حواشي
الشيخ عبد الحميد الشرواني
والشيخ أحمد بن قاسم العبادي

على
تحفة المحتاج بشرح المنهاج

للإمام
شهاب الدين أحمد ابن حجر الهيتمي

وضعت حاشية الشرواني في أعلى كل صحيفة
وحاشية ابن قاسم أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

وبهامشه
تحفة المحتاج بشرح المنهاج

الجزء الخامس

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

كتاب السلم

ويقال له السلف وأصله قبل الإجماع - إلا ما شذ به ابن المسيب - آية الدين فسرها ابن عباس رضي الله عنهما بالسلم. والخبر الصحيح {من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم} (هو) شرعا (بيع) شيء (موصوف في الذمة) بلفظ السلف أو السلم كما سيعلم <ص: 3> من كلامه فلا اعتراض عليه. وأجاب الشارح بأن هذا تعريف له بخاصته المتفق عليها وقد يستشكل تعبيره بالخاصة لأنها توجد في غيره وهو البيع في الذمة ويجاب بمنع ذلك. وبيانه أن من الظاهر أن

الشارع وضع لفظ البيع لمطلق المقابلة من غير اعتبار قيد زائد من تعيين أو وصف في الذمة نظير وضع اسم الجنس، ووضع لفظ السلم لمقابلة بقيد الثاني نظير علم الجنس سواء أعقد بلفظ سلم ولا خلاف فيه أو بيع على القول الآتي أنه سلم فالوصف في الذمة خاصة لماهية السلم اتفاقا واشترط لفظ السلم خاصة لها على الأصح واقتصر المصنف في التعريف على المتفق عليه دون المختلف فيه لأن الغالب في التعاريف ولو الناقصة ذلك. قيل ليس لنا عقد يختص بصيغة واحدة إلا هذا والنكاح، وأراد بواحدة مع كونها ثنتين هنا وثم اتحاد المعنى لا اللفظ فهما من حيز الترادف، وعرف بغير ذلك مما هو غير مانع ويعلم من كونه بيعا امتناع إسلام الكافر في نحو مسلم خلافا للماوردي.

قال في الأنوار ما حاصله وكذا لو كان المسلم مسلما والمسلم إليه كافرا والعبد المسلم فيه غير حاصل عنده ا ه. وفي تقييده بغير حاصل عنده نظر ظاهر وإن نقله شارح وأقره <ص: 4>، لأنه إن نظر لعزة تحصيله للمسلم لتعذر دخوله في ملكه اختيارا إلا في صور نادرة فلا فرق كما لو أسلم في لؤلؤة كبيرة فالذي يتجه عدم الصحة مطلقا. أما بلفظ البيع فهو بيع وإن أعطي حكم السلم في منع الاستبدال عنه نظرا للمعنى كما مر ويأتي.

(يشترط له) ليصح (مع شروط البيع) لغير الربوي ما عدا الرؤية وقيل المراد شروط المبيع في الذمة فلا يحتاج لاستثناء الرؤية ويؤيده ما قدمه من صحة سلم الأعمى (أمور) أخرى سبعة اختص بها فلذا عقد لها هذا الكتاب. (أحدها تسليم رأس المال) الذي هو بمنزلة الثمن في البيع وأخذ غير واحد من قولهم تسليم أنه لا يكفي استبداد المسلم إليه بالقبض لأنه في المجلس مما لا يتم العقد إلا به فاشترط فيه اختيار المتعاقدين كالصيغة لكن رددته عليهم في شرح الإرشاد بأن القبض في الربويات كذلك. وقد صرحوا بأنه لا يشترط الإقباض فيها فهنا أولى وحينئذ فالتعبير بالتسليم جرى على الغالب والفرق بين البابين في ذلك بعيد جدا فلا يلتفت إليه لاتفاقهم على أنه يحتاط للربا ما لا يحتاط لغيره (في المجلس) الذي وقع به العقد قبل التفرق منه وإن قبض فيه المسلم فيه، ولو بعد التخابر <ص: 5> نظير ما مر في الربا ومن ثم امتنع التأجيل في

رأس المال واشترط حلوله فإن فارقه أحدهما بطل فيما لم يقبض لأنه عقد غرر فلا يضم إليه غرر التأخير وثبت الخيار فيما إذا قبض البعض فقط على الأوجه خلافا للسبكي كابن الرفعة لتفريق الصفقة.

(فلو أطلق) رأس المال عن التعيين في العقد كأسلمت إليك دينارا في ذمتي في كذا (ثم عين وسلم في المجلس جاز) أي حل العقد وصح، لأن لمجلس العقد حكمه إذ هو حريمه ويشترط في رأس المال الذي في الذمة بيان وصفه وعدده ما لم يكن من نقد البلد الذي مر في البيع تنزيله عليه فلا يحتاج لبيان نحو عدده. (ولو أحال) المسلم (به) المسلم إليه على ثالث له عليه دين أو المسلم إليه ثالثا به على المسلم فالحوالة باطلة بكل تقدير كما يعلم مما يأتي في بابها (و) في الصورة الأولى إذا (قبضه المحال) وهو المسلم إليه (في المجلس) ذكر ليفهم أن ما لم يقبض فيه كذلك بالأولى (فلا) يجوز ذلك أي لا يحل ولا يصح لأن المحال عليه يؤديه عن جهة نفسه لا عن جهة المسلم ومن ثم لو قبضه المحيل من المحال عليه أو من المحتال بعد قبضه بإذنه <ص: 6> وسلمه له في المجلس صح بخلاف ما لو أمره المسلم بالتسليم للمسلم إليه، لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلا لغيره لكن المسلم إليه حينئذ وكيل للمسلم في القبض فيأخذ منه ثم يرده إليه كما تقرر ولا يصح قبضه من نفسه خلافا للقفال نعم لو أسلم وديعة للوديع جاز من غير إقباض، لأنها كانت ملكا له قبل السلم بخلاف ما ذكر. (ولو قبض) المسلم إليه (وأودعه المسلم) وهما في المجلس (جاز)، ولو رده إليه قرضا أو عن دين فقد تناقض فيه كلام الشيخين وغيرهما والمعتمد جوازه، لأن تصرف أحد العاقدين مع الآخر لا يستدعي لزوم الملك ولو أعتقه المسلم إليه قبل قبضه أو كان ممن يعتق عليه فإن قبضه قبل التفرق بانت صحته ونفوذ العتق وإلا بان بطلانهما. وفي الصورة الثانية إن تفرقا قبل القبض بطل لأن المعتبر هنا القبض الحقيقي والحوالة ليست كذلك ولهذا لا يكفي فيه الإبراء أو بعده وقد أذن المسلم إليه للمسلم في التسليم للمحتال كان وكيلا عنه في القبض فيصح، لأن القبض حينئذ وقع عن جهة المسلم.

(ويجوز كونه) أي رأس المال (منفعة) كأسلمت إليك منفعة هذا أو منفعة نفسي سنة أو خدمتي شهرا أو تعليمي سورة كذا في كذا كما يجوز جعلها ثمنا وغيره (وتقبض بقبض العين) الحاضرة ومضي زمن يمكن فيه الوصول للغائبة وتخليتها (في المجلس)، لأنه الممكن في قبضها فيه فاعتبار القبض الحقيقي محله إن أمكن.

وزعم الإسنوي أن الحر لو سلم نفسه ثم أخرجها عن التسليم بطل، لأنه لا يدخل تحت يد اليد مردود لتعذر إخراجه لنفسه كما في الإجارة ويتجه في رأس المال أنه لا يشترط فيه عدم عزة الوجود ويفرق بينه وبين المسلم فيه بأنه لا غرر هنا، لأنه إن أقبضه في المجلس صح وإلا فلا بخلافه ثم، ثم رأيتهم صرحوا بذلك.

(وإذا فسخ المسلم) بسبب من أسباب الفسخ كانقطاع المسلم <ص: 7> فيه الآتي (ورأس المال باق) لم يتعلق به حق ثالث وإن تعيب (استرده بعينه) وإن عين في المجلس فقط إذ المعين فيه كهو في العقد (وقيل للمسلم إليه رد بدله إن عين في المجلس دون العقد)، لأنه لم يتناوله أما إذا تلف فيرجع بمثل المثلي وقيمة المتقوم وظاهر أنه يأتي هنا جميع ما مر في الثمن بعد الفسخ بنحو رد بعيب أو إقالة أو تحالف. (ورؤية رأس المال) في سلم حال أو مؤجل (تكفي عن معرفة قدره) جزما في المتقوم الذي انضبطت صفاته بالرؤية وقيل على الخلاف <ص: 8> ويفرق على الأول بأن الغرر فيه أقل منه في المثلي و (في الأظهر) في المثلي كالثمن ولا أثر لاحتمال الجهل بالرجوع به، لو تلف كما لا أثر له ثم لأن ذا اليد مصدق في قدره لأنه غارم، ولو علماه قبل التفرق صح جزما ويوجه بأن علة القول بالبطلان هنا لا ترجع لخلل في العقد للعلم به تخمينا برؤيته بل فيما بعده وهو الجهل به عند الرجوع لو تلف وبالعلم به قبل التفرق زال ذلك المحذور وبهذا يتبين أن استشكاله بأن ما وقع مجهولا لا ينقلب صحيحا بالمعرفة في المجلس كبعتك بما باع به فلان فرسه فعلماه قبل التفرق غير ملاق لما نحن فيه، لأن البطلان هنا لخلل في العقد وهو جهلهما به من كل وجه عنده فلم ينقلب صحيحا بعلمهما به بعد فتأمله..

(الثاني) من الشروط (كون المسلم فيه دينا) كما علم من حده السابق فالمراد بكونه شرطا أنه لا بد منه

الشامل للركن (فلو قال أسلمت إليك هذا الثوب) أو دينارا في ذمتي (في) سكنى هذه سنة لم يصح بخلافه في منفعة نفسه أو قنه أو دابته كما قاله الإسنوي والبلقيني وغيرهما ويوجه بأن منفعة العقار لا تثبت في الذمة بخلاف غيره كما يعلم مما يأتي في الإجارة أو في (هذا العبد) فقبل (فليس بسلم) قطعا لاختلال ركنه وهو الدينية (ولا ينعقد بيعا في الأظهر) عملا بالقاعدة الأغلبية من ترجيحهم مقتضى اللفظ ولفظ السلم يقتضي الدينية، وقد يرجحون المعنى إذا قوي كجعلهم الهبة ذات ثواب معلوم بيعا نعم لو نوى بلفظ السلم البيع فهل يكون كناية فيه كما اقتضته قاعدة ما كان صريحا في بابه، لأن هذا لم يجد نفاذا في موضوعه فجاز كونه كناية في غيره أولا لأن موضوعه ينافي التعيين فلم يصح استعماله فيه، وما في القاعدة محله في غير ذلك كل محتمل والثاني أقرب إلى كلامهم ولا ينافيه ما يأتي أواخر الفرع من صحة نية الصرف بالسلم، لأنه لا تعيين ثم ينافي مقتضاه.

(ولو قال اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم) أو بدينار في ذمتي (فقال بعتك انعقد بيعا) عملا بمقتضى اللفظ (وقيل) وأطال المتأخرون في الانتصار له (سلما) نظرا للمعنى فعلى الأول يجب <ص: 9> تعيين رأس المال في المجلس إذا كان في الذمة ليخرج عن بيع الدين بالدين لا قبضه ويثبت فيه خيار الشرط، ويجوز الاعتياض عنه، وعلى الثاني ينعكس ذلك ومحل الخلاف إذا لم يذكر بعده لفظ السلم وإلا كان سلما اتفاقا لاستواء اللفظ والمعنى حينئذ.

(الثالث) بيان محل التسليم على تفصيل فيه حاصله (المذهب أنه إذا أسلم) سلما حالا أو مؤجلا وهما (بموضع لا يصلح للتسليم أو) سلما مؤجلا وهما بمحل (يصلح) له (و) لكن (لحمله) أي المسلم فيه (مؤنة) أي عرفا كما هو واضح (اشترط بيان محل) بفتح الحاء أي مكان (التسليم) للمسلم فيه لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة في ذلك (وإلا) بأن صلح للتسليم والسلم حال أو مؤجل لا مؤنة لحمل ذلك عليه (فلا) يشترط ما ذكر ويتعين محل العقد للتسليم للعرف فيه فإن عينا غيره تعين بخلاف المبيع المعين، لأن السلم لما قبل التأجيل قبل شرطا يقتضي تأخير التسليم ولو خرج المعين للتسليم عن الصلاحية تعين أقرب محل

صالح له، ولو أبعد منه <ص: 10> بلا أجرة على الأوجه، لأنه من تتمة التسليم الواجب ولا خيار للمسلم ولا يجاب المسلم إليه لو طلب الفسخ ورد رأس المال، ولو لغا برهن وخلاص ضامن على المعتمد وللإسنوي والبلقيني هنا ما فيه نظر، ولو انهدمت دار عينت للرضاع المستأجر له ولم يتراضيا بمحل غيرها فسخ كما أفتى به البلقيني ويفرق بينه وبين ما نحن فيه بأن المدار هنا على ما يليق بحفظ المال ومؤنة والغالب استواء المحلة فيهما ومن ثم قالوا المراد بمحل العقد هنا محلته لا خصوص محله وقالوا لو قال تسلمه لي في بلد كذا وهي غير كبيرة كبغداد كفى إحضاره في أولها وإن بعد عن منزله أو في أي محل شئت منه صح إن لم تتسع وثم على حفظ الأبدان وهو مختلف باختلاف الدور ومن ثم لو عينا دارا للرضاع تعينت. (ويصح) السلم مع التصريح بكونه (حالا) إن وجد المسلم فيه حينئذ وإلا تعين المؤجل (و) كونه (مؤجلا) إجماعا فيه وقياسا أولويا في الحال، لأنه أقل غررا وإنما تعين الأجل في الكتابة لعدم قدرة القن عندها على شيء وكون البيع يغني عنه سيما إن كان في الذمة لا يقتضي منعه على أن العرف اطرد بالرخص في مطلق السلم دون البيع (فإن أطلق) العقد عن التصريح بهما فيه (انعقد حالا) كالثمن في البيع (وقيل لا ينعقد)، لأن العرف فيه التأجيل فالسكوت عنه يصيره كالتأجيل بمجهول ويرد بمنع ذلك كما هو واضح (ويشترط) في المؤجل (العلم بالأجل) للعاقدين أو لعدلين غيرهما أو لعدد التواتر ولو من كفار ولكون الأجل تابعا لم يضر جهل العاقدين به كما يأتي.

أما إذا لم يعلم فلا يصح <ص: 11> كإلى الحصاد أو قدوم الحاج أو طلوع الشمس أو الشتاء ولم يريدا وقتها المعين وكإلى أول أو آخر رمضان لوقوعه على نصفه الأول أو الآخر كله. هذا ما نقلاه عن الأصحاب وإن أطال المتأخرون في رده أو في يوم كذا أو في رمضان مثلا لأنه كله جعل ظرفا فكأنهما قالا محله جزء من أجزائه وهو مجهول وإنما جاز ذلك في الطلاق، لأنه لما قبل التعليق بالمجهول كقدوم زيد قبله بالعام ثم تعلق بأوله لتعينه للوقوع فيه لا من حيث الوضع أي لما يأتي في وضع الظرف المعلوم منه رد قول غير واحد وإن استحسنه الرافعي. تعلقه بأوله يقتضي أن الإطلاق يقتضيه

أي وحده وضعا ولا من حيث العرف، لأنه يقتضي صدق الظرف على جميع أزمنته صدقا واحدا بل من حيث صدق الاسم به كما هو القاعدة في التعليق بالصفات أنه حيث صدق وجود اسم المعلق به وقع المعلق ومن ثم لو علق طلاقها بقبل موته وقع حالا لصدق الاسم أو بتكليمها لزيد في يوم الجمعة وقع بتكليمها له أثناء يومها لذلك ولم يتقيد بأوله وأما السلم فلما لم يقبل التأجيل بالمجهول لم يقبله بالعام وإنما قبله بنحو العيد لأنه وضع لكل من الأول والثاني بعينه فدلالته على كل منهما أقوى من دلالة الظرف على أزمنته، لأنه لم يوضع لكل منها بعينه بل لزمن مبهم منها كذا قاله ابن الرفعة. وقضيته أن دلالة الظرف على أزمنته من حيز دلالة النكرة أو المطلق على الخلاف فيهما وقضية ما مر من قبله بالعام ولم يقبله به الذي عبر به إسماعيل الحضرمي وتبعه السبكي والزركشي وغيرهما أنه من حيز دلالة العام المقتضية لوضعه لكل فرد فرد من أفراده فإن قلت فما الحق من ذلك قلت الحق ما قاله ابن الرفعة كما علم من قولنا تبعا للمصنف لا من حيث الوضع ولو كان عاما لكانت دلالته على الأول من حيث الوضع لما تقرر في وضع العام فتأمله. وعجيب <ص: 12> قول ابن العماد عما تقرر من الفرق أنه ليس بشيء مع ما بان في تقريره أنه في غاية التحقيق والظهور ثم زعم أنه لا جامع بين الحل والعقد حتى يستشكل هذا بهذا (فإن عين شهور العرب أو الفرس أو الروم جاز)، لأنها معلومة مضبوطة وكذا النيروز والمهرجان وفصح النصارى (وإن أطلق) الشهر (حمل على الهلالي) وإن اطرد عرفهم بخلافه، لأنه عرف الشرع. هذا إن عقدا أوله (فإن انكسر شهر) بأن عقدا أثناءه والتأجيل بالشهور (حسب الباقي) بعد الأول المنكسر (بالأهلة وتمم الأول ثلاثين) مما بعدها ولا يلغي المنكسر لئلا يتأخر ابتداء الأجل عن العقد نعم لو عقدا في يوم أو ليلة آخر الشهر اكتفي بالأشهر بعده بالأهلة وإن نقص بعضها ولا يتمم الأول مما بعدها، لأنها مضت عربية كوامل هذا إن نقص الشهر الأخير وإلا لم يشترط انسلاخه بل يتمم منه المنكسر ثلاثين يوما لتعذر اعتبار الهلال فيه حينئذ (والأصح صحة تأجيله بالعيد وجمادى) وشهر ربيع والنفر (ويحمل على الأول) فيحل بأول

جزء منه لتحقق الاسم به ومن ثم لو كان العقد بعد الأول وقبل الثاني حمل عليه لتعينه..

(فصل) في بقية الشروط السبعة،وقد مر منها أربعة الثلاثة التي في المتن وحلول رأس المال والخامس القدرة على تسليمه فحينئذ (يشترط كون المسلم فيه <ص: 13> مقدورا على تسليمه) من غير مشقة كبيرة (عند وجوب التسليم) وهو بالعقد في الحال والحلول في المؤجل فإن أسلم في منقطع عند العقد أو الحلول كرطب في الشتاء لم يصح وكذا لو ظن حصوله عند الوجوب لكن بمشقة عظيمة كقدر كثير من الباكورة وصرح بهذا مع دخوله في قوله مع شروط البيع ليرتب عليه ما بعده وليبين به محل القدرة المفترقين فيها فإن بيع المعين يعتبر فيه عند العقد مطلقا وهنا تارة يعتبر هذا مطلقا وتارة يعتبر الحلول كما تقرر (فإن كان يوجد ببلد آخر) وإن بعد (صح) السلم فيه (إن اعتيد نقله) إلى محل التسليم (للبيع) للقدرة عليه حينئذ قيل لا بد <ص: 14> من زيادة كثير أو يرد بأن الاعتياد يفهمه (وإلا) يعتد نقله للبيع بأن نقل له نادرا أو لم ينقل أصلا أو نقل لنحو هدية (فلا) يصح السلم فيه إذ لا قدرة عليه (ولو أسلم فيما يعم) وجوده (فانقطع) كله أو بعضه لجائحة أفسدته وإن وجد ببلد آخر لكن إن كان يفسد بالنقل أو لا يوجد إلا عند من لا يبيعه أو كان ذلك البلد على مسافة القصر من بلد التسليم (في محله) بكسر الحاء أي وقت حلوله وكذا بعده وإن كان التأخير لمطله (لم ينفسخ في الأظهر) كما إذا أفلس المشتري بالثمن وليس هذا كتلف المبيع قبل القبض، لأن ذاك في معين وهذا فيما في الذمة (فيتخير المسلم) وإن قال له المسلم إليه خذ رأس مالك (بين فسخه) في كله لا بعضه المنقطع فقط وإن قبض ما عداه وأتلفه فإذا فسخ لزمه بدله ورجع برأس ماله (والصبر حتى يوجد) فيطالب به وخياره على التراخي فله الفسخ وإن أجاز وأسقط حقه منه (ولو علم قبل المحل) بكسر الحاء (انقطاعه عنده فلا خيار له قبله) ولا ينفسخ بنفسه حينئذ (في الأصح) فيهما لأن وقت وجوب التسليم لم يدخل. أما إذا وجد عند من لا يبيعه إلا بأكثر من ثمن مثله فيلزمه تحصيله بذلك الأكثر <ص: 15> وفارق الغاصب بأنه التزم التحصيل بالعقد باختياره وقبض البدل فالزيادة في مقابلة ما حصل له من نماء ما قبضه

بخلاف الغاصب وأيضا فالسلم عقد وضع للربح فلزم المسلم إليه تحصيل هذا الغرض الموضوع له العقد وإلا لانتفت فائدته والغصب باب تعد والمماثلة مطلوبة فيه بنص {بمثل ما اعتدى عليكم}.
(و) الشرط السادس التقدير فيه بما ينفي الغرر عنه فحينئذ (يشترط كونه) أي المسلم فيه (معلوم القدر كيلا) فيما يوزن (أو عدا) فيما يعد كالحيوان واللبن (أو ذرعا) فيما يذرع أو عدا وذرعا فيما يعد ويذرع كبسط للخبر السابق أول الباب مع قياس ما ليس فيه بما فيه (ويصح في المكيل وزنا وعكسه) إن عد الكيل ضابطا فيه كجوز وما جرمه كجرمه أو أقل وفارق هذا الربوي بأن الغالب فيه التبعد ومن ثم كفى الوزن بنحو الماء هنا لاثم كما مر أما ما لا يعد ضابطا فيه لعظم خطره كفتات المسك والعنبر فيتعين وزنه، لأن ليسيره المختلف بالكيل والوزن مالية كثيرة بخلاف اللآلئ الصغار لقلة تفاوتها فإن فرض فهو يسير جدا وما علم وزنه بالاستفاضة كالنقد يكفي فيه العد عند العقد لا الاستيفاء بل لا بد من وزنه حينئذ ليتحقق الإيفاء. وقول الجرجاني لا يسلم في النقدين إلا وزنا يحمل على ما لم يعرف وزنه. (ولو أسلم في مائة) ثوب أو (صاع حنطة على أن وزنها كذا لم يصح) لعزة الوجود قيل الصاع اسم للوزن فلو قال في مائة صاع كيلا لاستقام ا ه. ويرد بأن الأصل في الصاع الكيل كما دل عليه كلامهم في زكاة الفطر وإنما قدروه بالوزن، لأنه الذي يضبطه ضبطا عاما.(ويشترط الوزن في البطيخ والباذنجان والقثاء والسفرجل والرمان) ونحوها من كل ما لا يضبطه الكيل لتجافيه <ص: 16> فيه لكونه أكبر جرما من الجوز كبيض نحو الدجاج لا نحو الحمام أو لغير ذلك كالبقل وقصب السكر وسائر الفواكه فلا يكفي فيها كيل ولا عد لكثرة تفاوتها ولا عد مع وزن لكل واحدة لعزة وجوده ومن ثم امتنع في نحو بطيخة أو بيضة واحدة لاحتياجه إلى ذكر حجمها مع وزنها وذلك لعزة وجوده نعم إن أراد الوزن التقريبي اتجه صحته في الصورتين لانتفاء عزة الوجود حينئذ وكذا يقال فيما لو جمع في ثوب بين ذرعه ووزنه بخلاف نحو خشب لإمكان نحت ما زاد ولا ينافيه وجوب ذكر طوله وعرضه وثخنه، لأن الوزن فيه تقريبي.

(تنبيه) في اشتراط قطع أقماع الباذنجان احتمالان للماوردي رجح الزركشي منهما المنع قال، لأنه العرف في بيعه لكن يشهد للاشتراط قول الأم إذا أسلم في قصب السكر لا يقبل أعلاه الذي لا حلاوة فيه ويقطع مجامع عروقه من أسفله ويطرح ما عليه من القشور أي الورق ا ه. وعلى الأول يفرق بأن التفاوت فيما ذكر في القصب أعلى منه في الأقماع فسومح هنا لاثم.
(ويصح) السلم (في الجوز) <ص: 17> وألحق به بعضهم البن المعروف الآن وهو واضح بل الوجه صحته في لبه وحده، لأنه لا يسرع إليه الفساد بنزع قشره عنه كما قاله أهل الخبرة (واللوز) والفستق والبندق في قشرها الأسفل لا الأعلى إلا قبل انعقاده (بالوزن في نوع يقل) أو يكثر خلافا للرافعي كالإمام وكذا المصنف في غير شرح الوسيط (اختلافه) بغلظ القشر ورقته لسهولة الأمر فيه ومن ثم لم يشترطوا ذلك في الربا فهذا أولى (وكذا) يصح السلم فيه (كيلا في الأصح) لذلك لا عدا لعدم انضباطه فيه (ويجمع في اللبن) بكسر الباء وهو الطوب غير المحرق (بين العد والوزن) ندبا كألف لبنة وزن كل كذا، لأنه يضرب اختيارا فلا عزة فيه ووزنه تقريب والواجب فيه العد بشرط ذكر طول كل وعرضها وثخنها وأنه من طين كذا. وشرطه أن لا يعجن بنجس كما علم مما مر في البيع ويصح السلم في آجر كمل نضجه. وظاهر أنه يشترط فيه ما شرط في اللبن وفي خزف إن انضبط كما يعلم مما يأتي في الكوز والمنارة (ولو عين مكيالا) أو ميزانا أو ذراعا أو صنجة أي فردا من ذلك (فسد) السلم الحال والمؤجل (إن لم يكن) ما عين (معتادا) كأن شرط <ص: 18> بذراع يده أي المجهول قدره، لأنه قد يتلف قبل قبض ما في الذمة فيعظم الغرر والتنازع ومن ثم بعتك ملء ذا الكوز من هذه لانتفاء الغرر حينئذ كما مر (وإلا) بأن اعتيد ذلك أي عرف مقداره لمن يأتي (فلا) يفسد السلم (في الأصح) ولغا ذلك الشرط لعدم الغرض فيه فيقوم غيره مقامه فإن شرط عدم إبداله بطل العقد أما تعيين نوع نحو الكيل بالنص عليه فهو شرط إلا أن يغلب نوع أو يعتاد كيل مخصوص في حب مخصوص ببلد السلم فيما يظهر فيحمل الإطلاق عليه ولا بد من علم العاقدين وعدلين معها بذلك كما يأتي في أوصاف المسلم فيه.

(ولو أسلم في) قدر معين من (ثمر قرية صغيرة لم يصح) لاحتمال تلفه فلا يحصل منه شيء (أو عظيمة صح في الأصح)، لأن ثمرها لا ينقطع غالبا فالمدار على كثرة ثمرها بحيث يؤمن انقطاعه عادة وقلته بحيث لا يؤمن كذلك لا على كبرها وصغرها أما السلم في كله فلا يصح قيل هذا إنما يناسب شرط القدرة لا شرط معرفة القدر ويرد بأن هذا ذكر كالتتمة والرديف لما بين الشرطين من التناسب.
(و) الشرط السابع (معرفة الأوصاف) المتعلقة بالمسلم فيه للعاقدين مع عدلين كما يأتي فخرج قولهما مثل هذا بخلاف ما لو أسلم إليه في ثوب مثلا ووصفه ثم قال أسلمت إليك في ثوب آخر بتلك الصفة فإنه يجوز إن كانا ذاكرين لتلك الصفات. <ص: 19> والفرق أن الأول فيه إشارة إلى العين وهي لا تعتمد الوصف (التي) ينضبط بها المسلم فيه و (يختلف بها الغرض اختلافا ظاهرا) وليس الأصل عدمها إذ لا يخرج عن الجهل به إلا بذلك بخلاف ما يتسامح بإهماله كالكحل والسمن وما الأصل عدمه ككتابة القن وزيادة قوته على العمل. واعترضه شارح باشتراط ذكر البكارة أو الثيوبة مع أن الأصل عدم الثيوبة ويرد بأنه لما غلب وجودها صارت بمنزلة ما الأصل وجوده ويصح شرط كونه زانيا أو سارقا مثلا لا كونه مغنيا أو عوادا أو قوادا مثلا والفرق أن هذه مع خطرها تستدعي طبعا قابلا وصناعة دقيقة فيعز وجودها مع الصفات المعتبرة بخلاف الأول (وذكرها في العقد) ليتميز المعقود عليه حينئذ فلا يكفي ذكرها بعده ولو في مجلسه (على وجه لا يؤدي إلى عزة الوجود) أي قلته، لأن السلم غرر فامتنع فيما لا يوثق بتسليمه وبه يعلم أن هذا تصريح بما أفهمه شرط القدرة على تسليمه بمعناه السابق.
(فلا يصح فيما لا ينضبط مقصوده كالمختلط المقصود الأركان) الذي لا ينضبط (كهريسة) وكشك ومخيض فيه ماء كذا مثل به شارح وهو سبق قلم، لأن الماء فيه غير مقصود مع عدم منعه لمعرفة المقصود وإنما سبب عدم الصحة فيه ما ذكروه من عدم انضباط حموضته وإنها عيب فيه وفرقوا بينه وبين خل نحو التمر بأن ذاك لا غنى له عنه فإن قوامه به بخلاف هذا إذ لا مصلحة له فيه ومثله المصل قيل يرد على المتن اللبن المشوب بالماء <ص: 20> فإنه لا يصح السلم فيه مع قصد بعض أركانه فقط

ويرد بأن الماء وإن لم يقصد لكنه يمنع العلم بالمقصود كما يصرح به قولهم لا يصح بيعه للجهل بالمقصود منه وهو اللبن (ومعجون) مركب من جزأين أو أكثر (وغالية) وهي مركبة من دهن معروف مع مسك وعنبر أو عود وكافور (وخف) ونعل مركبين من بطانة وظهارة وحشو لأن العبارة لا تفي بذكر انعطافاتها وأقدارها ومن ثم صح كما قاله السبكي ومن تبعه في خف أو نعل مفرد إن كان جديدا من غير جلد ثوب مخيط جديد لا ملبوس (وترياق) بفوقية أو دال أو طاء مهملة ويجوز كسر أوله وضمه (مخلوط) بخلاف النبات أو الحجر (والأصح صحته في المختلط) بالصنعة (المنضبط) عند أهل تلك الصنعة المقصود الأركان كما بأصله (كعتابي) من قطن وحرير (وخز) من إبريسم ووبر وصوف بشرط علم العاقدين بوزن كل من أجزائه على المعتمد وعليه يظهر الاكتفاء بالظن (و) في المختلط خلقة أو بغير مقصود لكنه من مصلحته فمن الثاني نحو (جبن وأقط) وما فيهما من الملح والأنفحة من مصالحهما لكن قيل يختلف الغرض بقلتهما وكثرتهما وعليه يجاب بأن هذا تفاوت سهل غير مطرد فلم ينظروا إليه.

قيل لا بد من <ص: 21> تقييد الجبن بالجديد لمنعه في القديم أو العتيق كما نص عليه في الأم وعلله بأن أقل ما يقع عليه اسم العتيق أو القديم غير محدود وجرى عليه جمع متقدمون ا ه وفيه نظر فسيأتي صحته في التمر العتيق ولا يجب بيان مدة عتقه فكذا هنا إلا أن يفرق بأن من شأن العتيق هنا عدم الانضباط وسرعة التغير ثم رأيت من حمل النص على ما فيه تغير، لأنه معيب وفيه نظر وإن جريت عليه في شرح الإرشاد، لأن تعليل الأم المذكور يرد هذا الحمل كما هو واضح (و) من الأول نحو (شهد) بفتح أوله وضمه وهو عسل النحل بشمعه خلقة فهو شبيه بالتمر وفيه النوى (و) من الثاني أيضا نحو (خل تمر أو زبيب) ولا يضر الماء، لأنه من مصلحته فعلم أن جبن وما بعده ليس عطفا على عتابي لفساد المعنى بل على المختلط كما تقرر فإن أريد بالمنضبط ما انضبط مقصوده اختلط بمقصوده أو لا كان الكل معطوفا على عتابي (لا الخبز) فلا يصح السلم فيه (في الأصح عند الأكثرين) لاختلاف تأثير النار فيه.

(ولا يصح) السلم (فيما ندر وجوده كلحم الصيد بموضع العزة) أي بمحل يعز وجوده به، ولو بأن لم يعتد نقله إليه للبيع إذ لا وثوق بتسليمه حينئذ (ولا) يصح أيضا (فيما لو استقصى وصفه) الذي لا بد منه لصحة السلم فيه (عز وجوده) لما ذكر (كاللؤلؤ الكبار) بكسر أوله فإن ضم كان مفردا وحينئذ تشدد الباء، وقد تخفف (والياقيت) إذ لا بد فيهما من ذكر الشكل والحجم والصفاء مع الوزن واجتماع ذلك نادر بخلاف صغير اللؤلؤ وهو ما يطلب للتداوي أي غالبا وضبطه الجويني بسدس دينار ولعله باعتبار ما كان من كثرة وجود كباره في زمنهم أما الآن فهذا لا يطلب إلا للزينة لا غير <ص: 22> فلا يصح السلم فيه لعزته (وجارية) وبهيمة كأوزة أو دجاجة على الأوجه وإن قلت صفاتها كالزنجية (وأختها أو ولدها) مثلا لندرة اجتماعهما مع الصفات المشترطة وإنما صح شرط نحو الكتابة مع ندرة اجتماعها مع تلك الصفات لسهولة تحصيلها بالتعلم ويصح في البلور لا العقيق لاختلاف أحجاره.
(فرع: يصح) السلم (في الحيوان) غير الحامل لثبوته في الذمة فرضا نصا في الإبل وقياسا في غيرها وتصحيح الحاكم النهي عن السلف في الحيوان مردود بأنه لم يثبت وروى أبو داود {أنه صلى الله عليه وسلم أمر عمرو بن العاص رضي الله عنه أن يأخذ بعيرا ببعيرين إلى أجل} وهذا سلم لا قرض، لأنه لا يقبل تأجيلا ولا زيادة (ويشترط في الرقيق ذكر نوعه كتركي) أو حبشي وصفة المختلف كرومي أو خطائي (و) ذكر (لونه) أي النوع إن اختلف (كأبيض) وأسود (ويصف بياضه بسمرة أو شقرة) وسواده بصفاء أو كدرة أما إذا لم يختلف لون النوع أو الصنف كالزنج فلا يجب ذكره (و) ذكر (ذكورته وأنوثته) <ص: 23> وثيابته وبكارته والواو في هذا على ما في كثير من النسخ ونحوه من كل ضدين مما يأتي بمعنى أو (وسنه) كابن ست أو محتلم ويظهر أن المراد احتلامه بالفعل إن تقدم على الخمسة عشر وإلا فهي وإن لم ير منيا فلا يقبل ما زاد عليها، لأن الصغر مقصود في الرقيق ولا ما نقص عنها ولم يحتلم، لأنه لم يوجد وصف الاحتلام الذي نص عليه ولا نظر لدخول وقته بتسع، لأنه مجاز ولا قرينة عليه فإن قلت نزلوا منزلة البالغ ابن عشر في الضرب على ترك نحو الصلاة وابن نحو ثلاث عشرة سنة في الاحتجاب منه

فلم لم يقل بذلك هنا قلت لأن هنا شرطا لفظيا وهو المحتلم وهو لا ينصرف عند الإطلاق إلا إلى حقيقته وهي الاحتلام بالفعل أو بلوغ خمسة عشر فلم يعدل لغيرها.
وفي ذينك المعتبر المعنى فقضوا به في كل باب بما يناسبه فتأمله ليندفع به ما لشارح هنا (وقده) أي قامته (طولا وقصرا) وربعة (وكله) أي ما ذكر مما يختلف كالوصف والسن والقد بخلاف نحو الذكورة (على التقريب) فلو شرط كونه ابن سبع مثلا تحديدا لم يصح لندرته ويقبل قول القن العدل في احتلامه وكذا سنه إن بلغ وإلا فقول سيده العدل أيضا إن علمه وهو المراد من قولهم إن ولد في الإسلام وإلا فقول بائعي الرقيق بظنهم ويظهر الاكتفاء بعدل منهم، لأن المدار على حصول الظن (ولا يشترط ذكر الكحل) بفتحتين وهو سواد يعلو جفن العين (والسمن ونحوهما) كدعج وهو شدة سواد العين مع سعتها وتكلثم وجه وهو استدارته ورقة خصر وملاحة (في الأصح) لتسامح الناس <ص: 24> بإهمالها (وفي) الماشية كالبقر و (الغنم والإبل والخيل والبغال والحمير الذكورة) وظاهر كلامهم بل صريحه أن لا يجب التعرض هنا لكونه فحلا أو خصيا وعليه فلا يلزمه قبول الخصي، لأن الخصاء عيب كما مر وبه يفرق بين هذا وما يأتي في اشتراط ذكره في اللحم، لأنه ليس عيبا ثم مع اختلاف الغرض به (والأنوثة والسن واللون) إلا الأبلق إذ لا يجوز السلم فيه لعدم انضباطه
(والنوع) والصنف إن اختلف كبخاتي أو عراب في الإبل أو كعربي أو تركي في الخيل وكمصري أو رومي في البقية ويجوز من نعم أو ماشية نحو طي مما العادة كثرتهم ولا يجب هنا ذكر القد وقيل يجب وانتصر له الأذرعي وغيره ولا وصف اللون لكن يسن في نحو خيل ذكر غرة وتحجيل (وفي الطير) والسمك ولحمهما (النوع والصغر وكبر الجثة) أي أحدهما، ولون طير لم يرد للأكل وكذا سنه إن عرف وذكورته وأنوثته إن أمكن التمييز وتعلق به غرض وكون السمك نهريا أو بحريا طريا أو مالحا (وفي اللحم) من غير صيد وطير، ولو قديدا مملحا (لحم بقر) عراب (أو جواميس <ص: 25> أو ضأن أو معز ذكر خصي رضيع) هزيل لا أعجف، لأن العجف عيب (معلوف أو ضدها) أي المذكورات أي أنثى فحل فطيم راع سمين، والرضيع والفطيم في الصغير وأما الكبير فمنه الجذع والثني ونحوهما فيذكر أحد

ذلك وذلك لاختلاف الغرض بذلك إذ لحم الراعية أطيب والمعلوفة أدسم ولا بد فيها من علف يؤثر في لحمها نعم إن لم يختلف بها وضدها بلد لم يجب ذكر أحدهما وكذا في لحم الصيد ويشترط فيه بيان عين ما صيد به (من فخذ) بإعجام الذال (أو كتف أو جنب) أو غيرها لاختلاف الغرض بها أيضا (ويقبل) وجوبا (عظمه على العادة) عند الإطلاق كنوى التمر ويجوز شرط نزعه وحينئذ لا يجب قبوله لا شرط نزع نوى التمر على الأوجه من وجهين فيه والفرق أن التمر يدخر غالبا ونزع نواه يعرضه للإفساد بخلاف العظم ويجب قبول جلد يؤكل عادة مع اللحم لا رأس ورجل من طير وذنب أو رأس لا لحم عليه من سمك (وفي الثياب الجنس) كقطن أو كتان والنوع وبلد نسجه إن اختلف به غرض، وقد يغني ذكر النوع <ص: 26> عن غيره (والطول والعرض والغلظ والدقة) بالدال وهما صفتان للغزل (والصفاقة) وهي انضمام بعض الخيوط إلى بعض (والرقة) وهي ضدها وهما يرجعان لصفة النسج فما هنا أحسن مما في الروضة وأصلها من إسقاطهما نعم قد يستعمل الدقيق موضع الرقيق وعكسه (والنعومة والخشونة) وكذا اللون في نحو حرير ووبر وقطن وإطلاقهم محمول على ما لا يختلف من كتاب أو قطن (ومطلقه) عن ذكر قصر وعدمه (يحمل على الخام)، لأنه الأصل دون المقصور نعم يجب قبوله لكن إن لم يختلف الغرض.

(ويجوز) السلم (في المقصور) لانضباطه لا الملبوس وإن لم يغسل لعدم انضباطه بخلاف جديد وإن غسل، ولو قميصا وسراويل إن أحاط بهما الوصف وإلا فلا وعليه يحمل تناقض الشيخين في ذلك.

(و) يجوز السلم في الكتان لكن بعد دقه لا قبله وفي (ما صبغ غزله قبل النسج كالبرود) إذا بين الصبغ ونوعه وزمنه ولونه وبلده (ولأقيس صحته في) الثوب (المصبوغ بعده) أي النسج كالغزل المصبوغ (قلت الأصح منعه وبه قطع الجمهور والله أعلم)، لأن الصبغ بعده يسد الفرج فلا يظهر فيه نحو صفاقة أو رقة ويجوز في الحبرة وعصب اليمن إن وصفه حتى تخطيطه نص عليه في الأم وقول شارح إلا عصب اليمن غلط فيه والأولى حمله على ما لا يضبطه الوصف (وفي التمر) والزبيب (لونه ونوعه) كمعقلي أو برني (وبلده وصغر الحبات أو كبرها وعتقه وحداثته) وكون جفافه

<ص: 27> بأمه أو الأرض لا مدة جفافه إلا في بلد يختلف بها ولا يصح في التمر المكنوز بالقواصر لتعذر استيفاء صفاته المشترطة حينئذ وظاهر أنه لو لم يعترض لكنزه فيها جاز قبول ما فيها ويذكر في الرطب والعنب غير الأخيرين (والحنطة وسائر الحبوب كالتمر) فيما ذكر فيه حتى مدة الجفاف بتفصيلها نعم لا يصح خلافا لما في فتاوى المصنف كالبحر في أرز في قشرته إذ لا يعرف حينئذ لونه وصغر حبه وكبرها لاختلاف قشره خفة ورزانة وإنما صح بيعه فيه، لأنه يعتمد المشاهدة والسلم يعتمد الصفات ومن ثم صح بيع نحو المعجونات دون السلم فيها وبحث صحته في النخالة والتبن ومثله قشر البن فيذكر في كل ما يختلف به الغرض فيه (وفي العسل) وهو حيث أطلق عسل النحل (جبلي أو بلدي) وناحيته <ص: 28> ومرعاه لتكيفه بما رعاه من داء كنور الفاكهة أو دواء كالكمون (صيفي أو خريفي)، لأن الخريفي أجود (أبيض أو أصفر) قوي أو رقيق ويقبل ما رق لحر لا لعيب (ولا يشترط) فيه (العتق والحداثة) أي ذكر أحدهما، لأنه لا يتغير أبدا بل كل شيء يحفظ به.
(ولا يصح) السلم (في) كل ما تأثير النار فيه غير منضبط كالخبز (والمطبوخ والمشوي) لاختلاف الغرض باختلاف تأثير النار فيه ومن ثم لو انضبطت ناره أو لطفت صح فيه على المعتمد وفارق الربا بضيقه وذلك كسكر وفانيد وقند خلافا لمن نازع فيه زاعما أنه متقوم، ودبس ما لم يخالطه ماء، ولبأ وصابون لانضباط ناره وقصد أجزائه مع انضباطها وجص ونورة ونيلة <ص: 29> وزجاج وماء ورد وفحم وآجر وأواني خزف انضبطت كما يعلم مما يأتي (ولا يضر تأثير الشمس) أو النار في تمييز نحو عسل أو سمن لعدم اختلافه. (والأظهر منعه) أي السلم (في رءوس الحيوان) والأكارع لاشتمالها على أجناس مقصودة لا تنضبط ولأن غالبها غير مقصود وهو العظم (ولا يصح) السلم (في مختلف) أجزاؤه (كبرمة) من نحو حجر (معمولة) أي محفورة بالآلة واحترز بها عن المصبوبة في قالب وهذا قيد أيضا فيما بعد ما عدا الجلد كما يأتي (وجلد) ورق (وكوز وطس) بفتح أوله وكسره ويقال في طست (وقمقم ومنارة) بفتح الميم من النور ومن ثم كان الأشهر في جمعها مناور لا مناير (وطنجير) بكسر أوله وفتحه خلافا لمن جعل الفتح

لحنا وهو الدست (ونحوها) كإبريق وحب ونشاب لعدم انضباطها باختلاف أجزائها ومن ثم صح في قطع أو قصاصة جلد دبغ واستوت جوانبه وزنا (ويصح في الأسطال المربعة) مثلا والمدورة وإن لم تصب في قالب لعدم اختلافها بخلاف الضيقة الرءوس ومحله إن اتحد معدنها لا إن خالطه غيره (فيما صب منها) أي المذكورات ما عدا الجلد أي من أصلها المذاب (في قالب) بفتح اللام إذ مكسورها البسر الأحمر وقيل يجوز هنا الكسر أيضا وذلك لانضباطها بانضباط قوالبها وفي نقد إن كان رأس المال غيره لا مثله ولا السلم حيث لم ينويا به الصرف لأحد النقدين في الآخر كمطعوم في مثله <ص: 30> ولو غير جنسه ولو حالا، لأن وضع السلم على التأخير وفي دقيق ودهن وبقل وشعر وصوف وقطن وورق ومعدن وعطر وأدوية وبهار وسائر ما ينضبط.

(ولا يشترط ذكر الجودة والرداءة) فيما يسلم فيه (في الأصح ويحمل مطلقه) منهما (على الجيد) للعرف ويصح شرط أحدهما إلا رديء العيب لعدم انضباطه ومن ثم لو أسلم في معيب بعيب مضبوط صح ويظهر هنا وجوب قبول السليم ما لم يختلف به الغرض وإلا شرط الأجودية، لأن أقصاها غير معلوم ويقبل في الجودة أقل درجاتها وفي الرداءة والأردئية ما حضر، لأن طلب غيره عناد. واستشكل شارح هذا بصحة سلم الأعمى قبل التمييز أي لأنه لا يعرف الأجود من غيره ويرد بأنه إن صح سلمه لا يصح قبضه بل يتعين توكيله فيه. نعم الإشكال وارد على اشتراطهم معرفة العاقدين في الصفات فلو أورده عليه لأصاب ويجاب بأن المراد بمعرفتها تصورها، ولو بوجه والأعمى المذكور يتصورها كذلك.

(ويشترط معرفة العاقدين الصفات) المشترطة (وكذا غيرهما) أي عدلان آخران يشترط معرفتهما لها (في الأصح) ليرجع إليهما عند التنازع والمراد أن يوجد غالبا بمحل التسليم ممن يعرفها عدلان أو أكثر ومن لازم معرفة من ذكر لها ذكرها في العقد بلغة يعرفها العاقدان وعدلان قيل ولا تكرار هنا مع ما قدمه من اشتراط معرفتهما، لأن المراد ثم أن تعرف في نفسها لتضبط بها ا ه وفيه ما فيه الأولى أن هذا تفصيل لبيان ذلك الإجمال وأخره ليقع

الختم به بعد الكل، لأنه المرجع عند وقوع التنازع في شيء من ذلك.

(فصل) في بيان أخذ غير المسلم فيه عنه ووقت أدائه ومكانه. (لا يصح أن يستبدل عن المسلم فيه) ومثله المبيع في الذمة (غير) بالرفع (جنسه) كبر عن شعير (ونوعه) كبرني عن معقلي وتركي عن هندي وتمر عن رطب ومسقى بمطر عن مسقى بعين ومسقى بماء السماء عن مسقى بماء الوادي على ما نقله الريمي واعتمده هو وغيره وفيه نظر، لأن ماء الوادي إن كان من عين فقد مر أو من مطر فهو ماء السماء أيضا اللهم إلا أن <ص: 31> يعلم اختلاف ما ينبت منه اختلافا ظاهرا وكذا فيما زعمه بعضهم أن اختلاف المكانين بمنزلة اختلاف النوعين وذلك، لأنه بيع للمبيع قبل قبضه والحيلة فيه أن يفسخا السلم بأن يتقايلا فيه ثم يعتاض عن رأس المال ومن ذلك ما لو أسلم لآخر ثوبا في دراهم فأسلم الآخر إليه ثوبا في دراهم واستويا صفة وحلولا فلا يقع تقاص على المنقول المعتمد، لأنه كالاعتياض عن المسلم فيه وهو ممتنع.
(تنبيه) جعلوا اختلاف النوع هنا كاختلاف الجنس وفي الربا كاتفاقه ولعله للاحتياط فيهما أما ثم فواضح وأما هنا فلأن فيه غررا وهو يكثر مع اختلاف النوع دون الصفة.
(وقيل يجوز في نوعه) كما لو اتحد النوع واختلفت الصفة ويرد بقرب الاتحاد هنا، ولو اعتبرنا جمع الجنس لاعتبرنا جمع جنس آخر فوقه كالحب ولم يمتنع في شيء فاندفع ما أطال به جمع لترجيحه (و) على الجواز (لا يجب) القبول لاختلاف الغرض (ويجوز أردأ من المشروط) أي دفعه بتراضيهما، لأن فيه مسامحة بصفة (ولا يجب) قبوله وإن كان أجود من وجه، لأنه دون حقه (ويجوز أجود) منه من كل وجه لعموم خبر {خياركم أحسنكم قضاء} (ويجب قبوله في الأصح)، لأن زيادته غير متميزة. والظاهر أنه لم يجد غيره فخف أمر المنة فيه وأجبر على قبوله نعم إن أضره قبوله ككونه زوجه أو بعضه لم يلزمه كما لو تميزت الزيادة كأحد عشر عن عشرة وفي نحو عمه كأخيه وجهان، لأن من الحكام من يعتقه عليه والذي يتجه أنه إن كان هناك حاكم يرى عتقه عليه بمجرد دخوله في ملكه

لم يلزمه قبوله وأنه لا يلزم قبول من شهد أو أقر بحريته، ولو قبض بعضه <ص: 32> جاهلا فهل يفسد قبضه أو يصح ويعتق عليه وجهان والذي يتجه الأول، لأن كونه بعضه بمنزلة العيب فيه وقبض المعيب عما في الذمة لا يصح إلا إن رضي القابض به ويجب تسليم نحو البر نقيا من تبن وزؤان فإن كان فيه قليل من ذلك، وقد أسلم كيلا جاز أو وزنا فلا وما أسلم فيه كيلا لا يجوز قبضه وزنا وعكسه، لأنه يشبه الاستبدال الممنوع ويجب تسليم التمر جافا ما لم يتناه جفافه، لأن ذلك عيب فيه والرطب غير مشدخ. <ص: 33> ويقبل قول المسلم في لحم هو ميتة كما قاله جمع متقدمون استصحابا لأصل الحرمة في الحياة حتى يتيقن الحل بالذكاة الشرعية.

(ولو أحضره) أي المسلم إليه أو وارثه أو أجنبي عن ميت أخذا مما يأتي ثم رأيت الزركشي صرح بذلك المسلم فيه ومثله فيما يأتي جميعه كل دين مؤجل (قبل محله) بكسر الحاء أي وقت حلوله (فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح بأن) بمعنى كأن (كان حيوانا) يحتاج لمؤنة قبل المحل لها وقع أي عرفا أو غيره واحتاج لها في كراء محله أو حفظه أو كان يترقب زيادة سعره عند المحل على الأوجه (أو وقت غارة) الأفصح إغارة وإن وقع العقد وقتها على الأوجه أو يريد أكله عند محله طريا (لم يجبر) على قبوله وإن كان للمؤدي غرض للضرر (وإلا) يكن له غرض صحيح في الامتناع (فإن كان للمؤدي غرض صحيح كفك رهن) أو براءة ضامن أو خوف انقطاع الجنس عند الحلول (أجبر)، لأن امتناعه حينئذ تعنت (وكذا) يجبر إن أتى إليه به (لمجرد غرض البراءة في الأظهر) أو لا لغرض أصلا على الأوجه لتعنته وأفهم اعتباره لغرض المؤدي إليه عند عدم غرض المؤدى إليه أنه لو تعارض غرضا هما قدم الثاني، ولو أصر على الامتناع بعد الإجبار أخذه الحاكم أمانة عنده له وبرئ المدين، ولو أحضر المسلم فيه الحال في مكان التسليم لغرض غير البراءة أجبر المسلم على قبوله أو لغرضها أجبر عليه أو على الإبراء، لأن امتناعه، وقد وجد زمان التسليم ومكانه محض عناد فضيق عليه بالإجبار <ص: 34> على ما ذكر بخلاف المؤجل والحال المحضر في غير محل التسليم. وقضية إطلاقهم هنا أنه لا فرق بين زمن الخوف وغيره ويخالفه اعتماد جمع متأخرين

أنه لا يلزمه القبول في القرض إلا حيث لا خوف أي وإن كان العقد فيه على الأوجه خلافا للأذرعي ويفرق بأن القرض مجرد معروف وإحسان وهو يقتضي عدم إضرار المقرض بوجه فلم يلزم بالقبول، ولو في محل القرض إلا حيث لا ضرر عليه فيه وما هنا محض معاوضة وقضيتها لزوم قبضها المستحق في محل تسليمها من غير نظر لإضرار المسلم أو لا وإنما روعي غرضه فيما مر، لأن ذاك القبض فيه غير مستحق بمقتضى المعاوضة لأن الفرض أنه قبل الحلول أو في غير محل التسليم فنظر فيه لإضرار القابض وعدمه فتأمله.

(ولو وجد المسلم المسلم إليه بعد المحل) بكسر الحاء (في غير محل التسليم) بفتحها أي مكانه المعين بالشرط أو العقد عليه فله الدعوى عليه بالمسلم فيه وإلزامه بالسفر معه لمحل التسليم أو يوكل ولا يحبس لأنه لو امتنع (لم يلزمه الأداء إن كان لنقله) من محل التسليم إلى محل الظفر (مؤنة) ولم يتحملها المسلم لتضرر المسلم إليه بذلك بخلاف ما لا مؤنة لنقله كيسير نقد وما له مؤنة وتحملها المسلم إذ لا ضرر حينئذ ولا نظر لكونه في ذلك المحل أغلى منه بمحل التسليم (ولا يطالبه بقيمته) <ص: 35> ولو (للحيلولة على الصحيح) لمنع الاستبدال عن المسلم فيه نعم له الفسخ وأخذ رأس ماله وإلا فبدله كما لو انقطع. (وإن امتنع) المسلم (من قبوله هناك) أي في غير محل التسليم، وقد أحضر فيه (لم يجبر) عليه (إن كان لنقله مؤنة) إلى محل التسليم ولم يتحملها المسلم إليه (أو كان الموضع) أو الطريق (مخوفا) للضر فإن رضي بأخذه لم يجب له مؤنة النقل (وإلا) يكن له غرض صحيح في الامتناع كأن لم يكن لنقله مؤنة ولا كان نحو الموضع مخوفا (فالأصح إجباره) على قبوله، لأنه متعنت نظير ما مر، ولو اتفق كون رأس مال المسلم بصفة المسلم فيه فأحضره وجب قبوله.

(تتمة) يجبر الدائن على قبول كل دين حال أو الإبراء عنه حيث لا غرض له نظير ما مر آنفا، وقد أحضره من هو عليه أو وارثه لا أجنبي عن حي بخلافه عن ميت لا تركة له فيما يظهر لمصلحة براءة ذمته وسيأتي أن الدين يجب بالطلب أداؤه فورا لكن يمهل المدين لما لا يخل بالفورية

في الشفعة أخذا من مثلهم ما لم يخف هربه أو تستره فبكفيل أو ملازم.

(فصل في القرض)

يطلق اسما بمعنى المقرض ومصدرا بمعنى الإقراض ولشبهه بالسلم في الضابط <ص: 36> الآتي جعله ملحقا به فترجم له بفصل بل هو نوع منه إذ كل منهما يسمى سلفا (الإقراض) الذي هو تمليك الشيء برد بدله (مندوب) إليه ولشهرة هذا أو تضمينه لمستحب حذفه فهو من السنن الأكيدة للآيات الكثيرة والأحاديث الشهيرة كخبر مسلم {من نفس عن أخيه كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه} وصح خبر {من أقرض الله مرتين كان له مثل أجر إحداهما لو تصدق به} وفي خبر في سنده من ضعفه الأكثرون {أنه صلى الله عليه وسلم رأى ليلة أسري به مكتوبا على باب الجنة أن درهم الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر} وأن جبريل علل له ذلك بأن القرض إنما يقع في يد محتاج بخلاف الصدقة. وروى البيهقي خبر {قرض الشيء خير من صدقته} وبينت ما في هذه الأحاديث في شرح الإرشاد وجزم بعضهم أخذا من الخبرين الأخيرين بأنه أفضل من الصدقة غير صحيح، لأن الأول المصرح بأفضليتهم ا صحيح دونهما فوجب تقديمه عند التعارض على أنه يمكن حملهما على أنه من حيث الابتداء لما فيه من صون وجه من لا يعتاد السؤال عنه أفضل وحمل الأول على أنها من حيث الانتهاء لما فيها من عدم رد المقابل أفضل ومحل ندبه إن لم يكن المقترض مضطرا وإلا وجب وإن لم يعلم أو يظن من آخذه أنه ينفقه في معصية وإلا حرم عليهما أو في مكروه وإلا كره ويحرم الاقتراض والاستدانة <ص: 37> على غير مضطر لم يرج الوفاء من جهة ظاهرة فورا في الحال وعند الحلول في المؤجل ما لم يعلم المقرض بحاله وعلى من أخفى غناه وأظهر فاقته عند القرض كما يأتي نظيره في صدقة التطوع ومن ثم لو علم المقترض أنه إنما يقرضه لنحو صلاحه وهو باطنا بخلاف ذلك حرم الاقتراض أيضا كما هو ظاهر.

وأركانه أربعة عاقدان ومعقود عليه وصيغة في غير القرض الحكمي وبدأ بها لأنها أهمها للخلاف القوي في أصلها

وتفاصيلها فقال (وصيغته) الصريحة متعددة منها (أقرضتك أو أسلفتك) كذا أو هذا، وقد ينظر فيه بأنه مشترك بين القرض والسلم إلا أن يقال المتبادر منه القرض لا سيما وذكر المتعلق في السلم يخرج هذا (أو خذه بمثله) أو ببدله، لأن ذكر المثل أو البدل فيه نص في مقصود القرض إذ وضعه على رد المثل صورة وبه فارق جعلهم خذه بكذا كناية بيع واندفع ما للغزي وغيره هنا واتضح أنه صريح كما هو ظاهر كلام الشيخين لا كناية خلافا لجمع. وبحث بعض هؤلاء أن خذه بمثله كناية بيع ويرده ما قررته مما يعلم منه أن القصد من الثمن مطلق العوضية لا المثلية حقيقية ولا صورة، وهنا بالعكس فلم يصلح للكناية ثم. نعم بحث السبكي وغيره إن أخذه بكذا كناية هنا كالبيع وفي شرح الإسنوي في ملكتك هذا الدرهم بمثله أو بدرهم هل هو بيع فيترتب عليه أحكام الصرف أو قرض فيه نظر والمتجه الأول ويؤيده أنهم لم يذكروا هذا المثال هنا ا ه وما قاله محتمل في خصوص هذا المثال، لأنه صالح للصرف والقرض إذ المثلية مقصودة في كل منهما وإن اختلف المراد بها فيهما فلذا استوى قوله بمثله وقوله بدرهم واحتمل في كل البيع والقرض. <ص: 38> وحينئذ فالذي يتجه أنهما إن نويا به أحدهما تعين لما تقرر من صلاحيته لهما وإلا كان في بمثله صريح قرض وفي بدرهم صريح بيع عملا بالمتبادر فيهم، وقد يستشكل هذا بأنه لا نظير له وهو صراحته في بابين مختلفين ويتخصص بالنية إن وجدت وإلا فبالمتبادر ويجاب بالتزام ذلك لضرورة اقتضاء النظر له فتأمله (أو ملكتكه على أن ترد بدله) أو خذه ورد بدله أو اصرفه في حوائجك ورد بدله فإن حذف ورد بدله فكناية كخذه فقط أي إن سبقه أقرضني وإلا فهو كناية قرض أو بيع أو هبة أو اقتصر على ملكتكه ولم ينو البدل فهبة وإلا فكناية، ولو اختلفا في ذكر البدل صدق الآخذ وإنما صدق مطعم مضطر أنه قرض حملا للناس على هذه المكرمة التي بها إحياء النفوس إذ لو أحوجوا للإشهاد لفاتت النفس أو في نيته صدق الدافع كما في بع هذا وأنفقه على نفسك بنية القرض كذا قيل وقولهم لا ثواب في الهبة المطلقة وإن نواه الواهب صريح في أنه لا عبرة بنيته ويفرق بينه وبين ما ذكر بأن هنا لفظا صريحا مملكا فلم يقبل الرفع بالنية.

وثم لفظا محتملا فقبل نية القرض به وبهذا يعلم أنه حيث كان اللفظ المأتي به كناية صدق المدافع في نيته به أو صريحا في التمليك بلا بدل صدق الآخذ في نفي ذكر البدل أو نيته وفي قواعد الزركشي ما حاصله قالوا هنا اختلفا في ذكر القرض صدق الآخذ وفي الهبة قال وهبتك بعوض فقال مجانا صدق المتهب، ولو قال أعتقتك بألف أو طلقتك بألف فقالا مجانا صدقا بيمينيهما، لأن المالك في الكل يدعي زيادة لفظ ملزم على اللفظ المملك المتفقين عليه والأصل عدمه وبراءة الذمة <ص: 39> ومر أنه لو قال بعتك فقال بل وهبتني حلف كل على نفي قول الآخر لأنهما هنا اختلفا في أصل اللفظ المملك فصدق المالك، لأنه أعرف باللفظ الصادر منه فصدق في عود العين إليه لا في إلزام ذمة الآخر بالثمن عملا بأصل براءتها منه أو في أن المأخوذ قرض أو قراض مثلا فسيأتي تفصيله آخر القراض ويأتي آخر الصداق ما له تعلق بما هنا، ولو أقر بالقرض وقال فورا أو لا لم أقبض لم يقبل كما أفهمه كلام الرافعي وغيره نعم له تحليفه أنه أقبضه كما يعلم مما يأتي في الرهن وقال الماوردي يصدق المقترض بيمينه وابن الصباغ إن قاله فورا ويظهر فيما اشتهر من استعمال لفظ العارية هنا أنه فيما لا تصح إعارته كناية، لأنه لم يجد نفاذا في موضوعه وفي غيره ليس كناية، لأنه صريح في بابه ووجد نفاذا في موضوعه ثم رأيت بعضهم أطلق صراحتها هنا إن شاعت ويرده ما ذكرته من التفصيل الذي لا بد منه فإن قلت الشيوع لا يعتد به إلا فيما لا يصلح للعارية قلت بتسليمه هو لا دخل له في الصراحة، لأن الذي له دخل فيها الشيوع على ألسنة حملة الشرع لا في ألسنة العوام كما هنا.

(ويشترط قبوله في الأصح) كالبيع ومن ثم اشترط فيه شروط البيع السابقة في العاقدين والصيغة كما هو ظاهر حتى موافقة القبول للإيجاب فلو قال أقرضتك ألفا فقبل خمسمائة أو بالعكس لم يصح واعترض بوضوح الفرق بأن المقرض متبرع فلم يضر قبول بعض المسمى ولا الزيادة عليه ويرد بمنع إطلاق كونه متبرعا. كيف ووضع القرض أنه تمليك للشيء برد مثله فساوى البيع إذ هو تمليك الشيء بثمنه، فكما اشترط ثم الموافقة فكذا هنا وكون القرض فيه شائبة تبرع كما يأتي لا ينافي ذلك لأن المعاوضة فيه

هي المقصودة والقائل بأنه غير معاوضة وهو مقابل الأصح ومن ثم قال جمع إن الإيجاب منه غير شرط أيضا. واختاره الأذرعي وقال قياس جواز المعاطاة في البيع جوازها هنا واعترض الغزي له بأنه سهو، لأن شرط المعاطاة بذل العوض أو التزامه في الذمة وهو مفقود هنا هو <ص: 40> السهو لإجرائهم خلاف المعاطاة في الرهن وغيره مما ليس فيه ذلك فما ذكره شرط للمعاطاة في البيع دون غيره أما القرض الحكمي فلا يشترط فيه صيغة كإطعام جائع وكسوة عار وإنفاق على لقيط ومنه أمر غيره بإعطاء ما له غرض فيه كإعطاء شاعر أو ظالم أو إطعام فقير أو فداء أسير وعمر داري واشتر هذا بثوبك لي ويأتي آخر الضمان ما لم يعلم منه أنه لا بد في جميع ذلك ونحوه من شرط الرجوع بخلاف ما لزمه كدين وما نزل منزلته كقول الأسير لغيره فادني، ومن الأول أد لمن ادعى علي ما ادعى به أي قبل ثبوته وأد زكاتي أي قبل تعلقها بالذمة وإلا فهي من جملة الديون كما هو ظاهر وإذا رجع كان في المقدر والمعين بمثله صورة كالقرض. <ص: 41> ولو قال اقبض ديني وهو لك قرضا أو مبيعا صح قبضه لا قوله وهو إلى آخره نعم له أجرة مثل تقاضيه أو اقبض وديعتي مثلا وتكون لك قرضا صح وكانت قرضا وحصل لي ألفا قرضا ولك عشرة جعالة فيستحق الجعل إن اقترضها له لا إن أقرضه وقرض الأعمى واقتراضه كبيعه.

(و) يشترط في المقرض (أهلية التبرع) المطلق، لأنه المراد حيث أطلق وهي تستلزم رشده واختياره فيما يقرضه فلا يرد عليه خلافا لمن زعمه صحة وصية السفيه وتدبيره وتبرعه بمنفعة بدنه الخفيفة وذلك، لأن فيه شائبة تبرع ومن ثم امتنع تأجيله إذ التبرع يقتضي تنجيزه ولم يجب التقابض فيه وإن كان ربويا فلا يصح من محجور عليه وكذا وليه إلا لضرورة بالنسبة لغير القاضي إذ له ذلك مطلقا لكثرة أشغاله وإن نازع فيه السبكي نعم لا بد من يسار المقترض منه وأمانته وعدم الشبهة في ماله إن سلم منها مال المولى والإشهاد عليه وكذا أخذ رهن منه إن رأى القاضي أخذه وله أيضا إقراض مال المفلس بتلك الشروط إذا رضي الغرماء بتأخير القسمة أما المستقرض فشرطه الرشد والاختيار وسيعلم مما يأتي صحة تصرف السفيه المهمل قرضا وغيره وكذا السكران. (ويجوز إقراض) كل (ما

يسلم فيه) أي في نوعه فلا يرد امتناع السلم في المعين وجواز قرضه كالذي في الذمة فلو قال أقرضتك ألفا وقبل وتفرقا ثم أعطاه ألفا جاز إن <ص: 42> قرب الفصل عرفا وإلا فلا وإن نازع فيه السبكي. ويجوز قرض كف من نحو دراهم ليتبين قدرها بعد ويرد مثلها ولا أثر للجهل بها حالة العقد.

وقضية الضابط حل إقراض النقد المغشوش وهو ما اعتمده جمع متأخرون خلافا للروياني، لأنه مثلي تجوز المعاملة به في الذمة وإن جهل قدر غشه لكن في غير الربا لضيقه كما مر بسطه في البيع فتقييد السبكي وغيره ما هنا بما عرف قدر غشه مردود، ولو رد من نوعه أحسن أو أزيد وجب قوله وإلا جاز ولا نظر للمماثلة السابقة في الربا لضيقه والمسامحة في القرض لأنه إرفاق ومزيد إحسان فإن اختلف النوع كان استبدالا فتجب المماثلة والقبض كما مر في الاستبدال وفي الروضة هنا عن القاضي منع قرض المنفعة لامتناع السلم فيها وفيها كأصلها في الإجارة جوازهما وجمع الإسنوي وغيره أخذا من كلامهما بحمل المنع على منفعة محل معين والحل على منفعة في الذمة وهي منفعة غير العقار كما مر أوائل السلم.

(إلا الجارية التي تحل للمقترض في الأظهر) <ص: 43> ولو غير مشتهاة فلا يجوز قرضها له وإن جاز السلم فيها، لأنه قد يطؤها ويردها فتصير في معنى إعارة الجواري للوطء وهو ممتنع كما نقله مالك عن إجماع أهل المدينة وما نقل عن عطاء من جوازه رد بأنه مكذوب عليه وليس في محله فقد نقله عنه أئمة أجلاء فالوجه الجواب بأنه شاذ بل كاد أن يخرق به الإجماع ولا ينافيه جواز هبتها للولد مع جواز الرجوع فيها لجواز القرض من الجانبين ولأن موضوعه الرجوع، ولو في البدل فأشبه الإعارة بخلاف الهبة فيهما وخرج بتحل محرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة وكذا ملاعنة ونحو مجوسية ووثنية لا نحو أخت زوجة لتعلق زوال مانعها باختياره ويتجه خلافا لجمع أن مثلها مطلقة ثلاثا لقرب زوال مانعها بالتحليل الذي لا يستبعد وقوعه على قرب عرفا بخلاف إسلام نحو المجوسية ورتقاء وقرناء ومقرضة لنحو ممسوح، لأن المحذور خوف التمتع وهو موجود ومن عبر بخوف الوطء فقد جرى على الغالب وبحث الأذرعي حل إقراضها لبعضه، لأنه إن وطئها حرمت

على المقرض وإلا فلا محذور وهو بعيد، لأن المحذور وهو وطؤها ثم ردها موجود وتحريمها على المقرض أمر آخر لا يفيد إثباتا ولا نفيا وقرضها لخنثى جائز لأن اتضاحه بعيد ولا يجوز تملك الملتقطة التي تحل، لأن ظهور مالكها أقرب من اتضاح الخنثى. هذا هو المنقول فيهما ووجهه ما ذكرته خلافا لمن عكس ذلك فإن اتضح ذكرا بان بطلان القرض، لأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر وقرض الخنثى المشكل <ص: 44> للرجل قيل يحل لتعذر وطئه ما دام خنثى ورد بأنه سهو لامتناع السلم فيه.
(وما لا يسلم فيه) أي في نوعه (لا يجوز إقراضه في الأصح)، لأن ما لا ينضبط أو يعز وجوده يتعذر أو يتعسر رد مثله إذ الواجب في المتقوم رد مثله صورة نعم يجوز قرض الخبز والعجين، ولو خميرا حامضا للحاجة والمسامحة ويرده وزنا. قال في الكافي أو عددا وفهم اشتراطه الجمع بينهما بعيد وجزء شائع من دار لم يزد على النصف لأن له حينئذ مثلا لا الروبة على الأوجه وهي خميرة لبن حامض تلقى على اللبن ليروب لاختلاف حموضتها المقصودة وعلم من الضابط أن القرض لا بد أن يكون معلوم القدر أي، ولو مآلا لئلا يرد ما مر في نحو كف الدراهم وذلك ليرد مثله أو صورته.
ويجوز إقراض المكيل موزونا وعكسه، ولو قال أقرضني عشرة مثلا فقال خذها من فلان فإن كانت له تحت يده جاز وإلا فهو وكيل في قبضها فلا بد من تحديد قرضها كما مر (ويرد) وجوبا حيث لا استبدال (المثلي في المثلي)، ولو نقدا أبطله السلطان لأنه أقرب إلى حقه (وفي المتقوم) ويأتي ضابطهما في الغصب يرد (المثل الصوري) لخبر مسلم {أنه صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا أي وهو الثني من الإبل ورد رباعيا أي وهو ما دخل في السنة السابعة وقال إن خياركم أحسنكم قضاء} ومن لازم اعتبار المثل الصوري اعتبار ما فيه من المعاني التي تزيد بها القيمة فيرد ما يجمع تلك كلها حتى لا يفوت عليه شيء ويصدق المقترض فيها بيمينه.
والذي يتجه في النقوط المعتاد في الأفراح أنه هبة ولا أثر للعرف فيه <ص: 45> لاضطرابه ما لم يقل خذه مثلا وينوي القرض ويصدق في نية ذلك هو أو وارثه وعلى هذا يحمل إطلاق جمع أنه قرض أي حكما ثم رأيت بعضهم لما

نقل قول هؤلاء وقول البلقيني أنه هبة قال ويحمل الأول على ما إذا اعتيد الرجوع به والثاني على ما لم يعتد قال لاختلافه بأحوال الناس والبلاد ا ه وحيث علم اختلافه تعين ما ذكرته ويأتي قبيل اللقطة تقييد هذا الخلاف بما يتعين الوقوف عليه ووقع لبعضهم أنه أفتى في أخ أنفق على أخيه الشريد وعياله سنين وهو ساكت ثم أراد الرجوع عليه بأنه يرجع أخذا من القول بالرجوع في مسألة النقوط وفيه نظر بل لا وجه له أما أولا فلأن مأخذ الرجوع ثم اطراد العادة به عندهم ولا عادة في مسألتنا فضلا عن اطرادها بذلك، وأما ثانيا فلأن الأئمة جزموا في مسائل بما يفيد عدم الرجوع منها أدى واجبا عن غيره كدينه بلا إذنه صح ولا رجوع له عليه بلا خلاف والنفقة على ممون الأخ واجبة عليه فكان أداؤها عنه كأداء دينه وبهذا يتبين أنها مصرح بها في كلامهم وأن الإفتاء فيها بما مر غفلة عن هذا وبفرض أنها غير واجبة فهي لا رجوع بها بالأولى لأنه إذا لم يرجع بأداء ما لزم فما لم يلزم أولى فإن قلت صرحوا في مسائل بالرجوع قلت تلك إما لكونه أنفق بإذن الحاكم أو مع الإشهاد للضرورة كما في هزب الجمال ونحوها وإما لظنه أن الإنفاق لازم له كما إذا أنفق على مطلقته الحامل فبان أن لا حمل أو نفى حمل الملاعنة ثم استلحقه فترجع بما أنفقته عليه لظنها الوجوب فلا تبرع. ولو عجل حيوانا زكاة ثم رجع لسبب رجع عليه الآخذ بما أنفقه على الأوجه لإنفاقه بظن الوجوب لظنه أنه ملكه، وعجيب قول الزركشي لم يصرحوا به ثم نقل عن ابن الأستاذ في هذه ما يقتضي عدم الرجوع وكذا يقال في لقطة تملكها ثم جاء مالكها وعجيب توقفه كابن الأستاذ في هذه أيضا. نعم لا أثر لظن وجوب في مبيع اشتراه فاسدا فلا يرجع بما أنفق عليه (وقيل) يرد (القيمة) يوم القبض وأداء المقرض كأداء المسلم فيه في جميع ما مر فيه صفة <ص: 46> وزمنا ومحلا (و) لكن (لو ظفر) المقرض (به) أي بالمقترض (في غير محل الإقراض وللنقل) من محله إلى محل الظفر (مؤنة) ولم يتحملها المقرض (طالبه بقيمة بلد الإقراض) يوم المطالبة لجواز الاعتياض عنه لا بالمثل استوت قيمة بلد الإقراض والمطالبة أم لا كما قاله الشيخان خلافا لابن الصباغ وجماعة للضرر وهي للفيصولة فلو اجتمعا ببلد الإقراض لن

يترادا أما إذا لم تكن له مؤنة أو تحملها المقرض فيطالبه به نعم النقد الذي يعسر نقله أو تفاوتت قيمته بتفاوت البلاد كالذي لنقله مؤنة قاله الإمام وقوله أو تفاوتت قيمته إنما يأتي على ما مر عن ابن الصباغ.
(ولا يجوز) قرض نقد أو غيره إن اقترن (بشرط رد صحيح عن مكسر أو) رد (زيادة) على القدر المقرض أو رد جيد عن رديء أو غير ذلك من كل شرط جر منفعة للمقرض <ص: 47> كرده ببلد آخر أو رهنه بدين آخر فإن فعل فسد العقد لخبر {كل قرض جر منفعة فهو ربا} وجبر ضعفه مجيء معناه عن جمع من الصحابة ومنه القرض لمن يستأجر ملكه أي مثلا بأكثر من قيمته لأجل القرض إن وقع ذلك شرطا إذ هو حينئذ حرام إجماعا وإلا كره عندنا وحرم عند كثير من العلماء قاله السبكي.
(ولو رد)، وقد اقترض لنفسه من ماله (هكذا) أي زائدا قدرا أو صفة (بلا شرط فحسن) ومن ثم ندب ذلك ولم يكره للمقرض الأخذ كقبول هديته ولو في الربوي وكذا كل مدين للخبر السابق وفيه إن {خياركم أحسنكم قضاء} ولو عرف المستقرض برد الزيادة كره إقراضه على أحد وجهين ويتجه ترجيحه إن قصد ذلك وظاهر كلامهم ملك الزائد تبعا وهو متجه خلافا لبعضهم وحينئذ فهو هبة مقبوضة فيمتنع الرجوع فيه كما أفتى به ابن عجيل.
(ولو شرط مكسرا عن صحيح أو أن يقرضه) شيئا آخر (غيره لغا الشرط) فيهما ولم يجب الوفاء به، لأنه وعد تبرع (الأصح أنه لا يفسد العقد) إذ ليس فيه جر منفعة للمقرض (ولو شرط أجلا فهو كشرط مكسر عن صحيح إن لم يكن للمقرض غرض) صحيح <ص: 48> أو له والمقترض غير مليء فيلغو لأجل امتناع التفاضل فيه كالربا ويصح العقد لأنه زاد في الإرفاق بجر المنفعة للمقترض ولا أثر لجرها له في الأخيرة، لأن المقترض لما كان معسرا كان الجر إليه أقوى فغلب وفارق الرهن بقوة داعي القرض فإنه سنة وبأن وضعه جر المنفعة للمقترض فلم يفسد باشتراطها له ويسن الوفاء بالتأجيل ونحوه، لأنه وعد خير ولا يتأجل الحال لا بالوصية والنذر على ما فيه مما يأتي في بابه فبأحدهما تتأخر المطالبة به مع حلوله.
(وإن كان) للمقرض غرض (كزمن نهب) والمقترض مليء (فكشرط) رد (صحيح عن مكسر) فيفسد العقد (في الأصح)

لأن فيه جر منفعة للمقرض (وله) أي المقرض (شرط رهن وكفيل) عينا قياسا على ما مر في البيع وإقرار به وحده عند حاكم وإشهاد عليه، لأنه مجرد توثقه فله إذا اختل الشرط الفسخ وإن كان له الرجوع بلا شرط، لأن الحياء والمروءة يمنعانه منه.
(ويملك القرض بالقبض) السابق في المبيع كما هو ظاهر وإلا لامتنع عليه التصرف فيه وكالهبة (وفي قول بالتصرف) المزيل للملك رعاية لحق المقرض، لأن له الرجوع فيه ما بقي فبالتصرف يتبين حصول ملكه بالقبض وتظهر فائدة الخلاف في النفقة ونحوها وكذا في الإبراء فيصح على الأول لأنه بملكه له انتقل بدله لذمته لا الثاني لبقاء العين بملك المقرض فلم يصح الإبراء منها <ص: 49> (وله) بناء على الأول (الرجوع في عينه ما دام باقيا) في ملك المقترض (بحاله) بأن لم يتعلق به حق لازم (في الأصح) وإن دبره أو زال عن ملكه ثم عاد كما هو قياس أكثر نظائره، لأن له طلب بدله عند فواته فعينه أولى وللمقترض رده عليه قهرا وخرج بحاله رهنه وكتابته وجنايته إذا تعلقت برقبته فلا يرجع فيه حينئذ نعم لو أجره رجع فيه كما لو زاد ثم إن اتصلت أخذه بها وإلا فبدونها أو نقص فإن شاء أخذه مع أرشه أو مثله سليما فإن قلت يأتي في لقطة تملكت ثم ظهر مالكها، وقد نقصت بعيب فطلب المالك بدلها والملتقط ردها مع الأرش أجيب الملتقط وهذا يشكل على ما هنا قلت لا يشكل عليه بل يفرق بأن المقرض محسن فناسب تخييره على خلاف القاعدة الآتية بخلاف المالك ثم فإن التملك قهر عليه فأجري به على الأصل في الضمان أنه في الناقص يرده مع أرشه حتى في المغصوب منه فهذا أولى ويصدق في أنه قبضه بهذا النقص على ما أفتى به بعضهم <ص: 50> وكأنه راعى أصل براءة ذمته لكن يعارضه أن الأصل السلامة وأن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن وهذان خاصان فليقدما على الأول العام ثم رأيتهم صرحوا في غاصب رد المغصوب ناقصا وقال غصبته هكذا فكذبه المالك صدق الغاصب، لأن الأصل براءته من الزيادة وهذا صريح في ترجيح الأول بل أولى وإذا رجع فيه مؤجرا فإن شاء صبر لانقضاء المدة ولا أجرة له وإن شاء أخذ بدله وأفتى بعضهم في جذع اقترضه وبنى عليه وحب بذره أنه

كالهالك فيتعين بدله. نعم إن حجر على المقترض بفلس يأتي فيه ما يأتي فيما اشتراه آخر التفليس.

كتاب الرهن

هو لغة الثبوت ومنه الحالة الراهنة أو الحبس ومنه الخبر الصحيح {نفس المؤمن مرهونة بدينه حتى يقضى عنه دينه} أي محبوسة عن مقامها الكريم ولو في البرزخ إن عصى بالدين أو ما لم يخلف وفاء قولان، لكن المنقول عن جمهور أصحابنا أنه لا فرق بين أن يخلف وفاء وأن لا، قيل والتفصيل إنما هو رأي تفرد به الماوردي والكلام في غير الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين وشرعا جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه. وأصله قبل الإجماع آية <ص: 51> {فرهان مقبوضة} أي فارهنوا واقبضوا ورهنه صلى الله عليه وسلم درعه عند أبي الشحم اليهودي وآثره ليسلم من نوع منة أو تكلف مياسير أصحابه بإبرائه أو عدم أخذ الرهن منه على ثلاثين صاعا من شعير لأهله متفق عليه. والصحيح أنه مات ولم يفكه وأركانه عاقد ومرهون ومرهون به وصيغة وبدأ بها لأهميتها فقال (لا يصح) الرهن (إلا بإيجاب وقبول) أو استيجاب وإيجاب بشروطهما السابقة في البيع لأنه عقد مالي مثله ومن ثم جرى هنا خلاف المعاطاة، ويؤخذ من هذا أنه لا بد من خطاب الوكيل هنا نظير ما مر في البيع وبحث صحة رهنت موكلك، والفرق بأن أحكام البيع تتعلق بالوكيل دون أحكام الرهن فيه نظر بل تحكم ولو قال دفعت إليك هذا وثيقة بحقك علي فقال قبلت أو بعتك هذا بكذا على أن ترهنني دارك به فقال اشتريت ورهنت كان رهنا. (فإن شرط <ص: 52> فيه مقتضاه كتقدم المرتهن به) أي المرهون عند تزاحم الغرماء (أو) شرط فيه (مصلحة للعقد كالإشهاد) بالمرهون به وحده نظير ما مر آنفا (أو) شرط فيه (ما لا غرض فيه) كأن لا يأكل المرهون إلا كذا (صح العقد) كالبيع ولغا الشرط الأخير. (وإن شرط ما يضر المرتهن) وينفع الراهن كأن لا يباع عند المحل أو إلا بأكثر من ثمن المثل (بطل) الشرط (والرهن) لمنافاته لمقصوده (وإن نفع) الشرط (المرتهن وضر الراهن كشرط منفعته) من غير تقييد (للمرتهن بطل الشرط وكذا الرهن) يبطل (في الأظهر) لما فيه من تغير قضية العقد وكونه تبرعا فهو

نظير ما مر آخر القرض لا نظر إليه لما مر آنفا من الفرق بينهما أما لو قيدها بسنة مثلا وكان الرهن مشروطا في بيع فهو جمع بين بيع وإجارة فيصحان. (ولو شرط أن تحدث زوائده) كثمرة ونتاج (مرهونة فالأظهر فساد الشرط) لعدمها مع الجهل بها (و) الأظهر (أنه متى فسد) الشرط (فسد العقد) أي عقد الرهن بفساده لما مر.
(تنبيه) قد يقال لا حاجة لهذه الجملة الشرطية لأنه بين حكم الشرط والعقد فيما قبل هذه الصورة فلو قال فساد الشرط والعقد لسلم من إيهام أن العقد في الصورة السابقة لم يبين حكمه. على أن هذه الملازمة غير صحيحة إذ قد يفسد الشرط ولا يفسد العقد <ص: 53> كما مر فيما لا غرض فيه ويجاب بأن الذي ذكره قبل شروط معينة وهنا قاعدة كلية ولذا تعين أن ضمير فسد ليس لعين الشرط قبله بل للشرط الأعم لكن بقيد كونه مخالفا لمقتضى العقد فتأمله.
(وشرط العاقد) الراهن والمرتهن الاختيار (وكونه مطلق التصرف) لأنه عقد مالي كالبيع ولكون الولي مطلق التصرف في مال موليه بشرط المصلحة وليس من أهل التبرع فيه كان المراد بمطلقه هنا كونه أهلا للتبرع فيه بدليل تفريعه عليه بقوله (فلا يرهن الولي) بسائر أقسامه (مال) موليه كالسفيه (والصبي والمجنون) لأنه يحبسه من غير عوض إلا لضرورة كما لو اقترض لحاجة ممونه أو ضياعه مرتقبا غلتها أو حلول دين له أو نفاق متاعه الكاسد أو غبطة ظاهرة كأن يشتري ما يساوي مائتين بمائة نسيئة ويرهن بها ما يساوي مائة له لأن المرهون إن سلم فواضح وإلا كان في البيع ما يجبره فلو امتنع البائع إلا برهن ما يزيد على المائة ترك الشراء خلافا لجمع وفي هذه الصورة لا يرهن إلا عند أمين يجوز إيداعه زمن أمن أو لا يمتد الخوف إليه (ولا يرتهن لهما) أو للسفيه لأن في حال الاختيار لا يبيع إلا بحال مقبوض ولا يقرض إلا القاضي كما مر <ص: 54> (إلا لضرورة) كما إذا أقرض ماله أو باعه مؤجلا لضرورة كنهب، والمرهون عنده لا يمتد الخوف إليه أو تعذر عليه استيفاء دينه أو كان مؤجلا بسبب آخر كإرث (أو غبطة ظاهرة) بأن يبيع ماله عقارا كان أو غيره مؤجلا بغبطة فيلزمه الارتهان بالثمن. والمكاتب - على تناقض فيه - كالولي فيما ذكر ومثله المأذون إن أعطي

مالا أو ربح. (وشرط الرهن) أي المرهون (كونه عينا) يصح بيعها ولو موصوفة بصفة السلم خلافا للإمام (في الأصح) <ص: 55> فلا يصح رهن المنفعة لأنها تتلف شيئا فشيئا ولا رهن الدين ولو ممن هو عليه لأنه قبل قبضه لا وثوق به وبعده لم يبق دينا. نعم بدل نحو الجناية على المرهون محكوم عليه في ذمة الجاني بأنه رهن فيمتنع على الراهن الإبراء منه ومن مات مدينا وله منفعة أو دين تعلق الدين بتركته ومنها دينه ومنفعته تعلق رهن ولا رهن وقف ومكاتب وأم ولد.
(ويصح رهن المشاع) من الشريك وغيره وقبضه بقبض الجميع على الوجه الذي مر في قبض المبيع ولا يحتاج لإذن الشريك إلا في المنقول فإن لم يأذن ورضي المرتهن كونه بيده جاز وناب عنه في القبض وإلا أقام الحاكم عدلا يكون في يده لهما فعلم صحة رهن نصيبه من بيت معين من دار مشتركة بلا إذن شريكه كما يجوز بيعه فلو اقتسماها قسمة صحيحة برضا المرتهن بها أو لكونها إفرازا أو لحكم حاكم يراها <ص: 56> فخرج المرهون لشريكه لزمه قيمته رهنا لأنه حصل له بدله أي من غير تعيين فمن ثم نظروا إليه في غرم القيمة ولم يجعلوه رهنا لعدم تعيينه. (و) يصح رهن (الأم) القنة (دون ولدها) القن ولو صغيرا (وعكسه) لبقاء الملك فيهما فلا تفريق (وعند الحاجة) إلى توفية الدين من ثمن المرهون (يباعان) معا إذا ملكهما الراهن والولد في سن يحرم فيه التفريق لتعذر بيع أحدهما حينئذ (ويوزع الثمن) عليهما ثم يقدم المرتهن بما يخص المرهون منهما ثم ذكر كيفية ذلك التوزيع بقوله (والأصح أنه) أي الشأن (تقوم الأم) إذا كانت هي المرهونة (وحدها) مع اعتبار كونها فيما إذا قارن وجود الولد لزوم الرهن ذات ولد حاضنة له لأنها رهنت كذلك فإذا ساوت حينئذ مائة (ثم) تقوم (مع الولد) فإذا ساويا مائة وخمسين فالخمسون قيمة الولد وهي ثلث المجموع فيوزع الثمن عليهما بهذه النسبة فيكون للمرتهن ثلثاه ولا تعليق له بالثلث الآخر فإن كان الولد مرهونا دونها انعكس الحكم فيقوم وحده محضونا مكفولا (ثم معها فالزائد قيمتها) وكالأم من ألحق بها في حرمة التفريق كما مر. وفائدة هذا التوزيع مع وجوب قضاء الدين بكل حال تظهر فيما إذا تزاحم الغرماء.

(ورهن الجاني والمرتد كبيعهما) السابق في البيع صريحا في الأول وفي الخيار ضمنا في الثاني فيصح رهن جان لم يتعلق برقبته مال ومرتد <ص: 57> مطلقا كقاطع طريق وإن تحتم قتله وإذا صححنا رهن الجاني لم يكن برهنه مختارا لفدائه لبقاء محل الجناية ويفرق بين هذين ومسرع الفساد الذي لا يمكن تجفيفه حيث فرقوا ثم بين المؤجل والحال لا هنا بأن المانع ثم الذي هو الإسراع إلى الفساد موجود حال العقد ولا يمكن تداركه لو وقع فأثر احتمال وجوده ويلزم من تأثيره رعاية الحلول والأجل على ما يأتي وأما المانع هنا وهو القتل فمنتظر ويمكن بل يسهل تداركه بالإسلام أو العفو لم ينظر لاحتمال وجوده ولا ترد صحة رهن المحارب بحال ومؤجل مع تحتم قتله نظرا إلى أن مانعه متعلق باختيار القاتل وقد لا يوجد بخلاف مسرع الفساد المذكور. (ورهن المدبر) باطل وإن كان الدين حالا لاحتمال عتقه كل لحظة بموت السيد فجأة (و) رهن (المعلق عتقه بصفة يمكن سبقها حلول الدين) يعني لم يعلم حلوله قبلها بأن علم حلوله بعدها أو معها أو احتمل الأمران فقط أو احتمل حلوله قبلها أو بعدها ومعها (باطل على المذهب) لفوات غرض الرهن بعتقه المحتمل قبل الحلول ولو تيقن وجودها قبل الحلول بطل جزما ما لم يشترط بيعه قبلها في جميع الصور لزوال الضرر وأفهم المتن صحة رهن الثاني إذا علم الحلول قبلها وكذا إذا كان الدين حالا وفارق المدبر بأن العتق فيه آكد منه في الثاني وإن كان التدبير تعليق عتق بصفة بدليل اختلافهم في جواز بيع المدبر دون المعلق عتقه بصفة.
(ولو رهن ما يسرع فساده فإن أمكن تجفيفه كرطب) وعنب يجيء منهما <ص: 58> ثمر وزبيب ولو على أمهما ولو قبل بدو الصلاح وإن لم يشرط القطع على تفصيل في ذلك في الروضة وغيرها وفارق هذا بيعه بأن تقدير الجائحة الغالب وقوعها حينئذ يبطل سبب البيع وهو المالية دون سبب الرهن وهو الدين وكلحم صح الرهن مطلقا، وإن لم يشرط التجفيف إذ لا محذور ثم إن رهن بمؤجل لا يحل قبل فساده بأن كان يحل بعده أو معه أو قبله بزمن لا يسع البيع (فعل) ذلك التجفيف عند خوف فساده أي فعله المالك ومؤنته عليه حفظا للرهن فإن امتنع أجبر عليه فإن تعذر أخذ شيء منه باع الحاكم جزءا منه وجفف

بثمنه ولا يتولاه المرتهن إلا بإذن الراهن إن أمكن وإلا راجع الحاكم، أما إذا كان يحل قبل فساده بزمن يسع البيع فإنه يباع (وإلا) يمكن تجفيفه (فإن رهنه بدين حال أو مؤجل يحل قبل فساده) بزمن يسع بيعه على العادة (أو) يحل بعد فساده أو معه لكن (شرط) في هذه الصورة (بيعه) أي عند إشرافه على الفساد لا الآن وإلا بطل قاله الأذرعي كالسبكي واعترضا بأنه مبيع قطعا وبيعه الآن أحظ لقلة ثمنه عند إشرافه وقد يجاب بأن الأصل في بيع المرهون قبل المحل المنع إلا لضرورة وهي لا تتحقق إلا عند الإشراف (وجعل الثمن رهنا) مكانه قال الإسنوي قضية هذا أنه لا بد من اشتراط هذا الجعل وفيه نظر ا ه. ويرد بأنه من مصالح المرتهن لئلا يتوهم من شرط بيعه انفكاك رهنه <ص: 59> فوجب لرد هذا التوهم (صح) الرهن في الصور الثلاث لانتفاء المحذور مع شدة الحاجة للشرط في الأخيرة، وبه فارق ما يأتي أن الإذن في بيع المرهون بشرط جعل ثمنه رهنا لا يصح (ويباع) المرهون في تلك الثلاث وجوبا أي يرفعه المرتهن للحاكم عند نحو امتناع الراهن ليبيعه (عند خوف فساده) حفظا للوثيقة فإن أخره حتى فسد ضمنه (ويكون ثمنه) في الأخيرة (رهنا) من غير إنشاء عقد عملا بالشرط ويجعل ثمنه رهنا في الأوليين بإنشاء العقد (فإن شرط منع بيعه) قبل الفساد (لم يصح) الرهن لمنافاة الشرط لمقصود التوثق (وإن أطلق) فلم يشرط بيعا ولا عدمه (فسد) الرهن (في الأظهر) لتعذر استيفاء الحق من المرهون عند المحل لفساده قبله، والبيع قبله ليس من مقتضيات الرهن والثاني يصح ويباع عند الإشراف على الفساد، لأن الظاهر أن المالك لا يقصد إتلاف ماله ونقله في الشرح الصغير عن الأكثرين ومن ثم اعتمده الإسنوي وغيره (وإن لم يعلم هل يفسد) المرهون (قبل) حلول (الأجل صح) الرهن المطلق (في الأظهر) إذ الأصل عدم فساده قبل الحلول وفارقت هذه نظيرتها السابقة في المعلق عتقه بصفة يحتمل سبقها الحلول وتأخرها عنه بتشوف الشارع للعتق.
(وإن رهن) بمؤجل (مالا يسرع فساده فطرأ ما عرضه للفساد) قبل الحلول (كحنطة ابتلت)، وإن تعذر تجفيفها (لم ينفسخ الرهن بحال) <ص: 60> وإن طرأ ذلك قبل قبضه، لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء فيباع فيهما

عند تعذر تجفيفه قهرا على الراهن إن امتنع وقبض المرهون ويجعل ثمنه رهنا مكانه حفظا للوثيقة.
(ويجوز أن يستعير شيئا ليرهنه) إجماعا، وإن كانت العارية ضمنا كما لو قال لغيره ارهن عبدك على ديني ففعل فإنه كما لو قبضه ورهنه (وهو) أي عقد العارية بعد الرهن لا قبله خلافا لما يوهمه بعض العبارات (في قول عارية) أي باق على حكمها، وإن بيع، لأنه قبضه بإذنه لينتفع به (والأظهر أنه ضمان دين في رقبة ذلك الشيء)، لأن الانتفاع هنا إنما يحصل بإهلاك العين ببيعها في الدين فهو مناف لوضع العارية ومن ثم صح هنا فيما لا تصح فيه كالنقد ولأن الأعيان كالذمم والضمان يكون بدين وبعين كما يأتي فيه، وأفهم قوله في رقبته أنه لا يتعلق شيء من الدين بذمة المعير وإذا ثبت أنه ضمان (فيشترط ذكر جنس الدين وقدره وصفته) كحلوله وتأجيله وصحته وتكسيره كما في الضمان. نعم في الجواهر لو قال له ارهن عبدي بما شئت صح أن يرهنه بأكثر من قيمته ا ه. ويؤيده ما يأتي في العارية <ص: 61> من صحة: انتفع به بما شئت وبه يندفع التنظير فيه بأنه لا بد من معرفة الدين (وكذا المرهون عنده) وكونه واحدا أو متعددا (في الأصح) لاختلاف الغرض بذلك فإن خالف شيئا من ذلك ولو بأن يعين له زيدا فيرهن من وكيله أو عكسه على ما بحثه بعضهم أو يعين له ولي محجور فيرهن منه بعد كماله بطل كما لو عين له قدرا فزاد لا إن نقص وكما لو استعاره ليرهنه من واحد فرهنه من اثنين أو عكسه (فلو تلف في يد) الراهن ضمن، لأنه مستعير الآن اتفاقا أو في يد (المرتهن فلا ضمان) عليهما إذ المرتهن أمين ولم يسقط الحق عن ذمة الراهن نعم إن رهن فاسدا ضمن بالتسليم على ما قاله غير واحد، لأن المالك لم يأذن له فيه ولأنه مستعير وهو ضامن ما دام يقبضه عن جهة رهن صحيح ولم يوجد ويلزم من ضمانه تضمين المرتهن لترتب يده على يد ضامنه ويرجع عليه إن لم يعلم الفساد وكونها مستعارة. وأفتى بعضهم بعدم ضمانه محتجا بأنه إذا بطل الخصوص وهو التوثقة هنا لا يبطل العموم وهو إذن المالك بوضعها تحت يد المرتهن وبإفتاء الجلال البلقيني في وكيل برهن بألف رهنه بألف وخمسمائة بعدم ضمانه، لأنه لم يتعد في عين الرهن وفي مستأجر شيء فاسدا آجره جاهلا بالفساد بأن

الثاني لا يضمن وتردد في ضمان الأول فإذا لم يضمن الثاني مع أن المالك لم يأذن صريحا بوضعه تحت يده فالمرتهن في مسألتنا أولى، لأن المالك أذن في وضعه تحت يده ويرد بأنه لم أذن في وضعه تحت يده إلا بعقد صحيح ولم يوجد فالوجه ضمان المرتهن كما تقرر وأن ما قاله الجلال فيه نظر واضح (ولا رجوع للمالك) فيه (بعد <ص: 62> قبض المرتهن) وإلا لغت فائدة هذا الرهن بخلافه قبل قبضه لعدم لزومه (فإن حل الدين أو كان حالا ورجع المالك للبيع)، لأنه قد يفدي ملكه. (ويباع إن لم يقض) بضم أوله (الدين) من جهة الراهن أو المالك أو غيرهما كمتبرع أي يبيعه الحاكم، وإن لم يأذن المالك ولو أيسر الراهن كما يطالب ضامن الذمة، وإن أيسر الأصيل (ثم) بعد بيعه (يرجع المالك) على الراهن (بما بيع به)، لأنه لم يقض من الدين غيره زاد ما بيع به عن القيمة أو نقص عنها لكن بما يتغابن به إذ بيع الحاكم لا يمكن فيه أقل من ذلك.
(تنبيه) ألغز شارح فقال لنا مرهون يصح بيعه جزما بغير إذن المرتهن وصورته استعار شيئا ليرهنه بشروطه ففعل ثم اشتراه المستعير من المعير بغير إذن المرتهن وهذا الذي جزم به احتمال للبلقيني تردد بينه وبين مقابله من عدم الصحة ورجح هذا جمع ولم يبالوا بما قيل إن الجرجاني صرح بالأول لكن الحق أنه الأوجه، لأن شراءه لا يضر المرتهن بل يؤكد حقه، لأنه كان يحتاج لمراجعة المعير وربما عاقه ذلك وبشراء الراهن ارتفع ذلك ولو حكم شافعي برهن ثم استعاده الراهن فأفلس أو مات فحكم مخالف يرى قسمته بين الغرماء بها نفذ إن كان من مذهبه بطلانه بقبض الراهن حين أفلس أو مات بعد صحته، لأن هذه قضية طرأت لم يتناولها حكم الشافعي لاتفاقهما على الصحة أو لا ذكره أبو زرعة وإنما يتجه إن حكم شافعي بالصحة أما إذا حكم بموجبه فيتناول ذلك، لأنه مفرد مضاف فيعم الآثار الموجودة والتابعة.

(فصل) في شروط المرهون به ولزوم الرهن (شرط المرهون به) ليصح الرهن <ص: 63> (كونه دينا) ولو زكاة أو منفعة كالعمل في إجارة الذمة لإمكان استيفائه ببيع المرهون وتحصيله من ثمنه لا إجارة العين لتعذر استيفائه

من غير العين، وإن بيع المرهون معينا معلوما قدره وصفته فلو جهله أحدهما أو رهن بأحد الدينين لم يصح الرهن وقد يغني العلم عن التعيين، لأن الإبهام ينافيه ولو ظن دينا فرهن أو أدى فبان عدمه لغا الرهن والأداء أو ظن صحة شرط رهن فاسد فرهن وثم دين في نفس الأمر صح لوجود مقتضيه حينئذ قال ابن خيران ولا يصح رهنتك هذا بما علي من درهم إلى عشرة بخلاف الضمان وفيه نظر ظاهر، وإن أقره الزركشي إذ المؤثر هنا الجهل والإبهام وهما منتفيان إذ هذه العبارة مرادفة شرعا لقوله بتسعة مما علي وهذا صحيح بلا نزاع فكذا ما هو بمعناه (ثابتا) أي موجودا حالا ولا يغني لفظ الدين إذ لا يلزم من التسمية الوجود <ص: 64> وإلا لم يسم المعدوم معدوما (لازما) في نفسه كثمن المبيع بعد الخيار دون دين الكتابة فاللزوم ومقابله صفات للدين في نفسه، وإن لم يوجد فحينئذ لا تلازم بين الثبوت واللزوم وسواء وجد معه استقرار كدين قرض وإتلاف أم لا كثمن مبيع لم يقبض وأجرة قبل استيفاء المنفعة (فلا يصح) الرهن (بالعين) المضمونة كالمأخوذة بالسوم أو البيع الفاسد و (المغصوبة والمستعارة) وألحق بها ما يجب رده فورا كالأمانة الشرعية (في الأصح)، لأنه تعالى ذكر الرهن في المداينة ولاستحالة استيفاء تلك العين من ثمن المرهون وذلك مخالف لغرض الرهن من البيع عند الحاجة وإنما صح ضامنها لترد لحصول المقصود بردها لقادر هو عليه بخلاف حصولها من ثمن المرهون فإنه متعذر فيدوم حبسه لا إلى غاية أما الأمانة كالوديعة فلا يصح بها جزما وبه علم بطلان ما اعتيد من أخذ رهن من مستعير كتاب موقوف وبه صرح الماوردي وإفتاء القفال بلزوم شرط الواقف ذلك والعمل به مردود بأنه رهن بالعين لا سيما وهي غير مضمونة لو تلفت بلا تعد وبأن الراهن أحد المستحقين وهو لا يكون كذلك. وقال السبكي <ص: 65> إن عنى الرهن الشرعي فباطل أو اللغوي وأراد أن يكون المرهون تذكرة صح، وإن جهل مراده احتمل بطلان الشرط حملا على الشرعي فلا يجوز إخراجه برهن لتعذره ولا بغيره لمخالفته للشرط أو لفساد الاستثناء فكأنه قال لا يخرج مطلقا وشرط هذا صحيح، لأن خروجه مظنة ضياعه واحتمل صحته حملا على اللغوي وهو الأقرب تصحيحا للكلام ما أمكن ا ه واعترض الزركشي ما

رجحه بأن الأحكام الشرعية لا تتبع اللغة وكيف يحكم بالصحة مع امتناع حبسه شرعا فلا فائدة لها وأجيب عنه بأنه إنما عمل بشرطه مع ذلك لأنه لم يرض بالانتفاع به إلا بإعطاء الآخذ وثيقة تبعثه على إعادته وتذكره به حتى لا ينساه، وإن كانت ثقة، لأنه مع ذلك قد يتباطأ في رده كما هو مشاهد وتبعث الناظر على طلبه لأنه يشق عليه مراعاتها. وإذا قلنا بهذا فالشرط بلوغها ثمنه لو أمكن بيعه على ما بحث إذ لا يبعث على ذلك إلا حينئذ.
(ولا) يصح الرهن (بما) ليس بثابت سواء وجد سبب وجوبه كنفقة زوجته في الغد أم لا كرهنه على ما (سيقرضه) أو سيشتريه، لأنه وثيقة حق فلا تقدم عليه كالشهادة.
(و) قد يغتفر تقدم أحد شقي الرهن على ثبوت الدين لحاجة التوثق كما (لو قال أقرضتك هذه لدراهم وارتهنت بها عبدك) هذا أو الذي صفته كذا (فقال اقترضت ورهنت أو قال بعتكه بكذا وارتهنت) بثمنه هذا (الثوب) أو ما صفته كذا (فقال اشتريت ورهنت صح في الأصح) لجواز شرط الرهن في ذلك فمزجه أولى لأن التوثق فيه آكد إذ قد لا يفي بالشروط وفارق بطلان كاتبتك بكذا وبعتك هذا بدينار فقبلهما بأن الرهن من مصالح البيع والقرض ولهذا جاز شرطه فيهما مع امتناع شرط عقد في عقد بخلاف البيع والكتابة. قال القاضي ويقدر في البيع وجوب الثمن وانعقاد الرهن عقبه كما يقدر الملك بالبيع للملتمس في البيع الضمني ا ه. <ص: 66> والذي يتجه أنه لا يحتاج لذلك هنا لاغتفار التقدم فيه للحاجة كما تقرر بخلاف ذاك فإنه لا بد منه فيه واستفيد من صنيع المتن أن الشرط وقوع أحد شقي الرهن بين شقي نحو البيع والآخر بعدهما فيصح إذا قال بعني هذا بكذا ورهنت به هذا فقال بعت وارتهنت. (ولا يصح) الرهن بغير لازم ولا آيل للزوم، وإن كان ثابتا، لأنه لا فائدة في التوثق بدين يتمكن المدين من إسقاطه فلا يصح (بنجوم الكتابة ولا يجعل الجعالة قبل الفراغ)، وإن شرع في العمل بخلافه بعد الفراغ للزومه حينئذ (وقيل يجوز بعد الشروع) لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار ويرد بأن الأصل في البيع اللزوم، لأن المقصود منه الدوام ولا كذلك الجعالة إذ لهما قبل تمام العمل فسخها فيسقط به الجعل، وإن لزم الجاعل بفسخه وحده أجرة المثل. (ويجوز) الرهن (بالثمن في مدة الخيار)، لأنه يئول

إلى اللزوم مع أنه الأصل في وضعه كما تقرر ومحله إن ملك البائع الثمن لكون الخيار للمشتري وحده كما مر ولا يباع المرهون إلا بعد انقضاء الخيار. (و) يجوز (بالدين) الواحد (رهن بعد رهن)، وإن اختلف جنسهما واعترض الإسنوي تركيبه بما لا يصح إذ بتقدير تعلق الدين برهن هو جائز، لأنه ظرف وهو جائز تقديمه، وإن كان معمولا للمصدر (ولا يجوز أن يرهنه المرهون) مفعول ثان <ص: 67> (عنده بدين آخر) موافق لجنس الأول أو لا (في الجديد)، وإن وفى الدينين وفارق ما قبله بأن ذاك شغل فارغ فهو زيادة في التوثقة وهذا شغل مشغول فهو نقص منها نعم لو فدى المرتهن مرهونا أو أنفق عليه بإذن الراهن أو الحاكم لنحو غيبة الراهن أو عجزه ليكون مرهونا بالفداء أو النفقة أيضا صح لأنه فيه مصلحة حفظ الرهن.

(ولا يلزم) الرهن من جهة الراهن (إلا) بإقباضه أو (بقبضه) أي المرتهن نظير ما مرر في البيع مع إذنه له فيه إن كان المقبض غيره لقوله تعالى {فرهان مقبوضة} ولأنه عقد إرفاق كالقرض ومن ثم لم يجبر عليه وإنما يصح القبض والإذن والإقباض (ممن يصح عقده) أي الرهن فلا يصح من نحو صبي ومجنون ومحجور ومكره لانتفاء أهليتهم ولا من وكيل راهن <ص: 68> جن أو أغمي عليه قبل إقباض وكيله ولا من مرتهن أذن له الراهن أو أقبضه فطرأ له ذلك قبل قبضه، وأورد عليه غير المأذون فإنه تصح وكالته في القبض مع عدم صحة عقده الرهن وكذا سفيه ارتهن وليه على دينه ثم أذن له في قبض الرهن ويجاب بأنه ذكر الأول بالمفهوم كما يعلم من قوله ولا عبده. والثاني إن سلم ما ذكره فيه تعين كونه بحضرة الولي وحينئذ فهو القابض في الحقيقة فلا يرد وقد لا يلزم، وإن قبض لكن لعارض فلا يرد كما لو شرط في بيع وأقبضه في المجلس فله حينئذ فسخ الرهن بفسخ البيع.

(وتجري فيه النيابة) من الطرفين كالعقد (لكن لا يستنيب) المرتهن في القبض (راهنا ولا وكيله) في الإقباض كعكسه لامتناع اتحاد القابض والمقبض ومن ثم لو كان الراهن وكيلا في الرهن فقط فوكله المرتهن في القبض أو عقد ولي الراهن فرشد المولى ثم وكل المرتهن الولي في القبض جاز إذ لا اتحاد حينئذ أي لأن الرشد المقتضي لانعزاله أبطل تسميته الآن راهنا (ولا عبده) ولو مأذونا وأم

ولد، لأن يده كيده (وفي المأذون) له في التجارة (وجه) لانفراده باليد والتصرف كالمكاتب ويرد باللزوم من جهة السيد في المكاتب بخلاف المأذون (ويستنيب مكاتبه) كتابة صحيحة لاستقلاله باليد والتصرف كالأجنبي ومبعضا وقعت الإنابة في نوبته.
(ولو رهن وديعة عند مودع أو مغصوبا عند غاصب) أو مستعيرا عند مستعير أو رهن أصل من فرعه أو ارتهن له (لم يلزم) هذا الرهن (ما لم يمض زمن إمكان قبضه) من وقت الإذن مع النقل أو التخلية نظير ما مر في البيع، لأن <ص: 69> دوام اليد كابتداء القبض ولا يشترط ذهابه إليه كما قالاه، وإن أطال جمع في رده (والأظهر) في غير الولي إذ العبرة فيه بالقصد فقط (اشتراط إذنه) أي لراهن (في قبضه)، لأن اليد كانت عن غير جهة الرهن ولم يقع تعرض للقبض عنه (ولا يبرئه ارتهانه) ونحو إجارته وتوكيله وقراضه عليه وتزوجه إياها وإبرائه عن ضمانه قبل رده لمالكه (عن الغصب) ونحوه من كل ضمان يد كالعارية، لأن نحو الرهن توثق لا ينافي الضمان ومن ثم لو تعدى فيه المرتهن لم يرتفع.
(تنبيه) يأتي في الوديعة أنه لو تعدى فيها فأبرأه المالك عن ضمانها برئ ويفرق بأن يد الغاصب ونحوه متأصلة في الضمان فلم يرتفع بمجرد القول ويد الوديع الضمان طارئ عليها فهي متأصلة في الأمانة فردت إليها بأدنى سبب (ويبرئه الإيداع) كاستأمنتك عليه أو أذنت لك في حفظه (في الأصح)، لأنه محض ائتمان فينافيه الضمان ومن ثم لو تعدى الوديع في الوديعة ارتفع عقد الإيداع <ص: 70> واجتماع القراض والعارية يتصور في إعارة النقد للتزيين.
(ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرف يزيل الملك كهبة مقبوضة) وإعتاق وبيع (وبرهن) أعاد الباء لئلا يتوهم أنه من المزيل (مقبوض) لتعلق حق الغير به لا غير مقبوض على المعتمد وإنما استويا في الرجوع عن الوصية، لأنه لا قبول فيها حالا فضعفت بخلاف الرهن (وكتابة) صحيحة (وكذا) فاسدة (وتدبيره في الأظهر) لمنافاة ذلك لمقصود الرهن، وإن جاز الرجوع عنه (وبإحبالها) لامتناع بيعها (لا الوطء) فقط، لأنه استخدام (والتزويج) إذ لا تعلق له بمورد العقد ومن ثم جاز ابتداء رهن المزوجة. (ولو مات العاقد) الراهن أو المرتهن (قبل القبض أو جن) أو

أغمي عليه أو طرأ عليه حجر سفه أو فلس أو خرس ولم تبق له إشارة مفهمة (أو تخمر العصير أو أبق العبد) <ص: 71> أو جنى قبل القبض في الكل (لم يبطل) الرهن (في الأصح) أما غير الأخيرين فكالبيع في زمن الخيار بجامع أن مصير كل اللزوم فيقوم في الموت الوارث مقام مورثه في القبض والإقباض وفي غيره من ينظر في أمر نحو المجنون والمغمى عليه والأخرس المذكور فيعمل فيه بالمصلحة وبحث البلقيني أن المرتهن لا يتقدم به على الغرماء لأن حقهم تعلق بالتركة بالموت فإقباض الوارث تخصيص وهو ممنوع منه مردود لسبق التعلق قبل الموت بجريان العقد فلا تخصيص وأما فيهما كالجناية فلأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء فعاد بالانقلاب خلا وبعود الآبق وعفو المجني عليه ويمتنع القبض حال التخمر <ص: 72> ولو دبغ جلد مرهون مات لم يعد رهنا، لأن ماليته بالمعالجة بخلاف الخل، ونحو نقله من شمس لظل قد لا يخلله. (وليس للراهن المقبض) أي يحرم عليه ولا ينفذ منه (تصرف) مع غير المرتهن بغير إذنه (يزيل الملك) كالبيع والوقف، لأنه حجر على نفسه بالرهن مع القبض نعم له قتله قودا ودفعا وكذا لنحو ردة إذا كان واليا كذا قالوه.
وظاهر أن المالكية هنا لا تأثير لها ويوجه بأنه أبطل النظر إليها بحجره على نفسه فيه بالرهن ولم ينظر لذلك بالنسبة لنحو القود احتياطا لحق الآدمي (لكن في إعتاقه) وإعتاق مالك جانيا تعلقت الجناية برقبته عن نفسه تبرعا أو غيره (أقول أظهرها ينفذ) ويجوز كما اقتضاه كلام الرافعي في النذر ونص عليه في الأم لكنه جزم في هذا الباب بحرمته وحكاه القاضي عن القفال (من الموسر) بالقيمة في المؤجل وبأقل الأمرين من قيمته حالة الإعتاق والدين في الحال كما قاله البلقيني دون المعسر تشبيها بسراية إعتاق الشريك لقوة العتق حالا أو مآلا مع بقاء حق التوثق بغرم القيمة <ص: 73> في المؤجل مطلقا وفي الحال إذا كانت هي الأقل وعليه يحمل قوله (ويغرم قيمته) وجوبا جبرا لحق المرتهن وتعتبر قيمته (يوم عتقه)، لأنه وقت الإتلاف وتصير حيث لم يقض بها الدين الحال (رهنا) مكانه بلا عقد لقيامها مقامه ومن ثم حكم برهنيتها في ذمة المعتق كالأرش في ذمة الجاني قاله السبكي ومن تبعه ويشترط قصد دفعها عن جهة الغرم كسائر الديون أي

على ما يأتي آخر الضمان بما فيه فلو قال قصدت الإيداع صدق بيمينه ولو أيسر ببعضه نفذ فيما أيسر به أما عتقه عن كفارة غير المرتهن فيمتنع، لأنه بيع أو هبة وعتقه تبرعا عن غير المرتهن باطل <ص: 74> لذلك أيضا ولو مات الراهن فأعتقه وارثه الموسر عنه صح لأنه خليفته فلا يرد وكذا في الرهن الشرعي بأن مات مدينا فأعتق وارثه عنه ولو رهن بعض قنه ثم أعتق باقيه سرى للمرهون إن أيسر وإلا فلا فما قيل إنه احترز بالإعتاق عن هذا غير صحيح إلا أن يراد بالنسبة للخلاف (فإن لم ينفذه) لإعساره (فانفك) الرهن بأداء أو غيره (لم ينفذ في الأصح) لأنه ألغى لوجود مانعه فلم يعد لضعفه نعم إن بيع في الدين ثم ملكه لم يعتق جزما وقد لا يرد عليه، لأنه إذا بيع في الدين لا يقال حينئذ إن الرهن انفك (ولو علقه) أي الراهن عتق المرهون (بصفة فوجدت وهو رهن فكالإعتاق) فينفذ من الموسر ويأتي فيه ما تقرر لأن التعليق مع وجود الصفة كالتنجيز لا من المعسر بل تنحل اليمين فلا يؤثر وجودها بعد الفك (أو) وجدت (بعده) أي الفك أو معه (نفذ) العتق ولو من معسر (على الصحيح) إذ لا يبطل به حق أحد ولا عبرة بحالة التعليق، لأنه بمجرده لا ضرر فيه (ولا رهنه) عطف على " تصرف يزيل الملك " (لغيره) أي المرتهن لمزاحمته له ومر امتناعه له أيضا (ولا التزويج) للعبد وكذا الأمة لكن لغير المرتهن كما علم مما قبله، لأنه ينقص قيمته. نعم تجوز الرجعة (ولا الإجارة إن كان الدين حالا أو يحل قبلها) أي قبل انقضاء مدتها، لأنها تقلل الرغبة فيه فتبطل من أصلها كسابقيها إلا من المرتهن أو بإذنه ولا يأتي فيها تفريق الصفقة لما مر فيه بخلاف ما يحل بعد انقضائها أو معه ولو احتمالا <ص: 75> فيجوز إن لم تنقص بها قيمة المرهون ولم تمتد مدة تفريغه لما بعد الحلول زمنا له أجرة وكانت من ثقة إلا أن يرضى المرتهن بغيره ثم إن اتفق حلوله مع بقائها لنحو موت الراهن صبرا لانقضائها على أحد وجهين رجح جمعا بين الحقين (ولا الوطء) أو الاستمتاع به أو الاستخدام إن جر لوطء وذلك خوف الحبل فيمن يمكن حبلها وحسما للباب في غيرها ولو صغيرة، وإن نقل الأذرعي فيها وفي الاستمتاع خلاف ذلك واعتمده، نعم بحث أنه لو خاف الزنا لو لم يطأها جاز.

(فإن وطئ) راهنها المالك لها فأحبلها (فالولد حر) نسيب، لأنها علقت به في ملكه فلا حد ولا مهر نعم عليه في البكر أرش البكارة يقضيه من الدين، وإن لم يحل أو يجعله رهنا.
(وفي نفوذ الاستيلاد) من الراهن للمرهونة ومثله سيد الجانية (أقوال الإعتاق) أظهرها نفوذه من الموسر فقط وتصير قيمتها لقيدها السابق وقت الإحبال أي وإن كانت أقل، نظير ما مر هنا مكانها (فإن لم ننفذه) لإعساره (فانفك) الرهن بلا بيع (نفذ) الاستيلاد (في الأصح) وفارق الإعتاق بأنه قول مقتض للعتق حالا فإذا رد لغا من أصله والإيلاد فعل لا يمكن رده وتعذر نفوذ أثره إنما هو لحق الغير فإذا زال نفذ أما إذا انفك ببيعها في الدين ثم عادت إلى ملكه فينفذ الاستيلاد لكن على الأظهر وقيل قطعا كذا في الروضة وأصلها وعبرا في الأولى بالمذهب ثم قالا وقيل <ص: 76> هذه كالأولى أي في خلافها وعبارة المتن من حيث حكاية الخلاف لا توافق شيئا من ذلك وبعبارتهما المذكورة يعلم غلط الزركشي في قوله في شرحه فيما لو ملكها بعد البيع فيه طريقان أصحهما على ما يقتضيه كلامهما القطع بعدم النفوذ على أنه قبل ذلك بأسطر قال إنه ينفذ على الأصح (فلو) لم ننفذه لإعساره حالة الإحبال (وماتت) أو نقصت (بالولادة) ثم أيسر (غرم قيمتها) وقت الإحبال أو الأرش يكون (رهنا) مكانها من غير إنشاء رهن وإنما غرم قيمتها أو أرش نقصها (في الأصح) لتسببه لهلاكها أو نقصها بالاستيلاد بلا حق فالظرف متعلق بغرم، لأنه الأصل لا برهنا فلا اعتراض عليه ولا قيمة لمزني بها ولا دية لحرة موطوءة بشبهة ماتتا بالإيلاد بخلاف أمة موطوءة بشبهة ماتت به.
(وله) أي الراهن (كل انتفاع لا ينقصه) أي المرهون (كالركوب) في البلد لامتناع السفر به، وإن قصر بلا إذن إلا لضرورة كنهب أو جدب (والسكنى) <ص: 77> ولبس خفيف للخبر الصحيح {الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا} وصح خبر {الرهن محلوب ومركوب} (لا البناء والغراس) لنقصهما قيمة الأرض إلا إذا كان الدين مؤجلا وقال افعل واقلع عند الحلول نص عليه وجرى عليه جمع ومحله إن لم تنقص الأرض بالقلع ولا طالت مدته أي زمنا له أجرة نظير ما مر ومع ذلك هو مشكل، لأنه لو تعدى به قلع أيضا كما

يأتي مع أنه وعد وأجاب عنه الأذرعي بما لا يشفي وحكم هذين، وإن عرف كالذي قبلهما مما مر لكن أعادهما هنا ليبني عليهما قوله (فإن فعل) ذلك (لم يقلع قبل) حلول (الأجل) لتحقق ضرر قلعه الآن مع إمكان أداء الدين من غيره أو وفاء قيمة الأرض به (وبعده) أي الحلول (يقلع) وجوبا (إن لم تف الأرض) أي قيمتها (بالدين وزادت به) أي القلع ولم يحجر على الراهن ولا إذن في بيعها مع ما فيها لتعلق حق المرتهن بأرض فارغة أما إذا وفت الأرض به أو لم تزد بالقلع أو حجر عليه بفلس أو أذن الراهن فيما ذكر ولم تكن قيمة الأرض بيضاء أكثر من قيمتها مع ما فيها فلا يقلع بل يباع معها ويوزع الثمن عليهما ويحسب النقص عليه.

(ثم إن أمكن الانتفاع) الذي يريده الراهن من المرهون (بغير استرداد) له كحرفة يمكن عملها وهو بيد المرتهن (لم يسترد) إذ لا ضرورة إليه (وإلا) يمكن الانتفاع به إلا بالاسترداد كالخدمة، وإن كان له حرفة يمكن عملها بيد المرتهن (فيسترد) للضرورة بالنسبة لما أراده المالك منه ويرد وقت فراغه للمرتهن كالليل أي الوقت الذي اعتيد الراحة فيه منه وإنما ترد إليه أمة أمن منه وطؤها لكونه محرما أو ثقة وعنده خلوة (ويشهد) المرتهن عليه بالاسترداد للانتفاع شاهدين أو واحدا ليحلف معه كل مرة قهرا عليه (إن اتهمه)، وإن <ص: 78> اشتهرت عدالته على الأوجه بخلاف غير المتهم بأن ثبتت عدالته فلا يلزمه إشهاد أصلا وبخلاف المشهور بالخيانة فإنه لا يسلم إليه، وإن أشهد (وله بإذن المرتهن) وأن رده على الأوجه كما إن الإباحة لا ترتد بالرد وفارق الوكالة بأنها عقد (ما منعناه) من التصرف والانتفاع لأن المنع لحقه ويبطل الرهن بما يزيل الملك أو نحوه كالرهن لغيره وقضيته صحته منه بدين آخر لتضمنه فسخ الأول وهو واضح إن جعلاه فسخا وإلا فلا لمنافاته للعقد الأول مع بقائه إذ من أحكامه كما مر أن لا يرهنه منه بدين آخر فاندفع ما للإسنوي وغيره هنا.

(وله) أي المرتهن (الرجوع) عن الإذن (قبل تصرف الراهن) تصرفا لازما فله الرجوع بعد نحو الهبة وقبل القبض وبعد الوطء وقبل الحمل نعم لو أذن له في بيع فباع بشرط الخيار لم يصح رجوعه لأن وضع البيع اللزوم كما مر وكرجوعه خروجه عن الأهلية بنحو إغماء أو حجر (فإن

تصرف) بعد إذنه فيما يتوقف عليه (جاهلا برجوعه فكتصرف وكيل جهل عزله) فلا ينفذ.<ص: 79> (ولو أذن) له (في بيعه ليعجل) له المرهون به (المؤجل من ثمنه) أي بأن شرط عليه ذلك كما بأصله أو قال على أن تعجل أو ذكر ذلك مريدا به الاشتراط على الأوجه وإلا لم يضر ذكره (لم يصح البيع) لفساد الإذن بشرط التعجيل (وكذا لو شرط) في الإذن في بيعه (رهن الثمن) أي إنشاء رهنه مكانه فإنه لا يصح البيع، وإن حل الدين (في الأظهر) لفساد الشرط بجهالة الثمن عند الإذن أما إذا لم يرد والدين حال الإنشاء بل استصحاب الرهن على الثمن فيصح جزما، لأنه تصريح بالواقع إذ الإذن في الحال محمول على الوفاء فلا يتسلط الراهن على الثمن قاله السبكي

(فصل) في الأمور المترتبة على لزوم الرهن. (إذا لزم الرهن) بالقبض السابق (فاليد فيه) أي المرهون (للمرتهن) غالبا، لأنها الركن الأعظم في التوثق وظاهر أنه مع ذلك ليس له السفر به إلا إذا جوزناه للوديع بالوديعة في الصور الآتية في بابها (ولا تزال إلا للانتفاع) ثم يرد له وقت الفراغ (كما سبق) إيضاحه وقد لا تكون اليد له كرهن نحو مسلم أو مصحف من كافر أو سلاح من حربي فيوضع تحت يد عدل له تملكه ويستنيب الكافر مسلما في القبض أو أمة غير صغيرة، وإن لم تشته وليس المرتهن محرما ولا امرأة ثقة أو ممسوحا كذلك ولا عنده حليلة أو محرم أو امرأتان ثقتان ولا يشكل بحل خلوة رجل بامرأتين <ص: 80>، لأن المدة هنا قد تطول فيكون وجود الواحدة فقط معها مظنة للخلوة بها فتوضع عند محرم لها أو رجل ثقة عنده من ذكر أو امرأة أو ممسوح ثقة فإن وجد في المرتهن شرط مما مر أو كانت صغيرة لا تشتهى فعنده، وشرط خلاف ذلك مفسد والخنثى كالأنثى لكن لا يوضع عند أنثى أجنبية.
(ولو شرطا) أي الراهن والمرتهن (وضعه عند عدل) مطلقا أو فاسق وهما يتصرفان لأنفسهما التصرف التام (جاز) لأن كلا قد لا يثق بصاحبه فيتولى الحفظ والقبض فإن أراد سفرا فكالوديع فيما يأتي فيه نظير ما مر ولو اتفقا على وضعه عند الراهن جاز على المعتمد وكون يده لا تصلح للنيابة عن المرتهن إنما هو في ابتداء القبض دون دوامه

أما نحو ولي ووكيل ومأذون له وعامل قراض ومكاتب جاز لهم الرهن أو الارتهان فلا بد من عدالة من يوضع عنده كما بحثه الأذرعي (أو عند اثنين ونصا على اجتماعهما على حفظه أو الانفراد به فذاك) واضح أنه يتبع فيه الشرط (وإن أطلقا فليس لأحدهما الانفراد) بحفظه (في الأصح) لعدم الرضا بيد أحدهما على الانفراد فيجعلانه في حرزهما وإلا ضمن من انفرد به نصفه إن لم يسلمه له صاحبه وإلا اشتركا في ضمان النصف. <ص: 81> (ولو) اتفقا على نقله ممن هو بيده من مرتهن أو غيره جاز مطلقا فإن لم يتفقا وقد تغير حال من هو بيده من المرتهن أو غيره بأن (مات العدل) الموضوع عنده (أو فسق) أو زاد فسقه أو خرج عن أهلية الحفظ بغير ذلك كأن صار عدو أحدهما ندبناهما إلى الاتفاق وعدم المشاحة فإن امتثلا (جعلاه حيث يتفقان) أي عند من يتفقان عليه (وإن) أبيا (وتشاحا) فيه أو مات المرتهن ولم يرض الراهن بيد وارثه (وضعه الحاكم عند عدل) يراه، لأنه العدل، وإن لم يشترط في بيع أو كان إرث المرتهن أزيد منه عدالة لأن الفرض أنه لزم بالقبض ولا يلزم من الرضا بالمورث الرضا بالوارث أما لو تشاحا ابتداء فيمن يوضع عنده فإن كان قبل القبض لم يجبر الراهن بحال، وإن شرط الرهن في بيع لجوازه من جهته حينئذ فلا يطالبه بإقباضه ولا بالرجوع عنه، وزعم مطالبته بأحدهما لئلا يستمر عبثه يرد بأن من فعل جائزا له لا يقال له عابث، وإن كان بعده <ص: 82> وقد وضع بيد عدل أو المرتهن بلا شرط لم ينزع قهرا عليه إلا بمسوغ أو فاسق وأراد أحدهما نزعه لم يجب على ما قاله جمع لأنه رضي بيده مع الفسق ونازع فيه الأذرعي بأن رضاه ليس بعقد لازم وقال آخرون يرفع الأمر للحاكم فإن رآه أهلا لحفظه لم ينقله وإلا نقله.

(ويستحق بيع المرهون عند الحاجة) إليه بأن حل الدين ولم يوف أو أشرف الرهن على الفساد قبل الحلول وقضية هذا أنه لا يلزم الراهن التوفية من غير الرهن، وإن طلبه المرتهن وقدر عليه وبه صرح الإمام واستشكله ابن عبد السلام بأنه حينئذ يجب أداؤه فورا فكيف ساغ له التأخير ويجاب بحمل كلام الإمام على تأخير يسير عرفا للمسامحة به حينئذ أو يقال لما رضي المرتهن بتعلق حقه بالرهن كان رضا منه بتأخير حقه إلى تيسر بيعه واستيفائه من

ثمنه ثم رأيت السبكي اختار وجوب الوفاء فورا من الرهن أو غيره <ص: 83> وأنه من غيره لو كان أسرع وطلبه المرتهن وجب وهو متجه، ولا ينافيه أن المرتهن لو طلب البيع فأبي الراهن ألزمه القاضي قضاء الدين أو بيعه، لأن التخيير إنما هو لاحتمال أنه يبقي الرهن لنفسه فيلزم حينئذ بالوفاء من غيره فلا ينافي انحصار حقه فيه إذا تيسر بيعه كما قدمناه (ويقدم المرتهن) بعد بيعه (بثمنه) على سائر الغرماء لتعلق حقه به وبالذمة وحقهم مرسل فيها فقط (ويبيعه الراهن أو وكيله بإذن المرتهن) أو وكيله، لأن الحق له.

(فإن لم يأذن) المرتهن في البيع الذي أراده الراهن أو نائبه ولا عذر له في ذلك (قال له الحاكم) ألزمك بأنك (تأذن) له في البيع (أو تبرئه) من الدين دفعا لضرر الرهن فإن أصر باعه الحاكم أو أذن للراهن التصرف في ثمنه إلا إذا أبى أيضا من أخذ دينه منه فيطلق للراهن في بيعه ومنعه من التصرف فيه ولو عجز الراهن عن استئذان المرتهن والحاكم فقضية كلام الماوردي تصحيح الصحة وهو مشكل إلا أن يكون المراد أنه يبيعه لغرض الوفاء ويحجر عليه في ثمنه إليه لا ضرر فيه حينئذ على المرتهن.

(ولو طلب المرتهن بيعه فأبى الراهن ألزمه القاضي قضاء الدين) من محل آخر (أو بيعه ليوفي منه بما يراه من حبس أو غيره فإن أصر) على إبائه (باعه الحاكم) عليه وقضى الدين من ثمنه دفعا لضرر المرتهن.

(تنبيه) قضية المتن وغيره هنا أن القاضي لا يتولى البيع إلا بعد الإصرار على الإباء وليس مرادا أخذا من قولهم في التفليس إنه بالامتناع من الوفاء يخير القاضي بين توليه للبيع وإكراهه عليه ولو غاب الراهن أثبت المرتهن <ص: 84> الأمر عند الحاكم ليبيعه وحينئذ لا يتعين عليه بيعه إلا إذا لم يتيسر حالا وفاء من غيره وإلا أوفى منه كما بحثه السبكي، لأنه نائب الغائب فيلزمه العمل بالأصلح له من بيع المرهون أو الوفاء من غيره ومن ثم لو أحضر الراهن إليه لغيبة المرتهن الدين المرهون به لينفك الرهن لزمه قبضه منه فإن عجز لفقد البينة أو لفقد الحاكم تولاه بنفسه وكان ظافرا بخلاف ما إذا قدر عليها ويفرق بينه وبين الظافر بغير جنس حقه فإن له البيع ولو مع القدرة على البينة بأن هذا عنده وثيقة بحقه فلا يخشى فواته

فاشترط لظفره العجز بخلاف ذاك يخشى الفوات لو صبر للبينة فجاز له مع القدرة عليها وقياس ما يأتي في الفلس أن الحاكم لا يتولى البيع حتى يثبت عنده كونه ملكا للراهن إلا أن يقال اليد عليه للمرتهن فكفى إقراره بأنه ملك للراهن.
(ولو باعه المرتهن) والدين حال (بإذن الراهن) له في بيعه بأن قال بعه لي أو أطلق ولم يقدر الثمن (فالأصح أنه إن باعه بحضرته صح) البيع إذ لا تهمة (وإلا) بأن باعه في غيبته (فلا) يصح، لأنه يبيع لغرض نفسه فيتهم في الاستعجال ومن ثم لو قدر له الثمن صح مطلقا وكذا لو كان الدين مؤجلا ما لم يأذن له في استيفاء حقه من ثمنه للتهمة حينئذ أما لو قال بعه لك فيبطل مطلقا لاستحالته فعلم أنه في بعه لي أو لنفسك واستوف لي أو لنفسك يصح ما للراهن فقط ويأتي ما ذكر في إذن وارث للغريم في بيع التركة وسيد المجني عليه في بيع الجاني. (ولو شرط) بضم أوله في عقد الرهن أي شرطا (أن يبيعه العدل) أو غيره ممن هو تحت يده عند المحل (جاز) هذا الشرط إذ لا محذور فيه.
(ولا يشترط مراجعة الراهن) في البيع (في الأصح)، لأن الأصل بقاء إذنه <ص: 85> بل المرتهن، لأنه قد يمهل أو يبرئ ولإن إذنه السابق وقع لغوا بتقدمه على القبض ويؤخذ منه أن إذنه لو تأخر عن القبض لم يشترط مراجعته وهو ظاهر لولا التعليل الأول ويصح عزل الراهن للمشروط له ذلك قبل البيع، لأنه وكيله دون المرتهن، لأن إذنه إنما هو شرط في الصحة.
(فإذا باع) المأذون له وقبض الثمن (فالثمن عنده من ضمان الراهن) لبقائه بملكه (حتى يقبضه المرتهن) إذ هو أمينه عليه فيده كيده ومن ثم صدق في تلفه لا في تسليمه للمرتهن فإذا حلف أنه لم يتسلمه غرم الراهن وهو يغرم أمينه، وإن كان أذن له في التسليم للمرتهن، لأنه لم يثبت (ولو تلف ثمنه في يد) المأذون (العدل) أو غيره ولو المرتهن (ثم استحق المرهون) المبيع (فإن شاء المشتري رجع على) المأذون (العدل) أو غيره، لأنه واضع اليد ومحله إن لم يكن نائب الحاكم لإذنه له في البيع لنحو غيبة الراهن وإلا لم يكن طريقا، لأن يده كيد الحاكم (وإن شاء

على الراهن)، لأنه الموكل (و) من ثم كان (القرار عليه) فيرجع مأذونه عليه ما لم يقصر في تلفه على الأوجه.
(ولا يبيع) المأذون (العدل) أو غيره المرهون (إلا بثمن مثله) أو دونه بقدر يتغابن به وسيأتي بيانه (حالا من نقد بلده) وإلا لم يصح كالوكيل ومنه يؤخذ أنه لا يصح منه شرط الخيار لغير موكله وأنه لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن وإلا ضمن ولا يبيع المرتهن إلا بذلك أيضا وكذا الراهن على الأوجه لتعلق حق الغير به نعم إن وفى دون ثمن المثل بالدين جاز <ص: 86> لانتفاء الضرر حينئذ ولو رأى الحاكم بيعه بجنس الدين جاز كما لو اتفق العاقدان على بيعه بغير ما مر ولا يصح البيع بثمن المثل أو أكثر وهناك راغب بأزيد (فإن زاد) في الثمن (راغب) بعد اللزوم لم ينظر إليه أو زاد ما لا يتغابن به وهو ممن يوثق به (قبل انقضاء الخيار) الثابت بالمجلس أو الشرط واستمر على زيادته (فليفسخ) وجوبا (وليبعه) أو يبعه بلا فسخ ويكون بيعه مع قبول المشتري له ولا يقاس هذا بزمن الخيار لوضوح الفرق، لأنه ثم بالتشهي فأثر فيه أدنى مشعر بخلافه وهنا لسبب فاشترط تحققه وإنما يوجد إن قبل المشتري فسخا للأول وهو الأحوط، لأنه قد يفسخ فيرجع الراغب فإن تمكن من ذلك وترك تنفسخ البيع حتى لو رجع الراغب احتيج لتجديد عقده واختار السبكي أنه لو لم يعلم بالزيادة إلا بعد اللزوم وهي مستقرة بأن الانفساخ من حينها واستشكل بيعه ثانيا بأن الوكيل لو رد عليه المبيع بعيب أو فسخ البيع في زمن الخيار لم يملك بيعه ثانيا وأجيب بفرض ذلك فيما إذا أذن له في ذلك أي أو كان شرط الخيار له أو لهما <ص: 87>، لأن ملك الموكل هنا لم يزل بخلافه فيما إذا كان للمشتري فإنه زال ثم عاد فكان نظير الرد بالعيب وبه علم أن قول المستشكل في زمن الخيار مراده خيار المشتري فتأمله وقد يوجه إطلاقهم بأن زيادة الراغب تؤذن بتقصير الوكيل غالبا في تحري ثمن المثل فنزل بيعه الأول كلا بيع ولم يحتج للإذن في البيع الثاني وظاهر كلامهم هنا جواز الزيادة وعليه فلا ينافيه ما مر من حرمة الشراء على شراء الغير لإمكان حمل ذلك على المتصرف لنفسه لكن ظاهر كلامهم ثم أنه لا فرق وهو الذي يتجه وعليه فأنما أناطوا بها تلك الأحكام مع حرمتها رعاية لحق الغير ويأتي ذلك في كل بائع عن غيره.

(ومؤنة المرهون) التي تبقى بها عينه ومنها أجرة حفظه وسقيه وجذاذه وتجفيفه ورده إن أبق (على الراهن) إن كان مالكا وإلا فعلى المعير أو المولى لا على المرتهن إجماعا إلا ما شذ به الحسن البصري أو الحسن بن صالح ومر خبر {الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا} (ويجبر عليها لحق المرتهن) لا من حيث الملك، لأن له ترك سقي زرعه وعمارة داره ولا لحق الله تعالى لاختصاصه بذي الروح وإنما لم يلزم المؤجر عمارة لأن ضرر المستأجر يندفع بثبوت الخيار له (على الصحيح) ولاختصاص الخلاف بهذا لم يفرعه على ما قبله ولم يغن عنه من حيث الخلاف بل ولا من حيث الحكم لما قررته أن رعاية حق المرتهن أوجبت عليه ما لم يوجبه عليه حق الملك وحق الله تعالى فاندفع ما للإسنوي ومن تبعه هنا.
(ولا يمنع الراهن من مصلحة المرهون كفصد وحجامة) بخلافهما لغير مصلحة حفظا لملكه لكنه لا يجبر عليه كسائر الأدوية كما أفاده صنيعه، لأن البرء بالدواء غير متيقن وبه فارق وجوب النفقة، وكمعالجة بدواء قطع يد متآكلة وسلعة إن غلبت السلامة في القطع <ص: 88> وختان ولو كبيرا وقت الاعتدال حيث لا عارض به يخاف من الختان معه وكان يندمل عادة قبل الحلول أو لا تنقص به القيمة وبهذه الشروط يجمع بين كلام الروضة وغيرها (وهو أمانة في يد المرتهن) فلا يضمنه إلا بالتعدي كالوديع للخبر الصحيح {لا يغلق الرهن على راهنه له غنمه وعليه غرمه} ومعنى لا يغلق لا يملكه المرتهن عند تأخر الحق أو لا يكون غلقا يتلف الحق بتلفه فوجب حمله عليهما معا والغلق ضد الفك من غلق يغلق كعلم يعلم وفي رواية صحيحة {الرهن من راهنه} أي من ضمانه كما هو عرف لغة العرب في قولهم الشيء من فلان ولو غفل عن نحو كتاب فأكلته الأرضة أو جعله في محل هو مظنتها ضمنه لتفريطه ومر أن اليد الضامنة لا تنقلب بالرهن أمانة (ولا يسقط بتلفه شيء من دينه) للحديث.
(وحكم فاسد العقود) إذا صدر من رشيد (حكم صحيحها في الضمان) وعدمه، لأن صحيحه إن اقتضى الضمان بعد القبض كالبيع والقرض ففاسده أولى أو عدمه كالمرهون والمستأجر والموهوب ففاسده كذلك، لأن إثبات اليد عليه بإذن المالك ولم يلتزم بالعقد ضمانا والمراد التشبيه في

أصل الضمان لا الضامن فلا يرد كون الولي لو استأجر لموليه فاسدا تكون الأجرة عليه وفي الصحيحة على موليه ولا في القدر فلا يرد كون صحيح البيع مضمونا أي مقابلا فاندفع تنظير شارح فيه <ص: 89> بالثمن، وفاسده بالبدل والقرض بمثل المتقوم الصوري، وفاسده بالقيمة، ونحو القراض والمساقاة والإجارة بالمسمى وفاسدها بأجرة المثل وخرج بالرشيد ما صدر من غيره فإنه مضمون، وإن لم يقتض صحيحه الضمان كما يعلم من كلامه في الوديعة ثم يستثنى من طرد هذه القاعدة ما لو قال قارضتك أو ساقيتك على أن الربح أو الثمرة كلها لي فهو فاسد ولا أجرة له إن علم كما يأتي، لأنه لم يدخل طامعا وكذا من حيث لم يطمع كأن ساقاه على غرس ودي أو تعهده مدة لا يثمر فيها غالبا ونظر في استثنائهما بأن المراد من القاعدة ما يقتضي فاسده ضمان العوض المقبوض ويرد بأن المنافع التي أتلفها العامل للمالك بمنزلة عوض مقبوض وما لو عقد الذمة غير الإمام فتفسد ولا جزية <ص: 90> حسما لتصرف غير الإمام فيما هو من خواصه عن الاعتداد به ونوزع في استثناء هذه بأن القائل بعدم الوجوب يجعل ما صدر لغوا لا فاسدا ولا صحيحا وإتلاف الحربي غير مضمون فلم يلزم شيء ويرد بأن أصحابنا لم يفرقوا بين الفاسد والباطل إلا في أبواب أربعة وما ألحق بها وليس هذا منها وما لو امتنع المستأجر من تسليم العين بعد عرضها عليه إلى انقضاء المدة فتستقر بذلك الأجرة في الصحيحة دون الفاسدة ومن عكسها الشركة فإن عمل الشريكين فيها لا يضمن إلا مع فسادها ونوزع في استثنائها بما مر أولا ويرد بنظير ما رددت به ذاك وما لو رهن أو آجر نحو غاصب فتلفت العين في يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه، وإن كان القرار على الراهن والمؤجل مع أن صحيح الرهن والإجارة لا ضمان فيه ونوزع فيه بنظير ما مر في عقد غير الإمام للذمة ويرد بنظير ما رددت به ذاك.

(و) من فروع القاعدة ما (لو شرط كون المرهون مبيعا له عند الحلول) فالمبيع من طردها والرهن من عكسها لكونهما قد (فسد) البيع لتعليقه والرهن لتأقيته لأنهما شرطا ارتفاعه بالحلول ومن ثم لو لم يؤقت بأن قال رهنتك وإذا لم أقض عند الحلول فهو مبيع منك كان الفاسد البيع وحده

دون الرهن، لأنه لم يشرط فيه شيء (و) إذا تقرر أن هذين الفاسدين من فروع القاعدة أعطيا حكم صحيحها فحينئذ (هو) أي المرهون المبيع (قبل المحل) بكسر الحاء أي الحلول (أمانة) لأنه رهن فاسد وبعده مضمون، لأنه بيع فاسد نعم بحث الزركشي أنه لو لم يمض بعد الحلول زمن يتأتى فيه القبض وتلف فإنه لا يضمن، لأنه الآن على حكم الرهن الفاسد وفيه تأمل، لأن القبض يقدر فيه في أدنى زمن عقب انقضاء الرهن من غير فاصل بينهما.
(ويصدق المرتهن في دعوى التلف) حيث لا تفريط <ص: 91> وجعل منه جمع ما لو رهنه قطع بلخش فادعى سقوط واحد من يده قالوا لأن اليد ليست حرزا لذلك (بيمينه) على التفصيل الآتي في الوديعة، لأنه أمين كالوديع والمراد تصديقه حتى لا يضمن وإلا فالمعتدي يصدق فيه أيضا لضمان القيمة (ولا يصدق في) دعوى (الرد) إلى الراهن (عند الأكثرين) لأنه قبضه لغرض نفسه كالمستأجر بخلاف الوديع والوكيل وسائر الأمناء.
(ولو وطئ المرتهن) الأمة (المرهونة بلا شبهة فزان) الأصل في جواب لو كان زانيا أو نحوه وعدل عنه كالفقهاء اختصارا أو إجراء لها مجرى أن أي فهو زان فيحد ويلزمه المهر إن لم تطاوعه أو جهلت التحريم وعذرت فيه (ولا يقبل قوله جهلت تحريمه) أي الزنا أو وطء المرهونة لظنه الارتهان مبيحا للوطء (إلا أن يقرب إسلامه) ولم يكن مخالطا لنا بحيث لا يخفى عليه ذلك كما هو ظاهر (أو ينشأ ببادية بعيدة عن العلماء) بذلك فيقبل قوله لدفع الحد ويلزمه المهر إن عذرت كما لو وطئها بشبهة كأن ظنها حليلته (وإن وطئ بإذن الراهن) المالك (قبل دعواه جهل التحريم) <ص: 92> إن أمكن كون مثله يجهل ذلك كما هو ظاهر (في الأصح)، لأن هذا قد يخفى أما إذن راهن مستعير أو ولي راهن فكالعدم وإذا قبل (فلا حد) عليه بخلاف ما لو علم التحريم ولا يغتر بما نقل عن عطاء لما مر أنه مكذوب عليه وبفرض صحته فهي شبهة ضعيفة جدا فلا ينظر إليها (ويجب المهر إن أكرهها) أو عذرت بنحو نوم أو جهل، لأنه لحق الشرع فلم يؤثر فيه الإذن ومن ثم وجب للمفوضة بالدخول أما إذا طاوعته غير معذورة فلا مهر لها (والولد) عند قبول قوله في جميع ما مر (حر

نسيب) للشبهة (وعليه قيمته للراهن) المالك وإلا فللمالك لأنه فوت رقه عليه.
(ولو أتلف) بغير حق أو تلف تحت يد عادية (المرهون بعد القبض وقبض بدله) أو لم يقبض (صار رهنا) مكانه من غير إنشاء عقد، وإن امتنع رهن الدين ابتداء لقيامه مقامه ولأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء ويجعل بيد من كان الأصل بيده وإنما احتاج بدل الموقوف المتلف إلى شراء مثله به، لأن القيمة لا يصح وقف عينها بخلاف رهنه واحتاج بدله لإنشاء وقف دون بدل أضحية اشترى بعين قيمتها أو بما في الذمة بنيتها، لأن الوقف يتضمن ملك الفوائد ويحتاج فيه لبيان المصرف وغيره فاحتيط له أكثر، وإتلاف بعض المرهون كذلك نعم إن لم تنقص قيمته كقطع مذاكيره أو نقصت وزاد الأرش على نقص القيمة فاز المالك بالزائد ولو أتلفه المرتهن <ص: 93> كان ما وجب عليه رهنا له ولا محذور فيه كما هو ظاهر إذ فائدته صونه عن تعلق الغرماء به ويشمل كلامه ما لو كان المتلف هو الراهن لكن بحث الزركشي وغيره أن بدله عليه لا يصير رهنا قبل قبضه وعليه لا يكفي مجرد قبضه بل لا بد من قصد دفعه عن جهة الغرم كسائر الديون أي نظير ما مر في قيمة العتيق.
كذا ذكره في موضع من الخادم وناقضه بعده بقليل فقال لا بد من قبضه، وإنشاء عقد الرهن وعلله بما فيه نظر وناقض ذلك كله في مبحث العتق فقال سيأتي لنا خلاف في الإتلاف الحسي من الراهن أو أجنبي هل يكون رهنا أو لا حتى يتعين بالقبض وجهان أصحهما في الروضة الأول أي أخذا بإطلاق عبارتها ثم قال وهذا يجب جريانه في القيمة إذا وجبت على الراهن بعتق المرهون فإن حكمنا بأنها مرهونة وهي دين قبل استيفائها استصحب وإلا لم تصر رهنا إلا بالتعيين ا ه ملخصا وجرى شيخنا في شرح الروض في قيمة العتيق على أنها لا تصير رهنا إلا بالقبض وكذا هنا إذا كان الجاني الراهن وفرق بأنه لا فائدة للحكم عليه في ذمته بأنه رهن بخلافه في ذمة غيره وناقض ذلك في شرح منهجه فجري ثم على ما مر عن السبكي وهنا على الإطلاق فلم يفرق بين الراهن وغيره وهذا هو الأوجه، لأن سبق الرهن اقتضى وجوب رعاية وجوده لوجود بدله ويلزم من وجوده في الذمة الحكم عليه بالرهنية ليتم

التوثق المقصود وفرقه المذكور ممنوع بل للحكم عليه بالرهنية في ذمة الراهن هنا وثم فائدة أي فائدة وهي أنه إذا مات وليس له إلا قدر القيمة فإن حكمنا بأن ما في ذمته رهن قام ما خلفه مقامه فيقدم به المرتهن على مؤن التجهيز وبقية الغرماء وإلا قدمت مؤن التجهيز واستوى هو والغرماء، وكان الشيخ ظن انحصار الفائدة في عدم صحة إبراء الراهن الجاني مما في ذمته وهذا لا يتأتى إذا كان الجاني هو الراهن وليست منحصرة في ذلك كما علمت فاتضح ما قررته فتأمله.
(والخصم في البدل الراهن) <ص: 94> إن كان مالكا أو وليه وإلا فالمالك ومع كونه الخصم فيه لا يقبضه وإنما الذي يقبضه المرتهن أو العدل وإن منعا من الخصومة (فإن لم يخاصم) الراهن في ذلك (لم يخاصم المرتهن في الأصح) كما لا يخاصم مستأجر ومستعير نعم له حضور خصومة الراهن لتعلق حقه بالمأخوذ ومحل ذلك كله حيث لم يكن المتلف الراهن وإلا طالبه المرتهن لئلا يفوت حقه من التوثق ثم رأيت شارحا قال والثاني يطالب كما لو كان الخصم هو الراهن وهو صريح فيما ذكرته ومما يصرح به قول جمع من الشراح محل ذلك إذا تمكن الراهن من المخاصمة أما لو باع المالك العين المرهونة فللمرتهن المخاصمة جزما كما أفتى به البلقيني وهو ظاهر ا ه ووجه عدم تمكنه من المخاصمة هنا أنه يدعي حقا لغيره وهو المرتهن فلم يقبل منه على أن بيعه يكذب دعواه وإذ ثبتت المطالبة للمرتهن هنا ففي مسألتنا وهي ما إذا كان المتلف هو الراهن أولى وبحث أن الراهن لو غاب وقد غصب الرهن جاز للقاضي أن ينصب من يدعي على الغاصب، لأن له إيجار مال الغائب لئلا تضيع المنافع ولأنا نعلم أن العاقل يرضى بحفظ ماله. (فلو وجب قصاص) في نفس المرهون المتلف كالعبد (اقتص <ص: 95> الراهن) المالك إن شاء أو عفا بلا مال (وفات الرهن) لفوات محله بلا بدل أما إذا وجب في طرفه فهو في الباقي باق بحاله وله العفو مجانا ولا يجبر على قود ولا عفو (فإن وجب المال بعفوه) عن القود عليه (أو) بجناية على نحو فرعه أو (بجناية خطأ) أو شبه عمد (لم يصح عفوه) أي الراهن (عنه) أي المال الواجب لتعلق حق المرتهن به (ولا) يصح

(إبراء المرتهن الجاني) لأنه غير مالك ولا يسقط بإبرائه حقه من الوثيقة إلا إذا أسقطه منها.
(ولا يسري الرهن إلى زيادته) أي المرهون (المنفصلة كثمرة وولد) وبيض، لأنها أجنبية عنه بخلاف المتصلة كسمن وكبر شجرة (فلو رهن حاملا وحل الأجل وهي حامل) أو مست الحاجة لبيعها قبل الحلول (بيعت) كذلك لأنه إما معلوم أو صفة تابعة وعلى كل منهما يشمله الرهن (وإن ولدته بيع معها في الأظهر) لما ذكر (إن كانت حاملا عند البيع دون الرهن فالولد ليس برهن في الأظهر) لحدوثه بعده وهو بمنزلة المنفصلة لأنه يعلم ويقابل بقسط من الثمن ولا تباع حتى تضعه لتعذر استثنائه والتوزيع عليه وعلى الأم للجهل بقيمته نعم لو سأل الراهن في بيعها وتسليم الثمن للمرتهن جاز بيعها كما نص عليه في الأم ومن هذا وقولهم يجبر المدين على بيعها إذا لم يكن له غيرها استشكل الإسنوي ما مر من التعذر ثم حمله على ما إذا تعلق بالحمل <ص: 96> حق ثالث بفلس أو موت أو وصية به.

(فصل) في جناية الرهن. إذا (جنى المرهون) على أجنبي بما يوجب القود في نفس أو طرف ولا ينافيه قوله بطل الموجب للشارح إيثار الأول لما يأتي في معناه بل ظاهر قوله قدم المجني عليه وقوله اقتص الثاني ولم يكن بأمر غيره وهو يعتقد الطاعة أو تحت يده تعديا <ص: 97> وإلا فالجاني الغير (قدم المجني عليه) لتعلق حقه بالرقبة فقط فلو قدم غيره فات حقه من أصله بخلاف المرتهن لتعلق حقه بالذمة أيضا (فإن اقتص) مستحق القود ويصح هنا ضم التاء بل هو الأولى على ما يأتي (أو بيع) المرهون أي ما يفي بالواجب من كله أو بعضه (له) أي لحقه بأن وجب له مال ابتداء أو بالعفو (بطل) الرهن فيما فات بقود أو بيع ما لم تجب قيمته لكونه تحت يد نحو غاصب، لأنها رهن بدله فلو عاد المالك الراهن لم يعد الرهن.
(وإن جنى) المرهون (على سيده) فقتله أو قطعه (فاقتص) بضم تائه بأن اقتص سيده في نحو القطع أو وارثه في القتل فضمها المفيد لذلك أولى من فتحها الموهم لتعين الأول فزعم تعين الفتح وهم ولا يلزم عليهما حذف منه

<ص: 98>، لأنه يكفي تقديره لدلالة السياق عليه ولا على الفتح تعين الاقتصاص بالنفس كما هو واضح خلافا لمن زعمه، لأنه يقال في اقتصاص وكيله إن الموكل اقتص (بطل الرهن) فيما وقع فيه القود لفوات محله بلا بدل (وإن عفي) بضم أوله كما بخطه فيشمل السيد وارثه لكن الخلاف في وارثه قولان (على مال) أو كانت الجناية خطأ مثلا (لم يثبت على الصحيح)، لأن السيد لا يثبت له على عبده مال ابتداء (فيبقى رهنا) لازما كما كان وخرج بابتداء ما لو جنى غير عمد أو عمدا أو عفى على مال على طرف مورثه أو مكاتبه ثم انتقل المال للسيد بموت أو عجز فإنه يثبت له عليه فيبيعه فيه ولا يسقط إذ يحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء أو قتل المورث أو قنه أو المكاتب غير عمد أو عمدا وعفا السيد على مال فكذلك.

(وإن قتل) المرهون (مرهونا لسيده عند) مرتهن (آخر فاقتص) منه السيد (بطل الرهنان) أي كل منهما لفوات محلهما (وإن وجب مال) ابتداء أو يعفو، وإن لم يطلبه المرتهن (تعلق) برقبة القاتل وحينئذ يتعلق (به) أي بهذا المال المتعلق برقبة القاتل (حق مرتهن القتيل)، لأن السيد لو أتلف الرهن غرم قيمته للمرتهن فإذا أتلفه عبده كأن تعلق الغرم به أولى فالوجوب هنا رعاية لحق الغير، وإن استلزم وجوب شيء للسيد على عبده (فيباع) كله إن طلب بيعه مرتهن القتيل وأبى الراهن وكذا عكسه لكن جزما وساوى الواجب قيمته أو زاد (وثمنه) إن لم يزد على الواجب وإلا فقدر الواجب منه (رهن) من غير إنشاء عقد نظير ما مر، لأن حق مرتهن القتيل في مالية العبد القاتل <ص: 99> لا في عينه، لأنه قد يزيد فيه راغب فيتوثق بها مرتهن القاتل (وقيل يصير) نفسه (رهنا) أي من غير عقد على ما اقتضاه سياقه واعترض فينقل ليد مرتهن القتيل ولا يباع إذ لا فائدة في البيع ويرده التعليل الثاني.

أما إذا نقص الواجب عن قيمة القاتل فلا يباع منه إلا قدره فقط إن أمكن ولم ينقص بالتبعيض وإلا بيع الكل والزائد لمرتهن القاتل ولو اتفق الراهن والمرتهنان على النقل نقل أو الراهن ومرتهن القتيل على النقل وأبى مرتهن القاتل إلا البيع لم يجب وبحث فيه الشيخان بأن مقتضى التوجيه بتوقع زيادة راغب أنه يجاب وعلى الأول

المنقول فكان سبب عدم النظر لذلك التوقع أنه لم يثبت له حق بفرض عدم الزيادة حتى يراعى إذ الأصل عدم ذلك بخلاف مرتهن القتيل فيما مر ثم رأيت ما يأتي فيما لو طلب الوارث أخذ التركة بالقيمة والغريم بيعها رجاء الزيادة وهو صريح فيما فرقت به

(فإن كانا) أي القاتل والمقتول (مرهونين عند شخص) أو أكثر (بدين واحد) وقد عفا السيد عن القاتل وكذا في الصورة التي عقب هذه (نقصت) بفتح النون والصاد المهملة (الوثيقة) إذ لا جابر كما لو مات أحدهما (أو بدينين) عند شخص واحد ووجب مال يتعلق برقبة القاتل (وفي نقل الوثيقة) به إلى دين القتيل (غرض) أي فائدة للمرتهن (نقلت) بأن يباع القاتل فيصير ثمنه رهنا مكان القتيل وحيث لا غرض بأن اتفق الدينان تأجيلا وحلولا وقدرا <ص: 100> واتفقت قيمتا العبدين فلا نقل بل يبقى القاتل بحاله وسقطت وثيقة المقتول بخلاف ما إذا حل أحدهما وتأجل الآخر فينقل، لأنه إن كان الحال دين القتيل ففائدته الاستيفاء من ثمن القاتل حالا أو دين القاتل ففائدته تحصيل الوثيقة بالمؤجل والمطالبة حالا بالحال وكذا لو تأجلا وأحدهما أطول أجلا وما إذا اختلفا قدرا وتساوت قيمة العبدين أو كان القتيل أكثر قيمة فإن كان القتيل مرهونا بالأكثر فله التوثق بالقاتل ليصير ثمنه مرهونا بالأكثر أو بالأقل فلا فائدة في النقل أو جنسا واختلفا قيمة أيضا فكاختلاف القدر وإلا فلا غرض وما إذا اختلفت قيمة العبدين فإن كان الأكثر القاتل نقل منه بقدر قيمة القتيل إلى دينه أو القتيل أو مساويا فلا نقل وما إذا كان بأحدهما ضامن فطلب المرتهن نقل الوثيقة من الدين المضمون إلى الآخر ليحصل له التوثق فيهما فإنه يجاب كما اقتضاه كلامهم وحيث لا نقل فقال المرتهن لا آمن جنايته مرة أخرى <ص: 101> فتؤخذ رقبته فيها فبيعوه وضعوا ثمنه مكانه لم يجب على أحد وجهين يتجه ترجيحه كما اقتضاه المتن وغيره لأن الأصل خلاف ذلك فلم يتحقق الغرض الحامل على البيع

(ولو تلف) المرهون (بآفة) سماوية أو بفعل من لا يضمن كحربي وكضرب راهن له بإذن المرتهن (بطل) الرهن لفواته ومر أنه لو تخمر ثم تخلل عاد رهنه وأن يضمن المرهون المغصوب يضمن، وإن تلف بآفة فالرهن باق في بدله.

(وينفك) الرهن (بفسخ وأن أبى الراهن لا عكسه المرتهن) لجوازه من جهته دون الراهن نعم التركة المرهونة بالدين لا تنفك بفسخ المرتهن لأن الرهن لمصلحة براءة ذمة الميت (وبالبراءة من الدين) جميعه بأي وجه كانت ولو بإحالة المرتهن على الراهن ولو اعتاض عن الدين ثم تقايلا أو تلف العوض قبل قبضه بطل الاعتياض وعاد الرهن، وإن قلنا إن الفسخ إنما يرفع العقد من حينه لعود الدين الذي هو سببه وإنما لم يعد ضمان غاصب أذن له المالك في البيع ثم انفسخ، لأن الغصب الذي هو سبب الضمان لم يعد أي مع تضمن إذنه له في البيع براءته من ضمانه وبه يفرق بينه وبين وكيل باع ما تعدى فيه ثم رد إليه بالفسخ (فإن بقي شيء منه) أي الدين (لم ينفك شيء من الرهن) إجماعا، لأنه كله وثيقة على كل جزء من الدين ومن ثم أبطل شرط أنه كلما قضى منه شيئا انفك بقدره من الرهن نعم إن تعدد العقد أو مستحق الدين أو المدين أو مالك المعار انفك بعضه بالقسط (و) من مثل ذلك أنه (لو رهن نصف عبد بدين ونصفه بآخر فبرئ من أحدهما انفك قسطه) لتعدد الصفقة بتعدد العقد، وإن اتحد العاقدان. (ولو رهناه) عبدهما بدينه عليهما (فبرئ أحدهما) مما عليه أو أعاراه عبدهما ليرهنه بدين فرهنه به <ص: 102> وأدى أحدهما ما يقابل نصيبه أو أداه المستعير وقصد فكاك نصف العبد أو أطلق ثم جعله عنه (انفك نصيبه) لتعدد الصفقة بتعدد العاقد ولو رهنه من أثنين بدينهما عليه فبرئ من دين أحدهما بأداء أو إبراء انفك قسطه لذلك اتحدت جهة الدينين أو لا قال شيخنا وهذا يشكل بأن ما أخذه أحدهما من الدين لا يختص به بل هو مشترك بينهما فكيف تنفك حصته من الرهن بأخذه ويجاب بأن ما هنا محله ما إذا لم تتحد جهة دينيهما أو إذا كانت البراءة بالإبراء لا بالأخذ ا ه وأقول لا إشكال في صورة الأخذ وأن اتحدت الجهة، لأن قولهم انفك نصيبه معناه ما يقابل ما خصه مما قبضه وانفك حينئذ على قياس ما مر رعاية لصورة التعدد ولو تعدد الوارث انفك بأداء كل نصيبه ما لم يكن المورث هو الراهن في حياته <ص: 103> والعبرة هنا بتعدد الموكل واتحاده لا الوكيل. فرع له دين به رهن فأقر به لغيره فأفتى المصنف بأنه لا ينفك الرهن والتاج الفزاري بانفكاكه قال لأنه إذا أقر بأن الدين صار لغيره بوجه

صحيح تعين حمل ذلك على الحوالة إذ لا طريق سواها قيل وهو منقول ا ه والذي يتجه أن صيغه إقراره إن كانت صار هذا الدين لفلان فالحق الثاني لكن قوله لا طريق سواها ممنوع بل له طرق أخرى كالنذر والهبة بناء على صحتها فيه إن كانت هذا لفلان وأسمى فيه عارية أو نحو ذلك فالحق الأول، لأن هذا لا يشعر بانتقاله من المرتهن لغيره في حالة الرهن والانفكاك لا يحصل بمحتمل بل لا بد فيه من تحقق سببه

(فصل) في الاختلاف في الرهن وما يتبعه. إذا (اختلفا في) أصل (الرهن) كرهنتني كذا فأنكر (أو) في (قدره) أي المرهون كرهنتني الأرض بشجرها فقال بل وحدها أو عينه كهذا العبد فقال بل الثوب أو قدر المرهون به كألف أو ألفين (صدق) وإن كان الرهن بيد المرتهن وإن لم يبين الراهن جهة كونه في يده على الأوجه (الراهن) أو مالك العارية. وتسميته راهنا في الأولى باعتبار زعم المدعي (بيمينه)، لأن الأصل عدم ما يدعيه المرتهن هذا (إن كان رهن تبرع) بأن لم يشترط في بيع (وإن شرط) الرهن (في بيع) باتفاقهما واختلفا في شيء مما مر <ص: 104> غير الأولى أو بزعم المرتهن وخالفه الآخر (تحالفا) لرجوع الاختلاف حينئذ إلى كيفية عقد البيع، ولو اختلفا في الوفاء بما شرطاه صدق الراهن بيمينه فيأخذ الرهن لإمكان توصل المرتهن إلى حقه بالفسخ ولا ترد هذه على المتن، لأن ترتيبه التحالف على الشرط يفيد أنه لا يكون إلا فيما يرجع للشرط وهذه ليست كذلك ولو ادعى كل من اثنين أنه رهنه كذا أو أقبضه له فصدق أحدهما فقط أخذه وليس للآخر تحليفه كما في أصل الروضة هنا، إذ لا يقبل إقراره له لكن الذي ذكراه في الإقرار والدعاوى واعتمده الإسنوي وغيره أنه يحلف، لأنه لو أقر أو نكل فحلف الآخر غرم له القيمة لتكون رهنا عنده، واعتمد ابن العماد الأول وفرق بأنه لو لم يحلف في هذين لبطل الحق من أصله بخلاف ما هنا، لأن له مردا وهو الذمة ولم يفت إلا التوثق ا ه وفيه نظر وكفى بفوات التوثق محوجا إلى التحليف كما هو ظاهر.
(ولو ادعى أنهما رهناه عبدهما بمائة) وأقبضاه (وصدقه أحدهما فنصيب المصدق رهن بخمسين) مؤاخذة له بإقراره

(والقول في نصيب الثاني قوله بيمينه)، لأنه ينكر أصل الرهن (وتقبل شهادة المصدق عليه)، إذ لا تهمة فإن شهد معه آخر أو حلف معه المدعي ثبت رهن الكل ولو زعم كل أنه ما رهن بل شريكه وشهد عليه قبلا وإن تعمد <ص: 105> الإنكار، لأن الكذبة الواحدة لا تفسق ولا نظر لتضمنها جحد حق واجب أو دعوى لما لم يجب لاحتمال أن تعمده لشبهة عرضت له نعم بحث البلقيني أن محل ذلك ما لم يصرح المدعي بظلمهما بالإنكار بلا تأويل وإلا ردا، لأنه ظهر منه ما يقتضي تفسيقهما وهو ظاهر، لأن مراده أنه صرح بظلمهما بهذا الإنكار لا مطلقا فاندفع ما قيل " ليس كل ظلم خال عن التأويل مفسقا بدليل الغيبة ومحل كون الكذبة لا تفسق ما لم ينضم إليها تعمد إنكار حق واجب عليه ".
(ولو اختلفا في قبضه) أي: المرهون (فإن كان في يد الراهن أو في يد المرتهن وقال الراهن غصبته) أنت مني (صدق) الراهن (بيمينه)، لأن الأصل عدم اللزوم وعدم الإذن في القبض عن الرهن بخلاف ما لو كان بيد المرتهن ووافقه الراهن على إذنه له في قبضه لكنه قال: إنك لم تقبضه عنه أو رجعت عن الإذن فيحلف المرتهن، ويؤخذ من ذلك أن من اشترى عينا بيده فأقام آخر بينة أنها مرهونة عنده لم تقبل إلا إن شهدت بالقبض وإلا صدق المشتري بيمينه، لأن الأصل بقاء يده ولأنه مدع لصحة البيع والآخر مدع لفساده (وكذا إن قال أقبضته عن جهة أخرى) كإيداع أو إجارة أو إعارة (في الأصح)، لأن الأصل عدم ما ادعاه المرتهن <ص: 106> ويكفي قول الراهن لم أقبضه عن جهة الرهن على الأوجه.
(ولو أقر) الراهن (بقبضه) أي المرتهن للمرهون وجعل شارح الضمير للراهن ثم زعم أن الأولى التعبير بإقباضه وليس بجيد (ثم قال لم يكن إقراري عن حقيقة فله تحليفه) أي: المرتهن أنه قبض المرهون قبضا صحيحا وإن كان إقرار الراهن في مجلس الحاكم بعد الدعوى عليه ولم يذكر لإقراره تأويلا، لأنا نعلم أن الوثائق يشهد فيها غالبا قبل تحقيق ما فيها ويأتي ذلك في سائر العقود وغيرها على المنقول المعتمد كإقرار مقترض بقبض القرض وبائع بقبض الثمن. (وقيل لا يحلفه إلا أن يذكر لإقراره تأويلا كقوله أشهدت على رسم) أي: كتابة (القبالة) بفتح القاف

بالموحدة أي الورقة التي يكتب فيها الحق والتوثق لكي أعطي أو أقبض بعد ذلك وكقوله اعتمدت في ذلك كتاب وكيلي فبان مزورا أو ظننت حصول القبض بالقول، لأنه إذا لم يذكر تأويلا يكون مكذبا لدعواه بإقراره السابق <ص: 107> ومحل ذلك في قبض ممكن وإلا كقول من بمكة رهنته داري اليوم بالشام وأقبضته إياها فهو لغو نص عليه قال القاضي أبو الطيب وهذا يدل على أنه لا يحكم بما يمكن من كرامات الأولياء ولهذا قلنا من تزوج امرأة بمكة وهو بمصر فولدت لستة أشهر من العقد لا يلحقه الولد قال الزركشي نعم إذا ثبتت الولاية وجب ترتب الحكم على الإمكان على طريق الكرامة قاله في المطلب ا ه وهو إنما يأتي فيما بين الولي وبين الله في أمر موافق للشرع مكنه منه خرقا للعادة وفعله فيترتب عليه أحكامه باطنا أما ظاهرا فلا نظر لإمكان كرامة مطلقا.

(فرع) هل دفع الراهن الرهن للمرتهن يكفي من غير قصد إقباضه عن الرهن وجهان والذي يتجه منهما نعم، لأنه سبق له مقتض وإن لم يجب فاشترط عدم الصارف فقط ولو رهن وأقبض ما اشتراه ثم ادعى فساد البيع سمعت دعواه للتحليف وكذا بينته إلا إن كان قال هو ملكي غير معتمد على ظاهر العقد. (ولو قال أحدهما) أي الراهن أو المرتهن (جنى المرهون) بعد القبض أو قال المرتهن جنى قبل القبض (وأنكر الآخر صدق المنكر بيمينه) على نفي العلم بالجناية إلا أن ينكرها الراهن فعلى البت، لأن الأصل عدمها وبقاء الرهن، وإذا بيع للدين فلا شيء للمقر له على الراهن المقر ولا يلزمه تسليم الثمن إلى المرتهن المقر مؤاخذة له بإقراره ولو نكل المنكر هنا جرى فيه ما يأتي من حلف المجني عليه <ص: 108> ثم يباع العبد وبعضه للجناية.

(ولو قال الراهن جنى) على زيد (قبل القبض) بعد الرهن أو قبله وأنكر المرتهن وادعى زيد ذلك (فالأظهر تصديق المرتهن بيمينه في إنكاره) الجناية صيانة لحقه فيحلف على نفي العلم (ولا صح أنه إذا حلف) المرتهن (غرم الراهن للمجني عليه)، لأنه حال بينه وبين حقه برهنه (و) الأصح (أنه يغرم له الأقل من قيمة العبد) المرهون (وأرش الجناية) كجناية أم الولد بجامع امتناع البيع (و) الأصح (أنه لو نكل المرتهن) عن اليمين (ردت اليمين على المجني

عليه)، لأنه الحق له (لا على الراهن)، لأنه لا يدعي لنفسه شيئا (فإذا حلف) المردود عليه (بيع) العبد (في الجناية) لثبوتها باليمين المردودة إن استغرقت قيمته وإلا بيع منه بقدرها ولا يكون الباقي رهنا، لأن اليمين المردودة كالبينة أو الإقرار بجناية ابتداء فلا يصح رهن شيء منه.
(ولو أذن) المرتهن (في بيع المرهون فبيع ورجع عن الإذن وقال) بعد بيعه (رجعت قبل البيع وقال الراهن) بل (بعده فالأصح تصديق المرتهن) بيمينه، لأن الأصل أن لا بيع قبل الرجوع وأن لا رجوع قبل البيع فيتعارضان ويبقى أصل استمرار الرهن وبهذا يفرق بين هذا وما يأتي في دعوى الموكل أنه عزل وكيله قبل بيعه، لأن الأصل عدم الانعزال قبله من غير معارض <ص: 109> وفي الرجعة أن العبرة بالسابق، لأنه ليس هناك أصل بعد التعارض يرجعان إليه فانحصر الترجيح في السبق وأفهم المتن أن الغرض أن الراهن صدق على الرجوع فإن أنكره من أصله صدق بيمينه كما لو أذن الراهن في البيع ثم ادعى الرجوع وأنكره المرتهن من أصله فإنه المصدق بيمينه.
(ومن عليه ألفان) مثلا (بأحدهما رهن) أو كفيل مثلا (فأدى ألفا وقال أديته عن ألف الرهن صدق) بيمينه سواء اختلفا في لفظه أو نيته، لأنه أعرف بقصده وكيفية أدائه ومن ثم لو أدى لدائنه شيئا وقصد أنه عن دينه وقع عنه وإن ظنه الدائن وديعة أو هدية كذا قالوه وقضيته أنه لا فرق بين أن يكون الدائن بحيث يجبر على القبول وأن لا لكن بحث السبكي أن الصواب في الثانية أنه لا يدخل في ملكه إلا برضاه وواضح أن مثل ذلك ما لو كان المدفوع من غير جنس الدين وقد يشمله كلام السبكي.
(وإن لم ينو حالة الدفع شيئا جعله عما شاء) منهما، لأن التعيين إليه ولم يوجد حالة الدفع، فإن مات قبل التعيين قام وارثه مقامه كما أفتى به السبكي فيما إذا كان بأحدهما كفيل قال فإن تعذر ذلك جعل بينهما نصفين وإذا عين فهل ينفك الرهن من وقت اللفظ ؟ أو التعيين يشبه أن يكون كما في الطلاق المبهم (وقيل يقسط) بينهما، إذ لا أولوية لأحدهما على الآخر ولو نوى جعله عنهما فالأوجه أنه يجعل بينهما بالسوية كما قاله جمع متقدمون لا بالقسط وإن جزم به الإمام، لأن تشريكه بينهما حالة الدفع اقتضى أنه لا تميز لأحدهما على الآخر ولو تنازعا عند

الدفع فيما يؤدي عنه تخير الدافع نعم لو كان للسيد على مكاتبه دين معاملة فله الامتناع من إقباضه عن النجوم حتى يوفي غيرها فإن أعطاه ساكتا ثم عينه المكاتب للنجوم صدق لنقصه <ص: 110> السيد بسكوته عن التعيين الذي جعل لخيرته في الابتداء.

(فصل) في تعلق الدين بالتركة (من مات وعليه دين) لله تعالى أو لآدمي غير الوارث قل أو كثر ما عدا لقطة تملكها، لأن صاحبها قد لا يظهر فيلزم دوام الحجر لا إلى غاية وألحق بها ما إذا انقطع خبر صاحب الدين لذلك وقد يفرق بأن شغل الذمة في اللقطة أخف، ومن ثم صرح في شرح مسلم بأنه لا مطالبة بها في الآخرة، لأن الشارع جعلها من جملة كسبه بخلاف الدين ولا يلزم فيه ذلك لإمكان رفع أمره للقاضي الأمين فإنه نائب الغائبين نعم قبوله لا يلزمه فلو امتنع منه أو لم يكن ثم قاض أمين ودام انقطاع خبر الدائن اتجه ذلك الإلحاق بعض الاتجاه ثم رأيت الإسنوي صرح بأنها لا تكون مرتهنة بدين من أيس من معرفة صاحبه وفيه نظر بل هو غفلة عما في الروضة أن ما أيس من معرفة صاحبه يصير من أموال بيت المال وحينئذ فرهن التركة باق فللوارث ومن عليه دين كذلك رفع الأمر لقاض أمين ليأذن في البيع والدفع إن لم يفعلهما بنفسه لمتولي بيت المال العادل وإلا فلقاض أمين أو ثقة عارف أخذه ليصرفه في مصارفه أو يتولى الوارث ذلك إن عرفه ويغتفر اتحاد القابض والمقبض هنا للضرورة وبما تقرر علم أنه ليس لوارث ولا وصي إفراز قدر الدين الذي للغائب ثم التصرف في الباقي لما علمت أن القاضي الأمين نائبه فلا يستقل غيره بشيء من حقوقه حتى يتحقق الضرورة لفقد الأمين وخوف تلف التركة فحينئذ لا يبعد تخريج ما هنا على مال نحو يتيم لا ولي له خاص <ص: 111> وخشي من القائم عليه فإن التصرف فيه يتولاه من يأتي للضرورة على مسألة التحكيم الآتية في النكاح، لأن الضرورة إذا أثبتت الولاية فيه لغير ولي مع تميزه بمزيد احتياط فما هنا أولى وكالدين فيما ذكر الوصية المطلقة فيمتنع التصرف في قدر الثلث وكذا التي بعين معينة فيمتنع فيما يحتمله الثلث منها كذا قيل والقياس امتناع التصرف في الأولى في الكل وفي الثانية

في تلك العين فقط حتى يرد الموصى له أو يمتنع من القبول كما يعلم ذلك كله مما يأتي في الوصية.
وللموصي له فداء الموصى به كالوارث كما هو ظاهر (تعلق بتركته) الزائدة على مؤن التجهيز التي لم ترهن في الحياة لكن معنى عدم تعلق غير المرهون به أنه لا يزاحمه لانتفاء أصل التعلق لو زادت قيمته أو أبرأ مستحقه كما هو ظاهر، فإن رهن بعضها تعلق الدين بباقيها أيضا على الأوجه خلافا لجمع ولا بعد في تعلق شيء واحد بخاص وعام وإن وفى به الرهن، لأنه ربما تلف فتبقى ذمة الميت مرهونة هذا ما اقتضاه إطلاقهم وهو وجيه وإن قال البلقيني أقرب منه أن من له دين به رهن يفي به بعيد عن التلف لا يتعلق بباقي التركة فللوارث التصرف فيه وفي كلام السبكي ما يشهد لذلك ومن ثم اعتمده جمع متأخرون وسيأتي بيان التركة أول الفرائض وأفتى بعضهم بأنه ليس منها منفعة عين أوصى له بها أبدا، لأنه يقدر انتقالها لوارثه بالموت ا ه وفيه نظر.
وما المحوج إلى هذا التقدير نعم إن كان الفرض أن الموصى له مات قبل القبول فممكن، لأنه حال موته لا ملك له فيها فإذا قبل وارثه بعد ذلك لم يتعلق بها الدين، لأنها حينئذ تنزل منزلة كسب الوارث لكن صريح ما يأتي في مبحث قبول الوارث للوصية أنه لا فرق في تعلق الدين بما قبله بين العين والمنفعة وتوهم فرق بينهما لا يجدي، لأن ملحظ التعلق أن ملك الوارث إنما هو بطريق التلقي عن مورثه الموصى له لا غير (تعلقه بالمرهون).
وإن ملكها الوارث كما يأتي أو أذن له الدائن في أن يتصرف فيها لنفسه كما اقتضاه إطلاقهم وذلك، لأنه أحوط للميت وأقرب لبراءة ذمته، إذ يمتنع على هذا تصرف الوارث فيها جزما بخلافه على ما بعده واغتفرت هنا جهالة المرهون به لكون الرهن من جهة الشرع وشمل كلامهم من مات وفي ذمته حج فيحجر على الوارث <ص: 112> حتى يتم الحج عنه وبذلك أفتى بعضهم وأفتى بعض آخر بأنه بالاستئجار وتسليم الأجرة للأجير ينفك الحجر وفيه نظر لبقاء التعلق بذمته بعد ولو باع لقضاء الدين بإذن الغرماء لا بعضهم إلا إن غاب وأذن الحاكم عنه بثمن المثل صح وكان الثمن رهنا رعاية لبراءة ذمة الميت، إذ لا تبرأ إلا بالأداء أو التحمل السابق آخر الجنائز أو إبراء الدائن.

وعلى ذلك أعني تقييد النفوذ بإذن الغريم بما إذا كان لوفاء الدين يحمل إطلاق من أطلق صحته بإذنه ولتلك الرعاية أفتى بعضهم بمنع القسمة فيما إذا كانت التركة شائعة مع حصة شريك الميت وإن رضي الدائن قال لما في القسمة من التبعيض وقلة الرغبة كما صرحوا به قال ولا ينافي ذلك ما ذكره الشيخان قبيل رابع أبواب الرهن لما ذكرناه من رعاية حق الميت ا ه. وقيده غيره بما إذا كانت القسمة بيعا وبما إذا لم تحصل بها الرغبة في اشتراء ما يتميز أي فحينئذ تجوز القسمة لكن برضا الدائن كما هو ظاهر، وأفتى بعضهم بأنه لا يصح إيجار شيء من التركة لقضاء الدين وإن أذن الغرماء ويوجه بأن فيه ضررا على الميت ببقاء رهن نفسه إلى انقضاء مدة الإجارة.

(وفي قول كتعلق الأرش بالجاني)، لأن كلا منهما ثبت شرعا بغير رضا المالك (فعلى الأظهر يستوي الدين المستغرق وغيره) وما علمه الوارث وما جهله في رهن جميع التركة به فلا يصح تصرف الوارث في شيء منها ولو بالرهن (في الأصح) مراعاة لبراءة ذمة الميت كما مر ولأن ما تعلق بالحقوق لا يختلف بالعلم والجهل نعم لو زاد الدين عليها ولم ترهن به في الحياة لم تكن رهنا إلا بقدرها منه كما بحثه السبكي وتبعوه فإذا وفى الوارث ما خصه أو الورثة قدرها انفك في الأول وانفكت في الثاني عن الرهنية، ويفرق بينها وبين الرهن الجعلي بأنه أقوى من وجه ومما يصرح بذلك قولهم: لو أدى وارث قسط ما ورث انفك نصيبه بخلاف ما لو رهن عينا ثم مات لا ينفك شيء منها إلا بوفاء جميع الدين.

(تنبيه) اعترض قوله فعلى الأظهر بأن الخلاف يأتي على مقابله وهو تعلق الجناية ورد بأنه وإن تأتى <ص: 113> عليه لكن المرجح عليه التعلق بقدره فقط فخالف المرجح على الأول وحينئذ صح بل تعين قوله فعلى الأظهر نعم ترجيحهم عليه التعلق بالكل هنا قد ينافيه ترجيحهم عليه في الزكاة التعلق بالقدر فقط فسووا بين الجناية والرهن ثم وفرقوا بينهما هنا وقد يوجه بأن ذاك تعلق في الحياة، وهذا تعلق بعد الموت الموجب لحبس النفس فاقتضت المصلحة على قول الرهن هنا التعلق بالكل ليبادر الوارث ببراءة ذمة الميت ولا كذلك ثم على أن حق الله تعالى من حيث هو يتسامح فيه أكثر أما دين الوارث الحائز

فيسقط إن ساوى التركة أو نقص وإلا سقط منه بقدرها ودين أحد الورثة يسقط منه قدر ما يلزمه أداؤه منه لو كان لأجنبي.
(ولو تصرف الوارث ولا دين ظاهر) ولا خفي (فظهر) يعني طرأ بدليل ما بعده (دين برد مبيع بعيب) أو خيار وقد تلف ثمنه أو بترد ببئر حفرها تعديا قبل موته (فالأصح أنه لا يتبين فساد تصرفه)، لأنه وقع سائغا ظاهرا <ص: 114> وباطنا خلافا لاقتصار الشراح على الظاهر إلا أن يكونوا رأوا أن تقدم السبب كتقدم المسبب باطنا وهو بعيد، إذ تقدم السبب بمجرده لا يكفي في رفع العقد أما إذا كان ثم دين مقارن للتصرف ظاهرا أو خفي فيتبين بطلانه من أصله (لكن إن لم يقض) بضم أوله (الدين) من وارث أو أجنبي ولم يسقط بإبراء (فسخ) تصرفه ليصل المستحق إلى حقه ويظهر أن الفاسخ هنا هو الحاكم ويفرق بينه وبين ما مر من التحالف بأن العاقد ثم هو الفاسخ بخلافه هنا نعم لو أعتق الوارث عبد التركة أو أولد أمتها وهو موسر نفذ وإن كان الدين موجودا حال العتق فيلزمه قيمته ولا ينفذ تصرفه في شيء غير هذين.
(ولا خلاف أن للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين) الذي يلزمه قضاؤه وهو الأقل من القيمة والدين فإن استويا تخير أو نقصت القيمة لم يلزمه أكثر منها فاللازم له هو الأقل منهما كما علم مما مر عن السبكي ومن تبعه بل هو معلوم من قوله تعلقه بالمرهون، إذ الراهن لا يلزمه الوفاء من حيث الرهن إلا بالأقل المذكور فإيراد أن له إمساكها بقيمتها الأقل من الدين عليه غير صحيح (من ماله)، لأن المورث الذي هو خليفته له ذلك ومن ثم لم يجز لوصي ولا لقاض بيعها إلا بإذن الوارث الحاضر نعم لو أوصى بدفع عين إليه عوضا عن دينه أو على أن تباع ويوفي دينه من ثمنها أو أوصى ببيع عين من ماله لفلان <ص: 115> عمل بوصيته وامتنع على الوارث إمساكها والقضاء من غيرها، لأنها قد تكون أحل من بقية أمواله وكذا لو اشتملت على جنس الدين، لأن للمستحق الاستقلال بأخذها ذكره الرافعي وسبقه إليه البندنيجي في الأولى والروياني في الثانية، وأما الأخيرة فلم أر من وافقه ولا من خالفه وإنما يتجه ما ذكره إن قال بدون ثمن المثل أو بغير نقد البلد أو بمؤجل ونحو ذلك مما يظهر

فيه أن للتخصيص معنى يعود نفعه على المشتري، ومنه أن يكون له غرض في خصوص تلك العين ولو بأزيد من ثمن مثلها، أما لو قال بثمن المثل الحال من نقد البلد أو أطلق ولم يعرف له غرض في تلك العين فالذي يظهر عدم صحة هذه الوصية، لأنها كالعبث وقوله وكذا إلى آخره المراد منه كما دل عليه السياق أن محل قولهم للوارث إمساك التركة والقضاء من ماله حيث لم يكن الدين من جنس التركة وإلا فإن أراد إعطاءه من غير التركة ما هو من جنس دينه فورا أجبر الدائن على القبول كما في نظيره من الرهن الجعلي، لأن امتناعه حينئذ تعنت وتعلق حقه بعين التركة لكونها مرهونة فيه لا يمنع الإعطاء من غيرها المساوي لها، لأن تعلق حقه إنما هو بالذمة حقيقة وبالتركة توثقا.

وإذا كان بالذمة تخير الوارث في قضائه من أي محل شاء حيث لا ضرر على الدائن بوجه وإذا وجبت إجابة الراهن في الرهن الجعلي في نظير ذلك بشروطه مع كونه أقوى بالنظر لما نحن فيه فأولى هذا فإن قلت: قرروا في الوصايا وغيرها أن الأغراض تختلف باختلاف الأعيان فقياسه إجابة دائن له غرض في عين التركة قلت لم يطلقوا ذلك الاختلاف حتى يتأتى ما ذكر وإنما خصوه بما إذا كان حقه متعلقا بأعيان التركة ملكا كأن أوصى لكل وارث بعين هي قدر حصته لا بد من الإجازة حينئذ لاختلاف الأغراض باختلاف الأعيان.

وأما من حقه في الذمة أصالة وليس له في الأعيان إلا التوثق فلا يجاب إلى تعيين عين دون عين مساوية لها لظهور تعنته حينئذ كما تقرر وإن أراد إعطاءه من غير الجنس أو مع تأخير لغير ضرورة فله الأخذ، لكن إن وجدت شروط الظفر لتعديه بمنع الجنس أو بالتأخير وقد صرحوا بجريان الظفر بشروطه فيما فيه جنس الدين وغيره وبهذا الذي ذكرته ودل عليه كلامهم يرد على من زعم أن للمستحق هنا الاستقلال بالأخذ ثم استشكله بأن الإنسان لا يتعاطى البيع والاستيفاء لنفسه إلا في مسألة الظفر والوالد مع الطفل وبأن <ص: 116> الرافعي ذكر في خلط المغصوب بمثله وقلنا الخلط إهلاك أن للغاصب أن يعطيه من غير المخلوط مع كونه أقرب إلى حقه ولعل الفرق أن ذمة الميت خربت وانتقل الحق إلى عين التركة

بخلاف الغاصب فإن العين قد تلفت بالخلط وانتقل الحق إلى ذمته فالذمة هنا كالتركة ثم ا ه ووجه رده أنه ليس هنا بيع، لأن الفرض في مجرد أخذ من التركة وأنه يوهم أنه لا يأتي هنا ظفر مطلقا وليس كذلك لما علمت من تأتيه في بعض الصور، وأما ما ذكره من استشكال ما هنا بمسألة الخلط والفرق بينهما فسهو منشؤه عدم تأمل كلامهم هنا وثم وبيانه أنهما على حد سواء، لأن الغاصب بالخلط ملك المخلوط وصار هنا بحق المالك فلا يصح تصرف الغاصب فيه إلا بعد إعطاء المالك للبدل وحينئذ فهذا كالتركة هنا ملك للوارث ومرهونة بالدين فلا يصح تصرفه فيها قبل وفاء الدين، وإذا تقرر أنهما على حد سواء فما تقرر هنا من التفصيل يأتي ثم فإذا أراد الغاصب إعطاءه من غير المخلوط فامتنع فإن كان البدل الواجب له من جنس المخلوط أو من غير جنسه تأتى جميع ما ذكر وإطلاق الرافعي ثم الإعطاء من غير المخلوط مقيد بما قاله هنا من التفصيل لما علمت من اتحادهما في أن كلا من التركة والمخلوط ملك الوارث والغاصب ومرهون بما في ذمة الميت المنزل منزلته وارثه وبما في ذمة الغاصب فالتعلق بالذمة باق فيهما وزعم خراب ذمة الميت لا يصح هنا، لأن الأصح أن له ذمة صحيحة وأن قولهم ذمة الميت خربت محمول على أن خرابها إنما هو بالنسبة للالتزام دون الإلزام.

ألا ترى أنه لو تعدى بحفر ضمن من تردى فيه بعد موته ثم رأيت آخر كلام ذلك الزعم أنه لا فرق بين المسألتين لكنه استنتجه من تكلف حمله الإعطاء من الغير فيهما على ما إذا حصل تأخير وليس كما زعم بل الحق ما ذكرته فتأمله، وقضية المتن بل صريحه أن للوارث الحائز الاستقلال بقضاء الدين وقبض دين الميت ووديعته من غير إذن القاضي، إذ لا ولاية له عليها حينئذ، وقولهم إذا لم يوص بقضائه فهو للقاضي مفروض فيما إذا كان في الورثة محجور عليه أو غائب وبهذا يندفع إطلاق بعضهم أن المنقول أنه لا يباع شيء من التركة إلا بإذن القاضي الأهل، لأن ولاية قضاء الدين إليه، لأنه ولي الميت، والحاصل أن شرط استقلال الوارث بما مر على ما ذكرناه كونه مستغرقا وقصده البيع للوفاء وإذن الغريم له فيه صريحا فلو باعه له بلا إذن لم يصح فيما يظهر، لأن إيجابه

وقع بإطلاق فلم يصح قبوله له <ص: 117> ولا ينافيه اغتفار ذلك في الرهن الجعلي على ما يقتضيه كلامهم، لأنه يحتاط هنا أكثر، إذ لو أذن الدائن للراهن أن يتصرف في الرهن لنفسه صح ولو أذن للوارث هنا في ذلك لم يصح كما مر ولو زاد الدين على التركة فطلب الوارث أخذها بالقيمة ولا شبهة في ماله أي: والتركة ومال الغريم لا شبهة فيه وقال الغريم تباع رجاء الزيادة أجيب الوارث على الأصح فإن الظاهر والأصل عدم الراغب وللناس غرض في إخفاء تركة مورثهم عن إشهارها بالبيع واختار الأذرعي إجابة الغريم نظرا لنفع الميت، إذ النداء يثير الرغبات فإن قلت يؤيده إجابة الغريم فيما لو قال الغريم أنا آخذهما بكل الدين قلت يفرق بأن هنا نفعا محققا للميت وهو سقوط الدين عن ذمته وخلاص نفسه من حبسها بخلاف ذاك فإنها إذا اشتهرت في النداء قد يحصل ذلك وقد لا فأجيب الوارث كما تقرر ونقل الزركشي عن الكفاية عن البحر أنه لو تعلق الدين بعين التركة لم يكن للوارث إمساكها وفيه نظر وإطلاقهم أوجه.
(والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث) وإلا لورث من أسلم أو عتق قبل قضائه ولم يرث من مات قبل ذلك ولأن تعلق الرهن أو الأرش لا يمنع الملك في المرهون والعبد الجاني وقوله تعالى {من بعد وصية يوصى بها أو دين} غاية للمقادير لا للمقدر أي: لا تعتقدوا أن الثمن من أصل المال وإنما هو بعد الفاضل عن ذينك، وقضية كونها ملكه إجباره على وضع يده عليها وإن لم تف بالدين ليوفي ما ثبت منه، لأنه خليفة مورثه ولأن الراهن يجبر على الوفاء من رهن لا يملك غيره فإن امتنع ناب عنه الحاكم وكلامهم في وارث عامل المساقاة ظاهر في ذلك (ولا يتعلق) الدين (بزوائد التركة) المنفصلة الحادثة بعد الموت كذا عبروا به وظاهره أن ما حدث مع الموت تركة ويظهر أن المراد به آخر الزهوق، لأن الأصل بقاء ملك الميت حتى يتحقق الناقل ولا يتحقق إلا بتمام خروج الروح ولا أثر لشخوص البصر لما مر أنه بعد خروجها وأنه من آثار بقايا حرارتها الغريزية ولذا تجد المذبوح يتحرك حركة شديدة كالكسب والنتاج بأن كان الموجب للأجرة كالصنعة من عبيد التركة مثلا أو كان العلوق بالحمل من أمة أو بهيمة من التركة واقعا بعد الموت ويلحق بذلك ما لو مات

عن زرع <ص: 118> طول السنبلة منه ذراع فطالت بعد الموت ذراعا آخر فهذا الذراع للوارث، لأنه زيادة متميزة فكانت كالمنفصلة وأما الحب المنعقد بعد ذلك فيأتي حكمه ويدل على أن تلك الزيادة المتميزة في الطول لها اعتبار قول المتولي وغيره في أصول نحو البطيخ إن بيعت بشرط قلع فهي كأصلها للمشتري أو بشرط قطع فهي للبائع وما لو مات عن نحو نخل وقد برز طلع أو نحوه كالنور أو علقت بالحمل قبل الموت أو معه وجد تأبر أم لا فالثمرة والحمل تركة فيتعلق به الدين بناء على الأصح أن الحمل يعلم.
وإذا ثبت هذا في الحمل ثبت في نحو الطلع المذكور بالأولى ومثله إسبال الزرع فإن وقع بعد الموت فاز بحبه الوارث أو معه أو قبله فتركة ثم ما حكم بأنه للوارث وتعذرت قسمته وبيعه لعدم رؤيته مثلا ينتظر وضعه وحصاده وما لا يتعذر فيه ذلك كالطائل من السنابل وكالثمر الذي لم يؤبر يقومان بعد الموت وقبله فما خص الزائد للوارث وما عداه تركة هذا ما يظهر من متفرقات كلامهم.
ثم رأيت الأذرعي قال لو مات عن زرع لم يسنبل فهل الحب تركة أو للورثة ؟ الأقرب الثاني وهو موافق لقولي فاز بحبه الوارث إلخ قال فلو برزت السنابل فمات ثم صارت حبا فهذا موضع تأمل ا ه. وسبب توقفه كما هو ظاهر ما أشعر به كلامه أنه متوقف في السنابل نفسها هل هي تركة لوجودها قبل الموت أو لا، لأن المقصود منها وهو الحب إنما وجد بعد الموت، أما على ما قدمته أن السنبلة بعضها الذي طال بعد الموت للوارث وما قبله تركة فالحب للوارث، لأنه لم يبرز إلا بعد الموت ولا نظر للسنابل، لأن كلا من الميت والوارث ملك بعضها فتعارضا وتساقطا وحينئذ يتعين أن المدار على البروز كما في الطلع وهو إنما برز بعد الموت فليفز به الوارث فتأمل ذلك كله فإنه مهم ثم رأيت ما يؤيد ما ذكرته بل يصرح به وهو قولهم ما قارن عقد الرهن من نحو طلع وحمل مرهون بناء على الأصح أن الحمل يعلم والطلع أولى منه لظهوره وقولهم ما حدث بعد عقد الرهن من نخيل مرهونة أي: والموت هنا كالعقد ثم من نحو سعف ووعاء طلع وليف وأصول سعف وأولاد نبتت من عروق النخلة بجنبها

غير مرهون اعتيد قطع ذلك كل سنة أم لا وقول ابن الرفعة في ورق يترك إلى أن يسقط وفي جريد وأغصان غير مقصودة أنها مرهونة مردود فإن قلت ينافي قياس ما هنا على الرهن الجعلي أن الذي عليه جمع متقدمون ثم إن المقارن للعقد مما ذكر غير مرهون أيضا وقد ذكرتم هنا أنه مرهون قلت ليس ذلك متفقا عليه فقد قال المتولي ثم بنظير ما قلناه هنا أنها مرهونة وبتسليم <ص: 119> أن المعتمد الأول يفرق بما أشرت إليه آنفا أن الأصل بقاء ملك الميت فاستصحبناه على ما وجد قبل تمام خروج روحه والأصل هنا بقاء ملك الراهن من غير تعلق به حتى يتحقق وجود العقد الموجب لتعلق الحق به ولا يتحقق ذلك إلا فيما وجد بعد العقد لا معه وذكروا ثم أن الحمل إذا كان غير مرهون لم تبع أمه قبل الوضع بغير رضا الراهن لتعذر توزيع الثمن وتباع نخلة مرهونة حدث طلعها بعد الرهن دخل طلعها في البيع أم لا، وفيما إذا أراد بيع ما حدث طلعها استثناه عند بيعها وإن صح معها كما تقرر ا ه.

وهو يؤيد بعض ما ذكرته في البيع وفي زيادة المبيع إذا رد بنحو عيب تفصيل يأتي كثير منه هنا كما يعلم بالتأمل الصادق ومنه قولهم وطلع وثمرة حادثان بعد عقد الشراء للمشتري كالحمل الحادث حينئذ بخلاف الصوف عند الشيخين، لأنه لما اتصل باللحم أشبه السمن والنابت عند المشتري من أصول ما لا يدخل في البيع كالكراث للمشتري، لأن الحادث منها ليس تبعا للأرض والبيض كالحمل وإنما أطلت هنا، لأني لم أر من نبه على شيء من ذلك مع مسيس الحاجة إليه فتعين إمعان النظر في كلامهم الذي استنبطت منه ما ذكرته هنا فإنه نفيس مهم.

(فرع) ما قبضه أحد الورثة من دين مورثه يشاركه فيه البقية نعم لو أحال وارث على حصته من دين مورثه فقبضها المحتال فلا يشاركه أحد فيها، لأنه قبضها عن الحوالة لا الإرث ويأتي قبيل الوكالة ما له تعلق بهذا فراجعه.

كتاب التفليس

هو لغة النداء على المدين الآتي وشهره بصفة الإفلاس المأخوذ من الفلوس التي هي أخس الأموال

وشرعا حجر الحاكم على المدين بشروطه الآتية وصح {أنه صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ في ماله وباعه في دينه وقسمه بين غرمائه فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم فقال لهم صلى الله عليه وسلم ليس لكم أي: الآن إلا ذلك} والمفلس لغة المعسر وشرعا من لا يفي ماله بدينه كما قال ذاكرا حكمه (من عليه) دين أو (ديون) لله تعالى إن كان فوريا أو لآدمي (حالة) لازمة (زائدة على ماله) الذي يتيسر الأداء منه ولو دينا حالا <ص: 120> على مليء مقر أو عليه به بينة بخلاف نحو منفعة ومغصوب وغائب ودين ليس كذلك فلا تعتبر زيادة الدين عليها، لأنها بمنزلة العدم وأفهم قوله على ماله أنه إذا لم يكن له مال لا حجر عليه، وبحث الرافعي الحجر عليه منعا له من التصرف فيما عساه يحدث مردود بأن الأصح أن الحجر إنما هو على ماله دون نفسه وما يحدث إنما يدخل تبعا لا استقلالا، وبحث ابن الرفعة أنه لا حجر على ماله المرهون، لأنه لا فائدة له وردوه بأن له فوائد كمنع تصرفه فيه بإذن المرتهن وفيما عساه يحدث بنحو اصطياد وبهذه فارق ما مر في التركة المرهونة في الحياة، لأن ما يحدث منها ملك الورثة فلا فائدة للحجر فيها ما دام الرهن متعلقا بها (يحجر عليه) من الحاكم بلفظ حجرت وكذا منعت من التصرف على الأوجه وجوبا في ماله إن استقل وإلا فعلى وليه في مال المولى (بسؤال الغرماء) أو ولي المحجور منهم للخبر المذكور ولئلا يخص بعضهم بالوفاء فيتضرر الباقون.

(ولا حجر) بدين لله تعالى غير فوري كنذر مطلق وكفارة لم يعص بسببها ولا بدين غير لازم <ص: 121> كمال كتابة ولا (بالمؤجل)، إذ لا مطالبة بذلك مطلقا أو حالا (وإذا حجر) عليه (بحال لم يحل المؤجل في الأظهر) لبقاء الذمة بحالها وبه فارق الموت ومثله الاسترقاق لا الجنون على الأصح من تناقض للمصنف فيه ولا الردة إلا إن اتصلت بالموت ويؤخذ مما تقرر في الحلول به أن من استأجر محلا بأجرة مؤجلة ومات قبل حلولها وقبل استيفاء المنفعة حلت بالموت كما أفتى به شيخ الإسلام الشرف المناوي وأما إفتاء الشارح بعدم حلولها نظرا إلى أنه هنا لم يستوف المقابل بخلاف بقية صور الحلول بالموت فمردود بما تقرر أن سبب الحلول بالموت خراب الذمة

وهو موجود هنا وبقول البلقيني تحل الديون المؤجلة بموت المدين إلا في صورة على مرجوح وبقول الزركشي إلا في ثلاث صور مسلم تحمل عنه بيت المال فمات لا يحل على بيت المال وثنتين على مرجوح والاستثناء معيار العموم وفي فتاوى البلقيني ما يصرح بذلك وسأذكره آخر الإجارة وبأنه قد يحل والاستيفاء للمقابل في مسائل كثيرة كحلول دين الضامن بموته ودين الصداق بموت الزوج قبل وطئه. (ولو كانت الديون بقدر المال فإن كان كسوبا ينفق من كسبه فلا حجر) لعدم الحاجة إليه بل يلزمه الحاكم بقضاء الدين فإن امتنع تولى بيع ماله أو أكرهه بالضرب والحبس إلى أن يبيعه ويكرر ضربه لكن يمهل في كل مرة حتى يبرأ من ألم الأولى لئلا يؤدي إلى قتله خلافا لما أطال به السبكي ومن تبعه. (وإن لم يكن كسوبا وكانت نفقته من ماله فكذا) لا حجر (في الأصح) لتمكنهم من مطالبته حالا نعم لو طلبه الغرماء في المساوي أو الناقص بعد امتناعه أجيبوا لكنه ليس حجر فلس بل من الحجر الغريب السابق قبيل التولية، كذا وقع في شرح المنهج لشيخنا وكأنه أخذه من قول الإسنوي فإن التمس الغرماء الحجر عليه حجر في أظهر الوجهين وإن زاده له على دينه كذا ذكره الرافعي في الكلام على الحبس وعلله بخوف إتلافه لما له ا ه لكن اعترضه المنكت بأن الذي قالاه ثم إطلاق لا غير قال <ص: 122> فليحمل على ما إذا زاد الدين ا ه وأقول يجمع بحمل الأول على ما إذا كان الدين نحو ثمن، إذ قضية كلامهم في مبحث الحجر الغريب اختصاصه بذلك صونا للمعاملات عن أن تكون سببا لضياع الأموال والثاني على ما إذا كان نحو إتلاف، إذ قضية كلامهم هنا أنه لا حجر في الناقص والمساوي غريبا ولا غيره.
(ولا يحجر) عليه (بغير طلب) من الغرماء، لأنه لمصلحتهم وهم أصحاب نظر نعم لو ترك ولي المحجور السؤال فعله الحاكم وجوبا نظرا لمصلحة المحجور ولا يحجر لدين غائب رشيد بلا طلب كما لا يستوفي دينه نعم إن كان غير ثقة مليء وعرضه على الحاكم لزمه قبضه إن كان أمينا وإلا حرم كما هو ظاهر ويؤخذ من لزوم قبضه له أن يحجر عليه حتى يقبض منه لئلا يضيعه قبل تيسر القبض منه، ويحتمل خلافه، وبحث شارح جواز الحجر على غريم مفلس محجور عليه ميت من غير التماس نظرا لمصلحته أو حي

التمس غرماؤه وإن لم يلتمس هو وعليه مع ما فيه لا ينافيه قولهم لا يحلف <ص: 123> غريم مفلس نكل وميت نكل وارثه ولا يدعي ابتداء، لأن ما نحن فيه أمر تابع وهو يغتفر فيه ما لا يغتفر في المقصود من الحلف وابتداء الدعوى.
(فلو طلب بعضهم الحجر ودينه قدر يحجر به) بأن زاد على ماله (حجر) عليه لوجود شرطه ثم لا يختص أثره بالطالب (وإلا) يحجر به (فلا) يجاب، لأن دينه يمكن وفاؤه بكماله فلا ضرورة به إلى طلب الحجر.
(ويحجر) وجوبا على ما وقع لشيخنا في شرح المنهج والذي صرح به الأذرعي وغيره الجواز (بطلب المفلس) أو وكيله بعد ثبوت الدين عليه ولو بعلم القاضي وقضية ذلك توقف ثبوته على دعوى الغريم وهو محتمل ثم رأيت السبكي قال صورة المسألة أن يثبت الدين بدعوى الغرماء وإقامة البينة مثلا ولم يطلبوا الحجر ويطلبه هو أما بدون ذلك فلا يكفي طلب المفلس ا ه وهو صريح فيما ذكرته (في الأصح) لظهور غرضه فيه من وفاء ديونه بصرف ماله فيها.
(فإذا حجر) عليه بطلب أو دونه (تعلق حق الغرماء بماله) عينا ودينا ولو مؤجلا على الأوجه فلا يصح إبراؤه منه ومنفعة ليحصل الغرض المقصود من الحجر فلا ينفذ تصرفه فيه بما يضرهم ولا يزاحمهم فيه دين حادث نعم يقدم عليهم مستأجر بمنفعة ما تسلمه قبل الفلس ولعاقد حجر عليه زمن الخيار فسخ وإجازة على خلاف المصلحة لعدم أو ضعف تعلق حقهم بالمعقود عليه حينئذ ويؤخذ منه أنه لا يشترط التسلم قبل الفلس في مسألة الإجارة بل يكفي سبق عقدها عليه وخرج بحق الغرماء حق الله تعالى غير الفوري كزكاة وكفارة ونذر فلا يتعلق بمال المفلس (وليشهد) الحاكم ندبا (على حجره) أي المفلس ويسن أن يأمر بالنداء عليه بأن الحاكم حجر عليه (ليحذر) في المعاملة.
(و) بالحجر يمتنع عليه التصرف في أمواله ولو ما اكتسبه بعد الحجر وحينئذ (لو باع أو وهب) أو أبرأ من دين له ولو مؤجلا كما مر (أو أعتق) أو وقف أو آجر (ففي قول يوقف تصرفه) المذكور وإن أثم به (فإن فضل ذلك عن الدين) لنحو إبراء أو ارتفاع قيمة (نفذ) حالا منه أي بان نفوذه (وإلا) يفضل (لغا) أي: بان إلغاؤه (والأظهر بطلانه) حالا

<ص: 124> لتعلق حق الغرماء بما يصرفه فيه نعم يصح تصرفه فيما يتقدم به عليهم كثياب بدنه وفيما يدفعه القاضي لنفقته ونفقة ممونه بأن يصرفه فيها كما بحثه الأذرعي وتدبيره ووصيته لتعلقهما بما بعد الموت وكذا إيلاده كما رجحه ابن الرفعة وخالفه السبكي كإيلاد الراهن المعسر وفرق غيره بأن الراهن هو الذي حجر على نفسه بخلاف المفلس وبأن حجر الرهن أقوى، لأنه يقدم به على مؤن التجهيز بخلاف المفلس يتقدم بها على الغرماء ويضمن مدين مفلس أقبضه دينه بعد الحجر وإن جهله أو أذن له فيه حاكم إلا إن كان مذهبه ذلك.
(فلو باع ماله) كله أو بعضه (لغرمائه بدينهم) أو بعضه أو لغريم بدينه كما بأصله وحذفه، لأنه معلوم مما ذكره بالأولى (بطل) إن لم يأذن فيه الحاكم (في الأصح) وإن وجدت شروط البيع السابقة لبقاء الحجر عليه أما بإذنه فيصح جزما.
(فلو) تصرف في ذمته كأن (باع) في ذمته غير سلم أو (سلما أو اشترى) أو استأجر أو اقترض شيئا (في الذمة فالصحيح صحته ويثبت) المبيع في الأولى والبدل فيما بعدها (في ذمته)، إذ لا ضرر على الغرماء فيه.
(ويصح نكاحه) ورجعته (وطلاقه وخلعه) إن كان زوجا وإلا لم ينفذ من الزوجة والأجنبي بالعين (واقتصاصه) أي: طلبه استيفاء القصاص فيجاب إليه (وإسقاطه) القصاص ويصح أن يكون من إضافة المصدر لمفعوله ولو مجانا، لأنه الواجب عينا واستلحاقه النسب ونفيه ولعانه وإجازة وصية زادت <ص: 125> على الثلث.
(ولو أقر بعين) مطلقا (أو دين وجب) ذلك الدين أو نحو كتابة سبقت (قبل الحجر) بنحو معاملة وإن لم يلزم إلا بعد الحجر فتعبيره يوجب المفيد لذلك أولى من تعبير أصله وغيره يلزم (فالأظهر قبوله في حق الغرماء) فيأخذ المقر له العين ويزاحم في الدين، لأن الضرر في حقه أكثر منه في حقهم فتبعد التهمة بالمواطأة لكن اختير المقابل لغلبتها الآن ولو طلبوا تحليفه لم يجابوا، لأنه لو رجع لم يقبل بخلاف المقر له فيجابون لتحليفه وإن لم يكن المقر محجورا عليه وظاهر كلام الشيخين أنه لو ادعى عليه بمال لزمه قبل الحجر فنكل وحلف المدعي زاحمهم، لأن اليمين المردودة كالإقرار (وإن أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر)

إسـنادا مقيـدا (بمعاملـة أو) إسـنادا (مطلقـا) عـن التقييـد بمعاملة أو غيرها (لم يقبل في حقهـم) فلا يزاحمهـم المقـر له لتقصير معـامله ولأن الإطلاق ينـزل علـى أقـل المراتـب وهو دين المعاملة ويصح على بعد أن يريـد أو أقـرا إقـرارا مطلقا عن التقييد بما قبل الحجر أو بعده فإنه لا يقبل هنا أيضا تنزيلا على الأقل هنا أيضا وهو إسناده لما بعد الحجـر ومحلـه كمـا فـي الروضـة إن تعـذرت مراجعتـه وإلا عمـل بتفسيره وقياسه العمل به في مسألة المتن أيضا.
(وإن قال عن جناية) ولو بعد الحجر (قبل في الأصح) لعـدم تفريط المقر له ومثله ما حـدث بعـد الحجـر وتقـدم سـببه عليه كانهدام ما آجره قبل إفلاسـه والحاصـل أن مـا وجـب عليه بعد الحجر إن كان برضا مستحقه لـم يقبـل وإلا قبـل وزاحم الغرماء فإن قلت قـوله لـم يقبـل ينـافيه إفتـاء ابـن الصلاح بأنه لو أقر بدين وجب بعد الحجر واعـترف بقـدرته على وفائه قبل وبطل ثبوت إعساره قلت يتعين حمل قوله قبـل علـى أنـه بالنسـبة لحـق المقـر لـه لا لحـق الغرمـاء ويترتب على ذلك قوله عقبـه وبطـل ثبـوت إعسـاره <ص: 126> لأن قدرته علـى وفـائه شـرعا تسـتلزم قـدرته علـى وفاء بقية الديون.
(وله أن يرد بالعيب ما كان اشتراه) قبل الحجـر (إن كـانت الغبطـة فـي الـرد) أو اسـتوى الأمـران علـى مـا صـرح بـه الإمـام، لأنـه مـن توابـع الـبيع السـابق مـع أنـه أحـظ لـه وللغرماء ولم يجب على المعتمـد، لأنـه لا يلزمـه الاكتسـاب كما يأتي بقيده الظاهر جريانه هنـا أيضـا وإنمـا لـزم الـولي الرد، لأنـه يلزمـه رعايـة الأحـظ لمـوليه وإنمـا عـد إمسـاك مريض ما اشتراه في صحته والغبطة في رده تفويتـا حـتى يحسب النقص من الثلث، لأنه لا جابر فيه والخلل هنـا قـد ينجـبر بالكسـب وأيضـا فحجـر المـرض أقـوى فـإن كـانت الغبطة في إمساكه امتنع الرد وفارق ما مر آنفا من جـواز فسخه وإجازته في زمن الخيار مع عدم الغبطة بـأن العقـد مزلــزل فضــعف تعلقهــم بــه <ص: 127> ولا أرش هنــا مطلقا، لأن الرد غير ممتنع في نفسه وأفهم قوله ما كـان اشتراه أنه لا يرد ما اشـتراه بعـد الحجـر بثمـن فـي ذمتـه واعتمده أبو زرعة لتعلق حقهم به والرد يفوته عليهم مجانا بخلاف ذاك، لأن رده يحصل لهم ثمنه لكن اعتمد الإسـنوي وابن النقيب عدم الفرق.

(والأصح تعدي الحجر) بنفسه (إلى ما حدث بعده بالاصطياد) وغيره من سائر الأكساب وإن زاد المال على الديون (والوصية والشراء) في الذمة (إن صححناه) وهو الراجح كما مر وإن زاد دينه بانضمام هذا إليه على ماله كما اقتضاه إطلاقهم وإن نظر فيه الإسنوي وذلك، لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها وذلك لا يختص بالموجود نعم لو وهب له بعضه أو أوصى له به وتم العقد عتق عليه ولا يرد على المتن خلافا لمن زعمه لزوال ملكه عنه قهرا عليه.
(و) الأصح (أنه ليس لبائعه) أي: المفلس في الذمة (أن يفسخ ويتعلق بعين متاعه إن علم الحال) لتقصيره (وإن جهل فله ذلك) وله أن يزاحمهم بثمنه لعذره (و) الأصح أنه (إذا لم يمكن التعلق بها) لعلمه (لا يزاحم الغرماء بالثمن)، لأنه دين حادث بعد الحجر برضا مستحقه فإن فضل شيء عن دينهم أخذه وإلا انتظر اليسار أما ما وجب لا برضا مستحقه فيزاحمهم به وفي نسخ يكن قيل وفي كل نقص، إذ التقدير يمكنه أو يكن له ا ه ولا يحتاج لدعوى النقص في يمكن كما هو واضح.

(فصل) في بيع مال المفلس وقسمته وتوابعهما
(يبادر) ندبا <ص: 128> (القاضي) أي: قاضي بلد المفلس إذ الولاية على ماله ولو بغير بلده له تبعا للمفلس (بعد الحجر) على المفلس (ببيع ماله) بقدر الحاجة (وقسمه) أي: ثمن المبيع الدال عليه ما قبله (بين الغرماء) بنسبة ديونهم أو بتمليكه لهم كذلك إن رآه مصلحة لتضرر المفلس بطول الحجر والغريم بتأخير الحق لكن لا يفرط في الاستعجال خشية من بخس الثمن ويجب كما يأتي البدار لبيع ما يخشى فساده أو فواته بالتأخير ولا يتولى بنفسه أو مأذونه بيع شيء له حتى يثبت عنده كما اعتمده ابن الرفعة وغيره ولو بعلمه أنه ملكه ويؤيده قولهم لو طلب شركاء منه قسمة ما بأيديهم لم يقسمه بينهم حتى يثبت عنده أنه ملكهم ولا تكفي اليد، لأن تصرفه حكم أي: فيما رفع إليه وطلب منه فصله نعم الوجه حمل هذا على يد مجردة وترجيح السبكي كابن الصلاح الاكتفاء باليد على ما إذا انضم إليها تصرف طالت مدته وخلا عن منازع ولو كانت العين بيد المرتهن أو الوارث كفى إقراره بأنه له أي، لأن

قول ذي اليد حجة في الملك كما صرحوا بـه ويشـترط مـا ذكر من ثبوت الملك والحيازة أو الحيازة بشـرطها المـذكور لجواز تصرف القاضـي فـي غيـر هـذا المحـل <ص: 129> أيضا ومر أن غير المفلس لا يتعين فيه تولي الحـاكم للـبيع بل له بيعـه وإجبـاره عليـه ولـو عيـن المـدعي أحـدهما لـم يتعين على الأوجه ويستثنى من قسمه بين الغرمـاء مكـاتب حجر عليه وعليه دين معاملـة وجنايـة ونجـوم فيقـدم الأول، لأن لغيره تعلقا آخر بتقدير العجـز وهـو الرقبـة ثـم الثـاني، لأنه مستقر، ومرتهن فيقدم بالمرهون ومجنـي عليـه فيقـدم بأرش الجناية من رقبة العبد الجاني وألحق بهمـا الزركشـي من له حبـس لنحـو قصـارة وخياطـة حـتى يقضـي الأجـرة، ومستحق حق فوري كزكاة فيقدم عليهـم كمـا بعـد المـوت ويؤخذ منه أن جميع الحقوق المتعلقة بعين التركة المقدمـة علـى ذوي الـديون المرسـلة فـي الذمـة تقـدم هنـا علـى الغرماء.

(ويقدم) في البيع (ما) يسرع ثم ما (يخاف فسـاده) كهريسـة وفاكهة ثم ما تعلـق بعينـه حـق كمرهـون (ثـم الحيـوان) إلا المدبر فيؤخره نـدبا عـن الكـل احتياطـا للعتـق وذلـك، لأنـه معرض للتلف وله مؤنة (ثم المنقول)، لأنـه يخشـى ضـياعه (ثم العقار) بفتح عينه ويجوز ضمها مقدما البناء على الأرض وأطلق في الأنوار ندب هذا الترتيب والأوجه وفاقا للأذرعـي أنه في غير ما يسرع فساده وغير الحيوان مستحب وفيهما واجب وقد يجب تقديم نحو عقار للخوف عليه من ظالم.

(وليبع) بالبناء للمفعول أو الفاعل ندبا (بحضرة) بتثليث الحـاء (المفلس) أو وكيله (وغرمائه) أو نـوابهم، لأنـه أنفـى للتهمـة وليبين المفلس ما فـي مـاله مـن مرغـب ومنفـر وهـم قـد يزيدون في الثمن والأولى توليه للبيع بـإذن الحـاكم لتطيـب نفس المشتري <ص: 130> وليستغنى عن بينة بملكه على ما مر وندبا أيضا (كل شيء في سـوقه) وقـت قيـامه، لأن طالبيه فيه أكثر فإن بيع في غيره بثمن مثله جاز كمـا لـو استدعى أهل السوق إليه لمصلحة كتوفر مؤنة الحمـل نعـم لو تعلق بالسوق غرض ظاهر وجـب وإنمـا يجـوز بيـع مـال المفلس (بثمن مثله حالا من نقد البلد) أي: محل البيع، لأنه المصلحة ومن ثم لو رآها الحاكم في الـبيع بمثـل حقـوقهم جاز ولو رضي المفلس والغرماء بمؤجل أو غيـر نقـد البلـد جاز على ما قال المتولي ومثلهما الغبن الفاحش ونظر فيه

السبكي لاحتمال غريم آخر ويرده أن الأصل عدمه وما يأتي في عدم احتياجهم لبينة بأن لا غريم غيرهم قيل ولو قلنا بما قاله المتولي لا يجوز للحاكم أن يوافقهم على ذلك أخذا مما يأتي في فرض مهر المثل للمفوضة، ولو ظهر راغب هنا زمن الخيار فكما مر في عدل الرهن ولو تعذر مشتر <ص: 131> بذينك وجب الصبر بلا خلاف كما أفتى به المصنف واعترض بقول ابن أبي الدم يباع المرهون أي: ولو شرعا كتركة المدين بالثمن الذي دفع فيه بعد النداء والإشهار وإن شهد عدلان أنه دون ثمنه بلا خلاف لئلا يتضرر المرتهن بناء على أن القيمة وصف قائم بالذات فإن قلنا إنها ما تنتهي إليه الرغبات بعد إشهاره الأيام المتوالية في ذلك الوقت بحكم العادة الغالبة فيه وهو الأظهر فواضح، لأن الذي دفع فيه هو ثمن مثله وهذا الخلاف قريب من الخلاف أن الملاحة صفة قائمة بالذات وجنس يعرف بنفسه أو مختلفة باختلاف ميل الطباع ا ه وأجيب بأن الراهن عرض ملكه للبيع بخلاف المفلس ويرد بأن هذا لا ينتج بيع ماله بدون ثمن مثله بل الوجه استواؤهما وحمل إفتاء المصنف على ما إذا لم يدفع فيه شيء أو دفع فيه شيء ورجيت الزيادة.
وكلام ابن أبي الدم على ما إذا دفع فيه شيء بعد النداء والإشهار بحيث لا ترجى فيه زيادة الآن، لأن هذا هو ثمن مثله، إذ الظاهر بناء على الأظهر أن القيمة ليست وصفا ذاتيا أن المعتبر فيها هو ما يرغب به وقت إرادة البيع لا مطلقا ويجري ذلك في بيع مال ممتنع، ويتيم، وغائب لوفاء ما عليه نعم الأوجه في قن كافر أسلم أنه لا يباع إلا بما يساويه في غالب الأوقات لاندفاع الضرر بالحيلولة بينهما ولأن الحق فيه لله تعالى فسومح بالتأخير وهنا الحق للآدمي الطالب لحقه وأفتى السبكي بجواز بيع مال يتيم لنفقته بنهاية ما دفع فيه وإن رخص لضرورته ثم رأيت شيخنا اعتمد ما ذكرته من استوائهما، فقال بعد أن نقل عن الغزي اعتماد الفرق والأوجه أن غير الرهن كالرهن كما جرى عليه السبكي فيه وفي بيع مال اليتيم المحتاج بما ذكر أي: بما ينتهي إليه ثمنه في النداء وإن كان دون ثمن مثله دفعا للضرر في الجميع ويشترط في ذلك أن لا يوجد للمدين نقد أو مال آخر رائج يقضي منه <ص: 132> وإلا تعين، ومن ثم لم يبع عقار غائب مدين له نض

أو حيوان أو عرض بل يقضي من النض فالحيوان فالعرض فالعقار ومر أن الدين لا يمنع الإرث فمن ثم اشترط في بيع الحاكم المرهون على الميت عرضه على الورثة أو أوليائهم، وتخييرهم بعد انتهاء قيمته إلى ثمن معلوم إما بالإشهار والنداء عليه وعرضه على ذوي الرغبات الأيام المتوالية وإما بتقويم عدلين خبيرين بين الوفاء من مالهم وبيعه بما انتهى إليه.
(تنبيه) استشكل السبكي تصور ثبوت القيمة قبل البيع بأنه لا بد من تقدم دعوى على الشهادة بها، لأنه حق آدمي وكيف يدعي بها ولا إلزام فيها وأجيب بأنها إن كانت مغصوبة ادعى مالكها قيمتها للحيلولة وإلا نذر شخص التصدق على معين بقدر عشر قيمة هذه مثلا فيدعي على الناذر بدرهم مثلا بحكم أنه نذر عشر قيمتها وأنه لزمه له النذر فينكر فيقيم البينة.
(ثم إن كان الدين غير جنس النقد) الذي بيع به (ولم يرض الغريم إلا بجنس حقه اشتري) له جنس حقه وجوبا، لأنه واجبه والمراد بالجنس هنا ما يشمل النوع بل والصفة كما هو ظاهر (وإن رضي) بغير جنس حقه وهو مستقل أو ولي والمصلحة للمولى في التعويض كما هو ظاهر (جاز صرف النقد إليه إلا في) نحو (السلم) والمبيع والمنفعة في الذمة لامتناع الاعتياض عنها كما مر وفي جواز الاعتياض عن نجوم الكتابة تناقض يأتي في الشفعة إن شاء الله تعالى.
(ولا يسلم) الحاكم أو نائبه (مبيعا قبل قبض ثمنه) وإلا أثم وضمن وقيده السبكي بما إذا لم يكن باجتهاد، أو تقليد صحيح وعليه إفتاء البلقيني مرة بعدم ضمان أمين الحاكم وأخرى بضمانه وذلك، لأنه متصرف لغيره فيحتاط كالوكيل فإن تنازعا أجبر المشتري على التسليم أولا ما لم يكن نائبا لغيره فيجبران على الأوجه واستثنى الأذرعي ما لو باع لغريم يحصل له مثل ثمن المثل عند القسمة فالأحوط بقاؤه في ذمته لا أخذه وإعادته إليه ونازعه الزركشي بأنه إن كان من جنس دينه تقاصا وإلا ورضي حصل <ص: 133> الاعتياض فلم يحصل تسليم قبل قبض المبيع بكل تقدير ويرد بأن الأحوط بقاؤه في ذمته وإن لم يحصل تقاص ولا اعتياض فصح الاستثناء على أن تعبيره بالمبيع وهم والموافق لما تقرر قبل قبض الثمن.

(فرع) لا يجوز لغريم مفلس ولا ميت الدعوى على مدينه وإن ترك المفلس والوارث الدعوى عليه كما يعلم مما يأتي في الدعاوى. (وما قبضه قسمه) ندبا إن لم يطلبوا وإلا فوجوبا (بين الغرماء) بنسبة ديونهم مسارعة للبراءة (إلا أن يعسر) قسمه (لقلته) وكثرة الديون (فيؤخر ليجتمع) وإن أبى الغرماء وفاقا لهما وإن اعترضا دفعا للمشقة كما لو ظهرت المصلحة في التأخير ويقرضه أي: ندبا لا وجوبا فيما يظهر لموسر أمين غير مماطل وجده وقد ارتضاه الغرماء ولا يجب هنا رهن، لأن الحظ للمفلس بخلافه في مال المحجور الآتي وإلا أودعه أمينا يرتضونه، لأن ببقائه بيده تهمة ما وبحث الأذرعي أن إبقاءه بذمة مشتر أمين موسر أولى من أخذه منه وإقراضه لمثله وعليه فهذه مستثناة من المتن أيضا.

(ولا يكلفون) عند القسمة (بينة) عبر بها للغالب، والمراد عدم تكليفهم الإثبات (بأن لا غريم غيرهم)، لأن الحجر يشتهر فلو كان لظهر وإنما كلف الورثة بينة أن لا وارث غيرهم، لأنهم أضبط من الغرماء غالبا ولتيقن استحقاق الغريم لما يخصه في الذمة بفرض ظهور مشارك مع إمكان إبرائه ولا كذلك الوارث.

(فلو قسم فظهر غريم شارك بالحصة)، لأن المقصود يحصل بذلك ولا تنقض القسمة فلو قسم ماله وهو عشرون على غريمين لكل مائة نصفين لكل عشرة فظهر غريم بمائة رجع على كل بثلث ما أخذه فإن كان أحدهما أتلف ما أخذه وهو معسر أخذ الثالث من الآخر خمسة <ص: 134> وكان ما أخذه كل المال فإذا أيسر المتلف أخذا منه ثلث ما أخذه واقتسماه نصفين وألحق بذلك أبو زرعة ما لو اقتسم الورثة التركة فظهر دين وقد أعسر بعضهم فيجعل ما مع الموسرين كأنه كلها فيأخذ الدائن كل دينه ثم إذا أيسر المعسر يرجع عليه بقدر حصته قال، لأن الدين لو علم اتحد حكمه في البابين فكذا إذا ظهر ا ه وواضح أنها لو قسمت بين غرماء فظهر غريم فكما هنا أيضا ولو قبض الحاكم حصة غائب فتلفت تحت يده لم يرجع الغائب على بقية الغرماء بشيء ولم تنقض القسمة، لأن الحاكم نائب عنه في القبض وبه فارق ما لو أخذ ناظر بيت المال حقه من تركة ثم ظهر عاصب وتعذر رد ما وصل لبيت المال فيحسب على جميع التركة شائعا،

وتنقض القسمة ويقسم ما بقي منها كما لو غصب أو سرق منها شيء قبل قسمتها لتبين عدم ولاية الناظر ومن ثم كان من أقبضه طريقا في الضمان إلا أن يكون حاكما أو مأذونه (وقيل تنقض القسمة) كما لو قسمت التركة فظهر وارث وردوه بأن حقه في عين المال وحق الغريم في القيمة وهو يحصل بالمشاركة وخرج بظهر ما حدث بعد القسمة فلا يضارب صاحبه إلا إن تقدم سببه كما لو انهدم ما آجره بعد القسمة. وكما في قوله (ولو خرج شيء باعه قبل الحجر مستحقا والثمن) المقبوض (تالف) قبل الحجر أو بعده (ف) هو أي: مثله في المثلي وقيمته في المتقوم (كدين ظهر) من غير هذا الوجه فيقاسم المشتري الغرماء بلا نقض للقسمة وذلك لثبوته قبل الحجر. أما غير التالف فيرده قيل لا معنى للكاف بل هو دين ظهر حقيقة ويرده ما تقرر في حله فتأمله.
(تنبيه) هل المراد بنقضها على الثاني ارتفاعها من أصلها بناء على الضعيف أيضا أن الفسخ يرفع العقد من أصله أو هو في هذا كالأول وإنما المختلف فيه استرداد المقبوض بعينه إن وجد وإلا فبدله، فعلى الثاني يجب وعلى الأول لا كل محتمل وعلى الأول الأقرب فلو كان المقبوض حيوانا مثلا كأن ملكهم <ص: 135> أعيان التركة إن رآه فحصلت منه زوائد بعد القبض فالظاهر أنها ترد فيملكها المفلس ثم تقسم.
(وإن استحق شيء باعه الحاكم) أو نائبه وثمنه المقبوض تالف (قدم المشتري بالثمن) أي بمثله أو قيمته على الغرماء رعاية لمصلحتهم لئلا يرغب الناس عن شراء ماله، وقضيته اختصاص ذلك بما باعه بعد الحجر وليس ببعيد (وفي قول يحاص الغرماء) كسائر الديون ولا يكون الحاكم وأمينه طريقين في الضمان.
(وينفق) الحاكم وجوبا من مال المفلس (على من عليه نفقته) من نفسه وقريبه لكن بعد طلبه أو طلب وليه كما اشترطوه في إنفاق ولي نحو الصبي على قريبه ومن زوجاته لكن كمعسر ولا يلزم منه عدم نفقة القريب، لأن الإعسار فيهما مختلف كما يعلم مما يأتي في النفقات ومالكيه كأم ولده أي: يمونهم نفقة وكسوة وإسكانا وإخداما وتجهيزا لمن مات منهم (حتى يقسم ماله)، لأنه ما لم يزل ملكه عنه موسر أي: بالنسبة لنفقة نحو القريب فلا

ينافي إعساره بالنسبة للزوجة ولا يعطيه إلا نفقة المعسرين كما مر يوما بيوم نعم لا ينفق منه على زوجة حادثة بعد الحجر وإنما أنفق على ولده منه مطلقا، لأنه لا اختيار له فيه وإن كان إنما استلحقه بعد الحجر على الأوجه، لأن الاستلحاق متحتم عليه وبهذا فارق شراءه لابنه في الذمة، لأن له اختيارا فيه عرفا ولا كذلك الولد وعلى ولد سفيه استلحقه من بيت المال لإلغاء إقراره بالمال من كل وجه بخلاف المفلس <ص: 136> كما مر فإن قلت: المماليك بعد الحجر حدثوا باختياره ومع ذلك يمونهم قلت، لأن مؤنتهم من مصالح الغرماء، لأنهم يبيعونهم ويقتسمون ثمنهم وألحقت بهم مستولدة بعد الحجر بناء على نفوذ إيلاده، لأن أجرتها لهم (إلا أن يستغني بكسب) بأن حصل منه شيئا فيكلف صرفه لهؤلاء ولو كفى كسبه البعض تمم الباقي من ماله أو زاد رد الباقي لماله واختار السبكي أنه لو قصر بترك الكسب أي: الحلال الغير المزري به لم ينفق على هؤلاء من ماله والإسنوي خلافه وهو ظاهر المتن وكلام الأصحاب، لأنه بعد الفوات يصدق أنه لم يستغن بكسبه وحمله على الاستغناء بالقوة بعيد، إذ قاعدة الباب أنه لا يؤمر بالتحصيل وبه يرد الجمع بحمل الأول على ما إذا وقع له ذلك ثلاثا فأكثر والثاني على ما إذا وقع له مرة أو مرتين.

(ويباع مسكنه) وإن احتاج إليه (وخادمه) ومركوبه (في الأصح وإن احتاج إلى) مركوب و (خادم لزمانته ومنصبه) لضيق حق الآدمي مع سهولة تحصيل ذلك بالأجرة فإن فقدها فعلى مياسير المسلمين كذا ذكره غير واحد وقضيته أنه يلزم المياسير أجرة الخادم والمركوب للمنصب وفيه وقفة، إذ لا يلزمهم إلا الضروري أو القريب منه وليس هذا كذلك إلا أن يقال إن أبهة المنصب بهما يترتب عليها مصلحة عامة فنزلت منزلة الحاجة.

(ويترك له) أي: لمن عليه نفقته الشامل لنفسه ولمن مر (دست ثوب) أي: كسوة كاملة ولو غير جديدة بشرط أن يبقى فيها نفع عرفا فيما يظهر لرأسه وبدنه ورجليه، لأن الحاجة لها كهي للنفقة فتشترى له إن لم تكن بماله (يليق به) حال الفلس ما لم يعتد دونه (وهو) في حق الرجل (قميص) ودراعه فوقه (وسراويل وعمامة) <ص: 137> وما تحتها منديل وطيلسان (ومكعب) وهو المداس وخف وليس

كل ما ذكر يتعين إلا لمن تختل مروءته بترك شيء منه، إذ الواجب من ذلك ما تختل المروءة بفقده، وادعاء أن نحو الطيلسان والخف لا يخل فقده بالمروءة مردود (ويزاد في الشتاء جبة) محشوة وفي حق المرأة ما يليق بها من ذلك مع نحو مقنعة وإزار ويسامح بلبد وحصير تافهي القيمة، ويظهر أن إناء الأكل أو الشرب التافه القيمة كذلك وتترك للعالم كتبه على التفصيل الآتي في قسم الصدقات وكذا خيل وسلاح جندي مرتزق لا متطوع إلا إن تعين عليه الجهاد ولم يجد غيرهما لا آلة الحرفة كما رجحه في الأنوار وظاهر كلام البغوي خلافه ولا رأس مال وإن قل كما شمل كلامهم، وقول ابن سريج يترك له رأس مال إذا لم يحسن الكسب إلا به حمله الأذرعي على تافه كما حمل الدارمي عليه نص البويطي وكل ما قيل يترك له ولم يوجد بماله اشترى له كذا أطلقوه وظاهره أنه يشترى له حتى الكتب ونحوها مما ذكر وفيه نظر ظاهر، ومن ثم بحث أنه لا يشترى له ذلك لا سيما إذا استغنى عنه بموقوف بل لو استغنى عنه به بيع ما عنده وينبغي أن يحمل عليه اختيار السبكي أنها لا تبقى له وقول القاضي لا تبقى في الحج فهنا أولى يحمل على ذلك أيضا وإلا فهو ضعيف كما يعلم مما مر ويباع المصحف مطلقا كما قاله العبادي، لأنه تسهل مراجعة حفظته ومنه يؤخذ أنه لو كان بمحل لا حافظ فيه ترك له.

(تنبيه) قال في القاموس الدست الدشت أي: الصحراء ومن الثياب والورق وصدر البيت معربات ا ه وعليه فالإضافة في المتن بيانية وبمعنى من وتفسيره بالكسوة الكاملة موضوع له فارسي وهو المراد هنا كما مر لدلالة المقام عليه.

(تنبيه آخر) قيل الغرماء يتعلقون بحسنات المفلس ما عدا الأيمان كما يترك له دست ثوب ويرد بأن هذا توقيفي فلا مدخل للقياس فيه وقيل ما عدا الصوم لخبر {الصوم لي} ويرده خبر مسلم أنهم يتعلقون حتى بالصوم (ويترك <ص: 138> قوت) ومؤن (يوم) أو ليلة (القسمة) بليلته التي بعده في الأول ونهاره كذلك في الثاني (لمن عليه نفقته) من نفسه وغيره ممن مر، لأنه موسر قبل القسمة هذا كله إن لم يتعلق بجميع ماله حق لمعين وإلا كالمرهون لم ينفق عليه ولا على ممونه منه.

(وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب أو يؤجر نفسه لبقية الدين)، لأنه تعالى أمر في المعسر بإنظاره ليساره ولم يأمره بكسب ولما مر في خبر معاذ {ليس لكم إلا ذلك} وإنما وجب الكسب لنفقة القريب، لأنها يسيرة والدين لا ينضبط ولأن فيها إحياء بعضه فكان كإحياء نفسه نعم إن وجب الدين بسبب عصى به لزمه الاكتساب كما اعتمده ابن الصلاح وغيره لتوقف صحة توبته على أدائه ومنه يعلم أنه لا يعتبر هنا كونه غير مزر به بل متى أطاق المزري لزمه فيما يظهر، إذ لا نظر للمروات في جنب الخروج من المعصية وأن الإيجاب ليس للإيفاء بل للخروج من المعصية ويوافقه ما في الإحياء أنه يجب على من أخر الحج مع قدرته عليه حتى أفلس أن يخرج ماشيا إن قدر فإن عجز اكتسب من الحلال قدر الزاد فإن عجز سأل ليصرف له من نحو زكاة أو صدقة ما يحج به فإن مات ولم يحج مات عاصيا فإذا وجب السؤال والكسب هنا مع أنه حق لله تعالى فأولى ذلك، لأنه حق آدمي ونظر بعضهم في كلام الإحياء بما لا يصح وقد يجب الاكتساب هنا وإن لم يعص به كمأذون قسم ما بيده للغرماء وبقي عليه دين فيتعلق بكسبه ويلزمه الاكتساب لوفاء ذلك قاله ابن الرفعة.

وإنما يصح إن أريد الوجوب وإن لم يأمره به السيد وإلا فالقن يلزمه الاكتساب للسيد حيث أمكنه وطلبه منه (والأصح وجوب إجارة) نحو (أم ولده و) نحو (الأرض) الموصى له بمنفعتها أو (الموقوفة عليه) <ص: 139> حيث لم يخالف شرط الواقف مرة بعد أخرى إلى قضاء الدين، لأن المنفعة كالعين نعم إن ظهر بإجباره على إجارة الوقف مدة تفاوت بسبب تعجيل الأجرة لحد لا يتغابن به في غرض قضاء الدين والتخلص من المطالبة لم يجبر وبه علم ضابط زمن كل مرة وهو ما لا يظهر به تفاوت بسبب تعجيل الأجرة وبحث الزركشي أن غلة ذلك لو لم يفضل منها شيء عن مؤنة ممونه قدم بها على الغرماء، لأنها تقدم في المال الخالص فالمنزل منزلته أولى ورد بأنها إنما تقدم إلى وقت القسمة فقياسه هنا أنه ينفق منها ما لم تؤجر للغرماء، لأن الإجارة حينئذ بمنزلة القسمة وفيه نظر ظاهر والظاهر ما قاله الزركشي، لأنه لا يعطي الغرماء منها إلا ما استقر ملكه له وهو ما مضت مدته

سواء استأجره الغرماء أم غيرهم فحينئذ ما قبض منها قبل الصرف إليهم تعلق حقه وحق ممونه به فيقدمون به ثم يدفع للغرماء ما بقي فالحاصل أن أجرة كل مرة لا يعطى منها غرماؤه إلا ما فضل عنه وعن ممونه تلك المدة.
(فرع) لا ينفك حجر المفلس بانقضاء القسمة ولا باتفاق الغرماء على رفعه لاحتمال غريم آخر بل برفع القاضي لا غيره ما لم يتبين له مال فتبين بقاؤه وله كما هو ظاهر فكه إذا لم يبق له غير المأجور والموقوف فيما عداهما.
(وإذا ادعى) المدين (أنه معسر أو قسم ماله بين غرمائه) أو أن ماله المعروف تلف (وزعم أنه لا يملك غيره وأنكروا فإن لزمه الدين في معاملة مال) يغلب بقاؤه (كشراء أو قرض) وادعى تلفه (فعليه البينة) بالتلف أو الإعسار في الصورتين، لأن الأصل بقاء ما وقعت عليه المعاملة وقضيته أن ما لا يبقى كاللحم من القسم الآتي ولو قال لي بينة بذلك وطلب خصمه حبسه أمهل ثلاثة أيام أيضا ثم حبس إلى ثبوت إعساره، وله أن يدعي عليه أنه يعلم ذهاب ماله ويحلفه نعم لو أقر بالملاءة عند المعاملة لم يقبل منه إلا البينة على ذهاب ماله الذي أقر أنه مليء به كما أفتى به القفال ويوافقه ما مر آنفا عن ابن الصلاح المعلوم منه أنه متى أقر بقدرته على وفائه بطل ثبوت إعساره.
(تنبيه) ظاهر كلامهم أنه لا بد من البينة بالتلف هنا من غير تفصيل بين ذكر سبب خفي أو ظاهر وهو مشكل بما يأتي في نحو الوديع من التفصيل وفي نحو الغاصب من تصديقه في التلف مع تعديه وقد يفرق بأنه سبق منه استئمان لنحو الوديع فخفف فيه وبأن الاحتياط للمعاملة اقتضى التشديد عليه بإقامته ما يقطع تعلق معامله بما في يده ونظيره ما مر من التشديد في المسلم فيه أكثر منه في الغاصب قيل استشكلت <ص: 140> الثانية بأن الفرض أنه وجد له مال وقسم فكيف يحتاج لبينة بتلف ماله مع احتمال أن ما قسم هو مال المعاملة فينبغي أن لا يحتاج إلى البينة عند نقص المال الموجود عن مال المعاملة أشار إليه في الكفاية ا ه ولك رده بأن الوجه ما اقتضاه كلامهم أنه لا بد من إقامة بينة بتلف مال المعاملة أو بقسمته بخصوصه بين الغرماء، إذ قسمته بينهم تلف له فهو داخل في قولهم لا بد من بينة بتلفه وحينئذ فلا وجه لقول من قال فينبغي إلخ ويثبت الإعسار أيضا باليمين المردودة بأن

يدعي علم غريمه بإعساره أو بتلف ماله فينكل عن اليمين على نفي علمه بذلك فيحلف المدين ويثبت إعساره وله تكرير طلب يمين الدائن ما لم يظهر منه ما يأتي ويعلم القاضي به، لأن المراد به الظن المؤكد (وإلا) يلزمه في معاملة مال كذلك كصداق وضمان وإتلاف (فيصدق بيمينه في الأصح)، إذ الأصل العدم ومن ثم كان المنقول المعتمد فرض ذلك فيمن لم يعرف له مال وإلا حبس إلى ثبوت إعساره.

(وتقبل بينة الإعسار) وهي رجلان وإن تعلقت بالنفي لمسيس الحاجة كالبينة بأن لا وارث غير هؤلاء ولا يحلف معها إلا بطلب الخصم، لأنها قد لا تطلع على مال له باطن بخلاف طلبه لها بالتلف مع بينته، لأن فيه محض تكذيب لها (في الحال) إن اطلعت على أحواله الباطنة كما قال (وشرط شاهده) أي الإعسار (خبرة باطنه) لنحو طول جوار <ص: 141> ومخالطة مع مشاهدة مخايل الضر والإضافة إلى أن يغلب على ظنه إعساره، لأن الأموال تخفى فلا يجوز الاعتماد على مجرد ظاهر الحال وشرط بعضهم في شاهدي المرأة كونها محرمين لها، لأن غيرهم لا يطلعون على باطن حالها وفيه نظر، إذ قد يستفيض عنده عنها ما يكاد يقطع بإعسارها لأجله وبتسليمه فيلحق بالمحرم نحو الزوج والممسوح ويعتمد قول الشاهد أنه خبير بباطنه وكان الفرق بينه وبين شاهد التزكية مسيس الحاجة هنا لذلك وخرج بشاهد الإعسار الشاهد بتلف ماله الذي لا يعرف له غيره فلا يشترط فيه خبرة باطنه.

(وليقل) شاهد الإعسار (هو معسر) مع ما يأتي (ولا يمحض النفي كقوله لا يملك شيئا) بل يقيده كقوله لا يملك إلا ما يبقى له أو لممونه وينبغي أن لا يكتفي منه بالإجمال كالعجز الشرعي خلافا للبلقيني بل لا بد من بيان ذلك المبقى له وإن كان عالما موافقا للقاضي، لأن الإجمال ليس من وظيفة الشاهد بل وظيفته التفصيل ليرى فيه القاضي ويحكم بمعتقده كما سيأتي مع ما فيه، ولو ادعى غريمه ولو بعد ثبوت إعساره أن له مالا باطنا لا تعلمه بينته وطلب حلفه لزمه الحلف على نفيه ونحو محجور وغائب وجهة عامة لا يتوقف التحليف لأجله على طلب وأفتى القفال بأن الشهادة باليسار لا بد فيها من بيان سببه وتبعه في الشامل ولو تعارضت بينة يسار وبينة

إعسار قدمت الأولى عند جمع متقدمين وقيده آخرون بما إذا جهل حاله فإن عرف له مال قبل قدمت الثانية.
(تنبيه) قال الزركشي قضية كلامهم هنا أنه لو محض النفي لا يقبل وبه صرح القاضي وغيره لكن نص في الشاهد بأن لا وارث له آخر على أنه يقول لا أعلم له وارثا آخر ولا يمحض النفي فإن محضه كلا وارث له آخر أخطأ المعنى ولم ترد شهادته ا ه. وقد يفرق بأن الوارث يظهر غالبا فعدم ظهوره دليل لتمحيض النفي فلم يعد منه تهورا وليس الإعسار كذلك، لأنه يظهر على صاحبه غالبا أن له شيئا فتمحيضه النفي فيه تهور منه فلم يقبل <ص: 142> ويؤخذ منه أنه لا يقبل منه تمحيضه وإن علم أنه الواقع وادعاه لما تقرر أن ذلك نادر جدا فعد به متهورا وإن فرض أن المفلس باطنا كذلك، لأن من هذا حاله لا يخفى أمره غالبا.
(وإذا ثبت إعساره) ولو في غيبة خصمه، إذ لا يتوقف ثبوته على حضوره (لم يجز حبسه ولا ملازمته بل يمهل) من غير مطالبة (حتى يوسر) للآية نعم له الدعوى عليه كل وقت أنه حدث له مال ويحلفه، لأنه محتمل وظاهر أن محله ما لم يظهر منه التعنت والإضرار وعلم من كلامه جواز حبس المدين ولو على زكاة أو عشر لا كفارة، لأنها تؤدى بغير المال قاله شريح لكن نظر فيه غيره والذي يتجه في كفارة فورية تعين فيها المال الحبس لا في زكاة تقبل السقوط بادعاء تلف أو نحوه وأن المراد بالعشر ما يشرط على من دخلوا دارنا بالتجارة أو الخراج المضروب بحق إلى ثبوت إعساره، نعم لا يحبس أصل لفرعه مطلقا ولا نحو من وقعت الإجارة على عينه إذا تعذر العمل في الحبس بل يقدم حق المستأجر على غيره ويستوثق القاضي عليه إن خاف هربه بما يراه. ولو قيل: إنه يجاب للحبس في غير وقت العمل كالليل لم يبعد ولا مريض لا ممرض له ولا مخدرة ولا ابن سبيل بل يوكل بهم ليترددوا ويتمحلوا ولا غير مكلف ولا ولي أو وكيل لم يجب المال بمعاملته وإلا حبس ولا قن جني ولا سيده حتى يؤدي أو يبيع بل يباع عليه إذا وجد راغب، وامتنع من البيع والفداء ولا مكاتب لنجم لتمكنه من إسقاطه متى شاء وللدائن ملازمة من لم يثبت إعساره ما لم يختر المدين الحبس فيجاب إليه وأجرة الحبس وكذا الملازمة على ما يأتي قبيل

القسمة على المدين ولو لم يفد فيه زاد في تعزيره بما يراه من ضرب وغيره كذا قيل ويتعين فرضه فيمن عرف له مال وامتنع من الأداء منه كما مر ومن حبسه قاض لا يطلق إلا برضا غريمه أو بثبوت إعساره ولا يخرج بغير إذنه إلا لضرورة كدعوى أو رد جوابها والذي يتجه حيث لم يوجد حبس إلا ببلد بعيد حبسه فيه وإن لم يكن بعمله كالتغريب في الزنا وإنما لم يحضر من فوق مسافة العدوي، لأن الحق ثم لم يثبت وللحاكم منع المحبوس مما يرى المصلحة <ص: 143> في منعه منه كتمتعه بحليلته ولا يلزم الزوجة إجابته إلى الحبس إلا إن كان بيتا لائقا بها لو طلبها للسكنى فيه فيما يظهر وكترفهه بشم ريحان وبغيره كالاستئناس بالمحادثة وكغلق الباب عليه وكمنعه من الجمعة بخلاف عمل الصنعة ونحوه مما لا ترفه فيه.

(فرع) حكم له بسفر زوجته معه فأقرت لآخر بدين قبل إقرارها ومنعت من السفر معه كما أفتى به ابن الصلاح وسبقه إليه شريح وقال ابن الفركاح وجمع لا يقبل وعلى الأول لا تقبل بينته أنها قصدت بذلك عدم السفر معه على الأوجه من وجهين في ذلك وإن توفرت القرائن بذلك، وعليه أيضا لو طلب الزوج من الزوجة أو المقر له الحلف على أن باطن الأمر كظاهره أجيب فيه أخذا مما يأتي في الإقرار لوارث أو غيره لا فيها، لأن إقرارها بأن ذلك حيلة لا يجوز سفرها معه بغير رضا المقر له ومر في عدم تحليف المفلس المقر ما يصرح بذلك ولو كان الإقرار صادرا عن حيلة كأن أقرضها دينارا ثم وهبته له فمحل تردد والذي يتجه أنه إن شهدت بذلك بينة أو اعترف به المقر له لم يؤثر ولو كان لكل من اثنين دين على الآخر حال ولم توجد شروط التقاص فلكل طلب حبس الآخر بشرطه.

(والغريب العاجز عن بينة الإعسار) لا يحبس بل (يوكل القاضي به) وجوبا (من) أي: اثنين فأكثر (يبحث عن حاله فإذا غلب على ظنه إعساره شهد به) لئلا يتخلد حبسه وظاهر المتن أنه يوكل به ابتداء ولا يحبسه كابن السبيل لكن ظاهر كلام الروضة وأصلها أنه يحبسه ثم يوكل من يبحث عنه.

(فصل) في رجوع نحو بائع المفلس عليه بما باعه له قبل الحجر ولم يقبض عوضه (من باع) شيئا بثمن في الذمة (ولم يقبض الثمن) أي: شيئا منه (حتى) مات المشتري <ص: 144> مفلسا كما يأتي أول الفرائض أو حتى (حجر على المشتري بالفلس) أي: بسبب إفلاسه بشروطه السابقة (فله) أي: البائع من غير حاكم حيث لم يحكم حاكم بمنع الفسخ (فسخ البيع) بنحو فسخته أو نقضته أو رفعته أو رددت الثمن أو فسخت البيع فيه لا بفعل ونحوه مما يأتي وقد يجب الفسخ بأن يتصرف عن موليه أو يكون سقط والغبطة في الفسخ (واسترداد المبيع) كله أو بعضه ويضارب بالباقي للخبر المتفق عليه {إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء} وفي رواية لهما {من أدرك ماله بعينه عند رجل وقد أفلس فهو أحق به من غيره} وسياقه قاض بأن الثمن لم يقبض وفي أخرى {أيما رجل أفلس أو مات فصاحب المتاع أحق بمتاعه}.
وأفهم كلامه أنه لا رجوع لو أفلس ولم يحجر عليه أو حجر عليه بسفه أو اشترى حال الحجر إلا إن جهل حاله كما مر فيثبت بشروطه الآتية أو اشترى شيئا بعين ولم يتسلمها البائع فيطالب بها ولا فسخ، لأن النص لم يرد <ص: 145> إلا في المبيع وما ألحق به (والأصح أن خياره) أي: البائع أو الفسخ (على الفور) كخيار العيب، لأن كلا لدفع الضرر وبه فارق خيار الأصل في رجوعه في هبته لولده وساوى الرد بالعيب في الفرق بين علمه وجهله.
(و) الأصح (أنه لا يحصل الفسخ بالوطء والإعتاق والبيع) ونحوها وتلغو هذه التصرفات كالواهب وإنما انفسخ بذلك في زمن الخيار، لأن الملك فيه غير مستقر (وله) أي: الشخص (الرجوع) في عين ماله بالفسخ (في سائر المعاوضات) المحضة، إذ هي التي (كالبيع) في فساد كل بفساد المقابل فدخل نحو السلم والقرض والإجارة لعموم الخبر المذكور وخرج نحو الهبة لعدم العوض فيه ونحو سقط والنكاح والصلح عن دم لتعذر استيفاء المقابل وليس من هذا الفسخ بالإعسار الآتي في النفقات <ص: 146> (وله) أي الرجوع في المبيع وما ألحق به (شروط منها كون الثمن) في البيع والعوض في غيره دينا (حالا) عند الرجوع وإن كان مؤجلا قبله ولو استمر الأجل لما بعد

الحجر، لأن المؤجل لا يطالب به فيصرف المبيع لديون الغرماء ومن هذا أخذ ابن الصلاح وأقره الإسنوي وغيره أن الإجارة التي يستحق فيها أجرة كل شهر عند انقضائه لا فسخ فيها لامتناعه قبل انقضائه لعدم المطالبة بالأجرة وبعده لفوات المنفعة المعقود عليها كتلف المبيع وهكذا كل شهر فلا يتصور فسخ إلا إن كانت الأجرة حالة أي أو بعضها حال، إذ لمن أجر شيئا بأجرة بعضها مؤجل وبعضها حال فسخ في الحال بالقسط كما بحثه غيره (وأن يتعذر حصوله) أي: العوض (بالإفلاس فلو) لم يتعذر به كأن كان به رهن يفي بالثمن عادة ولو مستعارا أو ضامن بالإذن وهو مقر أو به بينة مليء وكذا بغيره على الأوجه. والمنة فيه ضعيفة لا نظر إليها أو تعذر بغيره كأن انقطع جنس الثمن أو (امتنع) المشتري مثلا (من دفع الثمن مع يساره أو هرب) مع يساره (فلا فسخ في الأصح) لجواز الاستيفاء من الرهن أو الضامن والاستبدال عن المنقطع ولا مكان التوصل إلى أخذه من نحو الممتنع بالسلطان فإن فرض عجزه فنادر.

(تنبيه) ما ذكره في الامتناع تفريعا على ما قبله مشكل فإن صورة الامتناع خرجت بفرضه الكلام أولا في المحجور عليه سقط ولا يدفع ذلك قول الشارح فلو انتفى الإفلاس بأن امتنع، لأن هذا إنما يصلح مع النظر إلى قوله بالإفلاس وحده. أما مع كونه فرض هذا شرطا في المحجور عليه فلا يتأتى ذلك<ص: 147> (ولو قال الغرماء لا تفسخ ونقدمك بالثمن) من مال المفلس أو مالنا (فله الفسخ) لما فيه من المنة وقد يظهر غريم آخر وبه يفرق بين هذا وما لو قال الغرماء للقصار لا تفسخ ونقدمك بالأجرة فإنه يجبر، لأنه لا ضرر عليه بفرض ظهور غريم آخر لتقدمه عليهم ولو مات المشتري مفلسا وقال الورثة لا تفسخ ونقدمك من التركة أجيب أو من مالنا أجيبوا واستشكل بأن التركة ملكهم فأي فرق وقد يفرق بأنه إذا أخذ من التركة يحتمل ظهور مزاحم له بخلاف ما إذا أخذ من مال الوارث مع أنه خليفة مورثه فلم ينظر للمنة فيه وإذا أجاب الغرماء أو الوارث فظهر غريم لم يرجع للعين لتقصيره ولم يزاحمه فيما أعطاه له المتبرع من ماله <ص: 148>، لأنه وإن قيل بدخوله في ملك المفلس لكنه تقديري والغرماء إنما يتعلقون بما دخل في ملكه حقيقة.

(وكون المبيع باقيا في ملك المشتري) لرواية من أدرك ماله بعينه (فلو) باعه ثم حجر عليه في زمن خيار البائع أو خيارهما أو أقرضه أو وهبه لولده جاز له الرجوع تنزيلا لقدرته على رده لملكه منزلة بقائه بملكه أو زال ملكه عنه ثم عاد فلا رجوع كما في الروضة واقتضاه كلام المتن وهو نظير ما يأتي في الهبة للولد وفارق الرد بالعيب ورجوع الصداق بالطلاق بأن الرجوع في الأولين خاص بالعين دون البدل وبالزوال زالت العين فاستصحب زوالها بخلافه في الأخيرين فإنه عام في العين وبدلها فلم يزل بالزوال وعلى الرجوع الذي انتصر له جمع لو زال ثم عاد بمعاوضة محضة قدم الثاني، لأن حقه أقوى، إذ لا خلاف في جواز رجوعه بخلاف الأول واستثني من هذا الشرط مسائل فيها نظر أو (فات) حسا بنحو موت أو شرعا بنحو عتق أو وقف (أو كاتب العبد) مثلا وكتابة صحيحة ولم يعد للرق أو استولد الأمة اتفاقا كما قاله المصنف وإن أفتى بما يخالفه (فلا رجوع) لخروجه عن ملكه حسا فيما عدا الأخيرين وحكما فيهما وليس للبائع فسخ هذه التصرفات وفارق الشفيع بقوة حقه بثبوته مقارنا لعقد الشراء ولا كذلك هنا (ولا يمتنع التزويج) ونحو التدبير الرجوع، لأنه لا يمنع البيع واستفيد منه خلافا لمن زعم الاستغناء عنه بما بعده <ص: 149> إذ التزويج عيب أن نحو الإجارة كذلك، لأنها لا تمنع البيع أيضا فيأخذه مسلوب المنفعة أو يضارب وكون المبيع سليما من تعلق حق لازم لثالث كجناية أو رهن مقبوض أو شفعة فإن زال رجع ومن مانع لتملك البائع له كإحرامه وهو صيد فإذا حل رجع وفارق ما لو أسلم والبائع كافر فإن له الرجوع فيه بأنه قد يملك المسلم باختياره وبأن ملكه لا يزول عنه بنفسه بخلاف المحرم مع الصيد فيهما.

(ولو تعيب) المبيع بما لا يضمن كأن تعيب (بآفة) أو بجناية بائع قبل قبض أو بجناية مبيع أو حربي (أخذه ناقصا) بلا أرش (أو ضارب بالثمن) كما لو تعيب المبيع في يد البائع يأخذه المشتري ناقصا أو يتركه (أو) تعيب (بجناية أجنبي) يضمن جنايته ولو قبل القبض <ص: 150> (أو البائع) بعد القبض (فله) إما المضاربة بثمنه أو (أخذه ويضارب من ثمنه بنسبة نقص القيمة) الذي استحقه المشتري إليها فإذا ساوى مع قطع يديه مائة وبدونه مائتين وقد كان اشتراه

بمائة أخذه وضارب بنصف الثمن وهو خمسون ولم يعتبر المقدر في يديه وهو قيمته لئلا يلزم أخذه مع تمام قيمته أو مع تمام ثمنه وهو محال وألحق البائع هنا بالأجنبي، لأن جنايته حينئذ مضمونة مثله (وجناية المشتري) كان زوج الأمة أو العبد (كآفة في الأصح) لأنه وقع في ملكه قبل تعلق حق الغرماء به كذا وقع في عبارة شارح وقوله قبل إلخ لا مدخل له في التعليل بل يوهم خلاف المراد وهو أنه لو وقع بعد ثبوت الرجوع بأن تأخر الفسخ لعذر ضمنه نظرا لوقوعه بعد تعلق حقهم به وليس بصحيح كما هو واضح، لأن المبيع فائت على الغرماء فلا وجه لتضمينهم المفلس مطلقا ولو قال قبل تعلق حق الفسخ به ليفيد رجوع البائع بأرشه لو وقعت بعد تعلق حق الفسخ به فيضارب به لأمكن ذلك لكنه بعيد من كلامهم.
(ولو تلف أحد العبدين) مثلا المبيعين صفقة واحدة ومثلهما كل عينين يفرد كل منهما بعقد (ثم أفلس) وحجر عليه أو تلف بعد الحجر ولم يقبض البائع شيئا من الثمن (أخذ) البائع (الباقي وضارب بحصة التالف)، لأنه ثبت له الرجوع في كل منهما ويعتبر نسبة كل من قيمة التالف وقيمة الباقي إلى مجموع القيمة حتى يأخذ الباقي بحصته من الثمن ويضارب بحصة التالف منه لكن العبرة في التالف بأقل قيمته يوم العقد والقبض دون ما بينهما وفي الباقي بأكثرهما لما بينته بمثله في شرح الإرشاد.
(فإن كان قبض بعض الثمن رجع في الجديد) كالفرقة قبل الوطء يرجع بها الكل تارة والبعض أخرى وخبر {وإن كان قد قبض من ثمنه شيئا فهو أسوة الغرماء} مرسل وإيهام تفريعه هذا على ما قبله اختصاص القولين بالتلف غير مراد بل يجريان مع بقائهما وقبض بعض الثمن فعلى الجديد يرجع في بعض المبيع بقسط <ص: 151> الباقي من الثمن فلو قبض نصفه رجع في نصفهما لا في أحدهما بكماله، لأن فيه ضررا عليهم والتلف فيما ذكر ليس بقيد فلو بقي جميع المبيع وأراد البائع الفسخ في بعضه مكن وإن حصل بالتفريق نقض، لأنه بالنسبة للغرماء أنفع من الفسخ في كله والضرر إنما هو على الراجع فقط فإن فرض أنه على المفلس لم ينظر إليه، لأن ماله مبيع كله فلم يبال بالتفريق فيه.

(فإن تساوت قيمتهما وقبض نصف الثمن أخذ الباقي) بباقي الثمن ويكون ما قبضه في مقابلة التالف (وفي قول) مخرج (يأخذ نصفه بنصف باقي الثمن ويضارب بنصفه) أي: الباقي وهو ربع الجميع، لأن الثمن يتوزع على الجميع وسيأتي في هبة الصداق للزوج ترجيح نظير هذا ويفرق بأن حق البائع هنا يتعلق بالعين والإلفات عليه بعض الثمن بالمضاربة فانحصر حقه في الموجود منها وحق الزوج ثم متعلق بها أو ببدلها، إذ لها في صور إمساكها وإعطاؤه بدلها فلم ينحصر حقه في الباقي بل شاع فيه وفي بدله.
(ولو زاد المبيع زيادة متصلة كسمن وصنعة) تعلمها المبيع بنفسه وكبر شجرة (فاز البائع بها) فيأخذه ولا شيء عليه في مقابلتها بخلاف ما لو علمها له المشتري فإنه كما يأتي في القصارة وهذا التفصيل هو محمل ما وقع للشيخين من التناقض هنا وثم على أنهما أشارا إليه بتعبيرهما هنا بالتعلم وثم بالتعليم (والمنفصلة كالثمرة والولد) بأن حدثا بعد البيع وانفصلا قبل الرجوع (للمشتري)، لأنها تتبع الملك كما في الرد بالعيب (ويرجع البائع في الأصل فإن كان الولد) الذي أمه أمة (صغيرا) بأن لم يميز (وبذل) بالمعجمة (البائع قيمته أخذه مع أمه)، لأن التفريق ممتنع ومال المفلس مبيع كله <ص: 152> وظاهر كلامهم أنه يستقل بأخذه من غير بيع ويوجه بأنه وقع تبعا لأمه في تملكها من غير عقد (وإلا) يبذلها (فيباعان) معا حذرا من التفريق المحرم (وتصرف إليه حصة الأم) وحصة الولد للغرماء فلو ساوت وحدها بصفة كونها حاضنة مائة ومعه مائة وعشرين كان سدس الثمن للمفلس (وقيل لا رجوع) إذا لم يبذل القيمة بل يضارب لما فيه من التفريق من حين الرجوع إلى البيع (فإن كانت حاملا عند) البيع والرجوع رجع فيها حاملا قطعا أو عند (الرجوع دون البيع أو عكسه) بالنصب أي حاملا عند البيع دون الرجوع بأن انفصل الولد قبله (فالأصح تعدي الرجوع إلى الولد) أما في الثانية فلأن الحمل يعلم، وأما في الأولى فلأنه لما تبع في البيع تبع في الرجوع وفارق هذا والثمر الآتي نظيرهما في الرهن بأنه ضعيف والفسخ قوي لنقله الملك وفي الرد بالعيب ورجوع الوالد بأن سبب الفسخ هنا وهو عدم توفية الثمن نشأ من المأخوذ منه فلم تراع جهته بخلافه فيهما فاندفع

ما للإسنوي وغيره هنا وفرق شارح بغير ذلك مما لا يصح (واستتار الثمر بكمامه) وهو أوعية الطلع.
(وظهوره بالتأبير) وهو تشققه (قريب من استتار الجنين وانفصاله) فإن وجدت عند البيع وتأبرت عند الرجوع فقط رجع فيها (و) حينئذ هي (أولى بتعدي الرجوع) إليها من الحمل لرؤيتها دونه ومن ثم جرت هنا طريقة قاطعة بأنها للبائع ولم يجز نظيرها في الحمل ولو حدثت بعد البيع ولم تتأبر عند الرجوع رجع فيها فإن تأبرت عنده فهي للمشتري، وإن لم تتأبر عندهما فهي للبائع جزما وعبارته تشمل ببادئ الرأي هذه الصور الأربع واعترضت بأن الثانية ليست أولى بذلك بل بعدمه كما أشار إليه الرافعي كالغزالي ووجهه جريان طريقة قاطعة هنا بأنها للمشتري لحدوثها في ملكه، وكان وجه القطع هنا كونها مرئية فإذا لم يرجع الحمل الذي لا يرى للبائع نظرا لحدوثه في ملك المشتري وإن لم ير فما حدث في ملكه ورئي أولى منه بعدم رجوع البائع فيه ولك أن تقول عبارته مع صدق التأمل لا تشمل غير الأولى بالنسبة للأولوية فلا اعتراض وبيانه أنه شرط في القرب الذي ذكره مع الأولوية وجود الاستتار والظهور في المشبه والاستتار <ص: 153> والانفصال في المشبه به واجتماعهما في كل إنما يتصور في الصورة الأولى من هذه الأربع وفي نظيرتها التي هي صورة العكس من الحمل، وأما ما عدا ذلك من بقية الصور الأربع فليس فيه إلا أحدهما كما تقرر وكالتأبير هنا ما ألحق به في باب بيع الأصول والثمار.
(ولو غرس الأرض) التي اشتراها (أو بنى) فيها ثم حجر عليه أو فعل ذلك بعد الحجر خلافا لما يوهمه كلام شارح هنا وفي غيره واختار البائع الرجوع في الأرض (فإن اتفق الغرماء والمفلس على تفريغها) مما فيها (فعلوا)، لأن الحق لا يعدوهم وبحث الأذرعي أخذا من كلام جمع أنه لا يقلع إلا بعد رجوعه فيها وإلا فقد يوافقهم ثم لا يرجع فيحصل الضرر ومن ثم لو كانت المصلحة لهم لم يشترط تقدم رجوعه. (وأخذها) البائع، لأنها عين ماله وأفهم قوله اتفق أنه ليس له إلزامهم قبل الامتناع الآتي أخذ قيمة الغرس والبناء ليتملكهما معها ويجب تسوية الحفر وغرامة أرش نقص الأرض بالقلع من مال المفلس <ص: 154> مقدما به على الغرماء وفاقا لجمع متقدمين ومتأخرين، لأنه

لتخليص ماله وإنما لم يرجع البائع بأرش مبيع وجده ناقصا كما مر، لأن النقص هنا حدث بعد الرجوع (وإن امتنعوا) كلهم من قلع ذلك (لم يجبروا) لوضعه بحق فيحترم (بل له أن يرجع) في الأرض ذكره زيادة إيضاح (و) حينئذ يلزمه أن (يتملك الغراس والبناء بقيمته) وقت التملك غير مستحق القلع مجانا كما هو ظاهر لئلا يتحد هذا مع قوله ويبقى الغراس إلخ، لأنا لو قومناه هنا مستحق القلع ساوى ذاك وكان جواز الرجوع هنا ومنعه ثم كالتحكم وذلك تخليصا لما له وجمعا بين المصلحتين والذي يتجه من تردد للإسنوي أنه يصح اختياره لهذا القسم <ص: 155> وإن لم يشترط عليه التملك نعم إن تركه بان بطلان رجوعه فيما يظهر أيضا هذا كله إن لم يختر القلع وإلا لم يلزمه تملك (و) جاز (له أن يقلع ويغرم أرش نقصه) وهو ما بين قيمته قائما ومقلوعا وجاز له كل من هذين، لأن مال المفلس مبيع كله والضرر يندفع بكل منهما بخلاف ما لو زرعها المشتري، وأخذها البائع لا يمكن من ذلك، إذ للزرع أمد ينتظر فسهل احتماله فإن اختلفوا عمل بالمصلحة (والأظهر أنه ليس له أن يرجع فيها) أي: في الأرض (ويبقى الغراس والبناء للمفلس) ولو بلا أجرة لما فيه من الضرر، لأن كلا منهما بلا مقر ناقص القيمة فيضارب البائع بالثمن أو يعود إلى التخيير السابق قاله الرافعي وأخذ منه المصنف أنه لو امتنع من ذلك، ثم عاد إليه مكن وأشار ابن الرفعة إلى استشكاله بأن الرجوع فوري، ويجاب بأن تخييره كما ذكر يقتضي أنه يغتفر له نوع ترو لمصلحة الرجوع فلم يؤثر ما يتعلق به من اختيار شيء وعوده لغيره بقدر الإمكان وإنما رجع إذا صبغ المشتري الثوب فيه دون الصبغ ويكون شريكا، لأن الصبغ كالصفة التابعة
. (ولو كان المبيع حنطة فخلطها) المشتري (بمثلها أو دونها) قبل الحجر أو بعده (فله) أي: البائع بعد الفسخ (أخذ قدر المبيع من المخلوط)، لأن مثل الشيء بمنزلته ومن ثم جازت قسمة المختلط بمثله ولأنه سامح في الدون وأفهم قوله أخذ أنه لو طلب البيع وقسمة الثمن لم يجب أما إذا خلطها أجنبي فيضارب البائع بنقص الخلط <ص: 156> كما في العيب (أو) خلطها (بأجود) منها (فلا رجوع في المخلوط في الأظهر) بل يضارب بالثمن فقط لتعذر القسمة، لأن أخذ قدر حقه ضررا بالمفلس ومساويه قيمة ربا لا يقال

شرط الربا العقد ولا عقد هنا، لأنه ممنوع بأن ما أخذ من الأجود من غير النوع وهو لا بد فيه من لفظ الاستبدال وهو عقد والإجبار على بيع الكل والتوزيع على القيمتين بعيد، إذ لا ضرورة إليه نعم لو قل الخليط بأن كان قدرا يقع به التفاوت بين الكيلين فإن كان الأكثر للبائع فواجد عين ماله أو للمشتري فلفاقد لماله وكالحنطة فيما ذكر سائر المثليات ولو اختلط شيء بغير جنسه كزيت بشيرج ضارب به كالتالف.
(ولو طحنها) أي الحنطة المبيعة له (أو قصر الثوب) المبيع له أو خاطه بخيط منه أو خبز الدقيق أو ذبح الشاة أو شوى اللحم أو راض الدابة أو ضرب اللبن من تراب الأرض أو بنى عرصة بآلات اشتراها معها ونحو ذلك من كل ما يصح الاستئجار عليه ويظهر به أثره عليه فخرج نحو حفظ دابة وسياستها ثم حجر عليه أو تأخر ذلك عن الحجر نظير ما قدمته آنفا (فإن لم تزد القيمة) بما ذكر (رجع ولا شيء للمفلس) فيه لوجوده بعينه من غير زيادة ولا شيء للبائع في مقابلة النقص، لأنه لا تقصير من المشتري في فعل ذلك (وإن زادت) بذلك (فالأظهر) أن الزيادة عين لا أثر محض فيشارك المفلس بها فللبائع أخذ المبيع <ص: 157> ودفع حصة الزيادة للمفلس فإن أبى فالأظهر (أنه لا يباع وللمفلس من ثمنه نسبة ما زاد) بالعمل، لأنها زيادة حصلت بفعل محترم متقوم فوجب أن لا يضيع عليه فلو كانت قيمته خمسة وبلغت بما فعل ستة كان للمفلس سدس الثمن في صورة البيع أو سدس القيمة في صورة الأخذ ولنسبة ذلك لفعله عادة فارق كبر الشجرة بالسقي وسمن الدابة بالعلف، لأنهما محض صنع الله تعالى، إذ كثيرا ما يوجد السقي والعلف ولا يوجد كبر ولا وسمن ومن ثم امتنع الاستئجار عليهما.
(ولو صبغه) المشتري (بصبغة فإن زادت القيمة) بسبب الصبغ (قدر قيمة الصبغ) كأن كان بدرهمين والثوب بأربعة فساوى ستة (رجع البائع في الثوب والمفلس شريك بالصبغ) فيباع الثوب أو يأخذه البائع والثمن أو القيمة بينهما أثلاثا وفي كيفية الشركة وجهان أوجههما أنها فيهما جميعا لتعذر التمييز كما في نظيره من الغصب وخرج بقولنا بسبب الصبغ ما لو زادت بارتفاع سوق أحدهما فالزيادة لمن ارتفع سعر سلعته فإن كانت بارتفاع سوقهما وزعت

عليهما بالنسبة أو بارتفاع السوق لا بسببهما فلا شيء للمفلس ويأتي ذلك فيما مر من نحو القصارة (أو) زادت القيمة (أقل) من قيمة الصبغ كأن ساوى خمسة (فالنقص على الصبغ) فيشارك بخمس الثمن أو القيمة لتفرق أجزائه ونقصها والثوب قائم بحاله <ص: 158> فإن ساوى أربعة أو ثلاثة فالمفلس فاقد للصبغ كله ولا شيء للبائع عليه لما مر (أو) زادت القيمة (أكثر) من قيمة الصبغ كأن ساوى ثمانية (فالأصح أن الزيادة للمفلس) فالثمن أو القيمة بينهما نصفين.

(ولو اشتري منه الصبغ والثوب) ثم حجر عليه (رجع) البائع (فيهما) أي: في الثوب بصبغه (إلا أن لا تزيد قيمتهما على قيمة الثوب) قبل الصبغ بأن ساوتها أو نقصت عنها (فيكون فاقدا للصبغ) فيرجع في الثوب ويضارب بثمن الصبغ بخلاف ما إذا زادت فإنه يرجع فيهما ثم إن كانت الزيادة أكثر من قيمة الصبغ فالمفلس شريك بها، فإن كانت أقل لم يضارب بالباقي من قيمة الصبغ بل إما يقنع به ويفوت عليه الباقي أو يضارب بثمن الثوب والصبغ.

(ولو اشتراهما) أي الصبغ والثوب (من اثنين) كلا من واحد فصبغه به ثم حجر عليه أو عكسه وأراد البائعان الرجوع (فإن لم تزد قيمته) أي: الثوب (مصبوغا على قيمة الثوب) قبل الصبغ (فصاحب الصبغ فاقد) له فيضارب بثمنه وصاحب الثوب واجد له فيرجع فيه من غير شيء لو نقصت قيمته (وإن زادت بقدر قيمة الصبغ اشتركا) في الرجوع فيهما كما بأصله وشركتهما في الصبغ كما مر فإن لم تزد بقدر قيمة الصبغ فالنقص عليه فإن شاء صاحبه رجع به ناقصا أو ضارب بثمنه وصاحب الثوب واجد له فيأخذه ولا شيء له وإن نقصت قيمته (وإن زادت على قيمتهما) أي: الثوب والصبغ جميعا كأن صارت قيمته في المثال السابق ثمانية.

(فالأصح أن المفلس شريك لهما) أي: للبائعين (بالزيادة) وهي الربع وإن نقصت عن قيمة الصبغ فكما مر ولو كان المشترى هو الصبغ وحده وزادت قيمة الثوب مصبوغا على قيمته غير مغصوب فهو شريك به وإلا فهو فاقد له.

(تنبيه) لم أر تصريحا بوقت اعتبار قيمة الثوب أو الصبغ <ص: 159> ولا بوقت اعتبار الزيادة عليهما أو النقص عنهما في كل ما ذكر والذي يظهر اعتبار وقت الرجوع في الكل، لأنه وقت الاحتياج إلى التقويم ليعرف ما للبائع

والمفلس فتعتبر قيمة الثوب حينئذ خلية عن نحو الصبغ وقيمة نحو الصبغ بها حينئذ وتعتبر الزيادة حينئذ هل هي لهما أو لأحدهما ؟ ولا يأتي هنا ما مر في تلف بعض المبيع أن العبرة في التالف بأقل قيمتيه يوم العقد والقبض وفي الباقي بأكثرهما، لأن ذاك فيه فوات بعض المبيع وهو مضمون على البائع وما هنا ليس كذلك، لأن الصبغ إن كان من المشتري فواضح أو من أجنبي فكذلك أو من بائع الثوب فهو في حكم عين مستقلة بدليل أن له حكما غير الثوب ومنه أنه متى ساوى شيئا لم يكن لبائعه إلا هو وإن قل إن أراده وإلا ضارب بقيمته فتأمله

باب الحجر

هو لغة المنع وشرعا منع من تصرف خاص بسبب خاص وهو إما لمصلحة الغير (ومنه حجر المفلس لحق الغرماء والراهن للمرتهن والمريض للورثة) بالنسبة لتبرع زاد على الثلث أو لوارث وللغرماء مطلقا ولا ينافيه نفوذ إيفائه دين بعضهم في المرض وإن لم يف الباقي بدين الباقين بل وإن لم يفضل شيء، لأنه مجرد تخصيص لا تبرع فيه (والعبد) أي: القن (لسيده والمرتد <ص: 160> للمسلمين ولها أبواب) مر بعضها ويأتي باقيها وأفادت من أن له أنواعا أخر وقد أوصلها الإسنوي إلى ثلاثين نوعا وزاد غيره بضعة عشر وفي كثير من ذلك نظر ظاهر بينته مع ما يتعلق بالجميع في شرح العباب.

وإما لمصلحة النفس (و) هو (مقصود الباب) وذلك (حجر الصبي والمجنون والمبذر) وإما لهما وهو حجر المكاتب قيل الأول حقيقة، لأنه منع مع وجود المقتضي بخلاف حجر الصبي والمجنون ويتردد النظر في حجر السفه والرق ا ه والذي يتجه أن الكل حقيقة شرعية ونقلا عن التتمة أن من له أدنى تمييز ولم يكمل عقله كصبي مميز واعترضه السبكي وغيره بأنه إن زال عقله فمجنون وإلا فهو مكلف فيصح تصرفه ما لم يبذر <ص: 161> وقولهم فيصح إلخ غير صحيح بإطلاقه فصوابه فينظر أبلغ رشيدا أم لا.

على أن اعتراضهم من أصله غير وارد لتصريحهم في باب الجنايات وغيره بأن المجنون قد يكون له نوع تمييز وقد لا فحصرهم المذكور في غير محله (فبالجنون) ويتجه أن مثله خرس ليس لصاحبه فهم أصلا ثم رأيت الرافعي وجمعا

متقدمين صرحوا بذلك في باب الخيار لكن جعلوا وليه هو الحاكم لا وليه في الصغر وجرى عليه الأذرعي وغيره هنا بحثا زاد شارح لم يتعرض الرافعي لذلك أي: هنا قال الزركشي فيتصرف هو أو نائبه في ماله بسائر وجوه التصرف وقال بعضهم: وليه في الصغر ويجمع بحمل الأول على من طرأ له ذلك بعد البلوغ ويوجه عدم إلحاقه بالمجنون في هذا بأنه حالة وسطى إذ لا يطلق عليه أنه مجنون، والثاني على من بلغ أخرس كذلك، إذ لا يرتفع حجره إلا ببلوغه رشيدا وهذا ليس كذلك ولا يلحق بهما النوم <ص: 162> لأنه يزول عن قرب فصاحبه في قوة الفاهم ومثله الإغماء فيما يظهر في امتناع التصرف في ماله لقرب زواله أيضا أخذا مما يأتي في النكاح أنه لا يزيل الولاية نعم للقاضي حفظه كمال الغائب ثم رأيت المتولي والقفال ألحقاه بالمجنون وجزم به صاحب الأنوار والغزالي قال لا يولى عليه قال غيره وهو الحق ا ه. وهو كما قال لما علمت من تصريحهم به في النكاح نعم إن حمل الأول على من أيس من إفاقته بقول الأطباء لم يبعد (تنسلب الولايات) الثابتة شرعا كولاية نكاح أو تفويضا كإيصاء وقضاء، لأنه إذا لم يدبر أمر نفسه فغيره أولى وأثر السلب، لأنه يفيد المنع ولا عكس، إذ نحو الإحرام يمنع ولاية النكاح ولا يسلبها ومن ثم زوج الحاكم لا الأبعد.
(واعتبار الأقوال) له وعليه الدينية كالإسلام والدنيوية كالمعاملات لعدم قصده واعتبار بعض أفعاله كالصدقة بخلاف نحو إحباله وإتلافه إلا لصيد وهو محرم وتقريره المهر بوطئه وإرضاعه وثبوت النسب وغير المميز كالمجنون في ذلك وكذا مميز إلا في عبادة غير الإسلام ويثاب عليها كالبالغ ونحو دخول دار وإيصال هدية ودعاء عن صاحب وليمة (ويرتفع) حجر الجنون (بالإفاقة) من غير فك نعم ولاية نحو القضاء لا تعود إلا بولاية جديدة.
(وحجر الصبي) الذكر والأنثى (يرتفع) من حيث الصبا بمجرد بلوغه ومطلقا (ببلوغه رشيدا) لقوله تعالى {فإن آنستم منهم رشدا} أي: أبصرتم أي: علمتم وزعم الإسنوي أن الصبا بكسر الصاد <ص: 163> لا يستقيم وأنه بفتحها بعيد من كلامه مردود بأن المحفوظ هو فتحها وبأنه لا بعد فيه وبما قررت به عبارته المفيد أن القصد ارتفاع الحجر المطلق لا المقيد اندفع اعتراضها بأن الأولى حذف رشيدا،

لأن الصبا سبب مستقل بالحجر وكذا التبذير وأحكامهما متغايرة، إذ من بلغ مبذرا حكم تصرف حكم تصرف السفيه لا حكم تصرف الصبي.
(فرع) غاب يتيم فبلغ ولم يعلم رشده لم يجز لوليه النظر في ماله معتمدا استصحاب الحجر للشك في الولاية عند العقد وهي شرط وهو لا بد من تحققه فإن تصرف أثم ثم إن بان غير رشيد نفذ التصرف وإلا فلا وقد ينافيه ما يأتي من تصديق الولي في دوام الحجر، لأن الأصل إلا أن يقال محل ذاك في حاضر، لأنه يعرف حاله غالبا بخلاف الغائب وليس قول الولي قبضت مهرها بإذنها ولا قوله له اضمني إقرارا بالرشد فلا ينعزل به.
(والبلوغ) في الذكر والأنثى إنما يتحقق بأحد شيئين: أحدهما ويسمى بلوغا بالسن (باستكمال خمس عشرة سنة) قمرية تحديدا من انفصال جميع الولد بشهادة عدلين خبيرين وشذ من قال بخلاف ذلك. قال الشافعي رضي الله عنه {رد النبي صلى الله عليه وسلم سبعة عشر صحابيا وهم أبناء أربع عشرة سنة، لأنه لم يرهم بلغوا وعرضوا عليه وهم أبناء خمس عشرة سنة فأجازهم منهم زيد بن ثابت ورافع بن خديج وابن عمر رضي الله عنهم} وقصة ابن عمر صححها ابن حبان وأصلها في الصحيحين ثانيهما ويسمى بلوغا بالاحتلام خروج المني كما قال (أو خروج مني) من ذكر أو أنثى لقوله تعالى {وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم} مع خبر {رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم} والحلم الاحتلام وهو لغة ما يراه النائم وكنى به هنا عن خروج المني ولو يقظة بجماع أو غيره <ص: 164> ويشترط تحققه فلو أتت زوجة صبي بلغ تسع سنين بولد للإمكان لحقه، لأن النسب يكتفى فيه بمجرد الإمكان ولم يحكم ببلوغه، لأنه لا بد من تحقق خروج المني وخرج لخروجه ما لو أحس بانتقاله من صلبه فأمسك ذكره فرجع فلا يحكم ببلوغه كما لا غسل وبحث الزركشي ومن تبعه الحكم ببلوغه بعيد والفرق بأن مدار البلوغ على العلم بإنزال المني والغسل على حصوله في الظاهر بالتحكم أشبه على أنه لا يتصور العلم بأنه مني قبل خروجه إذ كثيرا ما يقع الاشتباه فيما يحس بنزوله ثم رجوعه (ووقت إمكانه) فيهما (استكمال تسع سنين) قمرية تقريبا نظير ما مر في الحيض.

(ونبات العانة) الخشن بحيث تحتاج إزالته للحلق وظاهره أنها اسم للمنبت لا للنابت وفيه خلاف لأهل اللغة والأشهر أنها النابت وأن المنبت شعرة بكسر أوله ووقته وقت الاحتلام (يقتضي الحكم ببلوغ ولد الكافر) بالسن أو الاحتلام ومثله ولد من جهل إسلامه لا من عدم من يعرف سنه على الأوجه للخبر الصحيح {أن عطية القرظي رضي الله عنه كان في سبي بني قريظة فكانوا ينظرون من أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت لم يقتل وأنهم كشفوا عن عانته فوجدوها لم تنبت فجعلوه في السبي} وخرج بها نبات نحو اللحية <ص: 165> فليس بلوغا كما صرح به في الشرح الصغير في الإبط وألحق به اللحية والشارب بالأولى فإن البغوي ألحق الإبط بالعانة دونهما وفي كل ذلك نظر بل الشعر الخشن من ذلك كالعانة في ذلك وأولى إلا أن يقال إن الاقتصار عليها أمر تعبدي وأفهم قوله يقتضي الحكم أنه أمارة على البلوغ بأحدهما نعم إن ثبت أن سنه دون خمس عشرة سنة ولم يحتلم لم يحكم ببلوغه ويقبل قوله بيمينه وإن لم يحلف الصبي احتياطا لحقن الدم استعجلته بدواء إن كان ولد حربي سبي لا ذمي طولب بالجزية ويحل النظر للخبر.

وأفهم قوله كالروضة ولد أنه لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى وهو كذلك وإن كان قضية المحرر إخراج النساء، لأنهن لا يقتلن ونقله السبكي عن الجوري والخنثى لا بد أن ينبت على فرجيه معا (لا المسلم في الأصح) لسهولة مراجعة أقاربه المسلمين غالبا ولأنه متهم باستعجاله تشوفا للولايات بخلاف الكافر، لأنه يفضي به إلى القتل أو الجزية أو ضرب الرق في الأنثى وما مر عام في الذكر والأنثى كما تقرر (وتزيد المرأة) عليه (حيضا) في سنه السابق إجماعا (وحبلا) <ص: 166> لكنه دليل على سبق الإمناء، لأن الولد يخلق من الماءين فبالوضع يحكم ببلوغها قبله بستة أشهر ولحظة ما لم تكن مطلقة وتأتي بولد يلحق المطلق فيحكم ببلوغها قبل الطلاق بلحظة، ولو حاض الخنثى بفرجه وأمنى بذكره حكم ببلوغه فإن وجد أحدهما فلا عند الجمهور ولا يشكل عليهم ما مر أن خروج المني من الزائد يوجب الغسل فيقتضي البلوغ، لأن محله مع انسداد الأصلي وهذا غير موجود هنا. وخالفهم الإمام ما لم يظهر خلافه فيغير قالا وهو الحق وقال المتولي إن تكرر

فنعم وإلا فلا قال المصنف وهو حسن غريب.(والرشد صلاح الدين والمال) معا كما فسر به ابن عباس وغيره الآية السابقة ووجه العموم فيه مع أنه نكرة مثبتة وقوعه في سياق الشرط قالوا ولا يضر إطباق الناس على معاملة من لا يعرف حاله مع غلبة الفسق، لأن الغالب عروض التوبة في بعض الأوقات التي يحصل فيها الندم فيرتفع الحجز بها ثم لا يعود بعود الفسق ويعتبر في ولد الكافر ما هو صلاح عندهم دينا ومالا.
قال ابن الصلاح ولا يلزم شاهد الرشد معرفة عدالة المشهود له باطنا فلا يكفي معرفتها ظاهرا ولو بالاستفاضة وإذا شرطنا صلاح الدين (فلا يفعل محرما ما يبطل العدالة) <ص: 167> بارتكاب كبيرة مطلقا أو صغيرة ولم تغلب طاعاته معاصيه وخرج بالمحرم خارم المروءة فلا يؤثر في الرشد وإن حرم ارتكابه لكونه تحمل شهادة، لأن الحرمة فيه لأمر خارج (و) إذا شرطنا صلاح المال لم يحصل إلا إن كان بحيث (لا يبذر بأن يضيع المال) أي: جنسه (باحتمال غبن فاحش) وسيأتي في الوكالة بخلاف اليسير (في المعاملة) كبيع ما يساوي عشرة بتسعة، لأنه يدل على قلة عقله ومن ثم لو أراد به المحاباة والإحسان لم يؤثر، لأنه ليس بتضييع ولا غبن ولو كان بغبن في بعض التصرفات لم يحجر عليه كما رجحه القمولي لبعد اجتماع الحجر وعدمه لكن الذي مال إليه الأذرعي اعتبار الأغلب (أو رميه) ولو فلسا وظاهر كلامهم أنه لا يلحق به الاختصاص في هذا وهو محتمل ويحتمل خلافه (في بحر) لقلة عقله (أو إنفاقه) ولو فلسا أيضا (في محرم) في اعتقاده ولو في صغيره والإنفاق هنا مجاز عن خسر أو غرم أو ضيع إذ هذا هو الذي يقال في المخرج في المعصية.
(والأصح أن صرفه في الصدقة ووجوه الخير) عام بعد خاص (والمطاعم والملابس) والهدايا (التي لا تليق) به (ليس بتبذير)، لأن له <ص: 168> فيه غرضا صحيحا هو الثواب أو التلذذ ومن ثم قالوا لا سرف في الخير كما لا خير في السرف وفرق الماوردي بين التبذير والسرف بأن الأول الجهل بمواقع الحقوق والثاني الجهل بمقاديرها وكلام الغزالي يقتضي ترادفهما ويوافقه قول غيره حقيقة السرف ما لا يقتضي حمدا عاجلا ولا أجرا آجلا ولا ينافي ما هنا

عد الإسراف في النفقة معصية، لأنه مفروض فيمن يقترض لذلك من غير رجاء وفاء من جهة ظاهرة مع جهل المقرض بحاله.

(ويختبر) من جهة الولي ولو غير أصل (رشد الصبي) فيهما لقوله تعالى {وابتلوا اليتامى} أما في الدين فبمشاهدة حاله في فعل الطاعات وتوقي المحرمات ومن زاد على ذلك توقي الشبهات أراد التأكيد لا الاشتراط كما عرف من شرط الرشد السابق وقد جوزوا للشاهد به اعتماد العدالة الظاهرة وإن لم يحط بالباطنة (و) أما في المال فهو (يختلف بالمراتب فيختبر ولد التاجر) والسوقي (بالبيع والشراء) أي: بمقدماتهما فعطفه ما بعدهما عليهما من عطف الرديف أو الأخص وذلك لما يذكره بعد من عدم صحتهما منه فلا اعتراض عليه خلافا لمن زعمه (والمماكسة فيهما) بأن يطلب أنقص مما يريده البائع وأزيد مما يريده المشتري ويكفي اختباره في نوع من أنواع التجارة عن باقيها.
(وولد الزراع بالزراعة والنفقة على القوام بها) أي: بمصالحها كحرث وحصد وحفظ أي: إعطائهم الأجرة وولد نحو الأمير بالإنفاق على أتباع أبيه والفقيه بذلك ونحو شراء الكتب (والمحترف بما يتعلق بحرفته) يصح جره وعليه يرجع ضمير حرفته للمضاف إليه وهو سائغ وتكون فائدته أنه تعميم بعد تخصيص ويؤيده قول الكافي يختبر الولد بحرفة أبيه وأقاربه ورفعه وهو الأولى لإفادته أن ما مر في ولد نحو التاجر محله إذا لم يكن للولد حرفة واختبر حينئذ بحرفة أبيه، لأن الغالب حيث لا حرفة له أنه يتطلع لحرفة أبيه وإلا اختبر الولد بما يتعلق بحرفة نفسه ولم ينظر لحرفة أبيه، لأنه لا يتطلع إليها ولا يحسنها حينئذ (و) تختبر (المرأة) من جهة الولي أيضا كما هو ظاهر ولا ينافيه النص على أن النساء والمحارم يختبرونها، لأن الولي ينيبهم في ذلك وعليه قيل يكفي <ص: 169> أحدهما وهو الأوجه وقيل لا بد من اجتماعهما.
وقضية هذا النص أنه لا تقبل شهادة الأجانب لها بالرشد وبه أفتى ابن خلكان لكن خالفه التاج الفزاري.
قال وإنما تعرض الشافعي للطريق الغالب في الاختبار دون الزيادة ا ه ويؤيده ما يأتي في الشهادات أن الشاهد عليها

لا يكلف السؤال عن وجه تحمله عليها إلا إن كان عاميا، لأنه قد يظن صحة التحمل عليها اعتمادا على صوتها (بما يتعلق بالغزل) أي: بفعله إن تخدرت وإلا فببيعه يطلق على المصدر والمغزول (والقطن) حفظا وبيعا كما تقرر فإن لم يليقا بها أو لم تعتدهما فيما يعتاده مثالها.
قال الصيمري والمرأة المبتذلة بما يختبر به الرجل (وصون الأطعمة عن الهرة)، لأن بذلك يتبين الضبط وحفظ المال وعدم الانخداع وذلك قوام الرشد (ونحوهما) أي: الهرة كالفأرة والأطعمة كالأقمشة.
وإذا ثبت رشدها نفذ تصرفها من غير إذن زوجها وخبر {لا تتصرف المرأة إلا بإذن زوجها} أشار الشافعي إلى ضعفه وبفرض صحته حملوه على الندب واستدل له بأن {ميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أعتقت ولم تعلمه فلم يعبه عليها وفيه ما فيه}، إذ قول مالك رضي الله عنه لا تعطى الرشيدة مالها حتى تتزوج وحينئذ لا تتصرف فيما زاد على الثلث بغير إذنه ما لم تصر عجوزا لا ينافي ذلك والخنثى يختبر بما يختبر به النوعان (ويشترط تكرر الاختبار مرتين أو أكثر) حتى يغلب على الظن رشده، لأنه قد يصيب مرة لا عن قصد (ووقته) أي الاختبار (قبل البلوغ) لإناطة الاختبار في الآية باليتيم وهو إنما يقع حقيقة على غير البالغ فالمختبر هو الولي كما مر والمراد بقبله قبيله حتى إذا ظهر رشده وبلغ سلم له ماله فورا (وقيل بعده) لبطلان تصرف الصبي أي: بالنسبة لنحو البيع (فعلى الأول) المعتمد (الأصح) بالرفع (أنه لا يصح بيعه بل يمتحن في المماكسة فإذا أراد العقد عقد الولي) لعدم صحته من المولى وعلى الوجهين يعطيه الولي مالا قليلا ليماكس به ولا يضمنه إن تلف عنده، لأنه مأمور بالتسليم إليه كذا أطلقوه ولو قبل بأنه تلزمه مراقبته بحيث لا يكون <ص: 170> إغفاله له حاملا على تضييعه وإلا ضمنه لم يبعد.
(فرع) لا يحلف ولي أنكر الرشد بل القول قوله في دوام الحجر ولا يقتضي إقراره به فك الحجر وإن اقتضى انعزاله وحيث علمه لزمه تمكينه من ماله وإن لم يثبت لكن صحة تصرفه ظاهرا متوقفة على بينة برشده أي: أو ظهوره كما صرح به بعضهم حيث قال يصدق الولي في دوام الحجر، لأنه الأصل ما لم يظهر الرشد أو يثبت.

(فلو بلغ غير رشيد) لفقد صلاح دينه أو ماله (دام الحجر) أي: جنسه، إذ حجر الصبي يرتفع بالبلوغ وحده فيليه من كان يليه (وإن بلغ رشيدا انفك) الحجر (بنفس البلوغ)، لأنه حجر ثبت من غير حاكم فارتفع من غير فكه كحجر الجنون وبه فارق حجر السفه الطارئ (وأعطى ماله) فائدته ذكر غاية الانفكاك وقيل الاحتراز عن مذهب مالك في المرأة وقد مر آنفا (وقيل يشترط فك القاضي) أو نحو الأب أو إذنه في دفع ماله إليه، لأنه محل اجتهاد فأشبه حجر السفه الطارئ ويرده ما تقرر (فلو بذر) أي زال صلاح تصرفه في ماله (بعد ذلك) أي: بعد رشده (حجر عليه) من جهة الحاكم فقط، لأنه محل اجتهاد فإن لم يحجر عليه القاضي أثم ونفذ تصرفه ويسمى السفيه المهمل ولهم سفيه مهمل لا يصح تصرفه وهو من بلغ مستمر السفه ولم يحجر عليه وليه والأول المراد بالمهمل عند الإطلاق غالبا.

(وقيل يعود الحجر) بنفس التبذير (بلا إعادة) من أحد كالجنون ويرد بوضوح الفرق إذ الغالب فيه أنه لا يحتاج لنظر واجتهاد بخلاف التبذير وإذا رشد بعد هذا الحجر لم ينفك إلا بفك القاضي لاحتياجه للاجتهاد حينئذ (ولو فسق) بعد وجود رشده وبقي صلاح تصرفه في ماله (لم يحجر عليه في الأصح)، لأن السلف لم يحجروا على الفسقة بخلاف الاستدامة، لأن حجره كان ثابتا جنسه وفارق التبذير بأنه يتحقق معه إتلاف المال بخلاف الفسق.

(ومن حجر عليه بسفه) أي: تبذير (طرأ فوليه القاضي)، لأنه الذي يحجر كما مر نعم يسن له إشهار حجره ورد أمره لأبيه فجده فسائر عصباته، لأنهم به أشفق (وقيل وليه) وليه (في الصغر) وهو الأب والجد كما لو بلغ سفيها ويرد بوضوح الفرق، إذ يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء (ولو طرأ جنون فوليه في الصغر) وفارق السفيه لما مر (وقيل) وليه (القاضي ولا يصح من المحجور عليه لسفه) حسا أو شرعا (بيع ولا شراء) لغير طعام عند الاضطرار <ص: 171> ولو بغبطة وفي ذمته وإن توكل في ذلك عن غيره وبحث البلقيني أن مثله في الشراء للاضطرار الصبي وقد يقال الاضطرار مجوز للأخذ ولو بعقد فاسد فلا ضرورة للصحة هنا فيهما وإن قطع بها الإمام في السفيه وإنما

صح توكله في قبول النكاح لصحته منه لنفسه ولا إجارة نفسه.
قال الماوردي والروياني إلا إذا لم يقصد عمله لاستغنائه عنه فيجوز، لأن له التبرع به حينئذ فالإجارة أولى وفيه نظر ملحظه قولهم وللولي إجباره على الاكتساب ولو غنيا وحينئذ فعمله يصح أن يقابل بمال ويجبر عليه فلا ينبغي أن يصح منه ما يفوت على الولي إجباره عليه، وحينئذ فهي ليست كالتبرع فضلا عن الأولوية التي ادعياها، لأن التبرع لا يفوت على الولي شيئا (ولا إعتاق) ولو بعوض في حال الحياة لصحة تدبيره ووصيته. قال جمع ويصوم في كفارة يمين أو ظهار لا قتل، لأن سببها فعل، وهو لا يقبل الرفع. وبحث البلقيني أن كفارة الظهار كالقتل وأطال في الرد على من ألحقها بكفارة اليمين وككفارة القتل كفارة الجماع وقضية قول المصنف الآتي بل صريحه ويتحلل بالصوم وعلله بأنه ممنوع من المال مع أن دمه دم ترتيب وسببه فعل وهو إحرامه، إذ القصد فعل القلب كما صرحوا به أنه يكفر بالصوم حتى في الكفارة المرتبة التي سببها فعل وهو متجه في كفارة مرتبة لا إثم فيها أما كفارة مرتبة فيها إثم فالوجه أنه يكفر فيها بالمال وبهذا يجمع بين تناقض المتأخرين في ذلك وكذا بين ما أفهمه قول الشيخين ويصوم في كفارة اليمين من اختصاص ذلك بالمخيرة وما يصرح به المتن الآتي من أنه لا فرق بين المخيرة والمرتبة.
وأما النظر لكون السبب فعلا وهو لا يقبل الرفع فغير متضح المعنى، إذ لا فرق بين كفارة الظهار والجماع والقتل ولا بين كفارة اليمين ونحو إلحاق في النسك وسيأتي أن قتل الخطأ ملحق بغيره في وجوب الكفارة فيه على خلاف القياس فكذا يلحق به في وجوب الإعتاق فيها هنا أيضا <ص: 172> (و) لا (هبة) لشيء من ماله بخلاف قبوله لما أوصى له به كما صرح به كثيرون بل الأكثرون لكن الذي اقتضاه كلامهما أنه لا يصح وكان الفرق بينه وبين صحة قبوله لما وهب له أن قبول الهبة ليس مملكا وإنما المملك القبض وهو لا يعتد به منه إن استقل به بخلاف قبول الوصية فإنه المملك فلم يصح منه ويجوز إقباضه الهبة بحضرة من ينتزعها منه من ولي أو حاكم ولا يضمن واهب سلم إليه، لأنه لا يملك قبل القبض بخلاف

من سلم إليه الوصية، لأنه ملكها بالقبول فوجب تسليمها لوليه وعكس شارح لهذا غلط وكذا فرقه بأن ملك الهبة فوق ملك الوصية (و) لا (نكاح) يقبله لنفسه (بغير إذن وليه) قيد في الكل أما بإذنه فسيذكره.
(فلو اشترى أو اقترض) مثلا (وقبض) من رشيد بأن أقبضه أو أذن له في قبضه (وتلف المأخوذ في يده أو أتلفه) في غير أمانة أو نكح فاسدا أو وطئ كما يأتي بقيده في النكاح (فلا ضمان) ظاهرا (في الحال ولا بعد فك الحجر سواء علم حاله من عامله أو جهله)، لأنه مقصر بعدم بحثه عنه مع أنه سلطه على إتلافه بإقباضه إياه، أما باطنا فكذلك على ما اقتضاه كلام الرافعي وصرح به الغزالي كإمامه وضعفا الوجه المضمن له لكن رد بأن هذا هو نص الأم فهو المعتمد ويؤديه إذا رشد أما لو قبضه من غير مقبض أو أقبضه إياه غير رشيد فيضمنه قطعا وكذا لو رشد والعين بيده فتلفت بعد تمكنه من ردها لا قبله أو طالبه بها المالك فامتنع ثم تلف كما نقله الإسنوي واستظهره وذكر شارح أن إتلافها هنا كتلفها <ص: 173> وليس كما زعم كما هو ظاهر ولو زعم بائعه أنه أتلف بعد رشده صدق السفيه ما لم يثبت البائع ذلك وكالرشيد من بذر بعد رشده ولم يحجر عليه وقوله علم أو جهله لغة وإن كان الأفصح أعلم أم جهله.
(ويصح بإذن الولي نكاحه) كما سيذكره بقيوده (لا التصرف المالي) الذي فيه معاوضة (في الأصح) فلا يصح بإذن الولي وإن عين له الثمن، لأن عبارته في الأموال مسلوبة نعم قضية كلامهما في الخلع ما صرح به جمع من صحة قبضه لدينه بإذن الولي ومال إليه ابن الرفعة وعلله السبكي بأنه يغتفر في الفعل ما لا يغتفر في القول وما علق بإعطائه كإن أعطيتني كذا فأنت طالق لا بد في الوقوع من أخذه له ولو بغير إذن وليه ولا تضمن الزوجة بتسليمه لاضطرارها إليه ولأنه لا يملكه إلا بالقبض نعم على الولي نزعه منه فإن تلف في يده بعد إمكانه ضمنه وكذا لو خالعها على عين فأقبضتها له فإن تلفت بيده قبل تمكن الولي ضمنتها ويجري ذلك في سائر ديونه وأعيانه التي تحت يد الغير أما نحو هبة وعتق فلا يصح مطلقا جزما ويستثنى من المتن لا بقيد الإذن صلحه على سقوط قود عليه ولو بأكثر من الدية وعقده للجزية بدينار <ص: 174>

لا أكثر وفارق الدية بأن مصلحة بقاء النفس يحتاط لها ومفاداته إذا أسر وعفوه عن القود ولو مجانا وشراؤه لطعام اضطر إليه ورده لآبق سمع من يقول من رده فله درهم فيستحقه ودلالته على قلعة سمع الإمام يقول من دلني على قلعة فله منها جارية.
(ولا يصح إقراره) في حال الحجر بمال كأن أقر (بدين) عن معاملة أسند وجوبه إلى ما (قبل الحجر أو) إلى ما (بعده) أو بعين في يده لما مر من إلغاء عبارته ولا بما يوجب المال كنكاح (وكذا) لا يقبل إقراره (بإتلاف المال في الأظهر) لذلك فلا يطالب بذلك ولو بعد رشده لكن ظاهرا، أما باطنا فيلزمه إذا صدق قطعا أما إذا أقر بعد رشده أنه أتلف في سفهه فيلزمه الآتي قطعا كما في الروضة عن ابن كج (ويصح) إقراره (بالحد)، إذ لا مال ولا تهمة فيقطع في السرقة ولا يثبت المال (والقصاص) وسائر العقوبات كذلك فإن عفي عنه بمال ثبت، لأنه تعلق باختيار غيره (وطلاقه وخلعه) ولو بدون مهر المثل والكلام في الذكر لما يأتي في بابه. وإيلاؤه (وظهاره ونفيه النسب) يحلف في الأمة أو (بلعان) واستلحاقه ولو ضمنا بأن أقر باستيلاد أمته فإنه وإن لم ينفذ لكن إذا كانت <ص: 175> ذات فراش وولدت لمدة الإمكان لحقه وصارت مستولدة وينفق على من استلحقه من بيت المال وذلك، لأنه لا مال في ذلك وإذا صح طلاقه بلا مال فبه وإن قل أولى لكن لا يسلم إليه كما يأتي.
(وحكمه في العبادة) الواجبة (كالرشيد) لاجتماع شرائطها فيه نعم نذره لا يصح إلا في الذمة دون العين وتكفيره لا يكون إلا بالصوم على ما مر. أما المسنونة فماليتها كصدقة التطوع ليس هو فيه كرشيد (لكن لا يفرق الزكاة) ولا غيرها كنذر (بنفسه) فإنه تصرف مالي وقضية قوله بنفسه أنه يفرقها بإذن وليه واعتمده الإسنوي حيث قال صرح جمع متقدمون بأنه يجوز أن يوكله أجنبي فيه وبه يعلم بالأولى جوازه في مال نفسه بإذن وليه وقيد الروياني ذلك بتعيين المدفوع إليه والظاهر اشتراطه هنا أيضا وأن يكون بحضرة الولي لئلا يتلفه ا ه.
(وإذا أحرم) أو سافر ليحرم (بحج فرض) ولو نذرا بعد الحجر وقضاء ولو لما أفسده في حال سفهه أو عمرته أو بهما ومن الفرض ما لو أحرم بتطوع ثم حجر عليه قبل

إتمامه، لأنه لما لزمه المضي فيه صار فرضا (أعطى الولي) إن لم يخرج معه بنفسه (كفايته لثقة) اللام فيه <ص: 176> للتقوية لتعدي أعطى لمفعوليه بنفسه (ينفق عليه في طريقه) ولو بأجرة خوفا من تفريطه فيه كما مر في الحج فإن قصر السفر ورأى الولي دفعها له جاز على ما بحث (وإن أحرم) أو سافر ليحرم (بتطوع وزادت مؤنة سفره) لإتمام نسكه أو إتيانه به (على نفقته المعهودة) في الحضر (فللولي منعه) من الإتمام أو الإتيان كما يصرح به كلامهم خلافا لما مال إليه ابن الرفعة من أنه ليس له المنع من أصل السفر، لأنه لا ولاية له على ذاته ويرد ما علل به بأن له ولاية على ذاته بالنسبة لما يفضي لضياع ماله ولا شك أن السفر كذلك وظاهر المتن صحة إحرامه بغير إذن وليه وفارق الصبي المميز باستقلاله (والمذهب أنه كمحصر فيتحلل) بعمل عمرة، لأنه ممنوع من المضي.
(قلت ويتحلل بالصوم) والحلق مع النية (إن قلنا لدم الإحصار بدل) كما هو الأصح (، لأنه ممنوع من المال ولو كان له في طريقه كسب قدر زيادة المؤنة) على نفقة الحضر أو لم يكن له كسب لكنها لم تزد (لم يجز منعه والله أعلم)، إذ لا موجب لمنعه حينئذ ولا نظر إلى أنه فوت عملا له مقصودا بالأجرة وإن نظر إليه ابن الرفعة، لأنه لا يعد مالا حاصلا فلا يلزمه تحصيله مع غناه قاله الأذرعي وقول الغزي هذا عجيب منهما فإن الغرض أن الكسب في طريقه فقط فيه نظر، لأن ما قالاه متوجه مع ذلك الفرض أيضا فإن قلت إذا قلنا لا يمنعه فسافر وله كسب يفي كيف يحصله مع ما مر أنه لا تصح إجارته لنفسه مطلقا أو على تفصيل فيه قلت إذا لم تجوز للولي منعه يلزمه أن يسافر معه ليؤجره لذلك الكسب أو يوكل من يؤجره له ثم ينفق عليه منه ولو عجز أثناء الطريق فهل نفقته حينئذ في ماله أو على الولي لإذنه ؟ والذي يتجه الأول، لأن الولي حيث حرم عليه المنع لا يعد مقصرا.

(فصل) فيمن يلي الصبي مع بيان كيفية تصرفه في ماله. (ولي الصبي) المراد به الجنس ليشمل الصبية (أبوه) إجماعا قيل التعبير بالصغير أولى ا ه وهو سهو، إذ هما مترادفان فالصواب أن يقول التعبير بالمحجور أولى ليشمل

من بلغ سفيها فإنه لم يتقدم له بيان وليه صريحا بخلاف المجنون <ص: 177> فإن كلامه السابق يفيد أنه كالصبي ومر أنه قد يكون أبا ولا يحكم ببلوغه لكن هذا نادر فلا يرد على أن أصل الإيراد سهو، لأن المراد الأب الجامع لشروط الولاية وإلا ورد أيضا الأب الفاسق ونحوه (ثم جده) أبو الأب وإن علا كولاية النكاح ولكمال نظر بقية الأقارب فيه لا هنا كانوا أولياء ثم لا هنا نعم للعصبة منهم أيضا العدل عند فقد الولي الخاص الإنفاق من مال المحجور في تأديبه وتعليمه، لأنه قليل فسومح به ذكره في المجموع في الصبي. ومثله المجنون والسفيه.
وقضيته أن له ذلك ولو مع وجود قاض وهو متجه إن خيف منه عليه بل في هذه الحالة للعصبة وصلحاء بلده بل عليهم كما هو ظاهر تولي سائر التصرفات في ماله بالغبطة بأن يتفقوا على مرضى منهم يتولى ذلك ولو بأجرة وسيعلم مما يأتي في القضاء أن لذي شوكة بناحية لا شوكة فيها لغيره تولية القضاة والنظار وغيرهما فيلزمه هنا تولية قيم على الأيتام يتصرف في أموالهم بالمصلحة، فإن تعدد ذو الشوكة ولم يرجعوا لواحد فكل في محل شوكته كالمستقل فإن لم يتميز واحد من تلك الناحية بشوكة فولي أهل حلها وعقدها واحدا منهم صارحا كما عليهم فتنفذ توليته وسائر أحكامه أشار لذلك ابن عجيل وغيره.
قال أبو شكيل: ولو عم الفسق واضطر لولاية فاسق فلعل الأرجح نفوذ ولايته كما لو ولاه ذو شوكة لكن لا يقبل قوله في الإنفاق، لأنه ليس بولي حقيقة قال ويجوز تسليم نفقة الصبي لأمه الفاسقة بنحو ترك الصلاة المأمونة على المال لوفور شفقتها وشرطهما حرية وإسلام ولو في كافر عند الماوردي والروياني وحمل على ما إذا ترافعوا إلينا فلا نقرهم ونلي نحن أمرهم وفارق ولاية النكاح بأن القصد هنا الأمانة وهي في المسلم أقوى وثم الموالاة وهي في الكافر أقوى وخالفهما الإمام ومن تبعه وأيد بصحة وصية ذمي لذمي على أطفاله الذميين وعدالة ولو ظاهرة <ص: 178> وينعزل بالفسق عن الحفظ والتصرف وتعود ولايته بتوبته وإفاقته بخلاف غيره وأخذ من اشتراط عدم العداوة في ولاية الإجبار عدمها هنا وأيد بقولهما عن جمع يشترط في الوصي عدم العداوة وفي التأييد بذلك نظر للفرق بين

الأب والوصي وسيأتي في مبحث نكاح السفيه الفرق بين ما هنا وثم، ويسجل الحاكم ما باعاه أي: يحكم بصحته من غير ثبوت عدالة ولا حاجة أو غبطة بخلاف نحو الوصي كما اقتضاه كلامهما واعتمده الإسنوي وغيره ونوزع فيه بأنه لا يلزم من إبقاء الحاكم للأب والجد على ولايتهما اكتفاء بالعدالة الظاهرة اكتفاؤه بها عند التسجيل، ألا ترى أنه يقر من بأيديهم ملك على التصرف فيه ولو طلبوا قسمته منه لم يجبهم إلا ببينة تشهد لهم بالملك ؟ ا ه. وقد يجاب بأن القسمة تقتضي حكمه بثبوت الملك لهم فتوقف على البينة بخلاف التسجيل هنا فإنه لا يلزم منه ثبوت العدالة للاكتفاء فيها بالظاهر (ثم وصيهما) أي: وصي من تأخر موته منهما أو وصي أحدهما حيث لم يكن الآخر بصفة الولاية وستأتي شروطه في بابه (ثم القاضي) أو أمينه للخبر الصحيح {السلطان ولي من لا ولي له} والعبرة بقاضي بلد المولى أي: وطنه وإن سافر عنه بقصد الرجوع إليه كما هو ظاهر في التصرف والاستنماء وبقاضي بلد ماله في حفظه وتعهده ونحو بيعه وإجارته عند خوف هلاكه <ص: 179> وخرج بالصبي الجنين فلا ولاية لهؤلاء على ماله ما دام مجتنا أي بالنسبة للتصرف فيه لا لحفظه ولا ينافيه ما يأتي من صحة الإيصاء عليه ولو مستقلا، لأن المراد كما هو ظاهر أنه إذا ولد بان صحة الإيصاء.

(ولا تلي الأم في الأصح) كما في النكاح ومر أنه إذا فقد الأولياء تصرف صلحاء بلد المحجور في ماله كالقاضي وعليه يحمل قول الجرجاني إذا لم يوجد له ولي أو وجد حاكم جائر وجب على المسلمين النظر في مال المحجور وتولى حفظه له ا ه وأخذ منه ومن مسائل أخرى أن من خاف على مال غائب من جائر ولم يمكن أن يخلصه منه إلا بالبيع جاز له بيعه لوجوب حفظه ومنه بيعه إذا تعين طريقا في خلاصه.

(ويتصرف الولي بالمصلحة) لقوله تعالى {إلا بالتي هي أحسن} فيمتنع تصرف لا خير فيه ولا شر كما صرح به جمع ويلزمه حفظ ماله واستنماؤه قدر النفقة والزكاة والمؤن إن أمكنه <ص: 180> لا المبالغة فيه وقال العراقيون إن الاستنماء كذلك مندوب ولا يلزمه أن يقدمه على نفسه وله السفر به في طريق آمن لمقصد آمن برا لا بحرا نعم إن كان الخوف في السفر ولو بحرا أقل منه

في البلد ولم يجد من يقترضه سافر به ولو اضطر إلى سفر مخوف أو في بحر أقرضه أمينا موسرا وهو الأولى أو أودعه لمن يأتي في الوديعة فإن تعذر سافر به وفي الحضر عند خوف نحو نهب يقرضه لمن ذكر فإن تعذر أودعه وللقاضي الإقراض مطلقا، لأنه مشغول، ولو طلب منه ماله بأكثر من ثمن مثله لزمه بيعه إلا ما احتاجه وعقارا يكفيه بل شراء عقار غلته تكفيه أولى من التجارة، ولو أخر لتوقع زيادة فتلف لم يضمن ويأتي في زيادة راغب هنا في زمن الخيار ما مر في عدل الرهن ويضمن ورق توت أخره حتى فات وقته كسائر الأطعمة لا ما أخر إجارته وعمارته ولو مع تمكنه حتى تلف، لأن هذا تحصيل فهو كترك تلقيح النخل لكنه يأثم بخلاف ترك علف الدابة احتياطا للروح نعم ينبغي أنه لو أشرف مكانه على خراب ولو جعل تحته مرمة حفظ فتركها مع تيسرها أن يضمن، لأن هذا يعد تفويتا حينئذ كما هو ظاهر ثم رأيت الماوردي صرح بما يؤيده وهو أنه لو فرط في حفظ رقاب الأموال عن أن تمتد إليها اليد ضمن ما تلف منها ا ه وعد في البحر مما لا يضمن بترك سقيه الشجر واعترض بأنها كالدواب ويرد بما تقرر من الفرق بين ذي الروح وغيره وله بل عليه كما هو ظاهر بذل شيء من ماله لتخليص بقيته من ظالم وله كما أفتى به ابن الصلاح إيجار أرض بستانه بما يفي بمنفعتها وقيمة الثمر <ص: 181> ثم يساقيه على شجره بسهم من ألف لليتيم والباقي للمستأجر وسيأتي ما فيه في المساقاة قال الماوردي ولا يشتري ما يخاف فساده وإن كان مربحا.

(تنبيه) أخذ الإسنوي من منعهم إركاب ماله البحر منع إركابه أيضا وإركاب الحامل قال بل أولى، لأن حرمة النفس آكد والبهائم والزوجة والقن البالغ بغير رضاهما ا ه وردوه بأن المدار في ماله على المصلحة وهي منتفية في ذلك ولا كذلك في الصور المذكورة وإذا جوزوا إحضار المولى للجهاد ولم يروا لخوف قتله فكذا هنا، فإن قلت: ذاك فيه تمرين على تحمل الأخطار في العبادات وهذه مصلحة ظاهرة بخلاف ما هنا قلت ممنوع بل إركابه البحر فيه نظير ذلك كالتمرين على اكتساب الأموال وتحمل الأخطار في العبادة أيضا في نحو الركوب لحج أو جهاد، ويؤيد ذلك أنهم لم يشترطوا في تصرفه في بدن موليه

بنحو قطع سلعة نظير ما اشترطوه هنا (ويبني دوره) مثلا (بالطين) لقلة مؤنته مع الانتفاع بنقضه (والآجر) وهو الطوب المحرق لبقائه (لا اللبن) وهو الطوب النيء لقلة بقائه (والجص) وهو الجبس لكثرة مؤنته مع عدم الانتفاع بنقضه فالواو هنا بمعنى أو التي في العزيز فيمتنع اللبن مع طين أو جص وجص مع لبن أو آجر هذا ما عليه النص والجمهور واختار آخرون عادة البلد كيف كانت وهو الأوجه مدركا، وأفهم قوله دوره أنه لا يبتدئ بناء له وليس كذلك لكن إن ساوى مصرفه ولم يجد عقارا يباع فإن وجده والشراء أحظ تعين الشراء. قال جمع واشتراط مساواته لمصرفه في غاية الندرة وهو في التحقيق منع للبناء.

(ولا يبيع عقاره)، لأنه أنفع وأسلم مما عداه (إلا لحاجة) كخوف ظالم أو خرابه أو عمارة بقية أملاكه أو لنفقته وليس له غيره ولم يجد مقرضا أو رأى المصلحة في عدم القرض أو لكونه بغير بلده ويحتاج لكثرة مؤنة لمن يتوجه لإيجاره <ص: 182> وقبض غلته ويظهر ضبط هذه الكثرة بأن تستغرق أجرة العقار أو قريبا منها بحيث لا يبقى منها إلا ما لا وقع له عرفا (أو غبطة) كثقل خراجه مع قلة ريعه ولا يشتري له مثل هذا أو رغبة نحو جار فيه بأكثر من ثمن مثله وهو يجد مثله بأقل أو خيرا منه بذلك الثمن وكخوف رجوع أصله في هبته ولو بثمن المثل ودخول هذا في الغبطة ظاهر إذ هي لغة حسن الحال وأفتى القفال في ضيعة يتيم يستأصل خراجها ماله أن لوليه بيعها ولو بدرهم، لأنه المصلحة وأخذ منه الأذرعي أن له بيع كل ما خيف هلاكه بدون ثمن مثله للضرورة وألحق بذلك ما لو غلب على ظنه غصبه لو بقي (ظاهرة) قيد زائد على أصله وبقية كتبهما والذي فسراها به ما مر قال الإمام وضابط تلك الزيادة أن لا يستهين بها العقلاء بالنسبة لشرف العقار وألحق به البندنيجي الأواني المعدة للقنية من صفر وغيره وبقية أمواله لا بد فيها أيضا من حاجة أو غبطة لكن تكفي حاجة يسيرة وربح قليل بل بحث في التوشيح جواز بيع ما لا يعد للقنية ولم يحتج إليه بدون ربح وحاجة إذ بيعه بقيمته مصلحة وبحث البالسي أن مال التجارة كذلك قال بل لو رأى البيع بأقل من رأس المال ليشتري بالثمن ما هو مظنة الربح جاز.

نعم له صوغ حلي لمـوليته وإن نقصـت قيمتـه وجـزء منـه وصبغ ثياب وتقطيعها وكل ما يرغـب فـي نكاحهـا أو إبقـائه أي: مما تقتضيه المصلحة اللائقة بها وبمالها سواء في ذلـك الأصل وهو ما صرحوا بـه والوصـي والقيـم كمـا بحثـه غيـر واحد وجرى عليه أبو زرعة فقال والظاهر أن للقيـم شـراء جهاز معتاد لها من غير إذن القاضي فيقع لها ويقبـل قـوله فيه إذا لم يكذبه الحس وللولي خلط طعامه بطعـام مـوليه حيث كانت المصلحة للمولى فيه ويظهر ضبطها بـأن تكـون كلفته مع الاجتمـاع أقـل منهـا مـع الانفـراد ويكـون المـالان متساويين حلا أو شبهة أو مال المـولى أحـل ولـه الضـيافة والإطعام منه <ص: 183> حيـث فضـل للمـولى قـدر حقـه وكذا خلط أطعمة أيتام إن كانت المصلحة لكل منهم فيه.
(وله بيع ماله بعرض ونسـيئة للمصـلحة) كربـح وخـوف مـن نهب (وإذا باع نسيئة) اشترط يسار المشتري وعـدالته ومـن لازمها عدم مماطلة وزيادة على النقد تليق بالنسيئة وقصـر الأجل عرفا (وأشهد) وجوبا (على البيع وارتهـن) وجوبـا أيضـا (به) أي: بالثمن رهنـا وافيـا ولا تغنـي عنـه ملاءة المشـتري، لأنه قد يتلف احتياطا للمحجور فـإن تـرك واحـدا ممـا ذكـر بطل البيع إلا إذا تـرك الرهـن والمشـتري موسـر علـى مـا قاله الإمام واقتضاه كلامهما.
وقال السبكي لا اسـتثناء وضـمن نعـم إن بـاعه لمضـطر لا رهن معه جاز وكذا لو تحقق تلفه وأنـه لا يحفـظ إلا بـبيعه من معين بأدنى ثمن قياسا على مـا مـر عـن القفـال ولـو باع مال ولده مـن نفسـه نسـيئة لـم يحتـج لارتهـان وبحـث الأذرعي تقييده بالمليء ولا يحتاج إليه لما تقـرر أن شـرط البيع نسيئة يسـار المشـتري وإنمـا لـم يجـب الارتهـان فـي إقراض ماله إذا رأى الولي تركه لتمكنـه مـن المطالبـة أي وقت شـاء بخلافـه هنـا فـإنه قـد يضـيع مـاله قبـل الحلـول والأولى على ما قاله الصيدلاني أن لا يرتهن في البيع لنحو نهب إذا خشي على المرهون، لأنه قد يرفعه لحنفي يضمنه له وأفتى بعضـهم بـأنه يلـزم الـولي بعـد الرشـد اسـتخلاص ديون المولى كعامل القراض وإن لم يكـن ربـح بـل أولـى، لأن العامل مأذون له مـن المالـك وهـذا مـن جهـة الشـرع ويؤيده قول البلقيني في فتاويه على أميـن الحـاكم مطالبـة من اشترى بالثمن ويطالب الولي بثمن مـا اشـتراه لمـوليه فإن تلف مال المولى فإن سـمى المـولى فـي العقـد فهـو

في ذمته وإلا فعلى الولي إلا نائب الحاكم على ما جزم به بعضهم ولو عامل له فاسدا فوجبت أجرة مثل لزمت الولي لتقصيره.
(ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة)، لأنه مأمور بفعلها فإن تعينت في الأخذ أو الترك وجب قطعا وإن استوت فيهما حرم الأخذ <ص: 184> وإنما اختلفوا في وجوب شراء ما رآه يباع وفيه غبطة، لأن الإهمال هنا يعد تفويتا لثبوتها بخلافه ثم، لأنه محض اكتساب وما فعله منهما لمصلحة لا ينقضه المولى إذا رشد لكن على غير الأصل ثبوتها.
(ويزكي ماله) وبدنه فورا وجوبا إن كان مذهبه ذلك وافق مذهب المولى أم لا، لأنه قائم مقامه فإن لم يكن ذلك مذهبه فالاحتياط كما أفتى به القفال أن يحسب زكاته حتى يبلغ فيخبره بها أو يرفع الأمر لقاض يرى وجوبها فيلزمه بها حتى لا يرفع بعد لحنفي يغرمه إياها وظاهر كلامهم أنه لا يرفع لحنفي في الحالة الأولى وهي ما إذا رأى الوجوب وهو بعيد لما فيه من الحظر عليه فالذي يظهر أنه فيها مخير بين الإخراج وإن كان فيه خطر التضمين وبين الرفع لمن يلزمه به أو بعدمه ويخرج عنه أيضا أجرة تعليمه وتأديبه كما مر أوائل الصلاة وما لزمه من الأموال بنحو كفارة ويؤدي أرش جنايته وإن لم يطلب وأفتى بعضهم بأن للولي الصلح على بعض دين الولي إذا تعين ذلك طريقا لتخليص ذلك البعض كما أن له أن يلزمه دفع بعض ماله لسلامة باقيه <ص: 185> قوله أن لا يقال كذا بخط الشيخ رحمه الله ولعل القلم سها بلا والله أعلم ا ه مصححه وفيه نظر، إذ لا بد في صحة الصلح من الإقرار اللهم إلا أن يفرض خشية ضياع البعض ولو مع الإقرار ويتعين الصلح لتخليص الباقي (وينفق عليه وعلى ممونه) أي يمونهم نفقة وكسوة وخدمة وغيرها مما لا بد منه (بالمعروف) مما يليق بيساره وإعساره قال شارح ويرجع في صفة ملبوسه إلى ملبوس أبيه ا ه وفيه نظر لما تقرر أن النظر لما يليق بيساره وقد يكون موسرا وأبوه معسرا وعكسه وقد يكون أبوه يزري بنفسه فلا يكلف الولد ذلك.
(فإن ادعى الولد بعد بلوغه) أو إفاقته أو رشده أو بعد زوال تبذيره (على الأب والجد بيعا) مثلا لعقار أو غيره أو أخذ شفعة أو تركها (بلا مصلحة) ولا بينة كما بأصله وحذفه

لظهوره (صدقا باليمين)، لأنهما لا يتهمان لوفور شفقتهما (وإن ادعاه على الوصي والأمين صدق هو بيمينه)، لأنهما قد يتهمان ومن ثم لو كانت الأم وصية كانت كالأولين هنا وفيما يأتي وكذا آباؤها والمشتري من الولي كهو وظاهر المتن أن القاضي ليس كمن ذكر وهو كذلك كما اعتمده السبكي فقال بعد تردد له الحق أن قوله مقبول بلا يمين في أن تصرفه للمصلحة وإن كان معزولا، لأنه نائب الشرع عند تصرفه وسيعلم مما يأتي في الوديعة أن محله في قاض ثقة أمين وإلا كان كالوصي ويأتي آخر الوصايا أن الأوجه أن الثقة مثل الأصل وإلا فكالوصي وبحث الزركشي كالبلقيني قبول قول نحو الوصي في أن ما باع به ثمن المثل، لأنه من صفات البيع فإذا ثبت أنه جائز البيع قبل قوله في صفته، لأنه مدعي الصحة وأما المصلحة فهي السبب المسوغ للبيع فاحتاج لثبوتها كما يحتاج الوكيل لثبوت الوكالة وقول البغوي لو قال الموكل باع بغبن فاحش صدق ردوه بأنه مبني على رأيه أن القول قول مدعي الفساد والأصح تصديق الوكيل، لأن موكله يدعي خيانته والأصل عدمها مع كونه سلطه على البيع بالإذن له فيه. <ص: 186>

ERROR IN CHAPTER LEVELS خطأ في رتب الفصول
كانت الرتبة السابقة 2
والرتبة الحالية هنا هي 4
ويجب أن تكون 3
أو أقل

(فرع) ليس للولي أخذ شيء من مال موليه

(فرع) ليس للولي أخذ شيء من مال موليه إن كان غنيا مطلقا فإن كان فقيرا وانقطع بسببه عن كسبه أخذ قدر نفقته عند الرافعي ورجح المصنف أنه يأخذ الأقل منها ومن أجرة مثله وإذا أيسر لم يلزمه بدل ما أخذه. قال الإسنوي هذا في وصي أو أمين أما أب أو جد فيأخذ قدر كفايته اتفاقا سواء الصحيح وغيره واعترض بأنه إن كان مكتسبا لا تجب نفقته ويرد بأن المعتمد أنه لا يكلف الكسب فإن فرض أنه اكتسب مالا يكفيه لزم فرعه تمام كفايته وحينئذ فغاية الأصل هنا أنه اكتسب دون كفايته فيلزم الولد تمامها فاتجه أن له أخذ كفايته البعض في

مقابلة عمله والبعض لقرابته وقيس بولي اليتيم فيما ذكر من جمع مالا لفك أسر أي: مثلا فله إن كان فقيرا الأكل منه كذا قيل.
والوجه أن يقال فله أقل الأمرين وللأب والجد استخدام محجوره فيما لا يقابل بأجرة ولا يضربه على ذلك على الأوجه خلافا لمن جزم بأن له ضربه عليه وإعارته لذلك ولخدمة من يتعلم منه ما ينفعه دينا أو دنيا وإن قوبل بأجرة كما يعلم مما يأتي أول العارية وبحث أن علم رضا الولي كإذنه وأن للولي إيجاره بنفقته وهو محتمل إن علم أن له فيها مصلحة لكون نفقته أكثر من أجرته عادة وأفتى المصنف بأنه لو استخدم ابن بنته لزمه أجرته إلى بلوغه ورشده وإن لم يكرهه، لأنه ليس من أهل التبرع بمنافعه المقابلة بالعوض ومن ثم لم تجب أجرة الرشيد إلا إن أكره ويجري هذا في غير الجد للأم.
قال الجلال البلقيني ولو كان للصبي مال غائب فأنفق وليه عليه من مال نفسه بنية الرجوع إذا حضر ماله رجع إن كان أبا أو جدا، لأنه يتولى الطرفين بخلاف غيرهما أي: حتى الحاكم بل يأذن لمن ينفق ثم يوفيه وأفتى القاضي بأن الأب لو حفظ مال الابن سنين فمات واشتبه على الحاكم أنه أنفق على الطفل من ماله أو مال نفسه <ص: 187> حمل على أنه من مال الطفل احتياطا لئلا يضر باقي الورثة ا ه وبمثله أفتى البلقيني وعلله بأن الوالد ولي متصرف والأصل براءة ذمته والظاهر يقتضي ذلك والأمين إذا مات وضمناه فذلك حيث لم يظهر ما يسقط التعلق بتركته ا ه.
نعم لذي المال أن يحلف بقية الورثة على أن أباه أنفق عليه ما كان له تحت يده وأفتى جمع فيمن ثبت له على أبيه دين فادعى إنفاقه عليه بأنه يصدق هو ووارثه أي: باليمين والبلقيني بجواز الشرب على وجه لا يحتفل به من نحو عين ونهر لقاصر فيه شركة ولقط سنابل من زرعه لا كسرة له ساقطة وخالفه الزركشي في الثانية أي:، لأنها كالثالثة القائل هو بامتناعها وخرج بما قيد به شرب يضر نحو زرعه فيمتنع وأفتى القاضي فيما لو اشترى ضيعة من قيم يتيم وسلمه الثمن فكمل المولى وأنكر كون ذلك القيم وليا له واستر الضيعة ثم اشتراها منه بأنه لا يرجع بالثمن على البائع، لأنه صدقه على الولاية كما لو اشترى

من وكيل ودفع له الثمن فأنكر الموكل الوكالة وأخذ المبيع فاشتراه منه لا يرجع على الوكيل بالثمن، لأنه صدقه على الوكالة واستشكله الغزي بأنه مخالف لقولهم إذا اشترى شيئا وصدق البائع على ملكه ثم استحق رجع عليه بالثمن، لأنه إنما صدقه بناء على ظاهر الحال فكذا هنا وأجاب شيخنا بأن البائع في تلك مقصر ببيعه ما هو مستحق ا ه.
وفيه نظر فإن الملحظ إنما هو التصديق على الملك وهو موجود في الكل فكما عذر في هذه باستناد تصديقه إلى الظاهر فكذا في تينك على أن القيم والوكيل مقصران أيضا ببيعهما قبل ثبوت ولايتهما ومن ثم جزمت بخلاف كلام القاضي قبيل الوديعة.

باب الصلح والتزاحم على الحقوق المشتركة

هو لغة قطع النزاع وشرعا عقد مخصوص يحصل ذلك وأصله قبل الإجماع قوله تعالى {والصلح خير} والخبر الصحيح {الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا} وخصوا لانقيادهم وإلا فالكفار مثلهم (هو) أنواع صلح بين المسلمين والمشركين أو بين الإمام والبغاة أو بين الزوجين وصلح في معاوضة أو دين وهو المقصود هنا ولفظه يتعدى غالبا للمتروك بمن وعن وللمأخوذ بعلى والباء وهو (قسمان أحدهما يجري بين المتداعيين وهو نوعان أحدهما على إقرار) أو حجة أخرى (فإن جرى على عين غير) العين (المدعاة) كأن ادعى عليه بدار فأقر له بها ثم صالحه عنها بثوب معين <ص: 188> (فهو بيع) للمدعاة من المدعي لغريمه (بلفظ الصلح تثبت فيه أحكامه) أي: البيع، لأن حده صادق عليه (كالشفعة والرد بالعيب) وخياري المجلس والشرط (ومنع تصرفه) في المصالح عليه وعنه (قبل قبضه واشتراط التقابض إن اتفقا) أي المصالح به والمصالح عليه (في علة الربا) واشتراط التساوي إن اتحدا جنسا ربويا والقطع في بيع نحو زرع أخضر والسلامة من شرط مفسد مما مر وجريان التحالف عند الاختلاف في شيء مما مر وقضية قوله على عين غير المدعاة الموافق لأصله والعزيز أن صلحه من عين مدعاة بدين موصوف ليس بيعا أي بل سلم.
وقضية عبارة الروضة عكسه ولا تخالف، لأن الأول محمول على ما إذا كان الدين غير نقد ووصف بصفة السلم

والثاني محمول على ما إذا كان الدين نقدا كالعين المدعاة لجواز بيع أحد النقدين بالآخر دون إسلامه فيه وحينئذ فلا ترد عليه مسألة الدين، لأن فيه تفصيلا كما علمت.
(تنبيه) هل يأتي الصلح بمعنى السلم فيما إذا قال المقر صالحتك عن هذا الذي أقررت به لك بثوب صفته كذا في ذمتي أو قال له المقر له صالحتك عن هذا الذي أقررت لي به بثوب صفته كذا في ذمتك فالذي جرى عليه الإسنوي ومن تبعه كالشارح وقال إنما سكت الشيخان عنه لظهوره وشيخنا وغيرهما أنه يأتي بمعناه ونقله الإسنوي وغيره عن ابن جرير ولم يبالوا بكونه صار صاحب مذهب مستقل كالمزني حتى لا تعد تخريجاته وجوها والذي اقتضته عبارة الروضة كما اعترف به الإسنوي وغيره وقول الشارح سكتا عنه أي: عن التصريح به أنه في المثالين المذكورين بيع ويؤيده ما مر في السلم في بعتك ثوبا صفته كذا بهذا فالشيخان على أنه بيع <ص: 189> لعدم لفظ السلم وأكثر المتأخرين على أنه سلم نظرا للمعنى وللأولين أن يفرقوا بين لفظ الصلح والبيع بأن البيع حيث أطلق إنما ينصرف لمقابل السلم لاختلاف أحكامهما فهو أعنى البيع لا يخرج عن موضوعه لغيره فإذا نافى لفظه معناه غلب لفظه، لأنه الأقوى وأما لفظ الصلح فهو موضوع شرعا لعقود متعددة بحسب المعنى لا غير وليس له موضوع خاص ينصرف إليه لفظه حتى تغلبه فيه فتعين فيه تحكيم المعنى لا غير وبه اتضح الأول فتأمله.
(أو) جرى من العين المدعاة (على منفعة) لها مدة معلومة بثوب مثلا لغريمه أو لغيرها مدة كذلك بها أو بمنفعتها (ف) هو (إجارة) للعين المدعاة بغيرها من المدعي لغريمه أو لغيرها بها أو بمنفعتها من غريمه له (تثبت) فيه (أحكامها) لصدق حدها عليه أو جرى منها على أن ينتفع بها مدة كذا فإعارة منه لغريمه ويتعين أن يحمل عليه قول السبكي يصح الصلح على منافع الكلاب مدة معلومة أي بغير عوض أو على أن يطلقها فخلع أو على أن يرد عبده فجعالة (أو) جرى من العين المدعاة (على بعض العين المدعاة) كنصفها (فهبة لبعضها) الباقي (لصاحب اليد) عليها (فتثبت) فيه (أحكامها) أي الهبة من إذن في قبض ومضي إمكانه بعد تقدم صيغة هبة لما ترك وقبولها <ص: 190> (ولا يصح بلفظ البيع) له لعدم الثمن، لأن العين كلها ملك

المقر له فإذا باعها ببعضها فقد باع ملكه بملكه والشيء ببعضه وهو محال (والأصح صحته بلفظ الصلح) كصالحتك منها على نصفها لوجود خاصة الصلح وهي سبق الخصومة ويكون هبة تنزيلا له في كل محل على ما يليق به كلفظ التمليك.
(ولو قال من غير سبق خصومة صالحني عن دارك بكذا) فأجابه (فالأصح بطلانه)، لأن لفظ الصلح يستدعي سبق الخصومة ولو عند غير قاض كما هو ظاهر ثم رأيت الإسنوي صرح به وقال: إنه قضية إطلاق المتن وكأنه لم ينظر لقوله المتداعيين مع أن المتبادر منه الدعوى عند قاض، لأنهم أطلقوا آخر الرجعة أنه يكفي سبق الدعوى ولو عند غير قاض ولأن اشتراط كونها عنده لا معنى له هنا، لأن اشتراط سبق الخصومة إنما هو ليوجد مسمى الصلح عرفا وذلك لا بتقييد بالدعوى عنده نعم إن نويا به البيع كان بيعا، لأنه حينئذ كناية، إذ لا ينافي البيع وإنما لم يصح به من غير نية لفقد شرطه المذكور وبه فارق وهبتك بعشرة بناء على الضعيف أن النظر للفظ، لأن لفظ الهبة ينافي البيع.
(ولو صالح من دين) مدعى به يجوز الاعتياض عنه لا كمثمن ودين سلم (على عين) أراد بها هنا ما يقابل المنفعة الشامل للعين والدين بدليل تقسيمه المصالح عليه إلى عين ودين فتغليظ وزعم أنه مصحف وأن الصواب على غيره هو الغلط، إذ غاية الأمر أنه استعمل العين في الأمرين تارة وفي مقابل الدين أخرى وأن ذلك مجاز عرفي دل عليه ما ذكره بعده من تقسيم المصالح عليه إلى عين ودين ومثل ذلك يقع في عباراتهم كثيرا فلا غلط فيه ولا تصحيف فإن قلت ما وجه المقابلة بالمنفعة مع الصحة فيها أيضا كما علم مما مر <ص: 191> قلت، لأنه لا يتأتى فيها التفريع الذي قصده من التوافق في علة الربا تارة وعدمها أخرى (صح) بلفظ بيع أو صلح كما يجوز بيع الدين بالعين (فإن توافقا في علة الربا) كالصلح عن ذهب بفضة (اشترط قبض العوض في المجلس) حذرا من الربا فإن تفرقا حسا أو حكما قبل قبضه بطل الصلح ولا يشترط تعيينه في العقد (وإلا) يتوافقا فيه كهو عن ذهب ببر (فإن كان العوض عينا لم يشترط قبضه في المجلس في الأصح) كما لو باع ثوبا بدراهم في الذمة لا يشترط

قبض الثوب في المجلس (أو) كان العوض (دينا) ثبت بالصلح كصالحتك عن دراهمي عليك بصاع بر في ذمتك (اشترط تعينه في المجلس) ليخرج عن بيع الدين بالدين (وفي قبضه) في المجلس (الوجهان) أصحهما عدم الاشتراط وهذا كله علم مما قدمه في الاستبدال عن الثمن ولو صالح من دين على منفعة صح كما مر وتقبض هي بقبض محلها.

(وإن صالح من دين على بعضه) كنصفه (فهو إبراء عن باقيه) فيغلب فيه معنى الإسقاط وإن قلنا: إنه تمليك حتى لا يشترط القبول ولا قبض الباقي <ص: 192> في المجلس ولا يؤثر في ذلك امتناعه من أداء البعض (ويصح بلفظ الإبراء والحط ونحوهما) كالإسقاط والوضع نحو أبرأتك من نصف الألف الذي لي عليك وصالحتك على الباقي أو صالحتك منه على نصفه وأبرأتك من باقيه (و) يصح (بلفظ الصلح) وحده (في الأصح) كصالحتك منه على نصفه لكن يشترط هنا القبول، لأن اللفظ يقتضيه بوضعه ورعايته في العقود أكثر من رعاية معناها ولا يصح بلفظ البيع نظير ما مر في الصلح على بعض العين وهذا أعني الصلح على بعض العين وبعض الدين يسمى صلح حطيطة وما عداهما من سائر الأقسام السابقة غير صلح الإعارة يسمى صلح معاوضة، وخرج بقوله على بعضه ما لو صالح من ألف على خمسمائة معينة واتحد جنسهما الربوي فلا يصح على ما قاله جمع متقدمون واعتمده السبكي والإسنوي لاقتضاء التعيين العوضية فأشبه بيع الألف بخمسمائة وقضية كلام الشيخين الصحة وجرى عليها جمع متقدمون وهو المعتمد نظرا للمعنى فإنه في الحقيقة استيفاء للبعض وإسقاط للبعض.

(ولو صالح من حال على مؤجل مثله) جنسا وقدرا وصفة (أو عكس) أي: من مؤجل على حال مثله كذلك (لغا) الصلح فلا يلزم الأجل في الأول ولا إسقاطه في الثاني، لأنهما وعد من الدائن والمدين (فإن عجل) المدين الدين (المؤجل) عالما بفساد الصلح (صح الأداء) وسقط الأجل بخلاف ما إذا جهل فيسترد ما دفعه كما نبه عليه ابن الرفعة والسبكي وغيرهما وقاسوه على ما لو ظن أن عليه دينا فأداه فبان خلافه فإنه يسترده قطعا (ولو صالح من عشرة حالة على خمسة مؤجلة برئ من خمسة وبقيت

خمسة حالة)، لأنه سامحه بحط البعض من غير مقابل فصح ويتأجل الباقي الحال وهو لا يصح، لأنه مجرد وعد.
(ولو عكس) بأن صالح من عشرة مؤجلة على خمسة حالة (لغا الصلح)، لأنه إنما ترك الخمسة في مقابلة حلول الباقي وهو لا يحل فسلم يصح الترك والصحة والتكبير كالحلول والتأجيل فيما ذكر وقضية ما تقرر أنه لا فرق فيه بين الربوي وغيره فقول الجواهر بعد كلام للجوري وهو يدل على فرض ذلك في الربوي فلو كان له عروض مؤجلة فصالحه على بعضها حالا جاز إذا قبض في المجلس <ص: 193> الظاهر أنه ضعيف.
(النوع الثاني الصلح على الإنكار) أو السكوت ولا حجة للمدعي (فيبطل) خلافا للأئمة الثلاثة للخبر السابق {إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا} فإن المدعي إن كذب فقد استحل مال المدعى عليه الذي هو حرام عليه وإن صدق فقد حرم على نفسه ماله الذي هو حلال له أي: بصورة عقد فلا يقال للإنسان ترك بعض حقه قيل فيه نظر فإن الصلح ثم لم يحرم الحلال ولا حلل الحرام بل هو على ما كان عليه من التحريم والتحليل ا ه.
ويرد بأن ما ذكر إلزام للقائلين بصحته وهو ظاهر، إذ يلزم عليها أن الصلح سبب في ذلك التحليل والتحريم وقد علم من الخبر امتناع كل صلح هو كذلك كأن يصالح على نحو خمر فهذا أحل الحرام وكأن يصالح زوجته على أن لا يطلقها فهذا حرم الحلال وقد اتفقوا على أن الخبر يشمل هذين وهما على وزان ما قلناه في صلح الإنكار فحينئذ لا وجه لذلك النظر فتأمله.
أما إذا كانت له حجة كبينة فيصح لكن بعد تعديلها وإن لم يحكم بالملك على الأوجه ولا نظر إلى أن له سبيلا إلى الطعن، لأن له ذلك حتى بعد القضاء بالملك أيضا على المعتمد (إن جرى على) هي هنا بمعنى من أو عن لما مر أن كون على والباء للمأخوذ ومن وعن للمتروك أغلبي (نفس المدعي) على غيره كأن ادعى عليه بدار أو دين فأنكر ثم تصالحا على نحو قن ويصح كونها على بابها والتقدير إن جرى على نفس المدعي <ص: 194> عن غيره ودل عليه ذكر المأخوذ، لأنه يقتضي متروكا ويصح مع عدم هذا التقدير أيضا وغايته أن البطلان فيه لأمرين كونه على إنكار وعدم العوضية فيه (وكذا إن جرى) الصلح من

بعض المدعى (على بعضه في الأصح) كأن يصالحه من الدار على نصفها أما لو صالح من بعض الدين على بعضه فيبطل جزما، لأن الضعيف يقدر الهبة في العين وإيراد الهبة على ما في الذمة ممتنع على ما يأتي في بابها ومر في اختلاف المتبايعين أنهما لو اختلفا هل وقع الصلح على إنكار أو إقرار صدق مدعي الإنكار، لأنه الأغلب.
وقد يصح الصلح مع عدم الإقرار في مسائل: منها ما لو أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات قبل الاختيار أنه يجوز اصطلاحهن بتساو وتفاوت، وكذا ما لو طلق إحدى امرأتيه ومات قبل البيان لكن يأتي قبيل خيار النكاح خلافه أو ادعى اثنان وديعة بيد رجل فقال: لا أعلم لأيكما هي أو دارا بيدهما وأقام كل بينة وفي هذه كلها لا يجوز الصلح غلى غير المدعي، لأنه بيع وشرطه تحقق الملك وسيأتي لذلك مزيد آخر نكاح المشرك (وقوله) بعد إنكاره (صالحني عن الدار) مثلا (التي تدعيها ليس إقرارا في الأصح) قال البغوي وكذا قوله لمدع عليه ألفا صالحني منها على خمسمائة أو هبني خمسمائة أو أبرئني من خمسمائة لاحتمال أن يريد به قطع الخصومة لا غير ولأنه في الثانية بأقسامها لم يقر بأن ذلك يلزمه وقد يصالح على الإنكار أي: بل هو الأغلب كما تقرر.
أما قوله ذلك ابتداء قبل إنكاره فليس إقرارا قطعا ولو قال هبني هذه أو بعنيها أو زوجني الأمه كان إقرارا بملك عينها أو أجرنيها أو أعرنيها فإقرار بملك المنفعة لا العين أو ادعى عليه دينا فقال أبرأتني أو أبرئني فإقرار أيضا وبحث السبكي تقييده بما إذا <ص: 195> ذكر المال أو الدين أي: ولو بالضمير كأبرأتني منه، لأنه مع حذفه يحتمل أبرأتني من الدعوى.
(فرع) صالح على إنكار ثم وهب أو أبرأ قبل قوله أنه إنما فعل ذلك ظانا صحة الصلح أو ثم أقر المنكر لم ينقلب الصلح صحيحا لفوات شرط صحته حال وجوده ومن ثم لم ينظر هنا لما في نفس الأمر، لأنه لا مملك إلا الصلح وهو لا يمكن صحته إلا إن سبقه إقرار أو نحوه ولو صالحه بشيء ليقر فأقر بطل الصلح وكذا الإقرار على الأوجه وقد يشكل بأنه لو قال لاثنين أريد أن أقر بما لم يلزمني أقر أوخذ بإقراره ولمي ينظر لكلامه ويجاب بأن ما هنا جواب لقوله صالحتك بكذا على أن تقر لي والجواب منزل على

السؤال فكأنه قال أقررت في مقابلة ذلك فبطل وقوله أريد إلى آخره أمر منفصل عن الإقرار لم تقم قرينة لفظية على تقييده به فوقع ذلك المتقدم لغوا ولو ترك وارث حقه من التركة لغيره بلا بدل لم يصح أو به صح بشرطه.
(القسم الثاني يجري بين المدعي وأجنبي فإن قال) الأجنبي للمدعي (وكلني المدعى عليه في الصلح) معك عن العين التي ادعيت بها ببعضها أو بهذه العين أو بعشرة في ذمته (وهو مقر لك) بها ظاهرا أو باطنا أو وهي لك أو وأنا أعلم أنها لك فصالحني عنه له بذلك فصالحه (صح) الصلح عن الموكل، لأن قول الإنسان في دعوى الوكالة مقبول في جميع المعاملات ثم إن صدق في أنه وكيل صارت ملكا لموكله وإلا فهو شراء فضولي وأما الدين فلا يصح الصلح عنه بدين ثابت قبل ذلك ويصح بغيره <ص: 196> ولو بلا إذن إن قال الأجنبي ما ذكر أو قال عند عدم الإذن وهو مبطل في عدم إقراره فصالحني عنه بكذا، إذ لا يتعذر قضاء دين الغير بغير إذنه وأما لو لم يقل وكلني فلا يصح الصلح في العين لتعذر تمليك الغير عينا بغير إذنه وكذا لو لم يقل وهي لك ولا وهو مقر وإن قال هو مبطل في عدم إقراره، لأنه صلح على إنكار حينئذ.
(ولو) كان المدعى به عينا و (صالح) الأجنبي عنها (لنفسه) بعين ماله أو بدين في ذمته (والحالة هذه) أي: أن الأجنبي قال هو مقر لك أو هي لك (صح) الصلح للأجنبي، لأنه ترتب على دعوى وجواب فلم يحتج لسبق خصومة معه (وكأنه اشتراه) مساو لقول الروضة وغيرها كما لو اشتراه خلافا لمن فرق وإنما وقع التشبيه في كل منهما، لأنه وإن كان شراء حقيقة إلا أنه خفي لكونه وقع بلفظ الصلح وعلم من ذلك أنه لا بد أن يكون بيد المدعى عليه بنحو وديعة <ص: 197> أما لو كان بيعا قبل القبض فلا يصح.
(وإن كان منكرا) والمدعى عين أيضا كما يشير إليه قوله الآتي فهو شراء مغصوب، إذ الغصب لا يتصور في الديون (وقال لأجنبي هو مبطل في إنكاره) وأنت الصادق فصالحني لنفسي بهذا أو بخمسة في ذمتي مثلا أو بديني وهو كذا على فلان بناء على صحة بيع الدين لغير من هو عليه وعبر شارح بأصالحك لنفسي ويتعين حمله على ما إذا احتفت به قرينة إنشاء صلح ونواه وإلا فموضوعه الوعد

وهو لا يصح كما يأتي في أودى المال في الضمان (فهو شراء مغصوب فيفرق بين قدرته) ولو في ظنه (على انتزاعه) فيصح ويكفي فيها قوله ما لم يكذبه الحس فيما يظهر (وعدمها) فلا يصح كما مر في البيع.
(وإن لم يقل هو مبطل) بأن قال هو محق أو لا أعلم حاله أو لم يزد على قوله صالحني (لغا الصلح)، لأنه اشترى منه ما لم يعرف له بأنه ملكه وخرج بالعين فيما ذكر الدين فلا يصح الصلح عنه بدين ثابت قبل ذلك ويصح بغيره إن قال وهو مقر أو وهو لك أو وهو مبطل بناء على الأصح السابق من صحة بيع الدين لغير من هو عليه.

(فصل) في التزاحم على الحقوق المشتركة (الطريق النافذ) بمعجمة وهو الشارع وقيل هو أخص مطلقا، لأنه لا يكون إلا نافذا في البنيان والطريق يكون نافذا وغير نافذ وببنيان وصحراء ويذكر ويؤنث ويصير شارعا باتفاق المحيين عليه أولا أو باتخاذ المارة موضعا من الموات جادة للاستطراق <ص: 198> كما يصير المبني فيها بقصد أنه مسجد مسجدا من غير لفظ وبأن يقفه مالكه لذلك لكن لا بد هنا من اللفظ وفي بنيات طريق بموحدة أوله وغلط من صحفها بمثلثة لفساد المعنى المراد هنا يسلكها الخواص تردد والذي نقله القمولي ورجحه الأذرعي أنها لا تصير طريقا بذلك ويجوز إحياؤها، لأن أكثر الموات لا يخلو عن تلك البنيات (لا يتصرف) بضم أوله (فيه بما يضر) بفتح أوله فإن ضم عدي بالباء (المارة) وإن لم يطل المرور، لأن الحق فيه لجميعهم وسيعلم مما هنا وفي الجنايات أن الضرر المنفي ما لا يصبر عليه مما لم يعتد لا مطلقا.
(ولا يشرع) أي: يخرج (فيه جناح) أي روشن سمي به تشبيها له بجناح الطائر (ولا ساباط) هو سقيفة بين حائطين (يضرهم) كل منهما كذلك ومن ذلك ما لو اكتنف الشارع داراه فحفر سردابا تحت الطريق من إحداهما إلى الأخرى فإن ضر منع منه وإلا فلا إذ الانتفاع بباطن الطريق كهو بظاهرها والمزيل <ص: 199> لما أضر هنا هو الحاكم على ما رجحه ابن الرفعة ولعله مبني على ما رجحه مخالفا لهما في نحو شجرة خرجت لهوائه أما على ما رجحاه أن له القطع ولو بلا حاكم فيحتمل أن يقال هنا كذلك ويحتمل الفرق بأن الهواء هنا لكافة المسلمين فوجب

تفويض أمره إلى نائبهم وهو الحاكم وثم له وحده فجاز له الاستبداد بإزالة الضرر عنه أما جناح وساباط لا يضر فيجوز لكن لمسلم لا ذمي في شوارعنا وكذا حفر بئر حشه بخلاف ذلك في محالهم وشوارعهم المختصة بهم ولو في دارنا وبخلاف فتح بابه إلى شارعنا، لأن له استطراقه تبعا لنا أو لما بذله من الجزية فلا محذور علينا فيه ولا يجوز إخراج جناح إلى مسجد وإن لم يضر ويظهر أن نحو الرباط والمدرسة كذلك وإن أذن ناظره ثم رأيت الأذرعي صرح به <ص: 200> وتردد في الإشراع في هواء المقبرة والذي يتجه منعه إن سبلت ولو باعتياد أهل البلد الدفن فيها لما مر من حرمة البناء فيها حينئذ (بل) للانتقال إلى بيان مفهوم يضرهم (يشترط) لجواز فعله (ارتفاعه بحيث) ينتفي إظلام الموضع به حتى يسهل المرور به وبحيث (يمر تحته) الماشي (منتصبا) وعلى رأسه الحمولة بضم الحاء الغالبة، لأن انتفاء شرط من ذلك يؤدي إلى إضرار المارة إن كان ممرا لمشاة فقط.
(وإن كان ممر الفرسان والقوافل) أي: يصلح لمرورهم (فليرفعه) وجوبا في الأول بحيث يمر تحته الراكب ويكلف وضع رمحه على كتفه وفي الثاني (بحيث يمر تحته المحمل) بفتح ثم كسر (على البعير مع أخشاب المظلة) فوق المحمل وهي بكسر الميم المسماة بالمحارة أي: ولا يتقيد الأمر بها بل بما قد يمر ثم وإن كان أكبر منها كما هو ظاهر وذلك، لأن ذلك قد يتفق وإن ندر وأفهم إطلاقه أن له إخراج نحو جناحه ولو فوق جناح جاره إن لم يضر بالمار عليه <ص: 201> وإن أظلمه وعطل هواء ما لم يبطل انتفاعه بل وفي محله إذا انهدم وإن عزم على إعادته ما لم يسبقه بالإحياء وفارق مقاعد الأسواق حيث لا يزول حقه إلا بإعراضه بأن هذا أضعف لتعلقه بالهواء الذي لا يقبل الملك فلا مكان له ولا تمكن منه وتلك لها تعلق بالأرض التي من شأنها أن تملك بالإحياء قصدا فكان لها مكان وتمكن وأيضا فاستحقاق هذا تبع لاستحقاق الطروق فاستحقه السابق واستحقاق تلك قصد لا تبع فلم يسقط حق من سبق إليها إلا بالإعراض.
(تنبيه) قال الغزي فإن قيل إذا جاز الجناح فله نصفه وإن أخذ أكثر هواء السكة وقالوا في الميزاب له تطويله إلا أن يزيد على نصف السكة فللجار المقابل منعه كما ذكره في

الكافي قيل الفرق أن الجار محتاج إلى الميزاب فكان حقه فيه كحق الجار فليس له إبطاله عليه بخلاف نصب الجناح فإنه قد لا يحتاج إليه هكذا ظننته ا ه وما ذكره في الجناح واضح وفي الميزاب بعيد من كلامهم، لأنهم لم يعللوا ما تقرر في الجناح إلا بكونه سبق إلى مباح فاستحقه وذلك يأتي في الميزاب فالتحديد فيه بما ذكر عن الكافي بعيد جدا وقوله في الفرق فليس له إبطاله فيه نظر أيضا فإنه لا يلزم من مجاوزته نصف الطريق إبطال حق الجار بل قد يبطل حقه وإن لم يجاوز النصف وقد لا يبطله وإن جاوز الثلثين فالوجه جواز إخراجه ما لم يترتب عليه ضرر لمال الجار سواء أجاوز النصف أم لا.

(ويحرم الصلح على إشراع) أي: إخراج (الجناح) أو الساباط بعوض ولو في دار الغير، لأن الهواء تابع للقرار فلا يفرد بعقد كالحمل مع الأم ولأنه إذا لم يضر في الشارع يجوز إخراجه فيمتنع أخذ عوض عليه ولو من الإمام كالمرور وكما يمتنع إخراج الضار <ص: 202> يمتنع إرسال ماء البواليع فيه إذا أضر بالمارة أيضا (و) يحرم (أن يبني في الطريق) النافذ وإن اتسع (دكة) هي المسطبة العالية والمراد هنا مطلق المسطبة ولو بفناء داره كما صرح به البندنيجي، لأن المارة قد تزدحم فتتعثر بها ولأن محلها يشتبه بالأملاك عند طول المدة قال بعضهم ومثلها ما يجعل بالجدار المسمى بالكبش إلا إن اضطر إليه لخلل بنائه ولم يضر المارة، لأن المشقة تجلب التيسير ا ه (أو يغرس) فيه (شجرة) لذلك نعم إن قصد بها عموم المسلمين فكحفر البئر فيما يأتي فيه في الجنايات <ص: 203> على ما بحث وقياسه جوازها لنفسه بإذن الإمام وفيه نظر ويفرق بأن البئر ثم لها حد فكان للإمام أو قصد المسلمين دخل فيه وأما الشجرة فلا حد لها تنتهي إليه بل هي دائمة النمو أغصانا وعروقا وما هو كذلك لا يؤمن ضرره فلم يجز مطلقا ويفرق بينها هنا وفي المسجد بشرطه بأن الضرر هنا أعظم، نعم الذي يشبه البئر المسجد ومن ثم صرحوا بجواز بنائه فيه حيث لا يضر المارة وإن لم يأذن فيه الإمام كحفر البئر فيه للمسلمين قال الأذرعي وقضيته أن البقعة تصير مسجدا وهو بعيد، لأن شرطه كونه في موات أو ملكه فالمراد بالمسجد مكان الصلاة لا غير ومنه يؤخذ أنه لو جعل الدكة للصلاة

مثلا ولا ضرر بوجه جازت (وقيل إن لم يضر) كل منهما المارة (جاز) كإشراع الجناح ويرده ما مر من التعليل.
(وغير النافذ) الذي ليس به نحو مسجد (يحرم الإشراع إليه لغير أهله بغير رضاهم) كما أفاده قوله إلا إلى آخره تغليبا أو بقياس الأولى، لأن الشريك إذا توقف على ذلك فالأجنبي أولى ومن ثم لم يجر هنا خلاف وجرى فيما بعده فلا اعتراض عليه (وكذا) يحرم ذلك (لبعض أهله) وإن لم يضر (في الأصح إلا برضا الباقين) من أهله <ص: 204> وأجملهم هنا للعلم مما سيذكره أنه لا يمنعه إلا من بابه بعده أو مقابله كسائر الأملاك المشتركة.
ومر أنه بعوض ممتنع مطلقا ويشترط رضا موصى له بالمنفعة ومستأجر تضررا وليس لهم كما اعتمده ابن الرفعة وغيره الرجوع بعد الإخراج بالإذن وطلب قلعه مجانا، لأنه وضع بحق ولا مع غرم أرش النقص، لأنه شريك والشريك لا يكلف ذلك كما يأتي في العارية، لأن فيه إزالة ملكه عن ملكه فاندفع قول الأذرعي لم لا يقال لهم قلعه وبذل أرشه ولا إبقاؤه بأجرة، لأن الهواء لا أجرة له ويظهر في غير الشريك أن لهم الرجوع وعليهم أرش النقص أخذا مما يأتي في العارية أما ما به مسجد قديم أو حادث فالحق فيه لعموم المسلمين فيكون كالشارع في تفصيله السابق فلا يجوز إخراج جناح ولا فتح باب فيه عند الإضرار وإن أذنوا بخلافه عند عدمه وإن لم يأذنوا ولا الصلح بمال مطلقا نعم ليس ذلك عاما في كله بل من رأس الدرب إلى نحو المسجد كما بحثه ابن الرفعة وبحث أيضا في حادث بعد الإحياء أي: يقينا كما هو ظاهر بقاء حقهم أي: فلهم المنع من الإشراع وإن لم يضر، إذ ليس لأحد الشركاء إبطال حق البقية من ذلك <ص: 205> وهو متجه معنى ومن ثم تبعه غيره لكن تسويتهما بين العتيق والجديد تخالف ذلك وكالمسجد فيما ذكر كل موقوف على جهة عامة كرباط وبئر.
أما ما وقف على معين فلا بد من إذنه لكن يتجدد المنع لمن استحق بعده ولو كان بها دار لنحو طفل توقف الإشراع على كماله وإذنه بخلاف الدخول لسكة بعض أهلها محجور فإنه يجوز على الأوجه كالشرب من نهره لكن الورع خلافه والجلوس فيه يتوقف على إذنهم أي: إن لم يتسامح به عادة فيما يظهر ولهم الإذن فيه بمال على

الأوجه وقول القاضي لا يجوز لهم أن يأذنوا فيه بأجرة كما لا يجوز لهم بيعه مع أنه ملكهم إنما يأتي على قول الماوردي الضعيف معنى كونه ملكهم أنه تابع لملكهم ويجوز المرور بملك الغير إذا اعتيد المسامحة به <ص: 206> ولم يصر بذلك طريقا (وأهله) أي: غير النافذ (من نفذ باب داره) يعني ملكه كفرن وحانوت وبئر (إليه لا من لاصقه جداره) من غير باب له فيه، لأن ذلك هو العرف (وهل الاستحقاق في كلها) أي الطريق، إذ هو يجوز تذكيره وتأنيثه فزعم أن هذا سهو هو السهو (لكلهم) أي: لكل منهم فالمراد بالكل هنا الكل الإفرادي بقرينة قوله كل واحد لا المجموعي، إذ لا نزاع فيه (أم) يأتي نظيره قبيل فصل أوصى بشاة مع ما فيه (تختص شركة كل واحد) منهم (بما بين رأس الدرب وباب داره وجهان أصحهما الثاني)، لأن هذا المقدار هو محل تردده ومروره وما بعده هو فيه كالأجنبي فعلم أن من بابه آخرها يملك جميع ما بعد آخر باب قبله فله تقديم بابه وجعل ما بعده دهليزا لداره.

(وليس لغيرهم فتح باب إليه للاستطراق) بغير إذنهم سواء هنا المتأخر عن المفتوح والمتقدم عليه، لأنه يمر في حق كل منهم ولهم الرجوع ولو بعد الفتح ولا يغرمون شيئا بخلاف ما لو أعار أرضا للبناء لا يقلع مجانا قاله الإمام واعترضه الرافعي بأنه لا فارق بينهما وفرق ابن الرفعة بما رده غير واحد نعم يفرق بأن ما تصرف فيه هنا وهو الفتح لا يتوقف على إذن لما يأتي أن له رفع جداره وإنما المتوقف على إذنهم استطراقه فإذا رجعوا فيه لم يفوتوا عليه شيئا غروه فيه بخلافهم في إعارتهم الأرض للبناء فإنهم غروه بوضع ما يتوقف على إذنهم الظاهر في دوام بقائهم عليه فإذا رجعوا غرموا له نظير ما يأتي في إعارة الجدار لوضع الجذوع.

(وله فتحه إذا) لم يستطرق منه سواء (سمره) بتشديد الميم وتخفيفها أم لا كما في البيان (في الأصح)، لأنه له رفع الجدار فبعضه أولى وكذا فتح باب للاستضاءة وإن لم يجعل عليه نحو شباك ورجح في الروضة المنع مطلقا <ص: 207> (ومن له فيه باب ففتح) أو أراد فتح باب (آخر) لم يكن له قبل ليستطرق منه وحده أو مع القديم (أبعد من رأس الدرب) من بابه الأول (فلشركائه) وهم من بابه بعد القديم بخلاف من بابه قبله أو مقابله وهذا هو

مراد الروضة بناء على ما فهمه المحققون من عبارتها وفهم البلقيني إجراء عبارتها على ظاهرها أن المراد بالمفتوح في هذه الحادث فتحه فاعترضها بأنه مشارك في القدر المفتوح فيه فجاز له المنع وهو متجه بناء على فرض أن ذلك الظاهر هو المراد وقد اختلف الناس في فهم عبارتها أولا وآخرا حتى وقع لشيخنا في شرح الروض ما يفهم أن المراد أولا وآخرا هو الحادث فتحه وليس كذلك كما تقرر ووجه اتجاهه بناء على ذلك أن كلا منهم كما هو ظاهر يستحق من رأس السكة إلى جانب بابه مما يلي آخرها لا أولها ورد بعضهم على البلقيني بما لا طائل تحته فاحذره (منعه) وإن سد الأول، لأنه أحدث استطراقا في ملكهم وإن لم يتوقف على إذنهم في أصل المرور بل لا يؤثر نهيهم للضرورة الحاقة بخلاف بقية المشتركات (وإن كان أقرب إلى رأسه ولم يسد الباب القديم) أي: ولم يترك التطرق منه (فكذلك) أي: لكل من بابه بعد المفتوح الآن أو بإزائه على ما مر المنع، لأن انضمام الثاني للأول يضرهم بتعدد المنفذ الموجب للتميز عليهم وبه فارق جواز جعله داره خانا وحماما وإن كثرت بسببه الزحمة والاستطراق <ص: 208> فاندفع أخذ جمع من هذا ضعف الأول (وإن سده) أي: القديم (فلا منع)، لأنه ترك بعض حقه ومر أن لمن بابه آخر الدرب تقديمه وجعل الباقي دهليزا ولو كان آخرها بابان متقابلان فأراد أحدهما تأخير بابه فللآخر منعه حتى على ما مر عن الروضة كما هو ظاهر، لأن ما بعد بابيهما مشترك بينهما فقد يؤدي ذلك إلى ضرر الشريك بالحكم بملك بقيتها لذي الباب المتأخر ولو اتسع باب أحد المتقابلين إلى آخرها اختص بملك الآخر على تردد فيه بينته في شرح الإرشاد.
(ومن له داران تفتحان) بفتح الفوقية أوله (إلى دربين مسدودين) مملوكين (أو مسدود) مملوك (وشارع ففتح بابا) أو أراد فتحه (بينهما) للاستطراق مع بقاء بابيهما (لم يمنع في الأصح)، لأنه يتصرف في ملكه ومن ثم لو أراد رفع الحاجز بينهما وجعلهما دارا واحدة مع بقاء بابيهما بحالهما لم يمنع جزما، لأنه قصد هنا اتساع ملكه فقط وفي الروضة أنه يمنع وأطالوا في الانتصار له ومع ذلك الأوجه ما في المتن (وحيث منع فتح الباب فصالحه أهل الدرب) أي: المالكون له <ص: 209> بأن لا يكون فيه نحو مسجد

(بمال صح)، لأنه انتفاع بالأرض ثم إن قدروا مدة فهو إجارة وإن أطلقوا أو شرطوا التأبيد فهو بيع جزء شائع من الدرب له فينزل منزلة أحدهم.
(ويجوز) لمالك جدار (فتح الكوات) بفتح الكاف أشهر من ضمها أي الطاقات فيه علت أو سفلت وإن أشرفت على دار جاره وحريمه كما صرح به الشيخ أبو حامد كما أن له إزالة بعضه أو كله كما مر (والجدار) الكائن (بين المالكين) لدارين (قد يختص به) أي بملكه (أحدهما) ويكون ساترا للآخر فقط (وقد يشتركان فيه فالمختص) به أحدهما (ليس للآخر) ولا لغيره المفهوم بالأولى تصرف فيه بما يضر مطلقا فيحرم عليه (وضع الجذوع) أي: الأخشاب ووضع جذع واحد (عليه بغير إذن) من مالكه ولا ظن رضاه (في الجديد و) على الجديد (لا يجبر المالك عليه) للخبر الحسن {لا ضرر ولا ضرار في الإسلام} وللخبر الصحيح {لا يحل لأحد من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس} وفي رواية صحيحة {لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه} وبذلك يعلم <ص: 210> أن الضمير في الخبر المتفق عليه {لا يمنعن جار جاره أن يضع خشبه في جداره} لصاحب الخشب ولأنه الأقرب أي: لا يمنعه الجار أن يضع خشبه على جدار نفسه وإن تضرر به لنحو منع ضوء فإن جعل الضمير للأول كان النهي للتنزيه بقرينة ذينك الخبرين نعم روى أحمد وأبو يعلى مرفوعا {للجار أن يضع خشبه على جدار غيره} وإن كره فإن صح أشكل على الجديد، لأنه صريح لا يقبل تأويلا فإن قلت لو سلمنا عدم صحة هذا فذاك الدليل ظاهر في القديم، لأن غاية ما يلزمه تخصيص واللازم للجديد مجاز والتخصيص خير منه كما هو مقرر في محله قلت إنما يظهر ذلك إن لم يوجد مرجح آخر وهو هنا كثرة العمومات المانعة من ذلك لا سيما وأحدها كان يوم حجة الوداع المختوم بها بيان الحلال والحرام إلا ما شذ وذلك ظاهر في تأخره عن ذلك الخصوص ويؤيده قول من قال إنما جاز ذلك لما استجاز أكثر أهل العلم مخالفة ذلك الخصوص وخرج ببين المالكين ساباط أراد وضع جذوعه على جدار جاره المقابل له فلا يجبر قطعا.<ص: 226>

باب الحوالة

هي بفتح الحاء، وحكي كسرها لغة التحول والانتقال وشرعا عقد يقتضي تحول دين من ذمة إلى ذمة وقد يطلق على هذا الانتقال نفسه وأصلها قبل الإجماع خبر الشيخين {مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء أي بالهمز فليتبع} أي بتشديد التاء أو سكونها وتفسره رواية البيهقي {وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل ويؤخذ منه} أن الظل كبيرة لأنه جعله ظلما فهو كالغصب فيفسق بمرة منه قاله السبكي مخالفا للمصنف في اشتراطه تكرره نقلا عن مقتضى مذهبنا وأيده غيره بتفسير الأزهري للمطل بأنه إطالة المدافعة أي فالمرة لا تسمى مطلا ويخدشه حكاية المصنف اختلاف المالكية هل يفسق بمرة منه أو لا فاقتضى اتفاقهم على أنه لا يشترط في تسميته مطلا تكرره وإلا لم يتأت اختلافهم وقد يؤيد هذا تفسير القاموس له بأنه التسويف بالدين وبه يتأيد ما قاله السبكي وصراحة ما في الحديث في الحوالة لأنه رديفها والأصح أنها بيع دين بدين جوز للحاجة لأن كلا ملك بها ما لم يملكه قبل فكان المحيل باع المحتال ما له في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته أي الغالب عليها ذلك وقضية كونها بيعا صحة الإقالة فيها وبه أفتى البلقيني أخذا من كلام الخوارزمي ورد بتصريح الرافعي أول الفلس في أثناء تعليل <ص: 227> بامتناعها فيها وقضيته أيضا أنه لا بد من إسنادها لجملة المخاطب نظير ما مر في البيع وإن كانت لمحجوره مثلا كأحلتك لبنتك على ذمتك بما وجب لها علي فيما إذا طلقها على مبلغ في ذمته بخلاف أحلت ابنتك بكذا إلى آخره كبعت موكلك وشرط في صحة الحوالة على أبيها أو غيره أن يكون لها مصلحة في ذلك ومنها أن يعلم منه أنه يصرف عليها من لزمه لها بالحوالة

أركان الحوالة

وأركانها سبعة محيل ومحتال ومحال عليه ودين للمحيل على المحال عليه وللمحتال على المحيل وإيجاب وقبول كأحلتك على فلان بكذا بالدين الذي لك علي أو نقلت حقك إلى فلان أو جعلت ما استحقه على فلان لك أو ملكتك الدين الذي عليه بحقك وكذا أتبعتك للعارف به وبعتك كناية على الأوجه فإن لم يقل بالدين في الأولى ولا بحقك فيما بعدها فكناية

(يشترط لها) أي لصحتها (رضا المحيل) لأن الحق <ص: 228> مرسل في ذمته فلم يتعين لقضائه محل معين (والمحتال) لأن حقه في ذمة المحيل فلا ينتقل لغيره إلا برضاه لتفاوت الذمم والخبر المذكور للندب بل قيل للإباحة لأنه وارد بعد الحظر أي للإجماع على امتناع بيع الدين بالدين إنما يعرف رضاهما بالإيجاب والقبول وشرطهما أهلية التبرع كسائر المعاملات وعبروا بالرضا هنا إشارة إلى عدم وجوب قبولها الدال عليه ظاهر الحديث لولا ما مر وتوطئة لقولهم (لا المحال عليه في الأصح) لأنه محل الاستيفاء فلم يتعين استيفاء المحل بنفسه كما أن له أن يوكل
(و) شرطها وجود الدينين المحال به وعليه فحينئذ (لا تصح) ممن لا دين عليه ولا (على من لا دين عليه) وإن رضي لعدم الاعتياض بناء على أنها بيع (وقيل تصح برضاه) بناء على الضعيف أنها استيفاء (وتصح بالدين اللازم وعليه) وإن اختلف سبب وجوبهما ككون أحدهما ثمنا والآخر أجرة وأراد باللازم ما يشمل الآيل للزوم بدليل قوله الآتي وبالثمن في مدة الخيار دعوى أنه إنما حذفه لئلا يشمل حوالة السيد على مكاتبه بالنجوم أو عكسه لا يحتاج إليها لأنه سيصرح بحكمهما وزعم أن مال الكتابة لا يلزم بحال فاسد إلا إن أريد من جهة العبد ولا بد مع كونه لازما وهو ما لا يدخله خيار من كونه مستقرا وهو ما يجوز الاستبدال عنه فلا تصح بدين سلم أو نحو جعالة ولا عليه لا ما لا يتطرق إليه انفساخ بتلف أو تعذر لصحتها بالأجرة قبل مضي المدة وبالصداق قبل الدخول أو الموت وبالثمن قبل قبض المبيع ونقل جمع عن المتولي واعتمدوه <ص: 229> عدم صحتها بدين الزكاة وكذا عليه إن قلنا بيع وهو متجه لامتناع الاعتياض عنها في الجملة خلافا لمن جوز حوالة الساعي على المالك به لأن الحوالة بيع والساعي له بيع مال الزكاة وأما الزكاة فنقلا عن المتولي امتناع حوالة المالك للساعي بها إن قلنا بيع وهو متجه أيضا وإن نازع فيه شارح بأنها مع تعلقها بالعين تتعلق بالذمة لأن تعلقها بالذمة أمر ضعيف لا يلتفت إليه مع وجود العين كيف والمستحق ملك جزء منها وصار شريكا للمالك به فالوجه عدم صحة الحوالة بها وعليها لذلك، ثم وصف الدين ولم يبال بالفاصل لأنه غير أجنبي بقوله (المثلي) كالنقد والحبوب وقيل لا تصح إلا بالأثمان خاصة (وكذا المتقوم) بكسر الواو

(في الأصح) لثبوته في الذمة ولزومه (و) تصح (بالثمن في مدة الخيار) بأن يحيل المشتري البائع على ثالث (وعليه) بأن يحيل البائع إنسانا على المشتري (في الأصح) لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه إذ هو الأصل في البيع وتصح فيما ذكر وإن لم ينتقل عن ملك المشتري إذا تخيرا أو البائع لأن الحوالة متضمنة للإجازة من البائع ولتوسعهم هنا في بيع الدين بالدين فلا يشكل بإبطالهم بيع البائع الثمن المعين في زمن خياره وفي الثانية يبقى خيار المشتري كما رجحه ابن المقري <ص: 230>ـ وعليه فلو فسخ بطلت الحوالة لي ما رجحه أيضا ويعارضه عموم ما يأتي أن الحوالة على الثمن لا تبطل بالفسخ وله أن يوجه استثناء هذا بأن الحوالة هنا ضعيفة بقوة الخلاف فيها ويتزلزل العقد مع الخيار فلم تقو هنا على بقائها مع الفسخ (والأصح صحة حوالة المكاتب سيده بالنجوم) لأن الدين لازم من جهة المحتال والمحال عليه مع تشوف الشارع إلى العتق (دون حوالة السيد عليه) بالنجوم لأن له إسقاطها متى شاء لجواز الكتابة من جهته من حيث كونها كتابة بخلاف دين المعاملة تصح حوالة السيد به وعليه للزومه من حيث كونه معاملة وبه يسقط ما قيل هو قادر على إسقاط كل منهما بتعجيزه لنفسه (ويشترط العلم) من كل منهما (بما يحال به وعليه قدرا وصفة) وجنسا كما يفهم بالأولى أو أراد بالصفة ما يشمله كرهن وحلول وصحة وجودة وأضدادها لأن المجهول لا يصح بيعه فلا تصح بإبل الدية ولا عليها للجهل بها ومن ثم لم يصح الاعتياض عنها (وفي قول تصح بإبل الدية وعليها) بناء على الضعيف أنه يجوز لاعتياض عنها (ويشترط تساويهما) أي الدين المحال به والدين المحال عليه في نفس الأمر <ص: 231> وظن المحيل والمحتال، وكان وجه اعتبار ظنهما هنا دون نحو البيع الاحتياط للحوالة لخروجها عن القياس (جنسا) فلا تصح بدراهم على دنانير وعكسه لأنها معاوضة إرفاق كالقرض (وقدرا) فلا يحال بتسعة على عشرة وعكسه كذلك ويصح أن يحيل من له عليه خمسة بخمسة من عشرة له على المحال عليه (وكذا حلولا وأجلا) وقدر الأجل <ص: 232> (وصحة وكسرا) وجودة ورداءة وغيرها من سائر الصفات (في الأصح) إلحاقا لتفاوت الوصف بتفاوت القدر وأفهم اقتصاره على ما ذكر أنه لا يضر التفاوت في غيره فلو كان له ألف على اثنين

متضامنين فأحال عليهما ليطالب من شاء منهما بالألف صح عند جمع متقدمين ويطالب أيهما شاء واختاره السبكي وصحح أبو الطيب خلافه لأنه كان يطالب واحدا فصار يطالب اثنين.
أما لو أحاله ليأخذ من كل خمسمائة فيصح ويبرأ كل منهما عما ضمن ولا يؤثر في صحة الحوالة وجود توثق برهن أو ضامن لأحد الدينين نعم ينتقل إليه الدين لا بصفة التوثق على المنقول المعتمد وإنما انتقل للوارث بها لأنه خليفة مورثه في حقوقه وتوابعها بخلاف غيره ويؤخذ مما تقرر عن جمع متقدمين ما صرح به بعضهم أن محل الانتقال لا بصفة التوثق أن لا ينص المحيل على الضامن أيضا وإلا لم يبرأ بالحوالة فإذا أحال الدائن ثالثا على المدين وضامنه فله مطالبة أيهما شاء وإن لم ينص له المحيل على ذلك وفي المطلب إن أطلق الحوالة ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن فينبغي أن تصح وجها واحدا وينفك الرهن كما إذا كان له به ضامن فأحال عليه به من له دين لا ضامن به صحت الحوالة وبرئ الضامن لأنها معاوضة أو استيفاء وكل منهما يقتضي براءة الأصيل فكذا يقتضي فك الرهن فإن شرط بقاء الرهن فهو شرط فاسد فتفسد به الحوالة إن قارنها ومن ثم لو شرط عاقد الحوالة رهنا أو ضامنا لم تصح كما رجحه الأذرعي وغيره.
<ص: 233> بناء على الأصح أنها بيع دين بدين
(ويبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال والمحال عليه عن دين المحيل ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه) بالإجماع لأن هذا فائدتها وأفهم ذكره التحول بعد البراءة المذكورة المقتضية لسقوط حق المحتال أن المراد بتحول حقه إلى ما ذكر تحول طلبه إلى نظير حقه وهو ما بذمة المحال عليه لما تقرر أنها بيع فلا اعتراض على المتن لأنه أومأ إلى دفعه بذكره التحول بعد البراءة الدال على المراد كما تقرر وأفهم هذا ما مر أنه لا تنتقل إليه صفة التوثق لأنها ليست من حق المحتال ولو أحال من له دين على ميت صحت كما في المطلب كالبيان وغيره.
واعتمده جمع <ص: 234> وإن لم يكن له تركه على الأوجه وقولهم الميت لا ذمة أي بالنسبة للالتزام لا للإلزام ولا يشكل بأن من أحال بدين به رهن انفك الرهن لأن ذاك في الرهن الجعلي لا الشرعي كما هو ظاهر لأن

التركة إنما جعلت رهنا بدين الميت نظرا لمصلحته فالحوالة عليه لا تنفيه أو على تركة قسمت أولا لم تصح كما قاله كثيرون وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين لأن الحوالة لم تقع على دين بل على عين هي التركة ومن ثم لو كان للميت ديون فللزركشي احتمالان أوجههما عدم الصحة أيضا لانتقالها للوارث وله الوفاء من غيرها نعم إن تصرف في التركة صارت دينا عليه فتصح الحوالة عليه وفيما إذا أحال على الميت لكل من المحيل والمحتال إثبات الدين عليه أما الأول فلأنه مالك الدين في الأصل وأما الثاني فلأنه يدعي مالا لغيره منتقلا منه إليه فهو كالوارث فيما يدعيه من ملك مورثه فعلم صحة ما أفتى به بعضهم أن المحيل لو مات بلا وارث فادعى المحتال أو وارثه على المحال عليه أو على وارثه بالدين المحال به فأنكر دين المحيل ومعه به شاهد واحد حلف معه المحتال أن دين محيله ثابت في ذمة الميت ويجب تسليمه إلي من تركته أو ثابت في ذمته ولا أعلم أن محيلي أبرأه قبل أن يحيلني ويسمع قول المحال عليه أن الدين انتقل لغائب قبل الحوالة فيحلف المحتال على نفي العلم إن لم يقم المحال عليه بينة بما ذكره قال ابن الصلاح ولو طالب المحتال المحال عليه <ص: 235> فقال أبرأني المحيل قبل الحوالة وأقام بذلك بينة سمعت في وجه المحتال وإن كان المحيل بالبلد ا ه.

قال الغزي وهذا صحيح في دفع المحتال أما إثبات البراءة من دين المحيل فلا بد من إعادتها في وجهه ثم المتجه أن للمحتال الرجوع بدينه على المحيل إلا إذا استمر على تكذيب المحال عليه ا ه وفارق ما يأتي من عدم الرجوع بنحو الفلس بأن دينه هنا تحول بخلافه في الأول لتبين بطلان الحوالة وقول ابن الصلاح قبل الحوالة صريح في أنه لا تسمع منه دعوى الإبراء ولا تقبل منه بينته إلا إن صرح بأنه قبل الحوالة بخلاف ما لو أطلق ومن ثم أفتى بعضهم بأنه لو أقام بينة بالحوالة فأقام المحال عليه بينة بإبراء المحيل له لم تسمع بينة الإبراء أي وليس هذا من تعارض البينتين لما تقرر أن دعوى الإبراء المطلق والبينة الشاهدة به فاسدان فوجب العمل ببينة الحوالة لأنها لم تعارض

(فإن تعذر) أخذ المحتال من المحال عليه (بفلس) طرأ بعد الحوالة (أو جحد وحلف ونحوهما) كموت (لم يرجع على المحيل) لأن الحوالة بمنزلة القبض وقبولها متضمن للاعتراف بشروطها كما في المطلب فلا أثر لتبين أن لا دين نعم له تحليف المحيل أنه لا يعلم براءة المحال عليه على الأوجه وعليه فلو نكل حلف المحتال كما هو ظاهر وبان بطلان الحوالة لأنه حينئذ كرد المقر له الإقرار وبهذا يتبين اتضاح رد ما أفتى به بعضهم أنه لو قامت بينة بأن المحال عليه وفى المحيل بطلت الحوالة إذ فرق واضح بين البينة ورد الإقرار <ص: 236> لكن له تحليفه هنا أيضا ولو شرط الرجوع عليه بذلك فأوجه قيل قضية المتن أي فيما يأتي في اليسار صحة الحوالة لا الشرط والذي يتجه بطلانها هنا لأنه شرط ينافي مقتضاها ثم رأيت غير واحد جزم به ويؤيده قولهم لو أحال غيره بشرط أنه ضامن للحوالة أو أن يعطيه المحال عليه رهنا أو كفيلا لم تصح الحوالة (فلو كان مفلسا عند الحوالة وجهله المحتال فلا رجوع له) لأنه مقصر بترك البحث (وقيل له الرجوع إن شرط يساره) ورد بأنه مع ذلك مقصر وأفهم المتن صحتها مع شرط اليسار وأن الشرط باطل وعليه يفرق بينه وبين ما مر آنفا بأن شرط الرجوع مناف صريح فأبطلها بخلاف شرط اليسار فبطل وحده

(ولو أحال المشتري) البائع (بالثمن فرد المبيع بعيب) أو إقالة أو تحالف بعد القبض للمبيع ولمال الحوالة (بطلت) الحوالة (في الأظهر) لارتفاع الثمن بانفساخ البيع وإنما لم تبطل فيما لو أحالها بصداقها ثم انفسخ النكاح لأن الصداق أثبت من غيره ولهذا لو زاد زيادة متصلة لم يرجع في نصفه إلا برضاها بخلاف المبيع فيرد البائع ما قبضه من المحال عليه <ص: 237> للمشتري إن بقي وإلا فبدله، فإن لم يقبضه امتنع عليه قبضه (أو) أحال (البائع) على المشتري (بالثمن فوجد الرد) للمبيع بشيء مما ذكر (لم تبطل) الحوالة (على المذهب) لتعلق الحق هنا بثالث وهو الذي انتقل إليه الثمن فلم يبطل حقه بفسخ المتعاقدين كما لو تصرف البائع في الثمن ثم رد عليه المبيع بعيب لا يبطل تصرفه وللمشتري الرجوع على البائع إن قبض منه المحتال لا قبله

(ولو باع عبدا) أي قنا ذكرا أو أنثى (وأحال بثمنه) آخر على المشتري (ثم اتفق المتبايعان والمحتال على حريته) وقت البيع (أو ثبتت) حريته حينئذ (ببينة) شهدت حسبة أو أقامها العبد ومحل إقامتها في هذين وقد تصادق المتبايعان على حريته ما إذا كان قد بيع لآخر لأن هذا وقت الاحتياج إليها أو أحد الثلاثة ولم يصرح قبل إقامتها بأنه مملوك <ص: 238> على الأصح من تناقض لهما في مواضع (بطلت الحوالة) أي بأن عدم انعقادها لأنه بان أن لا بيع فلا ثمن وكذا كل ما يمنع صحة البيع ككونه مملوكا للغير فيرد المحتال ما أخذه على المشتري ويبقى حقه في ذمة البائع كما كان (وإن كذبهما المحتال) في الحرية (ولا بينة حلفاه) أي لكل منهما تحليفه وإن لم يجتمعا على الأوجه (على نفي العلم) بها ككل نفي لا يتعلق بالحالف وإذا حلفه أحدهما فللآخر تحليفه على الأوجه أيضا (ثم) بعد حلفه كذلك (يأخذ المال من المشتري) لبقاء الحوالة ثم بعد أخذ المال منه لا قبله يرجع المشتري على البائع كما اقتضاه كلامهما لأنه قضى دينه بإذنه الذي تضمنته الحوالة فلا نظر لقوله ظلمني المحتال بما أخذه مني وقال ابن الرفعة إنه الحق لأنه وإن لم يأذن فيه لكنه يرجع بطريق الظفر ورد تعليله بأن الكلام في الرجوع ظاهر بحيث يلزمه به الحاكم لا في الرجوع بالظفر أما إذا لم يحلف بأن نكل فيحلف المشتري على الحرية وتبطل بناء على الأصح أن اليمين المردودة كالإقرار

(ولو) أذن مدين لدائنه في القبض من مدينه ثم (قال المستحق عليه) وهو المدين الآذن لم يصدر مني إلا أني قلت (وكلتك لتقبض لي وقال المستحق) وهو الدائن بل الصادر منك أنك (أحلتني) فصار الحق لي (أو قال) المستحق عليه (أردت بقولي) اقبض منه أو (أحلتك) بمائة مثلا على عمرو (الوكالة) بناء على الأصح من صحة الوكالة بلفظ الحوالة وكان وجه خروج هذا عن قاعدة <ص: 239> ما كان صريحا في بابه احتماله ومن ثم لو لم يحتمل صدق مدعي الحوالة قطعا كما يأتي (وقال المستحق بل أردت الحوالة صدق المستحق عليه بيمينه) لأن الأصل بقاء الحقين على ما كانا عليه مع كونه أعرف بنيته وبحلفه تندفع الحوالة وبإنكار الآخر الوكالة انعزل فيمتنع قبضه فإن كان قد قبض برئ الدافع له لأنه وكيل

أو محتال ويلزمه تسليم ما قبضه للحالف وحقه عليه باق أي إلا أن توجد فيه شروط الظفر أو التقاص كما هو ظاهر وإن تلف المال في يده بلا تقصير لم يضمنه لأنه وكيل بزعم خصمه وليس له المطالبة بدينه لأنه استوفاه بزعمه وقال البغوي وتبعه الخوارزمي يضمن لثبوت وكالته والوكيل إذا أخذ لنفسه يضمن وظاهر كلامه أنه مع ضمانه لا يرجع وحينئذ فكان هذا هو وجه قول الروض وإن تلف بتفريط طالبه وبطل حقه.
أما إذا قال أحلتك بالمائة التي لك علي على عمرو فيصدق المستحق بيمينه قطعا لأنه لا يحتمل غير الحوالة وصورة المسألة أن يتفقا على الدين كما أفاده تعبيره بالمستحق عليه والمستحق فلو أنكر مدعي الوكالة الدين صدق بيمينه في المسألتين (وفي الصورة الثانية وجه) أنه يصدق المستحق بيمينه بناء على الضعيف أنه لا تصح الوكالة بلفظ الحوالة لتنافيهما
(وإن) اختلفا في أصل اللفظ الصادر كأن (قال) المستحق عليه (أحلتك فقال) المستحق بل (وكلتني) أو في المراد من لفظ محتمل كاقبض أو أحلتك (صدق الثاني بيمينه) لأن الأصل بقاء حقه في ذمة المستحق عليه ويحلف المستحق تندفع الحوالة ويأخذ حقه من المستحق عليه <ص: 240> ويرجع هذا على المحال عليه ويظهر أثر النزاع فيما ذكر عند إفلاس المحال عليه.
(فرع) أفتى بعضهم فيمن أقر أن مدينه أحاله على فلان فأنكر المدين الحوالة وحلف على نفيها بأنه لا يبرأ من الدين لأنه إن صدق فالدين باق بحاله وإن كذب فقد أحال بينه وبين حقه بجحده حلفه وذلك يقتضي الضمان ولا نظر إلى أن الدائن اعترف ببراءة المدين لأن اعترافه إنما صدر في مقابلة ما ثبت له على فلان فإذا لم يثبت رجع إلى حقه وقد نص في الأم على هذا في نظير مسألتنا فقال فيما إذا أقر أحد ابنين بأخ وكذبه الآخر لا يثبت الإرث كما لو قال اشتريت منك هذه الدار بألف وأنكر البائع لا يستحق عليه الألف لأنه إنما أثبتها في مقابلة ما يثبت له ولم يثبت ا ه وفيه نظر أما أولا فلأنه لا نظر لإنكار المدين وإنما النظر لإقرار المحال عليه وإن كان إقراره لا يقبل على المحيل فله تغريمه أيضا ولا رجوع له على المحتال بشيء وإن فرض أنه بان أن لا حوالة أو لإنكاره

فلم تقع الإحالة من المحيل وحده وأما ثانيا فما ذكر عن الأم لا شاهد فيه كما هو ظاهر لأن المقر ذكر المقابل في إقراره فكان قرينة ظاهرة على أنه إنما ذكر الألف ليأخذ مقابله وهنا لم يذكر مقابلا وإنما جزم بتحول حقه من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلم يكن له رجوع إلى مطالبة المحيل لأنه حينئذ يكون مكذبا لنفسه صريحا.

باب الضمان

الشامل للكفالة هو لغة الالتزام وشرعا يطلق على التزام الدين والبدن والعين الآتي كل منها وعلى العقد المحصل لذلك ويسمى ملتزم ذلك ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما <ص: 241> وكفيلا وصبيرا. قال الماوردي لكن العرف خصص الضمين بالمال أي ومثله الضامن والحميل بالدية والزعيم بالمال العظيم والكفيل بالنفس والصبير يعم الكل وأصله قبل الإجماع الخبر الصحيح {الزعيم غارم} {وأنه صلى الله عليه وسلم تحمل عن رجل عشرة دنانير} ويؤخذ منه مع قولهم أنه معروف الآتي أنه سنة ويتجه أن محله في قادر عليه يأمن غائلته

وأركان ضمان الذمة خمسة ضامن ومضمون ومضمون له ومضمون عنه وصيغة (شرط الضامن) ليصح ضمانه (الرشد) بالمعنى السابق في الحجر لا الصوم في قوله أو صبيان رشداء فإنه مجاز والاختيار كما يعلم مع صحة ضمان السكران من كلامه في الطلاق فلا يصح ضمان محجور عليه بصبا أو جنون أو سفه ومكره ولو قنا أكرهه سيده ومر أول الحجر ما يعلم منه حكم أخرس لا يفهم والمغمى عليه والنائم وإن من بذر بعد رشده ولم يحجر عليه ومن فسق في حكم الرشيد وسيذكر حكم ضمان المكاتب قريبا فلا يرد على عبارته شيء خلافا لمن أورد ذلك كله عليها ثم قال كان <ص: 242> ينبغي له أن يزيد والاختيار وأهلية التبرع وصحة العبارة.

(تنبيه) وقع لهما هنا ما يقتضي أن كتابة الأخرس المنضم إليها قرائن تشعر بالضمان صريحة وإن كان له إشارة مفهمة وفيه نظر ظاهر لإطلاقهم أن كتابته كتابة ولقولهم الكتابة لا تنقلب إلى الصريح بالقرائن وإن كثرت كأنت بائن محرمة علي أبدا لا تحلين لي وعلى ما اقتضاه كلامهما فهل يختص ذلك بالضمان أو يعم كل عقد وحل ويقيد بهذا

ما أطلقوه ثم للنظر فيه مجال والأول بعيد المعنى لأن الضمان عقد غرر و غير محتاج إليه فلا يناسب جعل تلك الكتابة صريحة فيه دون غيره والثاني بعيد من كلامهم (وضمان محجور عليه بفلس كشرائه) بثمن في ذمته فيصح كضمان مريض نعم إن استغرق الدين مال المريض وقضي به بان بطلان ضمانه بخلاف ما لو حدث له مال أو أبرئ وإطلاق من أطلق البطلان عند الاستغراق يتعين حمله على ذلك ولو أقر بدين مستغرق قدم على الضمان وإن تأخر عنه وضمانه من رأس المال إلا عن معسر أو حيث لا رجوع فمن الثلث (وضمان عبد) أي قن ولو مكاتبا (بغير إذن سيده باطل في الأصح) وإن أذن له في التجارة وإنما صح خلع أمة بمال في ذمتها بلا إذن لأنها قد تضطر إليه لنحو سوء عشرته نعم يصح ضمان مكاتب لسيده ومبعض <ص: 243> في نوبته بغير إذن بخلافه في نوبة السيد ويفرق بينه وبين صحة شرائه لنفسه حينئذ بأن الضمان فيه التزام مال في الذمة على وجه التبرع وهو ليس من أهله حينئذ فإن قلت ظاهر كلامهم صحة هبته حينئذ قلت يفرق بأن التزام الذمة على وجه التبرع يحتاط له لأن فيه غررا فاشترط له عدم حجر بالكلية ولا يكون ذلك إلا والنوبة له لا غير ثم رأيت ابن الرفعة فرق بأنه في الشراء يدخل في ملكه ناجزا جابرا بخلافه في الضمان وهو موافق لقولي على وجه التبرع لكنه يقتضي بطلان هبته حينئذ وليس بالواضح فتعين أن يزاد في الفرق ما ذكرته مما يخرج نحو الهبة فتأمله. وبحث ابن الرفعة عدم صحة ضمان القن الموقوف جزما بناء على المشهور أنه لا يصح عتقه وبحث غيره صحته بإذن الموقوف عليه ويوجه بأن إذنه يسلط على التعلق بكسبه المستحق له وهو قياس الأوجه من صحته من الموصى بمنفعته يأذن الموصى له <ص: 244> وعليه ينبغي أن يقال متى انتقل الوقف لغيره بطل الضمان

(ويصح) ضمان القن (بإذنه) أي السيد بعد علمه بقدر ما يضمن لأن التعلق بماله وهل معرفة المضمون له الآتي اشتراطها معتبرة من السيد أو من العبد والذي يتجه اشتراطها منهما لأن كلا منهما مطالب ويأتي أن وجه اشتراطها اختلاف الناس في المطالبة تشديدا وضده والمطالبة هنا لهما فاتجه اشتراط علمهما به ولوما على

سيده إذ لا محذور ولا يلزمه امتثال أمر السيد له به إذ لا تسلط له على ذمته بخلاف بقية الاستخدامات وإذا أدى بعد العتق فالرجوع له لأنه أدى ملكه بخلاف قبله (فإن عين) في إذنه في الضمان لا بعده إذ لا يعتبر تعيينه حينئذ كما هو ظاهر (للأداء كسبه أو <ص: 245> غيره) كمال التجارة (قضى منه) عملا بتعيينه نعم إن لم يف مال التجارة ولو لتعلق دين به لتقدمه على الضمان ما لم يحجر عليه القاضي وإلا لم يتعلق به الضمان أصلا اتبع القن بالباقي إذا عتق كما اعتمده السبكي لأن التعيين قصر الطمع عن تعلقه بالكسب الذي اعتمده ابن الرفعة (وإلا) يعين في إذنه للأداء جهة (فالأصح أنه إن كان مأذونا له في التجارة تعلق) غرم الضمان (بما في يده) ربحا ورأس مال (وما يكسبه بعد الإذن وإلا) يكن مأذونا له فيها (ف) لا تعلق إلا (بما يكسبه) بعد الإذن كمؤن النكاح الواجبة بإذنه في الصورتين نعم هذه لا تتعلق إلا بكسبه بعد النكاح لأنها لا تجب إلا به بخلاف المضمون به فإنه ثابت حال الإذن فاندفع قول جمع بالتسوية بينهما.

(تنبيه) يعلم مما مر في الرهن صحة ضمنت مالك على زيد في رقبة عبدي هذا أو في هذه العين فيتعلق بها لا غير (والأصح اشتراط معرفة) الضامن لعين (المضمون له) وهو صاحب الدين دون مجرد نسبه فلا يكفي ذلك لتفاوت الناس في المطالبة تشديدا وتسهيلا ولا معرفة وكيله كما أفتى به ابن عبد السلام وغيره والتعليل مصرح به لأنه قد يعزله فإفتاء ابن الصلاح بالاكتفاء بمعرفته لأن أحكام العقد تتعلق به ضعيف وإن بالغ الأذرعي في الانتصار له (و) الأصح (أنه لا يشترط قبوله و) لا (رضاه) لأن الضمان محض التزام لا معاوضة فيه وبه يعلم أنه لا يؤثر رده فنقل الزركشي عن المحاملي تأثيره إنما يأتي <ص: 246> على الضعيف أنه يشترط رضاه والفرق بينه وبين الوكيل ظاهر

(ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعا) لجواز أداء دين الغير بغير إذنه فالتزامه أولى وفيه وجه لم يعتد به لشذوذه (ولا معرفته) حيا كان أو ميتا (في الأصح) كرضاه ولأن ضمانه معروف معه وهو يفعل مع أهله وغير أهله نعم يشترط كونه مدينا كما أفاده قوله (ويشترط في المضمون كونه) أشار بحذفه دينا هنا وذكره في الرهن إلى

شموله للعين المضمونة ومنها الزكاة بعد التمكن والعمل الملتزم في الذمة بالإجارة أو المساقاة (ثابتا) حال الضمان لأنه وثيقة فلا يتقدم ثبوت الحق كالشهادة فلا يكفي جريان سبب وجوبه كنفقة الغد للزوجة ويكفي في ثبوته اعتراف الضامن به وإن لم يثبت على المضمون شيء كما صرح به الرافعي بل الضمان متضمن لاعترافه بوجود شرائطه نظير ما مر في قبول الحوالة وإنما أهملا رابعا ذكره الغزالي وهو كونه قابلا للتبرع به فخرج نحو قود وحق شفعة لفساده إذ يرد على طرده حق القسم للمظلومة يصح تبرعها به ولا يصح ضمانه لها وعلى عكسه دين الله تعالى كالزكاة <ص: 247> ودين مريض معسر أو ميت فإنه يصح ضمانه مع عدم صحة التبرع به.
قال الإسنوي ولا بد من الإذن في أداء الزكاة لأجل النية إلا أن تكون عن ميت لجواز الاستقلال بها عنه ا ه ومثلها الكفارة
(وصحح القديم ضمان ما سيجب) وإن لم يجر سبب وجوبه كثمن ما سيبيعه لأن الحاجة قد تمس إليه ولا يجوز ضمان نفقة مستقبلة للقريب قطعا لأن سبيلها سبيل البر والصلة لا الديون ولو قال أقرض هذا مائة وأنا لها ضامن ففعل ضمنها على الأوجه نظير ما يأتي في ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه بجامع أن كلا يحتاج إليه فليس المراد بالضمان ما في هذا الباب (والمذهب صحة ضمان الدرك) ويسمى ضمان العهدة وإن لم يكن ثابتا لمس الحاجة إليه في غريب ونحوه ممن لو خرج مبيعه أو ثمنه مستحقا لم يظفر به على أنه ليس من ضمان ما لم يجب مطلقا لأن المقابل لو خرج عما شرط تبين وجوب رد المضمون والدرك بفتح الراء وسكونها التبعة أي المطالبة سمي به لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله (بعد قبض) ما يضمن من (الثمن) في التصوير الآتي والمبيع فيما نذكره بعد لأنه إنما يدخل في ضمان البائع أو المشتري حينئذ وقبل القبض وكذا معه كما هو ظاهر من كلامهم لم يتحقق ذلك فخرج ما لو باع الحاكم عقار غائب للمدعي بدينه فلا يصح أن يضمن له دركه لعدم القبض ونحوه إفتاء ابن الصلاح بأنه لو آجر المدين وقفا عليه <ص: 248> بدينه وضمن ضامن دركه فبان بطلان الإجارة لم يلزم الضامن شيء من الأجرة لبقاء الدين الذي هو أجرة بحاله

فلم يفوت عليه شيئا (وهو أن يضمن للمشتري الثمن) وقد علم قدره وتسلمه البائع (إن خرج المبيع) المعين (مستحقا) كأن خرج مرهونا أو مأخوذا بشفعة ببيع سابق (أو معيبا) ورده المشتري (أو ناقصا لنقص) ما قدر به من الكيل أو الذرع أو الوزن كنقص (الصنجة) ورد أيضا وهي بفتح الصاد والسين أفصح منها كما في القاموس وفي نسخة جعل اللام كافا فيشمل نقص القدر ونقص الصفة المشروطة كما إذا باعه بشرط كون وزنه كذا أو من نوع كذا وضمن ضامن عهدة ذلك وبين بمستحقا وما بعده صحة ضمان درك فساد يظهر في العقد باستحقاق أو غيره ونحو رداءة جنس أو عيب أو تلف قبل قبض أو بعده وقد انفسخ بنحو تقايل أو نقصه عما قدر به مما يقتضي الخيار لا الفساد وأل في الثمن للجنس فيشمل كله كما تقرر وما لو ضمن بعضه المعين إن خرج بعض مقابله مستحقا أو معيبا أو ناقصا لنقص صنجة أو صفة وحينئذ اندفع الاعتراض عليه وتصوير غير واحد له بغير ذلك لخروجه عما الكلام فيه وهو الضمان للمشتري كما يعرف بتأمله ولو أطلق ضمان الدرك أو العهدة اختص بما خرج مستحقا لأنه المتبادر منه لا ما خرج فاسدا بغير الاستحقاق وذكره كالجمهور الضمان للمشتري فقط كأنه للغالب لصحته للبائع بأن يضمن له المبيع بعد قبض المشتري له إن خرج الثمن المعين ابتداء أو عما في الذمة مستحقا أو ناقصا لنقص نحو صنجة أو معيبا مثلا وصورة ذلك أن يقول ضمنت لك عهدة الثمن أو المبيع أو دركه أو خلاصك منه ولا يكفي قوله خلاص المبيع أو الثمن <ص: 249> أو شرط كفيل بخلاص ذلك لأنه لا يستقل بتخليصه شرط كفيل بالثمن كما علم مما مر

ولو اختلف الضامن والبائع في نقص صنجة الثمن ولا بينة حلف الضامن لأصل براءة ذمته أو البائع والمشتري حلف البائع لأن ذمة المشتري كانت مشغولة وبحلف البائع يطالب المشتري وكذا الضامن إن أقر أو ثبت بحجة أخرى ويصح ضمان الدرك للمسلم إليه المسلم فيه بعد أدائه إن استحق رأس المال المعين لا للمسلم رأس المال إن استحق المسلم فيه لأنه لكونه في الذمة يستحيل فيه الاستحقاق بخلاف المقبوض ومن ثم لو اشترى أرضا ثم غرس أو بنى ثم استحقت لم يصح ضمان الأرش إلا بعد القلع ومعرفة قدره وللمستأجر أو الأجير أيضا على وزان

ما ذكر ويصح أيضا ضمان درك دين قبض فإذا ضمن ابتداء أو عما في الذمة له آخر درك نحو زيفه أو نقص صنجته أبدل الزيف من المؤدي أو الضامن وطالب أحدهما بالنقص فإن طلب الضامن في الأولى أن يعطيه المؤدى ليبدله له لم يعطه قالها الماوردي.
وتخييره بين المؤدي والضامن يحمل على ما إذا رد المؤدي وإلا لم يطالب الضامن بشيء ومن ثم قيدت ما مر بقولي ورده المشتري وقولي ورد أيضا لأنه الذي في البيان عن المسعودي وجزم به في الأنوار وغير واحد من الشراح ويوجه بأن المضمون هنا كما يعلم مما يأتي إنما هو المالية الفائتة ومع وجود نحو المعيب بيد المضمون له لا فوات عليه نعم لو رفع الأمر لقاض <ص: 250> وفسخ بنحو العيب وأبقاه تحت يده إلى مجيء مالكه فهل له الآن مطالبة الضامن لارتفاع العقد وخروج المعيب عن ملكه أو لا لأنه ما دام تحت يده فتوثقه به باق كل محتمل والثاني أقرب إلى إطلاقهم قالا وفيما إذا استحق المبيع يطالب الضامن كالبائع أو بعض المبيع طولب الضامن أي أو البائع بقسط المستحق من الثمن فسخ المشتري أم لا
(تنبيه) التحقيق أن متعلق ضمان الدرك عين الثمن أو المبيع إن بقي وسهل رده وبدله أي قيمته إن عسر رده للحيلولة ومثل المثلي قيمة المتقوم إن تلف وتعلقه بالبدل أظهر لأنه ليس على قاعدة ضمان الأعيان من جهة أن ضامن الدرك يغرم بدل العين عند تلفها بخلاف ضامن العين المغصوبة والمستعارة وفي المطلب ليس المضمون هنا رد العين أي وحدها وإلا لزم أن لا تجب قيمتها عند التلف بل المضمون المالية <ص: 251> عند تعذر الرد حتى لو بان الاستحقاق والثمن في يد البائع لا يطالب الضامن ببدله فعلم أن ضمان الثمن المعين الباقي بيد البائع ضمان عين فيبطل العقد بخروجه مستحقا لأن الرد هنا لم يتوجه لبدل أصلا بل للعين المتعينة بالعقد ومن ثم لو تعذر ردها لم يغرم الضامن بدلها كما تقرر وأن ضمان الثمن الذي ليس كذلك ضمان ذمة فلا بطلان بتبين استحقاقه لأن الرد هنا لم يتوجه للعين بل لماليتها عند تعذر ردها كما تقرر أيضا وبهذا اندفع ما قد يقال أي فرق بين المعين وغيره مع توقف صحة ضمانه على قبض البائع له وغير المعين يتعين بقبضه من غير نظر إلى عدم تعيينه

في العقد ووجه اندفاعه ما علم من الفرق الواضح بينهما فتأمل ذلك كله فإن كلام المتأخرين أوهم تناقضا لهم فيه وهو لا يندفع إلا بما تقرر كما أفاده كلام شيخنا وغيره ولا يجري ضمان الدرك في نحو الرهن كما بحثه أبو زرعة لأنه لا ضمان فيه (وكونه لازما) وإن لم يستقر كثمن مبيع لم يقبض وكمهر قبل وطء (لا كنجوم كتابة) لقدرة المكاتب على إسقاطها متى شاء فلا معنى للتوثق به وكذا جعل الجعالة قبل الفراغ كما سيذكره.

(تنبيه) اعترض المتن باقتضائه صحة ضمان الغير لديون السيد على المكاتب من نحوه معاملة والأصح وفاقا لأكثر المتأخرين عدم صحة ضمانها بناء على الأصح من تناقض فيه وهو سقوطها بتعجيزه وكلامهما هنا صريح في ذلك <ص: 252> بخلاف ضمانها لأجنبي فإنه يصح إذ لا مانع ويرد بمنع اقتضائه ذلك إذ إدخاله الكاف عليها اقتضى عدم انحصار البطلان فيها فإن قلت مرت صحة الحوالة بها وعليها لما مر من التوجيه فهلا جرى ذلك هنا مع استواء البابين في اشتراط اللزوم قلت يفرق بأن الضمان فيه شغل ذمة فارغة فاحتيط له باشتراط عدم قدرة المضمون عنه على إسقاطه لئلا يغرم ثم يحصل التعجيز فيتضرر الضامن حينئذ بفوات ما أخذ منه لا لمعنى بخلاف الحوالة فإن الذي فيها مجرد التحول الذي لا ضرر على المحتال فيه لأنه إن قبض من المكاتب فذاك وإلا أخذ من السيد فلم ينظر لقدرة المحال عليه على ذلك فتأمله فإنه خفي والمراد باللازم ما لا تسلط على فسخه من غير سبب ولو باعتبار وضعه (و) من ثم (يصح ضمان الثمن) للبائع (في مدة الخيار) للمشتري (في الأصح) لأنه آيل للزوم بنفسه أما إذا كان الخيار لهما فالثمن موقوف أو للبائع فملك المبيع له وملك الثمن للمشتري فلا ثمن عليه حتى يضمن وبالإجازة يملكه البائع ملكا مبتدأ لا تبينا كما مر وقول الشيخين عن المتولي يصح الضمان هنا بلا خلاف مفرع على الضعيف أنه مع ذلك ملك للبائع نعم لو قيل فيما إذا تخيرا أن الضمان يوقف فإن بان ملك البائع له لوجود الإجازة بانت صحة الضمان وإلا فلا لم يبعد لأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر (وضمان الجعل كالرهن به) فيصح بعد الفراغ للزومه لا قبله لجوازه مع كونه لا يئول للزوم بنفسه بل بالعمل وبه فارق الثمن في مدة الخيار.

(تنبيه مهم) وقع لهم في مبحث اشتراط لزوم الدين في الرهن والحوالة والضمان ما يوهم التنافي وبيانه مع الجواب عنه وإن لم أر من تنبيه لذلك كله أنهم صرحوا بأن كل ما صح رهنه صح ضمانه وعكسه واستثنوا صورا يصح ضمانها لا رهنها لعدم الدين فيها كالدرك ورد الأعيان المضمونة وإحضار البدن وكذا من درهم إلى عشرة على مقالة يتعجب ممن نقلها موهما صحتها مع ما فيها من التحكم الصرف لاستواء الجميع في أن العلم به شرط فإن نافاه هذا فليبطل في الكل <ص: 253> أو لا فلا ثم كلامهم في تلك الكلية قاض بأنه لا يشترط في هذين استقرار الدين كأجرة قبل انتفاع في إجارة العين ولا صحة الاعتياض عنه فيصح كل منهما بدين السلم وهو المسلم فيه وبالدية والزكاة بتفصيلهما نعم الرهن لزكاة تعلقت بالعين لا يصح بخلاف ضمانها لصحته برد الأعيان المضمونة وخالفوا هذا في الحوالة فاشترطوا صحة الاعتياض عن دينها المحال به وعليه فلا يصح بدين سلم ولا إبل دية ولا زكاة ولا عليها وكأنهم نظروا إلى أنها معاوضة أو استيفاء وكل منهما يستدعي صحة الاعتياض بخلاف ذينك فإن كلا منهما وثيقة والتوثق يحصل بمجرد اللزوم لأنه لخشية لفوات وهي منتفية عند لزوم سببه. وأما قول ابن العماد هي أوسع منهما لأنها رخصة وجرى وجه بصحتها على من لا دين عليه بخلافهما فهو مما يتعجب منه لمخالفته لصريح كلامهم مع فساد استنتاجه لإطلاق الأوسعية مما علل به إلا على اعتبار بعيد لكن بفرضه إنما يعبر عنه بكونها أوسع منهما من حيثية لا مطلقا كما هو واضح وفرقوا أيضا بينها وبينهما ففصلوا فيها في نجوم الكتابة ودين المعاملة تفصيلا مخالفا لما فصلوه في الضمان الملحق به الرهن وكأنهم لمحوا في الفرق ما قدمته آنفا فتأمل ذلك كله فإنه نفيس مهم

(وكونه معلوما) للضامن فقط جنسا وقدرا وصفة وعينا خلافا لقول الزركشي المذهب جواز ضمان ما علم قدره وإن جهل صفته (في الجديد) لأنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد فلم يصح مع الجهل كالثمن نعم لو قال جاهل بالقدر ضمنت لك الدراهم التي على فلان كان ضامنا لثلاثة على الأوجه وكذا لو برأه من الدراهم ولا نظر لمن يقول أقل الجمع اثنان لأنه شاذ ومن ثم لو قال له علي دراهم

لزمه ثلاثة وفارق آجرتك الشهور بأنه عقد معاوضة محضة فإن قلت قد يكون ما على الأصيل دون ثلاثة قلت يؤخذ الضامن بإقراره أنها على الأصيل وأيضا فمن ضمن ثلاثة ضمن دونها بالأولى (والإبراء) المؤقت والمعلق بغير الموت وإلا كإذا مت فأنت بريء أو أنت بريء بعد موتي كان وصية <ص: 254> والذي لم يذكر فيه المبرأ منه ولا نوى (ومن المجهول) في واحد مما ذكر للدائن لا وكيله أو للمدين لكن فيما فيه معاوضة كأن أبرأتني فأنت طالق لا فيما عدا ذلك على المعتمد (باطل في الجديد) لأن البراءة متوقفة على الرضا ولا رضا بعقل مع الجهل نعم لا أثر لجهل تمكن معرفته أخذا من قولهم لو كاتبه بدراهم ثم وضع عنه دينارين مريدا ما يقابلهما من القيمة صح ويكفي في النقد الرائج علم العدد وفي الإبراء من حصته من مورثه علم قدر التركة وإن جهل قدر جهته ويأتي في الخلع ماله تعلق بذلك ولأن الإبراء ومثله الترك والتحليل والإسقاط تمليك للمدين ما في ذمته أي الغالب عليه ذلك دون الإسقاط على المعتمد ومن ثم لو قال لأحد مدينيه أبرأت أحدكما لم يصح بخلاف ما لو علمه وجهل من هو عليه فإنه يصح على ما جزم به بعضهم وإنما لم يشترط قبول المدين ولم يرتد برده نظرا لشائبة الإسقاط فإن قلت لم غلبوا في علمه شائبة التمليك وفي قبوله شائبة الإسقاط قلت لأن القبول أدون ألا ترى إلى اختيار كثيرين من أصحابنا جواز المعاطاة في نحو البيع والهبة ولم يختاروا صحة نحو بيع الغائب وهبته ولو أبرأ ثم ادعى الجهل لم يقبل ظاهرا بل باطنا ذكره الرافعي لكن في الأنوار أنه إن باشر سبب الدين لم يقبل وإلا كدين ورثة قبل وفي الجواهر نحوه فليخص به كلام الرافعي وفيها أيضا عن الزبيلي تصدق الصغيرة المزوجة إجبارا بيمينها في جهلها بمهرها. قال الغزي وكذا التكبيرة المجبرة إن دل الحال على جهلها وهذا أيضا يؤيد ما في الأنوار قال المتولي ويجوز بذل العوض في مقابلة الإبراء <ص: 255> ا ه وعليه فيملك الدائن العوض المبذول له بالإبراء ويبرأ المدين وطريق الإبراء من المجهول أن يبرئه مما يعلم أنه لا ينقص عن الدين كألف شك هل دينه يبلغها أو ينقص عنها وإذا لم تبلغ الغيبة المغتاب كفى فيها الندم والاستغفار له.

فإن بلغته لم يصح الإبراء منها إلا بعد تعيينها بالشخص <ص: 256> بل وتعيين حاضرها فيما يظهر إن اختلف به الغرض ولو أبرأه من معين معتقدا أنه لا يستحقه فبان أنه يستحقه برئ (إلا) الإبراء (من إبل الدية) فإنه صحيح مع الجهل بصفتها لأنهم اغتفروا ذلك في إثباتها في ذمة الجاني فكذا هنا وإلا لتعذر الإبراء منها بخلاف غيرها لإمكان معرفته بالبحث عنه (ويصح ضمانها في الأصح) كالإبراء للعلم بسنها وعددها ويرجع في صفتها لغالب إبل البلد (ولو قال ضمنت مالك على زيد) أو أبرأتك أو نذرت لك مثلا وكذا أحلتك كما هو ظاهر (من درهم إلى عشرة فالأصح صحته) لانتفاء الغرر بذكر الغاية (و) الأصح (أنه يكون ضامنا لعشرة) ومبرئا منها وناذرا لها إدخالا للغايتين (قلت الأصح) أنه يكون ضامنا (لتسعة) ومبرئا منها وناذرا لها (والله أعلم) إدخالا للأول فقط لأنه مبدأ الالتزام ولترتب صحة ما بعده عليه بل قيل لثمانية إخراجا لهما لأنه اليقين فإن قلت مما يضعف هذين ويرجح الأول قولهم إذا كانت الغاية من جنس المغيا دخلت قلت هذا في غير ما نحن فيه لأنه في الأمور الاعتبارية وما نحن فيه في الأمور الالتزامية وهي يحتاط لها ويأتي ذلك في الإقرار كما سيذكره ويأتي ثم زيادة على ما هنا ولو لقن صيغة نحو إبراء ثم قال جهلت مدلولها وأمكن عادة خفاء ذلك عليه قبل وإلا فلا كما يأتي في النذر.

فرع مات مدين فسأل وارثه دائنه أن يبرئه ويكون ضامنا (فرع) مات مدين فسأل وارثه دائنه أن يبرئه ويكون ضامنا لما عليه فأبرأه على ظن صحة الضمان وأن الدين انتقل إلى ذمة الضامن لم يصح الإبراء لأنه بناه على ظن انتقاله للضامن ولم ينتقل إليه <ص: 257> لأن الضمان بشرط براءة الأصيل باطل ودليل بطلان الإبراء قول الأم وتبعوه لو صالحه من ألف على خمسمائة صلح إنكار ثم أبرأه من خمسمائة ظانا صحة الصلح لم يصح الإبراء عن الخمسمائة التي أبرأ منها وقولهم لو أتى المكاتب لسيده بالنجوم فأخذها منه وقال له اذهب فأنت حر ثم خرج المال مستحقا بأن عدم عتقه لأنه إنما أعتقه بظن سلامة العوض وقولهم لو أتى بالبيع المشروط في بيع على ظن صحة الشرط بطل أو مع علمه بفساده صح ولا ينافيه صحة الرهن بظن الوجوب لما مر في المناهي ولما ذكر البلقيني

ذلك. قال وهذا يدل على أن باني الأمر في نحو ذلك على ما اعتقده مخالفا لما في الباطن لا يؤاخذ به وتزييف الإمام لقول القاضي الموافق لذلك مزيف ا ه.
ويؤخذ من قوله في نحو ذلك أنه لا بد في تصديقه من قرينة تقضي بصدق ما ادعاه من الظن ووقع لجمع مفتين وغيرهم اعتماد خلاف بعض ما قررناه فاحذره ولو أبرأه في الدنيا دون الآخرة برئ فيهما لأن أحكام الآخرة مبنية على الدنيا ويؤخذ منه أن مثله عكسه إلا أن يقال إنه إبراء معلق لكن مر صحة تعليقه بالموت فيمكن أن يقال هذا مثله ولو قال أبرأتك مما لي عليك وله عليه دين أصلي ودين ضمان برئ منهما.

(فصل) في قسم الضمان الثاني وهو كفالة البدن.
وفيها خلاف أصله قول الشافعي رضي الله عنه إنها ضعيفة (والمذهب) منه (صحة كفالة البدن) وهي التزام إحضار المكفول أو جزء منه شائع كعشره أو ما لا بقاء بدونه كروحه أو رأسه أو قلبه إلى المكفول له لإطباق الناس عليها ومسيس الحاجة إليها ومعنى ذلك أنها ضعيفة من جهة القياس لأن الحر لا يدخله تحت اليد ويشترط تعيينه فلا يصح كفلت بدن أحد هذين (فإن كفل) بفتح الفاء أفصح من كسرها (بدن) عداه كغيره بنفسه لأنه بمعنى ضمن لكن قيل أئمة اللغة لم يستعملوه إلا متعديا بالباء <ص: 258> ا ه. ولعله لكونه الأفصح أما كفل بمعنى عال كما في الآية فمتعد بنفسه دائما أي وما ورد في حديث الغامدية الآتي الباء فيه زائدة تأكيدا (من عليه مال) أو عنده مال ولو أمانة (لم يشترط العلم بقدره) لما يأتي أنه لا يغرمه (ويشترط كونه) أي ما على المكفول (مما يصح ضمانه) فلا تصح ببدن <ص: 259> مكاتب بالنجوم أما غيرها ففيه ما مر في شرح قوله وكونه لازما ولا ببدن من عليه نحو زكاة كذا أطلقه الماوردي ومحله إن تعلقت بالعين قبل التمكن بخلاف ما إذا كانت في الذمة أو تعلقت بالعين وتمكن منها لصحة ضمان الأولى ومثلها الكفارة وضمان رد الثانية.
(والمذهب صحتها ببدن) كل من استحق حضوره مجلس الحكم عند الطلب لحق آدمي ككفيل وأجير وقن آبق لمولاه وامرأة لمن يدعي نكاحها ليثبته أو لمن أثبت نكاحها

ليسلمها له وكذا عكسه كما هو ظاهر (ومن عليه عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف) لأنه حق لازم فأشبه المال مع أن الأول يدخله المال ولذا مثل بمثالين (ومنعها في حدود الله تعالى) وتعازيره كحد سرقة لأنا مأمورون بسترها والسعي في إسقاطها ما أمكن ومعنى تكفل أنصاري بالغامدية بعد ثبوت زناها إلى أن تلد أنه قام بمؤنها ومصالحها على حد {وكفلها زكريا} وبه يرد استشكال تصور الكفالة هنا مع وجوب الاستيفاء فورا. <ص: 260> وبحث الأذرعي في حد تحتم ولم يسقط بالتوبة صحة التكفل ببدن من هو عليه وينافيه إن لم يرد حد قاطع الطريق فقط جوابهم عن الخبر المذكور
(ويصح ببدن صبي ومجنون) لأنه قد يستحق إحضارهما ليشهد من لم يعرف اسمهما ونسبهما عليهما بنحو إتلاف ويشترط إذن وليهما فيطالب بإحضارهما ما بقي حجره وبحث الأذرعي اشتراط إذن ولي السفيه وله احتمال بخلافه وهو الذي يظهر ترجيحه لصحة إذنه فيما يتعلق بالبدن كما يعلم مما مر فيه ثم رأيت غيره قال إن هذا هو ظاهر كلامهم ومثله القن فيعتبر إذنه لا إذن سيده ا ه. وإنما يظهر فيما لا يتوقف على السيد كإتلافه الثابت بالبينة (ومحبوس) بإذنه لتوقع خلاصه كما يصح ضمان معسر المال (وغائب) كذلك وإن كان فوق مسافة القصر فيلزمه الحضور معه سواء أكان ببلد بها حاكم حال الكفالة أو بعدها طلب إحضاره بعد ثبوت الحق أو قبله للمخاصمة على المعتمد خلافا للزركشي وغيره لأجل إذنه في ذلك فهو المورط لنفسه (وميت ليحضره فيشهد) بضم أوله وفتح ثالثه (على صورته) لعدم العلم باسمه ونسبه لأنه قد يحتاج لذلك ومحله قبل الدفن لا بعده وإن لم يتغير <ص: 261> وعدم النقل المحرم وأن لا يتغير في مدة الإحضار وإذن الولي في مثل هذه الأحوال لغو ذكره الأذرعي وبحث في المطلب اشتراط إذن الوارث أي إن تأهل وإلا فوليه كناظر بيت المال ووافقه الإسنوي ثم بحث اشتراط إذن جميع الورثة وتعقبه الأذرعي بأن كثيرين صوروا مسألة المتن بما إذا كفله بإذنه في حياته ا ه.
ويجاب بحمل الأول على ما إذا لم يأذن أما من لا وارث له كذمي مات ولم يأذن فظاهر أنه لا تصح كفالته (ثم إن عين مكان التسليم) في الكفالة (تعين) إن صلح سواء أكان

ثم مؤنة أم لا وبحث الأذرعي اشتراط رضا المكفول ببدنه به وفيه وقفة (وإلا) يعين <ص: 262> (فمكانها) يتعين إن صلح أيضا كالسلم نعم كلامهم هنا يفهم أنه لا يشترط بيان محل التسليم وإن لم يصلح له موضع التكفل أو كان له مؤنة وهو مخالف لنظيره في السلم المؤجل فيحتمل التسوية ويحتمل الفرق.
قال الدميري وهو أن وضع السلم التأجيل، والضمان الحلول وأن ذاك عقد معاوضة وهذا محض غرامة والتزام وفي كلا فرقيه نظر وإن جزم بثانيهما شيخنا وتبعته في شرح الإرشاد. أما أولا فلأنا نمنع أن وضع الضمان الحلول وأما ثانيا فكل منهما عقد غرر ومع الغرر لا تفارق المعاوضة الالتزام كما هو واضح وقد يفرق بأنه يحتاط للأموال لاختلاف حفظها باختلاف المحال ما لا يحتاط للأبدان لما مر من جواز إركاب البحر ببدن المولى لا بماله وحينئذ فما هناك مال فاحتيط له ببيان محل التسليم شرطه وما هنا بدن أذن صاحبه فلم يحتج لبيانه ولا نظر هنا لمؤنة المحضر لأنها ليست على الكفيل العاقد فلا غرر عليه بل على المكفول بخلاف المؤنة ثم أما إذا لم يصلح فأقرب محل صالح على الأوجه من تردد فيه
(ويبرأ الكفيل بتسليمه) مصدر مضاف للفاعل أو المفعول أي بنفسه أو وكيله المكفول من بدن أو عين إلى المكفول له أو وارثه (في مكان التسليم) المتعين بما ذكر وإن لم يطالبه به. وقضية كلامهم أنه لو كفل واحد بدن اثنين لم يبرأ إلا بإحضارهما كانا متضامنين وهو ظاهر (بلا حائل) بينه وبين المكفول له ولو محبوسا بحق لإتيانه بما لزمه بخلاف ما إذا سلمه له بحضرة مانع (كمتغلب) يمنعه منه فلا يبرأ لعدم حصول المقصود <ص: 263> نعم إن قبل مختارا برئ وخرج بمكان التسليم غيره فلا يلزمه قبوله فيه إن كان له غرض في الامتناع كأن كان بمحل التسليم بينته أو من يعينه على خلاصه وإلا أجبره الحاكم على قبوله فإن صمم تسلمه عنه فإن فقد الحاكم أشهد أنه سلمه وبرئ ويأتي هذا التفصيل فيما لو أحضره قبل زمنه المعين.
(فرع) قال ضمنت إحضاره كلما طلبه المكفول له لم يلزمه غير مرة لأنه فيما بعدها معلق الضمان على طلب المكفول له وتعليق الضمان يبطله كذا اعتمده شارح

كالبلقيني وفيه نظر بل مقتضى اللفظ تعليق أصل الضمان على الطلب وتعلقه مبطل له من أصله فهو الأوجه فإن قلت الأولى فيها تعليق بالمقتضى إذ لا يلزمه الإحضار إلا بالطلب قلت المعلق هنا الضمان لا الإحضار كما هو المتبادر فإن جعل كلما قيدا للإحضار فقط فقياسه التكرر فلم يصح القول بالمرة عليهما فإن قلت فما الراجح من ذلك قلت قضية ما يأتي في ضمنت إحضاره بعد شهر أن الظرف متعلق بإحضاره لا بضمنت تعلقه هنا به أيضا فيصح ويتكرر كلما طلبه (وبأن يحضر المكفول) البالغ العاقل بمحل التسليم ولا حائل (ويقول) للمكفول له (سلمت نفسي عن جهة الكفيل) وكذا في غير محل التسليم أو زمنه حيث لا غرض له في الامتناع فيشهد أنه سلم نفسه عن كفالة فلان ويبرأ الكفيل كذا أطلقه الماوردي والأوجه أخذا مما قبله أنه لا يكفي إشهاده إلا إن فقد الحاكم أما الصبي والمجنون فلا عبرة بقولهما إلا إن رضي به المكفول له على الأوجه وتسليم أجنبي بإذن الكفيل كتسليمه وبدون إذنه لغو إلا إن قبل المكفول له.

(تنبيه) ظاهر كلامهم اشتراط اللفظ هنا لا فيما قبله ويفرق بأن مجيء هذا وحده لا قرينة فيه فاشترط لفظ يدل بخلاف مجيء الكفيل به فلا يحتاج للفظ ونظيره أن التخلية في القبض لا بد فيها من لفظ يدل عليها بخلاف الوضع بين يدي المشتري كما مر نعم إن أحضره بغير محل التسليم فلا بد من لفظ يدل على قبوله له حينئذ فيما يظهر

(ولا يكفي مجرد حضوره) بلا قوله المذكور أنه لم يسلمه إليه ولا أخذ من جهته (فإن غاب) المكفول من بدن أو عين <ص: 264> (لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه) لعذره ويصدق في جهله بيمينه (وإلا) بأن عرف مكانه (فيلزمه) عند أمن الطريق ولم يكن ثم من يمنعه منه عادة ويظهر أنه لا يكتفى في هذين بقوله إحضاره ولو من دار الحرب ومن فوق مسافة القصر ولو في بحر غلبت السلامة فيه فيما يظهر وإن حبس بحق فيلزمه قضاء ما عليه من دين ذكره صاحب البيان وغيره وفيه نظر ظاهر إلا أن يراد أنه مع حبسه بحق في غير محل التسليم يلزم بإحضاره ويحبس ما لم يتسبب في تخليصه ولو ببذل ما عليه ومؤنة السفر في مال الكفيل ولو كان

المكفول ببدنه يحتاج لمؤن السفر ولا شيء معه فيظهر أن يأتي فيه ما مر في الدين المحبوس عليه.
(تنبيه) من الواضح أنه إنما يلزم بالسفر للإحضار ويمكن منه إن وثق الحاكم منه بذلك وثوقا ظاهرا لا يتخلف عادة وإلا فالذي يظهر أنه يلزم حينئذ بكفيل كذلك فإن تعذر حبس حتى يزن المال قرضا أو ييأس من إحضاره
(ويمهل مدة ذهاب وإياب) عادة لأنه الممكن وبحث الإسنوي إمهاله مع ذلك أي في السفر الطويل ثلاثة أيام كاملة مدة إقامة المسافرين والأذرعي إمهاله لانتظار رفقة يأمن بهم وانقطاع نحو مطر وثلج ووحل مؤذ (فإن مضت) المدة المذكورة (ولم يحضره) وقد وجدت تلك الشروط ومنها أن تلزمه الإجابة إلى القاضي لإذنه أو لقول المكفول له للكفيل أحضره للقاضي <ص: 265> ويقول له القاضي أحضره لأنه حينئذ رسول القاضي إليه ولم يكف قول ذي الحق لأن من طلب خصمه لقاض لا تلزمه إجابته من حيث طلبه له ومن ثم تقيد بمسافة العدوى وبقولي وقد إلخ يندفع اعتماد الزركشي قول جمع لا يحبس كمعسر بدين ووجه اندفاعه ظهور الفرق بأن هذا يعد قادرا على إحضار ما لزمه بخلاف ذاك (حبس) إن لم يؤد الدين إلى تعذر إحضار المكفول بموت أو نحو تغلب أو جهل بمحله لامتناعه مما لزمه. وبحث الإسنوي أنه إذا حضر المكفول بعد تسليمه الدين رجع به على من أداه إليه ورد أنه تبرع بالأداء لتخليص نفسه وأجيب: يمنع تبرعه وإنما بذله للحيلولة وهو متجه ومن ثم استرده إن بقي وإلا فبدله والكلام حيث لم ينو الوفاء عنه وإلا لم يرجع بشيء لتبرعه بأداء دينه بغير إذنه ولو تعذر رجوعه على المؤدى إليه فهل يرجع على المكفول ؟ لأن أداءه عنه يشبه القرض الضمني له أو لا لأنه لم يراع في الأداء جهة المكفول بل مصلحة نفسه بتخليصه لها به من الحبس كل محتمل والثاني أقرب (وقيل إن غاب إلى مسافة القصر لم يلزمه إحضاره) لأنها بمنزلة الغيبة المنقطعة وردوه بأن مال المدين لو غاب إليها لزم إحضاره فكذا هو ولا فرق في جميع ما ذكر بين أن تطرأ الغيبة أو يكون غائبا وقت الكفالة نعم لا تصح ببدن غائب جهل مكانه.
(تنبيه) وقع للشارح هنا ما قد يتعجب منه حيث مزج المتن بقوله فيلزمه إحضاره من مسافة القصر فما دونها وظاهره

أن ما فوقها لا يلزمه الإحضار منه وهو خلاف مصحح الشيخين وغيرهما لا يقال هي وإن بعدت تسمى مسافة قصر لأن هذا إنما يحسن لو لم يقل فما دونها أما إذا قال ذلك فليس مراده بمسافة القصر إلا أقلها لأنها التي لها دون وقد يجاب بأن له فائدتين إحداهما الرد على من أشار إلى أنه ينبغي أن يفصل بين مسافة العدوى وغيرها والثانية بيان نكتة خلافية أومأ إليها المتن وأشار إليها في الخادم بقوله ما صححه الرافعي من إلحاقه مسافة القصر بما دونها خلاف ما صححه المتولي فعلمنا أن ما دونها لا خلاف فيه يعتد به بل فيها فالشيخان يلحقانها بما دونها والمتولي يفرق فقصد الشارح أن يبين الأصل المتفق عليه وأنه لا عبرة بمن شذ <ص: 266> فأشار إلى تفصيل فيه ولم يبال بذلك الإيهام لأنه لا قائل بالفرق بين المسافة وما فوقها فيلزم من ثبوتها ثبوت ما فوقها ولا يلزم من ثبوت ما دونها ثبوتها فتعين ذكر الدون لتينك الفائدتين فتأمله

(والأصح أنه إذا مات ودفن) أو هرب أو توارى ولم يدر محله (لا يطالب الكفيل بالمال) فالعقوبة أولى لأنه لم يلتزمه أصلا بل النفس وقد فاتت وذكر الدفن لأنه قبله قد يطالب بإحضاره للإشهاد على صورته كما مر لا لأنه يطالب قبله بالمال كما هو واضح (والأصح أنه لو شرط في الكفالة أنه يغرم المال) ولو مع قوله (إن فات التسليم بطلت) الكفالة لأنه شرط ينافي مقتضاها وإنما صح قرض شرط فيه نحو رد مكسر عن نحو صحيح وضمان بشرط الخيار للمضمون له أو حلول المؤجل لأن الغرم هنا مستقل يفرد بعقد فأثر شرطه كشرط عقد في عقد وغيره مما ذكر صفة تابعة لا تخل بمقتضى العقد من كل وجه فألغيت وحدها وليس من الشرط كفلت ببدنه فإن مات فعلي المال لأنه وعد فيلغو وتصح الكفالة ولا أثر لإرادة الشرط هنا فيما يظهر خلافا للزركشي لأن إن إنما وقعت شرطا لما بعدها المنفصل عن كفلت فلم يؤثر فيه وإن أراده ولو قال كفلت لك نفسه على أنه إن مات فأنا ضامنه بطلت الكفالة والضمان لأنه شرط ينافيها أيضا (و) الأصح (أنها لا تصح بغير رضا المكفول) أو نحو وليه لأنه مع عدم إذنه لا يلزمه الحضور معه فتبطل فائدتها.

(فرع) يصح التكفل لمالك عين معلومة ولو خفيفة لا مؤنة لردها بردها لا قيمتها لو تلفت ممن هي بيده إن كانت يده يد ضمان وأذن من هي تحت يده أو قدر على انتزاعها منه فإن تعذر ردها لنحو تلف لم يلزمه شيء.
(تنبيه) الذي يظهر في مؤن ردها أنها على الضامن بالمعنى السابق في الدين المحبوس عليه المكفول به. <ص: 267>

(فصل) في صيغتي الضمان والكفالة ومطالبة الضامن وأدائه ورجوعه وتوابع لذلك (يشترط في الضمان) للمال (والكفالة) للبدن أو العين (لفظ) غالبا إذ مثله الخط مع النية وإشارة أخرس مفهمة كما يعلم من كلامه في مواضع (يشعر بالالتزام) كغيره من العقود ودخل في يشعر الكتابة فهو أوضح من قول الروضة كغيرها بدل لأنها ليست دالة أي دلالة ظاهرة ثم الصريح (كضمنت) لك كذا ذكراه والظاهر كما قال الأذرعي وغيره خلافا لمن اعتمد الأول أنه ليس بشرط (دينك عليه) أي فلان (أو تحملته أو تقلدته) أي دينك عليه (أو تكفلت ببدنه) لفلان أو نحوه مما يدل عليه فيما يظهر (أو أنا بالمال) الذي على زيد مثلا (أو بإحضار الشخص) الذي هو فلان وإنما قيدت المال والشخص بما ذكرته لما هو واضح أنه لا يكفي ذكر ما في المتن وحده فإن قلت يحمل على ما إذا قال ذلك بعد ذكرهما وتكون أل للعهد الذكري بل وإن لم يجر لهما ذكر حملا لها على العهد الذهني قلت لا يصح هذا الحمل وإن أوهمه قول الشارح المعهود بل الذي يتجه أنه فيهما كناية لما مر أول الباب أنه لا أثر للقرينة في الصراحة (ضامن أو كفيل أو زعيم أو حميل) أو قبيل أي لفلان كما هو واضح ولعلهم حذفوه لذلك وعلي ما على فلان، ومالك على فلان علي لثبوت بعضها نصا وبقيتها قياسا مع اشتهار لفظ الكفالة بين الصحابة فمن بعدهم وخل عنه والمال علي صريح لأن علي صيغة التزام صريحة في ضمان ماله عليه فمن ثم لم يحتج لقول شيخنا والمال الذي لك عليه إن أراد به الاشتراط وصح حذف الروض له ويفرق بينه وبين ما مر آنفا بأن القرينة ثم خارجية فضعفت عن أن تؤثر الصراحة إن أراد خل عنه الآن وكذا إن أطلق فيما يظهر لأخل عنه وأراد أبدا لأنه شرط مفسد وقول شيخنا بالإبطال مع الإطلاق أيضا فيه نظر لأن خل عنه <ص:

268> لا عموم فيه فيصدق بالصور الصحيحة بل هي المتيقنة منه وما عداها مشكوك فيه ولا بطلان مع الشك على أن قاعدة صون كلام المكلف عن الإلغاء ما وجد له محمل صحيح غير بعيد من ظاهر لفظه صريح فيما ذكرته بل قاعدة أنه لا يضر إضمار المبطل كأنكحتك بنتي وأرادا يومين مثلا تؤيد إطلاقهم صراحته الشامل لإرادة أبدا أيضا فإن قلت لم حمل المال هنا على ما على الأصيل بخلافه في أنا بالمال إلى آخره قلت يفرق بأن (علي) لما كان صريح التزام ووقع خبرا عن المال كان صريحا في دفع الإيهام الذي فيه وفي حمله على ما يلتزم وهو ما في ذمة الأصيل وأما ثم فالمال باق على إيهامه لأنه لم يقترن به ما يخرجه عنه وكون أل عهدية أمر محتمل لا يصلح مزيلا للإيهام اللفظي وبهذا يتضح لك أن قول شيخنا والمال الذي لك عليه على إن أراد به أن ذكر ذلك شرط للصراحة فبعيد لما علمت أن الإخبار عنه بعلي قائم مقام وصفه بالذي لك علي وإن أراد أنه تفسير مراد دل عليه اللفظ كان صريحا فيما ذكرته والكناية نحو دين فلان إلي أو عندي أو معي وخل عنه والمال إلي أو نحوه مما ذكر ولو تكفل فأبرأه المستحق ثم وجد ملازما لخصمه فقال خله وأنا علي ما كنت عليه من الكفالة صار كفيلا وظاهر كلامهم أنه لا بد في صراحة هذه الألفاظ من ذكر المال فنحو ضمنت فلانا من غير ذكر مال ينبغي أن يكون كناية كخل عن مطالبة فلان الآن فإنه كناية كما يدل عليه ما مر في إلي أو عندي (ولو قال أؤدي المال أو أحضر الشخص فهو وعد) بالالتزام كما هو صريح الصيغة نعم إن حفت به قرينة تصرفه إلى الإنشاء انعقد كما بحثه ابن الرفعة وأيده السبكي بكلام للماوردي وغيره وهو أنه لو قال إن سلم مالي أعتقت عبدي انعقد نذره وبحث الأذرعي أن العامي إذا قال قصدت به التزام ضمان أو كفالة لزمه وهو أوجه مما قبله ويؤيده ما يأتي أنه لو قال داري لزيد كان لغوا إلا إن قصد بالإضافة كونها معروفة به مثلا فيكون إقرارا وقد يقال البحثان متقاربان فإن الظاهر أن ابن الرفعة لا يريد أن القرينة تلحقه بالصريح بل تجعله كناية فحينئذ إن نوى لزمه وإلا فلا لكنه يشترط شيئين القرينة والنية من العامي وغيره والأذرعي لا يشترط إلا النية من العامي ويحتمل في غيره <ص: 269> أن يوافق

ابن الرفعة وأن يأخذ بإطلاقهم أنه لغو وقول الشيخين عن البوشنجي في طلقي نفسك فقالت أطلق لم يقع شيء حالا لأن مطلقه الاستقبال فإن أرادت به الإنشاء وقع حالا. قال الإسنوي ولا شك في جريانه في سائر العقود ظاهر في أنه يؤثر مع النية وحدها لا مع عدمها سواء العامي وغيره وجدت قرينة أم لا وبه يعلم أن محل ما مر عن الماوردي إن نوى به الالتزام وإلا لم ينعقد
(والأصح أنه لا يجوز) شرط الخيار للضامن أو الكفيل أو أجنبي ولا (تعليقهما) أي الضمان والكفالة (بشرط) لأنهما عقدان كالبيع (ولا توقيت الكفالة) كأنا كفيل به إلى شهر وإن لم يقل وأنا بعده بريء كما هو ظاهر فذكره في كلامهم مجرد تصوير كما لا يجوز توقيت الضمان جزما كأنا ضامن له إلى شهر ولهذا أفردها وكان الفرق أن الإحضار يتعلق <ص: 270> بالمسافات وهي يدخلها التوقيت ولا كذلك أداء الديون (ولو نجزها وشرط تأخير الإحضار شهرا) كضمنت إحضاره بعد شهر أي ونوى تعلق بعد بإحضاره فإن علقه بضمنت فواضح أنه يبطل وأن كلامهم في غير ذلك وإن أطلق فقضية كلامهم الصحة يوجه بما مر أن كلام المكلف يصان عن الإلغاء إلى آخره (جاز) لأنه التزام لعمل في الذمة فكان كعمل الإجارة يجوز حالا ومؤجلا ومن عبر بجواز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة وإلا فهو ضعيف وخرج بشهرا مثلا نحو الحصاد فلا يصح التأجيل إليه (و) الأصح (أنه يصح ضمان الحال مؤجلا أجلا معلوما) فيثبت الأجل في حق الضامن على الأصح لأن الضمان تبرع وتدعو الحاجة إليه فكان على حسب ما التزمه وفهم منه بالأولى جواز زيادة الأجل ونقصه وأسقط المال من قول أصله ضمان المال الحال ليشمل من تكفل كفالة مؤجلة ببدن من تكفل بغيره كفالة حالة وعلم من اشتراط معرفة الضامن لصفة الدين اشتراط معرفة كونه حالا أو مؤجلا وقدر الأجل.
(و) الأصح (أنه يصح ضمان المؤجل حالا) لتبرعه بالتزام التعجيل فصح كأصل الضمان واستشكل ذلك السبكي بما لو رهن بدين حال وشرط في الرهن أجلا أو عكسه فإنه لا يصح مع أن كلا وثيقة ويفرق بأن التوثقة في الرهن بعين وهي لا تقبل تأجيلا ولا حلولا وفي الضمان بذمة لأنه ضم ذمة لذمة والذمة قابلة لالتزام الحال مؤجلا وعكسه

(و) الأصح (أنه لا يلزمه التعجيل) كما لو التزم الأصيل التعجيل فيثبت الأجل في حقه أو حق وارثه <ص: 271> تبعا على الأوجه فلو مات الأصيل حل عليه أيضا نعم فيما إذا ضمن مؤجلا لشهرين مؤجلا لشهر لا يحل بموت الأصيل إلا بعد مضي الأقصر (وللمستحق) الشامل للمضمون له ولوارثه قيل وللمحتال مع أنه لا يطالبه لبراءة ذمته بالحوالة كما مر ويرد بأنه لا يشمله لأن المحتال ليس مستحقا بالنسبة للضامن (مطالبة الضامن) وضامنه وهكذا وإن كان بالدين رهن واف (والأصيل) اجتماعا وانفرادا وتوزيعا بأن يطالب كلا ببعض الدين لبقاء الدين على الأصيل وللخبر السابق {الزعيم غارم} ولا محذور في مطالبتهما وإنما المحذور في تغريمهما معا كل الدين، والتحقيق أن الذمتين إنما اشتغلتا بدين واحد كالرهنين بدين واحد فهو كفرض الكفاية يتعلق بالكل ويسقط بفعل البعض فالتعدد فيه ليس في ذاته بل بحسب ذاتيهما ومن ثم حل على أحدهما فقط وتأجل في حق أحدهما فقط ولو أفلس الأصيل فطلب الضامن بيع ماله أولا أجيب إن ضمن بإذنه وإلا فلا لأنه موطن نفسه على عدم الرجوع.
(والأصح أنه لا يصح) الضمان ومثله الكفالة (بشرط براءة الأصيل) لمنافاته مقتضاه (ولو أبرأ الأصيل) أو برئ بنحو أداء أو اعتياض أو حوالة وإنما آثر أبرأ لتعينه في صورة العكس (برئ الضامن) وضامنه وهكذا لسقوط الحق (ولا عكس) فلو برئ الضامن بإبراء لم يبرأ الأصيل ولا من قبله بخلاف من بعده وكذا في كفيل الكفيل وكفيله وهكذا وذلك لأنه إسقاط وثيقة فلا يسقط بها الدين كفك الرهن بخلاف ما لو برئ بنحو أداء وشمل كلامهم ما لو أبرأ الضامن من الدين فيكون كإبرائه من الضمان وهو متجه خلافا للزركشي وقوله إن الدين واحد تعدد محله فيبرأ الأصيل بذلك يرده ما مر في التحقيق من تعدده الاعتباري فهو على الضامن من غيره على الأصيل باعتبار أن ذاك عارض له اللزوم وهذا أصلي فيه فلم يلزم من إبراء الضامن من العارض إبراء الأصيل من الذاتي.
(تنبيه) أقال المضمون له الضامن فإن قصد إبراءه برئ من غير قبول وإن لم يقصد ذلك فإن قبل في المجلس برئ وإلا فلا كما بحثه شيخنا وقال إنه مقتضى كلامهم قال ويصدق المضمون له <ص: 273> في أن الضامن لم يقبل

لأن الأصل عدمه (ولو مات أحدهما) والدين مؤجل عليهما بأجل واحد (حل عليه) لوجود سبب الحلول في حقه (دون الآخر) لعدم وجوده في حقه وعند موت الأصيل وله تركة للضامن مطالبة المستحق بأن يأخذ منها أو يبرئه لاحتمال تلفها فلا يجد مرجعا إذا غرم وقضيته أنه لو ضمن بغير الإذن لم يكن له ذلك إذ لا رجوع له وهو قياس ما مر في إفلاس الأصيل ولو قيل له ذلك فيهما مطلقا حتى لا يغرم لم يبعد إلا أن يجاب بأنه مقصر بعدم الاستئذان وعند موت الضامن إذا أخذ المستحق ماله من تركته لا ترجع ورثته على الأصيل إلا بعد الحلول وأفتى ابن الصلاح بأنه لو أعار عينا ليرهنها ثم مات لم يحل الدين لتعلقه بها لما مر أنه ضمان في رقبتها دون الذمة وذكر العارية مثال والمدار على تعلق الدين بالعين بضمان فيها أو رهن لها
(وإذا طالب المستحق الضامن فله مطالبة الأصيل) أو وليه (بتخليصه بالأداء إن ضمن بإذنه) لأنه الذي ورطه في المطالبة لكن ليس له حبسه وإن حبس ولا ملازمته ففائدتها إحضاره مجلس القاضي وتفسيقه بالامتناع إذا ثبت له مال (والأصح أنه لا يطالبه) بالدين الحال (قبل أن يطالب) كما لا يغرمه مثل الغرم (وللضامن) بعد أدائه من ماله كما أفاده السياق (الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء) لصرف ماله لغرض الغير بإذنه أما لو أدى من سهم الغارمين فلا رجوع له <ص: 274> وكذا لو ضمن سيده ثم أدى بعد عتقه أو نذر ضامن الأداء وعدم الرجوع (وإن انتفى) إذنه (فيهما) أي الضمان والأداء (فلا) رجوع له لأنه متبرع (فإن أذن) له (في الضمان فقط) أي دون الأداء ولم ينهه عنه (رجع في الأصح) لأن الضمان هو الأصل فالإذن فيه إذن فيما يترتب عليه.
أما إذ نهاه عنه بعد الضمان فلا يؤثر أو قبله فإن انفصل عن الإذن فلا رجوع عنه وإلا أفسده ذكره الإسنوي وقد لا يرجع بأن أنكر أصل الضمان فثبت عليه بالبينة مع إذن الأصيل له فيه فكذبها لأنه بتكذيبها صار مظلوما بزعمه والمظلوم لا يرجع على غير ظالمه <ص: 275> وهو هنا المستحق (ولا عكس في الأصح) بأن ضمن بلا إذن وأدى بالإذن لأن وجوب الأداء سببه الضمان ولم يأذن فيه نعم إن أذن له في الأداء بشرط الرجوع رجع وحيث ثبت

الرجوع فحكمه حكم القرض حتى يرد في المتقوم مثله صورة
(ولو أدى مكسرا عن صحاح أو صالح عن مائة) ضمنها (بثوب قيمته خمسون فالأصح أنه لا يرجع إلا بما غرم) لأنه الذي بذله قال شارح التعجيز والقدر الذي سومح به يبقى على الأصيل إلا أن يقصد الدائن مسامحته به أيضا ا ه. وفيه نظر ظاهر لأنه لم يسامح هنا بقدر وإنما أخذه بدلا عن الكل فالوجه براءة الأصيل منه أيضا وخرج بما ذكره صلحه عن مكسر بصحيح وعن خمسين بثوب قيمته مائة فلا يرجع إلا بالأصل فالحاصل أنه يرجع بأقل الأمرين من الدين والمؤدي وبالصلح ما لو باعه الثوب بمائة ثم وقع تقاص فيرجع بالمائة قطعا وكذا لو باعه الثوب بما ضمنه على الأصح. واستشكل السبكي هذا بما مر في الصلح ويفرق بأن الغالب في الصلح المسامحة بترك بعض الحق وعدم مقابلة المصالح به لجميع المصالح عنه فرجع بالأقل وفي البيع المشاحة ومقابلة جميع الثمن بجميع المبيع من غير نقص لشيء منهما فرجع بالثمن فاندفع ما يقال الصلح بيع أيضا ولو صالح من الدين على بعضه أو أدى بعضه وأبرئ من الباقي رجع بما أدى وبرئ فيهما وكذا الأصيل لكن في صورة الصلح لأنه يقع عن أصل الدين مع أن لفظه من حيث هو لا بالنظر لمن جرى معه يشعر بقناعة المستحق بالقليل عن الكثير دون صورة البراءة لأنها للضامن إنما تقع عن الوثيقة دون أصل الدين ولو ضمن ذمي لذمي دينا على مسلم ثم تصالحا على خمر لم يصح ولم يرجع وإن قلنا بالمرجوح وهو سقوط الدين <ص: 276> لتعلقها بالمسلم ولا قيمة للخمر عنده
(ومن أدى دين غيره) وليس أبا ولا جدا (بلا ضمان ولا إذن فلا رجوع) له عليه وإن قصده لتبرعه بخلاف ما لو أوجر مضطرا لأنه يلزمه إطعامه إبقاء لمهجته مع ترغيب الناس في ذلك. أما الأب أو الجد إذا أدى دين محجوره أو ضمنه بنية الرجوع فإنه يرجع (وإن أذن) له في الأداء (بشرط الرجوع) فأدى بقيده الآتي (رجع) عليه (وكذا إن أذن) له إذنا (مطلقا) عن شرط الرجوع فأدى لا بقصد التبرع كما بينته في شرح الإرشاد فإن قلت قال السبكي في تكملة شرح المهذب عن الإمام <ص: 277> متى أدى المدين بغير قصد شيء حالة الدفع لم يكن شيئا ولم يملكه المدفوع

إليه بل لا بد من قصد الأداء عن جهة الدين وكثير من الفقهاء يغلط في هذا ويقول أداء الدين لا تجب فيه النية ا ه. وجرى عليه الزركشي وغيره وهذا ينافي ما ذكر أن الشرط أن لا يقصد التبرع قلت لا ينافيه لأن إذن المدين في الأداء عن دينه متضمن لنية الأداء عن الدين عند الدفع بل ينبغي جواز تقديم النية هنا عند عزل ما يريد أداءه كنظيره في الزكاة (في الأصح) كما لو قال اعلف دابتي أو قال أسير: فادني وإن لم يشرط الرجوع ويفرق بين هذين وأطعمني رغيفا بجريان المسامحة في مثله ومن ثم لا أجرة في نحو اغسل ثوبي لأن المسامحة في المنافع أكثر منها في الأعيان وقول القاضي لو قال لشريكه أو أجنبي عمر داري أو أد دين فلان على أن ترجع علي لم يرجع عليه إذ لا يلزمه عمارة داره لا أداء دين غيره بخلاف اقض ديني وأنفق على زوجتي أو عبدي ا ه. ضعيف بالنسبة <ص: 278> لشقة الأول لما مر أوائل القرض أنه متى شرط الرجوع هنا وفي نظائره رجع وفارق نحو أد ديني واعلف دابتي بوجوبهما عليه فيكفي الإذن فيهما وإن لم يشرط الرجوع وألحق بهما فداء الأسير على خلاف ما مشى عليه القمولي وغيره أنه لا بد من شرط الرجوع فيه أيضا لأنهم اعتنوا في وجوب السعي في تحصيله ما لم يعتنوا به في غيره. قال القاضي أيضا ولو قال أنفق على امرأتي ما تحتاجه كل يوم على أني ضامن له صح ضمان نفقة اليوم الأول دون ما بعده ا ه وفيه نظر والذي يتجه أنه يلزمه ما بعد الأول أيضا لأن المتبادر من ذلك كما هو ظاهر ليس حقيقة الضمان السابق بل ما يراد بقوله على أن ترجع علي أنه مر في كلام القاضي نفسه أن أنفق على زوجتي لا يحتاج لشرط الرجوع فإن أراد حقيقة الضمان فالذي يتجه أنه يصدق بيمينه ولا يلزمه إلا اليوم الأول وعليه يحمل كلام القاضي ولو قال بع لهذا بألف وأنا أدفعه لك ففعل لم يلزمه الألف خلافا لابن سريج وقياس ما يأتي في الصداق أنه لو ارتفع العقد الذي أدى به الدين بعيب ونحوه رجع للمؤدى إلا أن يكون أبا أو جدا فيرجع للمؤدى عنه.

(تنبيه) محل ما ذكره المتن <ص: 279> إن لم يضمن بعد الإذن في الأداء بلا إذن وإلا لم يرجع فيما يظهر لأنه أبطل الإذن بضمانه بلا إذن (والأصح أن مصالحته) أي المأذون له

في الأداء (على غير جنس الدين لا تمنع الرجوع) لأن الإذن إنما يقصد البراءة وقد حصلت فيرجع بالأقل كما مر ويظهر أنه يأتي هنا ما مر ثم في البيع وحكوا خلافا هنا لإ ثم لأن الصلح ثم وقع عن حق لزمه بخلافه هنا وإحالة المستحق على الضامن وإحالة الضامن له قبض ومتى ورث الضامن الدين رجع به مطلقا (ثم إنما يرجع الضامن والمؤدي) بشرطهما السابق (إذا أشهدا بالأداء) من لم يعلم سفره عن قرب أي عرفا فيما يظهر ويحتمل ضبطه بمن لا يعلم سفره قبل ثلاثة أيام سواء أكان (رجلين أو رجلا وامرأتين) ولو مستورين وإن بان فسقهما لعدم الاطلاع عليه باطنا (وكذا رجل) يكفي إشهاده (ليحلف معه في الأصح) لأنه كاف في إثبات الأداء وإن كان حاكم البلد حنفيا كما اقتضاه إطلاقهم لكنه مشكل إذا كان كل الإقليم كذلك فينبغي هنا عدم الاكتفاء به وقوله ليحلف علة غائبة فلا يشترط عزمه على الحلف حين الإشهاد على الأوجه بل إن يحلف عند الإثبات فقول الحاوي إن لم يقصده كان كمن لم يشهد يحمل على ما إذا لم يحلف أصلا <ص: 280> (فإن لم يشهد) أو قال أشهدت وماتوا أو غابوا أو هذين وكذباه أو قالا نسينا ولم يصدقه الأصيل وأنكر رب المال دفعه إليه (فلا رجوع) له (إن أدى في غيبة الأصيل وكذبه) لأن الأصل عدم الأداء وهو مقصر بترك الإشهاد (وكذا إن صدقه) على الأداء (في الأصح) لأنه لم ينتفع بأدائه ولو أذن له في ترك الإشهاد رجع إن صدقه على الدفع ولو لم يشهد أولا ثم أدى ثانيا وأشهد رجع بأقلهما لأن الأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد (وإن صدقه المضمون له) أو وارثه الخاص على الأوجه وكذبه الأصيل ولا بينة (أو أدى بحضرة الأصيل) وأنكر المضمون له (رجع على المذهب) لسقوط الطلب في الأولى بإقرار ذي الحق ولأن المقصر هو الأصيل في الثانية حيث لم يحتط لنفسه وكالضامن فيما ذكر المؤدي نعم بحث بعضهم تصديقه في نحو أطعم دابتي وأنفق على محجوري في أصل الإطعام والإنفاق وفي قدره لرضاه بأمانته وهو قياس ما يأتي في نحو تعمير المستأجر وإنفاق الوصي ومن ثم تقيد قبول قوله بالمحتمل.

(فرع) قال جمع تقبل شهادة الأصيل لآخر بأنه لم يضمن ما لم يأذن له في الضمان عنه وللضامن باطنا إذا أدى

للمستحق <ص: 281> فأنكر وطالب الأصيل أن يشهد أنه استوفى الحق المدعى به كشهادة بعض قافلة على قطاع عليهم أنهم قطعوا الطريق ما لم يقولوا علينا ذكره القفال ولو ضمن صداق زوجة ابنه بغير إذنه فمات وله تركة فلها أن تغرم الأب وتفوز بإرثها من التركة لأنه لا رجوع له وقول التاج الفزاري وغيره له الامتناع من الأداء لأن الدين تعلق بالتركة تعلق شركة فقدم متعلق العين على متعلق الذمة كدين به رهن لا يلزم الأداء من غيره مردود وما علل به ممنوع والخبرة في المطالبة للمضمون له لا للضامن ولا نسلم أن الضمان كالرهن لأنه ضم ذمة إلى ذمة والرهن ضم عين إلى ذمة وشتان ما بينهما.

كتاب الشركة

بكسر فسكون وحكي فتح فكسر وفتح فسكون وقد تحذف هاؤها فتصير مشتركة بينها وبين النصيب. لغة الاختلاط وشرعا ثبوت الحق ولو قهرا شائعا في شيء لأكثر من واحد أو عقد يقتضي ذلك كالشراء وهذا حيث قصد به ابتغاء الربح بلا عوض هو المترجم له وإنما لم نقل إن المترجم له هو الآذن في التصرف في المشترك لابتغاء ذلك لأن هذا ليس واحدا من الثبوت والعقد المحصور فيهما مدلول الشركة الشرعية بخلاف عقد نحو الشراء بالمشترك لابتغاء ذلك وأصلها قبل الإجماع الخبر الصحيح القدسي {ويقول الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما} <ص: 282> أي بنزع البركة من مالهما

(هي) بالمعنى اللغوي (أنواع) أربعة أحدها (شركة الأبدان كشركة الحمالين وسائر المحترفة ليكون بينهما كسبهما) بحرفتهما (متساويا أو متفاوتا مع اتفاق الصنعة أو اختلافها) وهي باطلة لما فيها من الغرر والجهل (وشركة المفاوضة) بفتح الواو من تفاوضا في الحديث شرعا فيه جميعا أو من قوم فوضى أي مستوين (ليكون بينهما كسبهما) ببدن أو مال من غير خلط (وعليهما ما يعرض من غرم) بنحو غصب أو إتلاف وهي باطلة أيضا لاشتمالها على أنواع من الغرر فيختص كل في هاتين بما كسبه. (وشركة الوجوه بأن يشترك الوجيهان) عند الناس لحسن معاملتهما معهم (ليبتاع) أي يشتري (كل منهما بمؤجل) أو حال ويكون

المبتاع (لهما فإذا باعا كان الفاضل عن الأثمان بينهما) أو أن يبتاع وجيه في ذمته ويفوض بيعه لحامل والربح بينهما أو يشترك وجيه لا مال له وحامل له مال ليكون المال من هذا والعمل من هذا من غير تسليم للمال والربح بينهما والكل باطل إذ ليس بينهما مال مشترك فكل من اشترى شيئا فهو له عليه خسره وله ربحه والثالث قراض <ص: 283> فاسد لاستبداد المالك باليد ولو نويا هنا وفيما مر شركة العنان وثم مال بينهما صحت (وهذه الأنواع باطلة) بما ذكرناه. (وشركة العنان) التي هي بعض تلك الأنواع أيضا وتركه لوضوحه وسيعلم أنها اشتراكهما في مال لهما ليتجرا فيه (صحيحة) إجماعا ولسلامتها من سائر أنواع الغرر من عنان الدابة لاستوائهما في التصرف وغيره كاستواء طرفي العنان أو لمنع كل الآخر مما يريد كمنع العنان للدابة أو من عن ظهر لظهورها بالإجماع عليها أو من عنان السماء أي ما ظهر منها فهي على غير الأخير بكسر العين على الأشهر <ص: 284> وعليه بفتحها وأركانها خمسة عاقدان ومعقود عليه وعمل وصيغة.
(ويشترط فيها لفظ) صريح من كل منهما أو من أحدهما للآخر (يدل على الإذن) للمتصرف من كل منهما أو أحدهما (في التصرف) بالبيع والشراء الذي هو التجارة أو كناية تشعر بذلك لما مر آنفا أنها مشعرة لا دالة إلا بتجوز وحينئذ فقد يشملها كلامه وقولي بالبيع إلى آخره أخذته من قول الروضة وأصلها لا بد من لفظ يدل على الإذن في التجارة فعليه لو عبرا بالإذن في التصرف اشترط اقتران لفظ به يدل على التجارة كتصرف في هذا وعوضه وتكفي القرينة المعينة للمراد من ذلك كما هو ظاهر وكاللفظ الكتابة وإشارة الأخرس المفهمة فلو أذن أحدهما فقط تصرف المأذون له في الكل والآذن في نصيبه فقط فإن شرطا أن لا يتصرف في نصيبه بطلت <ص: 285> (فلو اقتصرا على) قولهما (اشتركنا) لم يكف عن الإذن في التصرف (في الأصح) لاحتماله الإخبار عن وقوع الشركة فقط ومن ثم لو نوياه به كفى
(و) يشترط (فيهما) أي الشريكين إن تصرفا (أهلية التوكيل والتوكل) في المال لأن كلا منهما وكيل عن صاحبه وموكل له أما إذا تصرف أحدهما فيشترط فيه أهلية التوكل وفي الآخر أهلية التوكيل فيصح كون الثاني أعمى دون الأول

وقضية كلامهم جواز مشاركة الولي في مال محجوره وتوقف فيه ابن الرفعة بأن فيه خلطا قبل العقد بلا مصلحة ناجزة بل قد يورث نقصا ويجاب بأن الفرض أن فيه مصلحة لتوقف تصرف الولي عليها واشتراط إنجاز المصلحة ممنوع نعم قال الأذرعي شرط الشريك أن يكون أمينا يجوز إيداع مال اليتيم عنده. قال غيره وهو ظاهر إن تصرف دون ما إذا تصرف الولي وحده ا ه نعم قياس ما مر أن لا تكون بماله شبهة أي إن سلم مال الولي عنها <ص: 286> ولو كان المكاتب هو المتصرف اشترط إذن سيده لتبرعه بالعمل (وتصح) الشركة (في كل مثلي) إجماعا في النقد وعلى الأصح في المغشوش الرائج لأنه باختلاطه يرتفع تميزه كالنقد ومنه التبر كما سيصرح به في الغصب فما وقع للشارح من اعتماد أنها لا تجوز فيه ينبغي حمله على نوع منه لا ينضبط (دون المتقوم) بكسر الواو لتمايز أعيانه وإن اتفقت قيمتها وحينئذ تتعذر الشركة لأن بعضها قد يتلف فيذهب على صاحبه وحده (وقيل تختص بالنقد المضروب) الخالص كالقراض وعلى الأول يفرق بأن الغرض من القراض الربح فانحصر فيما يحصله غالبا في كل محل وهو الخالص لا غير ولا كذلك الشركة والمضروب صفة كاشفة إذ النقد لا يكون إلا كذلك على ما مر في الزكاة (ويشترط خلط المالين) قبل العقد (بحيث لا يتميزان) وإن لم تتساو أجزاؤهما في القيمة لتعذر إثبات الشركة مع التميز <ص: 287> (ولا يكفي الخلط مع اختلاف جنس) كدنانير ودراهم (أو صفة كصحاح ومكسرة) وأبيض وغيره كبر أبيض بأحمر لإمكان التميز وإن عسر ولو كان لكل علامة مميزة عند مالكه دون بقية الناس فوجهان أوجههما عدم الصحة (هذا) المذكور من اشتراط خلطهما (إذا أخرجا مالين وعقدا فإن ملكا مشتركا) بينهما على جهة الشيوع وهو مثلي إذ الكلام فيه وأما غيره فسيعلم حكمه من قوله والحيلة إلى آخره ويصح التعميم هنا وتكون تلك الحيلة لابتداء الشركة في عروض حاصلة بينهما.

(تنبيه) في نصب مشتركا بملكا تجوز لأن الاشتراك لم يتقدم الملك وإنما قارنه (بإرث وشراء وغيرهما وأذن كل للآخر في التجارة فيه) أو أذن أحدهما فقط نظير ما مر (تمت الشركة) لحصول المعنى المقصود بالخلط

(والحيلة في الشركة في) المتقوم من (العروض) لها طرق منها أن يرثاها مثلا أو (أن يبيع) مثلا (كل واحد بعض عرضه ببعض عرض الآخر) تجانسا وتساوى البعضان وعلما قيمتهما أم لا قال الإمام والبغوي والرافعي وهذا أبلغ في الاشتراك من خلط المالين لأن ما من جزء منهما إلا وهو مشترك بينهما وهناك وإن وجد الخلط فمال كل واحد ممتاز عن مال الآخر ا ه.
وفيه نظر وإن جزم به شيخنا في شرح الروض لأنه إن أريد الخلط مع التميز فهذا لا شركة فيه أصلا أو مع عدم التميز فالمصرح به فيه أنهما به ملكا كلا بالسوية حتى لو تلف بعضه <ص: 288> تلف عليهما وقد يجاب بالفرق بين مطلق الخلط ونحو الإرث بأن هذا يملكان به الكل مشاعا ابتداء ولا كذلك الخلط لتوقف الملك به على عدم التميز ولا ينافي الملك هنا ما يأتي آخر الأيمان في لا آكل طعاما أو من طعام اشتراه زيد من التفصيل بين القليل والكثير لأن ذلك لا يرجع للقول بالملك ولا بعدمه خلافا لما يوهمه كلام الأذرعي وغيره بل لما يطلق عليه أنه اشتراه أولا فالقليل يظن أنه مما لم يشتره بخلاف الكثير وأراد بكل الكل البدلي لا الشمولي إذ يكفي بيع أحدهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر إلا أن يقال إن الآخر في هذه يصدق عليه إنه باع بعض عرضه ببعض عرض الآخر لأنه بائع الثمن فتكون كل حينئذ على ظاهرها على أن كل لا بد منه بالنسبة لقوله (ويأذن له في التصرف) فيه بعد التقابض وغيره مما شرط في البيع ومحله إن لم تشرط الشركة في التبايع وإلا فسد البيع ومنها أن يشتريا سلعة بثمن واحد ثم يدفع كل عرضه عما يخصه
(ولا يشترط) في صحة الشركة (تساوي قدر المالين) عدل إليه عن قول أصله وليس من شرط الشركة تساوي المالين في القدر لأنه مع كونه بمعناه أخصر منه وإن كانت عبارة أصله أوضح منه إذ التعدد في فاعل التفاعل الذي هو شرط فيه أظهر في عبارة الأصل منه في عبارة المتن إذ المضاف إلى متعدد متغاير متعدد بل تثبت الشركة مع تفاوتهما على نسبتهما إذ لا محذور حينئذ لما يأتي أن الربح والخسران على قدر المالين (والأصح إنه لا يشترط العلم بقدرهما) أي النسبتين في المختلط ككونه مناصفة (عند العقد) إذا أمكن معرفته بعد بنحو مراجعة

حساب أو وكيل لأن الحق لهما لا يعدوهما ولو جهل القدر وعلما النسبة <ص: 289> بأن وضع كل دراهمه بكفة حتى تساويا صح جزما (ويتسلط كل واحد منهما على التصرف) إذا أذن كل للآخر (بلا ضرر) أصلا بأن تكون فيه مصلحة وإن لم توجد الغبطة خلافا لما يوهمه تعبير أصله بها من منع شراء ما توقع ربحه إذ هي التصرف فيما فيه ربح عاجل له وقع واكتفى هنا بالمصلحة لأنه كتصرف الوكيل في جميع ما يأتي فيه (فلا) يبيع بثمن المثل وثم راغب بل لو ظهر في زمن الخيار لزمه الفسخ وإلا انفسخ ولا (يبيع نسيئة) للغرر (ولا بغير نقد البلد) كالوكيل هذا ما جزما به هنا وقياس ما يأتي في عامل القراض <ص: 290> أن له ذلك إذا رآه مصلحة (ولا) يبيع ولا يشتري (بغبن فاحش) وسيأتي ضابطه في الوكالة فإن فعل شيئا من ذلك صح في نصيبه فقط فتنفسخ الشركة فيه ويصير مشتركا بين المشتري والشريك (ولا يسافر به) حيث لم يعطه له في السفر ولا اضطر إليه لنحو قحط أو خوف ولا كانا من أهل النجعة وإن أعطاه له حضرا فإن فعل ضمن وصح تصرفه (ولا يبضعه) بضم التحتية فسكون الموحدة أي يجعله بضاعة يدفعه لمن يعمل لهما فيه ولو متبرعا لأنه لم يرض بغير يده فإن فعل ضمن أيضا (غير إذنه) قيد في الكل وبمجرد الإذن في السفر لا يتناول ركوب البحر الملح بل لا بد من النص عليه وقوله ما شئت إذن في المحاباة كما يأتي بزيادة في الوكالة لا بما ترى لأن فيه تفويضا لرأيه وهو يقتضي النظر بالمصلحة.

(ولكل فسخه) أي عقد الشركة (متى شاء) لما مر أنها توكيل وتوكل (وينعزلان عن التصرف بفسخهما) أي فسخ كل منهما (فإن قال أحدهما) للآخر (عزلتك، أو لا تتصرف في نصيبي لم ينعزل العازل) لأنه لم يمنعه أحد بخلاف المخاطب (وتنفسخ بموت أحدهما وبجنونه <ص: 291> وبإغمائه) وبطرو رهن أو رق أو حجر سفه أو فلس بالنسبة لما لا ينفذ تصرفه فيه وغير ذلك مما يأتي في الوكالة كما علم مما قدمه أن كلا وكيل وموكل نعم الإغماء الخفيف بأن لم يستغرق وقت فرض صلاة لا يؤثر (والربح والخسران على قدر المالين) باعتبار القيمة لا الأجزاء (تساويا) أي الشريكان (في العمل أو تفاوتا) فيه <ص: 292> وإن لم يشرطا ذلك لأنه ثمرتهما فكان على

قدرهما والخسر منهما فكان عليهما (فإن شرطا خلافه) أي ما ذكر كأن شرطا تساوي الربح والخسر مع تفاضل المالين أو عكسه (فسد العقد) لمنافاته لوضع الشركة (فيرجع كل منهما على الآخر بأجرة عمله في ماله) أي مال الآخر كالقراض إذا فسد وقد يقع التقاص نعم إن تساويا مالا وتفاوتا عملا وشرط الأقل للأكثر عملا لم يرجع بالزائد إن علم الفساد وأنه لا شيء في الفاسد لأنه عمل غير طامع في شيء كما لو عمل أحدهما فقط في فاسده (وتنفذ التصرفات) منهما للإذن (والربح) بينهما في هذا أيضا (على قدر المالين) رجوعا للأصل

(ويد الشريك يد أمانة فيقبل قوله في الرد) لنصيب الشريك إليه <ص: 293> لا لنصيبه هو إليه (والخسران والتلف) كالوكيل (فإن ادعاه) أي التلف (بسبب ظاهر) كحريق وجهل (طولب ببينة) بالسبب (ثم) بعد إقامتها (يصدق في التلف به) بيمينه كما يأتي ذلك مع بقية أقسام المسألة آخر باب الوديعة وحاصلها أنه إن عرف دون عمومه أو ادعاه بلا سبب أو بسبب خفي كسرقة صدق بيمينه وإن عرف هو وعمومه صدق بلا يمين

(ولو قال من في يده المال) من الشريكين (هو لي وقال الآخر مشترك أو) قالا (بالعكس) أي قال من بيده المال هو مشترك وقال الآخر هو لي (صدق صاحب اليد) بيمينه لأنها تدل على الملك الموافق لدعواه به في الأولى ونصفه في الثانية (ولو قال) ذو اليد (اقتسمنا وصار لي صدق المنكر) لأن الأصل عدم القسمة وإنما قبل قوله في الرد مع أن الأصل عدمه لأن من شأن الأمين قبول قوله فيه توسعة عليه (ولو اشترى) الشريك (وقال اشتريته للشركة أو لنفسي وكذبه الآخر صدق المشتري) بيمينه لأنه أعرف بقصده نعم لو اشترى شيئا فظهر عيبه وأراد رد حصته لم يقبل قوله على البائع أنه اشتراه للشركة لأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه فليس له تفريق الصفقة عليه وظاهر هذا تعدد الصفقة لو صدقه ويوجه بأنه أصيل في البعض ووكيل في البعض فكانا بمنزلة عقدين.

(فرع) أفتى المصنف كابن الصلاح فيمن غصب نحو نقد أو بر وخلطه بماله ولم يتميز بأن له إفراز قدر المغصوب ويحل له التصرف في الباقي و يأتي لذلك تتمة قبيل الأضحية ولو باعا عبدهما صفقة أو وكل أحدهما الآخر

فباعه لم يشارك أحدهما الآخر فيما قبضه فإن قلت ينافي ذلك قولهم في مشترك بنحو إرث أنه يشاركه فيه لاتحاد الحق قلت لا ينافيه ويفرق بأن المشترك بنحو الشراء يتأتى فيه تعدد الصفقة المقتضي لتعدد العقد وترتب الملك فكان كل من الشريكين فيه كالمستقل ولأن حقه يتوقف وجوده على وجود غيره فإذا قبض قدر حصته أو بعضها فاز به بخلاف نحو الإرث فإنه حق يثبت للورثة دفعة واحدة من غير أن يتصور فيه ترتب ولا توقف فكان جميعه كالحق الذي لا يمكن تبعيضه فلم يختص قابض شيء منه به فإن قلت يبطل هذا الفرق إلحاقهم دين الكتابة بنحو الإرث قلت لا يبطله بل يؤيده لأن كتابة بعض الرقيق لما كان الأصل فيها الامتناع كانت كالإرث فيما ذكر فألحق دينها به في عدم الاستقلال نظرا لأصل امتناع التعدد فيه فإن قلت ينافي <ص: 294> ما ذكر في الشراء قولهم ادعيا عينا في يد ثالث بالشراء معا فأقر لأحدهما بنصفها شاركه الآخر فيه قلت يفرق بأن الثبوت هنا لا ينسب للشراء الذي ادعياه بل للإقرار ومن شأن الإقرار أن لا يدخله تعدد صفقة ولا اتحادها فكان بالإرث أشبه فأعطي حكمه ووقع لشيخنا هنا في شرح الروض ما يعلم بتأمله مع تأمل ما ذكرته أن ما ذكرته أدق مدركا وأوفق لكلامهم فتأمله ولو أجر حصته في مشترك لم يشارك فيما قبضه مما أجر به وإن تعدى بتسليمه العين للمستأجر بغير إذن شريكه

كتاب الوكالة

هي بفتح الواو وكسرها لغة التفويض والمراعاة والحفظ واصطلاحا تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه في حياته مما يقبل النيابة أي شرعا إذ التقدير حينئذ مما ليس بعبادة ونحوه فلا دور خلافا لمن زعمه وأصلها قبل الإجماع قوله تعالى {فابعثوا حكما من أهله} بناء على الأصح الآتي أنه وكيل {وتوكيله صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة وأبا رافع في نكاح ميمونة وعروة البارقي في شراء شاة بدينار} والحاجة ماسة إليها ومن ثم ندب قبولها لأنها قيام بمصلحة الغير <ص: 295> وإيجابها إن لم يرد به حظ نفسه لتوقف القبول المندوب عليه لقوله تعالى {وتعاونوا على البر والتقوى} وفي الخبر

{والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه}
وأركانها أربعة موكل ووكيل وموكل فيه وصيغة (شرط الموكل صحة مباشرته ما وكل) بفتح الواو (فيه بملك) لكونه رشيدا (أو ولاية) لكونه أبا في نكاح أو مال أو غيره في مال (فلا يصح توكيل صبي ولا مجنون) ولا مغمى عليه في شيء ولا سفيه في نحو مال لأنهم إذا عجزوا عن تعاطي ما وكلوا فيه فنائبهم أولى وخرج بملك أو ولاية المتعلق بالصحة وبالمباشرة الوكيل فإنه لا يوكل كما يأتي لأنه ليس بمالك ولا ولي وصحة توكيله عن نفسه في بعض الصور أمر خارج عن القياس فلا يرد نقضا والقن المأذون له فإنه إنما يتصرف وبالإذن فقط.
(تنبيه) قدموا في البيع الصيغة لأنها ثم أهم لكثرة تفاصيلها واشتراطها من الجانبين وقدم في الروضة الموكل فيه لأنه المقصود والبقية وسيلة إليه وهنا الموكل لأنه الأصل في العقد (ولا) توكيل (المرأة) لغيرها في النكاح لأنها لا تباشره ولا يرد صحة إذنها لوليها بصيغة الوكالة لأن ذلك ليس في الحقيقة وكالة بل متضمن للإذن (و) لا توكيل (المحرم) بضم الميم لحلال (في النكاح) ليعقد له أو لموليته حال إحرام الموكل لأنه لا يباشره أما إذا وكله ليعقد عنه بعد تحلله أو أطلق فيصح كما لو وكله ليشتري له هذه الخمر بعد تخللها أي أو هذه وأطلق أخذا مما قبلها أو وكل حلال محرما ليوكل حلالا في التزويج
(ويصح توكيل الولي في حق الطفل) أو المجنون أو السفيه كأصل <ص: 296> في تزويج أو مال ووصي أو قيم في مال إن عجز عنه أو لم تلق به مباشرته لكن رجح جمع متأخرون أنه لا فرق كما اقتضاه إطلاقهما هنا عن نفسه وكذا عن المولى على ما قاله الماوردي ونظر فيه في الروضة وضعفه السبكي وذلك لولايته عليه نعم لا يوكل إلا أمينا كما يأتي ويصح توكيل سفيه أو مفلس أو قن في تصرف يستبديه لا غيره إلا بإذن ولي أو غريم أو سيد
(ويستثنى) من عكس الضابط السابق وهو أن كل من لا تصح منه المباشرة لا يصح منه التوكيل (توكيل الأعمى في البيع والشراء) وغيرهما مما يتوقف على الرؤية (فيصح) وإن لم يقدر على مباشرته للضرورة ونازع الزركشي في استثنائه بأنه يصح بيعه في الجملة وهو السلم وشراؤه لنفسه إذ الشرط صحة المباشرة في الجملة ومن ثم لو

ورث بصير عينا لم يرها صح توكيله في بيعها مع عدم صحته منه ولك رده بأن الكلام في بيع الأعيان وهو لا يصح منه مطلقا وفي الشراء الحقيقي وشراؤه لنفسه ليس كذلك بل هو عقد عتاقة فصح الاستثناء ومسألة البصير المذكورة ملحقة بمسألة الأعمى لكن يأتي في الوكيل عن المصنف ما يؤيد ما ذكره الزركشي وبه يسقط أكثر المستثنيات الآتية ويضم للأعمى في الاستثناء من العكس المحرم <ص: 297> في الصور الثلاث السابقة وتوكيل المشتري البائع في أن يوكل من يقبض المبيع منه عنه مع استحالة مباشرته القبض من نفسه والمستحق في نحو قود الطرف مع أنه لا يباشره والوكيل في التوكيل ومالكة أمة لوليها في تزويجها ويستثنى من طرده، وهو أن كل من صحت مباشرته بملك أو ولاية صح توكيله ولي غير مجبر نهته عنه فلا يوكل وظافر بحقه فلا يوكل في نحو كسر باب وأخذه وإن عجز كما اقتضاه إطلاقهم ويوجه بأن هذا على خلاف الأصل فلم يتوسع فيه والتوكيل في الإقرار وتوكيل وكيل قادر بناء على شمول الولاية للوكالة وسفيه أذن له في النكاح ومثله العبد في ذلك.
قاله ابن الرفعة والتوكيل في تعيين أو تبيين مبهمة واختيار أربع إلا أن يعين له عين امرأة وتوكيل مسلم كافرا في استيفاء قود من مسلم أو نكاح مسلمة ورجحا في توكيل المرتد لغيره في تصرف مالي الوقف واعترضا وفي الروضة يجوز توكيل مستحق أي ما دام في البلد <ص: 298> إن لم يملكها لانحصاره وإلا فمطلقا كما يعلم مما يأتي في بابها في قبض زكاة له وقيده الزركشي نقلا عن القفال بما إذا كان الوكيل ممن لا يستحقها وفيه نظر لما يأتي أنه يجوز التوكيل في تملك المباحات مع أن للوكيل أن يتملكها لنفسه فإذا صرفه عنها للموكل ملكه فكذلك هنا يملك الموكل غير المحصور بقبض وكيله إن نوى الدافع والوكيل الموكل أو نواه الوكيل ولم ينو الدافع شيئا فإن قصد نفسه وهو مستحق والدافع موكله فالذي يظهر أنه لا يملكه واحد منهما أما الوكيل فلأن المالك قصد غيره والعبرة بقصده لا بقصد الآخذ وأما الموكل فلانعزال وكيله بقصده الأخذ لنفسه وإن قصده الدافع ولم يقصد الوكيل شيئا ملكه أو قصد موكله لم يملكه واحد منهما هنا فيما يظهر أيضا لأن الوكيل بقصده الموكل صرف القبض عن

نفسه فلم تؤثر نية الدافع وإنما يعتبر قصده حيث لم يصرفه الآخذ عن نفسه كما هو ظاهر ولأن الموكل صرف المالك الدفع عنه بقصده الوكيل فلم يقع للموكل ولو عارض لفظ أحدهما أو تعيينه قصد الآخر تأتى في الملك نظير ما تقرر في معارضة القصدين

(وشرط الوكيل) تعيينه إلا في نحو من حج عني فله كذا أي لأن عامل الجعالة هنا وكيل بجعل أو إلا فيما لا عهدة فيه كالعتق كما يأتي فيبطل وكلت أحدكما نعم إن وقع غير المعين تبعا للمعين كوكلتك في بيع كذا مثلا وكل مسلم صح على ما بحثه شيخنا وقال إن عليه العمل فيه نظر ولا يشهد له ما يأتي في الموكل فيه للفرق الظاهر فإنه يحتاط للعاقد لأنه الأصل ما لا يحتاط للمعقود عليه كما صرحوا به في الوصية حيث اغتفروا الإبهام في الموصى به دون الموصى له وفرقوا بما ذكرته و (صحة مباشرته التصرف) الذي وكل فيه (لنفسه) لأنه إذا عجز عنه لنفسه كيف يستطيعه لغيره، واستثنى من طرده وهو أن كل من صحت مباشرته لنفسه صح توكله من غيره منع توكل فاسق عن الولي <ص: 299> في بيع مال محجوره ومنع توكل المرأة عن غير زوجها بغير إذنه على ما قاله الماوردي قيل وكأنه أراد الحرة أما الأمة إذا أذن سيدها فلا اعتراض للزوج كالإجارة وأولى وقال الأذرعي الوجه ما اقتضاه كلام الروياني من الصحة إن لم يفوت على الزوج حقا ا ه. والذي يتجه الصحة مطلقا وإن كان للزوج منعها مما يفوت حقا له لأن هذا أمر خارج ويفرق بين هذا والإجارة بأنها حق لازم تتعلق بالعين فعارض حق الزوج وهو أولى فأبطله ولا كذلك الوكالة ومنع توكل كافر عن مسلم في استيفاء قود مسلم وهذه مردودة بأن الوكيل لا يستوفيه لنفسه وبأن المصنف إنما جعل صحة مباشرته شرطا لصحة توكله ولا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط وإنما يلزم من عدمه عدمه والأول صحيح والثاني ليس في محله لأن الشرط وهو صحة المباشرة لم يوجد هنا أصلا

(لا) توكل (صبي ومجنون) ومغمى عليه فلا يصح لتعذر مباشرتهم لأنفسهم نعم يصح توكل صبي في نحو تفرقة زكاة وذبح أضحية وما يأتي (وكذا المرأة) أو الخنثى (والمحرم) فلا يصح توكلهما (في النكاح) إيجابا وقبولا لسلب

عبارتهما فيه والمرأة أو الخنثى في رجعة أو اختيار لنكاح أو فراق وإن عينت لهما المرأة ولو بان الخنثى ذكرا بعد تصرفه ذلك بانت صحته (الصحيح اعتماد قول صبي) ولو قلنا <ص: 300> مميزا لم يجرب عليه كذب وكذا فاسق وكافر كذلك بل قال في شرح مسلم لا أعلم فيهما خلافا (في الإذن في دخول دار وإيصال هدية) ولو أمة قالت له سيدي أهداني إليك على ما اقتضاه إطلاقهم وإن استشكله السبكي فيجوز وطؤها وطلب صاحب وليمة لتسامح السلف في مثل ذلك وغير المأمون بأن جرب عليه كذب ولو مرة فيما يظهر لا يعتمد قطعا وما حفته قرينة يعتمد قطعا وهو في الحقيقة عمل بالعلم لا بخبره ويؤخذ منه أنه لا فرق هنا بين الكاذب وغيره وللمميز ونحوه توكيل غيره في ذلك بشرطه الآتي

(والأصح صحة توكيل عبد) مصدر مضاف للمفعول ولو حذفت الياء لكان مضافا للفاعل وهو أوضح (في قبول نكاح) ولو بلا إذن سيد إذ لا ضرر عليه مطلقا وأشار بلكن إلى استثناء هذين أيضا من عكس الضابط وهو من لا تصح مباشرته لنفسه لا يصح توكله ويستثنى أيضا صحة توكل سفيه في قبول نكاح بغير إذن وليه وتوكل كافر عن مسلم في شراء مسلم أو طلاق مسلمة وهذه مردودة إذ لو أسلمت زوجته فطلق ثم أسلم في العدة بان نفوذ طلاقه وتوكل المرأة في طلاق غيرها والمرتد في التصرف لغيره مع امتناعه لنفسه وإنما يصح ذلك إن لم يشرط في بطلان تصرفه لنفسه حجر الحاكم عليه <ص: 301> وسيأتي ما فيه في بابه والرجل في قبول نكاح أخت زوجته مثلا أو خامسة وتحته أربع والموسر في قبول نكاح أمة وأشار المصنف في مسألة طلاق الكافر للمسلمة فإنه يصح طلاقه في الجملة إلى أن المراد صحة مباشرة الوكيل التصرف لنفسه في جنس ما وكل فيه في الجملة لا في عينه وحينئذ يسقط أكثر ما مر من المستثنيات وقياسه جريان ذلك في الموكل أيضا كما قدمته (ومنعه) أي توكل العبد أي من فيه رق (في الإيجاب) للنكاح لأنه إذا امتنع من أن يزوج بنته فبنت غيره أولى وبحث الأذرعي صحة توكل المكاتب في تزويج الأمة إذا قلنا إنه يزوج أمته ومثله في هذا المبعض بالأولى ويجوز توكل

العبد في نحو بيع بإذن سيده ويجعل مطلقا لأنه تكسب كذا عبر به شارح وصوابه لا يتوكل بلا إذن عن غيره فيما يلزم ذمته عهدته كبيع ولو بجعل بل فيما لا يلزمها كقبول نكاح ولو بغير إذن قال الماوردي ولا يجوز توكله على طفل أو ماله مطلقا لأنها ولاية
(وشرط الموكل فيه أن يملكه الموكل) وقت التوكيل وإلا فكيف يأذن فيه والمراد ملك التصرف فيه الناشئ عن ملك العين تارة والولاية عليه أخرى بدليل قوله أول الباب بملك أو ولاية ولا ينافيه التفريع الآتي لأنه يصح على ملك التصرف أيضا فقول الأذرعي هذا أي المتن فيمن يوكل في ماله وإلا فنحو الولي وكل من جاز له التوكيل في مال الغير لا يملكه غير صحيح لما علم من المتن أن الشرط ملك محل التصرف أو ملك التصرف فيه على أن الغزي اعترضه أعني الأذرعي بأن الشرط ملك التصرف لا العين ومراده ما قررته أن ملك التصرف يفيد ملك المحل تارة والولاية عليه أخرى ورد بعضهم كلام الغزي بما لا يصح (فلو وكله ببيع) أو إعتاق (عبد سيملكه) موصوف أو معين أم لا لكن هذا لا خلاف فيه ولم يكن تابعا لمملوك كما يأتي عن الشيخ أبي حامد وغيره (وطلاق من سينكحها) ما لم تكن تبعا لمنكوحته أخذا مما قبله (بطل في الأصح) لأنه لا ولاية له عليه حينئذ وكذا لو وكل من يزوج موليته إذا انقضت عدتها أو طلقت <ص: 302> على ما قالاه هنا واعتمده الإسنوي لكن رجح في الروضة في النكاح الصحة وكذا لو قالت له وهي في نكاح أو عدة أذنت لك في تزويجي إذا حللت ولو علق ذلك ولو ضمنا كما يأتي تحقيقه على الانقضاء أو الطلاق فسدت الوكالة ونفذ التزويج للإذن وأفتى ابن الصلاح بأنه إذا وكله في المطالبة بحقوقه دخل فيه ما يتجدد بعد الوكالة وخالفه الجوري وقد يؤيد الأول صحة ما لو وكله في بيع نحو ثمر شجرة له قبل إثمارها قيل وكونه مالكا لأصل الثمر هنا لا ينفع في الفرق <ص: 303> والثاني إفتاء التاج الفزاري وغيره بأنه لو وكله في التصرف في أملاكه فحدث له ملك لا ينفذ تصرفه فيه أي كما اقتضاه كلام الرافعي قاله الغزي وفرق شيخنا بأن الحق ثم موجود لكن لم يثبت حالا بخلاف حدوث الملك وإنما يتم هذا إن كانت عبارة ابن الصلاح بما يثبت للموكل كما وقع في عبارة بعضهم عنه وأما إذا

كانت عبارته بما يتجدد بعد الوكالة كما عبر به الإسنوي والزركشي وغيرهما عنه فلا يتأتى ذلك الفرق لمساواته حينئذ لحدوث الملك فليبطل مثله والفرق بينهما وبين ما مر في الثمرة أنه مالك لأصلها فوقعت تابعة بخلافهما وزعم أن ذلك لا يؤثر في الفرق ليس في محله ويؤيد ذلك قول الشيخ أبي حامد وغيره لو وكله فيما ملكه الآن وما سيملكه صح ويصح في البيع والشراء في وكلتك في بيع هذا وشراء كذا بثمنه وإذن المقارض للعامل في بيع ما سيملكه وألحق به الأذرعي الشريك وبما تقرر علم أن شرط الموكل فيه أن يملك الموكل التصرف فيه حين التوكيل أو يذكره تبعا لذلك أو يملك أصله

(وأن يكون قابلا للنيابة) لأن التوكيل استنابة (فلا يصح) التوكيل (في عبادة) وإن لم تحتج لنية لأن القصد منها امتحان عين المكلف وليس منها نحو إزالة النجاسة لأن القصد منها الترك (إلا الحج) والعمرة ويندرج فيهما توابعهما كركعتي الطواف (وتفرقة زكاة) ونذر وكفارة (وذبح أضحية) وهدي وعقيقة سواء أوكل الذابح المسلم المميز في النية أم وكل فيها مسلما مميزا غيره ليأتي بها عند ذبحه كما لو نوى الموكل عند ذبح وكيله وقول بعضهم لا يجوز أن يوكل فيها آخر مردود ونحو عتق ووقف وغسل أعضاء لا في نحو غسل ميت لأنه فرض فيقع عن مباشره وقضيته صحة توكيل من لم يتوجه عليه فرضه كالعبد <ص: 304> على أن الأذرعي رجح جواز التوكيل هنا مطلقا لصحة الاستئجار عليه وليس بالواضح فإن قوله لغيره غسل هذا مثلا لا يوجب إلغاء فعل المباشر ووقوعه عن الآذن لأن فعله لا يتوقف على إذنه فتعين انصرافه لما خوطب به من فرض الكفاية بخلاف غسله بكذا فإن استحقاقه الأجرة يوجب وقوع الفعل عن باذلها فاتضح الفرق بين صحة أخذ الأجرة ووقوعه عن المباشر له بلا استئجار (ولا في شهادة) لأن مبناها على التعبد واليقين الذي لا تمكن النيابة فيه وبه فارقت النكاح والشهادة على الشهادة ليست توكيلا بل الحاجة جعلت الشاهد المتحمل عنه كحاكم أدى عنه عند حاكم آخر (وإيلاء ولعان) لأنهما يمينان ومن ثم قال (وسائر الأيمان) أي باقيها لأن القصد بها تعظيمه تعالى فأشبهت العبادة ومثلها النذر وتعليق العتق والطلاق والتدبير قيل ونحو الوصاية وتقييدهم بما ذكر للغالب ا ه وإنما

يكون للغالب إن لم يكن للتقييد به معنى محتمل وإلا كما هنا عمل بمفهومه ويوجه اختصاص المنع بتلك الثلاثة بأن للعبادة فيها شبها بينا إما لبعدها عن قضايا الأموال بكل وجه كالطلاق وإما لتبادر التعبد منها كالآخرين بخلاف نحو الوصاية فإنها تصرف مالي فلم تشبه العبادة فجاز التوكيل في تعليقها وبحث السبكي صحتها في تعليق لا حث فيه ولا منع كهو بطلوع الشمس وفيه نظر (ولا في ظهار) كأن يقول أنت على موكلي كظهر أمه أو جعلته مظاهرا منك (في الأصح) لأنه معصية وكونه يترتب عليه أحكام أخر لا يمنع النظر لكونه معصية وبه يعلم عدم صحة التوكيل في كل معصية نعم ما الإثم فيه لمعنى خارج كالبيع بعد نداء الجمعة الثاني يصح التوكيل فيه وكذا الطلاق في الحيض ومخالفة الإسنوي كالبارزي فيه ردها البلقيني

(ويصح) التوكيل (في طرفي بيع وهبة <ص: 305> وسلم ورهن ونكاح) للنص في النكاح والشراء كما مر وقيس بهما الباقي (و) في (طلاق) منجز (و) في (سائر العقود) وصيغة الضمان والوصية والحوالة جعلت موكلي ضامنا لك أو موصيا لك بكذا أو أحلتك بما لك على موكلي من كذا بنظيره مما له على فلان ويقاس بذلك غيره (والفسوخ) ولو فورية إذا لم يحصل بالتوكيل تأخير مضر ومر ويأتي امتناعه في فسخ نكاح الزائدات على أربع (و) في (قبض الديون) ولو مؤجلة على الأوجه لإمكان قبضه عقب الوكالة بتعجيل المدين وقياسا على ما مر من الصحة في التوكيل بتزويجها إذا طلقت (وإقباضها) ولا يرد منع التوكيل في عوض صرف ورأس مال سلم في غيبة الموكل لأنه بغيبته بطل العقد فلا دين ويصح في الإبراء منه لكن في أبرئ نفسك لا بد من الفور تغليبا للتمليك قيل وكذا في وكلتك لتبرئ نفسك على ما اقتضاه إطلاقهم لكن قياس الطلاق جواز التراخي ذكره السبكي ا ه وخرج بالديون الأعيان فلا يصح التوكيل فيما قدر على رده منها بنفسه مضمونة أو أمانة لأن مالكها لم يأذن في ذلك ومن ثم ضمن به <ص: 306> وكذا وكيله والقرار عليه ما لم تصل بحالها ليد مالكها نعم إن كان الوكيل من عيال الموكل وكان ثقة مأمونا جاز له تفويض الرد إليه وكذا له الاستعانة على الأوجه بمن يحملها معه لكن إن كان معه على ما يأتي في الوديعة (و) في (الدعوى) بنحو مال أو عقوبة لغير الله

(والجواب) وإن كره الخصم وينعزل وكيل المدعي بإقراره بقبض موكله أو إبرائه لا بإبرائه هو لأنه وقع لغوا من غير أن يتضمن رفع الوكالة وينعزل وكيل الخصم بقوله إن موكله أقر بالمدعى به ولا يقبل تعديله لبينة المدعي وتقبل شهادته على موكله مطلقا وله فيما لم يوكل فيه وفيما وكل فيه إن انعزل قبل الخوض في الخصومة ويلزمه حيث لم يصدقه الخصم بينة بوكالته وتسمع من غير تقدم دعوى حضر الخصم أو غاب ومع تصديق الخصم عليها له الامتناع من التسليم حتى يثبتها بالتسلم (وكذا في تملك المباحات كالأحياء والاصطياد والاحتطاب في الأظهر) كالشراء بجامع أن كلا سبب للملك فيحصل الملك للموكل إن قصده الوكيل له وإلا فلا (لا في) الالتقاط كالاغتنام تغليبا لشائبة الولاية على شائبة الاكتساب ولا في (الإقرار) كوكلتك لتقر عني لفلان بكذا (في الأصح) لأنه إخبار عن حق كالشهادة <ص: 307> ورجح في الروضة أنه يكون مقرا بالتوكيل لإشعاره بثبوت الحق عليه وفيه ما فيه إذ المدار في الإقرار على اليقين أو الظن القوي نعم إن قال أقر له عني بألف له علي كان إقرارا جزما ولو قال أقر علي له بألف لم يكن مقرا قطعا

(ويصح) التوكيل (في استيفاء عقوبة آدمي) ولو قبل ثبوتها على الأوجه (كقصاص وحد قذف) بل يتعين في قطع طرف وحد قذف كما يأتي ويصح أيضا في استيفاء عقوبة لله تعالى لكن من الإمام أو السيد لا في إنباتها مطلقا نعم للقاذف أن يوكل في ثبوت زنا المقذوف ليسقط الحد عنه فتسمع دعواه عليه أنه زنى (وقيل لا يجوز) التوكيل في استيفائها (إلا بحضرة الموكل) لاحتمال عفوه ورد بأن احتماله كاحتمال رجوع الشهود إذا ثبت ببينة مع الاستيفاء في غيبتهم اتفاقا (وليكن الموكل فيه معلوما من بعض الوجوه) لئلا يعظم الغرر (ولا يشترط علمه من كل وجه) ولا ذكر أوصاف المسلم فيه لأنها جوزت للحاجة فسومح فيها (فلو قال وكلتك في كل قليل وكثير) لي (أو في كل أموري) أو حقوقي (أو فوضت إليك كل شيء) لي أو كل ما شئت من مالي (لم يصح) لما فيه من عظيم الغرر إذ يدخل فيه ما لا يسمح الموكل <ص: 308> ببعضه كطلاق زوجاته والتصدق بأمواله وظاهر كلامهم بطلان هذا وإن كان تابعا لمعين وهو ظاهر فلا ينفذ تصرف الوكيل في شيء

من التابع لأن عظم الغرر فيه الذي هو السبب في البطلان لا يندفع بذلك وليس كما مر عن أبي حامد وغيره لأن ذاك في جزئي خاص معين فساغ كونه تابعا لقلة الغرر فيه بخلاف هذا
(وإن قال) وكلتك (في بيع أموالي وعتق أرقائي) وقضاء ديوني واستيفائها ونحو ذلك (صح) وإن لم يعلما ما ذكر لقلة الغرر فيه ولو قال في بعض أموالي أو شيء منها لم يصح كبيع هذا أو هذا بخلاف أحد عبيدي لتناوله كلا منهم بطريق العموم البدلي فلا إبهام فيه بخلاف ما قبله أو أبرئ فلانا عن شيء من مالي صح وحمل على أقل شيء لأن الإبراء عقد غبن فتوسع فيه أو عما شئت منه لزمه إبقاء أقل شيء
(وإن وكله في شراء عبد) مثلا للقنية (وجب بيان نوعه) كتركي أو هندي ولا يغني عنه ذكر الجنس كعبد ولا الوصف كأبيض ويشترط أيضا بيان صنف وصفة اختلف بهما الغرض اختلافا ظاهرا لا مطلقا بل بالنسبة لمن يشتري له غيره وكالة فيما يظهر أخذا من قولهم لا يشترط استقصاء أوصاف السلم ولا ما يقرب منها اتفاقا فالمراد من هذا النفي ما ذكرته وإلا كان مشكلا فتأمله ولو اشترى من يعتق على الموكل صح وعتق عليه بخلاف <ص: 309> القراض لأنه ينافي موضوعه من طلب الربح ولو وكله في تزويج امرأة اشترط تعيينها ولا يكتفي بكونها تكافئه لأن الغرض يختلف مع وجود وصف المكافأة كثيرا فاندفع ما للسبكي هنا نعم إن أتى له بلفظ عام كزوجني من شئت صح (أو) في شراء (دار) للقنية أيضا (وجب بيان المحلة) وهي الحارة ومن لازم بيانها بيان البلد غالبا فلذا لم يصرح به (والسكة) بكسر أوله وهي الرقاق المشتملة عليه وعلى مثله الحارة لاختلاف الغرض بذلك وقد يغني تعيين السكة عن الحارة (لا قدر الثمن) في العبد والدار مثلا (في الأصح) لأن غرضه قد يتعلق بواحد من النوع من غير نظر لخسته ونفاسته نعم يراعى حال الموكل وما يليق به وبحث السبكي أنه لو قال اشتر كذا بما شئت ولو بأكثر من ثمن المثل يقيد بثمن المثل واعتمده الأذرعي قال وكذا ما يكتب في كتاب التوكيل بقليل الثمن وكثيره لا يقصد به البيع بالغبن الفاحش ولا الشراء به ا ه.

وفيه نظر فسيأتي عن السبكي في بع بما شئت جوازه بالغبن الفاحش وهذا مثله فليأت فيه جميع ما يأتي ثم إلا فيما عز وهان فإنه ثم امتنع بالنسيئة لا هنا فيما يظهر لأنها زيادة رفق في الشراء لكن جعل شارح ما هنا كما هناك وفيه نظر ظاهر لوضوح الفرق بينهما في هذا نعم ما قاله الأذرعي فيما يكتب ظاهر ولو قال ذلك في مال المحجور بطل الإذن نفسه لأنه يحتاط له أكثر من غيره أما إذا قصد التجارة فلا يشترط بيان جميع ما مر بل يكفي اشتر لي بهذا ما شئت من العروض أو ما رأيت المصلحة فيه (ويشترط من الموكل) أو نائبه (لفظ) صريح أو كناية ومثله كتابة أو إشارة أخرس مفهمة (يقتضي رضاه كوكلتك في كذا أو فوضت إليك) أو أنبتك أو أقمتك مقامي فيه (أو أنت وكيلي فيه) كسائر العقود وخرج بكاف الخطاب ومثلها وكلت فلانا ما لو قال وكلت كل من أراد بيع داري مثلا فلا يصح ولا ينفذ تصرف أحد فيها بهذا الإذن لفساده نعم بحث السبكي صحة ذلك فيما لا يتعلق بعين الوكيل فيه غرض كوكلت كل من أراد في إعتاق عبدي هذا أو تزويج أمتي هذه قال ويؤخذ من هذا صحة قول <ص: 310> من لا ولي لها أذنت لكل عاقد في البلد أن يزوجني قال الأذرعي وهذا إن صح محله إن عينت الزوج ولم تفوض إلا صيغة العقد فقط وبنحو ذلك أفتى ابن الصلاح ويجري ذلك التعميم في التوكيل في الدعوى إذ لا يتعلق بعين الوكيل غرض وعليه عمل القضاة لكن كتابة الشهود ووكلا في ثبوته وطلب الحكم به لغو لأنه ليس فيه توكيل لمبهم ولا معين فتعين أن يكتبوا ووكلا في ثبوته وكلاء القاضي أو نحو ذلك ولو قالوا فلانا وكل مسلم جاز على ما مر بما فيه.

(ولو قال بع أو أعتق حصل الإذن) فهو قائم مقام الإيجاب بل وأبلغ منه (ولا يشترط) في وكالة بغير جعل (القبول لفظا) بل أن لا يرد وإن أكرهه الموكل ولا يشترط هنا فور ولا مجلس لأن التوكيل رفع حجر كإباحة الطعام ومن ثم لو تصرف غير عالم بالوكالة صح كمن باع مال أبيه ظانا حياته فكان ميتا وسيأتي في الوديعة أنه يكفي اللفظ من أحدهما والقبول من الآخر وقياسه جريان ذلك هنا <ص: 311> لأنها توكيل وتوكل وقد يشترط القبول لفظا كما إذا كان له عين معارة أو مؤجرة أو مغصوبة فوهبها لآخر

وأذن له في قبضها فوكل من هي بيده في قبضها له لا بد من قبوله لفظا لتزول يده عنها به (وقيل يشترط) مطلقا لأنه تمليك للتصرف وقيل يشترط (في صيغ العقود كوكلتك) قياسا عليها (دون صيغ الأمر كبع أو أعتق) لأنه إباحة أما التي بجعل فلا بد فيها من القبول لفظا إن كان الإيجاب بصيغة العقد لا الأمر وكان عمل الوكيل مضبوطا لأنها إجارة
(ولا يصح تعليقها بشرط) من صفة أو وقت (في الأصح) كسائر العقود خلا الوصية لأنها تقبل الجهالة والأمارة للحاجة فلو تصرف بعد وجود الشرط كأن وكله بطلاق زوجة سينكحها أو ببيع أو عتق عبد سيملكه أو بتزويج بنته إذا طلقت وانقضت عدتها فطلق بعد أن نكح أو باع أو أعتق بعد أن ملك أو زوج بعد العدة نفذ عملا بعموم الإذن وتمثيلي بما ذكر هو ما ذكره الإسنوي في الأولى وقياسها ما بعدها كما يقتضيه كلام الجواهر وغيرها وقال الجلال البلقيني يحتمل أن يصح التصرف كالوكالة المعلقة يفسد التعليق ويصح التصرف لعموم الإذن ولم يذكروه أي نصا وأن يبطل لعدم ملك المحل حالة اللفظ بخلاف المعلقة فإنه مالك للمحل عندها وعلى هذا يلزم الفرق بين الفاسدة والباطلة وهو خلاف تصريحهم بأنهما لا يفترقان إلا في الحج والعارية والخلع والكتابة ا ه.
وقضية رده للثاني بما ذكر اعتماده للأول وليست المعلقة مستلزمة لملك المحل عندها إذ الصورة الأخيرة فيها تعليق لا ملك للمحل حال الوكالة نعم الأوجه أنه <ص: 312> لا بد في هذه الصور أن يذكر ما يدل على التعليق كقوله التي سأنكحها أو الذي سأملكه بخلاف اقتصاره على وكلتك في طلاق هذه أو بيع هذا أو تزويج بنتي لأن هذا اللفظ يعد لغوا لا يفيد شيئا أصلا فليس ذلك من حيث الفرق بين الفاسد والباطل فتأمله ويأتي في الجزية وغيرها ومر في الرهن الفرق بين الفاسد والباطل أيضا فحصرهم المذكور إضافي وفائدة عدم الصحة بهما في المتن سقوط المسمى إن كان ووجوب أجرة المثل وحرمة التصرف كما قاله جمع متقدمون واعتمده ابن الرفعة لكن استبعده آخرون لبقاء الإذن ومن ثم اعتمد البلقيني الحل ونقله عن مقتضى كلامهم ويصح توقيتها كإلى شهر كذا فينعزل بمجيئه وعجيب نقل شارح هذا عن بحث لابن الرفعة مع

كونه مجزوما به في أصل الروضة (فإن نجزها وشرط للتصرف شرط جاز) اتفاقا فوكلتك الآن ببيع هذا ولكن لا تبعه إلا بعد شهر ويظهر أنه يكفي وكلتك ولا تبعه إلا بعد شهر وأن الآن مجرد تصوير وبذلك يعلم أن من قال لآخر قبل رمضان وكلتك في إخراج فطرتي وأخرجها في رمضان صح لأنه نجز الوكالة وإنما قيدها بما قيدها به الشارع فهو كقول محرم زوج بنتي إذا أحللت وقول ولي زوج بنتي إذا طلقت وانقضت عدتها وتكلف فرق بين هذين ومسألتنا بعيد جدا بخلاف إذا جاء رمضان فأخرج فطرتي لأنه تعليق محض وعلى هذا التفصيل يحمل إطلاق من أطلق الجواز ومن أطلق المنع وظاهر صحة إخراجه عنه فيه حتى على الثاني لعموم الإذن كما علم مما تقرر

(ولو قال وكلتك) في كذا (ومتى) أو مهما (عزلتك فأنت وكيلي صحت) الوكالة (في الحال في الأصح) لأنه نجزها وللخلاف هنا شروط لا حاجة لنا بذكرها فمتى انتفى واحد منها صحت قطعا (وفي عوده وكيلا بعد العزل الوجهان في تعليقها) لأنه علقها ثانيا بالعزل والأصح عدم العود لفساد التعليق وقضيته أنه يعود له الإذن العام فينفذ تصرفه وهو كذلك فطريقه أن <ص: 313> يقول عزلتك عزلتك أو متى أو مهما عدت وكيلي فأنت معزول لأنه ليس هنا ما يقتضي التكرار ومن ثم لو أتى بكلما عزلتك فأنت وكيلي عاد مطلقا لاقتضائها التكرار فطريقه أو يوكل من يعزله أو يقول وكلما وكلتك فأنت معزول فإن قال وكلما انعزلت فطريقه وكلما عدت وكيلي لتقاوم التعليقين واعتضد العزل بالأصل وهو الحجر في حق الغير فقدم وليس هذا من التعليق قبل الملك خلافا للسبكي لأنه ملك أصل التعليقين (ويجريان في تعليق العزل) بنحو طلوع الشمس والأصح عدم صحته فلا ينعزل بطلوعها وحينئذ فينفذ التصرف على ما اقتضاه كلامهم لكن أطال جمع في استشكاله بأنه كيف ينفذ مع منع المالك منه وتخلص عنه بعضهم بأنه لا يلزم من عدم العزل نفوذ التصرف ولا رفع الوكالة بل قد تبقى ولا ينفذ كما لو نجزها وشرط للتصرف شرطا وأخذ بعضهم بقضية ذلك فجزم بعدم نفوذ التصرف وقد يجاب بأنا لا نسلم أن المنع مفيد إلا لو صحت الصيغة الدالة عليه ونحن قد قررنا بطلان هذه المعلقة فعملنا بأصل بقاء

الوكالة إذ لم يوجد له رافع صحيح وحينئذ اتضح نفوذ التصرف عملا بالأصل المذكور فتأمله.
(فرع) وكله في قبض دينه فتعوض عنه غير جنس حقه <ص: 314> بشرطه فإن كان الموكل قال له وكالة مفوضة أو مطلقة صح كما قاله بعضهم وكأنه تجوز بالقبض عن براءة ذمة المدين وإنما قدرنا ذلك لئلا يلزم إلغاء مفوضة أو مطلقة والعقود تصان عن ذلك ما أمكن ولو وكل اثنين في عتق عبد فقال أحدهما هذا وقال الآخر حر عتق بناء على الأصح أن الكلام لا يشترط صدوره من ناطق واحد وقول بعضهم يشترط مردود بأن هذا لم يحفظ عن نحوي بل عن بعض الأصوليين وبأن كلا من المصطلحين لم يتكلم بلغو بل اتكل على نطق الآخر بالأخرى وبه يعلم أن ما نطق به كل له دخل في العتق لأنه شرط للآخر ومشروط له فلا سابق منهما حتى يترتب عليه العتق هذا ما أشار إليه الإسنوي وغيره ولك أن تقول إن نظر إلى أن كلام كل مقدر ومنوي في صحة كلام الآخر فهما في حكم جملتين فلا يتفرع ذلك على اشتراط اتحاد الناطق ولا عدمه وحينئذ فالعتق إنما وقع بالثاني لا غير وإن لم ينظر لذلك فكل تكلم بلغو لأن مدار الكلام على الإسناد وهو إيقاع النسبة أو انتزاعها وذلك الإيقاع لا يتصور تجزيه حتى ينقسم عليهما وبهذا يعلم أن اشتراط اتحاد الناطق هو التحقيق وزعم أنه لم يحفظ عن نحوي ممنوع فإن قلت أي النظرين أصوب قلت الأول لأن اللفظ حيث أمكن تصحيحه لم يجز إلغاؤه وهنا أمكن تصحيح العتق بسبق كلام الأول لكن قضية قولهم لو قال طالق لم يقع به شيء وإن نوى لفظ أنت ينازع في ذلك إلا أن يفرق بأن أنت ثم لم يدل على إضماره لفظ سبقه كطلقها فتمحضت النية فيه وهي وحدها لا تأثير لها في اللفظ المحذوف لضعفها ولا كذلك حر هنا فإنه قد دل عليه لفظ سبقه فلم تتمحض النية فيه فألحق بالملفوظ به حقيقة فتأمله.

(فصل) في بعض أحكام الوكالة بعد صحتها وهي ما للوكيل وعليه عند الإطلاق وتعيين الأجل وشراؤه للمعيب <ص: 315> وتوكيله لغيره (الوكيل بالبيع) حال كون البيع (مطلقا) في التوكيل بأن لم ينص له على غيره أو حال

كـون التوكيـل المفهـوم مـن الوكيـل مطلقـا أي غيـر مقيـد بشيء ويصح كونه صفة لمصدر محـذوف أي تـوكيلا مطلقـا (ليس له البيع بغير نقد البلد) الـذي وقـع فيـه الـبيع بـالإذن وإلا بأن سافر بما وكل في بيعه لبلد بلا إذن لـم يجـز لـه بيعـه إلا بنقـد البلـد المـأذون فيهـا والمـراد بنقـد البلـد مـا يتعامل به أهلهـا غالبـا نقـدا كـان أو عرضـا لدلالـة القرينـة العرفية عليه فإن تعدد لزمه بـالأغلب فـإن اسـتويا فبـالأنفع وإلا تخيـر أو بـاع بهمـا وبحـث الزركشـي وغيـره أن محـل الامتناع بـالعرض فـي غيـر مـا يقصـد للتجـارة وإلا جـاز بـه كالقراض وبما قررته في معنى مطلقا اندفع مـا قيـل كـأن يقول بمطلق البيع فإنه ينبغي أن صورته أن يقول بع بكـذا ولا يتعرض لبلد ولا أجل ولا نقد بخلاف البيع المطلق لتقيد الـبيع بقيـد الإطلاق وإنمـا المـراد الـبيع لا بقيـد ا ه ووجـه اندفاعه أن مطلقا كما علم مما قررته فيه ليس من لفـظ الموكل حتى يتوهم أنه قيد فـي الـبيع وإنمـا هـو بيـان لمـا وقع منه من عدم التقييد بأن لم ينص لـه علـى ذات ثمـن أصلا أو على صفته كبـع هـذا وكبعـه بـألف فمعنـى الإطلاق في هذا الإطلاق في صفاته فاندفع قوله فـإن صـورته إلـى آخره وكذا ما رتبـه عليـه فـإن قلـت كيـف يـأتي قـوله ولا بغبن في الأولى قلـت لأن الثمـن فيهـا يتقـدر بثمـن المثـل كما أفاده قوله في عـدل الرهـن ولا يـبيع إلا بثمـن المثـل حالا من نقد البلد فيصير كأنه منصوص عليه فلا ينقص عنه نقصا فاحشا (ولا بنسيئة) ولو بثمن المثل لأن المعتـاد غالبـا الحلول مع الخطر في النسيئة ويظهـر أنـه لـو وكلـه وقـت نهب جاز له البيع نسيئة لمن يأتي إذا حفظ به عن النهـب وكذا لـو وكلـه وقـت الأمـن ثـم عـرض النهـب لأن القرينـة قاضية قطعا برضـاه بـذلك وكـذا لـو قـال لـه بعـه ببلـد أو سوق كذا <ص: 316> وأهلـه لا يشـترون إلا نسـيئة وعلـم الوكيل أن الموكل يعلم ذلك فلـه الـبيع نسـيئة حينئـذ فيمـا يظهـر أيضـا ثـم رأيـت مـا سـأذكره آخـر مهـر المثـل عـن السبكي كالعمراني أن الولي يجوز له العقـد بمؤجـل اعتيـد وهو يؤيد ما ذكرته لكن سيأتي فيه كلام لا يبعد مجيئه هنـا (ولا بغبـن فـاحش وهـو مـا لا يحتمـل غالبـا) فـي المعاملـة كدرهمين في عشرة لأن النفـوس تشـح بـه بخلاف اليسـير كدرهم فيها نعم قال ابن أبي الدم العشرة إن تسومح بهـا في المائة فلا يتسامح بالمائة في الألف.

قال فالصواب الرجوع للعرف ويوافقه قولهما عن الروياني أنه يختلف بأجناس الأموال لكن قوله في البحر أن اليسير يختلف باختلاف الأموال فربع العشر كثير في النقد والطعام ونصفه يسير في الجواهر والرقيق ونحوهما فيه نظر ولعل ذلك باعتبار عرف زمنه وإلا فالأوجه أنه يعتبر في كل ناحية عرف أهلها المطرد عندهم المسامحة به ولو باع بثمن المثل وهناك راغب أو حدث في زمن الخيار يأتي هنا جميع ما مر في عدل الرهن وأفهم قوله ليس له إلى آخره بطلان تصرفه فمن ثم فرع عليه قوله (فلو باع) بيعا مشتملا (على) أو هي بمعنى مع (أحد هذه الأنواع وسلم المبيع ضمنه) للحيلولة بقيمته يوم التسليم ولو في المثلي لتعديه بتسليمه لمن لا يستحقه ببيع باطل فيسترده إن بقي وحينئذ له بيعه بالإذن السابق وقبض الثمن ويده أمانة <ص: 317> عليه وإن لم يبق فهو طريق وقرار الضمان على المشتري فيضمن المثلي بمثله والمتقوم بقيمته وبما قررته في التفريع اندفع ما قيل كان ينبغي أن يقول لم يصح ويضمن
(فإن) لم يطلق اتبع تعيينه ففي بع بما شئت أو تيسر له غير نقد البلد لا بنسيئة ولا غبن لأن ما للجنس وصرح جمع بجوازه بالغبن واعتمده السبكي وغيره لأنه العرف ما لم تدل قرينة على خلافه أو بعه كيف شئت جاز بنسيئة فقط لأن كيف للحال فشمل الحال والمؤجل أو بكم شئت جاز بالغبن فقط لأن كم للعدد القليل والكثير أو بما عز وهان جاز غير النسيئة لأن ما للجنس فقرنها بما بعدها يشمل عرفا القليل والكثير من نقد البلد وغيره وظاهر كلامهم أنه لا فرق في هذه الأحكام بين النحوي وغيره وهو محتمل لأن لها مدلولا عرفيا فيحمل لفظه عليه وإن جهله وليس كما يأتي في الطلاق في أن دخلت بالفتح لأن العرف في غير النحوي ثم لا فرق نعم قياس ما يأتي في النذر أنه لو ادعى الجهل بمدلول ذلك من أصله صدق إن شهدت قرائن حاله بذلك ولو قال لوكيله في شيء افعل فيه ما شئت أو كل ما تصنع فيه جائز لم يكن إذنا في التوكيل لاحتماله ما شئت من التوكيل وما شئت من التصرف فيما أذن له فيه فلا يوكل بأمر محتمل كما لا يهب كذا قالوه وعليه فهل يؤخذ منه أن له البيع بعرض أو

غبن أو نسيئة أو لا <ص: 318> فلا يجوز له شيء من ذلك لما تقرر من احتمال لفظه ولما فيه من الغرر فليكن قوله ما شئت لغوا كل محتمل والثاني أقرب ويتردد النظر في بأي شيء شئت وبمهما شئت ولو قيل إنهما مثل بما شئت لم يبعد
وإن (وكله ليبيع مؤجلا وقدر الأجل فذاك) أي بيعه بالأجل المقدر ظاهر وله النقص منه إلا إذا نهاه أو ترتب عليه ضرر كأن يكون لحفظه مؤنة أي أو يترقب خوف كنهب قبل حلوله كما هو ظاهر أو عين له المشتري كما بحثه الإسنوي (وإن أطلق) الأجل (صح) التوكيل (في الأصح وحمل) الأجل (على المتعارف) بين الناس (في مثله) أي المبيع في الأصح أيضا لأنه المعهود فإن لم يكن عرف راعى الأنفع لموكله ثم يتخير نظير ما مر ويلزمه الإشهاد وبيان المشتري حيث باع بمؤجل وإلا ضمن وإن نسي ويظهر اشتراط كون المشتري ثقة موسرا ولا يقبض الثمن عند الحلول إلا إن نص له عليه قال جمع أو دلت عليه قرينة ظاهرة كأن أذن له في السفر لبلد بعيد والبيع فيها بمؤجل
(ولا يبيع لنفسه) وإن أذن له وقدر له الثمن ونهاه عن الزيادة خلافا لابن الرفعة وقوله اتحاد الطرفين عند انتفاء التهمة جائز بعيد من كلامهم لأن علة منع الاتحاد ليست التهمة بل عدم انتظار الإيجاب والقبول من شخص واحد وخرج عن ذلك الأب لعارض <ص: 319> بقي من عداه على المنع (وولده الصغير) أو المجنون أو السفيه ولو مع ما مر لئلا يلزم تولي الطرفين ومن ثم لو أذن في إبراء أو إعتاق من ذكر صح إذ لا تولي ولأنه حريص طبعا وشرعا على الاسترخاص له وشرعا على الاستقصاء لموكله فتضادا ومن ثم لو انتفيا بأن كان ولده في ولاية غيره وقدر الموكل الثمن ونهاه عن الزيادة جاز البيع له إذ لا تولي ولا تهمة حينئذ
(والأصح أنه يبيع لأبيه وابنه البالغ) الرشيد عين الثمن أو لا لانتفاء ما ذكر وإنما لم يجز لمن فوض إليه أن يولي القضاء تولية أصله أو فرعه لأن هنا مردا ينفي التهمة وهو ثمن المثل <ص: 320> ولا كذلك ثم ويجزئ ذلك في وكيل الشراء فلا يشتري من نفسه ومحجوره وفي الوصي وقيم اليتيم كما صرحوا به ومثلهما ناظر الوقف وكل

متصرف على غيره فلا يبيع ولا يؤجر مثلا لنفسه ومحجوره وإن أذن له وعين له البدل نعم لو كان الناظر هو المستحق للوقف فهل ينفذ منه ذلك لأنه يجوز له الإيجار بدون أجرة المثل أو لا لما تقرر أن الملحظ الاتحاد وإن نهي عن الزيادة كل محتمل وقياس تجويزهم الاتحاد في نحو بيع ماله لفرعه الذي تحت حجره تجويز ما هنا لأنه إذا كان هو الناظر المستحق كانت المنافع على ملكه وفي ولايته فيكون كما لو آجر داره من نفسه لمحجوره وقبل له إلا أن يفرق بأن الملك هنا ضعيف بدليل أنه لا يبيح له الإيجار إذا كان الناظر غيره فلم يجز الاتحاد فيه بخلاف ملكه الحقيقي وعلى الأول تبطل الإجارة بموته نظير ما قالوه فيما لو آجر بدون أجرة المثل

(و) الأصح (أن الوكيل بالبيع) بحال (له قبض الثمن وتسليم المبيع) الذي بيده ما لم ينهه لأنهما من توابع البيع وله قطعا القبض والإقباض في نحو الصرف والقبض من مشتر مجهول والموكل غائب عن البيع لئلا يضيع لا في البيع بمؤجل وإن حل إلا بإذن جديد كما مر وهنا له تسليم المبيع من غير قبض وظاهر إطلاقهم جريان ذلك وإن باعه بحال وصححناه ويوجه بأن إذن الموكل في التأجيل عزل له عن قبض الثمن وإذن له في إقباض المبيع قبل قبض الثمن فلا يرتفع ذلك بما أتى به الوكيل وإن كان أنفع للموكل ويحتمل خلافه لأن الموكل إنما وصى بذلك مع التأجيل لا مع الحلول <ص: 321> أو بحال ونهاه قطعا وليس لوكيل في هبة تسليم قطعا لأن عقدها غير مملك فاندفع إفتاء بعضهم بأن له التسليم لأنه لا فائدة فيها بدونه (ولا يسلمه) أي المبيع (حتى يقبض الثمن) الحال لخطر التسليم قبله (فإن خالف) بأن سلمه له باختياره قبل قبض الثمن (ضمن) للموكل قيمة المبيع ولو مثليا وإن زادت على الثمن يوم التسليم للحيلولة فإذا قبضه ردها أما لو أجبره حاكم أي أو متغلب فيما يظهر على التسليم قبل القبض فلا يضمن ثم رأيت الأذرعي قال فإن أكرهه ظالم فكالوديعة فيضمن وعلى ما ذكرته فقد يفرق بأن للمكره هنا شبهة انتقال الملك وثم لا شبهة له بوجه والوكيل بالشراء لا يسلم الثمن حتى يقبض المبيع وإلا ضمن

(فإذا وكله في شراء) ولو لمعين جهل الموكل عيبه ومنع السبكي إجراء الأقسام الآتية فيه ضعيف (لا يشتري معيبا)

أي لا ينبغي له لما يأتي من الصحة المستلزمة للحل غالبا في أكثر الأقسام وذلك لأن الإطلاق يقتضي السلامة واشتراه عامل القراض لأن القصد الربح ومنه يؤخذ أنه لو كان القصد هنا جاز له شراؤه (فإن اشتراه) أي المعيب (في الذمة) ولم ينص له على التسليم (وهو يساوي مع العيب ما اشتراه به وقع عن الموكل إن جهل) الوكيل (العيب) إذ لا مخالفة ولا تقصير ولا ضرر لإمكان رده وخرج بالذمة الشراء بعين مال الموكل فإنه وإن وقع للموكل أيضا بهذه الشروط إلا أنه ليس للوكيل رده لتعذر انقلاب العقد له بخلاف الشراء في الذمة فالتقييد للاحتراز عن هذا فقط

(وإن علمه فلا) يقع الشراء للموكل (في الأصح) وإن زاد على ما اشتراه به لأنه غير مأذون فيه عرفا <ص: 322> (وإن لم يساوه) أي ما اشتراه به (لم يقع عنه) أي الموكل (إن علمه) أي الوكيل العيب لتقصيره إذ قد يتعذر الرد فيتضرر (وإن جهله وقع) للموكل (في الأصح) لعذر الوكيل بجهله مع اندفاع الضرر بثبوت الخيار له (وإذا وقع) الشراء في الذمة لما مر أنه ليس للوكيل الرد في المعين

(للموكل) في صورتي الجهل (فلكل من الموكل والوكيل الرد) بالعيب أما الموكل فلأنه المالك والضرر به لاحق نعم شرط رده على البائع أن يسميه الوكيل في العقد أو ينويه ويصدقه البائع وإلا رده على الوكيل ولو رضي به امتنع على الوكيل رده بخلاف عكسه وأما الوكيل فلأنه لو منع لربما لا يرضى به الموكل فيتعذر الرد لكونه فوريا فيقع للوكيل فيتضرر به ومن ثم لو رضي به الموكل لم يرد كما مر ولم ينظروا إلى أنه لو منع كان أجنبيا فلا يؤثر تأخيره لأن منعه لا يستلزم كونه أجنبيا من كل وجه ولا إلى أنه قد يؤخر لمشاورة الموكل لأنه لما استقل بالرد لم يضطر لذلك ولعيب طرأ قبل القبض حكم المقارن في الرد كما اعتمده ابن الرفعة وعلم مما مر أنه حيث لم يقع للموكل فإن كان الشراء بالعين بطل الشراء <ص: 323> وإلا وقع للوكيل وعند الإطلاق له شراء من يعتق على موكله فيعتق كما مر ما لم يبن معيبا فللموكل رده ولا عتق ومخالفة القمولي في هذا مردودة

(وليس للوكيل أن يوكل بلا إذن إن تأتي منه ما وكل فيه) لأن الموكل لم يرض بغيره نعم لو وكله في قبض دين فقبضه وأرسله له مع أحد من عياله لم يضمن كما قاله الجوري وقيد الأذرعي المرسل معه بكونه أهلا للتسليم أي بأن يكون رشيدا وكان وجه اغتفار ذلك في عياله والذي يظهر أن المراد بهم أولاده ومماليكه وزوجاته اعتيادا استنابتهم في مثل ذلك بخلاف غيرهم ومثله إرسال نحو ما اشتراه له مع أحدهم ويؤخذ من تعليلهم منع التوكيل بما ذكر أنه لا فرق بين وكلتك في بيعه وفي أن تبيعه وفرق السبكي بينهما ففي الأول يجوز التوكيل مطلقا دون الثاني فيه نظر هنا للعرف وإن كان صحيحا في نفسه (وإن لم يتأت) ما وكل فيه منه (لكونه لا يحسنه أو لا يليق به) أو يشق عليه تعاطيه مشقة لا تحتمل عادة كما هو ظاهر (فله التوكيل) عن موكله دون نفسه لأن التفويض لمثله إنما يقصد به الاستنابة ومن ثم لو جهل الموكل حاله أو اعتقد خلاف حاله امتنع توكيله كما أفهمه كلام الرافعي واستظهره الإسنوي ويأتي مثله في قوله (ولو كثر) ما وكل فيه (وعجز عن الإتيان بكله فالمذهب أنه يوكل) عن موكله فقط (فيما زاد على الممكن) لأنه المضطر إليه بخلاف الممكن أي عادة بأن لا يكون فيه كبير مشقة لا تحتمل غالبا فيما يظهر ثم رأيت مجليا زيف الوجه القائل بأن المراد عدم تصور القيام بالكل مع بذل المجهود واعتمد مقابله القريب مما ذكرته ولو طرأ العجز لطرو نحو مرض أو سفر لم يجز له أن يوكل

(ولو أذن في التوكيل وقال وكل عن نفسك ففعل فالثاني وكيل الوكيل) على الأصح لأنه مقتضى الإذن <ص: 324> وللموكل عزله أيضا كما أفهمه جعله وكيل وكيله إذ من ملك عزل الأصل ملك عزل فرعه بالأولى وعبارة أصله تفهم ذلك أيضا فلا اعتراض على المتن خلافا لمن زعمه (والأصح) على الأصح السابق (أنه) أي الثاني (ينعزل بعزله) أي الأول إياه (وانعزاله) بنحو موته أو جنونه أو عزل الموكل له لأنه نائبه وسيعلم من كلامه فيما ينعزل به الوكيل أنه ينعزل بغير ذلك (وإن قال وكل عني) وعين الوكيل أولا ففعل (فالثاني وكيل الموكل وكذا إن أطلق) بأن لم يقل عني ولا عنك (في الأصح) لأن توكيله للثالث تصرف تعاطاه بإذن الموكل فوجب أن يقع عنه وفارق

نظيره من القاضي بأن الوكيل ناظر في حق الموكل فحمل الإطلاق عليه وتصرفات القاضي للمسلمين فهو نائب عنهم ولذا نفذ حكمه لمستنيبه وعليه فالغرض بالاستنابة معاونته وهو راجع له
(قلت وفي هاتين الصورتين) وهما إذا قال عني أو أطلق (لا يعزل أحدهما الآخر ولا ينعزل بانعزاله) لأنه ليس وكيلا عنه (وحيث جوزنا للوكيل التوكيل) عنه أو عن الموكل (يشترط أن يوكل أمينا) فيه كفاية لذلك التصرف وإن عين له الثمن والمشتري لأن الاستنابة عن الغير شرطها المصلحة (إلا أن يعين الموكل غيره) أي الأمين فيتبع تعيينه لإذنه فيه نعم إن علم الوكيل فسقه دون الموكل لم يوكله على الأوجه كما لا يشتري ما عينه الموكل ولا يعلم عيبه والوكيل يعلمه أو عين له فاسقا فزاد فسقه لم يجز له توكيله على الأوجه أيضا وقضية إطلاق المتن أنه لا يوكل غير الأمين وإن قال له وكل من شئت وقال السبكي الأوجه خلافه كما لو قالت زوجني ممن شئت يجوز تزويجها لغير الكفء <ص: 325> وفرق الأذرعي بأن المقصود هنا حفظ المال وحسن التصرف فيه وغير الأمين لا يتأتى منه ذلك وثم وجود صفة كمال هي الكفاءة وقد يتسامح بتركها بل قد يكون غير الكفء أصلح وحاصله أن القياس هو المتبادر وإن أمكن توضيح الفرق بأن المختل هنا بتقدير عدم الأمانة أصل المقصود من الموكل فيه وثم بعض توابعه لا هو فاغتفر ثم ما لم يغتفر هنا فإن قلت قضية تميز النكاح بالاحتياط أنه إذا جاز ذلك ثم كان قياسه هنا بالأولى قلت محل الاحتياط إن تركت للوكيل اجتهادا وبإتيانها باللفظ العام أذنت له في كل أفراده من غير اجتهاد فلا تقصير منه مع سهولة الفائت كما علم مما تقرر أولا (ولو وكل أمينا) في شيء من الصور السابقة (ففسق لم يملك الوكيل عزله في الأصح والله أعلم) لأنه أذن له في التوكيل دون العزل

(فصل) في بقية من أحكام الوكالة أيضا وهي ما يجب على الوكيل عند التقييد له بغير الأجل ومخالفته للمأذون وكون يده يد أمانة وتعلق أحكام العقد به (قال بع لشخص معين) هو أعني قوله: معين هنا وفيما بعده حكاية للفظ الموكل بالمعنى فإن الموكل لا يقول ذلك، بل من

فلان وهذا واضح فإيراد مثله على المصنف هو التساهل تعين، لأنه قد يكون له غرض في تخصيصه كطيب ماله، بل وإن لم يكن له غرض أصلا عملا بإذنه <ص: 326> ولا يصح بيعه لوكيله وقيده ابن الرفعة بما إذا تقدم الإيجاب، أو القبول ولم يصرح بالسفارة وبحث البلقيني أنه لو قال بع من وكيل زيد أي لزيد فباع من زيد بطل أيضا وإنما يتجه إن كان الوكيل أسهل منه أو أرفق وإلا فالإذن في البيع من وكيله إذن في البيع منه وبه فارق ما مر بعد بل والأذرعي أنه لو ظهر بالقرينة أن التعيين إنما هو لغرض الربح فقط لكون المشتري ممن يرغب فيه لا غيره لم يتعين واعترض بأنه لرغبته فيه قد يزيده في الثمن وهذا غرض صحيح وأقول في البحث من أصله نظر <ص: 327>، لأنه إنما يتأتى على الوجه الآتي في المكان إلا أن يفرق بأن التعيين ثم لم يعارضه ما يلغيه وهنا عارضته القرينة الملغية له لولا أن ذلك المعين قد يزيد على ثمن مثله وذلك موافق لغرضه، وهو زيادة الربح فاتضح أن تعيينه لا ينافي غرضه، بل يوافقه خلافا للأذرعي (أو) في (زمن) معين كيوم كذا، أو شهر كذا تعين، فلا يجوز قبله ولا بعده، ولو في الطلاق والفرق بينه وبين العتق بأنه يختلف باختلاف الأوقات في الثواب بخلاف الطلاق ممنوع، بل قد يكون له غرض ظاهر في طلاقها في وقت بخصوصه، بل الطلاق أولى لحرمته زمن البدعة بخلاف العتق ولو قال يوم الجمعة، أو العيد مثلا تعين أول جمعة <ص: 328> أو عيد يلقاه كما لو قال في الصيف جمدا فجاء الشتاء قبل الشراء لم يكن له شراؤه في الصيف الآتي وأفهم قوله الجمعة، أو العيد أن يوم جمعة، أو عيد بخلافه وهو محتمل إلا أن يقال الملحظ فيهما واحد وهو صدق المنصوص عليه بأول ما يلقاه فهو محقق وما بعده مشكوك فيه فيتعين الأول هنا أيضا وليلة اليوم مثله إن استوى الراغبون فيهما ومن ثم قال القاضي لو باع أي فيما إذا لم يعين زمنا ليلا والراغبون نهارا أكثر لم يصح (أو) في (مكان معين تعين)، وإن لم يكن نقده أجود ولا الراغبون فيه أكثر، لأنه قد يقصد إخفاءه نعم، لو قدر الثمن ولم ينه عن غيره صح البيع في غيره قال القاضي اتفاقا، ورد السبكي له باحتمال زيادة راغب مردود بأن المانع تحققها لا توهمها (وفي المكان وجه) أنه لا يتعين

(إذا لم يتعلق به غرض) للموكل ولم ينهه عن غيره، لأن تعيينه حينئذ اتفاقي وانتصر له السبكي وغيره ويرد بمنع كونه اتفاقيا كيف والأغراض أمرها خفي فوجب التقييد بنص الإذن لاحتمال أن له غرضا في التعيين، بل هو الظاهر المتعين لصون كلام الكامل عن الإلغاء ما أمكن على أن قوله: إذا لم يتعلق به غرض للموكل إن علم ذلك بنص الموكل عليه تعين إلغاء التعيين اتفاقا أو بقرينة حالية فالقرائن مختلفة وبهذا يزيد اندفاع الانتصار للثاني ثم رأيت ما يصرح بأن المراد الثاني، وهو قولهم إن وجد غرض ككثرة راغب، أو أجودية نقد تعين وإلا فوجهان فإن قلت: لم لم يجر هذا لوجه في الزمن قلت لأن النص عليه قد يضطر إليه لاحتياجه لثمنه أو لإرادته سفرا عقبه فلم يتأت فيه، ما نظر إليه الضعيف هنا من أنه قد تقوم قرينة على أنه لا يتعلق به غرض <ص: 329> ومع جواز النقل لغيره يضمن ويفرق بينه وبين قول المودع احفظه في هذا فنقله لمثله لم يضمن بأن المدار ثم على الحفظ ومثله فيه بمنزلته من كل وجه فلا تعدى بوجه وهنا على رعاية غرض الموكل فقد لا يظهر له غرض ويكون له غرض خفي فاقتضت مخالفته الضمان

(وإن قال بع بمائة) مثلا (لم يبع بأقل) منها، ولو بتافه لفوات اسم المائة المنصوص له عليه وبه فارق البيع بالغبن اليسير لأنه لا يمنع كونه بثمن المثل (وله) بل عليه إذا وجد راغب ولو في زمن الخيار كما مر (أن يزيد) عليها ولو من غير جنسها لأن المفهوم من تقديرها عرفا امتناع النقص عنها فقط، وليس له إبدال صفتها كمكسرة بصحاح وفضة بذهب (إلا أن يصرح بالنهي) عن الزيادة فتمتنع الزيادة لانتفاء العرف حينئذ وإلا إذا قال بعه لزيد بمائة، لأنه ربما قصد محاباته قال الغزالي إلا إذا قامت القرينة على أن لا يحابيه كبعه بمائة، وهو يساوي خمسين وقد يجاب بأنه يحابيه بعدم الزيادة على المائة، وإن لم يحابه محاباة كاملة وإنما <ص: 330> جاز لوكيله في خلعها بمائة الزيادة لأنه غالبا يقع عن شقاق فلا محاباة فيه وألحق به ما لو وكله في العفو عن القود بنصف الدية فعفا بالدية فيصح بها لو فيه نظر إذ لا قرينة هنا تنافي قصد المحاباة بخلاف الخلع وقرينة قتله لمورثه تبطلها سماحته بالعفو عنه لا سيما مع نصه على النقص عن

البدل الشرعي والشراء كالبيع في جميع ما مر نعم في اشتر عبد فلان بمائة يجوز النقص عنها والفرق أن البيع يمكن من المعين وغيره فتمحض التعيين للمحاباة والشراء لتلك العين لا يمكن من غير مالكها فقد يكون تعيينه لأجل ذلك دون المحاباة

(ولو قال اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها) بأن بين نوعها وغيره مما مر في شراء العبد وإلا لم يصح التوكيل فإن أريد بالوصف أزيد مما مر ثم كان شرطا لوجوب رعاية الوكيل له في الشراء لا لصحة التوكيل حتى يبطل بفقده (فاشترى به شاتين بالصفة فإن لم تساو واحدة) منهما (دينارا لم يصح الشراء للموكل) وإن زادتا على دينار، لأن غرضه لم يحصل ثم إن وقع بعين الدينار بطل من أصله، أو في الذمة ونوى الموكل وكذا إن سماه خلافا لما وقع للأذرعي هنا وقع للوكيل، (وإن ساوته كل واحدة فالأظهر الصحة) أي صحة الشراء (وحصول الملك فيهما للموكل) لحصول مقصود الموكل بزيادة، وإن لم توجد الصفة التي ذكرها في الزائد على الأوجه، وإن ساوته إحداهما فقط فكذلك ولا ترد عليه، لأن الخلاف الذي فيها طرق لا أقوال ويظهر أنه لا بد من شرائهما في عقد واحد، أو تكون المساوية هي المشتراة أولا (ولو أمره بالشراء بمعين) <ص: 331> أي بعين مال كاشتر بعين هذا (فاشترى في الذمة لم يقع للموكل) لأنه خالفه إذ أمره بعقد ينفسخ بتلف المدفوع حتى لا يطالب الموكل بغيره فأتى بضده، بل للوكيل، وإن صرح بالسفارة (وكذا عكسه في الأصح) بأن قال له اشتر في الذمة وسلم هذا في ثمنه فاشترى بعينه فإنه لا يقع للموكل وكذا لا يقع للوكيل، لأنه أمره بعقد لا ينفسخ بتلف المقابل فخالفه وقد يقصد تحصيله بكل حال، فلا نظر هنا لكونه لم يلزم ذمته بشيء، ولو لم يقل بعينه ولا في الذمة كاشتر بهذا الدينار كذا تخير الوكيل على المعتمد لتناول الاسم لهما (ومتى خالف) الوكيل (الموكل في بيع ماله) أي الموكل بأن باعه على خلاف ما أذن له فيه (أو) في (الشراء بعينه) كأن أمره بشراء ثوب بهذا فاشتراه بغيره أي بعينه من مال الموكل، أو بشراء في الذمة فاشترى بالغبن (فتصرفه باطل) لأن الموكل لم يأذن فيه وكذا لو أضاف لذمة الموكل مخالفا ل(ولو اشترى في الذمة) مع المخالفة كأن أمره بشراء

ثوب في الذمة بخمسة فزاد أو بالشراء بعين هذا فاشترى في الذمة <ص: 332> (ولم يسم الموكل وقع) الشراء (للوكيل) دون الموكل، وإن نواه، لأنه المخاطب والنية لا تؤثر مع مخالفة الإذن (وإن سماه فقال البائع بعتك) لنفسك أو زاد وتسميتك له كذب كما هو ظاهر مما يأتي (فقال اشتريت لفلان) أي موكله وحلف البائع على أنه غير وكيل له أخذا من نظير المسألة أو عينها الآتي في مسائل الجارية (فكذا) يقع للوكيل (في الأصح) وتلغو تسمية الموكل في القبول، لأن تسميته غير مشترطة للصحة فإذا وقعت مخالفة للإذن كانت لغوا، أو يأتي في تصديقه هنا ما يأتي في تصديقه ثم وقد تجب تسميته الموكل كأن يوكله في قبول نحو هبة وعارية وغيرهما مما لا عوض فيه وإلا وقع للوكيل لوقوع الخطاب المملك معه <ص: 333> ما لم ينويا الموكل على الأوجه وبقولي: المملك علم الفرق بين ما هنا وما مر في شرح ويستثنى توكيل الأعمى، وحاصله أن التمليك في الهبة والإباحة في العارية متوقف على العقد فنظر إليه ولم ينصرف عن مدلوله في المخاطب به إلا لصارف قوي هو تسمية الموكل، أو نيتهما له بخلاف ما مر ثم وكان تضمن عقد البيع العتاقة كأن وكل قنا في شراء نفسه من سيده، أو عكسه، لأن صرف العقد عن موضوعه بالنية متعذر ولأن المالك قد لا يرضى بعقد يتضمن الإعتاق قبل قبض الثمن

(ولو قال بعت) هذا (موكلك زيدا فقال اشتريته له فالمذهب بطلانه) وإن وافق الإذن وكذا لو حذف له لعدم خطاب العاقد وإنما تعين تركه في النكاح، لأن الوكيل فيه سفير محض إذ لا يمكن وقوعه له بحال فإن قال بعتك لموكلك وقال قبلت له صح النية جزما

(ويد الوكيل يد أمانة، وإن كان بجعل) لأن يده نائبة عن يد الموكل ولأنه عقد إحسان والضمان منفر عنه (فإن تعدى ضمن) كسائر الأمناء ومن التعدي أن يضيع منه المال ولا يدري كيف ضاع، أو وضعه بمحل ثم نسيه (ولا ينعزل بتعديه) بغير إتلاف الموكل فيه (في الأصح) لأن الأمانة حكم من أحكام الوكالة فلا يلزم <ص: 334> من ارتفاعه بطلانها بخلاف الوديعة فإنها محض ائتمان فارتفعت بالتعدي إذ لا يمكن مجامعتها له وبحث الأذرعي وغيره انعزاله إذا وكله الولي عن محجوره لمنع إقرار مال المحجور في يد

غير عدل ويؤخذ من علته أن الانعزال إنما هو بالنسبة لإقرار المال بيده لا لمجرد تصرفه الخالي عن ذلك إذا وقع على وفق المصلحة إذ الذي يتجه أن محل ما مر من منع توكيل الفاسق في بيع مال المحجور ما إذا تضمن وضع يده عليه وإلا، فلا وجه لمنعه من مجرد العقد له وهذا الذي ذكرته من التفصيل والحمل أولى من إطلاق شيخنا أن ما قاله الأذرعي وغيره مردود، لأن الفسق لا يمنع الوكالة فتأمله ويزول ضمانه عما تعدى فيه بيعه وتسليمه ولا يضمن ثمنه، لأنه لم يتعد فيه فإن رد عليه بعيب مثلا بنفسه أو بالحاكم عاد الضمان

(فرع) قال له بع هذا ببلد كذا واشتر لي بثمنها قنا جاز له إيداعها في الطريق، أو المقصد عند أمين من حاكم فغيره إذ العمل غير لازم له ولا تغرير منه، بل المالك هو المخاطر بماله ومن ثم لو باعها لم يلزمه شراء القن، ولو اشتراه لم يلزمه رده، بل له إيداعه عند من ذكر، وليس له رد الثمن حيث لا قرينة قوية تدل على رده كما هو ظاهر، لأن المالك لم يأذن فيه فإن فعل فهو في ضمانه حتى يصل لمالكه

(وأحكام العقد) البيع وغيره ويظهر أن أحكام الحل كذلك (تتعلق بالوكيل دون الموكل فيعتبر في الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتقابض في المجلس <ص: 335> حيث يشترط) كالربوي والسلم (الوكيل) لأنه العاقد (دون الموكل) ومن ثم جاز الفسخ بخيار المجلس، وإن أجاز الموكل

(وإذا اشترى الوكيل) بعين، أو في الذمة (طالبه البائع بالثمن إن كان دفعه إليه الموكل) لتعلق أحكام العقد به وله مطالبة الموكل أيضا، لأنه المالك (وإلا) يكن دفعه إليه (فلا) يطالبه إن كان الثمن معينا، لأنه ليس في يده وحق البائع مقصور عليه (وإن كان) الثمن (في الذمة طالبه) وحده به (إن أنكر وكالته، أو قال لا أعلمها) لأن الظاهر أنه يشتري لنفسه (وإن اعترف بها طالبه) به (أيضا في الأصح) وإن لم يضع يده عليه (كما يطالب الموكل ويكون الوكيل كضامن) لمباشرته العقد (والموكل كأصيل) لأنه المالك ومن ثم رجع عليه الوكيل إذا غرم، ولو أرسل من يقترض له فاقترض فهو كوكيل المشتري على المعتمد خلافا لما يصرح به كلام الرافعي في تعجيل الزكاة فيطالب وإذا غرم رجع على موكله.

(تنبيه) ذكر القاضي وغيره واعتمده الأنوار وغيره ما يخالف ما تقرر من الرجوع على الوكيل، وحاصله مع الزيادة عليه أن زيدا لو قال لغيره أعط عمرا مائة قرضا علي ليدفعه في ديني كذا في عبارة، وفي أخرى ادفع مائة قرضا علي إلى وكيلي فلان، والظاهر أن ليدفعه في ديني في الأول وإلى وكيلي فلان في الثانية مجرد تصوير فيكفي ادفع مائة قرضا علي لفلان فدفع إليه، وفي عبارة فدفع إليه وقال خذه قرضا على زيد فأخذه وظاهر أيضا أن وقال خذه إلى آخره مجرد تصوير أيضا ثم مات زيد لم يرده عملا وللدافع أي، لأن زيدا ملكه بقبض وكيله عمرو، بل لورثة زيد وإلا ضمنه لهم ويتعلق حق الدافع بجميع تركة زيد، لأنه من جملة الديون المتعلقة بها، وليس للدافع مطالبة الآخذ، لأنه لم يأخذ لنفسه وإنما هو وكيل عن الآمر المنتهي بموته وكالة الآخذ ولذا رد على الورثة كما تقرر. ا ه.
فقولهم: وليس للدافع مطالبة الآخذ مشكل بما تقرر أولا أن الرسول يطالب ولا نظر لانعزاله بالموت، لأن الوكيل يطالب، ولو بعد الانعزال كما يصرح به كلامهم وحينئذ فلك في الجواب طريقان <ص: 336> إحداهما أن هذا أعني قول هؤلاء: وليس إلى آخره مبني على ما ذكر عن الرافعي ثانيتهما الفرق بما يصرح به تصويرهم لما هنا بأنه وكله في تعاطي عقد القرض فكان كتعاطي عقد الشراء في المطالبة للوكيل، لأنها من جملة أحكام العقد وقد تقرر أن أحكامه تتعلق بالوكيل، وإن انعزل ولما هناك بأنه لم يتعاط عقدا وإنما الذي حصل منه مجرد الأخذ، وهو لا يقتضي المطالبة لغير مالك المأخوذ، لأنها إنما ثبتت ثم من جهة كونها من آثار العقد الذي تعاطاه كما تقرر وهنا لم يتعاط عقدا فلم يوجد سبب للمطالبة وهذه الطريق أقرب إلى كلامهم في البابين ومن ثم أشار إليها الجلال المحقق البلقيني كما ذكرته في شرح العباب
(وإذا قبض الوكيل بالبيع الثمن) حيث جوزناه (وتلف في يده) أو بعد خروجه عنها (وخرج المبيع مستحقا رجع عليه المشتري) ببدل الثمن (وإن اعترف بوكالته في الأصح) لدخوله في ضمانه بقبضه له (ثم يرجع الوكيل) إذا غرم (على الموكل) بما غرمه، لأنه غره، ومحله إن لم يكن منصوبا من جهة الحاكم وإلا لم يكن طريقا في الضمان لأنه نائب الحاكم، وهو لا يطالب (قلت وللمشتري الرجوع

على الموكل ابتداء في الأصح والله أعلم) لأن الوكيل مأمور من جهته ويده كيده وعلم من كلامه أن المشتري مخير في الرجوع على من شاء منهما وأن قرار الضمان على الموكل ويأتي ما تقرر في وكيل مشتر تلف المبيع في يده ثم ظهر استحقاقه وخرج بالوكيل فيما ذكر الولي فيضمن الثمن إن لم يذكر موليه في العقد ولا يضمنه المولي في ذمته لكن ينقده الولي من مال المولي أي إن كان وإلا فمن مال نفسه فإن ذكره ضمنه المولي <ص: 337> والفرق أنه غير نائب عنه بخلاف الوكيل، وفي أدب القضاء للغزي لو اشترى في الذمة بنية أنه لابنه الصغير فهو للابن والثمن في ماله أعني الابن بخلاف ما لو اشترى له بمال نفسه يقع للطفل ويصير كأنه وهبه الثمن أي كما قاله القاضي وقال القفال يقع للأب قال في الأنوار وهو الأوفق لإطلاق الأصحاب والكتب المعتبرة. ا ه. وفيه نظر، بل الأوفق بما يأتي أنه لو أمهر عنه ملكه الابن فيرجع إليه بالفراق لا إلى الأب كلام القاضي ويفرق بينه وبين ما مر في اشتر لي كذا ولم يعطه ثمنا فاشتراه له بنيته بمال نفسه فيقع له ويكون الثمن قرضا على المعتمد بأن الأب يقدر على تمليك ولده قهرا بلا بدل بخلاف الوكيل.

(فصل) في بيان جواز الوكالة وما تنفسخ به. وتخالف الوكيل والموكل ودفع الحق لمستحقه وما يتعلق بذلك (الوكالة) ولو بجعل ما لم تكن بلفظ الإجارة بشروطها (جائزة من الجانبين) لأن لزومها يضرهما إذ قد يظهر للموكل مصلحة العزل وقد يعرض للوكيل ما يمنعه عن العمل نعم لو علم الوكيل أنه لو عزل نفسه في غيبة موكله استولى على المال جائر حرم عليه العزل على الأوجه كالوصي وقياسه أنه لا ينفذ
(فإذا عزله الموكل في حضوره) بأن قال عزلتك (أو قال) في حضوره أيضا (رفعت الوكالة، أو أبطلتها) ظاهره انعزال الحاضر بمجرد هذا اللفظ، وإن لم ينوه به ولا ذكر ما يدل عليه وأن الغائب في ذلك كالحاضر وعليه فلو تعدد له وكلاء ولم ينو أحدهم فهل ينعزل الكل، لأن حذف المعمول يفيد العموم أو يلغو لإبهامه، للنظر في ذلك مجال.
والذي يتجه في حاضر، أو غائب ليس له وكيل غيره انعزاله بمجرد هذا اللفظ <ص: 338> وتكون أل للعهد

الذهني الموجب لعدم إلغاء اللفظ وأنه في التعدد ولا نية ينعزل الكل لقرينة حذف المعمول و لأن الصريح حيث أمكن استعماله في معناه المطابق له خارجا يجوز إلغاؤه (أو أخرجتك منها انعزل) في الحال لصراحة كل من هذه الألفاظ في العزل (فإن عزله، وهو غائب انعزل في الحال) لأنه لم يحتج للرضا فلم يحتج للعلم كالطلاق وينبغي للموكل أن يشهد على العزل إذ لا يقبل قوله فيه بعد تصرف الوكيل، وإن وافقه بالنسبة للمشتري مثلا من الوكيل أما في غير ذلك فإذا وافقه على العزل ولكن ادعى أنه بعد التصرف ليستحق الجعل مثلا ففيه التفصيل الآتي في اختلاف الزوجين في تقدم الرجعة على انقضاء العدة فإذا اتفقا على وقت العزل وقال تصرفت قبله وقال الموكل بعده حلف الموكل أنه لا يعلمه تصرف قبله، لأن الأصل عدمه إلى ما بعده، أو على وقت التصرف وقال عزلتك قبله فقال الوكيل: بل بعده حلف الوكيل أنه لا يعلم عزله قبله، وإن لم يتفقا على وقت، حلف من سبق بالدعوى أن مدعاه سابق لاستقرار الحكم بقوله: فإن جاءا معا فالذي يظهر تصديق الموكل، لأن جانبه أقوى إذ أصل عدم التصرف أقوى من أصل بقائه، لأن بقاءه متنازع فيه ثم رأيت شيخنا جزم بتصديق الموكل ولم يوجهه.

(فرع) شهدت بينة أن فلانا القاضي ثبت عنده أن فلانا عزل وكيله فلانا عما وكله فيه قبل تصرفه لم تقبل من غير تعيين لما عزله فيه أخذا مما في الروضة عن الغزالي لو كان بيد ابن الميت عين فقال وهبنيها أبي وأقبضنيها في الصحة فأقام باقي الورثة بينة بأنه رجع فيما وهب لابنه ولم تذكر البينة ما رجع فيه لم تنزع من يده بهذه البينة لاحتمال أن هذه العين ليست المرجوع فيها. ا ه.

ويؤخذ من تعليله أنه لو ثبت إقرار الأب بأنه إنما رجع في هذه أو بأنه لم يهبه غيرها أو صدق المتهب على هذا ولو ضمنيا قبلت بينة الرجوع لانتفاء ذلك الاحتمال فكذا يقال في مسألة الوكالة لو فسر الموكل بهذا التصرف، أو لم يوكله في غيره، أو صدقه المشتري على ذلك قبلت بينته، وإن لم تعين وإنما لم ينظر والعموم ما فيما رجع، لأنه خفي محتمل فأثر فيه ذلك الاحتمال (وفي قول) لا ينعزل (حتى يبلغه الخبر) <ص: 339> ممن تقبل روايته كالقاضي وفرق الأول بتعلق المصالح الكلية بعمل القاضي فلو انعزل

قبل بلوغ الخبر عظم ضرر الناس بنقض الأحكام وفساد الأنكحة بخلاف الوكيل وأخذ منه أن المحكم في واقعة خاصة كالوكيل وأن الوكيل العام كوكيل السلطان كالقاضي والذي يتجه خلافهما إلحاقا لكل بالأعم الأغلب في نوعه ولا ينعزل وديع ومستعير إلا ببلوغ الخبر وفارقا الوكيل بأن القصد منعه من التصرف الذي يضر الموكل بإخراج أعيانه عن ملكه وهذا يؤثر فيه العزل، وإن لم يعلم به بخلافهما وإذا تصرف بعد العزل، أو الانعزال بموت، أو غيره جاهلا بطل تصرفه وضمن ما سلمه على الأوجه، لأن الجهل لا يؤثر في الضمان ومن ثم غرم الدية والكفارة إذا قتل جاهلا العزل كما يأتي قبيل الديات ولا يرجع على المعتمد الآتي بما غرمه على موكله وإن غره وبهذا اعترض إفتاء الشاشي والغزالي فيما لو اشترى شيئا لموكله جاهلا بانعزاله فتلف في يده فغرم بدله رجع به على الموكل، لأنه غره ولهما أن يجيبا بأن عدم الرجوع عليه لعلة لا تأتي هنا وهي أنه محسن ثم بالعفو وأيضا فالوكيل ثم مقصر بتوكله في إراقة الدم المطلوب عدمها، ومن ثم تأكد ندب العفو ولا يضمن ما تلف في يده بعد العزل من غير تفريط وكالوكيل <ص: 340> فيما ذكر عامل القراض
(ولو قال) الوكيل الذي ليس قنا للموكل (عزلت نفسي، أو رددت الوكالة) أو أخرجت نفسي منها أو رفعتها، أو أبطلتها مثلا (انعزل) حالا وإن غاب الموكل لما مر أن ما لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعلم ولأن قوله المذكور إبطال لأصل إذن الموكل له فلا يشكل بما مر أنه لا يلزم من فساد الوكالة فساد التصرف لبقاء الإذن
(وينعزل بخروج أحدهما عن أهلية التصرف بموت، أو جنون) وإن لم يعلم الآخر به ولو قصرت مدة الجنون، لأنه لو قارن منع الانعقاد فإذا طرأ أبطله وصوب ابن الرفعة في الموت أنه ليس عزلا، بل تنتهي به الوكالة قيل ولا فائدة لذلك في غير التعاليق وإبداء الزركشي له فائدة أخرى منظر فيه (وكذا إغماء في الأصح) بقيده السابق في الشركة نعم وكيل رمي الجمار لا ينعزل بإغماء الموكل، لأنه زيادة في عجزه المشترط لصحة الإنابة وذكره لهذه الثلاثة على طريق المثال، فلا يرد عليه أن مثلها طرو نحو فسقه، أو رقه، أو تبذيره <ص: 341> فيما شرطه السلامة من ذلك وردة الموكل ينبني العزل بها على أقوال

ملكه، وفي ردة الوكيل وجهان والذي جزم به في المطلب الانعزال بردة الموكل دون الوكيل، ولو تصرف نحو وكيل وعامل قراض بعد انعزاله جاهلا في عين مال موكله بطل وضمنها إن سلمها كما مر في ذمته انعقد له
(وبخروج) الوكيل عن ملك الموكل و (محل التصرف) أو منفعته (عن ملك الموكل) كأن أعتق، أو باع أو وقف ما وكل في بيعه أو إعتاقه، أو آجر ما أذن في إيجاره لزوال ولايته حينئذ فلو عاد لملكه لم تعد الوكالة، ولو وكله في بيع ثم زوج، أو آجر، أو رهن وأقبض، أو أوصى، أو دبر، أو علق العتق بصفة أخرى، أو كاتب انعزل لأن الغالب أن مريد البيع لا يفعل شيئا من ذلك ولإشعار فعل واحد من هذه بالندم على التصرف وقياس ما يأتي في الوصية أن ما كان فيه إبطال للاسم ينعزل به.
(تنبيه) وقع لشيخنا في شرح المنهج التمثيل لزوال الملك عن المنفعة بإيجار الأمة ثم قال وإيجار ما وكل في بيعه ومثله تزويجه فقيد الإجارة بالأمة في الأول وأطلقها في الثاني وأطلق التزويج فيه وقيده في شرح الروض بالأمة وأخرج بها العبد ووقع التقييد الأول لغير واحد من الشراح والإطلاق في الإجارة والزواج لغير واحد منهم ومن غيرهم وهذا هو الذي يتجه ووجهه أنهم عللوا الأول بزوال الولاية، وهو موجود في العبد والأمة بالإشعار بالندم وبالغالب المذكور وهذان موجودان فيهما أيضا فالوجه حمل التقييد على أنه لمجرد التمثيل <ص: 342> خلافا لما وقع في شرح الروض، وإن أمكن توجيهه على بعد بأن إشعار تزويجها بالندم أقوى لأدائه إلى ملك أولادها الدال على رغبته في بقائها، ولو وكل قنا بإذن سيده ثم باعه أو أعتقه لم ينعزل، ولو وكل اثنين معا أو مرتبا في تصرف الخصومة، أو غيرها خلافا لمن فرق وقبلا وجب اجتماعهما عليه بأن يصدر عن رأيهما بأن يتشاورا فيه ثم يوجبا، أو يقبلا معا، أو يوكل أحدهما الآخر، أو يأذنا بعد أن رأيا ذلك التصرف صوابا لمن يتصرف حيث جاز لهما التوكيل ما لم يصرح بالاستقلال نظير ما يأتي في الوصيين، ويفرق بين ما هنا وإذنها لوليها وإذن المجبر لاثنين بأن اشتراط نحو القرابة ثم يضعف أن ذلك لاشتراط قصد الاجتماع ويقوي أنه لمجرد التوسعة للأولياء في التزويج فاندفع ما لجمع من محققي المتأخرين هنا ثم رأيت ما يؤيد ما فرقت به،

وهو قول بعضهم المقصود في النكاح الإذن أي التوسعة فيه لا الاجتماع على العقد
(تنبيه) يتردد النظر فيما لو وكل شخصا في تزويج أمته وآخر في بيعها فعقدا معا فيحتمل أن يقال محل التردد إن وكلهما معا في ذلك وإلا كان المتأخر منهما مقتضيا لعزل الأول أخذا مما تقرر أن مريد البيع لا يزوج أي ولا يوكل في التزويج وقياسه أن الغالب أن مريد التزويج لا يبيع ولا يوكل في البيع ويحتمل أن التوكيل في التزويج، أو البيع ليس كفعله، فلا يقاس توكيله في التزويج بعد توكيله في البيع على تزويجه بعد توكيله في البيع وبفرض <ص: 343> وقوعهما معا أو تسليم أن أحدهما بعد الآخر ليس عزلا له فهل يبطلان لاجتماع المقتضى والمانع، لأن صحة كل عقد منهما تقتضي فسخ الوكالة في الآخر، أو يصح البيع فقط، لأنه أقوى لإزالته الملك أو النكاح فقط استصحابا لأصل دوام الملك أو يصحان، لأن التعارض بينهما لا يتحقق إلا إن ترتبا، كل محتمل لكن بطلانهما هو المتبادر
(وإنكار الوكيل الوكالة لنسيان) منه لها (أو لغرض في الإخفاء) لها كخوف من ظالم على مال الموكل (ليس بعزل) لعذره (فإن تعمد ولا غرض) له في الإنكار (انعزل) ويجري هذا التفصيل الذي هو المعتمد في إنكار الموكل لها (وإذا اختلفا في أصلها) كوكلتني في كذا فقال ما وكلتك (أو) في (صفتها بأن قال وكلتني في البيع نسيئة أو) في (الشراء بعشرين فقال بل نقدا) راجع للأول (أو بعشرة) راجع للثاني (صدق الموكل بيمينه) في الكل لأن الأصل معه.
وصورة الأولى أن يتخاصما بعد التصرف أما قبله فتعمد إنكار الوكالة عزل، فلا فائدة للمخاصمة وتسميته فيها موكلا بالنظر لزعم الوكيل
(ولو اشترى جارية) مثلا وخصت بالذكر لامتناع الوطء على بعض التقادير قبل التلطف الآتي (بعشرين) وهي تساويها، أو أكثر (وزعم أن الموكل أمره) بالشراء بها (فقال) الموكل (بل إنما أذنت في عشرة) وفي نسخة بعشرة صدق الموكل بيمينه حيث لا بينة، لأنه أعرف بكيفية إذنه (و) حينئذ فإذا (حلف) الموكل أن وكيله خالفه فيما أذن له فيه

كذا ذكروه وهل يكفي حلفه على أنه إنما أذن بعشرة أو لا لما مر في التحالف أنه لا يكفي ذلك.
والجامع أن ادعاء الإذن بعشرين، أو عشرة كادعاء البيع بعشرين، أو بعشرة إلا أن يفرق بأن الاختلاف هنا في صفة الإذن دون ما وقع العقد به، وهو لا يستلزم ذكر نفي ولا إثبات، وثم فيما وقع به العقد المستلزم أن كلا مدع ومدعى عليه وذلك يستلزمهما صريحا وهذا هو الأقرب إلى كلامهم (فإن) كان الوكيل قد (اشترى بعين مال الموكل وسماه في العقد) <ص: 344> بأن قال اشتريتها لفلان بهذا والمال له (أو قال بعده) أي الشراء بالعين الخالي عن تسميته الموكل (اشتريته) أي الموكل فيه (لفلان والمال له وصدقه البائع) فيما ذكره أو قامت حجة في الأولى بأنه سماه كما ذكره.
(فالبيع باطل) في الصورتين، لأنه ثبت بالتسمية، أو التصديق أن المال والشراء لغير العاقد وثبت بيمين ذي المال أنه لم يأذن له في الشراء بذلك القدر فبطل الشراء وحينئذ فالجارية لبائعها وعليه رد ما أخذه للموكل، ومحله كما قاله البلقيني إن لم يصدقه البائع على أنه وكيل بعشرين وإلا فهي باعترافه ملك للموكل فيأتي فيه التلطف الآتي وخرج بقوله: " بعين " مال الموكل ما لو اشترى في الذمة ففيه تفصيل يأتي البطلان في بعضه أيضا، فلا يرد هنا وبقوله: والمال له في الثانية ما لو اقتصر على اشتريته لفلان، فلا يبطل البيع إذ من اشترى لغيره بمال نفسه ولم يصرح باسم الغير بل نواه يصح الشراء لنفسه، وإن أذن له الغير في الشراء (وإن كذبه) البائع بأن قال: إنما اشتريت لنفسك والمال لك، أو سكت عن ذكر المال كما هو ظاهر وقال: له الوكيل <ص: 345> أنت تعلم أني وكيل فقال: لا أعلم ذلك، أو بأن قال له: لست وكيلا ولا بينة بالوكالة (حلف) البائع (على نفي العلم بالوكالة) لا على البت ولا على نفي العلم بأن المال لغيره خلافا لمن زعمه وإنما فرقت بين الصورتين بفرض الأولى في دعوى الوكيل عليه بما ذكر دون الثانية، لأن الأولى لا تتضمن نفي فعل لغير ولا إثباته فتوقف الحلف على نفي العلم على ذكر الوكيل له ذلك.
والثانية تتضمن نفي توكيل غيره له وهذا لا يمكن الحلف عليه، لأنه حلف على نفي فعل الغير فتعين الحلف فيه

على نفي العلم وبهذا التفصيل الظاهر من كلامهم يندفع استشكال الإسنوي للحلف على نفي العلم الذي أطلقوه (و) إذا حلف البائع كما ذكرناه (وقع الشراء للوكيل) ظاهرا فيسلم الثمن المعين للبائع ويغرم بدله للموكل (وكذا إن اشترى في الذمة ولم يسم الموكل) بأن نواه وقال بعده اشتريت له وكذبه البائع فيحلف كما مر ويقع شراؤها للوكيل ظاهرا فإن صدقه بطل وزعم شارح أن ظاهر المتن وغيره وقوع العقد للوكيل، صرح بالسفارة أو لا، صدقه البائع أو لا، رده الأذرعي بأنه غير سديد.
(وكذا إن سماه) في العقد والشراء في الذمة (وكذبه البائع في الأصح) أي في الوكالة بأن قال سميته ولست وكيلا عنه وحلف كما ذكر يقع الشراء للوكيل ظاهرا وتلغو تسميته للموكل وكذا لو لم يصدقه ولم يكذبه وهذا الخلاف هو الذي قدمه بقوله: وإن سماه فقال البائع بعتك. إلخ ولا تكرار فيه <ص: 346> إما لتغاير التصوير في بعض الأقسام كما يعلم بتأمل المحلين، وإما لكونه أعاده هنا استيفاء لأقسام المسألة (وإن) اشترى في الذمة وسماه في العقد، أو بعده كما جزم به القمولي وغيره و (صدقه) البائع على الوكالة، أو قامت بها حجة.
(بطل الشراء) لاتفاقهما على وقوع العقد للموكل وثبوت كونه بغير إذنه بيمينه واستشكل هذا مع ما مر من وقوع العقد للوكيل إذا اشترى في الذمة على خلاف ما أمر به الموكل وصرح بالسفارة وقد يجاب بحمل ذلك على ما إذا لم يصدقه البائع (وحيث حكم بالشراء للوكيل) ففيما إذا اشترى بالعين وكذبه البائع، إن صدق فالملك للموكل وإلا فللبائع فيستحب أن يرفق الحاكم بهما جميعا ليقول له البائع إن لم يكن موكلك أمرك بشرائها بعشرين فقد بعتكها بها فيقبل والموكل إن كنت أمرتك بشرائها بعشرين فقد بعتكها بها فيقبل وفيما إذا اشترى في الذمة وسماه وكذبه البائع أو لم يسمه إن صدق الوكيل فهي للموكل وإلا فهي للوكيل فحينئذ
(يستحب للقاضي) ومثله المحكم كما هو ظاهر وكذا لمن قدر على ذلك غيرهما فيما يظهر ممن يظن من نفسه أنه لو أمر بذلك لأطيع (أن يرفق بالموكل) أي يتلطف به (ليقول الوكيل) إن كنت أمرتك بشرائها (بعشرين فقد بعتكها بها ويقول هو اشتريت) وإنما ندب له ذلك ليتمكن

الوكيل من التصرف فيها لاعتقاده أنها للموكل و (لتحل له) باطنا إن صدق في أنه أذن له بعشرين واغتفر التعليق المذكور بتقدير صدق الوكيل، أو كذبه للضرورة على أنه تصريح بمقتضى العقد فهو كقوله: إن كان ملكي فقد بعتكه وبعتك إن شئت، ولو نجز البيع صح جزما <ص: 347> وليس إقرارا بما قال الوكيل، لأنه إنما أتى به امتثالا للحاكم للمصلحة وهل يلحق بالحاكم هنا أيضا غيره ممن مر - محل نظر، لأن القرينة فيه أقوى منها في غيره ثم رأيت غير واحد أطلقوا أن بيع البائع أو الموكل للوكيل ليس إقرارا بما قاله ولم يعللوه بذلك فاقتضى أنه لا فرق، وهو متجه، لأن قرينة الاحتياط المقصود من ذلك تخرجه عن الإقرار.

فإن لم يجب البائع ولا الموكل لذلك، أو لم يتلطف به أحد فإن صدق الوكيل فهو كظافر بغير جنس حقه، لأنها للموكل باطنا فعليه للوكيل الثمن، وهو ممتنع من أدائه فله بيعها وأخذ حقه من ثمنها وإن كذب لم يحل له التصرف فيها بشيء إن اشترى بعين مال الموكل، لأنها للبائع لبطلان البيع باطنا فله بيعها من جهة الظفر لتعذر رجوعه على البائع بحلفه فإن كان في الذمة تصرف فيها بما شاء، لأنها ملكه لوقوع الشراء له باطنا

(ولو قال) الوكيل (أتيت بالتصرف المأذون فيه) من بيع، أو غيره (وأنكر الموكل) ذلك (صدق الموكل) بيمينه، لأن الأصل معه فلا يستحق الوكيل الجعل المشروط له على التصرف إلا ببينة، نعم يصدق وكيل بيمينه في قضاء دين ادعاه وصدقه الدائن عليه فيستحق جعلا شرط له (وفي قول الوكيل) لأنه أمينه ولأنه قادر على الإنشاء ومن ثم لو كان ذلك بعد العزل صدق الموكل قطعا

(وقول الوكيل في تلف المال مقبول بيمينه) لأنه أمين كالوديع فيأتي تفصيله الآتي آخر الوديعة ولا ضمان عليه وهذا هو غاية القبول هنا وإلا فنحو الغاصب يقبل قوله فيه بيمينه لكنه يضمن البدل، وكذا الوكيل بعد الجحد، ولو تعدى فأحدث له الموكل استئمانا صار أمينا كالوديع (وكذا) قوله: كسائر الأمناء إلا المرتهن والمستأجر (في الرد) للعوض، أو المعوض على موكله مقبول حيث لم تبطل أمانته، لأنه أخذ العين لنفع الموكل وانتفاعه بجعل <ص: 348> إن كان إنما هو للعمل فيها لا بها نفسها وقضية

إطلاق الشيخين وغيرهما قبوله في ذلك، ولو بعد العزل لكن بحث السبكي كابن الرفعة في المطلب أنه لا يقبل بعده وتأييده بقول القفال لا يقبل قول قيم الوقف في الاستدانة بعد عزله فيه نظر ظاهر، لأن هذا ليس نظير مسألتنا وإنما هو نظير ما مر فيما لو قال الوكيل أتيت بالتصرف المأذون فيه وقد مر أن الوكيل لا يصدق فيه
(وقيل إن كان بجعل، فلا) يقبل قوله في الرد، لأنه أخذ العين لمصلحة نفسه ويرده ما مر وفارق المرتهن بأن تعلقه بالمرهون أقوى لتعلق حقه ببدله عند تلفه والمستأجر بذلك أيضا لتعلق حق استيفائه بالعين وأفتى البلقيني بقبول قوله في الرد، وإن ضمن كما إذا ضمن لشخص مالا على آخر فوكله في قبضه من المضمون عنه فقبضه ببينة، أو اعتراف موكله وادعى رده له، وليس هو مسقطا عن نفسه الدين لما تقرر أن قبضه ثابت وبه يبرآن مع كون موكله هو الذي سلطه على ذلك وكالوكيل فيما ذكر جاب فيقبل دعواه تسليم ما جباه على من استأجره للجباية أما لو بطلت أمانته كأن جحد وكيل بيع قبضه للثمن أو الوكالة فثبت ما جحده ضمنه للموكل لخيانته ولم يقبل قوله في تلف ولا رد للمناقضة، ومن ثم لو كانت صيغة جحده لا يستحق علي شيئا أو نحوه صدق إذ لا مناقضة ومحل ضمانه في الأول إن لم تقم بينة بالتلف قبل الجحد، أو بالرد ولو بعد الجحد وإلا سمعت على المعتمد، لأن المدعي لو صدقه لم يضمن فكذا إقامة الجحة عليه
(ولو ادعى الرد على رسول الموكل وأنكر الرسول صدق الرسول) بيمينه، لأنه لم يأتمنه ومن ثم لزمه الإشهاد عليه كوديع أمره المالك بالدفع لوكيله ووكيل أمره موكله بإيداع ماله عند معين، أو مبهم (ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل على الصحيح) لأنه يدعي الرد على غيره فليثبته عليه <ص: 349> فإن صدقه في الدفع لرسول برئ على الأوجه ولا نظر إلى تفريطه بعدم إشهاده على الرسول
(ولو قال) الوكيل بالبيع (قبضت الثمن) حيث له قبضه (وتلف وأنكر الموكل) قبضه (صدق الموكل إن كان) الاختلاف (قبل تسليم المبيع) لأن الأصل بقاء حقه وعدم القبض (وإلا) بأن كان بعد تسليم المبيع (فالوكيل) هو المصدق (على المذهب) لأن الموكل ينسبه إلى تقصير

وخيانة بتسليمه المبيع قبل القبض والأصل عدمه فإن أذن له في التسليم قبل القبض، أو في القبض بعد الحلول فهو كما قبل التسليم إذ لا خيانة وإذا صدق الوكيل في القبض وحلف برئ المشتري كما صححه جمع متقدمون وهو ظاهر وقال البغوي لا يبرأ واقتصر عليه في الشرح الصغير، لأن الأصل عدم القبض، ولو قال له موكله قبضت الثمن فأنكر صدق وليس للموكل مطالبة المشتري لاعترافه ببراءته بقبض وكيله منه نعم له مطالبة الوكيل بقيمة المبيع إن سلمه لاعترافه بالتعدي بتسليمه قبل القبض

(ولو) أعطاه موكله مالا و (وكله بقضاء دين) عليه به (فقال قضيته وأنكر المستحق) دفعه إليه (صدق المستحق بيمينه)، لأن الأصل عدم القضاء فيحلف <ص: 350> ويطالب الموكل فقط (والأظهر أنه لا يصدق الوكيل على الموكل) فيما قال (إلا ببينة) أو حجة أخرى، لأنه يدفع لمن لم يأتمنه فكان حقه إما الإشهاد عليه، ولو واحدا مستورا، وإما الدفع بحضرة الموكل نظير ما مر آخر الضمان، ومن ثم يأتي هنا ما لو أشهد فغابوا، أو ماتوا من أنه لا رجوع عليه وما لو أدى في غيبة الموكل وصدقه في الدفع من أن الموكل يرجع عليه ويصدق الموكل بيمينه أنه لم يؤد بحضرته ولا عبرة بإنكار وكيل بقبض دين لموكله ادعاه المدين وصدقه الموكل لأنه الحق له

(فرع) في الأنوار لو قال لمدينه اشتر لي عبدا بما في ذمتك ففعل صح للموكل وبرئ المدين، وإن تلف. ا ه. وسيأتي أول الفرع الآتي ما يوافقه، وهو أوجه من قول الأشراف وغيره أنه لا يقع للموكل، لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يتصور كونه وكيلا عن غيره لما فيه من اتحاد القابض والمقبض ويرده ما يأتي في تلك الفروع المتعددة أن القابض منه يصير كأنه وكيل الآذن فإن قلت هل يؤيد الأشراف تضعيفهم قول القفال لو قال لغيره أقرضني خمسة وأدها عن زكاتي صح بابه مبني على شذوذه بتجويزه اتحاد القابض والمقبض قلت: لا، لأن قوله أقرضني منع التقدير الذي أوجب في تلك الفروع كون القابض كأنه وكيل الآذن ولذا صح اشتر لي كذا بكذا، وإن لم يعطه شيئا، لأن تقدير القرض هنا لا مانع منه فعلمنا به على الأصح لا بالهبة الضمنية خلافا لمن زعمها

(وقيم اليتيم) <ص: 351> من جهة القاضي إذ هو المراد بالقيم حيث أطلق وزعم أن المراد به ما يعم به الأب والجد يرده تسميته يتيما إذ هو لا أب له ولا جد والوصي يأتي في بابه فتعين ما مر ومثله ولي المجنون والسفيه (إذا ادعى دفع المال إليه بعد البلوغ) والعقل والرشد (يحتاج إلى بينة على الصحيح) لأنه لم يأتمنه وقبل في الإنفاق اللائق لعسر إقامة البينة عليه والمشهور في الأب والجد كما في المطلب وجزم به ابن الصباغ أنهما كالقيم، وهو متجه، وإن خالفه السبكي فجزم بقبول قولهما وبه صرح الماوردي والإمام وألحق بهما قاض عدل أمين ادعى ذلك زمن قضائه ووجه جزما في الوصي بعدم قبوله وحكايته هذا الخلاف في القيم بأنه في معنى القاضي لا نائبه فكان أقوى من الوصي

(وليس لوكيل ولا مودع) ولا سائر من يقبل قوله في الرد كشريك وعامل قراض (أن يقول بعد طلب المالك لا أرد المال إلا بإشهاد في الأصح) لأنه لا حاجة به إليه مع قبول قوله في الرد وخشية وقوعه في الحلف لا تؤثر، لأنه لا ذم فيه، يعتد به عاجلا ولا آجلا (وللغاصب ومن لا يقبل قوله) من الأمناء كالمرتهن والمستأجر وغيرهم كالمستعير (في الرد) أو الدفع كالمدين (ذلك) أي أن يمسكه للإشهاد ويغتفر له إمساكه هذه اللحظة، وإن كان الخروج عن المعصية واجبا فورا للضرورة، هذا إن كان عليه بينة بالأخذ وإلا فنقلا عن البغوي أي وعليه أكثر المراوزة والماوردي أن له الامتناع، لأنه ربما يرفعه لمالكي يرى الاستفصال ومن ثم جزم به الأصوني كما رجحه الإسنوي واقتضى كلام الشرح الصغير ترجيحه وعن العراقيين أنه ليس له الامتناع وقضية كلامهما ترجيحه وجزم به في الأنوار لتمكنه من أن يقول ليس له عندي شيء ويحلف عليه

(ولو قال رجل) لآخر عليه، أو عنده مال للغير (وكلني المستحق بقبض ماله عندك من دين) استعمال عند في الدين تغليبا بل وحده صحيح كما يعلم مما يأتي في الإقرار (أو عين وصدقه) الذي عنده ذلك (فله دفعه إليه) لأنه محق بزعمه نعم ينبغي أن يحمل ما ذكر في العين على ما إذا ظن إذن المالك له في قبضها بقرينة قوية <ص: 352> حتى لا ينافي قولهم ولا يجوز دفع العين لمدعي وكالة لم يثبتها، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه وحينئذ، فلا

اعـتراض علـى المتـن لظهـور المـراد مـع النظـر لقـولهم المذكور وإذا دفع إليه فأنكر المستحق وحلف أنه لم يوكـل فإن كـان المـدفوع عينـا اسـتردها إن بقيـت وإلا غـرم مـن شاء منهما ولا رجوع للغارم على الآخر، لأنه مظلوم بزعمه قال المتـولي هـذا إن لـم تتلـف بتفريـط القـابض وإلا فـإن غرمه لم يرجع، أو الدافع رجـع، لأن القـابض وكيـل بزعمـه والوكيل يضمن بالتفريط والمستحق ظلمه ومـاله فـي ذمـة القابض فيستوفيه بحقـه، أو دينـا طـالب الـدافع فقـط، لأن القابض فضولي بزعمه وإذا غرم الدافع فإن بقـي المـدفوع عند القابض استرده ظفـرا وإلا فـإن فـرط فيـه غرمـه وإلا فلا (والمـذهب أنـه لا يلزمـه) الـدفع إليـه (إلا ببينـة علـى وكالته) لاحتمال أن الموكل ينكر فيغرمـه فـإن لـم تكـن لـه بينة لم يكن تحليفـه، لأن النكـول كـالإقرار وقـد تقـرر أنـه، وإن صدقه لا يلزمه الدفع إليه
(وإن قال) لمن عليه دين (أحالني) مسـتحقه (عليـك) وقبلـت الحوالة (وصدقه وجب الدفع) إليه (في الأصح) لما يأتي فـي الوارث بخلاف ما لو كذبه وهنا له تحليفه لاحتمـال أن يقـر أو ينكر فيحلف المدعي ويأخذ منه وإذا دفع إليـه ثـم أنكـر الدائن الحوالة وحلف أخذ دينـه ممـن كـان عليـه ولا يرجـع المؤدي على من دفع إليه، لأنه اعترف بالملك إليه
(قلت: وإن قال) لمن عنده عين، أو دين لميـت (أنـا وارثـه) المستغرق كما في الشامل وغيره وكأنهم لـم ينظـروا إلـى أن أنا وارثه صيغة حصر <ص: 353>، لأن ذلك خفي جدا فاندفع ما لابـن العمـاد هنـا، أو وصـيه، أو موصـى لـه بمـا تحت يدك وهو يخرج من الثلث (وصدقه وجـب الـدفع) إليـه (على المذهب والله أعلم) لأنه اعترف له بالملك وأمن مـن التكذيب وبه فارق ما مر في الوكيل
(فرع) قال لمدينه أنفق على اليتيم الفلاني كل يـوم درهمـا من ديني الذي عليك ففعل صح وبرئ على ما قاله بعضهم أخذا مما يأتي في إذن المؤجر للمستأجر في الصـرف فـي العمارة وإذن القاضـي للمالـك فـي هـرب عامـل المسـاقاة والجمال ومما لو اختلع زوجتـه وأذن لهـا فـي إنفـاقه علـى ولدها ومما نقلـه الأذرعـي عـن المـاوردي وغيـره عـن ابـن سريج أنه لو وكل مدينه في شراء كذا من جملة دينه صح وبرئ الوكيل مما دفعه ويوافقه قول القاضي لو أمر مدينه أن يشـتري لـه بـدينه طعامـا ففعـل ودفـع الثمـن وقبـض

الطعام فتلف في يده برئ من الدين فصار كأنه وكيل البائع تقديرا في قبض ما في ذمة مدينه، وإن لم يكن البائع معينا كما لو أمرت زوجها أن يكيل نفقتها ويدفعها للطحان فهو من جهتها كالوكيل، وإن لم يكن معينا.
ومن ثم لو قال أطعم عن كفارتي عشرة أمداد ووصفها جاز وإن لم يعين المساكين ولا ينافي ذلك قولهم لو قال لمدينه أسلم ديني في كذا لم يصح لأنهم ضيقوا في السلم لكونه محض غرر فلم يكتفوا فيه بالقبض الضمني ونحوه من الأمور التقديرية ولك أن تقول هذا كله لا دلالة فيه لما قاله ذلك في البعض، لأن القابض في مسألتنا ليس أهلا للقبض إذ اليتيم صغير لا أب له ويؤيد ذلك قول ابن الرفعة في مسألة العمارة وكأنهم جعلوا القابض من المستأجر وإن لم يكن معينا كالوكيل عن الآخر وكالة ضمنية وقول القاضي وصار كأنه وكيل البائع إلى آخره وقوله: إن الطحان صار من جهتها كالوكيل فالوجه في مسألة اليتيم أن المدين لا يبرأ، لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح، وفي الروضة لو وكل عمرو رجلا في قبض دينه من زيد فقال زيد: له خذ هذا، أو اقض به دين عمرو، أو ادفعه إليه صار وكيلا لزيد. ا ه.
وفرع القاضي على كونه وكيلا لزيد أنه لو قال لعمرو وعند إعطائه احفظ لي هذا فتلف عند عمرو وكان من ضمان زيد وبحث القمولي أنه من ضمان الدافع لعمرو والأزرق أنه من ضمان عمرو ويؤيد الدفع لعمرو <ص: 354> لا في استحفاظه فكان به متعديا قول الأنوار لو دفع دينارا لآخر ليدفعه لغريمه فدفعه إليه وقال احفظه لي فهلك عنده كان من ضمان الدافع لا الغريم نعم إن اعترف عمرو أن المال لغير دافعه ضمنه أيضا والقرار عليه كما هو ظاهر لانتفاء كون الواضع غره حينئذ.

كتاب الإقرار

هو لغة الإثبات من قر ثبت، وشرعا إخبار خاص عن حق سابق على المخبر فإن كان له على غيره فدعوى، أو لغيره على غيره فشهادة أما العام عن محسوس فهو الرواية وعن حكم شرعي فهو الفتوى وأصله قبل الإجماع: قوله تعالى {شهداء لله ولو على أنفسكم} قال المفسرون شهادة المرء على نفسه هي الإقرار وخبر الشيخين {: اغد

يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها} وأركانه أربعة مقر ومقر له وبه وصيغة إنما (يصح) الإقرار (من مطلق التصرف) أي المكلف الرشيد كالإمام في مال بيت المال، أو السفيه الملحق به، ولو بجناية وقعت منه حال صباه أو جنونه وسيعلم من آخر الباب اشتراط أن لا يكذبه الحس ولا الشرع ومما يأتي <ص: 355> قريبا اشتراط الاختيار، ولو أقر بشيء وأنه مختار فيه لم تقبل بينته بأنه كان مكرها إلا إن ثبت أنه كان مكرها حتى على إقراره بأنه مختار كما يأتي ومر أن طلب البيع إقرار بالملك والعارية والإجارة إقرار بملك المنفعة لكن تعيينها إلى المقر كما هو ظاهر
(إقرار الصبي) وإن راهق وأذن له وليه (والمجنون) والمغمى عليه وكل من زال عقله بما يعذر به (لاغ) لسقوط أقوالهم قيل الأولى التفريع بالفاء. ا ه. وفيه نظر إذ لا حصر فيما قبله ومفهوم المجرور ضعيف
(فإن ادعى) الصبي أو الصبية (البلوغ بالاحتلام) أي نزول المني يقظة، أو نوما والصبية البلوغ بالحيض (مع الإمكان) بأن بلغ تسع سنين قمرية تقريبا (صدق) لأنه لا يعرف إلا من جهته ولا ينافيه إمكان البينة على الحيض، لأنه مع ذلك عسر كما يأتي (ولا يحلف) إن خوصم، لأنه إن صدق لم يحتج إلى يمين وإلا فالصبي لا يحلف وإنما توقف عليها إعطاء غاز ادعى الاحتلام قبل انقضاء الحرب فأنكره أمير الجيش، لأنه لا يلزم من تحليفه المحذور السابق وإثبات اسم ولد مرتزق طلبه احتياطا لمال الغنيمة ولأنه لا خصم هنا يعترف بعدم صحة يمينه وإذا لم يحلف فبلغ مبلغا يقطع ببلوغه لم يحلف لانتهاء الخصومة بقبول قوله أولا، فلا ننقضه (وإن ادعاه بالسن طولب ببينة) وإن كان غريبا لا يعرف لسهولة إقامتها في الجملة ويشترط فيه إذا تعرضت للسن أن تبينه للاختلاف فيه <ص: 356> نعم لا يبعد الإطلاق من فقيه موافق للحاكم في مذهبه، لأن هذا ظاهر لا اشتباه ولا خلاف فيه عندنا وبه يفرق بين هذا ونظائره الآتية في الدعاوي وهي رجلان نعم إن شهد أربع نسوة بولادته يوم كذا قبلن وثبت بهن السن تبعا كما هو ظاهر وخرج بالاحتلام والسن ما لو ادعاه وأطلق فيستفسر كما رجحه الأذرعي فإن تعذر استفساره اتجه العمل بأصل الصبا وقد يعارض ما رجحه قول الأنوار لو شهدا ببلوغه

ولم يعينا نوعه قبلا إلا أن يفرق بأن عدالتهما مع خبرتهما إذ لا بد منها قاضية بأنهما تحققا أحد نوعيه قبل الشهادة به وإنما يتجه بعض الاتجاه إن كانا فقيهين موافقين لمذهب الحكم في البلوغ ومع ذلك القياس أنه لا بد من استفسارهما ويفرق بين هذا وما قدمته في السن بأن الإيهام هنا أقوى

(والسفيه والمفلس سبق حكم إقرارهما) في بابيهما (ويقبل إقرار) المفلس بالنكاح والمكاتب مطلقا و (الرقيق بموجب) بكسر الجيم (عقوبة) كزنا وقود وشرب خمر وسرقة بالنسبة للقطع لبعد التهمة فيه، لأن النفوس مجبولة على النفرة من المؤلم ما أمكنها، ولو عفا عن القود على مال تعلق برقبته، وإن كذبه السيد <ص: 357>، لأنه وقع تبعا

(ولو أقر) مأذون له في التجارة، أو غيره (بدين جناية لا يوجب عقوبة) أي حدا، أو قودا كجناية خطأ، أو غصب وإتلاف أو أوجبتها كسرقة، وإن زعم أن المسروق باق في يده، أو يد سيده (فكذبه السيد) في ذلك، أو سكت (تعلق بذمته دون رقبته) للتهمة فيتبع به إذا عتق أما إذا صدقه، وليس مرهونا ولا جانيا فيتعلق برقبته ويباع فيه إلا أن يفديه السيد بالأقل من المال وقيمته ولا يتبع ما بقي بعد العتق، لأن التعلق إذا وقع بالرقبة انحصر فيها

(وإن أقر بدين معاملة) وهو ما وجب برضا مستحقه (لم يقبل على السيد) وإن صدقه (إن لم يكن مأذونا له في التجارة) بل يتعلق بذمته يتبع به إذا عتق لتقصير معاملة (ويقبل) إقراره بدين التجارة (إن كان) مأذونا له فيها لقدرته على الإنشاء ومن ثم لو حجز عليه لم يقبل، وإن أضافه لزمن الإذن لعجزه عن الإنشاء حينئذ وإنما صح إقرار المفلس على الغرماء لبقاء ما يبقى لهم في ذمته والعبد لو قبل فإن حق السيد بالكلية أما ما لا يتعلق بالتجارة كالقرض، فلا يقبل منه واستشكل بأنه قد اقترض لنفسه فهو فاسد، أو للتجارة بإذن سيده فينبغي أن يؤدي منه، لأنه مال تجارة ويرد بأن السيد منكر والقرض <ص: 358> ليس من لوازم التجارة التي يضطر إليها التاجر فلم يقبل إقراره به على السيد، ولو أطلق الدين لم يقبل أيضا أي إلا إن استفسر وفسر بالتجارة (ويؤدي) ما لزمه بنحو شراء صحيح لا فاسد، لأن الإذن لا يتناوله (من كسبه وما في يده) لما مر في بابه وإقرار مبعض بالنسبة لبعضه

القن كالقن فيما مر ولبعضه الحر كالحر فيما مر نعم ملزم ذمته في بعضه الرقيق لا يؤخر للعتق، لأن له هنا ما لا بخلافه فيما مر
(ويصح إقرار المريض مرض الموت لأجنبي) بعين، أو دين فيخرج من رأس المال إجماعا على ما قيل نعم للوارث تحليفه على الاستحقاق فيما يظهر خلافا للقفال ويؤيد ما ذكرته قولهم تتوجه اليمين في كل دعوى لو أقر بمطلوبها لزمته وما يأتي في الوارث وكون التهمة فيه أقوى لا ينافي توجه اليمين (وكذا) يصح إقراره (لوارث) حال الموت بمال ومنه إقرارها بقبض صداقها وإقرار من لا يرثه إلا بيت المال لمسلم، ولو أقر له بنحو هبة مع قبض في الصحة قبل فإن لم يقل في الصحة، أو قال في عين عرف أنها ملكه هذه ملك لوارثي نزل على حالة المرض كما يأتي (على المذهب) وإن كذبه بقية الورثة، أو بعضهم انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر فالظاهر صدقه واختار جمع عدم قبوله إن اتهم لفساد الزمان، بل قد تقطع القرائن بكذبه قال الأذرعي، فلا ينبغي لمن يخشى الله أن يقضي، أو يفتي بالصحة ولا شك فيه <ص: 359> إذا علم أن قصده الحرمان وقد صرح جمع بالحرمة حينئذ وأنه لا يحل للمقر له أخذه ولبقية الورثة تحليفه أنه أقر له بحق لازم يلزمه الإقرار به فإن نكل حلفوا وقاسموه ولا تسقط اليمين بإسقاطهم كما صرح به جمع فلهم طلبها بعد ذلك ويصح إقراره لوارثه بنحو نكاح، أو عقوبة جزما وإن أفضى إلى مال، وفي الجواهر هنا فيما لو كان لمريض دين على وارثه ضمن به أجنبي فأقر بقبضه من الوارث وعكسه ما هو مبني على ضعيف، وهو عدم صحة الإقرار للوارث فظنه بعضهم مبنيا على الصحيح فاعترضه بما ليس في محله
(ولو أقر في صحته بدين) لشخص (وفي مرضه) بدين (لآخر لم يقدم الأول) بل هما سواء كما لو ثبتا ببينة وكما لو ضمن بعد موته بحفر تعدى به وعليه دين لآخر
(ولو أقر في صحته، أو مرضه) بدين لشخص (وأقر وارثه بعد موته) بدين (لآخر لم يقدم الأول في الأصح) لأنه خليفة مورثه، ولو أقر في مرضه بدين لزيد ثم بعين لعمرو ومات ولا مال له غيرها سلمت لعمرو

(ولا يصح إقرار مكره) بغير حق على الإقرار بأن ضرب ليقر كسائر تصرفاته أما مكره على الصدق كأن ضرب ليصدق في قضية اتهم فيها فيصح حال الضرب وبعده على إشكال قوي فيه لا سيما إن علم أنهم لا يرفعون الضرب عنه إلا بأخذت مثلا. وغاية ما وجهوا به ذلك أن الصدق لم ينحصر في الإقرار لكن أطال جمع في رده قال ابن عبد السلام في فتاويه، ولو ادعى أنه باع كذا مثلا مكرها لم تسمع دعوى الإكراه <ص: 360> والشهادة به إلا مفصلة وإذا فصلا وكان قد أقر في كتاب التبايع بالطواعية لم تسمع دعواه حتى تقوم بينة بأنه أكره على الإقرار بالطواعية. ا ه. وإذا فصل دعوى الإكراه صدق فيها إن ثبتت قرينة تدل عليه كحبس بدار ظالم لا على نحو دين وكتقييد وتوكل به قال القفال ويسن أن لا يشهد حيث دلت قرينة على الإكراه فإن شهد كتب صورة الحال لينتفع المكره بذكر القرينة وأخذ السبكي من كلام الجرجاني حرمة الشهادة على مقيد، أو محبوس وبه جزم العلائي فقال إن ظهرت قرائن الإكراه ثم أقر لم تجز الشهادة عليه والأوجه أنه عند ظهور تلك القرائن تقبل دعواه الإكراه سواء أكان الإقرار للظالم المكره، أو لغيره الحامل للظالم على الإكراه وتقدم بينة الإكراه على بينة اختيار، لم تقل كان مكرها وزال إكراهه ثم أقر

(ويشترط في المقر له) تعيينه بحيث تمكن مطالبته كما يشير إليه قوله: لحمل هند كعلي مال لأحد هؤلاء العشرة بخلاف الواحد من البلد علي ألف إلا إن كانوا محصورين فيما يظهر، ولو قال واحد منهم أنا المراد ولي عليك ألف صدق المقر بيمينه فإن كان قال لأحدهم علي ألف فلكل الدعوى عليه وتحليفه فإن حلف لتسعة فهل تنحصر الألف في العاشر فيأخذه بلا يمين، أو يحلف له أيضا لاحتمال كذبه في حلفه للذي قبله كل محتمل ثم رأيتهم قالوا في إن كان هذا الطائر غرابا فنسائي طوالق وإلا فعبدي حر وأشكل لو أنكر الحنث في يمين أحدهما كان اعترافا به في الآخر فقوله: لم أحنث في يمين العبد كقوله: حنثت في يمين النسوة وعكسه وهذا ظاهر في ترجيح الأول. ولو أقر بعين لمجهول كعندي مال لا أعرف مالكه لواحد من أهل البلد نزع منه أي نزعه منه ناظر بيت المال لأنه إقرار بمال ضائع وهو لبيت المال ويظهر أن محله ما لم يدع،

أو تقم قرينة على أنه لقطة ولو كان بيده ثلث في عين وآخر سدسها وآخر نصفها فأقر بحصته لهما أو قال العين لهما دوني قسمت حصة بينهما نصفين كما هو ظاهر حذرا من الترجيح بلا مرجح وكون أحدهما له أكثر من الآخر لا يصلح للترجيح نعم إن قال أردت التوزيع عليها بحسب حصتهما قبل لاحتماله ولذي السدس <ص: 361> تحليفه إن لم يصدقه و (أهلية استحقاق المقر به) حسا، أو شرعا، لأن الإقرار بدونه كذب (فلو قال) له علي الألف الذي في هذا الكيس، وليس فيه شيء، أو (لهذه الدابة علي كذا) وأطلق (فلغو). أما الأول فواضح ويفرق بينه وبين ألف في هذا ولا شيء فيه بأن الاقتصار على له علي ألف مستعمل فكان قوله في هذا ولا شيء فيه متمحضا للرفع فألغي بخلاف الاقتصار على له علي الألف غير مستعمل حيث لا عهد فوقع قوله: الذي في الكيس بيانا لا رافعا ومن ثم اتجه أنه لا فرق هنا بين ذكر الذي وحذفه ثم رأيت شيخنا نقل فرقا هذا أوضح منه كما يعرف بتأملهما ثم هذا في نحوي ظاهر، وأما جريانه في عامي صرف فبعيد والذي يتجه استفساره والعمل بإرادته فإن تعذر لم يعمل به لاحتماله ولا قرينة، بل قرينة أصل البراءة تؤيد الإلغاء، وأما الثاني فلاستحالة ملكها واستحقاقها ومن ثم لو كانت مسبلة بنحو وصية، أو وقف صح لإمكانه (فإن قال) علي لهذه الدابة (بسببها لمالكها) كذا (وجب) لإمكانه وسببيتها لإتلاف بعضها، أو استيفاء منفعتها ويحمل مالكها في كلامه على مالكها حال الإقرار، لأنه الظاهر فإن أراد غيره قبل كما لو صرح به، ولو لم يقل لمالكها لم يحمل على مالكها حالا بل يستفسر ويعمل بتفسيره فإن مات قبله رجع فيه لوارثه <ص: 362> فيما يظهر، وليس في هذا إبهام المقر له، لأنه لما ربط إقراره بمعين هو هذه الدابة صار المقر له معلوما تبعا فاكتفى به بخلاف ما مر في رجل من أهل هذه البلد لأنها، وإن عينت ليست سببا للاستحقاق فلم تصلح للاستتباع، ولو أقر بعين، أو دين لحربي ثم استرق، أو بعد الرق وأسنده لحالة الحرابة كما هو ظاهر لم يكن المقر به لسيده أي بل يوقف فإن عتق فله وإن مات قنا فهو فيء (وإن قال لحمل هذا كذا) علي، أو عندي (بإرث) من نحو أبيه (أو وصية) له (لزمه) لإمكانه والخصم في ذلك ولي الحمل إذا وضع نعم إن

انفصل لأكثر من أربع سنين من حين الاستحقاق مطلقا أو لستة أشهر فأكثر من حين ذلك وهي فراش لم يستحق نظير ما يأتي في الوصية له
(وإن أسنده إلى جهة لا تمكن في حقه) كله علي ألف أقرضنيه (فلغو) ذلك الإسناد لاستحالته دون الإقرار، لأنه وقع صحيحا فلا يبطل ما عقبه به، وكله علي ألف من ثمن خمر أما لو قال باعني كذا بألف فالإقرار نفسه هو اللغو كباعني خمرا بألف وبهذا التفصيل الذي ذكرته يجمع بين إطلاق جمع إلغاء الإقرار، وهو صريح كلام الروضة والمتن وآخرين إلغاء الإسناد وصحة الإقرار وأطالوا في الانتصار له وتوهيم ما في الروضة والمتن على أنه يمكن توجيه ما فيهما بإطلاقه بأن قرينة حال المقر له ملغية للإقرار له لولا تقدير احتمال بعيد وتقديره: إنما يحسن عند الإطلاق دون التقييد بجهة مستحيلة بخلاف ألف من ثمن خمر فإنه لا قرينة في المقر له تلغيه فعمل به وأسقط منه المبطل وهذا معنى ظاهر يصح الاستمساك به <ص: 363> في الفرق فتغليظ المصنف في فهمه من كلام المحرر أن الإقرار هو اللغو ليس في محله فتأمله. ومن المستحيل شرعا أن يقر لقن عقب عتقه بدين، أو عين ويظهر أن محله في غير من علمت حرابته وملكه قبل لما مر فيه بخلاف من احتمل فيه ذلك لندرته فإن قلت: يأتي الحمل على الممكن وإن ندر وهذا ينافي عدهم ما ذكر مستحيلا شرعا قلت يفرق بأنه هنا قام مانع بالمقر له حالة الإقرار من صحة وقوع الملك له بكل وجه فعدوه مستحيلا نظرا لذلك وثم لم يقم به مانع حالة الإقرار كذلك فنظروا لإمكان ملكه، وإن ندر وأن يثبت له دين بنحو صداق أو خلع، أو جناية فيقر به لغيره عقب ثبوته لعدم احتمال جريان ناقل حينئذ كما يأتي ومن ذلك أيضا أن يقر عقب إرثه لآخر بما يخصه
(وإن أطلق) الإقرار له ولم يسنده إلى شيء (صح في الأظهر) ويحمل على ما يمكن في حقه، وإن ندر كوصية أو إرث حملا لكلام المكلف على الصحة ما أمكن هذا إن انفصل حيا وإلا استفسر فإن مات ولم يستفسر بطل الإقرار ويفرق بينه <ص: 364> وبين ما قدمته بأنه ثم ذكر السبب الملزم بخلافه هنا أما إذا أسنده لممكن بعد

الإقرار، ولو على التراخي فيصح جزما كما لو أقر لطفل وأطلق، وهو لنحو مسجد كهو لحمل
(وإن كذب المقر له) بعين، أو دين ووارثه (المقر) في أصل الإقرار بطل لكن في حقه فقط و (ترك المال في يده) في صورة العين ولم يطالب بالدين في صورته (في الأصح) لأن يده تشعر بالملك ظاهرا والإقرار الطارئ عارضه إنكار المقر له فسقط، ومن ثم كان المعتمد أن يده تبقى عليه يد ملك لا مجرد استحفاظ وبحث الزركشي حرمة وطئه لإقراره بتحريمه عليه قال: بل ينبغي تحريم جميع التصرفات حتى يرجع ويرد بأن التعارض المذكور أوجب له العمل بدوام الملك ظاهرا فقط، وأما باطنا فالمدار فيه على صدقه وعدمه، ولو ظنا وحينئذ، فلا يصح ما ذكره بإطلاقه (فإن رجع المقر في حال تكذيبه) مصدر مضاف للمفعول (وقال غلطت) أو تعمدت الكذب (قبل قوله في الأصح) بناء على الأصح السابق أن إقراره بطل أما على مقابله، فلا يقبل، أما رجوع المقر له، أو إقامة بينة به، فلا يقبل منه حتى يصدقه ثانيا لأن نفيه عن نفسه بطريق المطابقة ونفي المقر بطريق الالتزام فكان أضعف
<ص: 365>

(فصل) في الصيغة، وشرطها لفظ أو كتابة، ولو من ناطق أو إشارة أخرس تشعر بالالتزام بحق فحينئذ (قوله: لزيد) علي ألف فيما أظن، أو أحسب لغو، أو فيما أعلم أو أشهد صحيح وقوله: ليس لك علي شيء ولكن لك علي ألف درهم لم يجب ما بعد لكن لمناقضة ما قبلها لها وقد يستشكل بأن المعنى ليس لك علي إلا ألف درهم ويجاب بأن التناقض في تلك أظهر وقوله لامرأة ألم أتزوجك أمس أو أليس قد تزوجتك أمس فقالت: بلى ثم جحدت لم يكن ما قاله إقرارا منه على الأصح، بل هو استفهام وقوله: لزيد (كذا صيغة إقرار) لأن اللام للملك ثم إن كان ذلك معينا كلزيد هذا الثوب، أو خذ به فإن كان بيده حال الإقرار أو انتقل إليه لزمه تسليمه لزيد، أو غيره كله ثوب، أو ألف اشترط أن ينضم إليه شيء مما يأتي كعندي، أو علي، لأنه مجرد خبر لا يقتضي لزوم شيء للمخبر ولهذا التفصيل ذكر كونه صيغة ولم يذكر اللزوم به نعم إن وصل به ما يخرجه عن الإقرار كله علي كذا بعد موتي، أو إن

فعل كذا لم يلزمه شيء كما بحثه الأذرعي والثانية مأخوذة مما يأتي في نحو إن شاء الله أنه ليس من تعقيب الإقرار بما يرفعه (وقوله: علي وفي) هي بمعنى، أو كالتي بعدها (ذمتي كل) على انفرادها (للدين) الملتزم في الذمة لأنه المتبادر منه عرفا فإن أراد العين قبل في علي فقط لإمكانه أي على حفظها (ومعي) ولدي (وعندي) <ص: 366> كل على انفرادها (للعين) لذلك ويحمل على أدنى المراتب وهو الوديعة فيقبل قوله بيمينه في الرد والتلف وقبلي بكسر أوله صالح لهما كما رجحاه واعترضا بنص الأم أنه كعلي أي فينصرف عند الإطلاق للدين
(ولو قال لي عليك ألف) أو اقض الألف الذي لي عليك فقال لا يلزمني تسليمها اليوم لم يكن مقرا، لأن الإقرار لا يثبت بالمفهوم أي لضعف دلالته فيما المطلوب فيه اليقين، أو الظن الغالب، وهو الإقرار وبهذا يندفع قول التاج السبكي مضعفا له وهذا يقوله من يقصر المفاهيم على أقوال الشارع ووجه اندفاعه أنه يأتي على الأصح المقرر في الأصول أن المفهوم يعمل به في غير أقوال الشارع لما قررته أن الإقرار خرج عن ذلك لاختصاصه بمزيد احتياط ومن ثم أطلق الشافعي أنه إنما يؤخذ فيه باليقين ولا يستعمل الغلبة لكن مراده ما قررته أن الظن القوي ملحق فيه باليقين كما صرحوا به في أكثر مسائله ويؤيد ما ذكرته قولهم لو قال لي عليك ألف فقال ليس لك علي أكثر من ألف لم يلزمه شيء، لأن نفي الزائد عليه لا يوجب إثباته ولا إثبات ما دونه، ولو قال لزيد علي أكثر مما لك بفتح اللام لم يكن إقرارا لواحد منهما بخلاف ما لو كسرها فإنه إقرار لزيد فإن قلت يؤيد ما قاله التاج قول الروضة لو قال أقرضتك كذا فقال ما أقرضتك غيره كان إقرارا به. ا ه. فهذا فيه ثبوت الإقرار بالمفهوم قلت: لا يؤيده، لأن هذا في قوة ما اقترضت إلا هو، ومفهوم هذه الصيغة وهو ثبوت اقتراضه أعلى المفاهيم، بل قال جمع كثيرون إنه صريح فلا يقاس به مفهوم الظرف المختلف في حجيته فإن قلت: سيأتي قولهم لأن المفهوم من هذه الألفاظ عرفا الإقرار وهذا صريح في العمل فيه بالمفهوم قلت: وهذا لا يرد علينا <ص: 367> لأنه في ألفاظ اطرد العرف في استعمالها مرادا منها ذلك وهذا لا شك في العمل به وكلامنا في مفهوم لفظ لم يطرد العرف في

قصده منه، ولو قال له أحد تينك الصيغتين (فقال) مع مائة، أو (زن، أو خذ أو زنه، أو خذه، أو اختم عليه، أو اجعله في كيسك) أو هو صحاح، أو مكسرة (فليس بإقرار) لأنه ليس بالتزام وإنما يذكر في معرض الاستهزاء وكذا مهما قلت عندي
(ولو قال) في جواب لي عليك ألف (بلى، أو نعم، أو صدقت)، أو أجل، أو جير، أو إي بالكسر (أو أبرأتني منه) أو أبرئني منه (أو قضيته) أو قضيت نظير ما يأتي في أقضي غدا (أو أنا مقر به) أو لا أنكر ما تدعيه (فهو إقرار) لأن الستة الأول موضوعة للتصديق نعم لو اقترن بواحد مما ذكر قرينة استهزاء كإيراد كلامه بنحو ضحك وهز رأس مما يدل على التعجب والإنكار أي وثبت ذلك كما هو ظاهر لم يكن به مقرا على أحد احتمالين للرافعي والمصنف وميلهما إليه. لكن رجح الإسنوي وغيره أنه لا فرق لضعف القرينة لا لكونه تعقيبا للإقرار بما يرفعه، لأن القرينة هنا مقارنة، فلا رفع فيها و لأن دعوى الإبراء أو القضاء اعتراف بالأصل، ولو حذف منه لم يكن إقرارا لاحتماله الإبراء من الدعوى وهو لغو وكذا أقر أنه أبرأني منه، أو استوفاه مني كما أفتى به القفال وهي حيلة لدعوى البراءة مع السلامة من الالتزام وألحق به أبرأتني من هذه الدعوى و لأن الضمير في به يعود للتلف المدعى به وحينئذ لا يحتاج إلى أن يقول لك وبه أجاب السبكي عن قول الرافعي يحتمل إذا حذف لك أنه مقر به لغيره، ولو سأل القاضي المدعى عليه عن جواب الدعوى فقال عندي كان إقرارا قاله السبكي، ولو قال إن شهدا علي بكذا صدقتهما، أو قالا ذلك فهو عندي، أو صدقتهما لم يكن إقرارا لأنه لم يجزم ولأن الواقع لا يعلق بخلاف فهما صادقان <ص: 368> لأنهما لا يكونان صادقين إلا إن كان عليه المدعى به الآن فيلزمه، ولو قال فهما عدلان فيما شهدا به فالذي يظهر أنه كقوله: فهما صادقان، لأنه بمعناه بخلاف ما لو اقتصر على فهما عدلان، ولو قال شهد عليه هو عدل، أو صادق لم يكن إقرارا حتى يقول فيما شهد به، ولو ادعى عليه بعين فقال صالحني عما كان لك علي كان إقرارا بمبهم فيطالب ببيانه وفارق كان ذلك عندي أو علي ألف بأنه لما لم يقع جوابا عن شيء كان باللغو أشبه، ولو ادعى عليه ألفا فأنكر فقال اشتر هذا مني

بالألف الذي ادعيته كان إقرارا به كبعني بخلاف صالحني عنه به إذ ليس من ضرورة الصلح كونه بيعا حتى يكون ثم ثمن بخلاف الشراء
(ولو قال أنا مقر) ولم يقل به (أو أنا أقر به فليس بإقرار) لصدق الأول بإقراره ببطلانه أو بالتوحيد ولاحتمال الثاني للوعد بالإقرار في ثاني الحال
(ولو قال أليس لي عليك كذا فقال بلى، أو نعم فإقرار، وفي نعم وجه) إذ هي لغة تصديق للنفي المستفهم عنه بخلاف بلى فإنها رد له ونفي النفي إثبات، ومن ثم جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما في آية {ألست} لو قالوا: نعم كفروا، وردوا هذا الوجه بأن الأقارير ونحوها محمولة على العرف المتبادر من اللفظ لا على دقائق العربية وبه يعلم أنه لا فرق بين النحوي وغيره خلافا لمن فرق لكنه يشكل بالفرق بينهما في أنت طالق أن دخلت بفتح الهمزة وقد يفرق بأن المتبادر هنا حتى عند النحوي عدم الفرق لخفائه على كثير من النحاة بخلافه ثم ولعدم الفرق هنا نظر الزركشي في قول ابن عبد السلام لو لقن العربي كلمات غريبة لا يعرف معناها لم يؤاخذ بها، لأنه <ص: 369> لما لم يعرف مدلولها يستحيل عليه قصدها ويرد بأن لهذا اللفظ عرفا يفهمه العامي أيضا، وكلام ابن عبد السلام في لفظ لا يعرفه العامي أصلا لكن الأوجه أن العامي الذي يخالطنا يقبل منه دعوى الجهل بمدلول أكثر ألفاظ الفقهاء بخلاف المخالط لنا لا يقبل إلا في الخفي الذي لا عرف له يصرفه إليه، ولو تعارضت بينتا إقرار زيد وإبراء غريمه فإن علم تأخر أحدهما فالحكم له وإلا، فلا شيء
(ولو قال اقض الألف الذي لي عليك) أو لي عليك ألف، أو أليس لي عليك ألف، أو أخبرت أن لي عليك ألفا (فقال نعم) أو جير، أو بلى، أو إي (أو أقضي غدا أو أمهلني يوما) أو أمهلني، وإن لم يقل يوما ويؤخذ منه أنه لا يشترط ذكر غدا بعد أقضي (أو حتى أقعد أو أفتح الكيس، أو أجد) أي المفتاح، أو الدراهم مثلا (فإقرار في الأصح) حيث لا استهزاء أخذا مما مر، لأنه المفهوم من هذه الألفاظ عرفا.
(تنبيه) ظاهر كلامهم، أو صريحه أنه لا يشترط نحو ضمير، أو خطاب في أقضي، أو أمهلني ويشكل عليه اشتراطه

في أبرأتني وأبرئني، أو أنا مقر، ومن ثم قال الإسنوي في أقضي: لا بد من نحو ضمير لاحتماله للمذكور وغيره على السواء. ا ه. ولك أن تقول هم لم يغفلوا عن ذلك بل أشاروا للجواب بأن المفهوم من هذه الألفاظ عرفا ما ذكروه فيها ويؤيد ذلك أن الوعد بالقضاء وطلب الإمهال لا يتبادر منهما إلا الاعتراف وطلب الرفق بخلافه في أبرأتني، لأنه يحتمل احتمالا قريبا أنه مخبر عن إبرائه من الدعوى عليه بالباطل وأبرئني بالأمر، لأنه يستعمل عرفا للاحتياط كثيرا ألا ترى إلى قولهم يسن لنحو مريد سفر طلب الإبراء والاستحلال من كل من بينه وبينه معاملة وأنا مقر، لأنه يستعمل كثيرا للإقرار بالوحدانية ونحوها
(فرع) قال الزبيلي لو قال اكتبوا لزيد علي ألف درهم لم يكن إقرارا، لأنه إنما أمر بالكتابة فقط ويوافقه قول جمع متقدمين لو قال اشهدوا علي بكذا، أو بما في هذا الكتاب لم يكن إقرارا، لأنه ليس فيه إلا الإذن بالشهادة عليه ولا تعرض فيه للإقرار بالمكتوب أي مثلا قالوا بخلاف أشهدكم مضافا لنفسه. ا ه. وفي الفرق بين أشهدكم واشهدوا علي نظر ظاهر ثم رأيت كلام الغزالي صريحا في أن اشهدوا علي بكذا إقرار أيضا وعبارة فتاويه لو قال اشهدوا علي أني وقفت جميع أملاكي وذكر مصرفها ولم يحدد شيئا منها صارت جميع أملاكه التي يصح وقفها وقفا ولا يضر جهل الشهود بحدودها ولا سكوته عنها ومهما شهدوا بهذا اللفظ ثبت الوقف انتهت فهي صريحة كما ترى في الصحة مع قوله: اشهدوا علي إلى آخره ووافقه على ذلك أبو بكر الشاشي وأقرهما في التوسط ولا يعارضه قول فتاوى البغوي لو قال: المواضع التي أثبت أساميها وحدودها في هذا ملك لفلان وكان الشاهد لا يعرف حدودها ثبت الإقرار ولم تجز الشهادة عليها أي بحدودها <ص: 370> وأما على تلفظه بالإقرار بالشهادة فالشهادة جائزة كما يصرح به قوله: ثبت الإقرار وبحث الصلاح أنه لو وجد ذلك أي اشهدوا علي ممن عرف استعماله في الإقرار كان إقرارا وأفتى السبكي بأن قوله: ما نزل في دفتري صحيح يعمل به فيما علم أنه به حالة الإقرار ويوقف ما حدث بعده، أو شك فيه قال غيره، وفي وقف ما علم حدوثه نظر. ا ه. وهو ظاهر.

(تنبيه) مما يرد على الأولين الزبيلي والذين بعده قولهم لو قال أقر له عني بألف له علي كان إقرارا جزما فهذا ليس فيه إلا الأمر بما ذكر وقد علمت أنهم جزموا بلزوم الألف له عملا بقوله: له علي مع كونه وقع تابعا فهو نظير قوله: اشهدوا علي بألف له علي فإن قلت: هل يمكن الفرق بأنه لما صرح هنا بأنه إنما أمر بما ذكر عنه كان ذلك متضمنا للالتزام ومانعا من احتمال ما يخدش فيه بخلاف مجرد اشهدوا بألف له علي فإنه لم يوجد فيه ما يتضمن ذلك قلت يمكن لكنه خفي فكان ما ذكروه من اللزوم ثم القطع به في تلك المسألة قاضيا على أولئك بضعف ما سلكوه فتأمله، ولو قال لي عليك عشرة دنانير فقال صدق له علي عشرة قراريط لزمه كل منهما لكن القراريط مجهولة.

(فصل) فيما يتعلق بالركن الرابع، وهو المقر به (يشترط في المقر به) أن يكون مما تجوز المطالبة به و (أن لا يكون ملكا للمقر) حين يقر، لأن الإقرار ليس إزالة عن الملك وإنما هو إخبار عن كونه ملكا للمقر له (فلو قال داري أو ثوبي) أو داري التي اشتريتها لنفسي لزيد ولم يرد الإقرار (أو ديني الذي على زيد لعمرو فهو لغو) لأن الإضافة إليه تقتضي الملك له فتنافي إقراره به لغيره فحمل على الوعد بالهبة ومن ثم صح مسكني، أو ملبوسي له إذ قد يسكن ويلبس غير ملكه ويتردد النظر في قوله: داري التي أسكنها، لأن ذكر هذا الوصف قرينة على أنه لم يرد بالإضافة الملك أما إذا أراد الإقرار بما ذكر فيصح كما قاله البغوي وقول الأنوار لا أثر للإرادة هنا يشكل بقوله أيضا في الدار التي ورثتها من أبي لفلان إنه إقرار إن أراده إذ لا فرق بين اشتريتها مثلا وورثتها ويوجد ذلك بأن إرادته الإقرار بذلك تبين أن مراده الشراء والإرث <ص: 371> في الظاهر دون الحقيقة وفيه أيضا جميع ما عرف لي لفلان صحيح ولو قال الدين الذي كتبته، أو باسمي على زيد لعمرو صح إذ لا منافاة أيضا، أو الدين الذي لي على زيد لعمرو لم يصح إلا إن قال واسمي في الكتاب عارية وكذا إن أراد الإقرار فيما يظهر أخذا مما مر ومر أن دين المهر ونحو المتعة والخلع وأرش الجناية والحكومة لا يصح الإقرار بها عقب ثبوتها وعليه يحمل قول البغوي

محل صحة الإقرار فيما مر إذا لم يعلم أنه للمقر إذ لا يجوز الملك بالكذ
(ولو قال هذا لفلان وكان ملكي إلى أن أقررت) به (فأول كلامه إقرار وآخره لغو) <ص: 372> فيطرح آخره فقط لاستقلاله ومن ثم صح أيضا هذا ملكي هذا لفلان، أو هذا لي وكان ملك زيد إلى أن أقرر، لأنه إقرار بعد إنكار، أو عكسه ولم تصح هذه التي هي ملكي لفلان وإنما لم يقبل قول شاهد تناقض كأن حكى ما ذكر، وإن أمكن الجمع فيه، لأنه يحتاط للشهادة ما لا يحتاط للإقرار (وليكن المقر به) من الأعيان (في يد المقر) حسا، أو حكما (ليسلم بالإقرار للمقر له) لأنه مع عدم كونه بيده مدع، أو شاهد بغير لفظهما وأفهم المتن أن هذا شرط للتسليم لا لصحة الإقرار فيصح حتى إذا صار في يده عمل به كما يأتي ويستثنى ما لو باع القاضي مال غائب فقدم وادعى تصرفا قبله فيقبل وما لو باع <ص: 373> بشرط الخيار فادعاه رجل فأقر البائع في مدة الخيار بأنه ملك المدعي فيصح إقراره وينفسخ البيع، لأن له فسخه وما لو وهب لولده عينا ثم أقبضه إياها ثم أقر بها لآخر فيقبل على ما في البيان لكن بناه الأذرعي على ضعيف أن الرجوع يحمل بمجرد التصرف (فلو أقر ولم يكن في يده ثم صار) في يده (عمل بمقتضى الإقرار) لوجود شرط العمل به فيسلم للمقر له حالا
(تنبيه) يؤخذ من المتن وغيره صحة ما أجبت به في ممر مستطيل إلى بيوت، أو مجرى ماء كذلك إلى أراض لا يقبل قسمة فأقر بعض الشركاء لآخر بحق فيه من صحة الإقرار ووقف الأمر لتعذر تسليم المقر به، لأن يد الشركاء حائلة فإن صار بيد المقر ما يمكنه به تسليم الحق المقر به وأخذ به وإلا، فلا ولا قيمة هنا للحيلولة، لأن الشرط أن تكون من المقر وهي هنا من غيره لتعذر القسمة والمرور في حق الغير
(فلو أقر بحرية عبد) معين (في يد غيره)، أو شهد بها (ثم اشتراه) لنفسه أو ملكه بوجه آخر أو استأجره وخص الشراء، لأنه الذي يترتب عليه جميع الأحكام الآتية (حكم بحريته) بعد انقضاء مدة خيار البائع ورفعت يد المشتري عنه وتسمية الحر في زعم المقر عبدا باعتبار ظاهر الاسترقاق، أو باعتبار ما كان، أو باعتبار مدلوله العام، أو

ما اشتراه بطريق الوكالة، فلا يؤثر، لأن الأصح أن الملك يقع ابتداء للموكل (ثم إن كان قال) في إقراره (هو حر الأصل)، أو أعتقه مالكه قبل شراء البائع (فشراؤه افتداء) من جهة المشتري، لأن اعترافه بحريته مانع من جعله بيعا من جهته وبيعه بيع من جهة البائع تثبت فيه أحكامه وكان سكوته هنا عن ذلك لاختصاص الخلاف بالثانية لكن صرح في المطلب بأن الخلاف ثم يأتي هنا أيضا ولا يرد على المتن <ص: 374>، لأنه قد لا يرتضيه (وإن قال أعتقه) البائع وإنما يسترقه ظلما (فافتداء من جهته) أي المشتري لذلك (وبيع من جهة البائع على المذهب) فيهما عند السبكي، أو في البائع فقط عند الإسنوي بناء على اعتقاده (فيثبت فيه الخياران) أي المجلس والشرط وكذا خيار عيب الثمن (للبائع فقط دون المشتري) لما تقرر أنه افتداء من جهته ومن ثم لا يرده بعيب ولا أرش له بخلاف البائع إذ لو رد الثمن المعين بعيب جاز له استرداد العبد بخلاف رده بعد عتق المشتري في غير ذلك لاتفاقهما على عتقه ثم، ولو أقر بأن ما في يد زيد مغصوب صح شراؤه منه لأنه قد يقصد استنقاذه <ص: 375> (ويصح الإقرار بالمجهول) إجماعا، لأن الإخبار عن الحق السابق يقع مجملا ومفصلا وأراد به ما يعم المبهم كأحد العبدين (فإذا قال) ما يدعيه فلان في تركتي فهو حق عينه الوارث، أو (له علي شيء قبل تفسيره بكل ما يتمول، وإن قل) كفلس لصدق الاسم فإن امتنع من التفسير، أو نوزع فيه فسيأتي قريبا وضبط الإمام ما يتمول بمال يسد مسدا أو يقع موقعا يحصل به جلب نفع، أو دفع ضرر ونظر فيه الأذرعي ويرد بأن المراد بالأول ما له قيمة عرفا، وإن قلت جدا كفلس والحاصل أن كل متمول مال ولا ينعكس كحبة بر وقولهم في البيع لا يعد مالا أي متمولا (ولو فسره بما لا يتمول لكنه من جنسه كحبة حنطة، أو بما) أي بنجس (يحل اقتناؤه ككلب معلم) لصيد، أو حراسة، أو قابل للتعليم وميتة لمضطر (وسرجين) وهو الزبل وحق شفعة وحد قذف ووديعة (قبل في الأصح)، لأنه شيء ويحرم أخذه ويجب رده وخرج بعلي في ذمتي، فلا يقبل فيه بنحو حبة حنطة وكلب قطعا لأنه لا يثبت فيها

(فرع) قال له هذه الدار وما فيها صح واستحق جميع ما فيها وقت الإقرار فإن اختلفا في شيء أهو بها وقته صدق

المقر وعلى المقر له البينة أخذا من قول الروضة لو أقر له بجميع ما في يده، أو ينسب إليه صح وصدق المقر إذا تنازعا في شيء أكان بيده حينئذ وقضيته أنه لو اختلف وارث المقر والمقر له صدق وارث المقر، لأنه خليفة مورثه فيحلف على نفي العلم بوجود ذلك فيها حالة الإقرار، أو نحو ذلك ولا يقنع منه بحلفه أنه لا يستحق فيها شيئا وبه أفتى ابن الصلاح، وهو أوجه من قول القاضي يصدق المقر له قال ابن الصلاح <ص: 376> ولو كان للمقر زوجة ساكنة معه في الدار قبل قولها في نصف الأعيان بيمينها لأن اليد لهما على جميع ما فيها صلح لأحدهما فقط أو لكليهما

(ولا يقبل بما لا يقتنى كخنزير وكلب لا نفع فيه) بوجه حالا ولا مآلا وخمر غير محترمة، لأن علي تقتضي ثبوت حق وهذا لا حق ولا اختصاص وبحث السبكي قبول تفسيره بخنزير وخمر إذا أقر لذمي، لأنه يقر عليهما إذا لم يظهرهما ويجب ردهما له قال لكنهم أطلقوا هنا عدم القبول ولم يفرقوا بين مسلم وذمي واعترض بما فيه نظر والأوجه ما بحثه ومن ثم اعتمده الإسنوي وغيره، وفي عندي شيء وغصبت منه شيئا يصح تفسيره بما لا يقتنى إذ ليس في لفظه ما يشعر بالتزام حق ومن ثم لم يقبل بنحو عيادة وحد قذف واستشكل الغصب بأنه الاستيلاء الآتي وهذا غير مال ولا حق وقد يجاب بأنه لغة وعرفا يشمل ذلك فصح التفسير به

(ولا) يقبل أيضا (بعيادة) لمريض (ورد سلام) لبعده عن الفهم <ص: 377> في معرض الإقرار إذ لا مطالبة بهما ويقبل بهما في له علي حق، لأن الحق قد شاع استعماله في ذلك ككل ما لا يطالب به عرفا وشرعا فقد عدهما صلى الله عليه وسلم من حق المسلم على المسلم والشيء الأعم من الحق هو الشيء المطلق لا الشيء المقر به أي، لأنه صار خاصا بقرينة علي قاله السبكي ردا لاستشكال الرافعي الفرق بين الحق والشيء مع كون الشيء أعم فكيف يقبل في تفسير الأخص ما لا يقبل في تفسير الأعم واعترض الفرق بأن الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يستعمل ظواهر الألفاظ وحقائقها في الإقرار، بل قال أصل ما أبني عليه الإقرار أن ألزم اليقين وأطرح

الشك ولا أستعمل الغلبة وهذا صريح في أنه لا يقدم الحقيقة على المجاز ولا الظاهر على المؤول في هذا الباب. ا ه. وليس صريحا في ذلك، بل ولا ظاهرا فيه كيف وعموم هذا النفي الناشئ عن فهم أن المراد باليقين هنا ما انتفت عنه الاحتمالات العشرة المقررة في الأصول يقتضي أن لا يوجد إقرار يعمل به إلا نادرا ولا يتوهم هذا ذو لب، ومن سبر فروع الباب علم أن مراده باليقين الظن القوي وبقوله: ولا أستعمل الغلبة أي حيث عارضها ما هو أقوى منها وحينئذ اتجه فرق السبكي
(ولو أقر بمال، أو بمال عظيم، أو كبير، أو كثير) أو نفيس، أو أكثر من مال زيد المشهور بالمال الكثير كان مبهما جنسا وقدرا وصفة فمن ثم (قبل) بناء على الأصح السابق <ص: 378> في علي شيء (تفسيره بما قل منه) أي المال وإن لم يتمول كحبة بر وقمع باذنجانة أي صالح للأكل وإلا فهو ليس بمال ولا من جنسه، لأن الأصل براءة الذمة فيما فوقه ووصفه بنحو العظم يحتمل أنه بالنسبة لتيقن حله أو لشحيح، أو لكفر مستحله وعقاب غاصبه وثواب باذله لنحو مضطر، ولو قال له علي مثل ما في يد زيد أو مثل ما علي لزيد كان مبهما جنسا ونوعا لا قدرا، فلا يقبل بأقل من ذلك عددا، لأن المثلية لا تحتمل ما مر لتبادر الاستواء عددا منها (وكذا) يقبل تفسيره (بالمستولدة في الأصح) لصحة إيجارها ووجوب قيمتها إذا تلفت ولأنها تسمى مالا وبه فارقت الموقوف، لأنه لا يسماه (لا بكلب وجلد ميتة) وسائر النجاسات لأنها لا تسمى مالا (وقوله: له) عندي أو علي (كذا كقوله) له (شيء) بجامع الإبهام فيهما فيقبل تفسير هذا بما يقبل به تفسير ذاك مما مر وكذا في الأصل مركبة من كاف التشبيه واسم الإشارة ثم نقل عن ذلك وصار يكنى به عن المبهم من العدد وغيره (وقوله: شيء شيء، أو كذا كذا كما لو لم يكرر) ما لم يرد الاستئناف، لأنه ظاهر في التأكيد (ولو قال شيء وشيء، أو كذا وكذا) ويظهر أن مثل الواو هنا ما يأتي (وجب شيئان) متفقان أو مختلفان لاقتضاء العطف المغايرة وصحيح السبكي في كذا درهما، بل كذا أنه إقرار بشيء واحد ويلزمه مثل ذلك في كذا درهما وكذا، وهو بعيد من كلامهم إذ تفسير أحد المبهمين لا يقتضي اتحادهما، ولو مع بل الانتقالية أو الإضرابية <ص: 379> وإنما المقتضي

للاتحاد نفس بل لما يأتي فيها فقوله: درهما موهم أنه سبب الاتحاد، وليس كذلك
(ولو قال) له عندي (كذا درهما) بالنصب تمييزا لإبهام كذا (أو رفع الدرهم) بدلا، أو عطف بيان كما قاله الإسنوي وقول السبكي له لحن بعيد، وإن سبقه إليه ابن مالك فقال: تجويز الفقهاء للرفع خطأ، لأنه لم يسمع من لسانهم وكأنه بناه على عدم النقل السابق في كذا وحينئذ يتجه ما قالاه أما مع ملاحظة النقل فلا وجه له، بل هو مبتدأ ودرهم بيان، أو بدل وله خبر وعندي ظرف له وقيل درهم مبتدأ وله خبر وكذا حال (أو جره) لحنا عند البصريين، أو سكنه وقفا (لزمه درهم) ولا نظر للحن، لأنه لا يؤثر هنا وقيل علي نحوي في النصب عشرون، لأنها أقل عدد مفرد يميز بمفرد منصوب ورد بأنه يلزم عليه مائة في الجر، لأنها أقل عدد يجر مميزه ولا قائل به وقول جمع يجب في الجر بعض درهم إذ التقدير كذا من درهم مردود، وإن نسب للأكثرين بأن كذا إنما تقع على الآحاد دون كسورها (والمذهب أنه لو قال) له علي (كذا وكذا) أو ثم كذا، أو فكذا وأراد العطف بالفاء لما يأتي فيها مع الفرق بينهما وبين بل (درهما بالنصب وجب درهمان) لأنه عقب مبهمين بمميز فكان الظاهر أنه تفسير لكل منهما واحتمال التأكيد يمنعه العاطف ولأن التمييز وصف في المعنى، وهو يعود لكل ما تقدمه كما يأتي في الوقف، ولو زاد في التكرير فكما في نظيره الآتي (و) المذهب (أنه لو رفع، أو جر) <ص: 380> الدرهم، أو سكنه (فدرهم) أما الرفع فلأنه خبر عن المبهمين أي هما درهم كذا قيل وفيه نظر إذ يلزمه عدم المطابقة قبل عدم الصحة إذا كان العطف بثم، أو الفاء، لأنه يلزم عليه حينئذ وجوب درهمين وكذا يلزم هذا على جعله خبرا صناعة، لأن عدم المطابقة يستدعي أن يقدر أن درهما خبر عن أحدهما وخبر الآخر محذوف فيلزم وجوب درهمين فالوجه أنه بدل، أو بيان لهما والخبر الظرف نظير ما مر آنفا وأما الجر فلأنه، وإن امتنع ولم يظهر له معنى عند جمهور النحاة لكنه يفهم منه عرفا أنه تفسير لجملة ما سبق فحمل على الضم، وأما السكون فواضح (ولو حذف الواو فدرهم في الأحوال) كلها لاحتمال التأكيد حينئذ

(ولو قال ألف ودرهم قبل تفسير الألف بغير الدراهم) من المال اتحد جنسه، أو اختلف، لأنه مبهم والعطف إنما يفيد زيادة عدد لا تفسيرا كألف وثوب قال القاضي: ولو قال ألف ودرهم فضة وجب الكل فضة، وهو واضح ما لم يجرها بإضافة درهم إليها ويبقى تنوين ألف، بل الذي يتجه حينئذ بقاء الألف على إبهامها، ولو قال ألف وقفيز حنطة بالنصب لم يعد للألف إذ لا يقال ألف حنطة ولو قال ألف درهما، أو ألف درهم بالإضافة فواضح، وإن <ص: 381> رفعهما ونونهما، أو نون الأول فقط فله تفسير الألف بما لا تنقص قيمته عن درهم فكأنه قال ألف مما قيمة الألف منه درهم (ولو قال خمسة وعشرون درهما) أو ألف ومائة وخمسة وعشرون درهما (فالجميع دراهم على الصحيح) لأن لفظ الدرهم لما لم يجب به عدد زائد تمحض لتفسير الكل ولأن التمييز كالوصف، وهو يعود للكل كما مر، وفي نحو خمسة عشر درهما يجب الكل دراهم جزما. وقضية التعليل أنه لو رفع الدرهم، أو جره لم يكن كذلك نعم بحث أنه كما ذكر في ألف درهم منونين مرفوعين فيلزمه ما عدده العدد المذكور وقيمته درهم وعن ابن الوردي أنه يلزمه في اثني عشر درهما وسدسا أي ولا نية له، سبعة دراهم لأنهما تمييزان لكل من الاثني عشر فيكون كل مميزا لنصف الاثني عشر المبهمة حذرا من الترجيح من غير مرجح ونصفها دراهم ستة وأسداسا درهم، أو درهما وربعا فسبعة ونصف، أو وثلثا فثمانية، أو ونصفا فتسعة لنظير ما تقرر من أن نصف المبهم بعدد ذلك الكسر فإن قال أردت أن جملة ذلك العدد <ص: 382> يساوي درهما وسدس درهم صدق بيمينه لاحتماله وكذا الباقي، أو اثني عشر سدسا صدق بالأولى، لأنه غلظ على نفسه مع احتمال لفظه له كذا قيل وفي تعليله نظر، بل لا يحتمله لفظه بوجه فالذي يتجه أنه كما لو أطلق فتلزمه السبعة لما علم مما تقرر أنها مدلول اللفظ ما لم يصرف عنه لمعنى يحتمله ويؤخذ من تعليله للاثني عشر بما ذكر أنه فيما عداها من المركب المزجي كثلاثة عشر درهما وسدسا يلزمه خمسة عشر وسدس، لأن المركب هنا في حكم المفرد وقد ميزه بأنه جميعه دراهم كذا وأسداسا كذا فلزمه ما ذكر

(ولو قال الدراهم التي أقررت بها ناقصة الوزن فإن كانت دراهم البلد) الذي أقر به (تامة الوزن) <ص: 383> بأن كان كل منها ستة دوانق (فالصحيح قبوله إن ذكره متصلا) بالإقرار، لأنه في المعنى بمثابة الاستثناء وحينئذ يرجع لتفسيره في قدر الناقص فإن تعذر بيانه نزل على أقل الدراهم (ومنعه إن فصله عن الإقرار) وكذبه المقر له فيلزمه دراهم تامة، لأن اللفظ وعرف البلد يمنعان ما يقوله (وإن كانت) دراهم البلد (ناقصة قبل) قوله (إن وصله) بالإقرار، لأن اللفظ أي من حيث الاتصال والعرف يصدقانه (وكذا إن فصله) عنه (في النص) عملا بخلاف البلد كما في المعاملة ويجري ذلك على الأوجه في بلد زاد وزنهم على درهم الإسلام فإذا قال أردته قبل إن وصله لا إن فصله

(والتفسير بالمغشوشة كهو بالناقصة) فإن الدرهم عند الإطلاق محمول على الفضة الخالصة وما فيها من الغش ينقصها فكانت كالناقصة في تفصيلها المذكور وبحث جمع قبول التفسير بالفلوس، وإن فصل في بلد يتعاملون بها فيه ولا يعرفون غيرها ولو تعذرت مراجعته حمل على دراهم البلد الغالبة على المنقول المعتمد ويجري ذلك في الكيل مثلا كما هو ظاهر فلو أقر له بإردب بر وبمحل الإقرار مكاييل مختلفة ولا غالب فيها تعين أقلها ما لم يختص المقر به بمكيال منها فيحمل عليه لا على غيره الأنقص منه إلا إن وصله، وفي العقود يحمل على الغالب المختص من تلك المكاييل كالنقد ما لم يختلفا في تعيين غيره فإنهما حينئذ يتحالفان ويصدق الغاصب والمتلف بيمينه في قدر كيل ما غصبه، أو أتلفه، ولو فسر الدراهم بغير سكة البلد، أو بجنس رديء قبل مطلقا لو فارق الناقص <ص: 384> بأن فيه رفع بعض ما أقر به بخلافه هنا وإنما انعقد البيع بنقد البلد، لأن الغالب في المعاملة قصد ما يروج في البلد والإقرار إخبار بحق سابق وبه يعلم أن الأشرفي إذا أطلق ينصرف هنا للذهب ولا يعتبر فيه عرف البلد لما مر في البيع أنه موضوع للذهب أصالة فلم يؤثر فيه العرف هنا وإن أثر فيه ثم لما تقرر ويأتي قريبا لذلك مزيد

(ولو قال) له (علي من درهم إلى عشرة لزمه تسعة في الأصح) كما مر في الضمان بتوجيهه وفارق بعتك من هذا

الجدار إلى هذا الجدار فإنه لا يدخل المبدأ أيضا بأن هذا من غير الجنس بخلاف الأول وقضيته أنه لو قال في الأرض من هذا الموضع إلى هذا الموضع دخل المبدأ، لأنه من الجنس، والظاهر خلافه ويفرق بأن هذا من المساحات الحسية وهي لا تشمل شيئا من حدودها لاستقلالها بإيراد العقد عليها من غير محوج إلى دخول حدودها بخلاف المبدأ هنا فإنه ليس كذلك وما بعده مترتب عليه فيلزم دخوله، ولو قال ما بين درهم وعشرة <ص: 385> أو إلى عشرة لزمه ثمانية وقال شارح والحكم هنا، وفي الطلاق واليمين والنذر والوصية واحد. ا ه. وما ذكره في الطلاق غلط صريح والذي في أصل الروضة أنه لو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث طلقت ثلاثا وفرقوا بينه وبين المذكورات بأن عدده محصور فالظاهر قصد استيفائه بخلاف غيره

(وإن قال) له (علي درهم في عشرة) أو درهم في دينار (فإن أراد المعية لزمه أحد عشر) أو الدرهم والدينار، لأن في تأتي بمعنى مع كادخلوا في أمم أي معهم واستشكله الإسنوي وغيره بشيئين أحدهما جزمهم في درهم مع درهم بأنه يلزمه درهم لاحتمال أن يريد مع درهم لي فمع نيته أولى وأجاب البلقيني بأن فرض ما ذكر أنه لم يرد الظرف، بل المعية فوجب أحد عشر وفرض درهم مع درهم أنه أطلق، وهو محتمل الظرف أي مع درهم لي فلم يجب إلا واحد فالمسألتان على حد سواء وفيه تكليف ينافيه ظاهر كلامهم في الثاني أنه يلزمه الدرهم مطلقا أي ما لم ينو مع درهم يلزمني كما هو ظاهر وأجاب غيره بأن نية المعية تجعل في عشر بمعنى وعشرة بدليل تقديرهم جاء زيد وعمرو بمع عمرو بخلاف لفظة مع فإن غايتها المصاحبة وهي تصدق بمصاحبة درهم للمقر وفيه نظر وتكلف وليست الواو بمعنى مع بل تحتملها وغيرها وقد يجاب بأن مع درهم صريح في المصاحبة الصادقة بدرهم له ولغيره فليس فيها تصريح بلزوم الدرهم الثاني، بل ولا إشارة إليه فلم يجب فيها إلا واحد، وأما في عشرة فهو صريح في الظرفية المقتضية للزوم واحد فقط فنية مع بها قرينة ظاهرة على أنه لم يرد ما يراد بمع درهم <ص: 386>، لأنه يرادفها، بل ضم العشرة إلى الدرهم فوجب الأحد عشر والحاصل أن الدرهم لازم فيهما والدرهم الثاني في مع درهم لم تقم قرينة على لزومه والعشرة قامت

قرينة على لزومها إذ لولا أن نية المعية تفيد معنى زائدا على الظرفية التي هي صريح اللفظ لما أخرجه عن مدلوله الصريح إلى غيره فتأمله.
ثانيهما ينبغي أن العشرة مبهمة كالألف، في ألف ودرهم بالأولى وأجاب الزركشي بأن العطف في هذه يقتضي مغايرة الألف للدراهم فبقيت على إبهامها بخلافه في درهم في عشرة وأجاب غيره بأن العشرة هنا عطفت تقديرا على مبين فتخصصت به إذ الأصل مشاركة المعطوف للمعطوف عليه وثم عطف المبين على الألف فلم يخصصها وفيه نظر إذ قضيته أنه في ألف درهم وعشرة تكون العشرة دراهم وكلامهم يأباه فالذي يتجه الفرق بأن في الظرفية المقترنة بنية المعية إشعارا بالتجانس والاتحاد لاجتماع أمرين كل منهما مقرب لذلك بخلاف ألف ودرهم فإن فيه مجرد العطف، وهو لا يقتضي بمفرده صرف المعطوف عليه عن إبهامه الذي هو مدلول لفظه ثم رأيت السبكي أجاب بأن المراد بنية مع بذلك أنه أراد مع عشرة دراهم له وجرى عليه غير واحد وعليه، فلا يرد شيء من الإشكالين ولا يحتاج لشيء من تلك الأجوبة، وهو ظاهر لولا أن ظاهر كلامهم، أو صريحه أنه لم يرد إلا مجرد معنى مع عشرة فعليه يرد الإشكالان ويحتاج إلى الجواب عنهما بما ذكر (أو) أراد (الحساب) وعرفه (فعشرة) لأنه موجبه (وإلا) يرد المعية في الأول بل أراد الظرفية، أو أطلق ولا الحساب في الثاني أو أراده ولم يعرف معناه (فدرهم) لأنه اليقين.

(فصل) في بيان أنواع من الإقرار في بيان الاستثناء (قال له عندي سيف في غمد) بكسر المعجمة وهو غلافه (أو ثوب في صندوق) أو ثمرة على شجرة أو زيت في جرة (لا يلزمه الظرف) لأنه مغاير للمظروف والإقرار يعتمد اليقين وهكذا كل ظرف ومظروف ولا يدخل أحدهما في الآخر، ولذا قال (أو) له عندي (غمد فيه سيف أو صندوق فيه ثوب) أو خاتم فيه فص أو أمة في بطنها حمل أو شجرة عليها ثمرة <ص: 387> (لزمه الظرف وحده) لما ذكر (أو عبد) عليه ثوب أو (على رأسه عمامة لم يلزمه) الثوب ولا (العمامة على الصحيح) لأن الالتزام لم يتناولها، ولو قال خاتم ثم عين ما فيه فص، وقال لم أرد الفص

لم يقبل منه لأنه يتناوله وفارق ما مر لقرينة الوصف الموقع في الشك أو أمة وعين حاملا، وقال لم أرد الحمل قبل لأنها لا تتناوله مع أن المطلوب هنا اليقين ومن ثم قالوا كل ما دخل في مطلق البيع دخل هنا وما لا فلا إلا الثمرة غير المؤبرة والحمل والجدار فيدخل، ثم لأن المدار فيه على العرف لا هنا (أو دابة بسرجها أو ثوب مطرز) بالتشديد (لزمه الجميع) لأن الباء بمعنى مع نحو اهبط بسلام أي معه والطراز جزء من الثوب باعتبار لفظه، وإن كان في الواقع مركبا عليه وبحث ابن الرفعة أن عليه طرازا كذلك وخالفه غيره وهو متجه إذ هو كعليه ثوب ومع سرجها كبسرجها كما علم بالأولى ويفرق بينه وبين مع درهم بأنه لا قرينة ثم على لزوم الثاني وهنا قرينة على لزومه وهو إضافته إليها (ولو قال) ابن مثلا حائز لزيد (في ميراث أبي ألف فهو إقرار على أبيه بدين) لإضافة الألف إلى جميع التركة المضافة إلى الأب دونه وهذا ظاهر في تعلق المال بجميعها وضعا تعلقا يمنعه من تمام التصرف فيها ولا يكون كذلك إلا الدين فاندفع بالتعلق بالجميع احتمال الوصية لأنها إنما تتعلق بالثلث واحتمال نحو الرهن عن دين الغير، ووجه اندفاع هذا أن الرهن <ص: 388> عن دين الغير لا يتصور عمومه لها من حيث الوضع وبقولي وضعا فارق هذا قوله له في هذا العبد ألف فإنه يقبل تفسيره منه بنحو جناية أو رهن، ووجه الفرق ما تقرر أن كلام الوارث هنا ظاهر في التعلق بجميع التركة من حيث ذاتها لا بالنظر لزيادة ما ذكر عليها أو نقصه عنه وذلك لا يوجد إلا في الدين بخلاف نحو الجناية والرهن فإنه إنما يتعلق في الموجود بقدره منه وحينئذ فلا نظر هنا إلى تفسيره بما يعم الميراث ولا، ثم إلى تفسيره بما يخص البعض كله في هؤلاء ألف وفسر بجناية أحدهم (ولو قال له) في ميراثي كما هو ظاهر أو (في ميراثي من أبي) ألف أو نصفه ولم يرد الإقرار ولا أتى بنحو علي (فهو وعد هبة) أي أن يهبه ألفا لأنه أضاف الميراث لنفسه وهو يقتضي عرفا عدم تعلق دين به وما لها يتعذر الإقرار به لغيره كما في مالي لزيد فجعل جزء له منه لا يتصور إلا بالهبة وبحث ابن الرفعة أن محل هذا إذا كانت التركة دراهم وإلا فهو كله في هذا العبد ألف فيعمل بتفسيره. قال الإسنوي وفي كلام الرافعي ما يشير إليه أما غير

الحائز إذا كذبه البقية فيغرم في الأولى قدر حصته فقط. وأما لو أراد الإقرار في الثانية أو أتى بنحو علي فهو إقرار بكل حال كما في الشرح الصغير <ص: 389> ولو أقر في الأولى بجزء شائع صح وحمل على وصية قبلها وأجيزت إن زادت على الثلث ولا ينصرف للدين لأنه لا يتعلق ببعض التركة بل بكلها ذكره الإسنوي ومن تبعه وهو أوجه من تفصيل السبكي بين النصف فيكون وعد هبة والثلث فيكون إقرارا بوصية به ويظهر في قوله حظي من تركة أبي صيرتها لفلان إنه صحيح لاحتماله الصيرورة الصحيحة بنذر أو نحوه.

(ولو قال له علي درهم درهم لزمه درهم) واحد وإن كرره ألوفا في مجالس لاحتماله التأكيد مع عدم ما يصرفه عنه وأخذ من هذا رد ما يأتي في الطلاق مع رده أيضا من تقييد إفادة التأكيد بثلاث فأقل (فإن قال ودرهم لزمه درهمان) لمكان الواو ومثلها، ثم، وكذا الفاء إن أراد العطف ويفرق بينها وبين ثم بأن ثم لمحض العطف والفاء كثيرا ما تستعمل للتفريع وتزيين اللفظ ومقترنة بجزاء حذف شرطه أي فتفرع على ذلك درهم يلزمني له أو إن أردت معرفة ما يلزمني بهذا الإقرار فهو درهم فتعين القصد فيها كما هو شأن سائر المشتركات وفرق بغير ذلك لكن ضعفه الرافعي وإنما وقع طلقتان في نظير ذلك لأنه إنشاء وهو أقوى مع تعلقه بالإبضاع المبنية على الاحتياط ويظهر في بل أنه لا بد فيها من قصد الاستئناف وإن جرد إرادة العطف بها لا يلحقها بالفاء لأنها مع قصد العطف لا تنافي قولهم فيها لا يلزم معها إلا واحد لأنه ربما قصد الاستدراك فتذكر أنه لا حاجة إليه فيعيد الأول (ولو قال درهم ودرهم ودرهم لزمه بالأولين درهمان) لمكان الواو كما مر.

(وأما الثالث فإن أراد به تأكيد الثاني) بعاطفة (لم يجب به شيء) كالطلاق خلافا لمن زعم بينهما فرقا (وإن نوى الاستئناف لزمه ثالث، وكذا إن نوى تأكيد الأول) بالثلث لمنع الفصل والعاطف منه (أو أطلق في الأصح) لأن العطف ظاهر في التغاير وفي درهم ودرهم ثم درهم يجب ثلاثة بكل حال لتعذر التأكيد هنا (ومتى أقر بمبهم كشيء وثوب) وجعل بعضهم منهم الأشرفي قال لأنه موضوع عرفا لقدر معلوم من الذهب والفضة فهو مجمل فيرجع في تفسير للمقر، ثم لوارثه وهذا قد ينافيه قوله في محل

آخر أنه موضوع لضرب مخصوص من <ص: 390> الذهب فيحمل في البيع وغيره عليه ا ه وقد يقال وضعه لمقدار معلوم من الذهب هو الأصل فيه. وأما استعماله فيما يعم الفضة أيضا فهو اصطلاح حادث وقاعدتهم في الإقرار أنه لا يقبل إلا إن وصله به لا إن فصله، نعم الغالب الآن أنه لا يستعمل إلا في مقدار معلوم من الفضة فينبغي عند الإطلاق في محل اطرد فيه هذا الاستعمال حمله عليه لأنه المتبادر منه، وكذا الدينار على نظير ما مر في الفلوس. وأما البيع فمنوط بغالب نقد محله فليرجع فيه لمصطلح أهله (وطولب بالبيان) لما أبهمه ولم تمكن معرفته من غيره (فإن امتنع منه فالصحيح أنه يحبس) لامتناعه من واجب عليه فإن مات قبل البيان طولب وارثه ووقف جميع التركة، ولو في نحو شيء وإن قبل تفسيره بغير المال كما مر احتياطا لحق الغير وسمعت هنا الدعوى بالمجهول والشهادة به للضرورة إذ لا يتوصل لمعرفته إلا بسماعها، ومن ثم لو أمكن معرفة المجهول من غيره كأن أحاله على معروف كزنة هذه من كذا أو ما باع به فلان فرسه أو ذكر ما يمكن استخراجه بالحساب، وإن دق لم يسمعا ولم يحبس (ولو بين) المقر إقراره المبهم تبيينا صحيحا (وكذبه المقر له) في ذلك (فليبين) المقر له جنس الحق وقدره وصفته (وليدع) به إن شاء (والقول قول المقر في نفيه) أي ما ادعاه المقر له ثم إن ادعى بزائد على المبين من جنسه كأن بين بمائة وادعى بمائتين فإن صدقه على إرادة المائة ثبتت وحلف المقر على نفي الزيادة وإن قال بل أردت المائتين حلف أنه لم يردهما وأنه لا يلزمه الأمانة فإن نكل حلف أنه يستحقهما لا أنه أرادهما <ص: 391> لأن الإقرار لا يثبت حقا وإنما هو إخبار عن حق سابق وبه فارق حلف الزوجة أن زوجها أراد الطلاق بالكتابة لأنه إنشاء يثبت الطلاق أو من غير جنسه كأن بين بمائة درهم فادعى بمائة دينار فإن صدقه على إرادة الدراهم أو كذبه في إرادتها، وقال إنما أردت الدنانير فإن وافقه على أن الدراهم عليه ثبتت لاتفاقهما عليها وإلا بطل الإقرار بها وكان مدعيا للدنانير فيحلف المقر على نفيها، وكذا على نفي إرادتها في صورة التكذيب.

(ولو أقر بألف، ثم أقر له بألف)، ولو (في يوم آخر لزمه ألف فقط)، وإن كتب بكل وثيقة محكوما بها لأنه لا يلزم

من تعدد الخبر تعدد المخبر عنه قيل هذا ينقض قاعدة أن النكرة إذا أعيدت كانت غير الأولى ويرد بأن هذا مع كونه مختلفا فيه لم يشتهر ولم يطرد إذ كثيرا ما تعاد وهي عين كما هو مقرر في محله ومنه {وهو الذي في السماء إله وفي الأرض إله} فلم يعمل بقضيتها لذلك فلا نقض ولا تخالف.
(ولو اختلف القدر) كأن أقر في يوم بألف وفي آخر قبله أو بعده بخمسمائة (دخل الأقل في الأكثر) إذ يحتمل أنه ذكر بعض ما أقر به (ولو وصفهما بصفتين مختلفتين) تأكيد كمائة صحاح في مجلس ومائة مكسرة في آخر (أو أسندهما إلى جهتين) كثمن مبيع مرة وبدل قرض أخرى (أو قال قبضت) منه (يوم السبت عشرة، ثم قال قبضت) منه (يوم الأحد عشرة لزما) أي القدر أن في الصور الثلاث لتعذر اتحادهما، ومن ثم لو أطلق مرة وقيد أخرى حمل المطلق على المقيد ولم يلزمه غيره (ولو قال) له علي من ثمن خمر مثلا ألف لم يلزمه شيء قطعا أو (له علي ألف من ثمن خمر أو كلب) مثلا (أو ألف قضيته لزمه الألف)، ولو جاهلا (في الأظهر) إلغاء الآخر لفظه الرافع لما أثبته فأشبه علي ألف لا تلزمني <ص: 392> نعم إن قال كان من نحو خمر وظننته يلزمني حلف المقر له على نفيه رجاء أن ينكل فيحلف المقر فلا يلزمه شيء وبحث جمع في مالكي يعتقد بيع الكلب وحنفي يعتقد بيع النبيذ أنه لو رفع لشافعي،، وقد أقر كذلك لا يلزمه لأنه لم يقصد حكم رفع الإقرار فلم يكن مكذبا لنفسه وفيه نظر ظاهر لقولهم العبرة بعقيدة الحاكم لا الخصم، ولو أشهد أنه سيقر بما ليس عليه فأقر أن عليه لفلان كذا ألزمه ولم ينفعه ذلك الإشهاد، ولو قال كان له علي ألف قضيته فلغو لأنه لم يقر بشيء حالا <ص: 393> ومر في شرح أو قضيته ما له تعلق بذلك، ولو قال له علي ألف أو لا بسكون الواو فلغو للشك، ولو شهدا عليه بألف درهم وأطلقا قبلا ولم ينظر لقوله إنها من ثمن خمر ولا يجاب لتحليف المدعي وللحاكم استفسارهما عن الوجه لزم به الألف فإن امتنعا لم يؤثر في شهادتهما فيما يظهر كما يعلم مما يأتي بقيده في الشهادات في بحث المنتقبة وغيرها.
(ولو قال) له علي ألف أخذته أنا وفلان لزمه الألف لأنه من تعقيب الإقرار بما يرفعه ولا ينافيه قولهم لو قال

غصبنا من زيد ألفا، ثم قال كنا عشرة أنفس وخالفه زيد صدق الغاصب بيمينه لأنه هنا ذكر نون الجمع الدالة على ما وصله به فلا رفع فيه أو (من ثمن) بيع فاسد لزمه الألف أو من ثمن (عبد لم أقبضه إذا سلمه) لي (سلمت) له الألف وأنكر المقر له البيع وطالبه بالألف (قبل) إقراره كما ذكر (على المذهب وجعل ثمنا) لتترتب عليه أحكامه لأن الآخر لا يرفع حكم الأول ولا بد من اتصال قوله من ثمن عبد ويلحق به فيما يظهر كل تقييد لمطلق أو تخصيص لعام كاتصال الاستثناء كما هو ظاهر وإلا لبطل الاحتجاج بالإقرار بخلاف لم أقبضه وقوله إذا إلخ إيضاح لحكم لم أقبضه، وكذا جعل ثمنا مع قبل ولو أقر بقبض ألف عن قرض أو غيره، ثم ادعى أنه لم يقبضه قبل لتحليف المقر له وأفتى البلقيني بأنه لو قال لزوجتي في ذمتي ألف عوض كساويها لغا وليس من تعقيب الإقرار بما يرفعه لأن هنا شيئا يرجع إليه وهو الكساوي ولا يتخيل أنها باعته الكسوة بعد أن قبضتها لأن ذلك ليس عوض الكسوة وإنما هو ثمن قماش كان كسوة ا ه. وخالفه الزركشي فجعله من تعقيب الإقرار بما يرفعه حتى يلزمه الألف أي وما بذمته من كساويها باق بحاله لأن قوله عوض كساويها وقع لغوا على بحث الزركشي، ولو ادعى عليه بألف، فقال له علي ألف من ثمن مبيع لم يلزمه <ص: 394> في إلا أن يقول من ثمن مبيع قبضته منه بخلاف له علي تسليم ألف ثمن مبيع لأن علي وما بعدها هنا يقتضي أنه قبضه ومن ثم لو قال لم أقبضه لم يصدق.

(ولو قال له علي ألف إن شاء الله) أو إن أو إذا مثلا شاء أو قدم زيد أو إلا أن يشاء أو يقدم أو إن جاء رأس الشهر ولم يرد التأجيل (لم يلزمه شيء على المذهب) نظير ما يأتي في الطلاق، ومن ثم اشترط هنا قصد التعليق قبل فراغ الصيغة كهو ثم وفارق من ثمن كلب بأن دخول الشرط على الجملة يصيرها جزءا من جملة الشرط فلزم تغيير معنى الشرط أول الكلام بخلاف من ثمن كلب لأنه غير معتبر بل مبين لجهة اللزوم بما هو باطل شرعا فلم يقبل (ولو قال ألف لا تلزم لزمه) لأنه غير منتظم.

(ولو قال له علي ألف، ثم جاء بألف، وقال أردت هذا وهو وديعة، فقال المقر له لي عليك ألف آخر) غير الوديعة وهو

الذي أردته بإقرارك (صدق المقر في الأظهر بيمينه) أنه لا يلزمه تسليم ألف أخرى إليه وأنه ما أراد بإقراره إلا هذه لأن عليه حفظ الوديعة فصدق لفظه بها (فإن كان قال) له ألف (في ذمتي أو دينا)، ثم جاء بألف وفسر بالوديعة كما تقرر. (صدق المقر له) بيمينه (على المذهب) لأن العين لا تكون في الذمة ولا دينا والوديعة لا تكون في ذمته بالتعدي بل بالتلف ولا تلف وأفهم قوله، ثم جاء أنه لو وصله كعلي ألف وديعة قبل، وكذا هنا كعلي ألف في ذمتي أو دينا وديعة وقوله أردت هذا أنه لو جاء هنا بألف، وقال الألف التي أقررت بها كانت وديعة وتلفت وهذه بدلها أنه يقبل لجواز تلفها بتفريط فيكون بدلها ثابتا في ذمته. (قلت فإذا قبلنا التفسير بالوديعة فالأصح أنها أمانة فتقبل دعواه) ولو بعد مدة طويلة (التلف) الواقع <ص: 395> (بعد) تفسير (الإقرار) بما ذكر (ودعوى الرد) الواقع بعده أيضا لأن هذا شأن الوديعة وخرج بقوله بعد الإقرار الذي هو ظرف للتلف كما تقرر ما لو قال أقررت بها ظانا بقاءها، ثم بان لي أو ذكرت تلفها أو إني رددتها قبل الإقرار فلا يقبل لأنه يخالف قوله علي (وإن قال له عندي أو معي ألف صدق) بيمينه (في دعوى الوديعة والرد والتلف) الواقعين بعد تفسير الإقرار نظير ما تقرر في علي (قطعا والله أعلم) إذ لا إشعار لعندي ومعي بذمة ولا ضمان وسيأتي آخر العارية ما يشكل علي ذلك.

(ولو أقر ببيع) مثلا (أو هبة وإقباض) بعدها (ثم قال) ولو متصلا فثم لمجرد الترتيب (كان) ذلك (فاسدا وأقررت لظني الصحة لم يقبل) لأن الاسم يحمل عند الإطلاق على الصحيح ولأن الإقرار يراد به الالتزام فلم يشمل الفاسد إذ لا التزام فيه نعم إن قطع ظاهر الحال بصدقه كبدوي حلف فينبغي قبوله وخرج بإقباض ما لو اقتصر على الهبة فلا يكون مقرا بإقباض، وإن قال خرجت إليه منها أو ملكها ما لم تكن بيد المقر له وذلك لأنه قد يعتقد الملك بمجرد الهبة، وقد يؤخذ منه أن الفقيه الذي لا يخفى عليه ذلك بوجه يكون في حقه بمنزلة الاعتراف بالإقباض وهو متجه. ويظهر أيضا أنه لو قال ملكها ملكا لازما وهو يعرف معنى ذلك كان مقرا بالقبض أيضا (وله تحليف المقر له) أنه ليس فاسد الإمكان ما يدعيه ولا تقبل بينته لأنه كذبها

بإقراره (فإن نكل حلف المقر) على الفساد وحكم به (وبرئ) لأن اليمين المردودة كالإقرار قيل قوله برئ غير مستقيم لأن النزاع في عين، ورد عليها بنحو بيع لا في دين ا ه ويرد بأنه وإن كان في عين لكنه قد يترتب عليه دين كالثمن فغلب على أنه يصح أن يريد يبرئ غاية بطل الذي بأصله (ولو قال هذه) الدار أو البر مثلا وهي بيده (لزيد بل) أو، ثم ومثلها الفاء هنا وفيما يأتي (لعمرو أو غصبتها من زيد بل) أو، ثم (من عمرو سلمت لزيد). <ص: 396> سواء أقال ذلك متصلا بما قبله أم منفصلا عنه، وإن طال الزمن لامتناع الرجوع عن الإقرار بحق آدمي (والأظهر أن المقر يغرم قيمتها) إن كانت متقومة ومثلها إن كانت مثلية (لعمرو) وإن أخذها زيد منه جبرا بالحاكم لأنه حال بينه وبين ملكه بإقراره الأول كما يضمن قنا غصبه فأبق من يده وقضيته أن المغروم هو القيمة لا غير إذ لو عادت للمقر سلمها له واسترجع القيمة، وقد يجاب بأن الحيلولة هنا بوجه مملك فكانت أقوى من تلك فغرمه البدل عملا بتعذر رجوعه للمقر فإذا فرض رجوعه رتب عليه حكمه ويجري الخلاف في غصبتها من زيد وهو غصبها من عمر فإن قال غصبتها منه والملك فيها لعمرو سلمت لزيد لأنه اعترف له باليد ولا يغرم لعمرو لاحتمال كونها ملك عمرو وهي في يد زيد بنحو إجارة أو رهن، ولو قال عن عين في تركة مورثة هذه لزيد بل لعمرو لم يغرم لعمرو على الأوجه والفرق أنه هنا معذور لعدم كمال اطلاعه.

(ويصح الاستثناء) هنا ككل إخبار وإنشاء لوروده في الكتاب والسنة وهو إخراج ما لولاه لدخل بنحو إلا كأستثني أو أحظ من الثني بفتح فسكون أي الرجوع لأنه رجع عما اقتضاه لفظه (إن اتصل) بالإجماع وما حكي عن ابن عباس قيل لم يصح، وإن صح فمؤول نعم لا يضر يسير سكوت بقدر سكتة تنفس وعي <ص: 397> ولا لتذكر وانقطاع صوت ويضر يسير كلام أجنبي كله علي ألف الحمد لله إلا مائة، وكذا أستغفر الله ويا فلان علي ما أشار إليه في الروضة فإنه لما نقل صحة الاستثناء مع ذلك نظر فيه قال غيره والنظر واضح في يا فلان بخلافه في أستغفر الله لقول الكافي لا يضر لأنه لاستدراك ما سبق ويظهر أنه لا يضر اليسير مطلقا من غير المستثنى كغير المطلوب جوابه

في البيع بل أولى ويشترط قصده قبل فراغ الإقرار نظير ما يأتي في الطلاق ولكونه رفعا لبعض ما شمله اللفظ احتاج لنية، وإن كان إخبارا ولا بعد في ذلك خلافا للزركشي (ولم يستغرق) المستثنى المستثنى منه فإن استغرقه كعشرة إلا عشرة بطل الاستثناء إجماعا إلا من شذ للتناقض الصريح، ومن ثم لم يخرجوه على الجمع بين ما يجوز وما لا يجوز إذ لا تناقض فيه ومحل ذلك إن اقتصر عليه وإلا كعشرة إلا عشرة إلا أربعة صح ولزمه أربعة لأنه استثنى من العشرة عشرة إلا أربعة وعشرة إلا أربعة إلا ستة أو لأن الاستثناء من النفي إثبات وعكسه كما قال.

(فلو قال له علي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية وجب تسعة) أي إلا تسعة لا تلزم إلا ثمانية تلزم فتضم للواحد الباقي من العشرة وطريق ذلك ونظائره أن تجمع كل مثبت وكل منفي وتسقط هذا من ذاك فالباقي هو الواجب فمثبت هذه الصورة ثمانية عشر ومنفيها تسعة أسقطها منها تبق تسعة، ولو زاد عليها إلى الواحد كان مثبتها ثلاثين ومنفيها خمسة وعشرين أسقطها منها تبق خمسة هذا كله إن كرر بلا عطف وإلا كعشرة لا خمسة وثلاثة أو إلا خمسة وإلا ثلاثة كانا مستثنيين من العشرة فيلزمه درهما فإن كانا لو جمعا استغرقا كعشرة إلا سبعة وثلاثة اختص البطلان بما به الاستغراق وهو الثلاثة فيلزمه ثلاثة وفي ليس له علي شيء إلا خمسة <ص: 398> يلزمه خمسة وفي ليس له علي عشرة إلا خمسة لا يلزمه شيء لأن عشرة لا خمسة خمسة فكأنه قال ليس له على خمسة يجعل النفي متوجها إلى المستثنى والمستثنى منه، وإن خرج عن قاعدة الاستثناء من النفي إثبات احتياطا للإلزام وفي ليس له علي أكثر من مائة لا يلزمه المائة ولا أقل منها ولا يجمع مفرق في المستثنى منه ولا في المستثنى ولا فيهما لاستغراق ولا لعدمه فعلي درهم ودرهم ودرهم إلا درهما مستغرق فيلزمه ثلاثة وثلاثة إلا درهمين ودرهما أو إلا درهما ودرهما ودرهما يلغى درهما لأن به الاستغراق فيجب درهم، وكذا ثلاثة إلا درهما ودرهما يلزمه درهم لجواز الجمع هنا إذ لا استغراق.

(ويصح من غير الجنس) وهو المنقطع (كألف) دراهم (إلا ثوبا) لوروده لغة وشرعا نحو {لا يسمعون فيها لغوا إلا

سلاما} <ص: 399> (ويبين بثوب قيمته دون ألف) حتى لا يستغرق فإن بين بثوب قيمته ألف بطل الاستثناء لأنه لما بين الثوب بالألف صار كأنه تلفظ به ولزمه الألف وفي شيء الأشياء يعتبر تفسيره فإن فسر بمستغرق بطل الاستثناء وإلا فلا (و) يصح أيضا (من المعين كهذه الدار له إلا هذا البيت أو هذه الدراهم) له (إلا ذا الدرهم)، وكذا الثوب إلا كمه لصحة المعنى فيه إذ هو إخراج بلفظ متصل فأشبه التخصيص (وفي المعين وجه شاذ) أنه لا يصح الاستثناء منه لتضمن الإقرار بها ملك جميعها فيكون الاستثناء رجوعا بخلافه في الدين فإنه مع الاستثناء عبارة عن الباقي ويرد فرقة بأنه تحكم صرف (قلت ولو قال هؤلاء العبيد له إلا واحدا قبل) ولا أثر للجهل بالمستثنى كما لو قال الأشياء (ورجع في البيان إليه) لأنه أعرف بنيته ويلزمه البيان لتعلق حق الغير به فإن مات خلفه وارثه (فإن ماتوا إلا واحدا وزعم أنه المستثنى صدق بيمينه) أنه الذي أراده بالاستثناء (على الصحيح والله أعلم) لاحتمال ما ادعاه، ولو قتلوا قتلا مضمنا قبل قطعا لبقاء أثر الإقرار

(فرع) أفتى ابن الصلاح بأنه لو قامت بينة على إقراره لزيد بدين فأقام بينة على إقرار زيد أنه لا يستحق عليه شيئا وتاريخهما واحد حكم بالأولى لأنه ثبت بها الشغل وشككنا في الرفع والأصل عدمه وخالفه غيره، فقال لا يلزمه شيء كما مر أي للتعارض المضعف لاستصحاب ذلك الشغل وهو ظاهر، ولو أقر بدين لآخر، ثم ادعى أداءه إليه وأنه نسي ذلك حالة الإقرار سمعت دعواه للتحليف فقط أخذا مما مر في الرهن فإن أقام بينة بالأداء قبلت على ما أفتى به بعضهم لاحتمال ما قاله فلا تناقض كما لو قال لا بينة لي، ثم أتى ببينة تسمع وفيه نظر والفرق ظاهر إذ كثيرا ما يكون للإنسان بينة ولا يعلم بها فلا ينسب لتقصير بخلاف مسألتنا، ثم محل قبول ادعاء النسيان كما قاله بعضهم ما لم يلتزم عدم قبول فيه بأن يذكر في ألفاظ الإقرار بعدم الاستحقاق ولا نسيانا لأن دعواه حينئذ مخالفة لما أقر به أولا ونظير ذلك ما لو حلف لا يفعل كذا عامدا ولا ناسيا ففعله ناسيا فإنه يحنث وقد ينافيه <ص: 400> إطلاق قولهم لو أبرأ براءة عامة وكان له عليه دين سلم مثلا فادعى أنه لم يعلم به حالة الإبراء أو علمه ولم يرده صدق بيمينه ويفرق بينه وبين الحلف بأن الإقرار لا يقبل

التزام خلاف ما دل عليه اللفظ لأنه إخبار عن حق سابق فكيف يدخل فيه التزام أمر مستقبل بخلاف الإنشاء فإنه يقع في الحال والمستقبل فأثر فيه التزام الحنث بما فعله نسيانا، ولو قال لا حق لي على فلان ففيه خلاف في روضة شريح والراجح منه أنه إن قال فيما أظن أو فيما أعلم، ثم أقام بينة بأن له عليه حقا قبلت وإن لم يقل ذلك لم تقبل بينته إلا إن اعتذر بنحو نسيان أو غلط ظاهر (فائدة) كثر كلامهم في قاعدة الحصر والإشاعة وحاصله أنهم قد يغلبون الأول قطعا أو على الأصح والثاني كذلك ولم يبينوا سر القطع والخلاف في كل، وقد بينته بحمد الله مع ذكر مثله قبيل المتعة فراجعه فإنه مهم فمن فروعها هنا إقرار بعض الورثة على التركة بدين أو وصية فيشيع حتى لا يلزمه إلا قسطه من حصته من التركة لأنه خليفة عن مورثه فتقيد بقدر خلافته عنه وهو حصته فقط وكما في إقرار أحد مالكي قن بجنايته واستثنى البلقيني من ذلك مسائل ينحصر الإقرار فيها في حصته لكن لمدرك آخر كما يعلم بتأملها أو أقر أحد شريكين لثالث بنصف مشترك بينهما تعين ما أقر به في نصيبه وفارق الوارث بانتفاء الخلافة هنا الموجبة للإشاعة، ثم، ومن ثم ألحقوا بهذا نحو البيع والرهن والوصية والصداق والعتق وما ذكر من الحصر في إقرار أحد الشريكين هو ما رجحه في الروضة هنا لكنه خالفه في العتق ولكون ما في الباب يقدم على ما في غيره غالبا جزم ابن المقري وغيره بما هنا ولم ينظروا لقول الإسنوي الفتوى على التفصيل لقوة مدركه أو على الإشاعة وهو الحق لنقله عن الأكثرين ولا لموافقة البلقيني له على أن الأفقه الإشاعة

(فصل). في الإقرار بالنسب وهو مع الصدق واجب ومع الكذب في ثبوته حرام كالكذب في نفيه بل صح في الحديث أنه <ص: 401> كفر لكنه محمول على المستحل أو على كفر النعمة إذا (أقر) مكلف أو سكران ذكر مختار، ولو سفيها قنا كافرا (بنسب إن ألحقه بنفسه) بلا واسطة كهذا ابني أو أبي لا أمي لسهولة البينة بولادتها وقوله يد فلان ابني لغو بخلاف نحو رأسه مما لا يبقى بدونه أخذا مما مر في الكفالة ومثله الجزء الشائع كربعه (اشترط لصحته) أي الإلحاق (أن لا يكذبه الحس) فإن كذبه بأن كان

في سن لا يتصور أن يولد لمثله مثل هذا الولد، ولو لطرو قطع ذكره وأنثييه قبل زمن إمكان العلوق بذلك الولد كان إقراره لغوا (و) أن (لا) يكذبه (الشرع). فإن كذبه (بأن يكون معروف النسب من غيره) أو ولد على فراش نكاح صحيح لم يصح استلحاقه وإن صدقه المستلحق لأن النسب لا يقبل النقل نعم لو استلحق قنه عتق عليه إن أمكن أن يولد مثله لمثله وإن عرف نسبه من غيره كما يأتي فعلم أن المنفي باللعان إن ولد على فراش نكاح صحيح لم يجز لأحد استلحاقه لما فيه من إبطال حق النافي إذ له استلحاقه وإن هذا الولد لا يؤثر فيه قافة ولا انتساب يخالف حكم الفراش بل لا ينتفي إلا باللعان رخصة أثبتها الشارع لدفع الأنساب الباطلة وأخذ ابن الصلاح من هذا المذكور في النهاية وغيرها إفتاءه في مريض أقر بأنه باع كذا من ابنه هذا فمات فادعى ابن أخيه أنه الوارث وأن ذلك الابن ولد على فراش فلان وقام به بينة وفلان والابن سكران لذلك بأنه يلحق بذي الفراش ولا أثر لإقرار الميت ولا لإنكار ذينك وسمعت دعوى ابن الأخ وبينته وإن كان إثباتا للغير لأنه طريق في دفع خصمه ويستحق الابن ما أقر له به، وإن انتفى نسبه نظرا للتعيين في قوله هذا وتقبل بينته أنه ولد على فراش المقر ولا وارث له غيره فيرثه وكان وجه تقديم بينته أنها ترجحت بإقرار هذا لا سيما مع إنكار صاحب ذلك الفراش أو على فراش وطء شبهة أو نكاح فاسد جاز للغير استلحاقه لأنه لو نازعه فيه قبل النفي سمعت دعواه ولا يجوز استلحاق ولد الزنا <ص: 402> مطلقا.

(تنبيه) اشتراط أن لا يكذب المقر الحس ولا الشرع ولا يختص بما هنا بل يعم سائر الأقارير كما علم مما مر أنه يشترط في المقر له أهلية استحقاق المقر به حسا وشرعا (وأن يصدقه المستلحق) بفتح الحاء (إن كان أهلا للتصديق) وهو المكلف أو السكران لأن له حقا في نسبه وهو أعرف به من غيره وخرج يصدقه ما لو سكت فلا يثبت النسب خلافا لما وقع لهما في موضع نعم إن مات قبل التمكن من التصديق صح وعليه قد يحمل كلامهما ويشترط أيضا أن لا ينازع فيه وإلا فسيأتي وأن لا يكون المستلحق بفتح الحاء قنا أو عتيقا للغير وإلا لم يصح لأحد استلحاقه إلا إن كان بالغا عاقلا وصدق المستلحق ومع ذلك رقه في الأولى

باق أي، وكذا ولاؤه لمعتقه في الثانية فيما يظهر إذ لا فرق بينهما أخذا من تعليلهم الأولى بعدم التنافي بين النسب والرق لأن النسب لا يستلزم الحرية وهي لم تثبت ثم رأيت ما يأتي في إقرار عتيق بأخ وهو يؤيد ما ذكرته. (تنبيه) وقع خطب فيمن أتى بزوجته المعروفة النسب لقاض وأقر بأنها أخته فصدقته وأقرت بأنها لا حق لها عليه من جهة مورثهما فحكم عليها بذلك، ثم بان أنها زوجته هل تحرم عليه ظاهرا فقط أو وباطنا أو لا ولا، وقد ألفت في ذلك كتابا حافلا بينت فيه فساد هذه الإطلاقات وإن حاصل المنقول بل الصواب من ذلك أنها لا تحرم عليه بمجرد قوله لها أنت أو هذه أختي ولو زاد من أبي إلا إن قصد استلحاقها وهي ممن يمكن لحوقها بأبيه لو فرض جهل نسبها فإنه إن صدق باطنا حرمت عليه باطنا قطعا، وكذا ظاهرا على خلاف فيه وأنه يتعين حمل إطلاق الحل فيهما على ما إذا قصد الكذب أو أخوة الإسلام أو أطلق والحرمة فيهما على ما إذا قصد الاستلحاق وصدق فيه والحل باطنا فقط على ما إذا قصده وكذب (فإن كان بالغا) عاقلا (فكذبه) أو سكت وأصر <ص: 403> أو قال لا أعلم (لم يثبت نسبه) منه (إلا ببينة) أو يمين مردودة كسائر الحقوق، ولو تصادقا، ثم تراجعا لم يبطل النسب خلافا لابن أبي هريرة. (وإن استلحق صغيرا) أو مجنونا (ثبت) نسبه منه بالشروط السابقة خلا التصديق لعسر إقامة البينة فيترتب عليه أحكام النسب (فلو بلغ) أو أفاق (وكذبه لم يبطل) استلحاقه له بتكذيبه (في الأصح) لأن النسب يحتاط له فلا يندفع بعد ثبوته، ولو استلحق أباه المجنون لم يثبت نسبه حتى يفيق ويصدق ويفرق بينه وبين ما ذكر في الابن بأن استلحاق الأب على خلاف الأصل والقياس فاحتيط له أكثر (ويصح أن يستلحق ميتا صغيرا)، ولو بعد أن قتله، وإن نفاه بلعان أو غيره قبل موته أو بعده ولا يبالى بتهمة الإرث وسقوط القود لأن النسب يحتاط له، ومن ثم ثبت بمجرد الإمكان (وكذا كبير) لم يسبق منه إنكار في حال تكليفه (في الأصح) لأن الميت لما تعذر تصديقه كان كالمجنون الكبير (ويرثه) أي المستلحق بكسر الحاء الميت الصغير والكبير لأن الإرث فرع النسب وقد ثبت (ولو استلحق اثنان بالغا) عاقلا ووجدت الشروط فيهما ما عدا التصديق (ثبت) نسبه (لمن صدقه) منهما لاجتماع الشروط

فيه دون الآخر فإن صدقهما أو لم يصدق واحدا منهما كأن سكت عريض على القائف كما قالاه واعتراضا بأن استلحاق البالغ يعتبر فيه تصديقه ويرد بما يأتي أن قول القائف حكم فلا استلحاق هنا حتى يحتاج للتصديق (وحكم الصغير) الذي يستلحقه اثنان واستلحاق المرأة والعبد (يأتي في اللقيط إن شاء الله تعالى).

(فرع) اشتبه طفل مسلم بطفل نصراني وقف أمرهما نسبا وغيره إلى وجود بينة فقائف فانتساب بعد التكليف مختلف <ص: 404> فإن لم يوجد واحد من هذه دام وقف النسب ويتلطف بهما حتى يسلما باختيارهما من غير إجبار فإن ماتا قبل الامتناع من الإسلام فكمسلمين في تجهيزهما لكن دفنهما يكون بين مقبرتي الكفار والمسلمين أو بعده فلا لأن أحدهما كافر أصلي والآخر مرتد (ولو قال لولد أمته هذا ولدي) سواء قال منها أم لا وذكره في الروضة كالتنبيه تصوير فقط أو تقييد لمحل الخلاف (ثبت نسبه) بالشروط السابقة فيشترط خلوها من زوج يمكن كونه منه كما يأتي (ولا يثبت الاستيلاد في الأظهر) لاحتمال أنه ملكها بعد أن حبلت منه بنكاح أو شبهة وإنما استقر مهر مستفرشة رجل أتت بولد يلحقه، وإن أنكر الوطء لأن هنا ظاهرا يؤيد دعواها وهو الولادة منه إذا لحمل من الاستدخال نادر وفي مسألتنا لا ظاهر على الاستيلاد (وكذا لو قال) فيه هذا (ولدي ولدته في ملكي) لما ذكر (فإن قال علقت به في ملكي) أو استولدتها به في ملكي أو هذا ولدي منها ولد سنة وهي في ملكي من خمس سنين مثلا (ثبت الاستيلاد) قطعا لانتفاء ذلك الاحتمال ولا نظر في القطع منها لاحتمال كونه رهنها، ثم أولدها وهو معسر فبيعت في الدين، ثم اشتراها فإن في عود استيلادها قولين مر الأرجح منهما لندرة ذلك وشرط ثبوت الاستيلاد في إقرار من سبقت كتابته إقراره الواقع بعد حريته أن ينتفي احتمال حملها به زمن الكتابة لأن الحمل فيها لا يفيد أمية الولد (فإن كانت الأمة فراشا له) بأن أقر بوطئها (لحقه) عند الإمكان (بالفراش من غير استلحاق) لخبر {الولد للفراش} وتصير أم ولد (وإن كانت مزوجة فالولد للزوج) عند إمكان كونه منه لأن الفراش له (واستلحاق السيد) له حينئذ (باطل) للحوقه بالزوج شرعا

(وأما إذا ألحق النسب بغيره) ممن يتعدى النسب منه إلى نفسه بواسطة واحدة وهي الأب. <ص: 405> (كهذا أخي أو) بثنتين كالأب والجد في هذا (عمي) أو بثلاثة كهذا ابن عمي وهل يشترط أن يقول أخي من أبوي أو من أبي أو ابن عمي لأبوين ولأب كما يشترط ذلك في البينة كالدعوى أو يفرق بأن المقر يحتاط لنفسه فلا يقر إلا عن تحقيق، ومن ثم لو أقر بأخوة مجهول لم يقبل تفسيره بأخوة الرضاع ولا الإسلام كل محتمل وظاهر المتن وغيره يشهد للثاني لكن المنقول عن القفال وغيره الأول وأقره الأذرعي وغيره بل جرى عليه الشيخان أواخر الباب الثالث لأنه بعد التفسير ينظر في المقر أهو وارث الملحق به الحائز لتركته فيصح أو لا فلا يصح وفي الملحق به أذكر فيصح الإلحاق به أو أنثى فلا ولا يمكن ذلك إلا بعد بيان الملحق به وسواء أقال فلان وارثي وسكت أو زاد لا وارث لي غيره ولما نقل الجلال البلقيني عن جمع منهم التاج السبكي ما يخالف بعض ما مر ويأتي قال هذا وهم سببه عدم استحضار النقل وفي فتاوى ابن الصلاح أخذا من كلام القاضي لو قال ليس لي وارث إلا أولادي هؤلاء وزوجتي قبل لكن نازعه ابن الأستاذ وأطال بأن كلام القاضي لا يدل لما ذكره وبأن الأصح ما قاله ابن عبد السلام أنه لا يكفي قوله في الحصر بل لا بد فيه من البينة ويكفي قول البينة ابن عم لأب مثلا، وإن لم يسموا الوسائط بينه وبين الملحق به كذا جزم به بعضهم ويتجه أن محله في فقيهين عارفين بحكم الإلحاق بالغير بخلاف عاميين لا يعرفان ذلك فيجب استفصالهما، وكذا يقال في المقر.

ثم رأيت الغزي بحث قبول شهادة الفقيه الموافق لمذهب القاضي أي في هذه المسألة <ص: 406> وإن لم يفصل، ثم نقل عن شريح أنه لو حكم قاض بأنه وارثه لا وارث له غيره حمل على الصحة، ثم قيده بقاض عالم أي ثقة أمين قال ويقاس به كل حكم أجمله ا ه وهي فائدة حسنة يتعين استحضارها في فروع كثيرة يأتي بعضها في القضاء وغيره (فيثبت)، وإن كان المقر في الظاهر ولا وارث إلا بيت المال على المنقول خلافا للتاج الفزاري (نسبه من الملحق به) الذكر لأن الوارث يخلف مورثه في حقوقه والنسب منها أما الأنثى فلا يصح استلحاق فوارثها أولى (بالشروط السابقة) فيما إذا ألحقه بنفسه فيصح هنا

من السفيه أيضا (ويشترط) هنا زيادة على ذلك (كون الملحق به ميتا) فيمتنع الإلحاق بالحي ولو مجنونا لأنه قد يتأهل فلو ألحق به ثم صدق ثبت بتصديقه دون الإلحاق وفيما إذا كان واسطتان كهذا عمي يشترط تصديق الجد فقط لأنه الأصل الذي ينسب إليه ومن اشترط تصديق الأب أيضا كالبغوي فقد أبعد لأنه غير وارث وليس الإلحاق به وفرعه لم يقع إلحاق بقوله حتى يقول يبعد إلحاق الفرع بدون الأصل بل السبب في الإلحاق تصديق الجد فقط فاندفع استشكال ذلك، وإن قال شارح إنه إشكال قوي، ثم حكى عن السبكي جوابا عنه بما لا يصح.
(ولا يشترط أن لا يكون الملحق به) نفاه في الأصح بل لا يجوز الإلحاق به، وإن نفاه قبل موته بلعان أو غيره لأنه لو استلحقه لقبل فكذا وارثه (ويشترط كون المقر وارثا حائزا) لتركه الملحق به حين الإقرار وإن تعدد فلو أقر بعم اشترط كونه حائزا لتركة أبيه الحائز لتركة جده ومنه بنت ورثت الكل فرضا وردا بشرطه <ص: 407> لأنه إن لم يرث الميت لم يكن خليفته، وكذا إن لم يستغرق تركته لأن القائم مقامه مجموعهم لا خصوص المستلحق فيعتبر حتى موافقة أحد الزوجين والمعتق وألحق بالوارث الحائز الإمام فيلحق بميت مسلم وارثه بيت المال لأنه نائب الوارث وهو جهة الإسلام ولو قاله حكما ثبت أيضا لأن له القضاء بعلمه وكونه أيضا لا ولاء عليه، ولو أقر عتيق بأخ أو عم لم يقبل لإضراره بمن له الولاء الذي لا قدرة له على إسقاطه كأصله وهو الملك أو بابن قبل لأنه قادر على استلحاق بملك أو نكاح فلم يقدر مولاه على منعه. وقضية قولهم حين الإقرار أنه لو أقر بابن لعمه فأثبت آخر أنه ابنه لم يبطل إقراره لكن أفتى القفال ببطلانه لأنه بان بالبينة أنه غير حائز ولابن الرفعة هنا ما أجبت عنه في شرح الإرشاد.
(والأصح) فيما إذا أقر أحد الحائزين بثالث أو بزوجة للميت وأنكره الآخر أو سكت (إن المستلحق لا يرث) لعدم ثبوت نسبه وبفرض المتن في هذا الذي دل على السياق وصرح به في بعض النسخ يندفع ما اعترض به الفزاري وأطال (ولا يشارك المقر في حصته) ظاهرا بل باطنا إن صدق ففي ابنين أقر أحدهما بثالث يلزمه أن يعطيه ثلث حصته، ولو ادعى على ابني ميت بعين في التركة فصدقه. <ص:

408> أحدهما فإن كان قبل القسمة دفع إليه نصفها أو بعدها فإن كانت بيد المصدق سلمها له كلها ولا شيء له على المكذب أو بيد المكذب لم يلزمه شيء وعلى المصدق نصف قيمتها (و) الأصح (أن البالغ) العاقل (من الورثة لا ينفرد بالإقرار) بل ينتظر كما الآخرين فإن أقر فمات غير الكامل وورثه نفذا قراره من غير تجديد كما في قوله (و) الأصح (أنه لو أقر أحد الوارثين) الحائزين بثلث (وأنكر الآخر) أو سكت لم يرث شيئا ولا من حصة المقر لكن ظاهرا فقط كما تقرر لأن الإرث فرع النسب ولم يثبت وإنما طولب من أقر بكونه ضامنا لعمر وفي ألف بالألف، وإن لم يثبت على عمرو، ولو كذب الضامن لأنه لا ملازمة بين مطالبتهما فقد يطالب الضامن فقط لإعسار الأصيل أو نذر المضمون له أن لا يطالبه أو موت الضامن والدين مؤجل وقد يطالب الأصيل فقط كإن ضمن الحال مؤجلا أو أعسر الضامن أو مات الأصيل والدين مؤجل.

وأما النسب والإرث فبينهما ملازمة من حيث إنه يلزم من ثبوت الإرث بالقرابة ثبوت النسب ولا عكس كما يأتي ونظيره إقراره بالخلع فإنه يثبت البينونة ولا مال لوجودها قبل الدخول وعند استيفاء العدد من غير مال بخلاف وجوبه بالطلاق فإنه يستلزمها (و) يستمر عدم إرث المقر به إلى موت المنكر أو الساكت فإن (مات ولم يرثه إلا المقر ثبت النسب) بالإقرار الأول وورث لأنه صار حائزا، وكذا لو ورثه غير المقر وصدقه (و) الأصح (أنه لو أقر ابن حائز) مشهور النسب لا ولاية عليه (بأخوة مجهول فأنكر المجهول نسب المقر) بأن قال أنا ابن الميت ولست أنت ابنه (لم يؤثر فيه) لثبوته وشهرته ولأنه لو بطل نسبه بطل نسب المجهول فإنه لم يثبت إلا لإرثه وحيازته ولو بطل نسبه ثبت نسب المقر وذلك دور حكمي، ومن ثم غلط المقابل ولو أقرا بثلث فأنكر نسب الثاني وليس توأما سقط لثبوت نسب الثالث باتفاقهما فاشترط موافقته على نسب الثاني لثبوته بالاستلحاق وبهذا فارق ما قبله (ويثبت أيضا نسب المجهول) لأن الحائز قد استلحقه فلم ينظر لإخراجه له عن أهلية الإقرار بتكذيبه له (و) الأصح (أنه إذا كان الوارث الظاهر يحجبه المستلحق) حجب حرمان (كأخ أقر بابن للميت ثبت النسب) للابن لأن الحائز ظاهرا قد

استلحقه (ولا إرث) له للدور الحكمي وهو أن يلزم من إثبات الشيء رفعه إذا لو ورث حجب الأخ فخرج عن كونه وارثا فلم يصح استلحاقه فلم. <ص: 409> يرث فأدى إرثه إلى عدم إرثه، ولو ادعى المجهول على الأخ فنكل وحلف المجهول ثبت نسبه ثم إن قلنا اليمين المردودة كالبينة ورث أو كالإقرار وهو الأصح فلا وخرج ب يحجبه ما لو أقرت بنت معتقه للأب بأخ لها فيثبت نسبه لكونها حائزة ويرثانه أثلاثا لأنه لا يحجبها حرمانا.

كتاب العارية

بتشديد الياء وقد تخفف اسم لما يعار وللعقد المتضمن لإباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ليرده من عار ذهب وجاء بسرعة أو من التعاور أي التناوب لا من العار لأنه يائي وهي واوية وأصلها قبل الإجماع {ويمنعون الماعون} قال جمهور المفسرين هو ما يستعيره الجيران بعضهم من بعض {واستعارته صلى الله عليه وسلم فرسا لأبي طلحة فركبه} متفق عليه {وأدرعا من صفوان بن أمية يوم حنين، فقال أغصب يا محمد، فقال لا بل عارية مضمونة} رواه أبو داود والنسائي وهي سننه قال الروياني وغيره وكانت واجبة أول الإسلام <ص: 410> للآية وقد تجب كإعارة نحو ثوب لدفع مؤذ كحر ومصحف أو ثوب توقفت صحة الصلاة عليه أي حيث لا أجرة له لقلة الزمن وإلا لم يلزمه بذله بلا أجرة فيما يظهر، ثم رأيت الأذرعي ذكره حيث قال والظاهر من حيث الفقه وجوب إعارة كل ما فيه إحياء مهجة محترمة لا أجرة لمثله، وكذا إعارة سكين لذبح مأكول يخشى موته وكإعارة ما كتب صاحب كتاب الحديث بنفسه أو مأذونه فيه سماع غيره أو روايته لينسخه منه كما صوبه المصنف وغيره. وتحرم كما يأتي مع بيان أنها فاسدة وتكره كإعارة مسلم لكافر كما يأتي وأركانها أربعة معير ومستعير ومعار وصيغة (شرط المعير) <ص: 411> الاختيار كما يعلم مما يأتي في الطلاق فلا تصح إعارة مكره أي بغير حق وإلا كالإكراه عليها حيث وجبت صحت فيما يظهر و (صحة تبرعه) بأن يكون رشيدا لأنها تبرع بالمنافع فلا تصح إعارة محجور إلا السفيه لبدن نفسه إذا لم يقصد عمله لاستغنائه عنه بماله على أنه في الحقيقة لا استثناء لأن بدنه في

يده فلا عارية وإلا المفلس لعين زمنا لا يقابل بأجرة ولا مكاتب بغير إذن سيده إلا في نظير ما ذكر في المفلس فيما يظهر. ويشترط ذلك في المستعير أيضا فلا تصح استعارة محجور، ولو سفيها ولا استعارة وليه له إلا لضرورة كبرد مهلك فيما يظهر أو حيث لا ضمان كأن استعار له من نحو مستأجر ويشترط تعيينه فلو فرش بساطه لمن يجلس عليه، ولو بالقرينة كما على دكاكين البزازين بالنسبة لمريد الشراء منهم لم يكن عارية بل مجرد إباحة، ولو أرسل صبيا ليستعير له شيئا لم يصح فلو تلف في يده أو أتلفه لم يضمنه هو ولا مرسله كذا في الجواهر ونظر غيره في قوله أو أتلفه والنظر واضح إذا الإعارة ممن علم أنه رسول لا تقتضي تسليطه على الإتلاف فليحمل ذلك على ما إذا لم يعلم أنه رسول (وملكه المنفعة) وأن يملك الرقبة لأن الإعارة إنما ترد على المنفعة. وأخذ الأذرعي منه امتناع إعارة صوفي وفقيه سكنهما في رباط ومدرسة لأنهما يملكان الانتفاع لا المنفعة وكان مراده أن ذلك لا يسمى عارية حقيقة فإن أراد حرمته <ص: 412> فممنوع حيث لا نص من الواقف أو عادة مطردة في زمنه تمنع ذلك وكملكه لها اختصاصه بها لما سيذكره في الأضحية أن له إعارة هدي أو الأضحية نذره مع خروجه عن ملكه ومثله إعارة كلب للصيد وإعارة الأب لابنه الصغير، وكذا المجنون والسفيه كما بحثه الزركشي زمنا لا يقابل بأجرة ولا يضر به لأن له استخدامه في ذلك وأطلق الروياني حل إعارته لخدمة من يتعلم منه لقصة أنس في الصحيح وظاهر أن تسمية مثل هذه المذكورات عارية فيه نوع تجوز. قال الإسنوي وإعارة الإمام مال بيت المال لأنه إذا جاز له التمليك فالإعارة أولى ورد بأنه إن أعاره لمن له حق في بيت المال فهو إيصال حق لمستحقه فلا يسمى عارية أو لمن لا حق له فيه لم يجز لأن الإمام فيه كالولي في مال وليه وهو لا يجوز له إعارة شيء منه مطلقا، ومن ثم كان المعتمد أنه لا يصح بيعه لقن بيت المال من نفسه لأنه عقد عتاقة وهو ليس من أهل العتق ولو بعوض كالكتابة لأنه بيع لبعض بيت المال ببعض آخر لملكه إكسابه لولا البيع ولأنه يمتنع عليه تسليم ما باعه قبل قبض ثمنه وهذا مثله لأن القن قبل العتق لا ملك له وبعده قد يحصل، وقد لا فلا

مصلحة في ذلك لبيت المال أصلا ومن هذا أخذ جمع متأخرون أن أوقاف الأتراك لا تجب مراعاة <ص: 413> شروطهم فيها لبقائها على ملك بيت المال لأنهم أرقاء له فمن له فيه حق حلت له على أي وجه وصلت إليه ومن لا لم تحل له مطلقا.
(فيعير مستأجر) إجارة صحيحة كما يعلم مما يأتي وموصى له بالمنفعة إلا مدة حياته على تناقض فيه وموقوف عليه على ما مر إن لم يشرط الواقف استيفاءه بنفسه أي بإذن الناظر إن كان غيره وعليه يحمل تقييد ابن الرفعة جواز إعارة الموقوف عليه بما إذا كان ناظرا أي وإلا احتاج إلى إذن الناظر إذا من الواضح أن مراده أن لا يصدر ذلك إلا عن رأيه ليشمل كونه مستحقا وآذنا للمستحق وذلك لملكهم المنفعة (لا مستعير) بغير إذن المال (على الصحيح) لأنه لا يملكها وإنما يملك أن ينتفع ومن لم يؤجر ولا تبطل عاريته إلا بإذن المالك له فيها ولا يبرأ من ضمانها إلا إن عين له الثاني. (وله أن يستنيب من يستوفي المنفعة له) كأن يركب دابة استعارها للركوب <ص: 414> من هو مثله أو دونه لحاجته قال في المطلب، وكذا زوجته وخادمه لأن الانتفاع راجع إليه أيضا ومنه يؤخذ أنه لا يركبهما إلا في أمر تعود منفعته عليه وحينئذ يكون مما شمله قولهم لحاجته فلا يحتاج إليه لا يقال فائدته أن له إركابهما، وإن كانا أثقل منه فلا يشمله ما قبله لأنا نقول ممنوع لأن رعاية كون نائبه مثله أو دونه لا بد منها مطلقا كما يعلم مما يأتي في المتن والذي يتجه أنه إذا استعار لإركاب زوجته فلانة جاز له إركاب ضرتها التي مثلها أو دونها ما لم تقم قرينة على التخصيص ككون المسماة محرم المعبر (و). شرط (المستعار كونه منتفعا به) حالا انتفاعا مباحا مقصودا فلا تصح إعارة حمار زمن وجحش صغير كما يصرح به قول الروياني كل ما جازت إجارته جازت إعارته وما لا فلا واستثنوا فروعا ليس هذا منها والاستثناء معيار العموم وآلة لهو وأمة لخدمة أجنبي ونقد لأن معظم المقصود منه الإخراج نعم لو صرح بإعارته للتزيين أو الضرب على طبعه صح قالا وحيث لم تصح العارية فجرت ضمنت لأن للفاسد حكم صحيحه وقيل لا ضمان لأن ما جرى بينهما ليس بعارية صحيحة ولا فاسدة ومن قبض مال غيره بإذنه لا لمنفعته كان أمانة ا ه

وكان معنى تعليل الضعيف بمن قبض إلخ أنه يشترط في الضمان قبضه للمنفعة بعقد، ولو فاسدا <ص: 415> ويؤخذ من ذلك أنها مع اختلال شرط أو شروط مما ذكروه تكون فاسدة مضمونة بخلاف الباطلة قبل استعمالها والمستعير أهل للتبرع وهي التي اختل فيها بعض الأركان كما يؤخذ مما يأتي في الكتابة وفي الفاسدة التي فيها إذن معتبر لا يضمن أجرة ما استوفاه من المنافع بخلافه التي لا إذن فيها كذلك كمستعير من مستأجر إجارة فاسدة وفي الباطلة ويفرق بأن في تلك صورة عقد فألحق بصحيحه ولا كذلك هذه وفي الأنوار المأخوذ من غير أهل التبرع مضمون بالقيمة والأجرة ومن الفاسدة أعراكه بشرط رهن أو كفيل ذكره الماوردي واعترض بتصريحهم بصحة ضمان الدرك في العارية وأجيب بأن ما هنا في شرط التضمين ابتداء وما هناك في شرطه دواما وفيه نظر والظاهر أن كلام الماوردي مقالة (مع بقاء عينه) فلا تصح إعارة نحو شمعة لوقود وطعام لأكل لأن منفعتهما باستهلاكهما، ومن ثم صحت للتزيين بهما كالنقد وهذا أعني استعارة المستعير لمحض المنفعة هو الأكثر فلا ينافي كونه قد يستفيد عينا من المعار كإعارة شاة أو شجرة أو بئر لأخذ در ونسل أو ثمرة أو ماء وكإباحة أحد هذه فإنها تتضمن عارية أصلها <ص: 416> وذلك لأن الأصل هو العارية والفوائد إنما جعلت بطريق الإباحة والتبع فعلم أن شرط العارية أن لا يكون فيها استهلاك المعار لا أن لا يكون المقصود فيها استيفاء عين، ولو أعاره شاة أو دفعها له وملكه درها ونسلها لم تصح الإعارة ولا التمليك ويضمنها الآخذ بحكم العارية الفاسدة لا هما لأنهما بهبة فاسدة وقد يستشكل فساد العارية هنا بصحتها فيما قبلها إلا أن يفرق بأن التمليك الفاسد هو الغرض منها هنا فأفسدها بخلاف الإباحة ثم فإنها صحيحة فلا موجب للفساد ولا يشترط تعيين المستعار فيكفي خذ ما أردت من دوابي بخلاف الإجارة لأنها معاوضة.

(وتجوز إعارة جارية لخدمة امرأة) إذا لا محذور نعم يأتي حرمة نظر كافرة لشيء من مسلمة وفاسقة بفجور أو قيادة لعفيفة فعليه تمتنع إعارتها لها كالأجنبي وعلى جواز نظر ما يبدو في المهنة منها تجوز العارية (أو) ذكر (محرم) أو مالك لها بأن يستعير من مستأجر، وكذا موصى له

بالمنفعة إن كانت ممن لا تحبل لحل وطئه حينئذ بخلاف من تحبل لأنها قد تلد فتكون منافع ولده للموصى له فهو نوع من الإرقاق كذا قاله شارح وهو غفلة عما يأتي في الوصية بالمنافع أن المالك إذا أولدها يكون الولد حرا وتلزمه قيمته ليشتري بها مثله وإن حرمة وطئها إن كانت ممن تحبل ليست لذلك بل لخوف الهلاك أو النقص أو الضعف أو زوج قال ابن الرفعة ويضمنها ولو في بقية الليل إلى أن يسلمها لسيدها أو نائبه وذلك لانتفاء المحذور بخلاف إعارتها وهي غير صغيرة <ص: 417> ولو عجوزا شوهاء لأجنبي ولو شيخا هما لتخدمه وقد تضمن نظرا أو خلوة محرمة، ولو باعتبار المظنة فيما يظهر فلا يصح على المعتمد لتعذر استيفائه المستعار له بنفسه شرعا واستنابته غيره لأن الفرض أنه استعارها لخدمة نفسه المتضمنة نظرا أو خلوة فالمنع ذاتي خلافا لابن الرفعة بخلاف ما لا يتضمن ذلك وعليه يحمل كلام الروضة نعم لامرأة خدمة مريض منقطع ولسيد أمة إعارتها له لخدمته. ويتجه حرمة إعارة أمرد لخدمة تضمنت خلوة أو نظرا محرما، ولو لمن لا يعرف بالفجور خلافا لما يوهمه كلام بعضهم، ولو كان المستعير أو المستعار خنثى امتنعت فتفسد أخذا بالأحوط وإنما جاز إيجار حسناء لأجنبي والإيصاء له بمنفعتها لأنه يملك المنفعة فينقلها لمن شاء والمستعير لا يعير فينحصر استيفاؤه بنفسه أي أصالة حتى لا ينافي ما مر من جواز إنابته والأوجه في إعارة قن كبير لامرأة أنه كعكسه فيما ذكر وعلم مما مر أنا حيث حكمنا بالفساد فلا أجرة خلافا لما يوهمه كلام ابن الرفعة (ويكره إعارة عبد مسلم لكافر) واستعارته لأن فيها نوع امتهان له ولم تحرم خلافا لجمع <ص: 418> لأنه ليس فيها تمليك لشيء من منافعه فليس فيها تمام استذلال ولا استهانة وتكره استعارة وإعارة فرع أصله إلا إن قصد ترفيهه فتندب وإعارة أصل نفسه لفرعه واستعارة فرعه إياه منه ليست حقيقة عارية لما مر في السفيه فلا كراهة فيهما وتحرم إعارة سلاح وخيل لنحو حربي ونحو مصحف لكافر وإن صحت وقارفت المسلم لأنه يمكنه دفع الذل عن نفسه بخلافها.
(والأصح اشتراط لفظ) يشعر بالإذن في الانتفاع أو بطلبه أو نحوه ككتابة وإشارة أخرس فاللفظ المشعر بذلك بل المصرح به (كأعرتك أو أعرني) وما يؤدي معناهما كأبحتك

منفعته واركب وأركبني وخذه لتنتفع به لأن الانتفاع بمال الغير يتوقف على رضاه المتوقف على ذلك اللفظ أو نحوه، ولو شاع أعرني في القرض كما في الحجاز كان صريحا فيه قاله في الأنوار وعليه فيفرق بينه وبين قولهم في الطلاق لا أثر للإشاعة في الصراحة بأنه يحتاط للأبضاع ما لا يحتاط لغيرها وظاهر كلامهم أن هذه الألفاظ كلها ونحوها صرائح وأنه لا كناية للعارية لفظا وفيه وقفة، ولو قيل إن نحو خذه أو ارتفق به كناية لم يبعد ولا يضر صلاحية خذه للكناية في غير ذلك (ويكفي لفظ أحدهما مع فعل الآخر) وإن تأخر أحدهما عن الآخر لظن الرضا حينئذ وسيأتي أن الوديعة كذلك خلافا لمن فرق وقد تحصل بلا لفظ ضمنا كأن فرش له ثوبا ليجلس عليه كما جرى عليه المتولي واقتضى <ص: 419> كلامهما اعتماده.

قيل والأوجه أنه إباحة فلا يضمن إلا بالتعدي ا ه ويؤيد الأول ما يأتي فيمن أركب منقطعا دابته من غير سؤال وتخيل فرق بينهما بعيد وفي أنه لا يشترط في ضمان العارية كونها بيد المستعير وخرج بله جلوسه على مفروش للعموم فهو إباحة حتى عند المتولي وكان أذن له في حلب دابته واللبن للحالب فهي مدة الحلب عارية تحت يده وكأن سلمه البائع المبيع في ظرف فهو عارية وكان أكل الهدية من ظرفها المعتاد أكلها منه وقبل أكلها هو أمانة، وكذا إن كانت عوضا كما في قوله (ولو قال أعرتكه) أي فرسي مثلا (لتعلفه) أو على أن تعلفه (أو لتعيرني فرسك فهو إجارة) لأن فيها عوضا (فاسدة) <ص: 420> لجهل المدة والعوض مع التعليق في الثانية (توجب أجرة المثل) إذا مضى بعد قبضه زمن لمثله أجرة ولا يضمن لو تلفت كالمؤجرة.

وكلامهم هذا صريح في أن مؤنة المستعار ليست على المستعير وهو كذلك صحت العارية أو فسدت فإن أنفق لم يرجع إلا بإذن الحاكم أو إشهاد بنية الرجوع عند فقده وشذ القاضي في قوله إنها عليه فعليه لا تفسد بشرط كونه يعلفه أما لو عين المدة والعوض كأعرتك هذه شهرا من الآن بعشرة دراهم أو لتعيرني ثوبك هذا شهرا من الآن فقبل فهو إجارة صحيحة بناء على أن الاعتبار بمعاني العقود ورجح لأن له مقتضيين ذكر المدة والعوض وهما أقوى من مجرد ذكر لفظ العارية، ولو أعاره ليضمنه بأكثر

من قيمته فهل هو إجارة فاسدة لأن الأكثر يقع في مقابلة المنافع أو عارية فاسدة وجهان قيل وإلا قيس الثاني ولا يبرأ إلا بالرد للمالك أو وكيله دون نحو ولده وزوجته فيضمنانها وهو طريق نعم يبرأ كما في الروضة بردها لما أخذها منه إن علم به المالك، ولو بخبر ثقة فتركها فيه ولو استعارها ليركبها فركبها مالكها معه لم يضمن إلا نصفها، ولو قال أعطها لهذا ليجيء معي في شغلي أو أطلق والشغل للآمر فهو المستعير أو في شغله أو أطلق وهو صادق فالراكب إن وكله وليس طريقا كوكيل السوم وإن كذب فهو المستعير والقرار على الراكب.
(ومؤنة الرد) للعارية (على المستعير) من المالك أو نحو مستأجر رد عليه للخبر الصحيح {على اليد ما أخذت حتى تؤديه} ولأنه قبضها لمنفعة نفسه أما إذا رد على المالك فالمؤنة عليه كما لو رد عليه معيره وظاهر كلامهم أنه لا فرق بين بعد دار معيره وعدمه ويوجه بأنه منزل منزلة معيره ومعيره لو كان في محله لم يلزمه مؤنة فكذا هو فتأمله ليندفع به ما للأذرعي هنا ويجب الرد فورا عند طلب معير أو موته أو عند الحجر عليه فيرده لوليه فإن أخر بعد علمه وتمكنه ضمن مع الأجرة ومؤنة الرد نعم لو استعار نحو مصحف أو مسلم فارتد مالكه امتنع رده عليه <ص: 421> بل يتعين الحاكم.
(فإن تلفت) العين المستعارة أو شيء من أجزائها ومنها ما أركب مالكها عليها منقطعا ولو تقربا لله تعالى، وإن لم يسأله لأنها تحت يده، ومن ثم لو ركب مالكها معه لم يضمن إلا النصف ومنها أيضا نحو إكاف الدابة دون ولدها نعم إن تبعها والمالك ساكت وجب رده فورا إلا ضمن كالأمانة الشرعية ودون نحو ثياب العبد على الأوجه لأنه لم يأخذه ليستعملها (لا باستعمال) مأذون فيه كأن خطت في بئر حالة السير قال الغزي ومن تبعه وقياسه أن عثورها حال الاستعمال كذلك وظاهره أنه لا فرق بين أن يعرف ذلك من طبعها وأن لا ويظهر تقييده بما إذا لم يكن العثور مما أذن المالك في حمله عليها على أن جمعا اعترضوه بأن التعثر يعتاد كثيرا أي فلا تقصير منه ومحله إن لم يتولد من شدة إزعاجها وإلا ضمن لتقصيره وكأن جنى العبد أو صالت الدابة فقتلا للدفع ولو من مالكهما نظير قتل المالك قنة المغصوب إذا صال عليه فقصد دفعه

فقط (ضمنها) بدلا أو أرشا لكنه طريق فقط فيما لو جنى عليها في يده بقيمة يوم التلف في المتقوم ومثله في المثلي كما جرى عليه ابن أبي عصرون واعتمده السبكي وغيره وهو أوجه من جزم الأنوار بلزوم القيمة، ولو في المثلي وإن اقتضاه كلام جمع واعتمده بعض الشراح (وإن) شرطا عدم ضمانها.
وبحث الإسنوي أن هذا الشرط لا يفسدها كشرط رد مكسر عن صحيح في الفرض وفيه نظر لإمكان الفرق، ولو (لم يفرط) للخبر السابق بل عارية مضمونة (والأصح أنه لا يضمن ما ينمحق) من الثياب أو نحوها (أو ينسحق باستعمال) مأذون فيه لحدوثه بإذن المالك فهو كاقتل عبدي والثاني يضمن مطلقا لخبر على اليد السابق (والثالث يضمن المنمحق) دون المستحق أي البالي بعض أجزائه لأن مقتضى الإعارة الرد ولم يوجد في الأول وموت الدابة كالانمحاق وعرجها وتقرح ظهرها باستعمال مأذون فيه <ص: 422> وكسر سيف أعاره ليقاتل به كالانسحاق ومر جواز إعارة المنذور ولكن يضمن كل من المعير والمستعير ما نقص منه بالاستعمال، ولو استعار عبدا لتنظيف سطح مثلا فسقط من سلمه ومات ضمنه بخلاف ما إذا استأجره ولا يشترط في ضمان المستعير كون العين في يده بل، وإن كانت بيد المالك كما صرح به الأصحاب وفي الروضة لو حمل متاع غيره على دابته بسؤال الغير كان مستعيرا لكل الدابة إن لم يكن عليها شيء وإلا فبقدر متاعه واستشكل ذلك بقولهما عن الشيخ أبي حامد وغيره لو سخر رجلا ودابته فتلفت البهيمة في يد صاحبها لم يضمنها المسخر لأنها في يد صاحبها ويجاب بأن هذا من ضمان الغصب وهو لا بد فيه من الاستيلاء ولم يوجد وما نحن فيه من ضمان العارية وهي لا يشترط فيها ذلك لحصولها بدونه وهذا أولى من إشارة القمولي إلى تضعيف أحد الموضعين.
(فرع) اختلفا في أن التلف بالاستعمال المأذون فيه صدق المعير كما قاله الجلال البلقيني وأيده غيره بكلام البيان ويوجه بأن الأصل في العارية الضمان حتى يثبت مسقطه (والمستعير من مستأجر) أو موصى له أو موقوف عليه بقيده السابق أو مستحق منفعة بنحو صداق أو صلح أو سلم (لا يضمن في الأصح) لأن يده نائبة عن يد غير

ضامنة نعم إن كانت الإجارة فاسدة ضمن لأن معيره ضامن كما جزم به البغوي قال لأنه فعل ما ليس له والقرار على المستعير ولا يقال حكم الفاسدة حكم الصحيحة <ص: 423> في كل ما تقتضيه بل في سقوط الضمان بما يتناوله الإذن فقط وألحق البلقيني بهؤلاء الثلاثة جلد أضحية منذورة فإنه يجوز إعارته ولا يضمنه مستعيره لا بتناء يده على يد غير مالك، وكذا مستعار لرهن تلف في يد مرتهن لا ضمان عليه كالراهن وصيد استعير من محرم وكتاب موقوف على المسلمين مثلا استعاره فقيه فتلف في يده من غير تفريط لأنه من جملة الموقوف عليهم

(ولو تلفت دابته في يد وكيل بعثه في شغله أو في يد من سلمها إليه ليروضها) أي يعلمها المشي الذي يستريح به راكبها (فلا ضمان) عليه حيث لم يفرط لأنه إنما أخذها لغرض المالك أما إذا تعدى كأن ركبها في غير الرياضة فيضمن كما لو سلمه قنه ليعلمه حرفة فاستعمله في غيرها، ولو بإذن المالك (وله الانتفاع بحسب الإذن) لأن المالك رضي به دون غيره نعم لو أعاره دابة ليركبها لموضع كذا ولم يتعرض للركوب في الرجوع جاز له الركوب فيه كما نقلاه وأقراه بخلاف نظيره من الإجارة والفرق أن الرد لازم للمستعير فتناول الإذن الركوب في العود عرفا والمستأجر لا رد عليه ومنه يؤخذ أن المستعير الذي لا يلزمه الرد كالمستأجر ويحتمل خلافه، ولو جاوز المحل المشروط لزمه أجرة مثل الذهاب منه والعود إليه وله الرجوع منه راكبا كما صححه السبكي وغيره بناء على أن العارية لا تبطل بالمخالفة وهو ما صححاه

(فرع) قال العبادي وغيره واعتمدوه في كتاب مستعار رأي فيه خطأ لا يصلحه إلا المصحف فيجب ويوافقه إفتاء القاضي بأنه لا يجوز رد الغلط في كتاب الغير <ص: 424> وقيده الريمي بغلط لا يغير الحكم وإلا رده وكتب الوقف أولى وغيره بما إذا تحقق ذلك دون ما ظنه فليكتب لعله كذا ورد بأن كتابة لعله إنما هي عند الشك في اللفظ لا الحكم والذي يتجه أن المملوك غير المصحف لا يصلح فيه شيء مطلقا إلا إن ظن رضا مالكه به وأنه يجب إصلاح المصحف لكن إن لم ينقصه خطه لرداءته وإن الوقف يجب إصلاحه إن تيقن الخطأ فيه وكان خطه

مستصلحا سواء المصحف وغيره وأنه متى تـردد فـي عيـن لفظ أو في الحكم لا يصلح شيئا وما اعتيد من كتابة لعلـه كذا إنما يجوز في ملك الكاتب (وإن أعـاره لزراعـة حنطـة زرعها ومثلها) في الضرر ودونها بالأولى كالشـعير والفـول لا أعلـى منهـا كالـذرة والقطـن (إن لـم ينهـه) فـإن نهـاه عـن المثـل أو الأدون امتنعـا أيضـا اتباعـا لنهيـه وعلـم منـه مـا بأصله أنه لو عيـن نوعـا ونهـى عـن غيـره اتبـع (أو) أعـاره (لشـعير لـم يـزرع فـوقه) ضـررا (كحنطـة) بـل دونـه ومثلـه وتنكيره لهذين خلاف تعريف أصله لهمـا ليـبين أنـه لا فـرق في التفصيل المذكور بين أعرتك لزراعة الحنطة أو حنطة
وترجيـح الإسـنوي أنـه إذا أشـار لمعيـن منهمـا أو أعـاره لزارعتـه لا يجـوز الانتقـال عنـه قـال ولهـذا عرفهمـا فـي المحرر فيه نظـر والصـحيح فـي الإجـارة الجـواز فكـذا هنـا وصرح في الشعير بما لا يجوز فقـط عكـس الحنطـة تفننـا ولدلالة كل على الآخر ففيه نوع من أنواع البديع المشهورة وحيث زرع مـا ليـس لـه زرعـه فللمالـك قلعـه مجانـا فـإن مضت مدة لها أجرة لزمه جميع أجرة المثل علـى المعتمـد (ولــو أطلــق الزراعــة) أي الإذن فيهــا كأعرتــك للزارعــة ولتزرعها (صـح فـي الأصـح ويـزرع مـا شـاء) لإطلاق اللفـظ وإنمـا لـم يلزمـه الاقتصـار علـى أخـف الأنـواع ضـررا لأن المطلقات أنما تنزل على الأقل إذا كـانت بحيـث لـو صـرح به لصح وهذا لو صرح به لم يصح لأنه لا يوقف علـى حـد الأقل ضررا فيؤدي إلى النزاع والعقود تصان عن ذلك قـاله البلقيني جوابا عن قولهما لو قيل لا يـزرع إلا أقـل الأنـواع ضررا لكان مذهبا <ص: 425> وقال الأذرعي يزرع ما عهد زرعه هناك، ولو نادرا، ولـو قـال لـتزرع مـا شـئت زرع مـا شاء جزمـا (وإذا اسـتعار لبنـاء أو غـراس فلـه الـزرع) لأنـه أخف (ولا عكس) لأن ضررهما أكثر
(والصحيح أنه لا يغرس مستعير لبناء، وكذا العكس) لاختلاف الضرر فإن ضرر البناء في ظـاهر الأرض أكـثر مـن باطنهـا والغراس بـالعكس لانتشـار عروقـه ومـا يغـرس للنقـل فـي عامه ويسمى الشتل كـالزرع وإذا اسـتعار لواحـد ممـا ذكـر ففعله، ثم مات أو قلعه ولـم يكـن قـد صـرح لـه بالتحديـد مرة بعد أخرى لـم يجـز لـه فعـل نظيـره ولا إعـادته مـرة ثانية إلا بإذن جديد (و) الصحيح (أنـه لا يصـح إعـارة الأرض مطلقة بل يشترط تعيين نوع المنفعة) قياسـا علـى الإجـارة

نعم إن قال لتنتفع بها كيف شئت أو بما بدا لك صح وينتفع بما شاء على الأوجه كما في الإجارة وقيل بما هو العادة ثم، وبه جزم ابن المقري وهو نظير ما مر عن الأذرعي في إطلاق الزراعة وذكر الأرض مثال لما ينتفع به بجهتين أو أكثر كالدابة أما ما ينحصر الانتفاع به في جهة واحدة كبساط لا يصلح إلا للفراش فلا يحتاج في إعارته إلى بيان الانتفاع ويستعمل في ذلك بالمعروف قال في المطلب، وكذا لو كان يمكن الانتفاع بجهات لكن إحداها هي المقصودة منه عادة ا ه

(فصل) في بيان جواز العارية وما للمعير وعليه بعد الرد في عارية الأرض وحكم الاختلاف هي جائزة من الجانبين كالوكالة فحينئذ (لكل منهما) أي المعير والمستعير (رد العارية) المطلقة والمؤقتة قبل فراغ المدة (متى شاء) لأنها مبرة من المعير وارتفاق من المستعير فلا يليق بها الإلزام والرد في المعير بمعنى رجوعه المعبر به في أصله وغيره على أنه يصح إبقاؤه على حقيقته بأن يراد بالعارية العقد فمعنى رده قطعه وذلك لا تجوز فيه <ص: 426> ولو استعمل المستعار أو المباح له منافعه بعد الرجوع جاهلا فلا أجرة عليه كما مر ومحل قولهم إن الضمان لا يختلف بالعلم والجهل إذا لم يسلطه المالك ولم يقصر بترك إعلامه ولو أعاره لحمل متاعه إلى بلد فرجع أثناء طريقها لزمه لكن بالأجرة نقل متاعه إلى ما من وينبغي أن مثله في ذلك نفسه إذا عجز عن المشي أو خاف واستفيد من جوازها كالوكالة انفساخها بما تنفسخ به الوكالة من نحو موت وجنون وإغماء وحجر وعلى وارث المستعير الرد فورا فإن تعذر عليه ردها ضمنت مع مؤنة الرد في التركة فإن لم تكن تركة فلا شيء عليه غير التخلية عند بقائها وإن لم يتعذر <ص: 427> ضمنها الوارث مع الأجرة ومؤنة الرد ومر أنه يجب الرد فورا عند نحو موت المعير (إلا إذا أعار لدفن) ودفن فيه محترم (فلا يرجع حتى يندرس أثر المدفون) بأن يصير ترابا فيرجع حينئذ بأن يكون أذن له في تكرير الدفن وإلا فالعارية انتهت وذلك لأنه دفن بحق وفي النبش هتك حرمته ولا يرد عليه عجب الذنب فإنه، وإن لم يندرس إلا أن الكلام في الأجزاء التي تحس وهو لا يحس وقضية المتن أنه لا

أجرة له، وإن رجع وهو كذلك خلافا للأنوار ويفرق بينه وبين ما مر في الرجوع في الطريق بأن العرف غير قاض به هنا لتوطن النفس فيه على البقاء إلى البلاء ولو أظهره منه نحو سبع ولم يوجد غيره أقرب منه أو مساو له أعيد إليه قهرا لأنه صار حقا له إلى اندراسه من غير مقابل وللمالك سقي لم يضر بالميت أما إذا رجع قبل الدفن أي مواراته بالتراب ومثلها فيما يظهر سد اللحد بل وخشية تهريه بنقله من هذا القبر، وإن لم يوار فيجوز كما نقلاه عن المتولي وأقره واعتمده <ص: 428> الأذرعي بل قال إنه لم ير أحدا صرح بما في الشرح الصغير من امتناع الرجوع بمجرد وضعه في القبر نعم يغرم مؤنة الحفر لولي الميت لأنه غره ولا طم على الولي وفارق هذا ما لو رجع بعد الحرث وقبل الزرع لا تلزمه مؤنة الحرث على المعتمد لأنه لم يغره لإمكان الزرع بلا حرث في الجملة بخلاف الدفن لا يمكن بلا حفر ويؤخذ منه أنها لو انفسخت بنحو جنون المعير لم تلزمه مؤنة الحفر لأنه لا غرر حينئذ وأن من أعاره أرضا لحفر بئر فيها ينتفع بمائها، ثم طمها يلزمه مؤنة الحفر ما لقبر وإلا إذا أعار كفنا وكفن فيه فإن الأصح بقاؤه على ملكه ولا يرجع فيه حتى يندرس أيضا وإلا إذا قال أعيروا داري بعد موتي لزيد شهرا وخرجت من الثلث فليس للوارث الرجوع، وكذا لو نذر المعير مدة أو أن لا يرجع إلى مدة كذا وإلا إذا رجع معير سفينة بها أمتعة معصومة وهي في اللجة وبحث ابن الرفعة <ص: 429> أنه له الأجرة في هذه كما لو رجع قبل انتهاء الزرع وإلا إذا أعاروه دابة أو سلاحا للغزو والتقى الصفان ويظهر أن يأتي فيه بحث ابن الرفعة وإلا إذا أعار ثوبا للستر أو الفرش على نجس في مفروضة فيمتنع الرجوع على ما بحثه الإسنوي لحرمة قطع الفرض ويوافقه قول البحر ليس للمعير الاسترداد ولا للمستعير الرد إلا بعد فراغ الصلاة لكن يرد ذلك قول المصنف في مجموعه لو رجع المعير في أثناء الصلاة نزعه وبنى على صلاته ولا إعادة عليه بلا خلاف وقياسه ذلك في المفروش على النجس إلا أن عليه الإعادة وعلى الأول يظهر أنه يلزمه بعد الرجوع الاقتصار على أقل مجزئ ومن واجباتها وإلا إذا أعار دار السكنى معتدة فهي لازمة من جهة المستعير فقط وإلا إذا أعاره جذعا ليسند به جدارا مائلا فلا يرجع

على الأوجه وفاقا للبحر نعم يتجه أن له الأجرة في هذه كالتي قبلها، وكذا لو أعار ما يدفع به عمل يجب الدفع عنه أو ما يقي نحو <ص: 430> برد مهلك أو ما ينقذ به غريقا
.(وإذا أعار للبناء أو) لغرس (الغراس ولم يذكر مدة ثم رجع) بعد أن بنى أو غرس (إن كان) المعير (شرط القلع) (مجانا) أي بلا بدل (لزمه) عملا بالشرط فإن امتنع فللمعير القلع ويلزم المستعير أيضا تسوية حفر إن شرطها وإلا فلا وصوب السبكي ومن تبعه حذف مجانا كما فعله النص والجمهور، وكذا الشيخان في الإجارة فذكره غير شرط للقلع بل للقلع بلا أرش ولو اختلفا في وقوع شرط القلع مجانا صدق المعير كما بحث الأذرعي كما لو اختلفا في أصل العارية لأن من صدق في شيء صدق في صفته، وقال غيره يصدق المستعير لأن الأصل عدم الشرط واحترام ماله وهذا أوجه ولا ينافيه ما مر عن الجلال البلقيني كما هو ظاهر بأدنى تأمل (وإلا) يشرط عليه القلع (فإن اختار المستعير القلع) أراد به ما يعم الهدم بقرينة ذكره بعدهما (قلع) بلا أرش لأنه ملكه وقد رضي بنقصه (ولا يلزمه تسوية الأرض في الأصح) لأن الإعارة مع علم المعير بأن للمستعير أن يقلع رضا بما يحدث من القلع (قلت الأصح تلزمه والله أعلم) لأنه قلع باختياره ولو امتنع منه لم يجبر عليه فيلزمه إذا قلع ردها إلى ما كانت عليه وهو المراد بالتسوية حيث أطلقت فلا يكلف ترابا آخر لو لم يكف الحفر ترابها وبحث السبكي وغيره أن محله في الحفر الحاصلة بالقلع
قال الأذرعي وكلام الأصحاب مصرح بهذا التصوير بخلاف الحاصلة في مدة العارية لا حل الغرس والبناء لحدوثها بالاستعمال وهو ظاهر، ولو حفر زائدا على حاجة القلع لزمه طم الزائد جزما (فإن لم يختر) القلع (لم يقلع مجانا) لوضعه بحق (بل للمعير الخيار) لأنه المحسن ولأنه مالك الأرض وهي الأصل (بين أن يبقيه بأجرة) لمثله واستشكلت بأن المدة مجهولة قال الإسنوي وأقرب ما يمكن سلوكه <ص: 431> ما مر في بيع حق البناء دائما على الأرض بعوض حال بلفظ بيع أو إجارة فينظر لما شغل من الأرض ثم يقال لو أوجر هذا النحو بناء دائما بحال كم يساوي فإذا قيل كذا أوجبناه وعليه يتجه أن له إبدال ما قلع لأنه

بذلك التقدير ملك منفعة الأرض على الدوام (أم يقلع) أو يهدم البناء، وإن وقف مسجدا (ويضمن أرش نقصه) وهو قدر ما بين قيمته قائما ومقلوعا ولا بد من ملاحظة كونه مستحق الأخذ لنقص قيمته حينئذ وقضية ضمانه ذلك أن مؤنة القلع أو الهدم عليه أيضا واعتمده في التدريب كالكفاية فإنه لما نقل فيها عن الإمام أن الظاهر من كلام المعظم أنها على المستعير قال وفي كلام الأصحاب ما يدل على أنها على المعير كما عليه ما ينقصه القلع وهو متجه جدا ا ه لكنه ناقض نفسه في المطلب فإن ظاهر كلامه أنها على المستعير كالمستأجر وتبعه شارح حيث رد الأول بأن المؤنة في نظيره من الإجارة على المستأجر فالمستعير أولى منه أما أجرة نقل النقص فعلى مالكه قطعا

(قيل أو يتملكه) بعقد مشتمل على إيجاب وقبول (بقيمته) حال التملك مستحق القلع والأصح كنظائره من الشفعة وغيرها، ومن ثم قيل إنهما جزما به في مواضع وجري عليه هنا جمع متأخرون ولم يعتمدوا ما في الروضة هنا من تخصيص التخير بالتملك والقلع ولا ما في المتن فيتخير بين الثلاثة، وقد يتعين الأول بأن بنى أو غرس شريك بإذن شريكه، ثم رجع أو الثاني إذا لم يكن فيه نقص أو أحد الأولين فقط بأن وقف المستعير البناء أو الغراس فيمتنع التملك بالقيمة خلافا لابن الصلاح، ولو وقف الأرض <ص: 432> تخير أيضا لكن لا يفعل الأول إلا إذا كان أصلح للوقف من الثاني ولا الأخير إلا إذا كان في شرط الواقف جواز تحصيل مثل ذلك البناء والغراس من ريعه وينبغي أن يقيد بهذا قول ابن الحداد في أرض وقفت بعد البناء فيها بإجارة يقلع البناء مجانا وخالفه الروياني فرأي أنه قبل مضي مدة الإجارة لا يطالب بالقلع، وكذا بعدها إلا إن شرط عليه وإلا دفع المتولي قيمته إن رأى فيه الخط لأن الوقف ورد بعد استحقاق البناء أي فطروه بعد الإجارة المقتضية للقلع بالأرش أو التملك لا يغير حكمها، ولو كان على الشجر ثمر لم يبد صلاحه فلا تخيير إلا بعد الجذاذ كما في الكفاية عن الإمام والقاضي كما في الزرع لأن له أمدا ينتظر قال الإسنوي لكن المنقول في نظيره من الإجارة هو التخيير، ثم إن اختار التملك تملك الثمرة أيضا إن كانت غير مؤبرة وإلا أبقاها إلى أو أن الجذاذ، وإن أراد

القلع غرم أرش نقص الثمرة أيضا وإذا اختار ما له اختياره لزم المستعير موافقته فإن أبـي كلـف تفريـغ الأرض مجانـا لتقصيره
(فإن لم يختر) المعير شـيئا ممـا ذكـر (لـم يقلـع مجانـا إن بذل المستعير الأجرة) لانتفاء الضرر (وكذا إن لم يبذلها في الأصح) لأن المعير مقصر بتركه الاختيار راض بإتلاف منـافعه (ثـم) عليـه (قيـل يـبيع الحـاكم الأرض ومـا فيهـا) مـن بنـاء وغراس (ويقسم بينهما) على الكيفية السابقة في رهـن الأم دون ولدها فصلا للخصومة (والأصح أنه يعرض عنهمـا حـتى يختارا شيئا) لأن المستعير لا تقصير منه فكيـف يجـبر علـى إزالـة ملكـه والمعيـر، وإن قصـر لكـن الضـرر عليـه فقـط وإجبار الحاكم إنمـا هـو لإزالـة الضـرر المتعـدي للغيـر كـبيع مـال مـدين امتنـع عـن الوفـاء <ص: 433> وقـوله يختـارا المحكي عن خطـه هنـا وعـن أصـله وأكـثر نسـخ الشـرحين ينافيه إسقاط الألف مـن خطـه فـي الروضـة وصـحح عليـه واستحسنه السبكي وصوبه الإسنوي لأن اختيار المعير كـاف فـي فصـل الخصـومة ورجـح الأذرعـي إثباتهـا لأنـه الموافـق لتعبير جمـع بـأنه يقـال لهمـا انصـرافا حـتى تصـطلحا علـى شيء ولأنه قد يختار المعير ما لا يجبر عليـه المسـتعير ولا يوافقه ا ه والوجه صحة كل من التعـبيرين أمـا الأول فلأن المعير هو المخير أولا فصح إسناد الاختيار إليـه وحـده وقـد صـرح ابـن الرفعـة وغيـره بـأنه إذا عـاد وطلـب شـيئا مـن الخصـال الثلاث أجيـب كالابتـداء وإن اختـار شـيئا مـن غيـر الثلاث ووافقه المستعير انفصل الأمـر وإلا اسـتمر الإعـراض عنهمـا علـى أنـه مـع حـذف الألـف يصـح الإسـناد لأحـدهما الشامل للمستعير لأنه إذا اختار ما له اختياره كالقلع مجانـا انفصلت الخصومة أيضا.
وأما الثاني فلأن المعيـر وإن كـان هـو الأصـل لكـن لا يتـم الأمر عنـد اختيـار غيـر الثلاث إلا بموافقـة المسـتعير فصـح الإسناد إليهمـا (و) فـي حالـة الإعـراض عنهمـا إلـى الاختيـار يجوز (للمعير دخولها والانتفاع بها) لأنهـا ملكـه ولـه الاسـتناد إلى بقاء المستعير وغراسه والاستظلال بهما وإن منعه كمـا مر في الصلح وتخيل فرق بينهما غير صـحيح وإطلاق جمـع امتناع الاستناد إليه محمول على ما يضر، ولـو أدنـى ضـرر حـالا أو مـآلا (ولا يـدخلها المسـتعير بغيـر إذن) مـن المعيـر (لتفرج) وغيره من الأغـراض التافهـة كـالأجنبي وهـي مولـدة

قيل لعلها من انفراج الهم أي انكشافه (ويجوز) دخوله (للسقي والإصلاح) للبناء بغير آلة أجنبية ونحوهما كاجتناء الثمر (في الأصح) صيانة لملكه عن الضياع فإن عطل بدخوله منفعة تقابل بأجرة لزمته أما إصلاح البناء بآلة أجنبية فلا يمكن منه لأن فيه ضررا بالمعير لأنه قد يختار التملك أو النقض مع الغرم فيزيد الغرم عليه من غير حاجة إليه بخلاف إصلاحه بآلته كما إن سقي الشجر يحدث فيها زيادة عين وقيمة (ولكل) منهما (بيع ملكه) من صاحبه وغيره ويثبت للمشتري من كل ما كان لبائعه أو عليه مما ذكر نعم له الفسخ إن جهل الحال (وقيل ليس للمستعير بيعه لثالث) لأن ملكه غير مستقر إذ للمعير تملكه ورد بأن غايته أنه كشقص مشفوع وقيل ليس للمعير ذلك أيضا للجهل بأمد البناء والغراس، ولو اتفقا على بيع الكل لثالث بثمن واحد جاز للضرورة <ص: 434> ووزع كما مر.
(والعارية المؤقتة كالمطلقة) في جميع ما مر فيها رجع قبل انقضائها لأن التأقيت وعد لا يلزم وقيل لا يجوز الرجوع حينئذ وإلا لم يكن للتأقيت فائدة أو بعده ويأتي معنى الرجوع حينئذ وذكر المدة كما يجوز أن يكون للقلع يجوز أن يكون لمنع الأحداث أو لطلب الأجرة (تنبيه) قوله كالمطلقة وقول الشراح في جميع ما مر فيها مشكل لأنهم إن أرادوا التشبيه في البناء والغراس فقط كما يدل عليه حكاية القول الآتي ورد عليهم أنه إذا أعير لهما ولم يذكر مدة فله فعلهما ما لم يرجع لكن لا يفعلهما إلا مرة واحدة وغيرهما مثلهما في ذلك، وإن قيد بمدة كرر المرة بعد الأخرى ما لم تنقض أو يرجع أو فيهما وفي غيرهما ورد عليهم منع الانتفاع بعد المدة ولزوم الأجرة فيه بخلافه في المطلقة وكأنهم وكلوا هذا التفصيل إلى محله في الكتب المبسوطة (وفي قول له القلع فيها) أي المؤقتة بعد المدة (مجانا إذا رجع) أي انتهت بانتهاء المدة لأن فائدة التأقيت القلع بعد المدة وجوابه ما مر قبيله (وإذا أعار لزراعة) مطلقا (فرجع قبل إدراك الزرع فالصحيح أن عليه الإبقاء إلى الحصاد) إن نقص بالقلع قبله لأنه محترم وله أمد ينتظر بخلاف ما إذا لم ينقص كما بحثه ابن الرفعة لانتفاء الضرر هذا إن لم يحصد قصيلا كقمح أما ما يحصد قصيلا كباقلاء فيكلف قلعه في وقته المعتاد

(و) الصحيح (أن له الأجرة) أي أجرة مدة الإبقاء وقت الرجوع لانتفاء الإباحة به فأشبه ما إذا أعار دابة ثم رجع أثناء الطريق فعليه نقل متاعة إلى ما من بأجرة المثل كما مر (فلو عين مدة) للزراعة (ولم يدرك) الزرع (فيها لتقصيره بتأخير الزراعة) <ص: 435> أو بنفسها كأن كان على الأرض نحو سيل أو ثلج، ثم زرع بعد زواله ما لا يدرك في بقية المدة أو زرع غير المعين مما يبطئ أكثر منه (قلع مجانا) لما تقرر من تقصيره ويلزمه أيضا تسوية الأرض أما إذا لم يقصر فلا يقلع مجانا كما لو أطلق سواء أكان عدم الإدراك لنحو برد أم لقصر المدة المعينة (ولو حمل السيل) أو نحو الهواء (بذرا) بمعجمة أي ما سيصير مبذورا، ولو نواة أو حبة لم يعرض مالكها عنها (إلى أرض) لغير مالكه (فنبت فهو) أي النابت (لصاحب البذر) لأنه عين ماله وإن تحول لصفة أخرى فيجب على ذي الأرض فالحاكم رده إليه أي إعلامه به كما في الأمانة الشرعية أما ما أعرض مالكه عنه وهو ممن يصح إعراضه لا كسفيه فهو لذي الأرض إن قلنا بزوال ملك مالكه عنه بمجرد الإعراض

(تنبيه) سيعلم مما يأتي قبيل الأضحية جواز أخذ ما يلقى مما يعرض عنه غالبا ويؤخذ منه أن ما هو كذلك يملكه مالك الأرض هنا، وإن لم يتحقق إعراض المالك عنه وحينئذ فالشرط أن لا يعلم عدم إعراضه لا أن يعلم إعراضه خلافا لما يوهمه كلامهم هنا فتأمله (والأصح أنه يجبر) أي يجبره المالك ولو من غير رفع الحاكم بأن يتولى قلعه بنفسه نظير ما مر في الصلح خلافا لابن الرفعة (على قلعه) لأن المالك لم يأذن فيه فأشبه ما إذا انتشرت أغصان شجرة للغير إلى هواء داره ولا أجرة لمالك الأرض على مالك البذر لمدته قبل القلع وإن كثر كما جزم به في المطلب لعدم الفعل منه، ومن ثم لزمه تسوية الحفر الحاصلة بالقلع لأنه من فعله وقضية ذلك أنه لو كان وصوله لأرض الغير من فعل مالكه كأن بذره فيما يظن أنه ملكه فبان غير ملكه لزمته الأجرة وهو متجه وسئلت عن سيل نقل تراب وحجارة أرض عليا إلى سفلى هل يجبر مالك العليا على إزالة ذلك فأجبت بأنه يجبر أخذا مما ذكر هنا في محمول السيل وفي انتشار الأغصان

(ولو ركب دابة، وقال لمالكها أعرتنيها، فقال أعرتكها) <ص: 436> مدة كذا بكذا ويجوز كما رجحه السبكي إطلاق الأجرة بناء على الأصح الآتي أن الواجب أجرة المثل (أو اختلف مالك الأرض وزارعها كذلك فالمصدق المالك على المذهب) لا في بقاء العقد لو بقي بعض المدة بل في استحقاق الأجرة أو القيمة بتفصيلهما الآتي لأن الغالب إذنه في الانتفاع بمقابل فيحلف لكل يمينا تجمع نفيا وإثباتا أنه ما أعاره بل آجره ويستحق أجرة المثل إن وقع الاختلاف مع بقائها وبعد مضي مدة لها أجرة فإن وقع قبل مضي تلك المدة صدق مدعي العارية بيمينه قطعا لأنه لم يتلف شيئا حتى يجعل مدعيا لسقوط بدله أو بعد تلفها ومضي مدة لها أجرة فإن كانت القيمة دون الأجرة أو مثلها أخذها بلا يمين لاتفاقهما على وجوب قدرها ولا يضر الاختلاف في الجهة ويحلف للزائد في الأولى (وكذا) يصدق المالك فيما (لو قال) الراكب أو المزارع (أعرتني، وقال المالك بل غصبته مني) وقد مضت مدة لمثلها أجرة والعين باقية لأن الأصل أنه لم يأذن فيحلف وله أجرة المثل
(فإن تلفت العين) قبل درها تلفا تضمن به العارية (فقد اتفقا على الضمان) لها لأن كلا من المعار والمغصوب مضمون (لكن) يوجه الاستدراك فيه خلافا لمن زعم أنه لا وجه له بأن قوله اتفقا على الضمان يقتضي مساواة ضمان العارية لضمان الغصب الذي سيذكره وما قبله من ذكر الاختلاف يقتضي تخالفهما وأنه متفق عليه فبين تخالفهما بذكر ما تضمن به العارية عنا المخالف لما سيذكره في ضمان الغصب وما فيها من الخلاف المشتمل على بيان اتحادهما على وجه (الأصح أن العارية تضمن بقيمة يوم التلف) إن كانت متقومة وإلا فبالمثل على المعتمد <ص: 437> والمغصوب يضمن بأقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف والفرق أن هذا متعد فغلظ عليه بالنظر لأي زيادة وجدت في يده بخلاف المستعير فنظر لأول وقت ضمانها وهو وقت التلف و (لا) تضمن العارية (بأقصى القيم ولا بيوم القبض) خلافا لمقابل الأصح (فإن كان ما يدعيه المالك) بالغصب (أكثر) من قيمة يوم التلف (حلف للزيادة) أنه يستحقها وما يساويها وما دونها فيأخذه بلا يمين لاتفاقهما عليه نظير ما مر وفي الروضة لو قال المالك غصبتني وذو اليد أودعتني حلف المالك لأنه

يدعي عليه الإذن والأصل عدمه وأخذ القيمة إن تلف والأجرة إن مضت مدة لمثلها أجرة
ومحله إن لم يوجد من ذي اليد استعمال وإلا صدق المالك بلا يمين فإن قلت يخالف هذا ما مر في الإقرار أن من أقر بألف وفسرها بالوديعة قبل أي سواء أقال أخذتها منه أم دفعها إلي على المعتمد ولم ينظر لدعوى المقر له الغصب قلت يفرق بأن الألف ثم لم تثبت إلا بإقراره فصدق في صفة ثبوتها ويؤيده قولهم من كان القول قوله في أصل الشيء كان القول قوله في صفته وممن تكلم على هذه القاعدة وأطال التاج السبكي في قواعده ولأنه لا أصل هنا يخالف دعواه الوديعة بخلافه فيما نحن فيه فإنه لما علم أن يده على العين اقتضى ذلك ضمانه إذ هو الأصل في الاستيلاء على مال الغير فدعواه الإذن مخالفة لأصل الضمان الناشئ عن الاستيلاء والأصل عدم الإذن فصدق المالك وبهذا يعلم ضعف قول البغوي لو دفع لغيره ألفا فهلكت فادعي الدافع القرض والمدفوع إليه الوديعة صدق المدفوع إليه وسيأتي آخر القراض ما له تعلق بذلك، ثم رأيت ما يرد كلام البغوي وهو قول الأنوار عن منهاج القضاة لو قال بعد تلفه دفعته قرضا، وقال الآخر بل وكالة صدق الدافع ا هـ.
(تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس وأوله كتاب الغصب)