته وإن لم يكفه زاد من عنده.

قَوْلُهُ: (بَدِينَارٍ مِنْ غَلَّةِ دَارِهِ كُلِّ سَنَةٍ)^(٢). هذا يقتضي أنه يعطي ذلك من كل غلة للدار، فإن تعطلت الدار أعطى من الغلة المتقدمة إلى تمامها، ثم إن أكرت وقد فاته شيء مما تقدم أخذه من هذا الكراء وله أن يوقف [ذلك]^(٣) الغلة على يد أمين مخافة أن تعطل الدار، بخلاف قَوْلُهُ: من غلة كل سنة ديناراً فهذا إنما له من غلة كل سنة ديناراً فما فاته من السنين لم يجد له بغلة سنيين آخر، فهذه الوصية إنما تصح إذا حمل الثلث قيمة الدار لأنه يمنعه [٢٣٩/ب] بها من أن يبيعوها، وذلك إنما يكون في ثلث الميت، أما إن لم يحمل الثلث قيمة الرقبة فيخير الورثة في الإجازة أو يقطعوا بثلث الميت من كل شيء؛ لأنه أوصى له بمنفعة فإن أوصى بذلك له، وله علم أنه أراد الحبس وإخراج الرقبة فيقطع ثلث الميت في رقبة الدار.

قَوْلُهُ: (بَغَلَّةُ دَارِهِ أَوْ جَنَانُهُ لِلْمَسَاكِينِ)^(٤). لا بد أن يحمل الثلث قيمتها وإلا كانت مسألة خلع الثلث، والأصل فيه عمل السلف وإلا فلا قياس له.

قَوْلُهُ: (جَازٌ أَنْ يَشْتَرِيَ ذَلِكَ مِنْكَ)^(٤). هذا في الحقيقة ليس بيعاً وإنما هو تخليص للرقبة فقط ولذلك جاز لورثته وإن كان مجهولاً وجاز في التمرة قبل وجودها وبطعام نقداً أو إلى أجل.

(١) التهذيب (٢٧٧/٤).

(٢) المصدر نفسه (٢٧٨/٤).

(٣) كذا في المتن.

(٤) المصدر نفسه (٢٧٩/٤).



قوله: (كما يجوز للمعطي)^(١). أي ورثته نزلوا منزلته كما نزل من اشترى من المعري منزلته، وقال فيمن أوصى لأُمّه بسكنى داره حياتها فمات وعليه ديون وأرادت الأم أن تشتري حظها من المرجع في الدار وتخلص ذلك قال: لا يجوز لها، ف قيل قولان في كل مسألة بالنقل والتخريج.

وقيل: بل الفرق أن الأم هنا لم يجز لها ليست وارثة مع الدين إذ لا ميراث حتى يُقضى، ففارق المسألة الأولى، وهذا الذي قلنا على أحد القولين في أن من حبس على شخص حياته فإنه يرجع بعده إلى أصلها المحبس.

قوله: (ولم يختلف الرواة في سكنى الدار)^(١). أي في جواز شراء الورثة لذلك.

قوله: (ولو صالحوا من الخدمة على مال)^(١). أراد أن يبين أن هذا ليس ببيع وإنما هو تخليص الرقبة فقط ولذلك لم يرجعوا عليك عند موت العبد في حياتك ولو كان بيعا للخدمة حياتك لرجعوا عليك بذلك كما أنه إذا استأجر عبدا لمدة فمات قبلها فيرد من الأجرة بحساب ذلك.

قوله: (ولا يجوز لك أن تباع هذه الخدمة من أجنبي)^(١). لأنه لا ضرورة هنا إلى ذلك وهو مجهول.

قوله: (كسنة)^(١). لأن هذا معلوم بخلاف العمر.

قوله: (وأمد مأمون)^(١). تحرّز من خمسين سنة لأن التغير يسرع إلى الحيوان ويهرم وتضعف قوته.

قوله: (ولم أر من فعله)^(١). يعني أنه كثير لكن الغالب السلامة.

(١) التهذيب (٢٧٩/٤).

قوله: (وهذا خلاف المخدم حياته)^(١). أي الفرق بين الإجارة لمدة وبين إجاره المخدم حياة زيد بَيِّنٌ؛ لأنه هنا إن مات المخدم سقطت الخدمة فلا يعلم هل يستمر ذلك أو لا؟ وفي المخدم سنين معلومة يبقى وإن مات المخدم ويخدم الورثة أو المستأجر؛ لأنها علقت بأمر معلوم، وإن مات العبد يرجع المستأجر بقدر ذلك الأمر على الورثة.

قوله: (وعلم أنه أراد ناحية الحضانة)^(٢). فهذه قرينة مخصصة بالموصى له وأنه إنما ملك أن ينفع بذلك لا نفس الخدمة، فلا يبيعها.

قوله: (إلا أن يكون من عبيد الخدمة)^(٣). فهذه قرينة تدل على أنه ملكه خدمته.

قوله: (وهو موسر)^(٤). إن كان معسرا فلم يبلغ النكاح بعد فيخدمه.

قوله: (أو بعثتها)^(٥). أي أوصى بعثتها.

قوله: (والثلث يحمل الخيار)^(٦). أي لا يقال أن ذلك للموصى له لأن الثلث يحمله، بل ذلك كله للورثة لأن الوَصِيَّة إنما تلزم بالموت لا قبله.

قوله: (إذا أبرت النخل)^(٧). كما أنه إذا باع ذلك فهو للبائع إلا أن ينسبه المبتاع فكذلك إذا أبر قبل الموت يكون من جملة التركة، وبعد الموت للموصى له. وهل يقوم مع الرقاب فإن حمل ذلك الثلث كان الجميع له (٨) أو بعضها

(١) التهذيب (٤/٢٧٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/٢٨٠).

(٣) في التهذيب «يحمل الجنان» (٤/٢٨٠).

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٨٠).

(٥) كلمة غير واضحة في المتن.

فإما أجازوا ذلك أو قطعوا بالثلث في الأصول ، والتمرة تكون شريكا في الجميع بذلك ، وهو بناء على أن الوَصِيَّة في التمرة مع الأصول أو هي تبع للأصول فلا تقوم ، بل تقوم الرقاب خاصة ، فإن حملها الثلث كانت له مع الثمرة وإلا قطعوا له بالثلث في الرقبة ، وله من الثمرة بقدر ذلك بناء على أن [١/٢٤٠] الوَصِيَّة لم تقع في ذلك .

وأما ولد الأمة والعبد من أمته فإن كان الحمل والولادة في حياة الموصي فذلك الولد لم تقع فيه وصية ، وإن كان ما بعده فللموصي له .

وإن كان الحمل قبل الموت والولادة بعده ففي الأمة يكون حكم الولد حكمها في الوَصِيَّة ؛ لأنه ليس بغلة فيقوم معها في الثلث قولاً واحداً ، فإن حملها الثلث كانا له وإلا كان شريكا فيها للورثة بقدر ذلك .

وأما في العبد فلا وصية في الولد لأنه بنفس الحمل صار ولده للموصي ، وقد انفصل عنه حينئذ فلا يتبعه في الوَصِيَّة .

وأما مال العبد فضربان: خراجٌ وغيره ، وكل واحد منهما مثله في الحكم ، فماله إن أوصى بعتقه تبعه ، وإن أوصى به لشخص ؛ فهل يتبعه ماله فيكون للموصي له كالعق لأنه انتقل ملك بغير عوض ، أو لا يتبعه بل يبقى للورثة لأنه كالبيع في مجرد انتقال الملك إلى الغير ؟

فإن قلنا: إنه للورثة أخذوه ، وإن قلنا: للموصي له ؛ فهل يقوم معه في الثلث على أن الوَصِيَّة أيضا فيه لأنه صفة من صفاته يزداد بها ثمنه ، فإن حملة الثلث كان له ذلك وإن لم يحمل كان شريكا للورثة فيها ، أو لا يقوم مع الرقبة فيه لأنه تابع غير مقصود ، فإن حملة الثلث كان له مع ماله وإلا كان له بعضه ومن المال ما قابله وكان أنه بيده كمال بين شريكين .

وأما الخراج ؛ فإن كان في حياة السَّيِّد فهو للسَّيِّد بخلاف المال ، بدليل أن دينه ونفقة زوجته تكون في ماله لا في خراجه ، وإن كان بعده فالقول فيه كالقول في ماله على ما تقدم .

قَوْلُهُ : (وليس لهم أن يتجروا فيه بعد موته)^(١) . لأن الإذن قد انقطع بالموت .

قَوْلُهُ : (فهذه فوائد لهم)^(١) . لأنه كالعق ولو أفاق السَّيِّد كان من رأس المال فماله له .

قَوْلُهُ : (واستحداث الدين في المرض يرد ما بتل من العتق فيه)^(٢) . لأنه إنما يخرج بعد الموت ومن الثلث فالدين مقدم عليه ولو صح السَّيِّد لم يضره ذلك الدين لأن العتق مقدم عليه حينئذ ، لأن حكم المريض يصح كمن لم يمرض .

قَوْلُهُ : (خلا أرش ما جنى عليهم)^(٣) . لأن هذا للسَّيِّد لا للعبد .

قَوْلُهُ : (وكذلك المبتل { في المرض })^(٣) . لأن حكمه الآن كالعبد .

قَوْلُهُ : (ولا ينزع ممن فيه حرية)^(٤) . لأنه صار كمال بين شريكين ، بخلاف العبد بين شريكين يجوز انتزاع ماله إذا اتفقا على ذلك .

قَوْلُهُ : (فإن ردها وارثي بعد موتي)^(٥) . فهي وصية في ثلثي الوَصِيَّة هي الثانية لأنه نسخ بها الأولى .

(١) التهذيب (٤/٢٨١) .

(٢) في التهذيب «واستحداث الميت للدين» ، صححها الزرويلي كما أثبتها الشارح ، انظر التعليق رقم ٣ في التهذيب (٤/٢٨١) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٢٨٢) .

(٤) في التهذيب «ممن جرت فيه حرية» (٤/٢٨٢) .

(٥) المصدر نفسه (٤/٢٨٣) .



قوله: (لم يجز)^(١). لأنه لم يقصد بذلك القربة وإنما فعل ممنوعاً من الوصية لو ارث ثم خاف ألا [يجزوا]^(٢) الورثة فقصد إضرارهم بالوصية الثانية فلم يجز لقوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ [النساء: ١٢].

قوله: (إلا أن يشاء ورثتي أن ينفذوا ذلك لابنتي)^(٣). جاز هذا لأنه قصد به القربة أولاً ثم خير ورثته في إنفاذ ذلك أو نقله إلى ابنته ولم يقصد ضرراً بهم، وقال أشهب: تبطل أيضاً لأنه لم يخلص بفعله القربة.

قوله: (فله أن يضرب مع أهل الوصايا بالأكثر)^(٤). يحتمل أن يكون الثلث أقل أو أكثر، وإذا أوصى له بشيئين من نوع واحد في وقتين فإن تساويا فله أحدهما؛ لم يذكر الشيخ خلافاً فيه لاحتماله النسخ، والأصل بقاء ماله للورثة.

وحكي بعد فيه قولاً ثانياً: أنه يأخذ المجموع؛ فإن اختلف مثل أن يوصي له بعشرة ثم بعشرين؛ فالمذهب أن له الأكثر لأنه إن تقدم الأقل احتمل الثاني أن يكون ناسخاً للأول، واحتمل أن يكون زائداً عليه والأصل خلافه {وأن يبقى ماله للورثة فيتحقق الثاني، وإن تقدم الأكثر احتمل أيضاً النسخ والأصل خلافه} والزيادة، ويعارضه أن الأصل بقاء ماله لورثته فكان له الأكثر.

وقال علي بن زياد: إن تقدم الأقل فكما قال ابن القاسم، وإن تقدم له الأكثر فله المجموع لأنه يقوي [٢٤٠/ب] احتمال أنه (.)^(٥) الوصية الأولى فزاده، مع أن اللفظ يقوي الزيادة فترجح ذلك الاحتمال.

(١) التهذيب (٢٨٣/٤).

(٢) كذا في المتن، والأفصح [يجزوا].

(٣) في التهذيب «لابني» (٢٨٣/٤).

(٤) المصدر نفسه (٢٨٣/٤).

(٥) كلمة غير واضحة في المتن، لعلها [استثقل].

وقال ابن الماجشون: إن كانت الوصيتان في كتابين فله الأكثر تقدم أو تأخر كقول ابن القاسم ، وإن كانا في كتاب واحد ؛ فإن تقدم الأقل فله الأكثر كما قال ابن القاسم ، وإن تقدم الأكثر فله المجموع كقول علي بن زياد .

قوله: (فله خمسها بالسهم وقع له أقل من عشرين أو أكثر)^(١) . هذا كما لو أوصى له بعشرة من (.) وهي مائة كان له عشرها بالقيمة كانت عشرة أو أكثر أو أقل فكذلك الأرض تختلف أبعاضها بالنظر إلى البدن .

قوله: (أخذ النصف من كل ناحية بالسهم)^(٢) . لأنها تختلف باختلاف المواضع فلا يجوز قسمتها بالسهم مجموعة .

قوله: (وإن تناقضتا)^(٣) . مثل أن يوصي بعبده لشخص ثم يوصي بعتقه أو بالعكس ، فالثانية رجوع عن الأولى إذ لا يمكن الجمع .

قوله: (فهو بينهما)^(٣) . لأنه يحتمل النسخ والأصل خلافه وليس أحدهما أولى فيقتسمان ولو قال: الذي أوصيت به لفلان هو لفلان كان نصا على النسخ .

قوله: (فالأخرة تنقض الأولى)^(٤) . إذ لا يشترك في العتق أي لا يشترك الوصايا معه ويلزم أن يجمع بينهما بأن يعتق نصف العبد ويرق النصف الباقي للموصي ، لأنه أوصى بالرقبة للأجنبي وأوصى بها أيضا للعبد وقال أشهب: يقدم العتق سواء قدم الوصية به أو آخرها لأن العتق يقدم في الوصايا على غيره ولا يسوي بينهما .

(١) التهذيب (٤/٢٨٣) .

(٢) في التهذيب «من كل دار» (٤/٢٨٤) .

(٣) التهذيب (٤/٢٨٤) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٢٨٥) .



قوله: (فإن كانوا ثلاثة فله الثلث)^(١). وروى ابن أبي أويس عنه قولاً ثانياً كأبي حنيفة: له الربع اعتبار بالمماثلة بعد القسمة ولو كان بنوه رجالاً ونساء فله اسم واحد من عددهم وليس في هذا الخلاف المتقدم بل قيل (٠) بالرجل وبالمراة من البنين وغيرهم لأنه لما اختلفت الأنصباء فعل ذلك، وكذلك إن كان مع البنين غيرهم كزوج وأب يؤخذ اسم واحد من عددهم لا غير.

قوله: (فذلك جائز)^(١). لأنها وصية لغير وارث إلا أن يضروا ورثته فتبطل الوصية لهم.

واعلم أن الموصى لهم على ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يكونوا معينين مضبوطين من كل جهة مثل أن يقول: هؤلاء، فهذا النوع يكون ما يجب لكل واحد منهم لورثته اتفاقاً ويسوّى بينهم.

والثاني: عكسه لا يتعينون إلا بالنسبة {لشخص} لا غير ولا ينضبطن كقوله: لبني تميم أو لقريش أو للمساكين، فهؤلاء يصح أن يفصل بعضهم على بعض بالنظر إلى شدة الحاجة وقلتها، وألا يعطي إلا لمن حضر وقت القسم، ولا يلتفت إلى من مات منهم ولو بعد موت الموصي، ولا يورث ذلك عنه لأنه لم يكن تعين، ولو اعتبر التعيين في ذلك لأدى إلى ألا تنفذ الوصية أبداً.

القسم الثالث: منضبطن وإن لم يكونوا معينين من كل جهة، كقوله لأخوالي أو بني أخوالي، ففي هذا النوع قولان؛ أحدهما أن حكمه كالنوع الأول، وقيل كالثاني لأنه أخذ شبيهاً منهما.

قوله: (فذلك لمن حضر القسم)^(١). هذا أحد القولين.

(١) التهذيب (٤/٢٨٥).



قَوْلُهُ: (لهؤلاء النفر)^(١). هذا هو النوع الأول.

قَوْلُهُ: (لولد فلان)^(١). هؤلاء غير معينين وهو القسم الذي فيه القولان.

قَوْلُهُ: (سكنى داره)^(١). هذه قرينة تدل على عدم التعيين لأنه أوصى بشيء يتكرر في أوقات بخلاف الوَصِيَّة بشيء ناجز في الحال.

قَوْلُهُ: (ولكني أراها بينهم بالسوية)^(١). أي لا قرينة هنا دلت على عدم التعيين فاختر أن يسوي بينهم، فهذا القول الثاني أنهم كالقسم الأول المعينين المضبوطين.

قَوْلُهُ: (وهذه المسألة أحسن من التي قبلها)^(٢). أي قَوْلُهُ في هذه أحسن من قَوْلُهُ هناك.

قَوْلُهُ: (وليست [i/٢٤١] وصية لأخواله أو ولد فلان بشيء ناجز كالْوَصِيَّة لهم بغلة موقوفة)^(٣). أي هذه قرينة تدل على عدم التعيين.

قَوْلُهُ: (وينظر أيولد له أم لا)^(٤). لأن الوَصِيَّة للمجهول وبالمجهول تجوز، فإن أيس منه أن يولد له بطلت الوَصِيَّة.

قَوْلُهُ: (ويساوى فيه بين الذكر والأنثى)^(٥). لأن إطلاقه يقتضي ذلك.

قَوْلُهُ: (فوصية باطلة)^(٦). لأنه مات قبل وجوبها له وحال جوازها، وإنما أوصى لحي في ظنه وهو ميت في نفس الأمر.

(١) التهذيب (٢٨٦/٤).

(٢) في التهذيب «أحسن من المسألة التي قال فيمن أوصى لأخواله وأولادهم» (٢٨٧/٤).

(٣) المصدر نفسه (٢٨٧/٤).

(٤) في التهذيب «وينتظر» (٢٨٨/٤).

(٥) المصدر نفسه (٢٨٨/٤).

(٦) في التهذيب «فوصيته باطلة» (٢٨٨/٤).

قوله: (وإن علم بموته ، كانت لورثة الموصى له)^(١). لأنه لما علم موته وأقر الوصية فكأنه أوصى لورثته وقيل لا يكون لورثته لأنه إنما أوصى له لا لورثته وسكوته لا يدل على أنه أوصى لورثته.

قوله: (فالوصية لورثة الموصى له)^(٢). لأنه مات بعد وجوبها له ومن مات عن حق فهو لورثته.

قوله: (وإن مات قبل موت الموصي)^(٣). هذا أوصى لحي بخلاف المسألة المتقدمة ، لكن تبطل الوصية في الموضعين فإن كانت معها وصايا أخر ضاق عنها الثلث ؛ فهل يرجع هذه الوصية الباطلة إلى الباقيين يكملون بها وصاياهم ولا يدخل ورثة الموصي معهم في ذلك مطلقا علم بموته أو لا ، أو يُحاصونهم بها فيرجع إليهم ما ينوبها من الثلث مطلقا أو يرجع إلى أهل الوصايا إن علم بموته ويحاصونهم إن لم يعلم ؟ ثلاثة أقوال ، وقد ذكروا الوجه الثاني بعد ، فيكون في هذه ثلاثة أقوال بالنص والتخريج .

ووجهها: أن علمه بموته وسكوته ؛ هل يكون إبطالا لوصية الميت أو إقرارا لها على أن يرجع للباقيين ، وهل تكون الوصية فيما لم يعلم به الموصى من ماله - وهو قول ضعيف لنا - ، أو لا يكون إلا فيما علم به لا غير ، ولأنه لما وصى بأكثر من الثلث فقد علم أن غرضه أن يحصل لكل واحد ما وصى له به فذلك يدل على رجوع الوصية التي مات صاحبها إليهم يكملون بها ما وصى لهم به .

قوله: (لبنى تميم)^(٣). هؤلاء غير معينين ولا منحصرين وإنما يدفع لمن

(١) في التهذيب «نفذت الوصية لورثة الموصى له» (٢٨٨/٤).

(٢) التهذيب (٢٨٨/٤).

(٣) المصدر نفسه (٢٨٩/٤).

حضر القسم وسواء كان موجودا في هذه الوَصِيَّة أو لا يفضل بعض من حضر على بعض بحسب الحاجة وقتها وكثرتها.

قوله: (ولم ير فيها شيئا للموالي)^(١). وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أَنَّ الموالى يدخلون معهم وذلك بناء على الحديث «مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ»^(٢)، وهم في الحقيقة ليسوا منهم، وكذلك فيمن لا تجوز لهم الزكاة من القرابة هل مواليتهم مثلهم في ذلك أو لا؟ قولان.

قوله: (لمواليه)^(٣). هذا يطلق على المعتق وعصباتهم ومن اعتقهم وهم الأعلون وعلى المعتقين وبنيتهم ومن اعتقوا، فالمَذْهَبُ أَنَّ الوَصِيَّةَ عند الإطلاق للأسفلين لأن الموصي يرثهم بالولاء، ولا يرث الأعلين.

وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أَنَّهُ يَشْرِكُ بَيْنَهُمْ فِي ذَلِكَ لِأَنَّ اللفظ صالح.

قوله: (نصفين)^(٤). لأن هؤلاء معينون ولذلك يرث من مات منهم ورثته.

قوله: (فالعشرة للثاني)^(٥). لأنه لما علم ولم يعين الوَصِيَّةَ كان ذلك مؤذنا بأنه صرف وصيته إلى الثاني.

قوله: (حوصص بينهما)^(٥). لأنه مال لم يعلم به الموصي فلا تكون فيه الوَصِيَّة.

(١) التهذيب (٤/٢٨٩).

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب مولى القوم من أنفسهم، وابن الأخت منهم، عن أنس بن مالك، ولفظه: «مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ». وأحمد في مسند الكوفيين، حديث رفاعه بن رافع الزرقى: ١٨٩٩٢.

(٣) التهذيب (٤/٢٨٩).

(٤) في التهذيب «فالعشرة للباقي» (٤/٢٩٠).

(٥) المصدر نفسه (٤/٢٩٠).



قوله: (تكون العشرة للباقي علم بموته أو لا)^(١). لأنه لما أوصى له بعشرة فمعلوم أنه يريد أن يدفع له ذلك كله وقد اتسع الثلث لها بموت الموصى له ولأن الوصية قد تكون على قول فيما لم يعلم به .

قوله: (أرى أن يحاص بها الباقي)^(١). لأن الوصية على المذهب لا تكون إلا فيما علم به ولأن سكوته ليس بإقرار للوصية .

قوله: (ثم رجعوا بعد موته)^(٢). إن أجازوا قبل أن يكلفهم الميت ذلك فقولان: يلزمهم ؛ لأنه من اختيارهم ، وقيل: لهم الرجوع إن كانوا محتاجين إليه لأنهم قد يفعلون ذلك لمرضاته وخوفا من ألا يموت فيضر بهم ، [٢٤١/ب] وإن كان بعد أن كلفتهم فقولان أيضا .

وفي الزوجة قولان وفي الحقيقة يرجعان إلى تحقيق مناط إن كانت قوية لا تخاف من الزوج لأن نفقتها واجبة عليه عوضا وتأخذها منه بالشرع فليست كغيرها ممن هو في عياله فيلزمها ذلك ، وإن كانت ضعيفة تخاف منه فلها الرجوع ، وإذا ظن الوارث أن الإجازة تلزمه وأن ذلك من حق الموصي يفعل في ماله ما شاء ؛ فهل يقبل منه في الرجوع عدم العلم بهذا أو لا ؟ قولان ، فقال في الأمة تعتق تحت عبد فلا تطلب الفرقة ثم تدعي الجهل ؛ فإن لها ذلك فقولان: المذهب لا يقبل منها وإذا أجاز الوارث فهل إجازته تنفيذ لما فعل الميت أو تمليك مبتدأ منه ؟ قولان ، يبنى على ذلك إن كان الوارث مديانا ؛ فإن قلنا: إنه تنفيذ لفعل الميت فليس للغريم أن يرد فعله ، وإن قلنا إنه ابتداء تمليك فللغريم أن يمنعه .

قوله: (ولا يجوز إذن البكر)^(١). لأنها لا تملك أمرها كالسفيه .

(١) التهذيب (٢٩٠/٤).

(٢) المصدر نفسه (٢٩١/٤).



قوله: (فلغرمائه رد الثلثين)^(١). هذا على أنه ابتداء تملك لا تنفيذ لفعل الميت.

قوله: (فإقراره قبل القيام عليه بالدين جائز)^(١). لأنه الآن يصح تصرفه في ماله، بخلاف ما بعد القيام عليه فإنه لا يصح تصرفه لأنه يتهم بأن يتلف على غريمه دينه.

قوله: (حلف)^(١): يعني إن كان هذا المقر عدلا.

قوله: (وإن كان غائبا لم يجز)^(١). وقيل: يجوز وتزول التهمة بأن يدفع ذلك للحاكم يجعله على يد أمين.

(١) التهذيب (٢٩٢/٤).

كتاب القطع في السرقة

وهي: «أخذ نصاب من [المال]^(١) الغير لا شبهة له فيه من حرز مثله على وجه الخفية».

والنصاب ربع دينار، وقال أبو حنيفة: دينار.

وقوله: «لا شبهة له فيه»؛ تحرز من الأب والسيد، وقوله: «من حرز مثله» لأن ذلك يختلف فالقبر حرز للكفن ولو كان فيه مال لم يكن حرزا له، وقوله: «على وجه الخفية»؛ تحرز من الغاصب والمختلس والخانق، وإنما قطع السارق لخسته بالاختفاء، بخلاف الغاصب والمختلس لأنه أخذ بقوته ولم يهن نفسه.

قوله: (أن يسألهم عن السرقة ما هي؟)^(٢). قيل: إن كانوا عواما استفسرهم لأنهم لا يعلمون ما يقطع فيه ولا الحرز، وقيل: ولو كانوا فقهاء لأنه قد يكون مذهبهم مخالفا لما يراه الحاكم كمن يرى القطع في دينار لا فيما دونه، ويرى الحرز في بعض المواضع ليس حرزا، وإذا ثبت السرقة أو الزنى بالشهادة فلا رجوع لها، وإن ثبت ذلك بالإقرار فيقول الحاكم للزاني: أزنيت أم لا؟ ينبهه على الرجوع لأنه يقبل رجوعه على المذهب في الزنى والسرقة إلى غير شبهة، بخلاف حقوق الآدميين كالقذف ويقول له في السرقة: أسرقت من حرز أم لا؟ ينبهه على إنكار الحرز ليسقط القطع الذي هو حق الله تعالى ولا يقول له: أسرقت أم لا؟ والفرق أن هذا فيه حق آدمي فلا ينبهه لما يسقط حق الآدمي^(٣).

(١) كذا في المتن، بالتعريف، والمعنى يقتضي أن يقول [من مال الغير]

(٢) التهذيب (٤٢٥/٤).

(٣) انظر شرح ابن ناجي على الرسالة (٣٤١/٢)، منح الجليل (٣٢٩/٩).

قَوْلُهُ: (ربع دينار)^(١). يعني أن النصاب من العين ربع دينار أو ثلاثة دراهم وكل واحد أصل بنفسه ، فإذا وجد أحدهما فلا يضر كونه لا يساوي الثاني .

قَوْلُهُ: (فمن سرق عرضاً)^(١). يعني أن المعتبر في تقويم العرض بالدراهم فإن ساوى ثلاثة دراهم قطع وإن لم يساو ربع دينار فإن ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم لم يقطع هذا المذهب ، وجهه: حديث عائشة رضي الله عنها «أنه ﷺ قَطَعَ فِي مِجَنِّ قِيمَتُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ»^(٢) ، ولأن التقويم غالباً بالدراهم .

وأما قَوْلُهُ ﷺ: «القطع في ربع دينار»^(٣) فمخصوص بالعين لا بالعروض . وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ: أن ربع الدينار وثلاثة دراهم سواء في القطع في قيمة العرض كالنكاح . [١/٢٤٢]

قَوْلُهُ: (وصرف الدينار في القطع)^(٤). اعلم أن الدنانير ستة:

دينار (.) : صرفه عشرة دراهم في الجزية والزكاة .

ودينار الدم ثلاثة: في القطع والدية والنكاح ، صرفه اثنا عشر درهما .

ودينار الصرف من عشرين درهما^(٥) .

(١) التهذيب (٤/٤٢٥) .

(٢) الحديث رواه مَالِكُ فِي الْمَوْطَأِ ، كِتَابُ الْحُدُودِ ، بَابُ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ . وَأَحْمَدُ فِي مُسْنَدِهِ ، مِنْ مُسْنَدِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رضي الله عنه . رَقْمٌ ٤٥٠٣ .

(٣) الحديث رواه مَالِكُ فِي الْمَوْطَأِ ، بَابُ الْحُدُودِ ، بَابُ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ . وَالسَّنَنِ الْكُبْرَى لِلْبَيْهَقِيِّ ، كِتَابُ السَّرْقَةِ ، جَمَاعُ أَبْوَابِ الْقَطْعِ فِي السَّرْقَةِ . وَالنَّسَائِيُّ فِي سَنَنِهِ ، كِتَابُ قَطْعِ السَّارِقِ ، ذَكَرَ الْاِخْتِلَافَ عَلَى الزَّهْرِيِّ .

(٤) التهذيب (٤/٤٢٥) .

(٥) قَالَ فِي الذَّخِيرَةِ «الدَّانَانِيرُ خَمْسَةٌ: دِينَارُ السَّرْقَةِ وَالدِّيَّةُ وَالنِّكَاحُ اثْنَا عَشَرَ دِرْهَمًا وَدِينَارُ الْجَزْيَةِ وَالزَّكَاةُ عَشْرَةُ دِرْهَمٍ» ، وَلَمْ يَذْكُرْ دِينَارَ الصَّرْفِ ، انْظُرِ الذَّخِيرَةَ (١٢/١٤٦) .



قوله: (فقام عليه أجنبي قطع)^(١). لأن القطع حق لله وإذا وجد المسروق بعينه عند السارق فلا خلاف أنه يؤخذ منه مع القطع، وإن أتلّفه فإن كان له مال اتّبع به، وإن كان معسرا سَقَطَ عَنْهُ عِنْدَنَا، وقال الشَّافِعِي: يتبع به مطلقا، وعند أبي حنيفة: لا يتبع.

وسبب الخلاف: هل القطع في مقابلة الفعل أو المسروق؟

وإذا غصب امرأة فرزى بها فإنه يحد ويلزمه المهر مطلقا في اليسر والعسر، وهي مسألة فَرَّقَ، ويشكل على المَذْهَبَ لاجتماع الحد هنا دون السرقة.

قوله: (ولو قال السارق: رب المتاع أرسلني لقطع، وإن صدقه ربه أنه بعثه. ثم قال: وإن أخذ في جوف الليل)^(١). هذه مسألة فَرَّقَ وهو أن في الأولى اعترف بالسرقة فثبت القطع فلم يسقط بقوله: رب المتاع أرسلني، ولا بتصديق رب المتاع، وفي الثانية لم تثبت السرقة بل اتّهم فقط، ولو قال هذا المتاع لي لصدق.

قوله: (فإن عرف منه انقطاع إليه)^(١). لا بد من هذا ولو وهب رب المال المسروق وللسارق فلا يسقط القطع لحق الله، وقال أبو حنيفة: لا يقطع لأنه قد [صار]^(٢) ملكا له فكيف يقطع بما يملكه. واتفقنا على أنه لو زنى بأمة ثم اشتراها فإنه لا يسقط عنه الحد.

قوله: (إذا انتهت إليه الحدود)^(٣). لأن ذلك حق الله وأما في القذف فإن أراد المقذوف سترا وعفا سقط، وإن لم يرد سترا فهل يقبل عفوّه أو لا؟ قولان، بناءً على أن ذلك حق محض لآدمي أو هو مشوبٌ بحق الله.

(١) التهذيب (٤/٤٢٦).

(٢) في المتن [صا]، والظاهر ما أثبتته.

(٣) التهذيب (٤/٤٢٦).



قَوْلُهُ: (لا يؤخذ كفيل)^(١). لأنه لا فائدة فيه إذ حكم الكفيل أن يقوم مقام المتكفل عنه.

قَوْلُهُ: (بعد أن ماتوا أو عموا أو جنوا)^(٢). هذا كله لا يخل بالعدالة.

قَوْلُهُ: (قبل الحكم)^(٢). لأنه قد زالت عدالتهم قبل الحكم فصارت شهادتهم كالعدم.

قَوْلُهُ: (وذلك بعد أن حكم الإمام وقبل تنفيذ الحكم)^(٣). مثل أن يقول: أشهدكم أنني قد حكمت بالقطع، وطراً ما أوجب تأخير القطع من شدة بردٍ ونحوه.

[قَوْلُهُ]^(٤) فالمذهب أنه ينفذ الحكم؛ لأنه وقع في حال عدالة الشهود، ولنا قول ثانٍ لا ينفذ لما طراً فسق الشهود لكن هذا في الحدود لخطرهما، أما في الحقوق فينفذ كالأولى لأن الحكم قد وقع على وجهه.

قَوْلُهُ: (لم يفرقهم)^(٥). أي شهدوا مجتمعين فإن استنكر منهم شيئاً سمع شهادة كل واحد منهم على انفراده كلهم يحلفون فتسقط شهادتهم.

قَوْلُهُ: (لا تجوز شهادة أهل الكفر)^(٥). لأن من شرطها العدالة.

قَوْلُهُ: (ما تعاونوا في إخراجه)^(٥). كالخشبة والصندوق، فلنا قولان:

أحدهما، وهو المذهب: أن الكل يقطعون وإن لم يساو ذلك إلا ربع دينار

(١) في التهذيب «ولا يؤخذ في الحدود والقصاص كفيل» (٤/٤٢٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٢٦).

(٣) يريد قَوْلُهُ «وذلك بعد أن حكم الإمام بإقامة الحدود أو القصاص إلا أن ذلك لم يقم» التهذيب (٤/٤٢٧).

(٤) كذا في المتن، والظاهر إسقاطها، لأن ما بعده تنمة لبيان المسألة قبله، وليس ترجمة من التهذيب.

(٥) التهذيب (٤/٤٢٧).



حملا على القتل كما نقتل الجماعة بالواحد .

والثاني: لا قطع حتى يكون في نصيب كل واحد ربع دينار .

والأول أوجه ؛ لأنه أحسم لباب السرقة ، لئلا يتوصل الناس إليها بأن تجتمع منهم جماعة يسرقون ما لا يُقطعون فيه ، كما لو لم نقتل الجماعة بالواحد ، ووجهُ الثاني الفرق ؛ وذلك أن الضرب والقطع يضاف بعضه إلى بعض ، والسرقات لا تضاف ؛ لو سرق أقل من نصاب ثم أقل من نصاب ثم أقل من نصاب لم يقطع ، ولأن باب النفس أخطر فلا احتياط فيه أولى ، وإن كان المسروق يستقل بإخراجه واحد كالثوب فأخرجوه كلهم لم يقطعوا إلا إذا ناب [٢٤٢/ب] كل واحد (.) لأن التعاون في هذا كلاً تعاونٍ .

قوله: (وهو لرجلين قطع)^(١) . إنما يعتبر أخذه لنصاب سواء كان لمالك واحد أو لمالكين أو من ماله أو من غير ماله .

قوله: (ثم سرقة ثانية)^(١) . لأن القطع إنما هو في مقابلة الفعل ، وقال أبو حنيفة: لا يقطع ثانياً لأنه لما سرقة أولاً فقد ضمنه ، لأنه بوضع اليد عليه تعدياً يضمن ، ولما ضمنه فقد صار له بشبهته فيه بالضمان ، والحدود تدرأ بالشبهات ، وهذا بناء على أن القطع في مقابلة المسروق ، وإنما قال أصحابنا إذا أتلّفه السارق وكان معسراً سقط عنه الضمان لحديث روي وهو: (إن القطع يسقط الضمان)^(٢) وهو عندنا مخصوص بالمعسر ، وعند أبي حنيفة مطلقاً ، وأما إن كان موسراً فقد صدق ماله بذلك فيغرمه وإن سرقة ثانية وهو عند مالك آخر فلا خلاف في القطع .

قوله: (أقام عليه الحد)^(٣) . لأنه لا يتمحض لحق آدمي .

(١) التهذيب (٤/٤٢٨) .

(٢) الحديث لم أقف عليه .

(٣) التهذيب (٤/٤٢٨) .



قَوْلُهُ: (لزمه)^(١). لأنه قد التزم ذلك قبل بلوغ الإمام.

قَوْلُهُ: (وكان يقول)^(٢). ثم رجَعَ ، هذان قولان.

قَوْلُهُ: (إلا أن يريد سترا)^(٣). فيقبل اتفاقا.

قَوْلُهُ: (لأن السرقة من الفساد)^(٣). فلا بد من الحد ، بخلاف الزنى بذمية أو مسلمة طائفة فلا يحد لكن يعزر ؛ لأنه ليس مخاطبا بالفروع ، أما لو غصب مسلمة فزنى بها فهذا يقتل لأنه نقض عهدٍ ، وقال المغيرة: يحد كالمسلم لأنه مخاطب .

قَوْلُهُ: (ولا قطع في سرقة خمر)^(٣). لأنه ليس بمال شرعا إلا أن على المسلم قيمتها لأنه أتلّفها على الذمّي ، وقال ابن الماجشون: ليس على المسلم في ذلك قيمة لأنه ليس بمال محترم شرعا .

قَوْلُهُ: (ولا يحل للبينة الكف عن الشهادة)^(٣). لأن ذلك حق لله وفساد في الناس بخلاف الشهادة على الزنى لأن مقصود الشرع فيه الستر بخلاف الطلاق والعق ينبغي للشاهد أن يشهد فيه ويجب عليه لأنه يمتد فيه الاستمتاع بالحرام واستخدام الحد والزنى لا يدوم منه .

قَوْلُهُ: (لا بأس بالشفاعة)^(٤). أي يشفع المسروق له قبل البلوغ إلى الحاكم .

قَوْلُهُ: (أو الشرط)^(٤). يعني صاحب الشرطة أو الحرس الذين جعل لهم

النظر في ذلك يصيرون كالحاكم .

(١) التهذيب (٤/٤٢٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٢٨ - ٤٢٩).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٢٩).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٣٠).



قوله: (فلا يشهدون أنه لرب البيت)^(١). لأنهم لا علم لهم بذلك والشهادة إنما تكون بالمعلوم وقد يكون مودوعا عنده ولكن يقضى بالمتاع لرب البيت بحكم يده عليه.

قوله: (إذا عاينوا أنه غصبه ثوبا)^(٢). لا علم لهم بأن الثوب له وإن قضى له بحكم اليد.

فرع:

من زنى بأمة ثم ادعى أنها ملكه ونازعه شخص آخر هي بيده فلم يقم المدعي بينة ونكل صاحب اليد عن اليمين، فلا يحد لأنه لم يثبت الزنى.

قوله: (فأدرك في الحرز)^(٢). الدور على ثلاثة أضرب:

أحدها: صحنها مأذون فيه لأهل بيوتها خاصة كالخان والمدرسة فمن سرق من أهلها من بيت من بيوتها شيئا وأخرجه إلى الصحن قطع؛ لأنه أخرجه عن حرزها إلى ما ليس بحرز بالنظر له، فإن سرق أجنبي من بيت منها وأخرج ذلك إلى صحنها لم يقطع حتى يخرجها إلى الزقاق، لأن الصحن حرز بالنظر إلى الأجنبي.

والثاني: صحنها مأذون فيه مطلقا كدار الوكالة، فمن سرق من بيوتها شيئا وأخرجه إلى صحنها أو من تابوت فيها فإنه كبيت فيها، فإنه يقطع.

والثالث: ممنوع بيوتها وصحنها الأعم بسكنائها رجل واحد مع أهله فلا يقطع من سرق منها حتى يخرجها إلى الزقاق.

(١) التهذيب «فلا يشهدون بملكه لرب البيت» (٤/٤٣٠).

(٢) التهذيب (٤/٤٣٠).



وبمنزلة الضرب الأول مساكن ممر ترجع إلى باب واحد ، فمن سرق منها وهو من أهلها وأخرجه إلى السلم الذي يدخل إليها منه قُطع ، [١/٢٤٣] وإن كان أجنبيا لم يقطع حتى يخرج بذلك إلى الزقاق .

قَوْلُهُ: (فأدرك في الحرز قبل أن يخرج لم يقطع)^(١). قال سحنون: يعني إذا كان من أهل تلك البيوت ، أما لو كان أجنبيا لم يقطع حتى يخرج به إلى الزقاق .

قَوْلُهُ: (وفيها تابوت)^(٢). لأن التابوت ليس بحرز إنما يوضع فيه المتاع للصيانة لا للحرز كما لو سرق بذرا قيمته نصاب فلا يقطع ؛ لأنه لم يوضع هناك للحفاظ بل للسماذ والنبات .

قَوْلُهُ: (لأنه أئتمنه)^(٢). لم يقطع الخائن فإن كان خسيس الهمة لأنه مأذون له بخلاف السارق .

قَوْلُهُ: (فأخذ في الدار)^(٢). لم يقطع يعني إذا كان أجنبيا من الدار .

قَوْلُهُ: (دواب من مرابطها)^(٢). حرزها موضع ربطها فإن حولها منه قطع وإن لم يخرجها من الدار ، وكذلك السفينة إذا حولها من موضعها في البحر قطع .

قَوْلُهُ: (على ظهر بيته ، قطع)^(٣). لأن ذلك حرزه ، وأما الصباغ ينشر الثياب على حبل في الزقاق فيسرق فقولان فوجه عدم القطع أنه مأذون في المشي في الطريق ، ووجه القطع أنه وإن أذن له في الطريق فهو ممنوع مما على الحبل فذلك حرز .

قَوْلُهُ: (إن كان سارقه من أهل الدار)^(٤). لأن ذلك ليس بحرز له .

(١) التهذيب (٤/٤٣٠) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٣١) .

(٣) في التهذيب «على ظهر بيته ، وبيته محجور على الناس» (٤/٤٣١) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٣١ - ٤٣٢) .



قَوْلُهُ: (بِقَصْبَةِ أَوْ عَوْدِ قُطْعٍ)^(١). لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَخْرُجَهُ بِيَدِهِ أَوْ بِآلَةٍ.

قَوْلُهُ: (قُطْعٌ الدَّخْلُ وَحْدَهُ)^(١). لِأَنَّهُ الَّذِي أَخْرَجَ الْمَتَاعَ.

قَوْلُهُ: (فَقَدْ شَكَّ فِيهَا)^(١). يَعْنِي فِيهَا قَوْلَانِ بِالنَّظَرِ إِلَى أَنَّهُ فِي الْحَرْزِ لَمْ يَخْرُجْ فَلَا قُطْعٌ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى أَنَّهُ قَدْ أَخْرَجَ الْمَتَاعَ إِلَى خَارِجِهِ يَقْطَعُ.

قَوْلُهُ: (جَرَهُ الْخَارِجُ)^(١). صَارَ بِالتَّسْبِيبِ كَمَنْ دَخَلَ فَأَخْرَجَهُ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ التَّقَتِ أَيْدِيهِمَا فِي الْمَنَاوِلَةِ فِي وَسْطِ الْبَيْتِ)^(١). لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ صَارَ كَمَنْ دَخَلَ فَأَخْرَجَهُ.

قَوْلُهُ: (فَإِنَّهُ يَقْطَعُ إِنْ حَلَفَ الْمَأْخُوذُ مِنْهُ)^(٢). لِأَنَّهُ فِي حَرْزِهِ.

قَوْلُهُ: (وَأَخْذَهُ)^(٣). أَيُّ بِيَمِينِهِ وَنَكُولِ صَاحِبِهِ وَلَا يَقْطَعُ فِيمَا هُوَ مُلْكُهُ، كَمَا لَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ أَنَّهُ زَنَى بِأَمَةٍ لِرَجُلٍ فَادْعَى أَنَّهَا لَهُ وَنَكَلَ صَاحِبُهَا عَنِ الْيَمِينِ لِأَنَّ الزَّانِيَ لَمْ يَثْبِتْ بَعْدَ.

قَوْلُهُ: (فِي أَفْنِيَةِ الْحَوَانِيتِ)^(٣). لِأَنَّ ذَلِكَ حَرْزُهَا.

قَوْلُهُ: (أَوْقَفَهَا رَبُّهَا فِي سَوْقِ الْغَنَمِ)^(٣). لِأَنَّ ذَلِكَ حَرْزُهَا.

قَوْلُهُ: (وَكَذَلِكَ ظُهُورُ الدَّوَابِّ)^(٣). لِأَنَّهُ حَرْزٌ لَهَا عَلَيْهَا.

قَوْلُهُ: (فِي الْجَرِينِ)^(٤). لِأَنَّهُ حَرْزُهُ؛ إِذْ إِنَّمَا وُضِعَ هُنَاكَ لِلْحِفْظِ، بِخِلَافِ مَوْضِعِ نَبَاتِهِ إِنَّمَا وُضِعَ هُنَاكَ لِلنَّبَاتِ لَا لِلْحِفْظِ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَنْ يَحْوَصُ قُطْعَ لَأَنَّهُ

(١) التهذيب (٤٣٢/٤).

(٢) في التهذيب «فإنه يقطع ويحلف له الطالب ويأخذه» (٤٣٣/٤).

(٣) المصدر نفسه (٤٣٣/٤).

(٤) المصدر نفسه (٤٣٤/٤).

حينئذ حرز له ، وإلا لم يقطع لأنه قد أذن له في الدخول ولا ضمان على صاحب الحمام ولو كان بأجرة لأن الأجير لا يضمن إلا الموتير بضاعته ، لأن الضرورة العامة تضم إليه ، وليس دخول الحمام كالخياطة والحياسة .

قوله: (إلا أن يسرقه من لم يدخل الحمام)^(١) . لأنه لم يؤذن له في الدخول هكذا فهو حرز في حقه .

قوله: (وبعضه خارج منها إلى الطريق)^(٢) . لأنه ليس بحرز .

قوله: (من صنع)^(٣) . أي من عرس لأنه كائن للإذن له .

قوله: (حكم عليه بحكم الحرابة)^(٣) . أي مختار الإمام في أوجه جزائه من نفي أو صلب أو غيره ، هذا المذهب ، وقال ابن الماجشون وهو قول الشافعي: لا يكون محاربا داخل البلد بل هو غاصب فيعزر لا غير .

قوله: (إذا دخل الحربي بأمان فسرق قطع كالذمي)^(٣) . وقال أشهب: لا يقطع ، لأن له شبهة في المال لأنه حربي ، بدليل أنه إذا خرج عنا انتهب أموالنا ولم يضر كالذمي ، ألا ترى أن أبا حنيفة يقتل المسلم بالذمي لا بالمعاهد ولكن يعزر؟

قوله: (لو لصوص)^(٤) . أي لو حارب وصار مع قطاع المسلمين حكم له بالمحارب على المذهب فلا يسترى ، واعترض في العمد أنه إن تلصص كان له حكم المحارب [ب/٢٤٣] لا الحربي ، ولولا ذلك لاسترق لنقضه العهد ، وكذلك الذمي إذا خرج متلصصا إن لم يركب بظلم كان نقضا للعهد ، وإن ركب بظلم فلا

(١) في التهذيب «يسرقه أحد لم يدخل الحمام» (٤/٤٣٤) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٣٤) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٣٥) .

(٤) في التهذيب «لو تلصص» (٤/٤٣٥) .

يكون نقضا للعهد .

قَوْلُهُ: (الحرّة أو من فيها بقية رق)^(١) . لا فَرْق بين الحرّة وغيرها في ذلك .

قَوْلُهُ: (إذا سرق الصبي)^(٢) . لأنّه غير مكلف كالمجنون .

قَوْلُهُ: (حتى يفيق)^(٣) . لأنّه حينئذ يكون مكلفا إذا سرق أحد الأبوين لأن له شبهة في مال ابنه ، وكذلك الأجداد لأنهم آباء لأنهم لا يقتلون بابن الابن ولكن تغلظ الدية عليهم كالأب .

قَوْلُهُ: (أحب إلي)^(٤) . أي يجب ذلك لا تلزمه نفقة ابنه الكبير ، أي فدل على أن العلة إنما هي الأبوة .

قَوْلُهُ: (قُطِع)^(٥) . لأنّه لا شبهة له في مال الأب ، وقال أشهب لا يقطع لأنّه كان له شبهة في ماله قبل البلوغ فاستصحب ذلك فخالف غيره .

قَوْلُهُ: (من غير بيتها)^(٥) . لأنّ ذلك حرز ونفقتها عليه ليست بشبهة في ماله لأنها عوض عن الاستماع ، كذلك الأجير إذا أخذ من موضع لم يؤتمن عليه ، وأما العبد فلا يقطع مطلقا لأن له شبهة في مال سيده مطلقا ، ونفقة الأجير عوض كالزوجة .

قَوْلُهُ: (لم يقطع واحد منهما)^(٥) . أي وإن كان ذلك أكثر من نصاب في حق كل واحد لأنّه رجل مأذون له فله شبهة في الإذن . وكذلك إن دخل مع العبد

(١) في التهذيب «الحرّة أو من فيها علقه رق» (٤/٤٣٥) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٣٥) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٣٦) .

(٤) يريد سرقة الابن من مال أبيه ، انظر التهذيب (٤/٤٣٦) .

(٥) التهذيب (٤/٤٣٦) .

بخلاف الصبي لأنه لا يعتبر إذنه لأنه غير مكلف .

قوله: (مما قد أغلق)^(١). لأنه ليس بحرز لأن كل واحد له التصرف فيه بخلاف ما إذا كان عند غيرهما ، واتفقا على أن لا يدخله إلا معا فإذا أخذ أحدهما منه أكثر من حظه بنصاب قطع .

قوله: (وشهادة الأخوين لأخيهما)^(١). هذا المذهب ولا يقطع على القول الثاني ، وليس الخلاف شبهة لأن الشبهة في السارق كالأب ، أو المسروق كمال السيد ، أو النسب كالشبهة في الإذن إذا دخل مع من له إذن .

قوله: (من الطعام الذي لا يبقى)^(١). مذهب أبي حنيفة أنه لا قطع في رطب ؛ لأنه يفضي إلى الفساد ولا فيما أصله الإباحة كالخشب والماء والخطب .) (٢)، إلا أن ينقل بصنعة كالتابوت والحصير ؛ قالوا: ولو سرق إبريقا أو طبقا من ذهب فارغا قطع ، فإن كان فيه ماء أو شيء رطب لم يقطع لأن المقصود حينئذ الماء والرطب ، وهذا مما يشنع عليهم .

قوله: (والأترجة التي قطع عثمان)^(٣). لأن الخصم يقول: كانت من حديد أو نحاس .

قوله: (لم يقطع)^(٤). هذا المذهب ، وإن كانت في بستان محقق [بالحيطان]^(٥)

(١) التهذيب (٤/ ٤٣٧) .

(٢) كلمة غير واضحة ، لعلها [والريش] .

(٣) التهذيب (٤/ ٤٣٧) . والأثر رواه مالك في الموطأ في كتاب الحدود ، باب ما يجب في القطع . عن عمرة بنت عبد الرحمن «أن سارقا سرق في زمان عثمان أترجة فأمر بها عثمان بن عفان أن تقوم . فقومت بثلاثة دراهم . من صرف اثني عشر درهما بدينار . فقطع عثمان يده» .

(٤) التهذيب (٤/ ٤٣٨) .

(٥) في المتن [حياطان] ، وما أثبتته هو الصواب .



لأنها لم توضع هناك للحفظ بل للنبات ، ولَنَا قَوْلُ ثَانٍ أَنَّهُ يَقْطَعُ إِذَا كَانَ مُحَدَّقًا بِالْحَيْطَانِ ، لِأَنَّهُ حَرَزَ وَكَذَلِكَ الثَّمَرُ ، وَقَوْلُهُ : « لَا قِطْعَ فِي ثَمَرٍ »^(١) ، يَعْنِي إِذَا كَانَ فِي حَائِطٍ لَا حَوَائِطَ عَلَيْهِ كِبْسَاتَيْنِ الْمَدِينَةِ .

قَوْلُهُ : (وَوَضَعَهُ فِي الْحَائِطِ)^(٢) . لِأَنَّهُ جَعَلَهُ لِلْحَفْظِ فَصَارَ حَوْزًا لَهُ (. .) كُلُّ ذَلِكَ مَبَاحٌ الْأَصْلُ عِنْدَ الْخَصْمِ فَلَا قِطْعَ فِيهِ كَمَا لَوْ سَرَقَ مَا قَدْ جَعَلَ فِي صَهْرِيحٍ فَإِنَّهُ يَقْطَعُ عِنْدَنَا وَلَا يَقْطَعُ عِنْدَهُ ، وَالطَّيْرُ وَالسَّبَاعُ كُلُّهَا مَبَاحَةٌ فَلَا قِطْعَ فِيهَا عِنْدَهُ .

قَوْلُهُ : (فَإِنْ كَانَ فِي قِيَمَةِ جُلُودِهَا إِذَا ذَكِيتَ)^(٣) . يَرِيدُ أَنَّ الذَّكَاءَ تَطْهَرُهَا وَهِيَ تَتَبَعُضُ فَتَعْمَلُ فِي الْجِلْدِ دُونَ اللَّحْمِ ، وَهُوَ عَمَلُ السَّلَفِ .

قَوْلُهُ : (وَلَا قِطْعَ فِي جِلْدٍ مَيِّتَةٍ لَمْ يَدْبَغْ)^(٢) . لِأَنَّهُ نَجَسَ فَإِذَا دَبَغَ قَوْلَانِ ؛ الْمَذْهَبُ لَا يَطْهَرُ فَلَا يَبَاعُ وَلَا يَصْلَى عَلَيْهَا وَلَا يَسْتَعْمَلُ فِي الْمَائِعَاتِ سِوَى الْمَاءِ لَكِنْ مِنْ سَرَقِهَا يَقْطَعُ إِنْ كَانَ قِيَمَتُهُ مَا فِيهِ مِنَ الدَّبَاغِ نَصَابًا ، وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ : يَطْهَرُ وَيَبَاعُ وَعَلَى هَذَا يَضْمَنُ قِيَمَتَهَا وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى دَبْغِهَا .

وَأَمَّا الْكَلْبُ الَّذِي يَنْتَفِعُ بِهِ [١/٢٤٤] فِي الصَّيْدِ وَالْحَرْثِ فَفِي بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ : الْمَذْهَبُ الْحَرَمَةُ ، وَمَعَ ذَلِكَ مِنْ سَرَقِ قِطْعٍ إِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ نَصَابًا كَأَمِّ الْوَلَدِ لَا تَبَاعُ وَفِي قَتْلِهَا قِيَمَتُهَا ، وَقَالَ رُبَيْعَةٌ بِالْجَوَازِ ، وَالثَّلَاثُ بِالْكَرَاهَةِ جَمْعًا بَيْنَ الْقَوْلَيْنِ .

قَوْلُهُ : (أَوْ خَارِجًا مِنْ خِبَائِهِ)^(٣) . لِأَنَّ ذَلِكَ حَرَزُهُ .

قَوْلُهُ : (مِنَ الْقَطَارِ)^(٣) . لِأَنَّهُ حَرَزُهُ .

(١) لَعَلَّهُ يَرِيدُ « أَوْ قَلَعَ نَخْلَةً بِثَمَرِهَا لَمْ يَقْطَعْ » التَّهْذِيبُ (٤/٤٣٨) .

(٢) التَّهْذِيبُ (٤/٤٣٨) .

(٣) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٤/٤٣٩) .

قوله: (من القبر)^(١). مذهب مالك أنه يقطع وأبو حنيفة لا يقطع البتة ، وليس بسارق في اللغة بل هو مختف ، وقال الشافعي: إن كان محروسا قطع وإلا لم يقطع ، قال أبو حنيفة: لأن الكفن لم يوضع في القبر للحفظ ، ولأنه لو وجد في القبر دون الميت لم يقطع أخذه وكذلك لو كان مع الميت على القبر لم يقطع أخذه .

ولنا حديث عائشة: «يُقَطَّعُ سَارِقُ أَمْوَاتِنَا كَسَارِقِ أَحْيَائِنَا»^(٢) ؛ فسَمَّته سارقا ، وهي من أهل اللغة ، وهو عندنا على ملك الميت بدليل أنه لو أكلته السباع رجع الكفن إلى ورثته ميراثا ولا يرثون إلا ما كان ملكا له .

قوله: (مستسرا)^(٣). أي في حال خفية لأن الذي يستتر بفعله غاصب أو مكابد أو مختلس ولا قطع في ذلك .

قوله: (فإن كان منزلا نزله)^(٤). تحرز من أن يختلف عن الرفقة وحده بموضع لم تنزل الرفقة فيه ولا جرت العادة بالنزول فيه فلا قطع فيما يدخله من ذلك .

قوله: (ومن سرق صبيا حرا)^(٥). خلافا للشافعي وأبي حنيفة ، وهو قول ابن الماجشون ، لأن هذا ليس بمال بخلاف العبد ولنا أنه إذا باعه فقد اتلف نسبه ، وديته ألف دينار فهو أعظم مال .

قوله: (وإن كان أعجميا)^(٥). لأنه كالبهيمة بخلاف الفصيح هذا آبق .

(١) التهذيب (٤/٤٣٩) .

(٢) الحديث رواه البيهقي عن عائشة في معرفة السنن والآثار ، كتاب السرقة ، رقم ١٧١٨٣ ، وعن الشعبي في السنن الكبرى ، كتاب السرقة ، جماع أبواب القطع في السرقة ، باب النباش يقطع إذا أخرج الكفن من جميع القبر . وأخرجه أيضا ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في النباش يؤخذ ، ما حده ؟ .

(٣) التهذيب (٤/٤٣٩) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٤٠) .

(٥) في التهذيب «عجميا» (٤/٤٤٠) .



قَوْلُهُ: (أما الثوب وشبهه)^(١). كمنديل الكم والجبة ، فعادة الناس أن يضموا فيها الدراهم والدنانير فلا يصدق السارق في أنه لم يعلم بذلك لأن الغالب خلافه .

قَوْلُهُ: (وليس كالحجر والخشبة)^(١). لأنه لم تجر العادة بأن يدفع فيها ذلك .

قَوْلُهُ: (أنه سرق نعجة)^(١). لنا في ضم الشهادات المختلفة ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها تلفق مطلقا .

الثاني: لا تلفق مطلقا .

المَذْهَبُ: أنه تلفق الأقوال دون الفعال ، وهذه أفعال فلا تلفق ؛ فإن ادعى المشهود له النعجة أو الكبش حلف مع ذلك واستحقت ؛ لأن ذلك مال ولا قطع ، ولأنه لا يثبت بشاهد ويمين ادعاهما معا حلف مع كل واحد وأخذ الجميع ، وهذا إذا اختلف الزمان .

أما لو لم تتعدد بل قال أحدهما: يوم الخميس ظهرا ، وقال الثاني: كذلك تساقطا لأن إحداهما يُبطل الأخرى .

قَوْلُهُ: (فأكل الطعام فيه)^(٢). هذا من فقهه وكذلك لو استرعى رجلا لا يعلم من الطريق فباعه السرقة من الحرز فلا قطع على واحد منهما .

قَوْلُهُ: (يوم سرقها)^(٢). لأنه وقت التعدي .

قَوْلُهُ: (ثم رجليه اليسرى)^(٣). هذا الحديث روي في ذلك ، وقال فيه بعد

(١) التهذيب (٤/٤٤٠) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٤١) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٤١) .



الرابعة أنه يقتل ، وأخذ بذلك أبو مصعب^(١) ، ومذهب أبي حنيفة أنه يقطع أولا يمينه ، ثم يسراه من الرجلين ثانيا ، ولا يقطع بعد ذلك لأن ما زاد تشوية .

والمذهب أنه بعد الرابعة يُحبس أو يبقى ويضرب ، ومتى سرق بعد ضرب وحبس ، إلا أنه يضمن السرقة مطلقا موسرا كان أو معسرا لأنه لا قطع ولا خلاف هنا أنه يضمنها .

قوله: (فمحاها)^(٢) . هذه من الممحوات .

قوله: (وأراه تأول قوله تعالى)^(٢) . لأنه يدل على أن لا يرجع إلى الأرجل إلا بعد قطع الأيدي .

قوله: (في الرجل : أحب إلي)^(٢) . هذا المذهب .

قوله: (قطعت يده)^(٣) . لأن الاصبع الواحدة والاصبعين لا يؤثر عدمهما وكذلك إذا قطع يد غيره قطعت يده (.) ، بخلاف ما إذا بقي من يده أصبع صار كمن لا يمين له فإنه [٢٤٤/ب] يعدل في السرقة إلى رجله اليسرى على المذهب وإلى اليد اليسرى على قول مالك ، وفي القصاص لا تقطع يده تلك ولكن تلزمه الدية وذلك لعدم المماثلة ، ولو رضي المجني عليه بقطع اليسرى لم يجز لأن ذلك ليس له .

(١) الحديث رواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب السرقة ، جماع أبواب قطع اليد والرجل في السرقة ، باب السارق يعود فيسرق ثانيا وثالثا ورابعا . عن جابر قال : «أتى النبي ﷺ بسارق فأمر بقطع يده ، ثم أتى به قد سرق فأمر به فقطع رجله ، ثم أتى به بعد وقد سرق فأمر بقطع يده اليسرى ، ثم أتى به قد سرق فأمر بقطع رجله اليمنى ، ثم أتى به قد سرق فأمر بقتله» . ورواه الدارقطني أيضا في سننه ، كتاب الحدود والديات وغيره ، ٣٣٨٩ .

(٢) التهذيب (٤/٤٤٢) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٤٣) .



قوله: (وضمن قيمة السرقة)^(١). لعدم القطع.

قوله: (ويُسْرُهُ متصل)^(١). المذهب أنه يراعى اتصال اليسر من يوم السرقة إلى القيام عليه وإلا لم يقطع إن تخلل ذلك عسر. وقال أشهب: بل يراعى اتصال عدم العسر إلى القطع فقط وإلا غرم، إلا أن المذهب قال في رجل قام على سارق بأنه سرق له ولرجل غائب نصاباً ف قضى له بعد القطع بما سرق له، فأخذه ثم أعسر السارق فجاء بعد ذلك الغائب يطلبه فقال: يقاسم الأول فيما أخذ (.) السارق بما بقي لهما، وهذا يقتضي أنه لا يراعى في الضمان اتصال اليسر إلى القيام، بل إلى القطع كقول أشهب، وأجيب عنه بأنه كان ينبغي للحاكم أن يقضي على السارق بنصيب الغائب يوم القطع وقيام الأول، فصار الغائب بذلك كأنه قام يوم القطع حين إيسار السارق، وهذا بخلاف عن (.)^(٢) لهما حق قبل شخص قام أحدهما على ذلك الشخص بحقه وحق الغائب فحكم عليه بحق القائم ثم جاء الغائب فوجده معسراً فيمنعه ولا يجب على الحاكم أن يقضي عليه بحق الغائب لأنه قد رضي بتأخير لحقه، وليس كذلك المسروق منه لم يوص بتأخير السارق.

قوله: (إلى أن قطع)^(٣). أي إذا كان قوله لم يقطع واحد منهما لأنهما رجعا عن الشهادة على الأول ويتهمان في الثاني لأنه إنما ينبغي أن يجزم بشهادته، والحدّ يدرأ بالشبهات.

قوله: (وما بلغ من خطأ الإمام ثلث الدية)^(٤). لأن العمد والخطأ في المال

(١) التهذيب (٤/٤٤٣).

(٢) كلمة غير واضحة في المتن، لعلها «من».

(٣) التهذيب (٤/٤٤٣).

(٤) من هذا إلى قوله: (إن شاء في السر) كله من التهذيب (٤/٤٤٤).



سواء ، وَلَنَّا قَوْلُ ثَانٍ أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَدَثٌ عَنْ فِعْلٍ مَبَاحٍ .
وكذلك المعلمُ يضرب الصبي ، والطبيبُ يخطئُ في البَطِّ والشَّقِّ ، والخاتنُ
يخطئُ في قطع الغُلْفَةِ فيزيد في القطع ، وهذا إذا كانوا ماهرين بالصناعة وإلا فهم
متعدون ، لكن لا يقتصر منهم لأنهم لم يتعمدوا .

قَوْلُهُ : (وَأَبَى مَالِكٌ أَنْ يَجْبِنَا فِي خَطَأِ الْإِمَامِ) . مخافة من الأئمة وجورهم .

قَوْلُهُ : (وَكَاَنَا بَيِّنِي الْعَدَالَةِ) . لا بد من هذا وإلا لم يقبل عذرهما .

قَوْلُهُ : (لَكَاَنَا لَذَلِكَ أَهْلًا) . أي لا حرج على من عزرهما من الحكام .

قَوْلُهُ : (أَوْ طَلَاقٍ) . إذا أنكر الزوج الطلاق ، والسَّيِّدُ العتقَ ، فإنه يحكم
بذلك بالشهادة وينفذ ظاهرًا ، ويقال للزوجة : إن علمت أن الطلاق غير واقع حرم
عليك فيما بينك وبين الله أن تتزوجي غيره لأنك في ملكه .

وكذلك العبد يقال له : إن علمت [باطل] ^(١) وجب عليك أن تدفع خراجك
لسيدك وأن تخدمه ، وإن كنا نحكم بالعتق ظاهرًا ، كما إذا شهدا بأن هذه زوجة فلان
وهو ينكر ، فإننا نحكم بالزوجة ويحرم عليه أن ينظر إليها فيما بينه وبين الله .

قَوْلُهُ : (أَيُّ الدِّيَةِ) . هذا المَذْهَبُ ، وقيل : يقتصر منهما في القطع والقتل ؛
وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْحَاكِمَ هُوَ الْمُبَاشِرُ وَالشَّاهِدُ سَبَبٌ ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَشْهَبَ أَنَّ الشَّاهِدَ
مُلْجئٌ لِلْحَاكِمِ ، وَقَدْ اتَّفَقْنَا فِيمَنْ حَفَرَ بَثْرًا فَسَقَطَ فِيهَا شَخْصٌ فَمَاتَ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ
إِلَّا الدِّيَةُ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّعَمِدْ .

وإذا شهدوا بالزوجة وأنه طلق قبل الدخول أو بعده والزوجُ منكراً لكل ذلك
ثم رجعا فيلزمهما ما لزم الزوج بشهادتهما فإن أقر بالزوجة فشهدا بالطلاق بعد

(١) كذا في المتن .

الدخول لزمه الصداق ، فإن رجعا فلا يلزمهم شيء لأن الدخول يوجب جميع الصداق وقد أخذته ، فلم يتلفوا عليه إلا ما كان له [١/٢٤٥] فيها من المتعة ، فهل يضمنان ذلك أو لا ؟ قولان: بناء على الخلاف هل تقوم تلك المنفعة أو لا ؟ ولو قتلها لزمته الدية ولم يلزمه قيمة تلك المنفعة .

فإن قالوا طلق قبل الدخول لزمه نصف الصداق على المذهب ، فإن رجعا غرما نصف الصداق ، وجهه أنه لا يجب بالعقد شيء من الصداق ؛ لأنها على تقدير أن ترد يسقط الصداق ، وقال أشهب: لا يلزمهما شيء لأنه بالعقد يجب على الزوج نصف الصداق ، والارتداد نادر ، فإن قالوا في هذه الصورة الأولى: بل طلق قبل الدخول ، فاتفقا على أنه يلزمهما نصف الصداق لأنه الذي زاد بشهادتهما .

قوله: (حتى زكوا عنده) . لأن الأصل الجرح حتى تثبت العدالة ، خلافا لأبي حنيفة يقبل المستور من غير تزكية ؛ لأن الأصل عنده في المسلم العدالة حتى تثبت الجروح .

قوله: (وإن لم يطعن فيهم) . كانوا مستورين .

قوله: (إن شاء في السر) . هذا أحسن لأن كثيرا من الناس لا يتجرأ أحد بجرحهم في العلانية خوفا من شرهم .

قوله: (إلا تزكية رجلين)^(١) . لأنها شهادة وحق بدن .

قوله: (ارتضى رجلا للكشف)^(٢) . يعني البطانة وهذا على أنه من باب الخبر لا الشهادة ، وعلى أنه شهادة لا يجزئ إلا رجلان .

(١) التهذيب (٤/٤٤٥) .

(٢) في التهذيب «ارتضى القاضي رجلا للكشف» (٤/٤٤٥) .

قوله: (عن رجلين)^(١). أي عدلين لأن هذا نقل شهادة فلا يكون إلا عن رجلين معينين ، بخلاف شهادة السماع .

قوله: (يجهل وجه التخريج)^(١). أي لا يعلم أن شهادة العدو ترد وأن شهادة الأب لابنه لا تجوز ، وكذلك الشريك المفاوض ، فإذا كان من جهلة الرجال وضعفة النساء فيندب القاضي إلى أن يعلمه ذلك ، وإن كان مثله ممن لا يجهل ذلك فلا يجبره به لأنه تحصيل الحاصل .

قوله: (وليس كرد اليمين)^(١). أي هذا يجب على القاضي أن يعلمه بذلك لأن الحكم متوقف عليه لا يجوز له أن يحكم إلا بعد ردها .

قوله: (أو مجاني)^(٢). يعني القليلي المروءات الذين يكثرون الدعابة والهزل في أكثر الأوقات .

قوله: (فمن تاب ممن حد في القذف)^(٣). هذا لا يعلم إلا بعد زمن القذف بخلاف النصراني يسلم فإن المانع من قبول شهادته إنما كان الكفر وقد زال المانع وكذلك العبد . وأما المسلم العدل يحد في القذف فلا يعلم حسن حاله إلا بعد طول .

قوله: (ولو حد نصراني في قذف)^(٣). لأن الذمّي من باب الأحرى أن يحد في قذف المسلم ، إلا أن الكافر إذا كان في دينه لا يبقى بوظائفه فلا يقبل ساعة إسلامه حتى يعلم حسن حاله لأنه في دينه كالمسلم الفاسق .

قوله: (لم يقطع ، وضمن قيمة ذلك)^(٤). لأن السرقة حق بدن فلا تثبت

(١) التهذيب (٤/٤٤٥) .

(٢) في التهذيب «أو مُجَّان» (٤/٤٤٥) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٤٥) .

(٤) من هذا إلى قوله: (فإنه يقطع) كله من التهذيب (٤/٤٤٦) .



بالنساء لكنه يفضي إلى المال فصحت شهادتهن فيها على المذهب ولا قطع ،
وقال أشهب: لا يضمن لأن الغرم فرع ثبوت السرقة ، ولم تثبت .

قوله: (ولا يمين على صاحب المتاع) . لأنه قد استقل النصاب .

قوله: (ضمن السارق قيمته) . وإن كان عديماً للحديث: «إذا قطع السارقُ
فَلَا ضَمَانَ»^(١)؛ يعني في العسر .

قوله: (إذا شهد رجلان على شهادة رجل) . ويجوز أن يشهدا على كل واحد
منهما ، والمذهب في حد الزنى (.)^(٢) في نقل الشهادة من أربعة ولا يجزئ اثنان
على كل واحد ، لأن الأصل أربعة فلا أقل من أن يكون الفرع أربعة .

قوله: (قد استأصل تمام الشهادة) . أي إذا استقصاها ، لكن يعذر للغائب
وينظر له فطعن فيهم .

قوله: (فإنه يقطع) . هذا المذهب أنه لا يسقط الحد بالتوبة ، خلافا للشافعي
قال: يسقط بالتوبة ، وأجمعنا على سقوطه في المرتد [٢٤٥/ب] يسلم فإنه لا يقتل ؛
لأنه يصير كالكاfer الأصلي يسلم ، وكذلك المحارب إذا أخذ قبل القدرة .

ولنا أنه عليه السلام حدّ ماعزاً والغامدية بعد التوبة وقال: «لَقَدْ تَابَ تَوْبَةً لَوْ قُسِمَتْ
عَلَى أَهْلِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ لَوَسِعَتْهُمْ»^(٣) . وأما المحارب فلم يوجد فيه شرط

(١) الحديث رواه الدارقطني في سننه ، كتاب الحدود والديات وغيره ، والبيهقي في السنن الصغرى ،
كتاب الحدود ، باب الاعتراف بالسرقة عن عبد الرحمن بن عوف ولفظهما: «لا يغرم السارق إذا
أقيم عليه الحد .» ورواه ابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحدود ، في السارق تقطع يده يتبع
بالسرقة ، بلفظ: «لا يغرم السارق بعد قطع يمينه إلا أن توجد السرقة بعينها ، فتؤخذ منه» .

(٢) غير واضحة في المتن ، لعلها «أن لا بد» .

(٣) الحديث رواه مسلم بلفظ: «لو قسمت بين أمة لو سعتهم» كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه
بالزنا ، كذا عند البيهقي في الكبرى كتاب الإقرار ، باب من يجوز إقراره . وعند أحمد في مسند =



الحد لأن شرطه أن لا يتوب قبل المقدرة عليه وأما المرتد فإنه بنفسه إسلامه ،
بخلاف المرائي وشارب الخمر لو تاب إثر الفعل لم يقبلا فظهر الفرق .

قوله: (ولا يحد السكران حتى يصحى)^(١) . لأنه حينئذ غير مكلف ، ولأنه
لا يكون الحد زجرا له إذ لا يشعر به .

قوله: (فلربها أخذها)^(٢) . وإن شاء أجاز البيع واتبع المبتاع بالثمن ورجع
هو على السارق بالثمن .

قوله: (أو باعها) . إن شاء أجاز البيع أيضا وأخذ منه الثمن ورجع هو على
البائع منه والبائع على السارق .

قوله: (فلا شيء عليه) . لأنه لم يتعد ولكن يرجع على السارق .

قوله: (فلرب الثوب أن يعطيه قيمة الصبغ) . لأنه كسلعة ثانية ودار الأمر
بين أن يخرج الثوب عن ملك ربه فكان الحمل على السارق أولى ، وليس الثوب
من ذوات الأمثال .

قوله: (وإن عجز ثمنه لم يتبع السارق بشيء) . لأنه يوم القطع معسر وهذا
المذهب ، ووجه الحديث: «إذا قُطِع السَّارِقُ سَقَطَ الضَّمَانُ»^(٣) ؛ أي في المعسر ،
ووجه قول أشهب أن اليسر والعسر لا معنى لاعتباره إلا يوم القيام عليه .

قوله: (فذلك له) . لأنه: لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ^(٤) .

= البصريين ، حديث عمران بن حصين ، والنسائي كتاب الجنائز ، الصلاة على المرحوم: «لقد تاب
توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لو سعتهم» .

(١) في التهذيب «حتى يصحو» (٤/٤٤٦) .

(٢) من هذا إلى قوله: (صنع به كما وصفنا) كله من التهذيب (٤/٤٤٧) .

(٣) الحديث تقدم تخريجه بلفظ: إذا قطع السَّارِقُ فَلَا ضَمَانَ .

(٤) الحديث تقدم في أول تضمين الصناعات .



قوله: (صنع به كما وصفنا). أي يبيع بما فضل من ثمن الثوب كان للشارق وإن عجز لم يتبع.

قوله: (فليس لربها إلا وزن فضته)^(١). لأن المثل يقوم مثله ولا يحتاج إلى إخراج ملك أحدهما عنه.

قوله: (لم يقتصر منه)^(١). لأنه قَطُعُ عضو غير معصوم، بخلاف ما لو قطع يسراه لقطع.

قوله: (وإن لم تعدل البينة)^(١). لأنه لم تثبت السرقة بعد.

قوله: (غلط القاطع)^(١). وقيل: تلزم الدية في ماله وتقطع يمناه.

قوله: (لكل سرقة تقدمت)^(١). هذا لإِتِّحاد الموجب، والموجب كالشرب والقذف، لأن في كل واحد كما إذا مَسَّ وبَالَ فَوْضُوهُ واحدٌ، أما إذا اختلف الموجب والموجب كالزنى والقذف فيجمعان عليه ولو كان في الزنى الرجم لحد قبله لما في ذلك من التشفي للمقذوف، بخلاف ما لو كان معا لحق الله كالقطع والقتل فإن الغرض من القطع إماتة اليد وذلك يحصل بالقتل، وكذلك الشرب مع القتل يتداخلان.

قوله: (فإن كان من وقت سرق منهم لم يزل ملية)^(٢). أي المذهب يعتبر اتصال اليسر إلى القطع، وأشهب يعتبر اتصال اليسر إلى القيام عليه بما سرق، ويسقط إن أعسر بعد ذلك في الطلب عنه بما تقدم لعسره.

ووجه الأول الحديث: «إِذَا قُطِعَ السَّارِقُ فَلَا ضَمَانَ»^(٣)؛ يعني في المعسر.

(١) التهذيب (٤/٤٤٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٤٩).

(٣) الحديث تقدم تخريجه بصفحات.

وَوَجْهُ الثَّانِي: أن اليسر والعسر إنما يعتبران عند الطلب .

قَوْلُهُ: (إذا اجتمع عدلان)^(١) . أي لا تعارض لأن المثبت للحكم أولى من شهادة النافي لحكم القطع ، وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ: إنه لا قطع لأن الاختلاف شبهة تسقط الحد ، ولا يقطع بتقويم واحد لأنها شهادة ولا يقضى بشهادة رجل وإن قيل: إن ذلك من باب الإخبار ، سُمِعَ قَوْلُ الواحد .

قَوْلُهُ: (من سفينة)^(٢) . قطع لأنها حرز .

قَوْلُهُ: (فإن كان معها من يمسكها قطع) . لأنها حينئذ في حرز ، وأما إذا [١/٢٤٦] أرسيت فهي في حرز ، كان معها حارسٌ أو لا .

قَوْلُهُ: (وإن كان عديما) . لأن القطع وإن كان سقط فلا بد من الضمان البتة مع اليسر والعسر .

قَوْلُهُ: (سرق مسلم من حربي دخل بأمان ، قطع) . لأنه بالعهد قد صار معصوم الدم والمال كالذمي .

قَوْلُهُ: (وإن سرق الحربي بأمان) . أي من مسلم قطع كما يقطع الذمي إذا سرق من مسلم لأن ذلك من الفساد .

قَوْلُهُ: (ويقيم أمير الجيش الحدود) . خلافا لأبي حنيفة لا يرى ذلك ، لأنه إنما يقيمها بموضع له به ولاية وسلطنة وليس ذلك له ببلاد العدو .

قَوْلُهُ: (أقوى له على الحق)^(٣) . أي النظر عليهم فسرق بعضهم من بعض ،

(١) التهذيب (٤/٤٤٩) .

(٢) هذا إلى قوله: (ويقيم أمير الجيش الحدود) كله من التهذيب (٤/٤٥٠) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٥١) .



وكذلك لو سرقوا من أموال العدو لقطعوا ؛ لأنهم دخلوا بعهدهم كأهل الذمة .

قوله : (عوقب)^(١) . أي عزز بقدر اجتهاد الإمام .

قوله : (لم يضرب للإفطار)^(٢) . أي يعززه زائد على الحد (.) هذا الوقت .

قوله : (أو يفرقه)^(٣) . إن خاف عليه الضعف عن ذلك في وقت واحد .

قوله : (أو جحد ذلك الإقرار أصلاً أُقيل)^(٣) . هذا المذهب إن رجع إلى

شبهة أو غير شبهة يقال فمن الشبهة أن يقول : زنيْتُ ، ثم يقول : لكن بجارية ابني ، وسرقتُ ، لكن مالَ عبدي ، ولو شهد عليه بالفعل لم يكن له الرجوع .

ولنا قولٌ ثانٍ أنه لا يقبل رجوعه إلا إلى شبهة ؛ ووجه الأول حديث ماعز : «هَلَّا رَدَدْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَرْجِعُ»^(٤) ، ووجه الثاني أن المراد : لعله يرجع إلى شبهة .

قوله : (إذا أقر عبد)^(٥) . يقطع بإقراره كما يقتل إذا أقر بالقتل .

قوله : (إذا عينوها)^(٦) . يصير ذلك كالشهادة بالفعل فلا يصح الرجوع وكذلك الحد .

قوله : (فإن ادعى السيّد أنها له ، صدق مع يمينه)^(٧) . لأن يدَ عبده يدهُ ،

(١) التهذيب (٤٥١/٤) .

(٢) كذا ، وفي التهذيب «وإن شرب خمرا في رمضان جلد للخمر ثمانين ، ثم يضرب للإفطار في رمضان» (٤٥١/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٤٥١/٤) .

(٤) تقدم تخريج حديث ماعز ، ولم أقف على لفظ «هَلَّا رَدَدْتُمُوهُ» ، وفي سنن أبي داود ومسنند أحمد : «هَلَّا تَرَكْتُمُوهُ ، لعله أن يتوب فيتوب الله ﷻ عليه» .

(٥) التهذيب (٤٥١/٤) .

(٦) في التهذيب «إذا عينوا السرقة» (٤٥١/٤) .

(٧) التهذيب (٤٥١/٤) .



وقال أبو حنيفة: لا يقطع لأنه لم تثبت السرقة والقطع فرع ثبوتها.

قوله: (فصدقته)^(١). لا يلتفت إلى قولها ويكون للسيد بالحوز إلا أن يأتي الأجنبي ببينة أن ذلك له.

قوله: (حتى يحتلم الغلام)^(١). لا خلاف في الحيض والاحتلام، وتزيد المرأة بالحمل والحيض، وأما النفاس ففرع الحمل، وفيها الإنبات، ولنا فيه قولان لأنه قد يسرع الإنبات في بعض الناس، وأما السن فقال الشافعي: خمسة عشر، ولنا قول مثله، ولنا قول بثمانية عشر، ولنا - وهو المذهب - أنه يرجع فيه إلى العادة في الأقاليم فقد يكون الغالب في اليمن غير الغالب في الشام أنه السن الذي لا يبلغ إلا بعد الاحتلام.

قوله: (وقد أصغى مالك إلى الاحتلام)^(١). راغبا عن اعتبار الإنبات.

قوله: (بوعيد)^(٢). أي (.) الوعيد فهذا لا قطع فيه لأنه لا شبهة.

قوله: (وإن تمادى بعد زوال الإكراه)^(٢). فيسر أمره مخافة أن يكون ذلك الإقرار بسبب الإكراه، فإن تمادى عليه بعد الأمن علم أنه إنشاء إقرار غير الأول.

قوله: (وعين السرقة)^(٢). بأن يقول وهذه السرقة.

قوله: (وإن أخرج السرقة أو القتل في حال التهديد)^(٢). لأنه يحتمل أن يكون افتعالا وكذبا.

قوله: (لم أضمنه ما بقي)^(٢). أي إذا أقر بسرقة متاع ثم رجع عن إقراره سقط القطع وإن أتى ببعض المتاع، لأن ذلك يحتمل أن يكون للإكراه فيؤخذ ما

(١) التهذيب (٤/٤٥٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٥٣).

أتى به بإقراره ولا يضمن غيره .

قوله: (قامت بينة بسرقة)^(١). أي بإقراره بها .

قوله: (قل ما سرت)^(٢). أي لا يقول له: «أسرت» أو «ما سرت» ، كما يقول: «إن زنت» أو «ما زنت» ، بل يقول له: أسرت من حرز أم لا ؟ محافظة على حق الأدمي .

قوله: (وإن كان الحر أمرا يعرف [ب/٢٤٦] خوفه)^(٢). أي إن خيف من الحر (.) كالبرد كان مثله لا يقطع فيه لأنه إنما عليه قطع يده لا إتلاف نفسه .

قوله: (والقطع داخل في النفس)^(٢). لأنها تموت بموت النفس .

قوله: (إذ لا عفو فيها)^(٣). بخلاف الأدمي يجوز له العفو عن القصاص .

قوله: (كما لو ذهبت يد القاطع بأمر من الله)^(٣). وكما لو قتل ثم مات ، وليس للمقطوع اليمين أن يطلب قطع اليسرى لعدم المماثلة .

قوله: (بقدر ما يخاف)^(٣). أي على القطع .

قوله: (وكذلك الحد والنكال)^(٣). أي التعزير .

قوله: (وكذبه فلان)^(٣). لا يسقط القطع لأن فلانا متهم أنه أراد بذلك إسقاط القطع وهو حق لله .

قوله: (لم يقبل ذلك)^(٣). إلا أن يأتي ببينة بما يدعي فيسقط القطع حينئذ .

قوله: (ومن سرق من بيت المال)^(٣). هذا المذهب ، ولم ير لأحد فيه شبهة

(١) في التهذيب «قامت عليه بينة» (٤/٤٥٣) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٥٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٥٤) .

لأنه لا يتعين لأحد فيه شيء؛ لأنه للحاكم أن يدفع له مما شاء، وكذلك من المغنم لا يتعين لأحد منه شيء بعينه، ويدل على أن ذلك ليس بشبهة أنه تجوز له الشهادة لبيت المال وللمغنم، ولو كانت له شبهة لما قبلت شهادته، وعلى هذا إذا زنى بأمة من المغنم حد، وقال ابن الماجشون: لا يقطع في ذلك كله ولا يحد؛ لأن له فيه شبهة وكونها يسيرة أو غير معينة لا يسقطها إلا أن يسرق من المغنم زيادة على نصيبه بنصاب فيقطع.

قوله: (ولا تقطع أم الولد)^(١). لشبهتها في ماله، وكذلك المكاتب لأنه عبده ما بقي عليه درهم وأحكامه أحكام العبيد في كل شيء.

قوله: (إذا شهد على أخرس)^(١). هذا إذا عرف الشهود عادته وفهموا إشارته كما يشهد المترجمون على العجم لمعرفة بلسانهم.

قوله: (ويعتق)^(٢). أي السرقة.

قوله: (فلم يقطع حتى ورثها فلا بد من قطعه)^(٣). لأن ذلك حق لله، وقال أبو حنيفة: لا يقطع نظرا إلى المال، واتفقنا على أنه لو سرق نصابا من حرز ثم خرب الحرز بعد السرقة أنه يقطع نظرا إلى الحال، وعلى أنه لو زنى بأمة ثم اشتراها فإنه يحد، فرّقوا بأنّ الزنى قد انقطع، والمسروق باق فهو في الحال قد صار غير مسروق، ولنا حديث صفوان أنه لما أتى بسارق ردائه إلى رسول الله ﷺ فأمر بقطعه فقال: «ما هذا أردت يا رسول الله»، فقال ﷺ: «فهلّا قبل أن تأتيني به»^(٤)، قالوا: يمكن أن يكون السارق لم يقبل الرداء، وهذا بعيد ولو (.)

(١) التهذيب (٤/٤٥٥).

(٢) لم أقف عليه في التهذيب.

(٣) في التهذيب حتى ورثها، أو اشتراها، أو وهبت له أو تصدق بها عليه، فلا بد من قطعه (٤/٤٥٥).

(٤) الحديث رواه مالك في الموطأ كتاب الحدود، باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان. وأحمد =



بالزنى ، ثم إن المقدوف زنى فالحمد ساقط عن القاذف لأنه صار غير عفيف ، وقد قال عمر رضي الله عنه : «الله أكرم من أن يفضحه في مرة واحدة»^(١) أي دل زناه على أن ذلك كانت عادته لأنه لا ينفصح أمر الزاني مرة واحدة .

قوله : (كان استودعه هذا المتاع لم يقطع)^(٢) . لأنه ثبت أنه له .

قوله : (فإن كان يوم القطع مليا)^(٣) . يؤخذ من هذا الموضع أن يسر السارق إنما يعتبر في اتباعه بالسرقة إلى يوم القطع فيتبع وإن أعسر بعد ذلك وأما إن أعسر قبل القطع فلا يتبع .

قوله : (وهذا مثل قول مالك في الشريكين)^(٤) . يعني أنه لا يجوز أن يختص أحد الشريكين في دين يقبض نصيبه أو بعضه دون شريكه إلا بإذنه وذلك إذا كان دينهما من معاملة واحدة وفي كتاب واحد فإن كان لكتابين فقد قسماه بينهما وكذلك إذا كانت السرقة من شخصين فهي دين لهما على السارق ، وهذه مسألة فرّق ؛ وذلك أنه قال في الشريكين في دين يعذر أحدهما إلى صاحبه ويستأذنه في قبض نصيبه أو يستأذن الحاكم [١/٢٤٧] فيأذن له ويأخذ حظه من الغريم وهو مليء بحظ الآخر ثم يجيء الآخر فيجده معسرا ، فإنه لا يرجع على صاحبه ، وقال في السارق هنا أن الغائب يشارك الأول فيما قبض (. .) إنما كان ذلك لأن قبض

= في المسند ، مسند القبائل ، حديث صفوان بن أمية .

(١) الأثر ذكره ابن حجر في إتحاف المهرة ، حرف العين ، مسند أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ، وفيه : أتى عمر بن الخطاب بسارق ، فقال : والله ما سرقت قبلها ، فقال له عمر : كذبت ورب عمر ، ما أخذ الله عبدا عند أول ذنب . قال ابن حجر : رواه ابن وهب في جامعه : عن سفيان الثوري ، عن حميد ، عن أنس ، بهذا . وهو موقوف حكمه الرفع كتبته لصحة سنده . وروي معناه عن قرة بن عبد الرحمن ، عن ابن شهاب ، عن أبي بكر . وهو منقطع .

(٢) في التهذيب «هذا المتاع نفسه» (٤/٤٥٥) .

(٣) التهذيب (٤/٤٥٥) .



الأول لم يكن بحكم حاكم بل بفتوى فلذلك أبطلت تلك القسمة .

وقيل : الفرق أن الشركة في المسألة الأولى قد رضي بتأخير الغريم بحقه والمسروق منه الغائب لم يرض بتأخير السارق فالحاكم متعد في إبقاء حظ الغائب عنده فلذلك نقض قسمته .

قوله : (إلا أن يكون متهما)^(١) . المدعى عليه بالسرقة ثلاثة أضرب :

أحدهما (.)^(٢) فهذا لا يحلف بل يعزر من ادعى عليه بذلك .

[الثالث]^(٣) متهم بذلك ملطخ العرض فهذا يعزر ويحلف وعقوبته تحل ولولا ذلك طبق أهل الشر وازداد فسادهم .

والثالث المستور يحلف فقط وإن نكل غرم ولا قطع لأن أكثر الناس (.)^(٤) من اليمين وإن كانوا على صدق .

قوله : (أكرهها)^(٥) . هذا أيضا على ثلاثة أضرب كالأول والحكم الحكم فإن نكل حد .

قوله : (لم يقطع)^(٥) . لرجوعه ويغرم لإقراره ولو كانت عليه بينة بالسرقة لم ينفعه الرجوع .



(١) التهذيب (٤/٤٥٦) .

(٢) غير واضح في المتن .

(٣) لعله قصد (الثاني) ، لأنه سيأتي بعد قوله : والثالث المستور . .

(٤) غير واضحة في المتن .

(٥) التهذيب (٤/٤٥٦) .

كِتَابُ الْمُحَارِبِينَ

قَوْلُهُ: (من أهل الذمة والمسلمين)^(١). أما المسلم فلا خلاف فيه ، وأما الذَّمِّي فإن كان في عهده شرط أن يجروا على حكم المسلمين إن حاربوهم فهم كالمسلمين ، وعلى ذلك يحمل ما في الكتاب ، وإلا فذلك منهم نقض للعهد وبصيرون كالحربي وللإمام استرقاقهم .

قَوْلُهُ: (ولم يقتلوا)^(١). هذه مسألة مختلف فيها:

فالمذهب أن الإمام مخير في قتله وإن لم يقتل ، وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يقتل إذا لم يقتل ولكن يبقى أو يقطع واحتجوا بالحديث: «لا قَتْلَ إِلَّا فِي ثَلَاثٍ: زَنَى بَعْدَ إِحْصَانٍ ، [أَوْ] ^(٢) قَتَلَ نَفْسٍ ، أَوْ كَفَرَ بَعْدَ إِيمَانٍ»^(٣) ، فحصر القتل في الثلاث .

ولنا عليهما ظاهر الآية .

قالوا: قد قرأ بعض الصحابة: {أَنْ يُقْتَلُوا إِنْ قَتَلُوا} .

ولنا على الشافعي أن تارك الصلاة يقتل حدًّا ، فهذا رابع فبطل الحصر .

والمحارب ضربان: إما أن يقتل ولو عبداً ، أو لا يقتل ، فإن قتل تعين على

(١) التهذيب (٤/٤٥٧) .

(٢) في المتن [اقتل] ، والصواب ما أثبتته .

(٣) الحديث رواه أحمد في مسنده بلفظ «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: رجل كفر بعد إسلامه ، أو زنى بعد إحصانه ، أو قتل نفساً فيقتل بها» مسند عثمان بن عفان ، رقم ٥٠٩ . والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب السرقة ، جماع أبواب ما لا قطع فيه ، باب قطع الطريق .

الإمام قتله متى قدر عليه ، وإن لم يقتل فإما أن يظهر فسادَه ويكثر أو لا ، فإن لم يظهر بل آخر إثر خروجه فهذا يخير الإمام في قتله ، أو قطع يده ورجله من خلاف ، أو نفيه . وقوله تعالى : ﴿ أَوْ يُصَلَّبُوا ﴾ [المائدة: ٣٣] بمعنى الواو وهل يقتل أولاً ثم يصلب أو يصلب أولاً ثم يطعن بالرمح حتى يموت ؟ قولان . ونفيه : أن ينفي من بلده إلى بلد آخر ثم من ذلك البلد إلى بلد آخر ولا يزال كذلك إلى أن يموت حتى تعرف توبته ، وقيل ينفي إلى بلد آخر ويحبس فيه وقيل يحبس ببلده كنفي المرأة لأنها عورة وكنفي العبد لأنه لا قرار له .

قوله : (وليس للإمام أن يعفو عنه)^(١) . لأن ذلك حق لله .

قوله : (إلى شعب)^(٢) . موضع يقرب المدينة ويروى أيضا بالعين المعجمة .

قوله : (وقد كان ينفي عندنا)^(٣) . أي من المدينة .

قوله : (بأشنع ما يراه)^(٣) . أي من تقديم القتل ثم يصلب أو بالعكس .

قوله : (ولم أسمع أن أحداً صلب)^(٤) . أول من صلب وهذا المصلوب مرتد لأنه (.) .

قوله : (لا نفي على العبيد)^(٤) . لأنهم لا وطن لهم إذ هم تبع للسادات .

قوله : (وإن كان أقل من ربع دينار)^(٤) . لأنه ليس كالسرقة بل هذه محاربة ولذلك قتل حيا بالعبد .

قوله : (أو على أهل الذمة)^(٤) . لأن مالهم معصوم .

(١) التهذيب (٤/٤٥٨) .

(٢) في التهذيب «إلى شعب» (٤/٤٥٨) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٥٨) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٥٩) .



قَوْلُهُ: (قبل أن يقدر عليه)^(١). ينبغي إذا أراد التوبة أن يظهر [٢٤٧/ب] ذلك حتى يعرف منه قبل أن يأتي إلى الإمام ثم يأتي إليه فسئل عنه الناس ، أما إن جاء أولاً إلى الإمام فلا يقتل لأنه لم يتب إلا بعد أن صار مقدوراً.

قَوْلُهُ: (قتلوا كلهم)^(١). خلافاً للشافعي لا يقتل إلا المباشر ويرد من بقي.

قَوْلُهُ: (وقد قتل عمر ربيئة)^(٢). هذا دليلنا.

قَوْلُهُ: (فإنه يضمن جميع المال)^(٢). لأنه أعان على أخذه فصار بمنزلة من استبد بأخذه والظالم أحق بالحمل عليه.

قَوْلُهُ: (فهم بمنزلة الحملاء)^(٣). يتحمل بعضهم على بعض بجميع المال فإذا لقي أحد أصحابه أخذ منه نصف ما أدى.

قَوْلُهُ: (كالسرقة)^(٤). أي أن الحد يسقط الضمان مع العسر يوم الحد وإن لم يكن حد بالتوبة قبل القدرة فإنهم يضمنون مطلقاً للحديث: «إذا قطع السارق فلا ضمان»^(٥) يعني في المعينة.

قَوْلُهُ: (لم يجز العفو هنا)^(٦). للحديث: «إذا بلغ الحد الإمام فلعن الله الشافعَ والمشفّع»^(٧).

(١) التهذيب (٤/٤٥٩).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٦٠).

(٣) لم أقف عليه في التهذيب.

(٤) التهذيب (٤/٤٦٠).

(٥) الحديث تقدم في القطع في السرقة.

(٦) التهذيب (٤/٤٦٠).

(٧) الحديث رواه مالك في الموطأ، كتاب الحدود، باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان. والدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، رقم ٣٤٦٧. والطبراني في الأوسط رقم =



قَوْلُهُ: (إِذَا لَا يَقْتُلُ مُسْلِمٌ بِذِمِّي)^(١). خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ.

قَوْلُهُ: (تَرَكْ مَا كَانُوا فِيهِ)^(١). أَي لَا تَقْبَلُ تَوْبَتَهُ إِذَا أَنْشَأَهَا بَعْدَ وَصُولِهِ إِلَى الْإِمَامِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَابَ بَعْدَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ يَتُوبُ قَبْلَ ذَلِكَ وَيُشِيعُهُ ثُمَّ يَجِيءُ الْإِمَامَ فَإِذَا طَالَبَهُ الْإِمَامُ بِمَنْ يَشْهَدُ لَهُ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى ذَلِكَ.

قَوْلُهُ: (فَلَهْنُ حُكْمِ الرِّجَالِ)^(١). هَذَا إِذَا قَاتَلْنَ أَوْ فَسَدْنَ أَوْ أَعْنُ بِأَنْ تَكُونَ رِبِيَّةً وَنَحْوَ ذَلِكَ وَكَذَلِكَ نِسَاءُ الْحَرْبِيِّينَ.

قَوْلُهُ: (حَتَّى يَحْتَلِمُوا)^(١). أَي فَلَا يَكُونُوا صَبِيَانَا.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ قَطَعُوا الطَّرِيقَ إِلَى مَدِينَتِهِمْ)^(١). لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَقْطَعُوا طَرِيقَ مَدِينَتِهِمْ الَّتِي كَانُوا فِيهَا أَوْ غَيْرَهَا مِنَ الْبِلَادِ.

قَوْلُهُ: (بَغِيرِ سِلَاحٍ)^(١). لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ مِنَ الضَّرَرِّ مَا لَيْسَ لِرَبِّ السِّلَاحِ.

قَوْلُهُ: (إِنْ كَانُوا عَدُوًّا)^(١). لِأَنَّ شَهَادَتَهُمْ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ وَلَا نَقْبِلُ شَهَادَةَ أَحَدِهِمْ فِي مَالِهِ أَنَّهُ لَهُ بَلْ يَشْهَدُ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ وَيَشْهَدُ غَيْرُهُ عَلَى مَالِهِ وَنَقْبِلُ شَهَادَةَ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ لِأَنَّهُ لَمْ يَشْهَدْ لِنَفْسِهِ.

قَوْلُهُ: (فَلْيَرْجَعْ إِلَيْهِمْ)^(٢). لِأَنَّ ذَلِكَ مَالٌ لَا مَالِكَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَدَعْهُ إِلَّا هَذَا، فَصَارَ كَاللَّقْطَةِ يَتَمَلَّكُهَا مَدْعِيهَا إِذَا أَخْبَرَ بِصِفَتِهَا لَكِنْ بِشَرَطِ الضَّمَانِ إِنْ جَاءَ مِنْ يَدْعِيهَا بِحُجَّةٍ أَقْوَى مِنْ ذَلِكَ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهُ كَفِيلٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا، وَلَوْ شَهِدَ لَهُ شَاهِدٌ بِذَلِكَ فَحَلَفَ مَعَهُ دَفَعَ لَهُ وَلَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِوَجْهِ شَرْعِيٍّ.

= ٢٢٨٤، وَفِي الصَّغِيرِ رَقْمٌ ١٥٨.

(١) التَّهْذِيبُ (٤/٤٦١).

(٢) فِي التَّهْذِيبِ «فَلْتَدْفَعْ إِلَيْهِمْ» (٤/٤٦٢).

قوله: (فهم محاربون)^(١). لأنه لا فرق بين محاربتهم إياهم في أرض الإسلام أو في أرض العدو وبين أن يحاربوا مسلمين أو ذميين لأن أقوالهم معصومة كالمسلم.

قوله: (قتل غيلة)^(٢). أي يخدعه ويقتله خفية، أشار إلى مذهب الشافعي أن المحارب إذا قتل في حرابته فلا يجب على الإمام قتله لأن ذلك حق آدمي بل يجوز، لكن يجب عليه حد الحرابة سوى القتل وعند مالك يجب قتله فعل ذلك إذا كان القاضي يرى مذهبه فلم يقتله ثم عفا عنه أولياء المقتول سقط القتل، فإذا ولي بعده حاكم آخر قال ابن القاسم لم ينقض حكم الأول لأنه حكم حاكم في مسألة فيها خلاف، وقال أشهب: بل ينقض ذلك لأن ذلك خلاف ضعيف وليس على الحاكم أن يراعي كل خلاف.

قوله: (ومن دخل على رجل في حريمه فهو كالمُحارب)^(٢). هذا المذهب، وقال ابن الماجشون: لا يكون المحارب إلا خارج البلد وهذا يعزر فقط.

قوله: (أدبه الإمام)^(٢). لأنه افتات عليه ولا يقتل به لأنه قتل غير معصوم.

قوله: (وجهاد المحاربين جهاد)^(٢). لأنهم أضر من الكفار ففي جهادهم من الأجر والثواب ما في ذلك.



(١) التهذيب (٤/٤٦٢).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٦٣).

كتاب الرجم في الزنى^(١)

إذا اجتمع في الزاني ثمانية [١/٢٤٨] شروط فلا خلاف في حده: الإسلام، والعقل، والبلوغ، والعلم بتحريم الزنى، وعدم الإكراه، وأن يزني بآدمية، وأن تكون حية، وأن تكون مطيقة للوطء.

أما العقل فلا خلاف فيه.

وأما المراهق ففيه قولان هل حكمه حكم البالغ أو لا ؟

وأما العلم بالتحريم فقليل لا يعتبر لأن ذلك حكم قد اشتهر بين الناس فلا يعذر أحد بجهله، وقيل إذا كان قريب عهد بالإسلام عزر، وفي حديث عثمان «أن امرأة قريبة العهد بالإسلام ذكرت له أن مُسْلِمًا زنى بها (.) فَلَمْ يَحُدَّهَا»^(٢)، وأفتى سحنون فيمن أسلم فلم يصل مدة حتى علم بوجوب الصلاة فقال: لا قضاء عليه، وأما الكافر فالمذهب أنه لا حد عليه في الزنى لأنه ليس مخاطباً بالفروع، بخلاف السرقة فإنه يقطع لأن ذلك من الفساد، وقال المغيرة: يحد لكن لا يرجم بل يحد حد البكر، وقال ربيعة إن زنى بكافرة لم يتعرض له، وإن زنى بمسلمة فإنه ناقض للعهد فيصير كالحربي للإمام رقه إن شاء أو قتله.

(١) في التهذيب كتاب الحدود في الزنا (٤/٤٠١).

(٢) لم أقف على الحديث بهذا اللفظ، ولعله يريد ما روى عبد الرزاق في مصنفه، عن ابن عيينة، عن الوليد بن عبد الله، عن أبي الطفيل، أن امرأة أصابها جوع، فأنت راعيا، فسألته الطعام، فأبى عليها حتى تعطيه نفسها قالت: فحثا لي ثلاث حثيات من تمر، وذكرت أنها كانت جهدت من الجوع، فأخبرت عمر فكبر، وقال: مهر مهر مهر، كل حفنة مهر، ودرأ عنها الحد. كتاب الطلاق، باب الحد في الضرورة.



وأما الإكراه فأما على الزنى المرأة أو غيرها فإن أكرهه غيرها فلا ينبغي له الإقدام ، وإن قتل لأنه وإن أسقط حق الله بالإكراه فيبقى حق المرأة فإن أقدم فهل يحد أو لا ؟ قولان ، وجهه ألا حدّ الحديث : «إن الله تجاوزَ عن أمّتي الخطأ والنسيانَ وما استُكرِهوا عَلَيْهِ»^(١) . ووجه الحد أن انتشاءه وتلذذه مناف للإكراه فهو كالمختار ، والصحيح أن الإكراه لا يسلب عنه الحبلة ، وأما المرأة فإن كانت مختارة وجب عليها الحد ، وإن كانت مكرهة فلا حد عليها قولاً واحداً . والفرق أنها وعاء للفعل ليست بفاعلة ، وأما إن أكرهته المرأة فيجوز له الإقدام ، لأنه قد ذهب حقها وحق الله ولا حد عليه هذا قولاً واحداً لأنه فعل ما يجوز له .

وأما البهيمة فلا حدّ فيها لأن ذلك لا يشتهى طبعاً لكن يعزر . وقيل : يحد لأنه فرج محرم شرعاً وقد اشتهاه هذا طبعاً ، فالتحقت بالآدمية .

وأما الميتة فإما أن تكون زوجته أو أجنبية ؛ فإن كانت زوجته فلا حدّ لأنه وطء بشبهة ، وقيل : يحد لأنه بالموت صارت أجنبية بدليل أنه يجوز له تزويج أختها وخامسة ، فلم تكن شبهة وإن كانت أجنبية فقليل الحد لأنه فرج محرم شرعاً مشتهى طبعاً كالحية ولأن حرمتها كالحية ، وقيل لا يحد بل يعزر لأن هذا كلا وطء بدليل أنه لا صداق ، وهي في حكم المغصوبة والمكرهة (.) الصداق وإذا لم يكن صداق فلا حد ، وكما لا يقطع لو قطع يدها لعدم المساواة ومن شرط القصاص المساواة .

وأما الصغيرة فقليل لا يحد لأن ذلك جرح لا وطء ، وقيل بل يحد لأنه قد تمتع بها .

(١) الحديث رواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الإيمان ، باب جامع الإيمان من حنث ناسيا ليمينه أو مكرها عليه . وابن ماجه في السنن ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره والناسي .



قوله: (إذا شهدت عنده بينة)^(١). لابد أن يكونوا مجتمعين على المذهب، ولنا قول شاذ أنه يصح مع الافتراق كسائر الحقوق وهو قول الشافعي، فعلى المذهب لو شهد ثلاثة بالزنى وأرادوا أن يكملوا أربعة حدوا ودليلنا حديث عمر لما شهد عنده ثلاثة بالزنى والرابع لم يشهد بمعاينته حد الثلاثة من غير أن يسألهم عن تكميل النصاب^(٢).

ومن جهة المعنى أن غرض الشرع في ذلك الستر. قالوا هذا منقوض عليكم بأنه لم يحصل الستر بحد الشهود، قلنا إنما المراد ستر الزنى حسب. وأيضا فإن حد الشهود أهون من حد الزنى لأنه قد يكون قتلا. قالوا: ينبغي أن تفصلوا فتقولوا: إن كان [٢٤٨/ب] محصنا، ولم تقولوا ذلك.

قوله: (يقبل قول الزاني: إنه بكر)^(٣). يعني إذا كان مجهولا فلا يعرف ذلك إلا من جهته، وكذلك إذا ادعى أنه عبد وإن كان محصنا لم يقبل لأنه يتهم أنه يفر من الرجم إلى العبودية (.) لا يتهم أن يفر من خمسين جلدة إلى العبودية.

قوله: (ولا يجوز في الإحصان شهادة النساء)^(٣). لأنه من حقوق الأبدان.

قوله: (لم يرجم)^(٤). وقال في موضع آخر في المرأة أنه لا يقبل قولها في ذلك فقليل هذا اختلاف في مقال وفي كل مسألة منها قولان بالنقل والتخريج. وقيل: هو اختلاف في حال وأراد في المرأة أن ذلك مع طول المدة الذي يبين معه كذبها وأراد في الرجل أن ذلك مع قصد المرأة وقيل: لأن المرأة يبعد منها

(١) التهذيب (٤٠١/٤).

(٢) الأثر رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب الشهادة في الزنى. وعبد الرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب الرجل يشهد على نفسه أكثر من أربع شهادات.

(٣) التهذيب (٤٠١/٤).

(٤) المصدر نفسه (٤٠٢/٤).

أن تكتم ذلك من جيرانها وأما الرجل فيمكن منه كتمه لأنه عيب فيه .

قوله: (ولا يجتمع الجلد والرجم)^(١). هذا للعمل ووقع في مسلم حديث بالجمع^(٢)، وبه أخذ الشافعي، وأبو حنيفة لا يرى التغريب لأنه زيادة على نص الكتاب، والزيادة عنده على النص نسخ ولا ينسخ المتواتر إلا بمثله وهذا خبر آحاد. قلنا: عدم التغريب لم نفهمه من دليل، بل من عدم الدليل عليه ولا يكون النسخ إلا فيما ثبت بدليل.

قوله: (ولا نفي على النساء)^(٣). لأن ذلك يزيد في فسادها ولنا قول ثانٍ أنها تغرب كالرجل فتحبس في البلد الذي تنفى إليه سنة من يوم وصولها إليه لا من يوم النفي وأجرة نفيها من مالها إن كانت موسرة وإلا فمن بيت المال وكذلك الرجل، وأما العبد فإنه لا وطن له ولأنه لو نفي تضرر سيده بذلك.

قوله: (سجن الزاني سنة ثم يخرج)^(٤). وإن لم يتب بخلاف المحارب لا يخرج حتى يتوب ويعلم ذلك قيل في المحارب أنه ينفي من بلد إلى بلد تعذيباً له وإذا (.)^(٥) البلاد نفي من حيث جاء من بلد إلى بلد هكذا إلى أن تعلم توبته.

قوله: (على من أحصن بنكاح)^(٦). شروط الإحصان: الحرية، والإسلام، والعقل، والبلوغ، وأن يكون بنكاح صحيح يطو فيه وطاً مباحاً، فإن كان العقد

(١) التهذيب (٤/٤٠٢).

(٢) صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنى، عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم».

(٣) التهذيب (٤/٤٠٢).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٠٣).

(٥) غير واضح في المتن.

(٦) المصدر نفسه (٤/٤٠٣).

فاسدا والوطء صحيحا كالنكاح صداقه خمرا أو خنزيرا فإذا دخل صح فيكون الوطء صحيحا وعكسه أن يكون العقد صحيحا ثم يطأ في الحيض أو الاعتكاف أو الإحرام.

قوله: (فلورثته القيام بذلك)^(١). لأن من مات عن حق فلورثته خلافا لأبي حنيفة لأن الحدود عنده لا تورث وأيضا فإنهم يتأذون من ذلك ومن آذى مسلما أدب ولو آذى عبده لزمه شرعا التعزير، ومن مات عن حد فلا يقسمه الورثة بل يقام كله إذا طلبه بعضهم كالشُّفْعَة يطلب بها بعض الورثة وإنما يأخذ بالجميع أو يترك لضرر التشقيص، ولأن الإجماع إنما يكون بالحد كله لا بالبعض.

قوله: (فلا قيام لهم)^(١). لاحتمال أن يكون قد ترك، والحدود تدرأ بالشبهات فالورثة بخلاف الموروث في ذلك لأنه يتوصل منه إلى أنه لم يترك يمينه.

قوله: (ومن قتل وله أم وعصبة)^(١). إذا كان الورثة في درجة واحدة كالإخوة والبنين فمن طلب العفو منهم لزم الباقيين وإذا اختلفت درجاتهم واختلفوا فثلاثة أقوال:

من طلب العفو منهم لزم. وقيل: من طلب القصاص لزم. والمذهب التفصيل: الاعتبار بقول الأقرب، فلذلك قدم هنا قول الأم وورثتها بمنزلتها لأنهم أحق بالتشفي من الأبعد.

قوله: (فلا حد عليه)^(٢). لأنه صدق في قوله يا زان، لكن يعزر لأن من آذى مسلما [١/٢٤٩] أدب.

قوله: (في قذف هؤلاء الزناة)^(٢). أي المتقدمي الذكر.

(١) التهذيب (٤/٤٠٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٠٤).



قَوْلُهُ: (يحدون كلهم)^(١). لأنهم ثلاثة فلم يثبت الزنى فهم قذفة لأن المقذوف عفيف ولا تزول العفة إلا بأربعة وإن كان بعد الحكم حد الراجع دون من بقي لأنه حين رجع غير عدل فلا ينقض الحكم لأنه حكم صحيح، كما لا يرتفع الطلاق الواقع بالحكم لرجوع أحد الشاهدين به، فلو كانوا ستة ورجع اثنان قبل الحكم لم يحد الراجعان لأن الزنى قد ثبت بالأربعة، ولو رجعا بعد الحكم فثلاثة أقوال: قيل: يحد الراجعان لأنهما كذبا الأربعة وأنفسهما، وقيل: لا يحدان لأن الزنى ثابت، وقيل: إن قالا كذبنا نحن والأربعة حدوا وإن لم يكذبا الأربعة لم يحدوا.

قَوْلُهُ: (وكانت الدية في أموالهم)^(١). ولا يقتص منهم لأنهم غير مباشرين بالقتل بل الحاكم هو المباشر وقال أشهب: يقتلون لأنهم ألجؤوا الحاكم إلى ذلك بشهادتهم.

قَوْلُهُ: (حُدَّ الشهود اجمعون)^(١). لأنهم ثلاثة والعبد مباشر لشهادته بخلاف المسخوط لأن هؤلاء أربعة والإمام أخطأ في المسخوط.

قَوْلُهُ: (على عاقلة الإمام)^(٢). فإن لم تكن له عاقلة فمن بيت المال.

قَوْلُهُ: (وإن علموا ففي أموالهم)^(٣). لأنهم غروا الحاكم إذ لم يقولوا إن هذا عبد، والعبد معذور في الوجهين لأنه لم يرجع وإنما يشهد بما علم.

قَوْلُهُ: (ففي ماله خاصة)^(٤). كغير الحاكم وقد قيل لا شيء عليه.

(١) التهذيب (٤/٤٠٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٠٥).

(٣) في التهذيب «وإن علموا فذلك على الشهود في أموالهم» (٤/٤٠٥).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٠٥).

قَوْلُهُ: (لا تجوز شهادة الأعمى)^(١). لأنها متعذرة لأنه إن أدرك ذلك بالحس فيلزمه أن يمسك بيده على ذلك حتى إلى الحاكم.

قَوْلُهُ: (ثم تبين أن أحدهما عبد)^(١). لو تبين أنهما عبدان نقض الحكم لأنه تبين الخطأ قطعاً لأن حال العبد لا يخفي بخلاف المسخوط لأنه لا يخفي حاله فلا ينقض الحكم في المسخوطين.

قَوْلُهُ: (أصابوه مجبواً)^(١). فيه تفصيل إن كان جب قبل البلوغ فلا شيء على من قذفه وإن كان بعد البلوغ فعليهم الحد، لأنه يتأذى بذلك لإمكان وقوع الزنى منه وأما الأول فلا يتأذى لأنه لا يمكن وقوع الزنى منه فلا تعزير على قاذفه. فقَوْلُهُ: (مع وجيع الأدب)^(٢). هذا لمكان القتل وعلى قول أشهب: يقتلون به.

قَوْلُهُ: (فماتوا أو غابوا)^(٢). لأنه لا يقدح شيء من ذلك في عدالتهم.

قَوْلُهُ: (البينة تبدأ بالرجم)^(٢). وجهه أن ذلك إنما ثبت بهم فإن كانوا غير محققين هانوا الاقدام على الرجم وفي الأقران يقدم الإمام لأن الناس يستندون إليه في ذلك، وروى مالك العمل على خلاف ذلك.

قَوْلُهُ: (يحنى)^(٢). ويروى: «يحثوا».

قَوْلُهُ: (لا يصلي عليه الإمام)^(٣). هذا للردع لغيره إلا أنه ﷺ صلى على ماعز لأنه علم توبته وقال: «لقد تاب توبة لو قسمت على أهل الأرض لو سعتهم»^(٤)، وهذا إنما يعلم بالوحي.

(١) التهذيب (٤/٤٠٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٠٦).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٠٧).

(٤) الحديث تقدم.



قَوْلُهُ: (فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِبَيِّنَةٍ حَدًّا)^(١). هَذَا فِي غَيْرِ الطَّارِئِينَ وَيَصْدُقُ الطَّارِئَانِ لَتَعْذُرَ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِمَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ التَّصْدِيقُ مُطْلَقًا.

قَوْلُهُ: (وَلَا حَدَّ عَلَى الصَّغِيرَةِ)^(٢). وَعَلَيْهِ الْحَدُّ لَا اسْتِمْتَاعَهُ وَلِأَنَّهُ فَرْجٌ مُحْرَمٌ مُشْتَهَى وَقِيلَ: لَا يَحْدُ لِأَنَّ ذَلِكَ جَرْحٌ لَا وَطْءَ لَكِنْ يَعْزُرُ.

قَوْلُهُ: (فَلَا حَدٌّ عَلَيْهَا)^(٣). لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ جَمَاعًا مُعْتَبَرًا.

قَوْلُهُ: (فَعَلَيْهَا الْحَدُّ)^(٣). لِأَنَّ وَطْأَهُ كَالصَّحِيحِ وَلَا يَحْدُ وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مُكْلَفٍ.

قَوْلُهُ: (وَيَحْدُ قَاذِفُ الْمَجْنُونِ)^(٣). لِأَنَّهُ يَتَأَذَّى بِذَلِكَ إِذَا أَفَاقَ.

قَوْلُهُ: (بِذَمِّهِ حَدٌّ)^(٣). وَفِي الْعَكْسِ لَا يَحْدُ، وَقَالَ الْمَغِيرَةُ يَحْدُ حَدُّ السُّكْرِ.

[٢٤٩/ب]

قَوْلُهُ: (الْحَدُّ وَالصَّدَاقُ)^(٣). وَقَدْ يَسْقُطَانِ فِيمَا إِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ لِشَبْهَةِ الْمَلِكِ وَقَدْ يَثْبِتُ الصَّدَاقُ فَقَطْ إِذَا وَطِئَ أَعْجَنِيَّةً بِشَبْهَةِ أَنَّهُ ظَنُّهَا زَوْجَتَهُ، وَعَكْسُهُ إِذَا زَنَى بِامْرَأَةٍ طَائِعَةٍ.

قَوْلُهُ: (لَا يَعْذُرُ بِذَلِكَ أَحَدٌ)^(٣). لِأَنَّ حُرْمَةَ الزِّنَى فِي الْإِسْلَامِ قَدْ اشْتَهَرَتْ عِنْدَ أَهْلِ الْأَدْيَانِ وَكَذَلِكَ لَوْ زَنَى بِجَارِيَةٍ اسْتَأْجَرَهَا لِلْخِدْمَةِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي جَعْلِهِ ذَلِكَ شَبْهَةً.

قَوْلُهُ: (وَلَمْ يَأْخُذْ مَالُكَ بِالْحَدِيثِ)^(٤). وَأَخْذَ بِهِ أَصْبَغُ لِقَرَبِ الْعَهْدِ بِالْإِسْلَامِ وَمَدْعَوْشُ اسْمِ رَاعٍ زَنَى بِامْرَأَةٍ مِنَ السَّبْيِ.

(١) التهذيب (٤٠٨/٤).

(٢) ليس في التهذيب، بل فيه «ومن زنا بصغيرة يوطئ مثلها ولم يحصن فعليه الحد» (٤٠٨/٤).

(٣) التهذيب (٤٠٨/٤).

(٤) المصدر نفسه (٤٠٩/٤).

وَوَجْهَ الْأَوَّلِ أَنْ ذَلِكَ كَانَ فِي أَوَّلِ الْإِسْلَامِ عَلَى عَهْدِ عَثْمَانَ وَلَمْ يَكُنِ
التَّحْرِيمُ كَشَهْرَتِهِ الْآنَ.

قَوْلُهُ: (وَهُوَ يَعْلَمُ)^(١). أَيُ أَنَّهَا حُرَّةٌ وَالْبَائِعُ يَنْكُرُ فَهَذَا يَجْتَمِعُ الْحَدُّ وَالنَّسَبُ
وَيُخْرَجُ عَنْ مِلْكِهِ بِإِقْرَارِهِ بِالْحُرِّيَّةِ وَلَا يَصْدُقُ فِيْحَدِّ.

قَوْلُهُ: (عَلَى ظَهْرِهِ)^(١). لِأَنَّهُ أَحْمَلُ لِلضَّرْبِ عَلَيْهِ وَالْعَمَلُ وَقَدْ قِيلَ يَفْرَقُ
الضَّرْبُ عَلَى جَمِيعِ أَعْضَائِهِ إِلَّا الْوَجْهَ فَإِنَّهُ تَشْوِيهِ وَالْفَرْجَ لِأَنَّهُ مُقْتَلٌ.

قَوْلُهُ: (وَلَا يَمْدُ)^(١). أَيُ لَا تَمُدُّ يَدَاهُ.

قَوْلُهُ: (فَأَعْجَبَهُ ذَلِكَ)^(٢). لَمَّا فِيهِ مِنَ السِّتْرِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَجْعَلَ تَحْتَهَا تَرَابًا أَوْ
رَمَادًا لِيَخْفِيَ فِيهِ مَا يَخْرُجُ مِنَ الْحَدَثِ وَلَا يَرَاهُ أَحَدٌ.

قَوْلُهُ: (ضَمَّ الضَّارِبُ يَدَهُ إِلَى جَنْبِهِ)^(٢). يَعْنِي أَنْ يَحْدُ السُّوْطَ إِلَيْهِ عَلَى
مَوْضِعِ الضَّرْبِ لِأَنَّ ذَلِكَ أَنْكَى لَهُ وَلَكِنْ يَرْفَعُ يَدَهُ بِهِ عَنْ مَوْضِعِ الضَّرْبِ.

قَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ صَحَّةَ مَا أَنْفَذَ)^(٢). وَإِلَّا فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ أَنْ تَطِيعَهُ وَإِنْ
أَكْرَهَ عَلَى ذَلِكَ.

قَوْلُهُ: (فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ عَلَى وَطْءٍ وَاحِدٍ)^(٣). وَإِذَا كَانَ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ فَهُوَ
فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ تَنْبِيْهُهَا عَلَى مَسْأَلَةِ الزَّوَايَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^(٤)،
وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ لِابْنِ الْمَاجْشُونِ: أَنَّهُ يَجُوزُ فِي أَوْقَاتٍ كَسَائِرِ الْحَقُوقِ، وَوَجْهُ الْأَوَّلِ
الْفَرْقُ بَأَنِّ قَصْدِ الشَّارِعِ هُنَا السِّتْرُ.

(١) التَّهْذِيبُ (٤/٤٠٩).

(٢) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٤/٤١٠).

(٣) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٤/٤١١).

(٤) هِيَ الَّتِي سَيَذْكُرُهَا بَعْدَ هَذَا عِنْدَ قَوْلِهِ «أَنَّهُ زَنَّا»



قوله: (وعوقب الرابع)^(١). اعترض وقيل بل ينبغي ألا يعاقب، لأنه لم يشهد بزنى بل هو معصية ولا يعذر لأنه قد ثبت بالثلاثة هذه المعصية وإن لم يثبت بهم الزنى.

قوله: (وقالوا لا نزيدك على هذا)^(١). أي قالوا للحاكم إنما نشهد بهذا فقط. قوله: (إنه زنى)^(١). وأبو حنيفة يوجب الفعل الواحد ومع ذلك أوجب الحد في مسألة الزوايا إذا شهد كل واحد من الشهود أنه زنى بها في زاوية غير الزاوية التي يشهد بها الآخر من البيت وقال يمكن إن رجعت به.

قوله: (وتجوز الشهادة على الشهادة في الزنى)^(١). في ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: أن يشهد أربعة بأعيانهم على الأربعة الأصول أي على كل واحد حكما للفرع بحكم الأصل.

الثاني: أن يشهد اثنان على كل واحد من اثنين، واثنان على اثنين، والفرع أربعة أيضا، ولو شهد اثنان أو ثلاثة على الأربعة لم يصح لأنهم أقل من الأصل ولا واحد على كل واحد لأنه لا يثبت نقل الشهادة بالواحد. ابن الماجشون لا بد من أربعة على واحد ثم أربعة أخرى على آخر هكذا إلى تمامهم فيكون الفرع ستة عشر.

قوله: (وواحد على شهادة واحد لم يجز)^(٢). لأنه لا يكفي في نقل الشهادة أقل من اثنين.

قوله: (حتى يشهد على الرابع اثنان)^(٣). فهذا تلفيق من الشهادة على الروية

(١) التهذيب (٤/٤١١).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤١٢).

(٣) في التهذيب «حتى يشهد اثنان على شهادة الرابع» (٤/٤١٢).

والشهادة على الشهادة كسائر الحقوق .

قال الشيخ: ينبغي ألا يجوز هذا في الزنى بخلاف سائر الحقوق لأنه يثبت بها الحق بالشهادة واليمين .

قوله: (في موضع واحد)^(١) . تحرز من مسألة الزوايا . [١/٢٥٠] .

قوله: (تشهد أنك زان)^(٢) . إن أقام بينة على ما قال بقي الكلام من المقذوف مع فلان الذي حكى عنه والآخر ، وفرق بعضهم بين قوله له: سمعت فلانا يقول: إنك زان ، وبين قوله: يا زان سمعت ذلك من فلان ، ولا فرق بينهما على المذهب ، فقال في الأول يحلف على ذلك ويبرأ^(٣) (٠) وفي الثاني لا يقبل قوله ويحد لأنه قذفه أولاً ثم أراد رفع ذلك بقوله سمعت .

قوله: (فليشهد به)^(٤) . كسائر الحقوق للآدميين .

قوله: (وإن لم يشهداه)^(٤) . لما في ذلك من الحق لهما أو لأحدهما ولا يرفعان ذلك إلى الحاكم ابتداء كما يفعل في الشهادة بالطلاق والعتق .

قوله: (فليعذر الشاهدان إليهما)^(٥) . أي يقولان لهما اصطلاحاً وإلا فنحن نشهد عليكما بما سمعنا .

قوله: (قذَفَ آخَرَ)^(٥) . فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يستأنف الحد من الآن ويلغي ما مضى .

(١) التهذيب (٤/٤١٢) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٤١٢) .

(٣) غير واضح بسبب البتر لعله «إن حلف» .

(٤) التهذيب (٤/٤١٢) .

(٥) المصدر نفسه (٤/٤١٣) .



والثاني (.) الأول ثم يحد حداً آخر للثاني .

والثالث إن كان مضى جل الأول تمم ثم حد للثاني حداً آخر .

ولو قذف جماعة فثلاثة أقوال ؛ المذهب يحد حداً واحداً للجميع ، الثاني يحد لكل واحد حداً ، الثالث إن قال : يا زناة فجمعهم في كلمة واحدة حد حداً واحداً ، وإن أفرد كل واحد بقذفه حد لكل واحد حداً وإن حد واحداً مراراً فلا خلاف أنه حد واحد إذا لم يحد قبل ذلك إنما الخلاف إذا قذف غير واحد .

قوله : (حد له ثانية)^(١) . لا خلاف في هذا إنما الخلاف إذا اجتمعت الحدود قبل الاستيفاء .

قوله : (جاز ما لم يبلغ الإمام)^(٢) . لأنه حقه فإذا بلغ الإمام فإن أراد المقدوف سترًا جاز عفوه وإن لم يرد سترًا فقولان يجوز لأنه حق له ولا يجوز لأنه حق لله أيضاً .

قوله : (حتى يحد)^(٣) . لأن الأصل العدالة فلا تزول إلا بعدم الشهود على نفي عفة المقدوف وبالحد ، وقال ابن الماجشون : بنفس القذف يفسق ولا يزول الفسق إلا بالشهادة .

ويبنى على ذلك فرع : لو شهدا على رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً وأنه وطئها بعد ذلك فعلى قول ابن القاسم يقع الطلاق ، وإذا حد الشهود بالقذف فسقوا ولم يرتفع الطلاق لأنه وقع حال عدالتهم . وعلى قول ابن الماجشون : لا تقبل شهادتهم لأنه بقولهم يقع الفسق فلا يقع الطلاق ولا حد عليهم لأنه إنما وطئ زوجته .

(١) التهذيب (٤/٤١٣) .

(٢) التهذيب « جاز عفوه » (٤/٤١٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤١٣) .

قَوْلُهُ: (وكذلك إن عفا عنه)^(١). أي لا يفسق أيضا خلافا لابن الماجشون يفسق بنفس القذف.

قَوْلُهُ: (جُلِدَ جلدا واحدا)^(١). لاتحاد الموجب كمن بال ومسّ ، وأحدهما حق لله ، والثاني حق لآدمي.

قَوْلُهُ: (حد الزنى وحد القذف)^(٢). لاختلاف العلة والمعلول ، لأن أحدهما لله مائة والثاني لآدمي ثمانون وقيل يحد مائة وتغني كما يدخل الوضوء في الغسل.

قَوْلُهُ: (فأجازه مَالِك مدة ثم رجع عنه)^(٣). هذا إذا لم يرد المقذوف سترًا فإن أراد فيقبل عفوه اتفاقا.

قَوْلُهُ: (حتى تضع)^(٤). لئلا يؤدي ذلك إلى قتلها وليس علينا إلا الجلد.

قَوْلُهُ: (ولم تؤخر)^(٤). لأنه لا بد من موتها فلا فائدة في تأخيرها ، وإن لم يكن لها زوج وهي محصنة فتحد الآن ، وإن أمكن أن تحمل لأنه لا مراعاة لنطفته وإن كانت ذات زوج لم تحد حتى تستبرأ لأن لنطفتها حرمة وإذا تبين الحمل كانت له حرمة مطلقا.

قَوْلُهُ: (فقلت: إني حامل)^(٤). أي إن ظهر حملها أخرت لحرمة بالحياة وما يقرب منها.

قَوْلُهُ: (منذ شهرين)^(٤). يقال: إن الحمل يبقى نطفة أربعين يوما ثم علقه أربعين ومضغة أربعين [٢٥٠/ب] ثم يخلق فيها الروح فهذه أربعة أشهر وإذا كان

(١) التهذيب (٤/٤١٤).

(٢) في التهذيب «حد الزنى حد القذف» (٤/٤١٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤١٤).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤١٥).



من شهر ونحوه فله الحرمة .

قوله: (لم ينظر إلى قولهن)^(١) . لأن حكمه ثبت بالدخول فلا يرتفع بشهادة النساء وقيل يكثر من النساء حتى يبلغن حد التواتر فيرفع الأول لأنه أقوى ، وقيل: يعرض على الرجال الأطباء وهذه ضرورة لمكان النفس .

قوله: (ألا ترى أن البكر)^(١) . احتج بأن قرينة إرخاء الستر دلت على قول الزوجة من النساء ، ومع ذلك لم يصدق النساء فأحرى ألا يرفع ما ثبت بالرجال بالنساء ، وكذلك في العنين إذا ادعت عدم الوطء وأنها بكر وادعى الزوج الوطء لإرخاء الستر فالمذهب أنه يصدق ولا تطلق عليه ولا يلتفت إلى النساء ، وقيل: يسمع من النساء وتطلق .

قوله: (نفى الولد بلا لعان)^(١) . لإقرار الأم بأنه ليس منه وإنما استبرأها وقد صدقها الزوج على ذلك .

وقيل: لا ينفي إلا بلعان لحق الولد ، وكذلك المغصوبة توافق الزوج أن الولد ليس منه في نفيه إياه بلا لعان قولان إلا أن المذهب هنا لا ينفي إلا بلعان ، والفرق أنه لا لعان على الزوجة هنا في الزنى لأنه غصب فيتهم في كون الولد منه ، بخلاف الأولى عليها عار في دعوى الزنى فكانت أقرب إلى الصدق .

قوله: (لأن مَالِكا)^(١) . احتج بهذه وفيها أيضا القولان .

قوله: (فلا ينفيه هنا إلا بلعان)^(١) . لا خلاف في هذه .

قوله: (وكذلك لو نفاه ولم يدع استبراء)^(١) . فيها قولان وقد اعترض على ابن القاسم بالثاني واحتج بمسألة فيها أيضا القولان .

(١) التهذيب (٤١٦/٤) .



قَوْلُهُ: (إِلَّا أَنَّهَا كَانَتْ حَامِلًا)^(١). فِيهَا ثَلَاثَةٌ: أَقْوَالٌ أَحَدُهَا يَلَاعِنُ لِسْقُوطِ
الْحَدِّ وَيُلْحِقُ بِهِ الْوَلَدَ لِإِقْرَارِهِ بِالْحَمْلِ.

وَقِيلَ: يُلْحِقُ بِهِ الْوَلَدَ لِإِقْرَارِهِ وَيَحْدُ لِقَذْفِهِ.

وَقِيلَ: يَلَاعِنُ وَيَنْفِي عَنْهُ الْوَلَدَ وَالْحَدَّ وَهَذَا أَشْكَلُهَا، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ إِنَّمَا أَقْرَ
بِالْحَمْلِ قَبْلَ رُؤْيَا الزَّانِي فَلَمَّا تَحَقَّقَ عَدَمُ الْعِفَّةِ سَاغَ لَهُ إِنكَارُهُ.

قَوْلُهُ: (وَحَدُّ الْعَبْدِ فِي الْخَمْرِ وَالسُّكْرِ وَالْفَرِيَةِ أَرْبَعُونَ)^(١). هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ،
وَقِيلَ فِي الْفَرْقِ هُوَ كَالْحَرِّ ثَمَانِينَ بَلْ هُوَ أُخْرَى لِأَنَّ مَرْتَبَتَهُ دُونَ مَرْتَبَةِ الْمُقْدُوفِ
لَأَنَّهُ حَرٌّ وَإِذَا كَانَ الْحَرُّ الْمَسَاوِي لِحَدِّ أَرْبَعِينَ فَأُخْرَى الْعَبْدُ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَ قَدْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ)^(١). أَمَّا إِنْ أَوْقَعَ وَاحِدَةً حَالَ الرِّقِّ فَذَلِكَ
نَصْفُ طَلَاقِهِ فَلَمْ يُمْكِنِ التَّكْمِيلُ وَبَقِيَ لَهُ وَاحِدَةٌ فَقَطْ.

قَوْلُهُ: (وَمَا تَظَالَمَ أَهْلُ الذِّمَّةِ)^(٢). لَا بَدَّ مِنَ الْحُكْمِ بَيْنَهُمْ فِيمَا هُوَ مِنْ جَنْسِ
التَّظَالَمِ إِذَا رَفَعُوهُ إِلَيْنَا، وَمَا لَيْسَ مِنَ التَّظَالَمِ فَالْإِمَامُ مُخِيرٌ فِي الْحُكْمِ أَوْ رَدِّهِمْ إِلَى
أَسَاقِفَتِهِمْ وَهَذَا أَوْلَى لِمَا فِي الْحُكْمِ مِنَ الْإِفْتِيَاتِ عَلَيْهِمْ.

قَوْلُهُ: (قَتَلَ بِهِ)^(٢). لِأَنَّهُ مَسَاوٍ لَهُ، وَلَوْ أَسْلَمَ بَعْدَ الْقَتْلِ قَتْلَ لَأَنَّ الْقَتْلَ وَقَعَ
حَالَ الْمَسَاوَاةِ، وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ يَقْتُلُ عَبْدًا ثُمَّ يَعْتَقُ فَإِنَّهُ يَقْتَصُّ مِنْهُ.

قَوْلُهُ: (إِنْ سَرَقَ)^(٢). لَا بَدَّ مِنْ قَطْعِهِ لِأَنَّهُ مِنَ الْفُسَادِ وَفِي الزَّانِي قَوْلَانِ.

قَوْلُهُ: (فَمَاتَتْ مِنْ جَمَاعِهِ)^(٢). هَذَا خَطَأٌ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ يُؤْدِي إِلَى ذَلِكَ فَهُوَ

عَمْدٌ.

(١) التَّهْذِيبُ (٤/٤١٧).

(٢) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٤/٤١٨).



قَوْلُهُ: (فعليه ما شأنها)^(١). وقال بعد في الزانية طائعة ليس عليه ما شأنها ، وهو مشكل لأنها طائعة في الموضعين ، فكأنه لما حد هناك سقط الأرش كالصداق ، وصفة التقويم أن تُقدّر كأنها أمة فيقوم سليمة وبالعيب وتؤخذ تلك النسبة من الدية فيغرمها إن كانت دون الثلث من ماله .

قَوْلُهُ: (ونحاً بها ناحية الجائفة)^(٢). [١/٢٥١] وفيها ثلث الدية ؛ أي نسبة ذلك لما كان في داخلها بالجائفة .

قَوْلُهُ: (مع ما شأنها)^(٣). لأنهما فعلان وإن كان أحدهما مبيناً للثاني .

قَوْلُهُ: (ففيه الحد)^(٣). المَذْهَبُ أنه زنى يوجب (.)^(٤) والصداق وحد الزنى ، ووجهه أنه قد قال بعض العلماء بأنه جائز وقال ابن القصار بأنه (.)^(٤) حده يرجمان معا .

قَوْلُهُ: (وقد جعله الله وطئاً)^(٥). أي سماه فاحشة كما سمي الزنى فاحشة .

قَوْلُهُ: (يحد)^(٦). أي لا تحد هي لأنها غير مكلفة .

قَوْلُهُ: (فإنه يحد)^(٧). لأنها باقية عتقها إذا لم يكن ذلك بالنسبة إليها زنى .

قَوْلُهُ: (فعليه الحد)^(٧). لأن ذلك وإن كان قبل البلوغ بحد عليها صاراً بخلاف الصبي لا يحد (.) لأنه لا عار عليه في ذلك عرفاً بل يعد شطارة بخلاف

(١) التهذيب (٤/٤١٨) .

(٢) في التهذيب «وقد جعل فيها بعض الفقهاء ثلث الدية على عاقلته ، ونحاً ناحية الجائفة» (٤/٤١٨) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤١٩) .

(٤) غير واضح في المتن .

(٥) المصدر نفسه (٤/٤١٩) .

(٦) في التهذيب «فحدّ» (٤/٤١٩) .

(٧) المصدر نفسه (٤/٤١٩) .



المرأة قبل البلوغ فلذلك حد من قذفها ولم يحد من قذف الصبي .

قَوْلُهُ: (حَنْتُ)^(١). لَأَنَّ النِّكَاحَ فِي الدِّبْرِ وَطْءُ بِلَا شَكِّ مَسَاوٍ لَهُ إِطْلَاقًا .

قَوْلُهُ: (لَا يَطَّأُهَا)^(٢). وَإِذَا حَنْتُ لَزِمَتَهُ الْكَفَّارَةُ فِي ذِمَّتِهِ .

قَوْلُهُ: (أَيَسْقُطُ عَنْهُ الْإِيلَاءُ)^(٣). أَيُّ وَيَبْقَى كَمَنْ أَمْتَنَعَ مِنْ وَطْئِهَا بِغَيْرِ يَمِينٍ .

قَوْلُهُ: (فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ)^(٣). أَيُّ قَدْ يَسْمَى وَطْئًا فَيَحْنُثُ بِهِ وَتَلْزِمُهُ الْكَفَّارَةُ ، لَكِنْ لَمَّا لَمْ يَكُنْ وَطْئًا حَقِيقَةً أَمْرُهُ بِالْكَفَّارَةِ لِيَزُولَ عَنْهُ الْإِيلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ يَزُولُ بِأَمْرَيْنِ : بِالْوَطْءِ الصَّحِيحِ وَبِالْكَفَّارَةِ .

قَوْلُهُ: (فَكَيْفَ إِذَا كَفَرَ لِلْإِيلَاءِ)^(٣). أَيُّ بَعْدَ أَنْ أَوْقَعَ مَا يَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ وَطْئًا .

قَوْلُهُ: (لَمْ يَحْدُ)^(٤). لِأَنَّهُمَا عَلَى ذَلِكَ عَاهِدُونَا ، وَأَمَّا إِذَا أَعْلَنُوا الزِّنَى وَشَرَبَ الْخَمْرَ فَلْيَكْفُوا لِمَا فِيهِ مِنَ الْفُسَادِ .

قَوْلُهُ: (وَكَيْفَ يَشْهَدُ الشُّهُودُ إِلَّا كَذًّا)^(٥). أَيُّ يَجُوزُ لَهُمَا ذَلِكَ حَتَّى يَقِيمَا الشَّهَادَةَ .

قَوْلُهُ: (وَأَصْلُ النَّاسِ عَلَى الْحَرِيَةِ)^(٦). لِأَنَّهُمْ مِنْ (.) حَرًا ، وَالرَّقَّ طَارِئٌ عَلَى الْحَرِيَةِ .

قَوْلُهُ: (وَمَنْ يَعْرِفُ الْبَصْرِيَّ وَالشَّامِيَّ)^(٧). يَعْنِي بِالْمَدِينَةِ ، وَكَذَلِكَ الْبِلَادُ

(١) التَّهْذِيبُ (٤/ ٤١٩) .

(٢) لَمْ أَقِفْ عَلَيْهَا فِي التَّهْذِيبِ .

(٣) التَّهْذِيبُ (٤/ ٤٢٠) .

(٤) فِي التَّهْذِيبِ «لَمْ يَحْدًا» (٤/ ٤٢٠) .

(٥) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٤/ ٤٢٠) .

(٦) فِي التَّهْذِيبِ «وَأَصْلُ النَّاسِ عِنْدَ مَالِكٍ الْحَرِيَّةُ» (٤/ ٤٢٠) .

(٧) التَّهْذِيبُ (٤/ ٤٢٠) .



المتباعدة بعضها من بعض .

قَوْلُهُ: (وَأَرَى أَنْ يَحْدَ لَهُ)^(١) . وَلَا يُؤْخَرُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَطْرُقُ الْإِسْقَاطُ لِحُدُودِ اللَّهِ .

قَوْلُهُ: (أُقِيدُ مِنْهُ)^(١) . أَيِ اقْتَصَصَ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ بِالْعَمْدِ ، وَلَا بِأَسْ أَنْ يَقِيمَ السَّيِّدُ عَلَى مَمْلُوكِهِ حَدَ الزَّنى أَيِ كُلَّمَا كَانَ جَلْدًا ، وَأَصْلُهُ الْحَدِيثُ: «إِذَا زَنَتْ أُمَةٌ أَحَدَكُمْ فَلْيَجْلِدْهَا ثُمَّ إِذَا زَنَتْ فَلْيَجْلِدْهَا ثُمَّ إِذَا زَنَتْ فَلْيَجْلِدْهَا ثُمَّ إِذَا زَنَتْ فَيَبْعُوهَا وَلَوْ بِظَفِيرٍ»^(٢) .

قَوْلُهُ: (وَأَمَّا السَّرْقَةُ فَلَا)^(٣) . لِأَنَّهُ يَتَّهِمُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الْمَثَلَةَ فَيَعِينُ عَلَيْهِ .

قَوْلُهُ: (وَإِنْ شَهِدَ بِهَا عِنْدَ السَّيِّدِ عَدْلَانِ)^(٣) . حَسْمًا لِلْبَابِ ، وَلَمَّا فِي ذَلِكَ مِنَ الْإِفْتِيَاتِ عَلَى الْأُثْمَةِ وَلِذَلِكَ يَعَاقِبُ .

قَوْلُهُ: (فَلَا يَقِيمُ عَلَيْهَا الْحَدَّ)^(٣) . لِأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لَزَوْجِهَا دُونَهُ إِنْ كَانَ لَهُ عَبْدَانِ إِذَا جَرَحَ أَحَدَهُمَا الْآخَرَ أَوْ قَتَلَهُ فَالْحَقُّ لَهُ فَإِنْ شَاءَ عَفَى وَإِلَّا رَجَعَ أَمْرُهُ إِلَى الْحَاكِمِ .

قَوْلُهُ: (لَأَنَّ مَالَهُ جَرَحَ مَالِهِ)^(٤) . أَيِ بِأَخْذِ الْقَصَاصِ مِنَ الثَّانِي إِضْرَارَ بِمَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ .

قَوْلُهُ: (إِذَا كَانَ (.)^(٥) عَلَيْنَا) . أَنَّهَا أَقْوَى طِيرَانًا وَأَسْرَعَ فَيَأْخُذُ صَاحِبُ السَّرِيعَةِ مَالَ الْآخَرِ .

(١) التهذيب (٤/٤٢١) .

(٢) الحديث تقدم تخريجه .

(٣) التهذيب (٤/٤٢١) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٢٢) .

(٥) كلمة غير واضحة في المتن ، والذي في التهذيب «يقامر» (٤/٤٢٢) .



قَوْلُهُ: (لم ينتظر)^(١). لأن ذلك يؤدي إلى إبطال الحقوق.

قَوْلُهُ: (حد جميعهم)^(١). لأنه لم يثبت الزنى، وبهذا يعلم أن قصد الشرع في هذا الستر.

قَوْلُهُ: (ولا تبطل شهادتهم بالزنى)^(١). أي لا يقال أنهم مخاصموه بطلب حده إذ قذفهم لأن قذفه إياهم كان بعد أن شهدوا عليه بالزنى أما لو كان قذفهم قبل ذلك لم تقبل شهادتهم عليه بالزنى.

قَوْلُهُ: (رفعه إلى قاضيه)^(١). هذا المذهب كما فعل عمر، وقيل لا يجوز لأن قاضيه لا يمكن أن يردده.

قَوْلُهُ: (أو ثبت أنه [٢٥١/ب] كتابه)^(١). أي بالشهادة على حكمه ولا يلتفت في ذلك إلى الشهادة على الخط.

قَوْلُهُ: (ووصل الكتاب إلى من ولي بعده)^(٢). [لأنه]^(٣) لا يكتب إلى معين، ولو عين قاضيا لم يتعين.

قَوْلُهُ: (ولاة المياه)^(٤). أي ليس لهم أن يحكموا في هذا الخطير.

قَوْلُهُ: (إلا بالفسطاط)^(٤). أي لم يكن في غيرها من الديار المصرية والى يحكم في ذلك تعظيما له.



(١) التهذيب (٤٢٣/٤).

(٢) المصدر نفسه (٤٢٤/٤).

(٣) ما بين المعقوفين مبتور جله، وما أثبتته يفيد المعنى.

(٤) التهذيب (٤٢٤/٤).

كتاب القذف

قوله: (أو يكونا طارئين)^(١). أي يقبل قولهما ولا يقبل من غيرهما لإمكان أن يقيما البيّنة، والشّافعي يصدق الجميع.

قوله: (حد ثمانين)^(١). وهو أحرم بذلك لنقضه.

قوله: (ومن تزوج خامسة)^(١). كل ما ثبت تحريمه بالكتاب ففيه الحد، ونفي النسب كالمطلقة ثلاثا، وما ثبت تحريمه بغير قاطع ففي الحد وإلحاق النسب قولان كنكاح المرأة على عمتها أو خالتها؛ فوجه سقوط الحد أن ذلك ثبت بالظن فهو شبهة يسقط الحد، وإذا وجب الحد انتفى النسب ولم يحد قاذفها لثبوت الزنى عليها وانتفاء العفة.

قوله: (لا يجتمع الحد مع النسب)^(٢). إلا في مسائل منها: أن يشتري أمة يعلم أنها حرة فيطأها فتأتي منه بولد فإنه يلحق به لعدم علمها ويحد لإقراره بالحرية.

قوله: (وإن أتى بامرأة)^(٣). لو أتى بامرأتين يحلف معهما على المذهب لما في ذلك من (.)^(٤).

قوله: (فإن نكل)^(٥). حلف الواطئ وقضى له بها ودرئ عنه الحد.

هذه مسألة فرّق: وذلك أنه لو وجد ليلا معه متاعا فقال أخذته من دار فلان

(١) التهذيب (٤/٤٦٥).

(٢) في التهذيب «إذ لا يجتمع الحد وثبات النسب» (٤/٤٦٦).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٦٦).

(٤) غير واضحة في المتن.

(٥) التهذيب (٤/٤٦٦).

وهو لي ثم أنكره فلان فقال حلفوه أنه ليس لي فنكل فإنه هنا يحد، ولو أقر صاحب الدار أنه له حد لأنه يتهم أنه أراد إسقاط الحد، والفرق أنه لم تجر العادة بأخذ الودیعة سرا وجرت بالنكاح سرا.

قوله: (فعلى الرجل والمرأة الحد)^(١). أي إذا لم يكونا طارئین.

قوله: (غير الولي)^(١). لأنه لا يشهد على فعل نفسه.

قوله: (حتى تستبرأ من ذلك الماء)^(١). لأنه من زنى واستحسن في الكسوة لأنه ليس ذلك من كريم الأخلاق.

وقوله: (بعد أشهر)^(١). كالسنة ونحوها.

قوله: (هذا قريب)^(٢). أي فترد، وإنما وجه قول مالك بالاستحسان إذا مضت أشهر.

قوله: (إذا وطء أحد الشريكين). اعلم أن الشبهة تارة تكون في المحل كهذا، وتارة تكون في (.) كما إذا وطء أمة ابنه، وتارة في طريق الوطء مثل نكاح المتعة فلا حد في شيء من ذلك لأنه شبهة.

قوله: (وهو عالم). إذا كان عالما عزّر وكان آثما، وإن كان جاهلا لم يعزر ولا يأثم.

قوله: (ويخير الشريك). لئلا يعود مرة أخرى فيطأها وتكون القيمة يوم الوطء، لأنه يوم التعدي بخلاف من أعتق شركاء له في عبد فيقوم عليه نصيب شريكه يوم الحكم.

(١) التهذيب (٤/٤٦٧).

(٢) من هذا إلى قوله: (يوم حملت) كله من التهذيب (٤/٤٦٨).



والفَرْقُ أن هذا تصرف في حظه بما يجوز له وإنما يقوم عليه ، لأنه تضمن فعله ضررا على شريكه وفي الأول تصرف في ملكه وملك غيره فهو متعد .

قَوْلُهُ: (ولا صداق) . لشبهة الملك .

قَوْلُهُ: (ولا ما نقصها) . يعني بأن تكون بكرا أو ثيبا إلا أنه (.) .

قَوْلُهُ: (لأن القيمة وجبت له فتركها) . أي وهي قد تضمنت الأرش ، وقال في الثوب يبلية الغاصب باللبس أن المغصوب منه بالخيار بين أن يضمه القيمة ، وبين أن يأخذ أرش النقص ، وإن كان قد ترك القيمة فيلزم من هذا أن يكون له قول ثان في المسالة المتقدمة . وقال أَشْهَبُ: بها إذا تماسك فله أرش النقص .

قَوْلُهُ: (فلا بد أن تقوم عليه يوم حملت) . [١/٢٥٢] وقيل: يوم الوطاء ، ووجه الوطاء أنه سبب الحمل ، ووجه الحمل أنه به يتحقق التفويت ؛ لأنه صارت به أم ولد .

قَوْلُهُ: (ولا شيء عليه من قيمة ولده) . لأنه قد لزمه التقويم فولده إنما تحلق على ملكه .

قَوْلُهُ: (خَيْرُ شَرِيكُهُ) . لصدق اتباعه مع العسر .

قَوْلُهُ: (واتبعه بنصف قيمة الولد) . يعني الوضع لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك ولما كان مخيرا في التقويم تحلق نصف الولد على ملك الشريك فكان له نصف قيمته ولا خلاف أن الولد حر لأنه وطء بشبهة وقيل: لا يتبعه بنصف قيمة الولد ، ووجهه أنها لما حملت تبين أنه يوم الوطاء تحلق على ملك الواطئ .

قَوْلُهُ: (يوم حملت) . وقيل يوم الوطاء .

قَوْلُهُ: (وبيع ذلك النصف)^(١). كان ينبغي (.) ملك الواطئ النصف الباقي أن تكون كلها لحساب أم الولد صح أن تباع في ذلك لكن لا يباع منه إلا بقدر قيمة نصفها يوم الحمل فإن اختلفت القيمة مع الثمن وساوى ثلثها القيمة لم يبع منها إلا ثلثها وكان الثلثان منها بحساب أم الولد ويبقى نصف قيمة الولد يتبعه به دينا لا يؤخر فيما بقي من نصف الأمة ؛ لأن ذلك دين آخر ، وإنما كان نصفها كالرهن في قيمته فقط فيختص به ذلك الدين ، ولا يدخل عليه دين آخر .

وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ: أنه يأخذ بالباقي نصف قيمة الولد لأنه دين نشأ عن وطئه فلا يكون شيء من نصفها الثاني بحساب أم الولد حتى يفرغ الدين .

قَوْلُهُ: (ولو ماتت هذه الأمة)^(٢). ارتفع بالموت التخير وتعين على الواطئ نصف قيمتها مع نصف قيمة الولد .

قَوْلُهُ: (ثم وطئها المتمسك بالرق قبل التقويم). لأن ذلك إنما يكون بالحكم لا بالسراية .

قَوْلُهُ: (لأن حصته في ضمانه). أي لو هلك قبل التقويم كانت منه .

قَوْلُهُ: (ولا صداق عليه). لشبهة الملك ، (ولا ما نقصها). لأنها بالطوع قد أسقطت حقها .

قَوْلُهُ: (بلا صداق). لأن حكم المعتق بعضها حكم الأمة القن بدليل أنها إذا قتلت فهي كالأمة .

قَوْلُهُ: (إنما عليه نقصها). لأنها كالمال .

(١) التهذيب (٤/ ٤٦٨ - ٤٦٩) .

(٢) من هذا إلى قوله: (برضاها) كله من التهذيب (٤/ ٤٦٩) .



قَوْلُهُ: (يكون بينها وبين السَّيِّد). بنصفين الثاني هو للسيد كله كقتلها الثاني يبقى سيدها مشتركا بينهما لا يجوز له انتزاعه إلا برضاها كقتلها لأنها مقسومة بينهما.

قَوْلُهُ: (بين أن يسلم نصفها). فيبيعها المجني عليه بنصف الجِثَاية ويملك نصفها.

قَوْلُهُ: (فجميعه يكون موقوفا بيدها كالفوائد). أي ما يوهب لها وليس كالغلة لأنها لم تمتهن لأجل صداقها كمالٍ وُهب لها.

قَوْلُهُ: (برضاها). لما فيها من الحرية.

قَوْلُهُ: (لزم ذلك شريكه)^(١). من هذه المسألة يؤخذ أن عتق الباقي بالسراية لقَوْلُهُ ليس لشريكه عتق حصته.

قَوْلُهُ: (لحد الواطئ)^(٢). لأنه في الإعسار لا يعتق الباقي لا بحكم ولا بسراية.

قَوْلُهُ: (فالعتق ماض)^(٣). لأنه فرط في تأخيرهِ.

قَوْلُهُ: (فلا حد عليه). لشبهة الملك والمكاتب عبد بقي عليه درهم.

قَوْلُهُ: (وعليه ما نقصها). لأنها صارت كالأجنبية ولا صداق لها لشبهة الملك.

قَوْلُهُ: (فلها صداق واحد). لأنه في وطئه يستند إلى العقد الأول ولا حد عليه إن جهل ويلحق به الولد، وإن علم حد ولم يلحق الولد به، ولو قال لامرأة:

(١) التهذيب (٤/٤٧٠).

(٢) يريد قَوْلُهُ «ولو وطئها الآخر بعد علمه بعتق الملىء...» التهذيب (٤/٤٧٠).

(٣) من هذا إلى قوله: (فلها صداق واحد) كله من التهذيب (٤/٤٧٠).

إن تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها ووطئها فالمذهب أن لها صداقا واحدا . وقال أبو حنيفة: ونصف المسمى [٢٥٢/ب] لأنها بالعقد طلقت قبل الدخول وصداق المثل للوطء ، ولنا قول ثانٍ بمثله .

قوله: (لم يحد)^(١) . أي والصداق هو الأول .

قوله: (كمن وطء بعد حنثه) . لأنه مستند إلى العقد الأول .

قوله: (لم يحد) . لشبهة الملك .

قوله: (وتعتق ساعتئذ) . لأنها صارت بالحمل أم ولد وقد حرمت عليه فإنها من ذوات محارمه وأم الولد ليس له فيها إلا الاستمتاع فإذا حرمت عتقت ولو لم تحمل كان له بيعها .

قوله: (أحدهم زوجها) . لأنه قد رماها بالزنى وقد جعل له الشرع اللعان فليس بشاهد يبقى الشهود ثلاثة فيحدون .

قوله: (حد للقذف)^(٢) . لأنه لا يصح الرجوع عنه لأنه حق لآدمي بخلاف الزنى يصح الرجوع عن الإقرار به إلى شبهة وإلى غير شبهة ، ولنا قول ثانٍ أنه لا يقبل رجوعه إلى غير شبهة .

قوله: (لا يكشف)^(٣) . أي لا يستفسر عن الكيفية .

قوله: (ولا يقدر أربع مرات)^(٤) . خلافا لأبي حنيفة يقدره أربعا قياسا على الشهادة ، ولنا قوله عليه السلام: «اغْدُ يا أنيس عَلَى زَوْجَةِ هَذَا فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا»^(٥)

(١) من هذا إلى قوله: (أحدهم زوجها) كله من التهذيب (٤/٤٧١) .

(٢) في التهذيب «حد للزنا وللقذف» (٤/٤٧٢) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٧٢) .

(٤) في التهذيب «ولا يقر أربع مرات» (٤/٤٧٢) .

(٥) الحديث تقدم تخريجه في كتاب القسم .

ولم يقل فإن اعترفت أربعا.

قوله: (فإن لم يقم بيّنة بالنكاح حدّ)^(١). هذا إن لم يكونا طارئين.

قوله: (وكذلك الجدّ)^(١). لا يحدّ في أمة ولد ولده لشبهة المِلْك أيضا.

قوله: (في رفع القود)^(١). أي إذا قتل ابنه واحتمل أن يكون غلطا لم يقتص منه ، وإن كان الأجنبي لا يناول ذلك في حقه.

والفرق أن الشبهة التي في الأب محملة على أنه لم يرد قتله وذلك مفقود في الأجنبي إلا أن يبين أنه تعمد ذلك فيقتل بالابن ، خلافا للشافعي لا يقتل به مطلقا والأم كالأب والجد ما علت كالأبوين في ذلك.

قوله: (ترد ابتداء إلى سيدها)^(٢). أي قبل الوطء فإن وطء وجب عليه التقويم حملت أو لا ؛ لأنها لو لم تقوم ثبتت عارية الفروج ؛ لأنه قد أحالها له ، بخلاف وطء الشريك فإنه وإن تمسك بها فإن شريكه لم يحملها له فلا تثبت عارية الفروج.

قوله: (فيدرأ عنه الحد بالشبهة)^(٣). خلافا لسائر الأئمة لا يرون ذلك شبهة ، ووجه قول مالك أن عطاء بن أبي رباح كان كريما وكان يحلّ إماءه لأضيافه.

قوله: (لم يحد)^(٤). لأن الكافر غير مخاطب بالفروج ، ولو قيل أنه مخاطب فالإسلام يجب ما قبله.

قوله: (بذمّية، حدّ)^(٤). لا فرق بين المسلمة والذمّية في ذلك.

(١) التهذيب (٤٧٣/٤).

(٢) في التهذيب «ترد أبداً إلى سيدها» (٤٧٣/٤).

(٣) المصدر نفسه (٤٧٣/٤).

(٤) المصدر نفسه (٤٧٤/٤).

قَوْلُهُ: (فعليه الحد)^(١). كالذمّية، وقال ابن الماجشون: لا يحد لشبهة الملك؛ لأنه لو سرقها وخرجت معه إلى بلاد الإسلام كانت ملكا له بخلاف الذمّية لو أرادت الخروج منه لم يصح له تملكها.

قَوْلُهُ: (يحكم به في بدنه)^(١). لأنه لا يتهم على هذا، بخلاف أن يكون ذلك في ماله فإنه يتهم على إخراج المال عن سيده، وقال أشهب: لا يقبل إقراره مطلقا لأن ما في بدنه يتلف مال سيده.

قَوْلُهُ: (فليس لسيد العبد المجرّح إلا القصاص)^(١). لأنه لا يتهم حينئذ، أما إذا استحياه ليملكه فلا يقبل للتهمة، ولو أقرّ بأنه قتل خطأ لم يقبل لأنه يرجع إلى المال.

قَوْلُهُ: (بُدئ بما هو لله)^(١). لأنه أكد إذ لا يصح فيه العفو. وقولنا: حق الله مبني على المسامحة؛ هذا في الحقوق المالية كال كفارة.

قَوْلُهُ: (فإن كان فيه محتمل)^(٢). أي احتمال للحدّين معا.

قَوْلُهُ: (لأن القطع يدخل في القتل)^(٣). لأن المراد منه إماتة اليد، ولا يتبع بقيمة السرقة إن كان معدما أي يوم القطع.

قَوْلُهُ: (بعد السرقة)^(٣). أي بعد القطع.

قَوْلُهُ: (إلا أن [١/٢٥٣] يعلم أن هذا المال كان له يوم سرق)^(٢). أي فيكون موسرا يوم القطع أما لو أيسر بعد ذلك فلا يتبع به لأن اليد لم يترك قطعها بل دخل قطعها في القتل.

(١) التهذيب (٤/٤٧٤).

(٢) في التهذيب «فإن كان فيه محتمل» (٤/٤٧٥).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٧٥).



قَوْلُهُ: (ولا يجلد)^(١). لأن الحقين لله فتداخلا .

قَوْلُهُ: (إلا حد القذف)^(١). فإنه يقام قبل القتل لحق المقذوف لتشفيه به ولأنه يلحقه العار إن لم يحد له .

قَوْلُهُ: (فعلى الفاعل والمفعول الرجم أحصنا أو لم يحصنا)^(١). الأصل في ذلك قَوْلُهُ ﷺ: «من فعل قوم لوط فارجموه» ، وفي حديث آخر: «فاقتلوه» ، وفي رواية: «فارْجُمُوا الفاعِلَ والمفعول أحصنا أو لم يحصنا»^(٢).

وقال الشَّافِعِيُّ: هو كالزنى فلا بد فيه من شرط الإحصان وإلا فحده الجلد كالزنى ، وقد سماه تعالى فاحشة وهي الزنى وقال أبو حنيفة: لا حد فيه لكن يعزر لأنه لم يصح عنده الحديث قال: ورجم قوم لوط إنما كان لكفرهم لا لهذا بدليل أنه سوى بين النساء والصبيان في ذلك وقَوْلُهُ: «من فعل قوم لوط فاقتلوه» ، أي من الكفر وأصله ألا تقاس الحدود لأن القياس لا بد فيه من المساواة بين الفرع والأصل ، ولا مساواة هنا لأن في الزنى اختلاط الأنساب .

وقد حكى أبو حامد في الوسيط عن الشَّافِعِيِّ قولاً شاذاً أنه يجوز في المملوك .

قَوْلُهُ: (ولا صدق في ذلك)^(٣). بخلاف الزنى لأنه في صورة قد توصل إليه بالصدق وهذا لم يحل في صورة من الصور .

قَوْلُهُ: (لم يرجم)^(٤). لأن الإكراه يسقط الحرج والصبي غير مكلف .

(١) التهذيب (٤/٤٧٥).

(٢) الحديث رواه ابن ماجة في السنن ، كتاب الحدود باب من عمل قوم لوط ، عن ابن عباس أن رسول الله قال: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به» .

(٣) التهذيب (٤/٤٧٥).

(٤) من هذا إلى قوله: (من غل أحرق رحله) كله من التهذيب (٤/٤٧٦).

قَوْلُهُ: (أقيم عليه حد الزنى). هذا المذهبُ أنه زنى ، وقال ابن القصار: هو لوط فيرجمان^(١).

قَوْلُهُ: (فعليه المهر). لأنها كالزنى وقد أجازوه بعض العلماء من الزوجة إلا أنه في الزوجة لا حد عليه للشبهة لكن يعزر.

قَوْلُهُ: (ومن أتى بهيمة ، لم يحد). وقال ابن شعبان: يحد لأنه فرج محرم شرعا وقد اشتهاه هذا طبعاً^(٢).

قَوْلُهُ: (ولا تحرق البهيمة). خلافاً لمن قال ذلك من العلماء ، وقال الشافعي تقتل حذرا من أن تحمل منه ولا بد من حده هو وقد وجد التولد بين الأجناس المختلفة كالبغل من الحمار والفرس والسبع من الذئب والضبع ولا بأس بأكل لحمها خلافاً للشافعي.

قَوْلُهُ: (من غل أحرق رحله). وروى «رجله» ، ولم يثبت عند مالك .

قَوْلُهُ: (يا لوطي)^(٣). أي القذف في نسبته إلى الزنى أو اللوط أو نفي نسبه وهو ضربان: صريح ولا خلاف فيه ، وتعريض وهو عند مالك كالتصريح خلافاً للشافعي ، كما خالف التعريض بالنكاح تصريحه في العدة .

ولنا أن التعريض بالنكاح في العدة جائز ، والتعريض بالقذف ممنوع اتفاقاً فلا يقاس على الجائز اتفاقاً .

قَوْلُهُ: (كل ما لا يقام فيه الحد فليس فيه حد الفرية)^(٣). مفهومه أن حد الفرية في كل ما فيه حد وينتقض بالسرقة وشرب الخمر .

(١) انظر التوضيح (٢٣٢/٨).

(٢) حكاه خليل عن كتاب شعبان ، انظر التوضيح (٢٣٤/٨).

(٣) المصدر نفسه (٤٧٧/٤).



وقوله: (وليس له أن يحلف المقدوف)^(١). أي لا يمنع (.) إلا على العفة حتى يثبت خلافها.

قوله: (فحلال له أن يحده)^(١). من هذا لردع بعض الناس عن ذلك، وقيل ليس له حده لأنه صادق في قذفه، وقيل بالتفصيل فإن علم بأنه زنى فليس له حده، وإن علم أنه لم يعلم بذلك فله حده لأنه متعدد.

قوله: (أنه قال لفلان يوم الخميس: يا زان)^(٢). المذهب تلفيق الأقوال لأنه قد اجتمع الشاهدان على وقوع مطلق الزنى، وقيل: لا يلفق لأنهما قاذبان لتعدد الزمان فعلى كل واحد منهما شاهد فلم يثبت [٢٥٣/ب] واحد منهما، وكذلك الطلاق والعتاق لنا في ذلك ثلاثة أقوال في التلفيق.

أحدها: تلفق الأقوال والأفعال؛ وجهه أنها تفيد مطلق ذلك المعنى كما ثبت كرم حاتم تواترا بأفعاله المختلفة المفيدة لذلك ومثله شجاعة علي رضي الله عنه.

والثاني لا يلفق شيء منها لأن أحدهما غير الآخر، وشرط الشهادة أن تجتمع الشهادات على شيء واحد.

والثالث التفصيل؛ تلفق الأقوال لأنه وإن احتمل الثاني الإنشاء فيكون غير الأول والخبر فيكون الأول محمله على الخبر أولى لأنهما قد اجتمعا على الطلقة الواحدة فهي المحققة، ولا بد من الأفعال لأنه لا يكون الثاني خبرا البتة، وهذا مذهب الشافعي عدم التلفيق، واتفقنا على التلفيق في الإقرارات إذا شهد أحدهما بإقراره له بدینار يوم السبت والثاني بذلك يوم الأحد، والفرق أن الطالب لا يطلب إلا دينارا واحد فتبين أن الثاني [تأكيد]^(٣) للأول وخبر عنه لا إنشاء.

(١) التهذيب (٤/٤٧٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٧٨).

(٣) في المتن: تأكيد، والصواب ما أثبتناه.

قَوْلُهُ: (طلقت عليه)^(١). والمحقق أن يكون الثاني أخبر عن الأول فتقع طلاق واحدة.

قَوْلُهُ: (لم تطلق عليه)^(١). إذا حنث بفعلهما معا لأن الفعل الذي وقف على الطلاق مختلف وبه يقع الحنث لا بالشرط الذي هو قول والأفعال لا تلتق.

قَوْلُهُ: (أنه شج فلانا موضحة)^(١). لما تضمن الشهادة على الفعل هنا الإقرار صار ذلك كإقرارين قوليين فلفقنا، والخصم يقول ليس الإقرار بذلك كمعانيته فلا يلفقان ونظيره لو شهد أحدهما بأنه غصب والثاني بأنه أقر عنده بالغصب.

قَوْلُهُ: (أنه ذبح فلانا ذبحا)^(١). هذان لا يجتمعان البتة.

فَقَوْلُهُ: (فالشهادة [باطلة])^(٢). ليس على إطلاقه بل إذا طلب بها المشهود له وادعاهما لم يلتفت لأنهما يجتمعان، لكن إن كذب أحدهما وحلف مع الثاني أقسم مع ذلك خمسين يمينا واقتص.

قَوْلُهُ: (في مجلس واحد)^(٣). فيها ثلاثة أقوال:

المَذْهَبُ: حد واحد، والثاني: حدود بعددهم لتعدد حقوقهم، والثالث: إن كان جميعهم في كلمة فحدٌّ، أو في كلماتٍ فحدودٌ على عدد الكلمات حتى لو جمع بعضهم في كلمة وجب لهؤلاء حد واحد.

قَوْلُهُ: (أو صاحب الشرطة)^(٤). يعني الوالي أو الحرس يعني صاحب الليل لأن هؤلاء حكام.

(١) التهذيب (٤/٤٧٨).

(٢) في المتن [باطل]، والصواب ما أثبتته من التهذيب (٤/٤٧٨).

(٣) ليس في التهذيب «واحد» (٤/٤٧٩).

(٤) التهذيب (٤/٤٧٩).

قَوْلُهُ: (فيجوز فيه العفو)^(١). لأنه حق خالص للمقذوف بخلاف حد القذف فيه حق لله فإن كان من أهل العفاف إن (.) أخذه الحاكم بالقول فقط وإن كانا قسيسين (.)^(٢) الرامي وإن كان وضع لرفيع أدبه أكثر من الذي قبله وإن كان العكس لم يؤدبه ويجافي عنه وهذا كله فيما فيه التعزير مما ليس بقذف وهو سائر المسببات بين الناس.

قَوْلُهُ: (طائفة)^(٣). أي (..) منه.

قَوْلُهُ: (الذي للناس)^(٤). كالجراحات والقتل.

قَوْلُهُ: (يا مخنثا)^(٥). الغالب في استعماله أن يراد به المابون كالعلق الذي يفعل به فلذلك يحد إلا أن يحلف أنه أراد به المخنث والتكسر في أقواله وفعاله كالمرأة فلا يحد.

قَوْلُهُ: (لم تجز شهادتهم)^(٦). لأن الحد ليس لهم.

قَوْلُهُ: (فإنه حد وجب)^(٦). لأنه قد بلغ الإمام.

قَوْلُهُ: (دُرئ الحد)^(٦). هذا إن لم يحكم به، أما إن حكم فإنه ينفذ على المذهب، وقيل: لا ينفذ ولا يؤخذ في هذا كفيلاً لأنه لا يفيد إذ لا يحد بذلك.

قَوْلُهُ: (لم ينتظر)^(٧). مخافة سقوط الحقوق ثم جاء بالبينة زال فسقه.

(١) التهذيب (٤/٤٧٩).

(٢) غير واضح في المتن لعلها «أدب».

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٧٩).

(٤) التهذيب (٤/٤٨٠).

(٥) في التهذيب «يا مخنث» (٤/٤٨٠).

(٦) المصدر نفسه (٤/٤٨٠).

(٧) المصدر نفسه (٤/٤٨١).

قَوْلُهُ: (فإنهم يحدون)^(١). لأن قذفه أولا لا يكون شاهدا إلا أنه يتهم أن يريد إسقاط ما لزمه من الحد فبقي الشهود ثلاثة فيحدون.

قَوْلُهُ: (حلف صاحب [١/٢٥٤] المتاع واستحقه)^(١). قال أشهب: ثبوت ذلك له فرع عن ثبوت السرقة، وذلك أن يصح بعد، ووجه المذهب أن هذا حق مالي فصح باليمين والشاهد وثبت أنه أخذ له ذلك وإلا حد غير السرقة وللاستحقاق فرع عن أخذه ماله وغصبه إياه.

قَوْلُهُ: (فعليه الحد)^(٢). لأنه يتهم أنه لما قذفها بقوله زني.

أراد أن يدفع عن نفسه الحد بقوله وأنت صبية بالنظر إلى قوله زني هذا قاذفا وبالنظر إلى كلامه كله هو معرض للزنى وكذلك قوله يزنيان، ثم قال في حال الكفر.

قَوْلُهُ: (قذفاً)^(٢). أي (.) ولم يرجعه في اللفظ كما تقدم.

قَوْلُهُ: (لم ينفعه)^(٢). لأن هذا الذي أثبت له ليس بزنى والذي قذف به زنى ولم يثبت له ذلك.

قَوْلُهُ: (لم يحد)^(٢). لأنه أثبت ما هو زنى وفيه عار عليهما ويحدان به.

قَوْلُهُ: (ويحد للأجنبية)^(٢). لأن ذلك عار عليها وزنى في الحقيقة وإن لم تحد به للإكراه وقيل يحد مطلقا لأنه إما قاذف أم معرض.

قَوْلُهُ: (وإن لم يلحقها اسم الزنى)^(٣). لأنها يزني بها لا (.)^(٤)، فإذا أتى

(١) التهذيب (٤٨١/٤).

(٢) المصدر نفسه (٤٨٢/٤).

(٣) في التهذيب «لم يلحقها بالاستكراه اسم الزنى» (٤٨٣/٤).

(٤) غير واضحة في المتن، لعلها «دانية».



بالبينة علم أنه إنما أراد الإخبار بذلك لا القذف.

قوله: (علم)^(١). أي لما أتى بالبينة تبين أنه أراد أن يخبر بذلك لا بالزنى آخر.

قوله: (ومن عرّض)^(١). أي التعريض يقوم مقام التصريح في ذلك مثل أن يقول لها ليست أُمي بزانية ولا يقبل أنه أراد تزكية نفسه لأنه كان له عن هذا المدح الخاص مندوحة بأن يمتدح بغيره.

قوله: (قاذفا حين تكلم بذلك)^(٢). هذا معلوم ولا فائدة في التنبيه عليه.

قوله: (متمحيا)^(٣). أي قاصدا إليه أن يمحوا ويعفوها ما ارتكب من الذنب بقذفها.

قوله: (كان لولده)، ما سفل، (ولأبيه)، ما علا، (أن يقوموا بذلك)^(٤). لأن من مات عن حق فلورثته إلا أن هؤلاء أقرب الناس إليه فالعار بهم أشد فمن قام منهم بذلك أخذه ومن ترك فلمن بقي منهم الأخذ بجميع الحد لا ينتقض كالشُّفَعَة إذا تركها بعض الورثة فلمن بقي الأخذ بجميعها لا بالبعض كذلك الحد لا يتبعض لأن الإيجاع لا يحصل إلا بالكل فإن عفي هؤلاء لمن بقي الأخذ فإن سكتوا فلمن بقي من العصبة كالأخ والعم (.) فإن عفوا سقط وإن سكتوا كان لأهل المواريث الباقيين الأخذ كالأخت والجدّة.

قوله: (فليس للأجنبي)^(٥). أي لا تقوم الزوجة بذلك ولا الزوج لأنهما أجنبيان.

(١) التهذيب (٤/٤٨٣).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٨٣).

(٣) وفي التهذيب «متمحيا» (٤/٤٨٣).

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٨٣).

(٥) المصدر نفسه (٤/٤٨٤).

قَوْلُهُ: (وأما الغائب)^(١). إن كانت غيبته قريبة كتب إليه الحاكم وإن كان بعيدا فلا يحد وقيل يحد لما يلحق قرينه من العار.

قَوْلُهُ: (فعليه الحد)^(١). لأن هذا ليس بزنى إذ هو بشبهة.

قَوْلُهُ: (فلا حد عليه)^(١). إذ لا عار على الصبي بخلاف الصبية فإن عليها العار.

قَوْلُهُ: (لا يبلغه أحد إلا رأى ذلك)^(٢). أي رأى الاحتلام والحيض، لنا في السنّ ثلاثة أقوال: خمس عشرة، والرجوع إلى المعتاد في ذلك الإقليم، ولا خلاف في الاحتلام والحيض، وفي الإنبات قولان المشهور من المذهب ألا يعتبر به لأنه قد يسرع في بعض الناس.

قَوْلُهُ: (فلا يحد)^(٣). لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته.

قَوْلُهُ: (أدب)^(٣). لقَوْلُهُ «من آذى مسلما أدب»^(٤).

قَوْلُهُ: (زُجر)^(٥). للحديث: «من آذى ذمياً فقد آذاني»^(٦).

قَوْلُهُ: (نكل بإذاية المسلمين). أي وبإذاية النصارى لأنها ذمية غير حربية.

(١) التهذيب (٤/٤٨٤).

(٢) في المتن «لا أرى ذلك» وما أثبتته من التهذيب (٤/٤٨٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٨٥).

(٤) هذا قول مالك في المدونة (٤/٥٠١).

(٥) هذا إلى قوله: (ويقطع الذمّي إذا سرق) كله من التهذيب (٤/٤٨٥).

(٦) الحديث رواه أبي داود في سننه بلفظ: «ألا من ظلم معاهدا، أو انتقصه، أو كلفه فوق طاقته، أو أخذ منه شيئا بغير طيب نفس، فأنا حجيجه يوم القيامة»، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في تعشير أهل الذمة إذا اختلفوا بالتجارات. والبيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب الجزية، الوصاة بأهل الذمة خيرا.



قوله: (وينكل من فيه علقه رق). أي لا حد عليه في القذف ولو عتق ثلاث وعشرين (.) منه .

قوله: (يحدده حد العبيد). ولنا قول ثانٍ أنه يحد العبد في القذف كالحر لأنه انقص رتبة من المقذوف ولا يكون أحرى .

قوله: (ويؤخذ [٢٥٤/ب] المحارب). أي القاطع للطريق يؤخذ بحقوق المسلمين ، وإنما يسقط عنه بالتوبة حق الله .

قوله: (لم يحد). لأنه بإسلامه تسقط عنه الحقوق مطلقاً من جميع ما فعله مستحلاً له في دينه كقتل المسلم وأخذ ماله وهو بذلك مالك له إلا ما عامل به مسلماً وعأوضه عليه فلا يسقط بإسلامه لأنه لم يأخذه على وجه القهر .

قوله: (ويقطع الذمّي إذا سرق). لأنه عاهدنا على ذلك والسرقة من الفساد بخلاف الزنى بمسلمة لأنها طوعته فلو استكرهها كان نقضاً للعهد .

قوله: (فإنه يحد)^(١). لأنه باللعان صار كالذمّي وقال أشهب: لا يحد لأنه لا يصير بهذا الأمان كالذمّي ، ألا ترى أنه لو كان عنده مسلم لم (.) منه كما نفع بالذمّي فهو بعد كالحرابي .

قوله: (بك زنت)^(١). فقد وافقته على أنها زانية فسقط عنه القذف ولزمها حد الزنى الذي اعترفت به وحد القذف الذي رمت به في قولها بك زنت ، وقيل: لا حد عليها لأنها أرادت إن كنت زانية فبك زنت على جهة الشتم وليس فيه اعتراف بزنى ولا قذف ويحد هو ، وقيل: يحدان معا لأنه قذفها بالزنى وقولها بك زنيك شتم وقذف .

(١) التهذيب (٤٨٦/٤).

قَوْلُهُ: (يا فاسق)^(١). الفسق عام يكون بالزنى وغيره ولما احتمل القذف وغيره لم يكن حدًّا.

قَوْلُهُ: (يا ابن الخبيثة)^(١). الغالب في هذا أن يراد به الزنى كقَوْلِهِ تعالى: ﴿الْخَبِيثَاتُ لِلْخَبِيثِينَ﴾ [النور: ٢٦] ، وقد يراد به الخبث في الأفعال والأقوال فلما احتمل حلف.

قَوْلُهُ: (سجن)^(١). وقيل يحد بنكوله لأنه كشاهد وقذفه كشاهد فثبت القذف بها عند أشهب كما إذا ثبت الطلاق بشاهد ونكل الزوج عن اليمين فعلى المذهب يسجن حتى يحلف وقال أشهب: يثبت الطلاق بشاهد ونكوله لأنه كشاهد.

قَوْلُهُ: (يا فاجر بفلانة)^(٢). ظاهر في الزنى إلا أنه انصرف بالقرينة واليمين. قَوْلُهُ: (إلا أن يقيم بينة على قول فلان)^(٣). فيبقى الكلام من فلان والمقذوف ، وكذلك في قَوْلِهِ يقول لك فلان إن اعترف فلان بذلك.

قَوْلُهُ: (وجلد العبد أربعين)^(٤). وقيل ثمانين لأنه أسوء حالا من الحد.

قَوْلُهُ: (زنى فرجك)^(٥). هذا نص في الزنى.

قَوْلُهُ: (أو يدك أو رجلك)^(٤). تعريض بالزنى ، وقال أشهب: لا حد فيه لأنه قد ينسب الزنى إليهما بالمجاز كما في الحديث: «اليد تزني والرجل تزني والفرج يصدق ذلك أو يكذبه»^(٦).

(١) التهذيب (٤٨٦/٤).

(٢) المصدر نفسه (٤٨٧/٤).

(٣) المصدر نفسه (٤٨٨/٤).

(٤) في التهذيب «وجلد العبد حد الفرية أربعين» (٤٨٨/٤).

(٥) المصدر نفسه (٤٨٨/٤).

(٦) الحديث أخرجه البخاري في كتاب القدر ، باب «وحرام على قرية أهلكتها أنهم لا يرجعون». ومسلم في كتاب القدر ، باب قدر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره.



قَوْلُهُ: (فإنه لا يحد)^(١). لأن الحد في القذف في قَوْلِهِ يا زان أو بالوطء أو نفي نسبه بالنص في كل ذلك أو بالتعريض ، فإذا نفاه عن أبيه أو أمه وهما كافران فقد آذاه بذلك لا بأن نسب الزنى إلى أبويه لأن ذلك ليس عارا على الابن هنا .

قَوْلُهُ: (لجده)^(١). لأنه قد قطع نسبه .

قَوْلُهُ: (لم يحد)^(١). لأنه إنما نفى الكافر عن أبيه وآذى كافرا لا مسلما .

قَوْلُهُ: (ولو كان للمقذوف ولد مسلم)^(١). لأنه لم يؤذي المسلم .

قَوْلُهُ: (لم يصدق)^(١). لأن ذلك تعريض ينفي النسب .

قَوْلُهُ: (لم يحد)^(١). لأن الجد أبٌ .

قَوْلُهُ: (لأنه كالأب)^(١). ولذلك لو وطء أمة ابن بنته لم يحد كالأب وقد وقع الإجماع على دخوله في الآباء في قَوْلِهِ تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ [النساء: ٢٢] .

قَوْلُهُ: (ولو نسبه إلى عمه أو خاله)^(١). لحد لأن ذلك قطع لنسبه عن أبيه ، وقال أَشْهَبُ لا يحد في العم والخال لأنهم أبوان ، قال تعالى: ﴿ءَابَاؤُكُمْ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾^(٢) ، وفي الحديث: «الْخَالُ أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ»^(٣) .

قَوْلُهُ: (بعد أن يحلف أنه لم يرد نفيا)^(٤). أي لم يرد ولاية عنهم لأنه كما يتضمن نفي النسب الرمي بالزنى ، كذلك يتضمن نفي الولاء قطع النسب [١/٢٥٥] والزنى فكانا في الحد سواء فإذا قال لست مولى فلان الذي أعتق أباك تضمن أن

(١) التهذيب (٤/٤٨٩) .

(٢) في المتن: (آبائك إبراهيم وإسحاق ويعقوب) وهو سهو .

(٣) الحديث لم أقف عليه .

(٤) التهذيب (٤/٤٨٩) .



أَمَك زَنْتَ فَلَمْ تَكُنْ لِأَبِيكَ وَقَدْ تَضَمَّنَ الزَّانِي وَنَفَى النِّسْبَ ، وَهُوَ كَالْتَعْرِضِ .

قَوْلُهُ: (يَا نَبْطِي)^(١) . النبط قوم من العجم فإذا قال ذلك لعربي فقد نفى نسبه وكذلك إن قال له لمولى عربي فقد نفى نسبه أيضا كما تقدم .

قَوْلُهُ: (وإن لم يحلف لم يحد)^(١) . وقيل: يُحَدُّ بِنِكَوْلِهِ كما تقدم .

قَوْلُهُ: (لأنه قطع نسبه)^(١) . لأن معناه أن أَمَك زَنْتَ فَلَمْ تَكُنْ لِأَبِيكَ الَّذِي هُوَ مَوْلَى بَنِي فُلَانٍ .

قَوْلُهُ: (لم يحد)^(١) . لأنه لا يتضمن نفى نسبه ولا زنى أمه وإنما هو كذب .

قَوْلُهُ: (ضَرَبَ الْحَدَّ)^(١) . لأنه يحتمل أن يقول زنت أمه فلا حد لأنها أمة أو زنى أبوه فجاء من غير أمه ففيه الحد بقذف الأب .

قَوْلُهُ: (ضرب سيده الحد)^(٢) . هذا لمكان الأبوين لأنهما حران مسلمان وقد آذاهما ومثال ذلك أن يزوج حر أمة فيكون له منها ولد ثم تعتق الأم فيكون ولده عبدا لسيدها .

قَوْلُهُ: (فأذن للعبد أن يحد سيده في ذلك)^(٣) . هذا مشكل ؛ لأنه كأنه قذف عبدا فكيف يحد له ووجهه أن الحق كان للأبوين فلما ماتا فإن كان لها وارث سوى هذا العبد قام بذلك وإن لم يكن لها وارث سوى هذا العبد فهو لا يرث المال فكان ينبغي ألا يرث الحد لكن . قال مَالِكٌ: أخذ له بالحد لئلا يذهب الحد مجاناً بعد أن وجب للأبوين فجعل هذا الولد وارثاً له وإن لم يرث مالا .

(١) التهذيب (٤/٤٩٠) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٩٠ - ٤٩١) .

(٣) في التهذيب «فإن للعبد» (٤/٤٩١) .

قوله: (فقد وقف فيها مَالِك) ^(١). لأن ذلك يحتمل أن يريد بقوله ليست لأبيك أن أمه زنت فهذا لا حد فيه لأنها كافرة أو أمة وولدها عبد ويحتمل أن يريد أن أباك زنى فأنت من امرأة غير أمك فهذا فيه الحد وعليه حمل ابن القاسم حمل أباه على غير أمه.

قوله: (فلأب الميت القيام بالحد) ^(١). لأن معناه أن أم الميت زنت فلم تكن من أبيه فهذا قذف للميت ورثه أبوه فقام به.

قوله: (ليست من العرب أو يا حبشي) ^(١). أو يا عجمي ، كله نفي لنسبه بخلاف قوله لمن هو من العجم: يا رومي أو يا بربري لأن هذه الأصناف يجمعها العجمية ، فكأنه عبر بالخاص عن العام وكأنه في ذلك إنما قال يا عجمي ، وذلك صحيح لأن العجم كلهم سواء إذ إنما ينسبون إلى الاسم العام كالبكري والحبشي ولا يقولون بنوا فلان كما تقول العرب ولا محافظة عندهم على الأنساب المخصوصة.

قوله: (واختلف قول مَالِك) ^(٢). فوجه عدم الحد ما قلنا ووجه الحد أن الرومي غير الحبشي نظرا إلى اللفظ فقد نفي نسبه فيحد لمن كان مسلما منهم.

قوله: (إلا أن يقول له يا ابن الأسود) ^(٣). ليس هذا كالبربري والحبشي لأنه يمكن أن يقال في هذه أنه عبر عن العام وهو العجمي فلا يكون فيه نفي نسب والأسود ليس كذلك فتحقق فيه نفي النسب.

قوله: (فالحبشي والرومي في هذا سواء) ^(٣). لأنهما بمعنى العجمي.

(١) التهذيب (٤/٤٩١).

(٢) في التهذيب «وقد اختلف عن مَالِك» (٤/٤٩١).

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٩٢).

قَوْلُهُ: (فلا حد عليه)^(١). لأنه رفعه عن منزلته ولأن العجم لا يحافظون على الأنساب محافظة العرب ، ولأنهم قد صاروا بالإسلام منسوبين إلى العرب .

قَوْلُهُ: (وهذا نفي لها من آبائهم)^(٢). لأنهم ينسبون إلى آبائهم ويحافظون على ذلك فالعدول عنه نفي عن أنسابهم فلا يحد لأنه عبر عن الخاص بالعام لأنهم كلهم عرب .

قَوْلُهُ: (ومن قذف ولده)^(٣). مثل أن يقول: يا زان ، فاستثقل مَالِكُ أن يحد له لأنه عاق بجده (.)^(٤) الولد بالعقوق .

قَوْلُهُ: (إن قام عليّ [٢٥٥/ب] حقه)^(٥). أي يحد له يعني ويكون عاقا ويفسق بذلك .

قَوْلُهُ: (ويجوز عفوه عند الإمام)^(٥). أي وإن بلغ الحد الإمام لأنه يريد بذلك الستر على نفسه لما يطرأ عليه من التفسيق لحده أباه .

قَوْلُهُ: (إلا في العمد البين)^(٥). وقال أَشْهَبُ كقول الشَّافِعِيِّ: لا يقتصر له من أبيه مطلقا للحديث: «لَا يُقَادُ لَوْلَدٍ مِنْ أَبِيهِ»^(٦) ، ولأنه سبب لوجوده فلا يكون سببا لعدمه كعبده لأنه أيضا سبب في وجود ملكه والحديث على المَذْهَبِ محمول

(١) التهذيب (٤/٤٩٢) .

(٢) في التهذيب «من آبائها» (٤/٤٩٣) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٤٩٣) .

(٤) غير واضحة في المتن .

(٥) التهذيب (٤/٤٩٣) .

(٦) الحديث رواه أحمد في مسنده ، من مسند عمر بن الخطاب رقم ١٤٧ ، ولفظه: «لا يقاد والد من ولد» ، وفي سنن الترمذي: «لا يقاد الوالد بالولد» ، أبواب الديات ، باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا .

على صورة العمد البين .

قوله: (فله القيام بحد أمه)^(١) . لا يكره له هنا القيام ولا يفسق لأنه قام بحق الغير ولا يجوز له العفو هنا إن بلغ الإمام لكن الأولى أن يقوم بذلك عن غيره .

قوله: (وإن نكل حد) . لأنه رمى أمهم بالزنى وأثبت الحد هنا بالنكول لقوة قرينة القذف ، ويتّجه القول الثاني أنه لا يحد بل يسجن حتى يحلف .

قوله: (فلا يقيم عليه الحد) . لأنه لا يحكم بعلمه .

قوله: (يا ابن الزانيين) . هذا قذف لشخصين في كلمة واحدة فالمذهب أن فيه حدا واحدا وقيل حدان .

قوله: (لم يحد) . لأنه كذب لا قذف لأنه إذا كان ابنها فلا يكون من غيرها .

قوله: (وليس بقاذف)^(٢) . لأنه لم ينسبها إلى الزنى وإنما معناه أنك جئت بهذا الولد وهو من امرأة غيرك .

قوله: (إلا أن ينفيه) . إن دعى استبراء فله نفيه بلعان اتفاقا وإن لم يدع فقولان .

قوله: (فالولد ولده) . لأن الولد للفراش^(٣) .

(١) من هذا إلى قوله: (لم يحد) كله من التهذيب (٤/٤٩٤) .

(٢) من هذا إلى قوله: (يا ابن الأقطع) كله من التهذيب (٤/٤٩٥) .

(٣) أصله حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «إن عتبة عهد إلى أخيه سعد: أن ابن وليدة زمعة مني ، فاقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح أخذه سعد ، فقال: ابن أخي عهد إلي فيه - [١٥٤] - ، فقام عبد بن زمعة ، فقال: أخي وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه ، فتساوقا إلى النبي ﷺ ، فقال سعد: يا رسول الله ، ابن أخي ، قد كان عهد إلي فيه ، فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه ، فقال النبي ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاشر الحجر ، ثم قال لسودة بنت زمعة: احتجبي منه ، لما رأى من شبهه بعتبة ، فما رآها حتى لقي الله» . رواه البخاري في كتاب =



قوله: (ولم يحد). لأنه ليس بقاذف.

قوله: (والولد لاحق لأمه). وإذا أقر بالفراش وادعى الاستبراء فله نفيه من غير يمين بخلاف الحرة لأن الأمة تتهم أنها تريد العتق ولا تتهم الحرة.

قوله: (إذ ليس هاهنا أب يلحق به). يعني أن استلحاق الأب لازم إذا صدقه العرف ولم يكن للولد نسب معروف ولا يبالي بتكذيب الابن المستلحق له وقال المخالف لابد من تصديق الولد وإلا فلا وفي الأم ثلاثة أقوال:

المذهب: أنه لا يلحق بها والفرق بينها وبين الأب أنه يمكنها إقامة البينة على الولادة، وقيل: بالاستلحاق لأنها أحد الأبوين، والثالث: إن قالت هو ابني من زنى لحق بها لأنها لما تحملت عار الزنى انتفت التهمة، وإن قالت: من نكاح، لم يلحق حتى يصدقها الأب.

قوله: (يا ابن الأقطع). المذهب أن هذا نفي النسب، وقال أشهب: بل هو ذم للأب وكأنه قال: أبوك أقطع فلا حد لأنه ليس بنفي النسب، وكذلك إذا قال يا ابن اليهودي على القولين بخلاف قوله يا ابن الأسود إذا لم يكن في آبائه أسود هذا نفي النسب وليس الأسود مما يذم به ففيه الحد اتفاقا.

قوله: (يا ابن المطوق)^(١). يعني أن الوالي كانوا يجعلون في أعناقهم طوقا يسمى الراية فرقا بين الحر والعبد؛ فإذا قال ذلك لحر فكأنه قال له: يا عبد، وذلك يتضمن نفي النسب ففيه الحد.

قوله: (فدعاه بغير جنسه من البيض كلهم)^(٢). لأن ذلك بمنزلة قوله: يا

= الفرائض، باب الولد للفراش، حرة كانت أو أمة. ورواه مسلم في كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات.

(١) التهذيب (٤/٤٩٦).

(٢) المصدر نفسه (٤/٤٩٧).

عجمي ، وهو الاسم العام يصرفه على هذه الأنواع كلها فإذا قال الحبشي يا بربري فكأنه قال له: يا عجمي .

قوله: (لم يحد)^(١) . لأن المولى يعتق فقد كان عبداً قبل ذلك .

قوله: (فلا شيء عليه)^(١) . لأن هذا قد كثر في كلام الناس على جهة التحنن لا يقصدون به نفي النسب .

قوله: (بين أفخادها)^(١) . تعريض ويحتمل أن يكون عدولا عما لزمه من الحد لقوله جامعتها ، ولو قال ذلك الشاهد على الزاني أي زانية يطأ بين أفخادها لم يحد لأنه لم يقذفها [١/٢٥٦] بذلك .

قوله: (في دبرها)^(١) . قذف واعترافه بالزنى ويجوز له الرجوع عن الزنى فقط .

قوله: (ثم ارتد)^(٢) . لأنه حال الحد غير محتوم فلا يحد لكافر .

قوله: (أو راجع الإسلام)^(٣) . لأنه قد سقط بالردة فلا يعود .

قوله: (حتى زنى)^(٤) . لأنه حال الحد غير عفيف فلا يحد له .

قوله: (ومن قذف ملاعنة)^(٤) . لأنها ليست بزانية .

قوله: (حُدّ)^(٤) . للابن من أبيه علاقتان: علاقة الأبوة وهي التي تنتفي باللعان ، وعلاقة البنوة ثابتة ولذلك لو استحلفه لحقه فإذا نفى عنه علاقة البنوة

(١) التهذيب (٤/ ٤٩٧) .

(٢) المصدر نفسه (٤/ ٤٩٨) .

(٣) في التهذيب «ولو رجع إلى الإسلام» (٤/ ٤٩٨) .

(٤) المصدر نفسه (٤/ ٤٩٨) .



حد ، وإن نفى عنه علاقة الأبوة بأن يقول للملاعن لأمه: لست أباه لم يحد لأنه صادق (٠) هو يقول لست أباه.

قوله: (أو بإجارة)^(١). أبو حنيفة لو استأجرها لزنى لم يحد لأنه نكاح بلفظ إجارة كنكاح المتعة ، فكان بشبهة ويلزم على هذا ألا حد على الطائفة بالزنى بالأجرة.



(١) التهذيب (٤/٤٩٨).

كتاب الأشربة

.....

لا خلاف في تحريم قليل الخمر وكثيرها ؛ أجمعت الأمة على ذلك .

والعلة عند أبي حنيفة الخمرية فما ليس بخمر لا يلحق إلا ما أسكر منه وما لم يسكر فحلال عنده وحمل الحديث «ما أسكر كثيره فقليله حرام»^(١) ، على أن المراد بقليل (.) لأنه أقرب مذكور ولم ير العلة الإسكار ؛ قال : لأنه لا يجوز تقدم المعلول على العلة ، والإسكار إنما يكون بعد الشرب ، وكذلك أجاز التفاضل في بيع الرطب بالرطب ، ولم يعمل بالحديث : «أَيَنْقُصُ الرُّطْبُ إِذَا جَفَّ»^(٢) ، لأن المعلول وهو التحريم يتقدم على العلة وهي النقص .

ومذهب مالك والشافعي : تعليل الحرمة بالسكر ؛ لأنها علة مطردة يدور التحريم معها ثبوتا ونفيا إذا تحللت الخمر أو تخمر العصير ، وهي متعدية ، فهي أولى من القاصرة وهي الخمرية ، وروى بعض العلماء أن علة التحريم النجاسة ، واعتل لذلك بأن قاس على ما يخرج من السبيلين فقال : مائعٌ عَرَضَ له التحريم بعد أن كان مباحا ، فأشبه البول والغائط ، فدخل في ذلك على التعليلين كل مسكر من نبيذ وغيره .

قوله : (فعليه الحد ثمانون)^(٣) . الأصل في ذلك قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه :

(١) الحديث بهذا اللفظ رواه أحمد في المسند ، مسند المكثرين ، مسند أنس بن مالك . ورواه البيهقي في السنن ، كتاب الأشربة والحد فيها ، باب ما أسكر كثيره فقليله حرام . والنسائي في السنن ، كتاب الأشربة ، تحريم كل شراب أسكر كثيره .

(٢) الحديث تقدم تخريجه في كتاب السلم الثالث .

(٣) التهذيب (٤٩٩/٤) .

«إِذَا شَرِبَ هَذِي وَإِذَا هَذِي افْتَرَى فَإِنَّ عَلَيْهِ حَدَّ الْمُفْتَرِي»^(١)، وأجمع على ذلك من حضر من الصحابة . وقيل في غير المذهب أربعون وبه أخذ الشافعي ورجحه فإن من قال بالثمانين قائل بالأربعين وليس كذلك لأن القائل بثمانين لا يقول بأربعين (.) الاقتصار .

قوله: (أن به رائحة سكر)^(٢) . هذا سدا للذريعة [لأنه]^(٣) يقول شاربها هذه رائحة من شيء آخر ولا حد في الرائحة عند الشافعي لأنه يحتمل أن تكون من غير مسكر فهو شبهة تسقط الحد .

قوله: (لأنه عنده خمر)^(٤) . قد جاء في الحديث «إِنَّ مِنَ الْعِنَبِ خَمْرًا، وَمِنَ الزَّبِيبِ خَمْرًا، وَمِنَ التَّمْرِ خَمْرًا»^(٥)، فإن صح هذا حرم ذلك كله بالنص وإلا فالخمر سميت بذلك لأنها تغطي العقل أو تخامره وتخالطه فكل ما وجد فيه ذلك خمر بالقياس في اللغة فعلى هذا يكون التحريم بالنص وإلا فبالقياس على الخمر بجامع الإسكار .

قوله: (ولا حد)^(٦) . أي إنما أنظر إلى كونه مسكرا أو غير مسكر ولا أنظر

(١) الحديث رواه مالك، عن ثور بن زيد الديلي؛ أن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل . فقال له علي بن أبي طالب: نرى أن نجلده ثمانين . فإنه إذا شرب سكر . وإذا سكر هذي . وإذا هذي افترى . أو كما قال: فجلد عمر في ثمانين . كتاب الأشربة ، الحد في الخمر . ورواه النسائي في السنن الكبرى ، كتاب الحد في الخمر ، إقامة الحد على من شرب الخمر على التأويل .

(٢) التهذيب (٤/٤٩٩) .

(٣) في المتن «لأن» ، وما أثبتته هو الصواب .

(٤) المصدر نفسه (٤/٤٩٩) .

(٥) الحديث رواه مالك في الموطأ ، كتاب الأشربة ، عن سالم بن عبد الله بن عمر ، عن أبيه ، عن رسول الله ﷺ ، أنه قال: «إِنَّ مِنَ الْعِنَبِ خَمْرًا، وَمِنَ الْعَسَلِ خَمْرًا، وَمِنَ الزَّبِيبِ خَمْرًا، وَمِنَ التَّمْرِ خَمْرًا، وَمِنَ الْحِنْطَةِ خَمْرًا، وَأَنَا أَنْهَى عَنْ كُلِّ مَسْكِرٍ» .

(٦) يريد قوله «ولا أحد» التهذيب (٤/٥٠٠) .

إلى الغليان لأنه قد يوجد السكر قبل غليان ذلك وكذلك لا حد في طبخه بل المتعين ما أسكر فقط .

قوله: (ولا يجعل دردي المسكر وعكره في شراب يضرى به)^(١) . أي يعجل ويقوى فعله وقد يبس هذا الدردى فيجري فيه الخلاف ؛ هل هو نجس نظراً إلى أنه عين ما كان نجساً ، أو لا نظراً [٢٥٦/ب] إلى أن سبب التنجيس وهو الإسكار قد زال وكذلك (.)^(٢) فيه القولان لأنه يتوقد من أجرام الدخان ثم يوقد تحته بالعذرة ، فيصير كرماد الميتة في القولين .

قوله: (ليعجله أو يشتد به)^(٣) . يعني رخص في شربه قبل أن يسكر ووجه النهي أنه قد يخفي فيه الإسكار .

قوله: (يجعلونه في العسل)^(٤) . أي مع الماء فيصير به مسكراً بعجلة (.)^(٥) العجين والدقيق في الإسراع مثله .

قوله: (ولا يعجبني)^(٥) . هذا للنهي عن الخليطين لأن البسر إذا أدنب فبعضه رطب وبعضه بسر فإذا نبذا معاً جاء عنهما الخليطان وإنما نهى عن ذلك ، لأنه عند اجتماع الجنسين يكون فعلهما أقوى وأسرع إسكاراً بخلاف الجنس الواحد .

قوله: (لم ينبغ أن يخلطاً عند الشرب)^(٦) . لأنه قد يسرع الإسكار ولا يدرى ولأنه إذا أضاف ماء أحدهما إلى ماء الثاني فهو في معنى الإسكار نبذهما أولاً معاً .

(١) التهذيب (٤/٥٠٠) .

(٢) غير واضحة في المتن .

(٣) التهذيب (٤/٥٠٠) .

(٤) غير واضحة في المتن لعلها «فلعل» .

(٥) المصدر نفسه (٤/٥٠٠) .

(٦) في التهذيب «عند الشراب» (٤/٥٠١) .



قوله: (لم يصلح أن يشتريهما)^(١). لأنهما خليطان.

قوله: (بالماء)^(٢). لأن الماء ليس بخليط منهي عنه إنما المراد ما ينبذ هنا مع الماء فيكون فيه نبذ وليس الخبز بخليط.

قوله: (مثل ما أعلمتك من الجذيدة)^(٢). فشرب هنا بالجديدة والعصيدة لأنها تجعل الشراب كالعجين والدقيق.

قوله: (لا ينتبذ في الدباء والمزفت)^(٢). هذا لأنه لا مسام لها يدخل منها الهواء فيسرع السكر إلى ذلك وقد نهى عن الخنثم؛ وهو الفخار (.) وعن النكير وهو من خشب بأصل النخلة لأنه لا مسام لها يسرع إلى ذلك الإسكار، وكذلك المزفت لأنه لا مسام له.

قوله: (فإن اجتراً فخللها)^(٣). لأنه كان ينبغي أن يريقها.

قوله: (إذا ملك)^(٣). بأن يكون له عبد يموت عنها أو موروث كافر أو يسلم هو عليها، أما لو تحللت وحدها فلا خلاف أنها تحل، وأما إذا خللها هو فقولان: الإباحة والكراهة.

قوله: (ما أرى أكله)^(٤). هذا يبنى على الخمر المخللة؛ هل تنجس بنجاسة ما جعل فيها أو لا تنجس لزوال علة النجاسة وهي السكر؟



(١) في التهذيب «لم يصلح أن يشربه» (٥٠٢/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥٠٢/٤).

(٣) المصدر نفسه (٥٠٣/٤).

(٤) المصدر نفسه (٥٠٤/٤).

كتاب الجنایات

—•••••—

قَوْلُهُ: (خير العافي)^(١). قد ثبت أن الرجل إذا صالح عن حظه في شيء بأمر ما فلا كلام لشريكه فكان ينبغي هنا ألا يرجع الشريك فيما أخذه الأول صلحا لكن عارضه أن الدم بينهما فصار كشريكين في دين واحد وأيضا فإن جنایة العبد في رقبته للحديث لا في ذمة السَّيِّد إذ لا ذمة له لكنه مخير في فدائه أو إسلامه فيؤدي اختصاص الأول بالعبد أن يسقط حق الثاني فلذلك رجع عليه وأبطل صلحه.

قَوْلُهُ: (وقد قال أيضا)^(١). وجهه أن الثاني يقول للأول: كان لي القصاص فأبطلت حقي بصلحك فارجع جبرا عليك في عين ما أخذته فيكون لي نصفه، وعلى الأول وهو المَذْهَب يقول له الأول: لم أسقط لك شيئا لأن القصاص لا يستقل به أحدهما بل هو لنا معا، ونحن لم نجتمع عليه فلا أجبر على أن يدخل معي فيما أخذت بل إن شاء السَّيِّد أرضاك من حقك وإلا بطل الصلح.

قَوْلُهُ: (وزاده عبدا آخر)^(١). هذا يبنى أيضا على ما تقدم من أنه أضر به في تفويت ماله من القصاص فدخل معه فيما وقع به الصلح أو لم يضر به، لأنه لم يكن له الاستقلال بذلك وإنما وجب له نصف العبد الجاني، لأن الجنایة في رقبته لا في ذمة السَّيِّد ولا العبد ويصح أن يأخذ أحدهما في حظه أكثر من الآخر.

قَوْلُهُ: (قتيلا خطأ)^(٢). أي ما فيه الدية وكذلك العمد الذي لا قصاص فيه مثل أن يكون القاتل عمدا مسلما والمقتول كافرا.

(١) التهذيب (٥٠٥/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥٠٦/٤).

قَوْلُهُ: (حلف عليه)^(١). [١/٢٥٧] إن كان معسرا فلا فائدة في تحليفه ؛ لأن العتق يبطل ، وإن كان موسرا فإن كانت قيمة العبد أكثر من الأرش لم يحلف أيضا لأنه يجب العتق ، ذلك أنه إذا بيع منه بقدر الأرش وعتق الباقي كان قد أعتق هذا الجزء منه فيكمل عليه الباقي فإن كانت قيمة مثل الأرش أو أقل حلف لينكل فيلزم العتق ، وأما لو كان القتل عمدا يجب فيه القصاص لم يصح البيع لأنه لا يدري المبتاع ما الذي يصير إليه لإمكان القود فيرجع بالثمن أو العفو فيكون له العبد .

قَوْلُهُ: (لو جرح الحرّ جرحا)^(١) . أي لا قصاص فيه لعدم التساوي أو لكونه خطأ .

قَوْلُهُ: (إن كان للعبد مال)^(١) . اعترض بأن ماله يتبعه إذا أسلم في الجنائية فيقول المجني عليه: هذا مالي مع العبد لكن وجه ذلك الجمع بين المصالح ؛ لأن المجني عليه إنما له بالجبر قدر الجنائية فلو أعطاه ذلك أجبر لزمه ، فكذلك أدى إلى أخذ مال العبد ، وقول الغير: إلا أن يشاء المبتاع ؛ ليس بخلاف .

قَوْلُهُ: (ويرجع على البائع بالأقل)^(١) . فإن كان الثمن هو الأقل فهو الذي أخذ منه ، وإن كان الأرش فهو الذي لزم المبتاع حيفا .

قَوْلُهُ: (هذا في العمد)^(٢) . لأنه عيب وليس هذا خلافا ، وأما في الخطأ فليس بعيب إلا أن يتنكر منه فيكون هازلا أو مغفلا وذلك عيب .

قَوْلُهُ: (لم يصدق)^(٢) . لأنه أولا أطلق العفو ولم يقل على كذا فلزمه بلا عوض .

قَوْلُهُ: (إلا أن يأتي بدليل)^(٢) . مثل أن يقول له أولا خذ نصف العبد فيمتنع ،

(١) التهذيب (٤/٥٠٦) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٠٧) .



ثم يقول عفوت عنه ويدعي أنه على نصفه .

قوله: (وإسلام نصفه إلى الآخر)^(١). لأن الجنایة وإن كانت في الرقبة فللسيد أن يسلمه أو ما شاء منها وإن نقدها .

قوله: (قتله عمدا)^(١). أي قتله العبد عمدا ، فلأولياء المقتول القود وإن شأوا أخذوا الدية ، ولو كان القاتل حرا فليس لهم إلا القود على المذهب وإن اختاروا الدية .

والفرق أن للحد عوضا صحيحا في القود ، لأنه يقول: اترك مالي لورثتي ، ولأنه يرجوا بذلك حط جريمة القتل عنه ، والعبد ليس له في نفسه اختيار بل الأمر إلى سيده .

وقال أشهب: للأولياء الخيار بين القود والدية في الحر أيضا ؛ فإذا عفى المقتول عمداً عن الحد صح ذلك وإن أبى الورثة ، لأنه ليس (.) ، بخلاف قتل الخطأ فلا يجوز عفوهم إلا فيما يحمل الثلث ، لأن الحق قد انتقل إلى ورثته ، وجعل ابن القاسم العبد في ذلك كالحر ، ولم يجعله مالا إذ قد اختار الميت القود وأسقطه وهو حقه ، ولو اختار الورثة القود { لم يكن } لهم ذلك مع وجوده .

قوله: (فكانت قيمته)^(١). يريد أن الذي يملك المجني عليه منه الرقبة في الخطأ ، وللسيد افتداؤها فجعل في الثلث قيمتها لا غير .

قوله: (الأقل من القيمة أو الدية)^(١). لأن ذلك هو المحقق فإن كانت القيمة أقل مال ليس يلزمه إلا القيمة وإن كانت الدية أقل قال ليس لكم إلا ذلك .

قوله: (إلا أن يضمن)^(٢). لأن الحق قد تعلق به قيمة العبد فلا يجوز له

(١) التهذيب (٤/٥٠٧) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٠٨) .

التصرف فيه بوجه إلا أن يضمن الجنایة { في ذمته وهو ثقة فإن باعه يوقف تمام البيع على دفعه الجنایة } وإلا نقض البيع .

قوله: (ولكن تسلم بما لها)^(١). لأنه صفة من صفاتها ، بخلاف الولد لأنه إذا انفصل قبل يوم الحكم صار عمداً آخر منفصلاً ، وقد قيل : لا نسلم بما لها بناء على : هل أخذها في الجنایة على غير عوض فيكون كالعق أو بعوض فيكون كالبيع أو نظراً إلى أن الجنایة عوض أشبهت البيع ؟ وإن نظر إلى أنه لم يدفع إلى المالك بشيء فكالعق .

قوله: (فابتاعه [ب/٢٥٧] رجل من العدو)^(١). أو خرج في سهم رجل من العسكر أو فداه ممن خرج في سهمه من المغنم ، فإن فدى سيده منه كان للمجني عليه أخذه ولسيده الخيار في فكه بالجنایة وإسلامه ، وإن لم يفده سيده أولاً لم يأخذه المجني عليه إلا بعد دفع ثمنه لمن فداه من العدو ، وتسقط الجنایة عنه ، وإنما قدم على المجني عليه لأن ملكه حادث ولا يكون المجني عليه أقوى من سيده الأصلي ، فإن فداه المجني عليه سقطت الجنایة عنه لأنه صار ملكاً له ، وقال سحنون: على سيده الأكثر من الجنایة أو الثمن الذي فدى به فإن كانت الجنایة أكثر من الثمن { لم يخسر } الذي فداه من العدو شيئاً بل يدفع له ثمنه وكانت مصيبة نزلت بالمجني عليه ، وإن كانت الجنایة أقل دفع للذي فداه ثمنه والفاضل للمجني عليه .

قوله: (وأما الدين فباق في ذمته)^(١). إلى أن يعتق أو يطرأ مال يختص به من هبة ونحوها فيأخذه الغرماء .

قوله: (فتحاصوا فيه)^(٢). ولو كثرت الجنایات جداً .

(١) التهذيب (٤/٥٠٨) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٠٩) .



قَوْلُهُ: (فعليه أن يفديه ثانية)^(١). وكذلك كلما تكررت الجنایة منه .

قَوْلُهُ: (لم يكن كالحرّ)^(١). يعني أن الباقي إنما يعتق بالحكم لا بالسراية فلا يكون كالحد فتكون الجنایة كلها في ذمته ، كما يلزم إذا فرعنا على القول الشاذ من أن الباقي يعتق بالسراية .

قَوْلُهُ: (إذ لو مات السيّد)^(١). يعني أنه لا يكون العتق في الباقي إلا بالحكم في هذه الصورة الأخرى .

قَوْلُهُ: (الأقل من نصف قيمته أو من نصف الأرش)^(١). لا يجوز هنا أن يسلم نصفه بل القيمة تقوم مقامه وذلك لمكان التقويم (.) ولو لم يكن له إلا هذا العبد فإنه يسلم النصف الباقي ويبطل التقويم .

قَوْلُهُ: (لأنه لو أسلمه لقومته عليه أيضا)^(٢). أي لا ينفعه إسلامه بل لابد من تقويم الباقي عليه وعتقه .

قَوْلُهُ: (على كل حال). أي عتق نصف الباقي أولاً .

قَوْلُهُ: (وخير الورثة). أي يقومون مقام الموروث في إسلام النصف أو فدائه لا في العتق لأنهم لم يعتقوا من العبد شيئاً .

قَوْلُهُ: (وخير الورثة). أي يقومون مقام الموروث في إسلام النصف أو فدائه لا في العتق لأنهم لم يعتقوا من العبد شيئاً .

قَوْلُهُ: (خير المتمسك). أي لابد من التقويم على المعتق فداه المتمسك أو أسلمه .

(١) التهذيب (٥٠٩/٤).

(٢) من هذا إلى قوله: (لا تحمل عن عبد) كله من التهذيب (٥٠٩/٤).

قَوْلُهُ: (لا العاقلة). لأن العبد لا عاقلة له لأن العاقلة إنما تكون حيث يتصور أن يكون المحمول عنه من العاقلة أيضا لمن تحمل عنه والعبد لا يملك فلا يحمل ولا يحمل عنه.

قَوْلُهُ: (وإن جاوزت ثلث الدية). لأن العاقلة إنما تحمل الثلث فما دون.

قَوْلُهُ: (لا تحمل عن عبد). أي لا عاقلة له.

قَوْلُهُ: (ثم وهب المتمسك نصيبه صح ذلك)^(١). لأنه تجوز هبة المجهول والغرر ولا يجوز في البيع، وهذا لا يدري هذا النصيب هل يكون له بكون الشريك معسرا فلا يقوم عليه أو لا يكون له إلا القيمة وهي مجهولة؟

قَوْلُهُ: (فللسيد أو عليه بقدر ملكه منه)^(٢). هذا المذهب قياسا على خدمته ونفقته، ووجهه أن ذلك كله للسيد لا عليه بالقياس، على أنه لو قتل فلا خلاف أن ديته للسيد، وقيل: يكون ذلك للعبد أي يبقى بيده كمال بين شريكين، وهذا الخلاف في الجناية عليه أما إذا جنى هو فبينه وبين السيد بلا خلاف.

قَوْلُهُ: (وإلا فأعتقوا منه الثلث)^(٢). هذا من خلع الثلث لأنه لو علم الميت أنهم لا يجيزون وصيته أعتق منه الثلث بتلا، أي بلا خدمة بل يخرج الساعة حرا.

قَوْلُهُ: (خدمهم تمام الشهر)^(٢). أي فيتوقف العتق على الخدمة.

قَوْلُهُ: (افتدوا خدمته)^(٢). أي بجميع الجناية فإن افتدوها خدمهم المدة ثم عتق ولم يتبع بشيء، وإن أسلموها خدام المجني عليه ثم إن كانت خدمته تساوي الجناية [١/٢٥٨] عتق ولم يتبع وإلا اتبع بالفاضل، وقيل: لا يتبع لأن الجناية لم

(١) في التهذيب «جاز ذلك» (٤/٥٠٩ - ٥١٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥١٠).



تتعلق برقبته ولا بذمته ، لأنه في حكم العبد بل بالخدمة لأنه لم يبق فيه مملوكا إلا الخدمة فإذا تمت الخدمة سقط ما بقي منها .

قوله : (فيكونوا قد اختاروا إجازة الوصية)^(١) . لأنهم التزموا عتقه .

قوله : (بتلا)^(٢) . أي وتسقط الخدمة .

قوله : (فإن فداه كان على الوصية) . إلى آخره ؛ أطلق القول فيها ، وقيل : إنما يحمل على الصحة ، أما إن كان في المرض فإن كانت قيمة العبد مثل الجناية كان الأمر كما تقدم ، وإن كانت القيمة أكثر فدفعه إليهم في الجناية فوقف جواز ما زاد على الجناية على ثلثه وكان وصية منه لهم لا (.) بالزائد ، وإن كان قدر الجناية أكثر ففداه منهم كان أيضا ما زاد على القيمة في (.) إن حمله صح وإلا رد ، وقال غيره : إن فداه السيد سقط حكم الوصية لأن هذا كملك ثان .

قوله : (فالعبد رهن بالجناية) . لأنها تعلقت برقبته .

قوله : (له مال مأمون) . المذهب أن المال المأمون الدور والأرضون وفي الدور قول ثان أنها ليست مأمونة بخلاف الأرض ولنا قول ثان أنه لا مال مأمون البتة لاحتمال ذهابه .

قوله : (فكان كالمدير) . إلا أنه لا خلاف أن للسيد في المدير الخدمة وفي خدمة الموصى بعتقه مبتلا قولان ؛ هل هي للسيد كالمدير أو هو للعبد نفسه لأنه أقوى إذ لو صح السيد خرج حرا ؟

قوله : (لأنه في حدوده وحرمة كالعبد) . فتعلق الجناية بالرقبة كالعق سواء .

(١) في التهذيب « فيكونوا قد أجازوا الوصية » (٥١١/٤) .

(٢) من هذا إلى قوله : (فيكون في جنائته) كله من التهذيب (٥١١/٤) .

قَوْلُهُ: (فيكون في جنائته). والجنّاية عليه كالحد إلا على ألا مال مأمون
فيكون كالمدير.

قَوْلُهُ: (حتى يحمل هو عاقلتها)^(١). أي حتى يكون أهلاً لأن يكون من العاقلة.
قَوْلُهُ: (أنه الدور)^(٢). هذا المذهب.

قَوْلُهُ: (لم يقل لسيده أسلمه أو افده)^(٣). لأنه لا يجوز له إسلامه لما فيه
من شائبة العتق.

قَوْلُهُ: (كما يخير في المدير)^(٤). والتخير إنما هو في خدمته فيخدم المجني
عليه بقدر الجنّاية فإن مات سيده قبل ذلك فإن حمله الثلث كان باقي الجنّاية في
ذمته وإن لم يحمله اتبع ما أعتق منه بما يقابله من باقي الجنّاية وخير الورثة في
إسلام ما رق منه فيما يقابله من الجنّاية أو افتكاكه.

قَوْلُهُ: (لأن هذا لا خدمة له)^(٥). هذا على أن خدمته له، وعلى القول الثاني
يكون كالمدير سواء وإلى هذا القول أشار بقوله: «بعد أن قال غيره»^(٦).

قَوْلُهُ: (فأصلحه على هذا)^(٧). ولا يبطل العمل بالقول الآخر.

قَوْلُهُ: (أوقف معه ماله)^(٨). لأنه على تقدير أن يحمله الثلث يكون ماله له،
وعلى تقدير ألا يحمله يبقى ماله بيده كمال بين شريكين.

قَوْلُهُ: (وليس للورثة إن افتكوا ما رق منه أن يأخذوا ماله)^(٩). لأن الجنّاية

(١) يريد قَوْلُهُ «والعاقلة لا تحمل جريرته حتى يحمل هو معها» التهذيب (٥١٢/٤).

(٢) التهذيب (٥١٢/٤).

(٣) المصدر نفسه (٥١٣/٤).

(٤) المصدر نفسه (٥١٣/٤).



لم تتعلق برقبته ، بخلاف الذي يجني وهو رق ثم يعتق بعد ذلك فإن ماله يدفع في الجنایة جمعا بين المصالح ؛ لأن الجنایة تعلق برقبته .

قوله : (ولم يكن للذي له بقية الرق أن يأخذ من ماله شيئا)^(١) . أي على وجه الجبر لكن إن اجتمعا على القسمة صح ، قوله : لأنه إن كانت هبة لم تحقق أنها هبة ؛ لأنه في بعض الصور قد يبقى باقي المال يتصرف فيه العبد فقد وهب شريكه بعض منافع العبد ، ولذلك قال ابن المواز : إن هذا يكره لأنه يشبه سلفا جر نفعاً ، لأنه كأنه لم يوافق على أخذ حظه من المال إلا بأن وهبه الآخر منافع العبد في تنمية المال ، وقد يرجع ذلك المال الباقي لغيره يتصرف فيه فلا تكون هبة بل مقاسمة .

قوله : (فالثمن بينهما نصفين)^(٢) . معلوم أن [الثمن]^(٣) العبد يزيد بماله فإذا أخذ نصف [٢٥٨ / ب] الثمن فقد أخذ ما ليس له ، هذا يبنى على أصل وهو : هل الأتباع لها حظ من الثمن أو لا ؟ فصاحب (.) فرع على ألا حظ لها من الثمن ، وأما إذا فرعنا على القول الآخر فينظر قيمة العبد بلا مال وقيمه بالمال ، فما بينهما كان لصاحب المال (.)^(٤) العبد .

قوله : (كان كالموصى بعته بعينه)^(٥) . لأن المعين بالشراء كالمعين في ملك الموصى ، بخلاف غير المعين هذا يكون كالقن بتعلق الجنایة برقبته ، لأنه يصح لهم بعد الشراء أن يستبدلوه بغيره .

(١) التهذيب (٥١٣/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٥١٤/٤) .

(٣) لعل الصواب « ثمن » .

(٤) لعلها « فيرد » .

(٥) المصدر نفسه (٥١٤/٤) .



قَوْلُهُ: (خَيْرَ مَالِكٍ رَقَبَتُهُ) ^(١). إِنَّمَا بَدَأَ الْمَالِكُ ، وَصَاحِبُ الْخِدْمَةِ لَمْ يَمْلِكْ
مِنَ {الرَّقَبَةِ} شَيْئًا فَإِذَا أَسْلَمَهُ رَجَعَ الْحَقُّ لَصَاحِبِ الْخِدْمَةِ .

قَوْلُهُ: (وَالَا أَسْلَمَهُ لِلْمَخْدُمِ رَقَا) ^(٢). لِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ بِمَا افْتَكَّ بِهِ إِنْ أَبَى السَّيِّدُ
أَنْ يَدْفَعَ ذَلِكَ لَهُ .

قَوْلُهُ: (فَإِنْ صَاحِبُ الْخِدْمَةِ يَبْدَأُ) ^(٣). هَذَا عَلَى أَنْ الَّذِي أَوْصَى لَهُ بِالرَّقَبَةِ
لَمْ يَمْلِكْهُ بَعْدُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ مَعْلُوقٌ عَلَى تَمَامِ الْخِدْمَةِ وَالسَّيِّدُ الْأَوَّلُ لَمْ يَبْقَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ
وَإِنْ كَانَ عَلَى مِلْكِهِ ، وَقِيلَ: يَبْدَأُ صَاحِبُ الرَّقَبَةِ لِأَنَّهُ مَلِكُهَا مَسْلُوبَةُ الْمَنَافِعِ وَقِيلَ
بَلْ {يَبْدَأُ} السَّيِّدُ الْأَوَّلُ لِأَنَّهُ عَلَى مِلْكِهِ إِلَى تَمَامِ الْخِدْمَةِ وَقِيلَ تَقْسِمُ الْجِنَايَةِ بَيْنَ
صَاحِبِ الْخِدْمَةِ بِقَدْرِهَا وَبَيْنَ صَاحِبِ الرَّقَبَةِ الَّذِي يَرْجِعُ إِلَيْهِ بِحَبْسِهَا ، وَإِنْ مَاتَ
السَّيِّدُ الْأَوَّلُ فَوَرِثَتْهُ يَقُومُونَ مَقَامَهُ .

قَوْلُهُ: (وَلَا يَتَّبِعُهُ بِشَيْءٍ مِمَّا وَدَى) ^(٣). لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ {بَعْدُ} .

قَوْلُهُ: (وَسَقَطَتِ الْخِدْمَةُ) ^(٤). لِأَنَّهُ قَدْ رَضِيَ بِإِسْقَاطِهَا لَمَّا أَسْلَفَهُ .

قَوْلُهُ: (وَالثَّلَاثُ يَحْمِلُ الْمُوصِي بِذَلِكَ فِيهِ) ^(٤). أَيِ الْوَصِيَّتَيْنِ لِتَصَحَّاحِهَا ،
وَلَوْ لَمْ يَحْمِلِ الثَّلَاثُ ذَلِكَ خَلَصَ مِنْهُ بَعْضُهُ لَصَاحِبِ الرَّقَبَةِ ، وَكَانَ لَصَاحِبِ الْخِدْمَةِ
بِقَدْرِ مَا صَارَ لَصَاحِبِ الرَّقَبَةِ مِنَ الْمَدَّةِ ، ثُمَّ يُقَالُ لَهُ: اذْفَعْ مِنَ الْجِنَايَةِ بِقَدْرِ مَا لَكَ
مِنَ الْخِدْمَةِ أَوْ أَسْلَمَهُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ خِدْمَتَهُ خَيْرٌ صَاحِبِ الرَّقَبَةِ فِيمَا صَارَ لَهُ ، وَالْوَرِثَةُ
فِيمَا بَقِيَ لَهُمْ .

(١) التَّهْذِيبُ (٤/٥١٤) .

(٢) الْمَصْدَرُ نَفْسَهُ (٤/٥١٥) .

(٣) فِي التَّهْذِيبِ «مِمَّا أَدَّى» (٤/٥١٥) .

(٤) الْمَصْدَرُ نَفْسَهُ (٤/٥١٥) .

قوله: (حتى تعطيه ما افتكّه به)^(١). لأنه قد ملكه بذلك، إلا أن يدفع له صاحب الرقبة ذلك.

قوله: (وبطلت الخدمة)^(١). لأن صاحبها قد أسلمها.

قوله: (كان ما يجبُ في ذلك لمن له مَرَجُ الرّقبة)^(١). وقيل: للسيد الأول أو لورثته، بناءً على الخلاف المتقدم.

قوله: (فإما فدا الخدمة)^(٢). لأنه ليس له فيه إلا الخدمة.

قوله: (ولم يتبعه بشيء)^(٢). لأنه يرجع ملكاً له، حكمه القن إلى الأجل، وقد زالت من رقبته الجناية ولا هي في ذمته، ولو كان مدبراً فأسلم خدمته فالمذهب أنه إنما يُسلم من خدمته بقدر الجناية، فإن مات السيد قبل تمامها اتبع العبد أو ما يعتق منه لما بقي من الجناية.

وقيل: لا يتبع؛ لأن الجناية كانت في خدمته وبالعق بطلت الخدمة، ولكن يخير الورثة فيما بقي منه رقا أن يُسلموه في باقي الجناية أو يَفدّوه.

وقال أشهب: بل تسلم خدمته كلها إلى موت السيد أو يفديها، فإن أسلمها ثم مات السيد قبل تمامها وعق كله لم يتبع، وإن عتق بعضه كان باقيه رقا لأهل الجناية؛ لأنه لما أسلم الخدمة إليهم كان الأصل أن يسلم الرقبة لولا مانع التدبير وقد زال المانع فيملكونه.

قوله: (تخاصوا مع الأول)^(٣). وقيل: بل ينزل الأول منزلة سيده؛ لأنه لم

(١) التهذيب (٥١٥/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥١٦/٤).

(٣) في التهذيب «تخاص مع الأول» (٥١٦/٤).

يكن لسيده فيه إلا الخدمة كهذا المجني عليه أولا ، فيُخَيَّر: إمّا أن يفديه من المجني عليه ثانيا ، أو يسلمه .

قوله: (فإن تمّ قصاصُها)^(١) . يعني أن يدفع من الخدمة بحسابِ الجِنَايَةِ أَقْسُ لِمَا فِي {دفع} كلّها من الضرر على السَّيِّد ، وإنما صح ذلك على القول الآخر وإن كانت مجهولة ؛ لأنها ليست معاوضة صحيحة فجاز فيها الغرر .

قوله: (فالدَّيْن والجِنَايَةِ يَغْتَرِقَانِه)^(٢) . أي كانا مثل القيمة أو أقلّ فصاحب الجِنَايَةِ [١/٢٥٩] أحقّ بالرقبة ومقدّم على الدين ، فإن قال صاحب الدَّيْن: لولا الدين كانت الجِنَايَةِ في الخدمة لا في الرقبة لأنه الذي يُبْطِل التدبير ، فنحن أحق من الرقبة بقدر دَيْننا ، قال صاحب الجِنَايَةِ: هذا لا يُفِيدكم لأنّكم وإن ملكتم نفعه فالمجنيُّ عليه مقدّم على المَالِك {الأصليّ} ، فهذه الصورة لا يُباع من المدبر فيها شيءٌ ، بخلاف أن يكون الدَّيْن والجِنَايَةِ دونَ القيمة فهنا يباع منه أوّلاً للجناية ، ثم للدَّيْن لِيُعْتَق ثلث الباقي .

قوله: (إلا أن يزيدوا على قيمة الجِنَايَةِ) . أي يترجح جانبهم حينئذ بما يسقط عن الميت من الدَّيْن ، وفي رواية: إلا أن يفدّوه ولم يذكروا زيادة ، وقيل: ليس خلافا ، ولكنّ وجه الزيادة أنهم يملكون العبد بذلك ، فهنا باعوه بأكثر من الذي دفعوا كان لهم الزيادة ولم يحاسبوه به من باقي الدين ، وإذا أفدّوه بلا زيادة فلم يملكوه فمتى باعوه بزيادة كانت تلك الزيادة للميت فَتَسْقُط عنه من دينه .

قوله: (فغرماؤه أحقّ بماله) . لأنّ حقوقهم في ذمته وفي ماله ، وحقّ الجِنَايَةِ في رقبته فمتعلّق الحقين مختلفٌ .

(١) التهذيب (٤/٥١٦) .

(٢) هذا إلى قوله: (فليبع في دَيْن سيّده) كله من التهذيب (٤/٥١٧) .

قَوْلُهُ: (كان دينه أولى بماله). أي الذي يطراً له، أي هو في ذمته لأنه إذا كان عليه دين فلا مال له.

قَوْلُهُ: (فليبع في دين سيده). لأنه في رقبته، ودين العبد في ذمته.

قَوْلُهُ: (أن يؤاجروا المدبر)^(١). لأن السيد ليس له موجود إلا خدمته.

قَوْلُهُ: (فلا شيء عليه)^(١). مثل أن يئلف له حيوان أو يخرج سيده أو يقتله خطأ فالعبد القن لا شيء عليه اتفاقاً؛ لأن ماله جني على ماله أو بنفسه، وفي العمد يقتصر منه، وفي المدبر قولان:

المذهب أنه يتعد سيده بذلك، وله فائدتان؛ إحداهما: أنه إن جنى جناية أخرى تحاصاً معاً فيه، والثانية: أنه إن مات السيد وخرج حراً أو بعضه اتبع بباقي الجناية. وقيل: لا يتبع بشيء كالقن، وهو قوله: «لأن له حُكْم رَقَبَتِهِ»^(٢)، كما قيل: «عبدكم جنى عليكم».

قَوْلُهُ: (اتبع بحصة ما عتق منه من بقيتها وسقط ما بقي)^(٣). لأن ما يقابله صار رقاً، إلا أنه كلما دفع لهم شيئاً من الجناية كان ذلك مالا للميت فيلزم أن يعتق مما بقي منه رقاً بقدر ثلث ذلك، وهكذا أبداً إلى أن تتم الجناية.

قَوْلُهُ: (وإذا لو فداه من أجنبي)^(٣). فرق بين السيد والأجنبي فقال: إن الأجنبي هو الذي يتبعه لا السيد، وكما لا يتبعه السيد بما يفديه من الجناية فكذلك لا يتبع هنا.

(١) التهذيب (٤/٥١٨).

(٢) الذي في التهذيب قوله «إذ له عظم رقبته» (٤/٥١٨).

(٣) التهذيب (٤/٥١٨).

قَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ يَفْتَدِيَهَا السَّيِّدُ بِجَمِيعِ الدِّيَةِ)^(١). أَيِ الْمَقْدَمِ رَقْبَتِهِ وَإِنْ كَانَتْ دُونَ الدِّيَةِ بِكَثِيرٍ فَإِنْ أَبَى مِنْ إِسْلَامِهِ فَلَا بَدَّ مِنْ كُلِّ الدِّيَةِ.

قَوْلُهُ: (وَلَيْسَ لَهُمُ الْعَفْوُ عَلَى رَقِهِ)^(٢). لِأَنَّ إِبْطَالَ التَّدْبِيرِ بَاطِلٌ لَا يَجُوزُ.
قَوْلُهُ: (وَالَا حَلْفٍ)^(٣). إِنْ كَانَ مَعْسُراً فَلَا فَائِدَةَ فِي يَمِينِهِ بَلْ يَبْطُلُ الْعَتَقُ، لَكِنْ إِنْ طَرَأَ لَهُ مَالٌ فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ.

وَنَظِيرُهُ: لَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ طَلَاقًا، فَقَالَتْ: ثَلَاثَةٌ، وَقَالَ: بَلْ وَاحِدَةٌ، فَلَا يَحْلِفُ الْآنَ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ إِنْ تَبَيَّنَ فَالْوَحْدَةُ كَالثَلَاثِ، فَإِنْ أَرَادَ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَرُدَّهَا فَيَحْلِفُ أَنَّهُ مَا مَلَكَهَا إِلَّا وَاحِدَةً.

قَوْلُهُ: (بَيْنَ أَنْ يَسْلَمَهُ أَوْ يَفْدِيَهُ مَدْبِرًا)^(٤). هَذَا عَلَى التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ، وَالتَّقْدِيرِ بَيْنَ أَنْ يَسْلَمَهُ مَدْبِرًا، أَيْ لَا يَبْطُلُ التَّدْبِيرُ بَلِ الْجِنَايَةُ فِي الْخِدْمَةِ لَا فِي رَقْبَتِهِ.
قَوْلُهُ: (وَرَقٌ بَاقِيهِ لِلْمَجْرُوحِ)^(٥). لَا خِلَافَ فِي هَذِهِ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ وَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ السَّيِّدَ قَدْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ ثُمَّ أَسْلَمَ فَلَمْ يَبْقَ لَهُ شَيْءٌ فِيهِ فَلَا مَقَالَ لَوَرِثَتِهِ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُ الْمَجْرُوحُ لَا الْوَرِثَةُ مَا بَقِيَ مِنْهُ [ب/٢٥٩] رَقًّا.

قَوْلُهُ: (وَاتَّبَعَ بَثْلُ مَا فِي الْأَرْضِ)^(٦). أَيِ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْإِتِّبَاعِ لِمَنْ أَعْتَقَ.
قَوْلُهُ: (إِنْ كَانَ قِيمَةُ ذَلِكَ مِثْلَ مَا قَابَلَهُ)^(٦). يَعْنِي أَوْ أَقَلَّ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ

(١) فِي التَّهْذِيبِ «إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهَا» (٥١٩/٥)

(٢) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٥١٩/٤).

(٣) فِي التَّهْذِيبِ «يَفْتَدِيهِ» (٥١٩/٤).

(٤) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٥١٩/٤).

(٥) فِي التَّهْذِيبِ «وَاتَّبَعَ بَثْلُ بَقِيَةِ الْأَرْضِ» (٥٢٠/٤).

(٦) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٥٢٠/٤).

أكثر فيعتق الزائد .

قوله: (ولم يلحقه دين)^(١) . لأنه إنشاء بعد العتق مع بقاء ذمة السيد .

قوله: (لم ينظر إلى ذلك)^(١) . لأنه أيضاً دين حدث بعد العتق ، وقال أشهب: ينظر إلى الدين لأن هذا عتق يخرج من الثلث ، فوجب أن يرده الدين كالمدبر .

قوله: (إن كان له معين)^(١) . أي أجنبي وإلا رق ثلثاه لأهل الجناية ، لما تقدم من أنه لم يبق للسيد فيه شيء .

قوله: (قبل العتق)^(١) . هذا بين لأن الدين قبل العتق يرده .

قوله: (فرضي شريكه)^(٢) . فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أنهما يتقوماه ، فإن حصل لمن دبر كان كله مدبراً ، وإن حصل للآخر صار كله رقاً .

والثاني: يخير الشريك بين أن يقوم على شريكه نصيبه فيصير كله مدبراً أو يتماسك ، وعلى هذا قوله: «فرضي» .

والثالث: يتماسك ولا يخير .

قوله: (وأتبعوه بما بقي لهم)^(٢) . على المذهب .

قوله: (فعقله لسيد)^(٢) . لأنه في أحكامه كالقن وليس كماله ، أي لا يبقى بيده كماله .

قوله: (كمالها)^(٢) . أي يبقى بيدها لأنه منفعة لها لا جناية عليها .

(١) التهذيب (٤/٥٢٠) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٢١) .



قَوْلُهُ: (إِذْ بِهِ اسْتَحَلَّتْ) ^(١). أَيْ فَهُوَ كَمَا يُوْهَبُ لَهَا.

قَوْلُهُ: (خَيْرٌ بَيْنَ إِسْلَامِهِ عَبْدًا) ^(١). لِأَنَّا لَا نَحْكُمُ عَلَى الذَّمِّيِّ فِي ذَلِكَ، وَلَا يَتَعَرَّضُ لَهُمْ، فَلَوْ بَاعَهُ صَحَّ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَسْلَمَ رَقَبَتَهُ أَوْ خِدْمَتَهُ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَسْلَمَ مَدْبَرَهُ) ^(٢). فِيهَا ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: يَعْتَقُ عَلَيْهِ وَلَا يَبْقَى الْمُسْلِمُ عَلَى مِلْكِ الْكَافِرِ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، لِأَنَّهُ مَنَعْنَا تَدْبِيرَهُ مِنْ بَيْعِهِ فَعُومِلَ بِنَقِيضِ مَقْصُودِهِ.

الثَّانِي: أَنِ يَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ، وَلَكِنْ يُوَاجِرُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ فِيهِ إِلَّا الْخِدْمَةُ. وَقِيلَ: يَبَاعُ عَلَيْهِ وَيَبْطُلُ تَدْبِيرُهُ.

قَوْلُهُ: (وَصَارَ حَكْمًا بَيْنَ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ) ^(٣). فَيَجِبُ عَلَيْنَا الْحُكْمُ بِالتَّدْبِيرِ كَالْمُسْلِمِ يَدْبُرُ عَبْدَهُ.

قَوْلُهُ: (ثُمَّ حَنْتَ لَمْ يَعْتَقُوا عَلَيْهِ) ^(٤). هَذَا عَلَى أَنَّهُمْ غَيْرُ مُخَاطَبِينَ بِالْفُرُوعِ.

قَوْلُهُ: (كَانَ عَقْلُهُ لِسَيِّدِهِ الذَّمِّيِّ) ^(٥). لِأَنَّهُ لَا يَخْرُجُ عَنْ مِلْكِهِ بِنَفْسِ الْإِسْلَامِ حَتَّى يَبَاعَ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ عَبْدُ الْقَنْ لَوْ أَسْلَمَ وَقُتِلَ قَبْلَ بَيْعِهِ كَانَ عَقْلُهُ لَهُ.

قَوْلُهُ: (أَحْسَنُ مَا سَمِعْنَا) ^(٦). أَشَارَ إِلَى الْخِلَافِ؛ فَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْقِيَمَةَ تَعْتَبَرُ يَوْمَ الْحُكْمِ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ وَجَبَ عَلَيْهِ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ.

(١) التَّهْذِيبُ (٥٢١/٤).

(٢) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٥٢٢/٤).

(٣) فِي التَّهْذِيبِ «بَيْنَ مُسْلِمٍ وَذَمِّيٍّ» (٥٢٢/٤).

(٤) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٥٢٢/٤).

(٥) فِي التَّهْذِيبِ «كَانَ عَقْلُهُ لِسَيِّدِهِ» (٥٢٢/٤).

(٦) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٥٢٢/٤).

وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أَنَّهَا يَوْمَ الْجِنَايَةِ ، لِأَنَّهُ يَوْمُ التَّعْدِي .

وثمرَةُ الخلاف: أَنَّهُ عَلَى الْأَوَّلِ إِنْ مَاتَ قَبْلَ الْحُكْمِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، وَعَلَى الثَّانِي يُلْزَمُهُ مُطْلَقاً ، وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ الْجَهْمِ: إِنَّهَا كَالْمَدْبَرِّ لَهُ فِيهَا الْإِسْتِخْدَامُ فَجِنَايَتُهَا فِي خِدْمَتِهَا ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ .

قَوْلُهُ: (وَعَلَى السَّيِّدِ فِيهِ الْأَقْلُ) ^(١) . فَإِنْ كَانَ الْأَرُشُ فَهُوَ الَّذِي بِهِ وَقَعَ التَّعْدِي وَإِنْ كَانَتِ الْقِيَمَةُ فَلَأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ قَنًا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ إِلَّا رَقَبَتُهَا ، وَالْقِيَمَةُ تَقُومُ مَقَامَهَا .
قَوْلُهُ: (يَحَاصُّ بِذَلِكَ أَهْلَ جِنَايَتِهَا غَرَمَاءَ سَيِّدِهَا) ^(٢) . لِأَنَّهَا لَمْ تَتَعَلَّقْ الْجِنَايَةُ بِرَقَبَتِهَا وَلَا بِخِدْمَتِهَا ، بَلْ تَعَلَّقَتْ بِذِمَّةِ سَيِّدِهَا .

قَوْلُهُ: (بَغِيرَ مَالِهَا وَقِيلَ: بِمَالِهَا) ^(٣) . قَدْ تَقَدَّمَ تَوْجِيهُ الْقَوْلَيْنِ فِي الْقَنْ ، وَأَمَّا وَلَدُهَا فَإِنْ كَانَ مِنَ السَّيِّدِ فَهُوَ حُرٌّ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِهِ فَلَيْسَ هُوَ الْجَانِي .

قَوْلُهُ: (فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ) ^(٤) . وَإِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ أَوْعَافَ قِيَمَتِهِ .

قَوْلُهُ: (وَلَا يَخِيرُ سَيِّدُهُ) ^(٤) . أَيِ فِي إِسْلَامِهِ رِقًّا ، لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَبْطُلُ .

قَوْلُهُ: (وَلَا مِنْ أَسْلَمَ إِلَيْهِ) ^(٤) . يُشِيرُ إِلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ فِي الْمَدْبَرِ إِذَا أَسْلَمَ خِدْمَتَهُ إِلَى الْمُجْنِيِّ عَلَيْهِ ، ثُمَّ جُنِيَ عَلَى أَحَدٍ فَإِنَّهُ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ لِيَسْلَمَ لَهُ خِدْمَتُهُ ، أَوْ أَسْلَمَهُ فَتَبْطُلَ خِدْمَتُهُ إِيَّاهُ ، وَلَا يَجْزِي ذَلِكَ فِي أُمِّ الْوَلَدِ لِأَنَّهَا لَا تَسْتَعْدَمُ .

(١) فِي التَّهْذِيبِ «فِيهِ الْأَقْلُ» (٤/٥٢٢) .

(٢) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٤/٥٢٢) .

(٣) يُرِيدُ قَوْلَهُ «وَتَقُومُ أَمَةً بِمَالِهَا ، وَقِيلَ تَقُومُ بِمَالِهَا» (٤/٥٢٣) .

(٤) التَّهْذِيبُ (٤/٥٢٣) .



قَوْلُهُ: (بخلاف العبد)^(١). لأنه لا يتجه فيه ذلك ، لأنه [١/٢٦٠] إذا أسلم إلى المجني عليه صار رقاً له ، فلو جنى ثانياً خيراً بين إسلامه وافتكاكه كسيده الأصلي.

قَوْلُهُ: (مع الأرض)^(١). لأن قيمتها معينة تنقص عما يجب لك من قيمتها سليمة ، فعليه الأقل من الأرض ومن قيمتها معيبة مع الأرض.

قَوْلُهُ: (فإن كان فيه وفاء)^(١). بالجناية أو كان أكثر منها فلا خيار للسيد ، لأنه لا حاجة إلى تقويم ما يصح بيعه (.) كالقن.

قَوْلُهُ: (لم يلزم السيد ذلك)^(٢). هذا بناءً على المذهب من أنه لا يجب في العمد إلا القود ، فإن { طلب } أولياء الدم الدية وأباها القاتل لم يلزمه ذلك ، وأم الولد كالحر لأن جنائتها تعلقت بذمة سيدها فكأنه الجاني ، فإن أراد إسلامها للقود لزم ذلك.

قَوْلُهُ: (فلهم القتل)^(٢). لأنهم إنما عفو على شرط الدية ولم تؤخذ ، وعلى قول أشهب في الحر أن أولياء الدم مخيرون بين الدية والقود فلزم السيد القيمة لأنها كالحر ، واتفقنا في العبد أن الخيار للأولياء في القود أو الدية لأنه مال.

قَوْلُهُ: (ولها حكم العبد)^(٢). هذا قول ثالث في أم الولد أنها كالقن.

قَوْلُهُ: (فلا شيء على السيد)^(٢). لأنه إنما يجب عليه ذلك بالحكم.

قَوْلُهُ: (فلا شيء على أم الولد)^(٢). لأنه قد انتقلت الجناية إلى ذمة السيد ، وقد مات معسراً فلا شيء للمجني عليه إلا أن يظهر للميت مال.

(١) التهذيب (٤/٥٢٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٢٥).



قوله: (وهذا إذا قاموا على السيّد وهو حيّ)^(١). لأنه إنما يجب عليه ذلك بالحكم، وهذا تفسير لا خلاف، وعلى القول بوجوب ذلك عليه يوم الجنّاية يلزمه.

قوله: (وذلك عليها). لأنها قد صارت حرّة بموت السيّد فصَحَّ اتباعها.

قوله: (فعليه صداقها). أي ويحد لأنه تعدّى على حق الله فحدّ، وعلى حق آدمي فلزمه الصداق، بخلاف الطائعة بالزنى لا صداق لها لأنها أسقطت حقها، وقال أبو حنيفة: لا صداق للمفتضة كالطائعة؛ قال: ويدل على ذلك أنه لو وجب لها الصداق لتكرّر بتكرّر الزنى، قلنا: كذا كان القياس لولا الإجماع على سقوطه في التكرار.

قوله: (فلا شيء عليه إلا الحد). خلافا [للشافعي]^(٢) لأن البضع لا بد فيه من الصداق مطلقا.

ولنا أن الأمة مال وإن نقصها كان عليه النقص مع الحد، وعند الشافعي مع الصداق، وإن تطوعت الأمة بالزنى لزم الحد مع النقص أيضا.

وقال أشهب: لا يلزم النقص قياسا على طوع السفية.

ولنا أن السفية أسقطت حقها، والأمة أسقطت حق الغير.

قوله: (إلا في المكاتبه). لأنها أحرزت نفسها ومالها.

قوله: (ويقاصّها به في آخر نجوم كتابتها). لأنه قد يعجز فتبين {أن ذلك الأرض مالٌ للسيّد لا لها، فإذا كان آخر الأنجم تبين} أنه لها.

قوله: (فلا شيء عليها). كما قيل: «عبدكم جنى عليكم» يعني ما لا

(١) من هذا إلى قوله (وهو بخلاف أمه) كله من التهذيب (٤/٥٢٦).

(٢) في المتن «للشافعي»، والصواب ما أثبتته.

قصاص فيه .

قوله: (كالمدير). أي في خدمته ، فيدفع من خدمته للمجني عليه بقدر الجناية ، ويفتكه السيد ، وقيل: كل خدمته إلى الأجل ، فإن أعتق قبل تمام الجناية اتبع بالباقي على المذهب ، وقيل: لا يتبع لأنه صار حراً فلا حد عليه .

قوله: (أو يسلم خدمته). ليس للسيد في ولد أمّ ولده إلا الخدمة ، لأنه لما تعذر أن يكون له وطء الولد كما في الأم كانت فيه الخدمة ، فصار كالمدير في الجناية .

قوله: (وهو بخلاف أمه). لأنه لا خدمة عليها وجناتها في ذمة سيدها .

قوله: (فله أن يفديها بالأقل)^(١). أي من القيمة أو الجناية ، كان ينبغي أن يخير بين إسلامها وافتكاكها بالأرث ، لأنه لو باعها صح له ذلك .

قوله: (ويحلّ وطؤها لمن أسلمت إليه أو من ابتاعها)^(١). لأنه لا خدمة لهذه الشابة التي فيها .

قوله: (ففي ذمتها)^(٢). لأنه إذا كان ذلك في ذمة العبد القن ، فأحرى أمّ الولد ، [٢٦٠/ب] لأنها أقرب إلى الحرية ؛ إذ لا تبطل هذه الشابة إذا كانت صحيحة بدّين ولا غيره .

قوله: (لا قود بين الأرقاء والأحرار في الجراح)^(٢). لعدم التساوي ، ولأن التشفي لا يحصل بالعبد ، لكن يكون ذلك جنابة في رقبته فإما يسلمه سيده فيها أو يفتكه ، وقيل: إذا كان الجاني العبد اقتص منه لأنه إذا اقتص من الحرّ للحرّ

(١) التهذيب (٤/٥٢٧).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٢٧).

فأحرى في العبد .

قوله: (فلا يقتل حرٌّ بعبد)^(١) . خلافاً لأبي حنيفة ، ودليله التمسك بعموم: ﴿النَّفْسُ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] ، وافق على أنه لا يقتل به سيده ، فالآية مخصوصة بهذه الصورة ، ونحن نقيس عليها بجامع أنه دون القاتل في الرقبة .

قوله: (إلا في حرابة)^(١) . ليس هذا قصاصاً ، بل لو لم يقتل المحارب جاز قتله للإمام .

قوله: (إن شاء الولي)^(١) . يعني أن وليّ الدم هنا مخيرٌ بين القصاص والدية ، بخلاف الحرّ مع الحرّ . وقال أشهب: في الحر مع^(٢) كالعبد يقتل الحر يتخير ولي المقتول ، وخالف أصله فيما إذا عفى المقتول الحر عن قاتله الحرّ ، فقال يكون ذلك من رأس ماله ، كأنه يرجع إلى قول ابن القاسم .

قوله: (خير سيد العبد)^(٣) . أي لما استحياه الولي رجع الخيار إلى السيّد .

قوله: (ما بلغت)^(٤) . خلافاً لأبي حنيفة أن قيمته إذا بلغت دية الحد فلا بد أن ينقص منها ربع دينار حتى لا يسوّى بينهما ، ويروي في ذلك حديثاً عن ابن عباس^(٥) .

(١) التهذيب (٤/٥٢٧) .

(٢) كذا في المتن .

(٣) في التهذيب «خير سيده» (٤/٥٢٧) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٢٧) .

(٥) قال البدر العيني في البناية عند شرح قول المرغيناني (بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنه): قال المخرج هذا ضعيف ، وقال الاترازي روى القدوري في شرح مختصر الكرخي عن عبد الله بن مسعود أنه قال: في قيمة العبد لا يزداد على عشرة آلاف إلا عشرة ، وقال الأكمل وغيره: وقع في بعض النسخ «ابن عباس» ، وهو ما روي عنه لا يبلغ قيمة العبد دية الحر ، وينقص منه عشرة دراهم وهو الأصح =



قوله: (بعد برئه)^(١). أي لا ينظر في أرش الجراحات إلا بعد أخذ مالها مخافة أن يسري إلى النفس ، وفي الموضحة عشر الدية ، وفي المنقّلة عشر ونصف العُشر ، وفي الجائفة والمأمومة^(٢) ثلث الدية ، يؤخذ ذلك القدر من ثمن العبد .

قوله: (لا ينقص ثمنه إذا برئ)^(٣). يعني على غير شين ، أما إذا برئت على شين فهل يزداد على الأرش قدر ذلك أولاً ؟ قولان :

ف قيل : لا يزداد كالحرّ ، وقيل : يزداد لأن العبد مألّ .

قوله: (فإن لم يعلم بالجنّاية). هذا معذور فما فعل صحيح ، وقد تعلّقت الجنّاية بذمّته وثبت كونها أما ولد ، بخلاف إذا علم فقد التزم جميع الأرش بوطئه وإن كان أكثر من القيمة .

قوله: (أسلمت للمجني عليه). أي بعد الوضع ولا يتبع بالجنّاية ؛ لأنها قد استقرت في رقبتها .

قوله: (لا تسلم أمة بولدها). في الجنّاية ، فلذلك لم يكن عليه قيمة الولد .

= لموافقته لأكثر النسخ ، وقال الاترازي ذكر ابن عباس موضع ابن مسعود غير صحيح ، لأن مذهب ابن عباس مثل قول أبي يوسف . البناية شرح الهداية للبدر العيني الحنفي (٣٠٢/١٣) . ورواية ابن أبي شيبة في مصنفه ، في كتاب الديات ، من قال لا يبلغ له دية الحر ، عن إبراهيم والشعبي ، قالوا : «لا يبلغ بدية العبد دية الحر في الخطأ» ٢٧٢١٥ . وعبد الرزاق في المصنف عن ابن جريج عن عطاء . كتاب العقول ، باب دية المملوك .

(١) التهذيب (٥٢٧/٤) .

(٢) تقدم تعريف الموضحة في كتاب الصلح ، والمنقّلة: التي تنقلت عظامها ، والجائفة: التي تصيب الصفاق من الجوف ولو بمدخل إبرة ، والمأمومة: أو الآمة التي تصادف أم الرأس وتدخل في الدماغ أو تصل إليه ، ولو بمدخل إبرة . انظر شرح غريب ألفاظ المدونة (ص: ١١٣ - ١١٤) .

(٣) من هذا إلى قوله: (وقال غيره) كله من التهذيب (٥٢٨/٤) .



قوله: (لزمته لهم قيمتها). أي الأقل من قيمتها أو الدين ؛ لأنه إنما تعدى على قدر متعلق الدين ، وليس هو في رقبته كالجنایة ، فإن لم تفت قيمتها بالدين أخذ منه قيمة الولد ، لأن الدين متعلق بالأمة وولدها بخلاف الجنایة .

قوله: (بيعت لهم في دينهم). أي بعد الوضع ، واتبع بقيمة الولد إن لم تفت القيمة بالدين ، وعلى القول بأنه لا يؤخذ فيه الولد في الاستحقاق ، فذلك هنا .

قوله: (أتبع بقيمتها). أي وبقيمة الولد على المذهب ، ولم يتبع هنا لأنه لم يتعد ، وولده حر في الموضعين ، لأنه وطء بشبهة .

قوله: (وقال غيره). ليس بخلاف ، ومعناه أن السيد المديان يجوز له وطء أمته لأن الغرماء دخلوا على ذلك ، فإن استولدها كانت أم ولد ، ولم يجر بيعها وأتبع بالدين في ذمته .

قوله: (إذ لو باعها)^(١). أي لا يكون وطؤه إياها وحملها منه فوتاً ، بل يدفعها دون الولد للمجني عليه إن لم يكن له مال ، لأن الجنایة في رقبته قبل وطئه .

قوله: (لم يرد العتق)^(١). لأن الدين لم يتعلق برقبته ، بل بذمة الميت وصح العتق وإن كان الورثة معسرين ، لأن البيع صحيح بعدم العلم بالدين .

قوله: (بخير سيد المجروح)^(١). أي إذا كان العبد جانياً خيراً المجني عليه في جرحه أو قتله بين القود والدية بخلاف الحر الجاني .

[١/٢٦١] والمذهب أنه يتعين القود ، وعلى قول أشهب: هو كالعبد سواء ،

فيجبر ولي المقتول كذلك في الجرح سواء .

(١) التهذيب (٤/٥٢٩) .

قوله: (بطلت الجناية)^(١). لأنها تعلقت بالرقبة وقد عدمت.

قوله: (كانت رقبته وماله في جنايته)^(١). هذا في الخطأ لأنه مأل، أما في العمد فإذا مات سقط الطلب والتخير بين القود والدية في العبد إذا كان مع حياة القاتل، وكذلك في الحر على مذهب أشهب؛ إذا مات القاتل الحر لم يكن لولي المقتول دية.

قوله: (فأهل دينه أحق بماله)^(٢). لأنه متعلق الدين، ومتعلق الجناية الرقبة.

قوله: (أن يقتص من عبده لعبده)^(٣). هذا المذهب، وقيل: لا يجوز له ذلك لأن العبد مال كما لو (.) بهبة لم يجز له أن (.) بها.

قوله: (ولا يكون ذلك إلا عند السلطان)^(٣). لأنه يتهم السيد أن يقصد المثلة بعبده ويدعي ذلك عليه.

قوله: (حد الخمر والزنى)^(٣). لأنه لا مثلة في ذلك.

قوله: (إذا كان له بذلك بينة)^(٣). أي بأن دعواه حق.

قوله: (لم يصدق على الجرح)^(٣). إن كان في ذلك ثلث الدية فأكثر، وهو ما تغرم العاقلة، لم يكن فيه شيء، لأنه لم يثبت أنه حر والعاقلة إنما تحمل دية الحر لا البعد.

وإن كان دون الثلث فلا يكون للسيد؛ لأنه قد ادعى أنه حر ولم تثبت الحرية، فيكون للعبد بحساب ما نقص من قيمته عبداً سالماً، وإن كان قتله خطأ

(١) التهذيب (٤/٥٢٩).

(٢) في التهذيب «فأهل الدية أولى بماله» (٤/٥٢٩).

(٣) المصدر نفسه (٤/٥٣٠).

فعلى ما تقدم من التفصيل ، وإن كان عمدا فلا قصاص ، لكن يكون على القاتل القيمة تكون لورثة العبد الأحرار أو لسيده بالولاء .

وأما في القذف فلا شيء فيه لأنه لم تثبت حرية ، ولكن يُعزَّر القاذف لأنه آذى مُسْلِماً .

قوله : (كان له حكم الحر في ذلك أقر السيد أو جحد)^(١) . لأنه قد ثبت العتق بالبينة . ووجه المذهب في الفرق بين سيد العبد والأجنبي { أن السيد له شبهة في الملك ليست للأجنبي ، وأشهب سوى بين السيد والأجنبي { فجعل للعبد إذا ثبتت له الحرية والسيد جحد حكم الحر مطلقاً بينه وبين الأجانب ، وبينه وبين السيد .

ولنا قول ثالث : إن شهدت البينة فقالت : إنه قال له أنت حر ، فهو كالحر معه . وإن قالت : قال إن فعلت كذا فأنت حر ، فهو كالعبد معه ؛ لأنه في التعليق قد ينسى السيد ، ولا ينسى المجني .

قوله : (ففي رقبته للحررة صداق مثلها)^(٢) . لأنها جناية جناها ، أما إذا تطوعت الحررة له فليس عليه إلا الحد ، لأنها أسقطت حقها ، { وإن كانت أمة فعليه ما نقص ، وقال أشهب : ليس عليها ما نقص لأنها أسقطت حقها { كالسفيهة .

والفرق أن حق الأمة لغيرها ، قول ربيعة : هو لها ، يعني أن يساوي صداقها قيمتها ، وذلك ينفي العار عنها ، ولهذا قال فيما يكون قيمته أكثر من صداقها يباع بعرض أخرى يبقى إليها حتى يزول العار عنها ، وليس المذهب .

قوله : (فذلك في ذمته إن عتق)^(٢) . وإن لم يدلس البائع فلا يتبعه بشيء

(١) التهذيب (٤/٥٣١) .

(٢) في التهذيب «ففي رقبة العبد للحررة» (٤/٥٣٢) .

سواء رده بالعيب أو أمسكه .

قوله: (إما أسلمه البائع أو فداه)^(١) . وإن لم يدلس البائع بالعيب ، فيكون أرشُ الجنایة على المشتري لأنها طرأت وهو في ملكه ، فإن شاء افتك أو أسلمه ؛ فإن افتكه فإن شاء رده بالعيب القديم ولا يرجع بشيء مما أدى ، وإن شاء أمسكه ولا شيء له ، وإن قطع العبد في ذلك ، فلو دلس البائع رده عليه اقطع من غير أرش وأخر جميع الثمن ، وإن لم يدلس فلا يرد إلا بأرش النقص لأنه طرأ عنه كالعيوب الطارئة عنده ، والبائع معذور لأنه لم يعلم بذلك .

قوله: (لم يصدق)^(٢) . مخافة أن يدعي جنایة في رقبة حتى يُسلم سيده إلى غيره ويُخرجه عن ملكه .

قوله: (فإنه يصدق)^(٢) . لهذه القرينة الدالة على ذلك ، بل لو أنكر مع ذلك لم يلتفت إلى إنكاره .

قوله: (وقد ضمرت أصبعه)^(٢) . أي قصرت ورقت من العضد فهذه قرينة [٢٦١/ب] جعلها لوثة^(٣) فإن خلفوا كانت الأمة لهم إن لم يفتكها سيدها .

قوله: (فإنه يقبل إقراره فيه)^(٤) . لأنه لا يُتهم عاقل في إدخال ذلك على نفسه لقصد الفرار من سيده .

ولنا قول ثانٍ أنه لا يصدق لأن جميع أعضائه لسيده ، ليس له منها شيء فلا

(١) التهذيب (٤/٥٣٢) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٣٣) .

(٣) اللوث: هو أمانة يغلب معها على الظن صدق مدعي القتل كشهادة العدل الواحد على رؤية القتل . انظر عقد الجواهر لابن شاس . (٣/١٣١) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٣٣) .

يتصرف فيها .

قوله: (فإن عفا)^(١) . أي إذا أطلق العبد ثم ادّعى أنه إنما أراد بذلك أن يكون عبده ، فإن كان ممن يظن به أن إطلاق العفو يُسقط حقه لم يكن له ذلك ، ولا أن يرجع إلى القصاص ، وإلا كان له .

أما إذا قال: عفوت على أنه لي فلا إشكال في هذا .

قوله: (وأعفو عن قطع يده) . هذا لا يلتفت ، لأن ذلك حق الله وليس له إسقاطه ، وإنما حقه المال فقط .

قوله: (بقي على كتابته) . لا يجوز له أن يعجز نفسه وإن رضي السيد إن كان له مال ظاهر ، ولنا قولان في النفي والإثبات مطلقاً .

قوله: (وإلا عُجِّزَ) . فيصير رقاً ، ويخير السيد .

قوله: (أو يفديه بالأرث) . له حالان: إن فداه على ألا يتبعه به فذلك بين ، وإن كان على شرط اتباعه به فقولان ؛ أحدهما: يصح ، وهو بمنزلة كتابة ثانية ، والثاني: لا يجوز بل يعجّزه ويصير رقاً .

ووجه الخلاف مبني على الخلاف: هل يجوز للسيد أن يكره عبده على الكتابة أو لا ؟

قوله: (قبل القضاء عليه وبعده سواء) . أي أن الأرث واجب لا يحتاج إلى قضاء .

قوله: (بخلاف العاقلة) . أي ما تحمله العاقلة يُنجم عليها في ثلاث سنين ، ولكن لك هذا لأنه لو نجم عليه أدّى إلى أمرين محذورين: إما أن يتأخر حق

(١) هذا إلى قوله: (فلم يعجل له الأرث) كله من التهذيب (٤/ ٥٣٤) .

السَّيِّدُ عن الأرض فذلك إضرارٌ بالسَّيِّدِ ، أو يتأخَّرُ الأرضُ فيؤدي إلى أن يعتق قبله فسقط عنه لأنه إنما تعلَّقَ به حال عبودية .

قوله: (هل يبقى على كتابته). المذهب أنه على الكتابة ، والأرض الذي يتبعه به سيده صحَّ .

قوله: (فلم يعجل له الأرض). يريد أن السَّيِّدَ يأخذ منه الأرض بخلاف العبدِ القنِّ ؛ لأن المكاتب قد أحرز ماله ونفسه بالكتابة وصار كالأجنبيِّ .

قوله: (وللمكاتب دفع أم ولده في جنايته)^(١). أما إذا خاف العجز فيجوز له ذلك ويبيعها قولاً واحداً ، وإن لم يخف العجز فهل يجوز له ذلك ؟ قولان بناءً على: هل تكون له أم ولد بالاستيلاد حال العبودية فلا يجوز له بيعها رجاء أن تعتق فيتحقق شائبتها ، أو لا تكون له أم ولد إلا باستيلاد في الحرية فيجوز له بيعها .

قوله: (فإن ثبتت الجناية)^(٢). يعني أن ذلك لا يثبت بإقرار العبد القنِّ ، لأن ذلك في رقبته ، وذلك يضر بسيده وللمكاتب ، لأنها وإن كانت في ذمته فإنه يضر بالسَّيِّدَ ويؤدي إلى عجزه عن الكتابة ، فإن ثبتت بينة وقد عجز صار كالقنِّ .

قوله: (بالأقل من المائة)^(٣). لأن الأولياء قد رضوا بها بالصَّلاح .

قوله: (لم يجز). لما تقدم من إضرار السَّيِّدِ فلا يعتبر ذلك إلا ببينة .

قوله: (ولهم في العمد قتله بإقراره). هذا المذهب أن العبد يقبل إقراره فيما فيه القصاص ، لأنه لا يُتَّهم عاقلٌ بإضرار نفسه وإيلاها .

(١) التهذيب (٤/٥٣٥).

(٢) يريد قوله «فصالحه عنها أولياء الجناية على مائة دينار فلم يؤدها حتى عجز ، فإن ثبتت خير في إسلامه» (٤/٥٣٥).

(٣) هذا إلى قوله: (فلا عتق له) كله من التهذيب (٤/٥٣٥).

وقال أشهب: لا يقبل إقراره في ذلك لأن جميع أعضائه لغيره، فهو كمن أقرّ على غيره، أما في حدّ الخمر والقذف فيقبل إقراره اتفاقاً لأن ذلك لا يذهب شيئاً من أعضائه بخلاف القطع في السرقة.

قوله: (ولا في رقبته إن عجز). لأنهم قد أسقطوا حقهم من القصاص.

قوله: (لم يلزمه شيء عجز أو عتق). لأن إقراره كان في حال لا يلزمه به شيء لحق الغير.

قوله: (ولو أقر بدين لزم ذمته). هذا بخلاف القن لا يقبل إقراره في ذلك. والفرق أن المكاتب قد أحرز نفسه وماله، وهو مأذون.

قوله: (في إسلام نصفه). لأن حظ هذا الولي إنما تعلق بنصف رقبته.

قوله: (إلا أن يزعم أنه عفا [١/٢٦٢] لأخذ الدية). بأن يتقدم بينهما ما يدل على قصد ذلك.

قوله: (فلا عتق له). لأنه إنما أعتقه بعد تعلق الجناية برقبته فلم يُصادف محلاً.

قوله: (ورد معه ما اقتضى)^(١). هذا على المذهب من أن العبد يرجع في الجناية بماله، وهذه النجوم التي قبضها بعد الجناية مال للعبد.

قوله: (فإن فضل من ماله شيء كان لأهل الجناية)^(١). لأنه لما انتصف أهل الدين كان الباقي يقوم مقام الرقبة، فكانها أحق من السيد.

قوله: (فأهل الجناية أولى بماله)^(١). لأنها تتعلق برقبته وبماله، ولذلك إذا

(١) التهذيب (٥٣٦/٤).

أسلم إليه فماله يُدفع لهم .

قوله: (والعبد مثله)^(١) . أي القنّ يموت عن مالٍ كالمكاتب .

قوله: (بطلت الجنّاية والدين)^(١) . لذهاب مُتعلّقَيْهما .

قوله: (لم يلزم الولد ديته وتلزمه الجنّاية)^(٢) . [لا]^(٣) أنها متعلقه بالرقبة والعنق متوقف عليها ، وعجز الأب مؤدّ إلى عجز الابن لأن بعضهم حميلٌ عن بعضٍ بالكتابة ، فكذاك بما أدى إلى العجز .

وكذلك الدين في هذا المعنى ، ولذلك سوى العبد بين الدين والجنّاية ، وكأنّ المذهب فرق بأن الجنّاية آكدٌ من الدين ، لأنه إن عتق بطلت الجنّاية ولا يبطل الدين إلا بموتٍ دون مال .

قوله: (أسلم السيّد الجاني وحده)^(٤) . لأن الابن لا مدخل له في الجنّاية .

وقوله: (في حياة الأب)^(٤) . لأنه إن مات بطلت الجنّاية ، وبقي الابن متحملاً للكتابة فقط .

قوله: (ولم يرجع على أبيه بشيء)^(٤) . لأنه ذلك كان بعنق الأب وهو سببٌ لعنق الابن .

قوله: (ولم يلزم ولده من ذلك شيء)^(٥) . لأنه ليس حميلاً عنه بشيء منها إلا بالكتابة .

(١) التهذيب (٥٣٦/٤) .

(٢) في التهذيب «لم يلزم الولد دينه» (٣٥٦/٤) .

(٣) كذا في المتن .

(٤) التهذيب (٥٣٦/٤) .

(٥) المصدر نفسه (٥٣٧/٤) .

قوله: (لزمتهم)^(١). لأنهم تحمّلوا بذلك عن أبيهم فلم تسقط الحمالة بالموت.

قوله: (وترك عبدا قد جنى)^(١). لا فرق بين المكاتب في ذلك، وبين الحرّ، إذا كان له عبد جار وعليه دين، فأهل الجنایة أحقُّ بعبده لأنها في رقبته من أهل الدين، لأن دينهم في ذمة السيّد لا في عين شيء من عروضه.

قوله: (ومن جنى مالا تحمله العاقلة)^(١). أي وكذلك من جنى جنایة أرشها أقلّ من ثلث الدية؛ فإن ذلك في ماله، لا على عاقلته.

قوله: ([ضرب]^(٢)) فيه أهل دينه وأهل جنایته). لأن الأرش دين في ذمة السيّد كسائر الديون الذي عليه^(٣)، وليس لأهل الدين الذي من غير الجنایة أن يقولوا: ديننا مقدّم لأنه عن عرض، لأنهما قد استويا بكونهما في الذمة وليست الجنایة هنا في رقبة العبد.

قوله: (ومن قتل مكاتبه ومعه ولد)^(٤). لو لم يكن معه أحد في كتابه لم يكن على السيّد في قتله سوى التعزير.

وكذلك عبده القنّ إذا قتله يعزر على ذلك فقط. فلما كان معه في الكتابة من يحمل عنه أذاها لزمّت السيّد قيمته، لأن ذلك مالٌ للمكاتب فيوقف إلى آخر النجوم إن كانت أقلّ من الكتابة، وإذا لم يحاسبه الآن بذلك مخافة العجز فتبيّن حينئذٍ أن القيمة كانت للسيد، لأنها مال عبده، فإن وفّت بالكتابة عتق الجميع،

(١) التهذيب (٥٣٧/٤).

(٢) ما بين المعقوفين مبتور من المتن، وأثبتته من التهذيب. (٥٣٧/٤).

(٣) كذا في المتن.

(٤) في التهذيب «ومن قتل مكاتبه عمدا أو خطأ» (٥٣٧/٤).



وتبين أن المقتول مات حُرّاً فله حكم الحرّ يرثه ورثته.

قوله: (على حاله في أدائه وقوته)^(١). فإن كان يقدر على أداء العشر من الكتابة والثاني على الباقي، كان صاحب العُشر عشر الدية، والثاني تسعة أعشارها، وسواء بقي من الكتابة قليل أو كثير، ولا ينظر إلى قيمتها.

قوله: (وكذلك إن جرحه)^(١). أي جرحاً فيه حُكُومَة (.) ذلك من قيمته، ويقاص به السيّد من أخذ الأنجم.

قوله: (فإنه يغرم قيمته)^(١). [٢٦٢/ب] فإن ولدها يدخل معها في الكتابة فيتعيّن بأرّش جنائيه.

قوله: (أخذت الأم من ذلك الفضل قدر مورثها)^(١). أي الثلث أو السدس، وسكت عن الباقي.

قال أشهب: إن كان قتله خطأ ورث السيّد الباقي، لأن قاتل الخطأ يرث من المال دون الدية، وإن كان عمداً لم يرث من المال ولا من الدية فيكون لأقرب الناس من السيّد؛ لأن من لا يرث لمعنى فيه لا يحجب، وإنما قلنا: «المعنى فيه»؛ [تحرزاً]^(٢) من الأخوة، وكذلك من لا يرث لمعنى فيه لا يُورث، تحرز من العمّة ونحوها. وقال غيره: لا معنى لهذا التفصيل لأن هذا الأرّش بمنزلة الدية، والقاتل عمداً أو خطأ لا يرث منها.

قوله: (ولا تراجع بينهم)^(٣). لأن كل واحد من هؤلاء لو ملك الثاني عتق عليه، فلا يتبعه هو بشيء مما أعتقه له فكذلك السيّد، ولو كان بعضهم أجنبياً

(١) التهذيب (٥٣٨/٤).

(٢) في المتن: تحرز، والصواب ما أثبت.

(٣) التهذيب (٥٣٨/٤).

اتبعه السَّيِّدُ بقدر ما كان يتبعه عبده .

قوله: (الذين معه في الكتابة)^(١) . هذا المذهبُ ، لأنهم الذين يُساوونه في كل أحواله .

قوله: (وليس لغرماء المكاتب أو العبد في قيمتها شيء)^(٢) . لأن حقهما متعلق بماله وذمته لا بربقته ولا شيء منهما فلا يشاركون في أرش شيء من ذلك كما لا يدخلون في ثمن العبد المديان إن بيع .

قوله: (ولا ينظر إلى قلة ما بقي عليه)^(٣) . بل يعتبر قدر أدائه عمّن قدر منهما على درهم في اليوم ، والثاني على درهمين ففيه الأول ثلث الكتابة كلها وقيمة الآخر بثلاثها .

قوله: (فقيمتها متفقة)^(٣) . لا يعتبر هنا إلا القدرة على الأداء فقط .

قوله: (قيمتها مختلفة)^(٣) . أي التي لا تعتبر هنا .

قوله: (مع قيمة رقبته)^(٤) . مشكّل ؛ لأنه لا يعتبر ذلك كما قلنا ، فإذا اختلف الأداء فالقيم مختلفة .

قوله: (وما فضل للولد)^(٤) . لأنه لا ماله^(٥) ، ولا يرجع على أبويه بشيء لأنهما يعتقان عليه جبراً لو ملكهما ، فإذا أعتقهما من ملكه فقد فعل ما يجب عليه فلا يتبعهما بشيء لأنه إنما قام عن نفسه لا عنهما بواجب .

(١) التهذيب (٥٣٨/٤) .

(٢) في التهذيب «في قيمتها إذا قتل شيء» (٥٣٨/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٥٣٨/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٥٣٩/٤) .

(٥) كذا . ولعله [لا مال له]



قَوْلُهُ: (وأما ما اكتسب الابن)^(١). لأن هذا ماله إن عجز بقي بيده ، بخلاف أرش الجنایة عليه فهو بعجزه للسيد فلذلك عجل وحاسبهم به في أخذ الكتابة مخافة أن يعجزوا فيكون له ، ولكن إن خافوا العجز أدّى عنهم من كسبه لأنه مأل لأحدهم ، وكذلك الأجنبي في ذلك سواء .

قَوْلُهُ: (إذا كان له مال ظاهر)^(١). هذا المذهب لا يصح تعجيزهما وإن وافق السيّد إذا كان لهما مال ظاهر ، لأن ذلك لحق الله .

قَوْلُهُ: (إلى أن يبلغوا السعي)^(١). إن لم يبلغهم فيأخذه السيّد من الآن لئلا يتلف عليه .

قَوْلُهُ: (كجنایة عبد)^(٢). أي هو في ذلك بمنزلة العبد ما بقي عليه درهم .

قَوْلُهُ: (فحجته أن يعجز العبد)^(٣). أي يقول أخاف إن تركت ذلك لهم أن يتلف ويعجزوا ويرجع العبد المجني عليه عبدا مغصوبا ، أي معيبا ناقص الأعضاء .

قَوْلُهُ: (على وجه النظر)^(٤). أي إن كان افتكاكه أرجح لزّمه ذلك ، أو إسلامه أرجح فيتعين عليه ، لأنه لا يجوز للمكاتب أن يتصرف في ماله إلا على وجه النظر .

قَوْلُهُ: (بأمر الإمام)^(٤). أي لا يجوز للسيّد أن يستبد بذلك لأنه يتّهم أن يمثل به ويدعي أنه جنى عليه .

قَوْلُهُ: (فيكون له مثل ما للسيد من الحجة)^(٤). فمن ادعى منهما القصاص كان القول قول الآخر ، لأن للسيد أن يقول: في القصاص إتلاف مالي ، وللولد

(١) التهذيب (٤/٥٣٩) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٤٠) .

(٣) في التهذيب «الحجته» (٤/٥٤٠) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٤٠) .

أن يقول: فيه تعجزُ لي عن أداء الكتابة.

قوله: (لم يكن لمن عفى أن يقتله)^(١). لأنه بالعفو قد أسقطَ حقّه.

قوله: ([i/٢٦٣] بطل القتل)^(٢). لأنه بالعفو تعذر القصاص وصار كالخطأ، فإن قدر المكاتب على أداء الدية حالة تبت على كتابته، وإلا عُجز وخير سيده بين الإسلام والافتكاك.

قوله: (لأنه أحرز ماله)^(٢). أي صار بالكتابة كالأجنبي يصح أن يتبعه السيّد بذلك ديناً في ذمته، كما أنه لو أتلّف السيّد من ماله شيئاً لَتَبِعَهُ المكاتب به كالأجنبي، وذلك كله بخلاف القنّ.

قوله: (وأُتبعه السيّد بحصة ما عتق منها)^(٢). أما الأجنبي فبيّن، وأما الأخ فإنه قاتل، وهذا المال بمنزلة الدية فلا يرث منها القاتل عمداً أو خطأ.

قوله: (إن كان على أدائها قادراً)^(٣). لأنه لو عجلّها لزم السيّد أن يُعتِقَهَا فلا تهمة بأن يكون قصد بالقتل تعجيل العتق والزوال عن خوف الرق بالعجز، فإذا لم يكن للجاني مالٌ وللمقتول مال قويّت التهمة فلا يقتل حينئذ في مال المقتول الذي تركه، بل يبقى في الكتابة ويُؤخذ بالقيمة، فإن كانت كفافاً بالكتابة أو ما بقي منها عتق وأُتبعه السيّد بما نابه من ذلك، لأنه لا يرث منه شيئاً.

قوله: (وإن كان القتل خطأ)^(٤). لا تهمة في الخطأ، فيعتق في ماله ويرجع السيّد على الأجنبي بما نابه من مال المقتول في عتقه لا على الأخ، لأن قاتل

(١) في التهذيب «لم يكن لمن كان عفى عنه منهم أن يقتله» (٥٤٠/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥٤١/٤).

(٣) في المتن: «قادر»، والصواب ما أثبتته من التهذيب. (٥٤١/٤).

(٤) التهذيب (٥٤٢/٤).



الخطأ يرث من المال ، بل يرجع عليه ثقمة الأخ لأنه لا يرث من الدية .

قوله: (ولا يرجع عليه بشيء)^(١) . أي على ما كان في الكتابة إن كان مما لا يجوز له ملكه .

قوله: (لم تقتل به)^(٢) . يعني بالعبد^(٣) هنا شبه العمد ، مثل أن يرميه برمح فيقتله ، أما محضُ العمدِ ومثلُ إضجاعه وذبحه فيقتل الأبُ فيه بابنه .

قوله: (لأنه معروف)^(٤) . أي وهو ممنوع من التبرعات كلها .

قوله: (ويخير سيد الجاني)^(٤) . يعني المكاتب .

قوله: (فيتم له ما شاء)^(٤) . لأنه صار حُرًّا .

قوله: (ولم يقاصه بها في كتابته)^(٤) . لأنه يتَّهمُ إن أرادَ تعجيلَ الكتابة فيبقى على نجومها .

قوله: (لأنه جنى على مال له)^(٤) . وذلك ليس للسيد ، لأن المكاتب قد أحرز ماله ، بخلاف أن يجني على عضوٍ منه ، فأرش ذلك مال للسيد على تقدير العجز .

قوله: (عتقوا)^(٥) . ويوقف الولاء ، فإن أدَّى المكاتبُ الأعلى [عتق^(٦)] وكان له ، وإن عجز كان الولاءُ لسيِّده .

(١) التهذيب (٥٤٢/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٥٤٣/٤) .

(٣) كذا ، والظاهر من المسألة أن يقول «بالعمد» ، لقول التهذيب «وإذا قتلت مكاتبه ولدها عمدا لم تقتل به» (٥٤٣/٤) .

(٤) التهذيب (٥٤٣/٤) .

(٥) المصدر نفسه (٥٤٣/٤) .

(٦) مبتور جله ، ولعل ما أثبتته هو الصواب .

قوله: (لم يدخل السيّد مع الغرماء)^(١). لأن دين الغرماء أخذه اختياراً عن عوضٍ، ودين السيّد من الكتابة أدخله السيّد فيه جبراً، لأن له أن يكرهه على الكتابة فكان الأوّل أقوى.

قوله: (فلا شيء على الولد)^(٢). هذا المذهب، وعلى قول أشهب أن الأمة تسلم في الجناية مع ولدها، كما لها إذا ولدته بعد أن جنت فيكون معها في الجناية بخلاف ما تلده قبل الجناية.



(١) التهذيب (٥٤٤/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥٤٤/٤).

كتاب الجراحات^(١)

—•••••—

قوله: (شبه العمد باطل)^(٢). أي ليس تمَّ إلا عمدٌ محضٌ أو خطأ محضٌ، فإذا قصد أجنبي إلى أن يلطمَ أحداً فمات من ذلك، فهذا قد أشبه من وجه أنه قصد الفعل، ومن جهة الخطأ لأنه مات بفعلٍ لم تجرِ العادة أن يموت منه أحدٌ، ولكنه يقتصر منه كالعمد المحض؛ وهو أن يقصد القتل بفعل جرت العادة بأنه يُتلف النفس، إلا في الأب فإنَّ شبهَ العمد فيه كالخطأ لما يختص به من الإشفاق.

قوله: (حذفه بها)^(٣). أي رماه، فهذا لم تجرِ العادة بأن يموت منها، فهذا الذي فعل المدلجي بابنه قد رد عنه الحد، ولكن عطلت الدية عليه فكانت أثلاثاً، ثلاثون حقةً، وثلاثون جذعةً، وأربعون خلفه، ولا تحملها العاقلة لأنها في الحقيقة عن عمد^(٤).

والديات ثلاثة: [ب/٢٦٣] هذه المغلظة على الأب.

وأخرى دونها مغلظة، وهي التي في دية العمد إذا رجعوا عن القصاص

(١) كذا، وفي بعض نسخ التهذيب: كتاب الجراح.

(٢) التهذيب (٥٤٥/٤).

(٣) المصدر نفسه (٥٤٦/٤).

(٤) القصة في الموطأ قال: حدثني مالك، عن يحيى بن سعيد، عن عمرو بن شعيب، أن رجلاً من بني مدلج يقال له قتادة، حذف ابنه بالسيف، فأصاب ساقه، فنزى في جرحه فمات، فقدم سراقه بن جعشم على عمر بن الخطاب، فذكر ذلك له، فقال له عمر: اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك، فلما قدم إليه عمر بن الخطاب، أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة، وثلاثين جذعة، وأربعين خلفه، ثم قال: أين أخو المقتول؟ قال: هأنذا، قال: خذها فإن رسول الله ﷺ قال: «ليس لقاتل شيء». الموطأ، كتاب العقول، باب ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه. (٨٦٧/٢).

إليها بصلح ، أو على قول أشهب: إن الواجب في العمد القصاص أو الدية؟ وهي أرباع خمسة وعشرين حقة، ومثلها جذاع، ومثلها حقائق، ومثلها بنات لبون، فسقط منها بنو اللبون لأنها أخفض رتبة.

والثالثة: دية الخطأ وهو أخماس، والخمس الخمس عشرون بنو لبون.

قوله: (لا أبالي من أي الأسنان كانت)^(١). وقال أشهب: لا بد أن تكون من سن الثني إلى (٠) عامه، وإنما غلظت على الأب هذا التغليظ دون الأجنبي لأنه لا يعزّر، والأجنبي لا بد له من التعزير مع أخذ الدية {منه} فكان ذلك في مقابلة التعزير.

قوله: (ولا يرث الأب في هذا)^(١). لأنه قاتل عمد، ولا يحجب لأنه لم يرث لمعنى فيه.

قوله: (والأم في ذلك بمنزلة الأب)^(٢). وكذلك الجد ما علا، والجدّة ما علّت.

ولنا قول ثان أن أب أم الأب ما علا كذلك، وأب الأم ما علا كذلك.

قوله: (وكذلك الأب يجرح ولده أو يقطع شيئاً من أعضائه). يعني ما لا تسمية فيه من الشرع لأرث معلوم، أو ما فيه تسمية، إذا مات من ذلك ففيه الدية مغلطة، وما فيه تسمية مما يتعذر فيه القصاص فهل تغلظ الدية فيه على الأب بأن يؤخذ فيها بحساب الدية المغلطة أو لا، كما يغلظ على الأجنبي؟ قولان؛ وجه الأول أن الأجنبي يعزّر في العمد، ولا يعزّر الأب.

(١) التهذيب (٥٤٦/٤).

(٢) هذا إلى قوله: (ولا تغلظ الدية في الشهر الحرام...) كله من التهذيب (٥٤٧/٤).



قوله: (ففيه القود). إن كان طالِبُه ابناً للقاتِل لم يحكم له به ، لأن ذلك عقوق {والحاكم لا يحكم بما هو عقوق} ، لكن لو اجترى فاقتص منه صحَّ ، وعزَّره الحاكم ، وإن كان غير ابن له كعمِّ المقتول فإنه يقتص له منه .

قوله: (وقد قال غيرنا). هذا قول الشَّافِعي وأشْهَب ، لأنه سبب وجوده فلا يكون سبب عدمه قياساً على عبده ، لأنه سبب وجوده في ملكه فلا يكون سبب إعدامه .

قوله: (ولا تغلظ الدية في الشهر الحرام ولا على من قتل خطأ في الحرم). يعني الأشهر الحرم الأربعة ، وهو قول بعض العلماء^(١) .

قوله: (وتغلظ الدية على أهل الذهب والورق)^(٢) . ولنا قول ثانٍ أنها لا تغلظ ، لأن التغليظ إنما هو في الصفات بالسِّن ، لا بالعدد .

ووجهُ المذهب أن التغليظ بالعدد يجري مجراه بالصفة بالقولان في الأجنبيِّ يقتل عمداً ، وفي الأب يقتل ابنه شبه عمد ، واختلف في صفة التغليظ على القول به ؛ ففي الأجنبيِّ ينظر قيمة الدية في الخطأ ، ثم دية العمد ، فما زادت نسبتها الزائد من قيمته (٠)^(٣) الخطأ ، ثم تحمل ذلك الجزء على العدد المعلوم ، وفي الأب ينظر قيمة أجل الدية المغلظة عليه المثلثة ، وقيمة المربعة المغلظة

(١) هذا قول الشَّافِعي ، انظر الذخيرة (٣٩٩/١٢) . وفي بداية المجتهد قوله: «اختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام ، فقال مالك ، وأبو حنيفة ، وابن أبي ليلى: لا تغلظ الدية فيهما . وقال الشَّافِعي: تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح . وروي عن القاسم بن محمد ، وابن شهاب وغيرهم - أنه يزداد فيها مثل ثلثها . وروي ذلك عن عمر ، وكذلك عند الشَّافِعي من قتل ذا رحم محرم» (٢٠١/٤) .

(٢) التهذيب (٥٤٧/٤) .

(٣) غير واضحة في المتن لعلها «استأنى» .

على الأجنبيّ فما زاد حمل الزائد على العدد المعلوم .

وقيل : بل ينظر قيمة الدية المغلظة على الأجنبي [و] يقابل بها ألف دينار فما زاد غرمه زائداً ، إن ساوت أو نقصت لم يلتفت إلى ذلك ، وفي الأب ينظر قيمة الدية المستلمة كذلك .

قوله : (ولم يمض في هذا توقيت)^(١) . أي لم يجعل الزائد شيئاً معلوماً ، ولكن يختلف بحسب اختلاف الأزمنة ، لأن قيم الإبل مختلفة بالزيادة والنقص .

قوله : (فتزاد في الرقة)^(٢) . هي اسم يقع على الذهب والورق معا .

قوله : (ومن عمد ضرب رجل)^(٣) . هذا شبه العمد .

قوله : (ومن العمد ما لا قود فيه)^(٣) . لأن هذا خطأ محض ، لأنه لم يقصد بفعله القتل بوجه بخلاف شبه العمد ، ولا هذا { فعل } يموت منه أحد عادةً .

قوله : (وفي الأنف الدية كاملة)^(٣) . لأنه جمال [٢٦٤/١] الوجه وقارنه في ذلك كجَمِيعِهِ ، كما أن الحشفة بمنزلة الذكر كله ، لأن خاصّة الوطاء ولذته فيها ، كما أن جمال الأنف المارن^(٤) .

قوله : (فمن الحشفة يقاس)^(٥) . لأنه لو قيس من الذكر لم يكن فيه إلا يسيرٌ ، كما أن الأصابع بمنزلة اليد من المنكب ، فإذا قطع إصبع قيس من

(١) التهذيب (٤/٥٤٨) .

(٢) الذي في التهذيب «فيزاد في الدية» (٤/٥٤٨) . وفي التنبيهات المستنبطة في كتاب الجراحات والديات قوله : «فيزاد في الرقة بقدر ذلك» (٣/٢١٥٤) .

(٣) التهذيب (٤/٥٤٨) .

(٤) في القاموس : «المارن الأنف ، أو طرفه ، أو ما لان منه» . مادة : (مرن) (ص : ١٥٢٧) .

(٥) التهذيب (٤/٥٤٩) .



الأصابع ، أو أنملة فمن الإصبع ، وفي كل إصبع عشرة من الإبل ، وفي كل أنملة ثلاث وثلاث ، إلا في الإبهام قيل : هي أنملتان ففي كل أنملة خمس ، وقيل : هي ثلاث ، والثالثة التي في الكف ، وليس بجيد لأن تلك من الكف .

قوله : (ومن خرم أنف رجل) ^(١) . أي ثقبه ، والعثم الشين ^(٢) ، وهو أيضا العثل باللام .

كل ما ليس فيه شيء مسمى من الشرع فإذا بدا على غير عثم فليس فيه شيء ، وما فيه مسمى مما يتعذر فيه القصاص وفيه ذلك المسمى ، وإن بدا على غير عثم لإطلاق لفظ الشرع ، وإن بدا على عثم ففيه أرش النقص زائداً على المسمى يقوم كأنه عبد سالم وبذلك العيب .

قوله : (ففيه الاجتهاد) ^(٣) . وقال سحنون : ليس فيه اجتهاد ، قيل هو اختلاف في مقال ؛ فإذا خرم المارن فهل يقاس ذلك الذاهب من الثقب بالمارن ، أو يجتهد فيه ؟ قولان .

وقيل : اختلاف في حال ؛ فإن كان من المارن فيحسب من المارن كما قال سحنون ، وإن لم يكن من المارن فالاجتهاد ليس إلا ، ولم يرد سحنون إلا إذا كان من المارن ، وإن كان من غير المارن فلا خلاف أنه اجتهاد .

قوله : (وكل نافذة في عضو) ^(٤) . أي ليست الجائفة التي فيها ثلث الدية إلا في الجوف خاصة ، وأما في غيره ففيها حكومة ، وذهب بعض العلماء إلى أن

(١) المصدر نفسه (٥٤٩/٤) .

(٢) قال الجبي : «العثم بفتح العين ووقف الثاء ، ونقطها ثلاثا هو الشين والنقصان يكون في مواضع الجرح . شرح غريب ألفاظ المدونة» للجبي ، تقدم توثيقه . (ص : ١١٥)

(٣) التهذيب (٥٤٩/٤) .

(٤) من هذا إلى قوله : (وفي موضحة الخد...) من التهذيب (٥٥٠/٤) .



الجائفة في كل عضو .

قوله: (ثلث دية ذلك العضو). وكذلك الجائفة {التي في الجوف ، لأن في الجوف الدية كاملة ففي جائفته ثلث الدية وهي الجائفة} المسمى لها {في المذهب}.

قوله: (وليس كالموضحة). أي في الخطأ ، أما العمد فيقتص منه ، وكل إذا لم يتأتى فيه قصاص ، أي ما فيه شيء منها فإن فيه وأن بدا على غير عثم ذلك المسمى .

قوله: (وفي موضحة الخد عقل الموضحة). يريد أن الشجاج المعدودة التي سمى لها الشرع أرشاً إنما هي كلها في الرأس لا في غيره ، والخذ من الرأس ، لأن عظمه منه بخلاف الأنف لأنه منفصل عنه ، كاللحم الأسفل فليس موضعها إلا الاجتهاد .

قوله: (زيد في عقلها بقدر الشين)^(١) . وكذا كل ما سُمي فيه أرش .

قوله: (ما بينه وبين نصف عقلها). أي ربع عشر الدية ، فإن زاد لم يعتبر الزائد .

قوله: (فذلك من العنق). أي إذا انتهت الجمجمة ، فعند العنق تنتهي فلا موضحة هناك لأنه ليس من الرأس ، واختلف في أشراف الأذنين ، وليس من الرأس لأنهما منفصلان ؛ هل فيهما الدية لأنهما عضوان كاليدين والرجلين ، أو حكومة لأنهما يستران بالعمامة لا منفعة فيهما كاليدين والرجلين إلا الزينة ؟

قوله: (والموضحة). هي التي توضح العظم وتبينه ، والمنقلة التي يظهر

(١) من هذا إلى قوله: (وإن صغر) كله من التهذيب (٤/ ٥٥١).

منها أجزاء العظم ، وهي الفراش جمع فراشة ، لأنها تنقل منها أجزاء العظم ؛ يعني المرجعة والمنقلة التي سميت الدية فيها لا يكونان إلا في الرأس ، وكذلك سائر الشجاج المسمى فيها ليس شيء منها في البدن .

قوله : (وإن صغر) . أي الجزء من العظم وهو الفراشة وأم الدماغ الجلدة المحتوية على المخ .

قوله : (ولو أنفذت الجائفة)^(١) . أي إذا طعنه من أحد جنبه فخرجت من الجنب الآخر فهل هي جائفة واحدة نظرا إلى اتحاد الطعنة فيكون فيها ثلث الدية ، أو جائفتان لأنها تقوم مقام جائفتين من الجهتين فيكون فيها [ثلاثي]^(٢) الدية ؟ قولان .

قوله : (ففيه الدية كاملة)^(٣) . [٢٦٤/ب] أي للكلام ، ولذلك لم يكن في لسان الأخرس إلا حكومة .

قوله : (إلا في الأذنين)^(٤) . هذا المذهب ، وقد قيل : فيهما الدية لأنهما عضوان ظاهران كاليدين .

قوله : (فعليه بقدر ذلك)^(٥) . أي ينظر أهل المعرفة إلى ما نقص من كلامه فيكون فيه بحساب ذلك .

وقيل : ينظر ما نقص من حروف الهجاء الثمانية وعشرين ، وهو قول ثان في

(١) في التهذيب « وإذا نفذت الجائفة » (٥٥٢/٤) .

(٢) كذا في المتن ، ويحتمل أن يكون : [ثلاثا] .

(٣) التهذيب (٥٥٢/٤) .

(٤) في التهذيب « لا في الأذنين » (٥٥٢/٤) .

(٥) المصدر نفسه (٥٥٢/٤) .



المذهب ، واعترض عليه بأن بعض الحروف أثقل من بعض .

وأجيبَ بأن قوة الأصابع مختلفة ، وهي مع ذلك متساوية في الدّيات ، واعترض بأن من الحروف ما هو من الحلق ، ومن الشفتين لا من اللسان .
وأجيبَ بأنه لولا سلامة اللسان ما نطق بشيء منها .

قوله : (إذا كان استطاع القود منه)^(١) . أما ما لا استطاع فيه القصاص وفيه شيء مسمى ففيه ذلك المسمى ، وإن برئ على غير شين ، وأما إن برئ على شين فيُضاف ذلك إلى أصل الدّية . وإنما كان ذلك لأنه لما لم يكن فيه قصاص فقد يُقدم عليه الجاني عمداً ، لعلمه بتعذر القصاص فغلظ فيه نَفياً لذلك .

قوله : (تم قطع عسيبه ففيه الاجتهاد)^(٢) . كاليد الشلاء .

قوله : (حتى يبرأ) . لأنه لا يعلم ما يؤول إليه أمره ، لكن ما كان من ذلك عمداً فلا بدّ فيه من التعزير فيه عاجلاً .

قوله : (لم يكن له ذلك) . لأن الشرع لم يجعل له ذلك حتى يبرأ .

قوله : (فإن أبى ورثته أن يقسموا) . لأن الموت من ذلك محتمل ، والجرح محقق ، ولكن إن غلب على ظنهم أنه مات من ذلك (.) جاز لهم فيما بينهم وبين الله .

ونظيره : إذا كان له شاهد بدين لأبيه على شخص ووجد خطأً أبيه فغلب على ظنه صحّة ذلك ؛ فهل تقوم غلبة الظن مقام العلم في ذلك ويحلف ، أو لا ؟ قولان .

(١) التهذيب (٤/ ٥٥٣) .

(٢) من هذا إلى قوله : (قلت في الدية أو في القود) من التهذيب (٤/ ٥٥٣) .



قَوْلُهُ: (وإن شك). لم يجز له أن يقسم هنا ولا في الدين.

قَوْلُهُ: (وزعموا أنه ينبت). فقال إنه إذا قطع من أصله فإنه ينبت، وإذا قطع بعضه فلا ينبت.

قَوْلُهُ: (قلت في الدية أو في القود). أي هل ينتظر به فيها أو في أحدهما؟ فقال في الدية أما القود فيعجل الآن، لأنه قد حصل القطع والإذابة وتحققاً، فيقتصر من الجاني، فإن نبتت للمجني عليه فنعمة من الله، بخلاف الدية فإنه لا يعلم كيف يبرأ.

قَوْلُهُ: (وفي الصلب الدية)^(١). يعني إذا كسر عظامه حتى لا يقوم، وكذلك في عظام الصدر.

والأشياء المفردة التي في كل واحد منها الدية ستة عشر: العقل، والكلام، والصوت، والشم، والذوق، لأن كل واحد منها من عضو واحد، والأنف لأن فيه زينة، بخلاف اللسان إذا قطع فإنما الدية في الكلام، والفرق أن اللسان باطن لا زينة فيه، والذكر، وكذلك قطع النسل، وكذلك قطع الإنعاظ، وإفضاء المرأة، والظهر، والصدر إذا كسرت عظامها، والشوى وهي جلدة الرأس. وإذا سقاه فأبرصه ففيه الدية، وإذا جذمه، وإذا سوده من السواد وهي علة لا سواد صحة^(٢).

والأشياء المثناة التي يجب في كل اثنتين منها الدية عشرة:

الأسنان، وألينا المرأة على خلاف فيها، وشفرا الرحم، والسمع لأنه من عضوين، والبصر، واليدان، والرجلان، والأنثيان، وثديا المرأة.

(١) من هذا إلى قوله: (لأنني لا أجد هاشمة تكون في الرأس...) كله من التهذيب (٥٥٤/٤).

(٢) انظر مثله في تبصرة اللخمي (٣٧٠/١٣).



قوله: (ففيه الاجتهاد). أي بقدر ما مَضَى من القيام.

قوله: (وإن كان عظماً). لا فرق بين أن يكون عَظْماً أو لحماً.

قوله: (مع الأدب). هذا لحقّ الله، والقصاص لحق العبد، فلو عفى لسقط حقه وبقي الأدب.

وكذلك في القتل: القصاصُ لحقّ آدمي ويبقى حق الله إلا أن يتوب منه.

قوله: (فالهَاشِمَة). هي التي تهشمُ العظم حيث كانت، إلا أن التسمية لهاشمة الرأس.

قوله: (لأنني [i/٢٦٥] لا أجد هاشمة تكون في الرأس إلا كانت منقّلة). أي تصيرُ منقّلة، وهي لا يقتص منها لَحْطَرُها، وإنما كان ذلك من الرأس لأنه لا لحم فيه يحجب عظمه، فإذا جعل عليه الدواء انتقلت منه أجزاءٌ وصارت منقّلة.

قوله: (فإن برئ الجاني على مثل حال المجني عليه فأكثر)^(١). هذا قولنا أنه إن برئ الجاني على أسوأ حال من المجني عليه فذلك هدر غير مضمون، وإن برئ على أنقص منه فإنه يرجع عليه بالزائد بالاجتهاد.

وقال أبو حنيفة: إن برئ الجاني على أكثر رجوع على المقتص منه بذلك الزائد، وأن ذلك مضمون سواء كان المقتص هو المجني عليه أو غيره.

ووجهُ المذهب أنه ظالم فهو أحقُّ بالحمل عليه، وإذا كان العضو المجروح أعظم من عضو الجراح أو أصغر؛ فهل ينظر إلى مساحة الجرح أو يقاس قدرها من المجروح وتؤخذ تلك النسبة من عضو الجاني؟ قولان.

والسّمحاقُ هي التي تصيب العظم ولا يخرج منه دُمٌّ، والدّامية التي تُدميه،

(١) التهذيب (٤/٥٥٥).



والباضعة التي تبضع اللحم قطعاً ، والملطا التي تشق اللحم ولا تبضعه .
قوله: (وليس في الأذن)^(١) . هذا المذهب ، ولنا قول ثانٍ أن فيها نصف الدية .

قوله: (فنبئت فله القود فيها)^(١) . لأن الإذابة قد حصلت فيقتصر منه بمثلها ، ونباتها نعمة من الله على المجني عليه ، وكذلك الأذن إذا ألزقت بالخياطة فالتحمت .
وفرق أشهب بينهما فقال في الأذن: إذا التحمت من المجني عليه فيرد الدية ، ولا يردها في السن لأن ثبات السن ليس بأصل لأن الدم لا يجري فيها ، ولكن رجوعها عارية .

وإذا اقتصر من الأذن فالتحمت للمجني عليه فالحكم كما تقدّم ، وإن التحمت من الجاني فهل يقتصر منه ثانياً أو لا ؟ قولان .
وجه القصاص أن المجني عليه بقي مشوهاً بلا أذنين ، والقصد بالقصاص أن يسوّى بينهما ولم يحصل ذلك .

وجه الثاني أن الأذية قد وقعت بالجاني فلا يؤذى مرتين ، والتحام أذنه نعمة من الله عليه .

قوله: (والأسنان والأضراس سواء)^(٢) . وبعض العلماء يفضل ما ظهر منها ، لأن الزينة بها أكمل فيكون فيها أكثر . ووجه قولنا التسوية بين الأصابع والأيدي وبعضها أفضل من بعض .

قوله: (وفي السن السوداء خمس من الإبل)^(٢) . لأن منفعتها كالضحية

(١) التهذيب (٤/٥٥٦) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٥٧) .

بخلاف اليد الشَّلَاء لا منفعة فيها بل للزينة فقط ، وإنما فيها الزينة وهي التي ذهبت من السن السوداء ، فإذا ضرب السن فسودَّها فخمسٌ من الإبل ، لزوال جمالها .
قوله: (وليس في جفون العين وأشفارها)^(١) . وبعض العلماء يرى فيها الدية .

قوله: (إذا لم ينبت ، الاجتهاد)^(١) . بخلاف ما ينبت ليس فيه شيء .
والفرق أن الذي لا ينبت إنما ذلك سوى المنبت فإذا استوى به فلم ينبت اجتهد فيه فأخذ فيها الدية .

{قوله}: أي حما الحكم بأخذ الدية منه قبل الاستيفاء فإذا برئت ردها ، لأن البصر لم يذهب ولكن غطاه حائل .

قوله: (ينتظر برؤها)^(٢) . لأن العادة أن يبرأ من ذلك بخلاف (.) .
قوله: (فقد تم عقلها)^(٣) . لأنه قد زالت منفعتها .

قوله: (يضرب مثلها)^(٣) . لأنه ليس له إلا ذلك ، وقيل: يضرب حتى يشل .

قوله: (ولا يمكن الذي له القود)^(٣) . مخافة أن يتعمد أكثر مما له ويدعي أن ذلك خطأ وقع منه ، بخلاف القتل لأن ذهاب النفس فيه محقق فيجوز أن يتولى وليُّ المجني عليه بإذن الإمام ، لكن ينهى عن العبث بأن يضربه ضربات أو بحديد كال .

قوله: (وفي شل الأصبع دية كاملة)^(٤) . لأنه قد ذهبت منفعتها .

(١) التهذيب (٤/٥٥٧) .

(٢) في التهذيب «فلينتظر برؤها» (٤/٥٥٨) .

(٣) التهذيب (٤/٥٥٨) .

(٤) في التهذيب «وفي شل الأصابع» (٤/٥٥٨) .

قوله: (في ذلك ديتان)^(١). هذا المذهب، وسواء قطعنا مع الذكر في وقت أو وقتين [٢٦٥/ب] فديتان.

وقيل: إن قطعنا معه في ضربة فدية واحدة، أو في وقتين فديتان، سواء تقدم قطع الذكر أو قطع الأنثيين.

ولنا قول ثالث: إن تقدم قطع الذكر ففيهما حكومة لأن النسل قد ذهب بذهاب الذكر، فإن تقدم قطعها {ففيهما} دية لذهاب النسل في الذكر بعد ذلك دية لذهاب الوطاء.

قوله: (سواء اليسرى واليمنى)^(١). وفرق بعض العلماء فجعل في اليمنى فيها ذهاب النسل، وفي اليسرى ثلثي الدية وفي التي للشعر ثلث الدية.

قوله: (في السفلى ثلثا الدية)^(٢). لأنها أكثر منفعة بإمساك الطعام والشراب، ولا أثر لذلك عندنا، كما لا أثر له في الأصابع والأيدي، وكذلك الأعسر مع الأضبط.

قوله: (كسِن الصبي)^(٣). أي أنه ينتظر نبات سنة فإن لم ينبت غرم الدية، وإن مات قبل ذلك غرمها لأنه قد يئأس من نباتها، والحلمة مخرج اللبن من الثدي.

قوله: (وإن لم يكن في الكف أصبع)^(٤). لأنه لا بد من المساواة في الأعضاء، فيرجع إلى الحكومة.

(١) التهذيب (٥٥٩/٤).

(٢) في التهذيب «ثلثي الدية» (٥٥٩/٤).

(٣) المصدر نفسه (٥٥٩/٤).

(٤) المصدر نفسه (٥٦٠/٤).

قَوْلُهُ: (في كل مفصل نصف عقل الأصبع)^(١). لأنها أنملتان ، وقيل: هي ثلاث بالتالي في الكف .

قَوْلُهُ: (لما يليهما من الكف)^(١). لأن ذلك تابع للأصابع فلا زائد فيه ، كما إذا قطع يده من المنكب فيه ما في قطع الأصابع .

قَوْلُهُ: (ولا يؤخذ في الدية إلا الإبل والدنانير والدراهم)^(١). فإن كان بموضع ليس فيه شيء من ذلك دفع إلى أقرب المواضع منه ، كما يفعل في قيمة الصيد إذا قتله بموضع لا عمران به .

قَوْلُهُ: (وتؤخذ في ثلاث سنين)^(١). للرفق بالعاقلة .

قَوْلُهُ: (من مال الجاني)^(١). هذا القياسُ ، ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤] ، لكن لما زادت على الثلث شقت على الجاني فخففت عنه بذلك ، وهل يدخل هو مع العاقلة أو لا ؟ قولان .

قَوْلُهُ: (وفي سنتين أحب إلي)^(٢). هذا المذهبُ .

قَوْلُهُ: (وثلاثة أرباعها في ثلاث سنين)^(٢). هذا على أنها تؤخذ في أربع ، وعلى أنها في ثلاث يؤخذ الثلثان في سنتين ، ويبقى نصف سدس فيه اجتهاد .

قَوْلُهُ: (إنما قومُ عُمَر الدية)^(٢). قال الشَّافِعِي: ليس في ذلك إلا قيمة الإبل فيقوم أبداً ، فما كانت قيمتها إذ ذاك أخذت ورقاً أو ذهباً . وتقويم عمر لا يعتبر ، لأن القيمة كانت إذ ذاك كذلك ، وهي لا تبقى كذلك .

وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ أَنَّ السَّلَفَ عَمِلُوا بِفَعْلٍ عَمَرَ فِي حَيَاتِهِ وَبَعْدَ ، مَعَ اخْتِلَافِ .

(١) التهذيب (٤/٥٦٠) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٦١) .

القيم ولم يتعدّوها فصار كتقويم الدينار في النكاح بعشرة ، وفي القطع باثني عشر رفعا للنزاع ، كما فعل في الجنين ذكرًا كان أو أنثى غرة .

قوله: (ولا يقبل من أهل صنف من ذلك ، صنف غيره)^(١) . أي لا يؤخذ من أهل الإبل ذهبٌ قطعاً للنزاع ، أو ورق ، ولا العكس .

قوله: (تُعاقل الرجل في الجراح إلى ثلث ديته)^(١) . أي يستوي عقلها مع عقله إلى الثلث ، فإن بلغ الثلث رجعت إلى عقلها ، وذلك في كل عضو يكون ديته أقل من الثلث ، ولا يتفق هذا في النفس لأن الدية فيها كاملة ، وعند الشافعي لا تُعاقل الرجل ، بل يبقى الأمر في جراحها على النصف من عقل الرجل قلّت أو كُثرت .

ووجه المذهب أن ربيعة بن عبد الرحمن^(٢) روى ذلك عن سعيد ابن المسيب فقال له: «في ثلاث أصابع منها ثلاثون من الإبل ، وفي أربع عشرون فقال ربيعة: لما عظمت مصيبتها قل عقلها . فقال سعيد: أعراقي أنت ؟ قال: بل متعلّم مسترشد ، أو عالم مثبت ، فقال: هي السنة يا ابن أخي»^(٣) .

فقوله: هي السنة ، يحتمل أن يريد سنة النبي ﷺ ، أو عمل السلف . وأيهما كان ففيه دليل على ما قلنا .

قوله: (نصف [١/٢٦٦] أنملة)^(٤) . ولو كانت من الإبل كانت في ذلك اثنين

(١) التهذيب (٥٦٢/٤) .

(٢) كذا . وفي ترجمته: «ربيعة ابن أبي عبد الرحمن» ، انظر الطبقات الكبرى لابن سعد . مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة الطبعة: الثانية ، ١٤٠٨ هـ (٣٢٠/١) ، سير أعلام النبلاء (٨٩/٦) . طبقات الفقهاء للشيرازي ، دار الرائد العربي ، بيروت ، لبنان الطبعة الأولى ، ١٩٧٠ (ص: ٦٥) .

(٣) الخبر رواه مالك في الموطأ ، كتاب العقول ، باب ما جاء في عقل الأصابع . وانظر أيضا الذخيرة (٣٧٧/١٢) . وعقد الجواهر (١٢١/٣) .

(٤) التهذيب (٥٦٢/٤) .

وثلاثين ونصف ، وهي أقل من ثلث الدية .

قوله: (ثم إن قطع لها من تلك اليد الأصبعان الباقيان)^(١) . رجعت إلى عقلها . لأنها قد عاقلت الرجل في هذا العضو إلى الثلث فرجعت فيما زاد إلى عقلها .
قوله: (لا بُدَّأَ الحكم فيها كالأول)^(٢) . لأن هذا عضو آخر غير الأول ؛ فتعاقل الرجل أيضا فيه إلى ثلث الدية .

قوله: (وإن قطع لها أصبعان من كل يدٍ في ضربة)^(٣) . لما كان القطع في ضربة صار كأن ذلك من يدٍ واحدةٍ ، وفيه إشكالٌ .

قوله: (ثم إن قطعها من أحد اليدين أصبع أخذت عشرا)^(٣) . لأن هذا قطع آخر غير الأول ، وإذا أُضيف ما قطع الآن من اليد إلى ما قطع منها أولاً لم تبلغ ديته ثلث الدية ، ولا بد لها في كل عضو أن تعاقل الرجل إلى ثلث الدية فكان هذا أول قطع .

قوله: (أخذت من الرابع من أحد اليدين خمسة)^(٤) . لأن هذه رابعُ أصبعٍ قطعت من هذه اليد ، وفي الأربع أكثر من ثلث الدية .

قوله: (تم قطع من تلك الكف أصبعان أيضا خطأ ففيها عشرون)^(٥) . لأن قطع العمد لا يعتبر ، وإنما الإضافة في الخطأ فكان هذا أول قطعٍ .

قوله: (فلها في ذلك مثل ما للرجل)^(٦) . لأن في المنقلة عشرا ونصف

(١) التهذيب (٥٦٢/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٥٦٢/٤ - ٥٦٣) .

(٣) المصدر نفسه (٥٦٣/٤) .

(٤) في التهذيب «أخذت في الرابع من إحدى اليدين خمسة أبعة» (٥٦٣/٤) .

(٥) المصدر نفسه (٥٦٣/٤) .

(٦) المصدر نفسه (٥٦٤/٤) .

عشر، فإذا كانت في أعضاء مختلفة أو في عضوٍ واحد لكن كل واحد بعد بُرء الأخرى ثم تعتبر المتقدمة.

قوله: (ولو أصابها في ضربة بمناقل أو بمواضع)^(١). أي في أعضاء متعددة أو مواضع متعددة من عضو واحد.

قوله: (وفي لسان الأخرس الاجتهاد)^(٢). لأنه لا منفعة فيها كاليد الشلاء.

قوله: (مثل استرخاء البصر أو العين الرمدة)^(٢). يعني أن في هذه الدية كاملة لأنها خلقة، فهو كما يقتل القوي بالضعيف خلقة أو بمرض.

قوله: (وكذلك الذي يصيبه أمر من السماء)^(٣). أي هذا كالخلقة في كمال الدية.

قوله: (فالعرج عندي مثل هذا)^(٣). أي إن كان خلقة أو بأمر من الله تعالى ففيها الدية كاملة، وإن كان بجناية فبحساب ما نقص.

قوله: (ولم يأخذ لها عقلا)^(٣). أي لم يبلغ أن يكون فيه أرش، أو بلغ إلا أن العضو بقي الانتفاع به قائما، لأنه كالعضو خلق ضعيفا.

قوله: (وذلك أن في السن السوداء)^(٣). أي يدل على ذلك أن السن إذا جنى عليها فاسودت ففيها الدية كاملة لذهاب الزينة، ثم إذا ضربت فأذهبت ففيها دية أخرى لإذهاب الانتفاع بها، وهذا شيء يختص بالسن جعل في زينتها الدية، وفي الانتفاع بها دية، وهي بخلاف اليد الشلاء والعين القائمة بعد ذهاب بصرها

(١) في التهذيب «بمواضع أو نواقل» (٤/٥٦٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٦٤).

(٣) المصدر نفسه (٤/٥٦٥).

ليس فيها إلا حكومة .

والفرق أن السن السوداء فيها المنفعة كاملة ، وهي أكبر من الزينة ولم يبق في العين واليد الشلاء إلا الزينة فقط .

قوله: (ذلك أشكل)^(١) . يعني أنه توقف فيها ، واختار ابن القاسم أن لا يتوقف ففسر قوله أشكل بأنه يأخذ بحساب ما بقي ، وقوى ذلك بقوله: إنه قد قال ذلك قبل ولم يتوقف .

قوله: (إلا أنه يبطش باليد ويعمل وينظر بالعين)^(٢) . أي فهي بمنزلة الصحيحة ، لأن منفعتها باقية ففيها القصاص ، بخلاف الخطأ فإنه معذور بعدم القصد .

قوله: (وفي العين القائمة)^(٣) . أي الذهاب بصرها ولم يبق فيها إلا الزينة فيقوم بها قائمة ذاهباً بصرها ودونها ، وله ما بين القيمتين .

قوله: (والسوداء أشنع)^(٤) . لأنها لا شيء فيها من الزينة البتة ، بل مجرد المنفعة .

قوله: (وإن كان ذلك كالسواد)^(٥) . أي استحکم وقرب من السواد [٢٦٦/ب] ولم يكن فيه شيء من البياض فهو مثله .

قوله: (ثم عقلها)^(٥) . لأنها كالساقطة .

(١) التهذيب (٥٦٥/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٥٦٦/٤) .

(٣) في التهذيب «والسوداء أشد» (٥٦٦/٤) .

(٤) في التهذيب «وإذا كان سائر ذلك كالسواد» (٥٦٦/٤) .

(٥) المصدر نفسه (٥٦٧/٤) .



قوله: (ينتظر بها)^(١). لأنها قد تقوى بعد ذلك ، ويقال إنه إذا أخذ البلور أو العقيق ، هذا الحرز بعد طبخه حتى يبيض كالبلور ويسحق ، وضُمَّت السن به فإنه تقوى من اضطرابها وتشتد.

قوله: (واستحسن في الكف حكومة)^(١). لأنه يمكن أن يقال إنها تابعة للأصبع كما كانت تابعة لحملة الأصابع في القطع إلا أن تبعيتها لأصبع واحد يضعف ، فلذلك استحسن فيها الحكومة.

قوله: (لم يقتصر منه)^(١). لأن من شرطه المماثلة.

قوله: (لقطعت يده)^(٢). لأن ذهاب أصبع واحد غير معتبر ، فكأنه لم يذهب منها شيء مع أن الظالم أحق أن يحمل عليه.

قوله: (سواء كانت الإبهام)^(٣). أي التي هي أنملتان.

قوله: (فديتها في ماله)^(٤). لأن العاقلة إنما تحمل الخطأ لا العمد ، فتكون مأخوذة من دية العمد إذا قبلت ، أي المربعة وهل تغلظ بأن تكون من المثلثة كما تغلظ الدية على الأب ، وكذلك في كل ما تعذر فيه القصاص ؟ قولان.

وجه التغليظ به: أنه إذا كان عمدا لا يقتصر منه أشبه جناية الأب.

ووجه الثاني: الفرق ، وهو أن الأجنبي يعزر مع الدية ، والأب لا يعزر فكان التغليظ عليه في مقابلة ذلك.

(١) التهذيب (٥٦٧/٤).

(٢) في التهذيب «قطعت يده» (٥٦٧/٤).

(٣) يريد قوله: «قطعت يده قصاصاً عنها كانت الإبهام مقطوعة أو غيرها»، التهذيب (٥٦٧/٤).

(٤) التهذيب (٥٦٧/٤).

قوله: (على العاقلة)^(١). لأنه لما لم يكن فيها قصاص أشبه الخطأ فحملته العاقلة، لأن في كل واحدة ثلث الدية.

وقيل: على الجاني نظرا إلى أنه عمدٌ، وقيل: إن كان عديما فعلى العاقلة، أو مؤسرا فعليه، وقيل: إن كان له بعضها أخذ منه وكمل الباقي على العاقلة، وإلا فعلى العاقلة.

قوله: (موضعهما قائم). أي من الجاني فكان يمكن أن يقتص منه لولا خوف الإتلاف، بخلاف المسألة الأولى لأنه قد عدم من الجاني محل الاستيفاء البتة، فهذا أقرب إلى الخطأ، لأن محل الاستيفاء فيه من الجاني موجود، فكان على العاقلة.

قوله: (كل ما يجنيه الجاني عمدا بشرط أنه لا يقتص منه وفي جسده مثله). فهذا تقرير للقاعدة المتقدمة.

قوله: (ففيها الدية كاملة). لأن في كل (.)^(٢) ثلثها.

قوله: (حملته العاقلة). لكن في كل منقلة عشر ونصف العشر الدية.

قوله: (فهو كضربة واحدة). لأنه لم يتبين الانفصال بينهما، لكن صارت بالتابع كأنها في زمن واحد.

قوله: (لم تحمل العاقلة). لأنه لم يفعل الثانية حتى وجبت في ماله الأولى، وكذلك الثانية مع الثالثة.

قوله: (لم يثغر)^(٣). أي لم تسقط أسنانه بعد.

(١) من هذا إلى قوله: (لم تحمل العاقلة) كله من التهذيب (٥٦٨/٤).

(٢) كلمة غير واضحة في المتن، لعلها: مأومة.

(٣) التهذيب (٥٦٩/٤).

قوله: (وقف عقله)^(١). لاحتمال أن تنبت {وأن لا تنبت}.

قوله: (وإن هلك الصبي)^(١). لأنه تحقق عدم الإنبات.

قوله: (فلا عقل فيها ولا قود)^(١). لكن لا بد من تعزيره.

قوله: (أعطي ما نقصت)^(١). أي مع التعزير.

قوله: (اقتص منه)^(١). لليأس من الإنبات، لأنه بمنزلة ما لو عاش ولم ينبت.

وهذه مسألة فرق؛ وذلك أنه إذا رعى زرع غيره، فإنه تلزمه قيمته على الفور على الرجاء والخوف لا ينتظر به أن ينبت لأنه أ تلف مالا محققا، والأول لم يتلف مالا محققا، لأنه بصدد أن ينبت. فإن عقل عن الحكومة إلى أن ينبت الزرع فينظر؛ فإن كان يوم الرعي له قيمة لزمه ذلك القدر، وإن لم تكن له قيمة لأنه مما لا يمكن رعيه لم يكن عليه شيء.



كتاب الديات

قوله: (ودية اليهودي والنصراني)^(١). أي الدية أو العاهد وكذلك يريد بالمجوس الذمّي [١/٢٦٧] أو المعاهد لأن الحربي غير معصوم الدم فلا شيء فيه.

قوله: (مثل نصف دية المسلم)^(٢). هذا لا يعلم إلا بالتوقيف وفي هذا التحديد أحاديث، ومن جهة المعنى لما كان أنقص من المسلم أشبه المرأة المسلمة، ولما كان الكتابي أفضل من المجوسي كانت ديتها أكثر من ديته، وكانت المرأة على النصف من الرجل، لأن الأنثى من كل صنف كذلك، وخالف الشافعي في الكتابي فقال: فيه مثل ثلث دية المسلم، قال بالإجماع لأن من قال بالنصف قال بالثلث، قلنا: قال به ولكن لا بصفة الاقتصار كما فعلت.

قوله: (ثمان مائة درهم)^(٣). أي ثلثا عشر دية المسلم.

قوله: (عشر الدية ونصف عشرها)^(٣). بناء على هل يتمكن فيها القصاص أو لا؟ فإن لم يتمكن ففيها من العبد أيضا عشر قيمته ونصف عشره.

قوله: (ما يبلغ ثلث ديتها أو ثلث ديته)^(٣). هذا المذهب، ولنا قول ثانٍ وهو أن نعتبر ثلث دية الجاني فقط.

قوله: (والأول أبين)^(٤). أي ما يبلغ ثلث دية المجني عليه.

(١) التهذيب (٥٧١/٤).

(٢) في التهذيب «مثل دية نصف الحر المسلم» (٥٧١/٤).

(٣) المصدر نفسه (٥٧١/٤).

(٤) المصدر نفسه (٥٧٢/٤).

قوله: (هم الذين يؤدون معهم الخراج)^(١). لأنهم صاروا مثل قبيل واحد.
قوله: (إلا أن في مأمومة العبد وجائفته)^(١). كما فيها من الحد ثلث الدية،
لأنه لا يتأتى فيها القصاص وفي المنقلة قولان القصاص.

قوله: (فكل جند عليهم جرائرهم)^(١). أي لما ضمهم ديوان واحد صاروا
كقبيل واحد.

قوله: (عقل معهم)^(١). لأنه صار من أهل ذلك الموضع وصاروا له عاقلة.
قوله: (ضم إليه أقرب القبائل)^(١). أي ينظر إلى الجد الأبعد فيضاف بنوه
إلى عاقلته.

قوله: (على قدر طاقة الناس)^(١). أي لا ينظر في ذلك إلى أعدادهم بل إلى
أحوالهم.

قوله: (في ثلاث سنين)^(١). هذا للرفق بهم لأنه كان ينبغي ألا يغرموا عنه،
إذ ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤]، لكن ما كان من الجناية الخطأ يبلغ
ثلث دية الجاني أو المجني عليه فصاعدا يثقل، فخفف الشرع بأن كلف العاقلة
أن يتحملوا عنه، وما كان أقل من ذلك يخف، فكان على الجاني في ماله حالاً،
وكذلك في صلح العمد يكون في ماله حالاً لأنه عاص فناسب التثجيل.

قوله: (مثل أن يقطع لها أصبعين)^(١). في ذلك خمس الدية التي للرجل
هنا، لأن المرأة تعادل الرجل إلى ثلث ديتها ففيها من الدراهم خمس ثمان مائة
وذلك مائة وستون، ومن الأبل خمس دية الرجل وذلك ثلثا عشر مائة ستة
وثلاثون وثلثها اثنان وتسعان، وهي أكثر من ثلث دية المرأة.

(١) التهذيب (٤/٥٧٢).



قوله: (وأصل هذا أن المعتبر ما بلغ ثلث دية الجاني أو المجني عليه)^(١).
فصاعدا ولا يقتصر على دية أحدهما كما في المثال المتقدم.

وثمره الخلاف لو قطع رجل يد امرأة:

فبالنظر إليها تحمله العاقلة لأنه أكثر من ثلث ديتها، وبالنظر إلى الجاني لا تحمله العاقلة لأنه أقل من ثلث ديته؛ ووجه هذا أن العاقلة تقول: إنما نحمل ثلث ديتك يا أخي فقط، ووجه الأول أن الجاني قد يجني على من يساويه ومن هو دونه ومن هو فوقه.

وأراد بالمجوسي هنا: الذي تؤخذ منه الجزية على المذهب من قبول الجزية منهم لقوله: «سُنُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ»^(٢).

وأما الحربي فلا شيء فيه لأنه غير معصوم الدم.

قوله: (حمل ذلك أهل معاقلتهم)^(٣). أي من يؤدي الجزية معهم في ذلك العمل وإن لم يكن بينهم نسب.

قوله: (دون النساء)^(٤). لأن المرأة لا تكون من العاقلة، لأنها ليست من أهل النصر، ولا الصبي ولا المجنون ولا الفقير ولا المديان، فهؤلاء خمسة. [٢٦٧/ب]

(١) في التهذيب «وأصل هذا أن الجناية إذا بلغت ثلث دية الجاني أو ثلث دية المحني عليه حملته العاقلة» (٥٧٢/٤).

(٢) الحديث رواه مالك في الموطأ عن جعفر بن محمد بن علي، عن أبيه، أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال: «ما أدري كيف أصنع في أمرهم»، فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: «سُنُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ». كتاب الزكاة، باب جزية أهل الكتاب والمجوس.

(٣) في التهذيب «أهل عواقلهم» (٥٧٢/٤).

(٤) التهذيب (٥٧٢/٤).

قَوْلُهُ: (وهم أهل كورته)^(١). أي من يؤدي الجزية في ذلك العمل من أهل الكتاب.

قَوْلُهُ: (بعد برئه)^(١). لأنه إنما ينظر في ذلك بعد البرء، مخافة أن يسرى إل النفس.

قَوْلُهُ: (وما تظالموا بينهم)^(٢). لأنهم إنما أدّوا الجزية على ذلك.

قَوْلُهُ: (ومصر والشام أجناد)^(٢). أي أهلها أجناد قد جُندت أي قسمت الأرض عليهم، فأرض مصر لأهلها، فبعضهم يعقل عن بعض وإن لم يكونوا قبائل كالعرب، لأن أكثرهم قبط أسلموا.

قَوْلُهُ: (دون غيرهم من الأجناد)^(٢). أي لا يدخل أهل كورة مع غيرها كالشام ومصر.

قَوْلُهُ: (إذ لا يكون في دية واحدة)^(٢). لأن الإبل على البدو والعين على الحضر.

قَوْلُهُ: (عقل معهم)^(٢). لأنه صار من هذه الكورة، لا تعتبر فيهم قبيلة، بل أهل مصر كلهم كالقبيلة الواحدة.

قَوْلُهُ: (ضم إليه أقرب القبائل)^(٢). كالهاشمي إذا لم يقدرُوا^(٣) بنو هاشم على الجناية نظر إلى القرشيين، فإن لم يقدرُوا نظر إلى من فوق قريش.

قَوْلُهُ: (وإذا جنى الصبي أو المجنون عمداً أو خطأ)^(٤). لأن عمد الصبي

(١) التهذيب (٥٧٢/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥٧٣/٤).

(٣) كذا في المتن.

(٤) التهذيب (٥٧٤/٤).

لا أثر له فهو كالخطأ، خلافا للشافعي فَرَق بين عمدته وخطئه، فجعل عمدته في ماله، لأن له قصدا بخلاف المجنون، واحتج بالحديث: «لا تحمل العاقلة عمدا»^(١)، قلنا المراد عمدا ليس كالخطأ.

قوله: (أخر لإفاقته)^(٢). كالسكران يؤخر في الحد إلى أن يفيق ليحصل له التألم.

بَابُ

قضى النبي ﷺ في الجنين الحر المسلم بغرة عبد أو وليدة^(٣)، ذكرنا كان أو أثنى، قطعاً للنزاع، كما قضى في لبن المصرة بقرة كانت أو معزة أو ضانية بصاع من تمر، ومعنى غرة أي نسمة.

قوله: (والحمران)^(٤). أي البيض لقولهم الأحمر والأسود، وهم يكرهون البياض فعبروا عنه بالحمرة، ولذلك قال تعالى: ﴿بَيْضَاءَ مِنْ غَيْرِ سَوَاءٍ﴾ [طه: ٢٢] والبيضاء أعلى من السوداء.

قوله: (والقيمة في ذلك خسمون ديناراً)^(٥). هذا استحسان من مالك، لأنها

(١) الأثر رواه مالك عن ابن شهاب، أنه قال: «مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئاً من دية العمد، إلا أن يشاءوا ذلك». كتاب العقول، باب ما يوجب العقل على الرجل في خاصة ماله. وفي السنن الكبرى للبيهقي مرفوعاً لابن عباس: «لا تحمل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك قال: وقال ذلك الليث إلا أن تشاء». كتاب الديات، جماع أبواب الديات فيما دون النفس، باب من قال: لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً.

(٢) التهذيب (٤/٥٧٤).

(٣) الحديث في البخاري مسلم وغيرهما، ولفظ البخاري: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأتين رَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ، فَطَرَحَتْ جَنِينَهَا، فَقَضَى فِيهِ النَّبِيُّ ﷺ بِغُرَّةِ عَبْدٍ، أَوْ وَلِيدَةٍ. كتاب الطب، باب الكهانة.

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٧٤).



أقل دية مشروعة وهي دية الموضحة عشر الدية .

قوله: (لم يجبروا)^(١) . هذا على وجه الاستحسان .

قوله: (وليس على أهل الإبل في ذلك إبل)^(١) . بدليل أنه ﷺ حكم على أهل الإبل بالغرة .

ولنا قول ثانٍ أنها تؤخذ أيضا من الإبل نصف عشر المائة ، فإن كان عمدا أخذت من الدية المربعة ، واحد وربع من كل نوع ، وإن كان خطأ فمن الخمسة واحد من كل نوع .

قوله: (عمدا أو خطأ)^(١) . لأنهما يستويان إذا ألقته ميتا في الغرة بخلاف ما إذا ألقته حيا .

قوله: (بأن علم أنه حمل)^(١) . أما النطفة والدم غير المنعقد فلا أثر له ، وأما الدم المنعقد فعند ابن القاسم فيه الغرة ، وتحل به الأزواج ، وتكون به أم ولد .

وقال أشهب: ليس فيما دون العلقه شيء ، وإنما ذلك كله في العلقه .

وقال الشافعي: ليس فيما دون المضغة المخلقة أي المصورة شيء ، وإنما ذلك في المضغة المخلقة .

قوله: (بغير قسامة)^(١) . لأن غالب الظن أنه مات من الضربة لا قبل ذلك ، ولم يعتبر الشرع احتمال أن يكون ميتا قبل ذلك في قضائه بالغرة كما حكم للحمل وإن كان نطفة بالميراث لأنه ملحق به بالإجماع ، ونزل وجوده في تلك الأطوار كالوجود المحقق .

(١) التهذيب (٤/٥٧٥) .

قَوْلُهُ: (ولا تحمل العاقلة)^(١). لأنها إنما تحمل الدية أو ثلثها فصاعداً، وهذه ليست بدية.

وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أَنَّهَا تَحْمِلُهَا، لِأَنَّهَا دِيَةُ الْجَنِينِ فَأَشْبَهَتْ الدِّيَةَ الْآخَرَى.

قَوْلُهُ: (حتى يزایل بطنها)^(١). لو بقي بعد الضرب وبعد ذلك ألقته ميتاً، ولا قَسَامَةٌ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ [٢٦٨/١] مات من ذلك الضرب وإن لم يعلم ذلك فقد [يمكن]^(٢) أن يقال بالقَسَامَةِ.

قَوْلُهُ: (ويورث على فرائض الله)^(٣). ولنا قولان آخران، أحدهما: أن يكون ذلك لأمه خاصة لأنه كبعض منها، والثاني: إن كان أبوه حاضراً لم يمت، ولا كان أبوه مراعنا ولا زانيا فهو بين الأبوين وإلا فلا أمه فقط.

قَوْلُهُ: (إنما الكفارة في قتل الخطأ)^(٤). أي ولا يتحقق أن هذا قتل لإحتمال أن يكون ميتاً قبل الضرب، ولأنه إنما ضرب الأم لا الجنين، ولأن الكفارة إنما هي فيما فيه الدية كما في الكتاب.

قَوْلُهُ: (واستحسن)^(٤). وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ أَنَّ الْكَفَارَةَ تَجِبُ لِأَنَّهُ قَتَلَ مُسْلِمًا خَطَأً، وهذا إن لم يكن الضرب عمداً فإنه في معنى الخطأ.

قَوْلُهُ: (وكذلك العبد والذمي)^(٤). أي استحسن الكفارة في مثلهما خطأ، وإنما الكفارة في الحر المسلم لا اقترانها بالدية في الآية، وهذان لا دية فيهما.

وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ بِوُجُوبِ الْكَفَارَةِ فِيهِمَا.

(١) التهذيب (٥٧٥/٤).

(٢) غير واضح من المتن، وما أثبتته يفيد المعنى.

(٣) في التهذيب «وتورث الغرة على فرائض الله» (٥٧٥/٤).

(٤) التهذيب (٥٧٥/٤).

قوله: (وفي جنينهما الكفارة)^(١). أي في ولديها استحسان الكفارة.

قوله: (فلا غرة فيه)^(١). لأنه مات بموتها، فهو تابع كعضو منها، وعليه الكفارة في قتلها خطأ، وإن تعمد الضرب بالقود.

قوله: (فألقت جنينا حيًّا)^(٢). علامة الحياة الاستهلال والرضاع، وأما الحركة فإن لم تدم فلا اعتبار بها، لأن اللحم يتحرك على (.)^(٣)، وإن طالت فقولان، وفي العطاس أيضا قولان، لاحتمال أن يكون ريحا مجمعة فيه.

قوله: (إن استهل ففيه القسامة والدية)^(٤). هذا في الضرب الخطأ، وأما في العمد ففيه القصاص، وفي الأم فيقتل بهما ولا كفارة.

قوله: (ورثته)^(٤). أي من الدية أو الغرة.

قوله: (وقد مات الأب قبل ذلك كله)^(٤). يريد أن الأخ لا يرث مع الأب.

قوله: (فلا يرث الأب من دية الجنين شيئا)^(٤). لأن قاتل الخطأ لا يرث من الدية ويرث من المال، والجنين لا مال له.

قوله: (ولا يحجب)^(٤). لأن من لا يرث لا يحجب إلا في مسألتين كالإخوة.

قوله: (ففيه القسامة)^(٤). لاحتمال أن يكون مات من الضرب ومن غيره لا انفصاله منها حيا.

قوله: (وذلك إذا تعمد ضرب بطنها خاصة)^(٤). يريد أن الأب لا يقتل بابنه

(١) التهذيب (٤/٥٧٥).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٧٦).

(٣) لعله: الوضع.

(٤) التهذيب (٤/٥٧٦).

إلا إذا تحقق قتله إياه عمداً ، مثل أن يضجعه ويذبحه أو يشق بطنه ، كذلك هنا إذا لم يرد ضرب الأم بل قصد ضرب البطن لأجل الولد ، وأما الأجنبي فيكفي في عمده أن يضرب الأم عمداً ، فإذا أُلقت الولد حيا ومات فعليه القَسَامَةُ والقصاص ، فإن أقسموا وإلا رُدَّت الأيمان على أولياء الجاني ، فإن حلفوا وإلا حُبسوا حتى يحلفوا .

قَوْلُه: (ولم يكن في الجنين يخرج ميتا قَسَامَةً)^(١) . لأن ظاهر أمره أنه مات من ذلك الضرب ، كالرجل يضرب فيموت من حينه ولا يتكلم .

وقال أَشْهَبُ: في الجنين يستهل فيموت: لا قصاص فيه ، لأنه لا يتحقق العمد فيه ، لأنه إنما ضرب الأم لا الجنين فهو أبداً خطأ .

قَوْلُه: (وإذا صرخ ثم مات ففيه القَسَامَةُ)^(٢) . لأنه انفصل بعد الضرب حيا فأمكن أن يموت من غيره .

قَوْلُه: (وإن كان ذلك عمداً كان في مال الجاني)^(٣) . هذا كالمسلم في عمده وخطئه .

قَوْلُه: (ما في جنين الحرة)^(٣) . لأن ولد الأمة من سيدها الحرُّ حرٌّ .

قَوْلُه: (عشر قيمة أمه)^(٣) . لأن الغرة إنما هي في الجنين الحر المسلم .

قَوْلُه: (كان أبوه حراً أو عبداً)^(٣) . لأنه في الحرية والرق يتبع أمه إذا كان من غير سيدها الحر .

قَوْلُه: (وفي جنين الذمّية)^(٣) . لأنه ذمي مثلها ، ولا غرة فيه إلا عشر دية أمه .

(١) التهذيب (٥٧٧/٤) .

(٢) في التهذيب «وإذا صرخ ثم مات كان كالمضروب يعيش أياما ، ففيه القَسَامَةُ» (٥٧٧/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٥٧٧/٤) .

قَوْلُهُ: (ففي جنينها ما في جنين النصراني)^(١). لأنه يتبع أباه في الدين [٢٦٨/ب] لا أمه ، فهو نصراني وإن كانت أمه مسلمة .

قَوْلُهُ: (حلف من يرثه يمينا واحدة)^(١). إن كان واحدا ، وإن تعددوا حلف كل واحد يمينا لأنه لا قَسَامَة إلا في الحر المسلم ، وإنما هذا مال والضربة كشاهد ، ولذلك شبهت بالشاهد في المسألة التي بعدها ، بل الضربة أقوى لأن الشاهد يمكن كذبه .

قَوْلُهُ: (يحلفون يمينا)^(٢). أي كل واحد يمينا ، لأن اليمين التي تجب عليهم لا تتبع فكملة .

قَوْلُهُ: (ففي جنينها ما في جنين الحرة المسلم)^(٣). لأنه مسلم بالتبع لأبيه ، وحر بالتبع لأمه ، لأن النصرانية التي تزوجها المسلم لا يجوز أن تكون أمة بل تكون حرة .

قَوْلُهُ: (ففي جنينها ما في جنين المجوسي)^(٤). لأنه تابع في الدين لأبيه لا لأمه على المذهب .

قَوْلُهُ: (أربعون)^(٤). لأنها نصف عُشْر ثمان مائة درهم .

قَوْلُهُ: (قتل الرجل)^(٤). لأن الجماعة يقتلون بالواحد وتعذر قتل الصبي لأن عمده خطأ فصار كبعض قوم قتلوا شخصا فعليه بعض الدية .

قَوْلُهُ: (فأحب إلي أن تكون الدية عليهما)^(٤). وقيل : لا شيء عليهما لأنه

(١) التهذيب (٤/٥٧٧) .

(٢) في التهذيب «يقسمون معه يمينا واحدة» (٤/٥٧٧) .

(٣) في التهذيب «ما في جنين الحر المسلم» (٤/٥٧٨) .

(٤) المصدر نفسه (٤/٥٧٨) .

لا يلزم شيء بالشك ، وهي مبنية على مسألة أخرى لو قتل شخصا وهرب واختلط بقوم فلم يعلم القاتل ، ف قيل : لا شيء عليهم ، وقيل : الدية عليهم لئلا يهدر الدم والقتل لا يجاوزهم بل انحصر فيهم .

قوله : (لأن الدم لا يتكافأ)^(١) . أي أن تعذر القود يكون بوجوده منها أن يعفو ولي الدم ، ومنها ألا يكافئ المقتول القاتل ، فإذا سقط القود فيضرب القاتل مائة ويحبس سنة قياسا على الزاني ، أي إذا لم يكن محصنا لما تعذر الرجم ضرب مائة وحبس سنة .

قوله : (أو امرأة)^(١) . إلا أنها لا تُغَرَّب بل تحبس في بلدها .

قوله : (إلا أن يتبين أنك أردتها)^(٢) . بأن تتقدم قرينة مثل أن يخير في القتل والدية فيختار القتل ثم يقول : قد عفوت ويطلق ثم يقول إنما عفوت على الدية .

قوله : (ثم يخير سيده)^(٢) . اتفق ابن القاسم وأشهب في العبد القاتل أن ولي الدم مخير بين القود واسترقاقه ، بخلاف الحر القاتل يجني عمدا مثلا ، أو يخيره ؛ فالمذهب على أن الواجب عليه القصاص إلا أن يختار الدية ، خلافا لأشهب ؛ الخيار عنده لولي الدم .

والفرق على المذهب أن الحر الجاني يقول : أبرئ ذمتي من الجناية حتى لا أطلب في الآخرة بها ، وأترك مالي لورثتي ، وليس كذلك السيد لأنه لا فائدة له في طلب القود ، لأنه يخرج عن ملكه العبد بالقود وبالاstrقاق فيكون الخيار لولي المقتول فإن اختار الاstrقاق بطل القتل وصار كالخطأ ، والعبد إذا جنى خطأ فالخيار لسيدته أن يسلمه أو يفتكه بأرش الجناية .

(١) التهذيب (٥٧٩/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٥٧٩/٤) .

قَوْلُهُ: (فَإِنْ اتَّهَمُوا)^(١). فِيهَا أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ أَقْرَ عَلَى غَيْرِهِ، وَلَا عَلَى عَاقِلَتِهِ.

وَالثَّانِي: عَلَيْهِ الدِّيةُ فِي مَالِهِ.

وَالثَّلَاثُ: إِنْ كَانَ عَدْلًا وَلَمْ يَتَّهَمُوا بِمَا قَالَ، فَعَلَى الْعَاقِلَةِ الدِّيةُ بِقَسَامَةٍ.

وَالرَّابِعُ: تَوَزَعَتِ الدِّيةُ عَلَيْهِ وَعَلَى عَاقِلَتِهِ فَمَا نَابَهُ فِي مَالِهِ، وَمَا نَابَهُمْ عَلَيْهِمْ.

قَوْلُهُ: (وَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ)^(١). لِأَنَّهُ لَمْ يَقْرَ عَلَى نَفْسِهِ.

قَوْلُهُ: (فَلَا شَيْءَ لَهُمْ)^(١). وَلَا تَرُدُّ الْيَمِينَ لِأَنَّهُ لَيْسَ هُنَاكَ مَنْ تَرُدُّ عَلَيْهِ مِنْ

مَدْعٍ آخَرَ.

قَوْلُهُ: (فَإِنَّهُ يَصْدُقُ)^(١). لَا خِلَافَ فِي هَذَا، لِأَنَّهُ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ وَالْأَوَّلُ جَانٌ.

قَوْلُهُ: (فَعَلَى قَبِيلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ عَشْرَ الدِّيةِ)^(٢). إِنَّمَا حَمَلَتِ الْعَاقِلَةُ هُنَا أَقْلَ

مِنْ ثَلَاثِ الدِّيةِ لِأَنَّ مَا نَابَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِمَنْزِلَةِ دِيَّةٍ كَامِلَةٍ، لِأَنَّهُمْ لَوْ قَتَلُوهُ عَمْدًا قَتَلُوا بِهِ، وَلَمَّا كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ دِيَّاتٍ صَحَّ أَنْ يَجْتَمَعَ فِيهَا الْإِبْلُ [١/٢٦٩] وَالْدَنَانِيرُ وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ كِفَارٌ كَامِلٌ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ لَا تَتَّبَعُضُ بِخِلَافِ الدِّيةِ.

قَوْلُهُ: (فَعَلَى عَاقِلَتِهِ نِصْفُ الدِّيةِ)^(٢). لِأَنَّهُ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثِ الدِّيةِ لَمَّا تَقْدَرُ

الْقَوْلَانِ الْمُرَادُ فِي الْآيَةِ ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ [المائدة: ٤٥] أَيِ الْيَمَنِ بِالْيَمَنِ وَالْيَسْرَى بِالْيَسْرَى عَلَى ذَلِكَ الْإِجْمَاعِ وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَعْضَاءِ وَالْأَسْنَانِ.

قَوْلُهُ: (أَلْفُ دِينَارٍ)^(٢). لِأَنَّهُ يُقَالُ أَنَّ ضِدَّ الْعَيْنِ الْمَفْقُوءَةِ يَرْجِعُ إِلَى الْبَاقِيَةِ

(١) التَّهْلِيلُ (٤/٥٨٠).

(٢) الْمَصْدَرُ نَفْسُهُ (٤/٥٨٠).

فببصر بها ما كان يبصر من العينين بخلاف السمع لا يقوى سمع الأذن الباقية وكذلك اليد الباقية لا تزيد قوتها.

قوله: (إذ لا قصاص له في غير الجاني)^(١). لأنها لا تماثلها.

قوله: (وللصحيح أن يقتصر)^(٢). لاتفاق المفقوءة من الصحيحة مع عين الأعور، (وإن أحب)^(٢)؛ هذا على خلاف أصل المذهب في جناية الحر العمد أي الواجب فيها القصاص ولا خيار لولي الدم ويبقى جعل الخيار للمجني عليه في القصاص أو الدية وإذا اختار الدية فقولان هل يأخذ دية العين المجني عليها خمس مائة دينار أو عين الجاني الأعور لأنه إذا لم يقتصر ففي الحقيقة (.) عين الأعور فكذلك ديتها ألف دينار، ونظير هذه: لو قتل رجل امرأة عمدا فعفى أولياء المرأة عن القود على أخذ الدية فقولان: هل دية المرأة، أو دية الجاني لأن لهم قتله؟

قوله: (لما جاء فيها من السنة)^(٣). يعنى عمل المدينة.

قوله: (ومن شج رجلا موضحة)^(٣). أي خطأ.

قوله: (لأنها ضربة واحدة)^(٣). أي فلذلك حملت العاقلة دية الموضحة وهي عشر الدية.

قوله: (موضحة ومأمومة)^(٣). هذا ممكن في ضربة واحدة بأن توضح عن العظم وتبلغ إلى أم الدماغ ولو بقدر مغرز إبرة.

قوله: (وحملت العاقلة المأمومة)^(٣). لأنه لا يتمكن الاقتصاص منها.

قوله: (كان في ماله عقل سمع الأول وعقله)^(١). أي ديتها لأنه لا يتمكن

(١) التهذيب (٤/٥٨٠).

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٨١).

(٣) المصدر نفسه (٤/٥٨٢).

الاقتصاص منهما .

قَوْلُه: (فشلت من ذلك يده أو أصبع أخرى)^(١) . أي تعطلت ويبست .

قَوْلُه: (عقل ذلك في ماله)^(٢) . لأنه عمد ولأن الشلل يتعذر القصاص منه ، أي لا يحصل في ضربة واحدة وقيل يضرب ضربات حتى تشل .

قَوْلُه: (فعلى عاقلته دية اليد)^(٢) . لأن في الكف ما في اليد وذلك حصل في ضربة أما لو كان الشلل في ضربة أخرى لكان فيه حكومة .

قَوْلُه: (جعل له بيضة)^(٢) . ويعلم على كم يبصرها بالصحيحة من المسافة وعلى كم يبصرها بالسقيمة وتنسب إحدى المسافتين من الأخرى ويأخذ ذلك من نصف الدية ويصدق المجني عليه في ذلك ، وإن اتهم غفل واختبر ليعلم صدقه من كذبه ، وإن لم يقدر على ذلك صدق مع يمينه ، والجاني أحق بأن يحمل عليه ، وكذلك في السمع يختبر بأن يصوت قريبا منه وتغلق أذنه الصحيحة .

وقَوْلُه: (حتى يعرف صدقه)^(٢) . أي يغفل حتى يعرف قدر سمعه إن قدر على ذلك .

قَوْلُه: (وإن قطع أصبع رجل خطأ كان في ماله)^(٢) . لأنه عشر الدية ويؤخذ من المجني (.) أقل من بعير كربع الأنملة لأن فيها ثلاثة وثلاث من الأبل .

قَوْلُه: (إذا صولح قاتل العمد)^(٣) . يكون ذلك في ماله لأن العاقلة لا تحمل عمدا ولا عبدا ولا صلحا .

(١) التهذيب (٥٨٢/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٥٨٣/٤) .

(٣) في التهذيب «وقاتل العمد إذا صولح» (٥٨٤/٤) .

قَوْلُهُ: (فصالح الأولياء عاقلته)^(١). فيه إشكال لأن الصلح بيع إبل مجهولة الصفات ، ولا يكفي في البيع كون المبيع من الوسط يقبض حتى يوصف والذي جوزه أن ذلك معروف وهو مما يجوز بيعه قبل قبضه .

قَوْلُهُ: (لأنه دين بدين)^(١). لأنه بالجناية صارت للمجني عليه على العاقلة بخلاف الصلح في [٢٦٩/ب] العمد لأنه دم صولح عنه لا دين .

قَوْلُهُ: (صالح الجاني عن العاقلة)^(١). هذا كالحميل يصلح عن الغريم رب الدين وفي ذلك ثلاثة أقوال: المنع لأن الغريم يكون مخيراً في دفع ما كان عليه وبما وقع به الصلح فلا يدري رب الدين ما يأخذ فهو غرر .
والثاني الجواز لأنه معروف .

والثالث الصلح إن كان الدين من ذوات القيم صح ، وإن كان من ذوات الأمثال لم يصح لاختلاف الأغراض فيها ، وقد صارت القيمة كالمقوم عند الناس ، وهذا إذا صالح الجاني ليرجع على العاقلة بذلك أما إن لم يرجع فلا كلام في الجواز .

قَوْلُهُ: (وما أصاب النائم)^(١). لأنه خطأ فهو على عاقلته .

قَوْلُهُ: (ويعتق رقبة)^(١). لأنها قتلت مؤمناً خطأ .

قَوْلُهُ: (شهد شاهد على رجل)^(١). بهذا اللوث صار جانب المدعى راجحاً فكان القول قَوْلُهُ مع القسامة .

قَوْلُهُ: (فلا يجب على العاقلة بذلك شيء)^(٢). إلا بأن يقسموا مع شاهد

(١) التهذيب (٤/٥٨٤) .

(٢) التهذيب (٤/٥٨٥) .

الفعل ولا أثر الشاهد القول لأنه لا يثبت إقراره بشاهد واحد ولا يلفقان ، وفي التلفيق ثلاثة أقوال:

أحدها: تلتق الأقوال والأفعال . الثاني: لا يلفقان . الثالث وهو المذهب: تلتق الأقوال لا الأفعال .

قوله: (فلا يثبت ذلك من إقراره إلا بشاهدين)^(١) . لأنه أقر على غيره فصار كشهادته على غيره ولا يثبت نقل الشهادة إلا بشاهدين وبشروط وهي: أن يأذن لهما في النقل لها ، وأن يتعذر سماعها منه لمغيبه أو صوته ، وألا يرجع عن ذلك ، فذلك تعتبر هذه الشروط هنا .

قوله: (فيقسمون حينئذ معها)^(٢) . هذا المذهب إن كان المقر عدلا ولم يتهم وقد تقدم الخلاف في ذلك على أربعة أقوال .

قوله: (بخلاف من أقام شاهدا على إقرار رجل بدين)^(٣) . لأن هذا أقر على نفسه والأول أقر على غيره .

قوله: (جازت شهادته في الدم وغيره)^(٣) . هذا المذهب ولنا قول ثان أنه لا تقبل شهادته أبدا ، وإن حسنت حاله فيأخذ فيه لأنه يتهم في ذلك كما في حديث عمر: «ودت الزانية أن النساء زنين»^(٤) .

قوله: (وتجوز شهادة النساء)^(٥) . الحقوق ثلاثة بدني ، ومالي ، وبدني مالي .

(١) التهذيب (٤/٥٨٥) .

(٢) في التهذيب «معها» (٤/٥٨٥) .

(٣) المصدر نفسه (٤/٥٨٥) .

(٤) لم أقف عليه .

(٥) المصدر نفسه (٤/٥٨٥) .

فالبدي لا يقبل فيه النساء بخلاف الثاني ، وفي الثالث قولان: المذهب يقبل فيه النساء مراعاة لما شابه من المال ، وأشهب لا يقبل فيه النساء لما فيه من غير المال .

قوله: (إنما هو مال)^(١) . لأنه لا يتمكن القصاص فيها .

قوله: (فلولاته أن يقسموا أو يقتلوا في العمد)^(٢) . أصل هذا قصة البقرة إذ ضرب المقتول ببعضها فحيي وقال: قتلني فلان فاكتفي في القصاص بقوله: قال المخالف: هذا شرع من قبلنا ، قلنا: وشرع من قبلنا شرع لنا إذا لم ينسح ، قال: معجزة نبي فلا يقاس عليها قلنا: إنما المعجزة في ذلك إحياءه لا كلامه ، فلا فرق بين كلام هذا وكلام غيره ، وأيضا لحديث محيصة وحويصة^(٣) ، إذ قال لهما ﷺ: تحلفان ليس يمينا ، الحديث^(٤) .

قوله: (ويأخذ الدية في الخطأ)^(٥) . لا خلاف أن الشاهد العدل لوث (.) قوله فلا يقتل (.) المخالف لأنه يتهم أن يريد إغناء ورثته ، قلنا: لا يتهم مسلم (.) على الله بذلك .

قوله: (وليس للورثة أن يقسموا)^(٥) . على خلاف ما قال ، بل إن قال عمدا حلفوا على العمد ، أو خطأ حلفوا عليه .

قوله: (فما ادعاه ولالة الدم)^(٦) . يعني أن للإنسان أن يحلف على غلبة ظنه .

(١) يريد قوله «لأن ذلك مال» (٤/٥٨٥) .

(٢) المصدر نفسه (٤/٥٨٥) .

(٣) الحديث تقدم تخريجه .

(٤) جزء من حديث طويل رواه مالك في الموطأ ، كتاب القسامة ، باب تبدئة أهل الدم في القسامة ، عن عبد الله بن سهل الأنصاري .

(٥) التهذيب (٤/٥٨٥) .

(٦) المصدر نفسه (٤/٥٨٦) .

قوله: (استحقوا دية الخطأ)^(١). لأن القصاص قد تعذر.

قوله: (وأن قال بعضهم عمدا وقال آخرون لا علملنا)^(١). [١/٢٧٠] يحلف مدعوا العمد واقتصوا.

قوله: (لم يكن له ذلك)^(١). لأن من أسقط شيئا لزمه ، فلا يعود فيه لأن ذلك يؤدي إلى طول الخصام وامتناع الفصل بين الخصوم.

قوله: (ولا ترد اليمين على الطالب)^(١). لأن اليمين المردودة لا ترد التسلسل.

قوله: (فيحلف خمسين يمينا)^(١). ولوثة بمنزلة شاهد.

قوله: (حبس)^(٢). أي أبدا لأنه قادر على أن يحلف.

قوله: (وكذلك من أقام شاهدا على جرح عمدا فيحلف ويقتص)^(٣). لأن جنس الجراح مال ، أي فيها لا يقتص منه فانخفضت عن رتبة حقوق الأبدان فصح فيها اليمين والشاهد كالحقوق المالية.

ولنا قول ثانٍ أنه لا بد من شاهدين وإلا فلا شيء له.

قوله: (وليس في شيء من الجراح قسامة)^(٤). إنما ذلك في النفس لعظم حرمتها يريد النفس الحرة المؤمنة فلا قسامة عليه لأنه مال ، ولا ذمي لأنه كالمال لما نقصت ديته.

(١) التهذيب (٥٨٦/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥٨٧/٤).

(٣) في التهذيب «ولكن من أقام شاهدا عدلا على جرح عمدا أو خطأ ، فليحلف معه يمينا واحدة ، ويقتص» (٥٨٧/٤).

(٤) المصدر نفسه (٥٨٧/٤).

قَوْلُهُ: (ويقتصر في العمد على المذهب)^(١). وعلى القول الثاني لا شيء له حتى يأتي بشاهدين.

قَوْلُهُ: (ثم قال ذلك في جراح العمد)^(٢). يعني الشاهد واليمين في الحق البدني.

قَوْلُهُ: (لشيء استحسناه)^(٣). يشير إلى أن الجراح انخفضت عن الحقوق البدنية لما ذكر.

قَوْلُهُ: (ولا أراه أخذ إلا من قبل الشهادة)^(٤). يعني أن القسامة تنزل منزلة الشهادة، ولا يثبت الدم إلا بشاهدين، فليد أن يقسم اثنان فصاعدا.

قَوْلُهُ: (الذين يجوز عفوهم)^(٥). أي العصابة الذين يحجبون من فوقهم.

قَوْلُهُ: (ولا ينتظروا أن يكبر)^(٦). مخافة أن يموت القاتل قبل ذلك فتعطل الدماء، وقال الشافعي: ينتظر الصغار، واتفقنا في المجنون أنه لا ينتظر وفرقوا بأن الجنون لا آخر له بخلاف الصغر له حد، واتفقنا أيضا في الغائب أنه ينتظر ويكتب له.

قَوْلُهُ: (وإن عفو لم يجز عفوهم إلا على الدية)^(٧). يعني هؤلاء الأولياء الذين حجبه الصغار عن المراث وتكون الدية كلها لأولاد المقتول لأنهم عفو {بديّة} لغيرهم فلا ينقصون منها.

قَوْلُهُ: (بغير قسامة)^(٨). أي ثبت بشاهدين أو إقرار القاتل.

(١) التهذيب (٥٨٧/٤).

(٢) يريد قوله في التهذيب «قيل لابن القاسم: لم قال مالك ذلك في جراح العمد» (٥٨٧/٤).

(٣) التهذيب (٥٨٧/٤).

(٤) المصدر نفسه (٥٨٨/٤).

(٥) المصدر نفسه (٥٨٩/٤).



قوله: (فإنما للحاضر أن يعفو أو يجوز العفو على الغائب)^(١). أي ويلزم عفو للغائب ويمضي عليه لأنه إذا عفا أحدهما تعذر القصاص.

قوله: (ولا يكفل)^(١). لأن فائدة الضمان أن يأخذ منه ما يتعين على المضمون وذلك متعذر في القصاص في النفس وفي الجراح.

قوله: (وهذا يدل)^(١). استدل بذلك على أن الصغير لا ينتظر كالمجنون، وفرق الخصم بما تقدم.

قوله: (ولا يقسم النساء في دم العمد)^(٢). لأنها ليست من أهل المناصرة.

قوله: (على قدر مواريتهم)^(٢). أي تقسم الأيمان بينهم كذلك.

قوله: (حلف خمسينا يمينا)^(٢). لأنه لا يستحق شيئاً من الدية إلا بعد الخمسين يمينا.

قوله: (نظر من يقع له أكثر تلك اليمين)^(٣). إذا استووا في جزء يمين مثل أن يكون سبعة إخوة فينوب كل واحد سبعا وسبع يمين ففيها ثلاث أقوال: قيل يكمل الجزء على كل واحد فيحلف ثماني أيمان، وقيل يقرع بينهم فيكمل على أحدهم لأنه ليس واحداً (.) وقيل يعين الحاكم واحداً فيكمل عليه اليمين من كان، وإذا اختلفوا في ذلك كهذه لأن [على] الولد ثلثي يمين وعلى البنت ثلثها فقولان أحدهما يكمل على كل واحد منهما، والثاني يكمل على من عليه أكثرها، وهل المراعى أكثر الإيمان أو أكثر الكسور فيه قولان، وقد اختلفا (.) الولد.

(١) التهذيب (٥٨٩/٤).

(٢) المصدر نفسه (٥٩٠/٤).

(٣) في التهذيب «حلفت» (٥٩٠/٤).

قَوْلُهُ: (وَأَتُوا بِلُوثٍ مِنْ بَيْنَةِ)^(١). أَيِ [فَإِنْ] اللُّوثُ بِالِاسْتِقَادَةِ لَا بغيرِهِ [٢٧٠/ب] لَأَنَّهُ يَخْتَلِفُ، وَلَا خِلَافُ أَنَّ الشَّاهِدَ الْعَدْلَ لُوثٌ، وَهَلْ قَوْلُ الْمَقْتُولِ لُوثٌ؟ الْمَخَالَفُ لَا يَرَى ذَلِكَ، وَدَلِيلُنَا: حَدِيثُ الْبَقَرَةِ لَأَنَّهُ يَسْمَعُ قَوْلَ الْمَقْتُولِ^(٢).

وَلَنَا فِي وَجُودِ الْمَقْتُولِ فِي مُحَلَّةِ الْعَدُوِّ قَوْلَانِ هَلْ يَكُونُ ذَلِكَ لُوثًا؛ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَيْسَ لُوثًا، وَلَنَا قَوْلٌ شَازَ أَنَّهُ لُوثٌ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِحَدِيثِ مُحِیْصَةِ وَحُویْصَةِ^(٣) إِذْ وَجَدَا أَخَاهُمَا مَقْتُولًا بِمُحَلَّةِ الْيَهُودِ، وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ سَدُّ الذَّرِيعَةِ بِأَنَّهُ يَكُونُ لَهُ أَعْدَاءٌ وَأَرَادَ إِضْرَارَهُمْ جَعَلَ قَتِيلًا بِمُحَلَّتِهِمْ.

وَشَهَادَةُ جَمَاعَةِ النِّسَاءِ لُوثٌ، وَفِي الْوَاحِدَةِ قَوْلَانِ.

قَوْلُهُ: (فِيحْلِفُ إِنْ كَانَ عَمْدًا)^(٤). فَلَا بَدَّ مِنْ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا وَفِي الْخَطَاءِ يَجْزِي يَمِينُ الْوَاحِدِ.

قَوْلُهُ: (كَانَتِ الْقَسَامَةُ)^(٥). لِأَنَّ الشَّاهِدَةَ لُوثٌ.

قَوْلُهُ: (حَتَّى يَزْكُوا الشَّاهِدَةَ)^(٦). لِأَنَّ الْمَذْهَبَ أَنَّ اللُّوثَ الشَّاهِدُ الْعَدْلُ^(٧).

قَوْلُهُ: (وَلَا يَقْسَمُ مَعَ شَاهِدٍ مَسْخُوطٍ)^(٨). وَلَنَّا قَوْلُ ثَانٍ لَأَنَّهُ يَغْلِبُ الظَّنُّ.

(١) التَّهْذِيبُ (٥٩٠/٤).

(٢) قَالَ ابْنُ رَشْدٍ: «انْفَرَدَ مَالِكٌ وَاللِّيثُ مِنْ بَيْنِ فَقَهَاءِ الْأَمْصَارِ الْقَائِلِينَ بِالْقَسَامَةِ، فَجَعَلَا قَوْلَ الْمَقْتُولِ: فَلَانِ قَتَلَنِي - لُوثًا يُوْجِبُ الْقَسَامَةَ». بِدَايَةِ الْمُجْتَهِدِ (٢١٤/٤).

(٣) الْحَدِيثُ تَقْدِمٌ.

(٤) فِي التَّهْذِيبِ «فَلِيَحْلِفَا» (٥٩١/٤).

(٥) التَّهْذِيبُ (٥٩١/٤).

(٦) فِي التَّهْذِيبِ «الشُّهُودُ» (٥٩١/٤).

(٧) قَالَ ابْنُ شَاسٍ: «قَالَ الْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ: اخْتَلَفَ فِي اللُّوثِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا، فَمَشْهُورُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ الشَّاهِدُ الْعَدْلُ». عَقْدُ الْجَوَاهِرِ (١٣٢/٣)، انْظُرْ أَيْضًا: بِدَايَةُ الْمُجْتَهِدِ (٢١٣/٤).

(٨) التَّهْذِيبُ (٥٩١/٤).

قَوْلُهُ: (لم يأخذ به أحد)^(١). وسواء كان أعداء له أو لا ، وقال أبو حنيفة: تكون ديته عليه ولو كانوا أهل بلد.

قَوْلُهُ: (فلا يتهم)^(١). لأنه لا يوصى مسلم بالظلم في حين قدومه على الله.

قَوْلُهُ: (وإن كان مسخوطين)^(٢). لأنهم ليسوا شهودا وإنما هو حق لهم فيطلبونه.

قَوْلُهُ: (فلا يقسم على قَوْلِهِ)^(٣). لأن الصبي لا يتحرز إذ هو غير مكلف.

قَوْلُهُ: (بخلاف المسخوط والمرأة)^(٣). لأنهما مكلفان ويخافان من الله.

قَوْلُهُ: (لم يقسم على قَوْلِهِ)^(٣) لأن القَسَامَةَ لا تكون إلا في نفس الحر المسلم.

قَوْلُهُ: (فذكروا رجلا أروع من أهل البلاد)^(٣). هذا لا يمنع اطراد القواعد الشرعية لأنها لا تناقض بأحد الصور.

قَوْلُهُ: (أقسمت في الخطاء)^(٤). لأنه مال ولا يقسم النساء ولا الإخوة للأُم في العمد لأنهم ليسوا عصابة ، إلا أن للأُم مدخلا في الدم ، لأنها أحد الأبوين فلها العفو عنه ، ولا مدخل فيه للإخوة للأُم لأنهم من نسب آخر فلا مناصرة بهم.

قَوْلُهُ: (من يرثه). يعني لو كانت الأُم عربية فما بقي لبيت المال ومعتقة فليموالها.

(١) التهذيب (٥٩١/٤).

(٢) في التهذيب «مسخوطا» (٥٩٢/٤).

(٣) المصدر نفسه (٥٩٢/٤).

(٤) من هذا إلى قوله: (وإن شهد رجل عدل) كله من التهذيب (٥٩٣/٤).

قَوْلُهُ: (ببينة). أي ثبت قبله ببينة فلائمه أن تقتل لأنها أحد [أصلية] وقد قويت هنا في اللعان.

قَوْلُهُ: (فذلك لها). هذا إذا ثبت القتل ببينة، ويتهم العصابة في العفو بعدهم، أما إن ثبت القتل بقسامتهم فيضعف الأمر لأنهم لما عفوا ضعف أمر القتل فليس للأمر القتل حينئذ.

قَوْلُهُ: (وكذلك ابن الملاعة). أي الذي لا عصابة له.

قَوْلُهُ: (لم يكن في ذلك قَسَامَة). لأنه هذا استقل بثبوتها بالشاهدين فلا حاجة إلى القَسَامَة.

{قَوْلُهُ: (لم يجتزأ بذلك). لأن ذلك لو كان لا شاهدان فلا بد من القَسَامَة}.

قَوْلُهُ: (وإن شهد رجل عدل). هذا لو ثبت وسواء مات عقيب ذلك أو عاش بعد، إلا أنهم في القَسَامَة يحلفون أنه مات من ذلك.

قَوْلُهُ: (ولم يسألوه)^(١). لا حاجة لأن اللوث قد وجد بالشاهد.

قَوْلُهُ: (ولا يزداد في أيماهم). لا بد من تغليظها هنا، وفي اللعان بالمكان فيجلب من القراء إلى المسجد الجامع، وبالزمان بعد العصر، وبالعدد فيحلف أيما، وهل تغلظ بالصفات؟ المذهب لا، وقال أشهب: يجوز التغليظ في الأيمان بزيادة الصفات كالطالب الغالب ونحوه.

قَوْلُهُ: (على البت). ويجوز ذكرهم للحديث في حويصة ومحيسة يحلفون خمسين يمينا، أي على البت.

قَوْلُهُ: (فهو على الرجال). لأن النساء لا يدخلون في ذلك إذ لا مناصرة

(١) ما بين هذا وقوله: (هذا في العمد) كله من التهذيب (٤/ ٥٩٤).

بينهم (٠) ادعى ورثة [١/٢٧١] المقتول الأصل أن تكون اليمين في جهة المدعى عليه ، فإذا جاء المدعى بشاهد ترجح جانبه فانتقلت اليمين إلى جهته ، وهذا بين لكن لما كان القتل خطيرا وكان الغالب فيه أن يقع في الخلوات جعل اللوث فيه بجانب المدعى وغلظت اليمين ، فإن قيل أنها من باب الشهادة فلا يجوز فيها النساء ولا الصبيان ولا الفاسق ، وإن كان من الخبر جاز فيه ذلك ، فإذا قال المقتول: قتلني فلان ؛ فإن لم يكن به جرح لم يلتفت إلى قوله ، وإن كان به أي جرح كان ، لأنه فتح باب الروح ومن شأنه أن يسري اعتبر فإما أن يطلق أو يقول عمدا أو خطأ فإن نص على ذلك وحلف الورثة على مقتضى قوله فبين ، وأن خالفوه فحلفوا على العمد وهو إنما قال خطأ أو بالعكس سقط قولهم ، وإن أطلق فلهم أن يعينوا عمدا أو خطأ بما يغلب على ظنهم ويحلفوا عليه .

قوله: (أو حملوا صخرة). قال سحنون في هذه لا يمكن أن يحلفوا هنا على أحدهم لأنه قد تبين اشتراكهم في قتله بل يحلفون على جميعهم بخلاف ما إذا ضربوه لأنه حينئذ أن يموت من ضرب أحدهم .

قوله: (فعاش بعد ذلك). أما إذا مات بأثر الضرب وقد شهدت بينة كاملة فلا قسامه هنا لأنه لا احتمال أنه مات من غير ذلك .

قوله: (على واحد أيهم شاءوا). هذا لحديث حويصة ومحبيصة إذ قال لهم عليه السلام تحلفون على واحد ويدفع لكم بدمته ، ولهم تعين من شأؤوا لأن لهم قتل واحد منهم مطلقا .

قوله: (ولا يقسموا على جميعهم ويقتلوهم). لأنه لا يقتل بالقسامة إلا واحد وقال المغيرة يقسمون على الكل ولكن إنما يقتلون واحدا .

قوله: (هذا في العمد). وأما في الخطاء وأنهم يقسمون على الكل لأن الدية

على عواقل الجميع وليس لهم أن يخصوا عاقلة بعضهم بالدية بخلاف العمد لأن لهم قتل من شأؤوا منهم بالقسامة فهذا الفرق يلزم كل واحد في الخطأ كفارة لأنها لا تتبع بخلاف الدية .

قوله: (يمينا واحدة مع شاهده) ^(١) . لأن العبد مال ، كما لو جنى على فرسه .

قوله: (لم يقتل) ^(١) . أي لا يجوز له فيما فيه وبين الله أن يقتله لكن تمليكه ، ولأنه لا قسامة في عمد ولا خطأ في العبيد وإنما هي في الحر المسلم لا في عبد ولا ذمي .

قوله: (يقتلوا العبد أو يستحيوه) ^(١) . الخيار لأولياء المقتول بخلاف القاتل الحر لأن السَّيِّد إذا اختار قتل العبد (.) ولأنه على كل حال يذهب عنه مال سواء قتلوه أو استحيوه لأن العبد مال .

قوله: (لم يكن لهم ذلك) ^(٢) . لأن أخذهم العبد فرع عن ثبوت القتل ولم يثبت بشاهد ويمين .

قوله: (وليس فيمن قتل بين الصفين قسامة) ^(٢) . لأنه لا يتعين قاتله وإنما تكون القسامة على واحد (.) ولا تخلوا الفتان من أن تكونا متأولتين كالمسلمين والكفار أو المسلمين بعضهم مع بعض قدم المقتول (.) أو باغيتين فكذلك ، أو إحداهما باغية والأخرى متأولة والمقتول من الباغية هدر ، وإن كان من المتأولة ففيه القصاص أو الدية إن تعين القاتل ، أو إحداهما باغية والأخرى دافعة لهم عن أنفسها فالمقتول من الباغية هدر ومن الدافعة فيه القصاص أو الدية .

(١) التهذيب (٥٩٥/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٥٩٦/٤) .

قَوْلُهُ: (ففي المرأة الْقَسَامَةُ)^(٢). لأن قَوْلَهَا لوْثِبَ النظر إلى نفسها، [٢٧١/ب] ولا تثبت دية الجنين بذلك، لأنه لا قَسَامَةُ فيه لأنه كجرحها فإنه لا يثبت إلا ببنية كاملة أو شاهد ويمين لأن الغرة مال لا دية.

قَوْلُهُ: (لم يكن في فلانة قَسَامَةُ)^(١). لأن قول المضروب إنما يكون لوْثَا بالنظر إلى نفسه لا إلى غيره، ولأن قَوْلَهَا كشهادة ولا تشهد لولدها.

قَوْلُهُ: (وإن كانت عمدا ففي مال الأب)^(٢). لأنه لا يقتل بالابن إلا إذا كان قتله إياه عمدا محضا ولا يثبت بقول الابن أنه قتله عمدا محضا فيرجع إلى الدية المغلظة في العمد، وقال أَشْهَبُ كالشَّافِعِيِّ: لا يقتل الأب بابنه مطلقا.

قَوْلُهُ: (فلا سبيل إلى القتل). لأنه قد تعذر القصاص وهل يأخذ الباكون حظهم من الدية قولان فوجه ثبوت ذلك لهم أنهم لم يرجعوا عن دعواهم، وَوَجْهُ الثَّانِي أن اسحقاقهم لذلك فرع عن ثبوت القتل ولم يثبت بعد.

قَوْلُهُ: (قتل بحجر). لقَوْلُهُ تعالى: ﴿فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦] إلا في موضع واحد وهو أن يكون القتل معصية كالخمر واللواط وفي موضعين خلاف وهما: أن يقتله بالنار أو بسم، فقليل: يقتل بهما لما تقدم، وقيل: بل بالسيف لأن التعذيب بالنار لا يجوز لنا للحديث، ولأن السم يختلف فقد يكون بعضه (٠) فيحتاج إلى سقيه مرارا حتى يموت وذلك زيادة تعذيب لا يجوز.

قَوْلُهُ: (يضرب بالعصا أبدا حتى يموت). وقيل بل بالسيف لما في ذلك من التعذيب.

(١) التهذيب (٤/٥٩٦).

(٢) من هذا إلى قوله: (فدية يده على عاقلته فيقتل به القاتل) كله من التهذيب (٤/٥٩٧).



قوله: (ولا تقطع يده ولا رجلاه). هذا إن لم يقصد المثلة به مثل أن يقاتله فيمتنع فيؤدي ذلك إلى قطع يده، أما إن قصد المثلة به فإنه يفعل به مثل ذلك.

قوله: (وكذلك إن قطع يد رجل وفقاً عينه). لأن القصد بالقصاص أمانة ذلك العضو المقتص منه وذلك حاصل في قتله، إلا أن يقصد المثلة فيفعل به كفعله.

قوله: (فدية يده على عاقلته فيقتل به القاتل). لأن القصاص لا يندرج فيه دية اليد.

قوله: (ويقتل الرجل بالمرأة)^(١). ولا ينظر إلى تفاوت الدية بينما كما يقتل الرجل بالمولد لأنه نفس وكذلك جراح المرأة في القصاص كالرجل، وإن اختلفت الديات فتقطع يده بيدها.

قوله: (قتلوا به)^(١). لأن قتل الغيلة محاربة لأن المحارب يختلف حالة فرب قوي يحارب بإظهار السلاح ورب ضعيف يحارب بالخفية والحيلة، فهذا يقتل حداً لا قصاصاً، وإن لم يقتل فللإمام قتله ويتعين قتله إذا قتل، وسواء كان المقتول حراً أو عبداً مسلماً أو ذمياً، ولا خلاف بين الأئمة أن الجماعة تقتل بالواحد إذا اشتركوا في قتله، ولو لا ذلك لتوصل الناس إلى القتل بالاشتراك فيه وكان القياس ألا يقتل بالواحد إلا واحد لولا ذلك، وكذلك إذا اشتركوا في قطع يده قطعت أيديهم إلا أن أبا حنيفة خالف في هذا وقال: الاشتراك في القتل كثير ممكن مثل أن يرموا صخرة عليه أو يغرقوه في البحر ولا يتصور الاشتراك في القطع، ولو أجمعوا على قطع واحد؛ لأن قواهم تختلف فلا قصاص فيه عنده ويرجع إلى الدية لتعذره، وغيره يقيسه على القتل فيقول جناية على متعرضها في الاجتماع ما يجب عليه في الانفراد كالقتل، ولا خلاف أيضاً في أن الحر لا يقتل

(١) التهذيب (٤/٥٩٨).

بعبد نفسه ، وخالف أبو حنيفة في عبد غيره وذلك أن العبد فيه شائبتان إحداهما أنه يشبه [١/٢٧٢] البهيمة لأنه مال معصوم لمالك معصوم ، والثانية أنه يشبه الحر لأنه مالك ومكلف ، فأبو حنيفة يقول: هو مساو للحر في ذلك فيجب أن يقتل به ، وغيره يفرق بالشائبة الأخرى .

قوله: (ضرب مائة وحبس عاما)^(١) . بالقياس على الزاني غير المحصن لما تقدر القتل ضرب مائة وحبس عاما .

قوله: (إلا المأمومة والجائفة)^(٢) . لأنه لما تعذر القصاص في جنسها أشبهت الخطأ ، فكانت فيها الدية وحملت العاقلة . ولنا قول ثانٍ أن ذلك في مال الجاني لأنه عمد إليه أشار ابن القاسم .

قوله: (من نصف الساعد اقتص منه)^(٢) . أي كذلك من نصف الساعد .

قوله: (ولا قود في اللطمة)^(٢) . لأن قوة الناس تختلف فتعذر القصاص ويرجع في ذلك إلى التعزير والأدب

قوله: (وفي ضربة السوط القود)^(٢) . لأن ذلك يتقارب وينظر رجل يقارب الجاني في القوة .

قوله: (لا قود فيها)^(٣) . أي لاختلاف الضاربين .

قوله: (لم تجز شهادتهما)^(٤) . لأنها لا ضرورة إلى ذلك ولا يكثر دخول بين الصبيان .

(١) التهذيب (٥٩٨/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٥٩٩/٤) .

(٣) المصدر نفسه (٦٠٠/٤) .

(٤) في التهذيب «شهادتهم» (٦٠٠/٤) .

قَوْلُهُ: (حكم عليها بحكم المحارب)^(١). لا فَرْق بين الرجل والمرأة في المحاربة.

قَوْلُهُ: (فلا قصاص)^(١). لأن ذلك حد لا يستوي فيه إلا الإمام فإن تاب قبل القدرة عليه طولب بحقوق الأدميين.

قَوْلُهُ: (فذلك مردود)^(١). لأن ذلك ليس إلى الأولياء فإن تاب قبل أن يصل إلى الإمام مضى الصلح وصح وإلا رد.

قَوْلُهُ: (أو يصلبه حياً)^(١). فيقتل وهو مصلوب بالرمح أو السهم ليراه الناس ثم ينزل فيغسل ويصلى عليه، وقيل: يقتل بالأرض ويغسل ويصلى عليه ثم يصلب ويترك.

قَوْلُهُ: (ومن فقاً أعين جماعة)^(٢). مذهب الشافعي أن الخيار لولي الدم في القصاص أو الدية فإذا قتل رجل جماعة عمدا فعندنا لا يلزم إلا قتله، لأن العمد قود كله، ولو مات قبل القصاص أو قتله أجنبي لم يلزمه أكثر، وعند الشافعي إذا اختار القصاص قتل لأحدهم بالقرعة وكان في ماله ديات الباقيين لتعذر القصاص، وإن اختاروا الدية ففي ماله دياتهم، ولو مات قبل القصاص ففي ماله، وكذلك إذا قطع أيدي جماعة أو بتل أعينهم لا يلزمه عندنا إلا قطع يده وبتل عينه وعنده يقطع لأحدهم ويغرم الديات من ماله.

قَوْلُهُ: (فلا شيء للمقطوع)^(٢). يده أولاً كما لو مات الجاني.

قَوْلُهُ: (ولا عقل له)^(٢). لأنه قد اختار القصاص في اليد الناقصة.

(١) التهذيب (٦٠٠/٤).

(٢) المصدر نفسه (٦٠١/٤).

قَوْلُهُ: (فَأَخَذْتُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ)^(١). لَنَا قَوْلَانِ هَلْ يَقْتَصُّ بِالمَسَاحَةِ أَوْ بِالنِّسْبَةِ فَإِذَا أَوْضَحَهُ وَرَأْسُ أَحَدِهِمَا (.) مِنْ رَأْسِ الْآخَرِ نَظَرَ قَدْرَهَا مِنَ الْجُرُوحِ فَإِنْ كَانَتْ ثَلَاثَةٌ أَوْضَحَا ثَلَاثَ رَأْسِ الْجَانِي ، وَعَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي تَعْتَبِرُ تِلْكَ الْمَسَاحَةُ مَا كَانَتْ مِنْ رَأْسِ الْجَانِي .

قَوْلُهُ: (فِيَشُقُّ مِنْ رَأْسِ الْجَانِي بِقَدْرِهِ)^(١). أَيْ (..) وَاللَّحْمَ حَتَّى يَنْكَشِفَ مِنَ الْعِظَمِ بِقَدْرِ ذَلِكَ .

قَوْلُهُ: (وَهُوَ مُوَضَّحَةٌ)^(٢). لِأَنَّهُ لَمْ يَتَحَلَّلْ وَضَحَ الْعِظَمِ شَيْءٌ مِنَ اللَّحْمِ وَالْجِلْدِ ، فَإِنْ تَخَلَّلَ تَعَدَّدَتْ إِذَا كَانَ بَيَاضُ الْعِظَمِ فِي مَوَاضِعَ .
قَوْلُهُ: (فَفِيهِ الْقَصَاصُ) . لِإِمْكَانِهِ فِي ذَلِكَ .

قَوْلُهُ: (فَلَهُ الْعَقْلُ وَلَا قِصَاصُ) . لِأَنَّ الْيَدَ الشَّلَاءَ لَا مَنَفْعَةَ فِيهَا بِخِلَافِ النَّاqِصَةِ تِلْكَ صَحِيحَةٌ ، وَقِيلَ يَخِيرُ الْمُجْنِي عَلَيْهِ بَيْنَ أَنْ يَقْتَصِمَنَّهُ مِنْ (.) أَوْ يَأْخُذَ الدِّيةَ وَيُقَالُ أَنَّ الْيَدَ الشَّلَاءَ إِذَا وَقَعَتْ سَالَ دَمُهَا إِلَى أَنْ يَمُوتَ [٢٧٢/ب] صَاحِبُهَا فَيَنْبَغِي أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْنَا أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ فَإِنْ كَانَتْ كَذَلِكَ لَمْ يَجْزِ الْقِصَاصُ مِنْهَا .

قَوْلُهُ: (فَدَيْتُهَا لِلْمَقْطُوعِ الْأَوَّلِ) . لِأَنَّهُ بِالْجِنَايَةِ صَارَتْ كَأَنَّهَا يَدُ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْجِبَ قَطْعَهَا .

قَوْلُهُ: (فَدَمَهُ لِأَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ الْأَوَّلِ) . لِأَنَّهُمْ قَدْ اسْتَوْجَبُوا دَمَ الْجَانِي أَوَّلًا إِلَّا أَنْ يَرْضَوْا أَوْلِيَاءَ الْمَقْتُولِ آخِرَ أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ الْأَوَّلِ فَيَصِيرُ دَمُ الْجَانِي آخِرًا لَهُمْ .

(١) التَّهْلِيلُ (٦٠١/٤) .

(٢) مِنْ هَذَا إِلَى قَوْلِهِ: (وَلَا شَيْءَ لَوْلَاةِ الْمَقْتُولِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ) كُلُّهُ مِنَ التَّهْلِيلِ (٦٠٢/٤) .

قوله: (ولهم أن لا يرضوا بما بذلوا لهم من الدية). وقال ابن حبيب: إن بذلوا لهم الدية فيجبروا على أخذها وإسقاط حقهم لأنه قد تعذر القصاص في الجاني أولا.

قوله: (فله القود في العمد). لأنه معصوم بالنظر إلى هذا الجاني وأن لم يكن معصوما دمه بالنظر إلى ولاية المجني عليه أولا.

قوله: (ولا شيء لولاية المقتول في ذلك كله). لأنه إنما لهم نفس لا عضو والنفس باقية مع زوال ذلك العضو بخلاف أن يقتله قاتل فيصير لهم عليه حق لأنه أذهب النفس التي كانت لهم.

قوله: (فله القصاص)^(١). لأنه إنما للأولياء النفس فقط وهي باقية فمن تعدى منهم على غيرها اقتص منه.

قوله: (يرأي أهل المعرفة)^(١). فيه الخلاف كما تقدم هل يقتص منه بالقياس أو بالمساحة فإن كان الذهاب ثلث السن سحل بالمبرد ثلث سن الجاني ينظر أهل المعرفة وتقديرهم وإن كان بالمساحة فيقدر ذلك ولا بد من أهل المعرفة.

قوله: (بقدر ما يرى الإمام)^(٢). ولنا فيه قولان أحدهما يسقى السم مرة بعد مرة حتى يموت والثاني يقتل بغيره والأول أقرب إلا أن يكون مثلاً لمن اعتدى.

قوله: (كالمحاربين)^(٣). أي يقتلون حراً.

(١) التهذيب (٦٠٣/٤).

(٢) في التهذيب «بقدر رأي الإمام» (٦٠٣/٤).

(٣) المصدر نفسه (٦٠٣/٤).



قوله: (ثم نرى فيها)^(١). أي سرت فيه إلى أن مات فيحتمل إن مات منها فلا بد من القسامة، وتكون الدية على العاقلة ويردون للجاني الصلح، وكان ينبغي أن يقول نزت فيه لكنه مقلوب.

قوله: (كرجل من قومه)^(١). أي يدخل مع العاقلة في الدية ولنا قول ثان لا يدخل معهم.

قوله: (أن كان عفوا)^(٢). عن اليد فقط لا عن اليد (.) ليسر في اليد. قوله: (وللمقتول أن يعفو عن قاتله عمدا)^(١). إلا أنه في ذلك بخلاف الخطأ هو مال فلا يجوز له العفو فيه إلا أن يحمل (.) .

قوله: (فلا قسامة فيه)^(١). لأنه قد علم أنه مات من ذلك بخلاف ما إذا تكلم بعدها أو أكل.

قوله: (إذا كان قد أنفذ مقاتله)^(١). لأن الحشوة من المقاتل وحياته بعد ذلك كلا حياة فلو تعدى رجل عليه بعد ذلك فقطع رقبته فلنا قولان المذهب أن يقتص منه لأنه قتل حيا ولنا قول ثان لا يقتص منه بل يعزر لأنه لم يذهب حياة معتبرة، ولنا في تذكية الشاة يذهب السبع بحشوتها قولان المذهب لا تؤكل ولنا قول ثان أنها تؤكل، وجه المذهب في الشاة الاحتياط في أكل المحرم وكان ينبغي على هذا ألا يقول بالقصاص في المسألة الأولى، فإن قيل احتياط للنفس حتى لا يقدم (.)^(٣) عليها قيل: فيه أيضا قتل نفس محقة الحياة بغير محقة.

(١) التهذيب (٦٠٣/٤).

(٢) المصدر نفسه (٦٠٣/٤).

(٣) كلمة غير واضحة في المتن.

قَوْلُهُ: (لأنها غير ذكية)^(١). أي لا تنفع الزكاة فيها إن ذكيت وسبب الخلاف قَوْلُهُ تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] هل هو (.) أي لكن ما ذكيتهم من غير هؤلاء (.) أي من الموقودة والمتردية.

قَوْلُهُ: (والعفو والصلح فيمن أحب)^(٢). لأن له قيمة الجميع ولا خلاف في هذا.

قَوْلُهُ: (وليس للأخوة للأم)^(٢). لأنهم غير عصبية، [١/٢٧٣] وأما الأم فلها حق في الدم العمد لأنها أحد الأبوين وأما البنون والأخوة إذا كان فيهم إناث فليس للإناث في الدم حق لأنهن لسن من أهل التناصر، أما لو كان بنت وأخت فالدم لهم إذا ثبتت بينة لكن لا بد في القسامة من رجلين فصاعداً.

قَوْلُهُ: (فعفو البنين جائز على البنات)^(٢). لأنهم قد تساووا في (.) واختصوا بالتعصب والتناصر.

قَوْلُهُ: (فاعفوا على الدية دخل فيه النساء)^(٢). لأنه صار مالا كقتل الخطأ بخلاف ما إذا عفوا على غير شيء لأنه مال.

قَوْلُهُ: (وقضي منها دينه)^(٢). أي دين الميت لأن ذلك المال له وعنه ورثوه لأنه بسببه، وسواء ثبت القتل ببينة أو بقسامتهم خلافاً لبعض العلماء قالوا: إذا ثبت بالقسامة فيختص به الأولياء لأنهم لو شأوا تركوا ذلك.

قَوْلُهُ: (وأن عفا واحد من البنين سقط حظه من الدية)^(٢). لأنه لما عفا تعذر القصاص ولم يعف على شيء فصار كالخطأ يترك أحد الورثة للقاتل حقه.

(١) التهذيب (٤/٦٠٤).

(٢) المصدر نفسه (٤/٦٠٥).

قوله: (وكذلك في هذا إذا وجب الدم بقسامة)^(١). خلافا لبعض العلماء قالوا: إذا ثبت الدم بقسامة وعفو على الدية أو تعذرت فلا يدخل فيما النساء لأنهم يقسمون في العمد دون النساء، ولو عفا المقتول عمدا على الدية كان ذلك له وتدخل فيه وصاياه، لأنه مال علم به بخلاف ما تقدم لا تدخل فيه الوصايا لأنه ما علم له.

قوله: (وإذا عفا جميع البنين)^(١). أي على غير شيء فلا شيء للنساء من الدية بخلاف عفو بعضهم على غير شيء.

قوله: (وإن كان الأخوات شقائق والأخوات للأب)^(٢). فيها ثلاثة أقوال إذا اختلفوا فقل: القول قول من طلب القتل من الصنفين، لأنه تشف من المقتول فقدم. وقيل: القول قول من طلب الدية لأن الصلح مندوب إليه. والثالث المذهب: لا عفو إلا باجتماعهم وإنما استوى النوعان هنا لقوة النساء بالنسب من جهة الأب والأم.

قوله: (إلا أن يعفوا بعض البنات وبعض العصابة)^(٢). لأنه قد اجتمع البعضان فتعذر القصاص فيرجع إلى الدية فإن عفو على غير شيء سقط حقهم من الدية وكان لمنبقي حقهم منها.

قوله: (وإن قال بعض البنات: نقتل، وقال بعضهن نعفو)^(٢). هذه كالمسألة المتقدمة في الخلاف فإن عصي العصابة تم العفو لاجتماع أحد الصنفين وبعض الآخر عليه.

قوله: (فذلك لهم)^(٢). للاجتماع أيضا عليه.

(١) التهذيب (٦٠٥/٤).

(٢) المصدر نفسه (٦٠٦/٤).



قَوْلُهُ: (فلا سبيل إلى القتل)^(١). لتعذر القصاص باجتماع بعض الصنفين على العفو.

قَوْلُهُ: (فالابنة أولى بالقتل)^(١). لأنها أقوى من الأخت بالقرب فهي أحق بالتشفي لقربها ولأن الأخت ليست عاصبة هنا لأنها ثرت بالفرض بخلافها مع البنتين هي عاصبة؛ لأنها تأخذ ما فرض لها من النصف.

قَوْلُهُ: (وهذا إذا مات مكانه)^(١). أي وثبت القتل ببينة وإذا لم تكن بينة فلا يقسم النساء في دم العمد لأنه ليس مالا بخلاف دم الخطأ.

قَوْلُهُ: (فلا عفو لها)^(١). لأن القتل إنما ثبت بقسامة العصابة فهم أملكوا لهم منها.

قَوْلُهُ: (فلا عفو لهم)^(١). لأنهم يتهمون على إسقاط حق البيت من التشفي فلا بد من الاجتماع.

قَوْلُهُ: (من أهل الذمة)^(٢). لأنه إذا أسلم لم يرثه الكفار فيبقى لا عصابة له.

قَوْلُهُ: (فلهن أن يقتلن). يعني إذا ثبت القتل (.) .

قَوْلُهُ: (إذا [ب/٢٧٣] كان عدلاً). وإلا فلا يجوز له فيما بينه وبين الله أن يحكم في ذلك ولا في غيره.

قَوْلُهُ: (وله أن يستحلفه). وقال أشهب: ليس له ذلك وهو عنده كدعوى الزوجة الطلاق على زوجها والعبد القن على سيده ولهذا لا يجب فيه اليمين، قيل: وليس مثله لأنه إذا منع الحلف هنا لأنه يتكرر (.) الدعوى من العبد والمرأة

(١) التهذيب (٦٠٦/٤).

(٢) من هذا إلى قوله: (وليس للأب أن يعفوا) كله من التهذيب (٦٠٧/٤).

فيؤدي إلى الضرر بالزوج والسَّيِّد ، وليس ذلك هنا ، وإذا قلنا يحلف فإنما يحلف يمينا واحدة فإن نكل وردها فإما يحلف المدعي يمينا واحدة {وهذا يدل على أن ولي الدم يحلف واحدة} لا خمسين ؛ لأن اليمين إنما تكون على حسب المودودة كما أن ولاية الدم في القَسَامَةِ إذا نكلوا فيحلف المردود عليهم خمسين لما كانت الأولى المردودة خمسين .

قوله: (تلوم عليه الإمام). فإن طال أمره ولم يأت بشيء لم يلتفت إليه .

قوله: (فللعصبة أن يقتلوا أو يأخذوا الدية). خلافا للشافعي أنه ينتظر بالصبي إلى أن يبلغ ولنا أن الانتظار يؤدي إلى بطلان الدماء ، لأنه قد يموت القاتل قبل ذلك ، وإذا عفوا على الدية كانت للصبي أن حجبهم عن الميراث ولهم أن يقتصوا لأن المَذْهَب أن العمد قود كله ، أما على قول أَشْهَب فيخير ولي الدم بين القود والدية ، فكان ينبغي ألا يجوز ولا (.) أن يقتص عن الصغير لأنه لا منفعة إلا في المال لكن هو مرجوح لأنه لو وجب زال التخير .

قوله: (وكذلك العصبة). لا يجوز لهم العفو عن الدم إلا على الدية كاملة إلا أن يتحملوا ذلك في مالهم ويكونوا أملياء .

قوله: (فللوصي أن يقتص له). لأنه الناظر له في جميع أموره .

قوله: (فولاته أحق). لأن نظر الوصي له قد انقطع بموته ورجع الأمر إلى العصبة .

قوله: (وليس للأب أن يعفوا). يعني على غير مال إلا أن يعوضه من ماله .

قوله: (على وجه النظر)^(١). أي لا يسقط (.) من المال المعروف في ذلك

(١) التهذيب (٦٠٨/٤) .

بين الناس شيء .

قوله: (إلا أن يكون الجارح عديماً)^(١). فيكون صلحه بما تيسر من المال نظراً .

قوله: (فأحب إلي أن يختار أبوه أو وصيّه أخذ المال)^(١). أحب هنا على بابها ، لأنه لو وجب المال لسقط حكم التخيير في ذلك بين القصاص والدية فإن اختار القصاص فبالشرع عمل .

قوله: (أوفي ذلك شك ؟)^(١). يدل على أنه إجماع .

قوله: (ويرى الكف عنهما)^(١). أي الذي أدرك من السلف ما كان يفضل أحدهما ومع ذلك يرى الكف عن ذلك .

قوله: (فلا شيء عليهم)^(٢). لأنهم قد استوفوا حقهم غير أنهم (.) على الإمام لأنه الذي يستوفي الحدود إذ لو جعل (. .) فيه وبالغوا فيما يحصل به التشفي وذلك يبعث على الفتنة فيجب تعزيزهم على الافتيات .

قوله: (فليتخاص العاقلة وأهل الوصايا فيثلث ديته)^(٣). لأنه أوصى العاقلة بالدية كاملة فيصرفون بها مع سائر أهل الوصايا في ثلث الدية ، لأنه لا مال له سوى الدية .

قوله: (دخلت الوصية في ديته). لأنه مال علم به قبل موته .

قوله: (فلم يغير الوصية). فدل على أنه ادخلها في ثلث الدية .

(١) التهذيب (٦٠٨/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٦٠٩/٤) .

(٣) هذا إلى قوله: (فأهل الدين بذلك أولى) كله من التهذيب (٦٠٩/٤) .

قَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ تَخْتَلِسَ نَفْسَهُ). فِهَذَا لَمْ يَعْلَمْ بِكَيْفِيَّةِ قَتْلِهِ عَنْ عَمْدٍ أَوْ خَطَأً وَلَا بِالْدِّيَّةِ

قَوْلُهُ: (لَمْ يَدْخُلْ فِيهَا الْوَصَايَا). لِأَنَّهُ مَالٌ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْمَيِّتُ.

قَوْلُهُ: (وَأَهْلُ الدِّينِ بِذَلِكَ أَوْلَى). لِأَنَّ مَا يُؤْخَذُ فِي (..) الْمَالِ فَهُوَ (.) عَنْهُ يُوْرَثُ وَلَا مِيرَاثَ قَبْلَ الدِّينِ.

قَوْلُهُ: (لَأَنَّهُمْ وَرَثُوا الدَّمَ عَمَّنْ لَهُ الْعَفْوُ أَوْ الْقَتْلُ)^(١). [i/٢٧٤] أَيُّ هَذَا حَقٌّ صَحٌّ لِمَوْرُوْثِهِمْ وَمَنْ مَاتَ عَنْ حَقِّ فَلُوْرَثَتِهِ.

قَوْلُهُ: (كَمَا لَمْ يَكُنْ لِأَمَّهُمْ)^(١). أَيُّ إِنَّمَا يَكُونُ لِلْوَرَثَةِ مَا كَانَ لِلْمَوْرُوْثِ لَا زِيَادَةَ عَلَيْهِ.

قَوْلُهُ: (فَكَانَ وَلِيُّ الدَّمِ وَلَدُ الْقَاتِلِ)^(١). مِثْلُ أَنْ يَقْتُلَ الرَّجُلُ أَحَدًا وَلَدِيَهُ عَمْدًا فَيَرِثُهُ أَخُوْهُ لِأَنَّ قَاتِلَ الْعَمْدِ لَا يَرِثُ مِنَ الْمَالِ وَلَا مِنَ الدِّيَةِ وَلَا يَحْجُبُ عَنْهُمَا وَيَصِيرُ كَالْعَدَمِ.

قَوْلُهُ: (فَقَدْ كَرِهَ لَهُ مَالُكَ الْقَصَاصِ مِنْهُ)^(١). لَيْسَ عَلَى التَّحْرِيمِ فَلُوْهُ هَجْمٌ عَلَيْهِ فَقَتْلُهُ جَازٌ لَكِنْ عَقٌّ بِذَلِكَ وَيُعْزَرُهُ الْإِمَامُ وَتَسْقُطُ شَهَادَتُهُ بِعَقُوْقِهِ حَتَّى يَتُوبَ.

قَوْلُهُ: (يَكْرَهُ أَنْ يَحْلِفَ فِي حَقِّ فَكَيْفٍ يَقْتُلُهُ)^(١). أَيُّ إِذَا كَرِهَ هَذَا وَكَانَ عَقُوْقًا إِنْ فَعَلَهُ فَكَيْفَ قَتْلُهُ إِيَّاهُ.

قَوْلُهُ: (وَيَقْضَى عَلَيْهِ)^(٢). أَيُّ تَسَعُ الْبَيِّنَةُ وَيُثْبِتُ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ لئَلَّا يَفُوتَ ذَلِكَ بِمَوْتِ الْبَيِّنَةِ ثُمَّ أَنْ شَاءَ مَضَوْا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ إِلَى الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ فِيهِ فَاقْتَصَوْا

(١) التَّهْذِيبُ (٦١٠/٤).

(٢) هَذَا إِلَى قَوْلِهِ: (فَأَرَادَ عَلَى الْمَقْدَمِ) كُلُّهُ مِنَ التَّهْذِيبِ (٦١١/٤).

منه أو انتظروه إلى أن يقدم؛ فإن كانت له حجة تبرئه وإلا اقتصر منه، ولا تعاد البينة أي لا يعيدون شهادتهم، ولكن يمكنهم الحاكم من الطعن فيها ويعرفه بالشهود.

قوله: (فليس لغرمائها فيه قيام بدينهم). لأن حق الزوج متعلق بذلك تجهز به المرأة بقدر المهر فلا يجوز لها أن تدفع ديناً إلا مما زاد على المهر، ويصير ذلك كالرهن ليس للغرماء أخذه لتعلق حق المرتهن به.

قوله: (كالدينار). أي يجوز أن تدفعه في دينها لأن العرف في هذا النزر اليسير ألا يتجهز به.

قوله: (فعطب بذلك). مثل أن يسقط عن الدابة أو يصبه بعض السلاح فيموت فهذا قتل خطأ ففيه الدية.

قوله: (وعليه عتق رقبة). لأنه قتل مؤمناً خطأ.

قوله: (فالدية على عاقلة الصبي). لأن الدابة إنما تسير بفعله فهو المباشر، وصاحب الدابة سبب فغلب المباشر.

قوله: (فأراد على المقدم). لأن سيرها بفعله لأنه يمسك مقودها إلا أن يكون من فعل من المتأخر بالدية، فيكون عليه ذلك والريح والنفخ أن تضرب أحداً بيدها أو رجلها.

قوله: (ولا يضمن للمقدم النفحة)^(١). إلا أن يكون سببها من فعله وإلا فهي من طبع الدابة فهو (.) .

قوله: (فإن كان قد ضبط الركوب)^(١). فهو كالرجل وإلا فهو كالعدم يؤخر

(١) التهذيب (٤/٦١٢).

المؤخر بذلك .

قَوْلُهُ: (ولا يضمن المقدم ما كدمت)^(١) . أي ما عضته بفمها إذا لم يثبت في ذلك مثل أن يعلم ذلك منها فلا يجعل على فيها ما يمنعها منه .

قَوْلُهُ: (وأن جمحت دابة براكبها فوطئت إنسانا فهو ضامن)^(١) . لأن جموحها من فعله .

قَوْلُهُ: (أو في آخره)^(١) . لأن سير (..) بفعل القائد الأول أو راكبه لأن ذلك يترتب بعضه على بعض .

قَوْلُهُ: (لم يضمن القائد)^(٢) . لأن ذلك النفخ من طبع الدواب فهو جبار والقائد الذي يقودها متقدم عليها والسائق الذي يسوقها متأخر عنها .

قَوْلُهُ: (فذلك عليه خاصة)^(٣) . ولو اشتركوا في السبب كان على الجميع .

قَوْلُهُ: (الجمال ضامن دون صاحب البعير)^(٣) . لأنه لما رجع العدل عن البعير كان يجب عليه أن ينظر إلى الحمل فهو المفرط لا صاحب البعير ، وسواء كانت الجمال للأجير أو لصاحب البعير .

قَوْلُهُ: (فالساقط ضامن)^(٣) . ولو مات الساقط كان هدرًا لأن القتل ينسب إليه لا إلى الذي (.) .

قَوْلُهُ: (فلا غرم عليه)^(٣) . لأنه فعل ما يجوز له ولم (.) الذي هلك ذلك (.) وإن [٢٧٤/ب] كان سببا لكن استتر إلى إباحة الشرع بخلاف ما إذا مشا في

(١) التهذيب (٦١٢/٤) .

(٢) المصدر نفسه (٦١٣/٤) .

(٣) هذا إلى قوله: (لم ينفعهم الإسهاد إلا على ربها) كله من التهذيب (٦١٤/٤) .

الطريق فأتلف فيه شيئاً لغيره ؛ فإنه تلف بفعله والخطأ فيه كالعمد .

قوله: (وما صنعه في طريق المسلمين مما لا يجوز له) . يعني إذا كانت ضيقة أما إذا اتسعت جدا فيجوز له أن يحفر بئرا فيها لينفع به الناس .

قوله: (ليعطب بها سارقا) . هذا وأن كان في ملكه فقصده أن يقتل بذلك من لا يجوز له قتله غير جائز وإذا لم يكن لفعله لحفر البئر أو الجب إلا ما لا يجوز فيطمر لأنه فعل خطأ .

قوله: (في دار رجل بغير إذنه) . هذا متعدد فلذلك ضمن .

قوله: (بعد أن يتقدم إليه فيه) . في هذا تفصيل فإن كان معترفا بأن الكلب عقور أن الحائط مائل فيكفي في تضمينه التقدم إليه والإشهاد عليه فقط ، وإن لم يكن معترفا بذلك وأن كان أمره ظاهرا للناس فيكفي في ذلك إلا أن يرفع إلى الحاكم ويثبت عنده ذلك ويحكم عليه بإزالة الضرر ، وأن لم يزل ضمن ما أصابه .

قوله: (حيث يجوز له) . كالماشية وموضع الحدث أما في موضع لا يجوز له اتخاذ فيه كاللور والدكان فيضمن وأن لم يتقدم إليه في ذلك لأنه متعدد باتخاذ .

قوله: (لم ينفعهم الإشهاد إلا على ربها) . لأن المستأجر لا يلزمه بناء ذلك ولا يجوز له هدمه .

قوله: (فهو ضامن)^(١) . لأنه متعدد .

قوله: (وإذا اصطدم فارسان)^(١) . المذهب أن كل واحد من الراكبين في ماله قيمة فرس الآخر وعلى عاقلته دية الراكب الآخر ، لأن العاقلة إنما تحمل في

(١) التهذيب (٤/٦١٥) .

الخطأ دية الآدمي لا قيمة المتلفات ووجه ذلك أن كل واحد منهما سبب مستقل في قتل الثاني وعقد فرسه ، وقال أَشْهَبُ: بل مات كل واحد بفعل نفسه وفعل غيره ، فعلى كل واحد نصف قيمة الفرس وعلى عاقلته نصف دية الآخر .

قَوْلُهُ: (ولو أن سفينة صدمت أخرى)^(١). الفَرْقُ أن الفارس له قدرة على ضبط الفرس غالباً بخلاف السفينة إذا هبت الريح ومال البحر لا قدرة لأحد على إمساكها ، اللهم إلا أن يقدر أهلها على صرفها وضبطها فهي كمسألة الفرسين .

قَوْلُهُ: (فثمن الغلام)^(١). أي قيمته في مال الحر هذا على المَذْهَب أن كل واحد منهما سبب مستقل في قتل الثاني ، وعلى قول أَشْهَبُ فنصف قيمة العبد في مال الحر ونصف دية الحر في رقبة العبد ؛ فإن كانت دية الحر أو نصفها لا تفي بها الرقبة فليس لولي الحر شيء ، لأن العبد قد مات ولا يتبع سيده لأن الجِنَايَةَ في رقبته ، وإن كانت قيمته أكثر من دية الحر أو نصفها كان للسيد ما زاد في مال الحر .

قَوْلُهُ: (فعلى عاقلة الحر نصف الدية)^(١). لأنهما قاتلان على السواء فنصف الدية في رقبة العبد ونصفها على عاقلة الحر .

قَوْلُهُ: (لا على الثلث والثلثين)^(٢). لأنهما قاتلان معا سواء كثر ضرب أحدهما أو قل .

قَوْلُهُ: (قيل لسيدته ادفع نصفه). لأنه قد صار العبد بين الوليين فلما عفا أحدهما بقي النصف للثاني ، فيخير سيده بين افتكاكه بنصف الدية أو إسلامه ولو قتل حرٌّ رجلاً له وليان فقتل أحدهما بغير إذن الولي الثاني فله أن يرجع عليه

(١) التهذيب (٦١٥/٤).

(٢) هذا إلى قوله: (صار الجرح كالخطأ) كله من التهذيب (٦١٦/٤).

بنصف الدية لأنه أتلف ذلك عليه .

قوله: (ولكن يسلم كله) . لأنه (.) عن أحد (.) الدية كان له (.) بالثاني أو يأخذ الدية (.) فإن عفي عنه فله أخذ [1/275] العبد كله أو الدية فإذا لم يعف فله العبد كله أو الديتان أن عفا عنهما .

قوله: (قيل لسيده إما أن تسلم نصفه أو تفديه بالدية) . لأنه لما عفا أولياء القتيلين صار كقتل الخطأ فصار العبد بين أولياء القتيلين لكل صنف نصفه بخلاف المسألة المتقدمة إذا لم يوجد عفو فيها ، ولو أن حرا قتل رجلين عمدا لكل واحد أولياء فصالح أولياء أحدهما على مال ثم [أرادوا] ^(١) أولياء الآخر أن يقتلوه فله أن يرجع على الأولين بالمال الذي أخذوا منه ، لأنه إنما دفع ذلك على ألا يقتل .

قوله: (ثم انتقض الجرح) . أي نزى .

قوله: (صار الجرح كالخطأ) . أي كالقتل خطأ .

قوله: (يقسم على عددهم) ^(٢) . فما ناب كل واحد منهم في رقبته لا في قيمته فلا نظر إلى قيمهم .

قوله: (ويعتق عليه) ^(٢) . لا خلاف في المذهب أن السيّد إذا مثل بعبد أنه يعتق عليه بالمثلة ومن مثل بعبد غيره ففيه قولان: أحدهما لا يعتق عليه لأن الحديث إنما جاء فيمن مثل بعبد نفسه . والثاني أنه يعتق عليه وإذا قلنا يعتق فهل بنفس المثلة يعتق لما مثل به ملكه أو يقوم عليه وبعد ذلك يعتق؟ قولان .

وأما المفلس إذا مثل بعبد فهل يعتق عليه؟ قولان؛ وجه العتق أنه عبده

(١) كذا في المتن .

(٢) المصدر نفسه (٤/٦١٧) .

وذمته باقية فيتبعه الغرماء والثاني أنه لا يعتق لأنه تعلق به حق الغير .

قوله: (فإن لم يبطله)^(١). مثل أن يفقأ عينه يعني إذا أذهبت عيناه أو يداه فلا كبير منفعة فيه ، بخلاف ذهاب العين الواحدة أو اليد فإن هذا لا يقوم على الأجنبي ولا يعتق بل يلزمه أرش ما ذهب منه وأن كان هذا القدر مثله بالنظر إلى سيد العبد يعتق بها عليه بخلاف الأجنبي .

قوله: (وقد سمعت)^(١). هذا هو القول الثاني أنه لا يعتق عليه إلا بعد التقويم^(٢).

قوله: (بينهما أثلاثا)^(٣). لأن صاحب اليد يضرب في رقبة العبد بنصف الدية والمقتول يضرب بالدية .

قوله: (أهل الجراح)^(٣). سمي القتل جرحا ، أي يضربون في الرقبة بقدر مالهم .

قوله: (فلك أن تفدي ثلثيه في القتل بجميع الدية)^(٤). لأن ذلك هو الواجب من رقبته لولي المقتول وثلثه لصاحب العين لأن فيها نصف الدية .

قوله: (وقال في المدبر يجني فتسلم خدمته في الجناية)^(٤). لأنه لا يجوز إسلام رقبته بما فيه من شائبة العتق .

قوله: (ولم يحمله الثلث)^(٤). لو حمله عتق كله واتبع بما بقي من الجناية على المذهب وعلى القول الثاني لا يتبع الحر .

(١) التهذيب (٦١٧/٤) .

(٢) في الحاشية: «(٠) بشيء إن نقص عن ذلك اتبع به في نصيبه (٠)» .

(٣) المصدر نفسه (٦١٧/٤) .

(٤) المصدر نفسه (٦١٨/٤) .



قَوْلُهُ: (وما وقع على العتيق منه)^(١). اتبع به على المذهب.

قَوْلُهُ: (أفتأخذون جميع كسبه؟)^(٢). أي إنما يأخذون ذلك من ماله ويأخذون من كسبه ما زاد على نفقته وكسوته بالمعروف^(٣).

قَوْلُهُ: (قد قال مالك)^(٤). أي كما أن الذي نصفه حر لا يؤخذ من كسبه (.) النصف إلا ما فضل عن عيشه، فذلك في هذه المسألة لأن الذي يؤخذ من العبد من جنايته إنما هو قضاء لنصيبه الحر.

قَوْلُهُ: (لأنه رقيق لهم)^(٥). أي ولا يتبع السيّد عبده بشيء جناه عليه أو على

غيره.

قَوْلُهُ: (فما كان في مثل هذا)^(٦). أي لا يصدق العبد في إقراره بمال أو بما يفضي إلى مال؛ لأنه أمر على غيره إلا أن تكون به قرينة كشهادة تدل على صحة ذلك، وهذا كامرأة تعلق برجل وهي تدمي (.) عبد أنه افتضاها فهذه قرينة تدل على صحة دَعْوَاهَا وإلا لم يلتفت إلى قَوْلِهَا.

قَوْلُهُ: (فلهم قتله)^(٦). أي يصدق في العمد لأنه لا يفعل عاقل مثل هذا ليزول عن (.) سيده ويرضى [٢٧٥/ب] بأن يُقتل وتُقطع يده هذا بعيد.

وَلَنَا قَوْلُ ثَانٍ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ الْبَتَّةَ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ مِنْ نَفْسِهِ شَيْئًا.

(١) في التهذيب «على المعتق منه» (٤/٦١٨).

(٢) المصدر نفسه (٤/٦١٨).

(٣) في الحاشية: «إفان كان كفافا أي إن ساوا ماله عليه».

(٤) المصدر نفسه (٤/٦١٨).

(٥) في التهذيب «لأنه رقيق لهم» (٤/٦١٩).

(٦) المصدر نفسه (٤/٦١٩).

قَوْلُهُ: (فإن استحيوه فليس ذلك لهم)^(١). لأنهم إذا قتلوه لم تكن تهمة أما إذا استحيوه اتهم العبد فيما يقبل قوله.

قَوْلُهُ: (وإن جنى عبد في يدك)^(١). إن كنت غاصبا فسيده [مخيّرا]^(٢) بين أن يلزمك قيمته لأن الجناية عيب فيه طرأ عليك وتبقى أنت كما لو جنى عبدك، فإما أن تفديه أو تسلمه، وإن كان رهنا فتفديه، فإن دفع لك السيد ذلك بقي رهنا كما كان وإلا صار لك وبطل الرهن؛ لأنه كان معينا كما لو مات، {وليس حق المرتهن أقوى من حق السيد وتقدم عليه الجناية}.

قَوْلُهُ: (فدينه في ذمته)^(٣). لأنه بالكتابة كالمأذون له في التصرف، فإذا عجز صار ذلك في ذمته، فإن كان له مال لا يفي بالكتابة أو يفي بها أخذه الغرماء لأن الدين مُقدم على الكتابة.

قَوْلُهُ: (وكل ما أفاد)^(٣). أي هبة أو تجارة أو ميراث ونحوه، فهو للغرماء، ولا يأخذون من كسبه شيئا، لأن ذلك مخصوص بسيده.

قَوْلُهُ: (فالعبد يباع في دين المكاتب)^(٣). لأنه ماله لكن يبيّن للمُشتري أن عليه ديناً لأن ذلك عيب لأنه متى طرأ له مال أو مات عن مال أخذه الغرماء.

قَوْلُهُ: (فلا شيء على الولد)^(٣). لأن الجناية في رقبتها لا تتعداها، وسواءً ولدته قبل الجناية أو بعدها، أما الحمل فإنه يسلم معها أن أسملت لأنه كعضوٍ منها ولا يصح استثنائوه.

(١) التهذيب (٤/٦١٩).

(٢) كذا في المتن، والصواب «مخيّر».

(٣) المصدر نفسه (٤/٦٢٠).

قوله: (وتسلم بمالها)^(١). لأنه صفة من صفاتنا بخلاف الولد لأنه رقبة أخرى.

قوله: (منع سيدها من وطئها)^(١). لتعلق حق المجني عليه برقبته.

قوله: (فعلى السيد الأقل من نصف قيمتها أو نصف الدية)^(٢). لأنه ممنوع من إسلاَم شيءٍ منها، إذ لا يجوز بيعها على وجه، فانتقل إلى قيمتها لأن قيمة الشيء تقوم مقامه، فيُخَيَّر وليُّ الدّم بين نصف قيمتها إن كانت أقل؛ لأنها لو كانت أمة فإنما كان عليه أن يُسلم له نصفها والقيمة تقوم مقام ذلك، أو نصف الدية إن كانت أقل؛ لأنه إنما يجب عليه في الفداء نصف الدية.

قوله: (إنما لكم قتل فليس ذلك له). هذا إن لم يعف أحدهما فلا يجوز له هذا لأنّ وليّ الدّم هو المخيّر، بخلاف القاتل الحرّ إذا بذل نفسه فلا يجب عليه سوى ذلك.

والفرق أن الحرّ هو الذي بذل نفسه، وفي المسألة الأولى الباذل إنما هو سيّد الجاني، ولأن الحرّ يختار بقاء ماله لورثته وليس العبد كذلك.

قوله: (ويجبر على ذلك). لأنه بالعفو قد تعذّر القصاص فلا يجوز لوليّ الدّم قتله؛ لأنه إنما له نصف الدّم، ولا للجاني أن يختار قتله عن حق أحد الوليّين لأن ذلك لا (.) عن الدّم كله.

قوله: (ولا تجوز شهادة النساء في دم العمد). لأنه قتل نفس، ولا في العفو عنه لأنه إحياء نفس.

(١) التهذيب (٤/٦٢٠).

(٢) من هذا إلى قوله: (ثم قطع بقية كفه) كله من التهذيب (٤/٦٢١).



قوله: (ثم قطع بقية كفه). أي لم يقصد المثلة بذلك ، ولكن أدى إلى ذلك امتناعه منه فلا يمثل به .

قوله: (ولم يدر أنه لا يحسن العوم)^(١). إذا رماه لا يقصد قتله ، فإن علم أنه لا يُحسن العوم فهو عمدٌ ، وإن لم يعلم فهو خطأً ، وإن قصد قتله فلا يحتاج إلى تفصيل بل يُقتل به .

قوله: (فعطب به ذلك الرجل فإنه يقتل به)^(٢). لأنه قصد قتله فهذا عمد فإن كان المقتول غيره فهذا خطأً . والله أعلم .

تم الجزء الثاني من كفاية اللبيب في شرح التهذيب ، وذلك في العشر الآخر من ربيع الأول ، سنة إحدى وثمانين وستمائة ، بالمدرسة الصالحة من القاهرة حرسها الله ، وصلى الله على محمد وآله .

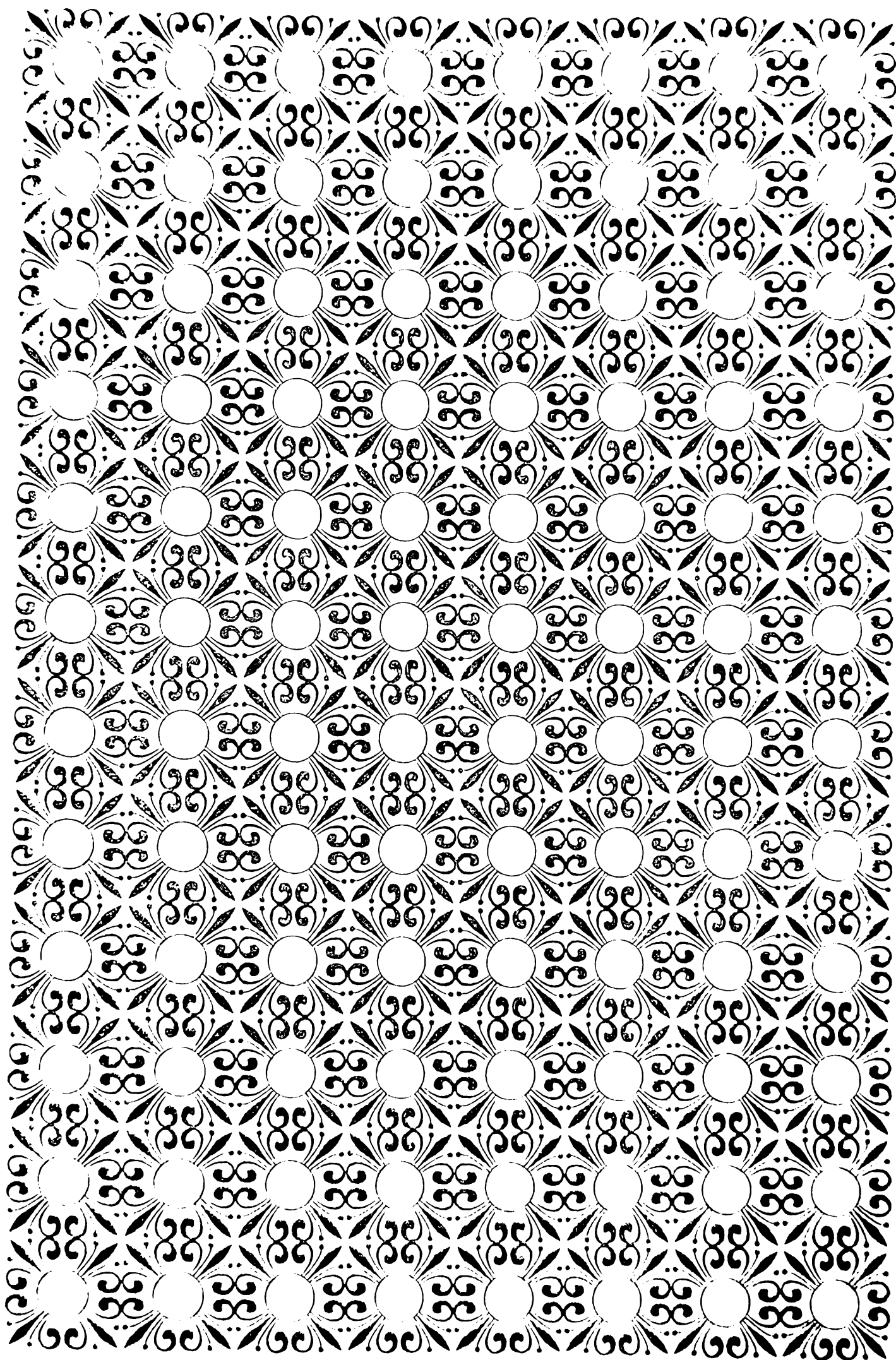


(١) في المتن «لم يدر أنه يحسن العوم» ، والصواب ما أثبتته من التهذيب (٤/٦٢١) .

(٢) التهذيب (٤/٦٢٢) .

الفهارس العامة

- * فهرس الآيات
- * فهرس الأحاديث
- * فهرس الأعلام المفردة
- * الأعلام الجماعية
- * فهرس القواعد الأصولية
- * فهرس القواعد الفقهية
- * فهرس الضوابط الفقهية
- * فهرس المصادر المذكورة في المتن
- * فهرس المصطلحات المعروفة
- * فهرس الأماكن
- * فهرس المراجع والمصادر



فهرس الآيات

الآية	رقمها	السورة	الصحيفة
﴿وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾	٢٢٠	البقرة	٣٢٢/٢
﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾	٢٧٩	البقرة	٣٤٣/١
﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾	٢٨٠	البقرة	٤٢٩/٢
﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾	٢٨١	البقرة	١٠٩/١
﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ﴾	٢٨٢	البقرة	٤٨٤/٢
﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾	٢٨٢	البقرة	١٧٩/٢ ٢٢١/٣
﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾	٢٨٢	البقرة	١٧٦/٣
﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾	٢٨٢	البقرة	٣٦٥/٢
﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾	٢٨٣	البقرة	٣٦٥/٢
﴿شَهِدَ اللَّهُ﴾	١٨	آل عمران	٣٦٥/٢
﴿أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾	٤٤	آل عمران	١٠٣/٣
﴿إِلَّا مَا دُمَّتْ عَلَيْهِ قَائِمًا﴾	٧٥	آل عمران	٤٠٨/٢
﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾	١٥٩	آل عمران	٣٦٣/٢
﴿وَابْتَغُوا الْيَتَامَىٰ﴾	٦	النساء	٤١٩/٢
﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾	٦	النساء	٣٤٥/٢
﴿فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ شَهِيدًا﴾	٦	النساء	٥١٣/١
﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾	٧	النساء	١٤٦/٣

الآية	رقمها	السورة	الصحيفة
﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ﴾	٨	النساء	١٠٣/٣
﴿غَيْرَ مُضَارٍ﴾	١٢	النساء	٢٩٥ ٣/٢٤٧
﴿إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ﴾	١٩	النساء	٤٦٢/١
﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾	٢٢	النساء	٣٧٥/٣
﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾	٢٩	النساء	٣٢٥/٢
﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾	٥٧	النساء	٢١٦/٣
﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً﴾	٨٤	النساء	٢٥/٣
﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ﴾	٩١	النساء	١٦٩/٣
﴿وَدِيَةٌ﴾	٩١	النساء	٢٣٨/٣
﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِي اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ﴾	١٣٠	النساء	٤٠٤/١
﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ﴾	١٤٧	النساء	١١٠/١
﴿وَأَخَذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾	١٦٠	النساء	٥٤٦/٢
﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾	٢	المائدة	٤٧٧/٢
﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾	٤	المائدة	٤٧٧/٣
﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾	٣٤	المائدة	٣٦٩/٢
﴿أَوْ يُصَلُّوا﴾	٣٥	المائدة	٣٣٤/٣
﴿فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾	٤٢	المائدة	٥٤٧ ٢/١٨٤
﴿النَّفْسُ بِالنَّفْسِ﴾	٤٧	المائدة	٤٠٧/٣
﴿الْعَيْنُ بِالْعَيْنِ﴾	٤٧	المائدة	٤٥٦/٣

الآية	رقمها	السورة	الصحيفة
﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾	١٠٨	المائدة	٣٦٩/٢
﴿أَنْ يُقْتَلُوا إِنْ قَتَلُوا﴾	قراءة	المائدة	٣٣٣/٣
﴿وَلَوْ نَزَّلْنَا عَلَيْكَ كِتَابًا فِي قِرْطَاسٍ﴾	٧	الأنعام	١٤٠/١
﴿قِرَاطِيسَ تُبْدُونَهَا﴾	٩١	الأنعام	١٤٠/١
﴿وَلَا تَسُبُّوا﴾	١٠٨	الأنعام	٣٤٠/١
﴿إِنَّمَا أَنْزَلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا﴾	١٥٧	الأنعام	٥٣٢/١
﴿إِذْ يَغْدُونَ فِي السَّبْتِ﴾	١٦٣	الأعراف	٣٤٢/١
﴿أَغْصِرْ خَمْرًا﴾	٣٦	يوسف	٤٠٤/١
﴿أَحْمِلْ فَوْقَ رَأْسِي خُبْرًا﴾	٣٦	يوسف	٤٠٤/١
﴿آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾	٣٨	يوسف	٣٧٥/٣
﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾	٧٢	يوسف	١٦٠/٢
﴿وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾	٧٢	يوسف	٤٤٥/٢
﴿يَا أَسْفَى عَلَى يُوسُفَ﴾	٨٤	يوسف	٣٦٦/٢
﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ﴾	١١٦	النحل	٢٩٧، ١/١١٧ ١١١/٣
﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ﴾	١٢٦	النحل	٢٣٢/٣
﴿فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾	١٢٦	النحل	٤٧٠/٣
﴿وَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفُ﴾	٢٣	الإسراء	٤٠٩/٢
﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ﴾	١٩	الكهف	٣٢٢/٢
﴿بَيِّضَاءَ مِنْ غَيْرِ سُوءٍ﴾	٢١	طه	٤٤٩/٣

الآية	رقمها	السورة	الصحيفة
﴿الْخَبِيثَاتُ لِلْخَبِيثِينَ﴾	٢٦	النور	٣٧٤/٣
﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾	٢٧	القصص	٤٣٩/١
﴿لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾	١٨	فاطر	٤٤٦ ٣/٤٣٧
﴿مَنْ يُخَيِّ الْعِظَامَ﴾	٧٨	يس	٣٩١/١
﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمَضْحَكِينَ﴾	١٤١	الصافات	١٠٣/٣
﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ﴾	٣٠	الزمر	٤٠٤/١
﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ﴾	٣٧	الشورى	٢٣٢/٣
﴿إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾	١٢	الحجرات	١٢٠/٢
﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾	٣٩	النجم	٢٧٨/٣
﴿ءَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ﴾	٦٧	الواقعة	٢٤١/٣
﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾	١٠	الحشر	٩٣/٣
﴿لَا تُخْرِجُوهُمْ مِنْ بُيُوتِهِمْ﴾	١	الطلاق	٤٦٢/١
﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾	٢	الطلاق	٣٦٩/٢
﴿أَسْكِنُوهُمْ﴾	٦	الطلاق	٤٦٢/١
﴿خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ﴾	٢	الملك	٣٩١/١
﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾	٧	الماعون	١١٩/٢ ٢٣٤/٣

فهرس الأحاديث

طرف الحديث	الصحيفة
إجعلها في الأقربين	١٧٧/٣
إذا اختلف المتبايعان تحالفا ١٨٠/١، ١٨٤، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٢٨، ٥٢٤، ١٧٣/٢	
إذا اختلفا فالقول قول البائع	١٨١/١
إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يدا بيد	١١٠/٣، ٢٥٩/٢
إذا أسلمت فأسلم في شيء معلوم	١١٠/١
إذا بيعت فقل لا خلافة	٤٠٤/١
إذا بلغ الحد الإمام	٣٣٥/٣
إذا خلا رجل بالأجنبية	١٣٢/٢
إذا زنت الأمة فاجلدوها	٣٣/٢
إذا شرب هذى وإذا هذى افترى	٣٨٤/٣
إذا قطع السارق فلا ضمان	٣٣٥، ٣٢٥، ٣٢٤، ٣٢٣/٣
ارجموا الفاعل والمفعول	٣٦٥/٣
اشترى من جابر بن عبد الله دابة	١٥٧/١
اغد يا أنيس على زوجة هذا فإن اعترفت فارجمها	٣٦٢، ١٢٦/٣
اقترض بكرا وقضى جملاً	٣١٣/١
أمر بوضع الجوائح عن المشتري	٩٢/٢
إن الله تجاوز عن أمتي	٣٣٩/٣
إن امرأة قريبة العهد بالإسلام	٣٣٨/٣
إن من العنب خمراً	٣٨٤/٣
إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير لك	٢٤٧/٣



الصحيفة

طرف الحديث

٣١٧/١.....	إِنَّمَا الرَّبَّاءُ فِي النَّسِيَةِ
٣٩٠/١.....	أَيُّهَا إِيَّاهُ دَبِغْ
٣٨٣/٣.....	أَيُّنْقُصُ الرُّطْبُ إِذَا جَفَّ
٤٨٦/٢.....	بَلْ عَارِيَةٌ مَّضْمُونَةٌ
٣٤٢، ٣٤١، ٦٤/١.....	بِشَسْ مَا شَرَيْتَ وَاشْتَرَيْتَ
٤٠٢/١.....	الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا
٢٠٨/٣.....	بِيعُكَ الشَّيْءُ بِمِثْلِهِ كَقَرْضِكَ الشَّيْءِ
٢٥/٣.....	الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ
٢٨٨/٣.....	حُجَّ عَنْ نَفْسِكَ ثُمَّ عَنْ شَبْرُمَةٍ
٤٠٨/٣.....	حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي دِيَةِ الْعَبْدِ
٣١٤/٣.....	حَدِيثُ الْأَتْرَجَةِ الَّتِي قَطَعَ فِيهَا عَثْمَانُ
٥٣٥/٢.....	حَدِيثُ الْقَصْعَةِ
٤٤٩/٣.....	حَدِيثُ الْمَصْرَاةِ
٢٥١/٣.....	حَدِيثُ النَّهْيِ عَنْ ثَمَنِ الشَّحُومِ لِلْيَهُودِ
٣٤٠/٣.....	حَدِيثُ عُمَرَ لَمَّا شَهِدَ عِنْدَهُ ثَلَاثَةٌ بِالزَّوْنِيِّ
٤٦٨، ٤٦٧/٣.....	حَدِيثُ حُوَيْصَةَ وَمَحِيصَةَ
٣٤٠/٣.....	حَدِيثُ مُسْلِمٍ فِي الْجَمْعِ بَيْنِ الْجِلْدِ وَالرَّجْمِ
٣٧٥/٣.....	الْخَالُ أَحَدُ الْأَبْوِينَ
٢٣٢/٣.....	خُذِي مِنْ مَالِهِ مَا يَكْفِيكَ
٥٣٧، ٤٣٥، ٤٠، ١٥/٢، ٥٤٩، ٤٧٥، ٢٢٧/١.....	الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ
٢٣٤/٣.....	خَلَقَ اللَّهُ الْمَاءَ طَهُورًا لَا يُنَجِّسُهُ شَيْءٌ
٢٦٧/٢.....	دَعُوهَا وَنَحْنُ نَدْفَعُ لَكُمْ جِزَاءَ مِنَ الثَّمَرَةِ



الصحيفة

طرف الحديث

٣٥٥/٢	ذلك على ما قضينا وهذا على ما قضينا
٣٠٠/١	الذي يشرب في آنية الذهب
٥٠٥/٢	الرهن بما فيه
٤٨٤/٢	رهن درعه في الحضر عند يهودي
٤٤٥ ، ٤١٨/٢	الزعيم غارم
٢٢٦/٢ (الثمرة)	ساقى أهل خيبر (فعل النبي ﷺ في خيبر) ، (ساقى يهود خيبر على جزء من الثمرة)
٤٤٧/٣	سُنوا بهم سنة أهل الكتاب
٧٤ ، ٧٣ ، ٢٥/٣	الشفعة فيما لم يُقسم
٦١/٢	الصلح جائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو حلل حراماً
٣٠٠/١	على ذكور أمتي
٤٠٣/١	عن ابن عمر أنه كان إذا باع شخصاً
١٥٦/٣	فاستنفقها
٣١٨/٣	فأمر بقطع يده اليسرى
٤٣٨/٣	في ثلاث أصابع منها ثلاثون من الإبل
٣٠٤/٣	القطع في ربع دينار
٣٠٤/٣	قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم
٤٩١/٢	كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل
٢٧٥/١	كنا نبيع الإبل بالبيع فنأخذ الذهب عن الورقة
٦٨/٣ ، ٢٦٤/١	لا تبيعوا البر بالبر
٤٤٩/٣	لا تحمل العاقلة عمداً
٢٣٢/٣	لا تخن من ائتمنك
٥٤١/١	لا تؤله والدته على ولدها



الصحيحة

طرف الحديث

لا ربا ولا ريبة	٧٣ ، ٦٤/١
لا شفعة في بئر = لا شفعة في طريق ولا بئر	١٠٧ ، ٧٤ ، ٦١/٣
لا ضرر ولا ضرار	١٧٥ ، ١٥٥ ، ١٤٧/٣ ، ١٢٦/٢
لا قتل إلا في ثلاث زنى	٣٣٣/٣
لا يبيع أحدكم على بيع أخيه	٤٠٤/١
لا يحل له أن يفارقه	٤٠٣/١
لا يحل مال امرئ مسلم	١٥٩/٣ ، ١٧٩/٢
لا يخطب أحد على خطبة أخيه	٤٠٤/١
لا يرث المسلم الكافر	٥٣٤/١
لا يرجع أحدكم في هيبته	٤٩٥/١
لا يقاد لولد من أبيه	٣٧٨/٣
لا يقضي القاضي وهو غضبان	٣٥٦/٢
لا يمنع أحدكم جاره	٤٥٩/١
لا يمنع فضل الماء	٣٨٧/١
لقد تاب توبة لو قسمت (هلا رددتموه لعله يرجع)	٣٤٤ ، ٣٢٣/٣
لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَنْهَى عَنِ الْغِيلَةِ	١٤٣/٢
لك ولاؤه وعلينا نفقته = قال للملتقط لك ولاؤه	٩٧/٣
للاهن غنمه ، وعليه غرمه	٤٨٨/٢
الله أكرم من أن يفضحه	٣٣١/٣
لو كنت قبضت الهبة = لو كنت حزيتها قبل مرضي كانت لك	٢٩٢/٢
ليس لعرق ظالم حق	٦٤/٣ ، ٥٤٦ ، ٥٤٣ ، ١٦٩/٢
ليس منّا من لم يتغن بالقرآن	١٢٢/٢



الصحيفة

طرف الحديث

٣٨٣/٣	 ما أسكر كثيره فقليله حرام
٢٤٧/٣	 مَا حَقُّ امْرِئٍ لَهُ مَالٌ يُوصِي بِهِ
١٥٩/٣	 ما لك ولها ، معها سقاؤها
٣٣٠/٣	 ما هذا أردت يا رسول الله
١٣٩/٢	 مَرَّ بِرَاعٍ فَاسْتَسْقَاهُ وَشَرِبَ
٣٣٥/١	 مَرَّ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى رَجُلٍ يَبِيعُ لَبْنًا
٤٧٧ ، ٤٠٨ ، ٣٥٦/٢	 مَطْلُ الْغَنِيِّ يَحُلُّ عِرْضَهُ (مطل الغني ظلم)
٤٤٤/١	 من ابتاع ما لم يرَ فهو بالخيار
٥/٢	 من ابتاعها بخير النظرين
١٧٣/٣	 من أحيأ أرضاً ميتةً فهي له
٣٧٢/٣	 من آذى ذمياً فقد آذاني
٣٢٢/٢	 من اعتق شركاً له
١٥٦/٣	 مَنْ اِلْتَقَطَ لِقْطَةً (عَدَدَهَا فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا)
٥٣/٢	 مَنْ بَاعَ سِلْعَةً فَأَفْلَسَ الْمُبْتَاعُ
٤٩/٢	 مَنْ بَاعَ عَبْدًا أَوْ وَلِيدَةً
٢٨٤/٢	 مَنْ بَاعَ نَخْلًا وَفِيهِ تَمْرٌ مَأْبُورٌ
٣٩٧/٢	 مَنْ حَازَ مِلْكًا عَنْ غَيْرِهِ عَشْرَ سِنِينَ
٤٠٥/٢	 مَنْ حَلَفَ عِنْدَ مَنْبَرِي كَاذِبًا
٥٤١/١	 من فرق بين والده وولدها
٣٦٥/٣	 من فعل فعل قوم لوط = فازجُموا الفاعل والمفعول
٥٠١ ، ٤٦٨ ، ٤٠٩/١	 من ماتَ عَنْ حَقٍّ
٣٠٠/٣	 مولى القوم منهم



الصحيفة

طرف الحديث

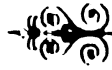
المؤمنون عند شُرُوطِهِم ١٢٦/١.....	
الناس مُشْتَرَكُونَ فِي ثَلَاثَةٍ ١٦٨/٣ ، ١١٤/٢.....	
نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ ٢٥٣/١.....	
نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ٤٨٠/١.....	
نَهَى ﷺ أَنْ يَرْجَعَ فِي الْهَبَةِ ٢٠٠/٣.....	
نَهَى عَنْ بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ ١١٤/١.....	
نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ ١٣٠/١.....	
نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ ٢٥٤/١.....	
نَهَى عَنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ بِالطَّعَامِ ٢٥٥/٢.....	
هَلَّا انْتَفَعْتُمْ بِجِلْدِهَا ١٢٩/٢.....	
هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ ١٨٦/٣.....	
وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالذِّفِّ ١٢٤/٢.....	
وَاللَّهُ لَا رَمِينََّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَاكُمْ ١٣١/٢.....	
الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ ١٨/٢.....	
الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ٣٧٩/٣.....	
الْيَدُ تَزْنِي وَالرَّجُلُ تَزْنِي ٣٧٤/٣.....	
يُقْطَعُ سَارِقُ أَمْوَاتِنَا ٣١٦/٣.....	



فهرس الأعلام المفردة

العلم	الصحيفة	العلم	الصحيفة
إبراهيم بن مالك	١٣/٣	٣٠٦، ٣١١، ٣١٩، ٣٢٥، ٣٣٣، ٣٣٤،	العلم
ابن أبي أويس	٢٩٧/٣	٣٤٥، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٦٧،	الصحيفة
ابن أبي سلمة = عبد الملك بن الماجشون		٣٦٨، ٣٧٢، ٣٨٨، ٣٩٤، ٤٠٦،	العلم
		٤١٤، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٣، ٤٣٣، ٤٣٤،	الصحيفة
		٤٣٦، ٤٣٧، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٥،	العلم
		٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٦، ٤٦٥، ٤٨٦،	الصحيفة
		٥٠١، ٥٠٤، ٥١٩، ٥٢٤، ٥٢٥،	العلم
		٥٢٩، ٥٣٣، ٥٤٦، ٥٤٨،	الصحيفة
		٧/٢، ٩، ٢١، ٢٢، ٢٤، ٢٥، ٢٦،	العلم
		٣٤، ٣٥، ٥٠، ٧٠، ٧٤، ٨٢، ٨٧،	الصحيفة
		١٢٢، ١٣٨، ١٦٢، ١٨٢، ١٨٣، ١٩٢،	العلم
		٢٠٩، ٢٤٦، ٢٧١، ٢٧٧، ٢٨٩،	الصحيفة
		٢٩٦، ٢٩٩، ٣٣٤، ٣٣٥، ٣٧٢،	العلم
		٣٨٥، ٣٩٠، ٣٩٤، ٣٩٩، ٤٧١،	الصحيفة
		٤٧٢، ٤٧٤، ٤٨١، ٤٩٢، ٥٣١، ٥٣٩،	العلم
		٢٦/٣، ٣٥، ٣٧، ٦٥، ٧٥، ٨٠، ٩١،	الصحيفة
		٩٣، ٩٩، ١٠٩، ١٣٧، ١٤١، ١٤٧،	العلم
		٢٠٩، ٢١٣، ٢٥٧، ٢٥٩، ٢٧٩،	الصحيفة
		٢٩٥، ٢٩٦، ٣٣٧، ٣٤٩، ٣٥١، ٣٧٧،	العلم
		٣٨٩، ٤٠٧، ٤٤١، ٤٥٠، ٤٧٣،	الصحيفة
ابن الجلاب = أبو القاسم عبيد الله ١٢/١،		١٣٨١، ٢٤٨، ٢٥١، ٢٨١، ٣٨١،	العلم
		٣٩٣، ٥٢٠، ٥٤٤، ٥٤٥،	الصحيفة
		٢٦/٣، ٥٩، ٢٢١، ٢٦٠، ٢٩٦، ٣٠٨،	العلم
		٣١٢، ٣١٦، ٣٣٠، ٣٣٧، ٣٤٧، ٣٤٩،	الصحيفة
		٣٦٤، ٤٦٧،	العلم
ابن القاسم = عبد الرحمن ١/٦٣، ٧٢،		٥١٤، ٨١/٢، ٣٧٦، ٢٨٠، ٨٦، ٦٣،	العلم
		٨٠، ٨٥، ١٢٤، ١٢٨، ١٤٩، ١٥١،	الصحيفة
		١٦٧، ١٧١، ١٧٣، ١٧٦، ١٨٧، ١٩٣،	العلم
		١٩٤، ٢٠١، ٢٠٩، ٢١٣، ٢١٥، ٢١٦،	الصحيفة
		٢٢٦، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٨، ٢٥٣،	العلم
		٢٥٧، ٢٧٥، ٢٧٥، ٢٨٩، ٢٩٠،	الصحيفة
		٢٩١، ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٥،	العلم

العلم	الصحيفة	العلم	الصحيفة
ابن القصار	٣٦٦، ٣٥٣/٣	الأبهري	٥١٤، ٢٩١، ١٧٨، ١٢٢، ٢٩١/٢
ابن المعدل	٥٤٦/٢	أبو الزناد	٣١٥، ٢٥١/٣
ابن المنذر	٣٢١/٢	أبو الفرج البغدادي	٢٧١/٣
ابن المواز	١٥٢، ٥٩/١، ٢٧٠، ٤٢٦،	أبو بكر الصديق	٣٧٢/٢
	٥٤٣، ٥٤٢، ٤٢٧	أبو حامد، الغزالي	٢٥٧/١
	١٠٨/٢، ١٠٩، ١٦٧، ٢١٧، ٤٣٤،	أبو حنيفة	٢٤٢/٣، ٥٠٤/١
	٣٩٥، ١٠/٣، ٥٢٤، ٥٢٣، ٥١٢		٣٦٥/٣
ابن بكير	٤٦٥/٢		٢٧٠، ٢٥٣، ١٤١/١
ابن حبيب = عبد الملك	٧٦، ٣٧/١		٢٧٦، ٢٩٤، ٣٠٢، ٣٤٠، ٣٧٠،
	٢٣٨، ٢٥٣، ٢٧٠، ٣١٥، ٤٠٢،		٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٨، ٤٤٤،
	٤٢٣، ٤٨٣، ٤٩٧، ١٠١/٢، ١٢٣،		٥٤٩، ٤٩٤، ٤٤٦، ٤٤٥
	١٧٦، ١٩١، ١٩٤، ٢٦١، ٣١٢، ٢٣٣،		١٦٠، ١٢٢، ٨٨، ٧٤، ٥٤، ٣٠/٢
	٤٧٥، ١٦٦، ٨٣، ٥٩/٣		٢٣٤، ٢٣٩، ٢٥٤، ٢٦٧، ٣٠٧،
ابن رشد	٣٤٤/١		٣٢٣، ٣٥٩، ٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٨،
ابن سحنون	٣٣٥/١		٥٤٣، ٤٨٥، ٤٣٤، ٤٢٤، ٣٨٦، ٣٧٠،
ابن شعبان	٣٦٦/٣		١٠٢، ٩٢، ٩٠، ٦٨، ٢٩، ٢٥، ١٦/٣
ابن شهاب	٢٧٤/٣، ١٥٤/١		٢٩٧، ٢٠١، ١٧٧، ١٦٢، ١٤٠، ١٣٩،
ابن عبدوس	١١٨/٣		٣١٦، ٣١٤، ٣١٢، ٣٠٧، ٣٠٥، ٣٠٣،
ابن عوف	٥١٣/٢		٣٣٣، ٣٣٠، ٣٢٨، ٣٢٦، ٣٢١، ٣١٨،
ابن كنانة	١٤٦/٣، ٥٩، ٨٣/٢		٣٤٧، ٣٤٦، ٣٤٥، ٣٤٢، ٣٤١، ٣٣٦،
ابن ميسر	٨١/٢		٤٠٥، ٣٨٣، ٣٨٢، ٣٦٥، ٣٦٢،
ابن نافع	١٦٣، ١٦٢، ١٠١، ٨١/٢،		٤٧٢، ٤٧١، ٤٦٦، ٤٣٣، ٤٠٧
	٢٨٦، ٢٦٩، ٢١٤	أبو سفیان	٢٣٢/٣
ابن وهب	٥٠٢، ٣٩٠، ٨٧/١	أبو طلحة الأنصاري	١٧٧/٣



العلم	الصحيفة	العلم	الصحيفة
أبو مصعب	٣١٨/٣	أبو يوسف	٩٢/٣
أحمد بن حنبل	٣٤٤/١	أسد بن الفرات	٤٤٥/١
أشهب	١٢٤/١، ١٢٩، ١٣٣، ١٣٩		
	١٤٦، ١٥٠، ١٥١، ١٦٧، ١٦٩، ١٧٣		
	١٧٦، ١٨٠، ١٨٧، ١٩٣، ٢٠٠، ٢٠٩		
	٢٤١، ٢٤٥، ٢٤٨، ٢٥٥، ٢٧٧		
	٢٩٠، ٢٩١، ٣٠١، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣١١		
	٣٢٥، ٣٢٦، ٣٣٠، ٣٥٧، ٣٦٥		
	٣٦٧، ٣٦٨، ٣٧٢، ٣٩٤، ٣٩٧، ٣٩٩		
	٤٠٣، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٥، ٤٣٣		
	٤٣٦، ٤٤٤، ٤٤٨، ٤٥١، ٤٥٦		
	٤٨٠، ٤٨١، ٥٠٥، ٥٢٢، ٥٢٣		
	٥٢٥، ٥٢٦، ٥٣٥، ٥٣٧، ٥٤٠		
	٥٤٦، ٥٤٩، ٥٥٨، ٥٥٩		
	٧/٢، ٨، ٩، ١٥، ١٧، ٢١، ٢٢، ٢٤		
	٢٥، ٣٤، ٣٥، ٤١، ٥٥، ٥٧، ٦٢		
	٦٣، ٦٤، ٦٥، ٧٠، ٧٤، ٧٨، ٩٠		
	٩١، ٩٣، ٩٧، ١٠٩، ١١٥، ١٢٧		
	١٤٦، ١٤٧، ١٦٧، ١٨٠، ١٨٣، ١٩٥		
	٢٠٢، ٢١٨، ٢٢٧، ٢٣٠، ٢٣٢		
	٢٩٥، ٣٠٤، ٣١٨، ٣٢١، ٣٣١، ٣٣٥		
	٣٤٧، ٣٥٣، ٣٥٧، ٣٦٧، ٣٧٤، ٣٧٥		
	٣٧٨، ٣٧٥، ٣٨٠، ٣٨٩، ٣٩٧		
	٤٠١، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٧، ٤٠٩		
	٤١٠، ٤١١، ٤١٥، ٤١٨، ٤٢٣، ٤٢٥		
	٤٢٦، ٤٣٤، ٤٥٠، ٤٥٣، ٤٥٥		
	٤٦١، ٤٦٧، ٤٧٠، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨٦		
	٤٩٢، ٤٩٩، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥١٧		
	٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٣١		
	٥٣٦، ٥٣٧، ٥٤١، ٥٤٢		
	١١/٣، ١٥، ١٩، ٢٠، ٢٨، ٢٩، ٣٠		
	٣٥، ٣٦، ٣٧، ٣٨، ٣٩، ٤٠، ٤٢		
	٤٣، ٤٥، ٤٦، ٤٧، ٤٨، ٤٩		
	١٠٧، ١١٥، ١١٦، ١١٨، ١٢٢، ١٢٣		
	١٢٤، ١٢٥، ١٣٤، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨		
	١٤٢، ١٤٥، ١٥١، ١٥٦، ١٦٠، ١٦٣		
	١٦٧، ١٨١، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٧، ١٩٠		
	١٩٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١٣		
	٢١٨، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٨، ٢٣٧		
	٢٤٢، ٢٥٤، ٢٥٩، ٢٦١، ٢٦٧		
	٢٧٢، ٢٧٥، ٢٧٧، ٢٧٩، ٢٨٠		
	٢٨٣، ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٩٥، ٢٩٦، ٣١٣		
	٣١٩، ٣٢٠، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٣٧		
	٣٤٣، ٣٥٩، ٣٦٤، ٣٧٠، ٣٧٣		
	٣٧٤، ٣٧٥، ٣٧٨، ٣٨٠، ٣٨٩، ٣٩٧		



العلم	الصحيفة	العلم	الصحيفة
أصبغ ١/١٢٨، ١٦٥، ٤٤٢، ٤٤٨، ٤٦٤	٣/٥٩، ٦٥، ١٠٨، ١٠٩، ١١٥، ١٢٦،	أنيس	٣/١٢٦
٢/٢٨٥، ٣٦٣، ٣٤٥/٣	١٣٨، ١٧٢، ١٧٤، ١٨٩، ١٩٨، ٢٠٩،	الأوزاعي	٢/١٣٩، ١٤٩
٢١٤، ٢٣٣، ٢٣٥، ٢٣٨، ٢٤٦	٢٥٦، ٢٦١، ٣١٠، ٣٣٨، ٣٩٠، ٤٢٨،	الباجي	١/٤٠٢
٤٦٨		بكر	٢/٤٦٥
سعد بن عبد الله المعافري ٢/١٠١		حاتم	٣/٣٦٧
سعيد بن المسيب ١/٢٩٥، ٢/١٤٩،		خالد بن جنادة العتقي = والد ابن القاسم	
٣/٤٣٨		١/٢٧٥	
السيوري، أبو القاسم ١/١٣٥، ٢٦٤		١/٣٨٧	
الشارمساحي ١/٣٤٤		ربيعة = بن عبد الرحمن ١/٢٣٨، ٣٠٢،	
الشافعي ١/١٣٠، ١٣٣، ١٣٥، ١٤١،		٣٢٤، ٣٥٢، ٣٥٤، ١٢٦/٣، ٢٦٧،	
١٥٥، ١٥٩، ١٦٤، ١٦٥، ١٧١، ٢٥٥،		٣١٥، ٣٣٨، ٤١١، ٤٣٨،	
٢٦٤، ٢٧٢، ٣٤٠، ٣٤٤، ٣٧٠،		١/٣٤١، ٣٤٢	
٣٨١، ٣٨٧، ٣٨٩، ٣٩٦، ٤٠٢،		زيد بن أرقم	
٤٠٤، ٤٠٥، ٤٤٨، ٤٦١، ٤٦٥،		سحنون ١/١٢٨، ١٥٠، ١٨٥، ٢١٥،	
٤٦٦، ٤٨٦، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٩،		٢١٦، ٢٢٢، ٢٢٦، ٢٤٠، ٢٩٠،	
٥٠٠، ٥٠٣، ٥١٩، ٥٤١، ٥٥٥،		٣٠٢، ٣٣٥، ٤١٧، ٤٦٢، ٤٦٦،	
٥/١٦، ٣٠، ٤٠، ٤٥، ٥٣، ٥٩،		٥٠٣، ٥٣٠، ٥٣٧، ٥٤٦، ٥٥٠، ٥٥٥،	
٨٠، ١١٤، ١٢٤، ١٢٩، ١٨٦، ١٨٧،		٢/٢٢، ٦٩، ٧١، ١١٢، ١١٧، ١٣٧،	
١٩٥، ٢١١، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٩، ٢٥٤،		١٨٥، ١٨٩، ١٩٢، ٢٣٤، ٢٤٦، ٢٦٨،	
٢٥٥، ٢٥٨، ٢٦٠، ٢٨١، ٣٤٨،		٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٣٧، ٢٨٢، ٢٨٧،	
٣٥٦، ٣٦٩، ٣٧٨، ٣٨٣، ٣٩٤، ٣٩٨،		٢٨٩، ٣٠٥، ٣٣٧، ٣٤٠، ٣٥٢،	
٤١٧، ٤٢٠، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٧،		٣٦٩، ٣٧٢، ٣٧٥، ٤٠٨، ٤٢٠،	
٤٣٢، ٤٥٢، ٤٦٩، ٤٨٤، ٤٨٦،		٥٢٢، ٥٤٠، ٥٤٣،	

العلم	الصحيفة	العلم	الصحيفة
٢٨٣، ٢٤٨		٥٤٣، ٥٢٨، ٥١٧، ٥٠٢، ٥٠٠	
٥٣٦/١	عبد الله بن سعد	١٨/٣، ٨٩، ٨٥، ٤٧، ٣٣، ٣١، ٣٠، ١٨/٣	
١٥١، ١٢٦، ١٠٩/١	عبد الله بن عباس	٩٢، ٩٦، ١٣٢، ١٦٢، ١٧٥، ١٧٦	
٤٠٧/٣، ٣٤١، ٣١٧، ٢٥٩		١٧٧، ١٨٥، ١٨٨، ١٩٠، ١٩٥، ٢٠١	
٣٦١، ٢٧٥، ١١٨/١	عبد الله بن عمر	٢١٤، ٢٣٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٧٢	
٢٠٨/٣، ٢٥٦/٢، ٤٩٩، ٤٠٣، ٤٠٢		٢٧٨، ٣٠٥، ٣١٢، ٣١٦، ٣٢٣، ٣٢٨	
٣٣٧/١	عبد الوهاب البغدادي، أبو محمد	٣٣٣، ٣٣٥، ٣٣٧، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٥	
٣٥٠/٣، ٢٩٤/٢		٣٥٧، ٣٦٣، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٧٨	
٣٥٤/٢	عثمان بن عفان	٣٨٣، ٣٨٤، ٤٠٣، ٤٠٥، ٤٢٦	
٣٤٦، ٣٣٨، ٣١٤/٣		٤٣٧، ٤٣٨، ٤٤٥، ٤٤٩، ٤٥٠	
٣٦٣/٣	عطاء بن أبي رباح	٤٦٥، ٤٧٠، ٤٧٣، ٤٨٠	
٣٥٤، ١٣٩/٢	علي بن أبي طالب	٣٨٦/٢	شريح
٣٨٣/٣		٤١٥، ٢٨٠، ٢١٤، ١٤٨، ١٣٩/١	الشيخ
١٣٦/٢	علي بن الجهم	٣٤٨، ٢٩٥/٣، ١٠٠/٢	
٢٩٦، ٢٩٥/٣، ٣٠١/١	علي بن زياد	٣٣٠، ٢٣٤/٣	صفوان بن أمية
٤٩٩، ٣٤١، ٣٣٥/١	عمر بن الخطاب	١٧٨/٣	صلاح الدين
٣٦١، ٣٥٥، ٣٥٤/٢، ٥١٩		١٧١/٣	الضحاك
٣٣٥، ٣٣١، ١٧١، ١٣٢، ٩٧، ٩٣/٣		٢٥٥/٢	طاوس
٤٦٠، ٤٣٧، ٣٥٦، ٣٤٠		٢٥٦/١	الطرطوشي، أبو بكر
٥٣٦، ٢٤٩/١	عمرو بن العاص	٥٠٤، ٣٤٢، ٣٤١/١	عائشة بنت أبي بكر
٥/٢	عيسى بن دينار	٣١٦، ٣٠٤/٣، ٢٩٢/٢	
٣٢٣/٣	الغامدية	١٧٤/٣	عبد الرحمن بن عوف
٣٧٠/٢	الفضيل بن عياض	٢٨٩/٢	عبد الرحيم
١٨٧/٣	القاسبي، أبو الحسن	١٧٠، ١٤١/١	عبد العزيز بن الماجشون

العلم	الصحيفة	العلم	الصحيفة
محمد بن عبد الحكم	٤٦٢ ، ٣٤٤/١	اللخمي	٢١٣/٣ ، ٩٢/٢ ، ٣٧٦ ، ٢٤٣/١
٥١٩ ، ٥٤٢ ، ١٤٩/٢ ، ١٢٦/٣ ، ١٦٣ ، ٢٤٥		الليث بن سعد	٢٥٥/٢ ، ١٤١/١
محمد بن مسلمة	١٧١ ، ١١١/٣	ماعز	٣٤٤ ، ٣٢٧ ، ٣٢٣/٣
مدعوش	٣٤٥/٣	مالك	١٢٨ ، ١٢٦ ، ١١٧ ، ١١٢ ، ١٠٩/١
المدلجي	٤٢٤/٣	١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٤ ، ١٤٦ ، ١٤٧ ، ٢٦٣ ، ٢٣٤ ، ١٧١ ، ١٥٩ ، ١٥٠ ، ١٤٧	
معاذ بن جبل	٤٢٩/٢	٢٦٤ ، ٢٦٨ ، ٢٧١ ، ٢٨٠ ، ٣٧٠ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، ٤٠٩ ، ٤٢٠ ، ٤٣١ ، ٤٤١ ، ٤٤٢ ، ٤٤٥ ، ٤٥٧ ، ٤٦٥ ، ٤٨٦ ، ٤٩٩ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٤ ، ٥١٨ ، ٥١٩ ، ٥٢٧ ، ٥٥٦ ، ٥٥٢ ، ٥٢٩	
المغيرة بن عبد الرحمن ، المخزومي	٤١٤ ، ٣١٧ ، ٢١٣ ، ١٥٠/١	٢٠/٢ ، ٣٠ ، ٤٠ ، ٥٢ ، ٥٣ ، ٩٢ ، ١٠١ ، ١٢٦ ، ١٢٨ ، ١٦٥ ، ١٨٢ ، ١٩٠ ، ١٩٢ ، ١٩٥ ، ٢٥٢ ، ٢٧١ ، ٢٧٢ ، ٢٧٧ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، ٢٨٧ ، ٢٩٩ ، ٣٠٨ ، ٣٣١ ، ٣٤١ ، ٣٨٣ ، ٤١٦ ، ٤٤٠ ، ٤٧١ ، ٤٧٤ ، ٤٧٨ ، ٤٨٣ ، ٥٠٢ ، ٥٠٣ ، ٥٠٨ ، ٥٤٤ ، ٥٣٩ ، ٥٢٢ ، ٩٨ ، ٩٧ ، ٩٦ ، ٩٢ ، ٨٦ ، ٣٠ ، ١٣/٣ ، ١٤٤ ، ١٣٢ ، ١٢٧ ، ١٠٩ ، ١٠٧ ، ١٠٢ ، ٣٢٨ ، ٣٢٠ ، ٢٧٢ ، ٢٥٢ ، ١٨٤ ، ١٤٦ ، ٤٨٢ ، ٣٧٧ ، ٣٥١ ، ٣٥٠ ، ٣٤٥ ، ٣٣١	
٤٦٨ ، ٣٤٥ ، ٣٣٨		٤٨٩	
الملك الكامل	٢٧٢/١		
نافع	٤٠٢/١		
النخعي ، إبراهيم بن يزيد	١٤١/١		
هند	٢٣٢/٣		
يحيى بن سعيد القطان	١٤٧/١		
يحيى بن سعيد بن قيس	٢٩٢/١		
يحيى بن عمر	١٤٠ ، ١٨/٢ ، ٤٧٧/١		
٢٢٤/٣			
يزيد بن عبد الملك	٣١٥/١		
يوسف عليه السلام	١٦١/٢		

الأعلام الجماعية

العلم	الصحيفة	العلم	الصحيفة
القرويون	٥٣١/٢	الأساقفة	٥٤٦/٢، ٥٣٤/١
المالكية	٢٢٩، ١٣٥/٣، ١٨٥، ١٥٩/٢	أهل الكتاب	٥٣٢، ١٩٠، ٨١/١
المتأخرون	٢٢٤، ١١٢/١		٤٤٨، ٤٤٧/٣
المغاربة	٢٧٢/١	بنو تميم	٢٩٩، ٢٩٧/٣
النبط	٣٧٦/٣	بنو هاشم	٤٤٨، ١٨٦/٣
النصارى	٣٧٢/٣، ٥٣٢/١	الصقالبة	١٧/٢، ٥٣٢/١
اليهود	٥٣٢، ٣٤٠/١	الظاهرية (أهل الظاهر)	٢٩١، ٢٦٨/٢
	٤٦٥، ٢٥١/٣، ٣٠٦، ٢٢٦، ١٨٥/٢		٣٦٥
يهود خيبر	٣٠٦، ٢٢٨/٢	العراقيون	٢٢٩، ١٤٢، ١١٢، ٧١/١
		القرشيون	٤٤٨/٣

فهرس القواعد الأصولية

القاعدة	الصحيفة
إذا نسخ حكم بحكم آخر فهل تلزم العبادة الثانية من وقت النسخ أو من وقت البلوغ ؟	٢٨٠/٢.....
إعمال التهم البعيدة	٣٣٤ ، ١٢٢/١
إن الدليلين والعلتين إذا تعارضتا واقتضت إحداهما البقاء على البراءة الأصلية ، والثانية النقل عن الأصل ؛ فهل تقلب الناقلة لأنها أثبتت حكما زائدا أو المقدرة لأنها تقوى باستصحاب الأصل ؟	٣٩٩/٢.....
السكوت دال على الالتزام والرضا	٤٢٧/١.....
الشرع إذا مهد قاعدة فلا تناقض بآحاد الصور	٢٨٩/٢.....
كل ما ثبت تحريمه بالكتاب ففيه الحد	٣٥٧/٣.....
هل إجماع السكوت حجة أو لا ؟	٣٤١ ، ٧٣ ، ٦٥/١
هل الكفار مخاطبون بفروع الشريعة ؟	٥٣١ ، ٢٨٨ ، ١٩٠/١.....
هل يثبت التكليف من حين ثبت الحكم أو من حين وصول العلم به إلى المكلف	٥١٠/١....
هل يقاس على الرخص أو لا ؟	٣٢٣/٢.....



فهرس القواعد الفقهية

القاعدة	الصحيفة
إجراء التابع مجرى المتبوع من كل جهة (التابع يبطل ببطلان المتبوع) (المنافع التابعة لمعين معينة)	٦٦/٣، ٣٠٢، ٢١٦/١
الأصل براءة الذمة	٥٢١، ٥١٦، ٤٤٧، ٣٨٢، ١٨٦، ١٨٣/١
٢٤٦، ٢٢٣، ٢٢٢/٣، ٥٣٣، ٥١١، ٤٤٥، ٣١٨/٢	
الأصل الجرح حتى تثبت العدالة	٣٢١/٣
الأصل السّلامة	١٦٦/٣، ٨٥، ٥٩/٢
الأصل عدم التعدي	١٦٠/٣، ١٧٢، ١٥٧، ١٥٣، ١٥٢/٢
أصل عقود المسلمين الصحة	٢٨٠، ١٧٣/٢، ٣٤٠، ١٨٥/١
اعتبار الجنس عندنا باتحاد المنافع واتفاقها (المراعى في اتحاد الجنسية اتفاق المنافع)	١١٨، ١١٦/١
إعطاء الموجود حكم المعدوم وبالعكس	٧١/٣
البيع هل يتعدد بتعدد المبيع أو لا ؟	٤١٦، ١٥٤/١
التابع في المبيع هل له جزء من الثمن أو لا جزء للتابع من الثمن (التابع على المذهب لا جزء له من الثمن، وقيل: للتابع جزء من الثمن)	٤٢٤/١
التعدي شرعا كالتعدي حسا (المتعدي شرعا كالتعدي حسا)	٣٦١، ١٧٤/١
الجهل بالتمائل كت تحقيق التفاضل (كل جنس لا يجوز فيه التفاضل فلا بد من تحقيق التماثل في بيع بعضه ببعض)	٧٦/١
١٣٤، ١٤٥، ٢٥٤، ٢٦٥، ٤٤٠، ٥٠٢، ١٠٩/٣، ١١٠، ١٣٤	
الحدّ يدرأ بالشبهات	٣٤٢، ٣١٩، ٣٠٧/٣



الصحيفة

القاعدة

الخراج بالضمان ٢٢٧/١ ، ٤٧٥ ، ٥٤٩ ، ١٥/٢ ، ٤٠ ، ٤٩ ، ٣٩١ ، ٤٣٥ ،
 ٥٣٧ ، ١٢/٣ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٧٣ ، ١٦٥ ، ١٨١ ، ١٨٥
 الخطأ في أموال الناس كالعمد (الخطأ في أموال الناس كالعمد في الضمان) ١٣٤/٢ ،
 ١٤٩ ، ١٦٨ ، ٣٢١ ، ٣٥٠ ، ٤٢٨ ، ٨٧/٣
 الخيار الطارئ الذي جرت إليه الأحكام ، هل ينزل منزلة الخيار الأصلي ؟ ٦٥/٣
 الشرط العرفي كالشرعي ٥٠١/٢
 شرع من قبلنا هل هو شرع لنا ؟ ٩٣/١ ، ٤٣٩ ، ١٦١/٢ ، ١٠٤/٣ ، ٤٦١
 الشيء إذا حكم له بحكم غيره فلا يلزم أن يحكم له بجميع أحكامه ٣٠٢/١
 العرف كالشرط (حكم المعتاد حكم المشروط) (العادة كالشرط) ٧٥/١ ، ١٣١ ، ١٨٥ ،
 ١٨٨ ، ١٩٣ ، ٢٩٢ ، ٣٠٧ ، ٣١٩ ، ٣٢٠ ، ٣٢٢ ، ٣٣٣ ، ٣٨٢ ، ٤٣٨ ، ٥١٢ ،
 ٥١٥ ، ٥٢٠ ، ٤٣/٢ ، ١٥٠ ، ١٥٢ ، ١٦٠ ، ١٩١ ، ١٩٥ ، ٢١٠ ، ٢٣٩ ، ٣١٣ ،
 ٥٤٠ ، ١١٢/٣ ، ٢٣٥ ، ٢٣٩

العقود التابعة لعقود قبلها: هل تنزل منزلة ما هو في العقد الأول فتجوز بجوازها
 أو لا فتبطل ؟ أو يفصل بين ما قُرب فيصح لأنه كأنه في العقد الأول وبين ما بُعد
 فيبطل ؟ ٦٦/٣
 الغالب السلامة ٨١/١ ، ١٣٣/٢ ، ٤١١ ، ٩٩/٣ ، ٢٩١
 الفوت الشرعي كالحسي ١٤/٢
 القليل تابع (اليسير في حكم العدم) (اليسير في حكم التبعية) (اليسير مغتفر)
 ٣٠٧/٢ ، ٤٣٨ ، ٣١٨ ، ٢٨٩/١
 كل شرط يخل بمقتضى البيع يفسد البيع ٣٨٢/١
 كل ما تبع العقد فكأنه في العقد لا خارج عنه (كل ما يتبع العقد فهل يكون بمنزلة
 ما وقع في العقد أو لا ، أو يفصل بين القريب وما بعد ؟) (اللوأحق للعقد هل هي
 بمنزلة ما يقع فيه أو لا ؟) ٧٩/١ ، ٨٠



الصحيفة

القاعدة

- ما تولد عن الفعل المأذون فيه هل يضمن أو لا ؟ ١٥٠/٢
- ما جرَّ إليه الحكم هل يُعدُّ كالشرط (ما جرَّت إليه الأحكام) ٥٨/٣ ، ٣٣٤/١
- ما قرب من الشيء فحكمه حكمه (ما قرب من الشيء فله حكمه) ١٤٢ ، ١١٢ ، ٨١/١ ، ٢٧٧/٣ ، ٤٧٥ ، ٩٧/٢ ، ١٧٥
- المأذون فيه شرعا أو عرفا كالمأذون فيه قولا ٢١٦/٣
- المثل يَقُوم مقام المثل ٢١٩/٣ ، ٥٠٦/٢ ، ٢٢٤/١
- مجاور المجاور مجاور ٣١٥/١
- المقدَّر كالحاصل (المتوقع كالحاصل) ٤٨٥ ، ٧٥/١
- المعاملة بنقيض القصد (من تعدى فلا ربح له) ١٩٤/١
- من التزم شيئا لزمه (من تحمل عن شخص شيئا على جهة فإنه التزم ما لا يلزم
فلزمه) ٢٤٢/٣ ، ١٤٦/٢
- من خير بين شيئين فاختر أحدهما ، فهل ينزل منزلة من التزم الذي عدل عنه ثم
عدل عنه ، أو لا ينزل إلا منزلة من أخذ ما اختار من أول وهلة ؟ ١٩٣/١
- من قام عن غيره بما يجب عليه وإن لم يأمره بذلك فإنه يرجع عليه به ١٧٩/٢
- من ملك أن يملك هل يعد مالكا أو لا ؟ ٤٤٠/٢ ، ٥٣٩/١
- المواضع كالأجال ١٨٧/١
- نية الحرام حرام ٢٤٤/١
- هل الأتباع للعقد في حكمه ، وهل يبقى ما بعد وقوع العقد في حكمه زمانا ، أو لا
يبقى لها حكم بل ينقرض حكمه بانقراضه ؟ ٥١١/١
- هل الأتباع لها حظ من الثمن أو لا ؟ ٣٩٥/٣
- هل التابع جزء من الثمن فيرجع بثمنه أيضا أو لا جزء له فلا يرجع بذلك ؟ ٣٠٣/١
- هل التمكن من القبض في البيع الفاسد قبض يوجب الضمان إذا فات أو لا ؟ ٣٣٤/٢



الصحيفة

القاعدة

- هل الخيار الحكمي كالخيار الشرطي أو لا ؟ (هل التخيير الحكمي ، وهو الذي
تؤدي إليه الأحكام ، ينزل منزلة التخيير الشرطي أو لا ؟) ٣٠٦/١ ، ٤٠٢ ،
هل الرد بالعيب نقض للبيع من أصله ؟ ٣٧٥/١ ، ٥٥/٢
هل علة التقابض والتماثل في العين قاصرة أو متعدية ؟ ١٤٤/١
هل منع التفاضل في الدراهم والدنانير لكونها ثمناً للأشياء وقيمةً للمتلفات فتكون
الفلوس إذا راجت كذلك ، أو لكونها ذهباً وفضة فلا تكون كذلك ؟ ٢٩٠/٢
هل يصح أن تكون اليد الواحدة قابضة دافعة باعتبارين لأن ذلك لا تناقض فيه ،
أو لا يصح ذلك لأن الشيء الواحد لا يتعدد ؟ ١٧٨/١



فهرس الضوابط الفقهية

الضابط	الصحيفة
إذا اجتمع في التعدي مباشر ومسبب ، فيناط الحكم بالمباشر	١٢٩/٣.....
إذا تقدم الدين على العتق أو قارنه بطل	٢٢/٢.....
الاستحقاق الشرعي كالحسي	٤٦/٣.....
الأصل في بيع الأجل بعد الأجل (الأصل في بيع الآجال عدم الحلول)	١٨٥/١....
	١٨٧
حوز العبد حوز للسيد	٢٣٣ ، ١٦١/٣
الضمان له جزء من الثمن	٣٩٥/١.....
الضمان كالرهن	٤٤٥/٢
الغرور بالقول هل يوجب الضمان أو لا ؟	١٦٧/٣ ، ١٧٠/٢
قبض الأوائل كقبض الأواخر	٢٣٩ ، ٢٠٥/٣ ، ٤٦٨/٢ ، ٥٥٩/١
كل ما عدا المال وإن أفضى إلى المال بدن أو في حكم البدن	٢٦١/٣.....
كل ما لا تضبطه الصفة فلا يجوز أن يسلم فيه (كل ما انضبط بالصفة عند أهل	
المعرفة به فالسلم فيه جائز ، وما لم ينضبط بها امتنع)	١٤٠ ، ١٣٣/١
كل ما يُبطل استمرار الملك فيبطل ابتداءه	٥٣٧/١.....
كل ما يجوز بيعه يجوز رهنه	٥٠٢/٢
كل ما تجزئ ثمرته بذهاب أصله ويخلف ، فالمساقاة فيه	٢٨٨/٢
كل متعدد تلزمه القيمة أو الثمن	٤١٨/١.....
كل من دفع لغير من ائتمنه بغير بينة فلا يقبل قوله	٤٩٤/٢
كل من سلم لمن لم يسلم منه فلا يقبل قوله إلا بينة	٥١٣/١.....
لا ينفذ من فعل النائب إلا ما يصح وقوعه من المنوب عنه	٥١٥/١.....



الصحيفة

الضابط

- لا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل ١٧٧/٣
- ما يَصَحَّبُ الطعام حكمه في التعجيلِ حكمُ الطعام ٢٥٩/١
- متى كان اتحاد الربا من الجهتين فلا يكون معهما غيره ٢٨٨/١
- المعتبر في بيع الطعام القبض الحسي لا الحكمي ٣٣٤/٢
- (مَنْ أَخَّرَ مَا وَجَبَ لَهُ فَقَدْ أَسْلَفَهُ) (ومن أخر ما وجب له فقد اقرضه) (من أخر ما
يجب له فهو سلف منه على المذهب في سد الذرائع)
- من عجل ما لا يجب عليه فهو منه سلف (من قَدَّمَ ما لم يجب عليه فقد أسلفه)
- (من قَدَّمَ ما لم يجب عليه فهو سلف) ٢٨٦ ، ٢٣١ ، ١٦٥ ، ٧٩/١
- ٥٥٢ ، ٤٦٤ ، ٤١٢/٢
- من شرط ما يباع جزافا أن يكون مرثيا ١٢٥/١
- من لا يرثُ لمعنى فيه لا يَحْجُب ٤١٨/٣
- من مات عن حق فهو لورثته ٥٠١ ، ٤٦٨ ، ٤٠٩/١
- ٤٨٢ ، ٣٧١ ، ٣٤٢ ، ٢٩٩ ، ٢٧١ ، ١٩١ ، ٢٧/٣
- النكاح مبني على المكارمة ٤٣/٣
- العتق مبني على المكارمة ٣١/٢
- هل النجاسة إذا استحال عينها زالت نجاستها أو لا ؟ ٣٩١/١
- هل الواجب بقتل العمد القود أو يكون الولي مخيرا بين القود والدية ؟ ٢٢١/١
- هل بيت المال وارثٌ أو لا بل هو مصرف لكل مال جهل مصرفه ؟ ٥٣٤/١
- هل تتعدد السلعة بتعدد المشتري أو لا ؟ ٤١١/١
- هل ينبرمُ بيعُ الخيار بعدَ تمام الأجل ، أو بمجرد العقد ؟ ٤٢٩/١
- يد الوكيل يد موكله ١٧٦ ، ١٢٨/٣ ، ٤٩٧ ، ٣٣٣ ، ١٦١/٢



فهرس المصادر المذكورة في المتن

اسم الكتاب	الصحيفة	اسم الكتاب	الصحيفة
الموطأ	١١٤/١، ١١٩، ١٣٨، ١٤٧،	الاستيفاء للباجي	٤٠٢/١
٢٥٤، ٣٠١، ٣١٣، ٣٦١، ٣٨٧، ٤٠٢،		شرح الموطأ لابن حبيب	٤٠٢/١
٥٥٧، ٤٤٥		الكتاب	١٣٢/١، ١٣٩، ١٤٥، ١٥٩،
المنتقى للباجي	٤٠٢/١		١٨٢، ١٨٦، ١٩٣،
مدونة أسد بن الفرات	٤٤٥/١		٢٠٤، ٢٠٥، ٢١١، ٢١٦، ٢٣٣، ٢٤٤،
التهذيب	٩١/٢، ٥٠٠، ٤٩٢/٣		٢٤٥، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٥، ٢٩٧،
المدونة	٢٩٠/١		٢٩٨، ٣١٠، ٣٤٤، ٣٥٢، ٣٥٩، ٣٧٣،
	٥١٤، ٢٠٩، ٩١، ٨١/٢		٤٠٨، ٤١٤، ٤٤٤، ٤٥٨، ٤٧٦،
	٢٥٧، ١٨٧، ١٤٣، ١٠١/٣		٤٨٤، ٥٣٢،
المختلطة	٥٠٠/٢		٨٠/٢، ٩١، ١٦١، ١٧٧، ٢٠٥، ٢٠٧،
السليمانية	٢٥٩/٣		٢١١، ٢٧٤، ٣٢٢، ٣٣٣، ٤٢٣، ٤٧٥،
الوسيط للغزالي	٣٦٥/٣		٤٨٤،
			٢٩/٣، ٣٦، ٣٧، ٧٤، ١٠٤، ١٦٣،
			١٧٨، ١٨٧، ٢٢٨، ٢٥٤، ٢٥٥، ٣٣٣،
			٣٥٧، ٤٥١،

فهرس المصطلحات المعرفة

المصطلح	الصحيفة	المصطلح	الصحيفة
الإبار	٥٠٤/١	بيع المنابذة	٤٤٥/١
الإثغار	٥٤٢/١	التأبير	٢٥٧/٢
الإجارة	١٠٢/٢ ، ٣٩٠/١	تحجير الأرض	١٧٤/٣
أرش	٤٢٢/١	التغريب	٣٨٧/١
الاستحسان	٤١٠/١	الجرون	٣٨٧/١
الاصطبة	٢٥٦/٢	الجعرور	١٥٦/١
إفداح	١٣٤/٢	الحالوم	٢٥٩/١
الأقط	١٢٥/١	الحبس	١٧٧/٣
الآنك	١٤٥/١	الحظار	٢٧٦/٢
الباضعة	٤٣٤/٣	الحلمة	٤٣٦/٣
البرسيم	٢٦١/١	الحمى	١٧٤/٣
البسباس	٢٣٧/١	حميم	٢٢٩/٢
البضاعة	٣٠٣/٢	الحوالة	٤٤٥/٢
البيع	١/٣٧٣ ، ٤٨١	خثى البقر	٣٨٩/١
بيع البرنامج	٤٤٧/١	الخربز	٢٣٥/١
بيع الثنيا	٣٦٠/١	الخرثي	٥٣٠/١
بيع الحصاة	٤٤٥/١	الخرز	٣٠٤/١
بيع المرابحة	٤٧١/١	الخلع	١٩/٣
بيع المزايدة	٤٧١/١	الدامية	٤٣٣/٣
بيع المساومة	٤٧١/١	الدانق	٣٣٧/١
بيع المعاطاة	٤٦٥/١	الدّرههم السّتوق	٣٣٤/١
بيع الملامسة	٤٤٥/١	الدّرههم الكاملى	٣١٣/١

المصطلح	الصحيفة	المصطلح	الصحيفة
الدينار الفرادى	٣١٩/١	شَرُو	٢٠٤/٣
الدينار القائمة	٣١٩/١	الشطوي	١٩٨/٢
الدينار المجموعة	٣١٩/١	الشقص	٤١٠/١
الدينار الميالة	٣١٤/١	الشونيز	٢٣٧/١
الدينار اليزيدية	٣١٥/١	الشوى	٤٣٢/٣
رُبُّ القصب	٢٦١/١	الصبرة	٢٤٧/١
الرَّسح	٣٢/٢	الصرف على ما في الذمة	٢٧٧/١
الرقّة	٤٢٧/٣	صفاقة	٢١٧/١
الرَّيْطَة (الرَّائِطَة)	١٣٩/١	الصفّر	١٤٥/١
الزّاملة	٢٠٦/٢	الصُّهُوبَةُ	٣٨/٢
الزَّحف	٢٩١/١	الصَّير	١٥٦/١
الزعراء (الزعر)	٣٢/٢	الطوق	٢٧٣/١
الزنبق	١٨٥/٢	الظفّرة	٢٧٦/٢
الساعدين	١١٦/٣	الظهور	٢٩٨/٢
سَبْطَة	٣٨/٢	الظواهر	٤٨/١
سدرّة	٢٢٥/٢	العارية	٥١٨/٢
السرقّة	٣٠٣/٣	العاشر	٢٩٨/٢
السعف	٢٦٠/٢	العتقاء	٣١٥/١
السفتجة	٣٦٢/١	العثم (العثّل)	٤٢٨/٣
السفرة	٢٠٥/٢	العِذْق	٤٤٠/١
السمحاق	٤٣٣/٣	العفاص	١٥٧/٣
السمراء	٤٤٠/١	العمد المحض	٤٢٤/٣
الشُّرْط (صاحب الشُّرْطَة)	٣٥٩/٢	الغدير	١٧٢/٣
الشرفات	٢٤٠/٢	غرب	٤١٦/١

المصطلح	الصحيفة	المصطلح	الصحيفة
الغريض	٢٦٤/١	المخابرة	٢٥٥/٢
الغلة	٤٧٥/١	المخروز عليه	٣٠٤/١
الغيلة	١٤٣/٢	المدبّر	٢٤٠/١
الفريك	١٢٧/١	المراطلة	٢٨١/١
القت	١٠٩/٣	المزابنة	٢٥٥/٢
القرنّاذ	٢٣٧/١	المصرع	٤٧/٢
القصاره	١٦٧/٢	المغزى (الغز)	٣٦٠/١
القلد	٦٢/٣	الملطا	٤٣٤/٣
القينة	٤٠٦/٢	ممّقور	٢٦٥/١
الكرّ	٢٣١/١	المنقلة	٤٣٩/٣
كرب (يكرب)	٣٣٢/٢	المواجل	٥٥٢/١
كلالة	٤٦٦/٢	الموضحة	٤٥٠/٣
لبن اللقاح	٢٥٨/١	النبيد	٢٦١/١
ما يُغاب عليه	١١٧/٣	النخاسين	٣٨/٢
ماحوز	١٧٨/٣	النكشوذ (نمكسود)	٢٦٥/١
مجانى	٣٢٢/٣	هلب	٤١٦/١
المحاقله	٢٥٥/٢	الوصيف	١١٩/١
المحمولة	١٣٢/١	الوكاء	١٥٦/٣

فهرس الأماكن

الأماكن والبلدان	الصحيفة	الأماكن والبلدان	الصحيفة
أبو البيس = بلبس	٢٣٤/١	٤٤٨، ٣٥٤، ٣٢٨، ٩٣/٣	
الاسكندرية	٣٥٩/٢، ٢٤٩/١	٣٣٤/٣	شعب (شغب)
اسوان	٢٢٠/٢	٥٤٧/٢، ٣٨٩، ١٣٢/١	الصعيد
افريقية	٢٠٨، ١٩٧/٢، ٢٥٠/١	٤٤٥، ٢٥٧، ٢٣٢، ١١٢/١	العراق
أنطابلس	٥٥٢/١	٣٦٢، ١٧٥، ١١٧/٢، ٥١٩	
باب أسوان	٣١١/٢	٢١٨	العريش
برقة	٢٠٧، ٢٠٦، ١٩٧/٢	٤٧/٢	العوالي
بغداد	٣٥٠، ٣٤٤، ٣٣٧، ٢٨٠، ٢٥٦/١	١٧٧/١	عذاب
بيت المقدس	٢٩٠، ٢٨٩/٢	٢٢٠، ٢١٨/٢	غزة
بئر زرنوق	٢٨٠/٢	٢٥٠، ٢٤٩، ١٧٩، ١٧٧/١	الفسطاط
جامع عمرو بن العاص	٣٨٧/١	٥٥٤، ١١٧/٢، ٢١٣، ٢٢٠، ٣١١	
الحجاز	٢٥٠/١	٣٥٦/٣، ٣٥٩	
خيبر	٣٦٢، ٢٩٢، ١٢٦/١	٢/٢٨٣	الفيوم
دار ابن عبد الحكم	١٥٩/٣، ٣٤١، ١٧٥، ١٠٠/٢	٤٩٢/٣، ١٠٦/٢	القاهرة
الديار المصرية	١٠٩/١	٣٤٤/١	القرافة الصغرى
ذو المروة	٣٠٦، ٢٨٥، ٢٨١، ٢٦٩، ٢٢٦/٢	١٧٩/١	القلزم
الريف	٣٤٤/١	٢٣٧، ١٩٨، ١٥٧، ١/١٥٠	المدينة
الشام	٣٥٦/٣، ١٤١/١	٤٠٣، ٣٤٣، ٣٤١، ٣٢٦، ٢٤٢	
	١٢٦/١	٥١٩، ٥٠٦، ٤٩٥، ٤٤٩، ٤٢١، ٤٢٠	
	٥٥٤/١	٥٣٩، ٢٨٩، ١٣٩، ١٢٩، ٥٨، ٤٧/٢	
	٢٢٠، ٤٧/٢، ٤٤٩/١	١٧٨، ١١٠، ١٠٩، ١٠٢، ٩٢، ١٣/٣	

الأماكن والبلدان الصحيفة

٤٤٨، ١٦٠، ١٥٩، ٩٣، ٣٢/٣
 المغرب ٥٥٢، ٢٧٢، ٢٣٢، ١١٢/١
 ٣٢٧/٢
 مكة ١١٨/١، ١٣١، ١٧٦، ١٩٨، ٢٩٥،
 ٣٠٧، ١٩٤/٢، ١٩٩، ٢١٦، ٢٢٠،
 ٢٣٨، ٢٤٥، ٢٤٧، ٣٤١
 ٢٧٨، ٢٧٥، ٢٤٨، ١٧٨، ٨٥/٣
 الهند ١٥٢/١
 وادي القرى ١٢٦/١
 اليمن ٤٥٧، ٣٧٦/٢، ٤٤٩، ٢٦٣/١
 ٣٢٨، ٣٢/٣

الأماكن والبلدان الصحيفة

٤٥٧، ٤٣٨، ٣٥٤، ٣٣٤، ٣٢٤، ٣١٥
 مراكش ٤٥٢/١
 مصر ١١٤/١، ١١٥، ١١٨، ١٢٥، ١٢٨،
 ١٣١، ١٣٢، ١٤١، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٩،
 ٢٣٢، ٢٣٤، ٢٤٩، ٢٥٩، ٢٦٨،
 ٢٧٢، ٢٧٧، ٣٠٧، ٣١٢، ٣١٣، ٣٣٧،
 ٣٤٤، ٣٥٠، ٣٧١، ٤٤٥، ٤٥٢،
 ٤٥٧، ٤٦٢، ٤٦٣، ٥١٩، ٥٣٦
 ٤٧/٢، ٨١، ١٠٦، ٢٠٦، ٢١٦، ٢١٨،
 ٢٢٠، ٢٣٨، ٢٤٥، ٢٤٧، ٢٨٣،
 ٢٨٩، ٣١١، ٣١٣، ٣٤١، ٥٤٥

فهرس المراجع والمصادر

* المصادر المخطوطة

- ١ . تهذيب البراذعي ، نسخة أزهرية رقم ٩٥٣٦٤ .
- ٢ . تهذيب البراذعي ، نسخة أزهرية رقم ٩٥٣٦٥ .
- ٣ . تهذيب المدونة ، نسخة من مكتبة الشيخ الحسين ، ميلة ، الجزائر ، رقم ٣٥ .
- ٤ . شرح ابن ناجي التنوخي على التهذيب ، نسخة جامعة الملك سعود ، رقم ٥١٢٥ .
- ٥ . كفاية اللبيب في شرح التهذيب . المؤلف غير مذكور ، مخطوطة القرويين . رقم ٣٦٨ .

* المصادر المطبوعة

- ١ . الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام لشهاب الدين القرافي ، طبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، عناية د عبد الفتاح أبو غدة . الطبعة الخامسة ٢٠٠٩ .
- ٢ . أدلة الوجدانية في الرد على النصرانية ، شهاب الدين القرافي ، تحقيق د عبد الرحمن دمشقية ، الطبعة الأولى ١٩٨٨ .
- ٣ . الإعلام بمن حل مراكش وأغمات من الأعلام العباس بن إبراهيم السملالي المراكشي ، المطبعة الملكية الرباط ، الطبعة الثانية ١٩٩٣ .
- ٤ . الأعلام لخير الدين الزركلي . خير الدين الزركلي الدمشقي ، منشورات دار العلم للملايين الطبعة: الخامسة ٢٠٠٢ .
- ٥ . إفادة السالك بتمييز الأعلام المتشابهة في مذهب مالك ، محمد العلمي منشورات مركز الدراسات والبحوث في الفقه المالكي ، الرابطة المحمدية للعلماء ، الطبعة الأولى ٢٠١٥ .
- ٦ . الإمام الشهاب القرافي حلقة وصل بين المشرق والمغرب في مذهب مالك في القرن السابع ، الصغير الوكيل . منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية . المملكة المغربية سنة ١٩٩٦ .

- ٧ . الأمنية في إدراك النية . المؤلف: شهاب الدين بالقراقي ، تحقيق مساعد بن قاسم الفالح ، مكتبة الحرمين ، الرياض ، الطبعة الأولى ١٩٨٨ .
- ٨ . إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون ، إسماعيل بن محمد أمين البغدادي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان .
- ٩ . بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد ابن رشد القرطبي دار الحديث القاهرة طبعة ٢٠٠٤ .
- ١٠ . البدر السافر عن أنس المسافر لكمال الدين جعفر الأدفوي ، تحقيق قاسم السامرائي ، وطارق طاطمي ، منشورات مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث للرابطة المحمدية للعلماء ، الطبعة الأولى ٢٠١٥ .
- ١١ . بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة لجلال الدين السيوطي ، المكتبة العصرية ، لبنان ، طبعة ١٩٧٩ .
- ١٢ . البناية شرح الهداية المؤلف: بدر الدين العيني ، محمود بن أحمد الحنفي ، منشورات دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ٢٠٠٠ .
- ١٣ . البيان والتحصيل لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي . تحقيق مجموعة من الأساتذة الطبعة الأولى ١٩٨٨ دار الغرب الإسلامي ، بيروت .
- ١٤ . التاج والإكليل لمختصر خليل المؤلف: محمد بن يوسف العبدري الغرناطي المواق ، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٤ .
- ١٥ . تاريخ المكتبات الإسلامية ومن ألف في الكتب تأليف الشيخ محمد عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني ، منشورات الرابطة المحمدية للعلماء ، الطبعة الأولى ٢٠١٣ .
- ١٦ . ترتيب المدارك للقاضي عياض . تحقيق مجموعة من الأساتذة الطبعة الثانية ، وزارة الأوقاف المغربية .
- ١٧ . تعلية الوانوعي على تهذيب المدونة لمحمد بن أحمد الوانوعي ، وبهامشها تكملة التعليقة لمحمد بن أبي القاسم المشدالي ، تحقيق أحمد نجيب وحافظ عبد الرحمن ، طبع على نفقة سمو الشيخ حمدان بن محمد بن راشد آل مكتوم ، الطبعة الأولى ٢٠١٤ .

- ١٨ . التفريع لأبي القاسم عبيد الله ابن الجلاب . تحقيق ودراسة حسن بن سالم الدهماني ، دار الغرب الإسلامي بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٨٧ .
- ١٩ . التقييد على التهذيب ، من بداية السلم الأول إلى نهاية بيع الخيار ، لأبي الحسن الصغير للزرويلي ، دراسة وتحقيق ، طارق محفوظ الصحاري ، إشراف د محمد الروكي ، أطروحة بكلية الآداب سايس فاس ، المغرب ، السنة الجامعية ٢٠٠٥/٢٠٠٦ .
- ٢٠ . التنبيهات المستنبطة على الكُتُبِ المَدُونَةِ والمُخْتَلَطَةِ ، عياض بن موسى اليحصبي ، تحقيق محمد الوثيق ، الدكتور عبد النعيم حميتي . دار ابن حزم ، بيروت - لبنان الطبعة الأولى ٢٠١١ .
- ٢١ . التهذيب في اختصار المدونة ، لأبي سعيد البراذعي ، دراسة وتحقيق د محمد الأمين ولد محمد سالم دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث دبي . الطبعة ٢٠٠٢ .
- ٢٢ . التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب المؤلف: خليل بن إسحاق ، تحقيق أحمد نجيب ، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث الطبعة الأولى ٢٠٠٨ .
- ٢٣ . جامع الأمهات المؤلف: عثمان بن عمر بن الحاجب ، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر ، منشورات اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الثانية ٢٠٠٠ .
- ٢٤ . جامع البيان في تأويل القرآن محمد بن جرير ، أبو جعفر الطبري للطبري تحقيق أحمد محمد شاكر . مؤسسة الرسالة . طبعة ٢٠٠٠ .
- ٢٥ . الجامع الصحيح سنن الترمذي ، لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي ، تحقيق محمد بن أحمد شاكر ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- ٢٦ . الجامع الصحيح ، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي ، تحقيق د . مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت .
- ٢٧ . الجامع لمسائل المدونة ، لأبي بكر محمد بن يونس الصقلي ، تحقيق مجموعة باحثين ، منشورات معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم

- القرئ ، ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى ٢٠١٣ .
- ٢٨ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، منشورات دار الفكر ، بدون طبعة وبدون تاريخ .
- ٢٩ . حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، لعلي بن أحمد العدوي ، دار الفكر بيروت لبنان ، طبعة ١٩٩٤ .
- ٣٠ . حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة ، لجلال الدين السيوطي ، دار إحياء الكتب العربية - مصر الطبعة الأولى ، ١٩٦٧ .
- ٣١ . الدليل التاريخي لمؤلفات المذهب المالكي ، العلمي محمد ، منشورات مركز الدراسات والبحوث في الفقه المالكي للرابطة المحمدية للعلماء . الطبعة الأولى ، ٢٠١٢ .
- ٣٢ . الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب ، إبراهيم بن فرحون ، تحقيق محمد الأحمد ، مطبعة دار النصر القاهرة ، طبعة ١٩٧٢ .
- ٣٣ . الذخيرة لشهاب الدين القرافي تحقيق محمد حجي ومجموعة من الأساتذة دار الغرب الإسلامي بيروت ، الطبعة الثالثة / ٢٠٠٨ .
- ٣٤ . روضة المستبين في شرح التلقين ، لأبي محمد عبد العزيز التونسي المعروف بابن بزيمة ، تحقيق عبد اللطيف زكاغ ، منشورات دار ابن حزم الطبعة : الأولى ٢٠١٠ .
- ٣٥ . سنن ابن ماجة لمحمد بن يزيد القزويني ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية .
- ٣٦ . سنن الترمذي ، محمد بن عيسى الترمذي تحقيق وتعليق : أحمد محمد شاكر ، ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض ، منشورات شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر الطبعة الثانية ١٩٧٥ .
- ٣٧ . سير أعلام النبلاء لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي . أشرف على تحقيق الكتاب شعيب الأرناؤوط وحسين الأسد مؤسسة الرسالة بيروت - لبنان . الطبعة السابعة ١٩٩٠ .

- ٣٨ . شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد مخلوف ، دار الكتاب العربي بيروت - لبنان . الطبعة الأولى ١٣٤٩
- ٣٩ . شرح التلقين لأبي عبد الله محمد بن علي المازري ، تحقيق محمد المختار السلامي ، دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ٢٠٠٨ .
- ٤٠ . شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه : الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني ، للشيخ البناني . دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ٢٠٠٢ .
- ٤١ . شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب أحمد بن علي بن عبد الرحمن المنجور المكناسي ، تحقيق د عبد الله السفياياني مطبعة أميمة بفاس سنة ٢٠١٠ .
- ٤٢ . شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، أحمد بن علي المنجور ، دراسة وتحقيق محمد الشيخ محمد الأمين ، أطروحة دكتوراه الجامعة الإسلامية المدينة المنورة ، إشراف حمد بن حماد ، منشورات دار عبد الله الشنقيطي .
- ٤٣ . شرح تنقيح الفصول المؤلف : شهاب الدين القرافي ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد . شركة الطباعة الفنية المتحدة الطبعة الأولى ١٩٧٣ .
- ٤٤ . شرح غريب ألفاظ المدونة للجبي . تحقيق محمد محفوظ ، دار الغرب الإسلامي . الطبعة الثانية ، ٢٠٠٥ .
- ٤٥ . شرح مختصر خليل للخرشي محمد بن عبد الله الخرشي دار الفكر للطباعة - بيروت الطبعة : بدون .
- ٤٦ . طبقات الشافعية الكبرى ، لتاج الدين ابن السبكي ، محمود محمد الطناحي د . عبد الفتاح محمد الحلو ، طبعة هجر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة : الثانية ، ١٤١٣هـ .
- ٤٧ . طبقات الفقهاء للشيرازي ، دار الرائد العربي ، بيروت - لبنان الطبعة الأولى ١٩٧٠ .
- ٤٨ . عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لجلال الدين عبد الله بن نجم المعروف بابن شاس دراسة وتحقيق د حميد بن محمد لحمر دار الغرب الإسلامي ، بيروت - لبنان الطبعة : الأولى ، ٢٠٠٣ .

- ٤٩ . العقد المنظوم في الخصوص والعموم في الخصوص والعموم للإمام القرافي ،
ت أحمد الختم عبد الله دار الكتبي مصر . طبعة ١٩٩٩ .
- ٥٠ . الفروق لشهاب الدين القرافي . تحقيق عبد الحميد هنداي ، المكتبة العصرية صيدا
بيروت طبعة ٢٠١١ .
- ٥١ . فهرسة المنتوري لأبي عبد الله محمد بن عبد الملك بن علي القيسي المنتوري تحقيق
د محمد بنشريف ، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث ، الرابطة المحمدية
للعلماء ، الطبعة الأولى ٢٠١١ .
- ٥٢ . القاموس المحيط ، لمجد الدين الفيروزآبادي ، دار الحديث ، القاهرة ، طبعة ٢٠٠٨ .
- ٥٣ . القرافي شهاب الدين : الاستغناء في أحكام الاستثناء ، تحقيق طه محسن ، مطبعة
الإرشاد بغداد ١٩٨٢ .
- ٥٤ . القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى ، لأحسن زقور ، دار التراث ناشرون ،
الجزائر . ودار ابن حزم ، الطبعة الأولى ٢٠١١ .
- ٥٥ . القواعد والضوابط الفقهية القرآنية زمرة التمليكات المالية . عادل قوته ، دار البشائر
الإسلامية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٤ .
- ٥٦ . كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب لإبراهيم بن علي بن فرحون تحقيق
حمزة أبو فارس وعبد السلام بن الشريف . دار الغرب الإسلامي بيروت ، الطبعة
الأولى ١٩٩٠ .
- ٥٧ . لسان العرب ، لمحمد بن منظور ، دار الحديث القاهرة ، طبعة ٢٠١٣ .
- ٥٨ . المجموع شرح المذهب للنووي ، مع تكملة السبكي والمطيعي ، منشورات دار
الفكر ، دون تاريخ الطبعة .
- ٥٩ . المختصر الفقهي لابن عرفة محمد بن محمد ، مؤسسة خلف أحمد الخبتور ، الطبعة
٢٠١٤/١ .
- ٦٠ . المختصر الفقهي ، محمد بن محمد ابن عرفة التونسي ، تحقيق حافظ عبد الرحمن محمد
خير ، منشورات مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية الطبعة الأولى ٢٠١٤ .

- ٦١ . المدونة لسحنون عن ابن القاسم عن الإمام مالك دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٤ .
- ٦٢ . المستدرک علی الصحیحین ، لمحمد بن عبد الله الحاکم النیسابوری ، دار الكتب العلمية ، بیروت ، الطبعة الأولى ١٩٩٠ .
- ٦٣ . المعجم الصغير ، لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ، منشورات المكتب الإسلامي ، دار عمار بیروت ، عمان الطبعة الأولى ١٩٨٥ .
- ٦٤ . معجم رموز المؤلفات المالکية تألیف الدكتور محمد العلمي ، منشورات مرکز الدراسات والبحوث في الفقه المالکي ، الرابطة المحمدية للعلماء ، الطبعة الأولى ٢٠١٤ م .
- ٦٥ . المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب ، لأحمد بن يحيى الونشريسي ، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف د محمد حجي . طبعة دار الغرب الإسلامي ط : ١٩٨١ .
- ٦٦ . المقدمات والممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمّهات مسائلها المشکلات ، لأبي الوليد بن رشد القرطبي ، دار الكتب العلمية ، بیروت ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢ .
- ٦٧ . المقریزي تقي الدين . المواعظ والاعتبار في ذکر الخطط والآثار . مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي الطبعة الثانية ٢٠١٣ .
- ٦٨ . ملء العیبة بما جمع بطول الغیبة لابن رشید الفهري السبتي تحقیق محمد الحبيب بن الخوجة ، دار الغرب الإسلامي ، بیروت لبنان ، الطبعة الأولى ١٩٨٨ .
- ٦٩ . مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأویل في شرح المدونة وحل مشکلاتها ، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي ، تقديم الشيخ علي علي لقم ، دار ابن حزم ، بیروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٧ .
- ٧٠ . منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ محمد عlish دار الفكر بیروت لبنان ، طبعة ١٩٨٩ .

- ٧١ . المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي ، لابن تغري بردي ، تحقيق محمد محمد أمين ، الهيئة المصرية العامة للكتاب .
- ٧٢ . مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، المعروف بالحطاب الرّعيني دار الفكر الطبعة: الثالثة ١٩٩٢ .
- ٧٣ . الموطأ للإمام مالك بن أنس اليحصبي ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، القاهرة .
- ٧٤ . نظم الدر في اختصار المدونة ، سراج الدين عبد الله بن عبد الرحمن الشارمسي ، تحقيق خالد محمد عبد الجبار ، دار ابن حزم بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ٢٠١٣ .
- ٧٥ . نفائس الأصول في شرح المحصول لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، مكتبة نزار مصطفى الباز الطبعة الأولى ، ١٩٩٥ .
- ٧٦ . النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات ، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني تحقيق الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو ، دار الغرب الإسلامي ، ط ١ ، سنة ١٩٩٩ .
- ٧٧ . نيل الابتهاج بتطريز الديباج أحمد بابا التنبكتي . تحقيق عبد الحميد عبد الله الهرامة دار الكاتب ، طرابلس ليبيا الطبعة الثانية ٢٠٠٠ .
- ٧٨ . هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين لإسماعيل بن محمد أمين ، طبعة وكالة المعارف ، إستانبول ١٩٥١ ، أعادت طبعه دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان .
- ٧٩ . الوافي بالوفيات للصفي دار النشر فرانز بفيسابون ، طبعة ١٩٦٢ .
- ٨٠ . اليواقيت في أحكام المواقيت ، شهاب الدين القرافي ، اعتنى به جلال علي الجهاني ، قدم له الحبيب بن الطاهر . تاريخ ودار الطبع غير مذكورين .

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
كتاب الاستحقاق	٥
كتاب الشفعة	٢٥
كتاب القسم	١٠٣
كتاب اللقطة	١٥٦
كتاب حریم الآبار	١٦٨
كتاب إحياء الموات	١٧٣
كتاب الهبة	١٨٩
كتاب الودیعة	٢١٦
كتاب العارية	٢٣٤
كتاب الوصايا الأول	٢٤٧
كتاب الوصايا الثاني	٢٧٩
كتاب القطع في السرقة	٣٠٣
كتاب المَحَارِبِينَ	٣٣٣
كتاب الرجم في الزنى	٣٣٨
كتاب القذف	٣٥٧
كتاب الأشربة	٣٨٣
كتاب الجنایات	٣٨٧
كتاب الجراحات	٤٢٤
كتاب الديات	٤٤٥

٤٤٩.....	بَابُ
٤٩٥.....	فهرس الآيات
٤٩٩.....	فهرس الأحاديث
٥٠٥.....	فهرس الأعلام المفردة
٥١١.....	الأعلام الجماعية
٥١٢.....	فهرس القواعد الأصولية
٥١٣.....	فهرس القواعد الفقهية
٥١٧.....	فهرس الضوابط الفقهية
٥١٩.....	فهرس المصادر المذكورة في المتن
٥٢٠.....	فهرس المصطلحات المعرفة
٥٢٣.....	فهرس الأماكن
٥٢٥.....	فهرس المراجع والمصادر
٥٣٣.....	فهرس الموضوعات



✿ أهداف المشروع:

(١) إصلاح المسار العلمي لطباعة الكتاب الإسلامي ، وذلك بانتقاء وانتخاب أنفس الكتب من تراثنا المعرفي العريق ، ونشرها وفق أحدث مواصفات الطباعة والتنضيد .

(٢) إيجاد الحلق العلمية المفقودة: وذلك بنشر المعارف الأساسية المفقودة أو المهجورة من المكتبة الإسلامية ؛ لذا فأغلب ما ينشر بمشروعنا يطبع لأول مرة ، بناء على أن التجديد المعرفي يكون بنشر الكتاب القديم المؤثر في حقله العلمي ، وقد ثبت صدق ذلك بالتجربة العملية .

(٣) استنقاذ التراث الإسلامي من الضياع ، وذلك بنشر القطع الخطية الموجودة من أي كتاب تراثي فريد في بابهِ ، ولو كان ناقصاً ؛ لأن نشرها يعتبر حفظاً لها وتشجيعاً على تحصيل تكملتها .

(٤) تغذية المعاهد والمدارس والدورات بالمقررات التعليمية والدراسية ، وهذا أحد أنماط المواد المنشورة في (أسفار): (منتج المتون التعليمية) ؛ لأن مطبوعاتها على نوعين: الأول: مناهج تأسيسية . والثاني: مصادر مرجعية .

✿ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

قائمة إصدارات مشروع أسفار

١ - عمدة الطالب لنيل المآرب في الفقه على المذهب الأحمد الأمثل مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل ، تأليف: العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١) ، تحقيق: د. مطلق بن جاسر الجاسر . سنة النشر: ١٤٣٧هـ ، ٢٠١٦م .

٢ - المنهج الصحيح في الجمع بين ما في المقنع والتنقيح ، تأليف: العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن عبد الله العسكري الحنبلي (ت ٩١٠) ، تحقيق: د. عبد الكريم بن محمد العميريني (رسالة علمية) . سنة النشر: ١٤٣٧هـ ، ٢٠١٦م .

٣ - شرح القصيدة الثائية في القدر لشيخ الإسلام ابن تيمية ، تأليف: العلامة نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي (ت ٧١٦) ، مع تحقيق نص القصيدة الثائية ، تحقيق: د. محمد نور الإحسان بن علي يعقوب (رسالة علمية) . سنة النشر: ١٤٣٨هـ ، ٢٠١٧م .

٤ - رسالتان في مسألة القولين (وهي مسألة أصولية مذهبية مشهورة):

أ - نصررة القولين للإمام الشافعي ، تأليف: العلامة أبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (ت ٣٣٥) ، تحقيق: أ. د. جميل بن عبدالمحسن الخلف (بحث محكم) .
ب - حقيقة القولين ، تأليف: العلامة أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥) ، تحقيق: د. مسلم بن محمد الدوسري (بحث محكم) . سنة النشر: ١٤٣٨هـ ، ٢٠١٧م .

٥ - إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، إملاء: الحافظ المجتهد تقي الدين محمد بن علي القشيري المعروف بابن دقيق العيد المالكي ثم الشافعي (ت ٧٠٢) ، تحقيق: عبد المجيد بن خليل العمري ، إمهًا حسن آية الله ، يونس الوالدي ، أحمد عبد الرحمن حيفو (رسائل علمية) . سنة النشر: ١٤٣٨هـ ، ٢٠١٧م .

٦ - الحواشي السابغات على أخصر المختصرات ، تأليف الشيخ أحمد بن ناصر القعيمي ، سنة النشر: ١٤٣٩هـ ، ٢٠١٨م .

٧ - بلغة الوصول إلى علم الأصول ، تأليف: عز الدين أحمد بن إبراهيم الكناني الحنبلي (ت ٨٧٦) ، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان . سنة النشر: ١٤٣٩هـ ، ٢٠١٨م .

٨ - تحصين المآخذ ، تأليف: العلامة أبي حامد الغزالي (ت ٥٠٥) ، تحقيق: د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي ، د. محمد بن علي مسفر (رسائل علمية) . سنة النشر: ١٤٣٩هـ ، ٢٠١٨م .

- ٩ - النكت في المختلف (في الخلاف بين الشافعية والحنفية) ، تأليف: العلامة أبي القاسم أحمد بن منصور السمعاني الشافعي (ت ٥٣٤) ابن أبي المظفر السمعاني ، تحقيق: د. حسن بن عون العرياني ، د. عبد الله بن محمد المعتق (رسائل علمية) . سنة النشر: ١٤٣٩هـ ، ٢٠١٨م .
- ١٠ - المسائل المولدات (المشهور بفروع ابن الحداد) ، تأليف: العلامة أبي بكر محمد بن أحمد الحداد الكتاني المصري الشافعي (ت ٣٤٤) ، تحقيق: د. عبد الرحمن بن محمد الدارقي (رسالة علمية) . سنة النشر: ١٤٣٩هـ ، ٢٠١٨م .
- ١١ - حواشي ابن نصر الله على الفروع لابن مفلح ، تأليف: محب الدين أحمد بن نصر الله التستري الحنبلي (ت ٨٤٤) ، تحقيق: د. عبد الوهاب بن حميد ، د. حسين بن حميد ، د. ضيف الله الشهري (رسائل علمية) . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٨م .
- ١٢ - البدرانية شرح المنظومة الفارضية ، ويليها: كفاية المرتقي إلى معرفة فرائض الخرفي ، تأليف: عبد القادر بن أحمد بن بدران الدومي الحنبلي (ت ١٣٤٦) ، تحقيق: سامح جابر الحداد ، مراجعة: د. منصور بن عدنان العتيقي . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٨م .
- ١٣ - الممهد (شرح مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني) ، تأليف: القاضي عبد الوهاب بن علي المالكي (ت ٤٢٢) ، تحقيق: د. عبد المجيد خلادي . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ١٤ - المنتخب من المحصول ، تأليف: محمد بن عمر الرازي (ت ٦٠٦) ، تحقيق: عدنان العبيات . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ١٥ - غرر المحصول ، تأليف: عبد الله بن أبي منصور الواسطي البُرْزي (ت ٦٥٧) ، تحقيق: عدنان العبيات . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ١٦ - فصل: المقال في هدايا العمال ، تأليف: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الشافعي (ت ٧٥٦) ، تحقيق: أنور بن عوض العنزي . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ١٧ - الأوسط في أصول الفقه ، تأليف: أحمد بن علي بن برهان الشافعي (ت ٥١٨) ، تحقيق: عدنان بن فهد العبيات . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .
- ١٨ - بغية أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، تأليف: ابن العماد الحنبلي (ت ١٠٨٩) ، ويليها: تكملة لإسماعيل الجراعي (ت ١٢٠٢) ، تحقيق: عبد الله بن سعد الطُّخَيْس ، كريم فؤاد محمد اللُّمعي . سنة النشر: ١٤٤٠هـ ، ٢٠١٩م .

- ١٩ - مسائل الخلاف ، تأليف: القاضي الحسين بن علي الصِّيمري الحنفي (ت ٤٣٦)، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف . سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.
- ٢٠ - تنقيح الفصول في علم الأصول ، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق: سعد بن عدنان الخضاري . سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.
- ٢١ - المحصول في علم الأصول (تعليقة على مستصفى الغزالي على رسم الفقهاء)، تأليف: محمد بن سعد الخواري (من فقهاء القرن السادس)، تحقيق: عدنان بن فهد العبيات . سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.
- ٢٢ - عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين علماء الأمصار ، تأليف: ابن القصار المالكي (ت ٣٩٧)، تحقيق: د. أحمد مغراوي (رسالة علمية) . سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.
- ٢٣ - مختصر كتاب المحصول في علم الأصول ، تأليف: تاج الدين عبد الرحيم بن محمد بن يونس الموصلي الشافعي (ت ٦٧١)، وإليه: غاية السؤل في علم الأصول ، تأليف: علاء الدين علي بن محمد الباجي الشافعي (ت ٧١٤)، تحقيق: حسن معلم داود حاج محمد . سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.
- ٢٤ - عيار النظر في علم الجدل ، تأليف: أبي منصور عبد القاهر البغدادي (ت ٤٢٩)، تحقيق: أحمد عروبي . سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.
- ٢٥ - الإخلال بالنقل في مسائل أصول الفقه - الاجتهاد والتقليد والفتيا والتعارض والترجيح - دراسة استقرائية تحليلية ، تأليف: محمد بن طارق بن علي الفوزان (رسالة دكتوراه حاصلة على التوصية بطبعتها) . سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.
- ٢٦ - شرح المنتخب من المحصول ، تأليف: شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤)، تحقيق: عدنان العبيات . سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.
- ٢٧ - المفهم لصحيح مسلم ، تأليف: أبي الحسن عبد الغافر بن إسماعيل الفاسي (ت ٥٢٩)، تحقيق: د. مشهور بن مرزوق الحرازي . سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.
- ٢٨ - التوضيح في شرح التنقيح (شرح تنقيح فصول القرافي)، تأليف: حلولو المالكي ، أبي العباس أحمد بن عبد الرحمن الزليطني ، تحقيق: أ. د. غازي بن مرشد العتيبي ، د. بلقاسم بن ذاكر الزبيدي ، د. عبد الوهاب بن عايد الأحمدي . سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.
- ٢٩ - الإبرازات المتعددة للكتاب ، دراسة في مفهوم الإبراز ، وتعددده ، وتأسيس لمنهج الحكم على الكتاب بتعدد الإبراز ، وطريقة تحقيقه ، تأليف: أ. د. حاتم باي ، سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

- ٣٠ - مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه) [نسخة مجردة عن حواشي التحقيق] ،
تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦) ، تحقيق: محمد بن طارق بن علي
الفوزان ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣١ - مختصر الترمذي ، تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦) ،
تحقيق: د. حسام الدين بن أمين حمدان ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٢ - الإحكام في اختصار أصول الأحكام (المختصر في أصول الفقه) ، تأليف: ابن اللحام
الحنبلي ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٣ - إيضاح المشكل من أحكام الخنثى المشكل ، تأليف: جمال الدين الإسنوي
(ت ٧٧٢) ، تحقيق: أنور بن عوض العنزي ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٤ - الكفيل بالوصول إلى ثمرات الأصول (مختصر برهان الجويني) ، تأليف: ابن المنير
المالكي (ت ٦٨٣) ، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٥ - الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة ، تأليف: أبي المظفر
السمعاني (ت ٤٨٩) ، تحقيق: أ.د. نايف بن نافع العمري ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٦ - نهاية الإقدام في مآخذ الأحكام ، تأليف: القاضي شهاب الدين الزنجاني
(ت ٦٥٦) ، تحقيق: حمود بن عبد الله المسعر ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٣٧ - الطريق السالم إلى الله ، تأليف: أبي نصر عبد السيد بن محمد البغدادي ، المعروف
بابن الصباغ (ت ٤٧٧) ، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢١م .
- ٣٨ - الغاية في شرح الهداية ، تأليف: شمس الدين السروجي الحنفي (ت ٧١٤) ، أربع
عشرة رسالة دكتوراه ، ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢١م .
- ٣٩ - تعلية في أصول الفقه ، تأليف: عماد الدين الطبري المعروف بـ (إلكيا الهراسي) (ت
٥٠٤) ، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف ، والمثنى بن عبد العزيز الجرباء ، سنة النشر:
١٤٤٢هـ ، ٢٠٢٠م .
- ٤٠ - شرح صحيح البخاري ، تأليف: قوام السنّة إسماعيل التيمي الأصبهاني (ت ٥٣٥) ،
تحقيق: د. عبد الرحيم بن محمد العزاوي ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢١م .
- ٤١ - التحرير في شرح مسلم ، تأليف: قوام السنّة إسماعيل التيمي الأصبهاني (ت ٥٣٥) ،

تحقيق: إبراهيم آيت باخة ، سنة النشر: ١٤٤٢هـ ، ٢٠٢١م .

٤٢ - مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه) ط . الموسعة ذات الحواشي . تحقيق:

محمد بن طارق بن علي الفوزان ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ، ٢٠٢١م .

٤٣ - شرح مختصر الكرخي ، تأليف: أبي الحسن القُدوري (ت ٤٢٨) ، تحقيق:

أ.د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ، ٢٠٢١م .

٤٤ - النكت على كتاب البرهان ، تأليف: أبي العزّقي الدين المقترح (ت ٦١٢) ، تحقيق:

د. علي بن عبد الرحمن بسام ، راجعه: إبراهيم بن صالح الخزّي ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ،

٢٠٢١م .

٤٥ - نظم الوجيز ، تأليف: أبي الفتح نصر الله التستري البغدادي الحنبلي (ت ٨١٢) ،

تحقيق: طارق بن سعيد آل عبد الحميد الدوسري ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ، ٢٠٢١م .

٤٦ - مجموعة التصحيح السبكي ، تأليف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي

(ت ٧٧١) ، ويتضمن ثلاثة مصنفات ؛ توشيح التصحيح ، تحقيق: د. عبد الله الطخيس وكريم

اللمعي . تصحيح ترجيح الخلاف ، تحقيق: محمد بن أحمد آل رحاب . ترشيح التوشيح وتوضيح

الترجيح ، تحقيق: د. حسن أبو ستّة وعبد الصمد البلوشي ، بإشراف ومراجعة: حذيفة بن فهد

كعك ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ، ٢٠٢١م .

٤٧ - شرح المقترح في المصطلح ، تأليف: تقي الدين المقترح الشافعي (ت ٦١٢) ،

تحقيق: أحمد محمد عرّوبي ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ، ٢٠٢١م .

٤٨ - نهاية السؤل في دراية المحصول ، تأليف: القاضي المفَضَّل بن سلطان الحموي ،

المعروف بابن حاذور (ت ٦٦٠) ، تحقيق: د. محمد بن عبد الله العثمان ، سنة النشر: ١٤٤٣هـ ،

٢٠٢١م .

٤٩ - المسكت ، تأليف: الزبير بن أحمد الزبيري (٣١٧هـ) ، تحقيق: عبد الله الثلاج .

الأقسام والخصال ، تأليف: أحمد بن عمر الخفاف (٣٦٢هـ) ، تحقيق: حذيفة كعك . شرائط

الأحكام ، تأليف: عبد الله بن عبدان الهمذاني (٤٣٣هـ) ، تحقيق: عبد الصمد النذير ، سنة النشر:

١٤٤٣هـ ، ٢٠٢٢م .

٥٠ - جزء من التقريب والإرشاد ، تأليف: أبي بكر الباقلاني (ت ٤٠٣هـ) ، تحقيق: عدنان

العبيات ، تاريخ النشر: ١٤٤٣هـ ، ٢٠٢٢م .

٥١ - أصول السرخسي (المسمى: تمهيد الفصول في الأصول)، تأليف: شمس الدين
السرخسي (ت٤٨٨هـ)، تحقيق: د. عبدالله السيّد، د. رائد العصيمي، د. عسكر بن طعيّمان،
سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٢ - غاية الأمل في شرح الجمل، تأليف: ابن بزيّة المالكي (ت٦٦٢هـ)، تحقيق:
إبراهيم بلفقيه اليوسفي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.



الْمَنْفَعَةُ
لِنَشْرِ تَهْنِئَاتِ الْكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ الْعِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الْكُوَيْتِ

كِفَايَةُ اللَّيْثِ فِي نَشْرِ التَّهْلُكِ

(التَّصْفِ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ)

تَأْلِيفُ
شِهَابِ الدِّينِ الْقَرَّافِيِّ
أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدَ بْنِ إِدْرِيسَ الصَّنَهَاجِيِّ الْمَالِكِيِّ
(٦٨٤هـ)

تَحْقِيقُ
د. وَدَّيعِ أَكْوْنِينِ

يحتوي على الكتاب كاملاً

صفحات الفهارس

الجزء ① 565

الجزء ② 1126

الجزء ③ ... 1666

قناة الكتب المدمجة

دمج وفهرسة الكتب ذات الأجزاء المتعددة