

الكافي

ملوفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسى الجماعلى الدمشقى الصالحى الحنبلى

٥٤١ - ٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور عابد بن عبد المحسن التركي

بالتعاون مع

مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية

بدار هجر

الجزء الثالث

البيع - السلم - التفليس - الصلح - الضمان

الوكالة - الإجارة - الشفعة - الوقف - الهبة

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة

الكتاب في

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْبَيْعِ

الْبَيْعُ حَلَالٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(١) .

وهو نَوْعَان ؛ أَحَدُهُمَا ، الإِيجَابُ وَالْقَبُولُ ، فيقولُ البائعُ : بِعْتُكَ . أو : مَلَّكْتُكَ . أو لَفْظًا بِمَعْنَاهُمَا ، ثم يقولُ المشتريُ : ابْتَعْتُ . أو : قَبِلْتُ . أو نحوهما . فإن تَقَدَّمَ الْقَبُولُ ^(٢) الإِيجَابَ بِلَفْظِ الْمَاضِي ، فقال : ابْتَعْتُ هذا منك بكذا . فقال : بِعْتُكَ . صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى حَاصِلٌ ، فَأُشْبِهَ التَّغْيِيرَ بِلَفْظِ آخَرَ . وإن تَقَدَّمَ بِلَفْظِ الطَّلَبِ ، فقال : بِعْتُكَ . فقال : بِعْتُكَ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ تَضَمَّنَ ^(٣) الْقَبُولَ ، أَشْبَهَ لَفْظَ الْمَاضِي . وعنه ، لا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لو تَأَخَّرَ عن الإِيجَابِ ، لم يَصِحَّ ، فلم يَصِحَّ مُتَقَدِّمًا ، كَلَفْظِ الاسْتِفْهَامِ . وإن أتى بِلَفْظِ الاسْتِفْهَامِ ، فقال : أَبِيعْتَنِي ثَوْبَكَ ؟ فقال : بِعْتُكَ . لم يَصِحَّ مُتَقَدِّمًا ولا مُتَأَخِّرًا ؛ لِأَنَّهُ ليس بَقَبُولٍ ولا اسْتِدْعَاءٍ .

الثاني ، الْمُعَاطَاةُ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أَعْطِنِي بِهَذَا خُبْزًا . فَيُعْطِيهِ مَا يُرْضِيهِ . أو يَقُولَ : خُذْ هَذَا الثَّوْبَ بِدِينَارٍ . فَيَأْخُذْهُ ، فَيَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ

(١) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٢) بعده في ف : « على » .

(٣) في س ٢ : « يضمن » ، وفي م : « تقدم » .

بالبَيْعِ ، وَعَلَّقَ عَلَيْهِ أَحْكَامًا ، وَلَمْ يُعَيِّنْ لَهُ لَفْظًا ، فَعُلِمَ أَنَّهُ رَدَّهُمْ إِلَى مَا تَعَارَفُوهُ بَيْنَهُمْ بَيْعًا ، وَالنَّاسُ فِي أَشْوَاقِهِمْ وَبِإِيعَاتِهِمْ عَلَى ذَلِكَ . وَحُكِيَ عَنِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَصِحُّ فِي الْأَشْيَاءِ الْيَسِيرَةِ دُونَ الْكَبِيرَةِ ^(١) ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ إِنَّمَا جَرَى بِهِ ^(٢) فِي الْيَسِيرِ .

وَالْحُكْمُ فِي الْهَبَةِ وَالْهَدِيَّةِ وَالصَّدَقَةِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْبَيْعِ فِي ^(٣) ذَلِكَ ؛ لِاسْتِوَاءِ الْجَمِيعِ فِي الْمَعْنَى ^(٤) .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لَهُ الرِّضَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ ^(٥) . إِلَّا فِيمَا يَجِبُ . فَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى بَيْعٍ غَيْرِ وَاجِبٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِعَدَمِ الرِّضَا الْمُشْتَرَطِ ، وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى بَيْعٍ وَاجِبٍ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ مُحْمِلٌ عَلَيْهِ بِحَقٍّ ، فَصَحَّ ، كِاسْلَامِ الْمُزْتَدِّ .

وَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ عَاقِلٍ ؛ كَالطُّفْلِ ، وَالْمَجْنُونِ ، وَالسَّكَرَانِ ، وَالنَّائِمِ ، وَالْمُبْرَسَمِ ^(٦) ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ يُعْتَبَرُ لَهُ الرِّضَا ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنْ غَيْرِ عَاقِلٍ ، كَالْإِقْرَارِ ^(٧) .

(١) فِي ف ، م : « الْكَثِيرَةُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « وَ » .

(٤) فِي ف : « ذَلِكَ » .

(٥) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٩ .

(٦) الْمُبْرَسَمُ : مَنْ أَصَابَهُ الْبَرَسَامُ ، وَهُوَ عِلَّةٌ يَهْدَى فِيهَا .

(٧) فِي م : « كَالْإِكْرَاهِ » .

بَابُ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَمَا لَا يَجُوزُ

كُلُّ عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ يُبَاحُ نَفْعُهَا وَاقْتِنَاؤُهَا مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا؛
كَالْمَأْكُولِ، وَالْمَشْرُوبِ، وَالْمَلْبُوسِ، وَالْمَرْكُوبِ، وَالْعَقَارِ، وَالْعَبِيدِ،
وَالْإِمَاءِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١). وَقَدْ اشْتَرَى النَّبِيُّ
ﷺ مِنْ جَابِرٍ بَعِيرًا^(٢). وَمِنْ أَغْرَابِيٍّ فَرَسًا^(٣). وَوَكَّلَ عُزْوَةُ بْنُ الْجَعْدِ فِي

(١) سورة البقرة ٢٧٥.

(٢) أخرجه البخاري، في: باب شراء الدواب والحمير، من كتاب البيوع، وفي: باب إذا وكل رجلاً أن يعطي شيئاً...، من كتاب الوكالة، وفي: باب الشفاعة في وضع الدين، من كتاب الاستقراض، وفي: باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، من كتاب الشروط، وفي: باب من ضرب دابة غيره في الغزو، وباب استئذان الرجل الإمام...، من كتاب الجهاد، وفي: باب: ﴿إِذْ هَمَّتْ طَائِفَتَانِ مِنْكُمْ أَنْ تَفْشِلَا...﴾، من كتاب المغازي، وفي: باب الثيبات، وباب طلب الولد، وباب تستحد المغيبة وتمتشط، من كتاب النكاح، وفي: باب عون المرأة زوجها في ولده، من كتاب النفقات، وفي: باب الدعاء للمتزوج، من كتاب الدعوات. صحيح البخاري ٨١/٣، ١٣٢، ١٥٧، ٢٤٨، ٣٦/٤، ٦٣، ١٢٣/٥، ٦/٧، ٥٠، ٥١، ٨٥، ١٠٢/٨. ومسلم، في: باب استحباب نكاح البكر، من كتاب الرضاع، وفي: باب بيع البعير واستثناء ركوبه، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ١٠٨٧/٢ - ١٠٩٠، ١٢٢١/٣ - ١٢٢٤. والنسائي، في: باب البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط، من كتاب البيوع. المجتبى ٢٦١/٧ - ٢٦٣. والإمام أحمد، في: المسند ٢٢٩/٣، ٣١٤، ٣٦٢، ٣٦٣.

(٣) أخرجه أبو داود، في: باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به، من كتاب الأقضية. سنن أبي داود ٢٧٦/٢، ٢٧٧. والنسائي، في: باب التسهيل في ترك =

شِرَاءِ شَاةٍ^(١) . وَبَاعَ مُدَبَّرًا^(٢) ، وَحِلْسًا^(٣) وَقَدَحًا^(٤) . وَأَقَرَّ أَصْحَابَهُ عَلَى بَيْعِ
هَذِهِ الْأَغْيَانِ وَشِرَائِهَا .

= الإِشْهَادُ عَلَى الْبَيْعِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٧/ ٢٦٥ ، ٢٦٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ
٢١٥/ ٥ ، ٢١٦ .

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ حَدَّثَنِى مُحَمَّدُ بْنُ الْمُثَنَّى ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاقِبِ . صَحِيحُ
الْبُخَارِيِّ ٤/ ٢٥٢ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْمَضَارِبِ يَخَالِفُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنُ أَبِي
دَاوُدَ ٢/ ٢٢٩ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ حَدَّثَنِى أَبُو كَرِيبَ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ
٥/ ٢٦٣ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْأَمِينِ يَتَجَرَّ فِيهِ فِيرَبِحُ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ
٢/ ٨٠٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤/ ٣٧٦ .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْمَزَايِدَةِ ، وَبَابِ بَيْعِ الْمَدِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَفِي : بَابِ
مَنْ بَاعَ مَالَ الْمَفْلَسِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْاسْتِقْرَاضِ ، وَفِي : بَابِ بَيْعِ الْمَدِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ ، وَفِي :
بَابِ عَتَقَ الْمَدِيرَ ... ، مِنْ كِتَابِ الْكُفَّارَاتِ ، وَفِي : بَابِ إِذَا أَكْرَهَ حَتَّى وَهَبَ ... ، مِنْ كِتَابِ
الْإِكْرَاهِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣/ ٩١ ، ١٠٩ ، ١٥٦ ، ١٩٢ ، ١٨١/ ٨ ، ١٨٢ ، ٢٧/ ٩ . وَمُسْلِمٌ ،
فِي : بَابِ الْإِبْتِدَاءِ فِي النِّفْقَةِ بِالنَّفْسِ ... ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ ، وَفِي : بَابِ جَوَازِ بَيْعِ الْمَدِيرِ ، مِنْ
كِتَابِ الْأَيْمَانِ . صَحِيحُ مُسْلِمَ ٢/ ٦٩٢ ، ٦٩٣ ، ١٢٨٩/ ٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي بَيْعِ
الْمَدِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢/ ٣٥٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي بَيْعِ الْمَدِيرِ ،
مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥/ ٢٢٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْمَدِيرِ ، مِنْ كِتَابِ
الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٧/ ٢٦٧ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْمَدِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٢/
٨٤٠ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْمَدِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ٢/ ٢٥٧ . وَالْإِمَامُ
أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣/ ٢٩٤ ، ٣٠١ ، ٣٠٥ ، ٣٠٨ ، ٣٦٨ - ٣٧١ ، ٣٩٠ .

(٣) فِي حَاشِيَةِ ف : « وَالْحِلْسُ مَا يَلِي ظَهَرَ الْبَعِيرِ » .

(٤) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا تَجُوزُ فِيهِ الْمَسْأَلَةُ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ١/ ٣٨١ ،
٣٨٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي بَيْعِ مَنْ يَزِيدُ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥/
٢٢٤ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْبَيْعِ فِي مَنْ يَزِيدُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٧/ ٢٢٧ . وَابْنُ
مَاجَهَ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْمَزَايِدَةِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٢/ ٧٤٠ ، ٧٤١ . وَالْإِمَامُ
أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣/ ١٠٠ ، ١١٤ . وَهُوَ ضَعِيفٌ . انْظُرْ : التَّلْخِيسُ الْحَبِيرُ ٣/ ١٥ ، الْإِرْوَاءُ ٥/
١٣٠ .

ويجوزُ يَبْعُ دُودِ الْقَزِّ وَبَزْرُهُ^(١) ؛ لَأَنَّهُ مُنْتَفِعٌ بِهِ . وَيَبْعُ النَّحْلُ فِي كُورَاتِهِ^(٢) ، وَمُنْفَرِدًا عَنْهَا ، إِذَا رُئِيَ وَعِلِمٌ قَدْرُهُ . وَيَبْعُ الطَّيْرُ الَّذِي يُقْصَدُ صَوْتُهُ ؛ كَالْهَزَارِ^(٣) ، وَالْبُلْبُلِ ، وَالْبَبْغَةِ ؛ لَأَنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى مَنَفَعَةٍ مُبَاحَةٍ ، أَشْبَهَ الْأَنْعَامَ .

ويجوزُ يَبْعُ الْهَرَّ ، وَسِبَاعِ الْبَهَائِمِ ، وَ^(٤) الطَّيْرِ الَّتِي تَصْلُحُ لِلصَّيْدِ ؛ كَالْفَهْدِ ، وَالْبَازِي ، وَنَحْوَهُمَا ، غَيْرَ الْكَلْبِ فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ . وَهِيَ اخْتِيَارُ الْخَرَقِيِّ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَجُوزُ . وَقَالَ^(٥) أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى^(٦) : لَا يَجُوزُ يَبْعُهَا ؛ لِنَجَاسَتِهَا ، [١٣٥ ظ] فَأَشْبَهَتِ الْكَلْبَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لَأَنَّهُ حَيَوَانٌ أُبِيحَ نَفْعُهُ وَاقْتِنَاؤُهُ مِنْ غَيْرِ وَعِيدٍ فِي حَبْسِهِ^(٧) ، فَجَازَ يَبْعُهُ ، كَالْحِمَارِ . وَبِهَذَا يَنْطَلُ مَا ذَكَرَاهُ^(٨) .

ويجوزُ يَبْعُ الْجَحْشِ الصَّغِيرِ ، وَالْفَهْدِ الصَّغِيرِ ، وَفَرَخِ الْبَازِي ؛ لَأَنَّهُ يَصِيرُ إِلَى حَالٍ يَنْفَعُ ، فَأَشْبَهَ طِفْلَ الْعَبِيدِ .

(١) قَالَ الْفَيُومِيُّ : وَقَوْلُهُمْ لَبِضُ الدُّودِ : بَزْرُ الْقَزِّ . مُجَازٌ ، عَلَى التَّشْبِيهِ بِبَزْرِ الْبَقْلِ ، لِأَنَّهُ يَنْبَتُ كَالْبَقْلِ . الْمَصْبَاحُ الْمُنِيرُ (ب ز ر) .

(٢) كُورَةُ النَّحْلِ ، بِالضَّمِّ وَالتَّخْفِيفِ ، وَالتَّثْقِيلِ لَفَةً : عَسَلُهَا فِي الشَّمْعِ ، وَقِيلَ : يَبْتَهَا إِذَا كَانَ فِيهِ الْعَسَلُ . وَقِيلَ : هُوَ الْخَلِيَّةُ . وَكَسَرَ الْكَافَ مَعَ التَّخْفِيفِ لَفَةً .

(٣) الْهَزَارُ : طَائِرٌ حَسَنُ الصَّوْتِ ، يُقَالُ لَهُ : هَزَارُ دَسْتَانِ . (فَارْسِيٌّ مُعَرَّبٌ) .

(٤) فِي ف : « وَجَوَارِحُ » .

(٥) فِي م : « اخْتَارَهَا » .

(٦) بَعْدَهُ فِي م : « فَقَالَا » .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، م : « جَنْسِهِ » .

(٨) فِي س ٢ : « ذَكَرَهُ » ، وَفِي م : « ذَكَرْنَاهُ » .

وما يَنْفَعُ مِنْ يَبِضِ الطَّيْرِ لِمَصِيرِهِ فَرْخًا ، فهو كَفَرْخِه ؛ لَأَنَّ مَالَهُ إِلَى النَّفْعِ . وقال القاضي : لا يجوزُ يَبِعه ؛ لَعَدَمِ نَفْعِهِ فِي الْحَالِ .

قال أحمدُ : أَكْرَهُ يَبِعَ الْقِرْدَ . قال ابنُ عَقِيلٍ : هذا مَحْمُولٌ عَلَى يَبِعه لِلإِطَافَةِ بِهِ وَاللَّعِبِ ، فَأَمَّا يَبِعه لِحِفْظِ الْمَتَاعِ فَيَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ .

وقال أحمدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : أَكْرَهُ يَبِعَ لَبَنَ الْأَدَمِيَّاتِ . فَيَحْتَمِلُ التَّحْرِيمَ ؛ لِأَنَّهُ مَائِعٌ خَارِجٌ مِنْ أَدَمِيَّةٍ ، أَشْبَهَ الْعَرَقَ . وَيَحْتَمِلُ كَرَاهِيَةَ التَّنْزِيهِ ؛ لِأَنَّهُ طَاهِرٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ ، أَشْبَهَ لَبَنَ الشَّاةِ .

فصل : ويجوزُ يَبِعُ الْعَبْدَ الْمُزْتَدُّ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ ، وَخَشْيَةُ هَلَاكِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ^(١) يَبِعه ، كَالْمَرِيضِ . فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي حَالَهُ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِعَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَلَهُ الرَّدُّ أَوْ^(٢) الْأَرْشُ^(٣) ، قُتِلَ أَوْ أَسْلَمَ ، كَالْمُعِيبِ .

وَيَصِحُّ يَبِعُ الْعَبْدَ الْجَانِيَّ عَمْدًا أَوْ^(٤) خَطَأً ، عَلَى النَّفْسِ أَوْ مَا دُونَهَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ غَيْرُ مُتَحَتِّمٍ ، فَأَشْبَهَ الْقَتْلَ بِالرَّدِّ . فَإِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْقَصَاصِ ، فَهِيَ كَالرَّدِّ ، وَإِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، فَهُوَ عَلَى السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالِتِّزَامِ مَا عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ رَقَبَةُ الْعَبْدِ ؛ إِنْ شَاءَ فَسَخَ الْعَقْدَ وَرَجَعَ بِهِ ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الْبَائِعِ بِالْأَرْشِ .

(١) زيادة من : الأصل .

(٢) في س ٢ : « و » .

(٣) أرش الجراحة : ديتها ، والجمع أروش ، مثل فلس وفلوس .

(٤) في م : « و » .

وإن كان قاتلاً في المحاربة، فكذلك في قول بعض أصحابنا؛ لأنه
يُتَفَعُّ به إلى قَتْلِهِ، وَيُعْتَقُّه فيَجُرُّ وَلَاءَ وَلَدِهِ، فَصَحَّ بَيْعُهُ، كَالزَّيْنِ^(١)،
وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُزْتَدِّ. وقال القاضي: لا يَصِحُّ بَيْعُهُ؛ لَأَنَّهُ مُتَحَتِّمُ الْقَتْلِ،
فلا مَنَفَعَةٌ فِيهِ، فَأُشْبِهَ الْمَيْتَ.

فصل: وفي بَيْعِ رِبَاعِ مَكَّةَ وإِجَارَتِهَا رَوَاتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، يَجُوزُ؛ لِأَنَّ
عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، اشْتَرَى مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ دَارًا بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ^(٢).
وَاشْتَرَى مُعَاوِيَةُ بْنُ حَكِيمٍ بْنُ حِزَامٍ دَارَيْنِ بِمَكَّةَ. وَلِأَنَّهَا أَرْضٌ حَيَّةٌ لَمْ يَرِدْ
عَلَيْهَا صَدَقَةٌ مُحَرَّمَةٌ، فَجَازَ بَيْعُهَا كغَيْرِهَا. وَالثَّانِيَةُ، لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهَا
فُتِحَتْ عَنُودٌ، وَلَمْ تُقَسِّمْ بَيْنَ الْغَانِمِينَ، فَصَارَتْ وَقْفًا عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَحَرُمَ
بَيْعُهَا، كَسَوَادِ الْعِرَاقِ. وَالدَّلِيلُ عَلَى فَتْحِهَا عَنُودٌ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ
حَبَسَ عَنْ مَكَّةَ الْفِيلَ»^(٣)، وَسَلَّطَ عَلَيْهَا رَسُولَهُ وَالْمُؤْمِنِينَ، وَإِنَّمَا أُحِلَّتْ لِي
سَاعَةً مِنْ نَهَارٍ. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤). وَقَالَتْ أُمُّ هَانِئٍ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي

(١) الزمن: المريض يدوم مرضه زمنا طويلا.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة، في: المصنف ٣٠٦/٧.

(٣) في س ٢: «القتل». وهي رواية للبخاري.

(٤) أخرجه البخاري، في: باب كتابة العلم، من كتاب العلم، وفي: باب كيف تعرف لقطة
مكة، من كتاب اللقطة، وفي: باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، من كتاب الديات.
صحيح البخاري ٣٨/١، ٣٩، ١٦٤/٣، ١٦٥، ٦/٩. ومسلم، في: باب تحريم مكة
وصيدها.... من كتاب الحج. صحيح مسلم ٩٨٨/٢، ٩٨٩.

كما أخرجه أبو داود، في: باب تحريم حرم مكة، من كتاب المناسك. سنن أبي داود ١/
٤٦٥. والدارمي، في: باب في النهي عن لقطة الحاج، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢/
٢٦٥. والإمام أحمد، في: المسند ٢٣٨/٢.

أَجَزْتُ حَمَوَيْنِ لِي ، فَرَعَمَ ابْنُ أُمِّي عَلَيَّ أَنَّهُ قَاتِلُهُمَا . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ :
« قَدْ أَجَزْنَا مَنْ أَجَزْتَ » . ^(١) حَدِيثٌ صَحِيحٌ . وَقَتَلَ ابْنُ خَطَلٍ ^(٢) ، وَمُقَيْسُ
ابْنِ صُبَابَةَ ^(٣) . وَلَوْ فُتِحَتْ صُلُحًا ، لَمْ يَجُزْ قَتْلُ أَهْلِهَا .

(١ - ١) سقط من : م .

والحديث أخرجه البخاري ، في : باب الصلاة في الثوب الواحد ملتحقا به ، من كتاب
الصلاة ، وفي : باب أمان النساء وجوارهن ، من كتاب الجزية ، وفي : باب ما جاء في زعموا ،
من كتاب الأدب . صحيح البخاري ١/١٠٠ ، ٤/١٢٢ ، ٨/٢٦ . وأبو داود ، في : باب في
أمان المرأة ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢/٧٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في أمان
العبد والمرأة ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٧/٧٥ . والدارمي ، في : باب يجير على
المسلمين أدناهم ، من كتاب السير . سنن الدارمي ٢/٢٣٤ .

وانظر تخريجه عند مسلم والدارمي والإمام مالك والإمام أحمد ، في : ١/٣٤٥ .

(٢) تقدم تخريجه في ٢/٢٩٨ .

(٣) في ف : « ضبابة » . بالضاد المعجمة ، وفي م : « حبابة » . بالحاء المهملة .

وهو مقيس بن صبابة بن حزن بن سيار الكنانى القرشى ، ويقال : صبابة أمه ، شاعر ، اشتهر
في الجاهلية ، شهد بدرا مع المشركين ، أظهر الإسلام وقتل رجلا من المسلمين ، ثم ارتد ولحق
بقريش ، وقال شعرا في ذلك ، فأهدر النبي ﷺ دمه ، فقتله نميلة بن عبد الله الليثى يوم فتح
مكة . معجم الشعراء ٤٣٤ ، الحماسة الشجرية ١/١١١ ، الأعلام ٨/٢١٠ .

وقد ورد في غالب المصادر : صبابة . بالصاد المهملة . سيرة ابن هشام ٢/٢٩٣ ، ٤١٠ .
المغازى للواقدي ١/١٤٥ ، ٢/٨٢٥ ، ٨٦٠ - ٨٦٢ ، ٨٧٥ . الصحاح (ق ي ص) . وفي
نسخة من ابن هشام : ضبابة . بالضاد المعجمة . السيرة ٢/٤١٠ . وفي القاموس وتاج العروس :
حبابة . بالحاء المهملة . القاموس (ق ي س) . التاج (ق ي س) .

وانظر ما أخرجه أبو يعلى ، في : مسنده ٢/١٠٠ ، ١٠١ . والبزار ، انظر : كشف
الأستار ٢/٣٤٣ ، ٣٤٤ . والطبراني ، في : الأوسط ٧/٢٩٨ - ٣٠٠ . والدارقطني ، في :
سننه ٣/٥٩ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ أَرْضِ الشَّامِ ، وَسَوَادِ الْعِرَاقِ ، ونحوهما مِمَّا قُتِحَ عَنْوَةً ؛ لِأَنَّ عُمرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَقَفَّهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، وَأَقَرَّهُ فِي يَدِ أَرْبَابِهِ بِالْخَرَاجِ الَّذِي ضَرَبَهُ يَكُونُ أَجْرَةً لَهُ فِي كُلِّ عَامٍ ، وَلَمْ يُقَدِّرْ مُدَّتَهَا ؛ لِعُمُومِ الْمَصْلَحَةِ فِيهَا ، وَقَدْ اشتهر ذلك في قِصَصِ نُقُلْت عَنْهُ . وعن أحمد ، أَنَّهُ كَرِهَ بَيْعَهَا ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ ثَمَنَ الْوَقْفِ ، وَأَجَازَ شِرَاءَهَا ؛ لِأَنَّهُ كَالِاسْتِئْثَاذِ لَهَا ، فَجَازَ ، كَشِرَاءِ الْأَسِيرِ . وَتَجُوزُ إِجَارَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا مُسْتَأْجَرَةٌ فِي يَدِ أَرْبَابِهَا ، وَإِجَارَةُ الْمُسْتَأْجِرِ جَائِزَةٌ .

فَأَمَّا الْمَسَاكِينُ فِي الْمَدَائِنِ ، فَيَجُوزُ بَيْعُهَا ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، اقْتَطَعُوا الْخِطَطَ^(١) فِي الْكُوفَةِ وَالْبَصْرَةِ فِي زَمَنِ عُمرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَبَنَوْهَا مَسَاكِينَ ، وَتَبَايَعُوهَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا^(٢) .

فصل : قال أحمد : لا أَعْلَمُ فِي بَيْعِ الْمُصْحَفِ رُخْصَةً . وَرَخَّصَ فِي شِرَائِهِ ، وَقَالَ : هُوَ أَهْوَنُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ ابْنَ [١٣٦و] عُمرَ ، وَابْنَ عَبَّاسٍ ، وَأَبَا مُوسَى ، كَرِهُوا بَيْعَهُ ، وَلِأَنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، فَيَجِبُ صِيَانَتُهُ^(٣) عَنْ الْإِثْدَالِ ، وَالشُّرَاءُ أَشْهَلُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْثَاذٌ لَهُ ، فَلَمْ يُكْرَهْ ، كَشِرَاءِ الْأَسِيرِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَجُوزُ بَيْعُهَا مَعَ الْكَرَاهَةِ . وَفِي شِرَائِهَا وَإِئْدَالِهَا رَوَايَتَانِ .

فَإِنْ بَيْعَتْ لِكَافِرٍ ، لَمْ يَصِحَّ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ

(١) الخطط ، جمع خطة : المكان المختط لعمارة ، مثل سدره وسدر .

(٢) في س ٢ : « تكلفا » .

(٣) في م : « صونه » .

المُسافِرَةُ بِالْقُرْآنِ إِلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ، مَخَافَةً أَنْ تَنَالَهُ أَيْدِيهِمْ. ^(١) حَدِيثٌ صَحِيحٌ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١). فَلَمْ يَجْزُ تَمْلِيكُهُمْ إِيَّاهُ، وَتَمَكِّيْنُهُمْ مِنْهُ، وَلِأَنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ اسْتِدَامَةِ مَلِكِهِ، فَمُنِعَ ابْتِدَاءَهُ ^(٢)، كِنِكَاحِ الْمُسْلِمَةِ.

فصل: ولا يجوزُ يَتَّعُ الْخَمْرُ وَالْمَيْتَةَ وَالْخَنْزِيرَ وَالْأَصْنَامَ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ يَتَّعُ الْخَمْرُ وَالْمَيْتَةَ وَالْخَنْزِيرَ وَالْأَصْنَامَ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣).

(١ - ١) سقط من: ف، م.

والحديث أخرجه البخارى، فى: باب السفر بالمصاحف إلى أرض العدو، من كتاب الجهاد. صحيح البخارى ٦٨/٤. ومسلم، فى: باب النهى أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار إذا خيف وقوعه بأيديهم، من كتاب الإمارة. صحيح مسلم ١٤٩٠/٣، ١٤٩١. كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى المصحف يسافر به إلى أرض العدو، من كتاب الجهاد. سنن أبي داود ٣٥/٢. وابن ماجه، فى: باب النهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو، من كتاب الجهاد. سنن ابن ماجه ٩٦١/٢. والإمام مالك، فى: باب النهى عن أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو، من كتاب الجهاد. الموطأ ٤٤٦/٢. والإمام أحمد، فى: المسند ٦/٢، ٧، ١٠، ٥٥، ٦٣، ٧٦، ١٢٨.

(٢) فى الأصل: «من ابتدأه»، وفى م: «ابتداء».

(٣) أخرجه البخارى، فى: باب بيع الميتة والأصنام، من كتاب البيوع. صحيح البخارى ٣/١١٠. ومسلم، فى: باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ١٢٠٧/٣.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى ثمن الخمر، من كتاب الإجارة. سنن أبي داود ٢/٢٥١. والترمذى، فى: باب ما جاء فى بيع جلود الميتة والأصنام، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٣٠٠/٥. والنسائى، فى: باب بيع الخنزير، من كتاب البيوع، وفى: باب النهى عن الانتفاع بشحوم الميتة، من كتاب الفرع والعتيرة. المجتبى ١٥٦/٧، ٢٧٣. وابن ماجه، فى: باب ما لا يحل بيعه، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٧٣٢/٢. والإمام أحمد، فى: المسند ٣/٣٢٤، ٤٢٦.

ولا يجوزُ يَتَّعُ ما لا نَفْعَ فيه ؛ كالحَشَرَاتِ ، وسِباعِ البَهَائِمِ والطَّيْرِ^(١)
التي لا^(٢) يُصَادُ بها ، وما لا يُؤْكَلُ مِنَ الطَّيْرِ ، ولا يَتَّبَعُ ؛ لَأَنَّهُ لا نَفْعَ فيها ،
فَأَشْبَهَتْ الحَنْزِيرَ .

ولا يجوزُ يَتَّعُ الحُرُّ ؛ لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : ^(٣) « قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ثَلَاثَةٌ
أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . ذَكَرَ مِنْهُمْ رَجُلًا بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ . ^(٤) رَوَاهُ
الْبُخَارِيُّ .

ولا يجوزُ يَتَّعُ ما ليس بِمَمْلُوكٍ ، كالمُبَاحَاتِ قَبْلَ حَيَازَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ
مَمْلُوكَةٍ ، أَشْبَهَتْ الحُرَّ .

ولا يجوزُ يَتَّعُ الدَّمُ ، ولا السَّرَجِينِ^(٥) النَّجِسِ ؛ لَأَنَّهُ مُجْمَعٌ عَلَى نَجَاسَتِهِ
وَتَحْرِيمِهِ ، أَشْبَهَ الْمَيْتَةَ .

ولا يجوزُ يَتَّعُ شَحْمُ الْمَيْتَةِ ؛ لَأَنَّهُ مِنْهَا ، وَفِي حَدِيثِ جَابِرٍ ، قِيلَ : يَا

(١) فِي الْأَصْلِ : « الطَّيْرُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : س ٢ ، ف ، وَفِي الْأَصْلِ ، س ١ : « يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى » ، وَفِي ب : « يَقُولُ
اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ » .

(٤ - ٤) فِي ف ، م : « مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ » .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ إِثْمٍ مِنْ بَاعَ حُرًّا ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَفِي : بَابِ إِثْمٍ
مِنْ مَنَعَ أَجْرَ الْأَجِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٠٨ / ٣ ، ١١٨ .

كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهٍ ، فِي : بَابِ أَجْرِ الْأَجْرَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الرِّهُونِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهٍ ٢ /
٨١٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢ / ٣٥٨ .

(٥) السَّرَجِينِ : الزُّبُلُ ، كَلِمَةٌ أَعْجَمِيَّةٌ .

رسول الله، أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ، فَإِنَّهُ يُذْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ، وَيُطْلَى بِهَا الشُّفْنُ، وَيَسْتَصْبَحُ بِهَا النَّاسُ؟ فَقَالَ: «لَا، هُوَ حَرَامٌ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١).
وما نجس من الأذهان، كالزَّيْتِ، فظاهر المذهب تحريم بيعها؛ قياسًا على شحم الميِّتة، ولقول رسول الله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا، حَرَّمَ ثَمَنَهُ». ^(٢) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣). وعنه، يباع لكافر، ويُعلم بحاله؛ لأنه يعتقده جلّه.

وفي جواز الاستِصباح بها روايتان؛ إحداهما، لا يجوز؛ لأنه ذُهْنٌ نجس، أشبه شحم الميِّتة. والثانية، يجوز؛ لأنه أمكن الانتفاع بها من غير ضرر، أشبه الانتفاع بالجِلْدِ الْيَاسِ. قال أبو الخطَّاب: ويتخرَّج على جواز الاستِصباح بها جواز بيعها^(٤).

قال القاضي: ولا تطهر بالغسل؛ لأنه لا يتأتى فيها العصر. ويتخرَّج أنها تطهر بصبها في ماء كثير، ثم يترك حتى تطفو فتؤخذ، والعصر إنما يُغتبر فيما يتأتى العصر فيه، بدليل الخشب والأحجار. اختاره أبو الخطَّاب. فأما غير الأذهان؛ كالخل، واللبن، فلا يطهر، وجهاً واحداً.

فصل: ولا يجوز بيع الكلب وإن كان معلماً؛ لما روى أبو مسعود

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٤.

(٢ - ٢) سقط من: ف، م.

والحديث أخرجه أبو داود، في: باب في ثمن الخمر والميِّتة، من كتاب الإجارة. سنن أبي داود ٢/٢٥١. والإمام أحمد، في: المسند ١/٢٤٧، ٢٩٣، ٣٢٢. والدارقطني، في: سننه ٧/٣. وهذا لفظه.

(٣) في حاشية س ٢، ب: «يعنى مطلقاً».

الأنصاري، أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب. وقال: «ثمن الكلب خبيث». متفق عليهما^(١). ولا غرم على قاتله؛ لأنه لا قيمة له، وقد أساء من قتل كلباً يباح اقتناؤه.

(١) في ف، م: «عليه».

والحديث الأول أخرجه البخاري، في: باب ثمن الكلب، من كتاب البيوع، وباب كسب البغي والإماء...، من كتاب الإجارة، وفي: باب مهر البغي والنكاح الفاسد، من كتاب الطلاق، وفي: باب الكهانة، من كتاب الطب، وفي: باب من لعن المصور، من كتاب اللباس. صحيح البخاري ١١٠/٣، ١٢٢، ٧٩/٧، ١٧٦، ٢١٧. ومسلم، في: باب تحريم ثمن الكلب...، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ١١٩٩/٣.

كما أخرجه أبو داود، في: باب في أثمان الكلاب، من كتاب الإجارة. سنن أبي داود ٢/٢٥٠. والترمذي، في: باب ما جاء في كراهية مهر البغي، من أبواب النكاح، وفي: باب ما جاء في ثمن الكلب، من أبواب البيوع، وفي: باب ما جاء في أجر الكاهن، من أبواب الطب. عارضة الأحوذى ٦٧/٥، ٢٧٦، ٢٢٨/٨، ٢٢٩. والنسائي، في: باب النهي عن ثمن الكلب، من كتاب الصيد والذبائح، وفي: باب بيع الكلب، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/١٦٧، ٢٧٢. وابن ماجه، في: باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي...، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/٧٣٠. والدارمي، في: باب في النهي عن ثمن الكلب، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢/٢٥٥. والإمام مالك، في: باب ما جاء في ثمن الكلب، من كتاب البيوع. الموطأ ٢/٦٥٦. والإمام أحمد، في: المسند ١١٨/٤ - ١٢٠.

والحديث الثاني أخرجه مسلم، في: الموضع السابق.

كما أخرجه أبو داود، في: باب في كسب الحجام، من كتاب الإجارة. سنن أبي داود ٢/٢٣٨. والترمذي، في: باب ما جاء في ثمن الكلب، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/٢٧٦. والنسائي، في: باب النهي عن ثمن الكلب، من كتاب الصيد. المجتبى ٧/١٦٧. والدارمي، في: باب النهي عن كسب الحجام، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢/٢٧٢. والإمام أحمد، في: المسند ٣/٤٦٤، ٤٦٥. كلهم من حديث رافع بن خديج. والحديث لم يخرج به البخاري، انظر: تحفة الأشراف ٣/١٤٢ - ١٤٤.

ولا يُباح اقتناء كلب، إلا لصيد، أو حفظ ماشية، أو حرث؛ لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنِ اتَّخَذَ^(١) كَلْبًا، إِلَّا كَلْبَ مَاشِيَةٍ، أَوْ صَيْدٍ، أَوْ زَرْعٍ، نَقَصَ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطٌ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢).

ويجوز تربيته الجزو الصغير لذلك؛ لأنه قصد به ما يُباح، فيأخذ حكمه، كالجَحْشِ الصغير، ولأنه لو لم يَتَّقَنَّ غيرَ المُعَلِّمِ، لم يُمكن تَعْلِيمُهُ، وتَعَذَّرَ اقْتِنَاءُ المُعَلِّمِ. وفيه وَجْهٌ آخَرُ، أنه لا يجوز اقتناؤه؛ لأنه ليس مِنَ الثَّلَاثَةِ.

فإن اِقْتَنَى كَلْبَ الصَّيْدِ مَنْ لَا يَصِيدُ بِهِ، جاز؛ للحديث. وفيه وَجْهٌ آخَرُ^(٣)، أنه لا يجوز؛ «لأنه اقتناه»^(٤) لغير حاجة، أشبه من اقتناه للماشية ولا ماشية له.

فصل: ولا يجوز بيع مَعْدُومٍ؛ لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ نهى

(١) في ف: «اقتنى».

(٢) أخرجه البخاري، في: باب اقتناء الكلب للحرث، من كتاب المزارعة. صحيح البخاري ٣/١٣٥، ١٣٦. ومسلم، في: باب الأمر بقتل الكلاب...، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٣/١٢٠٣.

كما أخرجه أبو داود، في: باب في اتخاذ الكلب للصيد وغيره، من كتاب الصيد. سنن أبي داود ٩٧/٢. والترمذي، في: باب ما جاء من أمسك كلبا ما ينقص من أجره، من أبواب الصيد. عارضة الأحوذى ٦/٢٨٥. والنسائي، في: باب الرخصة في إمساك الكلب للحرث، من كتاب الصيد. المجتبى ٧/١٦٦. والإمام أحمد، في: المسند ٢/٢٦٧.

(٣) سقط من: س ٢، ف، ب.

(٤ - ٤) في م: «لأن اقتناه».

عن يَتَّعِ الْغَرَرِ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(١) . وَيَتَّعِ الْمَغْدُومَ يَتَّعِ غَرَرٌ ، وَلَأَنَّ تَحْرِيمَ يَتَّعِ الثَّمَرَةَ [١٣٦ ظ] قَبْلَ بُدْوَ صِلَاحِهَا تَنْبِيْهُ عَلَى تَحْرِيمِ يَتَّعِهَا قَبْلَ وُجُوْدِهَا ، فَلَا يَجُوزُ يَتَّعِ الثَّمَرَةَ قَبْلَ خَلْقِهَا ، وَلَا يَتَّعِ الْمَاءِ الْعِدُّ الَّذِي لَهُ مَادَّةٌ ؛ كَمَا فِي الْغُيُونِ وَالْآبَارِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَّعِ لِمَا ^(٢) يَتَّجِدُّ ، وَهُوَ فِي الْحَالِ مَغْدُومٌ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ يَتَّعِ مَا لَا يُقَدَّرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ؛ كَالطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ ، وَالسَّمَكِ فِي الْمَاءِ ، وَالْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ الشَّارِدِ ، وَالْفَرَسِ الْعَائِرِ ^(٣) ، وَالْمَغْضُوبِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ؛ لِحَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ . وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ : لَا تَشْتَرُوا السَّمَكَ فِي الْمَاءِ ؛ فَإِنَّهُ غَرَرٌ ^(٤) . وَلَأَنَّ الْقَصْدَ بِالْبَيْعِ تَمْلِكُ التَّصَرُّفِ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِيمَا لَا يُقَدَّرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ . فَإِنْ بَاعَ طَيْرًا لَهُ فِي بُرْجٍ مُغْلَقٍ

(١) فِي : بَابِ بَطْلَانِ بَيْعِ الْحَصَى وَالْبَيْعِ الَّذِي فِيهِ غَرَرٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١١٥٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي بَيْعِ الْغَرَرِ ، وَبَابِ فِي بَيْعِ الْمَضْطَرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٢٨ ، ٢٢٩ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ بَيْعِ الْغَرَرِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ٢٣٧ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْحَصَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٧ / ٢٣٠ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٢ / ٧٣٩ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ ، وَبَابِ فِي بَيْعِ الْحَصَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢ / ٢٥١ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْغَرَرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُوطَأُ ٢ / ٦٦٤ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢ / ١٥٥ ، ٢٥٠ ، ٣٧٦ ، ٤٣٦ ، ٤٣٩ ، ٤٩٦ . (٢) فِي م : « لَمْ » .

(٣) الْفَرَسُ الْعَائِرُ : الَّذِي انْفَلَتَ مِنْ صَاحِبِهِ .

(٤) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٥ / ٣٤٠ .

وَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ عَنْهُ مَرْفُوعًا فِي : الْمُسْنَدِ ١ / ٣٨٨ . وَصَحَّحَ الْبَيْهَقِيُّ وَقْفَهُ . وَانْظُرْ :

التَّلْخِيسُ الْخَبِيرُ ٣ / ٧ .

الباب ، أو سَمَكًا له^(١) في بَرَكَةِ مُعَدَّةٍ لِلصَّيْدِ ، وكان مَعْرُوفًا بِالرُّؤْيَةِ ، مَقْدُورًا عَلَى تَنَاوُلِهِ بِلا تَعَبٍ ، جاز يَتَّعُه ؛ لَعَدَمِ الْغَرَرِ فِيهِ ، وَإِنْ اخْتَلَّ بَعْضُ ذَلِكَ ، لم يَجُزْ . وَإِنْ باع الْآبِقَ لِقَادِرٍ عَلَيْهِ ، أو الْمَغْضُوبَ لِمَا صَبَّهِ ، أو لِقَادِرٍ عَلَى اخْذِهِ مِنْهُ ، جاز ؛ لذلك ، وَإِلَّا فلا .

فصل : ولا يجوزُ يَتَّعُ ما تُجْهَلُ صِفَتُهُ ؛ كَالْحَمَلِ فِي الْبَطْنِ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ ، وَالْبَيْضِ فِي الدَّجَاجِ ، وَالنَّوَى فِي الثَّمَرِ ؛ لِحَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ . وَرَوَى ابْنُ عُصَمَرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ يَتِّعِ الْمَجْرَ^(٢) . وَالْمَجْرُ^(٣) : شِرَاءُ مَا فِي الْأَرْحَامِ . وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ يَتِّعِ الْمَضَامِينَ وَالْمَلَأَقِيحَ^(٤) . قَالَ أَبُو عُصَيْدٍ^(٥) : الْمَلَأَقِيحُ : مَا فِي الْبُطُونِ ؛ وَهِيَ الْأَجِنَّةُ ، وَالْمَضَامِينُ : مَا فِي أَضْلَابِ الْقُحُولِ . وَمَا سِوَاهُ يُقَاسُ عَلَيْهِ .

وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى أَنْ يُبَاعَ صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ ، أَوْ لَبَنٌ فِي ضَرْعٍ . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ^(٦) . وَعَنْهُ فِي يَتِّعِ الصُّوفَ عَلَى الظَّهْرِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِالْحَيَوَانِ ، فَلَمْ يَجُزْ إِفْرَادُهُ

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : السنن الكبرى ٣٤١ / ٥ .

(٣) في حاشية ف : « المجر ، بفتح الميم وسكون الجيم : ما في بطون الحوامل - والتحريك ، لغية أو لحن - والربا والقمار ، وأمَجَرَ في البيع وماجره مماجرة ومجارا ، راباه » .

(٤) أخرجه البزار ، انظر : كشف الأستار ٨٧ / ٢ . ومن حديث ابن عباس أخرجه البزار في : الموضوع السابق . والطبراني ، في : المعجم الكبير ٢٣٠ / ١١ .

(٥) في : غريب الحديث ٢٠٧ / ١ ، ٢٠٨ .

(٦) لم نجده في سنن ابن ماجه ، وأخرجه الدارقطني ، في : سننه ١٤ / ٣ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٣٤٠ / ٥ . وانظر : التلخيص الحبير ٦ / ٣ .

بالبَيْع ، كأغضائه . والثانية ، يجوزُ بشرطِ جزئه في الحال ؛ لأنه معلومٌ ممكِنٌ
تسليمه ، فجاز بيعه ، كالزَّرع في الأرض .

فصل : ولا يصحُّ^(١) بيعُ الأغنيانِ من غيرِ رؤيةٍ أو صفةٍ تحضُّلُ بها معرفةُ
المبيعِ ، في ظاهرِ المذهبِ ؛ لحديثِ أبي هريرة^(٢) ، ولأنَّه مجهولٌ عندَ
العاقِدِ ، فلم يصحَّ بيعه ، كالنَّوى في الثَّمرِ . فعلى هذا ، يُشترطُ رؤيةُ ما هو
مَقْصودُ البَيْعِ ؛ كداحِلِ الثَّوبِ ، وشَعَرِ الجاريةِ . وعنه ، يجوزُ ؛ لأنَّه عَقْدُ
مُعَاوَضَةٍ ، فأشبهَ النِّكاحَ . فعلى هذا ، هل يثبتُ له خيارُ الرؤيةِ ؟^(٣) فيه
روايتان^(٤) ؛ إحداهما ، لا خيارَ له ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ صَحَّحَ مع الغيبةِ ،
فأشبهَ النِّكاحَ . والثانيةُ ، يثبتُ له الخيارُ عندَ الرؤيةِ في الفسخِ والإمضاءِ ؛
لأنَّه يُروى عن النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا
رَأَاهُ »^(٥) . ويكونُ خيارُه على الفورِ ؛ للحديثِ . وقيل : يتقيدُ بالمجلسِ ؛ لأنَّه
خيارٌ ثابتٌ بمقتضى العقدِ ، فتقيدُ بالمجلسِ ، كخيارِ المجلسِ . فإن اختارَ
إمضاءَ العقدِ قبلَ الرؤيةِ ، لم يلزمَ ؛ لأنَّه تعلقَ بالرؤيةِ ، ولأنَّه يُؤدَّى إلى
إلزامٍ^(٥) العقدِ في مجهولِ الصِّفةِ . وإن اختارَ الفسخَ انفسخَ ؛ لأنَّ الفسخَ
يصحُّ في مجهولِ الصِّفةِ .

(١) في م : « يجوز » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٩ .

(٣ - ٣) في م : « على روايتين » .

(٤) أخرجه الدارقطني ، في : سننه ٤/٣ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٢٦٨/٥ . وهو

ضعيف . انظر : التلخيص الحبير ٦/٣ .

(٥) في م : « التزام » .

وَيُغْتَبَرُ لَصِحَّةِ الْعَقْدِ الرَّؤْيِيَّةِ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الرِّضَا مُغْتَبَرٌ مِنْهُمَا ، فَتُغْتَبَرُ الرَّؤْيِيَّةُ الَّتِي هِيَ مَظْنَّةٌ لَهُ مِنْهُمَا جَمِيعًا .

فصل : فَإِن رَأَى الْمُبِيعُ ، ثُمَّ عَقَدَا بَعْدَ ذَلِكَ بَزْمَنٍ لَا تَتَغَيَّرُ الْعَيْنُ فِيهِ ، صَحَّ فِي صَحِيحِ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا كَانَ شَرْطًا يُغْتَبَرُ وَجُودُهُ حَالِ الْعَقْدِ ، كَالشَّهَادَةِ فِي النِّكَاحِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَعْلُومٌ عِنْدَهُمَا ، أَشْبَهُ مَا لَوْ شَاهَدَاهُ حَالِ الْعَقْدِ ، أَوْ ^(١) اشْتَرَى مِنْهُ دَارًا كَبِيرَةً وَهُوَ فِي طَرَفِهَا ، وَالشَّرْطُ الْعِلْمُ ، وَهُوَ مُقَارِنٌ لِلْعَقْدِ . ثُمَّ إِن وَجَدَ الْمُبِيعُ لَمْ يَتَغَيَّرْ ، لَزِمَ ، وَإِن وَجَدَهُ نَاقِصًا ، فَلَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَالْعَيْبِ . [و١٣٧] وَإِن اِخْتَلَفَا فِي التَّغْيِيرِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ يَلْزَمُهُ ، فَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا مَا اعْتَرَفَ بِهِ . وَإِن عَقَدَا بَعْدَ الرَّؤْيِيَّةِ بَزْمَنٍ يَفْسُدُ فِيهِ ظَاهِرًا ، لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومٍ ، وَإِن اِخْتَمَلَ الْأَمْرَيْنِ وَلَمْ يَظْهَرَ التَّغْيِيرُ ، فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ سَلَامَتُهُ .

فصل : وَيَصِحُّ الْبَيْعُ بِالصِّفَةِ فِي صَحِيحِ الْمَذْهَبِ ، إِذَا ذَكَرَ أَوْصَافَ السَّلَمِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا عُذِمَتِ الْمُشَاهَدَةُ لِلْمُبِيعِ ، وَجَبَ اسْتِقْصَاءُ صِفَاتِهِ ، كَالسَّلَمِ ، وَإِذَا وَجَدَهُ عَلَى الصِّفَةِ ، لَزِمَ الْعَقْدُ ، وَإِن وَجَدَهُ عَلَى خِلَافِهَا ، فَلَهُ الْفَسْخُ . فَإِن اِخْتَلَفَا فِي التَّغْيِيرِ ^(٢) ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ بِالصِّفَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اسْتِقْصَاؤُهَا . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَإِن » .

(٢) فِي ف : « الصِّفَةِ » .

لأنَّه مَبِيعٌ مَعْلُومٌ بِالصِّفَةِ ، فَصَحَّ بَيْعُهُ ، كَالْمُسْلَمِ فِيهِ .

وَيَبِيعُ الْأَعْمَى وَشِرَاؤُهُ بِالصِّفَةِ كَبَيْعِ الْبَصِيرِ بِهَا ، فَإِنْ غُدِمَتِ الصِّفَةُ ، وَأُمْكِنَهُ مَعْرِفَةُ الْمَبِيعِ بِذَوْقٍ أَوْ شَمٍّ ، صَحَّ بَيْعُهُ ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ فِي حَقِّهِ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ عَبْدٍ مِنْ عَبِيدٍ ، وَلَا شَاةٍ مِنْ قَطِيعٍ ، وَلَا ثَوْبٍ مِنْ أَثَوَابٍ ، وَلَا أَحَدٍ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَرٌ ، فَيَدْخُلُ فِي الْخَبَرِ ، وَلِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ فَيُقْضَى إِلَى التَّنَازُعِ .

وَيَجُوزُ بَيْعُ قَفِيزٍ^(١) مِنْ صُبْرَةٍ ، وَرَطْلٍ زَيْتٍ مِنْ دَنْ ، أَوْ زُبْرَةٍ^(٢) ؛ لِأَنَّ أَجْزَاءَهُ لَا تَخْتَلِفُ ، فَلَا يُقْضَى إِلَى التَّنَازُعِ .

فَإِنْ بَاعَ جَرِيئًا^(٣) مِنْ ضَيْعَةٍ يَعْلَمَانِ جُزْءَانَهَا ، صَحَّ ، وَكَانَ الْمَبِيعُ مُشَاعًا مِنْهَا ، إِنْ كَانَتْ عَشْرَةُ أَجْرِيَّةٍ ، فَالْمَبِيعُ عَشْرُهَا ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا جُزْءَانَهَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ قَدْرُهُ مِنْهَا ، فَيَكُونُ مَجْهُولًا .

فصل : وما لَا تَخْتَلِفُ أَجْزَاؤُهُ ؛ كَصُبْرِ الطَّعَامِ ، وَزِقِّ الزَّيْتِ ، يُكْتَفَى

(١) القفيز : مكيال كان يكال به قديما ، ويعادل بالتقدير المصرى الحديث نحو ستة عشر كيلو جراما .

(٢) فى م : « ركة » .

والزبرة : القطعة من الحديد .

(٣) فى حاشية ف : « قال الفيومى فى المصباح : والجريب الوادى ، ثم استعير للقطعة المتميزة من الأرض . ثم ذكر أنه يختلف مقداره بحسب اصطلاح أهل الأقاليم كاختلافهم فى الرطل والذراع ، ثم حرره فذكر أنه عشرة آلاف ذراع » . وانظر المصباح المنير (ج ر ب) .

برؤية بعضه ؛ لأنها تُزيل الجهالة ، لتساوى أجزائه ، ولأنه تتعدّر رؤية جميعه ، فاكْتَفَى ببعضه ، كأساسات الحيطان ، وما تشق رؤيته ، كالذى مأْكوله فى جوفه ، يُكْتَفَى برؤية ظاهره ؛ لذلك ، " وكذلك أساسات الحيطان ، وطى الآبار ، وشبههما .

ويجوز بيع^(١) الباقي والجوز واللوز فى قشرته ، والحب المشتد^(٢) فى سنبله ؛ لأنّ النبى ﷺ نهى عن بيع^(٣) الحب حتى يشتد^(٤) . " رواه أبو داود^(٥) . فمفهومه جواز بيع المشتد . ولأنه منشور بما خلق فيه ، فجاز بيعه ، كالذى مأْكوله فى جوفه ، ولأنّ قشره الأعلى من مصلحته ؛ لأنه يحفظ رطوبته ، وادّخار الحب فى سنبله أبقى له ، فجاز بيعه فيه ، كالسلت^(٥) والأرز . وما لا تشق رؤية جميعه " يشترط رؤية جميعه^(٦) ، على ما أسلفناه .

(١ - ١) فى م : « والحب فى سنبله ؛ لأن النبى ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يشتد . فمفهومه جواز بيع .

(٢) زيادة من : ف .

(٣ - ٣) فى الأصل : « العنب حتى يسود » . وهو الشطر الأول من الحديث .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل ، م .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٧ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٣٦ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢٢١ ، ٢٥٠ .

(٥) السلت : قيل : ضرب من الشعير ليس له قشر . وقيل : ضرب منه رقيق القشر صغار الحب .

(٦ - ٦) سقط من : م .

فصل : إذا قال : بِغُثْكَ هذه الصُّبْرَةُ . صَحَّ ، وإن لم يَعْرِفْ^(١) قَدْرَهَا ؛ لأنَّ
ابنَ عُمَرَ قال : كُنَّا نَبْتَاعُ الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافًا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ .
مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . ولأنَّ غَرَرَ ذلك يَنْتَفِي بِالمُشَاهَدَةِ ، فَانْكَفَى بِهَا . وإن باعه
يَضْفَهَا أو ثُلُثَهَا أو جُزْءًا مِنْهَا مُشَاعًا ، صَحَّ ؛ لأنَّ مَنْ عَرَفَ شَيْئًا عَرَفَ جُزْءَهُ .
وإن قال : بِغُثْكَهَا كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . صَحَّ^(٣) ؛ لأنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ بِالمُشَاهَدَةِ ،
وَالثَّمَنَ مَعْلُومٌ ، لِإِشارَتِهِ إِلَى مَا يَعْلَمُ مَبْلَغُهُ بِجِهَةٍ لَا تَتَعَلَّقُ بِالمُتَعَاقِدَيْنِ ، وَهُوَ
كَئِلُ الصُّبْرَةِ ، فَجَاز ، كَمَا لو باعه مُرَابِحَةً لِكُلِّ عَشْرَةِ دِرْهَمٍ .

ولو قال : بِغُثْكَ بَعْضَ هذه الصُّبْرَةِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ البَعْضَ مَجْهُولٌ .
ولو قال : بِغُثْكَ مِنْهَا كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . لم يَصِحَّ أَيْضًا^(٤) ؛ لَأَنَّهُ باعه
بَعْضَهَا . ولو قال : بِغُثْكَهَا عَلَى أَنْ أَزِيدَكَ قَفِيزًا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الزَّائِدَ

(١) في م : « يعلم » .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، من كتاب البيوع . صحيح
 البخاري ٨٩/٣ . ومسلم ، في : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح
 مسلم ١١٦١/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبي
 داود ٢٥٢/٢ . والنسائي ، في : باب بيع ما يشتري من الطعام جزافا قبل أن ينقله من مكانه ، من
 كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٢/٧ ، ٢٥٣ . وابن ماجه ، في : باب بيع المجازفة ، من كتاب البيوع .
 سنن ابن ماجه ٧٥٠/٢ . والإمام مالك ، في : باب العينة وما يشبهها ، من كتاب البيوع . الموطأ
 ٦٤١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٥/٢ ، ٢١ ، ١١٢ ، ١١٣ ، ١٤٢ . وانظر ألفاظ
 الحديث في الإرواء ١٧٨/٥ ، ١٧٩ .

(٣) سقط من : الأصل ، س ٢ .

(٤) زيادة من : ف .

مَجْهُولٌ . فَإِنْ قَالَ : عَلَى أَنْ أَزِيدَكَ قَفِيزًا مِنْ هَذِهِ ^(١) الْأُخْرَى . صَحَّ ؛ لِأَنَّ
 مَعْنَاهُ : بِعَثْكَهَا وَقَفِيزًا مِنْ هَذِهِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَنْ أَزِيدَكَ قَفِيزًا مِنْ هَذِهِ ^(٢) .
 أَوْ : أَنْقُصَكَ قَفِيزًا . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَذَرِي أَيْزِيدُهُ أَمْ يَنْقُصُهُ . وَإِنْ قَالَ :
 بِعَثْكَهَا كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ ، عَلَى أَنْ ^(٣) أَزِيدَكَ قَفِيزًا مِنْ هَذِهِ الْأُخْرَى . وَهِيَ
 يَعْلَمَانِ قَدَرَ قُفْزَانِهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا عَلِمَاهَا عَشْرَةً ، [١٣٧ ظ] فَمَعْنَاهُ :
 بِعَثْكَ كُلَّ قَفِيزٍ وَعُشْرًا ^(٤) بِدِرْهَمٍ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا قَدْرَهَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِجَهَالَةِ
 الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ قَفِيزًا وَ ^(٥) شَيْئًا لَا يَعْلَمَانِ قَدْرَهُ بِدِرْهَمٍ ، لِجَهْلِهِمَا بِكَمِّيَّةِ
 قُفْزَانِهَا . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : عَلَى أَنْ أَنْقُصَكَ قَفِيزًا . وَإِنْ جَعَلَا لِلْقَفِيزِ الزَّائِدِ
 ثَمَنًا مُفْرَدًا ، صَحَّ فِي الْحَالَيْنِ .

فصل : وَيُكْتَفَى بِالرُّؤْيَةِ فِيمَا لَا تَتَسَاوَى أَجْزَاؤُهُ ؛ كَالْأَرْضِ ، وَالثَّوْبِ ،
 وَالْقَطِيعِ مِنَ الْغَنَمِ ^(٥) ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الصُّبْرَةِ ، وَفِيهِ نَحْوٌ مِنْ مَسَائِلِهَا . وَلَوْ
 قَالَ : بِعَثْكَ مِنَ الدَّارِ مِنْ هَلْهُنَا إِلَى هَلْهُنَا . جَاز ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ . وَإِنْ قَالَ :
 عَشْرَةَ أَذْرُعٍ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ هَلْهُنَا . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَذَرِي إِلَى أَيْنَ يَنْتَهِي .
 وَلَوْ قَالَ : بِعَثْكَ نِصْفَ دَارِي مِمَّا يَلِي دَارَكَ . لَمْ يَصِحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛
 لِذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : بِعَثْكَ مِنْ هَذَا الثَّوْبِ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى هَلْهُنَا . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) في ف : « عشر قفيز » ، وفي م : « عشر » .

(٤) في س ٢ : « أو » .

(٥) بعده في ف : « فإن قال : بعثك هذه الأرض أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف . صح ، إذا
 كان مشاهدا . وإن قال : بعثك نصفه أو ثلثه أو ربعه بكذا . صح أيضا . وإن قال : بعثك كل
 ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم . صح وإن لم يعلم قدر ذلك حال العقد » .

مَعْلُومٌ . وقال القاضي : إن كان يَنْقُصُهُ الْقَطْعُ ، لم يَصِحَّ ؛ لِعَجْزِهِ عَنِ التَّسْلِيمِ إِلَّا بَضَرٍ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ مُمَكِّنٌ ، وَالضَّرَرُ لَا يَمْنَعُ الصَّحَّةَ إِذَا التَزَمَهُ ، كما لو باعه نصفًا مُشاعًا ، أو نصفَ حيوانٍ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ الْمَبِيعِ مَعْرِفَةُ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ الْعَوَظَيْنِ ، فَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِهِ ، كَالْمَبِيعِ وَرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ . فَإِنْ باعه بِثَمَنِ مُطْلَقٍ فِي مَوْضِعٍ فِيهِ نَقْدٌ مُعَيَّنٌ ، انْصَرَفَ إِلَيْهِ ، وَإِنْ لم يكن فِيهِ نَقْدٌ مُعَيَّنٌ ، لم يَصِحَّ ؛ لَجَهَالَتِهِ . وَإِنْ باعه سِلْعَةً بِرَقْمِهَا ^(١) ، أو بما باع به فُلَانٌ ، وهما لَا يَعْلَمَانِ ذَلِكَ ، أو أَحَدُهُمَا ، أو بما يَنْقَطِعُ بِهِ السَّعَرُ ، لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ . وَإِنْ قال : بِعْتُكَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ذَهَبًا وَفِضَّةً . لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لم يُبَيِّنِ الْقَدْرَ مِنْ ^(٢) وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

وَإِنْ باعه بِعَشْرَةِ نَقْدًا ، ^(٣) «أَوْ بِخَمْسٍ» عَشْرَةَ نَسِيئَةً ، أو بِعَشْرَةِ صِحَاحًا ، أو عِشْرِينَ مُكَشَّرَةً ، لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . ^(٤) «حَدِيثٌ صَحِيحٌ» . وَهُوَ هَذَا . وَلِأَنَّهُ لم يَعْقِدْ عَلَى ثَمَنِ بَعِيْنِهِ ،

(١) الرقم : الثمن الذي يكتب على الثوب . انظر ما يأتي في صفحة ١٤١ .

(٢) بعده في م : « كل » .

(٣ - ٣) في الأصل : « وخمسة » .

(٤ - ٤) سقط من : م .

والحديث أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذی ٢٣٩/٥ . والنسائي ، في : باب بيعتين في بيعة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٠/٧ . والإمام مالك ، في : باب النهي عن بيعتين في بيعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٦٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٣٢/٢ ، ٤٧٥ ، ٥٠٣ .

أَشْبَهَ إِذَا قَالَ : بِعْتُكَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ . وَتَخْرُجُ أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ فِي الْإِجَارَةِ . وَقِيلَ : مَعْنَى يَبْعَتَيْنِ فِي يَبْعَةٍ أَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ هَذَا بِمِائَةٍ ، عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي دَارَكَ بِالْفِ . أَوْ : عَلَى أَنْ تَصْرِفَهَا لِي بِذَهَبٍ . وَأَيُّمَا مَا كَانَ فَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ .

وَإِنْ بَاعَ بِشَمَنِ مُعَيَّنٍ ، تَعَيَّنَ ؛ لِأَنَّهُ عَوَاضٌ ، فَتَعَيَّنَ بِالتَّعْيِينِ ، كَالْمَبِيعِ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ وَجَدَهُ مَغْضُوبًا ، بَطَلَ الْعَقْدُ ، وَإِنْ وَجَدَهُ مَعِيَّبًا فَرَدَّهُ ، انْقَسَخَ الْعَقْدُ ؛ لِرَدِّ الْمَغْضُودِ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ رَدَّ الْمَبِيعِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الشَّمْنَ لَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالْقَبْضِ . فَتَنَعَّكِسُ هَذِهِ الْأَحْكَامُ .

وَإِنْ بَاعَهُ بِشَمَنِ فِي الذَّمَّةِ ، لَمْ يَتَعَيَّنْ ، فَإِذَا قَبَضَهُ فَوَجَدَهُ مَغْضُوبًا ، لَمْ يَبْطُلِ الْعَقْدُ ، وَإِنْ رَدَّهُ ، لَمْ يَنْقَسِخْ ؛ لِأَنَّ الشَّمْنَ فِي الذَّمَّةِ .

فصل : ولا يجوز بيع الملامسة والمنابذة ؛ لما روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين ؛ الملامسة والمنابذة . والمنابذة أن يقول : إذا نبذت إلي هذا الثوب ، فقد وجب البيع . واللامسة أن يمسّه بيده ولا ينشره . متفق عليه^(١) . ولأنه إذا علّق البيع على نبذ الثوب ولمسه ، فقد

(١) أخرجه البخاري ، في : باب بيع الملامسة ، وباب بيع المنابذة ، من كتاب البيوع ، وفي : باب اشتمال الصماء ، من كتاب اللباس ، وفي : باب الجلوس كيفما تيسر ، من كتاب الاستئذان . صحيح البخاري ٣/٩١ ، ٩٢ ، ٧/١٩٠ ، ١٩١ ، ٨/٧٨ ، ٧٩ . ومسلم ، في : باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٥٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٢٨ . والنسائي ، في : باب تفسير ذلك [بيع الملامسة] ، وباب بيع المنابذة ، وباب تفسير ذلك ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٢٨ ، ٢٢٩ . وابن ماجه ، في : باب ما جاء في النهي عن المنابذة واللامسة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٣ . والدارمي ، في : باب في النهي =

عَلَّقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ ، وَإِذَا بَاعَهُ قَبْلَ نَشْرِهِ ، فَقَدْ بَاعَهُ مَجْهُولًا ،
فَيَكُونُ غَرَرًا .

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحَصَاةِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ
الْحَصَاةِ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(١) . وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : أَرَزِمَ هَذِهِ الْحَصَاةَ ، فَعَلَى أَيِّ ثَوْبٍ
وَقَعْتُ ، فَهُوَ لَكَ بِكَذَا . وَقِيلَ : هُوَ أَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الضَّيِّعَةِ بِقَدْرِ
مَا تَبْلُغُ هَذِهِ الْحَصَاةُ إِذَا رَمَيْتَهَا بِكَذَا ^(٢) . وَكِلَاهُمَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ غَرَرٌ .

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ حَبْلِ الْحَبَلَةِ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُثْمَرَ ، قَالَ : نَهَى النَّبِيُّ ﷺ
عَنْ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . قَالَ أَبُو عُثَيْدٍ ^(٤) : هُوَ بَيْعُ مَا يَلْدُ

= عن المنابذة والملاسة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٥٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ /
٩٥ ، ٦ .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٩ ، من حديث نهى عن بيع الغرر .

(٢) بعده في م : « وكذا » .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب بيع الغرر وحبل الحبل ، من كتاب البيوع ، وفي : باب السلم
إلى أن تنتج الناقة ، من كتاب السلم ، وفي : باب أيام الجاهلية ، من كتاب مناقب الأنصار .
صحيح البخاري ٣ / ٩١ ، ١١٤ ، ٥ / ٥٤ . ومسلم ، في : باب تحريم بيع حبل الحبل ، من كتاب
البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٥٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٢٩ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في بيع حبل الحبل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٣٦ .
والنسائي ، في : باب بيع حبل الحبل ، وباب تفسير ذلك ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٥٧ ،
٢٥٨ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص ، من
كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٤٠ . والإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من بيع
الحيوان ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢ / ٦٥٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٥٦ ، ٥ / ١١ ،
١٥ ، ٦٣ ، ٧٦ ، ٨٠ ، ١٠٨ ، ١٤٤ ، ١٥٥ .

(٤) في الأصل ، ف : « عبيدة » .

وانظر : غريب الحديث ١ / ٢٠٨ .

[١٣٨و] حَمْلٌ^(١) الناقّة . وقيل : هو يَبِيعُ السلعة بثمنٍ إلى أن يَلِدَ حَمْلُ
الناقّة . وكلاهما لا يجوزُ ؛ لأنّه على التفسير الأول يَبِيعُ مَعْدُومٌ مَجْهُولٌ ،
وعلى الثانى يَبِيعُ بثمنٍ إلى أَجَلٍ مَجْهُولٍ .

ولا يجوزُ تَغْلِيْقُ البِيعِ على شَرْطِ مُسْتَقْبَلٍ ؛ كَمَجِئِ المَطَرِ ، وَقُدُومِ
زَيْدٍ ، وَطُلُوعِ الشَّمْسِ ؛ لأنّه غَرَرٌ ، ولأنّه عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فلم يَجُزْ تَغْلِيْقُهُ
على شَرْطِ مُسْتَقْبَلٍ ، كالنِّكَاحِ .

فصل : ولا يجوزُ يَبِيعُ العِنَبِ والعَصِيرِ لِمَنْ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا ، ولا السِّلَاحِ
لأَهْلِ الحَرْبِ ، أو لِمَنْ يُقَاتِلُ به فى الفِتْنَةِ ، ولا الأَقْدَاحِ لِمَنْ يَشْرَبُ فيها
الخَمْرَ ؛ لأنّه مَعُونَةٌ على المَعْصِيَةِ ، فلم يَجُزْ ، كإيجاره داره لبِيعِ الخَمْرِ .

ولا يجوزُ يَبِيعُ العَبْدَ المُسْلِمَ لكَافِرٍ ؛ لأنّه يُمْنَعُ مِنْ اسْتِدَامَةِ مِلْكِهِ عَلَيْهِ ،
فلم يَصِحَّ عَقْدُهُ عَلَيْهِ ، كالنِّكَاحِ . فإن أَسْلَمَ فى يَدَيْهِ أو^(٢) يَدِ مَوْرُوثِهِ ، ثم
انْتَقَلَ إِلَيْهِ بِالْإِزْثِ ، أُجْبِرَ على إِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ ؛ لَأَنَّ فى تَرْكِهِ فى مِلْكِهِ
صَغَارًا . فإن بَاعَهُ ، أو وَهَبَهُ لِمُسْلِمٍ ، أو أَعْتَقَهُ ، جاز . وإن كَاتَبَهُ ، ففيه
وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يجوزُ ؛ لأنّه يَصِيرُ كَالْخَارِجِ عَنْ مِلْكِهِ فى التَّصَرُّفَاتِ .
والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنّه لا يُزِيلُ المِلْكَ ،^(٣) فلم يُقْبَلْ^(٣) ، كالتَّزْوِيجِ .

وإن ابْتاعَ الكافِرُ مُسْلِمًا يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِالشَّرَاءِ ، ففيه رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ،
لا يَصِحُّ ؛ لأنّه عَقْدٌ يَمْلِكُ به المُسْلِمَ . والثانية ، يجوزُ ؛ لَأَنَّ مِلْكَهُ يُزُولُ حَالًا

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده فى م : « فى » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

تُبوته، فلا يَحْصُلُ به صَغَارٌ، وإن حَصَلَ، فقد حَصَلَ له مِنَ الْكَمَالِ
بِالْحُرِّيَّةِ فَوْقَ مَا لَحِقَهُ بِرِقِّ لَحْظَةٍ.

وإن قال الكافر لمسلم: أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي وَعَلَيَّ ثَمَنُهُ. ففيه وَجْهَان؛
بِنَاءٍ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ^(١) يَتَعَهُ لِلْكَافِرِ، وَتَوَكَّلُ الْبَائِعِ فِي عِتْقِهِ.

فصل: ولا يجوز أن يُفَرَّقَ فِي الْبَيْعِ بَيْنَ ذَوِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ قَبْلَ الْبُلُوغِ؛
لِمَا رَوَى أَبُو أُثُوبٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا،
فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبِّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٢). حديثٌ حَسَنٌ. وَعَنْ عَلِيٍّ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: وَهَبَ لِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ غُلَامَيْنِ أَخَوَيْنِ^(٣)، فَبِعْتُ
أَحَدَهُمَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا فَعَلَ غُلَامُكَ؟». فَأَخْبَرْتُهُ، فَقَالَ:
«رُدَّه رُدَّه». رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٤)، وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ^(٥). فَإِنْ فَرَّقَ

(١) فِي م: «بَقْدَر».

(٢) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ الْفَرْقِ بَيْنَ الْأَخْوَيْنِ...، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ،
وَفِي: بَابِ فِي كِرَاهِيَةِ التَّفْرِيقِ بَيْنَ السَّبْيِ، مِنْ أَبْوَابِ السَّيْرِ. عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٨٣/٥، ٧/
٦١. وَالدَّارِمِيُّ، فِي: بَابِ النَّهْيِ عَنِ التَّفْرِيقِ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا، مِنْ كِتَابِ السَّيْرِ. سَنَنُ
الدَّارِمِيِّ ٢٢٨/٢. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ٤١٣/٥، ٤١٤.

(٣) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ.

(٤) فِي: بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ الْفَرْقِ بَيْنَ الْأَخْوَيْنِ...، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ. عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ
٢٨٣/٥، ٢٨٤.

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ فِي التَّفْرِيقِ بَيْنَ السَّبْيِ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ. سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ
٥٨/٢. وَابْنُ مَاجَةَ، فِي: بَابِ النَّهْيِ عَنِ التَّفْرِيقِ بَيْنَ السَّبْيِ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ. سَنَنُ ابْنِ
مَاجَةَ ٧٥٥/٢، ٧٥٦. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ١٠٢/١.

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ.

بينهما ، فالبيع باطل ، رَضِيَتِ الأمُّ ذلك أو كَرِهَتْهُ . نصَّ عليه ؛ لأنَّ فيه إسقاطاً لحقِّ الولد .

وهل يجوز التفريق بينهم^(١) بعد البلوغ ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يجوز ؛ لعموم الخبر . والثانية ، يجوز ؛ لأنَّ سَلَمَةَ بنَ الأَكْوَعِ أتى أبا بكرٍ الصُّدِّيقَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، بامرأةٍ وابنتها في غزوةٍ ، فنقله أبو بكرٍ ابنتها ، ثم استوهبها النبي ﷺ من سَلَمَةَ ، فوهبها له . رواه مسلم^(٢) . وهذا تفريق . ولأنَّ النبي ﷺ أُهديت له أختان ؛ ماريةٌ وسيرينُ ، فأمسك ماريةً ، ووهب أختها لحسانَ بنَ ثابتٍ^(٣) .

فصل : ولا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها ليَمْضِيَ^(٤) ويشتريها ويُسَلِّمَهَا ؛ لما روى حكيمُ بنُ حزامٍ أنه قال للنبي ﷺ : إنَّ الرَّجُلَ يَأْتِينِي يَلْتَمِسُ مِنَ الْبَيْعِ ما ليس عندي ، فأَمْضِي إلى السُّوقِ ، فأشتريه^(٥) ثم أبيعُه^(٦) منه . فقال النبي

(١) في م : « بينهما » .

(٢) في : باب التنفيل وفداء المسلمين بالأسارى ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ١٣٧٥ / ٣ ، ١٣٧٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب الرخصة في المدركين يفرق بينهم ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٥٨ / ٢ ، ٥٩ . وابن ماجه ، في : باب فداء الأسرى ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٤٩ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٦ / ٤ ، ٤٧ ، ٥١ .

(٣) انظر : سيرة ابن هشام ٣٠٦ / ٢ . والإصابة ٧٢٢ / ٧ ، ٧٢٣ .

(٤) في الأصل : « لأنه يمضي » .

(٥) في م : « ثم أشتريه » .

(٦ - ٦) في ف : « ثم أبتاعه » ، وفي م : « فأبيعه » .

ﷺ : « لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » ^(١) . حديث صحيح . ولأنه يبيع ^(٢) ما لا يقدر
على تسليمه ، أشبه يبيع الطير في الهواء .

فإن باع مال غيره بغير إذنه ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يصح ؛
لذلك . والثانية ، يصح ويقف على إجازة المالك ، فإن أجازته جاز ، وإن
أبطله بطل ؛ لما روى عروة بن الجعد البارقى أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً
ليشترى به شاة ، فاشترى به شاتين ، ثم باع إحداهما بدينار في الطريق ،
قال : فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة ، فأخبرته ، فقال : « بَارَكَ اللَّهُ
لَكَ » ^(٣) في صفقة يمينك . رواه الإمام أحمد ، والأثر ^(٤) . ولأنه [١٣٨ ظ]
عقد له مجيز حال وقوعه ، فوقف على إجازته ، كالوصية .

وإن اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير إذنه ، فهو كبيعه ، فإن اشترى له
شيئاً بغير إذنه بشئ في ذمته ، ثم نقد ثمنه من مال الغير ، صح الشراء ؛
لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره ، ويقف على إجازة المشتري له ؛ لأنه
قصد الشراء له ، فإن أجازته ، لزمه ، وإن لم يجزه ، لزم من اشتراه ؛ لأنه لا

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب الإجارة . سنن أبي
داود ٢ / ٢٥٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع .
عارضة الأحوذى ٥ / ٢٤١ . والنسائي ، في : باب يبيع ما ليس عند البائع ، من كتاب البيوع .
المجتبى ٧ / ٢٥٤ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع ما ليس عندك من كتاب التجارات .
سنن ابن ماجه ٢ / ٧٣٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٤٠٢ ، ٤٣٤ .

(٢) في م : « يبيع » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٨ .

يَلْزَمُهُ مَا لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ ، وَالْبَيْعُ صَحِيحٌ ، فَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِي . فَإِنْ بَاعَ مَالَ غَيْرِهِ
وَهُوَ حَاضِرٌ فَلَمْ يُنْكِرْ ذَلِكَ ، فَهُوَ كَبَيْعِهِ فِي غَيْبَتِهِ ، فَإِنَّ الشُّكُوتَ لَيْسَ
بِإِذْنٍ ، فَإِنَّهُ مُحْتَمِلٌ لَغَيْرِ^(١) الْإِذْنِ ، فَلَا يَتَعَيَّنُ كَوْنُهُ إِذْنًا .

(١) فِي م : « كَغَيْرِ » .

بَابُ بَيْعِ النَّجْشِ وَالتَّلَقَّى وَبَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ وَبَيْعِهِ عَلَى بَيْعٍ غَيْرِهِ وَالْعَيْنَةُ

وهي يُبَوِّغُ مُحَرَّمَةٌ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا تَلَقُّوا الرُّكْبَانَ ، وَلَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ ، وَلَا تَنَاجَشُوا ، وَلَا يَبِيعُ^(١) حَاضِرٌ لِبَادٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) .

وَمَعْنَى النَّجْشِ : أَنْ يَزِيدَ فِي السَّلْعَةِ مَنْ لَا يُرِيدُ شِرَاءَهَا ؛ لِيُغْتَرَّ بِهِ الْمُشْتَرِي ، وَيَقْتَدِيَ بِهِ . فَهُوَ حَرَامٌ ؛ لِأَنَّهُ خِدَاعٌ ، وَالشُّرَاءُ صَحِيحٌ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ يَقْتَضِي الْفَسَادَ . وَالْأُولَى أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ عَادَ إِلَى غَيْرِ الْعَاقِدِ ، فَلَمْ يُؤْثَرْ فِيهِ . وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إِنْ غُبِنَ غُبْنًا يَخْرُجُ عَنْ الْعَادَةِ ،

(١) فِي س ١ : « يَبِيعُ » . وَهُوَ رَوَايَةٌ لِلْبُخَارِيِّ .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ لِلْبَائِعِ أَنْ لَا يَحْفَلَ الْإِبِلَ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ ، وَفِي : بَابِ الشُّرُوطِ فِي الطَّلَاقِ ، مِنْ كِتَابِ الشُّرُوطِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩٢ / ٣ ، ٩٣ ، ٢٥١ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ بَيْعِ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٥٥ / ٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَنْ اشْتَرَى مَصْرَاةَ فِكْرَهَا ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢٤٢ / ٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْمُهَاجِرِ لِلْأَعْرَابِيِّ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٢٤ / ٧ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا يَنْهَى عَنْهُ مِنَ الْمَسَاوِمَةِ وَالْمُبَايَعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُوطَأُ ٦٨٣ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٦٥ / ٢ .

سَوَاءٌ كَانَ بِمُوَاطَاةٍ مِنْ^(١) الْبَائِعِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ غَبْنٌ لِلتَّغْرِيرِ بِالْعَاقِدِ ،
فَأُثْبِتَ الْخِيَارَ ، كَتَلَّقَى الرُّكْبَانِ . وَلَوْ قَالَ الْبَائِعُ : أُعْطِيتُ بِهَذِهِ السَّلْعَةِ
كَذَا . كَاذِبًا ، فَاشْتَرَاهَا الْمُشْتَرِي لَذَلِكَ ، فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ ، وَلَهُ الْخِيَارُ ؛ لِمَا
ذَكَرْنَاهُ .

✓ فصل : وَتَلَقَّى الرُّكْبَانِ أَنْ يَخْرُجَ الرَّجُلُ مِنَ الْمِضْرِ يَتَلَقَّى الْجَلَبَ قَبْلَ
دُخُولِهِ ، فَيَشْتَرِيهِ ، فَيَحْرُمُ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلِأَنَّهُ يَخْدَعُهُمْ وَيَغْنِبُهُمْ ، فَأُثْبِتَ
النَّجْشَ . وَالشُّرَاءُ صَحِيحٌ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ بَاطِلٌ ؛ لِلنَّهْيِ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِمَا
رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا تَلَقُّوا الْجَلَبَ ، فَمَنْ تَلَقَّاهُ
فَاشْتَرَى مِنْهُ ، فَإِذَا أَتَى الشُّوقَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٢) . وَالْخِيَارُ لَا
يَكُونُ إِلَّا فِي عَقْدٍ صَحِيحٍ ، وَلِأَنَّ النَّهْيَ لَضَرْبٍ مِنَ الْخَدِيعَةِ أَمْكَنَ
اسْتِدْرَاكُهَا بِالْخِيَارِ ، فَأُثْبِتَ بَيْعَ الْمَصْرَاةِ . وَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ إِنْ غَبَنَ غَبْنًا يَخْرُجُ
عَنِ الْعَادَةِ ، فَإِنْ لَمْ يُغْبَنَ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ ؛ لِلْخَبَرِ .
وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْبَائِعِ ، وَلَا ضَرَرَ مَعَ عَدَمِ
الْغَبْنِ ، وَالْحَدِيثُ يُحْمَلُ عَلَى هَذَا ، وَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ لَهُ الْخِيَارَ إِذَا هَبَطَ
الشُّوقَ يُفْهَمُ مِنْهُ الْإِشَارَةُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ بِالْغَبْنِ .

(١) سقط من : م .

(٢) في : باب تحريم تلقي الجلب ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٧/٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب التلقي ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٦/٧ . والدارمي ،
في : باب النهي عن تلقي البيوع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٥/٢ . والإمام أحمد ،
في : المسند ٤٨٨/٢ .

فإن خرج حاجة غير قصد التلّقى ، فقال القاضى : لا يجوز له الشراء ؛
لوجود معنى النهى . ويَحْتَمِلُ الجواز ؛ لعدم دُخُولِهِ فى الخبر .

والبيع للركبان كالشراء منهم ؛ لأنَّ النهى عن تلقّيهم لدفع الغبن ،
والشراء والبيع فيه واحد .

فصل : ويبع الحاضر للبادى هو أن يخرج الحاضر إلى جلاب السلع ،
فيقول : أنا أبيع لك . فهو حرام ؛ للخبر ، ولأنَّ فيه تضييقاً على المسلمين ؛
إذ لو ترك الجالب يبيع متاعه ، باعه برخص ، فإذا تولّاه الحاضر لم يبعه
برخص ، وقد أشار النبى ﷺ إلى ذلك بقوله : « لا يبيع ^(١) حاضر لباد ،
دعوا الناس يزرق الله بعضهم من بعض ^(٢) » . وعنه ، لا بأس به . وحمل
الخبر على أنه اختص بأول الإسلام ، لما كان عليهم من الضيق . والمذهب
الأول ؛ للخبر والمعنى .

قال أصحابنا : إنما يحرم بشروط خمسة ؛ أحدها ، أن يكون الحاضر ^(٣)

(١) فى س ٢ : « يبيع » .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم بيع الحاضر للبادى ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣ / ١١٥٧ . وأبو داود ، فى : باب فى النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢ / ٢٤٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا يبيع حاضر لباد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٣١ . والنسائى ، فى : باب بيع الحاضر للبادى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٢٥ . وابن ماجه ، فى : باب النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٠٧ ، ٣١٢ ، ٣٨٦ ، ٣٩٢ . كلهم من حديث جابر ، رضى الله عنه .

(٣) بعده فى م : « قد » .

قَصَدَ الْبَادِيَ لِيَتَوَلَّى ذَلِكَ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ الْبَادِيَ جَاهِلًا بِالسَّعْرِ ؛ [١٣٩و] لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِهِ ، فَهُوَ كَالْحَاضِرِ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ يَكُونَ جَلَبَ السِّلْعَةِ لِيَبِيعَهَا ، فَإِنْ جَلَبَهَا لِيَدَّخِرَهَا ، فَلَا ضَرَرَ عَلَى النَّاسِ فِي بَيْعِ الْحَاضِرِ لَهُ ^(١) . ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ هَذِهِ الثَّلَاثَةَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي شَرْطَيْنِ آخَرَيْنِ ^(٢) ؛ أَنْ يَقْصِدَ بَيْعَهَا بِسَعْرِ يَوْمِهَا ، وَيَتَضَرَّرَ النَّاسُ بِتَأْخِيرِ بَيْعِهِ . فَإِذَا اجْتَمَعَتْ هَذِهِ الشُّرُوطُ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ؛ لِلنَّهْيِ عَنْهُ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ عَنْهُ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ .

فَأَمَّا شِرَاءُ الْحَاضِرِ لِلْبَادِيَ ، فَصَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَيْقٌ ^(٣) عَلَى النَّاسِ فِيهِ ، وَإِذَا شُرِعَ مَا يُدْفَعُ بِهِ الضَّرَرُ ^(٤) عَنْ أَهْلِ الْمِضَرِّ ، لَا يَلْزَمُ شَرْعٌ مَا يَتَضَرَّرُ بِهِ أَهْلُ الْبَدْوِ ، فَإِنَّ الْخَلْقَ فِي نَظَرِ الشَّارِعِ عَلَى السَّوَاءِ .

فصل : وَأَمَّا الْبَيْعُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ ، فَهُوَ أَنْ يَقُولَ لِمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ : أَنَا أبيعُكَ مِثْلَهُ بِدُونِ هَذَا الثَّمَنِ . أَوْ : أَجُودُ مِنْهُ بِهَذَا الثَّمَنِ . فَيَفْسَخُ الْعَقْدَ ، وَيَشْتَرِي سِلْعَتَهُ ، فَيَحْرُمُ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلِأَنَّ فِيهِ إِفْسَادًا ^(٤) «وإنجاشاً» . وَإِنْ فَسَخَ الْبَيْعَ وَاشْتَرَى سِلْعَتَهُ ، فَالشُّرَاءُ بَاطِلٌ ؛ لِلنَّهْيِ عَنْهُ . وَشِرَاؤُهُ عَلَى شِرَاءِ أَخِيهِ ، كَبَيْعِهِ عَلَى بَيْعِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْبَيْعَ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ لِمَعْنَى فِي غَيْرِ الْعَقْدِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : «يضيق» .

(٣) في م : «الضرر» .

(٤ - ٤) في م : «وشبها بالنجش» .

فصل : فَأَمَّا سَوْمُهُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ ، فَيَنْظَرُ^(١) فِيهِ ؛ فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ
 أَنْعَمَ^(٢) لِلْمُشْتَرِي بِالْبَيْعِ^(٣) بِثَمَنِ مَعْلُومٍ ، حَرُمَ عَلَى غَيْرِهِ سَوْمُهُ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو
 هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَسُمُّ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ » . رَوَاهُ
 مُسْلِمٌ^(٤) . وَإِنْ لَمْ يُنْعَمْ^(٥) لَهُ ، جَازَ سَوْمُهَا ؛ لِمَا رَوَى أَنَسٌ أَنَّ رَجُلًا شَكََا إِلَى
 النَّبِيِّ ﷺ الشَّدَّةَ وَالْجَهْدَ ، فَقَالَ لَهُ : « مَا بَقِيَ لَكَ شَيْءٌ ؟ » . قَالَ : بَلَى ،
 قَدْخَ وَجِلْسٌ . فَأَتَاهُ بِهِمَا ، فَقَالَ : « مَنْ يَتَّبَعُهُمَا ؟ » . فَقَالَ رَجُلٌ : أَنَا
 أَتَّبَعُهُمَا بِدِرْهَمٍ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ ؟ » . فَأَعْطَاهُ
 رَجُلٌ دِرْهَمَيْنِ ، فَبَاعَهُمَا مِنْهُ^(٦) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَلِأَنَّ
 فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ ذَكَرَتْ لِلنَّبِيِّ ﷺ أَنَّ مُعَاوِيَةَ وَأَبَا جَهْمٍ خَطَبَاَهَا ، فَأَمَرَهَا
 أَنْ تَنْكِحَ أُسَامَةَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٧) .

(١) فِي م : « فَنَنْظُرُ » .

(٢) فِي ف : « أَيْبَرَمَ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي : بَابُ تَحْرِيمِ الْخُطْبَةِ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَأْذَنَ أَوْ يَتْرَكَ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ ، وَفِي : بَابُ
 تَحْرِيمِ بَيْعِ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ ... مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٠٣٣/٢ ، ١١٥٤/٣ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهٍ ، فِي : بَابِ لَا يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ ... مِنْ كِتَابِ التِّجَارَاتِ .
 سَنَنُ ابْنِ مَاجَهٍ ٧٣٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٢٧/٢ ، ٤٨٧ ، ٥١٦ .

(٥) فِي ف : « يِيرَمَ » .

(٦) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةٍ ٨ ، حَاشِيَةٍ ٤ .

(٧) الْحَدِيثُ لَيْسَ عِنْدَ الْبُخَارِيِّ . انْظُرْ : تَحْفَةُ الْأَشْرَافِ ٤٦٩/١٢ ، ٤٧٠ . وَالتَّلْخِيصُ الْحَبِيرُ ٣/١٥١ ، ١٦٥ .

وَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْمَطْلُوقَةِ ثَلَاثًا لَا نَفَقَةَ لَهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١١٤ - ١١٢٠ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ نَفَقَةِ الْمَبْتُوتَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ =

وإن ظَهَرَتْ منه أَمَارَةٌ^(١) الرِّضَا مِنْ غَيْرِ تَضَرُّيحٍ بِهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَحْرُمُ الْمُسَاوَمَةُ ؛ لَخَبَرِ فَاطِمَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَحْرُمَ ؛ لِعُمُومِ النَّهْيِ ، وَلَيْسَ فِي خَبَرِ فَاطِمَةَ أَمَارَةٌ عَلَى الرِّضَا .

فصل : فَأَمَّا يَتُّعُ الْعَيْنَةَ ، فَهُوَ أَنْ يَبِيعَ سِلْعَةً بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ ، ثُمَّ يَشْتَرِيهَا مِنْهُ بِأَقْلٍ مِنَ الثَّمَنِ حَالًا ، فَلَا يَجُوزُ ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدٌ^(٢) ، عَنْ غُنْدَرٍ ، عَنْ شُعْبَةَ ، عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ ، عَنْ امْرَأَتِهِ الْعَالِيَةِ بِنْتِ أَيْفَعَ بْنِ شَرْحِبِيلٍ ، قَالَتْ : دَخَلْتُ عَلَى عَائِشَةَ أَنَا وَأُمُّ وَلَدِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ ، فَقَالَتْ أُمُّ وَلَدِ زَيْدٍ : إِنِّي بَعْتُ غُلَامًا لِي^(٣) مِنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَى الْعَطَاءِ ، ثُمَّ اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ بِسِتِّمِائَةِ دِرْهَمٍ . فَقَالَتْ لَهَا : بِشَسْ مَا شَرَيْتَ وَبِشَسْ مَا اشْتَرَيْتَ ، أُبْلِغِي زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ أَنَّهُ قَدْ أَبْطَلَ جِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَّا أَنْ يَتُوبَ . وَلَا تَقُولُ مِثْلَ هَذَا إِلَّا تَوْقِيفًا ، سَمِعْتُهُ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ . وَلَأنَّ ذَلِكَ ذَرِيعَةٌ إِلَى الرِّبَا ؛ لِأَنَّهُ أَدْخَلَ السِّلْعَةَ لِيَسْتَبِيحَ يَتُّعُ أَلْفٍ بِخَمْسِمِائَةٍ ، وَالذَّرَائِعُ مُعْتَبَرَةٌ .

= ٥٣٢/١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ أَنْ لَا يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥/٧٢ ، ٧٣ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ تَزْوِجِ الْمَوْلَى الْعَرَبِيِّ ، وَبَابِ خُطْبَةِ الرَّجُلِ إِذَا تَرَكَ الْخَاطِبُ أَوْ أَذِنَ لَهُ ، وَبَابِ إِذَا اسْتَشَارَتِ الْمَرْأَةُ رَجُلًا فِي مَنْ يَخْطُبُهَا ... ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُجْتَبَى ٦/٥٢ ، ٦١ ، ٦٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ خُطْبَةِ الرَّجُلِ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢/١٣٥ ، ١٣٦ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي نَفَقَةِ الْمَطْلُوقَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَوْطَأُ ٢/٥٨١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٦/٣٧٣ ، ٤١١ - ٤١٣ ، ٤١٦ ، ٤١٧ .

(١) فِي م : « أَمَارَات » .

(٢) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٥/٣٣٠ ، ٣٣١ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

فإن اشترأها بسلعة، جاز؛ لأنه لا ربا بين الأثمان والعروض. وإن اشترأها بنقد غير الذي باعها به، فقال أصحابنا: يجوز^(١)؛ لأن التفاضل بينهما جائز. ويحتمل التحريم؛ لأن النساء بينهما محرّم. وإن اشترأها من غير المشتري، أو اشترأها أبو البائع أو ابنه، جاز.

وإن نقصت السلعة لتغير^(٢) صفتها، جاز لبائعها شراؤها بأقل من الثمن؛ لأن نقص الثمن لنقصان السلعة. وإن نقصت لتغير الشوق أو زادت، لم يجز شراؤها بأقل؛ لما ذكرناه.

فصل: فإن باعها بثمن حال نقده، ثم اشترأها بأكثر منه نسيئة، [١٣٩ظ] لم يجز. نص عليه؛ لأنه في معنى التي قبلها سواء.

فصل: وإن باع طعاما إلى أجل بثمن، فلما حلّ الأجل، أخذ منه بالثمن طعاما، لم يجز؛ لأنه ذريعة إلى بيع طعام بطعام نسيئة، فهو في معنى ما تقدّم.

و^(٣) كل شيئين حرم النساء فيهما، لم يجز أخذ أحدهما عن الآخر قبل قبض ثمنه. وقياس قول أصحابنا في مسألة العينة أنه يجوز هاتهما أخذ ما يجوز التفاضل بينه وبين الطعام المبيع.

فصل: من اشترى مكيلا أو مؤزونا، لم يجز له بيعه حتى يقبضه، في

(١) في س ٢: «لا يجوز».

(٢) سقط من: م.

(٣) في ف: «فعلى هذا».

ظاهر كلام أحمد، رحمه الله، والخرقى. وما عداهما يجوز بيعه قبل القبض؛ لقول النبي ﷺ: «مَنْ ابْتِاعَ طَعَامًا، فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ». وقال ابن عمر: رَأَيْتُ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ الطَّعَامَ مُجَازِفَةً يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَبِيعُوهُ حَتَّى يُؤْوَهُ إِلَى رِحَالِهِمْ. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا^(١). وهذا لَا يَخْلُو مِنْ كَوْنِهِ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا، والحديث يدلُّ بصريحه على مَنعِ بَيْعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وبمفهومه على جِلِّ بَيْعِ مَا عَدَاهُ. وعن أحمد، رحمه الله، أَنَّ الْمَنَعَ مِنَ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ يَخْتَصُّ الْمَطْعُومَ؛ لاختصاص الحديث به، وما لَيْسَ بِمَطْعُومٍ مِنَ الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ، يجوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ. وعنه، أَنَّ الْمَنَعَ يَخْتَصُّ مَا لَيْسَ بِمُتَعَيِّنٍ؛ ككَفِيرٍ مِنْ صُبْرَةٍ، وَرَطْلٍ زَيْتٍ مِنْ دَنْ.

وما يَبِيعُ صُبْرَةً أَوْ جِزَافًا، جَازَ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ. وهو قولُ القاضي وأصحابه؛ لأنَّه يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ^(٢)، بخلاف غيره. وعنه، أَنَّ كُلَّ مَبِيعٍ

(١) الأول أخرجه البخارى، فى: باب الكيل على البائع والمعطى، وباب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبيع ما ليس عندك، من كتاب البيوع. صحيح البخارى ٨٨/٣ - ٩٠. ومسلم، فى: باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، من كتاب البيوع. صحيح مسلم ١١٦١/٣.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢٥١/٢. والنسائى، فى: باب بيع الطعام قبل أن يستوفى، من كتاب البيوع. المجتبى ٢٥١/٧. وابن ماجه، فى: باب النهى عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٧٤٩/٢. والدارمى، فى: باب النهى عن بيع الطعام قبل القبض، من كتاب البيوع. سنن الدارمى ٢٥٣/٢. والإمام مالك، فى: باب العينة، وما يشبهها، من كتاب البيوع. الموطأ ٦٤٠/٢. والإمام أحمد، فى: المسند ٥٦/١، ٢٢/٢، ٥٩، ٦٣، ٧٣، ١٠٨، ١١١. كلهم من حديث ابن عمر.

والثانى تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥.

(٢) فى م: «توفيته».

لا يجوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلْعُ
 "حَيْثُ تُبْتَاغُ" حَتَّى يَحْوزَهَا التُّجَّارُ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ :
 أَحْسَبُ كُلَّ شَيْءٍ بِمَنْزِلَةِ الطَّعَامِ ^(٣) . وَلَأنَّهُ لَمْ يَتِمَّ مِلْكُهُ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ الْمِكِيلَ .
 وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ .

وَمَا يَبِيعُ بِصِفَةِ أَوْ بِرُؤْيَا مُتَقَدِّمَةٍ ، فَهُوَ كَالْمِكِيلِ ؛ لِأنَّهُ ^(٤) يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ
 تَوْفِيَةٍ ، فَأَشْبَهَ الْمِكِيلَ وَالْمَوْزُونَ .

وَمَا حَرَّمَ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ لِبَائِعِهِ ؛ لِعُمُومِ النَّهْيِ ، وَلَا
 الشَّرِكَةَ فِيهِ ؛ لِأنَّهُ يَبِيعُ لِبَعْضِهِ ، وَلَا التَّوْلِيَةَ ؛ لِأنَّهُ يَبِيعُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ . فَأَمَّا
 الثَّمَنُ فِي الذَّمَّةِ ، فَيَجُوزُ بَيْعُهُ لِمَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُصَمَرٍ قَالَ : كُنَّا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في : باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢/٢٥٣ .
 كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥/١٩١ .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبيع ما ليس عندك ، من كتاب
 البيوع . صحيح البخاري ٣/٨٩ ، ٩٠ . ومسلم ، في : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من
 كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٥٩ ، ١١٦٠ . وأبو داود ، في : باب في بيع الطعام قبل أن
 يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢/٢٥٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية
 بيع الطعام حتى يستوفيه ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٩١ . والنسائي ، في : باب
 بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٥١ . وابن ماجه ، في : باب النهي
 عن بيع الطعام قبل أن يقبض ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٩ . والإمام أحمد ،
 في : المسند ١/٢٢١ ، ٢٧٠ ، ٣٥٦ ، ٣٦٨ ، ٣٦٩ .

(٤) بعده في م : « لا » .

نَبِيْعُ الْإِبِلِ بِالْبَقِيْعِ^(١) بِالدَّرَاهِمِ ، فَتَأْخُذُ بَدَلَ الدَّرَاهِمِ الدَّنَانِيْرَ ، وَنَبِيْعُهَا^(٢) بِالدَّنَانِيْرِ ، فَتَأْخُذُ بَدَلَهَا الدَّرَاهِمَ ، فَسَأَلْنَا النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : « لَا بُأْسَ إِذَا تَفَرَّقْتُمَا^(٣) وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٤) . وَلَا يَجُوزُ يَبِيْعُهُ لْغَيْرِ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْجُوزٌ عَنْ تَسْلِيْمِهِ ، فَأُشْبِهَ يَبِيْعَ الْمَغْضُوبِ لْغَيْرِ غَاصِبِهِ .

وَمَا كَانَ مِنَ الدَّيْنِ مُسْتَقَرًّا ، كَالْقَرْضِ ، فَهُوَ كَالثَّمَنِ ، وَمَا كَانَ غَيْرَ مُسْتَقَرًّا ، كَالْمُسْلَمِ فِيهِ ، لَمْ يَجْزُ يَبِيْعُهُ بِحَالٍ ، لَا لِصَاحِبِهِ وَلَا لْغَيْرِهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ ، فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » . رَوَاهُ أَبُو

(١) فِي ف : « بِالْبَقِيْعِ » .

وَقَالَ الْحَافِظُ : الْبَقِيْعُ الْمَذْكُورُ بِالْبَاءِ الْمَوْحِدَةِ كَمَا وَقَعَ عِنْدَ الْبِيْهَقِيِّ : فِي بَقِيْعِ الْغُرْقَدِ . قَالَ النَّوَوِيُّ : وَلَمْ تَكُنْ كَثُرَتْ إِذْ ذَاكَ فِيهِ الْقُبُورُ . وَقَالَ ابْنُ بَاطِيْشَ : لَمْ أَرْ مِنْ ضَبْطِهِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ بِالنُّونِ . التَّلْخِيصُ الْحَبِيْرُ ٢٦ / ٣ .

(٢) فِي م : « نَبِيْعِ » .

(٣) فِي م : « افْتَرَقْتُمَا » .

(٤) فِي : بَابُ فِي اقْتِضَاءِ الذَّهَبِ مِنَ الْوَرَقِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢٢٤ / ٢ . كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الصَّرْفِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٥١ / ٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ يَبِيْعِ الْفِضَّةِ بِالذَّهَبِ وَيَبِيْعِ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ ، وَبَابِ أَخْذِ الْوَرَقِ مِنَ الذَّهَبِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٤٨ / ٧ ، ٢٤٩ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ اقْتِضَاءِ الذَّهَبِ مِنَ الْوَرَقِ وَالْوَرَقِ مِنَ الذَّهَبِ ، مِنْ كِتَابِ التِّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٧٦٠ / ٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ الرِّخْصَةِ فِي اقْتِضَاءِ الْوَرَقِ مِنَ الذَّهَبِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٥٩ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٣ / ٢ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ١٣٩ . وَهُوَ ضَعِيفٌ مَرْفُوعًا . انْظُرْ : التَّلْخِيصُ الْحَبِيْرُ ٢٥ / ٣ ، ٢٦ . وَالْإِرْوَاءُ ١٧٣ / ٥ - ١٧٥ .

فصل : وكلُّ عَقْدٍ يَنْفَسِخُ بِتَلَفِ عِوَضِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ؛ كَالِإِجَارَةِ ، وَالصُّلْحِ ، مُحْكُمُهُ حَكْمُ الْبَيْعِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَمَا لَا يَنْفَسِخُ ؛ كَالْخُلْعِ ، وَالْعَتَقِ عَلَى مَالٍ ، وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، جَازَ التَّصَرُّفُ فِي عِوَضِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، طَعَامًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ ، وَكَذَلِكَ أَرْضُ الْجِنَايَةِ ، وَقِيَمَةُ الْمُتْلَفِ ، وَالْمَمْلُوكُ بِإِزْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ أَوْ غَنِيمَةٍ ، إِذَا تَعَيَّنَ مِلْكُهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَوَهَّمُ غَرَرُ الْفَسْخِ بِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَجَازَ بَيْعُهُ ، كَالْوَدِيعَةِ .

وَالصَّدَاقُ كَذَلِكَ . قَالَ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِتَلَفِهِ ، فَهُوَ كِعِوَضِ الْخُلْعِ . وَقَالَ الشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : هُوَ كَالْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّهُ يُخْشَى رُجُوعُهُ بِانْفِسَاخِ النِّكَاحِ بِالرَّدَّةِ ، فَأُشْبِهَ الْمَبِيعَ .

فصل : وَقَبْضُ كُلِّ شَيْءٍ بِحَسَبِهِ ، الْمَكِيلُ الْمَبِيعُ مُكَايَلَةٌ قَبْضُهُ كَيْفُهُ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنِ اشْتَرَى طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٢) . وَإِنْ بَاعَ جِزَافًا ، فَقَبْضُهُ نَقْلُهُ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُثْمَرَ قَالَ : كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ [١٤٠هـ] مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافًا ، فَتَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ

(١) فى : باب السلف لا يحول ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٤٧/٢ .
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من أسلم فى شىء فلا يصرفه إلى غيره ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٦/٢ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٣٠/٦ . وقال : عطية العوفى لا يحتج به . وانظر : التلخيص الحبير ٢٥/٣ .

(٢) فى : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٢/٣ .

أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(١) . وَقَبْضُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ
وَالْجَوَاهِرِ بِالْيَدِ ، وَسَائِرُ مَا يُنْقَلُ قَبْضُهُ نَقْلُهُ . وَقَبْضُ الْحَيَوَانِ أَخْذُهُ بِرِمَامِهِ ، أَوْ
تَمْشِيَّتُهُ ^(٢) مِنْ مَكَانِهِ . وَمَا لَا يُنْقَلُ قَبْضُهُ التَّخْلِيَةُ بَيْنَ مُشْتَرِيهِ وَبَيْنَهُ ، لَا حَائِلَ
دُونَهُ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ مُطْلَقٌ فِي الشَّرْعِ ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ ،
كَالْإِحْيَاءِ وَالْإِحْرَازِ ، وَالْعَادَةُ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَعَنْهُ ، أَنَّ الْقَبْضَ فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ
بِالتَّخْلِيَةِ مَعَ التَّمْيِيزِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ فِيمَا لَا يُنْقَلُ ، فَكَانَ قَبْضًا فِي غَيْرِهِ .

فصل : وما يُعْتَبَرُ لَهُ الْقَبْضُ إِذَا تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، انْفُسَخَ الْعَقْدُ ، وَهُوَ
مِنْ مَالِ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ قَبْلَ تَمَامِ مِلْكِ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ ، فَأُشْبِهَ مَا تَلَفَ قَبْلَ
تَمَامِ الْبَيْعِ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ الْمُشْتَرِي ، اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الثَّمَنُ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِتَصَرُّفِهِ ،
فَاسْتَقَرَّ الثَّمَنُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ قَبْضَهُ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ ، لَمْ يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ ؛
لَأَنَّ لَهُ بَدَلًا يَرْجِعُ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ ، كَمَا لَوْ تَعَيَّبَ . وَيُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي
بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِغَيْرِ فِعْلِ الْمُشْتَرِي ،
أُشْبِهَ مَا لَوْ تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَبَيْنَ إِمْتَامِ الْعَقْدِ وَالرُّجُوعِ بَدَلَهُ ؛ لِأَنَّ
الْمِلْكَ لَهُ .

فَإِنْ أَتْلَفَهُ الْبَائِعُ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَنْطَلَّ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ إِذَا تَلَفَ فِي يَدِهِ
بِالثَّمَنِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَتْلَفَهُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : الْحُكْمُ فِيهِ حُكْمُ مَا لَوْ أَتْلَفَهُ
أَجْنَبِيٌّ . وَإِنْ تَعَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ بَيْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥ .

(٢) في الأصل ، س ١ : « بمشيته » ، وفي ف : « بمشيته » .

ضمان البائع .

فصل : إذا باع شاة بشعير ، فأكلته قبل قبضه ، ولم تكن ^(١) يد بائعها عليها ^(٢) ، انفسخ البيع ؛ لأن الثمن هلك قبل القبض بغير فعل آدمي . فإن كانت يده عليها ، فهو كإتلافه له ، وإن باعها مشتريها ثم هلك الشعير قبل قبضه ، انفسخ العقد الأول ، ولم يطل الثاني ؛ لأن ذلك كان قبل فسخ العقد ، وعلى بائعها الثاني قيمتها ؛ لأنه تعذر عليه ردّها . وهكذا إن كان بدله شقصا فأخذه الشفيع ، انفسخ البيع الأول ، وعلى المشتري رد ^(٣) قيمة الشقص ، ويأخذ من الشفيع قيمة الطعام ؛ لأنه الذي اشترى به الشقص .

فصل : وما لا يحتاج إلى قبض ، إذا تلف ، فهو من مال المشتري ؛ لما روى حمزة بن عبد الله ^(٤) ، عن أبيه ، قال : مضت السنة أن ما أذركته الصفقة حيا مجموعا ، فهو من مال المشتري . ذكره البخاري ^(٥) . وهذا ينصرف إلى سنة النبي ﷺ . إلا أن يمتنع البائع قبضه فيضمنه ^(٦) ؛ لأنه تلف تحت يد عادية ، أشبه ما ^(٦) تلف تحت يد الغاصب ، وسواء حبسه على قبض الثمن أو غيره ، إلا أن يكون قد اشترط عليه الرهن في البيع .

(١ - ١) في م : « في يد بائعها » .

(٢) سقط من : م .

(٣) بعده في م : « عن ابن عمر » .

(٤) تعليقا في : باب إذا اشترى متاعا أو دابة فوضعه عند البائع ... من كتاب البيوع . صحيح

البخاري ٩٠ / ٣ . ووصله الدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٥٤ / ٣ .

(٥) سقط من : م .

(٦) بعده في م : « لو » .

بَابُ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ

إذا باع ما يجوز بيعه وما لا يجوز^(١) صَفَقَةً وَاحِدَةً ؛ كَعَبْدٍ وَحُرٍّ ، وَخَلٍّ وَخَمْرٍ ، وَعَبْدِهِ وَعَبْدٍ غَيْرِهِ ، أَوْ دَارٍ لَهُ وَلِغَيْرِهِ ، ففِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَفَرُّقُ الصَّفَقَةِ ، فَتَجُوزُ فِيمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَتَبْطُلُ فِيمَا لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَهُ حُكْمٌ مُنْفَرِدٌ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا ، بَقِيََا عَلَى^(٢) حُكْمَيْهِمَا ، كَمَا لَوْ بَاعَ شَقْصًا وَسَيْفًا . وَالثَّانِيَةُ ، يَبْطُلُ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ وَاحِدٌ ، جَمَعَ حَلَالًا وَحَرَامًا ، فَبَطُلَ ، كَالْجَمْعِ^(٣) بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ فِيمَا يَجُوزُ فِيمَا يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ فِيهِ عَلَى الْأَجْزَاءِ ، كدَارٍ لَهُ وَلِغَيْرِهِ ، وَنَحْوِهَا ، وَالْقَفِيزَيْنِ الْمُتَسَاوَيْنَيْنِ ؛ [١٤٠ ظ] لِأَنَّ الثَّمَنَ فِيمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مَعْلُومٌ ، وَيَبْطُلُ الْعَقْدُ فِيمَا عَدَا هَذَا ، كَالْعَبْدَيْنِ ؛ لِأَنَّ ثَمَنَ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مَجْهُولٌ ، لَكُونِ^(٤) الثَّمَنِ يَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا بِالْقِيَمَةِ ، وَقِسْطُ الْحَلَالِ مِنْهُمَا^(٥) مَجْهُولٌ ، لَوْ صَرَّحَ بِهِ ، فَقَالَ : بِعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ . لَمْ يَصِحَّ ، فَكَذَا هَلْهُنَا . فَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ . وَعَلِمَ الْمُشْتَرِي الْحَالَ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛

(١) بعده في م : « بيعه » .

(٢) في م : « في » .

(٣) في ف : « كما لو جمع » .

(٤) في م : « ككون » .

(٥) في م : « فيهما » .

لأنَّه دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ، وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ بِحَالٍ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي
الْحَالَ، فَلَهُ الْخِيَارُ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

وَإِنْ اشْتَرَى مَعْلُومًا وَمَجْهُولًا، بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ مَا يَخْصُ الْمَعْلُومَ
مِنَ الثَّمَنِ مَجْهُولٌ. وَلَوْ بَاعَ قَفِيزَيْنِ مِنَ الْحَلَالِ بِثَمَنِ وَاحِدٍ، فَتَلَفَ
أَحَدَهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ، لَمْ يَنْقَسِحِ الْعَقْدُ فِي الْبَاقِي مِنْهُمَا، سَوَاءً كَانَا مِنْ
جِنْسٍ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ^(١) جِنْسَيْنِ؛ لِأَنَّ حُدُوثَ الْجَهْلِ بِثَمَنِ الْبَاقِي مِنْهُمَا لَا
يُوجِبُ جَهَالََةَ الْمَبِيعِ حَالَ الْعَقْدِ. قَالَ الْقَاضِي: وَيُثْبِتُ لِلْمُشْتَرِي خِيَارُ
الْفَسْخِ؛ لِتَفْرِيقِ^(٢) الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ، فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَهَا.

فصل: فَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ عَقْدَيْنِ مُخْتَلَفِي الْحُكْمِ، كَبَيْعٍ وَإِجَارَةٍ أَوْ
صَرَفٍ، بِعَوَضٍ وَاحِدٍ، صَحَّ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ اخْتِلَافَ حُكْمِ الْعَقْدَيْنِ لَا يَمْنَعُ
الصُّحَّةَ، كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ مَا فِيهِ شُفْعَةٌ وَمَا لَا شُفْعَةَ فِيهِ. وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ،
لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُمَا مُخْتَلِفٌ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ، فَبَطَلَ
فِيهِمَا، فَإِنَّ الْبَيْعَ فِيهِ خِيَارٌ، وَلَا يُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ فِيهِ فِي الْمَجْلِسِ، وَلَا
يَنْقَسِحُ الْعَقْدُ بِتَلَفِ الْمَبِيعِ، وَالصَّرْفُ يُشْتَرَطُ^(٣) لَهُ التَّقَابُضُ، وَيَنْقَسِحُ الْعَقْدُ
بِتَلَفِ الْعَيْنِ فِي الْإِجَارَةِ.

وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ نِكَاحٍ وَبَيْعٍ بِعَوَضٍ وَاحِدٍ، فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي

(١) زيادة من: الأصل.

(٢) في م: «لتفريق».

(٣) في م: «ويشترط».

وَبِعْتُكَ دَارِي بِمِائَةٍ^(١) . صَحَّ فِي النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْسُدُ بِفَسَادِ الْعَوَاضِ ،
وَفِي الْبَيْعِ وَجْهَانِ .

وَأِنْ جَمَعَ بَيْنَ بَيْعٍ وَكِتَابَةٍ ، فَقَالَ لِعَبْدِهِ^(٢) : بِعْتُكَ عَبْدِي هَذَا
وَكَاتَبْتُكَ بِمِائَةٍ . بَطُلَ الْبَيْعُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ عَبْدَهُ لِعَبْدِهِ ، فَلَمْ
يَصِحَّ ، كَبَيْعِهِ إِيَّاهُ مِنْ غَيْرِ كِتَابَةٍ . وَهَلْ تَبْطُلُ الْكِتَابَةُ ؟ تُخْرَجُ عَلَى
الرُّوَايَتَيْنِ فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ .

فصل : وَلَوْ بَاعَ^(٣) رَجُلَانِ عَبْدًا^(٤) لِهَما بَثْمَيْنِ وَاحِدٍ ،^(٥) صَحَّ ؛ لِأَنَّ
حِصَّةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الثَّمَنِ مَعْلُومَةٌ . وَلَوْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
قَفِيزٌ ، وَ^(٦) كَانَا مِنْ جَنْسٍ وَاحِدٍ^(٧) ، فَبَاعَاهُمَا^(٨) صَفَقَةً وَاحِدَةً ، صَحَّ ؛
لِذَلِكَ .

وَأِنْ كَانَ الْمَبِيعُ مِمَّا لَا يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَيْهِ ، مِثْلَ أَنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا عَبْدٌ ، فَبَاعَاهُمَا^(٩) صَفَقَةً وَاحِدَةً ، أَوْ وَكَلَا^(١٠) رَجُلًا فَبَاعَهُمَا ، أَوْ
وَكَلَّ أَحَدَهُمَا الْآخَرَ فَبَاعَهُمَا بَثْمَيْنِ وَاحِدٍ ،^(١١) لَمْ يَصِحَّ^(١٢) ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ

(١) فِي م : « بَالْف » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) فِي م : « أَوْ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، م : « فَبَاعَهُمَا » .

(٦) فِي م : « فَبَاعَهُمَا » .

(٧) فِي م : « وَكَلَّ » .

(٨ - ٨) فِي ف : « صَحَّ » .

منهما مَبِيعٌ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، ^(١) «فَلَمْ يَصِحَّ» ، كما لو ^(٢) «صَرَخَ بِهِ» .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ^(٣) ؛ بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ، أَوْ ^(٤) كما لو كَاتَبَ عَبْدَيْنِ
كِتَابَةً وَاحِدَةً بِعَوَضٍ وَاحِدٍ .

(١ - ١) فِي ف : «فَصَحَّ» .

(٢ - ٢) فِي م : «ضَرَبَهُ» .

(٣) فِي ف : «لَا يَصِحُّ» .

(٤) فِي الْأَصْل : «و» .

بَابُ الثُّنْيَا

إذا باع حائطًا واستثنى شجرةً بعينها، أو قطيعًا واستثنى شاةً بعينها، صحَّ؛ لأنَّ النبي ﷺ نهى عن الثُّنْيَا^(١) إلا أن تُعْلَمَ. قال التُّرْمِذِيُّ^(٢): هذا حديثٌ صحيحٌ. وهذه معلومةٌ. وإن استثنى شجرةً أو شاةً مُطْلَقَةً^(٣)، لم يصحَّ؛ للخبر. وإن استثنى أصعًا معلومةً، أو باع نخلةً واستثنى أوطالًا معلومةً، فعنه، أنَّه يصحَّ؛ للخبر. والمذهبُ أنَّه لا يصحَّ؛ لأنَّ المبيعَ إنما عُلمَ بالمُشَاهَدَةِ، والاستثناءُ يُغَيِّرُ حُكْمَ المُشَاهَدَةِ، فإنَّه لا يَدْرِي كم يَتَقَى في حُكْمِ المُشَاهَدَةِ.

ولو باعه الصُّبْرَةَ إِلَّا قَفِيزًا، لم يصحَّ؛ لذلك. ولو باعه قَفِيزًا مِنْ هذه الصُّبْرَةِ إِلَّا مَكُوكًا^(٤)، صحَّ؛ لأنَّ القَفِيزَ معلومٌ، والمَكُوكُ منه معلومٌ.

(١) الثنيا، بضم المثناة: كل ما استثنىته.

(٢) فى: باب ما جاء فى النهى عن الثنيا، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٢٩٠/٥.
كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى المخابرة، من كتاب البيوع. سنن أبى داود ٢٣٥/٢.
والنسائى، فى: باب النهى عن بيع الثنيا حتى تعلم، من كتاب البيوع. المجتبى ٢٦٠/٧.
وبدون زيادة: إلا أن تعلم. أخرجه مسلم، فى: باب النهى عن المحاقلة والمزابنة...، من كتاب البيوع. صحيح مسلم ١١٧٥/٣. والإمام أحمد، فى: المسند ٣١٣/٣، ٣٥٦، ٣٦٤.

(٣) فى الأصل، س ١، س ٢، ب، م: «يختارها».

(٤) المكوك: مكيال قديم، قيل: يسع صاعًا ونصفًا.

وإن باعه دارًا إلا ذراعًا، وهما يغلّمان ذراعانها^(١)، جاز، وكان مُشاعًا منها، وإلا لم يَجْزُ، كما لو باعه ذراعًا منها.

ولو باعه سَمْسِمًا إلا كُسْبَه، أو قُطْنًا إلا حَبَه، أو شاةً إلا شَحْمَهَا، أو فخذها، لم يَصِحَّ؛ لأنَّه [١٤١و] مَجْهُولٌ، فيَدْخُلُ في الْخَبَرِ. وإن اسْتَشْنَى حَمْلَهَا، فعنه، أنَّه^(٢) يَصِحُّ؛ لأنَّ ابنَ عُمَرَ أَعْتَقَ جَارِيَةً واسْتَشْنَى ما في بَطْنِهَا^(٣). وعنه، لا يَصِحُّ. وهو أَصَحُّ؛ لِلْخَبَرِ.

فإن باع جَارِيَةً حَامِلًا بِحُرٍّ، وَقُلْنَا: يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْحَمْلِ. صَحَّ هَلْهُنَا. وإن قُلْنَا: لا يَصِحُّ ثُمَّ. ففيه وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، لا يَصِحُّ؛ لأنَّه اسْتِثْنَاءٌ^(٤) في الْحَقِيقَةِ. والثاني، يَصِحُّ؛ لأنَّه قد يَقَعُ مُسْتَشْنَى بِالْشَّرْعِ ما لا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ بِالْشَّرْطِ، بِدَلِيلِ يَتَّبِعُ الْأَمَّةَ الْمَرْوُوجَةَ.

وإن باعَ حَيَوَانًا مَأْكُولًا واسْتَشْنَى رَأْسَهُ وَجِلْدَهُ وَسَوَاقِطَهُ، صَحَّ. نَصَّ عَلَيْهِ؛^(٥) «لأنَّه ثُنْيَا» مَعْلُومَةٌ، وقد رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حِينَ هَاجَرَ إِلَى الْمَدِينَةِ، مَرَّ بِرَاعٍ، فَذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ وَعَامِرُ بْنُ فُهَيْرَةَ، فَاشْتَرَيَا مِنْهُ^(٦) شاةً، وَشَرَطَا لَهُ سَلَبَهَا^(٧). فَإِنْ امْتَنَعَ الْمُشْتَرَى مِنْ ذَبْحِهَا، لَمْ يُجْبَرْ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ

(١) في م: «ذرعهما لها».

(٢) سقط من: م.

(٣) أخرجه ابن حزم في: المحلى ٣٨٢/٩.

(٤) في س ١، س ٢، ب: «استثناء»، وفي م: «استثناؤه».

(٥ - ٥) في م: «أنها أشياء».

(٦) سقط من: م.

(٧) أخرجه أبو داود، في: المراسيل ١٣٣.

ذلك ؛ لما رَوَى عن عليٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَضَى فِي رَجُلٍ اشْتَرَى نَاقَةً
وَشَرَطَ ثُنْيَاهَا ، فَقَالَ : اذْهَبُوا مَعَهُ إِلَى الشُّوقِ ، فَإِذَا بَلَغَتْ أَقْصَى ثَمَنِهَا ،
فَاعْطُوهُ حِسَابَ ثُنْيَاهَا مِنْ ثَمَنِهَا . وعن الشَّعْبِيِّ ^(١) قَالَ : قَضَى زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ
وَأَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَقَرَةٍ بَاعَهَا رَجُلٌ ، وَاشْتَرَطَ رَأْسَهَا
بِالشَّرْوَى . يَعْنِي أَنَّ يُعْطِيَهُ رَأْسًا مِثْلَ رَأْسٍ .

**فصل : وَمَنْ بَاعَ شَيْئًا وَاسْتَشْنَى مَنَفَعَتَهُ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، كَجَمَلٍ اشْتَرَطَ
رُكُوبَهُ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، وَدَارٍ اسْتَشْنَى سُكْنَاهَا شَهْرًا ، وَعَبْدٍ اسْتَشْنَى خِدْمَتَهُ
سَنَةً ، صَحَّ ؛** لما رَوَى جَابِرٌ أَنَّهُ بَاعَ النَّبِيُّ ﷺ جَمَلًا وَاشْتَرَطَ ظَهْرَهُ إِلَى
الْمَدِينَةِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . وَلَأنَّهَا ثُنْيَا مَعْلُومَةٌ ، فَتَدْخُلُ فِي خَبَرِ أَبِي هُرَيْرَةَ ^(٣) .
فَإِنْ عَرَضَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ عِوَضَهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ
بَعَيْنِهَا ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا . وَإِنْ أَرَادَ الْبَائِعُ إِجَارَتَهَا ^(٤) تِلْكَ الْمُدَّةُ ، فَقَالَ
ابْنُ عَقِيلٍ : يَصِحُّ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ نَفْعَهَا ، فَمَلَكَ إِجَارَتَهَا ،
كَالْمُسْتَأْجِرِ .

وَأِنْ أَتَلَفَ الْمُشْتَرِي الْعَيْنَ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَةُ الْمَنَفَعَةِ ؛ لِتَفْوِيتِهِ حَقَّ غَيْرِهِ ، وَإِنْ
تَلَفَ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فَكَلَامُ أَحْمَدَ يَقْتَضِي ذَلِكَ بَعُمُومِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا

(١) هو عامر بن شراحيل ، أبو عمرو ، الشعبي ، الإمام ، علامة العصر ، مولده في إمرة عمر بن الخطاب ، كان صاحب آثار ، توفي سنة أربع ومائة . سير أعلام النبلاء ٢٩٤/٤ - ٣١٩ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٧ .

(٣) هو من حديث جابر ، وتقدم تخريجه في صفحة ٥٣ .

(٤) بعده في الأصل : « في » .

يُضْمَنُ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يَمْلِكِ الْمَنْفَعَةَ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي ، فَلَمْ يُلْزَمَهُ عِوَضُهَا
لَهُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَتِ النَّخْلَةُ الْمَبِيعَةُ مُؤَبَّرَةً بِشَمَرَتِهَا ، وَالْحَائِطُ الَّذِي اسْتَشْتَى مِنْهُ
شَجَرَةٌ ، وَيُحْمَلُ كَلَامُ أَحْمَدَ عَلَى مَنْ فَرَّطَ . وَإِنْ بَاعَ الْمُشْتَرِي الْعَيْنَ ،
صَحَّ ، وَتَكُونُ الْمَنْفَعَةُ مُسْتَثْنَاةً فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ ؛
لَأَنَّهُ غَيْبٌ ، فَهُوَ كَالْتَزْوِيجِ فِي الْأَمَةِ .

وَمَنْ بَاعَ أَمَةً وَاسْتَشْتَى وَطَأَهَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ^(١) إِلَّا فِي تَزْوِيجٍ
أَوْ^(٢) مِلْكٍ يَمِينٍ .

وَمَنْ اسْتَشْتَى مُدَّةً غَيْرَ مَعْلُومَةٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِلْخَبَرِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَصَحَّ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « فِي » .

بَابُ الشُّرُوطِ فِي الْبَيْعِ

وهي على أَرْبَعَةِ أَصْرُبٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا هُوَ مِنْ ^(١) مُقْتَضَى الْبَيْعِ ، كَالْتَّسْلِيمِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، فَهَذَا لَا أَثَرَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ بَيَانٌ وَتَأْكِيدٌ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ .

الثَّانِي ، مَا هُوَ مِنْ مَصْلَحَتِهِ ؛ كَالْخِيَارِ ، وَالْأَجَلِ ، وَالرَّهْنِ ، وَالضَّمِينَ ، فَهَذَا شَرْطٌ صَحِيحٌ لِإِزْمٍ ، وَرَدَّ الشَّرْعُ بِهِ ، نَذَكْرُهُ فِي مَوَاضِعِهِ .

الثَّالِثُ ، شَرْطٌ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ؛ وَهُوَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا لَمْ يُبَيَّنْ عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ ، كَشَرْطِ أَنْ لَا يَمْلِكَ ، وَلَا يَتَصَرَّفَ ، وَلَا يُسَلِّمَ ، وَ^(٢) لَا يُعْتَقَ ، وَإِنْ ^(٣) أُعْتَقَ ، فَالْوَلَاءُ لَهُ ، أَوْ ^(٤) مَتَى نَفَقَ الْمَبِيعُ وَإِلَّا رَدَّهُ ، أَوْ إِنْ خَسِرَ فِيهِ فَعَلَى الْبَائِعِ ، فَهَذَا شَرْطٌ بَاطِلٌ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِعَائِشَةَ لَمَّا أَرَادَتْ شِرَاءَ بَرِيرَةَ ، فَاشْتَرَطَ أَهْلُهَا وَلَاءَهَا : [١٤١ ظ] « اشْتَرَيْهَا فَأَعْتِقِيهَا ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . ثُمَّ قَالَ : « مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) . وَهَلْ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في س ١ ، ب : « أَوْ » .

(٣) في س ١ : « أَوْ » .

(٤) في م : « وَ » .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب الصدقة على موالى أزواج النبي ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب إذا اشترط =

يَفْسُدُ الْبَيْعُ بِهِ^(١) ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَفْسُدُ ؛ لِحَدِيثِ بَرِيرَةَ .
وَالثَّانِيَةُ ، يَفْسُدُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا فَسَدَ الشَّرْطُ ، وَجَبَ رَدُّ مَا فِي مُقَابَلَتِهِ مِنْ

= شروطا في البيع لا تحل ، من كتاب البيوع ، وفي : باب إذا قال المكاتب : اشترى ، من كتاب المكاتب ، وفي : باب الشروط في البيع ، وباب ما يجوز من شروط المكاتب ، وباب الشروط في الولاء ، وباب المكاتب وما لا يحل من الشروط ، من كتاب الشروط ، وفي : باب الحرية تحت العبد ، من كتاب النكاح ، وفي : باب لا يكون بيع الأمة طلاقا ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب الأدم ، من كتاب الأطعمة ، وفي : باب إذا أعتق في الكفارة لمن يكون ولاؤه ، من كتاب الكفارات ، وفي : باب الولاء لمن أعتق وميراث اللقيط ، وباب ميراث السائبة ، وباب إذا أسلم على يديه ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ١/١٢٣ ، ٢/١٥٨ ، ٣/٩٦ ، ٢٠٠ ، ٢٤٨ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٩ ، ١١/٧ ، ٦١ ، ١٠٠ ، ٨/١٨٢ ، ١٩١ - ١٩٣ . ومسلم ، في : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢/١١٤١ - ١١٤٥ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الولاء ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٢/١١٤ ، ٣٤٧ . والترمذى ، في : باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٨/٢٨١ . والنسائي ، في : باب إذا تحولت الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب خيار الأمة ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها حر ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد ، وباب بيع المكاتب ، وباب المكاتب يباع قبل أن يقبض ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥/٨١ ، ٦/١٣٢ - ١٣٥ ، ٧/٢٦٤ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ . وابن ماجه ، في : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ١/٦٧١ ، ٢/٨٤٢ ، ٨٤٣ . والدارمى ، في : باب في تخيير الأمة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/١٦٩ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الخيار ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب مصير الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . الموطأ ٢/٥٦٢ ، ٧٨٠ ، ٧٨١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٢٨١ ، ٣٢١ ، ٢/٢٨ ، ١٠٠ ، ١١٣ ، ١٤٤ ، ١٥٣ ، ١٥٦ ، ٦/٣٣ ، ٤٢ ، ٤٦ ، ٨٢ ، ١٠٣ ، ١٢١ ، ١٣٥ ، ١٧٢ ، ١٧٥ ، ١٧٨ ، ١٨٠ ، ١٨٦ ، ١٩٠ ، ٢١٣ ، ٢٧٢ .

(١) سقط من : الأصل ، ف ، م .

الثَّمنِ ، وذلك مَجْهُولٌ ، فَيَصِيرُ الثَّمَنُ مَجْهُولًا .

النَّوعُ الثَّانِي ، أن يَشْتَرِيَهُ بِشَرْطٍ أَنْ يُعْتَقَهُ ، ففيه رَوَايَتَانِ ؛ إحداهما ، الشَّرْطُ فَاسِدٌ ؛ لَأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْبَيْعِ ، فَأُشْبِهَ مَا قَبْلَهُ . والثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ عَائِشَةَ اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ لَتُعْتَقَهَا ، فَأَجَازَهُ النَّبِيُّ ﷺ . فعلى هذا ، إِنْ امْتَنَعَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعِتْقِ أُجْبِرَ عَلَيْهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لَأَنَّهُ عِتْقٌ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ ، فَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ نَذَرَ عِتْقَهُ . والثَّانِي ، لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ^(١) ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَا يُوجِبُ فِعْلَ الْمَشْرُوطِ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ رَهْنًا أَوْ ضَمِينًا ، لَمْ يُجْبَرْ ، وَلَكِنْ يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ خِيَارُ الْفَسْخِ ، كَمَا شَرَطَ الرَّهْنُ . فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ ، رَجَعَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِمَا نَقَصَهُ شَرْطُ الْعِتْقِ ، وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ أَمَةً فَأُخْبِلَهَا ، أَعْتَقَهَا وَأَجْزَأَهُ ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ بَاقٍ فِيهَا .

الرَّابِعُ ، مَا لَا يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، وَلَا هُوَ مِنْ مَصْلَحَتِهِ ، وَهُوَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَشْتَرِطَ عَقْدًا آخَرَ ، مِثْلَ أَنْ يَبِيعَهُ بِشَرْطٍ أَنْ يَبِيعَهُ عَيْتًا أُخْرَى ، أَوْ يُؤْجِرَهُ ، أَوْ يُسَلِّفَهُ ، أَوْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ ، أَوْ يَسْتَسْلِفَ ، فَهَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ يَفْسُدُ الْعَقْدُ بِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَحِلُّ بَيْعٌ وَسَلَفٌ ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ ^(٢) : هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ . وَنَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي

(١) سقط من : م .

(٢) في : باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٤٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢ / ٢٥٤ . والنسائي ، في : باب سلف وبيع ، وباب شرطان في بيع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٥٩ . وابن ماجه ، في : باب النهى عن بيع ما ليس عندك ، وعن زرع ما =

يَبَيْعُهُ^(١) . وهذا منه . الثاني ، أن يَشْتَرِطَ الْمُشْتَرِي مَنَفَعَةَ الْبَائِعِ فِي الْمَبِيعِ ، فَيَصِحَّ إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً ، مِثْلَ أَنْ يَشْتَرِيَ ثَوْبًا وَيَشْتَرِطَ عَلَى بَائِعِهِ خِيَاطَتَهُ قَمِيصًا ، أَوْ فِلَعَةً^(٢) وَيَشْتَرِطَ حَذْوَهَا نَعْلًا ، أَوْ حَطْبًا وَيَشْتَرِطَ حَمْلَهُ ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ^(٣) اشْتَرَى مِنْ نَبِطِيٍّ جُرْزَةً^(٤) حَطْبٍ ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ حَمْلَهَا . وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ فَلَمْ يُنْكَرْ ، وَلِأَنَّهُ يَنْتَعُ وَإِجَارَةٌ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ عَبْدُهُ وَأَجَرَهُ دَارَهُ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ .

وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : إِنْ اشْتَرَطَ مُشْتَرِي الرُّطْبَةِ جَزْأَهَا عَلَى بَائِعِهَا ، بَطُلَ الْعَقْدُ . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُخَصَّ قَوْلُهُ بِهَذِهِ الصُّورَةِ وَشِبْهِهَا ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى التَّنَازُعِ ، فَإِنَّ الْبَائِعَ يُرِيدُ قَطْعَهَا مِنْ أَغْلَاهَا ، لِتَبْقَى لَهُ^(٥) مِنْهَا بَقِيَّةٌ ، وَالْمُشْتَرِي يُرِيدُ الِاسْتِقْصَاءَ عَلَيْهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعَدَّى حُكْمُهَا إِلَى كُلِّ عَقْدٍ

= لم يضمن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ ، ٧٣٨ . والدارمي ، في : باب في النهي عن شرطين في بيع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٧٩/٢ .

(١) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣٩/٥ . والنسائي ، في : باب بيعتين في بيعة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٠/٧ . والإمام مالك ، في : باب النهي عن بيعتين في بيعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٦٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٣٢/٢ ، ٤٧٥ ، ٥٠٣ .

(٢) الفلعة : القطعة من السنام . لسان العرب (ف ل ع) .

(٣) محمد بن مسلمة بن سلمة الأنصاري ، أبو عبد الله ، كان من أفضل الصحابة ، وهو أحد الثلاثة الذين قتلوا كعب بن الأشرف ، واستخلفه النبي ﷺ في بعض غزواته على المدينة ، توفي سنة اثنتين وأربعين . أسد الغابة ١١٢/٥ ، الإصابة ٣٣/٦ .

(٤) الجرزة : الحزمة .

(٥) سقط من : م .

شَرَطَ فِيهِ «مَنْفَعَةُ الْبَائِعِ»^(١) ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ عَقْدًا فِي عَقْدٍ ، فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَمْ أَجِدْ بِمَا قَالَ الْخِرَقِيُّ^(٢) رِوَايَةً فِي الْمَذْهَبِ ، وَالْمَذْهَبُ جَوَازُهُ .

فَإِنْ شَرَطَ شَرْطَيْنِ ، مِثْلَ أَنْ اشْتَرَطَ خِيَاطَةَ الثَّوْبِ وَقِصَارَتَهُ ، وَفِي الْحَطَبِ حَمْلَهُ وَتَكْسِيرَهُ ، أَوْ اشْتَرَطَ مَنْفَعَةَ الْبَائِعِ ، وَاشْتَرَطَ الْبَائِعُ مَنْفَعَةَ الْمَبِيعِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، فَسَدَ الْعَقْدُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ »^(٣) . وَإِنْ اشْتَرَطَ مَنْفَعَةً مَجْهُولَةً^(٤) ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى التَّنَازُعِ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ فِي الْمَبِيعِ^(٥) أَنَّهُ^(٦) إِنْ بَاعَهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ بِالثَّمَنِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطَانِ^(٧) فِي بَيْعٍ^(٨) ، لِأَنَّهُ شَرَطَ أَنْ يَبِيعَهُ إِتْيَاهُ^(٩) وَأَنْ يُعْطِيَهُ إِتْيَاهُ بِالثَّمَنِ ، وَلِأَنَّهُ شَرَطَ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ أَنْ لَا يَبِيعَهُ لغيره . وَالثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُزَوَّى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ اشْتَرَى أُمَّةً بِهَذَا الشَّرْطِ^(٨) . وَإِنْ قُلْنَا بِفَسَادِهِ ، فَهَلْ يَفْسُدُ بِهِ^(٦) الْبَيْعُ ؟ فِيهِ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٥٩ ، ٦٠ .

(٤) في م : « معلومة » .

(٥) في س ٢ ، ف ، م : « البيع » .

(٦) سقط من : م .

(٧ - ٧) في الأصل : « يبيع » .

(٨) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما يفعل في الوليدة إذا بيعت وفيها الشرط ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦١٦/٢ . والبيهقي ، في : باب الشرط الذي يفسد البيع ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٣٦/٥ .

فصل : وكلُّ موضعٍ فسَدَ العَقْدُ ، [١٤٢و] لم يَحْصُلْ به مِلْكٌ وإن قُبِضَ ؛ لأنَّه مَقْبُوضٌ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ، فَأُشْبِهَ ما لو كان الثَّمَنُ مَيْتَةً ، ولا يَنْفُذُ تَصَرُّفُ الْمُشْتَرَى فيه ، وعليه رَدُّه بِنَمَائِهِ الْمُتَفَصِّلِ وَالتَّصْلِي ، وَأُجْرَةُ مِثْلِهِ مُدَّةٌ مُقَامِهِ فِي يَدِهِ ، وَيُضْمَنُهُ إِنْ تَلَفَ أَوْ نَقَصَ بِمَا يَضْمَنُ بِهِ الْمَغْضُوبُ ؛ لأنَّه^(٢) مِلْكٌ غَيْرُهُ حَصَلَ فِي يَدَيْهِ^(٣) بغيرِ إِذْنِ الشَّرْعِ ، أَشْبِهَ الْمَغْضُوبُ . ولا حَدٌّ عَلَيْهِ إِنْ وَطِئَ ؛ لِلشُّبْهَةِ ، وعليه مَهْرٌ مِثْلِهَا ، وَأَرْشُ بَكَارَتِهَا إِنْ كَانَتْ بِكْرًا ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لأنَّه مِنْ وَطْءٍ شُبْهَةٍ ، وَيَلْحَقُ نَسَبُهُ بِهِ ؛ لذلك ، ولا تَصِيرُ بِهِ^(٤) الْجَارِيَةُ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْ فِي غَيْرِ مِلْكٍ .

وإن حَكَمْنَا بِفَسَادِ الشَّرْطِ وَحْدَهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَرْجِعُ الْمُشْتَرِطُ^(٥) بِمَا نَقَصَ ؛ لأنَّه إِنَّمَا سَمَحَ بِهِ لِأَجْلِ الشَّرْطِ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ رَجَعِ بِمَا سَمَحَ بِهِ .

فصل : ولا يَحِلُّ^(٦) الْبَيْعُ بَعْدَ النِّدَاءِ لِلْجُمُعَةِ قَبْلَ الصَّلَاةِ لِمَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ الْجُمُعَةُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَأْتِيَهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تُؤَدَّى لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ﴾^(٧) . فَإِنْ بَاعَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛

(١) فِي م : « وَجْهَان » .

(٢) فِي ف : « لَأَنَّ » .

(٣) فِي م : « يَدِهِ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) فِي م : « الْمُشْتَرَى » .

(٦) فِي م : « يَجُوز » .

(٧) سُورَةُ الْجُمُعَةِ ٩ .

لِلنَّهْي . وَيَجُوزُ ذَلِكَ لِمَنْ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ الْجُمُعَةُ ؛ لِأَنَّ الْخِطَابَ بِالسَّغْيِ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ ، فَكَذَلِكَ النَّهْي .

وَالنَّدَاءُ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ السَّغْيُ وَالنَّهْيُ هُوَ الثَّانِي الَّذِي يَكُونُ عِنْدَ صُغُودِ الْإِمَامِ الْمُنْتَبِرِ ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي كَانَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِهِ ، وَإِنَّمَا زَادَ الْأَوَّلَ عُثْمَانُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(١) .

وَفِي النِّكَاحِ وَالْإِجَارَةِ وَجِهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، حُكْمُهُمَا حُكْمُ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُمَا عَقْدَا مُعَاوَضَةٍ . وَالثَّانِي ، يَصِحَّاحَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِمَا ، وَلَيْسَا ^(٢) فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَكْثُرَانِ ، فَلَا تُؤَدَّى إِبَاحَتُهُمَا إِلَى تَرْكِ الْجُمُعَةِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ .

فصل : ولا يحلُّ التسعيرُ ؛ لما روى أنسُ قال : غلا السَّعْرُ على عهدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ ، فقالوا : يا رسولَ اللَّهِ ، قد غلا السَّعْرُ ، فسَعَّرْ لَنَا . فقال : « إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ » ^(٣) ، إِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ يَطْلُبُنِي ^(٤) بِمَظْلَمَةٍ » . قال التِّرْمِذِيُّ ^(٥) : هذا حديثٌ صحيحٌ .

(١) تقدم تخريجه في ٤٩٤ / ١ .

(٢) في م : « لَأَنَّهُمَا » .

(٣) في س ١ ، ب : « الرزاق » .

(٤) في الأصل : « أن يطالبني » .

(٥) في : باب ما جاء في التسعير ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥٣ / ٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في التسعير ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٤٤ / ٢ . وابن ماجه ، في : باب من كره أن يسعر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤١ / ٢ ، ٧٤٢ . والدارمي ، في : باب في النهي عن أن يسعر في المسلمين ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٤٩ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٥٦ / ٣ ، ٢٨٦ .

ولأنَّه ظُلِّمَ للبائع بإجباره على بيع سلعته بغير حقٍّ ، أو منعه من بيعها بما يتفق عليه المتعاقدان ، وهو من أسباب الغلاء ؛ لأنَّه يقطع الجلب ، ويمنع الناس من البيع فيرتفع السعر .

فصل : والاختكارُ مُحَرَّمٌ ؛ لما روى سعيد بن المسيَّب ، عن معمر بن عبد الله ، أنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « مَنْ اخْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ » . رواه مسلم ، وأبو داود^(١) .

والاختكارُ المحرَّمُ ما جَمَعَ أَرْبَعَةُ أَوْصَافٍ^(٢) ؛ أن يشتري قوتًا يضيقُ به على الناس في بلدٍ فيه ضيقٌ ، فأما الجالبُ فليس بمُختَكِرٍ ؛ لقول رسولِ الله ﷺ : « الجالبُ مَرْزُوقٌ ، والمُختَكِرُ مَلْعُونٌ »^(٣) . ولأنَّه لا ضررَ على الناس في جلبه . ومن استغلَّ من أرضه شيئًا فهو كالجالِبِ .

(١) أخرجه مسلم ، في : باب تحريم الاحتكار في الأقوات ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٧/٣ ، ١٢٢٨ . وأبو داود ، في : باب في النهي عن الحكرة ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٤٣/٢ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في الاحتكار ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٠/٥ . وابن ماجه ، في : باب الحكرة والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٢٨ . والدارمی ، في : باب في النهي عن الاحتكار ، من كتاب البيوع . سنن الدارمی ٢/٢٤٨ ، ٢٤٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٤٥٣ ، ٤٥٤ ، ٦/٤٠٠ .

(٢) في م : « أصناف » .

(٣) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الحكرة والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٢٨ . والدارمی ، في : باب النهي عن الاحتكار ، من كتاب البيوع . سنن الدارمی ٢/٢٤٩ . وعبد بن حميد ، في : المنتخب ١/٨٤ . والحديث إسناده ضعيف . انظر : مصباح الزجاجة ٢/١٦٣ .

ولا يُمنَع من اختِكارِ الزَّيْتِ ، وما ليس بقُوتٍ ؛ لأنَّ سعيدَ بنَ المُسيَّبِ
راوى الحديثِ كان يَحْتَكِرُ الزَّيْتِ^(١) .

وَمَنْ اشْتَرَى فِي حَالِ الرُّخْصِ عَلَى وَجْهِ لَا يُضَيِّقُ عَلَى أَحَدٍ ، فَلَيْسَ
بِمُحْتَكِرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ ، بَلْ رُبَّمَا كَانَ نَفْعًا .

فصل : وَيَنْعُ التَّلَجَّةُ هُوَ أَنْ يَخَافَ الرَّجُلُ ظَالِمًا يَأْخُذُ مَالَهُ ، فَيُؤَاطِي
رَجُلًا يُظْهِرُ بَيْعَهُ إِيَّاهُ ؛ لِيَحْتَمِيَ بِذَلِكَ ، وَلَا يُرِيدَانِ بَيْعًا حَقِيقِيًّا ،^(٢) فَلَا
يَصِحُّ^(٣) ؛ لِأَنَّهُمَا مَا قَصَدَاهُ ، فَهُوَ كَبَيْعِ الْمَكْرِهِ .

(١) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٨ / ٢٠٣ ، ٢٠٤ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٦ / ٥٨٢ .

(٢ - ٢) سقط من : ب ، م .

بَابُ الْخِيَارِ فِي الْبَيْعِ

[١٤٢ظ] وهو على ضَرْيَيْنِ؛ أَحَدُهُمَا، خِيَارُ الْمَجْلِسِ، فَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَبَايِعَيْنِ الْخِيَارُ فِي فسخِ الْبَيْعِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا^(١) بِأُبْدَانِهِمَا؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢). وَالتَّفَرُّقُ أَنْ يَمْشِيَ أَحَدُهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ بِحَيْثُ إِذَا كَلَّمَهُ الْكَلَامَ الْمُعْتَادَ فِي الْمَجْلِسِ لَا يَسْمَعُهُ؛ لِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا بَايَعَ^(٣) رَجُلًا، فَأَرَادَ أَنْ لَا يُقِيلَهُ مَشَى هُنَيْهَةً، ثُمَّ

(١) فِي م: «يَتَفَرَّقَا».

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ، فِي: بَابِ كَمْ يَجُوزُ الْخِيَارُ، وَبَابِ إِذَا لَمْ يَوْقْتَ فِي الْخِيَارِ، وَبَابِ إِذَا خِيرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ...، وَبَابِ إِذَا كَانَ الْبَائِعُ بِالْخِيَارِ فَهَلْ يَجُوزُ الْبَيْعُ، وَبَابِ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا فَوَهَبَ مِنْهُ سَاعَتَهُ...، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ. صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٨٣/٣، ٨٤. وَمُسْلِمٌ، فِي: بَابِ ثُبُوتِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ لِلْمُتَبَايِعِينَ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ. صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٦٣/٣، ١١٦٤. كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ فِي خِيَارِ الْمُتَبَايِعِينَ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ. سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٤٤، ٢٤٥. وَالتِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ مَا جَاءَ فِي الْبَيْعِينَ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ. عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥/٢٥٤. وَالنَّسَائِيُّ، فِي: بَابِ وَجُوبِ الْخِيَارِ لِلْمُتَبَايِعِينَ قَبْلَ افْتِرَاقِهِمَا، وَبَابِ ذِكْرِ الْاِخْتِلَافِ عَلَى نَافِعٍ فِي لَفْظِ حَدِيثِهِ، وَبَابِ ذِكْرِ الْاِخْتِلَافِ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ فِي لَفْظِ هَذَا الْحَدِيثِ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ. الْمُجْتَبَى ٢١٧/٧ - ٢٢٠. وَابْنُ مَاجَةَ، فِي: بَابِ الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ. سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٧٣٦/٢. وَالْإِمَامُ مَالِكٌ، فِي: بَابِ بَيْعِ الْخِيَارِ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ. الْمُوطَأُ ٦٧١/٢. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدُ ٥٦/١، ٩/٢، ٧٣. كُلُّهُمْ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ.

(٣) فِي م: «بَاعَ».

رَجَعَ^(١). وهو راوى الحديث، وأُغْلِمَ بِمَعْنَاهُ. ولأنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بالتَّفَرُّقِ مُطْلَقًا، فَوَجِبَ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى التَّفَرُّقِ الْمَعْهُودِ، وهو يَحْصُلُ بِمَا ذَكَرْنَا. فإن لم يَتَفَرَّقَا بَلِ يُنَى بَيْنَهُمَا حَاجِزٌ، أو أُزْحِي بَيْنَهُمَا سِتْرٌ أو نَحْوُهُ، أو^(٢) نَامَا، أو قَامَا عَنْ مَجْلِسِهِمَا، فَمَشْيَا مَعًا، فهما عَلَى خِيَارِهِمَا؛ لَأَنَّهُمَا لَمْ يَتَفَرَّقَا. وَإِنْ فَرَّ أَحَدُهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ، بَطَلَ خِيَارُهُمَا؛ لِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ كَانَ يُفَارِقُ صَاحِبَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، وَلِأَنَّ الرِّضَا فِي الْفُرْقَةِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، كَمَا لَا يُعْتَبَرُ الرِّضَا فِي الْفَسْخِ.

وإن أُكْرِهَا عَلَى التَّفَرُّقِ، ففيه وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، يَبْطُلُ الْخِيَارُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ الرِّضَا مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ، فَكَذَلِكَ مِنْهُمَا. والثَّانِي، لَا يَبْطُلُ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى يَلْزَمُ بِهِ الْبَيْعُ، فَلَا يَلْزَمُ بِهِ مَعَ الْإِكْرَاهِ، كَالْتَّخَايُرِ. فعلى هَذَا، يَكُونُ الْخِيَارُ لِهَمَا فِي الْمَجْلِسِ الَّذِي زَالَ عَنْهُمَا الْإِكْرَاهُ فِيهِ حَتَّى يَتَفَارَقَا. فَإِنْ أُكْرِهَ أَحَدُهُمَا، بَطَلَ خِيَارُ الْآخَرِ، كَمَا لَوْ هَرَبَ مِنْهُ. وَلِلْمُكْرَهِ الْخِيَارُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

فصل: فَإِنْ تَبَايَعَا عَلَى أَنْ لَا خِيَارَ بَيْنَهُمَا، أَوْ قَالَا^(٣) «بَعْدَ الْبَيْعِ»:
اخْتَرْنَا إِمْضَاءَ الْعَقْدِ.^(٤) أَوْ: أَجْزَنَّا^(٥) الْعَقْدَ. ففيه رَوَايَتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، هُمَا

(١) بهذا اللفظ أخرجه مسلم، في: باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، من كتاب البيوع. صحيح مسلم ١١٦٤/٣.

وانظر: صحيح البخارى ٨٣/٣. وعارضة الأحوذى ٢٥٤/٥. المجتبى ٢١٩/٧.

(٢) فى الأصل: «بحيث لو».

(٣ - ٣) سقط من: م.

(٤ - ٤) فى س ١، س ٢: «أو اخترنا».

على خيارهما؛ لعموم الخبر. والثانية، لا خيار لهما؛ لما روى أن النبي ﷺ قال: «البَّيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَخِيَّرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِنْ خَيَّرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ، فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ». وفي لفظ: «الْمُتَبَايَعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ كَانَ عَلَى خِيَارٍ، فَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ عَنْ^(١) خِيَارٍ فَقَدْ^(٢)، وَجَبَ الْبَيْعُ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا^(٣). وفي لفظ: «أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لَصَاحِبِهِ: اخْتَرْ». رواه البخاري^(٤). وهذه زيادة يجب قبولها.

فإن قال أحدهما لصاحبه: اختر. فسكت، فخيار الساكت بحاله؛ لأنه لم يوجد منه ما يُبطله^(٥). وفي خيار القائل وجهان؛ أحدهما، يبطل؛ للخبر، ولأنه جعل الخيار لغيره، فلم يبق له شيء. والثاني، لا يبطل، كما لو قال لزوجته: اختاري. فسكت، لم يبطل خياره في الطلاق.

(١) في م: «على».

(٢) سقط من: م.

(٣) في م: «عليه».

وانظر للفظ الأول صحيح البخاري ٨٣/٣. وصحيح مسلم ١١٦٣/٣. والمجتبى ٢١٩/٧. وسنن ابن ماجه ٧٣٦/٢. والمسند ١٩/٢.

واللفظ الثاني أخرجه النسائي فقط، في: الموضع السابق. وانظر إرواء الغليل ١٥٣/٥، ١٥٤.

(٤ - ٤) سقط من: الأصل.

(٥) في: باب إذا لم يوقت في الخيار... من كتاب البيوع. صحيح البخاري ٨٤/٣. كما أخرجه أبو داود، في: باب في خيار المتبايعين، من كتاب الإجارة. سنن أبي داود ٢/٢٤٥. والنسائي، في: الموضع السابق. والإمام أحمد، في: المسند ٤/٢، ٧٣.

فصل : وَيُثْبِتُ خِيَارُ الْمَجْلِسِ فِي كُلِّ بَيْعٍ ؛ لِلخَبَرِ ، وَلأنَّه شُرِعَ لِلنَّظَرِ فِي الحَظِّ ، وَهَذَا يُوجَدُ فِي كُلِّ بَيْعٍ . وَعنه ، لَا يُثْبِتُ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ ، وَمَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ ؛ لأنَّه لَا يُثْبِتُ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ .

فصل : الضَّرْبُ الثَّانِي ، خِيَارُ الشَّرْطِ ؛ نَحْوُ أَنْ يَشْتَرِطَ^(١) الخِيَارَ فِي البَيْعِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، فَيَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ ، وَيُثْبِتُ فِيهَا^(٢) يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ مِنَ الْمُدَّةِ الْمَعْلُومَةِ ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى ثَلَاثٍ ؛ لأنَّه حَقٌّ يَعْتَمِدُ الشَّرْطُ ، فَجَازَ ذَلِكَ فِيهِ ، كَالْأَجَلِ . وَيَجُوزُ شَرْطُهُ لِأَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، وَلِأَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنْ صَاحِبِهِ ؛ لأنَّه ثَبِتَ بِشَرْطِهِمَا ، فَكَانَ عَلَى حَسْبِهِ . وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، وَشَرَطَ الخِيَارَ فِي أَحَدِهِمَا بَعِيْتِهِ ، صَحَّ . وَإِنْ شَرَطَهُ فِي غَيْرِ مُعَيَّنٍ مِنْهُمَا ، أَوْ لِأَحَدِ الْمُتَبَايعَيْنِ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ .

وَإِنْ شَرَطَ الخِيَارَ لِأَجْنَبِيٍّ ، صَحَّ ، وَكَانَ مُشْتَرِطًا لِنَفْسِهِ مُوَكَلاً لِغَيْرِهِ فِيهِ^(٣) ؛ لأنَّه أَمَكَنَ تَصْحِيحُوحَهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، فَتَعَيَّنَ . وَلِمُشْتَرِطِ الخِيَارِ^(٤) الْفَسْخُ بِغَيْرِ رِضَا الْأَجْنَبِيِّ ، وَلِلْأَجْنَبِيِّ الْفَسْخُ ، إِلَّا أَنْ يَغْزِلَهُ الْمُشْتَرِطُ ، وَلَوْ شَرَطَ الخِيَارَ لِلْعَبْدِ الْمَبِيعِ ، صَحَّ ؛ لأنَّه كَالْأَجْنَبِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ جَعَلَ الْأَجْنَبِيُّ وَكِيلًا فِيهِ ، صَحَّ ، وَإِنْ أَطْلَقَ الخِيَارَ لِفُلَانٍ ، أَوْ قَالَ : هُوَ لِفُلَانٍ

(١) فِي س ١ ، س ٢ ، ف ، م : « يَشْتَرِطُ » .

(٢) فِي م : « مَا » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) بَعْدَهُ فِي ف : « لِغَيْرِهِ فَلَهُ » .

دُونِي . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الخيارَ جُعِلَ [١٤٣] لِتَحْصِيلِ الحَظِّ لِلْمُتَعَاقِدَيْنِ
بِنَظَرِهِمَا ، فلا يكونُ لمن لا حَظَّ له . وإن كان العاقدُ ^(١) وَكِيلًا ، فَشَرَطَ
الخيارَ للمالكِ ، صَحَّ ؛ لأنَّ الحَظَّ له . وإن جعله للأجنبيِّ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه
ليس له توكيلُ غيره . وإن شرطه لنفسه ، صَحَّ ؛ لأنَّ له النَّظَرَ في تَحْصِيلِ
الحَظِّ .

وإن قال : بِعُتِكَ على أن أَسْتَأْمِرَ فُلَانًا . في مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، صَحَّ ، وله
الْفَسْخُ قَبْلَ اسْتِثْمَارِهِ ^(٢) ؛ لأنَّ ذلك كِنَايَةٌ عن الخيارِ . وإن لم يَجْعَلْ له مُدَّةً
مَعْلُومَةً ، فهو كَالْخِيَارِ الْمَجْهُولِ .

فصل : إذا شَرَطَ الخيارَ إلى طُلُوعِ الشَّمْسِ أو غُرُوبِهَا ، أو إلى الغَدِ ، أو
إلى ^(٣) الليلِ ، صَحَّ ؛ لأنَّه وقتٌ مَعْلُومٌ ، ولا يَدْخُلُ الغَدُ ولا الليلُ في مُدَّةٍ
الخيارِ ؛ لأنَّ « إلى » لِلْغَايَةِ ، وَمَوْضُوعُهَا لِفَرَاغِ الشَّيْءِ وانْتِهَائِهِ . وإن شرطاه
ثَلَاثًا ، أو سَاعَاتٍ مَعْلُومَةً ، فائْتِدَاءُ مُدَّتِهِ مِنْ حِينَ ^(٤) الْعَقْدِ ؛ لَأَنَّهَا مُدَّةٌ
مُلْحَقَةٌ بِالْعَقْدِ ، فَكَانَ بَدْؤُهَا مِنْهُ ، كَالْأَجْلِ ^(٥) ، ولأنَّ جَعْلَهُ مِنْ حِينَ التَّفَرُّقِ
يُقْضَى إِلَى جِهَالَتِهِ ؛ لأنَّه لا يُدْرَى متى يَفْتَرِقَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ بَدْءُ
مُدَّتِهِ مِنْ حِينَ ^(٤) التَّفَرُّقِ ؛ لأنَّ الخيارَ ثَابِتٌ فِي الْمَجْلِسِ مُحْكَمًا ، فلا حَاجَةَ

(١) في ف ، م : « المعاهد » .

(٢) في الأصل : « استجاره » .

(٣) سقط من : س ٢ ، ف ، ب .

(٤) زيادة من : م .

(٥) سقط من : م .

إلى إثباته بالشَّرْطِ . فعلى هذا ، إن جعلاً بَدْأَهُ مِنَ الْعَقْدِ ، صَحَّ ؛ لَأَنَّ بَدَايَتَهُ
وَنِهَائَتَهُ مَعْلُومَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لَأَنَّ ثُبُوتَ الْخِيَارِ بِالْمَجْلِسِ يَمْنَعُ ثُبُوتَهُ
بِغَيْرِهِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لَوْ جَعَلَ بَدْأَهُ مِنَ التَّفَرُّقِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لَجَهَالَتِهِ .

فصل : فإن شَرَطَا خِيَارًا مَجْهُولًا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لَأَنَّهَا مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ
بِالْعَقْدِ ، فَلَمْ «تَصِحَّ مَجْهُولَةً»^(١) ، كَالْتَأْجِيلِ . وَهَلْ يَفْسُدُ الْعَقْدُ بِهِ ؟ عَلَى
رِوَايَتَيْنِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَصِحُّ مَجْهُولًا ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : «الْمُؤْمِنُونَ عَلَى»^(٢)
شُرُوطِهِمْ» . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٣) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . فعلى هذا ،
إِنْ كَانَ الْخِيَارُ مُطْلَقًا ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : لَكَ الْخِيَارُ^(٤) مَتَى شِئْتَ . أَوْ : إِلَى
الْأَبَدِ . فَهُمَا عَلَى خِيَارِهِمَا أَبَدًا أَوْ يَقْطَعَاهُ . وَإِنْ قَالَ : إِلَى أَنْ يَقْدَمَ زَيْدٌ .
أَوْ : يَنْزِلَ الْمَطَرُ . ثَبَتَ الْخِيَارُ إِلَى زَمَنِ اشْتِرَاطِهِ ، أَوْ يَقْطَعَاهُ قَبْلَهُ .

وَإِنْ شَرَطَاهُ إِلَى الْحَصَادِ ، أَوْ^(٥) الْجَذَازِ^(٦) ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ

(١ - ١) فِي م : «يَصِحُّ مَجْهُولَةً» .

(٢) فِي س ٢ ، ف ، م : «عِنْدَ» .

(٣) فِي : بَابُ مَا ذَكَرَ فِي الصَّلَاحِ بَيْنَ النَّاسِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٠٤ / ٦ .
كَمَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ مُعَلَّقًا ، فِي : بَابِ أَجْرِ السَّمْسَرَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . صَحِيحُ
الْبُخَارِيِّ ١٢٠ / ٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الصَّلَاحِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢ /
٢٧٣ . وَعِنْدَهُمْ بَلْفَظٌ : «الْمُسْلِمُونَ» .

وَبَلْفَظٌ : «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» . أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمُصَنَّفِ ٥٦٨ / ٦ . عَنْ
عَطَاءٍ مَرْسَلًا . وَذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ ، فِي : التَّمْهِيدِ ١١٧ / ٧ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : «و» .

(٦) فِي س ١ ، ب : «الْجَدَادِ» .

مَجْهُولٌ ؛ لِأَنَّ زَمَنَ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ ، فَيَكُونُ كَقُدُومِ زَيْدٍ . وَالثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ الْحَصَادِ تَتَقَارَبُ فِي الْعَادَةِ فِي الْبَلَدِ الْوَاحِدِ ، فَغُفِيَ عَنِ الْاِخْتِلَافِ فِيهِ . وَإِنْ شَرَطَهُ ^(١) إِلَى الْعَطَاءِ ، يُرِيدُ وَقْتَ الْعَطَاءِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ ، وَإِنْ أَرَادَ نَفْسَ الْعَطَاءِ ، فَهُوَ مَجْهُولٌ ؛ لِأَنَّهُ يَتَقَدَّمُ وَيَتَأَخَّرُ .

وَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ شَهْرًا ؛ يَوْمًا يَثْبُتُ وَيَوْمًا لَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَثْبُتُ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ يَلِي الْعَقْدَ ، وَيَنْتَظِلُ فِيهِمَا بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَزِمَ ، لَمْ يَعُدْ إِلَى الْجَوَازِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْتَظِلَ الشَّرْطُ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ وَاحِدٌ ، فَإِذَا فَسَدَ فِي الْبَعْضِ ، فَسَدَ فِي الْكُلِّ .

فصل : وَلَمَنْ لَهُ الْخِيَارُ الْفَسْخُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ صَاحِبِهِ ، وَلَا رِضَاهُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جُعِلَ إِلَى اخْتِيَارِهِ ، فَجَازَ مَعَ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ وَسَخِطُهُ ، كَالطَّلَاقِ . وَمَتَى انْقَضَتْ مُدَّتُهُ قَبْلَ الْفَسْخِ ، لَزِمَ الْعَقْدُ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بِالْعَقْدِ ، فَبَطَلَتْ بِانْتِهَائِهَا ، كَالْأَجَلِ .

وَيَنْتَظِلُ الْخِيَارُ بِالتَّخَايُرِ ، كَمَا يَنْتَظِلُ خِيَارُ الْمَجْلِسِ بِهِ ، وَلَوْ أُلْحِقَ بِالْعَقْدِ خِيَارًا بَعْدَ لُزُومِهِ ، لَمْ يُلْحَقْهُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ ، فَلَمْ يَصِرْ جَائِزًا بِقَوْلِهِمَا ، كَالنِّكَاحِ . وَإِنْ فَعَلَا ذَلِكَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، جَازٌ ؛ لِأَنَّهُ جَائِزٌ ، فَجَازَ إِبْتِقَاؤُهُ عَلَى جَوَازِهِ .

فصل : وَيَنْتَقِلُ الْمِلْكُ إِلَى الْمُشْتَرِي فِي بَيْعِ ^(٢) الْخِيَارِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ .

(١) فِي ف : « شَرَطَاه » .

(٢) فِي ف : « مُدَّة » .

وعنه ، لا يَنْتَقِلُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَائِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ قَاصِرٌ لَا يُفِيدُ التَّصَرُّفَ ، فَلَمْ يَنْقُلِ الْمِلْكَ ، كَالْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ سَبَبٌ لِنَقْلِ الْمِلْكِ ، فَتُقِلَّ عَقِيبُهُ ، كَالْمُطْلَقِ ، وَلِأَنَّهُ تَمْلِكٌ ، فَأُشْبِهَ الْمُطْلَقَ ، وَلَيْسَ مَنَعُ التَّصَرُّفِ لِقُصُورِ السَّبَبِ ، بَلْ لَتَعَلُّقِ حَقِّ [١٤٣ ظ] الْبَائِعِ بِالْمَبِيعِ .

وَمَا يَخْصُلُ مِنْ غَلَّةِ الْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ وَ^(١) نَمَائِهِ الْمُتَفَصِّلِ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ، سِوَاءَ فسخِ الْعَقْدِ أَوْ أَمْضِيَاهُ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِهِ الدَّاخِلِ فِي ضَمَانِهِ ،^(٢) وَلِأَنَّهُ مِنْ ضَمَانِهِ^(٣) ، فَيَدْخُلُ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ »^(٤) . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ، هُوَ لِلْبَائِعِ ، وَالْحُكْمُ فِي ضَمَانِهِ كَالْحُكْمِ فِي ضَمَانِ الْمَبِيعِ الْمُطْلَقِ .

فصل : وَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنَ الْمُتَبَايِعَيْنِ التَّصَرُّفُ فِي الْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمِلْكٍ لِلْبَائِعِ فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ ، وَلَا انْقَطَعَتْ عَنْهُ عِلَاقَتُهُ فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ الْمُشْتَرِي ، فَإِنْ تَصَرَّفَا بغيرِ الْعِتْقِ ، لَمْ يَنْقُذْ تَصَرُّفُهُمَا لَذَلِكَ . وَعَنْهُ فِي تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي ، أَنَّهُ مَوْقُوفٌ ؛ إِنْ فسخَ الْبَائِعُ ، بَطَلَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ ،

(١) فِي م : « أَوْ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي مَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَاسْتَعْمَلَهُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عِيًّا ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٥٤ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَنْ يَشْتَرِي الْعَبْدَ فَيَسْتَغْلَهُ ثُمَّ يَجِدُ بِهِ عِيًّا ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ٢٨٥ ، ٢٨٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْخَرَجِ بِالضَّمَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٧ / ٢٢٣ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْخَرَجِ بِالضَّمَانِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٢ / ٧٥٤ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٦ / ٤٩ ، ١٦١ ، ٢٣٧ ، ٢٠٨ .

صَحَّ ؛ لَعَدَمِ الْمُبْطِلِ لَهُ . ذَكَرَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَإِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ ، صَحَّ لَذَلِكَ .

وَإِنْ أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي الْعَبْدَ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ مِنْ مَالِكٍ تَامَ الْمِلْكِ ، جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، فَنَفَذَ كَمَا بَعْدَ الْمُدَّةِ . فَإِنْ قُلْنَا : الْمِلْكُ لِلْبَائِعِ . نَفَذَ عَتَقُهُ . وَلَا يَنْفُذُ عَتَقُ مَنْ لَا مِلْكَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ مِنْ غَيْرِ مَالِكٍ ، فَأُشْبِهَ الْأَجْنَبِيَّ .

وَفِي الْوَقْفِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ كَالْعَتَقِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ يُنْطَلُ الشُّفْعَةُ^(١) . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَنَّى عَلَى التَّغْلِيْبِ ، وَلَا يَشْرَى إِلَى مِلْكٍ الْغَيْرِ ، أُشْبِهَ الْبَيْعَ .

فصل : وَإِنْ وَطِئَ الْمُشْتَرِي الْجَارِيَةَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا مَهْرَ ، فَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَلَا تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ، وَتَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ مَمْلُوكَتَهُ . وَإِنْ وَطِئَ الْبَائِعُ فَعَلِيهِ الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ فِي غَيْرِ مِلْكٍ . وَإِنْ عَلِمَ التَّحْرِيمَ ، فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ^(٢) لَا يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ، كَمَا^(٣) « لَوْ وَطِئَ » بَعْدَ الْمُدَّةِ . وَإِنْ جَهِلَ التَّحْرِيمَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَوَلَدُهُ أَخْرَازٌ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُمْ يَوْمَ الْوِلَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقَدُ أَنَّهُ يُخْبِلُهَا فِي مِلْكِهِ ، فَأُشْبِهَ الْمَغْرُورَ مِنْ أُمَةٍ ، وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ بِحَالٍ . قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : وَعَلَيْهِ الْحَدُّ إِنْ عَلِمَ التَّحْرِيمَ ، وَأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَنْفَسِيخُ بِهِ . وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ وَطْأَهُ لَمْ يُصَادِفْ مِلْكًا ، وَلَا شُبْهَةَ مِلْكٍ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ

(١) بعده في ف : « أشبه العتق » .

(٢) بعده في م : « لأنه » .

(٣ - ٣) سقط من : ف ، م .

الْعِلْمِ اخْتَلَفُوا فِي مِلْكِهِ لَهَا ، وَحِلُّ وَطْئِهَا ، وَهَذِهِ شُبْهَةٌ يُدْرَأُ الْحَدُّ بِهَا ،
وَلَأَنَّ مِلْكَهُ يَحْصُلُ بِوَطْئِهِ ، فَيَحْصُلُ تَمَامُ وَطْئِهِ فِي مِلْكِهِ ، فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ
بِهِ . وَإِنْ قُلْنَا بِالرُّوَايَةِ الْأُخْرَى ، انْعَكَسَتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ .

**فصل : وَطْءُ الْبَائِعِ فَسْخٌ لِلْبَيْعِ ؛ لَأَنَّهُ دَلِيلٌ عَلَى الْاِسْتِرْجَاعِ ، فَأَشْبَهَ مَنْ
أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعٍ ، فَوَطِئَ إِحْدَاهُنَّ ، كَانَ اخْتِيَارًا لَهَا . وَوَطْءُ
الْمُشْتَرِي رِضًا بِالْمَبِيعِ ، وَإِبْطَالٌ لِحْيَارِهِ ؛ لِذَلِكَ .**

وَسَائِرُ التَّصَرُّفَاتِ الْمُخْتَصَّةِ بِالْمِلْكِ ؛ كَالْعِتْقِ ، وَالكِتَابَةِ ، وَالْبَيْعِ ،
وَالْوَقْفِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالْمُبَاشَرَةِ ، وَاللَّمْسِ لَشَهْوَةٍ ، وَرُكُوبِ الدَّابَّةِ لِسَفَرٍ أَوْ
حَاجَةٍ ، وَالْحَمْلِ عَلَيْهَا ، وَشُرْبِ لَبَنِيهَا ، وَسُكْنَى الدَّارِ ، وَحَصَادِ الزَّرْعِ
وَنَحْوِهِ ، إِنْ وُجِدَ مِنَ الْمُشْتَرِي ، بَطْلٌ لِحْيَارِهِ ؛ لَأَنَّهُ يَنْطَلُ بِالتَّضَرِّيحِ بِالرِّضَا ،
فَبَطْلٌ بِدَلَالَتِهِ ، كَخِيَارِ الْمُعْتَقَةِ ، يَنْطَلُ بِتَمَكِّيْنِهَا زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا . وَإِنْ
تَصَرَّفَ الْبَائِعُ بِذَلِكَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ فَسْخٌ لِلْبَيْعِ ؛ لِذَلِكَ .
وَالْآخَرُ ، لَا يَكُونُ فَسْخًا ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ انْتَقَلَ عَنْهُ ، فَلَمْ يَكُنْ تَصَرُّفُهُ
اِسْتِرْجَاعًا ، كَمَنْ وَجَدَ مَالَهُ عِنْدَ مُفْلِسٍ فَتَصَرَّفَ فِيهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ :
هَلْ يَكُونُ تَصَرُّفُ الْبَائِعِ فَسْخًا لِلْبَيْعِ ، وَتَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي رِضًا بِالْمَبِيعِ ^(١)
وَفَسْخًا لِحْيَارِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

وَأَمَّا رُكُوبُ الْمُشْتَرِي الدَّابَّةَ لِيَنْظُرَ سَيْرَهَا ، وَطَخْنُهُ عَلَى الرَّحَى

(١) فِي س ٢ ، م : « بِالْبَيْعِ » .

لِيُخْتَبَرَهَا ، فَلَا يُتَطَّلُ الْخِيَارَ ؛ لِأَنَّ الْاِخْتِيَارَ^(١) هُوَ الْمَقْصُودُ بِالْخِيَارِ . وَإِنْ اسْتَعْدَمَ الْعَبْدَ لِيُخْتَبَرَهُ ، لَمْ يَتَطَّلُ خِيَارُهُ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ اسْتَعْدَمَهُ لغير ذلك ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يَتَطَّلُ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مِنْهُ ، أَشْبَهَ الرُّكُوبَ لِلدَّابَّةِ^(٢) . وَالثَّانِيَةُ ، [١٤٤٠] لَا يَتَطَّلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ الْمِلْكَ ، أَشْبَهَ النَّظَرَ .

وَإِنْ قَبَلَتِ الْجَارِيَةُ الْمُشْتَرَى لَشَهْوَةٍ ، لَمْ يَتَطَّلُ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهَا قُبَلَتْ لِأَحَدِ الْمُتَبَايعِينَ ، فَلَمْ يَتَطَّلُ خِيَارُهُ ، كَقُبَلَتْهَا لِلْبَائِعِ ، وَلَئِنَّا لَوِ أَبْطَلْنَا خِيَارَهُ بِهَذَا أَبْطَلْنَاهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهِ بِالْمَبِيعِ ، وَلَا دَلَالَةَ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَطَّلَ خِيَارُهُ إِذَا لَمْ يَمْنَعْهَا ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ عَلَيْهِ رِضًا بِهِ .

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَ الْمُشْتَرَى الْجَارِيَةَ ، أَوْ اسْتَوْلَدَهَا ، أَوْ أَتْلَفَ^(٣) الْمَبِيعَ ، أَوْ تَلَفَ فِي يَدِهِ ، لَمْ يَتَطَّلُ خِيَارُ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ رِضًا بِإِبْطَالِهِ . وَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ وَيَرْجِعَ بِتَدَلِ الْمَبِيعِ ، وَهُوَ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، وَإِلَّا قِيمَتُهُ يَوْمَ أَتْلَفَهُ . وَعَنْهُ ، أَنَّ خِيَارَهُ يَتَطَّلُ بِذَلِكَ . اخْتَارَهَا الْخَرَقِيُّ ؛ لِأَنَّهُ خِيَارُ فُسْخٍ ، فَبَطَلَ بِتَلَفِ الْمَبِيعِ ، كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ .

فصل : وَإِنْ مَاتَ أَحَدُ الْمُتَبَايعِينَ بَطَلَ خِيَارُهُ ، وَلَمْ يَنْبُتْ لَوَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ فُسْخٍ لَا يَجُوزُ الْاِغْتِيَاضُ عَنْهُ ، فَلَمْ يُورَثْ ، كَخِيَارِ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ .

(١) فِي م : « الْاِخْتِيَارِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « أَتْلَفَتْ » .

وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يُورَثَ ؛ قِيَاسًا عَلَى الْأَجَلِ فِي الثَّمَنِ . وَإِنْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ ،
قَامَ وَلِيُّهُ مَقَامَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَذَّرَ مِنْهُ الْإِخْتِيَارُ مَعَ بَقَاءِ مِلْكِهِ . وَإِنْ خَرِسَ وَلَمْ
تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ، فَهُوَ كَالْمَجْنُونِ ، وَإِنْ فُهِمَتِ إِشَارَتُهُ ، قَامَتِ مَقَامَ لَفْظِهِ . وَإِنْ
مَاتَ فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ ، بَطَلَ خِيَارُهُ . وَفِي خِيَارِ صَاحِبِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
يَنْطَلُ ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ أَعْظَمُ الْفُرْقَةِ^(١) . وَالثَّانِي ، لَا يَنْطَلُ ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ بِالْأَبْدَانِ
لَمْ تَحْصُلْ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١) فِي ف : « الْفِرَاق » . وَفِي م : « التَّفَرُّق » .

بَابُ الرِّبَا

الرِّبَا مُحَرَّمٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ ^(١) . وما بعدها مِنَ
الآيَاتِ . وَرَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَعَنَ اللَّهُ آكِلَ الرِّبَا ، وَمُؤْكِلَهُ ،
وَشَاهِدَيْهِ ، وَكَاتِبَهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) .

وَهُوَ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ رَبَا الْفَضْلِ ، وَرَبَا النَّسِيبَةِ ، وَالْأَغْيَانُ ^(٣) الْمَنْصُوصُ
عَلَى الرِّبَا فِيهَا ^(٤) سِتَّةٌ مَذْكُورَةٌ فِي حَدِيثِ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ، عَنْ النَّبِيِّ
ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ،
وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ،
وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، مَنْ زَادَ أَوْ أَزْدَادَ ، فَقَدْ أَزْنَى ، يَبْغُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ

(١) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٢) فِي حَاشِيَةِ س ١ : « هَذَا الْحَدِيثُ لَمْ يَخْرُجْهُ الْبُخَارِيُّ ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ أَفْرَادِ مُسْلِمٍ ، وَهُوَ مِنْ
رَوَايَةِ جَابِرٍ » .

وَأَقْرَبُ مَا وَرَدَ فِي ذَلِكَ مَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ عَنْ جَابِرٍ قَالَ : لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ آكِلَ الرِّبَا ،
وَمُؤْكِلَهُ ، وَكَاتِبَهُ ، وَشَاهِدَيْهِ وَقَالَ : هُمُ سَوَاءٌ . انْظُرْ : بَابُ لَعَنَ آكِلَ الرِّبَا وَمُؤْكِلَهُ ، مِنْ كِتَابِ
الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢١٩ / ٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٠٤ / ٣ . دُونَ آخِرِهِ .
وَانْظُرْ : تَحْفَةُ الْأَشْرَافِ ٣٥٣ / ٢ . التَّلْخِصُ الْحَبِيرُ ٧ / ٣ . وَاَنْظُرْ شَوَاهِدَ أُخْرَى لِلْحَدِيثِ
وَالْكَلَامِ عَلَيْهَا فِي : الْإِرْوَاءِ ١٨٣ / ٥ - ١٨٦ .
(٣ - ٣) فِي م : « عَلَى الرِّبَا فِيهِمَا » .

كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا يَبِيدُ ، وَيَبْعُوا الْبُرَّ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا يَبِيدُ ، وَيَبْعُوا الشَّعِيرَ
بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا يَبِيدُ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(١) .

وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي عِلَّةِ الرِّبَا ^(٢) ثَلَاثَ رَوَايَاتٍ ^(٣) ؛ فَأَشْهَرُهُنَّ ، أَنَّ عِلَّتَهُ
فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ الْوِزْنُ وَالْجِنْسُ ، وَفِي غَيْرِهِمَا الْكِيلُ وَالْجِنْسُ ؛ لِمَا رُوِيَ
عَنْ عَمَّارٍ أَنَّهُ قَالَ : الْعَبْدُ خَيْرٌ مِنَ الْعَبْدَيْنِ ، وَالثَّوْبُ خَيْرٌ مِنَ الثَّوْبَيْنِ ، فَمَا
كَانَ يَدًا يَبِيدُ فَلَا بَأْسَ بِهِ ، إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسَاءِ ، إِلَّا مَا كِيلَ أَوْ وُزِنَ ^(٤) . وَلَأنَّهُ
لَوْ كَانَتِ الْعِلَّةُ الطَّعْمَ لَجَرَى الرِّبَا فِي الْمَاءِ ؛ لِأنَّهُ مَطْعُومٌ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿
وَمَنْ لَمْ يَطْعَمَهُ فَإِنَّهُ مِنِّي ﴾ ^(٥) . فَعَلَى هَذَا ، يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ فِي كُلِّ مَكِيلٍ
أَوْ مَوْزُونٍ مِنْ جِنْسٍ ، سِوَاءٍ كَانَ مَطْعُومًا ، كَالْقَطْنِيَّاتِ ^(٥) ، أَوْ غَيْرِ مَطْعُومٍ ،

(١) فِي : بَابِ الصَّرْفِ وَيَبْعُ الذَّهَبَ بِالْوَرَقِ نَقْدًا ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١٢١٠ ، ١٢١١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الصَّرْفِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٢٢ ، ٢٢٣ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ أَنَّ الْخِنْطَةَ بِالْخِنْطَةِ مَثَلًا بِمَثَلٍ ... ، مِنْ أَبْوَابِ
الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ٢٤٨ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ يَبْعُ الْبُرَّ بِالْبُرِّ ، وَبَابِ يَبْعُ الشَّعِيرَ
بِالشَّعِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَجْتَبَى ٧ / ٢٤٠ - ٢٤٢ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الصَّرْفِ وَمَا لَا
يَجُوزُ مَتَفَاضِلًا يَدًا يَبِيدُ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٢ / ٧٥٧ ، ٧٥٨ . وَالدَّارِمِيُّ ،
فِي : بَابِ النِّهْيِ عَنِ الصَّرْفِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢ / ٢٥٩ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ،
فِي : الْمُسْنَدِ ٥ / ٣٢٠ .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ ، س ١ ، س ٢ ، ف ، ب : «فِيهَا» .

(٣) أَخْرَجَهُ ابْنُ حَزْمٍ ، فِي : الْمَحَلِيِّ ٩ / ٥٣٢ . وَصَحَّحَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٥ / ١٩٤ .

(٤) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٤٩ .

(٥) تَقْدِمُ الْكَلَامِ عَلَى ضَبْطِ الْقَطْنِيَّاتِ وَالتَّعْرِيفِ بِهَا فِي ٢ / ١٣٢ .

كالأشنان ، والحديد .

وَيَجْرَى الرِّبَا فِيمَا^(١) كَانَ جِنْسُهُ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ، وَإِنْ تَعَذَّرَ الْكَيْلُ فِيهِ
و^(٢) الْوَزْنُ ، إِمَّا لِقَلَّتِهِ ؛ كَالثَّمَرَةِ ، وَالْقَبْضَةِ ، وَمَا^(٣) دُونَ الْأُزْزَةِ مِنَ الذَّهَبِ
وَالْفِضَّةِ ، وَإِمَّا لِعَظَمِهِ ، كَالزُّبْرَةِ الْعَظِيمَةِ ، وَإِمَّا لِلْعَادَةِ ، كُلِّحِمِ الطَّيْرِ ؛ لِأَنَّهُ
مِنْ جِنْسٍ فِيهِ الرِّبَا ، فَجَرَى فِيهِ الرِّبَا ، كَالزُّبْرَةِ الْعَظِيمَةِ .

وَمَا تُسَجِّجُ مِنَ الْقُطْنِ وَالْكُتَّانِ لَا رِبَا فِيهِ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِحَدِيثِ عَمَّارٍ .
وَمَا عُمِلَ [١٤٤ ظ] مِنَ الْحَدِيدِ وَنَحْوِهِ إِنْ كَانَ يُقْصَدُ وَزْنُهُ ، جَرَى فِيهِ الرِّبَا ؛
لِأَنَّهُ تُقْصَدُ زِنَّتُهُ ، فَجَرَى فِيهِ الرِّبَا ، كُلِّحِمِ الطَّيْرِ ، وَمَا لَا تُقْصَدُ زِنَّتُهُ لَا
يَجْرَى فِيهِ الرِّبَا ، كَالثِّيَابِ .

وَالرُّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، الْعِلَّةُ فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ الثَّمَنِيَّةُ غَالِبًا ، وَفِيمَا عَدَاهُمَا
كَوْنُهُ مَطْعُومَ جِنْسٍ ؛ لِمَا رَوَى مَعْمَرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ
الطَّعَامِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٤) . وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْوَزْنُ عِلَّةً ، لَمْ يَجُزْ
إِسْلَامُ النَّقْدِ فِي الْمَوْزُونَاتِ ؛ لِأَنَّ اجْتِمَاعَ الْمَالَيْنِ^(٥) فِي أَحَدٍ وَصَفَى عِلَّةَ رَبَا

(١) فِي س ١ : « فِي كُلِّ مَا » .

(٢) فِي م : « أَوْ » .

(٣) فِي م : « إِمَّا » .

(٤) فِي : بَابُ بَيْعِ الطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢١٤ / ٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٠٠ / ٦ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الْفَضْلُ يَمْنَعُ النِّسَاءَ، بِدَلِيلِ «إِسْلَامِ الْمَكِيلِ» فِي الْمَكِيلِ . فعلى هذه الرواية ،
يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ فِي كُلِّ مَطْعُومٍ يَبِيعُ بِجِنْسِهِ ؛ مِنْ الْأَقْوَاتِ ، وَالْآدَامِ ،
وَالْفَوَاكِهِ ، وَالْأَدْوِيَةِ ، وَالْأَذْهَانِ الْمُطَيَّبَةِ وَغَيْرِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَكِيلًا وَلَا
مَوْزُونًا ؛ كَالْبَطِيخِ ، وَالرُّمَّانِ ، وَالْبَيْضِ وَنَحْوِهَا .

وَالرُّوَايَةُ الثَّلَاثَةُ ، الْعِلَّةُ كَوْنُهُ مَطْعُومَ جِنْسٍ ، مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ
ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ . وَالْمِثَالَةُ الْمُعْتَبَرَةُ هِيَ الْمِثَالَةُ فِي
الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحْرُمُ إِلَّا فِي مَطْعُومٍ يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ ، وَلَا
يَحْرُمُ فِيمَا لَا يُطْعَمُ ؛ كَالْأَشْنَانِ ، وَالْحَدِيدِ ، وَلَا فِيمَا لَا يُكَالُ ؛ كَالْبَطِيخِ ،
وَالرُّمَّانِ .

فصل : وما جرى فيه الرِّبَا اغْتَبِرَتِ الْمِثَالَةُ فِيهِ ، فِي الْمَكِيلِ كَيْلًا ، وَفِي
الْمَوْزُونِ وَزْنًا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ ، وَالْفِضَّةُ
بِالْفِضَّةِ وَزْنًا بِوَزْنٍ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ كَيْلًا بِكَيْلٍ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ كَيْلًا بِكَيْلٍ» .
رَوَاهُ الْأَثَرُمُ^(٢) . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ مَكِيلٍ بِجِنْسِهِ وَزْنًا ، وَلَا مَوْزُونٍ كَيْلًا ؛
لِلخَبَرِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يُلْزَمُ مِنْ تَسَاوِيهِمَا فِي أَحَدِ الْمِغْيَارَيْنِ التَّسَاوِي فِي الْآخَرِ ؛
لِتَفَاوُتِهِمَا فِي الثَّقَلِ وَالْخِفَّةِ .

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ جِزَافًا مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، وَلَا مِنْ أَحَدِهِمَا ؛ لِأَنَّ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) وأخرجه البيهقي ، في : باب اعتبار التماثل فيما كان موزونا على عهد النبي ﷺ ، من
كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٩١ / ٥ .

رَوَى جَابِرٌ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الصُّبْرَةِ لَا يُعْلَمُ مَكِيلَتُهَا^(١)
بِالْكَيْلِ الْمُسَمَّى مِنَ الثَّمَرِ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٢) . وَلَأنَّ الْمُمَاثِلَةَ لَا تُعْلَمُ بِذَوْنِ الْكَيْلِ
مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، فَوَجَبَ ذَلِكَ .

وما لا يُكَالُ ولا يُوزَنُ يُغْتَبَرُ التَّمَاثُلُ فِيهِ بِالْوِزْنِ ؛ لِأنَّهُ أُخْصِرُ ، وَمِنْهُ مَا
لَا يَتَأْتَى كَيْلُهُ .

فصل : والمَرْجِعُ فِي الْكَيْلِ وَالْوِزْنِ إِلَى عَادَةِ أَهْلِ الْحِجَازِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :
« الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، وَالْمِيزَانُ مِيزَانُ أَهْلِ مَكَّةَ »^(٣) . وَمَا لَا
عُرْفَ لَهُ بِالْحِجَازِ يُغْتَبَرُ بِأَشْبِهِ الْأَشْيَاءِ بِهِ بِالْحِجَازِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأنَّ
الْحَوَادِثَ تُرَدُّ إِلَى أَقْرَبِ الْأَشْيَاءِ شَبَّهًا بِهَا ، وَهُوَ الْقِيَاسُ . وَالثَّانِي ، تُرَدُّ إِلَى
عُرْفِهِ فِي مَوْضِعِهِ ؛ لِأنَّ مَا لَا حَدَّ لَهُ فِي الشَّرْعِ يُرَدُّ إِلَى الْعُرْفِ ، كَالْقَبْضِ
وَالْحِزْرِ .

فصل : وَالْجَيِّدُ وَالرَّدِيُّ ، وَالتَّبَرُّ وَالْمَضْرُوبُ ، وَالصَّحِيحُ وَالْمَكْسُورُ ،

(١) فِي م : « مَكِيلَتُهَا » .

(٢) فِي : بَابُ تَحْرِيمِ بَيْعِ صَبْرَةِ الثَّمَرِ الْمَجْهُولَةِ الْقَدْرِ بِالثَّمَرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١١٦٢ ، ١١٦٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الصُّبْرَةِ مِنَ الثَّمَرِ لَا يَعْلَمُ مَكِيلَتُهَا بِالْكَيْلِ الْمُسَمَّى مِنَ
الثَّمَرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٧ / ٢٣٧ .

(٣) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ الْمَدِينَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ
أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٢٠ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ كَمِّ الصَّاعِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ ، وَفِي بَابِ الرَّجْحَانِ فِي
الْوِزْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٥ / ٤٠ ، ٧ / ٢٥٠ . وَالطَّبْرَانِيُّ ، فِي : الْمَعْجَمِ الْكَبِيرِ ١٢ / ٣٩٣ .
وَأَبُو نَعِيمٍ ، فِي : الْحَلِيَةِ ٤ / ٢٠ . وَهُوَ صَحِيحٌ . انْظُرْ : السَّلْسَلَةُ الصَّحِيحَةُ ١ / ٨٦ - ٨٨ ، =

سَوَاءٌ فِي جَوَازِ الْبَيْعِ مُتَمَاثِلًا وَتَحْرِيمِهِ مُتَفَاضِلًا ؛ لِلْخَبَرِ ، وَفِي بَعْضِ الْفَاضِلِ :
« الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ تَبَرُّهَا وَعَيْنُهَا ^(١) ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ ، تَبَرُّهَا وَعَيْنُهَا » . رَوَاهُ
أَبُو دَاوُدَ ^(٢) . وَفِي لَفْظٍ : « جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ » .

فصل : وَلَا يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ إِلَّا فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ ؛ لِلْخَبَرِ وَالْإِجْمَاعِ ،
وَكُلُّ شَيْئَيْنِ اتَّفَقَا فِي الْأَسْمِ الْخَاصِّ مِنْ أَصْلِ الْخِلْقَةِ ، فَهُمَا جِنْسٌ ؛
كَأَنْوَاعِ الثَّمَرِ ، وَأَنْوَاعِ الْبُرِّ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْأَسْمِ مِنْ أَصْلِ الْخِلْقَةِ ، فَهُمَا
جِنْسَانِ ، كَالسُّتَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْخَبَرِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَرَّمَ الزِّيَادَةَ فِيهَا
إِذَا بَاعَ مِنْهَا شَيْءٌ بِمَا يُوَافِقُهُ فِي الْأَسْمِ ، وَأَبَاحَهَا إِذَا بَاعَ بِمَا يُخَالِفُهُ فِي
الْأَسْمِ ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ مَا اتَّفَقَا فِي الْأَسْمِ جِنْسٌ ، وَمَا اخْتَلَفَا فِيهِ جِنْسَانِ .
وَعَنْهُ ، أَنَّ الْبُرَّ وَالشَّعِيرَ جِنْسٌ ؛ لِأَنَّ مَعْمَرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ [١٤٥] :
لَغُلَامِهِ فِيهِمَا : لَا تَأْخُذَنَّ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ
الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ ^(٣) إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ، ^(٤) « وَكَانَ طَعَامُنَا يَوْمَئِذٍ الشَّعِيرَ » . رَوَاهُ
مُسْلِمٌ ^(٥) . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي الْأَعْيَانِ السُّتَةِ :
« فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ ^(٦) فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدَا يَدٍ » .

= الإرواء ١٩١/٥ - ١٩٣ .

(١) بعده في الأصل : « سواء » .

(٢) تقدم تخريجه عنده في صفحة ٨٠ . وهو عند النسائي في الباب الثاني من التخريج المتقدم .

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٤) سقط من : م .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٨١ .

(٦) بعده في م : « الستة » .

رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(١). وَقَالَ : « لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْبُرِّ بِالشَّعِيرِ ، وَالشَّعِيرُ أَكْثَرُهُمَا ،
(٢) يَدًا بِيَدٍ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣) . وَحَدِيثُ مَعْمَرٍ لَا بُدَّ فِيهِ مِنْ إِضْمَارِ
الْجِنْسِ الْوَاحِدِ .

فصل : والمتخذ من أموال الربا معتبر بأصله ؛ فما أصله جنس واحد ،
فهو جنس واحد وإن اختلفت أسماؤه ، وما أصله أجناس ، فهو أجناس
وإن اتفقت أسماؤه ، فدقيق الحنطة والشعير جنسان ، ودُهْنُ اللُّوزِ والجَوَزِ
جنسان ، وزَيْتُ الزَّيْتُونِ والبَطْمُ^(٤) جنسان ، وكذلك خَلُّ الْعِنَبِ وَخَلُّ
التَّمْرِ . وعنه ، أنَّهما جنس . والأوَّلُ أَصَحُّ ؛ لَأَنَّهما فَرْعَا أَصْلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ،
فَكَانَا جِنْسَيْنِ ، كَالْأَدِقَّةِ .

وَفِي اللَّحْمِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ؛ إِحْدَاهُنَّ ، أَنَّهُ كُلُّهُ جِنْسٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّهُ
اشْتَرَكَ فِي الْأَسْمِ الْوَاحِدِ حَالَ مُحْدُوْثِ الرِّبَا فِيهِ ، فَكَانَ جِنْسًا وَاحِدًا ،
كَالتَّمْرِ . وَالثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ أَرْبَعَةُ أَجْنَاسٍ ؛ لَحْمُ الْأَنْعَامِ ، وَلَحْمُ الْوَحْشِ ، وَلَحْمُ
الطَّيْرِ ، وَلَحْمُ دَوَابِّ الْمَاءِ ؛ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ مَنَفَعَتُهَا ، وَالْقَصْدُ إِلَى أَكْلِهَا ،
فَكَانَتْ أَجْنَاسًا . وَالثَّالِثَةُ ، أَنَّهَا أَجْنَاسٌ ؛ لِأَنَّهَا فُرُوعُ أَجْنَاسٍ ، فَكَانَتْ
أَجْنَاسًا ، كَالْتَّمْرِ الْهِنْدِيِّ وَالْبَرْنِيِّ^(٥) ، وَبِهَذَا يَنْتَقِضُ دَلِيلُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى ،

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٨٠ .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه عنده في صفحة ٨٠ .

(٤) البطم : شجرة من الفصيلة الفستقية ، ثمرتها خشنة مفلطحة خضراء ، تحوى غلافًا خشبيًا
بداخله ثمرة واحدة ، تؤكل ببلاد الشام .

(٥) البرني : ضرب من التمر أصفر مدور ، وهو أجود التمر ، واحدته برنية . لسان العرب (ب ر ن) .

والثانية لا أضل لها . فعلى هذه الرواية ، لحم بهيمة الأنعام كلها ثلاثة أجناس ، ولحم بقر الوحش والأهلية جنسان ، وكل ما انفرد باسم وصفة فهو جنس . وقال ابن أبي موسى : لا خلاف عن أحمد أن لحم الطير والسماك جنسان .

وفى الألبان من القول نحو مما فى اللحم ؛ لأنها من الحيوانات ^(١) يتفق اسمها ، فأشبهت اللحم ^(٢) .

فصل : واللحم والشحم والكبد والطحال والرئة والكلىة والقلب والكرش أجناس ؛ لأنها مختلفة فى الاسم والخلق . قال بعض أصحابنا : الشحم والآلية جنسان ؛ لذلك . وقالوا : اللحم الأبيض والأحمر الذى على الظهر والجنبين جنس ؛ لاتفاقهما فى ^(٣) الاسم والمقصد ^(٤) . ويختل أن يكون الشحم الذى يذوب بالنار كله جنسا واحدا ؛ لاتفاقهما فى اللون والصفة والذوب بالنار ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمَ عَلَيْكُمْ شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُرُهُمَا ﴾ ^(٥) . فاستثناه من الشحم .

فصل : ولا يجوز بيع ما فيه ربأ بعضه ببعض ، ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه ، كمد بئر ^(٥) ودرهم ، بمد ودرهم ، أو بمدّين ، أو درهمين .

(١) فى س ٢ ، ف : « الحيوان » .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) فى م : « الدسم والقصد » .

(٤) سورة الأنعام ١٤٦ .

(٥) سقط من : م ، وفى ف : « عجوة » .

وعنه ما يدلُّ على الجوازِ إذا كان مع كُلِّ واحدٍ منهما من غيرِ جنسِهِ ، أو كان المفردُ أكثرَ ؛ ليكونَ الزائدُ في مُقابَلَةِ غيرِ الجنسِ . والأوَّلُ المذهبُ ؛ لما روى فضالةُ بنُ عُبيدٍ قال : أتيتُ ^(١) رسولَ اللَّهِ ﷺ بقلادةٍ فيها ذهبٌ وخرزٌ ، ابتاعَها ^(٢) بتِسْعَةِ دنانيرَ ، فقال النبيُّ ﷺ : « لا ، حتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُمَا » . رواه أبو داودَ ^(٣) . ولأنَّ الصَّفَقَةَ إذا جَمَعَتْ شَيْئَيْنِ مُخْتَلِفِي الْقِيَمَةِ ، انْقَسَمَ الثَّمَنُ عليهما ^(٤) على قَدَرٍ قِيَمَتِيهما ، بدليل ما لو اشترى شِقْصًا وسَيْفًا ، فإنَّ الشَّفِيعَ يأخُذُ الشَّقْصَ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وإذا قُسِمَ الثَّمَنُ على الْقِيَمَةِ أَدَّى إلى الرِّبَا ؛ لأنَّه إذا باعَ مُدًّا قِيَمَتُهُ دِرْهَمَانِ ، ودِرْهَمًا مُدَّيْنِ قِيَمَتُهُمَا ثَلَاثَةٌ ، حَصَلَ في مُقابَلَةِ الجَيِّدِ مُدٌّ وَثُلُثٌ .

فأَمَّا إن باعَ نَوْعَيْنِ مُخْتَلِفِي الْقِيَمَةِ مِنْ جِنْسٍ بَنَوعٍ وَاحِدٍ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ ، كدِرْهَمٍ صَحِيحٍ ودِرْهَمٍ قُرَاضَةٍ ^(٥) بَصَحِيحَيْنِ ، فقال القاضي :

(١) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب ، م : « أتى » .

(٢) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب : « ابتاعها » ، وفي م : « ابتاعهما » .

(٣) في : باب في حلية السيف تباع بالدرهم ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٣/٢ ، ٢٢٤ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب بيع القلادة فيها خرز وذهب ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٣/٣ . والترمذي ، في : باب ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب وخرز ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٦٠/٥ . والنسائي ، في : باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٥/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١/٦ .

(٤ - ٤) في س ٢ : « في قدر » ، وفي م : « بقدر » .

(٥) القراضة : القِطْع .

الحُكْمُ فِيهَا كَالْتِي قَبْلَهَا ؛ لذلِكَ . [٥٤ : ١٥] وقال أبو بكرٍ : يجوزُ ؛ لقولِ النبي ﷺ : « الْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلِ » ^(١) . ولأنَّ الجَوْدَةَ ساقِطَةٌ فيما قُوبِلَ بِجِنْسِهِ ؛ لما تقدَّمَ . وعن أحمدَ مَنعُ ذلك في النَّقْدِ ، وتَجْوِيزُهُ في غَيْرِهِ ؛ لأنَّهُ لا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنَ اخْتِلَاطِ النَّوْعَيْنِ .

فصل : ولا يجوزُ يَتَّعُ خَالِصُهُ بِمَشُوبِهِ ؛ كَحِنْطَةٍ فِيهَا شَعِيرٌ أَوْ زُرَّانٌ ^(٢) بِخَالِصَةٍ أَوْ غَيْرِ خَالِصَةٍ ، أَوْ لَبَنٍ مَشُوبٍ بِخَالِصٍ أَوْ مَشُوبٍ ، أَوْ عَسَلٍ فِي شَمْعِهِ بِمِثْلِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْخَلْطُ يَسِيرًا لَا وَقَعَ لَهُ ؛ كَيْسِيرِ الثَّرَابِ ، وَالزُّرَّانِ ، وَدَقِيقِ الثَّرَابِ الَّذِي لَا يَظْهَرُ فِي الْكَيْلِ ؛ لأنَّهُ لَا يُخِلُّ بِالتَّمَاثُلِ ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ .

فصل : وما اشْتَمَلَ عَلَى جِنْسَيْنِ بِأَصْلِ الْخِلْقَةِ ، كالتَّمْرِ فِيهِ النَّوَى ، فَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ ؛ لأنَّ النبي ﷺ أَباحَ يَتَّعَ التَّمْرَ بِالتَّمْرِ ، وَقَدْ عَلِمَ أَنَّ فِي كُلِّ وَاحِدٍ نَوَى . وَلَوْ نَزَعَ النَّوَى ثُمَّ تُرِكَ مَعَ التَّمْرِ ، صَارَ كَمَسْأَلَةِ مُدٍّ عَجْوَةٍ ؛ لَزَوَالِ التَّبَعِيَّةِ ، وَلَوْ نَزَعَ مِنْ أَحَدِهِمَا نَوَاهُ ^(٣) ، ثُمَّ بَاعَهُ بِتَمْرِ فِيهِ نَوَاهُ ^(٤) ، فَكَذلِكَ . وَإِنْ بَاعَ النَّوَى بِمِثْلِهِ ، أَوْ ^(٥) الْمَنْزُوعَ بِمِثْلِهِ ، جاز ؛ لأنَّهُ جِنْسٌ مُتَمَاثِلٌ . وَإِنْ بَاعَ الْمَنْزُوعَ وَحْدَهُ بِالنَّوَى ، جاز فِيهِ التَّفَاضُلُ ؛ لِأَنَّهُمَا

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٨٠ .

(٢) الزوان والزُرَّان : عشب ينبت بين أعواد الحنطة غالبا حبه كحبها ، إلا أنه أسود وأصفر ، وهو يخالط البر فيكسبه رداءة ، ويسميه أهل الشام الشَّيْلَمَ .

(٣) في م : « فإنه » .

(٤) في م : « نواة » .

(٥) في م : « و » .

جِنْسَانِ . وإن باع النَّوى بِثَمَرٍ فِيهِ نَوَاهُ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛
لأنَّه فِي مَعْنَى ^(١) مَسْأَلَةِ مُدَّ عَجْوَةٍ . وَالثَّانِيَّةُ ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ مَا فِيهِ الرَّبَا غَيْرُ
مَقْصُودٍ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ، كَبَيْعِ دَارٍ تُمَوِّه سَقْفُهَا بِذَهَبٍ .
وَكَذَلِكَ يُخَرِّجُ فِي يَبِيع شَاةَ لَبُونٍ بَلْبَنٍ ، أَوْ ذَاتِ صُوفٍ بِصُوفٍ ، أَوْ لَبُونٍ
بِمِثْلِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ مَخْلُوبَةً اللَّبَنِ ، جَازَ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ لَا أَثَرَ
لَهُ ، فَهُوَ كَالْتَّمُوهِ فِي السَّقْفِ . وَيَجُوزُ يَبِيعُ شَاةَ ذَاتِ صُوفٍ بِمِثْلِهَا ، وَجْهًا
وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَوْ حَرَّمَ ، لَحَرَّمَ يَبِيعُ الْغَنَمِ بِالْغَنَمِ .

قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَيَجُوزُ يَبِيعُ نَخْلَةَ مُثْمِرَةٍ بِمِثْلِهَا ^(٢) وَبَثْمَرٍ ^(٣) ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَ عَلَيْهَا
غَيْرُ مَقْصُودٍ . وَمَنْعَهُ الْقَاضِي ؛ لَكُونَ الثَّمَرَةُ مَغْلُومَةٌ يَجُوزُ إِفْرَادُهَا بِالْبَيْعِ ،
بِخِلَافِ اللَّبَنِ . وَمَنْعَ الْقَاضِي يَبِيعُ اللَّحْمَ بِجِنْسِهِ إِلَّا مَنزُوعَ الْعِظَامِ ؛ لِأَنَّ
الْعَظْمَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ اللَّحْمِ ، فَأَشْبَهَ الشَّمْعَ فِي الْعَسَلِ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ ؛
لِأَنَّ الْعَظْمَ مِنْ أَصْلِ الْخَلْقَةِ ، فَأَشْبَهَ النَّوَى فِي الثَّمَرِ ، بِخِلَافِ الشَّمْعِ .

فصل : وما فِيهِ خَلْطٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ لِمَصْلَحَتِهِ ؛ كَالْمَاءِ فِي خَلِّ الثَّمَرِ
وَالزَّيْبِ وَدَبْسِ ^(٣) الثَّمَرِ ، وَالْمِلْحِ فِي الْخُبْزِ ^(٤) وَالشَّيْرِجِ ^(٥) ، لَا يَمْنَعُ يَبِيعُهُ
بِمِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لِمَصْلَحَتِهِ ، فَأَشْبَهَ رُطُوبَةَ الرُّطْبِ . وَلَا يَجُوزُ يَبِيعُهُ بِخَالِصٍ ؛
كَخَلِّ الزَّيْبِ بِخَلِّ الْعِنَبِ ، وَالْخُبْزِ الرُّطْبِ بِالْيَابِسِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ يَبِيعُ

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فِي ف : « أَوْ بَثْمَرٍ » .

(٣) الدبس ، بالكسر : عصارة الرطب .

(٤) بعده فِي م : « فِي الْخَبِيصِ وَنَحْوِهِ » .

(٥) الشيرج : زيت السمسم .

الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ .

فصل : ولا يجوزُ يَنْعُ نَيْئُهُ بِمَطْبُوخِهِ ، ^(١) كالدقيق بالخبز ؛ لأنَّ النارَ تَذْهَبُ بِرُطُوبِيَّتِهِ ، وَتَعْقِدُ أَجْزَاءَهُ ، فَتَمْنَعُ تَسَاوِيَهُمَا . ويجوزُ يَنْعُ مَطْبُوخِهِ بِمِثْلِهِ إِذَا لَمْ يَظْهَرْ عَمَلُ النَّارِ فِي أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ ؛ لِتَسَاوِيَهُمَا فِي الْحَالِ عَلَى وَجْهِ لَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالنُّقْصَانِ فِي ثَانِي الْحَالِ ؛ كَالْخُبْزِ بِالْخُبْزِ ، وَالشُّوَاءِ بِالشُّوَاءِ ^(٢) ، وَالشُّكْرِ وَالْعَسَلِ الْمُصَفَّى بِالنَّارِ بِمِثْلِهِ .

فصل : ولا يجوزُ يَنْعُ حَبَّهُ بِدَقِيقِهِ . وعنه ، الجوازُ إِذَا تَسَاوَا وَزْنًا ؛ لأنَّ الدقيقَ أَجْزَاءُ الْحَبِّ ، فَجَازَ يَنْعُهُ بِهِ ، كَمَا قَبْلَ الطَّحْنِ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّ الْبُرَّ وَدَقِيقَهُ مَكِيلَانِ ، وَلَا يُبَاعُ ^(٣) مَا أَضْلُهُ الْكَئِيلُ بِشَيْءٍ مِنْ جِنْسِهِ وَزْنًا ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّسَاوَى فِي الْكَئِيلِ ؛ لِأَنَّ الطَّحْنَ فَرَّقَ أَجْزَاءَ الدَّقِيقِ وَنَشَرَهَا . ويجوزُ يَنْعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الدَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ بِمِثْلِهِ إِذَا تَسَاوَا فِي الْكَئِيلِ وَالتَّعْوِمَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْمَطْبُوخِ بِمِثْلِهِ ، وَلَا يَجُوزُ إِذَا تَفَاوَتَا فِي التَّعْوِمَةِ ؛ لِأَنَّهُ ^(٤) يَمْنَعُ تَسَاوِيَهُمَا فِي الْكَئِيلِ إِلَّا عَلَى قَوْلِنَا : يَجُوزُ يَنْعُ الْحَبِّ بِدَقِيقِهِ وَزْنًا .

فصل : [١٤٦] ولا يجوزُ يَنْعُ أَضْلُهُ بِعَصِيرِهِ ^(٥) ، كَالزَّيْتُونِ بِزَيْتِهِ ،

(١ - ١) زيادة من : ف .

(٢) زيادة من : ف .

(٣) في م : « بيع » .

(٤) بعده في س ٢ : « لا » .

(٥) في م : « بغيره » .

وَالسَّمْسِمِ بِالشَّيْرِجِ، وَالْعِنَبِ بِعَصِيرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ التَّمَاثُلُ بَيْنَ
الْعَصِيرِ وَمَا فِي أَضْلِهِ مِنْهُ. وَيَجُوزُ يَتَّعِ الْعَصِيرُ بِالْعَصِيرِ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي
الْمَطْبُوحِ.

وَلَا يَجُوزُ يَتَّعِ اللَّحْمُ بِحَيَوَانٍ مِنْ جِنْسِهِ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ أَنَّ
النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ يَتَّعِ اللَّحْمُ بِالْحَيَوَانِ. رَوَاهُ مَالِكٌ فِي «الْمَوْطَأِ»^(١). وَلِأَنَّهُ
جِنْسٌ فِيهِ الرُّبَا يَبِيعُ بِأَضْلِهِ الَّذِي فِيهِ مِنْهُ، فَلَمْ يَجُزْ، كَالزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ. وَإِنْ
بَاعَ اللَّحْمُ بِحَيَوَانٍ لَا يُؤْكَلُ، جَازٌ؛ لَعَدَمِ مَا ذَكَرْنَا. وَإِنْ بَاعَهُ بِحَيَوَانٍ
مَأْكُولٍ غَيْرِ أَضْلِهِ، وَقُلْنَا: هُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ. لَمْ يَجُزْ، وَإِلَّا جَازٌ.

فصل: وَيَجُوزُ يَتَّعِ اللَّبَنُ بِاللَّبَنِ، حَلِيْبَتَيْنِ كَانَا، أَوْ رَائِبًا وَحَلِيْبَةً؛ لِأَنَّ
الرَّائِبَ لَبَنٌ خَالِصٌ، إِنَّمَا فِيهِ حُمُوضَةٌ. وَلَا يَجُوزُ يَتَّعِ لَبَنٌ بِمَا يُسْتَخْرَجُ مِنْهُ
مِنْ زُبْدٍ وَسَمْنٍ وَمَخِيضٍ، وَلَا زُبْدٍ بِسَمْنٍ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَخْرَجٌ مِنْهُ، أَشْبَهَ
الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ. وَعَنْهُ، يَجُوزُ يَتَّعِ اللَّبَنُ بِالزُّبْدِ إِذَا كَانَ أَكْثَرَ^(٢) مِنَ الزُّبْدِ
الَّذِي فِي اللَّبَنِ، وَالسَّمْنُ مِثْلُهُ. «وَهَذَا كَمَسْأَلَةٍ^(٣) مُدَّ عَجْوَةٌ. وَالظَّاهِرُ
تَحْرِيمُهُ. وَلَا يَجُوزُ يَتَّعِ لَبَنٌ مَائِعٍ بِجَامِدٍ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَفَاضَلَانِ.

(١) فِي: بَابِ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ. الْمَوْطَأُ ٢/٦٥٥.
كَمَا أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ، فِي: كِتَابِ الْبَيْعِ. سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٣/٧١. وَالْحَاكِمُ، فِي:
الْمُسْتَدْرَكِ ٢/٣٥. وَابْنُ أَبِي حَتْمٍ، فِي: بَابِ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ. السَّنَنِ الْكُبْرَى
٥/٢٩٦.

(٢) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ.

(٣ - ٣) فِي م: «وَهَكَذَا مَسْأَلَةٌ».

ويجوزُ يَبْعُ السَّمْنِ والزُّبْدِ والمَخِيضِ واللَّبَأُ^(١)، والجُبْنِ والمَصْلِ^(٢) بِمِثْلِهِ، إِذَا تَسَاوَا فِي الرُّطُوبَةِ والنَّشَافَةِ، وَلَمْ يَنْفَرِدْ أَحَدُهُمَا بِمَسِّ النَّارِ لَهُ. وَيَجُوزُ يَبْعُ السَّمْنِ بِالْمَخِيضِ مُتَقَاضِلًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي أَحَدِهِمَا شَيْءٌ مِنَ الْآخَرِ، وَيَبْعُ الزُّبْدُ بِالْمَخِيضِ. نَصٌّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ فِي الزُّبْدِ يَسِيرٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ، أَشْبَهُ الْمِلْحَ فِي الشَّيْرِجِ. وَلَا يَجُوزُ يَبْعُ شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ بِنَوْعٍ لَمْ يُنَزَّعْ زُبْدُهُ، كَالْجُبْنِ وَالْمَصْلِ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي يَبْعِهِ بِاللَّبَنِ.

فصل: وَلَا يَجُوزُ يَبْعُ رَطْبِهِ يَبَابِهِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ يَبْعِ الثَّمْرِ^(٣) بِالثَّمْرِ. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤). وَعَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ يَبْعِ الرُّطْبِ بِالثَّمْرِ، فَقَالَ: «أَيَنْقُصُ الرُّطْبُ إِذَا يَبَسَ؟». قَالُوا: نَعَمْ، فَتَهَا^(٥) عَنْ ذَلِكَ. أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ^(٦). فَتَهَى وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ يَنْقُصُ عَنْ يَابِسِهِ،

(١) اللَّبَأُ؛ كضلع: أول اللبن.

(٢) المصل: عصارة الأقط.

(٣) فِي ف، م: «الرطب».

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ، فِي: بَابِ بَيْعِ الثَّمْرِ عَلَى رَعُوسِ النَّخْلِ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ، وَفِي: بَابِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ مَرٌّ أَوْ شَرْبٌ فِي حَائِطٍ أَوْ فِي نَخْلٍ، مِنْ كِتَابِ الشَّرْبِ. صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩٩/٣، ١٥١. وَمُسْلِمٌ، فِي: بَابِ تَحْرِيمِ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالثَّمْرِ إِلَّا فِي الْعَرَايَا، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ. صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٧٠/٣.

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ. سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢٢٦/٢. وَالتِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ مِنْهُ [مَا جَاءَ فِي الْعَرَايَا وَالرَّخْصَةِ فِي ذَلِكَ]، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ. عَارِضَةٌ الْأَحْوَذِيُّ ٣٠٧/٥. وَالنَّسَائِيُّ، فِي: بَابِ بَيْعِ الْعَرَايَا بِالرُّطْبِ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ. الْمَجْتَبَى ٧/٢٣٦. كُلُّهُمْ مِنْ حَدِيثِ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ.

(٥) فِي ف: «فتهى».

(٦) فِي: بَابِ فِي الثَّمْرِ بِالثَّمْرِ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ. سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢٢٥/٢. =

فَدَلَّ عَلَى أَنَّ كُلَّ رَطْبٍ يَحْرُمُ بَيْعُهُ بِبَابِهِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُ رَطْبِهِ بِرَطْبِهِ ؛ لِأَنَّ مَفْهُومَ نَهْيِهِ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرِ ^(١) بِالثَّمَرِ ، إِبَاحَةُ بَيْعِهِ بِمِثْلِهِ ، وَلِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي الْحَالِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَفَرَّدُ أَحَدُهُمَا بِالنَّقْصَانِ ، فَجَازَ بَيْعُهُ بِهِ ، كَاللَّبَنِ بِاللَّبَنِ . وَذَكَرَ الْخِرَقِيُّ أَنَّ اللَّحْمَ لَا يُبَاعُ بِاللَّحْمِ إِلَّا إِذَا تَنَاهَى جَفَافُهُ . فَدَلَّ عَلَى أَنَّ كُلَّ رَطْبٍ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِمِثْلِهِ . اخْتَارَهُ أَبُو حَفْصٍ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَتَسَاوَيَا حَالِ الْكَمَالِ . وَالْمَذْهَبُ الْجَوَازُ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَمْ أَجِدْ بِمَا قَالَ الْخِرَقِيُّ رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ .

فصل : وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَرَايَا ، وَهُوَ بَيْعُ الرُّطْبِ عَلَى رُءُوسِ النَّخْلِ خَرَصًا بِالثَّمَرِ عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ كَيْلًا ^(٢) ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَخَّصَ فِي الْعَرِيَّةِ فِي ^(٣) خَمْسَةِ أَوْسُقٍ أَوْ ^(٤) دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) .

= كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي النَّهْيِ عَنِ الْمَحَاقِلَةِ وَالْمَزَابِنَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبُيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٣٣/٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ اشْتِرَاءِ الثَّمَرِ بِالرُّطْبِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٣٦/٧ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالثَّمَرِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٧٦١/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا يَكْرَهُ مِنْ بَيْعِ الثَّمَرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُوطَأُ ٦٢٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٧٥/١ .

(١) فِي م : «الرطب» .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : «فما» .

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الثَّمَرِ عَلَى رُءُوسِ النَّخْلِ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩٩/٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالثَّمَرِ إِلَّا فِي الْعَرَايَا ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٧١/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي مِقْدَارِ الْعَرِيَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ =

ولأنما يجوزُ بشروطِ خَمْسَةٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ .
وعنه ، يجوزُ في الخَمْسَةِ ؛ لأنَّ الرُّخْصَةَ ثَبَّتَ في العَرِيَّةِ ، ثم نُهِى عَمَّا زَادَ
على الخَمْسَةِ ، وَشَكَّ الرَّاوي في الخَمْسَةِ ، فَرُدَّتْ إلى «أَصْلِ الرُّخْصَةِ»^(١) .
والمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لأنَّ الْأَصْلَ تَحْرِيمُ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالثَّمَرِ ، خُولِفَ^(٢) فِيمَا دُونَ
الخَمْسَةِ بِالْخَبَرِ ، وَالْخَمْسَةُ مَشْكُوكٌ فِيهَا ، فَتَرُدُّ إلى الْأَصْلِ .

الثاني ، أن يكونَ مُشْتَرِيهَا مُحْتَاجًا إلى أَكْلِهَا رُطْبًا ؛ لِما رَوَى مُحَمَّدُ
ابْنُ لَبِيدٍ ، قال : قُلْتُ لَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ : ما عَرَايَاكُمْ هَذِهِ ؟ فَسَمَّى رِجَالًا
مُحْتَاجِينَ مِنَ الْأَنْصَارِ ، شَكَّوْا إلى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الرُّطْبَ يَأْتِي وَلَا
نَقْدَ بِأَيْدِيهِمْ يَتَتَاعُونَ بِهِ رُطْبًا يَأْكُلُونَهُ ، وَعِنْدَهُمْ فُضُولٌ مِنَ الثَّمَرِ ، فَرَخَّصَ
لَهُمْ أَنْ يَتَتَاعُوا الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا مِنَ الثَّمَرِ يَأْكُلُونَهُ رُطْبًا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣) .
وَالرُّخْصَةُ الثَّابِتَةُ^(٤) لِحَاجَةٍ لَا تَثْبُتُ مَعَ عَدَمِهَا ، فَإِنْ تَرَكَهَا حَتَّى تُثْمَرَ ، بَطَلَ
الْبَيْعُ ؛ لِعَدَمِ [١٤٦ظ] الْحَاجَةِ .

= ٢٢٦/٢ . والنسائي ، في : باب بيع العرايا بالرطب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٥/٧ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٧/٢ .

(١ - ١) في ف : «الأصل» . وفي الحاشية : «أى إلى أصل الرخصة» .

(٢) سقط من : ف ، م .

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية ١٣/٤ ، ١٤ . وقال : لم أجد له سنداً بعد الفحص البالغ .

وذكره الإمام الشافعي ، في : باب بيع العرايا ، من كتاب البيوع . الأم ٤٧/٣ .

وقال ابن حجر : قال الشيخ الموفق في الكافي بعد أن ساق هذا الحديث : متفق عليه . وهو

وهم منه . التلخيص الحبير ٣٠/٣ .

(٤) في م : «الثانية» .

الثالث، أن لا يكون له نقد يشتري به؛ للخبر.

الرابع، أن يشتريها بخوصها؛ للخبر، ولأن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخوصها كيلاً. ^(١) ومتفق عليه. ولا بد أن يكون الثمر معلوماً بالكيل؛ للخبر. وفي معنى الخوص روايتان؛ إحداهما، أن ينظر كم يجيء منها تمراً، فيبيعها بمثله؛ لأنه يخرص في الزكاة كذلك. والثانية، يبيعها بمثل ما فيها من الرطب؛ لأن الأصل اعتبار المائلة في الحال بالكيل، فإذا خولف الدليل في أحدهما، وأمكن أن لا يخالف في الآخر، وجب. ولا يجوز بيعها برطب ولا تمر على نخل خرصاً.

الخامس، أن يتقابضا قبل تفرقهما؛ لأنه يبع تمر بتمر، فاعتبرت فيه أحكامه إلا ما استثناه الشرع. والقبض فيما على النخل بالتخلية، وفي الثمر باكتياله، فإن كان حاضراً في مجلس البيع اكتاله، وإن كان غائباً مشياً إلى الثمر فتسلم. وإن قبضه أولاً، ثم مشياً إلى النخلة، فتسلمها، جاز.

واشترط الخرقى كون النخلة مؤهوبة لبائعها؛ لأن العريّة اسم لذلك.

واشترط أبو بكر والقاضي حاجة البائع إلى بيعها. وحديث زيد بن ثابت يروى ذلك، مع أن اشتراطه يُبطل الرخصة، إذ لا تتفق الحاجتان مع

(١) أخرجه البخاري، في: باب تفسير العرايا، من كتاب البيوع. صحيح البخاري ٣/ ١٠٠. ومسلم، في: باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، من كتاب البيوع. صحيح مسلم ٣/ ١١٦٩.

كما أخرجه الإمام أحمد، في: المسند ٥/ ١٨١، ١٨٨.

سائر الشروط ، فتذهب الرخصة . فعلى قولنا ، يجوز لرجلين شراء عريتين من واحد ، وعلى قولهما ، لا يجوز إلا أن ينقضا بمجموعهما عن خمسة أوسقي . ولا يجوز لواحد شراء عريتين فيهما جميعا خمسة أوسقي ؛ لأنه في معنى شرائهما في عقد واحد .

فصل : قال ابن حامد : لا يجوز بيع العرايا في غير ثمرة النخل ؛ لما روى أن النبي ﷺ نهى عن المزائنة^(١) ، الثمر^(٢) بالثمر ، إلا أصحاب العرايا ، فإنه قد أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب ، وعن كل^(٣) ثمر بخرصه . وهذا حديث حسن^(٤) . ولأن غير الثمر لا يساويه في كثرة اقتياته ، وسهولة خرصه ، فلا يقاس عليه غيره . وقال القاضي : يجوز في جميع الثمار ؛ لأن حاجة الناس إلى رطبها كحاجتهم إلى الرطب . ويحتمل الجواز في الثمر والعنب خاصة ؛ لتساويهما في وجوب الزكاة فيهما ، وورود الشرع بخرصهما ، وكونهما مقتاتين دون غيرهما .

فصل في ربا النسيئة : كل مالتين اتفقا في علة ربا الفضل ، كالمكيلين والموزونين ، أو المطعومين على الرواية الأخرى ، لا يجوز بيع أحدهما بالآخر^(٥) نساء ، ولا التفريق قبل القبض ؛ لقول النبي ﷺ : « فإذا اختلفت

(١) بعده في م : « بيع » .

(٢) في الأصل ، ف : « الثمر » .

(٣) في ف : « بيع كل ذي » .

(٤) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك ، من أبواب البيوع .

عارضة الأحوذى ٣٠٧/٥ .

(٥) سقط من : الأصل .

هَذِهِ الْأَصْنَافُ ، فَيَبْعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ^(١) . وَعَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ^(٢) ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وَمَا اخْتَلَفَتْ عَلَيْهِمَا ، كَالْمَكِيلِ بِالْمَوْزُونِ ^(٤) إِذَا لَمْ يَتَّفَقَا فِي الطَّعْمِ ، جاز التَّفَرُّقُ فِيهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وَفِي النَّسَاءِ فِيهِمَا رِوَايَتَانِ .

وَمَا لَمْ يُوجَدْ فِيهِ عِلَّةٌ رَبًّا الْفَضْلِ ، كَالثِّيَابِ وَالْحَيَوَانِ ، فَفِيهِ رِوَايَاتٌ أَزْبَعٌ ، إِحْدَاهُنَّ ، يَجُوزُ النَّسَاءُ فِيهِمَا ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو قَالَ : أَمَرَنِي النَّبِيُّ ﷺ أَنْ أُشْتَسِلِفَ إِبْلًا ، فَكُنْتُ أَخْذُ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرَيْنِ إِلَى مَجِيءِ الْمُصَدِّقِ ^(٥) . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ ؛ لِمَا رَوَى سَمُرَةُ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٨٠ .

(٢) هاء وهاء : اسم فعل أمر بمعنى خذ . يقال : هاء درهما . أى خذ درهما .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٩ / ٣ . ومسلم ، فى : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٩ / ٣ ، ١٢١٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٢ / ٢ . والنسائى ، فى : باب بيع التمر بالتمر متفاضلا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٠ / ٧ . وابن ماجه ، فى : باب صرف الذهب بالورق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٩ / ٢ ، ٧٦٠ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الصرف ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٣٦ / ٢ ، ٦٣٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٤ / ١ ، ٣٥ ، ٤٥ .

(٤) فى م : « والموزون » .

(٥) فى م : « إبل الصدقة . من المسند » .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرخصة فى الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب =

عن يَتَعَ الحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيئَةً. قال التِّرْمِذِيُّ^(١) : هذا حديثٌ صحيحٌ .
والثالثةُ ، يَحْرُمُ النِّسَاءُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ ؛ لهذا الْخَبَرِ ، وَيُتَاحُ فِي الْجِنْسَيْنِ
عَمَلًا بِمَفْهُومِهِ . والرابعةُ ، يُتَاحُ مَعَ التَّسَاوِي ، وَيَحْرُمُ مَعَ التَّفَاضُلِ فِي
الْجِنْسِ الْوَاحِدِ ؛ [١٤٧] لِمَا رَوَى جَابِرٌ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْحَيَوَانُ
اِثْنَانِ^(٢) بَوَاحِدٍ لَا يَصْلُحُ^(٣) نِسَاءً ، وَلَا بَأْسَ بِهِ يَدَا يَدٍ » . قال التِّرْمِذِيُّ^(٤) :
هذا حديثٌ حسنٌ . وعن ابنِ^(٥) عُمَرَ أَنَّ رَجُلًا قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَرَأَيْتَ
الرَّجُلَ يَبِيعُ الْفَرَسَ بِالْأَفْرَاسِ ، وَالنَّجِيَّةَ بِالْإِبِلِ ؟ فَقَالَ : « لَا بَأْسَ^(٦) إِذَا كَانَ

= البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٢٥ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٥/٢٨٧ ، ٢٨٨ .
والدارقطني ، في : سننه ٣/٦٩ .

(١) في : باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، من أبواب البيوع . عارضة
الأحوذى ٥/٢٤٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب البيوع . سنن أبي
داود ٢/٢٢٤ . والنسائي ، في : باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/
٢٥٧ . وابن ماجه ، في : باب الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/
٧٦٣ . والدارمي ، في : باب النهي عن بيع الحيوان بالحيوان ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي
٢/٢٠٤ .

(٢) سقط من : م .

(٣) بعده في ف : « أن يكون » .

(٤) في : باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، من أبواب البيوع . عارضة
الأحوذى ٥/٢٤٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب التجارات . سنن ابن
ماجه ٢/٧٦٣ .

(٥) سقط من : م .

(٦) بعده في م : « به » .

يَدَا يَيْدٍ». رَوَاهُ أَحْمَدُ فِي «الْمُسْنَدِ»^(١). وَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِ الشُّرَاءِ
بِالْأَثْمَانِ نِسَاءً مِنْ سَائِرِ الْأَمْوَالِ، مَوْزُونًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهَا رُءُوسُ
الْأَمْوَالِ، فَالْحَاجَةُ دَاعِيَةٌ إِلَى الشُّرَاءِ بِهَا نِسَاءً وَنَاجِزًا.

فصل: فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ الْقَبْضِ^(٢) فِيمَا يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ^(٣) فِيهِ، بَطَلَ الْعَقْدُ،
وَأِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ قَبْضِ بَعْضِهِ، بَطَلَ فِي غَيْرِ الْمَقْبُوضِ، وَفِي الْمَقْبُوضِ
وَجْهَانِ؛ بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ. وَمَا وَجِبَ التَّمَاثُلُ فِيهِ إِذَا بِيَعَ عَيْنًا
بَعَيْنَ، فَوَجَدَ فِي أَحَدِهِمَا عَيْنًا مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ، بَطَلَ الْبَيْعُ^(٤)؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ
التَّمَاثُلَ الْمُشْتَرَطَ، وَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ فِي الذَّمَّةِ، جَازَ إِبْدَالُهُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ. وَهَلْ
يَجُوزُ بَعْدَ التَّفَرُّقِ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، يَجُوزُ إِذَا أَخَذَ الْبَدَلَ فِي
مَجْلِسِ الرَّدِّ؛ لِأَنَّ قَبْضَ بَدَلِهِ يَقُومُ مَقَامَهُ. وَالثَّانِيَةُ، يَتَطَلَّلُ الْعَقْدُ بِرَدِّهِ؛
لِأَنَّهُمَا تَفَرَّقَا قَبْلَ قَبْضِ الْعَوَضِ، وَإِنْ كَانَ عَيْنُهُ لِمَعْنَى لَا يَنْقُصُ ذَاتَهُ،
كَالسَّوَادِ فِي الْفِضَّةِ، وَالْخُشُونَةِ فِيهَا، فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ، وَلَيْسَ لَهُ اخْتِذُ
الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ يُخْلُ بِالتَّمَاثُلِ، وَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ فَسْخِ الْعَقْدِ أَوْ الْإِمْسَاكِ،
وَلَيْسَ لَهُ^(٥) الْبَدَلُ إِنْ كَانَ الْبَيْعُ^(٥) عَيْنًا بَعَيْنَ. وَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ فِي الذَّمَّةِ،
فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَهُ. فَأَمَّا مَا لَا يَجِبُ التَّمَاثُلُ فِيهِ، فَلَهُ اخْتِذُ
أَرْضِهِ؛ لِأَنَّ التَّفَاضُلَ فِيهِ جَائِزٌ، وَحُكْمُهُ فِيمَا^(٦) سِوَى ذَلِكَ حُكْمُ مَا قَبْلَهُ.

(١) ١٠٩/٢.

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ: م.

(٣) فِي م: «الْبَيْع».

(٤) بَعْدَهُ فِي ف: «أَخَذ».

(٥) فِي ب: «الْبَيْع».

(٦) فِي الْأَصْلِ: «فِي سَائِرِ مَا».

بَابُ بَيْعِ الْأُصُولِ

مَنْ بَاعَ نَخْلًا مُؤَبَّرًا فَشَمَرْتُهَا لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُتَبَاعُ ، فَتَكُونَ لَهُ ،
وَأِنْ لَمْ تُؤَبَّرْ ، فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْبَائِعُ ، فَتَكُونَ لَهُ ؛ لِمَا رَوَى
ابْنُ عُثْمَرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ بَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ ، فَشَمَرْتُهَا لِلْبَائِعِ ،
إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُتَبَاعُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . فَجَعَلَ الْمُؤَبَّرَةَ لِلْبَائِعِ ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ
غَيْرَ الْمُؤَبَّرَةَ لِلْمُتَبَاعِ ، وَلَأنَّهَا قَبْلَ التَّأْيِيرِ نَمَاءٌ كَامِنٌ ، لظُهُورِهِ غَايَةً ، فَتَبِعَ
الْأَصْلَ قَبْلَ ظُهُورِهِ وَلَمْ يَتَّبِعْهُ بَعْدَهُ ، كَالْحَمَلِ .

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرِتْ أَوْ أَرْضًا مَزْرُوعَةً أَوْ بِإِجَارَةٍ ، وَبَابِ بَيْعِ
النَّخْلِ بِأَصْلِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَبَابِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ مَرٌّ أَوْ شَرْبٌ فِي حَائِطٍ أَوْ فِي نَخْلٍ ، مِنْ
كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . وَبَابِ إِذَا بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرِتْ ، مِنْ كِتَابِ الشُّرُوطِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٠٢ / ٣ ،
١٥٠ ، ١٥١ ، ٢٤٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ نَخْلًا عَلَيْهَا ثَمَرٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . صَحِيحُ
مُسْلِمٍ ١١٧٢ / ٣ ، ١١٧٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْعَبْدِ يَبَاعُ وَلَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ
٢٤٠ / ٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي ابْتِياعِ النَّخْلِ بَعْدَ التَّأْيِيرِ وَالْعَبْدُ وَلَهُ مَالٌ ، مِنْ أَبْوَابِ
الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٥٢ / ٥ ، ٢٥٣ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّخْلِ يَبَاعُ أَصْلُهَا وَيَسْتَنْتَى
الْمُشْتَرِي ثَمَرُهَا ، وَبَابِ الْعَبْدِ يَبَاعُ وَيَسْتَنْتَى الْمَشْتَرِي مَالَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٢٦٠ / ٧ ،
٢٦١ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَنْ بَاعَ نَخْلًا مُؤَبَّرًا أَوْ عَبْدًا لَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ
التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةٍ ٧٤٥ / ٢ ، ٧٤٦ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي ثَمَرِ الْمَالِ يَبَاعُ
أَصْلُهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُوطَأُ ٦١٧ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدُ ٦ / ٢ ، ٩ ، ٥٤ ، ٦٣ ،
٧٨ ، ٨٢ ، ١٠٢ ، ١٥٠ ، ٣٢٦ / ٥ .

وَطَلَعُ الْفُحَّالِ^(١) كغیره . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لِلْبَائِعِ قَبْلَ تَشَقُّقِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤْخَذُ^(٢)
كَذَلِكَ ، وَالطَّلَعُ ظَاهِرٌ ، فَهُوَ كَالثَّيْنِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِلخَبَرِ ، وَلِأَنَّ
الْمَقْصُودَ^(٣) « مَا فِي » دَاخِلِ الطَّلَعِ لِلتَّلْقِيحِ وَلَمْ يَظْهَرْ ، فَيَتَّبِعُ الْأَصْلَ ، كَطَّلَعَ
الْإِنَاثَ .

فَإِنْ أُبْرَ بَعْضُ الْحَائِطِ دُونَ بَعْضٍ ، فَمَا أُبْرَ لِلْبَائِعِ ، وَمَا لَمْ يُؤَبَّرْ
لِلْمُشْتَرِي ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، وَقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِلخَبَرِ . وَقَالَ ابْنُ
حَامِدٍ : الْكُلُّ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاكَهُمَا فِي الثَّمَرَةِ يُؤَدِّي إِلَى الضَّرَرِ وَاخْتِلَافِ
الْأَيْدِي ، فَجَعَلْنَا مَا لَمْ يَظْهَرْ تَبَعًا لِلظَّاهِرِ ، كَأَسَاسَاتِ الْحَيْطَانِ تَتَّبِعُ الظَّاهِرَ
مِنْهَا ، وَلَمْ نَجْعَلِ الظَّاهِرَ تَبَعًا لِلْبَاطِنِ ، كَمَا لَا تَتَّبِعُ الْحَيْطَانُ الْأَسَاسَ فِي مَنَعِ
الْبَيْعِ لِلْجَهَالَةِ . وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ حَائِطَيْنِ ، لَمْ يَتَّبِعْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ؛ لِأَنَّهُ
لَا^(٤) يُفْضَى إِلَى سُوءِ الْمُشَارَكَةِ ؛ لِانْفِرَادِ أَحَدِهِمَا مِنْ^(٥) الْآخَرِ .

فَإِنْ أُبْرَ نَوْعٌ مِنَ الْحَائِطِ ، لَمْ يَتَّبِعِ النَّوعَ الْآخَرَ فِي قَوْلِ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ
النَّوعَيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِي التَّأْيِيرِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَتَّبِعُهُ ؛ لِئَلَّا يُفْضَى إِلَى
سُوءِ الْمُشَارَكَةِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ . وَإِنْ أُبْرَ بَعْضُ مَا فِي الْحَائِطِ ، فَأُفْرِدَ
بِالْبَيْعِ مَا لَمْ يُؤَبَّرْ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤَبَّرْ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَإِنْ أُبْرَ بَعْضُ

(١) الفحال ، بضم الفاء المعجمة وتشديد الحاء : ذكر النخل .

(٢) فِي ف : « يوجده » ، وَفِي م : « يوجد » .

(٣ - ٣) فِي م : « فيما » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : س ٢ ، م .

(٥) فِي م : « عن » .

الحائِط فباعه ، ثم أَطْلَعَ الباقي في يَدِ الْمُشْتَرِي ، [١٤٧ظ] فَالْطَّلْعُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ حَادِثٌ فِي مِلْكِهِ ، فَكَانَ لَهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُؤَبَّرْ مِنْهُ شَيْءٌ .

فصل : وَكُلُّ عَقْدٍ نَاقِلٍ لِلأَصْلِ ، كَجَعْلِهِ صَدَاقًا ، أَوْ ^(١) عِوَضَ خُلْعٍ ، أَوْ أُجْرَةً ، أَوْ هِبَةً ، ^(٢) أَوْ رَهْنًا ^(٣) ، كَالْبَيْعِ فِيمَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُزِيلُ الْمِلْكَ عَنِ الْأَصْلِ ، فَأَزَالَهُ عَنِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ الظُّهُورِ ، كَالْبَيْعِ .

فصل : وَسَائِرُ الشَّجَرِ عَلَى سِتَّةِ أَصْرِبٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يُقْصَدُ زَهْرُهُ ؛ كَالْوَرْدِ ، وَالْقُطْنِ الَّذِي يَبْقَى أَغْوَامًا ، فَهُوَ كَالنَّخْلِ ؛ إِنْ تَفَتَّحَتْ أَكْمَامُهُ وَتَشَقَّقَ جَوْزُهُ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ، كَالطَّلْعِ سِوَاءً .

الضَّرْبُ الثَّانِي ، مَا لَهُ ثَمَرَةٌ بَارِزَةٌ ، كَالْعِنَبِ وَالتِّينِ ، فَمَا كَانَ مِنْهُ ظَاهِرًا فَهُوَ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهَا ثَمَرَةٌ ظَاهِرَةٌ ، فَهِيَ لِلْبَائِعِ ^(٤) كَالطَّلْعِ الْمُؤَبَّرِ ، وَمَا ظَهَرَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ حَدَثٌ فِي مِلْكِهِ .

الثَّالِثُ ، مَا لَهُ قِشْرٌ لَا يُزَالُ إِلَّا عِنْدَ الْأَكْلِ ، كَالرُّمَّانِ وَالْمُوزِ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ إِنْ كَانَ ظَهَرَ ؛ لِأَنَّ قِشْرَهُ مِنْ مَصْلَحَتِهِ ، فَهُوَ كَأَجْزَاءِ الثَّمَرَةِ .

الرَّابِعُ ، مَا لَهُ قِشْرَانِ ، كَالْجُوزِ وَاللُّوزِ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ بِنَفْسِ الظُّهُورِ ؛ لِأَنَّ قِشْرَهُ ^(٥) لَا يُزَايِلُهُ فِي الْغَالِبِ إِلَّا بَعْدَ جَدَاذِهِ ^(٥) ، فَهُوَ كَالرُّمَّانِ . وَقَالَ بَعْضُ

(١) فِي م : «و» .

(٢ - ٢) زِيَادَةٌ مِنْ : س ٢ ، ف .

(٣) زِيَادَةٌ مِنْ : س ١ .

(٤) بَعْدَهُ فِي س ٢ : « مِنْ مَصْلَحَتِهِ » .

(٥) فِي س ١ ، ب : « جَدَاذِهِ » .

أصحابنا : إن تشقق قشره الأعلى ، فهو للبائع ، وإلا فهو للمشتري ؛ لأنه لا يُدخَرُ في قشره الأعلى ، بخلاف الرُّمَّانِ .

الخامس ، ما ^(١) يَظْهَرُ ثَمَرُهُ فِي نَوْرِهِ ، ثُمَّ يَتَنَائِرُ نَوْرُهُ فَيُظْهَرُ ، كَالْتُّفَاحِ وَالْمِشْمِشِ ^(٢) ، فَمَا تَنَائَرَ نَوْرُهُ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَمَا لَمْ يَتَنَائِرْ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَظْهَرُ إِلَّا بَعْدَ تَنَائُرِ نَوْرِهِ ، فَكَانَ ^(٣) كَتَأْيِيرِ النَّخْلِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لِلْبَائِعِ بظهورِ نَوْرِهِ ؛ لِأَنَّ اسْتِتَارَ الثَّمَرَةِ بِالنَّوْرِ ، كَاسْتِتَارِ ثَمَرَةِ النَّخْلِ بَعْدَ التَّأْيِيرِ بِالْقَشْرِ الْأَبْيَضِ .

السادس ، مَا يُقْصَدُ وَرْقُهُ ، كَالثُّوتِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي بِكُلِّ حَالٍ ؛ قِيَاسًا عَلَى سَائِرِ الْوَرَقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ تَفَتَّحَ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ هَلْهُنَا كَالثَّمَرِ .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى شَجَرًا عَلَيْهِ ثَمَرَةٌ لِلْبَائِعِ ، لَمْ يُكَلَّفْ نَقْلَهَا إِلَى أَوَانٍ جَدَاذِهَا ^(٤) ؛ لِأَنَّ نَقْلَ الْمَبِيعِ عَلَى حَسَبِ الْعَادَةِ ، وَلِهَذَا لَوْ اشْتَرَى مَتَاعًا لَيْلًا ، لَمْ يُكَلَّفْ نَقْلَهُ حَتَّى يُضْبَحَ ، وَلَوْ بَاعَ مَتَاعًا كَثِيرًا فِي دَارٍ ، لَمْ يُكَلَّفْ تَقْرِيفُهَا إِلَّا عَلَى الْعَادَةِ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ جَمْعُ دَوَابِّ الْبَلَدِ لِنَقْلِهِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَإِذَا بَلَغَ الْجِدَاذَ ^(٥) ، كُفِّ نَقْلُهُ وَإِنْ كَانَ بَقَاؤُهُ أَنْفَعَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ نَقْلَهُ

(١) بعده في الأصل : « لم » .

(٢) مثلثة الميمين .

(٣) في ف : « فهو » .

(٤) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب : « جدادها » .

(٥) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب : « الجداد » .

عَادَةً . وَإِنْ أَصَابَ الشَّجَرُ عَطَشٌ خِيفَ هَلَاكُهُ بِيَقَائِهِ عَلَيْهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمُ قَطْعُهُ ؛ لِأَنَّهِمَا دَخَلَا فِي الْعَقْدِ عَلَى تَرْكِ الثَّمَرَةِ إِلَى أَوَانِ الْجَذَازِ . وَالثَّانِي ، يَلْزَمُ قَطْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي رَضِيَ بِذَلِكَ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِهِ ، وَهَذَا فِيهِ ضَرَرٌ كَثِيرٌ . وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا سَقَى مَا لَهُ لِمَصْلَحَتِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ وَإِنْ أَضُرَّ بِصَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالضَّرَرِ ، لِعَلِمِهِ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ السَّقْيِ ، وَإِنْ سَقَى لِغَيْرِ مَصْلَحَتِهِ ، لَمْ يُمَكِّنْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ سَفَهٌ .

فصل : وَإِذَا بَاعَ أَرْضًا بِحُقُوقِهَا ، دَخَلَ مَا فِيهَا مِنْ غِرَاسٍ وَبَنَاءٍ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : بِحُقُوقِهَا . فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَدْخُلُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا لِلْبَقَاءِ ، فَهُوَ كَأَجْزَائِهَا . وَالثَّانِي ، لَا يَدْخُلُ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ اسْمٌ لِلْعَرَضَةِ دُونَ مَا فِيهَا . وَإِنْ قَالَ : بِغُثَّكَ هَذَا الْبُسْتَانِ . دَخَلَ الْجَمِيعُ فِي الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الْبُسْتَانَ اسْمٌ لِلأَرْضِ ذَاتِ الشَّجَرِ .

وَإِنْ بَاعَ الْأَرْضَ وَفِيهَا زَرْعٌ لَا يُحْصَدُ إِلَّا مَرَّةً ؛ كَالْحِنْطَةِ ، وَالشَّعِيرِ ، وَالْجَزْرِ ، وَالْفُجْلِ ، لَمْ يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ 'نَمَاءٌ ظَاهِرٌ' ، لِفَضْلِهِ غَايَةً ، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ ، كَالطَّلَعِ الْمُؤَبَّرِ . وَسَوَاءٌ كَانَ نَابِتًا أَوْ بَذْرًا ؛ لِأَنَّ الْبَذَرَ 'مُودَعٌ' فِي الْأَرْضِ ، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي بَيْعِهَا ، كَالرَّكَازِ . وَيَكُونُ [١٤٨] الزَّرْعُ مُبْقًى إِلَى حِينِ الْحَصَادِ ، كَمَا أَنَّ الثَّمَرَةَ تُبْقًى إِلَى حِينِ الْجَذَازِ . فَإِنْ أَرَادَ الْبَائِعُ قَطْعَهُ قَبْلَ وَقْتِهِ لِيَسْتَفِيعَ بِالْأَرْضِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَنَفْعَةَ الْأَرْضِ إِنَّمَا حَصَلَتْ مُسْتَشْنَاءً عَنْ مُقْتَضَى الْعَقْدِ ضَرُورَةً إِبْقَاءِ الزَّرْعِ ،

فَتَقَدَّرَتْ بَيْقَائِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا فِيهَا مَتَاعٌ لَا يُنْقَلُ فِي الْعَادَةِ إِلَّا فِي شَهْرٍ ،
فِيكَلَّفُ نَقْلَهُ فِي يَوْمٍ ، لِيُسْتَفْعَ بِهَا فِي بَقِيَّتِهِ .

وَالْحَصَادُ عَلَى الْبَائِعِ ، وَعَلَيْهِ^(١) إِزَالَةُ مَا يَبْقَى مِنْ عُرْوَقِ الْمُضِرَّةِ
بِالْأَرْضِ ، وَتَسْوِيَةُ حُفْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِفِعْلِهِ لاسْتِصْلَاحِ مِلْكِهِ^(٢) ، فَأُشْبِهَ مَنْ
بَاعَ دَارًا فِيهَا حَجَرًا لِلْبَائِعِ ، فَقَلَعَهُ ، فَتَحَفَّرَتِ الْأَرْضُ .

وإن اشترطها المشتري في البيع ، كانت له ، كالثمرة المؤبَّرة ، ولا تضرُّ
جهالته ؛ لأنَّه دخل في البيع تبعًا للأرض ، فأشبهه الثمرة بعد تأبيرها . وإن
لم يعلم المشتري بالبذر ، فله الخيار ؛ لأنَّه عيَّب في حقه ؛ لما يفوت عليه
من نفع الأرض . فإن قال البائع : أنا أحولُّه على وجه لا يضرُّ . وفعل ،
سقط الخيار ؛ لزوال العيب .

وإن اشترى نخلًا ذات طلع مؤبَّر لم يعلم تأبيره ، فله الخيار أيضًا . وإن
بذل البائع قطعه ، لم يسقط الخيار ؛ لأنَّ الضرر لا يزول بقطعه ؛ لأنَّه
يفوت عليه ثمرته عامًا .

فصل : وإن كان في الأرض ما له أصل يُجزَّ مرةً بعد أخرى ، فالجزء
الظاهر عند البيع للبائع ، والأصول للمشتري ، سواء كان مما يبقى عامًا ،
كالهندب^(٣) ، أو أكثر ، كالرطوبة^(٤) ؛ لأنَّ أصوله تركت للبقاء ، فهي

(١) بعده في م : «أجرة» .

(٢) في م : «نفسه» .

(٣) الهندبا : بقل زراعى ، يطبخ ورقه ، أو يجعل مشهيا .

(٤) الرطوبة : ما أكل من النبات غضا ، ولا يدخر ولا يبقى ، كالفاكهة .

كَالشَّجَرِ . وَمَا ظَهَرَ مِنْهُ وَجَرَتْ الْعَادَةُ بِأَخْذِهِ ، فَهُوَ كَالثَّمَرَةِ الْمُؤَبَّرَةِ ، وَعَلَى
الْبَائِعِ قَطْعُهُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَدَّ لَهُ يَنْتَهِي إِلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ يَطُولُ ، وَالزِّيَادَةُ
لِلْمُشْتَرَى .

وَمَا تَتَكَرَّرُ ثَمَرَتُهُ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ ؛ كَالْقِثَاءِ ، وَالْبَاذِئْجَانِ ، وَالْبِطِيخِ ، أَوْ
يُقَصَّدُ زَهْرُهُ ، كَالْبَنْفَسِجِ وَنَحْوِهِ ، فَكَذَلِكَ ، الْأُصُولُ لِلْمُشْتَرَى ، وَثَمَرَتُهُ
الظَاهِرَةُ وَزَهْرَتُهُ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ تُوْخِذُ ثَمَرَتُهُ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ ، فَهُوَ كَالْبُقُولِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ فِي الْأَرْضِ حِجَارَةٌ مَذْفُونَةٌ أَوْ رِكَازٌ ، لَمْ يَدْخُلْ فِي
الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَجْزَائِهَا ، إِنَّمَا هُوَ مُودَعٌ فِيهَا لِلنَّقْلِ عَنْهَا ، فَهُوَ
كَالْقُمَاشِ . فَإِنْ كَانَتْ الْأَحْجَارُ مِنْ نَفْسِ الْأَرْضِ ، أَوْ أُسَاسَاتِ الْحِيطَانِ ،
أَوْ كَانَ فِيهَا مَعْدِنٌ بَاطِنٌ ، كَمَعْدِنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، دَخَلَ فِي الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ
مِنْ أَجْزَائِهَا ، أَوْ مَشْرُوكٌ لِلْبَقَاءِ فِيهَا ، فَهُوَ كَالْبِنَاءِ .

فصل : وَإِنْ بَاعَهُ دَارًا ، دَخَلَ فِيهَا مَا اتَّصَلَ بِهَا ؛ كَالرُّفُوفِ الْمُسَمَّرَةِ ،
وَالْخَوَابِي^(١) الْمَذْفُونَةِ فِيهَا لِلانْتِفَاعِ بِهَا ، وَالْحَجَرِ الشُّفْلَانِيِّ مِنَ الرَّحَى
الْمَنْصُوبِ ، وَالْأَبْوَابِ الْمَنْصُوبَةِ . وَفِي الْحَجَرِ الْفُوقَانِيِّ وَالْمِفْتَاحِ وَجْهَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، يَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ^(٢) مَصْلَحَةٍ مَا هُوَ دَاخِلٌ فِي الْبَيْعِ^(٣) ، فَهُوَ
كَالْبَابِ . وَالثَّانِي ، لَا يَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهُ يَنْفَرِدُ عَنْهُ ، فَهُوَ كَالدَّلْوِ .

وَمَا هُوَ مُنْفَصِلٌ عَنْهَا مِمَّا لَيْسَ^(٣) مِنْ مَصْلَحَتِهَا^(٣) ؛ كَالدَّلْوِ ، وَالْحَبْلِ ،

(١) الْخَوَابِي ؛ جَمْعُ خَابِيَةٍ : وَهِيَ وَعَاءُ الْمَاءِ الَّتِي يُحْفَظُ فِيهِ .

(٢ - ٢) فِي م : « مَصْلَحَتُهَا ، فَأَشْبَهَ الْمَنْصُوبَ فِيهَا » .

(٣ - ٣) فِي م : « لِمَصْلَحَتِهَا » .

والبَكْرَةَ ، والقُفْلَ ، لم يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَفَصِّلٌ عَنْهَا غَيْرُ مُخْتَصٍّ
بِمَصْلَحَتِهَا ، أَشْبَهَ الْفُرْشَ الَّتِي فِيهَا .

وإن باعَهُ قَرْيَةً لم تَدْخُلْ مَزَارِعُهَا فِي الْبَيْعِ إِلَّا بِذِكْرِهَا ؛ لِأَنَّ الْقَرْيَةَ اسْمٌ
لِلْأُبْنِيَّةِ دُونَ الْمَزَارِعِ .

بَابُ بَيْعِ الثَّمَارِ

لا يجوزُ بَيْعُ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ قَبْلَ بُدُو الصَّلَاحِ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُو صِلَاحُهَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١) . وَفِي لَفْظٍ : نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تَزْهُوَ ، وَعَنْ بَيْعِ السَّنْبِلِ حَتَّى يَبْيَضَ وَيَأْمَنَ^(٢) الْعَاهَةَ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٣) . وَلَأَنَّ فِي بَيْعِهِ غَرَرًا^(٤) [١٤٨ ظ] مِنْ

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ١٠١/٣ . ومسلم ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٥/٣ ، ١١٦٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٧/٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٦/٢ ، ٧٤٧ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٥١/٢ ، ٢٥٢ . والإمام مالك ، فى : باب النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦١٨/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٧/٢ ، ٦٢ ، ١٢٣ .

(٢) بعده فى م : « من » .

(٣) فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٥ ، ١١٦٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ... ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٧/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣٤/٥ . والنسائى ، فى : باب بيع السنبيل حتى يبيض ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٨/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٢ .

(٤) فى م : « ضررا » .

غير حاجة، فلم يَجُزْ، كما لو شَرَطَ التَّبَقُّيَّةَ. فإن باعها بشرطِ القَطْعِ،
جاز؛ لأنَّه يأخذها قبل تَلَفِهَا فَيَأْمَنُ الغَرَرَ.

وإن باعها لمالك الأَصْلِ، ففيه وَجْهَانِ؛ أحدهما، يَصِحُّ؛ لأنَّها تَحْصُلُ
لمالك الأَصْلِ، فجاز، كما لو باعها معاً. والثاني، لا يَصِحُّ؛ لأنَّه أفردها
بالعَقْدِ، أشَبَهَ ما لو باعها لغيره، وإِنَّمَا يَصِحُّ إذا باعها؛ لأنَّها تَدْخُلُ تَبَعاً،
كالْحَمْلِ مع أُمِّه.

وإذا بدا الصَّلَاحُ، جاز يَبْعُها بشرطِ القَطْعِ، ومُطْلَقاً، وبشرطِ التَّبَقُّيَّةِ؛
للخَبَرِ، ولأنَّه أَمِنَ العَاهَةَ، فجاز يَبْعُها، كسائر الأَمْوَالِ.

فصل: وبُدُو الصَّلَاحِ فِي ثَمَرَةِ النَّخْلِ أَنْ يَحْمَرَ أَوْ يَصْفَرَ، وَفِي الْعِنَبِ
أَنْ يَسْوَدَّ أَوْ يَتَمَوَّهَ، وَفِي الْحَبِّ أَنْ يَشْتَدَّ أَوْ يَنْتَضِرَّ، وَفِي سَائِرِ الثَّمَارِ أَنْ
يَبْدُو فِيهِ النُّضْجُ، أَوْ يَطِيبَ أَكْلُهُ^(١)؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنِ
بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى تَطِيبَ. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢). وَنَهَى عَنِ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى تَزْهُوَ،
قِيلَ: وَمَا تَزْهُو؟ قَالَ: «تَحْمَارُ أَوْ تَصْفَارُ»^(٣). وَنَهَى عَنِ بَيْعِ الْحَبِّ حَتَّى

(١) زيادة من: م.

(٢) أخرجه البخاري، في: باب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب والفضة، من كتاب
البيوع. صحيح البخاري ٩٩/٣. ومسلم، في: باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير
شرط القطع، من كتاب البيوع. صحيح مسلم ١١٦٧/٣، ١١٧٦.

كما أخرجه الإمام أحمد، في: المسند ٣١٢/٣، ٣٢٣، ٣٩٥.

(٣) أخرجه البخاري، في: باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها...، من كتاب البيوع.
صحيح البخاري ١٠١/٣. ومسلم، في: باب وضع الجوائح، من كتاب المساقاة. صحيح
مسلم ١١٩٠/٣. والنسائي، في: باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها...، من كتاب =

يَشْتَدُّ ، وَنَهَى عَنْ يَتَعَ الْعِنَبِ حَتَّى يَسْوَدَّ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(١) .

وَإِذَا بَدَأَ الصَّلَاحُ فِي نَوْعٍ ، جَازَ يَتَعُ مَا فِي الْبُسْتَانِ مِنْهُ ^(٢) . وَعَنْهُ ، لَا يُبَاعُ إِلَّا مَا بَدَأَ صَلَاحُهُ ؛ لِلْخَبَرِ . وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى الضَّرَرِ وَالْمَشَقَّةِ وَسُوءِ الْمَشَارَكَةِ . وَفِي يَتَعِ ^(٣) سَائِرِ الْجِنْسِ وَجْهَانِ ، مَضَى ^(٤) تَوْجِيهُهُمَا فِي التَّأْيِيرِ .

وَلَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ فِي ^(١) أَنَّ بُدُوَ الصَّلَاحِ فِي بَعْضِ الشَّجَرَةِ صَلَاحٌ لْجَمِيعِهَا ، وَأَنَّ بُدُوَ صَلَاحِ جِنْسٍ لَيْسَ بِصَلَاحٍ لْجِنْسٍ آخَرَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى سُوءِ الْمَشَارَكَةِ . فَإِنْ بَدَأَ صَلَاحُ ثَمَرَةِ بُسْتَانٍ ، لَمْ يَكُنْ صَلَاحًا لْثَمَرَةٍ غَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، يَكُونُ صَلَاحًا لِمَا ^(٢) قَارَبَهُ ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَقَارَبَانِ فِي الْإِذْرَاكِ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ^(٣) يُفْضَى إِلَى سُوءِ الْمَشَارَكَةِ . وَإِنْ بَدَأَ الصَّلَاحُ فِي ثَمَرَةِ بُسْتَانٍ ، فَأُفْرِدَ بِالْبَيْعِ مَا لَمْ يَتَّصِلْ صَلَاحُهُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّصِلْ صَلَاحُ شَيْءٍ مِنَ الْمَبِيعِ ، أَشْبَهَ الْبُسْتَانَ الْآخَرَ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ يَتَعُهُ مَعَ غَيْرِهِ ، فَجَازَ مُفْرَدًا ، كَالَّذِي بَدَأَ صَلَاحُهُ .

= الْبَيْعُ . الْمَجْتَبَى ٢٣٢ / ٧ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَوْطَأُ ٦١٨ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١١٥ / ٣ ، ١٦١ ، ٢٢١ ، ٢٥٠ .

(١) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٤ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « فِيمَا » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : س ٢ ، م .

فصل : وإذا ابتاع ثمرًا أو زرعًا بعد صلاحه ، لم يُكَلَّفَ قَطْعَهُ قبل أوانِ الحَصَادِ والجَذَاذِ ؛ لأنَّ ذلك العادةُ في نقله ، فحَمِلَ البَيْعُ عليه ، كما ^(١) ذكرنا في الثَّمَرِ المؤبَّرِ . وإن احتاجت إلى سَقْيٍ ، لَزِمَ البائعُ سَقْيُهَا ؛ لأنَّ عليه تَسْلِيمَهَا في أوانِ حَصَادِهَا ، ولا يَحْصُلُ إِلَّا بالسَّقْيِ ، فَلَزِمَهُ ، بخلافِ ثَمَرَةِ البائعِ ^(٢) المؤبَّرَةِ على أَصُولِ المُشْتَرِي ، لا يَلْزِمُهُ سَقْيُهَا ؛ لأنَّه لا يَلْزِمُهُ تَسْلِيمُهَا ^(٣) .

وإن تَلَفَتْ بجائحةٍ ^(٤) فهي من ضَمَانِ ^(٥) البائعِ ؛ لما رَوَى جَابِرٌ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِوَضْعِ الجَوَائِحِ . وفي لَفْظٍ قال : « إِنْ بَعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا ، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا ، بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بغيرِ حَقٍّ ؟ » . رَوَاهُمَا مُسْلِمٌ ^(٦) . ولأنَّهَا تُؤْخَذُ ^(٧) حالًا فحالًا ، فَكَانَتْ مِنْ

(١) في م : « لما » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) في م : « من السماء رجع على » .

(٤) الأول ، في : باب وضع الجوائح ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩١ / ٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع السنين ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٢٨ . والنسائي ، في : باب وضع الجوائح ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٣٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٠٩ .

والثاني ، في : الباب السابق . صحيح مسلم ١١٩٠ / ٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب وضع الجائحة ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢ / ٢٤٨ . والنسائي ، في : باب وضع الجوائح ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٣٢ ، ٢٣٣ . وابن ماجه ، في : باب بيع الثمار سنين والجائحة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٤٧ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٩٤ .

(٥) في ف ، ب : « يوجد » .

ضمان البائع ، كالمنافع في الإجارة . والجائحة ما لا صنّع للآدمي فيها .
فإن أثلفها آدمي ، فللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن ، وبين
الإمساك ومطالبة المثلف بالقيمة^(١) .

وظاهر المذهب أنه لا فرق بين القليل والكثير ، إلا أن يكون التالف
يسيرًا جرت العادة بتلف مثله ، قال أحمد : لا أقول في عشر تمرات ، ولا
عشرين تمرّة ، ولا أدرى ما الثلث . وذلك لأنّ الشرع أمر بوضع الجوائح ،
ولم يجعل له^(٢) حدًا ، فوجب رده إلى ما يتعارفه الناس جائحة^(٣) . وعنه ،
أنّ ما دون الثلث من ضمان المشتري ؛ لأنّ الثمرة لا بُدّ من تلف شيء
منها ، فلا بُدّ من حد^(٤) فاصل ، والثلث يصلح ضابطًا ؛ لقول النبي ﷺ :
« والثلث كثير »^(٥) .

وإن بلغت الثمرة أو الزرع أوان [١٤٩و] الحصاد ، فلم يُنقل حتى
هلك ، فهو من ضمان المشتري ؛ لأنّه «لزمه النقل»^(٦) ، فكان التفريط
منه^(٦) ، فاخصّ الضمان به . وإن اختلفا في التلف أو في قدره ، فالقول
قول البائع ؛ لأنّه غارم ، ولأنّ الأصل السلامة . ولو اشترى الثمرة مع
الشجرة ، أو الزرع مع الأرض ، زال الضمان عن البائع بمجرد العقد ؛ لأنّه

(١) في الأصل : « بالبدل » .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) تقدم تخريجه في ٢١٧/٢ ، ٢١٨ .

(٥ - ٥) في م : « لا يلزم النقل أى لا يلزم البائع نقله » .

(٦) بعده في م : « أى المشتري » .

حَصَلَ التَّسْلِيمُ الْكَامِلُ لِتَسْلِيمِ الْأَصْلِ ، فَأُشْبِهَ بَيْعَ الدَّارِ .

فصل : وإذا اشترى ثمرة شجرة فحدثت ثمرة أخرى ، فاختلطتا ولم تَمَيِّزاً^(١) ، أو حنطة فأنثالت عليها أخرى ، لم يَئْطِلِ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ بَاقٍ انْضَافَ إِلَيْهِ غَيْرُهُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ اشْتَبَهَ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ بِغَيْرِهِ . وَيَشْتَرِكَانِ كُلُّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ مَالِهِ إِنْ عَلِمَ قَدْرَهُ ، وَإِلَّا وَقَفَ الْأَمْرُ^(٢) حَتَّى يَضْطَلِحَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْطُلَ الْعَقْدُ ؛ لِتَعَذُّرِ تَسْلِيمِ الْمُشْتَقِّ ، فَأُشْبِهَ تَلَفَ الْمَبِيعِ . وَلَوْ بَاعَ الْأَصْلَ وَعَلَيْهِ ثَمَرَةٌ لَهُ ، فَحَدَّثَتْ لِلْمُشْتَرِي ثَمَرَةٌ^(٣) اخْتَلَطَتْ بِهَا ، لَمْ يَنْطُلِ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ هُوَ الشَّجَرُ ، وَلَمْ يَخْتَلِطْ بِغَيْرِهِ ، وَيَشْتَرِكَانِ فِي الثَّمَرَةِ كَمَا يَتَنَّى .

ولو باع ثمرة قبل بُدْوَ صلاحها بشرط القطع ، فتركها حتى بدا صلاحها ، أو جزءاً من الرطوبة فطالت حيلة ، فالعقد باطل من أصله . نص عليه ؛ لِأَنَّ الْحَيْلَ لَا تَجُوزُ فِي الدِّينِ . وَإِنْ لَمْ تُكُنْ حِيلَةً ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَنْطُلُ الْبَيْعُ^(٤) ؛ لِأَنَّ التَّبْقِيَةَ^(٥) مَعْنَى حَرَمِ اسْتِرَاطِهِ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَأَبْطَلَ الْعَقْدَ حَقِيقَتَهُ ، كَالنَّسِيئَةِ فِي الرُّبُوبِيَّاتِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَنْطُلُ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ فِي عَيْنِ الْمَبِيعِ ، فَلَمْ يَنْطُلْ بِهَا الْبَيْعُ^(٦) ، كَسِمَنِ الْعَبْدِ .

(١) فِي ف ، م : « يَتَمَيِّز » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « ثُمَّ » .

(٤) فِي م : « الْعَقْد » .

(٥) فِي م : « الْبَقِيَّة » .

(٦) فِي ب : « الْمَبِيع » .

قال القاضي : والزيادة للمُشْتَرِي لذلك . وعن أحمد ، أنَّهما يَشْتَرِيَانِ
 فِي الزِّيَادَةِ عَلَى كِلْتَا الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لِحُصُولِهَا فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي بِسَبَبِ الْأَصْلِ
 الَّذِي لِلْبَائِعِ . وَعَنْهُ ، يَتَصَدَّقَانِ بِهَا . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا عَلَى سَبِيلِ
 الِاسْتِحْبَابِ ؛ لِاسْتِبْطَاءِ الْأَمْرِ فِيهَا ، فَيُنْظَرُ كَمْ قِيَمَتُهَا قَبْلَ بُدْوَ صِلَاحِهَا
 وَبَعْدَهُ ، فَيَشْتَرِيَانِ فِيهَا ، أَوْ يَتَصَدَّقَانِ بِهَا . وَإِنْ جُهِلَتِ الْقِيَمَةُ ، وَقَفَ الْأَمْرُ
 حَتَّى يَضْطَلِحَا .

فصل : وَإِذَا كَانَتْ شَجَرَةٌ تَحْمِلُ جَمْلَيْنِ ، فَبَاعَ أَحَدَهُمَا عَالِمًا أَنَّهُ
 يَحْدُثُ الْآخَرُ فَيَخْتَلِطُ بِالْأَوَّلِ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى
 تَسْلِيمِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ فِيهِ التَّرْكُ ، فَيَخْتَلِطُ بِالْآخِرِ وَيَتَعَذَّرُ فِيهِ ^(١) التَّسْلِيمُ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الرُّطْبَةِ ^(٢) وَنَحْوِهَا مِمَّا يَثْبُتُ أَصْلُهُ فِي الْأَرْضِ ،
 وَيُؤْخَذُ مَا يَظْهَرُ مِنْهُ بِالْقَطْعِ دَفْعَةً ^(٣) بَعْدَ أُخْرَى ، إِلَّا أَنْ يَبِيعَ الظَّاهِرَ بِشَرْطِ
 الْقَطْعِ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ مَا فِي الْأَرْضِ ^(٤) مُغَيَّبٌ ، وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ مَعْدُومٌ ،
 فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ، كَالَّذِي يَحْدُثُ مِنَ الثَّمَرَةِ .

وَإِذَا بَاعَ الْقِثَاءَ وَالْبَاذِجَانَ وَنَحْوَهُمَا ^(٥) لَقِطَةً لَقِطَةً ^(٦) ، جَازٌ ، وَيَكُونُ

(١) زيادة من : س ٢ .

(٢) فِي س ٢ : « الرطب » .

(٣) فِي ف : « مرة » .

(٤) بَعْدَهُ فِي س ٢ : « وَيُؤْخَذُ مَا يَظْهَرُ مِنْهُ بِالْقَطْعِ فِي الْحَالِ لِأَنَّ مَا فِي الْأَرْضِ » .

(٥) فِي م : « نحوها » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : س ٢ ، م .

وَالْمُرَادُ : دَوْرًا مِنَ النُّضْجِ لِأَنَّهُ دَوْرٌ .

لِلْمُشْتَرَى جَمِيعُ اللَّقْطَةِ ، وَمَا حَدَثَ لِلْبَائِعِ . قَالَ الْقَاضِي : وَيَجُوزُ يَتَّعُ
أُصُولُهَا ، صِغَارًا كَانَتْ أَوْ كِبَارًا ، مُثْمِرَةً ^(١) وَغَيْرَ مُثْمِرَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلٌ تَتَكَرَّرُ
مِنْهُ الثَّمَرَةُ ، فَأَشْبَهَ الشَّجَرَ ، وَ^(٢) يَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمَ الشَّجَرِ فِي أَنَّ مَا كَانَ
مِنْ ثَمَرَتِهِ ^(٣) ظَاهِرًا عِنْدَ الْبَيْعِ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَمَا لَمْ يَظْهَرْ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرَى .
وَلَا يَجُوزُ يَتَّعُ الْفُجْلِ وَالْجَزْرِ وَنَحْوَهُمَا فِي الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا ^(٤)
مُغَيَّبٌ ، فَأَشْبَهَ يَتَّعُ التَّوَى فِي الثَّمَرِ .

(١) فِي م : «أَوْ» .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : «ثَمَرَةٌ» .

(٤) فِي الْأَصْلِ : «مِنْهُمَا» .

بَابُ ^(١) الْمَصْرَاةِ

لا يَحِلُّ ^(٢) يَبِيعُ الْمَصْرَاةَ ، فَإِنْ بَاعَهَا فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ ، فَإِنْ كَانَتْ مِنْ
بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ عَلِمَ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ رَدِّهَا
وَأَمْسَاكِهَا ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ
وَالْغَنَمَ ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا ^(٣) فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا ؛ إِنْ شَاءَ [١٤٩ ظ]
أَمْسَكَ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَلَأَنَّ هَذَا تَذْلِيلٌ
بِمَا يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِهِ ، فَأُثِّبَتِ الْخِيَارُ ، كَتَشْوِيدِ الشَّعْرِ ^(٥) .

قال أبو الخطاب : متى عَلِمَ التَّضَرُّيَّةُ ، فَلَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ عَلِمَ سَبَبَ الرَّدِّ
فَمَلَكَهُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ . وقال القاضي : لَا يَثْبُتُ لَهُ الرَّدُّ ^(٦) إِلَّا عِنْدَ
انْقِضَاءِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ قَدْ يَخْتَلِفُ لاختلاف المكان ، وَتَغْيِيرِ الْعَلْفِ ،

(١) بعده في م : « بيع » .

(٢) في م : « يجوز » .

(٣) في م : « ابتاعهما » .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥ .

ويضاف إليه لهذا اللفظ : وأخرجه البخاري ، في : باب إن شاء رد المصرة وفي حلبتها صاع
من تمر ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٣/٣ . والنسائي ، في : باب النهي عن
المصرة ... من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٣/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٢/٢ ، ٤١٧ .

(٥) في م : « شعر الجارية » .

(٦) في م : « الخيار » .

فإذا مضت الثلاثة بانت التَّضَرِيَةُ ، وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ . وقال ابنُ أبي موسى : إذا عَلِمَ التَّضَرِيَةُ ، فله الْخِيَارُ إِلَى تَمَامِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مِنْ حِينَ الْبَيْعِ ^(١) ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ اشْتَرَى مُصْرَاةً ، فَهُوَ فِيهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٢) .

فصل : وَيَلْزَمُهُ مَعَ رَدِّهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرِ بَدَلًا عَنِ اللَّبَنِ الْمَوْجُودِ حَالَ الْعَقْدِ ؛ لِلْخَبَرِ . وَيَكُونُ جَيِّدًا غَيْرَ مَعِيبٍ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ بِإِطْلَاقِ الشَّرْعِ ، فَأُشْبِهَ الْوَاجِبَ فِي الْفِطْرَةِ . وَإِنْ رَدَّهَا قَبْلَ حَلِبِهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ اللَّبَنِ ، وَلَمْ يَأْخُذْهُ . وَإِنْ رَدَّهَا بَعْدَ حَلِبِهَا ، وَلَبَنُهَا مَوْجُودٌ غَيْرٌ مُتَغَيِّرٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُرَدُّ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ بِحَالِهِ لَا غَيْبَ فِيهِ . وَالثَّانِي ، عَلَيْهِ صَاعٌ ^(٣) تَمْرٍ .

وَلَا يَلْزَمُ الْبَائِعَ قَبُولُ اللَّبَنِ ؛ لِأَنَّهُ يُشْرِعُ إِلَيْهِ التَّغْيِيرُ ، وَكَوْنُهُ فِي الضَّرْعِ

(١) فِي س ١ : « الْبَائِعِ » .

(٢) فِي : بَابِ حَكْمِ بَيْعِ الْمَصْرَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٥٨/٣ ، ١١٥٩ .
كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَنْ اشْتَرَى مَصْرَاةً فَكْرَهَا ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٤٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْمَصْرَاةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥/٢٥٧ ، ٢٥٨ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنِ الْمَصْرَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَجْتَبَى ٧/٢٢٣ .
وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْمَصْرَاةِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةٍ ٢/٧٥٣ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْمَحْفَلَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢/٢٥١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/٢٤٨ ، ٢٥٩ ، ٢٧٣ ، ٣٨٦ ، ٤٠٦ ، ٤١٧ ، ٤٣٠ ، ٤٦٣ ، ٤٦٩ ، ٤٨١ ، ٤٨٣ ، ٥٠٧ .

(٣) بَعْدَهُ فِي م : « مِنْ » .

أَحْفَظَ لَهُ . فَإِنْ تَغَيَّرَ اللَّبَنُ ، فَعَلَيْهِ التَّمَرُّ ^(١) ، وَلَا يُلْزَمُ الْبَائِعُ قَبُولُ اللَّبَنِ لِتَغْيِيرِهِ .
 وَقَالَ الْقَاضِي : يُلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ النَّقْصَ ^(٢) فِيهِ حَصَلَ بِاسْتِعْلَامِ الْمَبِيعِ . فَإِنْ
 لَمْ يَقْدِرْ ^(٣) عَلَى التَّمَرِّ ، فَقِيمَتُهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ
 بِمَنْزِلَةِ عَيْنٍ أَتْلَفَهَا .

وَلَوْ رَضِيَ بِالتَّضَرِّيَةِ وَأَصَابَ عَيْنًا ^(٤) سِوَاهَا فَلَهُ رَدُّهَا ؛ لِأَنَّ رِضَاهُ بِعَيْنٍ
 لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِمَا سِوَاهُ ، وَعَلَيْهِ مَعَ الرَّدِّ صَاعُ تَمَرٍ ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ لِلْبَنِ ^(٥)
 التَّضَرِّيَةِ ، فَيَكُونُ عِوَضًا لَهُ مُطْلَقًا . ^(٦) وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُلْزَمَهُ هَلْهُنَا إِلَّا مِثْلُ
 اللَّبَنِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ وَجوبُ ضَمَانِ اللَّبَنِ بِمِثْلِهِ ، خُولِفَ فِيمَا إِذَا رَدَّ الْمُصَرَّاءَ
 مِنْ أَجْلِ التَّضَرِّيَةِ ؛ لِلْخَبَرِ ، ففِيمَا إِذَا رَدَّهَا لَعَيْنٍ آخَرَ ، تَبَقَّى عَلَى الْأَصْلِ ،
 كَمَا لَوْ كَانَتْ غَيْرَ مُصَرَّاءٍ وَفِيهَا لَبَنٌ ^(٦) .

وَإِنْ اشْتَرَى شَاءَ غَيْرَ مُصَرَّاءٍ ، فَحَدَّثَ لَهَا لَبَنٌ ، فَاحْتَلَبَهُ ، ثُمَّ رَدَّهَا
 بِعَيْنٍ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ حَدَّثَ فِي مِلْكِهِ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا لَبَنٌ
 يَسِيرٌ لَا يَخْلُو الضَّرْعُ مِنْ مِثْلِهِ ، فَلَا شَيْءَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ مِثْلَ هَذَا لَا عِبْرَةَ بِهِ .
 وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا ، فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ ضَمَانُ اللَّبَنِ بِمِثْلِهِ ، فَلَا يَتَطَلَّلُ

(١) فِي م : « الثمن » .

(٢) فِي م : « القبض » .

(٣ - ٣) فِي م : « الثمن » .

(٤) فِي س ٢ ، م : « عينا » .

(٥) فِي ف : « من لبن » .

(٦ - ٦) سَقَطَ مِنْ : م .

بِمُخَالَفَتِهِ فِي لَبَنِ التَّضْرِيَةِ . وَإِنْ كَانَ بَاقِيًا فَرَدُّهُ ^(١) ، انْتَبَى عَلَى رَدِّ لَبَنِ
التَّضْرِيَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَرُدُّهُ . فَبَقَاؤُهُ كَتَلَفِهِ . وَهَلْ لَهُ رَدُّ
الْمَبِيعِ ^(٢) ؟ يُخْرِجُ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي مَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ ، ثُمَّ عَلِمَ عَيْبَهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْمَصْرَاةُ أَمَةً ، أَوْ أَتَانَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا
رَدَّ لَهُ ^(٣) ؛ لِأَنَّ لَبَنَهُمَا ^(٤) لَا عِوَضَ لَهُ ، وَلَا يُقْصَدُ قَصْدَ لَبَنِ الْأَنْعَامِ .
وَالثَّانِي ، لَهُ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ لَبَنَ الْأَمَةِ يُحَسِّنُ
ثَدْيَهَا ^(٥) ، وَيُرْعَبُ فِيهَا ظَفَرًا ، وَلَبَنُ الْأَتَانِ يُرَادُّ لَوْلَدِهَا ، فَإِنْ رَدَّهَا ^(٦) ، فَلَا
شَيْءَ عَلَيْهِ لِلَبَنِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ .

فصل : وَكُلُّ تَدْلِيلٍ بِمَا يَخْتَلِفُ بِهِ الثَّمَنُ يُثَبِّتُ خِيَارَ الرَّدِّ ؛ قِيَاسًا عَلَى
التَّضْرِيَةِ ؛ كَتَجْعِيدِ شَعْرِ الْجَارِيَةِ ، وَتَسْوِيدِهِ ، وَتَحْمِيرِ وَجْهَيْهَا ^(٧) ، وَجَمْعِ الْمَاءِ
عَلَى الرَّحَى وَقْتَ عَرْضِهَا عَلَى الْمُشْتَرَى ، فَإِنْ حَصَلَ ذَلِكَ بِغَيْرِ قَصْدٍ ،
كَاجْتِمَاعِ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ بِغَيْرِ تَضْرِيَةٍ ، وَاحْمِرَارِ وَجْهِ الْجَارِيَةِ لِحَجَلٍ أَوْ
تَعَبٍ ، فَهُوَ كَالْتَدْلِيلِ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ ثَبَتَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْمُشْتَرَى ، فَلَمْ
يَخْتَلِفْ بِالْقَصْدِ وَعَدَمِهِ ، كَالْعَيْبِ . وَإِنْ رَضِيَ الْمُشْتَرَى بِالْمُدْلَسِ ، فَلَا أَرْشَ
لَهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَيَّرَ بَيْنَ إِمْسَاكِ الْمَصْرَاةِ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَرَدِّهَا مَعَ الثَّمَرِ .

(١) سقط من : م .

(٢) بعده في م : « ثم » .

(٣) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ف ، ب : « لبنها » .

(٤) في الأصل : « بدنهما » .

(٥) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب : « حلبها » .

(٦) في ف : « خدتها » .

فصل: وإن دَلَّسَ بما لا^(١) يَخْتَلِفُ به الثَّمَنُ ؛ كَتَبِيضِ [١٥٠ و] الشَّعَرِ ،
وتَشْبِيْطِه^(٢) ، فلا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لَأَنَّهُ لا ضَرَرَ فِي ذَلِكَ . وإن عَلَفَ شَاةً ،
فَظَنَّهَا الْمُشْتَرِي حَامِلًا ، أو سَوَّدَ أُنَامِلَ الْعَبْدِ لِيُظَنَّهُ كَاتِبًا أو حَدَّادًا ، أو كَانَتْ
الشَّاةُ عَظِيمَةً الضَّرْعِ خِلْقَةً ، فَظَنَّهَا كَثِيرَةَ اللَّبَنِ ، فلا خِيَارَ لَهُ ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ لا
يُنْخَصِرُ^(٣) فِيمَا ظَنَّهُ الْمُشْتَرِي ؛ فَإِنَّ سَوَادَ الْأُنَامِلِ قد يَكُونُ لَوَلَعٌ^(٤) ، أو
خِدْمَةٌ كَاتِبٍ أو حَدَّادٍ ، أو شُرُوعِهِ فِي ذَلِكَ ، وَانْتِفَاخَ الْبَطْنِ^(٥) يَكُونُ
لِلْأَكْلِ ، فَظَنُّ الْمُشْتَرِي غَيْرَ ذَلِكَ طَمَعٌ^(٦) لا يُثْبِتُ لَهُ خِيَارًا .

(١) سقط من : م .

(٢) فِي س ٢ : « بسطه » .

(٣) فِي م : « يختلف » .

(٤) فِي النسخ : « لولع » ، بِالْعَيْنِ الْمَهْمَلَةِ ، وَانْظُرِ الْمَغْنَى ٢٢٣ / ٦ ، الشرح الكبير ٣٥٠ / ١١ ،
٣٥١ .

(٥) بعده فِي م : « قد » .

(٦) فِي ف : « طمعا » ، وَبَعْدَهُ فِي س ٢ : « أن » .

بَابُ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ

مَنْ عَلِمَ بِسِلْعَتِهِ عَيْبًا ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ يَتَّعُهَا حَتَّى يُبَيِّنَهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :
« الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ ، لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ يَتَّعًا ^(١) إِلَّا يَبَيِّنَهُ لَهُ » . رَوَاهُ
ابْنُ مَاجَه ^(٢) . فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يُبَيِّنْ ، فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَحَّحَ
بَيْعَ الْمَصْرَاةِ مَعَ نَهْيِهِ عَنْهُ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ ؛ لظَاهِرِ
النَّهْيِ .

وَمَنْ اشْتَرَى مَعِيًّا أَوْ مُصْرَاةً أَوْ مُدَلَّسًا يَغْلَمُ حَالَهُ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ
بَذَلَ الثَّمَنَ فِيهِ رَاضِيًا بِهِ عَوَضًا ، فَأُشْبِهَ مَا لَا عَيْبَ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَغْلَمْ ، فَلَهُ
الْخِيَارُ بَيْنَ رَدِّهِ وَأَخْذِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ بَذَلَ الثَّمَنَ لِيُسَلَّمَ لَهُ مَبِيعٌ سَلِيمٌ ، وَلَمْ
يُسَلَّمْ لَهُ ، فَتَبَتَ لَهُ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ ، كَمَا فِي الْمَصْرَاةِ ، وَبَيْنَ إِمْسَاكِهِ
الْمَعِيبِ ^(٣) وَأَخْذِ أَرْضِهِ ؛ لِأَنَّ الْجُزْءَ الْفَائِتَ ^(٤) بِالْعَيْبِ يُقَابِلُهُ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَنِ ،
فَإِذَا لَمْ يُسَلَّمْ لَهُ ، كَانَ لَهُ مَا يُقَابِلُهُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ فِي يَدِهِ .

(١) بعده في م : « فيه عيب » .

(٢) في : باب من باع عيبا فليبينه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٥ / ٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٥٨ / ٤ .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « للغائب » .

وَمَعْنَى الْأَرْضِ ، أَنْ يُنْظَرَ مَا ^(١) بَيْنَ قِيَمَتِهِ سَلِيمًا وَمَعِييًا ، فَيُؤْخَذَ قَدْرُهُ
مِنَ الثَّمَنِ ، فَإِذَا نَقَصَهُ الْعَيْبُ عَشْرَ قِيَمَتِهِ ، فَأَرْشُهُ عَشْرُ ثَمَنِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ
الْمُقَابِلُ لِلْجُزْءِ الْفَائِتِ .

**فصل : فَإِنْ نَمَا الْمَبِيعُ الْمَعِيبُ ^(٢) نَمَاءً مُتَّصِلًا ؛ كَالسُّمَنِ ، وَالْكَبْرِ ،
وَالْتَّعْلُمِ ، وَالْحَمَلِ ، وَالثَّمَرَةِ قَبْلَ الظُّهُورِ ، وَأَرَادَ الرَّدَّ ، رَدَّهُ بِزِيَادَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا لَا
تَنْفَرِدُ عَنِ الْأَصْلِ فِي الْمِلْكِ ، فَلَمْ يَجُزْ رَدُّهُ دُونَهَا . وَإِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً ؛
كَالْكَسْبِ ، وَاللَّبَنِ ، وَمَا يُوهَبُ لَهُ ، وَالْوَلَدِ الْمُتَفَصِّلِ ، وَالثَّمَرَةِ الظَّاهِرَةِ ، رَدَّ
الْأَصْلَ وَأَمْسَكَ النَّمَاءَ . وَعَنْهُ ، لَيْسَ لَهُ رَدُّهُ دُونَ نَمَائِهِ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ ؛ لِمَا
رَوَتْ عَائِشَةُ ، أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ غُلَامًا ، فَاسْتَغْلَهُ مَا شَاءَ اللَّهُ ، ثُمَّ وَجَدَ بِهِ
عَيْبًا ، فَرَدَّهُ ، فَقَالَ ^(٣) : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُ اسْتَغْلَ غُلَامِي . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ
ﷺ : « الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) . إِلَّا أَنَّ الْوَلَدَ إِنْ كَانَ لَادِمِيَّةً ،
لَمْ يَمْلِكْ رَدُّهَا دُونَهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَفْرِيقًا بَيْنَهُمَا . وَذَكَرَ الشَّرِيفُ أَنَّ لَهُ رَدَّهَا ؛
لِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ ، أَشْبَهَ مَنْ وَلَدَتْ حُرًّا فَبَاعَهَا دُونَهُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ
الْجَمْعَ مُمَكِّنٌ بِأَخِذِ الْأَرْضِ أَوْ رَدَّهِمَا مَعًا . فَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ حَامِلًا ، فَوَلَدَتْ**

(١) سقط من : م .

(٢) زيادة من : س ١ .

(٣) بعده في ف : « البائع » .

(٤) في : باب في من اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود
٢/٢٥٥ . وقال : هذا إسناد ليس بذلك .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الخراج بالضمان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه
٢/٧٥٤ .

نماءً مُتَّصِلٌ^(١) .

فصل: وان تَعَثَّتْ الْمَسْعُ عِنْدَ الْمُشْتَدِّ، ففقه، واثنان؛ اخذاهما، له صحت لمسه ^{لشمال}

أَشْرُ الْعَنْبِ، وَلَسَ لَهُ دُمٌّ، لِأَنَّ فِي دَمِهِ ضَرَاءٌ، فَلَا تُذَالُ الضَّرُّ بِالضَّرِّ.

وَالثَّانِيَةُ ، بَدْوُهُمْ وَأَزْوَاجُهُ الْعَنَتِ الْحَادِثَ عَنْهُمْ ، وَأَتَّخَذُ الثَّمَنَ ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ

أَمْ يَرَدُّ الْأُصْحَاقَ بَعْدَ أَخْذِ أَيْمَانِهِمْ مِنْهُ عَوْضُهُ ^(٢) وَلَئِنْ جَاءَكَ الْعَدُوُّ ثَابِتًا،

فَلَا يَنْوَالُ إِلَّا بِأَمْرٍ أَوْ لَا يَنْصُرُ فَمَنْعُوا الْعَدُوَّ وَلَا قَبَاسَ ، فَتَقَرَّ بِحَالِهِ

مَدَّ يَرْوُونَ إِذْ جَاءَ بِدُعَايِهِمْ أَوْ دَعَا إِلَىٰ سَبِيحٍ أَوْدَىٰ يَتْلُوهُنَّ يَتْلُوهُنَّ يَتْلُوهُنَّ

فَإِنْ دَلَسَ الْبَائِعُ الْعَيْبَ فَتَعَيَّبَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، أَوْ تَلَفَ بِفِعْلِهِ أَوْ غَيْرِهِ ،

فَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ، [١٥٠ظ] وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لَأَنَّهُ مَغْرُورٌ.

والقياسُ يَقْتَضِي التَّشْوِيعَ بَيْنَ الْمَدْلِسِ وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَوْجَبَ عَلَى

مُشْتَرَى الْمَصْرَاةِ عَوَضَ لَبْنِهَا مَعَ التَّدْلِيسِ ، وَجَعَلَ الْخَرَجَ بِالضَّمَانِ ، وَلَمْ

يُفَرِّقُ بَيْنَ مُدَلِّسٍ وَغَيْرِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ فِي ^(١) الْمَبِيعِ إِذَا كَانَ صَانِعًا ، أَوْ كَاتِبًا

فَنَسِيَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي : يَرُدُّهُ بِالْعَيْبِ ، وَلَا شَيْءَ مَعَهُ . وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ

فِي مَنْ دَلَسَ الْعَيْبَ دُونَ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الصَّنَاعَةَ وَالْكِتَابَةَ مُتَقَوِّمَةً ، تُضْمَنُ فِي

الْغَضَبِ . وَعَلَّاهُ الْقَاضِي بِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَقْصٍ فِي الْعَيْنِ ، وَيُمْكِنُ تَذَكُّرُهُ فَيَعُودُ .

فصل : وما تَعَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وهو مِمَّا يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرَى ، فهو

(١) في الأصل : « متفصل » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١١٧ .

(۳) فی م : « أن » .

كَالْعَيْبِ الْحَادِثِ فِي يَدِهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا ضَمَانُهُ عَلَى الْبَائِعِ ، فَهُوَ كَالْعَيْبِ الْقَدِيمِ ؛ لِأَنَّ مَنْ ضَمِنَ جُمْلَةَ الْمَبِيعِ ضَمِنَ أَجْزَاءَهُ .

فصل : وَإِنْ وَطِئَ الْمُشْتَرِي الْأُمَّةَ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَيْسَ لَهُ رَدُّهَا ، وَلَهُ الْأَرْضُ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ يَجْرِي مَجْرَى الْجِنَايَةِ ؛ لَا يَخْلُو مِنْ عُقْرِ^(١) أَوْ عُقُوبَةٍ . وَالثَّانِيَةُ ، لَهُ رَدُّهَا إِنْ كَانَتْ ثَبِيثًا ، وَلَا شَيْءَ مَعَهَا ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى لَا يَنْقُصُ عَيْنُهَا وَلَا قِيَمَتُهَا ، وَلَا يَتَضَمَّنُ الرِّضَا بِالْعَيْبِ ، فَأُشْبِهَ الْإِسْتِخْدَامَ . وَإِنْ كَانَتْ بِكُرًا ، فَهُوَ كَتَعْيِيهَا عِنْدَهُ . فَإِنْ رَدَّهَا ، رَدَّ أَرْضَ نَقْصِهَا ، كَمَا لَوْ عَابَتْ عِنْدَهُ .

فصل : فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْعَيْبِ حَتَّى هَلَكَ الْمَبِيعُ ، بِقَتْلِ أَوْ غَيْرِهِ ، أَوْ أُعْتِقَهُ ، أَوْ وَقَفَهُ ، أَوْ أَبَقَ ، أَوْ بَاعَهُ ، أَوْ وَهَبَهُ ، فَلَهُ الْأَرْضُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الرَّدُّ . وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ مَعَ عِلْمِهِ بِالْعَيْبِ ، فَلَا أَرْضَ لَهُ ؛ لِرِضَا بِهِ مَعِيئًا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِي الْبَيْعِ^(٢) وَالْهَبَةِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لَهُ الْأَرْضُ . وَلَمْ يَتَغَيَّرْ عِلْمُهُ^(٣) . وَهُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّنَا جَوَّزْنَا لَهُ إِمْسَاكَهُ بِالْأَرْضِ ، وَتَصَرُّفَهُ فِيهِ كإِمْسَاكَهِ . وَإِنْ بَاعَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ بَيْعٌ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَهُ رَدُّهُ أَوْ أَرْضُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ امْتَنَعَ عَلَيْهِ ، لخُرُوجِهِ مِنْ مِلْكِهِ ، وَبِرْجُوعِهِ إِلَيْهِ عَادَ الْإِمْكَانُ .

فصل : فَإِنْ بَاعَ بَعْضَهُ أَوْ وَهَبَهُ ، فَلَهُ أَرْضُ الْبَاقِي ، فَأَمَّا أَرْضُ مَا بَاعَ ،

(١) العقر ؛ بضم العين : دية الفرج المغصوب .

(٢) فِي م : « الْمَبِيع » .

(٣) فِي الْأَصْل : « عَمَلُهُ » .

فَيُتَبَيَّنُ عَلَى^(١) مَا قُلْنَا فِي يَتَّعِ الْجَمِيعِ . وَفِي جَوَازِ رَدِّ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ مِنْ
الثَّمَنِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَجُوزُ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ ؛ لِأَنَّ رَدَّهُ مُمَكِّنٌ .
وَالْأُخْرَى ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَبْعِيضَ الصَّفَقَةِ عَلَى الْبَائِعِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا
لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ عَيْنَيْنِ يَنْقُصُهُمَا^(٢) التَّفْرِيقُ .

وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ فَوَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا ، فَلَهُ رُدُّهُمَا مَعًا أَوْ إِمْسَاكُهُمَا
وَأَخْذُ الْأَرْضِ . فَإِنْ أَرَادَ رَدَّ الْمَعِيبِ وَحْدَهُ ، فَفِيهِ الرِّوَايَتَانِ ، إِلَّا أَنْ^(٣) يَكُونَا
مِمَّا^(٣) يَنْقُصُهُمَا التَّفْرِيقُ ؛ كَمِضْرَاعَيْنِ بَابٍ ، وَزَوْجَيْنِ خُفٍّ ، أَوْ يَمْنٍ لَا يَحِلُّ
التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا ، كَالْأَخَوَيْنِ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رُدُّهُمَا أَوْ إِمْسَاكُهُمَا مَعَ الْأَرْضِ ؛
لِأَنَّ فِي رَدِّ أَحَدِهِمَا تَفْرِيقًا مُحَرَّمًا ، أَوْ ضَرَرًا بِالْبَائِعِ ؛ لِنُقْصَانِ قِيَمَةِ الْمَرْدُودِ
بِالتَّفْرِيقِ . وَإِنْ تَلَفَ أَحَدُ الْمَبِيعَيْنِ وَوَجَدَ بِالْآخِرِ عَيْبًا ، فَعَلَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ
اِخْتَلَفَا فِي قِيَمَةِ التَّالِفِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ كَالْغَارِمِ ، فَهُوَ كَالْمُسْتَعِيرِ
وَالْغَاصِبِ . وَإِنْ كَانَا مَعْيَيْنَيْنِ بَاقِيَيْنِ ، فَأَرَادَ رَدَّ أَحَدِهِمَا وَحْدَهُ ، فَهِيَ كَالَّتِي
قَبْلَهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ لَهُ رَدُّ أَحَدِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ أُمُكِّنَهُ رُدُّهُمَا مَعًا . وَلَوْ كَانَ
الْمَبِيعُ عَيْنًا وَاحِدَةً ، فَأَرَادَ رَدَّ بَعْضِهَا ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ فِيهِ
تَشْقِيقَ الْمَبِيعِ عَلَى الْبَائِعِ ، [١٥١] وَالْحَاقُّ لَضَرَرِ الشَّرِكَةِ بِهِ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى اثْنَانِ شَيْئًا فَوَجَدَاهُ مَعْيَبًا ، فَرَضِيَهُ أَحَدُهُمَا ، فَفِيهَا
رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لِلْآخِرِ رَدُّ نَصِيبِهِ ؛ لِأَنَّهُ جَمِيعُ مَا مَلَكَه بِالْعَقْدِ ، فَمَلَكَ

(١) بعده في ف : «أرش» .

(٢) في الأصل : «ينقصها» .

(٣ - ٣) في الأصل : «يكون مما لا» .

رَدُّهُ بِذَلِكَ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ . وَالْأُخْرَى ، لَيْسَ لَهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ خَرَجَ عَنْ ^(١)
مِلْكِ الْبَائِعِ كَامِلًا ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْمُشْتَرِي رَدَّهُ مُشَقَّصًا ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى الْعَيْنَ
كُلَّهَا ثُمَّ رَدَّ بَعْضَهَا .

وَلَوْ وَرِثَ اثْنَانِ خِيَارَ عَيْبٍ فِي سِلْعَةٍ ، فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا ، سَقَطَ رَدُّ
الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَيْهَا ^(٢) وَاحِدٌ ، بِخِلَافِ شِرَاءِ الْاِثْنَيْنِ ؛ فَإِنَّهُ عَقْدَانِ .
وَإِنْ اشْتَرَى وَاحِدٌ مِنَ اثْنَيْنِ شَيْئًا ، فَوَجَدَهُ مَعِيْبًا ، فَلَهُ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا
عَلَيْهِ مُنْفَرِدًا ؛ لِأَنَّهُ يَرُدُّ عَلَيْهِ جَمِيعَ مَا بَاعَهُ .

فصل : وَمَنْ اشْتَرَى مَعِيْبًا فزَالَ عَيْبُهُ قَبْلَ رَدِّهِ ، مِثْلَ أَنْ يَشْتَرِيَ أَمَةً
مُزَوَّجَةً فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ زَالَ .
وَلَوْ اشْتَرَى مُصْرَاةً ، فَصَارَ لَبْتُهَا عَادَةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِذَلِكَ ^(٣) . وَإِنْ قَالَ
الْبَائِعُ : أَنَا أَزِيلُ الْعَيْبَ . مِثْلَ أَنْ يَشْتَرِيَ أَرْضًا فِيهَا حِجَارَةٌ تَضُرُّهَا ، فَقَالَ
الْبَائِعُ : أَنَا أَقْلَعُهَا فِي مُدَّةٍ لَا أَجْرَةَ لَهَا . أَوْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا بَذْرٌ لِلْبَائِعِ ^(٤) ،
فَقَالَ الْبَائِعُ ^(٥) : أَنَا أُحَوِّلُهُ . سَقَطَ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَزُولُ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ .

فصل : ذَكَرَ الْقَاضِي ^(٥) « مَا يَدُلُّ » عَلَى أَنَّ فِي خِيَارِ الْعَيْبِ رِوَايَتَيْنِ ؛
إِحْدَاهُمَا ، هُوَ عَلَى التَّرَاخِي ؛ لِأَنَّهُ عَيْبٌ خِيَارٍ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الْمُتَحَقِّقِ ، فَكَانَ

(١) فِي س ١ ، س ٢ : « مِنْ » .

(٢) فِي ف : « عَلَيْهِمَا » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

على التراخي ، كخيار القصاص . فعلى هذا ، هو على خياره ما لم يُوجد منه ما يدل على الرضا من التصرف ، على ما ذكرنا في باب الخيار^(١) .
والثانية ، هو على الفور ؛ لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن^(٢) المال ، فأشبهه خيار الشفعة . ولو حلب لبنها الحادث ، أو ركبها ليردها أو ليختبرها ، لم يكن رضا ؛ لأنه حق له إلى أن يرده ، فلم يمنع منه .

فصل : وله الرد من^(٣) غير رضا صاحبه ولا حضوره ؛ لأنه رفع عقد جعل إليه ، فلم يُعتبر ذلك فيه ، كالطلاق . ويجوز من غير^(٤) حاكم ؛ لأنه مُجمّع عليه ، فلم يحتج إلى حاكم ، كفسخ المقتة للنكاح .

فصل : والعيوب هي النقائص المعدودة عيبتا ، فما خفي منها ، رُجع إلى أهل الخبرة به . فمن العيوب في الخلقة ؛ المرض ، والجئون ، والجذام ، والبرص ، والعمى ، والعور ، والعرج ، والعقل^(٥) ، والقرع^(٦) ، والصمم ، والخرس ، والأصبغ الزائدة والناقصة ، والحول ، والخص^(٧) ، والسبل ؛ وهو

(١) انظر ما تقدم في صفحة ٧٦ .

(٢) في س ٢ : « على » .

(٣) في الأصل : « في » .

(٤) بعده في م : « حكم » .

(٥) العقل : شيء مدور يخرج في فرج المرأة ، وفي الرجل ، شيء مدور كالبيضة ، يخرج في الدبر .

(٦) القرع : قرع الرأس ، وهو أن يصلح فلا يبقى على رأسه شعر . وقيل : هو ذهاب الشعر من داء . لسان العرب (ق ر ع) .

(٧) الخوص : ضيق العين وصغرها وغورها ، رجل أخوص بين الخوص ، أي غائر العين . لسان العرب (خ و ص) .

زِيَادَةٌ فِي الْأَجْفَانِ ، وَالْبَخَرُ^(١) ، وَالْخِصَاءُ ، وَالتَّخْنِثُ^(٢) ، وَكَوْنُهُ خُثْثَى ،
وَالْحُمُقُ الْبَاتُ ، وَالتَّرْوُجُ فِي الرَّقِيقِ . فَأَمَّا عَدَمُ الْخِتَانِ ، فَلَيْسَ بِعَيْبٍ فِي
الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفُتْ وَقْتُهُ ، وَلَا فِي الْكَبِيرِ الْمَجْلُوبِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَادَتُهُمْ ،
وَهُوَ عَيْبٌ فِي الْكَبِيرِ الْمُؤَلَّدِ فِي بِلَادِ^(٣) الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّ عَادَتَهُمُ الْخِتَانُ ،
وَالْكَبِيرُ يُخَافُ عَلَيْهِ .

وَأَمَّا الْغُيُوبُ الْمَنْسُوبَةُ إِلَى -فِعْلِهِ ؛ كَالسَّرِقَةِ ، وَالْإِبَاقِ ، وَالْبُؤْلِ فِي
الْفِرَاشِ ، فَإِنْ كَانَتْ مِنْ مُمَيَّزٍ جَاوَزَ الْعَشْرَ ، فَهِيَ عَيْبٌ ؛ لِأَنَّهُ يَذْهَبُ بِمَالِ
سَيِّدِهِ أَوْ يُفْسِدُ فِرَاشَهُ ، وَلَيْسَ عَيْبًا فِي الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ^(٤) يَكُونُ لَضَعْفِ بَنِيَّتِهِ
أَوْ عَقْلِهِ^(٥) . وَالزَّوْنَى عَيْبٌ ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ الْحُدُودَ ، وَكَذَلِكَ شُرْبُ الْمُسْكِرِ .
وَالْحَمْلُ عَيْبٌ [١٥١ ظ] فِي الْأَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ يُخَافُ مِنْهُ عَلَيْهَا ، وَلَيْسَ بِعَيْبٍ فِي
غَيْرِهَا ؛ لِعَدَمِ ذَلِكَ فِيهَا^(٥) .

وَالثُّيُوبَةُ وَكَوْنُ الْأَمَةِ لَا تَحِيضُ لَيْسَ بِعَيْبٍ ؛ لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ لَا يَقْتَضِي
وُجُودَ ذَلِكَ وَلَا عَدَمَهُ . وَكَذَلِكَ كَوْنُهَا مُحَرَّمَةً عَلَى الْمُشْتَرَى بِنَسَبٍ أَوْ
رِضَاعٍ أَوْ إِحْرَامٍ أَوْ عِدَّةٍ ؛ لِأَنَّ مَا يَخْتَصُّ بِالْمُشْتَرَى لَا يَنْقُصُ ثَمَنُهَا ، وَسَائِرُ

= وَفِي حَاشِيَةِ ف : « الْخَوْصُ : أَنْ تَكُونَ إِحْدَى الْعَيْنَيْنِ أَكْبَرَ مِنَ الْأُخْرَى . كَذَا عَلَى الْأَصْلِ .

وَفِي الْقَامُوسِ : الْخَوْصُ مَحْرُكَةٌ : غَمُورُ الْعَيْنَيْنِ .

(١) الْبَخَرُ : الرَّائِحَةُ الْمُتَغَيِّرَةُ مِنَ الْفَمِ . لِسَانُ الْعَرَبِ (ب خ ر) .

(٢) فِي م : « التَّخْنِيفُ » .

(٣) زِيَادَةٌ مِنْ : س ١ ، ف .

(٤ - ٤) فِي م : « لَا يَكُونُ يَضْعَفُ بَنِيَّتَهُ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

ذلك يزول عن قُرب .

ومعرفة الغناء والحجامة ليس بعيب ؛ لأنَّ النَّقْصَ فعلٌ ذلك لا العلمُ به .
والكُفْرُ وكَوْنُهُ وَلَدَ زِنَى ليس بعيب ؛ لأنَّ الأُضْلَ في الرِّقِيقِ الكُفْرُ ، ولا يُقْصَدُ فيهم النَّسَبُ . وكَوْنُ الجارية لا تُحْسِنُ الطَّبْخَ والخَبَزَ ليس بعيب ؛
لأنَّ هذا صِنَاعَةٌ ، فالجهلُ به كالجهلِ بسائرِ الصَّنَائِعِ .

فصل : وإن شَرَطَ في المَبِيعِ صِفَةً مَقْصُودَةً ، مثلَ أنْ شَرَطَ الأُمَّةَ بِكُراً أو
جَعْدَةً ، أو العَبْدَ كَاتِبًا ، أو ذا صِنَاعَةٍ ، أو فَحْلًا ، أو خَصِيًّا ، أو مُسْلِمًا ،
أو ^(١) الدَّابَّةَ هِمْلَاجَةً ^(٢) ، أو الفَهْدَ صَيُودًا ، أو الشَّاةَ لَبُونًا ، فبان خِلَافٌ ^(٣)
ذلك ، فله الرَّدُّ ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ له ما بذلَّ ^(٤) الثَّمَنَ فيه ، فمَلَكَ الرَّدَّ ، كما
لو وَجَدَه مَعِيًّا .

وإن شَرَطَ الأُمَّةَ سَبِطَةً ^(٥) أو جَاهِلَةً ، فبانت جَعْدَةً أو عَالِمَةً ، فلا خِيَارَ
له ؛ لأنَّها زِيَادَةٌ . وإن شَرَطَهَا ثِيًّا فبانت بِكْرًا فكذلك . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ ^(٦) له
الخِيَارَ ؛ لأنَّه قد يَشْتَرِطُ الثُّيْبَةَ لِعَجْزِهِ عَنِ الْبِكْرِ . وإن شَرَطَهَا كَافِرَةً فبانت
مُسْلِمَةً ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لا خِيَارَ له ؛ لأنَّها زِيَادَةٌ . والثَّانِي ، له

(١) في م : «و» .

(٢) هملاجة : حسنة السير في سرعة وتبخر .

(٣) في ف : «بخلاف» .

(٤) بعده في م : «من» .

(٥) أى : شعرها مسترسل لا جعودة فيه .

(٦) سقط من : م .

الخيار؛ لأنه يتعلّق به غَرَضٌ ^(١) صحيح، وهو صلاحها للمُسْلِم والكافر.
 وإن شَرَطَها حَامِلًا، صَحَّ. وقال القاضي: قياسُ المذهبِ أنّه لا يَصِحُّ؛
 لأنَّ الحملَ لا حُكْمَ له. والصَّحِيحُ الأوَّلُ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَكَمَ فِي الدِّيَةِ
 بِأَرْبَعِينَ خَلِيفَةً، فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا ^(٢). ولأنَّ الحملَ يُثَبِّتُ الرَّدَّ فِي الْمَعِيَةِ،
 وَيُوجِبُ النَّفَقَةَ لِلْمَبْتُوتَةِ، وَيَمْنَعُ كَوْنَ الدِّمِّ فِيهِ حَيْضًا، وَ ^(٣)الطَّلَاقِ ^(٤) فِيهِ ^(٥)
 بِدْعَةٌ ^(٦)، وَيَجُوزُ الْفِطْرُ فِي رَمَضَانَ لِلْخَوْفِ عَلَيْهِ، وَيَمْنَعُ إِقَامَةَ الْحَدِّ
 وَالْقِصَاصِ.

وإن شَرَطَ فِي الطَّيْرِ أَنَّهُ مُصَوِّتٌ، أَوْ فِي ^(٧)الدَّيْكَ أَنَّهُ يَصِيحُ فِي وَقْتٍ
 مِنَ اللَّيْلِ، صَحَّ؛ لأنَّ ذَلِكَ عَادَةٌ لَهُ، فَجَرَى مَجْرَى الصَّيْدِ فِي الْفَهْدِ.
 وقال بعضُ أَصْحَابِنَا: لَا يَصِحُّ؛ لَأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُوجَدَ وَأَنْ لَا يُوجَدَ. وإن

(١) فِي س ٢: «خبر».

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ فِي الدِّيَةِ الْخَطَأُ شَبَهَ الْعَمْدَ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ. سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ
 ٤٩٢/٢، ٥٠١. وَالنَّسَائِيُّ، فِي: بَابِ كَمْ دِيَّةُ شَبَهَ الْعَمْدَ، وَبَابِ ذِكْرِ الْاِخْتِلَافِ عَلَى خَالِدِ
 الْحِذَاءِ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ. الْمُجْتَبَى ٣٦/٨ - ٣٨. وَابْنُ مَاجَهَ، فِي: بَابِ دِيَّةِ شَبَهَ الْعَمْدَ
 مَغْلُظَةً، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ. سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٨٧٧/٢، ٨٧٨. وَالدَّارِمِيُّ، فِي: بَابِ الدِّيَةِ فِي
 شَبَهِ الْعَمْدِ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ. سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ١٩٧/٢. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ١٦٤/٢،
 ١٦٦. كُلُّهُمْ مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو، وَيَأْتِي تَخْرِيجُهُ فِي بَابِ مَقَادِيرِ الدِّيَاتِ مِنْ حَدِيثِ
 ابْنِ عَمْرٍو.

(٣) فِي س ٢: «أو».

(٤) فِي ف: «طلاق».

(٥) زِيَادَةٌ مِنْ: م.

(٦) فِي ف: «البدعة».

(٧) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلُ.

شَرَطَ أَنْ يَجِيءَ مِنْ مَسَافَةٍ ذَكَرَهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَادَةٌ لَهُ ^(١) ، وَفِيهِ قَصْدٌ صَحِيحٌ لَتَبْلِيغِ الْأَخْبَارِ ، فَهُوَ كَالصَّيْدِ فِي الْفَهْدِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَغْذِيبٌ لِلْحَيَوَانِ . وَإِنْ شَرَطَ الْغِنَاءَ فِي الْأَمَةِ ، وَفِي الْكَبْشِ أَنَّهُ مُنَاطِخٌ ، وَفِي الدِّيكِ أَنَّهُ مُقَاتِلٌ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَنِّهٌ عَنْهُ ، فَهُوَ كَالزُّنَى فِي الْأَمَةِ .

فصل : إِذَا اشْتَرَى مَا مَأْكُولُهُ فِي جَوْفِهِ ^(٢) فَوَجَدَهُ مَعِيًّا ^(٣) ، فَلَهُ الرَّدُّ . وَعَنْهُ ، لَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَدْلِيلَ مِنَ الْبَائِعِ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ مَعْرِفَةُ بَاطِنِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ اقْتَضَى السَّلَامَةَ ، فَإِذَا بَانَ مَعِيًّا ، مَلَكَ رَدَّهُ ، كَالْعَبْدِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا قِيَمَةَ لَهُ ؛ كَبَيْضِ الدَّجَاجِ ، وَالْجَوْزِ الْخَرِبِ ، وَالرُّمَّانِ الْفَاسِدِ ، رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِمَالٍ ، فَبَيْعُهُ فَاسِدٌ ، كَالْحَشَرَاتِ . وَإِنْ كَانَ الْفَاسِدُ فِي بَعْضِهِ ، رَجَعَ بِقِسْطِهِ .

وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَمْ كُسُورِهِ قِيَمَةٌ ؛ كَجَوْزِ الْهِنْدِ ، وَيَبِضِ النَّعَامِ ، فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يَرْجَعُ بِالثَّمَنِ ، وَعَلَيْهِ أَزْشُ الْكَسْرِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ . [١٥٢و] وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْكَسْرُ لَا يَزِيدُ عَلَى مَا يَحْصُلُ بِهِ اسْتِغْلَامُ الْمَبِيعِ ، رَدَّهُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ ضَرُورَةً اسْتِغْلَامِ الْمَبِيعِ ، وَالْبَائِعُ سَلَّطَهُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ الرَّدُّ ، كَحَلْبِ لَبَنِ الْمَصْرَاةِ . وَإِنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ ، خُرِّجَ فِيهِ رِوَايَتَانِ ، كَسَائِرِ الْمَعِيبِ الَّذِي تَعَيَّبَ عِنْدَهُ .

(١) زيادة من : الأصل ، ف .

(٢ - ٢) سقط من : م .

فصل : وإن اشترى ثوباً لا ينقصه نشره ، فنشره ، فله رده بالعيب ،
وإن كان ذلك ينقصه ، فهو كجوز الهند . وإن صبغ الثوب ثم وجدته
معيباً ، فله الأرش لا غير . وعنه ، يردّه ، ويكون شريكاً للبائع بقيمة
الصبغ . وعنه ، يردّه ويأخذ زيادته بالصبغ . والأول المذهب ؛ لأن إيجاب
البائع على بذل ثمن الصبغ إجبار على المعاوضة ، فلم يجر ؛ لقول الله
تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(١) .

فصل : وإذا شرط البائع البراءة من كل عيب ، لم يترأ ؛ لأن البراءة
مرفقة في البيع لا تثبت إلا بالشرط ، فلم تثبت مع الجهالة ، كالأجل .
وعنه ، يترأ ، إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه ؛ لما روى أن ابن عمر
باع عبداً من زيد بن ثابت بشرط البراءة بشمانمائة درهم ، فأصاب به عيباً ،
فأراد رده على ابن عمر ، فلم يقبله ، فترافعا إلى عثمان ، فقال عثمان لابن
عمر : أتخلف أنك لم تعلم بهذا العيب . فقال : لا . فردّه عليه ^(٢) . وهذه
قضية ^(٣) اشتهرت فلم تذكر ، فكانت إجماعاً . ويتخرج أن يترأ مطلقاً ؛ بناءً
على قوله في صحة البراءة من المجهول ، ولأنه إسقاط حق من مجهول لا
تسليم فيه ، فصح ، كالعقاق . وإن قلنا بفساد الشرط ، فالبيع صحيح ؛ لأن
ابن عمر باع بشرط البراءة ، فأجمعوا على صحته . ويتخرج فساد بناءً
على الشرط الفاسدة .

(١) سورة النساء ٢٩ .

(٢) أخرجه الإمام مالك ، في : باب العيب في الرقيق ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦١٣/٢ .
 والإمام أحمد ، في : مسائله برواية ابنه عبد الله ٩٠٣/٣ ، ٩٠٤ .

(٣) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، م : « قصة » .

بَابُ بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ وَالْمَوَاضِعَةِ وَالْتَّوَلِيَةِ وَالْإِقَالَةِ

يَبْعُ الْمُرَابَحَةُ : أَنْ يُخْبِرَ بِرَأْسِ مَالِهِ ، ثُمَّ يَبِيعَ بِهِ وَبِرِبْحٍ مَعْلُومٍ ^(١) ، فَيَقُولَ :
رَأْسُ مَالِي فِيهِ مِائَةٌ ، بِعْتُكَ بِهَا وَرِبْحٌ عَشْرَةٌ . فِهَذَا جَائِزٌ ^(٢) غَيْرُ مَكْرُوهٍ ؛
لَأَنَّ الثَّمَنَ مَعْلُومٌ . وَإِنْ قَالَ : بِعْتُكَ بِهَا وَرِبْحٌ دِرْهَمٌ فِي كُلِّ عَشْرَةٍ . أَوْ
قَالَ : دَهْ يَا زِدْ . أَوْ : دَهْ دَوَازِدْ ^(٣) . فَهُوَ صَحِيحٌ أَيْضًا ^(٤) ؛ لَأَنَّ الثَّمَنَ
مَعْلُومٌ ، فَهِيَ كَالَّتِي قَبْلَهَا . لَكِنْ كَرِهَهُ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ وَابْنَ عَبَّاسٍ
كَرِهَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُ الْأَعَاجِمَ ، وَلِأَنَّ الثَّمَنَ قَدْ لَا يُعْلَمُ فِي الْحَالِ .

فصل : وَلَا يُخْبِرُ إِلَّا بِمَا يَلْزَمُ مِنَ الثَّمَنِ ، وَمَا يُزَادُ فِيهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ
يُخْبِرُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الثَّمَنِ ، وَمَا حَطَّ عَنْهُ فِي مُدَّةِ ^(٥) الْخِيَارِ ، نَقَصَهُ ؛ لِذَلِكَ .
وَمَا كَانَ بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ لَا يُخْبِرُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مِنْ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لَا
يَلْزَمُهُ ، فَلَمْ يُخْبِرْ بِهِ ، كَمَا لَوْ وَهَبَهُ شَيْئًا . وَإِنْ نَمَتِ الْعَيْنُ لَمْ يَزِدْ عَلَى رَأْسِ
الْمَالِ ، فَإِنْ كَانَ النَّمَاءُ مُنْفَصِلًا لَمْ تَنْقُصْ بِهِ الْعَيْنُ ، فَلَهُ اخْذُهُ ، وَيُخْبِرُ بِرَأْسِ

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فارسي بمعنى : العشر أحد عشر ، أو العشر اثنا عشر .

(٤) بعده في م : «جائز غير مكروه» .

(٥) زيادة من : ف .

المال^(١) ؛ لأنه في مُقابَلَةِ العَيْنِ دُونَ نَمَائِهَا . وعنه ، أَنَّهُ يُبَيِّنُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنَ اللَّبْسِ .

وإن عَمِلَ فِي الْعَيْنِ عَمَلًا ؛ مِنْ قِصَارَةٍ ، أَوْ خِيَاطَةٍ ، أَوْ حَمَلٍ ، أَخْبَرَ بِالْحَالِ عَلَى وَجْهِهِ ، سَوَاءً عَمِلَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ بِأُجْرَةٍ . قَالَ أَحْمَدُ : يُبَيِّنُ مَا اشْتَرَاهُ^(٢) وَمَا لَزِمَهُ . فَإِنْ ضَمَّ ذَلِكَ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ وَأَخْبَرَ أَنَّهُ اشْتَرَى بِهِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ كَذِبٌ . وَإِنْ قَالَ : تَحَصَّلَ عَلَيَّ بِكَذَا . لَمْ يَجُزْ فِيمَا عَمِلَهُ بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَذِبٌ . وَجَازَ فِيمَا اسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ [١٥٢ ظ] لِأَنَّهُ صَادِقٌ . وَ^(٣) الْآخِرُ ، لَا يَجُوزُ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَلَبُّسًا ، فَلَعَلَّ الْمُشْتَرِيَ لَوْ عَلِمَ الْحَالَ لَمْ يَزْغَبْ فِيهِ ؛ لَكَوْنِ^(٤) ذَلِكَ الْعَمَلِ مِمَّا لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ فِي مُؤَنَّتِهِ وَكِسْوَتِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْإِخْبَارُ بِهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَكَذَلِكَ كَرِئُ مَخْزَنِهِ وَحَافِظِهِ ، إِلَّا أَنْ يُخْبَرَ بِالْحَالِ عَلَى وَجْهِهِ ، فَإِنْ ذَلِكَ لَا يَزِيدُ فِي ثَمَنِهِ .

فصل : فَإِنْ نَقَصَ الْمَبِيعُ لِمَرَضٍ ، أَوْ تَلَفَ جُزْءٌ ، أَوْ تَعَيَّبَ ، أَوْ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا ، أَوْ جُنِيَ عَلَيْهِ فَأَخَذَ أَرْضَهُ ، أَخْبَرَ بِالْحَالِ عَلَى وَجْهِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَحُطُّ الْأَرْضُ مِنَ الثَّمَنِ ، وَيُخْبَرُ بِمَا بَقِيَ ، فَيَقُولُ : تَقَوَّمَ عَلَيَّ بِكَذَا . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنَ اللَّبْسِ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْأَرْضِ وَالْكَسْبِ ،

(١) بعده في الأصل : « صح » .

(٢) بعده في م : « به » .

(٣) في ف : « والوجه » .

(٤) في ف : « من كون » .

أَنَّ الْأَرْضَ عِوَضُ نَقْصٍ^(١) ثَمَنِ، فهو كَثَمَنِ جُزْءٍ يَبِيعُ مِنْهُ، وَالْكَسْبُ لَمْ يَنْقُصْ بِهِ الْمَبِيعُ. وَلَوْ جَنَى الْعَبْدُ فَقْدَاهُ الْمُشْتَرَى، لَمْ يَزِدْ ذَلِكَ فِي^(٢) رَأْسِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الثَّمَنِ،^(٣) وَلَا زَادَ بِهِ^(٤) الْمَبِيعُ. وَإِنْ نَقَصَ الْمَبِيعُ لِتَغْيِيرِ الْأَشْعَارِ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا: لَا يَلْزَمُهُ الْخَبَرُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ صَادِقٌ بِدُونِهِ. وَالْأَوَّلَى أَنَّهُ يَلْزَمُهُ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى لَوْ عَلِمَ ذَلِكَ لَمْ يَرْضَ بِهِ، فَجَرَى مَجْرَى نَقْصِهِ بَعِيْبٍ. وَإِنْ حَطَّ بَعْضُ رَأْسِ الْمَالِ وَأُخْبِرَ بِالْبَاقِي، لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ كَذِبٌ وَتَغْيِيرٌ بِالْمُشْتَرَى.

فصل: فَإِنْ اشْتَرَى اثْنَانِ شَيْئًا وَتَقَاسَمَاهُ، فَقَالَ أَحْمَدُ: لَا يَبِيعُ أَحَدُهُمَا مُرَابَحَةً، إِلَّا أَنْ يَقُولَ: اشْتَرَيْنَاهُ جَمَاعَةً، ثُمَّ تَقَاسَمْنَاهُ. وَإِنْ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ بِثَمَنِ وَاحِدٍ، ثُمَّ أَرَادَ يَبِيعُ أَحَدَهُمَا، أَوْ اشْتَرَى شَجَرَةً مُثْمِرَةً فَأَخَذَ ثَمَرَتَهَا^(٤)، أَوْ شَاةً فَأَخَذَ صُوفَهَا، أَوْ لَبَنَهَا الَّذِي كَانَ فِيهَا، ثُمَّ أَرَادَ يَبِيعُ الْأَصْلَ مُرَابَحَةً، أُخْبِرَ بِالْحَالِ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَا يَجُوزُ يَبِيعُهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ الثَّمَنِ طَرِيقُهُ^(٥) الظَّنُّ، وَاحْتِمَالُ الْخَطَأِ فِيهِ كَثِيرٌ، وَمَبْتَنَى الْمُرَابَحَةِ عَلَى الْأَمَانَةِ، فَلَمْ يَجُزْ هَذَا فِيهِ.

فَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ مِمَّا^(٦) يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَيْهِ بِالْأَجْزَاءِ، كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مِنْ

(١) سقط من: م.

(٢) في م: «من».

(٣ - ٣) في ف: «لو زاد ثمن».

(٤) في م: «شجرتها».

(٥) سقط من: الأصل.

(٦) بعده في الأصل: «لا».

جِنْسٍ ، جاز 'يَتَّعُ بَعْضُهُ' بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لَأَنَّهُ يَنْقَسِمُ عَلَى أَجْزَائِهِ ،
وَجُزْؤُهُ مَعْلُومٌ يَقِينًا .

وإن أَسْلَمَ في ثَوَيْتَيْنِ بِصِفَةٍ وَاحِدَةٍ ثَمَنًا وَاحِدًا ، فَأَخَذَهُمَا عَلَى الصِّفَةِ ،
فَالْقِيَاسُ جَوَازُ يَتَّعُ أَحَدَهُمَا بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مُنْقَسِمٌ عَلَيْهِمَا
نِصْفَيْنِ ، وَمَا زَادَ عَلَى الصِّفَةِ فِي أَحَدِهِمَا لَمْ يُقَابِلْهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ ، فَجَرَى
مَجْرَى النَّمَاءِ الْحَادِثِ بَعْدَ الشِّرَاءِ .

فصل : فإن اشْتَرَاهُ مِنْ ابْنِهِ ^(١) ، أَوْ مِمَّنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ ، لَمْ يَجُزْ يَتَّعُهُ
مُرَابَحَةً حَتَّى يُبَيَّنَ أَمْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّهِمْ أَنَّهُ يُحَايِيهِمْ . وَإِنْ اشْتَرَاهُ مِنْ
غُلَامٍ دُكَّانِهِ أَوْ غَيْرِهِ حِيلَةً ، لَمْ يَجُزْ يَتَّعُهُ مُرَابَحَةً ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حِيلَةً ، جَازٌ ؛
لَأَنَّهُ لَا تَهْمَةَ فِي حَقِّهِ .

فصل : وإن اشْتَرَى شَيْئًا ، ثُمَّ بَاعَهُ بِرِبْحٍ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، فَأَعْجَبَ أَحْمَدَ
أَنْ يُخْبَرَ بِالْحَالِ عَلَى وَجْهِهِ ، أَوْ يَطْرَحَ الرِّبْحُ مِنَ الثَّمَنِ الثَّانِي ، وَيُخْبَرَ بِمَا
بَقِيَ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَذْهَبُ ابْنِ سِيرِينَ ، وَلِأَنَّ الرِّبْحَ أَحَدُ نَوْعِي النَّمَاءِ ^(٢) ، فَيُخْبَرُ
بِهِ فِي الْمُرَابَحَةِ ، كَالْوَلَدِ وَالشَّمْرَةِ . وَلَعَلَّ هَذَا مِنْ أَحْمَدَ عَلَى سَبِيلِ
الاسْتِخْبَابِ ؛ لِأَنَّهُ أُبْلَغُ فِي الْبَيَانِ . وَيَجُوزُ الْإِخْبَارُ بِالثَّمَنِ الثَّانِي وَحْدَهُ ؛
لَأَنَّهُ الثَّمَنُ الَّذِي حَصَلَ بِهِ هَذَا الْمِلْكُ ، فَجَازُ الْخَبَرُ بِهِ وَحْدَهُ ، كَمَا لَوْ خَسِرَ
فِيهَا .

(١ - ١) فِي م : « يَبِعُهُ » .

(٢) فِي م : « أَيْبُهُ » .

(٣) فِي ف : « نَمَاءُ الثَّمَنِ » .

فصل : فإن بان للمُشتري أن البائع أخبر بأكثر من رأس المال ، فالبيع صحيح ؛ لأنه زاد في الثمن ، فلم يمنع صحته ، كالتصيرية . ويؤجّع عليه بالزيادة وحظها من الربح ؛ لأنه باع برأس ماله وما قرّره^(١) من الربح ، فإذا بان رأس المال ، كان مبيعاً به وبقدره^(٢) من الربح . [١٥٣] وإن اختار المشتري ردّ المبيع ، فله ذلك . نصّ عليه ؛ لأنه رُبّما كان غرضه الشراء لسلعة^(٣) واحدة بجميع الثمن . وظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار له ؛ لأنه رضى المبيع بثمن فحصل له بدونه ، فلم يكن له خيار ، كما لو اشترى مبيعاً فبان صحيحاً . فأما البائع ، فلا خيار له ؛ لأنه باع برأس ماله وقدره^(٤) من الربح ، وحصل له ما عقّد به . وفي سائر ما يلزمه الإخبار بالحال على وجهه ، فلم يفعل ، يُخيّر المشتري بين أخذه بما اشترى به وبين الفسخ ؛ لأنه ليس للمبيع ثمن غير ما عقّد به .

وإن اشتراه بثمن مؤجل فلم يُبين^(٥) ، فعنه أنه مُخيّر بين الفسخ وأخذه بالثمن حالاً ؛ لأنّ البائع لم يرضَ بذمّة المشتري ، فلا يلزمه الرضا بها . وعنه ، يُخيّر بين الفسخ وأخذه بالثمن حالاً ؛ لأنّ البائع لم يرضَ بذمّة المشتري ، فلا يلزمه الرضا بها . وعنه ، يُخيّر بين الفسخ وأخذه بالثمن مؤجلاً ؛ لأنه الثمن الذي اشترى به البائع ، والتأجيل صفة له^(٦) ، فأشبهه

(١) في م : « قدره » .

(٢) في ف : « حصته » .

(٣) في م : « سلعة » .

(٤) في ف : « حصته » .

(٥) في الأصل ، م : « يتبين » .

(٦) سقط من : م .

الْمُخْبِرَ بِزِيَادَةِ فِي الْقَدْرِ . وَإِنْ عَلِمَ ذَلِكَ بَعْدَ تَلْفِ الْمَبِيعِ ، حَبَسَ الْمَالَ بِقَدْرِ
الْأَجَلِ .

فصل : وإن أَخْبَرَ بِثَمَنِ ، ثُمَّ قَالَ : غَلِطْتُ وَالثَّمَنُ أَكْثَرُ . ففيه ثلاثُ
رَوَايَاتٍ ؛ إحداهنَّ ، لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ ^(١) إِلَّا بَيِّنَةٌ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ عَلَى نَفْسِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ
قَوْلُهُ فِي الْغَلَطِ إِلَّا بَيِّنَةٌ ، كَالْمُضَارِبِ يُقَرَّرُ بِرَبْحٍ . وَالثَّانِيَةُ ، إِنْ كَانَ مَعْرُوفًا
بِالصَّدَقِ ، قَبْلَ قَوْلِهِ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ مَعَهُ فِي الْمُرَابَحَةِ فَقَدْ ائْتَمَنَهُ ،
وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمِينِ مَعَ يَمِينِهِ . وَالثَّلَاثَةُ ، لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ وَإِنْ أَقَامَ بِهِ ^(٢) بَيِّنَةٌ ، مَا لَمْ
يُصَدِّقْهُ الْمُشْتَرِي ؛ لِإِقْرَارِهِ ابْتِدَاءً ^(٣) بِكَذِبِ بَيِّنَتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ . فَإِنْ
قُلْنَا بِقَبُولِ بَيِّنَتِهِ ، فَقَالَ الْمُشْتَرِي : أَخْلِفُوهُ أَنَّهُ وَقَّتَ الْبَيْعَ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ ثَمَنَهَا
أَكْثَرُ . فَعَلَى الْبَائِعِ الْيَمِينُ ، فَإِنْ نَكَلَ أَوْ أَقَرَّ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرُ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ
الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ بِهَذَا الثَّمَنِ عَالِمًا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرُهُ ، كَالْمُشْتَرِي إِذَا عَلِمَ
الْعَيْبَ حَالَ الشُّرَاءِ . وَإِنْ حَلَفَ ، خُيِّرَ الْمُشْتَرِي بَيْنَ فسخِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ
يَرْضَهُ بِأَكْثَرِ مِمَّا بَذَلَهُ ، وَبَيْنَ قَبُولِهِ ^(٤) مَعَ إِعْطَائِهِ مَا غَلِطَ بِهِ وَحَظَّهُ ^(٥) مِنْ
الرَّبْحِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ إِنَّمَا بَاعَهَا بِهَذَا الثَّمَنِ ظَنًّا أَنَّهُ رَأْسُ الْمَالِ ، فَعَلَيْهِ ضَرَرٌ ^(٦) فِي
النَّقْصَانِ ^(٦) مِنْهُ . فَإِذَا أَخَذَهَا الْمُشْتَرِي بِذَلِكَ ، فَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ زَالَ

-
- (١) زيادة من : م .
(٢) سقط من : م .
(٣) في م : «أو تبدأ» .
(٤) في ف : «إمضائه» .
(٥) في م : «حظه» .
(٦ - ٦) في م : «بالنقصان» .

عنه الضَّرَرُ بالتَّزَامِ المُشْتَرَى مَا غَلِطَ بِهِ ، وَإِنْ اخْتَارَ الْفَسْخَ فَقَالَ الْبَائِعُ : أَنَا أُسْقِطُ الزِّيَادَةَ عَنْكَ . سَقَطَ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ بَذَلَهَا لَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ وَتَرَضِيًا بِهِ .

فصل : وَيَبِيعُ التَّوْلِيَّةُ هُوَ الْبَيْعُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرَابَحَةِ فِيمَا ذَكَرْنَا . وَيَصِحُّ بَلْفَظِ الْبَيْعِ ، وَبَلْفَظِ التَّوْلِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ مُؤَدٍّ لِمَعْنَاهُ .

قال أحمدُ : وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الرَّقْمِ ؛ وَهُوَ الثَّمَنُ الَّذِي يُكْتَبُ عَلَى الثُّوبِ ، وَلَا بُدَّ مِنْ عِلْمِهِ حَالِ الْعَقْدِ ، لِيَكُونَ مَعْلُومًا . فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ .

وقال : الْمَسَاوِمَةُ عِنْدِي أَسْهَلُ مِنَ الْمُرَابَحَةِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْمُرَابَحَةِ يَغْتَرِيهِ ^(١) أَمَانَةٌ وَاسْتِرْسَالٌ مِنَ الْمُشْتَرَى ، وَيَحْتَاجُ إِلَى تَحَرُّي الصَّدَقِ وَاجْتِنَابِ الرِّيْبَةِ . وَقَالَ فِي رَجُلَيْنِ اشْتَرَا ثَوْبًا بَعِشْرِينَ ، ثُمَّ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ بِاثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ : فَإِنَّهُ يُخْبِرُ ^(٢) فِي الْمُرَابَحَةِ بِأَحَدِي وَعِشْرِينَ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى نِصْفَهُ بَعِشْرَةَ ، وَنِصْفَهُ بِأَحَدٍ عَشَرَ .

فصل : وَيَبِيعُ الْمَوَاضِعُ أَنْ يُخْبَرَ بِرَأْسِ الْمَالِ ، ثُمَّ يَبِيعَ بِهِ وَوَضِيعَةٌ كَذًا ، أَوْ يَقُولُ : وَوَضِيعَةٌ دِرْهَمٍ مِنْ كُلِّ عَشْرَةٍ . وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرَابَحَةِ فِي تَفْصِيلِهِ . وَإِذَا قَالَ : رَأْسُ مَالِي فِيهِ مِائَةٌ ، بَعْتُكَ بِهَا وَوَضِيعَةٌ دِرْهَمٍ مِنْ كُلِّ

(١) فِي م : « يَغْتَرِي بِهِ » .

(٢) فِي م : « يُخْبِرُ » .

عَشْرَةً . فَالْثَمَنُ تِسْعُونَ ؛ لِأَنَّ الْمَحْطُوطَ الْعُشْرُ ، وَعُشْرُ الْمِائَةِ عَشْرَةٌ .
 [١٥٣ ظ] وَإِنْ قَالَ : بِوَضِيعَةٍ دِرْهَمٍ لِكُلِّ عَشْرَةٍ . كَانَ الْحَطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدٍ
 عَشَرَ دِرْهَمًا ، وَالباقى تِسْعُونَ وَعَشْرَةً أَجْزَاءٍ مِنْ أَحَدٍ عَشَرَ جُزْءًا
 مِنْ دِرْهَمٍ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ ^(١) : لِكُلِّ عَشْرَةٍ دِرْهَمٌ ^(٢) . كَانَ الدَّرْهَمُ مِنْ غَيْرِهَا ،
 فَيَكُونُ مِنْ كُلِّ أَحَدٍ عَشَرَ دِرْهَمًا دِرْهَمٌ . وَإِذَا قَالَ : مِنْ كُلِّ عَشْرَةٍ . كَانَ
 الْحَطُّ مِنْهَا ، فَيَكُونُ عُشْرَهَا .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى نِصْفَ عَبْدٍ بِعَشْرَةٍ ، وَاشْتَرَى آخَرَ نِصْفَهُ بِعَشْرَيْنِ ،
 ثُمَّ بَاعَهُ بِثَمَنِ وَاحِدٍ مُسَاوَمَةً ، فَالْثَمَنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ عَنْهُ ،
 فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ مِلْكَيْهِمَا فِيهِ . وَإِنْ بَاعَهُ مُرَابِحَةً ، فَكَذَلِكَ فِي
 إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ ^(٣) لَذَلِكَ . وَالْأُخْرَى ^(٣) ، هُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ رُءُوسِ
 أَمْوَالِهِمَا ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْمُرَابِحَةِ يَقْتَضِي كَوْنَ الثَّمَنِ فِي مُقَابَلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ
 مِنْهُمَا . وَقِيلَ : الْمَذْهَبُ رِوَايَةً وَاحِدَةً ، أَنَّهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ، وَالْقَوْلُ الْآخَرُ
 وَجْهٌ خَرَّجَهُ أَبُو بَكْرٍ .

فصل : وَإِقَالَةُ النَّادِمِ فِي الْبَيْعِ مُسْتَحَبَّةٌ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ :
 « مَنْ أَقَالَ نَادِمًا يَبِيعُهُ ، أَقَالَهُ اللَّهُ عَشْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . ^(٤) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ،

(١) بعده في ف : « بوضيعة درهم » .

(٢) سقط من : ف .

(٣ - ٣) في م : « والثانية » .

(٤ - ٤) سقط من : س ١ ، س ٢ .

« وابن ماجه ، إلا أن أبا داود لم يقل : « يوم القيامة »^(١) . وهي فسخ في
أصح الروايتين . وعنه ، أنها يبيع ؛ لأنها نقل الملك بعوض على وجه^(٢)
التراضى ، فكانت بيعاً ، كالأول . والأولى أولى ؛ لأن الإقالة في السلم
تجوز إجماعاً ، ويبيع السلم لا يجوز قبل قبضه . ولأن الإقالة الرفع والإزالة ،
ومنه : أقاله^(٣) الله عشرته . وذلك هو الفسخ . ولأنها تتقدر بالثمن الأول ،
وتحصل بلفظ لا يتعقد به البيع ، فكانت فسحاً ، كالرد بالعيب . فعلى
هذا ، تجوز في المبيع قبل قبضه ، ولا تجب بها شفعة ، وتتقدر بالثمن
الأول . ومن حلف لا يبيع ، فأقال ، لا يحنث . وعلى الأخرى تنعكس
هذه الأحكام ، إلا بمثل الثمن ، فإنه على وجهين ؛ أصحهما أنها تتقدر به ؛
لأنها خصت بمثل الثمن كالتولية . فإن أقال بأكثر منه ، لم يصح ، وكان
الملك باقياً للمشتري ؛ لأنهما تفاضلا فيما يُعتبر فيه التماثل ، فلم يصح ،
كبيع درهم بدرهمين .

(١ - ١) زيادة من : ف ، ب .

والحديث أخرجه أبو داود ، في : باب في فضل الإقالة ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود

٢ / ٢٤٦ . وابن ماجه ، في : باب الإقالة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٤١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٥٢ .

(٢) في ف : « جهة » .

(٣) في م : « أقال » .

بَابُ اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعِينَ

إذا اختلفا في قَدْرِ الثَّمَنِ والسلعة قائمة، تَحَالَفا؛ لما رَوَى ابنُ مَسْعُودٍ عن رسولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِذَا اختلفَ البيعان، وليس بينهما بَيِّنَةٌ، والبيعُ^(١) قائمٌ بعَيْنِهِ، فالقولُ ما قالَ البائعُ، أو يَتَرَادَّانِ البيعُ». رَوَاهُ ابنُ ماجه^(٢). وفي لَفْظٍ: «تَحَالَفا»^(٣). ولأنَّ^(٤) البائعَ يدَّعي عَقْدًا بَثْمَنِ كثيرٍ يُنْكِرُهُ المُشْتَرِي، والمُشْتَرِي يدَّعي عَقْدًا يُنْكِرُهُ البائعُ، والقَوْلُ قولُ المُنْكَرِ مع يَمِينِهِ.

ويُتَدَأُ يَمِينُ البائعِ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ القَوْلَ ما قالَ البائعُ، ولأنَّ

(١) في ف: «المبيع».

(٢) في: باب البيعان يختلفان، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢.

كما أخرجه أبو داود، في: باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، من كتاب الإجارة. سنن أبي داود ٢٥٥/٢. والترمذي مرسلًا، في: باب ما جاء إذا اختلف البيعان، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٢٧١/٥. والدارمي، في: باب إذا اختلف المتبايعان، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢٥٠/٢. والإمام مالك، في: باب بيع الخيار، من كتاب البيوع. الموطأ ٢٧١/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٤٦٦/١.

(٣) الرواية بهذا اللفظ غير موجودة في شيء من كتب الحديث التي بين أيدينا. وقال الحافظ ابن حجر: أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث. التلخيص الحبير ٣١/٣. وانظر الإرواء ١٧١/٥.

(٤) في م: «كان».

جَنَّبَتْهُ أَقْوَى ؛ لَأَنَّهُمَا إِذَا تَحَالَفَا ، رَجَعَ الْمَبِيعُ إِلَيْهِ ، فَكَانَتْ الْبِدَايَةُ بِهِ أَوْلَى ،
كَصَاحِبِ الْيَدِ . وَيَجِبُ الْجَمْعُ فِي الْيَمِينِ بَيْنَ النَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ ؛ لِأَنَّهُ يَدْعَى
عَقْدًا وَيُنْكِرُ آخَرَ ، فَيُخْلِفُ عَلَيْهِمَا ، وَيُقَدِّمُ النَّفْيَ ، فيقولُ : وَاللَّهِ مَا بَعَثَهُ
بَكْذَا ، وَلَقَدْ بَعَثَهُ بِكْذَا . لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْيَمِينِ أَنَّهَا لِلنَّفْيِ ، وَتَكْفِيهِ يَمِينُ
وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى فَضْلِ الْقَضَاءِ . فَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا ، لَزِمَهُ مَا قَالَ
صَاحِبُهُ ، وَإِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِمَا قَالَ الْآخَرُ ، فَلَا يَمِينُ .

وَإِنْ حَلَفَا ، ثُمَّ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِمَا قَالَ الْآخَرُ ، أُجْبِرَ عَلَى الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّهُ
قَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ مَا ادَّعَاهُ ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ .
وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْفَسْخَ لِلْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ صَحِيحٌ ، [١٥٤] وَإِنَّمَا يُفْسَخُ
لِتَعَذُّرِ إِمضَائِهِ فِي الْحُكْمِ ، فَأَشْبَهَ نِكَاحَ الْمَرْأَةِ إِذَا زَوَّجَهَا الْوَلِيَّانِ . وَالْأَوَّلُ
الْمَذْهَبُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « أَوْ يَتَرَادَّانِ الْبَيْعَ » . فَجَعَلَهُ إِلَيْهِمَا . وَفِي
سِيَاقِهِ أَنَّ^(١) ابْنَ مَسْعُودٍ رَوَاهُ لِلْأَشْعَثِ بْنِ قَيْسٍ ، وَقَدْ اخْتَلَفَا فِي ثَمَنِ مَبِيعٍ ،
فَقَالَ الْأَشْعَثُ : فَإِنِّي أَرَى أَنْ أُرَدَّ الْبَيْعَ . وَلِأَنَّهُ فَسَخَ لاسْتِدْرَاكِ الظُّلَامَةِ ،
أَشْبَهَ رَدَّ الْمَعِيبِ .

فصل : قال القاضي : ظاهرُ كلامِ أحمدَ أَنَّ الْفَسْخَ يَنْفُذُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ؛
لِأَنَّهُ فَسَخَ لاسْتِدْرَاكِ الظُّلَامَةِ ، فَأَشْبَهَ رَدَّ الْمَعِيبِ . واختارَ أبو الخطابُ أَنَّ
الْمُشْتَرِيَ إِنْ كَانَ ظَالِمًا ، فَفَسَخُ الْبَائِعِ يَنْفُذُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ؛ لِعَجْزِهِ عَنْ اسْتِيفَاءِ
حَقِّهِ ، فَمَلَكَ الْفَسْخَ ، كَمَا لو أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي . وَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ ظَالِمًا ، لَمْ

(١) فِي م : « إِلَى » .

يَتَقَدُّ فَسْخُ بَاطِنًا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ إِمْضَاءُ الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَتَقَدُّ فَسْخُ ، وَلَمْ يَمْلِكِ
التَّصَرُّفُ فِي الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ .

فصل : وَإِنْ اِخْتَلَفَا بَعْدَ تَلْفِ الْمَبِيعِ ، فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَتَحَالَفَانِ
وَيَفْسَخَانِ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى الَّتِي شُرِعَ لَهَا التَّحَالُفُ حَالُ قِيَامِ السَّلْعَةِ
مَوْجُودٌ حَالُ تَلْفِهَا ، فَيُشْرَعُ ، وَيَجِبُ رَدُّ قِيَمَةِ السَّلْعَةِ . فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي
قِيَمَتِهَا ، وَجِبَ قِيَمَةُ مِثْلِهَا ، مَوْصُوفًا بِصِفَاتِهَا وَإِنْ زَادَتْ عَلَى مَا ادَّعَاهُ
الْبَائِعُ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ سَقَطَ وَوَجَبَتِ الْقِيَمَةُ . فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الصِّفَةِ ، فَالْقَوْلُ
قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَارِمٌ . وَالثَّانِيَةُ ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ .
اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ ؛ لِقَوْلِهِ فِي الْحَدِيثِ : « وَالْبَيْعُ ^(١) قَائِمٌ بِعَيْنِهِ » . فَمَفْهُومُهُ أَنَّهُ
لَا يُشْرَعُ التَّحَالُفُ مَعَ تَلْفِهَا ، وَلِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى انْتِقَالِ الْمَبِيعِ إِلَى الْمُشْتَرِي
بِثَمَنِ ، وَاخْتَلَفَا فِي الزَّائِدِ الَّتِي يَدَّعِيهِ الْبَائِعُ وَيُنْكِرُهَا الْمُشْتَرِي ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْمُنْكَرِ ، وَإِنَّمَا تُرِكَ هَذَا مَعَ قِيَامِ السَّلْعَةِ لِإِمْكَانِ التَّرَادُّ ، وَلَا يُمَكِّنُ رَدُّ السَّلْعَةِ
بَعْدَ تَلْفِهَا .

وَإِنْ تَقَايَلَا الْمَبِيعُ ، أَوْ رُدَّ بِعَيْبٍ ، ثُمَّ اِخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ ، فَقَالَ الْبَائِعُ : هُوَ
قَلِيلٌ . وَقَالَ الْمُشْتَرِي : هُوَ كَثِيرٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ قَدْ انْفَسَخَ ،
وَالْبَائِعُ مُنْكَرٌ لِمَا يَدَّعِيهِ الْمُشْتَرِي لَا غَيْرُ . وَإِنْ مَاتَ الْمُتَبَايعَانِ ، فَوَرَثَتْهُمَا
بِمَنْزِلَتَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ فِي الْمَالِ ، فَقَامَ الْوَارِثُ فِيهَا مَقَامَ الْمَوْرُوثِ ، كَالْيَمِينِ
فِي الدَّعْوَى . وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ بَيْنَ وَكِيلَيْنِ ، تَحَالَفَا ؛ لِأَنَّهُمَا عَاقِدَانِ ،

(١) فِي ف : « الْمَبِيعِ » .

فَتَحَالَفَا ، كَالْمَالِكَيْنِ .

فصل : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْمَبِيعِ ، فَقَالَ : بِعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِأُلْفٍ .
فَقَالَ : بَلْ هُوَ وَالْجَارِيَّةُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَرُ بَيْنَ
الْجَارِيَّةِ ، فَاخْتَصَّتِ الْيَمِينُ بِهِ ، كَمَا لَوْ اِخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْعَقْدِ . وَإِنْ قَالَ :
بِعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ . فَقَالَ : بَلْ بِعْتَنِي هَذَا الثَّوْبَ . حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
عَلَى مَا أَنْكَرَهُ خَاصَّةً . ثُمَّ إِنْ كَانَ الْعَبْدُ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، فَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي
أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ ، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، فَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَخْذُهُ ؛
لِذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَتَعَذَّرَ عَلَيْهِ ثَمَنُهُ فَيَفْسَخَ الْبَيْعَ وَيَأْخُذَهُ ، وَالثَّوْبُ يُقَرَّرُ فِي يَدِ
الْبَائِعِ ، وَيُرَدُّ إِلَيْهِ إِنْ كَانَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي . وَإِنْ قَامَتِ بَيِّنَةٌ بِالْعَقْدَيْنِ ، ثَبَتَا ،
وَإِنْ قَامَتِ بَيِّنَةٌ أَحَدَهُمَا ، ثَبَتَ وَيَحْلِفُ الْمُنْكَرُ لِلْآخَرِ ، "وَيَنْطَلُ حُكْمُهُ" .

فصل : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الثَّمَنِ ، رُجِعَ إِلَى نَقْدِ الْبَلَدِ . نَصٌّ عَلَيْهِ .
فَإِنْ كَانَ فِيهِ نُقُودٌ ، رَجَعَ إِلَى أَوْسَطِهَا ، وَعَلَى مَنْ الْقَوْلُ قَوْلُهُ الْيَمِينُ ؛ لِأَنَّ
الظَّاهِرَ صِدْقُهُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ [١٥٤ ظ] قَوْلَهُ ، كَالْمُنْكَرِ . وَقَالَ الْقَاضِي :
يَتَحَالَفَانِ .

فصل : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي أَجَلٍ ، أَوْ شَرْطٍ ، أَوْ رَهْنٍ ، أَوْ ضَمِينٍ وَنَحْوِهِ ،
فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكَرُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، فَأُشْبِهَ
مُنْكَرَ الْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَتَحَالَفَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا اِخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْعَقْدِ ،
فَأُشْبِهَ مَا ^(٢) لَوْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « كَمَا » .

وإن اختلفا فيما يُفسدُ العقدَ ، فالقولُ قولُ مَنْ يَنْفِيهِ ؛ لأنَّ ظاهرَ^(١) حالِ المُسلمِ تعاطى الصَّحيح . وإن قال أحدهما : كنتُ مُكرِّها . أو : مَجْنُونًا . فالقولُ قولُ الآخرِ ؛ لأنَّ الأصلَ معه . وإن قال : كنتُ صَغِيرًا . فكذلك . نصَّ عليه ؛ لأنَّهما اختلفا فيما يُفسدُ العقدَ ، فَقُدِّمَ قولُ مَنْ يدَّعي صِحَّتَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ القولَ قولُ مُدَّعي الصَّغَرِ ؛^(٢) «لأنَّه الأصلُ» . وإن قال عَبْدٌ : بِعْتُكَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِي . فَأَنْكَرَهُ الْمُشْتَرِي ، فالقولُ قولُ الْمُشْتَرِي ؛ لأنَّ الأصلَ الصَّحَّةُ . وإن أَنْكَرَهُ السَّيِّدُ ، فالقولُ قَوْلُهُ ؛ لأنَّ الأصلَ معه ، ولا دَلِيلَ عَلَى خِلَافِهِ . وإن قال أَحَدُ الْمُتَصَارِفَيْنِ : تَفَرَّقْنَا قَبْلَ الْقَبْضِ .^(٣) أو ادَّعى^(٤) فسخَ^(٤) العقدِ ، وَأَنْكَرَهُ الْآخَرُ ، فالقولُ قولُ مُدَّعي الصَّحَّةِ ؛ لأنَّ الأصلَ معه .

وإن اختلفا في عَيْبٍ يَحْدُثُ مِثْلَهُ ، فادَّعى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ حَدَثَ عِنْدَ صَاحِبِهِ ، ففيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْقَوْلُ قولُ الْبَائِعِ ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الْعَيْبِ . وَالثَّانِيَةُ ، الْقَوْلُ قولُ الْمُشْتَرِي ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الْقَبْضِ لِلْجُزْءِ الْفَائِتِ ، وَعَدَمُ اسْتِحْقَاقِ مَا يُقَابِلُهُ مِنَ الثَّمَنِ . وإن رَدَّ بَعِيْبٌ ، فَقَالَ الْبَائِعُ : لَيْسَ هَذَا الْمَبِيعُ . فالقولُ قَوْلُهُ ؛ لأنَّ الأصلَ سَلَامَةُ الْمَبِيعِ وَبَقَاءُ الْعَقْدِ . وإن قَبِضَ الْمُسْلِمَ فِيهِ أَوْ الْمَبِيعَ بِالْكَيْلِ ، ثُمَّ قَالَ : غَلِطْتُ عَلَى فِي الْكَيْلِ . ففيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْقَوْلُ قولُ الْبَائِعِ ؛ لأنَّ الأصلَ السَّلَامَةُ مِنَ الْغَلْطِ .

(١) في م : «الظاهر من» .

(٢ - ٢) في م : «لأنَّ الأصلَ معه» .

(٣ - ٣) في م : «فادعى» .

(٤) سقط من : الأصل .

والثاني ، القول قول المشتري ؛ لأن الأصل عدم القبض لما أنكر قبضه . وإن كان قبضه جزافاً ، فالقول قوله في قدره ، وجهها واحداً .

فصل : وإن باعه بثمن معين ، وقال كل واحد منهما : لا أسلم ما بعته حتى أقبض عوضه . فجعل بينهما عدل يقبض منهما ، ويسلم إليهما معاً ؛ لأنهما سواء في تعلق حقوقهما بالعين^(١) . وإن كان البيع بثمن في الذمة ، أجبر البائع على تسليم المبيع أولاً ؛ لتعلق حق المشتري بعينه ، فقدم على ما تعلق بالذمة ، كأرش الجناية مع الدّين ، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن .

فإن كان مغيصراً ، أو^(٢) ماله غائب في مسافة القصر ، فللبائع فسخ البيع ؛ لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن ، فجاز له الرجوع إلى عين ماله ، كما لو أفلس المشتري . وإن كان الثمن حاضراً ، أجبر على دفعه في الحال ، وإن كان في داره أو دكانه ، حجب عليه في المبيع وفي سائر ماله حتى يسلمه ؛ إقلاً يتصرف في المبيع فيضّر بالبائع . وإن كان غائباً دون مسافة القصر ، ففيه وجهان ؛ أحدهما^(٣) ، له الفسخ ؛ لأنه تعذر الثمن للإعسار ، أشبه الإفلاس . والثاني ، لا يفسخ ، ولكن يجبر على المشتري ؛ لأنه في حكم الحاضر ، أشبه الذي في البلد .^(٤) والصحيح عندي أنه لا يجب عليه تسليم المبيع ما لم يحضر الثمن ويمكن أخذه ؛ لأن^(٥)

(١) بعده في ف : « معاً » .

(٢) في م : « و » .

(٣) بعده في م : « جاز » .

(٤ - ٤) سقط من : م .

١) في تسليمه بدون ذلك ضرراً وخطراً بفوات الثمن عليه ، فلم يلزمه تسليم
عوضه ؛ قياساً على العوض الآخر^(١) .

(١ - ١) سقط من : م .

[١٥٥] كِتَابُ السَّلَمِ

السَّلَمُ أَنْ يُسَلِّمَ عَيْنًا حَاضِرَةً فِي عَوَضٍ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ إِلَى أَجَلٍ .
 وَهُوَ نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ ، يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ وَالسَّلَمِ ^(١) وَالسَّلَفِ ^(٢) ، وَتُعْتَبَرُ فِيهِ
 شُرُوطُ الْبَيْعِ ، وَيَزِيدُ بِشُرُوطِ سِتَّةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَنْضَبِطُ بِالصِّفَاتِ
 الَّتِي يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِاخْتِلَافِهَا ظَاهِرًا ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ بِالصِّفَةِ ^(٣) ، فَيُشْتَرَطُ إِمَّاكَانُ
 ضَبْطِهَا ، فَيَصِحُّ السَّلَمُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَذْرُوعِ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ
 عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ قَدِيمُ الْمَدِينَةِ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ ^(٤) فِي ^(٥) الثَّمَارِ
 السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثِ ، فَقَالَ : « مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَ ^(٥) وَزْنٍ
 مَعْلُومٍ ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي أَوْفَى ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في ف : « بالصفات » .

(٣) في الأصل : « يسلمون » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ف ، ب : « أو » .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب السلم في وزن معلوم ، وباب السلم إلى أجل معلوم ، من كتاب
 السلم . صحيح البخاري ١١١ / ٣ ، ١١٣ . ومسلم ، في : باب السلم ، من كتاب المساقاة .
 صحيح مسلم ١٢٢٧ / ٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في السلف ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٤٦ / ٢ .
 والترمذي ، في : باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى
 ٤٨ / ٦ . والنسائي ، في : باب السلف في الثمار ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٥ / ٧ . وابن
 ماجه ، في : باب السلف في كيل معلوم ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٥ / ٢ .
 والإمام أحمد ، في : المسند ٢٢٢ / ١ .

وعبدُ الرَّحْمَنِ بْنُ أَبِي أُبَيٍّ : كُنَّا نُصِيبُ الْمَغَانِمَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَكَانَ يَأْتِينَا أَنْبَاطٌ مِنْ أَنْبَاطِ الشَّامِ ، فَتُسَلِّفُهُمْ فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّرْبِيبِ . فَقِيلَ : أَكَانَ^(١) لَهُمْ زَرْعٌ أَمْ لَمْ يَكُنْ ؟ قَالَا^(٢) : مَا كُنَّا نَسْأَلُهُمْ عَنْ ذَلِكَ . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(٣) . فَتَبَّتْ جَوَازُ السَّلَمِ فِي ذَلِكَ بِالْخَبَرِ ، وَقِسْنَا عَلَيْهِ مَا يُضْبَطُ بِالصِّفَةِ^(٤) ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ .

وَيَصِحُّ فِي الْخُبْرِ ، وَاللَّبَاءِ ، وَالشَّوَاءِ ؛ لِأَنَّ عَمَلَ النَّارِ فِيهِ مُعْتَادٌ مُمَكِّنٌ ضَبْطُهُ بِالنَّشَافَةِ وَالرُّطُوبَةِ ، فَصَحَّ السَّلَفُ فِيهِ ، كَالْمَجْفَفِ بِالشَّمْسِ^(٥) . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ فِي الشَّوَاءِ وَاللَّحْمِ الْمَطْبُوخِ ؛ لِأَنَّ عَمَلَ النَّارِ فِيهِ يَخْتَلِفُ ، فَلَا يَنْضَبُطُ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ فِيمَا لَا يَنْضَبُطُ ؛ كَالْجَوْهَرِ ، وَاللُّؤْلُؤِ ، وَالزَّبَرْجَدِ ، وَالْيَاقُوتِ ، وَالْعَقِيقِ وَنَحْوِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا مُتَبَايِنًا بِالْكِبَرِ وَالصَّغَرِ ، وَحُسْنِ التَّدْوِيرِ ، وَزِيَادَةِ ضَوْئِهَا ، وَلَا يُمَكِّنُ تَقْدِيرُهَا بَيَاضَ الْعُصْفُورِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « إِنْ كَانَ » .

(٢) فِي النِّسْخِ : « قَالَ » ، وَالمُثَبَّتُ مِنَ الْبُخَارِيِّ وَحَاشِيَةِ ب .

(٣) فِي : بَابِ السَّلَمِ فِي وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، وَفِي : بَابِ السَّلَمِ إِلَى مَنْ لَيْسَ عِنْدَهُ أَصْلٌ ، وَفِي : بَابِ السَّلَمِ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ ، مِنْ كِتَابِ السَّلَمِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١١٢/٣ ، ١١٤ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي السَّلَفِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢٤٧/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ السَّلَمِ فِي الطَّعَامِ ، وَبَابِ السَّلَمِ فِي الزَّرْبِيبِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٧/٢٥٥ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ السَّلَفِ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ... ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٧٦٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٥٤/٤ .

(٤) فِي م : « فِي الصِّفَةِ » .

(٥) فِي ف ، م : « فِي الشَّمْسِ » .

ونحوه ؛ «لأنَّه يَخْتَلِفُ»^(١).

«وفى»^(٢) الحَوَامِلِ مِنَ الْحَيَوَانِ ، وَالشَّاةِ اللَّبُونِ ، وَالْأَوَانِي الْمُخْتَلِفَةِ الرُّءُوسِ وَالْأَوْسَاطِ وَجِهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ السَّلَامُ^(٣) فِيهِ ؛ لِأَنَّ الصِّفَةَ لَا تَأْتِي عَلَيْهِ ، «وَالْوَلَدُ»^(٤) وَاللَّبَنُ مَجْهُولٌ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ^(٥) ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ وَاللَّبَنَ لَا حُكْمَ لِهَمَا^(٦) مَعَ الْأُمِّ ، بِدَلِيلِ الْبَيْعِ ، وَالْأَوَانِي يُمَكِّنُ ضَبْطُهَا بَسْعَةَ رَأْسِهَا وَأَسْفَلِهَا وَعُلُوَّ حَائِطِهَا ، فَهِيَ كَالْأَوَانِي الْمُرَبَّعَةِ .

وَمَا فِيهِ خَلْطٌ مِنْ غَيْرِهِ يَنْقَسِمُ أَرْبَعَةَ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا خَلَطَهُ لِمُضْلَحَتِهِ وَهُوَ غَيْرُ مَقْصُودٍ فِي نَفْسِهِ ؛ كَالْإِنْفَحَةِ فِي الْجُبْنِ ، وَالْمِلْحِ فِي الْخُبْزِ وَالشَّيْرِجِ ، وَالْمَاءِ فِي خَلِّ الثَّمَرِ ، فَيَصِحُّ السَّلَامُ فِيهِ ؛ «لأنَّه يَسِيرُ لِلْمُضْلَحَةِ»^(٧) . الثَّانِي ، أَخْلَاطٌ مُتَمَيِّزَةٌ مَقْصُودَةٌ ، كَثُوبٍ مَنْسُوجٍ مِنْ شَيْئَيْنِ^(٨) ، فَيَصِحُّ السَّلَامُ فِيهِ^(٩) ؛ لِأَنَّ ضَبْطَهُ مُمَكِّنٌ ، وَفِي مَعْنَاهِ النَّبْلُ وَالنُّشَابُ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ السَّلَامُ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ أَخْلَاطًا ، وَيَخْتَلِفُ طَرَفَاهُ وَوَسْطُهُ ، فَأُشْبِهَ الْقَيْسَى . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ أَخْلَاطَهُ مُتَمَيِّزَةٌ مُمَكِّنٌ ضَبْطُهَا ، وَالْاِخْتِلَافُ فِيهِ

(١ - ١) فِي م : «لأنَّها تختلف» .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْل : «فِي» .

(٣) فِي م : «أَنْ يَسْلَم» .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(٥) فِي الْأَصْل : «لَا يَصِح» .

(٦) فِي الْأَصْل : «لَهَا» .

(٧ - ٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) فِي م : «شَيْء» .

يَسِيرٌ مَعْلُومٌ بِالْعَادَةِ ، فَهُوَ كَالثِّيَابِ مِنْ جَنْسَيْنِ ، بخلافِ الْقِسِيِّ . الثالثُ ،
 الْمَغْشُوشُ ؛ كَاللَّبَنِ الْمَشُوبِ^(١) ، وَالْحِنْطَةُ فِيهَا الزُّوَانُ^(٢) ، فَلَا يَصِحُّ السَّلَامُ
 فِيهِ ؛ لِأَنَّ غِشَّهُ يَمْنَعُ الْعِلْمَ بِقَدْرِ الْمَقْصُودِ فِيهِ ، فَيَكُونُ فِيهِ غَرَرٌ . الرابعُ ،
 أَخْلَاطٌ مَقْصُودَةٌ غَيْرُ مُتَمَيِّزَةٍ ؛ كَالْغَالِيَةِ^(٣) ، وَالنَّدِّ^(٤) ، وَالْمَعَاجِينِ ، فَلَا يَصِحُّ
 السَّلَامُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الصُّفَةَ لَا تَأْتِي عَلَيْهِ ، وَفِي مَعْنَاهِ الْقِسِيُّ الْمُشْتَمِلَةُ عَلَى
 الْخَشَبِ وَالْقَرْنِ^(٥) وَالْعَقَبِ^(٦) وَالْغِرَاءِ^(٧) وَالتَّوْزِ^(٨) ، فَلَا يَصِحُّ السَّلَامُ
 فِيهَا^(٩) ؛ لِلْعَجْزِ عَنْ ضَبْطِ^(١٠) مَقَادِيرِ ذَلِكَ ، [١٥٥ ظ] وَتَمْيِيزِ مَا فِيهِ مِنْهَا .
 وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَصِحُّ السَّلَامُ فِيهَا كَالثِّيَابِ .

**فصل : وفي الحيوانِ روايتان ؛ أظْهَرُهُمَا ، صِحَّةُ السَّلَامِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ أَبَا
 رَافِعٍ قَالَ : اسْتَسْلَفَ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ رَجُلٍ بَكْرًا^(١١) . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(١٢) . وَلِأَنَّهُ**

- (١) فِي م : « الْمَغْشُوشُ » .
 (٢) الزَّوَانُ وَالزُّوَانُ : حَبٌّ يَخَالِطُ الْحِنْطَةَ فَيَكْسِبُهُ الرِّدَاءَ ، وَأَهْلُ الشَّامِ يَسْمُونَهُ الشَّيْلَمَ .
 (٣) الْغَالِيَةُ : أَخْلَاطٌ مِنَ الطَّيِّبِ .
 (٤) النَّدُّ : عَوْدٌ يَتَبَخَّرُ بِهِ .
 (٥) فِي الْأَصْلِ : « الْقُرُونُ » .
 وَالْقَرْنُ : الْحَبْلُ الْمَفْتُولُ مِنْ لَحَاءِ الشَّجَرِ ، وَالْخَصْلَةُ الْمَفْتُولَةُ مِنَ الْعِهْنِ .
 (٦) فِي الْأَصْلِ : « الْعَصَبُ » ، وَفِي م : « الْقَصَبُ » .
 وَالْعَقَبُ ؛ بِالتَّحْرِيكِ : الْعَصَبُ تَعْمَلُ مِنْهُ الْأَوْتَارُ .
 (٧ - ٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .
 (٨) هَكَذَا ضَبَطَهَا فِي كَشَافِ الْقَنَاعِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ تَعْرِيفَهَا . كَشَافُ الْقَنَاعِ ٢٩٩/٣ .
 (٩) فِي س ٢ : « فِيهِ » .
 (١٠) سَقَطَ مِنْ : ف ، م .
 (١١) الْبَكْرُ : الْفَتَى مِنَ الْإِبِلِ .
 (١٢) فِي : بَابُ مِنْ اسْتَسْلَفَ شَيْئًا ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٢٤/٣ . =

يُثْبِتُ فِي الذِّمَّةِ صَدَاقًا، فَصَحَّ السَّلَمُ فِيهِ كَالثِّيَابِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ ^(١) اخْتِلَافًا مُتَبَايِنًا مَعَ ذِكْرِ أَوْصَافِهِ الظَّاهِرَةِ ، فَرُبَّمَا تَسَاوَى الْعَبْدَانِ فِي الصِّفَاتِ الْمُعْتَبَرَةِ ، وَأَحَدُهُمَا يُسَاوِي أَمثالَ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ اسْتَقْصَى صِفَاتِهِ كُلَّهَا ، تَعَذَّرَ تَسْلِيمُهُ .

وَفِي الْمَغْدُودِ مِنْ ^(٢) الْجَوْزِ ، وَالْبَيْضِ ، وَالْبَطِيخِ ، وَالرُّمَّانِ ، وَالْبَقْلِ ، وَنَحْوِهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِذَلِكَ . وَالثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ يَسِيرٌ ، وَيُمْكِنُ ضَبْطُهُ ^(٣) ؛ بَعْضُهُ بِالصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ ، وَبَعْضُهُ بِالْوَزْنِ . وَفِي الرُّءُوسِ وَالْأَطْرَافِ وَالْجُلُودِ مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا فِيمَا قَبْلَهُ .

فصل : الشَّرْطُ الثَّانِي ، مَعْرِفَةُ قَدْرِهِ بِالْكَيْلِ إِنْ كَانَ مَكِيلًا ، وَ ^(٤) بِالْوَزْنِ إِنْ كَانَ مَوْزُونًا ، وَبِالذَّرْعِ إِنْ كَانَ مَذْرُوعًا ؛ لِحَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ ^(٥) ، وَلِأَنَّهُ عِوَضٌ غَيْرُ مُشَاهِدٍ ، يُثْبِتُ فِي الذِّمَّةِ ، فَاشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ قَدْرِهِ ، كَالثَّمَنِ .

= كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي حَسَنِ الْقِضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٢٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ اسْتِسْلَافِ الْحَيَّوَانِ وَاسْتِقْرَاضِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَجْتَبَى ٧ / ٢٥٦ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ السَّلَمِ فِي الْحَيَّوَانِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٢ / ٧٦٧ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الرِّخْصَةِ فِي اسْتِقْرَاضِ الْحَيَّوَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢ / ٢٥٤ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا يَجُوزُ مِنَ السَّلَفِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَوْطَأُ ٢ / ٦٨٠ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٦ / ٣٩٠ .

(١) فِي الْأَصْلِ : «مَخْتَلِفٌ» .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «فِي» .

(٣) فِي س ٢ ، ف : «ضَبْطٌ» .

(٤) فِي الْأَصْلِ : «أَوْ» .

(٥) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٥٣ .

ويجب أن يكون ما يُقَدَّرُ به معلوماً عند العامة ، فإن قَدَرَهُ بإناءٍ ، أو صنْجَةٍ بعَيْنِها غير معلومة ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه قد يَهْلِكُ فيجْهَلُ قَدْرَهُ ، وهذا غَرَرٌ لا يَحْتَاجُ الْعَقْدُ إِلَيْهِ^(١) . وإن أُسْلِمَ في المِكِيلِ وَزَنًا ، وفي المَوْزُونِ كَيْلًا . فعنه ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه مَبِيعٌ اشْتَرَطَ مَعْرِفَةَ قَدْرِهِ ، فلم يَجْزُ بِغَيْرِ ما هو مُقَدَّرٌ به ، كالرَّبَوِيَّاتِ . وعنه ما يَدُلُّ على الجَوَازِ ؛ لأنَّه يُخْرِجُهُ عن الجَهَالَةِ وهو الغَرَضُ^(٢) . ولا بُدَّ مِنْ^(٣) تَقْدِيرِ الْمَدْرُوعِ بِالذَّرْعِ . فَأَمَّا الْمَعْدُودُ فَيُقَدَّرُ بِالْعَدَدِ . وقيل : بِالْوَزْنِ ؛ لأنَّه يَتَبَايَنُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّه يُقَدَّرُ به عند العامة ، وَالتَّفَاوُثُ يَسِيرُ^(٤) يُضْبَطُ بِالْكَبِيرِ وَالصَّغِيرِ ، ولهذا لا تَقَعُ الْقِيَمَةُ بَيْنَ الْجَوْزَتَيْنِ وَالْبَيْضَتَيْنِ . فإن كان يَتَفَاوُثُ كَثِيرًا ؛ كَالرَّمَانِ ، وَالْبَطِيخِ ، وَالسَّفَرَجَلِ ، وَالْبُقُولِ ، قَدَرَهُ بِالْوَزْنِ ؛ لأنَّه أَضْبَطُ لِكَثْرَةِ تَفَاوُثِهِ وَتَبَايُنِهِ ، وَلَا يُمْكِنُ ضَبْطُهُ بِالْكَيْلِ ؛ لِتَجَافِيهِ فِي الْمِكْيَالِ ، وَلَا بِالْحَزْمِ ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ ، وَيُمْكِنُ حَزْمُ الْكَبِيرَةِ وَالصَّغِيرَةِ ، فَتَعَيَّنَ الْوَزْنُ لِتَقْدِيرِهِ .

فصل : الشَّرْطُ الثَّالِثُ ، أَنْ يَجْعَلَ لَهُ أَجَلًا مَعْلُومًا ، فَإِنْ أُسْلِمَ حَالًا ،
لَمْ يَصِحَّ ؛ لحديث ابن عباس ، ولأنَّ السَّلَمَ إِنَّمَا جَازَ رُخْصَةً لِلْمَرْفِقِ^(٥) ، وَلَا يَخْصُلُ الْمَرْفِقُ^(٦) إِلَّا بِالْأَجَلِ ، فَلَا يَصِحُّ بِدُونِهِ ، كَالكِتَابَةِ . فَإِنْ كَانَ بَلْفِظَ الْبَيْعِ ؛ صَحَّ حَالًا . قال القاضي : ويجوز التَّفَرُّقُ قَبْلَ قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لأنَّه

(١) في ف : « عليه » .

(٢) في الأصل : « العوض » .

(٣) في الأصل : « في » .

(٤) بعده في م : « و » .

(٥) في ف : « للرفق » .

(٦) في ف : « الرفق » .

يَتَّع. وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ؛ لِأَنَّهُ يَتَّعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ.

وَيُشْتَرَطُ فِي الْأَجَلِ ثَلَاثَةُ أُمُورٍ؛ أَحَدُهَا، كَوْنُهُ مَعْلُومًا؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾^(١). وَلِلْخَبَرِ^(٢). فَإِنْ جَعَلَهُ إِلَى الْحَرَمِ، أَوْ يَوْمٍ مِنْهُ، أَوْ عِيدِ الْفِطْرِ، وَنَحْوَهَا^(٣)، جَازَ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ﴾^(٤). وَإِنْ قَدَّرَهُ بِغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَعْرِفُهُ النَّاسُ؛ ككَانُونٍ^(٥)، وَعِيدِ لِلْكَفَّارِ يَعْرِفُهُ الْمُسْلِمُونَ، جَازَ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ لَا يَخْتَلِفُ. وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى: لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُهُ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ. وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَعْرِفُهُ الْمُسْلِمُونَ؛ كَالشَّعَانِينَ وَعِيدِ الْفِطْرِ^(٦)، لَمْ يَصِحَّ، وَجْهًا وَاحِدًا؛ [١٥٦] لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ لَا يَعْرِفُونَهُ، وَلَا يَجُوزُ تَقْلِيدُ أَهْلِ الذِّمَّةِ، فَبَقِيَ مَجْهُولًا. وَإِنْ جَعَلَا^(٧) الْأَجَلَ إِلَى مُدَّةٍ^(٨)، كَشَهْرِ مُعَيَّنٍ، تَعَلَّقَ بِأَوَّلِهَا^(٩). وَلَوْ قَالَ: مَجَلُّهُ فِي رَمَضَانَ. فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ

(١) سورة البقرة ٢٨٢.

(٢) هو حديث ابن عباس المتقدم في صفحة ١٥٣.

(٣) فِي الْأَصْل: «نَحْوَهُ».

(٤) سورة البقرة ١٨٩.

(٥) الْكَانُونُ: شَهْرَانِ فِي قَلْبِ الشِّتَاءِ. الْقَامُوسُ (ك ن ن). وَهُمَا كَانُونُ الْأَوَّلِ، دَيْسَمِيرَ، وَكَانُونُ الثَّانِي، يَنَائِرَ.

(٦) الشَّعَانِينَ: عِيدٌ لِلنَّصَارَى يَقَعُ يَوْمَ الْأَحَدِ السَّابِقِ لِعِيدِ الْفَصْحِ. وَالْفِطِيرُ: عِيدٌ لِلْيَهُودِ يَكُونُ فِي خَامِسِ عَشْرِ نَيْسَانَ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ نَيْسَانَ الرُّومِيِّ، بَلْ شَهْرٌ مِنْ شَهْرِهِمْ.

(٧) فِي س ٢: «جَعَلَ».

(٨) بَعْدَهُ فِي م: «مَعْلُومَةٌ».

(٩) فِي ف: «بِأَوَّلِهِ».

لَزَوْجَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ فِي رَمَضَانَ . طَلَّقْتُ فِي أَوَّلِهِ ، وَلَوْ احْتَمَلَ غَيْرَ الْأَوَّلِ ،
 لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ بِالشَّكِّ^(١) . وَإِنْ جَعَلَهُ اسْمًا يَتَنَوَّلُ شَيْئَيْنِ ، كَرَبِيعٍ ، تَعَلَّقَ
 بِأَوَّلِهِمَا^(٢) ، « كَمَا لَوْ عَلَّقَهُ بِشَهْرٍ »^(٣) . وَإِنْ قَالَ : ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ . انْصَرَفَ إِلَى
 الْهَلَالِيَّةِ ؛ لِأَنَّهَا الشُّهُورُ فِي لِسَانِ الشَّرْعِ ، فَإِنْ كَانَ فِي^(٤) أَثْنَاءِ شَهْرٍ ، كَمَلَ
 بِالْعَدَدِ ثَلَاثِينَ ، وَالباقى بِالْأَهْلَةِ .

الْأَمْرُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يَخْتَلِفُ ، فَإِنْ جَعَلَهُ إِلَى الْحَصَادِ وَالْجُذَاذِ
 وَالْمَوْسِمِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ قَالَ : لَا تَتَّبَاعُوا^(٥) إِلَى الْحَصَادِ
 وَالذِّيَّاسِ ، وَلَا تَتَّبَاعُوا^(٦) إِلَّا^(٧) إِلَى شَهْرٍ مَعْلُومٍ^(٨) . وَلِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ
 وَيَقْرُبُ وَيَبْعُدُ ، فَلَمْ يَجُزْ جَعْلُهُ أَجَلًا ، كَقُدُومِ زَيْدٍ . وَعَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : أَرْجُو أَنْ
 لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ كَانَ يَتَنَاقَشُ إِلَى الْعَطَاءِ . وَلِأَنَّهُ لَا يَتَفَاوَتُ
 تَفَاوُتًا كَثِيرًا^(٩) . فَإِنْ أَسْلَمَ إِلَى الْعَطَاءِ ، يُرِيدُ بِهِ وَقْتَهُ ، وَكَانَ مَعْلُومًا ، جَازَ ،
 وَإِنْ أَرَادَ نَفْسَ الْعَطَاءِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ^(١٠) .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « بأولها » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) في الأصل : « تبايعوا » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) انظر ما أخرجه الإمام الشافعي في الأم ٨٥ / ٣ . والبيهقي ، في : معرفة السنن والآثار ٤ /

٤١٤ ، والسنن الكبرى ٢٥ / ٦ . وانظر : نصب الراية ٢١ / ٤ . الإرواء ٢١٧ / ٥ .

(٧) في الأصل : « كبيراً » .

(٨) في الأصل : « مختلف » . وبعده في ف : « الأمر فيه » .

الأمر الثالث، أن تكون مُدَّة لها وَقَع في الثَّمنِ، كالشَّهرِ ونُصفه ونحوه، فأما اليوم ونحوه، فلا يَصِحُّ التَّأجيلُ به؛ لأنَّ الأجلَ إنما اعتُبرَ^(١) لِيَتَحَقَّقَ^(٢) المَرْفُوقُ^(٣)، ولا يَتَحَقَّقُ إلا بِمدَّةٍ طويلةٍ. فإن أسْلَمَ في جِنْسٍ إلى أَجلين أو^(٤) آجالٍ؛ مِثْلَ أن يُسْلِمَ في خُبْزٍ و^(٥) لَحْمٍ، يأخُذُ كُلَّ يَوْمٍ أَرْطالًا مَعْلُومَةً، جازَ؛ لأنَّ كُلَّ يَتَّعِ جازَ إلى^(٦) أَجلٍ، جازَ إلى^(٧) آجالٍ، كَبُيُوعِ^(٨) الأعيانِ. ويجوزُ أن يُسْلِمَ في جِنْسَيْنِ^(٩) إلى أَجلٍ واحدٍ؛ لما ذَكَرْنَا.

فصل: الشَّرْطُ الرَّابِعُ، أن يكونَ المُسْلِمُ فيه عامُّ الوجودِ في مَحَلِّه، مَأْمُونُ الانْقِطَاعِ فيه؛ لأنَّ القُدْرَةَ على التَّسْلِيمِ شَرْطٌ، ولا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِذلك، فلو أسْلَمَ^(١٠) في العِنَبِ إلى شُبَّاطٍ^(١١)، لم يَصِحَّ^(١٢)؛ لأنَّه لا يُوجَدُ فيه^(١٣) إِلَّا نَادِرًا.

ولا يَصِحُّ السَّلَمُ في ثَمَرَةٍ^(١٤) بُسْتَانٍ بَعَيْنِهِ، ولا قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ؛ لما رَوَى

(١ - ١) في ف: «لتحقق الرفق».

(٢) في الأصل: «ليحقق».

(٣) بعده في ف: «إلى».

(٤) في س ١: «أو».

(٥ - ٥) سقط من: الأصل.

(٦) في الأصل: «كنوع».

(٧) في الأصل: «جنس».

(٨) في الأصل: «أسلمه».

(٩) يصرف ولا يصرف. انظر تاج العروس (ش ب ط).

(١٠) في الأصل: «يجز».

(١١) في س ٢: «منه».

(١٢) في الأصل: «ثمرة».

(١) أَنَّ زَيْدَ بْنَ سُعْنَةَ أَسْلَفَ النَّبِيَّ ﷺ ثَمَانِينَ دِينَارًا فِي تَمْرِ مَكِيلٍ مُسَمًّى^(١) ،
 مِنْ تَمْرِ حَائِطِ بَنِي فُلَانٍ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ « أَمَّا مِنْ حَائِطِ بَنِي فُلَانٍ فَلَا ،
 وَلَكِنْ كَيْلٌ مُسَمًّى إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ^(٢) . وَلَأنَّهُ لَا يُؤْمَنُ
 تَلَفُهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ قَدَّرَهُ بِمَكِيلٍ مُعَيَّنٍ . وَلَا يَصِحُّ السَّلَامُ فِي عَيْنٍ ؛
 لِذَلِكَ ، وَلَأنَّ الْأَغْيَانَ لَا تَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ .

فصل : الشَّرْطُ الْخَامِسُ ، أَن يَضْبِطَهُ بِصِفَاتِهِ الَّتِي يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِهَا
 ظَاهِرًا ، فَيَذْكُرُ الْجِنْسَ ، وَالنَّوْعَ ، وَالْجُودَةَ ، وَالرَّدَاءَةَ ، وَالْكِبَرَ ، وَالصُّغَرَ ،
 وَالطُّوْلَ ، وَالْقِصَرَ ، وَالْعَرَضَ ، وَالسَّمَكَ ، وَالنُّعْمَةَ ، وَالْخَشُونَةَ ، وَاللِّينَ ،
 وَالصَّلَابَةَ ، وَالرَّقَّةَ ، وَالصَّفَاقَةَ ، وَالذُّكُورِيَّةَ ، وَالْأُنْثَوِيَّةَ ، وَالسِّنَّ ، وَالْبَكَارَةَ ،
 وَالثُّيُوبَةَ ، وَاللُّوْنَ ، وَالْبَلَدَ ، وَالرُّطُوبَةَ ، وَالْيَبُوسَةَ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا يَقْبَلُ هَذِهِ
 الصِّفَاتِ ، وَيَخْتَلِفُ بِهَا ، وَيُزَجَّعُ فِيهَا لَا يُعْلَمُ مِنْهَا إِلَى تَفْسِيرِ أَهْلِ الْخَيْرَةِ ،
 فَإِنْ شَرَطَ الْأَجُودَ^(٣) ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأنَّهُ يَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ الْوُصُولُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ وَصَلَ
 إِلَيْهِ كَانَ نَادِرًا . وَإِنْ شَرَطَ الْأَرْدَأَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛
 لِذَلِكَ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ؛ لِأنَّهُ يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمَ السَّلَامِ^(٤) أَوْ خَيْرٍ مِنْهُ مِنْ جِنْسِهِ ،

(١ - ١) فِي م : « عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ أَسْلَفَ إِلَيْهِ رَجُلٌ مِنَ الْيَهُودِ دَنَانِيرَ فِي تَمْرِ مَسْمًى ، فَقَالَ
 الْيَهُودِيُّ » .

(٢) فِي : بَابُ السَّلَفِ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ... مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٧٦٦/٢ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكِ ٦٠٤/٣ ، ٦٠٥ . وَضَعَفَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٢١٨/٥ -
 ٢٢٠ .

(٣) بَعْدَهُ فِي م : « مِنْهَا » .

(٤) فِي م : « الْمُسْلِم » .

فَيَلْزَمُ الْمُسْلِمَ قَبُولُهُ . وَإِنْ أَسْلَمَ فِي جَارِيَةٍ وَابْتَيْهَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ
وُجُودُهُمَا عَلَى مَا وَصَفَ . وَإِنْ اسْتَقْصَى صِفَاتِ السَّلَمِ بَحِثَ يَتَعَذَّرُ
وُجُودَهُ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ ^(١) «يَعْجِزُ عَنْ» تَسْلِيمِهِ .

فصل : الشَّرْطُ السَّادِسُ ، أَنْ يَقْبِضَ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ فِي مَجْلِسِ
الْعَقْدِ قَبْلَ تَفَرُّقِهِمَا ؛ لِقَوْلِ [١٥٦ ظ] النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي
كَئِيلٍ مَعْلُومٍ » ^(٢) . وَالْإِسْلَافُ التَّقْدِيمُ ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا سُمِّيَ سَلَمًا وَسَلَفًا لِمَا فِيهِ
مِنْ تَقْدِيمِ رَأْسِ الْمَالِ ، فَإِذَا تَأَخَّرَ ، لَمْ يَكُنْ سَلَمًا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، وَلِأَنَّهُ
يَصِيرُ بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ قَبْضِهِ ، بَطَلَ . وَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ قَبْضِ
بَعْضِهِ ، بَطَلَ فِيمَا لَمْ يُقْبَضْ ، وَفِي الْمَقْبُوضِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ
الصَّفَقَةِ .

وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي الذَّمَّةِ ، ثُمَّ يُعَيَّنَهُ ^(٣) فِي الْمَجْلِسِ وَيُسْلِمَهُ . وَيَجِبُ
أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا ، كَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ . فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ
أَنَّهُ يُكْتَفَى بِرُؤْيَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ ثَمَنُ عَوَضٍ ^(٤) مُعَيَّنٍ ، أَشْبَهَ ثَمَنَ الْمَبِيعِ . وَقَالَ
الْقَاضِي : لَا بُدَّ مِنْ وَصْفِهِ ؛ لِقَوْلِ أَحْمَدَ : وَيَصِفُ الثَّمَنُ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا
يُمْكِنُ إِنْتَائِمُهُ وَتَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ ، وَلَا يُؤْمَنُ انْفِسَاخُهُ ، فَوَجِبَ

(١ - ١) فِي م : «عز» .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٥٣ .

(٣) فِي م : «يُقِيلُهُ» .

(٤) فِي م : «عَرْض» .

مَعْرِفَةُ رَأْسِ الْمَالِ بِالصِّفَاتِ ؛ لِيُرَدَّ بِدَلِّهِ ، كَالْقَرْضِ وَ^(١) الشَّرِكَةِ . فعلى هذا ، لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ إِلَّا مَا يَجُوزُ أَنْ ^(٢) يَكُونَ مُسْلِمًا فيه ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ ضَبْطُ صِفَاتِهِ ، فَأُشْبِهَ الْمُسْلِمَ فِيهِ .

فصل : وَكُلُّ مَالَيْنِ جاز النَّسَاءُ بَيْنَهُمَا^(٣) ، جاز إِسْلَامُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخِرِ ، وَمَا لَا فَلَا^(٤) . فعلى قولنا : يَجُوزُ النَّسَاءُ فِي الْعُرُوضِ^(٥) . يَصِحُّ إِسْلَامُ عَرْضٍ فِي عَرْضٍ وَفِي ثَمَنِ . فَإِنْ أَسْلَمَ عَرْضًا فِي آخَرٍ بِصِفَتِهِ ، فَجَاءَهُ بِهِ عِنْدَ الْحِلِّ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَتَاهُ بِالْمُسْلِمِ فِيهِ ^(٦) عَلَى صِفَتِهِ ، فَلَزِمَ قَبُولُهُ ، كَغَيْرِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يُلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى كَوْنِ الثَّمَنِ هُوَ الْمُثْمَنَ . وَإِنْ أَسْلَمَ صَغِيرًا فِي كَبِيرٍ ، فَحَلَّ السَّلَمُ وَقَدْ صَارَ الصَّغِيرُ عَلَى صِفَةِ الْكَبِيرِ ، فعلى الْوَجْهَيْنِ .

فصل : وَلَا يُشْتَرَطُ وُجُودُ الْمُسْلِمِ فِيهِ قَبْلَ الْحِلِّ ، لَا حِينَ الْعَقْدِ وَلَا بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدِمَ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ^(٧) فِي الثَّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ ، فَلَمْ يَنْهَهُمْ عَنْهُ^(٨) . وَفِي الثَّمَارِ مَا يَنْقَطِعُ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ ، فَلَوْ

(١) فِي م : « فِي » .

(٢ - ٢) فِي م : « يَسْلَم » .

(٣) فِي ف : « فِيهِمَا » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥) بَعْدَهُ فِي م : « لِأَنَّهُ » .

(٦ - ٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٧) فِي ف : « يَسْلَمُونَ » .

(٨) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ١٥٣ .

حَرَمَ لَبَيْتَهُ ، وَلأنَّهُ يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ ، وَيُوجَدُ عِنْدَ الْحِلِّ ، فَصَحَّ السَّلَامُ فِيهِ ،
كَالْمَوْجُودِ فِي جَمِيعِ الْمُدَّةِ .

فصل : وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ مَكَانِ الْإِيفَاءِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي
حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَلَا فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ سُعْنَةَ ^(١) . وَلأنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ،
أَشْبَهَ ^(٢) الْبَيْعَ . وَيَكُونُ الْإِيفَاءُ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ ، كَالْبَيْعِ . فَإِنْ كَانَ السَّلَامُ فِي
مَوْضِعٍ لَا يُمَكِّنُ الْوَفَاءَ فِيهِ ، كَالْبَرِّيَّةِ ، تَعَيَّنَ ذِكْرُ مَكَانِ الْإِيفَاءِ ؛ لِأنَّهُ لَا بُدَّ
مِنْ مَكَانٍ ، وَلَا قَرِينَةٍ تُعَيِّنُ ، فَوَجِبَ تَعْيِينُهُ بِالْقَوْلِ . وَإِنْ كَانَ فِي مَوْضِعٍ
يُمَكِّنُ الْوَفَاءَ فِيهِ فَشَرَطَهُ ، كَانَ تَأْكِيدًا . وَإِنْ شَرَطَ ^(٣) مَكَانًا سِوَاهُ ، فَفِيهِ
رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ ؛
لأنَّهُ عَقْدُ بَيْعٍ ، فَصَحَّ شَرْطُ مَكَانِ الْإِيفَاءِ فِيهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَبِهَذَا يَنْتَقِضُ دَلِيلُ
الْأُولَى .

فصل : وَيَجِبُ تَسْلِيمُ السَّلَامِ عِنْدَ الْحِلِّ عَلَى أَقَلِّ مَا وُصِفَ بِهِ ، سَلِيمًا
مِنَ الْغُيُوبِ وَالْغِشِّ ، فَإِنْ كَانَ فِي الْبُرِّ قَلِيلُ تُرَابٍ ، أَوْ دَقِيقُ تِبْنٍ ، لَا يَأْخُذُ
حَظًّا مِنَ الْكَيْلِ ، وَجِبَ قَبُولُهُ ؛ لِأنَّهُ لَا يَنْقُصُهُ ، وَإِنْ نَقَصَ الْكَيْلُ ، لَمْ يَلْزَمْ
قَبُولُهُ ؛ لِأنَّهُ دُونَ حَقِّهِ . وَإِنْ أَحْضَرَهُ بِصِفَتِهِ ، وَجِبَ قَبُولُهُ وَإِنْ تَضَمَّنَ
ضَرَرًا ؛ لِأنَّهُ حَقُّهُ ، فَوَجِبَ قَبُولُهُ ، كَالْوَدِيعَةِ . فَإِنْ امْتَنَعَ ، دَفَعَهُ إِلَى
الْحَاكِمِ ، وَبَرِيءٌ ؛ لِذَلِكَ ، فَإِنْ كَانَ أَجْوَدَ مِنْ حَقِّهِ فِي الصُّفَةِ ، لَزِمَ قَبُولُهُ ؛

(١) فِي الْأَصْلِ : (شُعْبَةٌ) .

(٢) بَعْدَهُ فِي ف : (مَكَانٌ) .

(٣) فِي م : (شَرْطًا) .

لأنَّه زاده خَيْرًا ، وإن طلب عن الجَوْدَةِ^(١) ، [١٥٧] عَوْضًا ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّها صِفَةٌ ، ولا يجوزُ إفرادُ الصِّفَاتِ بالْبَيْعِ . وإن جاءه بأزْدًا مِنْ حَقِّه ، لم يَجِبْ قَبُولُهُ ، وجاز أخْذُهُ ، وإن أعطاه عَوْضًا عن الجَوْدَةِ الفَائِتَةِ ، لم يَجُزْ ؛ لذلك ، ولأنَّه يَتَّعُ جُزْءٍ مِنَ السَّلَمِ قَبْلَ قَبْضِهِ .

وإن أعطاه غيرَ المُسَلِّمِ فيه ، لم يَجُزْ أخْذُهُ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ ، فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٢) . ولأنَّه يَتَّعُ لِلسَّلَمِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو أَخَذَ عَنْهُ ثَمَنًا^(٣) . وقال ابنُ أَبِي مُوسَى : فيه^(٣) رِوَايَةٌ أُخْرَى فِي مَنْ أَسْلَمَ فِي بُرٍّ ، فَرَضِيَ مَكَانَهُ شَعِيرًا مِثْلَ كَيْلِهِ ، جاز . وَلَعَلَّ هَذَا بِنَاءً^(٣) عَلَى رِوَايَةٍ^(٤) كَوْنِ الْبُرِّ وَالشَّعِيرِ جِنْسًا . وَالصَّحِيحُ غَيْرُهَا .

وإن أعطاه غيرَ نَوْعِ السَّلَمِ ، جاز قَبُولُهُ ، ولم يَلْزَمْ . وقال القاضى : يَلْزَمُ قَبُولُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَذْنَى مِنَ النَّوْعِ الَّذِي شَرَطَهُ ؛ لأنَّه مِنْ جِنْسِهِ ، فَأَشْبَهَ الزَّائِدَ فِي الصِّفَةِ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ .^(٥) وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ^(٥) ؛ لأنَّه لَمْ يَأْتِ بِالْمَشْرُوطِ^(٦) ،

(١) فِي الْأَصْلِ ، س ١ ، س ٢ ، ب ، م : « الزِّيَادَةُ » .

(٢) فِي : بَابِ السَّلَفِ لَا يَحُولُ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٤٧ .

كما أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٢/٧٦٦ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ف .

(٥ - ٥) فِي ف : « وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ » .

(٦) فِي م : « بِالْمَشْرُوطِ » .

فلم يُلْزَمَ قَبُولُهُ ، كَالْأَذْنَى ، بِخِلَافِ الزَّائِدِ فِي الصُّفَةِ ، فَإِنَّهُ أَخْضَرَ الْمَشْرُوطَ
مَعَ زِيَادَةٍ ، وَلِأَنَّ أَحَدَ النَّوْعَيْنِ يَصْلُحُ لِمَا لَا يَصْلُحُ لَهُ الْآخَرُ ، بِخِلَافِ
الصُّفَةِ .

فصل : إِنْ أَخْضَرَهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ ، أَوْ فِي غَيْرِ مَكَانِ الْوَفَاءِ ، فَاتَّفَقَا عَلَى
أَخْذِهِ ، جَاز . وَإِنْ أَعْطَاهُ عَوَضًا عَنْ ذَلِكَ ، أَوْ نَقَصَهُ مِنَ السَّلَمِ ، لَمْ يَجُزْ ؛
لِأَنَّهُ يَتَّبِعُ الْأَجَلَ أَوْ ^(١) الْحَمْلَ . وَإِنْ عَرَضَهُ عَلَيْهِ ، فَأَتَى أَخْذَهُ لَغَرَضٍ صَحِيحٍ ،
مِثْلَ أَنْ تَلْزِمَهُ مُؤَنَّةٌ لِحِفْظِهِ أَوْ حَمْلِهِ ، أَوْ عَلَيْهِ مَشَقَّةٌ ، أَوْ يَخَافُ تَلْفَهُ أَوْ أَخْذَهُ
مِنْهُ ، لَمْ يَلْزِمَهُ أَخْذُهُ . وَإِنْ أَبَاهُ لِغَيْرِ غَرَضٍ صَحِيحٍ ، لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ زَادَهُ خَيْرًا ،
فَإِنْ امْتَنَعَ ، رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَأْخُذَهُ ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ أَنَسًا كَاتِبَ عَبْدًا لَهُ
عَلَى مَالٍ ^(٢) «إِلَى أَجَلٍ» ، فَجَاءَهُ بِهِ قَبْلَ الْأَجَلِ ، فَأَتَى أَنْ يَأْخُذَهُ ، فَأَتَى عُمَرَ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَأَخَذَهُ مِنْهُ ، وَقَالَ : اذْهَبْ فَقَدْ عَتَقْتَ ^(٣) . وَلِأَنَّهُ زَادَهُ
خَيْرًا .

فصل : وَإِذَا قَبِضَهُ بِمَا قَدَّرَهُ بِهِ مِنْ كَيْلٍ أَوْ غَيْرِهِ ، بَرِيءٌ صَاحِبُهُ ، وَإِنْ
قَبِضَهُ جِزَافًا ، قَدَّرَهُ ، فَأَخَذَ حَقَّهُ ، وَرَدَّ الْفَضْلَ ، أَوْ طَالَبَ بِتَمَامِ حَقِّهِ ، إِنْ
كَانَ نَاقِصًا . وَهَلْ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي قَدْرِ حَقِّهِ قَبْلَ تَقْدِيرِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛
أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ قَدَّرَ حَقَّهُ وَقَدْ أَخَذَهُ ، وَدَخَلَ فِي ضَمَانِهِ .
وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْهُ الْقَبْضَ الْمُعْتَبَرَ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : «و» .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠ / ٣٣٤ .

القبض ، فالقول قول المسلم ؛ لأنه منكر . وإن اختلفا في حلول الأجل ،
فالقول قول المسلم إليه ؛ لأنه منكر .

فصل : وإن تعذر تسليم السلم^(١) عند المحل ، فللمسلم الخيار بين أن
يُصبر إلى أن يُوجد ، وبين فسخ العقد والرجوع برأس ماله ، إن كان
مؤجوداً ، أو مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن لم يكن مثلياً . وقيل : يفسخ
العقد بالتعذر ؛ لأن السلم في ثمرة هذا العام ، وقد هلك ، فانفسخ
العقد ، كما لو اشترى قفيزاً من صبرة فهلك . والأول أصح ؛ لأن السلم
في الذمة لا في عين ، وإنما لزمه الدفع من ثمرة^(٢) العام ؛ لتمكّنه من دفع
الواجب منها ، فإن تعذر البعض ، فله الخيرة بين الصبر بالباقي ، وبين
الفسخ في الجميع . وله أخذ المؤجود ، والفسخ في الباقي ، في أصح
الوجهين ؛ لأنه فسخ في بعض المعقود عليه ، أشبه البيع . وفي الآخر ، لا
يجوز ؛ لأن السلم يقل فيه الثمن لأجل التأجيل ، فإذا فسخ في البعض ،
بقي البعض بالباقي من الثمن ، وبمنفعة الجزء الذي فسخ فيه ، فلم يَجْزُ ،
كما لو شرطه في ابتداء العقد .

وتجوز الإقالة في [١٥٧ظ] السلم كله إجماعاً ، وتجوز في بعضه ؛ لأن
الإقالة معروفة جاز في الكل ، فجاز في البعض ، كالإبراء . وعنه ، لا
يجوز ؛ لما ذكرنا في الفسخ . والأول أصح ؛ لأن باقي الثمن يستحق به^(٣)

(١) في م : « الثمن » .

(٢) بعده في م : « هذا » .

(٣) سقط من : م .

باقِيَ الْعَوَضِ . وَإِذَا فَسَخَ الْعَقْدَ ، رَجَعَ بِالثَّمَنِ ، أَوْ بِيَدْلِهِ إِنْ كَانَ مَعْدُومًا ،
وَلَيْسَ لَهُ صَرْفُهُ فِي عَقْدٍ آخَرَ قَبْلَ قَبْضِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فِي
شَيْءٍ ، فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » ^(١) . وَقَالَ الْقَاضِي : يَجُوزُ اخْتِذُ الْعَوَضِ عَنْهُ ؛
لَأَنَّهُ عَوَضٌ مُسْتَقَرٌّ فِي الذِّمَّةِ ، فَأُشْبِهَ الْقَرْضَ . فَعَلَى هَذَا ، يَصِيرُ ^(٢) حُكْمُهُ
حُكْمَ الْقَرْضِ عَلَى مَا سَيَأْتِي .

**فصل : ولا يجوز بيع السلم قبل قبضه ؛ لأنَّ ^(٣) النبي ﷺ نهى عن بيع
الطعام قبل قبضه ، وعن ربح ما لم يضمّن . رواه الترمذي ^(٤) ، وقال :**
حديث حسن صحيح . ^(٥) وَلَفْظُهُ : « لَا يَحِلُّ » . ولأنَّه مبيع لم يدخل في
ضمانه ، فلم يجوز بيعه ، كالطعام قبل قبضه .

ولا تجوز التولية فيه ولا الشراكة ؛ لما ذكرنا في الطعام . ولا الحوالة به ؛
لأنَّها إنما تجوز بدين مستقر ، والسلم بعرض ^(٦) الفسخ . ولا تجوز الحوالة
على من عليه سلم ؛ لأنها معاوضة بالسلم قبل قبضه . ولا يجوز بيع
السلم ^(٧) من بائعه ^(٧) قبل قبضه ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ ،
فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » . ولأنَّه يبيع للمسلم فيه ، فلم يجوز ، كبيعته ، من

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٦٦ .

(٢) في م : « يكون » .

(٣) في س ٢ : « لقول » .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٥٩ ، ٦٠ .

(٥ - ٥) سقط من : م .

(٦) في م : « بعوض » .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

غيره .

فصل : وإذا قبضه فوجده معيبا ، "فله رده" وطلب حقه ؛ لأن العقد يقتضي السلامة ، وقد أخذ المبيع عتبا في الذمة ، فإذا رده ، رجع إلى ما في الذمة . وإن حدث به عيب عنده ، فهو كما لو حدث العيب في المبيع بعد^(٢) قبضه ، على ما مضى .

(١ - ١) في س ٢ : «فرده» .

(٢) في الأصل ، ب : «قبل» .

بَابُ الْقَرْضِ

وَيُسَمَّى سَلَفًا ، وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِهِ وَاسْتِخْبَابِهِ لِلْمُقْرِضِ .
وَرَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا مِنْ مُسْلِمٍ يُقْرِضُ مُسْلِمًا قَرْضًا
مَرَّتَيْنِ ، إِلَّا كَانَ كَصَدَقَةِ مَرَّةٍ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَه ^(١) .

وَيَصِحُّ بَلْفُظُ الْقَرْضِ ، وَبِكُلِّ لَفْظٍ يُؤَدِّي مَعْنَاهُ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ :
مَلَكْتُكَ هَذَا عَلَى أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ . فَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْبَدَلَ ، فَهُوَ هِبَةٌ . وَإِذَا
اخْتَلَفَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَمْلُوكِ ^(٢) ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ بِغَيْرِ عَوَظٍ هِبَةٌ .

وَيُثْبِتُ الْمِلْكُ فِي الْقَرْضِ بِالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَقِفُ التَّصَرُّفُ فِيهِ عَلَى
الْقَبْضِ ، فَوَقَفَ الْمِلْكُ عَلَيْهِ ، كَالْهِبَةِ . وَلَا خِيَارَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمُقْرِضَ دَخَلَ
عَلَى بَصِيرَةٍ أَنَّ الْحَظَّ لغيره ، فَهُوَ كَالْوَاهِبِ .

وَيَصِحُّ شَرْطُ الرَّهْنِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَهَنَ دِرْعَهُ عَلَى شَعِيرٍ أَخَذَهُ
لِأَهْلِهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وَإِنْ شَرَطَ فِيهِ الْأَجَلَ ، لَمْ يَتَأَجَّلْ ، وَوَقَعَ حَالًا ؛ لِأَنَّ

(١) فِي : بَابِ الْقَرْضِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَه ٨١٢ / ٢ . وَقَالَ الْبُوصَيْرِيُّ : وَهَذَا
إِسْنَادٌ ضَعِيفٌ . مُصْبَحُ الزَّجَاجَةِ ٢٥٠ / ٢ ، ٢٥١ .

(٢) فِي ف : « الْمَوْهُوبُ لَهُ » .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ شِرَاءِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنَّسِيبَةِ ، وَبَابِ شِرَاءِ الْإِمَامِ الْحَوَائِجَ لِنَفْسِهِ ،
وَبَابِ شِرَاءِ الطَّعَامِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَفِي : بَابِ مَنْ رَهَنَ دِرْعَهُ ، وَبَابِ الرَّهْنِ عِنْدَ الْيَهُودِ ، مِنْ
كِتَابِ الرَّهْنِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٧٣ / ٣ ، ٧٤ ، ٨١ ، ١٠١ ، ١٨٦ ، ١٨٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : =

التأجيل في الحال عِدَّةً وَتَبَرُّعٌ، فلا يُلْزَمُ، كتأجيل العارية. وإن أقرضه تفريقاً، ثم طالبه به جُمْلَةً، لَزِمَ الْمُقْتَرِضُ ذَلِكَ؛ لِمَا قُلْنَا. فإن أراد المُقْرِضُ الرُّجُوعَ فِي عَيْنِ مَالِهِ، وَبَذَلَ الْمُقْتَرِضُ مِثْلَهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقْتَرِضِ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ قَدْ زَالَ عَنِ الْعَيْنِ بِعَوَضٍ، فَأُشْبِهَ الْبَيْعَ الْإِلَازِمَ. وإن أراد المُقْتَرِضُ رَدَّ عَيْنِ الْمَالِ، لَزِمَ الْمُقْرِضُ قَبُولَهُ؛ لِأَنَّهُ بِصِفَةِ حَقِّهِ، فَلَزِمَهُ قَبُولُهُ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ الْمِثْلَ.

فصل: ويصحُّ قرضُ كُلِّ مَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يُمْلَكُ بِالْبَيْعِ، وَيُضْبَطُ بِالصَّفَةِ، فَصَحَّ قَرْضُهُ، كَالْمَكِيلِ، إِلَّا نَبَى آدَمَ، فَإِنَّ أَحْمَدَ كَرِهَ قَرْضَهُمْ، فَيَحْتَمِلُ التَّحْرِيمَ. اخْتَارَهُ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُثَقَّلْ، [١٥٨] وَلَا هُوَ مِنَ الْمَرَافِقِ، وَلِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى أَنْ يَقْتَرِضَ جَارِيَةً يَطْوُهَا، ثُمَّ يَرُدُّهَا. وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ؛ لِأَنَّ السَّلَمَ فِيهِمْ صَحِيحٌ، فَصَحَّ قَرْضُهُمْ، كَالْبَهَائِمِ.

فَأَمَّا مَا لَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِ، كَالْجَوَاهِرِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، لَا يَجُوزُ. ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ؛ لِأَنَّ الْقَرْضَ يَقْتَضِي رَدَّ الْمِثْلِ، وَهَذَا لَا مِثْلَ لَهُ. وَالثَّانِي، يَجُوزُ. قَالَ الْقَاضِي؛ لِأَنَّ مَا لَا مِثْلَ لَهُ تَجِبُ قِيَمَتُهُ، وَالْجَوَاهِرُ كَغَيْرِهَا فِي الْقِيَمَةِ.

وَلَا يَجُوزُ الْقَرْضُ إِلَّا فِي مَعْلُومِ الْقَدْرِ، فَإِنْ أَقْرَضَهُ فِضَّةً لَا يَعْلَمُ وَزْنَهَا،

= باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ١٢٢٦/٣.
 كما أخرجه النسائي، في: باب الرجل يشتري الطعام إلى أجل... من كتاب البيوع.
 المجتبى ٢٥٣/٧. وابن ماجه، في: باب حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، من كتاب الرهون. سنن
 ابن ماجه ٨١٥/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٤٢/٦، ١٦٠.

أَوْ مَكِيلًا لَا يَعْلَمُ كَيْلَهُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْقَرْضَ يَقْتَضِي رَدَّ الْمِثْلِ ، وَإِذَا لَمْ
يَعْلَمْ ، لَمْ يَتِمَّ كُنْ مِنَ الْقَضَاءِ .

فصل : ويجب رد المثل في المثلثات ؛ لأنه يجب مثله في الإثلاف ،
ففي القرض أولى . فإن أغوز المثل ، فعليه قيمته ^(١) حين أغوز^(٢) ؛ لأنها
حينئذ تثبت في الذمة . وفي غير المثلث وجهان ؛ أحدهما ، يرد القيمة ؛
لأن ما أوجب المثل في المثلثي أوجب القيمة في غيره ، كالإثلاف .
والثاني ، يرد المثل ؛ لما روى أبو رافع أن النبي ﷺ استسلف من رجل
بكرًا ، فقديمت عليه ^(٣) إبل الصدقة ، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره ،
فرجع إليه أبو رافع ، فقال : يا رسول الله ، لم أجذ فيها إلا خيارًا رباعيًا ^(٤) ،
فقال : « أعطه إيَّاه ، فإن ^(٥) خير الناس أحسنهم قضاءً » . رواه مسلم ^(٥) .
ولأن ما يثبت في الذمة في السلم يثبت في القرض ، كالمثلثي ^(٦) ، بخلاف
الإثلاف ، فإنه عذوان ^(٧) ، فأوجب القيمة ؛ لأنها أحصر ، والقرض ثبت
للمرفق ، فهو أسهل . فعلى هذا ، يُعتبر مثله في الصفات تقريرًا . فإن قلنا :
يُرد القيمة . اغتبرت حين القرض ؛ لأنها حينئذ تجب .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) رباعيا : يقال للذكر من الإبل إذا طلعت رباعيته : رباع ، والأنثى رباعية ، بالتخفيف ، وذلك
إذا دخل في السنة السابعة . النهاية ١٨٨ / ٢ .

(٤) بعده في م : « من » .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٦ ، ١٥٧ .

(٦) سقط من : م .

(٧) في م : « عدول » .

فصل : ويجوز قرض الخبز ، ورد مثله عدداً بغير وزن في الشيء اليسير . وعنه ، لا يجوز إلا بالوزن ، قياساً على الموزونات . ووجه الأول ما رَوَتْ عائشة قالت : قلت : يا رسول الله ، إن الجيران يقترضون الخبز والخمير ، ويزدون زيادةً ونقصاناً . فقال : « لا بأس ، إنما ذلك من مرافق الناس ^(١) لا يقصدون به الفضل » . وعن معاوية أنه سئل عن اقتراض الخبز والخمير ، فقال : « سبحان الله ! إنما هذا من مكارم الأخلاق ، فخذ الكبير وأعط الصغير ، وخذ الصغير وأعط ^(٢) الكبير ، خيركم أحسنكم قضاءً » . سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك . رواهما أبو بكر في « الشافي » ^(٣) .

فصل : فإن أقرضه فلوساً ، أو مكسرةً ، فحرّمها السلطان وتركت المعاملة بها ، فعليه قيمتها يوم أخذها . نص عليه ؛ لأنه معنى ^(٤) منع إنفاقها ، فأشبهه تلف أجزاءها . فإن لم تترك المعاملة بها ، لكن رخصت ^(٥) ، فليس له إلا مثلها ؛ لأنها لم تتلف ، إنما تغير سعرها ، فأشبهت الحنطة إذا رخصت .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « خذ » .

(٣) الحديث الأول عزاه في الإرواء لابن الجوزي في التحقيق . وانظر ما أخرجه ابن عدي في الكامل ٢١٧٠ / ٦ .

والحديث الثاني أخرجه الطبراني ، في : المعجم الكبير ٩٦ / ٢٠ . وفي : مسند الشاميين ١ /

٢٣٣ . وضعف الحديثين في الإرواء ٥ / ٢٣٢ ، ٢٣٣ .

(٤) سقط من : م .

(٥) في الأصل : « نقصت » .

فصل : ولا يجوز أن يشترط في القرض شرطاً يجزئ به نفعاً ؛ مثل أن يشترط ردّ أجود منه أو أكثر ، أو ^(١) أن يبيعه ، أو ^(٢) يشتري منه ، أو يؤجره ، أو يستأجر منه ، أو يهدي له ، أو يعمل له عملاً ، ونحوه ؛ لأنّ النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف . رواه ^(٣) الترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح ^(٤) .

وعن أبي بن كعب ، وابن مسعود ، وابن عباس ، رضي الله عنهم ، أنهم نهوا عن قرض جزئ منفعة . ولأنّه عقد إزفاق ، وشرط ذلك يخرجّه عن موضوعه [١٥٨ ظ] . وإن شرط أن يؤفّيه في بلد آخر ، أو ^(٥) يكتب ^(٥) له به ^(٥) سفتجة ^(٦) إلى بلد في حمّله إليه نفع ، لم يجز لذلك . وإن لم يكن لحمّله مؤنّة ، فعنه الجواز ؛ لأنّ هذا ليس بزيادة قدر ولا صفة ، فلم يفسد به القرض ، كشرط الأجل . وعنه في السفتجة مطلقاً روايتان ؛ لأنّها مصلحة لهما جميعاً .

وإن شرط ردّ دون ما أخذ ، لم يجز ؛ لأنّه ينافي مقتضاه ، وهو ردّ المثل ، فأشبهه شرط الزيادة . ويحتمل أن لا يتطلّب ؛ لأنّ نفع المقرض لا يمنع

(١) في م : « و » .

(٢) في م : « وأن » .

(٣ - ٣) في م : « أبو داود » .

والحديث تقدم تخريجه في صفحة ٥٩ ، ٦٠ .

(٤) سقط من : الأصل ، وفي م : « و » .

(٥ - ٥) في م : « فيه » .

(٦) السفتجة : أن يدفع رجل مالا لرجل ، وللمدفع له مال في بلد الدافع ، فيوفيه إياه هناك ، ويكون ذلك بسبب خوف الطريق .

منه ؛ لأنَّ القَرْضَ إنما شُرِعَ رِفْقًا به ، فَأُشْبِهَ شَرْطَ الأَجَلِ ، بخِلَافِ الزِّيَادَةِ .
وَكُلُّ مَوْضِعٍ بَطَلَ الشَّرْطُ^(١) ، ففى القَرْضِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَبْطُلُ ؛
لأنَّه قد رُوِيَ : « كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنَفَعَةً ، فهو رِبًا »^(٢) . والثانى ، لا يَبْطُلُ ؛
لأنَّ القَصْدَ إِزْفَاقُ الْمُقْتَرِضِ ، فإذا بَطَلَ الشَّرْطُ ، بَقِيَ الإِزْفَاقُ بِحَالِهِ .

فصل : وإن وَفَّاه خَيْرًا منه فى القَدْرِ أو الصُّفَةِ ، مِن غيرِ شرطٍ ولا
مُوطَأةٍ ، جاز ؛ لحديثِ أبى رَافِعٍ^(٣) . وإن كَتَبَ^(٤) له به " سَفْتَجَةً ، أو قَضَاهُ
فى بَلَدٍ آخَرَ ، أو أَهْدَى إليه^(٥) هَدِيَّةً بَعْدَ الوَفَاءِ ، فلا بَأْسَ لذلك . وقال ابنُ
أبى موسى : إن زَادَهُ مَرَّةً ، لم يَجُزْ أن يأخُذَ فى المَرَّةِ الثَّانِيَةِ^(٦) زِيَادَةً ، قولًا^(٦)
واحِدًا .

ولا يُكْرَهُ قَرْضُ المَعْرُوفِ بِحُسْنِ القَضَاءِ . وَذَكَرَ القَاضِى وَجْهًا فى
كَرَاهَتِهِ ؛ لأنَّه يَطْمَعُ فى حُسْنِ عَادَتِهِ . والأوَّلُ أَصَحُّ ؛ لأنَّ النَبِيَّ ﷺ كَانَ
مَعْرُوفًا بِحُسْنِ القَضَاءِ ، فلم يَكُنْ قَرْضُهُ مَكْرُوهًا ، ولأنَّ خَيْرَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ
قَضَاءً ، ففى كَرَاهَةِ قَرْضِهِ تَضْيِيقٌ عَلَى خَيْرِ النَّاسِ ، وَذَوِى المُرُوءَاتِ .

(١) بعده فى م : « فيه » .

(٢) أخرجه الحارث بن أبى أسامة عن على مرفوعا ، انظر : باب فى القرض يجر المنفعة ، من
كتاب البيوع . زوائد الحارث ١٤١ ، ١٤٢ . وفيه سوار بن مصعب وهو متروك . وانظر :
المطالب العالية ٤١١ / ١ . والتلخيص الحبير ٣ / ٣٤ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٦ ، ١٥٧ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى ف : « له » .

(٦ - ٦) فى م : « وجهها » .

فصل : وإن أهدى له قبل الوفاء من غير عادة ، أو استأجر منه بأكثر من الأجرة ، أو أجره شيئاً بأقل ، أو استعمله عملاً ، فهو خبيث ، إلا أن يحسبه من دينه ، كما ^(١) روى الأثرم أن رجلاً كان له على ستمائة عشر درهماً ، فجعل يهدي إليه السّمك ويقومّه ، حتى بلغ ثلاثة عشر درهماً ، فسأل ابن عباس ، فقال : أعطه سبعة دراهم ^(٢) . وروى ابن ماجه ^(٣) ، عن أنس قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا أقرض أحدكم قرضاً ، فأهدى إليه ، أو حمّله على الدابة ، فلا يزكّبها ، ولا يقبله ، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » . فإن كان بينهما عادة بذلك قبل القرض ، أو كافأه ، فلا بأس ؛ لهذا الحديث .

فصل : فإن أفلس غريمه ، فأقرضه ليؤفّيه كلّ شهر شيئاً منه ، جاز ؛ لأنّه إنّما انتفع باستيفاء ما يستحقّ استيفاءه . ولو كان له طعام عليه ، فأقرضه ما يشتريه به ويؤفّيه ، جاز لذلك . ولو أراد تنفيذ نفقة إلى عياله ، فأقرضها رجلاً ليؤفّيهما لهم ، فلا بأس ؛ لأنّه مصلحة لهما ، لا ضرر فيه ، ولا يردّ الشرع بتحريم ذلك . قال القاضي : ويجوز قرض مال اليتيم للمصلحة ، مثل أن يقرضه في بلد ليؤفّيه في بلد آخر ؛ ليؤبّح خطر الطريق . وفي معنى هذا ، قرض الرجل فلّاحه حبّاً يزرعه في أرضه ، أو ثمنًا يشتري به بقراً ، وغيرها ؛ لأنّه مصلحة لهما . وقال ابن أبي موسى : هذا خبيث .

(١) في م : « لما » .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : السنن الكبرى ٣٥٠ / ٥ .

(٣) في : باب القرض ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨١٣ / ٢ . وضعف البوصيري إسناده . انظر : مصباح الزجاجة ٢٥٣ / ٢ .

فصل : إذا قال المقرض : إن ميت ، فأنت في حل . فهي وصية صحيحة . وإن قال : إن ميت ، فأنت في حل . لم يصح ؛ لأنه إبراء [١٥٩] عُلق على شرط . وإن قال : اقترض لي مائة ولك عشرة . صح ؛ لأنها جعالة على ما بذله من جاهه . وإن قال : تكفل عني بمائة ولك عشرة . لم يجز ؛ لأنه يلزمه أداء ما كفل به ، فيصير ^(١) له على المكفول ^(٢) ، فيصير ^(٣) بمنزلة من أقرضه مائة ، فيصير قرضا جر نفعا . ولو أقرضه تسعين عددا بمائة عددا ، وزنهما واحد ، وكانت لا تنفق برؤوسها ^(٤) ، فلا بأس به ^(٥) ؛ لأنه لا تفاوت بينهما في قيمة ولا وزن ، وإن كانت تنفق في موضع برؤوسها ^(٥) ، لم يجز ؛ لأنه زيادة .

فصل : وإن أقرضه نصف دينار ، فأتاه بدينار صحيح ، وقال : خذ نصفه وفاء ، ونصفه وديعة . أو : سلما . جاز . وإن امتنع من أخذه ، لم يلزمه ؛ لأن عليه ضررا في الشركة ، والسلام عقد يُعتبر فيه الرضا . ولو أقرضه نصف قراضة على أن يوفيه نصفها صحيحا ، لم يجز ؛ لأنه شرط زيادة .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده في ف : « عنه » .

(٣) في م : « رؤوسهما » .

(٤) زيادة من : م .

(٥) في م : « برؤوسهما » .

بَابُ الرَّهْنِ

وهو المالُ يُجْعَلُ وَثِيقَةً بِالذَّيْنِ لِيُسْتَوْفَى ^(١) منه إن تعذرَ وفاؤه من المدين .

ويجوزُ في السَّفَرِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنْ مَقْبُوضَةً ﴾ ^(٢) . وفي الحَضَرِ ؛ لما رَوَتْ عائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عنها ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا ، وَرَهْنَهُ دِرْعَهُ . ^(٣) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . ولأنَّه وَثِيقَةٌ جازَتْ في السَّفَرِ ، فَتَجُوزُ في الحَضَرِ ، كَالضَّمانِ وَالشَّهادَةِ .

فصل : ويجوزُ الرَّهْنُ بِعَوَضِ الْقَرْضِ ؛ لِلآيَةِ ، وَبِشَمَنِ الْمَبِيعِ ؛ لِلخَبَرِ ، وَبِكُلِّ دَيْنٍ يُمَكِّنُ اسْتِيفاءَهُ مِنْهُ ؛ كَالأُجْرَةِ ، وَالْمَهْرِ ، وَعَوَضِ الْخُلْعِ ، وَمالِ الصُّلْحِ ، وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ وَالْعَيْبِ ، وَبَدَلِ الْمُتْلَفِ ؛ قِياسًا عَلَى الثَّمَنِ وَعَوَضِ الْقَرْضِ . وفي دَيْنِ السَّلَمِ ^(٤) رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ الرَّهْنُ بِهِ ؛ لِلآيَةِ وَالْمَعْنَى . وَالْأُخْرَى ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ هَلَاكُ الرَّهْنِ بِعُدْوَانٍ ، فَيَصِيرُ

(١) في م : « المستوفى » .

(٢) سورة البقرة ٢٨٣ .

وفي س ١ ، س ٢ ، ب : « فرهن » . وهي قراءة أبي عمرو وابن كثير ، وقرأ الباكون بكسر الراء وبألف بعد الهاء ، وهو المثلث . انظر : الكشف عن وجوه القراءات السبع ٣٢٢/١ .
(٣ - ٣) سقط من : م .

والحديث تقدم تخريجه في صفحة ١٧١ ، ١٧٢ .

(٤) في م : « المسلم » .

مُسْتَوْفِيًا حَقَّهُ مِنْ غَيْرِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ ، فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » ^(١) .

فصل : وَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ ^(٢) لَازِمٍ ، فَإِنَّ لِلْعَبْدِ تَعْجِيزَ نَفْسِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ عَجَزَ ، صَارَ هُوَ وَالرَّهْنُ لِسَيِّدِهِ . وَلَا يَجُوزُ بِمَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ مِنَ الدَّيَّةِ قَبْلَ الْحَوْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ ، وَلَا يُعْلَمُ أَنَّ مَالَهُ إِلَى الْوُجُوبِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ حَدُوثَ مَا يَمْنَعُ وَجُوبَهُ . وَيَجُوزُ الرَّهْنُ بِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ ؛ لِأَنَّهُ ذَيْنِ مُسْتَقَرٍّ . وَلَا يَجُوزُ بِالْجُعْلِ فِي الْجَعَالَةِ قَبْلَ الْعَمَلِ ؛ لِعَدَمِ الْوُجُوبِ ، وَيَجُوزُ بَعْدَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ جَوَازَ الرَّهْنِ بِهِ قَبْلَ الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ إِلَى الْوُجُوبِ .

وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ بِمَا لَيْسَ بِثَابِتٍ فِي الذِّمَّةِ ؛ كَالثَّمَنِ الْمُتَعَيَّنِ ، وَالْأُجْرَةِ الْمُتَعَيَّنَةِ ، وَالْمَنَافِعِ الْمُعَيَّنَةِ ، نَحْوَ أَنْ يَقُولَ : أَجْرُكَ دَارِي هَذِهِ شَهْرًا . لِأَنَّ الْعَيْنَ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤَهَا مِنَ الرَّهْنِ ، وَيَبْطُلُ الْعَقْدُ بِتَلْفِهَا . وَقِيَاسُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الرَّهْنُ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ ؛ كَالْمَغْصُوبِ ^(٣) ، وَالْعَارِيَّةِ ، وَالْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ ؛ ^(٤) لِأَنَّهُ إِنْ أَخَذَ الرَّهْنُ عَلَى عَيْنِهَا لَمْ يَصِحَّ ^(٥) ، لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ الْعَيْنِ مِنَ الرَّهْنِ . وَإِنْ جَعَلَهُ رَهْنًا ^(٥) بِقِيَمَتِهَا ^(٤) إِذَا تَلَفَتْ ^(٤) ، كَانَ رَهْنًا بِمَا لَمْ يَجِبْ ، وَلَا يَعْلَمُ أَنَّ مَالَهُ إِلَى الْوُجُوبِ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٦٦ .

(٢) في م : « غريم » .

(٣) في ب : « كالمغصوب » .

(٤ - ٤) زيادة من : « ف » .

(٥) زيادة من : الأصل .

المذهب صحة الرهن بها ؛ لصحة الكفالة بها .

فصل : ويصح الرهن بالحق بعد ثبوته ؛ لقول الله تعالى : ﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ ﴾ . [١٥٩ ظ] إلى قوله : ﴿ فَرِهَنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ ^(١) . ومع ثبوته ، وهو أن يشترط الرهن في عقد البيع أو ^(٢) القرض ؛ لأن الحاجة داعية إليه ، فإنه لو لم يشترطه ، لم يلزم الغريم الرهن . وإن رهن قبل الحق ، لم يصح في ظاهر المذهب . اختاره أبو بكر ، والقاضي ؛ لأنه تابع للدين ، فلا يجوز قبله ، كالشهادة . واختار أبو الخطاب صحته . فإذا دفع إليه رهنا على عشرة دراهم يُقرضها إياه ، ثم أقرضه ، لزم الرهن ؛ لأنه وثيقة بحق ، فجاز عقدها قبله ، كالضمان .

فصل : ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن ؛ لأن العقد لحظه وحده ، فكان له فسخه ، كالمضمون له . ويلزم من جهة الراهن ؛ لأن الحظ لغيره ، فلزم من جهته ، كالضمان في حق الضامين ، ولأنه وثيقة ، فأشبه الضمان . ولا يلزم إلا بالقبض ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَرِهَنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ ^(١) . ولأنه عقد إزفاق ، فافتقر إلى القبض ، كالقرض . وعنه في غير المكيل والموزون ، أنه يلزم بمجرد العقد ؛ قياسا على البيع . والأول المذهب ؛ لأن البيع معاوضة ، وهذا إزفاق ، فهو أشبه بالقرض . وإذا كان الرهن في يد الراهن ، لم يجز

(١) سورة البقرة ٢٨٢ ، ٢٨٣ .

وفي النسخ كلها عدم : ﴿ فَرِهَنٌ ﴾ . وانظر صفحة ١٧٩ .

(٢) في م : « و » .

قَبْضُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ؛ لَأَنَّهُ لَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، فَلَا يَمْلِكُ الْمُزْتَهِنُ إِسْقَاطَ حَقِّهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَالْمَوْهُوبِ . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمُزْتَهِنِ ، فظَاهِرُ كَلَامِهِ لُزُومُهُ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ ثَابِتَةٌ عَلَيْهِ ^(١) ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ الْحُكْمُ فَقَطْ ، فَلَمْ يَحْتَاجْ إِلَى قَبْضٍ ، كَمَا لَوْ مَنَعَ الْوَدِيعَةَ ، صَارَتْ مَضْمُونَةً . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ : لَا يَلْزَمُ حَتَّى تَمُضِيَ مُدَّةٌ يَتَأْتَى قَبْضُهُ فِيهَا . وَلَوْ كَانَ غَائِبًا ، لَا يَصِيرُ مَقْبُوضًا حَتَّى يُوَافِقَهُ هُوَ أَوْ وَكِيلُهُ ، ثُمَّ تَمُضِيَ مُدَّةٌ يُمَكِّنُ قَبْضَهُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبْضِ ، وَلَا يَحْصُلُ ^(٢) الْقَبْضُ إِلَّا بِفِعْلِهِ أَوْ إِمْكَانِهِ . ثُمَّ هَلْ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ الرَّاهِنِ فِي الْقَبْضِ ، عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ عَلَيْهِ كإِذْنِهِ فِيهِ . وَالثَّانِي ، يَفْتَقِرُ ؛ لَأَنَّهُ قَبْضٌ يَلْزَمُ بِهِ ^(٣) عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ ، فَانْتَقَرَ إِلَى الْإِذْنِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ .

فصل : وَإِذَا أُذِنَ فِي الْقَبْضِ ، ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، أَوْ قَبْلَ مُضِيِّ مُدَّةٍ يَتَأْتَى الْقَبْضُ لَهَا فِي يَدِهِ فِيهَا ، فَهُوَ كَمَنْ لَمْ يَأْذَنْ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ قَدْ زَالَ . وَإِنْ أُذِنَ فِيهِ ثُمَّ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ ، زَالَ الْإِذْنُ ؛ لِخُرُوجِهِ عَنْ كَوْنِهِ مِنْ أَهْلِهِ . وَيَقُومُ وَلِيُّ الْمَجْنُونِ مَقَامَهُ ؛ إِنْ رَأَى الْحَظَّ فِي الْقَبْضِ أُذِنَ فِيهِ ، وَإِلَّا فَلَا .

وَإِنْ تَصَرَّفَ الرَّاهِنُ فِي الرَّهْنِ قَبْلَ قَبْضِهِ ؛ بِعَيْقٍ ، أَوْ هِبَةٍ ، أَوْ بَيْعٍ ، أَوْ

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « يلزم » .

(٣) سقط من : الأصل .

جَعَلَهُ مَهْرًا ، بَطَلَ الرَّهْنُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ تَمْنَعُ الرَّهْنَ ، فَانْفُسَخَ بِهَا .
وإن رَهْنَهُ ، بَطَلَ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ يُنَافِي الرَّهْنَ ^(١) الْأَوَّلَ . وإن
دَبَّرَهُ ، أَوْ أَجَرَهُ ، أَوْ زَوَّجَ الْأَمَةَ ، لَمْ يَتَطَّلِ الرَّهْنُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ لَا
تَمْنَعُ الْبَيْعَ ، فَلَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الرَّهْنِ . وإن كَاتَبَ الْعَبْدَ ، وَقُلْنَا : يَصِحُّ رَهْنُ
الْمُكَاتَبِ . لَمْ يَتَطَّلِ بِكِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنَافِيهَا . وإن قُلْنَا : لَا يَصِحُّ رَهْنُهُ .
بَطَلَ بِهَا ؛ لِتَنَافِيهِمَا ^(٢) .

فصل : وإن ماتَ أَحَدُ الْمُتْرَاهِنَيْنِ ، لَمْ يَتَطَّلِ الرَّهْنُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا يُتَطَّلُهُ
الْجُنُونُ ، أَوْ مَالُهُ إِلَى الْزُّوْمِ ، فَلَمْ يُتَطَّلِهِ الْمَوْتُ ، كَبَيْعِ الْخِيَارِ . وَيَقُومُ وَارِثُ
الْمَيِّتِ مَقَامَهُ فِي الْإِقْبَاضِ وَالْقَبْضِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الرَّاهِنِ دَيْنٌ سِوَى
دَيْنِ الرَّهْنِ ، فَلَوَارِثُهُ إِقْبَاضُهُ . وإن كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ سِوَاهُ ، فَلَيْسَ لَهُ إِقْبَاضُهُ ؛
لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ تَخْصِيصَ بَعْضِ الْغُرْمَاءِ بِرَهْنٍ . وَعَنهُ ، لَهُ إِقْبَاضُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُزْتَهِنَ
لَمْ يَرْضَ بِمُجَرَّدِ [١٦٠] الذَّمَّةِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ
الْغُرْمَاءِ تَعَلَّقَتْ بِالتَّرَكَّةِ قَبْلَ لُزُومِ حَقِّهِ ، فَلَمْ يَجْزُ تَخْصِيصُهُ بِهِ ^(٣) بِغَيْرِ
رِضَاهُمْ ، كَمَا لَوْ أَفْلَسَ الرَّاهِنُ . فَإِنْ أَذِنَ الْغُرْمَاءُ فِي إِقْبَاضِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ
الْحَقَّ لَهُمْ ، فَإِذَا قَبَضَهُ ، لَزِمَ ، سِوَاءَ مَا تَقَبَّلَ الْإِذْنَ فِي الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ .

فصل : وإن حُجِرَ عَلَى الرَّاهِنِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، لَمْ يَمْلِكْ إِقْبَاضُهُ ، فَإِنْ كَانَ
الْحَجَرُ لِسَفِهِ ، قَامَ وَلِيُّهُ مَقَامَهُ ، كَمَا لَوْ جُنَّ . وإن كَانَ لِفَلْسٍ ، لَمْ يَجْزُ

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « لتنافيها » .

(٣) سقط من : م .

لأَحَدٍ إِقْبَاضُهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَخْصِصَ الْمُزْتَهِنِ بِشَمَنِهِ دُونَهُمْ .

فصل : ومتى اُمْتَنَعَ الرَّاهِنُ مِنْ إِقْبَاضِهِ ، وَقُلْنَا : إِنَّ الْقَبْضَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي لُزُومِهِ . أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ شَرْطٌ . لَمْ يُجْبَرْ ، وَبَقِيَ الدَّيْنُ بغيرِ رَهْنٍ . وَهَكَذَا إِنْ انْفَسَخَ الرَّهْنُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشْرُوطًا فِي بَيْعٍ ، فَيَكُونُ لِلْبَائِعِ الْخِيَارُ بَيْنَ فسخِ الْبَيْعِ وَإِمضائه ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلَّمْ لَهُ مَا شَرَطَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطَ صِفَةً فِي الْمَبِيعِ فَبَانَ بِخِلَافِهَا .

وَإِنْ قَبِضَ الرَّهْنُ فَوَجَدَهُ مَعِيًّا ، فَلَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلَّمْ لَهُ مَا شَرَطَهُ ، فَإِنْ رَضِيَهِ مَعِيًّا ، فَلَا أَرْشَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ إِنَّمَا لَزِمَ فِيمَا قَبِضَ دُونَ الْجُزْءِ الْفَائِتِ . وَإِنْ حَدَثَ الْعَيْبُ أَوْ تَلَفَ الرَّهْنُ فِي يَدِ الْمُزْتَهِنِ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الرَّاهِنَ قَدْ وَفَّى لَهُ بِمَا شَرَطَهُ . فَإِنْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ ، ثُمَّ أَصَابَ بِهِ عَيْبًا قَدِيمًا ، فَلَهُ رَدُّهُ وَفَسْخُ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ الْحَادِثَ عِنْدَهُ لَا يَجِبُ ضَمَانُهُ عَلَى الْمُزْتَهِنِ . وَخَرَجَهُ الْقَاضِي عَلَى الرَّوَائِثِ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ بَعْدَ تَلَفِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ فسخَ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ رَدُّ الرَّهْنِ لِهَلَاكِهِ .

فصل : وَلَا يَنْفَكُ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ حَتَّى يَقْضَى جَمِيعَ دَيْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ بِهِ ، فَكَانَ وَثِيقَةً بِكُلِّ جُزْءٍ مِنْهُ ، كَالضَّمَانِ . فَإِنْ رَهَنَ شَيْئًا مِنْ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَهَنَ رَجُلَانِ رَجُلًا شَيْئًا ، فَبَرِئَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ بَرِئَ الرَّاهِنُ مِنْ دَيْنِ أَحَدِهِمَا ، انْفَكَ نِصْفُ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ^(١) الَّتِي فِي أَحَدِ طَرَفَيْهَا عَاقِدَانِ ، عَقْدَانِ^(٢) ، فَلَا يَقِفُ انْفِكَاكُ أَحَدِهِمَا عَلَى انْفِكَاكِ الْآخَرِ ، كَمَا

(١) فِي م : « الصَّفَقَةُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

لو فَرَّقَ بَيْنَ الْعَقْدَيْنِ . وَإِنْ أَرَادَ الرَّاهِنُ مُقَاسَمَةَ الْمُزْتَهِنِ فِي الْأُولَى ، أَوْ أَرَادَ الرَّاهِنَانِ الْقِسْمَةَ فِي الثَّانِيَةِ وَلَا ضَرَرَ فِيهَا ، كَالْحُبُوبِ وَالْأَذْهَانِ ، أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا ضَرَرٌ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهَا ، كَغَيْرِ الرَّهْنِ ، وَيَتَقَى الرَّهْنُ مُشَاعًا .

فصل : واستدامة القبض كائتدائه في الخلاف في اشتراطه ؛ للآية ، ولأنها إحدى حالتَي الرهن ، فأشبهت الائتداء ، فإن قلنا باشتراطه ، فأخرجهُ الْمُزْتَهِنُ عَنْ يَدِهِ بِاخْتِيَارِهِ إِلَى الرَّاهِنِ ، زَالِ لُزُومُهُ ، وَبَقِيَ كَالَّذِي لَمْ يُقْبَضْ ، مِثْلَ أَنْ أَجَرَهُ إِتْيَاهُ ، أَوْ أَوْدَعَهُ ، أَوْ أَعَارَهُ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ . فَإِنْ رَدَّهُ الرَّاهِنُ إِلَيْهِ ، عَادَ اللَّزُومُ بِحُكْمِ الْعَقْدِ السَّابِقِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْبَضَهُ بِاخْتِيَارِهِ ، فَلَزِمَ كَالأَوَّلِ . وَإِنْ أُزِيلَتْ يَدُ الْمُزْتَهِنِ بَعْدَ وَاوِنِ ، كَغَضَبٍ وَنَحْوِهِ ، فَالرَّهْنُ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ ثَابِتَةٌ مُحْكَمًا ، فَكَأَنَّهَا لَمْ تَزُلْ .

فصل : والرهن أمانة في يد الْمُزْتَهِنِ ، إِنْ تَلَفَ بِغَيْرِ تَعَدُّ مِنْهُ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ، وَلَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ ؛ لِمَا رَوَى الْأَثَرُمُ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ قَالَ : قَضَى "رَسُولُ اللَّهِ ﷺ" أَنَّ الرَّهْنَ لَا يَغْلُقُ ، وَالرَّهْنُ مِمَّنْ رَهْنَهُ" (١) .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٢٣٧/٨ ، ٢٣٨ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٧/

١٨٧ . وابن حزم ، في : المحلى ٥٠٠/٨ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٣٨/٦ .

والشطر الأول أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من غلق الرهن ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٢٨/٢ . ووصله ابن ماجه من حديث أبي هريرة ، في : باب لا يغلق الرهن ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . وانظر الكلام على الحديث في : التلخيص الحبير ٣/ ٣٦ ، ٣٧ ، الإرواء ٢٣٩/٥ - ٢٤٣ .

[١٦٠ظ] ولأنه وثيقة بدين ليس بعوض عنه، فلم يسقط بهلاكه، كالضامن. وإن كان الرهن فاسداً، لم يضمه؛ لأن ما لا يضم بالعقد الصحيح لا يضم بالفاسد^(١).

وإن وقت الرهن، فتلف بعد الوقت، ضمته؛ لأنه مقبوض بغير عقد. وإن رهنه مغضوباً لم يعلم به المُرْتَهِنُ، فهل للمالك تضمين المُرْتَهِنِ؟ فيه وجهان؛ أحدهما، لا يضمه؛ لأنه دخل على أنه أمين. والثاني، يضمه؛ لأنه قبضه من يد ضامنه. فإذا ضمته رجع على الراهن في أحد الوجهين؛ لأنه غره^(٢). والثاني، لا يرجع؛ لأن التلف حصل في يده، فاستقر الضمان عليه. وإن ضم الراهن، فهل يرجع على المُرْتَهِنِ؟ على وجهين؛ إن قلنا: يرجع المُرْتَهِنُ. لم يرجع الراهن. وإن قلنا: لا يرجع ثم. رجع هلهنا.

وإن أنفق الرهن بقضاء أو إبراء، بقي الرهن أمانة؛ لأن قبضه حصل بإذن مالكة، لا ليختص القايض بنفعه،^(٣) فأشبهه الوديعة.

فصل: إذا حل الدين فوفاه الراهن، أنفق الرهن. وإن لم يوفه وكان قد أذن في بيع الرهن، بيع واستوفى الدين من ثمنه، وما بقي فله. وإن لم

(١) في م: «بالعقد الفاسد».

وبعده في ف: «وإن تلف قبل الحكم بقبضه، بطل عقد الرهن، لكن إن كان مشروطاً في عقد بيع، ثبت للبائع الخيار في فسخه، وقد تقدم».

(٢) في الأصل: «غيره».

(٣ - ٣) سقط من: م.

يَأْذَنُ ، طُولِبَ بِالْإِيفَاءِ أَوْ بِيْتَعِهِ ، فَإِنْ أَتَى ، أَوْ كَانَ غَائِبًا ، فَعَلَّ الْحَاكِمُ مَا يَرَاهُ مِنْ إِجْبَارِهِ عَلَى الْبَيْعِ ، أَوْ الْقَضَاءِ ، أَوْ يَتَّعِ الرَّهْنُ بِنَفْسِهِ ، أَوْ بِأَمِينِهِ .

بَابُ مَا يَصِحُّ رَهْنُهُ وَمَا لَا يَصِحُّ

يَصِحُّ رَهْنُ كُلِّ عَيْنٍ يَصِحُّ بَيْعُهَا ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الرَّهْنِ الْاسْتِثْقَاءَ
بِالدَّيْنِ بِاسْتِيفَائِهِ مِنْ ثَمَنِهِ عِنْدَ تَعَدُّرِ اسْتِيفَائِهِ مِنَ الرَّاهِنِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ
مِمَّا ^(١) يَجُوزُ بَيْعُهُ . وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُسَاعِ ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَجَازَ رَهْنُهُ
كَالْمُفْرَزِ . ثُمَّ إِنْ اتَّفَقَا عَلَى جَعْلِهِ فِي يَدِ الْمُزْتَهِنِ ، أَوْ يَدِ عَدْلٍ وَدِيعَةٍ
لِلْمَالِكِ ، أَوْ بِأُجْرَةٍ ، جَازَ . وَإِنْ اخْتَلَفَا ، جَعَلَهُ الْحَاكِمُ فِي يَدِ عَدْلٍ وَدِيعَةٍ
لَهُمَا ، أَوْ يُؤْجَرُهُ لَهُمَا مَحْبُوسًا قَدْرُ الرَّهْنِ لِلْمُزْتَهِنِ . وَإِنْ رَهْنُ نَصِيْبِهِ مِنْ
جُزْءٍ مِنَ الْمُسَاعِ ، ^(٣) وَكَانَ ^(٤) مِمَّا لَا يَنْقَسِمُ ، جَازَ . وَإِنْ جَازَتْ قِسْمَتُهُ ،
اِحْتَمَلَ جَوَازَ رَهْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ
يُقْتَسِمَاهُ ، فَيَحْصُلَ الْمَرْهُونُ فِي حِصَّةِ الشَّرِيكِ .

وَيَصِحُّ رَهْنُ الْعَبْدِ الْمُزْتَدِّ وَالْجَانِي ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُمَا . وَفِي رَهْنِ الْقَاتِلِ
فِي الْمَحَارَبَةِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى بَيْعِهِ .

وَيَصِحُّ رَهْنُ ^(٥) الْمُدَبِّرِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ؛ لِظُهُورِهِ فِي بَيْعِهِ . وَيَصِحُّ

(١) فِي ف : «بِمَا» .

(٢) فِي م : «الْمُسَاع» .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي الْأَصْلِ : «بِيع» .

رَهْنٌ مِّنْ عُلُقٍ عِثْقُهُ بِصِفَةٍ تُوجَدُ بَعْدَ حُلُولِ الدَّيْنِ ؛ لِإِمْكَانِ اسْتِيفَائِهِ مِنْ ثَمَنِهِ . وَإِنْ كَانَتِ الصِّفَةُ تُوجَدُ قَبْلَ حُلُولِ الدَّيْنِ ، لَمْ يَجُزْ رَهْنُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنْ ثَمَنِهِ . وَإِنْ كَانَتْ تَحْتَمِلُ الْأَمْرَيْنِ ، اخْتِمَلُ أَنْ يَصِحَّ رَهْنُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْعَقْدِ ، وَالْعِثْقُ قَبْلَهُ مَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَهُوَ كَالْمُدَبِّرِ . وَاخْتِمَلُ أَنْ لَا يَصِحَّ رَهْنُهُ ^(١) ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْعِثْقَ قَبْلَ حُلُولِ الْحَقِّ ، وَهَذَا غَرَرٌ لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ . فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُدَبِّرِ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، أَوْ وَجِدَتِ الصِّفَةُ ، عَتَقَ ، وَبَطَلَ الرَّهْنُ .

وَلَا يَصِحُّ رَهْنُ الْمَكَاتِبِ ؛ لِتَعَذُّرِ اسْتِدَامَةِ قَبْضِهِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ إِنْ قُلْنَا : اسْتِدَامَةُ الْقَبْضِ ^(٢) [١٦١] غَيْرُ مُشْتَرِطَةٍ ، وَأَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ . وَيَكُونُ مَا يُؤَدِّيهِ مِنْ نُجُومِ كِتَابَتِهِ رَهْنًا مَعَهُ . وَإِنْ عَتَقَ ، بَقِيَ مَا أَدَاَهُ رَهْنًا ، كَالْقَيْنِ إِذَا مَاتَ بَعْدَ الْكَسْبِ . وَجَمِيعُ هَذِهِ الْمَعَانِي عُيُوبٌ ، لَهَا حُكْمٌ غَيْرُهَا مِنَ الْعُيُوبِ .

فصل : وَيَصِحُّ رَهْنُ مَا يُسْرِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، وَإِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْ ثَمَنِهِ ، فَأُشْبِهَ الثِّيَابَ . فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ ، يَبِيعُ وَقُضِيَ مِنْ ثَمَنِهِ . وَإِنْ كَانَ يَفْسُدُ قَبْلَ الْحُلُولِ ، وَكَانَ مِمَّا يُمَكِّنُ إِصْلَاحَهُ بِالتَّجْفِيفِ ، كَالْعِنَبِ ، جُفِّفَ . وَمُؤَنَّةٌ تَجْفِيفُهُ عَلَى الرَّاهِنِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُؤَنَّةٍ حِفْظُهُ ، فَأُشْبِهَ نَفَقَةَ الْحَيَوَانِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُجَفَّفُ ، فَشَرَطَا بَيْعَهُ ، وَجَعَلَ ثَمَنَهُ رَهْنًا ، فَعَلَا ذَلِكَ . وَإِنْ لَمْ يَشْرُطَاهُ ^(٣) ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « الملك » .

(٣) فى م : « بشرط ذلك » .

الرَّهْنُ ، وَيُبَاعُ ، كَمَا لَوْ شَرَطَاهُ ؛ لِأَنَّ الْحَالَ تَقْتَضِي ذَلِكَ ، لَكُونَ الْمَالِكُ لَا يُعَرِّضُ مِلْكَهُ لِلتَّلَفِ ، فَحَمِلَ مُطْلَقُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ ، كَمَا يُحْمَلُ عَلَى تَجْفِيفِ الْعَنْبِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ إِزَالَةً لِمِلْكِهِ قَبْلَ حُلُولِ الْحَقِّ ، فَلَمْ يُجَبَرْ عَلَيْهِ ، كغیره . وَإِنْ شَرَطَ أَنْ لَا يُبَاعَ ، فَسَدَ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ وَفَّى بِشَرْطِهِ ، لَمْ يُمَكِّنْ إِيْفَاءَ الدَّيْنِ مِنْ ثَمَنِهِ . وَإِنْ رَهَّنه عَصِيرًا ، صَحَّ لَذَلِكَ ، فَإِنْ تَخَمَّرَ ، خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، فَإِنْ عَادَ خَلًّا ، عَادَ رَهْنًا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ كَانَ صَحِيحًا ، فَلَمَّا طَرَأَ عَلَيْهِ مَعْنَى أَخْرَجِهِ عَنْ مُحْكَمِهِ ، ثُمَّ زَالَ الْمَعْنَى ، عَادَ الْحُكْمُ ، كَمَا لَوْ ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، ثُمَّ عَادَ فِي الْعِدَّةِ ، عَادَتِ الزَّوْجِيَّةُ . وَإِنْ كَانَ اسْتِحَالَتُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، لَمْ يَعُدْ رَهْنًا ؛ لِأَنَّهُ ضَعِيفٌ ، فَأُشْبِهَ الرَّدَّةَ قَبْلَ الدُّخُولِ .

فصل : وَيَصِحُّ رَهْنُ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْوٍ^(١) صِلَاحِهَا ، وَالزَّرْعِ الْأَخْضَرِ مُطْلَقًا ، وَبَشَرِطِ التَّبَقُّيَةِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَرَ يَقِلُّ فِيهِ ، لاختصاصه بالوثيقة مع بقاء الدَّيْنِ بِحَالِهِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ .

قال القاضي : وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمَبِيعِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ قَبْلَ قَبْضِهِ ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ مُسْتَحَقٌّ لِلْمُشْتَرِي ، فَيُمْكِنُهُ قَبْضُهُ ، ثُمَّ يُقْبَضُ ، وَإِنَّمَا مُنِعَ مِنْ يَتَّعِهِ ؛ لِئَلَّا يَزْبَحَ فِيهَا لَمْ يَضْمَنْهُ ، وَهُوَ مِنْهُيٌّ عَنْهُ^(٢) .

وإن رهن ثمرة إلى محل تحدث فيه أخرى لا تتميئز ، فالرهن باطل ؛

(١) زيادة من : الأصل ، م .

(٢) انظر ما تقدم تخريجه في صفحة ٥٩ ، ٦٠ في حديث : « لا شرطان في بيع » .

لأنَّه مَجْهُولٌ حِينَ حُلُولِ الْحَقِّ ، فَلَا يُمَكِّنُ إِمْضَاءُ الرَّهْنِ ^(١) عَلَى مُقْتَضَاهُ .
وإن رهنها بدين حال ، أو شرط قطعها عند خوف اختلاطها ، جاز ؛ لأنه
لا غرر فيه . فإن لم يقطعها حتى اختلطت ، لم يتطل الرهن ^(٢) ؛ لأنه وقع
صحيحاً . لكن إن سمح الراهن ببيع الجميع ، أو اتفقا على قدر منه ، جاز .
وإن اختلفا وتشاحا ، فالقول قول الراهن مع يمينه ؛ لأنه منكر .

فصل : ويصح رهن الجارية دون ولدها ؛ لأنَّ الرهن لا يُزيل الملك ،
فلا يحصل التفريق فيه . فإن اُختيغ إلى بيعها ، بيع ولدها معها ؛ لأنَّ
التفريق بينهما مُحَرَّمٌ ، والجمع بينهما ^(٣) في البيع ^(٣) جائز ، فتعين . وللمرتهن
من الثمن بقدر قيمة الجارية منه ، وكونها ذات ولد عيب ^(٤) ؛ لأنه ينقص
من ثمنها .

فصل : ولا يصح رهن ما لا يجوز بيعه ^(٥) غير ما ذكرنا ؛ كالوقف ،
وأم الولد ، والكلب ونحوها ؛ لأنه لا يُمكن إيفاء الدين منه وهو المقصود .
ولا يصح رهن ما لا يُقدر على تسليمه ، ولا المجهول الذي لا يجوز بيعه ؛
لأنَّ الصفات مقصودة في الرهن لإيفاء الدين ، كما [١٦١ ظ] تُقصد في
البيع للوفاء بالثمن . ولا رهن مال غيره بغير إذنه . ويتخرج جوازه ، ويقف
على إجازة مالكه ، كبيعته . فإن رهن عينا يظن أنها لغيره وكانت ملكه ، ففيه

(١) في م : « العقد » .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥ - ٥) في م : « لما » .

وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ صَادَفَ مِلْكَهُ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَهُ مُعْتَقِدًا فَسَادَهُ . وَلَا يَصِحُّ رَهْنُ الْمُزْهُونِ ^(١) مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْمُزْتَهِنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ فِي الدَّيْنِ الثَّانِي ، فَإِنْ رَهَنَهُ عِنْدَ الْمُزْتَهِنِ بَدَيْنِ آخَرَ ، مِثْلَ أَنْ رَهَنَهُ عَبْدًا عَلَى أَلْفٍ ، ثُمَّ اسْتَدَانَ مِنْهُ دَيْنًا آخَرَ ، وَجَعَلَ الْعَبْدَ رَهْنًا بِهِمَا ^(٢) ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ رَهْنٌ مُسْتَحَقٌّ بَدَيْنِ ، فَلَمْ يَجُزْ رَهْنُهُ بغيره ، كَمَا لَوْ رَهَنَهُ عِنْدَ غَيْرِ ^(٣) الْمُزْتَهِنِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ رَهْنُ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْ أَرْضِ الشَّامِ وَالْعِرَاقِ وَنَحْوِهِمَا مِمَّا فُتِحَ عَنُودُهُ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا وَقُفَّتْ . وَمَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ مِنْ تُرَابِهَا ، فَحُكْمُهُ مُحْكُمُهَا . وَمَا جُدَّدَ فِيهَا مِنْ غِرَاسٍ وَبِنَاءٍ مِنْ غَيْرِ تُرَابِهَا ، إِنْ أَفْرَدَهُ بِالرَّهْنِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِمَا لَا يَجُوزُ رَهْنُهُ ، فَهُوَ كَأَسَاسَاتِ الْحَيْطَانِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ غَيْرُ مَوْقُوفٍ . وَإِنْ رَهَنَهُ مَعَ الْأَرْضِ ، بَطَلَ فِي الْأَرْضِ . وَفِي ^(٣) الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ وَجْهَان ؛ بِنَاءٌ عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ .

فصل : وَفِي رَهْنِ الْمُصْحَفِ رِوَايَتَانِ ، كَبَيْعِهِ . وَإِنْ رَهَنَهُ أَوْ رَهَنَ كُتُبَ الْحَدِيثِ ، أَوْ عَبْدًا مُسْلِمًا لَكَافِرٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ إِذَا شَرَطَا كَوْنَهُ فِي يَدِ مُسْلِمٍ ، وَيَبِيعُهُ الْحَاكِمُ إِنْ امْتَنَعَ مَالِكُهُ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يَنْقُلُ الْمِلْكَ إِلَى الْكَافِرِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ .

(١) فِي م : « الرهون » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

ولا يجوز رهنُ المنافع ؛ لأنها تهلكُ إلى حلولِ الحقِّ . ولو رهنه أجرة داره شهراً ، لم يصحَّ ؛ لأنه مجهولٌ . ولو رهنَ المكاتبُ مَنْ يَغْتِقُّ عليه ، لم يصحَّ ؛ لأنه لا يملكُ يتعه .

بَابُ مَا يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ وَمَا لَا يَدْخُلُ وَمَا يَمْلِكُهُ الرَّاهِنُ وَمَا لَا يَمْلِكُهُ وَمَا يَلْزَمُهُ وَمَا لَا يَلْزَمُهُ

جميعُ نَمَاءِ الرَّهْنِ الْمُتَفَصِّلِ وَالْمُتَّصِلِ يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ ، وَيُبَاعُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ وَارِدٌ عَلَى الْأَصْلِ ، فَتَبَتَ حُكْمُهُ فِي نَمَائِهِ ، كَالْبَيْعِ ، أَوْ نَمَاءٌ حَادِثٌ مِنْ غَيْرِ الرَّهْنِ ، أَشْبَهَ الْمُتَّصِلَ . وَلَوْ ارْتَهَنَ أَرْضًا فَنَبَتَ فِيهَا شَجَرٌ ، دَخَلَ فِي الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ نَمَائِهَا ، سَوَاءٌ نَبَتَ ^(١) بِنَفْسِهِ أَوْ بِفِعْلِ الرَّاهِنِ . وَيَدْخُلُ فِيهِ الصُّوفُ وَاللَّبَنُ الْمُوجُودَانِ وَالْحَادِثَانِ ؛ لِدُخُولِهِمَا فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ رَهَنَهُ أَرْضًا ذَاتَ شَجَرٍ ، أَوْ شَجَرًا مُثْمِرًا ، فَحُكْمُهُ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْبَيْعِ . وَإِنْ رَهَنَهُ دَارًا فَخَرِبَتْ ، فَأَنْقَاضُهَا رَهْنٌ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَجْزَائِهَا . وَإِنْ رَهَنَهُ شَجَرًا ، لَمْ تَدْخُلْ أَرْضُهُ فِي الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّهَا أَصْلٌ فَلَا تَدْخُلُ تَبَعًا .

فصل : وَلَا يَمْلِكُ الرَّاهِنُ التَّصَرُّفَ فِي الرَّهْنِ بِاسْتِخْدَامٍ ، وَلَا سُكْنَى ، وَلَا إِجَارَةً ، وَلَا إِعَارَةً ، وَلَا غَيْرَهَا بِغَيْرِ رِضَا الْمُرْتَهِنِ . وَلَا يَمْلِكُ الْمُرْتَهِنُ ^(٢) ذَلِكَ بِغَيْرِ رِضَا الرَّاهِنِ . فَإِنْ لَمْ يَتَّفِقَا عَلَى التَّصَرُّفِ ، كَانَتْ مَنَافِعُهُ مُعْطَلَةً ،

(١) فِي س ١ ، س ٢ : « تَبَت » .

(٢) بَعْدَهُ فِي ف : « التَّصَرُّفُ فِي » .

تَهْلِكُ تَحْتَ يَدِ الْمُزْتَهِنِ حَتَّى يُفَكَّ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ عَيْنٌ مَحْبُوسَةٌ عَلَى اسْتِيفَاءِ حَقٍّ ، فَأُشْبِهَتْ الْمَبِيعَ الْمَحْبُوسَ عَلَى ثَمَنِهِ . [١٦٢و] وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى إِجَارَتِهِ أَوْ إِعَارَتِهِ ، جَازَ فِي قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، وَأَبَى الْخَطَّابُ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُسْتَعِيرِ نَائِبَةٌ عَنْ يَدِ الْمُزْتَهِنِ فِي الْحِفْظِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ جَعَلَاهُ فِي يَدِ غَدَلٍ ، وَلَا فَائِدَةَ فِي تَعْطِيلِ الْمَنَافِعِ ؛ لِأَنَّهُ تَضْيِيعُ مَالٍ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْهُ ^(١) . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، فَإِنْ فَعَلَا ، بَطَلَ الرَّهْنُ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يَقْتَضِي الْحَبْسَ عِنْدَ الْمُزْتَهِنِ أَوْ نَائِبِهِ ، فَمَتَى وَجَدَ عَقْدٌ يَقْتَضِي زَوَالَ الْحَبْسِ ، بَطَلَ الرَّهْنُ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : إِنْ أَجَرَهُ الْمُزْتَهِنُ أَوْ أَعَارَهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ، جَازَ ، وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ الرَّاهِنُ بِإِذْنِ الْمُزْتَهِنِ ، فَكَذَلِكَ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخِرِ ، يَخْرُجُ مِنَ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ قَائِمٌ مَقَامَ الرَّاهِنِ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ سَكَنَهُ الرَّاهِنُ .

فصل : وَلَا يُمْنَعُ الرَّاهِنُ مِنْ إِصْلَاحِ الرَّهْنِ ؛ كُمَدَاوَاتِهِ بِمَا لَا يَضُرُّ ، وَفَضْدِهِ ، وَحُجْمِهِ عِنْدَ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، وَوَدَجِ الدَّابَّةِ ^(٢) وَتَبْرِغِهَا ^(٣) ، وَإِطْرَاقِ

(١) انظر ما أخرجه البخاري ، في : باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى ... ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب ما ينهى عن إضاعة المال ... ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب من رد أمر السفينة ... ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب ما يكره من قيل وقال ، من كتاب الرقاق . صحيح البخاري ١٣٩/٢ ، ١٥٧/٣ ، ١٥٩ ، ١٢٤/٨ . ومسلم ، في : باب النهي عن كثرة المسائل ... ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٤٠/٣ ، ١٣٤١ . والدارمي ، في : باب إن الله كره لكم قيل وقال ، من كتاب الرقاق . سنن الدارمي ٣١١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٠/٤ ، ٢٥١ ، ٢٥٥ .

(٢) قال في المغنى : ومعناه فتح الودجين حتى يسيل الدم ، وهما عرقان عريضان غليظان من جانبي ثغرة النحر . المغنى ٥١٩/٦ ، ٥٢٠ . وهو كالفصد للإنسان . المصباح المنير (و د ج) .

(٣) بزغ البيطار الدابة : وخزها وخزا خفيفا فوق الحافر لا يبلغ العصب علاجها لها .

الإناث عند حاجتها ؛ لأنه إضلاح لماله من غير ضرر ، فلم يُمنع منه ، كالعلف . وإن أراد قطع شيء من بدنه ، لخبثته فيه ، وقال أهل الخيرة : الأخوط قطعها . فله فعله . وإن تساوى الخوف في قطعها وتركها ، فامتنع أحدهما من قطعها^(١) ، فله ذلك ؛ لأن فيه خطراً بحقه . وللراهن مداواة الماشية من الجرب بما لا ضرر فيه ، كالقطران^(٢) والزيت^(٣) اليسير ، وإن خيف ضرره ، كالكثير ، لم يملكه . وليس له قطع الأضبع الزائدة والسلعة ؛ لأنه يخاف منه الضرر ، وتركها لا يضر . وليس له الختان إن كان لا يترأ منه قبل محل الحق ؛ لأنه ينقص ثمنه . وإن كان يترأ قبله ، والزمان معتدل ، لم يُمنع منه ؛ لأنه يزيد به الثمن ، ولا يضر المرتهن . وليس للمرتهن فعل شيء من ذلك بغير رضا الراهن .

فصل : ولا يملك الراهن بيع الرهن ، ولا هبته ، ولا جعله مهراً ، ولا أجره ، ولا كتابة العبد ، ولا وقفه ؛ لأنه تصرف يتطل به حق المرتهن من الوثيقة ، فلم يصح من الراهن بنفسه ، كالفسخ . وفي الوقف وجه آخر ، أنه يصح ؛ لأنه يلزم لحق الله تعالى ، أشبه العتق . والأول الصحيح ؛ لأنه تصرف لا يشرى إلى ملك الغير ، فلم يصح ، كالهبة . ولا يملك^(٣) تزويج الرقيق . وقال القاضي : له تزويج الأمة ، ويمنع الزوج وطأها . والأول أصح ؛ لأنه ينقص ثمنها ، فلم يصح ، كتزويج العبد .

(١) في الأصل : « قطعها » .

(٢ - ٢) في النسخ : « بالزيت » . والمثبت كما في المغنى ٦ / ٥٢٠ ، والشرح الكبير ١٢ / ٤٣٥ .

(٣) في م : « يصح » .

فصل : ولا يجوز له عتق^(١) الرهن ؛ لأن فيه إضراراً بالمُرْتَهِن ، وإسقاطَ حقه اللّازِم ، فإن فعل ، نفَذ عِتْقُهُ . نصّ عليه ؛ لأنّه مَحْبُوسٌ لاسْتِيفَاءِ حَقٍّ ، فنَفَذ فيه عِتْقُ المَالِكِ ، كالمَحْبُوسِ على ثَمَنِهِ . وعنه ، لا يَنْفَذُ عِتْقُ الْمُغْسِرِ ؛ لأنّه عِتْقٌ فِي مِلْكِهِ ، يَبْطُلُ بِهِ حَقٌّ غَيْرُهُ ، فَاخْتَلَفَ فِيهِ^(٢) الْمُوسِرُ وَالْمُغْسِرُ ، كَالْعِتْقِ فِي الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ . فَإِنْ أَعْتَقَ الْمُوسِرُ ، فَعَلِيهِ قِيَمَتُهُ ، تُجْعَلُ مَكَانَهُ رَهْنًا ؛ لأنّه أَبْطَلَ حَقَّ الْوَثِيقَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ ، فَلَزِمَتْهُ قِيَمَتُهُ ، كَمَا لو قَتَلَهُ . وَإِنْ أَعْتَقَ الْمُغْسِرُ ، فَالْقِيَمَةُ فِي ذِمَّتِهِ ؛ إِنْ أَيْسَرَ قَبْلَ حُلُولِ الْحَقِّ ، أَخَذَتْ مِنْهُ رَهْنًا ، وَإِنْ أَيْسَرَ بَعْدَ حُلُولِ الْحَقِّ ، طُولِبَ بِهِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ تَبَرَأُ بِهِ مِنَ الْحَقِّينِ مَعًا . وَتُعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ حِينَ الْإِعْتَاقِ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ الْإِثْلَافِ .

فصل : وليس للزّاهن وطء الجارية وإن كانت لا تحبل ؛ لأنّ من حرّم وطؤها يَسْتَوِي فِيهِ مَنْ تَحْبَلُ وَمَنْ لَا تَحْبَلُ ، كَالْمُسْتَبْرَأَةِ . فَإِنْ وَطِئَ ، فَلَا حُدَّ عَلَيْهِ ؛ [١٦٢ ظ] لِأَنَّهَا مِلْكُهُ . فَإِنْ نَقَصَهَا لَكُونِهَا بِكْرًا ، أَوْ أَفْضَاهَا ، فَعَلِيهِ مَا نَقَصَهَا ؛ إِنْ شَاءَ جَعَلَهُ رَهْنًا ، وَإِنْ شَاءَ جَعَلَهُ قِصَاصًا^(٣) مِنَ الْحَقِّ . وَإِذَا لَمْ تَحْمِلْ مِنْهُ ، فَهِيَ رَهْنٌ بِحَالِهَا ، كَمَا لو اسْتَخْدَمَهَا . وَإِنْ وَلَدَتْ^(٤) ، فَوَلَدُهُ حُرٌّ ، وَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ^(٥) ؛ لِأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ . وَتَخْرُجُ مِنَ الرَّهْنِ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُغْسِرًا ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّ الْإِحْبَالَ أَقْوَى مِنَ

(١) فِي س ٢ : «عقد» .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) فِي م : «قضاء» .

(٤) بَعْدَهُ فِي م : «منه» .

العِثْقُ ، ولذلك يَنْقُذُ إِخْبَالَ الْمُجْتَنُونَ دُونَ عِثْقِهِ ، وعليه قِيمَتُهَا يَوْمَ إِخْبَالِهَا ؛
لأنَّه وَقْتُ إِثْلَافِهَا ، وَإِنْ تَلَفَتْ بِسَبَبِ الْحَمْلِ ، فعليه قِيمَتُهَا ؛ لأنها تَلَفَتْ
بِسَبَبِ كَانِ مِنْهُ .

فصل : وكلُّ ما مُنِعَ الرَّاهِنُ مِنْهُ لِحَقِّ الْمُزْتَهِنِ ، إِذَا أُذِنَ فِيهِ ، جاز له
فَعْلُهُ ؛ لأنَّ الْمَنَعَ مِنْهُ ^(١) لِحَقِّهِ ، فجاز بإِذْنِهِ . فَإِنْ رَجَعَ عَنِ الْإِذْنِ قَبْلَ الْفِعْلِ ،
سَقَطَ حُكْمُ الْإِذْنِ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالرُّجُوعِ حَتَّى فَعَلَ ، فَهَلْ يَسْقُطُ الْإِذْنُ ؟
فِيهِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءٍ عَلَى عَزْلِ الْوَكِيلِ بِغَيْرِ عِلْمِهِ . فَإِنْ تَصَرَّفَ بِإِذْنِهِ فِيمَا
يُنَافِي الرُّهْنَ ؛ مِنْ ^(٢) الْبَيْعِ وَالْعِثْقِ وَنَحْوِهِمَا ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ ، وَبَطَلَ الرُّهْنُ ؛
لأنَّه لَا يَجْتَمِعُ مَعَ مَا ^(٣) يُنَافِيهِ ، إِلَّا الْبَيْعُ ، فَله ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ
يَبِيعَهُ بَعْدَ حُلُولِ الْحَقِّ ، فَيَتَعَلَّقُ حَقُّ الْمُزْتَهِنِ بِالثَّمَنِ ، وَيَجِبُ قَضَاءُ الدَّيْنِ
مِنْهُ ، ^(٤) «إِلَّا أَنْ يَقْضِيَهُ» مِنْ غَيْرِهِ ؛ لأنَّ مُقْتَضَى الرُّهْنِ بَيْعُهُ ، وَاسْتِيفَاءُ
الْحَقِّ مِنْ ثَمَنِهِ . الثَّانِي ، أَنْ يَبِيعَهُ قَبْلَ حُلُولِ الْحَقِّ بِإِذْنِ مُطْلَقٍ ، فَيَبْطُلُ
الرُّهْنُ ، وَيَسْقُطُ حَقُّ الْمُزْتَهِنِ مِنَ الْوَثِيقَةِ ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ فِي عَيْنِ الرُّهْنِ
تَصَرُّفًا لَا يَسْتَحِقُّهُ الْمُزْتَهِنُ ، فَأَبْطَلَهُ ، كَالْعِثْقِ . الثَّالِثُ ، أَنْ يَشْتَرِطَ جَعْلَ
الثَّمَنِ رَهْنًا ، ^(٥) «أَوْ تَعْجِيلَ» دَيْنِهِ مِنْ ثَمَنِهِ ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ وَالشَّرْطُ ؛ لأنَّه لو

(١) زيادة من : م .

(٢) في الأصل : «في» .

(٣) في الأصل : «من» .

(٤ - ٤) سقط من : م .

(٥) في الأصل : «يقبضه» .

(٦ - ٦) في م : «ويجعل» .

شَرَطَ ذَلِكَ بَعْدَ حُلُولِ الْحَقِّ، جاز، فكذلك قبله .

وإن أذن له في الوطء والتزويج، جاز؛ لأنه مُمْنَعٌ منه لحقه، فجاز بإذنه، فإن فعل، لم يَنْطَلِ الرهن؛ لأنه لا يُنَافِيهِ . فإن أفضى إلى الحمل أو التلّف، فلا شيء على الراهن؛ لأنه مأذونٌ في سببه . وإن أذن له في ضربها فتلفت به، فلا ضمان عليه؛ لأنه تولّد من المأذون^(١) فيه، كتولّد الحمل من الوطء .

فصل : ويلزم الراهن مؤنة الرهن كلها؛ من نفقة، وكسوة، وعلف، وحزير، وحافظ، وسقي، وتسوية، وجداذ، وتجفيف؛ لما روى عن النبي ﷺ أنه قال : «الرهن من راهنه، له غنمه، وعليه غرمه»^(٢) . وهذا من غرمه . ولأنه ملكه، فكانت نفقته عليه، كالذي في يده . فإن احتاج إلى دواء أو فتح عرق، لم يلزمه؛ لأن الشفاء بيد الله تعالى، وقد يحيا بدونه، بخلاف النفقة .

ولا يُجبر على إطراق الماشية؛ لأنه ليس ممّا يُحتاج إليه لبقائها، وليس عليه ما يتضمّن زيادة الرهن . فإن احتاجت إلى راع، لزمه؛ لأنه لا قوام لها بدونه . فإن أراد السفر بها ليزعها، ولها في مكانها مرعى تماسك به، فللمرتهين منعه؛ لأن فيه إخراجها عن يده ونظره، وإن أُجذب

(١ - ١) في م : « كمتولد » .

(٢) أخرجه الحاكم، في : باب أيما رجل مات أو أفلس من كتاب البيوع . المستدرک ٢ /

٥١ . والدارقطني، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣ / ٣٣ .

مَكَائِهَا ، فَلِلرَّاهِنِ السَّفَرُ بِهَا^(١) ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ . فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى السَّفَرِ بِهَا^(١) ، وَاخْتَلَفَا فِي مَكَائِهَا ، قَدَّمْنَا قَوْلَ مَنْ يَطْلُبُ الْأَصْلَحَ ، فَإِنْ اسْتَوَيَا ، قَدَّمَ قَوْلَ الْمُزْتَهِنِ ؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِالْيَدِ .

فصل : وليس للمُزْتَهِنِ أَنْ يَنْتَفِعَ مِنَ الرَّهْنِ بِشَيْءٍ بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ^(٢) ، لَهُ غُنْمُهُ^(٣) » . وَمَنَافِعُهُ مِنْ غُنْمِهِ ، وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ مِلْكٌ [١٦٣و] لِلرَّاهِنِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَخْذُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَغَيْرِ الرَّهْنِ ، إِلَّا مَا كَانَ مَرْكُوبًا أَوْ مَحْلُوبًا ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ كَغَيْرِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِيَةُ^(٤) ، لِلْمُزْتَهِنِ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، وَيَزَكُّ وَيَحْلِبُ بِقَدْرِ نَفَقَتِهِ^(٥) ، مُتَحَرِّيًا لِلْعَدْلِ فِي ذَلِكَ ، سَوَاءً تَعَذَّرَ الْإِنْفَاقُ مِنَ الْمَالِكِ أَوْ لَمْ يَتَعَذَّرْ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الرَّهْنُ يُزَكُّ بِنَفَقَتِهِ ، وَلَبْنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرَهُونًا ، وَعَلَى الَّذِي يَزَكُّ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(٦) . وَفِي لَفْظٍ : « فَعَلَى الْمُزْتَهِنِ عِلْفُهَا ،

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « الراهن » .

(٣) بعده في م : « وعليه غرمه » .

(٤) بعده في الأصل : « هو » .

(٥) في ف : « قيمته » .

(٦) في : باب الرهن مركوب ومحلوب ، من كتاب الرهن . صحيح البخارى ١٨٣/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرهن ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٥٨/٢ .
والترمذى ، في : باب ما جاء في الانتفاع بالرهن ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/
٢٥٩ . وابن ماجه ، في : باب الرهن مركوب ومحلوب ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٢/
٨١٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٧٢/٢ .

وَلَبِنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ ، وَعَلَى الَّذِي يَشْرَبُ نَفَقَتُهُ ، وَيَرْكَبُ ^(١) . فَإِنْ أَنْفَقَ مُتَبَرِّعًا ، فَلَا شَيْءَ لَهُ . رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ .

وليس له استيخدامُ العبدِ بقدرِ نفقته . وعنه ، له ذلك إذا امتنع مالكه من الإنفاقِ عليه ، كالمزكوبِ والمحلوبِ . قال أبو بكرٍ : خالفَ حنبلُ الجماعةَ ، والعملُ على أنَّه لا يَنْتَفِعُ مِنَ الرَّهْنِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي ذَلِكَ ، خُولِفَ فِي الْمَزْكُوبِ وَالْمَحْلُوبِ لِلْأَثَرِ ، فَفِي غَيْرِهِ يَتَّقَى عَلَى الْقِيَاسِ .

وإنْ أَنْفَقَ الْمُزْتَهِنُ عَلَى الرَّهْنِ مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجِعْ ، وَإِنْ أَنْفَقَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ بِنِيَّةِ الرَّجُوعِ ، رَجَعَ بِمَا أَنْفَقَ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ ، فَأَشْبَهَ الْوَكِيلَ . وَإِنْ أَنْفَقَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مُعْتَقِدًا لِلرَّجُوعِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَلْزُمُ الرَّاهِنَ ، كِعِمَارَةِ الدَّارِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِمَا لَا يَلْزُمُهُ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، كغَيْرِ الْمُزْتَهِنِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَلْزُمُهُ ؛ كَقُوتِ ^(٢) الْحَيَوَانِ ، وَكَفَنِ الْعَبْدِ ، فَهَلْ ^(٣) يَرْجِعُ بِهِ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى مَنْ ^(٤) قُضِيَ دَيْنُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .

فصل : فَإِنْ أَذِنَ الرَّاهِنُ لِلْمُزْتَهِنِ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَالرَّهْنُ فِي قَرْضٍ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ قَرْضًا جَرًّا مَنْفَعَةً ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ قَرْضٍ ، جَازٌ ؛ لَعَدَمِ ذَلِكَ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِعَوَضٍ ^(٥) ، مِثْلَ أَنْ أَجَرَهُ إِتْيَاهُ ،

(١) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٢٨ .

(٢) في م : « كنفقة » .

(٣ - ٣) في م : « يلزمه » .

(٤) في م : « ما » .

(٥) في م : « بغير عوض » .

فإن حابه في الأجرة ، فهو كالانتفاع بغير عوض ، وإن لم يُحابه فيها ،
جاز في القرض وغيره ؛ لكونه^(١) ما انتفع بالقرض ، إنما انتفع بالإجارة .
قال القاضي : ومتى استأجره المُرْتَهِنُ أو استعاره ، خرج من الرهن في
مُدَّتَيْهِمَا ؛ لأنه طرأ عليه عقد أوجب استحقاقه في الإجارة برضاها ، فإذا
انقضى العقد ، عاد الرهن بحكم العقد السابق . والصحيح أنه لا يخرج
بذلك عن الرهن ؛ لأن القبض مُستدام ، ولا تنافي بين العقدَيْن ، لكنه في
العارية يصير مضموناً ؛ لكون^(٢) العارية مضمونة .

فصل : وإن انتفع به بغير إذن الراهن ، فعليه أجرة ذلك في ذمته . فإن
كان الدين من جنسها ، تقاصت هي وقدرها من الدين وتساقطا ، وإن
تلف الرهن ، ضمينه ؛ لأنه تعدى فيه فضمينه ، كالوديعة .

(١) في م : «لأنه» .

(٢) في م : «لأن» .

بَابُ جِنَايَةِ الرَّهْنِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ

إذا جنى الرهن على أجنبي ، تعلّق حق المجنى عليه برقبته ، وقُدّم على المرتّين ؛ لأنّه يُقدّم على المالك ، فأولى أن يُقدّم على المرتّين ، فإن سقط حق المجنى عليه بعفو أو فداء ، بقى حق المرتّين ؛ لأنّه لم يتطلّ^(١) ، وإنما قدّم حق المجنى عليه لقوّته ، فإذا زال ظهر حق المرتّين .

وإن كان الحق [١٦٣ظ] قصاصاً فى النفس ، اقتصر منه ، وبطل الرهن ، وإن كان فى الطّرف ، اقتصر له ، وبقي الرهن فى باقيه . وإن كان مالاً أو قصاصاً ، فعفى عنه إلى مال ، فأمكن إيفاء حقه ببيع بعضه ، بيع منه بقدر ما يقضى به حقه ، وباقيه رهن . وإن لم يمكن إلا ببيع جميعه ، بيع ، فإن استغرق ثمنه ، بطل الرهن ، وإن فضل منه شيء ، تعلّق به حق المرتّين .

وإن كان أرش الجناية عليه أكثر من ثمنه ، فطلب المجنى عليه تسليمه للبيع ، وأراد الرّاهن فداءه ، فله ذلك ؛ لأنّ حق المجنى عليه فى قيمته لا فى عينه ، ويفديه بأقلّ الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، فى أحد الوجهين ؛ لأنّ ما يدفعه عوض عنه ، فلم يلزمه أكثر من قيمته . وفى الآخر ، يلزمه أرش الجناية كلّها وتسليمه ؛ لأنّه رُبّما رغب فيه رغب فاشتراه بأكثر من

(١) بعده فى م : «دائماً» .

قِيمَتِهِ فَيَسْتَفْعُ بِهِ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَتَى الرَّاهِنُ فِدَاءَهُ ، فَلِلْمُرْتَهِنِ فِدَاؤُهُ بِمِثْلِ مَا يَفْدِيهِ بِهِ الرَّاهِنُ ، وَحُكْمُهُ فِي الرُّجُوعِ بِذَلِكَ مُحْكَمٌ مَا يَقْضَى بِهِ دَيْنُهُ ، فَإِنْ شَرَطَ جَعَلَهُ رَهْنًا بِالفِدَاءِ مَعَ الدَّيْنِ الْأَوَّلِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ ^(١) «لَأَنَّ الْعَبْدَ» رَهْنٌ ، فَلَمْ يَجُزْ رَهْنُهُ بِدَيْنٍ سِوَاهُ . وَأَجَازَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ يَمْلِكُ إِبْطَالَ الرَّهْنِ بِالْبَيْعِ ، فَصَارَ كَالْجَائِزِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَالزِّيَادَةُ فِي دَيْنِ الرَّهْنِ قَبْلَ لُزُومِهِ جَائِزَةٌ ، وَلِأَنَّ الْحَقَّ مَتَعَلِّقٌ بِهِ ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ مِنَ الْجِنَايَةِ إِلَى الرَّهْنِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

فصل : فَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ جِنَايَةً لَا تُوجِبُ قِصَاصًا ، فَهِيَ هَذَرٌ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لِسَيِّدِهِ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ مَالٌ فِي مَالِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ رَهْنًا . وَإِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْقَوْدِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ، فَعَفَا عَلَى مَالٍ ، سَقَطَتْ مُطْلَقًا ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ أَحَبَّ ^(٢) الْقِصَاصَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ لِلزَّجْرِ ، وَالْحَاجَةُ تَدْعُو إِلَى زَجْرِهِ عَنْ سَيِّدِهِ .

وَإِنْ كَانَتْ عَلَى النَّفْسِ ، فَلِلْوَرَثَةِ الْقِصَاصُ ، وَلَيْسَ لَهُمُ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي السَّيِّدِ ، وَلِأَنَّهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَ الْمُورُوثِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ ، فَكَذَلِكَ وَارِثُهُ . وَالثَّانِي ، لَهُمْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ حَصَلَتْ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِمْ ، فَأُشْبِهَ الْجِنَايَةَ عَلَى أَجْنَبِيٍّ .

فصل : فَإِنْ جَنَى عَلَى مُؤَرُّوثٍ سَيِّدِهِ ، وَلَمْ يَنْتَقِلِ الْحَقُّ إِلَى سَيِّدِهِ ،

(١ - ١) فِي م : «لَأَنَّهُ» .

(٢) فِي س ٢ : «أَوْجِبَ» .

فهي جناية على أجنبي ، وإن انتقل إليه وكانت الجناية موجبة للقصاص في طرف ، فمات المجني عليه ، فللسيد القصاص والعفو على مال ؛ لأن المجني عليه ملك ذلك ، فملكه وارثه .

وإن كانت على النفس فكذلك في أحد الوجهين . والثاني ، ليس له العفو على مال ، كما لو كانت الجناية^(١) على نفسه . وأصلهما هل يثبت للمؤروث ثم ينتقل إلى الوارث ، أم^(٢) للوارث ابتداءً ؟ فيه روايتان ؛ فإن قلنا : يثبت للوارث ابتداءً . فليس له العفو على مال ،^(٣) كالجناية على طرف نفسه . وإن قلنا : يثبت للمؤروث . فله العفو على مال^(٤) ؛ لأن الحق ينتقل إليه على الصفة التي كان لمؤروثه ، لكون الاستدامة أقوى من الابتداء . وإن كانت الجناية موجبة للمال ، أو كان المؤروث قد عفا على مال ، ثبت ذلك للسيد ؛ لذلك ، فيقدم به^(١) على المُرتهن .

فصل : وإن جنى على عبد لسيده غير^(٤) مَرهُون ، فحكمه حكم الجناية على طرف سيده . وإن كان مَرهُوناً عند مُرتهن القاتل بحق واحد ، والجناية موجبة للمال ، أو عفا السيد على مال ، ذهبت هذراً ، [١٦٤] كما لو مات خُف أنفه . وإن كان رهنًا بحق آخر ، تعلّق دينُ المقتول

(١) سقط من : م .

(٢) في م : «أو» .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل .

بِرَقَبَةِ الْقَاتِلِ ، إِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْمَقْتُولِ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ الْقَاتِلِ ، أَوْ مُسَاوِيَةً لَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ ، تَعَلَّقَ بِرَقَبَةِ الْقَاتِلِ بِقَدْرِ قِيَمَةِ الْمَقْتُولِ ، فَأَيُّ الدَّيْنَيْنِ ^(١) حُلٌّ أَوَّلًا ، يَبِيعُ فِيهِ ^(٢) ، فَيُسْتَوْفَى مِنْ ثَمَنِهِ ، وَبَاقِيَهُ رَهْنٌ بِالْآخِرِ . وَإِنْ كَانَ الْمَقْتُولُ رَهْنًا عِنْدَ غَيْرِ مُرْتَهِنِ الْقَاتِلِ ، وَكَانَتِ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ ، فَلِلسَّيِّدِ الْخَيْرَةُ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالْعَفْوِ عَلَى مَالٍ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ غَيْرُهُ ، وَيُثْبِتُ الْمَالُ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ . فَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ ، يَبِيعُ مِنْهُ بِقَدْرِ أَرْضِ الْجِنَايَةِ ، وَيَكُونُ رَهْنًا عِنْدَ مُرْتَهِنِ الْمُجْنِيِّ عَلَيْهِ ، وَبَاقِيَهُ رَهْنٌ بِدَيْنِهِ . وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ يَبِيعُ بَعْضَهُ ، يَبِيعُ كُلَّهُ ، وَقُسِمَ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ تَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ ، فَالثَّانِي أَحَقُّ بِهِ . وَهَلْ يُبَاعُ أَوْ يُتَقَلُّ فَيُجْعَلُ رَهْنًا عِنْدَهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُبَاعُ ؛ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي بَيْعِهِ . وَالثَّانِي ، يُبَاعُ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا زَادَ فِيهِ مُزَايِدٌ فَاشْتَرَاهُ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ .

وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : لِلْسَّيِّدِ الْقِصَاصُ ، أَوْ لَوَارِثِهِ . فَاقْتَصَّ ، فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، تُجْعَلُ مَكَانَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ الرَّهْنَ بِاخْتِيَارِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ اقْتَصَّ بِإِذْنِ الشَّارِعِ ، فَلَمْ يُلْزَمْهُ ^(٣) شَيْءٌ ، كَالْأَجْنَبِيِّ .

فصل : وَجِنَايَتُهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ كَجِنَايَتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَبِيًّا ، أَوْ أَعْجَمِيًّا لَا يَعْلَمُ تَحْرِيمَ الْجِنَايَةِ ، فَيَكُونُ السَّيِّدُ هُوَ الْجَانِي ، يَتَعَلَّقُ بِهِ

(١) فِي الْأَصْلِ : (الرَّقَبَتَيْنِ) .

(٢) فِي الْأَصْلِ : (بِهِ) .

(٣) فِي ف : (يَجِبُ عَلَيْهِ) .

القصاص والدية، كالمباشر لها^(١). ولا يُباع العبد فيها. وقيل: يُباع إذا كان مُعسرًا؛ لأنه باشر الجناية. والأوّل أصح؛ لأنّ العبد آله، ولو تعلّق به الجناية، بيع فيها وإن كان سيّده مُوسرًا.

فصل: وإن جُنِيَ^(٢) على الرّهن^(٣)، فالخصم الرّاهن؛ لأنّه مالكه ومالك بدله. فإن كانت الجناية مُوجبة للقصاص، فله أن يقتص أو يعفو، فإن اقتص، ففيه وجهان؛ أحدهما، عليه قيمته تُجعل مكانه؛ لأنّه أثلف مالا استحقّ بسبب إثلاف الرّهن^(٣)، فغرم قيمته، كما لو كانت الجناية مُوجبة للمال. والثاني، لا شيء عليه؛ لأنّه لم يجب بالجناية مال، ولا استحقّ بحال، وليس على الرّاهن السّعى للمُرتهن في اكتساب مال. وإن عفا على مال، أو كانت الجناية مُوجبة للمال، كان رهنا مكانه. فإن عفا الرّاهن عن المال، لم يصحّ عفوّه؛ لأنّه محلّ تعلّق به حقّ المُرتهن، فلم يصحّ عفو الرّاهن عنه، كما لو قبضه المُرتهن. وقال أبو الخطاب: يصحّ، وتؤخذ منه قيمته وتكون رهنا؛ لأنّه أثلفه بعفوّه. وقال القاضي: تؤخذ قيمته من الجاني، فتُجعل مكانه، فإذا زال الرّهن، رُدّت إلى الجاني، كما لو أقرّ على عبده المُرّهون بالجناية. وإن عفا الرّاهن عن الجناية المُوجبة للقصاص إلى غير مال، انبى على مُوجب العمد، فإن قلنا: أحد شيئين. فهو كالعفو عن المال. وإن قلنا: القصاص. فهو كالاقتصاص فيه وجهان.

(١) سقط من: الأصل.

(٢ - ٢) في م: «الراهن».

(٣) سقط من: م.

فصل : إذا أقرَّ الرَّاهِنُ أَنَّ العبدَ كان جَنَى قبلَ رَهْنِهِ ، فَكَذَّبَهُ الْمُزْتَهِنُ وَوَلَّى الجِنَايَةَ ، لم يُسْمَعْ قَوْلُهُ ، وإن صدَّقَهُ وَلَّى الجِنَايَةَ وحده ، قُبِلَ إقرارُهُ على نَفْسِهِ دُونَ الْمُزْتَهِنِ ، فَيَلْزَمُهُ أَرْضُ الجِنَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ حَالٌ بَيْنَ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ وَبَيْنَ رَقَبَةِ الجَانِي بِفِعْلِهِ ، فَأُشْبِهَ ما لو قَتَلَهُ . فَإِنْ كان مُعْسِرًا ، فَمَتَى انْفَكَ الرَّهْنُ ، كان المَجْنِيُّ عَلَيْهِ أَحَقَّ [١٦٤ ظ] بِرَقَبَتِهِ ، وعلى الْمُزْتَهِنِ الِیَمِینُ أَنَّهُ لَا یَعْلَمُ ذلك ، فَإِنْ نَكَلَ ، قُضِيَ عَلَيْهِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ یُقْبَلُ إقرارُ الرَّاهِنِ ؛ لِأَنَّهُ غَیْرُ مُتَّهَمٍ ، لَكُونِهِ ^(١) یَقْرُرُ بما یُخْرِجُ الرَّهْنَ مِنْ مِلْکِهِ ، وعلى الِیَمِینِ ؛ لِأَنَّهُ یُطِيلُ بإقرارِهِ حَقَّ الْمُزْتَهِنِ فِيهِ . وَإِنْ أقرَّ أَنَّهُ كان أَعْتَقَهُ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ یَمْلِكُ عَتَقَهُ ، فَمَلَکَ الإقرارَ بِهِ ، فَيُخْرِجُ العبدَ مِنَ الرَّهْنِ ، ویؤْخَذُ مِنَ الرَّاهِنِ قِیمَتُهُ ، تُجْعَلُ مَکَانَهُ ، وَلَا یُقْبَلُ قَوْلُهُ فی تَقْدِیمِ عَتَقِهِ ؛ لِأَنَّهُ یُسْقِطُ بِهِ حَقَّ الْمُزْتَهِنِ مِنْ عِوَضِهِ .

فصل : وإن أقرَّ رَجُلٌ بِالْجِنَايَةِ على الرَّهْنِ ^(٢) ، فَكَذَّبَهُ الرَّاهِنُ وَالْمُزْتَهِنُ ، فلا شَیْءَ لهما . وإن صدَّقَهُ الرَّاهِنُ وحده ، فله الأَرْضُ ، وَلَا حَقٌّ لِلْمُزْتَهِنِ فِيهِ ؛ لِإقرارِهِ بذلك . وإن صدَّقَهُ الْمُزْتَهِنُ وحده ، أَخَذَ الأَرْضَ فَجُعِلَ رَهْنًا عِنْدَهُ ، فَإِذَا خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ ، رَجَعَ إِلَى الجَانِي ، وَلَا حَقٌّ لِلرَّاهِنِ ^(٣) فِيهِ .

(١) فی م : «لأنه» .

(٢) فی الأصل ، م : «الراهن» .

(٣) فی م : «للمرتهن» .

بَابُ الشُّرُوطِ فِي الرَّهْنِ

يَصِحُّ شَرْطُ جَعْلِ الرَّهْنِ فِي يَدِ عَدْلٍ ، فَيَقُومُ قَبْضُهُ مَقَامَ قَبْضِ الْمُزْتَهِنِ ؛
لأنَّ قَبْضَ فِي عَقْدٍ ، فَجَازَ التَّوَكُّيلُ فِيهِ ، كَقَبْضِ الْمُؤْهُوبِ . وَمَا دَامَ الْعَدْلُ
بِحَالِهِ ، فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا وَلَا لِلْحَاكِمِ نَقْلُهُ عَنْ يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا رَضِيَاهُ ابْتِدَاءً .
وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى نَقْلِهِ ، جَازٌ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمَا لَا يَغْدُوهُمَا . وَإِنْ تَغَيَّرَ حَالُهُ
بِفُسْقٍ ، أَوْ ضَعْفٍ عَنِ الْحِفْظِ ، أَوْ عَدَاوَةٍ لَهُمَا ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا ، فَلَمَنْ ^(١)
طَلَبَ نَقْلَهُ مِنْهُمَا ^(٢) ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّهِ ، فَفِي بَقَائِهِ فِي يَدِهِ ضَرَرٌ ،
ثُمَّ إِنْ اتَّفَقَا عَلَى مَنْ يَضَعَانِهِ عِنْدَهُ ، جَازٌ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا ، وَضَعَهُ الْحَاكِمُ فِي
يَدِ عَدْلٍ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي تَغْيِيرِ حَالِهِ ، بَحَثٌ ^(٣) الْحَاكِمُ ، وَعَمِلَ بِمَا يَظْهَرُ
لَهُ . وَإِنْ مَاتَ الْعَدْلُ ، لَمْ يَكُنْ لَوَارِثِهِ إِمْسَاكُهُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا ^(٤) ؛ لِأَنَّهُمَا مَا
اِئْتَمَنَاهُ . وَإِنْ رَدَّ الْعَدْلُ عَلَيْهِمَا ، لَزِمَهُمَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَطَوِّعٌ بِحِفْظِهِ ، فَلَمْ
يَلْزَمْهُ الْمَقَامُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ ، أُجْبِرَهُمَا الْحَاكِمُ . فَإِنْ تَغَيَّبَا ، أَوْ كَانَا غَائِبَيْنِ ،
نَصَبَ الْحَاكِمُ أَمِينًا يَقْبِضُهُ لَهُمَا ؛ لِأَنَّ لِلْحَاكِمِ وِلَايَةً عَلَى الْغَائِبِ الْمُتَمَتِّعِ
مِنَ الْحَقِّ . وَإِنْ دَفَعَهُ الْحَاكِمُ إِلَى أَمِينٍ مِنْ غَيْرِ امْتِنَاعِهِمَا ، وَلَا غَيْبَتِهِمَا ،

(١) فِي م : « فَمَنْ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « قُلُهُ » .

(٣) فِي م : « بَعَث » .

(٤) فِي م : « بِرِضَاهُمَا » .

ضَمِنَ الْحَاكِمُ وَالْأَمِينُ مَعًا ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى غَيْرِ ^(١) الْمُتَتَعِ وَالْغَائِبِ .
وإنِ امْتَنَعَا أو غابا فلم يَجِدْ حَاكِمًا ، فتركه عندَ عَدْلٍ آخَرَ ، ^(٢) "لم يَضْمَنْ" ؛
لأنَّه حالُ حاجَةٍ . وإنِ أودَّعَه مع قُدْرَتِهِ عَلَى الْحَاكِمِ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ
مَقَامَهُمَا . وكذلك لو أودَّعَه مِن غَيْرِ امْتِنَاعِهِمَا وَلَا غَيْبَتِهِمَا ، ضَمِنَ هُوَ
وَالْقَابِضُ مَعًا . وإنِ امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَجِدْ حَاكِمًا ، لم يكنْ له دَفْعُهُ إِلَى
الْآخَرِ ^(٣) ، فإن فَعَلَ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهُ يُنْسِكُهُ لِنَفْسِهِ ، وَالْعَدْلُ يُنْسِكُهُ لَهُمَا ،
فإن رَدَّه ^(٤) "إلى يَدِهِ" ، زال الضَّمَانُ .

فصل : وإن شَرَطَ ^(٥) جَعَلَهُ فِي يَدِ اثْنَيْنِ ، صَحَّ الشَّرْطُ ، وَلَمْ يَكُنْ
لأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بِحِفْظِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُتَرَاهِنَيْنِ لَمْ يَرْضِيَا إِلَّا بِحِفْظِهِمَا مَعًا ، فَلَمْ
يَجُزْ لأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بِهِ ، كَالْوَصِيِّينِ . فإن سَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا إِلَى صَاحِبِهِ ،
ضَمِنَ نِصْفَهُ ؛ لِأَنَّهُ الْقَدْرُ الَّذِي تَعَدَّى فِيهِ ، فإن مات أَحَدُهُمَا أو تَغَيَّرَ
حَالُهُ ، أُقِيمَ مَقَامَهُ عَدْلٌ .

فصل : وكلُّ مَنْ جاز تَوَكِيلُهُ ، جاز جَعْلُ الرَّهْنِ عَلَى يَدَيْهِ ، مُسَلِّمًا
كَانَ أو كَافِرًا ، عَدْلًا أو فَاسِقًا ، ذَكَرًا أو أُنْثَى ؛ لِأَنَّهُ جاز تَوَكِيلُهُ فِي غَيْرِ
الرَّهْنِ ، فَجَاز فِيهِ ، كَالْعَدْلِ . ولا يجوزُ أَنْ يَكُونَ صَبِيًّا أو مَجْنُونًا ؛ [١٦٥و]

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) في م : «أحدهما» .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : «شرطا» .

لأنَّه غيرُ جائزِ التَّصَرُّفِ ، فإنَّ فعلاً ، كان قبضُهُ له وعدمُهُ واحداً . وإنَّ كان عبداً ، فله حِفْظُهُ بإذنِ سيِّده . ولا يجوزُ بغيرِ إذنه ؛ لأنَّ منافعهُ لسيِّده ، فلا يجوزُ تضييعُها في الحِفْظِ مِن غيرِ إذنه . وإنَّ كان مُكاتباً ، وكان بغيرِ جُعْلٍ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه ليس له التَّبَرُّعُ . وإنَّ كان بجُعْلٍ ، جاز ؛ لأنَّ له الكسبَ بغيرِ إذنِ سيِّده .

فإنَّ لم يَشْرُطاً^(١) جَعَلَهُ فِي يَدِ أَحَدٍ ، فهو في يَدِ الْمُزْتَهِنِ ؛ لأنَّه المُسْتَوْجِبُ لِلْعَقْدِ ، فَكَانَ الْقَبْضُ لَهُ ، كَالْمُتَّهِبِ . فإنَّ قبضَهُ ، ثم تَغَيَّرَتْ حالُهُ في الثَّقَّةِ أو الحِفْظِ ، أو حَدَّثَتْ بَيْنَهُمَا عَدَاوَةٌ ، فَلِلرَّاهِنِ دَفْعُهُ إِلَى الْحَاكِمِ لِتَرْيِلِ يَدِهِ ، وَيُجْعَلَ فِي يَدِ عَدْلٍ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بِحِفْظِهِ فِي هَذِهِ الْحَالِ . وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي تَغْيِيرِ حَالِهِ ، بَحَثَ الْحَاكِمُ وَعَمِلَ بِمَا بَانَ لَهُ . وَإِنْ مَاتَ الْمُزْتَهِنُ ، نُقِلَ عَنِ الْوَارِثِ إِلَى عَدْلٍ ؛ لِأَنَّ الرَّاهِنَ لَمْ يَرْضَ بِحِفْظِهِ .

فصل : إذا شَرَطَ أَنْ يَبِيعَهُ الْمُزْتَهِنُ أَوِ الْعَدْلُ عِنْدَ حُلُولِ الْحَقِّ ، صَحَّ شَرْطُهُ ؛ لِأَنَّ مَا صَحَّ تَوْكِيلُ غَيْرِهِمَا فِيهِ ، صَحَّ تَوْكِيلُهُمَا فِيهِ ، كَبَيْعِ عَيْنٍ أُخْرَى . فَإِنْ عَزَلَهُمَا الرَّاهِنُ ، صَحَّ عَزْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْوَكَالَهَ عَقْدٌ جَائِزٌ ، فَلَمْ يَلْزَمْ الْمَقَامُ عَلَيْهَا^(٢) ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ غَيْرَهُمَا ، أَوْ وَكَّلَهُمَا فِي بَيْعِ غَيْرِهِ . وَلَوْ مَاتَ الْمُزْتَهِنُ ، لَمْ يَكُنْ لَوَارِثِهِ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ . وَيُشَخَّرُجُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ عَزْلَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ يَفْتَحُ بَابَ الْحِيلَةِ . فَإِنْ عَزَلَ الْمُزْتَهِنُ الْعَدْلَ عَنِ الْبَيْعِ ، لَمْ

(١) فِي س ١ ، س ٢ ، ف ، م : « يَشْرُطُ » .

(٢) فِي م : « عَلَيْهِمَا » .

يَمْلِكُهُ إِلَّا^(١) فِي الْحَالِ الَّتِي يَمْلِكُ الرَّاهِنُ ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلُهُ خَاصَّةً . وَإِنْ أَذِنَا^(٢) لَهُ فِي بَيْعِ الرَّهْنِ ، فَتَلَفَ بِجِنَايَةٍ وَجُعِلَتْ قِيَمَتُهُ مَكَانَهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَهُ يَتَّعَهَا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ يَتَّعُ نَمَائِهِ تَبَعًا^(٣) ، فَيَبِيعُ قِيَمَتَهُ أَوَّلَى . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ يَتَّعَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ ، وَلَا هِيَ تَبِعٌ لِمَا أَذِنَ فِيهِ ، بِخِلَافِ النَّمَاءِ .

فصل : وَإِنْ أَذِنَا لَهُ فِي الْبَيْعِ بِنَقْدٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ خِلَافُهُمَا ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلُهُمَا . وَإِنْ أَطْلَقَا أَوْ اخْتَلَفَا ، بَاعَ بِنَقْدِ الْبَلَدِ ؛ لِأَنَّ الْحَظَّ فِيهِ . فَإِنْ كَانَ فِيهِ نُقُودٌ ، بَاعَ بِأَغْلَبِهَا . فَإِنْ تَسَاوَتْ ، بَاعَ بِمَا يَرَى الْحَظَّ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ تَحْصِيلُ الْحَظِّ . فَإِنْ تَسَاوَتْ ، بَاعَ بِجِنْسِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْقَضَاءُ مِنْهُ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا جِنْسُ الدَّيْنِ ، عَيَّنَ لَهُ الْحَاكِمُ مَا يَبِيعُ بِهِ . وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْوَكِيلِ فِي وُجُوبِ الْاِخْتِيَاطِ فِي الثَّمَنِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ، فَإِذَا بَاعَ وَقَبِضَ الثَّمَنَ ، فَتَلَفَ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، وَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ . فَإِنْ أَنْكَرَ الرَّاهِنُ تَلَفَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَدْلِ^(٤) مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، فَهُوَ كَالْمُودِعِ . فَإِنْ قَالَ : مَا قَبَضْتُهُ مِنَ الْمُشْتَرَى . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَدْلِ ؛ لِذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِبْرَاءٌ لِلْمُشْتَرَى . وَإِنْ خَرَجَ الرَّهْنُ مُسْتَحَقًّا ، فَالْعُهُدَةُ عَلَى الرَّاهِنِ دُونَ الْعَدْلِ ؛

(١) سقط من : م .

(٢) في م : «أذن» .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : «الأمين» .

لأنَّه وَكِيلٌ^(١) . وإنِ اسْتُحِقَّ بعدَ تَلَفِ الثَّمَنِ في يَدِ العَدْلِ ، رَجَعَ المُشْتَرَى على الرَّاهِنِ دُونَ العَدْلِ ؛ لأنَّه قَبِضَ منه على أَنَّهُ أَمِينٌ^(٢) في قَبْضِهِ وَتَسْلِيمِهِ إلى الْمُزْتَهِنِ . وإنِ كانَ الثَّمَنُ باقِيًا في يَدِ العَدْلِ أو الْمُزْتَهِنِ ، رَجَعَ المُشْتَرَى فيه ؛ لأنَّه عَيْنُ مَالِهِ قَبِضَ بغيرِ حَقٍّ . وإنِ وَجَدَ المُشْتَرَى بالمَبِيعِ عَيْبًا ، فَرَدَّهُ بعدَ قَبْضِ الْمُزْتَهِنِ ثَمَنَهُ ، لم يَرْجِعْ عليه ؛ لأنَّه قَبِضَهُ بِحَقٍّ ، ولا على العَدْلِ ؛ لأنَّه أَمِينٌ ، وَيَرْجِعُ على الرَّاهِنِ ، إِلَّا أنْ يَكُونَ العَدْلُ [١٦٥ ظ] لم يُعْلِمِ المُشْتَرَى أَنَّهُ وَكِيلٌ ، فَيَكُونُ رُجُوعُهُ عليه ، ثم يَرْجِعُ هو على الرَّاهِنِ . فإن تَلَفَ المَبِيعُ في يَدِ المُشْتَرَى ، ثم بانَ مُسْتَحَقًّا ، فِلِمَالِكِهِ تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْعَدْلِ وَالْمُزْتَهِنِ ؛ لأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَبِضَ مَالَهُ بغيرِ حَقٍّ ، وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ على المُشْتَرَى ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ في يَدِهِ ، وَيَرْجِعُ على الرَّاهِنِ بِالثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ .

وإذا باعَ العَدْلُ الرَّهْنَ بَيْعًا فاسِدًا ، وَجَبَ رَدُّهُ ، فإن تَعَذَّرَ رَدُّهُ ، فَلِلْمُزْتَهِنِ تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنَ العَدْلِ وَالْمُشْتَرَى أَقْلَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَةِ الرَّهْنِ أو قَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّه يَقْبِضُ ذَلِكَ مُسْتَوْفِيًا لِحَقِّهِ لَا رَهْنًا ، فلم يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ دَيْنِهِ ، وما بَقِيَ لِلرَّاهِنِ ، يَرْجِعُ به على مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا . وإن وَفَّى^(٣) الرَّاهِنُ الْمُزْتَهِنَ ، رَجَعَ بِقِيَمَتِهِ على مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ على المُشْتَرَى ؛ لِحُصُولِ التَّلَفِ في يَدِهِ .

(١) في ف : « أمين » .

(٢) في ف : « وكيل » .

(٣) في س ٢ : « قال » .

فصل : إذا ادَّعى العَدْلُ دَفْعَ الثَّمَنِ إلى الْمُزْتَهِنِ ، فَأَنكَرَهُ ، ففيه وَجْهَان ؛
أَحَدُهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَدْلِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، فَإِذَا حَلَفَ ، ^(١) بَرِيءٌ ، وَيَرْجِعُ
الْمُزْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ . وَالثَّانِي ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُزْتَهِنِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، وَالْعَدْلُ إِنَّمَا
هُوَ أَمِينُهُ فِي الْحِفْظِ لَا فِي دَفْعِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ ، فَإِذَا حَلَفَ ^(٢) ، رَجَعَ عَلَى مَنْ
شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِذَا رَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ ، لَمْ يَرْجِعِ الْعَدْلُ عَلَى الرَّاهِنِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرَّرُ
بِبَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ مِنْهُ ، وَيَدَّعِي أَنَّ الْمُزْتَهِنَ ظَلَمَهُ وَغَضَبَهُ . وَإِنْ رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ ،
رَجَعَ الرَّاهِنُ عَلَى الْعَدْلِ ؛ لِتَقْرِيطِهِ فِي الْقَضَاءِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ
قَضَاؤُهُ بِحَضْرَةِ الرَّاهِنِ ، أَوْ بَيِّنَةٍ ، فَمَاتَتْ أَوْ غَابَتْ ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ ؛ لِعَدَمِ
تَقْرِيطِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَرْجِعُ عَلَى الْعَدْلِ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ .

وَلَوْ غَضَبَ الْمُزْتَهِنُ الرَّهْنَ مِنَ الْعَدْلِ ، ثُمَّ رَدَّهُ إِلَيْهِ ، زَالَ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ
رَدَّهُ إِلَى وَكِيلِ الرَّاهِنِ فِي إِمْسَاكِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أُذِنَ لَهُ فِي دَفْعِهِ إِلَيْهِ . وَلَوْ
كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ ، فَتَعَدَّى فِيهِ ، ثُمَّ أزال التَّعَدَّى ، لَمْ يَزُلِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ
اسْتِثْمَانَهُ زَالَ بِذَلِكَ ، فَلَمْ يَعُدْ بِفِعْلِهِ .

**فصل : إذا رَهَنَ أَمَةٌ رَجُلًا ، وَشَرَطَ جَعْلَهَا فِي يَدِ امْرَأَةٍ ، أَوْ ذِي
مَحْرَمٍ ^(٣) لَهَا ، أَوْ ذِي زَوْجَةٍ أَوْ أَمَةٍ ، جاز ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى الْخَلْوَةِ بِهَا .**
وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، فَسَدَ الرَّهْنُ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى خَلْوَةِ الْأَجْنَبِيِّ بِهَا .

وَلَوْ اقْتَرَضَ ذِمَّتِي مِنْ مُسْلِمٍ مَالًا ، ثُمَّ رَهَنَهُ خَمْرًا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهَا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « ما » .

(٣) في م : « رحم » .

ليست مالا . وإن باعها الذمي أو وكيله ، و^(١) أتاها بتمنيها ، فله أخذه ، وإن امتنع ، لزمه ، وقيل له : إما أن^(٢) تقبض ، أو^(٣) تبرىء ؛ لأن أهل الذمة إذا تقابضوا في العقود الفاسدة ، جرى مجرى الصحيح .

فصل : فإن شرط ما ينافي مقتضى الرهن ، نحو أن يشترط أن لا يسلمه ، أو^(٤) لا يباع عند الحلول ، أو^(٥) لا يشتوفى الدين من ثمنه ، أو شرط أن يبيعه بما شاء ، أو لا يبيعه إلا بما يرضيه ، فسد الشرط ؛ لأن المقصود مع^(٥) الوفاء به مفقود^(٦) . وإن شرط أنه متى حل الحق ولم توفني ، فالرهن لي بالدين ، أو بتمن سماء ، فسد ؛ لما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يغلّق الرهن » . رواه الأثرم^(٧) . ومعناه استحقاق المُرْتَهِن له^(٨) لعجز الراهن عن فكايه ، ولأنه علق البيع على شرط مستقبل ، فلم يصح ، كما لو علقه على قدوم زيد . وإن قال : أرهنتك على أن تزيدني في الأجل . لم يصح ؛ لأن الدين الحال لا يتأجل ، وإذا لم يثبت الأجل فسد الرهن ؛ لأنه في مقابله .

(١) في م : « أو » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « وإما أن » .

(٤) في الأصل : « و » .

(٥) في الأصل : « من » .

(٦) في الأصل : « مقصود » .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٥ .

(٨) سقط من : م .

وإن شرط أن يَتَفَعَّ الْمُزْتَهِنُ بِالرَّهْنِ ^(١) فِي دَيْنِ الْقَرْضِ ^(٢) ، لم يَجُزْ . وإن كان بَدَيْنِ مُسْتَقِرٍّ فِي مُقَابَلَةٍ تَأْخِيرُهُ عَنْ أَجَلِهِ ، لم يَجُزْ ؛ لَأَنَّهُ يَتَفَعَّ [١٦٦] لِلْأَجَلِ . وإن كان فِي يَتَفَعَّ ، فعن أَحْمَدَ جَوَازُهُ إِذَا جَعَلَ الْمَنْفَعَةَ مَعْلُومَةً ، كخِدْمَةِ شَهْرٍ وَنَحْوِهِ ، فَيَكُونُ يَتَفَعُّ وَإِجَارَةً . وإن لم تَكُنْ مَعْلُومَةً ، بَطَلَ الشَّرْطُ لِلْجَهَالَةِ ، وَبَطَلَ الْبَيْعُ لِلْجَهَالَةِ ثَمَنِهِ ، وَمَا عَدَا هَذَا ، فَهُوَ إِبَاحَةٌ لَا يُلْزَمُ الْوَفَاءُ بِهِ . وإن قَالَ : رَهْنُكَ ثَوْبِي هَذَا يَوْمًا ، وَيَوْمًا لَا أَوْقَتُهُ . فَالْرَّهْنُ فَاسِدٌ ؛ لَأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَاهُ .

وَكُلُّ شَرْطٍ يَسْقُطُ بِهِ دَيْنُ الرَّهْنِ يُفْسِدُهُ ، وَمَا لَا يُؤَثِّرُ فِي ضَرَرٍ أَحَدِهِمَا ، كَاشْتِرَاطِ جَعْلِ الْأَمَةِ فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ غَرَبٍ ، لَا يُفْسِدُهُ . وَفِي سَائِرِ الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُفْسِدُ بِهَا الرَّهْنُ . وَالْآخَرُ ، لَا يُفْسِدُ بِهَا ^(٣) ؛ بِنَاءً عَلَى الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ مَا يَنْقُصُ الْمُزْتَهِنَ ، يُبْطِلُهُ . وَجْهًا وَاحِدًا . وَفِي سَائِرِهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُبْطِلُ الرَّهْنَ ؛ لَأَنَّهُ شَرْطٌ فَاسِدٌ ، فَأَبْطَلَهُ ، كَالْأَوَّلِ . وَالثَّانِي ، لَا يُبْطِلُهُ ؛ لَأَنَّهُ زَائِدٌ ، فَإِذَا بَطَلَ ، بَقِيَ الْعَقْدُ بِأَحْكَامِهِ .

(١ - ١) فِي م : « الْقَرْضِ » .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ : س ١ .

بَابُ اخْتِلَافِ الْمُتْرَاهِنِينَ

إذا قال : رَهَنْتَنِي كَذَا . فَأُنْكِرَ ، أَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الدَّيْنِ ، أَوْ قَدَرِ الرَّهْنِ ، فَقَالَ : رَهَنْتَنِي هَذَيْنِ . قَالَ : بَلْ هَذَا وَحْدَهُ . أَوْ قَالَ : رَهَنْتَنِي هَذَا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ . قَالَ : بَلْ بِنِصْفِهِ . أَوْ قَالَ : رَهَنْتَنِي بِالْحَالِ . قَالَ : بَلْ بِالْمُؤَجَّلِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ مَا أُنْكِرَهُ ، وَلِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ ، فَكَذَلِكَ فِي صِفَتِهِ . فَإِنْ قَالَ : رَهَنْتَنِي عَبْدَكَ هَذَا . قَالَ : بَلْ تُؤَيِّى هَذَا . لَمْ يَثْبُتِ الرَّهْنُ فِي الثَّوْبِ ؛ لِرَدِّ الْمُزْتَهِنِ لَهُ ، وَحَلَفَ الرَّاهِنُ عَلَى الْعَبْدِ ، وَخَرَجَ يَمِينُهُ ^(١) . وَإِنْ قَالَ : أَرْسَلْتُ وَكِيلَكَ فَرَهَنَ عَبْدَكَ عَلَى أَلْفَيْنِ قَبَضَهَا مِنِّي . فَقَالَ : مَا أَذِنْتُ لَهُ فِي رَهْنِهِ إِلَّا بِأَلْفٍ . سَأَلْنَا ^(٢) الرِّسُولَ ؛ فَإِنْ صَدَّقَ الرَّاهِنَ ، حَلَفَ : ^(٣) « مَا رَهْنُهُ » إِلَّا بِأَلْفٍ ، وَلَا قَبْضُ غَيْرِهَا . وَلَا يَمِينُ عَلَى الرَّاهِنِ ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى عَلَى غَيْرِهِ . وَإِنْ صَدَّقَ الْمُزْتَهِنَ ، حَلَفَ الرَّاهِنُ ، وَعَلَى الرِّسُولِ أَلْفٌ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِقَبْضِهَا ، وَيَتَقَى الْعَبْدُ رَهْنًا عَلَى أَلْفٍ وَاحِدَةٍ . وَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ فَتَنَكَّلَ ، فَهُوَ كَالْمُقِرِّ سِوَاءَ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « بَشْمَنَهُ » .

(٢) فِي م : « سَأَلَ » .

(٣ - ٣) فِي م : « عَلَى أَنَّهُ مَا رَهْنَهُ » .

فصل : فإن قال : رَهَنْتَنِي عَبْدَكَ هَذَا بِالْأَلْفِ . فقال : بل بِعَثُكَهُ^(١) بها .
أو^(٢) قال : بِعَثْنِيهِ بِالْأَلْفِ . فقال : بل رَهَنْتُكَهَا بها . حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
على نَفْسِي مَا ادَّعَى عَلَيْهِ ، فَسَقَطَ ، وَيَأْخُذُ السَّيِّدُ عَبْدَهُ ، وَتَبْقَى الْأَلْفُ^(٣) بِغَيْرِ
رَهْنٍ^(٢) .

فصل : وإن قال الرَّاهِنُ : قَبَضْتُ الرَّهْنَ بِغَيْرِ إِذْنِي . فقال : بل
بِإِذْنِكَ . فالقول قولُ الرَّاهِنِ ؛ لَأَنَّهُ مُنْكَرٌ . وإن قال : أَذِنْتُ لَكَ ثُمَّ رَجَعْتُ
قَبْلَ الْقَبْضِ . فَأَنْكَرَ الْمُزْتَهِنُ ، فالقول قوله ؛ لَأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الرُّجُوعِ . وإن
كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِ الرَّاهِنِ ، فقال الْمُزْتَهِنُ : قَبَضْتُهُ ثُمَّ غَصَبْتَنِيهِ . فَأَنْكَرَ
الرَّاهِنُ ، فالقول قوله ؛ لَأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ . وإن أَقَرَّ بِتَقْيِضِهِ ثُمَّ قَالَ : أَخْلِفُوهُ
لِي أَنَّهُ قَبَضَ بِحَقٍّ . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُحْلَفُ ؛ لَأَنَّ مَا ادَّعَاهُ
مُحْتَمِلٌ . وَالثَّانِي ، لَا يُحْلَفُ ؛ لَأَنَّهُ مُكَذِّبٌ لِنَفْسِهِ .

وإن رَهَنَهُ غَصِيرًا ثُمَّ وَجَدَ خَمْرًا ، فقال الْمُزْتَهِنُ : إِنَّمَا أَقْبَضَنِي خَمْرًا ،
فَلِي فَسْخُ الْبَيْعِ . وقال الرَّاهِنُ : بل كَانَ غَصِيرًا . فقال أَحْمَدُ : فالقول قولُ
الرَّاهِنِ ؛ لَأَنَّهُ يَدَّعِي سَلَامَةَ الْعَقْدِ ، وَصِحَّةَ الْقَبْضِ ، وَظَاهِرُ حَالِ الْمُسْلِمِينَ^(٣)
اسْتِعْمَالُ الصَّحِيحِ ، [١٦٦ ظ] فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَدَّعِيهِ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا
فِي شَرْطِ يُفْسِدُ الْبَيْعَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُزْتَهِنِ ؛ بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِ
الْمُتَبَايِعِينَ فِي حَدُوثِ الْعَيْبِ . وَلَوْ كَانَ الرَّهْنُ حَيَوَانًا فَمَاتَ ، وَاخْتَلَفَا فِي

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « فَهُوَ بِهَا لَوْ » .

(٢ - ٢) فِي م : « رَهْنًا » .

(٣ - ٣) فِي م : « الْمُسْلِم » .

حَيَاتِهِ وَقَتَ الرَّهْنِ أَوْ الْقَبْضِ ، فَحُكْمُهُ مُحْكَمُ الْعَصِيرِ . وَإِنْ أَنْكَرَ الْمُزْتَهِنُ قَبْضَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ . وَإِنْ وَجَدَهُ مَعِيًّا ، وَاخْتَلَفَا فِي حَدُوثِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي الْبَيْعِ .

فصل : إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى آخَرَ أَلْفٌ بِرَهْنٍ ، وَأَلْفٌ بغيرِ رَهْنٍ ، فَقَضَاهُ أَلْفًا ، وَقَالَ : قَضَيْتُ دَيْنَ الرَّهْنِ . فَقَالَ : بَلْ ^(١) هِيَ عَنِ الْأَلْفِ الْآخَرِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ ، سَوَاءٌ اخْتَلَفَا فِي لَفْظِهِ أَوْ نِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّهَا تَنْتَقِلُ مِنْهُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي صِفَةِ النَّقْلِ ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِنِيَّتِهِ . وَلَوْ دَفَعَهَا بِغَيْرِ ^(٢) لَفْظٍ وَلَا نِيَّةٍ ، فَلَهُ صَرَفُهَا إِلَى أَيُّهُمَا شَاءَ ، ^(٣) كَمَا لَوْ دَفَعَ زَكَاةَ أَحَدِ الْأَلْفَيْنِ . وَإِنْ أَبْرَأَهُ الْمُزْتَهِنُ ^(٤) مِنْ أَحَدِهِمَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُزْتَهِنِ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، فَلَهُ صَرَفُهَا إِلَى أَيُّهَا شَاءَ ^(٥) . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ .

فصل : وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ أَلْفَانِ لِرَجُلَيْنِ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ رَهْنُهُ عَبْدَهُ بِدَيْنِهِ ، فَأَنْكَرَهُمَا ، حَلَفَ لهما . وَإِنْ صَدَّقَ أَحَدَهُمَا ، أَوْ قَالَ : هُوَ السَّابِقُ . سَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، وَحَلَفَ لِلْآخَرِ . وَإِنْ نَكَلَ وَالْعَبْدُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَعَلِيهِ لِلْآخَرِ قِيَمَتُهُ تُجْعَلُ رَهْنًا ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَهُ عَلَى الثَّانِي بِإِقْرَارِهِ لِلأَوَّلِ ، أَوْ ^(٥) بِتَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : هَلْ يُرَجَّحُ صَاحِبُ الْيَدِ أَوْ الْمُقَرُّ لَهُ ؟ يَحْتَمِلُ

(١) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢) فِي م : « مِنْ غَيْرِ » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

وَجْهَيْنِ . وإن قال : لا أَعْلَمُ الْمُزْتَهِنَ مِنْهُمَا ، أو السَّابِقَ . حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ ،
وَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ مِنْهُمَا مَعَ يَمِينِهِ . وإن كانَ فِي أَيْدِيهِمَا ، أو يَدِ
غَيْرِهِمَا ، فَالْحُكْمُ فِي ذَلِكَ كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا ادَّعَى مِلْكَهُ .

فصل : فَإِنِ ادَّعَى عَلَى رَجُلَيْنِ أَنَّهُمَا رَهْنَاهُ عَبْدُهُمَا بِدَيْنِهِ ، فَأَنْكَرَاهُ ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا . وإن شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ؛
لأنَّهُ لَا يَجْلِبُ بِهِذِهِ الشَّهَادَةُ نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ بِهَا ضَرَرًا . وإن أَقَرَّ أَحَدُهُمَا
وَحْدَهُ ، لَزِمَ فِي نَصِيْبِهِ ، وَتُسْمَعُ شَهَادَتُهُ عَلَى صَاحِبِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وإنِ ادَّعَى الْمُزْتَهِنُ هَلَكَ الرَّهْنِ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لأنَّهُ
أَمِينٌ ، فَأُشْبِهَ الْمُودَعَ . وإنِ ادَّعَى الرَّدَّ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؛
لِذَلِكَ . وَالثَّانِي ، لَا يُقْبَلُ ؛ لأنَّهُ قَبَضَهُ لِنَفْسِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ،
كَالْمُسْتَأْجِرِ .

وإنِ اعْتَقَ الرَّاهِنُ الْجَارِيَةَ ، أو وَطَّئَهَا ، وَادَّعَى أَنَّهُ بِإِذْنِ الْمُزْتَهِنِ ،
فَأَنْكَرَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُزْتَهِنِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ ، وَإِنِ نَكَلَ ، قُضِيَ عَلَيْهِ .
وإنِ صَدَّقَهُ فَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، فَأَنْكَرَ الْمُزْتَهِنُ مُدَّةَ الْحَمْلِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ
الْأَصْلَ عَدَمُهَا ، "وإنِ وَطَّئَهَا" الْمُزْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ، وَ"ادَّعَى الْجَهَالَةَ ،
وَكَانَ مِثْلُهُ يَجْهَلُ ذَلِكَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ يُذَرُّ بِالشُّبُهَاتِ . وَلَا
مَهْرَ ؛ لأنَّهُ حَقٌّ لِلسَّيِّدِ ، فَسَقَطَ بِإِذْنِهِ ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ

(١ - ١) فِي م : « وَادَّعَى » .

(٢) فِي الْأَصْل : « أَوْ » .

وَطءِ شُبْهَةً ، وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ فِيهَا . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ
شُبْهَةً ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ ، وَوَلَدُهُ رَقِيقٌ .

كِتَابُ التَّفْلِيسِ

وَمَنْ لَزِمَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لَمْ يَجْزُ مُطَالَبَتُهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ قَبْلَ أَجَلِهِ ، وَلَا يَجُوزُ الْحَجْرُ عَلَيْهِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ الْمُطَالَبَةَ بِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ ^(١) مَنَعَهُ مِنَ ^(٢) التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ بِسَبَبِهِ .

فَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا يَحِلُّ دَيْنُهُ قَبْلَ قُدُومِهِ مِنْهُ ، فَلغَرِيمِهِ مَنَعُهُ ، إِلَّا بَرَهْنِي أَوْ ضَمِينِي [١٦٧] مَلَى ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ تَأْخِيرُ الْحَقِّ عَنْ مَحِلِّهِ ، وَفِي السَّفَرِ تَأْخِيرُهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ مَنَعُهُ ؛ لِأَنَّ قُدُومَهُ عِنْدَ الْمَحِلِّ غَيْرُ مُتَيَقِّنٍ وَلَا ظَاهِرٍ ، فَمَلَكَ مَنَعُهُ مِنْهُ ، كَالأَوَّلِ ^(٣) . وَالثَّانِيَةُ ، لَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِهِ فِي الْحَالِ ، وَلَا يَعْلَمُ أَنَّ السَّفَرَ مَانِعٌ مِنْهَا عِنْدَ الْحُلُولِ ، فَأُشْبِهَ السَّفَرَ الْقَصِيرَ .

وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا ، وَالغَرِيمُ مُعْسِرٌ ، لَمْ تَجْزُ مُطَالَبَتُهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ ^(٤) . وَلَا يَمْلِكُ حَبْسَهُ وَلَا مُلَازَمَتَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ لَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ بِهِ ذَلِكَ ،

(١) فِي م : « يَجْزُ » .

(٢ - ٢) زِيَادَةٌ مِنْ : م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٨٠ .

كالمؤجل . فإن كان ذا صنعة ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يُجْبَرُ على إجارة نفسه ؛ لما روى أَنَّ رجلاً دخل المدينة ، وذكر أَنَّ وراءه مالاً ، فدأبته الناس ، ولم يكن وراءه مالٌ ، فسَمَّاه النبي ﷺ سُرْقاً^(١) ، وباعه بخمسة أبعرة .^(٢) وروى الدارقطني نحوه ، وفيه : أربعة أبعرة^(٣) . والحُرُّ لا يُباع ، فعَلِمَ أَنَّهُ باع مَنافِعَهُ ، ولأنَّ الإجارة عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فجاز أن يُجْبَرَ عليه ؛ كبيع ماله ، وإجارة أم ولده . والثانية ، لا يُجْبَرُ ؛ لما روى أبو سعيد أَنَّ رجلاً أُصِيبَ في ثمارِ ابتاعها ، فكَثُرَ دَيْنُهُ ، فقال النبي ﷺ : « تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ » . فتَصَدَّقُوا عليه ، فلم يَتَلُغْ وَفَاءَ دَيْنِهِ ، فقال النبي ﷺ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وليس لكم إِلَّا ذلك » . رواه مسلم^(٣) . ولأنَّه نَوْعُ تَكْشِيبٍ ، فلم يُجْبَرَ عليه ، كالتجارة .

(١) صحابي من جهينة ، يقال : إن اسمه الحباب بن أسد ، شهد فتح مصر وأقام بها ، مات في خلافة عثمان . الإصابة ٣ / ٤٤ ، ٤٥ .

(٢ - ٢) سقط من : ب ، م .

والحديث أخرجه الدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣ / ٦١ ، ٦٢ . كما أخرجه الطحاوي ، في : شرح معاني الآثار ٤ / ١٥٧ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٥٠ / ٦ .

(٣) في : باب استحباب وضع الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٩١ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب وضع الجائحة ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢ / ٢٤٨ . والترمذي ، في : باب ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣ / ١٥٥ . والنسائي ، في : باب وضع الجوائح ، وفي : باب الرجل يتاع البيع فيفلس ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٣٣ ، ٢٧٥ . وابن ماجه ، في : باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٦ .

فصل : وإن كان مُوسِرًا ، فلغريمه مُطالبته ، وعليه قضاؤه ؛ لقول النبي ﷺ : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . فَإِنْ أُنْبِئَ ، فَلَهُ حَبْسُهُ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لِيِ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرْضَهُ » . مِنْ « الْمُسْنَدِ » ^(٢) . فَإِنْ لَمْ يَقْضِهِ ، بَاعَ الْحَاكِمُ مَالَهُ ، وَقَضَى دَيْنَهُ ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : أَلَا ^(٣) إِنَّ أُسَيْفَعَ جُهَيْنَةَ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ ^(٤) وَأَمَانَتِهِ ^(٥) ، بِأَنْ يُقَالَ :

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب فى الحوالة وهل يرجع فى الحوالة ، وباب إذا أحوال على ملى فليس له رد ، من كتاب الحوالات ، وفى : باب مطل الغنى ظلم ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ١٢٣/٣ ، ١٥٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم مطل الغنى وصحة الحوالة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المطل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٢/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى مطل الغنى أنه ظلم ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦/٤٤ . والنسائى ، فى : باب مطل الغنى ، وباب الحوالة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٨/٧ ، ٢٧٩ . وابن ماجه ، فى : باب الحوالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٣/٢ . والدارمى ، فى : باب فى مطل الغنى ظلم ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦١/٢ . والإمام مالك ، فى : باب جامع الدين والحول ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٧٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٧١/٢ ، ٢٤٥ ، ٢٥٤ ، ٢٦٠ ، ٣١٥ ، ٣٧٧ ، ٣٨٠ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥ .

(٢) المسند ٢٢٢/٤ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الحبس بالدين وغيره ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٨٢/٢ . والنسائى ، فى : باب مطل الغنى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٨/٧ . وابن ماجه ، فى : باب الحبس فى الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨١١/٢ . وعلقه البخارى ، فى : باب لصاحب الحق مقال ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ٣/١٥٥ . وحسنه فى الإرواء ٥/٢٥٩ ، ٢٦٠ .

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٥) زيادة من : م .

سَبَقُ^(١) الْحَاجِّ . فَادَّانَ مُعْرِضًا ، ^(٢) فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ^(٢) مَالٌ فَلْيُخْضِرْ ، فَإِنَّا
بَائِعُو مَالِهِ وَقَاسِمُوهُ بَيْنَ غُرْمَائِهِ . ^(٣) رَوَاهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ بِنَحْوِهِ^(٣) . فَإِن
غَيَّبَ مَالَهُ ، حَبَسَهُ وَعَزَّرَهُ حَتَّى يُظْهِرَهُ ، وَلَا يَجُوزُ الْحَجَرُ عَلَيْهِ مَعَ إِمْكَانِ
الْوَفَاءِ ؛ لَعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ . وَإِن تَعَذَّرَ الْوَفَاءُ ، وَخِيفَ ^(٤) مِنْ تَصَرُّفِهِ^(٤) فِي
مَالِهِ ، مُحَجَّرَ عَلَيْهِ إِذَا طَلَبَهُ الْغُرْمَاءُ ؛ لِئَلَّا يَدْخُلَ الضَّرَرُ عَلَيْهِمْ .

فصل : فَإِنِ ادَّعَى الْإِعْسَارَ مَنْ لَمْ يُعْرِفْ لَهُ مَالٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ
يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ . وَإِن عُرِفَ لَهُ مَالٌ ، أَوْ كَانَ الْحَقُّ لَزِمَهُ فِي مُقَابَلَةِ
مَالٍ ، كَثْمَنِ مَبِيعٍ ، أَوْ قَرْضٍ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بَيِّنَةً ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ
الْمَالِ ، وَيُحْبَسُ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ . فَإِن قَالَ : غَرِمِي يَعْلَمُ إِعْسَارِي . فَعَلَى
غَرِيمِهِ الْيَمِينُ أَنَّهُ^(٥) لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ . وَإِن أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى تَلْفِ الْمَالِ ، فَعَلَيْهِ
الْيَمِينُ مَعَهَا أَنَّهُ مُعْسِرٌ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِهِذِهِ الْبَيِّنَةُ كَمَنْ لَمْ^(٦) يُعْرِفْ لَهُ مَالٌ .
وَإِن شَهِدَتْ بِإِعْسَارِهِ ، فَادَّعَى غَرِيمُهُ أَنَّ لَهُ مَالًا بَاطِنًا ، لَمْ يَلْزَمَهُ يَمِينٌ ؛ لِأَنَّهُ
أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعَى ، وَتُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ عَلَى التَّلْفِ وَإِن لَمْ يَكُنْ ذَا خِبْرَةٍ

(١) فِي النسخ عدا م : « سابق » .

(٢ - ٢) فِي النسخ عدا م : « فمن له » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ جَامِعِ الْقَضَاءِ وَكَرَاهِيَتِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصِيَّةِ . الْمَوْطَأُ ٢ /

٧٧٠ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٤٩ / ٦ .

(٤ - ٤) فِي س ٢ : « ما يصرفه » .

(٥) فِي م : « لأنه » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

باطِنَةً ؛ لَأَنَّهُ أَمْرٌ يُعْرَفُ^(١) بِالمُشَاهَدَةِ ، وَلَا تُسْمَعُ عَلَى الإِغْسَارِ^(٢) إِلَّا مِنْ أَهْلِ الْخَيْرَةِ بِحَالِهِ ؛ لَأَنَّهُ مِنَ الْأُمُورِ الْبَاطِنَةِ .

فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ، فَأَقْرَبَ بِهِ لغيرِهِ ، سُئِلَ الْمُقْرُّ لَهُ ، فَإِنْ كَذَّبَهُ ، يَبِيعُ فِي الدَّيْنِ ، وَإِنْ صَدَّقَهُ ، سُلِّمَ إِلَيْهِ . فَإِنْ قَالَ الْغَرِيمُ : أَخْلِفُوهُ أَنَّهُ صَادِقٌ . لَمْ يُسْتَحْلَفْ ؛ [١٦٧ ظ] لَأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ عَنِ الْإِقْرَارِ ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ . وَإِنْ طَلَبَ^(٣) يَمِينَ الْمُقْرِّ لَهُ ، أَخْلَفْنَاهُ^(٤) ؛ لَأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ قَبْلَ رُجُوعِهِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ مَالُهُ لَا يَفِي بِدَيْنِهِ ، فَسَأَلَ غُرْمَاؤُهُ الْحَاكِمَ الْحَجَرَ عَلَيْهِ ، لَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُمْ ؛ لِمَا رَوَى كَعْبُ بْنُ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ وَبَاعَ مَالَهُ .^(٥) رَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ بِنَحْوِهِ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ^(٦) . وَلَئِنْ فِيهِ دَفْعًا^(٧) لِلضَّرَرِ عَنِ الْغُرَمَاءِ^(٨) ، فَلَزِمَ ذَلِكَ ،

(١) فِي س ٢ : « يَعْتَرَف » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْل : « لَأَنَّ » .

(٣) فِي م : « طَلَق » .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ : م .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الطَّبْرَانِيُّ ، فِي : الْأَوْسَطِ ٤٣٧/٦ . وَالِدَارِقُطْنِيُّ ، فِي : سَنَنِهِ ٢٣١/٤ . وَالْحَاكِمُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكِ ٥٨/٢ . وَالْعَقِيلِيُّ ، فِي : الضَّعْفَاءِ الْكَبِيرِ ٦٨/١ . وَابِيهَقِي ، فِي : السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٤٨/٦ . كُلُّهُمْ عَنْ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ مَوْصُولًا . وَقَالَ الطَّبْرَانِيُّ : لَمْ يَرَوْهُ هَذَا الْحَدِيثُ مَوْصُولًا عَنْ مَعْمَرٍ إِلَّا هِشَامُ بْنُ يُوسُفَ ، تَفَرَّدَ بِهِ إِبْرَاهِيمُ بْنُ مَعَاوِيَةَ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ كَعْبٍ مَرْسَلًا . انْظُرْ : بَابُ مَا جَاءَ فِي التَّجَارَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُرَاسِيلُ ١٣١ .

وَانْظُرْ : التَّلْخِيسَ الْخَيْرَ ٣٧/٣ ، الْإِرْوَاءَ ٢٦٠/٥ - ٢٦٢ .

(٦ - ٦) فِي س ٢ : « عَنْ الضَّرَرِ لِلْغُرَمَاءِ » .

كقضائهم .

وَيُسْتَحَبُّ الْإِشْهَادُ عَلَى الْحَجَرِ ؛ لِيَعْلَمَ النَّاسُ حَالَهُ ، فَلَا يُعَامِلُوهُ إِلَّا عَلَى بَصِيرَةٍ .

وَيَتَعَلَّقُ بِالْحَجَرِ عَلَيْهِ أَرْبَعَةٌ^(١) أَحْكَامٌ ؛ أَحَدُهَا ، مَنَعُ تَصَرُّفِهِ فِي مَالِهِ ، فَلَا يَصِحُّ يَتَّعُهُ لَهُ^(٢) ، وَلَا هِبَتُهُ ، وَلَا وَقْفُهُ ، وَلَا غَيْرُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ حَجَرٌ ثَبَتَ بِالْحَاكِمِ ، فَمَنَعَ تَصَرُّفَهُ ، كَالْحَجَرِ لِلْسَّفَةِ . وَفِي الْعِثْقِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِذَلِكَ ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِمَالِهِ ، فَمَنَعَ صِحَّةَ عِثْقِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَرِيضًا . وَالثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عِثْقٌ مِنْ مَالِكٍ رَشِيدٍ صَحِيحٍ ، أَشْبَهَ عِثْقَ الرَّاهِنِ . وَإِنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ ، أَوْ عَيْنٍ فِي يَدِهِ ، كَالْقَصَارِ^(٣) وَالْحَائِكِ يُقَرُّ بِثَوْبٍ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ؛ لِذَلِكَ ، وَيَلْزَمُ فِي حَقِّهِ ؛ يُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ فِكِّ الْحَجَرِ عَنْهُ ، وَإِنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ فَتَكُلُّ عَنْهَا ، فَهُوَ كِإِقْرَارِهِ .

وَإِنْ تَصَرَّفَ فِي ذِمَّتِهِ بِشِرَاءٍ ، أَوْ اقْتِرَاضٍ ، أَوْ ضَمَانٍ ، أَوْ كِفَالَةٍ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلتَّصَرُّفِ ، وَالْحَجَرُ إِنَّمَا تَعَلَّقَ بِمَالِهِ دُونَ ذِمَّتِهِ . وَلَا يُشَارِكُ أَصْحَابُ هَذِهِ الدِّيُونِ الْغُرَمَاءَ ؛ لِأَنَّ مَنْ عَلِمَ مِنْهُمْ بِفَلْسِهِ فَقَدْ رَضِيَ بِذَلِكَ ، وَمَنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَهُوَ مُفَرِّطٌ . وَيَتَّبَعُونَهُ بَعْدَ فِكِّ الْحَجَرِ عَنْهُ ،^(٤) كَالْمُقَرَّرِ لَهُ^(٥) . وَهَلْ لِلْبَائِعِ وَالْمُقْرِضِ الرَّجُوعُ فِي أَغْيَانِ أَمْوَالِهِمَا إِنْ وَجَدَاهَا ؟ عَلَى

(١) فِي س ٢ : « ثَلَاثَةٌ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) الْقَصَارُ : مَنْ يَدُقُّ الثِّيَابَ وَيَبِيضُهَا .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : م .

وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهَا ذَلِكَ ؛ لِلْخَبِيرِ ، وَلِأَنَّهُ بَاعَهُ فِي وَقْتِ الْفَسْخِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ مُغْسِرًا بِنَفَقَتِهَا . وَالثَّانِي ، لَا فَسْخَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُمَا دَخَلَا عَلَى بَصِيرَةٍ بِخَرَابِ الذِّمَّةِ ، أَشْبَهَا مَنْ اشْتَرَى مَعِيًّا^(١) يَغْلُمُ عَيْنَيْهِ .

وَإِنْ جَنَى الْمُفْلِسُ جِنَايَةً تُوجِبُ مَالًا ، لَزِمَهُ ، وَشَارَكَ صَاحِبَهُ الْغُرْمَاءَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ بِغَيْرِ رِضَا مُسْتَحِقُّهُ ، فَوَجِبَ قَضَاؤُهُ مِنَ الْمَالِ ،^(٢) كَجِنَايَةِ عَبْدِهِ^(٣) . وَإِنْ ثَبَتَ عَلَيْهِ حَقٌّ بِسَبَبٍ قَبْلَ الْفَلْسِ بَيِّنَةٍ ، شَارَكَ صَاحِبَهُ الْغُرْمَاءَ ؛ لِأَنَّهُ غَرِيمٌ قَدِيمٌ ، فَهُوَ كَغَيْرِهِ .

فصل : الْحُكْمُ الثَّانِي ، أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ حُقُوقُ الْغُرْمَاءِ بِعَيْنِ مَالِهِ ، فَلَيْسَ لِبَعْضِهِمْ^(٤) الْأَخْتِصَاصُ بِشَيْءٍ مِنْهُ سِوَى مَا سَنَذْكُرُهُ . وَلَوْ قَضَى الْمُفْلِسُ أَوْ الْحَاكِمُ بَعْضَهُمْ وَحْدَهُ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُمْ^(٥) شُرَكَاءُوه ، فَلَمْ يَجُزِ اخْتِصَاصُهُ دُونَهُمْ .

وَلَوْ جَنَى عَلَيْهِ جِنَايَةً أُوجِبَتْ مَالًا ، أَوْ وَرَثَ مَالًا ، تَعَلَّقَتْ حُقُوقُهُمْ بِهِ . وَإِنْ أُوجِبَتْ قِصَاصًا ، لَمْ يَمْلِكُوا إِجْبَارَهُ عَلَى الْعَفْوِ إِلَى مَالٍ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِتَقْوِيَةِ الْقِصَاصِ الْوَاجِبِ لِحِكْمَةِ الْإِحْيَاءِ . وَلَا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ هَبَةٍ ، وَلَا صَدَقَةٍ ، وَلَا قَرْضٍ غَرَضٍ عَلَيْهِ ، وَلَا الْمَرْأَةُ عَلَى التَّزْوِجِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ

(١) بعده في م : «لم» .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل : «لأحدهم» .

(٤) في م : «لأنه» .

ضَرَرًا بِلُحُوقِ الْمِنَّةِ ، أَوْ ^(١) التَّزْوُجِ مِنْ غَيْرِ رَغْبَةٍ . وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ، لَمْ يُجْبِزْ عَلَى مَا فِيهِ الْحَظُّ مِنْ رَدٍّ أَوْ إِمْضَاءٍ ؛ لِأَنَّ الْفَلَسَ يَمْنَعُهُ إِحْدَاثُ الْعُقُودِ ، لَا إِمْضَاءَهَا ، وَلَيْسَ لِلْغُرَمَاءِ الْإِخْتِيَارُ ^(٢) ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ لَمْ يُشْرَطْ لَهُمْ . وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً بِشَرْطِ الثَّوَابِ ، لَزِمَ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ عَنْ مَالٍ ، فَلَزِمَهُ قَبُولُهُ ، كَثْمَنِ الْمَبِيعِ . وَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَ ثَمَنِ مَبِيعٍ ، وَلَا أَجْرَةَ ، وَلَا أَخْذَهُ رَدِيئًا ، وَلَا قَبْضَ الْمُسْلِمِ فِيهِ دُونَ صِفَتِهِ ، إِلَّا بِإِذْنِ الْغُرَمَاءِ ؛ [و١٦٨] لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

وَإِنْ ادَّعَى مَالًا لَهُ بِهِ شَاهِدٌ ، حَلَفَ وَثَبَّتَ الْمَالُ ، وَتَعَلَّقَتْ حُقُوقُهُمْ بِهِ ^(٣) ، وَإِنْ نَكَلَ لَمْ يَكُنْ لِلْغُرَمَاءِ أَنْ يَخْلِفُوا ؛ لِأَنَّ دَعْوَاهُمْ لِهَذَا الْمَالِ غَيْرُ مَسْمُوعَةٍ ، فَلَا تَثْبُتُ بِأَيْمَانِهِمْ ، كَالْأَجَانِبِ ، وَلَأَنَّهُمْ لَوْ حَلَفُوا لَحَلَفُوا عَلَى إِثْبَاتِ مَالٍ لغيرِهِمْ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي غُرَمَاءِ الْمَيْتِ إِذَا لَمْ يَخْلِفِ الْوَارِثُ ، لَمْ يَخْلِفُوا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : الحكم الثالث ، أَنَّ لِلْحَاكِمِ يَتَّعِ مَالَهُ ، وَقَضَاءَ دَيْنِهِ . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُحْضِرَهُ عِنْدَ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْرَفُ بِثَمَنِ مَالِهِ ، وَجَيِّدُهُ وَرَدِيئُهُ ، فَيَتَكَلَّمُ عَلَيْهِ وَهُوَ أَطْيَبُ لِقَلْبِهِ ، وَيُحْضِرُ الْغُرَمَاءَ ؛ لِأَنَّهُ أَبْعَدُ ^(٤) مِنَ التُّهْمَةِ ^(٤) ، وَرُبَّمَا رَغِبَ بَعْضُهُمْ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ ، فَزَادَ فِي ثَمَنِهِ ، أَوْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَأَخَذَهَا . فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَوْكُولٌ إِلَيْهِ .

(١) فِي م : «و» .

(٢) فِي م : «الخير» .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤ - ٤) فِي ف : «للتهمة» .

وَيُقِيمُ مُنَادِيًا يُنَادِي عَلَى الْمَتَاعِ ، فَإِنْ عَيَّنَ الْغُرْمَاءُ وَ^(١) الْمُقْلِسُ مُنَادِيًا
ثِقَةً ، أَمْضَاهُ الْحَاكِمُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثِقَةً ، رَدَّه^(٢) ؛ لِأَنَّ لِلْحَاكِمِ نَظْرًا ، فَإِنَّهُ
رُبَّمَا ظَهَرَ غَرِيمٌ آخَرُ . وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي الْمُنَادِي ، قَدَّمَ الْحَاكِمُ أَوْثَقَهُمَا
وَأَعْرَفَهُمَا . فَإِنْ تَطَوَّعَ بِالنَّدَاءِ ثِقَةً ، لَمْ يَسْتَأْجِرْ ؛ لِأَنَّ فِيهِ بَذْلَ الْأَجْرَةِ مِنْ
غَيْرِ حَاجَةٍ ، وَإِنْ عُذِمَ ، بُذِلَتِ الْأَجْرَةُ مِنْ مَالِ الْمُقْلِسِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ حَقٌّ
عَلَيْهِ ، وَيُقَدَّمُ عَلَى الْغُرْمَاءِ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعْطَ ، لَمْ يُنَادِ . وَكَذَلِكَ أُجْرَةُ
مَنْ يَحْفَظُ الْمَتَاعَ وَالشَّمْنَ وَيَحْمِلُهُ .

وَيُبَاعُ كُلُّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ السُّوقِ أَعْرَفُ بِقِيَمَةِ الْمَتَاعِ
وَأَرْغَبُ ، وَطُلَّابُهُ فِيهِ أَكْثَرُ . فَإِنْ بَاعَهُ فِي غَيْرِهِ بِشَمْنٍ مِثْلِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا
أَدَّاهُ اجْتِهَادُهُ إِلَى ذَلِكَ لِمَصْلَحَةٍ فِيهِ .

وَيَبْدَأُ بَبَيْعِ مَا يُشْرِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ؛ لِأَنَّ فِي تَأْخِيرِهِ هَلَاكَهُ ، ثُمَّ بِالْحَيَوَانِ ؛
لِأَنَّهُ يَخْتِاجُ إِلَى الْعَلْفِ ، وَيُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ ، ثُمَّ بِالْأَثَاثِ ؛ لِأَنَّهُ يُخْشَى
تَلْفُهُ ، وَتَنَالُهُ الْيَدُ ، ثُمَّ بِالْعَقَارِ ؛ لِأَنَّهُ أَبْعَدُ تَلَفًا ، وَتَأْخِيرُهُ أَكْثَرُ لَطَالِبِيهِ^(٣) ،
فَيَزِدَادُ ثَمَنُهُ .

وَمَنْ وَجَدَ مِنَ الْغُرْمَاءِ عَيْنَ مَالِهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا . وَمَنْ اكْتَرَى مِنَ
الْمُقْلِسِ دَارًا ، أَوْ ظَهَرََا بَعَيْنِهِ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ
عَيْنَهُ قَبْلَ إِفْلَاسِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ اشْتَرَى مِنْهُ عَبْدًا . وَإِنْ اكْتَرَى مِنْهُ ظَهْرًا فِي

(١) فِي م : « أَوْ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي ف : « الْحَاكِمُ » .

(٣) فِي م : « لِمَطَالِبَتِهِ » .

الذِّمَّةُ ، فهو أَسْوَةُ الْغُرَمَاءِ^(١) ؛ لَأَنَّ دَيْنَهُ فِي الذِّمَّةِ ، أَشْبَهَ سَائِرَ الْغُرَمَاءِ .

وإن كان في المتاع رَهْنٌ ، أو جانٍ ، قُدِّمَ الْمُزْتَهِنُ^(٢) وَالْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِثَمَنِهِ ؛ لَأَنَّ الْمُزْتَهِنَ لَمْ يَرْضَ بِمُجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ ، وَحَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ يُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الْمُزْتَهِنِ ، فَعَلَى غَيْرِهِ أَوْلَى . وَإِنْ فَضَّلَ مِنْهُ فَضْلٌ ، رَدَّهُ عَلَى التَّرِكَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِحَقِّهِمَا ، فَلَا شَيْءَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي غَيْرِ الْجَانِي ، وَيَضْرِبُ الْمُزْتَهِنُ مَعَ الْغُرَمَاءِ بِنَاقِي دَيْنِهِ ؛ لَأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِالذِّمَّةِ مَعَ تَعَلُّقِهِ بِالْعَيْنِ .

وإن يَبِعَ لَهُ مَتَاعٌ ، فَهَلْكَ ثَمَنُهُ ، وَاسْتَحَقَّ الْمَبِيعُ ، رَجْعَ الْمُشْتَرِي بِثَمَنِهِ . وَهَلْ يُقَدَّمُ عَلَى الْغُرَمَاءِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقَدَّمُ ؛ لِأَنَّ فِي تَقْدِيمِهِ مَصْلَحَةً ، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يُقَدَّمْ ، تَجَنَّبَ النَّاسُ شِرَاءَ مَا لَهُ ؛ خَوْفًا مِنْ الِاسْتِحْقَاقِ ، فَيَقِلُّ ثَمَنُهُ ، فَقُدِّمَ بِهِ ، كَأَجْرَةِ الْمُنَادِي . وَالثَّانِي ، لَا يُقَدَّمُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَزِمَهُ بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِهِ ، أَشْبَهَ أَرْشَ جِنَايَتِهِ .

ثُمَّ يُقْسِمُ مَا اجْتَمَعَ مِنْ مَالِهِ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ عَلَى قَدْرِ دُيُونِهِمْ ، فَإِنْ ظَهَرَ غَرِيمٌ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ، تُقْضَتْ وَشَارَكَهُمْ ؛ لِأَنَّهُ غَرِيمٌ لَوْ كَانَ حَاضِرًا لَشَارَكَهُمْ ، فَإِذَا ظَهَرَ بَعْدَ ذَلِكَ ، قَاسَمَهُمْ ، كَمَا لَوْ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ غَرِيمٌ بَعْدَ قَسَمِ مَالِهِ . وَإِنْ أَكْرَى^(٤) دَارَهُ عَامًّا ، وَقَبِضَ أَجْرَتَهَا فَقُسِمَتْ ، ثُمَّ انْهَدَمَتْ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « الراهن » .

(٣) في م : « أو » .

(٤) في م : « كرى » .

الدار، رَجَعَ الْمُكْتَرَى عَلَى الْمُفْلِسِ بِأُجْرَةٍ مَا بَقِيَ، وَشَارَكَهُمْ فِيمَا اقْتَسَمُوهُ؛
لأنَّه [١٦٨ظ] دَيْنٌ وَجِبَ بِسَبَبِ قَبْلِ الْحَجَرِ، فَشَارَكَ بِهِ الْغُرَمَاءُ، كَمَا لَوْ
انْهَدَمَتْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ.

فصل: الحُكْمُ الرَّابِعُ، أَنَّ مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ عِنْدَهُ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا؛ لِمَا
رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ
أَفْلَسَ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١).

وله الخيارُ بينَ أَخْذِهِ، أَوْ تَرْكِهِ وَلَهُ أَسْوَةُ الْغُرَمَاءِ، سَوَاءٌ كَانَتِ السَّلْعَةُ
مُسَاوِيَةً لثَمَنِهَا أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ؛ لِأَنَّ الْإِعْسَارَ سَبَبٌ^(٢) لِلْفَسْخِ، فَلَا يُوجِبُهُ،
كَالْعَيْبِ، وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى حَاكِمٍ؛ لِلْخَبَرِ، وَلأنَّه فَسَخٌ ثَبَتَ بِنَصِّ السُّنَّةِ،
فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى حَاكِمٍ، كَفَسْخِ النِّكَاحِ بِالْعِتْقِ تَحْتَ الْعَبْدِ. وفيه وَجْهَانِ؛

(١) أخرجه البخاري، في: باب إذا وجد ماله عند مفلس... من كتاب الاستقراض. صحيح
البخاري ٣/١٥٥، ١٥٦. ومسلم، في: باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس...
من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٣/١١٩٣.

كما أخرجه أبو داود، في: باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، من كتاب
الإجارة. سنن أبي داود ٢/٢٥٧. والترمذي، في: باب ما جاء إذا أفلس وللرجل غريم فيجد
عنده متاعه، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/٢٦٦. والنسائي، في: باب الرجل يبتاع
البيع فيفلس، ويوجد المتاع بعينه، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/٢٧٤. وابن ماجه، في: باب
من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، من كتاب الأحكام. سنن ابن ماجه ٢/٧٩٠.
والدارمي، في: باب في من وجد متاعه عند المفلس، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢/٢٦٢.
والإمام مالك، في: باب ما جاء في إفلاس الغريم، من كتاب البيوع. الموطأ ٢/٦٧٨. والإمام
أحمد، في: المسند ٢/٢٢٨، ٢٥٨، ٣٤٧، ٤٧٤.

(٢) في م: «ثبت».

أحدهما، أَنَّ الخيارَ على التَّراجِي ؛ لَأَنَّهُ رُجُوعٌ لَا يَسْقُطُ إِلَى عَوَضٍ ،
فَكَانَ عَلَى التَّراجِي ، كَالرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ . وَالثَّانِي ، هُوَ عَلَى الْفَوْرِ . اخْتَارَهُ
الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ فِي تَأْخِيرِهِ إِضْرَارًا بِالْغُرَمَاءِ ، لِتَأْخِيرِ حُقُوقِهِمْ ، وَلَأَنَّهُ خِيَارٌ
ثَبَّتَ فِي الْمَبِيعِ ^(١) لِنَقْصٍ فِي الْعَوَضِ ، أَشْبَهَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ . فَإِنْ حَكَمَ حَاكِمٌ
بِسُقُوطِ الْخِيَارِ فَقَالَ أَحْمَدُ : يُنْقَضُ حُكْمُهُ ؛ لَأَنَّهُ يُخَالِفُ صَرِيحَ السُّنَّةِ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُنْقَضَ ؛ لَأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ .

وَلَوْ بَدَّلَ الْغُرَمَاءُ لَصَاحِبِ السَّلْعَةِ ثَمَنَهَا لِيَتْرَكَهَا ، لَمْ يَلْزَمَهُ قَبُولُهُ ؛
لِلْخَبَرِ ، وَلَأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِدَفْعِ الْحَقِّ ^(٢) مِنْ غَيْرِ ^(٣) مَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ الْمُسْتَحِقُّ
عَلَى قَبُولِهِ ، كَمَا لَوْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةٍ زَوْجَتَهُ فَبَدَّلَهَا غَيْرَهُ . وَسَوَاءٌ مَلَكَهَا الْمُفْلِسُ
بِئْتِيعٍ أَوْ قَرْضٍ ؛ لِعُمُومِ الْخَبَرِ . وَلَوْ أَصْدَقَ امْرَأَةً مَالًا وَأَفْلَسَتْ قَبْلَ دُخُولِهِ
بِهَا ، ثُمَّ ارْتَدَّتْ ، أَوْ طَلَّقَهَا ، وَوَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا .

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ شَيْئًا فَأَفْلَسَ قَبْلَ مُضِيِّ ^(٣) شَيْءٍ مِنْ ^(٣) الْمُدَّةِ ، فَلِلْمُؤْجِرِ
الرُّجُوعُ فِيهِ ؛ لَأَنَّهُ وَجَدَ ^(٤) عَيْنَ مَالِهِ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ ، فَهُوَ غَرِيمٌ
بِالْأَجْرَةِ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ شَيْءٍ مِنْهَا ، فَهُوَ غَرِيمٌ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ كَالْمَبِيعِ ^(٥) ،
وَمُضِيُّ بَعْضِهَا كَتَلَفٌ بِغَضِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ الْفَسْخُ . فَإِنْ كَانَ

(١) فِي م : « الْبَيْع » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « بَغِير » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « كَالْبَيْع » .

للمُفْلِسِ زَرْعٌ ، فعليه تَبَقِيَّتُهُ بِأَجْرَةِ مِثْلِهِ .

فصل : ولا يَمْلِكُ الرَّجُوعُ إِلَّا بِشُرُوطِ خَمْسَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَجِدَهَا سَالِمَةً ، فَإِنْ تَلَفَ بَعْضُهَا ، أَوْ بَاعَهُ الْمُفْلِسُ ، أَوْ وَهَبَهُ ^(١) ، أَوْ وَقَفَهُ ، فَلَهُ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(٢) . والذي تَلَفَ بَعْضُهُ ^(٣) لم تُوجَدْ عَيْنُهُ . فَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ عَبْدَيْنِ ، أَوْ ثَوَيْنِ ، فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا أَوْ بَعْضُهُ ، فَفِي السَّالِمِ مِنْهُمَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ الرَّجُوعُ فِيهِ بِقِسْطِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِدِ الْمَبِيعَ بِعَيْنِهِ ، أَشْبَهَ الْعَيْنَ الْوَاحِدَةَ . وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ شَجَرَةً مُثْمِرَةً ^(٤) ، فَتَلَفَتْ ثَمَرُهَا ، فَلَهُ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُمَا كَالْعَيْنِ الْوَاحِدَةِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الثَّمَرَةُ مُؤَبَّرَةً حِينَ الْبَيْعِ ، فَاشْتَرَطَهَا الْمُبْتَاعُ ، فَهِيَ كَالْعَيْنَيْنِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَةَ لَا تَتَّبِعُ الْأَصْلَ ، فَهِيَ كَالْوَلَدِ الْمُتَفَصِّلِ .

وإِنْ نَقَصَ الْمَبِيعُ صِفَةً ، مِثْلَ أَنْ هُزِلَ ، أَوْ نَسِيَ صِنَاعَةً ، أَوْ كَبِرَ ، أَوْ كَانَ ثَوْبًا فَخُلِقَ ، لَمْ يَمْنَعْ الرَّجُوعُ ؛ لِأَنَّ فَقْدَ الصِّفَةِ لَا يُخْرِجُهُ عَنْ كَوْنِهِ عَيْنَ الْمَالِ ، فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَخْذِهِ نَاقِصًا ، أَوْ يَكُونُ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ بِكُلِّ الثَّمَنِ . وَإِنْ فُقِئَتْ عَيْنُهُ ، فَهُوَ كَتَلَفِ بَعْضِهِ . وَإِنْ شُجَّ ، أَوْ جُرِحَ ، أَوْ افْتُضَّتِ الْبِكْرُ ، فَكَذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصُ جُزْءٍ يَنْقُصُ قِيَمَتَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ فُقِئَتْ عَيْنُهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَهُ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ فَقْدُ

(١) فِي ب : « رهنه » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٥ .

(٣) بعده في الأصل : « و » .

(٤) فِي س ٢ : « واحدة » .

صِفَةٍ ، فهو كالهُزَالِ . [١٦٩و] ثم إن كان لا أَرَشَ له ؛ لَكَوْنِهِ حَصَلَ بِفِعْلِ
 اللَّهُ تَعَالَى ، أَوْ فِعْلِ الْمُفْلِسِ ، فلا شَيْءَ لِلْبَائِعِ مع الرُّجُوعِ ، وإن كان له
 أَرَشٌ ، فَلِلْبَائِعِ إِذَا رَجَعَ أَنْ يَضْرِبَ مع الغُرْمَاءِ بِحِصَّةٍ ما نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهِ ،
 فَيَنْظُرُ ما نَقَصَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، فَيَرْجِعُ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَى
 الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ بِالثَّمَنِ ، وَالْأَرَشُ لِلْمُفْلِسِ عَلَى الْجَانِي .

فصل : فإن كان المبيعُ زَيْتًا ، فَخَلَطَهُ بِزَيْتٍ آخَرَ ، أَوْ لَتَّ بِهِ سَوِيقًا ، أَوْ
 صَبَغًا فَصَبَغَ بِهِ ثَوْبًا ، أَوْ مَسَامِيرَ فَسَمَّرَ بِهَا بَابًا ، أَوْ حَجَرًا فَبَنَى بِهِ ، أَوْ لَوْحًا
 فَجَعَلَهُ فِي سَفِينَةٍ أَوْ سَقْفٍ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ لَا
 يَقْدِرُ عَلَى اخْتِذِ عَيْنِ مَالِهِ فِي بَعْضِ الصُّورِ ، وَلَا يَقْدِرُ فِي بَعْضِهَا إِلَّا
 بِإِثْلَافِ مَالِ الْمُفْلِسِ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ . وَإِنْ كَانَتْ حِنْطَةً ،
 فَطَحَنَهَا أَوْ زَرَعَهَا ، أَوْ دَقِيقًا فَخَبَرَهُ ، أَوْ زَيْتًا فَعَمِلَهُ صَابُونًا ، أَوْ غَزَلًا
 فَنَسَجَهُ ، أَوْ ثَوْبًا فَجَعَلَهُ قَمِيصًا ، أَوْ حَبًّا فَصَارَ زَرْعًا ، أَوْ يَبُضًا فَصَارَ فَرْخًا ،
 أَوْ نَوَى فَنَبَتَ شَجَرًا ، أَوْ نَحَوَهُ مِمَّا يُزِيلُ اسْمَهُ ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِدْ
 مَتَاعَهُ بَعِينَهُ ؛ لِتَعَدُّرِ اسْمِهِ وَصِفَتِهِ .

فصل : وإن اشترى ثوبًا فصَبَغَهُ أَوْ قَصَرَهُ ، أَوْ سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِزَيْتٍ ،
 فَلِصَاحِبَيْهِمَا الرُّجُوعُ فِيهِمَا^(١) ؛ لِأَنَّ عَيْنَ مَالِهِمَا قَائِمَةٌ مُشَاهِدَةٌ ، لَمْ يَتَغَيَّرِ
 اسْمُهَا وَلَا صِفَتُهَا ، وَيَصِيرُ الْمُفْلِسُ شَرِيكَهُمَا بِمَا زَادَ عَنْ قِيَمَتَيْهِمَا^(٢) ؛ لِأَنَّ مَا
 حَصَلَ مِنْ زِيَادَةِ الْقِيَمَةِ بِالصَّبْغِ وَغَيْرِهِ ، فَهِيَ لِلْمُفْلِسِ ؛ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ بِفِعْلِهِ

(١) فِي س ١ ، س ٢ ، ب : « فِيهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « قِيَمَتُهَا » .

فِي مِلْكِهِ . وَإِنْ نَقَصَ الثَّوبُ ، لَمْ يَمْنَعْ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصُ صِفَةٍ ، فَهُوَ كَالْهُزَالِ . وَإِنْ لَمْ يَزِدْ بِالْقِصَارَةِ ، سَقَطَ حُكْمُهَا ؛ لِعَدَمِ أَثَرِهَا فِي الزِّيَادَةِ .

وَإِنْ اشْتَرَى أَرْضًا فزَرَعَهَا ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ فِيهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَيَكُونُ الزَّرْعُ ^(١) مُبَقًى إِلَى الْحَصَادِ بِغَيْرِ أُجْرَةٍ ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ فِي مُقَابَلَةِ الْأَرْضِ ، لَا فِي مُقَابَلَةِ الْمَنْفَعَةِ ، فَإِذَا فَسَخَ ، عَادَتْ إِلَيْهِ الرَّقَبَةُ دُونَ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَشْنَاءِ شَرْعًا ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ أُمَّةٌ فزَوَّجَهَا ، ثُمَّ رَجَعَ فِيهَا دُونَ مَنفَعَةٍ بَعْضِهَا ^(٢) .

فصل : الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ لَا يَكُونَ الْبَائِعُ قَبْضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ، فَإِنْ قَبْضَ بَعْضَهُ ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « أَيْمًا رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً ، فَأَذْرَكَ سِلْعَتَهُ بَعِيْنَهَا عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، وَلَمْ يَكُنْ قَبْضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ، فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ قَبْضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ، فَهُوَ أَسْوَةُ الْغُرَمَاءِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٣) . وَلِأَنَّ فِي الرُّجُوعِ بِالْبَاقِي تَبْعِيضَ الصَّفَقَةِ عَلَى الْمُفْلِسِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا ^(٤) .

(١) سقط من : م .

(٢) فِي الْأَصْلَ : « بَعْضُهَا » .

(٣) فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَفْلِسُ فَيَجِدُ الرَّجُلَ مَتَاعَهُ بَعِيْنَهُ عِنْدَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢٥٧/٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ بَعِيْنَهُ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٧٩٠/٢ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنُ الدَّارِقُطْنِيِّ ٣/٢٩ ، ٣٠ .

(٤) سقط من : م .

فصل : الشرط الثالث ، أن لا يتعلّق بها حق غير المقلّس ، فإن خرّجت عن ملكه بيّع أو غيره ، لم يزجّع ؛ لأنّه تعلّق بها حق غيره ، أشبه ما لو أعتّقها . وإن رهنها ، سقط الرجوع ؛ لذلك . وإن تعلّق بها أرش^(١) جناية ، سقط الرجوع ؛ لأنّه يُقدّم على حق المُرتهن ، فهو أولى بالمنع . ويتوجّه أن لا يمتنع ؛ لأنّه لا يمتنع تصرّف المشتري ، بخلاف الرهن . فعلى هذا ، إن شاء رجع فيها^(٢) ناقصة بعيب الجناية ، وإن شاء فله أسوة الغرماء ، فإن كان دين الرهن^(٣) أو أرش الجناية بقدر بعضه ، منع الرجوع في الجميع ؛ لأنّه معنى منع الرجوع في بعضها ، فمنعه في جميعها ، كبيع بعضها . وقال القاضي : يزجّع في باقيها بقسطه ؛ لأنّه لا مانع فيه .

وإن كان المبيع شقّصا مشفوعا ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، للبائع الرجوع . [١٦٩ ظ] اختاره ابن حامد ؛ للخبر ، ولأنّه إذا رجع فيه ، عاد الشقص إليه ، فزال الضرر عن^(٤) الشفيع^(٥) ؛ لعدم شريكه غير البائع . والثاني ، الشفيع أحق ؛ لأنّ حقه أكّد ، بدليل أنّه يتشرّع الشقص من المشتري ، ومُن نقله إليه المشتري ، بخلاف البائع . وإن باعه المقلّس أو وهبه ، ثم عاد إليه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، له الرجوع ؛ للخبر ، ولأنّه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره ، أشبه إذا لم يبعه . والثاني ، لا يزجّع ؛

(١) في ف : « حق » .

(٢) في م : « فيه » .

(٣) في م : « الغرماء » .

(٤) في الأصل : « على » .

(٥) في م : « المبيع » .

لأنَّ هذا المِلكَ لم يَنْتَقِلْ إليه منه ، فلم يَمْلِكْ فَسَخَهُ .

وإن كان المَبِيعُ صَيِّدًا ، فَوَجَدَهُ البَائِعُ بعدَ أن أُحْرِمَ ، سَقَطَ الرُّجُوعُ ؛
لأنَّه تَمَلَّكَ لِلصَّيْدِ ، فلم يَجُزْ مع الإِحْرَامِ كِشْرَائِهِ .

فصل : الشَّرْطُ الرَّابِعُ ، كَوْنُ الْمُفْلِسِ حَيًّا ، فَإِنْ مَاتَ فَالْبَائِعُ أُسْوَةٌ
الْغُرْمَاءِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « فَإِنْ مَاتَ ، فَصَاحِبُ
الْمَتَاعِ أُسْوَةٌ الْغُرْمَاءِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) . وَفِي لَفْظٍ : « أَيْمًا أَمْرِيَّ مَاتَ وَعِنْدَهُ
مَالٌ أَمْرِيٌّ بَعِيْنِهِ ، اقْتَضَى مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا أَوْ لَمْ يَقْتَضِ ، فَهُوَ أُسْوَةٌ الْغُرْمَاءِ » .
رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ^(٢) . وَلِأَنَّ الْمِلْكَ انْتَقَلَ عَنِ الْمُفْلِسِ ، فَسَقَطَ الرُّجُوعُ فِيهِ ،
كَمَا لَوْ بَاعَهُ .

فصل : الشَّرْطُ الْخَامِسُ ، أَنْ لَا يَزِيدَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ؛ كَالسَّمَنِ ، وَالْكَبْرِ ،
وَتَعْلُمُ صَنْعَةً ، فَإِنْ وُجِدَ ذَلِكَ ، مَنَعَ الرُّجُوعَ . ذَكَرَهُ الْخَرَقِيُّ ؛ لِأَنَّهُ فَسَخَ
بَسَبَبِ حَادِثٍ ، فَمَنْعَتْهُ الزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ ، كَالرُّجُوعِ فِي ^(٣) الصَّدَاقِ لِلطَّلَاقِ
قَبْلَ الدُّخُولِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، لَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلِأَنَّهُ فَسَخَ ، فَلَمْ تَمْنَعْهُ
الزِّيَادَةُ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ .

فَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ ؛ كَالْوَلَدِ ، وَالثَّمَرَةِ الظَّاهِرَةِ ، وَالْكَسْبِ ، فَلَا تَمْنَعُ

(١) فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَفْلِسُ فَيَجِدُ الرَّجُلَ مَتَاعَهُ بَعِيْنَهُ عِنْدَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنُ أَبِي
دَاوُدَ ٢٥٧/٢ .

(٢) فِي : بَابِ مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ بَعِيْنَهُ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٢/
٧٩١ .

(٣) فِي ب : « إِلَى » .

الرَّجُوعُ ؛ لَأَنَّهُ يُمَكِّنُ الرَّجُوعُ فِي الْعَيْنِ دُونَهَا ، وَالزِّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا نَمَاءٌ مِلْكُهُ الْمُتَفَصِّلُ ، فَكَانَتْ لَهُ ، كَمَا لَوْ رَدَّهَا بَعِيبٌ ، وَرَجَعَتْ إِلَى الزَّوْجِ بِالطَّلَاقِ ، وَلِأَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ » . ^(١) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَغَيْرُهُ . يَدُلُّ عَلَى أَنَّ النَّمَاءَ لِلْمُشْتَرَى ؛ لَكَوْنِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هِيَ لِلْبَائِعِ ؛ قِيَاسًا عَلَى الْمُتَّصِلَةِ . وَالْفَرْقُ ظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّ الْمُتَّصِلَةَ تَتَّبِعُ فِي الْفُسُوحِ دُونَ الْمُتَفَصِّلَةِ .

فصل : فَإِنْ بَاعَهَا حَائِلًا فَحَمَلَتْ ، فَالْحَمْلُ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ؛ لَأَنَّهُ يَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ ، وَلَا يُمَكِّنُ الرَّجُوعُ فِيهَا دُونَهُ ، فَهُوَ كَالسَّمَنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَزْجَعَ فِيهَا دُونَ وَلِيدِهَا ، يَتَرَبَّصُ بِهِ حَتَّى تَضَعَ ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ لَا تَفْصَالَهُ غَايَةٌ ، فَأَشْبَهَ الثَّمَرَةَ . وَإِنْ أَفْلَسَ بَعْدَ وَضْعِهَا ، فَهُوَ زِيَادَةٌ مُتَفَصِّلَةٌ ، لَهُ الرَّجُوعُ فِي الْأُمِّ دُونَ الْوَلَدِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ أُمَةً ، فَلَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَ دَفْعِ قِيمَةِ الْوَلَدِ ^(٢) لِيَمْلِكَهُمَا ، وَبَيْنَ بَيْعِهِمَا ^(٣) مَعًا ، فَيَكُونُ لَهُ مِنَ الثَّمَنِ مَا يَخُصُّ الْأُمَّ . وَإِنْ بَاعَهَا حَامِلًا فَلَمْ تَزِدْ قِيمَتُهَا ، فَلَهُ الرَّجُوعُ ، وَإِنْ زَادَتِ الْقِيمَةُ لِكَبَرِ ^(٣) الْحَمْلِ أَوْ وَضْعِهِ ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . وَإِنْ زَادَ أَحَدُهُمَا ، خُرِجَ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ عَيْنَتَيْنِ فَتَلَفَتْ إِحْدَاهُمَا . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ الرَّجُوعُ فِيهِمَا عَلَى كُلِّ حَالٍ . وَمَنْ جَعَلَ الْحَمْلَ لَا مُحْكَمَ لَهُ ، جَعَلَ مُحْكَمَهَا مُحْكَمَ الْمَبِيعَةِ حَائِلًا سَوَاءً .

(١ - ١) زيادة من : س ١ .

والحديث تقدم تخريجه في صفحة ٧٤ .

(٢ - ٢) في الأصل : « لئلا يبيعها » .

(٣) في الأصل : « لكثرة » .

فصل : فإن باع نخلًا حائلًا فأطلعت ، ثم أفلس المشتري قبل تأبيرها ، فالطلع زيادة متصلة ؛ لأنها تتبع في البيع . وقال ابن حامد : حكمها حكم المنفصل ؛ لأنه يمكن فصله وإفراذه بالبيع ، بخلاف السمن . وإن أفلس بعد تأبيرها ، [١٧٠] فهي زيادة منفصلة ، تكون للمفلس متروكة إلى الجذاذ ، كما لو اشترى النخل . وكذلك الحكم في سائر الشجر ، وفي الأرض يثبت فيها الزرع . فإن اتفق المفلس والغرماء على تبقيته أو قطعه ، فلهم ذلك ، وإن اختلفوا ، وله قيمة مقطوعًا ، قدم قول من طلب القطع ؛ لأنه أقل غررًا ^(١) ، ولأن الطالب للقطع إما غريم يطلب حقه ، أو مفلس يطلب تبرئة ذمته .

فإن أقر المفلس للبائع بالطلع ، لم يقبل إقراره ؛ لأنه يسقط ^(٢) به ^(٣) حق الغرماء ، فلم يقبل ، كإقراره بغريم آخر ، وعلى الغرماء اليمين أنهم ^(٤) لا يعلمون بوجوع البائع قبل التأبير ؛ لأن اليمين تثبت في جنبتهم ابتداء . وإن أقر الغرماء ، لم يقبل ؛ لأن الملك للمفلس ، ويخلف المفلس ، ويثبت الطلع له ، ينفرذ به ^(٥) دونهم ؛ لإقرارهم أنه لا حق لهم فيه ، وله تخصيص بعضهم فيه ، وقسمته بينهم ، فمن أباه ، قيل له : إما أن تأخذه أو ^(٦) تبرئه .

(١) في م : « عذرا » .

(٢) في ف : « يطل » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « لأنهم » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في الأصل : « وإما أن » .

لأنَّه للمُفْلِسِ حُكْمًا ، فَقَدْ قَضَاهُمْ مَا ثَبَتَ لَهُ ، فَلَزِمَهُمْ قَبُولُهُ ، كَمَا لَوْ أَدَّى
الْمُكَاتِبُ نُجُومَهُ ^(١) ، فَادَّعَى سَيِّدُهُ تَحْرِيمَهُ . فَإِنْ قَبَضُوا الثَّمَرَةَ بَعِينَهَا ، لَزِمَهُمْ
رَدُّهَا إِلَى الْبَائِعِ ؛ لِإِقْرَارِهِمْ لَهَا بِهَا ، وَإِنْ قَبَضُوا ثَمَنَهَا ، لَمْ يَلْزِمَهُمْ رَدُّهُ ؛
لأنَّهم إِنَّمَا اعْتَرَفُوا لَهُ بِالْعَيْنِ لَا بِالثَّمَنِ . وَإِنْ شَهِدَ الْغُرْمَاءُ لِلْبَائِعِ بِالطَّلَعِ وَهُمْ
عُدُولٌ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ غَيْرُ مُتَّهِمِينَ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى أَرْضًا فَعَرَسَهَا ، أَوْ بَنَى فِيهَا ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَلِلْبَائِعِ
الرُّجُوعُ فِي الْأَرْضِ ، ثُمَّ إِنْ طَلَبَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرْمَاءُ قَلْعَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ ،
فَلَهُمْ ذَلِكَ ، وَعَلَيْهِمْ ضَمَانُ مَا نَقَصَهَا الْقَلْعُ ، وَتَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ
حَصَلَ بِفِعْلِهِمْ لِتَخْلِيصِ ^(٢) مِلْكِهِمْ ، فَأُشْبِهَ الْمُشْتَرِيَّ مَعَ الشَّفِيعِ . وَإِنْ ^(٣) أَبَوَا
الْقَلْعَ ^(٣) ، فَلِلْبَائِعِ دَفْعُ قِيَمَتِهِ وَبِمِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ لغيرِهِ فِي مِلْكِهِ بِحَقٍّ ،
فمَلَكَ ذَلِكَ ، كَالشَّفِيعِ . وَإِنْ أَتَى ذَلِكَ ، سَقَطَ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا
عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَلِأَنَّ عَيْنَ مَالِهِ مَشْغُولَةٌ بِمَلَكَ غَيْرِهِ ، أَشْبَهَ الْحَجَرَ الْمَبْنِيَّ
عَلَيْهِ . هَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّ
شُغْلَ مِلْكِهِ بِمَلَكَ غَيْرِهِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ إِذَا كَانَ أَضْلًا ، كَالثَّوْبِ إِذَا صُبِغَ .
فَإِذَا رَجَعَ فَاتَّفَقَ الْجَمِيعُ عَلَى الْبَيْعِ ، يَبِعُ ، وَأُعْطِيَ كُلُّ وَاحِدٍ حَقَّهُ ، وَإِنْ أَتَى
بَعْضُهُمْ ، اخْتَمَلَ أَنْ يُجْبَرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى يَنْفَصِلُ بِهِ أَحَدُهُمَا عَنْ
صَاحِبِهِ ، أَشْبَهَ يَبِعَ الثَّوْبِ الْمَصْبُوغَ . وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يُجْبَرَ صَاحِبُ الْأَرْضِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « غَرَمَهُ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « حَقَّهُمْ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « نَوَى الْقَطْع » .

وَيُبَاعُ الشَّجَرُ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُمَكِّنٌ ، بِخِلَافِ الصَّبْغِ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى غَرَسًا فغَرَسَهُ ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَلَمْ يَزِدْ ، فَلِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ فِيهِ ، وَيَقْلَعُهُ ، وَيُضْمَنُ النُّقْصَ ، فَإِنْ أَتَى قَلْعَهُ ^(١) فَبَذَلَ الْمُفْلِسُ ^(٢) وَالْغَرْمَاءُ ^(٣) قِيَمَتَهُ لِيَمْلِكُوهُ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ ، كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَإِنْ أَرَادُوا قَلْعَهُ ، فَلَهُمْ ^(٤) ذَلِكَ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ الْمُفْلِسَ اشْتَرَاهُ مَقْلُوعًا ، فَلَمْ يَلْزَمْهُمْ مَعَ رَدِّهِ كَذَلِكَ شَيْءٌ آخَرُ ، وَلَا إِتْقَاؤُهُ فِي أَرْضِهِمْ بغير استحقاق . وَإِنْ زَادَ ، سَقَطَ الرَّجُوعُ فِي قَوْلِ الْخَرَقِيِّ . وَعَلَى رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ ^(٥) يَحْتَمِلُ ذَلِكَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ النَّمَاءَ فِيهِ ^(٥) حَصَلَ مِنْ أَرْضِ الْمُفْلِسِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْبَائِعُ أَخْذَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ الرَّجُوعَ ، كَمَا لَوْ سَمِنَ الْعَبْدُ مِنْ طَعَامِهِ . وَإِنْ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ أَرْضًا ، وَمِنْ آخَرَ غَرَسًا ، فغَرَسَهُ فِيهَا ، فَلصَاحِبِ الْأَرْضِ الرَّجُوعُ ، وَفِي صَاحِبِ الْغَرَسِ التَّفْصِيلُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ رَجَعَا مَعًا ، فَالْحُكْمُ فِيهِمَا كَمَا لَوْ كَانَ الْغَرَسُ فِي أَرْضِ الْمُفْلِسِ .

[١٧٠ ظ] **فصل :** وَإِنْ أَفْلَسَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لَمْ يَحِلَّ ؛ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ حَقٌّ لَهُ ، فَلَمْ يَتَّطِلْ بِفَلْسِهِ ، كَسَائِرِ حَقُوقِهِ . قَالَ الْقَاضِي : لَا يَحِلُّ ، رِوَايَةٌ

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فِي م : « لِلْغَرْمَاءِ » .

(٣) فِي م : « فَلَهُ » .

(٤) عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنُ مَهْرَانَ أَبُو الْحَسَنِ الْمَيْمُونِيُّ الرَّقِيُّ ، كَانَ إِمَامًا جَلِيلَ الْقَدَرِ ، صَحَبَ الْإِمَامَ أَحْمَدَ مِنْ سَنَةِ خَمْسٍ وَمِائَتَيْنِ إِلَى سَنَةِ سَبْعٍ وَعِشْرِينَ ، وَعِنْدَهُ عَنْهُ مَسَائِلُ فِي سِتَّةِ عَشَرَ جُزْأً ، وَتُوفِيَ سَنَةَ ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ وَمِائَتَيْنِ . طَبَقَاتُ الْخَنَابِلَةِ ٢١٢/١ - ٢١٦ ، الْعَبَرُ ٥٣/٢ .

(٥) بَعْدَهُ فِي م : « قَدْ » .

واحدة . وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى أنه يحل ؛ لأن الفلاس معنى
يوجب تعلق الدين بماله ، فأسقط الأجل ، كالموت . فإن قلنا : لا يحل .
اختص أصحاب الديون الحالة بماله دونه ؛ لأنه لا يستحق استيفاء حقه قبل
أجله ، وإن حل دئنه قبل القسمة ، شاركهم ؛ لمساواته إياهم ^(١) في
استيفائه ^(٢) ، فأشبهه من تجدد له دين بجناية المفلس عليه . وإن أدرك بعض
المال ، شاركهم فيه ؛ لذلك ، فإن كان المؤجل برهن ، خص به ؛ لأن حقه
تعلق بعينه . وإن وجد عين ماله ، فقال أحمد : يكون موقوفا إلى أن
يحل ، فيختار الفسخ أو الترك ؛ لأن حقه تعلق بالعين ، فقدم على غيره ،
كالمزتهن . فإن كان دئنه ^(٣) سلما ، فأدرك عين ماله ، رجع فيها ، وإن لم
يذكرها ، وحل دئنه قبل القسمة ، ضرب بالمسلم فيه ، وأخذ بقسطه من ^(٤)
جنس حقه ^(٥) إن كان في المال ، وإلا اشترى من جنس حقه ^(٦) ، ودفع إليه .
ولا يجوز أن يأخذ غير ما أسلم فيه ^(٧) ؛ لقول النبي ﷺ : « من أسلم في
شيء ، فلا يضره إلى غيره » . ^(٨) رواه أبو داود ، وابن ماجه ^(٩) .

فصل : فإن مات إنسان وعليه دين مؤجل ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ،

(١ - ١) في م : « باستيفائه » .

(٢) في م : « ماله » .

(٣) في الأصل : « في » .

(٤ - ٤) سقط من : م .

(٥) في الأصل : « إليه » .

(٦ - ٦) سقط من : م .

والحديث تقدم تخريجه في صفحة ١٦٦ .

لا يَحِلُّ . اخْتَارَهَا الْخَرَقِيُّ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا فَلوَرَّثَتْهُ » ^(١) .
 والتَّأْجِيلُ حَقٌّ لَهُ ، فَيَنْتَقِلُ إِلَى وَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ بِهِ مَالُهُ ، فَلَا يَحِلُّ بِهِ ^(٢)
 مَا عَلَيْهِ ، كَالْجُنُونِ ^(٣) . وَالثَّانِيَةُ ، يَحِلُّ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهُ ضَرَرٌ عَلَى الْمَيِّتِ ؛ لِبَقَاءِ
 ذِمَّتِهِ مُرْتَهَنَةً بِهِ ، وَعَلَى الْوَارِثِ لِمَنْعِهِ التَّصَرُّفَ فِي التَّرِكَةِ ، وَعَلَى الْغَرِيمِ
 بِتَأْخِيرِ حَقِّهِ ، وَرُبَّمَا تَلَفَتِ التَّرِكَةُ . وَعَلَى كِلْتَا الرُّوَايَتَيْنِ يَتَعَلَّقُ الْحَقُّ
 بِالتَّرِكَةِ ، كَتَعَلُّقِ الْأَرْضِ بِالْجَانِبِ ، وَيُمنَعُ الْوَارِثُ التَّصَرُّفَ فِيهَا إِلَّا بِرِضَا
 الْغَرِيمِ ، أَوْ تَوْثِيقِ الْحَقِّ بِضَمِيمٍ مَلِيٍّ ، أَوْ رَهْنٍ يَفِي بِالْحَقِّ إِنْ كَانَ مُوَجَّلاً ،
 فَإِنَّهُمْ قَدْ لَا ^(٤) يَكُونُونَ أَهْلِيَاءَ ، فَيُؤَدَّى تَصَرُّفُهُمْ إِلَى قَوَاتِ الْحَقِّ . فَإِنْ
 تَصَرَّفُوا قَبْلَ ذَلِكَ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُمْ ، كَتَصَرُّفِ السَّيِّدِ فِي الْجَانِبِ . وَيَلْزَمُهُمْ

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الدِّينِ ، مِنْ كِتَابِ الْكِفَالَةِ ، وَفِي : بَابِ الصَّلَاةِ عَلَى مَنْ تَرَكَ
 دِينًا ، مِنْ كِتَابِ الْإِسْتِقْرَاضِ ، وَفِي : بَابِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : مَنْ تَرَكَ كَلًّا أَوْ ضِيَاعًا فَلِإِي ، مِنْ
 كِتَابِ النِّفَقَاتِ ، وَفِي : بَابِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلْأَهْلِهِ ، وَبَابِ مِيرَاثِ الْأَسِيرِ ، مِنْ
 كِتَابِ الْفَرَائِضِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٢٨/٣ ، ١٥٥ ، ٨٦/٧ ، ٨٧ ، ٨٧/٨ ، ١٨٧/٨ ، ١٩٣ ، ١٩٤ .
 وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلوَرَّثَتْهُ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٣٧/٣ ،
 ١٢٣٨ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الصَّلَاةِ عَلَى الْمَدْيُونِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْجَنَائِزِ ، وَفِي : بَابِ
 مَا جَاءَ مِنْ تَرَكَ مَالًا فَلوَرَّثَتْهُ ، مِنْ أَبْوَابِ الْفَرَائِضِ . عَارِضَةُ الْأُحُوذِيِّ ٢٩١/٤ ، ٢٣٩/٨ .
 وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الصَّلَاةِ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ دِينٌ ، مِنْ كِتَابِ الْجَنَائِزِ . الْمُجْتَبَى ٥٣/٤ . وَابْنُ مَاجَهَ ،
 فِي : بَابِ مَنْ تَرَكَ دِينًا أَوْ ضِيَاعًا ... ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ ، وَفِي : بَابِ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، مِنْ
 كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٨٠٧/٢ ، ٩١٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٩٠/٢ ،
 ٤٥٣ ، ٤٥٦ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ مِنْ قَضَاءِ الدَّيْنِ أَوْ قِيَمَةِ التَّرِكَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُمْ أَكْثَرُ مِنْ وَفَاءِ الدَّيْنِ ، وَلَا أَكْثَرُ مِنَ التَّرِكَةِ ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةٌ لَمْ يُلْزَمُهُمْ أَكْثَرُ مِنْ تَسْلِيمِهَا . وَإِنْ تَلَفَتِ التَّرِكَةُ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فِيهَا وَالتَّوَثُّيقِ مِنْهَا ، سَقَطَ الْحَقُّ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ الْجَانِبِيُّ . وَإِنْ قَضِيَ الْوَرَثَةُ الدَّيْنُ مِنْ غَيْرِ التَّرِكَةِ أَوْ مِنْهَا ، جَازَ . وَإِنْ أَبَى الْجَمِيعُ ، بَاعَ الْحَاكِمُ مِنَ التَّرِكَةِ مَا يُقْضَى بِهِ الدَّيْنُ . وَإِنْ مَاتَ الْمُفْلِسُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فَوُثِّقَ الْوَرَثَةُ لِلْمُؤَجَّلِ ، اخْتَصَّ أَصْحَابُ الْحَالَةِ بِالتَّرِكَةِ ، فَإِنْ أَبَوْا ذَلِكَ ، حُلَّ دَيْنُهُ ، فَشَارَكَهُمْ ؛ لِئَلَّا يُفْضَى إِلَى إِسْقَاطِ دَيْنِهِ بِالْكُلِّيَّةِ .

فصل : وإذا حُجِرَ عَلَى الْمُفْلِسِ وَهُوَ ذُو كَسْبٍ يَفِي بِمُؤْنَتِهِ وَمُؤْنَةِ مَنْ تَلَزَمَهُ مُؤْنَتُهُ ، فَذَلِكَ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ لَا يَخْرُجُ فِيمَا لَا حَاجَةَ إِلَى إِخْرَاجِهِ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَفِ كَسْبُهُ بِمُؤْنَتِهِ ، كَمَلْنَاهَا مِنْ مَالِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَا كَسْبٍ ، أَتَّفَقَ عَلَيْهِ وَعَلَى مَنْ تَلَزَمَهُ مُؤْنَتُهُ مِنْ مَالِهِ بِالْمَعْرُوفِ ^(١) مُدَّةَ الْحَجَرِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « اَبْدَأْ بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ » ^(٢) . وَفِي مَنْ يَعُولُ مَنْ تَكُونُ نَفَقَتُهُ دَيْنًا ، كَالزَّوْجَةِ ، فَإِذَا قَدَّمَ نَفَقَةَ نَفْسِهِ عَلَى نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، وَجَبَ تَقْدِيمُهَا عَلَى سَائِرِ [١٧١] الدُّيُونِ ، وَلِأَنَّ تَجْهِيْزَ الْمَيْتِ يُقَدَّمُ عَلَى دَيْنِهِ اتِّفَاقًا ، فَنَفَقَةُ الْحَيِّ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهُ آكَدُ مِنْ حُرْمَةِ الْمَيْتِ . وَتُقَدَّمُ نَفَقَةُ مَنْ تَلَزَمَهُ مُؤْنَتُهُ مِنْ أَقَارِبِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ جَرَوْا مَجْرَاهُ ، وَلِذَلِكَ ^(٣) عَتَقُوا عَلَيْهِ إِذَا

(١) بعده في م : « في » .

(٢) قال الحافظ : لم أره هكذا . التلخيص الحبير ١٨٤/٢ .

وانظر ما تقدم تخريجه في ١٦٨/٢ ، ١٦٩ .

(٣) في م : « كذلك » .

ملكهم ، وكذلك نفقة زوجته ؛ لأنها آكد من نفقة أقاربه^(١) . وتجب
 كسوتهم أيضا ؛ لأن ذلك مما لا بُدَّ منه ، ويكون ذلك من أذنى ما يُنفقُ
 على مثلهم ، أو يُكتسى مثلهم . فإن كانت له^(٢) ثياب^(٣) أرفع من كسوة
 مثله^(٤) ، بيعت واشترى لهم^(٥) كسوة مثلهم^(٦) ، وردَّ الفضل على الغرماء .
 وإن مات منهم ميت ، كُفِّنَ من ماله ؛ لأنه يجري مجرى كسوة الحي .
 ويُكفَّن في ثلاثة أثوابٍ غيره . ويَحْتَمِلُ أن يُكفَّن في ثوب واحد ؛ لأن
 الزائد فضلٌ يُستغنى عنه .

ولا تُباع دأره التي لا غنى له عن سُكناها ؛ لأنه مما^(٧) لا بُدَّ منه ، أشبه
 الكسوة . فإن كانت واسعةً يكفيها بعضها ، بيعَ الفاضل منها إن أمكن ،
 وإلا بيعت كلها واشترى له مسكن مثله ، وإن لم يكن له مسكن ، استؤجر
 له مسكن ؛ لأن ذلك مما لا بُدَّ منه ، وردَّ الفضل على الغرماء . ولا يُباع
 خادمه الذي لا يستغنى عن خدمته . وإن كان مسكنه وخادمه وثيابه
 أغنيان أموال الناس أفلس بها ووجدوها ، فلهم أخذها ؛ للخبر ، ولأن
 حقوقهم تعلقت بالعين ، فكانت أقوى من غيرها . ويَحْتَمِلُ أن مَنْ لم يكن

(١) في م : « أقاربهم » .

(٢) في س ٢ ، م : « لهم » .

(٣) بعده في م : « هي » .

(٤) في س ٢ ، م : « مثلهم » .

(٥) في الأصل ، ف : « له » .

(٦) في الأصل ، س ١ ، ف : « مثله » .

(٧) سقط من : م .

له^(١) مَسْكَنٌ وَلَا خَادِمٌ ، فَاسْتَدَانَ مَا اشْتَرَاهُمَا بِهِ ، وَ^(٢) أَفْلَسَ بِذَلِكَ الدَّيْنِ ،
أَنْ يُبَاعَ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا بِأَمْوَالِ الْغُرَمَاءِ ، فَتَبَقِيَّتُهُمَا لَهُ إِضْرَارٌ بِهِمْ ،
وَفَتْحُ بَابِ الْحِيلَةِ لِلْمَفَالِيسِ فِي اسْتِدَانَةِ مَا يَشْتَرُونَ بِهِ ذَلِكَ فَيَبْقَى لَهُمْ .

فصل : وَإِذَا قُسِمَ مَالُهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَزُولُ
الْحَجَرُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْمَغْنَى الَّتِي حُجِرَ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِهِ حِفْظُ الْمَالِ ، وَقَدْ زَالَ
ذَلِكَ ، فَيَزُولُ الْحَجَرُ لَزَوَالِ سَبَبِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَزُولُ إِلَّا بِفَكَ الْحَاكِمِ لَهُ ؛
لَأَنَّهُ حَجَرٌ ثَبَتَ بِالْحَاكِمِ ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِهِ ، كَالْحَجَرِ عَلَى السَّفِيهِ .

وَإِذَا فُكَّ الْحَجَرُ عَنْهُ فَلَزِمَتْهُ دُيُونٌ ، ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ ثَانِيًا ، شَارَكَ غُرَمَاءُ
الْحَجَرِ الْأَوَّلِ غُرَمَاءَ الْحَجَرِ^(١) الثَّانِي ، إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلِينَ يَضْرِبُونَ بِبَقِيَّةِ دُيُونِهِمْ ،
وَالْآخَرُونَ يَضْرِبُونَ بِجَمِيعِ دُيُونِهِمْ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : «أو» .

بَابُ الْحَجْرِ

يُحَجِّرُ عَلَى الْإِنْسَانِ لِحَقِّ نَفْسِهِ لثَلَاثَةِ أُمُورٍ؛ صَغِيرٍ، وَجُنُونٍ، وَسَفَهٍ؛
لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ
رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١). فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا تُسَلَّمُ إِلَيْهِمْ قَبْلَ الرُّشْدِ.
وَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(٢) الْآيَةُ. وَلِأَنَّ إِطْلَاقَهُمْ فِي
التَّصَرُّفِ يُفْضِي إِلَى ضَيَاعِ أَمْوَالِهِمْ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَيْهِمْ.

وَيَتَوَلَّى الْأَبُ مَالَ الصَّبِيِّ وَالْجُنُونِ؛ لِأَنَّهَا وَلَايَةٌ عَلَى الصَّغِيرِ، فَقَدَّمَ
فِيهَا الْأَبَ، كَوَلَايَةِ النِّكَاحِ، ثُمَّ وَصِيَّتُهُ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ نَائِبُهُ، فَأَشْبَهَ وَكِيلَهُ
فِي الْحَيَاةِ، ثُمَّ الْحَاكِمُ؛ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ مِنْ جِهَةِ الْقَرَابَةِ قَدْ سَقَطَتْ،
فَثَبَّتَ لِلسُّلْطَانِ، كَوَلَايَةِ النِّكَاحِ. وَلَا تَثْبُتُ لغيرِهِمْ؛ لِأَنَّ الْمَالَ مَحَلُّ
الْخِيَانَةِ، وَمَنْ سِوَاهُمْ قَاصِرُ الشَّفَقَةِ، غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَى الْمَالِ، فَلَمْ يَلِهَ،
كَالْأَجْنَبِيِّ.

وَمِنْ شَرْطِ ثُبُوتِ الْوَلَايَةِ الْعَدَالَةُ، بِلَا خِلَافٍ؛ [١٧١ظ] لِأَنَّ فِي
تَفْوِيضِهَا إِلَى الْفَاسِقِ تَضْيِيعًا لِمَالِهِ، فَلَمْ يَجُزْ، كَتَفْوِيضِهَا إِلَى السَّفِيهِ.

(١) سورة النساء ٦.

(٢) سورة النساء ٥.

فصل : وليس لوليّه التصرفُ في ماله بما لا حظُّ له فيه ؛ كالعتق ،
والهبة ، والتبرعات ، والمحاباة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ
إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ ^(١) . وقوله عليه الصلاة والسلام : « لَا ضَرَرَ وَلَا
إِضْرَارَ » ^(٢) . من « المسند » ^(٣) . وفي هذه إضرارٌ ، فلم يملكه . ولا يأكلُ من
ماله إن كان غنيًّا ؛ لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا
فَلْيَسْتَعْفِفْ ﴾ ^(٤) . ^(٥) فإن ^(٦) كان فقيرًا جاز ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ
كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وليس له إلا أقلُّ الأمرين من أجرته أو
قدر كفايته ؛ لأنّه ^(٧) يستحقُّه بالعمل والحاجة معًا ، فلم يملك إلا ^(٨) ما وجدًا
فيه . ثم إن كان أبًا ، فلا شيء عليه ؛ لأنَّ له أن يأخذ من مال ولده . وإن
كان غيره ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يضمنُ عوضَ ما أكله إذا أيسرَ ؛ لأنّه
استباحةٌ للحاجة ، فلزمه عوضه ، كالمضطرِّ . والثانية ، لا شيء عليه ؛ لأنَّ
الله تعالى أمرَ بالأكل ولم يذكرْ عوضًا ، ولأنّه أُجيزَ له الأكلُ بحقِّ الولاية ،

(١) سورة الأنعام ١٥٢ ، سورة الإسراء ٣٤ .

(٢) في م : « ضرار » .

(٣) المسند ٣١٣ / ١ ، ٣٢٧ / ٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، من كتاب الأحكام .
سنن ابن ماجه ٧٨٤ / ٢ . والإمام مالك مرسلًا ، في : باب القضاء في المرفق ، من كتاب
الأقضية . الموطأ ٧٤٥ / ٢ . والدارقطني ، في سننه ٢٢٨ / ٤ .

(٤) سورة النساء ٦ .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) في م : « ومن » .

(٧) بعده في م : « لا » .

(٨) سقط من : الأصل .

فلم يَضْمَنْهُ ، كَرِزْقِ الإمامِ مِنْ يَتِّ الْمَالِ . وإذا كان خَلَطُ مالِ الْيَتِيمِ بِمالِهِ أَرْفَقَ لَهُ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ أَلَيْنَ فِي الْخُبْزِ ، وَأَمَكَنَ فِي ^(١) الْأُذْمِ ، خَلَطَهُ ، وَإِنْ كَانَ إِفْرَادُهُ خَيْرًا لَهُ ، أَفْرَدَهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ ﴾ ^(٢) .

فصل : وله أَنْ يَتَّجِرَ بِمالِهِ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ وَلِيَ يَتِيمًا فَلْيَتَّجِرْ بِمالِهِ ، وَلَا يَتْرُكْهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ » . رواه التِّرْمِذِيُّ ^(٣) . ولأنَّهُ أَحْظُ لِلْيَتِيمِ ؛ لِتَكُونَ نَفَقَتُهُ مِنْ رِبْحِهِ ، كَمَا يَفْعَلُ الْبَالِغُ ^(٤) فِي مَالِهِ . وَلَا يَتَّجِرُ إِلَّا فِي الْمَوَاضِعِ الْأَمْنَةِ ؛ لئَلَّا يُغَرَّرَ بِمالِهِ . وَالرَّبْحُ كُلُّهُ لِلْيَتِيمِ ؛ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بَعْقِدَ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَغْقِدَ مَعَ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ . فَإِنْ أَعْطَاهُ لِمَنْ يُضَارِبُ لَهُ بِهِ ، جاز ؛ لِأَنَّ الْعَلَاءَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ رَوَى عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَعْطَاهُ مَالَ يَتِيمٍ مُضَارِبَةً ^(٥) . وَلأنَّ ذَلِكَ يَفْعَلُهُ الْإِنْسَانُ فِي مَالِ نَفْسِهِ طَلَبًا لِلْحَظِّ . وَلِلْمُضَارِبِ مِنَ الرَّبْحِ مَا وَاَفَقَهُ الْوَلِيُّ

(١) فِي م : « مِنْ » .

(٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢٠ .

(٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي ٩٤ / ٢ .

(٤) فِي ف : « الْبَائِعِ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَالْأَثَرُ أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ حَمِيدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنْ عُمَرَ . جَامِعُ الْمَسَانِيدِ ٥٦ / ٢ . وَكَذَا ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٣٧٧ / ٦ . وَانْظُرْ : الْآثَارَ لِأَبِي يُوسُفَ ١٦٠ .

وَمَا رَوَاهُ الْعَلَاءُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ ، فَإِنَّمَا يَرَوِيهِ عَنْ عُثْمَانَ وَلَيْسَ عَنْ عُمَرَ ، وَلَيْسَ فِيهِ أَنَّ الْمَالَ كَانَ لِيَتِيمٍ . انْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : الْمَوْطَأِ ٦٨٨ / ٢ .

عليه ؛ لأنَّ الوليَّ نائيه فيما فيه مصلحته ، وهذا من مصلحته ، فجاز ،
كفعله له في ماله .

فصل : ويجوز أن يشتري له العقار ؛ لأنَّ الحظَّ فيه ، يحصل منه
الفضل ويتقى الأضل ، فهو أحظُّ من التجارة ، وأقلُّ غررًا . وله أن يئنيه ؛
لأنَّه في معنى الشراء . قال أصحابنا : ويئنيه بالآجر والطين ؛ ليسلم الآجر
عند انهدامه . والصحيح أنَّه يئنيه بما جرت به ^(١) عادة أهل بلده ؛ لأنَّه أحظُّ
وأقلُّ ضررًا ، ولا يجوز تحمُّل ضرر عاجل لتوهم نفع عند الهدم ، والظاهر
أنَّه لا يتهديم إلا بعد زوال ملكه عنه .

ولا يجوز بيع عقاره لغير ^(٢) حاجة ؛ لما فيه من تفويت الحظِّ الحاصل
به ، ويجوز للحاجة . قال أصحابنا : لا يجوز إلا لحاجة إلى نفقة ، أو قضاء
دين ، أو غبطة لزيادة كثيرة في ثمنه ، كالثلث فما فوقه . والمنصوص أنَّ
للوصي بيعه إذا كان نظرًا ^(٣) لهم من غير تقييد بهذين ، وقد يكون الحظُّ
في بيعه لغير هذا ؛ لكونه في مكان لا غلَّة له ، أو له غلَّة يسيرة ، فيبيعه
ويشترى بثمنه ما تكثر غلَّته ^(٤) ، أو يكون له عقاران ، يُعمر أحدهما بثمن
الآخر ، فلا وجه لتقييده بهذين .

فصل : ولا يجوز أن يُودع ماله إلا لحاجة ، ولا يُقرضه إلا لحظه ، مثل

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « من غير » .

(٣) النَّظَر : الإعانة ، ويُعدَّى باللام . تاج العروس (ن ظ ر) .

(٤) في م : « عليه » .

أَنْ يَخَافَ هَلَاكَه ، أَوْ نُقْصَانَه بِيَقَائِهِ ، فَيُقْرِضُهُ لِيَسْتَوْفِيَه [١٧٢و] كَامِلًا .
وَلَا يُقْرِضُهُ إِلَّا لِمَلْيٍ يَأْمَنُ جَحْدَه أَوْ مَطْلَه ، وَيَأْخُذُ بِالْعَوَضِ رَهْنًا اسْتِثْقَا
لَه ، وَإِنْ لَمْ يَأْخُذْ ، جَازَ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْوَلِيُّ السَّفَرَ ، لَمْ
يَكُنْ لَه الْمُسَافَرَةُ بِمَالِه ؛ لِأَنَّهُ يُخَاطِرُ بِهِ ، لَكِنَّهُ يُقْرِضُهُ ، أَوْ يُودِعُهُ أَمِينًا ،
وَالْقَرْضُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ ، بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ .

فصل : وَلَه كِتَابَةُ رَقِيقِهِ وَعِثْقُهُ عَلَى مَالٍ لِلْحِظِّ فِيهِ ، مِثْلَ أَنْ يُكَاتِبَهُ أَوْ
يُعْتِقَهُ بِمِثْلَى قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَتَجُوزُ لِلْحِظِّ فِيهَا ، كَالْبَيْعِ . وَلَا يَجُوزُ
ذَلِكَ بِمِثْلِ قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا حِظَّ فِيهِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَتَوَجَّهُ جَوَازُ الْعِثْقِ بِغَيْرِ
عَوَضٍ لِلْحِظِّ ، مِثْلَ أَنْ تَكُونَ لَه جَارِيَةٌ وَابْنَتُهَا يُسَاوِيَانِ مِائَةً لِأَجْلِ
اجْتِمَاعِهِمَا ، وَتُسَاوِي إِحْدَاهُمَا مُفْرَدَةً مِائَتَيْنِ ، فَتُسَاوِي قِيَمَةَ الْبَاقِيَةِ بِمِثْلَى
قِيَمَتِهِمَا ^(١) مُجْتَمِعَتَيْنِ .

فصل : وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ نَفَقَةً مِثْلَهُ بِالْمَعْرُوفِ ، مِنْ غَيْرِ إِسْرَافٍ وَلَا إِقْتَارٍ ؛
لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا ﴾ ^(٢) . وَيُقْعَدُهُ
فِي الْمَكْتَبِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ ، وَيُؤَدَّى أَجْرَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَصَالِحِ الْعَامَّةِ ،
فَجَرَى مَجْرَى نَفَقَتِهِ .

وَيَشْتَرِي لَه الْأُضْحِيَّةَ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَوْسِيعَةً لِلنَّفَقَةِ عَلَيْهِ فِي
يَوْمِ جَرَّتِ الْعَادَةُ بِهَا ، وَتَطْيِيبًا لِقَلْبِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى رَفِيعِ الثِّيَابِ لِمَنْ عَادَتْهُ
ذَلِكَ .

(١) فِي م : « قِيَمَتَهَا » .

(٢) سُورَةُ الْفِرْقَانِ ٦٧ .

فصل : وللأب يَتَّع مَالَهُ بِمَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَّبَعٍ عَلَيْهِ ؛ لِكَمَالِ شَفَقَتِهِ .
وليس ذلك للوَصِيِّ وَلَا لِلْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَّبَعَانِ فِي طَلَبِ الْحَظِّ
لَأَنفُسِهِمَا ، فَلَمْ يَجُزْ ذَلِكَ لَهُمَا .

فصل : وإذا زال الْحَجَرُ عَنْهُ ، فَادَّعَى وَلِيُّهُ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ ، أَوْ تَلَفَ مَالَهُ ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ عَلَيْهِ ، فَقَبِلَ قَوْلُهُ ، كَالْمُودَعِ . وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ لَا حَظَّ
لَهُ ^(١) فِي يَتَّعِ عَقَارِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٌ . وَإِنْ قَالَ الْوَلِيُّ : أَنْفَقْتُ عَلَيْكَ
عَامِينَ . فَقَالَ : مَا مَاتَ أَبِي إِلَّا مِنْذُ عَامٍ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغُلَامِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ
حَيَاةُ أَبِيهِ ، وَقَدْ اخْتَلَفَا فِيمَا لَيْسَ الْوَصِيُّ أَمِينًا فِيهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مُدَّعِي
الْأَصْلِ .

فصل : وإذا بَلَغَ الصَّبِيُّ ، وَعَقَلَ الْمَجْنُونُ ، وَرَشَدَا ^(٢) ، انْفَكَّ الْحَجَرُ
عَنْهُمَا ^(٣) مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ حَاكِمٍ ^(٤) ، وَلَا يَنْفَكُّ قَبْلَ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى :
﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ حَقَّ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ
أَمْوَالَهُمْ ﴾ ^(٥) . وَقَسْنَا عَلَيْهِمُ الْمَجْنُونِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُمْ .

وَالْبُلُوغُ لِلْغُلَامِ بِأَحَدِ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، إِنْزَالُ الْمَنِيِّ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ
تَعَالَى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَضِنُّوا ﴾ ^(٥) . وَقَوْلِ النَّبِيِّ

(١) سقط من : م .

(٢) في س ٢ ، م : «رشد» .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) سورة النساء ٦ .

(٥) سورة النور ٥٩ .

ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ ^(١) عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) . وَالثَّانِي ، كَمَالُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُصَمَرٍ قَالَ : عُرِضْتُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً ، فَلَمْ يُجِزْنِي فِي الْقِتَالِ ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ ، فَأُجَازَنِي . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وَالثَّلَاثُ ، إِنْبَاتُ الشَّعْرِ الْخَشِينِ حَوْلَ الْقُبُلِ ؛ لِمَا رَوَى عَطِيَّةُ الْقُرَظِيُّ قَالَ : عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ قَرْيَظَةَ ، فَشَكُّوا فِيَّ ، فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُنْظَرَ إِلَيَّ هَلْ أُتْبِتُ ؟ فَنَظَرُوا فَلَمْ يَجِدُونِي أُتْبِتُ ، فَخَلَّوْا عَنِّي ، وَالْحَقُونِي بِالذَّرِّيَّةِ . ^(٤) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالنَّسَائِيُّ ، وَابْنُ مَاجَهَ ^(٥) ، وَالتِّرْمِذِيُّ ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ^(٦) .

(١) بعده في م : « عن ثلاثة » .

(٢) تقدم تخريجه في ١٩٨/١ .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب بلوغ الصبيان وشهادتهم ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب غزوة الخندق وهي الأحزاب ، من كتاب المغازي . صحيح البخاري ٢٣٢/٣ ، ١٣٧/٥ . ومسلم ، في : باب بيان سن البلوغ ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم ١٤٩٠/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الغلام يصيب الحد ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٤٥٣/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في حد بلوغ الرجل ... ، من أبواب الجهاد . عارضة الأحوذى ٢٠٤/٧ . وابن ماجه ، في : باب من لا يجب عليه الحد ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٥٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٧/٢ .

(٤ - ٤) في م : « متفق عليه » ، وفي س ٢ : « رواه أبو داود والنسائي » .

(٥ - ٥) سقط من : ف .

والحديث أخرجه أبو داود ، في : باب في الغلام يصيب الحد ، من كتاب الحدود ٢/٢٠٤٣ . والترمذي ، في : باب ما جاء في النزول على الحكم ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٨٢/٧ . والنسائي ، في : باب حد البلوغ ... ، من كتاب قطع السارق . السنن الكبرى ٣٤٩/٤ . وابن ماجه ، في : باب من لا يجب عليه الحد ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٤٩/٢ .

ولأنَّه خارجٌ يُلازمُه البلوغُ غالبًا ، يَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى ، فَكَانَ بُلُوغًا كَالِاخْتِلَامِ .

وَبُلُوغُ الْجَارِيَةِ ^(١) بِهِذِهِ الثَّلَاثَةُ وَتَزِيدُ بِشَيْئَيْنِ ؛ الْحَيْضُ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٢) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَلأنَّه خارجٌ يُلازمُ البلوغَ [١٧٢ظ] غالبًا ، أَشْبَهَ الْمَنِيَّ . وَالثَّانِي ، الْحَمْلُ ؛ لأنَّه لَا يَكُونُ إِلَّا مِنَ الْمَنِيَّ ، فَإِذَا وَلَدَتِ الْمَرْأَةُ ، حَكَمْنَا بِبُلُوغِهَا حِينَ حَكَمْنَا بِحَمْلِهَا .

فَإِنْ كَانَ خُتْنِي مُشْكِلًا ، فَحَيْضُهُ عَلَّمَ عَلَى بُلُوغِهِ وَكَوْنِهِ امْرَأَةً ، وَخُرُوجُ الْمَنِيَّ مِنْ ذَكَرِهِ عَلَّمَ عَلَى بُلُوغِهِ وَكَوْنِهِ رَجُلًا ؛ لِأَنَّ الْحَيْضَ مِنَ الرَّجُلِ وَمَنِيَّ الرَّجُلِ مِنَ الْمَرْأَةِ مُسْتَحِيلٌ أَوْ نَادِرٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ ذَلِكَ بِدَلِيلٍ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مِنْ خِلْقَةٍ زَائِدَةٍ ، لَكِنْ إِنْ اجْتَمَعَا ، فَقَدْ بَلَغَ ؛ لِأنَّه إِنْ كَانَ رَجُلًا فَقَدْ أَمْنَى ، وَإِنْ كَانَتْ امْرَأَةً ، فَقَدْ حَاضَتْ .

فصل : وَيَسْتَوِي الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِي أَنَّهُ يَنْفَكُ عَنْهُ الْحَجَرُ بِرُشْدِهِ وَبُلُوغِهِ ؛ لِلآيَةِ ، وَلأنَّ الْمَرْأَةَ أَحَدُ نَوْعِي الْآدَمِيِّينَ ، فَأُشْبِهَتْ الرَّجُلَ . وَعَنْهُ ، لَا يُدْفَعُ إِلَيْهَا مَالُهَا حَتَّى تَلِدَ ، أَوْ تَتَزَوَّجَ وَيَمْضِيَ عَلَيْهَا حَوْلٌ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُزَوِّي عَنْ عُمَرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . فَإِنْ لَمْ تَتَزَوَّجْ ، فَقَالَ

= كَمَا أَخْرَجَهُ الدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ حَدِّ الصَّبِيِّ مَتَى يَقْتُلُ ، مِنْ كِتَابِ السَّيْرِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢ / ٢٢٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤ / ٣١٠ ، ٣٨٣ ، ٥ / ٣١١ ، ٣١٢ .

(١) فِي م : « الْمَرْأَةُ » .

(٢) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي ١ / ٢٤١ .

القاضى : عندى أنه يُدفع إليها مالها إذا عَنَسَتْ ، وبرزت للرجال .

فصل : والرُّشْدُ الصَّلَاحُ فى المال ؛ لأنَّ ابنَ عَبَّاسٍ قال فى قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ﴾^(١) . قال : إصْلَاحًا فى أموالهم^(٢) . ولأنَّ الحَجَرَ عليه لِحْفِظُ مَالِهِ ، فيُرْوَلُ بِإِصْلَاحِهِ ، كَالْعَدْلِ ، ولأنَّ الفِسْقَ مَعْنَى لو طَرَأَ بَعْدَ الرُّشْدِ لم يُوجِبِ الحَجَرَ ، فلم يَمْنَعْ مِنَ الرُّشْدِ ، كَالْمَرَضِ . فإن كان فِسْقُهُ يُؤَثِّرُ فى تَلْفِ مَالِهِ ؛ كَشِرَاءِ الخَمْرِ ، ودَفْعِهِ فى الغِنَاءِ والقِمَارِ ، فليس بِرَشِيدٍ ؛ لأنَّه مُفْسِدٌ لِمَالِهِ .

فصل : وإنما يُعْرَفُ رُشْدُهُ بِاخْتِبَارِهِ^(٣) ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ يُعْتَبِرُوهُمْ . وَيَغْنَىٰ اخْتِبَارُهُمْ تَفْوِيزُ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي يَتَصَرَّفُ فِيهَا أَمْثَالُهُمْ إِلَيْهِمْ ، مِنْ تِجَارَةٍ أَوْ نِيَابَةٍ . وَيُفَوِّضُ إِلَى الْمَرْأَةِ مَا يُفَوِّضُ إِلَى رَبَّةِ الْبَيْتِ ، مِنْ اسْتِجَارِ الْغَزَالَاتِ ، وَتَوَكُّلِهَا فى شِرَاءِ الْكَتَانِ^(٤) وَالْقُطْنِ^(٥) ، وَالِاسْتِيفَاءِ عَلَيْهِنَّ .

وَوَقْتُ الاختِبَارِ قَبْلَ الْبُلُوغِ ، فى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ؛ لقوله سبحانه : ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ يُعْتَبِرُوهُمْ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ . ولأنَّ تَأْخِيرَهُ يُؤَدِّى إِلَى الحَجَرِ عَلَى الْبَالِغِ الرَّشِيدِ حَتَّى يُخْتَبَرَ . وَلَا يُخْتَبَرُ إِلَّا الْمُرَاهِقُ الْمُمَيَّزُ الَّذِي يَعْرِفُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ ، فَإِذَا تَصَرَّفَ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرَّفٌ بِأَمْرِ

(١) سورة النساء ٦ .

(٢) أخرجه ابن جرير فى تفسيره ٢٥٢/٤ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٥٩/٦ .

(٣) فى م : « باختباره » .

(٤ - ٥) زيادة من : ف .

اللَّهِ تَعَالَى ، فَصَحَّ تَصَرُّفُهُ كَالرَّشِيدِ . وفيه ^(١) رِوَايَةٌ أُخْرَى ^(١) ، لَا يُخْتَبَرُ إِلَّا
 بَعْدَ الْبُلُوغِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ ^(٢) لِلتَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْبُلُوغُ الَّذِي
 هُوَ مَظِنَّةُ الْعَقْلِ ، فَكَانَ عَقْلُهُ ^(٣) بِمَنْزِلَةِ الْمَعْدُومِ . وَفِي تَصَرُّفِ الصَّبِيِّ الْمُمَيَّزِ
 بِإِذْنِ وَلِيِّهِ رِوَايَتَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى هَذَا . وَأَمَّا غَيْرُ الْمَأْذُونِ فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ إِلَّا
 فِي الشَّيْءِ الْيَسِيرِ ؛ لِأَنَّ أَبَا الدَّرْدَاءِ اشْتَرَى مِنْ صَبِيٍّ عُصْفُورًا فَأَرْسَلَهُ .

فصل : وَمَنْ لَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ رُشْدٌ ، لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ مَالُهُ ، وَلَمْ يَنْفَكْ الْحَجَرُ
 عَنْهُ وَإِنْ صَارَ شَيْخًا ؛ لِلآيَةِ ، وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مُصْلِحٍ لِمَالِهِ ، فَلَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ ،
 كَالْجُنُونِ . وَإِنْ فُكَّ الْحَجَرُ عَنْهُ فَعَاوَدَ السَّفَةَ ، أُعِيدَ عَلَيْهِ الْحَجَرُ ؛ لِمَا رَوَى
 عُزْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ ابْتَاعَ يَتِيمًا ، فَأَتَى الزُّبَيْرَ فَقَالَ : إِنِّي قَدْ
 ابْتَعْتُ يَتِيمًا ، وَإِنَّ عَلِيًّا يَرِيدُ أَنْ يَأْتِيَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عُثْمَانَ فَيَسْأَلَهُ الْحَجَرَ
 عَلَيَّ . فَقَالَ الزُّبَيْرُ : أَنَا شَرِيكَكَ فِي الْبَيْعِ . فَأَتَى عَلِيٌّ عُثْمَانَ ، فَقَالَ : إِنَّ
 ابْنَ جَعْفَرٍ قَدْ ابْتَاعَ يَتِيمًا كَذًا ، فَاحْجُرْ عَلَيْهِ . فَقَالَ الزُّبَيْرُ : أَنَا شَرِيكُهُ . فَقَالَ
 عُثْمَانُ : كَيْفَ أَحْجُرُ عَلَى رَجُلٍ شَرِيكُهُ الزُّبَيْرُ ^(٤) ؟ وَهَذِهِ قِصَّةٌ ^(٥) يَشْتَهَرُ
 مِثْلُهَا ، وَلَمْ تُنْكَرْ ، فَتَكُونُ إِجْمَاعًا ؛ وَلِأَنَّ السَّفَةَ يَقْتَضِي الْحَجَرَ لَوْ قَارَنَ ،
 فَيَقْتَضِيهِ إِذَا طَرَأَ ، كَالْجُنُونِ .

وَلَا يَخْجُرُ عَلَيْهِ إِلَّا الْإِمَامُ [١٧٣] أَوْ نَائِبُهُ ؛ لِأَنَّ عَلِيًّا سَأَلَ عُثْمَانَ

(١ - ١) فِي س ٢ ، م : « وَجْهٌ آخَرٌ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « مَبِيعٌ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦ / ٦١ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

الحَجَرِ عَلَى ابْنِ جَعْفَرٍ ، وَلَمْ يَفْعَلْهُ بِنَفْسِهِ . وَلَأنَّ مَعْرِفَةَ التَّبْذِيرِ تَحْتَاجُ إِلَى نَظَرٍ ؛ لِأنَّ الْغَبْنَ^(١) قَدْ يَكُونُ^(٢) تَبْذِيرًا وَقَدْ يَكُونُ^(٣) غَيْرَ تَبْذِيرٍ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ ، كَالْحَجَرِ لِلْفَلَسِ ، وَلَأنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ ، أَشْبَهُ الْحَجَرِ لِلْفَلَسِ . وَلَا يَلِي عَلَيْهِ إِلَّا الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ ؛ لِأنَّهُ حَجَرٌ ثَبَتَ بِهِ ، فَكَانَ هُوَ الْوَلِيُّ ، كَحَجَرِ الْمُفْلِسِ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ وَإِظْهَارُ الْحَجَرِ ؛ لِتُجْتَنَّبَ مُعَامَلَتُهُ . فَمَنْ عَامَلَهُ بَيْعَ أَوْ قَرْضٍ ، لَمْ يَصِحَّ ، وَلَمْ يَثْبُتْ بِهِ الْمِلْكُ . فَإِنْ وَجَدَ الْمُعَامِلُ^(٣) لَهُ مَالَهُ^(٤) ، أَخَذَهُ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ السَّفِيهُ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ مَالِكِهِ ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ؛ لِأنَّهُ سَلَّطَهُ عَلَيْهِ بِرِضَاهُ . وَإِنْ غَضَبَ مَالًا أَوْ أَتْلَفَهُ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأنَّ صَاحِبَهُ لَمْ يَرْضَ ذَلِكَ ، وَلَأنَّ الْحَجَرَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لَا يُسْقِطُ عَنْهُمَا ضَمَانَ الْمُتْلَفِ ، فَهَذَا أَوَّلَى .

فَإِنْ أُودِعَ مَالًا فَتَلَفَ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ، سَوَاءً فَرَطَ فِي الْحِفْظِ أَوْ لَمْ يُفَرِّطْ ؛ لِأنَّهُ تَلَفٌ بِتَفْرِيطِ صَاحِبِهِ بِتَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَضْمَنْهُ ؛ لِأنَّ صَاحِبَهُ لَمْ يَرْضَ إِتْلَافَهُ ، أَشْبَهُ الْمَغْضُوبِ . وَالثَّانِي ، لَا يَضْمَنْهُ ؛ لِأنَّ صَاحِبَهُ فَرَطَ فِي التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ . وَإِنْ أَقْرَأَ بِمَالٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ حَالُ حَجَرِهِ ؛ لِأنَّهُ حَجَرٌ عَلَيْهِ لِحْظُهُ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَؤُهُ بِالْمَالِ ، كَالصَّبِيِّ

(١) فِي س ١ ، ب : « الْعَيْن » .

(٢ - ٣) . سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « الْعَامِل » .

(٤) فِي م : « مَالًا » .

والمجنون ، ولأنَّ قَبُولَ إقرارِهِ يُتَطَلَّ مَعْنَى الحَجَرِ ؛ لأنَّه يُدَايِنُ النَّاسَ ، ويُقَرُّ لَهُمْ . قال أصحابنا : ويلزُمه ما أَقَرَّ بِهِ بَعْدَ فَكٍّ ^(١) الحَجَرِ عَنْهُ ، كالمُفْلِسِ . وفيهِ نَظَرٌ ؛ لأنَّ الحَجَرَ عَلَيْهِ لَعَدَمُ رُشْدِهِ ، فهو كالصَّبِيِّ ، ولأنَّ ثُبُوتَ إقرارِهِ فِي ذِمَّتِهِ لَا يُفِيدُ الحَجَرَ مَعَهُ إِلَّا تَأْخِيرَ الضَّرَرِ إِلَى اكْتِمَالِ حَالَتِهِ ، إِلَّا أَنْ يَرِيدُوا أَنَّهُ يَلْزُمُهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، ^(٢) فَإِنَّ مَا ^(٢) كَانَ ثَابِتًا فِي ذِمَّتِهِ ، لَا يَسْقُطُ بِالحَجَرِ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ ، لَزِمَهُ ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ لَا فِي نَفْسِهِ . فَإِنْ عَفَا وَلِيُّ الْقِصَاصِ إِلَى مَالٍ ، ففيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَنْ ثَبَتَ لَهُ الْقِصَاصُ ثَبَتَ لَهُ الْخِيَرَةُ ، كَمَا لَوْ ثَبَتَ بَيِّنَةٌ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِثَلَاثِ أَوْاطِئَ مَنْ يُقَرُّ لَهُ بِالْقِصَاصِ ، لِيُغْفَرَ عَلَى مَالٍ يَأْخُذُهُ . وَإِنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ ، وَيُتَّفَقُ عَلَى الْغُلَامِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ إقرارُ السَّفِيهِ بِمَا يُوجِبُ الْمَالَ غَيْرُ مَقْبُولٍ .

وَإِنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ الحَجَرَ لِحِفْظِ الْمَالِ ، وَالطَّلَاقُ يُؤَفِّرُهُ وَلَا يُضَيِّعُهُ . فَإِنْ خَالَعَ ، جاز ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جازَ الطَّلَاقُ بِغَيْرِ مَالٍ ، فَبِالْمَالِ أَوْلَى . وَلَا تَدْفَعُ الْمَرْأَةُ الْمَالَ إِلَيْهِ ، فَإِنْ فَعَلَتْ ، لَمْ يَصِحَّ الْقَبْضُ ، وَلَمْ تَبْرَأْ مِنْهُ إِلَّا بِالْدَّفْعِ إِلَى وَلِيِّهِ ، وَإِنْ تَلَفَ ، كَانَ مِنْ ضَمَانِهَا .

فصل : وَإِنْ أُذِنَ لَهُ الْوَلِيُّ فِي النِّكَاحِ ، صَحَّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ حَاجَتَهُ تَدْعُوهُ إِلَى ذَلِكَ ، وَلَيْسَ بِآلَةٍ لِلتَّبْذِيرِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْوَلِيِّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِي الْبَيْعِ ، ففيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « فَإِنْ » ، وَفِي م : « فَأَمَّا مَا » .

عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فَصَحَّ مِنْهُ بِالْإِذْنِ، كَالنِّكَاحِ. وَالثَّانِي، لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ الْمَالُ، وَهُوَ مَحْجُوزٌ عَلَيْهِ فِيهِ، وَلِأَنَّ الْحَجَرَ عَلَيْهِ لِتَبْدِيرِهِ، فَالْإِذْنُ لَهُ إِذْنٌ فِيْمَا لَا مَضْلَحَةَ فِيهِ. وَإِنْ حَلَفَ، انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ، وَيُكَفِّرُ بِالصَّوْمِ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ، فَأَشْبَهَ الْعَبْدَ.

وَإِنْ أُخْرِمَ بِالْحَجِّ، صَحَّ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْعِبَادَاتِ، فَإِنْ كَانَ فَرَضًا، لَزِمَهُ إِتْمَامُهُ، وَيَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ يَفْرُغَ^(١) مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ يَخْتِاجُ إِلَيْهِ لِأَدَاءِ الْفَرَضِ، فَوَجِبَ. وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا لَا تَزِيدُ نَفَقَتَهُ عَلَى نَفَقَةِ الْإِقَامَةِ، أَوْ تَزِيدُ وَلَهُ كَسْبٌ إِذَا أَضَافَهُ إِلَيْهَا أَمَكَّنَهُ الْحَجَّ، لَزِمَهُ إِتْمَامُهُ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، عَلَى الْوَلِيِّ [١٧٣ ظ] تَحْلِيلُهُ؛ لِأَنَّ فِي إِتْمَامِهِ تَضْيِيعًا لِلْمَالِ فِيْمَا لَا يَلْزِمُهُ. وَالثَّانِي، لَيْسَ لَهُ تَحْلِيلُهُ؛ بِنَاءً عَلَى إِحْرَامِ الْعَبْدِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ، كَالْعَبْدِ.

فصل: وَإِنْ وَجِبَ لَهُ الْقِصَاصُ، فَلَهُ اسْتِيفَاؤُهُ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ التَّشْفِيَّ وَدَرَكَ الثَّأْرِ. وَلَهُ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلُ مَالٍ^(٢). فَإِنْ عَفَا إِلَى غَيْرِ مَالٍ، وَقُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ عَيْنًا. سَقَطَ إِلَى غَيْرِ شَيْءٍ. وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ. وَجَبَتِ الدِّيَةُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِسْقَاطُ الْمَالِ.

فصل: وَلَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ؛ لِأَنَّهُ إِثْلَافٌ لِمَالِهِ. وَحُكِيَ عَنْهُ أَنَّهُ يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ مَالِكٌ، أَشْبَهَ الرَّاهِنَ. وَيَصِحُّ تَبْدِيرُهُ وَوَصِيَّتُهُ؛ لِأَنَّهُ مَخْضُ

(١) فِي ف: «يُخْرِجُ».

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ ف.

مَصْلَحَةٍ ؛ لِتَقْرُبَهُ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَ غِنَاهُ عَنِ الْمَالِ .

وَإِنْ نَذَرَ عِبَادَةَ بَدَنِيَّةً اِنْعَقَدَ نَذْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَجَرَ عَلَيْهِ فِي بَدَنِهِ . وَإِنْ نَذَرَ صَدَقَةً مَالٍ ، لَمْ يَصِحَّ ، وَيُكْفَرُ عَنْ نَذْرِهِ بِالصَّيَامِ . وَقِيَاسُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يُلْزَمُهُ الْوَفَاءُ بِهِ عِنْدَ فَكِّ حَجَرِهِ ، كَالْإِقْرَارِ .

فصل : وهل للمرأة الرشيقة التبرع من مالها بغير إذن زوجها ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، لها ذلك ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ ^(١) . وقول النبي ﷺ : « يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ ، تَصَدَّقْنَ وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ » ^(٢) . وقَبُولُهُ لَصَدَقَتِهِنَّ حِينَ تَصَدَّقْنَ ^(٣) . وَلأنَّ مَنْ وَجَبَ دَفْعُ مَالِهِ إِلَيْهِ لِرُشْدِهِ ، نَفَذَ تَصَرُّفَهُ فِيهِ بغيرِ إِذْنِ غَيْرِهِ ، كَالرَّجُلِ . وَعنه ، لَا تَهَبُ شَيْئًا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا ، وَلَا يَنْفَذُ عِتْقَهَا ؛ لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا يَجُوزُ لَامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا » . رَوَاهُ

(١) سورة النساء ٦ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب الزكاة على الزوج والأيتام فى الحجر ، من كتاب الزكاة . صحيح البخارى ٢ / ١٥٠ ، ١٥١ . ومسلم ، فى : باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٦٩٤ ، ٦٩٥ . والنسائى ، فى : باب الصدقة على الأقارب ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ٦٩ . وابن ماجه ، فى : باب الصدقة على ذى القربى ، من كتاب الزكاة . سنن ابن ماجه ١ / ٥٨٧ . والدارمى ، فى : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمى ١ / ٣٨٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٦٣ .

(٣) انظر : صحيح البخارى ٢ / ٢٣ ، ١٤٠ . صحيح مسلم ٢ / ٦٠٢ - ٦٠٤ . سنن أبى داود ١ / ٢٦١ . المجتبى ٣ / ١٥٢ ، ١٥٧ . سنن ابن ماجه ١ / ٤٠٦ . سنن الدارمى ١ / ٣٧٦ - ٣٧٨ . المسند ١ / ٢٢٠ ، ٢٨٠ ، ٣٣٢ ، ٣٤٠ .

أبو داود^(١) . وكلامُ أحمدَ عامٌّ في القليل والكثير . وقال أصحابنا : لها التبرُّع بالثلث فما دون ، وما زاد فعلى روايتين .

فصل : وهل لها الصدقة من ماله بالشئ اليسير بغير إذنه ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، لها ذلك ؛ لأن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مُفسدة ، كان لها أجرها ، وله مثله بما كسب ، ولها بما أنفقت ، وللخازن مثل ذلك من غير أن ينقص من أجورهم شئ » . وعن أسماء أنها قالت : يا رسول الله ، ليس لى شئ إلا ما أدخل على الزبير ، فهل على جناح أن أرضخ^(٢) مما يدخل على ؟ قال : « أرضخى ما استطعت ، ولا تُوعى ، فيُوعى الله عليك » .^(٣) متفق عليهما^(٣) . ولأن العادة السماح بذلك ، فجرى مجرى صريح الإذن .

(١) فى : باب فى عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/٢٦٣ .
كما أخرجه النسائى ، فى : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الزكاة ، ومن كتاب العمرى . المجتبى ٥/٤٩ ، ٦/٢٣٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٧٩ ، ١٨٤ ، ٢٠٧ .
(٢) أى : أعطى شيئاً قليلاً .

(٣ - ٣) سقط من : م .

والحديث الأول أخرجه البخارى ، فى : باب من أمر خادمه بالصدقة ولم يناول بنفسه ، وباب أجر المرأة الخادم إذا تصدق ... ، وباب أجر إذا تصدقت ... ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ أنفقوا من طيبات ما كسبتم ﴾ ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٢/١٣٩ ، ١٤١ ، ١٤٢ ، ٣/٧٣ . ومسلم ، فى : باب أجر الخازن الأمين والمرأة إذا تصدقت ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/٧١٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب المرأة تتصدق من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١/٣٩١ ، ٣٩٢ . والترمذى ، فى : باب فى نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣/١٧٧ . والنسائى ، فى : باب صدقة المرأة من بيت زوجها ، من كتاب =

والثانية ، لا يجوز ؛ لما روى أبو أَمَامَةَ قال : سمعتُ رسولَ اللَّهِ ﷺ يقولُ :
« لَا تُنْفِقِ الْمَرْأَةُ شَيْئًا مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا » . قيل : يا رسولَ اللَّهِ ، ولا
الطَّعَامَ ؟ قال : « ذَلِكَ أَفْضَلُ أَمْوَالِنَا » . رواه سعيدٌ ، والتِّرْمِذِيُّ^(١) . ولأنَّه
تَبَرَّعَ بِمَالٍ غَيْرِهَا ، فلم يَجُزْ ، كالصَّدَقَةِ بِشَيْءٍ .

= الزكاة . المجتبى ٤٩ / ٥ . وابن ماجه ، فى : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب
التجارات . سنن ابن ماجه ٧٧٠ / ٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٤ / ٦ .
والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب الصدقة فى ما استطاع ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب
هبة المرأة لغير زوجها ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ١٤١ / ٢ ، ٢٠٧ / ٣ . ومسلم ،
فى : باب الحث فى الإنفاق وكراهة الإحصاء ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧١٤ / ٢ .
كما أخرجه النسائى ، فى : باب الإحصاء فى الصدقة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥٥ / ٥ .
والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٤٥ / ٦ .

(١) فى : باب فى نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة ، وفى : باب ما جاء لا وصية
لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ١٧٦ / ٣ ، ١٧٧ ، ٢٧٦ / ٨ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ /
٢٦٦ . وابن ماجه ، فى : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه
٧٧٠ / ٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٦٧ / ٥ .

كِتَابُ الصُّلْحِ

وهو ضَرْبان ؛ أحدهما ، الصُّلْحُ فى الأَمْوَالِ ، وذلك نَوْعان ؛ أحدهما ، الصُّلْحُ على الإنْكارِ ، مثل أن يدَّعى على إنسان عَيْنًا فى يده ، أو دَيْنًا فى ذِمَّتِهِ ، لمُعَامَلَةٍ ، أو جِنَايَةٍ ، أو إِتْلَافٍ ، أو غَضَبٍ ، أو تَفْرِيطٍ^(١) فى وَدِيعَةٍ ، أو مُضَارَبَةٍ ، و^(٢) نحو ذلك ، فيُنْكَرُهُ ثم يُصَالِحُهُ بِمَالٍ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ إِذَا كَانَ الْمُتَكِرُّ مُعْتَقِدًا بَطْلَانَ الدَّعْوَى ، فيُدْفَعُ الْمَالُ أَفْتِدَاءً لِيَمِينِهِ ، وَدَفْعًا لِلْخُصُومَةِ [١٧٤و] عن نَفْسِهِ ، والمُدَّعى يَغْتَقِدُ صِحَّتَهَا ، فيَأْخُذُهُ عِوَضًا عن حَقِّهِ الثَّابِتِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ صُلْحٌ^(٣) يَصِحُّ مع الأَجْنَبِيِّ ، فيَصِحُّ بَيْنَ^(٤) الْخَصْمَيْنِ ، كَالصُّلْحِ فى الإِقْرَارِ ، ويكونُ بَيِّنًا فى حَقِّ المُدَّعى ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْمَالَ عِوَضًا عن حَقِّهِ ، فيَلْزِمُهُ حُكْمُ إِقْرَارِهِ ، حتى لو كَانَ الْعِوَضُ شِقْصًا ، وَجَبَتْ فِيهِ^(٥) الشُّفْعَةُ . وَإِنْ وَجَدَ فِيهِ^(٦) عَيْنًا ، فَلَهُ رَدُّهُ ، ويكونُ إِبْرَاءً فى حَقِّ الْمُتَكِرِّ ؛ لِاعْتِقَادِهِ أَنَّ مِلْكَهُ لِلْمُدَّعى لم يَتَجَدَّدْ بِالصُّلْحِ ، وَأَنَّهُ^(٧) إِنَّمَا دَفَعَ الْمَالَ أَفْتِدَاءً لِنَفْسِهِ لَا

(١) فى م : «تفريطا» .

(٢) فى م : «أو» .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى م : «من» .

(٥) زيادة من : ف ، ب .

(٦) فى س ٢ ، م : «به» .

(٧) فى م : «لأنه» .

عَوْضًا ، فلو كان المدَّعى شَقِصًا ، لم تَجِبْ فيه شُفْعَةٌ ، ولو وَجَدَ به عَيْبًا ، لم يَمْلِكْ رَدُّهُ ، كَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا قد أَقَرَّ بِحُرِّيَّتِهِ .

فإن كان أحدهما يَعْلَمُ كَذِبَ نَفْسِهِ ، فالصُّلْحُ باطلٌ في الباطنِ ، وما يأخذه بالصُّلْحِ حَرَامٌ ؛ لأنَّه يَأْكُلُ مالَ أَخِيهِ بِيَاطِلِهِ ، وَيَسْتَخْرِجُهُ مِنْهُ بِشَرِّهِ . وهو في الظاهرِ صحيحٌ ؛ لأنَّ ظاهرَ حالِ المسلمين ^(١) الصُّحَّةُ والحقُّ .

فإن صالحَ عن المنكِرِ أَجْنَبِيٌّ ، صحَّ ، فإن كان بإذنه ، فهو وَكِيلُهُ وقائِمُ مقامِهِ ، وإن كان بغيرِ إِذْنِهِ ، فهو أَفْتِدَاءٌ لَهُ ، وإِبراءٌ لِدَيْنِهِ مِنَ الدَّيْنِ أو الدَّعْوَى ، وذلك جائزٌ بغيرِ إِذْنِهِ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ أبا قَتَادَةَ قَضَى دَيْنَ المَيِّتِ ولا إِذْنَ لَهُ ^(٢) . لكنْ إن كان بغيرِ إِذْنِهِ لم يَزَجِعْ عَلَيْهِ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ لم يَثْبُتْ عَلَيْهِ ، ولأنَّه أَدَّى عَنْهُ ما لم ^(٣) يَلْزَمْهُ أَدَاؤُهُ ، فَكانَ مُتَبَرِّعًا . وإن كان بإِذْنِهِ ،

(١) في الأصل ، س ١ : «المسلم» .

(٢) ورد الحديث من رواية سلمة بن الأكوع وأبي قتادة وجابر ؛ فمن رواية سلمة أخرجه البخارى ، فى : باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ، من كتاب الحوالة ، وفى : باب من تكفل عن ميت ديناً ... ، من كتاب الكفالة . صحيح البخارى ١٢٤ / ٣ ، ١٢٦ . والنسائى ، فى : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٥٢ / ٤ ، ٥٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٧ / ٤ ، ٥٠ .

ومن رواية أبي قتادة أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الصلاة على المديون ، من أبواب الجنائز . عارضة الأحوذى ٢٩٠ / ٤ . والنسائى ، فى : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز ، وفى : باب الكفالة بالدين ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥٢ / ٤ ، ٢٧٩ / ٧ . والدارمى ، فى : باب فى الصلاة على من مات وعليه دين ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٣ / ٢ . ومن رواية جابر أخرجه أبو داود ، فى : باب التشديد فى الدين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢١ / ٢ . والنسائى ، فى : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٥٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣٠ / ٣ .

(٣) سقط من : م .

رَجَعَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَكَيْلُهُ .

وإن صالح الأجنبي عن نفسه ليصير الحق له من غير اعتراف للمدعى بصحة الدعوى ، لم يصح ؛ لأنه يشتري ملك غيره . وإن اعترف بصحة دعواه ، والمدعى دين ، لم يصح ؛ لأن ينع الدين لا يصح مع الإقرار ، فمع الإنكار أولى . وإن كان عينا لا يقدر المصالح على تخليصها^(١) ، لم يصح ؛ لأن ينعها لا يصح مع الإقرار ، فمع الإنكار أولى . وإن كان يقدر على استنقاذها ، صح ؛ لأنه اشترى منه ماله الممكن تسليمه ، فصح ، كما قلنا في بيع المغضوب . ثم إن قدر على انتزاعها ، استقر الصلح ، وإن عجز ، فله الفسخ ؛ لأنه لم يسلم له المعقود عليه ، فرجع في بدله .

فإن قال الأجنبي للمدعى : أنا وكيل المئكر في صلحك ، وهو معترف لك في الباطن ، جاحد في الظاهر . فصالحه ، لم يصح ؛ لأن الصلح في هذه الحال لا يصح من المئكر ، فكذلك من وكيله . وقال القاضي : يصح . ومتى صدقه المئكر ، ملك العين ، ولزمه ما أدى عنه . وإن أنكر ، حلف وبرئ . وإن دفع المدعى إلى المئكر مالا ليقر له ، ففعل ، ثبت الحق ، وبطل الصلح ؛ لأنه يجب عليه الإقرار بالحق ، فلم يحل له أخذ العوض عما وجب عليه .

ولو صالح امرأة لتقر له بالزوجة أو بالرق ، لم يصح ؛ لذلك ، ولأنه يحرّم عليها بذل نفسها لمن يطؤها بعوض . وإن بذلت عوضا للمدعى عن

(١) في م : « تحصيلها » .

دَعَوَاهُ ، صَحَّ ؛ لَأَنَّهَا تَدْفَعُ شَرَّهُ عَنْ نَفْسِهَا ، وَيَأْخُذُ الْعِوَضَ عَنْ حَقِّهِ فِيهَا ، كِعِوَضِ الْخُلْعِ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ فِي الزَّوْجِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ لَا يَأْخُذُ عِوَضًا عَنْ الزَّوْجِيَّةِ^(١) فِي غَيْرِ الْخُلْعِ .

وَلَوْ صَالَحَ شَاهِدًا لِيَتْرَكَ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ ، أَوْ سَارِقًا لِكُلِّ مَا يَرْفَعُهُ إِلَى السُّلْطَانِ ، فَالْصُّلْحُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ أَخْذُ الْعِوَضِ عَنْ تَرْكِ الشَّهَادَةِ الْوَاجِبَةِ ، وَلَيْسَ رَفْعُهُ إِلَى السُّلْطَانِ حَقًّا يَجُوزُ الْاِغْتِيَاضُ عَنْهُ .

فصل : النَّوعُ الثَّانِي ، الصُّلْحُ مَعَ الْاِغْتِرَافِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بَدَيْنِ ، فَيُبْرِئَهُ مِنْ بَعْضِهِ ، وَيَسْتَوْفِي بَاقِيَهُ ، فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يُمْنَعُ مِنْ إِسْقَاطِ حَقِّهِ ، وَلَا مِنْ اسْتِيفَائِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : وَلَوْ شَفَعَ فِيهِ [١٧٤ ظ] شَافِعٌ ، لَمْ يَأْتُمْ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَلَّمَ غُرَمَاءَ جَابِرٍ ، فَوَضَعُوا عَنْهُ الشُّطْرَ^(٢) ، وَكَلَّمَ كَعْبَ بْنَ مَالِكٍ ، فَوَضَعَ عَنْ غَرِيمِهِ الشُّطْرَ^(٣) . وَيَجُوزُ لِلْقَاضِي فِعْلُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَعَلَهُ . وَإِنْ أُمِّكَنْ

(١) فِي م : « الزَّوْجَةُ » .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا قَضَى دُونَ حَقِّهِ أَوْ حَلَلَهُ فَهُوَ جَائِزٌ ، وَبَابِ إِذَا قَاصَ أَوْ جَازَفَهُ فِي الدِّينِ تَمَرًا أَوْ غَيْرَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْاِسْتِقْرَاضِ ، وَفِي : بَابِ إِذَا وَهَبَ دِينَارًا عَلَى رَجُلٍ ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَةِ ، وَفِي : بَابِ الصُّلْحِ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الصُّلْحِ ، وَفِي : بَابِ عَلَامَاتِ النَّبُوَّةِ فِي الْإِسْلَامِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاقِبِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٥٤ / ٣ ، ٢١٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٣٥ / ٤ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ١٠٧ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ قَضَاءِ الدِّينِ قَبْلَ الْمِيرَاثِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . الْمُجْتَبَى ٦ / ٢٠٥ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ أَدَاءِ الدِّينِ عَنِ الْمَيْتِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٢ / ٨١٣ ، ٨١٤ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣ / ٣١٣ .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ التَّقَاضِي وَالْمِلَازِمَةِ فِي الْمَسْجِدِ ، وَبَابِ رَفْعِ الصَّوْتِ فِي الْمَسَاجِدِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ ، وَفِي : بَابِ كَلَامِ الْخُصُومِ بَعْضُهُمْ فِي بَعْضٍ ، مِنْ كِتَابِ =

الْغَرِيمَ الْوَفَاءَ فَاُمْتَنَعَ حَتَّى أُبْرِئَ مِنْ بَعْضِهِ ، لَمْ يَجْزْ ؛ لِأَنَّهُ هَضَمَ لِلْحَقِّ ،
وَأَكَلَ مَالٍ بِالْبَاطِلِ . وَإِنْ قَالَ الْغَرِيمُ : أُبْرَأْتُكَ مِنْ بَعْضِهِ ، بِشَرْطِ أَنْ تُؤَفِّيَنِي
بَقِيَّتَهُ . أَوْ : عَلَى أَنْ تُؤَفِّيَنِي . أَوْ : لِتُؤَفِّيَنِي بَاقِيَهُ ^(١) . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ
إِبْرَاءَهُ عِوَضًا عَمَّا أُعْطَاهُ ، فَيَكُونُ مُعَاوِضًا لِبَعْضِ حَقِّهِ بِيَعُضٍ . وَلَا يَصِحُّ
بَلْفَظِ الصُّلْحِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى : صَالِحِنِي عَنْ الْمِائَةِ بِخَمْسِينَ . أَيْ بَغْنِي ،
وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّهُ رَبًّا . وَلَوْ صَالَحَهُ عَنْ مِائَةٍ مُؤَجَّلَةٍ
بِخَمْسِينَ حَالَةً ، لَمْ يَجْزْ ؛ لِذَلِكَ ، وَلِأَنَّ بَيْعَ الْحُلُولِ غَيْرُ جَائِزٍ . وَإِنْ صَالَحَهُ
عَنِ الْحَالَةِ بِأَقْلٍ مِنْهَا مُؤَجَّلَةً ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْحَالَ لَا يَتَأَجَّلُ بِالتَّأْجِيلِ ،
^(٢) «وَمَا يُسْقِطُهُ لَا» مُقَابِلَ لَهُ ، إِلَّا أَنْ يُسْقِطَهُ اخْتِيَارًا مِنْهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ . وَلَوْ
اعْتَرَفَ لَهُ بِدَارٍ ، فَصَالَحَهُ عَلَى أَنْ يُسْكِنَهُ فِيهَا مُدَّةً ، أَوْ يَتَيْنَى عَلَيْهَا ^(٣) غُرْفَةً ،
وَنَحْوَ ذَلِكَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا عِوَضَ لَهُ .

فصل : القسم الثاني ، أن يعتَرِفَ له بعَيْنٍ في يَدِهِ ، فَيَهَبَ له بَعْضُهَا
وَيَسْتَوْفِيَ بَاقِيَهَا ، فَيَصِحَّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْإِبْرَاءِ إِذَا فَعَلَ هَذَا اخْتِيَارًا مِنْ غَيْرِ

= الخصومات ، وفي : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح . صحيح البخارى ١ /
١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ١٦٠ / ٣ ، ٢٤٦ . ومسلم ، فى : باب استحباب الوضع من الدين ، من
كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٩٢ . وأبو داود ، فى : باب الصلح ، من كتاب الأقضية .
سنن أبى داود ٢ / ٢٧٣ . والنسائى ، فى : باب حكم الحاكم فى داره ، من كتاب القضاة . المجتبى
٨ / ٢١٠ . وابن ماجه ، فى : باب الحبس فى الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن
ماجه ٢ / ٨١١ . والدارمى ، فى : باب فى إنظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ /
٢٦١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٩٠ .

(١) بعده فى م : «صح» . خطأ .

(٢ - ٢) فى م : «لا يسقطه إلا» .

(٣) فى س ٢ : «بتمكنها» .

مَنْعِ الْغَرِيمِ ، وَوَهَبَ لَهُ بِغَيْرِ شَرْطٍ ، ^(١) « كَمَا ذَكَرْنَا » فِي الْإِبْرَاءِ .

فصل : الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بَعِيْنٌ أَوْ ذَيْنِ ، فَيُصَالِحَهُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ أَضْرِبُ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِنَقْدٍ ^(٢) فَيُصَالِحَهُ عَلَى نَقْدٍ ، فَهَذَا صَرَفٌ يُعْتَبَرُ لَهُ شُرُوطُهُ . الثَّانِي ، أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِنَقْدٍ فَيُصَالِحَهُ عَلَى عَرْضٍ ^(٣) ، أَوْ بِعَرْضٍ ^(٤) فَيُصَالِحَهُ عَلَى نَقْدٍ أَوْ عَرْضٍ ، فَهَذَا يَتَّبِعُ تَثَبُّتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ كُلُّهَا . الثَّالِثُ ، أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ ، بِعَرْضٍ أَوْ نَقْدٍ ^(٥) فَيُصَالِحَهُ عَلَى مَنَفَعَةٍ ؛ كَسُكْنَى دَارٍ ، أَوْ خِدْمَةٍ ، فَهَذَا إِجَارَةٌ تَثَبُّتُ فِيهِ أَحْكَامُهَا ، وَلَوْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ الَّتِي صَالَحَ عَلَيْهَا ، بَطَلَ الصُّلْحُ . فَإِنْ كَانَ قَدْ مَضَى بَعْضُ الْمُدَّةِ ، بَطَلَ فِيمَا بَقِيَ بِقِسْطِهِ . وَلَوْ اعْتَرَفَتِ الْمَرْأَةُ بِذَيْنِ ، فَصَالَحَتْهُ عَلَى أَنْ تُزَوِّجَهُ نَفْسَهَا ، صَحَّ ، وَكَانَ صَدَاقًا لَهَا ، وَلَوْ اعْتَرَفَتْ لَهُ بِعَيْبٍ فِي مَبِيعٍ ، فَصَالَحَتْهُ عَلَى نِكَاحِهَا ، صَحَّ ، فَإِنْ زَالَ الْعَيْبُ رَجَعَتْ بِأَرْشِهِ ؛ لِأَنَّهُ الصَّدَاقُ . وَلَمْ يُسَمَّ الْخِرْقَى غَيْرَ ^(٥) الصُّلْحِ فِي الْإِنْكَارِ صُلْحًا .

فصل : وَإِذَا اعْتَرَفَ لَهُ بِشَيْءٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُصَالِحَ عَنْهُ ^(٦) بِأَكْثَرِ مِنْهُ مِنْ جِنْسِهِ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ لَا مُقَابِلَ لَهُ . وَلَوْ اعْتَرَفَ بِقَتْلِ خَطَأً فَصَالَحَهُ بِأَكْثَرِ مِنَ الدِّيَةِ مِنْ جِنْسِهَا ، لَمْ يَجُزْ . وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « لَمَّا ذَكَرَ » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ عَرْضٍ » .

(٣) فِي س ٢ : « عَوْضٍ » .

(٤) فِي س ٢ : « بَعْوَضٍ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) زِيَادَةٌ مِنْ : ف .

مُعَاوِضَةٌ . وَلَوْ أَتَلَفَ شَيْئًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ^(١) ، فَصَالِحُهُ عَلَى مِائَةٍ وَعَشْرَةٍ^(٢) ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ صَالِحُهُ عَلَى عَرْضٍ ، جَازَ وَإِنْ كَثُرَ ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَعِ . وَلَوْ أَجَّلَ الْعَوَضَ الْوَاجِبَ بِالْإِثْلَافِ ، لَمْ يَصِرْ مُؤَجَّلًا بِتَأْجِيلِهِ .

فصل : وَضَلُحُ الْمَكَاتِبِ ، وَالْمَأْذُونِ لَهُ مِنَ الْعَبِيدِ وَالصُّبْيَانِ ، مِنْ دَيْنِ لَهُمْ بَيْعُضِهِ ، لَا يَصِحُّ^(٣) ، إِذَا كَانَ لَهُمْ بِهِ بَيِّنَةٌ ، أَوْ^(٤) أَقَرَّ لَهُمْ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَلَيْسَ لَهُمُ التَّبَرُّعُ . فَإِنْ كَانَ عَلَى الْإِنْكَارِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَهُمْ لِلْبَعْضِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ اسْتِيفَاءِ الْكُلِّ أَوْلَى مِنْ تَرْكِهِ .

فصل : وَيَصِحُّ الضُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ الَّذِي لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، عَيْنًا كَانَ أَوْ دَيْنًا ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَيْهِ فِي مَوَارِيثَ دَرَسَتْ : « اسْتَهَمَا ، وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ ، وَلْيَحْلِلْ أَحَدُكُمَا صَاحِبَهُ » .^(٥) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ . وَسَوَاءٌ كَانَ الْجَهْلُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، كَالْحَقُّوقِ الدَّارِسَةِ ، أَوْ مَنَّنَ عَلَيْهِ الْحَقُّ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ [١٧٥] تَدْعُو إِلَيْهِ . فَأَمَّا مَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ ، فَلَا يَجُوزُ . قَالَ أَحْمَدُ : إِنْ صَالَحُوا امْرَأَةً مِنْ ثُمْنِهَا ، لَمْ يَضْلُحْ^(٦) ، وَلَوْ قَالَ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في ب : « عشرين » .

(٣) بعده في م : « إلا » .

(٤) في م : « و » .

(٥ - ٥) زيادة من : س ١ .

والحديث أخرجه أبو داود ، في : باب في قضاء القاضى إذا أخطأ ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٧١ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٢٠ .

(٦) في م : « يصح » .

الْوَرَاثُ لِبَعْضِهِمْ : نُخْرِجُكَ عَنِ الْمِيرَاثِ بِأَلْفٍ . أَكْرَهُ ذَلِكَ ، حَتَّى يَعْرِفَهُ
وَيَعْلَمَ مَا هُوَ ، إِنَّمَا يُصَالِحُ الرَّجُلُ "الرَّجُلَ عَلَى" الشَّيْءِ لَا يَعْرِفُهُ وَلَا يَذَرِي
مَا هُوَ ، أَوْ يَكُونُ رَجُلٌ يَعْلَمُ مَا لَهُ عَلَى الْآخِرِ ، وَالْآخِرُ لَا يَعْرِفُهُ فَيُصَالِحُهُ ،
فَأَمَّا إِذَا عَلِمَ فَلَمْ يُصَالِحْهُ ، إِنَّمَا يُرِيدُ أَنْ يَهْضِمَ حَقَّهُ . وَلَئِنْ هَذَا لَا حَاجَةَ
إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَبَيْعِ الْمَجْهُولِ .

بَابُ الصُّلْحِ فِيْمَا لَيْسَ بِمَالٍ

يَصِحُّ الصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ بِمَالٍ^(١) يَزِيدُ عَلَى الدِّيَةِ وَيَنْقُصُ عَنْهَا ؛ لِأَنَّ الْمَالَ لَمْ يَتَّعَيْنْ^(٢) . فَإِنْ خَرَجَ الْعَوَضُ حُرًّا أَوْ مُسْتَحَقًّا ، رَجَعَ بِقِيَمَتِهِ . وَلَوْ صَالَحَ عَنْ دَارٍ فَخَرَجَ الْعَوَضُ مُسْتَحَقًّا ، رَجَعَ فِي الدَّارِ ؛ لِأَنَّهُ يَبْتَغِ ، فَإِذَا فَسَدَ عَوَضُهُ تَبَيَّنَا فَسَادَهُ ، وَالصُّلْحُ فِي الدَّمِ إِسْقَاطٌ ، فَلَمْ يَغْدُ بَعْدَ سُقُوطِهِ ، وَرَجَعَ يَبْدُلِ الْعَوَضِ وَهُوَ الْقِيَمَةُ .

فصل : إِذَا أَرَادَ أَنْ يُجْرِيَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ مَاءً ، لَهُ غِنَى^(٣) عَنْ إِجْرَائِهِ فِيهَا ، لَمْ يَجْزُ إِلَّا بِرِضَاهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَصَرُّفًا فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَالزَّرْعِ فِيهَا . فَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى مَوْضِعِ الْقَنَاءِ ، جَازَ إِذَا بَيَّنَّا مَوْضِعَهَا وَطُولَهَا وَعَرْضَهَا ؛ لِأَنَّهُ يَبْتَغِ لِمَوْضِعٍ مِنْ أَرْضِهِ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى بَيَانِ عُُمُقِهَا ؛ لِأَنَّ قَرَارَهَا لِمُشْتَرِيهَا يُعَمِّقُ مَا شَاءَ . وَإِنْ شَرَطَ أَنَّ أَرْضَهَا^(٤) لِرَبِّ الْأَرْضِ ، كَانَ إِجَارَةً ، يَفْتَقِرُ إِلَى مَعْرِفَةِ عُُمُقِهَا وَمُدَّتِهَا ، كإِجَارَتِهَا لِلزَّرْعِ . فَإِنْ كَانَ رَبُّ الْأَرْضِ مُسْتَأْجِرًا لَهَا ، جَازَ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ مَاءٍ فِيهَا فِي سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ مُدَّةً لَا تَتَجَاوَزُ مُدَّةَ إِجَارَتِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ حَفْرُ سَاقِيَةٍ ؛ لِأَنَّهُ إِخْدَاطٌ

(١) فِي م : « بَمَالٍ » .

(٢) فِي م : « يَتَبَيَّنُ » .

(٣) فِي م : « غِنَاءٌ » .

(٤) فِي م : « أَرْضُهَا » .

شيء لم تناوله الإجارة ، وكذلك إن كانت الأرض وفقاً عليه .

وإن صالح رجلاً على أن يجري على سطحه أو أرضه ماء المطر ،
جاز ، إذا كان السطح الذي يجري مأؤه معلوماً ؛ لأن الماء يختلف بصغره
وكبره ، ومعرفة موضع الميزاب الذي يجري الماء إليه ؛ لأن ضرره يختلف .
ولا يقتصر إلى ذكر المدة ؛ لأن الحاجة تدعو^(١) إلى هذا ، ولأن هذا لا
يستوفي به منافع السطح ، بخلاف الساقية .

ومن كانت له أرض لها ماء ، لا طريق له إلا في أرض جاره ، وفي
إجرائه ضرر بجاره ، لم يجرز إلا بإذنه ؛ لأنه لا يملك الإضرار به بالتصرف
في ملكه بغير إذنه . وإن لم يكن فيه ضرر ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا
يجوز ؛ لما تقدم . والثانية ، يجوز ؛ لما روى أن الضحّاك بن خليفة ساق
خليجاً من العريض^(٢) ، فأراد أن يمر به^(٣) في أرض^(٤) محمد بن مسلمة ،
فمنعه ، فقال له عمر : لم تمنع جارك ما ينفعه ولا يضرك ، تشربه أولاً
وآخرًا ؟ فقال له محمد : لا والله . فقال^(٥) عمر : والله ليتمرّن به ولو على
بطنك . فأمره عمر ، رضي الله عنه ، أن يمر به ، ففعل . رواه سعيد^(٥) .
ولأنه نفع لا ضرر فيه ، فأشبه الاستيظلال بحائطه .

(١) في م : « تدعوه » .

(٢) العريض : واد بالمدينة . معجم البلدان ٦٦١ / ٣ .

(٣ - ٣) في م : « على » .

(٤) بعده في ب : « له » .

(٥) وأخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في المرفق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٤٦ / ٢ .

فصل : ولا يجوز أن يشرع إلى الطريق النافذ جناحاً ؛ وهو الرؤشن^(١) على أطراف خُشْبٍ مَدْفُونَةٍ في الحائط ، ولا سَابَاطاً^(٢) ؛ وهو المُسْتَوَلِي على هَوَاءِ الطَّرِيقِ على حَائِطَيْنِ ؛ لَأَنَّهُ بِنَاءٌ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ [١٧٥ظ] بغير إِذْنِهِ ، فلم يَجُزْ ، كَالْبِنَاءِ فِي أَرْضِ الطَّرِيقِ ، ولا مِيزَاباً ، ولا يَتَنَى فِيهَا دَكَّةً^(٣) ؛ لذلك ، ولَأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ، أَشْبَهُ بِنَاءَ يَتٍ . ولا يُبَاحُ ذَلِكَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ الْإِذْنُ فِيمَا يَضُرُّ الْمُسْلِمِينَ ، وَسَوَاءٌ أَضَرَّ فِي الْحَالِ أَوْ لَمْ يَضُرْ ؛ لِأَنَّ هَذَا يُرَادُّ لِلدَّوَامِ ، وَقَدْ يَحْدُثُ الضَّرَرُ فِيهِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يجوزُ أن يَأْذَنَ الْإِمَامُ فِيمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ؛ لَأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْمُسْلِمِينَ ، فَجَرَى مَجْرَى إِذْنِهِ فِي الْجُلُوسِ .

فصل : ولا يجوزُ أن يَفْعَلَ هَذَا فِي مِلْكٍ إِنْسَانٍ ، ولا دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ ؛ لَأَنَّهُ حَقُّهُمْ ، فلم يَجُزِ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِذَلِكَ بغيرِ إِذْنِهِمْ . فإن صَالَحَهُ الْمَالِكُ أَوْ أَهْلُ الدَّرْبِ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، جاز ؛ لَأَنَّهُ يجوزُ بِإِذْنِهِمْ بغيرِ عَوَضٍ ، فجاز بَعْوَضٍ ، كما في الْقَرَارِ . وقال الْقَاضِي : لا يَجُوزُ^(٤) الصُّلْحُ عَنِ الْجَنَاحِ وَالسَّابَاطِ ؛ لَأَنَّهُ يَتَّبَعُ^(٥) لِلْهَوَاءِ دُونَ الْقَرَارِ .

فصل : وإذا حَصَلَتْ أَغْصَانُ شَجَرَتِهِ فِي هَوَاءِ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فطالَبَهُ

(١) بعده في ف : « الذي » .

والرؤشن : الشرفة .

(٢) الساباط : سقيفة بين حائطين تحتها ممر نافذ .

(٣) الدكة : بناء يسطح أعلاه للمقعد . وانظر الإنصاف مع المقتنع والشرح الكبير ١٣ / ١٨٧ .

(٤) في م : « يصح » .

(٥) في م : « تبع » .

بإزالتها ، لَزِمَهُ ذلك ؛ لأنَّ هَوَاءَ مِلْكِهِ مِلْكُهُ . فإن لم يُزِلْهُ ، فلِمَالِكِ الأرضِ
إزالتها بالقَطْعِ وغيره ، كما لو دَخَلَتْ بِهِيمَةٌ جَارِهِ دارَهُ ، مَلَكَ إخراجها .
فإن صَلَحَهُ عَلَى ^(١) تَرْكِهَا بِعَوَضٍ ، جازَ عِنْدَ ابْنِ حَامِدٍ وابنِ عَقِيلٍ ؛ لأنَّ
الْجَهَالَهَ هَاهُنَا لَا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، فلم تَمْنَعْ الصُّحَّةَ ، كالصُّلْحِ عَلَى ^(٢) الْمَوَارِيثِ
الدَّارِسَةِ ، ولأنَّ هذا مِمَّا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ ، وَيُسَامَحُ فِيهِ ، فَجَرَى مَجْرَى سِمَنِ
الْمُسْتَأْجَرِ لِلرُّكُوبِ وَهَزَالِهِ . وقال القاضى : يَصِحُّ فِي الْيَابِسِ الْمُعْتَمِدِ عَلَى
حَائِطٍ ، وَلَا يَصِحُّ فِي الرُّطْبِ ؛ لَأَنَّهُ يَزِيدُ وَيَتَغَيَّرُ ، وَلَا فِي غَيْرِ الْمُعْتَمِدِ ؛ لَأَنَّهُ
لَا قَرَارَ لَهُ . وقال أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَصِحُّ فِي الْجَمِيعِ ؛ لَأَنَّ الرُّطْبَ يَزِيدُ
وَيَتَغَيَّرُ ، وَالْيَابِسَ يَنْقُصُ وَيَذْهَبُ .

وإن صَلَحَهُ بِجُزْءٍ مِنْ ثَمَرَتِهَا مَعْلُومٍ ، ففيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْمَنَعُ ؛
لِلْجَهَالَهَ فِيهِ وَفِي عَوَضِهِ . والثانى ، يَجُوزُ ؛ لَأَنَّ هَذَا يَكْثُرُ فِي الْأَمْلاكِ
الْمُتْجَاوِرَةِ ، وَفِي الْقَطْعِ إِثْلَافٌ وَإِضْرَارٌ ، فَدَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى الصُّلْحِ بِجُزْءٍ
مِنَ الثَّمَرَةِ ؛ لَأَنَّهُ أَسْهَلُ . ولو اِمْتَدَّتْ عُرُوقُ شَجَرَةٍ حَتَّى أَثَرَتْ فِي بِنَاءٍ غَيْرِهِ
أَوْ بَيْتِهِ ، فعليه إِزَالَتُهُ ؛ لَأَنَّ قَرَارَ مِلْكِ الْإِنْسَانِ مِلْكُهُ ، فهو كَهَوَائِهِ ، ولو مالَ
حَائِطُهُ إِلَى مِلْكِ جَارِهِ أَوْ طَرِيقٍ ، لَزِمَهُ إِزَالَتُهُ .

فصل : ليس للإنسان أن يَفْتَحَ فِي حَائِطِ جَارِهِ طَاقًا ، وَلَا يَغْرِزَ فِيهِ
وَتِدًّا ، وَلَا مِسْمَارًا ، وَلَا يُحْدِثَ عَلَيْهِ حَائِطًا ، وَلَا سُتْرَةً بِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لَأَنَّهُ
تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ بِمَا يَضُرُّ بِهِ ، فلم يَجُزْ ، كَهَدْمِهِ .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ب : «عَنْ» .

(٢) فِي م : «عَنْ» .

وليس له وَضْعُ خَشْبِهِ عَلَيْهِ، إِنْ كَانَ يَضُرُّ بِالْحَائِطِ، أَوْ يَضْعُفُ عَنْ حَمْلِهِ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ»^(١). وَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ، وَبِهِ غِنَى عَنْهُ، لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَكْثَرِ أَصْحَابِنَا؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِمَا يَسْتَعْنِي عَنْهُ، فَلَمْ يَجُزْ، كَفَتْحِ الطَّاقِ^(٢)، وَغَرَزِ الْمِشْمَارِ. وَأَجَاذَهُ ابْنُ عَقِيلٍ؛ لِحَبْرِ أَبِي هُرَيْرَةَ^(٣)، وَلَأنَّ مَا أُبَيِّحُ لَا تُعْتَبَرُ لَهُ حَقِيقَةُ الْحَاجَةِ؛ كَانْتِزَاعِ الشَّقِصِ الْمَشْفُوعِ، وَالْفَسْخِ بِالْعَيْبِ. وَإِنْ اخْتِاجَ إِلَيْهِ بَحِثٌ لَا يُمَكِّنُهُ التَّسْقِيفُ إِلَّا بِهِ، جَازَ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشْبَهُ عَلَى جِدَارِهِ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤). وَلَأنَّهُ انْتِفَاعٌ لَا ضَرَرَ فِيهِ، دَعَتْ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ، فَوَجَبَ بِذَلِكَ، كَفَضْلِ الْمَاءِ لِبَهَائِمٍ غَيْرِهِ. وَذَكَرَ الْقَاضِي، وَأَبُو الْخَطَّابِ، [١٧٦و] أَنَّهُ لَا^(٥) يَجُوزُ إِلَّا لِمَنْ

(١) فِي ب، م: «ضَرَار».

وَالْحَدِيثُ تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٥٢.

(٢) فِي م: «الطَّاقَةُ».

(٣) هُوَ الْحَدِيثُ الْآتِي.

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ، فِي: بَابِ لَا يَمْنَعُ جَارَ جَارِهِ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ، مِنْ كِتَابِ الْمَظَالِمِ، وَفِي: بَابِ الشَّرْبِ مِنْ فَمِ السَّقَاءِ، مِنْ كِتَابِ الْأَشْرَبَةِ. صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٧٣/٣، ١٤٥/٧. وَمُسْلِمٌ، فِي: بَابِ غَرَزِ الْخَشَبِ فِي جِدَارِ الْجَارِ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ. صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٣٠/٣. كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ أَبْوَابِ مِنَ الْقَضَاءِ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ. سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٨٣. وَالتِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ فِي الرَّجْلِ يَضَعُ عَلَى حَائِطِ جَارِهِ خَشْبًا، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ. عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٠٥/٦. وَابْنُ مَاجَةَ، فِي: بَابِ الرَّجْلِ يَضَعُ خَشْبَةً عَلَى جِدَارِ جَارِهِ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ. سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٧٨٣/٢. وَالْإِمَامُ مَالِكٌ، فِي: بَابِ الْقَضَاءِ فِي الْمَرْفُقِ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ. الْمُوطَأُ ٧٤٥/٢. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ٢/٢٤٠، ٢٧٤.

(٥) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ.

ليس له إلا حائط واحد، ولجاره ثلاثة. وقد يتعذر التسقيف على الحائطين غير المتقابلين، فالتفريق تحكم.

فأما وضع الخشب في حائط المسجد مع الشرطين، ففيه روايتان؛ إحداهما، يجوز؛ لأن تجويزه في ملك الآدمي المبنى حقه على الضيق، تنبيه على جوازه في حق الله المبنى على المسامحة والسهولة. والثانية، المنع. اختارها أبو بكر؛ لأن الأصل المنع، خولف في الآدمي المعين، فيبقى فيما عداه على مقتضى الأصل. ويتخرج من^(١) هذه الرواية، أن يمنع من وضعه في ملك الجار إلا بإذنه؛ لما ذكرنا للرواية الأولى. فإن صالحه المالك على وضع خشبه^(٢) بعوض في الموضع الذي يجوز له وضعه، لم يجز؛ لأنه يأخذ عوض ما يجب عليه بذله. وإن كان في غيره، جاز، سواء كانت إجارة في مدة معلومة أو على التأييد، بشرط كون الخشب معلوما برؤية أو صفة، والبناء معلوم، وآلته^(٣) معلومة. ومتى زال الخشب لسقوط الحائط أو غيره، فله إعادته؛ لأنه استحق بقاءه بعوض. ولو كان له رسم طرح خشب، فصالحه المالك بعوض، على أن لا يعيده عليه، أو ليزيله عنه، جاز؛ لأنه لما جاز أن يصلح على وضعه جاز على نزعها.

فصل: فإن كان له دار بابها في زقاق غير نافذ، وظهرها إلى الشارع، فله فتح باب إلى الشارع؛ لأن له حقا في الاستطراق فيه، وإن كان بابها

(١) في م: «على».

(٢) في م: «خشبة».

(٣) في م: «الآلة».

إلى الشارع ، لم يكن له فتح باب إلى الزقاق للاستطراق ؛ لأنه لا يجوز^(١) أن يجعل لنفسه حق الاستطراق في مكان مملوك لأهله ، لا حق له فيه . ويحتمل الجواز ؛ لما نذكره في الفصل الذي يليه . وله أن يفتح مكاناً للضوء والنظر لا يصلح للاستطراق ؛ لأن له رفع^(٢) جميع حائطه ، فرفع بعضه أولى . وإن فتحه باباً يصلح للاستطراق ، وقال : لا أجعله طريقاً ، بل أغلقه وأسمّره . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لما ذكرنا . والثاني ، لا يجوز ؛ لأن الباب دليل على^(٣) الاستطراق ، فيجعل لنفسه حقاً . وإن كان له داران باب إحداهما أو بابهما في زقاقين غير نافذين ، بينهما حائط ، فأنفذ إحداهما إلى الأخرى^(٤) ، جاز في أحد الوجهين ؛ لأن له رفع الحائط من بينهما ، وجعلهما داراً واحدة ، فرفع بعضه أولى . والثاني ، لا يجوز ؛ لأنه يجعل الزقاقين نافذين ، ويجعل الاستطراق في كل واحد منهما من دار لا حق لها فيه .

وكل موضع لا يجوز ، إذا صالح أهل الدرب بعوض ، أو أذنوا له بغير عوض ، جاز ؛ لأن المنع لحقهم ، فجاز لهم أخذ العوض عنه ، كسائر حقوقهم .

فصل : فإن كان بابه في زقاق غير نافذ ، فأراد تقديمه نحو أوله ،

(١) بعده في م : « له » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « الآخر » .

جاز؛ لأنه يترك بعض حقه، وإن قدمه نحو آخره، لم يجر؛ لأنه يجعل
 لنفسه^(١) الاستطراق في موضع لم يكن له. ويحتمل الجواز؛ لأن له رفع
 حائطه كله، فيملك رفع بعضه، ولأن ما يلي حائطه فناء^(٢) له، فملك
 فتح الباب فيه، كحالة ابتداء البناء؛ فإن له في ابتداء البناء جعل بابيه حيث
 شاء، فتركه له لا يسقط حقه منه.

ولو تنازع صاحب^(٣) البابين في الدرب، ففيه وجهان؛ أحدهما،
 يحكم بالدرب من أوله إلى الباب الأول لهما؛ لأن يدهما عليه،
 واستطرقهما فيه، وسائر الدرب للآخر؛ لأن اليد له لاستطراقه وحده.
 والثاني، هو بينهما؛ لأن لهما جميعا [١٧٦ظ] يدا وتصرفا. فعلى الوجه
 الأول، لصاحب الباب الصدراني جعل آخر الدرب دهلزا يختص به عن
 سائر أهل الدرب؛ لأنه ملكه خاصة، وعلى الثاني، لا يجوز؛ لأنه
 مشترك بين الجميع.

فصل: إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم، فدعا^(٤) أحدهما صاحبه
 إلى عمارته فأبى، أجبر؛ لأنه إنفاق على ملك مشترك يزيل الضرر عنهما،
 فأجبر عليه،^(٥) كإطعام العبد المشترك، ولأن في تركه ضررا، فأجبر عليه^(٥)

(١) سقط من: م.

(٢) في م: «فيئا».

(٣) في الأصل، س ٢: «صاحب».

(٤) في الأصل: «فادعى».

(٥ - ٥) سقط من: م.

كالقِسْمَةِ . فإن لم يَفْعَلْ ، باع الحَاكِمُ مَالَهُ ، وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ ، فإن لم يكن له مَالٌ ، اقْتَرَضَ عَلَيْهِ وَأَنْفَقَ ، وإن أَنْفَقَ الشَّرِيكَ بِإِذْنِهِ ، أو إِذْنِ الحَاكِمِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ^(١) بِالتَّفَقَّةِ ، والحَائِطُ بَيْنَهُمَا ، كما كان قَبْلَ انْهِدَامِهِ . وعنه ، لا يُجْبَرُ ؛ لَأَنَّهُ إِنْفَاقٌ عَلَى مِلْكٍ لَا يَجِبُ لَوْ انْفَرَدَ بِهِ ، فلم يَجِبْ مَعَ الْإِشْتِرَاكِ ، كَزَرْعِ الْأَرْضِ .

وإن أَرَادَ شَرِيكُهُ بِنَاءَهُ ، لم يُمْنَعْ ؛ لَأَنَّهُ يُعِيدُ رَسْمًا فِي مُشْتَرَكٍ ، فلم يُمْنَعْ ، كَوَضْعِ الخَشَبِ الَّذِي لَهُ رَسْمٌ . فإن بَنَاهُ بِآلَتِهِ ، عاد بَيْنَهُمَا كما كان بِرُسُومِهِ وَحَقُوقِهِ ؛ لَأَنَّهُ عَادَ بِعَيْنِهِ ، وليس للْبَانِي ^(٢) فِيهِ إِلَّا أَثَرُ تَأْلِيْفِهِ . وإن بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فهو للْبَانِي ^(٣) ليس لَشَرِيكِهِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، وللْبَانِي ^(٤) نَقْضُهُ إِنْ شَاءَ ؛ لَأَنَّهُ مِلْكُهُ ^(٥) خَاصَّةٌ . ولو بَذَلَ لَهُ شَرِيكُهُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ لِئَلَّا يَنْقُضَهُ ، لم يُجْبَرْ عَلَى قَبُولِهَا ؛ لَأَنَّهُ لَمَّا لم يُجْبَرْ عَلَى إِنْشَائِهِ ، لم يُجْبَرْ عَلَى إِبْقَائِهِ . وعلى الرُّوَايَةِ الْأُولَى ، يُجْبَرُ عَلَى تَرْكِهِ ؛ لَأَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى إِنْشَائِهِ ، فَيُجْبَرُ عَلَى إِبْقَائِهِ . فإن كَانَ لِلشَّرِيكِ عَلَى الْحَائِطِ رَسْمٌ انْتِفَاعٍ ، قُلْنَا للْبَانِي ^(٦) : إِمَّا أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ نِصْفَ الْقِيَمَةِ وَتُمْكِّنَهُ مِنْ إِعَادَةِ رَسْمِهِ ، وَإِمَّا أَنْ تَأْخُذَ بِبِنَائِكَ لِيَبْنِيَ مَعَكَ . لَأَنَّ الْقَرَارَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا ، فلم يَجُزْ أَنْ يُسْقِطَ

(١) زيادة من : م .

(٢) في س ١ : « للثاني » .

(٣) في الأصل ، س ١ ، ب : « للثاني » .

(٤) في الأصل : « للثاني » .

(٥) في م : « ملك » .

(٦) في الأصل ، س ٢ ، ف : « للثاني » .

حَقُّ شَرِيكِهِ .

فصل : وإن كان السُّفْلُ لأَحَدِهِمَا وَالْعُلُوُّ لِلْآخَرِ ، فَانْهَدَمَ السَّقْفُ ^(١) الذى بينهما ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ سَوَاءً ؛ لِأَنَّهُ يَنْفَعُهُمَا ، فَهُوَ كَالْحَائِطِ بَيْنَهُمَا ، وَأَيُّهُمَا هَدَمَ الْحَائِطَ أَوْ السَّقْفَ ، فَعَلِيهِ إِعَادَتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ سُقُوطَهُ وَيَجِبَ هَدْمُهُ ، فَيَصِيرُ كَالْمُنْهَدِمِ بِنَفْسِهِ . وَإِنْ انْهَدَمَتْ حِيطَانُ ^(٢) السُّفْلِ ، لَمْ يَمْلِكْ صَاحِبُهُ إِجْبَارَ صَاحِبِ الْعُلُوِّ عَلَى مُبَانَاتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ خَاصَّةٌ . وَعَنْهُ ، يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّهُمَا يَنْتَفِعَانِ بِهِ ، فَأَشْبَهَ الْحَائِطَ الْمُشْتَرَكَ . وَهَلْ لَصَاحِبِ الْعُلُوِّ إِجْبَارُ صَاحِبِهِ عَلَى بِنَائِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَلَيْسَ لَصَاحِبِ السُّفْلِ مَنَعُ صَاحِبِ الْعُلُوِّ مِنْ بِنَائِهِ إِنْ أَرَادَهُ . فَإِنْ بَنَاهُ بِآلَتِهِ ، فَهُوَ عَلَى مَا كَانَ ، لَا يَمْلِكُ أَحَدُهُمَا نَقْضَهُ . وَإِنْ بَنَاهُ بغيرِ آلَتِهِ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : لَا يَنْتَفِعُ بِهِ صَاحِبُ السُّفْلِ حَتَّى يُؤَدَّى الْقِيَمَةُ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ الشُّكْنَى ؛ لِأَنَّ فَائِدَةَ الْحِيطَانِ أَكْثَرُهَا لِلشُّكْنَى . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ طَرَحُ الخَشَبِ ، وَنَضْبُ الوَتِدِ وَنَحْوُهُ دُونَ الشُّكْنَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْإِنْتِفَاعُ بِالْحَائِطِ مُبَاشَرَةً . وَلِبَاقِيهِ نَقْضُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى إِبْقَائِهِ بِالْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى اتِّدَائِهِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا دُولَابٌ ^(٣) أَوْ نَاعُورَةٌ ^(٤) يَحْتَاجُ إِلَى عِمَارَةٍ ،

(١) فِي ب : « السفل » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « صَاحِب » .

(٣) الدُولَابُ : الآلةُ الَّتِي تديرُهَا الدَابَّةُ لِيَسْتَقَى بِهَا .

(٤) النَاعُورَةُ : دُولَابٌ ذُو دَلَاءٍ أَوْ نَحْوِهَا ، يَدُورُ بِدَفْعِ الْمَاءِ أَوْ جَرِّ الْمَاشِيَةِ ، فَيُخْرِجُ الْمَاءَ مِنَ الْبُئْرِ أَوْ النَّهْرِ إِلَى الْحَقْلِ .

فذلك كالحائط المنهدم سواءً . وإن كان بينهما قناة أو عين ، ففي إجبار الممتنع من عمارتها روايتان . فإن بناها^(١) أحدهما ، لم يملك منع صاحبه من نصيبه ؛ لأنه ليس له فيها إلا أثر الفعل .

فصل : ليس للمالك التصرف في ملكه بما يضر جاره ؛ نحو أن يبنيه حمامًا بين الدور ، أو مخبزًا بين العطارين ، أو [١٧٧] يجعله دار قصارة تهز الحيطان ، أو يحفر بئرًا تجذب ماء بئر جاره ؛ لقول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(٢) . «^(٣) رواه ابن ماجه ، والدارقطني بنحوه^(٣) . ولأنه تصرف يضر بجيرانه ، فمنع منه ، كالذق الذي يهز الحيطان . وليس له سقي أرضه بما^(٤) يهدم حيطانهم .

وإن كان له سطح أعلى من سطح جاره ، فعلى الأعلى بناء شرة بين ملكيهما ؛ ليدفع عنه ضرر نظره^(٥) إذا صعد سطحه .

(١) في الأصل : « بناهما » ، وفي ف ، ب : « نقاها » ، وفي م : « نقاها » .

(٢) في س ١ ، س ٢ ، ف ، ب : « إضرار » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

والحديث تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٢ .

(٤) في ف : « بماء » .

(٥) سقط من : الأصل .

بَابُ الْحَوَالَةِ

وهي نَقْلُ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وهي عَقْدُ إِزْفَاقٍ مُتَفَرِّدٌ بِنَفْسِهِ ، لَيْسَتْ يَتَعَا ، بِدَلِيلِ جَوَازِهَا فِي الدَّيْنِ بِالَّذِينَ ، وَجَوَازِ التَّفَرُّقِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَاخْتِصَاصِهَا بِالْجِنْسِ الْوَاحِدِ وَاسْمٍ خَاصٍّ ، فَلَا يَدْخُلُهَا خِيَارٌ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ يَتَعَا وَلَا فِي مَعْنَاهُ ؛ لَكَوْنِهَا لَمْ تُبَيَّنْ عَلَى الْمَغَابَنَةِ .

وَالْأَصْلُ فِيهَا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ » ^(١) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) .

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِشُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ ^(٣) ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يُحِيلَ عَلَى ذَيْنِ مُسْتَقَرٍّ ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَاهَا إِلْزَامُ الْمُحَالِ عَلَيْهِ الدَّيْنَ مُطْلَقًا ، وَلَا يَثْبُتُ ذَلِكَ فِيمَا هُوَ بَعَرَضِ الشُّقُوطِ . وَلَا يُعْتَبَرُ اسْتِقْرَارُ الْمُحَالِ بِهِ ؛ لَجَوَازِ أَدَاءِ غَيْرِ الْمُسْتَقَرِّ ، فَلَا تَجُوزُ الْحَوَالَةُ بِذَيْنِ السَّلَامِ وَلَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَجُوزُ الْمُعَاوَضَةُ ^(٤) بِهِ ، وَلَا عَنْهُ . وَلَوْ أَحَالَ الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِصَدَاقِهَا ، صَحَّ ، وَإِنْ أَحَالَتِ الْمَرْأَةُ بِهِ عَلَيْهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ . وَإِنْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ بِشَمَنِ الْمَبِيعِ فِي

(١) بعده في م : « رواه الجماعة » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٢٧ .

(٣) في م : « خمسة » .

(٤) بعده في م : « عنه » .

مُدَّة الخِيَارِ ، صَحَّ ، وإن أحوال البائع به عليه ، لم يَصِحَّ ؛ لذلك . وإن أحوال
المُكَاتَّب سَيِّدَهُ بَنَجْم ، فَدَخَلَ عَلَيْهِ ، صَحَّ ، وإن أحوال سَيِّدِهِ بِهِ ^(١) عَلَيْهِ ، لم
يَصِحَّ ؛ لذلك . وإن أُحِيلَ عَلَى الْمُكَاتَّبِ بِدَيْنٍ غَيْرِ مَالِ الْكِتَابَةِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ
حُكْمَهُ مُحْكَمُ الْأَخْرَارِ فِي الْمُدَايِنَاتِ . وإن أحوال مَنْ ^(٢) « لَا دَيْنَ عَلَيْهِ » عَلَى
مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ، فَهُوَ تَوْكِيلٌ فِي الْاِقْتِرَاضِ ، وإن أحوال عَلَى مَنْ لَهُ ^(٣) عَلَيْهِ
دَيْنٌ ، فَهُوَ تَوْكِيلٌ فِي الْاِسْتِيفَاءِ . وإن أحوال مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ
عَلَيْهِ ، فَهُوَ مُلْتَمِسُ إِيفَاءِ دَيْنِهِ ، وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ حَوَالَةً ؛ إِذِ الْحَوَالَةُ
تَحَوُّلُ الْحَقِّ وَانْتِقَالُهُ ، وَلَا حَقٌّ هَلْهُنَا يَتَحَوَّلُ ، وَإِنَّمَا جاز التَّوْكِيلُ بِلَفْظِ
الْحَوَالَةِ ؛ لِاشْتِرَاكِهِمَا ^(٤) فِي مَعْنَى ، وَهُوَ تَحَوُّلُ الْمَطَالَبَةِ مِنَ الْمُوَكَّلِ إِلَى
الْوَكِيلِ ، كَتَحَوُّلِهَا مِنَ الْمُحِيلِ إِلَى الْمُحْتَالِ .

فصل : الشَّرْطُ الثَّانِي ، تَمَاطُلُ الْحَقِّقِينَ ؛ لِأَنَّهَا تَحْوِيلُ الْحَقِّ ، فَيُعْتَبَرُ تَحْوِيلُهُ
عَلَى صِفَتِهِ ، وَيُعْتَبَرُ التَّمَاطُلُ فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ الْجِنْسُ ، فَلَوْ أَحَالَ مَنْ عَلَيْهِ
أَحَدُ النَّقْدَيْنِ بِالْآخِرِ ، لَمْ يَصِحَّ . وَالصِّفَةُ ، فَلَوْ أَحَالَ عَنْ الْمِضْرِيَّةِ بِأَمِيرِيَّةٍ ،
أَوْ عَنِ الْمَكْسُورَةِ بِصِحَاحٍ ، لَمْ يَصِحَّ . وَالْحُلُولُ وَالتَّأْجِيلُ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا
حَالًا وَالْآخَرُ مُؤَجَّلًا ، أَوْ أَجَلُ أَحَدِهِمَا مُخَالَفًا لِأَجَلِ الْآخَرِ ، لَمْ يَصِحَّ .
وإن صَحَّتِ الْحَوَالَةُ ، فَتَرَاضِيَا عَلَى خَيْرٍ مِمَّا أُحِيلَ بِهِ ، أَوْ دُونِهِ ، أَوْ تَعْجِيلِهِ ،
أَوْ تَأْخِيرِهِ ، أَوْ الْاِغْتِيَاضِ عَنْهُ ، جاز ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَابِتٌ ، فَجاز فِيهِ ذَلِكَ ،

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) في م : « عليه دين » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « لاشتراكهما » .

كغير المحال به^(١).

فصل : الشرط الثالث ، أن تكون بمال معلوم على مال معلوم ؛ لأنه
يُعتَبَرُ فيهما التسليم والتماثل ، والجهالة تمنعها . ولا تصح فيما لا يصح
السلم فيه ؛ لأنه لا يثبت في الذمة ، وإنما تجب قيمته بالإتلاف . وتصح في
كل ما يثبت مثله في الذمة بالإتلاف ؛ من الأثمان والحبوب والأذهان .
وفيما يصح السلم [١٧٧ظ] فيه غير ذلك ، كالمدروع والمعدود ، وجهان ؛
أحدهما ، لا تصح الحوالة به ؛ لأن المثل لا يتحرر فيه ، ولهذا لا يضمن
بمثله . والثاني ، تصح ؛ لأنه يثبت في الذمة . ويحتمل أن يثنى الحكم فيه
على القرض ؛ إن قلنا : يقضى في هذا بمثله . صحت الحوالة به ؛ لأنه يثبت
في الذمة بغير السلم ، وإلا فلا ؛ لأنه لا يثبت في الذمة إلا بالسلم ، ولا
تصح الحوالة في السلم . وإن كان عليه إبل من قرض ، وله مثل ذلك على
آخر ، صحت الحوالة بها ؛ لأنه إن ثبت في الذمة مثلها ، صحت الحوالة ،
وإن ثبت قيمتها ، فالحوالة بها صحيحة . وإن كان له إبل من دية ، فأحال
بها على من له عليه مثلها من دية أخرى ، صح ، ويلزمه إعطاؤه أدنى ما
يتناولهُ الاسم . وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر ، أنه لا يصح . وإن كان
عليه إبل من الدية ، وله مثلها قرضا ، فأحال بها ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ،
يصح ؛ لأن الخيرة في التسليم إلى المحيل ، وقد رضى بتسليم ما له في ذمة
المقرض^(٢) . والثاني ، لا يصح ؛ لأن الواجب في القرض^(٣) في إحدى

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « المقرض » .

(٣) في م : « المقرض » .

الرَّوَايَتَيْنِ الْقِيَمَةُ ، فَقَدْ اخْتَلَفَ الْجِنْسُ . وَإِنْ أَحَالَ الْمُقْتَرِضُ مَنْ لَهُ الدِّيَّةُ بِهَا ، لَمْ يَصِحَّ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّا إِن ^(١) قُلْنَا : الْوَاجِبُ الْقِيَمَةُ . فَالْجِنْسُ مُخْتَلِفٌ . وَإِنْ قُلْنَا : يَجِبُ الْمِثْلُ . فَلِلْمُقْتَرِضِ ^(٢) مِثْلُ مَا أَقْرَضَ فِي صِفَاتِهِ وَقِيَمَتِهِ ، وَالَّذِي عَلَيْهِ الدِّيَّةُ لَا يُلْزَمُهُ ذَلِكَ .

فصل : الشَّرْطُ الرَّابِعُ ، أَنْ يُحِيلَ بِرِضَاهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ عَلَيْهِ ، فَلَا يُلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ مِنْ جِهَةِ بَعِيْنِهَا . وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمَحَالِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لِلْمُحِيلِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْحَقَّ بِنَفْسِهِ وَبَوَكِيلِهِ ، وَقَدْ أَقَامَ الْمُحْتَالَ مُقَامَ نَفْسِهِ فِي الْقَبْضِ ، فَلَزِمَ الْمَحَالُ عَلَيْهِ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي الْاسْتِيفَاءِ مِنْهُ . وَأَمَّا الْمُحْتَالَ ، فَإِنْ كَانَ الْمَحَالُ عَلَيْهِ مَلِيًّا ، وَهُوَ الْمُوَسِّرُ غَيْرُ الْمَطَاطِلِ ، لَمْ يُعْتَبَرِ رِضَاهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا أَتَبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَسْتَبِعْ » ^(٣) . وَلِأَنَّ لِلْمُحِيلِ إِيفَاءَ الْحَقِّ بِنَفْسِهِ وَبَوَكِيلِهِ ، وَقَدْ أَقَامَ الْمَحَالُ عَلَيْهِ مُقَامَهُ فِي الْإِيفَاءِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِلْمُحْتَالَ الْامْتِنَاعُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَلِيًّا ، لَمْ يُلْزَمَهُ أَنْ يَحْتَالَ ؛ لِلْحَدِيثِ ، وَلِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرْرًا فِي قَبُولِهَا ، فَلَمْ يُلْزَمَهُ ، كَمَا لَوْ بَذَلَ لَهُ دُونَ حَقِّهِ فِي الصَّفَةِ ، فَإِنْ رَضِيَ بِهَا مَعَ ذَلِكَ ، صَحَّتْ ، كَمَا لَوْ رَضِيَ بِدُونِ حَقِّهِ .

فصل : إِذَا صَحَّتِ الْحَوَالَةُ بِرِيءٍ الْمُحِيلُ مِنَ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَحَوَّلَ مِنْ ذِمَّتِهِ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ الْاسْتِيفَاءُ ^(٤) مِنَ الْمَحَالِ عَلَيْهِ ؛ لِمَوْتِ ، أَوْ فَلْسٍ حَادِثٍ ، أَوْ مَطْلٍ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْمُحِيلِ ، كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ . وَإِنْ كَانَ مُفْلِسًا حِينَ الْحَوَالَةِ ،

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « فللمقترض » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٢٧ .

(٤) في م : « الإيفاء » .

ولم يَرْضَ المحتال بالحوالة، فحقه باقٍ على المحيل؛ لأنه لا يلزمه الاختيال على مفلس، وإن رضى مع العلم بحاله، لم يرجع؛ لأن الدَّمَّةَ برئت من الحق، فلم تعد إلى الشغل، كما لو كان مليئًا. وإن رضى مع الجهل بحاله، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يرجع؛ لذلك. والثانية، يرجع؛ لأن الفلاس عيبت في المحال عليه، فكان له الرجوع، كما لو اشترى معيبًا ثم علم عيبه. وإن شرط ملاءة المحال عليه، فله شرطه؛ لقول النبي ﷺ: «المؤمنون على شروطهم». رواه أبو داود، ^(١) وفيه: «المسلمون». ولأنه شرط شرطًا مقصودًا، فإذا بان خلافه، ملك الرد كما لو شرطه في المبيع.

فصل: إذا اشترى عبداً، فأحال البائع بثمنه، أو أحال البائع عليه بثمنه، فبان حراً أو مستحقاً، فالحوالة باطلة؛ لأن البيع باطل، ولا دين على المشتري يُحيل به ^(٢) ولا ^(٣) يُحال به ^(٤) عليه. فإن اتفق المحيل والمحال عليه على ذلك، وكذبهما [١٧٨] المحتال، لم يُسمع قولهما، كما لو باع عبداً ثم أقرأ بحريته، ولا تُسمع لهما بيعة؛ لأنهما أكذباها بدخولهما ^(٥) في البيع. وإن أقامها العبد، سمعت، وبطلت الحوالة. وإن صدقهما المحتال في حريته العبد، وادعى أن الحوالة ^(٥) بدئين آخر، فالقول قوله مع

(١ - ١) سقط من: م.

والحديث تقدم تخريجه في صفحة ٧٢.

(٢ - ٢) في م: «أو».

(٣) سقط من: م.

(٤) في م: «لدخولهما».

(٥) بعده في الأصل: «له».

يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ صِحَّةُ الْحَوَالَةِ ، فَكَانَ صِدْقُهُ أَظْهَرَ . فَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَةً بِذَلِكَ ، سُمِعَتْ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يُكَذِّبَاهَا^(١) .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا وَأَحَالَ الْبَائِعَ بِشَمْنِهِ ، ثُمَّ وَجَدَهُ مَعِيًا^(٢) ، فَرَدَّه^(٣) قَبْلَ قَبْضِ الْمُحْتَالِ مِنَ الْمَحَالِ عَلَيْهِ ، بَطَلَتِ الْحَوَالَةُ ؛^(٤) لِأَنَّهَا بِالشَّمَنِ ، وَقَدْ سَقَطَ بِالْفَسْخِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ نَقَلَ حَقَّهُ إِلَى مَا فِي ذِمَّةِ الْمَحَالِ عَلَيْهِ ، فَلَمْ تَبْطُلْ بِالْفَسْخِ ، كَمَا لَوْ أَعْطَاهُ عَنِ الشَّمَنِ ثَوْبًا ، ثُمَّ فَسَخَ الْعَقْدَ ، لَمْ يَرْجِعْ فِي الثَّوْبِ . وَإِنْ كَانَ الرَّدُّ بَعْدَ قَبْضِ الْمُحْتَالِ ، لَمْ تَبْطُلَ ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الْمَحَالِ عَلَيْهِ بَرِئَتْ بِالْقَبْضِ مِنْهُ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ . وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا ، فَأَحَالَ الْبَائِعَ عَلَيْهِ أَجْنَبِيًّا بِالشَّمَنِ ، فَرَدَّه الْمُشْتَرِي بَعِيْبٍ ، لَمْ تَبْطُلِ الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الْمُشْتَرِي بَرِئَتْ بِالْحَوَالَةِ مِنَ الْبَائِعِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَبْضَ مِنْهُ ، وَتَعَلَّقَ بِهِ هَاهُنَا حَقٌّ غَيْرِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، وَهُوَ الْمُحْتَالُ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِالشَّمَنِ .

فصل : وَإِذَا أَمَرَ رَجُلًا بِقَبْضِ دَيْنٍ لَهُ مِنْ غَرِيمِهِ ، ثُمَّ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : كَانَتْ وَكَالَةً بَلْفِظِهَا . وَقَالَ الْآخَرُ : كَانَتْ حَوَالَةً بَلْفِظِهَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الْوَكَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي بَقَاءَ الْحَقِّ عَلَى مَا كَانَ ، وَيُنْكِرُ انْتِقَالَه . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ قَالَ : أَحْلَيْتُكَ بِالْأَلْفِ . وَقَالَ أَحَدُهُمَا : كَانَتْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَكْذِّبَاهُمَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « ثُمَّ رَدَّه » .

(٤ - ٤) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

حَوَالَةَ حَقِيقَةٍ . وقال الآخرُ : كَانَتْ وَكَالَةً بَلْفَظِ الحَوَالَةِ . ففيه وَجْهَان ؛ أحدهما ، القولُ قولُ مُدَّعِي الوَكَالَةِ ؛ لذلك . والثاني ، القولُ قولُ مُدَّعِي الحَوَالَةِ ؛ لأنَّ الظاهرَ معه ، لمُوافَقَتِهِ الحَقِيقَةَ ، ودَعْوَى الآخرِ المجازَ . وإن قال : أَحَلَّتْكَ بِدَيْنِكَ . فهي حَوَالَةٌ بكلِّ حالٍ .

فصل : إذا قال المَدِينُ لغيرِهِ : قد أَحَلَّتْ بِدَيْنِكَ فُلَانًا . فَأَنكَرَ ، فالقولُ قوله مع يَمِينِهِ ، فإن أقام المَدِينُ بَيِّنَةً بذلك ، سُمِعَتْ لِيَسْقُطَ عنه حَقُّ المُحِيلِ ، فإن كَانَتْ بحَالِهَا ، فادَّعَى أَجْنَبِيٌّ على المَدِينِ أَنَّ رَبَّ الدَّيْنِ ^(١) أَحَالَهُ بِهِ ، فَأَنكَرَهُ ، فَأَقَامَ الأَجْنَبِيُّ بَيِّنَةً ، ثَبَّتَ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ الغَائِبِ ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ يُقْضَى بِهَا على الغَائِبِ ، وَلَزِمَ دَفْعُ الدَّيْنِ إِلَيْهِ . فإن لم يكنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فاعْتَرَفَ المَدِينُ لَهُ بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، ففيه وَجْهَان ؛ أحدهما ، يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لاَعْتِرَافِهِ لَهُ بِوُجُوبِ حَقِّهِ عَلَيْهِ ، وَاِنتِقَالِ دَيْنِهِ إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لو قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ . والثاني ، لا يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ إِنْكَارَ المُحِيلِ وَرُجُوعَهُ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لَهُ الِاخْتِيَاظُ فِي تَخْلِيصِ نَفْسِهِ ، كَمَا لو ادَّعَى الوَكَالَةَ . فإن دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، ثُمَّ أُنْكَرَ المُحِيلُ الحَوَالَةَ ، وَحَلَفَ وَرَجَعَ على المُحَالِ عَلَيْهِ ، فَأَخَذَ مِنْهُ ، لَمْ يَرْجِعِ المُحَالُ عَلَيْهِ على المُحْتَالِ ؛ لَأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ لَهُ أَنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَإِنَّمَا المُحِيلُ ظَلَمَهُ . وإن أُنْكَرَ المَدِينُ الحَوَالَةَ ، انْبَنَى على الِوَجْهَيْنِ ؛ إِنْ قُلْنَا : يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ مع الإِقْرَارِ . لَزِمَتْهُ الِيَمِينُ على الإِنْكَارِ ، وَتَكُونُ على العِلْمِ ؛ لِأَنَّهَا على نَفْيِ فِعْلٍ الغَيْرِ . وَإِنْ قُلْنَا : لا يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ مع الإِقْرَارِ . لَمْ تَلْزَمْهُ الِيَمِينُ مع الإِنْكَارِ ؛ لَعَدَمِ فائِدَتِهَا ، وَلَيْسَ لِلْمُحْتَالِ الرُّجُوعُ على المُحِيلِ ؛

(١) . في الأصل : « المال » .

لاَعْتِرَافِهِ بِبِرَاءَةِ ذِمَّتِهِ ، وَيُسْأَلُ الْمُحِيلُ ، فَإِنْ صَدَّقَ الْمُحْتَالُ ، ثُبُتَتِ الْحَوَالَةُ ؛
لَأَنَّ رِضَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، حَلَفَ لَهُ ، وَسَقَطَتِ الْحَوَالَةُ .
وَإِنْ نَكَلَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ فَقُضِيَ عَلَيْهِ ، وَاسْتَوْفِيَ مِنْهُ ، [١٧٨ ظ] ثُمَّ
أُنْكَرَ الْمُحِيلُ الْحَوَالَةَ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ لَهُ
بِالْأَلْفِ ، مُدَّعٍ أَنَّ الْمُحْتَالَ ظَلَمَهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهُ وَكِيلُ رَبِّهِ فِي قَبْضِهِ ،
فَصَدَّقَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْحَوَالَةِ ، وَإِنْ أُنْكَرَ ، لَمْ تَلْزَمْهُ
الْيَمِينُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ مَعَ الْإِقْرَارِ ، فَلَمْ تَلْزَمْهُ الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ ^(١) .
فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَأُنْكَرَ رَبُّ الدَّيْنِ الْوَكَالََةَ ، حَلَفَ وَرَجَعَ عَلَى الدَّافِعِ ، ثُمَّ
رَجَعَ الدَّافِعُ عَلَى الْوَكِيلِ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ اعْتَرَفَ بِصِدْقِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ
وَكِيلٌ ، وَإِنْ كَانَ اعْتَرَفَ لَهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ،
وَأَنَّ الْمُوَكَّلَ ظَلَمَهُ ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى غَيْرِ ظَالِمِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ وَدِيعَةً ،
فَوَجَدَهَا رَبُّهَا ، أَخَذَهَا ، وَإِنْ تَلَفَتْ فِي يَدِ الْوَكِيلِ ، فَلَرَبُّهَا ^(٢) مُطَالِبَةٌ مَنْ
شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ طَالَبَ الْوَكِيلَ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ
فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ طَالَبَ الْمُدَّعِ ، وَكَانَ قَدْ اعْتَرَفَ
بِالْوَكَالََةِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِمَا ^(٣) ذَكَرْنَاهُ فِي الدَّيْنِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
اعْتَرَفَ لِلْوَكِيلِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ .

(١) فِي س ٢ : « الْإِقْرَارِ » .

(٢) فِي م : « تَلْزَمُهُ » .

(٣) فِي م : « مِمَّا » .

فصل : فإن كان عند رجل دين أو وديعة ، فجاء رجل فادّعى أنه وارث صاحبهما^(١) ، وقد مات ولا وارث له سواه ، فصّدّقه ، لزمه الدّفع إليه ؛ لأنه لا يخشى تبعه . وإن كذّبه ، فعليه اليمين أنه لا يعلم ذلك ؛ لأنه لزمه الدّفع مع الإقرار ، فلزمته اليمين مع الإنكار .

فصل : فإن كان لرجل ألف على اثنين ، كل واحد منهما ضامن لصاحبه ، فأحاله أحدهما بها ، برّثا منها ؛ لأنّ الحوالة كالْتَقْيِضِ . وإن أحال صاحب الألف به على أحدهما ، صحّت الحوالة ؛ لأنها مُسْتَقَرَّةٌ في ذمّة كل واحد منهما . وإن أحال عليهما جميعًا لِيَسْتَوْفِيَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهَا ، صحّت ؛ لأنّ ذلك للمُجِيلِ ، فملك الحوالة به ، وإن أحال عليهما لِيَسْتَوْفِيَ مِنْ أُيُّهُمَا شَاءَ ، صحّت أيضًا ؛ لأنه لا فضل في نوع ولا عَدَدٍ ولا أَجَلٍ ، إنّما هو زيادة استيثاقٍ ، فأشبهه حوالة المُعْصِرِ على المَلِيءِ ، ولهذا لو أحاله على واحد ، صحّ .

(١) في النسخ عدا م : « صاحبها » .

كِتَابُ الضَّامَانِ

وهو ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُضْمُونِ عَنْهُ فِي التِّزَامِ دَيْنُهُ ، فَإِذَا قَالَ لِرَجُلٍ : أَنَا ضَامِنٌ مَا لَكَ عَلَى فُلَانٍ . أَوْ : أَنَا بِهِ زَعِيمٌ . أَوْ : كَفِيلٌ . أَوْ : قَبِيلٌ . أَوْ : حَمِيلٌ . أَوْ : هُوَ عَلَيَّ . صَارَ ضَامِنًا لَهُ ، وَثَبَّتْ فِي ذِمَّتِهِ مَعَ بَقَائِهِ فِي ذِمَّةِ الْمَدِينِ ، وَلصاحبِ الدَّيْنِ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ^(١) . وَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » . حَدِيثٌ حَسَنٌ ، ^(٢) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(٣) . وَرَوَى سَلَمَةُ بْنُ الْأَكْثَوَعِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِرَجُلٍ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ ، فَقَالَ : « هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ » . قَالُوا : نَعَمْ ، دَيْنَارَانِ . قَالَ : « هَلْ تَرَكَ لَهَا وَفَاءً ؟ » . قَالُوا : لَا ^(٤) . فَقَالَ : « مَا تَنْفَعُهُ صَلَاتِي وَذِمَّتُهُ مَرْهُونَةٌ ، أَلَا ^(٥) قَامَ أَحَدُكُمْ فَضَمِنَهُ ؟ » . فَقَامَ أَبُو قَتَادَةَ ،

(١) سورة يوسف ٧٢ .

(٢ - ٢) زيادة من : م .

والحديث أخرجه أبو داود ، في : باب في تضمين العارية ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢/٢٦٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في أن العارية مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٦٩ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٨٠٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥/٢٦٧ ، ٢٩٣ .

(٣) بعده في م : « فتأخر ، فليل : لم لا تصلي عليه ؟ » .

(٤) بعده في م : « إن » .

فقال : هما عَلَى يَارَسُولَ اللَّهِ . فَصَلَّى عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(١) .

وَلَا يَتَرَأُّ الْمُضْمُونُ عَنْهُ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ فِي الْحَيَاةِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَفِي الْمَيْتِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَتَرَأُّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى عَلَى الْمَيْتِ حِينَ ضَمِنَهُ أَبُو قَتَادَةَ . وَالثَّانِيَةُ ، [١٧٩ ر] لَا يَتَرَأُّ ، ^(٢) وَهِيَ أَصَحُّ ^(٣) ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَأَلَ أَبَا قَتَادَةَ عَنِ الدَّيْنَارَيْنِ اللَّذَيْنِ ضَمِنَهُمَا ، فَقَالَ : قَدْ قَضَيْتُهُمَا ، فَقَالَ : « الْآنَ بَرَدَتْ جِلْدَتَهُ » . رَوَاهُ أَحْمَدُ ^(٤) . وَلِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ بَدَنَيْنِ ، فَلَمْ يُسْقِطْهُ ؛ كَالرَّهْنِ ، وَكَحَالِ الْحَيَاةِ . وَمَتَى بَرِئَ الْغَرِيمُ بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ ، بَرِئَ الضَّامِنُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ ، فَزَالَ بِزَوَالِ أَصْلِهِ ، كَالرَّهْنِ . وَإِنْ أُبْرِئَ ^(٥) الضَّامِنُ ، لَمْ يَتَرَأُّ الْمُضْمُونُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْوَثِيقَةَ انْحَلَّتْ مِنْ غَيْرِ اسْتِيفَاءٍ ، فَلَمْ يَسْقُطِ الدَّيْنُ ، كَالرَّهْنِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ ^(٥) إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، فَأَمَّا الْمُحْجُورُ عَلَيْهِ لِصِغَرٍ أَوْ جُنُونٍ أَوْ سَفَهٍ ، فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْإِتِمَارِ مَالٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنْهُمْ ، كَالنَّذْرِ وَالصَّدَقَةِ . وَخَرَجَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا ضَمَانَ الصَّبِيِّ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، عَلَى

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٨ .

ولفظ : « ما تنفعه صلاتي ... » . ليس فيما تقدم ، وانظر ما أخرجه الطبراني عن أنس بنحو هذا اللفظ . المعجم الأوسط ٦ / ١٢١ . وقال الطبراني : لا يروى هذا الحديث عن أنس إلا بهذا الإسناد ، تفرد به عيسى بن صدقة . وقال الهيثمي : وفيه عبد الحميد بن أمية ، وهو ضعيف . مجمع الزوائد ٣ / ٤٠ .

(٢ - ٢) سقط من : م ، وفي الأصل : « وهو أصح » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٨ .

(٤) في الأصل ، ب ، م : « أبرأ » .

(٥) في م : « يجوز » .

الرَّوَايَتَيْنِ فِي صِحَّةِ بَيْعِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ ضَمَانُ السَّفِيهِ ، وَيُتَّبَعُ بِهِ
بَعْدَ فَلَكَ حَجْرِهِ . وَهَذَا بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ مُجَرَّدُ ضَرَرٍ وَتَضْيِيعِ مَالٍ ، فَلَمْ
يَصِحَّ مِنْهُمَا ، كَالْعِثْقِ .

وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْعَبْدِ وَالْمُكَاتَّبِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ التَّزَامُ مَالٍ ،
فَلَمْ يَصِحَّ مِنْهُمَا بِغَيْرِ إِذْنٍ ، كَالنِّكَاحِ ، وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّهِ ،
فَزَالَ بِإِذْنِهِ ، وَيُؤَدِّيهِ الْمُكَاتَّبُ مِمَّا فِي يَدِهِ . وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ أَوْ بِذِمَّةِ
سَيِّدِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : وَيَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الْمَيْتِ الْمُفْلِسِ وَغَيْرِهِ ؛ لِحَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ .
وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمَضْمُونِ لَهُ وَلَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِلخَبَرِ ، وَلَا مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ
لَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُمَا ، فَأَشْبَهَا الْأَجَانِبَ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَسْأَلْ
أَبَا قَتَادَةَ عَنْ مَعْرِفَتِهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُعْتَبَرَ مَعْرِفَتُهُمَا ؛ لِيُؤَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا ،
وَيَرْجِعَ عَلَى الْآخَرِ بِمَا غَرِمَ عَنْهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُعْتَبَرَ مَعْرِفَةُ الْمَضْمُونِ لَهُ ؛
لِيُؤَدَّى إِلَيْهِ ، وَلَا تُعْتَبَرَ مَعْرِفَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِعَدَمِ الْمُعَامَلَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ . وَلَا
يَصِحُّ إِلَّا بِرِضَا الضَّامِنِ ؛ لِأَنَّهُ التَّزَامُ مَالٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْمُلتَزِمِ ،
كَالنَّذْرِ .

فصل : وَيَصِحُّ ضَمَانُ الدَّيْنِ الْإِذَازِمِ ؛ لِحَبَرِ أَبِي قَتَادَةَ ، وَضَمَانُ الْجُعْلِ
فِي الْجَعَالَةِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ
رَءِيمٌ ﴾ ^(١) . وَضَمَانُ كُلِّ حَقٍّ مَالِيٍّ لِإِذَازِمٍ ، أَوْ مَالُهُ إِلَى الْإِذَازِمِ ؛ كَالثَّمَنِ

(١) سورة يوسف ٧٢ .

فى مُدَّةِ الْخِيَارِ وَبَعْدَهَا ، وَالْأُجْرَةَ ، وَالصَّدَاقَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ ، وَأَرْشَ
الْجِنَايَةِ نَقْدًا وَ^(١) حَيَوَانًا ؛ لِأَنَّهَا حُقُوقٌ مَالِيَّةٌ لَازِمَةٌ ، أَوْ مَالُهَا إِلَى اللُّزُومِ ،
فَصَحَّ ضَمَانُهَا ، كَالَّذِينَ وَالْجُعْلِ . وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْأَغْيَانِ الْمَضْمُونَةِ ،
كَالْغُصُوبِ^(٢) وَالْعَوَارِي ؛ لِأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَى مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، فَأَشْبَهَتْ
الَّذِينَ .

وَيَصِحُّ ضَمَانُ عُهْدَةِ الْمَبِيعِ^(٣) عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ ؛ وَهُوَ أَنْ
يَضْمَنَ الثَّمَنَ الْوَاجِبَ بِالْبَيْعِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، أَوْ^(٤) إِنْ ظَهَرَ فِيهِ عَيْبٌ ، أَوْ
اسْتَحَقَّ ، أَوْ وَجَدَ ذَلِكَ فِي الْمَبِيعِ^(٥) ، غَرَمَهُ الضَّامِنُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَازِمٌ ، فَإِنَّهُ
إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالضَّامِنِ مُحْكَمٌ لَعَيْبٍ أَوْ غَضَبٍ وَنَحْوَهُمَا ، وَهَذَا كَانَ مُوْجُودًا
حَالَ الضَّمَانِ ، فَصَحَّ ضَمَانُهُ ، كَالَّذِينَ . وَإِنْ اسْتَحَقَّ الرَّجُوعَ لِأَمْرِ
حَادِثٍ ؛ كَتَلَفِ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، أَوْ أَخَذَهُ بِشُفْعَةٍ ، فَلَا شَيْءَ عَلَى
الضَّامِنِ . وَإِنْ ضَمِنَ الْبَائِعُ أَوْ غَيْرُهُ لِلْمُشْتَرِي قِيمَةً مَا يُحْدِثُهُ مِنْ غِرَاسٍ أَوْ
بِنَاءٍ ، أَوْ يُلْزَمُهُ مِنْ أُجْرَةٍ إِنْ خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، صَحَّ ، وَيَرْجِعُ عَلَى
الضَّامِنِ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَنْدُ إِلَى أَمْرِ وَجُودِيٍّ .

وَيَصِحُّ أَنْ يَضْمَنَ الضَّامِنُ ضَامِنٌ ثَانٍ ؛ لِأَنَّ دَيْنَهُ ثَابِتٌ ، فَصَحَّ

(١) فى م : «أو» .

(٢) فى الأصل : «المغصوب» .

(٣) فى الأصل : «البيع» .

(٤) فى الأصل ، ف ، م : «و» .

(٥) فى الأصل ، م : «البيع» .

ضَمَانُهُ^(١) ، كَالأَوَّلِ ، وَيَصِيرُ الثَّانِي فَرْعًا لِلضَّامِنِ ، حُكْمُهُ مَعَ حُكْمِ الضَّامِنِ مَعَ الْأَصِيلِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْأَمَانَاتِ ؛ كَالْوَدِيعَةِ [١٧٩ظ] وَنَحْوِهَا ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَضْمُونَةٍ عَلَى مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، فَكَذَلِكَ عَلَى ضَامِنِهِ . وَإِنْ ضَمِنَ لِصَاحِبِهَا مَا يَلْزَمُ بِالتَّعَدِّي فِيهَا^(٢) ، صَحَّ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهَا تَصِيرُ مَضْمُونَةً عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ .

وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ مَالِ الْكِتَابَةِ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُضْمَنَ عَنْهُ دَيْنٌ آخَرُ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ غَيْرُ لَازِمٍ ، وَلَا يُفْضَى إِلَى اللَّزْمِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ تَعْجِيزَ نَفْسِهِ ، وَلِأَنَّ الضَّمَانَ لِتَوْثِيقِ الْحَقِّ ، وَمَا لَا يَلْزَمُ لَا يُمَكِّنُ تَوْثِيقَهُ . وَفِي ضَمَانِ مَالِ السَّلَمِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ لَازِمٌ ، فَأَشْبَهَ الْقَرْضَ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى اسْتِيفَائِهِ مِنْ غَيْرِ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ الْحَوَالَةَ بِهِ .

فصل : وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْمَغْلُومِ وَالْمَجْهُولِ قَبْلَ وَجُوبِهِ وَبَعْدَهُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ . وَحِمْلُ الْبَعِيرِ يَخْتَلِفُ ، وَهُوَ غَيْرُ مَغْلُومٍ ، وَقَدْ ضَمِنَهُ قَبْلَ وَجُوبِهِ ، وَلِأَنَّهُ التِّزَامُ حَقٌّ مِنْ غَيْرِ مُعَاوَضَةٍ ، فَأَشْبَهَ النَّذْرَ . وَإِنْ قَالَ : أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَعَلَى ضَمَانِهِ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِدْعَاءُ إِثْلَافٍ^(٢) بَعْوِضٍ لَغَرَضٍ صَحِيحٍ^(١) ، فَصَحَّ ، كَقَوْلِهِ :

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « بَعْوِضٌ صَحِيحٌ لَغَرَضٍ » .

أَعْتَقَ عَبْدَكَ^(١) وَعَلَى ثَمَنِهِ .

فصل : وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِ مُؤَجَّلًا ؛ لِأَنَّ الْغَرِيمَ يُلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ فِي جَمِيعِ الْأَزْمِنَةِ ، فَجَازَ لِلضَّامِنِ التِّزَامُ ذَلِكَ فِي بَعْضِهِ ، كَبَعْضِ الدَّيْنِ . وَإِنْ ضَمِنَ الْمُؤَجَّلَ حَالًا ، لَمْ يُلْزَمْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْزَمُ الْأَصِيلَ ، فَلَا يُلْزَمُ الضَّامِنُ ، وَيَقَعُ الضَّمَانُ مُؤَجَّلًا عَلَى صِفَتِهِ فِي ذِمَّةِ الضَّامِنِ . وَإِنْ ضَمِنَ الدَّيْنُ الْمُؤَجَّلَ ، وَقُلْنَا : إِنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بِالْمَوْتِ . فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، حَلَّ عَلَيْهِ^(٢) الدَّيْنُ ، وَبَقِيَ فِي ذِمَّةِ الْآخَرِ إِلَى أَجَلِهِ . وَلَا يَمْلِكُ وَرَثَةُ الضَّامِنِ الرَّجُوعَ^(٣) عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ^(٣) قَبْلَ الْأَجَلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحِلَّ .

فصل : وَإِذَا قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ بِإِذْنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ بِإِذْنِهِ ، فَهُوَ كَوَكِيلِهِ . وَإِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ تَضَمَّنَ الْإِذْنَ فِي الْأَدَاءِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَذِنَ فِيهِ صَرِيحًا . وَإِنْ ضَمِنَ بغيرِ إِذْنِهِ ، وَقَضَى بغيرِ إِذْنِهِ مُعْتَقِدًا لِلرَّجُوعِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَرْجِعُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ مُبْرَأٌ مِنْ دَيْنٍ وَاجِبٍ لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ ، فَكَانَ عَلَى مَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ قَضَاهُ الْحَاكِمُ عِنْدَ امْتِنَاعِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، كَمَا لَوْ بَنَى دَارَهُ أَوْ عَلَفَ دَابَّتَهُ بغيرِ إِذْنِهِ . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْإِذْنِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ .

فصل : وَيَرْجِعُ الضَّامِنُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا قَضَى أَوْ قَدَّرَ الدَّيْنُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ

(١) بعده في م : « عني » .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) في الأصل : « عليه » .

قضاه بأقل منه فإنما يزجع بما غرم ، وإن أدّى أكثر منه ، فالزائد لا يجب أدائه ، فقد تبرّع به . وإن دفع عن الدين عرضاً ، رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين . وإن قضى المؤجل قبل أجله ، لم يزجع قبل الأجل ؛ لأنه تبرّع بالتعجيل ، وإن أحال به الغريم ، رجع بأقل الأمرين مما أحال به أو دينه ، سواء قبض الغريم من المحال عليه أو لم يقبض ؛ لأن الحوالة كالتيقيض . وإن ضمن الضامن ضامن آخر ، فقضى الدين ، رجع على الضامن ، ثم رجع الضامن على المضمون عنه ، وإن قضاه الضامن ، رجع على الأصيل وحده ، فإن كان الأول ضمن بلا إذن ، والثاني ضمن بإذن ، رجع الثاني على الأول ، ولم يزجع الأول على أحد ، في إحدى الروايتين .

فصل : وإذا ضمن بإذنه ، فطولب بالدين ، فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه ؛ لأنه لزمه الأداء بأمره ، ولا يملك المطالبة [١٨٠] قبل ذلك ؛ لأنه لا يملك الرجوع قبل الغرامة ، فلا يملك المطالبة قبل أن يطالب . وإن ضمن بغير إذنه ، لم يملك المطالبة به ؛ لأنه لا دين له ، ولا هو وكيل صاحب الدين ، ولا لزمه الأداء بإذن الغريم ، فأشبه الأجانب .

فصل : وإذا دفع المضمون عنه قدر الدين إلى الضامن عوضاً عما يقضيه في الثاني ، لم يصح ؛ لأنه جعله عوضاً عما يجب عليه في الثاني ، فلم يصح ، كما لو دفع إليه شيئاً عن بيع لم يعقده ، ويكون ما قبضه مضموناً عليه ؛ لأنه قبضه على وجه البدل ، فأشبه المقبوض ببيع فاسد . وفيه وجه آخر^(١) أنه يصح ؛ لأن الرجوع بسببين ؛ ضمان ، وغرم ، فإذا

(١) زيادة من : ف ، ب .

وُجِدَ أَحَدُهُمَا ، جاز تَعَجِيلُ المَالِ ، كَتَعَجِيلِ الزَّكَاةِ . فَإِنْ قَضَى الدَّيْنُ ،
اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ عَلَى مَا قَبِضَ ، وَإِنْ بَرِيَ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، وَجِبَ رَدُّ مَا أَخَذَ ،
كَمَا يَجِبُ رَدُّ الثَّمَنِ إِذَا لَمْ يَتِمَّ الْبَيْعُ .

فصل : إِذَا ادَّعَى الضَّامِنُ الْقَضَاءَ ، فَأَنكَرَهُ الْمُضْمُونُ لَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ
مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ ، وَلَهُ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا . فَإِنْ اسْتَوْفَى مِنَ
الضَّامِنِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُضْمُونِ عَنْهُ إِلَّا بِأَحَدِ الْقَضَاءَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي أَنَّ
الْمُضْمُونُ لَهُ ^(١) ظَلَمَهُ بِالْأَخْذِ الثَّانِي ، فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ . وَفِيمَا يَرْجِعُ
بِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، بِالْقَضَاءِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ صَحِيحٌ ، وَالثَّانِي ظُلْمٌ .
وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَرْجِعُ بِالْقَضَاءِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي أَبْرَأَ الذِّمَّةَ ظَاهِرًا . فَأَمَّا إِنْ
اسْتَوْفَى مِنَ الْمُضْمُونِ عَنْهُ ، فَهَلْ لِلضَّامِنِ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ ؟ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَذَّبَهُ
الْمُضْمُونُ عَنْهُ فِي الْقَضَاءِ ^(٢) ، لَمْ يَرْجِعْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّبَثْ صِدْقَهُ ، وَإِنْ صَدَّقَهُ ،
وَكَانَ قَدْ فَرَّطَ فِي الْقَضَاءِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي قَضَاءِ مُبْرَأٍ
و ^(٣) لَمْ يُوجَدْ ، وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ ، رَجَعَ . وَسَنَذْكُرُ التَّفْرِيطَ فِي الْوَكَالَةِ إِنْ شَاءَ
اللَّهُ تَعَالَى . فَإِنْ اعْتَرَفَ الْمُضْمُونُ لَهُ بِالْقَضَاءِ ، وَأَنكَرَ الْمُضْمُونُ عَنْهُ ، لَمْ
يُلْتَفَتْ إِلَى إِنكَارِهِ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ حَقٌّ لِلْمُضْمُونِ لَهُ ، فَإِذَا أَقَرَّ بِقَبْضِهِ ، فَقَدْ أَقَرَّ
أَنَّهُ صَارَ لِلضَّامِنِ ، وَلِأَنَّهُ ثَبَتَ الْقَضَاءُ بِالْإِقْرَارِ ، فَمَلَكَ الرُّجُوعَ بِهِ ، كَمَا لَوْ
ثَبَتَ بَيِّنَةٌ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ .

(١) فِي م : « عَنْهُ » .

(٢) فِي م : « الْأَدَاء » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

بَابُ الْكَفَالَةِ

تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بَيْنَ كُلِّ مَنْ يُلْزِمُهُ الْحُضُورُ فِي مَجْلِسِ الْحَاكِمِ بِحَقِّ
يَصِحُّ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَزِمٌ ، فَصَحَّتِ الْكَفَالَةُ بِهِ ، كَالَّذِينَ . وَلَا تَصِحُّ
بِمَنْ عَلَيْهِ حَدٌّ أَوْ قِصَاصٌ ؛ لِأَنَّهَا تُرَادُّ لِلِاسْتِثْنَاءِ بِالْحَقِّ ، وَهَذَا مِمَّا يُذَرُّ
بِالشُّبُهَاتِ . وَلَا تَصِحُّ بِالْمَكَاتِبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْزِمُهُ الْحُضُورُ ، فَلَا يُلْزَمُ غَيْرُهُ
إِحْضَارُهُ ، كَالْأَجَانِبِ . وَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِالْأَغْيَانِ الْمَضْمُونَةِ ، كَالْغُصُوبِ
وَالْعَوَارِي ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُهَا . وَلَا تَصِحُّ فِي الْأَمَانَاتِ إِلَّا بِشَرْطِ التَّعَدَّى
فِيهَا ، كَضَمَانِهَا سَوَاءً .

فصل : وَإِذَا صَحَّتِ الْكَفَالَةُ ، فَتَعَذَّرَ إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ ، لَزِمَهُ مَا
عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » ^(١) . وَلِأَنَّهَا أُحْدُ نَوْعِي الْكَفَالَةِ ،
فَوَجَبَ الْغَرْمُ بِهَا ، كَالضَّمَانِ .

فَإِنْ غَابَ الْمَكْفُولُ بِهِ ، أُمِّهَلَ كَفِيلُهُ قَدْرَ مَا يَمْضِي إِلَيْهِ فَيُعِيدُهُ ؛ لِأَنَّ مَا
لَزِمَ تَسْلِيمُهُ لَمْ يُلْزَمْ إِلَّا بِإِمْكَانِ التَّسْلِيمِ ، فَإِنْ مَضَى زَمَنُ الْإِمْكَانِ وَلَمْ
يَفْعَلْ ، لَزِمَهُ مَا عَلَيْهِ ، أَوْ بَدَلُ ^(٢) الْعَيْنِ الَّتِي تَكْفُلُ بِهَا . فَإِنْ مَاتَ ، [١٨٠ ظ]

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٧ .

(٢) في الأصل ، س ٢ ، م : « بدل » .

أَوْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، سَقَطَتِ الْكَفَالَةُ ؛ لِأَنَّ الْحُضُورَ سَقَطَ عَنِ الْمَكْفُولِ بِهِ ، فَبَرِيءٌ كَفِيلُهُ ، كَمَا يَتَرَأَّى الضَّامِنُ بِيَرَاءَةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَسْقُطَ ، وَيُطَالَبُ بِمَا عَلَيْهِ . وَإِنْ سَلَّمَ الْمَكْفُولُ نَفْسَهُ ، أَوْ بَرِيءٌ مِنَ الْحَقِّ بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ ، بَرِيءٌ كَفِيلُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ سَقَطَ عَنِ الْأَصِيلِ ، فَبَرِيءٌ الْكَفِيلُ ، كَالضَّامِنِ . وَإِنْ أُبْرِيءَ ^(١) الْكَفِيلُ ، صَحَّ ، كَمَا يَصِحُّ إِبْرَاءُ الضَّامِنِ ، وَلَا يَتَرَأَّى الْمَكْفُولُ بِهِ ، كَالضَّامِنِ . وَإِنْ قَالَ رَجُلٌ : أُبْرِيءُ الْكَفِيلَ ، وَأَنَا كَفِيلٌ بِمَنْ تَكَفَّلَ بِهِ . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ نَقَلَ الضَّامِنَ إِلَى نَفْسِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ أَحَالَ الضَّامِنُ الْمَضْمُونَ لَهُ عَلَى آخَرٍ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِي الْكَفَالَةِ أَنْ يُبْرِيءَ الْكَفِيلَ ، وَهُوَ شَرَطٌ فَاسِدٌ ، فَمَنْعَ صِحَّةِ الْعَقْدِ .

فصل : وإذا قال : أنا كَفِيلٌ بفلانٍ . أو : بِنَفْسِهِ . أو : بَدَنِهِ . أو : وَجْهِهِ . صَحَّتِ الْكَفَالَةُ ^(٢) . وَإِنْ كَفَلَ بَعْضُ جَسَدِهِ ^(٣) ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَشْرِي إِذَا خُصَّ بِهِ بَعْضُ الْجَسَدِ ، لَمْ يَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ . وَقَالَ غَيْرُهُ : إِنْ كَفَلَ بَعْضُ لَا تَبْقَى الْحَيَاةُ بِدُونِهِ ؛ كَالرَّأْسِ ، وَالْقَلْبِ ، وَالظَّهْرِ ، صَحَّتْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ بِدُونِ تَسْلِيمِ الْبَدَنِ ، فَأَشْبَهَ الْوَجْهَ . وَإِنْ كَفَلَ بِغَيْرِهَا ؛ كَالْيَدِ ، وَالرَّجْلِ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَهُ بِدُونِ الْبَدَنِ مُمَكِّنٌ . وَالثَّانِي ، تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ عَلَى

(١) فِي ف ، ب ، م : «أبرأ» ، وَفِي س ٢ : «برئ» .

(٢) بَعْدَهُ فِي ف : «له» .

(٣) فِي م : «بدنه» .

صِفَتِهِ دُونَ الْبَدَنِ ، فَأَشْبَهَ الْوَجْهَ .

فصل : إذا عُلِقَ الْكَفَالَةُ وَالضَّمَانُ عَلَى شَرْطٍ ، أَوْ وَقَّتَهُمَا ، فَقَالَ : أَنَا كَفِيلُ بُلَانٍ شَهْرًا . أَوْ^(١) : إِنْ قَدِمَ الْحَاجُّ ، أَوْ زَيْدٌ ، فَأَنَا كَفِيلُ بُلَانٍ ، أَوْ ضَامِنٌ مَا عَلَيْهِ . فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ حَقٍّ لَادِمِيٍّ ، فَلَمْ يَجْزُ ذَلِكَ فِيهِ ، كَالْبَيْعِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ أَوْ كَفَالَةٌ ، فَصَحَّ تَغْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطٍ ، كَضَمَانِ الْعَهْدَةِ . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ قَالَ : كَفَلْتُ بُلَانٍ ، عَلَى أَنِّي إِنْ جِئْتُ بِهِ ، وَإِلَّا فَأَنَا كَفِيلُ بُلَانٍ ، أَوْ ضَامِنٌ مَا عَلَيْهِ . صَحَّ فِيهِمَا عِنْدَهُمَا ، وَلَمْ يَصِحَّ عِنْدَ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ مُؤَقَّتٌ ، وَالثَّانِي مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ .

فصل : وَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ بَيْنَ الْكَفِيلِ ، كَمَا يَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الضَّامِنِ ، وَتَجُوزُ حَالَةً وَمُؤَجَّلَةً ، كَالضَّمَانِ ، وَلَا تَجُوزُ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَادِمِيٍّ ، فَلَمْ يَجْزُ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ ، كَالْبَيْعِ . وَتَجُوزُ الْكَفَالَةُ مُطْلَقَةً ، وَمُقَيَّدَةً بِالتَّسْلِيمِ فِي مَكَانٍ بَعِيْنِهِ ، فَإِنْ أَطْلَقَ ، فَفِي أَيِّ مَوْضِعٍ أَحْضَرَهُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ عَلَى وَجْهِ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ ، بَرِيءٌ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ ضَرَرٌ ، لَمْ يَتَرَأُ بِتَسْلِيمِهِ ، وَكَذَلِكَ إِذَا سَلَّمَهُ قَبْلَ الْحِلِّ ؛ قِيَاسًا عَلَى مَنْ سَلَّمَ الْمُسْلَمَ فِيهِ قَبْلَ مَحِلِّهِ ، أَوْ غَيْرِ مَكَانِهِ .

وَإِنْ كَفَلَ وَاحِدٌ لِاثْنَيْنِ ، فَسَلَّمَهُ إِلَى أَحَدِهِمَا ، أَوْ أَبْرَأَهُ أَحَدَهُمَا ، لَمْ يَتَرَأُ مِنَ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لِاثْنَيْنِ ، فَلَمْ يَتَرَأُ بِأَدَاءِ حَقِّ أَحَدِهِمَا ، كَالضَّمَانِ .

(١) فِي م : «و» .

وإن كَفَلَ اثْنَانِ لِرَجُلٍ ، فَأَثَرًا أَحَدَهُمَا ، لَمْ يَتَرَأَ الْآخَرُ ، كَمَا فِي الضَّامَانِ .
وإن سَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا لَمْ يَتَرَأَ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّهُ بَرِيءٌ مِنْ غَيْرِ اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ ، فَلَمْ
يَتَرَأَ صَاحِبُهُ ، كَمَا لَوْ بَرِيءٌ بِالْإِبْرَاءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَرَأَ ، كَمَا لَوْ أَدَّى أَحَدُ
الضَّامِنَيْنِ الدَّيْنَ . وَإِنْ قَالَ الْكَفِيلُ أَوْ الضَّامِنُ : بَرِئْتُ مِمَّا كَفَلْتُ بِهِ . لَمْ
يَكُنْ إِقْرَارًا بِقَبْضِ الْحَقِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَرَأُ بِغَيْرِ ذَلِكَ .

فصل : إِذَا طُوْلِبَ الْكَفِيلُ بِإِحْضَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ ، لَزِمَهُ أَنْ يَحْضُرَ مَعَهُ ؛
لِأَنَّهُ وَكِيلٌ فِي إِحْضَارِهِ ، وَإِنْ أَرَادَ إِحْضَارَهُ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ ، [١٨١]
وَالْكَفَالَةُ بِإِذْنِهِ ، لَزِمَهُ الْحُضُورُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ شَغَلَ ذِمَّتَهُ مِنْ أَجَلِهِ بِإِذْنِهِ ، فَكَانَ
عَلَيْهِ تَخْلِيصُهُ ، كَمَا لَوْ اسْتَعَارَ عَبْدَهُ فَرَهَنَهُ ، وَإِنْ كَفَلَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَلْزَمَهُ
الْحُضُورُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَشْغَلْ ذِمَّتَهُ ، وَلَا لَهُ قِبَلُهُ حَقٌّ .

فصل : إِذَا كَفَلَ إِنْسَانًا أَوْ ضَمِنَهُ ، ثُمَّ قَالَ : لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ حَقٌّ . فَالْقَوْلُ
قَوْلُ خَصْمِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِمَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ . فإِقْرَارُهُ بِهِ إِقْرَارٌ بِالْحَقِّ .
وَهَلْ يَلْزَمُ الْخَصْمَ الْيَمِينُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، مَضَى تَوْجِيهَهُمَا فِي مَنْ أَقَرَّ
بِتَقْبِيضِ الرَّهْنِ ثُمَّ أَنْكَرَهُ ، وَطَلَبَ يَمِينَ الْمُزْتَهِنِ .

كِتَابُ الْوَكَالَةِ

يَصِحُّ التَّوَكُّلُ^(١) فِي الشُّرَاءِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ ﴾^(٢) . وَلَمَّا رَوَى عُزُورَةُ بْنُ^(٣) الْجَعْدِ قَالَ : أَعْطَانِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ دِينَارًا اشْتَرَى لَهْ بِهِ شَاةً^(٤) أَوْ أَضْحِيَّةً^(٥) . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهَا ، فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ كُلَّ أَحَدٍ شِرَاءَ مَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ ، فَدَعَتِ الضَّرُورَةُ إِلَيْهَا .

وَتَجُوزُ فِي سَائِرِ عُقُودِ الْمُعَامَلَاتِ ؛ قِيَاسًا عَلَى الشُّرَاءِ ، وَفِي تَمَلُّكِ الْمُبَاحَاتِ ، كِإِخْيَاءِ الْمَوَاتِ وَالْأَضْطِْيَادِ ؛ لِأَنَّهُ تَمَلُّكُ مَالٍ بِسَبَبٍ لَا يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ ، فَجَازَ التَّوَكُّلُ فِيهِ ، كَالشُّرَاءِ . وَتَجُوزُ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَ عَمْرُو بْنُ أُمَيَّةَ الضَّمْرِيَّ ، فَتَزَوَّجَ لَهُ أُمُّ حَبِيبَةَ^(٦) . وَتَجُوزُ فِي الطَّلَاقِ ، وَالْعَتَاقِ ، وَالْخُلْعِ ، وَالرَّجْعَةِ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى النِّكَاحِ . وَتَجُوزُ فِي إِثْبَاتِ الْأَمْوَالِ وَالْحُكُومَةِ فِيهَا ، حَاضِرًا كَانَ الْمُوَكَّلُ أَوْ غَائِبًا ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ

(١) فِي ب : « الْوَكَالَةُ » .

(٢) سُورَةُ الْكَهْفِ ١٩ .

(٣) بَعْدَهُ فِي م : « أَبِي » .

(٤) بَعْدَهُ فِي س ١ : « رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ » .

(٥) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ٨ .

(٦) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْوَكَالَةِ فِي النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٧ /

عليًا وَّكَلَّ عَقِيلًا عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَقَالَ: مَا قُضِيَ عَلَيْهِ
فَعَلَى، وَمَا قُضِيَ لَهُ فَلِيَ^(١). وَوَكَّلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ عِنْدَ عُثْمَانَ وَقَالَ:
إِنَّ لِلْخُصُومَةِ قُحْمًا^(٢). يَعْنِي مَهَالِكًا. وَهَذِهِ قَضَايَا فِي مَظَنَّةِ الشُّهْرَةِ، وَلَمْ
تُنْكَرْ، فَكَانَتْ إِجْمَاعًا. وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ، بَأَن يَكُونَ لَهُ حَقٌّ،
أَوْ^(٣) يُدَّعَى عَلَيْهِ^(٤)، وَلَا يُحْسِنُ الْخُصُومَةَ، أَوْ لَا يُحِبُّ حُضُورَهَا. وَيَجُوزُ
التَّوَكُّلُ فِي الْإِقْرَارِ؛ لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ حَقٍّ، فَأُشْبِهَ الْبَيْعَ. وَيَجُوزُ فِي إِثْبَاتِ
الْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ، وَاسْتِيفَائِهِمَا فِي حَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ وَغَيْبَتِهِ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ
أَدْمِيٌّ، أَشْبَهَ الْمَالَ. وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا: لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهُمَا فِي غَيْبَتِهِ.
وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ؛ لِأَنَّهُ^(٥) يَجُوزُ أَنْ يَغْفُوَ الْمُوَكَّلُ، فَيَكُونَ ذَلِكَ شُبْهَةً.

وَيَجُوزُ التَّوَكُّلُ فِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى الْمَالِيَّةِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ
عُمَّالَهُ لِقَبْضِ الصَّدَقَاتِ وَتَفْرِيقِهَا. وَفِي إِثْبَاتِ الْحُدُودِ وَاسْتِيفَائِهَا؛ لِأَنَّ
النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «وَاغْدُ يَا أَنْتَسُ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ
فَارْجُمُهَا». «مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ». وَلَا تَجُوزُ فِي الْعِبَادَاتِ الْبَدَنِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ

(١) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ، فِي: الْمَصْنَفِ ٢٩٩/٧. وَالْإِمَامُ زَيْدٌ فِي مُسْنَدِهِ ٢٥٨.

(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ. فِي الْمَوْضِعِ السَّابِقِ. وَأَبُو عُبَيْدٍ، فِي: غَرِيبِ الْحَدِيثِ ٤٥١/٣.
وَالْبَيْهَقِيُّ، فِي: السَّنَنِ الْكُبْرَى ٨١/٦.

(٣ - ٣) فِي س ١، ب: «عَلَيْهِ»، وَفِي م: «يَدْعِيهِ».

(٤) فِي م: «بَأَنَّهُ».

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ: س ٢، م.

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ، فِي: بَابِ الْوَكَالَةِ فِي الْحُدُودِ، مِنْ كِتَابِ الْوَكَالَةِ، وَفِي: بَابِ
إِذَا اصْطَلَحُوا عَلَى جَوْرِ فَالْصَّلَحُ مَرْدُودٌ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَحِ، وَفِي: بَابِ الشُّرُوطِ الَّتِي لَا تَحُلُ فِي
الْحُدُودِ، مِنْ كِتَابِ الشُّرُوطِ، وَفِي: بَابِ هَلْ يَأْمُرُ الْإِمَامُ رَجُلًا فَيَضْرِبُ الْحَدَّ غَائِبًا عَنْهُ، مِنْ
كِتَابِ الْحُدُودِ، وَفِي: بَابِ كَيْفَ كَانَ يَمِينُ النَّبِيِّ ﷺ، مِنْ كِتَابِ الْأَيْمَانِ، وَفِي: بَابُ =

فِعْلُهَا بِيَدِنِهِ ، فَلَا تَحْصُلُ مِنْ فِعْلٍ غَيْرِهِ إِلَّا فِي الْحَجِّ ؛ لِمَا سَبَقَ فِي بَابِهِ ^(١) .

فصل : وَلَا تَجُوزُ فِي الْأَيْمَانِ وَالنُّذُورِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ الْحَالِفِ ، فَلَا تَدْخُلُهَا النِّيَابَةُ ، وَلَا فِي الْإِيلَاءِ ، وَاللَّعَانِ ، وَالْقَسَامَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَيْمَانٌ ، وَلَا فِي الشَّهَادَةِ ؛ لِأَنَّ غَيْرَهُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ فِي مُشَاهَدَتِهِ ، وَلَا فِي الْاِغْتِنَامِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالْحُضُورِ ، فَإِذَا حَضَرَ النَّائِبُ كَانَ الشَّهْمُ لَهُ ، وَلَا فِي الْاَلْتِقَاطِ ؛ لِأَنَّهُ بِأَخْذِهِ يَصِيرُ لِمُلْتَقِطِهِ .

فصل : [١٨١ ظ] وَلَا يَصِحُّ التَّوَكُّيلُ فِي شَيْءٍ مِّنْ ^(٢) لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ^(٣) ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ ^(٤) بِنَفْسِهِ ، فَبِنَائِبِهِ أَوْلَى ، فَلَا يَصِحُّ تَوَكُّيلُ

= الاعتراف بالزنى ، وباب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنى من كتاب الحدود ، وفي : باب هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلاً وحده للنظر في الأمور ، من كتاب الأحكام ، وفي : باب ما جاء في إجازة خبر الواحد ، من كتاب الآحاد . صحيح البخارى ١٣٤ / ٣ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٥٠ ، ٤٦ / ٨ ، ١٦١ ، ٢٠٨ ، ٢١٤ ، ٩٤ / ٩ ، ١١٠ . ومسلم ، في : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ١٣٢٤ / ٣ ، ١٣٢٥ .

كما أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع ، وفي : باب ما جاء في الرجم على الثيب ، من أبواب الحدود . عارضة الأحوذى ٢٠٣ / ٦ ، ٢٠٥ . والنسائى ، في : باب صون النساء عن مجلس الحكم ، من كتاب آداب القضاة . المجتبى ٢١١ / ٨ . وابن ماجه ، في : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٥٢ / ٢ . والدارمى ، في : باب الاعتراف فى الزنى ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ١٧٧ / ٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء فى الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٨٢٢ / ٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١١٥ / ٤ ، ١١٦ .

(١) انظر ما تقدم فى ٣١٤ / ٢ .

(٢) فى س ٢ ، م : « مما » .

(٣) سقط من : م .

(٤) بعده فى الأصل : « فيه » .

طِفْلٍ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا سَفِيهٍ ؛ لذلك ، وَلَا تَوْكِيلُ الْمَرْأَةِ فِي النِّكَاحِ ، وَلَا الْفَاسِقِ فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ ، وَلَا الْمُسْلِمِ لَذْمِيٍّ فِي شِرَاءِ خَمِيرٍ ؛ لذلك . فَأَمَّا مَنْ يَتَصَرَّفُ بِالْإِذْنِ ؛ كَالْعَبْدِ ، وَالصَّبِيِّ ، وَالتَّوَكِيلِ ، فَإِنْ أُذِنَ لَهُمْ فِي التَّوَكِيلِ ، جاز ، وَإِنْ نُهوا عَنْهُ ، لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ أُطْلِقَ لَهُمُ الْإِذْنُ ، فَلَهُمُ التَّوَكِيلُ فِيمَا لَا يَتَوَلَّوْنَ مِثْلَهُ بِأَنْفُسِهِمْ ، أَوْ يَعْجِزُونَ عَنْهُ لِكَثْرَتِهِ ؛ لِأَنَّ تَفْوِيضَهُ إِلَيْهِمْ مَعَ الْعِلْمِ بِهَذَا إِذْنٌ فِي التَّوَكِيلِ . وَفِيمَا سِوَى ذَلِكَ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَجُوزُ لَهُمُ التَّوَكِيلُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَصَرَّفُونَ بِالْإِذْنِ ، فَاخْتَصَّ بِمَا أُذِنَ فِيهِ ، وَلَمْ يُؤْذَنَ فِي التَّوَكِيلِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ التَّصَرُّفَ بِأَنْفُسِهِمْ ، فَمَلَكُوهُ بَنَائِبِهِمْ ، كَالْمَالِكِ الرَّشِيدِ . فَإِنْ قَالَ لَوَكِيلِهِ : اصْنَعْ مَا شِئْتَ . مَلَكَ التَّوَكِيلَ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَشَاءُ . وَوَلِيُّ الْيَتِيمِ كَالْوَكِيلِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ . وَيَمْلِكُ الْوَلِيُّ فِي النِّكَاحِ التَّوَكِيلَ فِيهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّ وَلَايَتَهُ مِنْ غَيْرِ جِهَتِهَا ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ إِذْنُهَا فِي تَوْكِيلِهِ ، كَالْأَبِ . وَخَرَجَ الْقَاضِي غَيْرُ^(١) وَلَايَةِ الْإِجْبَارِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي الْوَكِيلِ . وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ظَاهِرٌ .

فصل : وَمَنْ مَلَكَ التَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ ، جاز له^(١) أَنْ يَتَوَكَّلَ فِيهِ ، وَمَنْ لَا فلا ، فَيَجُوزُ تَوْكِيلُ الْفَاسِقِ فِي قَبُولِ النِّكَاحِ ، وَلَا يَجُوزُ فِي الْإِيجَابِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَ النِّكَاحَ لِنَفْسِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَكِيلًا فِي إِيجَابِهِ لَا يَكُونُ وَكِيلًا فِي قَبُولِهِ ، كَالْمَرْأَةِ . وَيَجُوزُ تَوْكِيلُ الْمَرْأَةِ فِي الطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ تَوْكِيلُهَا فِي طَلَاقِ نَفْسِهَا ،

(١) سقط من : م .

فجاز في غيرها . ولا يجوز للعبد والمكاتب التوكيل إلا بإذن سيدهما ، ولا الصبي إلا بإذن وليه ، وإن كان مأذونا له في التجارة ؛ لأن التوكيل ليس من التجارة ، فلا يحصل الإذن ^(١) فيه ^(٢) بالإذن فيها ^(٣) .

فصل : وتصح الوكالة بكل لفظ دل على الإذن ، وبكل قول أو فعل دل على القبول ، مثل أن يأذن له في بيع شيء فيبيعه . ويجوز القبول على الفور والتراخي ، نحو أن يبلغه أن فلانا وكّله منذ عام ، فيقول : قبلت . لأنه إذن في التصرف ، فجاز ذلك منه ، كالإذن في الطعام . ويجوز تعليقها على شرط ، نحو أن يقول : إذا قدم الحاج ، فأنت وكيلي في كذا ، أو : بيع ^(٤) ثوبي .

فصل : ولا تصح إلا في تصرف معلوم ، فإن وكّله في كل كثير وقليل ، لم يصح ؛ لأنه يدخل فيه كل شيء ، فيعظم الغرر . وإن ^(٥) وكّله في بيع ماله كله ، أو ما شاء منه ، أو قبض ديونه كلها ، أو الإبراء منها ، أو ما شاء منها ، صح ؛ لأنه يعرف ماله ودينه ، فيعرف أقصى ما يبيع ويقبض ، فيقل الغرر . وإن قال : اشتر لي ما شئت . أو : عبدا بما شئت . فقال أبو الخطاب : لا يصح حتى يذكر ^(٥) البيع وقدر الثمن ؛ لأن ما يمكن

(١ - ١) سقط من : الأصل ، س ٢ ، ف .

(٢) بعده في م : « إلا » .

(٣) في م : « بيع » .

(٤) بعده في م : « كان » .

(٥) في م : « يعرف » .

شِراؤه يَكْثُرُ، فَيَكْثُرُ الْغَرَرُ، وَإِنْ قَدَّرَ لَهُ أَكْثَرَ الثَّمَنِ وَأَقْلَهُ، صَحَّ؛ لِأَنَّهُ يَقِلُّ الْغَرَرُ. وَقَالَ الْقَاضِي: إِذَا ذَكَرَ النَّوْعَ، لَمْ يَخْتَجْ إِلَى تَقْدِيرِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ فِي أَغْلَاهُ. وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ فِي مَنْ قَالَ: مَا اشْتَرَيْتَ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ بَيْنَنَا. أَنَّ هَذَا جَائِزٌ، وَأَعْجَبَهُ. وَهَذَا تَوْكِيلٌ فِي شِرَاءِ كُلِّ شَيْءٍ، وَلِأَنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ، فَجَازَ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ، كَالِإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ.

[١٨٢] فصل: وَلَا يَمْلِكُ مِنَ التَّصَرُّفِ إِلَّا مَا يَقْتَضِيهِ إِذْنُ الْمُوَكَّلِ نُطْقًا أَوْ عُرْفًا؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ بِالِإِذْنِ، فَاخْتَصَّ مَا تَنَاوَلَهُ الْإِذْنُ. فَإِذَا وَكَّلَهُ فِي الْخُصُومَةِ، لَمْ يَمْلِكِ الْإِفْرَارَ وَلَا الْإِبْرَاءَ وَلَا الصُّلْحَ؛ لِأَنَّ إِذْنَهُ لَا يَقْتَضِي شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي تَثْبِيتِ حَقٍّ، لَمْ يَمْلِكِ قَبْضَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ التَّنْطِقُ وَلَا الْعُرْفُ، فَإِنَّهُ قَدْ يَرْضَى لِلتَّثْبِيتِ مَنْ لَا يَأْمَنُهُ فِي الْقَبْضِ. وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْقَبْضِ، فَهَلْ يَمْلِكُ تَثْبِيتَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّهُ طَرِيقُ الْقَبْضِ، فَكَانَ التَّوْكِيلُ فِي الْقَبْضِ تَوْكِيلًا فِيهِ. وَالثَّانِي، لَا يَمْلِكُ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا. وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْبَيْعِ، لَمْ يَمْلِكِ الْإِبْرَاءَ مِنْ ثَمَنِهِ، وَيَمْلِكُ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ يَتَنَاوَلُهُ، وَلِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْعَقْدِ وَحُقُوقِهِ، وَلَا يُتَّهَمُ فِيهِ، وَلَا يَمْلِكُ قَبْضَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يَتَنَاوَلُهُ، وَقَدْ يَرْضَى لِلْبَيْعِ مَنْ لَا يَرْضَاهُ لِلْقَبْضِ، إِلَّا أَنْ تَقْتَضِيهِ الْحَالُ، بِأَنْ يَكُونَ بَحِيثٌ لَوْ تَرَكَهُ ضَاعَ.

فصل: فَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْبَيْعِ فِي وَقْتٍ، لَمْ يَمْلِكْ قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَخْتَصُّ غَرَضُهُ بِهِ فِي زَمَنِ الْحَاجَةِ فِيهِ. وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِهِ لِرَجُلٍ، لَمْ يَمْلِكْ بَيْعَهُ لغيرِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَقْصِدُ نَفْعَهُ، أَوْ نَفْعَ الْمَبِيعِ بِإِيصَالِهِ إِلَيْهِ. وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي

يَبْعُهُ فِي مَكَانِ الثَّمَنِ فِيهِ أَكْثَرُ أَوْ أَجْوَدُ ، لَمْ يَمْلِكْهُ ^(١) فِي غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢) يُفَوِّتُ غَرَضَهُ . وَإِنْ تَسَاوَتْ الْأُمُكِنَةُ ، أَوْ قَدَّرَ لَهُ الثَّمَنُ ، مَلَكَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ فِيهِمَا وَاحِدٌ ، فَالِإِذْنُ فِي أَحَدِهِمَا إِذْنٌ فِي الْآخَرِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعٍ فَاسِدٍ ، لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّهُ مَنِّهِيَ عَنْهُ ، وَلَا يَمْلِكُ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِيهِ . وَإِنْ قَدَّرَ لَهُ الثَّمَنُ فِي الْبَيْعِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْبَيْعَ بِأَقْلٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِيهِ نُطْقًا وَلَا عُزْفًا ، وَيَمْلِكُ الْبَيْعَ بِأَكْثَرٍ مِنْهُ ، سَوَاءً كَانَتْ الزِّيَادَةُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ عُزْفًا ؛ لِأَنَّهَا تَنْفَعُهُ ^(٣) وَلَا تَضُرُّهُ . وَإِنْ بَاعَ بَعْضَهُ بِدُونِ ثَمَنِ جَمِيعِهِ ، لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ بَاعَهُ بِجَمِيعِهِ ، صَحَّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَهُ يَبْعُ بَاقِيَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذْنٌ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ غَرَضُهُ بِبَيْعِ بَعْضِهِ ، فَلَا يَتَقَى الْإِذْنَ فِي بَاقِيهِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ ، لَمْ يَمْلِكِ شِرَاءَ بَعْضِهِ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يَقْتَضِيهِ . وَإِنْ قَالَ لَهُ : بِعْهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ . فَبَاعَهُ بِعَرَضٍ يُسَاوِي أَكْثَرَ مِنْهَا ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ نُطْقًا وَلَا عُزْفًا . وَإِنْ بَاعَهُ بِمِائَةِ دِينَارٍ ، أَوْ بِتِسْعِينَ دِرْهَمًا وَعَشْرَةَ دَنَانِيرَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَنْفُذُ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَهُ فِي الْجِنْسِ ، كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَالثَّانِي ، يَنْفُذُ ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ عُزْفًا ، لِأَنَّهُ يَرْضَى الدِّينَارَ مَكَانَ الدِّرْهَمِ عُزْفًا . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبِيدٍ أَوْ شِرَائِهِمْ ، مَلَكَ ذَلِكَ صَفْقَةً وَاحِدَةً وَصَفَقَاتٍ ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِكُلِّ الْأُمْرَيْنِ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِصَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ ، لَمْ يَمْلِكِ التَّفْرِيقَ . فَإِنْ اشْتَرَاهُمْ صَفْقَةً

(١) فِي ب : « يَمْلِكُ بَيْعَهُ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « قَدْ » .

(٣) فِي م : « مَنْفَعَةٌ » .

واحدة من رجلين ، جاز ؛ لأن الصفقة من جهته واحدة .

فصل : وإن وَّكَّله في البيع وأطلق ، لم يملك البيع بأقل من ثمن المثل ؛ لأن إذنه تقيّد بذلك عرفاً ، لكون غير ذلك تضييعاً لماله ، وهو لا يرضاه . ولو حضر من يطلبه بأكثر من ثمن المثل ، لم يجز بيعه بثن المثل ؛ لأنه تضييع لمال أمكن تحصيله ، وإن باع بثن المثل ، فحضر من يزيد في مدة الخيار ، لم يلزمه الفسخ ؛ لأنها زيادة منهي عنها ، ولا يأمن رجوع صاحبها عنها . فإن باع بأقل من ثمن المثل أو بأقل مما قدر له ، فعنه ، البيع باطل ؛ لأنه [١٨٢ ظ] غير مأذون فيه . وعنه ، يصح ، ويضمن الوكيل النقص ؛ لأنه فوته ، ويصح البيع ؛ لأن الضرر يزول بالتضمن^(١) . ولا عبرة بما يتغابن الناس به ، كدبرهم في عشرة ؛ لأنه لا يمكن التحرز منه . وهل يلزم الوكيل جميع النقص أم ما بين ما يتغابن الناس به وما لا يتغابنون به ؟ على وجهين . وكل موضع قلنا : لا يملك البيع والشراء . فحكمه فيه حكم الأجنبي ، وقد ذكرناه ؛ لأن هذا غير مأذون فيه .

فصل : وإن وَّكَّله في الشراء وأطلق ، لم يجز أن يشتري بأكثر من ثمن المثل ؛ لما ذكرنا . وإن اشتري بأقل من ثمن المثل ، أو أقل مما قدر له ، صح ؛ لأنه مأذون فيه عرفاً . فإن قال : لا تشتره بأقل من مائة . لم يملك مخالفته ؛ لأن نصّه مقدّم على دلالة العرف^(٢) . وإن قال : اشتره بمائة ، ولا تشتره بخمسين . فله شراؤه بما فوق الخمسين ؛ لأنه باق على دلالة العرف^(٣) . وإن

(١) بعده في الأصل : « وغيره » .

(٢ - ٣) سقط من : الأصل .

قال : اشترى لى عبدا - وصفه - بمائة . فاشتراه بدونها ، جاز ، وإن خالف الصفة ، لم يلزم المؤكل . وإن لم يصفه ، فاشترى عبدا يساوى مائة بأقل منها ، جاز ، وإن لم يساو المائة ، لم يلزم المؤكل وإن ساوى ما اشتراه به ؛ لأنه خالف غرضه . وإن قال : اشترى لى شاةً بدینار . فاشترى شاتين تساوى إحداهما دینارا ، صحح ؛ لحديث عروة^(١) ، ولأنه تمثیل للأمر بإحدهما ، والثانية زيادة نفع . وإن لم تساوى دینارا ، لم يصحح . وإن باع الوكيل شاةً ، وبقيت التى تساوى دینارا ، فظاهر كلام أحمد صحته ؛ لحديث عروة ، ولأنه وفى بغرضه ، فأشبهه إذا زاد على ثمن المثل .

فصل : وإن وگله فى الشراء نسيئة ، فاشترى نقدا ، لم يلزم المؤكل ؛ لأنه لم يؤذن له فيه . وإن وگله فى الشراء بنقد ، فاشترى بنسيئة أكثر من ثمن النقد ، لم يجز ؛ لذلك ، وإن كان بمثل ثمن النقد ، وكان فيه ضرر ، مثل أن يشتصر بحفظ ثمنه ، فذلك . وإن لم يشتصر به ، لزمه ؛ لأنه زاده خيرا . وإن أذن له فى البيع^(٢) بنقد ، لم يملك بيعه نسيئة ، وإن أذن له فى البيع نسيئة ، فباع بنقد ، فهى كمسألة الشراء سواء . وإن عيّن له نقدا ، لم يبيع إلا به ، وإن أطلق ، لم يبيع إلا بنقد البلد ؛ لأن الإطلاق يتصرف إليه ، فإن كان فيه نقدان ، باع بأغلبهما^(٣) . وإن قدر له أجلا ، لم تجز الزيادة عليه ؛ لأنه لم يرض بها ، وإن أطلق الأجل ، جاز ، وحمل على

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٨ .

(٢) فى م : « المبيع » .

(٣) فى ف : « بأغلبهما » .

العُزْفِ فِي مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْوَكَالَةِ يُحْمَلُ عَلَى الْمُتَعَارَفِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْوَكِيلُ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ شَرْطَ الْخِيَارِ لِلْعَاقِدِ مَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَظَّ لِلْمُوكَّلِ فِيهِ ، وَلَهُ شَرْطُ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ وَلِوَكِيلِهِ ؛ لِأَنَّهُ اخْتِيَاظٌ لَهُ .

فصل : إذا قال : اشتر لي بعين هذا الثمن^(١) . فاشترى^(٢) في ذمته ، لم يقع للموكل ؛ لأنه لم يرض بالتزام شيء في ذمته ، فلم يجز التزامه . وإن قال : اشتر لي في ذمتك ، ثم انقذ هذا فيه . فاشتراه بعينه ، صح للموكل ؛ لأنه أمره بعقد يلزم به الثمن مع بقاء الدينار وتلفه ، فعقد له عقدا لا يلزمه^(٣) مع تلفه^(٤) ، فزاده خيرا . ويحتمل أن لا يصح ؛ لأنه أراد عقدا لا ينطل باستحقاقه ولا تلفه ، ففوت ذلك . وإن أطلق ، فله الأمران ؛ لأن العرف جار بهما .

فصل : وإن وكَّله في شراء موصوف ، لم يجز أن يشتري معيبا ؛ لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة ، ولذلك يُردُّ بالعيب . فإن اشترى معيبا يعلم عيبه ، لم يقع للموكل ؛ لأنه مخالف له ، وإن لم يعلم^(٤) ، فالبيع صحيح ، كما لو اشترى لنفسه ، فإن [١٨٣] علم الموكل فرضي به ، فليس للوكيل رده ؛ لأن الرد لحقه ، فسقط برضاه ، وللوكيل الرد قبل علمه ؛ لأنها ظلامه حصلت بعقده ، فملك دفعها ، كالمشتري لنفسه . ولا يلزمه التأخير ؛ لأنه

(١) زيادة من : م .

(٢) بعده في م : « له » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) بعده في م : « بالعيب » .

حقّ تَعَجَّلَ له ، وله أن يَرْضَى به ، وَيُسْقِطَ خِيَارَهُ . فإذا حَضَرَ الْمُوَكَّلُ ،
 فَرْضَى^(١) ، اسْتَقَرَّ الْعَقْدُ . وإنِ اخْتَارَ الرَّدَّ ، فله ذلك ؛ لأنَّ الشُّرَاءَ له ، ولم
 يَرْضَ بِالْعَيْبِ . فإنْ أَنْكَرَ الْبَائِعُ كَوْنَ الشُّرَاءِ لِلْمُوَكَّلِ ، فالقولُ قوله ، ويُردُّ
 الْمَبِيعُ عَلَى الْوَكِيلِ ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه ابْتِاعَ الْمَعِيبَ ، ومنَعَهُ الرَّدَّ
 لِرِضَاةِ بَعِيْبِهِ . والثاني ، ليس له الرَّدُّ عليه ؛ لأنَّه غَيْرُ الْبَائِعِ ، ولِلْمُشْتَرِي أَرْشُ
 الْعَيْبِ ؛ لأنَّه فات الرَّدُّ به مِنْ غَيْرِ رِضَاةٍ ، فإنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ مِنَ الْبَائِعِ ، لَزِمَ
 الْوَكِيلَ ؛ لأنَّه أَلْزَمَهُ الْمَبِيعَ . وإنْ قَالَ الْبَائِعُ : مُوَكَّلْتُكَ قَدْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ^(٢)
 فَرْضَى به . فالقولُ قولُ الْوَكِيلِ ، مع يَمِينِهِ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ ؛ لأنَّ الْأَصْلَ
 عَدَمُهُ . فإنْ قَالَ : أَخَّرَ الرَّدَّ حَتَّى يَعْلَمَ مُوَكَّلُكَ . لم يَلْزَمَهُ التَّأْخِيرُ . فإنْ
 أَخَّرَ ، وَقُلْنَا : الرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ . لم يَسْقِطْ خِيَارُهُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لأنَّه لم
 يَرْضَ به . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسْقِطَ لِتَرْكِه الرَّدَّ مع إِمْكَانِهِ ، فإنْ رَدَّه ، فَقَالَ
 الْمُوَكَّلُ : قَدْ كُنْتُ رَضِيْتُهُ مَعِيْبًا . فَصَدَّقَهُ الْبَائِعُ ، انْبَنَى عَلَى عَزْلِ الْوَكِيلِ
 قَبْلَ عِلْمِهِ ؛ لأنَّ هَذَا كَذَلِكَ . وإنْ أَنْكَرَهُ الْبَائِعُ ، فالقولُ قوله أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ
 ذَلِكَ .

وإنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ عَيْتَهُ ، فاشْتَرَاهُ ، فَوَجَدَهُ مَعِيْبًا ، ففيهِ وَجْهَانِ ؛
 أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُ الرَّدَّ ؛ لأنَّه مَعِيْبٌ لم يَرْضَ به الْعَاقِدُ . والثاني ، لَا يَمْلِكُهُ
 بغيرِ رِضَا الْمُوَكَّلِ ؛ لأنَّه قَطَعَ نَظَرَهُ وَاجْتِهَادَهُ بِالتَّعْيِينِ . فإنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ .
 فَحُكْمُهُ مُحْكَمٌ غَيْرُ الْمُعَيَّنِّ .

(١) بعده في م : « به » .

(٢) في الأصل : « البيع » .

فصل : إذا وَكَّلَه في قَبْضِ حَقِّهِ مِنْ زَيْدٍ ، فَمَاتَ زَيْدٌ ، لَمْ يَمْلِكِ الْقَبْضَ مِنْ وَارِثِهِ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ إِذْنُهُ نُطْقًا ؛ لَأَنَّهُمْ^(١) غَيْرُهُ ، وَلَا عُزْفًا ؛ لَأَنَّهُ قَدْ يَرْضَى بَقَاءَ حَقِّهِ عِنْدَهُمْ دُونَهُ . وَإِنْ قَالَ : أَقْبِضْ حَقِّي الَّذِي قَبَلَ زَيْدٌ . فَلَهُ الْقَبْضُ مِنْ وَارِثِهِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ يَتَنَاوَلُ قَبْضَ الْحَقِّ مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لِلْمَقْبُوضِ مِنْهُ . وَإِنْ وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ فِي تَصَرُّفٍ ، لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بِهِ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِأَحَدِهِمَا .

وإن وَكَّلَه في قَضَاءِ دَيْنٍ ، تَقَيَّدَ بِالْإِشْهَادِ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْاِخْتِيَاظُ إِلَّا بِهِ ، فَإِنْ قَضَاهُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، فَانْكَرَ الْغَرِيمُ ، ضَمِنَ لِتَفْرِيطِهِ . وَإِنْ أَشْهَدَ بَيِّنَةً عَادِلَةً ، فَمَاتَتْ أَوْ غَابَتْ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لَأَنَّهُ لَا تَفْرِيطَ مِنْهُ . وَإِنْ قَضَاهُ بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَضْمَنْ ؛ لَأَنَّهُ تَرَكَ التَّحْفُظَ . وَالثَّانِي ، لَا يَضْمَنْ ؛ لَأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمُؤَدَّى عَنْهُ حَاضِرًا ، فَهُوَ التَّارِكُ لِلتَّحْفُظِ . وَإِنْ قَضَاهُ بَيِّنَةً مُخْتَلَفٍ فِيهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَضْمَنْ ؛ لَأَنَّهُ تَرَكَ التَّحْفُظَ . وَالثَّانِي ، لَا يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ شَرْعِيَّةٌ ، أَشْبَهَتْ الْمَجْمَعَ عَلَيْهَا .

فصل : إذا اشْتَرَى لِمُوكِّلِهِ ، ثَبَتَ الْمِلْكُ لِلْمُوكِّلِ ؛ لَأَنَّهُ قَبَلَ الْعَقْدَ لغيرِهِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَنْتَقِلَ الْمِلْكُ إِلَى ذَلِكَ الْغَيْرِ ، كَمَا لو تزَوَّجَ لغيرِهِ ، وَيُثْبِتُ الثَّمَنُ فِي ذِمَّتِهِ أَصْلًا ، وَفِي ذِمَّةِ الْوَكِيلِ تَبَعًا . وَلِلْبَائِعِ^(٢) مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، كَالضَّامَانِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخِرِ ، لَا يَثْبُتُ إِلَّا فِي ذِمَّةِ

(١) فِي م : « لَأَنَّهُ » .

(٢) فِي ف : « لِلْمَالِكِ » .

الموكل ، وليس له مطالبة غيره . فإن دفع الثمن فوجد به البائع عيبا ، فردّه على الوكيل ، فتلف في يده ، فلا شيء عليه ؛ لأنه أمين ، وللبائع^(١) المطالبة بالثمن ؛ لأنه دين له ، فأشبهه سائر ديونه ، وللوكيل المطالبة به ؛ لأنه نائب للمالك فيه .

فصل : والوكالة عقد جائز من الطرفين ، لكل واحد منهما فسخها ؛ لأنه إذن في التصرف ، فملك كل واحد [١٨٣ ظ] منهما إبطاله ، كالإذن في أكل طعامه . وإن أذن لوكيله في توكيل آخر ، فهما وكيلان للموكل ، لا يتعزل أحدهما بعزل الآخر ، ولا يملك الأول عزل الثاني ؛ لأنه ليس بوكيله . وإن أذن له في توكيله عن نفسه ، فالثاني وكيل الوكيل ، يتعزل بإطلاق^(٢) وكالة الأول وعزله له^(٣) ؛ لأنه فرعه ، فثبت فيه ذلك ، كالوكيل مع موكله . وللموكل عزله وحده ؛ لأنه متصرف له ، فملك عزله ، كالأول .

فصل : وإن خرج الموكل عن أهلية التصرف ؛ لموت ، أو جنون ، أو حَجْر ، أو فسق في ولاية النكاح ، بطلت الوكالة ؛ لأنه فرعه ، فيزول بزوال أصله . فإن وجد ذلك ، أو عزل الوكيل ، فهل يتعزل قبل علمه ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، يتعزل ؛ لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضاه ، فلم يفتقر إلى علمه ، كالطلاق . والثانية ، لا يتعزل ؛ لأنه أمر ، فلا يسقط قبل علمه

(١) في س ٢ : « للموكل » .

(٢) في م : « به لأنه » .

(٣) سقط من : الأصل .

بالنَّهْيِ ، كَأَمْرِ الشَّارِعِ . وَإِنْ أزالَ الْمُؤَكَّلُ مِلْكَهُ عَمَّا وَكَّلَهُ فِيهِ ، بِإِغْتَاقٍ ، أَوْ بَيْعٍ ، أَوْ طَلَاقٍ الَّتِي وَكَّلَهُ فِي طَلَاقِهَا ، بَطَلَتِ الْوَكَاةُ ؛ لِأَنَّهُ أُبْطِلَ مَحَلِّيَّتُهُ . وَإِنْ وَطِئَ الزَّوْجَةُ ، أَوْ دَبَّرَ الْعَبْدُ أَوْ كَاتِبُهُ ، بَطَلَتِ الْوَكَاةُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى رُجُوعِهِ ؛ إِذْ لَا يَجْتَمِعُ مَقْصُودُ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مَعَ الْبَيْعِ ، وَالْوَطْءِ يَدُلُّ عَلَى رَغْبَتِهِ فِي زَوْجَتِهِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الشُّرَاءِ بِدِينَارٍ ، فَتَلَفَ ، بَطَلَتِ الْوَكَاةُ ، فَإِنْ تَلَفَ بِتَفْرِيطٍ فَغَرَمَهُ هُوَ أَوْ غَيْرُهُ ، لَمْ يَمْلِكِ الشُّرَاءُ بَدْلَهُ ؛ لِأَنَّ الْوَكَاةَ بَطَلَتْ بِتَلَفِهِ .

فصل : وَلَا تَبْطُلُ بِالنَّوْمِ ، وَالشُّكْرِ ، وَالْإِغْمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَا^(١) يُثْبِتُ^(٢) الْوِلَايَةَ عَلَيْهِ ، وَلَا بِالرَّدَّةِ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَمْنَعُ ابْتِدَاءَ وَكَالَتِهِ ، فَلَا تَمْنَعُ اسْتِدَامَتَهَا ، وَلَا بِالتَّعَدَّى فِيمَا وَكَّلَ فِيهِ ، كَلْبَسِ الثَّوبِ ، وَرُكُوبِ الدَّابَّةِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَتَضَمَّنُ أَمَانَةً وَتَصَرُّفًا ، فَإِذَا بَطَلَتِ الْأَمَانَةُ ، بَقِيَ التَّصَرُّفُ ، كَالرَّهْنِ الْمُتَضَمِّنِ وَثِيقَةً وَأَمَانَةً . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ ، ثُمَّ بَاعَهُ الْمَالِكُ بَيْعًا فَاسِدًا ، لَمْ تَبْطُلِ الْوَكَاةُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ لَمْ يَزُلْ ، وَلَا يَمُوتُ إِلَى الزَّوَالِ . وَإِنْ وَكَّلَ زَوْجَتَهُ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، لَمْ تَنْعَزِلْ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يُنَافِي الْوَكَاةَ ، وَلَا يَمْنَعُ ابْتِدَاءَهَا . وَإِنْ وَكَّلَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ ، أَوْ بَاعَهُ ، فَكَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ^(٣) يَنْعَزِلَ ؛ لِأَنَّ أَمْرَهُ لِعَبْدِهِ اسْتِخْدَامًا ، وَلَيْسَ بِتَوْكِيلٍ فِي الْحَقِيقَةِ .

فصل : وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِجُعْلٍ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ لغيرِهِ لَا يُلْزَمُهُ ، فَجَازٌ

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « تثبت » .

(٣) سقط من : الأصل .

أَخَذَ الْعَوَضَ عَنْهُ^(١) ، كَرَّدَ الْآبِقِ . وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي الْبَيْعِ بِجُعْلٍ ، فَبَاعَ ، اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَتَحَقَّقُ قَبْلَ قَبْضِهِ . فَإِنْ قَالَ فِي التَّوَكِيلِ : فَإِذَا سَلَّمْتُ إِلَى الثَّمَنِ ، فَلَكَ كَذَا . وَقَفَ اسْتِحْقَاقُهُ عَلَى التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ ؛ لِاشْتِرَاطِهِ إِيَّاهُ . وَإِنْ قَالَ : بَيْعَ هَذَا بَعَشْرَةٍ ، فَمَا زَادَ^(٢) فَهُوَ لَكَ^(٣) . صَحَّ ، وَلَهُ الزِّيَادَةُ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ كَانَ لَا يَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا^(٤) .

فصل : وليس للتوكيل في بيع شيء يبيعه لنفسه ، ولا للتوكيل في^(٤) الشراء أن يشتري من نفسه ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ فِي الْعَقْدِ أَنْ يَعْقِدَ مَعَ غَيْرِهِ ، فَحِمِلَ التَّوَكِيلُ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ تَلَحُّقُهُ تُهْمَةٌ وَيَتَنَافَى الْغَرَضَانِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ نَهَاها . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَهُ ، وَحَصَلَ غَرَضُهُ ، [١٨٤ و] فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ بَاعَ أَجْنَبِيًّا . وَإِنَّمَا يَصِحُّ بِشَرْطِ أَنْ يَزِيدَ عَلَى مَبْلَغِ ثَمَنِهِ فِي النَّدَاءِ ، وَيَتَوَلَّى النَّدَاءَ غَيْرُهُ ؛ لِتَنْتَفِيِ التُّهْمَةِ . قَالَ الْقَاضِي : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُشْتَرَطَ ذَلِكَ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي بَيْعِهِ لَوْكَيْلِهِ ، أَوْ طِفْلٍ يَلِي عَلَيْهِ ، أَوْ وَلَدِهِ ، أَوْ وَالِدِهِ ، أَوْ مُكَاتِبِهِ ، أَوْ تَزْوِيجِهِ لِابْنَتِهِ إِذَا وَكَّلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ فِي حَقِّهِمْ ، وَيَشْرُكُ الْاِسْتِقْصَاءَ عَلَيْهِمْ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ الْمُوَكَّلُ فِي هَذَا ، جَازَ ؛ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ مَعَ صَرِيحِ الْإِذْنِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ رَجُلٌ فِي بَيْعِ عَبْدِهِ ، وَوَكَّلَهُ آخَرُ فِي شِرَائِهِ ، فَلَهُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ ، كَمَا يَجُوزُ لِلْأَبِ ذَلِكَ فِي حَقِّ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ .

(١) فِي ف : « عَلَيْهِ » .

(٢ - ٢) فِي م : « فَلَكَ » .

(٣) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٢٣٤/٨ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ١٠٥/٦ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٢١/٦ .

(٤) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « يَبِيعُ » .

فصل : فإذا وَكَّلَ عَبْدًا فِي شِرَاءِ عَبْدٍ مِنْ سَيِّدِهِ ، جاز ؛ لأنه يجوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهِ ، فجاز منه ، كالأجنبيِّ . وإنَّ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ ، جاز ؛ لأنه يجوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ غَيْرَهُ ، فجاز أَنْ يَشْتَرِيَ نَفْسَهُ ، كالأجنبيِّ .
فإن قال السَّيِّدُ : ما اشْتَرَيْتَ نَفْسَكَ إِلَّا لِنَفْسِكَ . عتق ؛ لإقرارِ سَيِّدِهِ بِحُرِّيَّتِهِ ، والقولُ قولُ السَّيِّدِ فِي الثَّمَنِ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ مَنَّ بِاشْرَ الْعَقْدِ أَنَّهُ لَهُ .
ولو وَكَّلَهُ سَيِّدُهُ فِي إِعْتَاقِ نَفْسِهِ ، أو وَكَّلَ غَرِيمَهُ فِي إِبْرَاءِ نَفْسِهِ ، صحَّ ؛ لأنه وَكَّلَهُ فِي إسْقَاطِ حَقِّ نَفْسِهِ ، فجاز ، كتوكيلِ الزَّوْجَةِ فِي طَلَاقِهَا . وإنَّ وَكَّلَ غَرِيمَهُ فِي إِبْرَاءِ غُرْمَائِهِ ، لم يَمْلِكْ إِبْرَاءَ نَفْسِهِ ، كما لو وَكَّلَهُ فِي حَبْسِهِمْ ، لم يَمْلِكْ حَبْسَ نَفْسِهِ .

وإنَّ وَكَّلَهُ فِي تَفْرِيقَةِ صَدَقَتِهِ ، لم يَمْلِكْ صَرْفَهَا إِلَى نَفْسِهِ ؛ لأنه مَأْمُورٌ بِإِعْطَاءِ غَيْرِهِ . قال أصحابنا : ولا يَمْلِكُ إِعْطَاءَ وَلَدِهِ وَوَالِدِهِ ؛ لأنَّهُم كَنَفْسِهِ . وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ ذَلِكَ ؛ لأنَّ لَفْظَهُ يَعْثُمُهُمْ ، ولا قَرِينَةٌ تُخْرِجُهُمْ^(١) .

فصل : والوَكَيلُ أَمِينٌ لا ضَمَانَ عَلَيْهِ فيما تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، بِجُعْلٍ وَبِغَيْرِ جُعْلٍ ؛ لأنه نَائِبُ الْمَالِكِ ، أَشْبَهُ الْمُوَدَّعِ . والقَوْلُ قَوْلُهُ فيما يَدَّعِيهِ مِنْ تَلَفٍ ، وَعَدَمِ تَفْرِيطٍ ، وَخِيَانَةٍ^(٢) ؛ لذلك . والقَوْلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ إِنْ كَانَ مُتَطَوِّعًا ؛ لأنه قَبْضُ الْمَالِ لِنَفْعِ مَالِكِهِ ، فَهُوَ كَالْمُوَدَّعِ . وإنَّ كَانَ بِجُعْلٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؛ لأنه أَمِينٌ ، أَشْبَهُ الْمُوَدَّعِ . والثَّانِي ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنه قَبْضُهُ لِنَفْعِ نَفْسِهِ ، أَشْبَهُ الْمُسْتَعِيرِ . وإنَّ قَالَ : بَعَثُ

(١) فِي س ٢ : «تَحْجِبُهُمْ» .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ف : «جَنَائَةٍ» ، وَغَيْرُ مَنْقُوطَةٍ فِي س ١ .

وَقَبِضْتُ الثَّمَنَ ، فَتَلَفَ فِي يَدِي . ففِيهِ وَجْهَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا فِي الرَّهْنِ .
وإن اختلفا في أصل الوكالة ، فالقول قول من يُنكرها ؛ لأنَّ الأصلَ
عدمُها . وإن اختلفا في دفع المال إلى الوكيل ، فالقول قوله ؛ لذلك ، فإن
أنكره ، ثم اعترف به ، ثم ادَّعى تلفه أو رده ، لم يُقبل ؛ لأنَّ خيانتَه^(١)
ثبتت بجحده ، وكذلك الحكم في المودع . وإن أقام بدعواه بيَّنة ، ففيه
وجهان ؛ أحدهما ، تُقبل ؛ لأنها شهدت بما لو أقرَّ به لثبت ، فقبلت ، كما
لو لم يُنكر . والثاني ، لا تُقبل ؛ لأنه مُكذَّب لها^(٢) بجحده ، فإن كان
جُحوده : إنَّكَ لا تَسْتَحِقُّ عَلَى شَيْءٍ . سُمِعَ قوله في الردِّ والتلف ؛ لأنه لم
يُنكر [١٨٤ ظ] القبض ، فيجوز أن يُريد : لا تَسْتَحِقُّ عَلَى شَيْءٍ . لتلفه أو
رده .

وإن اختلفا في صفة الوكالة ، فقال : وَكَلَّتْنِي فِي بَيْعِ هَذَا . فقال : بل
فِي بَيْعِ هَذَا . أو قال : وَكَلَّتْنِي فِي بَيْعِهِ بَعِشْرِينَ . قال : بل بثلاثين . أو
قال : وَكَلَّتْنِي فِي بَيْعِهِ نَسِيئَةً . قال : بل نقدًا . فالقول قول الموكِّل ؛ لأنه
مُنكِرٌ للعقد الذي يدَّعيه الوكيل ، فأشبه ما لو أنكر أصل الوكالة ، ولأنَّهما
اختلفا في صفة قول الموكِّل ، فكان القول قوله ، كما لو اختلف الزوجان
في صفة^(٣) الطلاق . ونصَّ أحمدُ في المضارب على أنَّ القول قوله ،
والوكيل في معناه ؛ لأنه أمينٌ في التصرف ، فكان القول قوله في صفته ،

(١) في س ٢ ، ف : « جنائته » .

(٢) في م : « بها » .

(٣) بعده في م : « أصل » .

كما لو اختلفا في بيع الثوب المأذون في بيعه . وإن قال : اشتريت هذا لك بعشرة . قال : بل بخمسة . فالحكم فيه كذلك . وإن قال : اشتريت هذه الجارية لك بإذنك بعشرة . فأنكر الإذن في شرائها ، فالقول قول الموكل ، فيخلف ويتطّل البيع إن كان بعين المال ، ويردّ الجارية على البائع إن صدّق الوكيل في أنّه وكيل ، ^(١) « وإن أنكر » ^(٢) أن ^(٣) الشراء لغيره ، فالقول قوله ، وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ، وتبقى الجارية في يده ، و^(٣) لا تحيل له ؛ لأنها ليست ملكا له ، فإن أراد استخلاها ، اشتراها ممن هي له في الباطن ، فإن أبى بيعها ، استحبّ للحاكم أن يرفق به ، لبيعه إياها ، ولا يجبر ؛ لأنه عقد مرضاة ، فإن أبى فقد حصلت في يده لغيره ، وله في ذمة صاحبها ثمنها ، فأقرب الوجوه فيها أن يأذن الحاكم له في بيعها ، ويؤفيه حقه من ثمنها ؛ لأنّ الحاكم باعها في وفاء دينه . فإن قال صاحبها : إن كانت لي ، فقد بعثتها بعشرين . فقال القاضي : لا يصح ؛ لأنه ينع معلق على شرط . ويختل أن يصح ؛ لأنّ هذا شرط واقع يعلّمانه ، فلا يضّرّ جعله شرطاً ، كما لو قال : إن كانت جارية فقد بعثتها .

فصل : فإن قال : تزوّجت لك فلانة بإذنك . فصدّقته المرأة ، وأنكره ، فالقول قول المنكر ؛ لأنّ الأصل معه ، ولا يستخلف ؛ لأنّ الوكيل يدعى حقاً لغيره . وإن ادّعت المرأة ، استخلف ؛ لأنها تدعى صداقها عليه ، فإن

(١ - ١) في الأصل : « أن يكون » .

(٢) سقط من : الأصل ، م .

(٣) سقط من : الأصل .

حَلَفَ ، بَرِيءٌ مِنَ الصَّدَاقِ ، وَلَمْ يَلْزِمِ الْوَكِيلَ ، ^(١) « فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ » ؛ لِأَنَّ
حُقُوقَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْمُؤَكَّلِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَكِيلُ ضَمِنَهُ لَهَا ، فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ
بِهِ ^(٢) ، وَلَيْسَ لَهَا نِكَاحٌ غَيْرُهُ ؛ لِاعْتِرَافِهَا أَنَّهَا زَوْجَتُهُ ، فَتُؤْخَذُ بِإِقْرَارِهَا ، وَلَا
يُكَلَّفُ الطَّلَاقَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ فِي حَقِّهِ نِكَاحٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُكَلَّفَهُ لإِزَالَةِ
الِاحْتِمَالِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ صِحَّةَ دَعْوَاهَا ، فَيَتَنَزَّلُ مَنْزِلَةَ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ . وَلَوْ
مَاتَ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَرِثْهُ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ صِدْقُهَا ^(٣) فَتَرِثَ ، وَهُوَ
[١٨٥و] يُنْكِرُ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ ، فَلَا يَرِثُهَا .

(١ - ١) سقط من : م ، وفي الأصل : « فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فِي م : « صِدَاقُهَا » .

بَابُ الشَّرِكَةِ

يجوزُ عَقْدُ الشَّرِكَةِ فِي الْجُمْلَةِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ،
عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى : أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ
أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَإِذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، خَرَجْتُ مِنْ بَيْنَهُمَا » . رَوَاهُ
أَبُو دَاوُدَ ^(١) .

وَتَكَرَّرَ شَرِكَةُ الذَّمِّيِّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُسْلِمُ يَتَوَلَّى الْبَيْعَ وَالشُّرَاءَ ؛ لِمَا رَوَى
الْخَلَّالُ ^(٢) بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ عَطَاءٍ ، قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ مُشَارَكَةِ
الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الشُّرَاءُ وَالْبَيْعُ بِيَدِ الْمُسْلِمِ . وَلِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ
مُعَامَلَتَهُم بِالرِّبَا وَالْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ .

فصل : والشَّرِكَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَضْرِبٍ ؛ أَحَدُهَا ، شَرِكَةُ الْعِنَانِ ؛ وَهُوَ أَنْ
يَشْتَرِكَ اثْنَانِ بِمَالَيْهِمَا عَلَى أَنْ يَغْمَلَا فِيهِ ^(٣) بِأَبْدَانِهِمَا ^(٤) ، وَالرَّابِعُ بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا
صَحَّحَتْ ، فَمَا تَلَفَ مِنَ الْمَالَيْنِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِمَا ، وَإِنْ خَسِرَا ، كَانَتْ

(١) فِي : بَابِ الشَّرِكَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢٢٩ / ٢ . وَانْظُرِ التَّلْخِيصَ الْحَبِيرَ ٣ / ٤٩ .

(٢) وَأَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ عَنْ عَطَاءٍ وَطَاوُسٍ وَمُجَاهِدٍ مُوقِفًا عَلَيْهِمْ ، فِي : بَابِ مُشَارَكَةِ
الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُصَنَّفُ ٩ / ٦ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، س ١ ، س ٢ : « فِيهِمَا » .

(٤) فِي م : « بِيَدَيْنِهِمَا » .

الخسارة بينهما على قدر المآلَيْن ؛ لأنَّهما صَارَا كَمَالٍ وَاحِدٍ فِي رِبْحِهِ ،
فكَذَلِكَ فِي خُسْرَانِهِ ^(١) ، وَالرَّيْبُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يُشْتَحَقُّ
بِهِ الرَّيْبُ ، وَقَدْ يَتَفَاضَلَانِ فِيهِ ؛ لِقُوَّةِ أَحَدِهِمَا وَجِدْقِهِ ، فَجَازَ أَنْ يُجْعَلَ لَهُ
حَظٌّ مِنَ الرَّيْبِ ، كَالْمُضَارِبِ .

فصل : وَتَصِيحُ الشَّرِكَةِ عَلَى ^(٢) الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ ؛ لِأَنَّهَا أَثْمَانُ
الْبَيْعَاتِ ، وَقِيَمُ الْأَمْوَالِ ^(٣) . وَلَا تَصِيحُ بِالْعُرُوضِ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ
قِيَمَةَ أَحَدِهِمَا زُبْمًا تَزِيدُ قَبْلَ بَيْعِهِ ، فَيُشَارِكُهُ الْآخَرُ فِي نَمَاءِ الْعَيْنِ الَّتِي هِيَ ^(٤)
مِلْكُهُ . وَالثَّانِيَةُ ، تَصِيحُ الشَّرِكَةِ بِهَا ، وَيُجْعَلُ رَأْسُ الْمَالِ قِيَمَتَهَا وَقَتَ الْعَقْدِ ؛
لِأَنَّ مَقْصُودَهَا نَفُوذُ تَصَرُّفِهِمَا فِي الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ ، وَكَوْنُ رِبْحِهِ بَيْنَهُمَا ،
وَهَذَا مُمَكِّنٌ فِي الْعُرُوضِ . وَالْحُكْمُ فِي النُّقْرَةِ ^(٥) وَالْمَغْشُوشِ وَالْفُلُوسِ ،
كَالْحُكْمِ فِي الْعُرُوضِ ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهَا تَزِيدُ وَتَنْقُصُ ، فَأُشْبِهَتْ الْعُرُوضَ .

وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِمَجْهُولٍ وَلَا جِزَافٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الرُّجُوعُ بِهِ عِنْدَ
الْمُفَاضَلَةِ ، وَلَا بَدَلَيْنِ وَلَا غَائِبٍ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ ، وَهُوَ
مَقْصُودُ الشَّرِكَةِ .

فصل : وَتَجُوزُ فِي الْمُخْتَلِفَيْنِ ، فَيَكُونُ لِأَحَدِهِمَا ذَنَانِيرٌ وَالْآخَرُ ^(٦) دَرَاهِمُ ،

(١) فِي ب ، م : « خَسَارَتِهِ » .

(٢) فِي م : « فِي » .

(٣) فِي س ٢ : « الْأَثْمَانُ » .

(٤) بَعْدَهُ فِي س ٢ : « فِي » .

(٥) النُّقْرَةُ : الْقِطْعَةُ الْمَذَابَةُ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ .

(٦) فِي م : « الْآخَرُ » .

وَأَحَدُهُمَا صِحَاحُ وَالْآخِرِ مُكْسَرَةٌ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا مِائَةٌ وَالْآخِرِ^(١) مِائَتَانِ ؛
لَأَنَّهُمَا اثْمَانٌ، فَصَحَّتِ الشَّرِكَةُ بِهِمَا، كَالْمُتَّفَقَيْنِ. وَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا عِنْدَ الْمُفَاضَلَةِ بِمِثْلِ مَالِهِ. نَصٌّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا اثْمَانٌ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ
بِمِثْلِهَا^(٢)، كَالْمُتَّفَقَيْنِ.

وَتَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَإِنْ لَمْ يَخْلُطَا الْمَالَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ [١٨٥ظ] يُقْصَدُ بِهَا كَوْنُ
الرَّابِحِ بَيْنَهُمَا، فَلَمْ يُشْتَرَطْ خَلْطُ الْمَالِ، كَالْمُضَارَبَةِ.

فصل : وَمَبْنَاهَا عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْأَمَانَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِتَفْوِيضِ
الْمَالِ إِلَى صَاحِبِهِ أَمْنَهُ، وَبِإِذْنِهِ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ وَكُلِّهِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
الْعَمَلُ فِي الْمَالَيْنِ بِحُكْمِ الْمِلْكِ فِي حِصَّتِهِ، وَالْوَكَالَةُ فِي حِصَّةِ شَرِيكِهِ.
وَحُكْمُهَا^(٣) فِي جَوَازِهَا^(٤) وَانْفِسَاخِهَا^(٥) حُكْمُ الْوَكَالَةِ ؛ لِتَضَمُّنِهَا لِلْوَكَالَةِ.
فَإِنْ عَزَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ قَبْلَ أَنْ يَنْضَ الْمَالُ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ^(٦) ظَاهِرَ
كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ حَتَّى يَنْضَ، كَالْمُضَارِبِ إِذَا عَزَلَهُ رَبُّ الْمَالِ. وَقَالَ
أَبُو الْخَطَّابِ : يَنْعَزِلُ ؛ لِأَنَّهَا وَكَالَةٌ، فَإِذَا عَزَلَهُ فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ وَالْآخَرُ
الْقِسْمَةَ، أُجِيبَ طَالِبُ الْقِسْمَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَدْرِكُ مَا يَحْصُلُ مِنَ الرَّابِحِ
بِالْقِسْمَةِ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْمُضَارِبِ. وَهَذَا إِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا

(١) فِي م : « الْآخِر » .

(٢) فِي م : « فِي مِثْلِهَا » .

(٣) فِي الْأَصْل : « وَحُكْمُهَا » .

(٤) فِي الْأَصْل : « جَوَازُهَا » .

(٥) فِي م ٢ : « وَانْفِسَاخُهَا » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

كَانَ الرَّبْحُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ، فَإِنْ زَادَ رِبْحُ أَحَدِهِمَا عَنْ مَالِهِ ، لَمْ يَسْتَدْرِكْ رِبْحَهُ بِالْقِسْمَةِ ، فَيَتَعَيَّنُ الْبَيْعُ ، كَالْمُضَارَبَةِ^(١) .

فصل : فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَلوَارِثُهُ إِمْتَامُ الشَّرِكَةِ ، فَيَأْذَنُ لِلشَّرِيكَ ، وَيَأْذَنُ لَهُ الشَّرِيكَ فِي التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِمْتَامٌ لِلشَّرِكَةِ ، وَلَيْسَ بِإِبْتِدَاءٍ لَهَا ، فَلَا تُعْتَبَرُ شُرُوطُهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ رَبُّ الْمَالِ فِي الْمُضَارَبَةِ ، فَلوَارِثُهُ إِمْتَامُهَا ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ إِمْتَامُهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَالُ نَاضِئًا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ بَطَلَ بِالمَوْتِ ، وَهَذَا إِبْتِدَاءٌ عَقْدٍ ، فَلَا يَجُوزُ بِالْعُرُوضِ . وَإِنْ مَاتَ عَامِلُ الْمُضَارَبَةِ ، لَمْ يَجُزْ إِمْتَامُهَا إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَجُوزُ إِبْتِدَاؤُهَا^(٢) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخْلَفْ أَصْلًا يُتَنَّى عَلَيْهِ . وَلَوْ كَانَ مَالُ الشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ مُوَصًى بِهِ ، فَالْمُوصَى^(٣) لَهُ كَالْوَارِثِ فِي هَذَا ، فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ لغير مُعَيَّنٍ ، كَالْفُقَرَاءِ ، فَلَيْسَ لِلْمُوصَى^(٤) الْإِذْنُ فِي التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَجَبَ دَفْعُهُ^(٥) إِلَيْهِمْ .

فصل : وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ مُسَاوَمَةً وَمُرَابَحَةً وَتَوَلِيَّةً وَمَوَاضَعَةً ، وَيَقْبِضَ الْمَبِيعَ وَالثَّمَنَ ، وَيُقْبِضَهُمَا ، وَيُطَالِبَ بِالذَّيْنِ ، وَيُخَاصِمَ فِيهِ ، وَيُرَدُّ بِالْعَيْبِ فِي الْعَقْدِ الَّذِي وَلِيَهُ هُوَ أَوْ صَاحِبُهُ ، وَيُحِيلَ

(١) فِي ب : « كَالْمُضَارِبِ » .

(٢) فِي م : « إِبْتِدَاءُهَا » .

(٣) فِي س ٢ ، م : « وَالْمُوصَى » ، وَفِي الْأَصْلِ : « فَالْمُوصَى » .

(٤) فِي ب ، م : « لِلْمُوصَى » .

(٥) فِي م : « دَفْعُهَا » .

وَيَحْتَالَ، وَيَسْتَأْجِرُ، وَيَفْعَلُ كُلُّ مَا هُوَ مِنْ مَصْلَحَةِ التِّجَارَةِ بِمُطْلَقِ الشَّرِكَةِ؛ لَأَنَّ هَذَا عَادَةُ التُّجَّارِ، وَقَدْ أُذِنَ لَهُ فِي التِّجَارَةِ.

وهل لأحدهما أَنْ يَبِيعَ نَسَاءً، أَوْ يُبْضِعَ، أَوْ يُودِعَ، أَوْ يُسَافِرَ بِالمَالِ؟ يُخْرِجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ؛ ^(١) إِحْدَاهُمَا، لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ عَادَةُ التُّجَّارِ، وَلِأَنَّ الْمُقْصُودَ الرِّبْحَ، وَهُوَ فِي هَذِهِ أَكْثَرُ. وَالْأُخْرَى، لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَغْرِيرًا بِالمَالِ. وَهَلْ لَهُ التَّوَكُّيلُ؟ يُخْرِجُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ ^(٢) فِي التَّوَكُّيلِ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ. وَإِذَا وَكَّلَ أَحَدُهُمَا، فَلَا خَيْرَ عَزْلُهُ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلُهُ.

وهل لَهُ أَنْ يَرْهَنَ وَيَرْتَهِنَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يُرَادُ لِلْإِفَاءِ، وَالْإِزْتِهَانُ ^(٣) لِلْإِسْتِيفَاءِ، وَهُوَ يَمْلِكُهُمَا، فَيَمْلِكُ مَا يُرَادُ لِهَمَا. وَالثَّانِي، لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ فِيهِ خَطَرًا. وَفِي الْإِقَالَةِ وَجْهَانِ، أَصْحُهُمَا، أَنَّهُ يَمْلِكُهَا؛ لِأَنَّهَا ^(٤) إِنْ كَانَتْ بَيْعًا فَقَدْ أُذِنَ فِيهِ، وَإِنْ كَانَتْ [١٨٦] فَسْخًا، فَفَسَخُ الْبَيْعِ الْمُضِرُّ مِنْ مَصْلَحَةِ التِّجَارَةِ، فَمَلَكَهُ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ. وَالْآخَرُ، لَا يَمْلِكُهَا؛ لِأَنَّهَا فَسَخٌ، فَلَا تَدْخُلُ فِي الْإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ.

فصل: وليس لَهُ أَنْ يُكَاتِبَ الرَّقِيقَ ^(٥)، وَلَا يُزَوِّجَهُ، وَلَا يُعْتِقَهُ بِمَالٍ، وَلَا يُقْرِضَ وَلَا يُحَاطَى؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِتِّجَارَةٍ. وَلَيْسَ لَهُ الْمُشَارَكَةُ بِمَالِ الشَّرِكَةِ ^(٥)، وَلَا الْمُضَارَبَةُ بِهِ، وَلَا خَلْطُهُ بِمَالِهِ، وَلَا مَالٍ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) بعده في م: «يراد».

(٣) في م: «لأنه».

(٤) في م: «رقيقه».

(٥) في الأصل: «المشاركة».

فى المَالِ حُقُوقًا ، ولىس هو مِن التِّجَارَةِ المَأْذُونِ فِىهَا . وَا لَا يَأْخُذُ بِهِ سَفْتَجَةٌ
وَا لَا يُغَطِّىهَا ؛ لِأَنَّ فِىهِ خَطَرًا . وَا لَا يَسْتَدِينُ عَلَى مَالِ الشَّرِكَةِ ، وَا لَا يَشْتَرِى
مَا لَيْسَ عِنْدَهُ ثَمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّى إِلَى الزِّيَادَةِ فِى مَالِ الشَّرِكَةِ ، وَلَمْ يُؤْذَنْ
فِىهِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَعَلِيهِ ثَمَنُ مَا اشْتَرَاهُ ، وَيَخْتَصُّ بِمِلْكِهِ وَرَبِّحِهِ وَضْمَانِهِ ،
وَكَذَلِكَ مَا اسْتَدَانَهُ أَوْ اقْتَرَضَهُ .

وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِى نِسَاءً مَا عِنْدَهُ ثَمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى الزِّيَادَةِ فِىهَا ،
وَإِنْ أَقَرَّ عَلَى مَالِ الشَّرِكَةِ ، قُبِلَ فِى حَقِّهِ دُونَ صَاحِبِهِ ، سَوَاءً أَقَرَّ بَعِيْنٍ أَوْ
دَيْنٍ ؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ لَيْسَ مِنَ التِّجَارَةِ . وَقَالَ الْقَاضِى : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَى مَالِ
الشَّرِكَةِ ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بَعِيْنٍ فِى عَيْنٍ بَاعَهَا ، كَمَا يُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَكِيلِ عَلَى
مُوكَّلِهِ بِهِ ، نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ تَوَلَّى ^(١) يَتَعَهَا ، فَقُبِلَ إِقْرَارُهُ بِالْعَيْنِ ، كَمَا لِكِهَا .
فَإِنْ رُدَّ عَلَيْهِ الْمَعِيْبُ فَقَبْلَهُ ، أَوْ دَفَعَ أَرْشَهُ ، أَوْ أَخَّرَ ثَمَنَهُ ، أَوْ حَطَّ بَعْضُهُ
لِأَجْلِ الْعَيْنِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ يُجُوزُ الرَّدُّ ، وَقَدْ يَكُونُ مَا يَفْعَلُهُ مِنْ هَذَا
أَحْظَ مِنَ الرَّدِّ . فَأَمَّا إِنْ حَطَّ بَعْضَ الثَّمَنِ ابْتِدَاءً ، أَوْ أَسْقَطَ دَيْنًا عَنْ
غَرِيْمِهِمَا ، أَوْ أَخَّرَهُ عَلَيْهِ ، لَزِمَ فِى حَقِّهِ دُونَ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ ، فَجَازَ فِى
حَقِّهِ دُونَ شَرِيْكِهِ ، كَالصَّدَقَةِ .

فَإِنْ قَالَ لَهُ : اْعْمَلْ بِرَأْيِكَ . فَلَهُ عَمَلُ مَا يَقَعُ فِى التِّجَارَةِ ؛ مِنَ الرَّهْنِ ،
وَالِازْتِهَانِ ، وَالبَيْعِ نِسَاءً ، وَالْإِبْضَاعِ بِالمَالِ ، وَالمُضَارَبَةِ بِهِ ، وَالشَّرِكَةِ ،
وَخَلْطِهِ بِمَالِهِ ، وَالسَّفَرِ بِهِ ، وَإِدَاعِهِ ، وَأَخْذِ السَّفْتَجَةِ وَدَفْعِهَا وَنَحْوِهِ ؛ لِأَنَّهُ

(١) فِى م : « يَتَوَلَّى » .

فَوُضَّ إِلَيْهِ الرَّأْيُ فِي^(١) التَّصَرُّفِ^(٢) فِي التَّجَارَةِ^(٣) ، وَقَدْ يَرَى الْمَصْلَحَةَ فِي هَذَا . وَلَيْسَ لَهُ التَّبَرُّعُ ، وَالْحَطِيطَةُ ، وَالْقَرْضُ ، وَكِتَابَةُ الرَّقِيقِ ، وَعِثْقُهُ ، وَتَزْوِيجُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ ، وَإِنَّمَا فَوُضَّ إِلَيْهِ الْعَمَلُ بِرَأْيِهِ فِي التَّجَارَةِ .

فصل : الضَّرْبُ الثَّانِي ، شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ ؛ وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَ اثْنَانِ فِيمَا يَكْتَسِبَانِهِ^(٤) بِأَبْدَانِهِمَا ، كَالصَّانِعَيْنِ يَشْتَرِكَانِ عَلَى أَنْ يَغْمَلَا فِي صِنَاعَتِهِمَا ، أَوْ فِيمَا يَكْتَسِبَانِهِ^(٥) مِنْ مُبَاحٍ ؛ كَالْحَشِيشِ ، وَالْحَطَبِ ، وَالْمَعَادِنِ ، وَالتَّلَصُّصِ عَلَى دَارِ الْحَرْبِ ، فَمَا رَزَقَ اللَّهُ فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، فَهُوَ جَائِزٌ ؛ لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ ، قَالَ : اشْتَرَكْتُ أَنَا وَسَعْدُ وَعَمَّارٌ^(٦) فِيمَا نُصِيبُ^(٧) يَوْمَ بَدْرٍ ، فَلَمْ أَجِئْ أَنَا وَعَمَّارٌ بِشَيْءٍ ، وَجَاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرَيْنِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ،^(٨) وَالنَّسَائِيُّ ، وَابْنُ مَاجَهَ^(٩) . وَاحْتَجَّ بِهِ أَحْمَدُ . وَمَبْنَاهَا عَلَى الْوَكَالَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلُ صَاحِبِهِ ، وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَعْمَالِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِمَا^(١٠) ، يُطَالَبُ بِهِ كُلُّ [١٨٦] وَاحِدٍ

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « كَالْتِجَارَةِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، س ١ : « يَكْسِبَانِ » ، وَفِي ف ، ب : « يَكْتَسِبَانِ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، س ١ : « يَكْسِبَانِهِ » .

(٥ - ٥) زِيَادَةُ مِنْ : م .

(٦ - ٦) فِي م : « قَالَ : فَجَاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرَيْنِ ، وَلَمْ أَجِئْ أَنَا وَعَمَّارٌ بِشَيْءٍ » .

(٧ - ٧) زِيَادَةُ مِنْ : م .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الشَّرِكَةِ عَلَى غَيْرِ رَأْسِ الْمَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنَ

أَبُو دَاوُدَ ٢ / ٢٣٠ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الشَّرِكَةِ بِغَيْرِ مَالٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٧ / ٢٨٠ .

وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٢ / ٧٦٨ .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « ضَمَانُهَا » .

منهما ، ويلزمه عمله . قال القاضي : ويَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا لَزِمَ ^(١) صَاحِبَهُ ، كَالْوَكِيلَيْنِ .

وَتَصِحُّ مَعَ اتِّفَاقِ الصَّنَائِعِ وَاخْتِلَافِهَا ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا فِي ^(٢) مَكْسَبِ وَاحِدٍ ، كَمَا لَوْ ^(٣) اتَّفَقَتِ الصَّنَائِعُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا تَصِحُّ مَعَ اخْتِلَافِهَا ؛ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ تَقْتَضِي أَنْ مَا يَتَقَبَّلُهُ أَحَدُهُمَا يَلْزَمُ صَاحِبَهُ ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَلْزَمَهُ عَمَلُ صِنَاعَةٍ لَا يُحْسِنُهَا .

فصل : والرَّابِحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ مِنْ مُسَاوَاةٍ أَوْ تَفَاضُلٍ ؛ لِأَنَّهُمَا يَسْتَحِقُّانِ بِالْعَمَلِ ، وَالْعَمَلُ يَتَفَاضَلُ ^(٤) ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الرَّابِحُ مُتَفَاضِلًا . وَمَا لَزِمَ أَحَدَهُمَا مِنْ ضَمَانٍ لَتَعَدِّيهِ وَتَفْرِيطِهِ ، فَهُوَ عَلَيْهِ خَاصَّةٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَدْخُلُ فِي الشَّرَكَةِ . وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَلَبُ الْأَجْرَةِ ، وَلِلْمُسْتَأْجِرِ دَفْعُهَا إِلَى أَيُّهَا شَاءَ . وَإِنْ تَلَفَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا بَغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ .

فصل : وَإِنْ عَمِلَ أَحَدُهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، فَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا ؛ لِحَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ حِينَ جَاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرَيْنِ ، وَأَخْفَقَ الْآخَرَانِ ^(٥) . وَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا الْعَمَلَ لِعَجْزٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَا خَيْرَ مُطَالَبَتِهِ بِالْعَمَلِ ، أَوْ بِإِقَامَةِ مَنْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَلْزَم » .

(٢) فِي ف : « عَلَى » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) بَعْدَهُ فِي ف : « فِيهِ » .

(٥) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي الصَّفْحَةِ السَّابِقَةِ .

يَعْمَلُ^(١) عنه ، أو يَفْسَخُ .

فصل : إذا كَانَ لِرَجُلَيْنِ دَابَّتَانِ ، فَاشْتَرَكَا عَلَى أَنْ يَحْمِلَا عَلَيْهِمَا^(٢) ،
فَمَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالَى مِنَ الْأَجْرِ^(٣) ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، صَحَّ . ثُمَّ إِنْ تَقَبَّلَا حَمْلَ
شَيْءٍ فِي ذِمَّتَيْهِمَا فَحَمَلَاهُ عَلَيْهِمَا ، صَحَّ ، وَالْأَجْرَةُ عَلَى مَا شَرَطَاهُ ؛ لِأَنَّ
تَقَبُّلَهُمَا الْحَمْلَ أَثْبَتَهُ فِي ذِمَّتَيْهِمَا وَضَمَانِهِمَا ، وَالشَّرِكَةُ تَنْعَقِدُ عَلَى الضَّمَانِ ،
كَشَرِكَةِ الْوُجُوهِ . وَإِنْ أَجْرَاهُمَا عَلَى حَمْلِ شَيْءٍ^(٤) ، اخْتَصَّ كُلُّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا بِالْأَجْرَةِ دَابَّتِهِ ، وَلَا شَرِكَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبِ^(٥) الْحَمْلُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنَّمَا
اسْتَحَقَّ الْمُكَتَرَى مَنَفَعَةً^(٦) هَذِهِ الْبَهِيمَةِ الَّتِي اسْتَأْجَرَهَا ، وَلِهَذَا تَنْفَسَخُ^(٧)
الْإِجَارَةُ بِمَوْتِهَا . وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلَ صَاحِبِهِ فِي
إِجَارَةِ دَابَّةٍ نَفْسِهِ ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ : آجِرُ دَابَّتِكَ ، وَأَجْرُهَا بَيْنِي وَبَيْنَكَ . لَمْ
يَصِحَّ . فَإِنْ أَعَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فِي التَّحْمِيلِ ، فَلَهُ أَجْرَةٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهَا مَنَافِعُ
وَقَاهَا بِشُبْهَةِ عَقْدٍ .

فصل : فَإِنْ دَفَعَ دَابَّتَهُ إِلَى رَجُلٍ يَعْمَلُ عَلَيْهَا ، أَوْ عَبْدَهُ لِيَكْتَسِبَ ،
وَيَكُونَ مَا يَحْصُلُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، أَوْ أَثْلَاثًا ، صَحَّ . نَصَّرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا عَيْنٌ

(١) فِي ب : « يَعْمَلُهُ » .

(٢) فِي س ١ ، س ٢ : « عَلَيْهَا » .

(٣) فِي م : « الْأَجْرَةُ » .

(٤) بَعْدَهُ فِي ف : « بَيْنَهُمَا » .

(٥) بَعْدَهُ فِي الْأَصْل : « لَهُ » .

(٦) فِي س ٢ : « أَجْرَةُ » .

(٧) فِي الْأَصْل : « انْفَسَخَ » . وَفِي س ٢ : « يَنْفَسَخُ » .

تُنَمَّى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا ، فَجَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا بَيْعُ نَمَائِهَا ، كَالشَّجَرِ فِي الْمُسَاقَاةِ . وَنَقَلَ عَنْهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي مَنْ يُعْطَى فَرَسَهُ ^(١) عَلَى نِصْفِ الْغَنِيمَةِ : أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ . وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ دَفَعَ ثِيَابًا إِلَى خِيَّاطٍ لِيَخِيطَهَا وَيَبِيعَهَا ، وَلَهُ جُزْءٌ مِنْ رِبْحِهَا ، أَوْ غَزَلًا لِيَنْسِجَهُ ثَوْبًا بَثْلَثِ ثَمَنِهِ ، أَوْ رُبْعِهِ ، جَازَ ، [١٨٧و] وَإِنْ جَعَلَ مَعَهُ دَرَاهِمَ ، لَمْ يَجُزْ . وَعَنْهُ الْجَوَازُ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي الْمُسَاقَاةِ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، وَإِنَّمَا أَجَازَ أَحْمَدُ ذَلِكَ تَشْبِيْهِهَا بِالْمُسَاقَاةِ . قَالَ : نَرَاهُ جَائِزًا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى خَيْرَ عَلَى الشَّطْرِ ^(٢) .

فصل : وَإِنْ دَفَعَ رَجُلٌ بَغْلَةً وَآخَرَ رَاوِيَتَهُ ^(٣) إِلَى رَجُلٍ لِيَسْتَقِيَ ، وَمَا يَرْزُقُ ^(٤) اللَّهُ بَيْنَهُمْ ، فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ صِحَّتُهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَيْنٌ تُنَمَّى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا ، فَصَحَّ دَفْعُهَا بِجُزْءٍ مِنَ النِّمَاءِ ، كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَقَالَ الْقَاضِي ^(٥) : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمُشَارَكَةَ بِالْعُرُوضِ لَا تَصِحُّ ، وَالْأَجْرَةُ لِلْعَامِلِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُ الْمَاءِ بَاغْتِرَافِهِ فِي الْإِنَاءِ ، وَلصَاحِبِيَّتِهِ ^(٦) أَجْرَةُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى

(١) فِي م : « الْفَرَس » .

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْخَرَصِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢٣٦ / ٢ .
كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي : كِتَابِ الْأَمْوَالِ ٥٦ .

(٣) فِي م : « رَاوِيَةٌ » .

وَالرَّاوِيَةُ : وَعَاءٌ كَالْقِرْبَةِ وَنَحْوَهَا يَحْمِلُ فِيهَا الْمَاءَ فِي السَّفَرِ .

(٤) فِي م : « رَزَقَهُمْ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « وَلصَاحِبِهِ » ، وَفِي م : « فَلصَاحِبِيَّتِهِ » .

مَنَافِعَ مِلْكِهِمَا^(١) بِشُبْهَةِ عَقْدٍ . وَلَوْ اشْتَرَكَ صَانِعَانِ عَلَى أَنْ يَعْمَلَا بِأَدَاةٍ أَحَدُهُمَا فِي بَيْتِ الْآخَرِ ، وَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْأُجْرَةَ عَلَى عَمَلِهِمَا ، وَبِهِ يُسْتَحَقُّ الرَّبْحُ ، وَلَا يُسْتَحَقُّ بِالآلَةِ وَالْبَيْتِ شَيْءٌ ، إِنَّمَا يَسْتَعْمِلَانِيهِمَا^(٢) فِي الْعَمَلِ ، فَصَارَا كَالدَّابَّتَيْنِ فِي الشَّرِكَةِ . وَلَوْ اشْتَرَكَ صَاحِبُ بَغْلٍ وَزَاوِيَةٌ عَلَى أَنْ يُؤْجِرَاهُمَا ، وَالْأُجْرَةُ بَيْنَهُمَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ حَاصِلَهُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُؤْجِرُ مِلْكَهُ ، وَيُعْطَى الْآخَرُ مِنْ أُجْرَتِهِ ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ، وَالْأُجْرَةُ كُلُّهَا لِمَالِكِ الْبَهِيمَةِ ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ الْأَصْلِ ، وَلِلْآخَرِ أُجْرَةٌ مِثْلُهُ .

فصل : الضَّرْبُ الثَّلَاثُ ، شَرِكَةُ الْوُجُوهِ ؛ وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَ رَجُلَانِ فِيمَا يَشْتَرِيَانِ بِجَاهِهِمَا وَثِقَةَ التَّجَارِ بِهِمَا ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ لَهُمَا رَأْسُ مَالٍ ، عَلَى أَنْ مَا اشْتَرِيَاهُ فَهُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا يَتَّفِقَانِ^(٣) عَلَيْهِ مِنْ مُسَاوَاةٍ أَوْ تَفَاضُلٍ ، وَيَبِيعَانِ ، فَمَا رَزَقَ اللَّهُ تَعَالَى مِنَ الرَّبْحِ^(٤) ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، فَهُوَ جَائِزٌ ، سَوَاءٌ عَيَّنَ أَحَدُهُمَا لِمَالِكِهِ مَا يَشْتَرِيهِ ، أَوْ قَالَ : مَا اشْتَرَيْتَ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ بَيْنَنَا . نَصَّ عَلَيْهِ . وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا اشْتَرَطَاهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا فِي الْمُشْتَرَى . وَلَنَا ، أَنََّّهُمَا شَرِيكَانِ فِي الْمَالِ^(٥) وَالْعَمَلِ^(٥) ، فَجَازَ تَفَاضُلُهُمَا فِي الرَّبْحِ مَعَ تَسَاوِيِهِمَا فِي

(١) فِي س ١ ، ف : « مِلْكَيْهِمَا » .

(٢) فِي النِّسْخِ عَدَا الْأَصْلِ : « يَسْتَعْمِلَانِيهَا » .

(٣) فِي م : « اتَّفَقَا » .

(٤) فِي س ١ ، س ٢ ، ف : « رِبْح » .

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ : م .

الْمِلْكِ ، كَشْرِيكِي الْعِنَانِ . وَالْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا فِي الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّهُ
رَأْسُ الْمَالِ .

وَمَبْنَاهَا عَلَى الْوَكَالَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلٌ صَاحِبِهِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ
وَيَبِيعُهُ .

وَحُكْمُهَا^(١) فِي جَوَازِ مَا يَجُوزُ لِكُلِّ وَاحِدٍ^(٢) مِنْهُمَا أَوْ يُمْنَعُ مِنْهُ ، حُكْمُ
شَرِكَةِ الْعِنَانِ .

فصل : الضَّرْبُ الرَّابِعُ ، شَرِكَةُ الْمَفَاوِضَةِ ؛ وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكََا^(٣) فِي كُلِّ
شَيْءٍ يَمْلِكَانِهِ ، وَمَا يُلْزَمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ ضَمَانٍ غَضَبٍ ، أَوْ جِنَايَةٍ ، أَوْ
تَفْرِيطٍ ، وَفِيمَا يَجِدَانِ مِنْ رِكَازٍ أَوْ لُقْطَةٍ ، فَلَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَكْثُرُ فِيهَا الْغَرَرُ ،
وَلِأَنَّهَا لَا تَصِحُّ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ ، فَلَا تَصِحُّ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ، كَسَائِرِ
الْعُقُودِ ؛ الْمَنْهَى^(٤) عَنْهَا ، وَلِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهَا أَكْسَابٌ غَيْرُ مُعْتَادَةٍ ، وَحُصُولُ
ذَلِكَ وَهْمٌ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ .

(١) فِي الْأَصْلِ ، س ٢ : « حُكْمُهُمَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى » .

(٤) فِي م : « لِلْنَهْيِ » .

[١٨٧ظ] بَابُ الْمُضَارَبَةِ

وهى أن يدفع إنسان ماله إلى آخر يتجر فيه والربح بينهما .

وهى جائزة بالإجماع ، تروى إباحتها عن عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وحكيم بن حزام ، رضى الله عنهم ، فى قصص مشتهرة^(١) ، ولا مخالف لهم ، فيكون إجماعا .

وتسمى مضاربة وقراضا ، وتتعد بلفظهما ، وبكل ما يؤدى مغناهما ؛ لأن القصد المعنى ، فجاز بما دل عليه ، كالوكالة . وحكمها حكم شركة العنان فى جوازها وانفساخها ، وفيما يكون رأس المال فيها وما لا يكون ، وما يملكه العامل وما يمتنع منه ، وكون الربح بينهما على ما شرطاه ؛ لأنها شركة ، فيثبت^(٢) فيها ذلك ، كشركة العنان .

فصل : ويشترط تقدير نصيب العامل ، ونصيب كل واحد من الشريكين فى الشركة بجزء مشاع ؛ لأن النبى ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها^(٣) . والمضاربة فى معناها . فإن قال :

(١) فى الأصل ، ف : « مشهورة » .

(٢) فى الأصل : « ثبت » .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا استأجر أرضا فمات أحدهما ، من كتاب الإجارة ، وفى : باب المزارعة مع اليهود ، وباب المزارعة بالشرط ونحوه ، وباب إذا لم يشترط السنين فى =

نُحْذَهُ^(١) مُضَارَبَةً ، والرَّبْحُ يَتَنَا . صَحَّ ، وهو يَتْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لَأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَيْهِمَا إِضَافَةً وَاحِدَةً مِنْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ لِأَحَدِهِمَا^(٢) عَلَى الْآخَرِ^(٣) ، فَاقْتَضَى التَّشْوِيَةَ ، كَقَوْلِهِ : هَذِهِ الدَّارُ يَتْنِي وَيَتْنُكَ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَنَّ لَكَ ثُلُثَ الرِّبْحِ . صَحَّ ، وَالْبَاقِي لِرَبِّ الْمَالِ ؛ لَأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ لِكَوْنِهِ نَمَاءً مَالِهِ^(٤) ، فَلَمْ يَخْتَجْ إِلَى شَرْطِهِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَنَّ لِي ثُلُثَ الرِّبْحِ . وَلَمْ يَذْكُرْ نَصِيبَ الْعَامِلِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ^(٥) بِالشَّرْطِ ، وَلَا شَرْطَ لَهُ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ، وَالْبَاقِي لِلْعَامِلِ ؛ لَأَنَّهُ يَدُلُّ بِخِطَابِهِ عَلَى ذَلِكَ ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾^(٥) . دَلَّ عَلَى أَنَّ بَاقِيَهُ لِلْأَبِ . وَإِنْ قَالَ : لِي النِّصْفُ وَلَكَ الثُّلُثُ . وَتَرَكَ الشُّدُسَ ، فَهُوَ لِرَبِّ

= المزارعة ، من كتاب الحرث والمزارعة ، وفي : باب الشروط في المعاملة ، من كتاب الشروط ، وفي : باب معاملة النبي ﷺ أهل خير ، من كتاب المغازي . صحيح البخاري ١٢٣ / ٣ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ٢٤٩ ، ١٧٩ / ٥ . ومسلم ، في : باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٨٦ / ٣ . وأبو داود ، في : باب في المساقاة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢ / ٢٣٥ . والترمذي ، في : باب ما ذكر في المزارعة ، من أبواب المزارعة . عارضة الأحوذى ٦ / ١٣٥ . وابن ماجه ، في : باب معاملة النخيل والكرم ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٢٤ ، ٨٢٥ . والدارمي ، في : باب أن النبي ﷺ عامل خير ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٧٠ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في المساقاة ، من كتاب المساقاة . الموطأ ٢ / ٧٠٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٧ / ٢ ، ٢٢ ، ٣٧ ، ١٥٧ .

(١) في الأصل : « هذه » .

(٢ - ٢) زيادة من : الأصل .

(٣) في م : « له » .

(٤) في ب : « استحق » .

(٥) سورة النساء ١١ .

المال ؛ لأنه يَشْتَحِقُّه بِمَالِهِ . وإن قال : خُذْهُ ^(١) مُضَارَبَةً بِالثُّلُثِ . صَحَّ ، وهو للعامل ؛ لأنَّ الشَّرْطَ يُرَادُّ مِنْ أَجْلِهِ ، وَرَبُّ الْمَالِ يَأْخُذُ بِمَالِهِ لَا بِالشَّرْطِ . ومتى اختلفا لَمَنِ الْجُزْءُ الْمَشْرُوطُ ، فهو للعامل ؛ لذلك ، واليَمِينُ على مُدَّعِيهِ .

فصل : وإن لم يَذْكُرِ الرِّبْحَ ، أو ^(٢) قال : لك جُزْءٌ مِنَ الرِّبْحِ . أو : شَرِكَةٌ . لم يَصِحَّ الْمُضَارَبَةُ ؛ لأنَّ الْجَهَالَهَ تَمْنَعُ تَسْلِيمَ الْوَاجِبِ . وإن قال : لك مِثْلُ مَا شَرِطَ لِفُلَانٍ . وهما يَغْلَمَانِهِ ، صَحَّ ، وإن جَهَلَاهُ أو أَحَدَهُمَا ، لم يَصِحَّ . ولا يَجُوزُ أَنْ يَشْرُطَا ^(٣) لأَحَدِهِمَا دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ؛ لَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَزْبَحَهَا ، أو لَا يَزْبَحَ غَيْرَهَا ، فَيَخْتَصُّ أَحَدُهُمَا بِجَمِيعِ الرِّبْحِ . ولو شَرِطَ لأَحَدِهِمَا رِبْحَ أَحَدِ الْأَلْفَيْنِ ، أو أَحَدِ الْكَيْسَيْنِ ^(٤) ، أو أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ ، وللآخر رِبْحَ الْآخَرِ ، أو جَعَلَ حَقَّهُ فِي عَبْدٍ يَشْتَرِيهِ ، أو أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا أَخَذَهُ بِرَأْسِ الْمَالِ ، لم يَصِحَّ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى اخْتِصَاصِ أَحَدِهِمَا بِالرِّبْحِ .

فصل : وإن قال : خُذْهُ [١٨٨] مُضَارَبَةً ، وَالرِّبْحُ كُلُّهُ لَكَ . أو قال : لِي . لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ مَوْضُوعَهَا عَلَى الْإِشْتِرَاكِ فِي الرِّبْحِ ، فَشَرْطُهُ كُلُّهُ لَهُ ^(٥) يُتَأَنَّى مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَبَطَلَ . وإن قال : خُذْهُ فَانْتَجِزْ بِهِ ^(٦) ، وَالرِّبْحُ كُلُّهُ لَكَ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « هَذِهِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

(٣) فِي س ١ ، س ٢ ، ف ، م : « يَشْرُطُ » .

(٤) فِي ف : « الْكَبْشَيْنِ » .

(٥) فِي س ٢ : « لَمْ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ » .

فهو^(١) قَرْضٌ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يَصْلُحُ لِلْقَرْضِ ، وقد قَرَنَ بِهِ حُكْمَهُ ، فَتَعَيَّنَ لَهُ .
وإن قال : والرَّبْحُ كُلُّهُ لِي . فهو إِبْضَاعٌ ؛ لأنَّه قَرَنَ بِهِ حُكْمَهُ .

فصل : فإن قال لَغَرِيمِهِ : ضَارِبُ الدَّيْنِ الذِي عَلَيْكَ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ
ما فِي يَدِ الْغَرِيمِ لِنَفْسِهِ ، لا يَصِيرُ لَغَرِيمِهِ إِلَّا بِقَبْضِهِ . فإن عَزَلَ شَيْئًا وَاشْتَرَى
بِهِ ، فَالشُّرَاءُ لَهُ ؛ لأنَّه اشْتَرَى بِمَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ الْمُضَارَبَةُ ؛ لأنَّه
اشْتَرَى لَهُ بِإِذْنِهِ ، وَدَفَعَ الْمَالَ إِلَى مَنْ أَذِنَ لَهُ فِي دَفْعِهِ إِلَيْهِ ، فَبَرِئْتُ بِهِ ذِمَّتُهُ .
وإن كانت لَهُ وَدِيعَةٌ ، فَقَالَ لِلْمُودِعِ : ضَارِبُهَا . صَحَّ ؛ لأنَّه عَيْنُ مَالِهِ .
فإن كان عَرُوضًا فَقَالَ : بَعُهُ وَضَارِبُ بَثْمِنِهِ . صَحَّ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ عَيْنُ مَالِ
رَبِّ الْمَالِ . وإن قال : اقْبِضْ مَالِي عَلَى فُلَانٍ ، فَضَارِبُ بِهِ . ففَعَلَ ، صَحَّ ؛
لأنَّه وَكَيْلٌ فِي قَبْضِهِ ، فَيَصِيرُ كَالْوَدِيعَةِ .

فصل : وَيَصِحُّ أَنْ يَشْرُطَ عَلَى الْعَامِلِ أَنْ لَا يُسَافِرَ بِالْمَالِ ، أَوْ^(٢) لَا يَتَّجِرَ
بِهِ إِلَّا فِي بَلَدٍ بَعِيْنِهِ ، أَوْ نَوْعٍ بَعِيْنِهِ ، أَوْ لَا يُعَامِلَ إِلَّا رَجُلًا بَعِيْنَهُ ؛ لأنَّه إِذْنٌ
فِي التَّصَرُّفِ ، فَجَازَ ذَلِكَ فِيهِ كَالْوَكَاةِ . وَيَصِحُّ تَوْقِيتُهَا ، فيقولُ : ضَارِبُكَ
بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ سَنَةً . لذلك . نَصَّ عَلَيْهِ . وعنه ، لا يَصِحُّ . اخْتَارَهَا أَبُو
حَفْصٍ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَجُوزُ مُطْلَقًا ، فلم يَجُزْ تَوْقِيتُهُ ، كَالنِّكَاحِ . وَيَصِحُّ أَنْ
يَشْرُطَ نَفَقَةَ نَفْسِهِ حَضَرًا وَسَفَرًا ؛ قِيَاسًا عَلَى التَّوَكِيلِ^(٣) .

فصل : ولا يَصِحُّ أَنْ يَشْرُطَ مَا يُتَنَافَى مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، نحو أن يَشْرُطَ

(١) فِي س ٢ : « فالربح كله » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « و » .

(٣) فِي م : « الوكيل » .

لُزُومَ الْمُضَارَبَةِ ، أَوْ لَا يَغْزِلُهُ مُدَّةٌ بَعَيْنِهَا ، أَوْ لَا يَبِيعُ إِلَّا بِرَأْسِ الْمَالِ ، أَوْ أَقَلَّ ، أَوْ يُؤَلِّيهِ مَا يَخْتَارُ مِنَ السِّلَعِ ؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ الْمَقْصُودَ مِنَ الْعَقْدِ . وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَنْجِرَ لَهُ فِي مَالٍ آخَرَ مُضَارَبَةً ، أَوْ بِضَاعَةً ، أَوْ خِدْمَتَهُ ^(١) فِي شَيْءٍ ، أَوْ أَنْ ^(٢) يَزْتَفِقَ ^(٣) بِالسِّلَعِ ، أَوْ شَرَطَ عَلَى الْعَامِلِ الضَّمَانَ ، أَوْ الْوَضِيعَةَ أَوْ سَهْمًا مِنْهَا ، أَوْ مَتَى بَاعَ سِلْعَةً ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا بِالثَّمَنِ ، فَالشَّرْطُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ^(٤) مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ ، وَلَا مُقْتَضَاهُ .

فصل : وكلُّ شرطٍ يُؤَثِّرُ فِي جِهَالَةِ الرَّبْحِ يُبْطِلُ الْمُضَارَبَةَ ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ ، وَمَا لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ ^(٥) ، لَا يُبْطِلُهَا ، فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ ؛ لِنَصِّهِ فِيمَا إِذَا شَرَطَ سَهْمًا مِنَ الْوَضِيعَةِ ، أَنَّ الْمُضَارَبَةَ صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا حَذَفَ الشَّرْطَ ، بَقِيَ الْإِذْنُ بِحَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ الْبُطْلَانُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا رَضِيَ بِالْعَقْدِ بِهَذَا الشَّرْطِ ، فَإِذَا فَسَدَ ، فَاتَّ الرِّضَا بِهِ ، فَفَسَدَ ، كَالْمُزَارَعَةِ إِذَا شَرَطَ الْبَذْرَ مِنَ الْعَامِلِ ، وَ"كَالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ" ^(٦) فِي الْبَيْعِ . وَمَتَى فَسَدَتْ ، فَالتَّصَرُّفُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ بِإِذْنِ رَبِّ الْمَالِ ، وَالْوَضِيعَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ لَا ضَمَانَ فِي صَحِيحِهِ لَا ضَمَانَ فِي فَاسِدِهِ ، وَالرَّابِحُ لِرَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مَالِهِ ، وَإِنَّمَا

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « خِدْمَةٌ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « يَرْفِقُ » .

(٤) فِي م : « فِي » .

(٥) فِي م : « فِيهَا » .

(٦ - ٦) فِي الْأَصْلِ : « كَالشَّرْطِ الْفَاسِدِ » .

يُسْتَحَقُّ^(١) بالشَّرْطِ ، وهو فاسِدٌ ههنا لا يُسْتَحَقُّ به شيءٌ ، وللعاِمِلِ أَجْرَةٌ^(٢) مثله ؛ لأنَّه بذلَ مَنَافِعَه بِعَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَه . وإنْ فَسَدَتِ الشَّرِكَةُ ، قُسِمَ الرِّبْحُ عَلَى رُءُوسِ أَمْوَالِهِمَا ، وَرَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخِرِ بِأَجْرِ عَمَلِهِ ؛ [١٨٨ ظ] لِمَا ذَكَرْنَا . وَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَوَضُهُ مَجْهُولًا ، فَوَجَبَ الْمُسَمَّى فِي فَاكِدِهِ ، كَالنِّكَاحِ .

فصل : وعلى العاِمِلِ عَمَلُ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِعَمَلِهِ لَه^(٣) ؛ مِنْ^(٤) نَشْرِ وَطْعٍ ، وَإِيجَابِ وَقَبُولِ ، وَقَبْضِ ثَمَنِ ، «وَوَزْنِ» مَا خَفَّ ، كَالنُّقُودِ وَالْمِشْكِ وَالْعُودِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْإِذْنِ يُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ ، وَالْعُرْفُ أَنَّ^(٥) هَذِهِ الْأُمُورَ يَتَوَلَّاهَا بِنَفْسِهِ ، فَإِنْ اسْتَأْجَرَ مَنْ يَفْعَلُهَا ، فَعَلِيهِ الْأَجْرَةُ فِي مَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ بِذَلِكَ عَوَضًا عَمَّا يَلْزَمُهُ ، وَمَا جَرَتْ الْعَادَةُ أَنْ يَسْتَتِيبَ فِيهِ ؛ كَحَمْلِ الْمَتَاعِ ، «وَوَزْنِ» مَا يَثْقُلُ ، وَالنِّدَاءِ ، فَلَه أَنْ يَسْتَأْجَرَ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ مَنْ يَفْعَلُهُ ؛ لِأَنَّهُ الْعُرْفُ . فَإِنْ فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ لِيَأْخُذَ أَجْرَةً ، لَمْ يَسْتَحِقَّهَا . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِفِعْلٍ مَا لَمْ يَلْزَمْهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَه أَجْرٌ ، كَالْمَرْأَةِ الَّتِي تَسْتَحِقُّ عَلَى زَوْجِهَا خَادِمًا إِذَا خَدَمَتْ نَفْسَهَا . وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ لَه الْأَجْرَ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا

(١) بعده في س ٢ : «ههنا» .

(٢) في س ١ ، م : «أجر» .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٤) في الأصل : «دون» .

(٥ - ٥) في الأصل : «دون» .

يَسْتَحِقُّ الأَجَرَ فِيهِ ، فَاسْتَحَقَّهُ ، كالأَجْنَبِيِّ .

فصل : وليس له أن يَشْتَرِيَ بِأَكْثَرِ مِنْ رَأْسِ المَالِ ؛ لِأَنَّ الإِذْنَ لَمْ يَتَنَاوَلَ غَيْرَهُ ، فَإِنْ كَانَ أَلْفًا ، فَاشْتَرَى عَبْدًا بِأَلْفٍ ، فَهُوَ لِلْمُضَارَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ . فَإِنْ اشْتَرَى آخَرَ ، لَمْ يَدْخُلْ فِي الْمُضَارَبَةِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ . وَحُكْمُهُ مُحْكَمٌ مَا لَوْ اشْتَرَى لغيره شَيْئًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ . فَإِنْ تَلَفَ ^(١) الألفُ قَبْلَ نَقْدِهِ ^(٢) فِي الأولِ ، فعلى رَبِّ المَالِ الثَّمَنُ ؛ لِأَنَّ الشُّرَاءَ بِإِذْنِهِ ، وَيَصِيرُ رَأْسُ المَالِ الثَّمَنَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الأولَ ^(٣) تَلَفَ ^(١) قَبْلَ تَصَرُّفِهِ فِيهِ ^(٤) ، وَإِنْ تَلَفَ ^(١) قَبْلَ الشُّرَاءِ ، لَمْ يَدْخُلِ الْمُشْتَرَى فِي الْمُضَارَبَةِ ؛ لِأَنَّهَا انْفَسَخَتْ قَبْلَ الشُّرَاءِ ، لِتَلَفِ رَأْسِ المَالِ وَزَوَالِ الإِذْنِ .

فصل : وليس له التَّصَرُّفُ إِلَّا عَلَى الإِخْتِيَاظِ ، كَالْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلُ رَبِّ المَالِ ، إِلَّا أَنَّ لَهُ شُرَاءَ المَعِيبِ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهَا الرُّبْحَ ، وَقَدْ يَرْبُحُ فِي المَعِيبِ ، بِخِلَافِ الوَكَالَةِ ؛ فَإِنَّ الشُّرَاءَ فِيهَا يُرَادُّ لِلقُنْيَةِ . وَإِذَا اشْتَرَى شَيْئًا فَبَانَ مَعِيبًا ، فَلَهُ رَدُّهُ ، فَإِنْ اخْتَلَفَ هُوَ وَرَبُّ المَالِ فِي رَدِّهِ ، فعَلَ مَا فِيهِ النَّظَرُ ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ الحِظَّ لهُمَا ، فَإِذَا اخْتَلَفَا ، قُدِّمَ الأَحْظُّ .

فصل : فَإِنْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ المَالِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ

(١) فِي س ٢ : « تلفت » .

(٢) فِي س ٢ : « نقدها » .

(٣) فِي س ٢ : « الأولى » .

(٤) فِي س ٢ : « فيها » .

قَابِلٌ لِلْعُقُودِ^(١) ، فَصَحَّ شِرَاؤُهُ ، كَالَّذِي نَذَرَ رَبُّ الْمَالِ عِتْقَهُ ، وَيَعْتِقُ ، وَعَلَى الْعَامِلِ الضَّمَانُ ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْمُضَارَبَةِ تَلَفٌ بِتَفْرِيطِهِ . وَفِي قَدْرِ مَا يَضْمَنُ وَجْهَانُ ؛ أَحَدُهُمَا ، ثَمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ فَاتٌ فِيهِ . وَالثَّانِي ، قِيَمَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا التَّالِفَةُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : إِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ مَعْذُورٌ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيًّا لَمْ يَعْلَمْ عَيْبَهُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَصِحَّ شِرَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ تَقَيَّدَ بِالْعُرْفِ لِمَا يُمَكِّنُ بَيْعَهُ وَالرَّبْحُ فِيهِ ، فَلَا يَتَنَاوَلُ غَيْرَهُ ، وَلِأَنَّهُ تَقَيَّدَ بِمَا يُظَنُّ الْحَظُّ فِيهِ ، وَهَذَا لَا حَظٌّ لِلتَّجَارَةِ فِيهِ ، وَلِهَذَا جَعَلْنَاهُ مُفَرِّطًا ، [١٨٩و] وَالزَّمَنَاهُ الضَّمَانُ .

وَإِنْ اشْتَرَى زَوْجَةَ رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ زَوْجَ رَبَّةِ الْمَالِ ، صَحَّ ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ لِمَلِكِهِ إِيَّاهُ ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَعَلَى الْعَامِلِ نِصْفُ الصَّدَاقِ ؛ لِأَنَّهُ أَفْسَدَ نِكَاحَهُ ، فَأَشْبَهَ مَنْ أَفْسَدَهُ بِالرَّضَاعِ .

فصل : فَإِنْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَلَا رِبْحَ^(٢) فِي الْمَالِ ، لَمْ يَعْتِقْ . وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ رِبْحٌ ، وَقُلْنَا : لَا يَمْلِكُ الْعَامِلُ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ . لَمْ يَعْتِقْ أَيْضًا . وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُهُ بِالظُّهْرِ . عَتَقَ عَلَيْهِ قَدْرُ حِصَّتِهِ مِنْهُ ، وَسَرَى إِلَى بَاقِيهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَغَرِمَ قِيَمَتَهُ ، وَإِنْ كَانَ مُغْسِرًا ، لَمْ يَعْتِقْ عَلَيْهِ إِلَّا مَا مَلَكَ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَعْتِقُ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ مِلْكُهُ فِي الرِّبْحِ ، لِكَوْنِهِ وَقَايَةً لِرَأْسِ الْمَالِ .

فصل : وَلَيْسَ لَهُ وَطْءٌ جَارِيَةٌ مِنَ الْمَالِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَعَلِيهِ الْمَهْرُ ؛ لِأَنَّهَا

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِلْعَقْدِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « بِرِبْحٍ » .

مَمْلُوكَةٌ غَيْرِهِ ، وَيُعْزَرُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، لِشُبْهَةِ حَقِّهِ فِيهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : عَلَيْهِ الْحَدُّ إِنْ لَمْ يَظْهَرْ رِبْحٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ فِيهَا . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ ظُهُورَ الرِّبْحِ يَنْبَنِي عَلَى التَّقْوِيمِ ، وَهُوَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ، فَيَكُونُ شُبْهَةً . فَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ ، وَلَمْ يَظْهَرْ رِبْحٌ ، فَالْوَلَدُ مَمْلُوكٌ ، وَلَا تَصِيرُ ^(١) الْجَارِيَةُ أُمًّا وَلَدٍ ^(٢) ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِهِ فِي غَيْرِ مِلْكِ . وَإِنْ ظَهَرَ رِبْحٌ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَأُمُّهُ أُمٌّ وَلَدٍ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا ، وَيَسْقُطُ مِنَ الْقِيَمَةِ وَالْمَهْرِ قَدْرُ حِصَّةِ الْعَامِلِ مِنْهَا . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ فِي التَّسَرُّي فاشْتَرَى جَارِيَةً ، خَرَجَتْ مِنَ الْمُضَارَبَةِ ، وَصَارَ ثَمَنُهَا قَرْضًا ؛ لِأَنَّ اسْتِيبَاحَةَ الْبُضْعِ لَا تَكُونُ إِلَّا بِمِلْكِ أَوْ ^(٣) نِكَاحٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ ^(٤) .

فصل : وليس لربِّ المالِ وَطْءُ جَارِيَةٍ مِنَ الْمُضَارَبَةِ ؛ لِأَنَّ لغيرِهِ فِيهَا حَقًّا ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ . وَإِنْ لَمْ تَعْلَقْ مِنْهُ ، فَالْمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا ، وَإِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَتَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ، وَتَخْرُجُ مِنَ الْمُضَارَبَةِ ، وَتُحْسَبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا ، وَيَأْخُذُ الْمُضَارِبُ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ مِمَّا بَقِيَ .

فصل : وليس له دَفْعُ الْمَالِ مُضَارَبَةً ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا دُفِعَ إِلَيْهِ الْمَالُ لِيُضَارِبَ بِهِ ، وَبِهَذَا يَخْرُجُ عَنْ كَوْنِهِ مُضَارِبًا ^(٥) ، فَإِنْ فَعَلَ فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ عَلَى الْأَوَّلِ لِتَعَدِّيهِ ، وَعَلَى الثَّانِي لِأَخْذِهِ مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ،

(١) بعده في م : « به » .

(٢) في ف : « ولده » .

(٣) في الأصل : « و » .

(٤) سورة المؤمنون ٦ .

(٥) في م : « مضاربة » .

فإن غَرِمَ الأوَّلُ ، ولم يَعْلَمِ الثاني بالحالِ ، لم يَزَجِعْ عليه ؛ لأنَّه دَفَعَهُ إليه أَمَانَةً ، وإن عَلِمَ ، رَجَعَ عليه ، وإن غَرِمَ الثاني مع عِلْمِهِ ، لم يَزَجِعْ على أَحَدٍ ، وإن لم يَعْلَمْ ، فهل ^(١) يَزَجِعُ على الأوَّلِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على الْمُشْتَرَى مِنَ الْغَاصِبِ . وإن رَجَحَ ، فالرُّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ ؛ لأنَّه نَمَاءٌ مَالِهِ ، ولا أُجْرَةٌ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لأنَّ الأوَّلَ لم يَعْمَلْ ، والثاني عَمِلَ في مالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأُشْبِهَ الْغَاصِبَ . وعنه ، له أُجْرَةٌ مِثْلُهُ ؛ لأنَّه عَمِلَ في الْمَالِ بِشُبْهَةِ الْمُضَارَبَةِ ، فَأُشْبِهَ الْمُضَارَبَةَ الْفَاسِدَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ ، كَانَ الرُّبْحُ لَهُ ، فَأَمَّا إِنْ دَفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ بِإِذْنِ رَبِّ الْمَالِ ، صَحَّ ، وَيَصِيرُ الثَّانِي ^(٢) الْمُضَارِبَ . فَإِنْ شَرَطَ الدَّافِعُ لِنَفْسِهِ شَيْئًا مِنَ الرُّبْحِ ، لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ؛ لأنَّ الرُّبْحَ ^(٣) يُسْتَحَقُّ بِمَالٍ أَوْ عَمَلٍ ، وَلَيْسَ لَهُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا .

فإن قال له رَبُّ الْمَالِ : اْعْمَلْ [١٨٩ ط] بِرَأْيِكَ . فَعَنْ أَحْمَدَ جَوَازُ دَفْعِهِ مُضَارَبَةً ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الشَّرَكَةِ .

فصل : إِذَا تَعَدَّى الْمُضَارِبُ بِفِعْلٍ مَا لَيْسَ لَهُ ، فَهُوَ ضَامِنٌ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ ، فَضَمِنَ ^(٤) كَالْغَاصِبِ ، وَالرُّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَلَا أُجْرَةٌ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ بِغَيْرِ إِذْنٍ ، أُشْبِهَ الْغَاصِبَ . وعنه ، له أُجْرَةٌ مِثْلُهُ مَا لَمْ تُحِطْ بِالرُّبْحِ ، كَالْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ . وعنه ، له ^(٥) أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أُجْرَتِهِ أَوْ مَا شَرِطَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « لَمْ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « هُوَ » .

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « إِنَّمَا » .

(٤) فِي م : « فَيَصِيرُ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « أَنَّهُ » .

له ؛ لأنه رَضِيَ بما جُعِلَ له ، فلا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ منه ، ولا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ مِنْ أُجْرَةِ المِثْلِ ؛ لأنه لم يَفْعَلْ ما جُعِلَ له الرِّبْحُ فيه . وقال القاضى : إن اشْتَرَى فى الذِّمَّةِ ، ثم نَقَدَ المَالَ ، فكذلك ، وإن اشْتَرَى بَعَيْنِ المَالِ ، فالشُّرَاءُ باطِلٌ ، فى رِوَايَةٍ ، والنَّمَاءُ للبائع ، وفى رِوَايَةٍ ، يَقِفُ على إِجَارَةِ المَالِكِ ، فإن لم يُجْزِهِ ، فالبيعُ باطِلٌ أيضًا ، وإن أَجَازَهُ ، صَحَّ ، والنَّمَاءُ له ، وإن أَخَذَ الرِّبْحَ ، كان إِجَارَةً منه للعَقْدِ ؛ لأنه دَلَّ على رِضاه . وفى أُجْرَةِ المُضَارِبِ ما ذَكَرناه .

فصل : ونفقةُ العَامِلِ^(١) على نَفْسِهِ حَضَرًا وسَفَرًا ؛ لأنها تَخْتَصُّ به ، فكانت عليه ، كنفقةِ زَوْجَتِهِ ، ولأنَّه دَخَلَ على أَنَّ له جُزْءًا^(٢) مُسَمًّى ، فلم يَسْتَحِقَّ غَيْرَهُ ، كالمُسَاقَى . وإن اشْتَرَطَ نَفَقَتَهُ ، فله ذلك ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(٣) .

ويُسْتَحَبُّ^(٤) تَقْدِيرُهَا ؛ لأنه أَبْعَدُ مِنَ الْغَرَرِ ، فإن أَطْلَقَ ، جاز ؛ لأنَّ لها عُرْفًا تَنْصَرِفُ إليه ، فَأَشْبَهَ إِطْلَاقَ الدِّينَارِ فى بَلَدٍ له فيه عُرْفٌ . قال أحمدُ : يُنْفِقُ على ما كانَ يُنْفِقُ غَيْرَ مُتَعَدِّ بالنَّفَقَةِ ، ولا مُضِرٍّ بالمَالِ ، وله نَفَقَتُهُ مِنَ المَأْكُولِ خَاصَّةً ، إِلَّا أن يكونَ سَفَرُهُ طَوِيلًا يَحْتَاجُ إلى تَجْدِيدِ كِسْوَةٍ ، فله أنْ يَكْتَسِيَ ، فإن كانَ معه مالٌ آخَرُ ، فالنَّفَقَةُ على المَالَيْنِ^(٥) بِالْحِصَصِ ؛ لأنَّ

(١) فى ف : « المضارب » .

(٢) فى الأصل : « أَجْرًا » .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٧٢ .

(٤) فى م : « ويستحق » .

(٥) فى الأصل : « الحالين » .

النَّفَقَةُ لِلسَّفَرِ، والسَّفَرُ لهما. وإن مات لم يَجِبْ تَكْفِيئُهُ؛ لَأَنَّهُ لم يَتَّقَ
عَامِلًا. وإن لَقِيَهِ رَبُّ المَالِ فِي السَّفَرِ، فَمَسَخَ الْمُضَارَبَةَ، فلا نَفَقَةَ لَهُ
لِرُجُوعِهِ؛ لذلك.

فصل: ولِلْمُضَارِبِ أَنْ يَأْخُذَ مُضَارَبَةً أُخْرَى، إِذَا لم يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ
عَلَى الْأَوَّلِ^(١)؛ ^(٢) «بأن لا يَشْتَغِلَ عَنِ النَّظَرِ فِي أَمْوَالِهِ»؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَمْلِكُ بِهِ
مَنَافِعَهُ كُلَّهَا، فلم يَمْنَعْ^(٣) عَقْدًا آخَرَ، كَالْوَكَالَةِ. فَإِنْ كَانَتِ الثَّانِيَةُ تَشْغُلُهُ
عَنِ الْأَوَّلَى، لم يَجُزْ؛ لَأَنَّهُ تَصَرَّفَ يَضُرُّ بِهِ، فلم يَجُزْ، كَالْبَيْعِ بَغْبِنٍ، فَإِنْ
فَعَلَ، ضَمَّ^(٤) نَصِيبَهُ مِنَ الرَّبْحِ فِي الثَّانِي إِلَى رِبْحِ الْأَوَّلِ، فَاقْتَسَمَاهُ؛ لِأَنَّ
رِبْحَهُ الثَّانِي حَصَلَ بِالْمَنْفَعَةِ الَّتِي اقْتَضَاهَا الْعَقْدُ الْأَوَّلُ. وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ بِإِذْنِ
الْأَوَّلِ، جاز؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ. فَإِنْ أَخَذَ مَالَيْنِ مِنْ رَجُلَيْنِ،
وَأَشْتَرَى بِكُلِّ مَالٍ عَبْدًا، فَاشْتَبَهَا عَلَيْهِ، ففِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، يَكُونَانِ
شَرِيكَيْنِ فِيهِمَا، كما لو اشْتَرَكَا فِي عَقْدِ الْبَيْعِ. وَالثَّانِي، يَأْخُذُهُمَا
الْعَامِلُ، وَعَلَيْهِ رَأْسُ الْمَالِ؛ لَأَنَّهُ تَعَذَّرَ رَدُّهُمَا بِتَفْرِيطِهِ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُمَا،
كما لو أَتْلَفَهُمَا.

فصل: وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفًا، ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفًا آخَرَ، لم يَجُزْ لَهُ ضَمُّ
أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ؛ لَأَنَّهُ أَفْرَدَ كُلَّ وَاحِدٍ بِعَقْدٍ لَهُ حُكْمٌ، فلم يَمْلِكْ تَغْيِيرَهُ،

(١) فِي م: «الْأُولَى».

(٢ - ٢) زِيَادَةٌ مِنْ: ف.

(٣) فِي م: «يَمْلِكُ».

(٤) سَقَطَ مِنْ: م.

فإن أمره بضمهما قبل التصرف فيهما، أو بعد أن نضًا، جاز، وصارا مضاربة واحدة. وإن كان بعد التصرف قبل أن ينضًا، لم يجر؛ لأنَّ حكم ما [١٩٠] تصرف^(١) فيه قد استقرَّ، فصار ربحه وخسارته^(٢) مختصًا به، فضمَّ الآخر إليه^(٣) يوجب جبر وضيعة أحدهما بربح الآخر، فلم يجر.

فصل: وليس للمضارب ربح حتى يشتوفى^(٤) رأس المال؛ لأنَّ الربح هو الفاضل^(٥) عن رأس المال. فلو ربح في سلعة وخسر في أخرى، أو في سفرة وخسر في أخرى، مجبرت الوضيعة من الربح. وإن تلف بعض المال قبل التصرف، فتلفه من رأس المال؛ لأنَّه تلف قبل التصرف، أشبه التالف قبل القبض، وإن تلف بعد التصرف، حسب من الربح؛ لأنَّه دار في التجارة. فإن اشترى عبدَيْنِ بمائة فتلف أحدهما، وباع الآخر بخمسين، فأخذ منها ربَّ المال خمسة وعشرين، بقى رأس المال خمسين؛ لأنَّ ربَّ المال أخذ نصف المال الموجود، فسقط نصف الخسران. ولو لم يتلف العبد، وباعهما بمائة وعشرين، فأخذ ربَّ المال ستين، ثم خسر العامل فيما معه عشرين، فله من الربح خمسة؛ لأنَّ سدس ما أخذه ربَّ المال ربح للعامل نصفه، وقد انفسخت المضاربة فيه، فلا يجبر به خسران

(١) في م: «يتصرف».

(٢) في س ٢، ب: «خسارته».

(٣) سقط من: الأصل.

(٤) في س ١، س ٢، ف، ب: «يوفي».

(٥) في م: «الفضل».

الباقى ، وإن اقتسما العشريين الربح خاصة ، ثم خسر عشرين ، فعلى العامل رد ما أخذه ، وبقي رأس المال تسعين ؛ لأن العشرة الباقية مع رب المال تُحسب من رأس المال .

ومهما بقي العقد على رأس المال ، وجب جبر خسرانه من ربحه . وإن اقتسما^(١) الربح . قال أحمد : إلا أن يقبض رأس المال صاحبه ، ثم يرده إليه ، أو^(٢) يختسبا حسابا كالقبض ؛ وهو أن يظهر المال ، ويجيء به ، فيختسبان عليه ، فإن شاء صاحبه قبضه ، ولا يكون ذلك إلا فى الناض دون المتاع ؛ لأن المتاع قد يتغير سعره ، وأما قبل ذلك ، فالوضيعة تجبر من الربح ، ولذلك لو طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال ، لم يلزم الآخر إجابته ؛ لأنه لا يأمن الخسران فى الثانى . وإن اتفقا على قسميه أو قسم بعضه ، أو على أن يأخذ كل واحد منهما كل يوم قدرًا معلومًا ، جاز ؛ لأن الحق لهما ، ولو تبين للمضارب ربح ، لم يجر له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال .

فصل : ويملك العامل الربح بالظهور . وعنه ، لا يملكه ؛ لأنه لو ملكه اختص بربحه^(٣) . والأول المذهب ؛ لأنه يملك المطالبة بقسميه ، فملكه^(٤) ، كالمشرك ، وإنما لم يختص بربحه ؛ لأنه وقاية لرأس المال .

(١) فى ب : «قسما» .

(٢) فى الأصل : «و» .

(٣) فى م : «بما ربحه» .

(٤) فى م : «فملك» .

فصل : ولكل واحد منهما فسخ المضاربة ؛ لأنها عقد جائز ، فإذا فسخ والمال عرض ، فاتفقا^(١) على قسمه أو يبيعه ، جاز . وإن طلب العامل البيع ، وأبى رب المال وفيه ربح ، أُجبر عليه ؛ لأنَّ حقَّه في الربح لا يظهر إلا بالبيع . وإن لم يكن فيه ربح ، لم يُجبر ؛ لأنَّه لا حقَّ له فيه . وإن طلب رب المال البيع ، وأبى العامل ، أُجبر ، في أحد الوجهين ؛ لأنَّه يستحقُّ عليه ردَّ المال كما أخذه . والآخر ، لا يُجبر ؛ لأنَّه متصرفٌ لغيره بحكم عقد جائز ، فلم^(٢) يلزمه التصرف^(٣) ، كالوكيل . وإن كان دينًا ، لزم العامل تقاضيه ؛ لأنَّ المضاربة تقتضي ردَّ المال على صفته .

فصل : ويجوز أن يدفع المال إلى اثنين مضاربة ، فإن شرط لهما جزءًا من الربح ، ولم يُبين كيف هو بينهما^(٤) ، فهو بينهما^(٥) نصفين ؛ [١٩٠ ظ] لأنَّ إطلاقَ « لفظ » لهما^(٦) يقتضي التسوية . وإن شرط لأحدهما ثلث الربح ، وللآخر سدسه ، صحَّ ؛ لأنَّ عقد الواحد مع الاثنين عقدان . وإن قارض اثنين واحدًا بألف لهما ، جاز ، وكان بمنزلة عقدَيْن ، فإذا شرطًا له جزءًا من الربح ، فالباقي^(٧) لهما^(٨) على قدر ملكيتهما^(٩) ، فإن كان بينهما

(١) في م : « فاتفق » .

(٢ - ٢) في الأصل : « يجبر » .

(٣) في م : « بينهم » .

(٤ - ٤) في ف : « لفظة لهما » ، وفي م : « لفظهما » .

(٥) في م : « والباقي » .

(٦) في الأصل : « بينهما نصفين » .

(٧) في م : « ملكيتهما » .

نِصْفَيْنِ ، فَشَرَطَ أَحَدُهُمَا لِلْمُضَارِبِ نِصْفَ رِبْحٍ نَصِيبِهِ ، وَشَرَطَ لَهُ الْآخَرُ
الثُّلُثَ ، وَالْبَاقَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ مَا
بَقِيَ مِنَ الرِّبْحِ بَعْدَ شَرْطِهِ ، فَإِذَا شَرَطَ التَّسْوِيَةَ ، فَقَدْ شَرَطَ أَحَدُهُمَا جُزْءًا
مِنْ رِبْحٍ مَالٍ صَاحِبِهِ بِغَيْرِ عَمَلٍ .

وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفًا ، وَقَالَ : أَضِفْ إِلَيْهَا أَلْفًا مِنْ مَالِكَ ، وَالرِّبْحُ بَيْنَنَا ؛ لَكَ
ثُلَاثُهُ وَلِيَ ثُلَاثُهُ . جَازَ ، وَكَانَ شَرِكَةً وَقِرَاضًا^(١) ، لِلْعَامِلِ النِّصْفُ بِمَالِهِ ،
وَالسُّدُسُ بِعَمَلِهِ . وَإِنْ قَالَ : وَ^(٢) الرِّبْحُ بَيْنَنَا نِصْفَيْنِ . نَظَرْنَا فِي لَفْظِهِ ، فَإِنْ
قَالَ : خُذْهُ مُضَارَبَةً . فَسَدَ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ رِبْحَ مَالِهِ كُلَّهُ لَهُ ، وَذَلِكَ يُنَافِي
مُقْتَضَى الْمُضَارَبَةِ . وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : مُضَارَبَةً . صَحَّ ، وَكَانَ إِبْضَاعًا . وَإِنْ
قَالَ : وَلِيَ الثُّلَاثَانِ . فَسَدَ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ^(٣) لِنَفْسِهِ جُزْءًا مِنْ رِبْحٍ مَالٍ صَاحِبِهِ
بِغَيْرِ عَمَلٍ .

فصل : وَإِنْ أَخْرَجَ أَلْفًا وَقَالَ : أَتَجَرُّ أَنَا وَأَنْتَ فِيهَا وَالرِّبْحُ بَيْنَنَا . صَحَّ .
نَصَّ عَلَيْهِ . وَذَكَرَهُ الْخَرِيقِيُّ بِقَوْلِهِ : أَوْ بَدَنَانِ^(٤) بِمَالٍ أَحَدِهِمَا . وَقَالَ ابْنُ
حَامِدٍ ، وَالْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَقْتَضِي تَسْلِيمَ الْمَالِ إِلَى الْعَامِلِ ،
وَهَذَا الشَّرْطُ يَنْفِي ذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ أَحَدُ مَا تَتِمُّ بِهِ
الْمُضَارَبَةُ ، فَجَازَ انْفِرَادُ أَحَدِهِمَا بِهِ ، كَالْمَالِ ، وَمُقْتَضَى الْمُضَارَبَةِ إِطْلَاقُ

(١) بعده في الأصل : « كان » .

(٢) سقط من : م .

(٣) في س ١ ، س ٢ ، ب ، م : « يشرط » .

(٤) في م : « بدلان » .

التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ ، وَالْمُشَارَكَةُ فِي الرَّبْحِ ، وَهَذَا لَا يَنْفِيهِ .

فَإِنْ شَرَطَ الْمُضَارِبُ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ غُلَامٌ رَبُّ الْمَالِ ، فَهُوَ أَوْلَى بِالْجَوَازِ ؛
لَأَنَّ عَمَلَ الْغُلَامِ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ تَابِعًا لِعَمَلِ الْعَامِلِ ، كَالْحَمَلِ عَلَى بَهِيمَتِهِ .
وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ كَيْدُ سَيِّدِهِ .

فصل : وَالْعَامِلُ أَمِينٌ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا تَلَفَ بِغَيْرِ تَعَدُّ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّصِرٌ
فِي الْمَالِ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لَا يَخْتَصُّ بِنَفْعِهِ ، فَأَشْبَهَ الْوَكِيلَ . وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا
يُدَّعِيهِ مِنْ تَلَفٍ ، أَوْ يُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ^(١) ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : هَذَا
اِشْتَرَيْتُهُ لِنَفْسِي ، أَوْ لِلْمُضَارَبَةِ . أَوْ اخْتَلَفَا فِي نَهْيِ رَبِّ الْمَالِ لَهُ عَنْ شِرَائِهِ ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ^(٢) النَّهْيِ ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِنَيْتِهِ فِي الشِّرَاءِ ، وَإِنْ
اخْتَلَفَا فِي رَدِّ الْمَالِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْضُ الْمَالِ لِنَفْعِ نَفْسِهِ ، فَلَمْ
يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ، كَالْمُسْتَعِيرِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِيمَا شَرَطَ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ ، فَفِيهِ
رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَا اخْتَلَفَا فِيهِ .
وَالثَّانِيَةُ ، إِنْ ادَّعَى الْعَامِلُ أَجْرَةَ الْمِثْلِ ، أَوْ قَدْرًا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِهِ ، فَالْقَوْلُ
قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ صِدْقُهُ . وَإِنْ ادَّعَى أَكْثَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّ
الظَّاهِرَ صِدْقُهُ ، فَأَشْبَهَا الزَّوْجَيْنِ [١٩١ ر] إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْمَهْرِ .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ بِرَبْحٍ ، ثُمَّ قَالَ : خَسِرْتُهُ ، أَوْ تَلَفَ . قُبِلَ قَوْلُهُ . وَإِنْ
قَالَ : غَلِطْتُ ، أَوْ نَسِيتُ . لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ بِحَقِّ لَادِمِيٍّ ، فَلَمْ يُقْبَلْ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ف ، م : « جَنَايَةٌ » ، وَغَيْرُ مَنْقُوطَةٍ فِي س ٢ .

(٢) بَعْدَهُ فِي س ٢ : « الْقَبْضُ وَ » .

رُجوعه ، كالمُقِرِّ بدين . ولو اقترض العايل شيئاً تَمَّ به رأس المال ، ثم عَرَضه على رَبِّ المالِ فَأَخَذَهُ ، لم يُقْبَلْ رُجوعُ العايلِ ، ولم يَمْلِكِ الْمُقْرِضُ مُطَالَبَةَ رَبِّ المالِ ؛ لأنَّ العايلَ مَلَكَهُ بِالْقَرْضِ ، وأَقَرَّ به لَرَبِّ المالِ ، وَيَزْجَعُ الْمُقْرِضُ ^(١) على العايلِ .

فصل : فإن قال المالكُ : دَفَعْتُ إِلَيْكَ الْمَالَ قَرْضًا . قال : بَلْ قِرَاضًا . أو بالعَكْسِ . أو قال : غَصَبْتَنِيهِ . قال : بَلْ أَوْدَعْتَنِيهِ . أو بالعَكْسِ . أو قال : أَعَزَّتْكَ . قال : بَلْ أَجَزْتَنِيهِ . أو بالعَكْسِ . فالقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ ، فالقَوْلُ قَوْلُهُ فِي صِفَةِ خُرُوجِهِ عَنْ يَدِهِ . وإن قال الْمُضَارِبُ : شَرَطْتُ لِي النَّقَقَةَ . فَأَنكَرَهُ ، فالقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى الشَّرْطِ ، فَقَالَ الْمُضَارِبُ : إِنَّمَا أَنْفَقْتُ مِنْ مَالِي . فالقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، فُقْبِلَ قَوْلُهُ فِي الْإِنْفَاقِ ، كَالْوَصِيِّ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ ، سَوَاءً كَانَ الْمَالُ فِي يَدِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ .

فصل : وإن اشترى رَبُّ الْمَالِ شيئاً مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ ، لم يَصِحَّ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ ، فَلَمْ يَجُزْ لَهُ شِرَاؤُهُ ، كَمَالِهِ الَّذِي مَعَ وَكِيلِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ ^(٢) غَيْرُهُ ، فَأَشْبَهَ مَالَ مُكَاتِبِهِ . وَيَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُضَارِبُ مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلِكٌ غَيْرُهُ ، فَصَحَّ شِرَاؤُهُ لَهُ ، كَشِرَاءِ الْوَكِيلِ مِنْ مُوَكَّلِهِ . وَلَا يَصِحُّ شِرَاءُ السَّيِّدِ مِنْ عَبْدِهِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمُقْرِ » .

(٢) فِي س ٢ : « مَال » .

المأذون له^(١)؛ لأنه ماله. ويَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ إِذَا رَكِبَتْهُ الدُّيُونُ.

وإن اشْتَرَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ، بَطَلَ فِي^(٢) نَصِيبِهِ،
وفي^(٣) الباقي وَجْهَانِ؛ بِنَاءٍ عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ فِي
الْجَمِيعِ؛ بِنَاءٍ عَلَى شِرَاءِ رَبِّ الْمَالِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ. وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَحَدُ
الشَّرِيكَيْنِ مِنْ شَرِيكِهِ دَارًا لِيُخْرِزَ فِيهَا مَالَ الشَّرِكَةِ، أَوْ غَرَائِرَ^(٤)، صَحَّ.
نَصٌّ عَلَيْهِ. وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ، أَوْ غُلَامَهُ، أَوْ دَابَّتَهُ لِنَقْلِ الْمَتَاعِ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ؛
إِحْدَاهُمَا، يَجُوزُ؛ قِيَاسًا عَلَى الدَّارِ. وَالثَّانِيَةُ، لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْحَيَوَانَ لَا
تَجِبُ لَهُ الْأَجْرَةُ إِلَّا بِالْعَمَلِ، وَلَا يُمَكِّنُ^(٥) إِبْقَاؤُهُ^(٥) فِي الْمُسْتَرْكِ؛ لِعَدَمِ تَمَيُّزِ
نَصِيبِ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخَرِ، بِخِلَافِ الدَّارِ، فَإِنَّ الْوَاجِبَ مَوْضِعُ الْعَيْنِ مِنَ
الدَّارِ، فَيُمْكِنُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

فصل: وَلَا يَجُوزُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ فِي الذَّمِّ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَكَافَأُ، وَالْقِسْمَةُ
بِغَيْرِ تَعْدِيلٍ يَتَعَدَّى وَلَا يَجُوزُ يَتَعَدَّى دَيْنَيْنِ بَدَيْنِ. وَعَنْهُ، يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ
لَا يَمْنَعُ الْقِسْمَةَ؛ قِيَاسًا عَلَى اخْتِلَافِ الْأَعْيَانِ، وَلَا يُمَكِّنُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ فِي
ذِمَّةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهَا إِفْرَازُ الْحَقِّ، وَلَا يُتَصَوَّرُ فِي ذِمَّةٍ وَاحِدَةٍ.

فصل: [١٩١ظ] إِذَا كَانَ لِاثْنَيْنِ دَيْنٌ فِي ذِمَّةٍ رَجُلٍ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ، فَقَبِضَ

(١) زيادة من: الأصل، ف.

(٢ - ٣) في الأصل: «نصيب».

(٣) الغرائر؛ جمع الغرارة: وعاء من الخيش ونحوه يوضع فيه القمح ونحوه، وهو أكبر من الجوالق.

(٤) في س ٢: «يجب».

(٥) في س ٢، ف، م: «إبقاؤه».

أحدهما منه شيئاً ، فهو بينهما ؛ إذ لا يجوز أن يكون المقبوض نصيب من قبضه ؛ لما فيه من قسمة الدين في ذمة واحدة^(١) ، ولشريك^(٢) القابض مطالبته بنصيبه منه ؛ لذلك . وله مطالبة الغريم ؛ لأنه لم يترأ من حقه بتسليمه إلى غيره بغير إذنه . ومن أيهما أخذ ، لم^(٣) يزجج على الآخر ؛ لأن حقه ثبت في أحد المحلّين . فإذا اختار أحدهما ، سقط حقه من الآخر . وإن هلك المقبوض في يد القابض ، تعيّن حقه فيه ، ولم يضمّنه للغريم ؛ لأنه قدر حقه ، فما^(٤) تعدّى^(٥) بالقبض ، وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته مشتركاً . وإن أبرأ أحدهما الغريم ، برئ من نصيبه ، ولم يزجج عليه الآخر بشيء ؛ لأنه كتلفه . وإن أبرأ من نصف حقه ، ثم قبضاً شيئاً ، اقتسماه أثلاثاً . وإن أخر أحدهما حقه ، جاز ؛ لأنه يملك إسقاطه ، فتأخيره أولى . وإن اشترى بنصيبه^(٥) شيئاً ، فهو كما لو اشترى بعين مالٍ مشترك بينهما . وإن كان الحق ثابتاً بسببين ؛ كعقدين ، أو إثلافين ، فلا شركة بينهما ، ولكل واحد استيفاء حقه مفرداً ، فلا يُشاركه الآخر فيه .

فصل : إذا ملكا عبداً ، فباعه أحدهما بأمر الآخر ، فادّعى المشتري أنه قبض ثمنه ، فأنكر البائع ، وصدّقه الآخر ، برئ من نصف ثمنه ؛ لا عتِراف صاحبه بقبض وكيله له ، والقول قول البائع مع يمينه في أنه لم يقبض ؛ لأن

(١) في الأصل ، س ١ ، ب : « واحد » .

(٢) في م : « ولشريك » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل : « يتعدى » .

(٥) في الأصل : « من نصيبه » .

الأصل عدمه . ولا تُقبل شهادة شريكه عليه ؛ لأن له فيها نفعاً ، فإذا حلف ، قبض نصيبه من المشتري ، ولم يُشاركه شريكه فيه ؛ لأنه يدعى أنه يأخذه ظلماً . وإن كان البائع ادعى أن شريكه قبض الثمن كله ، فأنكر ، لم تبرأ ذمة المشتري ؛ لأنه لم يؤكده في القبض ، وليس للبائع مطالبة المشتري بأكثر من نصيبه ؛ لاغترافه بأن ذمته برئت من نصيب صاحبه ، فإذا قبض نصيبه ، فلصاحبه مشاركته^(١) فيه ؛ لأن دئنهما واحد ، فإذا رجع عليه ، لم يكن للمقبوض منه مطالبة المشتري بشيء آخر ؛ لاغترافه بقبضه لجميع حقه ، وأن ما يأخذه صاحبه منه ظلم . ويحتمل أنه ليس لصاحبه مشاركته^(١) ؛ لأنه ملك لاثنتين ، وعقد الواحد مع اثنتين^(٢) كعقدين .

(١) في س ٢ : « مشاركة » .

(٢) في م : « الاثنتين » .

بَابُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ

لا يجوز للعبد التجارة بغير إذن مولاه ؛ لأن منافع مملوكه له ، فلا يملك التصرف فيها بغير إذنه . فإن رآه يتجر فسكت ، لم يصير مأذونا له ؛ لأنه ينع يفتقر إلى الإذن ، فلم يكن الشكوت إذنا فيه ، كبيع مال الأجنبي . وإن اشترى في ذمته ، لم يصح ؛ لأنه عقد معاوضة ، فأشبهه النكاح . [١٩٢] فإن قبض المبيع فتلف في يده ، تعلق برقبته ، كجنايته ؛ لأنه تلف في يده على وجه يلزمه ضمانه ، فأشبهه ما لو أتلفه .

فصل : وإن أذن له المولى ، جاز ؛ لأن الحجر لحقه ، فملك إزالته ، ولا يملك التجارة إلا فيما أذن له ^(١) فيه ؛ لأن تصرفه بالإذن ، فلم يملك إلا ما دخل فيه ، كالوكيل . فإن عيّن له نوعا أو قدرا ، لم يملك التجارة في غيره . وإن أذن له في التجارة مطلقا ، جاز ، ولم يكن له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل ؛ لأنه عقد على نفسه ، فلم يملكه ، كبيع نفسه وتزوجه . ولا يتصرف إلا على النظر والاحتياط ، كالمضارب ؛ لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف ، وهو ما قلناه . ولا يتطّل الإذن ^(٢) بالإباق ؛ لأنه لا يمنع ابتداء الإذن ^(٣) ، فلا يقطع استدامته ، كما لو غصبه غاصب .

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

فصل : ولا يجوزُ تَبَرُّعُ المأذُونِ له بالدَّرَاهِمِ والكِشَوَةِ ؛ لأنَّه ليس بِتِجَارَةٍ ولا مِن تَوَابِعِهَا ، فلم يَدْخُلْ فِي الإِذْنِ فِيهَا . وَتَجُوزُ هَدِيَّتُهُ المَأْكُولُ ، وَاتِّخَاذُ الدَّعْوَةِ ، وَإِعَارَةُ دَائِيَّتِهِ ، مَا لَمْ يُسْرِفْ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ كَانَ يُجِيبُ دَعْوَةَ المَمْلُوكِ^(١) . وَلِأَنَّ العَادَةَ جَارِيَةً بِهِ بَيْنَ التُّجَّارِ ، فَجَازَ ، كَصَدَقَةِ المَرْأَةِ بِالكِشْرِ مِنَ بَيْتِ زَوْجِهَا .

فصل : وما كَسَبَ العَبْدُ مِنَ المَبَاحِ ، أَوْ وَهَبَ لَهُ فَقِيلَ ، مَلَكَهُ مَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّهُ كَسَبُ مَالِهِ ، فَمَلَكَهُ ، كَصَيْدِ فَهْدِهِ . وَإِنْ مَلَكَهُ سَيِّدُهُ مَالًا ، مَلَكَهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَّائِعِ »^(٢) . وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ البُضْعَ ، فَمَلَكَ المَالَ ، كَالْحُرِّ . وَعَنهُ ، لَا يَمْلِكُ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ ، فَلَمْ يَمْلِكِ المَالَ ، كَالْبَهِيمَةِ . فَإِنْ مَلَكَهُ سَيِّدُهُ جَارِيَةً ، لَمْ يَمْلِكْ وَطَأَهَا قَبْلَ الإِذْنِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ مَلَكَهُ غَيْرُ تَامٍّ ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِيهِ ، مَلَكَهُ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : عَلَى كِلْتَا الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الاسْتِمْتَاعَ بِالنِّكَاحِ ، فَمَلَكَهُ بِالتَّسْرِي^(٣) ، كَالْحُرِّ . وَقَالَ الْقَاضِي^(٤) : بَلْ هَذَا بِنَاءٌ عَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي يَمْلِكُ المَالَ ، وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ عَلَى الأُخْرَى ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾^(٥) .

(١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ آخِرٍ ، مِنْ أَبْوَابِ الْجَنَائِزِ . عَارِضَةُ الأَحْوَذِيِّ ٢٣٥ / ٤ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَا لِلْعَبْدِ أَنْ يُعْطَى وَيَتَصَدَّقَ ، مِنْ كِتَابِ التِّجَارَاتِ ، وَفِي : بَابِ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْكَبِيرِ وَالتَّوَاضُعِ ، مِنْ كِتَابِ الزُّهْدِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٧٧٠ / ٢ ، ١٣٩٨ .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ١٠١ . مِنْ حَدِيثِ « مَنْ بَاعَ نَحْلًا ... » .

(٣) فِي م : « بِالشَّرَاءِ » .

(٤) فِي س ٢ : « أَبُو بَكْرٍ » .

(٥) سُورَةُ الْمُؤْمِنُونَ ٦ .

وإن لَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ ، فَكَفَّارَتُهُ الصَّيَامُ لَا غَيْرُ ، إِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ سَيِّدُهُ فِي
التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ ، وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِيهِ ، انْتَبَى عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي مِلْكِهِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا :
لَا يَمْلِكُ . لَمْ يُكْفَرْ بِغَيْرِ الصَّيَامِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ . فَلَهُ التَّكْفِيرُ بِالْإِطْعَامِ
وَالكِسْوَةِ . وَفِي الْعِتْقِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُهُ ، قِيَاسًا عَلَى الْإِطْعَامِ
وَالكِسْوَةِ . وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ الْوَلَاءَ ، وَالْعَبْدُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ .
فَعَلَى الْأَوَّلِ ، إِنْ أَذِنَ لَهُ فِي التَّكْفِيرِ بِإِعْتَاقِ نَفْسِهِ ، فَهَلْ يُجْزِئُهُ ؟ عَلَى
وَجْهَيْنِ .

باب المساقاة [١٩٢ ظ]

تجوزُ المساقاةُ على النَّخْلِ وسائرِ الشَّجَرِ ، بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ يُجْعَلُ لِلْعَامِلِ مِنَ الثَّمَرِ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُثْمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى شَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَلأنَّه مَالٌ يُنَمَّى بِالْعَمَلِ عَلَيْهِ ، فَجَازَتْ الْمُعَامَلَةُ عَلَيْهِ بِبَعْضِ نَمَائِهِ ، كَالْأَثْمَانِ .

وَلَا تَجُوزُ عَلَى مَا لَا يُثْمِرُ ، كَالصَّفْصَافِ ؛ لِأَنَّ مَوْضُوعَهَا عَلَى أَنَّ لِلْعَامِلِ جُزْءًا ^(٢) مِنَ الثَّمَرَةِ .

وَفِي الْمَسَاقَاةِ بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ رِوَايَتَانِ ، حَكَاهُمَا أَبُو الْخَطَّابِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْجَوَازُ إِذَا بَقِيَ مِنَ الْعَمَلِ مَا تَزِيدُ بِهِ الثَّمَرَةُ ؛ لِأَنَّهَا جَازَتْ فِي الْمَعْدُومَةِ مَعَ كَثْرَةِ الْغَرَرِ ، فَمَعَ قَلَّتِهِ أَوَّلَى . وَالثَّانِيَةُ ، الْمَنْعُ ؛ لِإِفْضَائِهَا إِلَى أَنْ يَسْتَحِقَّ جُزْءًا مِنَ النَّمَاءِ الْمَوْجُودِ قَبْلَ الْعَمَلِ ، ^(٣) فَلَمْ يَصِحَّ ^(٣) ، كَالْمُضَارَبَةِ بَعْدَ الرَّبْحِ . وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى شَجَرٍ يَغْرِسُهُ ، وَيَعْمَلُ عَلَيْهِ حَتَّى يَحْمِلَ فَيَكُونَ لَهُ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَرَةِ ، جَازَ . نَصٌّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَةَ تَحْصُلُ بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا كَمَا تَحْصُلُ عَلَى النَّخْلِ الْمَغْرُوسِ .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤١ ، ٣٤٢ .

(٢) في الأصل : « أجزاء » .

(٣ - ٣) في ب : « فلا تصح » .

ولا تصيخ إلا على شجرٍ مُعَيَّنٍ معلومٍ برؤيةٍ أو صفةٍ ؛ لأنها معاوضةٌ
يختلفُ الغرضُ^(١) فيها باختلافِ الأغنيانِ ، فأشبهتِ المضاربةَ . ولو قال :
ساقيتُكَ على أحدِ هذينِ الحائطينِ . لم يصحَّ .

فصل : ظاهرُ كلامِ أحمدَ أنها عقدٌ جائزٌ ؛ لما روى^(٢) عن ابنِ عمرَ^(٣) أنَّ
اليهودَ سألوا رسولَ الله ﷺ أن يُقرَّهم بخيبرَ^(٤) على أنْ^(٥) يَعْمَلُوها ، ويكونَ
لرسولِ الله ﷺ شطرُ ما يخرجُ منها مِن ثمرٍ أو زرعٍ ، فقال رسولُ الله ﷺ :
« نُقرُّكُمْ عَلَى ذَلِكَ مَا شِئْنَا » . رواه مسلم^(٦) . فلو كانت لازمةً ،
لقدَّرَ مدَّتَها ، ولم يجعلْ إخراجَهم إليه إذا شاء ، ولأنَّه عقدٌ على مالٍ بجزءٍ
مِن ثَمَائِهِ ، فكانَ جائزًا ، كالمُضاربةِ ، ولذلك لا تفتقرُ إلى ضربِ مُدَّةٍ . وإنْ
وَقَّتَها ، جازَ ، كالمُضاربةِ . وتَنفَسِخُ بموتِ كُلِّ واحدٍ منهما وجنونه^(٧)
وفسخه لها . فإنْ انفسختْ بعدَ ظهورِ الثمرةِ ، فهي يَتَنَهَمَا ؛ لأنها حدثتْ
على مِلْكَيْهِمَا ، وعلى العاَمِلِ تَمَامُ الْعَمَلِ ، كعاَمِلِ الْمُضاربةِ إذا انفسختْ قبلَ

(١) في ف : « العوض » .

(٢ - ٢) زيادة من : م .

(٣ - ٣) في الأصل : « حتى » .

(٤) في : باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ /

١١٨٧ ، ١١٨٨ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب إذا قال رب الأرض : أقرك ما أقرك الله ... ، من كتاب
الحرث ، وفي : باب ما كان النبي ﷺ يعطى المؤلفة قلوبهم ... ، من كتاب الخمس . صحيح
البخاري ٣ / ١٤٠ ، ٤ / ١١٦ . وأبو داود ، في : باب ما جاء في حكم أرض خبير ، من كتاب
الإمارة . سنن أبي داود ٢ / ١٤١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ١٤٩ .

(٥) في الأصل : « حياته » .

أَنْ يَنْضَ الْمَالُ . وَإِنْ انْفَسَخَتْ قَبْلَ ظَهْوِهَا بِفَسْخِ الْعَامِلِ^(١) ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛
لَأَنَّهُ رَضِيَ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ . وَإِنْ انْفَسَخَتْ بِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَلِلْعَامِلِ أَجْرُهُ مِثْلُهُ ؛
لَأَنَّهُ مُنِعَ إِتْمَامَ عَمَلِهِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ الْعَوَضَ ، فَصَارَ كَعَامِلِ الْجَعَالَةِ .

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : هُوَ لَازِمٌ ؛ [١٩٣] لَأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَكَانَ
لَازِمًا ، كَالِإِجَارَةِ . فَعَلَى هَذَا ، تَفْتَقِرُ إِلَى تَقْدِيرِ مُدَّتِهَا ، كَالِإِجَارَةِ . وَيَجِبُ
أَنْ تَكُونَ الْمُدَّةُ تَكْمُلُ الثَّمَرَةَ فِي مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ اشْتِرَاكُهُمَا فِي
الثَّمَرَةِ ، فَلَا يَخْصُلُ بِذَوْنِ ذَلِكَ . فَإِنْ شَرَطَا مُدَّةً لَا تَكْمُلُ^(٢) فِيهَا ، فَعَمِلَ
الْعَامِلُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا شَيْءَ لَهُ ؛ لَأَنَّهُ رَضِيَ بِالْعَمَلِ بِغَيْرِ
عَوَضٍ ، فَأَشْبَهَ الْمُتَطَوِّعَ . وَالثَّانِي ، لَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لَأَنَّهُ يَقْتَضِي الْعَوَضَ ، فَلَمْ
يَسْقُطْ بِالرِّضَا بِتَرْكِهِ ، كَالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ . وَإِنْ جَعَلَا مُدَّةً تَحْمِلُ فِي
مِثْلِهَا ، فَلَمْ تَحْمِلْ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ صَحِيحٌ ، فِيهِ مُسَمًّى صَحِيحٌ ،
فَلَمْ يَسْتَحِقَّ غَيْرَهُ ، كَعَامِلِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا لَمْ يَرْبَحْ . وَإِنْ جَعَلَا مُدَّةً قَدْ تَكْمُلُ
فِيهَا وَقَدْ لَا تَكْمُلُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ يُزْجَى
وُجُودُ الثَّمَرَةِ فِيهَا ، فَصَحَّ الْعَقْدُ عَلَيْهَا ، كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛
لَأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَعْدُومٍ لَيْسَ^(٣) الْغَالِبُ وَجُودَهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالسَّلَامِ فِي
مِثْلِهِ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ عَمِلَ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِالْعَمَلِ بِغَيْرِ
عَوَضٍ ، وَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، فَرَجَعَ إِلَى بَدَلِهِ ، كَالِإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ .

(١) بعده في م : « قبل ظهور الثمرة » .

(٢) بعده في م : « « الثمرة » » .

(٣) في ب ، م : « وليس » .

فصل : وَيَجُوزُ^(١) عَقْدُ الْمَسَاقَاةِ وَالْإِجَارَةِ عَلَى مُدَّةٍ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ بقاءَ العَيْنِ فِيهَا وَإِنْ طَالَتْ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَجُوزُ عَامًّا ، فَجَازَ أَكْثَرُ مِنْهُ ، كَالْكِتَابَةِ . فَإِذَا عَقَدَهَا عَلَى أَكْثَرِ مِنْ عَامٍ ، لَمْ يَجِبْ ذِكْرُ قِسْطٍ كُلِّ سَنَةٍ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أَغْيَانًا بِثَمَنِ وَاحِدٍ . وَإِنْ قَدَّرَ قِسْطَ كُلِّ سَنَةٍ ، جَازَ . وَإِنْ اخْتَلَفْتَ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : سَاقِيْتُكَ ثَلَاثَةَ أَغْوَامٍ عَلَى أَنَّ لَكَ نِصْفَ ثَمَرَةِ الْعَامِ الْأَوَّلِ ، وَثُلُثَ الثَّانِيَةِ ، وَرُبْعَ الثَّالِثَةِ . فَإِنْ انْقَضَتِ الْمُدَّةُ قَبْلَ إِطْلَاعِ^(٢) ثَمَرَةِ الْعَامِ الْآخِرِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهَا حَدَثَتْ بَعْدَ مُدَّتِهِ^(٣) ، وَإِنْ ظَهَرَتْ فِي مُدَّتِهِ^(٤) ، تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِهَا ؛ لِحُدُوثِهَا فِي مُدَّتِهِ .

فصل : وَحُكْمُ الْمَسَاقَاةِ وَالْمُزَارَعَةِ حُكْمُ الْمُضَارَبَةِ فِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ لِلْعَامِلِ ، فِي كَوْنِهِ مَغْلُومًا مُشَاعًا مِنْ^(٥) جَمِيعِ الثَّمَرَةِ ، وَفِي الْاِخْتِلَافِ فِي قَدْرِهِ ، وَفَسَادِ الْعَقْدِ بِجَهْلِهِ ، وَشَرْطِ دَرَاهِمَ لِأَحَدِهِمَا ، أَوْ ثَمَرِ شَجَرٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ عَمَلِ رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ غِلْمَانِهِ ، وَفِي مِلْكِهِ لِلنَّمَاءِ بِالظُّهُورِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى الْعَمَلِ فِي مَالٍ يَبْغُضُ نَمَائِهِ ، فَأُسْبَةُ الْمُضَارَبَةِ . وَلَوْ شَرَطَ لَهُ ثَمَرَةَ عَامٍ غَيْرِ الَّذِي عَامَلَهُ فِيهِ ، لَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ لِلْمُضَارِبِ رِبْحَ غَيْرِ مَالِ الْمُضَارَبَةِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ سَقَيْتَهُ سَيْحًا ، فَلَكَ الثُّلُثُ ، وَإِنْ سَقَيْتَهُ بَنْضُحٍ ، فَلَكَ النِّصْفُ . أَوْ : إِنْ زَرَعْتَ فِي الْأَرْضِ حِنْطَةً ، فَلَكَ النِّصْفُ ، وَإِنْ

(١) فِي م : « يَصَح » .

(٢) فِي م : « طُلُوع » .

(٣) فِي م : « مَوْتِهِ » .

(٤) فِي م : « مَدَّة » .

(٥) فِي الْأَصْل : « عَلَى » .

زَرَعْتَ شَعِيرًا ، فَلَكَ الثُّلُثُ . لَمْ يَصِحَّ ؛ [١٩٣ ظ] لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَجْهُولٍ ،
فَلَمْ يَصِحَّ ، كَبَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَيَخْرُجُ أَنْ يَصِحَّ ؛ بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ فِي
الْإِجَارَةِ : إِنْ خِطَّتْهُ رُومِيًّا ، فَلَكَ دِرْهَمٌ ، وَإِنْ خِطَّتْهُ فَارِسِيًّا ، فَلَكَ نِصْفُ
دِرْهَمٍ .

فصل : وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى بُسْتَانَيْنِ بِالنِّصْفِ مِنْ هَذَا ، وَالثُّلُثِ مِنَ الْآخِرِ ،
أَوْ ^(١) عَلَى أَنْوَاعٍ جَعَلَ لَهُ مِنْ كُلِّ نَوْعٍ قَدْرًا ، أَوْ جَعَلَ لَهُ فِي الْمَزَارَعَةِ نِصْفَ
الْحِنْطَةِ وَثُلُثَ الشَّعِيرِ ، وَهُمَا يَعْلَمَانِ قَدْرَ كُلِّ نَوْعٍ ، أَوْ كَانَ الْبُسْتَانُ لاثْنَيْنِ ،
فَسَاقَاهُ عَلَى نِصْفِ ثَمَرَةٍ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، وَثُلُثِ ثَمَرَةِ الْآخَرِ ، وَهُم
يَعْلَمُونَهُ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ كَانَا فِي عَقْدَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ
يَعْلَمُوا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ . وَلَوْ قَالَ : مَا زَرَعْتَ فِيهَا مِنْ حِنْطَةٍ ،
فَلَكَ نِصْفُهُ ، وَمَا زَرَعْتَ مِنْ شَعِيرٍ ، فَلَكَ ثُلُثُهُ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ .

فصل : وَتَنْعَقِدُ بَلْفِظِ الْمُسَاقَاةِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضُوعُهَا ، وَبِمَا يُؤَدِّي مَعْنَاهُ ؛ لِأَنَّ
الْمَقْصُودَ الْمَعْنَى ، وَلَا يَثْبُتُ فِيهَا خِيَارُ الشَّرْطِ وَإِنْ قُلْنَا بَلْزَوْمِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا
يُمْكِنُ رَدُّ الْمَقْهُودِ عَلَيْهِ إِذَا فَسَخَ . وَفِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا
يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ فِيهَا خِيَارُ الشَّرْطِ ، فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ . وَالثَّانِي ، يَثْبُتُ ؛
لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ يُقْصَدُ بِهِ الْمَالُ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ .

فصل : وَيَلْزَمُ الْعَامِلَ مَا فِيهِ صَلاَحُ الثَّمَرَةِ وَزِيَادَتُهَا ؛ كَالْحَرْثِ وَآلَتِهِ
وَبَقَرِهِ ، وَاسْتِقَاءِ الْمَاءِ ، وَإِصْلَاحِ طَرِيقِهِ ، وَقَطْعِ الشُّوكِ ، وَالْحَشِيشِ الْمُضِرِّ ،

(١) فِي م : « صَحَّ وَ » .

واليابس من الشجر، وزبار^(١) الكرم، وتشوية الثمر، والحفظ،
والشميس، وإصلاح موضعه، ونحو ذلك.

وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل؛ كسد الحيطان، وإنشاء
الأنهار، وحفر بئر الماء، وعمل الدولاب ونصبه. قال أصحابنا: والثور
الذي يديره؛ لأن هذا يُراد لحفظ الأصل، ولهذا من أراد إنشاء بُستان،
عمل هذا كله. وقيل: ما يتكرر في كل عام، فعلى العايل، وما لا
يتكرر، فعلى رب المال. والجذاذ والحصاد واللقاط على العايل. نص
عليه؛ لأن النبي ﷺ دفع خير إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم^(٢).
وهذا من العمل مما لا تستغنى عنه الثمرة، أشبه الشميس. وعنه، أن
الجذاذ عليهما؛ لأنه يوجد بعد تكامل النماء، وهذا ينتقض بالشميس.

فإن شرط على أحدهما ما يلزم الآخر، فقد نص أحمد على أن الجذاذ
عليهما، ويصح شرطه على العايل. فيخرج في سائر العمل مثل ذلك؛
قياساً عليه. وقال القاضي: تفسد المساقاة؛ لأنه ينافي مقتضاها، أشبه ما
لو شرط [١٩٤] عمل المضاربة على رب المال.

**فصل: والعايل أمين، والقول قوله فيما يدعيه من تلف، أو يدعى
عليه من خيانة^(٣) أو تفريط، وإن ثبتت خيانتة^(٤)، ضم إليه من يشرف**

(١) الزبار: تخفيف الكرم من الأغصان الرديئة وبعض الجيدة بقطعها بمنجل ونحوه.

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤١، ٣٤٢.

(٣) في ف، ب: «جناية»، وغير منقوطة في س ١.

(٤) في س ١، ف: «جنايته»، وغير منقوطة في س ٢.

عليه ، ولا تُزال يده عن العمل ؛ لأنه يُمكنُ استيفاءُ منه ، فإن لم يُنَحِفْظْ ،
استؤجر من ماله من يعملُ عنه ؛ لأنه تَعَذَّرَ استيفاءُ منه ، فاستوفى بغيره .
وإن هرب ، فهو كفسخه إن قلنا بجواز العقد ، وإن قلنا بلزومه ، رُفِعَ الأمرُ
إلى الحاكم ، ليستأجر " من ماله " من يعملُ عنه . فإن لم يكن له مالٌ ،
اقترض عليه ، فإن لم يجدْ ، فللمالك الفسخُ ؛ لأنه تَعَذَّرَ استيفاءُ المعقودِ
عليه ، فأشبه ما لو استأجر دارًا فتَعَذَّرَ تسليمُها . ثم إن فسَخَ قبلَ ظهورِ
الثمرة ، فلا شيء للعامل ؛ لأنَّ الفسخَ لأمرٍ من جهته ، وإن كانت ظاهرةً ،
فهى بينهما . وإن لم يفسخ ربُّ المالِ ، استأذن الحاكمُ فى الإنفاقِ ، ثم
رجع بما أنفقَ ، فإن لم يجدْ حاكمًا ، أشهد على الإنفاقِ بشرطِ الرجوعِ ،
ورجع به ؛ لأنه حالُ ضرورة . وإن أنفقَ من غيرِ استئذانِ الحاكمِ مع
إمكانه ، ففى الرجوعِ وجهان ؛ بناءً على قضاءِ دينه بغيرِ إذنه . وإن عجز
العاملُ عن العملِ ، لضعفه ، أو عن بعضه ، أقام مقامه من يعملُ ، فإن لم
يفعلْ ، فهو كهربه ، وإن استأذنه^(٢) ربُّ المالِ فأنفقَ بإذنه ، رجع عليه^(٣) .

فصل : فإن مات العاملُ أو ربُّ المالِ ، وقلنا : يلزمُ العقدُ . قام الوارثُ
مقامه ؛ لأنه عقدٌ لازمٌ ، أشبه الإجارة . فإن كان الميتُ العاملُ ، فأبى
الوارثُ الإتمامَ ، أو لم يكن وارثٌ ، استؤجر من التركة من يعملُ ، فإن لم
يجدْ تركةً ، فلربُّ المالِ الفسخُ ، ولا يقتضى عليه ؛ لأنه لا ذمَّةَ له . وإذا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « استأذن » .

(٣) سقط من : م .

فَسَخ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : فَإِنْ بَانَ الشَّجَرُ مُسْتَحَقًّا ، رَجَعَ الْعَامِلُ عَلَى مَنْ سَاقَاهُ
بِالْأَجْرَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ الْعَوَضَ ، فَرَجَعَ عَلَى مَنْ اسْتَعْمَلَهُ ^(١) . وَإِنْ كَانَتْ
الثَّمَرَةُ بَاقِيَةً ، أَخَذَهَا رَبُّهَا ^(٢) ، وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً ، ضَمَّنَهَا لِمَنْ شَاءَ مِنْهُمَا .
فَإِنْ ضَمَّنَهَا لِلْغَاصِبِ ، ضَمَّنَهُ جَمِيعَهَا ؛ لِأَنَّهُ حَالٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، وَإِنْ ضَمَّنَهَا
الْعَامِلُ ، ضَمَّنَهُ النُّصْفَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ فِي يَدِهِ غَيْرُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُضَمَّنَهُ
الْجَمِيعَ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ ثَبَتَتْ عَلَيْهِ ، وَعَمِلَ فِيهِ ، فَضَمَّنَهُ ، كَعَامِلٍ ^(٣) الْقِرَاضِ .

(١) فِي م : « اسْتَأْجَرَهُ » .

(٢) فِي م : « بِهَا » .

(٣) فِي م : « كَالْعَامِلِ فِي » .

باب المزارعة

وهي دفع الأرض إلى من يزرعها بجزء من الزرع .

وتجوز في الأرض البيضاء والتي بين الشجر ؛ لخبر ابن عمر ، رضي الله عنهما^(١) . وما ذكرنا في المساقاة .

وأيهما أخرج البذر ، جاز ؛ لأن النبي ﷺ دفع خيبر معاملة ، ولم يذكر البذر ، وفي ترك ذكره دليل على جوازه من أيهما كان ، وفي بعض لفظ [١٩٤ ظ] الحديث ما يدل على أنه جعل البذر عليهم ؛ لقول ابن عمر : دفع رسول الله ﷺ نخل خيبر وأرضها إليهم على أن يعملوها من أموالهم . رواه مسلم . وفي لفظ : على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها . وعن عمر ، رضي الله عنه ، أنه كان يدفع الأرض على أن من أخرج البذر ، فله كذا ، ومن لم يخرج ، فله كذا^(٢) . وظاهر مذهب^(٣) أحمد أنه يشترط كون البذر من رب الأرض ؛ لأنه عقد يشترك رب المال

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤١ ، ٣٤٢ .

(٢) أخرجه البخاري معلقا ، في : باب المزارعة بالشرط ونحوه ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخاري ١٣٧ / ٣ . ووصله البيهقي ، في : السنن الكبرى ١٣٥ / ٦ . وعزاه ابن حجر لابن أبي شبة ، وقال : وهذان خبران مرسلان يتقوى أحدهما بالآخر . انظر : تغليق التعليق ٣٠٣ / ٣ - ٣٠٥ .

(٣) في م : « كلام » .

والعاملُ في نمائه ، فوجب أن يكون رأسُ المالِ من ربِّ المالِ ، كالمساقاةِ والمضاربةِ . فإن شرطه على العاملِ ، أو شرط أن يأخذ ربُّ الأرضِ مثلَ بذره ويقتسِمَا ما بقي ، فسدتِ المزارعةُ ، ومتى فسدت ، فالزَّرعُ لصاحبِ البذرِ ؛ لأنَّه من عَيْنِ ماله ، ولصاحبِهِ عليه أجرٌ مثله .

فصل : فإن دَفَعَ بَذْرًا إلى ذِي أَرْضٍ لِيَزْرَعَهُ فيها بجزءٍ ، لم يصحَّ ؛ لأنَّ البذرَ لا من العاملِ ولا من ربِّ الأرضِ . وإنَّ قالَ : أنا أزرعُ أرضي ببذري وعواملي ، على أنَّ سَقِيَّهَا^(١) من مائِكَ بجزءٍ . لم يصحَّ ؛ لأنَّ المزارعةَ مُعَامَلَةٌ على الأرضِ ، فيجبُ أن يكونَ العملُ فيها من غيرِ صاحبِها . وعنه^(٢) ، يصحُّ . اختارها^(٣) أبو بكرٍ ؛ لأنَّه لما جاز أن يكونَ عِوَضُ العملِ جزءًا مُشَاعًا ، جاز أن يكونَ عِوَضُ الماءِ كذلك . وإن كانوا ثلاثةً ؛ من أحدهم الأرضُ ، ومن آخرَ العملُ ، ومن آخرَ البذرُ ، والزَّرعُ يَتَنَهَمُ ، فهي فاسِدةٌ ؛ لما ذكرنا في أوَّلِ الفصلِ .

فصل : فإن قالَ : أَجَزْتُكَ هذه الأرضَ بثُلثِ الخارجِ منها . فقال أحمدٌ : يصحُّ . واختلفَ أصحابُه ، فقال أكثرُهم : هي إجارةٌ صحيحةٌ ، يُشترطُ فيها شروطُ الإجارةِ . وقال أبو الخطَّابِ : هذه مزارعةٌ بلفظِ الإجارةِ ، فيُشترطُ فيها شروطُ المزارعةِ ، وحُكْمُها حُكْمُها ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ ، فَلْيَزْرِغْهَا ، ”أو فليزرعها أخاه“ ، ولا

(١) في م : « تسقيها أنت » ، وفي ف : « أسقيها » .

(٢) بعده في م : « أنه » .

(٣) في م : « اختاره » .

(٤ - ٤) زيادة من : م .

يُكَارِيهَا^(١) بَثْلٍ وَلَا بَرْبِيعٍ، وَلَا بَطْعَامٍ مُسَمًّى». رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٢). وَلَآنَ هَذَا مَجْهُولٌ، فَلَمْ يَجْزْ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا فِي الْإِجَارَةِ، كَثْلٍ نَمَاءِ أَرْضٍ أُخْرَى.

فصل: وَحُكْمُ الْمَزَارَعَةِ حُكْمُ الْمُسَاقَاةِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْجَوَازِ وَاللَّزُومِ، وَمَا يُلْزَمُ الْعَامِلَ وَرَبَّ الْأَرْضِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِهَا؛ لِأَنَّهَا مُعَامَلَةٌ عَلَى الْأَرْضِ بِيَعُضِ نَمَائِهَا. وَإِنْ كَانَتِ الْأَرْضُ ذَاتَ شَجَرٍ، فَقَالَ: سَاقِيْتُكَ عَلَى الْأَرْضِ^(٣) وَالشَّجَرِ بِالنِّصْفِ. أَوْ قَالَ: سَاقِيْتُكَ عَلَى الشَّجَرِ بِالنِّصْفِ، وَزَارَعْتُكَ الْأَرْضَ بِالثُّلُثِ. جَازَ؛ لِأَنَّهُمَا عَقْدَانِ يَجُوزُ إِفْرَادُهُمَا، فَجَازَ جَمْعُهُمَا، كَبَيْعَتَيْنِ.

فصل: وَمَتَى سَقَطَ مِنَ الْحَبِّ شَيْءٌ، ثُمَّ نَبَتَ فِي عَامٍ آخَرَ، [١٩٥و] أَوْ سَقَطَ مِنْ حَبِّ الْمُسْتَأْجِرِ، ثُمَّ نَبَتَ فِي عَامٍ آخَرَ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْحَبِّ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنْهُ بِحُكْمِ الْعُرْفِ، بِدَلِيلٍ أَنَّ لِكُلِّ أَحَدٍ الْتِقَاطَهُ، فَسَقَطَ، كَمَا لَوْ سَقَطَ النَّوَى، فَنَبَتَ شَجَرًا^(٤).

(١) فِي الْأَصْلِ، س ١، س ٢، ف، ب: «يَكْرِيهَا».

(٢) فِي: بَابُ فِي التَّشْدِيدِ فِي ذَلِكَ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ. سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٣٣.
كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ، فِي: بَابِ ذِكْرِ الْأَحَادِيثِ الْمُخْتَلِفَةِ فِي النَّهْيِ عَنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ... مِنْ كِتَابِ الْمَزَارَعَةِ. الْمَجْتَبَى ٧/٣٩. وَابْنُ مَاجَةَ، فِي: بَابِ اسْتِكْرَاءِ الْأَرْضِ بِالطَّعَامِ، مِنْ كِتَابِ الرَّهُونِ. سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٢/٨٢٣، ٨٢٤. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ٤/١٦٩. وَانْظُرْ صَحِيحَ مُسْلِمٍ ٣/١١٨١.

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ: «بِيَعُضِ نَمَائِهَا».

(٤) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ: «وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ».

كِتَابُ الْإِجَارَةِ

وهي يَبِيعُ الْمَنَافِعَ ، وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي الْجُمْلَةِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ قَالَتْ إِحَدَهُمَا يَبْتَائِبِ اسْتَجِرْهُ ﴾ . الْآيَتَيْنِ ^(١) . وَقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(٢) . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْمَنَافِعِ كَالْحَاجَةِ إِلَى الْأَعْيَانِ ، فَلَمَّا جَازَ عَقْدُ الْبَيْعِ عَلَى الْأَعْيَانِ ، وَجَبَ أَنْ يَجُوزَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ عَلَى الْمَنَافِعِ .

وَتَتَعَقَّدُ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ وَالْكَرَى ؛ لِأَنَّهُ لَفْظٌ مُوَضُّوعٌ لَهَا . وَفِي لَفْظِ الْبَيْعِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَتَعَقَّدُ بِهِ ؛ لِأَنَّهَا صِنْفٌ مِنْهُ . وَالثَّانِي ، لَا تَتَعَقَّدُ بِهِ ؛ لِأَنَّهَا تُخَالِفُهُ فِي الْأَسْمِ وَالْحُكْمِ ، فَلَمْ تَتَعَقَّدْ بِلَفْظِهِ ، كَالنِّكَاحِ .

فصل : وَتَجُوزُ إِجَارَةُ الظُّفْرِ لِلرِّضَاعِ ، وَالرَّاعِي لِرِعَايَةِ الْغَنَمِ ؛ لِلآيَتَيْنِ ، وَاسْتِجَارُ الدَّلِيلِ لِيَدُلَّ عَلَى الطَّرِيقِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَأَبَا بَكْرٍ اسْتَأْجَرَا رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّلِيلِ هَادِيًا خَرِيَّتًا ^(٣) . وَإِجَارَةُ كُلِّ عَيْنٍ يُمَكِّنُ

(١) سورة القصص ٢٦ ، ٢٧ .

(٢) سورة الطلاق ٦ .

(٣) بعده في م : « والخريت الماهر بالهداية ، وهو على دين كفار قريش ، وأمناء فدفعوا إليه راحلتيهما ، ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال ، فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث فارتحلا . رواه أحمد والبخاري » .

والحديث أخرجه البخاري ، في : باب استئجار المشركين عند الضرورة ... ، وباب إذا =

استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقاء عينها دائماً؛ قياساً على المنصوص عليه.

وتجوز إجازة التقود للتخلي والوزن، واستيجار شجر ليحفف عليها الثياب، والغنم لتدوس الزرع والطين؛ لأنها منفعة مباحة يجوز أخذ العوض عنها في غير هذه الأغيان، فجاز فيها، كالبيع.

ولا يجوز عقدها على ما لا نفع فيه، مثل أن يستأجر للزرع سبعة^(١) لا تثبت، أو لا ماء لها يكفي. فإن كان لها ماء معتاد؛ كماء العيون والأنهار، والمد^(٢) بالبصرة، والمطر في موضع يكتفى^(٣) به، جاز. وإن كانت الأرض على نهر تسقى^(٤) بزيادته، كالنيل والفرات، وتسقيها الزيادة المعتادة، جازت إجازتها؛ لأن الغالب وجودها، فهي كالمطر لغيرها، وإن كان لا يسقيها إلا زيادة نادرة، فاستأجرها بعد الزيادة، صح؛ لأنها معلومة. وإن استأجرها قبلها، لم يصح؛ لأنه لا يعلم وجودها، فهي كبيع الطير في الهواء. وإن استأجرها ولم يذكرها للزراعة، وكانت تصلح لغيرها، صح. وإن لم تصلح لغيرها، لم يصح؛ لأن نفعها معدوم. وإن غرقت الأرض فاکتراه لزرع ما لا تثبت في الماء، كالخبطة،

= استأجر أجيّراً ليعمل له بعد ثلاثة أيام... من كتاب الإجارة، وفي: باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة، من كتاب مناقب الأنصار. صحيح البخاري ١١٦/٣، ٧٦/٥.

(١) أي أرض ذات نر وملح.

(٢) في حاشية ف: «ومد البحر مدا زاد، ومده غيره مدا زاده، وأمد بالألف وأمده غيره».

(٣) في م: «يكفى».

(٤) في س ٢: «يسقى»، وفي م: «يستقى».

وللماء^(١) مَغِيضٌ^(٢) يُمَكِّنُ فَتَحَهُ فَيُنَحِّسِرُ الماءَ ، وَيُمَكِّنُ زَرْعُهَا ، صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ^(٣) يُمَكِّنُ زَرْعُهَا بِفَتْحِهِ ، كَمَا يُمَكِّنُ سُكْنَى الدَّارِ بِفَتْحِهَا . وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ يُنَحِّسِرُ عَادَةً ، صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ^(٤) يُعْلَمُ بِالْعَادَةِ إِمْكَانُ الِانْتِفَاعِ بِهَا^(٥) . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هَلْ يُنَحِّسِرُ أَوْ لَا ؟ لَمْ يَصِحَّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ اكْتَرَى أَرْضًا [١٩٥ ظ] عَلَى نَهْرٍ تَغْرَقُ بَزِيَادَتِهِ الْمُتَعَادَةِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لَأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفِعٍ بِهَا عَادَةً . وَإِنْ كَانَتْ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، صَحَّ .

فصل : ولا يجوزُ عَقْدُ الإِجَارَةِ عَلَى الْمَنَافِعِ الْمُحَرَّمَةِ ؛ كَالْغِنَاءِ ، وَالنِّيَاحَةِ ، وَالزَّمْرِ ، وَلَا إِجَارَةُ دَارِهِ لِمَنْ يَتَّخِذُهَا كَنِيْسَةً ، أَوْ يَبْنِي نَارَ ، أَوْ يَبِيعُ فِيهَا الْخَمْرَ وَنَحْوَهُ ؛ لَأَنَّهُ مُحَرَّمٌ ، فَلَمْ تَجْزِ الإِجَارَةُ لِفِعْلِهِ ، كِإِجَارَةِ الْأُمَةِ لِلزَّنَى . وَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ رَجُلٍ لِيَكْتُبَ لَهُ غِنَاءً أَوْ نَوْحًا أَوْ شَيْئًا مُحَرَّمًا ؛ لِذَلِكَ ، وَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُهُ لِيَحْمِلَ خَمْرًا لِيَشْرَبَهَا ؛ لِذَلِكَ . وَعَنْهُ فِي مَنْ حَمَلَ خِنْزِيرًا أَوْ مَيْتَةً لِنَصْرَانِيٍّ : أَكْرَهُ أَكْلَ كِرَائِهِ^(٦) ، وَلَكِنْ يُقْضَى لَهُ بِالْكِرَاءِ ، وَإِذَا كَانَ مُسْلِمًا ، فَهُوَ أَشَدُّ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِيُرِيقَهَا ، أَمَّا لِلشُّرْبِ ، فَمَحْظُورٌ ، لَا يَجِلُّ أَخْذُ الْأُجْرَةِ عَلَيْهِ .

(١) فِي م : « الْمَاءِ » .

(٢) فِي حَاشِيَةِ ف : « وَالْمَغِيضُ بِالْفَيْنِ الْمَعْجَمَةُ ، هُوَ مَجْتَمِعُ الْمَاءِ وَالْمَكَانِ الَّذِي يَغِيضُ فِيهِ الْمَاءُ ، وَغَضَتُهُ فَجَرَتْهُ إِلَى مَغِيضٍ ، وَالْحَسْرُ النُّضْبُ ، وَحَسَرَ الْمَاءُ ، نَضَبَ عَنْ مَوْضِعِهِ . وَنَضَبَ الْمَاءُ يَنْضَبُ ، غَارَ فِي الْأَرْضِ ، وَبَابُهُ دَخَلَ » .

(٣) بَعْدَهُ فِي س ٢ : « لَا » .

(٤) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « لَا » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) فِي ف : « أُجْرَتُهُ » .

وإن استأجر حَجَّامًا لِيُحْجِمَهُ، جاز؛ لأنَّ النبي ﷺ حَجَّمَهُ أَبُو طَيْبَةَ^(١)، فَأَعْطَاهُ أَجْرَهُ^(٢). مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣). قال ابنُ عَبَّاسٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: ولو كان حَرَامًا ما أَعْطَاهُ أَجْرَهُ^(٤). وَيُكْرَهُ لِلْحُرِّ أَكْلُ أَجْرِهِ؛ لقَوْلِ النبي ﷺ: «كَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ»^(٥). وقال: «أَطْعِمُهُ عَبْدَكَ وَخَادِمَكَ»^(٦). وقال القاضي: لا تَصِحُّ إِجَارَتُهُ؛ لهذا الحديث.

(١) أبو طيبة مولى الأنصار. انظر ترجمته في الإصابة ٢٣٣/٧.

(٢) بعده في م: «صاعين من طعام وكلم مواليه فخففوا عنه».

(٣) أخرجه البخاري، في: باب ذكر الحجَّام، من كتاب البيوع، وباب خراج الحجَّام، من كتاب الإجارة. صحيح البخاري ٨٣/٣، ١٢٢. ومسلم، في: باب حل أجرة الحجَّامة، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ١٢٠٥/٣.

كما أخرجه أبو داود، في: باب كسب الحجَّام، من كتاب الإجارة. سنن أبي داود ٢/٢٣٩. وابن ماجه، في: باب كسب الحجَّام، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/٧٣١. والإمام أحمد، في: المسند ١/٢٣٤، ٢٥٨، ٢٩٣، ٣٢٤، ٣٣٣، ٣٥١، ٣٦٥. كلهم من حديث ابن عباس.

وانظره من حديث أنس في: صحيح البخاري ٨٢/٣، ١٠٣، ١٢٢، ١٦١/٧. صحيح مسلم ٣/١٢٠٤. سنن أبي داود ٢/٢٣٩. عارضة الأحوذى ٥/٢٧٨. سنن الدارمي ٢/٢٧٢. الموطأ ٢/٩٧٤. المسند ٣/١٠٠، ١٧٤، ١٨٢، ٣٥٣.

(٤) بهذا اللفظ أخرجه الإمام أحمد، في: المسند ١/٣٣٣. وانظره بنحوه في تخريج حديثه السابق إلا ابن ماجه فهو عنده مختصراً دون قول ابن عباس.

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٧، من حديث: «ثمن الكلب خبيث».

(٦) في م: «أو».

(٧) انظر ما أخرجه أبو داود، في: باب كسب الحجَّام، من كتاب الإجارة. سنن أبي داود ٢/٢٣٨. والترمذي، في: باب ما جاء في كسب الحجَّام، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/٢٧٨. وابن ماجه، في: باب كسب الحجَّام، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/٧٣٢. والإمام مالك، في: باب ما جاء في الحجَّام وأجر الحجَّام، من كتاب الجامع. الموطأ =

فصل : ولا تجوز إجارة الفحل للضراب ؛ لما روى ابن عمر ، رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ نهى عن عَسْبِ الفحل . أخرجه البخاري^(١) . ولأنَّ المقصودَ منه الماء الذي يُخلَقُ منه الولدُ ، وهو مُحَرَّمٌ لا قِيَمَةٌ له ، فلم يَجُزْ أَخْذُ عِوَضِهِ ، كَالْدَمِ . ولا يجوزُ إجارةُ الثَّقُودِ لِيَجْمَلَ بِهَا الدُّكَانُ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُخْلَقْ لَذَلِكَ ، وَلَا تُرَادُّ لَهُ ، فَبَذَلُ الْعِوَضِ فِيهِ مِنَ السَّفَةِ ، وَأَخْذُهُ مِنْ أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ . وكذلك اسْتِجَارُ الشَّمْعِ لِلتَّجْمُلِ بِهِ ، أَوْ ثَوْبٍ لِيُوضَعَ عَلَى سَرِيرِ الْمَيِّتِ ، لَا يَجُوزُ لَذَلِكَ^(٢) .

فصل : ولا يجوزُ عَقْدُ الإجارةِ على ما تَذَهَبُ أَجْزَاؤُهُ بِالِانْتِفَاعِ بِهِ^(٣) ؛ كَالْمَطْعُومِ ، وَالْمَشْرُوبِ ، وَالشَّمْعِ يُشْرِجُهُ ، وَالشَّجَرِ يَأْخُذُ ثَمَرَتَهُ ، وَالْبَهِيمَةِ يَحْلِبُهَا ؛ لِأَنَّ الإجارةَ عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ ، فَلَا تَجُوزُ لاسْتِيفَاءِ عَيْنٍ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ دِينَارًا لِيُنْفِقَهُ ، إِلَّا فِي الظُّئْرِ ، تَجُوزُ لِلرِّضَاعِ ؛ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ لِبَقَاءِ الْآدَمِيِّ ، وَلَا يَقُومُ غَيْرُهَا مَقَامَهَا .

فصل : ولا تجوزُ إجارةُ ما يُشْرِعُ فَسَادُهُ ، كَالرِّيَاحِينِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ

= ١٥٣/٢ ، ١٥٤ . رواية أبي مصعب الزهري . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/ ٣٨١ ، ٤/ ١٤١ ، ٤٣٥/٥ ، ٤٣٦ .

(١) في : باب عسب الفحل ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ٣/ ١٢٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب عسب الفحل ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢/ ٢٣٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية عسب الفحل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٧٤ . والنسائي ، في : باب بيع ضراب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٧٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/ ١٤ .

(٢) في م : « ذلك » .

(٣) سقط من : الأصل .

الانْتِفَاعُ بِهَا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا دَائِمًا ، فَجَرَتْ مَجْرَى الْمَطْعُومِ^(١) ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا تَبَقَّى عَيْنُهُ دَائِمًا ، كَالْعَنْبَرِ ، جَازَتْ إِجَارَتُهُ لِلشَّمِّ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ .

فصل : وما يَخْتَصُّ^(٢) فَاعِلُهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ ، وَهُمْ الْمُسْلِمُونَ ؛ كَالْحَجِّ ، وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ ، فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَجُوزُ الْاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « أَحَقُّ^(٣) مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » . رَوَاهُ [١٩٦] الْبُخَارِيُّ^(٤) . وَأَبَاحَ أَخَذَ الْجُعْلِ عَلَيْهِ^(٥) . وَلِأَنَّهُ فِعْلٌ مُبَاحٌ ، فَجَازَ أَخْذُ الْأُجْرَةِ عَلَيْهِ ، كَتَعْلِيمِ الْفِقْهِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِعُثْمَانَ ابْنِ أَبِي الْعَاصِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « وَاتَّخِذْ مُؤَدَّنَا لَا يَأْخُذْ عَلَى أَذَانِهِ أَجْرًا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٦) . وَلِأَنَّهُ لَا يَقَعُ إِلَّا قُرْبَةً لِفَاعِلِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَلَيْهِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « الطَّعَامُ » .

(٢) فِي م : « يَخْصُ » .

(٣) فِي م : « إِنْ أَحَقَّ » .

(٤) فِي : بَابُ مَا يُعْطَى فِي الرِّقَةِ عَلَى أَحْيَاءِ الْعَرَبِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ ، وَفِي : بَابِ الشَّرْطِ فِي

الرِّقَةِ بِقَطْعِ مِنَ الْغَنَمِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّبِّ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٢١ / ٣ ، ١٧١ / ٧ .

(٥) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يُعْطَى فِي الرِّقَةِ عَلَى أَحْيَاءِ الْعَرَبِ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ ، وَبَابِ

النَّفْسِ فِي الرِّقَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّبِّ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٢١ / ٣ ، ٢٣١ / ٦ ، ١٧٠ / ٧ ، ١٧٣ .

وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ جَوَازِ أَخْذِ الْأُجْرَةِ عَلَى الرِّقَةِ بِالْقُرْآنِ وَالْأَذْكَارِ ، مِنْ كِتَابِ السَّلَامِ . صَحِيحُ

مُسْلِمٍ ١٧٢٧ / ٤ ، ١٧٢٨ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ كَسْبِ الْأَطْبَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ ، وَفِي :

بَابِ كَيْفِ الرِّقَى ، مِنْ كِتَابِ الطَّبِّ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢٣٧ / ٢ ، ٢٣٨ ، ٣٤٠ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي :

بَابِ مَا جَاءَ فِي أَخْذِ الْأُجْرِ عَلَى التَّعْوِيزِ ، مِنْ أَبْوَابِ الطَّبِّ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٢٣ / ٨ . وَابْنُ

مَاجَهٍ ، فِي : بَابِ أَجْرِ الرَّاقِي ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهٍ ٧٢٩ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ،

فِي : الْمُسْنَدِ ٢ / ٣ ، ١٠ ، ٤٤ ، ٨٣ . كُلُّهُمْ مِنْ حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْخَدْرِيِّ ، وَيَأْتِي لَفْظُهُ فِي

صَفْحَةِ ٤١٩ .

(٦) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي ٢٢٩ / ١ .

كالصَّلاة . فَأَمَّا الْإِسْتِجَارُ لِتَعْلِيمِ الْفَقْهِ وَالشُّعْرِ الْمُبَاحِ ، فَيَجُوزُ ؛ لِأَنَّ فَاعِلَهُ لَا يَخْتَصُّ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ ، فَجَازٌ ، كِبْنَاءِ الْمَسَاجِدِ . وَفِي إِجَارَةِ الْمُصْحَفِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى بَيْعِهِ .

فصل : قال بعض أصحابنا : لا يجوزُ إجارةُ المُشَاعِ لِغَيْرِ الشَّرِيكِ ، إِلَّا أَنْ يُؤْجِرَاهُ^(١) معًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمُ حِصَّتِهِ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ إِلَّا بِمُوَافَقَةِ الشَّرِيكِ . وَقَالَ أَبُو حَفْصٍ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ وَرَهْنُهُ ، فَصَحَّتْ إِجَارَتُهُ ، كَالْمُفْرَزِ .

فصل : وَلَا بَأْسَ أَنْ يُؤْجَرَ نَفْسَهُ مِنَ الذَّمِّ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَجَرَ نَفْسَهُ يَهُودِيًّا ، يَشْتَقِي^(٢) لَهُ كُلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وَأَخْبَرَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ فَلَمْ يُنْكِرْهُ ، وَأَكَلَ^(٣) أَجْرَهُ^(٤) . وَلَا يُؤْجَرُ نَفْسُهُ لِحِدْمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِذْ لَالَ الْمُسْلِمَ لِلكَافِرِ ، فَلَمْ يَجْزَ ، كَبَيْعِهِ إِيَّاهُ . وَيَتَخَرَّجُ الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّهُ عَاوَضَهُ عَنْ مَنَفَعَتِهِ^(٥) ، فَجَازٌ ، كإِجَارَتِهِ لِعَمَلٍ شَيْءٍ .

فصل : وَالْإِجَارَةُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ ؛ إِجَارَةُ عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ ، كَالدُّورِ ،

(١) فِي م : « يُؤْجِرُهُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « يَسْقَى » .

(٣) بَعْدَهُ فِي م : « مِنْ » .

(٤) بِهَذَا اللَّفْظَ أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٩٠ / ١ . وَانْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ حَدَّثَنَا هَارُونُ بْنُ إِسْحَاقَ الْهَمْدَانِيُّ ... مِنْ أَبْوَابِ صِفَةِ الْقِيَامَةِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٩٢ / ٩ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَسْتَقِي كُلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ... مِنْ كِتَابِ الرِّهُونِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةٍ ٢ / ٨١٨ . وَانْظُرِ الْكَلَامَ عَلَيْهِ فِي الْإِرْوَاءِ ٣١٣ / ٥ - ٣١٥ .

(٥) فِي م : « مَنَفْعَةٌ » .

ومَوْصُوفَةٌ فِي الذِّمَّةِ ، كَبْعِيرٍ لِلرُّكُوبِ ، وَعَقْدٌ عَلَى عَمَلٍ فِي الذِّمَّةِ ؛
 كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، وَحَمْلٍ مَتَاعٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَقَعُ فِي عَيْنٍ حَاضِرَةٍ وَمَوْصُوفَةٍ
 وَمُقَدَّرٍ مَعْلُومٍ ، كَقَفِيرٍ مِنْ صُبْرَةٍ ، فَكَذَلِكَ الْإِجَارَةُ . فَإِنْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ
 لَعَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ اشْتَرَطَ مَعْرِفَتُهَا بِرُؤْيَا أَوْ صِفَةٍ إِنْ كَانَتْ تَنْضَبِطُ بِالصِّفَاتِ ،
 كَالْحَيَوَانِ ، وَإِنْ لَمْ تَنْضَبِطْ ، كَالدَّارِ^(١) وَالْأَرْضِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَا ، كَمَا
 يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ . وَفِي اسْتِجَارِ عَيْنٍ لَمْ يَرَهَا وَلَمْ تُوصَفْ لَهُ
 وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى بَيْعِهَا . وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْمَنْفَعَةِ ، فَإِنْ كَانَ لَهَا عُزْفٌ ،
 كَسُكْنَى الدَّارِ ، لَمْ يَخْتَجْ إِلَى ذِكْرِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تُكْتَرَى إِلَّا^(٢) لِذَلِكَ ،
 فَاسْتُغْنِيَ عَنْ ذِكْرِهَا ، كَالْبَيْعِ بِشَمَنِ مُطْلَقٍ فِي مَوْضِعٍ فِيهِ نَقْدٌ مَعْرُوفٌ .

وَإِنْ اكْتَرَى أَرْضًا ، اخْتَجَّ إِلَى ذِكْرِ مَا يَكْتَرَى لَهُ ؛ مِنْ غِرَاسٍ ، أَوْ بِنَاءٍ ،
 أَوْ زَرْعٍ ؛ لِأَنَّهَا تُكْتَرَى لِذَلِكَ كُلِّهِ ، وَضَرَرُهُ يَخْتَلِفُ ، فَوَجَبَ بَيَانُهُ ، فَإِنْ
 أَجَرَهَا لِلزَّرْعِ مُطْلَقًا ، صَحَّ ، وَلَهُ زَرْعُ مَا شَاءَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَهَا
 لِأَعْظَمِ الزَّرْعِ ضَرَرًا ، فَإِذَا أُطْلِقَ الْعَقْدُ تَنَاوَلَهُ بِإِطْلَاقِهِ ، وَدَخَلَ فِيهِ مَا دُونَهُ .
 وَإِنْ قَالَ : لِتَزْرَعَهَا^(٣) مَا شِئْتَ . فَهُوَ أَوْلَى بِالصُّحَّةِ ؛ لِتَضْرِيحِهِ بِذَلِكَ^(٤) .
 وَإِنْ اكْتَرَاهَا لِلزَّرْعِ مُعَيَّنٍ ، فَلَهُ زَرْعُهُ وَمِثْلُهُ فِي الضَّرَرِ وَدُونِهِ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ إِنَّمَا
 ذِكْرٌ لِتَقْدِيرِ مَنَفَعَةِ الْأَرْضِ ، فَلَمْ يَتَعَيَّنْ ، كَمَا لَوْ اكْتَرَى لِلسُّكْنَى ، كَانَ لَهُ
 أَنْ يُسَكِّنَ غَيْرَهُ . وَإِنْ قَالَ : لِتَزْرَعَهَا أَوْ لِتَغْرِسَهَا . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعَيَّنْ ،

(١) فِي م : « كَالدَّارِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي م : « لِتَزْرَعَهَا » ، وَفِي ف : « لِزَرْعِهَا » .

(٤) فِي س ٢ ، م : « لِذَلِكَ » .

أَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَهُ أَحَدٌ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : لَتَزَرَعَهَا وَتَغْرِسَهَا مَا
شِئْتَ . صَحَّ ، وَلَهُ مَا شَاءَ مِنْهُمَا ؛ [١٩٦ ظ] لِأَنَّهُ جَعَلَهُمَا لَهُ ، فَمَلَكَهُمَا ،
كَالنَّوْعِ الْوَاحِدِ ^(١) .

فصل : وَإِنْ اكْتَرَى ظَهْرًا لِلرُّكُوبِ ، اشْتَرَطَ مَعْرِفَتَهُ بِرُؤْيَا أَوْ صِفَةٍ ؛ لِأَنَّهُ
يَصِحُّ بَيِّعُهُ بِهِمَا ، وَذَكَرَ الْمُهْمَلَجُ ^(٢) وَالْقَطُوفُ ^(٣) مِنَ الْخَيْلِ ؛ لِأَنَّ سَيْرَهُمَا
يَخْتَلِفُ ، وَمَعْرِفَةُ مَا يَزَكُّ بِهِ مِنْ سَرْجٍ أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِالْمَرْكُوبِ ^(٤)
وَالرَّاكِبِ ، وَلَا يَخْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الذُّكُورِيَّةِ وَالْأُنْثِيَّةِ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَهُمَا
يَسِيرُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَفْتَقِرُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ؛ لِتَفَاوُتِهِمَا . وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ
الرَّاكِبِ بِرُؤْيَا أَوْ صِفَةٍ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ ؛ لِأَنَّ الصِّفَةَ تَكْفِي فِي ^(٥) بَيْعِ ^(٦)
مِثْلِهِ . وَقَالَ الشَّرِيفُ : لَا يُجْزَى فِيهِ إِلَّا الرُّؤْيَا ؛ لِأَنَّ الصِّفَةَ لَا تَأْتِي عَلَيْهِ .
وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْحَامِلِ ، وَالْأَغْطِيَّةِ ، وَالْأَوْطِيَّةِ ، وَالْمَعَالِيْقِ ، كَالْقَدْرِ
وَالسَّطِيحَةِ ^(٧) وَنَحْوَهُمَا ، إِمَّا بِرُؤْيَا أَوْ صِفَةٍ وَ ^(٨) وَزَيْنِ .

وَإِنْ اكْتَرَى ظَهْرًا لِعَمَلٍ فِي مُدَّةٍ ؛ كَالْحِرَاثَةِ ، وَالْدِّيَّاسِ ، وَالسَّقْفِي ،

(١) فِي ف : « الْآخِر » .

(٢) الْمُهْمَلَجُ : هُوَ مَا ذَلَّ وَسَلَسَ قِيَادَهُ مِنَ الدَّوَابِ .

(٣) الْقَطُوفُ مِنَ الدَّوَابِ : الَّتِي تَسِيءُ السَّيْرَ وَتَبْطِئُ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « الرُّكُوب » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٧) السَّطِيحَةُ : الْمَزَادَةُ تَكُونُ مِنْ جُلْدَيْنِ لَا غَيْرَ .

(٨) فِي م : « أَوْ » .

والطَّحْنِ ، اشْتَرَطَ مَعْرِفَةَ الظَّهْرِ بِالتَّعْيِينِ أَوْ الصُّفَةِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَخْتَلِفُ
بِاخْتِلَافِهِ . وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ؛ كَحِرَاثَةِ قَدِيرٍ مِنَ الْأَرْضِ ،
وَدِيَّاسِ زَرْعٍ مُعَيَّنٍ ، وَطَحْنِ قُفْزَانٍ مَعْلُومَةٍ ، لَمْ يَخْتَجْ إِلَى مَعْرِفَةِ الظَّهْرِ ؛ لِأَنَّهُ
لَا يَخْتَلِفُ . وَيَخْتِاجُ فِي الطَّحْنِ إِلَى مَعْرِفَةِ الْحَجَرِ ، وَفِي السَّقْيِ إِلَى مَعْرِفَةِ
الْبُيْرِ ، وَالذُّوْلَابِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ .

وَإِنْ اكْتَرَى لِحَمَلٍ مَتَاعًا ، لَمْ يَخْتَجْ إِلَى ذِكْرِ جِنْسِ الظَّهْرِ ؛ لِعَدَمِ
الْغَرَضِ فِي مَعْرِفَتِهِ . وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْمَتَاعِ بِرُؤْيَا أَوْ صِفَةٍ ، فَيَذْكُرُ جِنْسَهُ ؛
مِنْ حَدِيدٍ أَوْ قُطْنٍ أَوْ نَحْوِهِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ يَخْتَلِفُ ، وَقَدَرُهُ بِالْوَزْنِ إِنْ كَانَ
مَوْزُونًا ، أَوْ بِالكَيلِ إِنْ كَانَ مَكِيلًا ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ بِكِلَا الطَّرِيقَيْنِ ^(١) . وَإِنْ
ذَكَرَ وَزْنَ الْمَكِيلِ ، فَهُوَ أَحْصَرُ . وَإِنْ دَخَلَتِ الظُّرُوفُ فِي وَزْنِ الْمَتَاعِ ،
اسْتُغْنِيَ عَنْ ذِكْرِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَدْخُلْ وَكَانَتْ مَعْرُوفَةً ^(٢) لَا تَخْتَلِفُ كَثِيرًا ،
صَحَّ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِهَا ؛ لِأَنَّ تَفَاوُثَهَا يَسِيرُ . وَإِنْ اخْتَلَفَتْ كَثِيرًا ، اشْتَرَطَ
مَعْرِفَتَهَا بِالرُّؤْيَا أَوْ الصُّفَةِ ؛ لِذَلِكَ .

وَلَوْ اكْتَرَى ظَهْرًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مَا شَاءَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ ^(٣) يَدْخُلُ فِي
ذَلِكَ مَا يَقْتُلُ الْبَهِيمَةَ ، وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا طَاقَتَهَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ
لَا ضَاطِبَ لَهُ .

فصل : وَإِنْ اسْتَأْجَرَ رَاعِيًا مُدَّةً ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ مُوسَى ، عَلَيْهِ السَّلَامُ ، أَجَرَ

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : «الطرفين» .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «معرفة» .

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : «لَمْ» .

نَفْسَهُ لِرِعَايَةِ الْغَنَمِ ثَمَانِي سِنِينَ^(١) . وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْحَيَوَانِ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ جِنْسٍ تَأْثِيرًا فِي إِثْعَابِ الرَّاعِي . وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عَلَى مُعَيَّنٍ ، وَعَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ ، فَإِنْ كَانَ عَلَى مَوْصُوفٍ^(٢) ، اشْتُرِطَ ذِكْرُ الْعَدَدِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَخْتَلِفُ بِهِ . وَإِنْ اسْتَأْجَرَ ظَهْرًا ، اشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ الصَّبِيِّ بِالتَّعْيِينِ ؛ لِأَنَّ الرِّضَاعَ يَخْتَلِفُ بِهِ ، وَلَا تَأْتِي عَلَيْهِ الصُّفَةُ .

وَإِنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَخْفِرَ لَهُ بِثَرًا ، أَوْ نَهْرًا ، اشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا^(٣) ، وَمَعْرِفَةُ الطُّولِ وَالْعَرْضِ وَالْعُمُقِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ^(٤) . وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِبِنَاءِ حَائِطٍ ، [١٩٧و] اشْتُرِطَ ذِكْرُ طُولِهِ وَعَرْضِهِ وَعُمُودِهِ ، وَآلَتِهِ مِنْ لَبِنٍ أَوْ طِينٍ أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ كُلَّهُ . وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لَضَرْبِ لَبِنٍ ، اشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ الْمَاءِ وَالتُّرَابِ وَالطُّولِ وَالسُّمُكِ وَالْعَرْضِ وَالْعَدَدِ . وَعَلَى هَذَا جَمِيعُ الْأَعْمَالِ الَّتِي يَسْتَأْجِرُ عَلَيْهَا . فَإِنْ كَانَ فِيهَا يَخْتَلِفُ فِيهِ الْغَرَضُ مَا^(٥) لَا يَعْرِفُهُ ، رَجَعَ فِيهِ إِلَى أَهْلِ الْخِيَرَةِ بِهِ ؛ لِيَعْقِدَ عَلَى شَرْطِهِ ، كَمَا لَوْ أَرَادَ النِّكَاحَ مَنْ لَا يَعْرِفُ شَرْطَهُ ، رَجَعَ إِلَى مَنْ يَعْرِفُهُ لِيَعْرِفَهُ شَرْطَهُ . وَإِنْ عَجَزَ عَنْ مَعْرِفَتِهِ ، وَكَلَّ فِيهِ مَنْ يَعْرِفُهُ لِيَعْقِدَهُ .

(١) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ إِجَارَةِ الْأَجِيرِ عَلَى طَعَامِ بَطْنِهِ ، مِنْ كِتَابِ الرِّهُونِ . سَنَّ ابْنُ مَاجَهَ ٨١٧/٢ . وَضَعَفَ الْبُوصَيْرِيُّ إِسْنَادَهُ . مُصْبَحُ الزَّجَاجَةِ ٢/٢٦٠ .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « فِي الذِّمَّةِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « بِاخْتِلَافِهِمَا » .

(٤) بَعْدَهُ فِي م : « كُلَّهُ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

فصل : وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ قَدْرِ الْمَنْفَعَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ يَبِيعُ ، وَالْبَيْعُ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي مَعْلُومِ الْقَدْرِ ، وَلَمَعْرِفَتِهَا طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَقْدِيرُ الْعَمَلِ ؛ كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ مُعَيَّنٍ ، وَالرُّكُوبِ ، أَوْ حَمْلِ شَيْءٍ مَعْلُومٍ ^(١) إِلَى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ . وَالثَّانِي ، تَقْدِيرُ الْمُدَّةِ ، كَسُكْنَى شَهْرٍ . فَإِنْ كَانَتِ الْمَنْفَعَةُ لَا تَتَقَدَّرُ بِالْعَمَلِ ؛ كَالتَّطْيِينِ وَالتَّجْصِصِ ، فَإِنَّ مِقْدَارَهُ يَخْتَلِفُ فِي الْغَلْظِ وَالرَّقَّةِ ، وَمَا يَزُورِي الْأَرْضَ مِنَ الْمَاءِ ، يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَرْضِ وَاحْتِيَاجِهَا إِلَى الْمَاءِ وَمَا يُشْبِعُ الصَّبِيَّ فِي الرِّضَاعِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الصَّبِيِّ وَالْأَحْوَالِ وَالسُّكْنَى وَنَحْوِهَا ، فَلَا يَجُوزُ تَقْدِيرُهُ إِلَّا بِالْمُدَّةِ ، لِتَعَدُّرِ تَقْدِيرِهِ بِالْعَمَلِ . وَمَا يَتَقَدَّرُ بِالْعَمَلِ ، كَاسْتِثْجَارِ الظَّهْرِ لِلْحَرْثِ وَالْحَمَلِ وَالطَّحْنِ وَالذِّيَّاسِ ، وَالْعَبْدُ لِلْخِدْمَةِ ، جَازَ تَقْدِيرُهُ بِالْعَمَلِ ، فَإِنْ شَرَطَ تَقْدِيرُهُ بِالْعَمَلِ وَالْمُدَّةِ ، فَقَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْرُثَ لِي هَذِهِ الْأَرْضَ فِي شَهْرٍ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ حَرَثَهَا فِي أَقَلِّ مِنْ شَهْرٍ ، أَوْ فَرَغَ الشَّهْرَ قَبْلَ حَرْثِهَا ، فَطُولِبَ بِتِمَامِ مَا بَقِيَ ، كَانَ زِيَادَةً عَلَى الْمَشْرُوطِ ، وَإِنْ لَمْ يُتِمَّمْ ^(٢) ، كَانَ نَقْصًا . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى الصَّحَّةِ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ مَعْقُودَةٌ لِلْعَمَلِ ^(٣) ، وَالْمُدَّةُ مَذْكُورَةٌ لِلتَّعْجِيلِ ، فَجَازَ كَالْجَعَالَةِ .

وَيُشْتَرَطُ فِيمَا قُدِّرَ بِمُدَّةٍ مَعْرِفَةُ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهَا الضَّابِطَةُ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ قُدِّرَ بِسَنَةٍ أَوْ شَهْرٍ ، كَانَ ذَلِكَ بِالْأَهْلَةِ ؛ لِأَنَّهَا الْمَعْقُودَةُ فِي الشَّرْعِ ، فَوَجَبَ حَمْلُ الْمُطْلَقِ عَلَيْهَا ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ ، عَدَّ بَاقِيَهُ ، ثُمَّ

(١) بعده في الأصل : «و» .

(٢) في م : « يتم » .

(٣) في م : « على العمل » .

عَدَّ أَحَدَ عَشَرَ شَهْرًا بِالْهِلَالِ ، ثُمَّ كَمَّلَ الْأَوَّلَ بِالْعَدَدِ ثَلَاثِينَ يَوْمًا ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ إِتْمَامُهُ بِالْهِلَالِ ، فَكَمَّلَ بِالْعَدَدِ . وَحُكِيَ فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَسْتَوْفِي الْجَمِيعَ بِالْعَدَدِ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ إِتْمَامُ الشَّهْرِ مِمَّا يَلِيهِ ، فَيَصِيرُ ابْتِدَاءُ الثَّانِي فِي أَثْنَائِهِ ، وَكَذَلِكَ مَا بَعْدَهُ . وَإِنْ عَقَدَ عَلَى سَنَةِ رُومِيَّةٍ ، وَهِيَ ثَلَاثُمِائَةٍ وَخَمْسَةَ وَسِتُّونَ يَوْمًا وَرُبْعٌ ، وَهُمَا يَعْلَمَانِ ذَلِكَ ، جَازَ ، وَإِنْ جَهِلَا هَا أَوْ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ مَجْهُولَةٌ عِنْدَهُ . وَالْحُكْمُ فِي مُدَّةِ الْإِجَارَةِ كَالْحُكْمِ فِي مُدَّةِ السَّلَمِ عَلَى مَا مَضَى فِيهِ .

فصل : وَتَجُوزُ الْإِجَارَةُ ^(١) مُدَّةً لَا تَلِي الْعَقْدَ ، مِثْلَ أَنْ يُؤْجَرَ شَهْرَ رَجَبٍ وَهُوَ فِي صَفَرٍ ، سِوَاءَ كَانَتْ ^(٢) فَارِغَةً أَوْ مُؤْجَرَةً ^(٣) مَعَ الْمُسْتَأْجِرِ أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَيْهَا مَعَ غَيْرِهَا ، فَجَازَ عَلَيْهَا مُفْرَدَةً ، كَالَّتِي تَلِي الْعَقْدَ . وَيُخْتِاجُ إِلَى ذِكْرِ ابْتِدَائِهَا ؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ طَرَفَيْ الْمُدَّةِ ، فَاخْتِيجُ إِلَى مَعْرِفَتِهَا ، كَالانْتِهَاءِ ، فَإِنْ كَانَتْ تَلِي الْعَقْدَ ^(٤) ، فَابْتِدَاؤُهَا مِنْهُ ، وَلَا يَخْتِاجُ إِلَى ذِكْرِهَا ؛ لِأَنَّهَا [١٩٧ ظ] مَعْلُومَةٌ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَجَرْتُكَهَا كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ . فَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ صَحِيحٌ . وَذَهَبَ إِلَيْهِ الْخَرَقِيُّ ، وَالْقَاضِي . لَكِنْ تَصِحُّ فِي الشَّهْرِ الْأَوَّلِ بِإِطْلَاقِ الْعَقْدِ ؛ ^(٥) لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ يَلِي الْعَقْدَ ، وَأَجْرُهُ مَعْلُومَةٌ ، وَمَا بَعْدَهُ يَصِحُّ الْعَقْدُ

(١) بعده في الأصل : « على » .

(٢) في س ٢ : « مؤجرة أو مؤجلة » .

(٣) في م : « مستأجرة » .

(٤) بعده في الأصل : « إلى ذكر » .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

فيه بالتلبس به ، ولكل واحد منهما الفسخ عند تقضى كل شهر ؛ لأن عليًا ، رضى الله عنه ، أجر نفسه من يهودى يشتقى له كل دلو بتمرة ، وجاء به إلى النبى ﷺ فأكل منه^(١) . وذهب أبو بكر ، وجماعة من أصحابنا إلى بطلانه ؛ لأن العقد على كل الشهر ، وهى مبهمة مجهولة ، فلم يصح ، كما لو جعل أجرتها فى الجميع شيئًا واحدًا .

فصل : ويشتراط فى صحة الإجارة ذكر الأجرة ؛ لأنه عقد يقصد فيه العوض ، فلم يصح من غير ذكره ، كالبيع . ويشتراط أن تكون معلومة ؛ لذلك ، ويحصل العلم بالمشاهدة أو بالصفة ، كالبيع . وفيه وجه آخر ، لا بد من ذكر قدره وصفته ؛ لأنه ربما انفسخ العقد ، ووجب رد عوضه بعد تلفه ، فاشترط معرفة قدره ليعلم بكم يرجع ، كرأس مال السلم ، وقد ذكرنا وجه الوجهين فى السلم . وتجاوز بأجرة حالة ومؤجلة ؛ لأن الإجارة كالبيع ، وذلك جائز فيه ، فإن أطلق العقد وجبت به حالة ، ويجب تسليمها بتسليم العين ؛ لأنها عوض فى معاوضة ، فتستحق بمطلق العقد ، كالتمن . وإن كانت الإجارة على عمل فى الذمة ، استحق استيفاء الأجرة عند إيفاء^(٢) العمل ؛ لقول النبى ﷺ : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه »^(٣) . ولأنه أحد العوضين ، فيلزم^(٤) تسليمه عند تسليم الأجر ،

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٥ .

(٢) فى م : « انقضاء » .

(٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(٤) فى م : « فلزم » .

كالبيع . وإن شرطاً تأجيلها ، جاز ، إلا أن يكون العقد على منفعة في الذمة ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يجوز ؛ لأنه عوض في الإجارة ، فجاز تأجيله ، كما لو كان على عين . والثاني ، لا يجوز ؛ لأنه عقد على ما في الذمة ، فلم يَجْزُ تأجيل عوضه ، كالسلم .

فصل : ويجوز أن يشتأجر الأجير بطعامه وكسوته ، سواء جعل ذلك جميع الأجرة أو بعضها ؛ لأن النبي ﷺ قال : « رَحِمَ اللَّهُ أَخِي مُوسَى ، أَجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِي سِنِينَ ، عَلَى طَعَامِ بَطْنِهِ وَعِفَّةِ فَرْجِهِ » . رواه ابن ماجه^(١) . ولأن العادة جارية به من غير تكبير ، فأشبه الإجماع . فإن قدر الطعام والكسوة ، فحسن ، وإن أطلق ، جاز . ويؤجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة ، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله ، ولأن لذلك عرفاً في الشرع ، فحمل الإطلاق [١٩٨] عليه .

فصل : وإذا استوفى المنفعة ، استقرت الأجرة ؛ لأنه قبض المعقود عليه ، فاستقر بدله ، كما لو قبض المبيع . وإن سلم إليه العين مدة يمكن فيها الاستيفاء ، استقرت الأجرة^(٢) ؛ لأن المعقود عليه تلف تحت يده ، فأشبه تلف المبيع تحت يده ، وإن عرض عليه العين ، ومضت مدة يمكن الاستيفاء فيها ، استقرت الأجرة ؛ لأن المنافع تلفت باختياره ، فأشبه تلف المبيع بعد عرضه على المشتري . وإن كان العقد على عمل في الذمة ، لم تستقر الأجرة إلا باستيفاء العمل ؛ لأنه عقد على ما في الذمة ، فلم يستقر

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٩ .

(٢) بعده في م : « عليه » .

عَوَضُهُ بِبَذْلِ التَّسْلِيمِ، ^(١) «كَالتَّسْلِيمِ فِيهِ». وَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ فَاسِدًا، لَمْ يَسْتَقِرَّ بِبَذْلِ التَّسْلِيمِ، كَمَا لَا يَسْتَقِرُّ بِبَذْلِ الْمَبِيعِ، وَيَجِبُ بِاسْتِيفَائِهَا؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَاهَا بِشُبْهَةِ عَقْدٍ. وَإِنْ قَبِضَ الْعَيْنَ وَمَضَتْ مُدَّةٌ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ فِيهَا، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، لَا يَجِبُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ عَلَى مَنْفَعَةٍ لَمْ يَسْتَوْفِهَا، فَلَمْ يَجِبِ الْعَوَضُ، كَالنِّكَاحِ. وَالثَّانِيَةُ، يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ كَالصَّحِيحِ فِي اسْتِقْرَارِ الْبَدَلِ، فَكَذَلِكَ الْإِجَارَةُ.

فصل: يَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِيَ الرَّجُلَانِ ظَهْرًا يَتَعَاقَبَانِ عَلَيْهِ، وَأَنْ يَكْتَرِيَ الرَّجُلُ عُقْبَةً؛ يَزْكَبُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ ^(٢) مَعْلُومًا؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَى جَمِيعِهِ، فَجَازَ عَلَى بَعْضِهِ، كَالزَّمَانِ، فَإِنْ كَانَ فِي طَرِيقٍ فِيهِ عَادَةٌ ^(٣) فِي الرُّكُوبِ ^(٤) وَالتَّزْوِيلِ، جَازَ الْعَقْدُ مُطْلَقًا، وَحُمِلَ عَلَى الْعَادَةِ، كَالْتَّقْدِ فِي الْبَيْعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ عَادَةٌ، اشْتَرَطَ بَيَانُ مَا يَزْكَبُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومٍ، فَوَجِبَ بَيَانُهُ، كَالثَّمَنِ. وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْبَادِي مِنْهُمَا، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي الْمِلْكِ، فَقُدِّمَ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ، كَمَا فِي الْقِسْمَةِ.

فصل: إِذَا دَخَلَ حَمَامًا، أَوْ قَعَدَ مَعَ مَلَّاحٍ فِي سَفِينَةٍ، فَعَلِيهِ أَجْرُهُمَا وَإِنْ لَمْ يَعْقِدَا مَعَهُ إِجَارَةً؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِذَلِكَ، فَجَرَى مَجْرَى الشَّرْطِ، كَتَّقْدِ الْبَلَدِ. وَكَذَلِكَ إِنْ دَفَعَ ثَوْبَهُ إِلَى خِيَّاطٍ أَوْ قَصَّارٍ مُتَّصِفَيْنِ لَذَلِكَ، أَوْ

(١ - ١) فِي م: «كَالتَّسْلِيمِ».

(٢) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ.

(٣ - ٣) فِي س ٢: «لِلرُّكُوبِ».

مُنَادٍ ، أَوْ رَجُلٍ مَعْرُوفٍ بِالْبَيْعِ بِالْأَجْرِ لِيَبِيعَهُ ، فَلَهُمْ أَجْرُ أَمْثَالِهِمْ ؛ لِذَلِكَ .
وَإِنْ دَفَعَ كِتَابًا إِلَى رَجُلٍ لِيَحْمِلَهُ إِلَى صَاحِبٍ لَهُ بِأَجْرٍ ، فَحَمَلَهُ فَوَجَدَ
صَاحِبَهُ غَائِبًا ، فَلَهُ الْأَجْرُ لِلذَّهَابِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا اسْتَأْجَرَهُ عَلَيْهِ ، وَلِلرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُ
بِإِذْنِهِ تَقْدِيرًا ، إِذْ لَيْسَ سِوَى رَدِّهِ إِلَّا تَضْيِيعُهُ ، وَقَدْ عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَرْضَى
تَضْيِيعَهُ ، فَتَعَيَّنَ رَدُّهُ .

فصل : إِذَا أَجَرَهُ مُدَّةً تَلِي الْعَقْدَ ، لَمْ يَجُزْ شَرْطُ الْخِيَارِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ
التَّصَرُّفَ فِيهَا أَوْ فِي بَعْضِهَا ، فَيَنْقُصُ عَمَّا شَرَطَاهُ . وَفِي خِيَارِ [١٩٨ ظ]
الْمَجْلِسِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَثْبُتُ ؛ لِذَلِكَ . وَالثَّانِي ، يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّهُ يَسِيرُ .
وَإِنْ كَانَتْ لَا تَلِي الْعَقْدَ ، ثَبَتَ فِيهَا الْخِيَارَانِ ؛ لِأَنَّهَا يَتَّعِ ، وَلَا مَانِعَ مِنْ
ثُبُوتِهِ فِيهَا . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ عَلَى عَمَلٍ فِي الذَّمَّةِ ، أَوْ عَلَى مَنْفَعَةٍ عَيْنٍ
فِي الذَّمَّةِ ، ثَبَتَا فِيهَا ؛ لِذَلِكَ .

بَابُ مَا يَجُوزُ فسخُ الإِجَارَةِ وما يُوجِبُهُ

وهي عَقْدٌ لازِمٌ ليس لواحدٍ منهما فسخُها ؛ لأنَّها يَتَعَبَّدُ ، فَأَشْبَهَتْ يُبَوِّعُ
الْأَعْيَانِ ، إِلَّا أَنْ يَجِدَ الْعَيْنَ مَعِيَّةً ، فَيَمْلِكُ الْفَسْخُ ^(١) به ، وله الْفَسْخُ ^(٢) بما
يَحْدُثُ مِنَ الْعَيْبِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا يَحْصُلُ قَبْضُهَا إِلَّا بِالْإِسْتِيفَاءِ ، فَهِيَ
كَالْمَكِيلِ يَتَعَيَّبُ قَبْلَ قَبْضِهِ . فَإِنْ بَادَرَ الْمُكَرِّي ^(٣) إِلَى إِزَالَةِ الْعَيْبِ مِنْ غَيْرِ
ضَرَرٍ يَلْحَقُ الْمُسْتَأْجِرَ ، كَدَارٍ تَشَعَّثَتْ فَأُضْلِحَهَا ، فَلَا خِيَارَ لِلْمُسْتَأْجِرِ ^(٤) ؛
لِعَدَمِ الضَّرَرِ ، وَإِلَّا فَلَهُ الْفَسْخُ ، وَإِنْ سَكَنَهَا مَعَ عَيْبِهَا ، فَعَلَيْهِ ^(٥) الْأَجْرُ ، عَلِمَ
أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى جَمِيعَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ مَعِيَّةً مَعَ عِلْمِهِ بِهِ ، فَلَزِمَهُ
الْبَدَلُ ، كَالْمَبِيعِ الْمَعِيبِ إِذَا رَضِيَ . وَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذَّمَّةِ ،
فَرُدَّ بِعَيْبٍ ، لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ ، وَيُطَالَبُ بِبَدَلِهِ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بَدَلُهُ ، فَلَهُ
الْفَسْخُ ؛ لِتَعَذُّرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ وَجَدَ بِالسَّلَمِ عَيْبًا فَرَدَّهُ .

وَالْعَيْبُ مَا تَنْقُصُ بِهِ الْمُنْفَعَةُ ؛ كَانْهَدَامِ حَائِطِ الدَّارِ ، وَتَغْيِيهِ ، وَانْقِطَاعِ
مَاءٍ بِرِهَا أَوْ تَغْيِيرِهِ ، وَانْقِطَاعِ مَاءِ الْأَرْضِ أَوْ نَقْصِهِ ، وَتَغْيِيرِ ^(٥) الظَّهْرِ فِي

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « الْمَكْرِي » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لَهُ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « فَلَهُ » .

(٥) فِي م : « تَغْيِير » .

المشي، وعرجه الفاحش، وربضه^(١)، وكونه عضوًا أو جموحًا، وضعف بصر الأجير في الخدمة ومرضه. فأما كون الظهر^(٢) خشن المشي، فليس بعيب؛ لأن المنفعة فيه كاملة. وإن اختلفا في العيب^(٣)، رجع فيه إلى أهل الخبرة.

فصل: وإن تلفت العين في يده، انفسخت الإجارة، كما لو تلف المكيل قبل قبضه، وإن تلفت قبل مضي شيء من المدة، فلا أجره عليه؛ لأنه لم يقبض شيئًا من العقود عليه. وإن تلفت بعد مضي شيء منها، فعليه^(٤) من الأجرة^(٥) بقدر ما^(٥) استوفى، ويسقط بقدر ما بقي، فإن^(٦) كان أجرها^(٦) في بعض المدة أكثر، قسمت على القيمة، وإن كانت الإجارة على موصوف في الدمة، لم تنفسخ بالتلف، وله البدل، كما لو تعيب.

فصل: إذا اكترى أرضًا للزرع، فانقطع ماؤها، أو دارًا فانهدمت، انفسخ العقد في أحد الوجهين؛ لأن المنفعة المقصودة منها تعذر، فأشبهه تلف العبد. والآخر، لا يفسخ؛ لأنه يمكن الانتفاع بها بالسكنى^(٧) في خيمة، أو يجمع فيها خطبًا [١٩٩ر] أو متاعًا، لكن له الفسخ؛ لأنها تعيب.

(١) ربضت الدابة ربضا من باب ضرب، وربوضا، وهو مثل البروك للإبل.

(٢) في الأصل: «الأجير لظهر».

(٣) في س ٢: «البيع».

(٤ - ٤) في م: «الأجر».

(٥) بعده في ف: «بقي».

(٦ - ٦) في الأصل، س ٢: «كانت أجرتها».

(٧) في م: «كالسكنى».

وإن ماتت المُرْضِعةُ ، انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ . وعن أبي بكر ، لا تَنْفَسِخُ ،
وتَجِبُ في مالِها أَجْرَةُ رِضَاعِهِ . والمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْمُعْقُودَ عَلَيْهِ تَلَفٌ ،
فَأُشْبِهَ تَلَفَ عَبْدِ الْخِدْمَةِ . وإن مات المُرْتَضِعُ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ
اسْتِيفَاءُ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ غَيْرَهُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، لِاخْتِلَافِهِمْ فِي الرِّضَاعِ ،
ولِذَلِكَ وَجِبَ تَعْيِينُهُ . ولو اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَقْلَعَ ضِرْسَهُ ، فَبَرَأَ ، أَوْ لِيَكْحَلَ
عَيْنَهُ ، فَبَرَأَتْ ، أَوْ لِيَقْتَصَّ لَهُ ، فَمَاتَ الْمُقْتَصُّ مِنْهُ ، أَوْ عُفِيَ عَنْهُ ، ^(١) انْفَسَخَ
الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمُعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَاَنْفَسَخَ ، كَمَا لَوْ تَعَذَّرَ بِالْمَوْتِ .
وإن اسْتَأْجَرَ لِلْحَجِّ فَمَاتَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّهُ
تَعَذَّرَ الاسْتِيفَاءُ بِمَوْتِهِ ، أَشْبَهَ مَوْتَ الْمُرْتَضِعِ . والثَّانِي ، لَا تَنْفَسِخُ ، وَيَقُومُ
وَارِثُهُ مَقَامَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ دَارًا ، وَإِنْ لَمْ يَمُتْ لَكِنْ تَلَفَ مَالُهُ ، لَمْ
تَنْفَسِخِ الإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّ الْمُعْقُودَ عَلَيْهِ سَلِيمٌ .

فصل : فإن غُصِبَتِ الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ
تَأْخِيرَ حَقِّهِ ، فَإِنْ فَسَخَ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْفَسْخِ بِتَلَفِ الْعَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ
يَفْسَخْ ^(٢) حَتَّى انْقَضَتِ الْمُدَّةُ ، خُيِّرَ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ عَلَى الْمُؤْجِرِ
بِالْمُسَمَّى ، وَيَرْجِعُ الْمُؤْجِرُ عَلَى الْغَاصِبِ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ، وَبَيْنَ إِمْضَاءِ الْعَقْدِ
وَمُطَالَبَةِ الْغَاصِبِ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَلَفَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، فَأُشْبِهَ مَا
لَوْ أَتْلَفَ الْمَبِيعَ أَجْنَبِيًّا ، وَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ ، طُولِبَ
الْمُؤْجِرُ بِإِقَامَةِ عَيْنٍ مُقَامَهَا ، فَإِنْ تَعَذَّرَ ، فَلَهُ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَأْخِيرَ حَقِّهِ .

(١ - ١) في الأصل : « انفسخت الإجارة » .

(٢) في م : « يفسخ » .

فصل : فَإِنْ أَجَرَ نَفْسَهُ ثُمَّ هَرَبَ ، أَوْ أَكْرَى ^(١) عَيْنًا ثُمَّ هَرَبَ بِهَا ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ الْخِيَارُ بَيْنَ الصَّبْرِ وَالْفَسْخِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَأْخِيرَ حَقِّهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ اشْتَرَى مَكِيلًا فَمَنَعَهُ قَبْضَهُ ، وَإِنْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذَّمَّةِ ، اسْتَوْجِرَ مِنْ مَالِهِ مَنْ يَعْمَلُهُ ، كَمَا لَوْ هَرَبَ قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ^(٢) ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ الْخِيَارُ بَيْنَ ^(٣) الْفَسْخِ وَالصَّبْرِ إِلَى أَنْ يَقْدِرَ عَلَيْهِ فَيُطَالِبَهُ بِالْعَمَلِ ، كَمَا لَوْ تَعَذَّرَ تَسْلِيمُ الْمُسْلِمِ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى مُدَّةٍ انْقَضَتْ فِي هَرَبِهِ ، بَطَلَتِ الْإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ الْمُعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ بَاعَهُ مَكِيلًا ، فَأَتْلَفَهُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ .

فصل : وَإِنْ أَجَرَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ ، لَمْ تَنْفَسِخِ الْإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى الْمُنْفَعَةِ ، فَلَمْ يَنْفَسِخْ بِالْعِتْقِ ، كَالنِّكَاحِ . وَلَا يَزْجَعُ الْعَبْدُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ مُنْفَعَتَهُ اسْتُحِقَّتْ بِالْعَقْدِ قَبْلَ الْعِتْقِ ، فَلَمْ يَزْجَعْ بِبَدَلِهِ ^(٤) ، كَمَا لَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهَا ، وَنَفَقْتُهِ عَلَى ^(٥) سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ بَدَلَ ^(٦) مُنْفَعَتِهِ ، فَهُوَ كَالْبَاقِي عَلَى مِلْكِهِ .

فصل : وَإِنْ أَجَرَ عَيْنًا ثُمَّ بَاعَهَا ، صَحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى الْمُنْفَعَةِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ الْبَيْعُ ، كَالنِّكَاحِ ، وَلَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ ؛ قِيَاسًا عَلَى النِّكَاحِ . وَإِنْ

(١) فِي م : « أَكْرَى » .

(٢) فِي ف ، م : « يَكُن » .

(٣) بَعْدَهُ فِي م : « الصَّبْرُ » .

(٤) فِي س ٢ : « يَبْذُلُهُ » .

(٥) فِي م : « مِنْ » .

(٦) فِي س ٢ : « بَذَلَ » .

باعها من المستأجر، صحَّ؛ لذلك. وفي الإجارة وجهان؛ أحدهما، تبطل؛ لأنها عقد على المنفعة، فأبطلها ملك الرقبة، كالنكاح. فعلى هذا، يسقط من الأجرة بقدر ما بقي «من المدة»^(١). والثاني، [١٩٩ظ] لا تبطل؛ لأنه عقد على الثمرة، فلم تبطل بملك الأصل، كما لو اشترى ثمرة شجرة، ثم ملك أصلها. ومتى وجد المستأجر عيناً ففسخ به، رجع على المؤجر؛ لأنَّ عوض الإجارة له، فالرجوع عليه، وإن كان المستأجر هو المشتري، فكذلك، إن قلنا: لا تنفسخ الإجارة. وإن قلنا: تنفسخ. لم يرجع على أحد.

فصل: ولا تنفسخ الإجارة بموت المتكاريئين، ولا موت أحدهما؛ لأنه عقد لازم، فلا يبطل بموت المتعاقدين مع سلامة المعقود عليه، كالبيع. وإن أجز عينا موقوفة عليه، ثم مات، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا تبطل؛ لأنه أجز ما له إجارته^(٢)، فلم تبطل بموته، كما لو أجز ملكه، ولكن يرجع البطلان الثاني في ترك المؤجر بأجرة المدة الباقية، إن كان قبضها؛ لأنَّ المنافع لهم، فاستحقوا أجرها. والثاني، تبطل فيما بقي من المدة؛ لأننا تبيننا^(٣) أنه أجز ملكه وملك غيره، فإنَّ المنافع بعد موته لغيره، بخلاف المالك، فإنَّ ورثته إنما يملكون ما خلفه، وما خرج عن ملكه بالإجارة في حياته غير مخلف، فلم يملكوه، والأمر إلى من انتقل إليه

(١ - ١) في الأصل: «في الذمة».

(٢) في الأصل: «إجارة»، وبعده في م: «شرعا».

(٣ - ٣) في الأصل: «آخر».

الْوَقْفُ فِي إِجَارَتِهِ أَوْ تَرْكِهِ . فَعَلَى هَذَا ، يَزْجَعُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى الْمُؤْجِرِ بِأَجْرِ
بَقِيَّةِ الْمُدَّةِ . وَإِنْ أَجَرَ الْوَلِيُّ الصَّبِيَّ ، أَوْ ^(١) مَالَهُ مُدَّةً ، فَبَلَغَ فِي أَثْنَائِهَا ، فَفِيهِ
وَجْهَانِ أَيْضًا كَهَذَيْنِ .

(١) فِي م : «و» .

بَابُ مَا يُلْزَمُ الْمُتَكَارِيْنِ وَمَا لَهُمَا فِعْلُهُ

يَجِبُ عَلَى الْمُكْرِي مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلتَّمْكِينِ^(١) مِنَ الْإِنْتِفَاعِ ؛ كِمِفْتَاحِ الدَّارِ ، وَزِمَامِ الْجَمَلِ ، وَالْقَتَبِ^(٢) ، وَالْحَزَامِ ، وَلِجَامِ الْفَرَسِ وَسَرْجِهِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ التَّمْكِينَ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ ، وَلَا يَحْصُلُ إِلَّا بِذَلِكَ ، وَمَا تَلَفَ مِنْ ذَلِكَ فِي يَدِ الْمُكْتَرِي ، لَمْ يَضْمَنْهُ ، كَمَا لَا يَضْمَنُ الْعَيْنُ ، وَعَلَى الْمُكْرِي بِذَلِكَ^(٣) ؛ لِأَنَّ التَّمْكِينَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْمُكْتَرِي الْمَنْفَعَةَ . فَأَمَّا مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِكَمَالِ الْإِنْتِفَاعِ ؛ كَالْحَبْلِ ، وَالذَّلْوِ ، وَالْمَحْمِلِ ، وَالْغِطَاءِ ، وَالْحَبْلِ الَّذِي يَقْرُنُ بِهِ بَيْنَ الْمُحْمَلَيْنِ ، فَهُوَ عَلَى الْمُكْتَرِي ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُرَادُّ لِكَمَالِ الْإِنْتِفَاعِ ، فَأَشْبَهَ بُسْطَ الدَّارِ .

فصل : وَعَلَى الْمُكْرِي رَفْعُ الْحَمْلِ وَحَطُّهُ ، وَرَفْعُ الْأَحْمَالِ ، وَسَوْقُ الظَّهْرِ وَقَوْدُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْعَادَةُ ، فَحَمْلُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُنْزَلَ الرَّائِبُ لِلطَّهَارَةِ وَصَلَاةِ الْفَرَضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ فِعْلُهُ رَاكِبًا ، وَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْهِ لِلْأَكْلِ وَالنَّفْلِ ؛ لِأَنَّهُ مُمَكِّنٌ عَلَى الظَّهْرِ ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُتْرِكَ الْجَمَلُ لِلْمَرْأَةِ وَالْمَرِيضِ وَالضَّعِيفِ . وَإِنْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى تَسْلِيمِ الظَّهْرِ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ

(١) فِي م : « مِنَ التَّمْكِينِ » .

(٢) الْقَتَبُ : الرَّحْلُ الصَّغِيرُ عَلَى قَدَرِ سَنَامِ الْبَعِيرِ .

(٣) فِي س ٢ : « بِذَلِكَ » .

ذلك . فأمَّا أُجْرَةُ الدَّلِيلِ ، فإن كانت الإجازة على تَحْصِيلِ الرَّاكِبِ ^(١) في
الْبَلَدِ ، فعلى ^(٢) المَكْرِي ؛ لأنَّه من مُؤَنَةِ التَّحْصِيلِ ، وإن كانت على تَسْلِيمِ
الظَّهْرِ ، أو على مُدَّةٍ ، فهو على المَكْتَرِي ؛ لأنَّ الذي على المَكْرِي تَسْلِيمُ
الظَّهْرِ وقد فَعَلَ .

وعلى المَكْرِي تَسْلِيمُ الدَّارِ فارِغَةً [٢٠٠ و] الحَشِّ ^(٣) والبَالُوعَةِ ؛ لأنَّه من
التَّمْكِينِ ^(٤) ، فإن امْتَلَأَ في يَدِ المَكْتَرِي ، فعليه كَسْحُهُ ؛ لأنَّه مَلَأَهُ ، فكان
عليه إِزَالَتُهُ ، كَتَنْظِيفِ الدَّارِ . وعلى المَكْرِي إِضْلَاحُ ما انْهَدَمَ مِنَ الدَّارِ ،
وَتَكْشَرُ مِنَ الخَشَبِ ؛ لأنَّه من التَّمْكِينِ .

وإذا اسْتَأْجَرَ ظَهْرًا لِلرِّضَاعِ وَشَرَطَ الحِضَانَةَ ، وهى خِدْمَةُ الصَّبِيِّ وَغَسْلُ
خِرْقَتِهِ ، لَزِمَهَا ، وإن لم يَشْتَرِطْهُ عَلَيْهَا ، لم يَلْزَمْهَا إِلَّا الرِّضَاعُ ؛ لأنَّهُمَا
مَنْفَعَتَانِ مَقْصُودَتَانِ تَنْفَرِدُ إِحْدَاهُمَا عَنِ الأُخْرَى ، فلم تَلْزَمْ إِحْدَاهُمَا بِالْعَقْدِ
على الأُخْرَى . وعليها أن تَأْكُلَ وَتَشْرَبَ ما يَدِرُّ به اللَّبَنُ وَيَصْلُحُ به ،
وللْمَكْتَرِي مُطَابَقَتُهَا به ؛ لأنَّه من التَّمْكِينِ ، وَيَضُرُّ الصَّبِيَّ تَرْكُهُ .

فصل : وعلى المَكْرِي عَافُ الظَّهْرِ وَسَقْيُهُ ؛ لأنَّه من التَّمْكِينِ ، فإن

(١) بعده فى س ٢ : « وصلاة الفرض » .

(٢) فى الأصل : « فهو على » .

(٣) الحش : البستان ، والفتح أكثر من الضم ، وقال أبو حاتم : يقال لبستان النخل : حش ،
والجمع حُشَّان وحِشَّان . فقولهم : بيت الحش . مجاز ؛ لأن العرب كانوا يقضون حوائجهم فى
البساتين ، فلما اتخذوا الكنف وجعلوها خلفا عنها ، أطلقوا عليها ذلك الاسم . المصباح المنير (ح
ش ش) .

(٤) فى م : « التمكن » .

هَرَبَ وَتَرَكَ جِمَالَهُ ، رُفِعَ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَحْكُمَ فِي مَالِ الْجَمَّالِ بِالْعَلْفِ ،
فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا ، اقْتَرَضَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ اقْتَرَضَ مِنَ الْمُكَتَرَى ، أَوْ أَذِنَ لَهُ فِي
الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا قَرْضًا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ . وَإِنْ كَانَ فِي الْجِمَالِ فَضْلٌ
عَنِ الْمُكَتَرَى ، بَاعَهُ وَأَنْفَقَ مِنْهُ ، فَإِذَا رَجَعَ الْجَمَّالُ وَ^(١) اِخْتَلَفَا فِي النَّفَقَةِ ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْفِقِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، إِذَا كَانَتْ دَعْوَاهُ لِقَدْرِ النَّفَقَةِ بِالْمَعْرُوفِ ، وَمَا
زَادَ لَا يَرْجِعُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَطَوِّعٌ ، فَإِنْ أَنْفَقَ ^(٢) مِنْ غَيْرِ^(٣) إِذْنِ الْحَاكِمِ مَعَ
إِمْكَانِهِ ، وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ ، فَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى مَنْ
ضَمِنَ دَيْنَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يُشْهِدُهُ فَأَنْفَقَ ، فَفِي الرُّجُوعِ
وَجْهَانِ ؛ أَصْحُهُمَا ، يَرْجِعُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ ضَرُورَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا يُنْفَقُ^(٣) عَلَى
الْآبِقِ فِي رَدِّهِ ، وَإِذَا وَصَلَ دَفَعَ الْجِمَالُ إِلَى الْحَاكِمِ لِيُوفِيَ الْمُنْفِقَ نَفَقَتَهُ مِنْهَا ،
وَيَفْعَلَ فِي سَائِرِهَا مَا يَرَى الْحَظُّ فِيهِ لَصَاحِبِهَا ؛ مِنْ يَتَّعِهَا وَحِفْظِ ثَمَنِهَا ، أَوْ
بَيْعِ بَعْضِهَا وَإِنْفَاقِهِ عَلَى بَاقِيهَا .

فصل : وليس على الْمُكَتَرَى مُؤَنَّةُ رَدِّ الْعَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ
مُؤَنَّةُ رَدِّهَا ، كَالْوَدِيعَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْذُونٍ لَهُ فِي إِمْسَاكِهَا
بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّتِهَا ، فَلَزِمَهُ مُؤَنَّةُ رَدِّهَا ، كَالْعَارِيَةِ .

فصل : ولِلْمُكَتَرَى اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِالْمَعْرُوفِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي
الْمُتَعَارَفَ ، فَصَارَ كَالْمَشْرُوطِ ، فَإِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا لِلشُّكْنَى ، فَلَهُ وَضْعُ مَتَاعِهِ

(١) فِي م : « أَوْ » .

(٢ - ٢) فِي ف : « بَغِيرِ » .

(٣) فِي م : « لَوْ أَنْفَقَ » .

فيها ؛ لأنه مُتَعَارَفٌ فِي الشُّكْنَى ، وَيَتَرَكُ فِيهَا مِنَ الطَّعَامِ مَا جَرَتْ عَادَةُ السَّائِكِينَ بِهِ ؛ لِذَلِكَ ، وَلَيْسَ لَهُ جَعْلُهَا مَخْزِنًا لِلطَّعَامِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ ؛ لِأَنَّ الْفَأَرَ تَنْقُبُ الْحَيَاطَانَ لِلْوُصُولِ إِلَيْهِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْبِطَ فِيهَا الدَّوَابَّ ، وَلَا يَطْرَحَ فِيهَا الرَّمَادَ وَالتُّرَابَ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ بِهِ ، وَإِنْ أَكْثَرَى قَمِيصًا لِيَلْبَسَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنَامَ فِيهِ لَيْلًا ، وَلَهُ ذَلِكَ نَهَارًا ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ الْخَلْعُ لِنَوْمِ اللَّيْلِ دُونَ النَّهَارِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَرَّ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِنَ اللَّبْسِ ، وَلَهُ أَنْ يَزْتَدِيَ بِهِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَفُّ . وَالْآخَرُ ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ الْمُتَعَارَفِ فِي لُبْسِ الْقَمِيصِ . وَإِنْ أَكْثَرَى ظَهْرًا فِي طَرِيقِ الْعَادَةِ السَّيْرِ فِيهِ زَمَنًا دُونَ زَمَنِ ، لَمْ يَسِرْ [٢٠٠ ظ] إِلَّا فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَعَارَفُ ، وَإِنْ كَانَتِ الْعَادَةُ التَّزُولَ لِلرَّوَّاحِ ، وَكَانَ رَجُلًا قَوِيًّا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزِمُهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَعَارَفُ . وَالثَّانِي ، لَا يَلْزِمُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرَى لِلرُّكُوبِ فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ ، فَلَمْ يَلْزِمُهُ تَرْكُهُ فِي بَعْضِهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ إِلَى مَكَّةَ ، لَمْ يَجُزْ ^(١) أَنْ يَحُجَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ ، وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَحُجَّ عَلَيْهِ ، فَلَهُ الرُّكُوبُ إِلَى مَنَى ، ثُمَّ إِلَى عَرَفَةَ ، ثُمَّ إِلَى مَكَّةَ . وَهَلْ لَهُ أَنْ يَرْكَبَهُ عَائِدًا إِلَى مَنَى ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ حَلَّ مِنَ الْحَجِّ . وَالثَّانِي ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْحَجِّ .

فصل : وَلَهُ ضَرْبُ الظَّهْرِ ، وَكَبْحُهُ بِاللِّجَامِ ، وَرَكْضُهُ بِرِجْلِهِ لِلْمَصْلَحَةِ ^(٢) ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضَرَبَ جَمَلَ جَابِرٍ حِينَ سَاقَهُ ^(٣) . وَلِأَنَّهُ

(١) بعده في ف : « له » .

(٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٧ ، من حديث : اشترى من جابر بعيرا .

لَا يُتَوَصَّلُ إِلَى اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ إِلَّا بِهِ ، فَمَلَكَهُ ، كَرُكُوبِهِ . وَإِنْ شَرَطَ حَمْلَ
أَرْطَالٍ مِنَ الزَّادِ ، فَلَهُ إِبْدَالُ مَا يَأْكُلُ ؛ لِأَنَّ لَهُ غَرَضًا فِي أَنْ يَشْتَرِيَ الزَّادَ مِنْ
الطَّرِيقِ ، لِيَخِفَّ ^(١) عَلَيْهِ حَمْلُهُ ، فَمَلَكَ بَدَلَهُ ^(٢) ، كَالَّذِي يَشْرَبُ مِنَ الْمَاءِ .

فصل : وله أن يَسْتَوْفِيَ النَّفْعَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ^(٣) وَمِثْلَهُ وَدُونَهُ فِي الضَّرَرِ ،
وَلَا يَمْلِكُ فَوْقَهُ ، وَلَا مَا يُخَالِفُ ضَرْرَهُ ضَرْرَهُ ^(٤) ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ فَوْقَ حَقِّهِ ، أَوْ
غَيْرَ حَقِّهِ . فَإِنْ اكْتَرَى ظَهْرًا فِي طَرِيقٍ ، فَلَهُ رُكُوبُهُ إِلَى ذَلِكَ الْبَلَدِ فِي مِثْلِهِ
وَدُونِهِ فِي الْخُشُونَةِ وَالْمَسَافَةِ وَالْمَخَافَةِ ، وَلَا يَرْكَبُهُ ^(٥) فِي أَحْسَنَ مِنْهُ ، وَلَا
أَبْعَدَ ، وَلَا أَخَوْفَ . وَإِنْ اكْتَرَى أَرْضًا لِلْغَرَسِ ^(٦) وَالْبِنَاءِ ، فَلَهُ زَرْعُهَا ؛ لِأَنَّهُ
أَقْلُ ضَرَرًا . وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِأَحَدِهِمَا لَمْ يَمْلِكِ الْآخَرَ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَ كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا يُخَالِفُ ضَرَرَ الْآخَرِ ، وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِلزَّرْعِ ، لَمْ يَغْرِسْ ، وَلَمْ يَبْنِ ؛
لِأَنَّهُمَا أَضَرُّ مِنْهُ ، وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لَزَرْعِ الْحِنْطَةِ ، فَلَهُ زَرْعُهَا ، وَزَرْعُ مَا ضَرَرَهُ
كَضَرَرِهَا أَوْ أَذْنَى ، كَالشَّعِيرِ وَالْبَاقِلَا ، وَلَا يَمْلِكُ زَرْعُ الدُّخَنِ ^(٧) وَالدُّرَّةِ
وَالْقُطْنِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهَا أَكْثَرُ . وَإِنْ اكْتَرَى ظَهْرًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ قُطْنًا ، لَمْ يَجُزْ
أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ حَدِيدًا ؛ لِأَنَّهُ أَضَرُّ عَلَى الظَّهْرِ ؛ لِاجْتِمَاعِهِ وَثِقَلِهِ ، وَإِنْ
اِكْتَرَاهُ لِلْحَدِيدِ ، لَمْ يَحْمِلْ عَلَيْهِ قُطْنًا ؛ لِأَنَّهُ أَضَرُّ ، لِتَجَافِيهِ وَهُبُوبِ الرِّيحِ

(١) فِي م : « لِيَخِفَّ » .

(٢) فِي س ٢ : « بَدَلَهُ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، م .

(٥) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « إِلَّا » .

(٦) فِي م : « لِلْغَرَسِ » .

(٧) الدُّخْنُ : نَبَاتٌ عَشْبِيٌّ حَبُّهُ صَغِيرٌ كَحَبِّ السَّمْسَمِ .

فيه ، وإن اُكْتَرَاه لِيَزْكَبه ، لم يَحْمِلْ عليه ؛ لأنَّ الرَّايِب يُعِينُ الظَّهْرَ بِحَرَكَتِهِ ، وإن اُكْتَرَاه لِلْحَمْلِ ، لم يَمْلِكْ رُكُوبَهُ ؛ لأنَّ الرَّايِب يَقْعُدُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ، وَالْحِمْلُ يَتَفَرَّقُ عَلَى جَنْبَيْهِ ، وَإِنْ شَرَطَ رُكُوبَهُ عُزَيًّا^(١) ، لم يَزَكَبْ بِسَرَجٍ ؛ لَأَنَّهُ زِيَادَةٌ ، وَإِنْ شَرَطَ رُكُوبَهُ بِسَرَجٍ ، لم يَزَكَبْهُ عُزَيًّا^(٢) ؛ لَأَنَّهُ يَضُرُّ بِظَهْرِ الْحَيَوَانِ .

وَالْعَارِيَّةُ كَالِإِجَارَةِ فِي هَذَا ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ لِلْمَنْفَعَةِ ، فَأَشْبَهَتِ الْإِجَارَةَ .

فصل : وله أن يَسْتَوْفِيَ الْمَنْفَعَةَ بِنَفْسِهِ وَبِمِثْلِهِ ، فَإِنْ اُكْتَرَى دَارًا ، فله أن يُسْكِنَهَا مِثْلَهُ ، وَمَنْ هُوَ دُونَهُ فِي الضَّرَرِ ، وَلَا يُسْكِنُهَا مَنْ هُوَ أَضَرُّ مِنْهُ ، وَإِنْ اُكْتَرَى ظَهْرًا يَزْكَبُهُ ، فله أن يُزَكِبَهُ مِثْلَهُ ، وَمَنْ هُوَ أَخَفُّ مِنْهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْفَضْلِ^(٣) قَبْلَهُ . فَإِنْ شَرَطَ أَنْ لَا يَسْتَوْفِيَ غَيْرَ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهَا ، وَلَا يَسْتَوْفِيَ مِثْلَهَا ، وَلَا دُونَهَا ، وَلَا يَسْتَوْفِيَهَا بِمِثْلِهِ ، وَلَا بِدُونِهِ ، صَحَّ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ يُمْلِكُهُ^(٤) الْمَنَافِعَ ، فَلَا يَمْلِكُ إِلَّا مَا مَلَكَهُ . وَيَحْتَمِلُ [٢٠١] أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُوَجِبَ^(٥) الْإِجَارَةِ . وَلَا يَنْطَلُ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَا يُؤَثِّرُ فِي حَقِّ الْمُؤَجِّرِ ، فَلَمَّا ، وَبَقِيَ الْعَقْدُ عَلَى مُقْتَضَاهُ .

فصل : وله أن يُؤْجَرَ الْعَيْنَ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ كَالْبَيْعِ ، وَيَنْعُ الْمَبِيعُ جَائِزٌ ،

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « عَرِيَانًا » .

(٢) فِي م : « عَرِيَانًا » .

(٣) بَعْدَهُ فِي ف : « الَّذِي » .

(٤) فِي م : « يَمْلِكُ » .

(٥) فِي م : « مُقْتَضَى » .

فكذلك إجارة المشتاجر، ويجوز أن يؤجرها للمؤجر وغيره، كما يجوز بيع المبيع للبائع وغيره. فإن أجزها قبل قبضها، لم يجر. ذكره القاضي؛ لأنها لم تدخل في ضمانه، فلم تجز إيجارها، كبيع الطعام قبل قبضه. ويحتمل الجواز^(١)؛ لأن المنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلم يؤثر قبض العين فيها. ويحتمل أن تجوز إيجارها للمؤجر؛ لأنها في قبضه، ولا تجوز من غيره؛ لعدم ذلك. وتجاوز إيجارها بمثل الأجرة وزيادة، كالبيع برأس المال وزيادة. وعنه، إن أحدث في العين زيادة، جازت إيجارها بزيادة، وإن لم يفعل لم يؤجرها بزيادة؛ لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن^(٢). فإن فعل، تصدق بالزيادة. وعنه، يجوز بإذن المالك، ولا يجوز بغير إذنه. والمذهب الأول.

فصل: فإن استوفى أكثر من المنفعة بزيادة متميزة، مثل أن اشترى إلى مكان فجاوزه، أو ليحمل قفيزاً فحمل اثنين، لزمه المسمى لما عقد عليه، وأجرة المثل للزيادة؛ لأنه استوفى المعقود عليه، فاستقر المسمى، ولزمته أجرة الزيادة، كما لو اشترى قفيزاً فقبض اثنين. وإن كانت الزيادة لا تتميز، كرجل اشترى أرضاً ليزرع حنطة فزرع دخنًا، فكذلك. قال أحمد: يُنظر ما يدخل على الأرض من الثقصان ما بين الحنطة والشعير، فيعطى رب الأرض. فأوجب المسمى وزيادة؛ لأنه لما عين الحنطة، تعلق العقد بما يماثله في الضرر، فصار مستوفياً للمعقود عليه وزيادة، كالتى

(١) فى الأصل: «أن لا يجوز».

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٩، ٦٠ من حديث: «لا يحل بيع وسلف».

١. وقال أبو بكر: عليه أَجْرَةُ المِثْلِ للجميع؛ لأنَّه عَدَلَ عن المَعْقُودِ عليه إلى غيره، فَلَزِمَتْهُ أَجْرَةُ المِثْلِ، كما لو زَرَعَ غيرَ الأرضِ، ولَرَبُّ الأرضِ مَنَعُ المُسْتَأْجِرِ مِن زَرَعِ الأرضِ، فإن زَرَعَ، فَحُكْمُهُ في ذلك حُكْمُ الغاصِبِ على ما سَيَأْتِي.

فصل: فإن اِكْتَرَى أرضاً للزَّرْعِ مُدَّةً، فليس له زَرْعٌ^(١) ما لا يُسْتَحْصَدُ فيها؛ لأنَّ عليه تَسْلِيمُهَا فارِغَةً عند انْتِهَائِهَا، وهذا يَمْنَعُ ذلك، وللمالِكِ مَنَعُهُ مِن زَرْعِهِ لذلك، فإن زَرَعَ^(٢)، لم يُجَبَّرْ على قَلْعِهِ في المُدَّةِ؛ لأنَّه مالِكٌ لِمَنْفَعَةِ الأرضِ، فإذا انْقَضَتْ ولم يُحْصَدْ، خَيْرُ المالِكِ بَيْنَ أَخْذِهِ وَدَفْعِ نَفَقَتِهِ، وبَيْنَ تَرْكِهِ بالأَجْرَةِ؛ لأنَّه تَعَدَّى بِزَرْعِهِ، فَأُشْبِهَ الغاصِبَ. وإن كان بَقَاؤُهُ بغيرِ تَفْرِيطٍ؛ إمَّا لِشِدَّةِ بَرْدٍ، أو قِلَّةِ مَطَرٍ أو نحوه، فعلى المُوَجِّرِ تَرْكُهُ بالأَجْرَةِ؛ لأنَّه زَرَعَهُ بِحَقٍّ، فكان عليه المُسَمَّى للمُدَّةِ، وأُجْرَةُ المِثْلِ للزائد لا غير.

فصل: فإن اِكْتَرَاهَا مُدَّةً لِيَزْرَعَ فيها زَرْعًا لا يَكْمُلُ فيها، وَشَرَطَ قَلْعَهُ في آخِرِهَا، صَحَّ العَقْدُ والشَّرْطُ؛ لأنَّه قد يَكُونُ له غَرَضٌ صَحِيحٌ فيه، وإن شَرَطَ تَبْقِيَّتَهُ حتى يَكْمُلَ، فَسَدَ العَقْدُ؛ [٢٠١ ظ] لَجَهْلِ المُدَّةِ، ولأنَّ شَرْطَ تَبْقِيَّتِهِ يُنَافِي تَقْدِيرَ^(٣) مُدَّتِهِ، وللمُوَجِّرِ مَنَعُهُ مِن الزَّرْعِ؛ لأنَّ العَقْدَ فاسِدًا، فإن زَرَعَهُ، لَزِمَ إِبْقَاؤُهُ بِشَرْطِهِ؛ لأنَّه زَرَعَهُ بِإِذْنِ المالِكِ. وإن أَطْلَقَ العَقْدَ،

(١) سقط من: الأصل.

(٢) في م: «فعل».

(٣) في الأصل: «بعد».

صَحَّ ؛ لَأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِالْأَرْضِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ مُمَكِّنٌ ، فَإِذَا انْقَضَتْ وَالزَّرْعُ
بَاقٍ ، اِحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُحْكَمُهُ مُحْكَمُ الْمَفْرُطِ ؛ لَزَرْعِهِ فِي مُدَّةِ الْإِجَارَةِ مَا لَا
يَكْمُلُ فِيهَا ، وَاحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُحْكَمُهُ مُحْكَمُ غَيْرِ الْمَفْرُطِ ؛ لِتَفْرِيطِ الْمُؤْجِرِ
بِإِجَارَةِ مُدَّةٍ لَا يَكْمُلُ فِيهَا .

فصل : وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِلْغِرَاسِ مُدَّةً ، جاز ، وله الْغَرْسُ فِيهَا ، وَلَا يَغْرِسُ
بَعْدَهَا ؛ لَأَنَّ الْعَقْدَ يَقْتَضِي التَّصَرُّفَ فِي الْمُدَّةِ دُونَ مَا بَعْدَهَا ، فَإِنْ غَرَسَ
فَانْقَضَتِ الْمُدَّةُ ، وَكَانَ مَشْرُوطًا عَلَيْهِ الْقَلْعُ عِنْدَ انْقِضَائِهَا ، أُخِذَ بِمَا شَرَطَهُ ،
وَلَمْ يُلْزَمْهُ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا شَرَطَ الْقَلْعَ مَعَ عِلْمِهِ بِأَنَّهُ يَحْفِرُ الْأَرْضَ ،
كَانَ رَاضِيًا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَرَطَ الْقَلْعَ ، لَمْ يَجِبْ ؛ لَأَنَّ تَفْرِيعَ الْمُسْتَأْجِرِ عَلَى
حَسَبِ الْعَادَةِ ، وَالْعَادَةُ تَرُكُ الْغِرَاسِ حَتَّى يَتَبَسَّ ، وَلِلْمُسْتَأْجِرِ قَلْعُ غَرْسِهِ ؛
لَأَنَّهُ مِلْكُهُ ، فَإِنْ قَلَعَهُ ، لَزِمَهُ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ؛ لِأَنَّهُ حَفَرَهَا لِتَخْلِيصِ مِلْكِهِ مِنْ
مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْلَعَهُ ، فَلِلْمُؤْجِرِ دَفْعُ قِيَمَتِهِ لِمِلْكِهِ ؛ لَأَنَّ
الضَّرَرَ يَزُولُ عَنْهُمَا بِهِ ، أَشْبَهَ الشَّفِيعَ فِي غِرَاسِ الْمُشْتَرِي ، وَإِنْ أَرَادَ قَلْعَهُ ،
وَكَانَ لَا يَنْقُصُ بِالْقَلْعِ ، أَوْ يَنْقُصُ لَكِنَّهُ يَضْمَنُ أَرْضَ النِّقْصِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛
لَأَنَّ الضَّرَرَ يَزُولُ عَنْهُمَا بِهِ ، وَإِنْ اخْتَارَ إِقْرَارَهُ بِأَجْرَةِ مِثْلِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لَأَنَّ
الضَّرَرَ يَزُولُ عَنْهُمَا بِهِ ، وَلصَاحِبِ الشَّجَرِ يَنْتَعُهُ لِلْمَالِكِ وَلِغَيْرِهِ ، فَيَكُونُ
بِمَنْزِلَتِهِ ؛ لَأَنَّ مِلْكَهُ ثَابِتٌ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ الشَّقْصَ الْمَشْفُوعَ . وَالْبِنَاءُ كَالْغِرَاسِ
"فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا" .

بَابُ تَضْمِينِ الْأَجِيرِ وَاخْتِلَافِ الْمُتَكَارِيَيْنِ

الأَجِيرُ عَلَى ضَرْيَيْنِ ؛ خَاصٌّ وَمُشْتَرَكٌ ، فَالْخَاصُّ هُوَ الَّذِي يُؤْجَرُ نَفْسَهُ مُدَّةً ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا يَتَلَفُ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ؛ مِثْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ بِالسَّقْيِ ، فَيَكْسِرَ الْجَرَّةَ ، أَوْ "بَكِيلِ شَيْءٍ" (١) ، فَيَكْسِرَ الْكَيْلَ ، أَوْ بِالْحَزَبِ ، فَيَكْسِرَ آلَتَهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ . أَوْ بِالرَّغْيِ ، فَتَهْلِكَ الْمَاشِيَةُ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ .

وَالْمُشْتَرَكُ الَّذِي يُؤْجَرُ نَفْسَهُ عَلَى عَمَلٍ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ يَضْمَنُ مَا تَلَفَ بِعَمَلِهِ . وَنَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي حَائِكِ دُفِعَ إِلَيْهِ غَزْلٌ ، فَأَفْسَدَ حَيَاكَتَهُ : يَضْمَنُ . وَالْقَصَّارُ ضَامِنٌ لِمَا يَتَخَرَّقُ مِنْ مَدَّةٍ وَدَقَّةٍ (٢) وَعَصْرِهِ وَبَسْطِهِ ، وَالطَّبَّاحُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ مِنْ طَبِخِهِ (٣) ؛ لِمَا رَوَى خِلَاسُ (٤) بَنُ عَمْرٍو أَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَانَ يُضْمَنُ الْأَجِيرَ (٥) . وَلِأَنَّهُ قَبَضَ الْعَيْنَ

(١) فِي الْأَصْلِ : «يَأْمُرُهُ بِالْكَيْلِ» .

(٢) فِي س ٢ : «وَدَفَعَهُ» .

(٣) فِي س ٢ ، ف : «طَبِخِهِ» .

(٤) فِي م : «جِلَاسُ» .

وَهُوَ خِلَاسُ بَنِ عَمْرٍو الْهَجَرِيُّ الْبَصْرِيُّ ، تَابَعِيَ ثِقَةٌ ، تَوَفَّى قَبِيلَ الْمَائَةِ . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٣ /

١٧٦ - ١٧٨ .

(٥) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي تَضْمِينِ الْأَجْرَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى

١٢٢ / ٦ . وَقَالَ : وَأَهْلُ الْعِلْمِ بِالْحَدِيثِ يَضْعَفُونَ أَحَادِيثَ خِلَاسٍ عَنْ عَلِيٍّ .

لْمُنْفَعَةِ^(١) مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ ، فَكَانَ ضَامِنًا لَهَا ، كَالْمُسْتَعِيرِ . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ : إِنْ كَانَ يَعْمَلُ فِي مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ ، كَخَيَّاطٍ أَوْ خَبَّازٍ أَخَذَهُ إِلَى دَارِهِ لِيَسْتَعْمِلَهُ فِيهَا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ مَا لَمْ يَتَعَدَّ فِيهِ ، مِثْلَ أَنْ يُسْرِفَ فِي الْوُقُودِ ، أَوْ يُلْزِقَهُ قَبْلَ وَقْتِهِ ، أَوْ يَتْرُكَهُ بَعْدَ وَقْتِهِ ، فَيُضْمَنَ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ [٢٠٢] بَعْدَوَانِهِ ، وَمَا لَا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ نَفْسَهُ إِلَى صَاحِبِ الْعَمَلِ ، فَأَشْبَهَ الْخَاصَّ . وَإِنْ كَانَ الْعَمَلُ فِي غَيْرِ مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ ، ضَمِنَ مَا جَنَتْ يَدُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا تَلَفَ مِنْ جِرْزِهِ ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمُوَدَّعَ ، إِنْ حَبَسَهَا عَلَى أَجْرَتِهَا فَتَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدُّ بِإِمْسَاكِهَا ، إِذْ لَيْسَتْ رَهْنًا وَلَا عِوَضًا عَنِ الْأَجْرَةِ .

فصل : ولا ضمان على المستأجر في العين المستأجرة إن تلفت بغير تفريط ؛ لأنه قبضها ليستوفي منها^(٢) ما ملكه فيها^(٣) ، فلم يضمنها ، كالزوجة ، والنخلة التي اشتراها ليستوفي ثمرتها . وإن تلفت بفعله بغير عُدْوَانٍ ، كضرب الدابة وكبحها ، لم يضمن ؛ لأنها تلفت من فعل مستحق ، فلم يضمنها ، كما لو تلفت^(٤) تحت الحمل ، وإن تلفت بعُدْوَانٍ ، كضربها من غير حاجة ، أو لإسرافه فيه ، ضمن ؛ لأنه جناية على مال الغير . وإن اقتصرت على مكان ، فتجاوزته ، فهلك الظهر ، ضمنه ؛ لأنه

(١) في م : « لمنفعة » .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل ، وفي س ٢ ، م : « منها » .

(٤) بعده في س ٢ : « بفعله » .

مُتَعَدِّ ، أَشْبَهَ الْغَاصِبَ ، وَإِنْ هَلَكَ بَعْدَ نُزُولِهِ عَنْهُ ، وَتَسْلِيمِهِ إِلَى صَاحِبِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ بَرِيءٌ بِتَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ هَلَاكُهُ لَتَعَبِ الْحَمْلِ ، فَيَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ هَلَكَ بَعْدُ وَاثِنَهُ . وَإِنْ حَمَلَ^(١) عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِمَّا اسْتَأْجَرَهُ ، فَتَلَفَ ، ضَمِنَهُ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ اكْتَرَى دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا ، فَارْكَبَ^(٢) مَعَهُ آخَرَ بَغِيرِ^(٣) إِذْنِ ، فَتَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا الْآخَرُ كُلُّهَا ؛ لِأَنَّ عُذْوَانَهُ سَبَبُ تَلَفِهَا ، فَضَمِنَهَا ، كَمَنْ أَلْقَى حَجَرًا فِي سَفِينَةٍ مُوقَرَةٍ فَغَرَّقَهَا . وَإِنْ تَلَفَتِ الدَّابَّةُ بَعْدَ عَوْدِهَا إِلَى الْمَسَافَةِ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّ يَدَهُ صَارَتْ ضَامِنَةً ، فَلَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِ جَدِيدٍ ، وَلَمْ يُوجَدْ .

فصل : وَلَوْ قَالَ لِحَيَّاطٍ : إِنْ كَانَ هَذَا يَكْفِينِي قَمِيصًا فاقْطَعْهُ . فَقَطَعَهُ ، فَلَمْ يَكْفِهِ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَذِنَ لَهُ فِي قَطْعِهِ بِشَرْطِ الْكِفَايَةِ ، وَلَمْ يُوجَدْ . وَإِنْ قَالَ : هُوَ يَكْفِيكَ قَمِيصًا . فَقَالَ : اقْطَعْهُ . فَقَطَعَهُ ، فَلَمْ يَكْفِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَهُ بِإِذْنِ مُطْلَقٍ .

فصل : وَمَنْ أَجَرَ عَيْنًا ، فامْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهَا ، فَلَا أُجْرَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمِ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ عِوَضَهُ ، كَالْمَبِيعِ^(٤) إِذَا لَمْ يُسَلِّمْهُ . وَإِنْ سَلَّمَهُ بَعْضَ الْمُدَّةِ ، وَمَنَعَهُ بَعْضًا ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا أُجْرَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ مَا تَنَاولَهُ الْعَقْدُ ، فَأَشْبَهَ الْمُتَمَتِّعَ^(٥) مِنْ تَسْلِيمِ الْجَمِيعِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُلْزَمَهُ

(١) فِي الْأَصْلِ : «عَمِلَ» .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «فَارْكَبَ» .

(٣) فِي ف : «مِنْ غَيْرِ» .

(٤) فِي س ٢ : «كَالْمَبِيعِ» .

(٥) فِي س ١ : «الْمُبِيعِ» .

عَوَضُ مَا اسْتَوْفَاه ، كما لو باعه مَكِيلًا ، فَسَلَّمَ إِلَيْهِ بَعْضَهُ وَمَنْعَهُ مِنْ بَاقِيهِ .
وإن أُجِرَ نَفْسَهُ عَلَى عَمَلٍ وَاُمْتَنَعَ مِنْ تَمَامِهِ ، فَكَذَلِكَ ، وإن أُجِرَ عَبْدَهُ
فَهَرَبَ ، أو دَابَّتْ فَشَرَدَتْ ، فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ ، فَلَهُ مِنَ الْأُجْرَةِ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى
مِنَ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ مَاتَ . وإن تَلَفَ الثَّوبُ فِي
يَدِ الصَّانِعِ بِغَيْرِ تَقْرِيطِهِ ، فَلَا أُجْرَةَ لَهُ فِيمَا عَمِلَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَى
الْمُسْتَأْجِرِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ عَوَضَهُ ، وإن تَلَفَ بِتَقْرِيطِهِ ، خَيْرُ الْمَالِكِ بَيْنَ
تَضْمِينِهِ إِيَّاهُ مَعْمُولًا وَيَدْفَعُ إِلَيْهِ أُجْرَتَهُ ، وَبَيْنَ تَضْمِينِهِ إِيَّاهُ غَيْرَ مَعْمُولٍ وَلَا
أُجْرَةَ لَهُ . وإن اسْتَأْجَرَ الْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ أَجِيرًا خَاصًّا ، فَأَتْلَفَ الثَّوبَ ، فَلَا
ضَمَانَ^(٢) عَلَى الْخَاصِّ ، وَيُضْمَنُهُ الْمُشْتَرَكُ .

فصل : وإذا اختلف المتكاريان^(٣) في قدر^(٣) الأجرة ، أو المنفعة ، تحالفا ؛
[٢٠٢ ظ] لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، أَشْبَهَ الْبَيْعِ ، ثُمَّ الْحُكْمُ فِي فسخ الإجارة
كَالْحُكْمِ فِي فسخ البيع ؛ لِأَنَّهَا بَيْعٌ . وإن اختلفا في العُدْوَانِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعُدْوَانِ ، وَالْبَرَاءَةُ مِنَ الضَّمَانِ . وإن اختلفا في
رَدِّ الْعَيْنِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤْجِرِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ
الرَّدِّ ، وَلِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ قَبْضَ الْعَيْنِ لِنَفْسِهِ ، أَشْبَهَ الْمُسْتَعِيرَ . وَالثَّانِي ، الْقَوْلُ
قَوْلُ الْأَجِيرِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، فَأُشْبِهَ الْمُودَعَ . وإن هَلَكَتِ الْعَيْنُ ، فَقَالَ الْأَجِيرُ :
هَلَكْتُ بَعْدَ الْعَمَلِ ، فَلِيَ الْأُجْرَةُ . فَأَنْكَرَهُ الْمُسْتَأْجِرُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « فَاُمْتَنَعَ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي س ٢ : « عَلَيْهِ » .

(٣ - ٣) فِي س ٢ : « عَلَى » .

الأصل عدم العمل . وإن دفع ثوبًا إلى خياط ، فقطعه قباءً ، وقال : بهذا^(١)
أمرتني ، فلي الأجرة ، ولا ضمان علي . وقال صاحبه : إنما أمرتك بقطعه
قميصًا . فالقول قول الأجير . نص عليه ؛ لأنه مأذون له في القطع^(٢) ،
والخلاف في صفته ، فكان القول قول المأذون له ، كالمضارب ، ولأن
الأصل عدم وجوب الغرم ، فكان القول قول من ينفيه . ويتخرج أن يقبل
قول المالك ؛ لأن القول قوله في أصل الإذن ، فكذلك في صفته ، ولأن
الأصل عدم ما ينفيه ، فكان القول قوله فيه .

(١) في م : « لهذا » .

(٢) في م : « قطعه » .

بَابُ الْجَعَالَةِ

وهي أن يجعل جُعلاً لمن يعمل له عملاً ؛ من ردّ آبق ، أو ضالة ، أو بناء ، أو خيطة ، وسائر ما يشتجر عليه من الأعمال ، فيجوز ذلك ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ﴾ ^(١) . "وروى" أبو سعيد أن ناساً ^(٢) من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب ، فلم يقرؤهم ، فبينما ^(٣) هم كذلك إذ لدغ سيّد أولئك ، فقالوا : هل فيكم من راق ؟ فقالوا : لم تقرؤنا فلا نفعل ، أو تجعلوا لنا جُعلاً . فجعلوا لهم قطع شياه ، فجعل رجل يقرأ بأُم القرآن ، ويجمع بزاقه ويثقل ، فبرأ الرجل ، فأتوهم بالشاء ^(٤) ، فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله ﷺ . ^(٥) فسألوا عنها النبي ﷺ فقال : « وَمَا أَذْرَاكَ أَنَّهَا رُقِيَّةٌ ؟ خذوها ، واضربوا لى منها بسهم » . متفق عليه ^(٦) . ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك في ردّ الضالة ونحوها ، فجاز ، كالإجارة .

(١) سورة يوسف ٧٢ .

(٢ - ٢) في س ٢ : « وقال » ، وفي م : « ولما » .

(٣) في الأصل : « أناسا » .

(٤) في م : « بينا » .

(٥) في الأصل ، م : « بالشيء » .

(٦ - ٦) سقط من : م .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٤ .

ويجوزُ عَقْدُ الجَعَالَةِ لعَامِلٍ غيرِ مُعَيَّنٍ، وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ، فيَقُولُ: مَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ كَذَا. لِلآيَةِ، وَلأنَّ الحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهِ مَعَ الجَهْلِ، فَجَاز، كَالْمُضَارَبَةِ. وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِعَوَضٍ مَعْلُومٍ؛ لَأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فَاشْتَرَطَ الْعِلْمُ^(١) بِعَوَضِهِ، كَالِإِجَارَةِ، فَإِنْ شَرَطَ^(٢) مَجْهُولًا، فَسَدَ، وَلَهُ أُجْرَةُ المِثْلِ؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ يَجِبُ المُسَمَّى فِي صَحِيحِهِ، فَوَجِبَتْ أُجْرَةُ المِثْلِ فِي فَاسِدِهِ، كَالِإِجَارَةِ.

فصل: وَهِيَ عَقْدٌ جَائِزٌ؛^(٣) لَأَنَّهُ تَنَعُّدٌ^(٤) عَلَى مَجْهُولٍ، فَكَانَتْ جَائِزَةً، كَالْمُضَارَبَةِ، وَأَيُّهُمَا فَسَخَ قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي الْعَمَلِ، [و٢٠٣] فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ،^(٥) وَإِنْ فَسَخَ^(٥) الْعَامِلُ قَبْلَ تَمَامِ الْعَمَلِ، فَلَا شَيْءَ لَهُ؛ لَأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّهُ^(٦) بَعْدَ الْفَرَاغِ^(٧) مِنْ عَمَلِهِ^(٧)، وَقَدْ تَرَكَهُ. وَإِنْ فَسَخَهُ الْجَاعِلُ بَعْدَ التَّلَبُّسِ بِهِ، فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ مَا عَمِلَ الْعَامِلُ؛ لَأَنَّهُ إِنَّمَا عَمِلَ بِعَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ، وَإِنْ تَمَّ الْعَمَلُ، لَزِمَ الْعَقْدُ، وَوَجِبَ الْجُعْلُ؛ لَأَنَّهُ اسْتَقَرَّ بِتَمَامِ الْعَمَلِ، فَأَشْبَهَ الرُّبْحَ فِي الْمُضَارَبَةِ، وَإِنْ زَادَ فِي الْجُعْلِ أَوْ نَقَصَ مِنْهُ قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي الْعَمَلِ، جَازٌ؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ، فَجَازَتْ الزِّيَادَةُ فِيهِ وَالتَّنْقِصَانُ قَبْلَ الْعَمَلِ، كَالْمُضَارَبَةِ.

(١) فِي س ٢: «العمل».

(٢) فِي م: «شرط».

(٣ - ٣) فِي س ٢: «لأنه عقد».

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْل.

(٥) فِي م: «فسخه».

(٦) فِي م: «يستحق».

(٧ - ٧) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْل.

فصل : لا يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ إِلَّا بِفَرَاغِهِ^(١) مِنْ الْعَمَلِ ؛ لَأَنَّهُ كَذَا شَرَطَ ،
وإن جَعَلَ له جُعْلًا على رَدِّ آبِقٍ ، فَرَدَّهُ إلى بابِ الدَّارِ ، فَهَرَبَ ، أو مات قبلَ
تَسْلِيمِهِ ، لم يَسْتَحِقِّ شَيْئًا ؛ لَأَنَّهُ لم يَأْتِ بما جُعِلَ الجُعْلُ فيه . وإن قال : مَنْ
رَدَّهُ مِنْ مِصْرَ فله دِينَارٌ . فَرَدَّهُ مِنْ نِصْفِ طَرِيقِهَا . أو قال : مَنْ رَدَّ عَبْدَيَّ ،
فله دِينَارٌ . فَرَدَّ أَحَدَهُمَا ، فله نِصْفُ الدِّينَارِ ؛ لَأَنَّهُ عَمِلَ نِصْفَ الْعَمَلِ ، وإن
رَدَّهُ مِنْ أْبَعَدَ مِنْ مِصْرَ ، لم يَسْتَحِقِّ إِلَّا الدِّينَارَ ؛ لَأَنَّهُ لم يَضْمَنْ لِمَنْ زَادَ
شَيْئًا . وإن رَدَّهُ جَمَاعَةً ، اشْتَرَكُوا فِي الدِّينَارِ ؛ لَأَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا فِي الْعَمَلِ .
فإن جَعَلَ^(٢) لَوَاحِدٍ فِي رَدِّهِ دِينَارًا ، وَآخَرَ اثْنَيْنِ ، وَآخَرَ ثَلَاثَةً ،^(٣) فَرَدَّهُ
الْثَلَاثَةَ^(٤) ، فَلَكَلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُ جُعْلِهِ . وإن جَعَلَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ثَوْبًا^(٥) ،
فله ثُلُثُ أَجْرَةِ الْمِثْلِ ؛ لَأَنَّهُ عَوَضَ مَجْهُولٌ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَ أَجْرَةِ الْمِثْلِ ، وإن
جَعَلَ لَوَاحِدٍ جُعْلًا ، فَأَعَانَهُ آخَرُ ، فَالْجُعْلُ كُلُّهُ لِلْمَجْعُولِ له ؛ لَأَنَّ الْعَمَلَ كُلَّهُ
له . فإن قال الْآخَرُ : شَارَكَهُ لِأُشَارِكُهُ فِي الْجُعْلِ . فَلِلْعَامِلِ نِصْفُ الْجُعْلِ ؛
لَأَنَّهُ عَمِلَ نِصْفَ الْعَمَلِ ، وَلا شَيْءَ لِلْآخَرِ ؛ لَأَنَّهُ لم يُشْرَطْ له شَيْءٌ .

فصل : وَمَنْ عَمِلَ لغيرِهِ عَمَلًا بِغَيْرِ جُعْلِ ، فلا شَيْءَ له ؛ لَأَنَّهُ بَدَلَ
مَنْفَعَتِهِ^(٥) مِنْ غَيْرِ^(٥) عَوَضٍ ، فلم يَسْتَحِقِّهِ ، وإن التَّقَطَّ لُقْطَةً^(٦) قبلَ الْجُعْلِ ،

(١) فِي م : « بعد فراغه » .

(٢) فِي م : « جعلوا » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « يوما » .

(٥ - ٥) فِي م : « بغير » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

ثم بلغه الجُعْلُ ، لم يَسْتَحِقَّه ؛ لأنَّه وَجِبَ عليه رَدُّها بالتَّقَاطِطِها ، فلم يَجُزْ له أَخْذُ الْعَوَضِ عن الْوَاجِبِ ، وإنِ التَّقَطُّها بَعْدَ الْجُعْلِ ، ولم يَعْلَمْ بذلك ، لم يَسْتَحِقَّه ؛ لأنَّه تَطَوُّعٌ بِالْأَلْتِقَاطِ . وإنِ نَادَى غَيْرُ صَاحِبِ الضَّالَّةِ : مَنْ رَدَّها فله دِينَارٌ . فَرَدَّها رَجُلٌ ، فَالْدِّينَارُ على الْمُنَادِي ؛ لأنَّه ضَمِنَ الْعَوَضَ . وإنِ قال في النَّدَاءِ : قال فُلَانٌ : مَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فله دِينَارٌ . فَرَدَّها رَجُلٌ ، لم يَضْمَنْ الْمُنَادِي ؛ لأنَّه لم يَضْمَنْ ، إِنَّمَا حَكَى قَوْلَ غَيْرِهِ .

فصل : وإنِ اخْتَلَفَا في الْجُعْلِ ، أو ^(١) في قَدْرِهِ ، أو في الْمَجْعُولِ فيه الْجُعْلُ ، فالقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لأنَّه مُنْكَرٌ لِمَا ^(٢) يُدَّعَى عليه ، والأَصْلُ معه ^(٣) .

فصل : وإنِ رَدَّ آبِقًا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، ففيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لا جُعْلَ له ؛ لِمَا ^(٤) ذَكَرْنَا . والثَّانِيَةُ ، له الْجُعْلُ ^(٥) ؛ "لَأَنَّ ذَلِكَ" يُزَوَّى عن عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . ولا يُعْرَفُ لَهُمْ مُخَالَفٌ في الصَّحَابَةِ . وَيُزَوَّى عن النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ جَعَلَ في الْآبِقِ إِذَا جَاءَ بِهِ خَارِجًا مِنَ الْحَرَمِ دِينَارًا ^(٦) . وَلَأَنَّ في ذَلِكَ حَثًّا على رَدِّ الْأَبَاقِ ^(٧) ، وَصِيَانَةً عن الرُّجُوعِ

(١) في م : «و» .

(٢) في م : «ما» .

(٣) في م : «عدمه» .

(٤) في م : «فيما» .

(٥) في م : «جعل» .

(٦ - ٦) في ف : «لأنه» .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦ / ٥٤٠ ، ٥٤٣ ، ٥٤٤ . عن عمرو بن دينار وابن أبي مليكة مرفوعا . وهو منقطع . انظر : السنن الكبرى ٦ / ٢٠٠ .

(٨) في م : «الآبق» ، وفي س ١ : «الأباق» ، وفي الحاشية : «الآبق» .

إلى دار الحَرْبِ ، وَرَدَّتِهِمْ عَنْ دِينِهِمْ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَشْرُوعًا .

[٢٠٣ ظ] وَقَدَّرَ الْجُعْلُ دِينَارًا أَوْ اثْنًا عَشَرَ دِرْهَمًا ؛ لِمَا رَوَيْنَا . وَلَأَنَّ ذَلِكَ يُزَوِّي عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ^(١) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ إِنْ رَدَّه مِنْ خَارِجِ الْمِصْرِ فَلَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وَإِنْ رَدَّه مِنَ الْمِصْرِ ، فَلَهُ دِينَارٌ ؛ لِأَنَّهُ يُزَوِّي عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ^(٢) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَسَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ كَقِيَمَةِ الْعَبْدِ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ . فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ ، اسْتَحَقَّ الْجُعْلُ فِي تَرْكِتِهِ .

وَمَا أَنْفَقَهُ ^(٣) عَلَى الْآبِقِ فِي قُوَّتِهِ ، رَجَعَ بِهِ عَلَى سَيِّدِهِ ، سَوَاءٌ رَدَّه أَوْ هَرَبَ مِنْهُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ .

(١) أَخْرَجَهُ عَنْهُمَا ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٥٤٢ / ٦ .

(٢) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٢٠٨ / ٨ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٥٤١ / ٦ .

(٣) فِي م : « أَنْفَقَ » .

بَابُ الْمَسَابِقَةِ

تَجُوزُ الْمَسَابِقَةُ عَلَى الْأَقْدَامِ وَالذَّوَابِّ وَالسَّهَامِ وَالْحِرَابِ ^(١) وَالسُّفُنِ وَغَيْرِهَا ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُثْمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الْمُضْمَرَةِ ^(٢) مِنَ الْحَفَيَاءِ إِلَى ثَنِيَّةِ الْوَدَاعِ ، وَبَيْنَ التِّي لَمْ تُضْمَرْ مِنْ ثَنِيَّةِ الْوَدَاعِ إِلَى مَسْجِدِ بَنِي زُرَيْقٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وَسَابَقَ النَّبِيُّ ﷺ عَائِشَةَ عَلَى قَدَمَيْهِ ^(٤) .

(١) فِي م : « الْحَرْب » .

(٢) الْمُضْمَرَةُ : التِّي قَلَّ عِلْفُهَا ، وَأَدْخَلَتْ بَيْتًا كُنِينَا ، وَجُلَّتْ فِيهِ لَتَعْرِقَ وَيَجْفَ عَرَقُهَا ، فَيُخَفِّفُ لِحْمَهَا وَتَقْوَى عَلَى الْجَرَى .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ هَلْ يَقَالُ : مَسْجِدُ بَنِي فَلَانٍ ؟ مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ ، وَفِي : بَابِ إِضْمَارِ الْخَيْلِ لِلْسَبْقِ ... مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ ، وَفِي : بَابِ مَا ذَكَرَ النَّبِيُّ ﷺ ، وَخُصَّ عَلَى اتِّفَاقِ أَهْلِ الْعِلْمِ ... مِنْ كِتَابِ الْاِعْتَصَامِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١ / ١١٤ ، ٤ / ٣٨ ، ٩ / ١٢٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْمَسَابِقَةِ بَيْنَ الْخَيْلِ وَتَضْمِيرِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١٤٩١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الرِّهَانِ وَالسَّبْقِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْجِهَادِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٧ / ١٨٩ ، ١٩٠ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ غَايَةِ السَّبْقِ لِلتِّي لَمْ تُضْمَرْ ، وَبَابِ إِضْمَارِ الْخَيْلِ لِلْسَبْقِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . الْمَجْتَبَى ٦ / ١٨٧ ، ١٨٨ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ السَّبْقِ وَالرِّهَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةٍ ٢ / ٩٦٠ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي السَّبْقِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ٢ / ٢١٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْخَيْلِ وَالْمَسَابِقَةِ بَيْنَهَا ... مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . الْمَوْطَأُ ٢ / ٤٦٧ ، ٤٦٨ .

(٤) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي السَّبْقِ عَلَى الرَّجُلِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٨ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدُ ٦ / ٢٦٤ .

وسابق سَلَمَةُ بْنُ الْأَكْوَعِ رجلاً مِنَ الْأَنْصَارِ يَمِينُ يَدَيْهِ^(١) . وَمَرَّ النَّبِيُّ ﷺ بِقَوْمٍ يَزْبَعُونَ حَجَرًا - أَيْ يَزْفَعُونَهُ - بِأَيْدِيهِمْ لِيُعْلَمَ الشَّدِيدُ مِنْهُمْ ، فَلَمْ يُتَكَبَّرْ عَلَيْهِمْ^(٢) .

ولا يجوزُ بَعْوَضُ إِلَّا فِي الْخَيْلِ وَالْإِبِلِ وَالسَّهَامِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا سَبَقَ إِلَّا فِي نَضْلِ ، أَوْ خُفٍّ ، أَوْ حَافِرٍ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣) . فَتَعَيَّنَ حَمْلُهُ عَلَى الْمُسَابَقَةِ بِعَوَضٍ ؛ جَمْعًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا رَوَيْنَا . وَالْمُرَادُ بِالْحَافِرِ الْخَيْلُ خَاصَّةً ، وَبِالْخُفِّ الْإِبِلُ ، وَبِالنَّضْلِ السَّهَامُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَيْسَ مِنَ اللَّهِوِ إِلَّا ثَلَاثٌ ؛ تَأْدِيبُ الرَّجُلِ فَرَسَهُ ، وَمُلَاعَبَتُهُ أَهْلَهُ ، وَرَمْيُهُ بِقَوْسِهِ وَنَبْلِهِ » .^(٤) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ . وَلَأَنَّ غَيْرَ

(١) أخرجه مسلم ، في : باب غزوة ذي قرد وغيرها ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣ / ١٤٣٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٥٣ .

(٢) أخرجه البزار ، انظر : كشف الأستار ٢ / ٤٣٨ ، ٤٣٩ . وابن المبارك ، في : الزهد ١٦٥ . وأبو عبيد ، في : غريب الحديث ١ / ١٥ ، ١٦ . وانظر التعليق عليه في : التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل ٩٠ .

(٣) في : باب في السبق ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢ / ٢٨ .
كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في الرهان والسبق ، من أبواب الجهاد . عارضة الأحمدي ٧ / ١٩٢ . والنسائي ، في : باب السبق ، من كتاب الخيل . المجتبى ٦ / ١٨٨ . وابن ماجه ، في : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٦٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٥٦ ، ٣٥٨ ، ٣٨٥ ، ٤٧٤ .

(٤ - ٤) زيادة من الأصل ، ف .

والحديث أخرجه أبو داود ، في : باب في الرمي ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢ / ١٢ ، ١٣ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في فضل الرمي في سبيل الله ، من أبواب فضائل =

الْخَيْلِ وَالْإِبِلِ لَا تَصْلُحُ لِلْكَرِّ وَالْفَرِّ وَالْقِتَالِ ، وَغَيْرِ السَّهَامِ لَا يُعْتَادُ الرَّمْيُ
بِهَا ، فَلَمْ تَجْزِ الْمُسَابَقَةُ عَلَيْهَا ، كَالْبَقَرِ وَالتَّرَاسِ .

فصل : والمُسَابَقَةُ بِعَوْضٍ جَعَالَةً^(١) ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَا لَا^(٢) يَغْلُمُ الْقُدْرَةَ
عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فَأُشْبِهَ رَدُّ الْآبِقِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي
الْمُسَابَقَةِ ، وَمَا لَمْ يَظْهَرْ فَضْلُ أَحَدِهِمَا ، فَإِنْ ظَهَرَ ، فَلِلْفَاضِلِ الْفَسْخُ
وَالنَّقْصَانُ^(٣) ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمَفْضُولِ ؛ لِئَلَّا يُفَوَّتَ غَرَضُ الْمُسَابَقَةِ ، فَإِنَّهُ مَتَى
بَانَ لَهُ أَنَّهُ مَسْبُوقٌ ، فَسَخَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا آخَرَ أَنَّهَا عَقْدٌ لَازِمٌ ؛ لِأَنَّ
مِنْ شَرْطِهَا الْعِلْمَ بِالْعَوْضَيْنِ ، فَكَانَتْ لَازِمَةً ، كَالِإِجَارَةِ .

وَيَجُوزُ بَذْلُ الْعَوْضِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، وَمِنْ السُّلْطَانِ ، وَ^(٤) الْمُتَسَابِقَيْنِ ،
وَ^(٤) آحَادِ الرَّعِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ إِخْرَاجُ مَالٍ لِمَصْلَحَةٍ ، فَجَازَ مِنَ الْجَمِيعِ ، كَارْتِبَاطِ
الْخَيْلِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، فَإِنَّ بَذْلَ الْعَوْضِ فِيهَا تَحْرِيطٌ عَلَى التَّعَلُّمِ ،
وَالِاسْتِعْدَادِ لِلْجِهَادِ . وَمِنْ شَرْطِ الْعَوْضِ كَوْنُهُ مَعْلُومًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي

= الجهاد . عارضة الأحمدي ١٣٥ / ٧ ، ١٣٦ . والنسائي ، في : باب ثواب من رمى بسهم ...
من كتاب الجهاد . وفي : باب تأديب الرجل فرسه ، من كتاب الخيل . المجتبى ٢٤ / ٦ ، ١٨٥ .
وابن ماجه ، في : باب الرمي في سبيل الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٤٠ / ٢ .
والدارمي ، في : باب في فضل الرمي والأمر به ، من كتاب الجهاد . سنن الدارمي ٢٠٤ / ٢ ،
٢٠٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٤٤ / ٤ ، ١٤٦ ، ١٤٨ .

(١) بعده في م : « فيه » .

(٢) في م : « لم » .

(٣) بعده في م : « والزيادة » .

(٤) بعده في م : « من » .

فصل : ولا تجوزُ المسابقةُ بينَ جنسينِ ، كالخيلِ والإبلِ ؛ لأنَّ تفاضلَ [٢٠٤] الجنسَيْنِ معلومٌ . فأما النوعانِ ؛ كالعَرَبِيَّ والهَجِينِ ، والبُخْتِيَّ^(٢) والعِرَابِيَّ ، فقال القاضي : تجوزُ المسابقةُ بينهما ؛ لأنَّ الجنسَ^(٣) يشملُهُما ، فأشبههُما^(٤) النوعَ الواحدَ . وقال أبو الخطَّابِ : لا يصحُّ ؛ لأنَّهُما يَخْتَلِفَانِ في الجزِي عَادَةً ، فأشبهَهُما الجنسَيْنِ . وكذا الخلافُ في المناضلةِ بنوعَيْنِ مِنَ القَيْسِيَّ ؛ كالعَرَبِيَّ والفَارِسِيَّ ، وقَوْسِ الجَرْخِ^(٥) وقَوْسِ النَّبْلِ ؛ لذلك^(٦) .

فصل : ويُشترطُ تَعْيِينُ المَرْكُوبَيْنِ ؛ لأنَّ القَصْدَ جَوْهَرُهُما ، وتَعْيِينُ الرَّاكِبَيْنِ ؛ لأنَّ القَصْدَ مَعْرِفَةُ حَذِقَهُما ، ولا يُعْتَبَرُ تَعْيِينُ الرَّاكِبَيْنِ ولا القَوْسَيْنِ ؛ لأنَّهُما آلَةٌ لِلْمَقْصُودِ ، فلم يُعْتَبَرُ تَعْيِينُهُما ، كسَرْجِ الدَّابَّةِ . ويُعْتَبَرُ تحْدِيدُ المَسَافَةِ ؛ لحديثِ ابنِ عُمَرَ ، ولأنَّهُما إذا أُجْرِيَا إلى غيرِ غَايَةٍ ، لم يُؤْمَنَ أن لا يَسْبِقَ أَحَدُهُما حتَّى يَغْطِيا أو أَحَدُهُما . ولا يجوزُ إِجْرَاؤُهُما إِلَّا بتَدْيِيرِ الرَّاكِبَيْنِ ؛ لأنَّهُما إذا جَرِيَا لأنْفُسِهِما ، تَنَافَرَا ولم يَمُضِيا إلى الغَايَةِ . ولا يجوزُ أن يَسْتَبِقَا على أن مَن سَبَقَ صاحِبَهُ بِخُمْسَةِ أَقْدَامٍ ، فهو السَّابِقُ ؛ لأنَّ

(١) بعده في م : « له » .

وانظر ما تقدم في صفحة ٤٢٠ .

(٢) البختي : الإبل الخراسانية ، والعرايبي : الإبل العربية .

(٣) في الأصل : « الجنسَيْنِ » .

(٤) في م : « فأشبهه » .

(٥ - ٥) سقط من : م .

(٦) قال العلامة البهوتي : جرخ ؛ وهو الذي يرمى به الروم . كشف القناع ٣٧١ / ٤ . وفي الألفاظ الفارسية المعربة : الجروخ : من أدوات الحرب ، ترمى عنها السهام والحجارة ، مشتقة من جرخ (بالجيم المنقوطة بثلاث) ، ومعناها الفلك ، وتطلق على جميع الآلات التي تدور .

هذا لا يَنْضَبِطُ، فَإِنَّ الْفَرَسَيْنِ لَا يَقْفَانِ عِنْدَ الْغَايَةِ لِيُقَدَّرَ مَا بَيْنَهُمَا .

فصل : وإذا كان الْجُعْلُ مِنْ غَيْرِهِمَا^(١)، فقال : مَنْ سَبَقَ مِنْكُمْ فَلَهُ عَشْرَةٌ . صَحَّ، فَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ، فَهِيَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ سَبَقَ . وَإِنْ سَبَقَ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ، اشْتَرَكُوا فِي السَّبَقِ^(٢)، وَإِنْ جَاءَ الْكُلُّ مَعًا، فَلَا شَيْءَ لَهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا سَابِقَ فِيهِمْ . وَإِنْ جَعَلَ السَّبَقَ لِلْمُصَلِّي وَحْدَهُ، أَوْ فَضَّلَهُ عَلَى^(٣) السَّابِقِ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَجْتَهِدُ أَنْ لَا يَسْبِقَ، فَيَفُوتَ الْغَرَضُ . وَكَذَلِكَ إِنْ جَعَلَ لِلْسَّابِقِ عَشْرَةٌ وَلِلثَّالِثِ أَرْبَعَةٌ، وَلَمْ يَجْعَلْ لِلْمُصَلِّي شَيْئًا، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ مَنْ عَدَا السَّابِقَ يَجْتَهِدُ أَنْ لَا يَسْبِقَ صَاحِبَهُ . وَإِنْ سَوَّى بَيْنَ السَّابِقِ وَالْمُصَلِّي، وَلَا ثَالِثَ مَعَهُمَا، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِفَوَاتِ الْغَرَضِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ نَقَصَهُ^(٤) عَنْهُمَا، صَحَّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ^(٥) يَجْتَهِدُ فِي^(٥) أَنْ لَا يَكُونَ الثَّالِثَ . وَإِنْ جَعَلَ لِلْمُجَلِّي - وَهُوَ الْأَوَّلُ - مِائَةً، وَلِلْمُصَلِّي - وَهُوَ الثَّانِي - تِسْعِينَ، وَلِلثَّالِثِ^(٦) - وَهُوَ الثَّالِثُ - ثَمَانِينَ، وَلِلْبَارِعِ^(٧) - وَهُوَ الرَّابِعُ - سَبْعِينَ، وَلِلْمُرْتَّاحِ - وَهُوَ الْخَامِسُ - سِتِّينَ، وَلِلْحَظِي^(٨) - وَهُوَ السَّادِسُ - خَمْسِينَ، وَلِلْعَاطِفِ - وَهُوَ السَّابِعُ -

(١) فِي الْأَصْلِ، م : « غَيْرِهِمْ » .

(٢) السَّبَقُ ؛ بَفَتْحِ الْبَاءِ : الْجَعْلُ الْمَخْرَجُ فِي الْمَسَابِقَةِ .

(٣) فِي م : « عَنْ » .

(٤) فِي م : « نَقَصَ » .

(٥ - ٥) فِي الْأَصْلِ : « مَجْتَهِدَ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ، س ١، ف، ب، م : « لِلْمَسْلِيِّ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ، س ١، ف، ب، م : « لِلتَّالِي » .

(٨) فِي م : « لِلْمَطِيِّ » . وَقَالَ الْبَهَوِيُّ : فَخْطَى : وَهُوَ بِالْخَاءِ الْمَعْجَمَةُ . كَشَافُ الْقَنَاعِ ٥٢ / ٤ .

أَرْبَعِينَ ، وَلِلْمُؤَمِّلِ - وَهُوَ الثَّامِنُ - ثَلَاثِينَ ، وَلِلطَّيْمِ - وَهُوَ التَّاسِعُ - عِشْرِينَ ، وَلِلسَّكِيْتِ - وَهُوَ الْعَاشِرُ - عَشْرَةَ ، وَلِلْفُسْكِليِّ - وَهُوَ الْأَخِيرُ - خَمْسَةَ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ حَاصِلٌ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ يَجْتَهِدُ فِي سَبْقِ الْآخَرِ ؛ لِيَنَالَ أَعْلَى مِنْ رُتْبَتِهِ . وَإِنْ جَعَلَ جُعِلَ كُلُّ رُتْبَةٍ يَشْتَرِكُ فِيهِ جَمِيعٌ مِنْ بَلَّغَهَا ، اخْتَمَلَ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِذَلِكَ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِكُ فِي السَّبْقِ جَمَاعَةٌ ، وَيَنْفَرِدُ الْمُصَلِّيُ فِيَفْضُلُهُمْ بِكَثْرَةِ مَا جُعِلَ لَهُ فِيَفُوثُ الْغَرَضُ . وَإِنْ قَالَ : مَنْ بَلَغَ الْغَايَةَ^(١) فَلَهُ عَشْرَةٌ . لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ مُسَابِقَةً ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمُسَابِقَةِ التَّخْرِيطُ عَلَى السَّبْقِ ، وَتَعَلُّمُ الْفُرُوسِيَّةِ ، وَهَذَا يَفُوتُ بِالتَّسْوِيَةِ ، وَلَكِنَّهُ جَعَالَةٌ مَحْضَةٌ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلَ الْعِوَضِ فِي أَمْرٍ فِيهِ غَرَضٌ [٢٠٤ ظ] صَحِيحٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : ازِمِ عَشْرَةَ أَشْهُمٍ ، فَإِنْ كَانَتْ إِصَابَتُكَ أَكْثَرَ مِنْ خَطِئِكَ ، فَلَكَ كَذَا . أَوْ قَالَ : إِنْ أَصَبْتَ بِهَذَا السَّهْمِ ، فَلَكَ كَذَا . صَحَّ ، وَلَمْ يَكُنْ مُنَاضِلَةً لِذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ أَخْرَجَ الْجُعْلَ أَحَدُ الْمُتَسَابِقَيْنِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ فِيهِمَا مَنْ^(٢) يَأْخُذُ وَلَا يُعْطَى ، فَلَا يَكُونُ قِمَارًا . فَإِنْ سَبَقَ مَنْ أَخْرَجَ ، أَخْرَزَ سَبْقَهُ ، وَلَمْ يَأْخُذْ مِنْ صَاحِبِهِ شَيْئًا ، وَإِنْ سَبَقَ الْآخَرُ ، أَخْرَزَ الْجُعْلَ ؛ لِأَنَّهُ سَابِقٌ . وَإِنْ جَاءَا مَعًا فَالْجُعْلُ لَصَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَابِقَ^(٣) فِيهِمَا . فَإِنْ أَخْرَجَا مَعًا ، لَمْ يَجْزَ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ قِمَارًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِمَا إِلَّا مَنْ يَأْخُذُ إِذَا سَبَقَ ، وَيُعْطَى إِذَا

(١) فِي س ٢ : « الْغَرَضُ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « لَا » .

(٣) فِي م : « سَبَقَ » .

سُبِقَ ، إِلَّا أَنْ يُدْخِلَا مَعَهُمَا^(١) ثَالِثًا يُكَافِي^(٢) فَرَسَهُ فَرَسَيْهِمَا ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ ، وَهُوَ لَا يُؤْمِنُ أَنْ يَسْبِقَ ، فَلَيْسَ بِقِمَارٍ ، وَمَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ ، وَقَدْ آمَنَ أَنْ يَسْبِقَ ، فَهُوَ قِمَارٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣) . وَلِأَنَّهُ مَعَ وُجُودِ الْمُحْلَلِ الْمُكَافِي فِيهِمْ مَنْ يَأْخُذُ وَلَا يُعْطَى ، فَيُخَالِفُ الْقِمَارَ . فَإِنْ كَانَ لَا يُكَافِيهِمَا ، فَوُجُودُهُ كَعَدَمِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ أَنَّهُ لَا يَأْخُذُ شَيْئًا . وَسَوَاءٌ كَانَ الْمُحْلَلُ وَاحِدًا أَوْ أَكْثَرَ ، وَالْمُسَابَقَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَوْ حَزْبَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ الْخُرُوجَ مِنَ الْقِمَارِ ، وَقَدْ حَصَلَ عَلَى أَى صِفَةٍ كَانَ . فَإِذَا تَسَابَقُوا فَجَاءُوا مَعًا ، أَوْ جَاءَ الْمُسْتَبَقَانِ مَعًا قَبْلَ الْمُحْلَلِ ، أُحْزِرَ كُلُّ وَاحِدٍ^(٤) سَبْقَهُ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُحْلَلِ^(٥) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْبِقْ ، وَلَمْ يَسْبِقْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، وَإِنْ سَبَقَهُمَا الْمُحْلَلُ ، أَخَذَ سَبْقَيْهِمَا^(٦) ؛ لِأَنَّهُ سَبَقَهُمَا . وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُ الْمُسْتَبَقَيْنِ^(٧) وَحْدَهُ ، أُحْزِرَ السَّبْقَيْنِ لِسَبْقِهِ ،

(١) بعده فى الأصل : « فرسا » .

(٢) فى م : « يساوى » .

(٣) فى : باب فى المحلل ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢ / ٢٨ ، ٢٩ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٦٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٥٠٥ .

قال أبو حاتم : أحسن أحواله أن يكون موقوفاً على سعيد بن المسيب . انظر التلخيص الحبير ٤ / ١٦٣ . وذكره الإمام مالك فى الموطأ عن سعيد بن المسيب بمعناه ، فى : باب ما جاء فى الخيل والمسابقة بينها ... من كتاب الجهاد . الموطأ ٢ / ٤٦٨ .

(٤) بعده فى م : « منهما » .

(٥) فى م : « للمحل » .

(٦) فى الأصل ، ف : « سبقهما » .

(٧) فى س ٢ ، ف : « المسبقين » .

ولم يأخذ من المحلل شيئاً ، وإن سبق أحدهما مع المحلل ، أحرزَ المُسبق^(١)
سبق نفسه ؛ لأنه غير مسبوق ، وكان سبق الآخر يثنه وبين المحلل
نصفين ؛ لاشتراكهما في سبقه .

فصل : وتُرسلُ الفرسان معاً من أول المسافة في حالٍ واحدة ، ولا
يجوز لأحدهما أن يجنب مع فرسه فرساً يُحرّضه على العدو ، ولا يصيح
به^(٢) في وقت سباقه^(٣) ، ولا يجلب عليه ؛ لما روى عمران بن حصين أن
النبي ﷺ قال : « لا جلب ولا جنب في الرّهان » . رواه أبو داود^(٤) .
وعن^(٥) ابن عباس ، رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ قال : « من أجلب على
الخيّل يوم الرّهان ، فليس منّا »^(٦) . فإن استوى الفرسان^(٧) في طول^(٧) العُنق ،
فسبق أحدهما برأيه ، فهو سابق ، وإن اختلفا في طول العُنق ، أو كانا
بغيرين ، اعتُبر السبق بالكتف^(٨) ، فمن سبق به أو يعضه ، فهو سابق ، ولا
عبرة بالعُنق . وإن عثر أحدهما ، أو ساخت قوائمه في الأرض ، أو وقف

(١) في س ١ ، س ٢ : « المسبق » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) زيادة من : الأصل ، س ١ .

(٤) في : باب في الجلب على الخيل في السباق ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢٩ / ٢ .

(٥) في م : « وروى » .

(٦) أخرجه أبو يعلى ، في : مسنده ٣٠٣ / ٤ ، ٣٠٤ ، والطبراني ، في : المعجم الكبير ١١ /
٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(٧ - ٧) في م : « بطول » .

(٨) في الأصل : « باللبة » . وفي حاشية س ٢ : « وهو الكاهل » .

لِعِلَّةٍ ، فَسَبَقَهُ الْآخَرُ ، لَمْ يُحْكَمْ لَهُ ^(١) بِالسَّبْقِ ؛ لِأَنَّ سَبْقَهُ إِتْيَاهَ لِلْعَارِضِ ، لَا لِفَضْلِ جَزْيِهِ .

فصل : وإن مات أحدُ المَرْكُوبَيْنِ ، بَطَلَتِ الْمُسَابَقَةُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ تَعَلَّقَ بِعَيْنِهِ ، فَأَشْبَهَ تَلَفَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ . وَإِنْ مَاتَ الرَّائِكُ ، لَمْ تَبْطُلْ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَلِلْوَارِثِ أَنْ يَقُومَ مَقَامَهُ ، وَلَهُ أَنْ لَا ^(٢) [و٢٠٥] يَفْعَلَ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ جَائِزٌ ، وَمَنْ جَعَلَهُ لَازِمًا ، أَلْزَمَهُ ^(٣) أَنْ يَقُومَ مَقَامَهُ ، كَالْإِجَارَةِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل ، م : «لزمه» .

بَابُ الْمَنَاضِلَةِ

وهي المُسَابِقَةُ بِالرَّمِي ، وَتَجُوزُ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَحِزْبَيْنِ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ خَرَجَ عَلَى أَصْحَابٍ لَهُ يَتَنَاضِلُونَ^(١) ، فَقَالَ : « ازْمُوا ، وَأَنَا مَعَ^(٢) بَنِي فُلَانٍ^(٣) » . فَأَمْسَكَ الْآخَرُونَ ،^(٤) فَقَالَ : « مَا لَكُمْ »^(٥) ؟ . فَقَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، كَيْفَ نَزِمِي وَأَنْتَ مَعَهُمْ^(٦) ! فَقَالَ : « ازْمُوا ، وَأَنَا مَعَكُمْ كُلُّكُمْ » .^(٧) رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(٨) . وَلَئِنَّهُ إِذَا جَازَ عَلَى اثْنَيْنِ ، جَازَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ،

(١) فِي س ٢ ، ب : « يَتَنَاضِلُونَ » . وَهِيَ رَوَايَةٌ لِلْبُخَارِيِّ . وَفِي ف : « وَهُمْ يَتَنَاضِلُونَ » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ ، س ١ ، ب : « ابْنُ الْأَدْرِع » . وَفِي س ٢ ، ف : « ابْنُ الْأَذْرِع » .

(٣ - ٣) زِيَادَةٌ مِنْ : ف .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، س ١ ، س ٢ ، ب : « مَعَ ابْنِ الْأَدْرِع » ، وَفِي ف : « مَعَ ابْنِ الْأَذْرِع » .

(٥ - ٥) فِي الْأَصْلِ ، س ١ ، س ٢ ، ف ، ب : « مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ » .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ التَّحْرِيزِ عَلَى الرَّمِي ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ ، وَفِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَاذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ ، وَفِي : بَابِ نِسْبَةِ الْيَمَنِ إِلَى إِسْمَاعِيلَ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاقِبِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤ / ٤٥ ، ٤٦ ، ١٧٩ ، ٢١٩ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤ / ٥٠ . كِلَاهُمَا مِنْ حَدِيثِ سَلَمَةَ بْنِ الْأَكْوَعِ . وَلَمْ يَعْزِهِ الْحَافِظُ الْمَزِيُّ إِلَى مُسْلِمٍ . انْظُرْ تَحْفَةَ الْأَشْرَافِ ٤ / ٤٨ .

وَبَلَفَظَ : « اَرْمُوا وَأَنَا مَعَ ابْنِ الْأَدْرِع » . بَدَلًا مِنْ : « اَرْمُوا وَأَنَا مَعَ بَنِي فُلَانٍ » . أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكِ ٢ / ٩٤ . وَابْنُ حِبَّانَ ، انْظُرْ : الْإِحْسَانُ ١١٠ / ٥٤٨ . كِلَاهُمَا مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ .

كسِبَاقِ الحَيْلِ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لَصَحَّتِهَا شُرُوطٌ ثَمَانِيَّةٌ ؛ أَحَدُهَا ، تَعْيِينُ الرُّمَاقِ ؛ لِأَنَّ الغَرَضَ مَعْرِفَةَ الحِذْقِ فِي الرَّمْيِ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعَ عَدَمِ التَّعْيِينِ ، كَسِبَاقِ الحَيْلِ ، فَإِنْ عَقَدَ اثْنَانِ نِضَالًا عَلَى أَنْ يَكُونَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَةٌ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ عَقَدَ جَمَاعَةٌ نِضَالًا لِيَتَفَاضَلُوا^(١) حِزْبَيْنِ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ لَا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ التَّفَاضُلِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ^(٢) وَيُجْعَلُ لِكُلِّ حِزْبٍ رَئِيسٌ ، فَيُخْتَارُ أَحَدُهُمَا وَاحِدًا ، ثُمَّ^(٣) يَخْتَارُ الْآخَرُ آخَرَ كَذَلِكَ حَتَّى يَتَفَاضَلُوا^(٤) . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْمُبْتَدِئِ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْتَسِمُوا بِالْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّهَا رُبَّمَا وَقَعَتْ عَلَى الحِذَاقِ فِي أَحَدِ الحِزْبَيْنِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ زَعِيمُ الحِزْبَيْنِ وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ^(٥) يَمِيلُ إِلَى أَحَدِهِمَا فَتُلْحَقُ التُّهْمَةُ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ تُجْعَلَ الْخَيْرَةُ فِي تَمْيِيزِ الحِزْبَيْنِ إِلَى وَاحِدٍ ؛ لِذَلِكَ^(٦) . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ إِلَى وَاحِدٍ ، وَالسَّبَقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَارُ الحِذَاقَ ، فَيَبْطُلُ مَعْنَى النُّضَالِ .

فصل : الشَّرْطُ الثَّانِي ، تَعْيِينُ نَوْعِ^(٧) الْقِسِيِّ ؛ لِأَنَّ الْأَغْرَاضَ تَخْتَلِفُ

(١) فِي م : « لِيَتَفَاضَلُوا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « وَ » .

(٤) فِي م : « يَتَفَاضَلُوا » .

(٥) بَعْدَهُ فِي م : « قَدْ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٧) فِي ف : « نَوْعِي » .

باختلافها ، فقد يكون الرامي أخطأ بنوع منه بالنوع الآخر ، وإن لم يكن في البلد إلا نوع واحد ، لم يحتج إلى التَّعْيِينَ ؛ لأنَّ الإطلاق ينصرف إليه ، كالنَّقْدِ . فإن عقدا على نوع^(١) ، فأراد أحدهما أن ينتقلا إلى غيره ، أو أن ينتقل أحدهما ، لم يَجُزْ ؛ لما ذكرناه . وإن عقدا على قَوْسٍ^(٢) بعينه ، فانتقل أحدهما إلى غيره من نوعه ، جاز ؛ لأنَّ الأغراض لا تختلف باختلاف الأغنيان . وإن شرط عليه أن لا ينتقل ، خرَّج على الوجهين فيما إذا شرط في الإجارة أن لا يستوفى المنفعة بمثله^(٣) .

فصل : الشرط الثالث ، أن يزِميا غرضًا ، وهو ما يقع فيه السَّهْمُ المصِيبُ من جلدٍ أو ورقٍ أو نحوه ، وإن قالوا : السَّبْقُ لأبعدنا رميًا . لم يصح ؛ لأنَّ القصد بالرَّمي الإصابة^(٤) لا الإبعاد ، فلم يَجُزْ أخذ العوض عن غير المقصود .

والسُّنَّةُ أن يكون لهما غرضان في هدفين متقابلين يزِميان من أحدهما الآخر ، ثم يزِميان من الآخر الأول ، فإن أصحاب النبي ﷺ كذلك كانوا يزُمون ، فرُوي عن حذيفة وابن عمر أنَّهما كانا يشتدان بين الغرضين إذا أصاب أحدهما خصلة^(٥) . قال : أنا بها^(٦) . رواه

(١) بعده في س ٢ : « واحد » .

(٢) في س ٢ ، ب : « فرس » .

(٣) في ب : « بنفسه » .

(٤) بعده في الأصل : « به » .

(٥) في م : « خصمه » .

(٦) في م : « لها في قميص » . وزيادة : في قميص . جاءت في أثر حذيفة ، رضى الله عنه .

سعيد^(١) . ويُزَوَى : « إِنَّ مَا بَيْنَ الْهَدَفَيْنِ رَوْضَةٌ مِنْ رِيَاضِ الْجَنَّةِ »^(٢) .
والهدف اسم لما يُنصَبُ الغرض فيه .

[٢٠٥ ظ] فصل : الشرط الرابع ، أن يكون قدر الغرض معلوماً طوله
وعرضه وانخفاضه وارتفاعه ؛ لأن الإصابة تختلف باختلافه ، فوجب
علمه ، كتعيين النوع .

فصل^(٣) : فإن أطلقا العقد ، حُمِلَ على إصابة أى موضع كان من
الغرض ، من أطرافه وغراه وغيرها ، وإن أصاب علاقته ، لم يُحسب له ؛
لأن العلاقة ما تعلق به ، والغرض هو المعلق .

وإن شرطاً إصابة موضع من الغرض ، كالدارة التى فى وسطه ، أو
الخاتم الذى فى الدارة ، لم يُحتسب بإصابة غيره .

ويستحب أن يصفوا الإصابة ، فيقولوا : خواصِل . وهو اسم للإصابة
كيفما كانت . أو : خوارق^(٤) . وهو ما ثقب الغرض ، أو : خواسيق . وهو
ما ثقبه وثبت فيه . أو : موارق . وهو ما ثقبه ونفذ منه . أو : خوارم . وهو
ما قطع طرفه . فإن أطلقا الإصابة حُمِلَ على الخواصِل ، والقرع كالخصل ،

(١) فى : باب ما جاء فى الرمي وفضله ، من كتاب الجهاد . سنن سعيد ابن منصور ١٧٢ / ٢ ،
١٧٣ .

(٢) أخرجه الديلمى ، فى : مسند فردوس الأخبار ٦١ / ٢ .

وقال الحافظ : وإسناده ضعيف ، مع انقطاعه . التلخيص الحبير ١٦٤ / ٤ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى النسخ عدا الأصل : « خوارق » ، بالراء المهملة .

فإن أصاب سهمًا في الغرض قد غرق^(١) إلى فوقه ، حُسِبَ له ؛ لأنه لولاه
لوقع السهم في الغرض ، وإن كان السهم مُعَلَّقًا بِنَصْلِهِ ، وباقيه خارج من
الغرض ، لم يُحَسَبْ له ولا عليه ؛ لأنَّ يَتَنَّهُ وبين الغرض طول السهم ، فلا
يَدْرِي أكان يُصِيبُ أم لا ؟

فإن أطارت الرِّيحُ الغرضَ ، فأصاب السهمُ موضِعَهُ ، حُسِبَ له ، وإن
وَقَعَ في الغرضِ في المَوْضِعِ الذي انتَقَلَ إليه ، حُسِبَ عليه في الخطأ ؛ لأنه
أخطأ في الرَّمِي ، وإنما أصاب بفعلِ الرِّيحِ .

وإن عَرَضَتْ رِيحٌ شَدِيدَةٌ ، لم يُحَسَبْ^(٢) له السهمُ في إصابَةٍ ولا
خَطَأً ؛ لأنَّ ذلك من أَجْلِ الرِّيحِ . فإن كانت لَيِّنَةً ، حُسِبَ^(٣) في الإصابَةِ
والخَطَأِ ؛ لأنها لا تَمْنَعُ . وإن وَقَعَ السهمُ دُونَ الغرضِ ، ثم اَزْدَلَفَ فَأَصَابَهُ ،
حُسِبَ خَاطِئًا ؛ لأنَّ هذا لِسُوءِ رَمِيهِ .

وإن عَرَضَ عَارِضٌ ؛ مِنْ كَسْرِ قَوْسٍ ، أو انْقِطَاعِ وَتَرٍ ، أو رِيحٍ فِي يَدِهِ ،
فَأَصَابَ ، حُسِبَ له ؛ لأنَّ إصابَتَهُ مَعَ اخْتِلَالِ الآلَةِ أَذِلُّ عَلَى حِذْقِهِ ، وإن
أَخْطَأَ لم يُحَسَبْ عليه ؛ لأنه للعارضِ . وقال القاضي : لا يُحَسَبُ^(٤) له ؛
لأنَّه لا يُحَسَبُ^(٤) عليه في الخطأ ، فلا يُحَسَبُ^(٤) له في الإصابَةِ ، كما في

(١) في س ١ ، ب ، م : « غرق » . بالعين المهملة .

وفي حاشية ف : « قوله : غرق إلى فوقه . أى ثبت ودخل إلى موضع الوتر ، وفوق السهم
موضع الوتر ، وقال ابن الأنباري : فوق يذكر ويؤنث ، فيقال : هو فوق ، وهى فوق ، وقد
يؤنث بالهاء ، فيقال : فوقه . حكاه عنه في المصباح ... » . وانظر المصباح المنير (ف و ق) .

(٢) في س ٢ : « يحتسب » .

(٣) بعده في الأصل : « له » .

(٤) في الأصل : « يحتسب » .

الرَّيْحِ الشَّدِيدَةِ . وَإِنْ انْكَسَرَ السَّهْمُ فَوَقَعَ دُونَ الْغَرَضِ ، لَمْ يُحْسَبْ عَلَيْهِ ؛
لأنَّه لِعَارِضٍ ، وَإِنْ أَصَابَ بِنَصْلِهِ ، مُحْسَبٌ لَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَإِنْ أَصَابَ
بِغَيْرِهِ ، لَمْ يُحْسَبْ لَهُ ^(١) . وَإِنْ أَغْرَقَ ^(٢) الرَّامِي فِي النَّزْعِ حَتَّى أُخْرِجَ السَّهْمُ
مِنَ الْجَانِبِ الْآخِرِ ، اخْتُسِبَ لَهُ وَعَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لِسُوءِ رَمْيِهِ أَخْطَأَ ، وَلِحِذْقِهِ
أَصَابَ ، وَلَآنَ مَا مُحْسَبٌ عَلَيْهِ فِي الْخَطَأِ مُحْسَبٌ لَهُ فِي الْإِصَابَةِ كَغَيْرِهِ . وَإِنْ
مَرَّتْ بِهَيْمَةٍ بَيْنَ يَدَيْهِ ، وَتَشَوَّشَ رَمْيُهُ ، لَمْ يُحْسَبْ ^(٣) عَلَيْهِ فِي الْخَطَأِ ؛ لِأَنَّهُ
لِذَلِكَ الْعَارِضِ . وَإِنْ خَرَقَهُ وَأَصَابَ ، مُحْسَبٌ لَهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لِقُوَّةِ نَزْعِهِ ،
وَسَدَادِ رَمْيِهِ .

وَإِنْ شَرَطَا الْخَشَقَ ، فَأَصَابَ الْغَرَضَ وَثَبَّتَ فِيهِ ، مُحْسَبٌ لَهُ ، فَإِنْ سَقَطَ
بَعْدُ ، لَمْ يُؤَثِّرْ ، كَمَا لَوْ نَزَعَهُ إِنْسَانٌ ^(٤) . وَإِنْ ثَقَبَ وَلَمْ يَثْبُتْ ، فَفِيهِ
وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُحْتَسَبُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْخَاسِقَ مَا ثَبَّتَ ، وَلَمْ يُوجَدْ .
وَالثَّانِي ، يُحْسَبُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ ثَقَبَ مَا يَصْلُحُ لَهُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لِعَارِضٍ
مِنْ سَعَةِ الثَّقَبِ ، أَوْ غِلَظِ لَقِيَّتِهِ . وَإِنْ مَرَقَ مِنْهُ ، مُحْسَبٌ [و٢٠٦] لَهُ ؛ لِأَنَّهُ
لِقُوَّةِ رَمْيِهِ ، وَإِنْ خَدَشَهُ وَلَمْ يَثْبُتْ فِيهِ لِمَانِعٍ ؛ مِنْ حَجَرٍ ، أَوْ غِلَظِ الْأَرْضِ ،
فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ ، لَكِنْ إِنْ لَمْ يُحْسَبْ ^(٥) لَهُ ، ^(٦) لَمْ يُحْسَبْ عَلَيْهِ ^(٦) ؛ لِأَنَّ

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهِ » .

(٢) فِي س ١ ، م : « أَغْرَقَ » ، وَفِي س ٢ : « أَعْرَفَ » .

(٣) فِي ب : « يُحْتَسَبُ » .

(٤) بَعْدَهُ فِي س ٢ : « بِهِ » .

(٥) فِي س ٢ : « يُحْتَسَبُ » .

(٦ - ٦) فِي س ٢ : « يُحْتَسَبُ لَهُ » .

العارض منعه ، وإن لم يكن مانع ، حسب عليه .

فإن اختلفا في العارض ، وعلم^(١) موضع السهم ، وفيه مانع ، فالقول قول صاحب السهم ، وإلا فالقول قول رسيه^(٢) . ولا يمين ؛ لأن الحال تشهد بصدق المدعى . وإن لم يعلم موضع السهم ، ولم يوجد وراء الغرض مانع ، فالقول قول رسيه لذلك ، وإن كان وراءه مانع ، فقال الرسيل : لم يثقب موضع المانع .^(٣) أو أنكر^(٣) الثقب ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم ما يدعيه صاحبه ، لكنه محتمل ، فأخلفناه لذلك . وإن كان في الغرض خرق ، أو موضع بال ، فوقع السهم فيه ، وثبت في الهدف ، وكان صلابته كصلابة الغرض ، حسب له ؛ لأنه لولا الخرق لثبت في الغرض ، وإن لم يكن كذلك ، لم يحسب له ولا عليه ؛ لأننا لا نعلم هل كان يثبت في الغرض أم لا ؟ وإن ثبت في الهدف ، فوجد في نصليه قطعة من الغرض ، فقال الرامي : هذا الجلد قطعه سهمي لقوته . وقال رسيه : بل هذه جلدة كانت منقطة من قبل . فالقول قول الرسيل ؛ لأن الأصل عدم الخسقي .

فصل : الشرط الخامس ، أن يكون مدى^(٤) الغرض معلوماً مقدراً بما يصيب مثلها في^(٥) مثله عادة ؛ لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد ،

(١) في س ١ ، س ٢ : « وعلى » .

(٢) الرسيل : الموافق في النضال .

(٣ - ٣) في الأصل : « وأنكر » ، وفي م : « فأنكر » .

(٤) في م : « مد » .

(٥) في م : « و » .

فالشَّرْطُ الْعِلْمُ بِهِ ، كَالنَّوْعِ ، وَإِنْ جَعَلَاهُ قَدْرًا لَا يُصِيبَانِ فِي مِثْلِهِ ، أَوْ لَا يُصِيبَانِ إِلَّا نَادِرًا ، كَالزَّائِدِ عَلَى ثَلَاثِمِائَةِ ذِرَاعٍ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْإِصَابَةَ تَنْدُرُ فِي مِثْلِ هَذَا ، فَيَفُوتُ الْغَرَضُ .

فصل : الشَّرْطُ^(١) السَّادِسُ ، أَنْ يَكُونَ الرَّشْقُ مَعْلُومًا ، وَالرَّشْقُ بِكَشْرِ الرَّاءِ : عَدَدُ الرَّمِيِّ ؛ لِأَنَّ الْحِذْقَ فِي الرَّمِيِّ لَا يُغْلَمُ إِلَّا بِذَلِكَ .

فصل : الشَّرْطُ السَّابِعُ ، أَنْ يَكُونَ عَدَدُ الْإِصَابَةِ مَعْلُومًا ، كَخَمْسَةِ مِنْ عِشْرِينَ وَنَحْوِهَا ، وَيُغْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ إِصَابَةٌ لَا يَنْدُرُ مِثْلُهَا ، فَإِنْ شَرَطَ إِصَابَةَ الْجَمِيعِ ، أَوْ تِسْعَةَ مِنْ عَشْرَةٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَنْدُرُ ، فَيَفُوتُ الْغَرَضُ . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُبَيَّنَّ حُكْمُ الْإِصَابَةِ ؛ هَلْ هِيَ مُبَادَرَةٌ أَوْ مُحَاطَةٌ^(٢) ؟ وَالْمُبَادَرَةُ أَنْ يَقُولَا : مَنْ سَبَقَ إِلَى إِصَابَتَيْنِ أَوْ نَحْوِهِمَا ، فَهُوَ السَّابِقُ . فَأَيُّهُمَا سَبَقَ إِلَيْهِمَا مَعَ تَسَاوِيهِمَا فِي الرَّمِيِّ ، فَهُوَ السَّابِقُ ، فَإِذَا رَمَى كُلُّ وَاحِدٍ^(٣) عَشْرَةَ ، فَأَصَابَ أَحَدُهُمَا إِصَابَتَيْنِ دُونَ الْآخَرِ ، فَهُوَ السَّابِقُ . وَلَا يَلْزَمُ إِتْمَامُ الرَّمِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُقْصُودَ قَدْ حَصَلَ . وَإِنْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْعَشْرَةِ إِصَابَتَيْنِ ، فَلَا سَابِقَ مِنْهُمَا^(٤) ، وَبَطَلَ النُّضَالُ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى عَدَدِ الْإِصَابَةِ غَيْرُ مُعْتَدٍّ بِهَا ، فَإِنْ رَمَى الْعِشْرِينَ ، فَلَمْ يُصِبْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا إِصَابَتَيْنِ ، أَوْ أَصَابَاهَا مَعًا ، فَلَا سَابِقَ فِيهِمَا . وَأَمَّا

(١) زيادة من : الأصل ، م .

(٢) في ف : « محاطة » .

(٣) في الأصل ، ف : « منهما » .

(٤) في الأصل ، ف : « فيهما » .

المَحَاطَّةُ^(١)، فهي أن يَشْتَرِطًا حَطًّا ما تَسَاوَىا فيه مِنَ الإِصَابَةِ، ثم مَن فَضَّلَ صاحِبَه بِإِصَابَةٍ مَعْلُومَةٍ، فَقَدْ سَبَقَ، فَإِنْ شَرَطَ فَضَّلَ ثَلَاثَ إِصَابَاتٍ، فَرَمَىا خَمْسَةَ عَشَرَ، أَصَابَهَا أَحَدُهُمَا كُلُّهَا، وَأَخْطَأَهَا الْآخَرُ، فَالْمُصِيبُ سَابِقٌ. وَلَا يَجِبُ إِيْتِمَامُ الرَّمِي؛ لَعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِيهِ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا يَحْتَمِلُ أَنْ [٢٠٦ ظ] يُصِيبَ الْمُخْطِئُ الْخَمْسَةَ الْبَاقِيَةَ، وَيُخْطِئَهَا الْأَوَّلُ، وَلَا يَخْرُجُ الثَّانِي بِذَلِكَ عَنْ كَوْنِهِ مَسْبُوقًا، وَإِنْ كَانَ فِي إِيْتِمَامِهِ فَائِدَةٌ - مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الثَّانِي أَصَابَ مِنَ الْخَمْسَةِ عَشَرَ تِسْعَةً، فَإِذَا أَصَابَ الْخَمْسَةَ الْبَاقِيَةَ، وَأَخْطَأَهَا الْأَوَّلُ، لَمْ يَكُنْ مَسْبُوقًا - وَجِبَ إِيْتِمَامُ الرَّمِي.

فَإِنْ أَطْلَقَا الْعَقْدَ، انْصَرَفَ إِلَى الْمُبَادَرَةِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَى الْمُسَابَقَةِ، وَالْبَادِرُ سَابِقٌ. ذَكَرَ هَذَا الْقَاضِي. وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ: يُشْتَرِطُ بَيَانُ ذَلِكَ فِي الْمُسَابَقَةِ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ يَخْتَلِفُ بِهِ، فَمِنْ النَّاسِ مَن تَكَثَّرَ إِصَابَتُهُ فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، فَوَجِبَ اشْتِرَاؤُهُ، كَقَدْرِ مَدَى الْغَرَضِ.

فصل: الشَّرْطُ^(٢) الثَّامِنُ، التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْمُتَنَاضِلَيْنِ فِي عَدَدِ الرُّشْقِ وَالْإِصَابَةِ وَصِفَتِهَا، وَسَائِرِ أَحْوَالِ الرَّمِي، فَإِنْ تَفَاضَلَا فِي شَيْءٍ مِنْهُ، أَوْ شَرَطَا أَنْ يَكُونَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا مِنَ السَّهَامِ أَكْثَرُ،^(٣) أَوْ أَنْ يَزِمِي^(٤) أَحَدُهُمَا وَالشَّمْسُ فِي وَجْهِهِ، أَوْ يُحْسَبَ لَهُ خَاصِلٌ بِخَاسِقِي، أَوْ يُحْسَبَ عَلَيْهِ سَهْمٌ خَاطِئٌ، لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ مَعْرِفَةُ حَذَقِهِمَا، وَلَا يُعْرَفُ مَعَ

(١) فِي ف: «المحاطة».

(٢) زِيَادَةُ مِنْ: م.

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ: «مَنْ رَمَى».

الاختلاف ؛ لأنه رُبَّمَا نُضِلَّهُ ^(١) بِشَرْطِهِ لَا بِحِذْقِهِ . وَإِنْ شَرَطَا أَنْ يُحْسَبَ خَاسِقُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَاصِلَيْنِ ، أَوْ أَنْ ^(٢) يُسْقِطَ الْقَرِيبُ مِنْ إَصَابَةِ أَحَدِهِمَا مَا هُوَ أَبْعَدُ مِنْهَا مِنْ رَمِي الْآخَرِ ، فَمَنْ فَضَّلَ بَعْدُ ثَلَاثَ إِصَابَاتٍ فَهُوَ السَّابِقُ ، صَحَّ ^(٣) ؛ لِأَنَّهُ لَا فَضْلَ لِأَحَدِهِمَا فِي عَدَدٍ وَلَا صِفَةٍ ، وَهَذِهِ نَوْعُ مُحَاطَةٍ ^(٤) ، فَصَحَّحْتُ ، كَاشْتِرَاطِ حَطِّ مَا تَسَاوَى فِيهِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الرُّمَاءُ حِزْبَيْنِ ، اشْتَرَطَ كَوْنُ الرُّشْقِ يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ عَلَيْهِمْ ؛ إِنْ كَانَ كُلُّ حِزْبٍ ثَلَاثَةً ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ لَهُ ثُلُثٌ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ^(٥) فِي عَدَدِ الرَّمْيِ ، وَلَا يُمَكِّنُ إِلَّا بِذَلِكَ ، فَوَجَبَ . وَإِذَا نُضِلَّ ^(٦) أَحَدُ الْحِزْبَيْنِ صَاحِبَهُ ، فَالْجُعْلُ بَيْنَ النَّاضِلِينَ ، سَوَاءٌ مَنْ أَصَابَ وَمَنْ لَمْ يُصِبْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ ^(٥) عَلَى قَدْرِ إِصَابَاتِهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ بِهَا يَسْتَحِقُّونَ . وَالْجُعْلُ عَلَى الْمَنْضُولِينَ بِالسَّوِيَّةِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ لَزِمَهُمْ بِالتَّزَامِهِمْ لَا بِإِصَابَتِهِمْ ، بِخِلَافِ النَّاضِلِينَ .

فصل : فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِ الْحِزْبَيْنِ مَنْ لَا يُحْسِنُ الرَّمْيَ ، بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْعَقِدُ عَلَى مَنْ لَا يُحْسِنُ الرَّمْيَ ، وَيُخْرَجُ مِنَ الْحِزْبِ الْآخَرِ

(١) فِي م : « فَضْلُهُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي ف : « مُحَاطَةٌ » .

(٥) فِي م : « بَيْنَهُمَا » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « فَضْلٌ » .

بإزائه ، كما إذا بطل البيع في بعض المبيع ، بطل في ثمنه . وهل يتطل العقْد في الباقيين ؟ على وجهين ؛ بناءً على تفريق الصفقة . فإن قلنا : لا يتطل . فلهم الخيار في الفسخ والإمضاء ؛ لأن الصفقة تفرقت عليهم . فإن اختاروا إمضاءه ، ورضوا بمن يخرج بإزائه ، وإلا انفسخ العقْد .

فصل : ويؤمى واحد بعد الآخر ؛ لأن رَمِيهما معاً^(١) يُفضى إلى النزاع^(٢) والجهل بالمصيب . فإن اتفقا على المبتدئ منهما ، جاز . وإن كان بينهما شرط ، عمل به . وإن اختلفا ولا شرط بينهما ، قُدّم المخرج^(٣) ، فإن كان المخرج^(٣) غيرهما ، اختار منهما ، فإن لم يختَر أقرع بينهما . وإذا بدأ أحدهما في وجهه ، بدأ الآخر في الثاني ؛ تعديلاً بينهما . فإن شرطاً البداية لأحدهما [٢٠٧] في كل الوجوه ، لم يصح ؛ لأنه تفضيل ، وإن فعلاه بغير شرط ، جاز ؛ لأنه لا أثر له في إصابة ، ولا تجويد رمي . ويؤميان مُراسلةً ، سَهْمًا وسَهْمًا ، أو سَهْمَيْنِ وسَهْمَيْنِ . وإن اتفقا على غير هذا ، جاز ؛ لعدم تأثيره في مقصود المناضلة .

فصل : وإن مات أحد الراميين^(٤) ، أو ذهب يده ، بطل العقْد ؛ لأن المعقود عليه تلف ، فأشبه موت الفرس في السباق . وإن مرض أو رمد ، لم تبطل ؛ لأنه يمكن الاستيفاء بعد زوال العذر ، وله الفسخ ؛ لأن فيه تأخير

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « التنازع » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « الرامين » .

المَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَمَلَكَ الْفَسَخَ ، كَالِإِجَارَةِ . وَإِنْ عَرَضَ مَطَرٌ ، أَوْ رِيحٌ ، أَوْ
ظُلْمَةٌ ، أُخِّرَ إِلَى زَوَالِ الْعَارِضِ . وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا التَّأْخِيرَ لغيرِ عُذْرٍ ، فَلَهُ
ذَلِكَ ، إِنْ قُلْنَا : هِيَ جَعَالَةٌ . لِأَنَّهَا جَائِزَةٌ . وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِنْ قُلْنَا : هِيَ
إِجَارَةٌ .

وَيُكْرَهُ لِلْأَمِينِ مَذْحُ أَحَدِهِمَا أَوْ زَجْرُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ كَسْرَ قَلْبِهِ أَوْ قَلْبِ
صَاحِبِهِ .

بَابُ اللَّقْطَةِ

وهي المالُ الضائعُ عن رَبِّهِ .

وهو^(١) ضَرْبان ؛ ضالٌّ وغيره ، فأما غيرُ الضالِّ ، فيَجُوزُ التِّقَاطُ به بالإجماع . وهو نَوْعان ؛ يَسِيرُ يُباحُ التَّصَرُّفُ فيه بغيرِ تَعْرِيفٍ ؛ لما روى جابرٌ قال : رَخَّصَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْعَصَا وَالسَّوِطِ وَالْحَبْلِ وَأَشْبَاهِهِ يَلْتَقِطُهُ الرَّجُلُ يَنْتَفِعُ بِهِ . رواه أبو داود^(٢) .

ولا تَحْدِيدَ فِي الْيَسِيرِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يُغْفَى عَمَّا رَخَّصَ فِيهِ النَّبِيُّ ﷺ فِي الْحَدِيثِ وَشَبَّهِهِ . وقال أحمدُ : ما كَانَ مِثْلَ الثَّمَرَةِ ، وَالْكِسْرَةِ ، وَالْخَزَقَةِ ، وما لَا خَطَرَ لَهُ ، فلا بَأْسَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ تَعْرِيفُ ما لَا يُقْطَعُ فِيهِ السَّارِقُ ؛ لِأَنَّهُ تَافِهٌ . قَالَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : كَانُوا لَا يَقْطَعُونَ فِي الشَّيْءِ التَّافِيهِ^(٣) .

والتَّوَعُّ الثَّانِي ، الْكَثِيرُ . فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أَنَّ تَرْكَ التِّقَاطِ أَفْضَلُ ؛

(١) فِي م : « هِيَ » .

(٢) فِي : كِتَابُ اللَّقْطَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٣٩٩ / ١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٩٥ / ٦ . وَقَالَ الْبَيْهَقِيُّ : فِي رَفْعِ هَذَا الْحَدِيثِ شَكٌّ ، وَفِي إِسْنَادِهِ ضَعْفٌ . وَانْظُرْ : الْإِرْوَاءَ ١٥ / ٦ .

(٣) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٤٧٦ / ٩ ، ٤٧٧ .

لأنَّه أَسْلَمَ مِنْ خَطَرِ التَّفْرِيطِ وَتَضْيِيعِ الْوَاجِبِ مِنَ التَّعْرِيفِ ، فَأَشْبَهَ وَلَايَةَ الْيَتِيمِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّ^(١) أَخَذَهُ أَفْضَلُ إِذَا وَجَدَهُ بِمَضْيَعَةٍ^(٢) ، وَأَمِنْ نَفْسِهِ عَلَيْهِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ حِفْظِ مَالِ الْمُسْلِمِ ، فَكَانَ أَوْلَى ، كَتَخْلِيصِهِ مِنَ الْفَرْقِ . وَلَا يَجِبُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ ، فَلَمْ يَجِبْ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَمَنْ لَمْ يَأْمَنْ نَفْسَهُ عَلَيْهِ ، وَيَقْوَى عَلَى أَدَاءِ الْوَاجِبِ فِيهِ^(٣) ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَضْيِيعٌ لِمَالٍ غَيْرِهِ ، فَحَرْمٌ ، كِاثْلَا فِيهِ .

فصل : إِذَا أَخَذَهَا ، عَرَفَ عِفَاصَهَا ، وَهُوَ وَعَاؤُهَا ، وَوِكَاءُهَا^(٤) ، وَهُوَ الَّذِي تُشَدُّ بِهِ ، وَجِنْسُهَا وَقَدْرُهَا ؛ لِمَا رَوَى زَيْدُ بْنُ خَالِدٍ الْجُهَنِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ ، فَقَالَ : « اَعْرِفْ وَكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ ، فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٥) . نَصٌّ عَلَى الْوِكَاءِ [٢٠٧ظ] وَالْعِفَاصِ ، وَقِسْنَا عَلَيْهِمَا الْقَدْرَ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « بضیعة » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى الأصل ، ف ، ب : « وكاؤها » .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب الغضب فى الموعدة والتعليم ... من كتاب العلم ، وفى : باب شرب الناس والدواب من الأنهار ، من كتاب المساقاة ، وفى : باب ضالة الإبل ، وباب ضالة الغنم ، وباب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ... ، وباب إذا جاء صاحب اللقطة ... ، وباب من عرف اللقطة ولم يدفعها ... ، من كتاب اللقطة ، وفى : باب ما يجوز من الغضب والشدة ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٣٤/١ ، ١٤٩/٣ ، ١٦٣ ، ١٦٥ ، ١٦٦ ، ٣٤/٨ . ومسلم ، فى : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٤٦/٣ - ١٣٤٩ .

والجِنْسَ ، ولأنَّه إذا عَرَفَ هذه الأشياءَ ، لم تَخْتَلِطَ بغيرِها ، وعَرَفَ بذلك صِدْقَ مُدَّعِيها أو كَذِبَه . وإنْ أَخَّرَ مَعْرِفَةَ صِفَتِها إلى مَجِيءِ مُدَّعِيها ، أو تَصَرُّفِها فيها ، جاز ؛ لأنَّ المَقْصُودَ يَحْصُلُ ، وقد جاءَ ذلك في حَدِيثِ أَنَسٍ ^(١) . ولا يَحِلُّ له التَّصَرُّفُ فيها إلَّا بعدَ مَعْرِفَةِ صِفَتِها ؛ لأنَّ عَيْنَها تَذْهَبُ ، فلا يُعْلَمُ صِدْقُ مُدَّعِيها إلَّا مِن حِفْظِ صِفَتِها .

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا ^(٢) . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِما رَوَى عِيَّاضُ بْنُ حِمَارٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ وَجَدَ لُقْطَةً فَلْيُشْهَدْ ذَا عَدْلٍ - أوْ ذَوِي عَدْلٍ - وَلَا يَكُتُمُ وَلَا يُغَيِّبُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٣) . وَلأنَّ فِيهِ حِفْظَها

= كما أخرجهُ أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ١/٣٩٥ ، ٣٩٦ . والترمذی ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذی ٦/١٣٦ . وابن ماجه ، في : باب ضالة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٧ ، ٨٣٨ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في اللقطة ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٥٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١١٥ ، ١١٧ .

(١) سقط من : الأصل .

والحديث أخرجه البخاري ، في : باب وإذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه ، وباب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع ... ، من كتاب اللقطة . صحيح البخاري ٣/١٦٢ ، ١٦٥ ، ١٦٦ . ومسلم ، في : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ٣/١٣٥٠ ، ١٣٥١ . وأبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ١/٣٩٥ . والترمذی ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذی ٦/١٤١ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر أبي بن كعب في اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٣/٤٢١ - ٤٢٣ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥/١٢٦ .

(٢) في م : « عليه » .

(٣) في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ١/٣٩٧ .

مِنْ وَرَثَتِهِ إِنْ مَاتَ ، وَغُرْمَائِهِ إِنْ أَفْلَسَ ، وَصِيَّانَتَهُ مِنَ الطَّمَعِ فِيهَا . وَلَا يَجِبُ ^(١) ذَلِكَ ؛ لِتَرْكِهِ ^(٢) فِي حَدِيثِ زَيْدٍ ، وَلِأَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَلَا يَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهَا ، كَالْوَدِيْعَةِ . قَالَ أَحْمَدُ : وَلَا يُبَيِّنُ فِي الْإِشْهَادِ كَمْ هِيَ ، لَكِنْ يَقُولُ : أَصَبْتُ لُقْطَةً .

فصل : وَيَجِبُ تَعْرِيفُهَا ؛ لِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ بِهِ ^(٣) ، وَلِأَنَّهُ طَرِيقُ وَصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا ، فَوَجِبَ ، كَحِفْظِهَا . وَيَجِبُ التَّعْرِيفُ حَوْلًا مِنْ حِينَ التِّقَاطِهَا مُتَوَالِيًا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِهِ عِنْدَ وَجْدَانِهَا ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْفَوْرَ ، وَلِأَنَّ الْغَرَضَ وَصُولُ الْخَبَرِ ، وَظُهُورُ أَمْرِهَا ، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا إِنَّمَا يَطْلُبُهَا عَقِيبَ ضَيَاعِهَا .

وَيَكُونُ التَّعْرِيفُ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ ؛ كَالْأَسْوَاقِ ، وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ ، وَأَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِشَاعَةَ أَمْرِهَا ، وَهَذَا طَرِيقُهُ ، وَيُكْثَرُ مِنْهُ فِي مَوْضِعِ وَجْدَانِهَا ، وَفِي الْوَقْتِ الَّذِي يَلِي التِّقَاطَ ، وَلَا يُعْرَفُهَا فِي الْمَسْجِدِ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يَنْشُدُ ضَالَّةً فِي الْمَسْجِدِ فَلْيَقُلْ : لَا رَدَّهَا اللَّهُ ^(٤) عَلَيْكَ . فَإِنَّ الْمَسَاجِدَ لَمْ تُبْنَ لِهَذَا » . ^(٥) رَوَاهُ مُسْلِمٌ .

= كما أخرجه النسائي ، في : باب الإِشهاد على اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٣ /

٤١٨ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٧ . والإمام

أحمد ، في : المسند ٤ / ١٦٢ ، ٢٦٦ .

(١ - ١) في الأصل : « لذلك تركه » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) بعده في الأصل ، ب ، م : « تعالى » .

(٤ - ٤) سقط من : س ٢ ، م .

ويقول : مَنْ ضَاعَ مِنْهُ كَذَا . يَذْكُرُ جِنْسَهَا ، أَوْ يَقُولُ : شَيْءٌ . وَلَا يَزِيدُ فِي صِفَتِهَا ؛ لِئَلَّا يُفَوِّتَ طَرِيقَ مَعْرِفَةِ صَاحِبِهَا .

وَأَجْرَةُ الْمُعْرِفِ عَلَى الْمُلتَقِطِ ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ سَبَبُ تَمَلُّكِهَا ، فَكَانَ عَلَى مُتَمَلِّكِهَا . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ التَّقَطَّهَا لِلْحِفْظِ لَصَاحِبِهَا لَا غَيْرُ ، فَلِلْأَجْرَةِ عَلَى مَالِكِهَا ، يَرْجِعُ بِهَا عَلَيْهِ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِيمَا لَا يُمْلِكُ بِالتَّعْرِيفِ .

فصل : فَإِذَا جَاءَ مُدَّعِيهَا ، فَوَصَفَهَا بِصِفَاتِهَا الْمَذْكُورَةِ ، لَزِمَ ^(١) دَفْعُهَا إِلَيْهِ ؛ لِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ بِهِ ، وَلِأَنَّهَا ^(٢) لَوْ لَمْ تُدْفَعْ ^(٣) بِالصِّفَةِ ، لَتَعَذَّرَ وُصُولُ صَاحِبِهَا إِلَيْهَا ، لَتَعَذَّرَ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ . فَإِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ وَسَلَّمَتْ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى الْوَدِيعَةَ اثْنَانِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ وَصَفَهَا أَحَدُهُمَا ، وَلِلْآخَرِ بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ ذُو الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْوَى مِنَ الْوَصْفِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَاصِفُ سَبَقَ فَأَخَذَهَا ، نُزِعَتْ

= والحديث أخرجه مسلم ، في : باب النهي عن نشد الضالة في المسجد ... من كتاب المساجد ومواضع الصلاة . صحيح مسلم ١/٣٩٧ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب كراهية إنشاد الضالة في المسجد ، من كتاب الصلاة . سنن أبي داود ١/١١١ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن إنشاد الضوال في المسجد ، من كتاب المساجد والجماعات . سنن ابن ماجه ١/٢٥٢ . والدارمي ، في : باب النهي عن استنشاد الضالة في المسجد ... من كتاب الصلاة . سنن الدارمي ١/٣٢٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٤٢٠ ، ٣/٤٢٩ .

(١) في ب : «لزمه» .

(٢) في ف : «لأنه» .

(٣) في س ١ ، ف : «يدفع» .

منه ، وإن تَلَفَتْ في يَدِهِ ، فلصاحِبِهَا تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لأنَّ الواصِفَ أَخَذَ مَالَ [٢٠٨] غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَالْمُلْتَقِطُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهِ ، وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْوَاصِفِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَلَ^(١) فِي يَدِهِ ، فَإِنْ ضَمِنَ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ، وَإِنْ ضَمِنَ الْمُلْتَقِطُ رَجَعَ^(٢) عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُلْتَقِطُ دَفَعَهَا إِلَيْهِ^(٣) بِحُكْمٍ حَاكِمٍ ، فَلَا يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْهُ قَهْرًا . وَإِنْ أَتَلَفَهَا الْمُلْتَقِطُ ، فَعَرَّمَهُ الْوَاصِفُ عَوَضَهَا ، ثُمَّ جَاءَ صَاحِبُ الْبَيْتَةِ ، لَمْ يَرْجَعْ إِلَّا عَلَى الْمُلْتَقِطِ ؛ لأنَّ الْوَاصِفَ إِنَّمَا أَخَذَ مَالَ الْمُلْتَقِطِ وَلَمْ يَأْخُذِ اللَّقْطَةَ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْمُلْتَقِطُ عَلَى الْوَاصِفِ .

فصل : وإن لم تُعَرَفْ ، دَخَلَتْ فِي مِلْكِ الْمُلْتَقِطِ عِنْدَ^(٤) الْحَوْلِ حُكْمًا ، كَالْمِيرَاثِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ زَيْدٍ : « فَإِنْ^(٥) لَمْ تُعَرَفْ^(٦) فَاسْتَنْفَقْهَا^(٧) . » وَفِي لَفْظٍ : « وَإِلَّا فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكَ^(٨) . » وَلِأَنَّهُ كَسَبُ مَالٍ بِفِعْلِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِيهِ اخْتِيَارُ التَّمْلِكِ^(٩) ، كَالصَّيْدِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بِاخْتِيَارِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ مَالٍ يَبْدَلُ ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ اخْتِيَارُ

(١) سقط من : الأصل ، س ١ ، م .

(٢) في الأصل : « ورجع » .

(٣) زيادة من : ف .

(٤) في م : « بعد » . وانظر : الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٢٣٧ / ١٦ .

(٥) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب ، م : « وإن » .

(٦) في س ١ : « يعرف » .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٤٤٨ ، ٤٤٩ .

(٨) هذا اللفظ من حديث أبي بن كعب المتقدم في صفحة ٤٤٩ .

(٩) في م : « التملك » .

التَّمْلِكُ^(١) ، كالْبَيْعِ .

والْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ^(٢) سَوَاءٌ فِي هَذَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُفَرِّقْ ، وَلِأَنَّهُ تَمْلِكُ مَالٍ بِعَوَضٍ ، أَشْبَهَ الْبَيْعِ .

فصل : وما جاز التِّقَاطُ وَوَجِبَ تَعْرِيفُهُ ، مُلِكَ بِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الصِّيَادِ يَقَعُ فِي شَبَكَةِ الْكَيْسِ^(٣) وَالنُّحَاسُ : يُعَرِّفُهُ سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَسَائِرِ مَالِهِ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : لَا يُمْلِكُ غَيْرُ الْأَثْمَانِ ؛ لِأَنَّ الْخَبَرَ وَرَدَ فِيهَا ، وَمِثْلُهَا لَا^(٤) يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ ؛ لَعَدَمِ تَعَلُّقِ الْغَرَضِ بِعَيْنِهَا ، فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهَا غَيْرُهَا . قَالَ أَبُو بَكْرِ : وَيُعَرِّفُهَا أَبَدًا .^(٥) وَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ ذَلِكَ وَبَيْنَ دَفْعِهَا إِلَى الْحَاكِمِ . وَقَالَ الْخَلَّالُ : كُلُّ مَنْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ يُعَرِّفُهُ^(٦) سَنَةً ، ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِهِ^(٧) ، وَالَّذِي نَقَلَ عَنْهُ أَنَّهُ يُعَرِّفُهَا أَبَدًا^(٥) ، قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِمَا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ قَالَ : أَتَى رَجُلٌ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، كَيْفَ تَرَى فِي مَتَاعٍ يُوجَدُ فِي الطَّرِيقِ^(٨)

(١) فِي ف : « التَّمْلِكِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الْفَقْر » .

(٣) فِي ف : « الْمَكِيس » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، س ٢ .

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي م : « يَعْرِفُهَا » .

(٧) فِي م : « بِهَا » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « طَرِيق » .

الميتاء^(١)، أو في قرية مشكونة؟ قال: «عرفه سنة، فإن جاء صاحبه، وإلا فشأنك به». رواه الأثرم^(٢). وقال عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، في عيبة^(٣): «عرفها سنة، فإن عرفت، وإلا فهي لك، أمرنا بذلك رسول الله ﷺ^(٤). ولأنه مال يجوز التقاطه، ويجب تعريفه، فملك به، كالأثمان. وقد دل الخبر على جواز أخذ الغنم مع تعلق الغرض بعينها، فيقاس عليها غيرها.

فصل: ولقطة الحرم تملك بالتعريف في ظاهر كلامه؛ لظاهر الخبر، ولأنه أحد الحرمين، أشبه المدينة. وعنه، لا تملك^(٥) بحال، ويجب تعريفها أبدا أو^(٦) يدفعها إلى الحاكم؛ لقول النبي ﷺ في مكة: «لا تحل ساقطتها إلا لمنشد^(٧)». متفق عليه^(٨).

-
- (١) الميتاء: الطريق العام المسلوك. غريب الحديث لأبي عبيد ٢٠٤/٢.
- (٢) وأخرجه ابن خزيمة، في: صحيحه ٤٧/٤. وابن الجارود، في: المنتقى ٢٥٦.
- والدارقطني، في: سننه ٢٣٦/٤. والبيهقي، في: السنن الكبرى ١٥٣/٤. وانظر إسناده الأثرم في: المغنى ٣٠٣/٨.
- (٣) بعده في م: «والعيبة: هي وعاء من آدم توضع فيه الثياب».
- (٤) أخرجه النسائي، في: باب ذكر الاختلاف على الوليد بن كثير... من كتاب اللقطة.
- السنن الكبرى ٤٢١/٣. والطحاوي، في: باب اللقطة والضوال، من كتاب الإجازات. شرح معاني الآثار ١٣٧/٤، ١٣٨.
- (٥) في الأصل، ف: «يملك».
- (٦) في س ٢: «و».
- (٧) المنشد: المعروف. غريب الحديث لأبي عبيد ١٣٣/٢.
- (٨) أخرجه البخاري، في: باب كيف تعرف لقطة أهل مكة، من كتاب اللقطة، وفي: باب وقال الليث: حدثني يونس... من كتاب المغازي، وفي: باب من قتل له قتيل فهو بخير =

فصل : واللَّقْطَةُ مع المُلْتَقِطِ قبل تَمْلِكِهَا أَمَانَةٌ ، عليه حِفْظُهَا بما يَحْفَظُ به الْوَدِيعَةُ ، وإن رَدَّهَا إلى مَوْضِعِهَا ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ ضَيَّعَهَا^(١) ، وإن تَلَفَتْ بغير تَفْرِيطٍ ، لم يَضْمَنْهَا ؛ لقَوْلِ رسولِ اللَّهِ ﷺ : « وَلَتَكُنْ وَدِيعَةٌ عِنْدَكَ »^(٢) . ولأنَّهُ يَحْفَظُهَا لصَاحِبِهَا بإِذْنِ الشَّرْعِ ، أَشْبَهَ الْوَدِيعَةَ .

وإن جاءَ صَاحِبُهَا ، أَخَذَهَا بِزِيَادَتِهَا الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ . وإن جاءَ بعدَ [٢٠٨ ظ] تَمْلِكِهَا ، أَخَذَهَا أَيْضًا^(٣) ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَأَذَّهَا^(٤) إِلَيْهِ » . ويأْخُذُهَا بِزِيَادَتِهَا الْمُتَّصِلَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَّبَعُ فِي الْفُسُوحِ . وَزِيَادَتُهَا الْمُتَّصِلَةُ بعدَ تَمْلِكِهَا لِمُلْتَقِطِهَا ؛ لِأَنَّهَا حَدَّثَتْ عَلَى مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ نَمَاءَ الْمَبِيعِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، فَإِنْ تَلَفَتْ بعدَ تَمْلِكِهَا ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ نَقَصَتْ بعدَ التَّمْلِكِ^(٥) ، فعليه أَرْشُ نَقْصِهَا . وإن باعَهَا أو وَهَبَهَا بعدَ تَمْلِكِهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ صَادَفَ

= النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ١٦٤ / ٣ ، ١٦٥ ، ١٩٤ / ٥ ، ٦ / ٩ . ومسلم ، فى : باب تحريم مكة وصيدها وخلوها من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٨ / ٢ ، ٩٨٩ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ١ / ٤٦٥ . والنسائى ، فى : باب النهى أن ينفر صيد الحرم ، من كتاب المناسك . المجتبى ١٦٦ / ٥ . وابن ماجه ، فى : باب فضل مكة ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ١٠٣٨ / ٢ . والدارمى ، فى : باب النهى عن لقطة الحاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٥ / ٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣١٨ / ١ ، ٣٤٨ ، ٢٣٨ / ٢ .

(١) فى الأصل : « من تضييعها » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٤٨ ، ٤٤٩ ، من حديث زيد بن خالد .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى م : « فادفعها » .

(٥) فى ف : « التملك » .

مِلْكُهُ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَجَبَ فَسْخُ الْبَيْعِ وَرَدُّهَا إِلَيْهِ ؛
لأنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْعَيْنَ ، وَقَدْ أُمِّكِنَ رَدُّهَا إِلَيْهِ ، وَإِنْ جَاءَ بَعْدَ لُزُومِ الْبَيْعِ ، فَهُوَ
كَتَلْفِهَا ؛ لأنَّهُ تَعَذَّرَ رَدُّهَا .

فصل : الضَّرْبُ الثَّانِي ، الضَّوَالُ ، وَهِيَ الْحَيَوَانَاتُ الضَّائِعَةُ ، وَهِيَ
نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا يَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ؛ إِمَّا بِقُوَّتِهِ^(١) ، كَالْإِبِلِ
وَالْخَيْلِ ، أَوْ بِجَنَاحِهِ ، كَالطَّيْرِ ، أَوْ بِسُرْعَتِهِ ، كَالظَّبَاءِ ، أَوْ بِنَابِهِ ، كَالْفَهْدِ ،
فَلَا يَجُوزُ التَّقَاطُطُ ؛ لِمَا رَوَى زَيْدُ بْنُ خَالِدٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ سُئِلَ عَنْ ضَالَّةِ الْإِبِلِ ، فَقَالَ : « مَا لَكَ وَلَهَا ، دَعَهَا فَإِنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا
وَسِقَاءَهَا ، تَرُدُّ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) .

وَالْإِمَامُ أَخَذَهَا لِيَحْفَظَهَا لِأَرْبَابِهَا ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ^(٣) وَلَايَةً فِي حِفْظِ أَمْوَالِ
الْمُسْلِمِينَ ، وَلِهَذَا كَانَ لِعُمَرَ حَظِيرَةٌ يَحْفَظُ فِيهَا الضَّوَالُ . فَإِذَا أَخَذَهَا ،
وَكَانَ لَهُ حِمَى تَزْعَى فِيهِ ، تَرَكَهَا ، وَأَشْهَدَ عَلَيْهَا ، وَوَسَمَهَا بِسِمَةِ الضَّوَالِ ،
وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حِمَى ، خَلَّاهَا وَحَفِظَ صِفَاتِهَا ، ثُمَّ بَاعَهَا ، وَحَفِظَ ثَمَنَهَا
لصَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَى عُلْفٍ ، فَرُبَّمَا اسْتَغْرَقَ ثَمَنُهَا . وَإِنْ أَخَذَهَا غَيْرُ
الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ ، ضَمِنَهَا ، وَلَمْ يَمْلِكْهَا وَإِنْ عَرَّفَهَا ، فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْإِمَامِ ،
« بَرِيءٌ مِنْ ضَمَانِهَا » ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهَا إِلَى مَنْ لَهُ الْوِلَايَةُ عَلَيْهَا ، أَشْبَهَ دَفْعَهَا إِلَى

(١) فِي ف : « لِقُوَّتِهِ » .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ٤٤٨ ، ٤٤٩ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « الْإِمَامُ » .

(٤ - ٤) فِي م : « زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ » .

صاحبِها ، وإن رَدَّها إلى مَوْضِعِها ، لم يَتَرَأ ؛ لأنَّ ما لَزِمَه ضَمَانُهُ لا يَتَرَأُ مِنْهُ إِلَّا بَرَدُّه إلى صاحِبِه أو نائِبِه ، كالمَشْرُوقِ .

فصل : النَّوعُ الثَّانِي ، ما لا يَنْحَفِظُ عَنْ^(١) صِغَارِ السَّبَاعِ ؛ كَالشَّاةِ ، وَصِغَارِ الْإِبِلِ وَالبَقَرِ وَنَحْوِها ، فعن أحمد ، لا^(٢) يجوزُ التَّقَاطُطُها ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يُؤْوَى الضَّالَّةُ إِلَّا ضَالٌّ » . رواه أبو داود^(٣) . ولأنَّه حيوانٌ ، أشَبَهَ الْإِبِلَ . والمَذْهَبُ جَوَازُ التَّقَاطُطِها ؛ لِما رَوَى زَيْدُ بْنُ خَالِدٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنِ الشَّاةِ فَقَالَ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذُّئْبِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) . وهذا يَخْصُ عُمُومَ الْحَدِيثِ الْآخِرِ ،^(٥) وَلِأَنَّهُ^(٥) يُخْشَى عَلَيْهَا التَّلَفُ ، أَشَبَهَ غَيْرَ الضَّالَّةِ .

وَسِوَاءُ وَجَدَها فِي الْمِضْرِ أَوْ فِي^(٦) مَهْلَكَةٍ ؛ لِأَنَّ الْحَدِيثَ عَامٌّ فِيهِمَا ، وَلِأَنَّهُ مَالٌ يَجُوزُ التَّقَاطُطُ ، فَاسْتَوَى فِيهِ ، كَالْأُتْمَانِ . وَالْعَبْدُ الصَّغِيرُ كَالشَّاةِ فِي جَوَازِ التَّقَاطُطِ ؛ لِأَنَّهُ لَا [و٢٠٩] يَنْحَفِظُ بِنَفْسِهِ . فَأَمَّا الْحُمُرُ^(٧) ، فَأَلْحَقَها

(١) فِي ب : « مِنْ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) فِي : كِتَابُ اللَّقْطَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٣٩٩ / ١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ ضَالَّةِ الْإِبِلِ وَالبَقَرِ وَالْغَنَمِ ، مِنْ كِتَابِ اللَّقْطَةِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَه ٨٣٦ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَد ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٦٢ / ٤ . وَضَعَفَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ١٧ / ٦ ، ١٨ .

(٤) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ٤٤٨ ، ٤٤٩ .

(٥ - ٥) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهُ » .

(٦) زِيَادَةُ مِنْ : م .

(٧) فِي س ١ : « الْخُمْرُ » .

أَصْحَابُنَا بِالنُّوعِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ لَهَا قُوَّةً ، فَأَشْبَهَتْ الْبَقَرَةَ . وَظَاهِرُ حَدِيثِ زَيْدٍ
إِلْحَاقُهَا بِالْغَنَمِ ؛ لِأَنَّهُ عُلِّلَ أَخَذَ الشَّاةِ بِخَشْيَةِ الذُّبِّ عَلَيْهَا ، وَالْحُمْرُ^(١) مِثْلُهَا
فِي ذَلِكَ ، وَعُلِّلَ الْمَنَعُ مِنَ الْإِبِلِ بِقُوَّتِهَا عَلَى وُرُودِ^(٢) الْمَاءِ وَصَبْرِهَا بِقَوْلِهِ :
« مَعَهَا سِقَاؤُهَا » . وَالْحُمْرُ^(١) بِخِلَافِهَا .

وَمَتَى التَّقَطَّ هَذَا النَّوعُ خَيْرٌ بَيْنَ أَكْلِهِ فِي الْحَالِ ، وَحِفْظِهِ لِصَاحِبِهِ ،
وَيَبِيعُهُ وَحِفْظُ^(٣) ثَمَنِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ لَكَ^(٤) أَوْ لِأَخِيكَ^(٥) » . وَلَمْ
يَأْمُرْهُ بِحِفْظِهَا ، وَلِأَنَّ إِبْقَاءَهَا يَحْتَاجُ إِلَى غَرَامَةٍ وَنَفَقَةٍ دَائِمَةٍ ، فَيَسْتَعْرِقُ
قِيَمَتَهَا . فَإِنْ اخْتَارَ إِبْقَاءَهَا وَحِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا ، فَهُوَ الْأَوَّلَى ،^(٦) وَيُتَّفَقُ
عَلَيْهَا^(٥) ؛ لِأَنَّ^(٦) بِهِ بَقَاءَهَا ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ فَرَطَ فِيهَا ، وَإِنْ
أُتْفِقَ عَلَيْهَا مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى صَاحِبِهَا ، وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ عَلَى
صَاحِبِهَا ، وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ ، فَفِي الرُّجُوعِ بِهِ رِوَايَتَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى الْوَدِيعَةِ .
وَإِنْ اخْتَارَ أَكْلَهَا أَوْ يَبِيعَهَا ، لَزِمَهُ حِفْظُ صِفَتِهَا ، ثُمَّ يُعَرِّفُهَا عَامًّا ، فَإِذَا جَاءَ
صَاحِبُهَا ، دَفَعَ إِلَيْهِ ثَمَنَهَا ، أَوْ غَرِمَهُ لَهُ إِنْ أَكَلَهَا ، وَلَا يَلْزَمُهُ عَزْلُ ثَمَنِهَا إِذَا
أَكَلَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْرُجُ مِنْ ذِمَّتِهِ بِعَزْلِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمُهُ ، كَسَائِرِ مَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُهُ ،

(١) فِي س ١ : « الْخُمْرُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « وَرُودُهَا » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « حِفْظُهُ » .

(٤ - ٤) زِيَادَةٌ مِنْ : ف .

(٥ - ٥) فِي الْأَصْلِ : « مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « وَلِأَنَّ » .

وإن أرادَ يَبْعُها ، فله أن يَتَوَلَّى ذلك بِنَفْسِهِ ؛ لأنَّ ما مَلَكَ أَكَلَهُ ، فَيَبْعُهُ أَوَّلَى .
فإذا عَرَفَها حَوْلًا ولم تُعْرِفْ ، مَلَكَها إن كانت باقِيَّةً ، أو ثَمَنَها إن
بَاعَها ؛ لأنَّ حَدِيثَ زَيْدٍ يَدُلُّ على مِلْكِهِ لها ؛ لأنَّه أَضَافَها إليه بِلَامِ
التَّمْلِيكِ ، ولأنَّه مَالٌ يجوزُ التَّقَاطُطُ ، فَيُمْلِكُ بالتَّعْرِيفِ ، كالأَثْمَانِ . وعنه ،
لا يَمْلِكُها . والمَذْهَبُ الأوَّلُ .

فصل : وإن التَّقَطَّ ما لا يَبْقَى عامًّا ، كالْبَطِيخِ والطَّبِيخِ ، لم يَجُزْ تَرْكُهُ
لِيَتَلَفَ ، فإن فَعَلَ ، ضَمِنَهُ ؛ لأنَّه فَرَّطَ في حِفْظِهِ ، فإن كان مِمَّا لا يَبْقَى
بالتَّجْفِيفِ ، كالْبَطِيخِ^(١) ، خَيْرٌ بَيْنَ يَبْعِهِ وَأَكْلِهِ ، وإن كان يَبْقَى بالتَّجْفِيفِ ،
كالعَنْبِ والرُّطْبِ ، فَعَلَّ ما فيه الحِطُّ لصَاحِبِهِ ؛ مِنْ يَبْعِهِ وَأَكْلِهِ وَتَجْفِيفِهِ .
فإن احتَاجَ في التَّجْفِيفِ إلى غَرَامَةٍ ، باعَ بَعْضَهُ فيها ، وإن أنْفَقَها مِنْ
عِنْدِهِ ، رَجَعَ بها ؛ لأنَّ النَّفَقَةَ هَلْهنا لا تَتَكَرَّرُ ، بخِلَافِ نَفَقَةِ الحَيَوَانِ ، فإنَّها
تَتَكَرَّرُ^(٢) ، فَرُبَّمَا اسْتَغْرَقَتْ قِيَمَتَهُ ، فلا يَكُونُ لصَاحِبِها حِطٌّ في إِمْسَاكِها إِلَّا
بِإِسْقَاطِ النَّفَقَةِ عنه . وإن أرادَ يَبْعُها ، فله البَيْعُ بِنَفْسِهِ ؛ لِما ذَكَرْنَا في بَيْعِ^(٣)
الضَّوَالِّ . وعنه ، له يَبْعُ اليَسِيرِ ، فأَمَّا الكَثِيرُ ، فَإِنَّه يَرْفَعُهُ إلى السُّلْطَانِ .
والقَوْلُ في تَعْرِيفِهِ وسائِرِ أَحْكامِهِ ، كالقَوْلِ في الشَّاةِ .

فصل : قال أحمدُ : مَنْ اشْتَرَى سَمَكَةً ، فَوَجَدَ في بَطْنِها دُرَّةً ، فهي
للصَّيَّادِ ، وإن وَجَدَ دَرَاهِمَ ، فهي لِقَطْعَةٍ ؛ لأنَّها لا تَبْتَلِغُ الدَّرَاهِمَ إِلَّا بعدَ

(١) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب : « كالطبيخ » .

(٢) بعده في س ٢ : « فيها » .

(٣) زيادة من : الأصل .

ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهَا ، وَقَدْ تَبَتَّلِعُ دُرَّةً مِنَ الْبَحْرِ مُبَاخَةً ، فَيَمْلِكُهَا الصَّيَّادُ بِمَا فِيهَا ، فَإِنْ بَاعَهَا وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْدُّرَّةِ ، لَمْ يَزُلْ مِلْكُهَا عَنْهَا^(١) ، كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا لَهُ فِيهَا مَالٌ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ .

فصل : وَإِنْ وَجَدَ اللَّقْطَةَ اثْنَانِ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا اشْتَرَكَا فِي السَّبَبِ ، فَاشْتَرَكَا فِي الْحُكْمِ . وَإِنْ ضَاعَتْ مِنْ وَاجِدِهَا ، فَوَجَدَهَا آخَرُ ، رَدَّهَا عَلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ لَهُ الْحَقُّ فِيهَا ، فَوَجَبَ [٢٠٩ ظ] رَدُّهَا إِلَيْهِ ، كَالْمِلْكِ^(٢) . وَإِنْ رَأَاهَا اثْنَانِ ، فَرَفَعَهَا أَحَدُهُمَا فَهِيَ لَهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ لَهُ »^(٣) . وَإِنْ رَأَاهَا أَحَدُهُمَا ، فَقَالَ لِلْآخَرِ^(٤) : ازْفَعْهَا . ففَعَلَ^(٥) ، فَهِيَ لِرَافِعِهَا ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَصِحُّ التَّوَكُّيلُ فِيهِ .

فصل : فَإِنْ التَّقَطَّهَا صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ أَوْ سَفِيهٌ ، صَحَّ التَّقَاطُطُ ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَ بِفِعْلٍ ، فَصَحَّ مِنْهُ ، كَالصَّيْدِ ، فَإِنْ تَلَفَتْ^(٦) فِي يَدِهِ بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَا لَهُ أَخْذُهُ ، وَإِنْ تَلَفَتْ بِتَقْرِيطٍ ، ضَمِنَهَا . وَمَتَى عَلِمَ وَلِيُّهُ بِهَا ، لَزِمَهُ نَزْعُهَا مِنْهُ وَتَعْرِيفُهَا ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ ، وَالْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لَيْسَ مِنْ

(١) فِي م : « عَنْ الدُّرَّةِ » .

(٢) فِي ف : « كَالْمَالِكِ » .

(٣) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي إِقْطَاعِ الْأَرْضَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢ /

١٥٨ . وَالطَّبْرَانِيُّ فِي الْكَبِيرِ ٢٥٥ / ١ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦ / ١٤٢ .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ف : « الْآخَرِ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « تَلَفَ » .

أهلها ، فإذا تَمَّ تَغْرِيفُهَا ، دَخَلَتْ فِي مِلْكٍ وَاجِدَهَا حُكْمًا ، كَالْمِيرَاثِ .

فصل : وَيَصِحُّ التِّقَاطُ الْعَبْدِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِعُمُومِ الْخَبَرِ ، وَلِمَا ذَكَرْنَا فِي الصَّبِيِّ . وَيَصِحُّ تَغْرِيفُهَا لَهَا ؛ لِأَنَّ لَهُ قَوْلًا صَحِيحًا ، فَصَحَّ تَغْرِيفُهَا ، كَالْحُرِّ . فَإِذَا تَمَّ تَغْرِيفُهَا ، مَلَكَهَا سَيِّدُهُ ؛ لِأَنَّهَا كَسَبَتْ عَبْدَهُ ، وَلَسَيِّدِهِ انْتِزَاعُهَا مِنْهُ قَبْلَ تَغْرِيفِهَا ؛ لِأَنَّ كَسْبَ عَبْدِهِ لَهُ ، وَيتَوَلَّى تَغْرِيفَهَا أَوْ إِيْتَامَهُ ، وَلَهُ إِقْرَارُهَا فِي يَدِ عَبْدِهِ الْأَمِينِ ، وَيَكُونُ مُسْتَعِينًا بِهِ فِي حِفْظِهَا وَتَغْرِيفِهَا ، وَلَا يَجُوزُ إِقْرَارُهَا فِي يَدِ مَنْ لَيْسَ بِأَمِينٍ ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَعَلِهُ الضَّمَانُ ، وَإِنْ عَلِمَ الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَيْهَا ، لَزِمَهُ سَتْرُهَا عَنْهُ وَيُسَلِّمُهَا^(١) إِلَى الْحَاكِمِ لِيَعْرِفَهَا ، ثُمَّ يَدْفَعُهَا إِلَى سَيِّدِهِ بِشَرْطِ الضَّمَانِ . وَإِنْ أَتْلَفَهَا الْعَبْدُ ، فَحُكْمُ ذَلِكَ حُكْمُ جِنَايَتِهِ ، وَإِنْ عَتَقَ^(٢) الْعَبْدُ بَعْدَ الِاتِّقَاطِ ، فَلَسَيِّدُهُ أَخْذُهَا ؛ لِأَنَّهَا كَسَبَتْهُ .

فصل : وَالْمُكَاتَّبُ كَالْحُرِّ ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ لِنَفْسِهِ ، وَالْمُدَبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ كَالْقِنْ ، وَمَنْ يَضْفَهُ حُرٌّ ، فَلَقَطَّتْهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، كَكَسْبِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُهَابَاةٌ^(٣) ، لَمْ تَدْخُلْ فِي الْمُهَابَاةِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا مِنَ الْأَكْسَابِ النَادِرَةِ ، فَأَشْبَهَتْ الْمِيرَاثَ . وَالْآخَرُ ، تَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسْبِهِ ، فَهِيَ كَصَيْدِهِ^(٤) .

(١) فِي م : «تسليمها» .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ف ، م : «أعتق» .

(٣) الْمُهَابَاةُ أَنْ يَكُونَ لِنَفْسِهِ يَوْمًا وَلِسَيِّدِهِ يَوْمًا .

(٤) فِي م : «كصيد» .

وفى الهدية والوصية وسائر الأقسام النادرة وجهان كاللُقطة .

فصل : والذمى كالمسلم ؛ للخبر ، ولأنه كسب يصح من الصبي ، فصَحَّ من الذمى كالصبيد . والفاسق كالعَدْل ؛ لذلك ، لكن إن عَلِمَ^(١) الحاكم بها^(٢) ، ضَمَّ إليه أمينًا يحفظها ، ويتولَّى تعريفها ؛ لأنها أمانة ، فلا تُؤْمَنُ^(٣) خيائته^(٤) فيها ، فإذا عَرَفَهَا ، مَلَكَهَا مُلْتَقِطُهَا .

فصل : ومن التقط لُقطة لغير التعريف ، ضَمِنَهَا ، ولم يَمْلِكْهَا وإن عَرَفَهَا ؛ لأنه أَخَذَهَا على وجه تحريم^(٥) عليه ، فلم يَمْلِكْهَا ، كالغاصب . ومن تَرَكَ التعريف فى الحَوْلِ الأول ، لم يَمْلِكْهَا وإن عَرَفَهَا بعد ؛ لأنَّ السَّبَبَ الذى يَمْلِكُهَا به قد فات . ولا يَتَرَأُّ منها إِلَّا بِتَسْلِيمِهَا إِلَى الحاكم .

فصل : ومن تَرَكَ دَابَّةً بمَهْلَكَةٍ ، فَأَخَذَهَا إنسانٌ ، فخلَصَهَا ، مَلَكَهَا ؛ لما رَوَى الشَّعْبِيُّ قال : حَدَّثَنِى غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ [٢١٠و] قَالَ : « مَنْ ^(٦) وَجَدَ دَابَّةً قَدْ ^(٧) عَجَزَ عَنْهَا أَهْلُهَا ^(٨) »

(١) فى م : « أعلم » .

(٢) فى م : « بهما » .

(٣) بعده فى الأصل : « من » .

(٤) فى س ٢ ، ف : « جنائته » .

(٥) فى س ١ ، س ٢ ، ب ، م : « يحرم » .

(٦) فى م : « ومن » .

(٧) سقط من : م .

(٨) فى م : « أهله » .

فَسَيِّبُوهَا ، فَأَخَذَهَا ، فَأَحْيَاهَا ، فَهِيَ لَهُ ^(١) . وَلَآنَ فِيهِ ^(٢) «إِنْقَاذًا لِلْحَيَوَانِ» ^(٣) مِنْ
الْهَلَاكِ ، مَعَ نَبَذِ صَاحِبِهِ لَهُ ، فَأَشْبَهَ السُّنْبُلَ السَّاقِطَ . فَإِنْ كَانَ مَكَانُهَا عَبْدٌ ،
لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعَادَةِ يُمَكِّنُهُ التَّخَلُّصُ . وَإِنْ كَانَ مَتَاعًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ ^(٣) ؛
لِأَنَّهُ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ .

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي مَنْ أَحْيَا حَسِيرًا ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنْ أَبِي دَاوُدَ ٢ /
٢٥٨ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ فِي : سَنَنْهُ ٦٨ / ٣ . وَابِيَهْقِي فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦ / ١٩٨ .
(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : «إِنْقَاذُ الْحَيَوَانِ» .
(٣) فِي الْأَصْلِ : «يُمَكِّنُهُ» .

بَابُ اللَّقِيطِ

وهو الطُّفْلُ الْمَنبُودُ، وَالتَّقَاطُ فَزُضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنْجَاءُ آدَمِيٍّ مِنَ الْهَلَاكِ، فَوَجِبَ، كَتَخْلِيصِ الْغَرِيقِ.

وهو مَحْكُومٌ بِحُرَّتِيَّتِهِ؛ لِمَا رَوَى سُنَيْنُ أَبُو جَمِيلَةَ قَالَ: وَجَدْتُ مَلْقُوطًا، فَأَتَيْتُ بِهِ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَقَالَ: أَذْهَبَ فَهُوَ حُرٌّ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ. رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي «سُنَنِهِ»^(١). وَلِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْآدَمِيِّينَ الْحُرِّيَّةُ.

وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ إِذَا كَانَ فِيهَا مُسْلِمًا؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ الدَّارُ وَإِسْلَامُ مَنْ فِيهَا. وَإِنْ وُجِدَ فِي بَلَدٍ فِيهِ كُفَّارٌ، وَلَا مُسْلِمَ فِيهِ، فَهُوَ كَافِرٌ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ وَلَدُ كَافِرَيْنِ. وَإِنْ وُجِدَ فِي بَلَدٍ الْكُفَّارِ، وَفِيهِ مُسْلِمُونَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، هُوَ كَافِرٌ؛ لِأَنَّهُ فِي دَارِهِمْ. وَالثَّانِي، هُوَ مُسْلِمٌ؛ تَغْلِيْبًا لِإِسْلَامِ الْمُسْلِمِ الَّذِي فِيهِ.

فصل: وما يُوجَدُ عَلَيْهِ مِنْ ثِيَابٍ أَوْ حُلِيِّ، أَوْ تَحْتَهُ مِنْ فِرَاشٍ أَوْ سَرِيرٍ أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ فِي يَدِهِ مِنْ نَفَقَةٍ أَوْ عِنَانٍ دَابَّةٍ، أَوْ مَشْدُودًا فِي ثِيَابِهِ أَوْ يَبْغُضُ

(١) وَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ، فِي: بَابِ الْقَضَاءِ فِي الْمَنبُودِ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ. الْمَوْطَأُ ٢/٧٣٨. وَابْنُ أَبِي عَرَبٍ، فِي: بَابِ التَّقَاطِ الْمَنبُودِ...، مِنْ كِتَابِ اللَّقِطَةِ. السُّنَنِ الْكُبْرَى ٦/٢٠١، ٢٠٢.

جَسَدِهِ^(١) ، أَوْ مَجْعُولًا فِيهِ كِدَارٍ وَخَيْمَةٍ ، فَهُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ آدَمِيٌّ حُرٌّ ، فَمَا فِي يَدِهِ لَهُ ، كَالْبَالِغِ . وَإِنْ كَانَ^(٢) مَطْرُوحًا بَعِيدًا مِنْهُ ، أَوْ قَرِيبًا^(٣) مَرْبُوطًا بِغَيْرِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ الْمَذْفُونُ تَحْتَهُ ؛ لِأَنَّ الْبَالِغَ لَوْ جَلَسَ عَلَى دَفِينٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِنْ^(٤) كَانَ الْحَقَرُ طَرِيقًا ، فَهُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ حَفَرَ النَّابِذَ لَهُ . وَإِنْ وُجِدَ بِقُرْبِهِ مَالٌ مَوْضُوعٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ لَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَتْرُكُ مَالَهُ بِقُرْبِهِ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ هُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ عَلَيْهِ .

فصل : وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ ، فَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ ، كَالْبَالِغِ . وَيَجُوزُ لِلْوَلِيِّ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ^(٥) مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ وَلِيٌّ ، فَمَلَكَ ذَلِكَ كَوَلِيِّ الْيَتِيمِ . وَيُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَى^(٦) لِلتُّهْمَةِ . فَإِنْ بَلَغَ وَاخْتَلَفَا فِي النَّفَقَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُتَّفِقِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، فَتُنْفَقُ فِي يَتِّ الْمَالِ ؛ لِقَوْلِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ^(٧) . وَلِأَنَّهُ آدَمِيٌّ حُرٌّ لَهُ حُرْمَةٌ ، فَوَجَبَ عَلَى السُّلْطَانِ الْقِيَامَ بِهِ عِنْدَ حَاجَتِهِ ، كَالْفَقِيرِ . وَلَيْسَ عَلَى الْمُتَّقِطِ نَفَقَتُهُ ؛ لِحَدِيثِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّهُ لَا نَسَبَ بَيْنَهُمَا وَلَا مِلْكَ ، فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ .

(١) فِي م : « بَدَنِهِ » .

(٢) فِي ف : « وَجَدَ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : س ٢ ، ف ، ب .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَإِنْ » .

(٥) زِيَادَةٌ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي ف : « أَنْفَى » .

(٧) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي الصَّفْحَةِ السَّابِقَةِ .

وإن تَعَذَّرَ الإنْفَاقُ عليه [٢١٠ ظ] مِنْ يَتِّ الْمَالِ ، فعلى مَنْ عَلمَ حاله الإنْفَاقُ عليه فَرَضَ كِفَايَةً ؛ لَأَنَّ به بَقَاءَهُ ، فَوَجِبَ ^(١) ، كإِنْفَاقِ الْغَرِيقِ . فَإِنْ اقْتَرَضَ الْحَاكِمُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ ، ثُمَّ بَانَ رَقِيقًا ، أَوْ لَهُ أَبٌ مُوسِرٌ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى الْوَاجِبَ عَنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ أَحَدٌ ، وَفَّى مِنْ يَتِّ الْمَالِ .

فصل : وإذا كان الْمُتَّقِطُ أَمِينًا حُرًّا مُسْلِمًا ، أُقِرَّ فِي يَدِهِ ؛ لِحَدِيثِ ^(٢) عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ كَافِلٍ ، وَالْمُتَّقِطُ أَحَقُّ لِلسَّبْقِ .

وفى الإِشْهَادِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجِبُ ، كَمَا لَا يَجِبُ فِي اللَّقْطَةِ . وَالثَّانِي ، يَجِبُ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِهِ حِفْظَ النَّسَبِ وَالْحُرِّيَّةِ ، فَوَجِبَ ، كَالِإِشْهَادِ فِي النِّكَاحِ .

وإن التَّقَطُّهَ فَاسِقٌ ، نُزِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي حِفْظِهِ إِلَّا الْوِلَايَةُ ، وَلَا وِلَايَةٌ لِفَاسِقٍ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا الْمَذْهَبُ . ^(٣) وَظَاهِرٌ ^(٤) قَوْلِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ يُقَرَّرُ فِي يَدِهِ ؛ لِقَوْلِهِ : إِنْ لَمْ يَكُنْ مَنْ وَجَدَ اللَّقِيطَ أَمِينًا ، مُنِعَ مِنَ السَّفَرِ بِهِ . فعلى هذا ، يُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ يُشَارِفُهُ ، وَيَشْهَدُ عَلَيْهِ ، وَيُشِيرُ أَمْرَهُ ؛ لِيَتَحَفِظَ بِذَلِكَ .

وليس لكَافِرٍ التَّقَاطُ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « كحديث » .

(٣ - ٣) في س ١ : « في ظاهر » .

(٤) في الأصل : « كلام » .

وإن التَّقَطَّه ، نُزِعَ منه . وله التِّقَاطُ المحْكُومُ بكُفْرِهِ ، ويُقَرُّ في يَدِهِ ؛ لِثُبُوتِ
وِلَايَتِهِ عَلَيْهِ .

وليس للعَبْدِ الِاتِّقَاطُ إِلَّا ^(١) « أَنْ يَأْذَنَ لَهُ » سَيِّدُهُ ^(٢) ، فَتَكُونُ الْوِلَايَةُ
لِلسَّيِّدِ ، وَالْعَبْدُ نَائِبٌ عَنْهُ .

فصل : فإن أراد المُلْتَقِطُ السَّفَرَ به ، وهو مِمَّنْ لَمْ تُخْتَبَرْ أَمَانَتُهُ فِي الْبَاطِنِ ،
نُزِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَدَّعِيَ رِقَّةً . وَإِنْ عُلِمَتْ أَمَانَتُهُ بَاطِنًا ، فَأَرَادَ نَقْلَهُ
مِنَ الْحَضَرِ إِلَى الْبَدْوِ ، مُنِعَ مِنْهُ ^(٣) ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُلُهُ إِلَى الْعَيْشِ فِي الشَّقَاءِ وَمَوَاضِعِ
الْجَفَاءِ . وَإِنْ أَرَادَ الثُّقْلَةَ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ يُقِيمُ فِيهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقَرُّ
فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِيمَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِي ، يُمْنَعُ مِنْهُ ^(٤) ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهُ فِي بَلَدِهِ
أَرْجَى لظُهُورِ نَسَبِهِ . وَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ فِي بَدْوٍ ، فَلَهُ نَقْلُهُ إِلَى الْحَضَرِ ؛ لِأَنَّهُ
أَرْفَقُ بِهِ ، وَلَهُ الْإِقَامَةُ بِهِ فِي الْبَدْوِ ، وَفِي حِلَّةٍ ^(٥) لَا تَتَّقِلُ عَنْ مَكَانِهَا ؛ لِأَنَّ
الْحِلَّةَ كَالْقَرْيَةِ . وَإِنْ كَانَ مُتَنَقِّلًا ^(٦) ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقَرُّ فِي يَدِهِ ؛
لِأَنَّهُ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ . وَالثَّانِي ، يُنْزَعُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَشْقَى بِالتَّنَقُّلِ .

فصل : فإن التَّقَطَّه مُوسِرٌ وَمُعْسِرٌ ، قُدِّمَ الْمُوسِرُ ؛ لِأَنَّهُ أَحْظُّ لِلطُّفْلِ ، فَإِنْ

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ ، م : « يَأْذَنُ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « لَهُ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ف .

(٤) سَقَطَ مِنْ : س ، ا ، ف ، م .

(٥) الْحِلَّةُ : الْقَوْمُ النَّازِلُونَ ، وَتَطْلُقُ عَلَى الْبُيُوتِ مَجَازًا .

(٦) فِي س ، ا ، ف ، م : « مُتَنَقِّلًا » . وَالنُّونُ وَالتَّاءُ غَيْرُ مَنْقُوطَةٍ فِي ب .

تَسَاوِيَا وَتَشَاخَا، أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمَا إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾^(١). ولأنَّهما تَسَاوِيَا فِي الْحَقِّ، فَأَقْرِعَ بَيْنَهُمَا، كَالْعَبْدَيْنِ فِي الْعِتْقِ. وَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ، كَفَلَهُ الْآخَرُ. وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ فِي هَذَا سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ أَجْنَبِيَّةٌ، وَالرَّجُلُ يَحْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ، فَهُمَا سَوَاءٌ.

فصل: فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْمُلْتَقِطِ وَهُوَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ. وَهَلْ يُسْتَخْلَفُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ. وَإِنْ كَانَ فِي يَدَيْهِمَا^(٢)، قُدِّمَ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ. وَهَلْ يُسْتَخْلَفُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، سَلَّمَهُ [٢١١و] السُّلْطَانُ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لِأَحَدِهِمَا.

وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ، قُضِيَ بِهَا؛ لِأَنَّهَا أَقْوَى، فَإِنْ كَانَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ، قُدِّمَ أَسْبَقُهُمَا تَارِيخًا؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِهَا السَّبْقُ إِلَى الْإِلْتِقَاطِ. وَإِنْ^(٣) تَسَاوَيَا وَهُوَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، انْتَبَى عَلَى بَيِّنَةِ الدَّخِيلِ وَالْخَارِجِ. وَإِنْ تَسَاوَيَا فِي الْيَدِ أَوْ عَدَمِهَا، سَقَطَتَا، وَأَقْرِعَ بَيْنَهُمَا، فَقُدِّمَ بِهَا أَحَدُهُمَا.

فصل: وَإِنْ ادَّعَى نَسَبَهُ رَجُلٌ، لِحَقِّهِ^(٤)؛ لِأَنَّهُ أَقَرُّ لَهُ بِحَقِّ لَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى أَحَدٍ، فَقُبِلَ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لَهُ بِمَالٍ، وَيَأْخُذُهُ مِنَ الْمُلْتَقِطِ إِنْ كَانَ مِنْ

(١) سورة آل عمران ٤٤.

(٢) فِي ف: «أَيْدِيهِمَا».

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ: «كَانَ».

(٤) فِي م: «لِحَقِّ بِهِ».

أَهْلُ الْكَفَالَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَالِدَ أَحَقُّ بِكَفَالَةِ وَلَدِهِ . وَإِنْ كَانَ كَافِرًا ، لَمْ يُتَّبَعْهُ فِي الدِّينِ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ بِالذَّارِ ، فَلَا يَزُولُ ذَلِكَ بِدَعْوَى كَافِرٍ ، وَلَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ . وَيُثْبِتُ ^(١) نَسَبُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ كَالْمُسْلِمِ فِي ثُبُوتِ النَّسَبِ مِنْهُ ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى أَحَدٍ فِي انْتِسَابِهِ إِلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِوِلَادَتِهِ عَلَى فِرَاشِهِ ، أُلْحِقَ بِهِ نَسَبًا وَدِينًا ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ أَنَّهُ ابْنُهُ بَيِّنَةً . ذَكَرَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يُلْحَقُهُ فِي الدِّينِ إِلَّا أَنْ تَقُومَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ وَلَدُ كَافِرَيْنِ حَيَّيْنِ ؛ لِأَنَّ الطُّفْلَ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ^(٢) بِإِسْلَامِ أَحَدِ أَبَوَيْهِ أَوْ مَوْتِهِ .

وَإِنْ ادَّعَتْ امْرَأَةٌ نَسَبَهُ ، فَفِيهَا ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ ؛ إِحْدَاهُنَّ ، يُقْبَلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ ، فَثَبَتَ النَّسَبُ بِدَعْوَاهَا ^(٣) ، كَالْأَبِ ، وَيُلْحَقُ بِهَا دُونَ زَوْجِهَا . الثَّانِيَةُ ^(٤) ، إِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ ، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهَا ^(٥) ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى أَنْ يُلْحَقَ بِزَوْجِهَا ^(٦) نَسَبٌ ^(٧) لَمْ يُقَرَّرْ بِهِ ، ^(٨) أَوْ يَنْتَسِبَ إِلَيْهِ مَا يَتَعَيَّرُ بِهِ ^(٨) ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ، قُبِلَ ؛ لِعَدَمِ ذَلِكَ . وَالثَّالِثَةُ ، إِنْ كَانَ لَهَا إِخْوَةٌ وَنَسَبٌ

(١) فِي الْأَصْلِ : « ثَبَت » .

(٢) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « أَوْ » .

(٣) فِي س ٢ : « بِدَعْوَتِهَا » .

(٤) فِي ف ، ب : « وَالثَّانِيَةُ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : س ٢ ، وَفِي الْأَصْلِ : « دَعْوَتِهَا » . وَفِي س ١ : « دَعْوَاهُمَا » .

(٦) فِي م : « زَوْجِهَا » .

(٧) بَعْدَهُ فِي م : « مِنْ » .

(٨ - ٨) سَقَطَ مِنْ : س ٢ ، م ، وَفِي الْأَصْلِ ، س ١ ، ب : « يَنْسَبُ إِلَيْهَا مَا تَتَعَيَّرُ » .

مَعْرُوفٌ ، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهَا^(١) ؛ لِأَنَّ وَلَادَتَهَا لَا تَخْفَى عَلَيْهِمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ، قُبِلَتْ .
وَالْأَمَةُ كَالْحُرَّةِ ، إِلَّا أَنَّا إِذَا أَحَقَّنَا النَّسَبَ بِهَا ، لَمْ يَثْبُتْ رِقُّ وَلَدِهَا ؛ لِأَنَّهُ
مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَلَا يَثْبُتُ رِقُّهُ بِمَجَرَّدِ الدَّعْوَى ، كَمَا لَمْ يَثْبُتْ كُفْرُهُ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى نَسَبَهُ رَجُلَانِ ، وَلِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، فَهُوَ وَلَدُهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ
حُجَّةً ، فَإِنْ كَانَ^(٢) لِهَمَا بَيِّنَتَانِ ، أَوْ لَا بَيِّنَةَ لِهَمَا ، عُرِضَ عَلَى الْقَافَةِ
مَعَهُمَا ، أَوْ مَعَ عَصَبَتَيْهِمَا عِنْدَ فَقْدِهِمَا ، فَإِنْ أَحَقَّهُ بِأَحَدِهِمَا ، لِحَقِّ^(٣) بِهِ ؛
لِمَا رَوَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ مَسْرُورًا تَبْرُقُ أُسَارِيرُ
وَجْهِهِ ، فَقَالَ : « أَلَمْ تَرَى أَنَّ مُجَزَّزًا الْمُدَلِّجِيَّ نَظَرَ آفِئًا إِلَى زَيْدٍ وَأَسَامَةَ ، وَقَدْ
غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا ، وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا ، فَقَالَ : إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ
بَعْضٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) . فَلَوْلَا أَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لَمَا سُرَّ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ . وَإِنْ
أَحَقَّهُ بِهِمَا ، لِحَقِّهِمَا ؛ لِمَا رَوَى سُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ،

(١) فِي س ١ ، س ٢ : « دَعْوَتُهَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) فِي الْأَصْلُ : « لَحَقَتْ » ، وَفِي م : « الْحَقُّ » .

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ صِفَةِ النَّبِيِّ ﷺ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاقِبِ ، وَفِي : بَابِ مَنَاقِبِ زَيْدِ
ابْنِ حَارِثَةَ مَوْلَى النَّبِيِّ ﷺ ، مِنْ كِتَابِ الْفَضَائِلِ ، وَفِي : بَابِ الْقَائِفِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ .
صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢٢٩ / ٤ ، ٢٩ / ٥ ، ١٩٥ / ٨ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْعَمَلِ بِالْحَاقِ الْقَائِفِ الْوَلَدِ ،
مِنْ كِتَابِ الرِّضَاعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٠٨١ / ٢ ، ١٠٨٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْقَافَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ١ /
٥٢٦ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْقَافَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْوَلَاءِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٨ /
٢٩٠ ، ٢٩١ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْقَافَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَجْتَبَى ١٥١ / ٦ ، ١٥٢ .
وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْقَافَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٧٨٧ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ،
فِي : الْمُسْنَدِ ٨٢ / ٦ ، ٢٢٦ .

فِي امْرَأَةٍ وَطَيْئَهَا رَجُلَانِ فِي طُهْرِ، فَقَالَ الْقَائِفُ: قَدْ اشْتَرَكَا^(١) فِيهِ. فَجَعَلَهُ
عُمَرُ بَيْنَهُمَا. رَوَاهُ سَعِيدٌ^(٢). وَعَنْ عَلِيٍّ مِثْلُهُ^(٣). قَالَ أَحْمَدُ: وَيَرِثُهُمَا
و^(٤) يَرِثَانِهِ، وَنَسَبُهُ مِنَ الْأَوَّلِ قَائِمٌ لَا يُزِيلُهُ شَيْءٌ. قَالَ: وَيُلْحَقُ بِثَلَاثَةٍ.
وَيَنْبَغِي أَنْ يُلْحَقَ بِمَنْ أَلْحَقْتَهُ مِنْهُمْ وَإِنْ كَثُرُوا؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى [٢١١ ظ] فِي
الْاِثْنَيْنِ مَوْجُودٌ فِيمَا زَادَ، فَيُقَاسُ عَلَيْهِ. وَقَالَ الْقَاضِي: لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ
ثَلَاثَةٍ. وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ: لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ اِثْنَيْنِ؛ لِأَنَّا صِرْنَا إِلَى ذَلِكَ
لِلْأَثَرِ، فَيَجِبُ أَنْ يُقْتَصَرَ^(٥) عَلَيْهِ.

فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ، أَوْ^(٦) أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ، أَوْ نَفَتْ عَنْهُمَا، أَوْ تَعَارَضَتْ
أَقْوَالُهُمْ، فَقَالَ أَبُو بَكْرِ: يَضِيعُ نَسَبُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا دَلِيلَ لِأَحَدِهِمَا، فَأَشْبَهَ مَنْ لَمْ
يَدَّعِ نَسَبَهُ أَحَدٌ. وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ: يُشْرِكُ حَتَّى يَبْلُغَ. وَيُؤْخَذَانِ بِنَفَقَتِهِ؛
لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُقَرَّرٌ بِهِ^(٧)، فَإِذَا بَلَغَ أَمْرُنَا أَنْ يَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ

(١) فِي س ٢: «اشترك».

(٢) وَأَخْرَجَهُ الطُّحَاوِيُّ، فِي: شَرْحَ مَعَانِي الْأَثَارِ ١٦٢/٤ - ١٦٤. مِنْ طَرَقِ عَنْ ابْنِ عَمْرِو أَبِي
الْمُهَلَّبِ وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ وَمَوْلَى ابْنِ مَخْزُومٍ عَنْ عَمْرِو. وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ، فِي: السَّنَنِ الْكُبْرَى
٢٦٤/١٠. عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ وَالْحَسَنِ عَنْ عَمْرِو.

وَمِنْ رَوَايَةِ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ عَنْ عَمْرِو أَخْرَجَهُ الطُّحَاوِيُّ، فِي: شَرْحَ مَعَانِي الْأَثَارِ ١٦١/٤،
١٦٢. وَالْبَيْهَقِيُّ، فِي: السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٦٣/١٠. وَلَيْسَ فِيهِ أَنَّهُ جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا، بَلْ قَالَ فِيهِ:
«وَالْأَيُّهُمَا شَتَّتَ». وَانْظُرِ الْكَلَامَ عَلَى طَرَقِ الْأَثَرِ فِي: الْإِمْرَاءِ ٢٥/٦ - ٢٧.

(٣) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ، فِي: الْمَصْنَفِ ٣٦٠/٧. وَالْبَيْهَقِيُّ، فِي: السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٦٨/١٠.
(٤) فِي س ٢: «أو».

(٥) فِي س ٢، م: «تقتصر».

(٦) فِي الْأَصْلِ: «و».

(٧) فِي س ٢: «له».

يَمِيلُ^(١) طَبْعُهُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُزَوِّي عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٢) . وَلِأَنَّ الطَّبْعَ يَمِيلُ إِلَى الْوَالِدِ مَا لَا يَمِيلُ إِلَى غَيْرِهِ . فَإِذَا تَعَذَّرَتِ الْقَافَةُ ، رَجَعْنَا إِلَى اخْتِيَارِهِ . وَلَا يَصِحُّ انْتِسَابُهُ قَبْلَ بُلُوغِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ يَتَعَيَّنُ بِهِ النَّسَبُ ، وَتَلَزَمُ بِهِ الْأَحْكَامُ ، فَلَا يُقْبَلُ مِنَ الصَّبِيِّ ، كَقَوْلِ الْقَائِفِ . وَسَوَاءٌ كَانَ الْمُدَّعِيَانِ مُسْلِمَيْنِ حُرَّيْنِ ، أَوْ كَافِرَيْنِ رَقِيقَيْنِ ، أَوْ^(٣) مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ وَحُرٌّ وَعَبْدٌ^(٤) ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(٥) لَوْ انْفَرَدَ صَحَّحَتْ دَعْوَتُهُ^(٦) .

فَإِنْ ادَّعَاهُ امْرَأَتَانِ ، وَقُلْنَا بِصِحَّةِ دَعْوَتَيْهِمَا^(٧) ، فَهُمَا كَالرَّجُلَيْنِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنْ وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِيلُ وَلَدٌ مِنْ اثْنَتَيْنِ^(٨) . وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا تُسَمِّعُ دَعْوَتَهَا^(٩) دُونَ الْأُخْرَى ، فَهِيَ كَالْمُنْفَرَدَةِ بِهِ .

وَإِنْ أَلْحَقْتَهُ الْقَافَةُ بِكَافِرٍ أَوْ أَمَةٍ ، لَمْ يُحْكَمْ بِرِقَّةٍ ، وَلَا كُفْرِهِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ إِسْلَامُهُ وَحُرِّيَّتُهُ بِظَاهِرِ الدَّارِ ، فَلَا يُزُولُ ذَلِكَ بظَنٍّ وَلَا شُبْهَةٍ ، كَمَا لَمْ يُزَلْ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى .

فصل : فَإِنْ كَانَ لَامْرَأَتَيْنِ ابْنٌ وَبِنْتُ ، فَادَّعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ أَنَّهَا أُمُّ

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَغْلِبُ » .

(٢) انْظُرْ مَا تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي الصَّفْحَةِ السَّابِقَةِ . عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ عَنْ عُمَرَ .

(٣ - ٣) فِي م : « مُسْلِمًا وَكَافِرًا وَحُرًّا وَعَبْدًا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهُمَا » .

(٥) فِي م : « دَعَوَاهُ » .

(٦) فِي م : « دَعَوَاهُمَا » .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، س ١ : « اثْنَيْنِ » ، وَفِي م : « امْرَأَتَيْنِ » .

(٨) فِي س ١ : « دَعَوَاهُمَا » ، وَفِي ف ، م : « دَعَوَاهَا » .

الابن ، اَحْتَمَلَ أَنْ يُعْرَضَ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُعْرَضَ لَبْنُهُمَا عَلَى أَهْلِ الْخَيْثَرَةِ ، فَمَنْ كَانَ لَبْنُهَا لَبَنَ ابْنٍ ، فَهُوَ ابْنُهَا . وَقَدْ قِيلَ : إِنَّ لَبَنَ الْإِبْنِ ثَقِيلٌ ، وَلَبَنَ الْبَيْتِ خَفِيفٌ . فَيُعْتَبَرُ ذَلِكَ .

فصل : والقافة قوم من العرب ، عُرِفَتْ مِنْهُمْ الْإِصَابَةُ فِي مَعْرِفَةِ الْأَنْسَابِ ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ فِي بَنِي ^(١) مُذَلِّجٍ ، رَهْطِ مُجَزِّزٍ ، وَسُرَاقَةَ بْنِ مَالِكِ ابْنِ جُعْشَمٍ .

وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْقَائِفِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلًا مُجَرَّبًا فِي الْإِصَابَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجْرِي مَجْرَى الْحُكْمِ ، فَاعْتَبِرْ ذَلِكَ فِيهِ . قَالَ الْقَاضِي : يُتْرَكُ الْغُلَامُ مَعَ عَشْرَةٍ غَيْرِ مُدَّعِيَةٍ ، وَيُرَى الْقَائِفَ ، فَإِنْ أَلْحَقَهُ بِأَحَدِهِمْ ، سَقَطَ قَوْلُهُ ، وَإِنْ نَفَاهُ عَنْهُمْ ، جَعَلْنَاهُ مَعَ عِشْرِينَ فِيهِمْ مُدَّعِيَةٍ ، فَإِنْ أَلْحَقَهُ بِمُدَّعِيَةٍ ، عَلِمَتْ إِصَابَتُهُ .

وَهَلْ يُكْتَفَى بِوَاحِدٍ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُكْتَفَى بِهِ ^(٢) ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَرَّ بِقَوْلِ مُجَزِّزٍ وَحْدَهُ ^(٣) . وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْحَاكِمِ يَجْتَهِدُ وَيَحْكُمُ ، كَمَا يَجْتَهِدُ الْحَاكِمُ وَيَحْكُمُ . وَالثَّانِي ، لَا يُقْبَلُ إِلَّا اثْنَانِ ؛ لِأَنَّهُ مُحْكَمٌ بِالشَّيْءِ وَالْخِلْقَةِ ، فَلَا يُقْبَلُ مِنْ وَاحِدٍ ، كَالْحُكْمِ بِالْمِثْلِ فِي جَزَاءِ الصَّيْدِ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى رَجُلٌ رِقَّهُ ، لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْحُرِّيَّةُ ، فَإِنْ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٤٧١ .

شَهِدَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِالْمَلِكِ ، قُبِلَتْ ، وَإِنْ لَمْ تَذْكُرِ السَّبَبَ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ ^(١) لَهُ بِمَلِكٍ مَالٍ . وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْيَدِ لِلْمُلْتَقِطِ ، [و٢١٢] لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِالْمَلِكِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ يَدِهِ قَدْ عُلِمَ . وَإِنْ شَهِدَتْ بِهَا لغيره ، ثُبَّتْ . وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي الْمَلِكِ مَعَ يَمِينِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ فَحَلَفَ عَلَيْهِ .

فصل : وَمَنْ حَكَمْنَا بِإِسْلَامِ أَحَدِ أَبَوَيْهِ ، أَوْ مَوْتِهِ ، أَوْ إِسْلَامِ سَائِيهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الْمُسْلِمِينَ فِي حَيَاتِهِ وَمَوْتِهِ ، وَوُجُوبِ الْقَوْدِ عَلَى قَاتِلِهِ قَبْلَ الْبُلُوغِ أَوْ بَعْدَهُ .

وَإِنْ كَفَرَ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، فَهُوَ مُرْتَدٌّ يُسْتَتَابُ ثَلَاثًا ، فَإِنْ تَابَ وَإِلَّا قُتِلَ ؛ لِأَنَّهُ مُحْكومٌ بِإِسْلَامِهِ يَقِينًا ، فَأُشْبِهَ غَيْرَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ . وَمَنْ حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ بِالذَّارِ ^(٢) ، وَهُوَ اللَّقِيطُ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مُحْكومٌ بِإِسْلَامِهِ ظَاهِرًا ، فَهُوَ كَالثَّابِتِ يَقِينًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ يُقَرَّرُ عَلَى كُفْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ إِسْلَامُهُ يَقِينًا .

فصل : فَإِنْ بَلَغَ اللَّقِيطُ فَقَذَفَهُ إِنْسَانٌ ، أَوْ جَنَى عَلَيْهِ وَ ^(٣) ادَّعَى رِقَّةً ، فَكَذَّبَهُ اللَّقِيطُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ اللَّقِيطِ ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ فِي الْحُكْمِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُ الْمُدَّعِي فِي دَرْءِ حَدِّ الْقَذْفِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يُدْرَأُ ^(٤) بِالشُّبُهَاتِ ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « شَهِدَ » .

(٢) فِي م : « لِلدَّارِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ف ، م : « أَوْ » .

(٤) فِي س ٢ : « يَنْدَرَى » .

فصل : وإن بَلَغَ فَتَصَرَّفَ ، ثم ثَبِتَ رِقُّهُ ، فَحُكْمُ تَصَرُّفِهِ حُكْمُ تَصَرُّفِ الْعَبِيدِ^(١) ؛ لَأَنَّهُ ثَبِتَ أَنَّهُ مَمْلُوكٌ . وإن أَقَرَّ بِالرِّقِّ عَلَى نَفْسِهِ بَعْدَ أَنْ كَانَ أَقَرَّ بِالْحُرِّيَّةِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالرِّقِّ ؛ لَأَنَّهُ قَدْ لَزِمَهُ بِالْحُرِّيَّةِ أَحْكَامُ مِنَ الْعِبَادَاتِ وَالْمُعَامَلَاتِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ إِسْقَاطَهَا . وإن لَمْ يَتَقَدَّمْ مِنْهُ إِقْرَارٌ بِالْحُرِّيَّةِ ، وَكَذَّبَهُ الْمُقَرُّ لَهُ ، بَطَلَ إِقْرَارُهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ رِقُّهُ لِمَنْ لَا يَدَّعِيهِ . فَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَهُ لغيرِهِ ، قُبِلَ ، كَمَا لو أَقَرَّ لَهُ بِمَالٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّ فِي إِقْرَارِهِ لِلأَوَّلِ^(٢) اعْتِرَافًا بِأَنَّهُ لَيْسَ لغيرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ عَنْهُ ، كَمَا لَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ عَنِ الْحُرِّيَّةِ . وإن صَدَّقَهُ الأَوَّلُ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقْبَلُ ؛ لَأَنَّهُ مُحْكَمٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِمَا يُبْطِلُهَا ، كَمَا لو أَقَرَّ بِهَا . والثَّانِي ، يُقْبَلُ ؛ لَأَنَّهُ مَجْهُولُ الْحَالِ أَقَرَّ بِالرِّقِّ ، فَقُبِلَ ، كَمَا لو قَدِمَ رَجُلَانِ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ بِالرِّقِّ . فعلى هَذَا ، يَحْتَمِلُ أَنْ يُقْبَلَ إِقْرَارُهُ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ ؛ لَأَنَّهُ مَعْنَى يَثْبُتُ الرِّقُّ ، فَأَثْبَتَهُ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ ، كَالْبَيِّنَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْبَلَ فِيمَا عَلَيْهِ دُونَ مَا لَهُ ؛ لَأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَا يُوجِبُ حَقًّا لَهُ وَعَلَيْهِ ، فَيَثْبُتُ مَا عَلَيْهِ دُونَ مَا لَهُ . كَمَا لو قَالَ : لِفُلَانٍ عَلَى أَلْفٍ عَلَى رَهْنٍ لِي عِنْدَهُ . فَإِنْ قُلْنَا بِالأَوَّلِ وَكَانَ قَدْ نَكَحَ ، فَهُوَ فَاسِدٌ ، حُكْمُهُ حُكْمُ مَا لو تَزَوَّجَ الْعَبْدُ أَوْ الْأَمَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَإِنْ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ النِّكَاحِ ، فَسَدَتْ عُقُودُهُ كُلُّهَا ، وَتُرَدُّ الْأَعْيَانُ إِلَى أَرْبَابِهَا إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً ، وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً ، ثَبِتَتْ قِيَمَتُهَا فِي ذِمَّتِهِ ؛ لِأَنَّهَا ثَبِتَتْ^(٣) بِرِضَا أَصْحَابِهَا . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُقْبَلُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْعَبْدُ » .

(٢) فِي س ٢ ، م : « الْأَوَّلُ » .

(٣) فِي س ١ : « ثَبِتَ » ، وَفِي م : « تَلَفَتْ » .

فيما له . وهي ^(١) أمة ، فنيكاحها صحيح ، ولا مهر لها إن كان قبل الدخول ، وإن كان بعده ^(٢) ، فلها الأقل من المسمى أو مهر المثل ، ولزوجه الخيار بين المقام معها على أنها أمة ، أو فراقها ، ^(٣) إن كان ممن يجوز له ^(٤) نكاح الإمام ^(٥) ؛ لأنه قد ثبت كونها أمة في المستقبل . وإن كان المقر [٢١٢ ظ] ذكراً ، فسد نكاحه ؛ لإقراره أنه عبد نكح بغير إذن سيده . وحكمه حكم الحر في وجوب المسمى أو نصفه إن كان قبل الدخول . ولا تبطل عقوده ، وما عليه من الحقوق والأثمان يؤدي مما في يده ، وما فضل ففي ذمته ، وما فضل معه فليس يده . وإن كان ^(٥) جنى جناية تُوجب القصاص ، اقتصر منه ، حرّاً كان المجنى عليه أو عبداً . وإن كانت خطأ تعلق أزشها برقبته ؛ لأنه عبد ، وإن جنى عليه حرّاً ، فلا قود ؛ لأنه عبد .

(١) في النسخ عدا م : « هو » .

(٢) في الأصل : « بعد الدخول » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : م .

بَابُ الْوَدِيعَةِ

قَبُولُ الْوَدِيعَةِ مُسْتَحَبٌّ لِمَنْ عَلِمَ مِنْ نَفْسِهِ الْأَمَانَةَ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ قَضَاءِ حَاجَةِ أَخِيهِ وَمَعُونَتِهِ ، وَقَدْ أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى وَرَسُولُهُ بِهِمَا . وَإِنْ كَانَ عَاجِزًا عَنْ حِفْظِهَا ، أَوْ خَائِفًا مِنْ نَفْسِهِ عَلَيْهَا ، لَمْ يَجُزْ لَهُ قَبُولُهَا ؛ لِأَنَّهُ يُغَرِّرُ بِهَا ، إِلَّا أَنْ يُخْبِرَ رَبَّهَا بِذَلِكَ فَيَرْضَاهُ ، فَإِنَّ^(١) الْحَقَّ لَهُ ، فَيَجُوزُ بِيَذْلِهِ^(٢) .

وَلَا يَجُوزُ قَبُولُهَا إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ ، فَإِنْ اسْتَوْدِعَ مِنْ صَبِيٍّ غَيْرِ مَأْذُونٍ لَهُ ، أَوْ سَفِيهِ ، أَوْ مَجْنُونٍ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ شَرْعِيٍّ ، فَضَمِنَهُ ، كَمَا لَوْ غَضَبَهُ ، وَلَا يَتَرَأُّ إِلَّا بِتَسْلِيمِهِ إِلَى وَلِيِّهِ ، كَمَا لَوْ غَضَبَهُ إِيَّاهُ . فَإِنْ خَافَ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَأْخُذْهُ مِنْهُمْ^(٣) أَتْلَفُوهُ^(٤) ، لَمْ يَضْمَنْهُ إِنْ أَخَذَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ تَخْلِيصَهُ مِنَ الْهَلَاكِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَمَا لَوْ وَجَدَهُ فِي سَبِيلٍ فَأَخْرَجَهُ مِنْهُ .

فصل : وَالْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ ، إِذَا تَلَفَتْ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، لَمْ يَضْمَنِ الْمُوْدَعُ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِمَا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، رَضِيَ اللَّهُ

(١) بعده في الأصل : « كان » .

(٢) في م : « بذله » .

(٣) في الأصل : « منها » ، وفي س ٢ ، ف ، ب ، م : « منهما » .

(٤) في الأصل ، س ٢ ، ف ، ب ، م : « أتلفاه » .

عنه ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ ضَمَانٌ » ^(١) . فَإِنْ تَلَفَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ، ففِيهَا رِوَايَتَانِ ؛ أَظْهَرُهُمَا ، لَا يَضْمَنُ ؛ لِلخَبَرِ ، وَلأنَّه أَمِينٌ لَمْ تَظْهَرْ مِنْهُ خِيَانَةٌ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ ذَهَبَ مَعَهَا شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ . وَالْأُخْرَى ، يَضْمَنُ ؛ لِأنَّه رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ ضَمَّنَ أَنْسًا وَدِيعَةً ذَهَبَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ^(٢) .

فصل : فَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ لَهُ صَاحِبُهَا الْحِزْرَ ، لَزِمَهُ حِفْظُهَا فِي حِزْرِ مِثْلِهَا ، فَإِنْ أَخْرَجَهَا فَتَلَفَتْ ، ضَمِنَهَا ؛ لِتَرْكِه الحِفْظَ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ . وَإِنْ تَرَكَهَا فِي دُونِ ^(٣) حِزْرِ مِثْلِهَا ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ الإِيْدَاعَ يَقْتَضِي الحِفْظَ ، فَإِذَا أُطْلِقَ ، حُمِلَ عَلَى الْمُتَعَارَفِ ، وَهُوَ حِزْرُ المِثْلِ . وَإِنْ أَخْرَجَهَا فِي حِزْرِ مِثْلِهَا أَوْ فَوْقَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ مَنْ رَضِيَ بِحِزْرِ مِثْلِهَا رَضِيَ بِمَا فَوْقَهُ .

فصل : فَإِنْ عَيَّنَ لَهُ الْحِزْرَ ، فَقَالَ : أَخْرَجْتُهَا فِي هَذَا الْبَيْتِ . فَتَرَكَهَا فِيمَا دُونَهُ ، ضَمِنَ ؛ لِأنَّه لَمْ يَرْضَهُ . وَإِنْ تَرَكَهَا فِي مِثْلِهِ أَوْ أَخْرَجَهَا مِنْهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّ مَنْ رَضِيَ شَيْئًا رَضِيَ مِثْلَهُ وَفَوْقَهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ يَضْمَنُ ؛ لِأنَّه خَالَفَ أَمْرَهُ لغيرِ حَاجَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ نَهَاة .

وإِنْ قَالَ : أَحْفَظُهَا فِي هَذَا الْبَيْتِ وَلَا تَنْقُلُهَا عَنْهُ . فَنَقَلَهَا لغيرِ حَاجَةٍ ، ضَمِنَهَا ، سِوَاءِ نَقْلِهَا إِلَى مِثْلِهِ أَوْ أَخْرَجَهَا مِنْهُ ؛ لِأنَّه خَالَفَ نَصَّ صَاحِبِهَا .

(١) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ الْوَدِيعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَه ٨٠٢ / ٢ .

وَالدَّارِقُطْنِي ، فِي : سَنَنِهِ ٤١ / ٣ . وَانْظُرْ : الْإِرْوَاء ٣٨٥ / ٥ ، ٣٨٦ .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٨٩ / ٦ .

(٣) بَعْدَهُ فِي م : « مِنْ » .

[٢١٣] وإن خاف عليها نهبا أو هلاكا، فأخرجها، لم يضمنها؛ لأنَّ النهي للاحتياط عليها، والاحتياط في هذه الحال نقلها. فإن تركها فتلفت، ضمنها؛ لأنَّه فرط في تركها. ويحتمل أن لا يضمن؛ لأنَّه امْتَثَلَ أمرَ صاحبها.

فإن قال: لا تُخرجها وإن خفت عليها. فأخرجها لخوفه عليه، لم يضمن؛ لأنَّه زاده خيرا، وإن تركها فتلفت، لم يضمن؛ لأنَّ نهيه مع خوف الهلاك إبراء من الضمان، فأشبه ما لو أمره بإثلافها، فأثلفها. فإن أخرجها فتلفت، فادَّعى: إنني أخرجتها خوفا عليها. فعليه البيئة على ما ادَّعى وجوده في تلك الناحية؛ لأنَّه ممَّا لا يتعدَّر إقامة البيئة عليه، ثم القول قوله في خوفه عليها وفي التلّف، مع يمينه؛ لتعدُّر إقامة البيئة عليهما^(١).

فإن قال: لا تقفلن عليها قفلين، ولا تنم فوقها. فخالفه، فالمذهب أنَّه لا يضمن؛ لأنَّه زاد في الحيز، فأشبه ما لو قال له: اتركها في صحن الدار. فتركها في البيت. ويحتمل أن يضمن؛ لأنَّه نَبَه اللصَّ عليها وأغراه بها.

فصل: فإن أودع نفقة، فربطها في كُمه، لم يضمن، وإن تركها فيها بغير ربط، وكانت خفيفة لا يشعر بسقوطها، ضمن لتفريطه، وإن كانت ثقيلة يشعر بها، لم يضمن. وإن تركها في جيبيه، أو شدّها على عضده، لم يضمنها؛ لأنَّ العادة جارية بالإخراج بهما. وإن قال: اربطها في

(١) في م: «عليها».

كُمَّكَ . فَأَمْسَكَهَا فِي يَدِهِ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ يَسْقُطُ مِنْهَا الشَّيْءُ بِالنُّشْيَانِ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَضْمَنَ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَا يَتَسَلَّطُ عَلَيْهَا الطَّرَارُ بِالْبَطِّ^(١) . وَقَالَ
الْقَاضِي : الْيَدُ أُخْرِزُ عِنْدَ الْمُغَالَبَةِ ، وَالْكُمُّ أُخْرِزُ عِنْدَ غَيْرِهَا . فَإِنْ تَرَكَهَا فِي
يَدِهِ عِنْدَ الْمُغَالَبَةِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ زَادَهَا اخْتِيَاظًا ، وَإِلَّا ضَمِنَهَا لِنَقْلِهَا
إِلَى أَدْنَى مِمَّا أَمَرَهُ بِهِ . وَهَذَا صَحِيحٌ . وَإِنْ قَالَ : اجْعَلْهَا فِي كُمِّكَ . فَتَرَكَهَا
فِي جَيْبِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ أُخْرِزُ ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا نَسِيَ فَسَقَطَتْ مِنَ الْكُمِّ . وَإِنْ
قَالَ : اجْعَلْهَا فِي جَيْبِكَ . فَتَرَكَهَا فِي كُمِّهِ ، ضَمِنَ . وَإِنْ قَالَ : اثْرُكْهَا فِي
بَيْتِكَ . فَشَدَّهَا فِي ثِيَابِهِ ، وَأَخْرَجَهَا مَعَهُ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ أُخْرِزُ . وَإِنْ
شَدَّهَا عَلَى عَضْدِهِ مِمَّا يَلِي جَيْبَهُ^(٢) ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ أُخْرِزُ مِنَ الْبَيْتِ . وَإِنْ
شَدَّهَا مِمَّا يَلِي الْجَانِبَ الْآخَرَ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ أُخْرِزُ^(٣) ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَطُّهَا
الطَّرَارُ . وَإِنْ قَالَ : أَحْفَظْهَا فِي الْبَيْتِ . وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ فِي غَيْرِهِ ، فَمَضَى بِهَا
إِلَيْهِ فِي الْحَالِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ قَعَدَ وَتَوَانَى ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ تَوَانَى عَنْ
حِفْظِهَا فِيمَا أَمَرَ بِهِ مَعَ الْإِمْكَانِ .

فَإِنْ قَالَ : أَحْفَظْ هَذَا الْخَاتَمَ فِي الْبِنْصَرِ . فَجَعَلَهُ فِي الْخِنْصَرِ ، ضَمِنَ ؛
لِأَنَّهَا دُونَ الْبِنْصَرِ ، فَالْخَاتَمُ فِيهَا أَسْرَعُ إِلَى الْوُقُوعِ . وَإِنْ جَعَلَهُ فِي الْوُسْطَى ،
وَأَمَكَنَ إِدْخَالَهُ فِي جَمِيعِهَا ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهَا أَغْلَظُ ، فَهِيَ أَحْفَظُ لَهُ^(٤) .

(١) الطرار: النشال ، و بط الكم : شقه .

(٢) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب ، م : « جنبه » .

(٣) بعده في م : « منه و » .

(٤) سقط من : م .

وإن انكسر أو بقي في رأسها، ضمينه؛ لتعديده فيه.

وإن قال: لا تدخل أحدًا البيت الذي فيه الوديعة. فخالقه، فسرقته، ضمين؛ لأن الداخل رُبما دل السارق عليها.

فصل: وإن أراد المودع السفر، أو عجز عن حفظها، ردّها على^(١) صاحبها أو وكيله، ولم يَجْزِ دفعها إلى الحاكم؛ لأنّه لا ولاية للحاكم على حاضر. فإن سافر بها في طريق مخوف، أو إلى بلد مخوف، أو نهاه [٢١٣ظ] المالك عن السفر بها، ضمين؛ لأنّه مفرط أو مخالف، وإن لم يكن كذلك، لم يضمّن؛ لأنّه نقلها إلى موضع^(٢) مأمّن، أشبه ما لو نقلها في البلد.

وإن لم يُرد السفر بها، و^(٣) لم يجد^(٤) مالِكها، دفعها إلى الحاكم؛ لأنّه متبرّع بالحفظ، فلا يلزمه ذلك مع الدوام، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته. فإن دفعها إلى غيره مع قدرته عليه، ضمينها؛ لأنّه كصاحبها عند غيبته. وإن لم يجد حاكمًا، أودعها ثقة؛ لأنّ النبي ﷺ لما أراد أن يهاجر أودع الودائع التي كانت عنده لأُمّ أيمن^(٥). ولأنّه موضع حاجة. وعنه، يضمّن. قال القاضي: يغني إذا أودعها من غير حاجة.

(١) في م: «إلى».

(٢) سقط من: م.

(٣) في س ٢: «وإن».

(٤) في م: «يوجد».

(٥) أخرجه البيهقي، في: السنن الكبرى ٢٨٩/٦.

فإن دَفَنَهَا فِي الدَّارِ ، وَأَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً يَدُهُ عَلَى الْمَكَانِ ، فَهُوَ كإِيدَاعِهَا إِلَيْهِ ،
وإن لَمْ يُعْلَمَ بِهَا أَحَدًا ، فَقَدْ فَرَّطَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ الْمَوْتَ فِي سَفَرِهِ . وَإِنْ أَعْلَمَ
بِهَا مَنْ لَا يَدَ لَهُ عَلَى الْمَكَانِ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَا أَوْدَعَهَا . وَإِنْ أَعْلَمَ بِهَا غَيْرَ
ثِقَةٍ ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ عَرَّضَهَا لِلذَّهَابِ .

وإن حَضَرَهُ الْمَوْتُ ، فَهُوَ كَسَفَرِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَفْجُزُ عَنْ حِفْظِهَا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُودِعَ الْوَدِيعَةَ عِنْدَ غَيْرِهِ لَغَيْرِ حَاجَةٍ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا
لَمْ يَرْضَ أَمَانَةَ غَيْرِهِ ، فَإِنْ فَعَلَ فَتَلَفَتْ عِنْدَ^(١) الثَّانِي مَعَ عِلْمِهِ بِالْحَالِ ، فَلَهُ
تَضْمِينُ أُيْهِمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَعَدِّيَانِ ، وَيَسْتَقِرُّ ضَمَانُهَا عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّ
التَّلَفَ حَصَلَ عِنْدَهُ ، وَقَدْ دَخَلَ عَلَى أَنَّهُ يَضْمَنُ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْحَالِ ،
فَقَالَ الْقَاضِي : يُضْمَنُ أُيْهِمَا شَاءَ ، وَيَسْتَقِرُّ ضَمَانُهَا عَلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الثَّانِي
دَخَلَ عَلَى أَنَّهُ أَمِينٌ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ تَضْمِينَ الثَّانِي
لِذَلِكَ .

وإن دَفَعَهَا إِلَى مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بِحِفْظِ مَالِهِ ؛ كزَوْجَتِهِ ، وَأَمَتِهِ ،
وَحَازِنِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ حَفِظَهَا بِمَا يَحْفَظُ بِهِ مَالَهُ ، فَأَشْبَهَ حِفْظَهَا
بِنَفْسِهِ . وَإِنْ اسْتَعَانَ بِغَيْرِهِ فِي حَمْلِهَا ، وَوَضَعَهَا فِي الْحِزْرِ ، وَسَقَى الدَّابَّةَ
وَعَلَفَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِذَلِكَ ، أَشْبَهَ فِعْلَهُ بِنَفْسِهِ .

فصل : وَإِنْ خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ رَدُّ
أَعْيَانِهَا ، وَإِنْ خَلَطَهَا بِمَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، كَصِحَاحِ بُكَشْرَةٍ ، وَشُودٍ بَيْضٍ ، لَمْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « فِي يَدِ » .

يُضْمَنُ ؛ لَأَنَّهَا تَتَمَيَّزُ مِنْ مَالِهِ ، أَشْبَهُ مَا لَوْ تَرَكَهَا مَعَ أَكْثِيَاسٍ لَهُ فِي صُنْدُوقِهِ . وَعَنْهُ فِي مَنْ خَلَطَ بِيضًا بِسُودٍ : يُضْمَنُ . وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ السُّودَ تَوَثَّرَ فِي الْبَيْضِ ، فَيُضْمَنُهَا لِذَلِكَ . وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ مِنْ هَذِهِ الرَّوَايَةِ أَنَّهُ يُضْمَنُهَا إِذَا خَلَطَهَا مَعَ التَّمْيِيزِ .

وإن أودعه دراهم في كيس مشدود ، فحله ، أو خرق ما تحت الشد ، أو كسر الختم ، ضامن ما فيه ؛ لأنه هتك الخرز لغير عذر . فإن كانت في غير وعاء ، فأخذ منها درهمًا ، ضمينه وحده ؛ لأنه تعدى فيه وحده ، فإن رده إليها ، لم يزل ضمانه ؛ لأنه ثبت بتعديده فيه ، فلم يزل إلا برده إلى مالكه ، وإن رد بدله وكان متميزًا ، لم يضمن غيره لذلك ، وإن لم يتميز ، ضمن الكل لخلطه الوديعة بما لا يتميز . وظاهر كلام الخريقي أنه لا يضمن غيره ؛ لأنه لا يعجز عن ردها ، ورد ما يلزمه رده معها .

ومن لزمه الضمان بتعديده ، فترك التعدي ، لم [٢١٤ و] يترأ من ضمانها ؛ لأن الضمان تعلق بذمته ، فلم يترأ بترك التعدي ، كما لو غصب شيئًا من دار ، ثم رده إليها ، وإن ردها إلى صاحبها ، ثم ردها صاحبها إليه ، برئ ؛ لأن هذا وديعة ثانية . وإن أبرأه من الضمان ، برئ ؛ لأن الضمان حقه ، فبرئ منه بإبرائه ، كدئنه .

فصل : فإن أودع بهيمة ، فلم يغلفها ولم يشقيها حتى ماتت ، ضمنها ؛ لأن في ذلك هلاكها ، فأشبه ما لو لم يُحرزها . وإن نهاه المالك عنه ، فتركه ، أثم ؛ لحُرْمَةِ الْحَيَوَانِ ، ولم يضمن ؛ لأن مالكها أذن في إثلافها ، فأشبه ما لو أمره بقتلها . والحكم في النِّفَقَةِ والرُّجُوعِ كالحكم في نفقة

البهائم المزهونة ؛ لأنها أمانة مثلها .

فصل : وإذا أخرج الودیعة من حِرْزها لمصلحتها ؛ كإخراج الثياب للنَّشْرِ ، والدَّائِيَّةَ للسَّقْيِ والعَلْفِ ، على ما جرت به العادة ، لم يضمن ؛ لأنَّ الإذن المطلق يُحمَلُ على الحِفْظِ المعتادِ .

وإن نوى جَحْدَ الودیعة ، أو إمساكها لنفسه ، أو التَّعَدَّى فيها ، ولم يفعل ، لم يضمن ؛ لأنَّ النِّيَّةَ المجردة مَغْفُورٌ عنها ؛ لقول النبي ﷺ : « عَفِيَ لِأُمَّتِي عَمَّا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا ، مَا لَمْ تَكَلَّمْ بِهِ ، أَوْ تَعْمَلْ بِهِ » .^(١) رواه البخاري ، ومسلم ، ولفظهما : « إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ عَنْ »^(٢) . وإن أخرجها لِيَتَنَفَّعَ بها ، ضَمِنَهَا ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ فيها بما يُنَافِي مُقْتَضَاهَا ، فَضَمِنَهَا ، كما لو

(١ - ١) سقط من : س ٢ ، م ، وفي س ١ : « رواه البخاري ومسلم بمعناه » ، وفي ف : « متفق عليه » .

والحديث أخرجه البخاري ، في : باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون ... ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب إذا حنث ناسيا في الأيمان ... ، من كتاب الأيمان . صحيح البخاري ٥٩ / ٧ ، ١٦٨ / ٨ . ومسلم ، في : باب تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب إذا لم تستقر ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١١٦ / ١ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الوسوسة بالطلاق ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٢ / ١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من يحدث نفسه بطلاق امرأته ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٥٥ / ٥ ، ١٥٦ . والنسائي ، في : باب من طلق في نفسه ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٢٧ / ٦ ، ١٢٨ . وابن ماجه ، في : باب من طلق في نفسه ولم يتكلم ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٥٨ / ١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٥ / ٢ ، ٣٩٣ ، ٤٢٥ ، ٤٧٤ ، ٤٨١ ، ٤٩١ .

ولفظ البخاري في الموضع الثاني : « إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِأُمَّتِي عَمَّا ... » . وكذا مسلم ، وعند مسلم أيضا : « إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِأُمَّتِي مَا ... » .

أَحْرَزَهَا فِي غَيْرِ حِرْزِهَا . وَإِنْ أُخِذَتْ مِنْهُ قَهْرًا ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفْرِطٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَتْ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى . وَإِنْ أُكْرِهَ حَتَّى سَلَّمَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ مُكْرَهٌ ، أَشْبَهَ الْأَوَّلَ .

فصل : فَإِنْ طُولِبَ بِالْوَدِيعَةِ فَأَنْكَرَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهَا ، وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا ، وَادَّعَى رَدَّهَا ، أَوْ تَلَفَهَا بِأَمْرِ خَفِيِّ ، قُبِلَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهَا لِنَفْعِ مَالِكِهَا . وَإِنْ كَانَ بِأَمْرِ ظَاهِرٍ ، فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ بِوُجُودِهِ فِي تِلْكَ النَاحِيَةِ ، ثُمَّ الْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ .

فصل : وَإِنْ طَالَبَهُ بِرَدِّ الْوَدِيعَةِ ، فَأَخَّرَهُ لِعُذْرٍ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَفْرِيطَ مِنْ جِهَتِهِ . وَإِنْ أَخَّرَهُ لَغَيْرِ^(١) عُذْرٍ ، ضَمِنَهَا ؛ لِتَفْرِيطِهِ . وَمُؤَنَّهُ رَدُّهَا عَلَى مَالِكِهَا ؛ لِأَنَّ الْإِيدَاعَ لِحَظِهِ .

(١) فِي م : « مِنْ غَيْرِ » .

بَابُ الْعَارِيَّةِ

وهي هِبَةُ الْمَنَافِعِ . وهي مَنْدُوبٌ إِلَيْهَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ^(١) . وَلَأنَّ فِيهَا عَوْنًا لِأَخِيهِ الْمُسْلِمِ وَقَضَاءُ حَاجَتِهِ : « وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ ^(٢) فِي عَوْنِ أَخِيهِ » ^(٣) .

وَتَصِحُّ فِي كُلِّ عَيْنٍ يُتَّفَعُ بِهَا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا ؛ لِأنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْ أَبِي طَلْحَةَ فَرَسًا فَرَكِبَهَا ^(٤) . وَاسْتَعَارَ مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ أَذْرَاعًا . رَوَاهُ

(١) سورة المائدة ٢ .

(٢) زيادة من : ف ، م .

(٣) أخرجه مسلم ، في : باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن ... ، من كتاب الذكر والدعاء . صحيح مسلم ٢٠٧٤ / ٤ . وأبو داود ، في : باب المعونة للمسلم ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٨٣ / ٢ ، ٥٨٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الستر على المسلم ، من أبواب الحدود . وفي : باب ما جاء في السترة على المسلم ، من أبواب البر والصلة ، وفي : باب حدثنا محمود بن غيلان ، من أبواب القراءات . عارضة الأحوذى ١٩٩ / ٦ ، ٢٠٠ ، ١١٦ / ٨ - ١١٨ ، ١١ / ٦٣ ، ٦٤ . وابن ماجه ، في : باب فضل العلماء والحث على طلب العلم ، من المقدمة . سنن ابن ماجه ٨٢ / ١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٠٢ / ٢ ، ٢٩٦ ، ٥٠٠ ، ٥١٤ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب اسم الفرس والحمار ، وباب الركوب على الدابة ... ، من كتاب الجهاد والسير ، وفي : باب المعارض مندوحة عن الكذب ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ٣٥ / ٤ - ٣٧ ، ٥٨ / ٨ . ومسلم ، في : باب في شجاعة النبي ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨٠٢ / ٤ ، ١٨٠٣ . وأبو داود ، في : باب ما روى في الرخصة في ذلك ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٩٣ / ٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الخروج عند الفرع ، =

أبو داود^(١). وسُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ حَقِّ الْإِبِلِ، فَقَالَ: «إِعَارَةٌ ذَلُوهَا، وَإِطْرَاقُ فَحْلِهَا»^(٢). فَثَبَّتَ إِعَارَةَ ذَلِكَ بِالْخَبَرِ، وَقَسْنَا عَلَيْهِ سَائِرَ مَا يُشْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ. وَيَجُوزُ إِعَارَةُ الْفَحْلِ لِلضَّرَابِ؛ [٢١٤ ظ] لِلْخَبَرِ، وَالْكَلْبِ لِلصَّيْدِ؛ قِيَاسًا عَلَيْهِ.

فصل: ولا تجوزُ إِعَارَةُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لكَافِرٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ، وَلَا الصَّيْدَ الْمَحْرَمَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ إِمْسَاكُهُ. وَلَا الْجَارِيَةَ الْجَمِيلَةَ لِغَيْرِ ذِي مَحْرَمٍ مِنْهَا،^(٣) عَلَى وَجْهِ يُفْضَى إِلَى خَلْوَتِهِ بِهَا^(٤)؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهَا، فَإِنْ كَانَتْ شَوْهَاءَ، أَوْ كَبِيرَةً لَا يُشْتَهَى مِثْلُهَا، فَلَا بَأْسَ؛ لِأَنَّهُ يُؤْمَنُ عَلَيْهَا.

وَيُكْرَهُ اسْتِعَارَةُ الْوَلَدِ لِلْخِدْمَةِ؛ لِأَنَّهُ يُكْرَهُ لَهُ اسْتِخْدَامُهُمَا، فَكُرِهَ اسْتِعَارَتُهُمَا لِذَلِكَ.

= من أبواب الجهاد. عارضة الأحوذى ١٨١/٧ - ١٨٣. والإمام أحمد، في: المسند ٣/ ١٧١، ١٨٠، ٢٧٤.

(١) في: باب في تضمين العارية، من كتاب الإجارة. سنن أبي داود ٢/ ٢٦٥.
كما أخرجه النسائي، في: باب ذكر اختلاف شريك وإسرائيل... من كتاب العارية.
السنن الكبرى ٣/ ٤١٠. والإمام أحمد، في: المسند ٣/ ٤٠١، ٤٦٥/٦. والحاكم، في: المستدرک ٢/ ٤٧. والبيهقي، في: السنن الكبرى ٦/ ٨٩. وانظر: الإرواء ٥/ ٣٤٤ - ٣٤٦.
(٢) أخرجه مسلم، في: باب إثم مانع الزكاة، من كتاب الزكاة. صحيح مسلم ٢/ ٦٨٤، ٦٨٥. والنسائي، في: باب مانع زكاة البقر، من كتاب الزكاة. المجتبى ٥/ ١٨. والدارمي، في: باب من لم يؤد زكاة الإبل والبقر والغنم، من كتاب الزكاة. سنن الدارمي ١/ ٣٧٩، ٣٨٠. والإمام أحمد، في: المسند ٣/ ٣٢١.

(٣ - ٣) سقط من: س ٢، م.

فصل : فإن قبض العين ، ضمناها ؛ لما روى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أذراعاً يوم حنين ، فقال : أغضباً يا محمد ؟ قال : « بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ »^(١) . ورؤي : « مؤداة » . رواه أبو داود^(٢) . ولأنه قبض مال غيره لنفع نفسه ، لا للوثيقة ، فضمنه ، كالمغصوب . وعليه مؤنة ردّها لذلك . فإن شرط نفى الضمان ، لم يتّفق ؛ لأن ما يضمن لا يتّفى بالشرط . وقال أبو حفص العكبري : يترأ ؛ لأن الضمان حقه ، فسقط بإسقاطه ، كالوديعة التي تعدى فيها . فإن استخلق الثوب ، أو نقصت قيمتها ، لم يضمن ؛ لأنه مأذون فيه ، لدخوله فيما هو من ضرورته . ولو تلفت ، ضمنها بقيمتها يوم تلفها ؛ لأن نقصها قبل ذلك غير مضمون ، بدليل أنه لو ردّها ، لم يضمنه . وإن تلفت أجزاؤها بالاستعمال ؛ كخمل المنشقة^(٣) ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يضمنه ؛ لما ذكرنا . والثاني ، يضمنه ؛ لأنه من أجزائها ، فيضمنه ، كسائر أجزائها .

(١) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة .

(٢) في : الباب السابق . سنن أبي داود ٢٦٦/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب تضمين العارية ، من كتاب العارية . السنن الكبرى ٣/٤٠٩ . وابن حبان ، انظر : الإحسان ٢٢/١١ ، ٢٣ . الإمام أحمد ، في : المسند ٢٢٢/٤ . كلهم عن صفوان بن يعلى بن أمية عن أبيه يعلى بن أمية ، في قصة أخرى غير قصة صفوان بن أمية . وصححه في الإرواء ٣٤٨/٥ .

وبهذا اللفظ في قصة صفوان بن أمية أخرجه الحاكم ، في : المستدرک ٤٧/٢ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٨٩/٦ . كلاهما عن ابن عباس . وفيه إسحاق بن عبد الواحد القرشي ، قال الذهبي : واه جداً . ميزان الاعتدال ١/١٩٥ .

(٣) خمل المنشقة : هديها .

وإن تَلَفَ وَلَدُ الْعَارِيَّةِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِمَا
يَجِبُ ضَمَانُهُ ، فَيَجِبُ ضَمَانُهُ ، كَوَلَدِ الْمَغْصُوبِ . وَالثَّانِي ، لَا يَضْمَنُ ؛
لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْعَارِيَّةِ ، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي الضَّمَانِ ، بِخِلَافِ الْمَغْصُوبَةِ ؛
فَإِنَّ وَلَدَهَا دَاخِلٌ فِي الْغَضَبِ .

فصل : وَالْعَارِيَّةُ عَقْدٌ جَائِزٌ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا ؛ لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ ،
فَأُسْبِهَتْ إِبَاحَةَ الطَّعَامِ . وَعَلَيْهِ رَدُّهَا إِلَى الْمُعِيرِ ، أَوْ مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ أَنْ
يَجْرِيَ ذَلِكَ عَلَى يَدَيْهِ ^(١) ، كَرَدِّ الدَّابَّةِ إِلَى سَائِسِهَا . فَإِنْ رَدَّهَا إِلَى غَيْرِهِمَا ،
أَوْ دَارِ الْمَالِكِ ، أَوْ إِصْطَبَلَهُ ، لَمْ يَتَرَأَّ مِنَ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ مَا وَجِبَ رَدُّهُ ، لَمْ
يَتَرَأَّ بِرَدِّهِ إِلَى ذَلِكَ ، كَالْمَغْصُوبِ .

فصل : وَمَنْ اسْتَعَارَ شَيْئًا ، فَلَهُ اسْتِيفَاءُ نَفْعِهِ بِنَفْسِهِ وَوَكِيلِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ
عَنْهُ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيرَهُ ؛ لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ ، فَلَا يَمْلِكُ بِهَا إِبَاحَةَ غَيْرِهِ ، كإِبَاحَةِ
الطَّعَامِ . فَإِنْ أَعَارَهُ فَتَلَفَ عِنْدَ الثَّانِي ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أُيْهِمَا شَاءَ ،
وَيَسْتَقَرُّ الضَّمَانُ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ عَلَى أَنَّهُ ضَامِنٌ لَهُ ، وَتَلَفَ فِي
يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، كَالْغَاصِبِ مِنَ الْغَاصِبِ .

فصل : وَتَجُوزُ الْعَارِيَّةُ مُطْلَقَةً وَمُعَيَّنَةً ؛ لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ ، فَأُسْبِهَتْ إِبَاحَةَ
الطَّعَامِ . فَإِنْ أَطْلَقَهَا ، فَلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا فِي كُلِّ مَا يَصْلُحُ لَهُ ، فَإِنْ كَانَتْ
أَرْضًا ، فَلَهُ أَنْ يَبْنِيَ وَيَغْرِسَ وَيَزْرَعَ ؛ لِأَنَّهَا تَصْلُحُ لِذَلِكَ كُلِّهِ . وَإِنْ عَيَّنَ
نَفْعًا ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ وَمِثْلَهُ وَذَوْنَهُ ، وَلَيْسَ لَهُ [٢١٥] اسْتِيفَاءُ أَكْثَرِ مِنْهُ ،

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « يَدِهِ » .

على ما ذكرنا فى الإجارة .

فصل : وتجاوز مُطلقةً ومؤقتةً ، فإن أعارها للغراس سنةً ، لم يملك الغرس بعدها ، فإن غرس بعدها ، فحكمه حكم غرس الغاصب ؛ لأنه بغير إذن ، وإن رجع قبل السنة ، لم يملك الغرس بعد الرجوع ؛ لأن الإذن قد زال . فأما ما^(١) غرسه بالإذن ، فإن كان قد شرط عليه قلعه ، لزمه ؛ لقول النبى ﷺ : « المسلمون على شروطهم »^(٢) . حديث حسن صحيح . وإن شرط عليه تسوية الحفر ، لزمه ؛ للخبر ، وإلا لم يلزمه ؛ لأنه إذن فى حفرها باشتراطه القلع ، و^(٣) لم يشترط تسويتها .

وإن لم يشترط عليه قلعه ، لكن لا تنقص قيمته بقلعه^(٤) ، لزم قلعه ؛ لأنه أمكن رد العارية فارغة من غير ضرر ، فوجب ، وإن نقصت قيمته بالقلع فاختاره المستعير ، فله ذلك ؛ لأنه ملكه ، فملك نقله . وعليه تسوية الأرض ؛ لأن القلع باختياره ، لو^(٥) امتنع منه لم يجبر عليه ؛ لأنه فعله لاستخلاص ملكه من ملك غيره ، فلزمته التسوية ، كالشفيع^(٦) إذا أخذ غرسه . وقال القاضى : لا تلزمه التسوية ؛ لأن المعير دخل على هذا بإذنه فى الغراس الذى لا يزول إلا بالحفر عليه .

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٧٢ .

(٣) بعده فى م : « إن » .

(٤) فى س ٢ : « بفعله » .

(٥) فى الأصل : « أو » .

(٦) فى ف : « كالمشترى مع الشفيع » .

وإن أتى قلعه فبذل المعير قيمته ليملكه ، أجبر على قبولها ؛ لأن غرسه حصل في ملك غيره بحق ، فأشبه الشفيع مع المشتري . ولو بذل المستعير قيمة الأرض ليملكها مع غرسه ، لم يجبر المعير عليه ؛ لأن الغرس يتبع الأرض في الملك ، بخلاف الأرض ، فإنها لا تتبع الغرس ، فإن بذل المعير أرض النقص الحاصل بالقلع ، أجبر المستعير على قبوله ؛ لأنه رجوع في العارية من غير إضرار . وإن لم يتبدل القيمة ولا أرض النقص ، وامتنع المستعير من القلع ، لم يُقلع ؛ لأنه إذن له فيما يتأبد ، فلم يملك الرجوع على وجه يضر به ، كما لو إذن له في وضع خشبه^(١) على حائطه .

ولم يذكر أصحابنا عليه أجره ؛ لأن بقاء غرسه بحكم العارية ، وهي انتفاع بغير أجره ، كالخشب على الحائط . وذكروا في الزرع أن عليه الأجرة لمدة بقاء الزرع من حين الرجوع ؛ لأنه لا يملك الانتفاع بأرض^(٢) غيره بعد الرجوع بغير أجره ، وهذا يقتضي وجوب الأجرة على صاحب الغراس بعد الرجوع .

وللمعير دخول أرضه كيف شاء ؛ لأن يياضها له ، لا حق للمستعير فيها ، وللمستعير دخولها للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة ؛ لأن الإذن في الغراس إذن فيما^(٣) يعود بصلاحيه^(٤) وأخذ ثمره ، وليس له دخولها للتفرج

(١) في م : « خشبة » .

(٢) بعده في الأصل : « من » .

(٣) في م : « بما » .

(٤) في م : « في صلاحه » .

ونحوه . ولا يُمنعُ واحدٌ منهما من بيعِ ملكه لمن شاء ، يكون^(١) بمنزِلته ؛ لأنَّه ملكه على الخصوص ، فملك يثقه ، كالشقص المشفوع .

فصل : وإن رجع في العارية ، وفي الأرض زرعٌ مما يُحصدُ قصيلاً^(٢) ، حصده ؛ لأنَّه أمكن الرجوع من غير إضرار . وإن لم يمكن ، لزم المغير تركه بالأجرة إلى وقت حصاده ؛ لأنَّه لا يملك الرجوع على وجه يضر [٢١٥ ظ] بالمستعير .

وإن حمل السيل بذر رجلٍ إلى أرضٍ آخر ، فتبت فيها ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، حكمه حكم العارية ؛ لأنَّه بغير تفريط من ربه ، إلا أن عليه أجرة الأرض ؛ لأنَّه لا يجوز استيفاء نفع أرض إنسانٍ بغير إذنه من غير أجرة ، فصار كزرع المستعير بعد رجوع المغير .^(٣) والثاني ، حكمه حكم الغصب ؛ لأنَّه حصل في ملكه بغير إذنه^(٤) . وقال القاضي : ليس عليه أجرة ؛ لأنَّه حصل بغير تفريط ، أشبه مبيت بهيمته في دار غيره .

فصل : وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه ، لم يكن له الرجوع ما دام الخشب على الحائط ؛ لأنَّ هذا يُراد للبقاء ، وليس له الإضرار بالمستعير . فإن بذل المالك قيمة الخشب ليملكه ، لم يكن له ؛ لأنَّ معظمه في ملك صاحبه . فإن أزيل الخشب لتلفه أو سقوطه أو هدم

(١) في الأصل ، س ١ : « يكون » .

(٢) القصيل : ما اقتطع من الزرع أخضر لعلف الدواب .

(٣ - ٣) جاء في س ١ ، م بعد قوله : « دار غيره » ، الآتى .

الحائِط ، لم يَجْزُ رُدُّهُ إِلَّا بِإِذْنِ مُسْتَأْنَفٍ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ تَنَاوَلَ الْوَضْعَ ^(١) الْأَوَّلَ ، فَلَمْ يَتَعَدَّ إِلَى غَيْرِهِ . وَإِنْ وُجِدَتْ أَخْشَابٌ عَلَى حَائِطٍ لَا يُعْلَمُ سَبَبُهَا ، ثُمَّ نُقِلَتْ ، جَازَ إِعَادَتُهَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهَا بِحَقِّ ثَابِتٍ .

وَإِنْ اسْتَعَارَ سَفِينَةً ، فَحَمَلَ مَتَاعَهُ فِيهَا ، لَمْ يَمْلِكْ صَاحِبُهَا الرُّجُوعَ فِيهَا حَتَّى تَرُوسَى . وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلدَّفْنِ ، لَمْ يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فِيهَا مَا لَمْ يَتَلَّ الْمَيْتَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ اسْتَعَارَ شَيْئًا يَرْهَنُهُ مُدَّةً مَعْلُومَةً عَلَى دَيْنٍ مَعْلُومٍ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ انْتِفَاعٍ ، فَإِنْ أَطْلَقَ الْإِذْنَ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ لَا يُشْتَرَطُ فِي صِحَّتِهَا تَعْيِينَ النِّفْعِ ، فَإِنْ عَيَّنَ فَخَالَفَهُ ، فَالرَّهْنُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ رَهْنٌ بِغَيْرِ إِذْنٍ مَالِكِهِ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي رَهْنِهِ بِمِائَةٍ ، فَرَهْنُهُ بِأَقَلِّ مِنْهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ مَنْ أَذِنَ فِي شَيْءٍ ، فَقَدْ أَذِنَ فِي بَعْضِهِ . وَإِنْ رَهْنَهُ بِأَكْثَرِ مِنْهَا ، بَطَلَ فِي الْكُلِّ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ خَالَفَ فِي الْجِنْسِ . وَفِي الْآخِرِ ، يَصِحُّ فِي الْمَأْذُونِ ، وَيَبْطُلُ فِي الزَّائِدِ ، كَتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وَلِلْمُعِيرِ مُطَالَبَةُ الرَّاهِنِ بِفَكَائِكَ فِي الْحَالِ ، سَوَاءً أَجَلَهُ أَوْ أَطْلَقَ ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ لَا تَلْزَمُ . وَإِنْ حَلَّ الدَّيْنُ قَبْلَ فَكَائِكَ ، يَبِيعُ وَاشْتَوْفَى الدَّيْنُ مِنْ ثَمَنِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مُقْتَضَى الرَّهْنِ ، وَيَرْجِعُ الْمُعِيرُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ بِقِيَمَتِهِ ، أَوْ مِثْلِهِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ مَضْمُونَةٌ بِذَلِكَ ، وَلَا يَرْجِعُ بِمَا يَبِيعُ بِهِ إِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنَ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ مَضْمُونَةٌ ، فَيُضْمَنُ نَقْصَ ثَمَنِهَا . وَإِنْ يَبِيعُ بِأَكْثَرِ مِنْ

(١) فِي م : « الْحَائِط » .

قِيمَتِهِ ، رَجَعَ بِهِ ؛ لِأَنَّ تَمَنَّ الْعَيْنِ مِلْكٌ لِمُتَمَنِّهَا . وَقِيلَ : لَا يَرْجَعُ بِالزِّيَادَةِ .
وَأِنْ تَلَفَ فِي يَدِ الْمُزْتَهِنِ ، رَجَعَ الْمُعِيرُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، وَيَرْجَعُ الْمُسْتَعِيرُ عَلَى
الْمُزْتَهِنِ إِنْ كَانَ تَعَدَّى ، وَإِلَّا فَلَا . فَإِنْ قَضَى الْمُعِيرُ الدَّيْنَ وَفَكَ الرِّهْنَ بِإِذْنِ
الرَّاهِنِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجَعْ . وَإِنْ قَضَاهُ
مُخْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .

فصل : إِذَا رَكِبَ دَابَّةً غَيْرَهُ ، ثُمَّ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ : أَعَرَّتْنِيهَا . قَالَ : بَلْ
أَجَرْتُكَهَا . عَقِيبَ الْعَقْدِ ، وَالِدَابَّةُ قَائِمَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرََّاكِبِ ؛ [٢١٦و]
لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِجَارَةِ وَبَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنَ الْأُجْرَةِ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ ^(١) مُضِيِّ
مُدَّةٍ لِمِثْلِهَا أُجْرَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ نَقْلِ مِلْكِهِ إِلَى
غَيْرِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي الْعَيْنِ ، فَقَالَ : وَهَبْتَنِيهَا . وَقَالَ : بَلْ بَعَثْتُكَهَا .
فَيُخْلِفُ الْمَالِكُ ، وَيَجِبُ لَهُ الْمُسَمَّى فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَاهُ وَخَلَفَ
عَلَيْهِ . وَالْآخَرُ ، تَجِبُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ اتَّفَقَا عَلَى الْإِجَارَةِ ، وَاخْتَلَفَا
فِي قَدْرِ الْأُجْرَةِ ، لَمْ يَجِبْ أَكْثَرُ مِنَ أُجْرَةِ الْمِثْلِ ، فَمَعَ الْاِخْتِلَافِ أَوَّلَى .
وَإِنْ قَالَ : أَكْرَيْتَنِيهَا . قَالَ : بَلْ أَعَرْتُكَهَا . بَعْدَ تَلْفِهَا أَوْ قَبْلَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْمَالِكِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْقَبْضِ ، وَالْأَصْلُ فِيمَا يَقْبِضُهُ
الْإِنْسَانُ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ الضَّمَانُ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « عَلَى الْيَدِ مَا
أَخَذْتُ حَتَّى تَرُدَّهُ » ^(٢) . حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَالْقَوْلُ قَوْلُ الرََّاكِبِ فِي قَدْرِ

(١) بعده في الأصل : « ما » .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في تضمين العارية ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢ /
٢٦٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في أن العارية مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة =

القيمة مع يمينه . وإن قال : غصبتنيها . قال : بل أعزتنها . أو : أكرتنيها .
فالقول قول المالك لذلك ، ولأن الرائب يدعى انتقال المنافع إلى ملكه
بالعارية أو الكراء ، والمالك يُنكر ذلك ، والأصل معه .

= الأحوذى ٥ / ٢٦٩ . وابن ماجه ، فى : باب العارية ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ /
٨٠٢ . والدارمى ، فى : باب فى العارية مؤداة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٦٤ .
والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٨ ، ١٢ ، ١٣ . وضعفه فى الإرواء ٥ / ٣٤٨ ، ٣٤٩ .

بَابُ الْغَضَبِ

وهو استيلاء الإنسان على مال غيره بغير حق، وهو مُحَرَّم بالإجماع .
وقد روى جابرٌ أنَّ رسولَ الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر: « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا » . رواه مسلم^(١) .

وَمَنْ غَضَبَ شَيْئًا ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ؛ لِمَا رَوَى سَمُرَةُ عَنْ^(٢) النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَرُدَّهُ »^(٣) .

وإن نَقَصْتَ لِتَغْيِيرِ الْأَشْعَارِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَالِكِ فِي الْعَيْنِ ، وَهِيَ بَاقِيَةٌ لَمْ تَتَغَيَّرْ صِفَتُهَا ، وَلَا حَقٌّ لَهُ فِي الْقِيَمَةِ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ . وإن نَقَصْتَ الْقِيَمَةَ لِنَقْصِ الْمَغْضُوبِ نَقْصًا مُسْتَقَرًّا ؛ كَثَوْبٍ اسْتَخْلَقَ أَوْ تَخَرَّقَ ، وَإِنَاءٍ تَكَسَّرَ أَوْ تَشَقَّقَ ، وَشَاةٍ ذُبِحَتْ ، وَحِنْطَةٍ طُحِنَتْ^(٤) ، فَعَلِيهِ رَدُّهُ وَأَرْشُ نَقْصِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَقْصُ عَيْنٍ نَقَصَتْ بِهِ الْقِيَمَةُ ، فَوَجَبَ ضَمَانُهُ ، كَذِرَاعٍ مِنَ الثَّوْبِ . وإن طَالَبَ الْمَالِكُ بِيَدْلِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ عَيْنَ مَالِهِ بَاقٍ ، فَلَمْ

(١) تقدم تخريجه من حديث جابر الطويل في ٣٢١/٢ .

(٢) في س ٢ : « أن » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٤٩٧ ، ٤٩٨ .

(٤) في م : « طبخت » .

يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةُ بِبَدْلِهِ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ مِنَ الثَّوْبِ جُزْءًا . وَإِنْ كَانَ النِّقْصُ غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ ، كَطَعَامٍ ابْتَلَّ أَوْ عَفِنَ ، فَلَهُ بَدْلُهُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ يَتَزَايِدُ فَسَادُهُ إِلَى أَنْ يَتَلَفَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَتَخَيَّرُ بَيْنَ ذَلِكَ وَبَيْنَ تَرْكِهِ حَتَّى يَسْتَقَرَّ فِيهِ الْفَسَادُ ، وَيَأْخُذَهُ مَعَ أَرْضِيهِ ؛ لِأَنَّ عَيْنَ مَالِهِ بَاقِيَةٌ ، فَلَا يُمْنَعُ مِنْ أَخْذِهَا مَعَ أَرْضِيهَا ، كَالثَّوْبِ الَّذِي تَحْرَقُ .

فصل : إِنْ كَانَ النِّقْصُ فِي الرَّقِيقِ مِمَّا لَا مُقَدَّرَ فِيهِ ؛ كَنَقْصِهِ لِكَبِيرٍ ، أَوْ مَرَضٍ ، أَوْ شَجَّةٍ دُونَ الْمُوضَحَةِ ، فَفِيهِ مَا نَقَصَ مَعَ الرَّدِّ لَذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ أَرْضِيهِ مُقَدَّرًا ، كَذَهَابِ يَدِهِ ، فَكَذَلِكَ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ مَالٍ ، أَشْبَهَ ضَمَانَ الْبَهِيمَةِ . وَالْأُخْرَى ، يَزِدُّهُ وَمَا يَجِبُ بِالْجِنَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ لِلرَّقِيقِ ، فَوَجِبَ [٢١٦ظ] فِيهِ الْمَقْدَرُ ، كَضَمَانِ الْجِنَايَةِ . وَإِنْ قَطَعَ الْغَاصِبُ يَدَهُ ، فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، الْوَاجِبُ نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، كَغَيْرِ الْمَغْصُوبِ . وَعَلَى الْأُولَى ، عَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نِصْفِ قِيَمَتِهِ أَوْ قَدْرِ نَقْصِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَجَدَتِ الْيَدُ وَالْجِنَايَةُ ، فَوَجِبَ أَكْثَرُهُمَا ضَمَانًا . وَإِنْ غَضَبَ عَبْدًا فَقَطَعَ أَجْنَبِيَّ يَدَهُ ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أُيْهِمَا شَاءَ . فَعَلَى الْأُولَى ، إِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ، ضَمَّنَهُ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ ، وَيَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَى الْقَاطِعِ بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ لَا غَيْرُ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَهُ ضَمَانُ الْجِنَايَةِ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْجَانِي ، ضَمَّنَهُ نِصْفَ الْقِيَمَةِ ، وَطَالِبُ الْغَاصِبِ بِتَمَامِ النِّقْصِ . وَعَلَى الثَّانِيَةِ ، يُطَالِبُ أُيْهِمَا شَاءَ ، وَيَسْتَقَرُّ الضَّمَانُ "عَلَى الْقَاطِعِ" ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَلِفُ ، فَيَكُونُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ .

فصل : ورؤى عن أحمد في من قلع عين فرس ، أنه يضمها برُبْع قيمتها ؛ لأنه يُرَوَى عن عُمر ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(١) . والصَّحِيحُ أنه يضمها بنَقْصِها ؛ لأنها بهيمة ، فلم يكن فيها مُقَدَّرٌ ، كسائر البهائم ، أو كسائر أعضائها . ويُحْمَلُ ما رَوَى عن عُمر على أن عين الدابة التي قضى فيها نَقْصُها رُبْعُ القِيَمَةِ . ولو غَصَبَ دابةً قيمتها مائة ، فزادت فصارت قيمتها ألفاً ، ثم جنى عليها جنايةً نقصت نصف قيمتها ، لزمه خمسمائة ؛ لأن الواجب قيمة ما أتلَفَ يوم التَّلَفِ ، وقد فَوَّتَ نصفها ، فضمن خمسمائة .

فصل : فإن نقصت العين دون القيمة ، وكان الذاهب يُضمن بمُقَدَّرٍ ، كعَبْدٍ خصاه ، وزَيْتٍ أغلاه فذهب نصفه ولم تنقص قيمته ، فعليه قيمة العبد ، ومثل ما نقص من الزيت ، مع رَدِّهما ؛ لأن الواجب فيهما مُقَدَّرٌ بذلك ، فإن لم يكن مُقَدَّرًا ، كعَبْدٍ سَمِينٍ هزل فلم تنقص قيمته ، لم يلزمه أَرْشٌ^(٢) ؛ لأن الواجب فيه ما نقص من القيمة ، ولم تنقص . فإن أغلى عَصِيرًا فنقص ، فهو كالزيت ؛ لأنه في معناه . ويَحْتَمِلُ أن لا يضم ؛ لأن الغليان عقد أجزاءه وجمعتها ، وأذهب مائتته فقط ، بخلاف الزيت . فإن نقصت عينه وقيمته ، فعليه مثل ما نقص من العين ، وأَرْشُ نقص الباقي في العَصِيرِ والزَيْتِ ؛ لأن كل واحدٍ من النقصين مضمونٌ مُنفَرِدًا ، فكذلك إذا اجتمعَا . ولو شقَّ ثوبًا ينقصه الشقُّ نصفين ، ثم تلف أحدهما ، ردَّ الباقي

(١) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٧٦/١٠ ، ٧٧ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٩/

٢٧٥ ، ٢٧٦ .

(٢) بعده في م : « هزله » .

وتمام قيمة الثوب قبل قطعه . وإن غصب خفيين ، فتلف أحدهما ، فكذلك في أحد الوجهين ؛ لأنَّ نقص الباقي بسبب تعديه . والآخر ، لا يلزمه إلا رد الباقي ، وقيمة التالف ؛ لأنه لم يؤول إلا أحدهما .

فصل : وإن غصب عبداً فمرض ، أو ائبضت عينه ، ثم برأ ، لم يلزمه إلا رده ؛ لأنَّ نقصه زال ، فأشبهه ما لو انقلعت سنه ثم عادت . وإن هزل ثم سمن ، أو نسي صناعته ثم علمها ، فكذلك في أحد الوجهين ؛ لأنَّ نقصه زال ، فأشبهت التي قبلها . والآخر ، يضمن النقص ؛ لأنَّ السمن الثاني غير الأول ، فلا يسقط به ما وجب بزوال الأول . فعلى هذا الوجه ، لو سمن ثم هزل ، ^(١) ثم سمن ثم هزل ^(٢) ، ضمنهما معاً ؛ لأنَّ الثاني غير الأول . وعلى الوجه الأول ، يضمن أكثر السمنين قيمة ؛ لأنَّ عود السمن أسقط ما قابله من الأرض . فإن [٢١٧] كانت الزيادة الثانية من غير جنس الأولى ، كعبد هزل فنقصت قيمته ، ثم تعلم صناعة ^(٣) فحدث قيمته ، ضمن الأولى ؛ لأنَّ الثانية من غير جنس الأولى ، فلا تنجبر بها . وإن نسي الصناعة أيضاً ، ضمن النقصين جميعاً ؛ لما ذكرنا .

فصل : فإن جنى العبد المغصوب ، لزم الغاصب ما يستوفي من جنايته ؛ لأنه بسبب كان في يده ، وإن أُقيد منه في الطرف ، فحكمه حكم ذهابه بفعل الله تعالى ؛ لكونه ضامناً وجب باليد لا بالجناية ، فإن القطع قصاصاً ليس بجناية . وإن تعلّق الأرض برفقته ، فعليه فداؤه ؛ لأنه

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) زيادة من : الأصل ، س ١ .

حَقٌّ تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ فِي يَدِهِ ، فَلَزِمَهُ تَخْلِيصُهُ مِنْهُ . وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، ضَمِنَ
الْغَاصِبُ جِنَايَتَهُ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ جُمْلَةِ جِنَايَاتِهِ ، فَأَشْبَهَ الْجِنَايَةَ عَلَى أَجْنَبِيٍّ .

فصل : وَإِنْ زَادَ الْمَغْصُوبُ فِي يَدِهِ ؛ كَجَارِيَةٍ سَمِنَتْ ، أَوْ وَلَدَتْ ، أَوْ
كَسَبَتْ ، أَوْ شَجَرَةٍ أَثْمَرَتْ ، أَوْ طَالَتْ ، فَالزِّيَادَةُ لِلْمَالِكِ مَضْمُونَةٌ عَلَى
الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ فِي يَدِهِ بِالْغَضَبِ ، فَأَشْبَهَتْ الْأَصْلَ ، وَإِنْ أُلْقِيَ
الْوَلَدَ مَيِّتًا ، ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ الْوَضْعِ لَوْ كَانَ حَيًّا ؛ لِأَنَّهُ غَضِبَ بِغَضَبِ
الْأُمِّ .

وَإِنْ صَادَ الْعَبْدُ ^(١) « أَوْ الْجَارِحَةُ » صَيْدًا ، فَهُوَ لِلْمَالِكِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ
كَسْبِيهِمَا . وَهَلْ تَجِبُ أَجْرَةُ الْعَبْدِ الْكَاسِبِ أَوْ الصَّائِدِ فِي مُدَّةِ كَسْبِهِ
وَصَيْدِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَجِبُ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ صَارَتْ إِلَى سَيِّدِهِ ،
فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ فِي يَدِهِ . وَالثَانِي ، تَجِبُ ؛ لِأَنَّ الْغَاصِبَ أَثْلَفَ مَنَافِعَهُ . وَإِنْ
غَضِبَ فَرَسًا ، أَوْ قَوْسًا ، أَوْ شَرَكًا ، فَصَادَ بِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ
لصَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ صَيْدَهُ حَصَلَ بِهِ ، أَشْبَهَ صَيْدَ الْجَارِحَةِ ^(٢) . وَالثَانِي ،
لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ الصَّائِدُ ، وَهَذِهِ آلَةٌ . وَإِنْ غَضِبَ مِنْجَلًا ، فَقَطَعَ بِهِ حَطَبًا ،
أَوْ خَشَبًا ، فَهُوَ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ هَذَا آلَةٌ ، فَهُوَ كَالْحَبْلِ يَرْبِطُهُ بِهِ .

فصل : وَإِنْ غَضِبَ أَثْمَانًا ، فَاتَّجَرَ بِهَا ، فَالرَّبْحُ لَصَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ
مَالِهِ ، وَإِنْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ، ثُمَّ نَقَدَهَا فِيهِ ، فَكَذَلِكَ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ .

(١ - ١) فِي م : « وَالْجَارِيَةُ » .

(٢) فِي م : « الْجَارِيَةُ » .

والأخرى، هو للغاصب؛ لأن الثمن ثبت في ذمته، فكان الشراء له،
والمبيع ربحه له؛ لأنه بذل ما وجب عليه. وقياس المذهب أنه إذا اشترى
بعينه كان الشراء باطلاً، والسلعة للبائع.

فصل: وإن غصب عيئاً فاستحالت؛ كبيض صار فرخاً، وحب صار
زرعاً، وزرع صار حباً، ونوى صار شجراً، وجب رده؛ لأنه عين ماله،
فإن نقصت قيمته، ضمن أرش نقصه؛ لحدوثه في يده. وإن زاد،
فالزيادة^(١) للمالك، ولا شيء للغاصب بعمله فيه؛ لأنه غير مأذون فيه. وإن
غصب عصيراً فتخمر، ضمن العصير بمثله؛ لأنه تلف في يده، فإن عاد
خللاً، رده وما نقص من قيمة العصير؛ لأنه عين العصير، أشبه النوى
يصير شجراً.

فصل: وإن عمل فيه عملاً، كثوب قصره^(٢)، أو فصله، أو^(٣) خاطه،
أو قطن غزله، أو غزل نسجه، أو خشب نجره، أو ذهب صاغه، أو
ضربه، أو حديد جعله إبراً، فعليه رده؛ لأنه عين ماله، ولا شيء
لـلغاصب؛ لأنه عمل في ملك غيره بغير إذنه، فلم يستحق شيئاً، [٢١٧ظ]
كما لو أغلى الزيت. وإن نقص بذلك، فعليه ضمان نقصه؛ لأنه حدث
بفعله. وعنه، أنه إن زاد يكون شريكاً للمالك بالزيادة؛ لأن منافعه أجريت
مجرى الأغنيان، أشبه ما لو صبغ الثوب. والأول أصح.

(١) في م: «فالزائد».

(٢) قصر الثوب: دقه وبيضه.

(٣) سقط من: س ٢، وفي م: «و».

فصل : فإن غَصَبَ شَيْئًا فَخَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ؛ كَحِنْطَةِ بِشَعِيرٍ ، أَوْ زَيْبٍ أَحْمَرَ بِأَسْوَدَ ، فَعَلِيهِ تَمْيِيزُهُ وَرَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ أُمْكَنَ رَدُّهُ ، فَوَجِبَ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ عَيْنًا فَبَعَّدَهَا . وَإِنْ خَلَطَهُ بِمِثْلِهِ مِمَّا لَا يَتَمَيَّزُ ، كَزَيْبٍ بِزَيْبٍ ، لَزِمَهُ مِثْلُ كَيْلِهِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى دَفْعِ بَعْضِ مَالِهِ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَنْتَقِلْ إِلَى الْبَدَلِ فِي الْجَمِيعِ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ شَيْئًا فَتَلَفَ بَعْضُهُ . وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ نَصَّ عَلَى أَنَّهُ شَرِيكٌ إِذَا خَلَطَهُ بِغَيْرِ جَنْسِهِ ، فَتَبَّهَ عَلَى الشَّرِكَةِ إِذَا كَانَ مِثْلَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ مِثْلُهُ ، إِنْ شَاءَ الْغَاصِبُ مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَتْلَفَهُ . وَإِنْ خَلَطَهُ بِأَجْوَدَ مِنْهُ ، لَزِمَهُ مِثْلُهُ مِنْ حَيْثُ شَاءَ الْغَاصِبُ ، فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ مِنْهُ ^(١) ، لَزِمَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَلَ إِلَيْهِ خَيْرًا مِنْ حَقِّهِ مِنْ جَنْسِهِ . وَإِنْ خَلَطَهُ بِدُونِهِ ، لَزِمَهُ مِثْلُهُ ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى اخْتِذِ الْمِثْلِ مِنْهُ ، جَازَ . وَإِنْ أَبَاهُ الْمَالِكُ ، لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ دُونَ حَقِّهِ . وَإِنْ طَلَبَ ذَلِكَ ، فَأَبَاهُ الْغَاصِبُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ انْتَقَلَ إِلَى ذِمَّتِهِ ، فَكَانَتِ الْخِيَرَةُ إِلَيْهِ فِي التَّعْيِينِ . وَالثَّانِي ، يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى دَفْعِ بَعْضِ مَالِهِ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، فَلَزِمَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ مِثْلَهُ . وَإِنْ خَلَطَهُ بِغَيْرِ جَنْسِهِ ، كَزَيْبٍ بِشَيْرِجٍ ^(٢) ، لَزِمَهُ مِثْلُهُ مِنْ غَيْرِهِ ، وَأَيُّهُمَا طَلَبَ الدَّفْعَ مِنْهُ ، فَأَيُّ ^(٣) الْآخَرِ ، لَمْ يُجْبَرْ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي رَجُلٍ لَهُ رَطْلُ زَيْبٍ اخْتَلَطَ بِرَطْلِ شَيْرِجٍ لآخر : يُبَاعُ الدُّهْنُ كُلُّهُ ، وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) الشيرج : دهن السمسم .

(٣) في الأصل : « فأباه » .

منهما قَدَرٌ حِصَّتِهِ . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ هَذَا بِمَا لَمْ يَخْلُطْهُ أَحَدُهُمَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَغْمَّ سَائِرَ الصُّوَرِ ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنُ أَنْ يَصِلَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ بَدَلُ عَيْنٍ مَالِهِ ، فَأُشْبَهَ مَا لَوْ غَضِبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ . فَإِنْ نَقَصَ مَا يَخُصُّهُ مِنَ الثَّمَنِ عَنْ قِيَمَتِهِ مُفْرَدًا ، ضَمِنَ الْغَاصِبُ نَقْصَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَفْعَلُهُ .

وإن خَلَطَهُ بِمَا لَا قِيَمَةَ لَهُ ، كَزَيْتٍ بِمَاءٍ ، وَأَمْكَنُ تَخْلِيصُهُ ، وَجَبَ تَخْلِيصُهُ وَرَدُّهُ مَعَ أَزْشٍ نَقْصِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ تَخْلِيصُهُ ، أَوْ كَانَ ذَلِكَ يُفْسِدُهُ ، وَجَبَ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَثْلَفَهُ . وَلَوْ أَعْطَاهُ بَدَلَ الْجَيِّدِ أَكْثَرَ مِنْهُ رَدِيئًا ، أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ وَأَجُودَ صِفَةً ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ رَبًّا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ اخْتِلَاطُهُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، فَيَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الرِّبَا لَا يَجْرِي فِي جِنْسَيْنِ .

فصل : فَإِنْ غَضِبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ، فَلَمْ تَزِدْ قِيَمَةَ الثَّوْبِ وَ^(١) الصَّبْغِ وَلَمْ تَنْقُصْ ، فَهُمَا شَرِيكَانِ ، يُبَاعُ الثَّوْبُ وَيُقَسَّمُ ثَمَنُهُ^(٢) بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ الصَّبْغَ عَيْنٌ مَالٍ لَهُ قِيَمَةٌ^(٣) ، فَلَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ فِيهَا بِاتِّصَالِهَا بِمَالٍ غَيْرِهِ . وَإِنْ زَادَتْ قِيَمَتُهُمَا^(٤) ، فَالزِّيَادَةُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهَا نَمَاءُ مَالِهِمَا^(٥) [٢١٨و] . وَإِنْ نَقَصَتْ الْقِيَمَةُ ، ضَمِنَهَا الْغَاصِبُ ؛ لِأَنَّ النِّقْصَ حَصَلَ بِسَبَبِهِ . وَإِنْ زَادَتْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا لَزِيَادَةِ قِيَمَتِهِ فِي الشُّوْقِ ، فَالزِّيَادَةُ لِمَالِكٍ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا نَمَاءُ مَالِهِ . وَإِنْ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فِي م : « بَثْمَنِهِ » .

(٣) فِي م : « قِيَمَتِهِ » .

(٤) فِي س ٢ ، م : « قِيَمَتِهَا » .

(٥) فِي م : « مَالِهَا » .

بَقِيَتْ لِلصَّبْغِ قِيَمَةٌ ، فَأَرَادَ الْغَاصِبُ إِخْرَاجَهُ ، وَضَمَانَ النَّقْصِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛
لَأَنَّهُ عَيْنٌ مَالِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ غَرَسَ فِي أَرْضٍ ^(١) غَيْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكُ
ذَلِكَ ؛ لَأَنَّهُ يَضُرُّ بِمِلْكِ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ لِنَفْعِ نَفْسِهِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، بِخِلَافِ
الْأَرْضِ ؛ فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ إِزَالََةَ الضَّرَرِ بِتَسْوِيَةِ الْحُفْرِ ، وَ ^(٢) لَأَنَّ قَلْعَ الْغَرَسِ ^(٣) مُعْتَادٌ ،
بِخِلَافِ قَلْعِ الصَّبْغِ . وَإِنْ أَرَادَ الْمَالِكُ قَلْعَهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
يَمْلِكُهُ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، كَمَا يَمْلِكُ قَلْعَ الشَّجَرِ مِنْ أَرْضِهِ . وَالْآخَرُ ، لَا
يَمْلِكُهُ ؛ لَأَنَّ الصَّبْغَ يَهْلِكُ بِهِ ، أَشْبَهَ قَلْعَ الزَّرْعِ . وَإِنْ بَدَلَ الْمَالِكُ قِيَمَةَ الصَّبْغِ
لِيَمْلِكُهُ ، لَمْ يُجْبَرْ الْغَاصِبُ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ يَبِيعُ مَالَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ ، كَمَا
يَمْلِكُ أَخَذَ زَرْعِ الْغَاصِبِ بِقِيَمَتِهِ ، وَكَالشَّفِيعِ يَأْخُذُ غَرَسَ الْمُشْتَرَى .

وَإِنْ وَهَبَهُ الْغَاصِبُ لِمَالِكِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؛ لَأَنَّهُ
صَارَ صِفَةً لِلْعَيْنِ ، فَأَشْبَهَ ^(٤) قِصَارَةَ الثَّوْبِ . وَالْآخَرُ ، لَا يُلْزَمُهُ ؛ لَأَنَّ الصَّبْغَ
عَيْنٌ يُمَكِّنُ إِفْرَادَهَا ، فَأَشْبَهَ الْغِرَاسَ . فَإِنْ أَرَادَ الْمَالِكُ بَيْعَ الثَّوْبِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛
لَأَنَّهُ مِلْكُهُ ، فَلَمْ يُمْنَعْ بَيْعُهُ ^(٥) ، وَإِنْ طَلَبَ الْغَاصِبُ بَيْعَهُ ، فَأَبَاهُ الْمَالِكُ ، لَمْ
يُجْبَرْ ؛ لَأَنَّ الْغَاصِبَ مُتَعَدٍّ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ ^(٦) بَتَعْدِيهِ إِزَالََةَ مِلْكِ صَاحِبِ
الثَّوْبِ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ طَلَبَ الْغَارِسُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بَيْعَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في الأصل : « الشجر » .

(٤) في الأصل : « لأنه » .

(٥) في الأصل : « منه » .

(٦) في م : « يملك » .

يُجْبَرُ ؛ لِيَصِلَ الْغَاصِبُ إِلَى ثَمَنِ صَبْغِهِ .

وإن غَصَبَ ثَوْبًا ^(١) وَصَبَغًا ^(٢) مِنْ رَجُلٍ ، فَصَبَغَهُ بِهِ ^(٣) ، فَعَلِيهِ رَدُّهُ وَ ^(٤)
أَرْضُ نَقْصِهِ إِنْ نَقَصَ ؛ لِأَنَّهُ بِفِعْلِهِ ، وَالزِّيَادَةُ لِلْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ لَيْسَ
لِلْغَاصِبِ فِيهِ إِلَّا أَثَرُ الْفِعْلِ . وَإِنْ صَبَغَهُ بِصَبْغِ غَصَبِهِ مِنْ غَيْرِهِ ، فَهُمَا
شَرِيكَانِ فِي الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ ، وَإِنْ نَقَصَ ، فَالنَّقْصُ مِنَ الصَّبْغِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَدَّدَ ،
وَيَرْجِعُ صَاحِبُهُ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ بَدَّدَهُ . وَإِنْ غَصَبَ عَسَلًا وَنِشَاءً ،
فَعَمَلُهُ خَلَوَاءٌ ، فَحُكْمُهُ كَحُكْمِ غَصَبِ الثَّوْبِ وَصَبْغِهِ سَوَاءً .

فصل : وإن غَصَبَ أَرْضًا ، فغَرَسَهَا ، أَوْ بَنَى فِيهَا ، لَزِمَهُ قَلْعُهُ ؛ لِمَا رَوَى
سَعِيدُ بْنُ زَيْدٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ
حَقٌّ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ ^(١) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَلِأَنَّهُ شَغَلَ مَلِكًا غَيْرَهُ بِمَلِكٍ
لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، فَلَزِمَهُ تَفْرِيعُهُ ، كَمَا لَوْ تَرَكَ فِيهَا قُمَاشًا . وَعَلِيهِ تَسْوِيَةُ
الْحَفْرِ ، وَرَدُّ الْأَرْضِ إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ ، وَضَمَانُ نَقْصِهَا إِنْ نَقَصَتْ ؛ لِأَنَّهُ
حَصَلَ بِفِعْلِهِ . وَإِنْ بَدَّلَ لَهُ الْمَالِكُ قِيَمَةَ غَرْسِهِ وَبَنَائِهِ لِيَمْلِكَهُ ، فَأَتَى إِلَّا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل : « أو » .

(٤) فى : باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٦/٦ .
كما أخرجه البخارى معلقا ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث . صحيح
البخارى ١٤٠/٣ . ووصله أبو داود ، فى : باب فى إحياء الموت ، من كتاب الإمارة . سنن أبى
داود . والإمام مالك مرسلا ، فى : باب العمل فى عمارة الموات ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/
٧٤٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٢٧/٥ .

الْقَلْعَ ، فله ذلك ؛ لأنها مُعَاوَضَةٌ ، فلم يُجْبَرْ عليها .

وإن وَهَبَهُ الْغَاصِبُ الْغِرَاسَ وَ^(١) الْبِنَاءَ ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِهِ ، إن كان له غَرَضٌ فِي الْقَلْعِ ؛ لَأَنَّهُ يُفَوِّتُ غَرَضَهُ . وإن لم يكن له فِيهِ غَرَضٌ ، اِحْتَمَلَ أَنْ يُجْبَرَ ؛ لَأَنَّهُ يَتَخَلَّصُ بِهِ^(٢) كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ بِغَيْرِ ضَرَرٍ . وَاِحْتَمَلَ أَنْ لَا يُجْبَرَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَيْنٌ يُمَكِّنُ إِفْرَادَهَا ، فلم يُجْبَرْ [٢١٨ ظ] على قَبُولِهَا ، كما لو لم يكن فِي أَرْضِهِ .

وإن غَرَسَهَا فِي^(٣) مِلْكٍ صَاحِبِ الْأَرْضِ ، فَطَالَبَهُ بِالْقَلْعِ ، وله فِيهِ غَرَضٌ ، لَزِمَهُ ؛ لَأَنَّهُ فَوِّتَ عَلَيْهِ غَرَضًا بِالْغِرَاسِ ، فَلَزِمَهُ رَدُّهُ ، كما لو تَرَكَ فِيهَا حَجَرًا . وإن لم يكن فِيهِ غَرَضٌ ، لم يُجْبَرْ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ سَفَةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ مُحَكَّمٌ فِي مِلْكِهِ . وإن أَرَادَ الْغَاصِبُ قَلْعَهُ ، فَلِلْمَالِكِ مَنَعُهُ ؛ لَأَنَّهُ مِلْكُهُ ، وليس لِلْغَاصِبِ فِيهِ إِلَّا أَثَرُ الْفِعْلِ^(٤) .

فصل : فإن حَفَرَ فِيهَا بَيْعًا ، فَطَالَبَهُ الْمَالِكُ بِطَمِّهَا ، لَزِمَهُ ؛ لَأَنَّهُ نَقَلَ مِلْكَهُ - وَهُوَ التُّرَابُ - مِنْ مَوْضِعِهِ ، فَلَزِمَهُ رَدُّهُ . وإن طَلَبَ الْغَاصِبُ طَمِّهَا لِدَفْعِ ضَرَرٍ ، مِثْلَ أَنْ جَعَلَ تُرَابَهَا فِي غَيْرِ أَرْضِ الْمَالِكِ ، فَله طَمُّهَا ؛ لَأَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى إِبْقَاءِ مَا يَتَضَرَّرُ بِهِ ، كإِبْقَاءِ غَرْسِهِ . وإن جَعَلَ التُّرَابَ فِي أَرْضِ الْمَالِكِ ، وَلَمْ يُثَرِّثْهُ مِنْ ضَمَانٍ مَا يَتَلَفُ بِهَا ، فَله طَمُّهَا ؛ لَأَنَّهُ يَدْفَعُ ضَرَرَ

(١) فِي م : «أَوْ» .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي س ١ ، س ٢ ، ب ، م : «مِنْ» .

(٤) فِي م : «الْعَمَلُ» .

الضَّمانِ عنه . وإن أُبرأه من ضَّمانٍ ما يَتَلَفُ بها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يَتَرَأُّ ؛ لأنَّه لما سَقَطَ الضَّمانُ بالإذنِ في حَفْرِها ، سَقَطَ بالإبراءِ منها . فعلى هذا ، لا يَمْلِكُ طَمَّها ؛ لأنَّه لا غَرَضَ فيه . والثاني ، لا يَتَرَأُّ بالإبراءِ ؛ لأنَّه إنَّما يكونُ من واجبٍ ، ولم يَجِبْ بعدُ شيءٌ . فعلى هذا ، يَمْلِكُ طَمَّها لغَرَضِهِ فيه .

وإن زَرَعَهَا وأَخَذَ زَرْعَهُ ، فعليه أَجْرَةُ الأَرْضِ وما نَقَصَها ، والزَّرْعُ له ؛ لأنَّه عَيْنُ بَذَرِهِ نَمًا^(١) . وإن أَدْرَكَها رَبُّها والزَّرْعُ قائمٌ ، فليس له إجْبَارُ الغاصِبِ على القَلْعِ ، ويُخَيَّرُ بينَ تَرْكِه إلى الحَصَادِ بالأَجْرَةِ ، وبينَ أَخْذِهِ ويدْفَعُ إلى الغاصِبِ نَفَقَتَهُ ؛ لما رَوَى رافعُ بنُ خَدِيجٍ قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضٍ قومٍ بغيرِ إِذْنِهِمْ ، فليس له مِنَ الزَّرْعِ شيءٌ ، وعليه نَفَقَتُهُ » . قال التِّرْمِذِيُّ^(٢) : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ . ولأنَّه أَمَكَنَ الجَمْعُ بينَ الحَقَّينِ بغيرِ إِتْلَافٍ ، فلم يَجْزِ الإِتْلَافُ ، كما لو غَصَبَ لَوْحًا فَرَقَعَ به سَفِينَةً مُلَجَّجَةً في البَحْرِ . وفارَقَ الغِرَاسَ ؛ لأنَّه لا غايةَ له يُنْتَظَرُ إليها . وفيما يَرُدُّه مِنَ النَّفَقَةِ رِوَايتَانِ ؛ إحداهما ، الْقِيَمَةُ ؛ لأنها بَدَلٌ عنه ، فَتَقَدَّرَتْ به ، كَقِيَمِ المُتَلَفَاتِ . والثانيةُ ، ما أَتَفَقَ مِنَ البَذْرِ ومُؤَنَةِ الزَّرْعِ في الحَرْثِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في : باب ما جاء في من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ١٢٥/٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٤/٢ . وابن ماجه ، في : باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٦٥/٣ .

وغيره ؛ لظاهر الحديث ، ولأنَّ قِيَمَةَ الزَّرْعِ زَادَتْ مِنْ أَرْضِ الْمَالِكِ ، فلم يكن عليه عَوَضُهَا . وإن أَدْرَكَ رَبُّ الْأَرْضِ شَجَرَ الْغَاصِبِ مُشْمِراً ، فقال القاضي : للمالك أَخْذُهُ ، وعليه ما أَنْفَقَهُ الْغَاصِبُ مِنْ مُؤْنَةِ الثَّمَرَةِ ، كالزَّرْعِ ؛ لَأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ . وظاهرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ لِلْغَاصِبِ ؛ لَأَنَّهُ تَمَرُّ شَجَرِهِ ، فكان له ، كَوَلَدِ أُمِّهِ .

فصل : وإن جَصَّصَ الدَّارَ وَزَوَّقَهَا ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِي الْبِنَاءِ سَوَاءً . وإن وَهَبَ ذَلِكَ لِمَالِكِهَا ، ففى إِجْبَارِهِ عَلَى قَبُولِ الْهَبَةِ وَجْهَانِ ، كَالصَّبْغِ فِي الثَّوْبِ .

فصل : وإن غَضَبَ عَيْتًا فَبَعْدَتْ بِفِعْلِهِ أَوْ بغيرِهِ ، [٢١٩ و] فعليه رَدُّهَا وإن غَرِمَ أَضْعَافَ قِيَمَتِهَا ؛ لَأَنَّهُ بَتَعْدِيهِ . وإن غَضَبَ خَشَبَةً فَبَنَى عَلَيْهَا فَبَلَيْتٌ ، لم يَجِبْ رَدُّهَا ، وَوَجِبَتْ قِيَمَتُهَا ؛ لَأَنَّهَا هَلَكَتْ ، فَسَقَطَ رَدُّهَا . وإن بَقِيََتْ عَلَى جِهَتِهَا ، لَزِمَ رَدُّهَا وَإِنْ انْتَقَضَ الْبِنَاءُ ؛ لَأَنَّهُ مَغْضُوبٌ يُمَكِّنُ رَدَّهُ ، فَوَجِبَ ^(١) ، كما لو بَعَدَهَا .

وإن غَضَبَ خَيْطًا فَخَاطَ بِهِ ثَوْبًا ، فهو كَالْخَشَبَةِ فِي الْبِنَاءِ . وإن خَاطَ بِهِ جُرْحَهُ ، أَوْ جُرْحَ حَيَوَانٍ يَخَافُ التَّلَفَ بِقَلْعِهِ أَوْ ضَرْرًا كَثِيرًا ، لم يُقْلَعْ ؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ الْحَيَوَانِ آكَدُ مِنْ حُرْمَةِ مَالٍ الْغَيْرِ ، وَلِهَذَا جَازَ أَخْذُ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لِحِفْظِ الْحَيَوَانِ دُونَ غَيْرِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَيَوَانُ مُبَاحَ الْقَتْلِ ، كَالْمُرْتَدِّ وَالْخِنْزِيرِ ، فَيَجِبُ رَدُّهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا حُرْمَةَ لِلْحَيَوَانِ . وإن كَانَ الْحَيَوَانُ مَأْكُولًا

(١) سقط من : الأصل .

لِلْغَاصِبِ ، وَجَبَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ذَبْحَ الْحَيَوَانِ وَالْإِنْتِفَاعَ بِلَحْمِهِ ^(١) .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْلَعَ ؛ لَنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ ذَبْحِ الْحَيَوَانِ لَغَيْرِ مَأْكَلَةٍ ^(٢) . وَإِنْ
كَانَ الْحَيَوَانُ لَغَيْرِ الْغَاصِبِ ، لَمْ يُقْلَعْ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِالْحَيَوَانِ
وَبصَاحِبِهِ . وَإِنْ مَاتَ الْحَيَوَانُ ، وَجَبَ رَدُّ الْخَيْطِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ آدَمِيًّا ؛ لِأَنَّ
حُرْمَتَهُ بَاقِيَةٌ بَعْدَ مَوْتِهِ . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا بَلَغَ الْحَيَوَانُ جَوْهَرَةً كَالْحُكْمِ فِي
الْخَيْطِ سَوَاءً .

فصل : وَإِنْ غَصَبَ لَوْحًا فَرَقَعَ بِهِ سَفِينَةً ، وَخَافَ الْغَرَقَ بِنَزْعِهِ ، لَمْ
يُنَزَعْ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ رَدُّهُ بِغَيْرِ إِثْلَافٍ مَالٍ ، بَأَنْ تَخْرُجَ إِلَى الشَّطِّ ، فَلَمْ يَجُزْ
إِثْلَافُهُ ، وَسَوَاءٌ كَانَ فِيهَا مَالُهُ أَوْ مَالُ غَيْرِهِ .

فصل : وَإِنْ أَذْخَلَ فَصِيلًا أَوْ غَيْرَهُ إِلَى دَارِهِ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ إِخْرَاجَهُ إِلَّا
بِنَقْضِ الْبَابِ ، نُقِضَ ، كَمَا يُنْقَضُ الْبِنَاءُ لَرَدِّ الْخَشَبَةِ . وَإِنْ دَخَلَ الْفَصِيلُ مِنْ
غَيْرِ تَقْرِيطِهِ ، فَعَلَى صَاحِبِ الْفَصِيلِ مَا يُضْلِحُ بِهِ الْبَابَ ؛ لِأَنَّ نَقْضَهُ
لِتَخْلِيصِ مَالِهِ مِنْ غَيْرِ تَقْرِيطٍ مِنْ صَاحِبِ الْبَابِ . وَهَكَذَا الْحُكْمُ إِنْ وَقَعَ
الدُّيْنَارُ فِي مِخْبَرَةِ إِنْسَانٍ بِتَقْرِيطٍ ^(٣) مِنْ صَاحِبِ الْمَالِ ^(٤) أَوْ غَيْرِهِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « بِهِ » .

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ عَنِ الْقَاسِمِ مَوْلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ مَرْفُوعًا بِلَفْظِ : « ... وَلَا تَقْتُلْ بِهِيمَةً لَيْسَتْ
لَكَ بِهَا حَاجَةٌ » . الْمُرَاسِيلُ ١٧٧ .

وَانْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ فِي الْغَزْوِ ، مِنْ كِتَابِ
الْجِهَادِ . الْمُوطَأُ ٢ / ٤٤٧ ، ٤٤٨ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمُصَنَّفِ ١٢ / ٣٨٣ ، ٣٨٤ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ،
فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٩ / ٨٩ ، ٩٠ .

(٣ - ٣) زِيَادَةٌ مِنْ : الْأَصْلِ .

فصل : وإن غَصَبَ عَبْدًا فَأَبَقَ ، أو دَابَّةً فَشَرَدَتْ ، فَلِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ الْمُطَالَبَةُ بِقِيَمَتِهِ ؛ لَأَنَّهُ تَعَذَّرَ رَدُّهُ ، فَوَجِبَ بَدْلُهُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ . فَإِذَا أَخَذَ الْبَدَلَ ، مَلَكَهْ ؛ لَأَنَّهُ بَدَلُ مَالِهِ ، كَمَا يَمْلِكُ بَدَلَ الثَّالِفِ . وَلَا يَمْلِكُ الْغَاصِبُ الْمَغْضُوبَ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ تَمْلِيكُهُ بِالْبَيْعِ ، فَلَا يَمْلِكُهُ بِالتَّضْمِينِ ، كَالثَّالِفِ . فَإِنْ قَدَّرَ عَلَيْهِ ، رَدَّهُ وَأَخَذَ الْقِيَمَةَ ؛ لَأَنَّهَا اسْتُحِقَّتْ بِالْحَيْلُولَةِ ، وَقَدْ زَالَتْ ، فَوَجِبَ رَدُّهَا ، وَزِيَادَةُ الْقِيَمَةِ الْمُتَّصِلَةِ لِلْغَاصِبِ ؛ لَأَنَّهَا تَتَّبِعُ الْأَصْلَ ، وَالْمُتَّفَصِّلَةَ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ ؛ لَأَنَّهَا لَا تَتَّبِعُ الْأَصْلَ فِي الْفَسْخِ بِالْعَيْبِ ، وَهَذَا فَسَخٌ . فَأَمَّا الْمَغْضُوبُ فَيُرَدُّ بِزِيَادَتِهِ الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُتَّفَصِّلَةِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ صَاحِبِهِ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ .

فصل : وإن غَصَبَ أَثْمَانًا ، فَطَالَبَهُ مَالِكُهَا بِهَا فِي بَلَدٍ آخَرَ ، لَزِمَ رَدُّهَا إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَثْمَانَ قِيَمُ الْأَمْوَالِ ، فَلَا يَضُرُّ اخْتِلَافُ قِيَمَتِهَا . وَإِنْ كَانَ [٢١٩ظ] الْمَغْضُوبُ مِنَ الْمُقَوَّمَاتِ ، لَزِمَ دَفْعُ قِيَمَتِهَا فِي بَلَدِ الْغَضَبِ ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمِثْلِيَّاتِ وَقِيَمَتُهُ فِي الْبَلَدَيْنِ وَاحِدَةً ، أَوْ هِيَ أَقْلُ فِي الْبَلَدِ الَّذِي لَقِيَهِ فِيهِ ، فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِمِثْلِهِ ؛ لَأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الْغَاصِبِ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ ، فَلَيْسَ لَهُ الْمِثْلُ ؛ لِأَنَّا لَا نُكَلِّفُهُ النَّقْلَ إِلَى غَيْرِ الْبَلَدِ الَّذِي غَصَبَ فِيهِ ، وَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِقِيَمَتِهِ فِي بَلَدِ الْغَضَبِ . وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ ، مَتَى قَدَّرَ عَلَى الْمَغْضُوبِ أَوْ الْمِثْلِ فِي بَلَدِ الْغَضَبِ ، رَدَّهُ وَأَخَذَ الْقِيَمَةَ ، كَمَا لَوْ غَصَبَ عَبْدًا فَأَبَقَ .

فصل : إِذَا تَلَفَ الْمَغْضُوبُ وَهُوَ مِمَّا لَهُ مِثْلٌ ؛ كَالْأَثْمَانِ ، وَالْحُبُوبِ ، وَالْأَذْهَانِ ، فَإِنَّهُ يُضْمَنُ بِمِثْلِهِ ؛ لَأَنَّهُ يُمَازِلُهُ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ وَالْمُشَاهَدَةُ

والمعنى ، والقيمة تماثله من طريق الظن والاجتهاد ، فكان المثل أولى ، كالنص مع القياس . فإن تغيرت صفته ؛ كرطب صار تمرًا ، أو سمسيم صار شيرجًا ، ضمنه المالك بمثل أيهما أحب ؛ لأنه قد ثبت ملكه على كل^(١) واحد من المثليين ، فرجع بما شاء منهما . وإن وجب المثل و^(٢) أغوز ، وجبت قيمته يوم عوزيه ؛ لأنه يشقّط بذلك المثل ، وتجب القيمة ، فأشبهه تلف المتقومات . وقال القاضي : تجب قيمته يوم قبض البدل ؛ لأن التلف لم ينقل الوجوب إلى القيمة ، بدليل ما لو وجد المثل بعد ذلك ، وجب رده . وإن قدر على المثل بأكثر من قيمته ، لزمه شراؤه ؛ لأنه قدر على أداء الواجب ، فلزمه ، كما لو قدر على رد المغصوب بغرامة .

فصل : فإن كان مما لا مثل له ، وجبت قيمته ؛ لقول رسول الله ﷺ : « من أعتق شركًا له في عبد ، فكان له ما يبلغ ثمن العبد ، قوم وأعطى شركاؤه حصصهم » . متفق عليه^(٣) . فأوجب

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « أو » .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل ، وباب الشركة في الرقيق ، من كتاب الشركة ، وفي : باب إذا أعتق عبدًا بين اثنين ، وباب إذا أعتق نصيبًا في عبد ... من كتاب العتق . صحيح البخاري ١٨٢/٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . ومسلم ، في : أول كتاب العتق ، وفي باب من أعتق شركًا له في عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١١٣٩/٢ ، ١١٤٠ ، ١٢٨٦/٣ ، ١٢٨٧ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق نصيبًا له من مملوك ، وباب من ذكر السعاية . هذا الحديث ، وباب في من روى أنه لا يستسعى ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٢/٣٤٨ - ٣٥٠ . والترمذي ، في : باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما =

الْقِيَمَةُ ، و^(١) لَأَنَّ إِيْجَابَ مِثْلِهِ مِنْ جِهَةِ الْخِلْقَةِ لَا يُمَكِّنُ ؛ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ الْوَاحِدِ^(٢) فِي الْقِيَمَةِ^(٣) ، فَكَانَتِ الْقِيَمَةُ أَقْرَبَ إِلَى إِبْقَاءِ حَقِّهِ . فَإِنْ اخْتَلَفَتْ قِيَمَتُهُ مِنْ حِينَ الْغَضَبِ إِلَى حِينَ التَّلَفِ ، نَظَرْتَ ؛ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لِمَعْنَى فِيهِ ، وَجَبَتْ قِيَمَتُهُ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ ؛ لَأَنَّ مَعَانِيَهُ مَضْمُونَةٌ مَعَ رَدِّ الْعَيْنِ ، فَكَذَا مَعَ تَلَفِهَا ، وَإِنْ كَانَ لِاخْتِلَافِ الْأَشْعَارِ ، فَالْوَاجِبُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ تَلَفَ ؛ لِأَنَّهَا حِينَئِذٍ ثَبَّتَتْ فِي ذِمَّتِهِ ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ لَا يُضْمَنُ مَعَ الرَّدِّ ، فَكَذَلِكَ مَعَ التَّلَفِ ، كَالزِّيَادَةِ عَلَى الْقِيَمَةِ . وَتَجِبُ الْقِيَمَةُ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ الَّذِي تَلَفَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ الضَّمَانِ .

فَإِنْ كَانَ الْمَضْمُونُ سَبِيكَةً ، أَوْ نُقْرَةً^(٤) ، أَوْ مَصُوعًا ، وَنَقْدُ الْبَلَدِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، أَوْ قِيَمَتُهُ كَوْزْنِهِ ، وَجَبَتْ ؛ لِأَنَّ تَضْمِينَهِ بِهَا لَا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا ، فَأَشْبَهَ غَيْرَ الْأَثْمَانِ . وَإِنْ كَانَ نَقْدُ الْبَلَدِ مِنْ جِنْسِهِ ، وَقِيَمَتُهُ مُخَالَفَةٌ لَوْزْنِهِ ، قَوْمٌ بغيرِ جِنْسِهِ ؛ كَيْلًا يُؤَدَّى إِلَى الرِّبَا . وَإِنْ كَانَتِ الصَّنَاعَةُ مُحَرَّمَةً ، فَلَا عِبْرَةَ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا [و٢٢٠] لَا قِيَمَةَ لَهَا شَرْعًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ مَا زَادَتْ قِيَمَتُهُ لِصِنَاعَةٍ مُبَاحَةٍ ، جَازَ أَنْ يُضْمَنَ بِأَكْثَرِ مِنْ وَزْنِهِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ فِي

= نصيبه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٩٢ / ٦ ، ٩٣ . والنسائي ، في : باب الشركة بغير مال ، وباب الشركة في الرقيق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٨٠ / ٧ ، ٢٨١ . وابن ماجه ، في : باب من أعتق شركا له في عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٤ / ٢ . والإمام مالك ، في : باب من أعتق شركا له في مملوك ، من كتاب العتق والولاء . الموطأ ٧٧٢ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥٦ / ١ ، ٢ / ٢ ، ١٥ ، ٥٣ ، ٧٧ ، ١٠٥ ، ١١٢ ، ١٢٢ ، ١٤٢ ، ١٥٦ .

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) في س ٢ : « نقودا » . والنقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .

مُقَابِلَةُ الصَّنْعَةِ ، فَلَا يُؤَدَّى إِلَى الرِّبَا .

فصل : وإذا كانت للمَغْضُوبِ مَنَفَعَةٌ^(١) تُسْتَبَاحُ بِالْإِجَارَةِ ، فَأَقَامَ فِي يَدِهِ مُدَّةً لِمِثْلِهَا أُجْرَةٌ ، فعَلِيهِ الْأُجْرَةُ . وعنه ، أَنَّ مَنَافِعَ الْغَضَبِ لَا تُضْمَنُ . والمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ يَطْلُبُ بِدَلَّهَا بَعْقِدَ الْمُعَايِنَةِ ، فَتُضْمَنُ بِالْغَضَبِ ، كَالْعَيْنِ . وَسَوَاءٌ رَدَّ الْعَيْنَ أَوْ بِدَلَّهَا ؛ لِأَنَّ مَا وَجِبَ مَعَ رَدِّهَا ، وَجِبَ مَعَ بِدَلَّهَا ، كَأَرْشِ النَّقْصِ . فَإِنْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ ، لَمْ تَلْزَمْهُ أُجْرَتُهَا بَعْدَ التَّلَفِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّقَ لَهَا أُجْرَةً . وَلَوْ غَضِبَ دَارًا فَهَدَمَهَا ، أَوْ عَرَصَةً فَبَنَاهَا ، أَوْ دَارًا فَهَدَمَهَا ، ثُمَّ بَنَاهَا وَسَكَنَهَا ، فعَلِيهِ أُجْرَةُ عِوَضِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا هَدَمَ الْبِنَاءَ لَمْ يَتَّقَ لَهُ أُجْرَةً لِتَلَفِهِ ، وَلَمَّا بَنَى الْعَرَصَةَ كَانَ الْبِنَاءُ لَهُ ، فَلَمْ يَضْمَنْ أُجْرَةَ مِلْكِهِ ، إِلَّا أَنْ يَتَنَبَّهَ بِثَرَابِهَا ، أَوْ آلَةٍ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ ، فَتَكُونَ مِلْكَهُ ؛ لِأَنَّهَا أَعْيَانُ مَالِهِ ، وَلَيْسَ لِلْغَاصِبِ فِيهِ^(٢) إِلَّا أَثَرُ الْفِعْلِ ، فَتَكُونُ أُجْرَتُهَا عَلَيْهِ .

وَكُلُّ مَا لَا تُسْتَبَاحُ مَنَافِعُهُ بِالْإِجَارَةِ^(٣) ، أَوْ تَنْدُرُ إِجَارَتُهُ ؛ كَالْغَنَمِ ، وَالشَّجَرِ ، وَالطَّيْرِ ، فَلَا أُجْرَةَ لَهُ . وَلَوْ أَطْرَقَ فَحَلًّا ، أَوْ غَضِبَ كَلْبًا ، لَمْ تَلْزَمْهُ أُجْرَةٌ لَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عَنْ مَنَافِعِهِ بِالْعَقْدِ ، فَلَا يَجُوزُ بَغْيُهُ .

فصل : وَإِنْ غَضِبَ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ وَأَبْلَاهُ ، فعَلِيهِ أُجْرَتُهُ وَأَرْشُ نَقْصِهِ ؛ لِأَنَّ

(١) بعده في م : « مباحة » .

(٢) في الأصل : « منه » .

(٣) في م : « كالإجارة » .

كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُضْمَنُ مُنْفَرِدًا ، فَيُضْمَنُ مَعَ غَيْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ ^(١) يُضْمَنَ أَكْثَرُ الْأُمْرَيْنِ مِنَ الْأَجْرَةِ وَأَرْشِ النَّقْصِ ؛ لِأَنَّ مَا نَقَصَ حَصَلَ بِالْإِنْتِفَاعِ الَّذِي أَخَذَ الْمَالِكُ أَجْرَتَهُ ، وَلِذَلِكَ لَا يُضْمَنُ الْمُشْتَاوِرُ أَرْشَ هَذَا النَّقْصِ . وَإِنْ كَانَ الثَّوْبُ مِمَّا لَا أَجْرَةَ لَهُ ، كَغَيْرِ الْمَخِيْطِ ، فَعَلَيْهِ أَرْشُ نَقْصِهِ حَسَبُ . وَإِنْ كَانَ الْمَغْضُوبُ عَبْدًا فَكَسَبَ ، فَفِي أَجْرَةِ مُدَّةِ كَسْبِهِ وَجْهَانِ كَذَلِكَ . وَإِنْ أَبَقَ الْعَبْدُ فَغَرِمَ قِيَمَتَهُ ، ثُمَّ وَجَدَهُ فَرَدَّهُ ، فَفِي أَجْرَتِهِ مِنْ حِينَ دَفَعَ قِيَمَتَهُ إِلَى رَدِّهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَغْضُوبَ مِنْهُ مَلِكٌ بَدَلَ الْعَيْنِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ أَجْرَتَهَا . وَالثَّانِي ، يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ مَالِهِ تَلَفَتْ بِسَبَبِ كَانٍ فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ^(٢) ، كَمَا لَوْ لَمْ يَدْفَعِ الْقِيَمَةَ . وَإِنْ غَضِبَ أَرْضًا فَزَرَعَهَا ، فَأَخَذَ الْمَالِكُ زَرْعَهَا ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الْغَاصِبِ أَجْرَةٌ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ مِلْكِهِ عَادَتْ إِلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْخُذَهُ بِقِيَمَتِهِ ، فَتَكُونَ لَهُ الْأَجْرَةُ إِلَى وَقْتِ أَخْذِهِ ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ زَادَتْ بِذَلِكَ لِلْغَاصِبِ ، فَكَانَ نَفْعُهَا عَائِدًا إِلَيْهِ .

فصل : إِذَا غَضِبَ عَيْنًا فَبَاعَهَا لِعَالَمٍ بِالْغَضَبِ ، فَتَلَفَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أُيْهِمَا شَاءَ قِيَمَتُهَا وَأَجْرَتُهَا مُدَّةَ مُقَامِهَا فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، يُضْمَنُ الْغَاصِبُ لَغَضْبِهِ ، وَالْمُشْتَرِي لِقَبْضِهِ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبُ ، رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ تَلَفَ الْمَغْضُوبُ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، كَالْغَاصِبِ إِذَا تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ . [٢٢٠ ظ] فَأَمَّا أَجْرَتُهَا أَوْ نَقْصُهَا قَبْلَ بَيْعِهَا ، فَعَلَى

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « ضمانها » .

الغاصِبِ وحده ، لا^(١) شىء على المُشْتَرى منه . وإن كان جاريةً فوطئها ،
لزمه الحد والمهر ، وردها مع ولدها ، وأجرئها ، وأزش نقصها ، وولدها
رقيق ؛ لأن وطأه زنى ، فأشبه الغاصب . وإن لم يعلم المُشْتَرى بالغصب ،
فلا حد عليه ، وولده حر ، وعليه فداؤه بمثله يوم وضعه ؛ لأنه مغرور ،
فأشبه ما لو تزوجها على أنها حرة . وللمالك تضمين أيهما شاء ؛ لما
ذكرنا ، فإن ضمن الغاصب ، رجع على المُشْتَرى بقيمة العين ونقصها ،
وأزش بكاريتها ؛ لأنه دخل مع البائع على أن يكون ضامناً لذلك بالثمن ،
فلم يغرّه فيه ، ولا يرجع عليه بيدل الولد إذا ولدت منه ، ونقص الولادة ؛
لأنه دخل معه على أن لا يضمّنه فغرّه بذلك .

فأما ما حصلت له به منفعة ولم يلتزم ضمانه ، كالأجرة والمهر ، ففيه
روايتان ؛ إحداهما ، لا يرجع به ؛ لأن المُشْتَرى دخل معه فى العقد على أن
يُثْلِفَه بغير عوض ، فقد غرّه ، فاستقرّ الضمان على الغاصب ، كعوض
الولد . والثانية ، يرجع به ؛ لأن المُشْتَرى استوفى بدل ذلك ، فتقرّر ضمانه
عليه . وإن ضمن المُشْتَرى ، رجع على الغاصب بما لا يرجع به الغاصب
عليه ؛ لأنه استقرّ ضمانه على الغاصب ، ولم يرجع بما يرجع به الغاصب
عليه ؛ لأنه لا فائدة فى رجوعه عليه بما يرجع به الغاصب عليه .

فصل : وإن وهب المغضوب لعالم بالغصب ، أو أطعمه إياه ، استقرّ
الضمان على المتهب ، ولم يرجع على أحد ؛ لما ذكرنا فى المُشْتَرى . وإن

(١) فى م : « ولا » .

لم يَعْلَمْ ، رَجَعَ بِمَا غَرِمَ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهَ لِدُخُولِهِ ^(١) مَعَهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ . وَعَنْهُ فِيمَا إِذَا أَكَلَهُ أَوْ أَتْلَفَهُ ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَرِمَ مَا أَتْلَفَ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ غَرَّمَ الْغَاصِبُ ، رَجَعَ عَلَى الْآكِلِ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَجَرَ الْغَاصِبُ الْعَيْنَ ، ثُمَّ اسْتَرَدَّهَا الْمَالِكُ ، رَجَعَ عَلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا بِأُجْرَتِهَا ، وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، عَلِيمٌ أَوْ جَاهِلٌ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْعَقْدِ عَلَى أَنْ يَضْمَنَ الْمَنْفَعَةَ ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ الْمُسَمَّى فِي الْإِجَارَةِ . وَإِنْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ فَغَرِمَهَا ، رَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ مَعَهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ . وَإِنْ وَكَّلَ رَجُلًا فِي بَيْعِهَا ، أَوْ أَوْدَعَهَا ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ مَنْ ^(٢) شَاءَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ ضَمَّنَّاهُمَا ^(٣) ، رَجَعَا بِمَا غَرِمَا عَلَى الْغَاصِبِ ، إِلَّا أَنْ يَغْلَمَا بِالْغَضَبِ فَيَسْتَقِرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا . وَإِنْ أَعَارَهَا ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، عَلِيمٌ أَوْ جَاهِلٌ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ ^(٤) عَلَى أَنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَيْهِ . وَإِنْ غَرَّمَهُ الْأُجْرَةَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، مَضَى تَوْجِيهُهُمَا فِي الْمُسْتَرَى .

فصل : وَإِنْ أَطْعَمَ الْمَغْضُوبَ لِمَالِكِهِ فَأَكَلَهُ عَالِمًا بِهِ ، بَرِيءُ الْغَاصِبِ ؛ [٢٢١و] لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَهُ بِرِضَاهُ ، عَالِمًا بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ يَرْجِعُ . قِيلَ لِأَحْمَدَ فِي رَجُلٍ لَهُ قَبْلَ رَجُلٍ تَبِعَهُ ، فَأَوْصَلَهَا إِلَيْهِ عَلَى سَبِيلِ

(١) فِي م : « بدخوله » .

(٢) فِي م : « ما » .

(٣) فِي م : « ضمنها » .

(٤) بَعْدَهُ فِي م : « معه » .

صَدَقَ «أَوْ هَدِيَّةٌ»^(١) ، ولم يَعْلَمْ ، فقال : كيف هذا ؟ هذا يَرَى أَنَّهُ هَدِيَّةٌ ، يقولُ^(٢) : هذا لك عِنْدِي . «وهذا»^(٣) لَأَنَّهُ بِالْغَضَبِ أزالَ سُلْطَانَهُ ، وبالتَّقْدِيمِ إليه لم يَعُدْ ذلك السُّلْطَانُ ، فَإِنَّهُ إِبَاحَةٌ لَا يَمْلِكُ بِهَا التَّصَرُّفَ فِي غَيْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ . وَيتَخَرَّجُ أَنْ يَتَرَأَّ ؛ لَأَنَّهُ رَدَّ إِلَيْهِ مَالَهُ ، فَبَرِيٌّ ، كما لو وَهَبَهُ إِيَّاهُ ، وَيُحْمَلُ كَلَامُ أَحْمَدَ عَلَى أَنَّهُ أَوْصَلَ إِلَيْهِ بَدَلَهُ .

فَأَمَّا إِنْ وَهَبَهُ إِيَّاهُ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَتَرَأَّ ؛ لَأَنَّهُ قَدْ سَلَّمَهُ تَسْلِيمًا صَحِيحًا ، وَرَجَعَ إِلَيْهِ سُلْطَانُهُ^(٤) ، وَزَالَتْ يَدُ الْغَاصِبِ بِالْكُلِّيَّةِ . وَكَذَلِكَ إِنْ بَاعَهُ إِيَّاهُ ، وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ .

فَأَمَّا إِنْ أُوذِعَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَعَارَهُ ، أَوْ أَجَرَهُ إِيَّاهُ ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ مَالُهُ ، بَرِيٌّ الْغَاصِبُ ؛ لَأَنَّهُ عَادَ إِلَى يَدِهِ وَسُلْطَانِهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يَتَرَأَّ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ سُلْطَانُهُ ، وَإِنَّمَا قَبَضَهُ عَلَى الْأَمَانَةِ .^(٥) وَقَالَ بَعْضُ^(٦) أَصْحَابِنَا : يَتَرَأَّ ؛ لَأَنَّهُ عَادَ إِلَى يَدِهِ^(٥) .

فصل : وَأُمُّ الْوَلَدِ تُضْمَنُ بِالْغَضَبِ ؛ لِأَنَّهَا تُضْمَنُ فِي الْإِثْلَافِ بِالْقِيَمَةِ ، فَتُضْمَنُ بِالْغَضَبِ ، كَالْقَيْنِ .

(١ - ١) زيادة من : م .

(٢) في م : « يقولون » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) بعده في م : « به » .

(٥ - ٥) سقط من : ف ، ب .

(٦) سقط من : س ٢ .

ولا يُضْمَنُ الحُرُّ بالغَضْبِ ؛ لأنَّه ليس بمالٍ ، فلم يُضْمَنُ باليَدِ . وإن حَبَسَ حُرًّا فَمَاتَ ، لم يُضْمَنَ ؛ لذلك ، إِلَّا أن يكونَ صَغِيرًا ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا يُضْمَنُ ؛ لأنَّه حُرٌّ ، أشَبَهَ الكبيرَ . والثاني ، يُضْمَنُ ؛ ^(١) «لأنَّه لا» تَصَرَّفَ له في نَفْسِهِ ، أشَبَهَ المالَ . فإن قلنا : لا يُضْمَنُ . فكان عليه حَلْيٌ ، فهل يُضْمَنُ الحَلْيُ ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا يُضْمَنُ ؛ لأنَّه تحت يَدِهِ ، أشَبَهَ ثِيَابَ الكبيرِ . والثاني ، يُضْمَنُ ؛ لأنَّه اسْتَوَلَى عليه ، فأشَبَهَ ما لو كان مُنْفَرِدًا . وإن اسْتَعْمَلَ الكبيرَ مُدَّةً كَرِهَهَا ، فعليه أَجْرَتُهُ ؛ لأنَّه أَتْلَفَ عليه ما يُتَقَوَّمُ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ ، كإِثْلَافِ مَالِهِ . وإن حَبَسَهُ مُدَّةً لِمِثْلِهَا أَجْرَةٌ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، تَلَزَمَهُ الأَجْرَةُ ؛ لأنَّها مَنَفَعَةٌ تُضْمَنُ بالإِجَارَةِ ، فَضُمِنَتْ بالغَضْبِ ، كَنَفْعِ المالِ . والثاني ، لا يَلْزَمُهُ ؛ لأنَّها تَلَفَتْ تحت يَدِهِ ، فلم تُضْمَنَ ، كأَطْرَافِهِ .

فصل : وإن غَضِبَ كَلْبًا يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ؛ لأنَّ فيه نَفْعًا مُبَاحًا . وإن غَضِبَ خَمْرَ ذِمِّيٍّ ، لَزِمَ رَدُّهَا إِلَيْهِ ؛ لأنَّه يُقَرَّرُ على اقْتِنَائِهَا وشُرْبِهَا ، وإن غَضَبَهَا مِن مَسْلَمٍ ، وَجَبَتْ إِرَاقَتُهَا ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِإِرَاقَةِ خَمْرِ الأَيْتَامِ ^(٢) . وإن أَتْلَفَهَا لِمُسْلِمٍ ^(٣) أو ذِمِّيٍّ ، لم يُضْمَنْهَا ؛ لِما رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « إِنْ اللَّهُ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ » ^(٤) . ولأنَّها يَحْرُمُ الاِثْتِفَاعُ بِهَا ، فلم تُضْمَنَ ، كَالْمَيْتَةِ . وإن غَضَبَهُ

(١ - ١) في الأصل : « لا » ، وفي م : « لأنه » .

(٢) تقدم تخريجه في ١٨٨/١ ، ١٨٩ .

(٣) في م : « المسلم » .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٦ .

منهما فتخلَّلَ في يده ، لَزِمَهُ رَدُّهُ إِلَى صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ خَلًّا عَلَى حُكْمِ
مِلْكِهِ ، فَإِنْ تَلَفَ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ تَلَفَ ^(١) فِي يَدِ الْغَاصِبِ ، [٢٢١ ظ] فَإِنْ
أَرَاكَ صَاحِبُهُ فَجَمَعَهُ إِنْسَانٌ ، فَتَخَلَّلَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ أزالَ
مِلْكَهُ عَنْهُ بِتَبْدِيدِهِ .

فصل : وَإِنْ غَضِبَ جِلْدَ مَيِّتَةٍ ، ففِي وُجُوبِ رَدِّهِ وَجْهَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى
طَهَارَتِهِ بِالْذَّبَاغِ ، إِنْ قُلْنَا : يَطْهَرُ . وَجِبَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ التَّوَصُّلَ إِلَى
تَطْهِيرِهِ ، أَشْبَهَ الثَّوبَ النَّجِسَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَطْهَرُ . لَمْ يَجِبْ رَدُّهُ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ إِذَا قُلْنَا بِجَوَازِ الْإِثْفَاعِ بِهِ فِي الْيَابِسَاتِ ، كَكَلْبِ
الصَّيْدِ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ .

فصل : وَإِنْ كَسَرَ صَلِيبًا أَوْ مِزْمَارًا ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ ،
فَأَشْبَهَ الْمَيِّتَةَ . وَإِنْ كَسَرَ أَوَانِي الدَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّ اتِّخَاذَهَا
مُحَرَّمٌ . وَإِنْ كَسَرَ آنيةَ الْخَمْرِ ، فَفِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَضْمَنْهَا ؛ لِأَنَّهَا
مَالٌ غَيْرُ مُحَرَّمٍ ، وَلِأَنَّهَا تُضْمَنُ إِذَا خَلَّتْ ^(٢) ، فَتُضْمَنُ إِذَا كَانَ فِيهَا خَمْرٌ ،
كَالدَّارِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا تُضْمَنُ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُمرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِتَشْقِيقِ
زِقَاقِ الْخَمْرِ . رَوَاهُ أَحْمَدُ فِي « الْمُسْنَدِ » ^(٣) .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فِي م : « كَانَ فِيهَا خَل » .

(٣) الْمُسْنَدُ ١٣٣ / ٢ .

فصل : ومن أثلف مالا مُحْتَرَمًا^(١) لغيره ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه فَوَّته ، فضَمِنَه ،
كما لو غَصَبَه فَتَلَفَ عنده . وإن فَتَحَ قَفَصَ طَائِرٍ فَطَارَ ، أو حَلَّ دَابَّةً
فَشَرَدَتْ ، أو قَيْدَ عَبْدٍ فَذَهَبَ ، أو رِبَاطَ سَفِينَةٍ فَغَرِقَتْ ، ضَمِنَ ذلك
كلُّهُ^(٢) ؛ لأنَّه تَلَفَ بِسَبَبِ^(٣) فِعْلِهِ ، فضَمِنَه^(٤) ، كما لو نَفَّرَ الطَّائِرَ أو الدَّابَّةَ .
وإن فَعَلَ ذلك ، فلم يَذْهَبْ حتى جاء آخِرُ فَنَفَّرَهُمَا ، فَالضَّمانُ على المُنْفِرِ ؛
لأنَّ فِعْلَهُ أَخَصُّ ، فَاخْتَصَّ الحُكْمُ^(٥) به ، كالدَّافِعِ مع الحَافِرِ . وإن وَقَفَ
طَائِرٌ على جِدَارٍ ، فَتَفَرَّه إنسانٌ فَطَارَ ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّ تَنْفِيرَهُ لم يكن سَبَبَ
فَوَاتِهِ ؛ لأنَّه كانَ فائِثًا قَبْلَهُ . وإن طارَ في هَوَاءِ دارِهِ فرَمَاهُ فَقَتَلَهُ ، ضَمِنَه ؛
لأنَّه لا يَمْلِكُ مَنَعَ الطَّائِرِ الهَوَاءَ ، فَأُشْبِهَ ما لو قَتَلَهُ في غيرِ دارِهِ .

فصل : وإن حَلَّ زِقًا فاندَفَقَ ، أو خَرَجَ منه شيءٌ بَلَّ أَشْفَلَهُ فَسَقَطَ ، أو
سَقَطَ بِرِيحٍ أو زَلْزَلَةٍ ، أو كانَ جامِدًا فذابَ بالشَّمْسِ فاندَفَقَ ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه
تَلَفَ بِسَبَبِهِ ، فضَمِنَه ، كما لو دَفَعَهُ . وقال القاضى : لا يَضْمَنْهُ إذا سَقَطَ
بَرِيحٍ أو زَلْزَلَةٍ ؛ لأنَّ فِعْلَهُ غيرُ مُلْجِئٍ ، فلم يَضْمَنْهُ ، كما لو دَفَعَهُ إنسانٌ
آخِرُ . ولنا ، أنَّه لم يَتَخَلَّلْ بَيْنَ فِعْلِهِ وتَلَفِهِ مُبَاشَرَةٌ يُمَكِّنُ إِحَالََةَ الضَّمانِ
عليها ، فيَجِبُ أن يَضْمَنْهُ ، كما لو جَرَحَ إنسانًا فَأَصَابَهُ الحَرُّ فَمَاتَ به . فَأَمَّا
إن بَقِيَ واقِفًا ، فَجاءَ إنسانٌ فدَفَعَهُ ، ضَمِنَه الثانى ؛ لأنَّه مُبَاشِرٌ ، وإن كانَ
يُخْرِجُ قليلًا قليلًا ، فجاءَ إنسانٌ فَتَكَّسَهُ فاندَفَقَ ، ضَمِنَ الثانى ما خَرَجَ بعدَ

(١ - ١) فى الأصل : « لغير سبب » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل : « ضمته » .

(٤) فى م : « الضمان » .

التَّكْيِيسِ ؛ لَأَنَّهُ مُبَاشِرٌ لَهُ ، فَهُوَ كَالذَّابِحِ بَعْدَ الْجَارِحِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَشْتَرِكَا
فِيمَا بَعْدَ التَّكْيِيسِ .

وإن فَتَحَ زِقًا فِيهِ جَامِدٌ ، ^(١) «فَجَاءَ آخِرُ» فَقَرَّبَ إِلَيْهِ نَارًا فَأَذَابَهُ ، فَأَنْدَفَقَ ،
ضَمِنَهُ الثَّانِي ؛ لَأَنَّهُ بَاشَرَ الْإِثْلَافَ ، وَإِنْ أَذَابَهُ الْأَوَّلُ ، ثُمَّ فَتَحَهُ الثَّانِي ،
فَالضُّمَانُ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ .

فصل : وإن أَجَجَ فِي سَطْحِهِ نَارًا ، فَتَعَدَّتْ ، فَأُحْرِقَتْ شَيْئًا لَجَارِهِ ،
وَكَانَ مَا فَعَلَهُ يَسِيرًا ، جَرَتْ [٢٢٢] الْعَادَةُ بِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لَأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ ،
وإن أَشْرَفَ فِيهِ لِكَثْرَتِهِ ، أَوْ لَكَوْنِهِ فِي رِيحٍ عَاصِفٍ ، ضَمِنَ . وَكَذَلِكَ إِنْ
سَقَى أَرْضَهُ فَتَعَدَّى إِلَى حَائِطٍ آخَرَ ^(٢) .

فصل : وإن أَطَارَتِ الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ ثَوْبًا ، لَزِمَهُ حِفْظُهُ ؛ لَأَنَّهُ أَمَانَةٌ
حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، فَلَزِمَهُ حِفْظُهَا ، كَاللُّقْطَةِ . فَإِنْ عَرَفَ صَاحِبَهُ ، لَزِمَهُ
إِعْلَامُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، ضَمِنَهُ ، كَاللُّقْطَةِ إِذَا تَرَكَ تَعْرِيفَهَا . وَإِنْ دَخَلَ طَائِرٌ
دَارَهُ ، لَمْ يَلْزِمَهُ حِفْظُهُ ، وَلَا إِعْلَامُ صَاحِبِهِ ؛ لَأَنَّهُ مَحْفُوظٌ بِنَفْسِهِ ، فَإِنْ أُغْلِقَ
عَلَيْهِ بَابًا لِيُمْسِكَه ، ضَمِنَهُ ؛ لَأَنَّهُ أُمْسَكَه لِنَفْسِهِ ، فَضَمِنَهُ ، كَالْغَاصِبِ ، وَإِنْ
لَمْ يَتَوَذَّكْ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لَأَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي دَارِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مَا
فِيهَا .

فصل : إِذَا اخْتَلَفَ الْمَالِكُ وَالْغَاصِبُ فِي تَلَفِ الْمَغْصُوبِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ

(١ - ١) فِي ب : « وَجَاءَ إِنْسَانٌ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الْغَيْرِ » .

الغاصِبِ مع يَمِينِهِ ؛ لَأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى التَّلَفِ ، وَيُلْزِمُهُ الْبَدَلُ ؛ لَأَنَّهُ يَمِينُهُ تَعَذَّرَ^(١) الرُّجُوعُ إِلَى الْعَيْنِ ، فَوَجِبَ بِدَلُّهَا ، كَمَا لَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ الْمَغْصُوبُ .

وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قِيَمَةِ الْمَغْصُوبِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنَ الزِّيَادَةِ الْمُخْتَلَفِ فِيهَا ، فَأُسْبِغَ مَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَأَقَرَّ بِغَضَبِهِ وَجَحَدَ بَاقِيَهُ . وَإِنْ قَالَ الْمَالِكُ : كَانَ كَاتِبًا قِيَمَتُهُ أَلْفٌ . وَقَالَ الْغَاصِبُ : كَانَ أُمِّيًّا قِيَمَتُهُ مِائَةٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ قَالَ الْغَاصِبُ : كَانَ سَارِقًا فَقِيَمَتُهُ مِائَةٌ . وَقَالَ الْمَالِكُ : لَمْ يَكُنْ سَارِقًا فَقِيَمَتُهُ أَلْفٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ السَّرِقَةِ . وَإِنْ غَضَبَهُ طَعَامًا ، وَقَالَ : كَانَ عَتِيقًا ،^(٢) «فَلَا يُلْزَمُنِي حَدِيثُ» . فَأَنْكَرَهُ الْمَالِكُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنَ الْحَدِيثِ ، وَيَأْخُذُ الْمَغْصُوبُ مِنْهُ الْعَتِيقَ ؛ لَأَنَّهُ دُونَ حَقِّهِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الثِّيَابِ الَّتِي عَلَى الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ ، هَلْ هِيَ لِلْغَاصِبِ أَوْ لِلْمَالِكِ ؟ فَهِيَ لِلْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهَا هِيَ^(٣) وَالْعَبْدُ فِي يَدِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيهَا . وَإِنْ غَضَبَهُ خَمْرًا ، فَقَالَ الْمَالِكُ : اسْتَحَالَتْ خَلًّا . فَأَنْكَرَهُ الْغَاصِبُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الِاسْتِحَالَةِ .

فصل : إِذَا اشْتَرَى رَجُلٌ عَبْدًا ، فَادَّعَى رَجُلٌ أَنَّ الْبَائِعَ غَضَبَهُ إِيَّاهُ ، فَأَنْكَرَهُ الْمُشْتَرِي وَصَدَّقَهُ الْبَائِعُ ، حَلَفَ الْمُشْتَرِي ، وَالْعَبْدُ لَهُ ، وَعَلَى الْبَائِعِ

(١) بعده في س ٢ : «إقامة البينة» .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : م .

قِيمَتُهُ ، وَلَا يَمْلِكُ مُطَالَبَةَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ ، ^(١) إِلَّا أَنْ يَغْرَمَ
 قِيمَتَهُ ، فَيَمْلِكُ ^(٢) مُطَالَبَتَهُ بِأَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ ثَمَنِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي
 الْقِيَمَةَ ، وَالْمُشْتَرِي يُقَرُّ بِالثَّمَنِ ، فَيَكُونُ لَهُ أَقْلُهُمَا ، وَلِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ
 الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ بِالثَّمَنِ لِلْبَائِعِ ، وَالْبَائِعُ يُقَرُّ بِهِ لِمَالِكِهِ . فَإِنْ قُلْنَا بِصِحَّةِ
 تَصَرُّفِ الْغَاصِبِ ، فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ . فَلَهُ أَقْلُ
 الْأَمْرَيْنِ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي ، فَأَنْكَرَهُ الْبَائِعُ ، حَلَفَ الْبَائِعُ
 وَبَرِيءٌ ، وَيَأْخُذُ الْمُدَّعِي عَبْدَهُ ؛ لِمَا رَوَى سَمُرَةُ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ
 وَجَدَ مَتَاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(٣) . [٢٢٢ ظ] وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي أَعْتَقَ
 الْعَبْدَ ، فَصَدَّقَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي الْغَاصِبَ ، غَرَّمَ أُيُّهُمَا شَاءَ قِيمَتُهُ ، وَيَسْتَقِرُّ
 الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ الْعَبْدَ بِعِتْقِهِ . وَإِنْ وَاَفَقَهُمَا الْعَبْدُ عَلَى
 التَّضَدِيقِ ، فَكَذَلِكَ ، وَلَمْ يَنْطَلِ الْعِتْقُ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يُقْبَلُ
 قَوْلُهُمْ فِي إِبْطَالِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَنْطَلُ الْعِتْقُ إِذَا صَدَّقُوهُ كُلُّهُمْ ، وَيَعُودُ
 الْعَبْدُ رَقِيقًا لِلْمُدَّعِي ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ ^(٣) بِالرَّقِّ عَلَى وَجْهِ لَا يَنْطَلُ بِهِ حَقُّ أَحَدٍ ،
 فَقَبِلَ ، كإِقْرَارِ مَجْهُولِ الْحَالِ .

(١ - ١) فِي م : « وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ » .

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَجِدُ عَيْنَ مَالِهِ عِنْدَ رَجُلٍ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنَ
 أَبِي دَاوُدَ ٢٥٩ / ٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَبِيعُ السَّلْعَةَ فَيَسْتَحِقُّهَا مُسْتَحَقٌّ ، مِنْ كِتَابِ
 الْبَيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٧٦ / ٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٠ / ٥ .

(٣) فِي م : « إِقْرَارَ » .

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

وهي استحقاقُ انتزاعِ الإنسانِ^(١) حِصَّةَ شَرِيكَه مِنْ مُشْتَرِيهَا بِمِثْلِ ثَمَنِهَا .

وهي ثابتةٌ بالسُّنَّةِ والإجماع ؛ أمَّا السُّنَّةُ ، فما رَوَى جَابِرٌ قَالَ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شِرْكَ لَمْ يُقَسِّمْ ؛ رُبْعَةً^(٢) ، أَوْ خَائِطٍ ، لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَه ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ، فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يَسْتَأْذِنْهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٣) . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ فِي الْجُمْلَةِ .

وَلَا تَثْبُتُ إِلَّا بِشُرُوطِ سَبْعَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ أَرْضًا ؛ لِلخَبَرِ ، وَلِأَنَّ الضَّرَرَ فِي الْعَقَارِ يَتَأَبَّدُ مِنْ جِهَةِ الشَّرِيكِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ . فَأَمَّا غَيْرُ الْأَرْضِ ، فَتَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ ، فَإِذَا بَاعَ مَعَ الْأَرْضِ ، ثَبَّتَتْ

(١) بعده في الأصل : « من » .

(٢) الرُّبْعَةُ : الدَّارُ وَالْمَسْكَنُ وَمَطْلَقُ الْأَرْضِ .

(٣) في : باب الشُّفْعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٢٩ / ٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الشُّفْعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢ /

٢٥٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الشَّرْكََةِ فِي الرِّبَاعِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَجْتَبَى ٧ / ٢٨١ .

وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الشُّفْعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ٢ / ٢٧٣ ، ٢٧٤ . وَالْإِمَامُ

أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣١٦ .

الشُّفْعَةُ فيه ؛ لَأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « حَائِطٌ » ^(١) . وهو البُسْتَانُ المحْطُوطُ . ولَأَنَّهُ يُرَادُ لِلتَّأْيِيدِ ، فهو كالأَرْضِ . وإن بِيَعَ مُتَفَرِّدًا ، فلا شُفْعَةَ فيه ؛ لَأَنَّهُ يُثْقَلُ وَيُحَوَّلُ . وعن أحمدَ أَنَّ فيه شُفْعَةً ؛ لقولِ النبي ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمِ » ^(٢) . ولأَنَّ فِي الْأَخْذِ بِهَا رَفَعَ ضَرَرَ الشَّرِكَةِ ، فَأَشْبَهَ الْأَرْضَ . والمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا لَا يَتَبَاقَى ضَرَرُهُ ، فَأَشْبَهَ الْمَكِيلَ ، وَفِي سِيَاقِ الْحَبْرِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الْأَرْضَ ؛ لقَوْلِهِ : « فَإِذَا طُرِّقَتِ الطُّرُقُ » ^(٣) ، فلا شُفْعَةَ » ^(٤) . النَّوْعُ الثَّانِي ، الزَّرْعُ ، وَالثَّمَرَةُ الظَّاهِرَةُ ، وَالْحَيَوَانُ ، وَسَائِرُ الْمَبِيعَاتِ ، فلا شُفْعَةَ فِيهِ تَبَعًا وَلَا أَصْلًا ؛ لَأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ تَبَعًا ، فلا يَدْخُلُ فِي الشُّفْعَةِ تَبَعًا . وعن أحمدَ أَنَّ الشُّفْعَةَ ^(٥) فِي كُلِّ مَا لَا يُقْسَمُ ؛ كَالْحَجَرِ ، وَالسَّيْفِ ، وَالْحَيَوَانِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ . وَوَجْهُ الرُّوَايَتَيْنِ مَا ذَكَرْنَاهُ .

(١) مرفوعاً من لفظ النبي ﷺ عند أبي داود والإمام أحمد .

(٢) أخرجه ابن عبد البر ، في : التمهيد ٣٩ / ٧ . وابن حبان ، انظر : الإحسان ٥٩٠ / ١١ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ١٠٣ / ٦ . كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً .

وأخرجه الإمام الشافعي ، انظر : ترتيب المسند ١٦٥ / ٢ . والبغوي ، في : شرح السنة ٨ / ٢٤٠ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ١٠٥ / ٦ . كلهم عن جابر مرفوعاً .

وأخرجه الإمام مالك ، في : الموطأ ٧١٣ / ٢ . والإمام الشافعي عنه ، انظر : ترتيب المسند ٢ / ١٦٥ . كلاهما عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن مرسلًا . وانظر : التلخيص الحبير ٥٦ / ٣ ، السلسلة الصحيحة ٣٧٤ / ٣ .

(٣) في ف : « الأرض » .

(٤) انظر تخريجه في حاشية ٢ .

(٥) سقط من : الأصل .

فصل : الشرط الثاني ، أن يكون المبيع مُشاعاً ؛ لما روى جابر قال :
 قَضَى النَّبِيُّ ﷺ أَنَّ الشُّفْعَةَ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ
 الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ . ^(١) رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ . وَلَأنَّ الشُّفْعَةَ تَبَيَّنَتْ لِدَفْعِ الضَّرَرِ
 الدَّاخِلِ ^(٢) بِالْقِسْمَةِ ؛ مِنْ نَقْصِ قِيَمَةِ الْمَلِكِ ، وَمَا يَحْتَاجُ إِلَى إِحْدَائِهِ مِنْ
 الْمَرَافِقِ ، وَلَا يُوجَدُ هَذَا فِي [٢٢٣] الْمَقْسُومِ .

فصل : الشرط الثالث ، أن يكون ممَّا تَجِبُ قِسْمَتُهُ عِنْدَ الطَّلَبِ ، فَأَمَّا مَا
 لَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ ؛ كَالرَّحَى ، وَالبئرِ الصَّغِيرَةِ ، وَالدَّارِ الصَّغِيرَةِ ، فَلَا شُفْعَةَ ^(٣)
 فِيهِ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عُثْمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا شُفْعَةَ فِي بَيْرٍ وَلَا
 فَخْلٍ ^(٤) . وَلَأنَّ إِبْطَالَ الشُّفْعَةِ إِنَّمَا كَانَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الَّذِي يَلْحَقُ بِالْمُقَاسَمَةِ ،
 وَهَذَا لَا يُوجَدُ فِيمَا لَا يُقْسَمُ . وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الشُّفْعَةَ تَبَيَّنَتْ فِيهِ ؛ لِلْعُمُومِ

(١ - ١) فِي ف ، م : « متفق عليه » .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الشَّرِيكِ مَعَ شَرِيكِهِ ، وَبَابِ بَيْعِ الْأَرْضِ وَالْأُورِ
 وَالْعُرُوضِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَفِي : بَابِ الشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يَقْسَمْ ... ، مِنْ كِتَابِ الشُّفْعَةِ ، وَفِي :
 بَابِ الشَّرَكَةِ فِي الْأَرْضَيْنِ ، وَبَابِ إِذَا اقْتَسَمَ الشَّرَكَاءُ ... ، مِنْ كِتَابِ الشَّرَكَةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ
 ١٠٤ / ٣ ، ١١٤ ، ١٨٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الشُّفْعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٥٦ .
 وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ ، مِنْ كِتَابِ الشُّفْعَةِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٢ /
 ٨٣٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣ / ٢٩٦ ، ٣٩٩ .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « عَلَيْهِ » .

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « لَهُ » .

(٤) فِي م : « نَخْل » .

وَالْأَثَرُ أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٨ / ٨٨ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٧ / ١٧٢ .
 وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦ / ١٠٥ .

الخبر، ولأنه عقار مشترك، فثبتت فيه الشفعة، كالذي يمكن قسمته .
والمذهب الأول . فأما الطريق في ذب مملوك، فإن لم يكن للدار طريق
سواها، فلا شفعة فيها؛ لأنه يضر بالمشتري، لكون داره تبقى بلا طريق .
وإن كان لها غيرها، ويمكن قسمتها بحيث يحصل لكل واحد منهم
طريق، ففيها الشفعة؛ لوجود المقتضى لها، وعدم الضرر في الأخذ بها،
وإن لم يمكن قسمتها، خرج فيها الروايتان كغيرها .

فصل : الشرط الرابع، أن يكون الشقص منتقلاً بعوض، فأما المؤهوب
والموصى به^(١)، فلا شفعة فيه؛ لأنه انتقل بغير بدل، أشبه المؤروث .
والمنتقل بعوض نوعان؛ أحدهما، ما عوضه المال كالمبيع، ففيه الشفعة
بالإجماع، والخبر ورد فيه . الثاني، ما عوضه غير المال؛ كالصداق،
وعوض الخلع، والصالح عن دم العمد، و^(٢) ما اشتراه الذمي بخمر أو
خنزير، فلا شفعة فيه في ظاهر المذهب؛ لأنه انتقل بغير مال، أشبه
المؤهوب، ولأنه لا يمكن الأخذ بمثل العوض، أشبه المؤروث . وقال ابن
حامد : فيه الشفعة؛ لأنه عقد معاوضة، أشبه البيع . فعلى قوله، يأخذ
الشقص بقيمته؛ لأن أخذه بمهر المثل يفضي إلى تقويم البضع في حق
الأجانب . ذكره القاضي . وقال الشَّريف : يأخذه بمهر المثل؛ لأنه ملكه
ببدل لا مثل له، فيجب الرجوع إلى قيمته، كما لو اشتراه بعرض . ولا

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « لا » .

تَجِبُ الشُّفْعَةُ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، و^(١) الفسخ بالخيار أو^(٢) الاختلاف ؛ لأنه فسخ للعقد وليس بعقد ، ولا برُجوع الزوج في الصداق ، أو نصفه قبل الدخول لذلك ، ولا بالإقالة إذا قلنا : هي فسخ . لذلك .

فصل : الشرط الخامس ، الطلب بها على الفور ساعة العلم ، فإن أخرها مع إمكانها سقطت الشفعة . قال أحمد : الشفعة بالمؤاتبة ساعة يعلم . لما روى عن^(٣) ابن عمر^(٤) ، رضى الله عنه ، قال : قال رسول الله ﷺ : « الشفعة كحل العقال » . رواه ابن ماجه^(٥) . ولأن إثباتها على التراخي يضر بالمشتري ؛ لكونه لا يستقر ملكه [٢٢٣ ظ] على المبيع ، ولا يتصرف فيه بعمارة ؛ خوفاً من أخذ المبيع وضياح عمله . وقال ابن حامد : تتقدر بالمجلس وإن طال ؛ لأنه كله في حكم حالة العقد ، بدليل صحة العقد بوجود القبض لما يشترط قبضه فيه . وعن أحمد أنه على التراخي ما لم توجد منه دلالة على الرضا ، كقوله : بغنى . أو : صالحني على مال . أو : قاسمني . لأنه حق لا ضرر في تأخيرها ، أشبه القصاص . والمذهب الأول . لكن إن أخره لغدر ، مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصباح ، أو

(١) بعده في م : « لا » .

(٢) في س ١ ، ب : « و » .

(٣ - ٣) في النسخ : « عمر » . والتصويب من مصادر التخريج .

(٤) في : باب طلب الشفعة ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه ٨٣٥ / ٢ .

كما أخرجه ابن عدي ، في : الكامل ٢١٨٥ / ٦ ، ٢١٨٨ . والخطيب ، في : تاريخ بغداد

٥٧ / ٦ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى . وقال أبو زرعة : هذا حديث منكر . العلل لابن أبي

حاتم ٤٧٩ / ١ . وقال الحافظ : وإسناده ضعيف جدا . التلخيص الحبير ٥٦ / ٣ .

لحاجة إلى أكلٍ ، أو شُرْبٍ ، أو طَهَارَةٍ ، أو إِغْلَاقِ بَابٍ ، أو خُرُوجٍ مِنَ الْحَمَّامِ ، أو خُرُوجٍ لَصَلَاةٍ أو نحوِ هذا ، لم تَبْطُلْ شُفَعَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَّةَ الْبِدَاءَةُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ حَاضِرًا عِنْدَهُ فَيَتْرَكَ الْمُطَالَبَةَ ، فَتَبْطُلْ شُفَعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي الطَّلَبِ بِهَا . وَإِنْ لَقِيَهِ الشَّفِيعُ فَبَدَأَهُ بِالسَّلَامِ ، لَمْ تَبْطُلْ شُفَعَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْبِدَاءَةَ بِالسَّلَامِ سُنَّةٌ . وَكَذَا^(١) إِنْ دَعَا لَهُ ، فَقَالَ : بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ . لَاخْتِمَالٍ أَنْ يَكُونَ دَعَا لَهُ فِي صَفْقَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا أَوْصَلَتْهُ إِلَى شُفَعَتِهِ .

وَإِنْ أَخَّرَ الطَّلَبَ لِمَرَضٍ ، أَوْ حَبْسٍ ، أَوْ غَيْبَةٍ ، لَمْ يُمَكِّنْهُ فِيهِ التَّوَكُّيلُ وَلَا الْإِشْهَادُ ، فَهُوَ عَلَى شُفَعَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ^(٢) لِعُذْرِهِ . وَإِنْ قَدَّرَ عَلَى إِشْهَادٍ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، وَلَمْ يَسِرْ فِي طَلَبِهَا^(٣) مِنْ غَيْرِ^(٣) عُذْرٍ ، بَطَلَتْ شُفَعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتْرَكَ الطَّلَبَ زُهْدًا ، أَوْ لِعُذْرٍ ، فَإِذَا أُمَكِّنَتْهُ تَبَيَّنَ ذَلِكَ بِالْإِشْهَادِ فَلَمْ يَفْعَلْ بَطَلَتْ شُفَعَتُهُ ؛ كَتَرَكِهِ الطَّلَبَ فِي حُضُورِهِ . وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ وَسَارَ عَقِيبَ عِلْمِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ السَّيْرَ قَدْ يَكُونُ لَطَلَبِهَا أَوْ لَغَيْرِهِ ، فَوَجَبَ بَيَانُ ذَلِكَ بِالْإِشْهَادِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَسِرْ . وَالثَّانِي ، لَا تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ سَيْرَهُ عَقِيبَ عِلْمِهِ ظَاهِرٌ فِي طَلَبِهَا ، فَانْتَفَى بِهِ ، كَالَّذِي فِي الْبَلَدِ . وَإِنْ أَشْهَدَ ، ثُمَّ أَخَّرَ الْقُدُومَ ، لَمْ تَبْطُلْ شُفَعَتُهُ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ فِي الْعَجَلَةِ ضَرَرًا ؛ لِانْقِطَاعِ حَوَائِجِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : تَبْطُلُ إِنْ تَرَكَهُ مَعَ

(١) فِي م : « كَذَلِكَ » .

(٢) فِي م : « تَرَكَهُ » .

(٣ - ٣) فِي م : « بَغِيرِ » .

الإمكان . وإن كان له عُذْرٌ ، فَقَدَرَ عَلَى التَّوَكُّلِ فَلَمْ يَفْعَلْ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، تَبْطُلُ شُفَعَتُهُ ؛ لَأَنَّهُ تَارَكَ لِلطَّلَبِ مَعَ إِمْكَانِهِ ، فَأَشْبَهَ الْحَاضِرَ . والثاني ، لا تَبْطُلُ ؛ لَأَنَّهُ إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ ، ففيه غُزْمٌ ، وَإِنْ كَانَ بغيره ففيه مَنَّةٌ ، وقد لا يَتَّقُ بِهِ . وَإِنْ أَخَّرَ الْمُطَالِبَةَ بَعْدَ قُدُومِهِ وَإِشْهَادِهِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى تَأْخِيرِ السَّيْرِ لَطَلِبِهَا .

فصل : فَإِنْ تَرَكَ الطَّلَبَ لِعَدَمِ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ ، أَوْ لَكُونِ الْمَخْبِرِ لَا يُقْبَلُ خَبَرُهُ ، أَوْ لِإِظْهَارِ الْمُشْتَرِي أَنَّ الثَّمَنَ أَكْثَرُ مِمَّا هُوَ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَى الْبَعْضَ ، أَوْ اشْتَرَى بغيرِ النَّقْدِ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لغيره ، أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ ، وَكَانَ كَاذِبًا ، فَهُوَ عَلَى شُفَعَتِهِ . وَلَوْ عَفَا عَنِ الشُّفْعَةِ لذلِكَ ، [٢٢٤و] لَمْ تَسْقُطْ ؛ لَأَنَّهُ قَدْ لَا يَرْضَاهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي أَظْهَرَهُ ، أَوْ ^(١) لَا يَقْدِرُ عَلَى النَّقْدِ ، وَقَدْ يَرْضَى مُشَارَكَةً مَن نُسِبَ إِلَيْهِ الْبَيْعُ دُونَ مَن هُوَ لَهُ فِي الْحَقِيقَةِ ، فَلَمْ يَكُنْ ذلِكَ رِضًا ^(٢) بِالْبَيْعِ الْوَاقِعِ . وَإِنْ أَظْهَرَ أَنَّ الثَّمَنَ قَلِيلٌ فَتَرَكَ الشُّفْعَةَ ، وَكَانَ كَثِيرًا ، سَقَطَتْ ؛ لِأَنَّ مَن لَا يَرْضَى بِالْقَلِيلِ لَا يَرْضَى بِأَكْثَرِ مِنْهُ . فَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ لَمْ يُصَدِّقِ الْمَخْبِرَ ، وَهُوَ مِمَّنْ يُقْبَلُ خَبَرُهُ الدِّينِيُّ ، سَقَطَتْ شُفَعَتُهُ ، رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً ، إِذَا كَانَ يَعْرِفُ حَالَهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ بَابِ الْإِخْبَارِ ، وَقَدْ أَخْبَرَهُ مَن يَجِبُ تَصْدِيقُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَخْبِرُ كذلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ .

(١) فِي م : « وَلَأَنَّهُ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « مِنْهُ » .

فصل : وإن باع الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ عَالِماً بِالْبَيْعِ ، بَطَلَتْ شُفَعَتُهُ ؛ لَأَنَّهَا ثَبَّتَتْ لِإِزَالَةِ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، وَقَدْ زَالَ بَيْعُهُ . وَإِنْ باع قَبْلَ الْعِلْمِ ، فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْقَاضِي ؛ لِذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَتَّقَ لَهُ مِلْكٌ يَسْتَحِقُّ بِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهَا ثَبَّتَتْ بِوُجُودِ مِلْكِهِ حِينَ الْبَيْعِ ، وَيَبْقَى قَبْلَ الْعِلْمِ لَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا ، فَلَا تَسْقُطُ . وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ الشُّقْصَ الْمَبِيعَ ^(١) مِنْ مُشْتَرِيهِ ، وَلِمُشْتَرِيهِ أَنْ يَأْخُذَ الشُّقْصَ الَّذِي بَاعَهُ الشَّفِيعُ مِنْ مُشْتَرِيهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَالِكاً حِينَ الْبَيْعِ الثَّانِي مِلْكاً صَحِيحاً ، فَثَبَّتَتْ لَهُ الشُّفْعَةُ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ أَخْذَ الشُّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي . وَإِنْ باع الشَّفِيعُ الْبَعْضَ ، اخْتَمَلَ سُقُوطُ الشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهَا اسْتَحِقَّتْ بِجَمِيعِهِ ، وَقَدْ ذَهَبَ بَعْضُهُ ، فَسَقَطَ الْكُلُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَسْقُطَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ بَقِيَ مِنْ نَصِيبِهِ مَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةُ فِي جَمِيعِ الْمَبِيعِ .

فصل : الشَّرْطُ السَّادِسُ ، أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَ الْمَبِيعِ ، فَإِنْ عَفَا عَنِ الْبَعْضِ ، أَوْ لَمْ يَطْلُبْهُ ، سَقَطَتْ شُفَعَتُهُ ؛ لِأَنَّ فِي أَخْذِ الْبَعْضِ تَفْرِيقاً لَصَفْقَةِ الْمُشْتَرِي ، وَفِيهِ إِضْرَارٌ بِهِ ، وَإِنَّمَا تَثَبَّتْ الشُّفْعَةُ عَلَى وَجْهِ يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِمَالِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ بِهِ ، فَمَتَى سَقَطَ بَعْضُهَا ، سَقَطَتْ كُلُّهَا ، كَالْقِصَاصِ . وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ شِقْصَيْنِ مِنْ أَرْضَيْنِ ، فَلَهُ أَخْذُ أَحَدِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِسَبَبٍ غَيْرِ الْآخَرِ ، فَجَرَى مَجْرَى الشَّرِيكَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَفْرِيقَ صَفْقَةِ الْمُشْتَرِي ، أَشْبَهَ الْأَرْضَ الْوَاحِدَةَ . وَإِنْ كَانَ

(١) فِي م : « الَّذِي بَاعَهُ الشَّفِيعُ » .

(٢) فِي م : « فَيَسْقُطُ » .

البائع أو المشتري اثنين ، من أرض أو أرضين ، فله أخذ نصيب أحدهما ؛ لأنه متى كان في أحد طرفي الصفقة اثنان ، فهما عقدان ، فكان له الأخذ بأحدهما ، كما لو كانا متفرقين .

فصل : فإن كان للشخص شفعاء ، فالشفعة بينهم على قدر حصصهم في الملك ، في ظاهر المذهب ؛ لأنه حق يستحق بسبب الملك ، فيقتسط على قدره ، كالأجرة والثمرة . وعنه ، أنها بينهم بالسوية . اختارها ابن عقيل ؛ لأن كل واحد منهم يأخذ الكل لو انفرد ، فإذا اجتمعوا تساووا ، كسراية العتيق . [٢٢٤ ظ] فإن عفا بعضهم ، توفّر نصيبه على شركائه ، وليس لهم أخذ البعض ؛ لأن فيه تفريق صفقة المشتري . وإن جعل بعضهم حصته لبعض شركائه ، أو لأجنبي ، لم يصح ، وكانت لجميعهم ؛ لأنه عفو وليس بهبة . وإن حضر بعض الشركاء وحده ، فليس له إلا أخذ الجميع^(١) ؛ لئلا تتبعض صفقة المشتري . فإن ترك الطلب انتظاراً لشركائه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، تسقط شفعته ؛ لتركه طلبها مع إمكانه . والثاني ، لا تسقط ؛ لأن له عذراً ، وهو الضرر الذي يلزمه بأخذ صاحبه منه . فإن أخذ الجميع ، ثم حضر الثاني ، قاسمه ، فإذا حضر الثالث ، قاسمهما ، وما حدث من النماء المنفصل في يد الأول ، فهو له ؛ لأنه حدث في ملكه . وإن أراد الثاني الاقتصار على قدر حقه ، فله ذلك ؛ لأنه لا تتبعض الصفقة على المشتري ، إنما هو تارك بعض حقه لشريكه ، فإذا قدم الثالث ، فله أن يأخذ ثلث ما في يد الثاني ، وهو التسع ، فيضمه إلى ما في يد الأول ،

(١ - ١) في م : « الأخذ للجميع » .

وهو الثُّلثان ، تَصِيرُ سَبْعَةٌ أَتْسَاع ، يَقْتَسِمَانِهَا نِصْفَيْنِ ؛ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُلُثٌ ^(١) وَنِصْفُ تُسْعٍ ، وَلِلثَانِي ثُسْعَانِ . وَلَوْ وَرِثَ اثْنَانِ دَارًا ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا عَنْ ابْنَيْنِ ^(٢) ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ ، فَالْشُّفْعَةُ بَيْنَ أَخِيهِ وَعَمِّهِ ؛ لِأَنَّهُمَا شَرِيكَانِ لِلْبَائِعِ ، فَاشْتَرَكَا فِي شُفْعَتِهِ ، كَمَا لَوْ مَلَكََا بِسَبَبٍ وَاحِدٍ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي شَرِيكًا ، فَالْشُّفْعَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الشَّرِيكِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَا فِي الشَّرِكَةِ ، فَتَسَاوَا فِي الشُّفْعَةِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الشَّرِيكُ أَجْنَبِيًّا ، فَإِنْ أَسْقَطَ الْمُشْتَرِي شُفْعَتَهُ لِيُلْزِمَ شَرِيكَه أَخْذَ الْكُلِّ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مِلْكَه اسْتَقَرَّ عَلَى قَدْرِ حَقِّهِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِإِسْقَاطِهِ .

وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ شِقْصًا وَسَيْفًا صَفْقَةً وَاحِدَةً ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الشَّقْصِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ تَشَقُّصَ صَفْقَةٍ الْمُشْتَرِي . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي أَضَرَّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ جَمَعَ فِي الْعَقْدَيْنِ ^(٣) بَيْنَ مَا ^(٣) فِيهِ شُفْعَةٌ وَمَا لَا شُفْعَةَ فِيهِ .

فصل : الشَّرْطُ السَّابِعُ ، أَنْ يَكُونَ الشَّفِيعُ قَادِرًا عَلَى الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ أَخْذَ الْمَبِيعِ مِنْ غَيْرِ دَفْعِ الثَّمَنِ إِضْرَارٌ بِالْمُشْتَرِي . وَإِنْ عَرَضَ رَهْنًا ، أَوْ ضَمِينًا ، أَوْ عَوْضًا عَنِ الثَّمَنِ ، لَمْ يُلْزَمْ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ فِي تَأْخِيرِ الْحَقِّ ضَرَرًا ، وَإِنْ أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ ، لَمْ يُلْزَمْ تَسْلِيمُ الشَّقْصِ حَتَّى يَتَسَلَّمَ الثَّمَنُ . فَإِنْ تَعَذَّرَ تَسْلِيمُهُ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : يَصْبِرُ يَوْمًا ، أَوْ يَوْمَيْنِ ، أَوْ بِقَدْرِ مَا يَرَى الْحَاكِمُ ، فَأَمَّا أَكْثَرُ

(١) فِي م : « ثَلَاثُ أَتْسَاع » .

(٢) فِي ف : « اثْنَيْنِ » .

(٣ - ٣) فِي م : « فِيمَا » .

فلا . فعلى هذا ، إن أخضر الثمن ، وإلا فسح الحاكم الأخذ ، وردّه إلى المشتري ، فإن أفلس بعد الأخذ ، خيّر المشتري بين الشقص وبين أن يضرب [٢٢٥ر] مع الغرماء بثمنه^(١) ، كالبايع المختار^(٢) .

فصل : ويأخذ بالثمن الذى استقرّ العقد عليه ؛ لقول النبي ﷺ فى حديث جابر : « فهو أحقّ به بالثمن » . رواه أبو إسحاق الجوزجاني^(٣) . ولأنّه استحقّقه بالبيع ، فكان عليه الثمن ، كالمشتري . فإن كان الثمن مثلياً ؛ كالأثمان ، والحبوب ، والأذهان ، وجب مثله ، وإن كان غير ذلك ، وجب قيمته ؛ لما ذكرنا فى الغصب . وتعتبر قيمته حين وجوب الشفعة ، كما يأخذ الثمن الذى وجب بالشفعة . فإن حطّ بعض الثمن عن المشتري ، أو زيد عليه فى مدّة الخيار ، لحقّ العقد ، ويأخذه الشفيع بما استقرّ عليه العقد ؛ لأنّ زمن الخيار كحالة العقد . وما وجد بعد ذلك من حطّ أو زيادة ، لم تلزم فى حقّ الشفيع ؛ لأنّه ابتداء هبة ، فأشبهه غيره من الهبات .

وإن كان الثمن مؤجّلاً ، أخذ به الشفيع إن كان مليّاً ، وإلا أقام ضميناً مليّاً وأخذ به ؛ لأنّه تابع للمشتري فى قدر الثمن وصفته ، والتأجيل من صفته . وإن كان الثمن عبداً ، فأخذ الشفيع بقيمته ، ثم وجد به البائع عيباً

(١) سقط من : م .

(٢) فى س ٢ : « يكتسب مختار » .

(٣) وأخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣١٠ ، ٣٨٢ . وضعفه فى : الإرواء ٥ / ٣٧٤ .

فَأَخَذَ أَرْضَهُ ، وَكَانَ الشَّفِيعُ أَخَذَ بِقِيَمَتِهِ سَلِيمًا ، لَمْ يَزَجَعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ
الْأَرْضَ دَخَلَ فِي الْقِيَمَةِ . وَإِنْ أَخَذَ بِقِيَمَتِهِ مَعِيًّا ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِالْأَرْضِ الَّتِي
أَخَذَهُ الْبَائِعُ مِنَ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ اسْتَقَرَّ ^(١) «بَعْدَ سَلِيمٍ» . وَإِنْ رَدَّ الْبَائِعُ
الْعَبْدَ قَبْلَ أَخْذِ الشَّفِيعِ ، انْقَسَخَ الْعَقْدُ ، وَلَا شُفْعَةٌ ؛ لِزَوَالِ السَّبَبِ قَبْلَ
الْأَخْذِ ، وَلِأَنَّ فِي الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ إِسْقَاطَ حَقِّ الْبَائِعِ مِنْ اسْتِرْجَاعِ الْمَبِيعِ ،
وَفِيهِ ضَرَرٌ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ . وَإِنْ رَدَّهُ بَعْدَ أَخْذِ الشَّفِيعِ ، رَجَعَ
بِقِيَمَةِ الشُّقْصِ ، وَقَدْ ^(٢) أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ ، فَإِنْ كَانَتَا مُخْتَلِفَتَيْنِ ،
رَجَعَ صَاحِبُ الْأَكْثَرِ عَلَى الْآخَرِ بِتَمَامِ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ بِمَا اسْتَقَرَّ
عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَالَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ قِيَمَةُ الشُّقْصِ .

وَإِنْ أَصْدَقَ امْرَأَةً شِقْصًا ، وَقُلْنَا : تَجِبُ الشُّفْعَةُ فِيهِ . فَطَلَّقَ الزَّوْجُ قَبْلَ
الدَّخُولِ وَالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ ، فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا شُفْعَةَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .
وَالثَّانِي ، يُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِالْعَقْدِ ^(٣) ، وَحَقُّ
الزَّوْجِ بِالطَّلَاقِ ، بِخِلَافِ الْبَائِعِ ، فَإِنَّ حَقَّهُ ثَبَتَ بِالْعَيْبِ الْقَدِيمِ .

فصل : فَإِنْ اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ وَالْمُشْتَرِي فِي قَدْرِ الثَّمَنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ الْعَاقِدُ ، فَهُوَ أَعْلَمُ بِالثَّمَنِ . وَلِأَنَّ الْمَبِيعَ مِلْكُهُ ، فَلَا
يُنْزَعُ مِنْهُ بِدَعْوَى مُخْتَلَفٍ فِيهَا إِلَّا بَيِّنَةً . وَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي : لَا أَعْلَمُ قَدْرَ
الثَّمَنِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِنَفْسِهِ ، فَإِذَا حَلَفَ ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ

(١ - ١) فِي ف : «بَعْدَ سَلِيمٍ» ، وَفِي م : «بَعْدَ تَسْلِيمِهِ» .

(٢) فِي م : «إِنْ» .

(٣) فِي س ٢ : «بِالْبَيْعِ» .

لا يُمكنُ الأخذُ بغيرِ ثَمَنِ ، ولا يُمكنُ أن يدفعَ إليه ما لا يدعيه ، إلا أن يفعلَ ذلكَ تحيلاً على إسقاطها ، فلا تسقط ، ويؤخذُ الشقصُ بقيمته ؛ لأنَّ الغالبَ ينفعه بقيمته . وإن ادَّعى عليه أنَّكَ فعلته تحيلاً ، [٢٢٥ظ] فأنكر ، فالقولُ قوله مع يمينه ؛ لأنَّه مُنكرٌ . وإن كان الثمنُ عرضاً ، فاختلفا في قيمته ، رُجع إلى أهلِ الخيرة إن كان مَوْجُوداً ، وإن كان مَعْدُوماً ، فالقولُ قولُ المُشترى في قيمته . وإن اختلفا في الغراسِ والبناءِ في الشقصِ ، فقال المُشترى : أنا أحدثُّه . وقال الشفيعُ : كان قديماً . فالقولُ قولُ المُشترى مع يمينه . ولو قال : اشتريت نصيبك فلي فيه الشفعةُ . وأنكر ذلك ، فقال : بل اتَّهَبْتُهُ . أو : ورثته . فالقولُ قوله مع يمينه .

فصل : فإن ادَّعى عليه الشراء ، فقال : اشتريته لفلان . سئل المقرُّ له ؛ فإن صدَّقه فهو له ، وإن كذَّبه فهو للمُشترى ، ويؤخذُ بالشفعة في الحائِثين . وإن كان المقرُّ له غائباً ، أخذهُ الشفيعُ بإذنِ الحاكم ، والغائبُ على حُجَّتِهِ إذا قَدِمَ ؛ لأنَّنا لو وقَفْنَا الأمرَ إلى حُضُورِ المقرِّ له ، كان ذلك إسقاطاً للشفعة ؛ لأنَّ كلَّ مُشترٍ يدَّعي أنَّه لغائبٌ . وإن قال : اشتريته لابني الطُّفلِ . فهو كالغائبِ في أحدِ الوجهين . وفي الآخرِ ، لا تجبُ الشفعة ؛ لأنَّ المِلْكَ ثَبَتَ للطُّفلِ ، ولا يثبتُ في مالِهِ حقُّ بإقرارِ وليِّهِ عليه . فأما إن ادَّعى عليه الشفعةُ في شقصٍ ، فقال : هذا لفلانِ الغائبِ . أو : الطُّفلِ . فلا شفعةُ فيه ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ لهما ، بإقرارِهِ "بعد ذلك" إقراراً على غيره ، فلا يُقبَلُ .

فصل : إذا اختلفَ البائع والمُشتري ، فقال البائع : الثمن ألفان . وقال المشتري : هو ألف . فأقام البائع بينة بدعواه ، ثبتت ، وللشَّفيع أخذه بألف ؛ لأنَّ المشتري يُقرُّ أنه لا يستحقُّ أكثرَ منها ، وأنَّ البائع ظلمه ، فلا يرجعُ بما ظلمه على غيره . فإن قال المشتري : غلطتُ ، والثمن ألفان . لم يُقبل ؛ لأنه رجوعٌ عن إقراره ، فلا يُقبلُ ، كما لو أقرَّ لأجنبي . وإن لم يكن بينة ، تحالفا ، وليس للشَّفيع أخذه بما حلف عليه المشتري ؛ لأنَّ فيه إلزاماً للعقد في حقِّ البائع ، بخلاف ما حلف عليه . فإن بذل ما حلف عليه البائع ، فله الأخذ ؛ لأنَّ البائع مُقرُّ له بأنه ^(١) يستحقُّ الشُّفعةَ به ، ولا ^(٢) ضررَ على المشتري فيه .

فصل : وإن أقرَّ البائع بالبيع ، وأنكره المشتري ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تثبتُ الشُّفعة ؛ لأنَّ الشراء لم يثبت ، فلا تثبتُ الشُّفعةُ التابعة له ، ولأنَّ البائع إن أقرَّ بقبضِ الثمن ، لم يُمكن الشَّفيع دفعه إلى أحد ؛ لأنه لا مدعى له ، ولا يُمكن الأخذُ بغيرِ ثمن . وإن لم يُقرَّ البائع بقبضه ، فعلى من يرجع الشَّفيع بالعُهدَة . والثاني ، تثبتُ الشُّفعة ؛ لأنَّ البائع مُقرُّ بحقِّ للمُشتري والشَّفيع ، فإذا لم يُقبلِ المشتري ، قبل الشَّفيع ، وثبت حقه ، ويأخذ الشُّقَصَ من البائع ، ويدفعُ إليه الثمن إن ^(٣) لم يكن أقرَّ بقبضه ، والعُهدَة عليه ؛ لأنَّ الأخذَ منه . وإن أقرَّ بقبضِ الثمن ، عرضناه على

(١) في م : « بما » .

(٢) في س ٢ : « لأنه » .

(٣) في م : « وإن » .

المُشْتَرَى ، فَإِنْ قَبْلَهُ دُفِعَ إِلَيْهِ ، وَإِلَّا أُقِرَّ فِي يَدِ الشَّفِيعِ فِي أَحَدٍ [٢٢٦و]
الْوُجُوهِ . وَفِي الْآخِرِ ، يُؤْخَذُ إِلَى يَتِّ الْمَالِ . وَالثَّالِثُ ، يَقَالُ لَهُ : إِمَّا أَنْ
تَقْبِضَ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرَى . وَأَصْلُ هَذَا إِذَا أُقِرَّ بِمَا لِي فِي يَدِهِ لِرَجُلٍ ، فَلَمْ يَعْتَرِفْ
بِهِ .

فصل : وَإِذَا تَصَرَّفَ الْمُشْتَرَى فِي الشُّقْصِ قَبْلَ اخْتِذِ الشَّفِيعِ ، لَمْ يَخُلْ
مِنْ خَمْسَةِ أَضْرِبٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَصَرَّفَ بِالْبَيْعِ وَمَا تُسْتَحَقُّ بِهِ الشُّفْعَةُ ،
فَلِلشَّفِيعِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِالْعَقْدِ الثَّانِي ، وَبَيْنَ فَسْخِهِ وَيَأْخُذَ بِالْعَقْدِ
الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ شَفِيعٌ فِي الْعَقْدَيْنِ ، فَمَلَكَ الْأَخْذَ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ أَخَذَهُ
بِالثَّانِي ، دَفَعَ إِلَى الْمُشْتَرَى الثَّانِي مِثْلَ ثَمَنِهِ ، وَإِنْ أَخَذَهُ بِالْأَوَّلِ ، دَفَعَ إِلَى
الْمُشْتَرَى الْأَوَّلِ مِثْلَ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ ، وَأَخَذَ الشُّقْصَ ، وَيَرْجِعُ الثَّانِي عَلَى
الْأَوَّلِ بِمَا أَعْطَاهُ ثَمَنًا ، وَإِنْ كَانَ ثُمَّ ثَالِثٌ ، رَجَعَ الثَّالِثُ عَلَى الثَّانِي .

الثَّانِي ، تَصَرَّفَ بَرْدٌ أَوْ إِقَالَةٌ ، فَلِلشَّفِيعِ فَسْخُ الْإِقَالَةِ وَالرَّدُّ ، وَيَأْخُذُ
الشُّقْصَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ مِنْهُمَا ، وَلَا يُمَكِّنُهُ الْأَخْذُ مَعَهُمَا .

الثَّالِثُ ، وَهَبَهُ ، أَوْ وَقَفَهُ ، أَوْ رَهَنَهُ ، أَوْ أَجَرَهُ ، وَنَحْوَهُ ، فَعَنْ أَحْمَدَ ،
تَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ فِي الْأَخْذِ بِهَا إِسْقَاطَ حَقِّ الْمُؤَهَّبِ لَهُ ^(١) ، وَ ^(٢) الْمَوْقُوفِ
عَلَيْهِ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ رَدَّ الْعَوَضِ إِلَى غَيْرِ
الْمَالِكِ ، وَحِزْمَانَ الْمَالِكِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : تَجِبُ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ

(١) زيادة من : م .

(٢) في م : «أو» .

أَسْبَقُ ، فَلَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي التَّصَرُّفَ بِمَا يُسْقِطُ حَقَّهُ ، وَلَئِنَّهُ مَلَكَ فَسَخَّ الْبَيْعَ
مَعَ إِمْكَانِ الْأَخْذِ بِهِ ، فَلَأَنْ يَمْلِكَ فَسَخَّ عَقْدَ لَا يُمَكِّنُهُ الْأَخْذُ بِهِ أَوَّلَى . فَعَلَى
هَذَا ، تُفْسَخُ هَذِهِ الْعُقُودُ ، وَيَأْخُذُ الشُّقْصَ ، وَيُدْفَعُ الثَّمَنُ إِلَى الْمُشْتَرِي .

الرَّابِعُ ، بَنَى أَوْ غَرَسَ ، وَيُتَصَوَّرُ ذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ الشَّفِيعُ غَائِبًا ، فَقَاسَمَ
الْمُشْتَرِي وَكِيلَهُ فِي الْقِسْمَةِ ، أَوْ رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ فَقَاسَمَهُ ، أَوْ أَظْهَرَ
ثَمَنًا كَثِيرًا ، أَوْ نَحْوَهُ ، فَتَرَكَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ وَقَاسَمَهُ ، فَبَنَى وَغَرَسَ ، ثُمَّ
أَخَذَ الشَّفِيعُ بِالشُّفْعَةِ ، فَإِنْ اخْتَارَ الْمُشْتَرِي أَخْذَ بِنَائِهِ وَغِرَاسِهِ ، لَمْ يُمْنَعْ مِنْهُ ؛
لَئِنَّهُ مِلْكُهُ ، فَمَلَكَ نَقْلَهُ ، وَلَا يُلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ، وَلَا ضَمَانُ النَّقْصِ ؛ لَئِنَّهُ
غَيْرُ مُتَعَدٍّ . وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخَرِيقِيِّ أَنْ يُلْزَمَهُ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ؛ لَئِنَّهُ فَعَلَهُ فِي مِلْكِ
غَيْرِهِ لِتَخْلِيصِ مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَسَرَ مِخْبَرَةَ إِنْسَانٍ لِتَخْلِيصِ دِينَارِهِ مِنْهَا .
وَإِنْ لَمْ يَقْلَعَهُ ، فَلِلشَّفِيعِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ قِيمَةَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ
فِيَمْلِكُهُ ، وَبَيْنَ أَنْ يَقْلَعَهُ وَيُضْمَنَ نَقْصَهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا ضَرَرَ
وَلَا ضِرَارَ »^(١) . «^(٢) مِنَ « الْمَسْنَدِ » ، وَرَوَاهُ^(٣) ابْنُ مَاجَه . وَلَا يَزُولُ الضَّرَرُ
عَنْهُمَا إِلَّا بِذَلِكَ .

الْخَامِسُ ، زَرَعَ الْأَرْضَ ، فَالزَّرْعُ مُبْقَى^(٣) لِمَالِكِهِ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ ؛ لَئِنَّهُ
زَرَعَهُ بِحَقٍّ ، فَوَجِبَ إِبْقَاؤُهُ لَهُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ الْأَرْضَ الْمَرْزُوعَةَ .

(١) فِي س ١ ، س ٢ ، ف ، ب : « إِضْرَار » .

(٢ - ٢) فِي م : « رَوَاهُ أَحْمَدُ وَ » .

وَالْحَدِيثُ تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٥٢ .

(٣) فِي م : « يَبْقَى » .

فصل : وإن نَمَا المَبِيعُ نَمَاءً مُتَّصِلًا ؛ كَغِرَاسٍ كَبِيرٍ ، وَطَلْعٍ زَادَ قَبْلَ التَّأْيِيرِ ، أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِزِيَادَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَّبِعُ الْأَصْلَ فِي الْمِلْكِ كَمَا تَتَّبِعُهُ فِي الرَّدِّ . وَإِنْ كَانَ نَمَاءً مُتَفَصِّلًا ؛ كَالْغَلَّةِ ، وَالطَّلْعِ الْمُؤَبَّرِ ، وَالثَّمَرَةِ الظَّاهِرَةِ ، فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهَا حَدَّثَتْ فِي مِلْكِهِ ، وَلَيْسَتْ تَابِعَةً لِلْأَصْلِ ، وَتَكُونُ مُبْقَاةً إِلَى أَوَانِ الْجَذَاذِ ؛ [٢٢٦ ظ] لِأَنَّ أَخْذَ الشَّفِيعِ شِرَاءً ثَانٍ . فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي اشْتَرَى الْأَصْلَ وَالثَّمَرَةَ الظَّاهِرَةَ ^(١) مَعًا ، أَخَذَ الشَّفِيعُ الْأَصْلَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، كَالشَّقْصِ وَالسَّيْفِ .

فصل : وإن تَلَفَ بَعْضُ ^(٢) الْمَبِيعِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ تَلَفَ فِي يَدِهِ ، وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ الْبَاقِيَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَيَأْخُذَ أَنْقَاضَهُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ أَخْذُ الْبَعْضِ ، فَجَازَ أَخْذُ الْبَاقِي ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ آدَمِيٌّ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، لَمْ يَمْلِكِ الشَّفِيعُ أَخْذَ الْبَاقِي إِلَّا بِكُلِّ الثَّمَنِ ، أَوْ يَثْرُكُ ؛ لِأَنَّ فِي أَخْذِهِ بِالْبَعْضِ إِضْرَارًا بِالْمُشْتَرِي ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ ، كَمَا لَوْ أَخَذَ الْبَعْضَ مَعَ بَقَاءِ الْجَمِيعِ .

فصل : وَيَمْلِكُ الشَّفِيعُ الْأَخْذَ بِغَيْرِ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ بِالْإِجْمَاعِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْحُكْمِ ^(٣) ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَيَأْخُذُهُ مِنَ الْمُشْتَرِي ، فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، فَاِمْتَنَعَ الْمُشْتَرِي مِنْ قَبْضِهِ ، أَخَذَهُ مِنَ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ أَخْذَهُ ، فَمَلَكَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي . وَقَالَ الْقَاضِي : يُجْبَرُ الْمُشْتَرِي عَلَى

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « الحاكم » .

القبض، ثم يأخذه الشفيع؛ لأنَّ أخذه من البائع يفوت به التسليم المستحق، ولا يثبت للمشتري خيار؛ لأنَّه يؤخذ منه قهراً، ولا للشفيع بعد التملك؛ لأنَّه يأخذه قهراً، وذلك ينافي الاختيار. ويملك الرَّد بالعيب؛ لأنَّه مُشترٍ ثانٍ، فملك ذلك كالأول. وإن خرج مُستحقاً، رجع بالعُهدَة على المشتري؛ لأنَّه أخذه منه على أنَّه ملكه، فرجع عليه، كما لو اشتراه منه، ورجع المشتري على البائع.

فصل: وإذا أذن الشريك في البيع، لم تسقط شفعته؛ لأنَّه إسقاط حق قبل وجوبه، فلم يصح، كما لو أبرأه ممَّا يجب له. وعن أحمد أنَّه قال: ما هو ببعيد أن لا تكون له شفعة؛ لقول النبي ﷺ: «لا يحلُّ له أن يبيع حتى يستأذن»^(١) شريكه، فإن باع ولم يؤذنه، فهو أحقُّ به. رواه مسلم^(٢). يفهم منه أنَّه إذا باعه بإذنه لا حق له. وإن دلَّ في البيع، أو توكَّل، أو ضمن العُهدَة، أو جعل له الخيار، فاختار إمضاء البيع، فهو على شفعته.

فصل: إذا كان في البيع^(٣) مُحاباة، أخذ الشفيع بها؛ لأنَّه يبيع صحيح، فلا يمنع الشفعة فيه كونه مُسترخصاً. وإن كان البائع مريضاً، والمُحاباة لأجنبيٍّ فيما دون الثلث، أخذ الشفيع بها؛ لأنها صحيحة نافذة، وسواء كان الشفيع وارثاً أو لم يكن؛ لأنَّ المُحاباة إنما وقعت للأجنبيٍّ،

(١) في م: «يؤذن».

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٥٢٧.

(٣) في ف: «البيع».

فَأُشْبِهَ مَا لَوْ وَصَّى لَغَرِيمٍ وَارِثِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكُ الْوَارِثُ الشُّفْعَةَ هَلْهُنَا ؛
لِإِفْضَائِهِ إِلَى جَعْلِ سَبِيلٍ لِلْإِنْسَانِ إِلَى إِثْبَاتِ حَقِّ لَوَارِثِهِ فِي الْمُحَابَاةِ . وَإِنْ
كَانَتْ مُحَابَاةُ الْمَرِيضِ لَوَارِثِهِ ، أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ بِزِيَادَةٍ عَلَى الثُّلُثِ ، ^(١) بَطَلَتْ كُلُّهَا
فِي حَقِّ الْوَارِثِ ، وَالزِّيَادَةُ عَنْ ^(٢) الثُّلُثِ ^(٣) فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ ، وَصَحَّ الْبَيْعُ فِي
الْبَاقِي ، وَتَبَتَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ لِتَفْرِيقِ صَفَقَتِهِ ، وَلِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ عَلَى ذَلِكَ
الْوَجْهِ .

فصل : إِذَا مَاتَ [٢٢٧ر] الشَّفِيعُ قَبْلَ الطَّلَبِ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ . نَصٌّ
عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ فَسَخَ ^(٣) لَا لِفَوَاتِ جُزْءٍ ، فَلَمْ يُورَثْ ، كَرُجُوعِ الْأَبِ فِي
هَبَّتِهِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يُورَثَ ؛ لِأَنَّهُ خِيَارٌ ثَبَتَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْمَالِ ، فَيُورَثُ ،
كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ الطَّلَبِ ، لَمْ تَسْقُطْ ؛ لِأَنَّهَا تَقَرَّرَتْ بِالطَّلَبِ ،
بَحِثْ لَمْ تَسْقُطْ بِتَأْخِيرِهِ ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَهُ . فَإِنْ تَرَكَ ^(٤) بَعْضُ الْوَرَثَةِ حَقَّهُ ،
تَوَفَّرَ عَلَى شُرَكَائِهِ فِي الْمِيرَاثِ ، كَالشُّفَعَاءِ فِي الْأَصْلِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ بَعْضُ الْعَقَارِ وَقْفًا وَبَعْضُهُ طَلْقًا ، فَبَيْعُ الطَّلُقِ ، فَذَكَرَ
الْقَاضِي أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ لِمُصَاحِبِ الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍّ ، فَلَا يَسْتَفِيدُ بِهِ
مِلْكًا تَامًّا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : هَذَا يَنْبَنِي عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي مِلْكِ الْوَقْفِ ؛
إِنْ قُلْنَا : هُوَ مَمْلُوكٌ . فَلِصَاحِبِهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ يُلْحَقُهُ الضَّرَرُ مِنْ جِهَةِ

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢) فِي ف ، م : « عَلَى » .

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « لَهُ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الشريك ، فأشبهه الطلق . وإن قلنا : ليس بمملوك . فلا شفعة له ؛ لعدم ملكه .

فصل : ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه ؛ لأن فيه إلزام البيع بغير رضا المتبايعين ، وإسقاط حقهما من الخيار . وقيل : يؤخذ بالشفعة ؛ لأن المالك انتقل . فإن كان الخيار للمشتري وحده ، فللشفيع الأخذ ؛ لأنه يملك الأخذ من المشتري قهراً . ويحتمل أن لا يملكه ؛ لأن فيه إلزام البيع في حق المشتري بغير رضاه .

فصل : وللصغير الشفعة ، ولوليّه الأخذ بها "إن رأى الحظ فيها ، فإذا" أخذ بها ، لم يملك الصغير إبطالها بعد بلوغه ، كما لو اشترى له داراً . وإن تركها مع الحظ فيها ، لم تسقط ، وملك الصغير الأخذ بها إذا بلغ . وإن تركها الولي للحظ في تركها ، أو لإعسار الصبي ، سقطت في قول ابن حامد ؛ لأنه فعل ما تعين عليه فعله ، فلم يجز نقضه ، كالرد بالعيب . وظاهر كلام الخريفي أنها لا تسقط ؛ لأن للشفيع الأخذ مع الحظ وعدمه ، فملك طلبها عند إمكانه ، كالعائب إذا قديم . والمجنون كالصبي ؛ لأنه مخجور عليه .

وإن باع الولي لأحد الأيتام نصيباً ، فله الأخذ بها للآخر ، وإن كان الولي شريكاً ، لم يملك الأخذ بها إن كان وصياً ؛ لأنه متهم ، وإن كان أباً ، فله الأخذ ؛ لأن له أن يشتري لنفسه من مال ولده .

(١ - ١) في ف : « إذا رأى الحظ ، فإن » .

وهل لرب المال الشفعة على المضارب فيما يشتريه ؟ على وجهين ؛
بناءً على شرائه منه لنفسه .

فصل : ولا شفعة لكافر على مسلم ؛ لما روى أنس أن النبي ﷺ قال :
« لَا شُفْعَةَ لِنَصْرَانِي » . رواه الدارقطني^(١) . ولأنه معنى يختص العقار ، فلم
يثبت للكافر على المسلم ، كالاغتلاء . وثبت الشفعة للمسلم على الذمي
للخبر^(٢) ، وللذمي على الذمي ؛ للخبر والمعنى .

(١) في م : « الطبراني في الصغير » .

والحديث أخرجه الدارقطني في العلل ، كما عزاه إليه في المغني ٥٢٤ / ٧ . ومن طريقه أخرجه
الخطيب ، في : تاريخ بغداد ٤٣٥ / ٣ .

وابن الجوزي ، في العلل المتناهية ١١٠ / ٢ . وقال : قال الدارقطني : وهو وهم ، والصواب
عن حميد الطويل عن الحسن من قوله .

كما أخرجه الطبراني ، في : المعجم الصغير ٢٠٦ / ١ . وابن عدي ، في : الكامل ٧ /
٢٥٢٠ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ١٠٨ / ٦ ، ١٠٩ . وقال أبو حاتم : هو باطل . العلل لابن
أبي حاتم ٤٧٨ / ١ . وانظر : الإرواء ٣٧٤ / ٥ .

(٢) زيادة من : س ٢ .

بَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ

وهي ^(١) الأَرْضُ الدَّائِرَةُ الَّتِي لَا يُعْرَفُ [٢٢٧ظ] لَهَا مَالِكٌ .

وهي نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا لَمْ يَجْرِ عَلَيْهِ مِلْكٌ ، فَهَذَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » . ^(٢) رَوَاهُ أَحْمَدُ ، وَالتِّرْمِذِيُّ وَصَحَّحَهُ ^(٣) . وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلِأَنَّهُ تَمْلِكُ مُبَاحٌ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى إِذْنِ ، كَالصَّيْدِ . الثَّانِي ، مَا جَرَى عَلَيْهِ مِلْكٌ ، وَبَادَ أَهْلُهُ ، وَلَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَالِكٌ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلِمَا رَوَى طَاوُسٌ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « عَادِيَّ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ بَعْدُ » . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ » ^(٣) . وَلِأَنَّهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَيُمْلِكُ ، كَاللَّقْطَةِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا

(١) فِي س ١ ، س ٢ ، ب ، ف : « هُوَ » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ ، س ١ ، س ٢ ، ب ، ف : « مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ » .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا ذَكَرَ فِي إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ .
عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٤٦/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣/٣٣٨ ، ٣٨١ .
كَمَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ تَعْلِيْقًا ، فِي : بَابِ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا ، مِنْ كِتَابِ الْحَرْثِ وَالْمَزَارَعَةِ .
صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣/١٣٩ ، ١٤٠ .

(٣) فِي : بَابِ الْإِقْطَاعِ ، مِنْ كِتَابِ أَحْكَامِ الْأَرْضِينَ فِي إِقْطَاعِهَا الْأَمْوَالُ ٢٧٢ .
كَمَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَتْرَكَ ذِمِّي يَحْيِيهِ مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦/١٤٣ .

يُمْلِكُ ؛ لَأَنَّهُ إِمَّا مُسْلِمٌ ، أَوْ ذِمِّيٌّ ، أَوْ يَتِي الْمَالِ ، فَلَمْ يَجُزْ إِحْيَاؤُهُ ، كَمَا لَوْ
تَعَيَّنَ مَالُكَه .

وَيَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قَرُبَ مِنَ الْعَامِرِ إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِهِ ؛ لِلْخَبَرِ وَالْمَعْنَى .
وَعَنْهُ ، لَا يُمْلِكُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ مَصْلَحَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا تَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ ^(١) .
وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ .

فصل : وما تَعَلَّقَتْ بِهِ مَصْلَحَةُ الْعَامِرِ ؛ كَحَرِيمِ الْبَيْتِ ، وَفَنَاءِ الطَّرِيقِ ،
وَمَسِيلِ الْمَاءِ ، لَا ^(٢) يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَلَا يَجُوزُ لغيرِ مَالِكِ الْعَامِرِ إِحْيَاؤُهُ ؛
لَأَنَّهُ تَابِعٌ لِلْعَامِرِ ، مَمْلُوكٌ لَصَاحِبِهِ ، وَلِأَنَّ تَجْوِيزَ إِحْيَائِهِ إِبْطَالٌ لِلْمِلْكِ فِي
الْعَامِرِ عَلَى أَهْلِهِ . وَكَذَلِكَ مَا بَيْنَ الْعَامِرِ مِنَ الرِّحَابِ وَالشُّوَارِعِ وَمَقَاعِدِ
الْأَسْوَاقِ ، لَا يَجُوزُ تَمْلُكُهُ بِالْإِحْيَاءِ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوَاتٍ ، وَتَجْوِيزُ إِحْيَائِهِ تَضْيِيقٌ
عَلَى النَّاسِ فِي أَمْلَاكِهِمْ وَطُرُقِهِمْ ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ .

فصل : وَيَجُوزُ الْإِحْيَاءُ مِنْ كُلِّ مَنْ يُمْلِكُ الْمَالَ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلَأَنَّهُ فِعْلٌ
يُمْلِكُ بِهِ ، فَجَازَ مَنْ يُمْلِكُ الْمَالَ ، كَالصَّيِّدِ . وَيُمْلِكُ الذَّمِّيُّ بِالْإِحْيَاءِ فِي دَارِ
الْإِسْلَامِ لَذَلِكَ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : لَا يُمْلِكُ فِيهَا بِالْإِحْيَاءِ ؛ لَخَبَرِ طَاوُسٍ .
وَلَيْسَ لِلْمُسْلِمِ إِحْيَاءُ أَرْضٍ فِي بَلَدٍ صَوْلِحَ الْكُفَّارُ عَلَى الْمَقَامِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ
الْمَوَاتَ تَابِعٌ لِلْبَلَدِ ، فَلَمْ يَجُزْ تَمْلُكُهُ عَلَيْهِمْ ، كَالْعَامِرِ .

فصل : وَفِي صِفَةِ الْإِحْيَاءِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنْ يَغْمُرَ الْأَرْضَ لِمَا

(١) بعده في م : « للخبير » .

(٢) سقط من : الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب ، م .

يُرِيدُهَا لَهُ ، وَيُزَجِّعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعَرْفِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَطْلَقَ الْإِحْيَاءَ وَلَمْ يُبَيِّنْ ، فَحَمِلَ عَلَى الْمُتَعَارَفِ ، فَإِنْ كَانَ يُرِيدُهَا لِلشُّكْنَى فَاِحْيَاؤُهَا بِحَائِطٍ جَرَتْ عَادَتُهُمْ بِالْبِنَاءِ بِهِ ، وَسَقْفٍ^(١) ، فَإِنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلشُّكْنَى إِلَّا بِذَلِكَ ، وَإِنْ أَرَادَهَا حَظِيرَةً لَغْنَمٍ ، أَوْ حَطَبٍ ، فَبِحَائِطٍ جَرَتْ الْعَادَةُ بِمِثْلِهِ ، وَإِنْ أَرَادَهَا لِلزَّرْعِ ، فَيَسْوَاقِ الْمَاءِ إِلَيْهَا مِنْ نَهْرٍ أَوْ بَيْرٍ . وَلَا يُعْتَبَرُ حَرْثُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَتَكَرَّرُ كُلَّ عَامٍ ، فَأَشْبَهَ الشُّكْنَى ، وَلَا يَحْصُلُ الْإِحْيَاءُ بِهِ لَذَلِكَ . وَإِنْ كَانَتْ أَرْضًا يَكْفِيهَا الْمَطَرُ ، فَاِحْيَاؤُهَا بِتَهْيِئَتِهَا لِلغَرَسِ وَ^(٢) الزَّرْعِ ؛ إِمَّا بِقَلْعِ أَشْجَارِهَا ، أَوْ أَحْجَارِهَا ، أَوْ تَنْقِيَتِهَا ، وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا يُعَدُّ إِحْيَاءً . وَإِنْ كَانَتْ مِنْ أَرْضِ الْبَطَائِحِ ، فَاِحْيَاؤُهَا بِحَبْسِ الْمَاءِ عَنْهَا ؛ لِأَنَّ إِحْيَاءَهَا بِذَلِكَ . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الْإِحْيَاءِ لِلشُّكْنَى نَضْبُ الْأَبْوَابِ ؛ لِأَنَّ الشُّكْنَى مُمَكِّنَةٌ بِدُونِهِ . وَالرُّوَايَةُ [٢٢٨ و] الثَّانِيَةُ ، التَّحْوِيطُ إِحْيَاءٌ لِكُلِّ أَرْضٍ ؛ لِمَا رَوَى سَمُرَةُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ حَاطَ^(٣) حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ ، فَهِيَ لَهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٤) . وَلِأَنَّ الْحَائِطَ حَاجِزٌ مَنِيعٌ ، فَكَانَ إِحْيَاءً ، كَمَا لَوْ أَرَادَهَا^(٥) حَظِيرَةً .

فصل : وإذا أحيّاها ، مَلَكَهَا بِمَا فِيهَا مِنَ الْمَعَادِنِ وَالْأَحْجَارِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ^(٦)

(١) فِي س ٢ : « يَسْقِف » ، وَفِي م : « تَسْقِف » . وَغَيْرُ مَنْقُوطَةٍ فِي س ١ ، ب .

(٢) فِي س ٢ : « أَوْ » .

(٣) فِي م : « أَحَاط » .

(٤) فِي : بَابُ فِي إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ١٥٩ / ٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٢ / ٥ ، ٢١ .

(٥) فِي س ٢ : « أَدَارَهَا » .

(٦) فِي م : « تَمْلِكُ » ، وَغَيْرُ مَنْقُوطَةٍ فِي س ٢ ، ب .

الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها، وهذا منها. وإن ظهر فيها معدن جارٍ^(١)؛ كالقير، والنَّفْط، والماء، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يملكه؛ لقول النبي ﷺ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ؛ الْمَاءِ، وَالْكَلاَّ، وَالنَّارِ». رواه الخلال^(٢). وكذلك الحكم في الكلاَّ والشَّجر؛ لقول النبي ﷺ: «لَا حِمَى فِي الْأَرَاكِ». ^(٣) رواه أبو داود^(٤). والثانية، يملك ذلك كله؛ لأنه نماء ملكه، فملكه، كشعر غنمه.

فصل: وَمَنْ حَفَرَ بَيْتًا فِي مَوَاتٍ، مَلَكَ حَرِيمُهَا. والمنصوص عن أحمد أن حريم البئر البدئية^(٥) خمسة وعشرون ذراعًا من كل جانب، ومن سبق إلى بئر عادية، فاحتفرها، فحريمها خمسون ذراعًا من كل جانب؛ لما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال: السنة في حريم القليب^(٥) العادية خمسون ذراعًا، والبدئية خمسة وعشرون ذراعًا. رواه أبو عبيد في

(١) في م: «جاز».

(٢) أخرجه أبو عبيد، في: الأموال ٢٩٥.

وبلفظ: «المسلمون». أخرجه أبو داود، في: باب في منع الماء، من كتاب البيوع. سنن أبي داود ٢/٢٤٩. وابن ماجه، في: باب المسلمون شركاء في ثلاث، من كتاب الرهون. سنن ابن ماجه ٢/٨٢٦. والإمام أحمد، في: المسند ٥/٣٦٤. وانظر الإرواء ٦/٦ - ٩. (٣ - ٣) زيادة من الأصل، ف.

والحديث أخرجه أبو داود، في: باب في إقطاع الأرضين، من كتاب الإمارة. سنن أبي داود ٢/١٥٦.

كما أخرجه الدارمي، في: باب في الحمى، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢/٢٦٩. (٤) البدئية المبتدأ حفره: أي المحدث.

(٥) في م: «البئر».

«الأموال»^(١). وروى الخلال، والدارقطني، عن النبي ﷺ نحوه^(٢). وقال القاضي: حريمها ما تحتاج إليه في ترقية الماء منها، كقدر مدار الثور، إن كان بدولاب، وقدر طول البئر، إن كان بالسواني. وحمل التحديد في الحديث وكلام أحمد على المجاز. والظاهر خلافه، فإنه قد يحتاج إلى حريمها لغير ترقية الماء؛ لموقف الماشية، وعطين الإبل ونحوه. وأما العين المستخرجة، فحريمها ما يحتاج إليه صاحبها، ويستصير بتملكه عليه وإن كثر. وحريم النهر ما يحتاج إليه لطرح كرايته^(٣)، وطريق شاويه^(٤)، وما يستصير صاحبه بتملكه^(٥) عليه، وإن كثر.

فصل: ومن تحجر مواتا وشرع في إحيائه، ولم يتم، فهو أحق به؛
^(٦) لقول رسول الله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو أحق به». رواه أبو داود^(٧). فإن نقله إلى غيره، صار الثاني أحق به؛ لأن صاحب الحق أثره به، فإن مات، انتقل إلى وارثه^(٨)؛ لقول رسول الله

(١) في: باب إحياء الأرضين واحتجارها...، الأموال ٢٩٢. عن يحيى بن سعيد. ونحوه عن سعيد بن المسيب.

(٢) أخرجه الدارقطني، في: كتاب الأقضية. سنن الدارقطني ٢٢٠/٤. وقال: الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب، ومن أسنده فقد وهم.

(٣) طرح كرايته: ما يلقي منه طلبا لسرعة جريه. كشف القناع ١٩٢/٤.

(٤) طريق شاويه: أى قيمه. قال في شرح المنتهى: والكراية والشاوى لم أجد لهما أصلا في اللغة بهذا المعنى. ولعلهما مولدتان من قبل أهل الشام. شرح منتهى الإرادات ٤٦٣/٢.

(٥) في س ٢: «بتمكنه».

(٦ - ٦) سقط من: الأصل.

(٧) تقدم تخريجه في ٦٣/٢.

عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا ، أَوْ مَالًا ، فَهُوَ لَوَرَثَتِهِ » ^(١) . وَإِنْ بَاعَهُ لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ بَيْعُهُ ، كَحَقِّ الشُّفْعَةِ . وَيَحْتَمِلُ جَوَازُ بَيْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ أَحَقَّ بِهِ . فَإِنْ بَادَرَ إِلَيْهِ غَيْرُهُ فَأَحْيَاهُ ، لَمْ يَمْلِكْهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِمَفْهُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . وَلِأَنَّ حَقَّ الْمُتَحَجِّرِ أَسْبَقُ ، فَكَانَ أَوْلَى ، كَحَقِّ الشَّفِيعِ مَعَ الْمُشْتَرَى . وَالثَّانِي ، يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ الْحَدِيثِ ، وَلِأَنَّ الْإِحْيَاءَ يُمْلِكُ بِهِ ، فَقُدِّمَ عَلَى التَّحَجُّرِ الَّذِي لَا يُمْلِكُ بِهِ . وَإِنْ شَرَعَ فِي الْإِحْيَاءِ وَتَرَكَ ، قَالَ لَهُ السُّلْطَانُ : إِمَّا أَنْ تُعْمِرَ ، وَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ يَدَكَ . لِأَنَّهُ ضَيَّقَ عَلَى النَّاسِ فِي حَقِّ مُشْتَرِكٍ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ مِنْهُ ، كَالْوُقُوفِ فِي طَرِيقِ ضَيْقٍ . فَإِنْ سَأَلَ الْإِمَهَالَ ، أُمِّهِلَ مُدَّةَ قَرِيْبَةٍ ، كَالشَّهْرَيْنِ وَنَحْوَهُمَا ^(٢) ، فَإِنْ انْقَضَتْ وَلَمْ يُعْمِرْ ، فَلْغَيْرِهِ إِحْيَاؤُهَا وَتَمْلِكُهَا ، كَسَائِرِ الْمَوَاتِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ فِي [٢٢٨ ظ] الْمَوَاتِ مَعْدِنٌ ظَاهِرٌ يَنْتَفِعُ بِهِ الْمُسْلِمُونَ ؛ كَالْمِلْحِ ، وَغُيُونِ الْمَاءِ ، وَالْكِبْرِيتِ ، وَالْكُخْلِ ، وَالْقَارِ ، وَمَعَادِنِ الذَّهَبِ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٤٧ . من حديث أبي هريرة .

وانظر ما تقدم تخريجه من حديث جابر في صفحة ٢٦٨ .

وقال الحافظ : أورده الشافعي هنا بلفظ : « من ترك حقا » . ولم أره كذلك . التلخيص الحبير

(٢) في الأصل : « نحوها » .

والفضّة والحديد، ومقالع^(١) الطين ونحوها، لم يَجْزُ لأحدٍ إحيائها، ولا تَمْلِكُ بالإحياء؛^(٢) لأنَّ النبي ﷺ أَقْطَعَ أَيْبَضَ بَنَ حَمَالٍ مَعْدِنَ الْمِلْحِ، فَلَمَّا قِيلَ لَهُ: إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَاءِ الْعِدِّ^(٣). رَدَّهُ. رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٤). وَقَالَ: «يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا نَحْمِي» مِنَ الْأَرَاكِ، قَالَ: «مَا لَمْ تَنْلُهُ أَخْفَافُ الْإِبِلِ»^(٥). وَلَأنَّ هَذَا مِمَّا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ، فَلَوْ مُلِكَ بِالِاخْتِجَارِ^(٦)، ضَاقَ عَلَى النَّاسِ، وَغَلَّتْ أَشْعَارُهُ.

وكذلك ما نَضَبَ عَنْهُ الْمَاءُ مِنَ الْجَزَائِرِ^(٧) عِنْدَ الْأَنْهَارِ الْكِبَارِ. قَالَ أَحْمَدُ: يُزَوَّى عَنْ عُمرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ أَبَاحَ الْجَزَائِرَ، وَأَنَا آخُذٌ بِهِ. يَعْنِي، مَا يَنْبُتُ فِيهَا. وَلَأنَّ الْبِنَاءَ فِيهَا يَرُدُّ الْمَاءَ إِلَى الْجَانِبِ الْآخِرِ فَيَضُرُّ بِأَهْلِهِ، وَلَأنَّهَا مَنِيَتْ الْكَلَاءُ وَالْحَطَبُ، فَأُشْبِهَتْ الْمَعَادِنَ.

(١) في س ٢، ب: «مقاطع».

ومقالع الطين: هي ما تقتلعه من الأرض وترمي به.

(٢ - ٢) في م: «فَعَنَ أَيْبَضَ بَنَ حَمَالٍ أَنَّهُ وَفَدَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَاسْتَقَطَعَهُ الْمِلْحَ فَقَطَعَهُ لَهُ فَلَمَّا أَنْ وُلِيَ قَالَ رَجُلٌ مِنَ الْمَجْلِسِ: أَتَدْرِي مَا أَقْطَعْتَ لَهُ؟ إِنَّمَا أَقْطَعْتَهُ الْمَاءَ الْعِدَّ. قَالَ: فَانْتَرَعَهُ مِنْهُ».

(٣) العد، بكسر العين: الدائم الذي لا ينقطع.

(٤ - ٤) في م: «وَسَأَلَهُ عَمَّا يَحْمِي».

(٥) بعده في م: «رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ».

والحديث أخرجه أبو داود، في: باب في إقطاع الأرضين، من كتاب الإمارة. سنن أبي داود ١٥٥/٢، ١٥٦. والتِّرْمِذِيُّ، في: باب ما جاء في القطائع، من أبواب الأحكام. عارضة الأحمدي ١٤٩/٦، ١٥٠. وابن ماجه، في: باب إقطاع الأنهار والعيون، من كتاب الرهون. سنن ابن ماجه ٨٢٧/٢. والدارمي، في: باب في القطائع، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢٦٨/٢. وأبو عبيد، في: الأموال ٢٧٥.

(٦) في ف: «بالإحياء».

(٧) مفردها جزيرة، سميت بذلك لانحسار الماء عنها.

فصل : وَكُلُّ بَثْرٍ يَنْتَفِعُ بِهَا الْمُسْلِمُونَ ، أَوْ عَيْنٍ نَابِعَةٍ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ اخْتِجَارُهَا ؛ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ . وَمَنْ حَفَرَ بَثْرًا لَغَيْرِ قَصْدِ التَّمْلِكِ ؛ إِمَّا لِيَنْتَفِعَ بِهَا الْمُسْلِمُونَ ، أَوْ لِيَنْتَفِعَ بِهَا مُدَّةٌ ثُمَّ يَتْرُكَهَا^(١) ، لَمْ يَمْلِكْهَا ، وَ^(٢) كَانَ أَحَقَّ بِهَا حَتَّى يَزْحَلَ عَنْهَا ،^(٣) ثُمَّ تَكُونُ^(٤) لِلْمُسْلِمِينَ . وَمَنْ حَفَرَ بَثْرًا لِلتَّمْلِكِ فَلَمْ يَظْهَرْ مَآوُهَا ، لَمْ يُمْلِكْ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَا تَمَّ إِحْيَاؤُهَا ، وَكَانَ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ .

فصل : وَإِنْ^(٥) أَحْيَا أَرْضًا ، فَظَهَرَ فِيهَا مَعْدِنٌ ، مَلَكَهْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ^(٥) الَّذِي^(٦) أَخْرَجَهُ . وَلَوْ كَانَ فِي^(٧) الْمَوَاتِ أَرْضٌ^(٨) يُمَكِّنُ فِيهَا إِحْدَاثُ مَعْدِنٍ ظَاهِرٍ ، كَشَطُّ الْبَحْرِ إِذَا حَصَلَ فِيهِ مَآوُهُ صَارَ مِلْحًا ، مَلَكَهْ بِالْإِحْيَاءِ ؛ لِأَنَّهُ تَوَسَّيْعٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ لَا تَضْيِيقٌ .

فصل : وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ ظَاهِرٍ ، وَهُوَ الَّذِي يُوصَلُ إِلَى مَا فِيهِ مِنْ غَيْرِ مُؤَنَّةٍ ؛ كَالْمَاءِ ، وَالْمِلْحِ ، وَالنُّفْطِ ، أَوْ بَاطِنٍ لَا يُوصَلُ إِلَى مَا فِيهِ إِلَّا

(١) فِي الْأَصْلِ : « تَرَكَهَا » .

(٢) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « إِنْ » .

(٣ - ٣) فِي م : « وَيَتْرُكَهَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

(٥) فِي م : « وَلِأَنَّهُ » .

(٦) فِي م : « لِلَّذِي » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م ، وَفِي الْأَصْلِ : « هَذَا فِي » .

(٨) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « لَمْ » .

بِالْعَمَلِ ؛ كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ^(١) وَالْفِضَّةِ^(٢) وَالْحَدِيدِ ، كَانَ أَحَقُّ بِهِ ؛ لِلْخَبَرِ . فَإِنْ أَقَامَ بَعْدَ قَضَاءِ حَاجَتِهِ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُضَيِّقُ عَلَى النَّاسِ بِغَيْرِ نَفْعٍ ، فَأَشْبَهَ الْوُقُوفَ فِي مَشْرَعَةِ مَاءٍ لَا يَسْتَقِي مِنْهَا^(٣) .

وإن طَالَ مُقَامُهُ لِلأَخْذِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُمْنَعُ ؛ لِأَنَّهُ سَبَقَ ، فَكَانَ أَحَقُّ ، كَحَالَةِ الْإِثْدَاءِ . وَالثَّانِي ، يُمْنَعُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ^(٤) كَالْمُتَحَجِّرِ .

فإن سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ يَضِيقُ الْمَكَانُ عَنْهُمَا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : إِنْ كَانَ يَأْخُذَانِ لِلتَّجَارَةِ ، هَاتِيئَهُ الْإِمَامُ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ يَأْخُذَانِ لِلْحَاجَةِ ، فَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، يُهَيَّأُ^(٥) بَيْنَهُمَا .^(٦) وَالثَّانِي ، يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا^(٧) . وَالثَّالِثُ ، يُقَدِّمُ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا . وَالرَّابِعُ ، يَنْصِبُ الْإِمَامُ مَنْ يَأْخُذُ لَهَا ، وَ^(٨) يَقْسِمُ بَيْنَهُمَا .

فصل : وَمَنْ شَرَعَ فِي حَفْرِ مَعْدِنٍ ، وَلَمْ يَتْلُغِ النَّيْلَ^(٩) ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، كَالشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، [و٢٢٩] وَلَا يَمْلِكُهُ وَإِنْ بَلَغَ النَّيْلَ ؛ لِأَنَّ الْإِحْيَاءَ الْعِمَارَةَ ، وَهَذَا تَخْرِيْبٌ ، فَلَا يَمْلِكُ بِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَخْتِاجُ فِي كُلِّ جُزْءٍ إِلَى عَمَلٍ ، فَلَا يَمْلِكُ مِنْهُ إِلَّا مَا أَخَذَ ، لَكِنْ يَكُونُ أَحَقُّ بِهِ مَا دَامَ يَأْخُذُ . وَإِنْ

(١ - ١) زيادة من ف .

(٢) زيادة من : م .

(٣) في م : « يضر » .

(٤) في م : « يهاتاه » .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) في س ٢ : « أو » .

(٧) بعده في م : « به » .

حَفَرَهُ^(١) إِنْسَانٌ مِنْ جَانِبِ آخَرَ، فَوَصَلَ إِلَى النَّيْلِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنَعُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ.

فصل: ويجوزُ الارتفاقُ بالقُعودِ في الرَّحَابِ والشُّوَارِعِ والطُّرُقِ الواسِعَةِ، للبيعِ والشُّراءِ؛ لاتِّفَاقِ أَهْلِ الْأَمْصَارِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ إِنْكَارٍ، وَلِأَنَّهُ ارْتِفَاقٌ^(٢) مُبْتَاهٍ مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ، فَلَمْ يُمْنَعْ مِنْهُ، كَالاجْتِيَاكِزِ. وَمَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ، كَانَ أَحَقَّ بِهِ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ مَنَّاخٌ^(٣) مَنْ سَبَقَ»^(٤). وَلَهُ أَنْ يُظَلَّلَ عَلَيْهِ بِمَا لَا يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ بغيرِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَنَبَّأَ دَكَّةً^(٥) وَلَا غَيْرَهَا؛ لِأَنَّهَا تُضَيِّقُ، وَيَعْتُرُّ بِهَا الْعَابِرُ. فَإِنْ قَامَ وَتَرَكَ مَتَاعَهُ، لَمْ يَجُزْ لغيرِهِ أَنْ يَقْعُدَ؛ لِأَنَّ يَدَهُ لَمْ تَزُلْ. وَإِنْ أَطَالَ^(٦) الْقُعُودَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ سَبَقَ تَوْجِيهُهُمَا. وَإِنْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا؛ لِتَسَاوِيهِمَا. وَالثَّانِي، يُقَدَّمُ الْإِمَامُ أَحَدُهُمَا؛ لِأَنَّ لَهُ نَظْرًا وَاجْتِهَادًا.

(١) فِي م: «حفر».

(٢) فِي م: «إرفاق».

(٣) فِي الْأَصْل: «مباح».

(٤) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ تَحْرِيمِ حَرَمِ مَكَّةَ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ. سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٤٦٦/١. وَالتِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ مَا جَاءَ أَنْ مَنَى مَنَاخَ مَنْ سَبَقَ، مِنْ أَبْوَابِ الْحَجِّ، عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٤/١١١. وَابْنُ مَاجَةَ، فِي: بَابِ التَّزْوِلِ بِمَنَى، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ. سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ١٠٠٠/٢. وَالدَّارِمِيُّ، فِي: بَابِ كِرَاهِيَةِ الْبَنِيَانِ بِمَنَى، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ. سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٧٣/٢. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ١٨٧/٦، ٢٠٦، ٢٠٧.

(٥) الدَّكَّةُ: انْظُرْ صَفْحَةَ ٢٧٧.

(٦) فِي الْأَصْلِ، س ١، س ٢، ب: «طال».

فصل في القَطَائِع : وهى ضَرْبَانِ ؛ إِقْطَاعُ إِزْفَاقٍ ، وهى مَقَاعِدُ الْأَشْوَاقِ وَالرَّحَابِ ، فَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهَا لِمَنْ يَجْلِسُ فِيهَا ، فَيَصِيرُ كَالسَّابِقِ إِلَيْهَا ، إِلَّا أَنَّهُ أَحَقُّ بِهَا وَإِنْ نَقَلَ مَتَاعَهُ ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ النَّظَرَ وَالْاجْتِهَادَ ، فَإِذَا أَقْطَعَهُ ، ثَبَّتَ يَدَهُ عَلَيْهِ بِالْإِقْطَاعِ ، فَلَمْ يَكُنْ لغيرِهِ أَنْ يَقْعُدَ فِيهِ .

الضَّرْبُ الثَّانِي ، مَوَاتُ الْأَرْضِ ، فَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهَا لِمَنْ يُخَيِّمُهَا ؛ لِمَا رَوَى وَائِلُ بْنُ حُجْرٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا ، فَأَرْسَلَ مُعَاوِيَةَ : « أَنْ أُعْطِيَهَا ^(١) إِيَّاهُ ^(٢) - أَوْ - أَعْلِمَهَا ^(٣) إِيَّاهُ » . « حَدِيثٌ صَحِيحٌ ^(٤) . وَأَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ الْمَزْنِيُّ ^(٥) ، وَأُبَيْضُ بْنُ حَمَّالٍ الْمَأْرِيَّ ^(٦) . وَأَقْطَعَ

(١) فى الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ف ، م : « أعطه » .

والمثبت من : ب ، والمسند .

(٢) فى م : « إياها » .

(٣) فى ف : « أعملها » .

(٤ - ٤) فى م : « رواه الترمذى وصححه » .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٤ / ٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٥١ / ٦ ، ١٥٢ . والدارمى ، فى : باب فى القطائع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٨ / ٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٩٩ / ٦ . واللفظ له .

(٥) انظر ما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الخراج والفىء والإمارة . سنن أبي داود ١٥٤ / ٢ ، ١٥٥ . والإمام مالك ، فى : باب الزكاة فى المعادن ، من كتاب الزكاة . الموطأ ٢٤٨ / ١ ، ٢٤٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٦ / ١ . وأبو عبيد ، فى : الأموال ٣٣٨ . وانظر ما يأتى تخريجه فى حاشية (٥ - ٥) فى الصفحة التالية .

(٦) فى م : « المازنى » .

والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ٥٥٥ .

الزُّبَيْرُ حُضَرَ^(١) فَرَسِهِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٢) . وَأَقْطَعَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ^(٣) .

وَمَنْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ شَيْئًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ ، لَكِنْ يَصِيرُ كَالْمُتَحَجِّرِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ .

وَلَا يُقْطَعُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا مَا قُدِرَ عَلَى إِحْيَائِهِ ؛ لِأَنَّ إِقْطَاعَهُ أَكْثَرَ مِنْهُ إِدْخَالَ ضَرَرٍ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بِلَا فَائِدَةٍ ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ ابْنَ الْحَارِثِ الْعَقِيقَ ، فَلَمَّا كَانَ زَمَنُ عُمَرَ ، قَالَ لَهُ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يُقْطِعْكَ لِتَحْتَجِرْهُ^(٤) عَلَى النَّاسِ ، فَخُذْ مَا قَدَرْتَ عَلَى عِمَارَتِهِ وَدَعْ بَاقِيَهُ . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ^(٥) فِي « الْأَمْوَالِ »^(٥) .

فصل : وليس للإمام إقطاع المعادين الظاهرة ؛ لما ذكرنا في إحيائها . قال أصحابنا : وكذلك المعادين الباطنة ؛ لأنها في معناها . ويَحْتَمِلُ جَوَازَ إِقْطَاعِهَا ؛ [٢٢٩ ظ] لما رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الْحَارِثِ مَعَادِنَ

(١) حضر فرسه : عدوها ، أى قدر ما تعدو عدوة واحدة .

(٢) فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٥٨ / ٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١٥٦ / ٢ .

(٣) أخرج هذه الآثار أبو عبيد فى الأموال ٢٧٦ - ٢٧٨ .

(٤) فى س ٢ : « لتحجره » ، وهو موافق لما عند البيهقى .

(٥ - ٥) سقط من س ١ .

والأثر أخرجه أبو عبيد ، فى : الأموال ٢٧٣ . دون قصة عمر .

كما أخرجه بذكر قصة عمر ، ابن خزيمة ، فى : صحيحه ٤ / ٤٤ . والبيهقى ، فى : السنن

الكبرى ١٥٢ / ٤ ، ١٤٩ / ٦ .

الْقَبْلِيَّة^(١)؛ جَلَسِيَّتْهَا وَغَوْرِيَّتْهَا^(٢). رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣). وَلَأَنَّهُ يَفْتَقِرُ^(٤) الْإِنْتِفَاعُ
بِهَا إِلَى الْمُؤْنِ، فَجَازَ إِقْطَاعُهُ، كَالْمَوَاتِ.

فَصَلِّ فِي الْحِمَى: لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَحْمِيَ^(٥) لِنَفْسِهِ مَوَاتًا يَمْنَعُ
النَّاسَ الرَّغَى فِيهِ؛ لِمَا رَوَى الصَّغْبُ بْنُ جَثَّامَةَ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ
ﷺ يَقُولُ: «لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ^(٦) وَلِرَسُولِهِ^(٦)». رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٧).
وَقَالَ^(٥): «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ؛ فِي^(٨) الْمَاءِ، وَالْكَلَاءِ، وَالنَّارِ^(٩)».
وَلِلْإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ مَكَانًا لَتَرْغَى فِيهِ خَيْلُ الْمُجَاهِدِينَ، وَنَعْمُ الْجَزِيَّةُ، وَإِبِلُ
الصَّدَقَةِ، وَضَوَالُ النَّاسِ الَّتِي يَقُومُ بِحِفْظِهَا؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَمَى

(١) قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ: الْقَبْلِيَّةُ بِلَادٌ مَعْرُوفَةٌ بِالْحِجَازِ. الْأُمُودُ ٣٣٨.

(٢) جَلَسِيَّتْهَا وَغَوْرِيَّتْهَا: أَيُّ مَرْتَفَعِهَا وَمُنْخَفِضِهَا.

(٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٩٩ حَاشِيَةِ ٥.

(٤) بَعْدَهُ فِي م: «فِي».

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلُ.

(٦ - ٦) فِي س ١، س ٢، ف، ب: «وَرَسُولُهُ».

(٧ - ٧) فِي س ١، ف: «مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ»، وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ، وَفِي س ٢، ب: «مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ».

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ فِي الْأَرْضِ يَحْمِيهَا الْإِمَامُ أَوْ الرَّجُلُ، مِنْ كِتَابِ
الْخُرَاجِ. سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ١٦٠/٢.

كَمَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ، فِي: بَابِ لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ، وَفِي: بَابِ
أَهْلِ الدَّارِ يَبِيتُونَ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ. صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٤٨/٣، ٧٤/٤. وَالنَّسَائِيُّ، فِي: بَابِ
إِصَابَةِ أَوْلَادِ الْمُشْرِكِينَ فِي الْبِيَّاتِ بِغَيْرِ قَصْدٍ، مِنْ كِتَابِ السَّيْرِ. السَّنَنُ الْكُبْرَى ١٨٦/٥. وَالْإِمَامُ
أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ٣٨/٤.

(٨) زِيَادَةٌ مِنْ: ف.

(٩) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٥٢.

النَّقِيعُ^(١) لَحْثِلِ الْمُسْلِمِينَ^(٢). وَلَأَنَّ عُمَرَ وَعُثْمَانَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، حَمِيًّا. وَاشْتَهَرَ فِي الصَّحَابَةِ، فَلَمْ يُنْكَرْ، فَكَانَ إِجْمَاعًا. وَقَالَ عُمَرُ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَاللَّهِ لَوْلَا مَا أَحْمِلُ عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، مَا حَمَيْتُ مِنَ الْأَرْضِ شِبْرًا فِي شِبْرٍ. رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ^(٣). وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِيَ قَدْرًا يُضَيِّقُ بِهِ عَلَى النَّاسِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا جاز لِلْمَصْلَحَةِ، فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ بِضَرَرٍ أَكْثَرَ مِنْهَا.

وَمَا حَمَاهُ النَّبِيُّ ﷺ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ نَقْضُهُ، وَلَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ؛ لِأَنَّ مَا^(٤) حَكَمَ بِهِ^(٥) النَّبِيُّ ﷺ نَصٌّ،^(٦) فَلَمْ يَجْزُ نَقْضُهُ^(٧) بِالْاجْتِهَادِ. وَمَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأَئِمَّةِ جاز لغيره مِنَ الْأَئِمَّةِ تَغْيِيرُهُ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ. وَفِي الْآخِرِ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْقُضُ الْاجْتِهَادَ بِالْاجْتِهَادِ. وَالْأَوَّلُ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْاجْتِهَادَ فِي حِمَايَا فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ دُونَ غَيْرِهَا وَلِهَذَا مَلَكَ

(١) فِي ف: «البقيع».

وَالنَّقِيعُ: مَوْضِعٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَدِينَةِ عَشْرُونَ فَرَسَخًا. مَعْجَمُ الْبُلْدَانِ ٨٠٨/٤.

(٢) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ١٥٥/٢، ١٥٧. وَابْنُ أَبِي عُبَيْدٍ، فِي: السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦/١٤٦. وَأَبُو عُبَيْدٍ، فِي: الْأَمْوَالِ ٢٩٨.

وَذَكَرَهُ الْبُخَارِيُّ بِإِسْنَادٍ فِي صَحِيحِهِ ١٣٨/٣. وَأَبُو دَاوُدَ، فِي: سُنَنِ ١٦٠/٢.

(٣) فِي: الْأَمْوَالِ ٢٩٩.

كَمَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ، فِي: بَابِ إِذَا أَسْلَمَ قَوْمٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ، وَلَهُمْ مَالٌ وَأَرْضُونَ... مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ. صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٨٧/٤. وَالْإِمَامُ مَالِكٌ، فِي: بَابِ مَا يَتَّقَى مِنْ دَعْوَةِ الْمَظْلُومِ، مِنْ كِتَابِ دَعْوَةِ الْمَظْلُومِ. الْمُوطَأُ ١٠٠٣/٢.

(٤ - ٤) فِي م: «حماء».

(٥ - ٥) فِي م: «فلا ينقض».

الحامى لها تَغْيِيرَهَا .

وإن أحياء إنسان ، مَلَكَه ؛ لَأَنَّ حِمَى الأُمَمَةِ اجْتِهَادٌ ، وَمِلْكُ الأَرْضِ
بِأَحْيَائِهَا نَصْرٌ ، فَيُقَدَّمُ عَلَى الاجْتِهَادِ .

بَابُ أَحْكَامِ الْمِيَاهِ

وهي ضربان ؛ مُباحٌ ، وغيره ، فغيرُ المُباحِ ما يَنْبُغُ في أرضٍ مملوكةٍ ، فصاحبُها^(١) أحقُّ به ؛ لأنَّه يملكه في رواية . وفي الأخرى ، لا يملكه ،^(٢) إلاَّ أنَّه^(٣) ليس لغيره دُخولُ أرضه بغيرِ إذنه .

وما فَضَلَ عن حاجته ، لزمه بذله لسقي ماشية غيره ؛ لما روى أبو هريرة أنَّ النبي ﷺ قال : « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ لِيَمْنَعَ بِهِ فَضْلَ الْكَلَاءِ ، مَنَعَهُ اللَّهُ فَضْلَ^(٤) رَحْمَتِهِ » . ولا يلزمه الحبْلُ والدَّلْوُ ؛ لأنَّه يَتَلَفُ بالاستِعمالِ ، فيتَضَرَّرُ به ، فَأَشْبَهَ بَقِيَّةَ مَالِهِ . وهل يلزمه بذلُ فضلِ مائه لزرع غيره ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يلزمه ؛ لأنَّ الزَّرْعَ لا حُرْمَةَ له في نفسه . والثانية ، يلزمه ؛ لما روى إياسُ بنُ عبْدٍ أنَّ النبي ﷺ نهى عن يَنعِ فَضْلِ الْمَاءِ .

(١) في م : « فصاحبه » .

(٢ - ٢) في الأصل : « لأنه » .

(٣) سقط من : س ٢ .

(٤) أخرجه الإمام أحمد عن عبد الله بن عمرو بلفظ قريب منه ، في : المسند ١٨٣ / ٢ ، ٢٢١ . والذي عن أبي هريرة : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاء » . وبنحوه ، عند البخاري ، في صحيحه ٣١ / ٩ . ومسلم ، في صحيحه ١١٩٨ / ٣ . وأبي داود ، في سننه ٢٤٨ / ٢ . والترمذي ، عارضة الأحوذى ٢٧٣ / ٥ . وابن ماجه ، في سننه ٢٢٨ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٤٤ ، ٢٧٢ ، ٣٠٩ ، ٣٦٠ ، ٤٤٠ ، ٤٨٢ ، ٤٩٤ ، ٥٠٠ .

١) رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ، ٢) وَالتِّرْمِذِيُّ، وَابْنُ مَاجَهَ ٣). وَإِنْ لَمْ يُفْضَلْ عَنْهُ شَيْءٌ، لَمْ يَلْزَمَهُ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْوَعِيدَ عَلَى مَنَعِ الْفَضْلِ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ مَنَعِ غَيْرِهِ، وَلِأَنَّ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ يَسْتَضِرُّ بِبَذْلِهِ، فَلَمْ يَجِبْ بِذَلِكَ، كَحَبْلِهِ وَدَلْوِهِ.

الضَّرْبُ الثَّانِي، الْمَاءُ النَّابِعُ فِي الْمَوَاتِ، فَمَنْ سَبَقَ إِلَى شَيْءٍ مِنْهُ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ [٢٣٠] إِلَيْهِ مُسْلِمٌ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ» ٤).

وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَسْقِيَ أَرْضًا وَكَانَ الْمَاءُ فِي نَهْرٍ عَظِيمٍ لَا يَسْتَضِرُّ أَحَدٌ بِسَقْيِهِ، جَازَ أَنْ يَسْقِيَ كَيْفَ شَاءَ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى أَحَدٍ. وَإِنْ كَانَ نَهْرًا صَغِيرًا، أَوْ ٥) مِنْ مِيَاهِ الْأَمْطَارِ، بُدِئَ بِمَنْ فِي أَوَّلِ النَّهْرِ، فَيَسْقِي، وَيَحْبِسُ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَ، ثُمَّ يُرْسِلُ إِلَى الَّذِي يَلِيهِ كَذَلِكَ إِلَى الْآخِرِ؛ لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي بَكْرٍ بْنُ عَمْرِو بْنِ ٥) حَزْمٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ

(١ - ١) سقط من: س ١، س ٢.

(٢ - ٢) سقط من: م.

والحديث أخرجه أبو داود، في: باب في بيع فضل الماء، من كتاب البيوع. سنن أبي داود ٢/٢٤٩. والترمذي، في: باب ما جاء في بيع فضل الماء، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/٢٧٢. وابن ماجه، في: باب النهي عن بيع الماء، من كتاب الرهون. سنن ابن ماجه ٢/٨٢٨.

كما أخرجه مسلم، في: باب تحريم بيع فضل الماء...، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٣/١١٩٧. والنسائي، في: باب بيع الماء، وباب بيع ضراب الجمل، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/٢٧٠، ٢٧٣. والإمام أحمد، في: المسند ٣/٤١٧، ٤/١٣٨.

(٣) تقدم تخريجه في ٥٥٣.

(٤) بعده في س ٢: «كان».

(٥) سقط من: الأصل.

اللَّهُ ﷻ قال في سَيْلٍ مَهْزُورٍ وَمَذْنِيبٍ^(١) : « يُمِسُّكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ^(٢) ، ثُمَّ يُرْسِلُ الْأَعْلَى إِلَى^(٣) الْأَسْفَلِ » . أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي « الْمَوْطَأِ »^(٤) . وَعَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ أَنَّ رَجُلًا^(٥) مِنَ الْأَنْصَارِ^(٦) خَاصَمَ الزُّبَيْرَ فِي شِرَاجِ الْحَرَّةِ الَّتِي يَسْقُونَ بِهَا^(٧) ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اسْقِ يَا زُبَيْرُ ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ » . فَغَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ وَقَالَ : أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ . فَتَلَوْنَ وَجْهَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، ثُمَّ قَالَ : « يَا زُبَيْرُ اسْقِ ، ثُمَّ اخْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى^(٨) يَزْجَعَ^(٩) إِلَى^(١٠) الْجَدْرِ^(١١) » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٢) . وَشِرَاجُ الْحَرَّةِ ؛ مَسَائِلُ الْمَاءِ ، جَمْعُ شَرْجٍ ،

(١) قال عبد الملك بن حبيب : مهزور ومذنيب واديان من أودية المدينة ، يسيلان بالمطر ، وتتنافس أهل الحوائط في سيلهما . المغنى ١٦٩ / ٨ .

(٢) في ف : « الكعب » .

(٣) سقط من : الأصل ، وفي ف : « على » .

(٤) في : باب القضاء في المياه ، كتاب الأقضية . الموطأ ٧٤٤ / ٢ .

كما أخرجه موصولاً من حديث عبد الله بن عمرو ، أبو داود ، في : أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٨٤ / ٢ . وابن ماجه ، في : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣٠ / ٢ .

(٥ - ٥) سقط من : م .

(٦) بعده في ف : « النخل » .

(٧ - ٧) في الأصل : « يبلغ » ، وفي م : « يبلغ إلى » .

(٨) الجدر : قال ابن الأثير : هو ما رفع حول المزرعة كالجدار . النهاية ٢٤٦ / ١ .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب سكر الأنهار ، وباب شرب الأعلى قبل الأسفل ، وباب شرب الأعلى إلى الكعبين ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب إذا أشار الإمام بالصلح ... ، من كتاب الصلح ، وفي : باب ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾ ... ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ١٤٥ / ٣ ، ١٤٦ ، ٢٤٥ ، ٥٧ / ٦ ، ٥٨ . ومسلم ، في : باب وجوب اتباعه ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨٢٩ / ٤ ، ١٨٣٠ . =

وهو النَّهْرُ الصَّغِيرُ . ولأنَّ السَّابِقَ إِلَى أَوَّلِ النَّهْرِ كَالسَّابِقِ إِلَى أَوَّلِ الْمَشْرِعَةِ .
وإن كانت أَرْضُ الْأَوَّلِ بَعْضُهَا أَنْزَلَ مِنْ بَعْضٍ ، سَقَى كُلَّ وَاحِدَةٍ عَلَى
جِدَّتِهَا .

فإن أرادَ إنسانٌ إحياءَ أرضٍ على النَّهْرِ ، بحيثُ إذا سَقَاها يَسْتَضِرُّ أَهْلُ
الْأَرْضِ الشَّارِبَةِ مِنْهُ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لَأَنَّ مَنْ مَلَكَ أَرْضًا كانت له حُقُوقُهَا
وَمَرَافِقُهَا ، وَاسْتِحْقَاقُ السَّقْيِ مِنْ هَذَا النَّهْرِ مِنْ حُقُوقِهَا ، فَلَا يَمْلِكُ غَيْرُهُ
إِبْطَالَهُ .

فصل : فإن اشترك جماعة في استنباط عَيْنٍ ، اشتركوا في مائها ،
وكان بينهم على ما اتَّفَقُوا عليه عندَ اسْتِخْرَاجِهَا ، فإن اتَّفَقُوا على سَقْيِ
أَرْضِهِمْ^(١) مِنْهَا بِالْمُهَايَاةِ جاز ، وإن أَرَادُوا قِسْمَتَهُ بِنَضْبِ حَجَرٍ ، أَوْ^(٢) خَشَبَةٍ
مُسْتَوِيَةٍ فِي مَضِدِّ الْمَاءِ ، فِيهَا ثُقْبَانِ^(٣) عَلَى قَدَرِ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ،

= كما أخرجه أبو داود ، في : أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٨٣/٢ ،
٢٨٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجلين يكون أحدهما أسفل من الآخر في الماء ، من
أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١١٩/٦ ، ١٢٠ . والنسائي ، في : باب الرخصة للحاكم
الأمين أن يحكم وهو غضبان ، وباب إشارة الحاكم بالرفق ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢٠٩/٨ ،
٢١٥ . وابن ماجه ، في : باب تعظيم حديث رسول الله ... من المقدمة ، وفي : باب الشرب
من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٧/١ ، ٨ ، ٨٢٩/٢ . والإمام
أحمد ، في : المسند ٥/٤ .

(١) في س ١ ، ف : «أرضيهم» ، وفي ب : «أراضيهم» .

(٢) في س ٢ : «و» .

(٣) في م : «نقبان» ، وغير منقوطة في س ١ ، ب .

جاز، وتُخْرَجُ حِصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي «سَاقِيَةٍ مُفْرَدَةٍ»^(١). فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَسْقِيَ بِنَصِيْبِهِ أَرْضًا لَا حَقَّ لَهَا فِي الشُّرْبِ مِنْهُ، فَلَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ «لَا حَقَّ»^(٢) لغيره فيه، فَكَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ كَيْفَ شَاءَ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِالْعَيْنِ. وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ^(٣) لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ لِهَذِهِ الْأَرْضِ رَسْمًا فِي الشُّرْبِ مِنْهُ، فَمُنْعٌ مِنْهُ، كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ دَارَانِ مُتَلَاصِقَتَانِ فِي دَرِيْعَيْنِ، أَرَادَ فَتَحَ إِحْدَاهُمَا إِلَى الْأُخْرَى.

وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَتْحُ سَاقِيَةٍ فِي جَانِبِ النَّهْرِ قَبْلَ الْمَقْسِمِ، يَأْخُذُ حَقَّهُ فِيهَا، وَلَا أَنْ يَنْصَبَ عَلَى حَافَتِي النَّهْرِ رَحَى تَدُورُ بِالْمَاءِ، وَلَا غَيْرَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ حَرِيمَ النَّهْرِ مُشْتَرَكٌ، فَلَمْ يَمْلِكِ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ.

فصل: وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مُبَاحٍ؛ كَالشُّنْبُلِ الَّذِي يَنْتَثِرُ مِنَ الْحَصَادِينَ، وَثَمَرِ الشَّجَرِ الْمُبَاحِ، وَالثَّلْجِ^(٤)، وَمَا يَنْبِذُهُ النَّاسُ رَغْبَةً عَنْهُ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ؛ لِلخَبَرِ. فَإِنْ اسْتَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ، قُسِمَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا اشْتَرَكَا فِي السَّبَبِ، فَاشْتَرَكَا فِي الْمَمْلُوكِ بِهِ، كَمَا لَوْ ابْتَاغَاهُ^(٥).

(١ - ١) فِي م: «سَاقِيَتُهُ مُفْرَدَةٌ».

(٢ - ٢) فِي س ٢: «لِحَقِّ».

(٣) زِيَادَةٌ مِنْ: م.

(٤) فِي م: «الْبَلَح».

(٥) فِي الْأَصْلِ: «ابْتَاغَاهُ».

[٢٣٠ ظ] بَابُ ^(١) الْوَقْفِ

ومغناه تحييس الأصل ، وتشبييل الثمرة .

وهو مُسْتَحَبٌّ ، لما رَوَى عن النبي ﷺ أَنَّهُ ^(٢) قال : « إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ ؛ عِلْمٍ يُتَّقَعُ بِهِ مِنْ بَعْدِهِ ، أَوْ ^(٣) وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ ، أَوْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ » . رواه مسلم ^(٤) .

ويجوزُ وَقْفُ الْأَرْضِ ؛ لما رَوَى ابنُ عُمرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّ عُمَرَ أَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ ، لَمْ أَصِبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ ، فَمَا تَأْمُرُنِي فِيهَا ؟ قَالَ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا ، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا ، غَيْرَ أَنَّهُ ^(٥) لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا ، وَلَا يُتَّاعُ ، وَلَا يُوهَبُ ،

(١) في م : « كتاب » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « و » .

(٤) في : باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ٣ / ١٢٥٥ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب فيما جاء في الصدقة عن الميت ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠٦ / ٢ . والترمذي ، في : باب في الوقف ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٤٤ . والنسائي ، في : باب فضل الصدقة عن الميت ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦ / ٢١٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٧٢ / ٢ .

(٥) في م : « أن » .

وَلَا يُورَثُ». قال^(١): فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٢)، فِي الْفُقَرَاءِ، وَذَوِي^(٣) الْقُرْبَى، وَالرَّقَابِ، وَابْنِ السَّبِيلِ، وَالضَّعِيفِ، لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ^(٤) وَلِيهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا بِالْمَعْرُوفِ، غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ مِنْهُ، أَوْ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٥).

وَوَقَّفَ السَّلَاحَ وَالْحَيَوَانَ جَائِزًا؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «أَمَّا خَالِدٌ فَإِنَّهُ قَدْ اخْتَبَسَ أَذْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ^(٦) فِي سَبِيلِ اللَّهِ^(٧)». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٨). وَفِي رِوَايَةٍ:

-
- (١) زيادة من: م.
(٢) بعده في م: «على أن لا يباع ولا يوهب ولا يورث».
(٣) في س ٢، ف: «ذى».
(٤) سقط من: الأصل.
(٥) أخرجه البخارى، في: باب الشروط في الوقف، من كتاب الشروط، وفي: باب ما للوصى أن يعمل في مال اليتيم...، وباب الوقف كيف يكتب، من كتاب الوصايا. صحيح البخارى ٢٦٠/٣، ١١/٤، ١٢، ١٤. ومسلم، في: باب الوقف، من كتاب الوصية. صحيح مسلم ١٢٥٥/٣، ١٢٥٦.
كما أخرجه أبو داود، في: باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف، من كتاب الوصايا. سنن أبي داود ١٠٥/٢. والترمذى، في: باب في الوقف، من أبواب الأحكام. عارضة الأحوذى ٦/١٤٣. والنسائى، في: باب كيف يكتب الحبس...، من كتاب الأحباس. المجتبى ١٩١/٦، ١٩٢. وابن ماجه، في: باب من وقف، من كتاب الصدقات. سنن ابن ماجه ٨٠١/٢. والإمام أحمد، في: المسند ١٢/٢، ١٣، ٥٥، ١٢٥.
(٦) قال الخطائى: العتاد كل ما أعده الرجل من سلاح أو مركوب وآلة للجهاد. معالم السنن ٥٣/٢.
(٧) بعده في الأصل: «عز وجل».
(٨) أخرجه البخارى، في: باب قول الله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ...﴾، من كتاب الزكاة، وفي: باب ما قيل في درع النبي ﷺ...، من كتاب الجهاد. صحيح البخارى ١٥١/٢، ٤/٤٩. ومسلم، في: باب في تقديم الزكاة ومنعها، من كتاب الزكاة. صحيح مسلم ٦٧٧/٢ =

« وَأَعْتَدَهُ »^(١) . وَيَصِيحُ وَقَفُ كُلِّ عَيْنٍ يُتَفَعُّ بِهَا مَعَ بَقَاءِ عَيْنَيْهَا دَائِمًا ؛ قِيَاسًا عَلَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ . وَيَصِيحُ وَقَفُ الْمُشَاعِ ؛ لِأَنَّ فِي حَدِيثِ عُمَرَ أَنَّهُ أَصَابَ مِائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْرٍ ، فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ بِوَقْفِهَا^(٢) . وَهَذَا صِفَةُ الْمُشَاعِ ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ ، وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَهَذَا يَخْصُلُ فِي الْمُشَاعِ ، كَحُصُولِهِ فِي^(٣) الْمَقَرِّزِ . وَيَصِيحُ وَقَفُ عُلوِّ الدَّارِ دُونَ سُفْلِهَا ، وَسُفْلِهَا^(٤) دُونَ عُلوِّهَا ؛ لِأَنَّهُمَا عَيْنَانِ يَجُوزُ وَقْفُهُمَا^(٥) ، فَجَازَ وَقَفُ أَحَدِهِمَا ، كَالدَّارَيْنِ .

فصل : ولا يصح وقف ما لا يتفع به مع بقاء عينه ؛ كالأثمان ، والمأكول ، والمشروب ، والشمع ؛ لأنه لا^(٦) يحصل تسبيل ثمرته مع بقائه . « ولا ما^(٧) يُشرع إليه الفساد ، كالرياحين ؛ لأنها لا تباقي^(٨) .

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب في تعجيل الزكاة ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ١ / ٣٧٦ . والنسائي ، في : باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ٢٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٣٢٢ .

(١) في س ٢ : « وأعبده » .

(٢) أخرجه النسائي ، في : باب حبس المشاع ، من كتاب الأحباس . المجتبى ٦ / ١٩٣ . وابن ماجه ، في : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠١ .

(٣) في س ١ ، س ٢ ، م : « من » .

(٤) في الأصل : « أسفلها » .

(٥) بعده في س ٢ : « كالأثمان » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧ - ٧) في الأصل : « وما لا » .

(٨) في الأصل : « تبقى » .

«ولا ما» لا يجوزُ بَيْعُهُ ؛ كَالْكَلْبِ ، وَالْحَنْزِيرِ ، وَلَا الْمَرْهُونِ ، وَالْحَمْلِ الْمُنْفَرِدِ ، وَلَا أُمُّ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكٌ ، فَلَا يَجُوزُ فِي هَذِهِ ، كَالْبَيْعِ .
وَلَا يَجُوزُ فِي غَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ كَأَحَدِ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ، وَفَرَسٍ ، وَعَبْدٍ ؛ لِأَنَّهُ نَقْلُ مِلْكٍ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْهَبَةِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ إِلَّا عَلَى بَرٍّ ؛ كَالْمَسَاجِدِ ، وَالْقَنَاطِرِ ، وَالْفُقَرَاءِ ، وَالْأَقَارِبِ ، أَوْ آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا ؛ لِأَنَّهُ فِي مَوْضِعِ الْقُرْبَةِ ، وَلِهَذَا جَازَتْ الصَّدَقَةُ عَلَيْهِ .

وَلَا يَصِحُّ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ ؛ كَالْبَيْعِ ، وَكُتُبِ التَّوْرَةِ ، وَالْإِنْجِيلِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِعَانَةٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ ، فَإِنَّ^(١) هَذِهِ الْكُتُبُ مَنْسُوخَةٌ [٢٣١ و] قَدْ بُدِّلَ^(٢) بَعْضُهَا ، وَقَدْ غَضِبَ النَّبِيُّ ﷺ حِينَ رَأَى مَعَ عُمَرَ شَيْئًا اسْتَكْتَبَهُ مِنْهَا^(٣) .
وَلَا عَلَى قُطَاعِ الطَّرِيقِ ؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ ، وَالْقَصْدُ بِالْوَقْفِ الْقُرْبَةُ .
وَلَا عَلَى مَنْ لَا^(٤) يَمْلِكُ ؛ كَالْمَيِّتِ ، وَالْمَلِكِ ، وَالْجِنِّيِّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكٌ فِي الْحَيَاةِ . وَلَا عَلَى عَبْدٍ ، أَوْ أُمٍّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ فِي رِوَايَةٍ . وَفِي أُخْرَى ، يَمْلِكُهُ غَيْرُ لَازِمٍ . وَالْوَقْفُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُتَزَلِّزًا . وَلَا عَلَى

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : «وَمَا لَا» .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «لَأَنَّ» ، وَفِي م : «وَلَأَنَّ» .

(٣) فِي الْأَصْلِ : «تَرَكَ» .

(٤) أَخْرَجَهُ الدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يَتَّقَى مِنْ تَفْسِيرِ حَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ وَقَوْلِ غَيْرِهِ عِنْدَ قَوْلِهِ ﷺ ، مِنْ الْمَقْدَمَةِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ١ / ١١٥ ، ١١٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣ / ٣٨٧ . وَانْظُرْ إِرْوَاءَ الْغَلِيلِ ٦ / ٣٤ - ٣٨ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : س ٢ .

حَرْبِيَّ أَوْ^(١) مُزْتَدٍّ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُمَا^(٢) تَجَوُّزُ إِزَالَتِهِ^(٣) ، وَالْوَقْفُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ
لَا زِمًا . وَلَا عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍّ ؛ كَرَجُلٍ ، أَوْ^(٤) امْرَأَةٍ ؛ لِأَنَّ تَمْلِيكَ غَيْرِ الْمُعَيَّنِّ لَا
يَصِحُّ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ جَازَ الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاجِدِ وَهِيَ لَا تَمْلِكُ ؟ قُلْنَا :
الْوَقْفُ إِنَّمَا هُوَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، لَكِنْ عُيِّنَ نَفْعًا خَاصًّا لَهُمْ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ تَغْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطِ مُسْتَقْبَلٍ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَنْطَلِقُ
بِالْجَهَالَةِ ، فَلَمْ يَجْزُ تَغْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطِ مُسْتَقْبَلٍ ، كَالْبَيْعِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : هُوَ
وَقْفٌ بَعْدَ مَوْتِي . فَيَصِحُّ ، وَيَكُونُ وَصِيَّةً يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّهُ
تَبَرُّعٌ مَشْرُوطٌ بِالْمَوْتِ ، فَكَانَ وَصِيَّةً ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِذَا مِتُّ فَهَذَا صَدَقَةٌ
لِلْمَسَاكِينِ . وَجَعَلَ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ تَغْلِيْقَ الْوَقْفِ عَلَى الْمَوْتِ كَتَغْلِيْقِهِ
عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ . فَلَا يَصِحُّ فِي الْمَوْضِعَيْنِ إِلَّا عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ .
وَالأَوَّلَى التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ تَغْلِيْقَهُ بِالْمَوْتِ وَصِيَّةً ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِذَا
مِتُّ فَدَارِي لِفُلَانٍ . أَوْ : أَتَرَأْتُهُ مِنْ دِينِي عَلَيْهِ . وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ ذَلِكَ
صِحَّةُ تَغْلِيْقِ الْهَبَةِ وَالْإِبْرَاءِ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ ، كَذَا هَلُّهَا .

وَلَا يَجُوزُ الْوَقْفُ إِلَى مُدَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ إِخْرَاجُ مَالٍ عَلَى سَبِيلِ الْقُرْبَةِ ،
فَلَمْ يَجْزُ إِلَى مُدَّةٍ ، كَالصَّدَقَةِ^(٥) . فَإِنْ شَرَطَ فِيهِ الْخِيَارَ ، أَوْ شَرَطَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَلَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مِلْكُهَا » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « إِزَالَتُهَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ف : « وَ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « كَالْعَتَقِ » .

«الرَّجُوعُ فِيهِ»^(١) إِذَا شَاءَ، أَوْ يَبِيعُهُ إِذَا اخْتَجَّ، أَوْ^(٢) يُدْخِلُ فِيهِ مَنْ شَاءَ، لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّهُ إِخْرَاجُ مِلْكٍ^(٣) عَلَى سَبِيلِ الْقُرْبَةِ، فَلَمْ يَصِحَّ مَعَ هَذِهِ الشُّرُوطِ، كَالْعِثْقِ^(٤).

فصل: وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ أَيَّامَ حَيَاتِهِ، أَوْ مُدَّةً بَعَيْنِهَا^(٥)، فَلَهُ شَرْطُهُ. نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، وَاجْتَجَّ بِمَا رَوَى حُجْرُ الْمَدَرِيُّ، أَنَّ فِي صَدَقَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ بِالْمَعْرُوفِ غَيْرِ الْمُنْكَرِ^(٦). وَلِأَنَّ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ فِي وَقْفِهِ: لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا^(٧). وَ^(٨) كَانَ الْوَقْفُ فِي يَدِهِ إِلَى أَنْ مَاتَ. وَلِأَنَّهُ لَوْ وَقَفَ وَقْفًا عَامًّا؛ كَالسَّقَايَةِ^(٩)، وَالْمَسْجِدِ، لَكَانَ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ مِنْهُ، كَذَلِكَ إِذَا خَصَّهُ بِانْتِفَاعِهِ.

فصل: وَإِنْ وَقَفَ عَلَى نَفْسِهِ^(١٠)، فَفِيهِ رَوَاتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، لَا يَصِحُّ؛

(١ - ١) فِي م: «فِيهِ الرَّجُوعُ».

(٢) بَعْدَهُ فِي م: «لَمْ».

(٣) فِي م: «مَالٌ».

(٤) فِي س ١، ف، ب: «كَالصَّدَقَةِ».

(٥) فِي م: «بَعَيْنِهَا».

(٦) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ، فِي: الْمَصْنَفِ ٦/٢٥٣، ١٤/١٦٧. وَانْظُرِ التَّكْمِيلَ لِمَا فَاتَ تَخْرِيجَهُ

مِنْ إِرْوَاءِ الْغَلِيلِ ١٠٠.

(٧) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ٥٧٢.

(٨) فِي الْأَصْلِ: «أَوْ».

(٩) انْظُرِ تَفْسِيرَ مَعْنَى السَّقَايَةِ فِي الْإِنْصَافِ مَعَ الْمَقْنَعِ وَالشَّرْحِ الْكَبِيرِ ١٦/٣٦٥.

(١٠) بَعْدَهُ فِي س ٢، م: «ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِ».

لأنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكَ ، فلم يَصِحَّ أَنْ يُمْلِكَ نَفْسَهُ بِهِ ، كَالْبَيْعِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ ؛
لأنَّه لَمَّا جاز أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ مِنْهُ شَيْئًا ، جاز أَنْ يَخْتَصِرَ بِهِ أَيَّامَ حَيَاتِهِ ،
كَالْوَصِيَّةِ .

فصل : ولا يكونُ الْوَقْفُ إِلَّا على سَبِيلٍ غيرِ مُنْقَطِعٍ ؛ كَالْفُقَرَاءِ ،
وَالْمَسَاكِينِ ، [٢٣١ ظ] وَطَلَبَةِ الْعِلْمِ ، وَالْمَسَاجِدِ ، أو على رجلٍ بَعِيْنِهِ ، ثم
على ما ^(١) لا يَنْقَطِعُ . فإن وَقَفَ على رجلٍ بَعِيْنِهِ وَسَكَتَ ، صَحَّ ، وكان
مُؤَبَّدًا ؛ لأنَّ مُقْتَضَاهُ التَّأْيِيدُ ، فَحُمِلَ فيما سَمَّاهُ على ما شَرَطَهُ ، وفيما
سَكَتَ عنه على مُقْتَضَاهُ ، وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ وَقَفَ مُؤَبَّدًا ^(٢) ، و ^(٣) قَدَّمَ الْمُسَمَّى
على غيره . فإذا انْقَرَضَ الْمُسَمَّى ، صُرِفَ إلى أَقَارِبِ الْوَاقِفِ ؛ لأنَّهُمْ أَحَقُّ
النَّاسِ بِصَدَقَتِهِ ، بِدَلِيلِ قولِ النَّبِيِّ ﷺ : « صَدَقْتُكَ عَلَى غَيْرِ رَحِمِكَ
صَدَقَةٌ ، وَصَدَقْتُكَ عَلَى رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » ^(٤) . وعنه ، أَنَّهُ يَرْجِعُ إلى
الْمَسَاكِينِ ؛ لأنَّهُمْ مَصَارِفُ الصَّدَقَاتِ الْمَفْرُوضَاتِ ؛ كَالزَّكَاةِ
وَالْكَفَّارَاتِ . وَالأَوَّلُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ وَالْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ
يَرْجِعُ إلى الْأَغْنِيَاءِ وَالْفُقَرَاءِ مِنْ أَقَارِبِهِ ؛ لأنَّ الْوَقْفَ يَسْتَوِي فِيهِ الْغَنِيُّ
وَالْفَقِيرُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصِرَ الْفُقَرَاءُ ؛ لأنَّهُمْ مَصْرِفُ الصَّدَقَاتِ . وَيَرْجِعُ
إلى جَمِيعِ الْوَرَثَةِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لأنَّهُ يُصْرَفُ إِلَيْهِمْ مَالُهُ عِنْدَ

(١) فِي ب : « مِنْ » .

(٢) فِي م : « مُؤَبَّد » .

(٣) فِي م : « أَوْ » .

(٤) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي ٢/٢١١ ، ٢١٢ .

مَوْتِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَرْجِعُ إِلَى أَقْرَبِ عَصَبَةِ الْوَاقِفِ ؛ لِأَنَّهُ مَصْرُفٌ وَلَا إِي مُعْتَقِيهِ ^(١) ، وَعَلَيْهِمْ عَقْلُهُ ، فَخُصُّوا بِهَذَا . وَيَكُونُ وَقْفًا عَلَى مَنْ رَجَعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا صُرِفَ ^(٢) إِلَيْهِمْ بِوَقْفِ مَالِكِهِ ^(٣) لَهُ ، وَالْوَقْفُ يَقْتَضِي التَّأْيِيدَ ، فَإِذَا انْقَرَضُوا رَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَقَارِبُ ، رَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِتَعْيِينِهِمْ .

وَلَوْ جَعَلَ الْإِنْتِهَاءَ مِمَّا ^(٤) لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَقَالَ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى الْبَيْعِ ^(٥) . فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَمْ يُسَمَّ لَهُ انْتِهَاءٌ ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ مَا لَا يَجُوزُ كَعَدَمِهِ . وَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ دَارِي . وَلَمْ يَذْكُرْ سَبِيلَهَا ^(٦) ، صَحَّ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ عَلَى سَبِيلِ الْقُرْبَةِ ، فَصَحَّ مُطْلَقًا ، كَالْعِثْقِ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ مُنْقَطِعِ الْإِنْتِهَاءِ .

فصل : إِنْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى هَذَا الْعَبْدِ . وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَالًا ، فَهُوَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ مُنْقَطِعُ الْإِبْتِدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ . وَإِنْ جَعَلَ لَهُ مَالًا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَقَالَ : ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ فِيهِ بَيْنَ مَا يَجُوزُ وَمَا لَا يَجُوزُ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ وَقَفَهُ عَلَى أَوْلَادِهِ ، ثُمَّ عَلَى الْبَيْعِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُخْرَجَ صِحَّتُهُ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . فَإِنْ قُلْنَا بِصِحَّتِهِ ، وَكَانَ

(١) فِي م : « مُعْتَقِهِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « أَنْصَرَفَ » .

(٣) فِي م : « مَلِكِهِ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « مَا » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الْمَبِيعِ » .

(٦) فِي م : « سَبِيلَهَا » .

مَنْ لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ لَا يُمَكِّنُ اِغْتِبَارُ اِنْقِرَاضِهِ ؛ كَالْمَيْتِ ، وَالْمَجْهُولِ ،
صُرِفَ فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ مَنْ لَا يَجُوزُ كَعَدَمِهِ . وَإِنْ أُمِكَنَ
اِغْتِبَارُ اِنْقِرَاضِهِ ، كَعَبْدٍ مُعَيَّنٍ ، اِخْتَمَلَ ذَلِكَ أَيْضًا ؛ لِذَلِكَ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ
يُصْرَفَ إِلَى أَقَارِبِ الْوَاقِفِ إِلَى ^(١) أَنْ يَنْقَرِضَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ
يُصْرَفَ إِلَى مَنْ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ وَقْفَهُ عَلَى مَنْ يَجُوزُ مَشْرُوطٌ بِاِنْقِرَاضِ مَنْ لَا
يَجُوزُ ، فَكَأَنَّ الْوَقْفَ قَبْلَ ذَلِكَ لَا مَصْرِفَ لَهُ ، فَصُرِفَ إِلَى الْأَقَارِبِ ؛
كَمُنْقَطِعِ الْاِنْتِهَاءِ .

فصل : وَيَصِحُّ الْوَقْفُ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ الدَّالِّ ^(٢) عَلَيْهِ ؛ مِثْلَ أَنْ يَبْنِيَ
مَسْجِدًا ، وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ ، أَوْ مَقْبَرَةً ، وَيَأْذَنَ لَهُمْ فِي الدَّفْنِ
فِيهَا ، أَوْ سِقَايَةً وَيَشْرَعَ بِابْنِهَا ، وَيَأْذَنَ فِي دُخُولِهَا ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ [٢٣٢] جَارٍ
بِهِ ، وَفِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى الْوَقْفِ ، فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ ، كَالْقَوْلِ ، وَجَرَى مَجْرَى
مَنْ قَدَّمَ طَعَامًا لَضَيْفَانِهِ ، أَوْ نَثَرَ نِثَارًا ، أَوْ صَبَّ فِي خَوَائِي ^(٣) السَّبِيلِ مَاءً .
وَأَمَّا الْقَوْلُ ، فَأَلْفَاظُهُ سِتَّةٌ ؛ ثَلَاثَةٌ صَرِيحَةٌ ؛ وَهِيَ : وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ،
وَسَبَلْتُ . مَتَى أَتَى بِوَاحِدَةٍ مِنْهَا ، صَارَ وَقْفًا ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهَا عُرْفُ
الاسْتِعْمَالِ ، وَعُرْفُ الشَّرْعِ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِعُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : « إِنْ
شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا ، وَسَبَلْتَ ثَمَرَتَهَا » ^(٤) . فَصَارَتْ كَلْفُظِ الطَّلَاقِ فِيهِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « إِلَّا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « وَالدَّال » .

(٣) الْخَوَائِي ؛ جَمْعُ خَايَةٍ ؛ وَهُوَ وِعَاءُ الْمَاءِ الَّذِي يَحْفَظُ فِيهِ .

(٤) تَقْدِمْ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ٥٧٢ .

وثلثة كناية، وهى : تصدقت، وحرمت، وأبدت. فليست صريحة؛ لأنها مشتركة بين الوقف وغيره من^(١) الصدقات والتَّحريمات. فإن نوى^(٢) بها الوقف، أو قرن^(٣) بها لفظاً من الألفاظ الخمسة، أو حكم الوقف، بأن يقول: صدقة مُحَبَّسَة، أو مُحَرَّمَة، أو مُؤَبَّدَة، أو صدقة لا تُباع، ولا تُوهب، ولا تُورث. صار وقفاً؛ لأنه لا^(٤) يَحْتَمِلُ مع هذه القرائن إلا^(٥) الوقف.

فصل: ولا يجوز التصرف فى الوقف بما ينقل الملك فى الرقبة؛ لقول النبى ﷺ فى حديث عمر: « لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يُورث »^(٥). ولأن مقتضى الوقف التأيد، وتحبس الأصل، بدليل أن ذلك من بعض ألفاظه، والتصرف فى رقبته يتنافى ذلك.

فصل: والوقف يُزيل ملك الواقف؛ لأنه يُزيل ملكه عن التصرف فى العين والمنفعة، فأزال ملكه عن الرقبة، كالعتق، ويُزيل الملك بمجرد^(٦) لفظه؛ لأن الوقف^(٧) يَحْصُلُ به. وعنه، لا يَحْصُلُ إلا بإخراجه عن يده،

(١) فى الأصل: «فى».

(٢) فى م: «قرن».

(٣) فى م: «نوى».

(٤) سقط من: الأصل.

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٧٢.

(٦) فى س ١: «مجرد».

(٧) فى الأصل: «اللفظ».

قال أحمد: الوقف المعروف أن يُخرج من يده، يُؤكل^(١) من يقوم به؛ لأنه تبرع، فلم يلزم^(٢) بمجرده؛ كالهبة والوصية. والأول المشهور؛ لحديث عمر، رضي الله عنه، ولأنه تبرع بمنع البيع والهبة والميراث، فلزم بمجرده، كالعتق.

ولا يفتقر إلى قبول. ويحتمل أنه متى كان على آدمي معين، افتقر إلى القبول؛ لأنه تبرع لآدمي معين، أشبه الهبة، فإن لم يقبل، أو رده، بطل في حقه، ولم ينطّل في حق من بعده، وصار كالوقف على من لا يصح، ثم على من يصح. وعلى الظاهر من المذهب، أنه لا يفتقر إلى القبول، ولا ينطّل برده؛ لأنه إزالة ملك على وجه القرية، أشبه العتق والوقف على غير معين.

فصل: وينتقل الملك في الوقف إلى الموقوف عليه، في ظاهر المذهب؛ لأنه سبب نقل الملك، ولم يُخرج عن المالية، وجد إلى من يصح تملكه، أشبه البيع والهبة. وعنه، لا يملكه، ويكون الملك لله تعالى؛ لأنه حبس للعين وتسبيل للمنفعة على وجه القرية، فأزال الملك إلى الله سبحانه، كالعتق.

فصل: ويملك الموقوف عليه غلته، وثمرته، وصوفه، ولبته؛ لأنه من غلته، فهو كالثمره، ويملك [٢٣٢ظ] تزويج الأمة؛ لأنه عقد على نفعها،

(١) في ف، م: «ويؤكل».

(٢) في ف: «يزل».

فَأَشْبَهَ إِجَارَتَهَا ، وَيَمْلِكُ مَهْرَهَا ؛ لِأَنَّهُ بَدَلَ نَفْعِهَا ، أَشْبَهَ أُجْرَتَهَا . وَإِنْ وَلَدَتْ ، فَوَلَدُهَا وَقَفَّ مَعَهَا ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ حُكْمٌ ثَبَتَ فِي الْأُمِّ ، فَسَرَى إِلَى الْوَلَدِ ؛ كَالِاسْتِيلَادِ وَالْكِتَابَةِ . وَلَا يَمْلِكُ الْمُؤَقُّوفُ عَلَيْهِ وَطَأُّهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ فِيهَا ضَعِيفٌ ، وَلَا يُؤْمَنُ إِفْضَاؤُهُ إِلَى إِخْرَاجِهَا مِنَ الْوَقْفِ . فَإِنْ وَطِئَهَا ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا ^(١) مِلْكُهُ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ لَمْ تَلِدْ مِنْهُ ، فَهِيَ وَقَفَّ بِحَالِهَا ، وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَالِكِهَا ، وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْوَضْعِ ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ رِقَّةً ، وَيَشْتَرِي بِهَا عَبْدًا يَكُونُ وَقْفًا مَكَانَهُ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ ، فَإِذَا مَاتَ ^(٣) ، عَتَقَتْ ، وَوَجَبَتْ قِيَمَتُهَا فِي تَرْكِتِهِ حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهَا عَلَى مَنْ بَعْدَهُ ، وَيَشْتَرِي بِالْقِيَمَةِ جَارِيَةً تَكُونُ وَقْفًا مَكَانَهَا . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَتْ مِلْكًا لَهُ . لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَلَدٍ بِوَطْئِهِ .

فصل : وَإِنْ أَتْلَفَ الْوَقْفَ أَجْنَبِيٌّ ، أَوِ الْوَاقِفُ ، أَوِ الْمُؤَقُّوفُ عَلَيْهِ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَشْتَرِي ^(٤) بِهَا مِثْلَهُ يَقُومُ مَقَامَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُؤَقُّوفَ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي رَقَبَتِهِ ، إِنَّمَا لَهُ نَفْعُهُ . وَإِنْ وَطِئَتِ الْجَارِيَةُ بِشُبْهَةٍ ، فَوَلَدُهَا حُرٌّ ، وَعَلَى الْوَاطِئِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ وَضْعِهِ ، يَشْتَرِي بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهُ . وَإِنْ جَنَى الْوَقْفَ ^(٥) ،

(١) فِي الْأَصْلِ : «لأنه» .

(٢) فِي ب : «يوضع» . وَفِي م : «وضعه» .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : «ويشترى» .

(٥) فِي م : «الموقف» .

تَعَلَّقَتْ جِنَايَتُهُ بِالْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ ^(١) يَمْلِكُهُ ^(٢) ، وَلَمْ تَتَعَلَّقْ بِالْوَقْفِ ؛ لِأَنَّ رَقَبَتَهُ لَيْسَتْ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ ، فَتَعَلَّقَتْ بِمَالِكِهِ ، كَأُمِّ الْوَلَدِ .

فصل : وَتُضَرَفُ الْغَلَّةُ عَلَى مَا شَرَطَ الْوَاقِفُ ؛ مِنْ التَّشْوِيَةِ وَالتَّفْضِيلِ ، وَالتَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، وَالْجَمْعِ وَالتَّرْتِيبِ ، وَإِدْخَالِ مَنْ أَدْخَلَهُ بِصِفَةٍ ، ^(٣) وَإِخْرَاجِ مَنْ أَخْرَجَهُ بِصِفَةٍ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِوَقْفِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُتَّبَعَ فِيهِ شَرْطُهُ ، وَلِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَقَفَ أَرْضَهُ عَلَى الْفُقَرَاءِ ، وَذَوَى ^(٤) الْقُرْبَى ، وَالرَّقَابِ ، وَابْنِ السَّبِيلِ ، وَالضَّعِيفِ ، وَجَعَلَ لِمَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا ^(٥) . وَوَقَفَ الزُّبَيْرُ عَلَى وَلَدِهِ ، وَجَعَلَ لِلْمَرْدُودَةِ مِنْ بَنَاتِهِ أَنْ تَسْكُنَ غَيْرَ ^(٦) مُضِرَّةٍ وَلَا مُضَرٍّ ^(٧) بِهَا ، فَإِذَا اسْتَعْنَتْ بِزَوْجٍ فَلَا حَقَّ لَهَا فِيهِ ^(٨) .

فصل : فَإِذَا قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي . دَخَلَ فِيهِ الذَّكَرُ مِنْهُمْ ^(٩)

(١) بعده في س ٢ : « لا » .

(٢) في س ١ : « ملكه » .

(٣) في الأصل : « أو » .

(٤) في س ٢ : « ذى » .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٥٧٢ ، ٥٧٣ .

(٦) في الأصل : « غيره » .

(٧) في م : « مضرا » .

(٨) أخرجه البخاري تعليقا ، في : باب إذا وقفت أرضا أو بثرا من كتاب الوصايا . صحيح

البخاري ١٥ / ٤ . ووصله الدارمي ، في : باب في الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٢ /

٤٢٧ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ١٦٦ / ٦ ، ١٦٧ .

(٩) سقط من : الأصل .

والأُنثى والحُشَى ؛ لأنَّ الجميعَ أولادٌ . وهل يَدْخُلُ فيه وَلَدُ الْوَلَدِ ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، يَدْخُلُونَ ؛ لأنَّهم دَخَلُوا في قَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾^(١) . وفي قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾^(٢) . فعلى هذه الرواية ، يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَيْتِ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ ؛ لأنَّ وَلَدَ الْبَيْتِ هم الذين دَخَلُوا في النَّصِّ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ . وقال الشاعر^(٣) :

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَائِنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَجَانِبِ
[٢٣٣] والثانية ، لا يَدْخُلُ وَلَدُ الْوَلَدِ ؛ لأنَّ وَلَدَهُ حَقِيقَةٌ وَلَدُ صُلْبِهِ ، والكَلَامُ بِحَقِيقَتِهِ^(٤) ، إِلَّا أَنْ يَقْتَرِنَ^(٥) بِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى إِدْخَالِهِمْ ؛ كقَوْلِهِ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ؛ لَوْلَدِ الذُّكُورِ الثُّلَاثِ ، وَلَوْلَدِ^(٦) الْإِنَاثِ الثُّلَاثِ . ونحوه . فإن قال : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ، فَإِذَا انْقَرَضَ أَوْلَادُ أَوْلَادِي ، فهو على الْمَسَاكِينِ . دَخَلَ أَوْلَادُ الْأَوْلَادِ فِي الْوَقْفِ ؛ لأنَّ قَرِينَةَ اشْتِرَاطِ انْقِرَاضِهِمْ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهم أُريدُوا بِهِ . وقيل : لا يَدْخُلُونَ^(٧) أَيْضًا ؛ لأنَّ

(١) بعده في الأصل : ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى﴾ ، والآية من سورة النساء ١١ .

(٢) سورة النساء ١٧٦ .

(٣) نسب البيت للفرزدق ، انظر : خزانة الأدب ١ / ٤٤٤ ، ٤٤٥ . وبدون نسبة في : الحماسة لأبي تمام ١ / ٢٧٤ ، وشرح المفصل ١ / ٩٩ ، ١٣٢ / ٩ . وانظر حاشية دلائل الإعجاز ٣٧٤ . وقافيته في هذه المصادر : «الأبعد» .

(٤) في س ٢ : «لحقيقته» ، وفي م : «على حقيقته» .

(٥) في ب : «يعترف» ، وفي م : «يقرن» .

(٦) في م : «ولد» .

(٧) بعده في س ١ : «به» .

الْلَفْظَ لَا يَتَنَاوَلُهُمْ ، بَلْ يَكُونُ وَقْفًا مُنْقَطِعَ الْوَسْطِ ، يُضْرَفُ بَعْدَ^(١) أَوْلَادِهِ إِلَى مَضْرِفِ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ ، فَإِذَا انْقَرَضَ أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ ، ضُرِفَ إِلَى الْمَسَاكِينِ .

وإن وَصَلَ لَفْظُهُ بِمَا يَقْتَضِي تَخْصِيصَ أَوْلَادِهِ ، فَقَالَ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي لَصْلِي . أَوْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ . اخْتَصَّ بِالْوَلَدِ وَجْهًا وَاحِدًا .

ومتى كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْأَوْلَادِ^(٢) مُطْلَقًا ، سُوِيَ فِيهِ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَالْخُشْيِ ؛ لِاقْتِضَاءِ لَفْظِهِ التَّسْوِيَةَ^(٣) ؛ كَقَوْلِهِ تَعَالَى فِي وَلَدِ الْأُمِّ : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾^(٤) . وَإِنْ كَانَ فِي لَفْظِهِ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ ، فَهُوَ كَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ حَمْلٌ ، لَمْ يَدْخُلْ فِي الْوَقْفِ حَتَّى يَنْفَصِلَ ، ثُمَّ يَسْتَحِقُّ مَا يَحْدُثُ مِنَ الْغَلَّةِ بَعْدَ انْفِصَالِهِ ، دُونَ مَا كَانَ مَوْجُودًا قَبْلَهُ ؛ كَالثَّمَرَةِ الْمُؤَبَّرَةِ ، وَالزَّرْعِ الْمُدْرِكِ ؛ لِأَنَّهُ لَا^(٥) يُسَمَّى وَلَدًا قَبْلَ الْانْفِصَالِ . وَإِنْ نَفَى وَلَدَهُ بِلَعَانٍ ، خَرَجَ مِنَ الْوَقْفِ بِخُرُوجِهِ عَنْ كَوْنِهِ وَلَدًا لَهُ .

فصل : وإن وَقَفَ عَلَى بَنِيهِ ، لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ بِنْتُ وَلَا خُشْيٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ كَوْنُهُ ابْنًا . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى بَنَاتِهِ ، لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ ذَكَرٌ وَلَا خُشْيٌ ؛

(١) بعده في ف : « انقراض » .

(٢) في س ٢ : « أولاده » .

(٣) بعده في الأصل : « به » .

(٤) سورة النساء ١٢ .

(٥) سقط من : س ٢ .

«لأنَّه لا يُعْلَمُ كونه أنثى^(١). وإن وَقَفَ^(٢) على وَلَدٍ^(٣) فَلَانٍ أو بَنَاتِهِ ، فهو كَوَقْفِهِ على وَلَدٍ نَفْسِهِ وَبَنَاتِهِ ، إِلَّا أَنْ يَقِفَ على بَنَى^(٤) فَلَانٍ وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، كَبَنَى هَاشِمٍ ، فَيَدْخُلُ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالْخُنْثَى ، مِنْ وَلَدِ الْبَنَيْنِ دُونَ وَلَدِ^(٥) الْبَنَاتِ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْأِسْمَ يَقَعُ عَلَى الْقَبِيلَةِ ذَكَرِهِمْ وَأُنْثَاهُمْ ، وَوَلَدُ الْبَنَاتِ لَا يُعَدُّونَ مِنْهَا .

فصل : وإن وَقَفَ على أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، دَخَلَ فِي الْوَقْفِ أَوْلَادُهُ الذُّكُورُ ، وَالْإِنَاثُ ، وَالْخَنَثَى ، «وَأَوْلَادُهُمُ الذُّكُورُ ، وَالْإِنَاثُ ، وَالْخَنَثَى»^(٦) مِنْ وَلَدِ الْبَنَيْنِ . فَأَمَّا وَلَدُ الْبَنَاتِ ، فَقَالَ الْخَرَقِيُّ : لَا يَدْخُلُونَ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾^(٧) . وَلَا يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ عَلَى وَلَدِ فَلَانٍ [٢٣٣ظ] وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، فَلَا يَدْخُلُونَ هَاهُنَا ، وَلِأَنَّهُمْ إِنَّمَا يُنْسَبُونَ إِلَى قَبِيلَةِ «آبَائِهِمْ دُونَ قَبِيلَةِ»^(٨) أُمَّهَاتِهِمْ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ حَامِدٍ : يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُمْ أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ . وَإِنْ قَالَ : وَأَوْلَادُ أَوْلَادِي الْمُتَسَبِّبِينَ إِلَيَّ . لَمْ يَدْخُلُوا ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَإِنْ قَالَ : لَوْلَدِ^(٩) الذَّكَرِ سَهْمَانٍ ، وَلَوْلَدِ الْأُنْثَى سَهْمٌ . دَخَلُوا فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ

(١ - ١) زيادة من : ف .

(٢ - ٢) فى س ٢ : «لولد» .

(٣) فى س ٢ : «ولد» .

(٤) سقط من : م .

(٥ - ٥) سقط من : س ٢ ، ف .

(٦) سورة النساء ١١ .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل ، س ٢ .

(٨) فى س ٢ : «لولدى» .

بَدْخُولِهِمْ .

وَلَوْ وَقَفَ عَلَى قَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ ، وَكَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا ، دَخَلَ أَوْلَادُ الْإِنَاثِ ، فِي الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ تَنَاوَلَهُمْ ، كَتَنَاوَلَهُ وَلَدَ الْبَنِينَ ، وَإِنْ كَانَ جَمِيعُهُمْ ^(١) إِنَاثًا ، دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُهُنَّ ^(٢) ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ نَصٌّ فِيهِمْ .

فصل : وَإِذَا شَرَكَ بَيْنَ الْوَلَدِ وَوَلَدِ الْوَلَدِ بِالْوَاوِ ، اشْتَرَكَ الْجَمِيعُ فِيهِ . وَإِنْ رَتَّبَ فَقَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ . أَوْ قَالَ : الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى . أَوْ : الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ . وَجَبَ تَرْتِيبُهُ . وَإِنْ رَتَّبَ بَطْنَيْنِ ، ثُمَّ شَرَكَ بَيْنَ الْبَاقِيَيْنِ ، أَوْ شَرَكَ بَيْنَ بَطْنَيْنِ ، ثُمَّ رَتَّبَ الْبَاقِيَيْنِ ، فَهُوَ عَلَى مَا شَرَطَهُ ، وَكَيْفَمَا شَرَطَ فَالْأَمْرُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ ثَبَتَ بِلَفْظِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُتَّبَعَ مُقْتَضَاهُ .

فصل : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ قَرَابَةِ فُلَانٍ ، فَهُوَ لَوْلَدِهِ وَوَلَدِ أَبِيهِ ^(٣) ، وَجَدُّهُ وَجَدُّ أَبِيهِ ^(٤) ، الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى . وَلَا يُعْطَى مَنْ بَعْدَ ذَلِكَ وَلَا قَرَابَتُهُ مِنْ جِهَةِ أُمِّهِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى جَعَلَ خُمُسَ الْخُمُسِ لَذَوِي قُرْبَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَأَعْطَى ^(٥) النَّبِيُّ ﷺ قَرَابَتَهُ إِلَى بَنِي هَاشِمٍ ، لَمْ ^(٦) يَتَجَاوَزْهُمْ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « جَمِيعُهُمْ » .

(٢) فِي س ٢ : « وَأَوْلَادُهُنَّ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، س ٢ : « ابْنَهُ » ، وَغَيْرُ مَنْقُوطَةٍ فِي ب .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « ابْنَهُ » ، وَغَيْرُ مَنْقُوطَةٍ فِي ب .

(٥) فِي ف : « فَأَعْطَاهُ » .

(٦) زِيَادَةٌ مِنْ : م .

ولم يُعْطِ بِنَى زُهْرَةَ شَيْئًا^(١). وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْطَى كُلُّ مَنْ عُرِفَ بِقَرَابَتِهِ مِنَ الْجِهَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ وَاقِعٌ عَلَيْهِمْ لُغَةً وَعُرْفًا. وَعَنْهُ، إِنْ كَانَ يَصِلُ قَرَابَتَهُ مِنْ جِهَةِ أُمِّهِ فِي حَيَاتِهِ، دَخَلُوا فِيهِ، وَإِلَّا فَلَا؛ لِأَنَّ صِلَتَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ تَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِمْ بِصِلَتِهِ هَذِهِ. وَإِنْ وُجِدَتْ قَرِينَةٌ لَفْظِيَّةٌ أَوْ حَالِيَّةٌ تَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِمْ أَوْ جِزْمَانِهِمْ، عُمِلَ عَلَيْهِ.

وَأَهْلُ بَيْتِهِ بِمَثَابَةِ قَرَابَتِهِ. وَقَالَ الْخِرَقِيُّ: إِذَا أَوْصَى لِأَهْلِ بَيْتِهِ، أُعْطِيَ مَنْ قَبْلَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ.

فصل: وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ، وَلَهُ أَبَوَانِ وَوَلَدٌ، فَهُمْ سَوَاءٌ فِيهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَلِيهِ فِي الْقُرْبِ مِنْ غَيْرِ حَاجِزٍ، وَلِأَنَّهُ جُزْءُ وَالِدِهِ، وَوَلَدُهُ جُزْءُهُ. وَيَحْتَمِلُ تَقْدِيمَ الْإِبْنِ؛ لِتَقْدِيمِهِ فِي التَّغْصِيبِ. وَإِنْ عُذِمَ بَعْضُهُمْ، فَهُوَ لِلْبَاقِينَ، وَيُقَدَّمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ؛ ^(٢) «لِأَنَّ مَنْ ^(٣) سِوَاهُمْ» يُذَلِّي بِوَاسِطَةٍ. وَإِنْ عُذِمُوا، فَهُوَ لَوَلَدِ الْإِبْنِ، وَ^(٤) «الْجَدُّ أَبِي ^(٥) الْأَبِ»، الْأَقْرَبُ مِنْهُمْ فَالْأَقْرَبُ، فَإِنْ عُذِمُوا فَهُوَ لِلْإِخْوَةِ؛ لِأَنَّهُمْ وَلَدُ الْأَبِ^(٦)، وَيُقَدَّمُ الْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، وَيُسَوَّى بَيْنَ الْأَخِ

(١) انظر ما تقدم تخريجه في ٢/٢٠٦. من حديث: «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد».

(٢ - ٢) سقط من: الأصل.

(٣) سقط من: م.

(٤) في م: «أو».

(٥) في الأصل: «إلى».

(٦) في ف: «أب».

من الأب [٢٣٤] والأخ من الأم ، وكذلك الأخوات . فإن عُدُّوا صُرفَ إلى بَنِيهِمْ على تَرْتِيبِ آبَائِهِمْ ، ويُسَوَّى بَيْنَ الأخ والجَدِّ ؛ لاسْتِوَائِهِمَا في المِيراثِ ، ولأنَّ الجَدَّ أبو الأب ، والأخ وَلَدُ^(١) الأب . وَيَحْتَمِلُ تَقْدِيمَ الجَدِّ ؛ لأنَّ له وَلَادَةً^(٢) ، وهو أَقْوَى في المِيراثِ . وَقِيلَ : يُقَدَّمُ الأخ ؛ لأنَّه ابنُ الأب ، فيكونُ أَقْوَى مِنْ أَبِيهِ^(٣) ؛ لِقُوَّةِ^(٤) تَعْصِيهِهِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ^(٥) إِخْوَةٌ ، فَهُوَ لِلأَعْمَامِ ، ثُمَّ بَنِيهِمْ ، على تَرْتِيبِ المِيراثِ .

وإن وَقَفَ على جَمَاعَةٍ مِنْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، صُرفَ إلى ثَلَاثَةٍ مِنْهُمْ ، فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ أَقْرَبَ مِنْ بَعْضٍ ، اسْتَوْفِيَ مَا أُمَكَّنَ مِنَ الأَقْرَبِ ، وَتَمَّ الباقي مِنَ الأَبْعَدِ ؛ لأنَّه شَرَطَ العَدَدَ والأَقْرَبَ ، فَوَجَبَ اغْتِبَارُهُمَا . وَإِنْ اسْتَوْفِيَ جَمَاعَةٌ فِي القُرْبِ ، أُعْطِيَ الجَمِيعُ ؛ لَتَسَاوِيهِمْ^(٦) .

فصل : وإن وَقَفَ على عِثْرَتِهِ ، فَهُمْ عَشِيرَتُهُ وَوَلَدُهُ . قاله ابنُ قُتَيْبَةَ^(٧) . وقال ابنُ^(٨) الأَعْرَابِيِّ ، وَثَغَلَبَ^(٩) : هُم ذُرِّيَّتُهُ . والأوَّلُ أَوَّلَى ؛ لأنَّه يُزَوَّى

(١) في ف : « ابن » .

(٢) في م : « ولادة » .

(٣) في الأصل ، س ٢ : « ابنه » .

(٤) في س ٢ : « بقوة » .

(٥) زيادة من : م .

(٦) في س ٢ : « لتساويهما » .

(٧) عبد الله بن مسلم بن قتيبة أبو محمد الدينوري ، العلامة الكبير ، ذو الفنون ، صاحب التصانيف ، كان ثقة دينا فاضلا ، ولي قضاء الدِّينَوْر ، وكان رأسا في علم اللسان العربي والأخبار وأيام الناس ، توفي في شهر رجب سنة ست وسبعين ومائتين . سير أعلام النبلاء ٢٩٦/١٣ - ٣٠٢ .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩) هو أحمد بن يحيى بن يزيد أبو العباس الشيباني مولاهم البغدادي ، العلامة المحدث ، =

عن أبي بكر الصديق، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ قَالَ: نَحْنُ عِثْرَةُ النَّبِيِّ ﷺ^(١).

وإن وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ، وَمَوَالٍ^(٢) مِنْ أَسْفَلَ، فَهُوَ لَجَمِيعِهِمْ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَشْمَلُهُمْ حَقِيقَةً.

وإن وَقَفَ عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَالْفُقَرَاءِ، فَلَهُمَا^(٣) الثُّلُثَانِ، وَلِلْفُقَرَاءِ الثُّلُثُ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ لثَلَاثِ جِهَاتٍ، فَوَجَبَتْ قِسْمَتُهُ أَثْلَاثًا. وإن وَقَفَ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمَا، رَجَعَ نَصِيبُهُ إِلَى صَاحِبِهِ، فَإِذَا مَاتَا^(٤)، رَجَعَ إِلَى الْفُقَرَاءِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ لَهُمْ مَشْرُوطًا بِانْقِرَاضِهِمَا.

فصل: وإن وَقَفَ نَخْلَةً فَيَبِسَتْ، أَوْ جُذُوعًا فَتَكَسَّرَتْ، جَازَ بَيْعُهَا؛ لِأَنَّهُ «لَا نَفْعَ» فِي بَقَائِهَا^(٥)، وَفِيهِ ذَهَابُ مَالَيْتِهَا^(٦)، فَكَانَتْ الْمُحَافَظَةُ عَلَى «مَالَيْتِهَا بَيْعُهَا»^(٧) أَوْلَى، وَ«لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَقْفُ مَا لَا نَفْعَ فِيهِ ابْتِدَاءً، فَلَا يَجُوزُ اسْتِدَامَةٌ وَقْفِهِ؛ لِأَنَّ مَا كَانَ شَرْطًا لِابْتِدَاءِ الْوَقْفِ، كَانَ شَرْطًا

= صاحب الفصيح والتصانيف، كان ثقة حجة، دينا صالحا، مشهورا بالحفظ، عُمر وأصم، مات في جمادى الأولى سنة إحدى وتسعين ومائتين. سير أعلام النبلاء ٥/١٤ - ٧.

(١) أخرجه البيهقي، في: باب الصدقة في العترة، من كتاب الوقف. السنن الكبرى ٦/١٦٦.

(٢) زيادة من: م.

(٣) في م: «فلها».

(٤) في الأصل: «مات».

(٥ - ٥) في س ٢: «أنفع».

(٦) في م: «بقائهما».

(٧) في م: «ماليتهما».

(٨ - ٨) في م: «ماليتهما بيعهما».

(٩) سقط من: م.

لَا سِتْدَامَتِهِ ؛ كَالْمَالِيَّةِ . وَإِذَا بِيَعْتَ ، صُرِفَ ثَمَنُهَا فِي مِثْلِهَا . وَإِنْ حَبَسَ
فَرَسًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، فَصَارَتْ بَحِثٌ لَا يُتَتَفَعُّ بِهَا فِيهِ ، بِيَعْتَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ،
وَصُرِفَ ثَمَنُهَا فِي حَبِيسٍ آخَرَ . وَإِنْ وَقَفَ مَسْجِدًا فَخَرِبَ ، وَكَانَ فِي
مَكَانٍ لَا يُتَتَفَعُّ بِهِ ، يَبِيعُ ، وَجُعِلَ فِي مَكَانٍ يُتَتَفَعُّ بِهِ ^(١) ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَ^(٢) كُلُّ
وَقْفٍ خَرِبَ ^(٣) وَلَمْ يَرُدَّ شَيْئًا ^(٤) ، يَبِيعُ ، وَاشْتُرِيَ بِشَمَنِهِ مَا يُرَدُّ عَلَى أَهْلِ
الْوَقْفِ . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى ثَغَرٍ فَاخْتَلَّ ، صُرِفَ إِلَى ثَغَرٍ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ .

**فصل : وَيُنْفَقُ عَلَى الْوَقْفِ مِنْ حَيْثُ شَرَطَ الْوَاقِفُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ^(٥) اتَّبَعَ
شَرَطُ الْوَاقِفِ فِي ^(٥) سَبِيلِهِ ، كَذَلِكَ فِي النَّفَقَةِ عَلَيْهِ . فَإِنْ لَمْ يَشْرُطِ النَّفَقَةَ
عَلَيْهِ ، أُنفَقَ عَلَيْهِ مِنْ غَلَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِالنَّفَقَةِ عَلَيْهِ . فَإِنْ
لَمْ يَكُنْ لَهُ غَلَّةٌ ، أُنفَقَ عَلَيْهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ .**

**فصل : وَيَنْظَرُ فِي الْوَقْفِ مَنْ ^(٦) شَرَطَ الْوَاقِفُ ؛ [٢٣٤ ظ] لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُ ، جَعَلَ النَّظَرَ فِي وَقْفِهِ إِلَى حَفْصَةَ ابْنَتِهِ ، ثُمَّ إِلَى ذَوِي الرَّأْيِ مِنْ
أَهْلِهَا ^(٧) . وَلِأَنَّ سَبِيلَهُ إِلَى شَرْطِهِ ، فَكَذَلِكَ النَّظَرُ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَشْرُطِ النَّظَرَ ،**

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده في ف : « كذلك » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) في الأصل : « كما » .

(٥) في الأصل : « من » .

(٦) بعده في م : « حيث » .

(٧) في ف : « أهله » .

والأثر أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا .
سنن أبي داود ١٠٥ / ٢ ، ١٠٦ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ١٦٠ / ٦ ، ١٦١ .

ففيه وجهان ؛ أحدهما ، ينظر فيه الموقوف عليه ؛ لأنه ملكه ، وغلته له ، فكان نظره إليه ، كالمطلق^(١) . والثاني ، إلى حاكم البلد ؛ لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه ، وحق من ينتقل إليه ، ففوض الأمر فيه إلى الحاكم . فإن جعله إلى اثنين من أفاضل ولده ، جعل إليهما ، فإن لم يوجد فيهما^(٢) إلا فاضل واحد ، ضم الحاكم إليه آخر ؛ لأن الواقف لم يرض بنظر واحد .

فصل : وإن اختلف أرباب الوقف فيه ، رجع إلى الواقف ؛ لأن الوقف ثبت بقوله ، فإن لم يكن ، تساؤوا فيه ؛ لأن الشراكة ثبتت ، ولم يثبت التفضيل ، فوجب التسوية ، كما لو شرك بينهم بلفظه .

(١) في ف ، ب : « كالمطلق » .

(٢) في الأصل ، ف : « منهم » ، وفي م : « فيهما » .

بَابُ الْهَبَةِ

وهي التَّبَرُّعُ بِتَمْلِيكِ مَالٍ فِي حَيَاتِهِ .

وهي مُسْتَحَبَّةٌ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « تَهَادُّوا تَحَابُّوا » ^(١) .
وهي أَفْضَلُ مِنَ الْوَصِيَّةِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ : سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ :
أَيُّ الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ ؟ قَالَ : « أَنْ تَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَاحِبُ شَيْءٍ ، تَأْمَلُ
الْغِنَى ، وَتَخْشَى الْفَقْرَ ، وَلَا تُثْمِلُ ^(٢) حَتَّى إِذَا بَلَغْتَ الْحُلُقُومَ قُلْتَ : لِفُلَانٍ
كَذَا ، ^(٣) وَلِفُلَانٍ كَذَا ^(٤) » . « رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ بِمَعْنَاهُ » . وَهَبَةُ الْقَرِيبِ

(١) أخرجه البخاري ، في : الأدب المفرد ٥٠ / ٢ . وابن عدي ، في : الكامل ١٤٢٤ / ٤ .
والبيهقي ، في : السنن الكبرى ١٦٩ / ٦ . من حديث أبي هريرة .

كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في المهاجرة ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ
٩٠٨ / ٢ . عن عطاء الخراساني مرسلًا .

(٢) بالجزم بلا الناهية ، وبالرفع على أنه نفى ، ويجوز النصب . عون المعبود ٧٢ / ٣ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل ، س ١ ، س ٢ .

(٤ - ٤) سقط من : س ٢ ، وفي م : « رواه مسلم » .

والحديث أخرجه البخاري ، في : باب أي الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب
الصدقة عند الموت ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ١٣٦ / ٢ ، ١٣٧ ، ٥ / ٤ . ومسلم ،
في : باب بيان أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧١٦ / ٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية ، من كتاب
الوصايا . سنن أبي داود ١٠٢ / ٢ . والنسائي ، في : باب أي الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . =

أَفْضَلُ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « الرَّحِمُ شُجْنَةٌ مِنَ الرَّحْمَنِ ، فَمَنْ وَصَلَهَا وَصَلَهُ اللَّهُ ، وَمَنْ قَطَعَهَا قَطَعَهُ اللَّهُ »^(١) . وفى هِبَةِ الْقَرِيبِ صَلَاتُهَا^(٢) .

ولا يجوزُ تَفْضِيلُ بَعْضٍ وَلَدِهِ عَلَى بَعْضٍ فِي الْعَطِيَّةِ ؛ لِمَا رَوَى النَّعْمَانُ ابْنُ بَشِيرٍ قَالَ : تَصَدَّقَ عَلَيَّ أَبِي بَيْغُضٍ مَالِهِ ، فَقَالَتْ أُمِّي عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهَدَ عَلَيْهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ . فَجَاءَ أَبِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِيُشْهَدَهُ عَلَى صَدَقَتِي ، فَقَالَ : « أَكُلَّ وَلَدِكَ أُعْطِيتَ مِثْلَهُ ؟ » . قَالَ : لَا . قَالَ : « فَاتَّقُوا اللَّهَ ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . قَالَ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَردَّ تِلْكَ الصَّدَقَةَ^(٣) . وفى لَفْظٍ : « لَا تُشْهَدْنِي عَلَى جَوْرِ » .^(٤) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٥) . فَسَمَّاهُ جَوْرًا ، وَالْجَوْرُ حَرَامٌ . وَلَأنَّ ذَلِكَ يُوقِعُ الْعَدَاوَةَ ، وَقَطِيعَةَ الرَّحِمِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كِنِكَاحِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَمَّتَيْهَا . فَإِنْ فَعَلَ فَعَلِ التَّشْوِيَةَ بِأَحَدٍ

= المجتبى ٥ / ٥١ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن الإمساك فى الحياة والتبذير عند الموت ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٠٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٣١ ، ٢٥٠ ، ٤١٥ ، ٤٤٧ .

(١) بعده فى ب : « رواه البخارى ومسلم بمعناه » .

والحديث أخرجه البخارى فى : باب من وصل وصله الله ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٧ / ٨ . من حديث أبى هريرة وعائشة .

ومن حديث أبى هريرة أيضا أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٦٠ ، ٢٩٥ ، ٣٨٣ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ .

ومن حديث عبد الله بن عمرو أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى رحمة المسلمين ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأحوذى ٨ / ١١١ . وانظر : المسند ١ / ١٩٠ ، ٣٢١ .

(٢) بعده فى ف : « رواه البخارى » .

(٣) بعده فى م : « رواه مسلم » .

(٤ - ٤) فى م : « رواه أحمد » .

أمرين ؛ إما ردُّ عَطِيَّةِ الأوَّل ، أو إعطاء الآخرِ مثله ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أمرَ برَّدِه ، وأمرُه يَقْتَضِي الوُجُوبَ . فإن مات ولم يُسَوِّ بَيْنَهُم ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يَثْبُتُ ذلك لمن وهب له ، وَيَسْقُطُ حَقُّ الرُّجُوعِ . اختاره الخِرَقِيُّ ؛ لأنَّه حَقٌّ للأبِ يَتَعَلَّقُ بِمَالِ الوَلَدِ ، فَسَقَطَ بِمَوْتِهِ ، كالأخذِ مِنْ مَالِهِ . والثانية ، يَجِبُ رَدُّهُ . وهذا اخْتِيَارُ ابنِ بَطَّةَ وصاحِبِهِ أَبِي حَفْصٍ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَمَّاهُ جَوْرًا ، والجَوْرُ يَجِبُ رَدُّهُ بِكُلِّ [٢٣٥] حالٍ ، والتَّشْوِيَةُ المأمُورُ بِهَا القِسْمَةُ بَيْنَهُم على قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ ؛ لأنَّه تَعْجِيلٌ لما يَصِلُ إِلَيْهِمْ بَعْدَ المَوْتِ ، فَأُشْبِهَ المِيرَاثَ .

فصل : فإن خَصَّ بعضَ وَلَدِهِ لَغَرَضٍ صحيحٍ ؛ مِنْ زِيَادَةِ حَاجَةٍ ، أو عَائِلَةٍ ، أو اسْتِغَالِهِ بِعِلْمٍ ، أو لِفَسْقِ الآخرِ وَبِدْعَتِهِ ، فقد رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ على جَوَازِهِ ؛ لقَوْلِهِ في تَخْصِيصِ بَعْضِهِم بِالْوَقْفِ ^(١) : لا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ على سَبِيلِ الحَاجَةِ ، وأَكْرَهُهُ إِذَا كَانَ على سَبِيلِ الأَثَرَةِ . وَوَجْهُ ذلك ما

= والحديث أخرجه البخاري ، في : باب الهبة للولد ... ، وباب الإسهاد في الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢٠٦ / ٣ . ومسلم ، في : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤١ / ٣ - ١٢٤٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٢ / ٢ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل ، من كتاب النحل . المجتبى ٢١٨ / ٦ ، ٢١٩ . وابن ماجه ، في : باب الرجل ينحل ولده ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٥ / ٢ . والإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥١ / ٢ ، ٧٥٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٦ / ٣ ، ٢٦٨ / ٤ - ٢٧٠ .

(١) في الأصل : « في الوقف » .

رَوَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ لِعَائِشَةَ: كُنْتُ^(١) نَحْلُثُكَ جَذَاذَ عِشْرِينَ وَشَقًّا، وَوَدِدْتُ أَنَّكَ حُزْتِيهِ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ^(٢) الْوَارِثِ، وَإِنَّمَا هُمَا أَخَوَاكَ وَأُخْتَاكَ^(٣). وَيَحْتَمِلُ الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَسْتَفْصِلْ بَشِيرًا.

فصل: والأُمُّ كالأب في التَّشْوِيَةِ بَيْنَ الْأَوْلَادِ؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ، فَأُشْبِهَتْ الْأَبَ.

وَلَا تَجِبُ التَّشْوِيَةُ بَيْنَ سَائِرِ الْوَرَاثِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلِمَ أَنَّ لِبَشِيرِ زَوْجَةٍ، فَلَمْ يَأْمُرْهُ بِإِعْطَائِهَا حِينَ أَمَرَهُ بِالتَّشْوِيَةِ بَيْنَ الْأَوْلَادِ.

فصل: وما جازَ يَتَّعُهُ مِنْ مَقْسُومٍ، أَوْ مُشَاعٍ، أَوْ غَيْرِهِ، جازَتْ هِبَتُهُ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُقْصَدُ بِهِ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ، فَأُشْبِهَ الْبَيْعَ. وَتَجُوزُ هِبَةُ الْكَلْبِ، وَمَا يُبَاعُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ مِنَ النَّجَاسَاتِ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، فَجَازَ فِي ذَلِكَ، كَالْوَصِيَّةِ. وَلَا تَجُوزُ فِي مَجْهُولٍ، وَلَا مَعْجُوزٍ عَنْ تَسْلِيمِهِ، وَلَا فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُقْصَدُ بِهِ التَّمْلِيكُ فِي الْحَيَاةِ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ. وَلَا يَجُوزُ تَغْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطِ مُسْتَقْبَلٍ لَذَلِكَ. وَالْحُكْمُ فِي الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ فِيهَا، كَالْحُكْمِ فِي الْبَيْعِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي بَابِهِ.

(١) بعده في م: «قد».

(٢) في م: «إلى».

(٣) أخرجه الإمام مالك، في: باب ما لا يجوز من النحل، من كتاب الأقضية. الموطأ ٢/٧٥٢. والبيهقي، في: السنن الكبرى ٦/١٧٠.

فصل : ولا يثبت الملك للموْهُوب له فى المَكِيل^(١) والمَوْزُون^(٢) إلا بقَبْضِهِ ؛ لحديث أبى بكر، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، نحوه^(٣) . وإن ماتَ المَوْهُوبُ له قبلَ القَبْضِ ، بَطَلَتْ ؛ لأنَّه غيرُ لازمٍ ، فيبْطُلُ بالمَوْتِ ، كالشَّرِكَةِ . وإن ماتَ الواهبُ ، فعنه ما يَدُلُّ على أنَّ الهِبَةَ تَبْطُلُ لذلك . وهو قولُ القاضى . وقال أبو الخطَّابِ : لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ مَالُهُ إلى اللُّزومِ ، فلم يَبْطُلْ بالمَوْتِ ، كبيعِ الخِيَارِ . ويقومُ الوارِثُ^(٤) "مَقَامَ المَوْرُوثِ"^(٥) فى التَّقْبِيزِ والفَسْخِ ، فإذا قَبِضَ ، ثَبَتَ^(٦) الملكُ حينئذٍ .

والخِيَرَةُ فى التَّقْبِيزِ إلى الواهبِ^(٧) ؛ لأنَّه بَعْضُ ما يَثْبُتُ به الملكُ ، فكانتِ الخِيَرَةُ إليه فيه^(٨) ، كالإيجابِ . ولا يجوزُ القَبْضُ إلا بإِذْنِهِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ^(٩) غيرُ مُسْتَحَقٌّ عليه ، فإن قَبِضَ بغيرِ إِذْنِهِ ، لم تَتِمَّ الهِبَةُ . وإن أَدْنَى ، ثم رَجَعَ قبلَ القَبْضِ ، أو ماتَ ، بَطَلُ الإِذْنُ .

فصل : وأما غيرُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا تَتِمُّ هِبَتُهُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ / ٧٥٣ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى ف : « الوارث » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) زيادة من : ب .

إِلَّا بِالْقَبْضِ ؛ لَأَنَّهَا نَوْعُ هِبَةٍ ، فَلَمْ تَتِمَّ قَبْلَ الْقَبْضِ ، كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ .
 وَالثَّانِيَةُ ، تَتِمُّ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ
 عَنْهُمَا ، أَنَّهُمَا قَالَا : الْهِبَةُ [٢٣٥ ظ] إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً ، فَهِيَ جَائِزَةٌ ، قُبِضَتْ
 أَوْ لَمْ تُقْبَضْ ^(١) . وَلِأَنَّ الْهِبَةَ أَحَدُ ^(٢) نَوْعِي التَّمْلِيكِ ، فَكَانَ مِنْهَا مَا يَلْزَمُ قَبْلَ
 الْقَبْضِ ، كَالْبَيْعِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا اخْتِلَافَ تَفْسِيرِ أَصْحَابِنَا لِلْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ
 فِي الْبَيْعِ .

وَإِنْ كَانَ الْمُؤْهُوبُ فِي يَدِ الْمُتْهِبِ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى قَبْضٍ ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ ^(٣)
 مُسْتَدَامٌ . وَهَلْ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنٍ فِي الْقَبْضِ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ
 لَا بُدَّ مِنْ مُضِيِّ مُدَّةٍ يَتَأْتِي قَبْضُهُ فِيهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الرَّهْنِ .

فصل : فَإِنْ وَهَبَ لِأَيِّهِ الصَّغِيرِ شَيْئًا وَقَبْضَهُ لَهُ ، صَحَّ وَلَزِمَ ؛ لِأَنَّهُ
 وَلِيُّهُ ، فَكَانَ لَهُ الْقَبْضُ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْوَاهِبُ أَجْنَبِيًّا ، وَيَكُونُ حُكْمُ الْقَبْضِ
 حُكْمَهُ فِيمَا إِذَا وَهَبَ لَهُ رَجُلٌ شَيْئًا فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ الْأَبِ .

فصل : وَالْهِبَةُ الْمُطْلَقَةُ لَا تَقْتَضِي ثَوَابًا ، سَوَاءً كَانَتْ مِنْ مُمَائِلٍ أَوْ أَعْلَى
 أَوْ أَدْنَى ؛ لِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ عَلَى وَجْهِ التَّبَرُّعِ ، فَلَمْ تَقْتَضِ ذَلِكَ ، كَالصَّدَقَةِ . وَإِنْ
 شَرَطَ ثَوَابًا مَعْلُومًا صَحَّ ، وَكَانَتْ يَتَعَايَنُ فِيهَا الْخِيَارُ وَالشُّفْعَةُ وَضَمَانُ

(١) أَخْرَجَهُ عَنْهُمَا عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٩ / ١٢٢ . وَابْنُ حَزْمٍ ، فِي : الْمَحَلِيِّ ١٠ / ٨٣ .
 وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَيْضًا أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : سُنَنِهِ ٤ / ٢٠٠ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ، فِي : السَّنَنِ
 الْكُبْرَى ٦ / ١٦٢ . وَهَذِهِ الْآثَارُ عِنْدَهُمْ بِلَفْظِ الصَّدَقَةِ . وَانْظُرْ : التَّكْمِيلَ لِمَا فَاتَ تَخْرِيجَهُ مِنْ إِرْوَاءِ
 الْغَلِيلِ ١٠٢ / ١٠٣ .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

العَهْدَةِ . وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً ثَانِيَةً ، أَنَّهُ يَغْلِبُ فِيهَا حُكْمُ الْهَبَةِ ، فَلَا يَثْبُتُ فِيهَا أَحْكَامُ الْبَيْعِ الْمُخْتَصَّةُ بِهِ . وَإِنْ شَرَطَ ثَوَابًا مَجْهُولًا ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ مَجْهُولٌ فِي مُعَاوَضَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ، وَيُعْطِيهِ مَا يُرْضِيهِ أَوْ يَرُدُّهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْطِيَهُ قِيَمَتَهَا ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَلِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : مَنْ وَهَبَ هَبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هَبَّتِهِ ، يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يُرْضَ مِنْهَا ^(١) . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا تَغَيَّرَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ بَزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ ، وَلَمْ يُثْبِتْ مِنْهَا ، فَلَا أَرَى عَلَيْهِ نُقْصَانَ مَا نَقَصَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثَوْبًا لِبَسِهِ ، أَوْ جَارِيَةً اسْتَحْدَمَهَا أَوْ اسْتَعْمَلَهَا . فَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ : وَهَبْتُكَ بِتَدَلٍ . فَأَنْكَرَ الْآخَرُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَيْهِ بَدَلًا ^(٢) الْأَصْلُ عَدَمُهُ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ لغيرِ وَلَدِهِ شَيْئًا ، وَتَمَّتِ الْهَبَةُ ، لَمْ يَمْلِكِ الرُّجُوعُ فِيهِ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قِيَّتِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وَرَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَحِلُّ

(١) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ الْقَضَاءِ فِي الْهَبَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمُوطَأُ ٢ / ٧٥٤ .

(٢) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ هَبَةِ الرَّجُلِ لَامْرَأَتِهِ وَالْمَرْأَةِ لَزَوْجِهَا ، وَبَابِ لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَبَّتِهِ وَصَدَقْتَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣ / ٢٠٧ ، ٢١٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ الرُّجُوعِ فِي الصَّدَقَةِ وَالْهَبَةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١٢٤٠ ، ١٢٤١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٦١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ٣٠١ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ رَجُوعِ الْوَلَدِ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ ... ، وَبَابِ ذِكْرِ =

لِلرَّجُلِ^(١) أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً، ثُمَّ يَرْجِعَ^(٢) فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ». رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٣)، وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ.

وإن وهب الرجل لولده، فله الرجوع؛ للخبر، ولأن النبي ﷺ أمر بشيراً برّد ما وهب لولده الثَّعْمَانِ^(٤). ولأن الأب لا يَتَّهَمُ في رُجُوعِهِ؛ لأنّه لا يَرْجِعُ إِلَّا لَضَرُورَةٍ، أو إِصْلَاحِ الْوَلَدِ. وليس للجدّ الرجوع؛ لأنّ الخبر يتناول الوالد^(٥) حقيقةً، وليس الجدّ في معناه؛ لأنّه يُدْلَى بواسطة، ويسقط بالأب، يسقط^(٦) الإخوة. فأما الأمّ، فيَحْتَمِلُ أنّه لا رُجُوعَ لها؛ لأنّه لا ولاية لها^(٧) على ولدها، بخلاف الأب. ويَحْتَمِلُ أنّ لها

= الاختلاف لخبر عبد الله بن عباس فيه، وباب ذكر الاختلاف على طاوس في الراجع في هبته، من كتاب الهبة. المجتبى ٢٢٢/٦ - ٢٢٥. وابن ماجه، في: باب الرجوع في الهبة، من كتاب الهبات. سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٢١٧/١، ٢٨٠، ٢٨٩، ٣٣٩، ٣٤٢، ٣٤٥، ٣٤٩، ٢٧/٢، ٧٨، ٢٣٧، ٢٥٩، ٢٩١، ٣٢٧، ٤٣٠، ٤٩٢. (١) في الأصل، م: «لرجل».

(٢ - ٢) في الأصل، س ١، س ٢، ف: «فيرجع».

(٣) في: باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة، من أبواب البيوع، ومن أبواب الولاء والهبة. عارضة الأحوذى ٣٠١/٥، ٣٠٢، ٢٩٤/٨.

كما أخرجه أبو داود، في: باب الرجوع في الهبة، من كتاب الإجارة. سنن أبي داود ٢/٢٦١. والنسائي، في: باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده.... من كتاب الهبة. المجتبى ٢٢٢/٦. وابن ماجه، في: باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، من كتاب الهبات. سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٢١٧/١، ٢٧/٢، ٧٨. كلهم من حديث ابن عمر وابن عباس.

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٥٩٥.

(٥) في الأصل: «الولد».

(٦) في م: «تسقط».

(٧ - ٧) سقط من: الأصل.

الرَّجُوعُ ؛ لَأَنَّهَا أَحَدُ الْأَبْوَيْنِ ، فَأَشْبَهَتْ الْأَبَ ، [١٢٣٦] وَلِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهَا
'التَّشْوِيهُ بَيْنَ وَلَدَيْهَا فِي الْعَطِيَّةِ ، فَأَشْبَهَتْ الْأَبَ ' .

وَالْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ سَوَاءٌ فِي ذَلِكَ ، بِدَلِيلِ أَنَّ فِي حَدِيثِ النَّعْمَانِ بْنِ
بَشِيرٍ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَرَدَّ تِلْكَ الصَّدَقَةَ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، لَيْسَ لِلأَبِ الرَّجُوعُ فِي
هَبَّتِهِ أَيْضًا ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْتِهِ » .

فصل : وَلِلرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ شُرُوطُ أَرْبَعَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَكُونَ بَاقِيَةً فِي
مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ الرَّجُوعَ فِيهَا بَعْدَ خُرُوجِهَا عَنْ مِلْكِهِ إِبْطَالٌ لِمِلْكِهِ غَيْرِهِ ، فَإِنْ
عَادَتْ إِلَى الْإِبْنِ بَفَسْخِ الْعَقْدِ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ عَادَ حُكْمُ الْعَقْدِ
الْأَوَّلِ ، وَإِنْ عَادَتْ بِسَبَبٍ آخَرَ ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مَا اسْتَفَادَ هَذَا الْمِلْكَ
بِهَبَّةٍ ^(١) أَيْبِهِ .

الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ تَصَرُّفُ الْإِبْنِ فِيهَا بَاقِيًا ؛ فَإِنْ اسْتَوْلَدَ الْأُمَّةَ أَوْ رَهْنَهَا ،
أَوْ حَجَرَ عَلَيْهِ لِفَلَسٍ ، سَقَطَ الرَّجُوعُ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ إِسْقَاطِ حَقِّ الْغُرَمَاءِ
وَالْمُزْتَهِنِ ، وَنَقْلِ الْمِلْكِ فِيمَا لَا يَقْبَلُ النَّقْلَ . فَإِنْ زَالَ الْحَجَرُ وَالرَّهْنُ ، فَلَهُ
الرَّجُوعُ ؛ لَزَوَالِ الْمَانِعِ .

الثَّالِثُ ، أَنْ لَا يَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، كَالسَّمَنِ وَالتَّعْلَمِ ، فَإِنْ زَادَتْ ، فَفِي
الرَّجُوعِ رِوَايَتَانِ ، ^(٢) كَالرَّوَايَتَيْنِ فِي الرَّجُوعِ ^(٣) عَلَى الْمُفْلِسِ . وَإِنْ كَانَتْ

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٢) فِي م : « بِسَبَبٍ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « كَالرَّجُوعِ » .

مُنْفَصِلَةً ، لم تَمْنَعِ الرُّجُوعَ ، والزيادةُ للابنِ ؛ لأنَّها نَمَاءٌ مُنْفَصِلٌ في مِلْكِهِ ، فكانت له ^(١) ، كَنَمَاءِ الْمَبِيعِ الْمَعِيبِ ^(٢) .

الرابعُ ، أن لا يَتَعَلَّقَ بها رَغْبَةٌ لغيرِ الولدِ ، نحو أن يَزْغَبَ الناسُ في تَزْوِيجِهِ ، فيزَوِّجُوهُ مِنْ أَجْلِهَا أو يُدَايِنُوهُ . فإن تَعَلَّقَتْ بها رَغْبَةٌ ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا رُجُوعَ فيها ؛ لأنَّه إِضْرَارٌ بِالْغَيْرِ ، فلم يَجُزْ ، كالرُّجُوعِ فيها بعدَ فَلَسِ الابنِ . والثانيةُ ، له ذلك ؛ لِعُمُومِ الْحَدِيثِ ، ولأنَّ حَقَّ الْغَيْرِ لم يَتَعَلَّقْ بهذا المَالِ ، أَشْبَهَ ما لو لم يَتَزَوَّجْ .

فصل : ولِلْأَبِ أن يأخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ ما شاء مع غِنَاهُ وَحَاجَتِهِ بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أن لا يُجْحِفَ بِالْأَبْنِ ، ولا يأخُذَ ما تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ ^(٣) . الثاني ، أن لا يأخُذَ مِنْ ^(٤) أَحَدٍ وَلَدَيْهِ فَيُعْطِيَهُ الْآخَرَ ؛ لَأَنَّ تَفْضِيلَ أَحَدِ الْوَلَدَيْنِ ^(٥) غَيْرُ جَائِزٍ ، فمع تَخْصِيصِ الْآخِرِ بِالْأَخْذِ مِنْهُ أَوَّلَى . فإذا وُجِدَ الشَّرْطَانِ ، جاز الْأَخْذُ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وَابْنُ مَاجَهَ ^(٦) . وعن عائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ،

(١) زيادة من : ف ، م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) بعده في س ٢ : « من مال ولده » .

(٤) بعده في م : « مال » .

(٥) في س ٢ : « الوالدين » .

(٦) أخرجه ابن ماجه من حديث جابر وعبد الله بن عمرو ، في : باب مال الرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩ / ٢ .

ومن حديث عبد الله بن عمرو أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يأكل من مال =

قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ ، وَإِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(١) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَلَأنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالٍ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ بِغَيْرِ تَوَلِيَّةٍ ، أَشْبَهَ مَالَ نَفْسِهِ .

وَلَيْسَ لِلْإِثْنِ مُطَالَبَةٌ أَيْهِ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . قَالَ أَحْمَدُ : وَإِذَا مَاتَ بَطَلَ دَيْنُ الْإِثْنِ . قَالَ بَعْضُ ^(٢) أَصْحَابِنَا : يَعْنِي مَا أَخَذَهُ عَلَى سَبِيلِ التَّمَلُّكِ ، فَأَمَّا إِنْ أَخَذَهُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ ، رَجَعَ الْإِثْنُ فِي تَرِكَتِهِ .

وَلَيْسَ لِلْأُمِّ الْأَخْذُ مِنْ مَالٍ وَلَدِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَلَا لِلْجَدِّ ، وَلَا سَائِرِ الْأَقَارِبِ ؛ لَعَدَمِ الْخَبَرِ فِيهِمْ ، وَامْتِنَاعِ قِيَاسِهِمْ عَلَى الْأَبِ ؛ لِمَا بَيْنَهُمَا ^(٣) مِنْ

= وَلَدُهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٥٩ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٧٩ / ٢ ، ٢٠٤ ، ٢١٤ . وَابْنُ الْجَارُودِ ، فِي : الْمُنْتَقَى صَفْحَةَ ٣٦٦ .

وَمِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ أَخْرَجَهُ الطَّحَاوِيُّ ، فِي : شَرْحِ مَعَانِي الْأَثَارِ ١٥٨ / ٤ . وَالطَّبْرَانِيُّ ، فِي : الْأَوْسَطِ ٣٢٢ / ٤ ، ٢٩٣ / ٧ - ٢٩٥ ، ٣٧٣ . وَالْخَطِيبُ ، فِي : مَوْضِعِ أَوْهَامِ الْجَمْعِ وَالتَّفْرِيقِ ٢ / ١٤٠ . وَعِنْدَ الطَّحَاوِيِّ أَيْضًا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍو . وَانْظُرْ طَرَقًا أُخْرَى لِلْحَدِيثِ فِي : الْإِرْوَاءِ ٣ / ٣٢٣ - ٣٣٠ .

(١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ أَنَّ الْوَالِدَ يَأْخُذُ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١١٠ / ٦ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَأْكُلُ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٥٩ / ٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْحَثِّ عَلَى الْكَسْبِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمَجْتَبَى ٧ / ٢١٢ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَا لِلرَّجُلِ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٢ / ٧٦٩ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣١ / ٦ ، ٤١ ، ٤٢ ، ١٢٧ ، ١٦٢ ، ١٩٣ ، ٢٢٠ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « بَيْنَا » .

الْفَرْقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لِلْأُمِّ ؛ [٢٣٦ ظ] لَدْخُولِ وَلَدِهَا فِي عُمُومِ قَوْلِهِ ^(١) :
«أَوْلَادَكُمْ» .

فصل : وَإِنْ تَصَرَّفَ الْأَبُ فِي مَالِ ابْنِهِ قَبْلَ تَمْلُكِهِ ، لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ .
نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : لَا يَجُوزُ عِتْقُهُ لِعَبْدِ ابْنِهِ مَا لَمْ يَقْبِضْهُ . وَكَذَلِكَ
إِبْرَاهُومُ مِنْ دَيْنِهِ ، وَهَبْتُهُ لِمَالِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْإِبْنِ بَاقٍ عَلَيْهِ ، بِدَلِيلِ صِحَّةِ تَصَرُّفِهِ
فِيهِ ، وَوَطْئِهِ لِحَوَارِيهِ ، وَجَرَيَانِ الرَّبَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ ابْنِهِ ^(٢) ، فَأَشْبَهَ مَالَ الْأَجْنَبِيِّ .
وَإِنْ وَطِئَ الْأَبُ جَارِيَةَ ابْنِهِ قَبْلَ تَمْلُكِهَا ^(٣) ، فَلَا حَدٌّ عَلَيْهِ ؛ لِلشُّبْهَةِ ، وَإِنْ لَمْ
تَلِدْ ، فَهِيَ عَلَى مِلْكِ الْإِبْنِ ، وَإِنْ وَلَدَتْ ، فَوَلَدُهُ حُرٌّ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ .

فصل في العُمَرَى : وَهِيَ أَنْ يَقُولَ : أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ حَيَاتِكَ . أَوْ :
جَعَلْتُهَا لَكَ عُمَرَكَ . أَوْ : عُمَرَى . وَلَهَا ثَلَاثُ صُورٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَقُولَ :
«أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ» حَيَاتِكَ ، وَلَعَقِبِكَ مِنْ بَعْدِكَ . فَهَذِهِ هِبَةٌ صَحِيحَةٌ ؛
لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : «مَنْ أَعْمَرَ عُمَرَى ، فَهِيَ لِلَّذِي أَعْمَرَهَا حَيًّا
وَمَيِّتًا» . ^(٤) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . ^(٥) الثَّانِيَةُ ، أَنْ يَقُولَ : أَعْمَرْتُكَهَا حَيَاتِكَ . وَلَمْ يَزِدْ ،

(١) بعده في الأصل : «تعالى» .

(٢) في س ١ ، م : «أبيه» . وغير منقوطة في ب .

(٣) في م : «تملكه» .

(٤ - ٤) في الأصل : «أعمرتكم» .

(٥ - ٥) في م : «رواه أحمد ومسلم» .

والحديث أخرجه البخاري ، في : باب ما قيل في العُمَرَى ... ، من كتاب الهبة . صحيح
البخاري ٢١٦/٣ . ومسلم ، في : باب العُمَرَى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ ،
١٢٤٧ . واللفظ له .

ففيها روايتان ؛ إحداهما ، هي كالأولى ؛ للخبر ، وجاء في لفظ : قضى رسول الله ﷺ بالعمري لمن وهب له . مُتَّفَقٌ عليه^(١) . ولأنَّ الأُمْلَاقَ المُستَقَرَّةَ كُلَّهَا مُقَدَّرَةٌ بِحَيَاةِ المَالِكِ ، وَتَنَقُّلُ إِلَى الوَرَثَةِ ، فلم يكن تقديره بِحَيَاتِهِ مُنَافِيًا لِحُكْمِ الأُمْلَاقِ . والثانية ، تَرْجِعُ بَعْدَ مَوْتِهِ^(٢) إِلَى المُعْمِرِ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ قَالَ : إِنَّمَا العُمَرَى الَّتِي أَجَازَ^(٣) رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَقُولَ : هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ . فَأَمَّا إِذَا قَالَ : هِيَ لَكَ مَا عِشْتَ . فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) . الثالثة ، أَنْ يَقُولَ مَعَ ذَلِكَ : فَإِذَا مِتَّ عَادَتْ إِلَيَّ إِنْ كُنْتُ حَيًّا ، أَوْ إِلَى وَرَثَتِي . وَالرُّقْبَى مِثْلُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّهُ يَقُولُ : إِنْ مِتَّ قَبْلِي ، عَادَتْ إِلَيَّ ، وَإِنْ مِتَّ قَبْلَكَ ، فَهِيَ لَكَ . أَوْ يَقُولُ : أَرْقَبُكَ دَارِي

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب العمري ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٦٣/٢ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمري ، من كتاب العمري . المجتبى ٢٣١/٦ . وابن ماجه ، في : باب العمري ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣١٢ ، ٣٨٦ .

(١) تقدم تخريجه عند البخاري في الحاشية السابقة . وهو عند مسلم ١٢٤٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب العمري ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٦٣/٢ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف يحيى بن أبي كثير ... ، من كتاب العمري . المجتبى ٦/٢٣٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٠٤ ، ٣٩٣ .

(٢) في س ١ : « موتهما » .

(٣) في م : « أجازها » .

(٤) أخرجه مسلم ، في : باب العمري ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢/٢٦٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٢٩٤ .

ولم نجده في البخاري ، انظر الإرواء ٥٥/٦ ، واللؤلؤ والمرجان ١٨٦/٢ .

هذه . قال مُجاهدٌ : هي أن يقول : هي ^(١) للآخر مِنِّي ومنك مَوْتًا ^(٢) .
ففيها ^(٣) روايتان ؛ إحداهما ، هي لازمة لا تعود إلى الأول ؛ للعموم الخبر
الأول ، ولقول رسول الله ﷺ : « لا تُزِقُّوا ، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ
وَمَوْتُهُ » ^(٤) . ولأنه شرط أن يعود إليه بعد ما زال ملكه ، فلم يؤثّر ، كما لو
شرطه بعد لزوم العقد . والثانية ، ترجع إلى المغير والمزقب ؛ لحديث جابر ،
ولقول رسول الله ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » ^(٥) .

وتصحّ العمرى والرقي في العقار والثياب والحيوان ؛ لأنها نوع هبة ،
فجازت في ذلك كله ، كسائر الهبات .

ولو شرط في الهبة شرطاً منافياً لمقتضاها ، نحو أن يقول : [٢٣٧ و]
وهبتك هذا بشرط أن لا تبّيعه . أو : بشرط أن تبّيعه . أو : تهّبه . فسد
الشرط . وفي صحّة العقد وجهان ؛ بناءً على الشروط الفاسدة في البيع .
وإن قيدها ^(٦) فقال : وهبتكها سنة . لم يصح ؛ لأنه عقد ناقل للملك في

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرقي ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢ / ٢٦٥ .

(٣) في س ٢ ، ب : « ففيهما » .

(٤) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦ /

٢٣٠ ، ٢٣١ . وابن ماجه ، في : باب الرقي ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٩٦ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٦ ، ٣٤ ، ٧٣ . كلهم من حديث ابن عمر .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٧٢ .

(٦) في الأصل : « قدرها » .

الحياة ، أشبه البيع^(١) .

(١) إلى هنا ينتهى المجلد الأول من النسخة المصورة من جامعة الإمام محمد بن سعود (س ١) ، والمجلد الأول من النسخة المصورة من مكتبة السعودية بالرياض (ف) ، وكذلك المجلد الثانى من النسخة المصورة من مكتبة برنستون (ب) .

فهرس

الجزء الثالث من الكافي

الصفحة

كتاب البيع

البيع حلال	٥
فصل : ويشترط له الرضا	٦
باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز	٧ - ٣٤
كل عين مملوكة يباح نفعها واقتناؤها من غير ضرورة يجوز بيعها	٧
فصل : ويجوز بيع العبد المرتد	١٠
فصل : وفي بيع رباة مكة وإجارتها روايتان	١١
فصل : ولا يجوز بيع أرض الشام وسواد العراق	١٣
فصل : قال أحمد : لا أعلم في بيع المصحف رخصة	١٣
فصل : ولا يجوز بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام	١٤
فصل : ولا يجوز بيع الكلب وإن كان معلما	١٦
فصل : ولا يجوز بيع معدوم	١٨
فصل : ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه	١٩
فصل : ولا يجوز بيع ما تجهل صفته	٢٠

فصل : ولا يصح بيع الأعيان من غير رؤية أو صفة تحصل بها

معرفة المبيع ٢١

فصل : فإن رأيا المبيع ، ثم عقدا بعد ذلك بزمن لا تتغير العين

فيه ، صح ٢٢

فصل : ويصح البيع بالصفة ٢٢

فصل : ولا يجوز بيع عبد من عبيد ، ولا شاة من قطيع ، ٢٣

فصل : وما لا تختلف أجزاؤه ... يكتفى برؤية بعضه ٢٣

فصل : إذا قال : بعثك هذه الصبرة . صح ٢٥

فصل : ويكتفى بالرؤية فيما لا تتساوى أجزاؤه ٢٦

فصل : ويشترط لصحة المبيع معرفة الثمن ٢٧

فصل : ولا يجوز بيع الملامسة والمنازمة ٢٨

فصل : ولا يجوز بيع العنب والعصير لمن يتخذه خمرا ٣٠

فصل : ولا يجوز أن يفرق في البيع بين ذوى رحم محرم قبل

البلوغ ٣١

فصل : ولا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها ليمضى ويشتريها ويسلمها ٣٢

باب بيع النجش والتلقى وبيع حاضر لباد وبيعه على بيع غيره

والعينة ٣٥ - ٤٨

وهى يوع محرمة ٣٥

فصل : وتلقى الركبان أن يخرج الرجل من المصر يتلقى الجلب

قبل دخوله ٣٦

فصل : وبيع الحاضر للبادى هو أن يخرج الحاضر إلى جلاب السلع ٣٧

فصل : وأما البيع على بيع أخيه ، فهو أن يقول لمن اشترى شيئا فى مدة

الخيار : أنا أبيعك مثله بدون هذا الثمن ٣٨

فصل : فأما سومه على سوم أخيه ، فينظر فيه ٣٩

فصل : فأما بيع العينة ، فهو أن يبيع سلعة بثمان مؤجل ، ثم

يشتريها منه بأقل من الثمن حالا ٤٠

فصل : فإن باعها بثمان حال نقده ، ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة ،

لم يجز ٤١

فصل : وإن باع طعاما إلى أجل بثمان ، فلما حل الأجل ، أخذ منه

بالثمان طعاما ، لم يجز ٤١

فصل : من اشترى مكيلا أو موزونا ، لم يجز له يبعه حتى يقبضه ٤١

فصل : وكل عقد يفسخ بتلف عوضه قبل قبضه ... حكمه

حكم البيع ٤٥

فصل : وقبض كل شيء بحسبه ٤٥

- فصل : وما يعتبر له القبض إذا تلف قبل قبضه ، انفسخ العقد ٤٦
- فصل : إذا باع شاة بشعير ، فأكلته قبل قبضه ... انفسخ البيع ٤٧
- فصل : وما لا يحتاج إلى قبض ، إذا تلف ، فهو من مال المشتري ٤٧
- باب تفريق الصفقة ٤٩ - ٥٢
- إذا باع ما يجوز بيعه وما لايجوز صفقة واحدة ؛ ... ففيه روايتان ٤٩
- فصل : فإن جمع بين عقدين مختلفي الحكم بعوض واحد ،
- صح فيهما ٥٠
- فصل : ولو باع رجلان عبدا لهما بثمان واحد ، صح ٥١
- باب الشيا ٥٣ - ٥٦
- إذا باع حائطا واستثنى شجرة بعينها ، أو قطيعا واستثنى شاة
- بعينها ، صح ٥٣
- فصل : ومن باع شيئا واستثنى منفعة مدة معلومة ... صح ٥٥
- باب الشروط في البيع ٥٧ - ٦٦
- وهي على أربعة أضرب ؛ ٥٧
- فصل : فإن شرط في المبيع أنه إن باعه ، فهو أحق به بالثمان ،
- ففيه روايتان ٦١
- فصل : وكل موضع فسد العقد ، لم يحصل به ملك وإن قبض .. ٦٢

فصل : ولا يحل البيع بعد النداء للجمعة قبل الصلاة لمن تجب

عليه الجمعة ٦٢

فصل : ولا يحل التسعير ٦٣

فصل : والاحتكار محرم ٦٤

فصل : وبيع التلجئة هو أن يخاف الرجل ظلما يأخذ ماله فيواطئ

رجلا يظهر بيعه إياه ٦٥

باب الخيار فى البيع ٦٧ - ٧٨

وهو على ضربين ؛ أحدهما ، خيار المجلس ٦٧

فصل : فإن تبايعا على أن لا خيار بينهما ، أو قالا بعد البيع :

اخترنا إمضاء العقد ... ففيه روايتان ٦٨

فصل : ويثبت خيار المجلس فى كل بيع ٧٠

فصل : الضرب الثانى ، خيار الشرط ٧٠

فصل : إذا شرط الخيار إلى طلوع الشمس أو غروبها ... صح ٧١

فصل : فإن شرط خيارا مجهولا ، لم يصح ٧٢

فصل : ولمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه ٧٣

فصل : وينتقل الملك إلى المشتري فى بيع الخيار بنفس العقد ٧٣

فصل : وليس لواحد من المتبايعين التصرف فى المبيع فى مدة الخيار .. ٧٤

- فصل : فإن وطئ المشتري الجارية ، فلا حد عليه ولا مهر ٧٥
- فصل : وطء البائع فسخ للبيع ٧٦
- فصل : وإن أعتق المشتري الجارية أو استولدها ،... لم يطل خيار
البائع ٧٧
- فصل : وإن مات أحد المتبايعين بطل خياره ٧٧
- باب الربا ٧٩ - ١٠٠
- الربا محرم ٧٩
- فصل : وما جرى فيه الربا اعتبرت المماثلة فيه ، ٨٢
- فصل : والمرجع فى الكيل والوزن إلى عادة أهل الحجاز ٨٣
- فصل : الجيد والردىء والتبر والمضروب والصحيح والمكسور
سواء فى جواز البيع متماثلا ٨٤
- فصل : ولا يحرم التفاضل إلا فى الجنس الواحد ٨٤
- فصل : والمتخذ من أموال الربا معتبر بأصله ٨٥
- فصل : واللحم والشحم والكبد والطحال ... أجناس ٨٦
- فصل : ولا يجوز بيع ما فيه ربا بعضه بيع ، ومعهما أو مع
أحدهما من غير جنسه ٨٦
- فصل : ولا يجوز بيع خالصه بمشوبه ٨٨

فصل : وما اشتمل على جنسين بأصل الخلقة ... فلا بأس ببيع

بعضه ببعض ٨٨

فصل : وما فيه خلط غير مقصود لمصلحته ... لا يمنع بيعه بمثله ٨٩

فصل : ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه ٩٠

فصل : ولا يجوز بيع حبه بدقيقه ٩٠

فصل : ولا يجوز بيع أصله بعصيره ٩٠

فصل : ويجوز بيع اللبن باللبن ، حليين كانا ، أو رائبا وحلييا ٩١

فصل : ولا يجوز بيع رطبه بيابسه ٩٢

فصل : ويجوز بيع العرايا ٩٣

فصل : قال ابن حامد : لا يجوز بيع العرايا في غير ثمرة النخل :

كل مالين اتفقا في علة ربا الفضل ... لا يجوز بيع

أحدهما بالآخر نساء ٩٦

فصل في ربا النسيئة : كل مالين اتفقا في علة ربا الفضل لا

يجوز بيع أحدهما بالآخر نساء ٩٦

فصل : فإن تفرقا قبل القبض فيما يشترط القبض فيه ، بطل العقد ٩٩

باب بيع الأصول ١٠٨ - ١٠١

من باع نخلا مؤبرا فثمرتها للبائع ١٠١

- فصل : وكل عقد ناقل للأصل ، كالبيع فيما ذكرنا ١٠٣
- فصل : وسائر الشجر على ستة أضرب ١٠٣
- فصل : وإذا اشترى شجرا عليه ثمرة للبائع ، لم يكلف نقلها
- إلى أوان جذادها ١٠٤
- فصل : وإذا باع أرضا بحقوقها ، دخل ما فيها من غراس وبناء
- في البيع ١٠٥
- فصل : وإن كان في الأرض ما له أصل ... فالجزء الظاهرة عند
- البيع للبائع ١٠٦
- فصل : وإن كان في الأرض حجارة مدفونة أو ركاز لم يدخل
- في البيع ١٠٧
- فصل : وإن باعه دارا دخل فيها ما اتصل بها ١٠٧
- باب بيع الثمار ١٠٩ - ١١٦
- ولا يجوز بيع الثمر والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط
- القطع ١٠٩
- فصل : وبدو الصلاح في ثمرة النخل أن يحمر أو يصفر ١١٠
- فصل : وإذا ابتاع ثمرا أو نخلا بعد صلاحه ، لم يكلف قطعه
- قبل أوان الحصاد أو الجذاذ ١١٢

فصل : إذا اشترى ثمرة شجرة فحدثت ثمرة أخرى ، ... لم	
يطلق البيع	١١٤
فصل : وإذا كانت شجرة تحمل حملين ، فباع أحدهما عالما أنه	
يحدث الآخر فيختلط بالأول ، فالبيع باطل	١١٥
فصل : ولا يجوز بيع الرطبة ونحوها	١١٥
باب المصراة	١١٧ - ١٢٢
لا يحل بيع المصراة ، فإن باعها فالبيع صحيح	١١٧
فصل : ويلزمه مع ردها صاع من تمر بدلا عن اللبن الموجود	
حال العقد	١١٨
فصل : فإن كانت المصراة أمة ، أو أتاناً ، ففيه وجهان	١٢٠
فصل : وكل تدليس بما يختلف به الثمن يثبت خيار الرد	١٢٠
فصل : وإن دلس بما يختلف به الثمن ... فلا خيار للمشتري ...	١٢١
باب الرد بالعيب	١٢٣ - ١٣٤
من علم بسلعته عيباً ، لم يحل له بيعها حتى يبينه	١٢٣
فصل : فإن نما المبيع المعيب نماء متصلاً ... وأراد الرد ، رده	
بزيادته	١٢٤
فصل : وإن تعيب المبيع عند المشتري ، ففيه روايتان	١٢٥

- فصل : وما تعيب قبل قبضه ، وهو مما يدخل فى ضمان المشتري ،
 ١٢٥ فهو كالعيب الحادث فى يده
- فصل : وإن وطئ المشتري الأمة ، ففيه روايتان ١٢٦
- فصل : فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع ... فله الأرش ١٢٦
- فصل : فإن باع بعضه أو وهبه ، فله أرش الباقي ١٢٦
- فصل : وإن اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيباً فرضيه أحدهما ،
 ١٢٧ ففيها روايتان
- فصل : ومن اشترى معيباً فزال عيبه قبل رده ... فلا خيار له ١٢٨
- فصل : ذكر القاضى ما يدل على أن فى خيار العيب روايتين ... ١٢٨
- فصل : وله الرد من غير رضا صاحبه ولا حضوره ١٢٩
- فصل : والعيوب هى النقائص المعدودة عيباً ١٢٩
- فصل : وإن شرط فى المبيع صفة مقصودة ... فبان خلاف ذلك ١٣١
- فصل : إذا اشترى ما مأكوله فى جوفه فوجده معيباً ، فله الرد ... ١٣٣
- فصل : وإن اشترى ثوباً لا ينقصه نشره ، فنشره ، فله رده بالعيب ١٣٤
- فصل : وإذا شرط البراءة من كل عيب ، لم يبرأ ١٣٤
- باب بيع المrabحة والمواضعة والتولية والإقالة ١٣٥ - ١٤٣
- بيع المrabحة أن يخبر برأس ماله ، ثم يبيع به و يربح معلوم ١٣٥

فصل : ولا يخبر إلا بما يلزم من الثمن ، وما يزداد فيه فى مدة الخيار

يخبر به ١٣٥

فصل : فإن نقص المبيع لمرض ، أو تلف جزء ... أخبر بالحال

على وجهه ١٣٦

فصل : فإن اشترى اثنان شيئاً وتقاسماه ، فقال أحمد : ١٣٧

فصل : فإن اشتراه من ابنه ، أو ممن لا تقبل شهادته له ١٣٨

فصل : وإن اشترى شيئاً ، ثم باعه بربح ، ثم اشتراه ١٣٨

فصل : فإن بان للمشتري أن البائع أخبر بأكثر من رأس المال ،

فالباع صحيح ١٣٩

فصل : وإن أخبر بثمان ، ثم قال : غلطت والثمان أكثر . ففيه

ثلاث روايات ١٤٠

فصل : وبيع التولية هو البيع بمثل الثمن الذى اشترى به ١٤١

فصل : وبيع المواضعة أن يخبر برأس المال ، ثم يبيع به ووضيعة

كذا ١٤١

فصل : وإذا اشترى نصف عبد بعشرة ، واشترى آخر نصفه

بعشرين ، ثم باعاه بثمان واحد مساومة ١٤٢

فصل : وإقالة النادم فى البيع مستحبة ١٤٢

باب اختلاف المتبايعين ١٤٥ - ١٥١

إذا اختلفا في قدر الثمن والسلعة قائمة ، تحالفا ١٤٥

فصل : قال القاضي : ظاهر كلام أحمد أن الفسخ ينفذ ظاهرا

وباطنا ١٤٦

فصل : وإن اختلفا بعد تلف المبيع ، ففيه روايتان ١٤٧

فصل : وإن اختلفا في قدر المبيع ... فالقول قول البائع ١٤٨

فصل : وإن اختلفا في صفة الثمن ، رجع إلى نقد البلد ١٤٨

فصل : وإن اختلفا في أجل ، أو شرط ... ففيه روايتان ١٤٨

فصل : وإن باعه بثمن معين ، وقال كل واحد منهما : لا

أسلم ما بعته حتى أقبض عوضه ١٥٠

كتاب السلم

السلم أن يسلم عينا حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى

أجل ١٥٣

وهو نوع من البيع ... ويزيد بشروط ستة ؛ أحدها ، أن يكون

مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهرا ١٥٣

فصل : ولا يصح فيما لا ينضبط ١٥٤

- فصل : وفى الحيوان روايتان ؛ أظهرهما ، صحة السلم فيه ١٥٦
- فصل : الشرط الثانى ، معرفة قدره بالكيل إن كان مكيلا ،
- وبالوزن إن كان موزونا ١٥٧
- فصل : الشرط الثالث ، أن يجعل له أجلا معلوما ١٥٨
- فصل : الشرط الرابع ، أن يكون المسلم فيه عام الوجود فى محله ١٦١
- فصل : الشرط الخامس ، أن يضبطه بصفاته التى يختلف الثمن
- بها ظاهرا ١٦٢
- فصل : الشرط السادس ، أن يقبض رأس مال السلم فى مجلس
- العقد قبل تفرقهما ١٦٣
- فصل : وكل مالين جاز النساء بينهما ، جاز إسلام أحدهما فى
- الآخر ، وما لا فلا ١٦٤
- فصل : ولا يشترط وجود المسلم فيه قبل المحل ، لا حين العقد
- ولا بعده ١٦٤
- فصل : ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء ١٦٥
- فصل : ويجب تسليم السلم عند المحل على أقل ما وصف به ... ١٦٥
- فصل : فإن أحضره قبل محله ، أو فى غير مكان الوفاء ،
- فاتفقا على أخذه ، جاز ١٦٧

- فصل : وإذا قبضه بما قدره به من كيل أو غيره ، برئ صاحبه ١٦٧
- فصل : وإن تعذر تسليم السلم عند المحل ١٦٨
- فصل : ولا يجوز بيع السلم قبل قبضه ١٦٩
- فصل : وإذا قبضه فوجده معيبا ، فله رده وطلب حقه ١٧٠
- باب القرض ١٧٨ - ١٧١
- ويسمى سلفا ١٧١
- فصل : ويصح قرض كل ما يصح السلم فيه ١٧٢
- فصل : ويجب رد المثل فى المثليات ١٧٣
- فصل : ويجوز قرض الخبز ، ورد مثله عددا بغير وزن فى الشيء
- اليسير ١٧٤
- فصل : فإن أقرضه فلوسا ... فحرمها السلطان وتركت المعاملة بها ... ١٧٤
- فصل : ولا يجوز أن يشترط فى القرض شرطا يجر به نفعا ١٧٥
- فصل : وإن وفاه خيرا منه ... من غير شرط ولا مواطأة ، جاز ١٧٦
- فصل : وإن أهدى له قبل الوفاء من غير عادة ... فهو خبيث ١٧٧
- فصل : فإن أفلس غريمه ، فأقرضه ليوفيه كل شهر شيئا منه ، جاز ١٧٧
- فصل : إذا قال المقرض : إن مت ، فأنت فى حل . فهى وصية
- صحيحة ١٧٨

فصل : وإن أقرضه نصف دينار ، فأتاه بدینار صحيح ، وقال :

خذ نصفه وفاء ، ونصفه وديعة ١٧٨

باب الرهن ١٧٩ - ١٨٧

وهو المال يجعل وثيقة بالدين ليستوفى منه إن تعذر وفاؤه

من المدين ١٧٩

فصل : ويجوز الرهن بعوض القرض ١٧٩

فصل : ولا يجوز الرهن بمال الكتابة ١٨٠

فصل : ويصح الرهن بالحق بعد ثبوته ١٨١

فصل : ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن ١٨١

فصل : وإذا أذن في القبض ، ثم رجع عنه قبل القبض ... فهو

كمن لم يأذن ١٨٢

فصل : وإن مات أحد المتراهنين ، لم يطل الرهن ١٨٣

فصل : وإن حجر على الراهن قبل القبض ، لم يملك إقباضه ١٨٣

فصل : ومتى امتنع الراهن من إقباضه ، وقلنا : إن القبض ليس

بشرط في لزومه ١٨٤

فصل : ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضى جميع دينه ١٨٤

فصل : واستدامة القبض كابتدائه في الخلاف في اشتراطه ١٨٥

فصل : والرهن أمانة في يد المرتهن ١٨٥

فصل : إذا حل الدين فوفاه الراهن ، انفك الرهن ١٨٦

باب ما يصح رهنه وما لا يصح ١٨٩ - ١٩٤

يصح رهن كل عين يصح بيعها ١٨٩

فصل : ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد ١٩٠

فصل : ويصح رهن الثمر قبل بدو صلاحها ١٩١

فصل : ويصح رهن الجارية دون ولدها ١٩٢

فصل : ولا يصح رهن ما لا يجوز بيعه غير ما ذكرنا ١٩٢

فصل : ولا يصح رهن ما لا يجوز بيعه من أرض الشام والعراق ١٩٣

فصل : وفي رهن المصحف روايتان ١٩٣

باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل وما يملكه الراهن

وما لا يملكه وما يلزمه وما لا يلزمه ١٩٥ - ٢٠٣

جميع نماء الرهن المنفصل والمتصل يدخل في الرهن ، ويباع معه . ١٩٥

فصل : ولا يملك الراهن التصرف في الرهن باستخدام ، ولا

سكنى ١٩٥

فصل : ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ١٩٦

فصل : ولا يملك الراهن بيع الرهن ، ولا هبته ١٩٧

فصل : ولا يجوز له عتق الرهن ١٩٨

فصل : وليس للراهن وطء الجارية وإن كانت لا تحبل ١٩٨

فصل : وكل ما منع الراهن منه لحق المرتهن ، إذا أذن فيه ،

جاز له فعله ١٩٩

فصل : ويلزم الراهن مؤنة الرهن كلها ٢٠٠

فصل : وليس للمرتهن أن ينتفع من الرهن بشيء بغير إذن

الراهن ٢٠١

فصل : فإن أذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع به بغير عوض ،

والرهن فى قرض ، لم يجر ٢٠٢

فصل : وإن انتفع به بغير إذن الراهن ، فعليه أجرة ذلك فى

ذمته ٢٠٣

باب جناية الرهن والجناية عليه ٢٠٥ - ٢١٠

إذا جنى الرهن على أجنبى ، تعلق حق المجنى عليه برقبتة ٢٠٥

فصل : فإن جنى على سيده جناية لا توجب قصاصا ، فهى

هدر ٢٠٦

فصل : فإن جنى على موروث سيده ، ولم ينتقل الحق إلى

سيده ، فهى جناية على أجنبى ٢٠٦

فصل : وإن جنى على عبد لسيدته غير مرهون ، فحكمه حكم

الجنایة على طرف سيده ٢٠٧

فصل : وجنایته بإذن سيده كجنایته بغير إذنه ٢٠٨

فصل : وإن جنى على الرهن ، فالخصم الراهن ٢٠٩

فصل : إذا أقر الراهن أن العبد كان جنى قبل رهنه ، فكذبه

المرتهن وولى الجنایة ٢١٠

فصل : وإن أقر رجل بالجنایة على الرهن ، فكذبه الراهن

والمرتهن ٢١٠

باب الشروط فى الرهن ٢١١ - ٢١٨

يصح شرط جعل الرهن فى يد عدل ٢١١

فصل : وإن شرط جعله فى يد اثنين ، صح الشرط ٢١٢

فصل : وكل من جاز توكيله ، جاز جعل الرهن على يديه ٢١٢

فصل : إذا شرط أن يبيعه المرتهن أو العدل عند حلول الحق ،

صح شرطه ٢١٣

فصل : وإن أذنا له فى البيع بنقد ، لم يكن له خلافهما ٢١٤

فصل : إذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن ، فأنكره ، ففيه

وجهان ٢١٦

فصل : إذا رهن أمة رجلا ، وشرط جعلها في يد امرأة ... جاز ٢١٦

فصل : فإن شرط ما ينافي مقتضى الرهن ... فسد الشرط ٢١٧

باب اختلاف المتراهنين ٢١٩ - ٢٢٣

إذا قال : رهنتي كذا . فأنكر ، أو اختلفا في قدر الدين ...

فالقول قول الراهن ٢١٩

فصل : فإن قال : رهنتي عبدك هذا بألف . فقال : بل بعته

بها ٢٢٠

فصل : وإن قال الراهن : قبضت الرهن بغير إذن . فقال : بل

بإذنك ٢٢٠

فصل : إذا كان لرجل على آخر ألف برهن ، وألف بغير رهن ،

فقضاه ألفا ، وقال : قضيت دين الرهن ٢٢١

فصل : ولو كان عليه ألفان لرجلين ، فادعى كل واحد منهما

أنه رهنه عبده بدينه ، فأنكرهما ٢٢١

فصل : فإن ادعى على رجلين أنهما رهناه عبدهما بدينه ،

فأنكراه ٢٢٢

فصل : وإن ادعى المرتهن هلاك الرهن بغير تفريط ، فalcول

قوله ٢٢٢

كتاب التفليس

ومن لزمه دين مؤجل ، لم يجز مطالبته به ٢٢٥

وإن كان الدين حالاً ، والغريم معسر ، لم تجز مطالبته ٢٢٥

فصل : وإن كان موسراً ، فلغريمه مطالبته ٢٢٧

فصل : فإن ادعى الإعسار من لم يعرف له مال ، فالقول قوله

مع يمينه ٢٢٨

فصل : فإن كان ماله لا يفي بدينه ، فسأل غرماؤه الحاكم

الحجر عليه ، لزمه إجابتهم ٢٢٩

ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام ؛ أحدها ، منع تصرفه في ماله ٢٣٠

فصل : الحكم الثانى ، أنه يتعلق حقوق الغرماء بعين ماله ٢٣١

فصل : الحكم الثالث ، أن للحاكم بيع ماله ، وقضاء دينه ٢٣٢

فصل : الحكم الرابع ، أن من وجد عين ماله عنده ، فهو أحق بها ٢٣٥

ولو استأجر شيئاً فأفلس قبل مضى شىء من المدة ، فللمؤجر

الرجوع فيه ٢٣٦

فصل : ولا يملك الرجوع إلا بشروط خمسة ؛ أحدها ، أن

يجدها سالمة ٢٣٧

فصل : فإن كان المبيع زيتا ، فخلطه بزيت آخر ... لم يكن

له الرجوع ٢٣٨

فصل : وإن اشترى ثوبا فصبغه ... أو سويقا فلتته بزيت ،

فلصاحبهما الرجوع فيهما ٢٣٨

فصل : الشرط الثانى ، أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئا ٢٣٩

فصل : الشرط الثالث ، أن لا يتعلق بها حق غير المفلس ٢٤٠

فصل : الشرط الرابع ، كون المفلس حيا ٢٤١

فصل : الشرط الخامس ، أن لا يزيد زيادة متصلة ٢٤١

فصل : فإن باعها حائلا فحملت ، فالحمل زيادة متصلة ٢٤٢

فصل : فإن باع نخلا حائلا فأطلعت ، ثم أفلس المشتري قبل

تأجيرها ٢٤٣

فصل : وإن اشترى أرضا فغرسها ... ثم أفلس ، فللبائع الرجوع

فى الأرض ٢٤٤

فصل : وإن اشترى غراسا فغرسه ، ثم أفلس ، فلم يزد ، فللبائع

الرجوع فيه ٢٤٥

فصل : وإن أفلس وعليه دين مؤجل ، لم يحل ٢٤٥

فصل : فإن مات إنسان وعليه دين مؤجل ، ففيه روايتان ٢٤٦

فصل : وإذا حجر على المفلس وهو ذو كسب يفى بمؤنته ومؤنة	
من تلزمه مؤنته	٢٤٨
فصل : وإذا قسم ماله بين غرمائه ، ففيه وجهان	٢٥٠
باب الحجر	٢٥١ - ٢٦٦
يحجر على الإنسان لحق نفسه لثلاثة أمور ؛ صغر ، وجنون ،	
وسفه	٢٥١
فصل : وليس لوليه التصرف في ماله بما لا حظ له فيه	٢٥٢
فصل : وله أن يتجر بماله	٢٥٣
فصل : ويجوز أن يشتري له العقار	٢٥٤
فصل : ولا يجوز أن يودع ماله إلا لحاجة ، ولا يقرضه إلا	
لحظه	٢٥٤
فصل : وله كتابة رقيقه وعتقه على مال	٢٥٥
فصل : وينفق عليه نفقة مثله بالمعروف ، من غير إسراف ولا	
إقتار	٢٥٥
فصل : ولالأب بيع ماله بمال له	٢٥٦
فصل : وإذا زال الحجر عنه ، فادعى وليه الإنفاق عليه ... فالقول	
قوله	٢٥٦

فصل : وإذا بلغ الصبي ، وعقل المجنون ، ورشدا ، انفك الحجر

عنهما ٢٥٦

فصل : ويستوى الذكر والأنثى فى أنه ينفك عنه الحجر برشده

وبلوغه ٢٥٨

فصل : والرشد الصلاح فى المال ٢٥٩

فصل : وإنما يعرف رشده باختباره ٢٥٩

فصل : ومن لم يؤنس منه رشد ، لم يدفع إليه ماله ، ولم ينفك

الحجر عنه ٢٦٠

فصل : ويستحب الإشهاد عليه وإظهار الحجر ٢٦١

فصل : وإن أذن له الولي فى النكاح ، صح منه ٢٦٢

فصل : وإن وجب له قصاص ، فله استيفاءه ٢٦٣

فصل : ولا ينفذ عتقه ٢٦٣

فصل : وهل للمرأة الرشيدة التبرع من مالها بغير إذن زوجها ؟ ٢٦٤

فصل : وهل لها الصدقة من ماله بالشئ اليسير بغير إذنه ؟ ٢٦٥

كتاب الصلح

وهو ضربان ؛ أحدهما ، الصلح فى الأموال ، وذلك نوعان ؛

أحدهما ، الصلح على الإنكار ٢٦٧

- فصل : النوع الثانى ، الصلح مع الاعتراف ، وهو ثلاثة أقسام ؛
- أحدها ، أن يعترف له بدين ٢٧٠
- فصل : القسم الثانى ، أن يعترف له بعين فى يده ، فيهب له
- بعضها ويستوفى باقيها ٢٧١
- فصل : القسم الثالث ، أن يعترف له بعين أو دين ، فيصالحه
- على غيره ٢٧٢
- فصل : وإذا اعترف له بشيء ، لم يجز أن يصالح عنه بأكثر منه
- من جنسه ٢٧٢
- فصل : و صلح المكاتب ، والمأذون له ... من دين لهم ببعضه ،
- لا يصح ٢٧٣
- فصل : ويصح الصلح عن المجهول ٢٧٣
- باب الصلح فيما ليس بمال ٢٧٥ - ٢٨٥
- يصح الصلح عن دم العمد بمال يزيد على الدية وينقص عنها ٢٧٥
- فصل : إذا أراد أن يجرى فى أرض غيره ماء ، له غنى عن
- إجرائه فيها ٢٧٥
- فصل : ولا يجوز أن يشرع إلى الطريق النافذ جناحا ... ولا
- سابطا ٢٧٧

فصل : ولا يجوز أن يفعل هذا في ملك إنسان ، ولا درب

غير نافذ ٢٧٧

فصل : وإذا حصلت أغصان شجرته في هواء ملك غيره ، فطالبه

بإزالتها ، لزمه ذلك ٢٧٧

فصل : ليس للإنسان أن يفتح في حائط جاره طاقا ٢٧٨

فصل : فإن كان له دار بابها في زقاق غير نافذ ، وظهرها إلى

الشارع ، فله فتح باب إلى الشارع ٢٨٠

فصل : فإن كان بابه في زقاق غير نافذ ، فأراد تقديمه نحو أوله ،

جاز ٢٨١

فصل : إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم ، فدعا أحدهما

صاحبه إلى عمارته فأبى ، أجبر ٢٨٢

فصل : وإن كان السفلى لأحدهما والعلو للآخر ، فانهدم

السقف الذى بينهما ٢٨٤

فصل : فإن كان بينهما دولاب أو ناعورة يحتاج إلى عمارة ٢٨٤

فصل : ليس للمالك التصرف في ملكه بما يضر جاره ٢٨٥

باب الحوالة ٢٨٧ - ٢٩٥

وهي نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ٢٨٧

ولا تصح إلا بشروط أربعة ؛ أحدها ، أن يحيل على دين مستقر ٢٨٧

فصل : الشرط الثانى ، تماثل الحقين ٢٨٨

فصل : الشرط الثالث ، أن تكون بمال معلوم على مال معلوم ٢٨٩

فصل : الشرط الرابع ، أن يحيل برضاه ٢٩٠

فصل : إذا صحت الحوالة برئ المحيل من الدين ٢٩٠

فصل : إذا اشترى عبدا ، فأحال البائع بضمنه ... فبان حرا أو

مستحقا ٢٩١

فصل : وإن اشترى عبدا وأحال البائع بضمنه ، ثم وجدته معيبا ،

فردته قبل قبض المحتال من المحال عليه ٢٩٢

فصل : وإذا أمر رجلا بقبض دين له من غريمه ، ثم اختلفا ٢٩٢

فصل : إذا قال المدين لغريمه : قد أحلت بدينك فلانا . فأنكر ٢٩٣

فصل : فإن كان عليه دين ، فادعى رجل أنه وكيل ربه فى

قبضه ، فصدقه ٢٩٤

فصل : فإن كان عند رجل دين أو وديعة فجاء رجل فادعى

أنه وارث صاحبها ٢٩٥

فصل : فإن كان لرجل ألف على اثنين ، كل واحد منهما ضامن

لصاحبه ، فأحاله أحدهما بها ٢٩٥

كتاب الضمان

- وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام دينه ٢٩٧
- فصل : ولا يصح إلا من جائز التصرف ٢٩٨
- فصل : ويصح ضمان دين الميت المفلس وغيره ٢٩٩
- فصل : ويصح ضمان الدين اللازم ٢٩٩
- فصل : ولا يصح ضمان الأمانات ٣٠١
- فصل : ويصح ضمان المعلوم والمجهول قبل وجوبه وبعده ٣٠١
- فصل : ويصح ضمان الحال مؤجلا ٣٠٢
- فصل : وإذا قضى الضامن الدين بإذن المضمون عنه ، رجع عليه ٣٠٢
- فصل : ويرجع الضامن بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين ٣٠٢
- فصل : وإذا ضمن بإذنه ، فطولب بالدين ، فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه ٣٠٣
- فصل : وإذا دفع المضمون عنه قدر الدين إلى الضامن عوضا عما يقضيه في الثاني ٣٠٣
- فصل : إذا ادعى الضامن القضاء ، فأنكره المضمون له ، فالقول قوله مع يمينه ٣٠٤

باب الكفالة ٣٠٥ - ٣٠٨

تصح الكفالة بيدن كل من يلزمه الحضور فى مجلس الحاكم

بحق يصح ضمانه ٣٠٥

فصل : وإذا صحت الكفالة ، فتعذر إحضار المكفول به ، لزمه

ما عليه ٣٠٥

فصل : وإذا قال : أنا كفيل بفلان . أو : بنفسه ... صحت

الكفالة ٣٠٦

فصل : إذا علق الكفالة والضمان على شرط ، أو وقتها ٣٠٧

فصل : وتصح الكفالة بيدن الكفيل ٣٠٧

فصل : إذا طوّل الكفيل بإحضار المكفول به ، لزمه أن يحضر

معه ٣٠٨

فصل : إذا كفّل إنساناً أو ضمنه ، ثم قال : لم يكن عليه حق ٣٠٨

كتاب الوكالة

يصح التوكيل فى الشراء ٣٠٩

فصل : ولا تجوز فى الأيمان والندور ٣١١

فصل : ولا يصح التوكيل فى شىء ممن لا يصح تصرفه فيه ٣١١

- فصل : ومن ملك التصرف لنفسه ، جاز له أن يتوكل فيه ٣١٢
- فصل : وتصح الوكالة بكل لفظ دل على الإذن ، وبكل قول أو
- فعل دل على القبول ٣١٣
- فصل : ولا تصح إلا في تصرف معلوم ٣١٣
- فصل : ولا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل نطقا
- أو عرفا ٣١٤
- فصل : فإن وكله في البيع في وقت ، لم يملكه قبله ولا بعده ... ٣١٤
- فصل : وإن وكله في البيع وأطلق ، لم يملك البيع بأقل من
- ثمن المثل ٣١٦
- فصل : وإن وكله في الشراء وأطلق ، لم يجز أن يشتري بأكثر
- من ثمن المثل ٣١٦
- فصل : وإن وكله في الشراء نسيئة ، فاشترى نقدا ، لم يلزم الموكل ... ٣١٧
- فصل : إذا قال : اشتر لي بعين هذا . فاشترى في ذمته ، لم يقع
- للموكل ٣١٨
- فصل : وإن وكله في شراء موصوف ، لم يجز أن يشتري معيبا ٣١٨
- فصل : إذا وكله في قبض حقه من زيد ، فمات زيد ، لم يملك
- القبض من وارثه ٣٢٠

- فصل : إذا اشترى لموكله ، ثبت الملك للموكل ٣٢٠
- فصل : والوكالة عقد جائز من الطرفين ٣٢١
- فصل : وإن خرج الموكل عن أهلية التصرف ... بطلت الوكالة ٣٢١
- فصل : ولا تبطل بالنوم ، والسكر ، والإغماء ٣٢٢
- فصل : ويجوز التوكيل بجعل ٣٢٢
- فصل : وإذا وكل عبداً في شراء عبد من سيده ، جاز ٣٢٤
- فصل : والوكيل أمين ٣٢٤
- فصل : فإن قال : تزوجت لك فلانة بإذنك . فصدقته المرأة ، وأنكره ٣٢٦
- باب الشركة ٣٢٩ - ٣٤٠
- يجوز عقد الشركة في الجملة ٣٢٩
- فصل : والشركة على أربعة أضرب ؛ أحدها ، شركة العنان ٣٢٩
- فصل : وتصح الشركة على الدراهم والدنانير ٣٣٠
- فصل : وتجوز في المختلفين ٣٣٠
- فصل : ومبناها على الوكالة والأمانة ٣٣١
- فصل : فإن مات أحدهما ، فلوارثه إتمام الشركة ٣٣٢
- فصل : ولكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشترى مساومة
ومرابحة وتولية ومواضعة ٣٣٢

- فصل : وليس له أن يكاتب الرقيق ، ولا يزوجه ، ولا يعتقه بمال ٣٣٣
- فصل : الضرب الثانى ، شركة الأبدان ٣٣٥
- فصل : والربح بينهما على ما شرطاه من مساواة أو تفاضل ٣٣٦
- فصل : وإن عمل أحدهما دون صاحبه ، فالكسب بينهما ٣٣٦
- فصل : إذا كان لرجلين دابتان ، فاشتركا على أن يحملأ عليهما ٣٣٧
- فصل : فإن دفع دابته إلى رجل يعمل عليها ... ويكون ما يحصل بينهما نصفين ٣٣٧
- فصل : وإن دفع رجل بغلة وآخر راويته إلى رجل ليستقى ، وما يرزق الله بينهم ٣٣٨
- فصل : الضرب الثالث ، شركة الوجوه ٣٣٩
- فصل : الضرب الرابع ، شركة المفاوضة ٣٤٠
- باب المضاربة ٣٤١ - ٣٦١
- وهى أن يدفع إنسان ماله إلى آخر يتجر فيه والربح بينهما ٣٤١
- فصل : ويشترط تقدير نصيب العامل ، ونصيب كل واحد من الشريكين فى الشركة بجزء مشاع ٣٤١
- فصل : وإن لم يذكر الربح ... لم تصح المضاربة ٣٤٣
- فصل : وإن قال : خذه مضاربة ، والربح كله لك ... لم يصح ٣٤٣

- فصل : فإن قال لغريمه : ضارب بالدين الذى عليك . لم يصح ٣٤٤
- فصل : ويصح أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال ٣٤٤
- فصل : ولا يصح أن يشترط ما ينافى مقتضى العقد ٣٤٤
- فصل : وكل شرط يؤثر فى جهالة الربح يبطل المضاربة ٣٤٥
- فصل : وعلى العامل عمل ما جرت العادة بعمله له ٣٤٦
- فصل : وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال ٣٤٧
- فصل : وليس له التصرف إلا على الاحتياط ٣٤٧
- فصل : فإن اشترى من يعتق على رب المال ، صح ٣٤٧
- فصل : فإن اشترى من يعتق على نفسه ، ولا ربح فى المال ، لم يعتق ٣٤٨
- فصل : وليس له وطء جارية من المال ، فإن فعل ، فعليه المهر ٣٤٨
- فصل : وليس لرب المال وطء جارية من المضاربة ٣٤٩
- فصل : وليس له دفع المال مضاربة ٣٤٩
- فصل : إذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له ، فهو ضامن ٣٥٠
- فصل : ونفقة العامل على نفسه حضرا وسفرا ٣٥١
- فصل : وللمضارب أن يأخذ مضاربة أخرى ٣٥٢
- فصل : وإذا دفع إليه ألفا ، ثم دفع إليه ألفا آخر ، لم يجز له ضم
أحدهما إلى الآخر ٣٥٢

- فصل : وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال ٣٥٣
- فصل : ويملك العامل الربح بالظهور ٣٥٤
- فصل : ولكل واحد منهما فسخ المضاربة ٣٥٥
- فصل : ويجوز أن يدفع المال إلى اثنين مضاربة ٣٥٥
- فصل : وإن أخرج ألفا وقال : أئجر أنا وأنت فيها والربح بيننا .
- صح ٣٥٦
- فصل : والعامل أمين لا ضمان عليه فيما تلف بغير تعد ٣٥٧
- فصل : وإن أقر بربح ، ثم قال : خسرتة ... قبل قوله ٣٥٧
- فصل : فإن قال المالك : دفعت إليك المال قرضا . قال : بل
- قراضا ٣٥٨
- فصل : وإن اشترى رب المال شيئا من مال المضاربة ، لم يصح ٣٥٨
- فصل : ولا يجوز قسمة الدين في الذم ٣٥٩
- فصل : إذا كان لاثنين دين في ذمة رجل بسبب واحد ، فقبض
- أحدهما منه شيئا ٣٥٩
- فصل : إذا ملكا عبدا ، فباعه أحدهما بأمر الآخر ، فادعى المشتري
- أنه قبض ثمنه ، فأنكر البائع ، وصدقه الآخر ٣٦٠
- باب العبد المأذون ٣٦٣ - ٣٦٥

٣٦٣	لا يجوز للعبد التجارة بغير إذن مولاه
٣٦٣	فصل : وإن أذن له المولى ، جاز
٣٦٤	فصل : ولا يجوز تبرع المأذون له بالدرهم والكسوة
٣٦٤	فصل : وما كسب العبد من المباح ... ملكه مولاه
٣٦٧ - ٣٧٤	باب المساقاة
	تجوز المساقاة على النخل وسائر الشجر ، بجزء معلوم يجعل
٣٦٧	للعامل من الثمر
٣٦٨	فصل : ظاهر كلام أحمد أنها عقد جائز
	فصل : ويجوز عقد المساقاة والإجارة على مدة يغلب على الظن
٣٧٠	بقاء العين فيها وإن طالت
	فصل : وحكم المساقاة والمزارعة حكم المضاربة فى الجزء
٣٧٠	المشروط للعامل
	فصل : وإن ساقاه على بستانين بالنصف من هذا ، والثلث
٣٧١	من الآخر
٣٧١	فصل : وتنقذ بلفظ المساقاة ... وبما يؤدي معناه
٣٧١	فصل : ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها
٣٧٢	فصل : والعامل أمين

فصل : فإن مات العامل أو رب المال ، وقلنا : يلزم العقد ٣٧٣

فصل : فإن بان الشجر مستحقا ، رجع العامل على من ساقاه

بالأجرة ٣٧٤

باب المزارعة ٣٧٥ - ٣٧٧

وهي دفع الأرض إلى من يزرعها بجزء من الزرع ٣٧٥

فصل : فإن دفع بذرا إلى ذى أرض ليزرعه فيها بجزء ، لم

يصح ٣٧٦

فصل : فإن قال : أجرتك هذه الأرض بثلاث الخارج منها . فقال

أحمد : يصح ٣٧٦

فصل : وحكم المزارعة حكم المساقاة ٣٧٧

فصل : ومتى سقط من الحب شيء ، ثم نبت فى عام

آخر ... فهو لصاحب الأرض ٣٧٧

كتاب الإجارة

وهي بيع المنافع ، وهي جائزة فى الجملة ٣٧٩

فصل : وتجوز إجارة الظئر للرضاع ، والراعى لرعاية الغنم ٣٧٩

فصل : ولا يجوز عقد الإجارة على المنافع المحرمة ٣٨١

- فصل : ولا تجوز إجارة الفحل للضراب ٣٨٣
- فصل : ولا يجوز عقد الإجارة على ما تذهب أجزاءه بالانتفاع
- به ٣٨٣
- فصل : ولا تجوز إجارة ما يسرع فساده ٣٨٣
- فصل : وما يختص فاعله أن يكون من أهل القرية ... ففيه
- روايتان ٣٨٤
- فصل : قال بعض أصحابنا : لا يجوز إجارة المشاع لغير شريكه ٣٨٥
- فصل : ولا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي ٣٨٥
- فصل : والإجارة على ثلاثة أضرب ٣٨٥
- فصل : وإن اكرى ظهرا للركوب ، اشترط معرفته برؤية أو صفة ٣٨٧
- فصل : وإن استأجر راعيا مدة ، صح ٣٨٨
- فصل : ويشترط معرفة قدر المنفعة ٣٩٠
- فصل : وتجوز الإجارة مدة لا تلي العقد ٣٩١
- فصل : فإن قال : أجرتها كل شهر بدرهم . فالمنصوص أنه
- صحيح ٣٩١
- فصل : ويشترط في صحة الإجارة ذكر الأجرة ٣٩٢
- فصل : ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته ٣٩٣

- فصل : وإذا استوفى المنفعة ، استقرت الأجرة ٣٩٣
- فصل : يجوز أن يكتري الرجلان ظهرا يتعاقبان عليه ٣٩٤
- فصل : إذا دخل حماما ، أو قعد مع ملاح فى سفينة ، فعليه
- أجرهما ٣٩٤
- فصل : إذا أجره مدة تلى العقد ، لم يجز شرط الخيار ٣٩٥
- باب ما يجوز فسخ الإجارة وما يوجبه ٣٩٧ - ٤٠٢
- وهى عقد لازم ليس لواحد منهما فسخها ٣٩٧
- فصل : وإن تلفت العين فى يده ، انفسخت الإجارة ٣٩٨
- فصل : إذا اكترى أرضا للزرع ، فانقطع ماؤها ... انفسخ العقد
- فى أحد الوجهين ٣٩٨
- فصل : فإن غصبت العين المستأجرة ، فللمستأجر الفسخ ٣٩٩
- فصل : فإن أجر نفسه ثم هرب ... فللمستأجر الخيار بين الصبر
- والفسخ ٤٠٠
- فصل : وإن أجر عبده ، ثم أعتقه ، لم تنفسخ الإجارة ٤٠٠
- فصل : وإن أجر عينا ثم باعها ، صح البيع ٤٠٠
- فصل : ولا تنفسخ الإجارة بموت المتكاريين ، ولا موت أحدهما ٤٠١
- باب ما يلزم المتكاريين وما لهما فعله ٤٠٣ - ٤١١

- يجب على المكرى ما يحتاج إليه للتمكين من الانتفاع ٤٠٣
- فصل : وعلى المكرى رفع المحمل وحطه ، ورفع الأحمال ٤٠٣
- فصل : وعلى المكرى علف الظهر وسقيه ٤٠٤
- فصل : وليس على المكرى مؤنة رد العين ٤٠٥
- فصل : وللمكرى استيفاء المنفعة بالمعروف ٤٠٥
- فصل : وله ضرب الظهر ، وكبحه باللجام ، وركضه برجله
- للمصلحة ٤٠٦
- فصل : وله أن يستوفى النفع المعقود عليه ومثله ودونه فى الضرر ... ٤٠٧
- فصل : وله أن يستوفى المنفعة بنفسه وبمثله ٤٠٨
- فصل : وله أن يؤجر العين ٤٠٨
- فصل : فإن استوفى أكثر من المنفعة بزيادة متميزة ... لزمه المسمى
- لما عقد عليه ٤٠٩
- فصل : فإن اكترى أرضا للزرع مدة ، فليس له زرع ما لا
- يستحصد فيها ٤١٠
- فصل : فإن اكترها مدة ليزرع فيها زرعاً لا يكمل فيها ، وشرط
- قلعه فى آخرها ٤١٠
- فصل : وإن استأجرها للغراس مدة ، جاز ٤١١

باب تضمين الأجير واختلاف المتكاريين	٤١٣ - ٤١٧
الأجير على ضربين ؛ خاص ومشترك	٤١٣
فصل : ولا ضمان على المستأجر فى العين المستأجرة إن تلفت	
بغير تفريط	٤١٤
فصل : ولو قال لخياط : إن كان هذا يكفينى قميصا فاقطعه .	
فقطعه ، فلم يكفه	٤١٥
فصل : ومن أجر عينا ، فامتنع من تسليمها ، فلا أجر له	٤١٥
فصل : وإذا اختلف المتكاريان فى قدر الأجرة ... تحالفا	٤١٦
باب الجمالة	٤١٩ - ٤٢٣
وهى أن يجعل جعلاً لمن يعمل له عملاً	٤١٩
فصل : وهى عقد جائز	٤٢٠
فصل : لا يستحق الجعل إلا بفراغه من العمل	٤٢١
فصل : ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل ، فلا شئ له	٤٢١
فصل : وإن اختلفا فى الجعل ، أو فى قدره ... فالقول قول	
المالك	٤٢٢
فصل : وإن رد أبقا من غير شرط ، ففيه روايتان	٤٢٢
باب المسابقة	٤٢٥ - ٤٣٣

٤٢٥	تجوز المسابقة على الأقدام والدواب والسهام والحرب والسفن ...
٤٢٧	فصل : والمسابقة بعوض جعالة
٤٢٨	فصل : ولا تجوز المسابقة بين جنسين
٤٢٨	فصل : ويشترط تعيين الركوبين
٤٢٩	فصل : وإذا كان الجعل من غيرهما ... صح
٤٣٠	فصل : وإن أخرج الجعل أحد المتسابقين ، جاز
٤٣٢	فصل : وترسل الفرسان معا من أول المسافة في حال واحدة
٤٣٣	فصل : وإن مات أحد الركوبين ، بطلت المسابقة
٤٤٦ - ٤٣٥	باب المناضلة
٤٣٥	وهي المسابقة بالرمي
٤٣٦	فصل : ويشترط لصحتها شروط ثمانية ؛ أحدها ، تعيين الرماة ...
٤٣٦	فصل : الشرط الثاني ، تعيين نوع القسي
٤٣٧	فصل : الشرط الثالث ، أن يرمي غرضا
	فصل : الشرط الرابع ، أن يكون قدر الغرض معلوما طوله
٤٣٨	وعرضه وانخفاضه
	فصل : فإن أطلقا العقد ، حمل على إصابة أى موضع كان
٤٣٨	من الغرض

- فصل : الشرط الخامس ، أن يكون مدى الغرض معلوما مقدرا ... ٤٤١
- فصل : الشرط السادس ، أن يكون الرشق معلوما ٤٤٢
- فصل : الشرط السابع ، أن يكون عدد الإصابة معلوما ٤٤٢
- فصل : الشرط الثامن ، التسوية بين المتناضلين فى عدد الرشق
- والإصابة وصفتها ٤٤٣
- فصل : وإن كان الرماة حزينين ، اشترط كون الرشق يمكن قسمته
- عليهم ٤٤٤
- فصل : فإن كان فى أحد الحزين من لا يحسن الرمى ، بطل
- العقد فيه ٤٤٤
- فصل : ويرمى واحد بعد الآخر ٤٤٥
- فصل : وإن مات أحد الراميين ... بطل العقد ٤٤٥
- باب اللقطة ٤٤٧ - ٤٦٣
- وهى المال الضائع عن ربه ٤٤٧
- فصل : وهو ضربان ؛ ضال وغيره ، فأما غير الضال ، فيجوز
- التقاطه ٤٤٧
- فصل : إذا أخذها ، عرف عفاصها ... ووكاءها ... وجنسها
- وقدرها ٤٤٨

فصل : ويجب تعريفها ٤٥٠

فصل : فإذا جاء مدعيها ، فوصفها بصفات المذكورة ، لزم

دفعها إليه ٤٥١

فصل : وإن لم تعرف ، دخلت في ملك الملتقط عند الحول

حكما ٤٥٢

فصل : وما جاز التقاطه ووجب تعريفه ، ملك به ٤٥٣

فصل : ولقطة الحرم تملك بالتعريف ٤٥٤

فصل : واللقطة مع الملتقط قبل تملكها أمانة ٤٥٥

فصل : الضرب الثاني ، الضوال ... وهي نوعان ؛ أحدهما ، ما

يمتنع من صغار السباع ٤٥٦

فصل : النوع الثاني ، ما لا ينحفظ عن صغار السباع ٤٥٧

فصل : وإن التقط ما لا يبقى عاما ... لم يجز تركه ليتلف ٤٥٩

فصل : قال أحمد : من اشترى سمكة ، فوجد في بطنها

درة ، فهي للصياد ، وإن وجد دراهم ، فهي لقطة ٤٥٩

فصل : وإن وجد اللقطة اثنان ، فهي بينهما ٤٦٠

فصل : فإن التقطها صبي أو مجنون أو سفيه ، صح التقاطه ٤٦٠

فصل : ويصح التقاط العبد بغير إذن سيده ٤٦١

فصل : والمكاتب كالحرق	٤٦١
فصل : والذمي كالمسلم	٤٦٢
فصل : ومن التقط لقطة لغير التعريف ، ضمنها	٤٦٢
فصل : ومن ترك دابة بمهلكة ، فأخذها إنسان ، فخلصها ،	
ملكها	٤٦٢
باب اللقيط	٤٦٥ - ٤٧٧
وهو الطفل المنبوذ	٤٦٥
فصل : وما يوجد عليه من ثياب أو حلى ، أو تحته من فراش	
أو سرير	٤٦٥
فصل : وينفق عليه من ماله	٤٦٦
فصل : وإذا كان الملتقط أمينا حرا مسلما ، أقر في يده	٤٦٧
فصل : فإن أراد الملتقط السفر به ، وهو ممن لم تختبر أمانته	
في الباطن	٤٦٨
فصل : فإن التقطه موسر ومعسر ، قدم الموسر	٤٦٨
فصل : فإن اختلفا في الملتقط وهو في يد أحدهما ، فالقول	
قوله	٤٦٩
فصل : وإن ادعى نسبه رجل ، لحقه	٤٦٩

فصل : فإن ادعى نسبه رجلان ، ولأحدهما بينة ، فهو ولده ٤٧١

فصل : فإن كان لامرأتين ابن وبنت ، فادعت كل واحدة أنها

أم الابن ٤٧٣

فصل : والقافة قوم من العرب ، عرفت منهم الإصابة في معرفة

الأنساب ٤٧٤

فصل : فإن ادعى رجل رقه ، لم يقبل ٤٧٤

فصل : ومن حكمنا بإسلام أحد أبويه ... فحكمه حكم سائر

المسلمين ٤٧٥

فصل : فإن بلغ اللقيط فقفه إنسان ... وادعى رقه ٤٧٥

فصل : وإن بلغ فتصرف ، ثم ثبت رقه ، فحكم تصرفه حكم

تصرف العبيد ٤٧٦

باب الوديعة ٤٧٩ - ٤٨٧

قبول الوديعة مستحب لمن علم من نفسه الأمانة ٤٧٩

فصل : والوديعة أمانة ٤٧٩

فصل : فإن لم يعين له صاحبها الحرز ، لزمه حفظها في حرز

مثلها ٤٨٠

فصل : فإن عين له الحرز ... فتركها فيما دونه ، ضمن ٤٨٠

- فصل : فإن أودع نفقة ، فربطها في كفه ، لم يضمن ٤٨١
- فصل : وإن أراد المودع السفر ... ردها على صاحبها أو وكيله ٤٨٣
- فصل : ولا يجوز أن يودع الوديعة عند غيره لغير حاجة ٤٨٤
- فصل : وإن خلطها بما لا تتميز منه ، ضمنها ٤٨٤
- فصل : فإن أودع بهيمة ، فلم يعلفها ولم يسقها حتى ماتت ،
ضمنها ٤٨٥
- فصل : وإذا أخرج الوديعة من حرزها لمصلحتها ... لم يضمن ... ٤٨٦
- فصل : فإن طُلب بالوديعة فأنكرها ، فالقول قوله ٤٨٧
- فصل : وإن طالبه برد الوديعة ، فأخره لعذر ، لم يضمن ٤٨٧
- باب العارية ٤٨٩ - ٤٩٨
- وهي هبة المنافع ٤٨٩
- فصل : ولا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر ٤٩٠
- فصل : فإن قبض العين ، ضمنها ٤٩١
- فصل : والعارية عقد جائز ٤٩٢
- فصل : ومن استعار شيئاً ، فله استيفاء نفعه بنفسه ووكيله ٤٩٢
- فصل : وتجاوز العارية مطلقة ومعينة ٤٩٢
- فصل : وتجاوز مطلقة ومؤقتة ٤٩٣

- فصل : وإن رجع فى العارية ، وفى الأرض زرع مما يحصد قصيلا ،
 حصده ٤٩٥
- فصل : وإن أعاره حائطا ليضع عليه أطراف خشبه ، لم يكن له
 الرجوع ما دام الخشب على الحائط ٤٩٥
- فصل : وإن استعار شيئا يرهنه مدة معلومة على دين معلوم ،
 صح ٤٩٦
- فصل : إذا ركب دابة غيره ، ثم اختلفا ، فقال : أعرتنيها .
 قال : بل : أجرتكها ٤٩٧
- باب الغصب ٤٩٩ - ٥٢٦
- وهو استيلاء الإنسان على مال غيره بغير حق ٤٩٩
- فصل : فإن كان النقص فى الرقيق مما لا مقدر فيه ... ففيه ما
 نقص مع الرد ٥٠٠
- فصل : وروى عن أحمد فى من قلع عين فرس ، أنه يضمنها
 بربع قيمتها ٥٠١
- فصل : فإن نقصت العين دون القيمة ، وكان الذاهب يضمن
 بمقدر ٥٠١
- فصل : وإن غصب عبدا فمرض ... ثم برأ ، لم يلزمه إلا رده ... ٥٠٢

فصل : فإن جنى العبد المغصوب ، لزم الغاصب ما يستوفى

من جنايته ٥٠٢

فصل : وإن زاد المغصوب فى يده ... فالزيادة للمالك

مضمونة على الغاصب ٥٠٣

فصل : وإن غصب أثمانا ، فاتجر بها ، فالربح لصاحبها ٥٠٣

فصل : وإن غصب عينا فاستحالت ... وجب رده ٥٠٤

فصل : وإن عمل فيه عملا ... فعليه رده ٥٠٤

فصل : فإن غصب شيئا فخلطه بما يتميز منه ... فعليه تمييزه ورده ٥٠٥

فصل : فإن غصب ثوبا فصبغه ، فلم تزد قيمة الثوب والصبغ

ولم تنقص ٥٠٦

فصل : وإن غصب أرضا ، فغرسها ، أو بنى فيها ، لزمه قلعه ٥٠٨

فصل : فإن حفر فيها بئرا ، فطالبه المالك بطمها ، لزمه ٥٠٩

فصل : وإن جصص الدار وزوقها ، فالحكم فيه كالحكم فى

البناء سواء ٥١١

فصل : وإن غصب عينا فبعدت بفعله أو بغيره ، فعليه ردها ٥١١

فصل : وإن غصب لوحا فرقع به سفينة ، وخاف الغرق بتنزعه ،

لم يتزع ٥١٢

- فصل : وإن أدخل فصيلا أو غيره إلى داره ، فلم يمكن إخراجَه
- ٥١٢ إلا بنقض الباب ، نقض
- ٥١٣ : وإن غصب عبدا فأبق ... فللمغضوب منه المطالبة بقيمته ...
- فصل : وإن غصب أثمانا ، فطالبه مالکها بها فى بلد آخر ، لزمه
- ٥١٣ ردها إليه
- ٥١٣ : إذا تلف المغضوب وهو مما له مثل ... فإنه يضمن بمثله
- فصل : فإن كان مما لا مثل له ، وجبت قيمته ٥١٤
- فصل : وإذا كانت للمغضوب منفعة تستباح بالإجارة ، فأقام فى
- ٥١٦ يده مدة لمثلها أجره
- فصل : وإن غصب ثوبا فلبسه وأبلاه ، فعليه أجرته وأرش
- ٥١٦ نقصه
- فصل : إذا غصب عينا فباعها لعالم بالغصب ، فتلفت عند
- ٥١٧ المشتري
- فصل : وإن وهب المغضوب لعالم بالغصب ... استقر الضمان
- ٥١٨ على المتهب
- فصل : وإن أطعم المغضوب لملكه فأكله عالما به ، برئ
- ٥١٩ الغاصب

- فصل : وأم الولد تضمن بالغصب ٥٢٠
- فصل : وإن غصب كلبا يجوز اقتناؤه ، لزمه رده ٥٢١
- فصل : وإن غصب جلد ميتة ، ففي وجوب رده وجهان ٥٢٢
- فصل : وإن كسر صليبا أو مزمارا ، لم يضمنه ٥٢٢
- فصل : ومن أتلف مالا محترما لغيره ، ضمنه ٥٢٣
- فصل : وإن حل زقا فاندفق ... ضمنه ٥٢٣
- فصل : وإن أجم في سطحه نارا ، فتعدت ، فأحرقت شيئا لجاره ... ٥٢٤
- فصل : وإن أطارت الريح إلى داره ثوبا ، لزمه حفظه ٥٢٤
- فصل : إذا اختلف المالك والغاصب في تلف المغصوب ،
- فالقول قول الغاصب ٥٢٤
- فصل : إذا اشترى رجل عبدا ، فادعى رجل أن البائع غصبه إياه ٥٢٥

كتاب الشفعة

وهي استحقاق انتزاع الإنسان حصة شريكه من مشتريها بمثل

- ثمنها ٥٢٧
- ولا تثبت إلا بشروط سبعة ، أحدها ، أن يكون المبيع أرضا ٥٢٧
- فصل : الشرط الثاني ، أن يكون المبيع مشاعا ٥٢٩

- فصل : الشرط الثالث ، أن يكون مما تجب قسمته عند الطلب ... ٥٢٩
- فصل : الشرط الرابع ، أن يكون الشقص منتقلا بعوض ٥٣٠
- فصل : الشرط الخامس ، الطلب بها على الفور ساعة العلم ٥٣١
- فصل : فإن ترك الطلب لعدم علمه بالبيع ... فهو على شفيعته ... ٥٣٣
- فصل : وإن باع الشفيع حصته علما بالبيع ، بطلت شفيعته ٥٣٤
- فصل : الشرط السادس ، أن يأخذ جميع المبيع ٥٣٤
- فصل : فإن كان للشقص شفعاء ، فالشفعة بينهم على قدر
حصصهم في الملك ٥٣٥
- فصل : وإن كان المشتري شريكا ، فالشفعة بينه وبين الشريك الآخر ٥٣٦
- فصل : الشرط السابع ، أن يكون الشفيع قادرا على الثمن ٥٣٦
- فصل : ويأخذ بالثمن الذي استقر العقد عليه ٥٣٧
- فصل : فإن اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن ، فالقول
قول المشتري مع يمينه ٥٣٨
- فصل : فإن ادعى عليه الشراء ، فقال : اشتريته لفلان . سئل
المقر له ٥٣٩
- فصل : إذا اختلف البائع والمشتري ، فقال البائع : الثمن
ألفان . وقال المشتري : هو ألف ٥٤٠

- فصل : وإن أقر البائع بالبيع ، وأنكره المشتري ، ففيه وجهان ٥٤٠
- فصل : إذا تصرف المشتري في الشقص قبل أخذ الشفيع ،
- لم يخل من خمسة أضرب ٥٤١
- فصل : وإن نما المبيع نماء متصلا ... أخذه الشفيع بزيادته ٥٤٣
- فصل : وإن تلف بعض المبيع ، فهو من ضمان المشتري ٥٤٣
- فصل : ويملك الشفيع الأخذ بغير حاكم ٥٤٣
- فصل : وإذا أذن الشريك في البيع ، لم تسقط شفيعته ٥٤٤
- فصل : إذا كان في البيع محاباة ، أخذ الشفيع بها ٥٤٤
- فصل : إذا مات الشفيع قبل الطلب ، بطلت شفيعته ٥٤٥
- فصل : وإن كان بعض العقار وقفا وبعضه طلقا ، فبيع الطلق ٥٤٥
- فصل : ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه ٥٤٦
- فصل : وللصغير الشفعة ٥٤٦
- فصل : ولا شفعة لكافر على مسلم ٥٤٧
- باب إحياء الموات ٥٤٩ - ٥٦٣
- وهي الأرض الدائرة التي لا يعرف لها مالك ٥٤٩
- فصل : وما تعلقت به مصلحة العامر ... يملك بالإحياء ٥٥٠
- فصل : ويجوز الإحياء من كل من يملك المال ٥٥٠

- فصل : وفي صفة الإحياء روايتان ٥٥٠
- فصل : وإذا أحيائها ، ملكها بما فيها من المعادن والأحجار ٥٥١
- فصل : ومن حفر بئرا في موات ، ملك حريمها ٥٥٢
- فصل : ومن تحجر مواتا وشرع في إحيائه ، ولم يتم ، فهو أحق به ٥٥٣
- فصل : وإذا كان في الموات معدن ظاهر ينتفع به المسلمون ٥٥٤
- فصل : وكل بئر ينتفع بها المسلمون ... فليس لأحد احتجارها ٥٥٦
- فصل : وإن أحيأ أرضا ، فظهر فيها معدن ، ملكه ٥٥٦
- فصل : ومن سبق إلى معدن ظاهر ... أو باطن ... كان أحق به ... ٥٥٦
- فصل : ومن شرع في حفر معدن ، ولم يبلغ النيل ، فهو أحق به ... ٥٥٧
- فصل : ويجوز الارتفاق بالقعود في الرحاب والشوارع والطرق الواسعة ٥٥٨
- فصل في القطائع : وهي ضربان ٥٥٩
- فصل : وليس للإمام إقطاع المعادن الظاهرة ٥٦٠
- فصل في الحمى : لا يجوز لأحد أن يحمي لنفسه مواتا يمنع الناس الرعى فيه ٥٦١
- باب أحكام المياه ٥٦٥ - ٥٦٩

- وهى ضربان ؛ مباح ، وغيره ٥٦٥
- فصل : فإن اشترك جماعة فى استنباط عين ، اشتركوا فى مائها ٥٦٨
- فصل : ومن سبق إلى مباح ... فهو أحق به ٥٦٩
- باب الوقف ٥٧١ - ٥٩٢
- ومعناه تحبىس الأصل وتسبيل الثمرة ٥٧١
- فصل : ولا يصح وقف ما لا ينتفع به مع بقاء عينه ٥٧٣
- فصل : ولا يصح الوقف إلا على بر ٥٧٤
- فصل : ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل ٥٧٥
- فصل : وإن شرط أن يأكل منه أيام حياته ... فله شرطه ٥٧٦
- فصل : وإن وقف على نفسه ، ففيه روايتان ٥٧٦
- فصل : ولا يكون الوقف إلا على سبيل غير منقطع ٥٧٧
- فصل : فإن قال : وقفت على هذا العبد . ولم يذكر له مآلا ،
فهو باطل ٥٧٨
- فصل : ويصح الوقف بالقول والفعل الدال عليه ٥٧٩
- فصل : ولا يجوز التصرف فى الوقف بما ينقل الملك فى الرقبة ٥٨٠
- فصل : والوقف يزيل ملك الواقف ٥٨٠
- فصل : وينتقل الملك فى الوقف إلى الموقوف عليه ٥٨١

- فصل : ويملك الموقوف عليه غلته ، وثمرته ، وصوفه ، ولبنه ٥٨١
- فصل : وإن أتلف الوقف أجنبي ... فعليه قيمته يشتري بها مثله ٥٨٢
- فصل : وتصرف الغلة على ما شرط الواقف ٥٨٣
- فصل : فإذا قال : وقفت على أولادى . دخل فيه الذكر والأنثى
- والخنثى ٥٨٣
- فصل : وإن وقف على بنيه ، لم يدخل فيه بنت ولا خنثى ٥٨٥
- فصل : وإن وقف على أولاده وأولاد أولاده ٥٨٦
- فصل : وإذا شرك بين الولد وولد الولد بالواو ، اشترك الجميع
- فيه ٥٨٧
- فصل : وإن وقف على قرابته ، أو قرابة فلان ٥٨٧
- فصل : وإن وقف على أقرب الناس إليه ، وله أبوان وولد ٥٨٨
- فصل : وإن وقف على عترته ، فهم عشيرته وولده ٥٨٩
- فصل : وإن وقف نخلة فيبست ... جاز بيعها ٥٩٠
- فصل : وينفق على الوقف من حيث شرط الواقف ٥٩١
- فصل : وينظر فى الوقف من شرط الواقف ٥٩١
- فصل : وإن اختلف أرباب الوقف فيه ، رجع إلى الواقف ٥٩٢
- باب الهبة ٥٩٣ - ٦٠٧

وهى التبرع بتمليك مال فى الحياة	٥٩٣
فصل : فإن خص بعض ولده لغرض صحيح	٥٩٥
فصل : والأم كالأب فى التسوية بين الأولاد	٥٩٦
فصل : وما جاز بيعه ... جازت هبته	٥٩٦
فصل : ولا يثبت الملك للموهوب له فى المكيل والموزون إلا	
بقبضه	٥٩٧
فصل : وأما غير المكيل والموزون ، ففيه روايتان	٥٩٧
فصل : فإن وهب لابنه الصغير شيئاً وقبضه له ، صح ،	
ولزم	٥٩٨
فصل : والهبة المطلقة لا تقتضى ثواباً	٥٩٨
فصل : وإن وهب لغير ولده شيئاً ، وتمت الهبة ، لم يملك	
الرجوع فيه	٥٩٩
فصل : وللرجوع فى الهبة شروط أربعة	٦٠١
فصل : وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع غناه وحاجته	
بشرطين	٦٠٢
فصل : وإن تصرف الأب فى مال ابنه قبل تملكه ، لم يصح	
تصرفه	٦٠٤

فصل فى العمرى : وهى أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ٦٠٤

آخر الجزء الثالث

ويليه الجزء الرابع ، وأوله :

كتاب الوصايا

والحمد لله حق حمده

رقم الإيداع ١٩٩٧/٧٥١٧ م

I . S . B . N . 977 - 256 - 153 - 0

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والعلان

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

٣٤٥٢٥٧٩ ☎ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٦٠٢ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ٣٤٥٢٩٦٣ ☎

ص . ب ٦٣ إمبابة