

7

(\*)  
"مسائل التفليس"

\* مسألة ( ١٣٠ ) : اذا افلس المشتري بالثمن ووجد البائع عين ماله فهو أحق به . ١٥٤/ (١)

(\*) التفليس تفعيل من الفليس، بفتحيتين، وهو عدم النيل، من أفلس ان لم يبق له مال، كأنما صارت دراهمة فلوسا أو زيوفا، أو صار بحيث يقال له: معه فلس يفتح فسكون، ويجمع على أفلس جمع قلة، وجمع الكثرة: فلوس. وهي أخس الأموال. وفلسه القاضي بتشديد اللام، تفليسا، حكم بافلاسه، ونادى عليه به بسين الناس. أنظر القاموس ج ٢ ص ٢٣٩ والختار ص ٥١.

زاد في المصباح ج ٢ ص ١٣٧: وحقيقته - أى الافلاس - الانتقال من حالة اليسر الى حالة العسر. أه.

والتفليس شرعا: جعل الحاكم المديون مفلسا، بمنعه من التصرف في ماله. أه.

مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٤٦.

والمفلس هو: من عليه ديون حالة زائدة على ماله. أه المنهاج ص ٥٧.

والاصل في مشروعية التفليس ما رواه الدارقطني - كما قال ابن حجر، لكنني لم أجده في السنن فلعله في غيرها -

ان النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله في دين كان عليه وقسمه بين غرمائه، فاصابهم خمسة اسباع حقوقهم، فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم: ليس لكم الا ذلك. أه في التلخيص ج ٣ ص ٣٧. قال ابن الطلاع في الاحكام: هو حديث ثابت. أه.

وقد صحح الحاكم اسناده. أنظر المستدرک ج ٢ ص ٥٨: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. أه.

ورواه البيهقي ج ٦ ص ٤٨ باب الحجر على المفلس وبيع ماله في دينه، مطولا، عن كعب بن مالك عن أبيه قال: كان معاذ بن جبل رضى الله عنه شابا حليما سمحا من افضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئا، فلم يزل يدان، حتى اغرق ماله كله في الدين فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فكلّم غرماءه فلو تركوا أحدا من اجل أحد لتركوا معاذ من اجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء. أه.

ورواه البيهقي أيضا مختصرا بلفظ: ان النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ابن جبل ماله وباعه في دين كان عليه. أه.

ورواه أبو داود في المراسيل وعبد الرزاق في المصنف مرسلا عن معمر.

قال ابن حجر: قال عبد الحق: المرسل أصح من المتصل. أه التلخيص ج ٣ ص ٣٧.

وقال أبو حنيفة : يكون اسوة الغرماء .<sup>(٢)</sup>

لنا : ماروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ( ايما رجل

مات أو افلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجد به بعينه ) .<sup>(٣)</sup>

= المختصر ص ١٠٢ . الام ج ٣ ص ١٩٩ . الوجيز ج ١ ص ١٧٢ .

وزهب الحنابلة الى أن له الحق في أخذ عين ماله اذا كان المفلس حيا

والا كان اسوة الغرماء . أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٧٩ . كشاف القناع

ج ٣ ص ٤١٣ . المغنى ج ٤ ص ٣٠٧ و ٣٤١ .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٣٥ . القوانين ص ٣٤٨ . المنتقى

ج ٥ ص ٨٩ و ٩١ .

ويقول الشافعية في التسوية بين الحاليين أعني مالوكان المفلس حيا أو ميتا .

يقول ابن حزم أيضا ، الا أنه جعل له الخيار في أن يأخذ حقه أو يدهه ويكون

اسوة الغرماء . أنظر المحلى ج ٨ ص ٦٣٥ .

( ٢ ) الهداية ج ٨ ص ٢٠٩ . التبيين ج ٥ ص ٢٠١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٤٣ .

( ٣ ) أنظر ترجمة أبي هريرة في المسألة رقم ( ٣١ ) هامش ( ٨ ) .

والحديث رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٨٧ كتاب البيوع باب الرجل يفلس

فيجد الرجل متاعه بعينه عنده .

رقم الحديث / ٣٥٢٣ بلفظ : عن عمر بن خلدة قال : اتينا أبا هريرة في

صاحب لنا افلس فقال : لا قضين فيكم بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم :

من افلس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو أحق به . أه .

ورواه أيضا الشافعي في الام ج ٣ ص ١٩٩ عنه بلفظه . قال في الفتح ج ٥ ص ٦٤

وهو حديث حسن يحتج بمثله . أه .

ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٩٠ كتاب الأحكام . باب من وجد متاعه بعينه

عند رجل قد أفلس .

قال المنذرى : حكى عن أبي داود انه قال : من يأخذ بهذا ؟ وأبو المعتمر

من هو ، لا يعرف . أه . مختصر سنن أبي داود ج ٥ ص ١٧٧ رقم / ٣٣٨٠ .

قال ابن حجر : وأبو المعتمر قال أبو داود والطحاوي والمنذرى : هو =

فان قيل : البائع ليس بصاحب المتاع<sup>(٤)</sup> ، فيجب أن يكون المراد به الغصوب  
والمواري اذا وجدها صاحبها ، كان أحق بها ، ونص على المفلس لينبه على  
أن في غير المفلس أولى .

قلنا : أراد به البائع وسماه صاحب المتاع<sup>(٥)</sup> ، كما قال تعالى ( واورثكم  
أرضهم وديارهم )<sup>(٦)</sup> وقال : ( ولكم نصف ما ترك أزواحكم )<sup>(٧)</sup> والدليل عليه<sup>(٨)</sup> أنه شرط<sup>(٩)</sup> الا فلاس

= مجهول . ولم يذكر ابن أبي حاتم له الا راويا واحدا وهو ابن أبي نئب ،  
وذكره ابن حبان في الثقات . . . وروى ابن حبان والدارقطني وغيرهما من  
طريق الثوري في حديث أبي بكر عن أبي هريرة اللفظ الذي ذكره المصنف -  
يعني الرافعي - أه .

قلت : وهو لفظ المصنف عندنا أيضا . تلخيص الحبير ج ٣ ص ٣٨ رقم / ١٢٣٥ .  
( ٤ ) لا انتقال ملكه عنه بالبيع الى المشتري .

( ٥ ) لانه لا زالت له علة بالمبيع ما لم يستوف الثمن ، فهو يائع باعتبار ما كان .

( ٦ ) سورة الاحزاب آية / ٣٣ .

وجه الدلالة : ان الارض أصبحت بتورث الله اياها لبني اسرائيل ملكا لهم ،  
ثم حين ذكرهم بهذه النعمة نسب الارض الى غيرهم ، باعتبار ما كانت عليه .  
قبل التورث .

( ٧ ) سورة النساء . آية / ٤ .

وجه الدلالة : انه اطلق عليهم وصف الا زواج اعتبارا لما كان عليه الحال  
قبل الموت .

( ٨ ) أى على أنه أراد البائع .

( ٩ ) بفتحيتين ، أى شرط في اعادة المال بعينه الى صاحبه وهو البائع أن يكون  
المشتري قد افلس .



وفيما قالوا لا يشترط<sup>(١٠)</sup> ولا يجوز أن يكون ذلك<sup>(١١)</sup> للتنبيه<sup>(١٢)</sup> ، لان الافلاس يؤثـر<sup>(١٣)</sup>  
 في الاستحقاق<sup>(١٤)</sup> ، فلا يجوز أن ينبه به على حال اليسار ، ولانه قال : أحق<sup>(١٥)</sup> ،

( ١٠ ) زاد فى نسخة ((ب)) : لا يشترط الافلاس .

بمعنى انه لا يشترط فى رد المغصوب والعارية الى المالك ، أن يكون قد  
 أفلس ، بل ترد اليه بكل حال ، مفلسا كان أو مليئا .

( ١١ ) أى قوله : فصاحب المتاع .

( ١٢ ) يعنى قولهم : ونص على المفلس لينبه على أن فى غير المفلس أولى .

والتنبيه : هو ما يسمى عند الاصوليين بفحوى الخطاب ، وهو التنبيه بالادنى  
 على الأعلى ، كقول الله تعالى ( ولا تقل لهما أف ) الاسراء آية / ١٧ ، فنبه  
 بالادنى وهو المنع من قول كلمة ( أف ) بمعنى التضجر ، على الأعلى الذى هو  
 الضرب ونحوه من الايذاء .

ويسمى أيضا مفهوم الموافقة وهو اما مساو واما أولى ، فالمساوى يسمى لحن  
 الخطاب والاولى يسمى فحوى الخطاب ، وقد مثلنا للأولى ، واما المساوى  
 فكالنهي عن أكل مال اليتيم فيلحق به اتلافه بتفريقه أو تحريقه ونحو ذلك فى  
 المنع منه .

أنظر نزهة المشتاق ص ٦٥٤ .

( ١٣ ) من هنا الى قوله : حال اليسار ، ساقط من نسخة ((ب)) .

( ١٤ ) لان الموسر لا يستحق عليه غرامؤه ببيع ماله ، لقد رته على الوفاء عند المحل ،  
 فلا يقتضى النص على المفلس التنبيه على الموسر لذلك .

( ١٥ ) أى بصيغة افعل التفضيل ، وهو اسم مصوغ للدلالة على ان شئين اشتركا

فى سمة . وزاد احدهما على الاخر فيها . هذا هو الاصل فى استعماله

وان كان قد يأتى على غير بابه ، كقوله ( وهو أهون عليه ) سورة الروم :

آية / ٢٧ أى هين . أنظر معجم النحو ص ١١ والتى تليها .

وهذا يقتضى أن يكون لغيره فيه حق ، وليس لغير المالك فى المغصوب والعواري  
 (١٦) حق. ولأنه روى فى بعض الالفاظ أن النبى صلى الله عليه وسلم ( قضى فى رجل مات  
 أو افلس بأن صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجد به عينه إلا أن يترك وفاء ) (١٧) .  
 وهذا الاستثناء (١٨) لا يصح فى المغصوب (١٩) والعواري (٢٠) ، وأيضاً ما روى أبو هريرة

---

(١٦) لأنه ملك خالص له انتقل الى غيره برضاه فى العواري ، وبغيره فى الغصب ،  
 فلا يصح أن يكون هذا المعنى داخل فى قوله ( فصاحب المتاع أحق بمتاعه )  
 إذ لا مشارك له فيه كى يقدم هو على غيره فى استحقاقه بخلاف المفلس حيث  
 يشارك الفرءاء صاحب المتاع فى استحقاقه ، فقدم صاحبه وهو البائع ، عليهم  
 فيه .

(١٧) فى الفتح ج٤ ص ٦٤ : أخرجه أيضاً - يعنى اصل الحديث بدون الزيادة  
 المذكورة - أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم ، وزاد بعضهم :  
 إلا أن يترك صاحبه وفاء . أهـ

ورواه الدارقطنى ج٣ ص ٢٩ كتاب البيوع رقم ١٠٦ قال فى التعليق  
 المبنى عليه : قال أبو داود وابن المنذر : هو مجهول - يعنى أحد رواة  
 الحديث وهو أبو المعتمر - ولم يذكر له ابن أبى حاتم إلا راوياً واحداً ،  
 وذكره ابن حبان فى الثقات . أهـ . وقد وقع خطأ مطبعى فى سياق الحديث  
 فى الدارقطنى حيث لم يذكر أداة الاستثناء فيه فقال : إذا وجد بعينه  
 أن يترك صاحبه وفاء . أهـ

(١٨) يعنى قوله فى الحديث : إلا أن يترك وفاء .

(١٩) فى نسخة ((ب)) : فى المغصوب .

(٢٠) لأن صاحبها أحق بها من غيره مطلقاً .

فدل على أن المراد به البائع .

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ( من باع سلعة فأفلس صاحبها فوجدها  
بعينها فهو أحق بها دون الغرماء ) (٢٢) ولأنه أفلس بثمن مبيع وجد بصـفـته (٢٣) (٢٤) ،  
لم يتعلق به حق غيره ، فلم يكن البائع اسوة الغرماء (٢٥) ، كما قبل القبض (٢٦) ،  
ولأنه معاوضة يلحقها الفسخ (٢٨) ، فجاز فسخها بالافلاس كالكتابة (٢٩) .

( ٢١ ) أى المشتري .

( ٢٢ ) الحديث رواه الدارقطني ج ٣ ص ٢٩ كتاب البيوع ، رقم / ١٠٨٠ .

ولم يتعقبه صاحب التعليق المغنى على الدارقطني بشئ .

وجه الدلالة : ان قوله : دون الغرماء يبعد الغصوب والعوارى ان تكون  
هى المقصودة ، لان الغرماء لا يباحون أصحابها عليها قطعاً .

( ٢٣ ) أى المبيع .

( ٢٤ ) أى التى كان عليها عند البيع بأن لم يتغير بزيادة أو نقص ولم يتعلق به حق  
للغير .

( ٢٥ ) أى بل يقدم عليهم .

( ٢٦ ) حيث لا يكون البائع فيه اسوة الغرماء .

بجامع الافلاس بثمن مبيع وجد بصفته لم يتعلق به حق غيره فى كل من الاصل  
وهو مالو أفلس المشتري قبل قبض السلعة والفرع وهو مالو أفلس بعد القبض .  
ولما كان حكم الاصل هو عدم كون البائع اسوة الغرماء اذا أفلس قبل القبض  
كان حكم الفرع كذلك فلا يكون البائع اسوة الغرماء اذا أفلس بعد القبض  
أيضاً لذلك .

( ٢٧ ) أى البيع .

( ٢٨ ) أى بالعيوب والاقالة .

( ٢٩ ) حيث يلحقها الفسخ بموت المكاتب قبل وفاء ما عليه من النجوم ، فجاز فسخها  
بافلاسه .

بجامع ان كلا معاوضة يلحقها الفسخ ، اما الاصل فهو كتابة العبد ، واما الفرع

فهو البيع .

ولما كان حكم الاصل جواز فسخ الكتابة بافلاس العبد ، كان حكم الفرع كذلك =

ولا نفيه عوض في البيع فكان لتعذره تأثير في الفسخ كالمبيع اذا ابق والمسلم فيه اذا انقطع. ( ٣١ )

قالوا : روى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ( ايما امرئ هلك وعنده متاع امرئ بعينه قبض من ثمنه شيئا أو لم يقبضه ، فهو اسوة الغرماء ) . ( ٣٢ )  
قلنا : يرويه اسماعيل بن عياش وهو مضطرب الحديث ، ثم نحمله عليه ( ٣٣ )

= فيجوز فسخ البيع بالافلاس أيضا لذلك ، فتعود السلعة بالفسخ الى بائعها لا يشاركه فيها غيره من الغرماء .  
( ٣٠ ) أى الثمن .

( ٣١ ) حيث يؤثر ذلك في فسخ عقد البيع والسلم به .  
بجامع ان كلا عوض في البيع ، اما الاصل فهو العبد المبيع اذا هرب والمسلم فيه اذا انقطع ، واما الفرع فهو الثمن اذا تعذر تسليمه بسبب الافلاس .  
ولما كان حكم الاصل فسخ عقد البيع بهروب العبد المبيع وعقد السلم بانقطاع المسلم فيه كان حكم الفرع كذلك فيفسخ عقد البيع اذا تعذر تسليم الثمن بالافلاس أيضا لذلك .

( ٣٢ ) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٨ كتاب البيوع باب فو الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، رقم / ٣٥٢٢ ، ولفظه : وايما امرئ هلك وعنده متاع امرئ بعينه اقتضى منه شيئا أو لم يقتض فهو اسوة الغرماء . أه  
قال المنذرى : وفي اسناده اسماعيل بن عياش ، وقد تكلم فيه غير واحد ، وقال الدارقطني : ولا يثبت هذا عن الزهري مسندا ، وانما هو مرسل . أه  
مختصر سنن أبي داود ج ٥ ص ١٧٧ .

( ٣٣ ) أى فيما يرويه عن غير الشاميين ، واما عنهم فحد يثه صحيح ، ويكنى بأبى عتبة روى له أصحاب السنن الأربعة . أنظر د يوان الضعفاء ص ٢٢ رقم / ٤٣١ .  
روى عن شرحبيل بن مسلم ومحمد بن زياد الألهاني وغيرهما ، وعنه سفيان الثوري ومحمد بن اسحاق وهما من شيوخه أيضا وسعيد بن منصور وغيرهم . =

ان ا اختار ذلك، (٣٤) او (٣٥) اذا وفى المال بالديون. (٣٦)  
 قالوا : محبوس فى يده (٣٩) للاستيفاء اسقط حقه (٤٠) من الحبس فلم يكن له ان يرجع (٤١)  
 بالافلاس، كما لو رد الرهن على الراهن، (٤٣) وكما لو وجد البائع عين ماله وهو

= قال البخارى : اذا حدث عن أهل بلده - يعنى الشام - فصحيح، وان ا حدث  
 عن غيرهم ففيه نظر. وقريبا منه قال ابن المدينى وابن معين. أنظر  
 ميزان الاعتدال ج ١ ص ٢٤٠ رقم ٩٢٣.  
 ووصفه الدارقطنى بالاضطراب مطلقا. أنظر سنن الدارقطنى ج ٣ ص ٣٠،  
 وكتاب البيوع، رقم ١٠٩.  
 قلت : الا أن ابن عياش قد روى هذا الحديث عن شامى حمصى هو محمد  
 ابن الوليد أبو الهذيل الحمصى الزبيدى، أنظر سنده عند أبى داود ج ٣،  
 ص ٢٨٧ رقم ٣٥٢٢.  
 فيكون الحديث على هذا صحيحا لانه من رواية ابن عياش عن شامى والله أعلم.  
 (٣٤) أى اذا اختار البائع وهو صاحب السلعة أن يكون اسوة الغرماء بتنازله  
 عن حقه فى التقدم عليهم فى أخذ السلعة.  
 (٣٥) فى نسخة ((ب)) : وان ا / بالواو بلا همز.  
 (٣٦) فاعل وفى.  
 (٣٧) أى فيكون صاحب السلعة اسوة الغرماء فيها.  
 (٣٨) أى مال المفلس محبوس، فهو صفة لموصوف محدوف.  
 (٣٩) أى فى يد المشتري.  
 (٤٠) أى البائع.  
 (٤١) أى الى حبسه ثانيا بعد ان اسقطه عنه، بل يكون كباقي الغرماء.  
 (٤٢) أى بسبب الافلاس.  
 (٤٣) حيث ليس له الرجوع بالرهن على الراهن بعد رده عليه، فيصير اسوة  
 الغرماء.

(٤٤) أو باعه المشتري ورجع اليه ، أو افلس ولم يحجر عليه . (٤٦) (٤٧)

قلنا : الرهن يفسخ بالرد فلا يبقى بينهما ما يمسك به الرهن ، والبيع لا يفسخ بتسليم المبيع ، فجاز له الفسخ بتعذر عوضه ، (٤٨) وإذا وجد المـ (٤٩)ـين مرهونا فقد وجده وقد تعلق به حق غيره ، فلم يملك الرجوع فيه ، كما لو أسلم (٥٠) ثوبا في الرطب ثم انقطع الرطب ، ووجد الثوب مرهونا ، (٥٢) وهما هنا وجده ولم يتعلق

(٤٤) حيث لا يجوز له أخذه من المشتري ، لتعلق حق المرتهن به فيصير البائع هنا اسوة الغرماء أيضا .

(٤٥) إلى المشتري ، لأن ملك البائع انقطع عن المبيع ببيع المشتري المبيع من طرف ثالث .

(٤٦) في نسخة ((ب)) : فلم .

(٤٧) بمعنى إذا افلس ولم يحجر عليه ورأى صاحب السلعة سلعته عنده بعينها فلا يجوز له أخذها منه حتى يحكم القاضي عليه بالحجر ، وإلا فهو كباقي الغرماء .

(٤٨) أي فبطل أن يقاس أحدهما على الآخر للفارق المذكور .

(٤٩) في نسخة ((ب)) : فإذا . / وهو خطأ لأن المقام لا يقتضي الربط بالفاء ، أن ليس لما بعدها صلة بما قبلها ، لأن المصنف قد شرع في الرد على قياس آخر لهم .

(٥٠) أي حالة تعلق حق الغير به .

(٥١) سقط حرف ( لو ) من نسخة ((ب)) .

(٥٢) حيث لا يجوز له استرجاع ذلك الثوب لتعلق حق المرتهن به .

(٥٣) أي في حال افلاس المشتري ووجود السلعة عنده بعينها .

به حق غيره ، فهو كالثوب في السلم اذا وجدته غير مرهون ، وانما وجدته (٥٥) وقد باعته (٥٦) ورجع اليه ، ففيه وجهان ، وان سلخا (٥٨) (٥٩) ملك لم يحصل له من

( ٥٤ ) حيث يجوز له الرجوع فيه .

بجامع عدم تعلق حق الغير به ، في كل من الاصل وهو مالو اسلم ثوبا في الرطب ثم انقطع الرطب ووجد الثوب غير مرهون ، والفرع وهو مالو اقلس المشتري ووجد البائع سلعته عنده بعينها .  
ولما كان حكم الاصل جواز أخذ الثوب المذكور كان حكم الفرع كذلك فيجوز أخذ السلعة المذكورة أيضا لذلك .

( ٥٥ ) أى وجد البائع المشتري .

( ٥٦ ) أى باع المبيع .

( ٥٧ ) أى الى المشتري المذكور .

( ٥٨ ) احدهما له الرد مطلقا سواء عاد اليه بالرد بعيب أم بغيره كالا قالبة والهبة والشراء ،

وقيل : ان عاد اليه بغير الرد بعيب فلا رد أى وله الارش . أنظر

شرح المحلى ج ٢ ص ٢٠٢ .

وأنظر المذهب ج ١ ص ٣٢٣ .

( ٥٩ ) أى على الوجه الذى يمنع من أخذ السلعة الراجعة الى

المشتري بالتبايع .

( ٦٠ ) فى نسخة ((ب)) : ذلك . / أى عود السلعة الى المشتري بعد

انباعها لغيره .

(٦١) جهته ، فلم يملك قطعه لحقه (٦٢) (٦٣) (٦٤) وهذا ملك حصل له من جهته (٦٥) فملك قطعه لحقه (٦٦) ، واما قبل الحجر فانه لا يعرف حقيقة الافلاس ، وبعد الحجر يعرف ذلك (٦٨) .

قالوا : لو كان الافلاس يثبت الخيار (٦٩) اذا طرأ (٧٠) صحة العقد اذا قارن (٧١) ، كباقي العبد وانقطاع الرطب في السلم (٧٢) .

(٦١) أى من جهة البائع الاول ، بل حصل من جهة طرف ثالث وهو المشتري الثانى .

(٦٢) أى قطع الملك الجديد الناشئ بشراء المشتري الاول السلعة من المشتري الثانى .

(٦٣) أى لتعلق حق البائع الاول فى السلعة .

(٦٤) أى فيما اذا وجد البائع سلعته بعينها عند المشتري اذا افلس .

(٦٥) وهو البائع الاول .

(٦٦) أى ففارق الفرع الاصل بذلك ، ولا قياس مع الفارق .

(٦٧) لتوقف الحكم عليه بالا فلاس على حكم القاضى .

(٦٨) أى فبطل قياس احد هما على الآخر .

(٦٩) أى فى فسخ البيع باسترداد السلعة من المفلس اذا كانت بعينها .

(٧٠) أى الافلاس .

(٧١) لعجزه عن تسليم الثمن فيه .

(٧٢) حيث يبطل العقد فى بيع العبد اذا ابق قبل التسليم وفى انقطاع

الرطب عند المحل فى السلم .

والجاسع فى القياس المذكور هو اقتران العقد بما يبطله فى كل من الأصل

وهو مالو ابق العبد المبيع قبل التسليم وانقطاع الرطب المسلم فيه عند

المحل والفرع وهو اقتران الافلاس بالعقد .

ولما كان حكم الاصل بطلان عقد البيع والسلم المذكورين كان حكم الفرع

كذلك فيبطل عقد البيع بالا فلاس المقارن له أيضا لذلك .

أى والحال انه يجوز العقد مع المفلس ، فلا يثبت له الخيار فى فسخ البيع

اذا طرأ عليه الافلاس بعد البيع .



قلنا : يبطل بافلاس المكاتب<sup>(٧٣)</sup> وبالعيب بالمبيع<sup>(٧٤)</sup>.

قالوا : لو كان بالا فلاس يملك الفسخ اذا وجد عين ماله ، لملك وان لم يجد عين ماله<sup>(٧٥)</sup> ،

كما نقول : اذا انقطع المسلم فيه أو ابق العبد أو وجد بالمبيع عيبا<sup>(٧٦)</sup> قلنا : لان في تلك المواضع<sup>(٧٧)</sup> يرجع الى بدل العين<sup>(٧٨)</sup> ، فيندفع عنه

(٧٣) أى اذا قارن ، بمعنى اذا افلس المكاتب قبل اتمام ما عليه من نجوم الكتابة لم يفسخ عقد الكتابة به ، ولكن يثبت به للسيد الخيار في فسخ الكتابة .

(٧٤) فى نسخة ((ب)) : فى المبيع . / أى العيب المقارن للعقد فى المبيع احترازا عن العيب الحادث ، فاذا قارن العيب عقد البيع لم يفسخ به العقد ويثبت به الخيار للمشتري .

(٧٥) سقط قوله ( عين ماله ) من نسخة ((ب)) .

(٧٦) حيث للبائع فى السلم فسخ العقد وان لم يجد الثمن وهو رأس ماله ، وبائع العبد يملك فسخ البيع وان لم يجد العبد بان ابق عنه المشتري .

وبائع المبيع المعيب يملك الفسخ وان لم يجد عين المبيع .  
وأى والحال ان صاحب السلعة البائع لا يملك فسخ البيع اذا لم يجد عين ماله ، فلا يملك فسخه أيضا وان وجد عين ماله عند المشتري المفلس .

(٧٧) وهى ما اذا لم يجد عين ماله فى المواضع الثلاثة المقيس عليها .

(٧٨) أى المتغيرة . وهو الثمن .

(٧٩) الضرر، وهاهنا لا يندفع عنه الضرر <sup>(٨١)</sup> بالفسخ اذا لم يجد عين ماله، لانـه يحتاج أن يرجع الى المحاصة <sup>(٨٢)</sup> الناقصة، فلا وجه للفسخ <sup>(٨٣)</sup>.

\* مسألة (١٤١) : يحجر على المفلس ويبيع عليه ماله <sup>(١)</sup> / ١٥٤ ش.  
وقال أبو حنيفة : لا يحجر عليه <sup>(٢)</sup>، ولا يبيع <sup>(٣)</sup> ماله.

(٧٩) فونسخة ((ب)) : عند الضرورة / وهو تحريف.

(٨٠) أى فى الافلاس.

(٨١) أى عن البائع .

وفى نسخة ((ب)) : عند . / وهو تحريف .

(٨٢) وهو اقتسام الغرماء مال المفلس بالسوية، بان يجعلوه حصصا متساوية ويدفع لكل منهم حصته، فربما اصاب اقل من حقه عليه .  
والاسم منها حصة وجمعها حصص كسدرة وسدر، تقول : حصه من المال كذا يحصه من باب قتل : حصل له ذلك نصيبا . أنظر المصباح ج١ ص ١٥٠ .

(٨٣) لمجيئه على خلاف مصلحة صاحب السلعة .

أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يطل به قياسهم المذكور.

(١) محل الخلاف اذا افلس وعنده مال . والا فلا حجر عليه بلا خلاف .  
أنظر المسألة عند الشافعية فى : المختصر ص ١٠٤ . الام ج٣ ص ٢١٢ . المنهاج ص ٥٧ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٢٨٣ . كشاف القناع ج٣ ص ٤٢٠ .  
المغنى ج٤ ص ٣٠٦ .  
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج٢ ص ١٢٦ و ١٢٧ . الجواهر ج٢ ص ٨٨ .  
شرح المنح ج٣ ص ١٢٣ .  
واليه ذهب ابن حزم أيضا - أنظر المحلى ج٨ ص ٦٢٤ .  
(٢) فونسخة ((ب)) : ولا يبيع عليه ماله .

(٣) أى ولكنه يحبس ابدا حتى يبيع هو مال نفسه فى دينه ايفاء لحق الغرماء ،  
وز ذهب الصاحبان الى أن للقاضى الحجر عليه بطلب الغرماء ويبيع عليه ماله =

لنا : <sup>(٤)</sup> ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع عليه ماله <sup>(٥)</sup> - ولأن كل مال جاز للحاكم بيعه على الميت لقضاء الدين جاز له بيعه على المفلس ، كالدراهم والدنانير <sup>(٦)</sup> .

= ويقسمه بين الغرماء بالحصص وفاقا للجمهور .

• أنظر الهداية ج ٨ ص ٢٠٢ وما بعدها . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٤٢ .  
المبسوط ج ٢٤ ص ١٦٣ و ص ١٦٤ .

( ٤ ) سقط قوله ( ما روى ) من نسخة (( ب )) .

( ٥ ) قال ابن حجر : رواه الدارقطني - لكنني لم أجده في السنن فلعله فسي

غيرها - . أه التلخيص ج ٣ ص ٣٧ .

ورواه البيهقي ج ٦ ص ٤٨ باب الحجر على المفلس .

قال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . أه المستدرک ج ٢ ص ٥٨ .

أنظر تمام الكلام على الحديث عند الكلام في معنى التفليس ومشروعيته فسي

مدخل مسائل التفليس .

( ٦ ) أي عندكم ، حيث ذهب أبو حنيفة الى جواز مبادلة أحد النقدين بالآخر

في البيع على المفلس بان كان الدين عليه دراهم وماله دنانير ففي القياس :

ليس للقاضي مباشرة هذه المصارفة لأن هذا الطريق غير متعين لما هو

مستحق عليه وهو قضاء الدين ، وفي الاستحسان : للقاضي أن يفعل له لان -

الدراهم والدنانير جنسان صورة وجنس واحد في المعنى ، ولهذا يضم

احدهما الى الآخر في حكم الزكاة . أنظر المبسوط ج ٢٤ ص ١٦٥ .

والجامع في القياس المذكور هو جواز أن يبيعه الحاكم على الميت لقضاء

دينه من ثمنه ، في كل من الاصل وهو الدراهم والدنانير والفرع وهو

سائر الاموال .

ولما كان حكم الاصل هو جواز بيع الدراهم والدنانير على المفلس ، كان حكم

الفرع كذلك فيجوز بيع سائر أمواله أيضا لذلك .

فان قيل : الدراهم والدنانير كالجنس الواحد .<sup>(٧)</sup>

قيل : بل هما جنسان مختلفان<sup>(٨)</sup> ، ولهذا لا يحرم فيهما التفاضل<sup>(٩)</sup> ،  
ولهذا لا يجوز للغيرم أن يأخذ أحدهما بدلا عن الآخر .<sup>(١٠)</sup>

قالوا : لو كان الافلاس يوجب الحجر ، لصار محجورا<sup>(١١)</sup> عليه من غير قضاء ،  
كالجنون .<sup>(١٢)</sup>

(٧) أى من حيث انهما اثنان . أى ولذلك جاز بيع أحدهما بالآخر لقضاء  
دين المفلس .

أنظر المبسوط ج ٢ ص ١٦٤ ، بخلاف سائر ماله ، أى فيبطل قياسه عليهما .  
(٨) لان الدراهم من جنس الفضة ، والدنانير من جنس الذهب .

(٩) فيجوز بيع الذهب بالفضة متفاضلا بشرط أن يكون يدا بيد . أى حالا فى  
المجلس .

لحديث عبادة بن الصامت مرفوعا : الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر  
والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح ، مثلا بمثل سواء بسواء ، يدا  
بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد . أهـ  
رواه مسلم ج ٣ ص ١٢١١ كتاب المساقاة ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق  
نقدا .

ولو كانا جنسا واحدا لما جاز فيهما التفاضل قطعا .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : من الآخر .

وانما لم يجز ذلك ، لانه يكون آخذا غير حقه ، فان كان حقه ذهبا وأخذ  
فضة كان آخذا أقل مما يستحق ، وبالعكس يكون آخذا اكثر مما يستحق .

ولو كانا جنسا واحدا لجاز له أخذ أحدهما بدلا عن الآخر .

(١١) سقط لفظ ( عليه ) من الاصل . / والضمير عائد الى المفلس .

(١٢) حيث يوجب الحجر على المجنون بدون قضاء القاضى .

أى والحال انه لا يصح الحجر على المفلس بغير قضاء فلا يجوز الحجر عليه  
بمجرد الافلاس أيضا .

قلنا : الجنون مجمع عليه <sup>(١٣)</sup> ، فلم يقف على الحاكم ، كفرقة الطلاق <sup>(١٤)</sup> ، وهذا <sup>(١٥)</sup> مجتهد فيه ، فوقف على الحاكم كفرقة التعنين <sup>(١٦)</sup> .

(١٣) حيث لا يختلف أحد من الناس في ضرورة الحجر على المجنون ، وأيضاً فإن المجنون يحجر عليه لحق نفسه ، وأما المقلس فيحجر عليه لحق غيره ، وهم الفرما ، فاختلفاً ، فلا قياس .

(١٤) حيث لا يقف نفوذ حكم الحاكم .  
بجامع الاجماع عليه في كل من الاصل وهو فرقة الطلاق والفرع وهو الحجر بالجنون .

ولما كان حكم الاصل عدم وقوف صحة الطلاق على الحاكم ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقف الحجر على المجنون على الحاكم أيضاً لذلك .

(١٥) أى الحكم عليه بالافلاس .

(١٦) أى بسبب حكم القاضى عليه بالعنة ، تقول : رجل عنين - بوزن سكين - اذا كان لا يقدر على اتيان النساء أولاً يشتهي النساء ، وامرأة عنيئة : أى لا تشتهي الرجال ، ومنه : عن عن امرأته تعنيها بالبناء للمفعول : اذا حكم عليه القاضى بذلك أو منع عنها بالسحر ، والاسم منه العنة . أنظر المصباح ج ٢ ص ٨٤ .

والمقصود : ان الحكم بالافلاس على شخص لا يكون الا من جهة القاضى كالحكم عليه بالعنان ، بجامع ان كلا مجتهد فيه ، اما الاصل فهو التعنين واما الفرع فهو التفليس .

ولما كان حكم الاصل افتقار فرقة التعنين الى حكم القاضى كان حكم الفرع كذلك فيفتقر التفليس الى حكم القاضى أيضاً لذلك .

والمراد : ابطال ان يقاس الحجر بالافلاس على الحجر بالجنون للفرق المذكور .

قالوا : هو أقدر على التصرف <sup>(١٧)</sup> ، فإذا لم يملك أن يحجر على نفسه ،  
فالحاكم أولى .

قلنا : الحاكم يملك بالحكم مالا يملك هو كما نقول في فرقة العنين وتحريم  
المرأة عليه بسقوله : أنت على حرام <sup>(١٩)</sup> ، وسائر ما تختلف فيه من الأحكام .

قالوا : <sup>(٢٠)</sup> من غير جنس الأثمان <sup>(٢١)</sup> ، فلا يملك الحاكم العقد عليه لقضاء  
دينه ، كشياب <sup>(٢٢)</sup> البدن ومنافعه <sup>(٢٣)</sup> .

( ١٧ ) أى فى ماله أى من الحاكم ، لانه يتصرف فى ماله على جهة الا صالة ، والحاكم  
يتصرف عنه فى ماله على جهة الوكالة .

( ١٨ ) حيث لا تملك <sup>امرأة</sup> العنين الفرقة بنفسه ، اذ لا بد من حكم القاضى وله تأجيله  
بطلبها أربعة فصول على مدار السنة لثبتيين ، لا حتمال زوال العنة فى  
أحدها . فان مضت المدة ولم يقدر على الجماع قيل : استقلت هى بالفسخ ،  
وقيل : تفسخ باذن القاضى . أنظر المنهاج ص . ١٠٠ .

( ١٩ ) حيث تحتاج الفرقة به الى حكم القاضى .  
لان للحاكم أن يحرمها عليه اذا رأى ذلك حكمه ، وانه صريح فى الطلاق  
ولا يملك الزوج تحريمها به على نفسه . فها هنا ملك عليه القاضى مالا يملكه  
هو لنفسه .

أى فكان قياسهم الحاكم على المفلس فى عدم الحجر عليه قياسا مع الفارق ،  
فبيطل .

( ٢٠ ) أى العروض المملوكة للمفلس .

( ٢١ ) وهى الذهـب والفضة .

( ٢٢ ) سقط قوله ( كشياب البدن ) من نسخة (( ب )) . والمقصود بشياب البدن هى  
التي لا بد له منها ، احترازا عن ثيابه للجمعة والعيد ونحو ذلك حيث تباع  
عليه .

( ٢٣ ) حيث لا يملك الحاكم عليه بيع ثياب بدنه ومنافعه أى اجباره على اجارة  
نفسه .

قلنا : (٢٤) (٢٥) لا يجب العقد عليه (٢٦) لقضاء الدين ، ويجب العقد على سائر  
الأموال لقضاء الدين . (٢٧)

قالوا : غير مولى عليه (٢٨) فلا يملك الحاكم بيع ماله عليه ، كمن عليه كفارة . (٣٠)

= بجامع ان كلا من غير جنس الأثان ، اما الاصل فهو ثياب البدن ومنافعه  
واما الفرع فهو ما يملكه المفلس من العروض .  
ولما كان حكم الاصل عدم جواز ان يبيع الحاكم عليه ثياب بدنه ومنافعه ،  
كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجوز له أن يبيع ما يملكه المفلس من العروض  
أيضا لذلك .

(٢٤) سقط قوله (قلنا : ذاك) . من نسخة ((ب)) .

(٢٥) أى ثياب بدن المفلس ومنافعه .

(٢٦) أى بيعه .

(٢٧) لانعدام الضرر فى بيعها عليه .

أى فاختلف الاصل عن الفرع فى قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل .

(٢٨) لانه رشيد بالغ ، فلا ولاية لاحد عليه .

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : فلا يملك الحاكم بيع ماله ، كما اذا خاف عليه التوى ،

أو كان عليه الكفارة ونذر ، والمعنى فى الكفارة . الخ .

(٣٠) حيث لا يملك الحاكم بيع ماله عليه لاداء الكفارة .

بجامع عدم والولاية عليه فى كل من الاصل وهو مالو كان عليه كفارة ، والفرع

وهو مالو افلس الرجل .

ولما كان حكم الاصل عدم امتلاك الحاكم بيع ماله عليه لاداء الكفارة ، كان

حكم الفرع كذلك فلا يملك الحاكم بيع مال المفلس لأداء دينه أيضا لذلك .

قلنا (٣) : الغائب غير مولى عليه ، وللحاكم أن يبيع عليه ماله اذا خاف عليه  
التوا (٣٢) ، والمعنى في الكفارة (٣٣) انه لا ولاية للحاكم عليه فيها ، وله ولاية عليه (٣٤)  
في سائر الديون ، ولهذا يصرف (٣٦) الاثمان بعضها في بعض . (٣٧)

\* مسألة (١٣٢) : تسمع البينة على الاعسار في الحال . (١) / ١٥٥ .  
وقال أبو حنيفة : لا تسمع حتى يحبس مدة . (٢) (٣)

- 
- (٣١) من هنا الى قوله : اذا خاف عليه التوا . ساقط من نسخة ((ب)) .  
(٣٢) في المصباح ج ١ ص ٨٧ : التوى وزان الحصى ، وقد يمد : الهلاك ، أهد .  
أى فلا تأثير للوصف الذى ذكره فى منع الحجر عليه .  
(٣٣) أى والمانع من بيع الحاكم المال على من وجبت عليه الكفارة ليؤدى بها .  
(٣٤) فى نسخة ((ب)) : وله عليه ولاية فى سائر الديون .  
(٣٥) فجاز له أن يتصرف عليه فيها .  
فبطل أن يقاس احدهما على الآخر للفارق المذكور .  
(٣٦) أى الحاكم .  
(٣٧) فى نسخة ((ب)) : يبيع . / أى ليوفى منها دين المفلس . فانه يفعل ذلك  
بحكم ولايته عليه .

- (١) المنهاج ص ٥٨ . الوجيز ج ١ ص ١٧٢ . المجموع ج ٢ ص ٢٨٨ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٧٧ . كشف القناع ج ٣ ص ٤١ .  
المغنى ج ٤ ص ٣٤ .  
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٢٨ . الجواهر ج ٢ ص ٨٩ .  
المنتقى ج ٥ ص ٨٤ .  
واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٦٢٤ .  
(٢) فى نسخة ((ب)) : وقال أبو حنيفة : لا تسمع حتى يحبس مدة ، يغلب على الظن  
انه لو لو كان له مال لكان قد يضجر بالحبس واطهره ثم تسمع البينة . أهد  
وما بعده ساقط ، الى قوله : قلنا . من نسخة ((ب)) أيضا .  
(٣) بلا تقدير ، فى التبيين ج ٤ ص ١٨١ : وما جاء فيه من التقدير بشهرين أو ثلاث =



لنا : انه بينة على دعوى ، فلا يقف سماعها على الحبس ، كسائر البينات .<sup>(٤)</sup>

قالوا : المال يكتّم ولا يقف عليه الشهود ،<sup>(٥)</sup> فحبس مدة يغلب على الظن

انه لو كان له مال لكان قد تضجر بالحبس واطهره ، ثم تسمع البينة .

قلنا : لو كان هذا صحيحا لوجب اذا حبس فلم يظهر المال أن يحكم<sup>(٦)</sup>

بفلسه من غير بينة ، ولأننا لانسمع البينة الا ممن يخبر<sup>(٨)</sup> باطن حاله .<sup>(٩)</sup>

= أو أقل أو أكثر اتفاقى وليس بتقدير حتما . أهـ

خلافاً لمحمد حيث ذهب الى أن البينة على افلاسه تقبل قبل الحبس .

أنظر الهداية ج ٨ ص ٢٠٨ . التبیین ج ٤ ص ١٨١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٤٢ .

( ٤ ) حيث لا يقف سماعها على الحبس .

بجامع ان كلا بينة على دعوى ، اما الاصل فهو سائر البينات ، واما الفرع فهو البينة على الاعسار .

ولما كان حكم الاصل هو عدم وقوف سماع سائر البينات على الحبس ، كان حكم الفرع كذلك فلا تقف بينة الاعسار عليه أيضا لذلك .

( ٥ ) أى فيجوز أن يشهدوا عليه بالا فلاس ويكون الحال فيه انه ملئ ، جهلا منهم بحقيقته .

( ٦ ) فى نسخة (( ب )) : اذا حبس بغلب على الظن فلم يظهر المال . الخ .

( ٧ ) أى والحال انكم تحكمون بفلسه بعد الحبس بالبينة ، فتبطلون بذلك فائدة الحبس .

( ٨ ) من قولك : خبر الامر اذا علمه ، وبابه نصر ، والاسم الخبر ، بضم فسكون

وهو العلم بالشئ . أنظر المختار ص ١٦٨ .

( ٩ ) لانه يكون بذلك واقفا على حقيقة حاله ، فيضعف به ما قالوا من احتمال كتمان

المال وعدم وقوف الشهود عليه .

\* مسألة ( ١٣٣ ) : اذا اقام <sup>(١)</sup> البينة على الافلاس وادعى الغريم <sup>(٢)</sup> ان له مالا لا يعلم به الشهود حلف <sup>(٣)</sup> في أحد القولين . ١٥٥ / <sup>(٤)</sup> .

( ١ ) أى الدين المفلس .

( ٢ ) على وزن فعيل بمعنى مفعول وهو من عليه الدين ، ويصح أن يأتي أيضا بمعنى الفاعل وهو من له الدين كما هو المقصود به فى المسألة هنا ، كما قال كثير عزة : قضى كل ذى دين فوفى غريمه . . وعزة مطوف معنى غريمها . والغريم من الغرام وهو الشر الدائم والعذاب ومنه ( ان عذابها كان غراما أنظر المختار ص ٤٧٣ .

( ٣ ) أى المفلس .

( ٤ ) ومحل تصديقه باليمين : هو ما اذا كان الدين لا فى مقابلة مال ، مثاله ففى مقابلة المال : مالو ابتاع أو استقرض أو باع سلما فعليه البينة ، والا بان كان لا فى مقابلة مال ، كما لو كان أرش جناية أو صداق أو ضمان ونحو ذلك ، ففيه ثلاثة أقوال :

الأول : وهو أصحابها يصدق بيمينه ،

الثانى : لا يصدق الا ببينة ،

الثالث : ان لزمه الدين باختياره كالصداق والضمان لم يصدق والا كأرش الجناية وغرامة المتلف صدق بيمينه .

أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٩٢ . فتح العزيز ج ١٠ ص ٢٢٩ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٧٧ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٠٩ .

المغنى : ج ٤ ص ٣٤٠ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٦٣٠ .

وقال أبو حنيفة : لا يحلف .<sup>(٥)</sup>

لنا : انه دعوى أمر يجوز خفاؤه على الشاهدین ، فجاز عرض اليمين فيه ،

كدعوى الابرأء .<sup>(٦)</sup>

قالوا : أقام البينة على دعواه<sup>(٧)</sup> ، فلم يحلف كدعوى المال<sup>(٨)</sup> .

قلنا : الا حلاف في ذلك تكذيب<sup>(٩)</sup> للشهود وليس في هذا<sup>(١٠)</sup> تكذيب ، لان

(٥) لم أجده في مظانه عندهم .

وهو قول المالكية: الخرشي ج ٣ ص ٢٧٨ . الشرح الصغير ج ٢ ص ١٣٣ .  
الجواهر ج ٢ ص ٩٢ .

(٦) حيث يجوز فيها عرض اليمين على مدعى الابرأء من الدين .

بجامع ان كلا دعوى أمر يجوز خفاؤه على الشاهدین ، اما الاصل فهو  
دعوى الابرأء ، واما الفرع فهو دعوى اليسار .

ولما كان حكم الاصل هو جواز عرض اليمين على المدعى في الابرأء ، كان  
حكم الفرع كذلك فيجوز عرض اليمين على مدعى اليسار أيضا لذلك .

(٧) وهى انه مفلس .

(٨) حيث لا يحلف اذا ادعى عليه أن عنده مالا وشهد الشهود ان لا مال عنده .  
بجامع اقامة البينة على الدعوى في كل من الاصل وهو دعوى المال ، والفرع وهو  
دعوى الافلاس .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تحليفه اذا ادعى وجود المال عنده ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا يحلف مدعى الافلاس اذا أقام البينة على افلاسه  
أيضا لذلك .

(٩) يعنى في دعوى المال .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : الا حلاف فى ذلك ، لان فيه تكذيبا للشهود . / فيها سقط .  
وانما كان فيه تكذيبا للشهود لانه سيثبت بيمينه خلاف ما شهدوا عليه به ،

وفى ذلك اتهام لهم بالكذب عليه .

(١١) أى فى تحليفه على عدم وجود مال لديه لم يعلم به الشهود .

## (١٢) المال يخفى .

\* مسألة (١٣٤) : اذا ثبت اعساره ، لم يجز ملازمته <sup>(١)</sup> . ١٥٥/٠

وقال أبو حنيفة : يجوز <sup>(٢)</sup> .

لنا : ما روى أبو سعيد الخدري <sup>(٣)</sup> أن رجلا أصيب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها فكثرت دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا . فتصدق الناس عليه ، فلم يبلغ ذلك دينه ، فقال رسول الله

(١٢) فقد لا يكون الشهود مطلعين عليه ، فجاز أن يحلف عليه لعدم تعارض  
الاخذ بشهادتهم مع جواز تحليفه لانهم أخبروا بما علموا ، وحلف هو  
على حقيقة حاله الذي قد يخفيه عنهم .

(١) المختصر ص ١٠٤ و ١٠٥ . الام ج ٣ ص ٢١٢ . المنهاج ص ٥٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٧٦ . كشاف القناع ج ٣ ص ٤٠٦ .

المغنى ج ٤ ص ٣٣٨ .

واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٣٤ . الجواهر ج ٢ ص ٩٣ .

شرح المنح ج ٣ ص ١٤٤ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٦٣٠ .

(٢) خلافا للصاحبين وزفر ، لقوله تعالى : ( وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة )

البقرة آية / ٢٨٠ .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٢٠٨ . التبيين ج ٤ ص ١٨١ وجه ص ٢٠٠ .

(٣) هو سعد بن مالك بن سنان بن خدرة ، بضم الخاء المعجمة ، الخدري .

بايع النبي صلى الله عليه وسلم تحت الشجرة ، وشهد ما بعد أحد لصفر

سنه ، وكان من علماء الصحابة ، له ألف ومائة حديث وسبعون حديثا ،

روى عنه طارق بن شهاب وسعيد بن المسيب والشعبي ونافع ، وغيرهم ، وروى

له : أصحاب الكتب الستة .

وقد كان من افقه احدث الصحابة وافاضلهم . توفي سنة ثلاث وستين .

وقال العسكري : سنة خمس وستين . أنظر الخلاصة ص ١٣٠ . الاصابة ج ٢ ص ٣٥ ،

رقم / ٣١٩٦ .

صلى الله عليه وسلم<sup>(٤)</sup> لفرمائه : ( خذوا ما وجدتُم ، ليس لكم غير ذلك )<sup>(٥)</sup> ، ولأنه دين لا يملك<sup>(٧)</sup> المطالبة به ، فأشبهه الدين المؤجل<sup>(٨)</sup> .

قالوا : روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ( من أنظر معسرا إلى ميسرته أنظره الله بذنبه إلى توبته )<sup>(٩)</sup> ولو وجب انظاره لما ضمن له الثواب<sup>(١٠)</sup> .

( ٤ ) فى الاصل : فقال صلى الله عليه وسلم .

( ٥ ) فى نسخة (( ب )) : ليس لكم عليه .

( ٦ ) الحديث رواه مسلم ج ٣ ص ١١٩١ كتاب المساقاة ، باب استحباب الوضع من الدين . رقم / ١٨٠ .

ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٩ ، كتاب الأحكام ، باب تغليس المعدم والبيع عليه لفرمائه . رقم / ٢٣٥٦ .

ورواه البيهقى ج ٦ ص ٤٩ وص ٥٠ . باب لا يؤجر الحر فى دين عليه ولا يلازم اذا لم يوجد له شئ .

( ٧ ) أى الدائن .

( ٨ ) حيث لا يجوز لصاحب الدين المؤجل ملازمة غريمه قبل الحلول .  
بجامع ان كلا دين لا يملك صاحبه المطالبة به ، اما الاصل فالدين المؤجل ، واما الفرع فالدين على المعسر .

ولما كان حكم الاصل المنع من ملازمة المدين قبل حلول دينه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز ملازمة من ثبت اعساره أيضا لذلك .

( ٩ ) أنظر ترجمة ابن عباس فى المسألة رقم ( ٥٨ ) هامش ( ٥٣ ) .

والحديث رواه الطبرانى عن ابن عباس ، وضعفه السيوطى .

قال المناوى : قال الهيثمى : وفيه الحكم بن الجارود ، وقد ضعفه الازدى ، وشيخ الحاكم وشيخ شيخه لم أعرفهما . أه فى القدير ج ٦ ص ٨٩ رقم

الحديث ٨٥٣٨ / ٠

( ١٠ ) فدل على أن الانظار غير واجب ، وان هو كذلك فملازمته لمن أرادها جائزة .

قلنا : يحتمل انه أراد معسرا يقدر على قضاء دينه . ( ١١ )

قالوا : دين حال ، فأشبهه الدين على الموسر . ( ١٢ )

قلنا : بل هو مؤجل الى الميسرة ( ١٣ ) ، ألا ترى انه لا يملك المطالبة ( ١٤ )

بـ ( ١٦ ) بخلاف ما قاسوا عليه . ( ١٧ )

قالوا : بالملازمة يتوصل الى دينه ، فانه يشرف على كسبه .

قلنا : يبطل بالملازمة في الدين المؤجل . ( ١٨ )

( ١١ ) لانه يكون مليئا ويمتنع عن الاداء ، فيجوز لغريمه ملازمته بخلاف من ثبت اعساره .

أى والدليل اذا دخله الاحتمال بطل به الاستدلال .

( ١٢ ) حيث يجوز لصاحب الدين ملازمته .

بجامع ان كلا دين حال ، اما الاصل فالدين على الموسر ، واما الفرع فالدين على المعسر .

ولما كان حكم الاصل جواز ملازمته الموسر حتى يقضى دينه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز ملازمة المعسر حتى يقضى دينه أيضا لذلك .

( ١٣ ) أى المعسر الثابت اعساره بالبينة .

( ١٤ ) لقوله تعالى ( وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ) البقرة آية / ٢٨٠ .

( ١٥ ) أى الدائن .

( ١٦ ) قوله ( بـ ) مضموس في الاصل . واثبتناه من نسخة (( ب )) . / أى بدينه .

( ١٧ ) يعنى قياسهم جواز ملازمة المعسر على جوازها في الموسر . أى والقياس مع

الفارق باطل .

( ١٨ ) حيث لا يصل الى دينه فيه ، لعدم حلول الاجل ، وكذا المعسر لا يصل صاحب

الدين بملازمته الى دينه منه ، لانه مؤجل الى الميسرة تأجيل الله تعالى

في قوله ( فنظرة الى ميسرة ) فعريت الملازمة عن الفائدة الاصلية وهى

الحصول على الدين ، فلم تجز لذلك ولما فيها من ايداء للمعسر ، وفى

الحديث ( لا ضرر ولا ضرار ) رواه ابن ماجه ج ٢ ص ٢٨٤ كتاب الأحكام ،

باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره ، رقم / ٢٣٤١ وفى اسناده جابر الجعفى ، =

\* مسألة (١٣٥) : اذا لم يقدر <sup>(١)</sup> على أخذ دينه ووجد له مالا <sup>(٢)</sup> أخذ <sup>(٣)</sup>

١٥٥/ش.

وقال أبو حنيفة : لا يأخذ الا جنس حقه <sup>(٤)</sup>.

لنا : هو <sup>(٥)</sup> انه مال لمن عليه الدين لا يقدر <sup>(٦)</sup> على أخذه منه <sup>(٧)</sup> ، والمال لا يتعلق

= وهو ضعيف ، أنظر ديوان الضعفاء ص ٤١ رقم / ٧١٤ .

ورواه أيضا من طريق آخر عن عبادة بن الصامت ، ضعفه الذهبي وقال

ابن حجر: فيه انقطاع . أنظر القيص ج ٦ ص ٤٣١ .

(١) أى اذا لم يقدر الدائن على أخذ عين دينه ووجد بدلا عنه فله أخذه .

(٢) أى للمدين المفلس .

(٣) المنهاج ص ١٥٥ . الوجيز ج ٢ ص ٢٦٠ . شرح المحلى ج ٤ ص ٣٣٥ .

وهو قول الحنابلة : كشاف القناع ج ٣ ص ٤٢٠ . شرح المنتهى ج ٢ ص ٤١٨

واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير : ج ٢ ص ١٣١ . الجواهر ج ٢ ص ٩٠ ،

وص ٩١ . شرح المنح ج ٣ ص ١٣٤ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٦٢٤ .

(٤) الا اذا كان حقه فضة ووجد عند المدين ذهبا أو العكس ، فيجوز اقتضاء

احدهما بالآخر ، لانهما جنس واحد حيث تجمعهما الثمنية . بخلاف

المعروض .

أنظر الهداية ج ٨ ص ٢٠٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٤٢ .

(٥) أى مال المدين .

(٦) أى الدائن .

(٧) لان جنس دينه غير موجود عند المدين ، أو موجود ولكن ممتنع لا يصل الدائن

اليه .

به حق غيره (٨) ، فجاز له أخذه ، كما لو كان من جنس حقه (٩) ، أو مال يجب قضاء الدين بسببه (١٠) ، فأشبهه ما قلناه (١١) .  
 قالوا : مال (١٢) لا يجوز له تملكه (١٣) ، فأشبهه إذا قدر على أخذ دينه (١٤) .

(٨) أى حق غير المالك الحالى له . وهو المدين ، احترز به عما يتعلق به حق الغير كما لو كان ذلك المال الذى عند المدين مرهونا ، حيث يتعلق به حق المرتهن فلا يملك الدائن أخذه لتعلق حق الغير به ، وكذا لو تعلق به حق الشفيع ونحو ذلك .

(٩) حيث يجوز له أخذه قطعا لانه حقه .  
 بجامع عدم تعلق حق الغير به ، فى كل من الاصل وهو مالو كان المال من جنس حق الدائن . والفرع وهو مالو كان من غير جنسه .  
 ولما كان حكم الاصل جواز أخذ الدائن المال من المدين اذا كان من جنس ماله ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للدائن أخذ مال المدين وان لم يكن من جنس ماله أيضا لذلك .

(١٠) أى بسبب وجوده عند المدين ، لانه به يكون قادرا على الوفاء .

(١١) يعنى قوله : كما لو كان من جنس حقه .

قلت : والجامع فيه ما ذكرناه أيضا .

(١٢) أى المال الذى هو من غير جنس دينه .

(١٣) لانه ليس هو المال الذى يتعلق به حق الدائن .

(١٤) حيث لا يجوز له أخذ غيره .

بجامع ان كلا مال لا يجوز له تملكه . اما الاصل فهو مالو قدر على أخذ دينه منه ، واما الفرع فهو مالو لم يجد جنس مال دينه .  
 ولما كان حكم الاصل تحريم أخذ غير دينه وهو يقدر عليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له أخذ غير جنس دينه وان قدر عليه أيضا لذلك .



قلنا : هناك <sup>(١٥)</sup> لا حاجة به الى أخذه <sup>(١٦)</sup> ، ولهذا لا يجوز أخذ جنس <sup>(١٧)</sup> حقه بخلاف هذا <sup>(١٨)</sup> .

قالوا : لا ولاية له عليه <sup>(١٩)</sup> ، فلا يبيع مال المبقر اذ نه <sup>(٢٠)</sup> ، كغير الغريم <sup>(٢١)</sup> .  
قلنا : ولكن لموضع الضرورة يجوز <sup>(٢٢)</sup> أن يبيع ، كما يتحكم في أخذ جنس حقه <sup>(٢٢)</sup> .

( ١٥ ) أى فى حال ما اذا قدر على أخذ عين دينه .

( ١٦ ) أى أخذ غير دينه .

( ١٧ ) لانه قادر على أخذ عين حقه ، فلا يأخذ غيره وان كان من جنس حقه .

( ١٨ ) أى حال ما اذا لم يجد عين دينه أو جنسه . حيث يجوز له أخذه لتعذر عينه أو جنسه .

وبهذا الفارق يبطل قياسهم المذكور .

( ١٩ ) أى لا ولاية للغريم على المدين .

( ٢٠ ) لانه ليس مالكا له ولا وليا عليه ولا وصيا ولا وكيلًا ، بل لأجنبى عنه .

( ٢١ ) حيث لا يجوز له بيع مال غير المدين بلا اذنه قطعا .

بجامع انعدام الولاية عليه ، فى كل من الاصل وهو غير الغريم ، والفرع وهو الغريم .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع غير الغريم مال المدين ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للغريم بيع مال المدين أيضا لذلك .

( ٢٢ ) أى للغريم .

( ٢٣ ) حيث يأخذ جنس حقه اذا لم يجد عين حقه قطعا .

بجامع الضرورة فى كل من الاصل وهو مالو وجد غير حقه ، والفرع وهو مالو وجد جنس حقه .

ولما كان حكم الاصل جواز أخذ الدائن جنس حقه ان لم يجد عين حقه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له أخذ غير حقه ان لم يجد عينه أيضا لذلك .

(\*)  
"مسائل الحَجَر"

\* مسألة ( ١٣٦ ) : السن الذي يبلغ به الغلام والجارية خمس عشرة سنة . / ١٥٥ ش .

(\*) الحجر ، بفتح فسكون ، المنع ، وبابه نصر ، ويطلق الحجر على الحرام ومنه قوله تعالى ( ويقولون حجرا محجورا ) . سورة الفرقان آية / ٢٢ أى حراما محرما ، وذلك : ان المشركين يقولون يوم القيامة اذا رأوا ملائكة العذاب ( حجرا محجورا ) يظنون ان ذلك ينفعهم كما كانوا يقولونه فى الدنيا لمن يخافونه فى الشهر الحرام ، ومنه الحجرة ، بضم فسكون ، أى حظيرة الابل لانها تمنعها من الخروج بعيدا ، ومنه حجرة الدار أيضا ، وكذا الحجر ، بكسر فسكون ، بمعنى العقل ، والكل يجمعه معنى المنع . أنظر المختار ص ١٢٣ . المصباح ج ١ ص ١٣٢ . القاموس ج ٢ ص ٤ .  
وفى الشرع : المنع من التصرفات المالية .

والاصل فيه : قوله تعالى ( وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم . . . ) الآية . سورة النساء آية / ٦ .  
وقوله تعالى ( فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليها العدل ) البقرة آية / ٢٨٢ . وقد فسر الشافعى رحمه الله السفيه بالمبذر والضعيف بالصبي ، والكبير بالمختل والذى لا يستطيع أن يمل بالمفلوب على عقله ، أنظر البيهقى ج ٦ ص ٦١ باب على البالغين بالسفه .  
والحجر نوعان : الأول : حجر شرع لمصلحة الغير ، كالحجر على المفلس لحق الغرماء وعلى الراهن للمرتهن ، وعلى المريض للورثة ، وعلى العبد لمصلحة سيده .  
وعلى المرتد لمصلحة المسلمين .

والثانى : حجر شرع لمصلحة نفس المحجور عليه ، كالحجر على الصبي والمجنون والمبذر .  
وزاد الماوردى نوعا ثالثا ، وهو ما يجمع الامرين الحجر لمصلحة النفس والغير ، كالحجر على المكاتب والصبي المميز . ونوزع فى ذلك . أنظر مغنى المحتاج ج ٢ - ص ١٦٥ . نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٤٢ .

( ١ ) أى باستكمال خمس عشرة سنة قمرية ، وقيل : بالدخول فيها ، والمذهب الأول : أنظر فتح العزيز ج ١ ص ٢٧٧ . المختصر ص ١٠٥ . الام ج ٣ ص ٢١ . المنهاج ص ٥٩ .

وقال أبو حنيفة<sup>(٢)</sup> : فى الجارية سبع عشرة ، وفى الغلام ثمانى عشرة<sup>(٣)</sup> فى رواية<sup>(٤)</sup>  
وفى رواية أخرى تسع عشرة<sup>(٥)</sup> .

لنا : ما روى أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ( اذا بلغ المولود  
خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه وأخذ<sup>(٧)</sup> منه الحدود<sup>(٨)</sup> ) . وروى ابن عمر قال :

= وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٨٩ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٣٢ .  
المغنى ج ٤ ص ٣٤٦ .

( ٢ ) سيذكر عن روايتين ، وعنه رواية ثالثة وبها يقول الصالحان ، وهى ان سن  
البلوغ تمام الخامسة عشرة . كقول الشافعية والحنابلة .  
أنظر : الهداية ج ٨ ص ٢٠١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٤٤ . التبيين ج ٥ ص ٢٠٣ .  
وزهب المالكية فى المشهور عندهم الى أن البلوغ فى الذكر والانثى يكون بتمام  
ثمانى عشرة سنة .

وقيل ستة عشر ، ولا بن وهب : خمسة عشر .  
أنظر : الخرشي ج ٣ ص ٢٩١ . شرح المنح ج ٣ ص ١٦٦ . الجواهر ج ٢ ص ٩٧ .  
واما ابن حزم فسن البلوغ فيهما عنده تسعة عشر عاما . المحلى ج ١ ص ١١٥ .

( ٣ ) فى نسخة ((ب)) : ثمان . / بلا ياء .

( ٤ ) سقط حرف ( فى ) من الاصل ، واثبتناه من نسخة ((ب)) .

( ٥ ) فى نسخة ((ب)) : وتسع عشرة فى رواية .

( ٦ ) أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ٢٨ ) هامش ( ٤ ) .

( ٧ ) فى نسخة ((ب)) : وأخذت . / بتاء التأنيث .

( ٨ ) الحديث رواه البيهقى فى الخلافيات من طريق عبد العزيز بن صهيب عن أنس  
بسند ضعيف ،

وقال الغزالي فى الوسيط : رواه الدارقطنى باسناده ، الا أنه ليس فى السنن  
فلعله ذكره فى كتابه الافراد أو غيره ، أنظر التلخيص ج ٣ ص ٤٢ رقم / ١٢٤١  
ولفظه فيه عن أنس مرفوعا : اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة ، كتب ماله  
وما عليه واقيمت عليه الحدود . أهـ .

عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا بن خمس عشرة سنة فأجازني <sup>(٩)</sup> ، ولأن من صح إسلامه بنفسه أو صح توكيله في البيع ، كان بالفا كما لو بلغ تسعة عشر سنة <sup>(١١)</sup> . ولا <sup>(١٢)</sup> لأنه معنى <sup>(١٣)</sup> يتعلق به البلوغ يشترك فيه الذكر

( ٩ ) وقد جعله عمر بن عبد العزيز لما سمعه الحد بين الكبير والصغير وكتب الى عماله بذلك .

رواه البيهقي ج ٦ ص ٥٥ كتاب الحجر ، باب البلوغ بالسن ، من طريق ابن جريح عن عبيد الله بن عمر ، ورواه من طريق أخرى أيضا عن ابن جريح به ، ثم قال : قال ابن صاعد : في هذا الحديث حرف غريب ، وهو قوله : ولم يرني بلغت . أهـ . وفي بلوغ المرام ص ١٥٨ : صححه ابن خزيمة . أهـ ورواه البخاري بدون هذه الزيادة ، ج ٣ ص ٣٠ كتاب المفازي . باب غزوة الخندق ، ورواه مسلم أيضا بدونها ، ج ٣ ص ١٤٩٠ كتاب الامارة باب بيان سن البلوغ . رقم / ٩١ .

وينحوه رواه الترمذي أيضا ج ٣ ص ٦٤١ كتاب الأحكام . باب ما جاء في حد بلوغ الرجل والمرأة ، رقم / ١٣٦١ ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٨٥٠ كتاب الحدود ، باب من لا يجب عليه الحد ، رقم / ٢٥٤٣ .

وأنظر ترجمة ابن عر في المسألة رقم ( ٤ ) هامش ( ٣ ) .

( ١٠ ) سقط قوله ( كان بالفا ) من نسخة (( ب )) .

( ١١ ) في نسخة (( ب )) : تسع عشرة سنة .

( ١٢ ) ان يصح إسلامه وتوكيله في البيع ، لبلوغها اجماعا . أنظر المحلى ج ١ ص ١١٧ .

بجامع صحة إسلامه بنفسه وتوكيله في البيع في كل من الاصل وهو من بلغ تسع عشرة سنة . والفرع وهو من بلغ خمس عشرة سنة .

ولما كان حكم الاصل هو ان من بلغ تسع عشرة سنة يعتبر بالفا لصحة إسلامه وتوكيله ، كان حكم الفرع كذلك فيحكم ببلوغ من عمره خمس عشرة سنة أيضا لذلك .

( ١٣ ) أي سن الخامسة عشرة .

والانثى فاستويا فيه كالا حتلام (١٤)

قالوا : هذا تقدير (١٥) فلا يثبت الا بتوقيف (١٦) أو اتفاق (١٧)

قلنا : قد ذكرنا التوقيف (١٨) ثم قدرتم مسح الرأس (٢٠) وخرق (٢١) الخسف

والمعد في الجمعة من غير توقيف (٢٣) ولا اتفاق .

(١٤) حيث يستوى في البلوغ به الذكر والانثى .

بجامع تعلق البلوغ به في كل من الاصل وهو الا حتلام والفرع وهو سن الخامسة عشرة .

ولما كان حكم الاصل هو استواء الذكر والانثى في البلوغ بالا حتلام ، كان حكم الفرع كذلك فيستوى الذكر والانثى في الحكم ببلوغهما في سن الخامسة عشر أيضا لذلك .

(١٥) أى من الأمور التي لا مدخل للاجتهاد فيها فيتوقف العمل به على نص شرعى ، من كتاب أو سنة .

(١٦) أى بنص شرعى من كتاب أو سنة .

(١٧) أى اجماع ، والحال انه لا اجماع ولا نص في تقدير سن البلوغ ، فوجب

الرجوع الى الحد المتيقن حصول البلوغ به ، وهو ما جرت العادة فيهم ببلوغ الجارية في السابعة عشرة ، والغلام في الثامنة عشرة وقيل التاسعة عشرة .

(١٨) وهو اجازة النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر يوم الخندق ، واعتباره بالغا ، وهو ابن خمس عشرة سنة .

(١٩) فى نسخة ((ب)) : ثم هو قدر مسح الرأس . / يعنى أبا حنيفة .

(٢٠) أى بالربع . لحديث المغيرة : أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح على ناصية رأسه ، أنظر التبيين ج ١ ص ٣ .

(٢١) باليسير فيه وهو قدر ثلاثة أصابع من خنصر القدم ، والا فلا يصح المسح عليه أنظر التبيين ج ١ ص ٤٩ .

(٢٢) بثلاثة سوى الامام ، وقال أبو يوسف اثنان سواء ، لأنه أقل الجمع . أنظر

التبيين ج ١ ص ٢٢١ .

(٢٣) قلت : الا المسح ففيه حديث المغيرة رواه مسلم ج ١ ص ٢٣١ كتاب الطهارة - باب المسح على الناصية والعمامة . رقم / ٨٣ .

قالوا : (٢٤) حكم يتعلق بالمدة فيها نادر ومعتاد ، فكان التقدير بالنادر ،  
كأكثر الحيض . (٢٦)

قلنا : يبطل بالنفاس ، فانه يتقدر بالمعتاد عندهم ، (٢٧) والحيض لم يتقدر  
بما قدر به (٢٨) لكونه نادرا ، بل لأنه (٢٩) أكثر ما وجد ، (٣٠) ولهذا لم يتقدر بما زاد على  
سبع ، وان كان ذلك نادرا . (٣١)

( ٢٤ ) فى نسخة ((ب)) : قلنا . / وهو خطأ .

( ٢٥ ) حيث يندر البلوغ فى الجارية فى سن السابعة عشرة وفى الغلام فى الثامنة  
عشرة ، والمعتاد فيما زاد على ذلك .

( ٢٦ ) وهو عشرة أيام ، حيث تتحدد بها مدة أكثر الحيض لانها نادرة ، والمعتاد  
سبعة أيام .

والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا حكم يتعلق بالمدة فيها نادر ومعتاد ،  
اما الاصل فهو أكثر الحيض واما الفرع فهو ادنى سن البلوغ .

ولما كان حكم الاصل اعتبار أكثر مدة الحيض لانها نادرة ، كان حكم الفرع  
كذلك فيعتبر أقل سن البلوغ وهو سبع عشرة فى الجارية وثمانى عشرة فى الغلام  
لانها نادر فقيهما أيضا لذلك .

( ٢٧ ) وهو انه لا حد لقله ، واما أكثره فاربعون يوما ، وان جاوز الدم الاربعين  
وكانت ولدت قبل ذلك ، ولها عادة فى النفاس ، رد تالى أيام عادتها .

أنظر الهداية ج ١ ص ١٦٦ ،

والمقصود : انهم خالفوا تلك العلة هنا فى النفاس حيث لم يردوا الحكم فيه  
الى النادر وهو عدم اعتبار عادتها فيه .

( ٢٨ ) أى عندكم وهو عشرة أيام .

( ٢٩ ) فى نسخة ((ب)) : بل لكونه . / أى حيض العشرة أيام .

( ٣٠ ) أى فى النساء عادة ، وما زاد على العشرة فهو استحاضة لا يترتب عليها  
أحكام الحيض .

أى فقد كان يجب بناء على الوصل الذى ذكرتم ان لا تعتبروا العشرة أيام أكثر  
الحيض لانها معتادة وليست نادرة ، بل النادر فيها ما زاد على السبع ولم تقولوا به .  
( ٣١ ) أى فبطل اعتبار الندر فقيهما فيه ، مدة منها نادر ومعتاد ، بل العبرة للمعتاد  
منها وبه يصح اعتبار البلوغ بسن الخامسة عشرة فى الغلام والجارية .

\* مسألة (١٣٧) : انبات الشعر الخشن <sup>(١)</sup> يوجب الحكم بالبلوغ في الكفار،  
وفي المسلمين <sup>(٢)</sup> قولان . ١٥٥ / ش.

- (١) وهو الذى يحتاج فى ازالته لنحو حلق ، وهو ضد الناعم الضعيف ويسمى الزغب بفتحيتين ، تقول زغب الصبي اذا نبت زغبه ، وبابه تعب . أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٦٧ . والمصباح ج ١ ص ٢٧١ .
- (٢) وسبب الخلاف فى هذه المسألة : هو هل بلوغ الخامسة عشرة اماره على البلوغ ام انه بلوغ حقيقة . قولان ، فان قلنا : ان الانبات بلوغ حقيقة ، كان كسائر أسباب البلوغ فلا يختلف فيه المسلم والكافر ، وان قلنا : - وهو الاظهر فيهما - انه اماره على البلوغ لم يعتبر بلوغا فى المسلمين فى أظهر القولين ، لان مراجعة الالباء فى حق المسلمين والاعتماد على اخبارهم عن تواريخ المواليد سهل ، بخلاف الكفار ، فانهم لا اعتماد على قولهم . ولان المسلمين ربما استعجلوا الانبات بالمعالجة رفعا للحجر واستفادة للولايات ، والكفار لا يهتمون بمثل ذلك ، لانهم حينئذ يقتلون أو تضرب عليهم الجزية .
- أنظر فتح العزيز ج ١ ص ٢٨٠ . الوجيز ج ١ ص ١٧٦ . المنهاج ص ٥٩ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٨٩ و ص ٢٩٠ . كشاف القناع ج ٣ ص ٤٣٢ . ان لم يذكر فرقا بين المسلمين والكفار فى اعتبار البلوغ به . وأنظر المغنى ج ٤ ص ٣٤٥ .
- وبه يقول المالكية ، الا انهم اختلفوا فى اعتباره بلوغا فى حق الله والناس ام فى حق الله فقط ، فعلى الاول تلزمه العبادات ويؤخذ بالمقويبات والحدود ، وعلى الثانى تلزمه العبادات فقط ، دون الحدود . كما اختلفوا فى اعتباره بلوغا أو اماره عليه .
- والمشهور انه اماره مطلقا .
- أنظر شرح المنح ج ٣ ص ١٦٧ . الجواهر ج ٢ ص ٩٧ . الخرشى ج ٣ ص ٢٩١ . وبالبلوغ بالانبات أيضا يقول ابن حزم : المحلى ج ١ ص ١١٥ .

وقال أبو حنيفة : لا يوجب (٣)

لنا : ما روى عطية القرظي (٤) قال : عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظ فمشكوا في فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن ينظروا (٥) الى هل انبت : فنظروا فلم يجدوني انبت فخلى عني ، وألحقني بالسبي (٦) ولأنه يصح ايمانه بنفسه ، فأشبهه المحتمل (٧) .

(٣) لأن البلوغ عنده يكون بالا احتلام والا حبال والا نزال والا فحتى يتم ثانياً عشرة واما الجارية فبالحيض والا احتلام والحبل والا فمبلوغ سبع عشرة ، واما عند الصاحبين فمبلوغ الغلام والجارية خمس عشرة ، وهو رواية عن أبي حنيفة . أنظر الهداية ج ٨ ص ٢٠١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٤٤ التبيين ج ٥ ص ٢٠٣ . (٤) لم يذكر ابن عبد البر ولا ابن حجر اسم أبيه ، صحابي ، سكن الكوفة فروى حديثه أصحاب السنن من طريق عبد الملك بن عمر عنه ، قال : كنت فيمن حكم عليهم سعد بن معاذ فشكوا في فتركوني ، الذي ذكره المصنف عنه هنا .

أنظر : الاصابة ج ٢ ص ٤٨٥ رقم / ٥٥٧٩ .

(٥) في نسخة ((ب)) : ان ينظر . / بالبناء للمجهول .

(٦) رواه البيهقي ج ٦ ص ٥٨ باب البلوغ بالانبات ، ولم يتعقبه في الجوهر النقي عليه .

ورواه الترمذي ج ٤ ص ١٤٥ كتاب السير ، باب ما جاء في النزول على الحكم ، رقم / ١٥٨٤ ، ولفظه : عرضنا على النبي صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فكان من انبت قتل ومن لم ينبت خلى سبيله ، فكنت ممن لم ينبت ، فخلى سبيلي . أ ه ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أ ه .

ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٨٤٩ كتاب الحدود ، باب من لا يجب عليه الحد ، رقم / ٢٥٤١ . بلفظ الترمذي .

وصححه أيضا ابن حبان والحاكم وأيدهما ابن حجر ، أنظر التلخيص ج ٣ ص ٤٢ ، رقم / ١٢٤٣ .

(٧) حيث يعتبر احتماله دليلاً على بلوغه .  
بجامع صحة ايمانه بنفسه ، في كل من الاصل وهو المحتمل ، والفرع وهو المنبت =



قالوا : زيادة<sup>(٨)</sup> في البدن ، فأشبهه السمن<sup>(٩)</sup> وشعر الصدر<sup>(١٠)</sup> .

قلنا : هذا يخالف النص<sup>(١١)</sup> ، ثم السمن وشعر الصدر لا يختص بحال البلوغ ، فهو كالبول والمذى<sup>(١٢)</sup> وهذا يختص بحال البلوغ ، فهو كالحيض والمنى<sup>(١٣)</sup> .

= ولما كان حكم الاصل اعتبار الاحتلام دليلا على البلوغ فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فيكون انبات الشعر الخشن دليلا على البلوغ فيه أيضا لذلك .

( ٨ ) أى نبات الشعر حول القبل زيادة في البدن .

( ٩ ) فى نسخة (( ب )) : فأشبهه الثمن . / وهو خطأ لا معنى له هنا .

( ١٠ ) حيث لا يحكم فيهما بالبلوغ .

بجامع ان كلا زيادة في البدن ، اما الاصل فهو السمن وشعر الصدر ، واما الفرع فهو انبات الشعر الخشن حول القبل .  
ولما كان حكم الاصل هو عدم الحكم بالبلوغ بسبب سمن البدن ونبات شعر الصدر فيه .  
كان حكم الفرع كذلك فلا يحكم ببلوغ من انبت الشعر الخشن حول القبل فيه أيضا لذلك .

( ١١ ) أى هذا القياس يخالف الحديث الذى رواه عطية القرظى فى اعتبار الانبات دليلا على البلوغ ، أى والقياس اذا كان فى مقابلة النص يكون فاسدا الاعتبار فيبطل .

( ١٢ ) وهو ما يخرج من ذكر الرجل لدى ملاعبته أهله أو تقبيلها ، وهى بفتح الميم وكسر الذال المعجمة ، وسكون الياء المقصورة . أنظر القاموس ج ٤ ص ٣٨٠ .  
والجامع فى القياس المذكور هو عدم الاختصاص بحال البلوغ فى كل من الاصل وهو البول والمذى والفرع وهو السمن وشعر الصدر .

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار البول والمذى دليلا على البلوغ كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر السمن وشعر الصدر دليلا على البلوغ أيضا لذلك .

( ١٣ ) أى انبات الشعر الخشن حول القبل .

( ١٤ ) حيث يحكم ببلوغ من حاضت وبلوغ من أمنى .

بجامع الاختصاص بحال البلوغ فى كل من الاصل وهو الحيض والمنى = والفرع وهو انبات الشعر الخشن حول القبل .

\* مسألة ( ١٣٨ ) : اذا بلغ الصبي غير مصلح لدينه <sup>(١)</sup> ، لم يسلم اليه المال <sup>(٢)</sup> . / ١٥٥ ش

وقال أبو حنيفة : يسلم <sup>(٣)</sup> .

لنا : هو انه غير موثوق به <sup>(٤)</sup> في حفظ المال ، فجعل كالمبتذر <sup>(٦)</sup> حقيقة <sup>(٧)</sup> ،

ولما كان حكم الاصل هو الحكم ببلوغ من تحيض ومن يمتن ، كان حكم الفرع كذلك فيحكم ببلوغ من أنبت الشعر الخشن حول القبل أيضا لذلك .  
والمقصود اثبات الفارق بين الاصل والفرع في قياسهم . فيبطل به .  
( ١ ) بأن كان غير ملتزم لاحكام الشرع فلا يفعل الواجب ولا يجتنب الحرام ، ومثل هذا يوصف بالفاسق .

( ٢ ) المختصر ص ١٠٥ . الام ج ٣ ص ٢١٥ . المنهاج ص ٥٩ .

وهو قول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ١٨٣ .

( ٣ ) الهداية ج ٨ ص ٢٠٠ . التبيين ج ٥ ص ١٩٨ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٤١ .

وهو قول الحنابلة : كشاف القناع ج ٣ ص ٤٣٣ . شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٨٩  
المغنى ج ٤ ص ٣٥٠ .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٣٨ : فمدار الرشد عندنا على صون المال فقط دون صون الدين . أه خلافا لابن الماجشون ، أنظر القوانين ص ٣٤٩ .  
وأنظر شرح المنح ج ٣ ص ١٧٢ : ولا يشترط في الرشد العدالة . أه .

( ٤ ) سقط لفظ ( هو ) من نسخة (( ب )) .

( ٥ ) أي بالصبي الذي بلغ فاسقا .

( ٦ ) في المختار ص ٤٥ . وتبذير المال : تفريقه اسرافا . أه .

زاد في القاموس ج ١ ص ٣٧ : وبذره تبذيرا خريه وفرقه اسرافا . أه .

( ٧ ) حيث يحجر عليه ولا يسلم المال وان كان بالغا ، لانه ي تلف المال ويجعله في غير محله .

بجامع ان كلا غير موثوق به في حفظ المال ، اما الاصل فهو المبتذر حقيقة  
واما الفرع فهو الصبي اذا بلغ غير مصلح لدينه .  
ولما كان حكم الاصل عدم جواز تسليم من تحقق تبذيره المال ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز تسليم الصبي اذا بلغ غير مصلح لدينه ، ماله أيضا لذلك .

كما أن الفاسق لما لم يكن موثوقا به في الشهادة <sup>(٨)</sup> ، جعل كالكاذب حقيقة <sup>(٩)</sup> .  
 قالوا : إذا لم يمنع الكفر من تسليم المال <sup>(١٠)</sup> ، فالفسق أولى <sup>(١١)</sup> .  
 قلنا : الكفر لا يمنع الولاية ولا الشهادة <sup>(١٢)</sup> ، والفسق يمنع من ذلك <sup>(١٣)</sup> .

( ٨ ) لا حتمال أن يكذب فيها على المشهود عليه .

( ٩ ) حيث ترد شهادته قطعا .

بجامع عدم الوثوق به في الشهادة في كل من الاصل وهو الكاذب حقيقة ،  
 والفرع وهو الفاسق .

ولما كان حكم الاصل رد شهادة الكاذب حقيقة ، كان حكم الفرع كذلك فترد  
 شهادة الفاسق أيضا لذلك .

والجامع في قياس الصبي إذا بلغ غير مصلح لدينه ، على الفاسق في الشهادة هو  
 أن كلا غير موثوق به . أما الاصل فهو الفاسق في الشهادة وأما الفرع فهو  
 الصبي إذا بلغ غير مصلح لدينه .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز قبول شهادة الفاسق ، كان حكم الفرع كذلك فلا  
 يجوز تسليم الصبي إذا بلغ غير مصلح لدينه المال أيضا لذلك .

( ١٠ ) أي فيما إذا بلغ الصبي وهو كافر تبعا لأبويه ، حيث يسلم له الوصي ماله  
 وإن كان كافرا .

( ١١ ) أي بان لا يمنع من تسليم الصبي / إذا بلغ فاسقا .

ووجه الولوية : أن الكافر اشد سفها من الفاسق ، ثم يسلم اليه ماله إذا زال  
 سبب الحجر عنه ، فإذا سلم المال إلى الاسفه وهو الكافر فأولى أن يسلم  
 إلى السفهيه وهو الفاسق .

( ١٢ ) إذ يجوز للكافر أن يكون وليا على مال غيره ، أو شهيدا له أو عليه .

( ١٣ ) لأن الكفر معنى يتعلق بالاعتقاد فلا ينافيه وجود الأمانة والنظر الصحيح في  
 المال لمصلحة المحجور عليه أو أداء الشهادة له .

وأما الفسق فيتعلق بالسلوك ، فيتنافى معه وجود الأمانة والصدق فكان  
 مظنة تضییع المال .

ولذلك جازت الولاية والشهادة من الكافر على المحجور عليه ، ولم تجز من  
 من الفاسق .

والمقصود : إثبات الفرق بين الاصل والفرع في قياسهم ، لا بطلاله .

\* مسألة (١٣٩) : لا يسلم المال الى المذرر. (١) ٥٦/١٠٥٦ .  
 وقال أبو حنيفة : اذا بلغ خمسا وعشرين سلم اليه ماله . (٢)  
 لنا : هو انه مذر لماله ، فلم يسلم اليه المال ، كما لو كان له دون ذلك . (٤)

- 
- (١) المختصر ص ١٠٥ - فتح العزيز ج ١٠ ص ٢٨٥ . المنهاج ص ٥٩ .  
 وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٨٩ . كشاف القناع ج ٣ ص ٤٣٢ .  
 المغنى ج ٤ ص ٣٤٤ .  
 وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٣٧ . حواشى الدسوقي ج ٣ ،  
 ص ٢٩٢ . شرح المنح ج ٣ ص ١٦٣ .  
 (٢) فى نسخة ((ب)) : خمسا وعشرين سنة .  
 (٣) خلافا للصاحبين . ويقولهما يفتى فى المذهب . أنظر مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٣٩  
 وأنظر أيضا : الهداية ج ٨ ص ١٩٤ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٣٨ و ٤٣٩  
 المبسوط ج ٢ ص ١٦١ .  
 وزهّب ابن حزم الى أنه لا يحجر على البالغ فى التصرف فى ماله لكنه يـرد  
 فعله فيما خالف فيه المباح أو الواجب ، وعاب على أبى حنيفة تحد يـده  
 بخمس وعشرين سنة . أنظر المحلى ج ٩ ص ١٧٠ و ١٧٣ .  
 (٤) سقط اسم الاشارة ( ذلك ) من نسخة ((ب)) .  
 أى حيث لا يسلم اليه المال اذا كان دون خمس وعشرين سنة .  
 بجامع ان كلا مذر لماله ، فى كل من الاصل وهو مالو كان له أقل من خمس  
 وعشرين ، والفرع وهو مالو كان له خمس وعشرون سنة .  
 ولما كان حكم الاصل عدم تسليم المال الى من دون خمس وعشرين ، كان حكم  
 الفرع كذلك فلا يسلم اليه وان بلغ خمسا وعشرين أيضا لذلك .

قالوا : قال الله عز وجل : ( ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن  
حتى يبلغ أشده ) (٥) والاشد خمس وعشرون (٦) سنة ، تقول العرب : بلغ فلان أشده ،  
(٧)  
اذا بلغ الخمسين . (٨)

قلنا : الاشد هو البلوغ ، (٩) لان فيه يشد ، وما ذكروه لا يعرف عن أحد من  
أهل اللغة : (١٠)

(٥) سورة الانعام . آية / ١٥٢ .

وجه الدلالة : انه تعالى اشترط لاداء مال اليتيم بلوغه الاشد فجعله  
غاية لجواز قرب ماله ، فاذا بلغ أشده حرم عليه قربه سواء أنس منه الرشيد  
أم لا اذا كان عاقلا .

(٦) في الاصل ( خمس وعشرين ) وهو خطأ . لانه خبر ، فيكون مرفوع الجزئين .

(٧) في نسخة ((ب)) : اشد به .

(٨) لكن قال في القاموس ج ١ ص ٣٠٥ : وحتى يبلغ أشده ويضم أوله : أى قوته ،  
وهو ما بين ثمانى عشرة الى ثلاثين سنة . أهـ .

وقال الطبرى : الاشد جمع شد ، كما الاضر جمع ضر ، . . . والشد القوة ،  
وهو استحكام قوة سنه وشبابه ، كما شد النهار ارتفاعه وامتداده ، يقال :  
اتيته شد النهار ومد النهار . أهـ هذا فى اللغة ، ثم ذكر لاهل التفسير  
قولين فى معنى الاشد : أحدهما : انه بلوغ الحكم ، والثانى : بلوغ ثلاثين  
سنة . فالأول عن ربيعة ومالك وعامر ، والثانى عن السدى . أنظر :  
جامع البيان ج ١٢ ص ٢٢٢ .

واما ما هو مرقوم فى الكتاب فحرف ولعل صوابه خمسا وعشرين .

(٩) وهو قول ربيعة ومالك وعامر ، كما تقدم فى الهامش قبل هذا ، عن الطبرى  
فى تفسيره .

(١٠) لم أشر على من ذكر ذلك عن العرب أيضا ، وانما المذكور عنهم فيه معان :  
الأول : يأتى بمعنى البلوغ .

الثانى : يأتى بمعنى مبلغ الحنكة والمعرفة .

الثالث : انه ما بين السبع عشرة الى الأربعين ، وقيل : ما بين الثلاثين الى =

قالوا : يصلح أن يكون جدا (١١) ، فلم يجز أن يحجر عليه (١٢) .  
قلنا (١٣) : وقد يكون جدا في أقل من ذلك ، فان المرأة تحيض لتسع سنين ،

= الاربعين ، وهما مرويان عن الزجاج .

الرابع : بمعنى الاكتهال . تقول : بلغ الرجل أشده ، اذا اكتهل .  
وهو مروى عن ابن سيده .  
أنظر اللسان ج ٣ ص ٢٣٥ .

قلت : ولعل الحنفية أخذوه من المعنى الاخير ، فان الكهل في اللغة  
يطلق على من جاوز الثلاثين أو أربعاً وثلاثين الى احدى وخمسين .  
أنظر القاموس ج ٤ ص ٤٧ .

وان كان ابن منظور قد خالف في ذلك فقال : واما قوله تعالى : حتى  
اذا بلغ أشده وبلغ أربعين سنة ، فهو أقصى نهاية بلوغ الاشد ، وعند  
تمامها بعث محمد صلى الله عليه وسلم نبيا وقد اجتمعت هنكته وتام عقله ،  
فبلوغ الاشد محصور الاول - وهو سبع عشرة - محصور النهاية - وهو  
الاربعين - غير محصور ما بين ذلك . أه . اللسان ج ٣ ص ٢٣٦ .

(١١) لانه يولد له اذا بلغ اثني عشر سنة ونصف السنة ، ثم يولد لابنه اذا بلغ  
مثلها أيضا ، فيكون ببلوغه الخامسة والعشرين جدا .

(١٢) ان ليس بعد الجد منزلة . وقد بلغها ، فلا فائدة من الحجر

عليه ، لان الحجر للتأديب ، ومن صار جدا لم يعد محلا للتأديب  
فامتنع عنه لذلك .

أنظر الهداية ج ٨ ص ١٩٤ .

(١٣) سقط حرف الواو من نسخة ((ب)) .

وقال الشافعي : رأيت جدة لها احدى وعشرون سنة ، ويحجر عليها ، ثم  
يبطل بمن يبلغ هذا السن وهو مجنون . (١٦) (١٧)

\* مسألة ( ١٤٠ ) : اذا بلغ الميزر واقرب المال (٢) ، لم ينفذ ذلك . / ١٥٦ . (٣)

( ١٤ ) فى نسخة ((ب)) : احدى وعشرون . / بالتذكير والصواب ما أثبتناه من  
الاصل لان المعدود هنا مؤنث والعدد احدى عشر واثنى عشر يجب أن يوافق  
المعدود تأنيثا وتذكيرا .

( ١٥ ) أى فلم يعتبر وصف الجد فيها مانعا من الحجر عليها .

( ١٦ ) فى نسخة ((ب)) : بمن يبلغ .

( ١٧ ) حيث لا يسلم اليه ماله ، وان بلغ خمسا وعشرين سنة ، فبطل أن يكون  
للسن المذكور مدخل فى وجوب دفع المال لمن بلغه بل المبرة فيسه  
بالرشد .

( ١ ) فى نسخة ((ب)) : اذا باع الميزر ، واقرب المال ، لم ينفذ ذلك .

( ٢ ) كالاقرار بدين ، أو بموجب جنابة خطأ أو شبه عمد أو اتلاف مال أو سرقة  
ونحو ذلك .

( ٣ ) المختصر ص ١١٢ : ولا يجوز الا اقرار بالغ حر رشيد ومن لم يجز بيعه  
لم يجز اقراره . أهـ

وأنظر الام ج ٣ ص ٢٣٤ . المنهاج ص ٥٩ .

ونذهب الحنابلة الى أن اقراره يصح الا انه لا ينفذ الا بعد فك الحجر عنه .  
ومحل ذلك : اذا لم يعلم الولي صحة ما أقربه السفية ، والا لزمه ما أقربه ففى  
الحال .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٩٥ . كشاف القناع ج ٣ ص ٤٤٣ . وذكر  
فى المغنى ج ٤ ص ٣٥٦ قولا آخر أنه لا يصح اقراره به اصلا ولا يؤخذ به ففى  
الحكم بحال .

وبعدم نفاذ اقراره بالمال يقول المالكية أيضا ، أنظر : الشرح الصغير ج ٢ ،

وقال أبو حنيفة : <sup>(٤)</sup> ينفذ .

لنا : <sup>(٥)</sup> ان من منع المال لعدم الرشد ، لم يصح بيعه واقراره بالمسأل ،

<sup>(٦)</sup> كالمجنون .

<sup>(٧)</sup> قالوا : يقبل اقراره بما يوجب الحد والقصاص ، فقبل في المال ، كالرشيد .

= ص ١٣٨ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٩٧ . القوانين ص ٣٤٢ . وفي شرح المنح ج ٣ ص ١٧٤ . ولا يجوز اقراره بد ين الا أن يقر به في مرضه ، ففي ثلثه . أهـ .

(٤) أي بعد قضاء الديون ان كانت عليه لا في الحال .

أنظر الهداية ج ٨ ص ٢٠٧ . مجمع الاثر ج ٢ ص ٤٤٣ .

وينفذه يقول ابن حزم أيضا : المحلى ج ٩ ص ١٢١ : ومن اقر لا خير أوله تعالى بحق في مال أو دم ، أو بشرة ، وكان المقر عاقلا بالغا غير مكروه ، واقر اقرارا تاما ولم يصله بما يفسده ، فقد لزمه ولا رجوع له بعد ذلك . أهـ .  
والمحجور غير مكروه ، وهو بالغ عاقل فيشمله الحكم المذكور .

(٥) في نسخة ((ب)) : هو أن كل من منع . الخ .

(٦) حيث لا يصح بيعه واقراره بالمال .

بجامع المنع من تسليم المال <sup>لعدم</sup> الرشد في كل من الاصل وهو المجنون ، والفرع وهو المبذر البالغ .

ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة بيع المجنون واقراره بالمال ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع المبذر البالغ واقراره به أيضا لذلك .

(٧) حيث يقبل اقراره بالمال قطعا .

بجامع قبول الاقرار بما يوجب الحد والقصاص في كل من الاصل وهو الرشيد ، والفرع وهو المبذر البالغ .

ولما كان حكم الاصل صحة اقرار الرشيد بالمال ، كان حكم الفرع كذلك فيقبل اقرار المبذر به أيضا لذلك .



قلنا : العبد يقبل اقراره في<sup>(٨)</sup> ذلك ، ثم لا يقبل تصرفه في المال<sup>(٩)</sup> ، ولان في هذه الحقوق<sup>(١١)</sup> لا يثبت<sup>(١٢)</sup> ، وفي المال يثبت<sup>(١٣)</sup> ، ويخالف الرشيد ، فانه لا يمنع المال ، وهذا يمنع<sup>(١٤)</sup> ، لعدم رشده ، فلو نفذ بيعه واقراره بطل فائدة المنع<sup>(١٥)</sup>.

( ٨ ) في نسخة ((ب)) : بذلك . / أى بما يوجب عليه الحد والقصاص .

( ٩ ) في نسخة ((ب)) : ثم لا ينفذ .

( ١٠ ) لقصور أهليته ، لقيام وصف الرق فيه . ومحل له مالم يأذن له سيده بذلك .

أى فليست الملة التى ذكرها دائرة مع حكمها ، لانها تخلفت فى العبد

حيث يقبل اقراره بما يوجب عليه الحد والقصاص ، ولا يقبل فى المال . أى

والدوران شرط فى الملة الصحيحة فلا تصح بدونه . أنظر منهاج الوصول :

ج ٣ ص ٦٥ .

( ١١ ) وهى - يوجب الحد والقصاص عليه .

( ١٢ ) لانها تجر على نفسه الضرر باقامة الحد أو القصاص عليه فجاز اقراره به .

( ١٣ ) لان المال محل للخيانة . ويجزى بالاقرار به على نفسه نفعا فمنع

من التصرف فيه بلا اذن .

وبهذا الفارق بين الاقرار بالمال والاقرار بما يوجب الحد والقصاص يبطل

قياس احدهما على الآخر .

( ١٤ ) أى المبذر .

( ١٥ ) وهى صون ماله عن التلف فى غير مصلحة تعود عليه .

وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم المبذر على الرشيد فى صحة

الاقرار بالمال . والقياس مع الفارق باطل .

\* مسألة ( ١٤١ ) : اذا بلغ مصلحا لدينه وماله ، فسلم اليه المال ، ثم  
بذر المال <sup>(٣)</sup> ، حجر عليه . ١٥٦/ ١ .  
وقال أبو حنيفة : لا يحجر عليه <sup>(٤)</sup> .

( ١ ) أى المحجور عليه .

( ٢ ) فى نسخة ((ب)) : سلم . / بلا فاء . والصواب اثباتها .

( ٣ ) أى ثانية بعد فك الحجر عنه .

أنظر : المختصر ص ١٠٥ . الام ج ٣ ص ٢١٩ . المنهاج ص ٥٩ وهـ  
يعود الحجر عليه بنفس التبذير أم يعود بحكم القاضى وقيل يحجر عليه  
الاب والجد والوصى أيضا . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٣٠٢ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٩٤ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٤٠ .  
المغنى ج ٤ ص ٣٥٢ .

وبه يقول المالكية ، ويكون الحجر عليه عندهم هنا للحاكم دون الاب .  
أنظر : البلغة ج ٢ ص ١٤٠ . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٩٩ . شرح  
المنح ج ٣ ص ١٧٨ .

( ٤ ) سقط لفظ ( عليه ) من نسخة ((ب)) .

وخالف فى ذلك صاحبان . الا أن ابا يوسف قال يصير محجورا عليه بحكم  
القاضى ، وذهب محمد الى أنه يصير محجورا عليه بمجرد السفه .  
الهداية ج ٨ ص ١٩٥ . وشرح العناية ص ١٩٦ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٣٩  
وانظر الدر المنتقى أيضا .

المبسوط ج ٢ ص ١٧٩ . التبيين ج ٥ ص ١٩٦ .  
واما عند ابن حزم فان المذرا اذا كان بالغا لا يحجر عليه أصلا لكنه يبطل  
فعله فيما خالف فيه المباح أو الواجب فقط . أنظر المحلى ج ٩ ص ١٧٠ .

لنا : قوله عز وجل ( ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ) وقوله ( ٥ ) ( ٦ ) فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه ( ٧ ) فأثبت عليه ولاية . وروى أنس أن رجلا كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبتاع وفى عقدته ضعف ( ٨ ) فأتى أهله نبى الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : احجر على فلان ، فانه يبتاع وفى عقدته ضعف ، فنهاء عن البيع ( ٩ )

( ٥ ) زاد فى نسخة ((ب)) : التى جعل اللطيم قياما . / سورة النساء آية رقم ٥ وجه الدلالة : انه اطلق المنع من اعطاء السفهاء الاموال سواء انقطع سفهم ثم عاد أم لم ينقطع .

( ٦ ) فى نسخة ((ب)) : وقوله تعالى .

( ٧ ) سورة البقرة . آية رقم ٢٨٢ .

وجه الدلالة : اثبات الولاية فى الآية على السفهاء مطلقا . وهو وصف صادق على من عاوده السفه بعد زواله عنه .

( ٨ ) أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ٢٨ ) هامش ( ٤ ) .

( ٩ ) فى نسخة ((ب)) : على عهد النبى .

( ١٠ ) أى فى رأيه ونظره فى مصالح نفسه . النهاية ج ٣ ص ٢٧٠ .

( ١١ ) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٨٢ كتاب البيوع ، باب فى الرجل يقول فى البيع لا خلاية . رقم / ٣٥٠١

ورواه الترمذى ج ٣ ص ٥٥٢ كتاب البيوع ، باب ما جاء فىمن يخدع فى البيع .

رقم / ١٢٥٠ . ثم قال : حديث أنس حديث حسن صحيح غريب . أهـ .

ورواه النسائى ج ٧ ص ٢٥٢ . باب الخديعة فى البيع .

ورواه ابن ماجه . ج ٢ ص ٧٨٨ . كتاب الأحكام ، باب الحجر على من يفسد ماله .

وقد صححه ابن حزم أيضا . أنظر المحلى ج ٩ ص ١٩٩ .

فلولم يجز (١٢) لانكر عليهم (١٣) وروى ان عبد الله بن جعفر (١٤) اشترى ضيعة بستين (١٥) الفا ، فقال عثمان : مايسرنى أن تكون لى بنعلى ، فقال لعلي : الا تأخذ على يد ابن أخيك وتحجر عليه ، اشترى سبعة (١٦) بستين الفا ، مايسرنى انها لى بنعلى ،

(١٢) أى الحجر على السفه أو المذر بعد البلوغ وهو من فى عقدته ضعف كما فى الاثر المذكور .

(١٣) أى سؤالهم الحجر عليه .

قلت : لكن تمام الحديث يمنع هذا المعنى ، فقد قال بعد قوله : فنهاه عن البيع : يابى الله انى لا أصبر عن البيع ، فقال صلى الله عليه وسلم : اذا بعته فقل : لا خلافة . أه هكذا هو فى لفظ النسائى ج ٧ ص ٢٥٢ . وقد قال ابن حزم : رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يلتفت الى قولهم : احجر عليه . ولا حجر عليه ولا منعه من البيع ، بل جعل له الخيار فيما اشترى ثلاثا ، واره ان لا يبايع الا ببيان ان لا خلافة . أه المحلى ج ٩ ص ٢٠٠ .

(١٤) هو عبد الله بن جعفر بن أبى طالب الهاشمى ، أول من ولد بالحشمة للمهاجرين ، كان جوادا كريما ، وكان يسمى البحر ، لجوده ، ومن سخائه انه اسلف الزبير الف الف درهم ، فلما توفى الزبير ، جاء ابنه عبد الله الى ابن جعفر وقال له : انى وجدت فى كتب أبى ان له عليك الف الف درهم ، قال : هو صادق ، فاقبضها اذا شئت ، ثم وجده ، فقال : وهمت ، المال لك عليه ، فقال : لا اريد ذلك ، توفى سنة ثمانين . أنظر الخلاصة ص ١٩٣ . (١٥) بفتح الضاد المعجمة المشددة فسكون الياء ، وهى العقار ، والجمع : ضياع بكسر أوله ، وضيع بكسر ففتح ، كبدة ويدر ، وتصغيرها : ضيعة ، لا : ضويعة .

قال الازهرى : الضيعة عند الحاضرة : النخل والكرم والارض . والعرب لا تعرف الضيعة الا الحرفة والصناعة . أه أنظر المختار ص ٣٨٦ .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : اشترى ضيعة . / بفتح السين المهمل وكسر الباء أى ذات ملح ونز ، بفتح النون وكسر ، فزاي مشددة ، وهو ما يتحلب من الماء . أنظر المختار ص ٢٨٢ و ص ٦٥٤ .

فجاء علي الى عثمان ليحجر عليه <sup>(١٧)</sup> فقال الزبير: أنا شريكه <sup>(١٨)</sup> فقال عثمان: كيف احجر على من شريكه الزبير <sup>(١٩)</sup> ولانه يبذر لماله فيما لا يجوز فنـعـ

(١٧) أى علي ابن أخيه عبد اللمن جعفر بن أبى طالب .

أنظر ترجمة علي بن أبى طالب فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١١) .

وأنظر ترجمة عثمان بن عفان فى المسألة رقم (١) هامش (٣٨) .

(١٨) أى فى هذه الصفقة . وأراد بذلك منع الحجر عليه ، لأن ضعيف الرأى

إذا انضم اليه ذو رأى زال به خطر ضياع ماله فلا يحجر عليه لذلك .

(١٩) رواه الشافعى فى الأم ج ٣ ص ٢٢ باب الخلاف فى الحجر ، من طريق

محمد بن الحسن - قال - أو غيره من أهل الصدق فى الحديث ، أو هما

عن يعقوب بن ابراهيم - يعنى أبا يوسف صاحب أبى حنيفة أيضا - عن هشام

ابن عروة عن أبيه قال : ابتاع عبد الله بن جعفر بيعة فقال على رضى الله عنه

لا تبين عثمان فلا حجرن عليك ، فأعلم بذلك ابن جعفر ، قال الزبير : أنا شريكك

فى بيعك ، فأتى علي عثمان فقال : احجر على هذا ، فقال الزبير :

أنا شريكه - فقال عثمان : احجر على رجل شريكه الزبير . أهـ .

ورواه البيهقى أيضا ج ٦ ص ٦١ باب الحجر على البائعين بالسفه ، من

طريق أبى يوسف أيضا بنحوه .

وذكر فى التلخيص ج ٣ ص ٤٣ رقم / ١٢٤٥ انه روى أيضا من طريق الزبيرى

المدنى القاضى عن هشام نحوه .

وروى أيضا من طريق أبى عبيد عن عفان عن حماد بن زيد عن هشام ابن حسان

عن ابن سيرين قال قال عثمان . الخ . ولم يصف واحدا منها بضعف ، وكذا

لم يضعفه صاحب الجوهر النقى .

وأما الزبير : فهو ابن العوام بن خويلد بن اسد بن عبد العزى بن قصى

ابن كلاب الأسدى .

حوارى رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمته صفية بنت عبد المطلب ،

واحد العشرة السابقين المشهود لهم بالجنة ، واحد الستة أصحاب =

المال ، كما لو بلغ مَبْذَرًا ، <sup>(٢٠)</sup> ولانه مال يخشى ضياعه فى غير وجهه ، فجاز للحافظ أن يحفظه ، كما لو وجد مال غير مضمون <sup>(٢١)</sup> ، أو وجد الحاكم مال اليتيم فى يد

= الشورى الذين انتخبهم عمر للتشاور فى شأن الخليفة من بعده ، كان رضى الله عنه طويلا تخط رجلاه الارض اذا ركب ، اسلم وهو ابن اثنتى عشرة سنة وقيل شان ، وهو أول من شهر سيفا فى سبيل الله ، وذلك ان اشاعة سرت فى الناس أن النبی صلی اللہ علیہ وسلم وهو بمكة قد قتل ، فخرج شاهرا سيفه فى الناس يتقصى الخبر ، فالتقاه باعلى مكة . وعن جابر قال : قال لى النبی صلی اللہ علیہ وسلم يوم بنى قمریطة : من یأتینى بخبر القوم ، فانتدب الزبير ، فقال النبی صلی اللہ علیہ وسلم : ان لكل نبی حوارى وحوارى الزبير . أهـ وكان عمر يقول : الزبير ركن من ارکان الدين . أهـ وكان للزبير الف مملوك يؤدون اليه الخراج ، وكان لا يمدخل بيته منها شئ ، يتصدق به كله .

خرج لقتال علي يوم الجمل ، فذكره علي بقول النبی صلی اللہ علیہ وسلم له : انك تقاتل عليا وانت ظالم له . فقال الزبير : لم اذكر ذلك الا الآن ، فانصرف فقبضه عمرو بن جرموز فطعنه من خلفه فقتله بواى السباع قرب البصرة ، كان ذلك سنة ست وثلاثين . أنظر الخلاصة ص ١٢١ . الاصابة ج ١ ص ٥٤٥ ، رقم / ٢٧٨٩ .

( ٢٠ ) حيث يستمر الحجر عليه .

بجامع التبذير فى المال فى كل من الاصل وهو من بلغ مَبْذَرًا ، والفرع وهو من بلغ رشيدا ففك عنه الحجر ثم طرأ عليه السفه . ولما كان حكم الاصل هو منع المال عن بلغ مَبْذَرًا ، كان حكم الفرع كذلك فيمنع المال عن طرأ عليه السفه بعد بلوغه أيضا لذلك .

( ٢١ ) على وزن معيشة ، أى فى مكان معرض فيه للهلاك . أنظر المختار ص ٣٨٦ .

حيث يجوز للحافظ انتشاله من المضيعة .

الوصى وهو مفطر فيه ، ولان الصبي حجر عليه لانه لا يكل لحفظ المال ، وربما ضيع ، فالمبذر أولى بذلك . ( ٢٣ )

قالوا : بالغ عاقل فلا يحجر عليه فى ماله ، كغير المبذر ( ٢٤ ) والمنفق للمال فى لبس الناعم واكل الطيب . ( ٢٥ )

قلنا : غير المبذر لا ينعى المال اذا بلغ ، وهذا ( ٢٥ ) يمنع المال ، ( ٢٦ ) والمنفق

( ٢٢ ) حيث يجوز للحاكم انتزاع المال منمئلا يضيع على الصبي .

والجامع فى القياس المذكور هو أن كلا مال يخشى ضياعه ، اما الاصل فهو مالو وجد مال غيره فى مضیعة أو وجد الحاكم مال اليتيم فى يد الوصى وهو مفطر فيه ، واما الفرع فهو مالو بلغ ثم طرأ عليه السفة .

ولما كان حكم الاصل جواز أخذ الحافظ والحاكم المال من يضيعه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الحجر على البالغ اذا طرأ عليه السفة أيضا لذلك .

( ٢٣ ) لاشتراكهما فى علة الحكم ، وهى احتمال تضييعهما للمال .

ووجه الاولوية فى المبذر البالغ : انه تكثر مصارف المال عنده ، لمتنوع وكثرة شهواته ولا كذلك الصبي .

( ٢٤ ) حيث لا يحجر عليه أيضا .

( ٢٥ ) أى وان كان ممن لا يليق به ذلك الطعام وذلك اللباس لانه ما اباحه الله تعالى .

بجامع ان كلا بالغ عاقل ، اما الاصل فغير المبذر من البالغين والمنفق ماله فى لبس الناعم واكل الطيب ، واما الفرع فهو المبذر البالغ .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز الحجر عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز الحجر على المبذر البالغ أيضا لذلك .

( ٢٥ ) أى المبذر .

( ٢٦ ) لانه ينفقه فى غير محله فيضيع عليه خاصة وعلى الامة عامة .

أى فلا يصح قياس احدهما على الاخر ، للفارق المذكور بينهما .

فى لبس الناعم ينفق فى مباح ، قال الله تعالى : ( قل من حرم زينة اللبس  
التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق ) (٢٨) وهذا (٢٩) ينفق فى حرام ، فلهذا  
قال : ( ان المذربين كانوا اخوان الشياطين ) . (٣٠)

قالوا : اذا لم يحجر عليه فى الاقرار بما يوجب الحد والقصاص فى المال  
أولى . (٣١)

قلنا : غير مبذر لنفسه (٣٢) وهذا مبذر لماله فحجر عليه فيه ، ولان المريض (٣٤)

( ٢٧ ) فى نسخة ((ب)) : قال الله تبارك وتعالى .

( ٢٨ ) سورة الاعراف آية رقم / ٣٢ .

وجه الدلالة : تصدر الالية بصيغة الاستفهام الانكارى على من يمنع التمتع  
بالطيب من الرزق .

( ٢٩ ) يعنى المبذر ماله .

( ٣٠ ) سورة الاسراء آية رقم / ٢٧ .

وجه الدلالة : وصف المذربين باخوتهم ومشابھتهم للشياطين تقبيحا لفعلهم  
للتنفير منه .

أى فصح ان بين الاصل والفرع فى قياسهم المبذر على غير المبذر فى منع  
الحجر عنه فارقا ، فيبطل به .

( ٣١ ) وجه الاولوية : ان الاقرار بالمال أخف خطرا من الاقرار بما يوجب الحد  
أو القصاص فان الاقرار بالاخير يوجب الضرر فى النفس ، ولا كذلك الاقرار بالمال .  
فاذا منع من الحجر عليه فى الاقرار بالاثقل ، فالمنع من الحجر عليه فى الاقرار  
بالاخر أولى .

( ٣٢ ) فى الاصل : غير المبذر لنفسه ، ومبذر لماله . الخ . / قوله : غير مبذر . الخ  
صفة لموصوف محذوف تقديره : المقرب بما يوجب عليه الحد والقصاص غير مبذر  
لنفسه .

( ٣٣ ) أى فى الاقرار بما يوجب حدا أو قصاصا . أى بل يصونها عن مثل ذلك عادة ،  
ولهذا لم يحجر عليه فيه .  
( ٣٤ ) أى مرضا مخوفا أو غير مخوف .



لا يحجر عليه في الحدود والقصاص ، (٣٥) ويحجر عليه في المال . (٣٦)  
 قالوا : لو حجر عليه للتبذير لحجر عليه للفسق (٣٨) كما قلتم في الابتداء . (٣٩)  
 قلنا : على قول أبي العباس (٤٠) يحجر للفسق ، وعلى قول أبي اسحاق (٤١)  
 لا يحجر ، لان الحجر للفسق لخوف التبذير ، فاذا بلغ فاسقا تيقنا الحجر ، (٤٢)  
 ونحن نشك في اصلاحه للمال ، فلا نزيل اليقين (٤٣) بالشك ، (٤٤) واذا بلغ رشيدا  
 ثم فسق تيقنا زوال الحجر ، (٤٥) فلا يحجر عليه بالشك ، (٤٦) والتبذير سبب للحجر

---

( ٣٥ ) أى فيصح اعترافه بما يوجبها . لان الاقرار بها يوجب حكما يتعلق بنفسه  
 المريض . فصح اعترافه بها لانه لا يثهم في ذلك ، وليس فيه تفويت حق  
 الغير .

- ( ٣٦ ) لانه متهم في الاقرار به للغير ، ان يفوت به حق الورثة .  
 ( ٣٧ ) أى الطارئ عليه بعد الرشد .  
 ( ٣٨ ) فى نسخة ((ب)) . لحجر للفسق . / أى الطارئ عليه بعد العدالة .  
 ( ٣٩ ) أى حيث أوجبتم عليه الحجر اذا بلغ فاسقا ابتداء .  
 ( ٤٠ ) هو أبو العباس ابن سريج ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ١٠٣ ) هامش ( ٥٢ ) .  
 ( ٤١ ) هو المروزي . أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ٢٧ ) هامش ( ٢٢ ) .  
 ( ٤٢ ) أى استمرار الحجر عليه .  
 ( ٤٣ ) وهو بقاء الحجر عليه .  
 ( ٤٤ ) وهو احتمال اصلاحه للمال .  
 ( ٤٥ ) أى بسبب الرشد فيه .  
 ( ٤٦ ) وهو احتمال تبذيره للمال بفسقه .

(٤٧) بعينه ، وقد تيقن وجوده فى الحالين (٤٨) فحجربه . (٤٩)

---

(٤٧) أى أن التبذير هو الباعث على الحجر لمنع تبديد المال فى غير محله  
فاذا وجد تيقنا وجوبه .

ولا كذلك الفسق فانه محل للتبذير ، فكان الحجر به على جهة الاجتياط  
لان احتمال التبذير بالفسق راجح فعمل به .

(٤٨) أى فى حال ما اذا بلغ مبدرا أو طرأ عليه التبذير .

(٤٩) أى بسببه ، والضمير عائد الى التبذير .

” مسائل الصلح (\*) ”

---

مسألة ( ١٤٢ ) : لا يجوز الصلح على الإنكار . ١٥٦ / ش .

---

( \* ) الصلح مشتق من الصلاح وهو ضد الفساد ، وبابه دخل ، وعن الفـراء

جواز ضم اللام فيه أيضا .

والصلح من الالفاظ التي يصح فيها التذكير والتأنيث ، أنظر المختار ص ٣٦٧ .

وفى القاموس ج ١ ص ٢٣٥ : والصلح - بالضم - السلم - بكسر فسكون - ويؤنث . أهد

فهو فى اللغة قطع النزاع .

وفى الشرع : عقد يحصل به قطع النزاع بين المتخاصمين .

وهو أنواع :

الأول : صلح بين المسلمين والكفار .

الثانى : صلح بين الامام والبغاة .

الثالث : صلح بين الزوجين عند الشقاق .

الرابع : صلح فى المعاملة . وهو المقصود هنا فى البيوع .

ثم الصلح فى المعاملة على قسمين :

القسم الأول : يجرى بين المتداعيين . وهو نوعان :

النوع الأول : صلح على اقرار .

النوع الثانى : صلح على انكار .

القسم الثانى : يجرى بين المدعى والاجنبى . أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٧٧ .

والاصل فى مشروعية الصلح : قول الله تعالى ( والصلح خير ) سورة النساء آية / ١٢٨ .

ومن السنة قول النبى صلى الله عليه وسلم ( الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا

أهل حراما أو حرم حلالا ) رواه أبو داود ج ٣ ص ٣٠٤ كتاب الأقضية ، بـ

الصلح . رقم / ٣٥٩٤ . عن أبى هريرة ، والاستثناء فيه من طريق أحمد بن عبد الاحد

الدمشقى .

قال المنذرى : فى اسناده : كثير بن زيد أبو محمد الاسلمى مولا هم المدنى =

.....

= قال ابن معين : ثقة ،

وقال مرة : ليس بشيء . وقال مرة : ليس بذلك القوى . وتكلم فيه غيره . أ هـ

مختصر سنن أبي داود ج ٥ ص ٣٤٤٩ .

ورواه الدارقطني أيضا ج ٣ ص ٢٧ كتاب البيوع رقم ٩٧ عن أبي هريرة مرفوعا :  
الصلح جائز بين المسلمين . أ هـ ولم يتعقبه في التعليق المغني عليه ، وسنده

كالاتي :

ثنا أبو عبد الله الفارسي من أصل نا عبد اللين الحسين المصيصي ، نا عفان  
نا حماد بن زيد عن ثابت عن أبي رافع عن أبي هريرة مرفوعا . أ هـ .

وقد اجمعت الامة على مشروعيته أيضا . أنظر مغني المحتاج ج ٢ ص ١٧٧ .

قلت : لكن قال ابن حزم : لا اجماع في الصلح ، لان الشافعي وغيره يقول :

لا يجوز الصلح أصلا الا بعد الاقرار بالحق ، . . . وذكر بعض الناس عن  
أحمد بن حنبل أن الصلح بعد الاقرار ليس صلاحا وانما هو هضا للحق . أ هـ

المراتب ص ٦٠ .

وتدخل على والباء على المأخوذ ، وتدخل من وعن على المتروك في المصالحة  
وتقول : صالحه عن كذا وعلى كذا .

( ١ ) وصورته ان يدعى شخص على آخر ان هذه السلعة له ، فينكر المدعى عليه

ذلك لعدم علمه به ، فيصطلحان على بعضها أو بعض ثمنها فضا للنزاع

بينهما . هذه الصورة انكر الشافعي جواز الصلح فيها ، أنظر المسألة في :

المختصر ص ١٠٥ و ١٠٦ . الام ج ٣ ص ٢٢١ . المنهاج ص ٦٠ ، ومحل

بطلانه اذا صالحه على نفس ما يدعيه عليه ، واما المصالحة على بعضه

فالاصح بطلانه أيضا .

وهو قول ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٦٠٩ .

وقال أبو حنيفة : يجوز . (٢)

لنا : هو انه مال<sup>(٣)</sup> أخذه بغير حق ، فلا يملك<sup>(٤)</sup> ، كما لو صالح منه بصد  
اليمين ، أو صالح عن حد القذف على مال ، أو باع مال غيره ، أو باع خمرا  
أو خنزيرا<sup>(٥)</sup> ، والدليل على الوصف : انه<sup>(٦)</sup> لا يخلو اما أن يكون عوضا عن المال  
أو عن اليمين أو عن الدعوى والخصومة ، ولا يجوز<sup>(٨)</sup> أن يكون عن المال ، لأنه

(٢) الهداية ج ٩ ص ٣٧٧ . التبيين ج ٥ ص ٣٠ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٣٠٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٦٣ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٨٥  
المغنى ج ٤ ص ٣٥٧ .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٤٦ . الجواهر ج ٢ ص ١٠٣ .  
شرح المنح ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٣) فى نسخة ((ب)) : هو انه أخذه بغير حق .

(٤) فى نسخة ((ب)) : فلا يملكه .

(٥) حيث لا يملك المال الناتج عن العقود المذكورة كلها فى قوله : كما لو صالح . الخ

بجامع انه مال أخذه بغير حق ، فى كل من الاصل وهو المال الناتج عن  
العقود المذكورة ، والفرع وهو مالو صالح على انكار .

ولما كان حكم الاصل عدم امتلاك المال بالعقود المذكورة كان حكم الفرع  
كذلك فلا يملك المال الناتج عن المصالحة على الانكار أيضا لذلك .

(٦) أى العلة الجامعة بين الاصل والفرع فى القياس المذكور .

(٧) المال المتحصل من الصلح على الانكار .

(٨) فى نسخة ((ب)) : فلا يجوز .

لم يثبت له فيه ملك ، ولا يد تصرف ، ولا يجوز أن يكون <sup>(١٠)</sup> عن اليمين <sup>(١١)</sup> لانه لو كان  
عن <sup>(١٢)</sup> اليمين لجاز أن يعود <sup>(١٣)</sup> بعد الصلح الى الدعوى واقامة البينة <sup>(١٤)</sup> كما  
يجوز بعد اليمين ، ولا يجوز أن يكون عن الخصومة <sup>(١٥)</sup> والدعوى <sup>(١٦)</sup> ، فانه لو كان

( ٩ ) سقط لفظ ( فيه ) من نسخة (( ب )) .

( ١٠ ) أى الصلح على الانكار .

( ١١ ) أى بدلا عن اليمين .

( ١٢ ) فو نسخة (( ب )) : على اليمين .

( ١٣ ) أى المدعى .

( ١٤ ) أى ان ا وجد البينة على دعواه بعد الصلح ، أى والحال انه لا يجوز

له ذلك فى الصلح بخلاف اليمين .

( ١٥ ) أى بدلا عنها وعن الدعوى بمعنى أن يكون اعطاء المال فى مقابل اسقاط

الخصومة عنه تقول خاصم فلان فلانا فخصمه من باب ضرب ، أى غلبه

فى الخصومة . وهو شان ، والقياس أن يكون من باب نصر ، أنظر

المختار ص ١٧٧ .

والخصومة بضم الأول والثانى : الجدل ، تقول : رجل خصم

بفتح فكسر أى مجادل ، والجمع خصمون . والخصيم هو المخاصم

وجمعه خصماء - كوزراء - وخصمان ، كلقمان .

أنظر القاموس ج٤ ص ١٠٧ .

( ١٦ ) مقصورة ، تقول : ادعى فلان كذا : أى زعم أنه له ، حقا كان

زعمه أو باطلا ، والاسم منه : الدعوة والدعوى ويجوز كسر الدال المهملة

فيهما .

أنظر القاموس ج٤ ص ٣٢٨ .

لذلك<sup>(١٧)</sup> لصح الصلح فى النكاح والقذف<sup>(١٨)</sup> لان الدعوى فيهما تصح<sup>(١٩)</sup> ، ولا نال المدعى عليه عاوض عن ملكه ، فلا يجوز<sup>(٢٠)</sup> ، كما لو اشترى ماله من وكيله<sup>(٢١)</sup> .  
والدليل على الوصف :<sup>(٢٢)</sup> انه لا ينتزع من يده<sup>(٢٣)</sup> ، ولا يمنع من التصرف فيه<sup>(٢٤)</sup> ،

- ( ١٧ ) فى نسخة ((ب)) : لو كان كذلك . / أى بدلا عن الخصومة أو الدعوى .
- ( ١٨ ) أى لصح الصلح فى النكاح والقذف على الانكار فيهما ، والحال انه لا يصح فيهما أصلا .
- وانما يعتمد فيهما على البينة ، والا لا تفتح بالصلح فيهما باب الفساد فى الاعراض .
- ( ١٩ ) أى فدل عدم جواز الصلح على الانكار فى النكاح والقذف وان صحت فيهما الدعوى على أن المال فى الصلح على الانكار ليس بدلا عن الدعوى .
- ( ٢٠ ) لانه يكون مشتريا مال نفسه ، أى يكون متوليا طرفى عقد البيع ، والبيع يقتضى باعنا ومشتريا ومبيعا وشنا ، فاذا انتفى ركن من هذه الأربعة فلا بيع .
- ( ٢١ ) حيث لا يجوز ذلك لان الوكيل ليس مالكا لذلك المال .
- بجامع المعاوضة عن الملك فى كل من الاصل وهو مالواشترى مال نفسه من وكيله ، والفرع وهو مالواصلح على الانكار .
- ولما كان حكم الاصل عدم جواز شراء المالك مال نفسه من وكيله ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجوز المصالحة على الانكار أيضا لذلك .
- ( ٢٢ ) أى العلة ، وهى ان المدعى عليه يعاوض عن ملك نفسه فى الصلح على الانكار .
- ( ٢٣ ) أى لا ينتزع المال المدفوع فى الصلح على الانكار من يد المدعى عليه بدون صلح فدل على أنه يعاوض ملكه بملكه .
- ( ٢٤ ) أى وهذه خصائص المال المالك .

ولا نه صلح لا تثبت به الشفعة في الشقص المأخوذ به (٢٧) ، فكان باطلا (٢٨) ، كالصلح على خمر وخنزير (٢٩) وعكسه الصلح على الاقرار (٣٠) .  
قالوا : لم يثبت كذبه فيما يدعيه (٣١) فجاز أن يأخذ المـوضـ (٣٢)

(٢٥) أي الصلح على الانكار .

(٢٦) بكسر فسكون وهو القطعة من الارض ، والطائفة من الشيء . أنظر

المختار ص ٣٤٣ .

والمقصود به هنا النصيب الذي يباعه الشريك .

(٢٧) أي بالصلح على الانكار .

(٢٨) لان الشفعة انما تثبت في العين المأخوذ بالصلح على الاقرار ، لكونه

بيعا بلفظ الصلح ، فتثبت فيه أحكام البيع كالشفعة والرد بالعيب ومنع

تصرف المدعى في المصالح عليه قبل قبضه ، واشتراط التقابض ان اتفق

المصالح عنه والمصالح عليه في علة الربا ، وكذا اشتراط التساوى فيما كان

جنسا ربويا ، واشتراط القطع في بيع الزرع الأخضر وجريان التحالف

عند الاختلاف وفساد الصلح بالفرر في المصالح عليه ، وكذا بالشرط

الفاسد ونحو ذلك من أحكام البيع . أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٧٧ .

(٢٩) حيث لا يصح الصلح عليهما قطعا .

بجامع سقوط الشفعة في الشقص المأخوذ به في كل من الاصل وهو مالو

صالحه على خمر أو خنزير ، والفرع وهو مالو صالحه على الانكار .

ولما كان حكم الاصل بطلان الصلح على الخمر والخنزير ، كان حكم الفرع

كذلك فلا يصح الصلح على الانكار أيضا لذلك .

(٣٠) حيث تثبت به الشفعة في الشقص المأخوذ به لأنه بيع بلفظ الصلح ،

فيأخذ أحكامه ، كما ذكرنا في الهامش رقم (٢٨) .

(٣١) أي فيجوز أن يكون صادقا فيما ادعاه .

(٣٢) لا احتمال أن يكون صادقا في دعواه .



كما لو أقر له ، (٣٣) أو باع مالا في يده ، ذكر أنه ورثه ، (٣٤) أو وكله مالكة في بيعه ، (٣٥) أو صالح أجنبيا . (٣٦)

قلنا : ان لم يثبت كذبه لم يثبت أيضا صدقه ، فصار كما لو ثبت كذبه ، (٣٧) ويخالف اذا اقر ، بان هناك (٣٨) ثبت ملكه على المعوض ، (٣٩) ف يأخذ (٤٠) المعوض

(٣٣) أى بصحة دعواه ، حيث يجوز له أخذ ما صالحه عليه قطعا .  
أى فلا يصح قياس الصلح على الانكار على ماله أو أقر له المدعى عليه للفارق المذكور .

(٣٤) حيث يصح منه ذلك البيع ، لان الظاهر معه ، وليس هناك ما ينفيه عنه مع احتمال كذبه فى ذلك .

(٣٥) حيث يجوز له بيعه مع احتمال كذبه فى ذلك أيضا .

(٣٦) أى أو صالح المدعى شخصا آخر غير المدعى عليه ، على الانكار ، حيث يصح منه ذلك .

والجامع فى القياس المذكور هو عدم ثبوت الكذب فيما يدعيه فى كل من الاصل وهو ماله أو أقر المدعى عليه للمدعى بحقه ، أو باع مالا فى يده ذكر انه ورثه ، أو وكله مالكة فى بيعه أو صالح أجنبيا ، والفرع وهو ماله صالح على الانكار .

ولما كان حكم الاصل جواز أخذ العوض فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز أخذ العوض فى الصلح على الانكار أيضا لذلك .

(٣٧) حيث لا يعطى العوض حينئذ ، وذلك تغليبا لجانب السلب على

الايجاب حفظا للمال من تصرف غير العاقل فيه .

(٣٨) فى نسخة ((ب)) : فان هناك / والاشارة عائدة الى حال الصلح على الاقرار .

(٣٩) فى نسخة ((ب)) : على العوض / وهو تحريف .

(٤٠) فى نسخة ((ب)) : فأخذ .

(٤١) ، وها هنا (٤٢) أخذه بباطل (٤٣) ، وإذا باع مالا وذكر أنه ورثه أو وكل (٤٤) في بيعه فيجتمل وجهين (٤٥) ، فإن سلم فلان هناك (٤٧) يد تدل على الملك والتصرف ، فملك به أخذ البذل (٤٨) ، وليس ها هنا (٤٩) ما يدل على الملك والتصرف (٥٠) ، وأما إذا صالح عنه أجنبي فإنه لا يصح إلا أن يقول : أقرلى في الباطن (٥٣) ،

(٤١) سقط قوله ( بحق ) من نسخة ((ب)).

(٤٢) أى فى حال الصلح على الإنكار.

(٤٣) لأنه لم يثبت حقه فيه ببينة أو إقرار فكان دفع المال فيه من غير مقابل .

(٤٤) فى نسخة ((ب)) : أو وكله .

(٤٥) أى صحة العقد أو عدمه ، والمذهب أنه إن صدقه صح له التعاقد

معه . أنظر المنهاج ص ٦٦ .

(٤٦) فى نسخة ((ب)) : وإن سلم . / أى بصحة البيع .

(٤٧) أى فيما لو باع مالا فى يده ، ادعى أنه ورثه ، أو وكله ملكه فى بيعه .

(٤٨) لأن الحكم للظاهر حتى يثبت ما ينقضه ، والظاهر أن المال الذى

فى يده وتحت تصرفه ملك له ، حتى يثبت خلافه .

(٤٩) أى فى حال إنكار المدعى عليه ما يدعى المدعى .

(٥٠) لأن المال فى يد وتحت تصرف المدعى عليه ، والظاهر معه ، فيحكم

له به حتى يأتى المدعى ببينة تثبت أن له فيه حقا ، فنخرجه به عن

الظاهر .

أى فبطل قياسهم الصلح على الإنكار على ما لو باع مالا فى يده ذكر

أنه ورثه للفارق المذكور بينهما .

(٥١) أى عن المدعى عليه .

(٥٢) فعل ماض ، فاعله المدعى عليه ، وقايل ذلك هو الأجنبي .

(٥٣) أى فيما بينى وبينه .

ووكلى فى الصلح ، وأنا أعلم انك صادق ، وأقدر على أخذ ذلك منك منـــــــــــــــــه (٥٦) ،  
 لانه قد ثبت صدقه فيما يدعيه فى حق المصالح (٥٧) ، ولهذا لو ملك الأجنبي  
 ذلك (٥٨) قبل الصلح لزمه رده اليه (٥٩) ، وههنا لم يثبت صدقه (٦١) .  
 قالوا : اسقاط حق ، فصح مع الانكار ، كالطلاق والعق والابراء (٦٢) (٦٣) .

( ٥٤ ) فى نسخة ((ب)) : أو أنا أعلم .

( ٥٥ ) أى فيما ادعيته عليه .

( ٥٦ ) أى من المدعى عليه .

( ٥٧ ) باسم الفاعل ، أى وبهذه القيود جاز للمدعى أخذ المال من الأجنبي .

( ٥٨ ) أى المال الذى وقع عليه الصلح . أى لو ملكه من غير جهة المدعى .

( ٥٩ ) أى الى المدعى ، لان الاجنبى حينئذ يكون مقرا بأن المال للمدعى .

( ٦٠ ) أى فى حال الصلح على الانكار .

( ٦١ ) لان المدعى عليه لم يقر له به .

أى فبطل قياسهم الصلح على الانكار على ما لو صالح عن المدعى عليه أجنبي  
 للفارق المذكور بينهما .

( ٦٢ ) فى نسخة ((ب)) : والعق .

( ٦٣ ) أى من الدين حيث تصح هذه التصرفات مع انكار الزوجة والعبد  
 والمدين .

بجامع ان كلا اسقاط حق ، اما الاصل فهو الطلاق والعق والابراء  
 واما الفرع فهو الصلح .

ولما كان حكم الاصل صحة الطلاق والعق والابراء مع الانكار ، كان  
 حكم الفرع كذلك فيصح الصلح مع الانكار أيضا لذلك .

قلنا : بل (٦٤) معاوضة وسبع ، ولهذا يفتقر الى الايجاب والقبول ، ويعتبر فيه ما يعتبر في البيوع من نفى الربا والجهالة عن البدل ، ويثبت فيه الشفعة ويأخذ الشفع بقيمة البدل ، بخلاف ما قاسوا عليه ، (٦٥) ثم الطلاق والعتاق والابراء لا يحكم بثبوته في الحقيقة وانما نقول : انه أقر على نفسه بأن له حقاً أسقطه ، (٦٦) فقبلنا اقراره في حق نفسه ، (٦٧) وفي الصلح يريد (٦٨) أن يأخذ عليه العوض من غيره ، (٦٩) فهو كالخلع مع الانكار ، والكتابة مع الانكار .

- 
- (٦٤) في نسخة ((ب)) : . بل هو . / والضمير عائد الى الصلح .
- (٦٥) ان لا يثبت فيه شيء من ذلك ، أى والقياس مع الفارق باطل .
- (٦٦) أى عن المرأة بالطلاق ، وعن العبد بالعتق وعن المدين بالابراء .
- (٦٧) في نسخة ((ب)) : في حق نفقته . / وهو تحريف . وانما قبلناه في حق نفسه لانه لا يتهم بجلب الضرر على نفسه في الاقرار بالطلاق والعتق والابراء . فوافق ظاهر الحال .
- (٦٨) في الاصل ( يزيد ) بالزاي وهو تصحيف ، والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) . وفاعل الارادة هو المدعى .
- (٦٩) وهو المدعى عليه .
- أى ولا كذلك في الطلاق والعتق والابراء ، والقياس مع الفارق لا يصح .
- (٧٠) حيث لا يجوز للزوج أخذ بدل الخلع مع انكار الزوجة انها طلبت منه المخالصة ، وكذا لا يجوز للسيد أخذ بدل الكتابة من العبد مع انكار العبد طلب المكاتبه من سيده .
- بجامع أخذ العوض من الغير في كل من الاصل وهو الخلع والكتابة مع الانكار ، والفرع وهو الصلح مع الانكار .
- ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز أخذ العوض عن الخلع وعن الكتابة مع انكار الزوجة وانكار العبد المطالبة به ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح أخذ العوض في الصلح مع انكار المدعى عليه أيضا لذلك .

(٧١) قالوا : معنى وضع لاسقاط الخصومة ، فصح مع الانكار ، كاليمين .  
 قلنا : لو كان كاليمين لم يصح مع الاقرار ، (٧٢) ولان اليمين جعلت للتحقيق ،  
 فاحتيج اليها لتحقيق الانكار (٧٤) والصلح للاعتياض ، (٧٥) ولا وجه له مع الانكار . (٧٦)  
 قالوا : الصلح لا يكون الا بعد الخصومة ، فكان مع الانكار اجوز . (٧٧)

(٧١) حيث يصح مع انكار المدعى عليه .  
 بجامع ان كلا معنى وضع لاسقاط الخصومة ، اما الاصل فهو اليمين ، واما  
 الفرع فهو الصلح .  
 ولما كان حكم الاصل صحة اليمين من المدعى عليه لانكاره وعدم وجود  
 بينة من المدعى على دعواه ، كان حكم كذلك فيصح الصلح من المدعى  
 عليه مع انكاره لتلك الدعوى أيضا لذلك .  
 (٧٢) لان اليمين لا تصح مع اقرار المدعى عليه بصحة الدعوى ، أى والاصل فى  
 العلة أن تكون مضطربة تدور مع الحكم حيث دار ، وهى هاهنا متخلفة  
 فى الاصل المقيس عليه وهو اليمين فى حال الاقرار حيث لا تصح فيه  
 ومتحققة فى الصلح مع الاقرار ، فكانت العلة منقوضة ، فيبطل القياس بها .  
 (٧٣) فى نسخة ((ب)) : جعل .  
 (٧٤) أى ليتقوى بها جانب المنكر .  
 (٧٥) أى لطلب العوض عن الحق الذى للمدعى على المدعى عليه ، أو عن  
 بعض حقه ، فلم يصح قياس الصلح على اليمين للفارق المذكور بينهما .  
 (٧٦) لان الانكار يراد للاسقاط ، والصلح يراد لاثبات العوض .  
 (٧٧) وجه الاولوية : انه اذا جاز مع الاقرار والخصومة فيه ضعيفة كان  
 مع الانكار والخصومة فيه أشد أولى بالجواز .

قلنا : لو كان كذلك لم يصح مع الاقرار ، لأنه لم تتقدم خصومة .  
 قالوا : الاعتبار في العقود بالآخذ ، وهو يزعم <sup>(٧٨)</sup> أنه يأخذ العوض بحق ،  
<sup>(٨٠)</sup> فجاز ، كما لو شهد بحرية عبد فرد <sup>(٨١)</sup> ، ثم اشتراه <sup>(٨٢)</sup> .  
 قلنا : بل الاعتبار بقول من حكم له الشرع بالملك <sup>(٨٣)</sup> ، كما لو شهد بحرية

( ٧٨ ) أى أخذ العوض ، وهو المدعى هنا ، فإنه يأخذ عوضا عما أنكره المدعى عليه .

( ٧٩ ) فى نسخة ((ب)) : وهو يريد أن / وهو تحريف .

( ٨٠ ) أى فجاز له أخذ العوض عن الصلح على انكار المدعى عليه .

( ٨١ ) أى الشاهد . والذي يرد شهادته هو السيد هنا .

( ٨٢ ) حيث يصح منه شراؤه بعد رد شهادته عليه بالحرية ، اعتبارا بقول السيد وهو آخذ الثمن .

بجامع الاعتبار بالآخذ فى كل من الاصل وهو مالو شهد بحرية عبد فرد ثم اشتراه ، والفرع وهو مالو ادعى حقا له على شخص فانكر ، ثم صالحه المدعى عليه .

ولما كان حكم الاصل جواز أخذ السيد العوض عن العبد بشراء الشاهد اياه بعد انكاره شهادته ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للمدعى أخذ العوض عن المدعى به بعد انكار المدعى عليه أيضا لذلك .

( ٨٣ ) وهو المدعى عليه هنا لان الاصل براءته حتى تثبت ادانته بما ادعى عليه به .

( ٨٤ ) سقط قوله ( كما لو شهد بحرية عبد ، ثم اشتراه ، وها هنا الشرع

حكم بالملك ) من نسخة ((ب)) .

عبد ، ثم اشتراه <sup>(٨٥)</sup> وهاهنا <sup>(٨٦)</sup> الشرع حكم بالملك لمن هو فى يده <sup>(٨٧)</sup> فلم يجز  
لغيره أن يأخذ منه العوض <sup>(٨٨)</sup> .

\* مسألة (١٤٣) : لا يصح الصلح عن <sup>(١)</sup> المال المجهول <sup>(٢)</sup> . ١٥٧/٠

(٨٥) أى الشاهد عليه بالحرية ، حيث يصح للمشتري تملكه لان العبرة بقول  
مالك العبد .

بجامع اعتبار قول من حكم الشرع لمبالمالك فى كل من الاصل وهو مالو شهد  
بحرية عبد ثم اشتراه والفرع وهو مالو ادعى عليه حقا فأنكره .  
ولما كان حكم الاصل اعتبار قول السيد فونفى الحرية عن العبد ، كان حكم  
الفرع كذلك فيعتبر قول المدعى عليه فونفى قول المدعى أيضا لذلك .

(٨٦) أى فى الصلح على الانكار .

(٨٧) وهو المدعى عليه .

(٨٨) فى نسخة ((ب)) : ان يأخذ منه عليه العوض . / لانه معاوضة من الأخذ  
عما لا ملك له فيه ، فيبطل .

أى وبهذا الفارق المذكور بين الاصل والفرع يبطل قياسهم .

(١) فى الاصل : على المال المجهول . / وهو تحريف . والصواب ما أثبتناه  
من نسخة ((ب)) .

(٢) وهو الذى لو كان الصلح فيه بيما لكان حراما للجهالة فيه أى فى أحد  
عوضيه .

أنظر : الأم ج ٣ ص ٢٢١ . فتح العزيز ج ١٠ ص ٢٩٥ . مغنى المحتاج :  
ج ٢ ص ١٧٨ .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٤٨ . الجواهر ج ٢ ص ١٠٤ شرح  
المنح ج ٣ ص ٢٠١ و ص ٢١٤ .

واليه ذهب ابن حزم ، المحلى ج ٨ ص ٦١٨ .

( ٣ ) وقال أبو حنيفة : يصح .

لنا : هو انه أحد عوضى الصلح فلم يصح ( ٤ ) مع الجهل ، كالمصالح به ( ٥ )  
قالوا : اسقاط حق لا يفتقر الى التسليم ، فجاز مع الجهالة ، كالطلاق ( ٦ ) .

( ٣ ) أى مع جهالة المصالح عنه ، لا مع جهالة البدل الذى وقع عليه الصلح .  
أنظر : شرح العناية ج ٧ ص ٣٨٠ . التبیین ج ٥ ص ٣٢ . مجمع الانهر  
ج ٢ ص ٣١١ .  
وهو قول الحنابلة ، بشرط أن يكون المجهول مما لا يمكن معرفته ، سواء كان  
المجهول عينا أو دينا أو كان الجهل من الجانبين .  
أنظر المسألة فى : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٦٣ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٨٤  
المغنى ج ٤ ص ٣٦٢ .

( ٤ ) فى نسخة (( ب )) : فلم يجز .

( ٥ ) حيث لا يجوز أن يكون مجهولا .  
بجامع ان كلا أحد عوضى الصلح ، اما الاصل فهو المال المصالح به ،  
واما الفرع فهو المال المصالح عنه .  
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الصلح مع جهالة المال المصالح به ، كان  
حكم الفرع كذلك فلا يجوز الصلح مع الجهالة فى المال المصالح عنه  
أيضا لذلك .

( ٦ ) حيث يقع وان جهل عدد الطلقات ، ويحمل على طلبة واحدة .  
بجامع ان كلا اسقاط لا يفتقر الى التسليم ، اما الاصل فهو الطلاق ، واما  
الفرع فهو الصلح .  
ولما كان حكم الاصل صحة وقوع الطلاق مع الجهالة فى عدد الطلقات ،  
كان حكم الفرع كذلك فيصح الصلح مع الجهالة بالمال المصالح عنه  
أيضا لذلك .



قلنا : في الطلاق <sup>(٧)</sup> أنه يصح تعليقه على الاخطار <sup>(٨)</sup>، ولهذا تجوز الوصية مع الجهالة <sup>(٩)</sup>، وان افتقرت الى التسليم، والصلح بخلافه <sup>(١٠)</sup>.

\* مسألة (١٤٤) : اذا اتلف ثوبا قيمته عشرة، فصالح <sup>(١)</sup> منه على أكثر، لم يصح <sup>(٢)</sup> . ١٥٧ / ١٠

(٧) في نسخة ((ب)) : المعنى في الطلاق أنه .

(٨) أي على الفرر والجهالة . كتعليقه على قدوم زيد ورجوع الحاج ، مع احتمال أن يقدم أو مع عدم معرفة زمن القدوم ان حصل .  
أي ولذلك جاز وقوع الطلاق مع الجهالة بعدده ، لانه يقبل الخطر والجهالة .

(٩) لانها عقد اسقاط وتبرع فلم يؤثر فيه الفرر .

(١٠) حيث هو عقد اعتياض ، فلا يصح مع الجهالة ، كمقد البيع .  
وان بينه وبين الطلاق فرق ، فقياس احدهما على الآخر قياس مع الفارق فيكون باطلا .

(١) في نسخة ((ب)) : وصالح .

(٢) ومحل عدم جوازه اذا كان المصالح به من جنس المصالح عنه لما فيه من الربا .

أنظر : مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٨٢ .

وبه يقول الحنابلة : المحرر ج ١ ص ٣٤٢ : ومن صالح عن متلف بأكثر من قيمته من جنسها لم يجز ، الا أن يكون مثليا . أه . المغنى ج ٤ ص ٣٦٩ .  
المقنع ص ١٢١ .

وهو قول المالكية : قال في القوانين ص ٣٦٦ : وحكمه - أي المصلح على عوض - حكم البيع سواء كان في عين أو دين ، فيقدر المدعى به والمقبوض عن الصلح كالمعوضين فيما يجوز بينهما ويمتنع ، فيمتنع فيه الجهالة والفرر والربا ، والوضع على التعجيل وما أشبه ذلك ، ويجوز الصلح على الذهب بالفضة وعلى الفضة بالذهب بشرط حلول الجميع وتعجيل القبض . أه .

سواء كان في عين أو دين

وقال أبو حنيفة : (٣) يصح .

لنا : ان ماضن بالقيمة لم يجوز أن يصلح منه على أكثر من قيمته ، كالجواهر ،  
ولأن هذا (٥) ربا لانه بيع عشرة (٦) بأكثر منها .

قالوا : ما ثبت في الذمة بالعقود ، جاز أن يصلح منه على أكثر من قيمته ،  
كالمكيل (٧) .

= وأنظر : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٤٨ . والبلغة عليه . الشرح الكبير

ج ٣ ص ٣١٢ . الجواهر ج ٢ ص ١٠٣ .

واليه ذهب ابن حزم . أنظر المحلى ج ٨ ص ٦١٧ .

(٣) خلافا للصاحيين ، حيث قالوا : يبطل الفضل من قيمته ان كان مما لا يتغابن  
الناس في مثله ، ومحل عدم جوازه عندهما : اذا كان العوض دراهم ودينارين  
والا بان كان عروضاً جازت المصالحة على أكثر من قيمة المتلف عند الامام  
وصاحبيه .

أنظر : الهداية ج ٧ ص ٣٩٠ . التبیین ج ٥ ص ٣٨ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٣١٢ .

(٤) حيث لا يجوز المصالحة فيها على أكثر من قيمتها .

بجامع الضمان بالقيمة في كل من الاصل وهو الجواهر والفرع وهو الثوب .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز المصالحة في الجواهر على أكثر من قيمتها ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز ان يصلح عن الثوب المتلف بأكثر من قيمته  
أيضاً لذلك .

(٥) أي المصالحة على أكثر من قيمة المتلف .

(٦) وهي قيمة الثوب المتلف .

(٧) حيث يجوز المصالحة فيه على أكثر من قيمته .

بجامع الثبوت في الذمة بالعقد ، في كل من الاصل وهو المكيل ، والفرع  
وهو الثوب .

ولما كان حكم الاصل جواز المصالحة منه على أكثر من قيمة المكيل ، كان حكم  
الفرع كذلك فيجوز المصالحة على أكثر من قيمة الثوب أيضاً لذلك .

قلنا : الا أنه<sup>(٨)</sup> لا يثبت في الذمة بالاتلاف<sup>(٩)</sup> وفيه وقع الخلاف<sup>(١١)</sup> ، ثم  
 يبطل بشقص من عهد ، فانه يثبت في الذمة في العقود<sup>(١٢)</sup> ، ثم لا يصلح  
 منه في العتق<sup>(١٣)</sup> على أكثر من قيمته ، ويخالف<sup>(١٤)</sup> المكيل فانه<sup>(١٥)</sup> يثبت في الذمة  
 بالاتلاف<sup>(١٦)</sup> ، فجاز أن يبيعه بما شاء<sup>(١٧)</sup> ، وفي الشوب يثبت قيمته فلا يجوز بأكثر منها<sup>(١٨)</sup> .

( ٨ ) أي الشوب المتلف .

( ٩ ) أي وانما يجب فيه المثل على من اطفه أو القيمة .

( ١٠ ) أي وفي الثبوت في الذمة بسبب الاتلاف .

( ١١ ) فمن قال بالثبوت في الذمة بسبب الاتلاف أجاز المصالحة على أكثر من  
 قيمة المتلف .

ومن لا ، فلا .

( ١٢ ) في نسخة (( ب )) : في العضو . / أي يثبت في الذمة ببيعاً وشراءً واجارة  
 ونحو ذلك .

( ١٣ ) في نسخة (( ب )) : في العقود . / أي والعتق بمثابة الاتلاف ، فاذا أعتقه  
 أحد هما لم يصلح الاخر على أكثر من قيمته . فدل على أن القاعدة التي ذكرها  
 غير مضطربة .

( ١٤ ) أي الشوب المتلف .

( ١٥ ) أي المكيل .

( ١٦ ) لانه من الأموال المثلية وهي منضبطة لا تتفاوت قيمها .

( ١٧ ) أي بأقل أو بأكثر ما اشتراه به .

( ١٨ ) لانه يأخذ حينئذ أكثر من حقه الثابت له .

أي وبهذا الفارق بين الاصل والفرع في قياسهم القيمي من الأموال على  
 المثلي منها يبطل قياسهم المذكور .

- \* مسألة ( ١٤٥ ) : اذا ائلف ثوبا قيمته عشرة ، فصالح منه على عشرة  
 مؤجلة ، لم يصح . ( ١ ) / ١٥٧ .  
 وقال أبو حنيفة : يصح . ( ٢ )  
 لنا : هو انه بيع عشرة حالة بعشرة مؤجلة ، فلم يجز ، ( ٣ ) كما نقول ففى  
 غير الصلح . ( ٤ )

- ( ١ ) ومحل عدم صحته ذلك : اذا كان المصالح به من جنس المصالح عنه ، لما فسى  
 ذلك من ربا النساء فى حال التأجيل وربما الفضل فى حال الزيادة .  
 أنظر : مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٧٩ و ص ١٨٢ . شرح المحلى ج ٢ ص ٣٠٨ .  
 وهو قول الحنابلة فى احدى الروايتين : أنظر المغنى ج ٤ ص ٣٦٩ .  
 وهو قول ابن حزم . أنظر المحلى ج ٨ ص ٦١٨ .  
 ( ٢ ) التبيين ج ٥ ص ٤١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٣١٥ وأنظر الهداية ج ٧ ص ٤٠١ .  
 وهو قول المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٢٣ . الجواهر ج ٢ ص ١٠٧ .  
 شرح المنح ج ٣ ص ٢٢٧ .  
 ( ٣ ) لما فيه من ربا النساء ، لعدم القبض فيه فى مال ربوى متعدد الجنس .  
 ( ٤ ) كما فى البيع مثلا حيث لا يجوز بيع عشرة دراهم بعشرة دراهم أو بد ينار  
 على جهة التأجيل .  
 بجامع التأجيل فى عقد ربوى ، فى كل من الاصل وهو البيع والفرع وهو  
 الصلح .  
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع الجنس الربوى بجنسه مؤجلا ، كان  
 حكم الفرع كذلك فلا يجوز الصلح فى جنس ربوى على جنسه مؤجلا  
 أيضا لذلك .

قالوا : المؤجل ليس ببديل عن<sup>(٥)</sup> الحال ، وانما هو تقدير لما<sup>(٦)</sup> وجب  
بالا تلاف فلم يكن بيع حال بمؤجل .

قلنا : بل هو بديل عنه<sup>(٧)</sup> ، لان الذى وجب بالا تلاف هو الحال<sup>(٨)</sup> .  
\* مسألة ( ١٤٦ ) : اذا اشرع جناحا<sup>(١)</sup> الى الطريق ، لم يقلع<sup>(٢)</sup> ، ١٥٧/ى .

( ٥ ) فى الاصل : على الحال . / وما أثبتناه من نسخة ((ب)) : هو الصحيح  
/ والمعنى انه ليس عقد بيع فيحرم فيه التأجيل فى الجنس الواحد ،  
بل هو عقد ضمان ، بسبب الاتلاف .

( ٦ ) سقط قوله ( لما ) من نسخة ((ب)) .

( ٧ ) أى فهو عقد بيع ومعاوضة فيشترط فيه ما يشترط فى عقود البيع عند  
اتحاد جنس المبيع والثن من تحريم التفاضل والنساء لما فيه من الربا .

( ٨ ) وهى العشرة المصالح عليها ، فكانت بدلا عن الثوب المتلف المذكور ، وان هى  
عشرة والقيمة عشرة فقد اتحد الجنس فوجب التقابض فى المجلس وحرم النساء  
فيه والزيادة أيضا .

( ١ ) فى نسخة ((ب)) : روشنا . / وهى كذلك فى الاصل الا أن ثمة من ضرب عليها ،  
وكتب فى الهامش : جناحا . ويبدو ان الضارب عليها غير الناسخ ، لان خطه  
يختلف عن خط الناسخ ، والله أعلم . واستعمل المؤلف لفظ الجناح فى  
المهذب ج ١ ص ٣٣٤ . والتنبية ص ٧٣ .

والجناح كما فى تصحيح التنبية ص ٧٣ هو : الخارج من الخشب ، مأخوذ  
من جنح يجنح بفتح النون وضمها جنوحا : اذا مال . أهأى اذا اخرج  
بناء خشبيا خارج جداره ، سواء كانت من السقف أو الجدار واماله الى  
الطريق ، فهل يمنع من ذلك أم لا .

وفى النظم المستعذب ج ١ ص ٣٣٤ : الجناح بناء متعلق بخشب خارج عن  
الدار ، مشبه بجناح الطائر . أه . أى يشبه المظلة " والبكونة " وتسمى الشرفة  
على وزن صبرة .

والروش : هو الجناح المذكور وهى كلمة معربة . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٣١١ .

( ٢ ) ومحل ذلك : اذا لم يضر بالمارة ، والا قلع . أنظر : =

وقال أبو حنيفة : ان عترض معترض قلع . ( ٣ )

= المختصر ص ١٠٦ . الام ج ٣ ص ٢٢١ و ص ٢٢٢ . المنهاج ص ٦٠ : ويحرم الصلح على اشرع الجناح . أهـ أى بعوض ، وسبب المنع من الصلح عليه أن الانتفاع بالطريق حق من حقوقه فلا يجوز أخذ العوض عنه كالمرور فيه . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٣١١ .

وهو قول الحنابلة ، ومحل جوازه عندهم اذا كان باذن الامام أو نائبه ان لم يكن فيه ضرر ان كان الطريق نافذا ، والا فباذن أهله .

أنظر : كشاف القناع ج ٣ ص ٣٩٤ . شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٦٩ . وذكر فى المغنى ج ٤ ص ٣٧٣

رواية أخرى انه لا يجوز اشرعه مطلقا اذن الامام أو لم يأذن نافذا كان الطريق أو غير نافذ .

وهو قول المالكية فى المعتمد عندهم فى السكة النافذة وغير النافذة مالم يضر بالمارة والركبان ،

أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ١٧٧ والبلغة عليه . الجواهر ج ٢ ص ١٢٣ الا انه اشترط الاذن فى غير النافذة . . شرح المنح ج ٣ ص ٣٣٤ .

( ٣ ) أى سواء كان فيه ضرر أو لم يكن . وذهب الصاحبان الى المنع ان كان فيه ضرر والا فلكل مسلم حق الاعتراض ابتداء ، ثم اذا وضعه بصلح فلا يقطع بعد .

أنظر : المبسوط ج ٢ ص ١٤٤ . وذكر فى الهداية ج ٧ ص ٣٨٨ ومجمع الأنهر ج ٢ ص ٣١٣ عدم جواز المصالحة على اشرع الجناح الا أن يصالحه عليه الامام .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : انه جناح يجوز اخراجه ، فلا يقلع من غير رضا مالكة ، كما لو أخرجه الى ملكه<sup>(٤)</sup> . ولا نه ارتفق بما لا يتعين<sup>(٥)</sup> ملك أحد عليه<sup>(٦)</sup> من غير اضرار ، فأشبهه الاجتياز<sup>(٧)</sup> والاحتشاش والاصطياد<sup>(٨)</sup> ، ولا نه لو وجب ازالته لوجب وان<sup>(٩)</sup> لم يعترض كالحجر في طريق المسلمين<sup>(١٠)</sup> .

( ٤ ) حيث يجوز له ذلك قطعاً .

بجامع انه جناح يجوز اخراجه في كل من الاصل وهو مالو أخرجه الى ملكه ، والفرع وهو مالو أخرجه الى الطريق . ولما كان حكم الاصل عدم جواز قلعه من غير رضاه اذا اشرعه في ملكه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجوز قلعه بلا رضاه وان اشرعه الى الطريق أيضاً لذلك .

( ٥ ) سقط لفظ ( لا ) من نسخة (( ب )) .

( ٦ ) في نسخة (( ب )) : ملك آخر عليه . / والاجتياز أى العبور في الطريق العام .

( ٧ ) في النظم المستعذب ج ١ ص ٣٣٤ : الاجتياز هو السلوك ، جاز ~~يجوز~~ اذا مشى وسلك في الطريق ، ومنه قول الراجز :  
خلو الطريق عن أبى سياره . . . حتى يجيز سالما حماره . أهـ .

( ٨ ) حيث يجوز له العبور في الطريق للاحتشاش والاصطياد في الأرض الموات .

بجامع ان كلا ارتفاق بما لا يتعين ملك أحد عليه من غير اضرار ، اما الاصل فهو الاجتياز والاحتشاش والاصطياد ، واما الفرع فهو اشراع الجناح الى الطريق .

ولما كان حكم الاصل جواز الاجتياز والاحتشاش والاصطياد ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز اشراع الجناح الى الطريق أيضاً لذلك .

( ٩ ) في الاصل : لوجب أن يعترض . / وهو خطأ .

( ١٠ ) حيث يجب ازالته على من وضعه وان لم يعترض على وضعه أحد .

قالوا : بناءً <sup>(١١)</sup> يتعلق به حق الغير ، فاذا اعترض قلع ، كما لو أخرجه السبي  
 زقاق <sup>(١٢)</sup> مشترك أو بنى فى طريق المسلمين . <sup>(١٣)</sup>  
 قلنا : الزقاق المشترك لمعينين <sup>(١٤)</sup> فلم يتحكم فيه ، كالبيتان المشترك <sup>(١٥)</sup> ،

- ( ١١ ) فى نسخة (( ب )) : بنى فى موضع يتعلق به . . . الخ .
- ( ١٢ ) الزقاق : بضم الزاى المشددة : وهو السكة يذكر ويؤنث ، وجمعه زقسان  
 بتضعيف القاف ، وازقة ، مثل حوار وهوران واحورة . أنظر المختار ص ٢٧٣ .
- ( ١٣ ) حيث لا يجوز له اشراعه فيهما .
- بجامع ان كلا بناءً يتعلق به حق الغير ، اما الاصل وهو مالو اشرع جناحا  
 فى سكة أو بنى فى طريق المسلمين . واما الفرع فهو لو اشرع جناحا فى  
 الطريق العام .
- ولما كان حكم الاصل عدم جواز اشرع الجناح فى السكة والبناء فى طريق  
 المسلمين ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجوز اشرع الجناح فى الطريق العام  
 أيضا لذلك .
- ( ١٤ ) وهم من يشتركون فى السكنى فى ذلك الزقاق وهو السكة ، أى ان الطريق  
 الخاصة بأهل تلك المحلة لا يجوز لواحد منهم التصرف فيه مالم يأذنوا  
 له بذلك لان الضرر يعود عليهم خاصة من حيث ان الزقاق خاص بهم  
 دون غيرهم من سائر الناس .
- ( ١٥ ) حيث لا يجوز له الاستقلال فى التصرف فيه من غير اذن المشتركين فيه .
- بجامع اشتراك معينين فيه ، فى كل من الاصل وهو البيتان المشترك  
 والفرع وهو الزقاق .
- ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز التحكم فى البيتان المشترك ، كان  
 حكم الفرع كذلك فلا يجوز التحكم فى الزقاق المشترك أيضا لذلك .



وهذا<sup>(١٦)</sup> لغير معين فهو كالشار المباحة<sup>(١٧)</sup> ، والبناء في الطريق يستتريه المارة<sup>(١٨)</sup> ،  
فهو كالجناح المستقل<sup>(١٩)</sup> ، وهذا لا يستتريه أحد ، فهو كالسرداب<sup>(٢٠)</sup> تحت الأرض<sup>(٢١)</sup> .

( ١٦ ) أى الطريق العام .

( ١٧ ) حيث يجوز له الأكل منها بلا إذن .

بجامع أن كلا لغير معين ، أما الأصل فهو الشار المباحة<sup>الأكل</sup> ، وأما الفرع  
فهو الطريق العام ولما كان حكم الأصل هو جواز<sup>الأكل</sup> من الشار المباحة  
بلا استئذان ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز اشراع الجناح في الطريق  
العام أيضا لذلك .

( ١٨ ) فى نسخة (( ب )) : المارة .

( ١٩ ) أى المنفصل عن البناء ، ويكون فى الطريق العام .

حيث لا يجوز جعله فيه .

بجامع تضرر المارة به فى كل من الأصل وهو الجناح المستقل والفرع وهو  
البناء فى الطريق .

ولما كان حكم الأصل عدم جواز بناء جناح مستقل فى الطريق كان حكم  
الفرع كذلك فلا يجوز البناء فى الطريق أيضا لذلك .

( ٢٠ ) أى الجناح التابع للبناء على الطريق العام .

( ٢١ ) ترتيب القاموس ج ٢ ص ٥٠٦ : السرداب : بالكسر : بناء تحت الأرض -

للصيف ، معرب . أهـ .

وفى المصباح ج ١ ص ٢٩٣ : السرداب : المكان الضيق يدخل فيه ، والجمع  
سرداب . أهـ .

( ٢٢ ) حيث يجوز بناؤه تحت أرض الطريق العام .

بجامع عدم الاستضرار به فى كل من الأصل وهو السرداب والفرع وهو الجناح .  
ولما كان حكم الأصل جواز بناء السرداب تحت الطريق العام ، كان حكم الفرع  
كذلك فيجوز اشراع الجناح فوق الطريق العام أيضا لذلك .

ولان البناء في الطريق يجب قلعه وان لم يعترض ، (٢٣) وهذا لا يجب . (٢٤)

\* مسألة (١٤٧) : اذا تنازعا حائطاً بينهما لم تقدم أحدهما على الآخر بالجدوع ١٥٧/٠ ش.

(٢٣) في نسخة ((ب)) : وان لم يعرض له . / أي وان لم يعترض عليه أحد  
لأن من شأنه الحاق الضرر بالمارة .

(٢٤) أي الجناح المشرع على الطريق لا يجب قلعه وان اعترض عليه معترض  
مالم يتضرر به المارة .

أي فلا يصح قياسهم اشراع الجناح على الطريق العام على اشراعه على زقاق  
أو على البناء في طريق المسلمين ، للفوارق المذكورة .

(١) جمعه حيطان ، واما الحائط بمعنى البستان فجمعه حوائط .  
أنظر المختار ص ١٦٢ . والنهاية ج ١ ص ٤٦٢ .

(٢) أي بوضعه جذوعا عليه ، جمع جذع بفتح فسكون وهو ساق النخلة .

أنظر المصباح ج ١ ص ١٠٢

والمعنى انه يكون بينهما معا ، مالم تكن لاحدهما على انه له دون غيره .

أنظر : المختصر ص ١٠٦ . الام ج ٣ ص ٢٢٥ . الوجيز ج ١ ص ١٨٠ .

الوجيز ج ١ ص ١٨٠ : تنازعا جدارا حائلا بين ملكيهما فهو في أيديهما . أهـ  
أي معا لا يحكم لاحدهما به وان كثرت جذوعه عليه .

وأنظر المنهاج ص ٦١ : ولو تنازعا جدارا بين ملكيهما . . . ولو كان لاحدهما  
عليه جذوع لم يرجح . أهـ .

وهو قول الحنابلة : وذكر في المغني رواية ثانية انه يحتمل أن ترجح به  
الدعوى ،

أنظر المغني ج ٤ ص ٣٨١ . المحرر ج ١ ص ٣٤٤ .

وقال أبو حنيفة : يقدم . ( ٣ )

لنا : هو أنه معنى حادث بعد كمال بناء الحائط ، فلا يجمع  
يدا ل أحدهما ، كالجذع الواحد ( ٥ ) ، ولأن ما لا يجعل قليله يدا ، لا يجعل كثيره  
يدا ، كالتزويق ( ٦ ) والسباط ( ٧ ) الممدود على حائط الجار المحاذي ( ٨ ) ، ولأن قبل

( ٣ ) الهداية ج ٧ ص ٢٦٦ . التبیین ج ٤ ص ٣٢٥ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٢٨٢ .  
وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٧٣ لأن من عوامل الترجيح  
عند تعارض البينات ذكر سبب الملك ، ومثله التصرف لأنه مشعر بالملك ،  
وأنظر الجواهر ج ٢ ص ٢٤٩ . شرح المنح ج ٤ ص ٣٠٩ والتي تليها .  
ولم أقف على قول ابن ا حزم في هذه المسألة .

( ٤ ) أى كثرة الجذوع .

( ٥ ) حيث لا يجعل ل أحدهما به تقدم على الآخر .

بجامع ان كلا معنى حادث بعد كمال بناء الحائط ، أما الاصل فهو الجذع  
الواحد ، وأما الفرع فهو الجذوع المتعددة .  
ولما كان حكم الاصل عدم جعل اليد على الحائط لصاحب الجذع الواحد ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا يجمع لصاحب الجذوع يدا على الحائط أيضا لذلك .

( ٦ ) وهو التحسين والتجميل ، ويطلق على كل منقش مزين : مزوق ، وبواو مشددة .

واصله وضع الزاروق وهو الزئبق مع الذهب ، فيطلى به ، ثم يدخل في النار  
فيطير الزاروق ، ويبقى الذهب ، فقليل لذلك المطلق : مروق - بضم الميم  
وتشديد الواو . والعملية المذكورة تسمى التزويق . أنظر

القاموس ج ٣ ص ٢٤٣ . والمختار ص ٢٧٩ .

( ٧ ) وهو : سقيفة بين حائطين تحتها طريق ، والجمع سوابيط وساباطات . أهـ

المختار ص ٢٨٣ .

( ٨ ) حيث لا يثبت ملك الحائط لمن زوقه أو وضع عليه سباطا .

بجامع عدم ثبوت اليد بفعل القليل منه في كل من الاصل وهو مالو زوق شيئا  
أو مد سباطا على حائط جاره المحاذي له والفرع وهو مالو وضع الجذوع  
على حائط بينهما .

وضع الجذوع لو تنازعا<sup>(٩)</sup> ، كان بينهما ، فوضع<sup>(١٠)</sup> الجذوع يحتمل أن يكون بـاعارة  
أو قضاء قاض<sup>(١١)</sup> ، فلا يزال ما يتيقن بالمحتمل<sup>(١٢)</sup> ، كالعبد في الشركة<sup>(١٤)</sup> اذا وجد  
في يد أحدهما<sup>(١٥)</sup> .

---

= ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار التزويق وعمل الساباط على حائط الجار  
تملكا للمزوق والحائض كان حكم الفسرع كذلك فلا يكون من وضع الجذوع  
على الحائط مالكا له أيضا لذلك .

( ٩ ) أى الحائط .

( ١٠ ) فى نسخة (( ب )) : ووضع .

( ١١ ) بان قضى على صاحب الحائط بتمكين جاره من وضع الجذوع على حائطه ،  
فلا يكون بذلك مالكا للحائط من صاحبه ، فكذا لا يملكه لو اعاره الحائط  
لوضع الجذوع عليه .

( ١٢ ) وهو امتلاكهما له .

( ١٣ ) وهو كونه معارا له أو مقضيا بالسماح به .

( ١٤ ) فى نسخة (( ب )) : فى التركة . / والمعنى : كالعبد المشترك .

( ١٥ ) حيث لا يحكم به له وان كان فى الظاهر يحتمل أن يكون ملكه لو وضعه  
يده عليه .

بجامع ان ماتيقن لا يزال بالمحتمل فى كل من الاصل وهو مالو تنازع  
الشريكان فى العبد وكان بيد أحدهما ، والفرع وهو مالو وضع جذوعا  
على جدار جاره .

ولما كان حكم الاصل عدم الحكم للشريك بملكية العبد المذكور كان حكم الفرع  
فلا يحكم للجار بملكية الحائط بوضع الجذوع عليه أيضا لذلك .

قالوا : احد هما اقوى يدا ، وأكدر تصرفاً <sup>فكان</sup> مقدما ، كما لو تنازعا دابة  
وأحد هما راكبها ، والآخر أخذ بلجامها . <sup>(١٧)</sup> أو تنازعا أرضا ، ولأحد هما فيها  
حائط . <sup>(١٨)</sup>

قلنا : يبطل به اذا كان لا حد هما عليه جذع ، <sup>(١٩)</sup> وفي الدابة وجهان <sup>(٢٠)</sup> ،  
قال أبو اسحاق <sup>(٢١)</sup> هما سواء <sup>(٢٢)</sup> وان سلم <sup>(٢٣)</sup> ، فلأن المعنى <sup>(٢٤)</sup> فيها وفي الأرض <sup>(٢٥)</sup> :

(١٦) في نسخة ((ب)) : وأكثر تصرفا . / أى بدليل أن جذوعه في الحائط أكثر  
من الآخر .

(١٧) في نسخة ((ب)) : بلجامه .

(١٨) حيث يقضى لراكب الدابة بها ويقضى لصاحب الحائط أى البستان به .  
بجامع ان كلا أقوى يدا وأكثر تصرفا ، اما الاصل فهو مالو تنازعا دابة  
واحد هما راكبها والاخر أخذ بلجامها ، أو تنازعا أرضا ولا حد هما فيها  
حائط ، واما الفرع فهو مالو تنازعا جداراً ولا حد هما عليه جذوعا .  
ولما كان حكم الاصل هو القضاء بالدابة لراكبها وبالأرض لصاحب الحائط  
فيها ، كان حكم الفرع كذلك فيقضى بالجدار لصاحب الجذوع عليه أيضا  
لذلك .

(١٩) أى واحد ، حيث لا يقضى له به مع كونه أقوى يدا وأكثر تصرفا بوجود ذلك  
الجذوع .

(٢٠) التنبية ص ١٥٨ . وقد ضعف القول بالتسوية بقوله : وقيل بينهما — مع  
يمينهما . أهـ .

وقال فند المذهب ج ٢ ص ٣١٦ : والصحيح هو الأول . أهـ . يعنى القول بتقديم  
الراكب على الاخذ بلجامها .

(٢١) هو المروزي ، أنظر ترجمته في المسألة رقم (٢٧) هامش (٢٢) .

(٢٢) سقط قوله ( هما ) من الاصل .

(٢٣) أى بأن الراكب وصاحب الحائط مقدمان .

(٢٤) في نسخة ((ب)) : وان سلم ، فالمعنى فيها . . الخ .

(٢٥) أى في الدابة المتنازع عليها ، وفي الأرض التي فيها حائط أى بستان .

المنتفع هو الراكب ، وصاحب الحائط (٢٦) وها هنا (٢٧) الجميع منتفع ، وان كان لـاحد هـما أكثر ، فهو كما لو تنازعا حائطا ولهما عليه جذوع ، ولكن لأحد هـما أكثر (٢٩) أو تنازعا عمارة ، وقد تعم كل واحد منهما بطرف والاخر بالآخر (٣٠) .  
قالوا : الحائط يبنى للجذوع (٣١) كما يبنى للأزج (٣٢) ، ثم يقدم صاحب

(٢٦) أى ولذلك حكم لهما بها ، لانهما أقوى بها وأكثر تصرفا .

(٢٧) أى فى حال التنازع على الجدار الكائن بينهما .

(٢٨) أى مشتركان فى أصل الانتفاع مع تفاوتهما فيه .

(٢٩) أى فيحكم به لهما معا .

(٣٠) فى نسخة ((ب)) : واحد هـما أكثر .

أى حيث يشتركان فى الحكم بالحائط والعمارة لهما جميعا .  
بجامع ان كلا منتفع بالعين المدعى بها ، اما الاصل فهو مالو تنازعا حائطا ولا أحد هـما عليه جذوع أكثر ، أو عمارة وقد اعتم احد هـما منها بالأكثـر .  
واما الفرع فهو مالو تنازعا حائطا ولا أحد هـما عليه جذوع .  
ولما كان حكم الاصل هو اشتراك المتنازعين فى الحائط والعمارة باحتلاكهما لهما ، كان حكم الفرع كذلك فيشترك من له جذوع مع من لا جذوع له فى اـمتلاك الحائط المتنازع عليه أيضا لذلك .

(٣١) أى لتوضع عليه الجذوع .

(٣٢) الأزج : محرقة : بيت يبنى طولا ، تقول : ازجته ازجا ، اذا بنيته كذلك ، ويقال : الأزج السقف ويجمع على أزاج ، مثل سبب وأسباب . وهو السراد هنا .

أنظر المصباح ج ١ ص ١٦ . القاموس ج ١ ص ١٧٧ .

زاد فى اللسان ج ٢ ص ٢٠٨ : والتأزيج الفعل ، والجمع أزج وآزاج ، قال الأعشى :

بناء سليمان بن داود حقبة . . . له ازج صوطى موشق . .

وازج وازج - بكسر الزاى وفتحها - العشب : طال . أهـ .

الازج (٣٣) ، فكذا (٣٤) صاحب الجدوع (٣٥) :

قلنا : الازج لا يمكن احداثه بعد كمال الحائط ، فجعل لصاحب الازج (٣٦) ،  
والجدوع يمكن احداثها فلا يزال به الاصل المتيقن (٣٧) .

\* مسألة (١٤٨) : اذا تنازع (١) صاحب السفلى والعلو في السقف ،  
جعل بينهما (٢) / ١٥٧ ش .

(٣٣) أى عند الاختلاف على الحائط ، لكونه أكثر تصرفا .

(٣٤) فى نسخة ((ب)) : فكذالى .

(٣٥) أى فيقدم على من لا جدوع له على ذلك الحائط ، لكونه أكد يدا وأكثر تصرفا .

(٣٦) أى الحق .

(٣٧) وهو تحقق ملكية الحائط لصاحبه .

والمقصود : اثبات أن بين الاصل والفرع فى قياسهم فارقا ، فيبطل به .

(١) فى نسخة ((ب)) : اذا تنازعا .

(٢) لا شراكهما فى الانتفاع به . ومحل اذا امكن احداثه بعد العلولان اليد

حينئذ لهما والا فلصاحب السفلى لان اليد له .

المختصر ص ١٠٦ . الام ج ٣ ص ٢٢٦ . المنهاج ص ٦١ .

ومحل جعله بينهما هو ما اذا أمكن احداث السقف بعد علو الحائط ،  
والا بان لم يمكن ذلك كأن كان بناء ازج ، فالسقف لصاحب السفلى . أنظر

شرح المحلى ج ٢ ص ٣١٨ .

وعند الحنبلة : هو بينهما ويتحالفان : شرح المنتهى ج ٣ ص ٥٢٠ . كشف

القناع ج ٣ ص ٤٠٤ . المغنى ج ٤ ص ٣٨٢ .

وقال أبو حنيفة : <sup>(٣)</sup> هو لصاحب السفلى <sup>(٤)</sup> .

قلنا : انه حاجز توسط ملكهما غير متصل باحد هما اتصال البنيان ، فأشبهه  
الحائط بين الدارين <sup>(٥)</sup> ، ولانهما مشتركان فى الانتفاع ، لانه بينهما احد هما يكفه من  
الحر والبرد والمطر وارض الاخرى اوى اليه ويترك <sup>(٦)</sup> رحله عليه ، فهو كالحائط بين  
دارين <sup>(٧)</sup> .

( ٣ ) فى نسخة ((ب)) : يجعل لصاحب السفلى .

( ٤ ) المبسوط ج ٢٠ ص ١٥٨ .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٧٤ . الجواهر ج ٢ ص ١٢٢ .

شرح المنح ج ٣ ص ٣١٩ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

( ٥ ) حيث يقضى به لهما جميعا .

بجامع ان كلا حاجز توسط ملكهما غير متصل باحد هما اتصال البنيان ، اما

الاصل فهو الحائط بين الدارين ، واما الفرع فهو السقف بين الاعلى والادنى .

ولما كان حكم الاصل اشتراكهما فى الحائط بين الدارين ، كان حكم الفرع

كذلك فيحكم بالسقف لهما معا أيضا لذلك .

( ٦ ) سقط قوله ( ويترك ) من نسخة ((ب)) .

( ٧ ) حيث يحكم به لهما معا .

بجامع الاشتراك فى الانتفاع فى كل من الاصل وهو الحائط بين بيتين والفرع

وهو السقف بين بيتين .

ولما كان حكم الاصل الحكم به لهما معا ، كان حكم الفرع كذلك فيحكم

بالسقف لهما أيضا لذلك .



قالوا : محمول على ملك احد هما<sup>(٨)</sup> ، فكان أحق به ، كما لو تنازعا سرجا<sup>(٩)</sup> على دابة أحد هما<sup>(١٠)</sup> .

قلنا : يبطل بحائط الغرفة<sup>(١١)</sup> ، محمول على ملك<sup>(١٢)</sup> صاحب السفلى ، ثم هو لصاحب العلوى<sup>(١٣)</sup> ، والمعنى<sup>(١٤)</sup> فى الأصل أن اليد لصاحب الدابة ، وهاهنا<sup>(١٥)</sup> لكل واحد منهما يد بالانتفاع ، فاستويا<sup>(١٦)</sup> .

( ٨ ) أى أن السقف محمول على ملك صاحب السفلى دون ملك صاحب العلوى .

( ٩ ) السرج بفتح فسكون ، هو رحل الدابة ، وجمعه سروج ، تقول : اسرجت

الدابة اسراجا ، اذا وضعت عليها السرج ، ويقال لبائعها وصانعها :

سراج ، بتضعيف الراء المهملة . أنظر اللسان ج ٢ ص ٢٩٧ .

( ١٠ ) حيث يحكم به لصاحب الدابة .

بجامع ان كلا محمول على ملك احد هما دون الآخر ، اما الاصل فهو مالو تنازعا

سرجا على دابة احد هما ، واما الفرع فهو مالو تنازعا السقف بينهما .

ولما كان حكم الاصل هو الحكم بالسرج لصاحب الدابة ، كان حكم الفرع

كذلك فيحكم بالسقف لصاحب السفلى لكونه الصق بحاله أيضا لذلك .

( ١١ ) أى التى فوق السقف المتنازع عليه .

( ١٢ ) فى الاصل : على ملكه صاحب السفلى .

( ١٣ ) أى فدل على أن كون ملك صاحب العلوى محمولا على ملك صاحب السفلى

لا يدل على أن السقف له دون صاحب العلوى .

( ١٤ ) أى والعلة فى أن الحكم بالسرج يكون لصاحب الدابة اذا كان عليها .

( ١٥ ) سقط لفظ ( الادل ) من نسخة الاصل . / وهو مالو تنازعا سرجا على

دابة أحد هما .

( ١٦ ) أى فى مسألة تنازع صاحب السفلى والعلوى فى السقف .

( ١٧ ) أى فى الحكم لهما به ، أى وان هما كذلك فقد فارق الاصل الفرع فى قياسهم

ولا قياس مع الفارق

\* مسألة ( ١٤٩ ) : اذا ادعى <sup>(١)</sup> أحد الشريكين شريكه الى الانفاق <sup>(٢)</sup> لم يجبر على الانفاق في أحد القولين ويجبر في الآخر <sup>(٣)</sup> . ٥٧/٠ ش .  
وقال أبو حنيفة : ما لا ينقسم <sup>(٤)</sup> يجبر على الانفاق عليه <sup>(٥)</sup> .

( ١ ) في الاصل : اذا ادعى . / وهو تحريف ، وما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

( ٢ ) أى على مالىس حيوان من الاملاك المشتركة بينهما والا بان امتنع عن الانفاق على الحيوان فاما أن يجبر عليه أو يباع عليه أو ينفق عليه — حساب ماله بالقرض عليه ، والا نذبح ان كان مأكولا أو يؤاجر لحسابه .  
أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٦٢ .

( ٣ ) لم أجده في مظانه عند هم .

وزهب الحنابلة الى عدم وجوب النفقة على المال بل تستحب ، وقيل ، تجب .  
أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٦٣ . وتستحب نفقته أى المالك على ماله غير الحيوان ، وفي الفروع يتوجه وجوبه لثلا يضيع . أه . وفى كشف القناع ج ٣ ص ٤٩٣ : قال الامام أحمد : ما أنفق على المال المشترك فعلى المال بالحصص ، كنفقة العبد المشترك . أه

( ٤ ) كحمام وفرن وحانوت وبرج وطاحون حصل به خلل وأراد احد هما اصلاحه ورفض الاخر .

( ٥ ) مجمع الانهر ج ١ ص ٥٠٥ والدر المنتقى أيضا . التبيين ج ٣ ص ٦٦ .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٧٣ . الجواهر ج ٢ ص ٢١ .  
شرح المنح ج ٣ ص ٣١٦ .  
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : هو أنه ملك لو انفرد به كل واحد منهما لم يجبر على الانفاق عليه ،<sup>(٦)</sup>  
 فإذا اشتركا لم يجبر عليه ،<sup>(٧)</sup> كالأرض والحائط .<sup>(٨)</sup>  
 قالوا : لا يمكن الانتفاع به من غير انفاق ،<sup>(٩)</sup> فأشبهه العبد .<sup>(١٠)</sup>  
 قلنا : ذاك<sup>(١١)</sup> له حرمة<sup>(١٢)</sup> في نفسه ، ولهنا لو انفرد

( ٦ ) سقط قوله ( عليه ) من نسخة ((ب)) .

( ٧ ) سقط لفظ ( عليه ) أيضا من نسخة ((ب)) .

( ٨ ) حيث لا يجبر على الانفاق عليهما إذا اشترك فيهما مع غيره .  
 بجامع أن كلا مال لو انفرد به لم يجبر على الانفاق عليه . أما الأصل فهو  
 الأرض والبستان ، وأما الفرع فهو مال الشركة .  
 ولما كان حكم الأصل هو عدم إجبار صاحب الأرض والبستان على الانفاق  
 عليهما وإن شاركه فيهما غيره ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجبر الشريك على  
 الانفاق مع شريكه على المال المشترك بينهما أيضا لذلك .

( ٩ ) لتعرضه للتلف بدونه .

( ١٠ ) حيث يجسب الانفاق عليه قطعا .

بجامع أن كلا لا يمكن الانتفاع به من غير انفاق عليه ، أما الأصل فهو العبد ،  
 وأما الفرع فهو المال المشترك فيه .  
 ولما كان حكم الأصل وجوب الانفاق على العبد ، كان حكم الفرع كذلك فيجب  
 الانفاق على مالا ينقسم من مال الشركة أيضا لذلك .

( ١١ ) أي العبد .

( ١٢ ) في نسخة ((ب)) : له حرمة . / وحرمة المشار إليها هي كونه ذا كبد  
 رطبة . حتى ، فكان له حق فيما تقوم به حياته على ماله .

به (١٣) أجب على الانفاق عليه ، وهذا (١٤) حرمة بالطلاق (١٥) ، فلا يجبر  
على الانفاق عليه .

---

( ١٣ ) أى دون أن يشاركه فيه غيره .

( ١٤ ) أى المال المشترك .

( ١٥ ) فى نسخة ((ب)) : بالمالك . / أى ان حرمة مكتسبة بغيره ، لا بنفسه .  
أى وهذا فارق يطل به قياسهم المذكور .

## \* مسائل الحوالة (\*) \*

\* مسألة ( ١٥٠ ) : لا يعتبر رضا المحال عليه . ( ١ ) / ١٥٨ ي .

( \* ) أصل الحوالة من الحول ، وهو : تغير الشيء وانفصاله عن غيره .

تقول : حال الشيء يحول حوولا واستحال اذا تهيأ لأن يحول ، أى يتغير .

ويعنى الانفصال قولك : حال بينى وبينك كذا وكذا . أنظر بصائر ذوى التمييز

ج ٢ ص ٥٠٩ .

ويصح فى الحاء المهمة الفتح والكسر والفتح أفصح ، والحوالة تقال لما به

حول وقوة ، لما بين الحركة والقوة من الملازمة .

والحوالة شرعا : عقد يقتضى انتقال دين من ذمة الى ذمة أخرى .

فهى بيع دين بدين ، لكن جوز للحاجة ، فهى رخصة . أنظر القليوبى ج ٢ ص ٣١٨ .

قال فى المغنى ج ٤ ص ٣٩٠ : والصحيح انها عقد ارفاق منفرد بنفسه ليس

بمحمول على غيره ، لانها لو كانت بيعا لما جازت لكونها بيع دين بدين ،

ولما جاز التفرق قبل القبض لانه بيع مال الربا بجنسه ، ولجازت بلفظ البيع ،

ولجازت بين جنسين كالبيع كله ، ولان لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع ، فعلى

هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد . أهـ .

وهى مشروعة بالسنة والاجماع ؛

أما السنة : فما روى أبو هريرة مرفوعا : مطل الغنى ظلم واذا اتبع احدكم على ملئ

فليتبع . أهـ .

رواه البخارى ج ٢ ص ٣٧ كتاب الحوالات . باب فى الحوالة ، وهل يرجع فى

الحوالة .

ورواه مسلم ج ٣ ص ١١٩٧ باب تحريم مطل الغنى وصحة الحوالة واستحباب

قبولها اذا احيل على ملئ .

وقد اجمعت الامة الا الاصل بن علي بن جوازا ، ولا عبرة بخلافه .

ويسمى من تحول الحق عن ذمته الى غيره محيلا ، ومن تحول الحق الى ذمته يقال له :

محال عليه وصاحب الحق يسمى محتالا ، واما ما وقعت عليه الاحالة فيسمى

محالا به .

( ١ ) أى فى الاصح . المنهاج ص ٦١ . ولم يذكر فى الوجيز ج ١ ص ١٨١ خلافا فيها ، =

وقال أبو حنيفة : يعتبر <sup>(٢)</sup> .

لنا : انه <sup>(٣)</sup> اذن في استيفاء دين ، فلا يعتبر فيه رضا من عليه الدين <sup>(٤)</sup> ،  
كالتوكيل <sup>(٥)</sup> . ولا نه تصرف فيما يملكه ، فلا يعتبر رضا المملوك عليه ، كالتصرف

- = وحكى الرافعي في المسألة وجهين ونص على أن الاصح منهما عدم اشتراطه  
أيضا . أنظر فتح العزيز ج ١٠ ص ٣٣٨ و ص ٣٣٩ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٥٧ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٧٤ .  
المغنى ج ٤ ص ٣٩٤ .  
واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٥٣ . الجواهر ج ٢ ص ١٠٧ .  
وقال في المنح ج ٣ ص ٢٢٨ : أي لرضا المحال عليه ، فليس شرطا على  
المشهور . أهـ .  
وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٥٢٠ اذا كان للمحيل حق عند المحال  
عليه من غير البيع .  
( ٢ ) الهداية ج ٦ ص ٣٤٦ . التبیین ج ٤ ص ١٧١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١٤٦ .  
( ٣ ) أي التحويل على المحال عليه .  
( ٤ ) سقط لفظ ( الدين ) من الاصل .  
( ٥ ) حيث لا يعتبر في صحته رضا من عليه الحق .  
بجامع ان كلا اذن في استيفاء دين . اما الاصل فهو التوكيل ، واما الفرع  
فهو الحوالة .  
ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار رضا من عليه الحق في الوكالة ، كان حكم الفرع  
كذلك فلا يعتبر رضا المحال عليه في الحوالة أيضا لذلك .  
( ٦ ) أي المحيل .

فى رقبۃ العبد<sup>(٧)</sup> .<sup>(٨)</sup>

قالوا : أحد من يتم به الحوالة ، فاعتبر رضاه كالمحيل والمحتال<sup>(٩)</sup> .

قلنا : لانهما كالمتبايعين<sup>(١٠)</sup> ، وهذا كالعبد المبيع<sup>(١١)</sup> .

(٧) فى الاصل : فى رقب العبد . / وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى .

(٨) حيث للسيد أن يتصرف فى رقبۃ العبد عتقا وبيعا وهبة واجارة ونحو ذلك دون رضا العبد فيه .

بجامع ان كلا تصرف فيما يملك ، اما الاصل فهو التصرف فى رقبۃ العبد ، واما الفرع فهو الاحالة على ملئ .

ولما كان حكم الاصل صحة تصرف السيد فى رقبۃ العبد دون رضاه ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الاحالة وان لم يرض المحال عليه أيضا لذلك .

(٩) حيث يعتبر رضا هما فى صحة الحوالة .

بجامع ان كلا من تتم به الحوالة ، اما الاصل فهو المحيل والمحتال ، واما الفرع فهو المحال عليه .

ولما كان حكم الاصل اعتبار رضا المحيل والمحتال ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر رضا المحال اليه أيضا لذلك .

(١٠) أى فاعتبر رضا هما لذلك .

بجامع ان كلا طرفا العقد ، اما الاصل فهو المتبايعان ، واما الفرع فهو المحيل والمحتال .

ولما كان حكم الاصل اعتبار رضا المتبايعين ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر رضا المحيل والمحتال أيضا لذلك .

(١١) أى فلا يعتبر رضاه .

بجامع ان كلا وقع عليه العقد . أما الاصل فهو العبد المبيع واما الفرع فهو المحال عليه .

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار رضا العبد فى البيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر رضا المحال عليه أيضا لذلك .

قالوا : ضمان لدين على الغير ، فلا بد فيه من رضا الضامن ، كالكفالة  
بالمال (١٢).

قلنا : الضامن لا حق عليه ، وهذا (١٤) (١٣) (١٥) ، فلا يعتبر رضاه (١٦).

\* مسألة (١٥١) : لا يرجع المحتال على المحيل (١) . ١٥٨/٠ ي .

(١٢) حيث يعتبر فيها رضا الكفيل .

بجامع ان كلا ضمان لدين على الغير ، اما الاصل فهو الكفالة بالمال واما  
الفرع فهو الحوالة .  
ولما كان حكم الاصل اعتبار رضا الكفيل ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر رضا  
المحال عليه أيضا لذلك .

(١٣) بل هو متبرع بدفع الحق الثابت على غيره .

(١٤) أى المحال عليه .

(١٥) وهو ما ثبت في ذمته للمحيل .

(١٦) أى فيبطل ان يقاس الحوالة على الكفالة بالمال للفرق المذكور .

(١) أى ان تعذر عليه استيفاؤه من المحال عليه لفساد أو جحد منه للحوالة  
أو للدين .

وهل : وان علم المحتال فليس المحال عليه عند الحوالة ، قولان : احدهما :  
لا رجوع ، لتقصيره في البحث عنه ، وقيل : له الرجوع ان شرط بفساد المحال  
عليه . وهو الاظهر أنظر الوجيز ج ١ ص ١٨٢ .

وأنظر : المنهاج ص ٦٢ . وشرح المحلى عليه ج ٢ ص ٣٢١ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٥٧ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٧١  
وذكر في المغنى ج ٤ ص ٣٩٣ قولاً بالرجوع .

واختلف قول المالكية أيضا في جواز الرجوع على المحيل اذا افسد المحال عليه  
أو مات على قولين ،



وقال أبو حنيفة : اذا مات المحال عليه مفلسا أو جحد<sup>(٢)</sup> الحق وحلف عليه رجع .<sup>(٣)</sup>

لنا : هو أنه حق يحول بالحوالة<sup>(٤)</sup> ، فلا يجوز للمحتال الرجوع الى ذممة المحيل ، كما لو أفلس في حياته<sup>(٥)</sup> ، ولأنه ابراء بغير بدل ، فلم يحتسب

= وعلى القول بجواز الرجوع : هل له ذلك مطلقا أم اذا شرط المحيل البراءة من الدين بالا حالة اختلفوا في ذلك على قولين أيضا .

أنظر : الخرشي ج ٣ ص ١٧ . الشرح الصغير ج ٢ ص ١٥٣ . شرح المنح ج ٣ ص ٢٤٠ .

واليهذه هب ابن حزم أيضا الا أن يفر المحيل ويحيله على غير ملئ ، وهو يعلم انه غير ملئ بل وان لم يعلم أيضا فالحوالة فاسدة . أنظر المحلى :

ج ٨ ص ٥١٧ .

( ٢ ) الجحود هو : الانكار مع العلم ، يقال : جحد به بحقه وبابه قطع وخضع ، أه المختار ص ٩٣ .

( ٣ ) في نسخة (( ب )) : يرجع . / أى على المحيل .

أنظر : الهداية ج ٦ ص ٣٥٠ . التبيين ج ٤ ص ١٧٢ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١٤٨

وزاد عليه الصاحبان : أو بتفليس القاضى اياه لانه فى معنى من مات مفلسا أو جحد فى عدم القدرة على الاستيفاء .

( ٤ ) أى يقتضى ذلك براءة ذمة المحيل من المحال به ، بعد ما .

( ٥ ) حيث لا يجوز له الرجوع الى المحيل بعد الا حال التسبب افلاس المحال عليه .

بجامع ان كلا حق يحول بالحوالة . اما الاصل فهو مالو افلس المحال عليه فى حياته ، واما الفرع فهو مالو مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحق وحلف عليه .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز الرجوع عند المحيل بافلاس المحال عليه فى حياته كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للمحال الرجوع على المحيل اذا مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحق وحلف عليه أيضا لذلك .

العود ، كالأبراء<sup>(٦)</sup> ، والدليل على الوصف<sup>(٧)</sup> انه يجوز الحوالة بالسلم<sup>(٨)</sup> والاستبدال بالسلم لا يجوز<sup>(٩)</sup> ، ولانه لو كان تبديلا<sup>(١٠)</sup> لم يجز ، لانه بيع دين بدين ، ولأنه سمي حوالة<sup>(١١)</sup> فدل على أنه تحويل لا تبديل .

( ٦ ) أى من الدين ، حيث لا يجوز الرجوع على المبرئ .

بجامع ان كلا ابراء بغير بدل ، اما الاصل فهو الابراء ، واما الفرع فهو الحوالة .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز الرجوع على المبرئ كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز رجوع المحتال على المحيل أيضا لذلك .

( ٧ ) وهو أن الحوالة ابراء بغير بدل .

( ٨ ) هذا على أحد قولين ، والصحيح منهما ان دين السلم لا يجوز الحوالة به ولا عليه وان كان ديننا لازما ، ومقابل الصحيح وهو ما جرى عليه المؤلف : انه يجوز بناء على أن الحوالة به وعليه استيفاء لا بيع ، والاستيفاء يجوز الابراء منه .

ووجه القول بالمنع : ان الحوالة بيع ، فيكون من باب بيع الدين بالدين ، وهو ممنوع شرعا ،

أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٣٢٠ .

( ٩ ) لانه من باب التصرف في المبيع قبل قبضه .

أى فدل جواز الحوالة بالسلم ، على قول ، دون جواز الاستبدال فيه على انها ابراء بغير بدل .

( ١٠ ) فى نسخة (( ب )) : لو كان يتبدل .

( ١١ ) فى الاصل : ولانه سمي حالة . / وهو تحريف .

قالوا : روى عن عثمان <sup>(١٢)</sup> انه قال فى <sup>(١٣)</sup> الحوالة : اذا مات المحال عليه وهو مفلس عاد الدين الى ذمة المحيل لا توا <sup>(١٤)</sup> على مال مسلم . <sup>(١٥)</sup>

( ١٢ ) هو ابن عفان ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ١ ) هامش ( ٣٨ ) .

( ١٣ ) سقط حرف ( فى ) من الاصل .

( ١٤ ) التوا : بمعنى الهلاك والبوار . وهى وزان : الحصص . أنظر المصباح

ج ١ ص ٨٧ .

( ١٥ ) ذكره الشافعى عن محمد بن الحسن - مقطوعا - عن عثمان انه قال فى

الحوالة أو الكفالة : يرجع صاحبه ، لا توى على مال مسلم . أه ثم رده على فرض ثبوته لوجود الشك فيه بين الحوالة والكفالة . أنظر المختصر

ص ١٠٧ . والام ج ٣ ص ٢٢٨ .

ورواه البيهقى ج ٦ ص ٧١ . باب من قال : يرجع على المحيل ، لا توى على

مال مسلم .

ثم ذكر قول الشافعى : فسألت - أى محمد بن الحسن - عن هذا الحديث

فزع انه عن رجل مجهول عن رجل معروف ، منقطع عن عثمان . . . ولو

كان ثابتا عن عثمان لم يكن فيه حجة ، لانه لا يدرى اقال ذلك فى الحوالة

أو فى الكفالة .

ثم قال البيهقى : الرجل المجهول فى هذه الحكاية : خليد بن جعفر ،

وخليد بصرى لم يحتج به محمد بن اسماعيل البخارى فى كتاب الصحيح ،

وأخرج مسلم بن الحجاج حديثه الذى يرويه مع المستمر بن الريان عن

أبى نضرة عن أبى سعيد فى المسك وغيره ، وكان شعبة بن الحجاج اذا روى

عنه اثنى عليه . والله أعلم ، والمراد بالرجل المعروف أبواياس معاوية بن

قرة المزنى وهو منقطع كما قال فابواياس من الطبقة الثالثة من تابعى

أهل البصرة فهو لم يدرك عثمان ابن عفان ، ولا كان فى زمانه أه

الا أن صاحب الجوهر اتقى رفع الجهالة عن خليد بن جعفر ونقل توثيقه =

قلنا : يرويه خلد (١٦) بن جعفر عن معاوية بن قرة ، وخليد ضعيف ، (١٧)

= عن شعبة كما نفى وجود الانقطاع بين معاوية بن قرة وعثمان أيضا ، فانظره  
في ج ٦ ص ٧١ أيضا .

وقد ذكر ابن حزم هذا الاثر في المحلى ج ٨ ص ٥١٩ ولم يضعفه الا انه قال :  
لا حجة في احد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم - ثم ذكر قصة عن  
سعيد بن المسيب عن أبيه مع علي بن أبي طالب وليس فيها ان عليا قال  
برجوع المحال على المحلى ، ثم قال ابن حزم - وانما اختلف السلف فليس  
بعض ما روى عنهم بأولى من بعض باتفاقكم معنا في ذلك . أه .

(٦٦) في نسخة ((ب)) : خالد بن جعفر . / وهو خطأ .

وخليد هو ابن جعفر بن طريف الحنفى ، أبو سليمان البصرى ، روى عن معاوية  
ابن قرة وأبي نضرة ، وروى عنه شعبة ، وثقه ابن معين . روى له مسلم والنسائي  
أنظر الخلاصة ص ١٠٦ .

(١٧) في نسخة ((ب)) : وخالد . / وهو خطأ كما سبق في ترجمته في الهامش  
قبله .

قال في الجوهر النقى ج ٦ ص ٧١ : عدم احتجاج البخارى به لا يضره . كما  
عرف ، ومسلم وان قرنه في حديث مع المستر - يعنى ابن الريان - فقد  
احتج به في موضع آخر . . . . وقد روى عنه عزرة بن ثابت ، وشعبة كان يعظمه  
ويثنى عليه ، وقال : كان من أصدق الناس وأشد هم اتقاناً ، ووثقه  
ابن معين وغيره ، فكيف يجعل مثل هذا مجهولاً . أه قال ذلك رداً على  
البيهقى في الحكم على خليد بن جعفر بانه مجهول . وقد ايد الذهبي  
البيهقى في ذلك .

أنظر الميزان ج ١ ص ٦٦٥ رقم / ٢٥٥٩ مع مراعاة ما هو مثبت بالهامش هناك .  
وقد وثقه شعبة وابن معين وقال فيه أبو حاتم : صدوق ، ووثقه ابن حبان  
والنسائي وأحمد . أنظر التهذيب ج ٣ ص ١٥٧ .

ومعاوية لم يلق عثمان (١٨) ولا نه قول واحد من الصحابة (٢٠).

قالوا : نقل الحق (٢١) من ذمة الى غيرها ، فاذا لم يسلم وتوى ، رجع الى الذمة ، كما لو صالح منه على عبد فمات ، أو على منفعة دار فتلقت. (٢٢)

( ١٨ ) فى نسخة ((ب)) : فلم يلق . / وزيادة ألفاء هنا خطأ من الناسخ .  
( ١٩ ) لان معاوية يقين قرعة أبو اياس المزنى من الطبقة الثالثة من تابعى أهل البصرة فلم يلق عثمان ولا كان فى زمانه ، كما قال البيهقى ج٦ ص ٧١ .  
لكن ابن التركمانى فى الجوهر النقى رد ذلك فقال : ذكر ابن عساكر فى تاريخ دمشق ان له رؤية

وحكى عن ابن سعد انه عده فى الطبقة الثانية - لم أجده أيضا فى الطبقات - وحكى عن خليفة وغيره انه توفى سنة ثلاث عشرة ومائة ، وعن يحيى وغيره انه بلغ ستا وتسعين سنة ، فعلى هذا يكون مولده سنة سبع عشرة ، فكيف لم يكن فى زمن عثمان . أه ج٦ ص ٧١ .  
وأنظر ترجمة عثمان بن عفان فى المسألة رقم ( ١ ) هامش ( ٣٨ ) .  
( ٢٠ ) روى مثله أيضا عن على بن أبى طالب ، رواه عبد الرزاق فى مصنفه ج٨ ص ٢٧١ ،  
رقم / ١٥١٨٣ ،

ولفظه : لا يرجع على صاحبه الا أن يفلس أو يموت . أه .

( ٢١ ) سقط قوله ( الحق ) من نسخة ((ب)) .

( ٢٢ ) فى نسخة ((ب)) : فتلف . / حيث يرجع عليه بقيمة العبد المصالح

عليه وباجرة الدار على المؤجر .

بجامع نقل الحق من ذمة الى غيرها فى كل من الاصل وهو مالو صالح منه على عبد فمات أو على منفعة دار فتلقت ، والفرع وهو مالو احواله على شخص فافلس أو مات .

ولما كان حكم الاصل هو الرجوع الى صاحب العبد المصالح عليه بقيمته وعلى صاحب الدار بالاجرة .

كان حكم الفرع كذلك فيرجع المحتال على المحيل أيضا لذلك .

قلنا : لا نسلم انه توى ، لانه يجوز أن يكذب نفسه بعد ما حلف ، وإذا سقط  
 هذا (٢٤) انتقض به اذا افلس في حياته ، (٢٥) ولانه هناك لو لم يتو ، ولكنه تعذر  
 كإباق العبد ، وغضب الدار ، (٢٩) جاز له الرجوع الى الدين (٣٠) ولو هرب المحال

---

( ٢٣ ) فونسخة ((ب)) : فاذا سقط .

( ٢٤ ) أى دعواه أن يكون المال قد هلك .

( ٢٥ ) حيث لا يرجع عليه بالدين حينئذ ، أى فكذلك اذا مات مفلسا لا يرجع  
 عليه أيضا .

( ٢٦ ) أى فى حال ما اذا مات مفلسا .

( ٢٧ ) سقط حرف ( لو ) من الاصل . وفى الجملة تقديم وتأخير ، وأصلها :  
 ولان هناك لو لم يتو ولكنه تعذر جاز له الرجوع الى الدين ، كإباق العبد  
 وغضب الدار .

( ٢٨ ) أى إذا الدين المحال به وتسليمه بسبب الموت مفلسا .

( ٢٩ ) فونسخة ((ب)) : بإباق العبد . / حيث يبطل عقد بيع العبد

اذا ابق قبل تسليمه لتعذر التسليم ، وعقد الاجارة اذا غصبت الدار  
 قبل استيفاء المنفعة منها .

بجامع تعذر التسليم فى كل من الاصل وهو مالوابقى العبد قبل تسليمه  
 أو غصبت الدار قبل استيفاء المنفعة منها ، والفرع وهو مالواً فليس  
 المحال عليه أو مات .

ولما كان حكم الاصل رجوع المشتري على البائع بثمن العبد الا بق قبل  
 التسليم أو غصبت الدار المذكورة قبل الاستيفاء كان حكم الفرع كذلك فيجوز  
 للمحتال الرجوع على المحيل اذا افلس أو مات المحال عليه أيضا لذلك .

( ٣٠ ) أى على المحيل .

عليه أو أفلس في حياته ، لم يرجع ، (٣١) ولان ذاك (٣٢) اسقاط دين ببدل فشرط فيه السلامة ،  
 وههنا (٣٤) اسقاط بغير بدل ، ولان هناك (٣٥) لم ينقطع التعلق (٣٦) بين  
 المتعاقدين ولهذا يجوز له مطالبة بقبض ما نقل اليه ، واذا غضب طولب  
 بتخليصه ليسلمه اليه ، وههنا (٣٨) انقطعت العلق بينهما ، (٣٩) ولهذا لا يجوز للمحيل  
 مطالبة المحتال بقبض المال ، واذا هرب المحال عليه لم يلزمه طلبه ، فصار (٤٠) (٤١)

( ٣١ ) أى على المحيل ، لا مكان الاستيفاء منه بعد العثور عليه أو غناه بعد  
 افلاسه .

أى فدل ذلك على أن جواز الرجوع على المحيل فيما اذا مات المحال عليه  
 مفلسا انما هو لتعذر الاستيفاء من المحال عليه ، فلا يقاس عليه مالو أفلس  
 فى حياته للفارق المذكور .

( ٣٢ ) أى فى المصالحة على العبد أو على منفعة الدار .

( ٣٣ ) أى فاذا مات العبد قبل التسليم أو انهدم البيت قبل الاستيفاء بطول  
 العقد ورجع المشتري بثمن العبد على البائع وبالأجرة على مؤجر البيت .

( ٣٤ ) أى فى الحالة على الغير للاستيفاء .

( ٣٥ ) فى المصالحة على العبد ثم يموت قبل التسليم ، وعلى الأجرة فى الدار  
 اذا انهدمت قبل استيفاء المنفعة .

( ٣٦ ) فى الاصل : لم تنقطع العلق . / جمع علق ، بضم فسكون .

( ٣٧ ) سقط لفظ ( له ) من نسخة ((ب)) . / أى للبائع مطالبة المشتري .

( ٣٨ ) أى فيما اذا مات المحال عليه مفلسا .

( ٣٩ ) أى بين المحيل والمحال عليه .

( ٤٠ ) أى المحيل ، لان الحق تعلق بالحوالة فى ذمة المحال عليه .

( ٤١ ) فى نسخة ((ب)) : وصار .

كما بعد القبض فى الصلح ، (٤٢) ولان العقد هناك (٤٣) تعلق بمعين ، فانفسخ  
 بهلاكه ، (٤٥) وها هنا (٤٦) تعلق بدين فى الذمة ، فلم يفسخ بهلاكه ، (٤٧) كما لو  
 صالحه عن الدين على مال فى الذمة ثم مات . (٤٨) (٤٩)

- 
- (٤٢) أى فى الصلح على العبد والدار المذكورين ، حيث لا يجوز له الرجوع على  
 البائع اذا ابق العبد بعد التسليم ، أو تلف الدار المصالح على منفعتها  
 بعد استيفاء المنفعة .  
 بجامع انقطاع العلقه فى كل من الاصل وهو مالو ابق العبد أو تلفت الدار  
 المصالح عليهما بعد التسليم ، والاستيفاء ، والفرع وهو مالو هرب المحال  
 عليه .  
 ولما كان حكم الاصل هو عدم الرجوع على مالك العبد وصاحب الدار المصالح  
 عليهما اذا ابق العبد أو تلفت الدار بعد التسليم والاستيفاء ، كان حكم  
 الفرع كذلك فلا رجوع للمحتال على المحيل اذا هرب المحال عليه أيضا لذلك .  
 (٤٣) أى فى الصلح على الدار والعبد .  
 (٤٤) فى نسخة ((ب)) : معين .  
 (٤٥) لغوات محل العقد به . أى ويبقى حق المدعى قائما .  
 (٤٦) أى فى الاحالة على الغير .  
 (٤٧) أى بهلاك من تحول الدين الى ذمته ، وهو المحال عليه . أى فلا يرجع  
 على المحيل بل الى وريثة المحال عليه .  
 (٤٨) فى نسخة ((ب)) : على الدين .  
 (٤٩) حيث لا يفسخ عقد الصلح المذكور به .  
 بجامع ان كلاً من تعلق بالذمة ، اما الاصل فهو مالو صالحه عن الدين على  
 مال فى الذمة ثم مات ، واما الفرع فهو ما اذا احواله بالدين على شخص  
 آخر فمات المحال عليه .  
 ولما كان حكم الاصل عدم انفساخ عقد الصلح بهلاك المصالح ، كان حكم الفرع  
 كذلك ، فلا تنفسخ الحوالة بهلاك المحال عليه أيضا لذلك .  
 زاد فى نسخة ((ب)) : بعد قوله ( ثم مات ) عبارة : والله أعلم .



(\*)  
(( مسائل الضمان ))

---

\* مسألة (١٥٢) : لا يصح ضمان المال المجهول (١) . ١٥٨/٠

---

(\*) اصله من الضم ، لان الضامن يضم ذمته الى ذمة المضمون في الالتزام بالحق .  
تقول : ضمن الشيء وضمن به ، كعلم ، ضمانا وضما بفتح فسكون فهو ضامن  
وضمن ، اذا كفله ، أنظر القاموس ج٤ ص ٢٤٣ . المختار ص ٣٨٤ .  
وفي الشرع : التزام حق ثابت في ذمة الغير ، أو احضار من هو عليه ، أو عين  
مضمونة . أهـ

مغنى المحتاج ج٢ ص ١٩٨ . ويشمل هذا التعريف نوعي الكفالة : بالنفس  
وبالمال . وعرفه الحنفية بأنه : ضم ذمة الى ذمة في المطالبة . أهـ . التبيين  
ج٤ ص ١٤٦ .

ويسمى الملتزم لذلك الحق : ضامنا وضمينا ، وزعيما ، وحميلا ، وكافلا وكفيللا  
وصبيرا وقبيللا ، أنظر مغنى المحتاج ج٢ ص ١٩٨ . المحلى ج٨ ص ٥٢٢ .  
وفي النصب ج٤ ص ٥٨ : قال ابن حبان : الزعيم لغة أهل المدينة والحميل  
لغة أهل العراق ، والكفيل لغة أهل العراق . أهـ .

الا أن الماوردى قسم هذه الاسماء بحسب استعمالاتها فقال : غير ان العرف  
جار بأن الضمين مستعمل في الاموال ، والحميل في الديات ، والزعيم في  
الأموال العظام ، والكفيل في النفوس والصبر في الجميع . أهـ مغنى المحتاج  
ج٢ ص ١٩٨ .

واركان ضمان المال خمسة : ضامن ومضمون له ومضمون عنه ومضمون به ، وصيغة .  
والاصل في مشروعيته : الكتاب في قوله تعالى ( ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم )  
يوسف آية / ٧٢ .

قال ابن عباس : الزعيم : الكفيل .

وهذا الدليل يصح على مذاهب من يقول ان شرع من قبلنا شرع لنا .  
ودليله من السنة ما رواه البخارى ج٢ ص ٣٩ كتاب الحوالة ، باب من تكفل  
عن ميت دينه فليس له ان يرجع ، عن سلمة بن الاكوع رضى الله عنه أن النبي  
صلى الله عليه وسلم اتى بجنازة ليصلى عليها ، فقال : هل عليه من دين ، =

.....

= قالوا : لا ، فصلى عليه ، ثم أتى بجنازة أخرى ، فقال : هل عليه من دين ؟  
قالوا : نعم ، قال : صلوا على صاحبكم . قال أبو قتادة : على دينه  
يارسول الله فصلى عليه . أهـ .

واجتمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة . أنظر المغنى ج ٤ ص ٤٠٠ .  
الافصاح ج ١ ص ٣٨٥ .

( ١ ) الام ج ٣ ص ٢٢٩ . وهو قوله في الجديد . أنظر الوجيز ج ١ ص ١٨٤ .  
المنهاج ص ٦٢ .

وقال المصنف في التنبيه ص ٧٤ : ولا يصح ضمان مال مجهول ، وقيل يصح  
ضمان ابل الدية وان كانت مجهولة . أهـ .

وقال أيضا في المذهب ج ١ ص ٣٤ : ولا يجوز ضمان المجهول . . . وفي أسهل  
الدية وجهان : أحدهما لا يجوز ضمانه لانه مجهول اللون والصفة ،  
والثاني : انه يجوز لانه معلوم السن والعدد ويرجع في اللون والصفة إلى  
عرف البلد . أهـ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٥٣٣ .

وقال أبو حنيفة : يصح (٢) .

لنا : هو انه تثبت مال في الذمة بعقد لادمي ، فلم يصح مع الجهالة ، كالشئ والاجرة ، ولا يلزم (٣) (٤) اذا قال : ألق متاعك في البحر (٥) وعلى ضمانه (٦) ، لان ذلك (٧) يجب بالتلاف (٨) ، ولانه ضمان مال ، فلم يصح مع الجهالة من غير حاجة ، كما لو ضمن بعض ماله على فلان (٩) .

- (٢) الهداية ج٦ ص ٢٩٨ . التبيين ج٤ ص ١٥٢ . مجمع الانهر ج٢ ص ١٣٠ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٢٤٨ . كشف القناع ج٣ ص ٣٥٥ . المغنى ج٤ ص ٤٠٠ .
- وبه يقول المالكية : الشرح الكبير : ج٣ ص ٣٣٤ . الجواهر ج٢ ص ١١٠ . شرح المنح ج٣ ص ٢٥٢ .
- (٣) حيث لا يصح عقد البيع مع الجهالة في الشئ ، ولا يصح عقد الاجارة أيضا مع الجهالة في الاجرة .
- بجامع ان كلا تثبت مال في الذمة بعقد لادمي ، اما الاصل فهو الشئ والاجرة ، واما الفرع فهو الكفالة .
- ولما كان حكم الاصل عدم صحة البيع والاجارة مع الجهالة في الشئ والاجرة ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا تصح الكفالة مع الجهل بالمال المضمون أيضا لذلك .
- (٤) في نسخة ((ب)) : ولا يلزم عليه .
- (٥) أي فيما لو كانوا في سفينة وشارفت على الغرق ، وارادوا تخفيف الاحمال عنها .
- (٦) حيث يلزمه ضمانه مع الجهالة في شئنه . أنظر شرح المحلى ج٤ ص ١٥٣ .
- (٧) في نسخة ((ب)) لان ذاك . / أي ضمان المتاع المذكور .
- (٨) أي حيث تجب فيه القيمة ، وذلك لا تضره الجهالة عند الضمان ، بخلاف الشئ فانه يتفاوت فكان الجهل عند التعاقد مضرا بالعقد .
- (٩) حيث لا يصح ذلك للجهالة في المضمون .
- بجامع ان كلا ضمان مال ، اما الاصل فهو مالو ضمن بعض ماله على فلان واما الفرع فهو ضمان المال المجهول .
- ولما كان حكم الاصل عدم صحة العقد فيما لو ضمن بعض ماله على فلان ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح الضمان في المال المجهول أيضا لذلك .

قالوا : ضمان مال فجاز مع الجهالة<sup>(١١)</sup> ، كضمان الدرك<sup>(١٢)</sup> وضمان قيمة ما يلقيه  
في البحر .<sup>(١٣)</sup>

قلنا : ضمان الدرك تدعو الحاجة الى الجهالة فيه ، فعفى عنها ، ولا حاجة  
الى الجهالة هاهنا<sup>(١٤)</sup> فلم يعف عنها ، وضمان ما يلقي في البحر ليس من جنس  
الضمان ، وانما هو استدعاء اتلاف بعوض ، ولهذا يجوز أن يضمن أكثر من  
قيمة الشيء ، ويصح من غير مضمون عنه .<sup>(١٥)</sup>

( ١٠ ) في نسخة (( ب )) : مع الجهالة به .

( ١١ ) بفتح الدال والراء ويجوز اسكانها ، كما قال الجوهري وفسره بأنه التبعة  
قال المتولى : سمي دركا لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله .

أنظر تصحيح التنبيه ص ٧٥ .

قال ابن ابطال : واصله من اللقوق ، يقال : ادركه اذا لحقه بعد  
ما مضى ، لانه يكون بعد مضي البيع . أهـ النظم المستعذب ج ١ ص ٣٤٢ .  
وفي المنهاج ص ٦٢ : هو أن يضمن للمشتري الثمن ان خرج المبيع مستحقا  
أو معيبا . أهـ .

( ١٢ ) حيث يجوز الضمان فيهما مع ما فيهما من الجهالة .

بجامع ان كلا ضمان مال ، اما الاصل فهو ضمان الدرك وضمان قيمة ما يلقيه  
في البحر ، واما الفرع فهو الضمان في المال المجهول .  
ولما كان حكم الاصل هو جواز ضمانه مع الجهالة فيه ، كان حكم الفرع كذلك  
فيجوز ضمان المال المجهول أيضا لذلك .

( ١٣ ) أي في الضمان في المال المجهول . لانه يمكنه الوقوف عليه .

( ١٤ ) فلا يصح قياسهم ضمان المال المجهول على ضمان الدرك وضمان قيمة

ما يلقيه في البحر للفارق المذكور بينهما .

قالوا : يصح تعليقه على الخطر<sup>(١٥)</sup> وهو ضمان الدرك فجاز مع الجهالة ، كالطلاق والمعتاق .<sup>(١٦)</sup>

قلنا : الضمان الذي اختلفنا فيه<sup>(١٧)</sup> لا يجوز تعليقه على الخطر ، وضمان الدرك لا يصح حتى يقبض الثمن ، فيكون ضمان واجب في الحال<sup>(١٨)</sup> ، ثم الطلاق<sup>(١٩)</sup> يصح في بعض الجملة<sup>(٢٠)</sup> وهاهنا<sup>(٢١)</sup> لو قال : ضمنت بعض مالك على فلان لم تصح .<sup>(٢٢)</sup>

( ١٥ ) وهو احتمال عدم التمكن من الحصول عليه .

( ١٦ ) حيث يجوز مع جهالة عدد الطلقات أو من وقع عليها الطلاق ، ويصح مع جهالة عين من وقع عليه المعتق .

بجامع صحة التعليق على الخطر والفرر في كل من الاصل وهو الطلاق والمعتاق والفرع وهو الضمان في المال المجهول . ولما كان حكم الاصل جواز ايقاع الطلاق والمعتاق مع الجهالة ، كان حكم الفرع كذلك فيصح الضمان مع الجهالة في المال المضمون أيضا لذلك .

( ١٧ ) وهو ضمان الدين المجهول .

( ١٨ ) في نسخة (( ب )) : فيكون ضمانا واجبا . / وما في الاصل على الاضافة .

( ١٩ ) أى وما نحن فيه ضمان دين في الذمة ، فهذا غير ذاك ، فلا يأخذ حكمه .

( ٢٠ ) كأن يقول لامرأته : رأسك طالق ، أو يعتق ربع أو ثلث عبده مثلا . حيث يقع

الطلاق فالمرأة ، وينفذ المعتق في العبد ويقوم على السيد باقى العبد ان كان موسرا والا بان كان معسرا فان العبد يعتق ويستسعى في باقيه لسيد .

( ٢١ ) أى في الضمان .

( ٢٢ ) أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٣٢٦ .

قالوا : التزام مال في الذمة بقوله ، فأشبهه الاقرار .<sup>(٢٣)</sup>  
 قلنا : يبطل بالثمن والاجرة ،<sup>(٢٤)</sup> والاقرار اخبار عن واجب متقدم مضطرا اليه .<sup>(٢٥)</sup>  
 وهذا ابتداء ايجاب بعقد ، فهو كالثمن ،<sup>(٢٦)</sup> ولهذا لو أقرب بعض الجملة جاز ،  
 ولو ضمن الجملة لم يجز .<sup>(٢٨)</sup>

\* مسألة ( ١٥٣ ) : يصح الضمان من غير رضا المضمون له . / ١٥٨ ش .<sup>(١)</sup>

- ( ٢٣ ) حيث يجوز على المال المجهول .  
 بجامع ان كلا التزام في الذمة بقول . اما الاصل فهو الاقرار على المجهول .  
 واما الفرع فهو ضمان المال المجهول .  
 ولما كان حكم الاصل هو جواز الاقرار بالمال المجهول ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الضمان في المال المجهول أيضا لذلك .  
 ( ٢٤ ) حيث كل منهما التزام مال في الذمة بالقول ، ثم لا تصح مع الجهالة .  
 ( ٢٥ ) أي ولذلك جاز مع الجهالة .  
 ( ٢٦ ) أي الضمان .  
 ( ٢٧ ) حيث لا يجوز مع الجهالة .  
 بجامع ان كلا ابتداء ايجاب بعقد ، اما الاصل فهو الثمن واما الفرع فهو الضمان ،  
 ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة العقد بالثمن المجهول ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الضمان بالمال المجهول أيضا لذلك .  
 ( ٢٨ ) أي فثبت ان بين الاصل والفرع قياسي قياسهم الضمان على الاقرار فارقا ،  
 والقياس مع الفارق باطل .

( ١ ) وهو صاحب الحق .  
 المختصر ص ١٠٨ . وذكر في الوجيز ج ١ ص ١٨٣ . ان فوا اشتراط رضا  
 المضمون له وجهين . قال الرافعي : قال الاكثرون لا يشترط . . . وقال صاحب  
 الافصاح والقاضي ابن كج يشترط . أه فتح العزيز ج ١ ص ٣٥٩ . وذكر =

وقال أبو حنيفة : لا يصح . ( ٢ )

لنا : هو أنه ضمان دين فلم يعتبر فيه رضا المضمون له ، كضمان الورثة  
دين المريض ولأنه وثيقة لا تفتقر إلى قبض من له الحق ، فلم تقتصر إلى رضاه  
كالشهادة . ( ٤ )

- = المحلي فيها ثلاثة أقوال فقال : والأصح . . . أنه لا يشترط قبوله ورضاه  
أى واحد منهما والثانى يشترط أن الرضا ثم القبول لفظا ، والثالث  
يشترط الرضا دون القبول لفظا . أهد شرح المحلي ج ٢ ص ٣٢٥ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٤٨ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٥٤ .  
المغنى ج ٤ ص ٤٠٠ .  
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٥٦ . الجواهر ج ٢ ص ١١ . شرح  
المنح ج ٣ ص ٢٥٢ .  
( ٢ ) خلافا لابی يوسف ، وقيل عنه أنه يشترط الرضا ، ولكنه لا يشترط أن يكون فى  
المجلس ، بل ولو بعده .  
الهداية ج ٦ ص ٣١٤ . التبيين ج ٤ ص ١٥٩ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٣٧ .  
وهو قول ابن حزم : المحلي ج ٨ ص ٥٢٢ .  
( ٣ ) حيث يجوز لهم ضمان دين المريض مرض الموت وإن لم يرض به .  
بجامع إن كلا ضمان دين ، أما الأصل فهو ضمان الورثة دين المريض ، وأما  
الفرع فهو الضمان من غير رضا المضمون له .  
ولما كان حكم الأصل هو صحة ضمان الورثة دين المريض وإن لم يرض ، كان  
حكم الفرع كذلك فيجوز ضمان الدين من غير الورثة وإن لم يرض به المضمون  
له أيضا لذلك .  
( ٤ ) حيث لا تفتقر إلى رضا المشهود له .  
بجامع إن كلا وثيقة لا تفتقر إلى قبول من له الحق ، أما الأصل فهو الشهادة  
وأما الفرع فهو الضمان .  
ولما كان حكم الأصل هو صحة الشهادة وإن لم يرض بها المشهود له ، كان حكم  
الفرع كذلك فيصح الضمان وإن لم يرض به المضمون له أيضا لذلك .

قالوا : ايجاب مال<sup>(٥)</sup> له في الذمة بعقد ، فلم يجز من غير رضاه ، كالبيع والحوالة<sup>(٦)</sup> .

قلنا : البيع مبادلة مال بمال<sup>(٧)</sup> ، والحوالة اما ان تكون مبادلة<sup>(٨)</sup> أو اسقاط حق من ذمة الى ذمة<sup>(٩)</sup> ، وهذا<sup>(١٠)</sup> توثيق لحقه<sup>(١١)</sup> من غير اضرار ، فهو كالا شهاد<sup>(١٢)</sup> .

( ٥ ) أى للمضمون له .

( ٦ ) حيث لا يجوز البيع لشخص أو حوالته على شخص من غير رضاه . أنظر التبيين ج ٤ ص ١٧١ .

بجامع ان فى كل ايجاب مال له فى الذمة بعقد ، اما الاصل فهو البيع والحوالة واما الفرع فهو الضمان . ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة البيع والحوالة بدون رضا المالك والمحتال ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الضمان بدون رضا المضمون له أيضا لذلك .

( ٧ ) أى فاقترض ذلك وجود الرضا من المبيع له ، والبيع تجارة ، والتجارة تعتمد التراضى ، قال الله تعالى ( الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ) سورة النساء آية رقم / ٢٩ .

وفى الحديث ( انما البيع عن تراض ) رواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٣٦ باب بيع الخيار رقم / ٢١٨٥ . عن أبى سعيد الخدرى ، قال فى الزوائد : اسناده صحيح ورجاله موثقون ، رواه ابن حبان فى صحيحه . أهـ

( ٨ ) أى فيعتبر فيها الرضا أيضا لانها بيع مال فى الذمة بمال فى الذمة . وتكون مستثناة من النهى عن بيع الدين بالدين ، بالنص والضرورة .

( ٩ ) أى فيعتبر فيها رضا المحتال عندنا . أنظر المنهاج ص ٦١ وعندكم . أنظر التبيين ج ٤ ص ١٧١ .

( ١٠ ) أى الضمان .

( ١١ ) فى نسخة (( ب )) : بحقه . / أى حق المضمون له .

( ١٢ ) أى لحقه ، حيث يجوز وان لم يرض به .

بجامع ان كلا توثيق للحق من غير اضرار بصاحب الحق ، اما الاصل فهو =



قالوا : وثيقة يستوفى الحق من جهتها<sup>(١٣)</sup> فاعتبر فيها رضا المعقود له ،  
كالرهن .<sup>(١٤)</sup>

قلنا : يبطل بالضمان عن المريض<sup>(١٥)</sup> ، والمعنى فى الرهن انه يحتاج  
الى القبض والحفظ<sup>(١٦)</sup> وهذا<sup>(١٧)</sup> وثيقة له بلا قبض ولا حفظ<sup>(١٨)</sup> ، ولان فى الرهن  
لا يأمن أن يتلف<sup>(١٩)</sup> فيرفع<sup>(٢٠)</sup> الى من يرى

= الاشهاد واما الفرع فهو الضمان .

ولما كان حكم الاصل جواز الاشهاد لصاحب الحق وان لم يرض ، كان حكم  
الفرع كذلك فيجوز الضمان من غير رضا المضمون له أيضا لذلك .

( ١٣ ) فى نسخة ((ب)) : من جهتها .

( ١٤ ) حيث يعتبر فيه رضا المرتهن .

بجامع ان كلا وثيقة يستوفى الحق من جهتها ، اما الاصل فهو الرهن .

واما الفرع فهو الضمان .

ولما كان حكم الاصل اعتبار رضا المرتهن فى صحة الرهن ، كان حكم الفرع  
كذلك فيعتبر رضا المضمون له أيضا لذلك .

( ١٥ ) أى مرض الموت ، حيث لا يعتبر رضاه مع كون الضمان عنه وثيقة يستوفى

الحق من جهتها ، فانتقضت الملة التى ذكروا به .

( ١٦ ) أى فاقتضى ذلك رضا المرتهن لتعرض ذمته للانشغال به .

( ١٧ ) أى الضمان .

( ١٨ ) أى فلم يحتج معها الى رضاه ، ان لا انشغال لذمته به . فكان

هذا فارقا يبطل به قياسهم الضمان على الرهن .

( ١٩ ) أى المرهون .

( ٢٠ ) فى نسخة ((ب)) : فيرجع . / أى فى القضاء به .

(٢١) ، فيسقط (٢٢) حقه ، فلا يجوز من غير رضاه ، ويأمن هذا في الضمان . (٢٤)

✽ مسألة (١٥٤) : يجوز الضمان عن الميت . (١) / ١٥٨ ش .

وقال أبو حنيفة : ان لم يخلف وفاء لم يجز . (٢)

لنا : ماروى جابر قال : توفي رجل منا ، فأتينا النبي صلى الله عليه وسلم ليصلى عليه ، فقال : عليه (٤) دين ؟ قلنا : نعم ديناران . فانصروا (٥)

(٢١) أى المرتهن ، كما هو الحال عند الحنفية ان يرون سقوط الدين بهلاك

الرهن فى يد المرتهن . أنظر التبيين ج٦ ص ٦٣ .

(٢٢) فى نسخة ((ب)) : فسقط حقه .

(٢٣) فاعل يأمن : هو المضمون له .

(٢٤) حيث لا يسقط حق المضمون له بهلاك الضامن .

(١) المختصر ص ١٠٨ . الام ج٣ ص ٢٢٩ . الوجيز ج١ ص ١٨٣ . المنهاج

ص ٦٢ .

وهو قول الحنابلة سواء كان الميت مفلسا أو لم يكن .

شرح المنتهى ج٢ ص ٢٤٨ . كشف القناع ج٣ ص ٣٥٦ . المغنى ج٤ ص ٤٠١

وفى ذهب المالكية الى جوازه فيما اذا كان الميت مفلسا والا فلا .

الخرشى ج٤ ص ٢٣ . الشرح الكبير ج٣ ص ٣٣١ . شرح المنح ج٣ ص ٢٤٦

وبجواز ضمانه عن الميت مطلقا يقول ابن حزم أيضا : المحلى ج٨ ص ٥٢٢ .

(٢) خلافا للصاحبين .

الهداية ج٦ ص ٣١٧ . التبيين ج٤ ص ١٥٩ . مجمع الانهر ج٢ ص ١٣٦ .

(٣) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١٨) هامش (٢٨) .

(٤) فى نسخة ((ب)) : أعليه دين .

(٥) أى عن الصلاة عليه .

فتحملهما أبو قتادة ، وقال : على الديناران . فقال صلى الله عليه وسلم  
( ٦ ) عليك حق الغريم ، وبرى الميت منه ( ٨ ) ، قال : نعم ، فصلى عليه ( ٩ ) .

( ٦ ) فى نسخة (( ب )) : أعليك . / والصواب حذف الهمزة ، لان المراد التقرير وليس الاستفهام .

( ٧ ) الغريم على وزن فعيل تأتى بمعنى فاعل وبمعنى مفعول ، فتطلق على الدائن والمدين أيضا ، والمراد هنا صاحب الدين ، وانما سمي غريما لكثرة مطالبته وملازمته للمدين ، أنظر المصباح ج ٢ ص ٩٩ .

( ٨ ) سقط لفظ ( منه ) من نسخة (( ب )) .

( ٩ ) رواه البيهقى ج ٦ ص ٧٥ . باب الضمان عن الميت ، عن جابر ولفظه : توفي رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه ، ثم اتينا النبی صلى الله عليه وسلم فقلنا له . تصلى عليه ، فقام فخطا خطى ثم قال : عليه دين ، قال : فقل : ديناران ، قال : فانصرف ، قال : فتحملهما أبو قتادة قال : فأتينا ، قال : فقال أبو قتادة : الديناران على . فقال النبی صلى الله عليه وسلم : حق الغريم ، وبرى عنهما الميت ، قال : نعم ، فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فقال له بعد ذلك بيوم ، ما فعل الديناران ، قال : انما مات أمس ، قال : فعاد اليه كالغد ، قال : قضيتهما ، فقال النبی صلى الله عليه وسلم : الان بردت جلدته . أه .

قال فى بلوغ المرام ص ١٦٠ : وصححه ابن حبان والحاكم . أه رقم / ٧٣٧ . ورواه النسائى بنحوه ج ٧ ص ٣١٧ باب الكفالة بالدين ، عن عبد الله بن أبى قتادة عن أبيه .

وأما أبو قتادة : فهو الحارث بن رعى الانصارى السلمى ، بفتح السين المهملة واللام ، فارس رسول الله صلى الله عليه وسلم ، شهد أحدا والمشاهد كلها ، واختلف فى شهوده بدرا ، وقد قال فيه النبی صلى الله عليه وسلم : خير فرساننا أبو قتادة ، وخير رجالنا سلمة بن الأكوع ، رواه مسلم .

توفى سنة أربع وخمسين بالكوفة ، وقيل أربعين وقيل غير ذلك ، له مائة وسبعون حديثا . أنظر الاصابة ج ٤ ص ١٥٨ رقم / ٩٢١ . الخلاصة ص ٤٥٧ .

وروى أنس<sup>(١٠)</sup> أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة ليصلي عليها<sup>(١١)</sup> فقال  
 صلى الله عليه وسلم هل عليه دين ، قالوا : نعم ، قال : فما تنفعه صلاتي<sup>(١٢)</sup>  
 ودمته مرتبهة بدينه ، فلو قام أحدكم فضمن ، وصليت عليه<sup>(١٣)</sup> كانت صلاتي تنفعه<sup>(١٤)</sup> .  
 ولأنه دين يصح ضمانه مع وجود الوفاء فصح ضمانه من غير وفاء<sup>(١٥)</sup> كدين الحي<sup>(١٦)</sup> .

( ١٠ ) انظر ترجمته في المسألة رقم ( ٢٨ ) هامش ( ٢٢ ) .

( ١١ ) في نسخة (( ب )) : ليصلي عليه .

( ١٢ ) في نسخة (( ب )) : أليه دين .

( ١٣ ) في نسخة (( ب )) : فصليت عليه .

( ١٤ ) رواه البيهقي ج ٦ ص ٧٥ باب الضمان عن الميت ، عن عبد الحميد بن أبي

أمية قال : شهدت أنس بن مالك وهو يقول الحمد لله الذي حبس السماء

أن تقع على الأرض إلا بأذنه ، فقال له رجل : يا أبا حمزة لو حدثتني

حديثاً عسى الله أن ينفعنا به ، قال : من استطاع منكم أن يموت وليس عليه

دين فليفعل ، فاني شهد ترسل الله صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة

رجل ليصلي عليه ، فقال : عليه دين ، قالوا : نعم ، قال : فما ينفعه

أن أصلي على رجل روحه مرتبه في قبره ، لا تصعد روحه إلى الله ،

فلو ضمن رجل دينه قمت فصليت عليه ، فان صلاتي تنفعه . أهـ .

ولم يتعقبه صاحب الجوهر النقي بشيء .

( ١٥ ) أي من غير أن يوجد عنده ما يقى بدينه .

( ١٦ ) حيث يصح ضمانه من غير وفاء أيضا .

بجامع أن كلا دين يصح ضمانه مع وجود الوفاء ، أما الأصل فهو دين الحي ،

وأما الفرع فهو دين الميت المفلس .

ولما كان حكم الأصل صحيحاً ضمان دين الحي مع عدم وجود وفاء عنده

كان حكم الفرع كذلك فيصح ضمان دين الميت وإن لم يخلف وفاء أيضاً لذلك .

ولانه معنى لا يمنع بقاء الضمان (١٨) فلا يمنع ابتداءه ، كالجنون (١٩) ، ولان الدين  
 باق (٢٠) ، بدليل ما ذكرناه من الخبر (٢١) ولانه يصح فيه القضاء والابراء ، ولو قتل  
 عمدا (٢٣) فصولح من القصاص على مال وجب قضاء (٢٤) الدين منه ، فلو كان قد سقط (٢٥)

( ١٧ ) أى الموت .

( ١٨ ) أى فى ذمة الميت .

( ١٩ ) حيث لا يمنع ابتداء الضمان عنه .

بجامع ان كلا معنى لا يمنع بقاء الضمان ، اما الاصل فهو الجنون واما  
 الفرع فهو الموت .

ولما كان حكم الاصل هو صحة ابتداء الضمان عن المجنون ، كان حكم الفرع  
 كذلك فلا يمنع الموت صحة الضمان عن الميت وان لم يخلف وفاء أيضا لذلك .

( ٢٠ ) أى فى ذمة المدين .

( ٢١ ) حيث سأل النبي صلى الله عليه وسلم فيه : هل عليه من دين ، فدل على  
 أن ذمته بقيت مشغولة بدينه بعد الموت أيضا .

( ٢٢ ) أى فى الدين الثابت على الميت فى ذمته .

( ٢٣ ) فى الاصل : ولو قتل عبد . / والمعنى لا يستقيم به ، ونائب الفاعل

كما فى نسخة ((ب)) هو من عليه الدين .

واما المصالح على المال : فهو القاتل .

( ٢٤ ) سقط لفظ ( قضاء ) من نسخة ((ب)) .

( ٢٥ ) أى الدين عن الميت المفلس .

بالافلاس لما قضى (٢٦) كالتبرعات (٢٧) ، ولانه باق في حكم الاخرة في الاثم والعقوبة  
 على الماطلة (٢٨) فاذا ثبت هذا ، قلنا : دين لازم (٢٩) فصح ضمانه كسائر الديون . (٣٠)  
 قالوا : دين سقطت المطالبة به بكل حال ، فلم يصح ضمانه ، كالدائن  
 بعد البراءة ودين المكاتب بعد الموت . (٣٢)

---

(٢٦) أى من المال المصالح عنه ، فدل على أن ذمة المدين مشغولة به حيا  
 كان أو ميتا .

(٢٧) فى نسخة ((ب)) : كالبیوعات . / حيث لا يقضى الدين عن الميت عن أموال  
 التبرعات . لانها لا تضاف الى ملك الميت لكون ذمته قد خربت بالموت .  
 أى والحال ان الدين لم يسقط عن الميت بالافلاس ، فجاز أن يضمن عنه بعد  
 موته وان مات مفلسا .

(٢٨) من المطل بفتح فسكون ، وأصله المد والتطويل ، تقول : مطل الحديد  
 ضربها ومدّها لتطول ، وبابه نصر ، ويقال لكل مدود مطول ، فهو  
 يسوف ويمد فى الوقت ويراوغ فى الوعد بالوفاء تهريا من دفع الحق لصاحبه .  
 أنظر المختار ص ٦٢٧ . وفى القاموس ج٤ ص ٥١ : المطل التسويف  
 بالعدة والدين كالامتطال والماطلة والمطال . أهـ .

(٢٩) أى الدين على الميت دين لازم فى ذمته لا يسقط عنه بموته وان مفلسا .

(٣٠) حيث يصح ضمانها قطعاً عن الحي .

بجامع اللزوم فى كل من الاصل وهو سائر الديون ، والفرع وهو دين  
 الميت .

ولما كان حكم الاصل هو صحة ضمان سائر الديون ، كان حكم الفرع  
 كذلك فيصح ضمان دين الميت أيضا لذلك .

(٣١) أى دين الميت المعسر الذى لم يخلف وفاء بدينه .

(٣٢) حيث لا يصح ضمانه بحال اذن .

بجامع سقوط المطالبة به بكل حال ، فى الاصل وهو الدين بعد البراءة ،

ودين المكاتب بعد الموت ، والفرع وهو الدين على الميت المفلس .

ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة ضمان الدين بعد البراءة ودين المكاتب بعد  
 موت المكاتب ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح ضمان دين المفلس أيضا لذلك .

قلنا : لانسلم الوصف ، <sup>(٣٣)</sup> فانه ان ضمنه ضامن وقعت المطالبة به ، ثم الدين بعد البراء قد سقط ، ولهذا لا يصح القضاء عنه ، <sup>(٣٥)</sup> ولا البراء منه ، بخلاف هذا ، <sup>(٣٦)</sup> ودين المكاتب يسقط لانفساخ العقد الذي يجب به الدين ، <sup>(٣٧)</sup> <sup>(٣٨)</sup> وهاهنا <sup>(٣٩)</sup> لا يفسخ العقد الذي وجب به <sup>(٤٠)</sup> الدين ، ولان دين المكاتب لا يصح ضمانه في حال الحياة ، وهذا يصح <sup>(٤١)</sup> .  
قالوا : محل الدين ، العين أو الذمة ، وليس هاهنا <sup>(٤٢)</sup> عين ولا ذمة

---

- ( ٣٣ ) وهو قولهم : ان دين الميت المفلس دين سقطت المطالبة به بكل حال .  
( ٣٤ ) صيانة لمال الغير عن الاضرار من غير موجب ، مع صلاحية ذمة الضامن لتحمله .  
( ٣٥ ) سقط حرف ( لا ) من نسخة (( ب )) .  
( ٣٦ ) أي دين الميت المفلس ، فانه لا زال باقيا في ذمته بعد الموت ، فصح ضمانه عنه لبقائه عليه .  
ولذلك فلا يصح ان يقاس دين الميت المفلس على الدين بعد البراء في عدم صحة الضمان فيهما ، للفارق المذكور .  
( ٣٧ ) في نسخة (( ب )) : الذي به يجب الدين .  
( ٣٨ ) أي لانفساخ عقد الكتابة بموته .  
( ٣٩ ) أي في موت المدين مفلسا .  
( ٤٠ ) في الاصل : الذي وجب له الدين .  
( ٤١ ) أي ضمان دين الميت المفلس .  
والمقصود : ابطال قياسهم المذكور باثبات الفارق بين الاصل والفرع فيه .  
( ٤٢ ) أي في الميت المفلس .

فلم يقدّر دين ، والدليل على أنه لا ذمة <sup>(٤٣)</sup> ، انطو كان له ذمة لم يحل بموته <sup>(٤٤)</sup> ، <sup>(٤٥)</sup> ولوجب ان يجب الدين عليه ابتداء <sup>(٤٦)</sup> .

قلنا : له ذمة صحيحة ، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : ما تنفعه صلاتي وذمته مرتبهة في قبره بدينه ، ولانه لو خلف وفاء فابراه <sup>(٤٧)</sup> من الدين صح ، ولو لم يكن الدين في الذمة وكان قد انتقل الى التركة لما صح ابراءه <sup>(٤٨)</sup> ، كما لا يصح ابراء المحيل بعد الحوالة <sup>(٥٠)</sup> ، وانما حل الدين <sup>(٥١)</sup> لان الاجل للرفق ، ولا رفق

( ٤٣ ) فو نسخة (( ب )) : لا ذمة له . / أى للميت المفلس .

( ٤٤ ) أى الدين .

( ٤٥ ) أى بموت المدين المفلس . أى والحال ان الدين يجب وفاؤه فور موت المدين .

( ٤٦ ) أى ان يضاف الدين الى ذمته بعد موته ، أى والحال انه لا يجوز ذلك فدل على انه لا ذمة للميت فلا يصح الضمان عنه مالم يخلف وفاء .

( ٤٧ ) أى صاحب الدين .

( ٤٨ ) أى ذلك الابراء ، فدل على أن ذمته صحيحة بعد موته . والا لبطل الابراء ، لان ذمته حين مات كانت مشغولة به ، فلا يزول عنها ذلك الانشغال بالابراء

لأنها ليست محلا للتعامل معها بعد الموت لخرابها .

( ٤٩ ) لانه لم يصادف محله ، لفوات الذمة بالموت ان .

( ٥٠ ) لان ذمته خلّيت عن ذلك الدين بالحوالة ، فاذا ابراءه صاحب الدين

منه بعد الحوالة لم يصادف الابراء محلا ، لعدم انشغال الذمة به

بعد ها .

( ٥١ ) أى على المدين بموته .



فى الاجل بعد الموت (٥٢) ، وانما لم يجب الدين عليه (٥٣) ابتداء ، لأن سبب الدين لا يوجد (٥٤) ، على أنه يجوز أن يجب الدين ابتداء ، وهو اذا كان قد حفر بئرا ووقع فيها بهيمة بعد موته (٥٦) .

\* مسألة (١٥٥) : اذا ضمن ألفا ودفع اليه ثوبا يساوى خمس مائة (٢) رجوع بخمس مائة فى أحد (٣) الوجهين ١٥٩/٠ .

(٥٢) لفوات محل الرفق ، وهو المدين .

(٥٣) أى على الميت .

(٥٤) أى بعد الموت ان ليس الميت قادرا على التصرف ، فلا يتصور منه احداث - ما يوجب عليه ضمانا .

(٥٥) فى الاصل ( وعلى انه ) الواو زائدة ، الاولى حذفها ، كما هو الحال فى نسخة ((ب)) .

(٥٦) حيث يجب عليه الضمان فى تركته ، لان حفر البئر سبب تلف البهيمة ، ولم يحدث بعده ما يوجب قطع نسبة هذا السبب اليه ، فأضيف التلف الى أقرب مؤثر ، وهو حافر البئر ، فيضمن ما تلف به لذلك . ومحل تضمينه : هو ما اذا كان متعديا فى الحفر ، بان حفر البئر فى غير ملكه وبغير اذن المالك .

أنظر : شرح المحلى ج ٤ ص ١٤٩ . التبيين ج ٦ ص ١٤٣ . المغنى ج ٨ ص ٤٢٣ .

حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢١٦ .

(١) زاد فى نسخة ((ب)) : ودفع اليه اعنى الضامن . / أى للمضمون له .

(٢) أى وترك المضمون له الخمسمائة المتمثلة لألف ، بان حطها عن الضامن .

(٣) أى رجوع الضامن على المضمون عنه . ومبنى المسألة على : هل يكون ابراء المضمون له الضامن ابراء للمضمون عنه أم لا ؟

وفى نسخة ((ب)) : رجوع بخمسمائة على الذى ضمن عنه . / أى وهى التى دفع الثوب الذى يساويها وتسقط الخمسمائة الاخرى .

(٤) والاصح منهما خلافه . أنظر المنهاج ص ٦٣ . فتح العزيز ج ١ ص ٣٩٢ :

لو ضمن عشرة وأدى خمسة ، وبراءه رب الدين عن الباقي ، لم يرجع الا بالخسة =

وقال أبو حنيفة : يرجع بألف (٥)

لنا : هو أن الضامن كالمقرض (٦) فلا يجوز أن يرجع بالزيادة (٧) . ولأن

المضمون له تبرع عليه (٨) بما تركه ، فلا يرجع به الضامن (٩) كما لو أبرأه (١١)

= المفرومة . وتبقى الخمسة الاخرى على الاصل ، لأن - ابراء الضامن لا يوجب براءة الاصل . أه .

وهو قول المالكية في المشهور : الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٣٥ . الجواهر ج ٢ ص ١١١ . شرح المنح ج ٣ ص ٢٥٥ .

واليه ذهب الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٤٧ ، وقول رب الدين لضا من وهبته ، أى الدين تملك له أى الضامن ، فيرجع به على مضمون عنه ، كما لو دفعه عنه ثم وهبه اياه . أه . وأنظر كشف القناع ج ٣ ص ٣٥٣ .

(٥) ومحل الرجوع عليه بالالف : هو ما اذا صالح الضامن المضمون له على جنس آخر غير جنس الدين ، كثوب عن دنانير ، والا رجع بخمسائة ، كقول الشافعية المذكور .

أنظر الهداية ج ٦ ص ٣٠٨ . التبيين ج ٤ ص ١٥٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١٣٤ . ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٦) فى الاصل : كالمقرض . / وما أثبتناه من نسخة ((ب)) وهو الصحيح .

وانما قاسه على المقرض من حيث ان المقرض لا يأخذ زيادة على ما اقترض ، وكذلك الضامن لا يجوز أن يأخذ زيادة على ما ضمن . فاذا ضمن الف وادى منها خمسمائة وأبرأ المضمون له المضمون عنه من الباقي ، لم يجز للضامن الرجوع بالباقي على المضمون عنه ، لانها زيادة على ما دفعه .

(٧) فى نسخة ((ب)) : ولا يجوز أن يرجع بالزيادة على ما اقترض .

(٨) سقط لفظ (له) من الاصل . / والصواب اثباتها كما فى نسخة ((ب)) .

(٩) أى على الضامن .

(١٠) أى على المضمون عنه .

(١١) أى كما لو أبرأ المضمون له المضمون عنه من الدين كله . حيث يسقط =

قالوا : لو دفع في ثمن الشقص ثوبا يساوى خمسمائة <sup>(١٢)</sup> أخذ لالف مــــن الشفع <sup>(١٣)</sup> ، فكذلك ها هنا <sup>(١٤)</sup> .  
 قلنا : لو أبرأه البائع <sup>(١٥)</sup> من الثمن لم يسقط عن الشفع <sup>(١٦)</sup> ، ولو أبرأه المضمون <sup>(١٧)</sup> له لم يرجع <sup>(١٨)</sup> .

= الضمان عن المضمون عنم بذلك ، فلا يرجع الضامن بشئ من الدين عليه .  
 بجامع ان في كل تبرعا على المضمون عنه ، اما الاصل فهو مالو أبرأ المضمون له المضمون عنه من الدين ، واما الفرع فهو مالو أبرأه من بعضه .  
 ولما كان حكم الاصل هو عدم رجوع الضامن على المضمون عنه بالمضمون اذا أبرأه منه المضمون له ، كان حكم الفرع كذلك فيرجع الضامن بخمسمائة على المضمون عنه أيضا لذلك .

( ١٢ ) في الاصل : لو دفع في ثمن الشقص ، لم يسقط عن خمسمائة . / والمعنى غير واضح ، فاشتتتا مكانه ما في نسخة (( ب )) .  
 ( ١٣ ) أى ان الشريك اذا باع شقصا يساوى الفا بخمسمائة ، محاباة ، وطلبه الشريك الشفع جاز للشريك الحادث وهو المشتري بيعه له بقيمته الاصلية و هي الالف وليس بالثمن الذى اشتراه به . لان الاصل في الشريك الشفع انه يشتري الشقص المشفوع به بقيمته لا بالثمن الذى اشتراه به الشفع الحادث عندهم . قال في التبيين ج ٥ ص ٢٣٩ : وصفتها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ . أه  
 ( ١٤ ) أى في مسألة الضمان حيث يجوز للضامن أخذ ما أبرأه منه المضمون له ، ويرجع بالدين كله على المضمون عنه .

( ١٥ ) أى بائع الشقص اذا أبرأ المشتري من ثمن الشقص كله .  
 ( ١٦ ) أى فلا يأخذه بلا ثمن لكون البائع قد أبرأ المشتري منه ، بل يشتريه بمثل ثمنه .  
 ( ١٧ ) أى أبرأ المضمون له الضامن .  
 ( ١٨ ) أى على المضمون عنه بالمضمون .  
 والمقصود اثبات ان بين الاصل والفرع في قياسهم الضمان على الشفعة قارعا يطل به قياسهم المذكور .

\* مسألة (١٥٦) : لا يجوز شرط الخيار في الضمان <sup>(١)</sup> . ١٥٩/٠ .

وقال أبو حنيفة : يجوز <sup>(٢)</sup> .

لنا : هو انه عقد لا يقصد به المفاينة <sup>(٣)</sup> ، فلا يثبت فيه خيار الشرط <sup>(٤)</sup> ، كالنكاح <sup>(٥)</sup> .  
قالوا : عقد وضع لا يجاب المال ، لا يعتبر فيه القبض في المجلس ، فجاز شرط  
الخيار فيه كالبيع <sup>(٦)</sup> .

---

(١) الام ج٣ ص ٢٣٠ . الوجيز ج١ ص ١٨٥ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٢٥٠ . كشف القناع ج٣ ص ٣٧٠  
وذكر في المغنى ج٤ ص ١٤٤ قولاً آخر انميطل الشرط وتصح الكفالة .  
وربما كان هذا قول ابن حزم أيضاً ، فانه يقول ببطلان شرط الخيار في  
البيع . أنظر المحلى ج٩ ص ٣٢٨ .

(٢) الدر المنقى ج٢ ص ٢٣ باب الخيارات . اشباه ابن نجيم ص ٢١٠ . معين  
الحكام ص ١٥٤ .

(٣) أى ادخال كل من البائع أو المشتري النقص على الآخر في الثمن ، تقول :  
غبنه في البيع والشراء غبنا من باب ضرب مثل غلبه ، فانغبين ، وهو مغبون ،  
أى منقوص في الثمن أو غيره . أنظر المصباح ج٢ ص ٩٤ .

(٤) لانقضاء المعنى الذى شرع فيه الخيار ، وهو تغادى الغبن في البيع .

(٥) حيث لا يثبت فيه خيار الشرط .

بجامع ان كلا عقد لا يقصد به المفاينة ، اما الاصل فهو عقد النكاح ،  
واما الفرع فهو عقد المضاربة .

ولما حكان حكم الاصل عدم ثبوت خيار الشرط في النكاح ، كان حكم  
الفرع كذلك فلا يثبت خيار الشرط في الضمان أيضاً لذلك .

(٦) حيث يجوز فيه شرط الخيار .

بجامع ان كلا عقد وضع لا يجاب المال ، اما الاصل فهو عقد البيع ، واما  
الفرع فهو عقد الضمان .

ولما كان حكم الاصل هو ثبوت شرط الخيار في البيع كان حكم الفرع كذلك فيثبت  
شرط الخيار في عقد الضمان أيضاً لذلك .

قلنا : (٧) البيع يقصد به المفاينة ، فثبت به الخيار لدفع الغبن ، وهذا (٨)  
لا يقصد به الغبن (٩) فهو كالنكاح والخلع . (١٠)

\* مسألة (١٥٧) : لاتصح الكفالة بالبدن (١) ، في أحد القولين (٢) ١٥٩/٠ .

(٧) في نسخة ((ب)) : قالوا -/ وهو خطأ من الناسخ .

(٨) أى عقد الضمان .

(٩) في نسخة ((ب)) : وهذا لا يدفع به الغبن ، كالنكاح والخلع .

(١٠) حيث لا يثبت فيهما شرط الخيار .

بجامع ان كلا عقد لا يقصد به الغبن ، اما الاصل فهو عقد النكاح والخلع .

واما الفرع فهو عقد الضمان .

ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت خيار الشرط في النكاح والخلع ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يثبت فيه شرط الخيار أيضا لذلك .

والمقصود : ان بين الاصل والفرع في قياسهم المذكور فارقا يبطل به .

(١) وهي التزام احضار المفكول الى المفكول له . مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٣ .

ومثل البدن في التسمية به : الجزء الشائع كرمعه ، وما لا يعيش الا به كقلبه وعينه

اذا قصد بها الذات لا العين الجارحة ، بخلاف نحو يده ورجله اذ لا يصح ذلك

مطلقا ، ويستوى في ذلك الحى والميت ، وقيل : لا يكفي في الميت الجزء . أنظر

قليوبي ج ٢ ص ٣٢٧ .

وقد استؤنس في الاحتجاج بصحتها بقوله تعالى ( لن ارسله معكم حتى

تؤتون موثقا من الله لتأتتنى به ) سورة يوسف آية / ٦٦ .

وقد قال الشافعى : كفالة البدن ضعيفة . أى من جهة القياس . أنظر مغنى

المحتاج ج ٢ ص ٢٠٣ .

قال المزنى : وضعف الشافعى كفالة الوجه في موضع واجازها في موضع آخر

الا في الحدود . أه المختصر ص ١٠٩ .

(٢) في نسخة ((ب)) : في أحد الوجهين . / والثانى : تصح . لان الحر لا يدخل

تحت اليد ولا يقدر على تسليمه . أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٣ .

وقيل : انها تصح قولاً واحداً وهى طريقة ابن سريج . أنظر شرح المحلى =

(٣)

وقال أبو حنيفة : تصح .

لنا : هو أنه كفالة بعين<sup>(٤)</sup> ، فلم تصح ، كالكفالة بالودائع والامانات<sup>(٥)</sup> ،

= ج ٢ ص ٣٢٧ وعميرة عليه . المذهب ج ١ ص ٣٤٢ .

وأنظر المسألة في : الام ج ٣ ص ٢٣٠ . المختصر ص ١٠٩ . المنهاج ص ٦٢ :  
المذهب صحة كفالة البدن ، فان كفل بدن من عليه مال لم يشترط العلم  
بقدره ، ويشترط كونه ما يصح ضمانه ، والمذهب صحتها ببدن من عليه  
عقوبة لآدمي كقصاص وحد قذف ومنعها في حدود الله تعالى . أه .

(٣) الهداية ج ٦ ص ٢٨٥ . التبیین ج ٤ ص ١٤٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١٢٤ .

وبصحة الضمان ببدن من عليه مال يقول الحنابلة أيضا دون من عليه حد  
أو قصاص .

شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٥٣ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣٦٣ . المغنى ج ٤ ص ٤١٦  
وهو قول المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٤٤ . الجواهر ج ٢ ص ١١٤ . شرح  
المنح ج ٣ ص ٢٧٢ .

ومنع ابن حزم الكفالة بالوجه مطلقا ، لافى المال ولا فى الحد ولا فى شئ  
من الاشياء .

أنظر المحلى ج ٨ ص ٥٣٧ .

(٤) فى نسخة ((ب)) : لعين .

(٥) حيث لا تصح الكفالة بها .

بجامع ان كلا كفالة بعين ، اما الاصل فهو الكفالة بالودائع والامانات ، واما  
الفرغ فهو الكفالة بالبدن .

ولما كان حكم الاصل هو بطلان الكفالة بالودائع والامانات ، كان حكم  
الفرغ كذلك فلا تصح الكفالة بالبدن أيضا لذلك .

أو كفالة ببدن من عليه الحق ، فأشبه الكفالة ببدن الزوجة والشهود<sup>(٦)</sup> ، ولأنه حق لا يصح أخذ الرهن به ، فلا يصح التكفل به ، قياسا على ما ذكرناه<sup>(٧)</sup> ، ولأنه ضمان عين في الذمة ، فأشبه السلم في ثمره<sup>(٨)</sup> نخلة بعينها<sup>(٩)</sup> ، أو عقد على عين شرط<sup>(١٠)</sup> فيه تأخير التسليم ، فأشبه إذا باع عينا وشرط فيه<sup>(١١)</sup> التأخير .

( ٦ ) حيث لا تجوز الكفالة بينهما .

بجامع أن كلا كفالة ببدن من عليه الحق ، أما الأصل فهو الكفالة ببدن الزوجة والشهود ، وأما الفرع فهو الكفالة بالبدن .  
ولما كان حكم الأصل عدم صحة الكفالة ببدن الزوجة والشهود ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الكفالة بالبدن أيضا لذلك .

( ٧ ) يعنى القياس على الكفالة ببدن الزوجة والشهود .

( ٨ ) سقط لفظ ( ثمرة ) من نسخة (( ب )) .

( ٩ ) حيث لا يجوز لما فيه من غرر تلفها فتقع الخصومة بين المسلم والمسلم اليه .  
بجامع أن كلا ضمان عين في الذمة ، أما الأصل فهو السلم ، وأما الفرع فهو الضمان ،

ولما كان حكم الأصل بطلان السلم في ثمره<sup>نخله</sup> بعينها ، كان حكم الفرع كذلك فتبطل الكفالة بالبدن أيضا لذلك .

( ١٠ ) في نسخة (( ب )) : يشرط .

( ١١ ) حيث لا يجوز شرط التأخير فيه .

بجامع أن كلا عقد على عين شرط فيه تأخير التسليم ، أما الأصل فهو مالو باع عينا وشرط فيه تأخير التسليم ،  
وأما الفرع فهو الكفالة بالبدن ، ولما كان حكم الأصل بطلان عقد البيع إذا شرط فيه تأخير التسليم كان حكم الفرع كذلك فتبطل الكفالة بالبدن أيضا لذلك .

قالوا : روى انه كان لابن عمر على ( ١٢ ) دين ، فكفلت به أم كلثوم ، ( ١٣ ) وان ابن مسعود استتاب قوما ارتدوا فكفلهم عشائهم . ( ١٤ )

( ١٢ ) سقط لفظ ( على ) رضى الله عنه من نسخة (( ب )) . وأنظر ترجمته

فى المسألة رقم ( ٤٠ ) هامش ( ١١ )

وأنظر ترجمة ابن عمر فى المسألة رقم ( ٤ ) هامش ( ٣ )

( ١٣ ) هى أم كلثوم بنت العباس بن عبد المطلب الهاشمية ، أدركت النبى

صلى الله عليه وسلم ، روت عن النبى صلى الله عليه وسلم قوله : اذا اقشعر

جلد العبد من خشية الله تحاتت عنه خطاياه .

أنظر الاصابة ج ٤ ص ٤٩٢ رقم / ١٤٨٢ .

والاثر ضعيف ، قال ابن حزم : لم يصح قط اباحة كفالة الوجه عن صاحب

ولا تابع ، فهى باطل متيقن لا تجوز البتة . أهـ المحلى ج ٨ ص ٥٤١ .

( ١٤ ) رواه البخارى تعليقا ج ٢ ص ٣٨ باب الكفالة فى القرض والديون بالابدان

وغيرها .

فقال : وقال جرير والاشعث لعبد الله بن مسعود فى المرتدين : استتبهم

وكفلهم ، فتابوا وكفلهم عشائهم . أهـ .

ورواه البيهقى ج ٦ ص ٧٧ باب ما جاء فى الكفالة ببدن من عليه الحق ،

باتم من هذا فساق بسنده عن أبى اسحاق عن حارثة بن مضرب ، قال :

صليت الغداة مع عبد الله بن مسعود فذكر قصة ابن النواحة واصحابه وشهادتهم

لمسيمة الكذاب بالرسالة وان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه امر بقتل

ابن النواحة ، ثم استشار الناس فى اولئك النفر ، فقام جرير والاشعث ، فقالا

استتبهم وكفلهم عشائهم ، فاستتابهم فتابوا فكفلهم عشائهم . أهـ . وساقه

المصنف فى المذهب ج ١ ص ٣٤٢ بتمامه .

ورواه ابن حزم أيضا من طريق اسرائيل عن أبى اسحاق عن حارثة بن مضرب

ان ابن مسعود .. الخ . واسرائيل ضعيف .

وروى هذا الاثر من طرق أخرى صحيحة ، لكن ليس فيها انه كفل بهم .

أنظر المحلى ج ٨ ص ٥٣٨ . وما بعدها .

وأنظر ترجمة ابن مسعود فى المسألة رقم ( ٥٩ ) هامش ( ٢٣ ) .



قلنا : أم كلثوم انما تكفلت بالدين لا بالبدن <sup>(١٥)</sup> ، وابن مسعود فعل ذلك احتياطاً لان بعد التوبة لا حق عليهم ، فيحتاج الى الكفالة .  
 قالوا : الحضور حق واجب عليه ، فجاز الكفالة به ، كالدين <sup>(١٦)</sup> .  
 قلنا : <sup>(١٧)</sup> الحضور عند الزوج <sup>(١٨)</sup> حق يجب على الزوجة ، وعلى الشهود لأداء -  
 الشهادة ، ثم لا تجوز الكفالة به <sup>(١٩)</sup> ، ثم ذاك دين فجاز ضمانه في الذممة ،  
 وهذا <sup>(٢١)</sup> عين فلم يجز <sup>(٢٢)</sup> ، ولان الدين يقوم الضامن فيه مقام المضمون عنه في الايفاء  
 وفي البدن لا يقوم الكفيل مقام المكفول به <sup>(٢٣)</sup> .

- ( ١٥ ) سقط قوله ( لا بالبدن ) من نسخة (( ب )) .  
 ( ١٦ ) حيث يجب عليه الحضور الى مجلس القضاء ، لاجله .  
 بجامع ان الحضور حق واجب عليه في كل من الاصل وهو الدين والفرع وهو الكفالة بالبدن .  
 ولما كان حكم الاصل هو صحة الكفالة بالدين ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الكفالة بالبدن أيضاً لذلك .  
 ( ١٧ ) في نسخة (( ب )) : قلنا : يبطل ببدن الزوجة ، ثم ذاك دين . الخ .  
 ( ١٨ ) قوله ( عند الزوج ) زائد لا معنى له .  
 ( ١٩ ) أى ببدن الزوجة والشهود . أى فبطلت العلة التي ذكروا بذلك .  
 ( ٢٠ ) في نسخة (( ب )) : ثم ذلك . / اشارة الى الاصل المقيس عليه عندهم وهو الدين .  
 ( ٢١ ) أى بدن المكفول .  
 ( ٢٢ ) أى فلم يجز قياس احدهما على الاخر للفارق المذكور .  
 ( ٢٣ ) أى وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .

قالوا : البدن يجب تسليمه بالعقود ، فجاز الكفالة به ، كالمال . ( ٢٤ )

قلنا : يطل ببدن الزوجة في النكاح . ( ٢٥ )

---

( ٢٤ ) حيث يجوز الكفالة به .

بجامع وجوب تسليمه بالعقود في كل من الاصل وهو المال والفرع وهو البدن .  
ولما كان حكم الاصل جواز الكفالة بالمال ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز  
الضمان بالبدن أيضا لذلك .

( ٢٥ ) حيث لا يجوز الكفالة به فيه مع كونه يجب على وليها تسليم بدنها بسبب  
عقد النكاح . أى فانتقضت الملة التي جعلوها جامعا في قياسهم المذكور .

« مسائل الشركة (\*) »

\* مسألة (١٥٨) : تصح الشركة على كل ماله مثل (١) ، في أصح الوجهين ١٥٩/٠ (٢) ش

(\*) الشركة بكسر الشين المعجمة واسكان الراء ، وبمعناها أيضا الشـرك ، وتجمع الشركة على شرك بكسر الشين المعجمة وفتح الراء المهملة . أنظر تصحيح التنبيه ص ٧٥ .

تقول شركته في الامر اشركه ، من باب تعب : شركا وشركه ، وزان كلم وكلمة ، بفتح الاول وكسر الثاني : اذا صرت له شريكا .

ويجمع الشريك على شركاء واشراك ، والاصل ان تقول : اشركت فلانا في الامر وفي البيع ، أى جعلته لك شريكا ، ثم خفف المصدر بكسر الأول وسكون الثاني ، واستعمال المخفف اغلب ، فيقال : شرك وشركة ، ككلم وكلمة . أنظر المصباح ج ١ ص ٣٣٣ .

وهو في الشرع : الاجتماع فداستحقاق أو تصرف .

والشركة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع .

اما الكتاب : فقوله تعالى ( فهم شركاء في الثلث ) النساء آية / ١٢ .

وقوله ( وان كثيرا من الخلق ظالمون لغيرهم ) ينفى بعضهم على بعض الا الذين آمنوا

وعملوا الصالحات وقليل ما هم . ) سورة ص آية رقم / ٢٤ .

واما السنة : فماروى أبو داود مرفوعا : يقول الله تعالى : أنا ثالث الشريكين

مالم يخن أحدهما صاحبه ، فاذا خانه خرجت من بينهما . أهـ . وسكت عنه .

سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٥٦ كتاب البيوع ، باب في الشركة ، رقم / ٣٣٨٣ .

وقد اجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة ، واختلفوا في بعض أنواعها .

والشركة قسمان :

الأول : شركة املاك .

الثاني : شركة عقود ، وهذه على خمسة أنواع ،

شركة العنان ، والابدان والوجوه والمضاربة والمفاوضة . أنظر المغنى ج ٥ ص ٣

(١) أى كل ما حصل له كيل أو وزن أو ذرع أو عد .

(٢) المنهاج ص ٦٣ : وتصح - أى شركة العنان - في كل مثل دون المتقوم وقيل =

وقال أبو حنيفة : لا تصح الا على الاثنان . (٣)

لنا : هو انه من ذوات الأمثال ، فأشبه الاثنان . (٤)

= تختص بالنقد المضروب . أه . وقال الفزالي : وإشارة النص الى أنه لا بد وان يكون نقدا كالقراض لان مقصوده التجارة ، والا قيس انه يجوز في كل مال مشترك . أه . ونص الرافعي على أن الجواز أصحهما ، فتح العزيز ج ١ ص ٤٠٧ .

وزهب المالكية الى جوازه بالذهب من كل منهما بشرط التساوى بينهما في الوزن والجودة والرداءة ، وكذا في الفضة ، وتجوز بالعرضين منهما ، وبالعرض من احدهما والنقد من الاخر .

أنظر الخرشي ج ٦ ص ٤٠ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٤٨ و ص ٣٤٩ . شرح المنح ج ٣ ص ٢٨١ و ص ٢٨٢ .

(٣) وزهب محمد وأبو يوسف في احدى الروايتين عنه الى جوازها في الفلوس النافقة أى الرائجة وفي جوازها في التبر وهو الذهب والفضة قبل أن يضربا وفي النقرة وهي القطعة المذابة منهما خلاف .

أنظر الهداية ج ٥ ص ٣٨٩ . التبيين ج ٣ ص ٣١٦ و ص ٣١٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٧١٩ و ص ٧٢٠ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٢٠ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٨٧ .

وذكر في المغنى ج ٥ ص ١٣ .

يجوز أن رواية أخرى عن أحمد أن يكون رأس المال في الشركة والمضاربة عروضاً وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال .

وبصحتها بكل مال له مثل يقول ابن حزم أيضا . المحلى ج ٨ ص ٥٤٥ .

(٤) في نسخة ((ب)) : فأشبه الامثال . / وهو خطأ .

حيث تجوز الشركة على الاثنان قطعا .

بجامع ان كلا من ذوات الامثال ، اما الاصل فهو الاثنان ، واما الفرع فهو

ماله مثل . ولما كان حكم الاصل صحة الشركة على الاثنان كان حكم الفرع كذلك فتصح الشركة على كل ماله مثل أيضا لذلك .

قالوا : عقد يبتغى به طلب النماء ، فلم يجز على غير الاثمان ، كالمضاربة .  
 قلنا : ألا أن في المضاربة يحتاج الى رد رأس المال <sup>(٧)</sup> وربما غلا الطعام  
 فيستغرق جميع الربح <sup>(٨)</sup> ، وربما رخص <sup>(٩)</sup> فيذهب العامل ببعض رأس المال <sup>(١٠)</sup> ،  
 وفي الشركة لا يأخذ واحد منهما شيئا من مال الآخر . <sup>(١١)</sup>

مسألة ( ١٥٩ ) : لا تصح الشركة الا على مالين ، متماثلين . ١٥٩ / ش .

- ( ٥ ) حيث لا تصح الا على الاثمان .  
 بجامع ان كلا عقد يبتغى به الانماء ، اما الاصل فالمضاربة واما الفرع  
 فشركة العنان .  
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز شركة المضاربة في غير الاثمان كان حكم  
 الفرع كذلك فلا تصح شركة العنان على غير الاثمان أيضا لذلك .  
 ( ٦ ) في نسخة (( ب )) : لان في المضاربة . . الخ .  
 ( ٧ ) في الاصل : رد رأس المال . / وهي جمع قلة . وصوابها ان تجعل  
 الهزمة على الواو هكذا : ارؤس . وجمع لكثرة رؤوس . أنظر المختار ص ٢٤٦ .  
 ( ٨ ) أى فيبقى الشريك المضارب ولا شيء له .  
 ( ٩ ) أى الطعام .  
 ( ١٠ ) لانه سيأخذ نصيبه المحدد في المضاربة فربما ضاق الربح عن كفاية  
 نصيبه فيكمله من رأس المال .  
 ( ١١ ) أى فلا يصح قياس شركة العنان على المضاربة للفارق المذكور بينهما .  
 ( ١ ) بان يدفع أحدهما ذهابا والاخر ذهابا ، أو يدفع احدهما فضة والاخر  
 فضة أيضا .  
 أنظر المسألة في : المختصر ص ١٠٩ . فتح العزيز ج ١ ص ٤٠٨ . شرح  
 المحلى ج ٢ ص ٣٣٤ .  
 واجازه المالكي بذهبين أو فضتين أو بعين من أحدهما وعرض من الاخر  
 أو بعرضين لا بذهب وفضة .  
 أنظر الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٤٨ . الجواهر ج ٢ ص ١١٦ . شرح المنح ج ٣ ص ٢٨٦ .  
 ويقول الشافعية يقول ابن حزم . المحلى ج ٨ ص ٥٤٦ .

وقال أبو حنيفة : يصح اذا كان من أحد هما دراهم ومن الآخر دنانير.<sup>(٢)</sup>  
لنا : هو أنهما جنسان فأشبهها<sup>(٣)</sup> الحنطة والشعير،<sup>(٤)</sup> أو مالا<sup>(٥)</sup> لا يتميز  
أحد هما عن الآخر فأشبهه ماقلنا<sup>(٦)</sup>.  
قالوا : هما كالجنس الواحد ، لأنه يثنى بهما<sup>(٧)</sup> الأشياء وتقوم المتلفات<sup>(٨)</sup>.

(٢) خلافا لزفر.

الهداية ج ٥ ص ٣٩٨ : التبيين ج ٣ ص ٣١٨ . مجمع الانهر ج ١ ص ٧٢٢ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٢٠ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٨٨  
المغنى ج ٥ ص ١٤ .

(٣) في نسخة ((ب)) : فأشبهه .

(٤) حيث لا تجوز الشركة عليهما .

بجامع أن كلا جنسان مختلفان ، أما الاصل فهو الحنطة والشعير ، وأما  
الفرع فهو الذ هب والفضة .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة الشركة على الحنطة من أحد هما والشعير من  
الآخر ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا تصح الشركة على أن يكون الذ هب من  
أحد هما والفضة من الآخر أيضا لذلك .

(٥) في الأصل : أو تثمين أحد هما عن الآخر . / وهي غير واضحة .

وفي نسخة ((ب)) : أو مالا يتميز أحد هما عن الآخر .

والصواب زيادة النون في (مالا) تثنية مال ، وهما الذ هب والفضة .

(٦) في نسخة ((ب)) : ماقلناه . / وهو قياسه على الحنطة والشعير .

(٧) أى يعرف بهما ثمن الأشياء ، والثنى محرك الأول والثانى هو ما استحق

به الشيء ، ففي المصباح ج ١ ص ٩٣ ثمنه تثميناً جعلت له ثمنا بالحدس والتخمين . أهـ

(٨) في نسخة ((ب)) : وتقوم بهما المتلفات . / أى فجازت الشركة عليهما .

بجامع تثمين الأشياء وتقوم المتلفات فى كل من الاصل وهو الجنس الواحد

من الاثنان . والفرع وهو الجنس الذ هب والفضة .

ولما كان حكم الاصل جواز الشركة على الجنس الواحد من الشريكين ، كان  
حكم الفرع كذلك فتجوز الشركة على الذ هب من أحد هما والفضة من الآخر أيضا

لذلك .

قلنا : لو كان كالجنس الواحد لحرم فيهما التفاضل <sup>(٩)</sup> ، ولا تفق نصابهما وفرضهما في الزكاة وجاز لمن له على رجل أحدهما <sup>(١١)</sup> فوجد الآخران <sup>(١٢)</sup> يأخذه عندهم <sup>(١٣)</sup> ، ثم هما مختلفان ومتميزان والشركة لا تكون مع التمييز .  
قالوا : الشركة معقودة على الوكالة <sup>(١٤)</sup> ، ولو وكل كل واحد منهما صاحبها أن يشتري بما <sup>(١٥)</sup> معه من النقد <sup>(١٦)</sup> شيئا بينهما جاز ، فكذلك إذا اشتركا <sup>(١٧)</sup> .

- ( ٩ ) أى فى الصرف . أى والحال جواز التفاضل فيهما بشرط القبض فى المجلس .  
( ١٠ ) أى والحال أن ذلك فيهما مختلف ، فنصاب الذهب : عشرون مثقالا ، ونصاب الفضة مائتا درهم ، بوزن مكة . وفرضهما ربع العشر لكل منهما .  
أنظر المنهاج ص ٣١ .  
( ١١ ) بان كان له عليه ذهبا أو فضة ، من قرض أو بيع أو نحو ذلك .  
( ١٢ ) بان كان لن عليه ذهبا فوجد عنده فضة ، أو العكس .  
( ١٣ ) لانهما جنس واحد ، حيث تجمعهما الثمنية . أنظر الهداية ج ٨ ص ٢٠٧ .  
وفى نسخة (( ب )) : ولا يجب عندهم .  
( ١٤ ) وانما شرطت الوكالة فيها ليتحقق المقصود وهو الشركة فى المشتري . لانه لا يقدر أن يدخله فى ملك صاحبه الا بالوكالة منه ، ان لا ولاية له عليه . أهـ  
التبيين ج ٣ ص ٣١٤ .  
( ١٥ ) فى الاصل : أن يستوى . / والصواب ما أثبتناه من نسخة (( ب )) .  
( ١٦ ) أى المعين ، لقوله بما معه من النقد . أى وهو لا يعلم مامعه من النقد هل هو دينار أو درهم .  
( ١٧ ) أى فيجوز أن يشتركا فى المالىين وان اختلف جنسا هما .  
بجامع الانعقاد على الوكالة فى كل من الاصل وهو مالى وكل كل واحد منهما صاحبه أن يشتري بما معه من النقد شيئا بينهما ، والفرع وهو ما اذا اشتركا بما معهما .  
ولما كان حكم الاصل صحة العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز لهما الاشتراك مع اختلاف مالىهما أيضا لذلك .

قلنا : لا نسلم ذلك ،<sup>(١٨)</sup> وانما يجوز اذا وكله بأن يشتري في الذمة<sup>(١٩)</sup> ،  
ومثل هذا<sup>(٢٠)</sup> يجوز في الطعام بأن يوكله أن يشتري بطعام في الذمة عبدا بينهما<sup>(٢١)</sup> ،  
ثم لو عقدا<sup>(٢٢)</sup> الشركة على الطعام لم يجوز<sup>(٢٣)</sup> .

\* مسألة ( ١٦٠ ) : لا تصح الشركة الا بخلط<sup>(١)</sup> المالكين<sup>(٢)</sup> . ١٥٩/ش.

( ١٨ ) أى بأنه اذا وكله في شراء شيء بما عنده من المال ليكون بينهما ، فإن  
تلك الوكالة لا تصح لأنها على مال معين ، وانما لم نسلم بصحته في الوكالة  
فلانسلم بصحته في الشركة أيضا .

( ١٩ ) أى ويكون شركة بينهما فيصح .

( ٢٠ ) أى هذا التوكيل في الذمة .

( ٢١ ) حيث يصح ذلك ويكون العبد شركة بينهما .

( ٢٢ ) في الاصل بالافراد : ( لو عقد ) .

( ٢٣ ) أى عندكم لان الطعام ليس من الاثمان . أنظر الهداية ج ٥ ص ٣٨٩ وعندنا

في أحد الوجهين . أنظر المنهاج ص ٦٣ .

أى فدل على أن الشركة ليست معقودة على الوكالة كما قالوا .

( ١ ) الخلط : الجمع بين أجزاء الشيئين ، سواء كانا مائعين أو جامد يــــن

أو أحدهما مائعا والآخر جامدا ، وهو أعم من المزج .

حيث هو في المائعات خاصة .

أنظر : بصائر التمييز ج ٢ ص ٥٦٠ . المصباح ج ١ ص ١٩١ .

( ٢ ) والمراد بالخلط هنا هو الخلط الذي يعسر معه تمييز مال أحدهما عن الآخر .

وليكن الخلط قبل العقد ، فان تراخى عنه ففي صحته خلاف والظاهر المنع .

ومحل الخلاف المذكور هو ما اذا تراخى عن العقد ولا زال في المجلس والابطال

قطعا .

أنظر : المختصر ص ١٠٩ . فتح العزيز ج ١ ص ٤٠٨ . المنهاج ص ٦٣ .

والى وجوب الخلط أيضا ذهب ابن حزم . المطى ج ٨ ص ٥٤٥ .



وقال أبو حنيفة : تصح من غير خلط<sup>(٣)</sup> .  
لنا : هو أن<sup>(٤)</sup> مال أحد هما متميز<sup>(٥)</sup> عن مال الآخر ، فأشبهه الحنط<sup>(٦)</sup> ،

(٣) خلافا لزفر .

الهداية ج ٥ ص ٤٠ . التبيين ج ٣ ص ٣١٩ . مجمع الانهر ج ١ ص ٧٢٢ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٢١ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٨٨ .  
المغنى ج ٥ ص ١٥٠ .  
والمشهور عند المالكية أن الخلط ليس بشرط في صحة الشركة وان كان شرطا  
في الضمان فيها . وقيل : هو شرط في لزوم العقد والضمان معا .  
والخلط المعتبر عند هم هو الخلط الحسى بأن لم يتميز المالا ن ، أو الحكسى  
بأن تميزا وكانا عند غيرهما أو عند أحدهما .  
أنظر المسألة : الخرشى ج ٦ ص ٤١ . الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٤٩ . شرح  
المنح ج ٣ ص ٢٨٣ .

(٤) في الأصل : هو أنه .

(٥) في نسخة ((ب)) : يتميز . / أى في حال عدم الخلط .

(٦) كذا في الأصل ونسخة ((ب)) . والصواب زيادة لفظ : ( والشعير ) ليتم  
الاستدلال . أنظر المجموع ج ١٣ ص ٨٥ .

حيث لا تصح الشركة عليهما لتمايزها بعد الخلط .

بجامع تميز مال كل منهما عن الآخر . في كل من الأصل وهو الحنطة والشعير  
والفرع وهو سائر الأموال .

ولما كان حكم الأصل هو عدم صحة الشركة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح  
فيما يتميز من الأموال بعد الخلط أيضا لذلك .

ولأنه لو هلك أحد هما <sup>(٧)</sup> هلك من صاحبه <sup>(٨)</sup> ، وان سلم <sup>(٩)</sup> بقى على ملكه ، فلا شركة بينهما فيه ، كما لو لم يتقاولا عليه <sup>(١٠)</sup> ، ولان هذا عقد شركة <sup>(١١)</sup> ولا اشتراك بينهما <sup>(١٢)</sup> فى شئ .

قالوا : عقد على التصرف فى المال ، فانهقد بالقول <sup>(١٣)</sup> ، كالمضاربة <sup>(١٤)</sup> قلنا : <sup>(١٥)</sup> ذلك معقود على تصرف أحدهما ومال <sup>(١٦)</sup> الآخر ، ولهذا سميت مضاربة ، وهذا <sup>(١٧)</sup> معقود على تصرف فى مال مشترك <sup>(١٨)</sup> ، ولهذا سمى شركة

( ٧ ) أى أحد المالين الذين وقعت عليهما الشركة بدون خلط .

( ٨ ) أى فلا يشاركه الآخر فى تحمل الخسارة فيه لانفصاله عن مال الآخر .

( ٩ ) أى مال كل واحد منهما .

( ١٠ ) أى كما لو لم يجريا بينهما فيه عقد الشركة أصلا .

حيث يهلك ان هلك على صاحبه ، وكذا ان سلم بقى على ملك صاحبه .

( ١١ ) أى فيقتضى أن يكون لكل من الشركاء ملك فى كل جزء من المالين .

( ١٢ ) لانفصال ماليهما فيه .

( ١٣ ) أى وان لم يصحبه خلط للمال الذى وقعت عليه الشركة .

( ١٤ ) حيث تتعقد بمجرد القول منهما .

بجامع ان كلا عقد على مال ، اما الاصل فالمضاربة ، واما الفرع فالشركة على مال .

ولما كان حكم الاصل انعقاد شركة المضاربة بالقول ، كان حكم الفرع كذلك فتتعقد الشركة فى المال بالقول وان لم يخلط المال أيضا لذلك .

( ١٥ ) أى عقد المضاربة .

( ١٦ ) فى نسخة (( ب )) : وبمال الآخر .

( ١٧ ) أى الشركة فى المال ، وتسمى شركة العنان بكسر العين المهمة ، قال القراء وابن قتيبة وغيرهما : هى مشتقة من قولك عن الشئ يعنى ، اذا عرض كأنه عن لهما

أى عرض هذا المال فاشتركا فيه . تصحيح التنبيه ص ٧٥ .

ولا اشتراك بينهما<sup>(١٩)</sup>، ولأن العامل في المضاربة يستحق ربح مال غيره، فصح  
بالقول، والشريك يستحق ربح مال نفسه، لا ربح مال غيره<sup>(٢٠)</sup> فلم يحصل  
بالقول<sup>(٢١)</sup>.

قالوا: الشركة وكالة<sup>(٢٢)</sup>، فانهقد تبمجرد القول، كما لو قال: اشتر  
سلعة بيني وبينك<sup>(٢٣)</sup>.

قلنا: هي<sup>(٢٤)</sup> وكالة، ولكن<sup>(٢٥)</sup> في مال مشترك، ولا اشتراك بينهما<sup>(٢٦)</sup>،

(١٨) في نسخة ((ب)): في مال مستو / من التساوى وما في الاصل أولى  
لأنها تصح مع تفاوتهما في رأس المال.

(١٩) أى فيما اذا لم يخطأه.

(٢٠) أى ولا يقال لمال الشركة انه مال للشريك الا اذا كان شريكا في كل جزء  
منه، وذلك لا يكون الا بالخلط.

(٢١) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم الشركة في المال على شركة  
المضاربة في الانعقاد بالقول، والقياس مع الفارق باطل.

(٢٢) أى من كل واحد منهما للآخر في التصرف في المال المشترك بينهما ليكون  
مليستفاد بالتصرف مشتركا بينهما. أنظر الهداية ج ٥ ص ٣٧٩.

(٢٣) حيث ينعقد ذلك بينهما بمجرد القول ويشتركان في السلعة.

بجامع ان كلا وكالة، اما الاصل فهو ما لو قال: اشتر سلعة بيني وبينك  
وأما الفرع فهو الشركة في المال.

ولما كان حكم الاصل هو انعقاده بالقول كان حكم الفرع كذلك فتعقد الشركة  
بالمال بالقول أيضا لذلك.

(٢٤) أى الشركة في المال.

(٢٥) سقط قوله (ولكن) من نسخة ((ب)).

(٢٦) أى وانما يتأتى الاشتراك بينهما في السلعة اذا اشتراها الوكيل بنية الشركة  
بشئ في الذمة.

ولهذا يجوز الوكالة على مال في الذمة<sup>(٢٨)</sup> ولا يجوز الشركة الا على مال حاضر<sup>(٢٩)</sup>،  
ويخالف ما قاسوا عليه ، فان هناك<sup>(٣٠)</sup> العوض يثبت في ذمتها ، فوقع الملك لهما<sup>(٣١)</sup> ،  
وقسم الربح بينهما ، وهما هنا<sup>(٣٢)</sup> المشتري بمال أحدهما ، فلا يشاركه الا خرف في ربحه<sup>(٣٣)</sup>.

\* مسألة ( ١٦١ ) : لا يجوز شرط التفاضل في الربح مع تساوى المالكين<sup>(١)</sup> ، ولا شرط  
التساوى مع تفاضل المالكين<sup>(٣)</sup> . / ١٦٠ .

- ( ٢٧ ) أى كون الشركة منعقدة على مال مشترك .  
( ٢٨ ) لانه يصح للوكيل أن يتحمل عن غيره مالا في الذمة ، اما أن يملك غيره عيناً  
بلا عقد بينهما فلا يصح .  
( ٢٩ ) أى يشتركان فيه ، وهذا يقتضى الخلط .  
( ٣٠ ) أى فى الاصل المقيس عليه وهو مالو قال : اشتر سلعة بينى وبينك . أى وتكون  
شركة بيننا .  
( ٣١ ) أى ابتداء لوقوعه لهما غير متميز لان الذمة تتحمل حقوقا كثيرة فى آن واحد .  
( ٣٢ ) أى فى الشركة على مال لم يخلطاه .  
( ٣٣ ) لعدم مشاركة مال الاخر فى التعرض لخطر الخسارة .  
أى فيبطل قياسهم ، لوجود الفارق المذكورين الاصل والفرع فيه .

( ١ ) فى نسخة ((ب)) : المالكين .

( ٢ ) فى نسخة ((ب)) : ولا بشرط .

( ٣ ) سواء تساويا فى العمل فى الشركة أو تفاوتاً فيه .

المختصر ص ١٠٩ . الوجيز ج ١ ص ١٨٧ . المنهاج ص ٦٤ .

وهو قول المالكية : الخرشي ج ٦ ص ٤٥ . الشرح الصغير ج ٢ ص ١٧٠ .

شرح المنح ج ٣ ص ٣٩٤ .

وبه يقول ابن حزم - المحلى ج ٨ ص ٥٤٦ .

(٤)

وقال أبو حنيفة : يجوز

لنا : هو انهما تساويا في رأس المال فتساويا في الربح ، كحال الاطلاق .  
أو أحد ما تنقضى اليه الشركة ، فلا يجوز شرط<sup>(٨)</sup> التفاضل فيه مع تساوى المال ، كالخسران ،<sup>(٩)</sup>

( ٤ ) خلافا لزفر .

الهداية ج ٥ ص ٣٩٧ وص ٤٠٦ . التبیین ج ٣ ص ٣١٨ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٧٢٦ .  
وهو قول الحنابلة . شرح المنتهى : ٢ ص ٣٢٠ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٨٨ .  
المحرر ج ١ ص ٣٥٤ : والربح في كل شركة على مشروطه . أهد والمفنى :  
ج ٢ ص ٢٣ أيضا .

( ٥ ) أى ولو مع الشرط الفاسد ، فان الشرط في الشركة اذا فسد بقى اذن كسل  
منهما للآخر في التصرف في المال فيوزع الربح بينهما على قدر المالين .

( ٦ ) حيث يتساويان في الربح فيه .

بجامع التساوى في رأس المال في كل من الاصل وهو مالو لم يشترطا شيئا ، والفرع  
وهو مالو اشترطا التفاضل في الربح مع تساوى المالين ، أو التساوى مع تفاضل  
المالين ،

ولما كان حكم الاصل التساوى في الربح فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيتساويان  
في الربح وان اشترطا التفاضل فيه أيضا لذلك .

( ٧ ) صفة لموصوف محدوف تقديره : الربح أحد ما تنقضى اليه الشركة .

( ٨ ) في نسخة (( ب )) : بشرط .

( ٩ ) حيث لا يجوز اشتراط التفاضل فيه .

بجامع ان كلا أحد ما تنقضى اليه الشركة ، اما الاصل فهو الخسران ، واما  
الفرع فهو الربح .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز اشتراط التفاضل في الخسران مع تساوى  
المالين كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز اشتراط التفاضل في الربح  
أيضا لذلك .

ولأنه<sup>(١٠)</sup> شرط جزءا من الربح لمن لا يستحقه بمطلق الشركة،<sup>(١١)</sup> فكان على<sup>(١٢)</sup> قدر المال : كالثمرة<sup>(١٣)</sup> والنتاج .

قالوا : عقد يطلب به الربح يجوز مع تساوى الربح ، فجاز مع التفاضل ، كالقراض<sup>(١٤)</sup>.

(١٠) فى نسخة ((ب)) : أو نقول : شرط لمن لا يستحقه بمطلق الشركة ، فلم يستحقه بالشرط ، كما لو شرط لاجنبى ، ولأنه نماء مال مشترك فكان على قدر . . . الخ . . .

(١١) أى غير المقيدة بشرط التفاضل فى الربح .

(١٢) أى الربح .

(١٣) النتاج بالكسر : اسم يشمل وضع البهائم من الغنم وغيرها . وإذا ولى الانسان ناقة أو شاة ما خضا حتى تضع قيل : نتجها نتجا ، من باب هرب ، فالانسان كالقابلة ، لأنه يتلقى الولد ، ويصلح من شأنه ، فهو ناتج والبهيمة منتوجة والولد نتيجة . أهـ . المصباح ج ٢ ص ٢٥٩ حيث تكون الثمرة والنتاج فى الشركة على قدر رأس المال وهو الشجر والحيوان . بجامعان فى كل شرط جزء من الربح لمن لا يستحقه بمطلق الشركة . أما الاصل فهو الثمرة والنتاج ، وأما الفرع فهو ربح المال . ولما كان حكم الاصل عدم صحة اشتراط الزيادة لاحدهما فى الثمرة ، والنتاج بل يكون الربح بينهما على قدر الشجر والحيوان ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح اشتراط الزيادة فى الربح مع التساوى فى المال أيضا لذلك .

(١٤) أى فى المال ، من باب قاتل ، وهو المضاربة فيه . أنظر المصباح ج ٢ ص ١٥٦ .

وسياتى فى مدخل مسائل القراض بيان معنى المضاربة لغة وشرعا وأدلة مشروعيتها . حيث تجوز فيه الشركة مع التفاضل بينهما فى الربح .

بجامعان كلا عقد يطلب به الربح . أما الاصل فهو عقد القراض - وأما الفرع

فهو عقد الشركة على مال .

ولما كان حكم الاصل هو جواز التفاضل بين الشريكين فى القراض ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز التفاضل فى الشركة على المال أيضا لذلك .

قلنا : يبطل بشركة المفاوضة<sup>(١٥)</sup> . ولان العامل في القراض<sup>(١٦)</sup> يستحق الربح بالشرط في مقابلة عمله ، فحمل على الشرط ، والشريك يستحق<sup>(١٧)</sup> بالمال فحمل على المال يمينه انه لو اطلق القراض استحق العامل بدل عمله<sup>(١٩)</sup> ، ولو اطلق الشركة<sup>(٢٠)</sup> لم يستحق العامل بدل عمله<sup>(٢١)</sup> .

قالوا : ولأننا ندل<sup>(٢٢)</sup> على أن الربح يستحق في الشركة بالعمل ، فنقول : عقد يستحق الربح فيه بالمال فجاز أن يستحق بالعمل ، كالمضاربة<sup>(٢٣)</sup> .

(١٥) أى عندكم ، حيث هى عقد يطلب به الربح ، ثم لا يجوز التفاضل بينهما فيها أنظر الهداية ج ٥ ص ٣٧٩ وشركة المفاوضة : هى أن يعقد الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن ، وان يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر ، بغصب أو بيع أو ضمان .

وهى شركة باطلة . أه المذهب ج ١ ص ٣٤٦ .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : فى المضاربة . / وهى بمعنى القراض أيضا .

(١٧) أى يستحق الربح فى مقابلة ماله .

(١٨) أى الربح .

(١٩) وهو اجرة مثله ، لذلك العمل .

(٢٠) أى شركة المال ، وهى شركة العنان .

(٢١) أى فيما اذا اشتركا فى المال ، وقام احدهما فى الشركة بعمل بدون شرط بينهما فيه .

(٢٢) من الدلائل وهى البرهان .

(٢٣) حيث يستحق المضارب بعض الربح بعمله .

بجامع ان كلا عقد يستحق الربح فيه بالمال ، اما الاصل فهو المضاربة . واما الفسرع فهو الشركة على المال .

ولما كان حكم الاصل هو استحقاق الشريك المضارب بعض الربح بالعمل ، كان حكم الفرع كذلك فيستحق الشريك فى المال بعض الربح بالشرط أيضا لذلك .

قلنا : فى حال الاطلاق يستحق بالمال ولا يستحق بالعمل ، ثم نقسب  
فنقول : فمن أخذ الربح فيه بالمال لم يأخذ بالعمل ، كالمضاربة . ( ٢٤ )  
قالوا : العمل يستحق به الربح ، وقد يكون لاهدهما فضل عمل ، فشرط ( ٢٥ )  
له جزء من الربح . ( ٢٦ )  
قلنا : ولكن فى الشركة لا يستحق بالعمل ، فلا يستحق بفضل العمل ، ( ٢٩ )  
ولان عند هم لو لم يكن له فضل عمل استحق أيضا . ( ٣٠ )

( ٢٤ ) حيث لا يأخذ فيها رب المال الربح بالعمل .  
بجامع أخذ الربح فيه بالمال ، فى كل من الاصل وهو المضاربة والفرع وهو  
الشركة على مال .  
ولما كان حكم الاصل هو عدم أخذ رب المال الربح فيه بالعمل مع أخذه  
اياه بالمال ، كان حكم الفرع كذلك فلا يأخذ الشريك فى المال الربح  
بالعمل مع أخذه اياه بالمال أيضا لذلك .  
( ٢٥ ) أى على شريكه ، وذلك لخبرة له فى العمل دون صاحبه أو لزيادة خبرة له  
فيه .  
( ٢٦ ) فى نسخة (( ب )) : فيشترط له .  
( ٢٧ ) أى فى مقابل ما بذله من العمل للشركة زيادة على صاحبه .  
( ٢٨ ) أى أصلا ، فاذا بذله كان متبرعا به فلا يستحق عليه مالا ، لانه انما يأخذ  
الربح فيها على المال فكان له من الربح فيها بنسبته .  
( ٢٩ ) أى من باب أولى ، لانه اذا انتفى الاصل وهو العمل انتفى الفرع وهو  
الفضل فيه .  
( ٣٠ ) أى استحق جزء من المال ، وان لم يكن له عند هم زيادة عمل على صاحبه  
فى الشركة . فبطل الوصف الذى ذكروا من استحقاقه زيادة فى الربح لزيادة  
منه فى العمل . أنظر فتح القدير ج ٥ ص ٣٩٧ .



قالوا : اذا كان لا حد هما ألف ولآخر ألفان ، فكأنهما اشتركا في ألف ،  
وعقدا القراض في ألف . ( ٣١ )

قلنا : لا يجوز أن يعقد لهما قراض لم يعقدها ( ٣٢ ) ، ثم في القراض اذا اشتركا  
في اليد ، والتصرف ، لم يصح ( ٣٣ ) ، فيجب أن لا يصح هاهنا . ( ٣٤ )

✽ مسألة ( ١٦٢ ) : اذا شرط ( ١ ) أن تكون الخسارة على أحدهما أكثر ،  
بطلت ( ٢ ) الشركة . / ١٦٠ ي .

وقال أبو حنيفة : يبطل الشرط ويصح العقد . ( ٣ )

( ٣١ ) أى فيأخذ نظير عمله في مال القراض .

( ٣٢ ) في نسخة (( ب )) : لم يعقد له . / وانما قال : لم يعقدها ، لانهما اشتركا  
في الحقيقة على المال فقط ، وافترض أنهما اشتركا على مال في ألف من كل منهما  
واشتركا في الالف الثاني من أحدهما على المضاربة ، اخراج للعقد عما أوقعاه  
عليه ، فلا يجوز لذلك .

( ٣٣ ) لان القراض يعتمد بذل المال من احدهما والعمل من الآخر ، فاذا اشتركا  
في العمل لم يعد قراضا ، فلا يصح لاشترائهما في العمل وتفاضلهما في الربح .  
( ٣٤ ) أى في الشركة على المال ، فلا يجوز أن يشتركا في المال ويختلفا في الربح  
أيضا .

( ١ ) في نسخة (( ب )) : اذا شرط .

( ٢ ) ومحل الخلاف اذا كان رأس مالهما متساويا . والا فالخسارة على قدر ماليهما .

المختصر ص ١٠٩ . الوجيز ج ١ ص ١٨٧ . المنهاج ص ٦٤ .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٧ . الجواهر ج ٢ ص ١١٧ .

شرح المنح ج ٣ ص ٢٩٥ .

( ٣ ) أى وتكون الخسارة عليهما بنسبة ماليهما في الشركة .

الهداية ج ٥ ص ٤١٢ وفتح القدير عليه . التبیین ج ٣ ص ٣٢٣ . مجمع الانهر

ج ١ ص ٧٢٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٢٥ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٩٤ ، =

لنا : انه شرط فاسد قارن عقد الشركة ، فأشبهه اذا شرط<sup>(٤)</sup> أن يكون  
الربح أو الخسران كله على أحدهما .<sup>(٥)</sup>

قالوا : ماصح مع الجهالة صح مع الشرط الفاسد ، كالطلاق والعتاق .<sup>(٦)</sup>  
قلنا : الجهل بمقدار الربح<sup>(٧)</sup> أجيز للحاجة ، فلم يمنع<sup>(٨)</sup> الفساد بالشرط ،<sup>(٩)</sup>

= وذكر في المغني ج ٥ ص ٥١ رواية أخرى انها تبطل مع الشرط أيضا .  
وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٥٤٦ .

(٤) فونسخة ((ب)) : اذا شرطا .

(٥) حيث يبطل الشرط والعقد معا .

بجامع ان كلا شرط فاسد قارن عقد الشركة ، اما الاصل فهو مالو شش شرط  
أن يكون الربح أو الخسران كله على أحدهما ، واما الفرع فهو مالو شش شرط  
الخسارة على احدهما أكثر .

ولما كان حكم الاصل بطلان الشرط والعقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل  
الشرط والعقد فيها اذا شرط الخسارة على أحدهما أكثر أيضا لذلك .

(٦) حيث يقعان وان مع الشرط الفاسد .

بجامع الصحة مع الجهالة ، في كل من الاصل وهو الطلاق والعتاق .  
والفرع وهو شرط الخسران على أحد الشريكين أكثر من الآخر مع تساوى  
ماليهما ولما كان حكم الاصل صحة وقوع الطلاق والعتاق مع الشرط الفاسد ،  
كان حكم الفرع كذلك فتصح الشركة مع فساد الشرط فيها أيضا لذلك .

(٧) أى عند عقد الشركة بينهما .

(٨) فونسخة ((ب)) : فلم تمنع الجهالة فيه .

(٩) أى فلم يكن قولنا بصحة عقد الشركة مع الجهالة بمقدار الربح ، موجبا القبول  
بصحتهما مع فساد الشرط ، للفرق بينهما . وهو اغتفار الجهالة بمقدار  
الربح للحاجة ، ولا كذلك في الشرط الفاسد .

كالجهل بأساس الحيطان في البيع (١٠) ويخالف الطلاق والعناق ، فانهما يجوزان  
مع الجهالة من غير حاجة (١١) ولان ذلك (١٢) لا يبطل بشئ من الشروط ،  
وهذا (١٣) يبطل اذا شرط أن يكون الربح كله لا حدهما (١٤)

\* مسألة (١٦٣) : لا تصح شركة الابدان (١) / ١٦٠ .

(١٠) حيث لا يمنع الجهل بها من صحة عقد البيع ، لتعذر الكشف عنها ، لا احتمال  
دخول الضعف عليها به ، فاغفر ذلك فيه للحاجة .

بجامع تحقق الحاجة اليه في كل من الاصل وهو البيع مع الجهل بأساس  
الحيطان ، والفرع وهو الشركة مع الجهل بمقدار الربح .  
ولما كان حكم الاصل هو صحة عقد بيع العقار مع الجهل بأساس الحيطان  
فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الشركة مع الجهل بمقدار الربح فيها  
أيضا لذلك .

(١١) لان الطلاق والعناق فسخ عقد فلا تضره الجهالة ، واما الشركة فانشاء  
عقد للربح فجاز مع الجهالة بالربح لكان الحاجة فيه .

أى فكان قياسكم المذكور باطلا للفارق فيه بين الاصل والفرع .

(١٢) وهو الطلاق والعناق .

(١٣) أى عقد الشركة .

(١٤) أى دون الاخر ، لفساد هذا الشرط . أى وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع  
في قياسهم فيؤكد بطلانه به أيضا .

(١) أى الشركة بالابدان ، فحذفت الباء ، ثم اضيفت الابدان الى شركة .

وانما سميت شركة الابدان : لانهم بذلوا ابدانهم في الأعمال لتحصيل المكاسب .  
وهى ضربان :

الأول : ان يشتركا فيما يتقبلان بابدانهم في ذمههما من العمل ، كالصيادين  
والبقالين والحمالين ، ولو مع اختلاف الصنائع كيقال وحمال .

وما يتقبله احدهما من العمل يصير في ضمانهما يطالبان به ويلزمهما عمله .

الثانى : أن يشتركا في تلك المباحات ، كالاحتشاش والاصطياد والتجسس

على دار الحرب ، أنظر كشف القناع ج ٣ ص ٣١٨ .

وقال أبو حنيفة : تصح . (٢)

لنا : انه (٣) شركة على غير مال موجود ، فأشبهه الشركة على ما يرثسان (٥)

= والخلاف في هذه المسألة يتناولهما معا .

أنظر المسألة : الوجيز ج ١ ص ١٨٧ . المنهاج ص ٦٣ .

وهو قول ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٥٤٢ .

(٢) خلافا لا خدى الروايتين عن زفر . سواء اتحدت صنائعهم وامكنتهم أو اختلفت .

الهداية ج ٥ ص ٤٠٩ . التبیین ج ٣ ص ٣٢٠ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٧٢٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٣٩ . كشف القناع ج ٣ ص ٣١٨ .

وذكر في المغنى ج ٥ ص ٥ في اشتراط اتحاد صنعتها قولين .

واختلف قول المالكية فيها .

فذهب سحنون الى جوازها .

وذهب ابن القاسم الى المنع منها ، الا أن يشتركا في امتلاك الآلتين بسان

اشتركا في شرائها أو ميراثها أو استئجارها من غيرها ليصير ضمانتهما

منهما معا .

ويشترط لصحتها عندهم شروط : ان تتحد صنعتاها أو تتلازما مع اتحاد

المكان والاشتراك في الآلة .

والتساوى أو التقارب في العمل .

أنظر : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٧٢ . الجواهر ج ٢ ص ١٢٠ . شرح المنع ج ٣ ص ٣٠٦ .

(٣) في نسخة ((ب)) : انها .

(٤) أى والمال هو الاصل الذى يتم به التثمين الذى هو فرع عنه ، فاذا انعدم

الاصل وهو المال انعدم الفرع وهو التثمين ، فلا تصح شركة الابدان لذلك .

(٥) حيث لا يجوز الاشتراك على ما سيرثانه قبل موت المورث .

بجامع ان كلا شركة على مال غير موجود . اما الاصل فهو الشركة على ما يرثانه ،

واما الفرع فهو الشركة بالابدان .

ولما كان حكم الاصل هو البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح شركة

الابدان لذلك أيضا .

أو شركة على ما لا مثل له <sup>(٦)</sup> فأشبه الشركة على العروض <sup>(٧)</sup> ، أو شركة معقودة على  
 أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بكسبه <sup>(٨)</sup> ، فأشبه الشركة على  
 الاحتشاش والاصطياد <sup>(٩)</sup> ، أو شركة على منافع أعيان <sup>(١٠)</sup> ، فأشبه الشركة على منافع  
 البهائم <sup>(١١)</sup> .

( ٦ ) وهو الابدان والقدرات ، أى فلم تصح ، لان الشركة يجب أن تكون فيما له  
 مثل فى أحد القولين ، ولا تصح الا فى الاثنان فى القول الآخر . أنظر  
 المنهاج ص ٦٣ .

( ٧ ) حيث لا تصح لتفاوت العروض فى القيمة وعدم امكان الخلط فيها .  
 بجامع ان كلا شركة على ما لا مثل له ، اما الاصل فالشركة على العروض ، واما  
 الفرع فالشركة بالابدان .  
 ولما كان حكم الاصل هو البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الشركة  
 بالابدان أيضا لذلك .

( ٨ ) لان شريكه لا يعينه فى تحصيل الكسب فيه ، فكان ربحه عائدا اليه وحده .

( ٩ ) حيث لا تجوز الشركة فيها ، لانها من المباحات فهى لمن أخذها ، والشركة  
 وكالة من كل منهما لصاحبه فى تحصيل الربح ، والمباحات مملوكة لكل  
 أحد ، فلا يصح التوكيل فيها .  
 بجامع أن كلا عقد على المشاركة فيما يختص كل منهما بكسبه ، اما الاصل فالشركة  
 على الاحتشاش والاصطياد ، واما الفرع فهو الشركة بالابدان .  
 ولما كان حكم الاصل هو البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الشركة بالابدان  
 أيضا لذلك .

( ١٠ ) زاد فى نسخة (( ب )) : على منافع أعيان متميزة .

( ١١ ) حيث لا تصح الشركة عليها .

بجامع ان كلا شركة على منافع أعيان ، اما الاصل فالشركة على منافع البهائم ،  
 واما الفرع فهو شركة الابدان .

ولما كان حكم الاصل بطلان الشركة على منافع البهائم ، كان حكم الفرع كذلك  
 فتبطل شركة الابدان أيضا لذلك .

قالوا : المنافع كالأعيان في جواز العقد ، فكانت كهي في الشركة .<sup>(١٢)</sup>  
 قلنا : العقد يقتضى الملك<sup>(١٣)</sup> ، وهي<sup>(١٤)</sup> كالأعيان في التملك<sup>(١٥)</sup> ، والشركة  
 تقتضى الاشتراك ، ولا اشتراك في المنافع<sup>(١٦)</sup> ، ولهذا العروض كالأشياء<sup>(١٧)</sup> ، والديون  
 كالأعيان<sup>(١٨)</sup> في المعقود<sup>(١٩)</sup> وليس كهي في الشركة<sup>(٢٠)</sup> .  
 قالوا : عقد تبتغى منه الفائدة ، فجاز أن ينمقد على العمل ، كالقراض<sup>(٢١)</sup> .

- ( ١٢ ) أى فكانت المنافع كالأعيان في جواز عقد الشركة عليها .  
 بجامع جواز العقد عليها ، في كل من الأصل وهو الأعيان ، والفرع وهو  
 المنافع .  
 ولما كان حكم الأصل جواز الشركة في الأعيان بأن كانت اشياء ، كان حكم  
 الفرع كذلك فتجوز الشركة على المنافع أيضا لذلك .  
 ( ١٣ ) في نسخة (( ب )) : يقتضى التملك . / أى يقتضى أن يكون المعقود عليه  
 ملكا للعاقد لينتقل ملكه بالعقد عليه الى الطرف الآخر .  
 ( ١٤ ) أى المنافع .  
 ( ١٥ ) أى ولذلك جاز العقد عليها . لا الشركة .  
 ( ١٦ ) في نسخة (( ب )) : والاشتراك بينهما في المنافع .  
 ( ١٧ ) أى في اقتضاءها ملك العين .  
 ( ١٨ ) أى في اقتضاءها ملك المنفعة .  
 ( ١٩ ) أى في جريان العقد عليها في البيع والشراء والاجارة والقرض ونحو ذلك .  
 ( ٢٠ ) أى وليست العروض كالأشياء في الشركة حيث لا تقتضى الاشتراك في  
 الملك ، ولا الديون كالأعيان في الشركة أيضا حيث لا تقتضى الاشتراك  
 في المنفعة فيها .  
 ( ٢١ ) حيث ينمقد على العمل .  
 بجامع ان كلا عقد تبتغى منه الفائدة إما الأصل فالقراض وإما الفرع فشركة  
 الأبدان .  
 ولما كان حكم الأصل جواز انعقد الشركة على العمل في المضاربة ، كان حكم الفرع  
 كذلك ، فيجوز انعقاد الشركة على منافع الأبدان أيضا لذلك .

قلنا : فلا ينعقد على العمل وحده ، (٢٢) كالقراض ، (٢٣) ثم القراض يقتضى العمل ، (٢٤) ولهذا سمي مضاربة لانه (٢٥) يضرب فى الارض والشركة تقتضى الاشتراك ، ولهذا يسمى (٢٦) شركة ، ولا شركة فى المنافع ، (٢٧) ولأن فى القراض احدهما يأخذ نماء ماله ، والاخر بدل عمله ، وهاهنا (٢٨) يأخذ كل واحد (٢٩) منهما كسب صاحبه ، وهذا لا يجوز . (٣١)

( ٢٢ ) أى دون المال . والحال أن شركة الابدان عقد على العمل منهما دون المال ، فلا يصح قياسها على القراض لان عقاده على العمل من أحدهما والمال من الآخر .

( ٢٣ ) حيث لا ينعقد على العمل وحده .

بخاسع ان كلا عقد يبتغى منه المنفعة ، اما الاصل فالقراض ، واما الفرع فهو شركة الابدان ،

ولما كان حكم الاصل عدم انعقاد القراض على العمل وحده ، كان حكم الفرع كذلك فلا تتعقد شركة الابدان على المنفعة وحدها أيضا لذلك .

( ٢٤ ) أى من أحدهما والمال من الآخر .

( ٢٥ ) أى الشريك المضارب الذى يقوم بالعمل فى مال شريكه .

( ٢٦ ) فى نسخة ((ب)) : ولهذا سمي شركة . / أى عقدها .

( ٢٧ ) لانها ليست باعيان من الاموال المثلية ولا من الاشان .

( ٢٨ ) أى فى شركة الابدان .

( ٢٩ ) سقط قوله ( كل واحد ) من نسخة ((ب)) .

( ٣٠ ) لمشاركته له فى كسبه الذى استقل هو بتحصيله وبذل الجهد فيه ، أى

فكانت طريقا لكسب مال الغير بوجه غير مشروع ، وهو عدم المشاركة فى بذل

الجهد فى تحصيله .

( ٣١ ) لما فيه من الاستيلاء على مال الغير بغير حق .

قالوا : تقبل الأعمال <sup>(٣٢)</sup> يصح فيه التوكيل ، فجازت الشركة عليه ، <sup>(٣٣)</sup> كشراء الأموال <sup>(٣٤)</sup> .  
قلنا : لان في الأصل <sup>(٣٥)</sup> ما يشتره يدخل في ملكهما ، <sup>(٣٦)</sup> وما هنا <sup>(٣٧)</sup> ما يتقبله <sup>(٣٨)</sup> ،  
لنفسه ، فلا يشاركه الآخر فيه <sup>(٣٩)</sup> .

قالوا : يضمن كل واحد منهما ما يتقبل الآخر <sup>(٤٠)</sup> ، فاستحق به الأجرة <sup>(٤١)</sup> .

( ٣٢ ) تفعل من القبول ، وهو قبول القيام بالعمل المعقود عليه .

( ٣٣ ) أى على قبول الأعمال .

( ٣٤ ) حيث تجوز الشركة على شراء الأموال .

بجامع صحة التوكيل في كل من الاصل وهو شراء الاموال والفرع وهو تقبل  
الأعمال .

ولما كان حكم الاصل صحة الاشتراك في شراء الأموال ، كان حكم الفرع كذلك  
فيجوز الاشتراك في قبول الأعمال أيضا لذلك .

( ٣٥ ) في الاصل : ( لان في الاجل ) . / والمقصود بالاصل هو المقيس عليه  
وهو شراء الاموال في قياسهم الذي ذكروه .

( ٣٦ ) في نسخة ((ب)) : ما يشتره أحد هما فيدخل . . . الخ .

( ٣٧ ) أى يحكم الشركة ان تقتضى خلط المالين حتى يكونا كمال واحد ، فما يشتره  
أحدهما يدخل في ملكهما معا لذلك .

( ٣٨ ) أى في شركة الابدان .

( ٣٩ ) في نسخة ((ب)) : ما يتقبله هو لنفسه . / أى دون صاحبه .

( ٤٠ ) لأن الشركة بالابدان لا تقتضى الاشتراك في المنفعة ، فكان ما يدخل

ملكا لا حد هما لا يدخل بالضرورة ملكا لصاحبه لذلك .

أى فثبت أن بين الاصل والفرع في قياسهم المذكور فارقا ، فيبطل به .

( ٤١ ) لدخوله على ذمتها معا .

( ٤٢ ) لان شركة الابدان تنعقد على الضمان ، وقد دخل ما يتقبله في ضمانه ، فكان

له مشاركة صاحبه الذي يباشر العمل فيه ، بالاجرة .



كما لو تقبل قصارة ثياب واستعان بغيره فيها. (٤٤)  
 قلنا : لا يضمن (٤٥) لانه ضمان مالم يجب ، (٤٦) وضمان مجهول (٤٧) ولعن لا يعرفه . (٤٨)  
 ثم بالضمن (٤٩) لا يستحق الرجح كمن ضمن للثمن ، والمعهدة فسمى

(٤٣) القصارة بكسر الأول ، اسم الصناعة في تلوين الثياب ، تقول : قصرت الثوب  
 قصرا اذا بهضته ، والفاعل : قصار بالتشديد - أنظر المصباح ج ٢ ص ١٦٣ .  
 وفي المختار ص ٥٣٧ . وقصر الثوب : دقه ، وبابه نصر ، ومنه القصار ، وقصره  
 تقصيرا مثله . أ هـ .  
 وفي القاموس ج ٢ ص ١١٨ . وكشاد - قصار - ومحدث - مقصر - محسود  
 الثياب .

وحرفته القصارة ، بالكسر ، وخشبتة : المقصرة كمكنسة - بكسر الأول - أ هـ .

(٤٤) حيث يستحق عليه الاجرة لاعنته اياه عليها .  
 بجامع ضمان كل واحد منهما ما يتقبله الاخر ، في كل من الاصل وهو مالسو  
 تقبل قصارة ثياب واستعان بغيره بمهما ، والفرع وهو مالو اشتركا باهد انهما .  
 ولما كان حكم الاصل هو استحقاق المستعان به الاجرة لدخوله في ضمان  
 ما يتقبله المستعين ، كان حكم الفرع كذلك فيستحق الشريك بالبدن الاشتراك  
 في الاجرة أيضا لذلك .

(٤٥) بالبناء للمجهول ، أي ما يتقبله كل واحد منهما عن الآخر غير مضمون عليه .

(٤٦) لانه لم يقبضه حيث لم يتقبله بنفسه ، فلا يدخل في ضمانه .

(٤٧) لانه لم يعلم بما أدخله عليه شريكه من الأعمال .

(٤٨) في نسخة ((ب)) : ومن لا يعرفه / لتقبل شريكه العمل عنه فلا يعرف  
 المضمون له .

(٤٩) أي على فرض التسليم بأن كل واحد منهما يضمن ما يتقبله الآخر .

وفي نسخة ((ب)) : ثم بالضمن لا كمن ضمن الثمن . / في الجملة سقط .

( ٥٠ ) البيع ، والقصار ( ٥١ ) يأخذ بدل عمله ، فان المعين قصر له فوجب ( ٥٢ ) له أجر عمله ، وهاهنا ( ٥٣ ) عمل كل واحد منهما ( ٥٤ ) ما استحق عليه ، ( ٥٥ ) فلا يصير بدل عمله ( ٥٦ ) لغيره .

\* مسألة ( ١٦٤ ) : شركة المفاوضة باطلة ( ١ ) . / ١٦٠ ش .

- ( ٥٠ ) حيث لا يستحق الربح بسبب ضمانه الثمن والعهد في البيع .  
 وضمان العهد يسمى أيضا ضمان الدرك ، والعهد تلفة : اسم للوثيقة التي يكتب فيها الشيء . والدرك يسكون الرأى ويفتحها أيضا سمي بذلك لا دراك - الغريم فيه عند ادراك المستحق عين ماله . والدرك لغة المطالبة والتبعة والرجعة . أنظر قليوبى ج ٢ ص ٣٢٥ .  
 ( ٥١ ) فونسخة (( ب )) : والقصار .  
 ( ٥٢ ) فى الأصل : فوهب له عمله . / والصواب ما أثبتناه من نسخة (( ب )) .  
 ( ٥٣ ) أى فى شركة الابدان .  
 ( ٥٤ ) فونسخة (( ب )) منها . / وهو تحريف .  
 ( ٥٥ ) أى من الاجر . وفونسخة (( ب )) : ما استحق الربح عليه الاخر .  
 ( ٥٦ ) أى وهذا فارق ييطل به قياسهم المذكور .

- ( ١ ) بضم الميم وفتح الواو .  
 سميت بذلك من قولهم : تفاوض الرجلان فى الحديث ، اذا شرعا فيه جميعا .  
 وقيل من قولهم : فوضى . أى مستوون . قاله ابن قتيبة . تصحيح التتبيه ص ٧٥ .  
 ومنه قول الأفوه الأودى :  
 لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم . . ولا سراة لهم اذا جهالهم سادوا .  
 وقيل المفاوضة مشتقة من التفويض ، لان كل واحد منهما يفوض أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق ، ولهذا كانت عامة فى جميع التجارات لتحقيق المساواة . =  
 ( ٢ ) الأم ج ٣ ص ٢٣١ قال : ولا أعرف شيئا من الدنيا يكون باطلا ان لم تكن شركة المفاوضة باطلة . أهـ .

وأنظر المختصر ص ١٠٩ . المنهاج ص ٦٣ .

وقال أبو حنيفة : جائزة . ( ٣ )

= أنظر التبيين ج ٣ ص ٣١٤ وعرفها في المذهب ج ١ ص ٣٤٦ بأنها : ان يعقد الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن ، وان يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان . أه .  
 وشركة المفاوضة قسما : كما في كشف القناع ج ٣ ص ٥٢٢ .  
 الأول : ان يدخل فيها الاكساب النادرة كوجدان لقطة أو ركاز أو ما يحصلان عليه من الميراث ، أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو ارش جنائية ، ونحو ذلك وهذا القسم منها فاسد . لما فيه من كثرة الضرر .  
 الثاني : تفويض كل منهما الى صاحبه شراء وبيعا ومضاربة وتوكيلا وابتياعا في الذمة ومسافر بالمال وارتهانا وضمان ما يرى من الأعمال كحدادة وخياطة ونحو ذلك ، فهذا القسم جمع بين شركة العنان والمضاربة والوجوه والابدان . وهي شركة صحيحة .

( ٣ ) أي استحسانا ، والقياس يقتضي بطلانها لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول أيضا .

ويشترط لصحتها أربعة شروط : ان تتضمن وكالة وكفالة ويتساويا في المال والتصرف .

أنظر : الهداية ج ٥ ص ٣٧٩ و ص ٣٨٠ . التبيين ج ٣ ص ٣١٣ . مجمع الأنهر ج ١ ص ٧١٧ .

وزهب الحنابلة الى صحة القسم الثاني منها دون الأول .

أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٤٢ . كشف القناع ج ٣ ص ٥٢٢ . المغنى : ج ٥ ص ٢٢ .

وبجوازها أيضا يقول المالكة ، وجعلوها قسمين : مفاوضة عامة وذلك اذا اطلق كل واحد منها لصاحبه التصرف بكل نوع من أنواع التصرفات بيعا وشراء واخذا وعطا بدون اذن من صاحبه فيه .

ومفاوضة خاصة : وهي التي خص التصرف فيها بنوع معين من التصرفات ، كالرقيق بيعا وشراء واخذا وعطا ونحو ذلك .

أنظر : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٦٨ . الجواهر ج ٢ ص ١١٦ . شرح المنح : ج ٣ ص ٢٨٨ . ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

لنا : هو انها شركة لا تصح بين المسلم والكافر<sup>(٤)</sup> وبين الحر والمكاتب ،  
فأشبه الشركة على العررض<sup>(٥)</sup> ، أو شركة لا تصح مع تفاضل المال ، فأشبه ما قلنا<sup>(٦)</sup> ،  
ولا نها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يملكه من غير<sup>(٧)</sup>  
مال الشركة ، فأشبه الشركة في الميراث ، والهبه والاصطيان<sup>(٨)</sup> ، ولا نهى شركة<sup>(٩)</sup>  
معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يلزم الآخر من غير جهة الشركة ،

(٤) لا اختلافهما في التصرف فالمسلم لا يحل له التجارة بالخير والخنزير  
والميتة ونحو ذلك بخلاف الكافر ، وكذا يختلف المكاتب عن الحر في  
مجالات العمل أيضا .

(٥) حيث لا تصح على العررض لانها غير مثلية ولا اثنان .  
بجامع ان كلا شركة لا تصح بين المسلم والكافر والحر والمكاتب ، اما  
الاصل فهو الشركة على العررض ، واما الفرع فهو شركة المفاوضة .  
ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح شركة  
المفاوضة أيضا لذلك .

(٦) أي فأشبه الشركة على العررض . حيث لا تصح أيضا .  
بجامع ان كلا شركة لا تصح مع تفاضل المال في كل من الاصل وهو الشركة  
على العررض والفرع وهو شركة المفاوضة .  
ولما كان حكم الاصل بطلان الشركة على العررض كان حكم الفرع كذلك فتبطل  
شركة المفاوضة أيضا لذلك .

(٧) في نسخة ((ب)) : من عين .

(٨) حيث لا يجوز الاشتراك فيها .

بجامع ان كلا شركة معقودة على مشاركة كل منهما صاحبه فيما يملكه من غير  
مال الشركة .  
اما الاصل فالشركة في الميراث والهبه والاصطيان . واما الفرع فشركة  
المفاوضة .  
ولما كان حكم الاصل بطلان الشركة فيها ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح  
شركة المفاوضة أيضا لذلك .

فأشبه اذا اشتركا على أن يضمننا ما يجنيان (٩) .

احتجوا : بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ( اذا فاضلتم فأحسنوا المفاوضة فان فيها أعظم اليمين (١٠) ) وأعظم البركة ولا تجادلوا فـان المجادلة من الشيطان (١١) .

قلنا : لا يعرف في أصل (١٢) ثم المراد به اذا تحدثتم ، فان المفاوضة

( ٩ ) حيث لا تصح الشركة على ضمان اروش جناياتهما ، لشدة الضرر فيها .  
بجامع ان كلا شركة معقودة على ضمان كل منهما ما يلزم الآخر من غير جهة الشركة .  
اما الاصل فهو الاشتراك على ضمان الجناية ، واما الفرع فهو شركة المفاوضة .  
ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح شركة المفاوضة أيضا لذلك .

( ١٠ ) في نسخة ((ب)) : الثمن .

( ١١ ) قال الزيلعي : غريب . أهـ النصب ج ٣ ص ٤٧٥ .

وقال ابن حجر : لم أجده . أهـ الدراية ج ٢ ص ١٤٤ . رقم / ٧٥٥ .  
لكن روى ابن ماجه ج ٢ ص ٢٦٨ كتاب التجارات ، باب الشركة والمضاربة .  
رقم / ٢٢٨٩ عن صالح بن صهيب عن أبيه صهيب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثلاث فيهن البركة البيع الى أجل والمقارضة واخلاق البر بالشعير للبيت لا للبيع . أهـ

قال في الزوائد : في اسناده صالح بن صهيب ، مجهول ، وعبد الرحيم ابن داود ، قال العقيلي : حديثه غير محفوظ ، أهـ .  
قال السندی : ونصر بن قاسم ، قال البخاري : حديثه مجهول . أهـ . ابن ماجه في الصفحة المذكورة .

قال في النصب ج ٣ ص ٤٧٥ : ويوجد في بعض نسخ ابن ماجه : "المفاوضة"

عوض المقارضة . أهـ . وايد ابن حجر أيضا في الدراية ج ٢ ص ١٤٤ .

( ١٢ ) قال ابن السهام : وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلا والله أعلم به

هي المحادثة (١٣) ، ولهذا قال : ولا تجادلوا فان المجادلة من الشيطان .

قالوا : هذه الشركة تنتظم ما يصح وهي شركة الابدان والوكالة والضمان ،

فصار (١٤) كشركة العنان (١٥) .

قلنا : شركة الابدان لا تصح . ثم هذه الثلاثة (١٦) تصح بين المسلم

= ولا يثبت به حجة على الخصم . أهـ فتح القدير ج ٥ ص ٣٨١ .

= ثم ذكر حديث ابن ماجة المذكور واختلاف النسخ فيه .

(١٣) في المصباح ج ٢ ص ١٣٩ : تفاوض القوم الحديث : أخذوا فيه . أهـ

وفي اللسان ج ٧ ص ٢١٠ : وفي حديث معاوية ، قال لدغفل بن حنظلة :

بم ضببت ما أرى ؟

قال : بمفاوضة العلماء ،

قال : وما مفاوضة العلماء ؟

قال : كنت اذا لقيت عالما أخذت ماعنده وأعطيته ماعندي ، المفاوضة :

المساواة والمشاركة ، وهي مفاعلة من التفويض ، كأن كل واحد منهما

رد ماعنده الى صاحبه .

أراد محادثة العلماء ومذاكرتهم في العلم . والله أعلم . أهـ .

(١٤) في نسخة ((ب)) : فصارت .

(١٥) في الاصل : ( كشركة العيان ) . والنصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) :

بالنون ، حيث يصح الاشتراك بها .

بجامع انتظامها ما يصح في كل من الاصل وهو شركة العنان ، والفرع

وهو شركة المفاوضة .

ولما كان حكم الاصل صحة شركة العنان لا انتظامها ما يصح وهو الضمان

والوكالة وشركة الابدان ، كان حكم الفرع كذلك فتصح شركة المفاوضة

أيضا لذلك .

(١٦) وهي الوكالة والضمان وشركة الابدان .

والكافر والحر والمكاتب ، ثم الشركة الجامعة لها<sup>(١٧)</sup> لا تصح<sup>(١٨)</sup> ، ولا نها ان تضمنت ما يصح<sup>(١٩)</sup> ، فانها تتضمن ما لا يصح<sup>(٢٠)</sup> وهو ما قلناه فبطل<sup>(٢١)</sup> .

\* مسألة (١٦٥) : شركة الوجوه<sup>(١)</sup> لا تصح<sup>(٢)</sup> . / ١٦٠ ش.

(١٧) أى لهذه الثلاثة فى عقد واحد ، وهو شركة المفاوضة .  
 (١٨) أى فكونها تجمع ما يصح من المعاملات لا يدل على صحتها بذلك ، فإن تلك المعاملات تصح منفردة على فرض التسليم بصحة شركة الابدان ، ولا تصح مجتمعة .

(١٩) وهو الوكالة والضمان .

(٢٠) وهو شركة الابدان .

(٢١) فى نسخة ((ب)) : فبطلت . / أى شركة المفاوضة . وعلى التذكير : فبطل أى قولهم بصحة شركة المفاوضة .

(١) أصلها شركة بالوجوه ، فحذفت الباء ثم اضيفت مثل شركة الابدان . . لانهم بذلوا وجوههم فى البيع والشراء وبذلوا جاههم . والجاه مقلوب من الوجه . أهـ المصباح ج ٢ ص ٣٢٤ .

قال التيهوتى : سميت بذلك لانها يعاملان فيها بوجهيهما . أهـ كشاف

القناع ج ٣ ص ٥١٧ .

وعرفها المصنف فى المذهب ج ١ ص ٣٤٦ بأنها : ان يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فى ربح ما يشتريه بوجهه . أهـ .

وأعرب عنها فى كشاف القناع ج ٣ ص ٥١٧ بقوله : هى أن يشتريا فى ذمتيهما بجاهيهما شيئا يشتركان فى ربحه من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما اشترياه ، فهو بينهما نصفين أو ثلثا أو نحو ذلك ما يتفقان عليه . أهـ

وأما الغزالي فعرفها بقوله : ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون =

(٢) الوجيز ج ١ ص ١٨٧ . المنهاج ص ٦٣ .

وهو قول المالكية : القوانين ص ٣١١ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٦٣ و ٣٦٤ .

الجواهر ج ٢ ص ١٢١ . شرح المنح ج ٣ ص ٣١٤ .

(١) أصلها شركة بالوجوه ، فحذفت الباء ثم اضيفت مثل شركة الابدان . . لانهم

بذلوا وجوههم فى البيع والشراء وبذلوا جاههم . والجاه مقلوب من الوجه . أهـ المصباح ج ٢ ص ٣٢٤ .

قال التيهوتى : سميت بذلك لانها يعاملان فيها بوجهيهما . أهـ كشاف

وقال أبو حنيفة : تصح . ( ٣ )

لنا : ( ٤ ) هو أنها شركة على غير مال ، فأشبهه الشركة في الاحتطاب . ( ٥ )

= له بعضه . أهـ أى فلا تصح ويكون الثمن كله لصاحب الثمن وللآخر

أجر المثل . الوجيز ج ١ ص ١٨٧ .

لكن الأكثر على تعريف الشيرازى والبهوتى ، والنووى فى المنهاج ص ٦٣ ،  
ووصفه الرافعى بأنه أشهر التعريفات . أنظر فتح العزيز ج ١ ص ٤١٦ .

وذكر الزيلعى فى معناها أقوالا منها : لانهما يشتريان من الوجـ  
الذى لا يعرف وقيل : لانهما اذا جلسا ليدبرا أمرهما ينظر كل واحد  
منهما الى وجه صاحبه . التبيين ج ٣ ص ٣٢٢ وهما غريان فى المعنى .

( ٣ ) الهداية ج ٥ ص ٤٠٧ . التبيين ج ٣ ص ٣٢٢ . مجمع الانهر ج ١ ص ٧٢٧ .

وبه يقول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٣٩ . كشاف القناع ج ٣ ص ١٧٥  
وذكر فى المبنى ج ٥ ص ٢٣ انها صحيحة ، الا أن فى جواز تفاوتيهما  
فى الربح روايتان عند الحنابلة فالاكثر على جوازه ، وذهب القاضى الى  
أن الربح يكون على قدر مسكيهما فى المشتري . لان الربح يستحق بالضمان  
ولا تفاضل فى الضمان فلا تفاضل فى الربح .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

( ٤ ) فى نسخة (( ب )) : وقال أبو حنيفة : تصح لانها شركة . . . الخ . . . فأسقط  
قوله : لنا هو أنها .

( ٥ ) حيث لا تصح فيه .

بجامع ان كلا شركة على غير مال ، اما الاصل فهو الشركة فى الاحتطاب  
واما الفرع فهو شركة الوجوه .

ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح شركة الوجوه  
أيضا لذلك .



قالوا : كل واحد منهما وكيل لصاحبه ، فصار كما لو قال : اشتر بيـني وبينك ثوبا<sup>(٦)</sup> .

قلنا : هناك<sup>(٧)</sup> نوى<sup>(٨)</sup> لنفسه ولشريكه ، وها هنا<sup>(٩)</sup> اشترى في الذمة من غير نية ، فصار كالوكيل اذا اشترى من غير نية<sup>(١٠)</sup> .

( ٦ ) حيث يصح ذلك العقد منهما .

بجامع ان كلا منها وكيل لصاحبه ، اما الاصل فهو ما لو قال له : اشتر بيني وبينك ثوبا ، واما الفرع فهو شركة الوجوه .  
ولما كان حكم الاصل هو صحة ذلك العقد ، كان حكم الفرع كذلك ، فتصح شركة الوجوه أيضا لذلك .

( ٧ ) أى فى الاصل المقيس عليه وهو قوله : اشتر بيني وبينك ثوبا .

( ٨ ) فى نسخة (( ب )) : قوى . / وهو تحريف .

( ٩ ) أى فى شركة الوجوه .

( ١٠ ) أى من غير أن ينوى بذلك الشراء انه لموكله ، حيث لا يصح لموكله بل يملكه الوكيل .

بجامع الشراء فى الذمة من غير نية فى كل من الاصل وهو ما لو اشترى الوكيل شيئا من غير أن ينويه لموكله ، والفرع وهو شركة الوجوه .  
ولما كان حكم الاصل عدم صحة ذلك الشراء للموكل ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح شركة الوجوه أيضا لذلك .

والمراد : اثبات فارق بين الاصل والفرع يبطّل به قياسهم المذكور .

\* مسألة (١٦٦) : اذا اشتركا شركة فاسدة<sup>(١)</sup> رجع كل واحد منهما  
باجرة المثل<sup>(٢)</sup> ١٦١/١.

وقال أبو حنيفة : لا يرجع<sup>(٣)</sup>.

لنا : هو انه عقد يبتغى منه الفضل والربح ، فوجب اجرة مثل العمل فى  
الفاسد<sup>(٤)</sup> ، كالقراض<sup>(٥)</sup> ولانه انما بذل العمل لتسليم<sup>(٦)</sup> ماشـ

(١) بان لم تستوف شروط صحتها .

(٢) الوجيز ج١ ص ١٨٧ . المنهاج ص ٦٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٣٢٦ . كشاف القناع ج٣ ص ٤٩٤ .  
وذكر فى المغنى ج٥ ص ١٥ رواية أخرى انما يرجع . ثم قال : والمذهب  
الأول .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج٢ ص ١٧٠ . الجواهر ج٢ ص ١١٧ .  
شرح المنح ج٣ ص ٢٩٥ .

(٣) لكن الذى عند الحنفية ان له اجر مثل مال الآخر فى حال الاشتراك فى شركة  
فاسدة .

أنظر : الهداية ج٥ ص ٤٠٩ . التبيين ج٣ ص ٣٢٢ . مجمع الأنهر :  
ج١ ص ٧٢٨ : قالوا كلهم : ولا تصح شركة فى احتطاب واصطياد واستسقاء  
وكذا فى أخذ كل مباح كالاحتشاش واجتئاء الشار من الجبال . . . والكسب  
للعامل . . . وعليه اجر مثل مال الآخر ، لانه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد ،  
فيجب عليه اجر مثله . أهـ التبيين ج٣ ص ٣٢٣ .

وقد حكى عنهم هذا المذهب ابن قدامة أيضا فى المغنى ج٥ ص ١٥ .

(٤) فى نسخة ((ب)) : فوجب اجر المثل فى العقد الفاسد .

(٥) حيث اذا فسدت المضاربة ثبت للشريك المضارب اجرة عمله فيها .

بجامع ان كلا عقد يبتغى منه الفضل والربح ، اما الاصل فهو القراض واما الفرع  
فهو الشركة على مال .

ولما كان حكم الاصل ثبوت اجر المثل للمضارب فى حال بطلان الشركة ، كان حكم  
الفرع كذلك فيثبت للشريك فى الشركة الفاسدة اجرة المثل أيضا لذلك .

(٦) فى نسخة ((ب)) : ليسلم له .

له من الشروط الفاسدة<sup>(٧)</sup> ، فاذا لم يسلم له رجع الى بدل عمله ، كما لو أجر نفسه بخمر أو خنزير<sup>(٨)</sup> .

قالوا : شركة ، فلا يجب فيها بدل العمل ، كالشركة الصحيحة<sup>(٩)</sup> .  
قلنا : في الأصل<sup>(١٠)</sup> رضى ببذل العمل من غير عوض ، وها هنا<sup>(١١)</sup> لم يرض الا بعوض<sup>(١٢)</sup> ، فاذا لم يسلم له<sup>(١٣)</sup> رجع ببذل العمل<sup>(١٤)</sup> ، ولهذا ففي

(٧) في نسخة ((ب)) : من الشرط الفاسد . / بالافراد .

(٨) حيث يثبت له اجرة المثل . ومحل ذلك اذا كان مسلما .

بجامع ان كلا عقد على تسليم ما شرط له من الشروط الفاسدة ، اما الاصل فهو مالو اجر نفسه بخمر أو خنزير ، واما الفرع فهو مالو وقعت الشركة بينهما فاسدة .

ولما كان حكم الاصل ثبوت مثل اجره له ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت مثل اجره لكل من الشريكين أيضا لذلك .

(٩) حيث لا يثبت فيها بدل العمل لاحد من الشريكين وانما فيها قسمة ارباح بدل المال .

بجامع ان كلا شركة ، اما الاصل فالشركة الصحيحة واما الفرع فالشركة الفاسدة ، ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت اجر المثل للشريك فيها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت له أجر المثل في الشركة الفاسدة أيضا لذلك .

(١٠) وهو المقيس عليه في قياسهم ، أى في الشركة الصحيحة .

(١١) أى في الشركة الفاسدة .

(١٢) لان الشركة انما فسدت بفساد الشرط الذي أدخله أحدهما عليهما والذي استوجب به العوض .

(١٣) أى ذلك العوض المشروط ، لفساد الشركة .

(١٤) وهو اجر المثل .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم فيطل به .

المضاربة الصحيحة لا يرجع ببذل العمل اذا لم يكن ربح ، <sup>(١٥)</sup> وفي الفاسدة  
( ١٦ )  
يرجع .

- 
- ( ١٥ ) لان الاصل انه يأخذ بدل عمله من الربح ، فاذا لم تربح الشركة  
لم يأخذ العامل منها شيئا .
- ( ١٦ ) أى على رب المال بأجرة المثل ، لانه لم يرض الدخول فى الشركة  
الا على عوض .

## ” مسائل القراض ” (\*)

✱ مسألة ( ١٦٧ ) : اذا دفع اليه ثوبا وقال : بعه ، فاذا نض (١) قارضتك عليه ، (٢)

لم يصح . ١٦١ / ٠ .

( \* ) بكسر القاف ، وتسمى أيضا مضاربة .

وهي تسمية أهل العراق ، مأخوذة من الضرب في الأرض والسعى فيها وذلك بالثقل والسفر ، قال تعالى : ( وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله ) سورة المزل آية / ٢٠ .

ويحتمل انها سميت بذلك لضرب كل واحد منهما بسهم في الربح .  
ويسمى أهل الحجاز قراضا ، من القرض وهو القطع ، تقول : قرض الفأر الثوب اذا قطعه ، فكأن ربا المال اقتطع من ماله قطعة ودفعها الى عامل واقتطع له قطعة من ربحها .

وقيل : القراض مشتق من المساواة والموازنة ، تقول : تقارض الشاعران اذا تساويا وتوازنا .

والقراض شرعا هو : ان يدفع اليه مالا يتجر فيه ، والربح مشترك .  
وهو مشروع بالاجماع والقياس ،

اما الاجماع فقد حكاه ابن المنذر وغيره كابن حزم ، أنظر المراتب ص ٩١ ،  
وأنظر رحمة الأمة ص ١٧٥ .

وقد كان ذلك جاريا في عهد صلى الله عليه وسلم واقره ، كما أنــــه  
صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة أم المؤمنين بماله الى الشام قبل البعثة  
وارسلت معه عدها ميسرة .

( ١ ) في نسخة (( ب )) : فاذا نض فقد قارضتك . / واسقط لفظ ( عليه ) .

ومعنى النض عند أهل الحجاز : الدراهم والدنانير ، والناض من الأموال  
هو الذي يتحول عينا بعد ان كان متاعا .

أنظر المختار ص ٦٦٥ والقاموس ج ٢ ص ٣٤٥ .

( ٢ ) فتح العزيز ج ١٢ ص ٧ .

وهو قول المالكية : الخرشي ج ٦ ص ٢٠٥ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٥١ وحاشية  
الدسوقي عليه . شرح المنح ج ٣ ص ٦٦٨ .

وقال أبو حنيفة : ( ٣ )  
يصح .

لنا : أنه عقد لا يجوز على مال مجهول ، ( ٤ ) فلم يجوز تعليقه على شرط  
مستقبل ، ( ٥ ) كالبيع . ( ٦ )

- = واما القياس : فلأن بالناس حاجة اليها ، فان النقد ين لا تنمى الا بالتجارة  
وليس كل من يملكهما يحسن التجارة ، ولا كل من يحسنها له مال .  
وقد قال بها عمرو وعثمان وعلى وابن مسعود وحكيم بن هزام ، ولا مخالف  
لهم من الصحابة .  
أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٠٩ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٩٧ . المراتب :  
ص ٩١ .  
( ٣ ) الهداية ج ٧ ص ٤١٦ . التبيين ج ٥ ص ٥٤ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٢٢ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٣٠ . كشف القناع ج ٣ ص ٥٠٢ .  
المغنى ج ٥ ص ٥٣ .  
واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ١١٦ .  
( ٤ ) وهو ثمن ذلك الثوب ، ان لا يدرى بكم سيباع .  
( ٥ ) وهو قوله : فاذا انض .  
( ٦ ) حيث لا يجوز تعليقه على شرط مستقبل ، ولذلك اشترط فى الصيغة أن تكون  
بلفظ الماضى .  
بجامع ان كلا عقد لا يجوز على مال مجهول ، اما الاصل فهو البيع —  
واما الفرع فهو القراض .  
ولما كان حكم الاصل هو بطلان البيع المعلق على شرط مستقبل ، كان  
حكم الفرع كذلك فلا يجوز تعليق القراض على بيع الثوب وجعل ثمنه قراضا  
أيضا لذلك .

قالوا : يجوز على عوض مجهول ، فأشبهه الطلاق والعتاق .<sup>(٨)</sup>  
 قلنا : يبطل بالنكاح .<sup>(٩)</sup> والمعنى فى الأصل<sup>(١٠)</sup> انه يجوز مع جهالة  
 لا تدعو اليها الحاجة ،<sup>(١١)</sup> وها هنا<sup>(١٢)</sup> لا يجوز<sup>(١٣)</sup> مع جهالة تدعو اليها الحاجة ،<sup>(١٤)</sup>  
 فهي كالبيع ،<sup>(١٥)</sup> يجوز مع الجهل بأساس الحيطان ثم لا يجوز تعليقه على شرط مستقبل .

---

- ( ٧ ) وهو الريح ، حيث لا يعلم ذلك وقت العقد .
- ( ٨ ) حيث يجوز ايقاع الطلاق والعتاق على عوض مجهول .
- بجامع ان كلا عقد يجوز على عوض مجهول ، اما الاصل فالطلاق والعتاق  
 واما الفرع فالقراض .
- ولما كان حكم الاصل صحة ايقاع الطلاق والعتاق على عوض مجهول ، كان  
 حكم الفرع كذلك فيصح القراض على ثمن الثوب أيضا لذلك .
- ( ٩ ) حيث يجوز مع جهالة المهر ، ثم لا يجوز تعليقه على شرط مستقبل ، ولذا  
 كانت صيغته بالماضى .
- ( ١٠ ) أى فى الطلاق والعتاق .
- ( ١١ ) أى يجوز مطلقا ، لانهما فسخ عقد .
- ( ١٢ ) أى فى القراض .
- ( ١٣ ) سقط قوله ( لا ) من نسخة (( ب )) .
- ( ١٤ ) فى نسخة (( ب )) : تدعو الحاجة اليها . / لان القراض انشاء عقد  
 والجهالة تؤثر فى العقود .
- أى فكان هذا فارقا بين الاصل والفرع فى قياسهم فيبطل به .
- ( ١٥ ) حيث يصح مع الجهالة اذا دعت اليها الحاجة .
- بجامع ان فى كل جهالة تدعو الحاجة اليها ، اما الاصل فهو البيع  
 مع الجهل بأساس الحيطان ، واما الفرع فهو القراض .
- ولما كان حكم الاصل عدم صحة البيع اذا علق على شرط مستقبل ، كان حكم  
 الفرع كذلك ، فلا يصح القراض اذا علق على شرط مستقبل أيضا لذلك .

\* مسألة (١٦٨) : اذا شرط أن لا يشتري الا من فلان أو سلعة بعينها

لم تصح المضاربة ١٦١/٠ ي .

وقال أبو حنيفة : تصح (٢)

لنا : هو انه شرط يمنع مقصود القراض (٣) فأشبه اذا شرط أن لا يبيع

الا بما يشتري (٤) أولا يبيع ولا يشتري الا من واحد (٥)

(١) سقط لفظ ( المضاربة ) من نسخة ((ب)) .

أنظر: المختصر ص ١٢٢ . المنهاج ص ٧٤ . الوجيز ج ١ ص ٢٢٢ . ونقل  
الرافعي عن أبي الطيب قولا انه : اذا كان الشخص المعين بياعا لا ينقطع  
عنده المتاع الذي يتجر على نوعه غالبا جاز تعيينه . أه فتح العزيز ج ١٢ ص ١٤ .  
وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٤٨ . الجواهر ج ٢ ص ١٧٢ .  
شرح المنح ج ٣ ص ٦٧٣ . ويشبه أن يكون هذا قول ابن هزم أيضا لقوله :  
ولا يجوز أن يشترط عبدا يعمل معه أو اجيرا يعمل معه أو جزء من الربح  
لفلان لانه شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل . أه وهذا مثله .  
المحلى ج ٩ ص ١١٧ .

(٢) الهداية ج ٧ ص ٤٢٥ . التبيين ج ٥ ص ٥٩ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٣٢٥ .  
وهو قول الحنابلة : المحرر ج ١ ص ٣٥٢ . المغنى ج ٥ ص ٥١ .  
(٣) وهو التوسع في التجارة . أى وفي ذلك تضيق على المضارب في مجالات تجارته .  
وهو خلاف مصلحته لفوات الربح عليه أو لقلته فيه .

(٤) أى برأس<sup>المال</sup> ، حيث لا تصح المضاربة على ذلك لفوات الربح على العامل .

(٥) حيث لا تصح المضاربة على ذلك لما فيه من التضيق على المضارب ، ولعل  
هذا الواحد شحيحا لا يؤمل من ورائه ربح أو ذا بضاعة كاسدة أو قليلة

الرواج .  
والجامع في القياس المذكور هو ان كلا شرط يمنع مقصود المضاربة ، اما الاصل  
فهو مالو شرط عليه أن لا يبيع الا بما يشتري ، أو لا يشتري ولا يبيع الا من  
واحد ، واما الفرع فهو مالو شرط عليه أن لا يشتري الا من فلان .  
ولما كان حكم الاصل هو بطلان المضاربة به ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح  
المضاربة بذلك الشرط أيضا لذلك .



قالوا : اذن فى التجارة يجوز فى نوع<sup>(٦)</sup> ، فجاز فى سلعة بعينها ، كالوكالة<sup>(٧)</sup> .  
 قلنا : السلم يجوز فى نوع<sup>(٨)</sup> ولا يجوز فى ثمر بعينها<sup>(٩)</sup> ، ولان النوع يعم ،  
 فيحصل به المقصود<sup>(١٠)</sup> ، وسلعة بعينها لا يحصل بها المقصود ، لانه ربما يغالى<sup>(١١)</sup>  
 فى ثمنها ، ولا تباع<sup>(١٢)</sup> وفى الوكالة القصد تحصيل<sup>(١٣)</sup> مراد الموكل<sup>(١٤)</sup> ،

---

(٦) أى من الأنواع دون غيرها .

(٧) حيث تجوز فى نوع خاص أو فى سلعة خاصة .

بجامع ان كلا اذن فى التجارة يجوز فى نوع معين ، اما الاصل فهو —  
 الوكالة واما الفرع فهو المضاربة .

ولما كان حكم الاصل صحة الوكالة فى بيع نوع خاص أو سلعة معينة ، كان  
 حكم الفرع كذلك فيجوز اشتراط المضاربة على سلعة أو نوع معينين أيضا  
 لذلك .

(٨) لانه عام فى الافراد ، فاذا تلف بعضها أمكن الاستيفاء من الآخر .

(٩) لا احتمال فواتها بأفة ونحوها فيفوت الحق على صاحبه وهو رب السلم .

والمراد : أن العملة التى ذكروا باطل لمقصورها ، حيث تخلفت فى السلم .

(١٠) وهو الربح الناتج عن الاتجار بالنوع .

(١١) فى نسخة ((ب)) : يغال / بلا ياء والصواب اثباتها ، وفاعل

المغالاة هو ذلك الذى اشترط رب المضاربة التعامل معه .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : أو لا تباع / وفى الحالين المغالاة أو عدم البيع

يفوت على عامل المضاربة الربح الذى يتعلق به أجره ، فلا يستفيد من

المضاربة شيئا .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : يحصل .

(١٤) وهو تحصيل السلعة أو ثمنها له .

والقصد هاهنا<sup>(١٥)</sup> الاشتراك في الربح<sup>(١٦)</sup> ، ولهذا لو وكل في الشراء دون البيع أو في البيع بالثمن الذي اشتراه<sup>(١٧)</sup> جاز ، ولا يجوز هاهنا<sup>(١٨)</sup> .

\* مسألة ( ١٦٩ ) : اذا شرط في القراض جميع الربح لنفسه أو للعامل<sup>(١)</sup> .

بطل . ١٦١ / ٠ .

( ١٥ ) أى في القراض .

( ١٦ ) أى بين العامل ورب المال .

أى فثبت بذلك أن بين الاصل والفرع في قياسهم فارقا فيبطل به .

( ١٧ ) فى نسخة (( ب )) : الذى اشترى جاز .

( ١٨ ) أى فى المضاربة لان الربح هاهنا مقصود العامل ورب المال ، واما فى

الوكالة فهو مقصود الموكل فقط ، ان لاشئ للوكيل منه .

( ١ ) الوجيز ج ١ ص ٢٢٢ . لكن الرافعى فصل فى ذلك فقال : فلو قال

قارضتك على أن يكون جميع الربح لك ففى حكمه وجهان : أحدهما انه

قراض فاسد رعاية للفظ ،

والثانى : انه قراض صحيح رعاية للمعنى . أهـ .

وكذلك قال فى المسألة الاخرى : ولو قال قارضتك على أن الربح كله لى ،

فهو قراض فاسد أو ابضاع ، فيه وجهان . أهـ فتح العزيز ج ١٢ ص ١٨ .

وذكر ذلك النووى أيضا فى المنهاج ص ٧٤ .

ولم يذكر المصنف هذا الخلاف فى التنبيه . أنظر ص ٨١ ولا فى

المهذب أنظر ج ١ ص ٣٨٥ .

ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا فقد قال : ولا يجوز القراض الا بان

يسمى السهم الذى يتقارضان عليه من الربح . . . لانه ان لم يكن هكذا

لم يكن قراضا . أهـ المحلى ج ٩ ص ١١٧ .

وقال أبو حنيفة : ان شرط لنفسه فهو بضاعة<sup>(٢)</sup> وان شرط للعامل فهو قرض.<sup>(٣)</sup>  
لنا : انه صرح بعقد<sup>(٤)</sup> وشرط فيه خلاف ما يقتضيه<sup>(٥)</sup> ، فلا ينعقد به عقد<sup>(٦)</sup>  
آخر ، كما لو باع بلا ثمن<sup>(٧)</sup> لا ينعقد هبة<sup>(٨)</sup> ، أو اجر بلا اجرة ، لا ينعقد عارية<sup>(٩)</sup> .

( ٢ ) البضاعة بكسر الباء هي : القطعة من المال تعد للتجارة ، وإذا جعلته بضاعة لغيرك .

قلت : استبضعته ، وابضعته غيري ، وجمعها بضائع . أنظر المصباح : ج ١ ص ٥٢ .

( ٣ ) الهداية ج ٧ ص ٤١٦ . التبيين ج ٥ ص ٥٣ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٢٢ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٢٨ . كشاف القناع ج ٣ ص ٤٩٨ . المغنى ج ٥ ص ٥٢ .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٤٩ . الجواهر ج ٢ ص ١٧٣ . شرح المنح ج ٣ ص ٦٧٥ .

( ٤ ) في نسخة (( ب )) : لنا هو انه صرح بعقد شرط فيه . . . الخ . / فزان لفظ ( هو ) ونقص الواو من قوله ( وشرط فيه ) .

( ٥ ) وهو الاشتراك في الربح بين العامل ورب المال فإذا نفاه خالف مقتضى المضاربة .

( ٦ ) لا عقد ابضاع ولا عقد قرض أى دين ، بل يبطل بذلك الشرط للمعنى المذكور .

( ٧ ) في نسخة (( ب )) : كما لو باع بثمن لا ينعقد بهبة . / فأسقط أداة النفس وبإثباتها يتم المعنى .

( ٨ ) أى بل يبطل العقد لفقد أحد اركان البيع ، وهو التعاقد ان والتمن والتمن والصيغة .

بجامع ان كلا صرح بعقد وشرط فيه خلاف ما يقتضيه ، اما الأصل فهو مالو باع بلا ثمن ، واما الفرع فهو مالو شرط جميع الربح له أو للعامل في القراض . ولما كان حكم الاصل بطلان عقد البيع أصلا وعدم انعقاده هبة ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل عقد المضاربة ، ولا ينعقد ابضاعا ولا قرضا أيضا لذلك .

( ٩ ) أى بل يبطل العقد أصلا .

قالوا : الحكم يتعلق بمعاني القول<sup>(١٠)</sup> لا بالالفاظ ، كما لو قال لعبد  
بعثك نفسك بألف . فانه يكون عتقا ، وان صرح بالبيع<sup>(١٢)</sup> .  
قلنا : يبطل بما قسنا عليه<sup>(١٣)</sup> ، والمعنى<sup>(١٤)</sup> في العتق انه يصح بلفظ  
البيع ، والقرض لا يصح بلفظ القراض<sup>(١٥)</sup> .

---

- = بجامع ان كلا صرح بعقد وفعل خلاف مقتضاه ، اما الاصل فما لو اجر  
بلا اجرة ، واما الفرع فما لو شرط الربح لنفسه أو للعامل .  
ولما كان حكم الاصل عدم انعقاد الاجارة بعد بطلانها عارية ، كان حكم  
الفرع كذلك فلا ينعقد القراض بعد بطلانه عقد قرض ولا ابضاع أيضا لذلك .  
(١٠) أى والمعنى فى الصورة المذكورة هو انه عقد ابضاع ان شرط الربح لنفسه  
وعقد قرض ان شرطه للعامل ، ولا عبرة بتلفظه بعقد المضاربة .  
(١١) فى نسخة ((ب)) : فلا يكون . / وهو تحريف . وما فى الاصل معناه :  
فانه يكون عتقا أى على مال .  
(١٢) أى فلا يبطل العقد من أصله بل يحمل على العتق على مال .  
بجامع تعلق الحكم بالمعنى دون اللفظ فى كل من الاصل وهو مالو قال  
لعبد : بعثك نفسك بألف ، والفرع وهو مالو شرط الربح كله فى  
المضاربة لنفسه أو للعامل .  
ولما كان حكم الاصل انعقاده على العتق وان صرح بالبيع ، كان حكم  
الفرع كذلك فينعقد على القرض أو الابضاع وان صرح بالمضاربة أيضا لذلك .  
(١٣) وهو مالو باع بلا ثمن حيث لا ينعقد هبة ، أو اجر بلا اجرة حيث لا ينعقد  
عارية ، مع ان المعنى فيهما متقارب ، ثم لم يعتبر ذلك فى انعقاده على  
ما يشبهه من العقود .  
(١٤) أى العلة التى لا جليها وقع العتق وان كان بلفظ البيع .  
(١٥) أى ففارق الاصل الفرع فى قياسهم بذلك ، ولا قياس مع الفارق .

\* مسألة (١٧٠) : نفقة<sup>(١)</sup> العامل في السفر من ماله في أحد القولين<sup>(٢)</sup> . ٥١٦١/ .

(١) النفقة : بفتح الأول والثاني ، من الانفاق وهو الاخراج ، ولا يستعمل ذلك الا في الخير ومقابلته الغرامة .

وهي أى النفقة قسمان : على النفس ، وتقدم على الغير لحديث ( ابدا بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلا هلك ) . أه رواه مسلم . كتاب الزكاة . رقم / ٤١٠ .

والثاني : نفقة على الغير ، وأسباب وجوبها للغير ثلاثة : النكاح والملك ، كالنفقة على الزوجة والرقيق ،

والثالث : القرابة ، كالنفقة على الاقرباء لشمول البعضية لهم . أنظر مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٢٥ .

والنفقة تشمل : الطعام والشراب والكسوة واجرة الركوب ، لانها أمور معتادة ومثله غسل ثيابه واجرة من يخدمه وعلف دابته والد هـن في موضع يحتاج اليه كالحجاز واجرة الحمام والحلاق وقص الشارب ، بخلاف النفقة الطارئة كثمن دواء لان الأصل الصحة ، فلا تجب نفقة المرض وهو طارئ ، على مـال المضاربة .

أنظر التبيين ج ٥ ص ٧٠ .

(٢) ومحل الخلاف : هو ما اذا لم يشترطها العامل على رب العمل .

أنظر : المختصر ص ١٢٢ . الوجيز ج ١ ص ٢٢٤ .

قال في المنهاج ص ٧٤ : لا ينفق منه على نفسه حضرا وكذا سفرا في الأظهر . أه وهو قول الحنابلة ، الا أن اشترطها لنفسه فتجوز حضرا أو سفرا .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٣٢ . كشاف القناع ج ٣ ص ٥٠٧ . المغنى :

ج ٥ ص ٥٠ .

ومنع منه ابن حزم مطلقا : المحلى ج ٩ ص ١١٧ .

( ٣ ) وقال أبو حنيفة : من مال القراض .

( ٤ ) لنا : هو انه نفقة على نفسه ، فلم يكن على رب المال ، كنفقة الحضر ،  
ولان كل مؤونة لا تلزمه ( ٥ ) في الحضر لم تلزمه في السفر ، كثنم الطيب واجرة  
الطبيب ( ٦ ) ولأنه عقد لا يوجب التوارث ، فلا يوجب الانفاق ، كالا جارة . ( ٧ )

( ٣ ) الهداية ج ٧ ص ٤٤٢ . التبيين ج ٥ ص ٧٠ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٣٣ .  
وهو قول المالكية ، ومحلّه : اذا كان المال كثيرا يحتمل تلك النفقة ، ومحل  
الانفاق على الزوجية هو ما اذا لم يبين بها في سفره ذاك . ومحلّه أيضا  
مالم يكن لحج أو أهل أو جهاد .  
أنظر : الخرشي ج ٦ ص ٢١٧ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٥٣٠ . شرح المنح  
ج ٣ ص ٦٨٩ .

( ٤ ) حيث لا تجب في مال المضاربة .  
بجامع ان كلا نفقة على نفسه ، اما الاصل فنفقة الحضر واما الفرع فنفقة السفر ،  
ولما كان حكم الاصل عدم وجوبها في مال المضاربة ، كان حكم الفرع كذلك  
فلا تجب في حال السفر على مال المضاربة أيضا لذلك .

( ٥ ) في نسخة (( ب )) : لا تلزم .

( ٦ ) حيث لا تجب في مال المضاربة أصلا لا في حضر ولا في سفر .  
بجامع ان كلا مؤونة لا تلزم مال المضاربة في الحضر ،  
اما الاصل فاجرة الطبيب وثنم الطيب . واما الفرع فهو نفقة العامل .  
ولما كان حكم الاصل عدم وجوبها في السفر ، كان حكم الفرع كذلك فلا تلزم  
نفقة العامل في السفر أيضا لذلك .

( ٧ ) حيث لا تجب نفقة الاجير على المستأجر .

بجامع ان كلا عقد لا يوجب التوارث ، اما الاصل فالاجارة ، واما الفرع  
فالقراض ولما كان حكم الاصل عدم لزوم الانفاق بالاجارة ، كان حكم الفرع  
كذلك فلا تلزم النفقة بالقراض أيضا لذلك .

قالوا : مؤنة<sup>(٨)</sup> لأجل المضاربة<sup>(٩)</sup> ، فأشبه اجرة الكيال والوزان<sup>(١٠)</sup> .  
 قلنا : ذاك<sup>(١١)</sup> على المال ، فكانت على المالك<sup>(١٢)</sup> ، وهذه<sup>(١٣)</sup> على نفسه ،  
 فكانت في ماله<sup>(١٤)</sup> .  
 قالوا شرط لنفسه الربح ليسلم له ، فإذا جعلنا نفقة السفر الذي تكلفه<sup>(١٥)</sup>

- ( ٨ ) في نسخة ((ب)) : مؤونة . / والمؤونة هي نفقة القوت ، تقول احتمل القائد مؤونة جنوده أى قوتهم ، الفعل منها : مأنة يمأنه ، بالهمزة وبالتسهيل والأول أكثر ، والمؤونة بفتح الميم بعدها همزة مضمومة والجمع مؤونات ، وفيها لغة ثانية : مؤنة بهمزة ساكنة ، والجمع مؤن مثل غرفة وغرف . وثالثة : مؤنة بالواو والجمع مون مثل سورة وسور ، يقال : مأنة يمونه ، من باب قال - أنظر القاموس ج٤ ص ١٢٦ . المصباح ج٢ ص ٢٥٣
- ( ٩ ) لان بها قوام عامل المضاربة وتفرغه لها .
- ( ١٠ ) حيث تجب اجرة ذلك على مال القراض .
- بجامع ان كلا مؤونة لاجل المضاربة ، اما الاصل فهو اجرة الكيال والوزن ، واما الفرع فهو نفقة عامل المضاربة في السفر .
- ولما كان حكم الاصل وجوبها في مال المضاربة ، كان حكم الفرع كذلك فتجب نفقته على مال المضاربة أيضا لذلك .
- ( ١١ ) في نسخة ((ب)) : ذلك . / أى اجرة الوزن والكيل .
- ( ١٢ ) لان المال له .
- ( ١٣ ) أى النفقة في السفر .
- ( ١٤ ) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم فيبطل به .
- ( ١٥ ) في نسخة ((ب)) : الذي تكلفه .

لأجل المال عليه، (١٦) لم يسلم (١٧) له الربح (١٨).

قلنا : يبطل بنفقتة في الحضر، (١٩) ثم هذا (٢٠) يعارضه ان رب المال انما قصد أن يسلم له الربح، فاذا جعلنا النفقة عليه (٢١) ربما اتت على الربح (٢٢) وقد تزيد فيأخذ من رأس المال (٢٣).

قالوا : النفقة في السفر من المال متعارف، فصار كالمشروط (٢٤).  
قلنا : المتعارف أن ينفق ويحتسب من حصته (٢٥).

(١٦) جار ومجرور متعلق بجعلنا .

(١٧) سقط قوله ( يسلم ) من نسخة ((ب)).

(١٨) أى من التعرض للنفاذ بالانفاق منه على نفسه .

(١٩) حيث ينفق على نفسه منه فيتعرض ربحه للنفاذ، فكانت علتهم التي ذكروا

قاصرة، فلا تصلح جامعا بين الاصل والفرع في القياس المذكور.

(٢٠) أى المعنى الذى ذكروا وهو خوف تعرض الربح للنفاذ اذا انفق منه على نفسه في السفر.

(٢١) في الاصل (فاذا جعلنا الربح النفقة عليه) وزيادة الربح لا محل لها، وهى

غير موجودة في نسخة ((ب)).

والضمير فى ( عليه ) عائد الى الربح .

(٢٢) أى فذهبت به ولا يبقى لرب المال منه شيء .

(٢٣) أى وبذلك يتعرض رأس المال للفوات .

(٢٤) أى والقاعدة بأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، أنظر اشباه ابن نجيم ص ٩٩ .

(٢٥) أى من نصيبه من الربح، فينزل العرف منزلة الشرط في العقد .



- قالوا : الربح في مقابلة التجارة<sup>(٢٦)</sup> والنفقة لتسليم نفسه<sup>(٢٧)</sup> كالمهر<sup>(٢٨)</sup>  
في مقابلة الوطى، والنفقة لتسليم النفس.<sup>(٢٩)</sup>  
قلنا : فيجب أن يجب ذلك في الحضر،<sup>(٣٠)</sup> كما قلنا في نفقة المرأة،<sup>(٣١)</sup> ولأن  
النكاح أكد في البذل<sup>(٣٢)</sup> من المضاربة،<sup>(٣٣)</sup> ولهذا يجب جميع البذل<sup>(٣٤)</sup> بالموت<sup>(٣٥)</sup>  
قبل التسليم،<sup>(٣٦)</sup> ولا يجب في المضاربة،<sup>(٣٧)</sup> ولأن النكاح

- (٢٦) التجارة هنا مصدر في معنى الاتجار وهو فعل التجارة .  
(٢٧) أى لحبسها على استثمار مال المضاربة .  
(٢٨) حيث يعطى للزوجة .  
(٢٩) أى لحبسها نفسها على متعة الزوج وخدمته .  
(٣٠) أى والحال انكم لا تقولون ذلك ، فدل على بطلان العلة التي ذكرتموها  
لقصورها على محل حكم الاصل حيث قد تخلفت في الفرع .  
(٣١) انها تجب على الزوج مطلقا سواء كانت الزوجة في سفر أو حضر ، مادام  
انها مسلمة نفسها وحابستها عليه .  
(٣٢) أى في بذل النفقة .  
وفي نسخة ((ب)) : في البذل . / بالبدال المهمة .  
(٣٣) لانه حبس دائم على مصلحة الرجل سفرا وحضرا . واما المضاربة فالحبس  
على شغل المضاربة انما يكون في السفر دون الحضر ان لولا المضاربة  
لما سافر ، بخلاف الحضر حيث يعمل فيه بالمضاربة وغيرها .  
(٣٤) وهو المهر .  
(٣٥) أى بموت الزوج .  
(٣٦) لان عقد النكاح قد تم ، وعدم الدخول حصل بسبب لا دخل لها فيه  
فثبت لها المهر كله بتسليم نفسها .  
(٣٧) أى قبل تسليم المضارب نفسه وحبسها على عمل المضاربة .

أخذ شبهها من النسب ، ( ٣٨ ) إلا ترى انه يستحق به الميراث بخلاف المضاربة . ( ٣٩ )

\* مسألة ( ١٧١ ) : اذا اشترى المضارب زوج صاحبة ( ١ ) المال ، لم يصح  
الشراء في أحد القولين . / ١٦١ ش .

وقال أبو حنيفة : يصح . ( ٣ )

( ٣٨ ) أى ولذلك استحققت به المرأة النفقة بكل حال حضرا وسفرا .

( ٣٩ ) حيث الصلة بين المضارب ورب المال محدودة فى عمل المضاربة وربحها ،  
فهى أضعف من صلة النكاح بين الزوج والزوجة . وبناءً على ذلك فان قياسهم  
المضاربة على النكاح قياس مع الفارق .

( ١ ) الزوج هو البعل ( وهذا بعل شىخا ) . والزوج يطلق فى اللغة على  
الذكر ، وعلى الانثى ، قال تعالى ( وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة )  
سورة البقرة آية / ٣٥ .

أنظر المختار ص ٢٧٨ . والمقصود هنا البعل وهو الرجل .  
( ٢ ) وهذا أظهرهما ، وقد ذكرهما فى الوجيز وشرحه بانهما وجهان لا قولين ،  
ومحل عدم الصحة : اذا لم تأذن ربة المال بذلك .  
أنظر : الوجيز ج ١ ص ٢٢٣ . فتح العزيز ج ١٢ ص ٣٧ . المنهاج ص ٧٤ .

( ٣ ) أى وينفسخ النكاح فيهما ، لا متلاك أحد الزوجين للآخر .

حاشية الشلسى على التبيين ج ٥ ص ٦٠ وج ٤ ص ٢٥٦ من التبيين . مجمع  
الأنهر ج ٢ ص ٢٧ . فى الوكالة .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٣١ . كشاف القناع ج ٣ ص ٥٠٤ .  
ولم أقف على قول المالكية صريحا ، لكنهم ان يوجبون على الوكيل التصرف بما  
يعود على الموكل بالمصلحة وشراء زوج صاحبة المال ليس من مصلحتها  
لما يؤدى اليه من فسخ النكاح . كان القول بعدم صحة هذا العقد قولا لهم  
أيضا . أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ١٨٤ .

واما ابن حزم فيوجب على الوكيل التقيد بأمر الموكل فلا يتعداه وان كان  
فى تعديه مصلحة الموكل ، فان فعل أو اشترى مالم يأمر به ، فلا يلزم الموكل ،  
وانما يلزم الوكيل وحده . أنظر : المحلى ج ٩ ص ١١٣ والتى تليها .

لنا : انه عقد ، عليها فيه ضرر ، فلم يملكه المضارب ، كسراء من يعتق عليها (٤) .

قالوا : يصح للبيع وطلب الربح ، فأشبهه غيره (٥) .

قلنا : لا ضرر عليها في شراء غيره (٦) ، وفي شرائه ضرر ، ولأنه يسقط مهرها

ونفقتها واستمتاعها (٨) ، والقصد بالمضاربة المنفعة لا المصرة .

\* مسألة (١٧٢) : اذا فسخا وهناك دين ، وجب على المضارب اقتضاؤه (١) / ١٦١ ش .

( ٤ ) حيث لا يصح ذلك العقد .

بجامع ان كلا عقد فيه ضرر على رب المال ، اما الاصل فما لو اشترى من

يعتق على رب المال ، واما الفرع فما لو اشترى زوج رب المال .

ولما كان حكم الاصل بطلان ذلك العقد ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح

شراء زوج صاحبة المال أيضا لذلك .

( ٥ ) أى غير الزوج ، حيث يصح شراؤه .

بجامع ان كلا محل للبيع وطلب الربح ، اما الاصل فما عدا زوج صاحبة

المال واما الفرع فهو زوج صاحبة المال .

ولما كان حكم الاصل الصحة ، كان حكم الفرع كذلك فيصح شراء زوج صاحبة

المال أيضا لذلك .

( ٦ ) لكونه محلا للربح منه .

( ٧ ) أى الزوج .

( ٨ ) لا نفساخ عقد نكاحها به ، ان لا يجوز أن يكون أحد الزوجين ملكا للآخر .

( ١ ) أى استيفاؤه ممن وجب عليه ، تقول : اقتضى فلان دينه وتقاضاه بمعنى .

أى قبضه . أنظر المختار ص ٥٤١ . القاموس ج ٤ ص ٣٧٩ .

وأنظر المسألة في : المنهاج ص ٧٤ . فتح العزيز ج ١٢ ص ٧٣ . والحجة فيه :

ان الدين ملك ناقص وقد أخذ العامل المال من ربه كاملا فليرده كما أخذه .

( ٢ )

وقال أبو حنيفة : ان لم يكن فى المال ربح لم يجب .

( ٣ )

لنا : هو أنه دين فوجب على العامل اقتضاؤه ، كما لو كان فى المال ربح .

قالوا : ليس له عليه ولاية ، فلا يجبره على اقتضاء دينه من غير عوض ، كالوكيل ( ٤ ) .

( ٥ )

قلنا : الوكيل لا يلزمه ببدل ( ٦ ) ، والعامل يلزمه مع الربح ، فلزمه من غير عوض .

( ٢ ) الهداية ج ٧ ص ٤٣٧ . التبيين ج ٥ ص ٦٧ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٣١ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٣٥ . كشف القناع ج ٣ ص ٥١٢ .

المغنى ج ٥ ص ٤٧ .

ولم أقف على قول المالكية وابن حزم فى ذلك .

( ٣ ) حيث يجب عليه اقتضاؤه .

بجامع ان كلا دين ، اما الاصل فهو ما لو كان فى المال ربح واما الفرع فهو ما لو لم يكن فيه ربح ولما كان حكم الاصل وجوب الاقتضاء فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب اقتضاؤه وان لم يكن فيه ربح أيضا لذلك .

( ٤ ) حيث لا يجبره الموكل على اقتضاء الدين عما وكل فيه .

بجامع انعدام الولاية عليه فى كل من الاصل وهو الوكيل والفرع وهو عامل المضاربة ، ولما كان حكم الاصل عدم اجبار الوكيل على اقتضاء دين الوكالة كان حكم الفرع كذلك فلا يجبر العامل فى المضاربة على اقتضاء الدين أيضا لذلك .

( ٥ ) من قوله ( قلنا ) الى نهاية المسألة ساقط من نسخة (( ب )) .

( ٦ ) أى لا يلزمه اقتضاء دين الوكالة وان بذل له الموكل بدلا على ذلك .

( ٧ ) وهو ما لو لم يكن فى المال ربح .

”مسائل المأذون“ (\*)

\* مسألة (١٧٣) : العبد يملك اذا ملك . (١) في قوله القدِيم . / ١٦١ ش . (٢)

(\*) اسم مفعول من الاذن ، تقول : اذن بكذا كسمع اذنا بكسر الهمزة وسكون  
الذال المعجمة ويجوز تحريكها ، وأذا نا واذا نة : علم به ، ومنه قول تعالى  
( فانوا بحرب ) أى كونوا على علم بها ، وآذنه للأمر وبه أعلمه . أنظر  
القاموس ج٤ ص ١٩٥ .

والاذن : الاباحة ، تقول اذن لمكذا اذا اباحه له ، فهو مأذون له فيه ،  
الا أن الفقهاء يحذفون الصلة (له) تخفيفا ، فيقولون المأذون ، كما قالوا فى  
الحجر : محجور : يحذف الصلة ، والاصل محجور عليه . أنظر المصباح ج١ ص ١٣ .  
وتعريف الاذن فى الشرع : هو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناولـه  
الاذن . وقيل فى تعريفه أيضا : فك الحجر واسقاط الحق . ومن وقع عليه ذلك يقال له  
مأذون . بمعنى أن العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى ، فاذا اذن  
له المولى اسقط حق نفسه . أى أن المولى كان له حق فى رقبة العبد ، فقبل  
الاذن لا تتعلق الديون برقبته ولا بكسبه ، وبعد الاذن يسقط هذا الحق  
وتتعلق الديون بها .

ومثل العبد أيضا الصبى والمعتوه . وذلك فيما اذا اذن لهما وليهما بالتصرف  
بيما وشراء ونحو ذلك . أنظر الكفاية ج٨ ص ٢١١ . والهداية ج٨ ص ٢٣٩ .  
وفى معنى المحتاج ج٢ ص ٩٩ . تصرفات الرقيق ثلاثة أقسام : ما لا ينفذ وان اذن  
فيه السيد ، كالولايات والشهادات ، وما ينفذ بغير اذنه كالعبادات والطلاق  
والخلع ، وما يتوقف على اذنه ، كالبيع والاجارة ، وهذا هو مقصود الحاب . أهـ .

(١) بالبناء للمجهول ، أى اذا اذن له سيده بالتملك .

(٢) وهو خلاف الاظهر .

المنهاج ص ٥٢ . الوجيز ج١ ص ١٥٢ . تحت عنوان مداينة العبيد من

كتاب البيع . فتح العزيز ج٩ ص ١٤٧ .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج٢ ص ١٤٣ فى كتاب الحجر : والمأذون  
من اذن له سيده ان يتجر فى مال نفسه ، والريح له أو لسيده أو فى  
مال السيد والريح للعبد . أهـ

وقال أبو حميفة : لا يملك .<sup>(٣)</sup>

لنا : ماروى ابن عمر<sup>(٤)</sup> أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ( من أعتق عبدا وله مال ، فماله للعبد الا أن يستثنيه السيد )<sup>(٥)</sup> ولأنه آدمى حى ، فجاز أن يملك المال ، كالحرة ، ولأنه أحد سبعى اباحة الوطئ فملك به العبد ،<sup>(٦)</sup>

= وأنظر الجواهر ج ٢ ص ١٠٠ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٠٣ و ص ٣٠٤ . شرح المنح ج ٣ ص ١٨٧ ، وأنظر القوانين ص ٣١٧ : وهو - أى العبد - يملك ماله الا أنه ملك ناقص عن ملك الحر لان للسيد انتزاعه منه متى شاء اجماعا . أهـ . وذ هب ابن حزم الى صحة تملك العبد والامة مالم ينتزع سيدهما مالهما . أنظر المحلى ج ٩ ص ٢٤٢ .

( ٣ ) المبسوط ج ٥ ص ٢٠٢ .

وللحنابلة فيهما روايتان كالمذهبيين . أنظر المحرر ج ١ ص ٣٤٨ وفى المغنى ج ٤ ص ١٣١ .

قال : الثانية : يملك ، وهى أصح عندى . أهـ .

( ٤ ) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب - أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ٤ ) هامش ( ٣ )

( ٥ ) سقط لفظ ( السيد ) من نسخة ((ب)) .

والحديث رواه البيهقى ج ٥ ص ٣٢٥ كتاب البيوع باب ما جاء فى مال العبد ، ولفظه عن عبد الله بن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : من أعتق عبدا فماله له الا ان يشترط السيد ماله فيكون له . وفى رواية أبى سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم ، والباقي سواء ، قال : ورواه ابن وهب عن ابن لهيعة والليث بن سعد ، وقال فى لفظه : من أعتق عبدا وله مال فمال العبد له الا - أن يشترط السيد . أهـ .

ولم يتعقبه صاحب الجواهر النقى بشئ .

( ٦ ) حيث يملك المال قطعا .

بجامع ان كلا آدمى حى ، اما الاصل فهو الحر واما الفرع فهو العبد . ولما كان حكم الاصل صحة امتلاك الحر للمال كان حكم الفرع كذلك فيصح امتلاك العبد له أيضا لذلك .

كالنكاح (٧) أو من ملك البضع (٨) ملك المال ، كالحرة (٩) ولأنه يملك البضع فملك  
البذل عنه في الخلع ، كالحرة (١٠) .

فان قيل : البضع تدعو الحاجة الى ملكه لانه لا يستباح (١٢) بالاباحة ، ولا حاجة  
الى ملك المال ، لان مقصوده يستباح بالاباحة . (١٣)

(٧) حيث يملكه العبد أيضا .

بجامع ان كلا أحد سببي اباحة الوطء ، اما الاصل فالنكاح واما الفرع فالملك  
ولما كان حكم الاصل امتلاك العبد اياه ، كان حكم الفرع كذلك فيملك العبد  
المال أيضا لذلك .

(٨) البضع : بضم فسكون يطلق على الفرج والجماع والتزويج .

والمقصود الثاني . أنظر المصباح ج ١ ص ٥٧ .

(٩) حيث يملك المال .

بجامع صحة ملك البضع فيه كل ، اما الاصل فهو الحر واما الفرع فهو  
العبد .

ولما كان حكم الاصل صحة امتلاك الحر المال لصحة امتلاكه البضع ، كان  
حكم الفرع كذلك فيملك العبد المال أيضا لذلك .

(١٠) في نسخة ((ب)) : فملك البذل عنه كالخلع ، أو من ملك البضع . / القياس  
خطأ والزيادة لا محل لها .

(١١) حيث يملك بدل البضع .

بجامع صحة امتلاك البضع في كل من الاصل وهو الحر والفرع وهو العبد .  
ولما كان حكم الاصل صحة امتلاك الحر بدل البضع ، كان حكم الفرع كذلك فيصح  
امتلاك العبد بدل البضع وهو المال ، أيضا لذلك .

(١٢) في نسخة ((ب)) : لا يستباح الا بالاباحة . / بزيادة أداة الاستثناء ،

والصواب حذفها كما في الاصل ، والمعنى فيه : لا يستباح باباحة غير

الولى وان كان صاحب البضع ، بخلاف المال حيث يستباح باذن صاحبه .

(١٣) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم امتلاك المال على امتلاك

البضع .

- قليل : لو كان للحاجف ملو جب ان لا يملك من لا حاجة له ، ولو جب أن يستبيح ،  
 ولا يأخذ عليه العوض ، كالميتة ومال الغير عند الاضرار .  
 فان احتجوا : بقوله عز وجل ( ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ) .  
 قلنا : انما ضرب لعبد لا يملك ، ولهذا نكره ، فلا يقتضى جميع العبيد .  
 فان احتجوا : بقوله ( ٢٢ ) ( ضرب لكم مثلا من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيما نكم

- ( ١٤ ) فى نسخة (( ب )) : لا حاجة به . / أى فى البضع ، والحال غير ذلك ، فبطل  
 أن يكون الوصف الذى ذكروا علة صحيحة لذلك .  
 ( ١٥ ) فى نسخة (( ب )) : أن يستباح . / أى البضع والجماع ، وما فى الاصل  
 أولى لانه قال بعده : ولا يأخذ ، والفاعل فيه هو ( من لا حاجة له ) فيكون  
 الفعلان ( يستبيح ولا يأخذ ) مبنيان للمعلوم ، وهذا أولى من جعل  
 الأول مبنيا للمجهول والآخر للمعلوم .  
 ( ١٦ ) حيث يستباحان بلا عوض حال الضرورة . أى والحال انه لا يجوز له أخذ  
 مال الغير ولا الاستيلاء على البضع من غير إذن ولا عوض ، والحال انه يجوز  
 له امتلاك المال بلا حاجة به اليه أيضا .  
 ( ١٧ ) من هنا الى رقم ( ٢٠ ) ساقط من نسخة (( ب )) .  
 ( ١٨ ) سورة النحل آية رقم / ٧٥ . محل الشاهد : لا يقدر على شيء . حيث  
 التكرير للتعميم ومنه التملك .

- ( ١٩ ) وهو الذى لم يؤذن له ، أى وكلامنا انما هو فى العبد المأذون له .  
 ( ٢٠ ) أى والقاعدة ان النكرة فى سياق الاثبات تخص .  
 فصح أن المراد هنا نوع من أنواع العبيد وهم غير المأذون لهم ، فقط .  
 ( ٢١ ) الى هنا ينتهى السقط فى نسخة (( ب )) .  
 ( ٢٢ ) فى نسخة (( ب )) : بقوله عز وجل .



من شركاء<sup>(٢٣)</sup> فيما رزقناكم فانتم فيه سواء<sup>(٢٤)</sup> .

قيل :<sup>(٢٥)</sup> المشاركة المساواة ، ونحن لا نسوى بينهما ، فان احدهما يملك بنفسه ملكا تاما<sup>(٢٦)</sup> ، والاخر لا يملكه بنفسه ، ثم<sup>(٢٧)</sup> يملك ملكا غير تام<sup>(٢٨)</sup> . ثم هو حجة لنا ، لانه جعلنا معه سبحانه وتعالى كالعبيد معنا<sup>(٢٩)</sup> ، ثم نملك ما يملكننا<sup>(٣٠)</sup> ، فيجب أن يملك العبيد ما نملكهم .

قالوا : لو ملك ، لملك بالارث ، لانه أقوى جهات الملك .<sup>(٣١)</sup>

( ٢٣ ) من هنا الى آخر الآية ساقط من نسخة ((ب)) . وكتب مكانها كلمة (الآية) أى أكملها .

( ٢٤ ) سورة الروم آية رقم / ٢٨ . محل الشاهد : فانتم فيه سواء . حيث نفى امكان التسوية بين العبيد وساداتهم فى الرزق ، وهذا يقتضى نفى التملك أيضا .

( ٢٥ ) فى نسخة ((ب)) : قلنا .

( ٢٦ ) وهو السيد . أى مستقل فى الملك ولا يحتاج فيه الى اذن الغير .

( ٢٧ ) فى نسخة ((ب)) : بل يملك .

( ٢٨ ) لافتقاره فى التملك الى اذن المولى .

( ٢٩ ) أى الاستدلال بالاية المذكورة .

( ٣٠ ) فى نسخة ((ب)) : كالعبيد معه . / وهو خطأ .

( ٣١ ) بتشديد اللام ، وفاعل التملك هو الله سبحانه .

( ٣٢ ) لكونه يحصل بلا جهد من الوارث ، وانما العمدة فيه اشتراك فى نسب

المورث ، فهو ملك خالص له من أدنى شبهة وقد تولى الله قسمته فى

الكتاب العزيز لا يملك أحد منعه عن الوارث ، فهو من أسباب الملك

الجبرية ، فكان أقوى جهات الملك لذلك .

أنظر التبيين ج ٦ ص ٢٢٩ .

أى فاذا لم يملك باقوى جهات الملك وهو الارث ، فأولى أن لا يملك بالاذن -

لضعفه .

قلنا : ييطل بالمكاتب والمرتد والكافر من المسلم <sup>(٣٣)</sup> فانهم يملكون <sup>(٣٤)</sup> ثم لا يملكون بالارث. <sup>(٣٥)</sup>

قالوا : مملوك فلا يملك ، كالبهيمة. <sup>(٣٦)</sup>

قلنا : الحر مملوك لله تعالى ، ثم يملك ، والا جير مملوك المنافع ، ثم يملك المنافع. <sup>(٣٧)</sup>

قالوا : من ملك <sup>(٣٨)</sup> لا يملك مثله ، كالحر لا يملك الحر. <sup>(٣٩)</sup>

قلنا : ييطل بالمكاتب. <sup>(٤٠)</sup>

( ٣٣ ) أى وتملك الكافر من المسلم .

( ٣٤ ) فى نسخة ((ب)) : فانهم يملكون المال ولا يملكون بالارث .

( ٣٥ ) أى فدل على أنه لا يلزم من صحة التملك بالارث <sup>عدم</sup> صحة التملك بالاذن ، فان

هؤلاء يملكون بالاذن ولا يملكون بالارث للرق فى بعضهم وهو المكاتب

ولا اختلاف الدين فى البعض الآخر . وهما من موانع الارث دون الملك .

أنظر المنهاج ص ٨٧ .

( ٣٦ ) حيث هى محل للملك لا التملك .

بجامع ان كلا مملوك ، اما الاصل فالبهيمة ، واما الفرع فالعبد .

ولما كان حكم الاصل عدم التملك فيه كان حكم الفرع كذلك فلا يملك العبد أيضا لذلك .

( ٣٧ ) أى فبطلت العلة التى ذكرها بتخلفها فيما ذكره المصنف .

( ٣٨ ) فى نسخة ((ب)) : من تملك .

( ٣٩ ) أى والحال ان العبد لو ملك لملك مثله وهو العبد ، فيكون اكمل ملكا

بذلك من الحر ، وهذا لا يصح لان ملك الحر أقوى من ملك العبد لكونه

لا يحتاج فيه الى الاذن بخلاف العبد . فلا يصح أن يملك العبد لذلك ،

( ٤٠ ) حيث يملك عبدا أو مكاتبا مثله ، ثم يصح منه الملك فى غيرهما أيضا .

فبطلت بذلك العلة التى ذكرها لتخلفها فى المكاتب المذكور .

قالوا : لو ملك لملك الهبة ، كالحر . ( ٤١ )

قلنا : المريض ( ٤٢ ) يملك ، ولا يملك الهبة . ( ٤٣ )

قالوا : لو ملك ، لما انتزع منه . ( ٤٤ )

قلنا : المشتري يملك الشقص ( ٤٥ ) وينتزع منه ، ( ٤٦ ) والحرى يملك ( ٤٧ ) وينتزع منه . ( ٤٨ )

( ٤١ ) حيث يملك ان يهب للغير ، دون العبد ، وان لا يملك العبد أن يهب فقد دل ذلك على أنه لا يملك أصلا وان بالاذن لعدم أهليته للتملك .

( ٤٢ ) أى مرض الموت ، فانه يملك بالبيع والشراء والا جارة ونحو ذلك لا انتفاء التهمة عنه لانها معاوضات .

( ٤٣ ) أى لا يملك أن يهب ، لكونه متهما فيها بتفويت المال على الورثة .  
والمراد : اثبات بطلان العلة التى ذكروا فى منح العبد من التملك .

( ٤٤ ) أى برجع السيد عن الاذن لمبا لملك . حيث يبطل تملكه بذلك .

( ٤٥ ) أى المشفوع فيه .

( ٤٦ ) أى لحق الشفيع .

( ٤٧ ) أى فى غير ديار الاسلام .

( ٤٨ ) أى فى ديار الاسلام ، لعدم الاعتراف بوجوده فيها ، ان لا يعترف المسلمون

فى ارضهم الا بالمسلم أو الذمى أو المعاهد أو المستأمن ، واما غيرهم كالحرى والمرتد وكذا الشيعى ، فليس لهم الا السيف أو يتوبوا فان اهدرت دماؤهم وهى أخطر ، فأولى أن تهدر أموالهم وهى أهون من الدماء فى الحرمه .

والمراد : ابطال التلازم بين صحة الطك وعدم انتزاعه من المال ، ان قد يملك ثم ينتزع منه كما فى ذكره المصنف .

قالوا : لو لم يناف الرق الملك ، لما قطع استدامته . (٤٩)

قلنا : الردة تقطع استدامة (٥٠) الملك عندهم ، (٥١) ولا تنافيه . (٥٢)

قالوا : لو ملك العبد لا شترى مولا ه العبد ، (٥٣) فيصير كل واحد منهما

عبدا للآخر ، فيؤدى الى تناقض الاحكام ، لان كل واحد منهما يقتضى من الآخر

حكم الملك من الاستخدام والانفاق .

قلنا : اذا اشترى مولا ه (٥٤) بطل ملك مولا ه عليه ، وصار (٥٥) هو مكان مولا ه ،

(٤٩) أى لما أمكن للسيد قطع استدامة الملك ، بالرجوع عن الاذن للعبد فيه .

أى والحال ان الرق يقطع استدامة الملك ، فدل على أنه ينافيه ،

فصح ان العبد لا يملك بالاذن له فيه .

(٥٠) سقط قوله : ( قلنا : الردة تقطع استدامة ) من نسخة ((ب)) .

(٥١) فى مجمع الانهر ج ١ ص ٦٨٢ : ويزول ملكه أى المرتد بالردة عن ماله ،

زوالا موقوفا ، الى أن يتبين حاله ، لانه ميت حكما ، والموت يزيل الملك

عن الحى وهذا عند الامام ، وهو الصحيح . أهـ .

(٥٢) أى لا تنافى أصل الملك ، بدليل أنهم قالوا : ان ملكه يكون بعد رده

موقوفا الى أن يتبين حاله .

أنظر مجمع الانهر ج ١ ص ٦٨٢ .

أى فبطل قولهم ان الرق ينافى الملك ، لانه يؤدى الى التناقض بين حجتهم

والمذهب عندهم .

(٥٣) أى لا شترى العبد مولا ه اذا كان عبدا .

(٥٤) بأن كان مولا ه مأذونا له بالملك ، فملك عبدا ، ثم اشترى هذا العبد

مولا ه .

(٥٥) فى نسخة ((ب)) . فصار .

وصار مولا ه مكانه ، فلا يؤدى الى التناقض (٥٦) ثم ان كان للتناقض (٥٧) وجب  
 أن يبطل ما يفضى الى التناقض (٥٨) ولا يبطل ما سواه (٥٩) كما اذا استأجر  
 رجلا للخدمة ، ثم استأجر الأجير مستأجره للخدمة بطل الثانى ، لانه يؤدى الى  
 التناقض ، ولا يبطل ما سواه من الاجارات. (٦٠)

\* مسألة (١٧٤) : لا يجوز للمأذون اتخاذ الدعوة (١) واعارة الدواب (٢) ١٦٢/ ى .

(٥٦) لعدم استواء حاليهما بذلك ، بل قد انقلب حالهما بالشراء فصار  
 المالك مملوكا والمملوك مالكا ، فتقلب احكامهما تبعا لذلك .

(٥٧) أى ان كان المانع من القول بصحة تملك العبد هو ما يؤدى اليه من  
 تناقض الأحكام .

(٥٨) وهو شراء العبد مولا ه .

(٥٩) لا انتفاء علة المنع منه فيه .

(٦٠) أى فيما عدا الاجارة للخدمة ، كما لو استأجره الاجير للزراعة ونحوها  
 مما لا يتعلق بالقيام على الخدمة المباشرة لشخص المستأجر ، لانه اذا -  
 استأجره لخدمة شخصه فانه يدل على أنه عاجز عن خدمة غيره ، كما  
 لو استأجره للطبخ والكنس ، فلا يصح أن يستأجره الاخر عليهما أيضا ،  
 فان استأجره الاخر على زراعة أو صناعة أو بناء ونحو ذلك ، صحت الاجارة  
 لعدم تضارب الأحكام فيها .

(١) الدعوة بفتح الدال المهملة ، فى الطعام ، اسم من دعوت الناس ، اذا  
 طلبتهم ليأكلوا عندك ، تقول : نحن فى دعوة فلان ومدعائه ودعائه بمعنى .  
 قال أبو عبيد : وهذا كلام أكثر العرب ، الا عدى الرباب ، فانهم يعكسون  
 فيفتحون الدال فى دعوى النسب ويكسرونها فى دعوة الطعام . أنظر  
 المصباح ج١ ص ٢٠٨ . وقال فى معنى المحتاج ج٢ ص ١٠٠ : وهى بتثنية  
 الدال كما قال ابن مالك وفتحها أشهر . أهـ .

(٢) الوجيز ج١ ص ١٥١ . المنهاج ص ٥٢ . قال : ولا يتصدق . أهـ قال  
 الشربيني : ولو عبر بفتح كان أعم ، ليشمل الهبة والعارية وغيرها =

( ٣ )

وقال أبو حنيفة : يجوز .

( ٤ )

لنا : هو أنه تبرع ، فلا يملك بغير إذن المولى ، كهبة الدراهم والدنانير .

= لانه ليس من أهل التبرع ولا يتخذ دعوة . أه مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٠٠ .

( ٣ ) وفصل ابو يوسف فقال : اذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقاءه على

ذلك الطعام جاز بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر ، لانهم لو أكلوه قبل

الشهر يتضرر به المولى .

أنظر: الهداية ج ٨ ص ٢٢١ . التبيين ج ٥ ص ٢٠٨ . مجمع الانهر:

ج ٢ ص ٤٤٨ .

وبجوازه يقول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٩٩ . كشف القناع

ج ٣ ص ٤٤٨ . المحرر ج ١ ص ٣٤٨ .

وذهب المالكية الى أن للمأذون أن يضيف ان استألف به للتجارة ، وفي

الاعارة خلاف .

أنظر: الشرح الصغير ج ٢ ص ١٤٣ . وقال فى البلغة عليه : الصغرى عن

محمد : لا بأس ان يعير دابته للمكان القريب . أه . وأثبت فى الشرح الكبير

جواز الضيافة والاعارة ،

لكن قال الدسوقي : والمنع منها - أى الاعارة - ولو للاستئلاف هو

الصواب . أه .

حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٠٤ . وذكر الخلاف أيضا فى شرح المنح ج ٣ ص ١٨٩

لكنه لم يرجح شيئا .

وبجواز صدقة العبد وهبته وبيعه وشرائه كالحرة ، يقول ابن حزم : المحلى

ج ٩ ص ٢٤٢ .

( ٤ ) حيث لا يجوز للعبد التبرع بها بلا إذن المولى .

بجامع ان كلا عقد تبرع ، اما الاصل فهو هبة الدنانير والدراهم . واما الفرع

فهو اتخاذ الدعوة واعارة الدواب .

ولما كان حكم الاصل تحريم هبته الدراهم والدنانير ، كان حكم الفرع كذلك

فلا يجوز اعارته الدواب واتخاذ الدعوة أيضا لذلك .

قالوا : روى ابراهيم<sup>(٥)</sup> أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يركب الحمار  
ويجيب دعوة العبد .<sup>(٦)</sup>  
قلنا : هو مرسل<sup>(٧)</sup> ، ثم هو يضمن<sup>(٨)</sup> ؛ اذا اذن له فى التجارة<sup>(٩)</sup> ، ونحن

( ٥ ) هو ابن يزيد النخعى . أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ١٠٣ ) هامش ( ١٩ ) .

( ٦ ) لم أعثر عليه .

لكن روى ابن ماجه عن أنس بن مالك أنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجيب دعوة المملوك .

وسنده : حدثنا محمد بن الصباح . ثنا سفيان ، ح ، وحدثنا عمرو ابن نافع ثنا جرير عن مسلم الملائي عن أنس .

أنظر ابن ماجه ج ٢ ص ٧٧٠ كتاب التجارات ، باب مالمعبد أن يعطى ويتصدق . رقم / ٢٢٩٦

وقال ابن حزم : وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ، فلو لم يكن مالكا لماله لم يجب عليه السلام دعوتـــــــــــــــــه ، وقد قبل هدية سلمان وهو مملوك واكلها عليه السلام . أهـ المحلى :

ج ٩ ص ٢٤٥ .

( ٧ ) حيث قد سقط منه الصحابى ، فان ابراهيم النخعى من كبار التابعين ، وقد روى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم .

أى والمرسل ، لا يحتج به عندنا الا بشروط خمسة : ان عضد باسناد أو ارسال مع اختلاف الشيوخ من المرسلين ، أو قول صحابى أو أكثر العلماء أو عرف المرسل انه لا يرسل الا عن ثقة مع كون المرسل أحد كبار التابعين . أنظر تيسير

التحرير ج ٣ ص ١٠٢ .

( ٨ ) فى نسخة ((ب)) : ثم انتم تضمنون . / والضمير فى ( هو ) يعود الى أبى حنيفة .

( ٩ ) أى ان المقصود فى الحديث هو أن النبى صلى الله عليه وسلم يجيب دعوة المملوك ، اذا كان مأذونا له فى التجارة ، والا فلا يجيب ، لانه محجور عليه لا يملك ان يتصرف فى مال سيده الا باذنه . فاذن له فى التجارة فقد اذن له بالدعوة ضمنا .

نضمر : اذا اذن له فى الدعوة : (١٠)

قالوا : قد جرت العادة به ، (١١) فهو كالكسرة تتصدق بها الزوجة من

بيت الزوج . (١٢)

قلنا : عادة الجهال (١٣) لا يثبت بها الشرع ، (١٤) واما الزوجة فلا يجوز

لها أن تتصدق بشئ من ماله بغير اذنه . (١٥)

\* مسألة (١٧٥) : اذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت لم يصح ما ذونا . (١) ١٦٢/ ى .

(١٠) أى بخصوصها ، فتستثنى من عموم المنع من التصرف فى ملك السيد للاذن بها .

(١١) أى بقيام العبيد بالدعوة وبالإجارة اذا كانوا مأذونا لهم بالتجارة ، أى والعادة معتبرة فى الشرع ، مالم تناقض نصا ، بل قد أيدها القياس الذى سيذكرونه .

(١٢) حيث يجوز لها ذلك ، دون اذن الزوج .

بجامع جريان العادة به فى كل من الاصل وهو تصدق المرأة من بيت زوجها بالشئ اليسير والفرع وهو اتخاذ العبد المأذون له الدعوة واجارة الدواب .

ولما كان حكم الاصل جواز ذلك من المرأة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للعبد اتخاذ الدعوة واجارة الدواب أيضا لذلك .

(١٣) وهم العبيد المأذون لهم الذين جرت عادتهم باتخاذ الدعوة واجارة الدواب .

(١٤) لانها غير مستندة الى دليل من أدلة الشرع المعتبرة .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : فلا يجوز لها أن تتصدق بشئ بغير أمر الزوج .

(١) الوجيز ج١ ص ١٥٢ . فتح المزيو ج٩ ص ١٢٥ . المنهاج ص ٥٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٢٩٨ . كشاف القناع ج٣ ص ٤٤٦ .

المغنى ج٥ ص ٦١ وبه يقول المالكية . القوانين ص ٣١٨ .



وقال أبو حنيفة : يصير مأذونا<sup>(٢)</sup> .

لنا : هو انه عقد<sup>(٣)</sup> فلم يكن سكوت<sup>(٤)</sup> المولى عنه اذنا<sup>(٥)</sup> له فيه ، كالنكاح<sup>(٦)</sup> ،  
ولا نه تصرف يملك عزله عنه فلم يصير مأذونا له بالسكوت عنه ، كتصرف الوكيل<sup>(٧)</sup> .

( ٢ ) سقط قوله ( ماذونا ) من نسخة (( ب )) / . ولا فرق بين أن يبيع عينا  
مملوكا للمولى أو لغيره ، باذنه أو بغير اذنه ، بيعا صحيحا أو فاسدا .  
وقيل : اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا .  
وخالف زفر فلم يعتبره اذنا بحال .  
أنظر المسألة في : الهداية ج ٨ ص ٢١٤ . التبيين ج ٥ ص ٢٠٤ . مجمع  
الأنهر ج ٢ ص ٤٤٦ .

واما ابن حزم فلا يحجر على العبد أصلا في بيع ولا شراء ولا ملك ولا غير  
ذلك من التصرفات المالية ، فلا يحتاج العبد الى اذن السيد في التصرف  
في مال نفسه لذلك ، أنظر المحلى ج ٩ ص ١٢٠ .  
( ٣ ) أي البيع والشراء .  
( ٤ ) في نسخة (( ب )) : لنا : انه عبد . / وما في الاصل أولى .

( ٥ ) في نسخة (( ب )) : فلم يكن سكوت المولى عنه في التجارة اذنا له فيه .

( ٦ ) حيث اذا رأى عبده يتزوج وسكت لا يصير به مأذونا له به .  
بجامع ان كلا عقد ، اما الاصل فهو النكاح واما الفرع فهو البيع والشراء .  
ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار سكوته عنه اذنا له فيه ، كان حكم الفرع  
كذلك فلا يكون العبد بسكوت السيد عنه في بيعه وشراؤه مأذونا له في  
التجارة أيضا لذلك .

( ٧ ) حيث لا يصير بسكوت الموكل عنه في البيع والشراء فيما لم يملكه فيه توكيلا له فيه  
بجامع امتلاك العزل عنه في كل من الاصل وهو تصرف الوكيل والفرع وهو  
تصرف العبد .

ولما كان حكم الاصل عدم صيرورة الوكيل مأذونا له بالسكوت عنه ، كان حكم  
الفرع كذلك فلا يصير العبد مأذونا له بالسكوت عنه اذا باع واشترى  
أيضا لذلك .

ولانه لو كان ذلك اذنا لصح العقد المسكوت عنه .<sup>(٨)</sup> ولانه لو قال :<sup>(٩)</sup> اتجر  
أولا ؟ فسكت لم يصراؤنا ، فكذلك اذا راه يتجر .<sup>(١٠)</sup>  
قالوا : تصرفه في حق نفسه ،<sup>(١١)</sup> وانما تعلق به<sup>(١٢)</sup> حق الغير فسقط بالسكوت  
كالرد بالعيب والشفعة ،<sup>(١٣)</sup> والدليل على الوصف<sup>(١٤)</sup> انه لا يرجع بالعهد<sup>(١٥)</sup>  
على المولى ، ولو كان تصرفه للمولى لرجع عليه ، كالوكيل والمضارب .<sup>(١٦)</sup>

- ( ٨ ) أى والحال انه لا يصح مالم يأذن به السيد اذنا صريحا .  
( ٩ ) أى لو قال العبد لسيدى على جهة الاستفهام : أتجر أولا أتجر ؟ .  
( ١٠ ) أى فلا يصير سكوته عنه اذا رآه يتجر اذنا له بالتجارة .  
( ١١ ) بدليل ضمانه عهدة المبيع ، كما سيذكره المصنف قريبا .  
( ١٢ ) فى نسخة (( ب )) : وانما يتعلق . / أى ان الاصل تصرفه فى حق نفسه ،  
اما حق الغير فتبع فيسقط بالسكوت لضعفه بالتبعية .  
( ١٣ ) حيث يعتبر سكوت المشتري على المعيب فى السلعة اذا رآه ، وسكوت  
الشفيع عن حقه فى الشفعة اذا علم بالبيع اذنا منهما بامضاء العقد .  
بجامع ان كلا تصرف فى حق نفسه مع تعلق حق الغير به ، اما الاصل  
فهو الرد بالعيب ، والشفعة ، واما الفرع فهو تصرف العبد بالمبيع  
والشراء مع رؤية السيد وسكوته .  
ولما كان حكم الاصل سقوط حق المشتري والشفيع بالسكوت بعد العلم  
بالعيب والمبيع ، كان حكم الفرع كذلك فيسقط حق السيد بسكوته ويصير  
العبد مأذونا له به أيضا لذلك .  
( ١٤ ) وهو ان تصرف العبد كان تصرفا فى حق نفسه مع تعلق حق الغير به .  
( ١٥ ) أى بضمان ثمن المبيع مدة الخيار أو الرد بالعيب .  
( ١٦ ) حيث يرجعان بعهد المبيع على الموكل ورب مال المضاربة ، لانهما  
يتصرفان لهما لالا نفسهما .

قلنا : بل تصرفه لمولاه ، لانه عبد لا يملك شيئاً ، ولأن ما يشتريه بسدول  
 مادفع اليه المولى ، فكان له ، (١٨) ولانه لو اشترى من يعتق على مولاه لم  
 يصح عندنا ، (٢٠) وعندهم يدخل في ملك المولى ويعتق عليه ، (٢١) وانما لا يرجع  
 عليه (٢٢) لانه جعل قضاء ديونه (٢٣) مما يتجر فيه ، (٢٤) والوكيل يرجع (٢٥)  
 لانه لم يأذن له في التجارة ، (٢٦) وانما اذن له في الشراء دون البيع ، (٢٧) والمضارب

---

(١٧) في الاصل : ولانه . / أى الشأن ان ما يشتريه . . . الخ . وما أثبتناه  
 من نسخة ((ب)) .

(١٨) أى من المال .

(١٩) أى فكان تصرف العبد للمولى دونه .

وقد سقط قوله ( فكان له ) من نسخة ((ب)) .

(٢٠) أى فدل على أنه يتصرف لمولاه ، لا لنفسه .

وأنظر المنهاج ص ٥٢ .

(٢١) أنظر التبیین ج٤ ص ٢٥٦ .

أى فدل على أنه لا يتصرف لنفسه بل لمولاه ، ولولا ذلك لما دخل فى

ملك المولى وعتق عليه .

(٢٢) أى على المولى بالعهد .

(٢٣) أى ديون السيد المترتبة على اتجار العبد بماله .

(٢٤) أى العبد .

(٢٥) أى بعهد المبيع على الموكل .

(٢٦) أى بيعاً وشراءً .

(٢٧) أى فكان ضمان العهد على الموكل دونه لذلك ، أى وهذا بخلاف الفرع

المقيس وهو العبد اذا باع واشترى وقد رآه السيد فسكت . فلا يصح قياسه

على الوكيل للفارق المذكور .

إذا هلك<sup>(٢٨)</sup> في يده ، صار ما اشتراه ، لنفسه ، ولزمه الثمن ، فلم يرجع<sup>(٢٩)</sup> —  
 به في أحد الوجهين<sup>(٣١)</sup> ، ثم يبطل بالراهن ، فان تصرفه لنفسه ، وانما تعلق  
 به حق المرتهن ثم لا يكفي السكوت<sup>(٣٢)</sup> ، والرد بالعيب والشفعة حق على الفور ،  
 فسقط بترك المطالبة<sup>(٣٣)</sup> وهذا<sup>(٣٤)</sup> توكيل في التصرف ، ولهذا يعمل فيه  
 النهي<sup>(٣٥)</sup> ، فلم يصح بالسكوت<sup>(٣٦)</sup> ، ولان السكوت في الأصل<sup>(٣٧)</sup> يعمل فيما سكت  
 عنه<sup>(٣٨)</sup> ، وها هنا لا يعمل فيما سكت عنه من العقد .<sup>(٣٩)</sup>

( ٢٨ ) أى المبيع .

( ٢٩ ) لانه مفطر في حفظه من التلف .

( ٣٠ ) في نسخة (( ب )) : ولم يرجع به . / أى بضمن المبيع الهالك على رب مال  
 المضاربة .

( ٣١ ) أنظر فتح العزيز ج ٩ ص ١٣٥ .

( ٣٢ ) أى لا يكفي سكوت المرتهن عن الراهن اذا رآه يبيع المرهون ، حيث  
 لا يعتبر ذلك منه اذا للراهن ببيعه مع كون الراهن تصرف في حق نفسه  
 وانما تعلق به حق المرتهن .

والمراد : ابطال علة القياس التي ذكروا باثبات وجودها في الراهن مع تخلف  
 حكمها عنه .

( ٣٣ ) أى ولا كذلك الفرع المقيس وهو تصرف العبد مع رؤية السيد له وسكوته عنه ،  
 لما سيذكره المصنف الآن .

( ٣٤ ) أى الاذن للعبد بالتصرف .

( ٣٥ ) سقطت كلمة ( النهي ) من نسخة (( ب )) - / أى فلو نهاه السيد اذا رآه  
 يتصرف لبطل تصرفه قطعاً .

( ٣٦ ) لضعفه عن الدلالة على الرضا بتصرف العبد .

( ٣٧ ) وهو المقيس عليه في قياسهم . أعني الوكيل والمضارب .

( ٣٨ ) أى من تصرفات الوكيل والمضارب .

( ٣٩ ) أى في مسألة سكوت السيد عن تصرفات العبد اذا رآه .

قالوا : رأى ماله يتناول مالم يرض<sup>(٤٠)</sup> مالكة به بغير عوض ، فاذا لم يؤجره  
وجب عليه ضمانه ، كما لو رأى دابته تأكل زرع غيره .<sup>(٤١)</sup>

قلنا : يبطل بمن رأى عبده يتزوج ، ولم يؤجره ، فانه لا يلزمه المهر<sup>(٤٢)</sup> .  
ثم الزرع يلزمه ضمان ماسكت عنه ، وهاهنا<sup>(٤٣)</sup> لا يلزمه ضمان ماسكت عنه .<sup>(٤٤)</sup>

\* مسألة ( ١٧٦ ) : اذا اذن له فى التجارة<sup>(١)</sup> فى نوع لم يهر مأذونا فى  
غيره .<sup>(٢)</sup> ١٦٢ ش .

وقال أبو حنيفة : يصير .<sup>(٣)</sup>

( ٤٠ ) فى نسخة (( ب )) : يتناول مالا لم يرض مالكة بغير عوض .

( ٤١ ) حيث يجب عليه ضمان ذلك الزرع لسكوته عنها .

بجامع السكوت عن تناول مال الغير بغير رضاه به بدون عوض ، اما الأصل  
فما لو رأى دابته تأكل زرع غيره ، واما الفرع فما لو رأى عبده يتجر وسكت  
عنه .

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيصير  
العبد مأذونا له بالسكوت عنه أيضا لذلك .

( ٤٢ ) أى السيد .

( ٤٣ ) أى فى اتجار العبد .

( ٤٤ ) أى فبطل قياس أحدهما على الآخر للفارق المذكور بينهما .

( ١ ) فى نسخة (( ب )) : بالتجارة .

( ٢ ) الوجيز ج ١ ص ١٥١ . المنهاج ص ٥٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٩٦ . كشاف القناع ج ٣ ص ٤٤٤ .

المغنى ج ٥ ص ٦١ .

( ٣ ) خلافا لزفر .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٢١٧ . التبيين ج ٥ ص ٢٠٥ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٤٤ .

وهو قول المالكية : الخرشى ج ٥ ص ٣٠١ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٠٤ . =

لنا : انه استفاد التجارة بالاذن ، فلم يصير بالاذن الخاص فأذنونا<sup>(٤)</sup> له  
 فى التجارة فيما لم يؤذن فيه ، كالوكيل والمضارب<sup>(٥)</sup> ، ولانه عقد لم يتناول<sup>(٦)</sup> له  
 الاذن فلا يملكه من جهة الاذن<sup>(٧)</sup> ، كالنكاح والكتابة<sup>(٨)</sup> ، ولانه عقد ليس

= شرح المنح ج ٢ ص ١٨٧ . وقد قيده بعضهم فيما اذا لم يشتهر انه اذن له  
 فى النوع الفلانى والا فلا يتعداه . ورجح الدسوقي الاطلاق . أنظر حاشية  
 الدسوقي ج ٣ ص ٣٠٤ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة صريحا . ولكنه يذهب الى صحة  
 تملك العبد وانه يفعل فى ملكه ما يشاء<sup>١</sup> . واذا اراد السيد منعه من التصرف  
 فى مال السيد فليعلن بانتزاعه منه . ولا يجوز للعبد حينئذ تصرف فى شئ  
 منه ، وذلك يفيد ان الاذن بالتصرف مقصور على ما يجيزه السيد والله أعلم .  
 أنظر المحلى ج ٩ ص ١٢٠ .

(٤) سقط قوله ( له ) من نسخة (( ب )) .

(٥) حيث لا يكون مأذونا لهما فيما لم يؤذن لهما فيه .  
 بجامع استفادة التصرف بالاذن فى كل من الاصل وهو الوكيل والمضارب ،  
 والفرع وهو العبد المأذون له بنوع من التجارة .  
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز التوكل والمضاربة فيما لم يؤذن لهما فيه ،  
 كان حكم الفرع كذلك ، فلا يكون العبد مأذونا له فيما لم يؤذن له فيه أيضا لذلك .

(٦) أى التجارة فيما لم يؤذن له فيه .

(٧) أى من جهة الاذن الخاص .

(٨) حيث لا يجوز له النكاح ولا الكتابة اذا اذن له بنوع من التجارة .  
 بجامع ان كلا عقد لم يتناوله الاذن ، اما الاصل فهو النكاح والكتابة ،  
 واما الفرع فهو العبد المأذون له بنوع من التجارة .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز نكاح العبد وكتابته بالاذن له فى نوع  
 من التجارة كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له التصرف بالتجارة فى غير النوع  
 الذى اذن له فيه ، أيضا لذلك .

بمأذون فيه ، ولا من مصلحة المأذون <sup>(٩)</sup> ، فلم يملكه ، كما لو أذن له في شراء الخبز ، أو ثوب يقطعه . <sup>(١٠)</sup>  
 قالوا : <sup>(١١)</sup> تصرفه لنفسه ، وإنما للمولى حق الحجر ، فإذا أذن زال الحجر ، وانطلق في التصرف ، كالصبي إذا بلغ <sup>(١٢)</sup> ، والبائع إذا أذن للمشتري ، والشفيع إذا أذن للمشتري ، <sup>(١٣)</sup>

- 
- ( ٩ ) لأن فائدة تطييست عائدة عليه هو ، بل لسيدته ، لكونه يتجرله في مال بانه .  
 ( ١٠ ) أى ليخيطه له ، وهو ما يعرف بتفصيل الثياب الان .  
 وقد سقط قوله ( أو ثوب يقطعه ) من نسخة (( ب )) . وفى الاصل بقطعة .  
 / بموحدة من تحت . والصواب بمثناة .  
 حيث لا يجوز له أن يشتري له غير الخبز وغير الثوب .  
 بجامع ان كلا عقد غير مأذون فيه ولا من مصلحة المأذون ، أما الاصل فهو شراء غير الخبز أو الثوب المأذون له بشراؤه ، وأما الفرع فلا تجار بغير النوع المأذون له فيه ،  
 ولما كان حكم <sup>الاصل</sup> عدم صحة تصرف العبد فيه . كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للسيد الاتجار في غير النوع المأذون له فيه أيضا لذلك .  
 ( ١١ ) فى نسخة (( ب )) : قالوا : اذا اذن زال الحجر . الخ . باسقاط جملتين قبلها كما سترى فى الاصل .  
 ( ١٢ ) حيث يزول عنه الحجر ، ويصير مطلق التصرف .  
 ( ١٣ ) حيث يجوز لهما بعدئذ التصرف المطلق فى المبيع .  
 بجامع ان كلا يتصرف لنفسه ، اما الاصل فهو الصبي اذا بلغ والبائع والشفيع اذا اذنا للمشتري ، وأما الفرع فهو السيد اذا اذن للعبد فى نوع من البيع .  
 ولما كان حكم الاصل زوال الحجر مطلقا بالاذن ، كان حكم الفرع كذلك فيزول الحجر عن العبد مطلقا بالاذن بالتجارة وان كان الاذن بنوع واحد أيضا لذلك .

قلنا : بل تصرفه لمولاه ، ويخالف ما قاسوا عليه ، فان الملك لهم<sup>(١٤)</sup> ،  
وانما منعوا لحق الغير<sup>(١٥)</sup> ، فاذا زال الحق<sup>(١٦)</sup> ملكوا التصرف بحق الملك ، ولهذا  
يملكون جميع التصرفات وها هنا<sup>(١٧)</sup> لا يملك النكاح ولا الكتابة<sup>(١٨)</sup> ولا الصلح  
عن دم العمد<sup>(١٩)</sup> ، ولان هناك<sup>(٢٠)</sup> لا يعمل النهى بعد ذلك . وها هنا<sup>(٢١)</sup> يعمل  
النهى فيه<sup>(٢٢)</sup> ، فدل على أنه توكيل<sup>(٢٣)</sup> .  
قالوا : اذا<sup>(٢٤)</sup> اذن في شراء البر ، تناول الشراء بالاشان والمكيل  
والموزون ، فكان الاذن فيه اذنا في تحصيل هذه الأعواض ، كالاذن في النكاح<sup>(٢٥)</sup> ،

- 
- ( ١٤ ) أى للصبي اذا بلغ والمشتري والشفيع اذا اذن لهما بالملك .  
( ١٥ ) وهو ولي الصبي قبل البلوغ ، والبائع وصاحب الشقص المبيع .  
( ١٦ ) ببلوغ الصبي وبالاذن للمشتري .  
( ١٧ ) أى فى العبد المأذون له بنوع من التجارة .  
( ١٨ ) فى نسخة ((ب)) : ولا الكتاب . / وقد سقطت تاء التأنيث سهوا من الناسخ .  
( ١٩ ) فى نسخة ((ب)) : ولا الصلح عن دم العقد ، فلم يملك غير مملك . / وهو خطأ .  
( ٢٠ ) أى فى الصبي بعد البلوغ والمشتري والشفيع بعد الاذن .  
( ٢١ ) أى فى العبد المأذون له بنوع من التجارة .  
( ٢٢ ) لانه لا زال محجورا عليه فيما لم يؤذن له فيه . أى فاختلف الفرع والاصل  
فيبطل به قياسهم المذكور .  
( ٢٣ ) أى والوكيل لا يتصرف فى غير ما اذن له به الموكل .  
( ٢٤ ) سقط حرف ( اذا ) من نسخة ((ب)) .  
( ٢٥ ) أى كما لو اذن للعبد فى النكاح ، فانه يكون قد اذن له ضمنا فى اكتساب  
المهر والنفقة ، لانهما من مستلزمات النكاح .  
بجامع ان الاذن بالشئ اذن بلامره معه فى كل من الاصل وهو الاذن فى  
النكاح والفرع وهو الاذن بالتجارة فى نوع معين .



اذن في اكتساب المهر والنفقة .

قلنا : لانسلم (٢٦) بل الاذن في الشراء يقتضى الشراء (٢٧) بالاثمان (٢٨) ،  
ويخالف المهر والنفقة (٢٩) فان ذاك (٣٠) من ضرورة النكاح ومصلحته (٣١) فدخل  
في الاذن فيه . (٣٢)

\* مسألة (١٧٧) : لا يجوز للمأذون أن يؤجر نفسه . (١) / ١٦٢ ش .

= ولما كان حكم الاصل هو ان الاذن بالنكاح اذن باكتساب المهر والنفقة  
كان حكم الفرع كذلك فيكون الاذن بنوع من التجارة اذن في كل نوع أيضا  
لذلك .

(٢٦) أى لانسلم ان الاذن بشراء البر يتناول الاذن بالشراء بالمكيل  
والموزون .

(٢٧) في الاصل : الشرى . / بالقصر .

(٢٨) أى فقط دون المكيل والموزون .

(٢٩) أى حيث الاذن بالنكاح يستلزم الاذن بهما .

(٣٠) في نسخة ((ب)) : ذلك . / أى المهر والنفقة .

(٣١) أى ولا كذلك الشراء بالمكيل والموزون حيث لا يقتضيه الاذن بشراء البر .

(٣٢) أى ولا كذلك الاذن بشراء البر ، فثبت الفارق بين الاصل والفرع فى  
قياسهم الاذن بشراء البر على الاذن بالنكاح ، والقياس مع الفارق باطل .

(١) أى فيما اذا اذن له سيده أو ولي الصبي بالتجارة .

الوجيز ج١ ص ١٥١ . المنهاج ص ٥٢ . وقد ذكر الرافعى عن الطيمى

حكاية وجه انه يملك مؤاجرة نفسه . أنظر فتح العزيز ج٩ ص ١٢١ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٢٩٧ . كشف القناع ج٣ ص ٤٤٥ .

المغنى ج٥ ص ٦١ .

وقال أبو حنيفة : يجوز . ( ٢ )

لنا : انه عقد على منفعة فلا يملكه بالاذن في التجارة ، كالنكاح ، ولا نفيه ( ٤ )  
معاوضة تتعلق بنفسه ، فأشبهه ببيع رقبته ( ٥ ) ، ولان الاجارة ليست من التجارة ( ٦ ) ،

( ٢ ) الهداية ج ٨ ص ٢١٧ . التبيين ج ٥ ص ٢٠٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٤٧ .

واليه ذهب المالكية ، لانهم اجازوا للمأذون ان يقارض أو أن يدفع المال لمن يعمل به ، هذا في المشهور عندهم ، وخالف في ذلك سحنون واشهب فنعماه .

أنظر : الخرشى ج ٥ ص ٣٠٢ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٠٤ . شرح المنح ج ٣ ص ١٨٩ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة صريحا ، لكنه اجاز له البيع ، والاجارة بيع المنافع ، فان صح لنا ذلك فهو قائل بالجواز كأبي حنيفة والله أعلم . أنظر المحلى ج ٩ ص ٢٤٢ .

( ٣ ) حيث لا يملكه العبد بالاذن له في التجارة .

بجامع ان كلا عقد على منفعة ، اما الاصل فالنكاح واما الفرع فالاجارة . ولما كان حكم الاصل عدم جواز عقد النكاح بالاذن له بالتجارة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك اجارة نفسه بالاذن له بالتجارة أيضا لذلك .

( ٤ ) أى عقد الاجارة .

( ٥ ) حيث لا يجوز له بيعها بالاذن له بالتجارة .

بجامع ان كلا عقد معاوضة تتعلق بنفسه ، اما الاصل فبيع نفسه ، واما الفرع فاجارتها . ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع العبد نفسه بالاذن له بالتجارة كان حكم الفرع كذلك فلا يملك اجارة نفسه بالاذن له بها أيضا لذلك .

( ٦ ) أى فلا تدخل فيها بالاذن له بها .

ولهذا لا يسمى المكارى (٧) تاجرا ، فأشبهه النكاح (٨) .

قالوا : يملك (٩) اجارة العبد ، (١٠) فملك اجارة نفسه ، كالحر والمكاتب . (١١)

قلنا : لا نسلم الوصف (١٢) فى أحد الوجهين ، (١٣) ثم يملك ببيع عبيده ، (١٤)

ولا يملك ببيع نفسه . (١٥)

(٧) على وزن منادى باسم الفاعل ، مخفف ، والجمع مكارون ، رفعاً . وينصب ويجر

بياءً واحدة ، فلا تقل : مكارين بالتشديد ، وإذا أضفت الى نفسك تقول :

هذا مكارى ، بضم الميم وكسر الراء المهملة وتشديد الياء المفتوحة ، ومثله

تقول فى الجمع ، هؤلاء مكارى . بياءً مفتوحة مشددة فيهما بـ لا فرق ،

أنظر المختار ص ٥٦٩ .

(٨) حيث لا يدخل فى الاذن للعبد بالتجارة ، لانه ليس منها .

بجامع ان كلا ليس من التجارة ، اما الاصل فالنكاح واما الفرع فالاجارة .

ولما كان حكم الاصل عدم دخوله فى الاذن له بالتجارة ، كان حكم الفرع

كذلك فلا تدخل الاجارة فى الاذن له بالتجارة أيضا لذلك .

(٩) فاعل يملك هو العبد المأذون له بالتجارة .

(١٠) أى الذى دخل فى ملكه بالتجارة المأذون له فيها .

(١١) حيث يملكان اجارة نفسيهما .

بجامع ان كلا يملك اجارة العبد ، اما الاصل فهو الحر والمكاتب ، واما الفرع

فهو العبد المأذون له بالتجارة .

ولما كان حكم الاصل ملك الحر والمكاتب اجارة نفسيهما ، كان حكم الفرع كذلك

فيملك المأذون اجارة نفسه أيضا لذلك .

(١٢) وهو أن المأذون له بالتجارة يملك اجارة عبده .

(١٣) قال الرافعى : أصحابهما : نعم ، لان التجار قد يعتادون ذلك ولان المنفعة

من فوائد المال فيملك العقد عليها كالصوف واللبن . أه فتح العزيز ج ٩ ص ١٢٢ .

(١٤) لانه مأذون له بالتجارة ، وبيع عبده تجارة ، فصح منه ذلك .

(١٥) أى مع كونه عبدا ، فلو جاز له بيع منافع نفسه بالاجارة ، لجاز له بيع نفسه

أيضا ، والحال انه لا يجوز له بيع نفسه قطعا لان الاذن له بالتجارة لا يتناول

التصرف فى نفسه ، فلا يجوز له اجارتها أيضا لذلك .

- \* مسألة (١٧٨) : اذا اشترى من <sup>(١)</sup> يعتق على مولا له لم يصح الشراء ففى  
 أحد القولين ١٦٣/٠ .  
 وقال أبو حنيفة : <sup>(٣)</sup> يصح .  
 لنا : هو انه يتصرف لغيره باذن مطلق ، فلا يشتري من يعتق عليه ،  
 كالمضارب . <sup>(٤)</sup>

- (١) فى نسخة ((ب)) : ممن .  
 (٢) ذكر القليوبى ج٢ ص ٢٤٣ القول بصحة الشراء وانه يعتق على الموكل ،  
 ولم يذكر القول الثانى ، وذكرهما فى معنى المحتاج ج٤ ص ٥٠١ معا ،  
 وان القول بعدم صحته هو الأصح ، اتباعا للمصنف فى التنبيه ص ٨٢ .  
 وجعله فى المذهب ج١ ص ٣٩٠ هو الصحيح .  
 وهو قول المالكية : الشرح الكبير ج٣ ص ٣٨٨ . الجواهر ج٢ ص ١٢٨ .  
 شرح المنح ج٣ ص ٣٧٤ . والمأذون كالوكيل ، ومحل المنع اذا علم الوكيل  
 عتقه على الموكل ، ومالم يعيينه الموكل أيضا فيعتق على الوكيل فى الأصح .  
 والاعتق على الموكل .  
 (٣) أى ويعتق على المولى ، ومثله الوكيل ، أنظر التبيين ج٤ ص ٢٥٦ . مجمع  
 الأنهر ج٢ ص ٢٢٥ . بدائع ج٤ ص ٥٧ .  
 ومثله : مالم يكن على المأذون دين مستغرق ، والا لم يعتق عند أبى حنيفة  
 خلافا للصاحبين .  
 وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٢٩٧ . كشاف القناع ج٣ ص ٤٤٦ .  
 وقد ذكر فى المحرر ج١ ص ٣٤٨ رواية أخرى انه لا يصح .  
 ولم أقف على قول ابن حزم فى ذلك .  
 (٤) حيث لا يجوز له شراء من يعتق على رب المال .  
 بجامع ان كلا يتصرف لغيره باذن مطلق ، اما الاصل فهو المضارب ، واما  
 الفرع فهو المأذون لمبالجارة .  
 ولما كان حكم الاصل بطلان شرائه من يعتق على رب المال ، كان حكم  
 الفرع كذلك فيبطل شراء المأذون له من يعتق على سيده أيضا لذلك .

قالوا : يتجر باذن المولى ، فجازله أن يشتري ابا مولا ه ، كالمكاتب .<sup>(٥)</sup>  
 قلنا : ذاك<sup>(٦)</sup> يتصرف لنفسه ، ولهذا لا يدخل فى ملك المولى ، وهذا<sup>(٧)</sup>  
 بخلافه .<sup>(٨)</sup>

\* مسألة (١٧٩) : اذا ابق المأذون<sup>(١)</sup> لم يصير محجورا<sup>(٢)</sup> . ١٦٣/٠

(٥) حيث يجوز له شراء أبى مولا ه أيضا .  
 بجامع الاتجار باذن المولى فى كل من الاصل وهو المكاتب ، والفرع وهو  
 المأذون له ، ولما كان حكم الاصل صحة شراء المكاتب ابا مولا ه ، كان  
 حكم الفرع كذلك فيجوز للمأذون شراء من يعتق على سيده أيضا لذلك .  
 (٦) أى المكاتب .  
 (٧) بدليل انه لا يجوز له بيع المكاتب .  
 (٨) ان هو أى المأذون داخل فى ملك المكاتب ، لانه مازال عبدا الا أنه مأذون له .  
 أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم المأذون على المكاتب ، والقياس  
 مع الفارق باطل .

(١) فى نسخة ((ب)) : المأذون له .

(٢) الوجيز ج ١ ص ١٥٢ . المنهاج ص ٥٢ .

وهو قول الحنابلة ، شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٩٨ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٤٨  
 المغنى ج ٥ ص ٦٢ .

ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، فقد قال : والعبد فى جـواز  
 صدقته وهبته وبيعه وشراؤه كالحر ، والامة كالحر مالم ينتزع سيدهما مالهما . أهـ  
 المحلى ج ٩ ص ٢٤٢ . والابق لم ينتزع السيد منه ماله صراحة فيبقى  
 على الاذن . والله أعلم .

وقال أبو حنيفة : يصير محجورا ( ٣ ) .

لنا : انه تصرف بملكه قبل الابق ، فلا يسقط بالابق ، كطلاق المرأة واكتساب المهر والنفقة ( ٤ )

قالوا : معنى ( ٥ ) يزول الولاية عنه فى البيع والاجارة ، فأبطل الاذن ، كالبيع والموت ( ٦ ) .

( ٣ ) الهداية ج ٨ ص ٢٢٧ . وفى التبيين ج ٥ ص ٢٢١ : وقال زفر : لا يكون محجورا عليه بالابق . أهـ

وأفاد ذلك أيضا فى مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٥٠ . ولم أقف على قول المالكية .

( ٤ ) حيث لا يصير المأذون له محجورا عليه اذا طلق امرأته أو عمل على اكتساب النفقة والمهر للنكاح .

بجامع التصرف فى الملك فى كل من الاصل وهو مالو طلق المأذون له أو عمل على اكتساب النفقة والمهر ، والفرع وهو مالو ابق العبد المأذون له .

ولما كان حكم الاصل عدم عود الحجر عليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يحجر على المأذون الا بقى أيضا لذلك .

( ٥ ) أى الابق معنى يزول . . . الخ .

( ٦ ) حيث يزول به الاذن لمبالجارة .

بجامع ان كلا معنى تزول به الولاية فى البيع والاجارة ، اما الاصل فالبيع والموت . واما الفرع فالابق .

ولما كان حكم الاصل بطلان الاذن به ، كان حكم الفرع كذلك فيطـلـل الاذن بالابق أيضا لذلك ، ويصير المأذون محجورا عليه به .

قلنا : لا يزيل<sup>(٧)</sup> الولاية ، الا ترى انه يملك عتقه وبيعه واجارته ممن يقدر عليه<sup>(٨)</sup> ، ويملك عندهم أن يهبه من ابنه<sup>(٩)</sup> ، والمعنى فى الاصل<sup>(١٠)</sup> انه يزيل الملك<sup>(١١)</sup> ، وهذا<sup>(١٢)</sup> بخلافه<sup>(١٣)</sup> .  
 قالوا : لا يقدر على ايفاء ديونه من كسبه<sup>(١٤)</sup> ، فأشبهه اذا باعه<sup>(١٥)</sup> .

- 
- ( ٧ ) أى الابق .  
 ( ٨ ) أى ممن يقدر على الاتيان به بعد اباقة ، لانه عندئذ يصير فى حكم الكائن تحت اليد .  
 ( ٩ ) أنظر بدر المتقى ج ٢ ص ٥٨ .  
 ( ١٠ ) وهو ان الابق معنى تزول به الولاية فى البيع والموت .  
 ( ١١ ) أى والولاية تابعة للملك ، فتزول بزواله وذلك فيما اذا ابق العبد .  
 ( ١٢ ) أى اباق المأذون له .  
 ( ١٣ ) فان الملك لا يزول عنه بالابق .  
 أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم باق المأذون على اباق غير المأذون له .  
 والقياس مع الفارق باطل .  
 ( ١٤ ) أى فى حال اباقة ، أى فيما اذا ترتب على العبد المأذون ديون فى تجارته .  
 ( ١٥ ) حيث يزول عنه به الاذن له بالتجارة ويصير محجورا عليه عند المشترى .  
 بجامع عدم القدرة على ايفاء ديونه من كسبه فى كل من الاصل وهو ما اذا .  
 بيع المأذون والفرع وهو ما اذا ابق .  
 ولما كان حكم الاصل زوال الاذن لمبالغة اذا باعه سيده ، كان حكم الفرع كذلك فيصير العبد المأذون محجورا عليه بالابق أيضا لذلك .

قلنا : يقدر بالتوصل<sup>(١٦)</sup> ، فهو كالغائب بآذنه<sup>(١٧)</sup> ، بخلافه<sup>(١٨)</sup> ما اذا باعه ،  
فانه لا يقدر بالتوصل<sup>(١٩)</sup> .

\* مسألة ( ١٨٠ ) : لا يباع المأذون في دين التجارة<sup>(٢٠)</sup> . ١٦٣ ي .  
وقال أبو حنيفة : يباع<sup>(٢١)</sup> .

( ١٦ ) أى بالتدرج بان يحصل منه على الكسب شيئا فشيئا .

( ١٧ ) حيث يقدر على ايفاء ديونه من كسبه بالتدرج أيضا .  
بجامع القدرة على ايفاء الديون بالتوصل في كل من الاصل وهو مالو غائب  
العبد المأذون بآذنه ، والفرع وهو مالو ابق المأذون .  
ولما كان حكم الاصل هو عدم صيرورته بالغيب محجورا عليه ، كان حكم  
الفرع كذلك ، فلا يكون الآبق محجورا عليه بالآباق أيضا لذلك .

( ١٨ ) في نسخة (( ب )) : بخلاف .

( ١٩ ) لخروجه بالبيع عن ملكه أصلا .  
أى وهذا فارق يبطل به قياسهم المذكور .

( ١ ) أى فلا يتعلق الدين برقبته بل ولا في ذمة سيده ، وانما يؤدى من مال  
التجارة .

أنظر : الوجيز ج ١ ص ١٥٢ . المنهاج ص ٥٢ .  
وجعله الحنابلة في ذمة سيده . شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٩٨ . كشاف القناع :  
ج ٣ ص ٤٤٧ : ويتعلق دين مأذون له في التجارة بذمة سيده بالغامبلع . أه  
وذكر في المحرر ج ١ ص ٣٤٨ رواية أخرى انه يتعلق برقبة العبد فيباع به  
ويؤدى منه الدين .

واليه ذهب المالكية : الخرشي ج ٥ ص ٣٠٣ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٠٥ .  
شرح المنح ج ٣ ص ١٩٢ .

( ٢ ) خلافا لزفر .

الهداية ج ٨ ص ٢٢٢ . التبیین ج ٥ ص ٢٠٩ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٥٢ .  
ولم أقف على قول ابن هزم في ذلك .



لنا : هو انه دين لزه برضا من له الحق<sup>(٣)</sup> فلم يتعلق برقبته ، كما  
لو استقرض وهو محجور عليه<sup>(٤)</sup> ، ولان رقبته لم يتناولها الاذن في التجارة ، بدليل  
انه لا يملك بيعها ، فلم تبع في الدين ، كسائر أموال المولى<sup>(٥)</sup> .  
قالوا : مال<sup>(٦)</sup> وجب عليه بمقد مأذون فيه ، فلا يضيع في حال السرقة ،  
كالمهر والنفقة<sup>(٧)</sup> .

( ٣ ) وهو صاحب الدين الواجب على المأذون .

( ٤ ) حيث لا يتعلق الدين برقبته .

بجامع لزوم الدين برضا من له الحق ، في كل من الاصل وهو —  
مالو استقرض وهو محجور عليه ، والفرع وهو العبد المأذون .  
ولما كان حكم الاصل عدم تعلق الدين برقبته . كان حكم الفرع كذلك ،  
فلا يتعلق الدين برقبة المأذون أيضا لذلك .

( ٥ ) حيث لا تباع بالدين الواجب على المأذون لفرمائه .

بجامع عدم دخوله بالاذن له بالتجارة ، في كل من الاصل وهو سائر  
أموال المولى وهي ماعدا المأذون ، والفرع وهو رقبة المأذون .  
ولما كان حكم الاصل عدم دخوله في الاذن للعبد بالتجارة ، كان حكم  
الفرع كذلك فلا تدخل رقبة العبد بالاذن لهما أيضا لذلك .

( ٦ ) وهو دين التجارة .

( ٧ ) حيث تلزم العبد أيضا بمقد النكاح بكونه مأذونا له به .

بجامع ان كلا مال لزمه بمقد مأذون فيه ، اما الاصل فالنفقة والمهر ،  
واما الفرع فدين التجارة .

ولما كان حكم الاصل وجوبه عليه بالاذن لمبالنكاح ، كان حكم الفرع  
كذلك فيتعلق الدين برقبته أيضا لذلك .

قلنا : المهر والنفقة لا يمكن ايفاؤهما من البضع ، ولا ينفك النكاح منهما (٨)  
فلزم المولى من كسب العبد أو كسبه (٩) ، والثلث يمكن ايفاؤه من عوض المبيع (١٠)،  
فلا يتعلق بما لم يأذن فيه (١١) .

قالوا : دين الأجنبي لزم العبد بسبب ثابت في حق مولاه (١٢) ، فتعلق  
برقبته ، كضمان المتلف ودين المرتهن (١٣) .

قلنا : ضمان المتلف يتعلق برقبته في حال الحجر (١٤) ، ودين المعاملة  
لا يتعلق بها (١٥) ، ولأن المتلف عليه لم يرض بذمته (١٦) ،

( ٨ ) أى فهما من مستلزماته .

( ٩ ) أى كسب السيد .

( ١٠ ) فى نسخة ((ب)) : من عوض البيع . / أى المبيع ، فيكون مجازا مرسلا .

( ١١ ) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم دين التجارة فى العبد  
المأذون على نفقته ومهره . والقياس مع الفارق باطل .

( ١٢ ) وهو امتلاكه للعبد المأذون .

( ١٣ ) حيث يتعلق ضمان ما يتلفه العبد برقبته ، ويتعلق دين المرتهن فى  
ذات المرهون .

بجامع ان كلا دين لزم بسبب ثابت ، اما الاصل فضمان ما يتلفه العبد وضمان  
دين المرتهن ، واما الفرع فضمان دين التجارة فى رقبة المأذون .  
ولما كان حكم الاصل تعلقه برقبة العبد المتلف وبالمرهون ، كان حكم  
الفرع كذلك فيتعلق دين التجارة برقبة المأذون أيضا لذلك .

( ١٤ ) أى فيما اذا لم يكن مأذونا لمبالجارة ، وفرض مسألتنا فى المأذون له .

فبطل قياسهم دين التجارة على ضمان المتلف لذلك .

( ١٥ ) أى برقبة العبد ، وانما يتعلق بمال المضاربة .

وفى الاصل ( بهما ) بالتثنية ، وهو خطأ .

( ١٦ ) لانها ليست محلا للتضمين ، لكونه مملوكا لسيد ، فهى ذمة قاصرة .

أى ولذلك تعلق ضمان المتلف برقبته .

وهاهنا<sup>(١٧)</sup> رضى البائع<sup>(١٨)</sup> بذمته ، فلم يتعلق برقبته<sup>(١٩)</sup> ودين المرتهن علقه  
المولى على رقبته<sup>(٢٠)</sup> ، وهاهنا<sup>(٢١)</sup> علقه على ما دفع اليه أو على عوض ما يشتره<sup>(٢٢)</sup>  
ولهذا يجوز أن يأذن لمن لا يجوز بيعه<sup>(٢٣)</sup> ، كأم الولد ، والمدبر<sup>(٢٤)</sup> ، ولا يجوز رهن  
مالا يجوز بيعه<sup>(٢٥)</sup> .

---

(١٧) سقط قوله ( وهاهنا رضى البائع بذمته ) من نسخة ((ب)) . والاشارة  
عائدة الى المأذون لمبالجارة .

(١٨) وهو صاحب الدين .

(١٩) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم تعلق دين التجارة فى رقبة  
المأذون على تعلقها فى ضمان ما يتلفه .

(٢٠) بان يستوفى منه حقه عند المعجز عن ايفائه لصاحبه .

(٢١) أى فى التعامل مع المأذون له بالتجارة .

(٢٢) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم تعلق دين التجارة فى رقبة  
المأذون على تعلقها فى ذات المرهون أيضا . والقياس معه باطل .

(٢٣) مصدر مضاف الى مفعوله . أى من لا يجوز للسيد أن يبيعه .

(٢٤) فى نسخة ((ب)) : والمدبرة . / بالتأنيث . وما فى الاصل أولى لمعومه الذكر  
والانثى ، ان هى داخله فى لفظه لان المدبر صفة لموصوف محدوف تقديره :  
العبد المدبر .

ولفظ العبد يطلق على الذكر والانثى .

(٢٥) لان المقصود من الرهن حبس المال للاستيفاء منه عند المعجز عن دفع  
الحق ومالا يجوز بيعه لا يمكن الاستيفاء منه ، فيفوت به الفرض

من رهنه .

قالوا : دين يستوفى من كسبه ، فاستوفى من بدل نفسه ، كالحر . (٢٦) (٢٧)  
 قلنا : لان الحر يملك كسبه ويدل نفسه . والعبد لا يملك ، (٢٨) وانما يملكه  
 المولى ، (٢٩) والمولى اذن بقضاء الدين من كسبه ، (٣٠) دون بدل نفسه . (٣١)

( ٢٦ ) أى من ثمنه بعد بيع رقبته .

( ٢٧ ) حيث يستوفى دينه من بدل نفسه ، وهو هناك يته ، لان بيع الحر حرم  
 وما روى من بيع النبى صلى الله عليه وسلم سُرق ، بضم فراء مشددة بعدها  
 قاف ، وقيل هو بوزن عمر ، فى دين كان عليه ، فهو منسوخ ، كما نصوا  
 هم على ذلك . أنظر التبيين ج ٥ ص ٢٠٩ .

بجامع الاستيفاء من كسبه فى كل من الاصل وهو الحر والفرع وهو العبد  
 المأذون .

ولما كان حكم الاصل استيفاء دينه من دينه ، كان حكم الفرع كذلك فيستوفى  
 دينه من رقبته أيضا لذلك .

( ٢٨ ) فى نسخة (( ب )) : لا يملك ذلك . / أى كسبه و ثمن نفسه .

( ٢٩ ) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم استيفاء الدين من رقبة  
 المأذون على استيفائه من دية الحر ، والقياس مع الفارق باطل .

( ٣٠ ) لكونه اذن له بالتجارة ، وذلك يقتضى أن تنحصر تصرفاته به فيما دون نفسه .

( ٣١ ) لان الاذن له بالتجارة ، لا يشمل بيع نفسه ، لان فيه ابطالا لان نفسه

له بها ، اذ مراد مبالا ان بها تحصيل المال ، وفى بيعه نفسه تفويت  
 للمال ، فلا يصح لذلك .

( \* )  
مسائل الوكالة

\* مسألة ( ١٨١ ) : لا يجوز تعليق الوكالة على شرط في ظاهر المذهب . ١٦٣ / ١ .

( \* ) يجوز فيها فتح الواو ويجوز الكسر ، وهى فى اللغة : التفويض ، تقول : وكلت امرى الى فلان ، اذا فوضته اليه ، ومن ذلك قولك : توكلت على الله ، أى فوضت امرى اليه واكتفيت به عن غيره ، وتأتى بمعنى الحفظ ومنه ( ونعم الوكيل ) .

وهى من باب وعد ، تقول : وكلت الامر اليك وكلا ، ووكولا ، واسم الفاعل والمفعول منها : وكيل ، والجمع وكلاء ، والاسم منها : التكلان ، بضم التاء ، وتأتى وكل بالتخفيف بمعنى الاهمال والترك ، تقول وكلته الى نفسه ، من باب وعد ، ووكولا ، اذا لم تقم بامره ولم تعنه ، ومنه التواكل ، اذا اتكل بعضهم على بعض ، أى أهمل كل منهم شأن نفسه .

أنظر المصباح ج ٢ ص ٢٤٨ . المختار ص ٧٣٤ .  
وفى الشرع : تفويض شخص ماله فعله ما يقبل النيابة الى غيره ليفعله فى حياته .

وهى مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع ، والمعقول .  
اما الكتاب : فقوله تعالى : ( فابعثوا أحدكم بورقكم هذه ) سورة الكهف : آية رقم / ١٩ ، وقوله على لسان يوسف ( اذهبوا بقميصى هذا ) يوسف آية رقم / ٩٣ .

فان قلت : هذا شرع من قبلنا .  
قلت : ففى شرعنا قوله تعالى ( فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ) سورة النساء ، آية رقم / ٣٥ .

وأما السنة : فبعثه السعاة لجمع الزكاة ، كما فى البخارى ج ١ ص ٢٦٢ انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم على الصدقات ، أى على جمعها ، رجل يقال له : ابن اللتبية وهو أسدى ، استعمله على صدقات بنى سليم .  
أنظره باب قول الله تعالى والعاملين عليها ومحاسبة المصدقين مع الامام =

.....

= وأيضا فقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم عروة البارقي في شراء شاة له بد ينار ليضحى بها ، فاشتراها بد ينار وباعها بد ينارين ، فرجع فاشترى أضحية بد ينار وجاء بد ينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فتصدق بـه صلى الله عليه وسلم ودعا له ان يبارك له في تجارته .

رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥٦ . باب في المضارب يخالف ، رقم / ٣٣٨٤ الا أن في سنده مجهولا ، وفيه انقطاع أيضا ، وقد ضعفه البيهقي والخطابي والشافعي كما ذكر ذلك في مختصر سنن أبي داود ج ٥ ص ٥٠ رقم / ٣٢٤٥ الى غير ذلك من الأحاديث فيها .

وقد انعقد الاجماع على مشروعية الوكالة كما قال ابن حزم في المراتب ص ٦١ ، وأنظر رحمة الامة ص ١٦٠ .

وأما المعقول : فان الحاجة داعية اليها ، فان الشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحه كلها ، بنفسه فشرع له قضاؤها بغيره . وقد قال تعالى : ( وتعاونوا على البر والتقوى ) سورة المائدة آية / ٢ .

واركانها أربعة : وكيل وموكل وموكل فيه وصيغة .

أنظر : مغني المحتاج ج ٢ ص ٢١٧ . المغني ج ٥ ص ٦٣ .

( ١ ) كأن يقول : اذا جاء رأس الشهر أو قدم زيد ونحو ذلك فأنت وكيلى أو فقد وكلتك .

أنظر : الوجيز ج ١ ص ١٨٩ . قال الرافعي : ففيه وجهان . . . وأظهرهما المنع . أهـ فتح العزيز ج ١١ ص ٢٢٢ .

ثم قال : وخرج بعضهم الخلاف على أن الوكالة هل تفتقر الى القبول ، ان قلنا لا تفتقر جاز التعليق ، والا لم يجز ، لأن فرض القبول في الحال ، والوكالة لم تثبت بعد ، وتأمرها الى أن يحصل الشرط مع الفصل الطويل خارج عن قاعدة التخاطب . أهـ .

ونص النووي أيضا على أن المنع هو الأصح في المنهاج ص ٦٤ .

وقال أبو حنيفة : يجوز . ( ٢ )

لنا : هو انه عقد للجبهالة تأثير في ابطاله ، فلم يجوز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع . ( ٣ )

والدليل على الوصف : ( ٤ ) انه اذا وكله في شراء ثوب ولم يبين نوعه لم يصح . قالوا : اذن في التصرف ، فجاز تعليقه على شرط ، كالوصية والامارة . ( ٥ ) قلنا : ليس للجبهالة تأثير في ابطال الوصية . ( ٦ ) والامارة ( ٧ ) بخلاف الوكالة . ( ٨ )

( ٢ ) أنظر أشباه ابن نجيم ص ٢٤٩ . معين الحكام ص ١٥٥ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٠٠ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٥٠ .  
المغنى ج ٥ ص ٦٨ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة ولا المالكية أيضا .

( ٣ ) حيث لا يجوز تعليقه على شرط مستقبل .

بجامع ان كلا عقد للجبهالة تأثير في ابطاله ، اما الاصل فالبيع ، واما الفرع فالوكالة .

ولما كان حكم الاصل بطلانه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح تعليق الوكالة على شرط أيضا لذلك .

( ٤ ) وهو أن للجبهالة تأثيرا في هذا العقد .

( ٥ ) في نسخة (( ب )) : والامارة . / وما في الاصل أولى لدلالة السياق في الجواب

عليه . حيث يجوز تعليقها على شرط .

بجامع ان كلا اذن في التصرف ، اما الاصل فالوصية والامارة واما الفرع فالوكالة .

ولما كان حكم الاصل صحة تعليقها على شرط ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز تعليق الوكالة على شرط أيضا لذلك .

( ٦ ) لانها عقد تبرع محض لا معاوضة فيه ، فاحتل الغرر لذلك .

( ٧ ) سقط لفظ ( الامارة ) من نسخة (( ب )) .

( ٨ ) من حيث انها تقبل التعليق دون الوكالة . لقوله عليه الصلاة والسلام

يوم جهز الجيش لغزوة مؤتة وقد أمر عليهم زيد بن حارثة : ان قتل زيد

فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة . أهد رواه البخاري ج ٣ ص ٥٨ =

قالوا : اذا جاز أن يعلق التصرف على شرط<sup>(٩)</sup> جاز أن يعلق العقد<sup>(١٠)</sup>.  
 قلنا : يجوز أن يعلق التصرف في المستأجر على زمان مستقبل<sup>(١٢)</sup> ولا يجوز  
 أن يعلق العقد<sup>(١٣)</sup>.  
 قالوا : لو لم تصح الوكالة<sup>(١٤)</sup> لما صح التصرف<sup>(١٥)</sup>.

---

= كتاب المغازي ، باب غزوة مؤتة من أرض الشام .  
 وانما قبلت الامارة التعليق دون الوكالة لان الامارة عقد لا يحتاج فيه  
 الى القبول من الأمير . والله أعلم .  
 واذا ثبت أن بينهما farka ، فان قياس أحدهما على الآخر يكون باطلا .  
 (٩) كأن يقول له : وكلتك الان ببيع عدي ، ولكن لا تبعه حتى يجيئ  
 رأس الشهر ،  
 قال الرافعي فيه : صح التوكيل بالاتفاق . أهد فتح العزيز ج ١١ ص ٢٢٠ .  
 (١٠) أي على شرط أيضا .  
 (١١) زاد في نسخة ((ب)) : أن يعلق التصرف على شرط في المستأجر . الخ .  
 (١٢) كأن يقول : استأجرتك على بناء هذا الحائط ، فاذا جاء الفد فاعمل به .  
 حيث يصح العقد .  
 (١٣) بأن يقول له : اذا جاء رأس الشهر فقد استأجرتك لبناء الحائط . حيث  
 لا يصح العقد .  
 والمقصود اثبات أن المدة التي ذكروا باطلة لقصورها على بعض أفراد حكمها .  
 (١٤) أي المعلقة على شرط .  
 (١٥) أي بالوكالة بعد فسادها بالتعليق ، أي ولكن الحال انه صحيح ،  
 فافتضى ذلك صحة عقد ها وان معلقا .



قلنا : لان العقد وان فسد ، <sup>(١٦)</sup> فالاذن باق ، فصح التصرف لوجود  
الاذن ، كما نقول في الكتابة الفاسدة ، <sup>(١٨)</sup> يمتق بها وان كانت فاسدة <sup>(١٩)</sup>.

\* مسألة (١٨٢) : يجوز توكيل <sup>(١)</sup> الحاضر من غير رضا الخصم ١٦٣/٠ ش.

(١٦) أى بسبب التعليق فيها .

(١٧) أى بالتصرف .

(١٨) فى نسخة ((ب)) : ويمتق بها . / بزيادة الواو .  
والصواب حذفها .

(١٩) أى فيقع العتق بها مع فسادها .

بجامع بقاء الاذن فى كل من الاصل وهو الكتابة الفاسدة ، والفرع وهو  
الوكالة الفاسدة .

ولما كان حكم الاصل وقوع العتق بها ، كان حكم الفرع كذلك فيصح  
التصرف وان كانت الوكالة به فاسدة أيضا لذلك .

(١) مصدر مضاف الى فاعله ، أى يصح التوكيل من الموكل وان كان حاضرا .  
فلا يشترط فى الوكالة غيبة الموكل .

(٢) المختصر ص ١١٠ . الوجيز ج ١ ص ١٨٨ . الأم ج ٣ ص ٢٣٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص . كشف القناع ج ٣ ص ٤٥١ .  
المغنى ج ٥ ص ٦٥ .

وبه يقول المالكية : الخرشي ج ٦ ص ٦٩ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٧٨ .  
شرح المنح ج ٣ ص ٣٥٣ .

ومحل ذلك ما لم يقاعد خصمه ك ثلاث مرات الا لعذر فيجوز أيضا من غير  
رضاه .

وبجوازه أيضا يقول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ١١٠ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز الا لعذر . (٣)

لنا : ان ما جاز التوكيل فيه لم يفتقر لزومه الى رضا<sup>(٤)</sup> الخصم ، كالتوكيل في استيفاء الدين<sup>(٥)</sup> ، ولانه توكيل لا يعتبر<sup>(٦)</sup> في لزومه رضا الخصم في حال الغيبة . فلم يعتبر في حال الحضور ، كتوكيل المريض ، والمخدرة<sup>(٧)</sup> .

(٣) بأن كان الموكل مريضاً أو غائباً مدة السفر أو مريداً للسفر أو كان الموكل امرأة مخدرة وهي التي ليس من عاداتها البروز أمام غير المحارم ، أو كانت حائضاً وكان القضاء في المسجد ، وكذا لو كان الموكل محبوساً ، ونحو ذلك من الأعذار .

هذا عند الامام ، وخالفه أصحابه .

قال الزيلعي : والمتأخرون من أصحابنا اختاروا للفتوى : ان القاضي اذا علم من الخصم التعمت في الأبناء من قبول التوكيل ، لا يمكنه من ذلك ، ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه ، وان علم من الموكل قصد الاضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل الا برضاه ، وهو اختيار شمس الاثمة السرخسي . أهـ التبيين ج ٤ ص ٢٥٥ . وأنظر الهداية ج ١ ص ٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٤) في نسخة ((ب)) : الى رضى . / بالالف المقصورة .

(٥) حيث لا يفتقر فيه الى رضا الخصم .

بجامع جواز التوكيل فيه ، في كل من الاصل وهو استيفاء الدين ، والفرع وهو توكيل الحاضر من غير رضا الخصم .

ولما كان حكم الاصل عدم افتقار لزومه الى رضا الخصم ، كان حكم الفرع كذلك فلا يفتقر توكيل الحاضر الى رضا الخصم أيضاً لذلك .

(٦) في نسخة ((ب)) : لا يفتقر في لزومه .

(٧) المخدرة بضم الميم وتشديد الدال المهملية ، وهي البنت البكر الملائمة

لخدرها بكسر الخاء المعجمة وسكون الدال المهملية . وهو ناحية في البيت ، يترك عليها ستر فتكون فيه الجارية البكر ، فيقال لها : خدرة بفتح فكسر

ومخدرة ، والجمع مخدرات ، أنظر النهاية ج ٢ ص ١٣ . =

قالوا : الجواب حق عليه ، <sup>(٨)</sup> وبين الناس فيه تفاوت ، <sup>(٩)</sup> ولهذا قال  
 صلى الله عليه وسلم : ( ولعل بعضكم ألحن <sup>(١٠)</sup> بحجته من بعض <sup>(١١)</sup> ) ، فربما  
 وكل عليه من يظلمه ، فلم يجز من غير رضا الخصم ، كالحالة <sup>(١٢)</sup> .

= والجامع في القياس المذكور هو عدم اعتبار رضا الخصم في حال الغيبة ففى  
 كل من الاصل وهو توكيل المريض والمخدرة ، والفرع وهو توكيل الحاضر .  
 ولما كان حكم الاصل هو عدم اعتبار رضا الخصم في حال حضوره ، كان  
 حكم الفرع كذلك فلا يعتبر رضا الخصم في حال الحضور أيضا لذلك .  
 ( ٨ ) أى عند المسألة القضائية .

( ٩ ) أى فمتهم حاد الذهن حاضر الجواب سريع البديهة ، ومتهم على الضد  
 من ذلك .

( ١٠ ) اللحن هو الميل عن جهة الاستقامة . يقال : لحن فلان في كلامه اذا مال  
 عن صحيح المنطق ، والمراد في الحديث : ان بعضكم يكون أعرف بالحجة  
 واغطن لها من غيره . أنظر النهاية ج ٤ ص ٢٤١ .

( ١١ ) الحديث رواه البخارى ج ٢ ص ١٠٩ . كتاب الشهادات . باب من أقام  
 البينة بعد اليمين .

عن أم سلمة مرفوعا : انكم تختصمون الى ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ،  
 فمن قضيت له بحق أخيه شيئا بقوله ، فانما اقطع له قطعة من النار فلا  
 يأخذها . أه .

ورواه مسلم ج ٣ ص ٣٣٧ كتاب الأقضية ، باب الحكم بالظاهر واللعن  
 بالحجسة رقم / ٤ .

ورواه أبو داود ج ٣ ص ٣٠١ كتاب الأقضية . باب في قضاء القاضى اذا أخطأ  
 / ٣٥٨٣ . ورواه الترمذى ج ٣ ص ٦٢٤ كتاب الأحكام ، باب ما جاء فى  
 التشديد على من يقضى له بشئ ليس له أن يأخذه . رقم / ١٣٣٩ . ثم قال  
 حديث أم سلمة حديث حسن صحيح . أه .  
 ورواه النسائى ج ٨ ص ٢٣٣ . كتاب آداب القضاة ، باب الحكم بالظاهر .  
 ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٧٦ كتاب الأحكام . باب الحاكم يجتهد فيصيب  
 الحق . رقم / ٢٣١٤ .

( ١٢ ) سقط قوله ( كالحالة ) من نسخة (( ب )) .

=

حيث لا تصح الا برضا المحال عليه .

قلنا : (١٣) لو كان هذا (١٤) صحيحا لوجب أن لا يجوز مع العذر أيضا (١٥) ،  
 كالحالة (١٦) ، ولأن الخصم يمكنه أن يدفع ظلم الوكيل بوكيل مثله (١٧) ، ويخالف  
 الحالة ، فإنه ربما لم يكن المحال عليه كالمحيل في إيفاء الدين (١٨) ، وهاهنا (١٩)  
 الوكيل ، كالموكل في الدعوى والجواب : (٢٠)  
 قالوا : الموكل أقرب إلى فصل الحكومة (٢١) من الوكيل ، لأنه يقر ويحلف (٢٢) ،

= بجامع احتمال حدوث الظلم في كل ، أما الأصل فهو الحالة وأما الفرع فهو الوكالة .

ولما كان حكم الأصل اعتبار رضا المحال عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر رضا الخصم في الوكالة أيضا لذلك .

(١٣) في نسخة ((ب)) : قلنا : يبطل بالحالة ، فإنه ربما . . . الخ . وما بينهما ساقط .

(١٤) أي تعليل اعتبار رضا الخصم في الوكالة بخوف احتمال أن يظلمه الوكيل .

(١٥) لأنه لا يؤمن فيه ظلم الوكيل أيضا .

(١٦) حيث لا يؤمن فيها ظلم المحال عليه وإن كانت الحالة عليه برضا .

(١٧) بأن يوكل عن نفسه من يخاصم عنه ، فيبطل به الاحتمال الذي ذكروا .

(١٨) زاد في نسخة ((ب)) : بعد في إيفاء الدين : ثم يجوز .

(١٩) أي في الوكالة .

(٢٠) حيث لا يمكنه الزيادة فيهما ولا النقص ولا الماطلة مع القاضي .

(٢١) في نسخة ((ب)) : الخصومة .

(٢٢) أي ولا كذلك الوكيل إلا أن يأذن له به الموكل .

وإذا أمكن الفصل بأقرب الوجهين<sup>(٢٣)</sup> لم يعدل إلى أبعدهما من غير عذر،  
كما نقول في الشهادة على الشهادة<sup>(٢٤)</sup>.

قلنا : يبطل به إذا رضى الخصم<sup>(٢٥)</sup>، ثم الشهادة على الشهادة ببطل،  
فلا يجوز مع القدرة على الأصل<sup>(٢٦)</sup> والوكيل ليس ببطل، ولهذا لو رضى  
الخصم جاز<sup>(٢٧)</sup>، فصار كشهادة الرجل والمرأتين مكان الرجلين<sup>(٢٨)</sup>.

(٢٣) وهو طريق الموكل إذا كان حاضرا .

(٢٤) حيث لا يعدل إلى الشاهد على الشاهد مع وجود الشاهد الأصل .  
بجامع امكان التوصل إلى الحق بأقرب الوجهين ففى كل من الاصل وهو  
الشهادة على الشهادة ، والفرع وهو التوكيل مع حضور الموكل .  
ولما كان حكم الاصل عدم استعمال الشاهد الثانى مع وجود الشاهد  
الأصل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح التوكيل مع وجود الموكل أيضا لذلك .  
(٢٥) حيث تصح الوكالة حينئذ وان كان الموكل حاضرا ، فبطلت بذلك العلة  
التي ذكروا .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : مع القدرة على المبدل على الأصل . / وهو تكرر  
للمعنى بلفظين لا داعى لاحدهما .  
(٢٧) أى لو رضى الخصم بالوكيل جاز قطعا ، فدل على أن الوكيل ليس ببطل ،  
والا لما جاز وان رضى .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم ، فيبطل به .  
(٢٨) حيث يجوز اشهادهم مكان الرجلين ، وان كانا موجودين .  
بجامع الاصاله فى كل من الاصل وهو الرجل والمرأتين فى الشهادة ، والفرع  
الوكيل فى الوكالة .

ولما كان حكم الاصل صحة العمل بشهادتهم مع وجود الرجلين ، كان  
حكم الفرع كذلك فيصح العمل بقول الوكيل مع حضور الموكل أيضا لذلك .  
فدل على أن الوكيل ليس ببطل عن الموكل .

قالوا : فى هذا ترك للتسوية<sup>(٢٩)</sup> بين الخصمين ، فان أحدهما مرفعه<sup>(٣١)</sup>  
فى البيت ، والآخر متبذل<sup>(٣٢)</sup> فى مجلس الحكم .  
قلنا : للآخر<sup>(٣٣)</sup> أيضا أن يوكل ، فلا يبتذل<sup>(٣٤)</sup> .

\* مسألة ( ١٨٣ ) : يصح عزل الوكيل وان لم يعلم به ، فى أحد القولين . ٦٣ / ش .

( ٢٨ ) أى فى جواز التوكيل مع كون الموكل حاضرا .

( ٢٩ ) فى نسخة (( ب )) : ترك التسوية .

( ٣١ ) أى فى سعة وراحة ، تقول : رجل رافه ، أى وادع ، وهو فى رفاهة من

العيش أى فى سعة منه ، ومثله فى رفاهة . أنظر المختار ص ٢٥١ .

وفى القاموس ج ٤ ص ٢٨٤ : رفه عيشه ككرم ، فهو رفيه ورافه ورفهه

ومترفه . مستريح متنع . أه .

( ٣٢ ) أى غير مصون ، وذلك بمباشرة العمل بنفسه ، أنظر القاموس ج ٣ ص ٣٣٣ +

( ٣٣ ) وهو الوكيل .

( ٤٤ ) أى فبطل اعتبار الفارق الذى ذكروا بين الاصل والفرع فى قياسنا ،

فبقى القياس صحيحا .

( ١ ) ويترتب على ذلك انه لو تصرف ولم يعلم بالعزل وسلم ماوكل فيه الى الغير

فهل يكون ضامنا كما هو مقتضى كلام الغزالي والشاشي وغيرهما .

ومال الرويانى الى عدم الضمان . - أنظر عميرة ج ٢ ص ٣٤٧ .

أنظر المسألة فى : الوجيز ج ١ ص ١٩٣ قال : وكذا - أى ينعزل - فى غيبته

قبل بلوغ الخبر فى اقيس القولين . أه وأنظر المنهاج ص ٦٦ حيث قدم

هذا الرأى ، ثم قال : وفى قول : لا حتى يبلغه الخبر . أه اشارة

منه الى أن الأول أقوى .

وقد نص الرافعى على أنه أصح القولين . أنظر فتح العزيز ج ١١ ص ٦٧ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٠٧ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٥٩

وذكر فى المغنى ج ٨ ص ٨٩ رواية أخرى أنه لا ينعزل قبل العلم .

( ٢ ) وقال أبو حنيفة : لا يصح .

لنا : هو ان من لا يعتبر رضاه في رفع عقد لم يعتبر علمه ، كالمرأة في الطلاق (٣) ولأنه عزله عن التصرف ، فلم ينفذ تصرفه ، كما لو علم به (٤) قالوا : أمر ونهى ، فاعتبر فيه علم المأمور والمنهى ، كأمر صاحب الشرع (٥)

( ٢ ) الهداية ج ٧ ص ١٣٠ . التبیین ج ٤ ص ٢٨٧ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٤٧ .

وهو ارجح قولی المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٩٦ . الجواهر ج ٢ ص ١٣٢  
شرح المنح ج ٣ ص ٣٩٠ .  
والیه ذهب ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ١١٤ .

( ٣ ) حيث لا يعتبر علمها بالطلاق لصحة وقوعه .  
بجامع عدم اعتبار رضاه في ازالة العقد ، في كل من الاصل وهو الطلاق  
والفرع وهو الوكالة .

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار علم المرأة في صحة وقوع الطلاق عليها ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر علم الوكيل في صحة عزله أيضا لذلك .

( ٤ ) حيث لا ينفذ تصرفه بعده قطعاً .  
بجامع العزل عن التصرف في كل من الاصل وهو مالو علم بالعزل والفرع  
وهو مالو لم يعلم به ،  
ولما كان حكم الاصل صحة العزل فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح  
عزله وان لم يعلم أيضا لذلك .

( ٥ ) حيث لا تلزم التكاليف الشرعية الا بعد العلم بها . قال تعالى : ( وأوحى  
الى هذا القرآن لا نذكركم به ومن بلغ ) سورة الأنعام آية / ٩١ أى لا نذكركم  
به أنتم ومن بلغه الا نذار من غيركم .  
بجامع ان كلا أمر ونهى ، اما الاصل فأمر صاحب الشرع ، واما الفرع فالتوكيل .  
ولما كان حكم الاصل اعتبار العلم به ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر فيه علم  
الوكيل أيضا لذلك .

قلنا : فى الأصل وجهان ، (٦) ثم ذاك (٧) يقتضى الثواب والعقاب ، فاقضى العلم ، وهذا يقتضى التصرف فلم يقتض العلم (٨) ، ولان الاباحة فى حق الله تعالى لا تثبت من غير علم ، وتثبت فى حق الآدمى ، وهو اذا أباح طعامه ، أو ركوب دابته أو التصرف فى ماله بعد وفاته وهو لا يعلم . (٩)

( ٦ ) وهو لزوم الأمر الشرعية مع عدم العلم بها سواء لفغلة أو نسيان أو نوم . المانع منه يقول : ان التكليف بشئ قبل العلم به محال ، (و) لا يكلف الله نفسا الا وسعها ) وقد روى مسلم ج ١ ص ١١٥ كتاب الايمان ، باب بيان انه سبحانه وتعالى لم يكلف الا ما يطاق ، رقم / ١٩٩ فى سبب نزولها انه لما نزلت ( لله ما فى السموات وما فى الأرض وان تبدوا ما فى أنفسكم أو تخفوه . . . الآية ) اشتد ذلك على أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ثم بركوا على الركب وقالوا : أى رسول الله ، كلفنا من الأعمال ما نطيق : الصلاة والصيام والجهاد والصدقة ، وقد أنزلت عليك هذه الآية ، ولا نطيعها ، فقال : أتريدون أن تقولوا كما قال أهل الكتابين من قبلكم سمعنا وعصينا ؟ بل قولوا : سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا واليك المصير ، فقالوها ، فأنزل الله تعالى ( لا يكلف الله نفسا الا وسعها ) الآية . والمجيزون يقولون : ان سؤال رفع التكليف دليل على جوازه اذا كان مستحيلا لغيره كتكليف أبى جهل بالايان ، فانه امتنع لسابق علم الله فيه انه لن يؤمن مع نصب دالات الايمان امامه . وفى المسألة تفصيل . نزهة المشتاق ص ١٠٢ . شرح الكوكب المنير ج ١ ص ٤٨٤ وما بعدها .

( ٧ ) أى الأمر الشرعى .

( ٨ ) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم . فيبطل به .

( ٩ ) أى فلا يجب على من لا يعلم بتلك الاباحة شئ فيما اذا أكل الطعام المذكور أو ركب الدابة أو تصرف فى مال المبيع بعد وفاته . فلا يضمن شيئا من ذلك .



قالوا : أحد موجبي الوكالة ، (١٠) فلم (١١) يرتفع قبل العلم ، كالأمانة (١٢)  
 قلنا : الأمانة تتعلق بترك العدوان ، فلم يعمل (١٣) (١٤) فيه العزل ،  
 والتصرف (١٥) يتعلق بالاذن وقد زال الاذن ، ولهذا لا ترتفع الأمانة وان علم ،  
 ما لم يفرط ، (١٧) والتصرف يرتفع . (١٨)

( ١٠ ) ذلك لان للوكالة موجبين : أحدهما : العلم بها ، وثانيهما : الاذن بالتصرف .

( ١١ ) في نسخة ((ب)) : فلا يرتفع .

( ١٢ ) حيث لا ترتفع قبل العلم بزوالها عن المؤتمن .

بجامع ان كلا أحد موجبي العقد ، اما الاصل فهو الأمانة ، واما الفرع فهو الوكالة .

ولما كان حكم الاصل عدم ارتفاع الأمانة عن الشيء قبل العلم بازالتها ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا ينعزل الوكيل قبل العلم بالعزل أيضا لذلك .

( ١٣ ) أى فلم يؤثر العزل فى بقاء عقد الأمانة مع عدم العلم بالعزل ، لأنه مسئول عنها مادامت عنده ، ولذلك فانه يضمنها بالتفريط فى الحفظ ، وان بعد علمه بالعزل .

( ١٤ ) أى فى عقد الأمانة .

( ١٥ ) أى بالوكالة عن الغير .

( ١٦ ) أى بالعزل عنها .

( ١٧ ) أى والا فيضمنها ، لتعديده عليها ، بتقصيره فى حفظها .

( ١٨ ) أى بمجرد العزل ، وان لم يعلم به الوكيل .

أى فافترق الاصل بذلك عن الفرع فى قياسهم ، فيبطل .

\* مسألة ( ١٨٤ ) : لا يصح اقرار الوكيل في الخصومة على الموكل (١) . ١٦٣/٠ ش.

وقال أبو حنيفة : يصح في مجلس الحكم (٢) .

لنا : ان من لا يقبل اقراره في غير مجلس الحكم ، لم يقبل في مجلس الحكم ، كالوكيل في القصاص (٣) ، وكما لو نهاه عن الاقرار (٤) . ولانه معني

( ١ ) المختصر ص ١١٠ . الأم ج ٣ ص ٢٣٢ . الوجيز ج ١ ص ١٩٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣١٥ . كشاف القناع ج ٣ ص ٤٦٠ .  
المغنى ج ٥ ص ٧٢ .

وهو قول المالكية فيما اذا اذن له بالاقرار عنه ، أو أن يوكله وكالة تفويض  
أى عامة .

أنظر : القوانين ص ٣٥٧ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٧٩ . شرح المنح ج ٣ ص ٣٥٤ .

( ٢ ) أى استحسانا الا أنه يخرج عن الوكالة فلا يدفع المال اليه .

وزهب أبو يوسف الى جواز الاقرار عليه في مجلس الحكم وغيره .  
واما زفر فذهب الى عدم صحة اقراره على موكله مطلقا كالشافعى ، وقد كان  
أبو يوسف يقول به أولا .

أنظر : الهداية ج ٢ ص ١٠٦ . وفتح القدير عليه . التبیین ج ٤ ص ٢٧٩ .

مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٤٣ . ومحل صحة اقراره عليه ما اذا كان فى غير  
الحدود والقصاص .

وزهب ابن حزم الى المنع من الاقرار عن الغير مطلقا . أنظر المحلى ج ٩ ص ١١٣ .

( ٣ ) حيث لا يقبل اقراره بمطلقا ، لا فى مجلس الحكم ولا فى غيره .

بجامع عدم قبول اقراره فى غير مجلس الحكم ، فى كل من الاصل وهو الوكيل  
فى القصاص والفرع وهو الوكيل فى الخصومة .

ولما كان حكم الاصل بطلان اقراره فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح اقرار  
وكيل الخصومة فيه أيضا لذلك .

( ٤ ) أى على موكله ، حيث لا يصح اقراره عليه بعده قطعا .

يقطع الخصومة ، فلا يملكه بالتوكيل في الخصومة<sup>(٥)</sup> ، كالا براء<sup>(٦)</sup> والصلح<sup>(٦)</sup> . ولان من لا يصح يمينه اذا جحد ، لم يصح اقراره ، كالوصى<sup>(٧)</sup> ، ولا يلزم اذا اذن له فى الاقرار<sup>(٨)</sup> ، لانه لا يصح فى أحد الوجهين<sup>(٩)</sup> .

( ٥ ) لانه يؤدى الى خلاف مراد الموكل ، وهو كسب حقه بالتوكيل فى الخصومة عنه .

( ٦ ) حيث لا يجوز للوكيل ابراء المتهم ولا مصالحته عن الموكل ، لتفويته الغرض من التوكيل ، وهو تحصيل الحق كاملا من الخصم ، فلا يصح لذلك .  
بجامع ان كلا معنى يقطع الخصومة ، اما الاصل فالابراء والمصالحة واما الفرع فالاقرار .  
ولما كان حكم الاصل المنع منه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح للوكيل الاقرار عن الموكل أيضا لذلك .

( ٧ ) حيث لا يصح اقراره على الموصى عليه .  
بجامع عدم صحة اليمين اذا جحد فى كل من الاصل وهو الوصى ، والفرع وهو الوكيل ،  
ولما كان حكم الاصل عدم اقرار الوصى على الموصى عليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح اقرار الوكيل على الموكل أيضا لذلك .

( ٨ ) أى لا يلزم من قولنا بعدم صحة اقراره على موكله فى الخصومة ، ان يصح ذلك منه اذا اذن له فيه الموكل ، فان اذنه له فيه لا يصح .

( ٩ ) اظهرهما انه لا يصح ، وهو قول الاكثرين ، واليه ذهب ابن سريج والقفال ، لانه اخبار عن حق ، فلا يقبل التوكيل ، كالشهادة .

والثانى : يصح ، لانه قول يلزم به الحق ، فأشبه الشراء وسائر التصرفات .  
أنظر : فتح العزيز ج ١١ ص ٨٠ . والمنهاج ص ٦٤ .

قالوا : من موجب<sup>(١٠)</sup> الخصومة بدليل ان الحاكم يقول له :<sup>(١١)</sup> ماتقول  
 فيما يدعى<sup>(١٢)</sup> على موكلك ؟ فهو كالا نكار<sup>(١٣)</sup> .  
 قلنا : لا نسلم<sup>(١٤)</sup> بل ينافي الخصومة ، وانما يسأله ليرتب<sup>(١٥)</sup> على انكاره  
 سماع البينة أو المطالبة بيمين الموكل ، كما يسأل الوكيل في القصاص<sup>(١٧)</sup> وإذا<sup>(١٨)</sup> نهاه  
 عن الاقرار<sup>(١٩)</sup> وان لم يملك<sup>(٢٠)</sup> ويخالف الانكار ،

( ١٠ ) جار ومجرور متعلق بمحذوف تقديره : الاقرار من موجب الخصومة .

( ١١ ) سقط لفظ (له) من نسخة ((ب)) .

( ١٢ ) أى الخصم .

( ١٣ ) حيث يصح من الوكيل للموكل .

بجامع ان كلا من موجبات الخصومة ، اما الاصل فالانكار ، واما الفرع  
 فلا اقرار .

ولما كان حكم الاصل جوازه من الوكيل ، كان حكم الفرع كذلك فيصح اقراره  
 أيضا لذلك .

( ١٤ ) أى القول بأنه من موجبات الخصومة .

( ١٥ ) فى نسخة ((ب)) : وانما نسأله لنقيد أو نشهد ، أو يقر على انكاره .

( ١٦ ) فى نسخة ((ب)) : والمطالبة . / بواو العطف بدون همزة  
 والصواب اثباته .

( ١٧ ) فانه يجوز للقاضى أن يسأل الوكيل فيه ، ليرتب على انكاره سماع  
 البينة أو المطالبة بيمين الموكل ، ثم لا يدل ذلك على صحة اقرار  
 الوكيل فى القصاص على الموكل .

( ١٨ ) أى وكما اذا نهاه عن الاقرار .

( ١٩ ) أى عليه فى الخصومة ، حيث لا يجوز له الاقرار عليه بعد نهيه عنه .

( ٢٠ ) أى وان لم يملك الوكيل الاقرار عليه فيها ، فان صحة نهى الموكل الوكيل  
 عن الاقرار عليه ، لا يدل على جواز اقراره عليه لو لم ينهه عنه .

فانه يوافق ماوكله فيه <sup>(٢١)</sup> ، ولهذا ملكه الوكيل فى القصاص ، والقذف <sup>(٢٢)</sup> ، ولا يملك  
الاقرار . <sup>(٢٤)</sup>

قالوا : من ملك قبض الشئ ملك الاقرار به ، كالموكل <sup>(٢٥)</sup> .  
قلنا : الوكيل <sup>(٢٦)</sup> فى الخصومة لا يملك القبض ، وفى الوكيل فى البيع <sup>(٢٨)</sup>  
قولان <sup>(٢٩)</sup> ، ثم يبطل بالوصى <sup>(٣٠)</sup> ، واما الموكل فانه يتصرف فى حق نفسه ، وهذا <sup>(٣١)</sup>

( ٢١ ) أى الانكار .

( ٢٢ ) وهو تحصيل الحق من الخصم .

( ٢٣ ) أى وان لم يأمره به الموكل .

( ٢٤ ) أى على الموكل ، فى القصاص ، أى فكذا لا يملكه عليه فى غير القصاص أيضا .

( ٢٥ ) حيث يملك الاقرار فى الخصومة .

بجامع ملك القبض فى كل من الاصل وهو الموكل والفرع وهو الوكيل .  
ولما كان حكم الاصل ملكه الاقرار فى الخصومة ، كان حكم الفرع كذلك فيملك  
الوكيل الاقرار بها أيضا لذلك .

( ٢٦ ) فى نسخة ((ب)) : الموكل . / وهو تحريف .

( ٢٧ ) لان التوكيل فيها لا يشمل .

( ٢٨ ) سقط قوله (فى البيع) من نسخة ((ب)) .

( ٢٩ ) أصحابهما ان له قبض الثمن وتسليم المبيع ، وان لم ينص عليهما الموكل ،  
لانهما من مقتضيات البيع .

أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٣٤٢ .

( ٣٠ ) حيث يملك القبض لوصيه ، ولا يملك الاقرار عليه .

أى فبطلت العلة التى ذكروا لوجودها فى الوصى وتختلف الحكم عنها فيه .

( ٣١ ) أى الوكيل .

يتصرف بلاذن ، والاذن لم يتناول الاقرار ، ولهذا يملك الموكل الاقرار فسى  
غير مجلس الحكم ، ولا يملكه الوكيل . ( ٣٢ )

\* مسألة ( ١٨٥ ) : يجوز التوكيل فى استيفاء القصاص فى غيبة الموكل ،  
على الصحيح من المذهب . ( ١ ) ١٦٤ / ٠

( ٣٢ ) أى فى غير مجلس الحكم ، لأن الوكالة لا تشمل .  
وبه يبطل قياس الوكيل على الموكل للفارق المذكور بينهما .

( ١ ) ذكر فى الوجيز ج ١ ص ١٨٨ أن فى استيفائها فى غيبة الموكل طريقين :  
أحدهما : المنع ، والآخر : قولان ، وقيل بالجواز أيضا .

قال الرافعى : وفى غيبته ثلاث طرق : أشهرها على قولين : أحدهما :  
المنع ، . . . وأصحهما : الجواز . . . والثانى : وبه قال أبو اسحاق :  
القطع بالجواز . . . والثالث : القطع بالمنع ، لعظم خطر الدم . . .  
وذكر الريانى أنه الذى يفتى به . أه .

فتح العزيز ج ١١ ص ٩ .

قلت : وهذا الأخير هو الذى ذكره فى الأم ج ٣ ص ٢٣٢ . والمختصر :  
ص ١١٠ . واقتصر النووى على ذكر القولين فقال : ويصح فى استيفاء عقوبة  
آدمى كقصاص وحد قذف ، وقيل : لا يجوز الا بحضرة الموكل . أه المنهاج ص ٦٤ .

وبجوازه يقول الحنابلة أيضا : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٠٤ . كشف القناع :  
ج ٣ ص ٤٥٤ . وذكر فى المغنى رواية أخرى انه لا يجوز الا بحضرة أيضا ،  
ثم قال : والأول ظاهر المذهب . أه المغنى ج ٥ ص ٦٧ .  
واطلق المالكية جواز التوكيل فى استيفاء العقوبة ، ولم يقيدوه بحضور الموكل  
أو عدمه .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٧٨ . الجواهر ج ٢ ص ١٢٥ . شرح المنح :  
ج ٣ ص ٣٥٣ .

وبجوازه مطلقا يقول ابن حزم أيضا . أنظر المحلى ج ٩ ص ١١٠ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز. ( ٢ )

لنا : هو انه حق يجوز للوكيل استيفاؤه بحضرة الموكل ، فجاز له استيفاؤه  
فى غيبته كسائر الحقوق ، ولا يلزم عوض الصرف ،<sup>(٣)</sup> لان بالغيبة يبطل الحق.<sup>(٥)</sup>  
قالوا : اذا وقع لا يمكن<sup>(٦)</sup> استدراكه ، وربما عفا الموكل<sup>(٧)</sup> وهو لا يعلم<sup>(٨)</sup>

( ٢ ) الهداية ج ٧ ص ٦ . التبیین ج ٤ ص ٢٢٥ . مجمع الأنهر: ج ٢ ص ٢٢٣ .  
الا أن الطحاوى ذهب الى جواز التوكيل فى التعزير واستيفائه دون حضور  
الموكل ، كما ذكره فى مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٢٣ .

( ٣ ) حيث يجوز للوكيل استيفاؤها دون حضور الموكل .  
بجامع جواز استيفاء الوكيل مع حضور الموكل فى كل من الاصل وهو سائر  
الحقوق ، والفرع وهو استيفاء القصاص .

ولما كان حكم الاصل صحة استيفائها فى غيبة الموكل ، كان حكم الفرع  
كذلك فيصح استيفاء القصاص فى غيبة الموكل أيضا لذلك .

( ٤ ) حيث يجوز للوكيل استيفاؤه بحضرة الموكل ، ولا يجوز بغيبته فيمنه ،  
لان القبض شرط فى الصرف ، والتوكيل بالبيع والشراء لا يشمل القبض  
والا قباض على الخلاف .

أنظر فتح العزيز ج ١١ ص ٣٣ .

( ٥ ) أى بغيبة الموكل يبطل عقد الصرف ، لكون العقد فى الصرف انما هو  
مع الموكل لا الوكيل ، فاعتبرت مفارقتها هو لمجلس العقد دون مفارقة  
الوكيل .

( ٦ ) فى نسخة ((ب)) : لم يمكن . / وفاعل وقع ، هو القصاص .

( ٧ ) أى عن الجانى .

( ٨ ) أى الوكيل .

فيستوفى قصاصا قد سقط .

قلنا : الا أن الاصل بقاءه<sup>(٩)</sup> ، ثم لو صح هذا<sup>(١٠)</sup> لوجب أن لا يستوفى الوارث ، لجواز أن يكون قد عفا عنه المورث ، ولوجب أن لا يستوفى<sup>(١١)</sup> الحاكم في غيبة الشهود لجواز أن يكونوا قد رجعوا عن الشهادة ، وان لا يجوز للنائب عن الامام أن يستوفى لجواز أن يكون قد<sup>(١٢)</sup> تغير اجتهاده<sup>(١٣)</sup> ، وان لا يجوز لعمال النبي صلى الله عليه وسلم أن يستوفوا<sup>(١٤)</sup> ، لجواز أن يكون قد نسخ ، ولوجب أن لا يجوز للولي الحاضر تزويج المنكوحة ، لجواز أن يكون قد زوجها الولي الغائب<sup>(١٥)</sup> .

\* مسألة ( ١٨٦ ) : لا يجوز للوكيل أن يبيع بأقل من ثمن المثل<sup>(١٦)</sup> . ١٦٤/١ .

( ٩ ) أى حق استيفاء القصاص . أى فلا يرتفع الا بالعلم بالعفو .

( ١٠ ) بمعنى احتمال عفو الموكل عن الجاني .

( ١١ ) فى نسخة ((ب)) : أن لا يستوفيه .

( ١٢ ) فى نسخة ((ب)) : أن يكون قد صح بغير اجتهاده . / وما فى الأصل أصح .

( ١٣ ) أى فى الحكم على الجاني .

( ١٤ ) زاد فى نسخة ((ب)) : أن يستوفوا الخراج والحقوق .

( ١٥ ) أى ومراعاة هذه الظنون والاحتمالات كلها يوجب تعطيل العمل

بالشرع جملة . فوجب اطراح هذه الاحتمالات ، ثم العمل بما هو

ثابت بالنص أو الاجتهاد .

( ١ ) أى الا أن يكون ذلك ما يتفابن الناس بمثله ، والا فعليه ضمانه .

أنظر المختصر ص ١١١ . الوجيز ج ١ ص ١٩٠ . المنهاج ص ٦٥ .

وهو قول المالكية : القوانين ص ٣٥٦ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٨٢ . شرح

المنح ج ٣ ص ٣٦٥ .

ومحله : اذا أطلق التوكيل فى البيع ، ولم يحد له ثمن ، والا فقولان : =



وقال أبو حنيفة : يجوز بما عزوها<sup>(٢)</sup>.

لنا<sup>(٣)</sup> : انه توكيل مطلق في عقد معاوضة ، فلم يجز بالغبن الفاحش ، كالشراء<sup>(٤)</sup>.

= أحدهما صحة البيع ، والثاني : لا يصح بانقص من ثمن المثل وان حدد الثمن ، لأن القصد من التسمية عدم نقص الثمن ، وطلب الزيادة . أنظره في شرح المنح ج ٣ ص ٣٦٦ .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ١١٤ .

( ٢ ) خلافا للصاحبين : الهداية ج ٧ ص ٧٢ . التبیین ج ٤ ص ٢٢٠ .

مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٣٥ .

أى ولو بالغبن الفاحش ، لانه شئ معتاد عند الاحتياج الى النقد .

ومحله : مالم يتهم الوكيل ، والا لم يجز .

ومحله أيضا : مالم يكن الوكيل أبا أو وصيا لمن يبيع له ، لان ولايتهما نظرية

ولا نظر في البيع بالاقل للموكل .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣١٠ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٦٣ .

وفى المحرر ج ١ ص ٣٥٠ :

قال : ويتخرج أن يكون كتصرف الفضولى . أه أى فلا يجوز له ذلك ويبطل

به البيع .

( ٣ ) فى نسخة (( ب )) : لنا : هو أنه .

( ٤ ) حيث لا يجوز للوكيل الشراء بالغبن الفاحش .

بجامع ان كلا توكيل مطلق فى عقد معاوضة ، اما الاصل فهو التوكيل

بالشراء ، واما الفرع فهو التوكيل بالبيع .

ولما كان حكم الاصل المنع من الشراء بالغبن الفاحش ، كان حكم الفرع

كذلك فلا يجوز البيع بالغبن الفاحش أيضا لذلك .

فان قيل<sup>(٥)</sup> : الثمن في الشراء لم يتناول الاذن<sup>(٦)</sup> بلفظه ، فلم يمكن حمله على العموم . كالمضمرات<sup>(٨)</sup> والذي تناوله الامر<sup>(٩)</sup> ملك الغير<sup>(١٠)</sup> ، وهو لا يملكه<sup>(١١)</sup> . قيل : يبطل به اذا قال : زوجني امرأة ، فان الامر يتناول مالا يملك<sup>(١٣)</sup> ، والمهر غير مفلوظ به ، ثم يحمل امره فيه على العموم .<sup>(١٤)</sup>

( ٥ ) أى نقضا لقياس البيع بثمن المثل على الشراء به ، باثبات الفارق بينهما .

( ٦ ) سقط لفظ ( الاذن ) من نسخة (( ب )) .

( ٧ ) أى على أكثر من ثمن المثل أو أقل منه . بل يحمل على ثمن المثل فقط .

( ٨ ) حيث لا تحمل الضمائر في اللغة الا على من وضعت له .

بجامع عدم تناول اللفظ له في كل من الاصل وهو المضمرات ، والفرع وهو الاذن بالشراء ، ولما كان حكم الاصل عدم تناول المضمرات لغير من هي له ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتناول الاذن بالشراء ، الشراء بأقل منه أو بأكثر أيضا لذلك .

( ٩ ) أى بالشراء .

( ١٠ ) لان السلعة الموكلة في شرائها انما هي في ملك الغير ، بخلاف الامر

بالبيع ، فان السلعة ملك الموكلة ، فجاز للوكيل بيعها بأقل وبأكثر من ثمن المثل ، لكونه متصرفا في ملك موكله بالمصلحة .

( ١١ ) أى الموكلة .

( ١٢ ) أى لا يملك ملك الغير .

( ١٣ ) أى مالا يملكه الامر .

( ١٤ ) أى فيجب على الموكلة مهر المثل .

فان قيل : فى الشراء متهم ، (١٥) لانه ربما يواضع البائع (١٦) فيشتري منه مايساوى مائة بألف ، ثم يصالحه منه على ثوب يساوى مائة ، ويرجع (١٧) بالالف على الموكل ، (١٨) ولا يمكن ذلك فى البيع . (١٩)  
 قيل : قد يواضع المشتري على شئ يرشوه ، (٢٠) فيبيع منه مايساوى ألفا

( ١٥ ) مفعول الاتهام هو الوكيل .

( ١٦ ) فى نسخة ((ب)) : لأنه ربما تواضع للبائع . / أى ربما اتفق معه على ما سيذكره المصنف الآن .

أنظر المختار ص ٧٢٦ .

( ١٧ ) فى نسخة ((ب)) : فيرجع . / أى الوكيل .

( ١٨ ) أى فيأخذها منه ، فامتنع الشراء بأقل من ثمن المثل ، لما فيه من لحاق الحيف بالموكل .

( ١٩ ) فى نسخة ((ب)) : فى المبيع . / وما فى الاصل أولى .

( ٢٠ ) أى يرشوه به .

والرشوة بكسر الراء المهملة : ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره كالقاضى

والموظف المسئول ليحكم له ، أو يحمله على ما يريد .

وتجمع على رشا مثل سدره وسدر بكسر ففتح ، والضم فى راء الرشوة لفظة ،

وجمعها رشا بضم الراء .

تقول رشوته رشوا كقتلته قتلا اذا أعطيته الرشوة ، فارتشى أى أخذها

واصله من رشا البئر أى حبله الذى يستقى به الماء منه ، فكأن الرشوة

وسيلة للتوصل بها الى مطلوب الراشى .

أنظر المصباح ج ١ ص ٢٤٤ . المختار ص ٢٤٤ .

ثم ان كانت الرشوة للتوصل الى حق هو لك وقد منع عنك فلا تحرم ، والا حرمت .

فقد روى عن الحسن والشعبي وجابر بن زيد وعطاء انهم قالوا : لا بأس ان

يصانع الرجل عن نفسه وماله اذا خاف الظلم . أهـ معالم السنن ج ٥ ص ٢٠٧

كتاب الاقضية ، باب فى هدايا العمال . رقم / ٣٤٣٦ .

بمائة ، ولأنه <sup>(٢١)</sup> يتصرف فى حق الغير بتفويض <sup>(٢٢)</sup> مطلق ، فلا يملك بالغيبين  
الفاحش ، كالوصى والقيم . <sup>(٢٤)</sup>

قان قيل : الشرع قيد تصرفهما بالاحسن ، <sup>(٢٥)</sup> فقال تعالى <sup>(٢٦)</sup> ( ولا تقربوا  
مال اليتيم الا بالتى هى أحسن ) <sup>(٢٧)</sup> .

قيل : الشرع قيد أيضا تصرف الوكيل بالنظر والا احتياط ، فقال صلى الله عليه وسلم  
( لا ضرر ولا ضرار ) <sup>(٢٨)</sup> ،

---

( ٢١ ) أى الوكيل .

( ٢٢ ) أى بتسليم الامر اليه مطلقا ، يفعل فيه ما يراه مصلحة .

( ٢٣ ) لان فيه معنى الخيانة فى المال ، ان اسند اليه التعامل فيه ليحقق  
له فيه ما يصلح من شأنه .

( ٢٤ ) فى نسخة (( ب )) : كالوصى واليتيم . / حيث لا يجوز للوصى والقسيم  
الغبين فى مال وصيه ومن هو قيم عليه .

بجامع التصرف بتفويض مطلق فى كل من الاصل وهو الوصى والقيم والفسرع  
وهو الوكيل .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز الغبن الفاحش فى تعامله بمال وصيه ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للوكيل التعامل بالغبن الفاحش فى مال  
الموكل أيضا لذلك .

( ٢٥ ) أى ولا كذلك فى الوكيل مع الموكل .

( ٢٦ ) فى نسخة (( ب )) : فقال الله تبارك وتعالى .

( ٢٧ ) سورة الاسراء آية رقم / ٣٤ .

( ٢٨ ) الحديث رواه ابن ماجة ج ٢ ص ٧٨٤ كتاب الاحكام ، باب من بنى فى حقه

ما يضر بجاره ، رقم / ٢٣٤٠ عن عبادة ابن الصامت ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم قضى ان : لا ضرر ولا ضرار . أهـ

قال فى الزوائد : فى حديث عبادة هذا : اسناد رجاله ثقات الا أنه منقطع

لان اسحاق بن الوليد قال الترمذى وابن عدى : لم يدرك عبادة بن الصامت =

وقال ( رأس الدين النصيحة ) ( ٣٠ ) ولان المتعارف كالمنطوق به ، والدليل عليه :  
نقد البلد ( ٣١ ) ، والمتعارف ان لا تباع السلعة الا بثمنها ، فصار كما لو قال :  
بيع بثمنها ( ٣٢ ) ، ولانه لا يملك عندهم بيعه من ولده ، ولا مكاتبه ( ٣٣ ) ، خوفا من  
محاباة متوهمه ( ٣٤ ) ، فلان لا يملك محاباة متحققة أولى ( ٣٥ ) .  
قالوا : أمر عام فيها يملكه ( ٣٦ ) ، فحمل على العموم ( ٣٧ ) ، كقول صاحب الشرع ( ٣٨ ) .

= وقال البخارى : لم يلق عبادة . أه

ورواه ابن ماجة أيضا عن ابن عباس مرفوعا بلفظه ، لكن قال فى الزوائد :  
فى اسناده جابر الجعفى ، متهم . أه رقم الحديث / ٠٢٣٤١ .

( ٢٩ ) سقط قوله ( رأس ) من نسخة (( ب )) .

( ٣٠ ) الحديث رواه مسلم ج ١ ص ٧٤ . كتاب الايمان ، باب بيان ان الدين النصيحة رقم / ٩٥ . عن تميم الدارى مرفوعا ولكن بلفظ : الدين النصيحة .  
قلنا : لمن ؟ قال : لله ولكتابه ولرسوله ولائمة المسلمين وعامتهم . أه .  
ورواه البخارى تعليقا فى كتاب الايمان ، باب قول النبى صلى الله عليه وسلم :  
الدين النصيحة لله ولرسوله ولائمة المسلمين وعامتهم . أه .

( ٣١ ) حيث لا يجوز للوكيل أن يبيع الا بنقد البلد ، اذا اطلق الموكل ذلك  
ولم يقيد به بنقد معين . وكذلك اذا اطلق المتبايعان الثمن حمل على  
نقد البلد لانه المتعارف فكان كما لو نطقا به .

( ٣٢ ) أى فلا يجوز لمبعد ذلك البيع بأقل من ثمن مثلها قطعا .

( ٣٣ ) أنظر الهداية ج ٧ ص ٦٩ وفتح القدير عليه .

( ٣٤ ) أى من الوكيل لولده أو مكاتبه .

( ٣٥ ) وذلك فيما اذا باع بأقل من ثمن المثل .

( ٣٦ ) حيث وكله ببيع ماله واطلق ، فلم يقيد به بثمن معين .

( ٣٧ ) أى فيجوز له البيع بمثل أو أقل أو أكثر من ثمن المثل .

( ٣٨ ) حيث اذا اطلق اللفظ حمل على العموم ، ولا يخص الا بمخصص .

قلنا : يبطل به اذا باع من ابنه ومكاتبه ، <sup>(٣٩)</sup> ولانه وان كان <sup>(٤٠)</sup> عاماً الا أنه يختص بالمعرف ، ولهذا لو قال : بيع بالـ <sup>(٤١)</sup> ، حمل على نقد البلد ، <sup>(٤٢)</sup> ولهذا قالوا : اذا قال : اشترى بدرهم طعاماً ، حمل على الخبز ، ولو قال : بعشرة <sup>(٤٣)</sup> طعاماً ، حمل على الدقيق ، <sup>(٤٤)</sup> واذا قال في الشتاء : اشترى جبة ، لم يجوز أن يشتريها في الصيف . <sup>(٤٥)</sup>

( ٣٩ ) ان لا يجوز له بيعه منهما الا بشئ المثل خوف المحاباة ، مع ان لفظ التوكيل فيه عام . وقد خصصها هنا ، فلم يبق على عمومه .

( ٤٠ ) أى لفظ التوكيل بالبيع .

( ٤١ ) سقط لفظ الامر ( بيع ) من نسخة ((ب)) .

( ٤٢ ) أى مع كون اللفظ مطلقاً عن القيد بنقد البلد .

( ٤٣ ) فى نسخة ((ب)) : وان قال .

( ٤٤ ) ان لم تجر العادة الشراء بعشر دراهم خبزاً لكثرت .

وقد قالوا : ان كانت الدراهم كثيرة حمل على البر ، وان كانت قليلة حمل على الخبز ، وان كانت بين ذلك حمل على الدقيق . والمرجع فى ذلك الى المعرف . وهذا القول لأبى جعفر الهندى وائى . كما فى حاشية الشلبى . وقال بعض مشايخ ماوراء النهر : الطعام فى عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله يعنى المهيأ للأكل ، كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه ، وقال الصدر الشهيد رحمه الله : وعليه الفتوى . أه التبيين ج٤ ص ٢٦٠ وأنظر حاشية الشلبى عليه .

( ٤٥ ) لان العادة جرت بلبس الجبة فى الشتاء ، فحمل الامر بشرائها على الوقت الذى صدر فيه ، وهو الشتاء ، فلا يكون مقتضياً بشرائها فى الصيف .

قالوا : اقامه مقام نفسه ، فباع بما يبيع به . (٤٦)

قلنا : يبطل به اذا باع من ابنه أو مكاتبه . (٤٧)

قالوا : قد يباع الشيء للثمن ، (٤٨) وقد يباع للخلاص منه ، (٤٩) ولهذا قال

صلی اللہ علیہ وسلم : ( اذا زنت أمة أحدكم فليبعها ولو بضعير ) (٥٠) ومن يريد

(٤٦) أى فلا يتقيد بثمن المثل .

(٤٧) حيث يلتزم الوكيل ببيعهما بثمن المثل ، أى ولا كذلك الموكل ، حيث يجوز

له البيع بما شاء ، فبطل أن يكون فى اقامته مقام نفسه ما يجيز له البيع بما شاء

سواء كان أقل أو أكثر أو مثل ثمن المثل .

(٤٨) أى فيراعى فيه ثمن المثل .

(٤٩) سقط لفظ ( منه ) من نسخة ((ب)) . / أى فيباع وان بأقل من ثمن

المثل .

(٥٠) رواه البخارى ج٤ ص ١٨٢ كتاب الحدود . باب اذا زنت الامة ، عن

زيد بن خالد الجهنى وأبى هريرة رضى الله عنهما ان رسول الله

صلی اللہ علیہ وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن ، قال : اذا زنت

فاجلدوها ، ثم ان زنت فاجلدوها ، ثم ان زنت فاجلدوها ، ثم يبيعوها

ولو بضعير . قال ابن شهاب : لا أدري بعد الثالثة أو الرابعة . أهـ

ورواه مسلم ج٣ ص ١٣٢٩ كتاب الحدود . باب رجم اليهود ، أهل الذمة ،

فى الزنى ، رقم / ٣٢ عن أبى هريرة مرفوعا ، بلفظ البخارى .

ورواه أبو داود ج٤ ص ١٦٠ كتاب الحدود باب فى الامة تزنى ولم تحصن ،

عن أبى هريرة وزيد بن خالد بلفظ البخارى أيضا .

ورواه أيضا عن أبى هريرة مرفوعا بلفظ : اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها

ولا يعيرها ثلاث مرار ، فان عادت فى الرابعة فليجلدها وليبيعها بضعير

أو بحبل من شعر . أهـ رقم / ٤٤٧٠ .

ورواه ابن ماجه ج٢ ص ٨٥٧ كتاب الحدود ، باب اقامة الحدود على الامة

رقم / ٢٥٦٦ عن عائشة مرفوعا ، بلفظ البخارى ، الا أن فى سند ابن ماجه =

الشن فانه يبين ، فلما (٥١) اطلق دل على أنه لم يرد الشن (٥٢)  
 قلنا : الا أن الغالب أن لا يباع (٥٣) الا للشن ، وانما لم يبين (٥٤) مقدار  
 الشن اعتمادا على العرف ، فوجب أن يحمل على العرف (٥٥) ثم هذا (٥٦) يبطّل  
 بالشراء (٥٧) .

= عمار بن أبي فروة ، قال في الزوائد : وهو ضعيف ، كما ذكره البخارى وغيره ،  
 وذكره ابن حبان في الثقات . أه .  
 والضعيف كما فسر ابن شهاب : هو الحبل . أنظر صحيح مسلم ج ٣ ص ١٣٢٩  
 رقم / ٠٣٢

(٥١) في نسخة ((ب)) : فاذا اطلق .  
 (٥٢) أى فكان للوكيل البيع بما شاء من لشن أقل أو أكثر من ثمن المثل .  
 (٥٣) في نسخة ((ب)) : الغالب انه .  
 (٥٤) في نسخة ((ب)) : لم يبين له . / أى للوكيل .  
 (٥٥) أى والعرف يقضى بأن يبيع الوكيل للموكل بثمن المثل .  
 (٥٦) أى قولهم بأنه قد يباع للخلاص منه .  
 (٥٧) حيث لا يجوز للمشتري شراء ما اضطر البائع الى بيعه .

لما روى أبو داود ج ٣ ص ٢٥٥ . كتاب البيوع . باب فى بيع المضطر ،  
 رقم / ٣٣٨٢ عن شيخ من بنى تميم قال : خطبنا على بن أبى طالب ،  
 أو قال : قال على ، سيأتى على الناس زمان عضوض ، يعرض الموسر على ما فى  
 يديه ، ولم يؤمر بذلك ، قال الله تعالى ( ولا تتسوا الفضل بينكم )  
 ويباع المضطرون ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر ،  
 وبيع الفرر ، وبيع الثمرة قبل ان تدرك . أه .

قال المنذرى : فى اسناده مجهول . أه يعنى شيخ بنى تميم المذكور ،  
 مختصر سنن أبى داود ج ٥ ص ٤٨ رقم / ٣٢٤٢ .  
 قال الخطابى : بيع المضطر يكون من وجهين : أحدهما : ان يضطر الى  
 العقد من طريق الاكراه عليه ، فهذا فاسد لا ينعقد .



\* مسألة ( ١٨٧ ) : لا يجوز للوكيل أن يبيع بثمن مؤجل . ( ١ ) ١٦٤ / ش .

وقال أبو حنيفة : يجوز . ( ٢ )

= والوجه الآخر : ان يضطر الى البيع لدين يركبه أو مؤنة ترهقه ، فيبيع ما في يده بالوكس من اجل الضرورة ، فهذا سبيله في حق الدين والمروءة : ان لا يبيع على هذا الوجه ، وان لا يفتات عليه بماله ، ولكن يعان ويقترض ويستعمل له الى الميسرة حتى يكون له في ذلك بلاغ ، فان عقد البيع مع الضرورة على هذا الوجه جاز في الحكم ولم يفسخ . أه . معالم السنن ج ٤ ص ٤٧ .

( ١ ) ومحلّه : اذا اطلق الموكل ولم يبين .

أنظر : المختصر ص ١١١ . الوجيز ج ١ ص ١٩٠ . المنهاج ص ٦٥ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٠٥ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٦٣ . وخرج في المعنى ج ٥ ص ٩٧ رواية أخرى انه يجوز لانه معتاد ، تخريجاً على الرواية في المضارب . ثم قال : والاول أولى . أه . واليه ذهب المالكية : القوانين ص ٣٥٦ . اسهل المدارك ج ٢ ص ٣٨١ . ولم أقف على نص لابن حزم في ذلك .

( ٢ ) ومحلّه : ما لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد ، كأن يقول :

بيع هذا العبد فاقض ديني ، أو بيع فان الغرماء يلزمونني . ونحو ذلك . وخالف صاحبان فمنعا البيع نسيئة اذا اطلق الموكل لفظ البيع ، الا أن يكون ذلك البيع مما تعارف الناس فيه التأجيل . أنظر : فتح القدير ج ٧ ص ٧٢ . التبيين ج ٤ ص ٢٧٠ . مجمع الانهر : ج ٢ ص ٢٣٦ .

وأشار الأخير الى أن محل جوازه عند أبي حنيفة هو ما اذا كان المال للتجارة والا فلا ، كأن كان للحاجة كما لو دفعت امرأة غزلاً لرجل لبيعه لها ، تعين النقد . وعليه الفتوى . وأنظر الدر المنقذ ج ٢ ص ٢٣٦ .

لنا : انه توكيل مطلق فى أحد شطرى البيع ، فلم يملك به التأجيل ،  
 كالشراء<sup>(٤)</sup> ، ولأن المتعارف فى البيع الحلول<sup>(٥)</sup> ، والتأجيل انما يكون لكساد<sup>(٦)</sup>  
 أو فساد<sup>(٧)</sup> ، والمتعارف كالمشروط ، كما لو قال : بيع حالا<sup>(٨)</sup> .  
 قالوا : مدة ملحقة بالبيع ، فملك<sup>(٩)</sup> شرطها<sup>(١٠)</sup> ، كالخيار<sup>(١١)</sup> .

( ٣ ) لعقد البيع شطران : أحدهما : البيع ، والثانى : الشراء .

( ٤ ) حيث لا يملك الوكيل لشراء بضمن مؤجل .

بجامع ان كلا توكيل مطلق فى أحد شطرى البيع . اما الاصل فالشراء  
 واما الفرع فالبيع .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز التأجيل فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز  
 التأجيل فى البيع أيضا لذلك .

( ٥ ) أى واللفظ اذا اطلق حمل على المتعارف فيه .

( ٦ ) الكساد هو عدم نفاق - بفتح الأول والثانى - السلعة ، لقلة الرغبة  
 فيها ، تقول : كسد الشيء يكسد من باب قتل ، كسادا ، فهو كاسد  
 وكسيد ، ويتعدى بالهمزة ، تقول : اكسده الله ، والمؤنث فيه بلاها :  
 كسدت السوق فهى كاسد . والحقها بها فى التهذيب - اسم كتاب فى  
 اللغة - وأصل الكساد : الفساد .

أنظر المصباح ج ٢ ص ١٩٣ .

( ٧ ) أى فى السوق .

( ٨ ) سقط حرف ( لو ) من الاصل ، وأثبتناه من نسخة (( ب )) .

( ٩ ) فانه لا يجوز له البيع نسئته ، لمخالفته لما أمر به .

( ١٠ ) صفة لموصوف محذوف ، تقديره : التأجيل مدة . الخ .

( ١١ ) أى الوكيل .

( ١٢ ) أى فى عقد البيع .

( ١٣ ) حيث للوكيل اشتراطه فى البيع .

بجامع ان كلا مدة ملحقة بالبيع ، اما الاصل فالخيار واما الفرع فالتأجيل . =

قلنا : في أحد الوجهين لا يملك شرط الخيار للمشتري ،<sup>(١٤)</sup> وان سلم ،<sup>(١٥)</sup>  
فلأنه لا ضرر في الخيار ، وفي الاجل ضرر ،<sup>(١٦)</sup> لانه يسلم<sup>(١٧)</sup> المبيع من غير ثمن .<sup>(١٨)</sup>

\* مسألة ( ١٨٨ ) : لا يجوز للوكيل أن يبيع بغير نقد البلد .<sup>(١)</sup> / ١٦٤ ش .

---

= ولما كان حكم الاصل صحة اشتراطه من الوكيل في العقد ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز له اشتراط النسيئة فيه أيضا لذلك .

( ١٤ ) أنظر فتح العزيز ج ١١ ص ٧٠ .

( ١٥ ) أى بصحة اشتراط الوكيل الخيار للموكل في البيع .

( ١٦ ) أى فبطل أن يقاس أحد هما على الآخر للفارق المذكور .

( ١٧ ) أى الوكيل .

( ١٨ ) أى وقد يكون الموكل في حاجة الى الثمن ، فيقع في الحرج .

( ١ ) ومحلّه : اذا اطلق الموكل ولم يعين لمنقدا يبيع به .

قال القليوبي على قول النووي : بغير نقد البلد قال : أى بلد البيع  
لا بلد التوكيل ،

والمراد بنقدها : ما يتعامل به فيها ولو عرضا . أهـ قليوبي ج ٢ ص ٣٤١ .

أنظر : فتح العزيز ج ١١ ص ٢٦ . المنهاج ص ٦٥ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٠٥ . كشف القناع :

ج ٣ ص ٤٦٣ . المغنى ج ٥ ص ٩٧ .

واليه ذهب المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٨٢ . الجواهر ج ٢ ص ١٢٧ .

شرح المنح ج ٣ ص ٣٦٤ .

لم أقف على قول ابن حزم صريحا في هذه المسألة .

وقال أبو حنيفة : يجوز .<sup>(٢)</sup>

لنا : انه عدل عن نقد البلد<sup>(٣)</sup> في توكيل مطلق في البيع ، فأشبهه اذا استأجره<sup>(٤)</sup> . ولان المتعارف في البيع هو النقد ، والمتعارف كالمشروط<sup>(٥)</sup> ، كما لو قال :<sup>(٦)</sup> بع بالنقد<sup>(٧)</sup> . ولانه لم ينصر له على غير النقد<sup>(٨)</sup> ، فلم يملك البيع به<sup>(٩)</sup> ، كما لو قال : بع لأقضى ديني<sup>(١٠)</sup> .

( ٢ )

( ٣ ) زاد في نسخة ((ب)) : عن نقد البلد الى غيره .

( ٤ ) حيث يستحق عليه الاجرة بنقد البلد ، ولا يجوز له العدول عنه الى غيره .  
بجامع العدول عن نقد البلد في عقد مطلق ، في كل من الاصل وهو مالو استأجره ، والفرع وهو مالو وكله .

ولما كان حكم الاصل عدم اعطائه الاجرة بغير نقد البلد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يبيع الوكيل بغير نقد البلد أيضا لذلك .

( ٥ ) زاد في نسخة ((ب)) : فصار كما قال . . . الخ .

( ٦ ) سقط حرف ( لو ) من نسخة ((ب)) .

( ٧ ) أى فينصرف هذا الاطلاق فيه الى نقد البلد .

( ٨ ) أى نقد المتعارف فيه .

( ٩ ) أى بغير نقد البلد .

( ١٠ ) حيث لا يجوز له البيع نسيئة ، لأن في قوله : لأقضى ديني ، اشارة الى البيع نقدا والمنع منه نسيئة .

بجامع عدم النص على غير النقد في كل من الاصل وهو مالو قاله لـه :  
بع لأقضى ديني ، والفرع وهو مالو وكله في البيع واطلق .  
ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز البيع بغير النقد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يبيع الوكيل بغير نقد البلد أيضا لذلك .

قالوا : من جاز أن يبيع بنقد البلد ، جاز أن يبيع بغيره ، كالوصى . (١١)

قلنا : يبطل به إذا نص له على نقد البلد ، (١٢) ثم الوصى يملك ، (١٣) أن يستأجره ، (١٤) ولا يملك الوكيل . (١٥)

\* مسألة (١٨٩) : إذا وكله في بيع عبد فباع نصفه ، (١) لم يصح البيع . (٢) ١٦٤ ش .

(١١) حيث يجوز له البيع بنقد البلد وبغير نقده .

بجامع جواز البيع بنقد البلد ، في كل من الاصل وهو الوصى ،  
والفرع وهو الوكيل .

ولما كان حكم الاصل جواز بيعه بغير نقد البلد ، كان حكم الفرع كذلك  
فيجوز للوكيل البيع بغير نقد البلد أيضا لذلك .

(١٢) حيث لا يجوز له البيع بغيره ، فبطلت العلة التي ذكرها ، لتخلفها فيما  
لو أمره بالبيع بنقد البلد . وبه يبطل القياس لكونها علة قاصرة .

(١٣) في نسخة ((ب)) : ثم الوصى ملك .

(١٤) أى بغير نقد البلد .

(١٥) أى الاستئجار للموكل بغير نقد البلد .

وهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسهم الوكيل على الوصى ، والقياس  
معه باطل .

(١) أى بنصف الثمن . فان باع نصفه بكل الثمن صح ، لانتفاء الضرر عن الموكل .

(٢) الوجيز ج ١ ص ١٩٢ : ثم الوكيل مهما خالف في البيع بطل تصرفه . أهـ

ونص في فتح العزيز على المسألة ج ١١ ص ٧ : ولو أمره بشراء عبد أو ببيع عبد  
لم يكن له أن يعقد على بعضه أهـ .

وفى المنهاج ص ٦٥ : ومتى خالف الموكل في بيع ماله أو الشراء بعينه فتصرفه  
باطل . أهـ

واليه ذهب ابن حزم . فقد قال في المحلى ج ٩ ص ١١٣ : ولا يحل للوكيل  
تعدى ما أمره به موكله ، فان فعل ، لم ينفذ فعله ، فان فات ضمن ، . . . لانه  
لم يؤمر بذلك . أهـ .

وقال أبو حنيفة : يصح . (٣)

لنا : هو<sup>(٤)</sup> أنه توكيل في أحد شطري البيع<sup>(٥)</sup> في عبد ، فلم يملك<sup>(٦)</sup> فـى  
نصفه<sup>(٧)</sup> ، كما لو وكله في شراء عبد<sup>(٨)</sup> .

قالوا : ادخل عليه الضرر فيما أبقي في ملكه<sup>(٩)</sup> ، فأشبهه إذا وكله في بيع

( ٣ ) خلافا للصاحبين : الهداية ج ٧ ص ٧٩ . التبیین ج ٤ ص ٢٧٢ . مجمع  
الأنهر ج ٢ ص ٢٣٨ .

ومحله عند صاحبين : ما لم يبيع نصفه الاخر قبل الخصومة .

ويقول صاحبين يقول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣١١ . كشافالقناع

ج ٣ ص ٤٦٥ . المغنى ج ٥ ص ٩٦ .

وذ هب المالكية الى أن الموكل مخير بين اجازة البيع ورده ، ان كان المبيع

قائما ، فان فات خيرا لموكل بين الاجازة وتضمين الوكيل .

أنظر : الخرشى ج ٦ ص ٧٤ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٨٤ . شرح المنح ج ٣ ص ٣٦٨ .

( ٤ ) سقط لفظ ( هو ) من نسخة (( ب )) .

( ٥ ) لعقد البيع شطران : أحدهما : البيع . ثانيهما : الشراء .

والمقصود هنا الأول .

( ٦ ) أى الوكيل .

( ٧ ) أى فى نصف الشطر الأول من العقد ، وهو البيع .

( ٨ ) حيث لا يجوز للوكيل شراء نصفه .

بجامع ان كلا توكيل فى أحد شطري البيع فى عبد ، اما الاصل فالشراء واما  
الفرع فالبيع .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز شراء الوكيل نصف العبد ، كان حكم الفرع

كذلك فلا يجوز له بيع نصف العبد أيضا لذلك .

( ٩ ) وهو النصف الثانى من العبد فقط . فصح فيما لم يدخل عليه الضرر فيه

وهو النصف المبيع .

عبدین فباع أحدهما وجنى على الآخر . (١٠)  
 قلنا : هناك (١١) لم يضربه بالعقد ، وها هنا أضربه بالعقد ، والمأذون (١٤) (١٥)  
 فيه ، عقد من غير اضرار . (١٦)

\* مسألة ( ١٩٠ ) : اذا وكله في البيع فباع من ابنه أو مكاتبه (١) جاز في أحد (٢)  
 الوجهين . ١٦٥ / ١ .

( ١٠ ) حيث يصح البيع في العبد المبيع .  
 بجامع ادخال الضرر على الموكل فيما ابقى الوكيل في ملكه ، في كل مسن  
 الاصل وهو ماله وكله ببيع عبدین فباع أحدهما وجنى على الآخر ،  
 والفرع وهو ماله وكله ببيع عبد فباع نصفه .

ولما كان حكم الاصل صحة البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح البيع  
 في نصف العبد أيضا لذلك .

( ١١ ) أى في بيع أحد العبدین والجناية على الآخر .  
 ( ١٢ ) لوقوع العقد من الوكيل في محله على أحد العبدین . فلا يضربه تخلف  
 العقد في الثاني لانه مستقل عن الأول .  
 ( ١٣ ) أى في بيع نصف العبد .

( ١٤ ) حيث عقد على بعضه ، فربما لم يجد له راجيا في النصف الثاني منه ،  
 ( ١٥ ) أى للوكيل .

( ١٦ ) أى وفي بيع نصف العبد ، عقد فيه اضرار فيبطل ، ولا يصح قياسه  
 على بيع أحد العبدین والجناية على الآخر ، للفارق المذكور بينهما .

( ١ ) في نسخة (( ب )) : أو أبيه .

( ٢ ) في نسخة (( ب )) : في أحد القولین . / والصواب ما في الاصل .

أنظر : الوجيز ج ١ ص ١٩٠ . وقد نص في فتح العزيز ج ١١ ص ٢٩٠ . على  
 أنهما وجهان ، وان الاصح منهما هو الجواز . وكذا في المنهاج ص ٦٥ .  
 ومحل هذين الوجهين مالو كان ابنه بالفا ، والا فلا يصح بيعه له بلا خلاف  
 في المذهب ، لانه يستقصى له في الاسترخاض ، لزيادة عطفه عليه ، وغرض الموكل =

وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، وروى عنه أنه قال : يجوز أن يبيع منه بثلث (٣) .  
لنا : أنه ملك البيع بتفويض مطلق ، فملك البيع من ابنه ، كالوصى (٤) ولأن من

= الاستقصاء في البيع للأكثر ، وهما غرضان متضادان ، كما في فتح العزيز :  
ج ١١ ص ٢٩ .

ومنع المالكية في المشهور ابتياع الوكيل لنفسه ومحجوره كولد ، الصغير من  
الموكل ، دون رقيقه المأذون ولو حكما كمكاتبه ، كما نص عليه الدسوقي  
ومحل جوازه مالم يحابه .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٨٧ . وحاشية الدسوقي عليه ص ٣٨٨ .  
الجواهر ج ٢ ص ١٢٨ . شرح المنح ج ٣ ص ٣٧٤ .

ومحل المنع لنفسه ومحجوره مالم يأذن له الموكل أو لم يحضر عقد الابتیاع .  
( ٣ ) ومحل المنع إذا لم يطلق له الموكل ، والا بان قال : بيع من شئت ،  
فيجوز بيعه لهم بمثل القيمة .

خلافًا للصالحين حيث أجازا عقده مع ابنه بثلث المثل ، دون مكاتبه وعنده ،  
لأنهما ملكه .

أنظر الهداية ج ٧ ص ٦٩ وشرح العناية . التبیین ج ٤ ص ٢٦٩ وذكر  
الرواية الثانية عن أبي حنيفة في ص ٢٧٠ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٣٥ .  
وذهب الحنابلة إلى المنع فيهما : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٠٩ . كشف  
القناع ج ٣ ص ٤٦٢ .

وذكر في المغنى ج ٥ ص ٨٥ رواية أخرى بالجواز فيهما .  
ولم أقف لابن حزم على قول له في هذه المسألة .

( ٤ ) حيث يملك البيع من ابنه .

بجامع أن كلا ملك البيع بتفويض مطلق ، أما الأصل فالوصى وأما الفرع فالوكيل .  
ولما كان حكم الأصل الجواز كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيعه من ابنه  
ومكاتبه أيضا لذلك .



جاز له أن يبيع منه إذا نص عليه<sup>(٥)</sup> الموكل ، جاز بمطلق الوكالة ، كالأخ<sup>(٦)</sup> .  
 قالوا : ربما أقرب استيفاء الثمن<sup>(٧)</sup> ، فيبطل<sup>(٨)</sup> حق الموكل<sup>(٩)</sup> .  
 قلنا : إذا لم نجعل إليه استيفاء الثمن<sup>(١٠)</sup> ، لم يملك الاقرار<sup>(١١)</sup> .  
 قالوا : ابنه بمنزلة نفسه ، ولهذا لا تقبل شهادته له<sup>(١٢)</sup> ، وتصير جاريته  
 بالاستيلاء أم ولده ، فصاركما لو باع من نفسه<sup>(١٣)</sup> .

- ( ٥ ) في نسخة (( ب )) : إذا نص له الموكل .  
 ( ٦ ) حيث يجوز للوكيل البيع له إذا اطلق الموكل الوكالة في البيع .  
 بجامع جواز البيع له مع النص عليه في كل من الاصل وهو الأخ والفرع  
 وهو الابن والمكاتب .  
 ولما كان حكم الاصل جواز البيع لمبطلق الوكالة ، كان حكم الفرع كذلك  
 فيجوز البيع للابن والمكاتب أيضا لذلك .  
 ( ٧ ) أى والحال انه لم يقبض .  
 ( ٨ ) في نسخة (( ب )) : ليبطل .  
 ( ٩ ) لان الموكل أمين ، فهو مصدق فيما أقربه . أنظر حاشية الشلبي ج ٤ ص ٢٦١ .  
 ( ١٠ ) بأن وكله بالشراء فقط ، ومنعه من استيفاء الثمن .  
 ( ١١ ) أى باستيفاء الثمن ، لانه ليس من حقه . فبطل بذلك الاحتمال الذى  
 ذكروا فى المنع من البيع للابن والمكاتب .  
 ( ١٢ ) لانه متهم فى أنه يجره بها نفعا .  
 ( ١٣ ) حيث لا يجوز له البيع من نفسه قطعا الا بان الموكل ، فأولى أن يمنع  
 البيع من ولده ومكاتبه ، لانهما بمنزلة .  
 بجامع اتحاد جهة العقد ، فى كل من الاصل وهو مالو باع من نفسه والفرع  
 وهو مالو باع من ولده أو مكاتبه .  
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز أن يبيع الوكيل من نفسه ما وكل فى بيعه  
 كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له البيع من ولده أيضا لذلك .

قلنا : الادلة في هذا <sup>(١٤)</sup> متعارضة ، فان في كثير من الأحكام ، ليس كنفسه  
الا ترى أنه يبيع منه ماله ، ويستحق عليه الحقوق ، فهو كالأجنبي <sup>(١٥)</sup> ، ولانه يبطل  
به اذا نص له عليه . <sup>(١٦) (١٧)</sup>

\* مسألة ( ١٩١ ) : اذا وكله في شراء عبد ، فاشترى عبدا أعمى ، لم يصح <sup>(١)</sup>  
الشراء للموكل . ١٦٥/٠

( ١٤ ) أى فى كون ابنه بمنزلته .

( ١٥ ) أى فجاز له البيع منه لذلك .

( ١٦ ) سقط لفظ ( له ) من نسخة (( ب )) . / أى اذا نص الموكل للوكيل على  
جواز البيع من ولده .

( ١٧ ) حيث يجوز له العقد له حينئذ ، فبطل به اعتبارهم اياه بمنزلة نفسه ،  
فى المنع من البيع له .

( ١ ) ومحلها : ان علم الوكيل بالعيب ، ثم فى شرائه المعيب تفصيل ،  
قال النووي : واذا وكله فى شراء لا يشتري معيبا ، فان اشتراه فى الذمة  
وهو يساوى مع العيب ما اشتراه به ، وقع عن الموكل ان جهل العيب ،  
وان علمه فلا فى الاصح ، وان لم يساوه لم يقع عنه ان علمه ، وان جهله  
وقع فى الاصح ، - ثم بين الحكم فيما اذا لزم عقد البيع للموكل ولم يرض  
به للمعيب فقال : - واذا وقع للموكل ، فلكل من الوكيل والموكل الرد . أهـ  
المنهاج ص ٦٥ .

وأنظر الوجيز ج ١ ص ١٩١ . وفى فتح العزيز ج ١١ ص ٣٨ : فلو خالف  
ما ذكرناه - أى من وجوب شراء السليم - واشترى المعيب ، نظر ان كان مع  
العيب يساوى ما اشتراه به ، فان جهل العيب وقع عن الموكل ، وان علمه  
فثلاثة أوجه : أظهرها أن لا يقع عنه ، لتقييد الاذن بالسليم . والثانى :  
يقع ، لانه لانقصان فى المالية ، والصيغة عامة . والثالث : يفرق بين ما يمنع  
من الاجزاء فى الكفارة اذا كان المبيع عبدا وبين ما لا يمنع - أى من المعيوب  
فى العبد - أهـ .

( ٢ ) وقال أبو حنيفة : يصح .

لنا : هو ان اطلاق البيع يقتضى سلامة المبيع ، ولهذا اذا خرج معيبا ثبت له الخيار ، واذا ثبت هذا قلنا : عدل عما يقتضيه اطلاق الأمر ، فأشبه اذا قال : اشترى عبدا فاشترى له أمة . ( ٥ )

= وبعدم صحة شراء المعيب للموكل ان علم الوكيل بالمعيب يقول الحنابلة أيضا .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣١٢ . كشاف القناع ج ٣ ص ٤٦٦ . المغنى ج ١ ص ١٠١ .

وهو قول المالكية . ومحلله : ان لم يررضه الموكل ، فيلزم الوكيل الا أن يكون له فيه خيار لم ينقض زمنه ، فله رده على البائع ان لم يعلم به قبل البيع . والا لزمه دون الموكل .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٨٤ . الجواهر ج ٢ ص ١٢٧ . شرح المنح : ج ٣ ص ٣٦٨ .

ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، فانه يبطل البيع والشراء اذا خالف الوكيل ما أمره به الموكل . وأمره المطلق بالشراء يحمل على السلامة في المبيع ، والا عصى معيب فلا يلزم الموكل . أنظر المحلى ج ٩ ص ١١٣ .

( ٢ ) أى ويلزم الموكل عند أبى حنيفة ، خلافا لهما .

أنظر المبسوط ج ١ ص ٣٩ .

( ٣ ) لكونه الميتاد ر عند الاطلاق .

( ٤ ) أى للوكيل .

( ٥ ) حيث لا يصح الشراء فيه للموكل .

بجامع العدول عما يقتضيه اطلاق الامر فى ك من الاصل وهو مالو قال اشترى لى عبدا فاشترى له أمة ، والفرع وهو مالو وكله بشراء عبدا فاشترى له أمة . ولما كان حكم الاصل هو عدم لزومه للموكل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يلزم العبد الأعمى للموكل أيضا لذلك .

قالوا : الأمر عام (٦)

قلنا : الا أن العرف يخصه ، فحمل على ما يقتضيه العرف (٧).

\* مسألة (١٩٢) : اذا وكل فى شراء شاة دينار ، فاشترى شاتين بدینار

كان الجميع للموكل فى أحد الوجهين (١) . ١٦٥/٠ ی .

(٦) أى فيتناول كل عبد بكل صفة ، لصدق اللفظ عليه ، فلزم الموكل لذلك .

(٧) وهو السلامة فى المبيع ، والقاعدة أن العادة محكمة فيخص بها العام

ويقيد بها المطلق كما فى سن الحيز والبلوغ والافعال المنافية للصلاة

والتأخير المانع من الرد بالعيب ونحو ذلك حيث اعتبرت العادة فيه .

أنظر أشباه السيوطى ص ٩٠ .

(١) ومحلها: اذا كانت الشاة الثانية مساوية للأولى فى الصفة بأن كانت كل

واحدة منهما تساوى ديناراً ، والا لم يصح الشراء للموكل .

والقول المذكور هو أصح القولين . والثانى تكون أحدهما للموكل بنصف

دينار لانه لم يأذن الا بشراء واحدة ، ولكن ينظر ان اشتراها فى الذمة

فلموكل واحدة بنصف دينار ، والاخرى للوكيل ، ويرد على الموكل نصف

دينار .

أنظر: فتح العزيز ج ١ ص ٤٩ و ٥٠ . الوجيز ج ١ ص ١٩١ . المنهاج : ص ٦٥ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣١١ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٦٦ .

المغنى ج ٥ ص ١٠٠ .

وبه يقول المالكية ، ومحل لزومها للموكل : هو ما اذا لم يمكن افرادها بأن

لم يرض البائع ببيع احدها دون الاخرى ، وكانتا معا على الصفة .

والا بان أمكن افرادهما فيخير الموكل فى احدهما لا بعينها ان كانتا

على الصفة ، فان كانت احدهما على الصفة دون الاخرى لزم الموكل التى هى

على الصفة ويخير فى الثانية ، اذا كانت بعقدين منفردين .

وقال أبو حنيفة : أحداهما للوكيل بنصف دينار<sup>(٣)</sup>.  
لنا : ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقي<sup>(٤)</sup> ديناراً وقال :  
ائت الجلب<sup>(٥)</sup> فاشتر لنا شاة<sup>(٦)</sup> ، فاشترت شاتين بدينار ، فلقيني رجل فسي

= وان لم تكن واحدة منهما على الصفة خير فيهما سواء كانتا بعقد أو بعقدين منفصلين .

أنظر: الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٨٥ ، وحاشية الدسوقي عليه . الجواهر ج ٢ ص ١٢٨ . شرح المنح ج ٣ ص ٣٧٠ .

( ٢ ) فى نسخة (( ب )) : احدهما . / أى المبيعين . وهو الشاة .

( ٣ ) أى والاخرى للوكيل . خلافاً لابي يوسف حيث جعلهما للموكل . واختلفت

الرواية عن محمد بن الحسن فيها .

أنظر قولهم : ولو وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم ، فاشترى عشرين رطلاً بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم ، لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم . أهـ ومثلها مسألة الشاتين هذه .

أنظر : الهداية ج ٧ ص ٣٨ . التبیین ج ٤ ص ٢٦٢ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٢٣٣ .

ونذهب ابن حزم الى لزوم هذا العقد للوكيل فقط ، وليس للموكل منه شئ بل ولا يملك امضاه أصلاً ، لان الوكيل فعل خلاف ما أمر به الموكل فكان العقد له دونه . وضعف حديث عروة الآتى بالانقطاع ، أنظر

المحلى ج ٩ ص ١١٣ .

( ٤ ) أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ٦٨ ) هامش ( ٢٦ ) .

( ٥ ) الجلب : بفتح الأول والثانى هو المكان الذى تجلب اليه الماشية لتباع فيه

وهو سوقها ، تقول جلبت الشئ جلباً من باب ضرب وقتل ، والجلب بفتحيتين

على وزن فعل بمعنى مفعول ، وهو ما تجلبه من بلد الى بلد . أنظر

المصباح ج ١ ص ١١٣ .

( ٦ ) زاد فى نسخة (( ب )) : قال : فاشترت . . الخ .

الطريق فساومنى فابتعته شاة<sup>(٧)</sup> بد ينار وجئت بالدينار وبالشاة فقلت : يا رسول الله ، هذا ديناركم وهذا<sup>(٨)</sup> شاتكم وحدثته الحديث فقال : اللهم بارك<sup>(٩)</sup> فى صفقة يمينه<sup>(١٠)</sup> .

(٧) المساومة : المجازبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها ، يقال : سام يسوم سوما ، وسام واستام . أه . النهاية ج ٢ ص ٤٢٥ .

(٨) فى نسخة ((ب)) : فبعته . / وهى تفسير لما فى الاصل .

(٩) فى نسخة ((ب)) : وهذه شاتكم .

(١٠) زاد فى نسخة ((ب)) بارك له .

(١١) الحديث رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥٦ كتاب البيوع ، باب فى المضارب يخالف ، رقم / ٣٣٨٤ وسنده : حدثنا مسدد ، ثنا سفيان ، عن شبيب ابن غرقدة ، حدثنى الحى ، عن عروة يعنى ابن أبى الجعد البارقى ، قال : أعطاه النبى صلى الله عليه وسلم ديناراً يشتري به أضحية أو شاة ، فاشتري شاتين ، فباع أحدهما بد ينار ، فأتاه بشاة ود ينار فدعا له بالبركة فى بيعه ، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه .

ثم رواه من طريق أبى لبيد عن عروة به مع اختلاف فى اللفظ .

ورواه ابن ماجه من طريق أبى لبيد أيضا ج ٢ ص ٨٠٣ كتاب الصدقات باب الامين يتجر فيه فيربح . رقم / ٢٤٠٢ وهو بلفظ ما رواه المصنف .

ومن طريق أبى لبيد وهو لمائة بن زياد رواه الترمذى أيضا ج ٣ ص ٥٥٩ ،

كتاب البيوع ، باب رقم ٣٤ ، رقم الحديث / ١٢٥٨ .

قال المنذرى : وهو من هذه الطريق حسن . أه يعنى طريق لبيد .

مختصر أبى داود ج ٥ ص ٥١ وأما طريق شبيب ففيها مجهول وفى سنده

انقطاع أيضا .

وقد ضعفه الشافعى والبيهقى ج ٦ ص ١١٣ كتاب القراض باب المضارب يخالف .

ضعفه ابن حزم أيضا . المحلى ج ٩ ص ١١٤ ووصف سنده بالانقطاع .

ووصفه بعدم الاتصال أيضا الخطابى فى المعالم ج ٥ ص ٤٩ .

وقال المنذرى : فى اسناده مجهول . أه مختصر سنن أبى داود ج ٥ ص ٥٠ .

ولأنه أتى بالمأمور به <sup>(١٢)</sup> وزاد من جنسه زيادة منفعة ، فأشبهه إذا قال : ببيع  
هذا بالف . فباع بألفين <sup>(١٣)</sup> أو قال : اشتري شاة بدينار ، فاشتري شاة <sup>(١٤)</sup>  
تساوي دينارين بدينار <sup>(١٥)</sup> .

قالوا : الزيادة لم يتناولها الاذن ، فصاركما لو قال : اشتري عبدا  
فاشتري أمة <sup>(١٦)</sup> .  
قلنا : يبطل بما قسنا عليه <sup>(١٧)</sup> .

( ١٢ ) وهو شراء شاة .

( ١٣ ) حيث يصح بيعه ، لكونه فعل المطلوب وزيادة خير فيه من جنسه .

( ١٤ ) في نسخة (( ب )) : فاشتري شاة بدينار تساوي دينارين .

( ١٥ ) حيث يصح عقده فيه قطعاً .

بجامع الاتيان بالمأمور به مع زيادة منفعة من جنسه ، في كل من الاصل وهو  
ما لو قال له ببيع بألف فباع بألفين أو اشتر شاة بدينار فاشتري شاة تساوي  
دينارين بدينار ، والفرع وهو ما لو قال اشتر شاة بدينار فاشتري شاتين  
تساوي كل منها دينارا بدينار .

ولما كان حكم الاصل صحة العقد فيهما ولزومهما للموكل ، كان حكم الفرع كذلك  
قطر الشاتان بدينار للموكل أيضا لذلك .

( ١٦ ) حيث لا يلزم الموكل قبول الأمة .

بجامع عدم تناول الاذن له ، في كل من الاصل وهو ما لو قال اشتري عبدا  
فاشتري أمة والفرع وهو ما لو قال اشتر شاة بدينار فاشتري شاتين .  
ولما كان حكم الاصل عدم لزوم العقد للموكل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يلزم  
الموكل قبول الشاتين أيضا لذلك .

( ١٧ ) يعني ما لو قال له ببيع بألف فباع بألفين وما بعده .  
حيث يصح العقد ان المذكوران ويلزم الموكل قبول المبيع فيهما .

قالوا : لم يرض الا بعهدة<sup>(١٨)</sup> شاة ، فلم يلزمه مازاد .

قلنا : يبطل بما قسنا عليه .<sup>(١٩)</sup>

\* مسألة (١٩٣) : اذا وكله فى بيع فاسد ، فباع بيعا صحيحا ، لم يجز .<sup>(٢)</sup> ١٦٥/ى

(١٨) أى الا بدخول شاة واحدة فى عهده ، أى عقده ووثيقة بيعه ، كما فى المصباح ج ٢ ص ٨٧ قال : وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة ، لانه يرجع اليها عند الالتباس . أه .

(١٩) يعنى ما لو قال ببع كذا بألف ، فباع بألفين ، والمثال الذى بعده . حيث لم ينص على ادخال الالف الثانى فى ملكه ولا الدينار الثانى أيضا فيه ، ثم صح عقده فيهما ، فدل على بطلان الوصف الذى جعلوه علة فى المنع منه .

(١) كأن يقول له : ببع الى العطاء ، أو الى قدوم زيد . أو كشرطه على الوكيل منع المشتري من قبض المبيع . أنظر كشف القناع ج ٣ ص ٤٧٠ . مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٢٥ .

(٢) أى لم يملك أن يعقد عقدا صحيحا ، لأن الموكل لم يأذن به ، ولا فاسدا لأن الشرع لم يأذن به . والوكيل فى البيع الفاسد أو الشراء الفاسد سواء .

أنظر : فتح العزيز ج ١١ ص ٥٧ . الوجيز ج ١ ص ١٩٢ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٠٣ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٧٠ . المغنى ج ٥ ص ٩٥ .

ويشبه أن يكون هذا قول ابي حزم ، لانه لا يجيز للوكيل مخالفة الموكل فان فعل لم يلزم الموكل ، فاذا أمره ببيع فاسد فباع صحيحا فقد خالف موكله فلا يصح ، ولا يقع الفاسد لانه منهي عنه . والله أعلم .

أنظر المحلى ج ٩ ص ١١٣ .

ولم أقف على قول المالكية .



وقال أبو حنيفة : يجوز . ( ٣ )

لنا : هو أنه توكيل في بيع فاسد ، فلا يملك به بيعا صحيحا ، كما لو وكله في الشراء (٤) بالخمير فاشترى بالدرهم (٥) ، ولأنه لو أمره بالصحيح لم يملك بيعا فاسدا ، فكذلك إذا أمره بالفاسد لم يملك بيعا صحيحا .

قالوا : أمره ببيع يوجب الملك ولم يشترط شرطا يمنع الملك (٦) ، وباع بيعا صحيحا ولم يخالفه (٧) في جنس الثمن ، فأشبهه إذا أمره ببيع صحيح (٨) .

( ٣ ) أي ويملك الصحيح ، استحسانا ، خلافا لمحمد وزفر بن الهذيل .

أنظر : المبسوط ج ١ ص ٥٦ . حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٨٧ .

( ٤ ) في نسخة (( ب )) بالشراء .

( ٥ ) حيث لا يصح العقد المذكور .

بجامع التوكيل في بيع فاسد في كل من الاصل وهو مالو وكله في الشراء بالخمير فاشترى بالدرهم ، والفرع وهو مالو وكله في بيع فاسد في بيعا صحيحا .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح العقد فيه أيضا لذلك .

( ٦ ) لأن الشرط الفاسد يتعلق بصفة العقد لا بأصله ، فانه قد انعقد بالتوكيل وهو صحيح .

وهذا بناء على التفرقة عندهم بين القاسد والباطل ، حيث الأول هو ما شرع بالاصل ومنع بالوصف ، والباطل ما منع بأصله ووصفه معا .

( ٧ ) سقط قوله ( ولم يخالفه ) من نسخة (( ب )) . / كأن يقول له : بعه بدينار فباعه بثوب .

( ٨ ) حيث ينعقد البيع فيه .

بجامع الامر ببيع يوجب الملك دون اشتراط ما يمنعه في كل من الاصل وهو الامر بالبيع الصحيح ، والفرع وهو الامر بالبيع الفاسد .

ولما كان حكم الاصل صحة انعقاده ، كان حكم الفرع كذلك فيصح العقد فيه أيضا لذلك .

قلنا : لا نسلم ان الفاسد يوجب الملك <sup>(٩)</sup> ، ولانه وان لم يخالفه ففى  
جنس الثمن الا أنه خالفه فى صفة العقد <sup>(١٠)</sup> ، فصار كما لو خالفه فى جنس الثمن <sup>(١١)</sup> .

\* مسألة ( ١٩٤ ) : اذا ابرأ الوكيل المشتري من الثمن لم يبرأ <sup>(١٢)</sup> .  
وقال أبو حنيفة : يبرأ ويضمن مثله للموكل <sup>(٢)</sup> .

( ٩ ) لان الفساد يرادف البطلان ، وهو متعلق بأصل العقد ووصفه ، عند  
الشافعية . أنظر المشتضى ج ١ ص ٩٥ .

( ١٠ ) لان أحدهما موصوف بالصحة والاخر بالفساد .

( ١١ ) حيث لا ينعقد به البيع أيضا .

يجامع تحقق المخالفة فى كل من الاصل وهو مالو وكله بالبيع بثمن فباع  
بغيره والفرع وهو مالو وكله بالبيع بعقد فاسد فباع بصحيح .  
ولما كان حكم الاصل عدم صحة العقد فيه للموكل ، كان حكم الفرع كذلك فلا  
يصح العقد فيه له أيضا لذلك .

( ١ ) أى اذا ابرأه من الثمن بعد تمام العقد وقبل القبض .

وأنظر المسألة فى :

وهو قول الحنابلة :  
كشف القناع ج ٣ ص ٤٦٩ . المفنى :  
ج ٥ ص ٧٣ .

وبه يقول المالكية ، ثم الموكل مخير بين أن يجيز أو يرجع به على المشتري  
ولا رجوع له على الوكيل .

أنظر : مواهب الجليل ج ٥ ص ١٩٦ .

( ٢ ) خلافا لأبى يوسف .

أنظر : الهداية ج ٧ ص ٢٤ . وفتح القدير عليه ، التبیین ج ٤ ص ٢٥٨ . مجمع

الانهر ج ٢ ص ٢٢٦ .

ولم أقف على قول ابن حزم صريحا فى هذه المسألة ، الا أنه يمنع من التوكيل  
بالابراء أصلا . فيكون ابراء الوكيل المشتري من الثمن بدون توكيل من الموكل  
أولى بالبطلان عنده والله أعلم . أنظر المحلى ج ٩ ص ١١٣ .

لنا : انه من (٣) لا يملك الهبة بعد القبض لم يملك الابرء قبل القبض (٤) ،  
 كالأب والوصى والعبد المأذون والوكيل فى النكاح (٥) ، ولانه ابراء من د يــــ من  
 غيره (٦) فلم يجز من غير ان نه ، كالأبراء من سائر د يونه (٧) والدليل على أنه للموكل (٨) ،

- (٣) فى نسخة ((ب)) : ان . / وما فى الاصل ضمير الشأن .
- (٤) من قوله : ( قبل القبض ) الى قوله : ( من د ين غيره ) ساقط مــــن  
 نسخة ((ب)) .
- (٥) حيث لا يملك أحد من هؤلاء الابرء قبل القبض .  
 بجامع عدم صحة الابرء أو الهبة بعد القبض فى كل من الاصل وهو  
 الأب والوصى والعبد المأذون والوكيل فى النكاح ، والفرع وهو  
 الوكيل فى البيع .
- ولما كان حكم الاصل عدم امتلاكهم الابرء قبل القبض ، كان حكم الفرع  
 كذلك فـ يملك الوكيل فى البيع الابرء قبل القبض أيضا لذلك .
- (٦) وهو الموكل ، لان الثمن آيل اليه .
- (٧) حيث لا يملكه الوكيل فى البيع أيضا .
- بجامع الابرء من د ين الغير ، فى كل من الاصل وهو الابرء من سائر  
 الديون ، والفرع وهو الابرء من الثمن .
- ولما كان حكم الاصل عدم صحته منه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح  
 ابراؤه المشتري من الثمن أيضا لذلك .
- (٨) أى الثمن ، بمعنى أن الثمن يقع بالبيع فى ملك الموكل بمجرد عقد  
 البيع .
- فليس يقع للوكيل ثم ينتقل الى الموكل .

- انه ينفذ فيه ابراؤه <sup>(٩)</sup> ويملك أن يشتري به <sup>(١٠)</sup> من المشتري ماشاء ، ويجب عليه <sup>(١١)</sup> زكاته ، ولأنه لو ملك البراء لما لزمه <sup>(١٢)</sup> أن يخرم <sup>(١٣)</sup> .
- قالوا : ليس فى الدين أكثر من حق المطالبة ، <sup>(١٤)</sup> وذلك للوكيل ، <sup>(١٥)</sup> لانه <sup>(١٦)</sup> من حقوق العقد ، وهو يملك اسقاط حقه ، <sup>(١٨)</sup> فملك اسقاطه ، <sup>(١٩)</sup> كسائر ديونه . <sup>(٢٠)</sup>

- ( ٩ ) أى ابراء الموكل للمشتري من الثمن .
- ( ١٠ ) فى الاصل ( له ) ولا تتسجم مع السياق . وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولي .
- ( ١١ ) أى الموكل .
- ( ١٢ ) فى نسخة ((ب)) : للزمه . / أى الوكيل .
- ( ١٣ ) أى أنه لا يملك البراء منه .
- ( ١٤ ) أى مطالبة المدين .
- ( ١٥ ) فى نسخة ((ب)) زيادة : وذلك حق للوكيل . / وهى موجودة فى الأصل لكنها مضروب عليها .
- ( ١٦ ) أى حق المطالبة .
- ( ١٧ ) أى والوكيل هو الذى يتولى العقد ، فكانت المطالبة بالثمن من حقه .
- و حقوق العقد : هى تسليم الثمن وقبض المبيع وضمان الدرك والرد بالعيب ونحو ذلك .
- كما نص عليها فى شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٠٨ .
- ( ١٨ ) وهو المطالبة بالثمن .
- ( ١٩ ) أى الثمن .
- ( ٢٠ ) حيث له اسقاط ديون نفسه ومنها المطالبة بالثمن ، حيث قد صار ديناً عليه بتسليمه المبيع للمشتري .
- بجامع ملكه اسقاط حقه فى كل من الاصل وهو سائر ديون نفسه ، والفرع وهو ثمن المبيع .
- ولما كان حكم الاصل جواز اسقاطه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز ابراؤه المشتري من الثمن أيضا لذلك .

قلنا : فيه <sup>(٢١)</sup> أكثر من حق المطالبة ، وهو المال الذى ملك <sup>(٢٢)</sup> أخذ  
العوض عنه ، ثم يبطل بالعبد المأذون ، فإن المطالبة <sup>(٢٣)</sup> له ، <sup>(٢٤)</sup> ويملك إسقاط  
حقه من البضع بالطلاق ، ولا يملك الإبراء <sup>(٢٥)</sup> .

✽ مسألة ( ١٩٥ ) : يجوز <sup>(١)</sup> للموكل مطالبة المشتري بالثمن . / ١٦٥ ش .

( ٢١ ) أى فى الدين .

( ٢٢ ) فى الاصل ( الذى يملكه أخذ العوض عنه ) . والأولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

( ٢٣ ) سقط قوله ( فإن المطالبة له ) من نسخة ((ب)) . / أى حق له .

( ٢٤ ) أقحم فى نسخة ((ب)) كلمة ( قالوا ) بعد قوله : المطالبة له .

( ٢٥ ) فى نسخة ((ب)) : على البضع . / والبضع بضم فسكون يطلق على

معنيين :

الأوله : الجماع ، والثانى : الفرج <sup>أبضعت</sup> وكلاهما صالح ليكون هو المقصود  
هنا . ويطلق أيضا على التزويج ، تقول المرأة أبضاعا إذا زوجها .

أنظر المصباح ج ١ ص ٥٧ .

( ٢٦ ) أى يبطل الوصف الذى جعلوه علة فى الحكم فى هذه المسألة لكونه غير

مضطرب ، حيث قد وجد فى العبد ، وتختلف الحكم المذكور عنه .

( ١ ) لو أن المصنف آخر هذه المسألة الى التى بعدها ، لكان أولى لأن الخلاف

فى هذه ناشئ عن الخلاف فى الملك فى الشراء هل يقع للموكل ابتداء ،

أم للوكيل ثم ينتقل الى الموكل .

( ٢ ) فتح العزيز ج ١١ ص ٣٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٠٨ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٦٠ .

واليه ذهب المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٩٣ . . . الجواهر ج ٢ ص ١٣٠ .

شرح المنح ج ٣ ص ٣٨٦ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز . (٣)

لنا : هو انه حق للموكل يجوز لو كيله المطالبة به ، فجاز له (٤) المطالبة به ، كمهر أمته وسائر ديونه . (٥)

قالوا : من (٦) حقوق العقد (٧) ، فاختص بالوكيل ، كقبض عوض الصرف . (٨)

(٣) أى وان دفعه اليه جاز .

الهداية ج٧ ص ٢٣ . التبيين ج٤ ص ٢٥٧ . مجمع الانهر ج٢ ص ٢٢٦ . ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٤) أى للموكل .

(٥) حيث يجوز له المطالبة بهما .

بجامع جواز مطالبة الوكيل به فى كل من الاصل وهو مهر الامة وسائر الديون ، والفرع وهو ثمن المبيع من المشتري .

ولما كان حكم الاصل هو جواز مطالبة الموكل بمهر أمته وسائر ديونه . كان حكم الفرع كذلك فيجوز للموكل المطالبة بثمن المبيع من المشتري أيضا لذلك .

(٦) أى قبض الثمن حق من حقوق العقد ، فالجار والمجور متعلق بمحذوف .

(٧) وهى تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك ونحو ذلك .

(٨) حيث الوكيل فى الصرف هو الذى يتولى القبض فيه دون الموكل ، لان الصرف

لا يحتتمل التأخير بحال ، واذا حضر الموكل مجلس العقد فهل للموكل القبض

أم هو للوكيل أيضا قيل يجوز أن يقبضه الموكل ، والصحيح ليس له ذلك

لان الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل أو لم يحضر . أنظر التبيين :

ج٤ ص ٢٦٢ .

والجامع فى القياس المذكور هو ان القبض حق من حقوق العقد فى كل من

الاصل وهو عوض الصرف والفرع وهو ثمن المبيع .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز قبض الموكل لعوض الصرف ، كان حكم الفرع كذلك

فلا يجوز للموكل مطالبة المشتري بالثمن أيضا لذلك .

قلنا : لانسلم الاصل (٩) فانه يجوز للموكل قبض عوض الصرف في مجلس التوكيل (١٠) ثم ذاك من (١١) شروط العقد ، فهو كالشهادة في النكاح ، وهذا (١٢) (١٣) من حقوق الملك ، فهو كالْمهر في النكاح (١٤) .

\* مسألة ( ١٩٦ ) : الملك في الشراء ينتقل الى الموكل دون الوكيل (١) / ١٦٥ ش.

- ( ٩ ) وهو اختصاص قبض عوض الصرف بالوكيل دون الموكل .
- ( ١٠ ) لانه الاصيل في العقد ، وقد حضر فكان أولى بالقبض من الوكيل .
- ( ١١ ) أى القبض في الصرف .
- ( ١٢ ) حيث هي واجبة فيه .
- بجامع ان كلا شرط في العقد ، اما الاصل فالشهادة في النكاح ، واما الفرع فالقبض في عقد الصرف .
- ولما كان حكم الاصل الوجوب ، كان حكم الفرع كذلك فيجب القبض في الصرف أيضا لذلك .
- ( ١٣ ) أى قبض الثمن في البيع .
- ( ١٤ ) حيث لا يجب قبضه في العقد ويجوز للزوجة قبضه دون الوكيل .
- بجامع ان كلا من حقوق الملك ، اما الاصل فالمهر ، واما الفرع فالثمن في البيع .
- ولما كان حكم الاصل جواز قبض الزوجة له دون الوكيل ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للموكل قبضه من المشتري أيضا لذلك .
- والمقصود : أن بين الاصل والفرع في قياسهم القبض في الصرف على القبض في ثمن المبيع ، فارقا ، والقياس مع الفارق باطل .
- ( ١ ) فيه وجهان ، أحدهما انه يثبت للموكل ابتداء ، كما لو اشترى الاب لطفله فالملك يثبت ابتداء للاب -
- وفائدة هذا الخلاف : بما لو اشترى الوكيل من يعتق عليه ، فان قلنا : الملك يثبت ابتداء للوكيل لم يعتق على الوكيل ، والاعتق .
- أنظر : فتح العزيز ١١٠ ص ٦٢ .

وقال أبو حنيفة : ينتقل الى الوكيل ثم الى الموكل (٢) .  
لنا : ان من عقد لغيره عقدا (٣) وصح له ، وقع الملك لمن عقد له بنفس  
العقد ، كالولى والحاكم والوكيل فى البيع والنكاح (٥) ، ولانه لو اشترى أباه لم (٧)

= وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٠٨ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٦٠ .  
المغنى ج ٥ ص ١٠٣ .

وللمالكية فيها قولان ، كما أشار اليه الدسوقي ، أنظر حاشية الدسوقي :  
ج ٣ ص ٣٨٨ .

( ٢ ) أى فوراً بلا مهلة ، على أحد القولين وهو قول أبى الحسن الكرخى ، والصحيح  
ان الملك يقع للموكل خلافة عن الوكيل ، ومعنى الخلافة : ان يثبت الملك  
للموكل ابتداءً وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل ، فكان الموكل قائما مقام  
الوكيل فى ثبوت الملك اعتبارا للتوكيل السابق ، والحاصل أن الوكيل خلف  
عن الموكل فى حق استفادة التصرف ، والموكل خلف عن الوكيل فى حق  
ثبوت الملك . كما صرح بذلك فى فتح القدير ج ٢ ص ١٦ والقول الثانى  
لأبى طاهر الدباس .

أنظر التبيين ج ٤ ص ٢٥٦ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٢٢٥ .  
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

( ٣ ) سقطت ( الواو ) من نسخة (( ب )) .

( ٤ ) فى نسخة (( ب )) : ويعقد الملك .

( ٥ ) حيث يقع الملك لمن عقد له هؤلاء بنفس العقد .

بجامع صحة العقد للغير ممن عقده له ، فى كل من الاصل ، وهو الولى  
والحاكم والوكيل فى البيع والنكاح ، والفرع وهو الوكيل فى الشراء .  
ولما كان حكم الاصل هو وقوع الملك لمن عقد له هؤلاء بنفس العقد ، كان  
حكم الفرع كذلك فيقع الملك للموكل فى الشراء أيضا لذلك .

( ٦ ) أى الوكيل .

( ٧ ) أى أبانفسه .



يعتق عليه ، فدل على أنه لم يملكه <sup>(٨)</sup> ، ولأنه لو وقع له ، لم ينتقل الا بسبب  
حادث <sup>(٩)</sup> .

قالوا : لو لم يقع الملك له لما وقع اذا خالف <sup>(١٠)</sup> ، كالوكيل في النكاح <sup>(١١)</sup> .  
قلنا : يبطل بالحاكم وبالأب <sup>(١٢)</sup> ، ويخالف النكاح <sup>(١٣)</sup> ، فان أعيان  
الزوجين فيه مقصودة ، فلم يحتمل النقل بالمخالفة ، وأعيان المتبايعين غير  
مقصودة ، فانتقل الى الوكيل بالمخالفة <sup>(١٤)</sup> .

( ٨ ) في نسخة ((ب)) : لم يملك . / أى العبد الذى اشتراه لموكله ، ان لو وقع  
الملك للوكيل بالشراء المذكور لعنت عليه فور شرائه اياه لكونه ذا رحم  
منه ، فان لم يعتق عليه دل ذلك على وقوع الملك للموكل أصلا والوكيل  
رسول فى ايصاله اليه .

( ٩ ) بيع أو شراء أو هبة ، أى والحال ان الملك لا يحتاج فى انتقاله من الوكيل  
الى الموكل على القول بوقوعه للوكيل الى شئ من ذلك ، فدل على أنه لم  
يقع للوكيل ، بل للموكل اصالة .

( ١٠ ) كما لو أمره بشراء نوع معين فاشتري غيره ، حيث يقع الملك فيه للوكيل ،  
لأنه لم يشتر ما أمر به فدل على أنه عقد لنفسه لا لموكله ، فوقع له دونه .

( ١١ ) كما لو وكله بالعقد لمعلى جارية فمقد على غيرها لم يقع النكاح للموكل بل  
للكيل ، ولو كان الملك فى العقد واقعا للموكل لوقع النكاح له بكل حال .  
( ١٢ ) حيث لا يقع النكاح لهم اذا خالفوا فى العقد ، فكانت العلة التى ذكرها  
غير مضطربة فبطل قياسهم ، لفقدان العلة الجامعة فيه .

( ١٣ ) أى يخالف التوكيل فى النكاح التوكيل فى الشراء .

( ١٤ ) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم الوكالة فى النكاح عليها فى  
الشراء والقياس مع الفارق باطل .

\* مسألة ( ١٩٧ ) : اذا وكل المسلم ذميا في شراء الخمر أو الخنزير فاشتره . لم يملك . / ١٦٥ ش .  
 وقال أبو حنيفة : يملكه . ( ٢ )  
 لنا : ان مالا يملكه المسلم بعقده لم يملكه اذا وكل فيه كافرا ، كالميتة ونكاح المجوسية . ( ٣ )

- ( ١ ) في نسخة (( ب )) : لم يملكه . / أى المسلم .  
 أنظر المسألة في : الوجيز ج ١ ص ١٨٩ . قال : وشرطه - أى الموكل - أن يملك مباشرة لك التصرف - أى الموكل فيه - بملك أو ولاية . أه وهو لا يملك شراء الخمر بنفسه ، فلا يملكه بغيره .  
 وأنظر فتح العزيز ج ١١ ص ١٥ .  
 وهو قول الحنابلة : كشف القناع ج ٣ ص ٤٦٠ . المغنى ج ٥ ص ٩١ .  
 ومنع المالكية توكيل مسلم ذميا في بيع أو شراء أو تقاض ، أصلا .  
 أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٨٦ . الجواهر ج ٢ ص ١٢٨ . شرح المنح ج ٣ ص ٣٧٢ .  
 ( ٢ ) خلافا للصاحبين . الهداية ج ٧ ص ١٠ . التبيين ج ٤ ص ٢٥٤ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٢٢ .  
 ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .  
 ( ٣ ) حيث لا يملكهما بتوكيل الكافر أيضا .  
 بجامع عدم امتلاك المسلم له بالعقد بنفسه ، في كل من الاصل وهو الميتة ونكاح المجوسية ، والفرع وهو الخمر والخنزير .  
 ولما كان حكم الاصل عدم امتلاك المسلم الميتة ونكاح المجوسية بالتوكيل كان حكم الفرع كذلك فلا يملك المسلم الخمر والخنزير بتوكيل الذمى أيضا .  
 لذلك .

قالوا : وكله فى عقد هو من أهله ، والموكل من أهل التوكيل ، فأشبهه  
 الغائب اذا وكل حاضرا فى الصرف ، والأعمى اذا وكل بصيرا فى الشراء<sup>(٤)</sup> .  
 قلنا : ان كان الوكيل من أهل العقد الا أن الموكل ليس من أهل الملك<sup>(٥)</sup> ،  
 والاعتبار بمن يقع له الملك<sup>(٦)</sup> ، ويخالف ما قاسوا عليه ، فان الحضور والبصر  
 من شروط العقد ، فاعتبر بالعاقد<sup>(٧)</sup> ، كالشهادة فى النكاح<sup>(٨)</sup> ،

- ( ٤ ) حيث يصح منهما ويملكه الموكل أيضا .  
 بجامع ان كلا وكل فى عقد هو من أهله والموكل من أهل التوكيل ، اما الاصل  
 فهو الغائب اذا وكل الحاضر فى الصرف ، والاعمى اذا وكل بصيرا فى  
 الشراء ، واما الفرع فهو توكيل المسلم الذمى فى شراء الخمر والخنزير .  
 ولما كان حكم الاصل الصحة ووقوع الملك به للموكل ، كان حكم الفرع كذلك  
 فيصح الشراء ويقع الملك فيه للموكل أيضا لذلك .
- ( ٥ ) لكونه مسلما ، فيحرم عليه تملك الخمر والخنزير .
- ( ٦ ) وهو الموكل دون الوكيل .
- ( ٧ ) وهو الوكيل عن الغائب ، والوكيل عن الاعمى هنا .
- ( ٨ ) حيث يعتبر فيه بالعاقد أيضا .  
 بجامع ان كلا شرط من شروط العقد ، اما الاصل فهو الشهادة فى  
 النكاح ، واما الفرع فهو الوكيل عن الغائب فى الصرف ، والوكيل عن  
 الاعمى فى الشراء .  
 ولما كان حكم الاصل هو الاعتبار بالشهود فى النكاح ، كان حكم الفرع  
 كذلك فيعتبر بالعاقد وهو الوكيل فى الصرف عن الغائب والوكيل  
 فى الشراء عن الاعمى أيضا لذلك .

وهذا من أحكام الملك فاعتر من يقع له الملك<sup>(١)</sup>، كتنكاح المجوسية<sup>(١١)</sup>.

\* مسألة (١٩٨) : اذا وكل اثنين فى طلاق امرأته لم يجز لا حد هما  
أن يطلق<sup>(١)</sup> ١٦٥/٠ ش.

وقال أبو حنيفة : يجوز<sup>(٢)</sup>.

(٩) أى الوكالة فى الشراء .

(١٠) وهو الموكل .

(١١) حيث يعتبر من يقع له النكاح ، فاذا كان مسلما لم يصح سواء كان الوكيل  
فى النكاح مسلما أو غير مسلم .

بجامع ان كلا من أحكام الملك ، اما الاصل فهو نكاح المجوسية ، واما  
الفرع فهو توكيل المسلم الذمى فى شراء الخمر والخنزير .  
ولما كان حكم الاصل عدم وقوع النكاح للموكل اذا كان مسلما ، كان حكم الفرع  
كذلك فلا يقع الملك فى الخمر والخنزير للموكل هنا أيضا لذلك .  
والمقصود : اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم توكيل المسلم الذمى  
فى شراء الخمر على توكيل الحاضر فى الصرف عن الغائب . والقياس مع  
الفارق باطل .

(١) أى دون الآخر ، لانه وكلهما معا ولم يرض برأى أحدهما منفردا .

وهذا أصح الوجهين ، أنظر فتح العزيز ج ١١ ص ٥٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٠٤ . كشف القناع ج ٣ ص ٤٦١ .

المغنى ج ٥ ص ٧٠ .

(٢) ومحلّه : ما لم ينص على اجتماعهما فيه بلفظ واحد ، أو كانت الموكل بطلاقها  
غير معينة .

أنظر : الهداية ج ٧ ص ٨٩ . التبيين ج ٤ ص ٢٧٥ . مجمع الأنهر :

ج ٢ ص ٢٤٠ .

ونذهب الى انهما أن وكلا مترتبين فلا حد هما الاستبداد والاستقلال  
عن الآخر ، الا اذا شرط الموكل عدم الاستبداد ، وان وكلا معا فليس لا حد هما =

لنا : انه تصرف فوضه الى اثنين ، فلا يجوز لاهدهما أن يتفرد به —  
كما لو وكلهما فى بيع سلعة .<sup>(٣)</sup>

قالوا : لا غرض فى الاجتماع على الطلاق<sup>(٤)</sup> ، فجاز أن يتفرد به أدهما .  
قلنا : لو كان كذلك لوجب اذا وكل رجلاً<sup>(٥)</sup> فى طلاق امرأته ، ان يجوز  
لمن لم يوكل ان يطلق<sup>(٦)</sup> ، ولو جب اذا وكل اثنين فى بيع سلعة بثمن معين  
أن يجوز لكل واحد منهما أن يتفرد به .<sup>(٧)</sup>

الاستبداد الا اذا شرط لهما الموكل الاستبداد . هذا هو المعتمد فى المسألة .  
أنظر : حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٩٢ . الخرشي ج ٦ ص ٨٢ . شرح  
المنح ج ٣ ص ٣٨٥ .

وذهب ابن حزم الى عدم جواز التوكيل فى الطلاق أصلاً .  
أنظر المحلى ج ٩ ص ١١٣ و ج ١١ ص ٥١٣ منه .

( ٣ ) حيث لا يتفرد أدهما ببيعها دون الاخر .  
بجامع ان كلا تصرف فوضه الموكل الى اثنين ، اما الاصل فهو مالو وكلهما  
فى بيع سلعة ، واما الفرع فهو مالو وكلهما فى طلاق امرأته .  
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الانفراد من أدهما ، كان حكم الفرع  
كذلك فلا يجوز لاهدهما الانفراد فى التطبيق أيضاً لذلك .

( ٤ ) لانه لا يحتاج فيه الى رأى بخلاف البيع أو الشراء والخلع وغير ذلك .

( ٥ ) فى نسخة ((ب)) : اذا وكل رجل . / بالرفع وهو خطأ .

( ٦ ) لكن أحد الوكيلين غير موكل بالطلاق الا مع لوكيل الاخر فاذا طلق بمفرده  
كان كمن طلق من غير توكيل أصلاً ، فلا يقع الطلاق .

( ٧ ) أى والى الحال انه لا يصح منه الانفراد بالطلاق ولا بالبيع دون صاحبه فى  
المسألتين . فبطل احتجاجهم المذكور .

\* مسألة ( ١٩٩ ) : اذا باع الوكيل السلعة وقبض الثمن وهلك في يده  
 واستحق المبيع ، رجع المشتري <sup>(٢)</sup> بالعهد <sup>(٣)</sup> على الموكل <sup>(٤)</sup> . ١٦٥/ش .  
 وقال أبو حنيفة : يرجع على الوكيل <sup>(٥)</sup> .

( ١ ) بأن تعلق للغير في المبيع حق .

( ٢ ) أى بعد فسخ البيع .

( ٣ ) وهو : الكتاب الذى يكتب فيه وثيقة البيع ، ويذكر فيه الثمن ، فمفسر

بها عن الثمن . فتسمية المكتوب فيها بذلك من تسمية الحال باسم محله .

أتظر المغنى ج٤ ص ٤٠٣ . قليوبى ج٢ ص ٣٢٥ .

والمراد : انه يعود بثمن المبيع على الموكل اذا ظهر فيه عيب أو استحقاق .

( ٤ ) هذا على قول ، والثانى وهو الأصح انه يرجع على الوكيل ، ثم هو يرجع  
 به على الموكل .

وعند النووى : له الرجوع على الموكل ابتداء فى الأصح . أنظر المنهاج ص ٦٥ .

فتح العزيز ج١١ ص ٦٥ . الوجيز ج١ ص ١٩٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٣٠٨ . كشف القناع ج٣ ص ٤٦٩

المحرر ج١ ص ٣٤٩ .

( ٥ ) الهداية ج٧ ص ١٥ . التبيين ج٤ ص ٢٥٦ . مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٢٥ .

لكن فى الدر المنتنقى قال نقلا عن الجوهرة : لو حضرا - أى الوكيل والموكل

مجلس العقد - فالعهد على أخذ الثمن فى أصح الأقاويل ، ولو أضاف

- أى الوكيل - العقد الى الموكل تتعلق بالموكل اتفاقا . أه ج٢ ص ٢٢٥ .

وهو قول المالكية ومحلّه عندهم : ما لم يعلم المشتري منه بأن البائع وكيل ،

فان علم بأنه وكيل فالمطالب بالعهد هو الموكل لا الوكيل ، ما لم يكن

الوكيل وكىلا مفوضا فان كان مفوضا طوبى بها دون الموكل ، سواء علم

المشتري بأنه مفوض أم لا .

أنظر : الشرح الكبير ج٣ ص ٣٨٢ . الجواهر ج٢ ص ١٢٦ . شرح المنح

ج٣ ص ٣٦٤ .

ولم أقف لابن حزم على قول فى هذه المسألة .

لنا : هو انه نائب عن غيره في العقد ، فلا يرجع عليه بالعهد<sup>(٧)</sup> ، كالحاكم وأمين الحاكم<sup>(٨)</sup> .  
 قالوا : من حقوق العقد<sup>(٩)</sup> ، فكان على الوكيل ، كتسليم المبيع<sup>(١٠)</sup> .  
 قلنا : تسليم المبيع يجب على الولي والحاكم<sup>(١١)</sup> ، ولا يرجع عليه بالعهد<sup>(١٢)</sup> .

( ٦ ) أى المشتري .

( ٧ ) أى على الوكيل .

( ٨ ) حيث لا يرجع المحكوم عليه على الحاكم وأمينه في حال الخطأ في المحكم عليه .  
 بجامع ان كلا نائب في العقد عن غيره ، اما الاصل فالحاكم حيث هو نائب  
 عن المسلمين ، وأمين الحاكم حيث هو نائب عنه ، واما الفرع فهو  
 الوكيل في البيع .

ولما كان حكم الاصل عدم الرجوع عليه بالعهد كان حكم الفرع كذلك فلا  
 يرجع المشتري على الوكيل بالعهد أيضا لذلك .

( ٩ ) الجار والمجور متعلق بمحذوف ، تقديره : ضمان العهد حق من  
 حقوق العقد .

( ١٠ ) حيث يجب على الوكيل .

بجامع ان كلا حق من حقوق العقد ، اما الاصل فهو تسليم المبيع واما الفرع  
 فهو ضمان العهد في البيع .

ولما كان حكم الاصل وجوبه على الوكيل ، كان حكم الفرع كذلك فيرجع المشتري  
 بالعهد على الوكيل أيضا لذلك .

( ١١ ) أى في حال كون صاحب السلعة محجورا عليه ، وباع عليه الحاكم أو الولي .

( ١٢ ) أى فبطل أن يكون الوصف الذي ذكره لغة جامعة في قياسهم ، لأنهم  
 وجد في الولي والحاكم ، حيث يبيعان على المحجور ، ويسلمان المبيع ،  
 ثم تخلف الحكم المذكور فيها ، حيث لا يرجع المشتري عليهما بالعهد .

\* مسألة ( ٢٠٠ ) : اذا كان عنده دين أو عين لانسان ، فجاء رجلاً وقال : وكلنى فلان فى قبضه ، فصدقه ، لم يجبر على الدفع اليه . ( ١ ) / ١٦٦ ى .  
وقال أبو حنيفة : يجبر فى الدين . وفى العين روايتان . ( ٢ )  
لنا : انه ( ٣ ) دفع غير مبرئ ، فأشبه اذا جاء رجل فقال : قد مات صاحب المال وأنا وصيه وهذا الصبى ولده . ( ٤ ) ( ٥ )

( ١ ) الام ج ٣ ص ٢٣٢ . المختصر ص ١١١ . المنهاج ص ٦٦ وأشار المحلى فى شرح المنهاج الى أن فى المذهب فيه قولين : أحدهما لا يلزمه دفعه اليه الا ببينة على وكالته ، لا احتمال انكار الموكل لها ، والثانى يلزمه الدفع اليه ، بلا بينة ، لا عتراف باستحقاقه الاخذ . ج ٣ ص ٣٥١ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣١٨ . كشاف القناع ج ٣ ص ٤٧٩ . المحرر ج ١ ص ٣٥٠ .

( ٢ ) الهداية ج ٧ ص ١١٧ و ص ١٢٠ وفتح القدير عليه . التبیین ج ٤ ص ٢٨١ و ص ٢٨٤ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٤٤ . و ص ٣٤٥ وأنظر الدر المنقى نفس الصفحة .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة . وكذا المالكية .

( ٣ ) فى نسخة (( ب )) : لنا هو أنه .

( ٤ ) فى نسخة (( ب )) : وهذا الفتى ولده .

( ٥ ) حيث لا يجبر على الدفع اليه .

بجامع ان كلا دفع غير مبرئ ، اما الاصل فهو مالومات صاحب المال فجاء رجل وقال : انا وصيه وهذا الصبى ولده ، واما الفرع فهو مالو كان عنده دين أو عين لانسان وادعى رجل انه وكيله فيه .  
ولما كان حكم الاصل عدم لزوم الدفع اليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب عليه الدفع الى مدعى الوكالة وان صدقه من كان عنده الدين أو العين أيضا لذلك .



قالوا : أمر له بحق الاستيفاء ، فأشبهه إذا قال : احالني عليك <sup>(٦)</sup> أو مات وانا وارثه <sup>(٧)</sup> .

قلنا : يبطل بما قسنا عليه <sup>(٨)</sup> ، وفي الحوالة وجهان <sup>(٩)</sup> ، وان سلم <sup>(١٠)</sup> ، فالمعنى فيه وفي الوارث انه أقر له بحق الملك ، فلم يجوز أن يحبس عنه ماله ، وهذا <sup>(١٢)</sup> أمر له بحق النيابة هو كالوصى الذي قسنا عليه <sup>(١٣)</sup> .

( ٦ ) زاد في نسخة ((ب)) : احالني عليك فلان .

( ٧ ) حيث يجبر على الدفع اليه .

بجامع الاقرار له بحق الاستيفاء في كل من الاصل وهو مالو قال احالني عليك أو مات وانا وارثه ، والفرع وهو مالو قال وكنتي في قبض الدين أو العين منك .

ولما كان حكم الاصل وجوب الدفع اليه كان حكم الفرع كذلك فيجب عليه الدفع لمدعى الوكالة أيضا لذلك .

( ٨ ) وهو مالو قال قد مات صاحب المال وانا وصيه وهذا ولده ، حيث لا يجبر على الدفع اليه ، ان لا تبرأ به ذمته .

( ٩ ) أى في وجوب الدفع اليه بادعائه الحوالة . وجهان الاصح منهما وجوب الدفع اليه . أنظر المنهاج ص ٦٦ .

( ١٠ ) أى على الوجه القائل بوجوب الدفع اليه .

( ١١ ) في نسخة ((ب)) : فلان المعنى فيه .

( ١٢ ) أى في مدعى الوكالة عن الغير في قبض الدين أو العين .

( ١٣ ) يعنى مالومات صاحب المال وجاء رجل وادعى انه وصيه وهذا الصبى ولد الميت .

أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور .

” مسائل الاجارات (\*) ”

\* مسألة (٢٠١) : تجب الاجرة بنفس العقد . (١) / ١٦٦ ى .

(\*) جمع اجارة ، وهى بكسر الأول على المشهور وقيل بضمها ، وفتحها أيضا ، وهى فى اللغة : اسم للاجرة ، ثم اشتهرت فى العقد ، تقول اجره الله من باب قتل ، وهى من باب ضرب فى لغبني كعب ، وأجره بالمد لفظة ثالثة أيضا بمعنى اثابه . وأجرت الدار والعبد بتخفيف الجيم المعجمة ، كقتلت ، وتجرى فيها اللغات الثلاث ، وبالمد تقول : أجرت الدار على وزن افعلت ، فأنا مؤجر ولا يقال : مؤجر فانه خطأ ، تقول : أجرتة مؤجرة ، كعاملته معاملة ،

ويتعدى الى مفعولين ، فيقال : أجرت زيدا الدار وأجرت الدار زيدا ، على القلب ، ويقال أيضا : اجرت من زيد الدار ، بزيادة حرف من للتوكيد كعبت من زيد الدار .

والاجرة هى الكراء ، وجمعها أجر ، كغرفة وغرف ، وربما جمعت على اجرات ، بضم الجيم وفتحها . أنظر معنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣٢ . والمصباح ج ١ ص ٨ .

وفى الاصطلاح : هى عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والاباحة بموض معلوم . أه . معنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣٢ .

وعرفها الحنفية بقولهم : هى بيع منفعة معلومة باجر معلوم . أه التبيين ج ١ ص ١٠٥ وهى ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول .

أما الكتاب : فقوله تعالى ( فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ) سورة الطلاق آية / ٦ .

وأما السنة : فقد روى البخارى عن عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم وأبا بكر استأجرا رجلا من بنى الديل بتشديد الدال المهملة المفتوحة ، هاديا خريتا بكسر الأول وتشديد الثانى ، أى ماهرا يهتدى لادق الطرق والمغازات ، قال فى النهاية ج ٢ ص ١٩ : الخريت : الماهر =

.....

= الذى يهتدى لآخرات المغازة ، وهى طرقها الخفية ومضايقتها . أهـ . انظره فى البخارى ج ٣ ص ٣٣ كتاب الاجارة ، باب استئجار المشركين عند الضرورة أو اذا لم يوجد أهل الاسلام .

وفسره البخارى بقوله : الخريت : الماهر بالهداية . أهـ نفس المرجع .

وقد اجمع أهل العلم فى كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة ، الا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الاصح انه قال : لا يجوز ذلك ، لانه غرر ، يعنى انه يعتقد على منافع لم تخلق ،

قال ابن قدامة : وهذا غلط ، لا يمنع انعقاد الاجماع الذى سبق

فى الاصدار . أهـ المغنى ج ٥ ص ٣٢١ .

واما المعقول فبالناس اليها حاجة كحاجتهم الى امتلاك الاعيان ، ان ليس كل أحد يملك خсад ما أوبيتا أو يحسن كل صناعة .

وأركان الاجارة اربعة : عاقدان وصيغة واجرة ومنفعة . أنظر مفتى

المحتاج ج ٢ ص ٣٣٢ .

ثم الاجارة قسمان : واردة على العين ، كاستئجار دابة بعينها ليركبها ، أو استئجار شخص بعينه لخياطة ثوب .

والقسم الثانى : واردة على الذمة ، كاستئجار دابة موصوفة للركوب ، وان يقول الزمت ذمتك خياطة ثوب أو بناء جدار ونحو ذلك . أنظر فتح العزيز :

ج ١٢ ص ١٩٤ .

( ١ ) فتح العزيز ج ١٢ ص ١٩٧ . شرح المحلى ج ٣ ص ٦٨ . ومحلّه: اذا اطلقت

الاجارة ولم تحد بيوم أو شهر أو سنة واذا كانت الاجارة واردة على عين وجبت الاجرة بنفس العقد ، وقيل بل وان وردت على الذمة .

أنظر نفس المرجع .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٦٠ . كشف القناع ج ٤ ص ٤٢ .

المغنى ج ٥ ص ٣٢٩ .

وقال أبو حنيفة : لا تجب الا يوما بيوم . ( ٢ )

لنا : هو أنه عقد يجوز بشرط تعجيل البدل ( ٣ ) فيه ، فاقضى اطلاقه التعجيل كالبيع والنكاح والخلع ، ( ٤ ) ولان المنافع في الاجارة كالايمان ( ٥ ) المقبوضة ( ٦ )

( ٢ ) ومحلّه؛ ما لم يشترط التعجيل . أنظر الهداية ج ٨ ص ١٠ . التبيين ج ٥ ص ١٠٦ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٣٧٠ . وسواء في ذلك ان تكون الاجرة عينا أو دينا . وهو قول المالكية : القوانين ص ٣٠١ اسهل المدارك ج ٢ ص ٣٢٣ . ومحلّه عند هم ما لم يشترط تقديم الاجرة أو جرت العادة به أو كانت الاجارة ثابتة في ذمة الأجير .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٥ بل ومنع شرط تقديمها أو شيئاً منها .

( ٣ ) وهو الاجرة .

( ٤ ) حيث يقتضى الاطلاق في هذا العقود التعجيل بالثمن والمهر وبدل الخلع فيها .

بجامع ان كلا عقد يجوز بشرط تعجيل البدل فيه ، اما الاصل فالبيع والنكاح والخلع واما الفرع فالاجارة .

ولما كان حكم الاصل اقتضاء اطلاقه تعجيل الثمن والمهر وبدل الخلع ، كان حكم الفرع كذلك فيقتضى الاطلاق في عقد الاجارة تعجيل الاجرة أيضا لذلك .

( ٥ ) في نسخة (( ب )) : ولان المنافع في الاجارة كالمقبوضة . / وفيها سقط .

( ٦ ) أى في عقد البيع ، حيث يجب الثمن بتسليم الايمان المبيعة . فكذلك يجب دفع الاجرة بحيازة العين المستأجرة أيضا لاملاكه منافعتها بتسليمها في كل .

بدليل أن المستأجر يملك التصرف فيها بعوض<sup>(٧)</sup> وغير عوض<sup>(٨)</sup>، كما يملك المشتري ذلك في الأعيان ، وإذا أصدق امرأته سكنى دار وسلمها اليها ، وجب عليها تسليم نفسها<sup>(٩)</sup>، كما يجب إذا أصدقها أعيانا وسلمها اليها<sup>(١٠)</sup>، ثم يبدل الأعيان يجب بالعقد ، فكذلك بدل المنافع<sup>(١٢)</sup>،  
 فان قيل : لو كان<sup>(١٣)</sup> كالأعيان المقبوضة<sup>(١٤)</sup> ، لوجب إذا هلك في يده المستأجر أن لا تسقط الأجرة<sup>(١٥)</sup> كما لا يسقط الثمن إذا هلك المبيع في يد المشتري<sup>(١٦)</sup>.

(٧) بأن يؤجرها لغيره .

(٨) بأن ينتفع بها لنفسه .

(٩) أى فور تخليته الدار لتنتفع بسكنائها ، فدل ذلك على أن الأجرة تجب بالعقد وليس باستيفاء المنافع ، لأنها لم تستوف منفعة الدار بالتخلية .

(١٠) حيث يجب عليها تسليم نفسها ، لقبضها مسمى لها من المهر . سواء تصرفت بتلك الأعيان واستفادت أو لم تفعل شيئا من ذلك .

(١١) وهو الثمن في البيع .

(١٢) وهو الأجرة ، أى فيجب بالعقد أيضا وإن لم تستوف منه المنفعة .

(١٣) أى بدل المنافع .

(١٤) أى في وجوب التسليم بنفس عقد البيع .

وفى نسخة ((ب)) : كالأعيان المعترضة . / وهو تحريف .

(١٥) أى عن المستأجر . لانه يكون فى حكم من استوفى المنفعة من العين المؤجرة .

(١٦) أى والحال ان الأجرة تسقط بهلاك العين المستأجرة فى يد المستأجر فلا يقاس أحدهما على الآخر لذلك . . . فدل على أن الأجرة لا تستحق بنفس العقد .

قيل : سقوط البدل <sup>(١٧)</sup> لا يمنع حكم القبض <sup>(١٨)</sup> ، كما نقول في المهر —  
 اذا ارتدت أو طلقت <sup>(١٩)</sup> وفي العبد المبيع اذا قتل بالردة <sup>(٢٠)</sup> .

( ١٧ ) وهو الاجرة ، بهلاك العين المستأجرة .

( ١٨ ) وهو وجوب تسليم الاجرة في نفس العقد .

( ١٩ ) سقطت الهمزة في ( أو ) من الاصل . / حيث لا يمنع ذلك من قبض  
 المهر .

( ٢٠ ) حيث لا يمنع ذلك من قبضه بالعقد .

( ٢١ ) بفتح الراء المهملة بعد هاشين معجمة ساكنة ، أى عرقه . من باب قطع،  
 أنظر المختار ص ٢٤٣ .

رواه ابن ماجه ج ٢ ص ٨١٧ كتاب الرهون ، باب أجر الاجراء ، رقم  
 / ٢٤٤٣ عن ابن عمر مرفوعا بلفظ : اعطوا الاجير اجره قبل أن يجف  
 عرقه .

في الزوائد : اسناد المصنف ضعيف ، وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد  
 ضعيفان . أهـ ، وضعفه الزيلعي أيضا بعبد الرحمن بن زيد . أنظر  
 النصب ج ٤ ص ١٢٩ .

ورواه الطبراني في الصغير من حديث جابر ، وفيه شرقي بن قطامي وهو  
 ضعيف ، ومحمد بن زيساد الراوى عنه .

ورواه أبو يعلى وابن عدى أيضا ، كما في التلخيص ج ٣ ص ٥٩ رقم / ١٢٨٤  
 ورواه البيهقي ج ٦ ص ١٢١ باب اثم من منع الاجير اجره ، عـ  
 أبى هريرة مرفوعا ، بلفظ ابن ماجه .

وفي اسناده عبد الله بن جعفر وهو والد عبد الله بن المديني المحدث المشهور  
 وقد ضعفه ابن عدى في الكامل ، واسند تضعيفه الى النسائي والسعدى وابن  
 معين والفلاس ، قال ابن عدى : عامة ما يرويه لا يتابع عليه ، ومع ضعفه يكتب  
 حديثه . أهـ - نصب الراية ج ٤ ص ١٣٠ .

فان احتجوا : بقوله صلى الله عليه وسلم ( اعطوا الاجير أجره قبل أن يجف  
( ٢١ )  
رشحه ) .

قلنا : هو حجة لنا ، لانه يقتضى انه اذا شرع فى العمل فمصرق أن يدفع  
( ٢٢ )  
اليه جميع الاجر .

قالوا : أحد بدلى الاجارة ، فلم يملك بنفس العقد ، كالمنفعة ، والدليل ( ٢٤ )  
على المنفعة ( ٢٥ ) انها لم تخلق ، فلم تملك ، كالثمرة المعدومة . ( ٢٧ )

= وقد أخطأ من نسبه الى البخارى ، كما نيه الى ذلك الزيلعى فى ج٤ ص ١٣٠  
وابن حجر فى التلخيص ج٣ ص ٦٠ .

وانما الذى فى البخارى عن أبى هريرة مرفوعا : ثلاثة انا خصمهم يوم  
القيامة ، رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حرا ، فأكل ثمنه ، ورجل  
استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره . أهد ج٢ ص ٣٤ كتاب  
الاجارة ، باب اثم من منع أجر الأجير .

( ٢٢ ) فى نسخة ((ب)) : جميع الاجرة .

( ٢٣ ) صفة لموصوف محذوف تقديره : الاجرة أحد بدلى الاجارة .  
والبدل الثانى هو المنفعة .

( ٢٤ ) حيث لا تملك بنفس العقد لانها لم توجد بعد عند العقد .  
بجامع ان كلا أحد بدلى الاجارة ، اما الاصل فالمنفعة ، واما الفرع  
فالاجرة ،

ولما كان حكم الاصل عدم امتلاكها بنفس العقد ، كان حكم الفرع كذلك  
فلا تملك الاجرة بنفس العقد أيضا لذلك .

( ٢٥ ) أى على عدم تملكها بنفس عقد الاجارة .

( ٢٦ ) فى نسخة ((ب)) : لم تلحق / وهو تحريف .

( ٢٧ ) حيث لا يجوز تملكها بالشراء ولا تملكها بالبيع .

بجامع عدم التخلق فى كل من الاصل وهو الثمرة المعدومة ، والفرع وهو  
المنفعة فى الاجارة .

قلنا (٢٨) : المنفعة تملك بالعقد ، ان لو لم تملك لما جاز العقود عليها ،  
كالشركة المعدومة (٢٩) ثم نقول فنقول : فوجب أن يمكن من التصرف فيه (٣٠) بمطلق  
العقد كالمنفعة . (٣١)

= ولما كان حكم الاصل عدم جواز تملكها بالبيع ، كان حكم الفرع كذلك  
فلا تملك المنفعة في الاجارة بنفس العقد أيضا لذلك .

(٢٨) في نسخة ((ب)) : قلنا : نقول فنقول . . . الخ وما بينهما ساقط .

(٢٩) حيث لا يجوز العقد عليها بالبيع والشراء . لما فيه من الضرر لانه  
لم يملكها بعد ، ولا احتمال أن تكون وان لا تكون . وقد روى الترمذي  
عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى  
يزهو ،

وفي رواية : نهى عن بيع السنبيل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى  
البائع والمشتري . أهـ

ج ٣ ص ٢٩٥ كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع الشربة حتى  
يبدو صلاحها ثم قال : حديث ابن عمر حديث حسن صحيح . أهـ

(٣٠) أي في الاجر الذي هو أحد بدلي الاجارة .

(٣١) حيث يجب تملكه منها بمطلق العقد .

بجامع ان كلا أحد بدلي الاجارة ، اما الاصل فالمنفعة ، واما الفرع  
فالاجرة ،

ولما كان حكم الاصل وجوب تمكن المستأجر من منفعة العين المستأجرة ،  
كان حكم الفرع كذلك ، فيجب تمكن المؤجر من الاجرة بنفس العقد  
أيضا لذلك .



قالوا : بدل<sup>(٣٢)</sup> لا يستحق في المجلس عن مبدل<sup>(٣٣)</sup> يتعجل ، فلا يتعجل<sup>(٣٤)</sup> ،  
كالعوض في القراض<sup>(٣٥)</sup> والجمالة<sup>(٣٦)</sup> والنفقة في النكاح<sup>(٣٧)</sup> ، والثلث في البيع<sup>(٣٨)</sup>  
بشرط الخيار .

( ٣٢ ) أى الاجرة بدل . . . الخ .

( ٣٣ ) في الاصل : عن مبدل لا يتعجل . / باثبات لا النافية ،  
والصواب حذفها .

( ٣٤ ) سقط قوله ( فلا يتعجل ) من نسخة ((ب)) - / أى فلا يقدم الأجر  
على استيفاء المنفعة من العين المستأجرة .

( ٣٥ ) حيث لا يقدم على العمل في القراض بل يستحق بعده ، مع ان المبدل  
فيه وهو العمل يتعجل فيه أى يسبق الربح .

( ٣٦ ) حيث لا يستحق الجعل فيها الا بعد تحصيل المعقود عليه ، مع  
ان العمل وهو المبدل يسبق الجعل فيها .

( ٣٧ ) حيث لا تستحقها المرأة الا بعد مجلس العقد مع كون المبدل وهو  
تسليم نفسها يتقدم على النفقة لانه سببها .

( ٣٨ ) حيث لا يستحقه البائع الا بعد مدة الخيار مع أنه بدل عن مبدل  
وهو المبيع يتعجل قبل الثمن .

بجامع ان كلا بدل لا يستحق في المجلس عن مبدل يتعجل ، اما الاصل  
فالعوض في القراض والجمالة والنفقة في النكاح والثلث في البيع  
بشرط الخيار ، واما الفرع فالاجرة في الاجارة .

ولما كان حكم الاصل عدم تعجله ، كان حكم الفرع كذلك فلا تقدم  
الاجرة على استيفاء المنفعة أيضا لذلك .

قلنا : يبطل بالمهر ، (٣٩) وبه اذا شرط التعجيل . (٤٠) (٤١) وبه يخالف ما قاسوا عليه ، (٤٢) فان هناك (٤٣) لو شرط التعجيل لم يتعجل ، وهاهنا (٤٤) يتعجل ، فهو (٤٥) كالشن والمهر . (٤٦)

\* مسألة (٢٠٢) : لا يجوز فسخ الاجارة بالا عذار . (١) ١٦٦ ش.

(٣٩) حيث يعجل قبل تسليم المرأة نفسها في النكاح ، مع أنه بدل عمن مبدل - وهو تسليم المرأة نفسها للزوج - يتعجل أى يسبق تسليم نفسها له .

(٤٠) أى ويبطل المعنى الذى ذكرتموه بما اذا شرط المؤجر تعجيل الاجرة على الانتفاع حيث يجوز ذلك ويلزم المستأجر تقديما . فصحا انها تلزم بنفس العقد قبل الانتفاع .

(٤١) أى بشرط التعجيل .

(٤٢) وهو العوض في القراض وسائر المذكورات بعده في قياسهم .

(٤٣) أى في الاصل المقيس عليه في قياسهم .

(٤٤) أى في الاجارة . حيث اذا شرط تعجيل الاجرة في العقد جاز .

(٤٥) أى بدل الاجارة .

(٤٦) حيث يجوز فيه تعجيل الشن على تسليم المبيع ، وتعجيل المهر على تسليم المرأة نفسها في النكاح .

والمقصود : اثبات ان بين الاصل والفرع في قياسهم فارقا ، والقياس مع الفارق باطل .

(١) أى الطارئة على المستأجر بعد عقد الاجارة .

وصورة ذلك : أن يستأجر حماما ، ثم يتعذر وجود الوقود له ، أو أن يستأجر دابة لنقل شيء ، فيمرض المستأجر أو يسافر ، أو نحو ذلك من الاعذار الطارئة على عقد الاجارة مادام العذر في غير المعقود عليه .

أنظر المختصر ص ١٢٦ . الأم ج ٤ ص ٣٠ . المنهاج ص ٧٨ =

وقال أبو حنيفة : اذا اكترى دكانا لبيع البز فاحترق البز أو جملا لحج  
فمضى . جاز له الفسخ . (٣)

لنا : هو انه عقد لا يجوز فسخه من غير عذر ، فلا يجوز فسخه من غير  
عيب في المعقود عليه ، كالبيع (٤) ولانه عذر لا يتضمن نقضا بالمعقود عليه ،  
فلا تفسخ به الاجارة كالغبن . (٥) ولانه أحد المتكاريين ، فلا يملك الفسخ

= وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٧٣ . كشاف القناع ج ٤ ص ٢٩٠ .  
المغنى ج ٥ ص ٣٣٢ .

( ٢ ) في نسخة (( ب )) : لبيع البز ، واحترق المبيع . / وهو خطأ .  
والبز : بموحدة من تحت مفتوحة ، بعد ها زاي مشددة ، هو الثياب .  
أنظر المختار ص ٥١ .

( ٣ ) الهداية ج ٨ ص ٧٦ . التبيين ج ٥ ص ١٤٥ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٩٩ .  
وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٨١ . الجواهر ج ٢ ص ١٩٢ .  
شرح المنح ج ٣ ص ٧٩٤ .

وبه يقول ابن هزم : المحلى ج ٩ ص ٥ بل وتفسخ باضطرار احدهما  
للرحيل عن البلد فيما بقى من المدة . ص ١١ .  
( ٤ ) حيث لا يجوز فسخه من غير عيب في المبيع .

بجامع ان كلا عقد لا يجوز فسخه من غير عذر . اما الاصل فالبيع واما الفرع  
فالاجارة .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز فسخه من غير عيب ، كان حكم الفرع كذلك  
فلا يجوز فسخ الاجارة بالاعذار أيضا لذلك .

( ٥ ) حيث لا يفسخ به العقد مع العلم ، ولا كذلك اذا غرره بالبائع .

بجامع ان كلا عذر لا يتضمن نقضا بالمعقود عليه ، اما الاصل فالغبن واما  
الفرع فالاجارة .

ولما كان حكم الاصل عدم انفساخ العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا تفسخ  
الاجارة بالمعذر أيضا لذلك .

( ٦ ) أى المكترى .

بمريضه ، أو لا رادة الانتقال الى بلد آخر كالمكرى <sup>(٧)</sup> .  
 قالوا : عليه ضرر في المقام على الاجارة <sup>(٨)</sup> ، فثبت الفسخ ، كما لو ضرب  
 عليه السن فأستأجر من يقلع فسكن الوجع <sup>(٩)</sup> ، أو استأجر دارا فانهدمت <sup>(١٠)</sup> .  
 قلنا : يبطل به اذا غبن فيها <sup>(١١)</sup> ، والسن اذا سكن انفسخ العقد ، لانه

- ( ٧ ) حيث لا يملك الفسخ بالمعذر .  
 بجامع ان كلا أحد المتكاريين ، اما الاصل فالمكرى ، واما الفرع فالمكترى .  
 ولما كان حكم الاصل عدم امتلاكه الفسخ بالمعذر ، كان حكم الفرع كذلك  
 فلا يملك المكترى الفسخ بالمعذر أيضا لذلك .
- ( ٨ ) سقطت التاء في ( الاجارة ) من نسخة ( ب ) . / أى بعد طـــــ  
 المعذر عليه .
- ( ٩ ) حيث ثبت له المفسخ . لانتفاء الحاجة الى الاجارة على قلمه .
- ( ١٠ ) حيث يجوز له فسخ العقد أيضا لفوات محل الانتفاع .
- بجامع لحاق الضرر به في الاقامة على الاجارة ، في كل من الاصل وهو  
 مالم يضرب عليه سنه ثم سكن أو استأجر دارا فانهدمت ، والفرع وهو  
 لحاق المعذر في الاجارة .
- ولما كان حكم الاصل انفساخ الاجارة به ، كان حكم الفرع كذلك فتنفسخ  
 الاجارة بالمعذر أيضا لذلك .
- ( ١١ ) أى في الاجارة حيث لا يبطل به العقد وان لحق به الضرر في  
 الاقامة عليه .
- لانه هو المقصر في معرفة البدل . ومحلله مالم يكن تغريير  
 من المؤجر .

تعذر استيفاء المعقود عليه ، فهو <sup>(١٢)</sup> كما لو هلك المبيع <sup>(١٣)</sup> والدار اذا انهدمت  
نقص المنافع المعقود عليها فهو كما لو عاب المبيع في يد البائع ، <sup>(١٤)</sup> وهاهنا <sup>(١٥)</sup>  
لم يتعذر الاستيفاء ولا حصل نقص <sup>(١٦)</sup> ، وانما حصل عذر في العاقد ، فهو  
كما لو اشترى جملا ليحج عليه ، ثم مرض <sup>(١٨)</sup> ، أو بستانا فمجز عن سقيه <sup>(١٩)</sup> .

( ١٢ ) سقط من نسخة (( ب )) قوله ( فهو كما لو هلك المبيع ، والدار اذا انهدمت  
نقص المنافع المعقود عليها ) .

( ١٣ ) أى قبل أن يقبضه المشتري ، حيث يفسخ به العقد .  
بجامع تعذر استيفاء المعقود عليه في كل من الاصل وهو مالو هلك المبيع ،  
والفرع وهو مالو ضرب عليه سنه فأستأجر من يخلعه فسكن .  
ولما كان حكم الاصل انفساخ العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فينفسخ  
العقد بسكون السن أيضا لذلك .  
( ١٤ ) حيث يفسخ به البيع .

بجامع نقص المنافع المعقود عليها في كل من الاصل وهو مالو عاب المبيع  
في يد البائع والفرع وهو مالو اشتأجر دارا فانهدمت .  
ولما كان حكم الاصل انفساخ العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فتتفسخ  
الاجارة في الدار اذا انهدمت أيضا لذلك .  
( ١٥ ) أى في حال حصول العذر في غير المعقود عليه ، بأن يحصل في العاقد .  
( ١٦ ) في الاصل ( نقص ) باعجام الضاد . والصواب أهملها كما في نسخة (( ب )) .  
( ١٧ ) في نسخة (( ب )) : للحج عليه .  
( ١٨ ) أى المشتري .

( ١٩ ) حيث لا يفسخ العقد به في الصورتين .  
بجامع حصول العذر في العاقد لا المعقود عليه في كل من الاصل وهو  
مالو اشترى جملا ليحج عليه فمرض ، أو بستانا فمجز عن سقيه ، والفرع وهو  
مالو استأجر جملا ليحج عليه فمرض المستأجر .  
ولما كان حكم الاصل عدم انفساخ البيع به ، كان حكم الفرع كذلك فلا تتفسخ  
الاجارة بحصول العذر في المستأجر أيضا لذلك .

قالوا : البقاء على العقد أحد موجبي الاجارة ، (٢٠) فجاز مخالفته (٢١) بمذر غير العيب ، كرفع اليد بعد المدة ، (٢٢) فانه يجوز مخالفته (٢٣) بأن تنقضى المدة والزرع لم يستحصد ، فيتركه باجرة الى الحصاد . (٢٤)

قلنا : يجوز أن يستحق مالم يعقد عليه ، تبعا للمعقود عليه ، للمعذر ، ولا يفسخ فيما عقد عليه ، (٢٥) كالمشترى (٢٦) يستحق مالم يعقد عليه ، وهو نصيب

( ٢٠ ) والموجب الثاني هو الفسخ .

( ٢١ ) بأن يفسخه .

( ٢٢ ) أى مدة الاجارة ، حيث يجب على المستأجر رفع يده عن العين المستأجرة بمضى المدة المتفق على الاجارة فيها .

( ٢٣ ) أى عدم رفع اليد عن العين المستأجرة .

( ٢٤ ) والمقصود : قياس فسخ العقد قبل المحل على ابقائه بعد المحل ، حيث يجوز ذلك .

بجامع ان كلا أحد موجبي الاجارة ، اما الاصل فالفسخ قبل المحل ، واما الفرع فابقاء العقد بعد المحل .

ولما كان حكم الاصل جواز ابقاء عقد الاجارة بعد انتهاء المدة للحاجة اليه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز فسخ الاجارة قبل انتهاء المدة بالمعذر أيضا لذلك .

( ٢٥ ) سقط لفظ ( عليه ) من الأصل . والأولى اثباته .

( ٢٦ ) فونسخة (( ب )) : كالمشترى فى بعض ما عقد عليه للحاجة اذا غلا . /

فى العبارة سقط وغموض .

الشريك بالشفعة ، ( ٢٧ ) ثم لا يفسخ ( ٢٨ ) البيع في بعض ما عقد عليه ، للحاجة .

\* مسألة ( ٢٠٣ ) : لا تبطل الاجارة بالموت ( ١ ) . ١٦٦ ش .

( ٢ )

وقال أبو حنيفة : تبطل .

( ٢٧ ) أى فيما اذا أراد الشفيع بيع نصيبه بعد ان ترك حقه في الشفعة ،

فان المشتري يستحق أن يأخذ حق الشريك بالشفعة .

فيكون قد استحق مالم يعقد عليه .

( ٢٨ ) أى المشتري .

( ١ ) أى بموت أحد المتكاريين .

أنظر : الأم ج ٤ ص ٣٠ . المختصر ص ١٢٦ . المنهاج ص ٧٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٧٣ . كشاف القناع ج ٤ ص ٢٨ .

المغنى ج ٥ ص ٣٤٧ .

وبه يقول المالكية ، الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٨٠ . ق

قال الصاوى في البلغة في نفس الصفحة : ويقوم وارثه مقام مورثه ، الا فى

أربع مسائل : صبيان وفرسان : صبا التعليم والرضاعة ، وفرسا السنزوي

والرياضة ، فحيث مات صبي التعليم أو الرضاعة انفسخت الاجارة ورجعا

للمحاسبة ، وكذلك فرس السنزوي ، اذا استؤجر الفحل على أربع مـرات

فحملت من مرتين أو ماتت قبل التمام انفسخت ورجعا للمحاسبة ، وكذلك

اذا استؤجر لفرس يروضها ويعلمها كيفية الجرى فماتت ، فتتفسخ

ويرجعا للمحاسبة . أهـ .

وأنظر الجواهر ج ٢ ص ١٩٢ . وقد نص في شرح المنح ج ٣ ص ٧٩٢ على

أن عدم الفسخ بالموت هو أشهر الأقوال الأربعة في المذهب .

( ٢ ) ومحلّه مالم يعقد الاجارة لفيرس ، كالوكيل والوصى والمتولى في الوقف .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٨٤ . التبيين ج ٥ ص ١٤٤ . مجمع الانهر :

ج ٢ ص ٤٠١ .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٥ .

لنا : هو أنه ملك استوجبه بعقد ينتقل في حياته ، فلم يبطل بموته ،  
 كالبيع (٣) ولا يلزم منفعة الوقف (٤) لان الوقف ليس بعقد ، الا ترى أنه لا يفترق  
 الى القبول ، ولا أم الولد (٥) لانها لا (٦) تنتقل في حياته . ولأنه حبس عين للاستيفاء  
 ثبت له بعقد لازم ، فلا يبطل بموته ، كالرهن (٩) ولأنه عقد على منفعة ، عقدا  
 لا يملك فسخه من غير عذر فلا يبطل بموته مع سلامة المعقود عليه ، كما لو زوج أمته ثم مات (١٠).

( ٣ ) حيث لا يبطل بموت أحد المتبايعين .

بجامع ان كلا ملك استوجبه بعقد ينتقل في حياته ، اما الاصل فالبيع  
 واما الفرع فالاجارة ،

ولما كان حكم الاصل عدم بطلانه بالموت كان حكم الفرع كذلك فلا تنفسخ  
 الاجارة بموت أحد المتكاريين أيضا لذلك .

( ٤ ) حيث ينفسخ الوقف بموت الموقوف عليه .

( ٥ ) حيث لا يبطل عتقها بموت سيدها ، بل به تعتق .

( ٦ ) سقط لفظ ( لا ) من الاصل .

( ٧ ) أى واذا لم تنتقل في حياته بالبيع ، أنظر المنهاج ص ١٦٢ .

لم تشملها العلقى القياس المذكور ، فلا يعترض عليه بأمر الولد لذلك .

( ٨ ) أى للمكترى .

( ٩ ) حيث لا يبطل بموت المرتهن .

بجامع ان كلا حبس عين للاستيفاء ، ثبت له بعقد لازم ، اما الاصل فالرهن  
 واما الفرع فالاجارة .

ولما كان حكم الاصل عدم بطلان الرهن بموت المرتهن ، كان حكم الفرع  
 كذلك فلا تبطل الاجارة بموت المستأجر أيضا لذلك .

( ١٠ ) أى السيد ، حيث لا ينفسخ نكاحها بموته .

بجامع العقد على منفعة لا يملك العاقد فسخه من غير عذر فى كل من  
 الاصل وهو مالو زوج امته ثم مات ، والفرع وهو مالومات أحد المتكاريين .  
 ولما كان حكم الاصل عدم انفساخ العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا تنفسخ  
 الاجارة بموت أحد المتكاريين أيضا لذلك .



ولا يلزم ان آجر الوقف ثم مات ، (١٢) لان الموقوف عليه لا يؤجر الوقف فى أصح  
 الوجهين ، (١٣) وانما يؤجر القيم ، (١٤) ويموته لا تبطل ، (١٥) ثم ذاك (١٦) لا يبطل بموته ، (١٧)  
 وانما باستحقاق سابق (١٨) (١٩) للبطن الثانى . (٢٠) ولهذا يجوز للبطن الثانى  
 أن يخاصم فى تثبيته ، (٢٢) ولان زوال الملك فى العين المستأجرة (٢٣) لا يبطل

---

( ١١ ) فى نسخة ((ب)) : ومات . / أى الواقف .

( ١٢ ) حيث يفسخ العقد به .

( ١٣ ) لم أجد من نص على الوجه المذكور ، وانما ذكروا ان للموقوف عليه اجارة  
 الوقف .

أنظر المنهاج ص ٨١ وشروحه ، باب الوقف ، والوجيز والمهذب  
 والتببيه ، وغيرها .

( ١٤ ) فى نسخة ((ب)) : القسم . / والقيم ، بفتح الأول وتشديد الياء المكسورة  
 هو . متولى شئون الوقف والناظر فيه .

( ١٥ ) أى بموت متولى الوقف لا يبطل الوقف . أنظر المنهاج ص ٧٨ .

( ١٦ ) أى عقد اجارة الوقف .

( ١٧ ) أى موت مؤجر الوقف .

( ١٨ ) فى نسخة ((ب)) : وانما يبطل باستحقاق . . . الخ .

( ١٩ ) أى على عقد الاجارة المذكور .

( ٢٠ ) أى الجيل الثانى من الموقوف عليهم ، كأبناء الابناء .

( ٢١ ) فى نسخة ((ب)) : ولهذا لا يجوز . . . الخ .

( ٢٢ ) أى تثبت عقد الاجارة .

( ٢٣ ) بأن باعها المؤجر أو وهبها .

الاجارة (٢٤) كما لو أجر عبده (٢٥) ثم أعتقه (٢٦).

قالوا : عقد على المنفعة فانفسخ بموت المعقود له (٢٧) كالنكاح والعارية والقراض (٢٨).

قلنا : يبطل به اذا زوج امته ، ثم مات (٢٩) ثم ان النكاح لا يبطل بموت الزوجين ، بل ينتهى بالموت ، لانه معقود الى الموت ، فهو كالاجارة اذا انتهت (٣١) ولهذا يتعلق به الميراث (٣٢) والمعدة وجواز

( ٢٤ ) فى نسخة ((ب)) : لا يبطل الاجل .

( ٢٥ ) سقط قوله ( اجر ) من الاصل .

( ٢٦ ) حيث لا يبطل به عقد الاجارة .

( ٢٧ ) فى نسخة ((ب)) : المعقود عليه . /

والصواب ما فى الاصل لأن محل الخلاف فى المسألة هو مالو تلف أحسد  
العاقدين ، لا فى تلف المعقود عليه فانها تنفسخ حينئذ قطعا .

( ٢٨ ) حيث تنفسخ هذه العقود بموت أحد العاقدين فيها .

بجامع العقد على المنفعة فى كل من الاصل وهو النكاح والعارية  
والقراض ، والفرع وهو الاجارة .

ولما كان حكم الاصل انفساخه بموت أحد العاقدين ، كان حكم  
الفرع كذلك فتتفسخ الاجارة بموت أحد المتكاريين أيضا لذلك .

( ٢٩ ) حيث لا ينفسخ نكاحها بموت سيدها .

( ٣٠ ) سقط لفظ ( ان ) من نسخة ((ب)) .

( ٣١ ) أى مدتها . حيث يقال انها عقد مستوفى ، ولا يقال : انفسخ أو بطل ،  
اذا انتهت مدة الاجارة فيه .

( ٣٢ ) أى بعقد النكاح .

( ٣٣ ) ثم الزوجان معقود عليهما ، ( ٣٥ ) ولهذا يجب تعيينها . فوزانها ( ٣٦ )  
 من الاجارة أن يؤجر نفسه ، ثم يموت ، ( ٣٧ ) والعاقد هاهنا ( ٣٨ ) غير معقود عليه ، ( ٣٩ )  
 فوزانه من النكاح أن يزوج امته ، ثم يموت ، ( ٤٠ ) واما العارية فهو ابا حسة ،  
 ولهذا لا يملك المستعير ( ٤١ ) أخذ العوض عنه ، ( ٤٢ ) فهو كالطعام اذا

- ( ٣٣ ) أى غسل كل من الزوجين لصاحبه اذا مات .  
 ( ٣٤ ) فى نسخة (( ب )) : ثم الزوجات معقود عليهن . / أى على فرض التسليم  
 بأن عقد النكاح يبطل بالموت .  
 ( ٣٥ ) أى ولا كذلك مانحن فيه ، لان العاقدين معقود لهما وليس معقودا  
 عليهما .  
 ( ٣٦ ) من قوله ( فوزانه من الاجارة ) الى قوله ( فوزانه من النكاح ) ساقط  
 من نسخة (( ب )) .  
 ( ٣٧ ) حيث تبطل الاجارة بموته لفوات ما به المنفعة المستأجرة تفوات محلها .  
 ( ٣٨ ) أى فى مسألة موت أحد المتكاريين أو كلاهما .  
 ( ٣٩ ) أى بل معقود له . أى فهذا فارق بين الاطراف والفرع فى قياسهم فيبطل به .  
 ( ٤٠ ) حيث لا ينفسخ عقد نكاحها بموته .  
 ( ٤١ ) فى الأصل ونسخة (( ب )) : المستعير . / وهو تحريف ولعل الصواب  
 ما أثبتناه ، لأن المستعير معط للعوض ، والمعير أخذ له ، لا العكس  
 فيها لو جازله ذلك .  
 الا أن تحمل على معنى : ان المستعير ليس له ان يؤجر المعيرين  
 المارة .  
 فتصح العبارة ان .  
 ( ٤٢ ) أى النفع الحاصل من الشيء المعار .

أبيع له (٤٣)، وهذا (٤٤) تملك ، ولهذا يملك المستأجر أخذ العوض عنه (٤٥) ،  
فهو كالطعام المشتري (٤٦) ثم المعنى فى العارية والقراض انهما من العقود  
الجائزة (٤٨) وهذا (٤٩) من العقود اللازمة (٥٠) فهو كالبيع (٥١) .

- (٤٣) حيث ليس للمبيع أخذ عوضه أيضا .  
بجامع الاذن به فى كل من الاصل وهو مالو أباح له الطعام والفرع  
وهو العارية .  
ولما كان حكم الاصل عدم أخذ العوض عنه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يأخذ  
عوض العارية أيضا لذلك .  
(٤٤) أى الاجارة ، تملك للمنافع فى العقود عليه .  
(٤٥) بأن يؤجر ما استأجره لغيره .  
(٤٦) حيث يجوز له بيعه وأخذ العوض عنه .  
بجامع التملك فى كل من الاصل وهو الطعام المشتري ، والفرع وهو  
العين المستأجرة .  
ولما كان حكم الاصل جواز أخذ العوض عنه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز  
أخذ العوض من العين المستأجرة أيضا لذلك .  
(٤٧) أى السبب أو العلة التى من أجلها انفسخ العقد بموت أحد العاقدين .  
(٤٨) وهى التى يجوز لأحد المتعاقدين الخروج منها ، وان لم يرض الآخر ،  
ومثل العارية فيه : الشركة والوكالة والقرض والوصية والوديعة والجعل  
قبل الفراغ ، وغير ذلك .  
أنظر الأشباه للسيوطى ص ٢٧٥ . القول فى العقود ، فى التقسيم الثانى  
للعقود .  
(٤٩) أى عقد الاجارة .  
(٥٠) لتوقف الخروج منها على رضا الطرفين ، ومثل الاجارة أيضا : البيع والصرف  
والسلم والتولية ، والتشريك وصلاح المعاوضة والحوالة والمساقاة والصداق وعوض  
الخلع .  
(٥١) حيث لا يفسخ بموت أحد المتبايعين .  
بجامع ان كلا من العقود اللازمة ، اما الاصل فالبيع واما الفرع فالاجارة ، =

قالوا : ولان المؤجر لا يملك ما يحدث بعد الموت ، فلا يستحق باجارته ،<sup>(٥٤)</sup>  
 كما لو أجر مال أجنبي ،<sup>(٥٥)</sup> والمستأجر لا يملك عليه<sup>(٥٦)</sup> أجره ما يحدث بعد الموت ،<sup>(٥٧)</sup>  
 فلا يؤخذ من تركته مالم يجب عليه في حياته .  
 قلنا : هذا يدل<sup>(٥٨)</sup> على أن المنفعة والاجرة لا تملك الا حالا فعلا  
 وقد بينا ان الجميع يملك بنفس المقعد<sup>(٥٩)</sup> ، ثم يبطل ما قالوا في

= ولما كان حكم الاصل عدم انفساخه بموت أحد المتبايعين ، كان حكم  
 الفرع كذلك ، فلا تنفسخ الاجارة بموت أحد المتكاريين أيضا لذلك .

( ٥٢ ) أى من النماء والغلة في العين المؤجرة .  
 ( ٥٣ ) أى ما يحدث من النماء في العين المؤجرة . لانتقال الملك في العين  
 المؤجرة إلى الورثة .

( ٥٤ ) أى بعقد الاجارة السابق على موته .

( ٥٥ ) حيث لا يستحق الاجرة فيه .

بجامع عدم الملك في كل من الاصل وهو مالو أجر مال أجنبي  
 والفرع وهو مالومات أحد المتكاريين .

ولما كان حكم الاصل عدم استحقاقه الاجرة باجارته مال الأجنبي .  
 كان حكم الفرع كذلك فلا يستحق المؤجر الاجرة اذا مات المستأجر  
 أيضا لذلك .

( ٥٦ ) أى لا يلزمه .

( ٥٧ ) أى بعد موته ، من انتفاع غيره بالعين المستأجرة .

( ٥٨ ) أى التعليل الذى ذكره .

( ٥٩ ) فى نسخة ((ب)) : هذا بناء على أن . . . . الخ .

( ٦٠ ) أنظر المسألة الأولى من مسائل الاجارات .

موت المؤجر به (٦١) (٦٢) اذا زوج أمته ثم مات ، واذا اجر عبده ثم أعتقه (٦٣) ،  
وما قالوا فى موت المستأجر به (٦٥) اذا حفر (٦٦) بئرا ومات (٦٧) ثم وقع فيها بسهيمه (٦٨) .

(٦١) أى من أن المؤجر لا يملك ما يحدث فى ملكه بعد الموت فلا يستحق الاجرة عليه .

(٦٢) الجار والمجور متعلق بيطل . والتقدير : ثم يطل بالمعنى الذى قالوا فيما اذا زوج امته . . . الخ .

(٦٣) حيث لا ينتقض النكاح فى الصورة الأولى ، ولا تبطل الاجارة فى الثانية .

(٦٤) فى نسخة ((ب)) : وما قالوه . / وهو ان المستأجر لا يلزمه اجارة ما يحدث بعد موته من انتفاع بالعين المستأجرة . لارتفاع سبب اللزوم بموته .

(٦٥) الجار والمجور هنا متعلق بيطل أيضا ، والتقدير : ثم يطل بالمعنى الذى قالوه فى المستأجر فيما اذا حفر بئرا ومات . . . الخ .

(٦٦) أى بما اذا استأجر أرضا وحفر فيها بئرا ثم مات . . . الخ . وهذه هى صورة الابطال المذكور .

(٦٧) سقط قوله ( ومات ) من الاصل . واثباتها ضرورى لان المراد بهذه الصورة اثبات بقاء الملقة بين المستأجر والمؤجر فى عقد الاجارة بعد الموت .

(٦٨) حيث يجب الضمان فيها على المستأجر دون صاحب الأرض أعنى المؤجر لها ، ووجوب الضمان عليه دليل على عدم انفساخ عقد الاجارة بموته ، والا لوجب ضمان البهيمه على المؤجر ، لأن الأرض ملكه وتحت يده .

أى فدل على أن بالموت لا تنقطع الرابطة مع المؤجر ، فصح أن العقْد لا ينفسخ بموت أحد المتعاقدين .

\* مسألة ( ٢٠٤ ) : اذا قال : اجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم ،

لم تصح الاجارة في أصح القولين <sup>(١)</sup> . / ١٦٧ ي .

وقال أبو حنيفة : تصح في الشهر الأول <sup>(٢)</sup> .

( ١ ) ومحلّه بالم يسم جملة الأشهر ، كأن يقول : استأجرتها عشرة أشهر كل

شهر بدرهم .

والقول الثاني : انها تصح في الشهر الأول لانه معلوم ، وتفسد فيهما

عداه للجهالة

وبه يقول أبو سعيد الاصطخري كما قال الرافعي .

أنظر : الوجيز ج ١ ص ٢٣٣ . فتح العزيز ج ١٢ ص ٣٤٢ . التي تليها

مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٤٠ .

( ٢ ) الهداية ج ٨ ص ٣٦ . التبيين ج ٥ ص ١٢٢ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٨٢ .

وذهب الحنابلة الى صحة هذا العقد مطلقا .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٦ . كشاف القناع ج ٣ ص ٥٤٨ . وذكر

في المغني ج ٥ ص ٣٣٢ انه عقد باطل *فرواير احرى* .

وبصحته أيضا يقول المالكية ، وتبدأ مدة الاجارة من حين العقد ، لان الكراء

لا يجوز على مدة غير معينة .

أنظر : الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٤ . الجواهر ج ٢ ص ١٩٥ . شرح

المنح ج ٣ ص ٨١٣ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة صريحا الا أنه لابد من ذكر

المدة في الاجارة عند سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة اذا أمكن

بقاء المستأجر والمؤجر والعين المؤجرة اليها .

أنظر المحلى ج ٩ ص ١٣ .

لنا : انه عقد الاجارة على مدة مجهولة ، فأشبهه اذا قال : اجرتك  
( ٣ )  
مدة بدرهم .

قالوا : الشهر الأول معلوم واجرته معلومة ، فأشبهه اذا قال : اجرتك  
هذا الشهر بدرهم ، وما زاد بحسابه . ( ٤ )  
قلنا : هذه العلة ( ٥ ) موجودة في الشهر الثاني والثالث ( ٦ ) وسائر الشهور ،  
ثم لا يصح ( ٧ ) ، ولان العقد لم يقع ( ٨ ) على الشهر الأول ، بل عقد ( ٩ ) على كـل

( ٣ ) حيث لا يصح العقد فيه .

بجامع جهالة المدة في كل من الاصل وهو مالو قال اجرتك مدة بدرهم .  
والفرع وهو مالو قال اجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم .  
ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الاجارة  
بقوله : اجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم أيضا لذلك .

( ٤ ) حيث يصح العقد به في الشهر ويفسد فيما عداه .

بجامع ان كلا عقد معلوم المدة ، اما الاصل فهو مالو قال : اجرتك  
هذا الشهر بدرهم وما زاد بحسابه ، واما الفرع فهو مالو قال اجرتك  
هذه الدار كل شهر بدرهم .

ولما كان حكم الاصل الصحة ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الاجارة فيه  
أيضا لذلك .

( ٥ ) وهي المعلومية في الاجر والمدة في الشهر الأول .

( ٦ ) في نسخة (( ب )) : من سائر الشهور .

( ٧ ) أي فبطل أن يكون الوصف الذي جعلوه علة في الحكم معتبرا ، لتخلف

الحكم عنه في الشهر الثاني والثالث مع وجود تلك العلة فيه .

( ٨ ) في الأصل : لا يقع . / وما في نسخة (( ب )) هو الصواب .

( ٩ ) بالبناء للمجهول .



شهر وذلك جملة مجهولة<sup>(١٠)</sup>، فلم يصح . ويخالف ما قاسوا عليه<sup>(١١)</sup>، فإنه أفرد الأول بالعقد وعطف عليه عقدا مجهولا<sup>(١٢)</sup>، فصح المعلوم<sup>(١٣)</sup> وبطل المجهول<sup>(١٤)</sup>.

\* مسألة ( ٢٠٥ ) : اذا قال : اجرتك هذه الدار شهرا . لم يصح<sup>(١)</sup> ١٦٧/٠ .  
وقال أبو حنيفة : يصح في شهر من حين العقد<sup>(٢)</sup>.

( ١٠ ) أى مجهولة الآخر لعدم ذكره فى العقد . واما الأول فمعلوم لا مكان حمله على وقت العقد .

( ١١ ) وهو مالو قال : اجرتك هذا الشهر بدرهم فما زاد فبحسابه .

( ١٢ ) فى الأصل : فإنه اذا أفرد الأول بالعقد ، وعطف عليه عقدا على مجهول ، فصح المعلوم وبطل المجهول . / وما أثبتناه من نسخة (( ب )) أولى لوضوحه .

( ١٣ ) وهو الشهر .

( ١٤ ) وهو ما زاد على الشهر .

أى فثبت ان بين الاصل والفرع فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور .

( ١ ) محله مالم يقل : من الان . قاله ابن الرقعة ، أى لانه يكون مجهول الأول .

لكن الذى ذكره الشربيني انه يجوز وتجعل ابتداء المدة من وقت العقد لانه المتعارف .

أنظر : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٤ . التنبيه ص ٨٤ .

وهو قول الحنابلة : كشف القناع ج ٣ ص ٥٤٩ . لكن الذى ذكره فى المغنى

ج ٢ ص ٣٢٤ . انه يصح ويكون ابتداءه من حين العقد . ثم حكى عن بعض

الاصحاب انه لا يصح حتى يسمى الشهر والسنة وفقا للشافعى .

وهو قول ابن حزم أيضا : أنظر المحلى ج ٩ ص ١٧ .

( ٢ ) الهداية ج ٨ ص ٣٧ . التبيين ج ٥ ص ١٢٣ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٨٢ .

وهو أحد قولى المالكية .

أنظر : الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٠٤ . الجواهر ج ٢ ص ١٩٦ . شرح المنح : ج ٣ ص ٨١٤ .

لنا : ان الشهر تقدير للمعقود عليه ، وليس بتعيين <sup>(٣)</sup> ، كما لو قال  
بعتك عبدا <sup>(٤)</sup> .

قالوا : عقد على مدة مطلقة ، فاقتضى المدة من حين العقد ، كالأجل  
في البيع <sup>(٥)</sup> .

قلنا : لأن القصد في الأجل العرفي <sup>(٦)</sup> ، بتأخير المطالبة ، فحمل على  
ما يعقب العقد ، وههنا <sup>(٧)</sup> القصد تقدير المعقود عليه ، فلم يتعين به <sup>(٨)</sup> .

( ٣ ) في نسخة (( ب )) : وليس بتعيين له ، فصار كما لو . . . الخ .

( ٤ ) حيث لا يصح ذلك العقد .

بجامع عدم التعيين في كل من الاصل وهو مالو قال بعتك عبدا ، والفرع  
وهو مالو قال اجرتك هذه الدار شهرا .

ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الاجارة  
بقوله : اجرتك هذه الدار شهرا أيضا لذلك .

( ٥ ) حيث اذا اشترط المشتري تأجيل الثمن في البيع صح البيع وابتدأ الاجل  
من وقت العقد .

أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٩ .

بجامع العقد على مدة مطلقة في كل من الاصل وهو الأجل في البيع والفرع  
وهو الأجل في الاجارة .

ولما كان حكم الاصل حمله على وقت العقد ، كان حكم الفرع كذلك فيحصل  
العقد في الاجارة على وقت العقد أيضا لذلك .

( ٦ ) أي بالمشتري ، بتأخير مطالبة البائع له بالثمن .

( ٧ ) أي في الاجارة .

( ٨ ) أي بما يعقب العقد .

والمقصود اثبات ان بين الاصل والفرع فارقا ، يطل به قياسهم المذكور .

\* مسألة ( ٢٠٦ ) : اذا عقد الاجارة على مدة مستقبلية ، لم تصح . / ١٦٧ ي . ( ١ )

وقال أبو حنيفة : تصح . ( ٢ )

لنا : انه معاوضة على معين ، شرط فيه تأخير التسليم ، فلم يصح ،

كالبيع . ( ٣ ) ولانه عقد يتقسط العوض فيه على المعوض تناول معيناً على صفة ،

لا يمكن الشروع في قبضه عقيب العقد ، فبطل ، كبيع الطير في الهواء أو السمك في الماء ، ( ٤ )

( ١ ) الوجيز ج ١ ص ٢٣١ . المنهاج ص ٧٦ . ومحل عدم صحته بما اذا وردت

الاجارة على عين ، والا بان وردت على الذمة ، كألزمت ذمتك الحمل

الى مكة أول شهر كذا . فيجوز ، وفي اجارة العين السنة الثانية لمستأجر

السنة الأولى قبل انقضاءها خلاف والأصح جوازه .

أنظر شرح المحلى ج ٣ ص ٧١ .

وهو قول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٥٥ .

( ٢ ) التبيين ج ٥ ص ١٤٨ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٠٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٦٤ . كشف القناع ج ٤ ص ٤

المحرر ج ١ ص ٣٥٧ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٦ . الجواهر ج ٢ ص ١٩٦ .

شرح المنع ج ٢ ص ٨١٧ .

( ٣ ) حيث لا يجوز فيه اشتراط تأخير تسليم المبيع .

بجامع ان كلا معاوضة على معين شرط فيه تأخير التسليم ، اما الاصل فالبيع

واما الفرع فالاجارة ،

ولما كان حكم الاصل المنع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الاجارة على مدة

مستقبلية أيضاً لذلك .

( ٤ ) حيث لا يصح به العقد لما فيه من الضرر .

بجامع عدم امكان القبض بعد العقد عليه في كل من الاصل وهو بيع الطير

في الهواء والسمك في الماء ، والفرع وهو الاجارة على مدة مستقبلية .

ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الاجارة

على مدة مستقبلية أيضاً لذلك .

ولا يلزم نكاح الصغيرة<sup>(٥)</sup>، لانه لا يتقسط المهر على الوطئات<sup>(٦)</sup> ولا لنا نفرض  
 المسألة في : من أجر من رجل شهرا ثم اجر شهرا بعده من آخر<sup>(٧)</sup> فنقول :  
 عقد يوجب حبس العين للاستيفاء فلا يجتمع اثنان في حالة واحدة ، كالرهن<sup>(٨)</sup> .  
 قالوا : عقد على ماليس بعين<sup>(٩)</sup> ، فجاز شرط تأخيرا لتسليم ، كالسلم<sup>(١٠)</sup> .

( ٥ ) حيث يصح العقد عليها مع كون الدخول بها مؤجلا الى الامكان ، فكان  
 عقدا على منفعة تستوفى في المستقبل .

( ٦ ) أى بخلافه في الاجارة ، فانها تنقسم على عدد الايام فهي تستوفى  
 شيئا بعد شيء .

( ٧ ) أى قبل انتهاء مدة الاجارة في الشهر الأول .

( ٨ ) حيث لا يجوز رهن شيء واحد في مقابل حقين لشخصين مختلفين .  
 بجامعان كلا عقد يوجب حبس العين للاستيفاء ، اما الاصل  
 فالرهن ، واما الفرع فالاجارة .  
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز حبس العين المرهونة لشخص على شخص  
 آخر بعده كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الاجارة على مدة مستقبلية أيضا  
 لذلك .

( ٩ ) أى على منفعة .

وفي نسخة (( ب )) : ماليس بمعين . / وهو تحريف بدليل ماسي ذكره في  
 الجواب عليه .

( ١٠ ) حيث يتأخر فيه تسليم المسلم فيه .

بجامع العقد على ماليس بعين في كل من الاصل وهو السلم والفرع  
 وهو الاجارة على مدة مستقبلية .

ولما كان حكم الاصل الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الاجارة  
 على مدة مستقبلية أيضا لذلك .

قلنا : وان لم يكن عينا الا أنها كالعين ، بدليل انه يبطل <sup>(١٢)</sup> بهلاك  
 العين ، كبيع العين <sup>(١٣)</sup> ويجوز <sup>(١٤)</sup> بأجرة مؤجلة بخلاف السلم . <sup>(١٥)</sup> ثم نقول فنقول :  
 فلا يجوز تأخير البدلين <sup>(١٦)</sup> كالسلم ، <sup>(١٧)</sup> ثم العقد هناك <sup>(١٨)</sup> على دين ، فهو  
 كالأجارة في الذمة ، وهذا <sup>(١٩)</sup> <sup>(٢٠)</sup> عقد على معين ، فهو كبيع العين . <sup>(٢١)</sup>

( ١١ ) أى المنافع المعقود عليها فى الاجارة .

( ١٢ ) أى عقد الاجارة .

( ١٣ ) حيث يبطل عقد البيع بهلاك المبيع قبل القبض .

( ١٤ ) أى ويجوز العقد على منفعة باجرة مؤجلة .

( ١٥ ) حيث لا يجوز فيه تأخير رأس المال عن مجلس العقد . أى والقياس مع  
 الفارق باطل .

( ١٦ ) أى معا .

( ١٧ ) حيث لا يجوز تأخير رأس المال والمسلم فيه معا عن مجلس العقد ،  
 بجامع ان كلا عقد على ماليس معين ، اما الاصل فالمسلم واما الفرع  
 فالاجارة على مدة مستقبلية .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تأخير البدلين فيه ، كان حكم الفرع كذلك  
 فلا يجوز تأخير المنفعة فى الاجارة أيضا لذلك .

( ١٨ ) أى فى السلم .

( ١٩ ) وهى ماوردت الاجارة فيها على الذمة كاستئجار دابة موصوفة أو الزام ذمته  
 خياطة أو بناء ، حيث يجوز فيها العقد على مدة مستقبلية لكن يشترط

تسليم الاجرة فى المجلس . أنظر المنهاج ص ٧٦ .

بجامع العقد على دين فى كل من الاصل وهو الاجارة فى الذمة ، والفرع وهو  
 السلم . ولما كان حكم الاصل هو الجواز ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز  
 عقد السلم أيضا لذلك .

( ٢٠ ) أى الاجارة على عين فى مدة مستقبلية .

( ٢١ ) حيث لا يجوز فيه تأخير تسليم المبيع .

بجامع العقد على معين فى كل من الاصل وهو بيع العين والفرع وهو =

قالوا : لو عقد على شهرين جاز وان كان الثاني متراخيا عن العقد ،  
فكذلك اذا افرد . ( ٢٢ )

قلنا : لا يمتنع أن يجوز العقد عليه مع غيره ، ولا يجوز مفردا ، كالمشاع  
فى الرهن والاطراف مع الجملة ( ٢٣ ) ، ولانه ان عقد عليه ( ٢٤ ) مع الأول ، أمكن  
الشروع فى قبض المعقود عليه عقيب العقد ، وان تأخر بعضه عن بعض ،  
فهو كما لو باع صبرة مكايلة ( ٢٦ ) ، وان افرد لم يمكن الشروع عقيب العقد

= اجارة العين . ولما كان حكم الاصل عدم جواز تأخير تسليم المبيع كان حكم  
الفرع أيضا كذلك فلا يجوز الاجارة على مدة مستقبلية أيضا لذلك .

( ٢٢ ) أى الشهر الثانى ، أى فيصح العقد عليه منفردا عن الأول ، فتقع فيه  
الاجارة على مدة مستقبلية .

( ٢٣ ) حيث يجوز رهن المشاع مع ان فيه ملكا للغير ولا يتوقف صحة الرهن  
على اذنه مع أنه لا يجوز رهن ملك الغير منفردا بلا اذن . ويجوز بيع  
الاطراف مع جملة الحيوان مع كونها لا تفرد فى البيع لعدم الانتفاع بها وهو

( ٢٤ ) أى على الشهر الثانى .

( ٢٥ ) وهو منافع الشهرين .

( ٢٦ ) لانه سيستوفى صبرة الطعام كيلا بعد كيلي . فلم يكن لتأخر قبض  
الكيل الثانى عن الأول اثر فى المنع من صحة البيع ، مادام أن العقد  
قد وقع على جملة الصبرة .

والجامع فى القياس المذكور هو امكان الشروع فى قبض المعقود عليه  
فى كل من الاصل وهو مالو باع صبرة مكايلة ، والفرع وهو مالو عقد الاجارة  
على شهرين .

ولما كان حكم الاصل صحة العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتصح  
الاجارة على شهرين معا أيضا لذلك .

فى قبض المعقود عليه ، فهو كما لو باع طيرا فى الهواء . ( ٢٧ )

قالوا : ولانا نفرض الكلام فيمن اجر شهرا ثم أجر من آخر شهرا ، فنقول : عقد على المنفعة ، فجاز أن يعقد فى وقت واحد لواحد بعد واحد ، كما لو وقف على بطن بعد بطن ( ٢٨ ) أو وصى لزيد بعد عمرو . ( ٢٩ )

قلنا : الوقف حجة لنا ، لانه لو أفرد البطن الثانى لم يصح ، فليكن هاهنا ( ٣٠ ) ( ٣١ )

( ٢٧ ) حيث لا يجوز ذلك .

بجامع عدم امكان الشروع فى قبضه عقيب العقد فى كل من الاصل وهو مالو باع طيرا فى الهواء ، والفرع وهو الاجارة فى مدة مستقبلية . ولما كان حكم الاصل البطلان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح عقد الاجارة على مدة مستقبلية أيضا لذلك .

( ٢٨ ) كأن يقول : وقفت هذه الدار على أولادى ، فان ماتوا جميعا فعلى أولادهم ، وهكذا .

( ٢٩ ) حيث يصح العقد فى الصورتين مع عدم امكان تسليم المعقود عليه للبطن الثانى فى الصورة الأولى ولزيد فى الثانية .

بجامع العقد على المنفعة فى كل من الاصل وهو مالو وقف على بطن بعد بطن أو وصى لزيد بعد عمرو ، والفرع وهو مالو اجر شهرا ثم أجر من آخر شهرا ، ولما كان حكم الاصل الجواز ، كان حكم الفرع كذلك فيصح العقد فى اجارة شهر ثم اجارة شهر آخر أيضا لذلك .

وان اصح العقد هنا دل على جواز عقد الاجارة على مدة مستقبلية .

( ٣٠ ) لعدم امكان تملكه ، ان هو معدوم وقت الوقف . وامكان تملك الموقوف عليه ، شرط فى صحة الوقف .

أنظر المنهاج ص ٨٠ .

( ٣١ ) أى فى الاجارة على مدة مستقبلية .

كذلك<sup>(٣٢)</sup>، ثم الوقف والوصية يصح تعليقهما على الصفات<sup>(٣٣)</sup>، والا جارة لا يجوز  
تعليقها على الصفات<sup>(٣٤)</sup>.

\* مسألة (٢٠٧) : لا يجوز شرط الخيار في الا جارة<sup>(١)</sup> / ١٦٧ ش.

( ٣٢ ) أى فقولوا بعدم صحة الا جارة في الشهر الثاني مفردة عن الأول لعدم  
صحة الوقف على البطن الثاني مفردا ، واذا ثبت ذلك صح ان العقد  
على مدة مستقبلية في الا جارة لا يجوز أيضا لعدم امكان تسليم المعقود  
عليه عقب العقد فيهما .

( ٣٣ ) أى على الشروط ، لانها عقود تبرع فلا يؤثر فيها الغرر وعدم التسليم  
عقب العقد .

( ٣٤ ) لانها عقد معاوضة فيؤثر فيها الغرر وعدم التسليم عقب العقد .  
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

( ١ ) ومحل الخلاف: هو ما اذا كانت الا جارة على عين ، والا بان كانت على ذمة  
فيجوز قطعا .

أنظر فتح العزيز ج ٨ ص ٣١٥ . وقد صرح في المنهاج ص ٤٧ ان عدم  
جواز شرط الخيار في الا جارة هو أصح القولين ، فقال : ولا خيار في  
الابراء والنكاح والهبة بلا ثواب وكذا ذات الثواب والشفعة والا جارة  
والمساقاة ، والصداق في الأصح . أه .

قال المحلى في شرح المنهاج في المسائل الخمس : لانها لا تسمى  
بيعا ، والثاني يثبت فيها لأن الهبة بثواب في المعنى بيع . . . . .  
والا جارة بيع للمنافع . الخ . أه ج ٢ ص ١٩١ .

ونص الميوطى في الاشباه على أن عدم ثبوت خيار الشرط في الا جارة  
هو الأصح . أنظره ص ٥٢٥ .



( ٢ )

وقال أبو حنيفة : يجوز .

لنا : هو انه عقد يقصد به المنفعة ، فأشبهه النكاح ( ٣ ) ، ولان مدة الخيار

( ٢ ) الهداية ج ٨ ص ٨٥ . التبیین ج ٥ ص ١٤٥ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٣٩٩ .

واجاز الحنابلة شرط الخيار في الاجارة في الذمة ، كالاستئجار لخطا  
ثوب بشرط الخيار أو اجارة على مدة لا تلحق العقد ، واما اجارة المـ  
فلا يصح شرط الخيار فيها ان وليت المدة العقد ، بأن اجره شهرا من  
الان ، لانه يؤدي الى استيفاء المنافع في مدة الخيار .

أنظر كشف القناع ج ٣ ص ١٩١ . خيار الشرط في البيوع . شرح المنتهى

ج ٢ ص ١٦٢ .

وذكر في المغنى ج ٣ ص ٥٠٥ رواية بالجواز مطلقا .

وبجواز شرط الخيار في الاجارة يقول المالكية أيضا .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٩٧ وهاشية الدسوقي عليه . الجواهر

ج ٢ ص ٣٥ . شرح المنح ج ٣ ص ٦١٦ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة صريحا ، ولا يقال ان الاجارة

نوع بيع ، وهو لا يجيز شرط الخيار في البيع . أنظر المحلى ج ٩ ص ٣٢٨

فليكن المنع هنا قوله أيضا ، لاننا نقول انه لا يقول بأن الاجارة نوع بيع .

أنظر المحلى ج ٩ ص ٣ .

( ٣ ) حيث لا يجوز فيه شرط الخيار .

بجامع ان كلا عقد يقصد به المنفعة . اما الاصل فالنكاح واما الفرع

فالاجارة .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة شرط الخيار فيه ، كان حكم الفرع كذلك

فلا يصح شرط الخيار في الاجارة أيضا لذلك .

ان دخلت في العقد ، فقد عقد<sup>(٤)</sup> العقد على صفة<sup>(٥)</sup> لا يلزمه ضمان بمض<sup>(٦)</sup>  
المعقود عليه<sup>(٧)</sup> ، فلم يجوز ، كما لو باع عيدين على أن لا يلزمه<sup>(٨)</sup> ثمن أحدهما<sup>(٩)</sup> ،  
وان لم تدخل<sup>(١٠)</sup> في العقد ، صار العقد مضافا الى ما بعد المدة<sup>(١١)</sup> ، فلم يجوز  
كإضافة البيع الى ما لا يوجد<sup>(١٢)</sup> .

قالوا : عقد مغايبة لا يعتبر فيه التقاوض في المجلس<sup>(١٣)</sup> ، فأشبهه البيع<sup>(١٤)</sup> .

( ٤ ) أى المؤجر .

( ٥ ) وهى شرط الخيار .

( ٦ ) أى المستأجر .

( ٧ ) وهو جزء المنفعة الكائن فى مدة الخيار .

( ٨ ) سقط حرف ( لا ) من الاصل . / أى وهو بالخيار فيه .

( ٩ ) أى وهو بالخيار فى الآخر ، حيث لا يصح ذلك العقد .

بجامع العقد على صفة لا يلزمه بها ضمان بمض المعقود عليه فى كل من

الاصل وهو مالو باع عيدين على ألا يلزمه ثمن أحدهما ، والفرع وهو مالو

استأجر بشرط الخيار .

( ١٠ ) أى مدة الخيار .

( ١١ ) أى وذلك مبطل للعقد لان من شرط صحة الاجارة على العين امكان

التسليم عقب العقد .

( ١٢ ) أى فى الحال ، وفى نسخة (( ب )) :

ما يوجد / أى فى المستقبل .

والجامع فى القياس المذكور هو اضافة العقد الى ما بعد مدة العقد فى كل

من الاصل وهو مالو باع مالم يوجد ، والفرع وهو شرط الخيار فى الاجارة .

ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح

عقد الاجارة بشرط الخيار أيضا لذلك .

( ١٣ ) أى فثبت فيه خيار الشرط .

( ١٤ ) أى بيع الاعيان ، حيث ثبت فيه خيار الشرط .

قلنا : عندهم يجوز<sup>(١٥)</sup> فيما ليس بمغابنة ، وهو الضمان<sup>(١٦)</sup> ، فلم يؤثر الوصف<sup>(١٧)</sup> ، ولانا جعلنا البيع حجة لنا<sup>(١٨)</sup> .

\* مسألة ( ٢٠٨ ) يجوز اجارة المنفعة بالمنفعة<sup>(١)</sup> . ١٦٧ ش .

= بجامع ان كلا عقد مغابنة لا يعتبر فيه التقابض في المجلس ، في كل من الاصل وهو البيع ، والفرع وهو الاجارة .  
ولما كان حكم الاصل صحة البيع مع شرط الخيار فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح عقد الاجارة بشرط الخيار أيضا لذلك .  
( ١٥ ) أى شرط الخيار .

( ١٦ ) حيث يدخله شرط الخيار مع كونه ليس عقد مغابنة . ويسمى خيار الضمان أو الكفالة .

أنظر : لدر المستقى ج ٢ ص ٢٣ .

( ١٧ ) أى في الحكم ، حيث قد انعدم وصف المغابنة في الضمان وبقي الحكم فيه وهو صحة العقد فيه من غير قبض ، وان لم يؤثر الوصف المذكور في الحكم فانه لا يصح جعله علة فيه . لعدم تأثر الحكم به في البيع والضمان ان الحكم فيهما متحد والوصف مختلف .

( ١٨ ) أى في عدم ثبوت شرط الخيار ، اذا اعتبرنا مدة الخيار غير داخلية في الاجارة قياسا على مالو باع عبد بن علي أن لا يلزمه ثمن احدهما حيث يبطل به البيع .

وفما اذا اعتبرناها داخلية فيها لا يثبت الخيار أيضا ، كما لو أضاف البيع الى ما سيوجد حيث لا يصح لان فيه اضافة للبيع الى ما بعد وقت العقد ، ومثله الاجارة بشرط الخيار حيث فيها اضافة لعقد الاجارة الى ما بعد مدة الخيار .

( ١ ) فتح العزيز ج ١٢ ص ٢١٠ . مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٥٠ . التبيين ص ٨٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٣ . كشف القناع ج ٣ ص ٥٤٧ =

وقال أبو حنيفة : لا يجوز بجنسها<sup>(٢)</sup>.

لنا : انهما منفعتان يجوز اجارة كل واحدة منهما<sup>(٣)</sup> ، فجاز أحدهما<sup>(٤)</sup>

بالأخرى كما لو كانتا من جنسين<sup>(٥)</sup>.

قالوا : معاوضة منافع بمنافع من جنس واحد ، فلم يجوز كما لو زوج—هـ

أمته على أن يزوجه ذاك أمته<sup>(٦)</sup>.

= المغنى ج ٥ ص ٣٢٧ .

واليه ذهب المالكية : أسهل المدارك ج ٢ ص ٣٣٩ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٢٨٠ .

( ٢ ) أى لا يصح اجارة دار للسكنى بسكنى دار مثلاً ، وأما اجارتها بركسوب

أو خدمة ونحو ذلك فجاز .

التبيين ج ٥ ص ١٠٦ . فتح القدير ج ٨ ص ٨ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٦٩

( ٣ ) فى نسخة ((ب)) : كل واحد . / بحذف تاء التأنيث .

( ٤ ) أى اجارة احدهما بالأخرى .

( ٥ ) حيث يجوز اجارة بيت للسكنى باجارة أرض للزراعة فيها .

بجامع انهما منفعتان ، أما الاصل فما لو كانت المنفعتان من جنسين

مختلفين ، وأما الفرع فما لو كانتا من جنس واحد .

ولما كان حكم الاصل الجواز ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز اجادة المنفعة

بالمنفعة مطلقاً وان اتفقتا فى الجنس أيضاً لذلك .

( ٦ ) حيث لا يجوز ذلك لما فيه من بطل منفعة بضع كل منهما للأخرى .

بجامع ان كلا معاوضة منافع بمنافع من جنس واحد ، أما الاصل فما لو زوج

أمته على أن يزوجه الآخر أمته ، وأما الفرع فما لو أجره منفعة بمنفعة — من

جنسها .

ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز اجارة

المنفعة بمنفعة من جنسها أيضاً لذلك .

قلنا : ان لم<sup>(٧)</sup> يجعل بضع كل واحدة منهما صداقا للآخرى<sup>(٨)</sup> جاز<sup>(٩)</sup> لانه  
 شرط الصداق لغير المرأة<sup>(٩)</sup> ، وهاهنا<sup>(١٠)</sup> شرط الاجرة لمالك<sup>(١١)</sup> المنفعة<sup>(١٢)</sup> . وان  
 جعل بضع كل واحدة منهما صداقا للآخرى لم يجز ، لانه اشراك<sup>(١٣)</sup> في البضع  
 بين الزوج وغيره فهو كما لو باعه سلعة على أن يكون ملكها لغيره<sup>(١٤)</sup> ، وهاهنا<sup>(١٥)</sup>  
 لم يشرك بين المستأجر وغيره<sup>(١٦)</sup> .

قالوا : المدة في الاجارة نساء ، والنساء يحرم في الجنس الواحد .  
 قلنا : لا يحرم<sup>(١٧)</sup> عندنا ، ثم المدة في الاجارة ليست بنساء<sup>(١٨)</sup> ،

( ٧ ) سقط حرف ( لم ) من نسخة (( ب )) .

( ٨ ) في نسخة (( ب )) : فلم يجز .

( ٩ ) وهو السيد .

( ١٠ ) أى في اجارة المنفعة بالمنفعة .

( ١١ ) كلمة ( لمالك ) مطبوسة في نسخة (( ب )) .

( ١٢ ) وهى المرأة والامة الاخرى .

أى وهذا فارق يبطل به قياسهم المذكور .

( ١٣ ) فى الاصل : لانه اشرك فى البضع بين الزوج وغيره . / وما بعدها ساقط  
 الى قوله : قالوا .

( ١٤ ) حيث لا يجوز ذلك لانه شرط يناقى مقتضى البيع وهو انتقال الملك للمشتري .

( ١٥ ) أى فى اجارة المنفعة بالمنفعة .

( ١٦ ) أى فى العوض وهو المنفعة ، أى وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به  
 قياسهم المذكور .

( ١٧ ) فى الاصل : لا يجزه عندنا . / وهى تعريف . وانما لم يحرم النساء فى المنفعة

عند الشافعية لان علة تحريم الربا عندهم كونه مطعموم جنس . فاذا كان مطعموما

من جنسين كبر وشعير جاز فيه التفاضل وحرم النساء . أنظر المنهاج ص ٤ .

وليس المنفعة من الطعم فى شئ فلا ربا فيها أصلا لا ربا فضل ولا ربا نساء .

( ١٨ ) لانها ليست من الأموال الربوية .

وانما هو تقدير للمعقود عليه ، (١٩) ولهذا ينقضى الحق بانقضائها ، (٢٠) والنساء ما يحل  
 الحق (٢١) بانقضائه ، (٢٢) ولانه لو كان نساء ، لما جاز باجرة مؤجلة ، (٢٣) ولوجب  
 أن لا يجوز في الجنسين لانه بيع (٢٤) نسيئة بنسيئة . (٢٥)

\* مسألة (٢٠٩) : يجوز للمستأجر أن يؤجر (١) من المؤجر . (٢) ١٦٧/١٠

(١٩) وهي المنفعة .

(٢٠) أى بانتهاء مدة الاجارة .

(٢١) أى مايجوز البيع بانتفاءه .

(٢٢) أى فلا يصح القول بأن المدة في الاجارة نساء ، لانها في الاجارة ينتهى  
 الحق بانتهاؤها ، وفي الربا يحصل الحل بانتفاءها .

(٢٣) لانه يكون بيع دين بدين ، أى والحال انهم قائلون بجواز الاجارة  
 باجرة مؤجلة ، فبطل ما قالوا .

(٢٤) في نسخة ((ب)) : لانه يقع .

(٢٥) أى بيع دين بدين . وهو لا يجوز . أى والحال انهم قائلون بجواز  
 الاجارة بالمنفعة اذا كانت من جنسين مختلفين ، فبطل ما قالوا من  
 أن المدة في الاجارة نساء .

(١) في نسخة ((ب)) : ان يؤجر من المؤجر .

(٢) الوجيز ج١ ص ٢٣٩ . المهذب ج١ ص ٤٠٣ . ونص في التنبيه على

أن الجواز المذكور هو أصح الوجهين في المذهب . أنظره ص ٨٥ .

وأشار الى صحتها أيضا القليوبي ج٢ ص ٢١٣ .

وهو قول الحنابلة .

أنظر : شرح المنتهى ج٢ ص ٣٦١ . كشاف القناع ج٣ ص ٥٥٨ . المغنى

ج٥ ص ٣٥٥ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير ج٤ ص ٩ . الجواهر ج٢ ص ١٨٦ . شرح -

المنح ج٣ ص ٧٥٣ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز . ( ٣ )

لنا : ان كل عقد صح مع الأجنبي ، صح مع العاقد ، كالبيع . ( ٤ )

قالوا : عقد لا يزيل الملك عن العين ، فلا يملك به<sup>(٥)</sup> مثله مع مالكه ،  
كالعارية والمضاربة والرهن ، والبيع المشروط فيه الخيار . ( ٦ )

قلنا : الا أنه بمنزلة العقد المزيل للملك عن العين<sup>(٧)</sup> ، ولهذا يملك به  
العقد مع غير العاقد ، كما لو تملك في العقد على العين بخلاف ما قاسوا عليه . ( ٨ )

( ٣ ) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٠٤ . اشباه ابن نجيم ص ٢٦٩ و ص ٢٧٢ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

( ٤ ) حيث يصح للمشتري ان يبيع السلعة للبائع .

بجامع صحة العقد مع الأجنبي في كل من الاصل وهو البيع ، والفرع  
وهو الاجارة .

ولما كان حكم الاصل صحة البيع من البائع ، كان حكم الفرع كذلك فتصح  
الاجارة من المؤجر أيضا لذلك .

( ٥ ) سقط لفظ ( به ) من نسخة (( ب )) . / أى فلا يملك المستأجر أن يؤجر  
المؤجر .

( ٦ ) حيث لا يصح أن يعير العارية لمالكها ولا أن يضارب العامل رب المال بماله ،  
ولا أن يرهن المرهون عند صاحبه ، ولا أن يبيع المبيع من صاحبه بشروط  
الخيار .

بجامع ان كلا عقد لا يزيل الملك عن العين ، اما الاصل فالعارية والمضاربة  
والرهن والبيع المشروط فيه الخيار ، واما الفرع فالاجارة .

ولما كان حكم الاصل عدم امتلاك مثله مع مالكه بذلك العقد ، كان حكم  
الفرع كذلك فلا يملك المستأجر أن يؤجر المؤجر أيضا لذلك .

( ٧ ) في نسخة (( ب )) : وللعين .

( ٨ ) حيث لا يزول به الملك عن العين في العقود التي ذكرها ولا هي بمنزلة العقد  
المزيل للملك عن العين ، لانها عقود جائزة ، واما الاجارة فعقد لازم ليس  
للمالك التصرف في العين مدة الاجارة ، فكان كالمزيل للملك عن العين  
المؤجرة .

قالوا : الاجارة تقتضى التسليم على الدوام ، فلو قلنا : انه يجوز —  
 التعاقد ، صار هو المستحق للتسليم ، والمستحق عليه .<sup>(٩)</sup>  
 قلنا : لا يمتنع ذلك ،<sup>(١٠)</sup> كما اذا اجر من غيره ،<sup>(١١)</sup> ولانه انما يمتنع  
 ذلك<sup>(١٢)</sup> بعقد واحد ،<sup>(١٤)</sup> وها هنا بعقدين ، ولانه يبطل ببيع العقار من بائعة  
 قبل القبض ،<sup>(١٦)</sup> فانه يستحق التسليم ، ويستحق عليه ،<sup>(١٧)</sup> ثم يجوز عند هم .<sup>(١٨)</sup>

\* مسألة ( ٢١٠ ) : يجوز اجارة المستأجر بأكثر مما استأجر .<sup>(١٩)</sup> ١٦٨/ى .

- 
- ( ٩ ) أى وهذا تناقض فى الأحكام ، وهو لا يجوز لانه يؤدى الى العبث فيها .  
 ( ١٠ ) أى كون التعاقد هو المستحق للتسليم والمستحق عليه .  
 ( ١١ ) والفاعل هو المستأجر .  
 ( ١٢ ) أى من غير المؤجر ، حيث يكون المستأجر هو المستحق لتسليم العين  
 المؤجرة من المؤجر ، والمستحق عليه لتسليم للمستأجر الثانى .  
 ( ١٣ ) أى كون المستحق للتسليم هو المستحق عليه .  
 ( ١٤ ) لانه حينئذ يؤدى الى التناقض .  
 ( ١٥ ) أى فى حال تأجير العين من المؤجر .  
 ( ١٦ ) أى المشتري .  
 ( ١٧ ) أى ان يسلمه المشتري الى البائع الذى اشتراه ثانية من المشتري .  
 ( ١٨ ) أى عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافا لمحمد وزفر حيث منعنا ذلك .  
 أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٧٩ .

( ١ ) المذهب ج ١ ص ٤٠٣ . واطلق فى معنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣٦ . ففى  
 جواز اجارة ما استأجره . وكذا القليوبى ج ٣ ص ٦٩ . عند قوله : قادرا على  
 تسليمها . أى المنفعة .  
 وهو قول الحنابلة ، ومحل جوازه عند هم . بالم يقصد بالزيادة الحيلة ، كما فى  
 بيع العينة . وذلك بأن اجرها باجرة حالة نقدا ، ثم اجرها بأكثر منه مؤجلا . =



( ٢ )

وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، فان فعل تصدق بالفضل .  
لنا : ان من ملك اكرأء الدار لنفسه ، ملك اكرأءها بالقليل والكثير ، كالملك ،

= أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٦١ . كشاف القناع ج ٣ ص ٥٥٨ . وذكر في  
المغنى ج ٥ ص ٣٥٥ رواية أخرى : انه ان احدث في العين المؤجرة زيادة  
جاز له ان يكرئها بزيادة ، والا لم يجز ، فان فعل تصدق بالزيادة .  
وعن أحمد رواية ثالثة انه ان اذن له المالك بالزيادة والا لم يجز .  
ويقول الحنابلة يقول المالكية أيضا . الشرح الكبير ج ٤ ص ٩ . الجواهر  
ج ٢ ص ١٨٦ شرح المنح ج ٣ ص ٧٥٣ . وسبب المنع لان زيادة يصير  
سلفا جر منفعة أو بيع وسلف أو صرف مؤخر كما في بيع الاجال ، فيمتنع  
ما يمتنع فيها ويصح ما يصح فيها ، لأن الاجارة تملك منافع فحكمها حكم  
البيع .

واجازه ابن حزم مطلقا : أنظر المحلى ج ٩ ص ٢٨ .  
( ٢ ) المبسوط ج ٥ ص ١٣٠ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٠٣ . أشباه ابن نجيم  
ص ٢٧٢ .

وقال في الدر المنقذ ج ٢ ص ٤٠٣ . الا في مسألتين : ان يؤجرها بخلاف  
جنس ما استأجر ، وان يعمل بها عملا ، كبناء ، أه .

( ٣ ) حيث يجوز له اكرأؤه بالقليل والكثير .

بجامع جواز اكرأء الدار لنفسه ، في كل من الاصل وهو مالو كانت  
العين ملكا له ، والفرع وهو مالو كانت مستأجرة .

ولما كان حكم الاصل صحة اكرأء ملكه بالقليل والكثير ، كان حكم  
الفرع كذلك فيجوز للمستأجر اكرأء العين المؤجرة بالقليل والكثير  
أيضا لذلك .

ولأن من ملك أن يكرى برأس المال ، ملك أن يكرى بأكثر منه ، كما لو أحدث فيه  
عمارة (٤) ،

فان قيل : الزيادة في الأصل (٥) تجعل في مقابلة العمارة حتى لا يفسد  
العقد (٦) ، كما قلنا فيمن باع ديناراً ودرهما بدينارين ودرهم (٧) .

قيل : اذا لم تساوى العمارة الزيادة ، وجب أن لا يجوز ، كما قلتم  
فيمن اشترى عبداً يساوى عشرة بألف ، وباعه مع عبد يساوى عشرين من بائعه  
بالفين (٨) . ولأننا بينا أن المنافع كالأعيان المقبوضة في جواز العقد عليها .

(٤) حيث يجوز له اكراء الأرض حينئذ بأكثر مما استأجرها .  
بجامع جواز الاكراء برأس المال ، في كل من الأصل وهو مالو أحدث  
في الأرض المستأجرة عمارة ، والفرع وهو مالو لم يحدث فيها شيئاً .  
ولما كان حكم الأصل جواز اكرائها بأكثر مما استأجرها ، كان حكم الفرع  
كذلك فيجوز له اكراؤها بأكثر مما استأجرها وان لم يحدث فيها عمارة  
أيضاً لذلك .

(٥) وهو مالو أحدث في العين المستأجرة شيئاً زاد ثبته منفعتها .

(٦) أي لئلا يكون من باب ربح مالم يضمن . وذلك لا يجوز .  
لانه يكون كالربح في الطعام قبل قبضه .

(٧) حيث يجوز ذلك استحساناً ، عندهم خلافاً لزفر .

أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ١١٩ . كتاب الصرف .

(٨) أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٦١ باب البيع الفاسد .

أي وال حال انكم تجيزون اجارتها باحداث الزيادة مطلقاً سواء ساءت  
العمارة الزيادة أم لا ؟ .

فكان الربح فيها ، كالربح في الأعيان <sup>(٩)</sup> ، ولأنه لو لم يطب الربح لما أمر بالتصدق به ، إذ لا يتصدق الإنسان إلا بأطيب مال <sup>(١١)</sup> .

قالوا : المنافع <sup>(١٢)</sup> لا تدخل في ضمان المستأجر ، ولهذا إذا هلك العين رجع بالاجرة <sup>(١٣)</sup> ، فلا يطيب له الربح <sup>(١٤)</sup> ، كالبيع قبل القبض <sup>(١٥)</sup> .

( ٩ ) حيث يجوز له بيعها بأقل أو بأكثر ما اشتراها به ، فكذلك المـستأجر المستأجرة يجوز له بيع منافعها بأقل وبأكثر ما استأجرها به .  
( ١٠ ) في نسخة (( ب )) : لو لم يطلب له الربح . / وفي الأصل : لو لم يطلب ولعل الصواب ( لو لم يطب ) بلا لام . أى لو لم يحل له الربح . كما أثبتناه .

( ١١ ) أى وإن قد أمر بالتصدق بالزيادة ، فقد صححوا العقد فيه مـنع الزيادة ، والا لزمهم القول بجواز التصديق بالمال الحرام ، وقد روى أبو هريرة مرفوعا : أيها الناس إن الله طيب لا يقبل إلا طيبا . رواه مسلم ج ٢ ص ٣٠٣ كتاب الزكاة ، باب قبول الصدقة من الكسب الطيب وتربيتها . رقم / ٦٥٠ .

( ١٢ ) في نسخة (( ب )) : لم تدخل .

( ١٣ ) أى على المؤجر ، لفوات محل الانتفاع .

( ١٤ ) لأنه يكون من باب ربح مالم يضمن . وهو منهي عنه .

لحديث عبد الله بن عمرو مرفوعا : لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ماليس عندك .

رواه الترمذي وقال : وهذا حديث حسن صحيح ، أه ج ٣ ص ٥٣٥ كتاب البيوع . باب ما جاء في كراهية بيع ماليس عندك . رقم / ١٢٣٤ .

( ١٥ ) حيث لا يحل للمشتري ربحه لأنه لم يدخل في ضمانه ، لكونه لم يملكه بمسـد .

لما في حديث الترمذي المذكور في الهامش قبل هذا .

بجامع عدم الدخول في ضمانه في كل من الأصل وهو المبيع قبل القبض

=

والفرع وهو العين المؤجرة

- قلنا : قد دخل في ضمانه من وجه ، وهو عند هلاكها <sup>(١٦)</sup> مع بقاء العين <sup>(١٧)</sup> ،  
فوجب أن يطيب له البيع <sup>(١٨)</sup> ، كما قالوا في العبد المرتد في يد المشتري <sup>(١٩)</sup> .  
ولأنه جعل كالدخل في ضمانه في جواز العقد ، فطاب البيع <sup>(٢١)</sup> ، كالمقارعة <sup>(٢٢)</sup> ،  
ويخالف المبيع <sup>(٢٣)</sup> ، فإنه يمكن طلب البيع عليه بعد الدخول في ضمانه <sup>(٢٤)</sup> ، فلم يجوز قبله <sup>(٢٥)</sup> ،  
والمنافع بخلافه <sup>(٢٦)</sup> <sup>(٢٧)</sup> .

= ولما كان حكم الأصل عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه ، كان حكم الفرع كذلك  
فلا يجوز اجارة العين المؤجرة بأكثر مما استأجرها أيضا لذلك .

( ١٦ ) أى المنافع بمعنى اذا استوفى المستأجر المنافع المعقود عليها .

( ١٧ ) أى فى يد المستأجر بعد مدة الاجارة بأن لم يسلمها للمؤجر .

( ١٨ ) لان المنافع قد دخلت فى ضمان المستأجر فى هذه الصورة .

( ١٩ ) أى شراء العبد المرتد فاسد ، فاذا باعه المشتري صح البيع لانه كان  
فى ضمانه قبل أن يعيده الى البائع ويسقط حق رده بالعيب الى البائع  
ببيعه من شخص آخر .

( ٢٠ ) أى الزيادة المحدثه فى العين المؤجرة .

( ٢١ ) فى نسخة ((ب)) : فطاب له .

( ٢٢ ) حيث يجوز له بيعه قبل قبضه ، مع كونه بعدم القبض غير داخل فى  
ضمان المشتري ، الا أنه جعل كالدخل فى ضمانه ، لأنه لا يخشى  
هلاكه قبل القبض عادة .

وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافا لمحمد وزفر حيث منع بيع  
المقارعة قبل القبض أصلا .

أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٧٩ .

( ٢٣ ) أى قبل القبض ، وهو الأصل المقيس عليه فى قياسهم .

( ٢٤ ) وذلك فيما اذا قبضه .

( ٢٥ ) أى قبل القبض لعدم دخوله فى ضمانه بعد .

( ٢٦ ) فى نسخة ((ب)) : والمبيع بخلافه . / وما فى الأصل هو الصواب .

( ٢٧ ) حيث لا يجوز طلب البيع فى الاجارة قبل دخول العين المؤجرة فى ضمان المؤجر  
أى القياس مع الفارق باطل .

× مسألة ( ٢١١ ) : يجوز اجارة المشاع<sup>(١)</sup> . ١٦٨/٠ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز من غير الشريك ، وفي الشريك روايتان أصحهما

( ٢ )

انه يجوز .

لنا : ان كل عين جاز اجارتها مع غيرها جاز اجارتها منفردة ، كالقسم<sup>(٣)</sup> ،

( ٤ )

( ٥ )

ولان كل عقد صح مع الشريك صح مع غيره ، كالبيع .

( ١ ) أى الملك المشترك الذى لم يتميز فيه مالكل واحد من المشتركين فيه .

تقول : شاع اللبن فى الماء ، اذا تفرق فيه وامتزج . ومنه قيل : سهم شائع .

أى غير متميز ولا مقسوم .

أنظر المصباح ج ١ ص ٣٥٣ . المختار ص ٣٥٣ .

وأنظر المسألة فى : فتح العزيز ج ١٣ ص ٢٦٢ . المذهب ج ١ ص ٣٩٥

وهو قول المالكية : بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٤٦ . اسهل المدارك ج ٢ ص ٣٣٢ .

وبجواز اجارة المشاع مطلقا يقول ابن حزم أيضا : المحلى ج ٩ ص ٣٤ .

( ٢ ) خلافا للصاحبين حيث اجازا اجارة المشاع مطلقا . والفتوى على قولهما .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٤١ . التبيين ج ٥ ص ١٢٥ . مجمع الأنهر :

ج ٢ ص ٣٨٥ .

وبعدم جواز اجارة المشاع من غير الشريك أيضا يقول الحنابلة .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٩ . كشف القناع ج ٣ ص ٥٥٦ . وذكر فى

المحرر ج ١ ص ٣٥٧ رواية أخرى انه يجوز اجارة المشاع من الشريك ومن غيره .

( ٣ ) فى الأصل ( منفردا ) .

( ٤ ) حيث يجوز اجارته قطعا .

بجامع جواز الاجارة مع عين اخرى فى كل من الاصل ، وهو المال المقسوم

والفرع وهو المال المشاع .

ولما كان حكم الاصل الجواز ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز اجارة المشاع

أيضا لذلك .

( ٥ ) حيث يصح<sup>بيع</sup> المشاع .

بجامع صحة<sup>بيع</sup> المع<sup>بيع</sup> الشريك ، فى كل من الاصل وهو بيع المشاع والفرع

=

وهو اجارة المشاع .

قالوا : عقد على المنفعة ، فأثرت <sup>(٦)</sup> فيه الاشاعة ، كالنكاح <sup>(٧)</sup> .  
 قلنا : لو كان كالنكاح لم يصح <sup>(٨)</sup> مع الشريك <sup>(٩)</sup> ، ولان الاستمتاع لا يمكن  
 في الملك المشاع والانتفاع يمكن في الملك المشاع <sup>(١٠)</sup> .  
 قالوا : لا يمكن استيفاء المنفعة على الوجه الذي اقتضاه العقد ، وهو في  
 ملك المؤجر فلم يصح <sup>(١١)</sup> ، كما لو استأجر ارضا لا تنبت للزراعة <sup>(١٢)</sup> .

= ولما كان حكم الاصل صحة بيع الملك المشاع ، كان حكم الفرع كذلك فتصح  
 اجارة الملك المشاع أيضا لذلك .  
 ( ٦ ) في نسخة (( ب )) : فأوثر .

( ٧ ) حيث لا يصح للشريك نكاح الأمة المشاعة .  
 بجامع ان كلا عقد <sup>على</sup> المنفعة ، اما الاصل فالنكاح واما الفرع فالاجارة .  
 ولما كان حكم الأصل عدم صحة نكاح الأمة المشاعة ، كان حكم الفرع  
 كذلك فلا تصح الاجارة في المشاع أيضا لذلك .  
 ( ٨ ) أي عقد الاجارة .

( ٩ ) أي والحال انهم اجازوا اجارة المشاع مع الشريك ، ولم يجيزوا نكاح المشاعة  
 من الشريك .  
 أي فلم يؤثر الوصف الذي ذكره ، لانه وجد في الاجارة في المشاع ثم  
 لم يمنعوا الشريك منه ، ومنعوه من نكاح الأمة المشتركة فاتحد الوصف واختلف  
 الحكم .

( ١٠ ) أي ولذلك فلا يصح قياس الاستمتاع وهو نكاح الأمة المشاعة ، على الانتفاع  
 بالملك المشاع وهو الاجارة للفارق المذكور بينهما .

( ١١ ) في نسخة (( ب )) : فلم يجز .

( ١٢ ) حيث لا يصح ذلك العقد .

بجامع عدم امكان استيفاء المنفعة على الوجه الذي اقتضاه العقد في كل من  
 الاصل وهو مالو استأجر ارضا لا تنبت للزراعة ، والفرع وهو مالو اجر الملك  
 المشاع .  
 ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح اجارة  
 المشاع أيضا لذلك .

قلنا : بل يمكن ، فان العقد فى المشاع يقتضى الاستيفاء على حسب  
 المادة فى المشاع اما بأن يسكننا أو يكرى أو يكرى عليهما ، وبه يخالف الأرض ،<sup>(١٣)</sup>  
 فانه لا يمكن زراعتها بحال ، ثم يبطل به اذا استأجر من رجلين دارا ثم قايلا<sup>(١٤)</sup>  
 أحدهما فى نصيبه ، فانه يصح فى أصح الروايتين<sup>(١٥)</sup> ، مع وجود العلة<sup>(١٦)</sup> .

× مسألة ( ٢١٢ ) : يجوز استئجار الشريك للعمل فى حمل المشترك  
 أو طحنه .<sup>(١)</sup> ١٦٨/ى .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز .<sup>(٢)</sup>

لنا : ان كل منفعة جاز أن يستحق عوضها<sup>(٣)</sup> على الشريك فى غير المشترك  
 جاز فى المشترك كمنفعة الدار اذا كانت لأحد<sup>(٤)</sup>هما فى ترك المال المشترك<sup>(٥)</sup> فيها .

( ١٣ ) أى التى لا تثبت اذا عقدت الا جارتعليها للزراعة .

( ١٤ ) من الاقالة ، أى فسخ العقد فى نصيب أحدهما .

( ١٥ )

( ١٦ ) وهى عدم امكان استيفاء المنفعة على الوجه الذى وقع عليه العقد .

( ١ ) فتح العزيز ج ١٢ ص ٢٢٠ .

وللحنابلة فيه روايتان ، الجواز وعدمه . المغنى ج ٥ ص ٤٣ .

( ٢ ) أى ولا يلزم الشريك بذل الاجرة له لا المثل ولا المسماة .

الهداية ج ٨ ص ٥٦ . التبيين ج ٥ ص ١٣٢ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٨٩ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة . وكذا المالكية .

( ٣ ) فى نسخة (( ب )) : عوضهما . / وهو تحريف .

( ٤ ) سقط قوله ( اذا كانت لا حد هما ) من الأصل ، وإثباتها ضرورى لتحقيق

القياس .

( ٥ ) حيث يجوز للشريك وضع المال المشترك فى دار أحدهما .

بجامع ان كلا منفعة يجوز أن يجب عوضها على الشريك فى غير المال =

قالوا : لا يمكن ايفاء المنفعة<sup>(٦)</sup> على ما اقتضاه العقد ، لان حمل نصف طعام مشاع محال<sup>(٨)</sup> .

قلنا : ليس بمحال ، لانه اذا حمل الجميع ، فقد حمل النصف المشاع ، ثم يبطل به اذا استأجر أحد الشريكين في العبد نصيب شريكه ليخيط<sup>(٩)</sup> له اليوم<sup>(١٠)</sup> ، وان كانت الخياطة في نصفه مشاعا محالا<sup>(١١)</sup> .

= المشترك ، اما الاصل فاستتجار دار أحد الشريكين لوضع المال المشترك فيها ، واما الفرع فاستتجار الشريك للعمل في حمل أو طحن المشترك . ولما كان حكم الأصل جواز استتجار الدار لوضع المال المشترك فيها . كان حكم الفرع كذلك فيجوز استتجار الشريك لحمل أو طحن المال المشترك أيضا لذلك .

( ٦ ) وهى الاثر المترتب على مباشرة أحد الشريكين الحمل أو الطحن .

( ٧ ) أى عقد الاجارة .

( ٨ ) لان الشريك لا يحمل جزء شريكه الا ويقع بعض الحمل لنفسه ~~هــــــــــــ~~ فلا يستحق الاجر لانه يعامل نفسه بذلك .

( ٩ ) فى الأصل ( ليحفظ له اليوم ، وان كان الحفاظة ... الخ ) . وما أثبتناه من نسخة (( ب )) أقرب .

( ١٠ ) حيث يجوز له ذلك .

( ١١ ) أى فقد اتفقت هذه الصورة مع الصورة التى ذكرتم فى العلة ، فوجب

أن يتفقا فى الحكم أيضا .



\* مسألة ( ٢١٣ ) : يجوز الاستئجار لبيع ثوب<sup>(١)</sup> وشراء ثوب<sup>(٢)</sup> . ١٦٨/ ش .  
وقال أبو حنيفة : لا يجوز<sup>(٣)</sup> .

لنا : أنه منفعة يجوز عقد الاجارة عليها اذا قدرت بزمان ، فجاز عقد  
الاجارة اذا كانت معلومة مقدورا على تسليمها كالخياطة والبناء<sup>(٤)</sup> . ولا يلزم منفعة

( ١ ) أى معين ، مع احتمال أن يكون الثوب ما تقل فيه الرغبة فيحتاج لبيعه  
الى زمن طويل ، وقد تكثر فيه الرغبة فيبيع على الفور بلا تعب لان المنفعة  
معلومة القدر فى نفسها .

( ٢ ) فتح العزيز ج ١٢ ص ٢٣٠ . مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣٥ . المجموع :  
ج ١٣ ص ٥٦٤ .  
وهو قول الحنابلة فى الاستئجار على البيع ، وفى الاستئجار على شرائه وجهه  
بالمنع .  
أنظر : المغنى ج ٥ ص ٣٤٦ .

( ٣ ) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٩ . واعتبر ابن نجيم العادة فى ذلك ،  
أنظر أشباه ابن نجيم ص ٢٦٩ .  
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة صريحا ، لكنه فى المحلى  
ج ٩ ص ٢٦ : والاجارة جائزة على التجارة مدة مساة فى مال مسمى  
أو هكذا جملة ، كالخدمة والوكالة . أه فاشترط فى الاجارة على التجارة  
التى هى بيع وشراء ، أن تكون على أجل مسمى ، وان تكون فى مال مسمى ،  
ومسألتنا فيها تسمية المال ، دون المدة ، فلا تصح عنده اذن ، والله أعلم .  
( ٤ ) حيث يجوز عقد الاجارة عليها .

بجامع ان كلا عقد على منفعة يجوز تقديرها بالزمان . اما الاصل فالخياطة  
والبناء ، واما الفرع فلا استئجار على بيع ثوب وشراء ثوب .  
ولما كان حكم الاصل صحة العقد فيه على العمل .  
كان حكم الفرع كذلك فيصح الاستئجار على بيع ثوب وشراء ثوب أيضا لذلك .

العقار<sup>(٥)</sup> لأنها لا تكون معلومة الا بالزمان<sup>(٦)</sup>.

قالوا: العقد يتناول<sup>(٧)</sup> منفعة<sup>(٨)</sup> معينة ، وهو لا يقدر على تسليم ذلك<sup>(٩)</sup> لانه<sup>(١٠)</sup> يفتقر الى غيره<sup>(١١)</sup> ، فصار كاستئجار الفحل للضراب<sup>(١٢)</sup> ، والاستئجار

( ٥ ) حيث لا يجوز العقد على منفعة بدون تقدير المدة ، مع كون الانتفاع به معلوما مقدورا على تسليمه بالتخلية بينه وبين المستأجر .

( ٦ ) أى والكلام فى هذه المسألة انما هو على المنافع التى يمكن تقديرها بالعمل كما يمكن تقديرها بالزمان .

( ٧ ) فى الأصل : العقد تناول منفعته بعينه . / وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أوضح .

( ٨ ) وهو بيع الثوب أو شراؤه .

( ٩ ) أى وشرط صحة الاجارة القدرة على تسليم المعقود عليه ، وهو منفعة بيع الثوب هنا .

( ١٠ ) سقط حرفا النون والهاء من قوله ( لانه ) فى نسخة ((ب)) . / والضمير عائد الى تحصيل منفعة بيع الثوب .

( ١١ ) وهو وجود المشتري ، وليس الأجير قادرا على ايجاد الرغبة فى نفس المشتري وكذا فى شرائه الثوب ، فان الأجير غير قادر على ايجاد الرضا بالبيع لدى البائع .

( ١٢ ) حيث لا يجوز ذلك لحد يث : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن

ضراب الجمل ، رواه مسلم ج ٣ ص ١١٩٧ كتاب المساقاة . رقم / ١٥٦٦ .

ولحد يث ابن عمر : نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل .

رواه البخارى ج ٢ ص ٣٧ كتاب الاجارة ، باب عسب الفحل . وهذا

يفيد العموم فى الجمل وغيره .

وضراب الفحل هو نزوه على الانثى ، والمراد بالنهى ما يؤخذ عليه من الاجرة ،

لا عن نفس الضراب ، وتقدير الكلام : نهى عن ثمن الضراب ، ومثله النهى عن

عسب الفحل ، والعسب بفتح العين وسكون السين المهملة ماء الفحل ومنيه ،

=

أى نهى عن ثمنه .

( ١٣ )

على حمل خشية ثقيلة بنفسه ، وصيد طائر بعينه .

قلنا : لانسلم بل يقدر من طريق العادة ( ١٤ ) ، ويجد من يساعده على

البيع والشراء ( ١٥ ) ، فصار كما لو استؤجر على نقل حجر البزارين ( ١٦ ) ، فانه يصح لانه

= تقول : ضرب الجمل الناقة يضرها اذا نزا عليها ، واضرب فلان ناقته :  
اذا انزى الفحل عليها .

أنظر النهاية ج ٣ ص ١٢٩ .

( ١٣ ) حيث لا يصح الاستئجار على شيء من هذه الأمور الثلاثة .

بجامع الافتقار الى الغير لتسليم المعقود عليه في كل من الاصل وهو  
استئجار الفحل ، للضراب والاستئجار على حمل خشية ثقيلة بنفسه  
وصيد طائر بعينه ، والفرع وهو الاستئجار على بيع ثوب وشراء ثوب .

ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح  
الاستئجار على بيع ثوب وشراء ثوب أيضا لذلك .

( ١٤ ) أى في مثل ذلك الثوب ، لان الرغبات في مثله معلومة في العادة .

( ١٥ ) بأن يرشده الى من يرغب في مثل هذا الثوب أو الى المكان المناسب  
لبيعه فيه أو شرائه .

( ١٦ ) وهو حجر محفور في وسطه ، يدق فيه البزار ، ويسمى الهاون بفتح  
الواو ، والاصل فيه : هاوون ، على فاعول ، لانه يجمع على هاوون لكنهم  
كرهوا اجتماع الواوين ، فحذفوا الثانية ، فبقى هاون قبل هو عريسي ،  
قاله ابن فارس ، وقيل معرب .

أنظر المصباح ج ٢ ص ٣١٧ . وعادة ما يكون ثقيلًا يمجز الرجل العادي  
عن حمله .

والجامع في القياس المذكور هو القدرة على تسليم المعقود عليه على جهة  
العادة ، في كل من الأصل وهو الاستئجار على نقل حجر البزارين ، والفرع  
وهو الاستئجار على بيع ثوب أو شرائه .

=

يجد من يساعده على نقله ، بخلاف الطائر والخشبة الثقيلة ، فانه لا يقدر عليه  
 بنفسه (١٧) وأما استئجار الفحل (١٨) فانه يجوز في قول أبي علي بن أبي هريرة (١٩)  
 وان سلم فلان القصد من ذاك (٢١) عين المني (٢٢) وذلك لا قيمة له (٢٣).

= ولما كان حكم الاصل صحة الاستئجار فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح  
 الاستئجار لبيع ثوب وشراء ثوب أيضا لذلك .

(١٧) بل يحتاج الى آلة تمكنه من القدرة على التسليم فيه .

(١٨) في الأصل ( وأما الاستئجار الفحل ) وفي نسخة ((ب)) : واستئجار  
 الفحل فانه . /

ففي الأصل زيادة الألف واللام ، وفي نسخة ((ب)) نقص حرف ( ما ) .  
 والصواب ما أثبتناه .

(١٩) قياسا على تلقيح النخل ،

أنظر قوله في فتح العزيز ج ٨ ص ١٩٢ في البيوع المنهى عنها .

وأنظر ترجمة ابن أبي هريرة في المسألة رقم ( ١١٦ ) هامش ( ٥٣ ) .

(٢٠) أي على القول بمنع استئجار الفحل للضراب .

(٢١) في نسخة ((ب)) : من ذلك . / أي الاستئجار على الضراب .

(٢٢) في الاصل ( غير المني ) وهو تحريف .

والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٢٣) أي والاجارة تعتمد المنفعة المتقومة ، فاذا انعدمت ، كما هو

الحال في المني ، لانه ماء مهين ، بطلت الاجارة فيه .

أي فثبت أن بين الاصل والفرع فارقا . يبطل به قياسهم المذكور.

\* مسألة ( ٢٩٤ ) : يجوز استئجار الكتب (١) . / ١٦٨ ش.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز (٢)

لنا : هو أنه منفعة تصح اعارتها فجازت اجارتها ، كمنفعة السكنى (٣)

قالوا : استئجار للنظر والقراءة ، فأشبه استئجار الدراهم والحائض  
الذى عليه كتابة (٤)

( ١ ) ومحلّه اذا كانت مباحة لا فحش فيها .

أنظر القليوبي ج ٢ ص ٦٩ .

وهو قول الحنابلة ، ومحل جوازه ما لم يكن الكتاب مصحفاً ، فيحرم وان جاز  
بيعه .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٢ . كشاف القناع ج ٣ ص ٥٥٣ . المغني :  
ج ٥ ص ٤٠٩ .

وأجاز المالكية استئجار الكتب حتى المصحف ، خلافاً لابن حبيب المالكي ،  
حيث أجاز بيعه دون اجارته ، والفرق أن الثمن في البيع مقابل الورق والجلد ،  
وأما الاجرة فتكون كالثمن للقرآن وهو حرام .

أنظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٠ . الجواهر ج ٢ ص ١٨٩  
شرح المنح ج ٣ ص ٧٧٧ .

وأجاز ابن حزم الاجارة على تعليم القرآن والعلم والاستئجار على نسخ  
المصاحف ونسخ كتب العلم ، فأولى أن يجيز اجارة الكتب ، والله أعلم .  
أنظر المحلى ج ٩ ص ٢٢٢ .

( ٢ ) التبيين ج ٥ ص ١٢٥ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٨٥ . المسوط ج ١٦ ص ٣٦ .

( ٣ ) حيث يجوز للمستأجر أن يؤجرها .

بجامع ان كلا منفعة تصح اعارتها في كل من الأصل وهو السكنى ، والفرع  
وهو الكتب .

ولما كان حكم الاصل جواز الاجارة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح  
اجارة الكتب أيضاً لذلك .

( ٤ ) حيث لا يجوز ذلك .  
بجامع عدم تقوم المنفعة في كل من الاصل وهو استئجار الدراهم والحائض =

قلنا : يحتمل أن يجوز استئجار الدراهم لقراءة ما فيها<sup>(٥)</sup> والحائط  
الذى فى الدار<sup>(٦)</sup> ، وإن كان خارج الدار ، فلأن ذلك مباح له من غير عقد<sup>(٧)</sup> ،  
وهذا<sup>(٨)</sup> محرم عليه من غير عقد فجاز العقد عليه<sup>(٩)</sup> .

\* مسألة ( ٢١٥ ) : يجوز الاستئجار على التعليم . ١٦٨ ش .<sup>(١١)</sup>

= الذى عليه كتابة ، والفرع وهو استئجار الكتب .  
ولما كان حكم الاصل عدم الجواز ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز استئجار  
الكتب أيضا لذلك .

( ٥ ) أى وذلك منفعة متقومة يصح بها عقد الاجارة .

( ٦ ) أى لا يجوز عقد الاجارة عليه .

( ٧ ) فلا يصح عقد الاجارة عليه . لأن لم حق الانتفاع به من غير عقد ، كالصيد

والحشيش فى الأرض الموات .

( ٨ ) أى الانتفاع بكتب الغير .

( ٩ ) لكونه منفعة معتبرة متقومة ، يتوصل اليها بالعقد .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع ، يبطل به قياسهم المذكور .

( ١ ) الوجيز ج ١ ص ٢٣٢ . فتح العزيز ج ١٢ ص ٢٩٠ . المنهاج ص ٧٧ ،

ومحل جوازه مالم يكن التعليم متعينا عليه فى الشرع وهو ما يجب على العامة

معرفة من أمور الدين وجوبا عينيا .

فان كان التدريس منصبا على مسائل معينة أو أشخاص معينين فيجوز

أخذ الاجر عليه ، لأن مثل هذا من فروض الكفاية .

وأنظر ذلك أيضا فى مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٤٤ .

وبجواز الاستئجار على تعليم القرآن يقول المالكية أيضا مالم يكن على تعليم

فقه وحديث ونحوهما من العلوم الشرعية فيجوز مع الكراهة .

أنظر : الشرح الكبير ج ٤ ص ١٦ و ١٨ . الجواهر ج ٢ ص ١٨٨ . شرح المنح :

ج ٣ ص ٧٦٤ و ٧٧٢ وبجوازه مطلقا يقول ابن حزم . المحلى ج ٩ ص ٢٢٠ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز . (٢)

لنا : (٣) أنه منفعة يجوز التطوع بها ، (٤) فجاز عقد الاجارة عليها ، كسائر

المنافع . (٥)

فان احتجوا : بقوله صلى الله عليه وسلم ( اقرؤا القرآن ولا تغلوا فيه

ولا تأكلوا به ) . (٦)

(٢) واجاز المتأخرون من الحنفية الاستئجار على تعليم القرآن خاصة ، بل

وعلى التعليم عامة وعليه الفتوى . أنظر : الهداية ج ٨ ص ٣٩ . التبيين

ج ٥ ص ١٢٤ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٨٤ .

وبالمنع يقول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٣ ص ٣٦٧ . وذكر في المحرر

ج ١ ص ٣٥٧ .

رواية أخرى أن ذلك جائز ، وكذا في المغني ج ٥ ص ٤١١ .

وعن أحمد أنه اذا لم يشارط ولم يطلب جازله الأخذ . كما في

المحرر ج ١ ص ٣٥٧ والمغني ج ٥ ص ٤١٢ .

(٣) زاد في نسخة ((ب)) : هو أنه .

(٤) زاد في نسخة ((ب)) : التطوع بها على الغير .

(٥) حيث يجوز عقد الاجارة عليها .

بجامع أن كلا منفعة يجوز التطوع بها ، اما الاصل فسائر المنافع

واما الفرع فالتعليم .

ولما كان حكم الاصل جواز الاستئجار عليها ، كان حكم الفرع كذلك

فيجوز الاستئجار على التعليم أيضا لذلك .

(٦) روى عن ثلاثة طرق :

الأول : عن عبد الرحمن بن شبل مرفوعا : اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به ولا تجفوا

عنه ولا تغلوا فيه ، ولا تستكثروا به .

وقد رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما والطبراني في المعجم ،

كما في النصب ج ٤ ص ١٣٦ .

الثاني : من طريق عبد الرحمن بن شبل ، أخرجه البزار في مسنده . وفيه =

قلنا : نحملة على نهى الكراهة ، ثم يعارضه قوله صلى الله عليه وسلم<sup>(٧)</sup>  
( ان أحق ما أخذتم عليه اجرا كتاب الله )<sup>(٨)</sup> .

= أبو راشد الحبراني وهو مجهول . كما في المحلي ج ٩ ص ٢٦ .  
الثالث : عن أبي هريرة مرفوعا ، من طريق الضحاك بن نبراس ، قال فيه  
ابن معين : ليس بشيء ،  
وقال النسائي : متروك الحديث . أنظر النصب ج ٤ ص ١٣٦ . والدراسة  
ج ٢ ص ١٨٨ رقم / ٨٦٦ .  
وقد نص ابن حجر على أن هذا الحديث وما في معناه منسوخ بحدِيث :  
ان أحق ما أخذتم عليه اجرا كتاب الله عز وجل . كما في الدراية ج ٢ ص ١٨٩  
أخرجه البخاري ج ٢ ص ٣٦ تعليقا عن ابن عباس بصيغة الجزم : وقال  
ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم : أحق ما أخذتم عليه اجرا كتاب الله . أهـ  
( ٧ ) سقط قوله ( صلى الله عليه وسلم ) من نسخة (( ب )) .

( ٨ ) رواه البخاري عن ابن عباس تعليقا كما في الهامش الأسبق ج ٢ ص ١٣٦ .  
كتاب الاجارة ، باب ما يعطى في الرقية على احياء العرب بفاتحة الكتاب .  
ورواه موصولا في كتاب الطب ج ٤ ص ١٦ ، وفيه قصة ، وهي ما قال ابن عباس :  
ان نفرا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم مروا بماء فيهم لديغ أو سليم ،  
فعرض لهم رجل من أهل الماء ، فقال : هل فيكم من راق ؟ ان في الماء  
رجلا لديغا أو سليما ، فانطلق رجل منهم ، فقرأ بفاتحة الكتاب . على  
شاء ، فبرأ ، فجاء بالشاء الى أصحابه ، فكرهوا ذلك ، وقالوا : قد أخذت  
على كتاب الله أجرا ، حتى قدموا المدينة ، فقالوا : يا رسول الله ،  
أخذ على كتاب الله اجرا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان أحق  
ما أخذتم عليه اجرا كتاب الله . أهـ باب الشرط في الرقية بقطيع من  
المغنم .



قالوا : روى ان ابيا<sup>(٩)</sup> أخذ قوسا على القرآن ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ( اتحب أن يقوسك الله بقوس من نار ) . (١٠)

(٩) هو أبي ، بضم الهمزة وتشديد الياء ، بن كعب بن قيس بن عبيد بن النجار لانصارى البخارى أبو المنذر وأبو الطفيل ، سيد القراء ، كان من أصحاب العقبة الثانية ، شهد بدرًا والمشاهد كلها ، قال لــــه النبي صلى الله عليه وسلم : ليهتك العلم أبا المنذر ، وكان عمر يسميه : سيد المسلمين ، ويروى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم أيضا ، وقد عده مسروق من الستة أصحاب الفتيا من الصحابة ، وكان عمر يتحاكم اليه فى المعضلات ، توفي فى خلافة عثمان على الأصح سنة ثلاثين . أنظر الاصابة ج ١ ص ١٩ رقم ٣٢ .

(١٠) رواه ابن ماجه فى التجارات ، باب الاجر على تعليم القرآن ، ج ٢ ص ٧٣ رقم / ٥٨٢ . بسنده عن أبي بن كعب ، قال : علمت رجلا القرآن ، فأهدى الى قوسا ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : ان أخذتها أخذت قوسا من نار . فرددتها .

قال فى الزوائد عليه : استأذنه ، مضطرب ، قاله الذهبي فى الميزان فى ترجمة عبد الرحمن بن سلم ، - ج ٢ ص ٥٦٧ رقم ٤٨٧٨ - وقال العللاء فى المراسيل : عطية بن قيس الكلاعى عن أبي بن كعب ، مرسل . أه .

نفس الصفحة . وذكر الزيلعى فى النصب ج ٤ ص ٣٧ عن ابن القطان قوله : حديث أبي هذا ، روى من طرق ، وليس فيها شئ يلتفت اليه ، ذكرها بقى بن مخلد وغيره ، انتهى ، - قال - وقال فى التقيج : عبد الرحمن بن سلم ليس

بالمشهور ، روى له ابن ماجه هذا الحديث الواحد ، وذكره شيخنا العزى فى الاطراف ، وبينه وبين ثور ، خاله بن معدان ، وهو وهم منه - أى من عبد الرحمن - انتهى كلامه . أه . وقال ابن حزم : اما الأحاديث فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يصح منها شئ ، أه .

أى فى المنع من أخذ الاجر على تعليم القرآن ، أنظر المحلى ج ٥ ص ٢٥ .

قلنا : لعله أخذ في <sup>(١١)</sup> موضع تعين عليه ، <sup>(١٢)</sup> أو أخذ قوسا فيه علاج . <sup>(١٣)</sup>

قالوا : عمل لا يقدر على ايفائه <sup>(١٤)</sup> فهو كما لو استأجره على حمل خشبة  
ثقيلة . <sup>(١٥)</sup>

قلنا : يقدر عليه من طريق العادة . <sup>(١٦)</sup>

( ١١ ) في نسخة (( ب )) : لعله أخذه في موضع كان تعين عليه .

( ١٢ ) أى تعليم القرآن فيه . حيث لا يجوز له أخذ الاجر عليه حينئذ .

( ١٣ ) العاج : هو انياب الفيل ، قال الليث : ولا يسمى غير الناب عاجا ،

كذا في المصباح ج ٢ ص ٨٧ .

وانما حرم أخذ القوس اذا كان فيه عاج لأنه مقتطع من الفيل فلا يحصل

سواء كان ميتا أو حيا لحديث : ما قطع من البهيمة وهى حية فهى ميتة . أهـ

رواه الترمذى وقال : حسن غريب : ج ٤ ص ٧٤ كتاب الأطعمة رقم / ١٤٨٠

( ١٤ ) لاعتماد التعليم على معنى فى المتعلم وهو الحدق وسرعة الفهم

وذاك معنى ليس فى قدرة المعلم ايجاده فيه .

( ١٥ ) حيث لا يجوز له ذلك لاعتماد القدرة على التسليم فيه على الغير .

بجامع ان كلا عقد على عمل لا يقدر على ايفائه ، اما الأصل فما لو استأجره

على حمل خشبة ثقيلة ، واما الفرع فهو مالو استأجره على التعليم .

ولما كان حكم الأصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح

الاستئجار على التعليم أيضا لذلك .

( ١٦ ) حيث قد جرت العادة على امكان التعليم ، فالاستئجار عليه

عقد على ما جرت به العادة .

وذلك جائز .

قالوا : تعليم القرآن قرينة ، فأشبه الصوم والصلاة . (١٧)  
 قلنا : (١٨) لا تعود منفعة الى المعقود له ، (١٩) فهو كالا ستئجار على  
 خياطة قميص الأجير ، (٢٠) وهذا (٢١) تعود منفعة اليه ، فهو كالا ستئجار على  
 خياطة قميصه . (٢٣)

(١٧) حيث لا يجوز الاستئجار عليها .  
 بجامع ان كلا قرينة ، اما الاصل فالصوم والصلاة ، واما الفرع فتعليم  
 القرآن .  
 ولما كان حكم الأصل تحريم الاستئجار عليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح  
 الاستئجار على التعليم أيضا لذلك .

(١٨) في نسخة ((ب)) : ذاك . / أى الصوم والصلاة .  
 (١٩) سقط قوله (له) من نسخة ((ب)) . / أى لمن تؤدى عنه ، لانها متعينة  
 عليه فلا تصح النياية فيها ، وكل مالم تصح النياية فيه لا تصح الاجارة عليه .  
 (٢٠) حيث لا يصح ذلك لأن فائدة العقد لا تعود على المستأجر .  
 بجامع عدم تحصيل المنفعة للمعقود له فى كل من الأصل وهو الاستئجار  
 على خياطة قميص الأجير ، والفرع وهو الاستئجار على الصوم والصلاة .  
 ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه . كان حكم الفرع كذلك فلا يصح  
 الاستئجار على الصوم والصلاة أيضا لذلك .

(٢١) أى الاستئجار على التعليم .  
 (٢٢) فى نسخة ((ب)) : الى المعقود له . / أى المستأجر .  
 (٢٣) أى قميص المستأجر ، حيث يصح ذلك .  
 بجامع عود المنفعة الى المعقود له فى كل من الأصل وهو الاستئجار على  
 خياطة القميص ، والفرع وهو الاستئجار على التعليم .  
 ولما كان حكم الاصل صحة العقد عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح  
 الاستئجار لتعليم القرآن أيضا لذلك .  
 والمقصود ، ان بين الأصل والفرع فى قياسهم فارقا ، يبطل به قياسهم المذكور .

\* مسألة ( ٢١٦ ) : يجوز استئجار دار ليتخذها سجداً أو يصلى فيها . ( ٢ ) / ١٦٨ ش .  
وقال أبو حنيفة : لا يجوز . ( ٣ )

( ١ ) لعل الصواب حذف الهمزة ، لتكون العبارة بواو العطف لا للتوبيخ ، لأن الشرييني ذكر هذه المسألة في مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٤٤ ثم نبه على عدم جواز استئجار الدار ليجعلها سجداً فقال : وبصح استئجار بيت ليتخذ به سجداً يصلى فيه ، صورته كما قال صاحب الانتصار : أن يستأجره للصلاة ، أما إذا استأجره ليضعه سجداً فلا يصح بلا خلاف . أهـ

( ٢ ) أنظر : مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٤٤ . وفي فتح العزيز ج ١٢ ص ٣٥٦ ، إشارة إلى ذلك .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٧ . كشاف القناع : ج ٣ ص ٥٥٣ . المغني ج ٥ ص ٤٠٥ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير ج ٤ ص ١١ . الجواهر : ج ٢ ص ١٨٦ . شرح المنح ج ٣ ص ٧٥٦ .

( ٣ ) المنصوص عليه عند هم هو ما إذا استأجرها ذي ، فإن أراد أن يتخذ فيها مصلى لنفسه ، لم يمنع ، وإلا بان أراد أن يتخذها مصلى للعامة منع .

أنظر : المبسوط : ج ١٥ ص ١٣٤ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

لنا : انه منفعة يجوز اعارة الدار لها ، فحاز اجارة<sup>(٤)</sup> الدار لها ،  
 كالسكني .<sup>(٥)</sup>  
 قالوا : عمل<sup>(٦)</sup> لا يستحق بعقد الاجارة<sup>(٧)</sup> ، فلا يجوز استئجار الدار  
 له<sup>(٨)</sup> . كالزنا .<sup>(٩)</sup>

- ( ٤ ) في نسخة (( ب )) : اجارتها لها .  
 ( ٥ ) حيث يجوز اجارة الدار للسكني .  
 بجامع ان كلا منفعة يجوز اعارة الدار لها ، اما الاصل فالسكني ، واما  
 الفرع فاستئجار البيت للصلاة فيه .  
 ولما كان حكم الاصل صحة اجارة الدار للسكني ، كان حكم الفرع كذلك  
 فيجوز اجارة الدار لتكون مسجداً أو للصلاة فيها أيضاً لذلك .  
 ( ٦ ) في نسخة (( ب )) : فعل . / وصف لموصوف محدوف تقد يـــــــره :  
 الصلاة عمل ... الخ .  
 ( ٧ ) أى لا يستحقه المؤجر على الأجير بسبب العقد عليه . بل للأجير  
 أن لا يفعله .  
 ( ٨ ) في نسخة (( ب )) : لها . / أى للصلاة . وعلى ما فى الأصل : له .  
 أى لعمل الصلاة .  
 ( ٩ ) حيث لا يجوز اجارة الدار له .  
 بجامع ان كلا عمل لا يستحق بعقد الاجارة ، اما الاصل فالزنا ، واما  
 الفرع فالصلاة .  
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز اجارة الدار للزنا ، كان حكم الفرع  
 كذلك فلا يجوز اجارة الدار للصلاة : فيه أيضاً لذلك .

قلنا : لبس الثوب لا يستحق على الأجير<sup>(١٠)</sup> بعقد الاجارة ، ثم يجوز  
استئجار الثوب للبس .<sup>(١١)</sup>

✽ مسألة ( ٢١٧ ) : يجوز استئجار الدراهم والدنانير في أحد  
الوجهين .<sup>(١)</sup> / ١٦٨ ش .  
وقال أبو حنيفة : اذا استأجر ليزن به جاز ، وان استأجر مطلقا فهو قرض .<sup>(٢)</sup>

( ١٠ ) كذا في الاصل ونسخة ((ب)) : ولعله تحريف ، والصواب : على المؤجر .  
( ١١ ) والمقصود : ان الوصف الذي جعلوه علة جامعة في قياسهم ، لا يصح ،  
لانه وجد في لبس الثوب ثم تخلف الحكم عنه ، فيجوز استئجار الثوب  
لللبس مع كونه لا يستحق على الأجير بالعقد ، والزنا لا يجوز ، مع كونه  
عمل لا يستحق بعقد الاجارة .

( ١ ) ومحل الجواز : ما اذا صرح بالقصد من استئجارها اما للتزيين أو للوزن  
بها أو للضرب على سكتها . أنظر مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٣٥ .  
وأصح الوجهين المنع ، كما نص على ذلك في الوجيز ج ١ ص ٢٣٠ ،  
وفتح العزيز ج ١٢ ص ٢٢٤ ، والمنهاج ص ٧٦ . المجموع ج ١٣ ص ٤٨٠ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٨ . كشف القناع ج ٣ ص ٥٥٣ .  
المغني ج ٤ ص ٤٠٤ .  
الا أنه ذكر عن القاضي أنها لا تصح وتكون قرضا عند الاطلاق .

( ٢ ) المبسوط ج ١٦ ص ٣١ . اشباه ابن نجيم ص ٢٦٩ .

وزهد المالكية الى كراهة استئجار الحلى ذهباً كان أو فضة . بمثله ، أو غيره  
كمعرض ، وطعام ونحو ذلك .

أنظر : الشرح الكبير ج ٤ ص ١٧ وحاشية الدسوقي عليه ، الجواهر ج ٢ ص ١٨٨ ،  
وذكر في شرح المنح ج ٣ ص ٧٧١ عن ابن القاسم القول بجوازه بلا كراهة ،  
كما ذكر عن الامام مالك انه استثقله مرة ، وخففه مرة ، وانما استثقله لأن  
الناس يرون ان زكاته ان يعار . كما قال ابن يونس .  
ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

لنا : ان فيه منفعة تستحق بعقد الاجارة ، فاذا اطلق الاجارة حمل عليها ، كالدار . (٣)

قالوا : لا ينتفع به (٤) في الغالب الا فو الاستهلاك (٥) ، فحمل على ذلك . (٦)  
قلنا : الا أنه صريح بالاجارة ، فسقط حكم الغالب ، كما لو صرح  
بغير نقد البلد . (٧)

\* مسألة (٢١٨) : يجوز استئجار الحائط لوضع الجدوع . / ١٦٩ ي . (١)

(٣) حيث يحمل اطلاق الاجارة فيه على السكنى لكونها أهم منافع الدار .  
بجامع ان كلا منفعة تستحق بعقد الاجارة ، اما الاصل فالسكنى ففى  
اجارة الدار ، واما الفرع فاستئجار الدنانير والدرهم .  
ولما كان حكم الاصل حمل اطلاق اجارة الدار على منفعة السكنى ، كان  
حكم الفرع كذلك فيحمل اطلاق اجارة الدرهم والدنانير على الانتفاع  
بها أيضا لذلك .

(٤) أى بالدرهم أو الدينار .

(٥) أى بيما وشراء ، وذلك يقتضى فقدان عينها ، والاجارة تقتضى  
الانتفاع بالعين المؤجرة مع بقائها .

(٦) أى على الاستهلاك ، وذلك يتحقق فى القرض ، ان ينتفع فيه  
بالعين المقرضة بزوال عينها ، ويتعلق الحق بمثلها فى الذمة .

(٧) حيث يحمل على ما صرح ، وان خالف فقد البلد .

(١) لم أجد لها منصوبا عليها ، ولعلها تكون من باب استئجار الاشجار  
للاستظلال أو ربط البهيمة وتجفيف الثياب . حيث يجوز ذلك فى  
أصح الوجهين .

أنظر : فتح العزيز ج ١٢ ص ٢٢٧ والتي تليها ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣٦ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٧ . كشاف القناع ج ٣ ص ٥٥٣ .  
المغني ج ٥ ص ٤٠٥ ، وماله اذا كان الخشب معلوما والمدة معلومة . =

وقال أبو حنيفة : لا يجوز . ( ٢ )

لنا : هو انه منفعة يجوز بذلها من غير عوض ، فجاز بعوض ، كاستئجار البهيمة للحمل . ( ٣ )

قالوا : بقمة لا تصح للسكنى ، فأشبهه اذا استأجر كـ ( ٤ )

= ويشبه أن يكون هذا قول المالكية أيضا ، لانهم اجازوا استئجار الشجر لتجفيف الثياب عليه في أحسن القولين عندهم ، ووضع الخشب على الحائط مثله ، والله أعلم .

أنظر : الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٠ . الجواهر ج ٢ ص ١٨٩ . ثم رأيت منصوصا عليه في شرح المنح ج ٣ ص ٧٧٨ . ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، لانه داخل في القاعدة الستى ذكرها في الاجارة وهى : الاجارة جائزة في كل شئ له منفعة فيؤاجر لينتفع به ، ولا يستهلك عينه . أهـ المحلى ج ٩ ص ٣ .

( ٢ ) المبسوط ج ١٦ ص ٤٣ .

( ٣ ) حيث يجوز أخذ العوض عليه .

بجامع ان كلا منفعة يجوز بذلها من غير عوض ، اما الاصل فالحمل على الدابة ، واما الفرع فوضع الجذوع على الحائط . ولما كان حكم الأصل صحة الاستئجار فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز استئجار الحائط لوضع الجذوع عليه أيضا لذلك .

( ٤ ) الكوة . بفتح الكاف وضمها فواو مشددة ، هى الثقبه فى الحائط .

وبالفتح تجمع على : كوات ، مثل حبة وحيات . ويصح جمعها على كواء أيضا بكسر الكاف مثل : ظبية وظباء .

وبالضم تجمع على : كوى ، بالضم والقصر ، مثل : مديّة ومدى .

والفرق بين الكوة والمشكاة ، ان الأولى نافذة ، ولا كذلك الثانية ، ويجتمعان فى ان كلا منهما حفرة فى الحائط .

أنظر المصباح ج ٢ ص ٢٠٧ . مادة كوى .



ليدخل (٥) منها الضوء (٦).

قلنا : الا أنه يصلح لمنفعة مقصودة ، كالسكنى ، (٧) والأصل (٨) يحتمل أن لا نسلم (٩).

مسألة (٢١٩) : يجوز الاستئجار على القصاص (١) ١٦٩/٥.

(٥) في الأصل : يدخل منه . / بالتذكير ، والصواب فيها التأنيث كما في نسخة ((ب)).

(٦) حيث لا يصح استئجارها لاجل ذلك .  
بجامع ان كلا بقعة لا تصلح للسكنى ، اما الأصل فالكوّة ، واما الفرع فالحائط .

ولما كان حكم الأصل عدم صحة استئجارها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح استئجار الحائط لوضع الجذع عليه أيضا لذلك .

(٧) حيث يصح استئجار الدار لها .  
بجامع المقدر على منفعة مقصودة في كل من الأصل وهو السكنى والفرع وهو وضع الجذع على الحائط .

ولما كان حكم الأصل صحة استئجار الدار للسكنى ، كان حكم الفرع كذلك فيصح استئجار الحائط لوضع الجذع عليه أيضا لذلك .  
(٨) أي استئجار كوة في الحائط ليدخل عليه الضوء منها .

(٩) لان المنفعة فيه ظاهرة مقصودة يمكن استيفائها مع بقاء العين .

(١) فتح العزيز ج١٢ ص ٣٢٧ . مغنى المحتاج ج٢ ص ٣٣٧ . نهاية المحتاج ج٥ ص ٢٧٠ .

وهو قول الحنابلة : المحرر ج١ ص ٣٥٦ . المغنى ج٥ ص ٣٤٤ .  
وبه يقول المالكية : الشرح الكبير ج٤ ص ١٢ . الجواهر ج٢ ص ١٨٧ .  
شرح المنح ج٣ ص ٧٥٦ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز في النفس. (٢)  
لنا : (٣) أنه أحد نوعي القصاص ، (٤) فأشبه الطرف (٥) ، ولأنه حق يجوز  
التوكيل فيه ، فجاز الاستئجار عليه ، كذبح الشاة. (٦)

- (٢) المبسوط ج ١٦ ص ٤٠ . أشباه ابن نجيم ص ٢٦٩ .
- ولم أقف على قول ابن حزم في ذلك صريحا إلا أن يدخل عنده فـ في  
الاستئجار على القضاء لمعرفة من له الحق من عليه ، والقصاص انفسا  
للحق على من عليه ، أنظر جواز الاستئجار على القضاء في المحلى :  
ج ٩ ص ٢٦ .
- (٣) في نسخة ((ب)) : لنا هو أنه . / والضمير عائد على القصاص  
في النفس .
- (٤) والنوع الثاني : هو القصاص فيما دون النفس كالطرف والجرح .
- (٥) أي في جواز الاستئجار لاستيفاء القصاص فيه .  
بجامع ان كلا أحد نوعي القصاص ، اما الاصل فالقصاص في الطرف ،  
واما الفرع فالقصاص في النفس .
- ولما كان حكم الأصل صحة الاستئجار عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز  
الاستئجار على القصاص في النفس أيضا لذلك .
- (٦) حيث يجوز الاستئجار على ذبحها .  
بجامع صحة التوكيل فيه ، في كل من الأصل وهو ذبح الشاة ، والفرع  
وهو القصاص في النفس .  
ولما كان حكم الاصل صحة الاستئجار عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح  
الاستئجار على القصاص في النفس أيضا لذلك .

قالوا : افساته الروح لا يقدر عليه ، فأشبهه ضراب الفحل .<sup>(٧)</sup>

قلنا : الا أنه يوصف بالقدرة عليه ، لما أجرى الله تعالى فيه من العاد قبا زهاق الروح عند فعله ، ولهذا يضاف اليه<sup>(٨)</sup> ثم انفصال الاطراف أيضا لا يقدر عليه ، وانما هو من فعل الله تعالى ، ثم يجوز أن يستأجر عليه<sup>(٩)</sup> قالوا : القتل بالسيف مع التجافى<sup>(١٠)</sup> قد يقع على وجه محظور ،

( ٧ ) حيث لا يجوز الا جارة عليه .

بجامع عدم القدرة على تحصيله ، في كل من الأصل وهو الاحبال ففى ضراب الفحل فقد لا يحصل الحبل الا بتكرار انزاء الفحل وقد لا يحصل أصلا ، والفرع وهو القتل فى القصاص . ولما كان حكم الأصل عدم صحة الاستئجار عليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز الاستئجار على القصاص أيضا لذلك .

( ٨ ) أى يضاف القتل الى القاتل ، لانه هو السبب فى افاة روح المقتول ، وان كان القتل حقيقة انما حصل بفعل الله تعالى ، لقوله تعالى : ( فلم تقتلوهم ولكن الله قتلهم ) الأنفال آية / ١٧ . أى ولكن الله هو الذى جعل فيكم القدرة على قتلهم ، فكان الفعل له تعالى ، وأنتم سبب مباشر فيه .

( ٩ ) أى عندكم أيضا ، فكان هذا منكم تفريقا بين متاثلين . فلزمكم القول بجوازه فى النفس ، كما اجزتموه فى الطرف .

( ١٠ ) من المجافاة وهى الابعاد ، جفا يجفوا جفاء ، وجفوته أجفوه جفاء ، ومنه : تجافى جنبه عن الفراش ، اذا نبا عنه وابتعد . أنظر المختار : ص ١٠٦ ومنه قوله تعالى : ( تتجافى جنوبهم عن المضاجع ) سورة السجدة ، آية / ١٦ .

والمراد هنا أن المقتص حين يرمى بالسيف ويعدده عن المقتص منه ليضربه به ، قد يقع السيف فى الرأس أو الكف ، وذلك محظور لما فيه من تعذيب المقتص منه . وفى نسخة (( ب )) : مع التحامى . / بالحاء المهملة والميم بعد الألف ، =

ولا يستأجر على محظور. (١١)

قلنا : لا يستأجر الا من يحسن ، فلا يقع الا مباحا ، ثم لو كان هذا (١٢)  
 صحيحا لوجب أن يسقط القصاص ، كما يسقط فيما لا يمكن من الجوائف (١٣)  
 وغيرها. (١٤)

= والمراد : مع محاولة المقتص منه حماية نفسه من السيف فيضطرب ، فتتبع  
 ضربة السيف على الرأس أو الكتف ، وهو محظور ، وما في الأصل أولى ،  
 للرد الآتي عليه .

( ١٠ ) في نسخة (( ب )) : ولا يجوز أن يستأجر على محظور . / لأن المنفعة  
 ركن في الاجارة ، والا باحة شرط في المنفعة ، فاذا كان الفعل محظورا  
 بطلت الاجارة عليه لذلك .

( ١٢ ) أى مراعاة الخوف من وقوع السيف على المحظور في المقتص منه .  
 أى وأنتم لا تقولون باسقاطه ، بل يجوز أن يستوفيه الجلال الذى نصبه  
 الامام لاستيفاء القصاص مع وجود ذلك الاحتمال فيه .  
 وان لم تسقطوه فقد تناقضتم لا اختلاف الحكم عندكم في صورتين متشابهتين .

( ١٣ ) الجوائف : جمع جائفة ، وهى جرح ينفذ الى جوف ، كبطن وصدر  
 وثغر نحر وجبين وخالصة ، ويجب بها ثلث الدية . أنظر منهاج ص ١٢٦ .

( ١٤ ) وهى ما عدا الموضحة من الجراحات ، وهى التى توضح العظم ، ذلك  
 أن الشجاج والجراح فى الوجه عشر :

- ١- حارصة : وهى ماشق الجلد قليلا .
- ٢- دامية : وهى التى تدميه .
- ٣- باضعة : وهى التى تقطع اللحم .
- ٤- متلاحمة : وهى التى تفوص فى اللحم .
- ٥- سمحاق : وهى التى تبلغ الجلدة بين اللحم والعظم .
- ٦- موضحة : وهى التى توضح العظم وتظهره .
- ٧- هاشمة : وهى التى تهشمه .

قالوا : قطع الرأس لا يدري بكم ضربة يحصل ، فكان ذلك مجبهاً — ولا ،  
( ١٥ ) فلم يجوز الاستئجار عليه .

قلنا : يبطل بشق الحطب ( ١٦ ) وخياطة الثوب ، فانه لا يدري بكم دقة  
( ١٧ ) وكم غرزة يحصل ، ثم يجوز الاستئجار عليه .

مسألة ( ٢٢٠ ) : الاجرة في القصاص على من عليه القصاص ( ١ ) . ١٦٩ / ١ .  
وقالوا : أبو حنيفة : على من له . ( ٢ )

٨- منقطة : وهي التي تنقل العظم من مكانه وتثنيه .

٩- مأومة : وهي التي تطلع خريطة الدماغ .

١٠- دامة : وهي التي تخرق خريطة الدماغ .

ويجب القصاص في الموضحة من هذه الجراحات فقط ، قيل وفيها قبلها

أيضا سوى الحارصة . أنظر المنهاج ص ١٢٣ .

( ١٥ ) لان شرط المنفعة في الاجارة أن تكون معلومة . كما في التبيين : ج ٥ ص ١٠٠ .

( ١٦ ) أي تكسيه ، حيث يجوز الاستئجار عليه مع وجود تلك العلة فيه .

( ١٧ ) أي فكانت هذه الجهالة غير معتبرة في القصاص وشق الحطب والخياطة

ونحوها . فيصح الاستئجار عليها لذلك .

( ١ ) ومحلها : إذا لم ينصب الامام جلاداً يقيم الحدود ويرزقه من مال المصالح .

أنظر مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٤٧ . ونهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٧٠ .

وهو قول الحنابلة : المغني ج ٥ ص ٣٤٥ .

( ٢ ) معين الحكام ص ١٨٧ فصل كيف يقام الحد . وأنظر المبسوط ج ١ ص ٤٠ .

فقد ذكر عن الامام وأبي يوسف انهما لا يجيزان الاجارة عليه خلافاً لمحمد .

وبه يقول المالكية : الجواهر ج ٢ ص ١٨٧ . شرح المنح ج ٣ ص ٧٥٧ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

لنا : هو انه ايفاء حق ، فكانت الاجرة على من عليه ، كاجرة الكيال  
 فى البيع . ( ٤ )

قالوا : تعين حقه ، فكانت الاجرة فى الأخذ ، عليه ( ٥ ) كما لو اشترى  
 ثمرة نخلة . ( ٦ )

قلنا : المغصوب منه والمعير تعين حقهما ، ثم اجرة التسليم على ( ٧ )

( ٣ ) فى نسخة ((ب)) : فكانت الاجرة فيه على من هو عليه .

( ٤ ) حيث تكون اجرة كيل المبيع على البائع .  
 بجامع ان كلا ايفاء حق ، اما الاصل فأجرة الكيال فى البيع ، واما الفرع  
 فاجرة المقتص فى القصاص .

ولما كان حكم الاصل هو وجوب اجرة كيل المبيع على البائع ، كان حكم  
 الفرع كذلك ، فتجب اجرة المقتص على الجانى أيضا لذلك .

( ٥ ) أى على من له القصاص .

( ٦ ) فى نسخة ((ب)) : ثمرة نخل أو شجر .

حيث يكون اجرة جنى ثمارها على المشتري .  
 بجامع تعين الحق له ، فى كل من الأصل وهو مالو اشترى ثمرة نخلة ،  
 والفرع وهو مالو وجب له القصاص .

ولما كان حكم الاصل وجوب اجرة جنى ثمار النخلة على المشتري ، كان  
 حكم الفرع كذلك فتجب اجرة القصاص على المقتص له أيضا لذلك .

( ٧ ) فى نسخة ((ب)) : اجرة التعمين . / وهو تحريف . والمراد بالتسليم

ردها الى المغصوب منه والمعير .

الفاصل والمستعير<sup>(٨)</sup>، ولأن البائع قد سلم المبيع، وهما هنا سلم، فإن  
 القصاص هو القطع<sup>(٩)</sup>، ولهذا لو قطع<sup>(١٠)</sup> يده في سرقة كان<sup>(١١)</sup> من ضمانه<sup>(١٢)</sup>،  
 فوجب عليه مؤونة الا يفاء<sup>(١٣)</sup>، كالبيع في يد البائع<sup>(١٤)</sup>.  
 قالوا: منفعة<sup>(١٥)</sup> للمقتص، فكانت الاجرة عليه، كقطع الختان<sup>(١٦)</sup>.

(٨) أى فبطل أن يكون الوصف الذى ذكره علة للحكم، لوجوده فى  
 المقتص منه والمغير، وتختلف الحكم عنه. فكان ذلك الوصف علة  
 قاصرة، لعدم دروان الحكم معه كما هنا.

(٩) أى فى القصاص من الجانى.

(١٠) لانه مأخوذ من القص وهو القطع، تقول: قصصته قصا، من  
 باب قتل، اذا قطعت. أنظر المصباح ج ٢ ص ١٦٤.

(١١) فاعل القطع هو المسروق منه.

(١٢) أى مؤونة القطع.

(١٣) أى ضمان السارق.

(١٤) أى فوجب على المقتص منه مؤونة القصاص فى النفس لذلك.

(١٥) حيث يجب عليه مؤونة كيل المبيع أو وزنه.

بجامع كون الحق فى ضمانه فى كل من الاصل وهو المبيع فى

البائع والفرع وهو قطع يد السارق،

ولما كان حكم الاصل وجوب مؤونة الكيل للتسليم على البائع،

كان حكم الفرع كذلك فيجوز مؤونة قطع اليد على السارق أيضا.

(١٦) فى نسخة ((ب)): منفعة. / خبر لمبتدأ محذوف تقديره: القصاص.

(١٧) حيث تجب الاجرة عليه على المختون، ويدفعها عنه الولي ان لم يكن

له مال.

بجامع كون المنفعة له، فى كل الاصل وهو القطع فى الختان، والفرع

وهو القصاص.

ولما كان حكم الاصل وجوب الاجرة على المختون، كان حكم الفرع كذلك، فتجب

الاجرة فى القصاص على المقتص له أيضا لذلك.

قلنا : الختان حجة لنا ، لأن الاجرة فيه على من يجب عليه ، <sup>(١٨)</sup> فليكن  
ها هنا <sup>(١٩)</sup> مثله <sup>(٢٠)</sup> .

قالوا : مال ، فلا يجتمع <sup>(٢١)</sup> مع القصاص ، كالدية <sup>(٢٢)</sup> .  
قلنا : الدية يدل عنه ، <sup>(٢٣)</sup> وهذا للتسليم <sup>(٢٤)</sup> <sup>(٢٥)</sup> .

( ١٨ ) وهو المختون .

( ١٩ ) أى القصاص .

( ٢٠ ) أى فى ايجاب الاجرة فيه على المقتص منه لانه منفعة له ان فيه تطهير له  
من ذنبه فى الاخرة . لما رواه مسلم عن عبادة بن الصامت مرفوعا : تبايعونى  
على أن لا تشركوا بالله شيئا ولا تزنوا ولا تسرقوا ولا تقتلوا النفس التى حرم  
الله الا بالحق ، فمن وفى منكم فأجره على الله ومن أصاب من ذلك شيئا  
فعوقب به فهو كفارة له ومن أصاب من ذلك شيئا فستره الله عليه فامره الى  
الله ان شاء عفا عنه وان شاء عذبه . أهـ ج ٣ ص ٣٣٣ كتاب الحدود ، باب  
الحدود كفارات لأهلها رقم / ٤١ .

( ٢١ ) أى على الجانى .

( ٢٢ ) حيث لا تجتمع مع القصاص ، لانها بدل عنه ، ولا يجتمع البدل والمبدل  
فى آن واحد .

بجامع ان كلا مال ، اما الاصل فالدية ، واما الفرع فالاجرة على القصاص .  
ولما كان حكم الاصل عدم اجتماع الدية مع القصاص ، كان حكم الفرع كذلك  
فلا تجتمع الاجرة مع القصاص على المقتص منه أيضا لذلك .

( ٢٣ ) أى عن القصاص . وفى الاصل : الدية تبدل عما القصاص يدل عنه . / وما أثبتناه من نسخة

(( ب )) أوضح  
والمعنى على ما فى الاصل : ان الدية بدل عن نفس المقتول وليس بدلا عن  
القصاص الواجب على القاتل ، فلا يصح القول بأن القصاص والاجرة لا يجتمعان  
على الجانى كما لا يجتمع عليه الدية والقصاص .

والمعنى على نسخة (( ب )) : سلمنا أن الدية بدل عن القصاص ، ولكن الاجرة  
بدل عن تسليم نفسه لأخذ الحق منها فلا يصح قياس احدهما على الآخر  
للفارق المذكور بينهما .

( ٢٤ ) أى المال المأخوذ من المقتص منه .

( ٢٥ ) أى لمن أوصل الحق الى أهله ، بتنفيذ القصاص على من وجب عليه .



قالوا : لو وجب عليه (٢٦) أجره القطع ، لمكن منه . (٢٧)

قلنا : لا يمكن ، لأنه متهم بأن يجبن فيجنى على نفسه ، كما لا يمكن (٢٨)  
البائع اذا اتهمه في الكيل (٢٩) ، (٣٠) وان كان ذلك عليه . (٣١) (٣٢)

\* مسألة (٢٢١) : لا يجوز الاستئجار على نقل الخمر . (١) / ١٦٩ .

- 
- (٢٦) سقطت كلمة ( اجرة ) من الأصل .  
(٢٧) أى لمكن ولى القتل من القصاص بنفسه ، لأنه يكون هو المستأجر ،  
والأصل هو أن المستأجر يستوفي المنفعة بنفسه .  
(٢٨) فاعل التمكين هو المشتري .  
(٢٩) في نسخة ((ب)) : اذا اتهم . / وهنا يصح أن تكون جملة  
(لا يمكن ) مبنية للمجهول ان .  
(٣٠) أى فى التطفيف فيه ، ليضيع عليه بعض حقه .  
(٣١) أى اجرة الكيل .  
(٣٢) أى على البائع . حيث يجب عليه اجرة الكيل اذا كيل عليه البيع  
فى التهمة .

(١) ومحلّه: اذا حملها لا للاراقة ، والا فيجوز ، ومحلّه أيضا : مالم تكن  
محترمة ، والا بان كان نقلها للتخليل فيجوز ، ان هو كنقل الميتة الى  
المزيلة .

أنظر : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣٧ . فتح العزيز ج ١٢ ص ٣٢٧ . نهاية  
المحتاج ج ٥ ص ٢٧٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٩ . كشف القناع ج ٣ ص ٥٥١ .  
المغني ج ٥ ص ٤٠٧ .

وبه يقول المالكية ، فقد قال فى الشرح الكبير ج ٤ ص ١٢ : وجاز استئجار  
على طرح ميتة ونحوها من النجاسات - كالخمر - وان استلزم ذلك  
مباشرة النجاسة للضرورة . أهـ . وكذا فى الجواهر ج ٢ ص ١٨٦ ، وشرح

وقال أبو حنيفة : يجوز. (٢)

لنا : هو ان نقلها محرم ، لقوله صلى الله عليه وسلم :  
( لعن الله الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمول له ) (٣)

= ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، فقد قال في المحلى ج ٩ ص ١٩ :  
ولا يجوز الاجارة على النوح ولا على الكهانة ، لانها معصيتان منهي عنهما ،  
لا يحل فعلهما ولا العون عليهما ، فالاجارة على ذلك أو العطاء عليه  
معصية وتعاون على الاثم والعدوان . أهـ ويقال مثل هذا في الاستئجار  
لحمل الخمر أيضا .

( ٢ ) خلافا للصاحبين .

أنظر : المبسوط ج ١ ص ٣٨ وقد أخطأ هنا السرخسي في نقل مذهب  
الشافعي حيث جعله موافقا لأبي حنيفة في هذه المسألة .  
( ٣ ) الحديث رواه أبو داود ج ٣ ص ٣٢٦ كتاب الأشربة ، باب العنب يعصر  
للخمر ، وساق بسنده عن أبي طعمة مولا هم وعبد الرحمن بن عبد الله  
الغافقي أنهما سمعا ابن عمر يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :  
لعن الله الخمر وشاربها وساقبها ، وبائعها ، ومبتاعها ، وعاصرها ،  
ومعتصرها ، وحاملها ، والمحمولة اليه . أهـ . رقم / ٣٦٧٤ .  
قال المنذرى : وعبد الرحمن الغافقي هذا ، سئل عنه ابن معين .  
فقال : لا أعرفه .

وذكره ابن يونس في تاريخه ، وقال : انه روى عن ابن عمر ، روى عنه  
عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز وعبد الله بن عياض ، وانه كان أميرا  
للأندلس ، فقتلته الروم بالأندلس ، سنة خمس عشرة ومائة . أهـ مختصر  
سنن أبي داود ج ٥ ص ٢٦٠ . رقم / ٣٥٢٧ .

قلت : والمعركة التي قتل عبد الرحمن تسمى معركة ( تور ) في موضع  
يعرف ببلاط الشهداء ، وتعرف هذه المعركة أيضا بغزوة البلاط ،  
في جنوب فرنسا ، قال الدكتور حسن ابراهيم حسن : وتعتبر معركة تور  
من المواقع الحاسمة في التاريخ ، ان لو تم النصر للعرب ، لوقعت أوروبا =

( ٤ ) فأشبهه سائر المعاصي .

قالوا : نقل خمر ، فأشبهه النقل للاراقة . ( ٥ )

= في أيد يهيم وانتشر الاسلام فيها ، ولم يحاول العرب الاستيلاء على بلاد الفرنجة بعد هذه الموقعة . أهـ . تاريخ الاسلام ج ١ ص ٣٢١ .  
ورواه أحمد وابن أبي شينة وإسحاق بن راهويه والبخاري في مسانيدهم .  
أنظر النصب ج ٤ ص ٢٦٤ .  
وينحوه رواه ابن ماجه أيضا ج ٢ ص ١١٢ كتاب الأشربة ، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه ، من طريق عبد الرحمن بن عبد الله الغافقي وأبي طعمة مولا هم أنهما سمعا ابن عمر يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لعنت الخمر على عشرة أوجه : بعينها وعاصرها ومعتصرها وبائعها ومبتاعها وحاملها ، والمحمولة اليه وآكل ثمنها وشاربها وساقيتها . أهـ رقم / ٣٣٨٠ .  
لكن قال المنذرى : وأبو طعمة هذا هو مولى عمر بن عبد العزيز ، سمع مسن عبد الله بن عمر ، رماه مكحول الهذلي بالكذب . أهـ مختصر سنن أبي داود ج ٥ ص ٢٦٠ . رقم / ٣٥٢٧ الا أن الكوثري نص على أن الصواب عن أبي طعمة وليس عن طعمة كما في سنن أبي داود وايد ذلك بما في سند ابن ماجه هنا .  
أنظر هامش النصب ج ٤ ص ٢٦٣ وعلى كل حال فان كان أبو طعمة ضعيفا ، فالحديث مروي من طريق الغافقي أيضا وهو ثقة ، فهو صحيح من طريقه . والله أعلم .

( ٤ ) حيث لا يجوز الاستئجار عليها أيضا لحرمتها .

( ٥ ) حيث يجوز الاستئجار عليه .

بجامع النقل في كل من الاصل وهو نقل الخمر للاراقة والفرع وهو نقلها للشرب ، ولما كان حكم الاصل جواز الاستئجار عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الاستئجار لنقلها للشرب أيضا لذلك .

قلنا : هناك (٦) مباح وهنا (٧) معصية (٨).

\* مسألة (٢٢٢) : اذا اجر بيتا من يتخذه (١) بيت نار (٢) أو يبيع (٣) الخمر ، لم تصح الاجارة . (٤) ١٦٩/١ .

- 
- (٦) في نسخة ((ب)) : ذاك . / أى النقل للاقة .  
(٧) في نسخة ((ب)) : وهذا . / أى النقل للشرب .  
(٨) المراد ابطال قياسهم المذكور باثبات الفارق بين الاصل والفرع فيه .  
(١) فى الاصل ( من تتخذ ) بدون هاء الضمير ، وفى نسخة ((ب)) :  
بضمير المؤنث ، والأقرب التذكير ، لأن البيت مذكر .  
(٢) أى للعبادة ، كما لو كان مجوسيا .  
(٣) فى نسخة ((ب)) : أوليبيع .  
(٤)

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى : ج٢ ص ٣٥٨ . كشاف القناع :  
ج٣ ص ٥٥١ . المغنى ج٥ ص ٤٠٨ .  
وبه يقول المالكية : الشرح الكبير ج٤ ص ٢١ . الجواهر ج٢ ص ١٨٩  
شرح المنح ج٣ ص ٧٧٩ .  
ويشبهه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا لما نقلنا عنه فى المسألة  
قبل هذه من المحلى ج٩ ص ١٩٠ .

وقال أبو حنيفة : تصح . (٥)

قال الرازي : (٦) المسألة اذا لم يشترط (٧) ذلك ، وانما يعلم من حاله انه يفعل ذلك . (٨)

وقال غيره : المسألة اذا استأجر للسكنى وللعبادة . (٩)

فالدليل على فساد ظاهر الرواية : (١٠) انه فعل معصية ، فلا تصح

(٥) خلافا للصاحبين .

أنظر : المبسوط ج ١ ص ٣٨ . لسان الأحكام ص ٣٦٨ .

(٦) ويقال له : الجصاص أيضا ، وهو الامام أبو بكر أحمد بن علي بن حسين ،

من أئمة الحنفية حافظ لمحدث فقيه ، سمع أبا حاتم وعثمان الدارمي ،

وسمع منه : أبو علي وأبو أحمد الحاكم النيسابوري . وأخذ الفقه على

أبي سهل وعلي أبي الحسن الكرخي وبه انتفع وعليه تخرج ، وتفقه عليه

جماعة منهم : أبو عبد الله محمد بن يحيى الجرجاني شيخ القدوري وأبو

الحسن محمد بن أحمد الزعفراني وغيرهما .

استقر له التدريس ببغداد وانتهت اليه الرحلة ، وقد كان على طريق

الكرخي في الورع والزهد ، وبه انتفع ، له تصانيف جليلة ، منها : أحكام

القرآن وشرح مختصر الكرخي وشرح مختصر الطحاوي وشرح جامع

محمد بن الحسن ، وله كتاب في أصول الفقه وأدب القضاء ، الى غير ذلك ،

توفي سنة سبعين وثلاثمائة ، وكان مولده سنة خمس وثلاثمائة . أنظر

الفوائد البهية ص ٢٧ والتي تليها .

(٧) أي المستأجر .

(٨) أي فيصح العقد ، وينع من اتخاذ البيت لبيع الخمر أو ليجعله بيت نار .

(٩) أي ثم حولها الى بيت نار أو بيع خمر ، فلا يطل العقد بذلك ، ولكنه

يمنع من فعل ذلك في البيت المعقود عليه .

(١٠) أي قول الامام أبي حنيفة . والكتب التي اعتنت بجمع أقوال الامام سميت

بكتب : ظاهر الرواية ، وهي ستة كتب : الجامع الكبير والصغير والسير =

الاجارة له ، كسائر المعاصي <sup>(١١)</sup> .

قالوا : بالعقد <sup>(١٢)</sup> لا يستحق فعل المعصية <sup>(١٣)</sup> ، فصار ذكرها كـ لا  
ذكر <sup>(١٤)</sup> .

قلنا : يبطل به اذا استأجر دارا للصلاة ، فانه لا يستحق عليه  
أن يصلي فيها ، ثم يبطل عند هم <sup>(١٥)</sup> .

= الكبير والصغير ثم الزيادات وسادسها المبسوط ، وكلها لمحمد  
ابن الحسن صاحب أبي حنيفة . ويجمع هذه الكتب الستة كتاب  
الكافي للحاكم الشهيد . والمبسوط شرح له . وانما سميت بظاهـر  
الرواية لانها رويت عن محمد بن الحسن برواية الثقات فهي متواترة  
أو مشهورة عنه .

أنظر ابن عابد بن ج ١ ص ٦٤ .

( ١١ ) حيث لا يصح الاجارة عليها .

بجامع ان كلا فعل معصية ، اما الاصل فسائر المعاصي ، واما الفرع  
فبيع الخمر واتخاذ بيت النار .

ولما كان حكم الاصل بطلان العقد في الاجارة على المعاصي ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا يصح استئجار بيت ليتخذ به بيت نار أو لبيع  
الخمر فيه ، أيضا لذلك .

( ١٢ ) زاد في نسخة ((ب)) : بالعقد عليها . / أي على المعصية .

( ١٣ ) زاد في نسخة ((ب)) : فعل المعصية فيها .

( ١٤ ) أي فلا يؤثر على صحة عقد الاجارة ، ويمنع من فعل ذلك فيه .

( ١٥ ) أي يبطل استئجار الدار للصلاة ، عند هم ، أنظر المبسوط ج ١ ص ٣٨ .

\* مسألة ( ٢٢٣ ) : يجوز للزوج استئجار امرأته ، لا رضاع ولده  
منها <sup>(١)</sup> ، في أحد الوجهين . ١٦٩ / ش  
وقال أبو حنيفة : لا يجوز <sup>(٣)</sup> .

- ( ١ ) سقط قوله ( منها ) من نسخة ((ب)).
- ( ٢ ) وهو أصحهما . أى سواء كانت تحت زوجها أو مطلقة بائنا أو رجعيا .  
أنظر : فتح العزيز ج ١٢ ص ٢٧٧ . الوجيز ج ١ ص ٢٣٢ . مغنى  
المحتاج ج ٢ ص ٣٤٨ .  
وبه يقول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٣ . كشاف القناع ج ٣ ص ٥٥٤ .  
ونذكر فى المغنى ج ٥ ص ٣٦٩ رواية أخرى انه لا يجوز ، الا أنه صحح  
الرواية الأولى وقال فيها : هذا الصحيح من مذهب أحمد . أهـ
- ( ٣ ) المبسوط ج ١ ص ١٢٧ . الهداية ج ٤ ص ٢١٨ . فى باب النفقة  
من كتاب الطلاق . التبيين ج ٣ ص ٦٢ . ومحل المنع هو ما اذا كانت  
الأم تحت زوجها أو فى طلاق رجعى ، والا بان كانت مطلقة طلاقا  
بائنا ففيه روايتان بالجواز وعدمه ، فاذا لم تكن تحت زوجها بأن بانة  
منه ، فله أن يستأجرها لا رضاع ولده منها ان .  
ونذهب المالكية أيضا الى أنها اذا لم تعد زوجها فيجوز للزوج استئجارها  
للا رضاع .  
أنظر : أحكام القرآن لابن العربي ج ٤ ص ١٨٤١ . القوانين :  
ص ٣٤٦ . الشرح الكبير ج ٢ ص ٥١٦ فى النفقات .  
وبجواز استئجارها للارضاع بعد الطلاق يقول ابن : حزم أيضا  
أنظر المحلى ج ١١ ص ٣٥٣ .

لنا : انه عمل يجوز استئجارها عليه بعد البيونة<sup>(٤)</sup> ، فجاز قبلها ، كالنسيج ورعى الغنم .<sup>(٥)</sup>

قالوا : مقصود بعقد النكاح ، فأشبه التمكن من الوطئ<sup>(٦)</sup> . قلنا : لو كان مقصودا لما جاز لها أن تمتنع ، كالتمكن من الوطئ<sup>(٨)</sup> .

( ٤ ) أى الفراق الذى لا تعود بعده الى الزوج الا بعقد جديد ، من قولك : بان الشئ ، اذا انفصل ، فهو بائن ، تقول : بانت المرأة بالطلاق فهي بائن بدون تاء التأنيث ، وأبانها زوجها ، فهي مبانة . أنظر المصباح ج ١ ص ٧٨ . وفى تصحيح التنبيه ص ١١٢ : وفى لغة قليلة يجوز بائنة وحائضة وحاملة . أه أى بتاء التأنيث .

( ٥ ) حيث يجوز له استئجار زوجته عليه . بجامع جوار الاستئجار عليه بعد البيونة ، فى كل من الأصل وهو النسيج ورعى الغنم ، والفرع وهو ارضاع ولده منها . ولما كان حكم الاصل صحة استئجارها للنسيج ورعى الغنم قبل البيونة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له استئجارها لا رضاع ولده منها قبل البيونة أيضا لذلك .

( ٦ ) فى الاصل ( بكل نكاح ) وهو خطأ .

( ٧ ) حيث لا يجوز لها أخذ الا جر عليه .

بجامع ان كلا مقصود بعقد النكاح ، اما الاصل فالوطء ، واما الفرع فالارضاع .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز أخذها الا جر عليه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز لها أخذ الا جر أيضا على ارضاع ولده منها قبل البيونة لذلك .

( ٨ ) حيث ليس لها الامتناع منه ، وهذه الجملة وهى قوله ( : قلنا : لو كان مقصودا لما جاز لها أن تمتنع ، كالتمكن من الوطئ ) ساقطة من



ولأن ذلك <sup>(٩)</sup> مستحق بعقد النكاح وهذا <sup>(١٠)</sup> غير مستحق <sup>(١١)</sup> فهو كالرعى <sup>(١٢)</sup>.

قالوا : لا عادة في الاستئجار عليه ، فأشبهه الشهادة <sup>(١٣)</sup> .  
قلنا : لا عادة في استئجارها <sup>(١٤)</sup> على رعى الغنم ، ثم يجوز <sup>(١٥)</sup>.

( ٩ ) أى التمكين من الوطئ .

( ١٠ ) أى الارضاع .

( ١١ ) فو نسخة ((ب)) : لم يستحق . / أى لم يجب على الزوجة بعقد النكاح فلها الاستناع منه للأجر .

( ١٢ ) حيث يجوز لها أخذ الاجر عليه من زوجها .

بجامع عدم الاستحقاق بعقد النكاح فى كل من الاصل وهو الرعى والفرع وهو الارضاع .

ولما كان حكم الاصل صحة أخذ الاجر عليه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز لها أخذ الاجر على الارضاع أيضا لذلك .

( ١٣ ) حيث لا يجوز أخذ الاجر عليها .

بجامع اعتبار المادة فيه ، فى كل من الاصل وهو الشهادة ، والفرع وهو ارضاع الأم ولدها من زوجها .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة أخذ الاجر عليها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز لها أخذ الاجر على ارضاع ولدها من زوجها أيضا لذلك .

( ١٤ ) فو نسخة ((ب)) فى الاستئجار . / والضمير فى الاصل عائد الى الزوجة .

( ١٥ ) أى أن تأخذ على رعى غنم زوجها أجرا .

أى فيبطل اعتبار ما جعلوه علة فى المنع من أخذ الاجر على ارضاع الام ولدها من زوجها ، لتخلف الحكم المذكور فى رعى الغنم حيث يجوز لها أخذ الاجر عليه ، مع عدم جريان العادة به . فاتحد الوصف فى هاتين الصورتين واختلف الحكم ، فدل على عدم تأثير الوصف فى الحكم فيبطل .

- \* مسألة ( ٢٢٤ ) : لا يجوز استئجار الظئر <sup>(١)</sup> بطعمتها وكسوتها <sup>(٢)</sup> . ١٦٩ ش .  
 وقال أبو حنيفة : يجوز استحسانا . <sup>(٣)</sup>  
 لنا : هو ان يبدل يستحق بالشرط ، فلا يجوز أن يكون طعمة وكسوة مجهولة <sup>(٤)</sup> ،  
 كالثلث ، والمهر والا جرة في سائر الاجارات . <sup>(٥)</sup>

- ( ١ ) بكسر فسكون ، هي المرأة العاطفة على ولد غيرها ، المرضعة له ، في الناس وغيرهم ، يطلق ذلك عليها سواء كان الرضيع ذكرا أو انثى .  
 والجمع اظؤر واطآر وظؤور وظؤورة وظؤار وظؤوة . بضم فهزة مفتوحة .  
 أنظر القاموس ج ٢ ص ٨٠ .
- ( ٢ ) فتح العزيز ج ١٢ ص ٢٠٠ . وفي المنهاج ص ٧٦ : ويشترط كون الاجرة معلومة ، فلا تصح بالعمارة والعلف . أهـ وهذه المسألة من هذا الباب والله أعلم ، ومثله في الوجيز ج ١ ص ٢٣٠ .  
 واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٣٩ .
- ( ٣ ) خلافا للصاحبين .  
 أنظر : الهداية ج ٨ ص ٤٦ . التبیین ج ٥ ص ١٢٧ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٨٦ .  
 وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٣ . كشاف القناع ج ٣ ص ٥٤٣ وذكر في المغني ج ٥ ص ٣٦٤ رواية أخرى بالمنع منه .  
 وبه يقول المالكية : حاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٣ . شرح المنح ج ٣ ص ٧٥٨ .  
 القوانين ص ٣٠١ .
- ( ٤ ) سقط قوله ( مجهولة ) من نسخة (( ب )) .
- ( ٥ ) حيث لا يصح ان يكون طعام البائع وكسوته ثمنا للمبيع في البيع ، ولا يصح ان تكون مهرا للمرأة في النكاح ، ولا يصح أن تكون اجرة في غير الاستئجار على الرضاع أيضا .  
 بجامع ان كلا بدل يستحق بالشرط في كل من الاصل وهو الثمن والمهر ، وسائر الاجارات ، والفرع وهو استئجار الظئر بطعامها وكسوتها . =

فان قيل : فى الاصل المعوض<sup>(٦)</sup> معلوم ، وهاهنا<sup>(٧)</sup> اللبن مجهول<sup>(٨)</sup> .  
 قلنا : بل هو معلوم بتقدير المدة ، كالخدمة<sup>(٩)</sup> ، معلومة بذكر المدة<sup>(١٠)</sup> .  
 فان قيل : لا حاجة فى الاصل الى الطعمة<sup>(١١)</sup> ، وهاهنا<sup>(١٢)</sup> حاجة ، لان  
 صلاح اللبن بصلاح الطعمة .  
 قيل : فيجب أن لا يجوز الكسوة المجهولة<sup>(١٣)</sup> ، ولوجب

---

= ولما كان حكم الاصل عدم صحة كون الثمن والمهر طعمة وكسوة ، كان  
 حكم الفرع كذلك ، فلا يصح أن تكون اجرة الظئر طعامها وكسوتها  
 أيضا لذلك .

( ٦ ) وهو المبيع فى البيع ، والاستمتاع فى المرأة .

( ٧ ) أى فى الرضاع .

( ٨ ) أى وبشئ من هذا الفارق بينهما فلا يصح القياس المذكور .

( ٩ ) أى فيما لو استأجر شخصا للخدمة .

( ١٠ ) بأن يقول استأجرته للخدمة شهرا أو سنة ، بكذا . ومعروفكم يمكن

أن يبذل الاجير من جهد فى هذا العمل خلال تلك المدة ، وكذلك  
 مقدار اللبن يصبح معلوما اذا ذكرت المدة أيضا .

( ١١ ) لعدم احتياج الثمن والمهر اليها . أى ولذلك لم تصح ثمننا أو مهرنا .

( ١٢ ) أى فى الاستئجار على الرضاع .

( ١٣ ) لعدم ارتباط صلاح اللبن بها ، أى والحال انكم سويتهم بين الطعام

والكسوة فى صحة الاستئجار به . فلزم منه بطلان العلة التى ذكرتم

لبقاء الحكم فى الكسوة مع تخلفها عنه .

أن لا يجوز على <sup>(١٤)</sup> طعمة بنتها ، لأنه لا حاجة الى ذلك ، <sup>(١٥)</sup> ، ولأنه لو جعل  
 الاجرة ثوبا مجهولا لم يجز ، ولم يجهل غير <sup>(١٦)</sup> الصفة فلأن لا يجوز <sup>(١٧)</sup>  
 ها هنا <sup>(١٨)</sup> وقد جهل <sup>(١٩)</sup> الجنس والقدر <sup>(٢٠)</sup> والصفة أولى <sup>(٢١)</sup> .

- 
- ( ١٤ ) سقط قوله ( على طعمة بنتها ) من نسخة ((ب)) .
- ( ١٥ ) أى لعدم تعلق صلاح اللبن ببنت الظئر . بناء على العلة التى  
 ذكرتم ، لكنكم قلتم بجوازه على طعمة بنت الظئر ، فلزم منه بطـلان  
 العلة المذكورة لعدم دورانها مع الحكم وجودا وعدما .
- ( ١٦ ) فى نسخة ((ب)) : عين الصفة . / وفى الاصل هو الصواب  
 لما ذكر من المقابلة بالأشياء الثلاثة بعدها .
- ( ١٧ ) فى نسخة ((ب)) فلان يجوز هذا . / باسقاط حرف ( لا ) والصواب  
 اثباته .
- ( ١٨ ) أى فى اجرة الظئر ، وهى الطعام والكسوة هنا فى هذه المسألة .
- ( ١٩ ) فى الاصل ( وقد جعل ) وهو تحريف .
- ( ٢٠ ) فى الاصل ( والقدرة ) والصواب حذف التاء المربوطة كما فى  
 نسخة ((ب)) .
- ( ٢١ ) أى بعدم الجواز .

وجه الأولوية : انه اذا لم يجز وقد كان المجهول فى الاجرة  
 شئ واحد ، فأولى أن لا يجوز فى جعل اجرة الظئر طعامها  
 وكسوتها ، وقد جهل فى الاجرة ثلاثة الأشياء المذكورة ، لأن الحرمة  
 تشتد بزيادة الجهالة والفرر ، وتهون بقلته .

(٢٢) فان احتجوا : بقوله تعالى : ( وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ) .  
 قلنا : يحتمل انه أراد نفقة الزوجية ، (٢٤) وخص (٢٥) حال الرضاع ،  
 لئلا يظن ظان انها كالناشزة ، (٢٦) لاشتغالها عن خدمة الزوج بالولد .

- 
- ( ٢٢ ) فى نسخة ((ب)) : بقوله عز وجل .  
 ( ٢٣ ) سورة البقرة آية / ٢٣٣ .  
 وجه الدلالة : انه أوجب على الأب وهو المولود له ، نفقة الواليدات  
 المرضعات ، ولم يعين قدرا أو جنسا أو صفة .  
 ( ٢٤ ) أى ولم يرد به بيان اجرة الارضاع ، ولذلك جازت النفقة مع الجهاالة  
 بالجنس والقدر والصفة .  
 ( ٢٥ ) سقط قوله ( وخص ) من نسخة ((ب)) .  
 ( ٢٦ ) سقطت تاء التأنيث من نسخة ((ب)) . ويجوز اثباتها ، للفرقة  
 بها بين الرجل والمرأة ، فان الرجل اذا ضرب امرأته وجفاهها ،  
 قيل : انه ناشز ، وكذا فان المرأة اذا استعصت على زوجها  
 وأبغضته ، قيل فيها : انها ناشزة . أنظر القاموس ج ٢ ص ١٩٤ .  
 وعلى القول بحذف التاء يكون على اعتبار أن النشوز فى الغالب  
 انما يكون من المرأة ، ولذلك اختصته ، دون الرجل ، كما تقول امرأة  
 حامل وحائض ، بدون تاء التأنيث لعدم مشاركة الرجل لها فيه .  
 واصل النشوز : الارتفاع ، يقال : نشز من مكانه نشوزا اذا ارتفع  
 عنه ، والنشز بفتح الأول والثانى : المرتفع من الأرض ، والسكون فى  
 الثانى لغة ، ويجمع الساكن على نشوز مثل فلس وفلوس ونشازكسهم وسهمام ،  
 ويجمع المفتوح على انشاز كاسباب .  
 تقول : أنشزت المكان ، بالالف ، أى رفعته ، واستعير ذلك للزيادة  
 والنمو ، فقيل : أنشز الرضاع العظم وانبت اللحم .  
 ونشزت المرأة نشوزا ، من بابي : ضرب وقعد ، اذا عصت زوجها وامتنعت  
 عليه تعالى . أنظر المصباح ج ٢ ص ٢٧٤ . المختار ص ٦٦٠ .

قالوا : نوع عقد يقصد به المنفعة ، فجاز أن يكون سببا لاستحقاق طعمة

( ٢٧ )

وكسوة غير موصوفة ، كالنكاح .

قلنا : النكاح يجوز مع الجهل بالمدة ، ولا يجوز ذلك ها هنا ، ( ٢٨ ) ولأن ذلك ( ٢٩ )

بدل يثبت من طريق الحكم ( ٣٠ ) فهو كمهر المثل ( ٣١ ) وهذا ( ٣٢ ) بدل يثبت بالشرط ، فهو كالمهر المسمى ( ٣٣ )

( ٢٧ ) حيث تستوجب به الزوجة الطعمة والكسوة غير الموصوفة .

بجامع أن كلا نوع عقد يقصد به المنفعة ، أما الأصل فالنكاح وأما الفرع فهو الاستتجار للارضاع .

ولما كان حكم الأصل جواز كونه سببا في استحقاق طعمة وكسوة مجهولة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز استتجار المرأة للارضاع بطعمتها وكسوتها أيضا لذلك .

( ٢٨ ) أى فى الاجارة .

وهذا فارق بين الأصل والفرع فى قياسهم الاجارة على النكاح ، ولا قياس مع الفارق .

( ٢٩ ) فى نسخة (( ب )) : ولأن ذلك . / أى النفقة فى النكاح .

( ٣٠ ) أى انه ثبت بحكم الشرع ، وليس برضا الزوجين .

( ٣١ ) حيث يجوز فرضه ، مع كونه مجهول الصفة والقدر والجنس .

بجامع أن كلا بدل يثبت من طريق الحكم ، أما الأصل فمهر المثل ، وأما الفرع فالنفقة فى النكاح .

ولما كان حكم الأصل صحة فرضه مع ما فيه من الجهالة ، كان حكم الفرع كذلك فتجب النفقة فى النكاح مع الجهالة أيضا لذلك .

( ٣٢ ) أى الاجرة فى الاجارة .

( ٣٣ ) حيث يثبت باشتراط المتعاقدين فيه .

بجامع أن كلا بدل يثبت بالشرط ، أما الأصل فالمهر المسمى ، وأما الفرع فالاجرة .

ولما كان حكم الأصل ثبوته باشتراط المتعاقدين فلا يصح فيه الجهالة ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح الجهالة فى الاجارة أيضا لذلك .

قالوا : مؤونة يجبر الأب عليها لتفذية الولد ، فجاز أن يكون طعاما  
 وسطا غير موصوف ، كنفقة الولد . ( ٣٤ )  
 قلنا : ذاك ( ٣٥ ) يجب على جهة الصلة ، وهذا ( ٣٦ ) يجب بالعقد  
 على سبيل الموض ، ( ٣٨ ) فهو كالمفاوض في العقود . ( ٣٩ )

- ( ٣٤ ) حيث تكون طعاما وسطا غير موصوف .  
 بجاسع ان كلا مؤونة يجبر الأب عليها لتفذية الولد ، اما الاصل فنفقة  
 الولد ، واما الفرع فأجر الظئر .  
 ولما كان حكم الاصل جواز كونها طعاما وسطا غير موصوف ، كان حكم  
 الفرع كذلك فيجوز أن تكون الاجرة وسطا غير موصوفة أيضا لذلك .  
 ( ٣٥ ) أى نفقة الولد .  
 ( ٣٦ ) أى لا الاجرة ، ولهذا جاز مع الجهالة .  
 ( ٣٧ ) أى اجرة الظئر .  
 ( ٣٨ ) أى فوجب أن يكون مقدرا فضا للنزاع .  
 ( ٣٩ ) حيث لا يجوز أن تكون مجهولة .  
 بجاسع ان كلا بدل يجب على سبيل الموض ، اما الاصل فالأعـواض  
 فى العقود ، واما الفرع فالاجرة .  
 ولما كان حكم الاصل عدم صحته مع الجهالة ، كان حكم الفرع كذلك  
 فلا يصح استئجار الظئر بطعامها وكسوتها أيضا لذلك .  
 والمقصود اثبات ان بين الاصل والفرع فارقا فى قياسهم المذكور فيبطل به .

\* مسألة ( ٢٢٥ ) : اذا قال : ان | روسيا فلك درهم <sup>(١)</sup> وان خطته  
فارسيا فنصف درهم <sup>(٢)</sup> لم تصح الاجارة <sup>(٣)</sup> ١٦٩/٠ ش.

- ( ١ ) لانه بفرزتين ، فتقتضى خياطته جهدا أكبر من الخياطة الفارسية .
- ( ٢ ) لانه بفرزة واحدة . أنظر فتح العزيز ج ١٢ ص ٢٠٢ .
- ( ٣ ) أى فالعقد فاسد ، وان خاطه فله اجرة المثل .
- أنظر : فتح العزيز ج ١٢ ص ٢٠٢ . مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٤٠ .
- القليوبي ج ٣ ص ٧٣ .
- وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٥ . كشاف القناع ج ٣ ص ٥٤٨
- وذكر فى المغنى ج ٥ ص ٣٧٧
- رواية اخرى بالصحة تخريجا على الروايتين فى مسألة : ان خطته اليوم فبدرهم
- وان خطته غدا فنصف درهم .
- وهو قول المالكية أيضا تخريجا على قولهم بفساد العقد ان قال له :
- ان خطته اليوم فبكذا والا فبكذا . للجهل بقدر الاجرة وقت العقد .
- أنظر : الشرح الكبير ج ٤ ص ٧ . الجواهر ج ٢ ص ١٨٥ . وذكر فى
- شرح المنح ج ٣ ص ٧٤٨ عن ابن عبد الحكم وسحنون جواز هذا العقد .
- ومحل عدم صحته هو ما اذا وقع العقد لازما ، اما اذا وقع بشرط الخيار
- لكل منهما فيجوز ، لأن الفرر لا يعتبر مع الخيار ، لانه اذا اختار امرا فكأنه
- ما عقد الا عليه ، أنظر حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٧ .
- ويشبه أن يكون القول ببطلان الاجارة المذكورة هو مذهب ابن حزم أيضا .
- لقوله : ولا يجوز استئجار دار ولا عبد ولا دابة ولا شئ أصلا ليوم غير معين -
- ولا لشهر غير معين ولا لعام غير معين ، لان الكراء لم يصح على شئ لم يعرف
- فيه المستأجر حقه ، فهو اكل مال بالباطل وعقد فاسد . أه ، المحلى :
- ج ٩ ص ١٧ .



وقال أبو حنيفة : تصح وأيهما خاط استحق . (٤)

لنا : ان الاجارة وقعت على مجهول غير معين ، فأشبه اذا قال : بعثك أحد هذين الثوبين أو بعثك (٥) بدرهم نقدا أو بدرهمين نسيئة (٦)

قالوا : خيره بين علمين معلومين ، كل واحد منهما ببدل معلوم ، فصح كما لو قال : ان رددت عدي الابق من الكوفة فلك درهم ، وان رددته من مصر فلك دينار . (٧)

(٤) خلافا لزفر حيث قال : لا يجوز ، لجهالة المعقود عليه للحال .

الهداية ج ٨ ص ٧٠ ، التبيين ج ٥ ص ١٣٨ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٣٩٤ وذكر في المبسوط ج ١ ص ١٠٠ ان القول بفساد ه قال به أبو حنيفة أولا ، ثم رجع عنه .

(٥) في نسخة ((ب)) : أو قال .

(٦) حيث لا يصح ذلك العقد .

بجامع وقوع العقد على مجهول غير معين ، في كل من الاصل وهو مالو قال : بعثك أحد هذين الثوبين ، أو بعثك بدرهم نقدا أو بدرهمين نسيئة ، والفرع وهو مالو قال : ان خطته روميا فبدرهم وان فارسيا فبنصفه .

ولما كان حكم الاصل البطلان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح العقد عليه أيضا لذلك .

(٧) حيث يصح العقد فيه .

بجامع التخيير بين علمين معلومين ، كل منهما ببدل معلوم ، في كل من الاصل وهو مالو قال : ان رددت على عدي الابق من الكوفة فبدرهم وان من مصر فدينار ، والفرع وهو مالو قال : ان خطته روميا فبدرهم وان فارسيا فبنصفه .

ولما كان حكم الاصل الصحة ، كان حكم الفرع كذلك فيصح العقد فيه أيضا لذلك .

قلنا : ( ٨ ) ينكسر بما قسنا عليه ، ( ٩ ) والجمالة ( ١٠ ) تصح مع الجهالة ،  
ولهذا لو قال : أى عبد لى رددت فلك درهم ، جاز ، وان خطته غدا  
فلك نصف درهم ، ( ١١ ) لم يجز . ( ١٢ )

✽ مسألة ( ٢٢٦ ) : اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا  
فلك نصف درهم ( ١ ) لم يصح العقد . / ١٧٠ ي

- ( ٨ ) فى نسخة (( ب )) : فلا ينكسر . / وهو خطأ .  
( ٩ ) وهو ما لو قال : بعثك أحد هذين الثوبين أو بعثك بدرهم نقدا أو باثنين  
نسيئة ، حيث لا يصح مع الوصف الذى ذكره فيهما .  
( ١٠ ) مثلثة الجيم المعجمة ، والأشهر الكسر .  
من الجعل بضم فسكون وهو الأجر ، تقول : جعلت له جعلا . أنظر  
المصباح ج ١ ص ١١١ .  
وهى شرعا : التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه . أه  
مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤٢٩ .  
( ١١ ) سقط قوله ( جاز ، وان خطته غدا فلك نصف درهم ) من نسخة (( ب ))  
فكانت العبارة فيه : فلك درهم لم يجز . / وهو خطأ فاحش لقلبه الحكم  
فى المسألة .  
( ١٢ ) أى فبطل قياسهم الاجارة على الجمالة ، لأن الجمالة تحتل الجهالة ،  
ولا كذلك الاجارة ، فهذا فارق بينهما ، والقياس مع الفارق باطل .

- ( ١ ) أى فالعقد فاسد ، والواجب اجرة مثله فى أى يوم خاطه .  
أنظر : فتح العزيز ج ١٢ ص ٢٠٢ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٥ . كشاف القناع ج ٣ ص ٤٨٥  
ونذكر فى المغنى ج ٥ ص ٣٧٦ عن أحمد رواية أخرى بالجواز .  
وبه يقول المالكية أيضا : الشرح الكبير ج ٤ ص ٧ . الجواهر ج ٢ ص ١٨٥ .  
شرح المنح ج ٣ ص ٧٤٨ .

وقال أبو حنيفة : ان خاط<sup>(٢)</sup> على الشرط الأول استحق المسمى ،  
وان خاط على الشرط الثاني فله اجرة المثل لا يزداد على درهم ولا ينقص  
عن النصف . ( ٣ )

لنا : هو ان المعقود عليه أحد الامرين ، وهو مجهول ، فأشبه اذا قال :  
بعثك أحد هذين الثوبين<sup>(٤)</sup> ولأن الاجرة مجهولة فأشبه اذا قال بعثك  
بدرهم نقدا وبدرهمين نسيئة .<sup>(٥)</sup>

= ومحل عند هم كما في المسألة قبلها : ما لم يقع العقد لازما ، ولو لا أحدهما ،  
والا بان كان الخيار لكل منهما فيجوز ، لأن الفرر لا يعتبر مع الخيار ،  
لأنه اذا اختار فكأنه ما عقد الا عليه ، ان عقد الخيار منحل ، كما في  
حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٧ .

وبطلان هذا العقد يقول ابن حزم أيضا لما نقلنا عنه في المحلى  
ج ٩ ص ١٧ : في المسألة قبل هذه ، فلي نظر .

( ٢ ) في نسخة (( ب )) : ان خاطه . / وكذا خاطه الثانية .

( ٣ ) خلافا لزفر حيث قال : العقد فاسد ، وخلافا للصاحبين حيث قال : العقد  
صحيح بشرطيه فله المسمى في الحالتين .

أنظر : المبسوط ج ١ ص ١٠٠ . الهداية ج ٨ ص ٧ . التبیین ج ٥ ص ١٣٩ .  
مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٩٥ .

( ٤ ) حيث لا يصح ذلك العقد .

بجامع ان المعقود عليه غير معين ، في كل من الأصل وهو مالو قال بعثك  
أحد هذين الثوبين ، والفرع وهو مالو قال : ان خطته اليوم فبدرهم  
وان خطته غدا فنصفه .

ولما كان حكم الأصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح  
العقد فيه أيضا لذلك .

( ٥ ) حيث يبطل العقد المذكور .

بجامع الجهالة في الاجرة ، في كل من الأصل وهو مالو قال : بعثك بدرهم  
نقدا وبدرهمين نسيئة ، والفرع وهو مالو قال ان خطته اليوم فبدرهم  
= وان غدا فنصفه ،

ولأن الشرط الثانى (٦) فاسد ، فكذلك الأول (٧) ولانه لو صح الشرط الأول للزم (٨) كسائر الاجارات (٩).

قالوا : الشرط الأول صحيح ، لانه عمل معلوم ، باجرة معلومة ، والشرط الثانى باطل لانه شرط النقصان لاجل الوقت ، والوقت لا يقابل ببديل ، ولهذا لا يجوز لمن له على رجل ألف مؤجل (١١) ان يحط خمسمائة على أن يعجل له الباقي ، فيبطل الثانى (١٢) ولا يؤثر ذلك فى الأول (١٣) كما لو قال بعثتك

---

= ولما كان حكم الاصل البطلان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح العقد فيه أيضا لذلك .

(٦) وهو قوله : وان خطته غدا فبنصف درهم .

(٧) لانه مبنى عليه ، وما انبنى على فاسد فهو فاسد أيضا .

(٨) أى لصح العقد ، بشرطيه الأول والثانى .

(٩) حيث تصح بالشروط . أى والحال انه لم يصح ، فلم يلزم العقد ، لا بشرطه الأول ولا بشرطه الثانى ، لفساد الأول بسبب الجهالة ، والثانى مبنى عليه ، فكان مثله فيه .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : لان عمله معلوم واجرته معلومة .

(١١) فى نسخة ((ب)) : الف الى وقت مؤجل .

(١٢) أى الشرط الثانى فى المسألة ، وسبب بطلانه اذا جعل فى مقابلة الزمن جزءا من الاجرة ، حيث اسقط نصف الدرهم فى مقابلة التأخير الى اليوم الثانى .

(١٣) لانه شرط صحيح ، لكونه شرطا على عمل معلوم واجر معلوم .

(١٤) (١٥) (١٦) (١٧) (١٨) (١٩) (٢٠) (٢١) (٢٢) (٢٣) (٢٤) (٢٥) (٢٦) (٢٧) (٢٨) (٢٩) (٣٠) (٣١) (٣٢) (٣٣) (٣٤) (٣٥) (٣٦) (٣٧) (٣٨) (٣٩) (٤٠) (٤١) (٤٢) (٤٣) (٤٤) (٤٥) (٤٦) (٤٧) (٤٨) (٤٩) (٥٠) (٥١) (٥٢) (٥٣) (٥٤) (٥٥) (٥٦) (٥٧) (٥٨) (٥٩) (٦٠) (٦١) (٦٢) (٦٣) (٦٤) (٦٥) (٦٦) (٦٧) (٦٨) (٦٩) (٧٠) (٧١) (٧٢) (٧٣) (٧٤) (٧٥) (٧٦) (٧٧) (٧٨) (٧٩) (٨٠) (٨١) (٨٢) (٨٣) (٨٤) (٨٥) (٨٦) (٨٧) (٨٨) (٨٩) (٩٠) (٩١) (٩٢) (٩٣) (٩٤) (٩٥) (٩٦) (٩٧) (٩٨) (٩٩) (١٠٠)

هذا بألف، وأجرتك داري بخمر. قلنا: الأول صحيح لو أنقصر عليه، فاما إذا خسر بينك وبين

الثاني، صاهر المعقود عليه أحدهما لا بعينه، (١٦) بخلاف ما لو قال: بعثتك هذا بألف، وأجرتك داري بخمر، فان ذاك (١٧) عقدان، (١٨) وهذا عقد على أحدهما. (٢٠)

\* مسألة (٢٢٧): إذا دفع ثوبا الى خياط فقطعه قباء<sup>(١)</sup>، فقال رب الثوب:

(١٤) في الاصل (دارا) والأولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) لتعيين السدار في العقد.

(١٥) حيث لا يبطل العقد الأول لبطلان في الثاني، لكون الاجرة في الأخير محرمة.

(١٦) أي فيبطل ذلك العقد، لانهما دخلا فيه على الجهالة بعين المعقود عليه.

(١٧) في نسخة ((ب)): فان ذلك. / اشارة الى ما لو قال: بعثتك هذا بألف وأجرتك داري بخمر.

(١٨) أي فلا يلزم من فساد أحدهما فساد الآخر.

(١٩) اشارة الى ما لو قال: ان خطته اليوم فيد رهم وان غدا فبنصفه.

(٢٠) أي لا بعينه، فيبطل للجهالة بالمعقود عليه،

أي وهذا فارق بين الاصل والفرع، يبطل به قياسهم المذكور.

(١) في دائرة القرن العشرين ج ٧ ص ٦٢٧: القباء ثوب يلبس فوق الثياب

وقيل يلبس فوق القميص، ويتمنطق عليه، جمعه أقبية. أهـ.

وفي تصحيح التنبيه ص ٨٦: القباء مدود وجمعه أقبية، وتقببت القباء

لبسته.

قال الجواليقي: قيل هو فارسي معرب وقيل عربي مشتق من القبو وهو

الضم والجمع. أهـ.

قلت: وهو ما يسمى الآن بالمعطف.

أمرتك أن تقطعه قميصاً<sup>(٢)</sup> ، وقال الخياط : بل امرتني أن اقطعه قباً ،  
ففيه أقوال : أحدها : انهما يتحالفان ، والثاني : أن القول قول  
الخياط ، والثالث : أن القول قول رب الثوب .<sup>(٣)</sup> ١٧٠ ي .  
وهو قول أبي حنيفة<sup>(٤)</sup> .

= وأول من لبسه سليمان بن داود عليه السلام لأنه كان إذا أدخل رأسه  
في الثياب كنصت الشياطين أي حركت أنوفها استهزاء . أنظر النظم  
المستعذب ج ١ ص ٤١٠ .

( ٢ ) القميص يذكر ويؤنث ، ولا يكون إلا من قطن ، ولما من الصوف فلا يسمى  
قميصاً ، وجمعه قمص على وزن كتب جمع كتاب ، ويجمع على اقمصصة  
كأسورة جمع سوار ، وقمصان على وزن لقمان . أنظر القاموس ج ٢ ص ٣١ .  
( ٣ ) الأم ج ٤ ص ٣٩ . المختصر ص ١٢٨ . ورجح النووي القول الثالث  
فقال : فالأظهر تصديق المالك بيمينه ، ولا اجرة عليه وعلى الخياط ارش  
النقص . أهـ . المنهاج ص ٧٨ . وأنظر الوجيز ج ١ ص ٢٣٨ .  
وزهب ابن حزم إلى أن القول عند الاتلاف وانعدام البينة هو قول  
الصانع والأجير مع يمينه ، أنظر المحلى ج ٩ ص ٣٥ وخياطة الثوب  
على غير المطلوب اتلاف له على صاحبه .

( ٤ ) أي فيجب الضمان على الخياط إذا حلف رب الثوب .  
أنظر : الهداية ج ٨ ص ٨١ و ٨٢ . التبيين ج ٥ ص ١٤٢ . مجمع  
الأنهر ج ٢ ص ٣٩٧ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٧٨ . كشف القناع ج ٤ ص ٤٠ .  
المحرر ج ١ ص ٣٥٨ .

وزهب المالكية إلى أن القول قول الصانع في ذلك .  
أنظر : الشرح الكبير : ج ٤ ص ٥٦ . الجواهر ج ٢ ص ١٩٨ . شرح المنح :  
ج ٣ ص ٨٢٧ .

ومحله عندهم : هو ما إذا لم تشبه الصفة التي يدعيها المستأجر حاله ،  
والا بان اشبهت حاله فالقول قوله دون الأجير ، كما لو استأجره فقيسه =

فالدليل على أنهما يتحالفان : ان كل واحد منهما يدعى على الآخر ما ينكره ، فأشبه ان ادعى عليه بيعا ، وادعى هو هبة . (٥)  
والدليل على أن القول قول الخياط : انهما اتفقا على الاذن ، (٦) واختلفا  
فى التعدى ، فكان القول قول المأذون ، كالمضارب ورب المال . (٧)

---

= لخيطة ثوب ضيق الاكمام ، فخاطه واسع الاكمال ، لأن سعة الاكمام  
من الاسراف ولا يظن بحال الفقيه طلب توسيع الاكمال ، فكان القول  
قوله ، لمناسبته لحاله .

( ٥ ) حيث يتحالفان فيه .  
بجامع ان كل واحد منهما يدعى على الآخر ما ينكره ، اما الأصل  
فما لو ادعى عليه بيعا وادعى هو هبة ، واما الفرع فهو الموقوف  
المستأجر امرئك بأن تخطيه قميصا وخالفه الخياط فقال : بل قباء .  
ولما كان حكم الاصل تحالفهما فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيتحالف  
المستأجر والخياط أيضا لذلك .

( ٦ ) أى من المستأجر للخياط بالخيطة .  
( ٧ ) حيث يكون القول فيه قول المضارب عند الاختلاف .  
بجامع الاتفاق على الاذن والاختلاف فى التعدى ، فى كل من الأصل  
وهو المضارب ورب المال ، والفرع وهو المستأجر والخياط .  
ولما كان حكم الاصل هو أن القول قول عامل المضاربة ، كان حكم  
الفرع كذلك فيكون القول قول الخياط عند الاختلاف أيضا  
لذلك .

قالوا : الخياط يدعى عليه اننا ينكره ، فأشبه اذا ادعى عليه الاذن في القطع ، فأنكر . ( ٨ )

قلنا : هناك ( ٩ ) الظاهر مع رب الثوب ، فان الاصل عدم الاذن ، وهما هنا الظاهر مع الخياط ، لأن رب الثوب يدعى عليه تعديا ، الأصل عدمه ، ولهذا لو اختلف رب المال والمضارب في الاذن في التصرف ، كان القول قول رب المال ، ولو اختلفا فمضى التعدى كان القول قول المضارب . ( ١١ )

\* مسألة ( ٢٢٨ ) : اذا تلف الشيء في يد ( ١ ) الأجير المشترك ، ففيه

( ٨ ) أى وقال انما جعلته عندك وديعة . فالقول قول رب الثوب في ذلك .  
بجامع ادعاء الخياط الاذن وانكار رب الثوب ذلك ، في كل —  
الاصل وهو مالو ادعى الخياط الاذن في قطع الثوب وانكره رب الثوب  
والفرع وهو مالو ادعى الخياط الاذن في جعله قباء وانكره رب الثوب .  
ولما كان حكم الاصل أن القول قول رب الثوب في الاذن بالقطع ، كان  
حكم الفرع كذلك فيكون القول قوله أيضا في نوع الخياطة ، لذلك .

( ٩ ) أى فيما لو ادعى عليه الاذن في القطع فانكره رب الثوب .

( ١٠ ) أى فيما لو ادعى عليه رب الثوب انه امره بقطعة قباء وخالفه الخياط .

( ١١ ) لانه أمين على رأس المال ، والأصل عدم التعدى .

أى وبشئوت هذا الفارق بين الاصل والفرع في قياسهم يبطل الاحتجاج به .

( ١ ) في نسخة (( ب )) : تحت يد .

( ٢ ) في نسخة (( ب )) : المشترى . / وهو تحريف .

والأجير المشترك : هو من التزم عملا في ذمته . سمي بذلك لانه يلتزم

في ذمته امالا لمتعدد بين ابتداء أو دواما ، فهم مشتركون في منفعتيه

فلو التزم العمل لواحد امكنه ان يلتزم لاخر مثله .

ويقال له الاجير الخاص أو المنفرد ، وهو من أجر نفسه مدة معينة لعمل =



قولان ، أحدهما أنه يضمن ، والثاني : أنه لا يضمن . (٣) / ١٧٠ .

= وسمى بذلك لأن منافعه مختصة بالمستأجر في المدة .

أنظر شرح المحلى ج ٣ ص ٨١ والقلوبي عليه أيضا .

(٣) أى مطلقا سواء كان التلف بفعله أولا في القولين ، ومحل الخلاف — مع الحنفية مالم يتعد .

وفى تلف المال فى يد الأجير بلا تعد ، ثلاثة أقوال للشافعية :

الأول : لا ضمان ان لم ينفرد باليد بان قعد المستأجر معه . وكذا ان انفرد فى الأصح .

الثاني : عليه الضمان مطلقا ، انفرد أو لم ينفرد ، مشتركا كان أو خاصا .

الثالث : التقريق بين الأجير المشترك فيضمن ، والخاص فلا يضمن .

أنظر : الوجيز ج ١ ص ٢٣٧ . المنهاج ص ٧٧ وشرح المحلى ج ٣ ص ٨١

وذكر فى المختصر ص ١٢٧ القولين الذين ذكرهما المصنف نسا .

وبإيجاب الضمان على الأجير المشترك وان لم يتعد ، يقول الحنابلة .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٧٨ . كشاف القناع ج ٤ ص ٣٥ . المغنى :

ج ٥ ص ٣٨٨ .

ومحله عندهم : هو ما اذا كان الأجير يعمل فى ملك نفسه ، كالخباز يخبز

فى تنوره والخياط يخط فى دكانه ، والا بان دعا الرجل خبازا الى

داره فخبز له فيها فلا ضمان عليه فيما تلف مالم يفرط لانه صار بذلك كالأجير

الخاص .

ذكر ذلك فى المغنى ج ٥ ص ٣٨٩ .

وأوجب المالكية الضمان على الأجير المشترك مطلقا أيضا .

الا أن يكون فى عمله تغرير فلا يضمن الا أن يتعدى أو يفرط ، كنقش فـص

وثقب للؤلؤ وتقويم سيف لا حتمال حدوث الكسر فى الكل وكذا احتراق

الخبز عند الفرن أو الثوب عند الصباغ ، ومثله الطبيب والختان والبيطار ،

لأن ما فيه التغرير كأن صاحبه هو الذى عرضه لما أصاب من التلف .

ومحل الضمان فى غير التغرير : هو ما اذا عمل فى ملك نفسه ، والا فلا ضمان =

وقال أبو حنيفة : ان تلف بفعله <sup>(٤)</sup> وجب الضمان <sup>(٥)</sup> ، وان تلف بغير فعله <sup>(٦)</sup> ، لم تجب <sup>(٧)</sup> .

= لشبهه حينئذ بالاجير الخاص .

أنظر : الجواهر ج ٢ ص ١٩١ ونقل الشيخ عيش عن ابن رشد ان فسى المذهب قولين فى تضمين الصانع المشترك . أنظر شرح المنح ج ٣ ص ٢٩٠ الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٨٠ .

ثم المالكية يفرقون فى الضمان المطلق وان بلا قعد ، بين الصانع والاجراء فيوجبون الضمان مطلقا على الصانع لغلبة فقر الصانع ورقة دمانتهم واضطرار الناس الى صنعتهم ، واما الاجراء فيضمنون بالتعدي . أنظر شرح المنح ج ٣ ص ٢٨٨ . ومحل هذا التفريق ما لم يكن الصانع والاجير مشتركا ، والا فحكمه ما ذكرنا عنهم .

وزذهب ابن حزم الى عدم تضمين الاجير المشترك وغير المشترك سواء كان صانعا أو أجيرا الا بالتعدي . والقول قوله ما لم تقم عليه بينة بالتعدي . أنظر المحلى ج ٩ ص ٣٥ .

( ٤ ) كتحريق الثوب من دقة وزلق الحمال وانقطاع الحبل وغرق السفينة من سوء قيادته .

( ٥ ) أى وان لم يتعد .

( ٦ ) كغرق السفينة من الريح والموج ونحو ذلك .

( ٧ ) ما لم يتعد خلافا لزفر حيث أوجب عليه الضمان فى الحالين .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٦٢ . التبيين ج ٥ ص ١٣٥ . مجمع الأنهر :

ج ٢ ص ٣٩٢ .

فالدليل على أنه لا يضمن : هو أنه تلف في يد الأجير بغير تعدد ، فلم

( ٨ )

يضمنه ، كما لو تلف في يد القصار .

فان قيل : التلف في الأصل ( ٩ ) حصل بفعل الله تعالى ( ١٠ ) وهو السراية .

قيل : الا أنه حصل ذلك بسبب فعله ( ١١ ) ولأنه تلف حصل من

( ١٢ )

عمل مأذون فيه فلا يضمنه كما لو تلف في يد المعين .

( ٨ ) على وزن جلا د . تقول : قصرت الثوب قصرا ، اذا ابيضته وفي الصنعة

منه تقول : قصارة ، بكسر الأول . أنظر المصباح ج ٢ ص ١٦٣ .

وفي المختار ص ٥٣٧ : قصر الثوب دقه ، وبابه نصر ، ومنه القصار ،

وقصره - بتشديد الصاد المهملة - تقصيرا مثله . أهـ .

وفي القاموس ج ٢ ص ١١٨ ، وكشدا د ومحدث - أى قصار ومقصر -

محور - بتشديد الواو - الثياب ، وحرفته القسارة بالكسر ، وخشبته

المقصرة ، كمكسرة . أهـ .

فلا يجب عليه الضمان وان حصل التلف بفعله .

والجامع في القياس المذكور هو التلف بلا تعدد ، في كل من الاصل وهو

مالو تلف الثوب بيد القصار والفرع وهو مالو تلف في يد الأجير المشترك .

ولما كان حكم الاصل عدم الضمان فيه على القصار ، كان حكم الفرع كذلك

فلا يضمن الأجير المشترك ما تلف بيده أيضا لذلك .

( ٩ ) أى في يد القصار .

( ١٠ ) في نسخة (( ب )) : بفعل الله تبارك وتعالى . / أى فلا يوصف بالتعدي

وعدمه اذن .

( ١١ ) أى فيضاف الحكم اليه ، باعتباره السبب القريب ، فيكون في حكم المباشرة

اذا اجتمعت مع السبب ، حيث تقدم عليه في الضمان .

ولذلك جاز وصفه بالتعدي وعدمه .

( ١٢ ) من الاعانة ، حيث لا يجب عليه الضمان . وفي نسخة (( ب )) : المعير . /

وهو تحريفه بجامع الاذن له بالعصر ، في كل من الاصل وهو مالو تلف

في يد المعين والفرع وهو مالو تلف في يد الأجير المشترك . =

فان قيل : المعين<sup>(١٣)</sup> واهب ، والهبة لا تقتضى التسليم ، والمؤجر  
 بائع والبيع يقتضى التسليم .<sup>(١٤)</sup>  
 قيل :<sup>(١٥)</sup>

قالوا : العمل مضمون عليه ، فضمن ما تولد منه<sup>(١٦)</sup> ، كالجناية<sup>(١٧)</sup> .

= ولما كان حكم الأصل عدم وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب  
 الضمان على الأجير المشترك أيضا لذلك .

( ١٣ ) فى نسخة (( ب )) : المعير . / من الاعارة . وهو تحريف أيضا .  
 ( ١٤ ) أى فاذا هلك المبيع فى يده قبل التسليم انفسخ العقد ولا ضمان عليه .  
 أى فبين الأصل والفرع فارقا يبطل به قياسكم .

( ١٥ ) سقطت من نسخة (( ب )) . ولم يذكر فى الأصل الجواب على الاعتراض  
 المذكور . بل مكتوب فى الهامش كلمة ( موضع بياض ) وهو سطر  
 كامل ،

ويبدو أن المؤلف لم يحضره الجواب فترك له فراغا ، ثم شغل عنه ، بدليل  
 أن الكتاب قرئ على المؤلف من ناحية ، وكلمة ( موضع بياض ) مكتوبة  
 بخط يشبه خط الناسخ ، فيبدو أن المؤلف امره بترك موضع البياض  
 هذا ، ليكتب فى المستقبل . والله أعلم .

ويمكن أن يقال فى الجواب على ايرادهم بأن يقال : لكن لا تعدى من  
 الأجير فلا يجب عليه الضمان .

( ١٦ ) فى نسخة (( ب )) : فيه . / وهو تصحيف .

( ١٧ ) حيث يضمن ما تولد منها ، كما لو قطع يده فمضى الالم الى نفسه  
 فمات .

بحاسع ان الفعل مضمون عليه . فى كل من الأصل وهو الجناية ، والفرع  
 وهو الاجارة .

ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان عليه فيما تولد من جنايته ، كان حكم  
 الفرع كذلك ، فيجب على الأجير المشترك الضمان فيما تولد من فعله أيضا  
 لذلك .

قلنا : يبطل بالأجير المفرد<sup>(١٨)</sup> وبالقصار<sup>(١٩)</sup> ، ثم الجنابة عدوان ، وهذا<sup>(٢٠)</sup> مأذون فيه ، فهو كقطع السارق<sup>(٢١)</sup> ولأن ذلك<sup>(٢٢)</sup> ضمان غرامة ، فاقتضى الغرامة فيما تولد منه ، وهذا<sup>(٢٣)</sup> ضمان عقد فلا تقتضى ضمان الغرامة .<sup>(٢٤)</sup>

فصل :<sup>(٢٥)</sup> وأما الدليل<sup>(٢٦)</sup> على أنه يضمن ما تلف بغير فعله ،<sup>(٢٧)</sup> على

- ( ١٨ ) أى الخاص . وهو كما قلنا من استؤجر على العمل بمدة .
- ( ١٩ ) حيث لا يجب عليهما ضمان ما تولد من فعلهما ، مع كون العمل مضمونا عليهما .
- ( ٢٠ ) أى العمل فى الاجارة .
- ( ٢١ ) حيث لا ضمان فيه على القاطع ، وهو الجلاذ أو الامام لو سرى القطع الى نفسه .
- بجامع الاذن له فيه ، فى كل من الاصل وهو قطع الجلاذ يد السارق ، والفرع وهو تلف المال فى يد الأجير المشترك .
- ولما كان حكم الأصل عدم وجوب الضمان عليه فيه ؛ كان حكم الفرع كذلك فلا يجب الضمان على الأجير المشترك أيضا لذلك .
- ( ٢٢ ) أى الضمان فى الجنابة .
- ( ٢٣ ) أى الضمان فى الاجارة .
- ( ٢٤ ) أى فيما تولد منه .
- أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .
- ( ٢٥ ) سقطت كلمة ( فصل ) من نسخة (( ب )) .
- ( ٢٦ ) فى نسخة (( ب )) : والدليل .
- ( ٢٧ ) أى ما لم يتعد .

القول الآخر ، أن من استحق عليه الأجر <sup>(٢٨)</sup> ضمنه <sup>(٢٩)</sup> اذا تلف عنده <sup>(٣٠)</sup> ،  
 كما لو كان ذلك بفعله <sup>(٣١)</sup> ، ولانه لو استأجر حمالا ليحمل له شيئا فمـ~~شـ~~  
 فى نصف الطريق وكسر <sup>(٣٢)</sup> ، كان لصاحب المتاع عندهم أن يضمه من وقت القبض <sup>(٣٣)</sup> ،  
 فلو لم يكن مضمونا عليه بالقبض <sup>(٣٤)</sup> لما ضمنه من وقت القبض .  
 قالوا : قبض باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة ، فأشبه الوديعة <sup>(٣٥)</sup> .

- 
- (٢٨) فى نسخة ((ب)) : الاجرة . / وهو صاحب المال أى المستأجر .  
 (٢٩) أى الأجر .  
 (٣٠) أى عند المستأجر ، وان كان بغير فعله . أى فكذلك الأجير يضمن  
 الثوب اذا تلف عنده .  
 (٣١) أى بفعل المستأجر ، حيث يضمه للأجير قطعاً .  
 (٣٢) فى نسخة ((ب)) : فكسر . / أى الشيء المحمول .  
 (٣٣) أى وقت ابتداء الحمل ، أنظر الهداية ج ٨ ص ٦٧ ، وذكر  
 فى الكفاية أن زفر خالفهم فى ذلك فاسقط عنه الضمان .  
 أنظر ج ٨ ص ٦٧ .  
 أى فدل تضمينهم اياه وقت القبض على أن الأجير يضمن ما تلف بغير  
 تعد منه .  
 (٣٤) أى وان لم يكن بفعله .  
 (٣٥) حيث لا يجب عليه الضمان بها اذا تلفت بفعل غيره .  
 بجامع القبض باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة ، فى كل من الاصل  
 وهو الوديعة ، والفرع وهو الاجارة .  
 ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان عليه بتلفها بفعل غيره ، كان حكم  
 الفرع كذلك ، فلا يجب الضمان على الأجير المشترك أيضا لذلك .

قلنا : (٣٦) الوديعة لو تلفت بالفعل (٣٧) المأذون ، لم يضمن (٣٨) ،  
وها هنا (٣٩) يضمن . (٤٠)

\* مسألة (٢٢٩) : اذا استأجر دابة للركوب فضربها أو كبها (١) باللجام  
فتلفت لم يضمن (٢) . ١٧٠ / ش.

(٣٦) سقط قوله ( قلنا : الوديعة ) من نسخة (( ب )) .

(٣٧) فى نسخة (( ب )) : بفعل المأذون .

(٣٨) أى المتلف .

(٣٩) أى فى الاجير المشترك .

(٤٠) أى مع كون التلف ناتجا عن فعل مأذون فيه .

أى وبهذا الفارق بين الاصل وهو الوديعة والفرع وهو الاجارة ،  
بيطل قياسهم المذكور .

(١) أى شدها وجذبها به لتقف ، تقول : كبحت الدابة باللجام كبها ،  
اذا جذبتها به ، وبابه نفع . أنظر المصباح ج ٢ ص ١٨٢ .

(٢) الأم ج ٤ ص ٣٧ . المختصر ص ١٢٧ . شرح المحلى ج ٣ ص ٨٢ .  
ومحله : هو ما اذا كبها به الكبج المعتاد لمثلها ، والا ضمن لتعديده  
به .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٧٩ . كشف القناع ج ٤ ص ٤٠ .  
المغنى ج ٥ ص ٣٩٧ .

وبعدم تضمين المكترى ما لم يتعد يقول المالكية أيضا لان يده على العين  
يد امانة .

ومثله الاجير على التفصيل السابق عندهم فى المسألة قبل هذه .

أنظر : الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٤ . الجواهر ج ٢ ص ١٩٠ . شرح المنح :

( ٣ ) وقال أبو حنيفة : يضمن .

( ٤ ) لنا : هو أنه امانة هلكت في يده بغير عدوان ، فأشبهه الوديع ~~بـ~~ .  
ولأن ضرب البهيمة للسوق متعارف ، والمتعارف كالمنطوق به ( ٥ ) ، ثم المنطوق  
به ، لا يتعلق به الضمان وهو ضرب الرأض ( ٦ ) ، فكذلك ها هنا ( ٧ ) .

( ٣ ) خلافا للصاحبين .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٢٩ . التبيين ج ٥ ص ١١٨ . مجمع الأنهر :  
ج ٢ ص ٣٧٩ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

( ٤ ) حيث لا يجب عليه ضمانها بلا تفريط منه فيها .

بجامع ان كلا امانة هلكت في يده بغير عدوان ، اما الأصل فالوديعة  
واما الفرغال دابة المكتراة .

ولما كان حكم الاصل عدم الضمان فيها مالم يتعد ، كان حكم الفرع  
كذلك ، فلا ضمان بتلف الدابة المكتراة مالم يتعد المكترى أيضا لذلك .

( ٥ ) أى كالصرح باباحته عند العقد .

( ٦ ) وهو مدرب الدواب ومذللها ، تقول : رضت الدابة رياضا ، اذا ذللتها ،

واسم الفاعل : راض ، والدابة : مروضة . ( أنظر المصباح ج ١ ص ٢٦٣ )  
ويكون ذلك فى صغار الدواب كالمهر والجحش ، أو للمستعصى من كبارها ،  
كالخيل والبغال والحمير .

( ٧ ) فى نسخة (( ب )) : فكذلك هذا . / أى فى الداهية المستأجرة .

حيث لا يجب الضمان على المستأجر بتلفها بلا تعد فى الكبح .

بجامع ان المتعارف كالمنطوق به فى كل من الاصل وهو ترويض الدواب .  
والفرع وهو كبحها .

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان على الرأض بتلفها ، كان حكم  
الفرع كذلك فلا يجب الضمان على مكترى الدابة بتلفها به أيضا لذلك .



قالوا : ضرب لم يقع العقد عليه ، فأشبهه ضرب الزوجة .<sup>(٨)</sup>  
 قلنا : الا أنه لا يتوصل الى المعقود عليه<sup>(٩)</sup> الا به ، فصار<sup>(١٠)</sup> كالـمعقود  
 عليه<sup>(١١)</sup> ، كالا فتضا<sup>(١٢)</sup> في النكاح<sup>(١٣)</sup> ، ويخالف الزوجة لانه يمكنه استيفاء  
 المعقود عليه بالزجر والكلام<sup>(١٤)</sup> ، فاذا عدل الى الضرب وجب عليه —————

( ٨ ) حيث يجب به على الزوج الضمان اذا نشأت عنه جنابة .  
 بجامع عدم وقوع العقد عليه في كل من الاصل وهو ضرب الزوجة ، والفرع  
 وهو ضرب الدابة .  
 ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان على الزوج بتلفها به ، كان حكم  
 الفرع كذلك فيجب الضمان على مكترى الدابة بتلفها به أيضا لذلك .

( ٩ ) وهو الانتفاع .  
 وقد سقط قوله ( عليه ) من الأصل . / والأولى اثباته .  
 ( ١٠ ) سقط من نسخة (( ب )) قوله ( الا به ، فصار كالـمعقود عليه )  
 ( ١١ ) في جواز فعله بلا ضمان مالم يكن تعد منه فيه .  
 ( ١٢ ) من الفسخ وهو الكسر ، تقول فضضت الخاتم ، اذا كسرتة ، وفسـض  
 البكارة ازالتها ، على جهة التشبيه بالختم ، مأخوذ من فضضت  
 اللؤلؤة اذا خرقتها . أنظر المصباح ج ٢ ص ١٣٠ .

( ١٣ ) حيث لا يجب على الزوج فيه ضمان الفسخ .  
 بجامع عدم التوصل الى المعقود عليه الا به ، في كل من الاصل وهو  
 الافتضا في النكاح ، والفرع وهو كبـح الدابة المستأجرة .  
 ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان على الزوج بفسخه لفشاء البكارة  
 في المرأة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب على المكترى ضمان اتلاف الدابة  
 اذا كبـحها بدون تعد أيضا لذلك .

( ١٤ ) لقول الله تعالى ( واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فـى  
 المضاجع ، واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ان الله كان عليا  
 كبيرا ) سورة النساء آية / ٣٤ .

الضمان (١٥) بخلاف البهيمة (١٦)

\* مسألة ( ٢٣٠ ) : اذا استأجر ثوبا للباس أو دابة للركوب ، جاز أن يلبس (١) ويركب غيره . / ١٢٠ ش.

= وجه الدلالة : مراعاة الترتيب المذكور في تأديب الزوجات ، فانه المشروع وماعداه عدوان فيوجب الضمان .

( ١٥ ) لتعديده بمجاوزة المأذون به شرعا .

( ١٦ ) حيث لا يمكن ذلك معها بالكلام والزجر ، فصار مأذونا به فيها .

أى فالقياس الذى ذكره قياس مع الفارق فيبطل .

( ١ ) أى سواء عين اللابس والراكب اثناء العقد أو اطلقه .

ومحله: اذا كان الغير مثل المستأجر فى الحجم طولا وقصرا ومتانة وفى الوزن وان اخف منه لاثقل ، وان كان أقل منه خبرة ، الا أن يتفاحش التفاوت فيها بينهما فلا .

أنظر: الوجيز ج ١ ص ٢٣٦ . المنهاج ص ٧٧ . مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٥٠ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٦٧ . كشاف القناع ج ٤ ص ١٤ . وقد ذكر فى المغنى ج ٥ ص ٣٥٣ عن القاضى قولا انه يشترط التساوى فى الطول والقصر والمعرفة بالركوب .

وبه يقول المالكية كما فى القوانين ص ٣٠٣ . ارشاد السالك ج ٢ ص ٣٢٣ . وقد ذكر فى الشرح الكبير ان هلاك ما تستوفى به المنفعة لا يفسخ العقد فى الأصح كراكب يهلك قبل تمام المدة فلوارثه استيفاؤها عنه . فدل ذلك على أن المنفعة عندهم يجوز للمستأجر استيفاؤها بنفسه وبغيره أيضا . أنظره ج ٤ ص ٢٩ . والجواهر ج ٢ ص ١٩٢ . شرح المنح ج ٣ ص ٧٩٢ . الا أن يقال انه لما تعذر استيفاء المنفعة بالموت قام غيره باستيفائها عنه ولولا ذلك لم يجز .

( ٢ ) وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

لنا : انه منفعة ، يجوز له أن يستوفيها بنفسه ( ٣ ) فجاز له أن يستوفيها بغيره ، كسكنى الدار . ( ٤ )

قالوا : الناس متفاوتون فى الثقل والخفة ، وفى البطء والسرعة فى الركوب ، ولهذا قال الشاعر : ( ٥ )

( ٢ ) أى فيما اذا عين فى العقد اللبس والراكب . والا جاز .

فإذا خالف فاركب أو البس غيره ولم تتلف الدابة أو الثوب ففى الاستحسان يجب له المسمى ، وفى القياس يجب اجرة المثل ، لأن العقد فاسد بسبب المخالفة .

وجه الاستحسان : ان المفسد وهو الجهالة التى تفضى الى المنازعة قد زال فيزول الفساد .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٢٦ . التبيين ج ٥ ص ١١٥ . مجمع الأنهر : ج ٣ ص ٣٧٧ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

( ٣ ) فى نسخة (( ب )) : لنفسه . / وما فى الأصل هو الصواب ، وما هنا تحريف .

( ٤ ) حيث يجوز له استيفاؤها بغيره ، باجارة أو اعارة أو نحو ذلك .

بجامع ان كلا منفعة يجوز له استيفاؤها بنفسه ، فى كل من الأصل وهو سكنى الدار ، والفرع وهو ركوب الدابة ولبس الثوب .

ولما كان حكم الأصل جواز الاستيفاء فيه بالغير ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له أن يركب أو يلبس غيره أيضا لذلك .

( ٥ ) هو جرير ، كما فى لسان العرب ج ٩ ص ٢٥٧ ، الا أنه قال بـ بدل :

اعجازها . قال : اكتافها .

لم يركبوا الخيل الا بعد ما هربوا . . . فهم ثقال على أعجازها عنف<sup>(٦)</sup>  
فصار كما لو استأجر دابة ليحمل عليها القطن فحمل عليها الحديد<sup>(٧)</sup>.  
قلنا : الكلام في السير المعتاد ، ولا يختلف الناس في ذلك<sup>(٨)</sup> ، ولان في  
ركوب المحمل<sup>(٩)</sup> لا يختلف الناس ، وعند هم لا يجوز<sup>(١٠)</sup> ، ويخالف الحديد فانه

( ٦ ) قال ابن منظور : والعنيف : الذي لا يحسن الركوب ، وليس له رفق  
بركوب الخيل .

وقيل : الذي لا عهد له بركوب الخيل ، والجمع عنف . أهـ . على وزن كتب .  
اللسان ج ٩ ص ٢٥٧ .

( ٧ ) حيث لا يجوز له ذلك .

بجامع التفاوت في الثقل والخفة والسلامة والتضرر منه ، في كل من الأصل  
وهو مالهو استأجر دابة لحمل قطن فحمل حديدا ، والفرع وهو مالهو  
استأجر دابة للركوب ، فاركب غيره .  
ولما كان حكم الأصل عدم الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا  
يجوز له اركاب الدابة المستأجرة غيره ولا الباس الثوب المستأجر غيره أيضا  
لذلك .

( ٨ ) أي فبطلت دعوى التفاوت المذكور .

( ٩ ) بوزن : مجلس ، ويصح بوزن : مقود ، بكسر فسكون وفتح الواو .

وهو اليهودج . ( أنظر المصباح ج ١ ص ١٦٤ ) .

واليهودج : هو مركب النساء على الدابة ، وصفه في اللسان ج ٢ ص ٣٨٩ بأنه  
مقبب وغير مقبب ، يصنع من العصي ثم يجعل فوقه الخشب فيقرب . أنظر  
مادة هـ د ج .

( ١٠ ) أي أن يركب غيره وان كان على الدابة محمل أي هودج ، مع أن الناس  
لا يتفاوتون في ركوبه ، فبطل تعليلهم منع اركاب الغير على الدابة المستأجرة  
بالتفاوت بين الناس فيه .

يضرر بالبهيمة<sup>(١١)</sup> فوزانه أن يركبها<sup>(١٢)</sup> رجلا ثقيلا<sup>(١٣)</sup> وها هنا<sup>(١٤)</sup> لا يضر بها<sup>(١٥)</sup>.

\* مسألة (٢٣١) : اذا لم تكن الكنيسة<sup>(١)</sup> المحمولة معلومة ، لم تصح الاجارة<sup>(٢)</sup> ١٧٠/ش.

(١١) لان الحديد يجتمع في موضع من ظهرها . كما في الهداية ج ٨ ص ٢٦ .  
أى فيما ادى الى عطبها وهلاكها .

(١٢) فو نسخة ((ب)) : أن يركبه . / بالتذكير يراد به الحيوان ، وبالتأنيث يراد به الدابة .

(١٣) أى اثقل من المستأجر ، حيث لا يجوز .  
بجامع تحقق الضرر على الدابة المستأجرة ، في كل من الاصل وهو مالو  
اركب رجلا اثقل منه على الدابة المستأجرة ، والفرع وهو مالو حمل على  
الدابة المستأجرة لحمل القطن حديدا .

ولما كان حكم الاصل عدم الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز  
اركاب اثقل منه عليها أيضا لذلك .

(١٤) أى فى حال اركاب مثله على الدابة المستأجرة ، بدلا عنه .

(١٥) سقطت كلمة ( بها ) من الاصل .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(١) هو ما يشبه اليهودج ، وذلك انهم يفرزون في المحمل أو في الرحل  
قضبان ، ثم يلقون عليها ثوبا ليستظل به الراكب من الشمس أو ليستتر  
به ~~ممن~~ <sup>أعين</sup> الناس ، والجمع فيها على كنائس ،  
ككريمة وكرائم . أنظر المصباح ج ٢ ص ٢٠٤ .

(٢) هذا ظاهر النص عن الامام ، ونذهب الغزالي وابن الصباغ الى صحته  
ويرجع فيه الى العرف .

فتح العزيز ج ١٢ ص ٣٦٤ . مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٤٢ . نهاية المحتاج  
ج ٥ ص ٢٨٥ .

وهو قول الحنابلة : كشف القناع ج ٣ ص ٥٤٢ : ويشترط أيضا معرفة تابعه  
أى الراكب العرفية ، كزاد وأثاب من الأغذية والأوطية والمعاليق أ هـ =

وقال أبو حنيفة : يصح استحسانا . ( ٣ )

لنا : هو انه محمول يختلف بالثقل والخفة ، فوجب العلم به ،  
كسائر المحمولات . ( ٤ )

= وفى شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٥٢ : و - اى يشترط - معرفة ما يركب  
به من سرج وغيره - كالكنيسة - لا اختلاف ضرر المركوب باختلاف ذلك . أه  
وأنظر المغنى ج ٥ ص ٣٧٩ أيضا .

وبه يقول المالكية لانهم اشترطوا معرفة المحمول على الدابة  
قال فى الجواهر ج ٢ ص ١٩٤ : أو أكثرى دابة ليحمل عليها ما ، أى المتاع  
الذى شاء المكثرى حمله عليها ، فلا يجوز ، للغرر والجهالة ، لأن المحمولات  
تختلف بالثقل والخفة واليوسة والليونة . أه

قلت : ويدخل فيه الكنيسة هنا ، والله أعلم .  
وأنظر : الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٠٤ وحاشية الدسوقي عليه . شرح المنح :  
ج ٣ ص ٨٠٨ .

( ٣ ) وفى القياس : لا يجوز لافضائه الى المنازعة ،  
ووجه الاستحسان : انه يحمل على المتعارف فلا يؤدى الى المنازعة .  
أنظر : الهداية ج ٨ ص ٩٠ . التبیین ج ٥ ص ١٤٧ . مجمع الأنهر :  
ج ٢ ص ٤٠٣ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

( ٤ ) حيث يجب العلم بها ، والا بطل عقد الاجارة فيها .  
بجامع الاختلاف فى الثقل والخفة ، فى كل من الاصل وهو سائر المحمولات ،  
والفرع وهو الكنيسة المحمولة .  
ولما كان حكم الاصل هو بطلان الاجارة بالجهل ، كان حكم الفرع كذلك  
فتبطل الاجارة بالجهل بالكنيسة المحمولة أيضا لذلك .

- قالوا : غير مقصود<sup>(٥)</sup> فلم يؤثر الجهل به<sup>(٦)</sup> ، كأساس الدار والمعاليق<sup>(٧)</sup> .  
قلنا : الأساس لا يمكن مشاهدتها<sup>(٨)</sup> ، والمعاليق فيها وجهان<sup>(٩)</sup> .

( ٥ ) أى بل هو تبع للراكب .

( ٦ ) لانه يحمل على المتعارف بين الناس .

( ٧ ) المعاليق : جمع معلوق ، بضم فسكون فلام مضمومة ، ويسمى معلاق أيضا ، وهى ما يعلق على الدابة من سفرة واداة وقد رقصمـــــة ونحو ذلك ،

أنظر المصباح ج ٢ ص ٧٦ . المختار ص ٤٥٠ .

وهذه يختلف الناس فيها فرما قلت ، وربما كثرت ، الا أنها تحمل على العرف .

أى فلا يؤثر الجهل بها وكذا لا يؤثر الجهل بأساس الدار فى بيعه أو اجارته .

بجامع ان كلا غير مقصود فى العقد ، اما الاصل فأساس الجدران والمعاليق واما الفرع فالكنيسة المحمولة .

ولما كان حكم الاصل صحة الاجارة مع الجهل به ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الاجارة مع الجهل بالكنيسة المحمولة أيضا لذلك .

( ٨ ) لان ذلك يقتضى حفر الأرض من حولها ، وذلك قد يوهنها ، ولما فى ذلك من مشقة ، فعفى عن مشاهدتها عند البيع .

( ٩ ) أصحهما المنع ، أنظر فتح العزيز ج ١٢ ص ٣٦٤ والتى تليها . وقيل :

بل حكمها المنع فى المذهب ، قولا واحدا . أنظره ص ٣٦٥ .

وان سلم<sup>(١٠)</sup> فلأن ذلك<sup>(١١)</sup> يقل فيه التفاوت ، فعفى عنه ، وهذا<sup>(١٢)</sup> يكثرفيه  
التفاوت ، فلم يعف عنه .<sup>(١٣)</sup>

\* مسألة ( ٢٣٢ ) : اذا اكرت رابة الى الكوفة وسلمها اليه<sup>(١)</sup> وحبسها<sup>(٢)</sup>  
مدة يمكن فيها السير ، استقرت الاجرة .<sup>(٣)</sup> / ١٧٠ ش .

( ١٠ ) أى على القول بصحة العقد دون تحديد المعاليق .

( ١١ ) فى نسخة (( ب )) : فان ذلك . / أى مقدار المعاليق كما ووزننا  
وحجما .

( ١٢ ) أى الكنيسة المحمولة .

( ١٣ ) أى قبطل به قياسهم المذكور ، لثبوت الفارق بين الأصل والفرع فيه .

( ١ ) فى نسخة (( ب )) : وسلمها اليها . / أى سلمها المؤجر السـ  
المستأجر .

( ٢ ) أى المستأجر .

( ٣ ) المختصر ص ١٢٨ . الوجيز ج ١ ص ٢٣٧ و ص ٢٣٩ . المنهاج ص ٧٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٨١ . كشف القناع ج ٤ ص ٤٤ .  
المغنى ج ٥ ص ٣٣٠ .

وبه يقول المالكية لقول خليل فى المختصر : ولزم الكراء بالتمكن . أهـ

أنظر : الشرح الكبير ج ٤ ص ٥٠ . الجواهر ج ٢ ص ١٩٧ . شرح  
المنح ج ٣ ص ٨٢٣ .

ومحله بما لم يمنع من الاستيفاء عارض .



( ٤ )

وقال أبو حنيفة : لا تستقر.

لنا : هو أنه قبض العين ، وتكن من استيفاء المنفعة ، فاستقرت عليه الاجرة ، كما لو قبض الدار أو<sup>(٥)</sup> العبد المستأجر وامسكه حتى مضت المدة . ( ٦ )

قالوا : لم يوجد التسليم في جميع محل العقد ،<sup>(٧)</sup> فأشبهه اذا استأجره مدة ، فسلم في غيرها . ( ٨ )

( ٤ ) أنظر : نتائج الافكار وهو تكملة شرح فتح القدير ج ٨ ص ١٦ . والكفاية ج ٨ ص ١٥ ، حاشية الشلبي ج ٥ ص ١٠٧ ، الاشباه لابن نجيم ص ٢٦٧ . ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

( ٥ ) سقطت همزة ( أو ) من نسخة (( ب )) .

( ٦ ) حيث تجب الاجرة في جميع ذلك على المستأجر .  
بجامع قبض العين مع التمكن من الانتفاع بها في كل من الأصل وهو مالو قبض الدار أو العبد المستأجر وامسكه حتى مضت المدة ، والفرع وهو مالو قبض الدابة وامسكها حتى انقضت المدة .  
ولما كان حكم الاصل استقرار الاجرة عليه فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتستقر عليه اجرة الدابة أيضا لذلك .

( ٧ ) وهو اثناء السفر .

( ٨ ) حيث لا يلزمه الاجر اذن . لانه غير محل العقد .  
بجامع عدم التسليم في جميع محل العقد في كل من الاصل وهو مالو استأجره مدة فسلم في غيرها ، والفرع وهو مالو استأجر دابة فسلمها اليه وحبسها المستأجر حتى مضى مدة يمكنه السير فيها .  
ولما كان حكم الاصل عدم لزوم الاجر فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يلزمه الاجر فيه أيضا لذلك .

قلنا : لان هناك <sup>(٩)</sup> لم يتمكن <sup>(١٠)</sup> من استيفاء المعقود عليه ، <sup>(١١)</sup> وهاهنا <sup>(١٢)</sup>  
 تمكن ، وانما ترك باختياره فهو كما لو سيرها فى الطريق ولم يركبها <sup>(١٣)</sup> .  
 قالوا : الاجارة على العمل ، فلا تستقر الاجرة فيها بالتسليم فى المدة <sup>(١٤)</sup> ،  
 كالاجارة على الخياطة <sup>(١٥)</sup> .

- 
- (٩) أى فيما لو استأجره مدة فسلم فى غيرها .  
 (١٠) فى الأصل : لا يتمكن . / وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى .  
 (١١) أى فى الوقت المعقود عليه .  
 (١٢) أى فى حبس الدابة بعد تسليمها اليه .  
 (١٣) فى نسخة ((ب)) : ولم يركب . / حيث يلزمه الاجرفيه .  
 بجامع التمكن من الانتفاع بها ، فى كل من الاصل وهو مالواستأجر دابة  
 للركوب ، فسيرها ولم يركب ، والفرع وهو مالواستأجر للسفر فحبسها  
 بغيره يمكنه السير فيها .  
 ولما كان حكم الاصل ثبوت الاجرفيه ، كان حكم الفرع كذلك فيستقر  
 عليه الاجرفيه أيضا لذلك .  
 (١٤) أى مالم يعمل .  
 (١٥) حيث لا تلزمه اجرة الخياط وان مضت المدة مالم يخط له الثوب .  
 بجامع وقوع الاجارة على العمل فى كل من الاصل وهو الاجارة على  
 الخياطة والفرع وهو استئجار الدابة للسفر .  
 ولما كان حكم الاصل عدم لزوم الاجر له مالم يعمل ، كان حكم الفرع  
 كذلك فلا يلزم مستأجر الدابة للسفر مالم يسافر أيضا لذلك .

قلنا : لو كان كالخياطة لم يستقر الا بالركوب. (١٦)

\* مسألة (٢٣٣) : اذا اجر عبدا فاعتقه<sup>(١)</sup> لم يثبت له الخيار، وان اجر<sup>(٢)</sup> الولي الصبي<sup>(٣)</sup> ثم بلغ لم يثبت له الخيار في أحد الوجهين<sup>(٤)</sup> ١٧١/٠.

(١٦) أى والحال انه يستقر وان لم يركب الدابة في السفر.  
أى فبطل ما جعلتموه علقى قياسكم المذكور ، لوجودها في الخياطة ،  
وتخلف الحكم المذكور في الدابة التي لم تتركب ، عنها . فهي علة  
قاصرة لعدم دوران الحكم معها وجودا وعدما .

(١) في نسخة ((ب)) : ثم اعتقه .

(٢) سقطت كلمة ( له ) من نسخة ((ب)) . / أى العبد .

(٣) في نسخة ((ب)) : وان اجر الموصى الصبي . / لعلمها الوصى الصبي .

(٤) أصحابهما أنه لا يثبت له .

أنظر : المنهاج ص ٧٨ . الوجيز ج ١ ص ٢٣٩ .

وبعدم ثبوت الفسخ له يقول الحنابلة أيضا :

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٦٣ . كشاف القناع ج ٤ ص ٣٣ . وذكر

في المغني ج ٥ ص ٣٤٩

ان في العبد تبطل بعته الاجارة ، واما في الصبي فذكر في ص ٣٤٨ منه  
قولين : أحدهما : انه لا تنفسخ الاجارة ببلوغة ، الثاني : التفريق .  
بين ما اذا اجره مدة يغلب بلوغه فيها فتبطل ، وبين ان لا ، فلا تبطل ،  
كما لو كان ابن اربعة عشر عاما ويؤجره لثنتين فتبطل في السادس عشر  
لحصول اليقين بأنه اجره بعد بلوغه ، وفي صحتها في الخامس عشر  
وجهاً بناء على تفريق الصفة .

واما اذا لم يتحقق فكما لو اجره سنة وده و ابن خمس عشرة سنة ، فبلى  
في اثنائها ففيه قولان في المذهب . أحدهما لا تنفسخ ، والثاني تنفسخ =

وقال أبو حنيفة : <sup>(٥)</sup> لهما الخيار <sup>(٦)</sup> .

لنا : هو انه عقد لازم ، فلم يملك فسخه بملك التصرف ، <sup>(٧)</sup> دليله اذا زوج ولده واجر داره ثم بلغ . <sup>(٨)</sup>

= فيما بقي من المدة .

ولا تنفسخ اجارة العبد بالعتق عند الملكية أيضا ، وفي الصبي تفصيل : فان بقي من المدة شيء يسير كشهر لزمه اتمامها والا انفسخت . ومطله : اذا ظن عدم بلوغه اثناءها - والا انفسخت حال بلوغه ، ان شاء الصبي ذلك .

واما اذا عقد الاجارة على سلع الصغير فلا تنفسخ ببلوغه .

أنظر : الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٢ و ص ٣٤ . الجواهر ج ٢ ص ٩٢ و ص ٩٣ .

شرح المنح ج ٣ ص ٧٩٦ و ص ٧٩٩ .

ويفسخ العقد بعتق العبد المستأجر يقول ابن حزم أيضا ،

أنظر المحلى ج ٩ ص ٥ .

( ٥ ) زاد في نسخة (( ب )) : يثبت لهما الخيار .

( ٦ ) لان السيد والولى عقد الاجارة لغيرهما ، فلا تنفسخ بعتق العبد

ولا ببلوغ الصبي .

أنظر الهداية ج ٨ ص ٨٤ . التبیین ج ٥ ص ١٤٥ . مجمع الأنهر :

ج ٢ ص ٤٠١ .

( ٧ ) بالبلوغ في الصبي والعتق في العبد .

( ٨ ) حيث لا ينفسخ العقد في ذلك ببلوغ الصبي .

بجامع ان كلا عقد لازم ، في كل من الاصل وهو مالو زوج ولده واجر داره

ثم بلغ ، والفرع وهو مالو اجر عبده ثم اعتقه ، أو اجر الوصى الصبي ثم بلغ .

ولما كان حكم الاصل هو عدم انفساخ العقد به ، كان حكم الفرع كذلك

فلا ينفسخ العقد به أيضا لذلك .

قالوا : عقد على منافع في حال لا يملك<sup>(٩)</sup> التصرف<sup>(١٠)</sup> ، فإذا ملك التصرف  
 ثبت له الخيار ، كالأمة إذا تزوجت من عبد ، ثم اعتقت .<sup>(١١)</sup>  
 قلنا : لا ن هناك<sup>(١٢)</sup> عليها ضرر في المقام على نكاح العبد ، ولا ضرر<sup>(١٣)</sup>  
 ها هنا<sup>(١٤)</sup> فلم يملك الفسخ .<sup>(١٥)</sup>

\* مسألة ( ٢٣٤ ) : يجوز بيع المستأجر<sup>(١)</sup> في أحد القولين . ١٧١/٠ .<sup>(٢)</sup>

( ٩ ) في الأصل : لا يملكه . / بضم الأول وتشديد اللام المكسورة والفاعل  
 هو ( حال ) .

( ١٠ ) أي في حال لا يملك العبد والصبي التصرف بنفسه .

( ١١ ) حيث تملك به فسخ العقد ان شاءت .

بجامع العقد على المنافع في حال لا يملك فيه المعقود له التصرف ،  
 في كل من الأصل وهو مالم تزوجت الأمة من عبد ثم اعتقت ، والفرع  
 وهو مالم اجر العبد ثم أعتقه أو اجر الولي الصبي ثم بلغ .  
 ولما كان حكم الأصل فيه ثبوت الخيار لها به ، كان حكم الفرع  
 كذلك فيثبت لهما الخيار به أيضا لذلك .

( ١٢ ) أي في حال ما إذا تزوجت الأمة عبدا ثم أعتقت .

( ١٣ ) لانعدام الكفاءة بينهما حينئذ .

( ١٤ ) أي في حال عتق العبد أو بلوغ الصبي المؤجرين . لأن الولي يتصرف  
 بما فيه مصلحة الصبي ، والسيد يتصرف في العبد بسبب ملكه إياه .

( ١٥ ) وهذا فارق بين الأصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

( ١ ) أي العين المستأجرة ، كالدابة والدار والعبد ونحو ذلك . فهو  
 من إضافة المصدر الى مفعولة .

( ٢ ) أي ولا تنفسخ به الإجارة ، وهو أصحهما - سواء للمستأجر أو غيره  
 في الأظهر .

أنظر : الوجيز ج ١ ص ٢٣٩ . لمنهاج : ص ٧٨ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز . ( ٣ )

لنا : هو انه عقد يقصد به المنفعة ، فلم يمنع البيع ، كالنكاح في الأمة ( ٤ )

= ويجوز بيعها للمستأجر وغيره يقول الحنابلة أيضا .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٧٥ . كشف القناع ج ٤ ص ٣٣ . وذكر في المغني ج ٥ ص ٣٥٠ في بطلان الاجارة ببيعها للمستأجر وجهين في المذهب : أحدهما : لا تبطل ، والثاني : تبطل فيما بقى من المدة .

وجواز بيعها وعدم انفساخ الاجارة به يقول المالكية أيضا .

أنظر : القوانين ص ٣٠٥ .

وجواز بيعها يقول ابن حزم الا أنه يفسخ العقد فيما بقى من المدة . أنظر المحلى ج ٩ ص ٥٥ .

( ٣ ) أى ويوقف البيع الى انقضاء مدة الاجارة . في أصح الروايات .

أنظر : مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٠٠ و ص ٤٠١ وكذا الدر المنقضى أيضا .

( ٤ ) سقط قوله ( في الأمة ) من الأصل . والأولى اثباته كما فى نسخة (( ب )) .

لأن الحرية لا تباع بخلافه في الأمة حيث لا يمنع نكاحها من بيعها ، بجامع ان كلا عقد يقصد به المنفعة ، اما الاصل فالنكاح في الأمة ، وأما الفرع فالبيع في العين المؤجرة . ولما كان حكم الاصل عدم منع انكاح الأمة من صحة بيعها ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا تمنع اجارة العين من بيعها أيضا لذلك .

ولأنه بيع يصح في غير المستأجر فصح في المستأجر ، كالبيع في ديين  
حبس عليه . (٦)

فان قيل : لأن حق الغريم (٧) أكد (٨) ، لان حقه (٩) في العين ، وحق  
المستأجر في المنفعة ، فقدم (١٠) ، كحق المجنى عليه ، يقدم على حق المرتهن . (١١)  
قيل : وحق المالك أيضا في العين ، فيجب أن يقدم على حق  
المستأجر .

(٥) في نسخة ((ب)) : في عين . / وهو خطأ . لأن بيع المدين  
هو محل الخلاف في المسألة .

(٦) حيث يصح بيع ممتلكات المدين في غير الدين الذي حبس عليه أيضا .

(٧) وهو الدائن الذي حبس المدين في دينه .

(٨) أى من حق الدائن الذي لم يحبس الغريم في دينه ، أى فلا يقاس  
عليه للفارق بينهما .

(٩) أى حق الغريم في الدين .

(١٠) أى حق الغريم على حق المالك هناك ، أى في الأصل المقيس عليه  
في القياس المذكور .

(١١) لتعلق حق المجنى عليه في عين الجاني ، وحق المرتهن في  
ذمة الراهن ، وما تعلق بالعين أقوى ما تعلق بالذمة ، فيقدم  
عليه .

بجامع أكديّة الحق في كل من الأصل وهو حق المجنى عليه ، والفرع  
وهو حق المستأجر .

ولما كان حكم الأصل تقديم حق المجنى عليه على حق المرتهن ، كان  
حكم الفرع كذلك فيقدم حق المستأجر أيضا لذلك .

قالوا : يد المستأجر تمنع التسليم ، (١٢) فمنع (٣) البيع ، كيد المرتهن  
 ويد الفاضب . (١٤)  
 قلنا : (١٥) الرهن والغصب في محل البيع (١٦) فمنع منه ، والاجارة  
 في غير محل البيع (١٧) فلم يمنع منه كالنكاح (١٨) ولأن الغصب والرهن

- 
- (١٢) أى فى حال بيع العين المؤجرة .  
 (١٣) بالبناء للمجهول ، أى فمنع البيع بسببها .  
 (١٤) حيث تمنع بيع المرهون والمفصوب من غير الراهن والفاضب .  
 بجامع العجز عن تسليم المبيع فى كل من الاصل وهو يد المرتهن  
 ويد الفاضب ، والفرع وهو يد المستأجر .  
 ولما كان حكم الاصل عدم صحة البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا  
 يصح بيع العين المستأجرة أيضا لذلك .  
 (١٥) من قوله ( قلنا ) الى قوله ( الغصب والرهن .. الخ ) ساقط من  
 نسخة ((ب)) .  
 (١٦) وهو العين . أى انه واقع عليها .  
 (١٧) لانها واقعة على المنفعة .  
 (١٨) حيث لا يمنع نكاح الامة من بيعها .  
 بجامع ان كلا عقد على غير المحل ، فى كل من الاصل وهو النكاح ، والفرع  
 وهو الاجارة .  
 ولما كان حكم الاصل هو جواز بيع الامة المزوجة ، كان حكم الفرع كذلك  
 فيجوز بيع العين المؤجرة أيضا لذلك .  
 أى ان هناك farkا بين الاصل والفرع فى قياسهم ، فيطل به .



يمنع البيع<sup>(١٩)</sup> في الدين الذي حبس فيه ، والا جارة<sup>(٢٠)</sup> لا تمنع.

\* مسألة ( ٢٣٥ ) : اذا استأجر شيئاً<sup>(١)</sup> اجارة قاسدة وتلفت المنافع  
تحت يده وجب عليه الاجرة ، وان لم ينتفع<sup>(٢)</sup> . / ١٧١ ى .  
وقال أبو حنيفة : لا يجب<sup>(٣)</sup> .

( ٩ ) أى بيع المفصوب والمرهون ، لعدم القدرة على التسليم فيهما .

( ٢٠ ) لا مكان تسليم المبيع ، وذلك بعد انتهاء مدة الاجارة .  
أى وهذا فارق آخر يطل به قياسهم المذكور أيضا .

( ١ ) فى نسخة ((ب)) : بيتا .

( ٢ ) سواء تراك الانتفاع لعذر أو لا ، وسواء كانت الاجرة أقل من اجرة  
المثل أو أكثر .

مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٥٨ . شرح المحلى ج ٣ ص ٨٦ . نهاية المحتاج  
ج ٥ ص ٢٢٣ .

وأوجب الحنابلة عليه فيها اجرة المثل وان لم ينتفع .  
أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٨١ . كشف القناع ج ٤ ص ٤٩ . المقنع ص ١٤١ .  
وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ١٨ .

( ٣ ) أى مالم يستوف المنافع ، بخلاف الاجارة الصحيحة حيث تجب الاجرة  
بالتمكن وان لم يستوف .

أنظر : نتائج الافكار تكملة فتح القدير ج ٨ ص ١٥ . الكفاية أيضا فى نفس  
الصفحة .

حاشية الشلبي ج ١٠ ص ١٠٧ . المبسوط ج ١٦ ص ٤٦ .  
وهو قول المالكية : القوانين ص ٣٠٥ : اذا وقع الكراء والا جارة على وجه  
فاسد فسخ فان كان المفعة قد استوفيت ترجع الى كراء المثل أو اجرة  
المثل . أهـ أى مالم تستوف فلا أجر . وأنظر اسهل المهارك ج ٢ ص ٣٣٩ .

لنا : هو انه عقد يتقسط العوض فيه على المعوض ، فضمن المعقود عليه  
من غير اتلاف ، كالبيع . ( ٤ )

قالوا : عقد يقصد به المنفعة . فلا يجب البذل ففى فاسده من غير  
اتلاف ، كالنكاح . ( ٥ )

قلنا : منفعة البضع لم تجعل كالمال ، الا ترى انه ( ٦ ) لا يملك بالوصية ( ٧ )  
ولا يستباح بالاباحة ( ٨ ) ومنفعة المال كالمال ( ٩ ) فضمن كالمال ( ١٠ ) ولأن الاستمتاع ( ١١ )

( ٤ ) حيث يستقر الثمن على المشتري اذا تلف المبيع فى يده فى مدة الخيار  
ويسقط خياره .

بجامع ان كلا عقد يتقسط العوض فيه على المعوض ، اما الاصل فالبيع ،  
واما الفرع فالاجارة .  
ولما كان حكم الاصل ضمان المبيع فيه بالاتلاف وان لم ينتفع به المشتري ،  
كان حكم الفرع كذلك ، فيضمن المستأجر الاجرة وان لم ينتفع بالعين أيضا  
لذلك .

( ٥ ) حيث لا يجب فيه المهر بدون الدخول الذى يحصل به تلف البكارة .  
بجامع ان كلا عقد يقصد به المنفعة ، اما الاصل فالنكاح ، وأما  
الفرع فالاجارة .  
ولما كان حكم الاصل عدم لزوم المهر فيه بدون الدخول ، كان حكم الفرع  
كذلك فلا يلزم المستأجر الاجرة مالم ينتفع أيضا لذلك .

( ٦ ) أى البضع ، والمقصود منفعته .

( ٧ ) لانه ليس ملكا للموصى . ان الحر ليس محلا للملك ، وكذا بعضه .

( ٨ ) أى وانما يستباح بالعقد المستوفى لشروطه .

( ٩ ) حيث يجوز الوصية بها ، وتستباح باباحة المالك الانتفاع بها للغير .

( ١٠ ) أى فكان قياسكم منفعة المال على منفعة البضع بالنكاح ، قياسا مع

الفارق ، والقياس مع الفارق باطل .

( ١١ ) أى فى البضع .

لا يتقدر بالزمان <sup>(١٢)</sup> فلم يتحقق الاتفاق فيه بمضى الزمان ، ومنفعة المال  
تتقدر بالزمان فتلفت بمضى الزمان . <sup>(١٣)</sup>

\* مسألة (٢٣٦) : تجب اجرة المثل في الاجارة الفاسدة <sup>(١)</sup> . / ١٧١ ي .  
وقال أبو حنيفة : يجب الاقل من المسمى أو اجرة المثل <sup>(٢)</sup> .

(١٢) لان الاصل فيه التأييد .

(١٣) أى وهذا فارق آخر ييطل به قياسهم المذكور أيضا .

(١) قال فى شرح المحلى ج٣ ص ٨٦ : سواء انتفع أم لم ينتفع وسواء  
كانت اجرة المثل أقل من المسمى أم أكثر . أهـ .

وأنظر : فتح العزيز ج١٢ ص ٢١٣ والتي تليها . المنهاج ص ٧٨ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٣٨١ . كشف القناع ج٤ ص ٤٩ .  
واليه ذهب المالكية : القوانين ص ٣٠٥ . اسهل المدارك ج٢ ص ٣٣٩ .  
الشرح الكبير ج٤ ص ٧ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج٩ ص ١٨ .

(٢) ومحلّه: اذا كان فساد الاجارة بفساد شرط فيها ، لاجتهالة

المسمى أو بعدم تسمية الاجر ، فانه يجب فيها حينئذ الاجر  
بالغا ما بلغ . وخالفهم زفر .

أنظر : الهداية ج٨ ص ٣٤ . ونتائج الافكار عليه ص ٣٤ والستى  
تليها .

وأنظر الكفاية أيضا ص ٣٥ . التبيين ج٥ ص ١٢١ . مجمع الأنهر :

ج٢ ص ٣٨١ .

لنا : هو أن ماضن بالمسمى في الصحيح <sup>(٣)</sup> ضمن بالمثل في الفاسد <sup>(٤)</sup>  
بالغا مابلغ ، كالمبيع . <sup>(٥)</sup>

قالوا : المنافع لا قيمة لها الا بالعقد ، <sup>(٦)</sup> وما زاد <sup>(٧)</sup> لم يتناوله العقد . <sup>(٨)</sup>  
قلنا : لا نسلم ، بل لها قيمة في نفسها ، <sup>(٩)</sup> كالأعيان . <sup>(١٠)</sup>

( ٣ ) زاد في نسخة ((ب)) : في العقد الصحيح .

( ٤ ) سقطت كلمة ( في الفاسد ) من الاصل ، والصواب اثباتها لانه محل  
الخلاف .

( ٥ ) حيث يضمن بمثل ثمنه بالغاً مابلغ اذا تلف في يد المشتري في مدة  
الخيار . بجامع وجوب الضمان بالمسمى في الصحيح ، في كل ———  
الاصل وهو المبيع ، والفرع وهو الاجارة .

ولما كان حكم الاصل هو ضمان المبيع في البيع الفاسد بمثل ثمنه بالغاً  
مابلغ ، كان حكم الفرع كذلك فيجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل  
بالغاً مابلغ أيضاً لذلك .

( ٦ ) لانها به تصبح مباحة للعاقدة ، وبدونه تكون مفضوة .

( ٧ ) أى على المسمى في العقد أو على اجرة المثل .

( ٨ ) أى فلا يجوز أخذه ، لانه يأخذه حينئذ من غير مقابل .

( ٩ ) في نسخقو ((ب)) : في أنفسها . / أى فيجب فيها اجرة المثل لذلك .

( ١٠ ) حيث يجب فيها ثمن المثل عند الاتلاف من غير عقد .

بجامع ان لكل قيمة في نفسه . في كل من الاصل وهو الاعيان والفرع  
وهو المنافع في الاجارة .

ولما كان حكم الاصل وجوب ثمن المثل باتلافه ، كان حكم الفرع كذلك  
فيجب أجز المثل في الاجارة الفاسدة أيضاً لذلك .

\* مسألة ( ٢٣٧ ) : اذا أمر المكرى المكترى <sup>(١)</sup> بعمارة الدار ثم اختلفا <sup>(٢)</sup> ،  
فالقول قول المكترى . ١٧١/٠ ي .

وقال أبو حنيفة : القول قول المكرى . <sup>(٤)</sup>

لنا : انه ائتمنه على ذلك <sup>(٥)</sup> ، فقبل قوله عليه <sup>(٦)</sup> كالمودع اذا ادعى الرد . <sup>(٧)</sup>

( ١ ) الفرق بين الكراء والاجارة بان الكراء : بيع منفعة ما امكن نقله من حيوان لا يعقل ، كما قال ابن عرفة ، واما الاجارة : فهي بيع منفعة العقار .  
وهذه التفرقة للفقهاء ، الا انهم لا يلتزمون العمل بها ، فكثيرا ما يطلقون أحدهما على الآخر . أنظر الفواكه الدواني ج ٢ ص ١٦٢ .

( ٢ ) أى فى قدر ما انفق على عمارة الدار .

( ٣ ) ومحلّه : اذا ادعى نفقة مثله فى العمارة .

ومحلّه أيضا : ما لم تكن بينة لاحدهما على الآخر .

أنظر : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣٤ . نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٦٥ . شرح  
المحلى ج ٣ ص ٨٥ ، وذكر فى فتح العزيز ج ١٢ ص ٢٠١ فى هذه المسألة  
قولين ولم يرجح احدهما على الآخر .

( ٤ ) المبسوط ج ١ ص ١٤٤ .

وزهب الحنابلة الى أن القول قوله بيمينه .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٧٠ . كشاف القناع ج ٤ ص ٢٢ .

وهو قوله بيمينه عند المالكية أيضا .

أنظر : القوانين ص ٣٠٥ . وأنظر اسهل المدارك ج ٢ ص ٣٣٨ .

( ٥ ) أى على نفقة الاعمار .

( ٦ ) زاد فى نسخة (( ب )) : فقبل قوله عليه فى ذلك .

( ٧ ) حيث يكون القول قوله فى رد الوديعة .

بجامع الاثتان على الدعوى ، فى كل من الأصل وهو المودع - باسم المفعول -  
والفرع وهو المستأجر .

ولما كان حكم الاصل ان القول قول المودع فى رد الوديعة ، كان حكم الفرع  
كذلك ، فيكون القول قول المكترى فى الانفاق على العمارة أيضا لذلك .

قالوا : يدعى ايجاب حق على المكروى أو البراءة من بعض ما عليه من الاجرة

( ٨ )

فلم يقبل كغير المكترى .

قلنا : لأن هناك ( ٩ ) لم يأت منه ( ١٠ ) فلم يقبل قوله ( ١١ ) كالغاصب اذا ادعى الرد ( ١٢ ) ،

( ٨ ) فى نسخة (( ب )) : كغير المكروى . / وهو خطأ فان مدعى ايجاب الحق

هو المكترى لا المكروى .

أى فلا يقبل قول المكترى فى قدر ما انفق على العمارة .

بجامع ادعاء ايجاب حق على المكروى أو البراءة من بعض ما يجب عليه من

الاجرة فى كل من الاصل وهو مالوكان المدعى هو غير المكترى والفرع

وهو مالوكان هو المكترى .

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار دعوى غير المكترى ، كان حكم الفرع

كذلك فلا يعتبر قول المكترى أيضا لذلك .

( ٩ ) أى فيما لو ادعى ذلك غير المكترى .

( ١٠ ) أى المكروى .

( ١١ ) أى <sup>غير</sup> المكترى .

( ١٢ ) أى رد المصوب ، أى وانكر المصوب منه ، فالقول قول المصوب

منه .

بجامع عدم الاثتان عليه فى كل من الاصل وهو دعوى الغاصب الرد ،

والفرع وهو دعوى غير المكترى الانفاق على العمارة المؤجرة .

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار دعواه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تعتبر

دعوى غير المكترى الانفاق على العمارة المؤجرة أيضا لذلك .

وهذا (١٣) أثبتناه (١٤) فهو كالمودع. (١٥)

\* مسألة (٢٣٨) : المساقاة (١) جائزة. / ١٧١ ش.

(١٣) أى المكترى.

(١٤) أى المكري.

(١٥) حيث يقبل قوله فى رد الوديعة.

بجامع الائتمان فى كل من الاصل وهو المودع والفرع وهو المكترى .  
ولما كان حكم الاصل اعتبار دعواه ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر قوله أيضا لذلك .  
والمقصود ان بين الاصل والفرع غارقا يطل به قياسهم المذكور .

(١) فى نسخة ((ب)) : باب المساقاة . بسم الله الرحمن الرحيم .

وهى مأخوذة من السقى ، بفتح فسكون ، وحقيقتها : ان يعامل غيره على نخل  
أو شجر غنبل ، ليتعهد به بالسقى والتربية ، على أن الثمرة لهما .  
واركانها خمسة : عاقدان ومورد العمل ، والشار ، والعمل ، والصيغة .  
ذكرها فى المنهاج ص ٧٥ بقوله : تصح من جائز التصرف ولصبي ومجنون بالولاية  
ومورد ها النخل والغنبل ، وجوزها فى القديم فى سائر الاشجار المثمرة . أهـ .  
وتسمى أيضا بالمعاطلة بلفظة أهل المدينة ، وهى مشروعها بالسنة والاجماع المعقول .  
أما السنة : فقد روى البخارى ج ٢ ص ٦٤ باب ما جاء فى الحرث والمزراعة ، باب  
المزراعة بالشطرنج ونحوه عن نافع ان عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أخيرا أن النبي  
صلى الله عليه وسلم عامل خير بشطرنج ما يخرج منها من ثمر أو زرع . الحديث .  
وقد ذكر ابن حزم الاجماع على مشروعيتها فى المراتب ص ٦٠ . وأنظر رحمة الأمة

ص ١٧٢ .  
وأما المعقول : فان الحاجة داعية اليها ، فان مالك الاشجار قد لا يحسن تعهد ها  
أو لا يجد الوقت لذلك ، والذي يحسن السقى قد لا يملك الاشجار ، فاحتاج  
بعضهم الى بعض ، وأيضا فانه لو استأجر من يسقى له الشجر فقد لا يتحصل منها  
على ثمر ، مع وجوب الاجرة عليه فى الحال ، وأيضا فقد يتهاون الأجير فى ذلك .  
أنظر مجمل ما ذكرناه فى مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٢٢ .  
وقد دفع فى المغنى ج ٥ ص ٢٩ محاولة انكار الاجماع على جوازها فى الجملة ،  
فضعف حديث رافع بن خديج فى المنع منها ، ولم يعتبر خلاف أبى حنيفة وزفر  
خارقا للاجماع قبلهما .

(٢) المختصر ص ١٢٣ . الأم ج ٤ ص ١١ . المنهاج ص ٧٥ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٤٣ . كشف القناع ج ٣ ص ٥٢٣ .

المغنى ج ٥ ص ٢٩٠ .

ولكنهم اجازوه فى كل زرع وثمر ، ولم يخصوه بالنخل والغنبل ، كما هو قد يم قولى

الشافعى . أنظر المغنى ج ٥ ص ٢٩١ .

وقال أبو حنيفة : باطلة. ( ٣ )

لنا : ماروى عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى يهود خيبر عن تلك ( ٤ )  
الأموال على الشطر ( ٥ ) ، وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم

= واجازها المالكية فى جميع الاشجار والزروع ماعدا البقول ، من الاشجار والزروع  
ثابتة الاصول كالنخيل والكرم والتفاح والرمان ونحوه ، بشرط أن يتم العقد  
على مساقتها قبل بدو صلاحها ، خلافا لسحنون والشافعى . وبشـطـر  
تحديد الاجل .

أنظر: القوانين ص ٣٠٦ . الجواهر ج ٢ ص ١٧٨ . شرح المنح ج ٣ ص ٧٠٥ .  
واجازها ابن حزم فى كل الزروع مما يقوم على ساق ويطعم سنة بعد سنة .  
أنظر المحلى ج ٩ ص ٨٤ .

( ٣ ) وفاقا لزفر ، وخالفهما صاحبان فأجازاها فى الشجر والكرم والربطاب  
وأصول الباذنجان .

أنظر الهداية ج ٨ ص ٣٩٩ . التبيين ج ٥ ص ٢٨٤ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٥٠٤ .

( ٤ ) فى نسخة (( ب )) : على تلك الأموال .

( ٥ ) رواه البيهقى ج ٦ ص ١١٤ ، كتاب المساقاة ، باب المعاملة على النخل  
بشطر ما يخرج منها .

فقال : أخبرنا أبو بكر أحمد بن محمد بن الحارث الفقيه ، أنبأ على بن عمر  
الحافظ ثنا ابن صاعد ثنا عبد الله بن سعد ، ثنا عفى ، ثنا أبى ، عن  
محمد بن اسحاق ، حدثنى نافع عن ابن عمر عن أبيه عمر أن رسول الله  
صلى الله عليه وسلم ساقى يهود خيبر على تلك الأموال على الشـطـر ،  
وسهامهم معلومة وشرط عليهم : انا اذا شئنا أخرجناكم . أهـ .  
ولم يعلق عليه فى الجوهر القى بشئ .

وأنظر ترجمة عمر بن الخطاب فى المسألة رقم : ( ٤٠ ) هامش ( ٨ ) .



(٦)

عامل أهل خير بشر ما يخرج من ثمر وزرع.

فان قيل : انما استرقهم واستخدمهم فيها ، (٧) وجعل ما شرط طعمة لهم

لا عوضا .

قيل : ذلك (٨) لا يسمى مساقاة ولا معاملة ، ولأن قوله على الشـ (٩)

يقتضى انه عوض ، (١٠) وطعمة العبيد ليس بعوض ، (١١) ولأنه روى انه بعث ابن رواحة (١٢)

(٦) رواه البخارى ج٣ ص ٤٦ تحت عنوان : ما جاء فى الحرث والمزراعة ، باب

المزراعة بالشطر ونحوه ، ولفظه : عامل أهل خير بشر ما يخرج منها من

ثمر أو زرع . أهـ

ورواه مسلم بلفظه أيضا ج٣ ص ١١٨٦ كتاب المساقاة ، باب المساقاة والمعاملة

بجزء من الثمر والزرع . رقم / ٠١

ورواه أبو داود ج٣ ص ٢٦٢ كتاب البيوع ، باب فى المساقاة . رقم / ٣٤٠٨ .

ورواه الترمذى ج٣ ص ٦٦٦ كتاب الأحكام ، باب سا ذكر فى المزراعة . رقم / ١٣٨٣ .

ورواه ابن ماجه ج٢ ص ٨٢٤ كتاب الرهون ، باب معاملة النخيل والكرم

رقم / ٢٤٦٧ .

وأنظر ترجمة ابن عمر فى المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(٧) أى والرقيق لا يقدر على عقد المساقاة بنفسه ، لأنه لا يملك ، بل هو محل

للملك .

(٨) أى جعل ما يأخذونه على السقى على وجه الشرط طعمة لا اجرة .

(٩) فى نسخة ((ب)) : على الشرط . / وهو تحريف .

(١٠) لأن الطعمة لا تعطى على وجه الاشتراط ، للجهالة فيها .

(١١) أى وانما هى من النفقة الواجبة لهم على السيد .

(١٢) هو عبد الله بن رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس الانصارى الخزرجى ، الشاعر

المشهور ، من السابقين الأولين من الأنصار ، كان أحد النقباء ليلة العقبة ،

شهد بدرا وما بعدها ، الى أن استشهد فى غزوة مؤتة ، أخى النـ

صلى الله عليه وسلم بينه وبين المقداد ، كان اذا أراد الخروج من منزله =

(١٣) عليهم وقال : ان شئتم فلكم وان شئتم فلى (١٤) والعبيد لا يملكون (١٥)  
ولأن عمر أجلاهم من خير (١٦) ولا يجوز أجلاء عبيد المسلمين (١٧).

= صلى ركعتين وكذا اذا دخل ، لا يدع ذلك ، وبالجملة فقد كان عظيم  
القدر فى الجاهلية وفى الاسلام .

أنظر الاصابة ج ٢ ص ٣٠٦ رقم / ٤٦٧٦ .

(١٣) بفتح الأول والثانى ، من قولك : خرص فلان النخلة والكرمة ، يخرصها  
خرصا اذا حرز ما عليها من الرطب تمرا ومن العنب زبيبا .  
فالخرص هو الظن . لأن الحرز بفتح فسكون تقدير بظن .  
والاسم منه : الخرص ، بكسر الأول وسكون الثانى . وفاعل ذلك يسمى  
الخارص . أنظر النهاية ج ٢ ص ٢٢ .

(١٤) رواه البيهقى ج ٦ ص ١١٥ كتاب المساقاة ، بلفظ : فلما كان حين  
يصرم النخل ، بعث اليهم ابن رواحة ، فحرز النخل ، وهو الذى يدعوه  
أهل المدينة الخرص ، فقال : فى ذا كذا ، وكذا ، فقالوا - أى يهود  
خير - أكثر يا ابن رواحة ، قال : فانا آخذ النخل ، واعطيكم نصف الذى  
قلت . قالوا : هذا الحق ، وبه قامت السماء والأرض ، رضينا أن تأخذ  
بالذى قلت . أهـ

(١٥) أى وان قد خيرهم ابن رواحة بما خرصه عليهم ، دل ذلك على أنهم  
ليسوا رقيقا .

(١٦) رواه البخارى ج ٢ ص ٤٨ . تحت عنوان : ما جاء فى الحرث والزراعة - باب  
اذا قال رب الأرض اقرك ما اقرك الله ولم يذكر أجلا معلوما فهما على تراضيهما .  
ورواه مسلم ج ٣ ص ١١٨٧ كتاب المساقاة . باب المساقاة والمعاملة بجزء  
من الثمر والزرع . رقم / ٦ .

والشاهد : ما سيذكره المصنف الان .

(١٧) لانهم أموالهم ، فلا يجوز تضييعها بغير حق .

فان قيل : انما اقرهم وشرط عليهم الشطر، جزية. (١٨)  
 قيل : لا يسمى ذلك (١٩) معاملة ولا مساقاة ، ولانه روى انه قسم على ستة (٢٠)  
 وثلاثين ، فجعل نصفها للنوائب ونصفها (٢١) للفانمين . (٢٢)  
 فان قيل : هذه كانت (٢٣) معاملة جرت مع الكفار ، ولهذا لم يذكر الأجل ،  
 وقال أقركم (٢٤) على ذلك ماشئنا ، (٢٥) ولا يجوز ذلك

( ١٨ ) أى على سبيل الجزية ، يأخذها منهم . وليس على سبيل الاجرة والمعاملة  
 لهم على ما يعملون فيها .

( ١٩ ) أى أخذها على سبيل الجزية .

( ٢٠ ) فى نسخة ((ب)) : انه قسم على خير ستة وثلاثين .

( ٢١ ) فى نسخة ((ب)) : والنصفين الفانمين .

( ٢٢ ) رواه أبو داود ج ٣ ص ١٥٩ ، كتاب الخراج والامارة والفى ، باب  
 ما جاء فى حكم أرض خير رقم / ٣٠١٢ عن بشير بن يسار مولى الأنصار  
 عن رجال من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ان رسول الله  
 صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خير قسمها على ستة وثلاثين سـهما ،  
 جمع كل سهم مائة سهم ، فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم  
 وللمسلمين النصف من ذلك ، وعزل النصف الباقي لما نزل به من  
 الوفود والامور ونوائب الناس . أهـ . وسكت عنه أبو داود .  
 ولم يتعقبه المنذرى بشئ ، أنظر مختصر سنن أبى داود ج ٤ ص ٢٣٨ رقم

/ ٢٨٩٢ .

( ٢٣ ) فى نسخة ((ب)) : هذه معاملة كانت جرت . الخ .

( ٢٤ ) فى نسخة ((ب)) : نقرم .

( ٢٥ ) رواه البخارى ج ٢ ص ٤٨ باب اذا قال رب الأرض : اترك ما اترك

الله ولم يذكر اجلا معلوما ، فهما على تراضيهما . عن ابن عمر .

ولفظه : وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خير أراد اخراج  
 اليهود منها ، وكانت الارض حين ظهر عليها لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم =

في المساقاة، (٢٦) ولانه ذكر (٢٧) شطر الزرع وان لم يجز ذلك. (٢٨)  
 قيل : الاجل قد شرط ولكن (٢٩) لم ينقل (٣٠) لانه لم يقصد (٣١)

= وللمسلمين ، وأراد اخراج اليهود منها ، فسألت اليهود رسول الله صلى الله عليه وسلم ليقرهم بها ان يكفوا عملها ولهم نصف الثمر ، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : نقركم بها على ذلك ما شئنا ، فقرروا بها حتى اجلاهم عمر الى تيماء واريحاء . أهد.

ورواه مسلم ج ٣ ص ١١٨٧ . كتاب المساقاة ، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع . رقم / ٦ .

(٢٦) أى لأنها تعتمد بيان المدة فيها ، وذلك فى القياس ، وفى الاستحسان لا يشترط بيانها ، لأن وقت ادراك الثمر معلوم ، وقل ما يتفاوت فيه .

أنظر : التبيين ج ٥ ص ٢٨٤ .

(٢٧) فى نسخة ((ب)) : وأنه ذكر لشرط الزرع .

(٢٨) لانه عقد على مجهول . ان لا يدري كم تكون جملة الثمر .

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : ولكنه .

(٣٠) فى الأصل العبارة هكذا : ولكن لم يتقبل لانه لم ينقل . / وهى غير واضحة المعنى .

والأولى حذفها ، كما فى نسخة ((ب)) .

(٣١) أى الراوى .

بيان صفة العقد ، وقوله : نقركم ماشئنا ، يحتمل انه أراد مالم يفسخ ، ويحتمل انه أراد الاقرار فى الأرض <sup>(٣٢)</sup> على لمعاملة <sup>(٣٣)</sup> ، واما شطر <sup>(٣٤)</sup> الزرع فيجوز فى الزرع الذى بين تضاعيف النخل <sup>(٣٥)</sup> ، ولانه عين لا يزكو <sup>(٣٦)</sup> نماؤها الا بالعمل عليها ، فاذا لم يجز اجارتها ، جاز المعاملة عليها ببعض النماء <sup>(٣٧)</sup> كالاثنان <sup>(٣٨)</sup> .

- ( ٣٢ ) فى نسخة ((ب)) : على الأرض ، لا على المعاملة .
- ( ٣٣ ) أى والدليل اذا دخله الاحتمال ، بطل به الاستدلال .
- ( ٣٤ ) فى نسخة ((ب)) : فاما شطر <sup>على</sup> الزرع . / فيه زيادة توضيح .
- ( ٣٥ ) حيث تجوز المزارعة عليه مع الجهالة ، اذا كان تبعا للمساواة فى النخل لتمسر افراد بالمزارعة ،
- أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٢٤ .
- ( ٣٦ ) فى نسخة ((ب)) زيادة ألف بعد الواو : يزكوا . / ولا داعى لها لان هذه الواو انما هى واو الفعل لا واو الجماعة .
- ( ٣٧ ) زاد فى نسخة ((ب)) : ببعض النماء الخارج منها كالاثنان فى القراض والبيع .

- ( ٣٨ ) حيث يجوز المعاملة أى المضاربة فيها .
- بجامع ان كلا عين لا يزكو نماؤها الا بالعمل عليها ، فى كل من الأصل وهو الاثنان ، والفرع وهو الشجر .
- ولما كان حكم الأصل جواز المعاملة عليه ببعض الربح ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز المعاملة على الشجر ببعض نمائه أيضا لذلك .

( ٣٩ )  
 فان احتجوا : بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة،  
 والمخابرة هي المعاملة عليها <sup>(٤٠)</sup> ببعض التي جرت بخير.

قلنا : بل المخابرة هي المزارعة ، وهي مشتقة من الخبار ، وهي الأرض

( ٣٩ ) رواه مسلم ج ٣ ص ١١٧٤ كتاب البيوع ، باب النهي عن المحاقلة  
 والمزابنة وعن المخابرة ، رقم / ٨٢ . عن جابر أن رسول الله  
 صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة . أهـ .

وقد فسرهما جابر بقوله : اما المخابرة : فالأرض البيضاء ، يدفعها  
 الرجل الى الرجل فينفق عليها ، ثم يأخذ من الثمر .

وعن المزابنة قال : بيع الرطب في النخل بالتمركيلا .  
 وأما المحاقلة : بيع الزرع القائم بالحب كيلا . أنظر نفس الحديث  
 والصفحة .

ورواه أبو داود عنه ج ٣ ص ٢٦٢ كتاب البيوع باب في المخابرة . رقم / ٣٤٠٤  
 ولفظه : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة  
 والمخابرة والمعاومة . أهـ .

وروى النهي عن المخابرة أيضا زيد بن ثابت ، عند أبي داود ج ٣ ص ٢٦٢  
 كتاب البيوع ، باب في المخابرة رقم / ٣٤٠٧ ،

ولفظه : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة . قلت -  
 القائل هو ثابت بن الحجاج الراوى عن زيد - وما المخابرة ؟ قال :  
 أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع . أهـ .

( ٤٠ ) سقط قوله : ( عليها ببعض ) من نسخة ((ب)) .

اللينة ، ولهذا يسمى الاكار الخبير ،<sup>(٤١)</sup> ولهذا قال عنتره<sup>(٤٢)</sup> :

والخيل تقتحم الخبار عوايسا . . . مابين<sup>(٤٣)</sup> شيطمة<sup>(٤٤)</sup> واجرد شيطم<sup>(٤٥)</sup> .

(٤١) أنظر القاموس ج ٢ ص ١٧ مادة خبر .

(٤٢) هو عنتره بن شداد بن عمرو بن معاوية بن قراد العبسي ، أشهر فرسان العرب ، في الجاهلية ، ومن شعراء الطبقة الأولى من أهل نجد ، واه حيشية ، سرى اليه السواد منها ، كان من أحسن العرب أخلاقا واعزهم نفسا ، حليما حازما ، في شعره رقة وعذوبة ، كانت له ابنة عم مغرما بها ، ماكادت تخلو قصائده عن ذكرها ، شهد حرب داحس والغبراء ، وعاش طويلا ، قتله الاسد الرهيص وقيل : جبار ابن عمرو الطائي ، سنة اثنين وعشرين قبل الهجرة .

وكتاب : قصة عنتره ، خيالي ، لم يعرف واضعه ، ويعدده الأفرنج من بدائع آداب العرب فترجموها الى الالمانية والفرنسية .

أنظر : الاعلام ج ٥ ص ٩١ .

(٤٣) في نسخة ((ب)) : من بين .

(٤٤) هي الابل الطويلة الجسيمة . ويطلق على الخيل ، والناس أيضا .

وهي على وزن حيدرة .

أنظر القاموس ج ٤ ص ١٣٦ .

(٤٥) قال في اللسان ج ١٢ ص ٣٢٣ : ويروى : وآخر شيطم .

قالوا : ولأنه (٤٦) اجارة ، بدليل انه يلزم ، ويفتقر الى ذكر المدة ، فلم  
يجز على عوض مجهول (٤٧) معدوم ، كسائر الاجارات. (٤٨)  
قلنا : يجوز أن يكون اجارة ، ثم يخالف سائر الاجارات في جهالة البدل ، (٤٩)  
كما قالوا في استئجار الظئر على الطعمة . (٥٠)  
قالوا : عين يتوصل الى نائها (٥١) مع بقائها ، فلا يجوز المعاملة عليها  
ببعض نائها ، كالأرض والمواشى وسائر الأشجار. (٥٢)

(٤٦) أى عقد المساقاة .

(٤٧) فى نسخة ((ب)) : على عوض معدوم مجهول .

(٤٨) حيث لا تصح على عوض مجهول أو معدوم .

بجامع اللزوم والافتقار الى المدة فى كل من الاصل وهو سائر الاجارات ،  
والفرع وهو المساقاة .

ولما كان حكم الاصل عدم صحتها على عوض مجهول أو معدوم ، كان  
حكم الفرع كذلك فلا تصح المساقاة أيضا لذلك .

(٤٩) بأن يستثنى من القاعدة فى الاجارات فيجوز على مجهول أو معدوم هنا .

(٥٠) أى حيث استثنوها من الاجارة الفاسدة لعدم تقدير الطعام فيها

لكن جازت للضرورة اليها على جهة الاستحسان عند أبى حنيفة ، وخالفه  
صاحبه فلم يجيزا ذلك العقد . أنظر الهداية ج ٨ ص ٤٦ .

(٥١) زاد فى نسخة ((ب)) : الى نائها بالعمل عليها .

(٥٢) فى نسخة ((ب)) : وسائر الاستئجارات .

حيث لا يجوز المعاملة على ما يخرج من الأرض بالمزارعة ، ولا يجوز ذلك أيضا  
فى المواشى وسائر الأشجار .

بجامع ان كلا عين يتوصل الى نائها بالعمل عليها مع بقاء عينها ، فى  
كل من الاصل وهو الأرض بالمزارعة والمواشى وسائر الأشجار ، والفرع

وهو المساقاة .

ولما كان حكم الأصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تصح المساقاة  
أيضا لذلك .



قلنا : الأرض يمكن اجارتها باجرة معلومة ، فلا يجوز بمجهول ، وهذا<sup>(٥٣)</sup>  
لا يمكن ، والناتج يحصل بفعل المواشى ، لا صنع للراعى فيه ، وهذا يحصل<sup>(٥٤)</sup>  
بفعل العامل ، ولهذا يضاف اليه ، فيقال : لقح النخل ، ولا يقال :<sup>(٥٥)</sup>  
انتج البهيمة ، وفي سائر الأشجار قولان .<sup>(٥٦)</sup> وان سلم ،<sup>(٥٧)</sup> فلأن النخل  
والكرم<sup>(٥٨)</sup> تعظم منفعتهما ، وتقتنى ثمرتهما<sup>(٥٩)</sup> ، فاحتيج الى المعاملة  
عليها ببعض ما يخرج منها ، كالأثمان<sup>(٦٠)</sup> ، وسائر الأشجار<sup>(٦١)</sup> لا تعظم

( ٥٣ ) أى فى المساقاة .

( ٥٤ ) أى فلا يستحق عليه الاجر لذلك .

( ٥٥ ) بمباشرة سقى الزرع والشجر .

( ٥٦ ) سقط كلمة ( النخل ) من الأصل .

( ٥٧ ) فى القديم يجوز المساقاة فى كل شجر مشر ، وفى الجديد ، لا تصح

الا فى النخل والعنب . أنظر المنهاج ص ٧٥ .

( ٥٨ ) أى على القول بعدم جواز المساقاة فى غير النخل والعنب .

( ٥٩ ) استعمل المصنف هذا اللفظ ( الكرم ) بفتح فسكون ، أيضا فى

التنبية ص ٨٢ فتتبعه النووى فى تصحيح التنبية فقال : ( الكرم )

يعنى العنب ، وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم النهى عن

تسمية العنب كرما ، وكان ينبغى للمصنف أن لا يذكر لفظ الكرم ، بل

يقول : العنب . أهـ

( ٦٠ ) حيث تدخر تمرا وزبيبا .

( ٦١ ) حيث يجوز المعاملة عليها بالمضاربة فيها .

بجامع عظم المنفعة ، فى كل من الأصل وهو الاثمان ، والفرع وهو النخل

والعنب .

ولما كان حكم الاصل جواز المعاملة عليها ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز

المعاملة على النخل والعنب أيضا لذلك .

( ٦٢ ) فى نسخة (( ب )) : الاستئجار . / وهو تحريف .

منفعتها ، فهي كسائر الجواهر ( ٦٣ ) .

---

( ٦٣ ) حيث لا يجوز المضاربة عليها .  
بجامع قلة منفعتها في كل من الأصل وهو ماعدا الاثمان من الجواهر ،  
والفرع وهو ماعدا النخل والعنب من الزروع .  
ولما كان حكم الأصل هو عدم جواز المعاملة عليه ، كان حكم الفرع  
كذلك فلا تجوز المعاملة على غير النخل والعنب أيضا لذلك .  
والمقصود : بيان ان بين الأصل والفرع في قياسهم فارقا ، حيث يبطل به .

(\*)  
\* مسائل العارية \*

---

\* مسألة ( ٢٣٩ ) : العارية مضمونة (١) ١٧٢/٠ .

---

(\*) فى نسخة ((ب)) : بسم الله الرحمن الرحيم ، مسائل العارية .  
والعارية ، بتشديد الياء ، وقد تخفف ، وفيها لغة ثالثة بحذفها : عارة .  
بوزن ناقة .  
وهى فى اللغة اسم لما يعار ، ويقع على العقد ، من عار اذا ذهب وجاء ،  
ولذلك قيل للغلام الخفيف الذى يكثر ذهابه ومجيئه عيار ،  
وقيل : هى من التعاور لا اختلاف الايدى عليها .  
وشذ بعضهم فقال : هى من العار ، للحاق العار بمن يطلبها .  
قلت : ولو عكس لكان اقرب ، أعنى للحاق العار بمن يمنعها للآية وقد  
أجيب عنه بأن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها ، فكيف تكون عارا .  
وأىضا فان الف العارية منقلبة عن واو لان أصلها عورية ،  
وألّف العار منقلبة عن ياء ، بدليل قولك : غيرته بكذا .  
وهى فى الشرع : اباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به ، مع بقاء عينه . أهـ  
أى بلا عوض .  
وهى مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع .  
اما الكتاب : فقوله تعالى ( ويمنعون الماعون ) أى العارية ، كالدلو والفأس  
ونحو ذلك ، وقيل : يمنعون الزكاة . قال البخارى : هو المعروف كله .  
وقوله أيضا ( وتعاونوا على البر والتقوى ) سورة المائدة آية ٢ .  
وأما السنة : فقد روى البخارى ج ٢ ص ٩٦ تحت عنوان : باب ما قيل فى  
العمرى والرقبى ، باب من استعار من الناس الفرس ، فقال : حدثنا آدم  
حدثنا شعبة عن قتادة قال سمعت انس يقول : كان فزع بالمدينة . فاستعار  
النبي صلى الله عليه وسلم فرسا من أبى طلحة ، يقال له : المنسوب ،  
فلما رجع قال : مارأينا من شئ ، وان وجدناه لبهرا . أهـ . أى وجدنا =

.....

= هذا الفرس واسع الجرى ، أو انه طويل النفس في الجرى لا ينفد كما لا ينفد البحر .

يؤيده قول قتادة : وكان بعد ذلك لا يجارى . أى لانه قبل ذلك كان به اثر جرح يعيقه ، فقل له مندوب . أنظر الفتح ج ٥ ص ٢٤١ .  
ومنها استعارته صلى الله عليه وسلم أدرا من صفوان بن أمية كما سيأتى تخريجه هامش رقم ٥ في المسألة الآتية .

وقد كانت واجبة أول الاسلام بالآية ( ويمنعون الماعون ) ثم نسخت الى الاستحباب ، وقد تجب كإعارة ما لا يندفع الخطر الا به ، كثوب من البرد أو الحر ، أو إعارة جبل لئلا يغرق . وقد تكره كإعارة العبد المسلم لكافر . وقد تحرم كإعارة الأمة أو العبد ممن يعرف بالفجور بهما .

وقد وقع الاجماع على جوازها . كما ذكر ذلك في المراتب ص ٩٤ . ورحمة الأمة ص ١٦٧ .

وأنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٦٣ . المغنى ج ٥ ص ١٦٣ فى مجمل ما ذكرنا .  
واركانها أربعة : مستعير ومعيير ومعاروصيفة .

( ١ ) أى وان تلفت من غير فعله . وتضمن بقيمتها يوم التلف ، وقيل باقصى القيم من يوم القبض الى التلف .

أنظر: المختصر ص ١١٦ . الأم ج ٣ ص ٢٤٤ . الوجيز ج ١ ص ٢٠٤ .  
وزهد الحنابلة الى وجوب ضمانها بكل حال وان بلا تفريط مالم تكن العارية وفقا فلا يضمن الا أن يفرط فيها .

أنظر: شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٩٧ . كشف القناع ج ٤ ص ٧٦ . المغنى :  
ج ٥ ص ١٦٤ .

( ٢ ) وقال أبو حنيفة : غير مضمونة .

لنا : ان النبي صلى الله عليه وسلم استعار ادراعا من صفوان ( ٣ ) يوم حنين ( ٤ ) ، فقال له : أغصبا يا محمد ، فقال : بل عارية مضمونة مؤداة ( ٥ ) . ولا يجوز

( ٢ ) أى مالم يفرط .

الهداية ج ٧ ص ٤٦٨ . التبيين ج ٥ ص ٨٤ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٤٧ .  
 ونذهب المالكية إلى وجوب الضمان عليه فرط أو لم يفرط اذا كان المعمار  
 مما يغاب عليه مع وجوده كالحلى والثياب ، والا بان كان مما لا يغاب عليه  
 كالحيوان والعقار فلا يضمن مالم يفرط ، وخالفهم اشهب فأوجب الضمان كالشافعية  
 أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٣٦ . الجواهر ج ٢ ص ١٤٥ . شرح المنح :  
 ج ٣ ص ٤٩٠ .

ونذهب ابن حزم إلى انها غير مضمونة ان تلفت بلا تعد ، سواء فى ذلك  
 ما يغاب عليه منها وما لا يغاب عليه . أنظر المحلى ج ١٠ ص ١٦٢ .

( ٣ ) هو ابن أمية . أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ٧٨ ) هامش ( ٣٠ ) .

( ٤ ) فى نسخة (( ب )) : يوم خير . / وهو خطأ .

( ٥ ) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٩٦ . كتاب البيوع . باب فى تضمين العارية .

رقم / ٣٥٦٢ . من طريق شريك بن عبد الله القاضى .

وسكت عنه المنذرى . أنظر مختصر سنن أبى داود ج ٥ ص ١٩٨ . رقم / ٣٤١٨ .  
 وكذا الخطابى .

ورواه ابن حزم أيضا من طريق أحمد بن شعيب ، - هو النسائى - ثم قال :  
 شريك مدلس للمكرات إلى الثقات ، وقد روى البلى والكذب الذى لا شك  
 فيه عن الثقات . أه . المحلى ج ١٠ ص ١٦٦ .

لكن قال عنه الذهبي : تابعى صدوق . ثم نقل عن ابن معين والنسائى  
 قولهما فيه انه : ليس بالقوى . وقال فيه ابن معين مرة : لا بأس به ،  
 وقال أبو داود : ثقة . ونقل قول ابن عدى فيه : فاذا روى عنه ثقة

فانه ثقة . أنظر الميزان ج ٢ ص ٢٦٩ رقم / ٣٦٩٦ . =

حملة<sup>(٦)</sup> على ضمان الرد ، لأنه وصف العين به ، ولأن ضمان الرد قد علم من قوله مؤداة<sup>(٨)</sup> .

فان قيل : أخذ<sup>(٩)</sup> بغير اذنه ، ولهذا قال : اغصبا يا محمد . قيل : قوله<sup>(١٠)</sup> : استعار لا يحتمل الغصب ، ولأنه قال : بل عارية<sup>(١١)</sup> ، ولأنه روى انه قال<sup>(١٢)</sup> اذا اتتني رسل<sup>(١٣)</sup> فأعطهم كذا<sup>(١٤)</sup> ، وقوله : أعطبا ، أى تغصبنى ان لم أعرك ؟ ! .

= قلت : وقد روى عنه هذا الحديث ثقة معروف وهو يزيد بن هارون السلمي الواسطي . قال فيه أحمد : كان حافظا متقنا ، وقال العجلي : ثقة ثبت . وقال أبو حاتم : امام لا يسهل عن مثله . أهـ . الخلاصة ص ٤٣٥ .

( ٦ ) أى حمل الضمان فى قوله : مضمونة مؤداة .

( ٧ ) حيث قال : مضمونة .

( ٨ ) أى فيكون فى حملة على ذلك المعنى اخراج للحديث عن فائدته ، مع ما فيه من التكرار . ان قد نص على الرد بقوله : مؤداة ، فوجب حملة على ضمان العين تلافيا للتكرار غير المفيد ، وعن مثله يضمن الحديث .

( ٩ ) أى النبى صلى الله عليه وسلم ، ومفعول الأخذ هو : الادراع .

( ١٠ ) أى الراوى .

( ١١ ) وهو للاضراب الابطالى هنا .

( ١٢ ) أى النبى صلى الله عليه وسلم لصفوان .

( ١٣ ) أى لتسلم الادراع ، التى تم التفاوض عليها .

( ١٤ ) أى ولا يكون مثل هذا فى الغصب ، ان الغاصب يأخذه مكابرة .

والحديث رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٩٧ كتاب البيوع باب فى تضمين العارية ،

رقم / ٣٥٦٦ عن صفوان بن أمية عن أبيه قال : قال لى رسول الله

صلى الله عليه وسلم : اذا اتتني رسل فأعطهم ثلاثين درعا ، وثلاثين

بغيرا ، قال : فقلت : يا رسول الله اعارية مضمونة ، أو عارية مؤداة . قال :

بل مؤداة . أهـ

قال عبد الحق فى " أحكامه " : حديث يعلى بن أمية ، أصح من حديث

صفوان بن أمية ، قال ابن القطان : وذلك لان حديث صفوان هو من رواية =

فان قيل : شرط الضمان ، وبالشرط يجب الضمان لا هل الحرب. (١٥)  
 قيل : صفوان كان مستأمنًا، (١٦) فهو كالذمي، (١٧) ولا يثبت الضمان له  
 بالشرط ، ولأنه أخذ مال غيره لنفسه من غير استحقاق (١٩) ولا وثيقة (٢٠) ولا اذن  
 في الاتلاف فضمنه ، كما لو غصبه ، أو أخذه على وجه السوم ، (٢١) ولأن ماضن

- 
- = شريك عن عبد العزيز بن رفيع ، ولم يقل : حدثنا ، وهو مدلس ، وأما  
 أمية بن صفوان فخرج له مسلم . أنه نصب الراية ج٤ ص ١١٧ .
- ( ١٥ ) ان بدونه تكون أموالهم وماؤهم مباحة ، فكان ضمان رسول الله  
 صلى الله عليه وسلم الادراع له من باب ضمان الشرط للحربي وليس من  
 باب ضمان عين العارية . فليس فيه دليل على أن العارية مضمونة لذلك .
- ( ١٦ ) أى وليس حربيا ، والمستأمن حرام الدم والمال مادام فى أمانه .
- ( ١٧ ) فى جريان الأحكام له أو عليه بدون شرط . ومنها حكم العارية .
- ( ١٨ ) أى المستعير .
- ( ١٩ ) أى من غير أن يكون قد تعلق له فيه حق سابق .
- ( ٢٠ ) أى تبيح له الأخذ ، كما فى الرهن .
- ( ٢١ ) حيث يجب عليه ضمانه مطلقا فرط أو لم يفرط .
- بجامع أخذ مال الغير من غير استحقاق ولا وثيقة ولا اذن لمباتلـافه  
 فى كل من الاصل وهو الغصب والأخذ على وجه السوم . والفرع وهو  
 العارية .
- ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان فيه مطلقا بالاتلاف ، كان حكم الفرع  
 كذلك فيجب ضمانه العارية مطلقا أيضا لذلك .

بالرد ضمن بالبدل ، كالمفصوب <sup>(٢٢)</sup> ولأن كل قبض لو كان من الفساصـب  
أوجب ضمنا مستقرا ، فاذا كان من المالك أوجب الضمان ، كالفصب ، ولأنه <sup>(٢٣)</sup>  
نوع معروف ، فلو لم يضمن ، أسف الناس به ، <sup>(٢٤)</sup>

فان احتجوا : بقوله صلى الله عليه وسلم : ( ليس على المستعير غير المغل  
ضمان ) . <sup>(٢٥)</sup>

( ٢٢ ) حيث يضمن بالبدل .

بجامع الضمان فيه بالرد في كل من الاصل وهو المفصوب ، والفـرع  
وهو العارية .

ولما كان حكم الاصل الضمان بالبدل ، كان حكم الفرع كذلك فتضمن  
العارية بالبدل أيضا لذلك .

( ٢٣ ) حيث يوجب الضمان أيضا على الفاصب بكل حال .

( ٢٤ ) أسف كفرح وهو أشد الحزن ، ويطلق ويراد به الغضب ، ويأتى

بمعنى سخط ، وكلها تعطى المطلوب في عبارته ، فان من بذل المعروف  
فأتلفه المبذول له فانه سيحزن أو يفضب أو يسخط لذلك .

أنظر القاموس ج ٣ ص ١١٧ . ويؤدى ذلك الى قفل باب العارية ،  
فيقع الناس في الحرج .

( ٢٥ ) رواه الدارقطني في البيوع ج ٣ ص ٤١ رقم / ١٦٨ ، من طريق عمرو بن

عبد الجبار عن عبدة بن حسان . عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده  
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ليس على المستعير غير المغل ضمان ،  
ولا على المستودع غير المغل ضمان . أهـ .

ثم قال : عمرو وعبدة ضعيفان ، وانما يروى عن شريح القاضي غير  
مرفوع . أهـ .

ورواه البيهقي ج ٦ ص ٩١ كتاب العارية ، باب من قال : لا يغرم .

وضعف عمرو بن عبد الجبار وعبدة أيضا ، وقال انما يروى عن شريح غير

مرفوع .  
وقد دافع عنها صاحب الجوهر النقي ونفى الضعف عنها . أنظره نفس الصفحة .



قلنا : هذا من قول شريح ، ولم يسنده الا عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة (٢٦) بن حسان ، (٢٧) وهما متروكان (٢٨) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ولعله مرسل . (٢٩)

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : عن عبيد بن حسان . / بدون تاء . وهو خطأ .  
 (٢٧) وقد ذكرنا ذلك عن الدارقطنى ج٣ ص ٤١ . والبيهقى ج٦ ص ٩١ فى الهامش الأسبق . وأنظر ترجمة شريح فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١٥) .  
 (٢٨) اما عبيدة بن حسان ، فهو العنبرى السنجارى ، روى عن الزهري وقتادة ، وروى عنه خالد بن حيان الرقى وابن أخيه عمرو بن عبد الجبار . قال ابو حاتم : منكر الحديث ، وقال الدارقطنى : ضعيف .  
 أنظر الميزان ج٣ ص ٢٦ / رقم ٥٤٦١ .  
 وأما عمرو بن عبد الجبار ، فهو السنجارى ، يكنى أبا معاوية ، قال ابن عدى : روى عن عمه منكير .  
 ذكر منها الذهبى : عن أنس : من السنة فى دفن الميت ان يلقي التراب من قبل القبلة .

٢- مرفوعا : قبلة الرجل أخاه المصافحة .

أنظر الميزان ج٣ ص ٢٧١ / رقم ٦٣٩٩ .

(٢٩) لان اسمه كاملا : عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ابن وائل السهمى .

فان كان الضمير فى أبيه عائدا على شعيب ، وفى جده على محمد ، فان محمدا لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم . كما قال ابن عدى . فيكون مرسلا . خلافا للذهبي .

قال أبو داود : سمعت أحمد بن حنبل يقول : أهل الحديث اذا شاءوا احتجوا بعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، واذا شاءوا تركوه . يعنى لتردد هم فى شأنه . أهـ

وقيل لأبى داود : عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده حجة ؟ قال : لا ولا نصف حجة . أهـ

ثم نحمله على ضمان (٣٠) الأجزاء .

قالوا : أخذناه باذن صحيح من المالك لا على وجه البذل والوثيقة ، فلم  
يضمن كالوديعة والمستأجر (٣١) والموصى له بمنفعته . (٣٢)

= قال يحيى القطان : حديث عمرو بن شعيب عندنا واه ، وقال ابن أبي  
شيبه : سألت ابن المديني عن عمرو بن شعيب ، فقال : ما روى عنه  
أيوب وابن جريح ، فذلك كله صحيح ، وما روى عمرو عن أبيه عن جده  
فإنما هو كتاب وجده - أي يرويه بالوجدان - فهو ضعيف . أه  
قال الذهبي : قلت : هذا لا شيء ، لأن شعيبا ثبت سماعه مسين  
عبد الله ، وهو الذي رياه حتى قيل ان محمدا مات في حياة أبيه  
عبد الله ، فكفل شعيبا جده عبد الله ، فإذا قال عن أبيه ثم قال  
عن جده فأنما يريد بالضمير في جده انه عائد الى شعيب . أه الميزان :  
ج ٣ ص ٢٦٦ رقم / ٦٣٨٣ .

( ٣٠ ) في نسخة (( ب )) : على اضرار الأجزاء . / أي ضمان مجزئ تسقط به  
المطالبة .

( ٣١ ) سقط قوله ( والمستأجر والموصى له بمنفعته ، قلنا : الوديعة )  
من نسخة (( ب )) .

( ٣٢ ) حيث لا يجب عليه الضمان بتلف شيء من ذلك . أي مالم يتعمد .  
بجامع الأخذ باذن صحيح من المالك لا على وجه البذل والوثيقة ،  
في كل من الأصل وهو الوديعة والمستأجر والموصى له بمنفعته ،  
والفرع وهو العارية .

ولما كان حكم الأصل عدم وجوب الضمان فيها مالم يتعمد ، كان حكم  
الفرع كذلك ، فلا ضمان على المستعير مالم يتعمد أيضا لذلك .

قلنا : الوديعة أخذها لمنفعة مالكة ، (٣٣) ويده كيده ، والمستعير  
أخذ لمنفعة نفسه ، ويده ليست كيده ، (٣٤) ولهذا قالوا : اذا جاوز بالعارية  
الموضع المأذون فيه (٣٥) ثم ردها (٣٦) الى الموضع لم يبرأ من الضمان ، ولو تعدى  
فى الوديعة ، ثم رد الى الموضع برئ . (٣٧) والمستأجر والموصى له بالمنفعة  
قبض باستحقاق ، (٣٨) وهذا قبض من غير استحقاق ، (٣٩) ولا وثيقة (٤٠) فتعلق

---

( ٣٣ ) أى الشئ المودع . حيث يحفظه له .  
وفى نسخة ((ب)) : مالكةا . / مراعاة للفظ الوديعة .  
( ٣٤ ) أى ولهذا الفارق لا يجوز قياس العارية على الوديعة .  
( ٣٥ ) سقط لفظ ( فيه ) من نسخة ((ب)) .  
( ٣٦ ) فى الأصل : ثم رد .  
( ٣٧ ) أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٣٨ و ص ٣٤١ .  
أى وان قد فرقوا بين الوديعة والعارية فى الضمان بالتعدى وعدمه  
فكيف يقيسون أحدهما على الاخرى هنا مع ما بينهما من الفارق  
المذكور .

( ٣٨ ) أى فلم يتعلق به الضمان .  
( ٣٩ ) أى ان المستعير قبض الشئ المعار له من غير ان يكون له فيه حق ،  
ذلك لانه انما قبضه على جهة التعاون معه فى قضاء حاجته . فلا يقاس  
على المستأجر والموصى له بالمنفعة للفارق المذكور بينهما .  
( ٤٠ ) فى الأصل ( ولأنه وثيقة ) . والصواب ما فى نسخة ((ب)) لأن المقصود  
عطف ما بعدها هنا على ما قبلها ليرتب عليها قوله : فتعلق بـ  
الضمان .

به الضمان ، ولأن القبض فى هذه الأصول<sup>(٤١)</sup> لا يوجب الضمان<sup>(٤٢)</sup> ، ولهم هذا  
لو قبضها من الغاصب فضمن<sup>(٤٣)</sup> رجع به<sup>(٤٤)</sup> ، ولو ضمن المستعير لم يرجع<sup>(٤٥)</sup>  
قالوا : ولأن الاجزاء<sup>(٤٧)</sup> لا تضمن<sup>(٤٨)</sup> ، وهى المعقود عليها ، فالمعين<sup>(٤٩)</sup>  
أولى .

قلنا : يبطل بالمستعير من الغاصب<sup>(٥٠)</sup> ، ثم الاجزاء مأذون فى اتلافها ،

- 
- ( ٤١ ) فى نسخة ((ب)) : الأحوال .  
والمقصود بالأصول : هى المقيس عليه فى قياسهم ، وهى . الوديععة  
والمستأجر والموصى له بمنفعة .
- ( ٤٢ ) لأنها عقود امانة فى الوديععة والاجارة . وعقود تبرعات فى الوصية .
- ( ٤٣ ) أى العين الموصوبة .
- ( ٤٤ ) أى القابض .
- ( ٤٥ ) أى بالضمان على الغاصب .
- ( ٤٦ ) أى وبهذه الفوارق بين الأصل والفرع يبطل قياسهم الذى ذكروه .
- ( ٤٧ ) فى نسخة ((ب)) : لا ترجع لا تضمن . / وهو تحريف . والمراد بالاجزاء  
المنافع المتولدة من العين المعاراة .
- ( ٤٨ ) لأن صاحب العين المعاراة بذلها على وجه التبرع .
- ( ٤٩ ) فى نسخة ((ب)) : والعين أولى . / أى بعدم الضمان لأنها لم  
لم يعقد عليها .
- ( ٥٠ ) حيث لا يضمن المنفعة فى المفصوب المعار له ، ثم يضمن عـ  
المفصوب اذا تلف عنده .

والعين أذن في امساكها ، وذلك <sup>(٥١)</sup> لا يسقط الضمان <sup>(٥٢)</sup> ، كالقرض <sup>(٥٣)</sup> .

\* مسألة ( ٢٤٠ ) : لا يجوز للمستعير ان يعير في أصح الوجهين ١٧٢ / ٠ <sup>(١)</sup> .  
وقال أبو حنيفة : يجوز <sup>(٢)</sup> .

( ٥١ ) أى الاذن للمستعير بامساك العين المعارة .

( ٥٢ ) أى فبطل قياس الاجزاء على العين في الضمان ، لذلك الفارق .

( ٥٣ ) حيث لا يوجب الاذن له بامساك المال المقترض سقوط الضمان عنه فيه .  
بجامع الاذن له باتلاف المعقود عليه في كل من الاصل وهو مال المقرض ،  
والفرع وهو العين المعارة <sup>اجزاء</sup> .  
ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان على المقرض وان اذن له بامساكها ،  
كان حكم الفرع كذلك فيجب على المستعير ضمان العين المعارة وان اذن  
له بامساكها أيضا لذلك .

( ١ ) ومحلّه: ما لم يأذن له المعير بالاغارة .

فتح العزيز ج ١١ ص ٢١ . المنهاج ص ٦٩ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٩٦ . كشف القناع ج ٤ ص ٧٦ .  
المغنى ج ٥ ص ١٦٨ .

( ٢ ) ومحلّه: ما لم يكن المستعار مّا يختلف باختلاف المستعمل له . كالحمل  
والسكنى والاستخدام والزراعة ، والا بان اختلف فلا يعير الا باذنه ،  
كاغارة حداد أو قصار منزلا استعير للسكنى .

ومحلّه أيضا: اذا اطلق الاغارة ولم يقيد استعمالها بنوع أو شخص أو زمن  
فما يختلف باختلاف المستعمل لا يعيره المستعير الا بان المعير ،  
والا فيعيره وان لم يأذن .

أنظر: الهداية ج ٧ ص ٤٧١ وما بعدها . التبیین ج ٥ ص ٨٥ . مجمع  
الأنهر ج ٢ ص ٣٤٨ .

واجازه المالكية مع الكراهة . ومحل الجواز ما لم يمنعه المالك من اعارتها =

لنا : هو انه عقد على المنفعة ، فلم يملكه <sup>(٣)</sup> المستعير بالاعارة ، كالا جارة <sup>(٤)</sup> ،  
ولأنه أحد نوعي الاباحة <sup>(٥)</sup> ، فلا يملك به الاباحة لغيره ، كاباحة الطعام <sup>(٦)</sup> ،

---

= أنظر: الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٣٣ . الجواهر ج ٢ ص ١٤٥ . شرح  
المنح ج ٣ ص ٤٨٧ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

( ٣ ) في نسخة (( ب )) : فلم يملكها .

( ٤ ) حيث ليس للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة .

بجامع العقد على المنفعة في كل من الاصل وهو الا جارة والفرع  
وهو الاعارة ،

ولما كان حكم الاصل أن المستأجر لا يملك اجارة العين المؤجرة ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا يملك المستعير أن يعير العين المستعارة  
أيضا لذلك .

( ٥ ) الاباحة نوعان : اباحة بمعرض كالبيع والاعارة والقراض ونحوه .

واباحة بلا عوض ، كالهبه والقرض والاعارة ونحو ذلك .

والمراد هنا النوع الثاني .

( ٦ ) حيث لا يملك اباحة الطعام لغيره باباحته له ، كما لو كان ضيفا .

بجامع ان كلا أحد نوعي الاباحة في كل من الاصل وهو اباحة الطعام  
والفرع وهو الاعارة .

ولما كان حكم الأصل انه لا يملك اباحة الطعام لغيره باباحته له ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا يملك المستعير اعارة غيره أيضا  
لذلك .

والدليل على أنه <sup>(٧)</sup> اباحة انه تبرع لم <sup>(٨)</sup> يتصل به القبض <sup>(٩)</sup> فلا يملك به الهبة <sup>(١٠)</sup> ، ولأنه لو ملك بالاعارة <sup>(١١)</sup> لملك الاعتياض عليه <sup>(١٢)</sup> كالمشترى والموهوب <sup>(١٣)</sup> .

قالوا : عقد على المنفعة ، فملك به الاعارة ، كالاجارة <sup>(١٤)</sup> .

( ٧ ) أى عقد الاعارة .

( ٨ ) فى نسخة ((ب)) : لمن يتصل . / وهو تحريف .

( ٩ ) لأن المعير سلط المستعير على الانتفاع بالعين لا على ذاتها ،

( ١٠ ) أى هبة منفعة العين المعارة ، باعارتها لغيره .

وفى الأصل ( كالهبة ) والصواب حذف كاف التشبيه . لأن الموهوب له يملك هبة العين الموهوبة لغيره ، لأنه ملك العين فيها بخلاف الاعارة ، فانما ملك فيها المنافع فقط ، فليس المقام مقام قياس . فوجب حذف الكاف .

( ١١ ) أى لو ملك بالاعارة اعارة الغير .

فى نسخة ((ب)) : لو ملك الاعارة . / بدون باء السببية .

( ١٢ ) أى باجارة العين المستعارة ، والحال انه لا يملك اجارتها ، فلا يملك

اعارتها أيضا . أنظر فتح المزيو ج ١١ ص ٢١١ .

( ١٣ ) حيث يملكان الاعتياض عن المبيع والموهوب بالبيع أو بالاجارة .

( ١٤ ) حيث يملك اجارة العين المستأجرة .

بجامع العقد على المنفعة ، فى كل من الأصل وهو الاجارة ، والفرع وهو الاعارة .

ولما كان حكم الاصل جواز اجارة العين المؤجرة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للمستعير أن يعير العين المستعارة أيضا لذلك .

قلنا : بالاجارة يملك المنفعة ، فهو كالطعام اذا اشتراه ، <sup>(١٥)</sup> وبالاغارة لا يملك ، <sup>(١٦)</sup> فهو كالطعام يقدم اليه . <sup>(١٧)</sup>

\* مسألة ( ٢٤١ ) : اذا اعاره أرضا أو اجره للفراس ، أو البناء فغرس أو بنى ، لم يجبر على قطعه ، الا بان يضمن مانقص بالقطع . <sup>(١)</sup> ١٧٢ ى .

( ١٥ ) حيث يجوز له بيعه .

بجامع ملك المنفعة فى كل من الأصل وهو الطعام اذا اشتراه والفرع وهو الاجارة .

ولما كان حكم الأصل جواز بيعه ، كان حكم الفرع كذلك فيملك المستأجر اجارة العين أيضا لذلك .

( ١٦ ) زاد فى نسخة ((ب)) : لا يملك المنفعة . / أى وانما يملك الانتفاع به فقط . وفرق بين ملك المنفعة وبين ملك الانتفاع .

( ١٧ ) فى نسخة ((ب)) : فهو كالطعام اذا قدم اليه . / أى على سبيل الضيافة .

حيث لا يملك أن يبيعه لغيره .

بجامع عدم ملك المنفعة فى كل من الأصل وهو مالو قدم اليه طعام ، والفرع وهو مالو استعار شيئا .

ولما كان حكم الأصل عدم ملكه اباحة الطعام لغيره ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك اعارة العين المستعارة لغيره أيضا لذلك .

والمقصود : ان بين الأصل والفرع فى قياسهم فارقا ، فيبطل به .

( ١ ) وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتا ومقلوعا .

وهذا أحد خيارات ثلاث ، والثانى : ان يقيه ويعطى المعير أجر

ابقائه ، والثالث : ان يملكه المعير بقيمته ، ويجبر المستعير على القبول

وقيل يشترط رضاه .

وسواء فى ذلك أن تكون مدة الاعارة مطلقة أو مقيدة . =



وقال أبو حنيفة : له ذلك (٢)

ومحله في المقيدة : ما لم يقل فان انقضى الوقت كان عليك أن تنقض  
بناؤه .

فحينئذ يقلع مجاناً بلا ارش نقص لانه لم يفسره .

أنظر : المختصر ص ١١٦ . الأم ج ٣ ص ٢٤٥ . تحت عنوان : وفي  
اختلاف العراقيين في باب العارية وأكل الفلة . ونقل الرافعي  
عن المزني القول بأنه له اخراجه من غير ارش نقص أصلاً وفاقاً لأبي  
حنيفة ، أنظر فتح العزيز ج ١١ ص ٢٢٧ و ص ٢٣٠ .

(٢) أي ولا يضمن له ما نقص البناء والغرس بالقلع .

ومحله : اذا رجع ولم يكن قد وقت للاعارة مدة ، والا فان رجع قبلها  
هيمن وان بعدها فلا .

أنظر : الهداية ج ٧ ص ٤٧٤ . التبيين ج ٥ ص ٨٨ . مجمع الأنهر  
ج ٢ ص ٣٤٩ وما بعدها .

ونذهب زفر إلى أنه يلزمه القلع بكل حال وقت أولم يوقت ، لبطول  
التأجيل في العواري .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٣٩٤ . كشف القناع :

ج ٤ ص ٧٢ . المغنى ج ٥ ص ١٧١ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٣٩ . الجواهر ج ٢ ص ٢٤٧ .

شرح المنح ج ٣ ص ٤٩٦ . وما بعدها .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

لنا ، ما روت عائشة رضى الله عنها<sup>(٣)</sup> أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ( من بنى فى ربا ع قوم بانهم فله قيمته<sup>(٤)</sup> ) ولأنه بناء مأذون فيهم طالبه بقلعه فى وقت لم يشترط عليه<sup>(٥)</sup> القلع فلم يجبر عليه من غير ضمان ، كما لو اذن له فيه مدة ، وطالبه قبل انقضائها<sup>(٦)</sup> ، ولأن العرف فى

---

( ٣ ) فى الأصل : عنهما . / بالتثنية ، أى عنها وعن أبيها وأنظر ترجمتها فى المسألة رقم ( ٥٨ ) هامش ( ١٢ ) .

( ٤ ) رواه البيهقى ج ٦ ص ٩١ ، كتاب العارية ، باب من بنى أو غرس فى أرض غيره ، من طريق عمر بن قيس المكي عن الزهرى عن عروة عن عائشة مرفوعا : من بنى فى ربا ع قوم بانهم فله القيمة ، ومن بنى بغير اذنهم فله النقص . أه . وقد وصف بأنه لا يثبت .  
ثم قال : عمر بن قيس المكي : ضعيف لا يحتج به ، ومن دونه أيضا  
ضعيف . أه . يعنى به عطاء بن مسلم الخفاف الراوى عن عمر بن قيس ، قال فيه أبو داود : ضعيف ، - يعنى عطاء - .  
وقال أبو زرعة : كان بهم .  
قال أبو حاتم : كان شيخا صالحا يشبه يوسف بن اسباط ، وكان دفن كتبه ، فلا يثبت حديثه .

لكن وثقه وكيع وغيره ، أنظر الميزان ج ٣ ص ٧٦ . رقم / ٥٦٤٨ . قلت : الا أن الجرح مقدم على التعديل لاسيما اذا كان مفسرا ، وهو كذلك هنا . والله أعلم .

( ٥ ) فى نسخة (( ب )) : لم يشترط فيه القلع .

( ٦ ) حيث لا يجبر على القلع فيها من غير ضمان .

بجامع ان كلا بناء مأذون فيه طالبه بقلعة فى وقت لم يشترط عليه القلع ، فى كل من الأصل وهو مالو طالبه قبل مضى المدة ، والفرع وهو مالو طالبه بعد مضىها ولم يكن شرط عليه فيها القلع .  
ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان بقلعه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب عليه الضمان فيه أيضا لذلك .

ذلك التبقية<sup>(٧)</sup>، والمتعارف كالمشروط ، ولو شرط التبقية لم يطالب<sup>(٨)</sup> بالقلع،  
فكذلك اذا اطلق .

قالوا : أعاره ولم يغره<sup>(٩)</sup> ، فأشبهه اذا شرط عليه القلع<sup>(١٠)</sup> .

قلنا : بل غره حين اطلق ، والعادة<sup>(١١)</sup> التبقية<sup>(١٢)</sup> .

(٧) لأن البناء والغرس يراد للمدد الطويلة .

(٨) فونسخة ((ب)) : لم يطالبه . / أى المعير .

(٩) أى لم يخدعه ان شرط عليه القلع . من قولك : فلان غرته الدنيا  
أى خدعته بزینتها . قال تعالى : ( فلا تغرنكم الحياة الدنيا  
ولا يغرنكم بالله الغرور ) سورة لقمان - آية / ٣٣ أى لا تخدعنكم الدنيا  
بزینتها ولا الشيطان بوساوسه .

أنظر المفردات ص ٣٥٩ .

(١٠) حيث لا يجب عليه ضمان النقص ان .

بجامع انعدام الغرر فى العقد ، فى كل من الاصل وهو مال واعاره للغرس  
والبناء وشرط عليه القلع والفرع وهو اذا لم يشترط عليه .

ولما كان حكم الأصل عدم ضمان النقص عند القلع بالرجوع فى الاعارة  
كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن وان لم يشترط عليه أيضا لذلك .

(١١) فى نسخة ((ب)) : والعادة فيه . / أى فى الغرس والبناء .

(١٢) أى لمدد متطاولة .

أى وان قد غره ، بمعاملته على خلاف العادة ، فقد وجب عليه  
ضمان النقص فيه .

(\*)  
\* مسائل الوديعه \*

---

\* مسألة ( ٢٤٢ ) : اذا سافر بالوديعة ضمن . / ١٧٢ ش . (١)

---

( \* ) في نسخة ((ب)) : مسائل الوديعة ، بسم الله الرحمن الرحيم .  
والوديعة فعيلة بمعنى مفعولة ، وقولك ود غشي اذا تركه ، ومنه  
حديث ابن عمر مرفوعا : لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن  
الله على قلوبهم ، ثم ليكونن من الغافلين . أهـ رواه مسلم ج ٢ ص ٥٩١ .  
كتاب الجمعة باب التغليظ في ترك الجمعة ، رقم / ٤٠ .  
وتجمع على ودائع . قال الشاعر :  
اذا أنت لا تبرح تؤدي أمانة . . . وتحمل أخرى اثقلتك الودائع .  
وهي في اللغة : الشيء الموضوع عند غير صاحبه للحفظ .  
واشتقاقها من السكون ، تقول ودع يدع ، فكأنها ساكنة عند المودع ومستقرة  
عنده .  
وفي الشرع : هي توكيل في حفظ ملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص .  
وبين الأمانة والوديعة عموم وخصوص ، فالأمانة عامة والوديعة خاصة .  
الوديعة تستحفظ قصدا عند شخص ، والأمانة هي الشيء يقع في يد  
الشخص من غير قصد ، كأن تلقى الريح بثوب إنسان في بيتك .  
والوديعة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول .  
أما الكتاب : فقول الله تعالى ( ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى  
أهلها ) سورة النساء ، آية / ٥٨ .  
وأما السنة فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : أد الأمانة إلى من  
ائتمنك ولا تخن من خانك . رواه الترمذي عن أبي هريرة ج ٣ ص ٥٦٤ كتاب  
البيوع . رقم / ١٢٦٤ . ثم قال : هذا حديث حسن غريب . أهـ  
ورواه أبو داود ج ٢ ص ٣٩٠ كتاب البيوع ، باب الرجل يأخذ حقه من  
تحت يده ، رقم / ٣٥٣٥ .

.....

= وأما الاجماع فقد حكاه في رحمة الأمة ص ١٦٥ وابن قدامة في المغنى  
ج ٥ ص ٤٣٦ .

وأما المعقول فان بالناس حاجة اليه ، فانه يتعذر على جميعهم حفظ  
أموالهم بأنفسهم ، فاحتاجوا الى غيرهم لحفظها .  
وأركانها أربعة : ودیعة ومودع ووديع وصیفة .  
أنظر مغنى المحتاج ج ٣ ص ٧٩ . المغنى ج ٦ ص ٤٣٦ .

( ١ ) ومحلّه : اذا قدر على ردها لصاحبها أو قدر على وضعها عند أمين ،  
ولم يفعل ، فان خاف عليها من حريق داهم أو غارة وعجز عن ايداعها  
عند أمين ، فله السفر بها .

الوجيز ج ١ ص ٢٨٤ . المنهاج ص ٩٢ . المختصر ص ١٤٧ .  
وهو قول الحنابلة : الا أن المذهب ان له السفر بها مالم يخف عليها  
فيه التلف ، أو كان السفر احفظ لها ، مالم ينهه المودع عن السفر  
بها . سواء كان مضطرا الى السفر أولا .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٥٣ . كشف القناع ج ٣ ص ١٩٣ .  
المغنى : ج ٦ ص ٤٣٩ .

ويا يجب الضمان بالسفر بها يقول المالكية أيضا .  
ومحلّه : اذا قدر على ردها الى صاحبها ولم يفعل أو وجد أمينا  
يودعها عنده فلم يفعل .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٢١ . الجواهر ج ٢ ص ١٤٠ . شرح  
المنح ج ٣ ص ٤٥٥ .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن . ( ٢ )

لنا : هو انه سافر بالوديعة من غير اذن صاحبها من غير ضرورة فأشبه اذا كان السفر مخوفا . ( ٣ )

قالوا : نقل الوديعة مع الأمن ، فأشبه اذا نقل من محلة الى محلة . ( ٤ )  
قلنا : أمن البلد موثوق به ، فهو كأمانة المعدل ( ٥ ) ، وأمن السفر غير موثوق به ، ( ٦ )

( ٢ ) أى سواء كان لها مؤنة فى السفر أولا ، وخالفه الصاحبان فمنعاه منه ان كان لها مؤنة .

ومحله بماله ينهه صاحبها عن السفر بها أو خاف عليها فى السفر ، والا ضمن .

أنظر الهداية ج ٧ ص ٤٥٧ . التبيين ج ٥ ص ٧٩ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٣٩ . ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم . لأنه يوجب عليه حفظ الوديعة بما يحفظ به ماله ، على أن لا يخالف ما حده له صاحبها فى الحفظ .  
فمحل الضمان عنده بماله ينهه عن السفر بها . أنظر المحلى ج ٩ ص ١٦٧ .

( ٣ ) حيث يجب عليه الضمان فيه .

بجامع السفر بالوديعة من غير اذن صاحبها من غير ضرورة ، فى كل من الأصل وهو ماله كان السفر بها مخوفا . والفرع وهو ماله لم يكن مخوفا .

ولما كان حكم الأصل المنع منه كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز له السفر بها فان فعل ضمن أيضا لذلك .

( ٤ ) أى وتلفت به ، حيث لا يجب عليه به الضمان .

بجامع النقل مع الأمن ، فى كل من الأصل وهو ماله نقلها من محلة الى محلة ، والفرع وهو ماله سافر بها من بلد الى بلد .

ولما حكم الأصل عدم الضمان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن به أيضا لذلك . ( ٥ ) أى فى تحقق الحفظ عنده .

( ٦ ) لا احتمال تعرض للصوص وقطاع الطرق له فتذهب الوديعة بذلك عن صاحبها .

ولهذا روى ( ان المسافر ومتاعه لعلى قلت <sup>(٧)</sup> الا ما وقى الله ) فهو كأمين الفاسق <sup>(٨)</sup> .

✽ مسألة ( ٢٤٣ ) : اذا سلم الوديعة الى عياله ضمن <sup>(١)</sup> <sup>(٢)</sup> ١٧٢/٠ ش.

( ٧ ) بفتح الأول والثاني ، تقول : قلت يقلت قلت ، كتعب يتعب تعباً ، أى هلك ، ومنه سميت المغازة وهى الصحراء المهلكة : مقلته ، بميم مفتوحة . لانها محل الهلاك .

أنظر المصباح ج ٢ ص ١٧٢ . الصحاح ج ١ ص ٢٦١ .  
والاثر المذكور قال فيه النووى فى التهذيب ج ٢ ص ١٠٠ : ليس هذا خبراً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، انما هو من كلام بعض السلف ، قيل : انه عن علي بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه وذكر ابن السكيت والجوهري فى صحاحه ج ١ ص ٢٦١ - انه لبعض الأعراب . أهـ .

( ٨ ) أى فى غلبة الضياع منه على الوديعة .  
والمراد : ان قياسهم منقوض بثبوت الفارق فيه بين الأصل والفرع .  
والقياس مع الفارق باطل .

( ١ ) كزوجته وولده وعبيده .  
أنظر شرح المحلى ج ٣ ص ١٨٢ .  
( ٢ ) ومحلّه : ما لم يأذن له صاحبها ، أو يوجب ذلك عليه عذر قائم .  
أنظر : الوجيز ج ١ ص ٢٨٤ . المتهاج ص ٩٢ . الأم ج ٧ ص ١١٦ .  
المختصر ص ١٤٧ .

وقال أبو جنيفة : لا يضمن . ( ٣ )

لنا : هو ( ٤ ) انه أودع الوديعة بغير إذن صاحبها من غير حاجة ، فأشبهه إذا أودعها شريكه أو مضاربه . ( ٥ )

( ٣ ) يدخل في العيال عنده : الزوجة والوالدان والولد والأجير للمساكنة وهو تلميذه الخاص الذي استأجره مسانحة أو مشاهرة بشرط أن يكون طعامه وكسوته عليه ومحل جواز تسليمها إلى من في عياله هو ما إذا كان أمينا ، والا ضمن .

أنظر : الهداية ج ٢ ص ٤٥٢ . التبیین ج ٥ ص ٧٧ . مجمع الأنهر : ج ٢ ص ٣٣٩ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٥٢ . كشف القناع ج ٤ ص ١٨٧ . المغني ج ٦ ص ٤٣٨ .

وسواء في عدم ضمانه أن يكون له عذر في دفعها إلى عياله أولا ، بخلاف الأجنبي فإن دفعها إليه بلا عذر ضمن .

وبه يقول المالكية ، ومحلها إذا كان من عادته حفظ مثلها عند زوجته .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٢٣ . الجواهر ج ٢ ص ١٤١ . شرح المنح ج ٣ ص ٤٦٢ .

واليه ذهب ابن حزم ، لأنه قال : وصفه حفظها هو أن يفعل فيها من الحفظ ما يفعل بماله ، وإن لا يخالف ما حد له صاحبها . أهـ

فإذا كان من عادته حفظ ماله عند زوجته لم يضمن .

أنظر المحلى ج ٩ ص ١٦٧ .

( ٤ ) سقط لفظ ( هو ) من نسخة (( ب )) . / أي الوديع .

( ٥ ) حيث يجب به عليه الضمان .

بجامع الأيداع بغير إذن المالك من غير حاجة ، في كل من الأصل وهو مالو أودع الوديعة شريكه أو مضاربه ، والفرع وهو مالو أودعها عياله . ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب عليه الضمان بإيداعها عند عياله أيضا لذلك .



قالوا : حفظها بمن يحفظ به ماله ، فأشبه اذا حفظها بنفسه . (٦)

قلنا : يبطل بما قسنا عليه . (٧)

\* مسألة ( ٢٤٤ ) : اذا أودع المودع آخر<sup>(١)</sup> وهلك عند ه ضمن المالك من  
شاء<sup>(٢)</sup> منهما . ١٧٢ / ٠ ش .

( ٦ ) حيث لا يجب عليه الضمان بتلفها اذن .

بجامع الحفظ بما يحفظ به ماله ، في كل من الاصل ماله وحفظها بنفسه  
والفرع وهو ماله وحفظها بعياله .

ولما كان حكم الأصل عدم وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك  
فلا يجب عليه الضمان بحفظها عند عياله أيضا لذلك .

( ٧ ) وهو ماله أودعها عند شريكه أو مضاربه . حيث يضمنها مع انه يحفظ  
ماله عند شريكه ومضاربه ، فكانت العلة التي ذكروا غير صحيحة ، لوجودها  
في الحالين وتختلف الحكم عنها في أحدهما وهو حال ما اذا حفظها عند  
شريكه ومضاربه فتلفت .

( ١ ) أى شخصا آخر .

( ٢ ) فان شاء ضمن الثاني ، ويرجع بما غرمه على الأول ان كان جاهلا والا فلا  
لانه غاصب ، وان شاء ضمن الأول ويرجع به الأول على الثاني ان كان عالما  
بأنها ودیعة والا فلا .

ومحل وجوب الضمان ، ما لم يكن له عذر أو لم يأذن له به صاحب الوديعة .  
أنظر : نهاية المحتاج ج ٦ ص ١١٥ . مغنى المحتاج ج ٣ ص ٨٢ . عميرة :  
ج ٣ ص ١٨٢ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٥٢ . كشف القناع ج ٤ ص ١٩٣ . وذكر فسى  
المغنى ج ٦ ص ٣٨ رواية أخرى انه لا يضمن الا الأول .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن إلا (٣) الأول (٤) .  
لنا : هو انه أخذ (٥) مال غيره ، ولم يجزله أخذه (٦) فأشبهه الفاضل (٧) .  
قالوا : بمعنى واحد (٨) ، لا يجب الضمان على اثنين .

( ٣ ) سقط حرف الاستثناء ( الا ) من نسخة (( ب )) : . / وإثباته ضرورى لأداء المعنى .

( ٤ ) خلافا للصاحبين حيث قالوا يضمن ايها شاء ، فان ضمن الثاني ~~ويضمن~~ بمعلى الأول .

أنظر : الهداية ج ٧ ص ٤٦١ . التبیین ج ٥ ص ٨١ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٤٣ . وهو قول المالكية أيضا :

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٢٣ . الجواهر ج ٢ ص ١٤١ . شرح المنح : ج ٣ ص ٤٦٢ .

ويوشك أن يكون مذهب ابن حزم فى هذه المسألة انه اذا أودعها لمذر عند الآخر فلا ضمان ، والا فالضمان على الأول لتعديده .  
فقذا قال : وصفة حفظها هو أن يفعل فيها من الحفظ ما يفعل بماله وان لا يخالف ما حد له صاحبها .

ثم قال فى المسألة بعدها : فان تعدى المودع فى الوديعة أو اضعافها فتلفت لزمه ضمانها . أهـ المحلى ج ٩ ص ١٦٧ .  
( ٥ ) أى المستودع الثانى .

( ٦ ) لأن صاحب الوديعة لم يستودعها عنده ولا اذن للأول بذلك ، اذا علم الثانى بأنها وديعة عند الأول .

( ٧ ) حيث يجوز للمغضوب منه تضمينه .  
بجامع أخذ مال الغير بدون اذن فى كل من الأصل وهو الفاضل والفرع وهو المستودع الثانى .

ولما كان حكم الأصل جواز تضمينه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له تضمين المستودع الثانى أيضا لذلك .

( ٨ ) وهو الايداع .

قلنا : وجب<sup>(٩)</sup> بمعنيين : على الأول برفع اليد<sup>(١٠)</sup> ، ولهذا لو تركهم —  
 في صحراء ضمن وعلى الثاني بالأخذ<sup>(١١)</sup> ، ولهذا لو أخذها<sup>(١٢)</sup> منه قهراً ضمن<sup>(١٣)</sup> .  
<sup>(١٤)</sup>

\* مسألة ( ٢٤٥ ) : اذا قال : احفظ الوديعه في هذا الحرز<sup>(١)</sup> ولا تخرجها  
 فنقلها الى مثله ، ضمن على المنصوص ، قال أبوسعيد الاصطخري<sup>(٢)</sup> :

( ٩ ) في نسخة (( ب )) : بل وجب بمعنيين .

( ١٠ ) ان أخرجها من يده الى يد الثاني .

( ١١ ) ان أخذ مالا يحق له أخذه ، لعلمه انها وديعه عند الأول ، لم  
 يأذن له المودع بنقلها منه الى غيره .

( ١٢ ) أى المستودع الثاني .

( ١٣ ) أى من المستودع الأول .

( ١٤ ) أى الثاني .

( ١ ) الحرز بكسر الأول وسكون الثاني فزاي معجمة ، هو مكان حفظ الشيء

وحرز كل شيء بحسبه ، تقول : احرزت المتاع ، اذا حفظته في مكان يليق

به ، والجمع احرار ، مثل حمل واحمال .

أنظر المصباح ج ١ ص ١٤٠ .

( ٢ ) هو الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى بن الفضل بن بشار بن عبد الحميد

ابن عبد الله بن هاني بن قبيصة بن عمرو بن عامر . قاضي قم ، أحد الرفعاء

من أصحاب الوجوه عند الشافعية ولد سنة أربع وأربعين ومائتين ، قال

الخطيب : كان أحد الأئمة المذكورين ، ومن شيوخ الفقهاء الشافعيين ،

وكان ورعا زاهدا مقلدا ، .أهـ ثم نقد الخطيب عن الداركي أحد أئمة الشافعية

قوله : سمعت أبا اسحاق المروزي يقول : لما دخلت بغداد لم يكن بها من

يستحق ان ادرس عليه الا أبوسعيد الاصطخري وأبو العباس بن سريج . أهـ .

كانت فيه حدة ، ولى الحسبة في بغداد ، وكان من الدين والورع بمكان ، توفى =

لا يضمن ١٧٢/٠ ش. (٣)

وقال أبو حنيفة : ان نقلها الى مثله في الدار لم يضمن استحساناً (٤)

لنا : انه أخرج الوديعة من الحرز الذي نهى عن الاخراج منه من غير ضرورة ، فأشبه اذا نقلها الى دار أخرى . (٥)

= ببغداد سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة ، ودفن بباب حرب . أنظر طبقات ابن السبكي ج ٢ ص ١٩٣ والتي تليها .

(٣) المختصر ص ١٤٧ . الوجيز ج ١ ص ٢٨٦ . مغنى المحتاج ج ٣ ص ٨٤ . نهاية المحتاج ج ٦ ص ١١٩ .

وذكر في المجموع القولين صراحة . ج ٣ ص ٢٢٠ .

وبوجوب الضمان عليه بالنقل يقول الحنابلة أيضا :

ومحله : ما لم يخف عليها الهلاك في محلها الأول .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٥١ . كشف القناع ج ٤ ص ١٨٨ . المغنى : ج ٦ ص ٤٤١ .

وبضمانها يقول ابن حزم ، لانه يوجب الضمان بمخالفة المستودع ما حده له المودع .

أنظر المحلى ج ٩ ص ١٦٧ .

(٤) ومحله : ما لم تكن الدار عظيمة لأن التفاوت بين البيتين فيها معتبر .

أنظر : الهداية ج ٧ ص ٤٦١ . التبيين ج ٥ ص ٨١ . مجمع الأنهر :

ج ٢ ص ٣٤٣ .

ولكنهم لم يقولوا : استحسانا . وقاله في المبسوط ج ١١ ص ١٢١ .

وهو قول المالكية أيضا :

أنظر : القوانين ص ٤٠٥ . اسهل المدارك ج ٣ ص ١٣٤ .

(٥) حيث يجب عليه به الضمان .

بجامع اخراج الوديعة من حرزها المنهى عن اخراجها منه لغير ضرورة

في كل من الأصل وهو ما اذا أخرجها من دار الى دار ، والفرع وهو =

قالوا : البيتان <sup>(٦)</sup> في الدار حرز واحد ، بدليل أن السارق اذا نقل  
المسروق عن احدهما الى الآخر لم يقطع .  
قلنا : السارق لو نقل <sup>(٧)</sup> من البيت الى الدهليز <sup>(٨)</sup> ، والباب مفتوح  
لم يقطع <sup>(٩)</sup> ، ولو فعل المودع ذلك ضمن <sup>(١٠)</sup> .

\* مسألة ( ٢٤٦ ) : اذا حل كيس الود يعة ضمنها <sup>(١)</sup> / ١٧٢ ش .

= مالو أخرجها من بيت الى بيت في الدار .  
ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب  
عليه الضمان به أيضا لذلك .

( ٦ ) في الأصل ( البيتين ) بالنصب ( بالياء ) للتنبيه ، الا أن المقام يوجب  
الرفع ، للابتداء . وما أثبتناه هو من نسخة (( ب )) .

( ٧ ) أي الشيء المسروق .

( ٨ ) في المصباح ج ١ ص ٢١٦ : الدهليز : المدخل الى الدار ، فارسي  
معرب ، والجمع : الدهاليز . أهـ .

( ٩ ) لانه لم يخرجها من حرزها بعد .

( ١٠ ) لانه أخرجها من موضعها الذي تحفظ في مثله ، ان الدهليز ليس  
محلا للحفظ .

أي فبطل به قياس الود يعة على السرقة للفارق المذكور بينهما .

( ١ ) أي وان لم ينتفع بشيء منها .

أنظر : نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٢٨ . مغني المحتاج ج ٣ ص ٨٩ . قليوبي

ج ٣ ص ١٨٦ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٥٤ . كشف القناع ج ٤ ص ١٩٥ .

المغني ج ٦ ص ٤٥١ .

ويوجب الضمان بمخالفة الود بيع أمر المودع يقول المالكية لأنه عرضها به

للتلف ، فاذا نهاه عن وضع قفل عليها فخالف فوضعه فسرت ضمن =

( ٢ )

وقال أبو حنيفة : لا يضمن .

لنا : هو انه هتك حرز الوديعة ، فأشبه اذا تركها<sup>(٣)</sup> في بيت

(٤) البيت . (٥)

قالوا : تعدى على الحرز :<sup>(٦)</sup> فلم يضمن مافيه ، كما لو فتح

= لتعريضه لها للسرقة باغراء اللصوص بها وكذا في حل كيس الوديعة  
تعريض لها للتلطف فيضمن اذن .

أنظر : القوانين ص ٤٠٥ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٢٢ . الجواهر ج ٢ ص ١٤١ .  
ويشبه أن يكون هذا هو قول ابن حزم أيضا قال في المحلى ج ٩ ص ١٦٣ :  
وصفة حفظها هو أن يفعل فيها ما يفعل بماله ، وان لا يخالف ما حد له  
صاحبها . . . وماعداه هو التعدى في اللغة ومعرفة الناس . أهـ

( ٢ ) أنظر حاشية ابن عابدين ج ص

( ٣ ) في الأصل : اذا ترك .

( ٤ ) أى خرقة صاحبه هنا ، تقول : نقت الحائط نقبا من باب قتل اذا خرقت .

أنظر المصباح ج ١ ص ٢٩١ .

( ٥ ) حيث يجب عليه بالضمان . لأنه فتح بذلك مجالا للصوص لسرقة  
الوديعة .

بجامع هتك حرز الوديعة في كل من الأصل وهو مالو ترك الوديعة  
في البيت ونقبه ، والفرع وهو مالو حل كيس الوديعة .

ولما كان حكم الأصل لزوم الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك  
فيلزمه الضمان بحله الكيس أيضا لذلك .

( ٦ ) أى فقط ، ولم يتعد على الوديعة التي فيه .

قفصا على (٧) طائر. (٨)

قلنا : يبطل بما قسنا عليه (٩) والطائر لا يجب عليه حفظه (١٠) وهذا (١١)  
يجب حفظه (١٢).

\* مسألة (٢٤٧) : اذا اخرج الوديعه من الحرز لينتفع بها (١١) ضمن ١٧٣/٠ ى.

(٧) فى نسخة ((ب)) : عن طائر.

(٨) حيث لا يلزمه به الضمان خلافا لمحمد . أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٧٠ .  
بجامع التعدى على الحرز دون المحروز فيه ، فى كل من الأصل وهو  
مالو فتح قفصا على طائر ، والفرع وهو مالو فتح كيس الوديعه .  
ولما كان حكم الأصل عدم الضمان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا ضمان  
على المودع بفتح كيس الوديعه أيضا لذلك .

(٩) وهو مالو ترك الوديعه فى البيت ونقبه ، حيث يجب عليه الضمان

كونه تعدى على الحرز فقط .

(١٠) لأن الأصل عدم حبسه .

(١١) أى الكيس والوديعه التى فيه .

(١٢) أى فهذا فارق بين الأصل والفرع ، فيبطل به قياسهم المذكور .

(١) أى وان لم ينتفع . كما قيده به فى قليوبى ج ٣ ص ١٨٥ . ومطه بالم

يأذن له به المستودع .

الوجيز ج ١ ص ٢٨٥ وكذا ان أخذ الدراهم ليصرفها الى حاجته

(ح) ضمن . أهـ .

والحاء المهملة هنا اشارة الى مخالفة أبى حنيفة للشافعية فى هـ

المسألة . وأنظر المنهاج ص ٩٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٥٤ . كشف القناع ج ٤ ص ١٩٥ .

الصفنى : ج ٦ ص ٤٥١ .

ولعله قول ابن حزم أيضا ، فان اخراجها من الحرز تعد منه عليها ، وقد =

وقال أبو حنيفة : لا يضمن قبل الانتفاع .<sup>(٢)</sup>

لنا : هو انه اي قاع فعل في الوديعة لا يقتضيه الايداع<sup>(٣)</sup> فأوجب

الضمان ، كالتخريق .<sup>(٤)</sup>

قالوا : معنى لا يوجب الضمان من غير نية<sup>(٥)</sup> فلا يوجب مع النية ، كالا مساك<sup>(٦)</sup> .

= قال ابن حزم : فان تعدى المودع في الوديعة أو اضعافها فتلفت لزمه ضمانها . أم

المحلى ج ٩ ص ١٦٧ .

( ٢ ) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٣٨ . حاشية الشلبي ج ٥ ص ٧٧ . نتائج الأفكار

ج ٧ ص ٤٥٢ . حاشية ابن عابد بن ج ٥ ص ٢٦ .

وهو قول المالكية ، أيضا ومحلها اذا هلك ما تهلك من مثله غالبا .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٢٠ . الجواهر ج ٢ ص ١٤ . القوانين :

ص ٤٠٥ .

( ٣ ) ان الايداع يقتضى حفظها وعدم هتك حرزها .

( ٤ ) حيث يجب عليه الضمان بتخريق الحرز .

بجامع ان في كل اي قاع فعل في الوديعة لا يقتضيه عقدها . اما الأصل

فتخريق الحرز ، واما الفرع فاخراجها من حرزها .

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الضمان

باخراجها من حرزها للانتفاع أيضا لذلك .

( ٥ ) أي نية الانتفاع .

بغير نية

( ٦ ) حيث لو أمسك الوديعة عنده ، ولم ينو الانتفاع بها لما وجب عليه الضمان ،

بجامع ان كلا معنى لا يوجب الضمان من غير نية ، اما الاصل فهو الا مساك

واما الفرع فهو اخراجها من حرزها للانتفاع .

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب

الضمان بالاخراج أيضا لذلك .



قلنا : الاخراج من غير نية <sup>(٧)</sup> يقتضيه الايداع ، <sup>(٨)</sup> ومع النية <sup>(٩)</sup> لا يقتضيه ، <sup>(١٠)</sup>  
 فاذا أمسك ونوى ان لا يرد ضمن في أحد الوجهين ، <sup>(١١)</sup> ثم ذاك فيه نية <sup>(١٢)</sup>  
 مجردة ، <sup>(١٣)</sup> وهذا <sup>(١٤)</sup> نية اتصلت بفعل خرج بها عن مقتضى الايداع فوجب  
 بهما <sup>(١٥)</sup> الضمان <sup>(١٦)</sup> .

- 
- (٧) أى من غير نية الانتفاع بها .  
 (٨) أى فى بعض الصور ، اذا كان الحفظ فى اخراجها .  
 (٩) فى الأصل ( ومع نية لا يقتضيه ) بدون أل . / أى واخراج الوديععة  
 من حرزها مع نية الانتفاع بها لا يقتضيه عقد الوديععة .  
 (١٠) لان عقد الوديععة يقتضى حفظها لصاحبها كما هى ، والانتفاع بهما  
 يعرضها للاستهلاك والتلف .  
 (١١) الصحيح منهما انه لا يضمن . أنظر المنهاج ص ٩٣ .  
 (١٢) فى نسخة ((ب)) : ثم ذلك نية مجردة . / والاشارة الى حال  
 إمساكها بنية عدم الرد .  
 (١٣) أى عن الفعل . وهذه لا توجب الضمان .  
 (١٤) اخراجها من حرزها بنية الانتفاع بها .  
 (١٥) أى بالنية المصحوبة بالفعل وهو اخراج الوديععة من حرزها .  
 (١٦) أى وهذا الفارق بين الأصل والفرع فى قياسهم ، يوجب  
 بطلانه .

\* مسألة (٢٤٨) : اذا تعدى فى الوديعة ثم ترك التعدى لم ~~يسبراً~~<sup>(١)</sup>  
من الضمان ١٧٣/٠ ى.

وقال أبو حنيفة : يسبراً<sup>(٢)</sup>.

- (١) المختصر ص ١٤٧ . الوجيز ج ١ ص ٢٨٥ . المنهاج ص ٩٣ .  
ومحل الضمان و مالم يحدث له مالك الوديعة استثنائاً جديداً بعد  
تعديه عليها .  
وصورة ذلك : ان يتعدى المودع على الوديعة باستعمالها ، ثم  
يردها الى حوزها « فان ذلك لا يسقط عنه الضمان لو تلفت الا اذا  
جدها له صاحبها الا يداع بعد ذلك التعدى ، لأن يده زالت عنها  
بالتعدى ، فاستوجب ذلك اننا جديداً لعودها للاستئمان .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٥٠ . كشف القناع :  
ج ٤ ص ١٩٥ . المغنى : ج ٦ / ٤٥٢ .  
(٢) الهداية ج ٧ ص ٤٥٦ . التبيين ج ٥ ص ٧٨ . والتميز ص ٣٤١ .  
ومحل : مالم يعزم على العود الى التعدى ، ومحل أيضاً اذا صدقه  
صاحبها فى العود عن التعدى .  
وبالبراءة من الضمان بالعود عن التعدى يقول المالكية أيضاً .  
قال الدردير : وتضمن بانتفاعه بها بلا اذن ربها فلفت . . . الا أن ترد  
من الانتفاع بها . . . سالمة لموضع ايداعها ثم تلفت بعد بلا تفريط  
فلا ضمان . أهـ .  
الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٢١ . وأنظر الجواهر ج ٢ ص ١٤٠ . شرح  
المنح ج ٣ ص ٤٥٥ .  
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : هو انه ضمن الوديعة بالعدوان ، فبطل الاستئمان ، كما لو جحد  
ثم اعترف . ( ٣ )

فان قيل : اذا جحد فقد عزل نفسه ، وارتفع <sup>(٤)</sup> العقد ، وهاهنا <sup>(٥)</sup> لم  
يرتفع العقد . ( ٦ )

قيل : لو كان الضمان بحكم العزل <sup>(٧)</sup> لما ضمن حتى يتمكن من الرد ،  
كما لو عزل نفسه <sup>(٨)</sup> ، فلما ضمن في الحال ، دل على أنه ضمن بحكم العدوان <sup>(٩)</sup> ،

( ٣ ) حيث لا يبرأ من الضمان به لزوال يده عنها بالتعدي فلا يعود اليه  
الاستئمان الا بعقد جديد .

بجامع التعدي على الوديعة في كل من الاصل وهو مالو جحد هـ  
ثم اعترف والفرع وهو مالو تعدي ثم رجع عنه .

ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الضمان به ، كان حكم الفرع كذلك  
فلا يزول الضمان بترك التعدي أيضا لذلك .

( ٤ ) في نسخة (( ب )) : فارتفع العقد . / أي فلا يعود بالاقرار .

( ٥ ) في حال ترك التعدي عليها .

( ٦ ) أي فلا يصح به قياسكم المذكور لوجود الفارق فيه بين الأصل  
والفرع .

( ٧ ) أي منوطا به .

( ٨ ) حيث لا ينعزل ولا يبرأ من الضمان حتى يرد .

( ٩ ) أي وليس بحكم العزل .

ولأن الوديعة ارتفعت ؛ (٢٠) فلا ينفرد باعادتها (١١) كما لورد ها على صاحبها (١٢) ،  
والدليل على انها قد ارتفعت ، انه عقد أمانة (١٣) والضمان ضدها (١٤) فاذا  
طرأ الضمان ارتفع العقد ، كالتحريم لما كان ضد الحل ، اذا طرأ على  
النكاح ارتفع النكاح (١٥) ولانه لو استأجر دابة أو استعارها الى الكوفة  
فجاوز بها الى القادسية ، ثم ردها الى الكوفة (١٦) لم يبرأ من الضمان (١٧) ، فكذلك  
ها هنا (١٨) .

- 
- ( ١٠ ) أى زالت يد الاثتمان عنها بالعدوان عليها .  
( ١١ ) أى لا بد لها من استئمان جديد من صاحبها .  
( ١٢ ) حيث لا تعود وديعة ، الا بعقد جديد من صاحبها .  
بجامع زوال اليد عنها فى كل من الأصل وهو مالوردها الى صاحبها ،  
والفرع وهو مالو تعدى عليها ثم رجع عنه .  
ولما كان حكم الأصل هو عدم انفراد الوديع باعادتها وديعة عنده ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا ينفرد الوديع بعد التعدى باعادتها وديعة  
عنده أيضا لذلك .  
( ١٣ ) أى عقد الوديعة عقد امانة ، بمعنى انه يزول بالعدوان .  
( ١٤ ) لان موجبه الخيانة . أى والضدان لا يجتمعان .  
( ١٥ ) كما لو تزوجها ثم تبين انها اخته من الرضاة ، حيث يبطل العقد .  
( ١٦ ) أى وتلفت .  
( ١٧ ) لحصول التعدى منه بالمخالفة ، ثم لا يرتفع حكم التعدى بالعودة الى ما اتفقا  
عليه فى العقد .  
( ١٨ ) أى فى حال الرجوع عن العدوان على الوديعة أيضا ، فلا يسقط عنه الضمان ،  
بجامع التعدى فى كل من الأصل وهو مالو استأجر دابة الى القادسية  
فجاوزها الى الكوفة ثم رجع الى الكوفة ، والفرع وهو مالو تعدى على الوديعة  
ثم ترك التعدى .  
ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يزول  
الضمان بترك العدوان عليها أيضا لذلك .

فان قيل : يد أولئك<sup>(١٩)</sup> ليست يد المالك<sup>(٢٠)</sup> ، ويد المودع يده<sup>(٢١)</sup> .

قيل : الا أنه مأذون له<sup>(٢٢)</sup> في الامساك<sup>(٢٣)</sup> ، فهو كيده<sup>(٢٤)</sup> .

قالوا : الأمر بالحفظ باق بعد التعدى ، لأنه أمر مطلق في الأزمان

فلا يسقط بالمخالفة ، كالأمر بصوم رمضان ، لا يبطل بالفطر في يوم منه ، وكأمر

الوكيل ببيع الثوب لا يبطل بلبسه<sup>(٢٥)</sup> .

( ١٩ ) اشارة الى المستأجر والمستعير في الدابة .

( ٢٠ ) لأن يد هم على العين يد ضمان بمقتضى العقد وليست يـــــــد حفظ .

( ٢١ ) لانها يد أمانة .

والمقصود : ايجاد ايراد على القياس المذكور لا بطلاله باثبات الفارق

فيم بين الأصل والفرع .

( ٢٢ ) أى للمودع .

( ٢٣ ) أى لا في التعدى .

( ٢٤ ) أى كيد المالك ، أى في الامساك ، فاذا تعدى لم تكن يده كيده ،

فيضمن ،

( ٢٥ ) بجامع بقاء الأمر في سائر الا زمان التي لم يحصل فيها عـــــــدوان ،

في كل من الأصل وهو مالو أقطـــــــر

يوما من رمضان أو أمر الوكيل ببيع الثوب فلبسه ، والفرع وهو مالو

تعدى على الود يعة ثم ترك ، ولما كان حكم الأصل عدم ســـــــقوط

الأمر بصوم رمضان فيما عدا الأيام التي أفطر منها وعدم سقوط الأمر

ببيع الثوب بعد لبسه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يزول الأمر في حفظ

الود يعة بالمخالفة فيما بعدها اذا ترك التعدى أيضا لذلك .

قلنا : وان كان مطلقاً ،<sup>(٢٦)</sup> الا أنه يتقيد بالعرف ، فيكون معناه احفظ  
 ما دمت أميناً ، لأن الانسان لا يستودع في العادة خائناً ، فيصير كأمر الله  
 تبارك وتعالى اذا وقته بوقت .<sup>(٢٨)</sup> ثم الصوم حجة لنا لأنه اذا تعدى  
 في يوم منه بطل الأمر فيه ،<sup>(٢٩)</sup> فكذلك اذا تعدى في الوديعة وجب  
 أن يبطل الأمر فيها ،<sup>(٣٠)</sup> ولأن الأمر هناك<sup>(٣١)</sup> لا يسقط بالجهود<sup>(٣٢)</sup> ، وهما هنا  
 يسقط بالجهود<sup>(٣٤)</sup> ولأن الأمر هناك<sup>(٣٥)</sup> يتجدد في كل يوم ، فوزانه أن يحدث

---

( ٢٦ ) أى وان كان الأمر بحفظ الوديعة مطلقاً في الزمن المتفق عليه .

( ٢٧ ) سقط لفظ ( تبارك ) من نسخة (( ب )) .

( ٢٨ ) حيث يزول الأمر بفوات وقته .

( ٢٩ ) أى في ذلك اليوم ، فلا يجزئه صوم ذلك اليوم وان ترك الاكل في سائره .

( ٣٠ ) أى الأمر بحفظها ، لزوال أمانته عنها بالتعدى ، فاذا أزال تعديه

عنها ، لم يعد اليه الأمر بحفظها سائر المدة . فلا بد فيها من عقد

استئمان جديد .

( ٣١ ) أى في رمضان ، بل يبقى مأموراً به حتى يقضيه .

( ٣٢ ) أى بجهود وجوب الصوم عليه .

( ٣٣ ) أى في الوديعة .

( ٣٤ ) أى وتقلب به يده عنها من يد أمانة الى يد ضمان فيلزمه ردها الى صاحبها

في الحال ، فاذا تلفت ضمنها مطلقاً ، سواء كان بتعد أو بغير تعد ،

بفعله أو بفعل غيره ، لأنه صار كالفاصل .

( ٣٥ ) أى في صوم رمضان .

له استثناء (٣٦) والوكيل لا نسلم (٣٧) على أحد الوجهين، ثم الوكالة تتضمن  
امانة وتصرفا ، فإذا بطل أحدهما (٣٩) بقى الآخر (٤٠) كملك اليمين اذا بطل  
فيه الحل (٤١) بقى الملك (٤٢) والوديعة لا تتضمن الا امانة (٤٣) فإذا بطلت

( ٣٦ ) أى فى الوديعة ، بعد التعدى . لأن بالتعدى انقضى الأمر بالحفظ ،  
فاحتاج الى أمر جديد بالحفظ ، كما فى صوم رمضان كلما انقضى يوم ،  
احتاج الى نية جديدة لليوم الذى يليه .

أى ويخذه الفروق يبطل قياسهم الأمر بالوديعة على الأمر بالصوم .

( ٣٧ ) أى بعدم بطلان الوكالة فى بيع ثوب ، فيلبسه .

( ٣٨ ) أصحابهما : أنه لا ينعزل بالمخالفة والتعدى . أنظر المنهاج ص ٦٥ .

( ٣٩ ) وهو امانة .

( ٤٠ ) وهو مطلق التصرف .

( ٤١ ) فى نسخة ((ب)) : الحمل . / وهو تحريف . / والمقصود : حل  
الوطء بأن اشترى بعض محارمه كالأخت والصمة ونحو ذلك .

( ٤٢ ) حيث لا يبطل ببطلان حل الوطء فى المملوكة .

بجامع تضمن العقد لشيئين اذا بطل أحدهما لا يبطل الآخر ،  
فى كل من الأصل وهو ملك اليمين ، والفرع وهو الوكالة .

ولما كان حكم الأصل عدم بطلان ملك اليمين ببطلان الحل فيه ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا تبطل امانة فى الوكالة لبطلان التصرف  
أيضا لذلك .

( ٤٣ ) لأن القصد منها الحفاظ لصاحبها فقط .

لم يبق شيء ، كالنكاح اذا بطل منه الحل . ( ٤٤ )  
 قالوا : يده كيده ، ( ٤٥ ) فصار كما لورده ( ٤٦ ) اليه . ( ٤٧ )  
 قلنا : يده كيده مادام أمينا ، فأما اذا خرج عن الأمانة فلا ، كما قالوا  
 في المستأجر والمستعير . ( ٤٨ )

- ( ٤٤ ) حيث يبطل العقد به ، كما اذا تزوج امرأة ثم تبين انها اخت من النسب أو الرضاع .  
 بجامع تضمن العقد لشيء واحد اذا بطل بطل به العقد ، في كل من الأصل وهو النكاح ، والفرع وهو الوديعة .  
 ولما كان حكم الأصل بطلان النكاح ببطلان حل الوطء فيه ، كما كان حكم الفرع كذلك فتبطل الوديعة لبطلان الأمانة فيها أيضا لذلك .  
 والمقصود : ان بين الأصل والفرع في قياسهم عدم ضمان الوديع اذا خالف المودع ثم ترك التعدي ، على عدم بطلان الوكالة في الوكيل اذا خالف ثم ترك المخالفة ، فارقا فيبطل به .  
 ( ٤٥ ) أي يد الوديع كيد المودع فاذا تعدى الوديع صار كما لورد الوديعة الى صاحبها .  
 ( ٤٦ ) أي الشيء المودع .  
 ( ٤٧ ) أي الى المودع ، حيث يبرأ من ضمانها اذن .  
 بجامع ان يد الوديع كيد المودع في كل من الأصل وهو مالورد الوديعة الى صاحبها ، والفرع وهو مالو تعدى عليها ثم ترك التعدي .  
 ولما كان حكم الأصل عدم وجوب الضمان عليه اذا رد الوديعة فتلقت عند صاحبها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب الضمان على الوديع اذا تعدى ثم ترك التعدي أيضا لذلك .  
 ( ٤٨ ) أي اذا تعدى فيما تعاقد عليه ، كما قالوا فيمن استأجر دابة أو استعارها الى الكوفة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الكوفة ، حيث لا يسقط عنه به الضمان عندهم . أنظر الهداية ج ٨ ص ٢٩ .



مسألة ( ٢٤٩ ) : اذا أودع صبيا شيئا فأُتلفه ضمن<sup>(١)</sup> على المشهور ١٧٣/٠<sup>(٢)</sup>  
 وقال أبو حنيفة : لا يضمن<sup>(٣)</sup> .  
 ( ٤ ) لنا : ان من ضمن المال بالاتلاف قبل الايداع ضمنه به بعد الايداع ، كالبالغ ،

---

( ١ ) أى ان اتلفه لا ان تلف عنده . كما فى القليوبى ج ٣ ص ١٨١ .  
 ( ٢ ) وعبر عنه فى المنهاج ص ٩٢ بالأصح . وأنظر الوجيز ج ١ ص ٢٨٤ .  
 ( ٣ ) أى اصلا لا قبل البلوغ ولا بعده . سواء فرط أو لم يفرط ، ان له أهله  
 بايداعها عنده أو لم يأذنوا . وخالف أبو يوسف فأوجب على الصبي  
 الضمان .  
 ومحل الخلاف معه : هو ما اذا كان الصبي ميّزا ، والا فلا ضمان عليه  
 اتفاقا عند هم .  
 مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٤٤ ، حاشية الشلبي ج ٥ ص ٧٦ . المبسوط :  
 ج ١١ ص ١١٨ .  
 وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٥٥ . كشف القناع ج ٤ ص ١٩٧ .  
 وذكر فى المغنى ج ٦ ص ٤٥٢ رواية أخرى انه لا يضمن .  
 وبه يقول المالكية أيضا :  
 أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٣٢ . الجواهر ج ٢ ص ١٤٤ . شرح المنح :  
 ج ٣ ص ٤٨٣ .  
 ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

( ٤ ) حيث يضمن بالايدياع .  
 بجامع وجوب<sup>الضمان</sup> بالاتلاف قبل الايداع ، فى كل من الأصل وهو البالغ ، والفرع  
 وهو الصبي .  
 ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان عليه بعد الايداع ، كان حكم الفرع  
 كذلك فيجب الضمان على الصبي بعد الايداع أيضا لذلك .

ولأن ماضنه بالاتلاف قبل الايداع، ضمنه<sup>(٥)</sup> بعد الايداع، كالعبد<sup>(٦)</sup>.  
 قالوا: عادة الصبي الاتلاف، فاذا أودعه فقد رضى باتلافه<sup>(٧)</sup>، فأشبهه  
 اذا قدم الشعير الى الحمار، أو اللحم الى السنور<sup>(٨)</sup>.  
 قلنا: ماضى باتلافه، بل أمره بحفظه غير أنه أساء<sup>(٩)</sup> في الاستحفاظ، فهو  
 كما لو أودع المال خائناً أو الخبز جائعاً<sup>(١٠)</sup>، ثم هدا<sup>(١١)</sup> ييطل به

(٥) سقط قوله (ضمنه بعد الايداع) من نسخة ((ب)).

(٦) حيث يضمن بالايدياع.

بجامع الضمان بالاتلاف قبل الايداع، في كل من الأصل وهو العبد  
 والفرع وهو الصبي.

ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان عليه بعد الايداع، كان حكم الفرع  
 كذلك فيجب الضمان على الصبي بعد الايداع أيضاً لذلك.

(٧) لانه سلطه على اتلافه بايداعه عنده.

(٨) حيث لا يجب على صاحب الحمار ضمان الشعر ولا اللحم المذكور.

بجامع الرضا باتلافه، في كل من الأصل وهو تقديم الشعير للحمار أو اللحم  
 للسنور، والفرع وهو استيداع الصبي.

ولما كان حكم الأصل عدم وجوب الضمان به كان حكم الفرع كذلك، فلا يجب  
 الضمان على الصبي باتلاف الوديعة أيضاً لذلك.

(٩) أى صاحب الوديعة.

(١٠) حيث لا يسقط به الضمان عنهما وان أساء في الاستيداع.

بجامع الأمر بالحفظ. في كل من الأصل وهو مالواستودع خائناً أو استودع  
 الخبز عند جائع، والفرع وهو مالواستودع صبياً.

ولما كان حكم الأصل عدم سقوط الضمان عنهما وان أساء باستحفاظهما،  
 كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط الضمان عن الصبي وان أساء في استيداعه  
 أيضاً لذلك.

(١١) أى جعل عادة الاتلاف في الصبي، سبباً في اسقاط الضمان عنه.

إذا ألقى ماله في الطريق فأُتلفه إنسان. <sup>(١٢)</sup> <sup>(١٣)</sup>

قالوا : ضمان يختص بالأموال ، فلم يجب على الصبي ، كالتضييع. <sup>(١٤)</sup>

قلنا : إنما لم يضمن بالتضييع لأنه لا يلزمه الحفاظ بقبوله <sup>(١٥)</sup> ، فهو

كالبالغ إذا لم يقبل <sup>(١٦)</sup> لم يضمن بالتضييع ، <sup>(١٧)</sup> ثم يضمن بالأتلاف. <sup>(١٨)</sup>

\* مسألة ( ٢٥٠ ) : إذا سُرقت الوديعة من المودع والمفصوب من الغاصب

لم يجز لهما مخاصمة السارق <sup>(١)</sup> . ١٢٣/٠ ش.

( ١٢ ) وهو محل لا أتلاف ما يلقي فيه من المال .

( ١٣ ) حيث لا يسقط عنه الضمان ، وإن كان الشأن في الطريق أن تتلف فيه

الأموال . فبطل أن يكون ما ذكره علة للحكم جامعا بين الأصل والفرع

لقصوره .

( ١٤ ) حيث لا يجب عليه الضمان باضاعة المال المودع عنده .

بجامع أن كلا ضمان يختص بالأموال ، أما الأصل فالتضييع ، وأما الفرع

فالاتياع .

ولما كان حكم الأصل عدم وجوب الضمان على الصبي بتضييعه المال ، كان

حكم الفرع كذلك فلا يجب عليه الضمان باتلافه الوديعة أيضا لذلك .

( ١٥ ) أن لا صحة لعبارته ، فكان قبوله كلا قبول .

( ١٦ ) أي الاستياع عنده .

( ١٧ ) لأنه لم يلتزم حفظها ، فلا عدوان منه عليها .

( ١٨ ) لأن الضمان بالأتلاف من باب خطاب الوضع ، فلا يعتمد البلوغ ولا العقل ،

فيستوى في الضمان به الصبي والبالغ .

( ١ ) أي بل لا بد من حضور المستودع والمفصوب منه مجلس الحكم ليخاصم

بنفسه عن ماله .

وقد نص في القليوبي ج ٢ ص ٢٤٢ على أنه لا يجوز للمأذون المخاصمة عن نحو

غصب أو سرقة مال الأذن ، فأولى الوديعة والغاصب .

وقال أبو حنيفة : لهما مخاصمته ، ويقطع السارق بخصوصتهما<sup>(٢)</sup> .  
لنا : هو<sup>(٣)</sup> انه جناية توجب عقوبة ، فلا يجوز للمودع الخصومة فـي  
اثباتها<sup>(٤)</sup> بحكم الايداع كالقتل<sup>(٥)</sup> ، ولأن من لا يخاصم اذا ادعى عليه<sup>(٦)</sup>  
ملك العين<sup>(٧)</sup> ، لم يخاصم اذا سرق منه العين كالسارق<sup>(٨)</sup> ، ولأنه

( ٢ ) خلافا لزفر .

أنظر : الهداية ج ٥ ص ١٥٩ كتاب السرقة ، فصل في كيفية القطع واثباته .  
التبيين ج ٣ ص ٢٢٧ والتي تليها . مجمع الأنهر ج ١ ص ٦٢٤ . المسوط  
ج ١١ ص ١٢٤ .

ولم أقف على قول الحنابلة ولا على قول ابن حزم هنا .

( ٣ ) سقط لفظ ( هو ) من نسخة (( ب )) .

( ٤ ) في نسخة (( ب )) : في اثباتها . / وهو تصحيف من الناسخ .

( ٥ ) حيث لا يثبت للمودع الخصومة في اثبات قتله اذا كانت الوديعة عبدا .  
بجامع ان كلا جناية توجب عقوبة ، اما الاصل فالقتل ، واما الفرع  
فالسرقعة والغصب .

ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت حق الخصومة في القتل للمودع بالايداع  
كان حكم الفرع كذلك ، فلا يثبت للمودع الخصومة في سرقة الوديعة  
أيضا لذلك .

( ٦ ) أى ادعى عليه شخص ان هذه الوديعة له .

( ٧ ) زاد في نسخة (( ب )) : يعنى اذا استحق .

( ٨ ) حيث لا يخاصم في اثبات ملكه للعين المسروقة اذا سرقها منه آخر .

بجامع عدم ثبوت حق الخصومة اذا ادعى عليه شخص ملك العين ، في كل  
من الأصل وهو السارق اذا سرقته منه العين المسروقة ، والفرع وهو المودع .  
ولما كان حكم الاصل عدم صحة مخاصمة السارق لمن سرق منه المال المسروق  
كان حكم الفرع كذلك فلا يصح للمودع مخاصمة سارق الوديعة أيضا لذلك .

لو كانت <sup>(٩)</sup> الخصومة من مقتضى الايداع لضمن <sup>(١٠)</sup> بتركها ، كالحفظ <sup>(١١)</sup> .  
 قالوا : المودع له حق اليد <sup>(١٢)</sup> للحفظ ، والغاصب له حق اليد ،  
 ليتمكن من الرد ، فاذا ازيلت اليد <sup>(١٣)</sup> ، جاز أن يخاصم لاعادتها كالمالك <sup>(١٤)</sup> .  
 قلنا : المالك يجوز أن يخاصم في قتله <sup>(١٥)</sup> ، وهذا <sup>(١٦)</sup> لا يخاصم <sup>(١٧)</sup> ، والمالك  
 يخاصم إذا ادعى عليه العيين <sup>(١٨)</sup> ، وهذا <sup>(١٩)</sup> لا يخاصم <sup>(٢٠)</sup> .

- 
- ( ٩ ) فى الأصل ( لو كان ) بدون تاء التأنيث .  
 ( ١٠ ) أى الوديع .  
 ( ١١ ) حيث يضمن بتركه . أى والحال انه لا يضمن بترك الخصومة عن الوديعة  
 المسروقة ، فدل على انه ليس له المخاصمة فيها .  
 ( ١٢ ) أى حق امساك الوديعة .  
 ( ١٣ ) أى يد الوديع والغاصب ، بأن سرقت منهما .  
 ( ١٤ ) حيث له المخاصمة فى ماله ، لثبوت يده عليه .  
 بجامع ثبوت حق اليد فى كل من الأصل وهو المالك والفرع وهو الوديع .  
 ولما كان حكم الأصل صحة مخاصمة المالك فى اعادة اثبات يده على  
 ماله المسروق ، كان حكم الفرع كذلك فللوديع والغاصب حق المخاصمة  
 لاعادة اثبات يدهما على المال ليتمكننا من الرد لصاحبه أيضا لذلك .  
 ( ١٥ ) أى فيما لو كانت الوديعة عبدا فقتله شخص .  
 ( ١٦ ) أى الوديع أو الغاصب .  
 ( ١٧ ) أى فى اثبات القتل .  
 وفى نسخة (( ب )) : وهذا لا يجوز .  
 ( ١٨ ) أى اذا ادعى عليه شخص ان المال له .  
 ( ١٩ ) أى الغاصب أو الوديع .  
 ( ٢٠ ) أى ومن لا يخاصم اذا ادعى عليه ، لا يكون خصما اذا سرق العيين .  
 أو من لا يصلح أن يكون مدعى عليه ، لا يصلح أن يكون مدعى .  
 أى وبثبوت الفارق المذكور بين الأصل والفرع يبطل قياسهم الوديع  
 على المالك فى صحة الخصومة عن الوديعة .

قالوا : لا يتوصل الى الأمور <sup>(٢١)</sup> الا بها <sup>(٢٢)</sup> ، فكان الأمر به أمرا بها ،  
كالطهارة للصلاة <sup>(٢٣)</sup> .  
قلنا : يبطل به اذا قال : خذ مالي من زيد واحفظه <sup>(٢٤)</sup> .

---

- ( ٢١ ) وهو حفظ الوديعة .
- ( ٢٢ ) أى بالمخاصمة ، ان هى الطريق لاستعادة يده على الوديعة اذا سُرقت ،  
أو على المغصوب اذا سرق .
- ( ٢٣ ) حيث يكون الامر بالصلاة أمرا بالطهارة أيضا ضمنا .  
بجامع عدم التوصل الى الأمور الا به فى كل من الأصل وهو الطهارة  
للصلاة والفرع وهو حفظ الوديعة .
- ولما كان حكم الأصل كون الأمر بالصلاة أمرا بالطهارة لها ، كان حكم  
الفرع كذلك فيكون الأمر بالوديعة أمرا بالمخاصمة فيها أيضا لذلك .
- ( ٢٤ ) حيث لا يتوصل الى حفظه الا بأخذه من زيد ، ومع ذلك لا يثبت له  
بهذا اللفظ حق مخاصمة زيد فى اثباته للموكل . فلم يكن الأمر بأخذه  
منه أمرا بالمخاصمة فيه . أى فبطل اعتبار الوصف الذى جعلوه علّة  
جامعة فى قياسهم لتخلف الحكم عنه ، مع وجوده فى الأمر بأخذ المال  
من زيد ليحفظه .

( \* )  
\* مسائل الغصب \*

---

\* مسألة ( ٢٥١ ) : اذا فُتأ عين <sup>(١)</sup> دابة لزمه ارش <sup>(٢)</sup> مانقص <sup>(٣)</sup> / ١٧٣ ي .

---

( \* ) في نسخة (( ب )) : بسم الله الرحمن الرحيم ، مسائل الغصب .  
والغصب يفتح فسكون هو أخذ الشيء على وجه القوة والقهر ظلماً ، تقول :  
غصبه غصباً ، من باب ضرب ، فهو غاصب ، والجمع غصاب ، ككافر وكفار .  
والغصب يتعدى الى مفعولين ، كقولك : غصبت ماله ، وقد تزداد فيه  
" من " في المفعول الأول ، تقول : غصبت منه ماله ، ويقال : غصب  
الرجل المرأة نفسها ، اذا زنى بها كرهما ، وكذلك : اغتصبها نفسها .  
أنظر المصباح ج ٢ ص ١٠١ .  
وهو في الشرع : الاستيلاء على حق الغير عدواناً .  
ويرجع في تحديد الاستيلاء الى العرف .  
ويدخل في هذا : أخذ مال الغير على وجه المحاباة وهو كاره له ، فهو  
في معنى الغصب . كما قال الزركشي . أي فلا يملكه ولا يحل له التصرف  
به .  
والغصب حرام وان قل المصوب .  
والاصل في تحريمه الكتاب والسنة والاجماع .  
أما الكتاب فيقول الله تعالى : ( ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ) . وقال  
تعالى : ( ويل للمطففين ) فاذا تهدد هم على غضب القليل فكيف بالكثير .  
وأما السنة في قوله صلى الله عليه وسلم : ان دماءكم وأموالكم حرام عليكم .  
.. الحديث .  
رواه مسلم ج ٢ ص ٨٨٩ كتاب الحج ، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم .  
رقم الحديث / ١٤٧٠ .  
وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا : من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من  
سبع أرضين .

.....

= رواه مسلم ج ٣ ص ١٢٣٢ ، كتاب المساقاة ، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها . رقم الحديث / ١٤٢٠ .  
وقد انعقد الاجماع على تحريم أخذ أموال الناس ظلماً ، كما في المراتب ص ٥٩ ورحمة الأمة ص ١٦٨ .

وأنظر في مجمل ما ذكرنا مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٧٥ . المغنى ج ٥ ص ١٧٧ .  
( ١ ) بفتحين ، أى بخفها وبخصها . وبابه : قطع ، تقول : ففأ عين فلان يفعأها ففأ . وففأها بتشديد القاف ، تفقته ، مثلها أيضاً .  
أنظر المختار ص ٥٠٨ . والمصباح ج ٢ ص ١٣٥ .

( ٢ ) دية مانق ، والجمع اروش ، كفلس وفلوس ، وأصل الارش الفساد ، يقال : ارش فلان بين القوم تأريشاً ، اذا أفسد قلوب بعضهم على بعض .  
ثم استعمل في النقصان الطارئ على الاعيان ، لانه فساد فيها .  
ويقال ان أصل ارش : هرش ، بالهاء . أنظر المصباح ج ١ ص ١٥٠ .  
( ٣ ) بأن تقوم الدابة صحيحة ثم تقوم وعينها مفقوة ، ففارق ما بينهما هو الارش .

أنظر : المختصر ص ١١٧ . الأم ج ٣ ص ٢٤٥ . الوجيز ج ١ ص ٢٠٨ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٠٧ . كشاف القناع ج ٤ ص ٩٩ .  
وذكر في المغنى ج ٥ ص ١٨٤ عن أحمد رواية أخرى انها تضمن بريـع قيمتها ، اذا كانت غير مأكولة اللحم ، كالفرس والبغل والحصان ، والا كالبعير والبقرة والشاة ، فتضمن بالارش .

وذهب المالكية الى انه مخير بين الارش ، وبين تركها للغاصب ، وأخذ قيمتها يوم الغصب .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٥٤ . الجواهر ج ٢ ص ١٥١ . شرح المنح ج ٣ ص ٥٣٧ .  
وعن أشهب ان صاحبها مخير بين أخذها ولا ارش ، وبين أخذ قيمتها فقط .  
والمذهب الأول وهو لابن القاسم .  
ويلزم الارش فيه يقول ابن حزم أيضاً : المحلى ج ٨ ص ٥٨٩ .



وقال أبو حنيفة : يلزمه ربع <sup>(٤)</sup> القيمة استحسانا <sup>(٥)</sup>.

لنا : هو انه جناية على غير الآدمي فلم يضمن بمقدرك الجناية على اليد والرجل <sup>(٦)</sup> ، والجناية على الحمار والبغل <sup>(٧)</sup> ولأنه لو ضمن العيين بمقدرك

( ٤ ) في الأصل ونسخة ((ب)) : دفع القيمة . / وهو تحريف .

( ٥ ) ومحلّه بمالم تكن شاة والا بان كانت شاة ففيها أرش مانقص من قيمتها سواء كانت لقصاب أو لم تكن لأن القصد منها اللحم ، بخلاف الأبل والحمار والفرس ففيها ربع القيمة لأنها تقصد للحم والجمال والعمل والزينة .

أنظر: الهداية ج ٩ ص ٤٦٥ والتي تليها . التبیین ج ٦ ص ١٥٣ حاشية الشلبي عليه مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٦٥ في الجنايات باب جناية البهيمة والجناية عليها .

( ٦ ) زاد في نسخة ((ب)) : يعني يد الفرس ورجله .

( ٧ ) في نسخة ((ب)) : على الحمار والفعل . / وهو تحريف .

حيث لا يضمن ذلك منها بمقدور وإنما يضمن بالارش .

بجامع ان كلا جناية على غير الآدمي ، اما الاصل فالجناية على يد الفرس ورجله أو على الحمار والبغل ، واما الفرع فهو الجناية على عين الدابة بفقتها .

ولما كان حكم الاصل عدم التقدير في ضمانها ، كان حكم الفرع كذلك فلا تضمن عين الدابة بمقدور أيضا لذلك .

(٨) لضمنت بنصف القيمة ، كما نقول في الحر والعبد .  
 (٩)  
 احتجوا : بأن عثمان قضى فيها برقع القيمة ، (١٠) والقياس لا يقتضيه (١١) ،  
 فدل على أنه توقيف .

(٨) في نسخة ((ب)) : لضمنه بنصف القيمة . / لأن القاعدة ان ما كان في  
 الجسم منه شيء واحد ففيه الدية كاللسان والأنف والذكر ، وما في  
 منه شيان ففي الجناية على أحدهما نصف الدية كالعينين والاذنين  
 واليدين والرجلين . انظر منهج الطلاب ص ١١٧ بهامش المنهاج .  
 (٩) من أنه تضمن العير فيهما بالنصف ، اما العبد فنصف قيمته ، واما الحر  
 فنصف ديته .

(١٠) هذا مروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، رواه البيهقي ج ٦ ص ٩٨  
 كتاب الغصب باب لا يملك أحد بالجناية شيئا جنى عليه الا أن يشاء  
 هو والمالك .

ولفظه : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : في عين الدابة ربع ثمنها . -  
 ثم قال البيهقي - : وهذا منقطع - قال : وروى عن ابراهيم النخعي  
 عن عمر أنه كتب به الى شريح . وهو أيضا منقطع .  
 ورواه جابر الجعفي وهو ضعيف ، عن الشعبي عن شريح ان عمر  
 رضي الله عنه كتب اليه بذلك .

ورواه مجالد عن الشعبي قال : كتب عمر رضي الله عنه الى شريح وهو منقطع . أهـ  
 قلت : ابراهيم النخعي لم يدرك عمر ، ولذلك فهو منقطع .  
 والشعبي لم يدرك عمر أيضا ، فكان منقطعا لذلك .

ولم يذكره في التلخيص عن عثمان أصلا بل عن عمر بن الخطاب . وعن زيد بن  
 ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عين الفرس برقع ثمنه ، وفي  
 اسناده أبو أمية بن يعلى وهو ضعيف . انظر التلخيص ج ٣ ص ٥٥٠ رقم / ١٢٧٣ .  
 (١١) لأن ما كان في الجسم منه شيان قضى في الواحد منه بالنصف اذا تلف ، =

قلنا : لعله بلغ ارش النقصان ربع القيمة ، <sup>(١٢)</sup> كما قضى فى العــــين  
القائمة <sup>(١٣)</sup> بخمسين ديناراً <sup>(١٤)</sup> وكان ذلك على وجه الحكومة . <sup>(١٥)</sup>

= أو يقضى فيه بما نقص قيمة الدابة ، هذا حكم العقل ، وإن قد عدل عنه  
الى الربع ، دل ذلك على أنه فعله لنص وقف عليه ، ولم نعرفه ، فوجب  
العمل به لذلك .

( ١٢ ) أى فى ذلك الحيوان ، أى فتكون واقعة فلا تجعل أصلاً يقــــاس  
عليها غيرها .

وإذا دخل الاحتمال فى الدليل بطل به الاستدلال .

( ١٣ ) أى التى ذهب بصرها وبقيت سليمة فى الظاهر .

( ١٤ ) أى إذا جنى عليها شخص وهى بهذه الحال .

( ١٥ ) أى على وجه الاجتهاد فيها ، وإنما سميت حكومة لثبوتها بحكم  
الحاكم ، حتى لو اجتهد غيره فى ذلك لم يكن له أثر فى تفســــير  
حكمه . أنظر مغنى المحتاج ج ٤ ص ٧٧ .

وقال القليوبي : ج ٤ ص ١٤٣ . سميت بذلك لتوقفها على حاكم أو محكم ،  
حتى لو وقعت بغيرهما لم تعتبر - ، ثم قال : - كذا قالوه ، وفيه  
نظر ، لأنه يبعد أن يقال بعدم وقوعها الموقوع ، لو دفعها  
الجانى أو أخذها المجنى عليه منه بلا حاكم . على أن فــــى  
دخول الحاكم فيها نظراً ، لأنها المعتبر فيها النسبة التى مرجعها  
الى أهذ الخبرة لا الى الحاكم . - ثم قال : - نعم توقف ما لانسبة  
فيه على الحاكم ظاهر . أهـ .

وتعريفها كما فى المنهاج ص ١٢٧ : هى جزء نسبته الى دية النفس وقيل  
الى عضو الجناية نسبة نقصها من قيمته لو كان رقياً بصفاته . أهـ

\* مسألة (٢٥٢) : اذا قطع يدى عبد ، ضمن قيمته من غير أن يسلم  
اليه العبد <sup>(١)</sup> . ١٧٣/٠ ش.

وقال أبو حنيفة : اما أن يمسك العبد ولا شيء له ، أو يسلمه ويطأه به  
بالقيمة <sup>(٢)</sup> .

لنا : هو انه جناية على ملك غيره ، فلم يكن من شرط أخذ البـدل  
تسليم المجنى عليه ، كما لو قطع احدى يديه <sup>(٣)</sup> .

(١) الأم ج ٣ ص ٢٤٦ . المختصر ص ١١٧ . فتح العزيز ج ١١ ص ٢٥٧ .  
مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٨١ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٠٧ . كشف القناع ج ٤ ص ١٠٠ .  
المغنى ج ٥ ص ١٨٦ .  
وزهب المالكية الى أن له أخذه وأخذ ارش نقصه ، وله تركه للغاصب ،  
وأخذ قيمته . أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٦٠ . الجواهر ج ٢ ص ١٥٣ .  
شرح المنح ج ٣ ص ٥٥٤ .

ويقول الشافعية يقول ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٥٨٩ و ٥٩٦ .  
(٢) وزهب الصحاح الى أنه : ان شاء امسك العبد وأخذ مانقصه ، وان شاء  
رفع العبد وأخذ قيمته . كما نص على ذلك الزيلعى .  
الهداية ج ٩ ص ٢٩٣ . فى الجنايات ، فصل الجناية على العبد . التبیین :  
ج ٦ ص ١٦٤ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٦٧٣ .

(٣) حيث لا يجب تسليم العبد للغاصب بقطع يد واحدة .  
بجامع الجناية على ملك الغير فى كل من الأصل وهو مالمو قطع احدى  
يدى العبد المفصوب ، والفرع وهو مالمو قطع كلتا يديه .  
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب تسليم العبد للغاصب بضمان يده .  
كان حكم الفرع كذلك فلا يجب عليه تسليمه بضمان كلتا يديه أيضا لذلك .

قالوا : لو قلنا انه يملك العين والقيمة جمعنا بين البدل والعبد ،  
 فيما يصح نقل الملك فيه وهذا لا يجوز ، كما قلنا في البيع <sup>(٤)</sup> وكما قلنا فيمن  
 استولد جارية ابنه وغرم قيمتها <sup>(٥)</sup> .

قلنا : القيمة ليست بدلا عن العبد ، وانما هي بدل عن اليدين ،  
 الا أنه قدر ببديل النفس كما قدر بديل اليدين في الدية <sup>(٧)</sup> ببديل النفس <sup>(٨)</sup> ،  
 وكمهر المرأة <sup>(٩)</sup> ، قدر بمهر مثلها ، وما لا يتقدر ارشه من الحر <sup>(١٠)</sup> ،  
 يعتبر بقيمة العبد <sup>(١١)</sup> ، فلا يكون جمعا بين البدل والعبد ، ويخالف

---

( ٤ ) أى من انه يجب عليه تسليم الثمن بتسليم المبيع . لأنه بدل عنه  
 ولا يجوز له الجمع بين الثمن والمثل .

( ٥ ) حيث تصبح بعد الغرم ملكا للأب . كى لانجمع بين البدل والمبدل .

( ٦ ) أى الذى قطعت يداه .

( ٧ ) أى فيما لو كان المجنى عليه حرا .

( ٨ ) حيث يجب بقطع <sup>برى</sup> الحر دية كاملة .

بجامع ان كلا بدل عن اليدين ، اما الاصل فالدية في قطع اليد <sup>ين</sup>

من الحر واما الفرع فالقيمة في قطع يدى العبد .

ولما كان حكم الاصل وجوب الدية فيه مقدرة ببديل النفس ، كان حكم الفرع

كذلك فتجب القيمة في العبد بدلا عن اليدين أيضا لذلك .

( ٩ ) أى اذا كان فاسدا ، كأن اصدقها خمرا أو خنزيرا .

( ١٠ ) أى فيما لو جنى عليه شخص جناية غير مقدرة في الشرع .

( ١١ ) بأن يفرض الحر عبدا ، فيقوم سليما من الجناية ، ثم يقوم وهو <sup>بـ</sup>

فيكون فارق ما بينهما هو الواجب في تلك الجناية .

ما قاسوا عليه ، فان هناك <sup>(١٢)</sup> لا يجوز أن يجمع بين <sup>(١٣)</sup> نصف العين ونصف  
البدل ، وهو اذا باع نصفه <sup>(١٤)</sup> أو استولد جارية بينهما <sup>(١٥)</sup> ، وهاهنا <sup>(١٦)</sup>  
يجوز أن يجمع بين العين ونصف البدل ، وهو <sup>(١٧)</sup> اذا قطع احدى اليدين <sup>(١٨)</sup> ،  
فجاز أن يجمع بين العين وجميع البدل . <sup>(١٩)</sup>

\* مسألة (٢٥٣) : اذا خرق ثوبا <sup>(١)</sup> ضمن ارش ما نقص <sup>(٢)</sup> / ١٧٤ هـ .

( ١٢ ) أى فى البيع واستيلاء الأب جارية ابنه .

( ١٣ ) سقط قوله ( بين ) من نسخة ((ب)) .

( ١٤ ) أى نصف العبد .

( ١٥ ) أى مشتركة بين مالكين ، حيث لا يجوز له استيلاءها لأنها ليست  
خالصة له ، لمشاركة الآخر له فيها . فلا يجوز له الجمع بين الملك  
والاستمتاع فيها هنا لذلك .

( ١٦ ) أى فى العبد المفصوب .

( ١٧ ) سقط قوله ( وهو ) من نسخة ((ب)) .

( ١٨ ) أى يقطع يد العبد ونصف قيمته .

أى وهذا فارق بين الاصل وهو البيع واستيلاء جارية الابن اذا غرم  
قيمتها .

والفرع وهو قطع يد العبد المفصوب . فيطّل به قياسهم المذكور .

( ١٩ ) أى هاهنا فى مسألة مالو قطع الفاصب يد العبد المفصوب .

( ١ ) فى نسخة ((ب)) : حرق ثوبا . / بالحاء والراء المهملتين . / والثوب

مذكر يجمع على أثواب وثياب ، وهى ما يلبسه الناس من كتات وحريروصوف  
وقطن وفرو ونحو ذلك ، واما الستور ونحوها فليست بثياب بل امتعة البيت . أهـ

المصباح ج ١ ص ٩٦ .

( ٢ ) أى من قيمة الثوب . سواء كان الخرق كبيرا أو صغيرا .

أنظر : الأم ج ٣ ص ٢٤ . المختصر ص ١١٧ . الوجيز ج ١ ص ٢١٠ . =

وقال أبو حنيفة : ان كان كثيرا<sup>(٣)</sup> فهو بالخيار ان شاء الله ارش

= وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٢٠ . كشف القناع ج ٤ ص ١١٩ .

المفنى ج ٥ ص ١٩٥ .

وذهب المالكية الى أنه يلزمه رفو الثوب أى اصلاحه ، ثم يضمن ارش مانقصه  
بعد الرفو ان كان يسيرا ، واما ان كان الخرق كبيرا فقليل ؛ يلزمه  
رفوه ثم دفع الارش ، وقيل : بل تلزمه القيمة فقط ، لا احتمال زيادة اجرة  
الرفو على قيمته ، فيظلم الجانى . الأول كلام المتقدمين ، وبالمثانى  
يقول ابن يونس .

أنظر : شرح المنح ج ٣ ص ٥٥٥ . الجواهر ج ٢ ص ١٥٣ . حاشية  
الدسوقي ج ٣ ص ٤٦١ .

ويلزوم الارش يقول ابن حزم أيضا : أنظر المحلى ج ٨ ص ٥٧٧ .

( ٣ ) وقد اختلف المذهب فى تحديد الخرق الكثير والقليل ، على أقوال :

الأول : ان الكثير هو ما يوجب نقصان ربع القيمة ، وبالمفسر .

الثانى : ان الكثير ما تنقص به نصف القيمة ، لا استواء الصحيح والهلاك منه .

الثالث : ان الكثير هو ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويسمى

بعض العين وبعض المنفعة . والمفسر ما لا يقرت به شئ من المنفعة وانما

يدخل فيه نقصان فى المنفعة .

الرابع : ان الكثير هو المستأصل للثوب ، وهو ان لا يصلح الثوب بعده

الا لجعله خرقا ولا يرغب فى شرائه .

الخامس : يرجع فى تحديد ذلك الى الخياطين .

السادس : ان كان طولا فكثير ، وان كان عرضا فيسير .

وثالثها هو الصحيح . كما فى التبيين ج ٥ ص ٢٢٩ . ومجمع الأنهر :

ج ٢ ص ٤٦٢ .

النقص<sup>(٤)</sup> وان شاء سلم الثوب وضمنه قيمته<sup>(٥)</sup> .

لنا : هو أنه أتلّف جزءاً من جملة ، فلا يضمن الجميع ، كما لو كان قليلاً<sup>(٦)</sup> ، ولأنه لو ثبت له الخيار<sup>(٧)</sup> . لثبت بالقليل ، كالمشتري في حق المبيع<sup>(٨)</sup> .  
قالوا : العين بالمنافع<sup>(١٠)</sup> ، فإذا<sup>(١١)</sup> ذهب معظم المنفعة بطل مقصوده<sup>(١٢)</sup> ،

(٤) في نسخة ((ب)) : ارش مانقص .

(٥) الهداية ج ٨ ص ٢٦٧ . التبیین ج ٥ ص ٢٢٨ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٦٢ .

(٦) حيث لا يضمن به جميع الثوب ، بل ارش مانقص منه .

بجامع اتلاف جزء من جملة ، في كل من الاصل وهو مالو اتلف قليلاً من الثوب ، والفرع وهو مالو اتلف كثيراً منه .

ولما كان حكم الاصل وجوب ضمان ارش الثوب دون قيمته كله ، كما كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان ارشه باتلاف كثير منه أيضاً لذلك .

(٧) أى بين أخذ الارش مع الثوب ، أو تركه وأخذ قيمته .

(٨) في الأصل : في خرق المبيع . / والصحيح ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٩) حيث يثبت للمشتري الخيار فيه بالعيب القليل والكثير .

أى والحال انه لا يثبت للمفصوب منه الخيار في القليل ، فلا يثبت له الخيار في الكثير أيضاً .

(١٠) جار ومجرور متعلق بمحذوف تقديره : مقدرة أو تقدر فإذا كثرت منافعها زادت قيمتها والعكس بالعكس .

(١١) في نسخة ((ب)) : وإذا ذهب .

(١٢) أى مقصود المالك من تلك العين ، وهو الانتفاع بها .



فجاز أن يضمن<sup>(١٣)</sup> الجميع ، ولهذا لوبل حنطته<sup>(١٤)</sup> أو أبق عبده<sup>(١٥)</sup> ، أو قطع<sup>(١٦)</sup> يديه ضمنه قيمة الجميع .<sup>(١٧)</sup>

قلنا : الحنطة المبلولة تعرضت للهلاك ، وتداعى فيها الفساد<sup>(١٨)</sup> ، فهو كالهالك<sup>(١٩)</sup> .

( ١٣ ) أى الغاصب .

( ١٤ ) أى حنطة المصوب منه .

( ١٥ ) أى عبد المصوب منه .

( ١٦ ) أى لو قطع الغاصب يدي العبد المصوب .

( ١٧ ) لتفويته جميع منافع الحنطة لسراية الفساد اليها بالعفونة بوصول الماء اليها ، وتفويته جميع منافع العبد بابقه أو قطع يديه .

( ١٨ ) لسريان العفونة فيها من البل .

( ١٩ ) فى نسخة (( ب )) : كالهلاك . / حيث يجب عليه ضمان قيمتها بالهلاك .

بجامع التعرض للهلاك فى كل من الاصل وهو مالو هلك المصوب فى يد الغاصب ، والفرع وهو مالو بل الغاصب الحنطة المصوبة .

ولما كان حكم الاصل وجوب جميع القيمة به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب جميع القيمة فى الحنطة المبلولة أيضا لذلك .

والمقصود : ان بين الاصل وهو الحنطة المبلولة ، والفرع وهو الثوب المخروق فارقا وهو ان الحنطة هالكة بالسراية ، ولا كذلك الثوب ان ينتفع به بعد الخرق ، فيبطل به قياسهم المذكور .

والأبق حال بينه (٢٠) وبين جميعه (٢١) ففرم قيمة الجميع (٢٢) وهاهنا (٢٣) التلف  
 حصل فى البعض (٢٤) والقيمة فى يدى (٢٥) العبد ، بدل عما اتلف (٢٦) وهاهنا (٢٧)  
 بدل عما لم يتلف (٢٨).

\* مسألة (٢٥٤) : تضمين الأبق (١) لا يوجب التملك (٢) ، / ١٧٤ ى .

( ٢٠ ) أى بين المالك .

( ٢١ ) أى العبد المملوك .

( ٢٢ ) لفوات جميع الانتفاع باقية ، أى ولا كذلك الثوب المخروق لبقائه  
 الانتفاع به مع الخرق ، وهذا فارق بين الأصل والفرع فى قياسهم  
 الثوب المخروق على العبد الأبق ، فيبطل به أيضا .

( ٢٣ ) أى فى الثوب المخروق .

( ٢٤ ) أى فلا يصح أن يضمن الجميع .

( ٢٥ ) فى نسخة ((ب)) : فى بدل العبد . / وهو خطأ والصواب ما فى  
 الأصل .

( ٢٦ ) وهو منفعة يد به .

( ٢٧ ) أى فى ضمان ارش الثوب المخروق .

( ٢٨ ) أى من الثوب .

أى وهذا فارق بين الأصل وهو قطع يدى العبد والفرع وهو خرق الثوب ،  
 فيبطل به قياسهم المذكور .

( ١ ) أى تضمين الفاصب قيمة العبد الأبق .

( ٢ ) زاد فى نسخة ((ب)) : يعنى لمن سعى فى اباقة ، ففرم قيمته . / ومراده

فى الأصل : ان تضمين الفاصب قيمة العبد الأبق لا يوجب تملك العبد  
 له فيما اذا قدر على العبد بعد التضمين ، بل يعود الى مالكة ويأخذ =

( ٣ )  
وقال أبو حنيفة : يوجب .

( ٤ )  
لنا : هو انه غرم ماتعذر عليه رده لخروجه من يده ، فلا يملكه ، كالمدير ،

= الفاصب القيمة التي دفعها للمفصوب منه ، لانها دفعت لاجل الحيلولة  
بين الفاصب وماله المفصوب ، وليس عوضا عن المال المفصوب .  
أنظر المسألة في : المختصر ص ١١٨ . فتح العزيز ج ١١ ص ٢٨٤ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٢٠ . كشاف القناع ج ٤ ص ١٢٠ .  
المغنى ج ٥ ص ٢٠٥ .

( ٣ ) الهداية ج ٨ ص ٢٧٢ . التبيين ج ٥ ص ٢٣٠ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٦٤ .  
وهو قول المالكية ؛ ومحلّه : ما لم يمّوه أو يكذب الفاصب في دعواه اباق المفصوب  
والا فلا يملكه اذا رجع ، بل للمفصوب <sup>منه</sup> القيمة عليه وأخذ عين ماله .  
أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٥٥ . والتي تليها . الجواهر ج ٢ ص ١٥٢ .  
شرح المنح ج ٣ ص ٥٤٢ .  
ولم أقف لابن حزم على قول في هذه المسألة .

( ٤ ) حيث لو غصبه غاصب فضمنه بالقيمة ، ثم قدر عليه الفاصب لوجب عليه  
رده ، ولا يملكه بدفع القيمة ، والتدبير مأخوذ من المدير ، لان السيد  
علق عتق عبده بموته ، فان مات السيد عتق العبد .

أنظر تصحيح التنبيه ص ٩٧ .  
بجامع ان كلا غرم ماتعذر عليه رده بعد خروجه من يده ، اما الأصل  
فالمدير ، واما الفرع فالابق .

ولما كان حكم الاصل عدم تملك الفاصب المدير بدفع قيمته —  
كان حكم الفرع كذلك فلا يملكه الفاصب بضمان قيمته اذا ابق أيضا  
لذلك .

ولانه معاوضة على مالا يقدر فيه على القبض<sup>(٥)</sup> فلا يملك به ، كالبيع<sup>(٦)</sup> ، ولأنه لو كان ذلك<sup>(٧)</sup> سببا للتملك لم يصح فيما لا يملك<sup>(٨)</sup> ، كالبيع والهبة<sup>(٩)</sup> .  
 قالوا : ملك البديل عما يملك<sup>(١٠)</sup> ، فزال ملكه عنه كما لو استولد الأب جارية ابنه<sup>(١١)</sup> فأخذ القيمة<sup>(١٢)</sup> أو خلط زيت بهزته<sup>(١٣)</sup> فغرم بدله أو باع ماله وأخذ الثمن<sup>(١٤)</sup> .

( ٥ ) بسبب الابق .

( ٦ ) زاد فى نسخة ((ب)) : والهبة . / وزيادتها هنا خطأ ، لأن الابق يملك بالهبة ، لكونها عقد تبرع ، فيصح مع الفرر منه .  
 واما البيع فلا يصح فيه بيع العبد الابق ، لكونه عقد معاوضة فيفتقر الى القدر على التسليم ،  
 بجامع ان كلا معاوضة على مالا يقدر على القبض فيه ، أما الأصل فالبيع ،  
 واما الفرع فضمان قيمة الابق بالفصب .  
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز تملك الابق بالبيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك بضمان قيمته أيضا لذلك .

( ٧ ) أى ضمان قيمة الابق .

( ٨ ) أى فيما لا يجوز تملكه .

( ٩ ) حيث لا يجوز بيع مالا يجوز تملكه كالخمر والخنزير ، ولا هبته .

( ١٠ ) وهو العبد الابق هنا فان ملك سيده لا يزول عنه بالابق فهو محل للملك .

( ١١ ) فى الاصل : جاريته . / والصواب ما فى نسخة ((ب)) .

( ١٢ ) حيث يجوز له تملكها بذلك .

( ١٣ ) أى كما لو خلط الغاصب زيت بهزته بزيت المغصوب منه ، حيث يجوز له تملك

الزيتين بعد دفع قيمة الزيت المغصوب للمالك .

( ١٤ ) حيث يجوز للبائع تملك الثمن ببذل المبيع .

بجامع ملك البديل عما يملك ، فى كل من الأصل وهو ماله واستولد الاب جارية ابنه فأخذ الابن القيمة ، أو خلط الغاصب زيت بهزته بالزيت المغصوب فغرم بدله ، أو باع ماله وأخذ الثمن ، والفرع وهو ماله ضمن الغاصب العبد الابق .  
 ولما كان حكم الاصل صحة التملك فيه بعد الغرم ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز للغاصب تملك الابق بعد ضمان قيمته أيضا لذلك .

قلنا : فى الاستيلاء لم يزل ملكه<sup>(١٥)</sup> لانه ملك البدل ، وانما ملك البدل لانه زال ملكه أولا ، بهذا<sup>(١٦)</sup> المعنى ، وهو ان الاستيلاء يتعلق به الحرمة<sup>(١٧)</sup> ، فلا يمكن ألا ننقل الملك ، فلما انتقل الملك وجب البدل<sup>(١٨)</sup> ، وتضمن الزيت معاوضة على ما يقدر على تسليمه ، وهذا<sup>(١٩)</sup> معاوضة على ما لا يقدر على تسليمه<sup>(٢٠)</sup> ، فهو كبيع الأبق<sup>(٢١)</sup> ، ولأن هناك<sup>(٢٢)</sup> أخذ البدل عن العيين

---

( ١٥ ) أى ملك الابن .

( ١٦ ) فى الاصل : ( وهذا المعنى ) . والمناسب للسياق هنا ما أثبتنا من نسخة (( ب )) وهو ادخال الباء على اسم الاشارة .

( ١٧ ) فى الاصل : الحرية . / والمراد على ما فى الاصل : حرمة ان يطأها الابن بعد استيلاء الأب لها .

( ١٨ ) أى ان الملك انتقل فى الاستيلاء انتقالا قهريا ، فلا يصح قياس تضمنين الفاصب العبد الابق عليه ، للفرق بينهما .

( ١٩ ) أى ضمان قيمة العبد الابق من الفاصب .

( ٢٠ ) أى فلا يصح قياسه على تضمن الزيت للفرق المذكور بين الأصل والفرع فيه .

( ٢١ ) حيث لا يجوز .

بجامع عدم القدرة على التسليم ، فى كل من الاصل وهو بيع العبد الابق ، والفرع وهو تضمن الفاصب العبد الابق .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تملك العبد الابق بالبيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح تملك الفاصب العبد الابق بالضمان أيضا لذلك .

( ٢٢ ) أى فى تضمن الفاصب قيمة الزيت المغصوب اذا خلطه بزيتة .

وهاهنا<sup>(٢٣)</sup> أخذ البديل للحيلولة<sup>(٢٤)</sup> فلم يزل ملكه عن العين<sup>(٢٥)</sup> كالمدير<sup>(٢٦)</sup>.

\* مسألة (٢٥٥) : اذا تلف المصوب عنده<sup>(١)</sup> ضمن قيمته<sup>(٢)</sup> أكثر مما كانت من حين الغصب الى حين التلف<sup>(٣)</sup> . / ١٧٤٤ ى .

(٢٣) أى فى تضمين الغاصب قيمة العبد المصوب اذا ابق .

(٢٤) زاد فى نسخة ((ب)) : يعنى انه حال بينه وبين عبده حين سعى فى اباقه . / والفاعل فى حال وسعى هو الغاصب .

(٢٥) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع ، فيبطل به قياسهم المذكور .

(٢٦) حيث لا يزول ملك السيد عن المدير بالضمان .

بجامع أخذ البديل للحيلولة ، فى كل من الاصل وهو غصب المدير ، والفرع وهو مالو غصب عبدا فابق منه .

ولما كان حكم الاصل عدم تملك الغاصب للمدير بضمان قيمته ، كان حكم الفرع كذلك فلا يملك الغاصب العبد الا بقى بضمان قيمته أيضا لذلك .

(١) أى عند الغاصب .

(٢) سقط قوله ( قيمته ) من نسخة ((ب)) .

(٣) ومحل ذلك : اذا كان المتلف قيميا ، والا بان كان مثليا ضمنه بمثله سواء

تلف أو أطف ، فان تعذر المثل ضمنه بالقيمة ، والا صح ان المعتبر فيها اقصى القيم من وقت الغصب الى وقت تعذر المثل ، وقيل الى التلف ، والثالث : الى وقت المطالبة .

أنظر شرح المحلى ج ٣ ص ٣١ والتى تليها .

وأنظر : الأم ج ٣ ص ٢٥٣ . المختصر ص ١١٧ . المنهاج ص ٧١ .

( ٤ ) وقال أبو حنيفة : يضمن قيمته وقت الغصب .

( ٤ ) الهداية ج ٨ ص ٢٤٨ . التبيين ج ٥ ص ٢٢٣ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٥٧ . وهو قول المالكية في المشهور عند هم ، خلافا لا شهب وابن وهب وعبد الملك ابن الماجشون حيث ذهبوا الى ما قاله الشافعية .  
أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤٧ . الجواهر ج ٢ ص ١٤٩ ، شرح المنح ج ٣ ص ٥٢٠ .

وزهب الحنابلة الى أنه يضمن قيمته وقت تلفه .  
أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤١٩ . كشاف القناع ج ٤ ص ١١٨ والتي تليها . والذي ذكره في المغنى ج ٥ ص ١٩٦ هو وجوب ضمان قيمته على الغاصب أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف ، ولم يذكر فيه قولاً غيره .

ومحل الخلاف في هذه المسألة : هو ما اذا كان المصبوب قيميا ، كالعدد المتفاوت كالثياب والحيوان ، وكذا المثلث المخلوط بغير جنسه كالسبر مع الشعير والموزون الذي في تبغيضه ضرر كالأواني المصوغة بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى أصله كالقمم والقدر والابريق ،

والا بان كان المصبوب المتلف مثليا ، كالكيل والوزن والمدد المتقارب أى لا يتفاوت احاده في القيمة ، فالواجب فيه المثل ، فان انعدم ، وجب فيه القيمة ، قيل : قيمته وقت الخصومة ، وقيل : قيمته يوم الغصب وقيل : يوم الانقطاع . وأنظر بيان المثل والمتقوم في اشباه السيوطي ص ٣٦١ .  
بالأول قال أبو حنيفة . أنظر الهداية ج ٨ ص ٢٤٦ .

وبالثاني قال المالكية وأبو يوسف . أنظر الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤٥ . والهداية في نفس الصفحة .

وبالثالث قال الحنابلة ومحمد بن الحسن . أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ٤١٩ ،  
والهداية نفس الصفحة أيضا .

لنا : هو انه غاصب في حال الزيادة<sup>(٥)</sup> ، فجاز أن يضمن قيمته في—  
 كحال الابتداء<sup>(٦)</sup> .

قالوا : زيادة حدثت بعد القبض فلم يضمنها<sup>(٧)</sup> ، كزيادة قيمة الصداق<sup>(٨)</sup> .

= ونذهب الشافعية في الأصح عند هم إلى أن المعتبر فيه أقصى قيمة من وقت الغصب إلى تعذر المثل . أنظر المنهاج ص ٧٠ .  
 ونذهب ابن حزم إلى وجوب المثل في المثلى ، فان عدم فاقرب ما يملكه ويساويه من نوعه ، ولم يتطرق إلى اعتبار الزمن في التقويم .  
 أنظر المحلى ج ٨ ص ٥٧٦ .

( ٥ ) أى في حال طرو الزيادة على المصوب في يد الفاصب لو طرأت خلال مدة الغصب .

( ٦ ) حيث يجب عليه ضمان المصوب بزيادته أول وقت الغصب .  
 بجامع تحقق الغصب وقت الزيادة في كل من الاصل ، وهو مالو كانت الزيادة في المصوب عند أول وقت الغصب ، والفرع وهو مالو طرأت الزيادة عليه بعد الغصب .

ولما كان حكم الاصل ضمانه بزيادته ، كان حكم الفرع كذلك فيضمنه بها أيضا لذلك .

( ٧ ) لأن ملك الزيادة في العين تابع لمن كانت العين في ضمانه وتحت يده .

( ٨ ) حيث لا تضمنها الزوجة لزوجها اذا انفسخ النكاح بينهما بالخلع لانها في ضمانها .

بجامع ان كلا زيادة حادثة بعد القبض ، اما الاصل فزيادة قيمة الصداق ، واما الفرع فزيادة المصوب .

ولما كان حكم الاصل عدم ضمان الزيادة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن الفاصب الزيادة في المصوب أيضا لذلك .



قلنا : لأن الزيادة هناك <sup>(٩)</sup> حدثت على ملكها والزيادة هاهنا <sup>(١٠)</sup>  
حدثت على ملك المفصوب منه ، فضمنها . <sup>(١١)</sup>

\* مسألة ( ٢٥٦ ) : الزيادة الحادثة في المفصوب مضمونة . <sup>(١)</sup> / ١٢٤ ى .

وقال أبو حنيفة : لا تضمن . <sup>(٢)</sup>

( ٩ ) أى فى الصداق .

( ١٠ ) أى فى المفصوب فى يد الغاصب .

( ١١ ) أى الغاصب ، لأنها كانت فى يده من جهة العدوان فلا يملكه ———  
أى وهذا فارق بين الاصل والفرع ، فيبطل به قياسهم المذكور .

( ١ ) أى على الغاصب ، فيما لو تلفت فى يده . سواء كانت الزيادة متصلة ،  
كما لو سمن العبد أو الدابة ، أو تعلم العبد صنعة ، أو منفصلة ،  
كالولد والثمره والبيض وكسب الرقيق سواء اكتسبه بتجارة أو اجارة  
أو صيد ونحو ذلك .

أنظر : الأم ج ٣ ص ٢٥٣ . الوجيز ج ١ ص ٢٠٦ ، فتح المزيـر :  
ج ١١ ص ٢٤٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى : ج ٢ ص ٤٠٥ و ص ٤٠٩ . كشاف  
القناع ج ٤ ص ١٠٢ ، المغنى ج ٥ ص ١٩٤ .  
واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٥٦٥ .

( ٢ ) أى الا أن يتعدى الغاصب فيها ، كأن ي تلفها ان كانت ثمارا أو يذبحها  
ويأكلها ان كانت أولاد حيوان مأكول ، أو يبيعها ويسلمها للمشترى  
ان كانت ثمرة أو حيوانا أو غير ذلك .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٢٧٤ . التبيين ج ٥ ص ٢٣٢ . مجمع الأنهر :  
ج ٢ ص ٤٦٥ .

وفرق المالكية بين ما اذا كانت الزوائد ولادة كنتاج البهائم وولد الأمة ،  
فأوجبوا فيها الضمان على الغاصب ، وبين ما اذا كانت دخلا أى غلبة ، =

لنا : هو <sup>(٣)</sup> أنه زيادة في عين مضمونة لو اتلفها ضمنها ، فضمنها بالتلف ، كزيادة الموجودة <sup>(٤)</sup> في حال الغصب ، <sup>(٥)</sup> ولأن كل زيادة لو كانت

= فاختلفوا فيها على خمسة أقوال :

الأول : يضمنها مطلقا ، لتعديبه .

الثاني : لا يضمنها مطلقا ، لأنها في مقابلة الضمان الذي عليه .

الثالث : يرد لها في العقار لأنه مأمون ولا ضمان بغصبه ، ولا يرد لها في الحيوان ونحوه لا نمضمون عليه فالغنم بالغرم .

الرابع : يرد لها ان انتفع بها ولا يرد لها ان عطلها كدار اغلقها ودابة حبسها .

الخامس : يرد لها ان غصب المنافع خاصة ولا يرد لها ان غصب المنافع والرقاب .

والصحيح ضمان الغلة مطلقا نص عليه ابن القاسم في أحد قوليه وهو الصحيح وعليه جمهور أهل المدينة من أصحاب مالك وغيرهم .

أنظر القوانين ص ٣٥٩ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤٨ والتي تليها ، شرح المنح ج ٣ ص ٥٢٣ والتي تليها .

( ٣ ) سقط قوله ( هو ) من نسخة ((ب)) .

( ٤ ) سقط حرف ( في ) من نسخة ((ب)) .

( ٥ ) حيث يضمنها بتلفها من غير فعله .

بجامع ان كلا زيادة في عين مضمونة لو اتلفها الغاصب ضمنها . أما الأصل فالزيادة الموجودة حال الغصب ، وأما الفرع فالزيادة الحادثة بعد الغصب .

ولما كان حكم الأصل ضمانها بتلفها ، كان حكم الفرع كذلك فيضمن الحادثة بعد الغصب بالتلف أيضا لذلك .

موجودة في حال الأخذ<sup>(٦)</sup> كانت مضمونة ، فإذا حدثت في يده<sup>(٧)</sup> ، كانت مضمونة ، كزيادة الصداق .<sup>(٨)</sup>

قالوا : زيادة لم يتناولها الغصب<sup>(٩)</sup> ، فأشبه زيادة السوق<sup>(١٠)</sup> ، والدليل على الوصف<sup>(١١)</sup> أن الغصب هو النقل ، وذلك لم يؤخذ في السمن .<sup>(١٢)</sup>  
قلنا : لا نسلم<sup>(١٣)</sup> ، بل يتناولها الغصب ، وهو الاستيلاء<sup>(١٤)</sup> على وجه العدوان<sup>(١٥)</sup> ، ولهذا يأثم في الاستدامة<sup>(١٦)</sup> ، كما يأثم في الابتداء .

( ٦ ) أى على وجه الغصب .

( ٧ ) أى الفاصب .

( ٨ ) حيث يجب على الزوج ضمان نماء صداق الزوجة إذا تلف ، لانه ملك لها تابع للصداق .

( ٩ ) لانها لم تكن موجودة وقت الغصب لحدوثها بعده .

( ١٠ ) حيث لا يجب على الفاصب ضمان زيادة المغصوب بارتفاع ثمنه بعد الغصب .

بجامع عدم تناول الغصب لها في كل من الاصل وهو زيادة ثمن المغصوب في السوق ، والفرع وهو زيادة المغصوب بالنماء عند الفاصب .  
ولما كان حكم الاصل عدم ضمانه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن الفاصب النماء الحادث أيضا لذلك .

( ١١ ) وهو ان الزيادة لم يتناولها الغصب .

( ١٢ ) أى في حال السمن ، لأن السمن طارئ بعد النقل والغصب .

( ١٣ ) أى بأن الزيادة بالسمن لم يتناولها الغصب .

( ١٤ ) في نسخة (( ب )) : وهو الاستيلاء . / وهو تحريف .

( ١٥ ) زاد في نسخة (( ب )) : وهو على ملك المغصوب منه .

( ١٦ ) أى في استدامة الغصب ، بوضع يده على المغصوب . بل يجب رده فورا .

ثم ييطل به اذا طالبه في حال السمن فمنع ، <sup>(١٨)</sup> ويخالف زيادة السمن — فوق  
لانها زيادة في غير العين ، <sup>(١٩)</sup> وهذه <sup>(٢٠)</sup> زيادة في العين فساوت العينين ، <sup>(٢١)</sup>

\* مسألة ( ٢٥٧ ) : اذا غصب جارية حاملا فولدت ولدا ثم مات . وجب  
عليه <sup>(١)</sup> الضمان . ١٧٤ / ٠ ش.

وقال أبو حنيفة : لا يضمن الولد . <sup>(٢)</sup>

( ١٧ ) أى ييطل تعديهم بانها زيادة لم يتناولها الغصب بما اذا . . . الخ .

( ١٨ ) حيث يجب عليه رد المغصوب في الحال ، ولا ينتظر به ذهاب السمن  
بحجة انه لم يكن موجودا وقت الغصب . والا ضمنه بسمنه .

( ١٩ ) أى المغصوبة .

( ٢٠ ) أى الزيادة الحادثة في المغصوب بعد الغصب .

( ٢١ ) أى في وجوب ضمانها ، لأن البعض يأخذ حكم الكل هنا .

والمراد : ان بين الاصل والفرع في قياسهم الزيادة الحادثة في المغصوب  
على زيادة السوق في عد ضمانها ، فارقا فييطل به قياسهم المذكور .

( ١ ) المختصر ص ١١٧ . الأم ج ٣ ص ٢٤٧ . فتح العزيز ج ١١ ص ٣٣٥ .

وفي الضمان المذكور خلاف : قيل يضمن قيمته يوم الانفصال حيا .  
وقيل يضمن بعشر قيمة امه ، تنزيلا للغاصب منزلة الجاني الذي  
يترتب على جنايته الاجهاص . أفاد ذلك في فتح العزيز نفس الصفحة .

وبضمان الولد يقول الحنابلة أيضا وضمانه بقيمته يوم ولدته حيا .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤١٢ . كشف القناع ج ٤ ص ١٠٧ . المغنى  
ج ٥ ص ٢٠٧ .

وبضمانه يقول ابن حزم أيضا : المحلى ج ٨ ص ٥٦٥ .

( ٢ ) الهداية ج ٨ ص ٢٧٤ . التبیین ج ٥ ص ٢٣٢ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٦٥ .

وهو قول المالكية : أنظر الفواكه الدواني ج ٢ ص ٢٤٥ .

لنا : انه نماء ليس له ، حصل في يده عن أصل مضمون عليه (٣) —  
 بيد متعدية ، فضمنه ، كولد الصيد (٤) ، ولأن غضب العين سبب لحصول  
 الولد في يده ، وهو متعد في السبب ، فوجب عليه الضمان ، كما لو حفر بئراً (٥)  
 ووقع فيها حيوان (٦) ، ولأن ما ضمن خارج الوعاء ضمن في الوعاء ، كالدرجة  
 في الصدفة (٧) ، ولأنه بعد الانفصال غاصب

( ٣ ) وهو الجارية الحامل .

( ٤ ) حيث يجب على المحرم ضمانه بموته في يده .

بجامع حصول الولد عن أصل مضمون بيد متعدية في كل من الأصل  
 وهو ولد الصيد والفرع وهو ولد الجارية المفصولة .

ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب  
 ضمان ولد المفصولة على الغاصب أيضا لذلك .

( ٥ ) أى في غير ملكه ، ليتحقق فرض المسألة وهو التعدى في السبب .

( ٦ ) حيث يجب الضمان على الحافر لتسببه .

بجامع التعدى في السبب . في كل من الأصل وهو مالو حفر بئرا في  
 غير ملكه فوقع فيها حيوان ، والفرع وهو مالو غضب جارية فولدت  
 ومات الولد عنده .

ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان فيه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب  
 على الغاصب ضمان الولد أيضا لذلك .

( ٧ ) الصدفة محرقة الأول والثاني بوزن قصبة هي غشاء الدر ، والجمع صدف

بوزن قصب ، أنظر المصباح ج ١ ص ٣٥٩ .

أى حيث يجب ضمان الدر المكنون في الصدفة بكسرها وتلفه .

بجامع الضمان خارج الوعاء ، في كل من الأصل وهو الدر

في الصدفة والفرع وهو الولد المفصوب مع الجارية قبل الوضع اذا ولد حيا  
 ثم مات .

ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان

ولد الجارية المفصولة اذا مات بعد الوضع حيا أيضا لذلك .

- (٨) ، فصار كما لو ابتدأ غصبه . (٩)  
 قالوا : حصل في يده بغير فعله ، (١٠) وهلك بغير توجه المطالبة (١١)  
 من له حق المطالبة ، (١٢) فلم يضمن ، كما لو اقت الریح ثوبا في داره . (١٣)

- (٨) سقط قوله (له) من نسخة ((ب)) .  
 (٩) أى كما لو غصب طفلا بعد الولادة ، حيث يجب عليه ضمانه بموته فى يده .  
 بجامع تحقق وصف الغصب فى كل من الاصل وهو مالو غصب طفلا فسات عنده والفرع وهو مالو غصب جارية حاملة فولدت ثم مات الولد عنده .  
 ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب على الغاصب ضمان ولد الجارية .  
 (١٠) لأن فرض المسألة ان الجارية غصبت وهى حامل ، فالحمل من غير الغاصب .  
 (١١) أى قبل مطالبة المالك به .  
 (١٢) وهو المالك أو وكيله .  
 (١٣) حيث لا يجب عليه ضمانه ان تلف عنده ، ولم يطالبه به صاحبه ، لأنه يكون عنده أمانة .

- بجامع الحصول فى يده بغير فعله وحصول التلف قبل المطالبة به من صاحبه ، فى كل من الاصل وهو مالو اقت الریح ثوبا فى داره ، والفرع وهو مالو ولدت الجارية المفصومة عنده .  
 ولما كان حكم الاصل عدم ضمانه بتلفه عنده ، كان حكم الفرع كذلك فلا يضمن ولد المفصومة بتلفه عنده أيضا لذلك .  
 ولما كان حكم الفرع وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الاصل كذلك فيجب على الغاصب ضمان ولد الجارية .

قلنا : لانسلم انه حصل فى يده <sup>(١٤)</sup> بغير فعله ، فانه لو لم <sup>(١٥)</sup> يسك  
 العين لم يحصل فى يده ، ويخالف ما لفته الريح ، فان الدار ليست بسبب  
 لحصول الثوب فيها ، الا ترى أن من بنى دارا لذلك <sup>(١٦)</sup> لم يعد عاقلا ،  
 وامسالك العين <sup>(١٧)</sup> سبب لحصول الولد <sup>(١٨)</sup> ولهذا لو ألفت الريح صيدا  
 فى يد المحرم لم يضمه <sup>(١٩)</sup> ولو أمسكه حتى مات <sup>(٢٠)</sup> ضمنه ، ولأن الثوب ليس  
 من زوائد الدار ، والحمل من زوائد العين ، <sup>(٢١)</sup> ولهذا لا يتبع الثوب  
 الدار فى العقود ، <sup>(٢٢)</sup> والولد يتبع الام فى العقود ، <sup>(٢٣)</sup> فتبعها <sup>(٢٤)</sup> فى الغصب .

- 
- ( ١٤ ) فى نسخة ((ب)) فى داره . / وهو خطأ ظاهر . والمعنى على ما فى  
 الأصل : لانسلم ان الولد حصل فى يد الغاصب من غير فعله .  
 ( ١٥ ) فى الأصل : ( لو ضمنه لم يسك العين ) وهو خطأ ، اذا لا يصح المعنى به .  
 ( ١٦ ) أى لتسقط فيها ثياب الناس ، لئلا يملكها .  
 ( ١٧ ) وهى الجارية الحامل هنا .  
 ( ١٨ ) أى فى ملك الغاصب .  
 ( ١٩ ) أى اذا مات فيها لتوه قبل التمكن من ارساله ، لأن موته لم يكن بفعل  
 من المحرم .  
 ( ٢٠ ) فى الأصل : ( حتى ولدت ) وهو خطأ ظاهر . وما أثبتناه من نسخة ((ب))  
 هو الصواب . أى وهذا فارق بين الأصل والفرع فى قياسهم ولد الجارية  
 المخصومة اذا ولدته ثم مات فى يد الغاصب ، على ما لو ألفت الريح ثوبا  
 فى داره ، فى عدم الضمان ، فيبطل به قياسهم المذكور ان لا قياس مع الفارق .  
 ( ٢١ ) أى وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .  
 ( ٢٢ ) كما لو باع الدار أو وهبها أو أجرها أو أعارها ، ونحو ذلك وفيها  
 ثياب فالثياب لصاحب الدار .  
 ( ٢٣ ) أى اذا كان جنينا . ولذلك فلا يصح افراد به بالشراء أو البيع ، لما هو  
 عليه من جهالة الحالة .  
 ( ٢٤ ) فى الأصل : ( فتبعه ) والصواب التأنيث ، لعود الضمير الى الام .

قالوا : الغصب لا يكون الا بثبوت اليد ، والمحمل لا يثبت عليه اليد بثبوتها على الأم ، بدليل ان كل عقد افتقر الى القبض ، لم يجز في الحمل ، كالبيع والهبة والرهن ، ( ٢٥ ) فلم يصرفا صبا له .

قلنا : لا نسلم ، بل يثبت عليه اليد بثبوتها على الأم ، بدليل أن كل عقد افتقر الى القبض كالبيع والهبة والرهن ثبت ( ٢٦ ) في الحمل على سبيل التبعية ، وانما لا تصح هذه العقود ( ٢٧ ) على الحمل منفردا ، ( ٢٨ ) ( ٢٩ ) لأنه لا يصح مع الجهالة ،

( ٢٥ ) حيث لا يجوز بيع الحمل ولا هبته ولا رهنه ، لافتقار هذه العقود الى القبض .

بجامع الافتقار الى القبض ، في كل من الاصل وهو البيع والهبة والرهن ، والفرع وهو الغصب .  
ولما كان حكم الاصل عدم صحة بيع الحمل وهبته ورهنه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح ضمان ولد الجارية الحامل المفصولة اذا مات عند الفاصب بعد الولادة أيضا لذلك .

( ٢٦ ) في نسخة (( ب )) : يثبت . / أي القبض .

( ٢٧ ) وهي البيع والهبة والرهن .

( ٢٨ ) في الأصل : ( مفردة ) وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه من نسخة (( ب )) .

( ٢٩ ) كذا في الأصل ونسخة (( ب )) . بالتذكير ، أي لأن كل عقد من

هذه العقود .

ولعل الأولى أن يقال : ( لأنها ) بالتأنيث مراعاة للفظ العقود .



ولهذا لا يلزم البيع في الثياب في الصندوق (٣٠) ، ثم يصح غضبها (٣١) فهو  
كالوصية والعتق (٣٢).

قالوا : لو ثبت يده على الحمل ، لضمنه اذا ألقته ميتا (٣٣)  
قلنا : يضمنه في أحد الوجهين (٣٤) ، وقال أبو اسحاق (٣٥) : لا يضمنه (٣٦)،

- ( ٣٠ ) لما فيه من الضرر والجهالة .
- ( ٣١ ) أى وان كانت مجهولة العدد والوصف ، لأنها تكون تابعة للصندوق  
في الغصب .
- والمقصود من ذلك : هو ابطال اعتبارهم القبض على عدم ضمان ولد الجارية  
المفصولة اذا ولد ثم مات عند الفاصب ، وقياسهم ذلك على البيع  
والهبة والرهن ، وإثبات ان العلة في بطلان هذه العقود  
انما هي لجهالة الحمل لا لعدم القبض فيها .
- ( ٣٢ ) حيث تصح الوصية بالحمل ويصح عتقه مع الجهالة فيه ، لانهما ليسا من  
عقود المعاوضة .
- بجامع ان كلا عقد لا تضره الجهالة بالمعقود عليه . اما الأصل فالوصية  
والعتق ، واما الفرع فالغصب .
- ولما كان حكم الأصل صحتها مع الجهالة بالمعقود عليه ، كان حكم الفرع  
كذلك ، فيثبت الغصب مع الجهالة بالمفصوب أيضا لذلك .
- واذا ثبت الغصب ، ثبت الضمان على الفاصب بتلف المفصوب عنده .
- ( ٣٣ ) أى والحال ان لا يضمنه اذا ولدته ميتا ، فدل على أنه ليس داخلا  
تحت يده بغصب الأم .
- ( ٣٤ ) قال الرافعى : وهو ظاهر النص . أنه أنظر الوجهين في فتح العزيز :  
ج ١١ ص ٣٣٥ .
- ( ٣٥ ) هو المروزي ، أنظر ترجمته في المسألة رقم ( ٢٧ ) هامش ( ٢٢ ) .
- ( ٣٦ ) زاد في نسخة (( ب )) : اذا ألقته ميتا .

لانه لا قيمة له مادام متصلا ويجوز أن تثبت اليد على مالا قيمة له ، كالكلب  
عندنا ،<sup>(٣٧)</sup> والخرم عندهم ،<sup>(٣٨)</sup> فاذا انفصل ضمنه باليد المتقدمة .<sup>(٤٠)</sup>

\* مسألة ( ٢٥٨ ) : اذا غصب جارية فأولدها ونقصت بالولادة ، ضمن  
ارش<sup>(١)</sup> النقص ١٧٤ / ٠ ش.

( ٣٧ ) حيث تثبت اليد عليه للانتفاع به في الحراسة والصيد ونحو ذلك ،  
وانما لم يجز بيعه مع جواز تملكه ، لأن عينه غير طاهرة . أنظر قليوبي

ج ٢ ص ١٥٧ .

( ٣٨ ) حيث يجوز اثبات اليد عليها لتخليها ، والا فلا ، لأن الشرع أمر  
بأهانتها .

ولذلك فلا يجوز بيعها ، لأن فيه اعزاز لها . فاذا باعها بالثمن  
كان العقد باطلا ، واذا باعها بالعرض كان فاسدا .

أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٥٤ .

( ٣٩ ) أي الجنين حيا ، ثم مات .

( ٤٠ ) وهي حين غصب الأم . لأن وضع الغاصب يده على الأم سابق لوضعها

على الجنين ، لحدوث الولادة بعد غصب الأم ، فوصفت بأنها  
متقدمة لذلك .

أي فثبت أن يد الغاصب ثابتة على الجنين تبعاً لثبوتها على أمه ، فاذا  
انفصل حيا ثم مات لزمه ضمانه بوضعه يده على الأم قبل ولادته .

( ١ ) المختصر ص ١١٧ . الوجيز ج ١ ص ٢١٤ . فتح العزيز ج ١١ ص ٣٥٥ .

أي ويكون الولد للمغصوب منه . كما صرح به في فتح العزيز نفس الصفحة .

وبضمان نقص الارش يقول الحنابلة أيضا :

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤١٢ . كشاف القناع ج ٤ ص ١٠٦ . المغنى

ج ٥ ص ١٩٩ .

وبه يقول ابن حزم : أنظر المحلى ج ٨ ص ٥٦٥ .

(٢) وقال أبو حنيفة : الولد يجبر النقص .

لنا : ان الولد مال للمغضوب منه ، (٣) فلا يجبر (٤) النقصان المستحق  
في يد الفاضل كسائر أمواله (٥) ، ولأنه نقص حصل (٦) بالولادة فلا يجبره  
الولد ، كالموت . (٧)

(٢) خلافا لزفر حيث أوجب عليه ضمان ارش النقص .

ومحل جبر الولد نقص الجارية بايلاد الفاضل : هو ما اذا كان فـى  
قيمة الولد وفاء بذلك النقص ، والاوجب على الفاضل ضمان ذلك النقص  
منها بحسابه .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٢٧٧ . التبيين ج ٥ ص ٢٣٢ . مجمع الأنهر :  
ج ٢ ص ٤٦٦ .

(٣) فى الأصل : للمغضوب منه . / وهو تحريف ، والصواب ما أثبتناه  
من نسخة ((ب)) .

(٤) أى الولد .

(٥) حيث لا يجبر بها نقصان ماله المغضوب .

بجامع ان كلا مال للمغضوب ، اما الاصل فولد الجارية المغضوبة من  
الفاضل .

واما الفرع فسائر أموال المغضوب منه .

ولما كان حكم الاصل عدم جبر نقصان المغضوب بمال المغضوب منه ، كان  
حكم الفرع كذلك فلا يجبر الولد نقصان الجارية بالولادة أيضا لذلك .

(٦) فى نسخة ((ب)) : حمل بالولادة . / وهو تحريف .

(٧) حيث لا يجبر موت الجارية بولدها وان كانت قيمته مساوية لقيمتها .

بجامع حصول النقص بالولادة فى كل من الأصل وهو موت الجارية بالولادة  
والفرع وهو نقصها بها .

ولما كان حكم الأصل عدم انجبار موتها بولدها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجبر  
نقصها بالولادة بولدها أيضا لذلك .

قالوا : الولد موجب بما<sup>(٨)</sup> أوجبت الجناية ، فجبر النقص ، كالارش<sup>(٩)</sup> .  
 قلنا : الولد غير موجب بما أوجبت الجناية ،<sup>(١٠)</sup> لأن الجناية حصلت  
 بالولادة<sup>(١١)</sup> ، والولد حصل قبل ذلك<sup>(١٢)</sup> ، والارش<sup>(١٣)</sup> مال للغاصب ، بإزاء  
 الجناية فجبرها ، والولد للمفصوب منه ، فلم يجبرها .<sup>(١٤)</sup>

(٨) في نسخة ((ب)) : فوجب بها . / وهو تحريف . وقوله : موجب ،  
 هو اسم مفعول عن الايجاب ، أى محكوم بوجوبه للسيد بدلا عما أوجبت  
 جناية الغصب فى الأم من نقص بسبب الولادة .

(٩) حيث يجبر به النقص الذى حصل بالجناية .  
 بجامع ان كلا موجب بما أوجبت الجناية ، اما الاصل فالارش  
 واما الفرع فولد الجارية اذا أوجد النقص فى الام بالولادة .  
 ولما كان حكم الاصل جبر الجناية به ، كان حكم الفرع كذلك فينجبر  
 نقص الولادة به أيضا لذلك .

(١٠) أى لم يجعل بدلا عما أوجبت الجناية على الأم بسبب الولادة .  
 (١١) فى الأصل ونسخة ((ب)) : بالولاية . / وهو تحريف ، والصواب ما أثبتناه .  
 (١٢) أى قبل حصول الجناية الموجبة للنقص فى الأم ، لأن الجناية انما حصلت  
 بالولادة ، فالولادة سابقة على الجناية .

لأن فرض المسألة ان الغاصب أولد الجارية المفصوبة فنتج النقص  
 فى الأم بسبب الولادة ، فكيف يكون الولد وهو الأسبق حدوثا ،  
 جابرا للجناية فى الأم وهى متأخرة عنه فى الحدوث .

(١٣) وهو ما يدفعه الغاصب فى مقابلة نقصان الجارية بالولادة ، للمفصوب  
 منه .

(١٤) لأن الولد والام مال للمفصوب منه ، ولا يمكن أن يجبر مال نفسه بمال  
 نفسه .

\* مسألة ( ٢٥٩ ) : المنافع تضمن بالغصب والالتلاف. (١) / ١٧٤ ش.  
وقال أبو حنيفة : لا تضمن. (٢)

- 
- ( ١ ) سواء عطل المغصوب عن المنافع أو ائلف منفعته بالاستعمال .  
الأم ج ٣ ص ٢٤٩ . فتح العزيز ج ١١ ص ٢٦٢ . المنهاج ص ٧١ .  
وهو قول الحنابلة أيضا :  
أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٠١ . كشاف القناع ج ٤ ص ٨٥ .  
المغنى ج ٥ ص ١٨٣ .  
واليه ذهب ابن حزم : أنظر المحلى ج ٨ ص ٥٦٥ .
- ( ٢ ) ومحلّه : ما لم ينقص المغصوب بالاستعمال فيمضن النقصان حينئذ .  
أنظر : الهداية ج ٨ ص ٢٨١ . التبیین ج ٥ ص ٢٣٣ . مجمع  
الأنهر ج ٢ ص ٤٦٧ .  
وقد فرق المالكية بين منافع البضع وبدن الحر ، وبين منافع غيرهما .  
فأوجبوا الضمان في البضع وبدن الحر بالانتفاع ، فان حبسهما ولم يبطأ  
المفصولة أو يستخدم العبد فلا شيء عليه .  
وأوجبوا ضمان المنافع في غير البضع وبدن الحر مطلقا ، سواء انتفع  
بها أو لم ينتفع ، فسواء استغل الدار والدابة والعبد أو حبسها  
دون انتفاع ، فانه يجب عليه ضمان منافع ذلك كله .  
أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٥٤ . الجواهر ج ٢ ص ١٥١ . شرح  
المنح ج ٣ ص ٥٣٩ والتي تليها .

لنا : هو أن ماضن بالمسمى في العقد الصحيح جاز أن يضمن من غير عقد ولا شبهة ، كالأعيان <sup>(٣)</sup> ، ولأن ماضن بالاتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمن بمجرد الاتلاف ، كالأعيان <sup>(٤)</sup> ، ولأن مازاد قيمة المضمين بزيادته ضمن بمجرد الاتلاف ، كالأطراف <sup>(٥)</sup> ، ولأن المنافع أموال بدليل أنها تملك بالعقود والآثار والوصية ، ويملك العبد اجارتها بالاذن في التجارة ،

---

( ٣ ) حيث يجب ضمانها بالاتلاف مطلقا .

بجامع التضمين بالمسمى في العقد الصحيح في كل من الاصل وهو — والأعيان ، والفرع وهو المنافع .

ولما كان حكم الأصل وجوب ضمانها من غير عقد ولا شبهة ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان المنافع بالمغصب أيضا لذلك .

( ٤ ) حيث يجب ضمانها بمجرد الاتلاف .

بجامع التضمين بالاتلاف في العقد الفاسد ، في كل من الاصل وهو — الأعيان ، والفرع وهو المنافع .

ولما كان حكم الاصل وجوب ضمان الأعيان بمجرد الاتلاف ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان المنافع بمجرد الاتلاف أيضا لذلك .

( ٥ ) حيث يجب ضمان أطراف المغصوب بمجرد اتلافها .

بجامع زيادة قيمة العين بزيادته ، في كل من الاصل وهو الاطراف ، والفرع وهو المنافع .

ولما كان حكم الاصل وجوب ضمان أطراف المغصوب بمجرد اتلافها ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان منافع المغصوب بمجرد اتلافها أيضا لذلك .

ولا يجوز أن يثبت الحيوان<sup>(٦)</sup> المجهول في الذمة بدلا عنها<sup>(٧)</sup> فوجب أن تضمن  
كسائر الأموال .<sup>(٨)</sup>

فان قيل : لو كانت كالأموال لحبس<sup>(٩)</sup> بها لأجل الفرمان<sup>(١٠)</sup> .

( ٦ ) في نسخة ((ب)) : ولا يجوز أن يثبت الحيوان به المجهول في الذمة بدلا عنها ، ولو لم تكن مالا يعنى غير منفعة البضع من جميع المنافع ، لجاز على قولهم ان يكون الحيوان المجهول في الذمة بدلا عنه ، فوجب أن يضمن كسائر الأموال . أهـ .

( ٧ ) لأن المنافع معلومة ، فيشترط أن يكون البدل عنها معلوما والحيوان في الذمة مجهول ، واشترط أن يكون بدل المنافع معلوما دليل على أنها مقدرة يصح أن تكون ثنا ومثنا فوجب أن تضمن لذلك . وفي الأصل ( عنه ) والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) لعود الضمير الى المنافع وهي مؤنثة .

( ٨ ) حيث يجب ضمانها مطلقا بالغصب .  
بجامع تحقق المالية في كل من الأصل وهو سائر الأموال المفصولة .  
والفرع وهو منافع العين المفصولة .  
ولما كان حكم الأصل وجوب ضمانها ، كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان منافع العين المفصولة بالغصب والاتلاف أيضا لذلك .

( ٩ ) أى لحبس - بالبناء للمفعول - المفلس بسببها ، لأنها مال متقوم اذن ، والمفلس اذا كان عنده مال يحبس لحق الفرمان ، والا فلا يحبس بل ينظر الى الميسرة .

( ١٠ ) أى والحال انه لا يحبس بسبب امتناعه عن بيع منافع نفسه باجارة نفسه ليوفى للفرمان حقهم ، لأن حقهم تعلق بماله لا ببدنه .

قيل : انما لم يحبس ، لانه لا يمكن صرفها اليهم في الحال ، فهي  
 كالكسوة (١٢) والقوت . (١٣)  
 قالوا : منفعة ، فأشبه منفعة البضع ومنفعة الحر . (١٤)

( ١١ ) لا اعتماد الحصول على منافع الا عيان على عنصر الزمن ، وذلك باجارتها  
 لمدة معينة ، والغرماء لا ينتظرون ذلك .

( ١٢ ) في نسخة ((ب)) : كالكسرة . / وهو تحريف ، والكسوة بضم  
 الكاف وكسرهما بعدها سين مهملة ساكنة وتجمع على كسا ، بضم الكاف .  
 أنظر المختار ص ٥٢١ .

( ١٣ ) أى في عدم صرف كسوة المفلس وقوته لغرمائه لتعلق حياته بهما .  
 بجامع ان كلا حق يتعلق بيدن المفلس ، اما الاصل فهو كسوة المفلس  
 وقوته ، واما الفرع فهو منافع بدنه .

ولما كان حكم الاصل عدم استحقاق الغرماء قوته وكسوته ، كان حكم  
 الفرع كذلك فلا يستحق الغرماء عليه اجارة نفسه لاقتضاء ديونهم من  
 الاجرة ان كان رجلا ، ولا انكاح نفسها لاقتضاء حقهم من مهرها ان كان  
 المفلس انثى أيضا لذلك .

( ١٤ ) حيث لا يجب على الغاصب ضمان فوات منفعة البضع ولا منفعة الحر .  
 بجامع ان كلا منفعة ، اما الاصل فمنفعة البضع ومنفعة الحر ، واما  
 الفرع فمنفعة غير البضع والحر من المال .

ولما كان حكم الأصل عدم ضمان الغاصب له ، كان حكم الفرع كذلك  
 فلا يجب على الغاصب ضمان بغصب المنافع أو اتلافها أيضا  
 لذلك .



قلنا : يجوز أن تضمن منفعة ولا تضمن منفعة ، كما يضمن مال ولا يضمن مال ، وهو أم الولد عندهم <sup>(١٥)</sup> ثم منفعة البضع ليست بمال ، بل هو كالحر <sup>(١٦)</sup> ولهذا لا يملك <sup>(١٧)</sup> بالارث والوصية ، ولا يملك العقد عليها بالاذن <sup>(١٨)</sup> <sup>(١٩)</sup> في التجارة <sup>(٢٠)</sup> ، ويجوز عندهم أن يثبت الحيوان في الذمة بدلا عنها <sup>(٢١)</sup> ،

( ١٥ ) أي عند الامام خلافا للصاحبين ، حيث أوجبا ضمانها بالغصب .  
أنظر : الهداية ج ٨ ص ٢٩٣ .

( ١٦ ) في عدم وجوب ضمانه بوضع اليد ، وإنما يضمن بالاتلاف .  
بجامع عدم المالية في كل من الاصل وهو الحر والفرع وهو البضع ،  
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان بغصبه بل باتلافه ، كما ان  
حكم الفرع كذلك فلا يجب ضمان منفعة البضع بالغصب بل بالاتلاف  
أيضا لذلك .

( ١٧ ) أي البضع .

( ١٨ ) أي على منفعة البضع .

( ١٩ ) أي للعبد أو المحجور عليه من صبي أو سفیه .

( ٢٠ ) أي فلا يملك بالاذن في التجارة تزويج الامة اذا اشتراها للتجارة ،  
فدل على أن منفعة البضع ليست بمال ، والا لدخل في عموم الاذن بالتجارة .

( ٢١ ) أي عن منفعة البضع بأن يجعله مهرا لها في الذمة .

وصورة ذلك : ان تقطع امرأة يد رجل خطأ فيتزوجها على موجب يده ،  
وهو خمسون بعيرا فيجعلها صداقا لها .

أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٦٣١ .

حيث يصح ذلك مع أن الحيوان مجهول في الذمة ، وقد جعله بدلا عن  
منفعة بضعها ، فدل على أن المنافع يجب ضمانها بالغصب والاتلاف  
لأنها متقومة .

بخلاف منافع المال (٢٢) ولأن الوطء (٢٣) لا يطف (٢٤) بمضى الزمان ، لانه لا يتقدر به (٢٥) ومنفعة المال تتلف بمضى الزمان ، لانه يتقدر به (٢٦) ولان منفعة الوطء لا يمكن تقويمها وتقديرها (٢٧) وسائر المنافع يمكن تقويمها (٢٨) وانما منفعة الحر فلا نسلم في أحد الوجهين (٢٩) ثم

- ( ٢٢ ) أى فمنفعة البضع بخلاف منفعة المال ، فان منفعة المال مال بدليل انها تملك بالارث والوصية ويملك العقد عليها بالاذن له فى التجارة ، وان هى كذلك فانها تكون مضمونة اذ ن بالغصب والاتلاف .
- ( ٢٣ ) فى الأصل ونسخة ((ب)) الهزمة على الياء (الوطء) والاصح جعلها على السطر لأن ما قبلها ساكن .
- ( ٢٤ ) فى نسخة ((ب)) : لا يطفها . / أى منفعة البضع .
- ( ٢٥ ) أى لا يتقدر الانتفاع بالبعض بمدة معينة بل الأصل أن يكون العقد فى النكاح مؤبدا غير محدود المدة .
- ( ٢٦ ) أى فى الاجارة . حيث يجب تحديد المدة فيها لذلك .
- ( ٢٧ ) فى الاصل ( تقويمه وتقديره ) والصواب ما فى نسخة ((ب)) . وانما لم يمكن تقدير وتقويم منافع الوطء لانها غير منضبطة .
- ( ٢٨ ) لانها محدودة معلومة .
- أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم منفعة المال على منفعة البضع فى عدم ضمانها بالتلف ، وبه يبطل قياسهم المذكور .
- ( ٢٩ ) أى لا نسلم انها غير مضمونة بالفوات فى أحد الوجهين عندنا ، والأصح انها لا تضمن بالفوات بل بالتفويت . قال فى شرح المحلى على المنهاج : ج ٣ ص ٣٣ : وكذا منفعة بدن الحر لا تضمن الا بتفويت فى الاصح ، كأن قهر على عمل ، و - القول - الثانى : تضمن بالفوات أيضا . أه والفرق بين التفويت والفوات ، هو أن التفويت فعل من الغير كأن يطأ الغاصب المغصوبة فيضمن لها مهر المثل .

منفعة<sup>(٣٠)</sup> الحر تحت يده<sup>(٣١)</sup> لا يد للفاسب عليها ، فلا تضمن من غير  
اتلاف<sup>(٣٢)</sup> ، كاطرافه وثيابه<sup>(٣٣)</sup> ومنفعة العبد تحت يد الفاسب ، فضمن  
بالغصب ، كاطرافه وثيابه<sup>(٣٤)</sup> .

= وأما الفوات فهو ذهاب المنفعة بنفسها ، كأن يغصب امرأة ولا يطأها ،  
فانه لا يضمن لزوجها أو سيدها قيمة ما فوت عليه من الانتفاع ببضعها  
مدة الغصب .

ويأتى هذا الفرق فى غصب الحر فقط ، اما العبد والدار ونحوهما  
ما هو مال فانه يضمن على الفاسب بالتفويت والفوات . فسواء سكن  
الدار أو استخدم العبد أو ركب الدابة ، أو لم يفعل شيئا من ذلك  
فانه يجب عليه ضمان المنافع التى فاتت بغصبه وتضمن عليه باجـرة  
المثل فى كل ذلك . أنظر شرح المطى ج ٣ ص ٣٣ .

( ٣٠ ) أى على فرض التسليم بأنها غير مضمونة بالفوات .

( ٣١ ) أى يد نفسه . لانها معنى قائم به ، لا يمكن اغتصابها للانتفاع بها  
دون ارادة الحر .

( ٣٢ ) أى من الفاسب .

( ٣٣ ) حيث لا تضمن بتلفها عند الفاسب بأمر سماوى ، الا أن يتلفها الفاسب  
بالجناية عليها .

بجامع ان كلا تحت يد الحر ، اما الاصل فاطرافه وثيابه التى هو  
لابسها وقت الغصب والفرع وهو منفعة بدنه . أى مهنته وصنعتة .  
ولما كان حكم الاصل عدم ضمانها الا باتلافها ، كان حكم الفرع كذلك  
فلا تضمن منفعة الحر الابتفويتها أيضا لذلك .

( ٣٤ ) حيث يجب على الفاسب ضمانها بتلفها عنده وان لم يتلفها هو .

بجامع ان كلا تحت يد الفاسب ، اما الاصل فأطراف العبد وثيابه ،  
واما الفرع فهو منفعة العبد المفصوب .

ولما كان حكم الاصل وجوب ضمانها بمجرد تلفها وان لم يتلفها الفاسب  
كان حكم الفرع كذلك فيجب ضمان منفعة العبد بفواتها وان لم يفوتها =

قالوا : منفعة استوفاه من غير عقد ولا شبهة ، فلا تضمن ، <sup>(٣٥)</sup> كما لو  
زنا بها . <sup>(٣٦)</sup> <sup>(٣٧)</sup>

قلنا : المنفعة كالمعين في أسباب الضمان ، <sup>(٣٨)</sup> وتزيد عليها ، فإن  
الاعيان لا تتراد الا للمنافع ولهذا يزداد عوضها بالمنافع ، ويجب فـ  
نهاب منفعة اليد بالشلل الدية ، <sup>(٤٠)</sup> وفي عينها <sup>(٤١)</sup> الحكومة ثم

---

= الغاصب أيضا لذلك ، أى وبهذا الفارق بين منفعة الحر والعبد يبطل  
قياسهم المذكور .

( ٣٥ ) في نسخة (( ب )) : فلا يضمنها .

( ٣٦ ) في نسخة (( ب )) : كما لو زنى بها . / بالالف المقصورة . وكذا  
في المواضع الاخرى .

( ٣٧ ) أى بالمقصوبة ، حيث لا يضمن منفعة الزنى بها بدفع اجرتها أو مهرها  
بل يحد .

بجامع استيفاء المنفعة من غير عقد ولا شبهة ، في كل من الأصل وهو  
مالو زنى بالمقصوبة ، والفرع وهو مالو غصب منافع الأعيان .  
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان فيه كان حكم الفرع كذلك فلا يجب  
ضمان المنافع المقصوبة بالغصب والاتلاف أيضا لذلك .

( ٣٨ ) اسباب الضمان أربعة : الأول : العقد ، كالمبيع والتمن السمعين قبل  
القبض والسلم والاجارة .

الثاني : اليد ، مؤتمنة كانت كالوديعة والوكالة والشركة اذا حصل التعدى  
أو غير مؤتمنة كالغصب والسوم والعارية والشرء الفاسد .  
الثالث : الاتلاف ، نفسا أو مالا .

الرابع : الحيلولة . أنظر الاشباه للسيوطي ص ٣٦٢ .

( ٣٩ ) سقط قوله ( نهاب ) من الأصل .

( ٤٠ ) أى دية اليد ، وهى نصف دية النفس .

( ٤١ ) أى وفي نهاب عين اليد المشلولة .

يضمن العين<sup>(٤٢)</sup> من غير عقد ولا شبهة<sup>(٤٣)</sup> ، فالمنفعة أولى<sup>(٤٤)</sup> ، ويخالف اذا زنا بها فان هناك رضى باسقاط حقها من غير بدل ، فهو كما لو قطع اطرافه باذنه<sup>(٤٥)</sup> ، وهاهنا<sup>(٤٦)</sup> اتلف عليه بغير رضاه ، فهو كما لو قطع اطرافه بغير رضاه<sup>(٤٧)</sup> .

( ٤٢ ) وهو اليد المشلولة .

( ٤٣ ) أى فيما اذا تلفت عند الغاصب أو اتلفها .

( ٤٤ ) لأنها هي المقصودة من اليد .

( ٤٥ ) حيث لا يجب عليه به لا قصاص ولا دية ، وهل وان سرى الى النفس

أو قال له اقتلنى فقتله ، يكون هدرا أيضا أم لا ، قيل : يكون هدرا أيضا

وقيل : تجب فيه الدية . أنظر شرح المحلى ج ٤ ص ١٢٧ .

بجامع الرضى باسقاط حقه فى كل من الاصل وهو مالهو قطع اطراف شخص

بأذنه والفرع وهو مالهو زنى بالمقصوبة .

ولما كان حكم الاصل سقوط الضمان عنه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب

على الزانى بها برضاها مهر المثل أيضا لذلك .

( ٤٦ ) أى فى حال غصب المنافع أو اتلافها .

( ٤٧ ) حيث يجب عليه به الضمان .

بجامع انعدام الرضى بسقوط حقه فى كل من الاصل وهو مالهو قطع اطراف

شخص بغير رضاه ، والفرع وهو مالهو اغتصب المنافع أو اتلفها على شخص ،

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب

عليه ضمان المنافع فى المقتصوب أيضا لذلك .

والمقصود : اثبات أن بين الاصل والفرع فى قياسهم فارقا فيبطل به .

\* مسألة ( ٢٦٠ ) : اذا استكره امرأة فزنا بها وجب عليه المهر . ( ١ ) / ١٧٥ ي .

وقال أبو حنيفة : لا يجب . ( ٢ )

لنا : هو انه وطؤ في غير ملك ، سقط فيه الحد عن الموطوءة ، والوطئ

من أهل الضمان في حقها ، فلزمه ( ٤ ) المهر ، كما لو وطئها بشبهة ( ٥ ) ، ولا يلزم

( ١ ) أي والحد ، واذا كانت بكرا فعليه ارش الافتراض مع المهر كما نص

الرافعي .

أنظر : الأم ج ٣ ص ٢٥٨ . المختصر ص ١١٧ . فتح العزيز ج ١١ ص ٣٣٢ .  
وبه يقول الحنابلة أيضا :

أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ٤١٢ . كشف القناع ج ٤ ص ١٠٦ . المغنى  
ج ٥ ص ٢٠٣ .

وبوجوب المهر عليه أيضا يقول المالكية :

أنظر : القوانين ص ٣٦٢ . الفواكه الدواني ج ٢ ص ٢٤٥ . بداية  
المجتهد ج ٢ ص ٣٥٠ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة ، الا أنه جعل في الامة تستكره  
على الزنى الحد على الزانى وعليه الفرامة أيضا لسيدها . أنظر المحلى :

ج ٨ ص ٥٨٩ .

( ٢ ) المبسوط ج ٢ ص ٩٠ .

( ٣ ) في الاصل ونسخة (( ب )) : وطئ . / الهمة على يا .

( ٤ ) في نسخة (( ب )) : يلزمه .

( ٥ ) حيث يجب عليه المهر به .

بجامع الوطء في غير الملك مع سقوط الحد عن الموطوءة وكون الواطئ  
من أهل الضمان ، في كل من الاصل وهو الوطء بشبهة والفرع وهو السوط  
= بالاكره .

إذا استدخلت المجنونة ذكرنا ثم <sup>(٦)</sup> ، لأن الواطئ هناك <sup>(٧)</sup> هو الموطوءة <sup>(٨)</sup> ،  
ولأن ما ضمن في العقد الصحيح أو بالاتلاف في الفاسد ، ضمن بمجرد الاتلاف  
كالأعيان <sup>(٩)</sup> ، ولأنه هناك جهتين <sup>(١٠)</sup> متقابلتين بالواجب فوجب عليه ضمانهما ،  
كما لو قتل خطأ أو قتل المحرم صيدا مملوكا <sup>(١١)</sup> .

= ولما كان حكم الأصل وجوب المهر عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب  
المهر على المكره - بالكسر - أيضا لذلك .

( ٦ ) أى حيث لا يجب عليه المهر لها به ، مع كون الوطئ في غير ملك وسقوط  
الحد عن الموطوءة للمجنون ، وكون الواطئ أهلا للضمان .

( ٧ ) أى في حال الاستدخال .

( ٨ ) أى والموطوءة مجنونة ليست من أهل الضمان ، فلا يجب عليها حد ولا يجب  
لها مهر .

والرجل حينئذ بمنزلة المكره إذ فعل به ذلك من غير اختياره فلا حد  
ولا مهر عليه .

( ٩ ) حيث تضمن بمجرد الاتلاف سواء كان المتلف متعمدا أو مخطئا ، وسواء  
كان مكرها أو مختارا .

بجامع الضمان في العقد الصحيح في كل من الأصل وهو مالو ائلف الأعيان ،  
والفرع وهو مالو أكره امرأة على الزنى .

ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان فيه بمجرد الاتلاف ، كان حكم الفرع  
كذلك فيضمن المهر في الزنى بالأكراه أيضا لذلك .

( ١٠ ) في نسخة ((ب)) : هتك حرمتين . / والهتك مصدر هتك يهتك هتكا

من باب ضرب ، إذا خرقة . قال الزمخشري : جذبه حتى نزعته من مكانه ،  
أو شقه حتى يظهر ما وراءه . أنظر المصباح ج ٢ ص ٣٠٦ .

والمراد الثاني هنا .

والحرمتان أو الجهتان المذكورتان ، هما حرمة الوطئ من غير عقد  
ولا شبهة عقد ، وحرمة الأكراه على الزنى .

( ١١ ) حيث يجب عليه في القتل الخطأ الدية والكفارة ويجب على المحرم ضمان =

قالوا : وطؤ يجب به الحد ، فلم يجب به المهر ، كما لو طاعته . ( ١٢ )

قلنا : المعنى فى الأصل ( ١٣ ) أنها زانية ، فغلظ عليها باسقاط المهر ، كما غلظ بايجاب الحد عليها ، وهاهنا ( ١٤ ) موطوءة بشبهة ، ولهذا لا يجب عليها الحد ، فوجب لها المهر . ( ١٥ )

قالوا : لو وجب لها المهر اذا اكرهت وجب اذا طاعت ، كالمفوضة . ( ١٦ )

= الصيد لمالكة وضمانه بجزاء الصيد لهتكه حرمة الحرم ، والا حرام .  
بجامع هتك حرمتين متقابلتين بالواجب ، اما الاصل فهو مالو قتل  
شخصا خطأ أو قتل المحرم صيدا مملوكا ، والفرع وهو مالو اكسره  
امراة على الزنى .

ولما كان حكم الاصل وجوب الدية والكفارة عليه فى القتل الخطأ ووجوب  
الجزاء والقيمة فى الصيد كان حكم الفرع كذلك فيجب عليه الحد والمهر  
فى الزنى بالمكرهة أيضا لذلك .

( ١٢ ) حيث يجب عليها به الحد ولا مهر لها .

بجامع ان كلا وطوء يجب به الحد ، اما الاصل فما لو طاعته ، وأما  
الفرع فما لو أكرهها على الزنى .

ولما كان حكم الاصل سقوط المهر فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب  
للمكرهة المهر أيضا لذلك .

( ١٣ ) وهو حال مطاوعتها اياه على الزنى .

( ١٤ ) أى فى حال الاكراه .

( ١٥ ) أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور .

( ١٦ ) باسم المفعول ، وقال بعض أهل العلم : هى باسم الفاعل .

فعلى الأول : سميت بذلك لأن الشرع فوض أمر المهر اليها فى اثباته  
واسقاطه .

وعلى الثانى : سميت به لانها فوضت نكاحها الى الزوج حتى تزوجها من =



قلنا : هناك (١٧) رضى في عقد يقتضى البدل ، فلم يختلف الطوع  
والاكراه (١٨) ، كاتلاف المشتري للمبيع ، (١٩) وها هنا (٢٠) رضى في غير عقد ،  
فاختلف فيه الطوع والاكراه ، كاتلاف مال الغير . (٢١)

---

= غير مهر . وقيل : فوضت : أى اهلكت حكم المهر فهى مفوضة ، باسم  
الفاعل .

وأصل التفويض تسليم الأمر الى الغير . أنظر المصباح ج ٢ ص ١٤٠ .  
والمقصود : انها كالمفوضة فى وجوب مهر المثل لها بتمكينها الزوج من  
نفسها اذا تزوجها من غير مهر .

( ١٧ ) أى فى المفوضة .

( ١٨ ) أى فى وجوب أخذ البدل فيه .

( ١٩ ) حيث لا يسقط عنه ثمن المبيع اذا اتلفه فى مدة الخيار ، سواء اتلفه  
بقصد أو بغير قصد .

بجامع الرضى فى عقد يقتضى البدل ، فى كل من الاصل وهو مالو ائلف  
المشتري المبيع ، والفرع وهو مالو فوضت المرأة مهرها .

ولما كان حكم الأصل عدم سقوط ثمن المبيع عن المشتري باتلافه طوعا أو كرها ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط المهر بالتفويض أيضا لذلك .

( ٢٠ ) أى فى حال ما اذا طأعته على الزنى .

( ٢١ ) حيث لا يضمنه اذا اتلفه باذن المالك ، ويضمنه ان بلا اذنه .

بجامع الرضى به فى غير عقد فى كل من الاصل وهو مالو أئلف مال الغير  
والفرع وهو مالو زنى بامرأة .

ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان باتلاف مال الغير بغير اذنه دون  
بإذنه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب للزانية المهر فى حال الاكراه فقط  
دون حال الاختيار أيضا لذلك .

والمقصود : ان بين الاصل والفرع فى قياسهم فارقا ، فيطّل به قياسهم المذكور .

قالوا : حقان (٢٢) أحدهما يسقط بالشبهة (٢٣) والآخر لا يسقط (٢٤) ،  
 فلا يجبان بفعل واحد ، كالقصاص والدية . (٢٥)

قلنا : يبطل بالحد والقضاء في الزنا في رمضان (٢٦) والحد والضمان  
 في شرب خمر النصراني . (٢٧) ولأنه إذا جاز أن يجب في قتل الخطأ وقتل

( ٢٢ ) وهما المهر والحد .

( ٢٣ ) وهو الحد .

( ٢٤ ) وهو المهر ، لأنه في مقابلة ما أصاب منها ، وهذا لا يختلف الحال  
 فيه بين إصابته بشبهه أو بدون شبهة ، لأن الإصابة فيه قد حصلت  
 فاقتضت العوض ، وزانه القتل فان فيه الضمان بكل حال سواء كان  
 عدا أو خطأ .

( ٢٥ ) حيث لا يجبان معا في آن واحد في جناية واحدة .

بجامعان في كل حقين أحدهما يسقط بالشبهة والثاني لا ، أما الأصل  
 فالقصاص والدية ، وأما الفرع فالحد والمهر .

ولما كان حكم الأصل عدم وجوبهما في جناية واحدة ، كان حكم الفرع  
 كذلك فلا يجب الحد والمهر على من زنى بمكرهة أيضا لذلك .

( ٢٦ ) حيث يجب على الزاني في رمضان الحد لأجل الزنى ، والكفارة لأجل  
 حرمة الشهر .

( ٢٧ ) حيث يجب على من شرب خمر نصراني الحد لأجل الشرب ، والضمان لأجل  
 أخذ مال النصراني وهو الخمر لأنها عندهم محترمة فيجب ضمانها .

فقد اجتمع في هاتين الصورتين الحد والضمان مع انهما حقان يسقط  
 أحدهما بالشبهة والثاني لا ، فبطلت العملة التي ذكروا في أسقاط  
 المهر عن الزاني بمكرهة لوجودها في الصورتين وتختلف الحكم عنها ، فهي  
 غير مضطردة .

الصيد حقان<sup>(٢٨)</sup> لا يسقطان بالشبهة ، وان لم يجب ذلك فى سائر التلافات<sup>(٢٩)</sup> ،  
 جاز أن يجب ها هنا<sup>(٣٠)</sup> حقان يسقط أحدهما بالشبهة والاخر لا يسقط  
 وان لم يجب ذلك فى سائر المواضع ، والقصاص والدية بدلان<sup>(٣١)</sup> ، فلم يجب<sup>(٣٢)</sup>  
 عن متلف واحد بجناية واحدة ، والحد تطهير وليس ببدل فهو الكفارة مع  
 الدية<sup>(٣٢)</sup> .

\* مسألة ( ٢٦١ ) : الغرم يجب مع القطع فى السرقة<sup>(١)</sup> . / ١٧٥ ش .

( ٢٨ ) اما فى قتل الخطأ فالدية والكفارة . وأما فى قتل الصيد فالجـزاء  
 والضمان اذا كان الصيد مملوكا لشخص .

( ٢٩ ) فى نسخة (( ب )) : التلاف .

( ٣٠ ) أى فى حال الاكراه على الزنى .

( ٣١ ) أى عن نفس المقتول .

( ٣٢ ) فى نسخة (( ب )) : فلا يجبان .

( ٣٢ ) حيث يجتمعان فى جناية واحدة ، وهى حال القتل الخطأ .

بجامع ان كلا تطهير للجاني ، اما الاصل فهو الكفارة فى القتل الخطأ ،

واما الفرع فهو الحد فى الزنى .

ولما كان حكم الاصل وجوب الكفارة والدية فى القتل الخطأ ، كان حكم

الفرع كذلك فيجب الحد والمهر فى الزنى بمكرهة أيضا لذلك .

والمقصود : ان بين الاصل والفرع فى قياسهم الحد والمهر على القصاص

والدية فى عدم اجتماعهما فى جناية واحدة فارقا ، فيطلى به قياسهم

المذكور .

( ١ ) جئ بهذه المسألة فى باب الغصب ، لأن السرقة غصب خفي .

ومحل وجوب الغرم : هو ما لم تكن العين المسروقة قائمة . . والا وجب

ردها قطعا .

وسواء كان السارق غنيا أو لا ، وسواء قطع أو لا ، قاله القليوبي ج٤ ص ١٩٨ =

وقال أبو حنيفة : لا يجتمعان . ( ٢ )

لنا : هو أنه حد يجب مع رد العين فجاز أن يجب مع رد بدله ،  
كحد الزنا وقيمة الجارية ، ( ٣ ) ولا نهما حقان ( ٤ ) يجبان بـ————ببين

= أنظر المسألة في : المختصر ص ١١٨ . المنهاج ص ١٣٤ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٣ ص ٣٧٤ . كشف القناع ج ٦ ص ١٤٨ .  
المغنى ج ٩ ص ١٣٠ . في كتاب السرقة .

وأوجب المالكية عليه الفرم ان كان موسرا يوم القطع ، والا فلا غرم ، بل  
يقطع فقط .

وقيل : يضمن بكل حال موسرا كان أو معسرا ، وهو قول ابن عبد الحكم ،  
وقيل : لا يضمن بحال .

أنظر : القوانين ص ٣٩٠ . شرح المنح ج ٤ ص ٥٤٠ . الشرح الكبير :  
ج ٤ ص ٣٤٧ .

وهو قول ابن حزم : أنظر المحلى ج ١٣ ص ٣٧٣ . كتاب السرقة .  
( ٢ ) أى مالم تكن العين المسروقة قائمة فى يد السارق فيجب ردها والقطع ،  
وأما اذا هلكت العين أو استهلكها السارق فلا يضمنها ، هذا هو  
المشهور عن أبي حنيفة فيما رواه عنه أبو يوسف ، وروى عنه الحسن - هو  
ابن حنبل - انه يضمن الفرم باستهلاكه اياها ، دون هلاكها .

أنظر : الهداية ج ٥ ص ١٦٨ والتي تلبيها . التبیین ج ٣ ص ٢٣١ . مجمع  
الأنهر ج ١ ص ٦٢٧ .

( ٣ ) حيث يجب عليه اذا زنى بجارية فماتت حد الزنى والقيمة لسيدها .  
بجامع ان كلا حد يجب مع رد العين ، اما الاصل فحد الزنى ، واما

الفرع فحد السرقة .  
ولما كان حكم الاصل وجوب الحد والقيمة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب  
عليه الحد وقيمة المسروق أيضا لذلك .

( ٤ ) أى القطع والفرم .

لمستحقين<sup>(٥)</sup> ، فجاز أن يجتمعا بفعل واحد ، كالجزاء والقيمة في الصيد<sup>(٦)</sup> .  
 فان احتجوا : بقوله جل وعز ( والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما  
 جزاء بما كسبا<sup>(٨)</sup> ) فجعل القطع جميع الجزاء<sup>(٩)</sup> .  
 قلنا : لم يجعله جميع الجزاء ، وإنما<sup>(١٠)</sup> جعله جزاء السرقة ، وجزاء  
 السرقة القطع ، والضمان لا يتعلق بالسرقة<sup>(١١)</sup> .  
 قالوا : روى عبد الرحمن بن عوف<sup>(١٢)</sup> أن النبي صلى الله عليه وسلم  
 قال : ( لا غرم على السارق اذا أقيم عليه الحد )<sup>(١٣)</sup> .

---

( ٥ ) أحد هما : لله تعالى وهو حد القطع ، وثانيهما : للعبد وهو غرم المسروق .  
 ( ٦ ) حيث يجتمعان في قتل الصيد في الحرم أو الا حرام .  
 بجامع ان كلا حقان يجبان بسبب لمستحقين ، اما الاصل فالجزاء والقيمة  
 في قتل المحرم الصيد ، واما الفرع فالغرم والحد في السرقة .  
 ولما كان حكم الاصل جواز اجتماع الجزاء والقيمة فيه ، كان حكم الفرع  
 كذلك فيجوز اجتماع الحد والغرم في السرقة أيضا لذلك .  
 ( ٧ ) في نسخة (( ب )) : عز وجل .

( ٨ ) المائدة آية / ٣٨ .

( ٩ ) أى ولم يذكر القيمة أو الغرم ، فزيادته في الجزاء زيادة على النص ، فيرد .  
 ( ١٠ ) في الاصل ( ولانه ) وما أثبتناه من نسخة (( ب )) أولى لاقتضاء المقام له .  
 ( ١١ ) وإنما يتعلق بالمسروق .

( ١٢ ) أنظر ترجمته في المسألة رقم ( ١ ) هامش ( ٣٩ ) .

( ١٣ ) رواه النسائي ج ٨ ص ٩٣ كتاب قطع السارق ، باب : تعليق يد السارق  
 في عنقه .

مرفوعا ولفظه : لا يغرم - بتشديد الراء - صاحب سرقة اذا أقيم عليه  
 الحد . أهـ

ثم قال : وهذا مرسل وليس بثابت .

قلنا : يرويه سعد بن إبراهيم <sup>(١٤)</sup> وهو ضعيف عن أخيه المسور بن إبراهيم <sup>(١٥)</sup>

= ورواه الدارقطني بلفظ قريب من لفظ المصنف وهو : لا يفرم السارق اذا أقيم عليه الحد . أهـ ج ٣ ص ١٨٢ كتاب الحدود والديات ، رقم / ٢٩٧ ورقم / ٢٩٨ ثم قال : سعيد ابن إبراهيم مجهول ، والمسور ابن إبراهيم لم يدرك عبد الرحمن بن عوف ، وان صح اسناده ، كان مرسلا . أهـ .

وأيداه ابن القطان في ذلك ، وكذا أيداه الطبراني في الأوسط وعبد الحق في الأحكام .

وقال فيه أبو حاتم : هذا حديث منكر ومسور لم يلق عبد الرحمن . أهـ أنظر النصب ج ٣ ص ٣٧٥ .

( ١٤ ) في نسخة ((ب)) : سعيد بن إبراهيم . / . وقد سماه اسحاق ابن الفرات سعدا . وسماه مفضل بن فضالة سعيدا . كما في الميزان : ج ٢ ص ١٢٦ رقم / ٣١٣٣ وأنظر التعليق في الهامش أيضا هناك . ولم يذكر الزيلعي في النصب غير سعد ، ونقل عن صاحب التقيح قوله : يوجد في بعض النسخ سعيد بن إبراهيم . والمعروف : سعد . أهـ ج ٣ ص ٣٧٦ .

توفي سعد سنة خمس وعشرين ومائة ، وقد وثقه شعبة . أنظر الخلاصة ص ١٣٣ . ( ١٥ ) هو وأخوه سعد ابنا عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه الصحابي المشهور . قال في النصب ج ٣ ص ٣٧٦ . قال أهل العلم بالحديث : لانعرف له - أى لسعد - في التواريخ أخا معروفا بالرواية يقال له : المسور . أهـ وذكر أن أخاه سعدا مجهول أيضا ، لكن نقل في الخلاصة ص ١٣٣ عن شعبة قوله في سعد : كان شبيها فاضلا يصوم الدهر ويختم في يوم وليلة ، أهـ وقال في المسور ص ٣٧٧ : ارسل عن جده يعني عبد الرحمن بن عوف - وعنه أخوه سعد . أهـ .

وهو لم يلق عبد الرحمن (١٦) ثم نحمله (١٧) على الغرم الذي كان عقوبة (١٨)

ثم شرع الحد وسقط الغرم .

قالوا : التضمين يوجب التملك (١٩) فلو قلنا انه يضمن ويقطع صار

القطع في ملكه (٢٠) .

قلنا : التضمين لا يوجب التملك عندنا (٢١) وعندهم يوجب فيما نقل الملك ،

---

(١٦) قاله الدارقطني أيضا ، في السنن ج ٣ ص ١٨٣ حديث رقم / ٢٩٨٠ .

وكذا قال البيهقي أيضا ج ٨ ص ٢٧٧ .

وقد علل الزيلعي ذلك نقلا عن البيهقي ولم أجده في السنن بنصه  
وان كان قريبا منه ، الا أن ما في النص أوضح مما في السنن للبيهقي  
فلعل نسخة الزيلعي غير التي بين أيدينا ، فقال : وذلك لأن إبراهيم  
ابن عبد الرحمن كان في خلافة عمر بن الخطاب صبيا صغيرا ، ومات  
أبوه - أي عبد الرحمن بن عوف - في خلافة عثمان ، فانما كان أدرك أولاده  
- أي بلغوا سن الرشد - بعد موت أبيه - أي عبد الرحمن - . أهـ

نصب الراية ج ٣ ص ٣٧٦ .

(١٧) أي على فرض التسليم بصحته .

(١٨) أي قبل نزول حد السرقة وهو القطع .

(١٩) أي تملك العين المسروقة للسارق بعد ضمانه إياها .

(٢٠) أي لقطعناه في مال هو يملكه ، وهذا غير وارد في الشرع .

(٢١) سقط لفظ ( لا ) من الأصل .

(٢٢) أي بل يجب عليه الحد والغرم وإعادة ما بقي من المسروق المستهلك

ان وجد .

والهالك لا يملك<sup>(٢٣)</sup>، ثم التضمين يوجب التملك في الحال<sup>(٢٤)</sup>، والقطع سبق ذلك<sup>(٢٥)</sup>، فلا يصير القطع في ملكه .

\* مسألة (٢٦٢) : العقار<sup>(١)</sup> يضمن بالغصب<sup>(٢)</sup> . / ١٧٥ ش .  
وقال أبو حنيفة : لا يضمن<sup>(٣)</sup> .

(٢٣) كلمة ( يملك ) مظلومة فونسخة ((ب)) .

(٢٤) أى على فرض التسليم به ، أو بناء على مذ هبكم .

(٢٥) لأن التضمين لا يكون الا بعد القطع .

(١) وهو كل ملك ثابت ، له أصل ، كالدار والنخل ، واطلقه بعضهم على

المتاع أيضا . وجمعه عقارات . أنظر المصباح ج٢ ص ٧٢ .

وفسره في شرح المحلى ج٣ ص ١٩١ بأنه الدور والارضى .

(٢) الوجيز ج١ ص ٢٠٦ . فتح العزيز ج١١ ص ٢٥١ . المنهاج ص ٧٠ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٤٠٠ . كشف القناع ج٤ ص ٨٣

والتي تليها . المغنى ج٥ ص ١٧٩ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج٨ ص ٥٨٠ .

(٣) خلافا لمحمد وزفر ، حيث قالوا بضمانه . وهو قول أبى يوسف ثم رجع عنه .

أنظر : الهداية ج٨ ص ٢٥٠ . التبيين ج٥ ص ٢٢٤ . مجمع الأنهر :

ج٢ ص ٤٥٨ .

ومحل عدم ضمانه : ما اذا لم يكن عقار وقف أو لیتيم ، أو وديعة فجعله

المستودع أو شهدا على رجل بالدار فقصى له به ، ثم رجعا عن شهادتهما

ضمنا مانقص الدار أيضا .

ومحله : ما لم ينقص العقار بفعل الغاصب كسكنائه وزرعه فيه ، والا بأن تلف

بساوى أو بفعل غيره فلا يضمن .

وزهد المالكية الى أنه اذا قصد بالغصب الاستيلاء على منافع العقار =



لنا : هو أنه مال فجاز أن يضمن بالغصب ، كالمنقول<sup>(٤)</sup> ، أو عين يصح قبضها في العقود فصح قبضها في الغصب ، كالمنقول<sup>(٥)</sup> ، ولأن الغصب أخذ مال الغير والاستيلاء عليه بغير حق وذلك موجود في العقار<sup>(٦)</sup> ، ولهذا

---

= فقط دون الاستيلاء على ذاته ، فلا يضمنه لو انهدم أو تلف .  
 وإنما يضمن قيمة سكناه وانتفاعه به فقط .  
 والا بان انهدم بفعله هو أو قصد الاستيلاء على ذات العقار فعلياً —  
 الضمان .  
 أنظر: الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٥٢ . الجواهر ج ٢ ص ١٥١ . شرح المنح :  
 ج ٣ ص ٥٣٤ .

( ٤ ) حيث يجب ضمانه بالغصب .  
 بجامع المالية في كل من الاصل وهو المال المنقول والفرع وهو العقار .  
 ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجب  
 ضمان العقار بالغصب أيضاً لذلك .

( ٥ ) وقبض كل شيء بحسبه ، فالمنقول بالنقل ، وغير المنقول كالعقار بوضع  
 اليد عليه في الغصب ، وبالتخلية في البيع .

( ٦ ) حيث يتحقق غصبه بالنقل .  
 بجامع ان كلا عين يصح قبضها في العقود ، اما الاصل فالمنقول واما الفرع  
 فالعقار .

ولما كان حكم الاصل صحة قبضه في الغصب ، كان حكم الفرع كذلك فيصح  
 قبض العقار بالغصب أيضاً لذلك .

( ٧ ) في نسخة (( ب )) : في العقود . / وهو خطأ .

قال صلى الله عليه وسلم ( من غصب شبرا من أرض طوقه من سبع<sup>(٨)</sup> أرضيين ) فوجب أن يضمن .

قالوا : الغصب لا يكون الا بالنقل ، ولهذا لو جلس على بساط رجل لم يصير<sup>(٩)</sup> غاصبا ، والنقل لا يوجد في العقار ، وانما يوجد منع المالك منه ، فلم يصير غاصبا ، كما لو حبس الرجل عن ماله .<sup>(١٠)</sup>

( ٨ ) رواه البخارى ج ٢ ص ٦٨ كتاب المظالم ، باب اثم من ظلم شيئا من الأرض ، عن سعيد بن زيد مرفوعا ، ولفظه : من ظلم من الارض شيئا طوقه من سبع أرضيين . أهـ

ورواه مسلم ج ٣ ص ١٢٣٢ كتاب المساقاة باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها رقم / ١٤٢ عن محمد بن ابراهيم ان أبا سلمة حدثه وكان بينه وبين قومه خصومة في أرض ، وانه دخل على عائشة فذكر ذلك لها ، فقالت : يا أبا سلمة اجتنب الارض ، فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من ظلم قيد شبر من الارض ، طوقه من سبع أرضيين . أهـ .

واما لفظ الحديث برواية المؤلف ، فقد قال ابن حجر : لم يروه أحد منهم - أى ممن رووا هذا الحديث - بلفظ : من غصب . أهـ التلخيص ج ٣ ص ٥٤٠ رقم / ١٢٦٩ .

( ٩ ) في نسخة ((ب)) : لم يكن .

( ١٠ ) حيث لا يصير به غاصبا لماله بذلك .

بجامع عدم نقل المال في كل من الاصل وهو ماله وحسب رجلا عن ماله ، والفرع وهو غصب العقار .  
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجب على غاصب العقار الضمان به أيضا لذلك .

قلنا : لانسلم ان الغصب هو النقل ، بل الغصب ما قلناه ،<sup>(١١)</sup> ولهـذا  
 يضمن سمن<sup>(١٢)</sup> الجارية<sup>(١٣)</sup> عنده اذا طالبه بالرد<sup>(١٤)</sup> ، وان لم ينقل<sup>(١٥)</sup> ،  
 ولو منع المودع الوديعة أو جحد ها صار غاصبا<sup>(١٦)</sup> ، وان لم ينقل ، والبساط  
 لانسلم ، فانه يضمنه ، ويخالف منع المالك من ماله ، فان هناك<sup>(١٧)</sup> لم تثبت يده<sup>(١٨)</sup>  
 على المال ، ويجوز<sup>(١٩)</sup> له بيعه<sup>(٢٠)</sup> ، ولهذا<sup>(٢١)</sup> لا يقال له<sup>(٢٢)</sup> : ارفع يدك عن المال<sup>(٢٣)</sup> ،

( ١١ ) من أنه أخذ مال الغير والاستيلاء عليه من غير حق .

( ١٢ ) سقط لفظ ( سمن ) من نسخة ((ب)) .

( ١٣ ) في نسخة ((ب)) : ولهذا يضمن العارية من العقار .

( ١٤ ) أى ولم يخل بينه وبينها ، حيث يجب عليه ضمانها ان تلفت . لانـه  
 يصير به غاصبا .

( ١٥ ) أى سمن الجارية ، لأن الفرض أنه حدث فيها السمن عند الغاصب  
 ومع ذلك هو غاصب له .

( ١٦ ) أى فتنقلب يده عنها من يد امانة الى يد ضمان مع أنه لم ينقلها لبقائها  
 عنده .

( ١٧ ) أى في حال حبس المالك عن ماله .

( ١٨ ) في نسخة ((ب)) : يد الغاصب .

( ١٩ ) في نسخة ((ب)) : ولهذا لا يجوز له بيعه . / وهو خطأ والصواب حذف  
 لا النافية ،

والمراد على ما في الاصل : ويجوز لصاحب المال المحبوس عن ماله أن يبيعه .

( ٢٠ ) لان يده لم تنزل عنه بحبسه عن ماله .

( ٢١ ) في نسخة ((ب)) : ولا يقال : ارفع يدك عن المال . / وفي الأصل : ولهذا

يقال له . / وفوكلتا النسختين نقص . والصواب ما أثبتناه . والمقصود : انه لا يصح

ان يقال له ذلك في اللغة ولا في العرف ، بل لا يمكن توجيه الملامة على قائل

ذلك .

( ٢٢ ) أى للغاصب .

( ٢٣ ) لان يده لم توضع على المال ، بحبس صاحب المال عنه .

وهاهنا (٢٤) تثبت يده على المال ، ولهذا لا يجوز له بيعه ، ولهذا يقال له :  
 ارفع يدك عن المال ، (٢٩) ولانه فرق بين حبس المالك (٣٠) وبين حبس الدار ،  
 ألا ترى ان المشتري لو حبس البائع عن الدار المبيعة لم يصرق قابضاً (٣٢) ،  
 ولو حبس الدار عنه (٣٣) صار قابضاً . (٣٤)

\* سألة (٢٦٣) : اذا غصب ساجة فادخلها في بناءه وجب نقضه ورد الساجة (٢)  
 . / ١٢٦٦ ٠

(٢٤) أى فى غصب العقار .

(٢٥) فى نسخة ((ب)) : يد الغاصب . / لانه منع المال عن صاحبه .

(٢٦) أى للمالك .

(٢٧) لتعذر امكان التسليم حال الغصب .

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : ويقال له . / أى للغاصب .

(٢٩) لانه قد ازال باستيلائه عليه يد المالك عنه .

(٣٠) زاد فى نسخة ((ب)) : بين حبس المالك عن ماله .

(٣١) أى عن مالكها .

(٣٢) لانه لم يحصل من البائع تسليم للمبيع .

(٣٣) أى عن البائع .

(٣٤) لتحقيق انتقال ملكها اليه بوضع يده عليها .

(١) الساج قبالة الجيم المعجمة ، جمعها ساج ، وهو شجر عظيم صلب قسوى

ينبت ببلاد الهند ، وهى من أعز الأشجار ، يستعمل فى بناء الدور

وأبوابها واساسها . أنظر مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٦١ .

وهذه أول مسألة خالف فيها الشافعى الحنفية ، كما فى مواقيت العلوم

للرازى ، أنظر حاشية سعدى جليبي ج ٨ ص ٤٦٤ .

(٢) الأم ج ٣ ص ٢٥٥ . الوجيز ج ١ ص ٢١٣ . المنهاج ص ٧٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٠١ . كشاف القناع ج ٤ ص ٨٧ .

وقال أبو حنيفة : لا يجب . ( ٣ )

لنا : قوله صلى الله عليه وسلم ( لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه لا عبا أو جادا ،  
فإذا أخذ عبا أخيه فليرد لها عليه ) ( ٤ ) ، ولأنه تصرف في مال الغير بعد وان يجوز

= ونذهب المالكية الى تخيير صاحب الخشبة بين الهدم أو أخذ قيمتها ،  
خلافًا لاشبه حيث قال : لا يهدم البناء العظيم لأجلها .

أنظر: الجواهر ج ٢ ص ١٥٠ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤٨ . شرح المنح  
ج ٣ ص ٥٢٢ .

ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، فقد قال : فمن غصب شيئا  
أو أخذه بغير حق . . . ففرض عليه ان يرده ان كان حاضرا . أهـ وفرض  
المسألة هنا أنها حاضرة غير تالفة والا لضمن قيمتها قطعا . أنظر  
المحلى ج ٨ ص ٥٦٥ .

( ٣ ) لزوال ملكها مالكتها عنها بالبناء عليها . خلافًا لزفر . كما في حاشية الشلبي  
على التبيين ج ٥ ص ٢٢٨ .

ومحمد عدم وجوب نقضه . هو ما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة  
والا بان كان أقل فلا يزول ملكه عنها . كما في حاشية سعدى ج ١ ص  
٨٤ ص ٤٦٤ .

ونذهب الكرخي وأبو جعفر من فقهاء الحنفية الى أن محل انقطاع ملك صاحب  
الساجدة عنها ، هو ما اذا بنى الغاصب حولها ، واما اذا بنى عليها  
فلا ينقطع عنها ملكه فيهدم البناء وترد لصاحبها لتعديده عليها . لكنه قول  
مردود في المذهب .

أنظر: الهداية ج ٨ ص ٤٦٤ . التبيين ج ٥ ص ٢٢٧ والتي تليها ، مجمع  
الأنهر ج ٢ ص ٤٦١ .

( ٤ ) رواه أبو داود ج ٤ ص ٣٠١ كتاب الأدب ، باب من يأخذ الشيء على المزاح .  
رقم / ٥٠٠٣ عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أنه سمع  
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لا عبا =

نقضه ، فلا يقطع حق المالك عنه ، كما لو بنى فى ارض غيره أو غضب شجرا  
وغرسه <sup>(٥)</sup> فى أرضه ، <sup>(٦)</sup> والدليل على جواز النقض انه اذا جاز نقض داره ليعيدها  
على صفة أخرى لغرض ، فلأن يجوز ليتخلص من المسأثم بيقين ويخرج من الخلاف  
ويتخلص من التقويم أولى .

قالوا : اتلاف ماله لمال هو تابع ، <sup>(٧)</sup> فلم يجوز كما لو غضب خيطا  
وخاط به جرح حيوان . <sup>(٨)</sup>

= ولا جادا ، وقال سليمان - أحد رجال السند - لعبا ولا جدا ، ومن أخذ  
عصا أخيه فليرد ها . أهـ .

ورواه الترمذى ج٤ ص ٦٢ ، كتاب الفتن ، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع  
مسلمًا ، رقم / ٢١٦٠ ولفظه : لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعبا أو جادا ،  
فمن أخذ عصا أخيه فليرد ها اليه . أهـ  
ثم قال : وهذا حديث حسن غريب . أهـ .

( ٥ ) فى نسخة (( ب )) : ففرسها .

( ٦ ) حيث لا ينقطع به ملك صاحب الأرض والشجر عن أرضه أو شجره المفصوب .  
بجامع التصرف فى مال الغير بعدوان يجوز نقضه ، فى كل من الأصل وهو  
مالو بنى فى أرض الغير أو غرس شجر الغير فى أرضه ، والفرع وهو مالو غضب  
ساجة الغير وبنى عليها ، ولما كان حكم الاصل عدم انقطاع ملكه عنه به ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا ينقطع ملك صاحب الساجة عنها بالبناء عليها أيضا  
لذلك .

( ٧ ) وانما صارت الخشبة هنا تابعة للبناء ، لأنه أكثر قيمة منها ، والاقل يتبع  
الأكثر . ولا اعتماد البناء عليه أيضا فصارت جزءا منه وتابعة له .

( ٨ ) حيث لا يجوز له أخذ الخيط ، لانه أصبح تابعا للحيوان ، لا اعتماد  
حياته عليه .

بجامع ان فى كل اتلاف مال لمال هو تابع له ، اما الاصل فالحيوان اذا  
خيط جرحه بخيط مفصوب ، واما الفرع فهو البناء اذا شيد على ساجة  
مفصوبة .

قلنا : لا نسلم انه تابع ، لأن ملك الغير لا يصير تابعا لملكه ، ولهـذا  
لو باع جارية حاملا بولد لغيره <sup>(٩)</sup> لم يدخل الولد في البيع ، ولأن مال الغاصب  
لا حرمة له ، ولهـذا قال صلى الله عليه وسلم ( ليس لعرق ظالم حـق ) <sup>(١١)</sup>

= ولما كان حكم الاصل عدم جواز نقض الجرح لرد الخيط المصوب ، كان  
حكم الفرع كذلك ، فلا يجوز نقض البناء لرد الساجة للمصوب منه أيضا  
لذلك .

( ٩ ) كما لو كانت الأمة متزوجة ، وأراد سيد ها بيعها وكانت حاملا من زوجها .

( ١٠ ) لانه ليس ملكا للسيد ، وانما هو تابع للزوج .

( ١١ ) رواه أبو داود ج ٣ ص ١٧٨ كتاب الخراج والامارة والفئ ، باب فـى

احياء الموات . رقم / ٣٠٧٣ عن سميد بن زيد مرفوعا : من أحيـا

أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق . أهـ .

ورواه الترمذى ج ٣ ص ٦٦٢ كتاب الأحكام باب ما ذكره فى احياء الموات

رقم / ١٣٧٨ ثم قال : هذا حديث حسن غريب . - وأشار الى رواية

أخرى مرسله فقال : - وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن

النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا . أهـ .

ورواه البخارى تعليقا ، ج ٢ ص ٤٨ فى الحرث والمزاعة .

قال ابن حجر : وصله اسحاق بن راهويه ، قال : أخبرنا أبو عامر العقدى

عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ، حدثنى أبى ان أباه حدثه أنه سمع

النبي صلى الله عليه وسلم يقول : من أحيـا أرضا مواتا من غير أن يكون فيها

حق مسلم فهى له ، وليس لعرق ظالم حق . أهـ .

ثم قال : وهو عند الطبرانى ثم البيهقى ، وكثير هذا ضعيف أهـ الفتح :

ج ٥ ص ١٩ رقم الباب / ١٥ .

قلت : هو فى البيهقى من طريق عائشة مرفوعا : العباد عباد الله والبلاد

بلاد الله فمن أحيـا من موات الارض شيئا فهو له وليس لعرق ظالم حق . أهـ

ج ٦ ص ١٤٢ كتاب احياء الموات باب من أحيـا أرضا ميتة فهى له بمطبعة =

( ١٢ )

ولهذا لو غضب شيئا ونقله الى موضع يلزمه في رده مؤونة لزمه ذلك ، ويخالف  
 (١٣) الخيط ، فان ذاك تعلق به حرمة الحيوان ، (١٤) وحرمة (١٥) الحيوان أكد ، (١٦) ولهذا  
 لا يجوز أن يمنع فضل الماء لاجل (١٧) الحيوان ، ويجوز

= رسول الله صلى الله عليه وسلم دون السلطان .

ورواه في ص ١٤٣ من طريق هشام بن عروة عن أبيه مرفوعا : من أحيا أرضا  
 ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق . أهـ .

لكن قال في التلخيص ج ٣ ص ٥٤ رقم / ١٢٧٠ : واختلف فيه على هشام  
 ابن عروة اختلافا كثيرا . أهـ

قال ابن حجر في ضبط لفظ الحديث : قوله : لعرق ظالم ، هو بالتثنية ،  
 وبه جزم الأزهري وابن فارس وغيرهما ، وغلط - أي نسب للغلط - من رواه -  
 بالاضافة . أهـ التلخيص ج ٣ ص ٥٤ رقم / ١٢٧٠ .

ومعنى العرق الظالم : هو ان يجي الرجل الى ارض قد أحياها رجل  
 قبله فيغرس فيها غرسا غضبا ليستوجب به الأرض . كما في النهاية ج ٣ ص ٢١٩ .  
 (١٢) أي بذل المؤونة . لأن مال المغصوب منه محترم فيجب على الفاصب

بذل مال نفسه ، في رده الى موضعه .

(١٣) أبل الخيط اذا خيط به جرح حيوان .

(١٤) وهي حياته ، ان قد يموت بنزع الخيط من جرحه ، أو قد يتألم ، فوجب  
 ترك الخيط لذلك .

(١٥) في نسخة ((ب)) : وهي أكد .

(١٦) أي من تعلق حق صاحب الخيط بخيطه .

(١٧) في نسخة ((ب)) : لحرمة الحيوان .

وقد روى مسلم ج ٤ ص ١٢٦١ في كتاب السلام ، باب فضل ساقى البهائم  
 المحترمة واطعامها ، حديثا عن أبي هريرة مرفوعا : بينما رجل يمشي  
 بطريق اشتد عليه العطش ، فوجد بئرا فنزل فيها فشرب ، ثم خرج  
 فانا كلب يلهمث - اخرج لسانه من شدة العطش - يأكل الثرى من العطش ، =



لأجل المال<sup>(١٨)</sup>، ولهذا لو أكره على القتل بالمال<sup>(١٩)</sup> وجب عليه القود<sup>(٢٠)</sup>، ولو أكره بالقتل<sup>(٢١)</sup> لم يجب عند هم<sup>(٢٢)</sup>.

= فقال الرجل : لقد بلغ هذا الكلب من العطش مثل الذى كان مسنى ، فنزل البئر فلأخفه ماء ، ثم أمسكه بفيه حتى رقى ، فسقى الكلب ، فشكر الله له فغفر له بقاؤه : يارسول الله ، وان لنا فى هذه البهائم لأجرا ؟ فقال : فى كل كبد رطبة اجر - أى فى الاحسان الى كل حيوان حتى تسقيه أجر - أه . رقم / ١٥٣ .

( ١٨ ) كما لو منع الماء عن الزرع والشجر وغيرها من الجمادات .

( ١٩ ) بأن قيل له : اقتل فلانا ، والا أخذت مالك .

( ٢٠ ) لانه قدم حفظ المال على حفظ النفس وهى محترمة .

( ٢١ ) بأن قيل له : اقتل فلانا والا قتلتك .

( ٢٢ ) زاد فى نسخة (( ب )) : ولو أكره بالقتل لم يجب القود عليه عند هم . /

أى عند أبى حنيفة ومحمد بن الحسن ، ونذهب أبو يوسف الى سقوط

القود عن المكره والمكره أيضا ، وخالف زفر فقال : يجب على المكره

- بالفتح - لانه مباشر دون الأمر لانه متسبب .

انظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٣٣ .

والمراد : أن بين الاصل والفرع فى قياسهم غضب الساجدة والبناء عليها ،

على غضب خيط اذا فبط به جرح حيوان فى سقوط الملك عن المغصوب ،

فارقا بيطل به قياسهم المذكور .

- \* مسألة ( ٢٦٤ ) : اذا احفر بئرا في أرض غيره جاز له طمها <sup>(١)</sup> . ١٧٦/٠ .  
وقال أبو حنيفة : ليس له طمها اذا رضى صاحب الأرض <sup>(٢)</sup> .  
لنا : هو انه تعدى بحفرها فله طمها ، كما لو حفر في طريق المسلمين <sup>(٣)</sup> .

( ١ ) من قولك : طمت البئر وغيرها بالتراب طما ، اذا ملأتها حتى استوت مع الأرض ، وبابها قتل : طم يطم طما ، كقتل يقتل قتيلا ، وتقول : طم الماء الاناء اذا ملأه . أنظر المصباح ج ٢ ص ٢٥٠ .  
والمقصود : جاز له طمها وان لم يأمره المالك ، ليدفع عن نفسه خطر ضمان من يتلف بها .  
أنظر المسألة في : الأم ج ٣ ص ٢٥٠ . الوجيز ج ١ ص ٢١١ . المنهاج : ص ٧١ . شرح المحلى ج ٣ ص ٣٧ .  
وخالف المزني فقال : لا يطم الا باذن المالك ، كما في فتح العزيز ج ١١ ص ٣٠٣ . والمختصر ص ١١٨ .  
ومحل جواز الطم : اذا كان له غرض صحيح كدفع ضمان ما يتلف بها عن نفسه والا فليس له طمها . اذا اذن مالك الأرض ببقائها في اظهر الوجهين كما في فتح العزيز ج ١١ ص ٣٠٣ .  
وبجواز طمها مالم يرض بها المالك ولم يكن للغاصب غرض صحيح في الطم ، يقول الحنابلة أيضا .  
أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٠٧ . كشف القناع ج ٤ ص ٩٧ . المغنى : ج ٥ ص ١٨٢ .

( ٢ ) لم أقف عليه .

ولم أقف على قول المالكية ولا ابن حزم أيضا .

( ٣ ) حيث يجوز له طمها دفعا لاحتمال الضمان بتلف من يقع فيها .  
بجامع التعدى بالحفر ، في كل من الأصل وهو مالو حفر بئرا في طريق المسلمين والفرع وهو مالو حفر بئرا في ملك غيره .  
ولما كان حكم الاصل جواز طمها اذا حفرها في طريق عام ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز له طمها اذا حفر في ملك غيره أيضا لذلك .

- قالوا : رضى بالبثر ، فأشبه اذا اذن فى حفرها .<sup>(٤)</sup>  
 قلنا : الرضا مخالف<sup>(٥)</sup> للاذن ، الا ترى انه لو اذن له فى الجرح<sup>(٦)</sup>  
 سقط عنه<sup>(٧)</sup> الضمان<sup>(٨)</sup> ، ولو منعه<sup>(٩)</sup> من مداواته<sup>(١٠)</sup> لم يسقط عنه<sup>(١١)</sup> الضمان<sup>(١٢)</sup> .

- ( ٤ ) حيث لا يجوز للغاصب الحافر طمها بعد الاذن بحفرها .  
 بجامع الرضى بالبثر فى كل من الاصل وهو مالواذن المالك فى حفره ،  
 والفرع وهو مالولم يأذن .  
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز طمها بعده ، كان حكم الفرع كذا لك  
 فلا يجوز له طمها اذا اذن المالك بابقائها أيضا لذلك .
- ( ٥ ) فى نسخة ((ب)) : الرضا بخلاف الاذن .
- ( ٦ ) فى الاصل : فدا الجروح / بالجمع ، وما فى نسخة ((ب)) هو الصحيح  
 لأن المقصود هنا الفعل ، لا الافراد ولا الجمع .
- ( ٧ ) أى عن الجارح .
- ( ٨ ) لان الجناية ناتجة عن فعل مأذون فيه ، وسحل سقوط الضمان جملة ،  
 هو ما اذا لم يسر الجرح الى النفس ، والا بان سرى اليها فمات ، فهدره ،  
 وفى قول تجب على الجارح المأذون له الدية ، بناء على ان الدية تجب  
 للوارث ابتداءً ، وليست بدلا عن القصاص . أنظر شرح المحلى ج ٤ ص ١٢٧ .
- ( ٩ ) فاعل المنع هو المجروح ، ومفعوله هو الجارح .
- ( ١٠ ) أى الجرح .
- ( ١١ ) أى عن الجارح .
- ( ١٢ ) لان رضاه بالجنائية حصل بعد وقوعها ، فوقعت مضمونه ، والمداواة غير  
 مقطوع بالشفاء بها .  
 فصح أن الرضا بالحفر غير الاذن به ، فجاز للحافر طمها وان رضى بها المالك  
 اذن .

\* مسألة ( ٢٦٥ ) : اذا غصب ثوبا فصبغه بصبيع من عنده ، كان لـه ( ١ )

نزع الصبغ . / ١٧٦ ى . ( ٢ )

وقال أبو حنيفة : لصاحب الثوب منعه من نزع . ( ٣ )

( ١ ) أى للغاصب . وان لم يرض المصبوب منه .

( ٢ ) الأم ج ٣ ص ٢٥٤ . المختصر ص ١١٨ . فتح العزيز ج ١١ ص ٣١٤ .  
ومحل جواز نزع له : هو ما اذا أمكن فصله منه ، فان لم يمكن الا بنقص  
قيمة الثوب ، ضمنه الغاصب بالنزع .

وذ هب الحنابلة الى جواز نزع اذا اتفقا على ذلك ، والا فلا يجب  
نزع . وان ضمن صاحب الثوب ما يلحق الصبغ من النقص .  
واذا اتفقا ضمن الغاصب النقص فن الثوب ان لحقه به نقص ، فان لم تزد  
أو زادت قيمة الثوب بابقاء الصبغ ، كان الغاصب شريكا لصاحب الثوب  
فيه .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤١١ . كشف القناع ج ٤ ص ١٠٤ . المغنى  
ج ٥ ص ٢١٥ .

( ٣ ) الهداية ج ٨ ص ٢٧٠ . التبيين ج ٥ ص ٢٢٩ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٦٣ .

عالم المالكية ، فذهبوا الى تخيير صاحب الثوب ان زادت قيمة  
ثوبه بالصبغ أو لم تزد بين أخذ قيمته أبيض يوم غصبه ، أو أخذه مصبوغا  
ودفع قيمة الصبغ للغاصب .

وان نقصت قيمته بالصبغ خير بين أخذه مع الارش أو أخذ قيمته يوم غصبه ،  
أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٥٤ . الجواهر ج ٢ ص ١٥١ . شرح  
المنح ج ٣ ص ٥٣٨ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : هو أنه عين ماله ، له قلعه برضاه ، فكان له قلعة بغير رضاه ،  
كما لو بنى فى ملكه . ( ٤ )

قالوا : قد صار تابعا لملكه ، فأشبهه الخيط . ( ٥ )

قلنا : الخيط لا يجوز قلعه بالرضا ( ٦ ) ( ٧ ) وهذا بخلافه . ( ٨ )

( ٤ ) حيث للغاصب قلع البناء وان لم يرض صاحب الارض المفصوية ، بجامع انه عين ملكه ، فى كل من الاصل وهو مالو بنى فى الارض المفصوية ، والفرع وهو مالو صبغ الثوب المفصوب .

ولما كان حكم الاصل جواز قلعه ما بناه فى أرض الغير وان لم يرض صاحب الارض ، كان حكم الفرع كذلك فللغاصب نزع الصبغ وان لم يرض صاحب الثوب أيضا لذلك .

( ٥ ) أى المفصوب ، اذا خيط به جرح حيوان محترم ، حيث لا يجوز له نزعها . بجامع التبعية لملكه فى كل من الأصل وهو مالو غصب خيطا وخاط به جرح حيوان ، والفرع وهو مالو صبغ الثوب المفصوب . ولما كان حكم الاصل عدم جواز نزعها ، كان حكم الفرع كذلك ، فلصاحب الثوب منعه من نزعها أيضا لذلك .

( ٦ ) فى نسخة (( ب )) : الا بالرضا . / وهو خطأ ، لأن خيط جرح الحيوان لا يجوز نزعها وان رضى صاحب الحيوان ، لما فيه من ايلام الحيوان ، الا أن يكون مأكولا فقيل : يذبح ويعاد الخيط لصاحبه ، وقيل : لا يذبح بل يعطى لصاحب الخيط قيمته ، وهو الاظهر . أنظر فتح العزيز ج ١ ص ٣٢٧ .

( ٧ ) أى نزع صبغ الغاصب من الثوب المفصوب .

( ٨ ) حيث يجوز لصاحب الثوب الرضا بنزع الصبغ منه .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع ، فيبطل به قياسهم المذكور .

\* مسألة ( ٢٦٦ ) : اذا غصب شاة فذبحها وشواها أو حنطة فطبخها

لم<sup>(١)</sup> يملكها . ١٧٦/٠ .

وقال أبو حنيفة : يملكها .<sup>(٢)</sup>

( ١ ) أى بل يردّها بما صارت اليه ، ويضمن ارش النقصان نقص .

أنظر : الأم ج ٣ ص ٢٥٧ . الوجيز ج ١ ص ٢١١ . فتح العزيز ج ١١ ص ٣١١ .  
وهو قول الحنابلة أيضا :

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٠٦ . كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ . وذكر  
في المغنى ج ٥ ص ١٩٦ ،

رواية أخرى عن الامام أحمد انه يملكها بالقيمة ، رواها عنه محمد بن الحكم ،  
ثم قال : الا أنه قول قديم رجع عنه ، فان محمدا مات قبل أبى عبد الله -  
يعنى الامام أحمد - بنحو من عشرين سنة . أهـ .

وبقاء ملكه عليها يقول ابن حزم أيضا : أنظر المحلى ج ٨ ص ٥٧٧ .

( ٢ ) أى ولا يجوز له الانتفاع بها الا بعد دفع ثمنها للمغصوب منه —

لكن يجوز له بيعها وهبتها .

خلافا لأبى يوسف فى رواية حيث قال لا يملكها الفاصب ، وروى عنه أنه  
يملكها ولكنها تباع عليه ويوفى به ماوجب للمغصوب منه من القيمة أو المثل ،  
وان مات الفاصب ، فالمغصوب منه أحق به من سائر الفرما كما فى  
الرهن .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٢٥٩ و ص ٢٦٢ . التبيين ج ٥ ص ٢٢٦ . جمع  
الأنهر ج ٢ ص ٤٦٠ .

وبزوال ملكه عنها يقول المالكية أيضا خلافا لأشهب فى الاصناف الربوية  
فقط ، حيث قال : لا تنتقل بالتغيير لثلا يؤدى ذلك الى الربا ، أى فى أخذ  
قمحه وان طحنه الفاصب ، ولا يلزمه اجرة الطحن للفاصب وكذا لو عجن  
الدقيق أو خبز العجين . وماعدا الاصناف الربوية فتنتقل الى الفاصب  
بالتغيير فيها .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤٦ . الجواهر ج ٢ ص ١٤٩ . شرح المنع ج ٣ ص ٥١٨ .

لنا : هو انه فعل لو فعله في ملكه لم يزل ملكه ، فاذا فعله في ملك المصوب منه ، لم يزل ملكه ، كما لو ذبحها ولم يشوها ،<sup>(٣)</sup> ولا يلزم احبال الأب جارية ابنه ،<sup>(٤)</sup> لان ذاك<sup>(٥)</sup> ليس من فعله ،<sup>(٦)</sup> ولانه تعد على ملك الغير لا يبطل حكم المالية ، فلا يزيل<sup>(٧)</sup> ملك المالك عنه ، أصله<sup>(٨)</sup> ما ذكرناه<sup>(٩)</sup> ، ولانه لو ملكه لما وقف

---

( ٣ ) حيث لا يزول ملك المصوب منه عنها ، بل يلزم الغاصب ردها مع الارش .

بجامع ان كلا فعل لو فعله في ملكه لم يزل ملكه عنه ، اما الأصل فما لو ذبح الشاة غاصبها ، واما الفرع فما لو ذبحها الغاصب وشواها أو طبخها .

ولما كان حكم الاصل عدم زوال ملك المصوب منه عنها بالذبح فقط ، كان حكم الفرع كذلك فلا يزول ملكه عنها اذا فعل ذلك بها الغاصب وشواها أيضا لذلك .

( ٤ ) حيث يزول ملك الابن عنها به . أى مع أنه فعل لو فعله الابن فى جارية نفسه لم يزل ملكه عنها .

( ٥ ) فى نسخة (( ب )) : ذلك . / أى الاحبال .

( ٦ ) أى الاب ، ان ليس ذلك فى يده ، فقد يطأ ويكون الحبل وقد لا يكون ، أو يقال : ليس ذلك من فعله وحده ، بل من فعلها هى معه أيضا

بخلاف ذبح الشاة وشيها أو طبخها ، فهو من فعل الغاصب . وهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

( ٧ ) فى نسخة (( ب )) : فلم يزل .

( ٨ ) أى دليله ، كقولهم : الاصل فى وجوب الحج ، قوله تعالى ( ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ) .

( ٩ ) يعنى أنه فعل ، لو فعله فى ملكه لم يزل ملكه ، فاذا فعله الغاصب فى ملك المصوب منه لم يزل ملكه عنه به أيضا .

تصرفه على الصدقة قبل دفع القيمة (١٠) ولأن البائع (١١) لو طحن الحنطة  
ثم استحققت (١٢) لم يملكها (١٣) فالغاصب أولى (١٤).

- ( ١٠ ) يشير بذلك الى أنهم قائلون بعدم جواز انتفاع الغاصب بالشاة بعد الطبخ أو الشى وبالحنطة بعد الطحن ونحو ذلك ، الا بعد دفع ثمنها استحسانا ، وفى القياس لا يجب ذلك ، وهو قول الحسن وزفر ورواية عن أبى حنيفة رواها عنه الفقيه أبو الليث . أنظر الهداية : ج ٨ ص ٢٦٢ .
- ودليلهم : الحديث الآتى فى حجتهم الآتية بعد هذه . وفيه أنه صلى الله عليه وسلم أمر بالتصدق بالشاة المفصولة على الاسارى ، حيث دل الأمر بالتصدق بها على زوال ملك المالك عنها ، وحرمة الانتفاع بها قبل ارضاء صاحبها .
- والشيرازى يريد أن يقول : فلوزال ملك المالك عنها ، لما وقف جواز انتفاع الغاصب بها ، على دفع ثمنها ، كما هو قولكم ، فدل على عدم زوال ملك مالكةا عنها بالتغيير .
- لكنهم يجيبون : بأن ذلك انما وجب ، لأن فواجزة الانتفاع بها قبل دفع القيمة فتحا لباب الفصب ، فيحرم قبل ارضاء حسبامادة الفساد .
- ( ١١ ) كذا فى النسختين ، والصواب ولأن المشتري .
- ( ١٢ ) سقط قوله ( ثم استحققت ) من الاصل . / أى فبان ان الحنطة قد تعلق بها حق غير البائع .
- ( ١٣ ) أى المشتري المذكور بطحنها ، مع كونها قد تغيرت بالطحن بل تعاد الى مستحقها .
- ( ١٤ ) لانه متعدد فى وضع يد مطلقها . بخلاف المشتري المذكور فقد ملكها بعقد ، وان كان فاسدا لتعلق حق الغير بها ، ومع ذلك وجب عليه ردها وان طحنها عنده .



قالوا : روى أن النبي صلى الله عليه وسلم زار<sup>(١٥)</sup> قوماً فقدموا شاة مصلية<sup>(١٦)</sup>  
فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها<sup>(١٧)</sup> ، فقال : ان هذه الشاة  
لتخبرني انها أخذت بغير حق ، فقالوا<sup>(١٨)</sup> : نعم يا رسول الله ،  
شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها ، فقال صلى الله عليه وسلم  
أطعموها الاسرى<sup>(١٩)</sup> .

( ١٥ ) فى نسخة ((ب)) : رأى قوما . / وهو تحريف .

( ١٦ ) أى مشوية ، تقول : صليت اللحم أصله ، من باب : رمى ، اذا شويته .  
أنظر المصباح ج ١ ص ٣٧١ باب : صلى .  
وفى النهاية ج ٣ ص ٥٠ : يقال : صليت اللحم بالتخفيف - أى فى اللام -  
أى شويته فهو مصلى ، فاما اذا احرقته والقيته فى النار قلت : صليته  
بالتشديد وأصليته . أه .

( ١٧ ) فى نسخة ((ب)) : فجعل يلوكه ولا يستسيغه . / أى لا يقدر على  
بلعه ، تقول : ساع الشيء يسوغ سوغاً من باب قال اذا سهل مدخله  
فى الحلق ، ومنه قوله تعالى فى حكاية حال شراب الكافر فى النار  
( من ورائه جهنم ويسقى من ماء صديد . يتجرعه ولا يكاد يسيغه ) سورة  
ابراهيم آية ١٧ / ، أى لا يكاد يبتلعه . أنظر المصباح ج ١ ص ٣١٦ فى  
سوغ .

( ١٨ ) فى نسخة ((ب)) : قالوا .

( ١٩ ) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٤٤ فى كتاب البيع ، باب فى اجتناب الشبهات .  
رقم / ٣٣٣٢ عن رجل من الأنصار ، قال : خرجنا مع رسول الله  
صلى الله عليه وسلم فى جنازة ، فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم  
يوصى الحافر : أوسع من قبل رجله ، أوسع من قبل رأسه ، فلما رجع  
استقبله داعى امرأة ، فجاء ، وجئ بالطعام ، فوضع يده ، ثم وضع  
القوم ، فأكلوا ، فنظر أبائنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يلوك لقمة فى فمه ،  
ثم قال : أجد لحم شاة أخذت بغير ان أهلها ، فارسلت المرأة ، قالت :  
يا رسول الله ، انى ارسلت الى البقيع يشتري - بالبناء للمفعول - لى شاة ، =

قلنا : تفرد به عاصم بن كليب ، قال على المدائني <sup>(٢٠)</sup> : لا يحتج به ،

= فلم أجد ، فأرسلت الى جاري قد اشترى شاة ، ان ارسل الى بها  
بثمنها ، فلم يوجد ، فأرسلت الى امرأته فأرسلت الي بها فقَالَ  
رسول الله صلى الله عليه وسلم اطعميه الأسارى . أهـ .  
ورواه الامام أحمد ج ٣ ص ٣٥١ . عن عاصم بن كليب عن أبيه ان رجلا . الخ .  
قال الزيلعي : وهذا سند الصحيح . الا أن كليب بن شهاب والد عاصم  
لم يخرج له في الصحيح ، وخرج له البخاري في جزئه في رفع اليدين ،  
وقال فيه ابن سعد : ثقة ، وذكره ابن حبان في الثقات ، ولا يضره  
قول أبي داود : عاصم بن كليب عن أبيه عن جده ليس بشيء ، فان هذا  
ليس من روايته عن أبيه عن جده . أهـ . النص ج ٤ ص ١٦٨ .  
وأخرجه الدارقطني ج ٤ ص ٢٨٥ كتاب المصيد والذبائح رقم ٥٤٠ عنه  
أيضا .  
ورواه الطبراني عن أبي موسى بلفظ قريب من سياق المصنف ، فقال : حدثنا  
أحمد بن القاسم الطائي ، ثنا بشر بن الوليد ثنا أبو يوسف القاضي عن أبي  
حنيفة عن عاصم بن كليب عن أبي بردة عن أبي موسى أن رسول الله  
صلى الله عليه وسلم زار قوما من الانصار في دارهم ، فذبحوا له شاة فصنعوا  
له منها طعاما ، فأخذ من اللحم شيئا ليأكله ، فمضغه ساعة لا يسيغه ، فقال :  
ما شأن هذا اللحم ؟ قال : شاة لفلان ذبحناها ، حتى يجيء نرضه من ثمنها  
فقال عليه السلام : اطعموها الأسارى . أهـ . النص ج ٤ ص ١٦٩ .  
قال في الدراية ج ٢ ص ٢٠١ : وهذا - أي سند الطبراني - معلول ، فان  
محمد بن الحسن رواه عن أبي حنيفة عن عاصم بن كليب بالسناد الأول - كذا -  
وهو المحفوظ من رواية غيره عن عاصم . أهـ . رقم ٨٨٦ .

( ٢٠ ) في نسخة (( ب )) : على بن المدني . / ويقال له أيضا : على بن المديني .  
وهو على بن عبد الله بن جعفر بن نجيع التميمي السعدي عن أبيه وحماد بن  
زيد وابن عيينة والقطان وعنه محمد بن عبد الرحيم ومحمد بن يحيى وهو  
محدث مؤرخ وحافظ عصره وكان أعلم من الامام أحمد باختلاف الحديث وله  
نحو مائتي مصنف ولد في البصرة ثومات بسامرا قال البخاري مات سنة أربع  
وثلاثين ومائتين . الخلاصة ص ٢٧٥ . والاعلام ج ٤ ص ٣٠٣ .

يعنى فيما تفرد به (٢١) ثم يجوز أن يكون أمر باطعامه لانهم ملكوه، أولانـه  
وجد بالاسرى ضرورة ، أو رآه مالا ضائعا فصرفه الى الاسرى ، ليضمن (٢٣)  
بدله ، فوجب التوقف فيه . (٢٥)

قالوا : اخرج العين عن المقصود بها بزيادة (٢٦) معنى ، فزال ملكه عنها ، (٢٧)

- (٢١) فاعل التفرد هو عاصم بن كليب .  
واسمه عاصم بن كليب بن شهاب الجرمى . الكوفى ، روى له مسلم وأصحاب  
السنن الأربعة ، روى عن أبيه وأبى بردة ، وروى عنه شعبة وغيره .  
كان من العباد الأولياء ، لكنه مرجئ .  
وثقه ابن معين ، وقال أبو حاتم : صالح .  
وقال ابن المدينى : لا يحتج بما انفرد به . توفى / ١٣٢٠ .  
أنظر الميزان ج ٢ ص ٣٥٦ ، رقم / ٤٠٦٤ .  
(٢٢) أى بتفسير الشاة بالذبح والشى ، على ما هو قولكم .  
(٢٣) أى النبى صلى الله عليه وسلم .  
(٢٤) أى لصاحب الشاة .

(٢٥) أى والدليل اذا كان مجملا يحتمل أكثر من معنى يجب التوقف  
فيه ، حتى نقف على البيان ، فلا يجوز العمل بأحد احتمالاته  
الا بدليل خارج عن لفظه لعدم دلالة لفظه على المراد به ، وامتناع  
التكليف بما لا دليل عليه .

أنظر شرح الكوكب المنير ج ٣ ص ٤١٤ باب المجل .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : لزيادة . / باللام بدل الباء . والزيادة هى دخول  
الصنعة فيها .

(٢٧) فى الأصل (عنه) ، والتأنيث أولى لعوده على لفظ العين ، وبالتذكير  
يعود على المفصوب .

( ٢٨ )

كما لو قتل الشاة أو احبل جارية ابنه .

( ٢٩ )

قلنا : ييطل به اذا ذبح ولم يشوه<sup>(٢٩)</sup> ويخالف القتل ، فانه ييطلمعنى الملك فيه ، ولهذا لو فعله المالك زال ملكه<sup>(٣٠)</sup> ، والا حبال<sup>(٣١)</sup> ييطل معنىالملك<sup>(٣٢)</sup> ، ولهذا منع<sup>(٣٣)</sup> من التصرف فيه<sup>(٣٤)</sup> وهذا<sup>(٣٥)</sup> بخلافه<sup>(٣٦)</sup> ، والأب له

( ٢٨ ) حيث يزول ملك المفصوب منه عن الشاة اذا قتلها الفاصب ، ويزول

ملك الابن عن جاريته اذا وطئها أبوه .

بجامع اخراج العين عن المقصود منها بزيادة معنى فيها ، فى كل  
من الاصل وهو الشاة اذا قتلها الفاصب وجارية الابن اذا وطئها  
الأب . والفرع وهو الشاة اذا ذبحها الفاصب والحنطة اذا طحنها .  
ولما كان حكم الاصل زوال ملك المفصوب منه عنها كان حكم  
الفرع كذلك فيزول ملكه عنها أيضا لذلك .

( ٢٩ ) حيث لا يزول ملك المفصوب منه عنها . مع كون الفاصب قد أخرج

عين الشاة عن المقصود بها بذبحها ، فلم تصلح هذه العلة  
جامعة بين الاصل والفرع فى قياسهم لعدم اضطرادها ، حيث  
تخلف الحكم عنها فى ذبح الشاة وعدم شيها .

( ٣٠ ) لأن الشاة تذبح ولا تقتل ، فاذا قتلها بخنقها أو وقدها أو نحو

ذلك كانت ميتة ، والميتة لا يحل تملكها النجاستها .

( ٣١ ) أى احبال جارية ابنه .

( ٣٢ ) لان الجارية تصير به أم ولد للأب . فيزول عنها وصف الملك ، فلا يجوز

بيعها .

( ٣٣ ) أى الابن .

( ٣٤ ) لصيرورتها أم ولد للأب .

( ٣٥ ) أى تغيير الفاصب المفصوب ، كطحن الحنطة أو ذبح الشاة وشيها أو طبخها .

( ٣٦ ) فان ذبح الشاة وشيها لا يزول به ملك المالك عن الشاة سواء حصل من المالك

أو الفاصب ، وان هو كذلك ، فلا يصح قياسه على احبال الاب جارية الابن .

حق فى جارية الابن ، فجاز أن يفضى الى الملك ، كالشفيع ، وهذا (٣٧) (٣٨) لا حق له (٣٩) ، فلا يملك مال غيره بفعله . (٤٠)

\* مسألة (٢٦٧) : اذا غصب طعاما ثم اطعمه المغصوب منه وهو لا يعلم لم يبرأ (٤١) من الضمان ١٧٦/٠ ش.

( ٣٧ ) حيث يجوز للجار أن يملك ما يملكه جاره بالشفعة ، لحق الجوار .  
بجامع ان لكل حق فى العين ، اما الاصل فهو الشفيع ، واما الفرع فالأب .

ولما كان حكم الاصل جواز أن يفضى حق الجار الى ملك دار جاره ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز أن يفضى حق الأب الى ملك جارية ابنه أيضا لذلك .

( ٣٨ ) أى الغاصب .

( ٣٩ ) أى فى عين المغصوب .

( ٤٠ ) أى بادخال التغيير على عين المغصوب .

والمقصود : ان هذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

( ١ ) وفيه قول آخر : انه اذا اكله عالما أو غير عالم فقد وصل اليه حقه ،

ولا شئ على الغاصب الا أن يكون نقص عمله فيه شيئا فيرجع بما نقصه

العمل . أه قاله الربيع فى الأم ج ٣ ص ٢٥٥ .

ونص الرافعى على أن التول بالبراءة أصح القولين وهو المشهور من قول

الشافعى فى الجديد . وهو قول المزنى .

أنظر : فتح العزيز ج ١ ص ٢٥٤ و ٢٥٥ . مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٨٠ .

ومحله : ما لم يتغير الطعام عن هيئته يوم الغصب كما لو غصب عسلا ودقيقا

فجعلله هريسة ، والا ضم قيمته مطلقا .

وبعدم براءة الغاصب ها يقول الحنابلة أيضا :

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤١٦ . كشاف القناع ج ٤ ص ١١٣ والتى تليها .

المغنى ج ٨ ص ٢١٨ .

وقال أبو حنيفة : يبرأ<sup>(٢)</sup>.

لنا : هو أنه اطعمه ما غصبه مع الجهل<sup>(٣)</sup>، فلم يبرأ<sup>(٤)</sup> من الضمان كما لو غصبه شاة وشواها واطعمه<sup>(٥)</sup>، ولأنه لم يرض<sup>(٦)</sup> بأكل ماله، فأشبهه إذا أكره عليه<sup>(٧)</sup>.

(٢) المبسوط ج ١١ ص ٩٩ . التبیین ج ٥ ص ٢٢٢ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٧١ .

وهو قول المالكية ، سواء أكله ضيافة أو بغير إذن الفاصب .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٥٢ . الجواهر ج ٢ ص ١٥١ . شرح

المنح ج ٣ ص ٥٣٤ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٣) أي من المغصوب منه ، بأنه ملكه .

(٤) في الأصل : ولم يبرأ . والأولى - كما في نسخة ((ب)) : ربطها بالفاء ،

لأنه يريد ترتيب الحكم على الوصف السابق له . وليس مراده العطف على ما سبق .

(٥) حيث لا يبرأ به من الضمان .

بجامع اطعام المغصوب للمغصوب منه مع جهله بالحال ، في كل من

الأصل وهو ماله غصبه شاة وشواها واطعمه ، والفرع وهو ماله غصبه

طعاما فاطعمه <sup>وهو</sup> ~~اي~~ لا يعلم .

ولما كان حكم الأصل عدم سقوط الضمان عن الفاصب به ، كان حكم

الفرع كذلك ، فلا يسقط الضمان عن غاصب الطعام هنا أيضا لذلك .

(٦) أي المغصوب منه .

(٧) حيث لا يسقط به الضمان عن أكرهه .

بجامع عدم الرضى بأكله في كل من الأصل وهو ماله أكرهه على أكل طعامه ،

والفرع وهو ماله قدم إليه الفاصب طعامه فأكله المغصوب منه ولم يعلم

به ، ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان على المكره ، كان حكم

الفرع كذلك فيجب الضمان على الفاصب ولا يسقط عنه به أيضا لذلك .

- قالوا : أكل طعام نفسه باختياره ، فأشبهه إذا أكله من غير إذن .<sup>(٨)</sup>  
 قلنا : هناك<sup>(٩)</sup> أكل من <sup>غير</sup> غرور<sup>(١٠)</sup> فرضى بالخسران ، وهاهنا<sup>(١١)</sup>  
 أكل مع<sup>(١٢)</sup> الغرور فلم يرض بالخسران .<sup>(١٣)</sup>  
 قالوا : إباحة الغاصب لا تصح ،<sup>(١٤)</sup> فيصير كما لو أكل<sup>(١٥)</sup> من غير إذن .<sup>(١٦)</sup>

- ( ٨ ) أى من الغاصب له بالأكل . حيث يسقط الضمان به عن الغاصب .  
 بجامع اتلافه طعام نفسه باختياره ، فى كل من الاصل وهو مالو أكل طعامه  
 المخصوص من غير إذن الغاصب ، والفرع وهو مالو أكله باذن الغاصب  
 ولم يعلم به فى الصورتين .  
 ولما كان حكم الاصل سقوط الضمان به عن الغاصب ، كان حكم الفرع  
 كذلك فيسقط عنه فيه أيضا لذلك .  
 ( ٩ ) أى فى حال أكل طعام نفسه من غير إذن مع عدم العلم بانه طعامه هو .  
 ( ١٠ ) أى من الغاصب . لانه اذا اذن له بأكله فقد أؤهمه انه ملكه ، وهذا  
 المعنى غير موجود فى حال عدم الاذن .  
 ( ١١ ) أى فيما اذا قدمه للمخصوص منه واذن له بأكله وهو لا يعلم انه طعامه .  
 ( ١٢ ) فى الأصل ( منع ) وهو تحريف ، والصواب ما فى نسخة (( ب )) .  
 ( ١٣ ) أى ويثبت هذا الفارق بيطل قياسهم المذكور .  
 ( ١٤ ) لانه اباح مالا يملك .  
 ( ١٥ ) أى المالك .  
 ( ١٦ ) حيث يسقط الضمان بذلك عن الغاصب .  
 بجامع عدم وجود الإباحة فى كل من الاصل وهو مالو أكله من غير إذن ،  
 والفرع وهو مالو أكله باذن الغاصب .  
 ولما كان حكم الاصل هو <sup>سقوط</sup> الضمان به عن الغاصب ، كان حكم الفرع كذلك  
 فيسقط عن الغاصب الضمان وان اذن للمالك بأكله أيضا لذلك .

قلنا : يبطل به اذا اباحه لغير المالك ، (١٧) ولا نه ينكسر القبض فى  
 البيع الفاسد ، فانه لا يصح ، (١٨) ثم هو كالصحيح فى الضمان . (١٩)  
 قالوا : رجع (٢٠) الى يده ، فأشبهه اذا باعه منه (٢١) أو وهبه . (٢٢)  
 قلنا : لانسلم انه رجع الى يده ، لأن اليد ماتسلط به ، (٢٣) فهو

(١٧) حيث يجب عليه ضمانه قطعاً ، فدل على أن الاذن وعدمه لا اعتبار  
 به فى اسقاط الضمان .

(١٨) لعدم انتقال الملك به الى المشتري .

(١٩) حيث يجب على المشتري ضمان المبيع فى البيع الفاسد اذا هلك وهو  
 فى يده ، وان كان القبض فيه فاسداً .

(٢٠) أى الطعام المغصوب .

(٢١) أى اذا باعه الغاصب من المالك أو هبه له وهو لا يعلم انه ملكه ،

(٢٢) حيث يبرأ به الغاصب من الضمان .

بجامع رجوعه الى يد المالك ، فى كل من الأصل وهو مالو باع الغاصب  
 الطعام الى المالك أو وهبه اياه ، والفرع وهو مالو قدمه له ضيافة فاكله .

ولما كان حكم الاصل براءة الغاصب من الضمان فيه به ، كان حكم  
 الفرع كذلك فيبرأ الغاصب من ضمانه بتقديمه للمالك ضيافة أيضاً لذلك .

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : ماملك به . / أى لأن اليد لا تحصل على  
 الشيء الا بتسليطها على التصرف فيه والضيف ليس له ذلك ،  
 فانه اذا قدم اليه الطعام يملك أن ينتفع به فقط ، ولا يملك أن يبيعه  
 ولا ان يهديه الى غيره .

فصح أن الطعام لم يرجع الى يد المالك بتقديمه اليه ضيافة .



كما لو كان (٢٤) خطبا فقال له (٢٥) أو قد ه في تتوري ، وفي البيع (٢٦) أخذ بشرط الضمان ، وفي الهبة (٢٩) وجهان (٣٠) ، وان سلم (٣١) فلأنه عاد السـ يده ، وسلطانه ، وها هنا بخلافه (٣٢) . (٣٣)

( ٢٤ ) أى المصوب .

( ٢٥ ) أى فقال الغاصب للمصوب منه .

( ٢٦ ) حيث لا يسقط به الضمان عن الغاصب ، لأن يد المالك هنا لم تتسلط

على المصوب ، ان لا يملك مخالفة الأمر .

بجامع عدم تسلط يد المالك عليه ، في كل من الأصل وهو مالو كان المصوب

خطبا فقال الغاصب للمصوب منه أو قد ه في تتوري ، والفرع وهو مالو

قدم الغاصب الطعام للمالك ضيافة ، ولما كان حكم الأصل عدم سقوط

الضمان به عن الغاصب ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط عنه ضمان الطعام

بتقديمه ضيافة للمصوب منه أيضا لذلك .

( ٢٧ ) أى في بيع المصوب للمالك أخذ المشتري المبيع بشرط الضمان على

البائع ، لانه اذا ثبت أن المبيع كان مستحقا فان للمشتري حق الفسخ

واسترجاع الثمن شرعا .

( ٢٨ ) أى بخلاف تقديمه الطعام للمالك ضيافة حيث يؤكل لا بشرط الضمان .

( ٢٩ ) أى هبة المصوب للمالك دون أن يعلم انها ملكه .

( ٣٠ ) أولا هما وأصحبهما وجوب الضمان .

أنظر: فتح العزيز ج ١١ ص ٢٥٤ .

( ٣١ ) أى بسقوط الضمان عن الغاصب اذا وهب المصوب للمالك .

( ٣٢ ) أى في حال اطعامه للمالك ولا علم له به .

( ٣٣ ) حيث لم يعد به الى يده وسلطانه ، وبهذا الفارق بين الأصل والفرع

يبتل قياسهم المذكور .

\* مسألة (٢٦٨) : اذا اراق خمرا على نصراني ، لم يضمن . ١٧٦/٠ ش. (١)

وقال أبو حنيفة : يضمن . (٢)

لنا : هو أنه عين نجاسة ، فأشبه الميتة والدم ، (٣) ولأن ما لا يضمن

في حق المسلم لم يضمن في حق الذمي ، كالميتة والدم . (٤)

(١) ومحلها اذا أظهرها . والا بأن كانت مستورة في بيته <sup>ضمن</sup> لانها محترمة عندهم .

المختصر ص ١١٩ . الوجيز ج ١ ص ٢٠٨ . المنهاج ص ٧١ . شرح  
المحلى ج ٣ ص ٣٢ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

انظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٠٠ . كشف القناع ج ٤ ص ٨٥ . المغنى :  
ج ٥ ص ٢٢٢ .

وهو قول المالكية : أنظر اسهل المدارك ج ٣ ص ٧٠ .  
وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٥٨٦ .

(٢) سقط قوله ( يضمن ) من نسخة ((ب)) .

أنظر المسألة : الهداية ج ٨ ص ٢٨٥ . التبیین ج ٥ ص ٢٣٤ . مجمع  
الأنهر ج ٢ ص ٤٦٧ .

(٣) حيث لا يجب عليه ضمانها اذا فوتها على صاحبها .

بجامع نجاسة العين في كل من الاصل وهو الميتة والدم ، والفرع وهو  
الخمير .

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب ائتمان عليه بتفويتها ، كان حكم الفرع كذلك  
فلا يضمن الخمير براقته أيضا لذلك .

(٤) حيث لا تضمن سواء ائلفها المسلم للمسلم أو المسلم للذمي .

بجامع عدم وجوب ائتمان فيها على المسلم في كل من الاصل وهو الميتة  
والدم والفرع وهو الخمير .

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب ضمانهما لو ائلفهما على ذمي ، كان حكم  
الفرع كذلك فلا ضمان في ائلاف الخمير على الذمي أيضا لذلك .

قالوا : روى ان عمر كتب الى عماله : ولو هم بيعهم واخذوا منهم  
عشر أثمانها . ( ٥ )

( ٥ ) رواه ابن حزم من طريق سفيان الثوري عن ابراهيم بن عبد الأعلى  
الجعفي عن سويد بن غفلة ان عمر بن الخطاب قيل له : عما لك يأخذون  
الخير والخنازير في الخراج ، فقال له بلال : انهم ليفعلون . فقال عمر :  
لا تفعلوا ، ولو هم بيعهم .

ورواه ابن حزم أيضا من طريق أبي عبيد عن كدام الانصاري عن اسراييل  
عن ابراهيم بن عبد الأعلى عن سويد بن غفلة ، أن بلالا قال لعمر بن  
الخطاب : ان عمالك يأخذون الخير والخنازير في الخراج ، فقال :  
لا تأخذوها منهم ، ولكن ولو هم أنتم بيعهم ، واخذوا أنتم من الثمن .  
الا أن ابن حزم صحح الطريق الأولى ، فقال : هذا لا حجة لهم فيه  
لان حديث سفيان وهو الصحيح - أي فالثاني ضعيف - ليس فيه  
ما زاد اسراييل - وهو قوله : واخذوا أنتم من الثمن - وانما فيه : ولو هم  
بيعهم . أم . المحلى ج ٨ ص ٥٨٧ .

ورواه عبد الرزاق في مصنفه ج ٨ ص ١٩٥ باب بيع الحجر رقم / ١٤٨٥٣  
عن الثوري بن عبد الأعلى عن سويد بن غفلة قال : بلغ دهر أن عماله  
يأخذون الخير في الجزية فنشدتهم ثلاثا ، فقيل : انهم ليفعلون ذلك .  
قال : فلا تفعلوا ، ولكن ولو هم بيعهم ، - وزاد - فإن اليهم  
حرمت عليهم الشحوم فباعوها واكلوا اثمانها . أم

ومحل الشاهد : واخذوا منهم عشر أثمانها ، أي فدل على اعتبار  
ماليتها .

وأنظر ترجمة عمر بن الخطاب في المسألة رقم ( ٤٠ ) هامش ( ٨ ) .

قلنا : أخذ الاثمان <sup>(٦)</sup> غير ثابت ، وانما قال : <sup>(٨)</sup> ولوها <sup>(٩)</sup> اربابها ،  
ليكونوا هم يبيعونها <sup>(١٠)</sup> ومعناه ، ولا يتعرضوا لهم <sup>(١١)</sup> ثم هو قول واحد  
من الصحابة . <sup>(١٢)</sup>

<sup>(١٣)</sup>  
قالوا : مال لهم ، كسائر الأموال .  
قلنا : الا أنه ليس بمال في الشرع <sup>(١٤)</sup> ، والا اعتبار بالشرع في الحكومات <sup>(١٥)</sup>

- (٦) أى اثمان الخمر .  
(٧) وهو كذلك ، أنظر المحلى ج ٨ ص ٥٨٧ .  
(٨) أى عربس الخطاب .  
(٩) فى الأصل ( ولوهم ) ، وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى .  
(١٠) لانها محرمة على المسلم ، فلا يحل له بيعها ، بخلافها عند هـ  
فانها محترمة .  
(١١) أى فى تملكهم الخمر ، لانها من أموالهم المحترمة عندهم .  
(١٢) أى وقد خالف به الأصل ، وهو وجوب اهدار المال غير المحترم كالدم  
والخنزير ، واذا خالف واحد من الصحابة القياس ، قدم القياس عليه ،  
لا احتمال أن يكون قد قاله اجتهادا . أنظر التبصرة ص ٣٩٩ .  
(١٣) حيث يجب ضمانها بالتلافى .  
بجامع المالية فى كل من الأصل وهو سائر أموالهم والفرع وهو الخمر .  
ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان بالتلافى ، كان حكم الفرع كذلك فيجب  
ضمان الخمر بالتلافى عليهم أيضا لذلك .  
(١٤) أى لنجاستها .  
(١٥) أى فى تقدير الضمان فى اتلاف الأموال ، فما كان منها محترما شرعا  
جاز تضمينه على المتلف . وما لا فهدر .

ألا ترى انه لو أظف الذمى مصحفا ضمن ، بما ضمن <sup>(١٦)</sup> به المسلم لا بما يعتقدونه  
 ضمانا لمثله ، ولو أظف المسلم عبدا مرتدا لم يضمن ، وان اعتقدوه مالا <sup>(١٧)</sup> .  
 قالوا : الاعتبار بالذمى <sup>(١٨)</sup> ، بدليل انه يقر على شربه وان لم يجز ذلك فى  
 الشرع .

قلنا : ولكن فى التضمن الاعتبار بناءً لا ترى أن المجوس يقرون على نكاح  
 الامهات ، ولا نقضى عليهم بالمهر والنفقة والميراث <sup>(١٩)</sup> ، والمسلم يقر عند هم <sup>(٢٠)</sup>  
 على اقتناء الخمر وتملكها <sup>(٢١)</sup> ثم لا يضمن <sup>(٢٢)</sup> اذا أظف عليه ، والمخالص <sup>(٢٣)</sup>  
 يقر عند هم على أكل الذبيحة التى تركت التسمية عليها <sup>(٢٤)</sup> ثم لا تضمن اذا اتلفت عليه <sup>(٢٥)</sup> .

( ١٦ ) فى نسخة ((ب)) : ما يضمن به المسلم .  
 ( ١٧ ) فى نسخة ((ب)) : وان اعتدوه . / بصيغة الافراد . والصواب ما فى  
 الأصل .  
 ( ١٨ ) أى فى اتلاف ماله .  
 ( ١٩ ) أى اذا ترافعوا اليها ، لأن نكاح الامهات محرم فى شريعتنا .  
 ( ٢٠ ) فى نسخة ((ب)) : والمسلم يقر عند هم على أكل الذبيحة ، . . . الخ /  
 وما بين قوله : ( عند هم ) الأولى و ( عند هم ) الثانية ساقط منها .  
 ( ٢١ ) أى للتخلييل لا مطلقا ، والا فانه حرام عند هم أيضا . أنظر الهداية  
 ج ٨ ص ٢٨٧ .

( ٢٢ ) بالبناء للمفعول . ونائب الفاعل فيه هو الخمر .

( ٢٣ ) أى فى جواز أكل متروك التسمية عمدا .

( ٢٤ ) أنظر الهداية ج ٨ ص ٢٨٧ .

( ٢٥ ) لانها ليست عند هم بمال ، لكونها محرمة الاكل ، بالنص ( ولا تأكلوا

ما لم يذكر اسم الله له ) سورة الأنعام آية / ١٢١ .

قالوا : بالذمة <sup>(٢٦)</sup> عصمت دماؤهم وأموالهم ، ثم دماؤهم مضمونة <sup>(٢٧)</sup> ،  
فكذلك أموالهم <sup>(٢٨)</sup> .

قلنا : دماؤهم تعصم بالاسلام <sup>(٢٩)</sup> ، فضمنت بالذمة <sup>(٣٠)</sup> ، والخمر لا تعصم  
بالاسلام <sup>(٣١)</sup> ، فلم تضمن بالذمة <sup>(٣٢)</sup> .

\* مسألة (٢٦٩) : تضمن أم الولد بالغصب <sup>(١)</sup> . ١٧٧/٠  
وقال أبو حنيفة : لا يضمن <sup>(٢)</sup> .

(٢٦) أى يعقد الذمة لهم .  
(٢٧) أى على المسلم اذا جنى عليهم ، أى بموجب عقد الذمة .  
(٢٨) أى يجب أن تضمن أيضا .  
بجامع الضمان يعقد الذمة ، فى كل من الاصل وهو دماء أهل الذمة ،  
والفرع وهو أموالهم .  
ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان على من جنى على ابدانهم ، كان  
حكم الفرع كذلك فيجب الضمان على من أتلف أموالهم أيضا لذلك .  
(٢٩) أى اذا اسلموا .  
(٣٠) فونسخة ((ب)) : فعصمت .  
(٣١) أى بل يجب عليهم اراقتها اذا اسلموا .  
(٣٢) أى أن بين الدم والمال فوالعصمة قرقا ، يطل به قياس أحدهما على  
الآخر .

(١) الوجيز ج١ ص ٢٠٨ . فتح المعريز ج١١ ص ٢٥٧ . قليوبى ج٤ ص ٣٧٤ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٤٠٠ . كشاف القناع ج٤ ص ٨٣ .  
المغنى ج٥ ص ٢٢٥ .  
(٢) خلافا للصاحبين .  
أنظر : الهداية ج٨ ص ٢٩٣ . التبيين ج٥ ص ٢٣٩ . مجمع الأنهر ج٢ ص ٤٧٠ .  
ولم أقف على قول ابن حزم ولا المالكية .

لنا : هو انه مملوك ، ( ٣ ) فأشبهه المدبر . ( ٤ )

قالوا : ليست بمال ، بدليل انها تعتق من جميع المال ، ولا يتعلق  
حق الغرماء برقيبتها فهي كالحرة . ( ٥ )

قلنا : بل هي مال ، ولهذا يجوز وطؤها ( ٦ ) وتزويجها ( ٧ ) واستخدامها ( ٨ )  
واجارتها ( ٩ ) وتضمن قيمتها اذا قتلت ( ١٠ ) فهي كالمدبر . ( ١١ )

( ٣ ) كذا في الأصل ونسخة (( ب )) . ولعل الصواب التأنيث ، لأن الضمير عائد  
إلى أم الولد ، لا إلى ولدها .

( ٤ ) حيث يجب ضمانه بالتلف في يد الغاصب .

بجامع ان كلا مملوك ، اما الاصل فالمدبر ، واما الفرع فأم الولد .

ولما كان حكم الاصل وجوب ضمانه بالغصب ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجب  
ضمان أم الولد أيضا لذلك .

( ٥ ) حيث لا يضمن بالغصب ، وانما يضمن بالجناية عليه لا بتلفه تحت يد  
الغاصب .

بجامع انعدام المالية في كل من الاصل وهو الحر ، والفرع وهو أم الولد .

ولما كان حكم الاصل عدم ضمانه بتلفه في يد الغاصب ، كان حكم الفرع  
كذلك فلا تضمن أم الولد بالتلف عنده أيضا لذلك .

( ٦ ) أي لسيدها ، ان لو لم تكن ملكا له لما جاز له وطؤها . لأن الوطء لا يجوز  
الا بعقد أو ملك .

( ٧ ) أي وان بلا اننها .

( ٨ ) أي لنفسه .

( ٩ ) أي لغيره ، ويؤن له اجرها . ولا يجوز ذلك في غير المملوك .

( ١٠ ) أي قلو لم تكن مالا ، لوجب في قتلها البدية .

( ١١ ) حيث يجب ضمانه بالتلف عند الغاصب .

بجامع المالية في كل من الأصل وهو المدبر والفرع وهو أم الولد .

ولما كان حكم الاصل وجوب ضمانه بالتلف عند الغاصب ، كان حكم الفرع

كذلك فيجب ضمان أم الولد به أيضا لذلك .

\* مسألة ( ٢٧٠ ) : اذا فتح قفصا عن طائر فطار في الحال ، ضمن  
في أحد القولين <sup>(١)</sup> . ١٧٧/٥ .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن <sup>(٢)</sup> .

لنا : هو أنه حل رباطا عما يمسك به في العادة ، فصار كحل الزق <sup>(٣)</sup> .

( ١ ) وهو أظهرهما . ومحلها بالم يهيجه أو ينفره بعد فتح القفص .

والثاني : أنه يضمن مطلقا ، والثالث : أنه لا يضمن مطلقا .

أنظر المختصر ص ١١٨ . فتح العزيز ج ١١ ص ٢٤٥ . المنهاج ص ٧٠ .

وشرح المحلي ج ٣ ص ٢٩ .

وزهب الحنابلة الى وجوب ضمانه مطلقا سواء طار في الحال أو بعد مدة .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٢٥ . كشف القناع ج ٤ ص ١٢٨ المغنى :

ج ٥ ص ٢٢٦ .

وبوجوب الضمان به أيضا يقول المالكية .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤٥ . الجواهر ج ٢ ص ١٤٨ . شرح المنح :

ج ٣ ص ٥١٤ .

( ٢ ) خلافا لمحمد بن الحسن حيث ذهب الى وجوب ضمانه .

أنظر : مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٧٠ . اشباه ابن نجيم ص ١٦٣ القاعدة

التاسعة عشرة اجتماع السبب والمباشرة .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

( ٣ ) الزق بكسر الزاى وتشديد القاف ، هو السقاء ، ويسمى الظرف .

ويجمع على ازقاق ، جمع قلة ، وفي جمع الكثرة ، تقول : زقاق وزقاني .

مثل ذ ثاب وذؤيان .

أنظر المختار ص ٢٧٣ . المصباح ج ١ ص ٢٧٢ .

ومن حل الزق فسأل ما فيه من سمن أو زيت أو نحوه فعليه الضمان أيضا .

بجامع أن في كل حل الرباط عما يمسك في العادة ، أما الأصل فحل الزق ،

وأما الفرع ففتح قفص الطائر .

ولما كان حكم الأصل وجوب الضمان عليه به ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الضمان

على فاعل القفص أيضا لذلك .



قالوا : اجتمع السبب من جهته والمباشرة من جهة الطائر ، فصار  
كما لو فتح بابا وسرق منه آخر<sup>(٤)</sup> أو حل عبدا فهرب ، أو حفر بئرا فدفع  
فيها غيره انسانا .<sup>(٥)</sup>

قلنا : السبب في الأصل<sup>(٦)</sup> غير ملجئ<sup>(٧)</sup> الى المباشرة ، لانه قد يجد  
الانسان مالا فلا يسرق ويجد العبد طريقا فلا يهرب ، ويصادف بئرا فلا يقع  
فيها ، والفتح هاهنا<sup>(٨)</sup> ملجئ الى الطيران ، فان من طبع الطائر<sup>(٩)</sup> النفور

( ٤ ) سقط كلمة ( آخر ) من نسخة ((ب)) .

( ٥ ) حيث لا يجب عليه الضمان بجميع ذلك ، لأن للمباشرة ارادة فنسب  
الحكم اليه .

بجامع اجتماع السبب من أحد هما والمباشرة من الآخر ، في كل من  
الأصل وهو مالم يفتح بابا وسرق منه آخر أو حل قيد عبد فهرب  
أو حفر بئرا<sup>بئرا</sup> فردى فيه غيره انسانا ،  
والفرع وهو مالم يفتح قفصا عن طائر فطار .  
ولما كان حكم الأصل عدم وجوب الضمان على المتسبب به ، كان حكم الفرع  
كذلك فلا ضمان على فاتح القفص أيضا لذلك .  
( ٦ ) وهو المقيس عليه في قياسهم المذكور .

( ٧ ) من الاجاء وهو الاكراه ، وذلك لانه لا يلزم من حل قيد العبد  
أو حفر البئر أو فتح الباب ، هروب العبد ووقوع الشخص وسرقة  
المتاع .

( ٨ ) أى في فتح القفص .

( ٩ ) في نسخة ((ب)) : الطيور .

من الآدمي والطيران من الحركة ، فصار كما لو أكره غيره على قتل انسان<sup>(١٠)</sup> ،  
ولأن في الأصل<sup>(١١)</sup> لو حرضه على السرقة والهرب والوقوع في البئر ،  
لم يضمن<sup>(١٢)</sup> ، وها هنا<sup>(١٣)</sup> لو هاجمه<sup>(١٤)</sup> فطار ضمن<sup>(١٥)</sup> .

---

( ١٠ ) حيث يجب على المكره - بالكسر - القصاص .  
بجامع الاجاء في كل من الاصل وهو ماله اكره غيره على القتل ، والفرع  
وهو ماله فتح الققص فهرب منه الطير .  
ولما كان حكم الاصل هو الضمان بالقصاص على المكره - بالكسر -  
وان كان متسببا ، كان حكم الفرع كذلك فيجب الضمان على فاتح  
الققص وان كان متسببا أيضا لذلك .  
والمراد اثبات ان بين الاصل والفرع في قياسهم المذكور فارقا ، فيبطل به .

( ١١ ) أى المقيس عليه في قياسهم .  
( ١٢ ) لانه بالتحريض لا يكون ملجئا له للوقوع في الهلاك ، فاعتبرت مباشرته  
دون أمر المحرض .

( ١٣ ) أى في حال فتح الققص .  
( ١٤ ) هاج الشيء يهيج هياجا ، بكسر الهاء ، اذا نفر ، وهيجته  
بتشديد الياء ، للمبالغة فيه . وهو من باب باع .

أنظر المصباح ج ٢ ص ٣١٩ . المختار ص ٧٠٣ .

( ١٥ ) لان مباشرة الطيران هنا مبنية على تسبب التهيج فكان الحكم  
للسبب دونها .

أى وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع في قياسهم يتأكد به بطلانه .

قالوا : لو كان هذا <sup>(١٦)</sup> سببا للضمان ، لأوجب الضمان ، وإن تأخر  
الذهاب عنه ، <sup>(١٧)</sup> كالجناية <sup>(١٨)</sup> وحفر البئر . <sup>(١٩)</sup>  
قلنا : <sup>(٢٠)</sup>

- 
- ( ١٦ ) أى فتح القفص .  
( ١٧ ) أى عن القفص بعد فتحه ، أى والحال انه لا يجب الضمان ان تأخر  
طيرانه .  
فدل على أن فتح القفص لا يصلح سببا فى التضمن .  
( ١٨ ) أى بالجرح ونحوه اذا مات المجنى عليه بالسراية ، أى متأثرا بجراحه .  
( ١٩ ) حيث يجب على الجاني والحافر الضمان وان تأخر موت المجنى عليه فى  
الجناية أو تأخر الوقوع فى البئر .  
( ٢٠ ) سقطت كلمة ( قلنا ) من نسخة ((ب)) ثم بعدها بياض فى الأصل  
ونسخة ((ب)) ، بل فى هامش الأصل عبارة : موضع بياض . أهـ وهو  
مقدار سطر كامل .  
ويمكن ان يجاب : بأن فى وجوب الضمان اذا تأخر طيرانه قولان اظهرهما  
يجب . انظر : فتح العزيز ج ١ ص ٢٤٥ لانه طار باختياره ، وان سلم ،  
فلأنه هناك ألجأ الى الطيران بفتحته ، لأن من طبعه النفور .

\* مسائل الشفعة (\*) \*

---

مسألة ( ٢٧١ ) : اذا بيع أرض وفيها زرع أو شجر ثم لم تجب الشفعة<sup>(١)</sup> في الزرع<sup>(٢)</sup> والثمر . ١٧٧/٠ .

( \* ) في نسخة (( ب )) : مسائل الشفعة ، بسم الله الرحمن الرحيم .  
والشفعة بضم الأول وسكون الثاني ، وقيل بضم الثاني أيضا .  
وهي مشتقة من الشفع وهو الضم ، تقول شفعت الشيء بالشيء اذا ضمته  
ومنه الشفع في الاذان .  
وانما سميت الشفعة بذلك ، لأن الشريك يضم نصيب شريكه الى ملكه .  
وقيل : هي بمعنى التقوية أو الزيادة .  
وقيل : هي مأخوذة من الشفاعة ، لانها كانت تؤخذ بها في الجاهلية .  
وفي الاصطلاح : هي حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الحادث  
فيما ملك بعوض .  
وصورتها : أن يكون عقار بين اثنين مثلا فيبيع أحدهما نصيبه لغير شريكه ،  
فيثبت لشريكه حق تملك المبيع قهرا ، بمثل الثمن أو قيمته .  
والاصل في مشروعية الشفعة : هو ما رواه البخاري ج ٢ ص ٣٢ كتاب الشفعة ،  
باب الشفعة ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة ، عن جابر بن عبد الله  
رضي الله عنهما قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل  
ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . أ هـ .  
وقد بين في رواية أخرى الشيء الذي تقع فيه الشفعة ، وهي الأرض الربع وهو  
البيت والحائط وهو البستان ، رواها مسلم ج ٣ ص ١٢٢٩ كتاب المساقاة ،  
باب الشفعة رقم / ١٣٣ . ولفظها : الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع  
أو حائط ، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع ، فان أبى  
فشريكه أحق به حتى يؤذنه . أ هـ .  
والمعنى في ايجابها : هو دفع ضرر المؤونة أو استحداث المرافق كالمصعد  
والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة الى المشتري .  
وقيل : لدفع ضرر المشاركة .

.....

= وقد انعقد الاجماع على مشروعية الشفعة ، الا ماروى عن جابر بن زيد من التابعين ،

انه أنكر جوازها . قال السديرى : ولعل ذلك لم يصح عنه . وروى انكارها عن الأصم أيضا .

أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٩٦ . شرح المحلى ج ٣ ص ٤٢ وقلوبسى عليه . المغنى ج ٥ ص ٢٢٩ .

( ١ ) فى نسخة (( ب )) : ثمرة .

( ٢ ) فلو باع أرض نخل وعلى النخل ثمرة مؤبرة ، فادخلت فى البيع شرطاً ، لم تثبت فيها الشفعة لانها لا تدوم فى الأرض ، بل يأخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتها من الثمن .

أنظر فتح العزيز ج ١١ ص ٣٦٧ . مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٩٧ . شرح المحلى ج ٣ ص ٤٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٣٦ . كشف القناع ج ٤ ص ١٥٥ . المغنى ج ٥ ص ٢٣٢ .

( ٣ )

وقال أبو حنيفة : تجسب .

لنا : (٤) أن مالا يتبع الارض في مطلق البيع لم يستحق بالشفعة كثيران الضيعة . (٥)  
قالوا : متصل بالمشفوع ، فأشبه النخل والبناء . (٧)

( ٣ ) أى استحسانا ، والقياس أن لا تجب لأن الثمر ليس تبعا للشجر ولا الزرع  
تبع للأرض .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٣٢٦ . التبيين ج ٥ ص ٢٥١ . مجمع الأنهر :  
ج ٢ ص ٤٧٩ .

وهو قول المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٨٠ . الجواهر ج ٢ ص ١٥٩ .  
شرح المنح ج ٣ ص ٥٩١ .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ١٠ ص ٣ .

( ٤ ) فى نسخة (( ب )) : لنا هو أنه .

( ٥ ) جمع ثور وهو ذكر البقرة .

( ٦ ) الضيعة هى العقار ، وجمعها ضياع ككلبة وكلاب ، وقد تجمع على ضييع

بكسر الأول وفتح الثانى . أنظر المصباح ج ٢ ص ١٢٠ .

والجامع فى القياس المذكور هو عدم التبعية فى مطلق البيع ، فى كل من الأصل  
وهو ثيران الضيعة ، والفرع وهو الزرع والثمر .

ولما كان حكم الأصل عدم تبعية ثيران الضيعة لها بالبيع ، كان حكم الفرع  
كذلك فلا يتبع الزرع والثمر الارض فى الشفعة بالبيع أيضا لذلك .

( ٧ ) حيث يجب فيهما الشفعة ببيع الأرض .

بجامع الاتصال بالمشفوع فى كل من الأصل وهو النخل والبناء ، والفرع  
وهو الزرع والثمر .

ولما كان حكم الأصل ثبوت الشفعة فيهما ، كان حكم الفرع كذلك فتثبت  
الشفعة فى الزرع والثمر ببيع الأرض أيضا لذلك .

قلنا : ذاك<sup>(٨)</sup> للبقاء ، وهذا<sup>(٩)</sup> ينقل<sup>(١٠)</sup> ، ولهذا يتبع ذاك<sup>(١١)</sup> الأصل  
في البيع<sup>(١٢)</sup> وهذا<sup>(١٣)</sup> لا يتبع .

\* مسألة ( ٢٧٢ ) : لا تثبت الشفعة بالجوار<sup>(١)</sup> . / ١٧٧ .

( ٨ ) أى النخل والبناء .

( ٩ ) أى الزرع والشر .

( ١٠ ) أى والشفعة جعلت لدفع ضرر الشركة ، ولا ضرر فيما ينقل ، بخلاف  
مالا ينقل .

أى وبهذا الفارق يبطل قياسهم احدهما على الآخر .

( ١١ ) أى النخل والبناء .

( ١٢ ) أى فى بيع الأرض التى هما عليها دفعا لضرر المشاركة فى تملكها عن  
صاحب الأرض .

( ١٣ ) أى الشر والزرع .

( ١ ) فى نسخة (( ب )) : فى الجوار . / أى وان كان الجار ملاصقا .

أنظر المسألة فى : الوجيز ج ١ ص ٢١٥ . المنهاج ص ٧٢ . وذكر فى  
فتح العزيز ج ١ ص ٣٩٣ عن ابن سريج تخريج قول فى المذهب  
بثبوت الشفعة للجار . ونقل عن الرويانى قوله : ورأيت بعض أصحابنا  
يفتى به ، وهو الاختيار . أهـ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٣٤ . كشف القناع ج ٤ ص ١٥٣ .  
المغنى ج ٥ ص ٢٣٠ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٧٤ . الجواهر ج ٣ ص ١٥٧ .

شرح المنح ج ٣ ص ٥٨٥ .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ١ ص ٣٣ ومحلّه عندّه إذا كان طريق

الجار مقسوما .

وقال أبو حنيفة : ثبت . ( ٢ )

لنا : ماروى جابر ( ٣ ) قال : ( انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم  
الشفعة فى كل مال يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ) ( ٤ )

( ٢ ) أى للجار ، ذلك أن الشفعة مرتبة عندهم على النحو التالى : أولا : للخليط  
فى نفس المبيع ، ثانيا : للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ،  
ثالثا : للجار أى الملاصق وهو الذى على ظهر الدار المشفوعة ، وبابه فى  
سكة أخرى ، احترازا عما اذا كان بابه فى سكة غير نافذة فى هذه الدار  
فانه يكون شريكا فى حق المبيع ، لا جارا ملاصقا .  
أنظر : الهداية ج ٨ ص ٢٩٤ وص ٣٠١ . التبيين ج ٥ ص ٢٣٩ . مجمع  
الأنهر ج ٢ ص ٤٧٣ .

( ٣ ) أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ١٨ ) هامش ( ٢٨ ) .

( ٤ ) رواه البخارى ج ٢ ص ٣٢ باب الشفعة فى مال يقسم ، فاذا وقعت الحدود  
فلا شفعة ، عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : قضى رسول الله  
صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل مال يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت  
الطرق فلا شفعة . أهـ .  
ورواه مسلم ج ٣ ص ١٢٢٩ كتاب المساقاة باب الشفعة ، بنحوه عن جابر  
أيضا ولفظه : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شركة  
لم تقسم . الحديث . رقم / ١٣٤ .  
ورواه عنه أيضا أبو داود ج ٣ ص ٢٨٥ كتاب البيوع . باب فى الشفعة . رقم /  
٣٥١٤ ولفظه : انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل  
مال يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .  
ورواه النسائى ج ٧ ص ٣٢١ فى البيوع ، تحت عنوان ذكر الشفعة وأحكامها ،  
عن أبى سلمة مرفوعا : الشفعة فى كل مال لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وعرفت  
الطرق فلا شفعة . أهـ .



وروى سعيد<sup>(٥)</sup> وأبو سلمة<sup>(٦)</sup> عن أبي هريرة<sup>(٧)</sup> أن النبي صلى الله عليه وسلم  
( قضى بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة<sup>(٨)</sup> ) فجعل

=  
ورواه الترمذى عن جابر أيضا ج ٣ ص ٦٥٢ كتاب الأحكام . باب ما جاء إذا  
حدت الحدود ووقعت السهام فلا شفعة . رقم / ١٣٧٠ ولفظه عن جابر  
ابن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا وقعت الحدود  
وصرفت الطرق فلا شفعة . أهـ

ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ .  
ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٤ باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، عنه أيضا .  
رقم / ٢٤٩٩ .

( ٥ ) هو سعيد بن المسيب .

أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ١ ) هامش ( ٣٧ ) .

( ٦ ) هو أبو سلمة بن عبد الرحمن .

هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهرى المدنى عن أبيه واسامة بن زيد  
وأبى أيوب وعنه ابنه عمرو وعروة والأعرج والشعبي والزهرى قال ابن سعد  
كان ثقة فقيها كثير الحديث ونقل الحاكم أبو عبد الله أنه أحد الفقهاء السبعة  
عن أكثر أهل الأخبار مات سنة أربع وتسعين وقال الفلاس سنة أربع ومائة .  
الخلاصة ص ٤٥١ .

( ٧ ) هو عبد الرحمن بن صخر .

أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ٣١ ) هامش ( ٨ ) .

( ٨ ) رواه النسائى مرسلا عن أبى سلمة فروعا : الشفعة فى كل مال يقسم فإذا وقعت  
الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة . أهـ ج ٧ ص ٣٢١ تحت عنوان الشفعة  
وأحكامها .

ورواه أبو داود ج ٣ ص ٢٨٦ كتاب البيوع . باب فى الشفعة رقم / ٣٥١٥ عن  
ابن شهاب عن أبى سلمة أو عن سعيد بن المسيب أو عنهما جميعا عن أبى  
هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا قسمت الأرض وحدت  
=  
فلا شفعة . أهـ .

جنس الشفعة فيما لم يقسم فلا يبقى شفعة تجعل في المقسوم . (٩)  
 فان قيل : هو حجة لنا : في شريكين باعا دارهما قبل القسمة . (١٠)  
 قيل : قوله الشفعة فيما لم يقسم ، يقتضى أن تكون (١١) الشفعة لكونه (١٢)  
 لم يقسم ، وفيما ذكره تثبت الشفعة (١٣) بكونه جارا . ولانا لو أثبتنا الشفعة  
 فيما قالوا (١٥) ، لأبطلنا ما عقل من صريحه (١٦) من جميع (١٧) الشفعة فيما لم يقسم ،  
 ولانه قال في آخره : فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، فصرح  
 باسقاط الشفعة في المقسوم .

= ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٤ عن سعيد بن المسيب وأبى سلمة بن  
 عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى  
 بالشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة . أهـ كتاب  
 الشفعة ، باب اذا وقعت الحدود فلا شفعة . رقم / ٢٤٩٧ .  
 ورواه الشافعى عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن أبى الزبير عن جابر  
 مرفوعا بلفظ : الشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة . أهـ  
 الأم ج ٤ ص ٤ ، باب الشفعة من كتابين : كتاب اختلاف الحديث واختلاف  
 العراقيين .

- (٩) ولأن الشفعة شرعت لدفع ضرر القسمة ، فاذا حصلت القسمة تبين أن لا ضرر  
 في قسمة ذلك الملك ، فتنتفى الشفعة فيه لذلك .  
 (١٠) حيث لا تجب الشفعة فيه لا حدما على الآخر ، أى وعليه يحمل الحديث المذكور .  
 (١١) " كان " هنا تامة ، بمعنى وجد ، أى يقتضى أن توجد الشفعة .  
 (١٢) أى المشفوع فيه . وفى نسخة ((ب)) : بكونه .  
 (١٣) وهو مالو باعا دارهما قبل القسمة .  
 (١٤) أى لا حدما على الآخر .  
 (١٥) وهو اثبات الشفعة في المقسوم . أى اثباتها للجار .  
 (١٦) أى صريح لفظ الحديث .  
 (١٧) كذا فى الاصل ونسخة ((ب)) : ولعل الصواب : من جعل الشفعة فيما لم يقسم .

فان قيل : المراد بقوله : فاذا وقعت الحدود فلا شفعة<sup>(١٨)</sup> لا شفعة

بالقسمة .

قيل : انما نفى بوقوع الحدود ما أثبتته في أوله<sup>(١٩)</sup> ، والذي أثبت في أوله

الشفعة فيما لم يقسم<sup>(٢٠)</sup> فيجب أن يكون الذى نفى هو الشفعة فيما قسم<sup>(٢١)</sup> .  
ولأن ملكه<sup>(٢٢)</sup> محوز عن ملكه<sup>(٢٣)</sup> فلا شفعة له عليه كالجار المحاذى<sup>(٢٤)</sup> ، ولأن

( ١٨ ) فى نسخة (( ب )) : أى لا شفعة بالقسمة .

( ١٩ ) فى نسخة (( ب )) : فى أول الخبر .

( ٢٠ ) فى الأصل : فيما بيع . / والصحيح ما فى نسخة (( ب )) : ما أثبتناه .

( ٢١ ) فى الأصل : فيما بيع . / والصواب ما أثبتناه من نسخة (( ب )) .

( ٢٢ ) أى ملك الجار الملاصق .

( ٢٣ ) أى مضموم اليه ومفصول عن ملك جاره ، من حزت الشئ محوزه ، فأنا حائز

والشئ محوز . والمصدر منه : حيازة وحوزا ، أنظر المصباح ج ١ ص ١٦٨ .

( ٢٤ ) أى عن ملك البائع .

( ٢٥ ) فى نسخة (( ب )) : كالجار والمحاذى . / والصواب ما فى الأصل بحذف

واو العطف .

والمحاذى : من المحاذاة وهى الموازة ، كما فى قولك : رفعت يدي حدو

اذنى ، وحداء اذنى ، تقول : حدوته احذوه حدوا ، وحدائته محاذاة

وحذاء ، من باب قاتل . أنظر المصباح ج ١ ص ١٣٧ .

ومنه فى الهندسة : الخطان المتوازيان ، أى المتقابلان اللذان لا يلتقيان

مهما امتدا .

والمقصود : قياس الجار الملاصق على الجار المحاذى فى عدم وجوب الشفعة

له بالبيع .

بجامع ان ملكه محوز عن ملك البائع فى كل من الاصل وهو الجار المحاذى ،

والفرع وهو الجار الملاصق .

ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت الشفعة له ، كان حكم الفرع كذلك فلا شفعة للملاصق

أى أيضا لذلك .

الشفعة انما تثبت لدخول الشريك<sup>(٢٦)</sup> على الشريك ، والاطلاع<sup>(٢٧)</sup> على حرمة ،  
 فيضطر الى مقاسمته ،<sup>(٢٨)</sup> فينقص ملكه ،<sup>(٢٩)</sup> ويحتاج الى استئناف مرافق<sup>(٣٠)</sup> في  
 نصيه ، كالبيئر والبالوعة والباب ، والممر ،<sup>(٣١)</sup> وغير ذلك . وهذا المعنى<sup>(٣٢)</sup> لا يوجد  
 في المحوز ،<sup>(٣٣)</sup> فلم تثبت فيه الشفعة ، ولانا لو أثبتنا الشفعة للجار<sup>(٣٤)</sup> لم  
 يقدم أحد على شراء<sup>(٣٥)</sup> ملك ، خوفا من الشفعة فيحتاج أن يبيعه من الجار  
 بدون الثمن ، وفي ذلك اضرار بالناس .

- 
- ( ٢٦ ) في نسخة ((ب)) : لادخال الشريك الضرر على الشريك .  
 ( ٢٧ ) في نسخة ((ب)) : في الاطلاع على حرمة .  
 ( ٢٨ ) أى دفعا لذلك الضرر .  
 ( ٢٩ ) أى بسبب المقاسمة لا احتياجه الى انشاء المرافق التى سيذكرها المصنف  
 الآن .  
 ( ٣٠ ) في نسخة ((ب)) : موافق . / وهو تحريف بالواو عن الراء المهملة .  
 والمرافق : جمع مرفق ، بكسر الميم وفتح الفاء ، لا غير ، وهو ما ارتفعت به مسن  
 مطبخ وكنيف ويثر وبالوعة ومصعد ، ونحو ذلك .  
 أنظر المصباح ج ١ ص ٢٥٠ .  
 ( ٣١ ) فى الأصل : والممرق . / بزيادة قاف فى آخره ،  
 ( ٣٢ ) وهو دخول الشريك على الشريك ، والاطلاع على حرمة .  
 ( ٣٣ ) لا انفصال مرافقه عن مرافق الجار الملاصق .  
 ( ٣٤ ) أى الملاصق .  
 ( ٣٥ ) سقط قوله ( أحد ) من الأصل .

( ٣٦ ) فان احتجوا : بقوله صلى الله عليه وسلم ( الجار أحق بسقبه ) .

( ٣٦ ) أى بسبب سقبه ويروى بسقبه ، أى قرينه وملاصقته ، يقال : سقبت - بفتح السين المهملة وكسر القاف ، فباء مفتوحة - الدار ، واسقبت أى قربت . أنظر النهاية ج ٢ ص ٣٧٧ و ج ٣ ص ٤١٠ .

رواه البخارى ج ٢ ص ٣٢ باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ، عن عمرو بن الشريد قال : وقفت على سعد بن أبي وقاص ، فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على احدى منكبي ، ان جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا سعد ابتع منى بيتي فى دارك ، فقال سعد : والله ما ابتاعهما ، فقال المسور : والله لبتاعنهما فقال سعد : والله لا ازيدك على أربعة آلاف منجمة ، أو مقطعة ، قال أبو رافع : لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ، ولولا انى سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : الجار أحق بسقبه ، ما اعطيتكها بأربعة آلاف ، وانا أعطى بها خمسمائة دينار ، فأعطاه اياها . أه .

ورواه أبو داود ج ٣ ص ٢٨٦ كتاب البيوع ، باب فى الشفعة ، رقم / ٣٥١٦ عن أبي رافع مرفوعا : الجار أحق بسقبه . أه .

ورواه عنه النسائى أيضا ج ٧ ص ٣٢٠ تحت عنوان : ذكر الشفعة وأحكامها . ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٤ كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار . رقم / ٢٤٩٦ عن عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه شريد بن سويد قال : قلت : يا رسول الله أرض ليس فيها لأحد قسم ولا شرك الا الجوار ؟ قال : الجار أحق بسقبه . أه قال الخطابي : وقد تكلم أهل الحديث فى اسناد هذا الحديث واضطراب الرواة فيه فقال بعضهم : عن أبيه عن أبي رافع ، وارسله بعضهم . وقال فيه قتادة : عن عمرو بن شعيب عن الشريد . أه معالم السنن ج ٥ ص ١٧

تحت رقم / ٣٣٧٣ .

قلنا : يحتفل أن يكون معناه بالعرض (٣٧) عليه ، فوجب التوقف فيه . (٣٩)

واحتجوا : بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ( الخليفة أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره ) . (٤٠)

قلنا : لا يعرف هذا في أصل (٤١) والذي يدل على ضعفه انه جمل الخليفة غير الشفيع والخليفة شفيع بالاجتماع ، ثم المراد به في العرض ، ولهذا قال : والشفيع أحق من غيره ، ولا حق لغير الشفيع في الشفعة .

(٣٧) في نسخة ((ب)) : بالموضع عليه . / وهو تحريف .

(٣٨) أي عرض البيع على الملائق قبل غيره لحق الجوار .

(٣٩) ان القاعدة : ان الدليل اذا دخله الاحتمال بطل به الاستدلال . لانه يكون من قبيل المجهول ، والمجهول لا يعمل به الا بعد البيان .

(٤٠) قال الزيلعي : غريب . وذكره ابن الجوزي في التحقيق ، وقال : انه حديث لا يعرف . وانما المعروف ما رواه سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن هشام بن المغيرة الثقفي قال : قال الشعبي : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الشفيع أولى من الجار والجار أولى من الجنب . انتهى . قال في التنقيح : وهشام وثقه ابن معين ، وقال أبو حاتم : لا بأس بحدِيثه انتهى . أهـ . النص ج ٤ ص ١٧٦ .

قلت : فهو منقطع ، فان الشعبي لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم وضعف ابن حزم هشاماً . أنظر المحلى ج ١ ص ٤١ .

ورواه عبد الرزاق في مصنفه ج ٨ ص ٧٨ في البيوع باب الشفعة بالجوار . رقم / ١٤٣٨٦ عن شريح قال : الخليفة أحق من الشفيع والشفيع أحق ممن سواه . أهـ قلت : وهذا مرسل أيضاً .

(٤١) أي في كتب الحديث المعتبرة .

(٤٢) أي في عرض الشقص عليه عند البيع قبل غيره لحق الجوار .

احتجوا : (٤٣) بقوله ( الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا  
إذا كان طريقهما واحداً ) (٤٤) .

( ٤٣ ) فى نسخة (( ب )) : واحتجوا .

( ٤٤ ) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٨٦ كتاب البيوع ، باب فى الشفعة ، رقم / ٣٥١٨ عن  
جابر بن عبد الله المرفوعا . ضعفه الخطايب فى المعالم ج ٥ ص ١٧٠ رقم / ٣٣٧٥ .

ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٣ كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار .  
ورواه الترمذى ج ٣ ص ٦٥١ كتاب الأحكام ، باب ما جاء فى الشفعة للغائب ،  
رقم / ١٣٦٩ ثم قال : هذا حديث غريب ، ولا نعلم أحدا روى هذا  
الحديث غير عبد الملك بن أبى سليمان ، عن عطاء عن جابر ، وقد تكلم  
شعبة فى عبد الملك بن أبى سليمان ، من أجل هذا الحديث .  
- ثم قال - وعبد الملك هو ثقة مأمون عند أهل الحديث ، لا نعلم أحدا تكلم  
فيه غير شعبة ، من أجل هذا الحديث .

وقد روى وكيع عن شعبة عن عبد الملك بن أبى سليمان هذا الحديث .  
وروى عن ابن المبارك عن سفيان الثورى قال : عبد الملك بن أبى سليمان  
ميزان يعنى فى العلم . أهـ .

الا أن الامام أحمد قال حين سئل عنه : هو حديث منكر .  
وقال ابن معين : لم يحدث به الا عبد الملك وقد أنكره الناس عليه .  
وقال الشافعى فى الأم ج ٤ ص ٦ : سمعنا بعض أهل العلم بالحديث يقول :  
نخاف ان لا يكون هذا الحديث محفوظا . أهـ .

بل قال الترمذى فيه : سألت محمد بن اسماعيل البخارى عن هذا الحديث  
فقال : لا أعلم أحدا رواه عن عطاء غير عبد الملك ، تفرد به ، ويروى عن جابر  
خلاف هذا . أهـ . يريد بحديث جابر قوله : قضى رسول الله

صلى الله عليه وسلم فى كل مال يقسم .  
أنظر النصب ج ٤ ص ١٧ فقد ذكر حجج المصححين للحديث والمضعفين له  
بتوسع .

واكتفى ابن حجر بقوله : رجاله ثقات . أهـ بلوغ المرام ص ١٦٥ رقم / ٧٦١ .

قلنا : قال شعبة : <sup>(٤٥)</sup> سها <sup>(٤٦)</sup> عبد الملك بن أبي سليمان <sup>(٤٧)</sup> في هذا الحديث ،  
وقال : لو روى حديثا آخر ، مثل حديث الشفعة لطرحت حديثه ، <sup>(٤٨)</sup> ويدل على  
ضعفه <sup>(٤٩)</sup> انه شرط أن يكون طريقهما واحداً وهذا لا يقوله أحد . <sup>(٥٠)</sup>

( ٤٦ ) هو شعبة بن الحجاج بن الورد العتكي عن معاوية بن قرة وأنس بن سيرين  
وثابت البناني وخلائق وعنه أيوب وابن اسحاق من شيوخه والثوري وابن المبارك  
قال ابن المديني له نحو ألفي حديث وقال أحمد شعبة أمة وحده وقال  
ابن معين : امام المتقين ، وقال الحكم : شعبة امام الأئمة ، قال أبو زيد الهذلي :  
ولد سنة ثمانين ومات سنة ستين ومائة . أنظر الخلاصة ص ١٦٦ .

( ٤٦ ) في نسخة (( ب )) : بينها . / وهو تحريف .  
( ٤٧ ) أحد الثقات المشهورين . روى له مسلم وأصحاب السنن الأربعة ،  
وهو كوفي ، اسم أبيه ميسرة .  
تكلم فيه شعبة لتفرده عن عطاء بخبر الشفعة للجار .  
وثقه أيضا يحيى بن معين ، كما روى ذلك عنه أحمد بن أبي مريم وعثمان  
ابن سعيد .

وقال أحمد بن حنبل : حديثه في الشفعة منكر ، وهو ثقة . أهـ

الميزان : ج ٢ ص ٦٥٦ رقم / ٥٢١٢ .

( ٤٨ ) ذكره عنه في الميزان ج ٢ ص ٦٥٦ في ترجمة عبد الملك بن أبي سليمان ،  
وذكر عن يحيى القطان قوله أيضا : لو روى عبد الملك حديثا آخر كحديث  
الشفعة لتركت حديثه . أهـ .

( ٤٩ ) زاد في نسخة (( ب )) : على ضعفه أيضا .  
( ٥٠ ) لأن القائلين بثبوت الشفعة للجار يجيزونها ولو لم يكونا شريكين في  
الطريق . فاشتراط اشتراكهما فيه يطل مذهبهم اذ ان بهذا الحديث  
فدل ذلك على ضعفه لمخالفته الاجماع .



واحتجوا : بما روى عمرو بن الشريد عن أبيه <sup>(٥٢)</sup> قال : قلت يا رسول الله  
 ان جارى باع أرضا وليس لى <sup>(٥٣)</sup> فيها شرك <sup>(٥٤)</sup> ولا حق الا الجوار ، فقال :  
 انت أحق بشفعة جارك . <sup>(٥٥)</sup>

( ٥١ ) فى نسخة ((ب)) : عمرو . / بلا واو . والصواب اثباتها .

( ٥٢ ) هو عمرو بن الشريد بن سويد الثقفى ، يكنى بأبى الوليد الطائفى ،  
 روى عن أبيه وهو صحابى وأبى رافع ، وروى عنه ابراهيم بن ميسرة ويكير  
 ابن الأشج ، وقد وثقه العجلي ، روى له البخارى ومسلم وأبو داود وابن  
 ماجه والنسائى ، أنظر الخلاصة ص ٢٩٠ .

( ٥٣ ) سقط قوله ( لى ) من نسخة ((ب)) .

( ٥٤ ) فى نسخة ((ب)) : شرب . / بكسر فسكون .

( ٥٥ ) رواه النسائى ج ٢ ص ٣٢٠ تحت عنوان : ذكر الشفعة واحكامها . عن

عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد عن أبيه ، ان رجلا قال : يا رسول الله  
 ارضى لى لأحد فيها شركة ولا قسمة الا الجوار ، فقال رسول الله  
 صلى الله عليه وسلم : الجار أحق بسقبه . أهـ .

ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٤ كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار ، رقم /  
 ٢٤٩٦ عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه شريد بن  
 سويد قال : قلت : يا رسول الله ارض لى فيها لأحد قسم ولا شرك الا الجوار  
 قال : الجار أحق بسقبه . أهـ .

وقد تكلم أهل الحديث فى اسناد هذا الحديث واضطراب الرواة فيه .

فقال بعضهم : عن عمرو بن الشريد عن أبى رافع .

وقال بعضهم : عن أبيه عن أبى رافع ، وارسلهم بعضهم .

وقال فيه قتادة : عن عمرو بن شعيب عن الشريد . أهـ قاله الخطابى فى

المعالم ج ٥ ص ١٢٠ .

قلنا : قال ابن المنذر: <sup>(٥٦)</sup> اسناده مضطرب ، ثم يحتمل انه أراد لاشرك <sup>(٥٧)</sup>

لى فى الحال ، وقد كان له شرك عند الشراء .

قالوا : بينهما <sup>(٥٨)</sup> خلطة فى جزء من العقار ، وهو الجدار ، فأشبهه

اذا كان شريكا <sup>(٥٩)</sup> فى الجميع . <sup>(٦٠)</sup>

( ٥٦ ) هو محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابورى ، أبوبكر ، فقيه مجتهد ، من الحفاظ ، كان شيخ الحرم بمكة ، قال الذهبي : ابن المنذر صاحب الكتب التى لم يصنف مثلها أحد . منها : المبسوط فى الفقه ، والأوسط فى السنن والاجماع والاختلاف لازال مخطوطا ، والاشراف على مذاهب الاشراف ، مخطوط أيضا ، واختلاف العلماء ، وتفسير القرآن ، كبير ، توفى بمكة سنة تسع عشرة وثلاثمائة .

أنظر الاعلام ج ٥ ص ٢٩٤ .

( ٥٧ ) فى نسخة (( ب )) : لا شريك .

( ٥٨ ) أى بين المتجاورين اذا كانت بيوتهما متلاصقة .

( ٥٩ ) فى نسخة (( ب )) : اذا كانا شريكين .

( ٦٠ ) حيث تجب له بذلك الشفعة .

بجامع الخلطة بينهما فى جزء من العقار فى كل من الاصل وهو مالوك كان شريكا فى العقار ، والفرع وهو مالوكان جارا ملاصقا .

ولما كان حكم الاصل ثبوت الشفعة له بالشركة فيه ، كان حكم الفرع

كذلك فتثبت الشفعة للجار الملاصق أيضا لذلك .

قلنا : لو كان هذا صحيحا ، لوجب ان لا يقدم عليه الشريك ، ولا سنيا  
على قولهم (٦١) فان صاحب (٦٢) القليل والكثير سواء (٦٣) ثم الشركة في الأصل  
في المقصود (٦٤) والشركة هاهنا (٦٥) في الحد (٦٦)

قالوا : الشفعة انما تثبت في المشاع ، لأن القسمة فيها تفضى الى الجوار ،  
ولهذا لا تثبت فيما لا تفضى القسمة فيه الى الجوار فلأن يثبت في الجوار المتحقق  
أولى .

قلنا : لو كان هذا صحيحا لوجب أن يقدم الجار على الشريك ، لأن جواره  
متحقق وجوار الشريك متوهم (٦٧) ولأنه لو كان (٦٨) لما ذكروه (٦٩) لوجب

(٦١) أى في ثبوت الشفعة ، لانهم يقدمون الشريك في الملك ، فالشريك فى  
الطريق ، فالجار ، كما في الهداية ج ٨ ص ٢٩٤ .

(٦٢) أى صاحب الشقص .

(٦٣) أى في ثبوت الشفعة له بالشركة .

(٦٤) وهو الملك .

(٦٥) أى في الجار الملاصق .

(٦٦) وهو الجزء المشترك بين عقارهما ، أعنى الجارين المتلاصقين .

أى فافترت الشركة بالخلطة عن الشركة بالمجاورة بذلك ، والقياس مع الفارق  
باطل .

(٦٧) أى والحال انكم تقدمون الشريك على الجار في حق الشفعة ، وهذا  
يناقض ما ذكرتم من التعليل .

(٦٨) أى ثبوت الشفعة بالجوار .

(٦٩) من أن الشفعة تثبت للشريك لانها تؤدى الى الجوار .

(٧٠) ان لا تثبت الشفعة فيما لا يقسم . (٧١)

قالوا : الشفعة انما جعلت لدفع الضرر لما (٧٢) لا يحل ما يكون من الناس

على الناس ، (٧٣) وهذا موجود في الجار . (٧٤)

قلنا : لانسلم ، بل الشفعة لما ذكرناه من الضرر (٧٥) الذي لا يتخلص منه

الا بالشفعة ، وأما ما لا يحل فيمكن دفعه بالحاكم ، فلا يحتاج الى الشفعة ،

ثم يبطل ما قالوا بالجار المحاذي . (٧٦)

قالوا : نقل ملك يستحق بنوع شركة فاستحق بغير الشركة ، كالاستيلاء . (٧٧)

(٧٠) في نسخة ((ب)) : لوجب ألا .

(٧١) لأنها لا تؤدي الى الجوار لتعذر القسمة اذن .

أى والحال انها تثبت فيما لا ينقسم عندهم ، أنظر الهداية ج ٨ ص ٣٢٧ .

فكان تعليلهم هذا مناقضا لمذهبهم ، فيبطل .

(٧٢) في نسخة ((ب)) : مما .

(٧٣) من الاطلاع على عورات البيوت .

(٧٤) أى فوجب أن تثبت له الشفعة لوجود ذلك المعنى فيه أيضا .

(٧٥) وهو ضرر القسمة ، حيث تستوجب انشاء مرافق جديدة كالبنثر والرحى

والسر والبالوعة ، ونحو ذلك .

(٧٦) لأن الاطلاع على ما لا يحل من الجار على الجار الملاصق ، موجود أيضا

في الجار المحاذي ، فكان يجب أن تثبت له الشفعة ، كما تثبت للملاصق ،

والحال انهم لم يوجبوها له ، أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٧٣ أى ففرقوا

بين متماثلين .

(٧٧) حيث ينتقل ملك الجارية المستولدة من الابن الى الأب بوطئه اياها ،

من غير شركة له فيها .

بجامع استحقاق النقل بنوع شركة ، في كل من الأصل وهو مالو استولد الاب

جارية ابنه ، والفرع وهو مالو باع الجار ملكه .

ولما كان حكم الاصل انتقال ملك الجارية من الابن الى الأب بالاستيلاء =

قلنا : يبطل بالعتق<sup>(٧٨)</sup> ، ثم نقل الملك في الاستيلاء<sup>(٧٩)</sup> يثبت من غير ملك<sup>(٨٠)</sup> ، وها هنا<sup>(٨١)</sup> لا يثبت من غير ملك<sup>(٨٢)</sup> ، فدل على الفرق بينهما<sup>(٨٣)</sup> .

---

= من غير شركة له فيها ، كان حكم الفرع كذلك ، فينتقل ملك الجار البائع الى جاره الملاصق بالشفعة من غير شركة له فيها أيضا لذلك .

(٧٨) حيث يزول الملك في العبد المشترك بالعتق عن ملك الشريك ، ان يقوم العبد ويعتق باقيه على المعتق ، ثم لا يستحق امتلاك العبد من غير شركة ، فدل على بطلان الوصف الذي جعلوه علة في الحكم بايجاب الشفعة للجار به ، لتخلف الحكم فيه مع وجود الوصف في العبد المعتق .

(٧٩) في نسخة ((ب)) : بالاستيلاء .

(٨٠) أى من غير أن يكون للأب ملك في جارية الابن المستولدة .

(٨١) أى في الشفعة بالجوار ، على القول به .

(٨٢) أى للشفيع في الدار .

(٨٣) أى بين الاصل وهو الاستيلاء والفرع وهو الجوار ، في قياسهم ، فيبطل به قياسهم المذكور .

\* مسألة ( ٢٧٣ ) : لا تثبت الشفعة فيما لا ينقسم <sup>(١)</sup> على ظاهر المذهب . / ١٧٨ هـ .  
وقال أبو حنيفة : تثبت <sup>(٣)</sup> .

( ١ ) وفي ضابط مالا ينقسم ثلاثة آراء :  
الأول : انه الذي تنقص قيمته نقصانا فاحشا . كما لو كانت قيمة الدار مائة  
فإذا قسمت ، كان كل قسم ثلاثين ، لم تقسم لما في قسمتها من الضرر .  
الثاني : انه الذي لا يبقى منتفعا به بعد القسمة بوجه من الوجوه .  
الثالث : وهو أصحها : انه الذي لا ينتفع به بعد القسمة من الوجوه  
الذي كان ينتفع به قبلها .  
مثال ذلك : الطاحونة الصغيرة والحمام الصغير أو الدار قليلة البيوت  
أو صغيرتها ، وكذا البئر الضيقة ، والنهر الصغير ، كل هذه مالا يحتل  
القسمة ، فلا تثبت فيها الشفعة في الأصح ، لما في قسمتها من الضرر  
على الشريك بذهاب فائدتها أو قيمتها .  
أنظر فتح العزيز ج ١١ ص ٣٨٣ حيث ذكر ضابط ما ينقسم ، فيكون مالا ينقسم  
على الضد منه .

( ٢ ) وهو قوله في الجديد ، ووصفه الرافعي بأنه أصح القولين .  
أنظر فتح العزيز ج ١١ ص ٣٨٠ و ص ٣٨٢ والتي تليها . وأنظر المختصر  
ص ١٢٠ والتي تليها . والمنهاج ص ٧٢ .  
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٣٥ . كشف القناع ج ٤ ص ١٥٤ .  
وذكر في المغنى ج ٥ ص ٢٣٣ عن أحمد رواية أخرى أن فيه الشفعة .

( ٣ ) الهداية ج ٨ ص ٣٢٧ . التبيين ج ٥ ص ٢٥٢ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٨٠ .  
وللمالكية فيه قولان ، والمذهب ثبوتها فيه ، وعليه القضاء في المذهب ، وبه  
افتي فقهاء قرطبة .

أنظر : الجواهر ج ٢ ص ١٥٨ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٧٦ . شرح المنح  
ج ٣ ص ٥٨٧ .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ١٠ ص ٣ .

لنا : ماروى عن عثمان <sup>(٤)</sup> أنه قال : لاشفعة فى بئر ، ولا فحل <sup>(٥)</sup> ، والأرف <sup>(٦)</sup> تقطع كل شفعة <sup>(٧)</sup> .

ولأننا لو أثبتنا فيه الشفعة لم يقدم أحد على شرائه خوفا من الشفع ، فيحتاج أن يبيعه بدون الثمن <sup>(٨)</sup> ، ولأن الشفعة للضرر <sup>(٩)</sup> الذى بيناه <sup>(١٠)</sup> ، وذلك لا يوجد فيما لا ينقسم <sup>(١١)</sup> .

( ٤ ) هو ابن عفان رضى الله عنه ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم ( ١ ) هامش ( ٣٨ ) .

( ٥ ) أى فحل النخل ، كما قال ابن ادريس فيما نقله عنه البيهقى ج ٦ ص ١٠٥ .

وانما لم تثبت فيه الشفعة ، لأن القوم كانت لهم نخيل فى حائط فيتوارثونها

ويقتسمونها ، ولهم فحل يلحقون منه نخيلهم ، فاذا باع أحدهم نصيبه

المقسوم من ذلك الحائط يحقوقه من الفحال وغيره ، فلا شفعة للشركاء

فى الفحال لأنه لا تمكن قسمته . أهـ النهاية ج ٣ ص ٤١٦ .

( ٦ ) فى نسخة (( ب )) : والاذن بقطع كل شفعة . / وهو تحريف .

والأرف هى المعالم والحدود فى لغة أهل الحجاز كما قال الأصمعى ،

يقال منه : ارفت الدار والأرض تأريفا إذا قسمتها وحددتها .

كما قال البيهقى فى ج ٦ ص ١٠٥ .

( ٧ ) رواه البيهقى ج ٦ ص ١٠٥ باب الشفعة فيما لم يقسم .

ورواه عبد الرزاق ج ٨ ص ٨٠ باب إذا ضربت الحدود فلا شفعة ، رقم / ١٤٣٩٣

ونصه : إذا وقعت الحدود فلا شفعة فيها ، ولا شفعة فى بئر ولا فحل . أهـ -

ورواه أيضا مالك فى الموطأ ص ٣٠٥ باب الشفعة ، رقم / ٨٥٤ .

والشاهد فيه : قوله : وأرف تقطع كل شفعة ، أى فما ينقسم ويحد صحت

الشفعة فيه وما لا فلا .

( ٨ ) لقلة الراغبين فيه لذلك . ان كلما على الطلب على السلعة قل سعرها .

( ٩ ) أى انها شرعت لزال الضرر المشاركة ،

( ١٠ ) وهو احداث مرافق جديد تقى المشفوع فيه ، كالحمام والبئر والبالوعة ونحو ذلك .

( ١١ ) فلم تدع الحاجة الى الشفعة فيه .

(١٢) قالوا: يخاف التأنى على الدوام، فثبت له الشفعة، كالمنقسم.

قلنا : يبطل بالجار المحاذي ، <sup>(١٣)</sup> ثم في المنقسم يخاف الضرر بنقصان

(١٤) قيمة الملك بالقسمة ومؤونة المرافق ، وهذا (١٥) لا يوجد في هذا (١٦).

\* مسألة ( ٢٧٤ ) : تثبت الشفعة في الصداق وعوض الخلع والاجارة . / ١٢٨٠١ .

(١٢) حيث تثبت فيه الشفعة.

بجامع خوف دوام الضرر، في كل من الاصل وهو العقار المنقسم، والفروع

وهو غير المنقسم،

ولما كان حكم الأصل ثبوت الشفعة فيه ، كان حكم الفرع كذلك ، فتثبت الشفعة

فيما لا ينقسم أيضا لذلك .

( ١٣ ) حيث تلك العملة موجودة فيه أيضا ، ثم لا تثبت له الشفعة عند هـ م ،

وانما اثبتوها للملاصق فقط ، أنظر الهداية ج ٨ ص ٣٠١ .

( ١٤ ) سقط قوله (بالقسمة ) من نسخة (( ب )) .

(١٥) أى الضرر المذكور.

(١٦) أى فيما لا ينقسم من العقار ، فوجب أن لا تثبت فيه الشفعة لذلك .

أى فبطل قياسهم ما لا ينقسم على ما ينقسم فى اثبات الشفعة فيه للفارق المذكور.

(١) صورتها : ان يتزوج امرأة ويجعل مهرها شقفا له في دار أو تخالعه

هي على ذلك ، أو يجعل الشقص اجرة في عقد اجارة . فتثبت الشفعة

للشريك في ذلك الشقص .

أنظر: الأم ج ٤ ص ٧ . فتح العزيز ج ١١ ص ٤٢٨ . المنهاج ص ٧٢ .

وهو قول المالكية : القوانين ص ٣١٤ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٧٧ . شرح

المنح ج ٣ ص ٥٨٩



وقال أبو حنيفة : لا تثبت .<sup>(٢)</sup>

لنا : هو أنه معاوضة يملك بها الشقص من العقار ، فجاز أن تثبت فيها الشفعة ، كالبيع<sup>(٣)</sup> ولأن البضع ذو عوض مسمى ، أو ذو عوض ممثل<sup>(٤)</sup> ، فجاز أن تثبت الشفعة في بدله كالثوب<sup>(٥)</sup> ، ولأنه قطع ملك لدفع الضرر عن

( ٢ ) الهداية ج ٨ ص ٣٢٩ . التبیین ج ٥ ص ٢٥٣ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٨١ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٣٤ . كشف القناع ج ٤ ص ١٥٢ . وذكر في المغنى ج ٥ ص ٢٣٥ رواية أخرى أن الشفعة تثبت في جميع ذلك .  
والیه ذهب ابن حزم : المحلى ج ١٠ ص ١٤٠ .

( ٣ ) حيث تثبت فيه الشفعة .  
بجامع ان كلا معاوضة يملك بها الشقص من العقار ، اما الاصل فالبيع ،  
واما الفرع فالصداق وعوض الخلع والاجارة .  
ولما كان حكم الاصل ثبوت الشفعة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتثبت الشفعة  
في الصداق وعوض الخلع والاجارة أيضا لذلك .

( ٤ ) في نسخة ((ب)) : بمثل . / والمراد بقوله ممثل ، أى يجب فيه مهر المثل  
عند عدم التسمية أو عند فساد ه ، كما لو جعل مهرها خمرا أو خنزيرا .

( ٥ ) في نسخة ((ب)) : كالبيع . / وهى كذلك فى الاصل ، الا أن الناسخ ضرب  
على حرف العين وصحح الكلمة فجعلها هكذا : كالثوب .

والمراد : أن البضع كالثوب فى ثبوت الشفعة فى بدله ، أى اذا كان ما تثبت  
فيه الشفعة وهو العقار ، كالأرض والبناء ونحو ذلك . لانها لا تثبت فى  
المنقول . المنهاج ص ٧٢

بجامع ان كلا ذو عوض مسمى أو ممثل ، اما الاصل فالثوب ، واما الفرع  
فالبيع .

ولما كان حكم الاصل ثبوت الشفعة فى بدله اذا كان عقارا كان حكم الفرع كذلك  
فتثبت فى بدل البضع وهو الصداق اذا كان عقارا أيضا لذلك .

المال ، (٦) فجاز أن يثبت في الصداق كالرء بالعيب (٧) .  
 قالوا : لم تملك (٨) بمال ، فأشبه الهبة والارء (٩) . (١٠)

( ٦ ) في نسخة ((ب)) : ولانه دفع ملك لدفع الضرر عن الملك . / والضمير يعود الى حق الشفعة .

( ٧ ) في نسخة ((ب)) : كالرء في العيب . / حيث تثبت الشفعة في الشقص اذا رده المشتري بالعيب وأراد الشفيع أخذه راضيا بالعيب فيه ، في الاظهر أنظر المنهاج ص ٧٢ .

بجامع ان في كل قطع ملك لدفع الضرر عن المال . أما الاصل فالرء بالعيب .  
 وأما الفرع فالشفعة في الصداق اذا كان شقصا من عقار .  
 ولما كان حكم الاصل ثبوت الشفعة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتثبت الشفعة في الصداق أيضا لذلك .

( ٨ ) أي المنفعة في الخلع والصداق والاجارة . فان المنفعة ليست بمال متقوم عندهم ، أنظر أدلتهم في المسألة رقم ( ٢٥٩ )  
 وفي نسخة ((ب)) : لم يملك . / أي الانتفاع .

( ٩ ) في نسخة ((ب)) : فأشبه الاجارة فيه والهبة والارء . / والصواب ما في الاصل ، لأن نفي الشفعة عن الاجارة هو موضوع المسألة عندهم ، فكيف تجعل مقيسا ومقيسا عليه في آن واحد .

( ١٠ ) حيث لا تثبت الشفعة في الممتلك بهما .  
 بجامع حصول التملك بغير مال ، في كل من الاصل وهو الهبة والارء ، والفرع وهو الصداق والخلع والاجارة .  
 ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت الشفعة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تثبت الشفعة في الصداق والخلع والاجارة أيضا لذلك .

قلنا : لا نسلم الوصف فى الاجارة ، لأن المنافع مال <sup>(١١)</sup> ، ولأن حكمه <sup>(١٢)</sup>  
حكم المال ، الا ترى انه يضمن بالمسمى فى الصحيح ، وبالقيمة فى الفاسد ،  
ويثبت فيه الرد بالعيب ، بخلاف الهبة والارث . <sup>(١٣)</sup>

قالوا : لو اثبتنا الشفعة فى الصداق قومنا البضع على الشفيع ، والبضع  
لا يقوم الا على زوج أو من <sup>(١٤)</sup> له شبهة الزوجية . <sup>(١٥)</sup>  
قلنا : الثوب لا يقوم الا على متلف أو صاحب يد ، <sup>(١٦)</sup> ثم اذا ملك به شقص  
قوم على الشفيع <sup>(١٧)</sup> ، ولأن الثمن لا يستحق الا على

- ( ١١ ) أى فتكون الاجرة فى الاجارة متملكه بمال ، فلا تدخل فى الوصف الذى جعلوه علة فى المنع من الشفعة فيها .
- ( ١٢ ) فى نسخة (( ب )) : ولأن حكمها . / والصواب ما فى الاصل ، لأن الضمير عائد الى الصداق .
- ( ١٣ ) لأن الهبة عقد تبرع ، والارث تملك قهرى ، فلا يثبت فيهما حق الرد بالعيب ، واما الصداق والخلع فمن عقود المعاوضة فيثبت للعاقدين فيه حق الرد بالعيب .
- أى فكان قياسهم الصداق والخلع على الهبة والارث فى عدم ثبوت الشفعة فيهما ، قياسا مع الفارق ، فيبطل به .
- ( ١٤ ) سقط الاسم الموصول ( من ) من نسخة (( ب )) .
- ( ١٥ ) وذلك فى العقد الفاسد .
- ( ١٦ ) كالغاصب ونحوه .
- ( ١٧ ) أى مع انه ليس بمتلف ولا صاحب يد على الثوب .
- أى فلم يكن اختصاص التقويم فيه على المتلف أو صاحب اليد ، مانعا من تقويمه على الشفيع اذا ملك به شقصا ، وما قيل فى الثوب هنا ، يقال فى الصداق أيضا ، فلا يمنع اختصاص الزوج بتقويم الصداق عليه ، من تقويمه على الشفيع اذا حصل تملك شقص بالصداق .

مشتري<sup>(١٨)</sup> ، ثم يستحق<sup>(١٩)</sup> على الشفيع لدفع الضرر<sup>(٢٠)</sup> ، وعلى أنه<sup>(٢١)</sup> لا يقوم على غير زوج ابتداء<sup>(٢٢)</sup> وها هنا<sup>(٢٢)</sup> يقوم عليه بناء<sup>(٢٣)</sup> ، وذلك<sup>(٢٤)</sup> لا يمتنع<sup>(٢٥)</sup> ، ولهم هذا نقول : لا يطالب غير الزوج بالمهر ابتداء<sup>(٢٦)</sup> ، ثم يطالب به الضامن بناء<sup>(٢٦)</sup> ، كذلك<sup>(٢٧)</sup> ها هنا .

( ١٨ ) فى الأصل ( الا على مشتري ) باثبات الياء ، والصواب حذفها لانها معلولة اعلال قاض . تقول : مررت بقاض ، فتحذف منه حرف العلة وهى الياء . وهى محذوفة منه فى نسخة ((ب)) كما أثبتناه . والمراد : أن الثمن لا يقوم على غير المشتري أى هذا هو الأصل فيه .

( ١٩ ) أى الثمن .

( ٢٠ ) أى فكما خرج عن الأصل فيه هنا ، خرج عن الأصل فيه أيضا هناك أعنى فى الصداق ، فقوم على غير الزوج وهو الشفيع لضرورة دفع الضرر عن الشريك .

( ٢١ ) أى ويحمل عدم تقويم البضع على غير الزوج على الابتداء ، أى هذا هو الأصل فيه .

( ٢٢ ) أى فى الشفعة فى الشقص المجهول صداقا للمرأة .

( ٢٣ ) سقط قوله ( بناء ) من نسخة ((ب)) والمراد بقوله ( بناء ) أى فى حال الضرورة ونحوها وهى دفع ضرر الغير للمالك فى الشقص .

( ٢٤ ) أى وحمله على ذلك المعنى .

( ٢٥ ) فى نسخة ((ب)) : لا يمتنع .

( ٢٦ ) فى نسخة ((ب)) : ثم يطالب به الضامن فى ثانى . / أى فى ثانى الحال وهو مالو ضمنه رجل للمرأة عن الزوج فانه يصير مطالبا به أيضا .

( ٢٧ ) أى فى الشفعة ، فنقول : لا يقوم الصداق الا على الزوج ، فاذا ملك بالصداق شقص ، فانه يقوم على غير الزوج وهو الشفيع للضرورة ، وهى دفع ضرر مشاركة الغير للمالك فى الشقص المشغوع فيه .

\* مسألة ( ٢٧٥ ) : الشفعة على قدر<sup>(١)</sup> الأنصبا<sup>(٢)</sup> في أحد القولين . ١٧٨ / ١٠ .  
وقال أبو حنيفة : على عدد الرؤوس .<sup>(٤)</sup>

لنا : هو أنه حق يستفاد بسبب الملك ، فوجب أن يتقسط حال الاشتراك  
على قدر الاملاء ، كالفلة والنتاج<sup>(٥)</sup> ، والدليل على الوصف<sup>(٦)</sup> أنه لا بد من

( ١ ) في نسخة (( ب )) : على عدد .

( ٢ ) كما لو كان الشركاء ثلاثة ، لا حدهم النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس ،  
فإذا باع صاحب السدس ، فحصلته بين شريكه على خمسة أسهم ، لصاحب  
النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان . وهكذا .

( ٣ ) هذا هو قوله في الجديد . وهو أصح القولين .

أنظر الأمل ج ٤ ص ٣ . الوجيز ج ١ ص ٢١٩ . فتح العزيز ج ١١ ص ٤٧٧ .  
المنهاج ص ٧٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٤ ص ٤٣٩ . كشف القناع ج ٤ ص ١٦٤ .  
وذكر في المغنى ج ٥ ص ٢٧٠ عن أحمد رواية ثانية أنها على عدد الرؤوس .  
وبه يقول المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٨٦ . الجواهر ج ٢ ص ١٦١ .  
شرح المنح ج ٣ ص ٦٠٢ .

( ٤ ) الهداية ج ٨ ص ٣٠٢ . التبيين ج ٥ ص ٢٤١ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٧٣ .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ١ ص ٣٢ .

( ٥ ) حيث يتقسطان على الشركاء بحسب حصصهم فيها .

بجامع ان كلا حق يستفاد بسبب الملك ، اما الاصل فالفلة والنتاج ، واما  
الفرع فالشفعة .

ولما كان حكم الاصل تقسيطه على قدر الحصص فيه ، كان حكم الفرع كذلك  
فتقسط الشفعة على الشركاء فيها بقدر حصصهم أيضا لذلك .

( ٦ ) وهو أن الشفعة حق يستفاد بسبب الملك .

وجود الملك<sup>(٧)</sup> ، ولأن الشفعة إنما جعلت لدفع الضرر على ما ذكرناه في شفعة الجار<sup>(٨)</sup> ، ومن زاد ماله<sup>(٩)</sup> زاد ضرره<sup>(١٠)</sup> ، فوجب أن يكون حقه أكثر<sup>(١١)</sup> .

قالوا : سبب الشفعة ملك الشقص لا قدره ، وقد استويا في السبب ، فلم يقدم أحدهما<sup>(١٢)</sup> ، كالابنين في الميراث<sup>(١٣)</sup> ، وكما لو ادعى رجلان ملكا واقام احدهما شاهدين والآخر أربعة<sup>(١٤)</sup> أو اعتق<sup>(١٥)</sup> أحد الشركاء<sup>(١٦)</sup> سدس العبد والاخر ثلاثة<sup>(١٧)</sup> .

(٧) أى للشفيع في المشفوع فيه ، بمعنى أنه لا بد أن يكون شريكا للبائع فيه .  
(٨) من أن ذلك يوجب احداثة مرافق جديدة ، كالبالوعة والبئر والرحى والممر ونحو ذلك . وأنظر المسألة رقم (٢٧٢) هامش (٢٦) وما بعده .

(٩) بزيادة حصصه في المال المشفوع فيه .

(١٠) أى بسبب بيع الشريك شقصه .

(١١) ليقول الضرر اللاحق به بسبب البيع .

(١٢) أى على شريكه في استحقاق الشفعة .

(١٣) حيث لا يقدم احدهما على الآخر فيه ، بزيادة نصيبه على نصيب أخيه .  
بجامع الاستواء في سبب الملك ، في كل من الأصل وهو الميراث ، والفرع وهو الشفعة .

ولما كان حكم الأصل استواء الابناء في نصيبهم من الارث ، كان حكم الفرع كذلك فيستوى الشركاء في الشفعة فتكون على عدد رؤوسهم أيضا لذلك .

(١٤) حيث لا يقدم من زاد عدد شهوده على الآخر في الاستحقاق .

(١٥) سقطت الهمزة في (أو) من نسخة ((ب)) . فهي فيها بالواو .

(١٦) أى في ملك العبد .

(١٧) بأن كانوا ثلاثة ، فاعتق صاحب السدس نصيبه وصاحب الثلث نصيبه

وهما موسران فيسرى العتق الى نصيب الثالث ، وعليهما قيمة نصيب الثالث بالسوية لاشتراكهما في ولاء العبد لهما بالعتق .

بجامع الاستواء في سبب الملك ، في كل من الأصل وهو مالو ادعى رجلان ملكا واقام احدهما شاهدين والاخر أربعة أو اعتق أحد الشركاء سدس =

قلنا : ينكسر بالغنمية ، سببها الحضور ، وقد استوى الفارس والراجل  
 فى الحضور ، ثم فضل الفارس (١٨) على الراجل (١٩) وتخالف (٢٠) الابنين ، فانهما  
 يستويان فى الجنة (٢١) وهما هنا (٢٢) يختلفان فى الملك (٢٣) فهو كالاخت من  
 الأب والأم (٢٤) والاخت من الأب (٢٥) والشهادة ليست بسبب للاستحقاق (٢٦)

---

= العبد والثانى ثلثه ، والفرع وهو مالو تفاوت الشركاء فى حصصهم من الشفعة .  
 ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار التفاوت فيه فى الاستحقاق كان حكم الفرع  
 كذلك فلا يعتبر تفاوتهم فى الانصاء فى حق الشفعة أيضا لذلك .

( ١٨ ) حيث استحق ثلاثة اسهم ، لقوة نكايته فى العدو وزيادة تعرضه للخطر .

( ١٩ ) حيث استحق سهما واحدا .

( ٢٠ ) أى الشفعة .

( ٢١ ) أى فاستويا فى الميراث .

( ٢٢ ) أى فى الشفعة .

( ٢٣ ) بتفاوت انصاءهم فى المال المشترك .

( ٢٤ ) وهى التى تسمى بالاخت الشقيقة .

( ٢٥ ) حيث يختلفان فى الميراث .

بجامع الاختلاف فى سبب الملك فى كل من الأصل وهو الاخت الشقيقة  
 والاخت لأب فى الميراث ، والفرع وهو الشركاء فى الشفعة .

ولما كان حكم الاصل اختلافهما فى الميراث ، كان حكم الفرع كذلك فيختلف  
 الشركاء فى حق الشفعة فتكون على عدد الانصاء أيضا لذلك .

( ٢٦ ) وانما هى كاشفة ومظهرة للحق .

أى ولذلك لم يراع فيها زيادة عدد الشهود .

وها هنا<sup>(٢٧)</sup> الملك سبب للاستحقاق<sup>(٢٨)</sup> ، وقد تفاوت فيه<sup>(٢٩)</sup> ، وأما العتق فهو  
 جناية<sup>(٣٠)</sup> واتلاف<sup>(٣١)</sup> والاتلاف<sup>(٣٢)</sup> بالسدس والثلث واحد ، وهذا<sup>(٣٣)</sup> يملك بمال ،  
 فوزانه ما يملكه صاحب الثلث<sup>(٣٥)</sup> والسدس يعتق صاحب النصف<sup>(٣٦)</sup> .

( ٢٧ ) أى فى الشفعة .

( ٢٨ ) فى نسخة ((ب)) : للاستحقاق . / وهو تعريف .

( ٢٩ ) أى فى تفاوتان فى حق الشفعة تبعاً لذلك .

أى وهذا فارق بين الأصل والفرع فيبطل به قياسهم المذكور .

( ٣٠ ) فى الأصل : فهو خيار واتلاف . / والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

( ٣١ ) أى لملك صاحبها المشارك لهما فى العبد ، لأن بعثتهما نصيبهما سرى

العتق على ملك الثالث وعتق قهراً عنه إذا كانا مؤسسين .

( ٣٢ ) فى نسخة ((ب)) : فهو جناية واتلاف ، فالسدس<sup>والسدس</sup> والثلث واحد . / أى فى

الاتلاف .

( ٣٣ ) أى ولذلك استويا فى تحمل نصيب الثالث .

( ٣٤ ) أى الشقص المشفوع فيه .

( ٣٥ ) فى نسخة ((ب)) : صاحب السدس والثلث .

( ٣٦ ) حيث لو اعتق صاحب النصف نصيبه فان لكل من صاحب الثلث والسدس

قيمة نصيبه على صاحب النصف باعتاقه نصيبه إذا كان مؤسراً ، فيرجع عليه

صاحب الثلث بقيمة ثلثه ، وصاحب السدس بقيمة سدسه ، فاختلفا فيما

يملكانه يرجوعهما على صاحب النصف ، لا اختلافهما فيما يملكانه من العبد .



\* مسألة ( ٢٧٦ ) : يأخذ الشفيع بالثمن الذى عقد به البيع . ( ١ ) ١٧٨ ش .

وقال أبو حنيفة : ان حط من الثمن شيء أخذ الشفيع بما بقى . ( ٢ )

لنا : هو انه تغيير للثمن بعد لزوم العقد ، فلا يثبت فى حق الشفيع كالزيادة ( ٣ ) ،

( ١ ) بمعنى : انطوا زاد البائع أو المشتري فى الثمن أو نقصا منه شيئا بعد تمام العقد ، فلا يلحق بالعقد ، بل يأخذه الشفيع بثمن العقد ، لأن الزيادة من المشتري بعد العقد هبة للبائع ، والنقص من البائع للمشتري ابراء من بعض الثمن ، وكلاهما لا تدخله الشفعة .

أنظر المسألة فى : المختصر ص ١٢٠ . الوجيز ج ١ ص ٢١٧ . المنهاج : ص ٣٧٠ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٤٥ . كشف القناع ج ٤ ص ١٧٧ . المغنى ج ٥ ص ٢٥٩ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٧٦ . الجواهر ج ٢ ص ١٥٨ . شرح المنح ج ٣ ص ٥٨٨ .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ١٠ ص ٣ .

( ٢ ) الهداية ج ٨ ص ٣١٨ . التبيين ج ٥ ص ٢٤٨ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٧٢ .

( ٣ ) من قوله " ( كالزيادة ) الى قوله الآتى ( كأرث العيب ) ساقط من نسخة

(( ب )) .

والمراد بالزيادة ، الزيادة على الثمن بعد تمام عقد البيع ولزومه ، حيث لا تلزم المشتري .

بجامع تغيير الثمن بعد لزوم العقد فى كل من الاصل وهو الزيادة على الثمن ، والفرع وهو الحط منه .

ولما كان حكم الاصل عدم لزومها للشفيع ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يثبت

الحط من الثمن فى حق الشفيع أيضا لذلك .

ولانه حط بعد لزوم البيع ، فأشبه حط الجميع . (٤)

قالوا : ما ارتفق به المشتري من الثمن لحق العقد في حق الشفيع ، كأرش العيب ، (٥) وما يأخذه صلحا عن العيب ، (٦) وما حط من الثمن في مدة المجلس . (٧)

(٤) حيث لا يلزم منه حط الثمن كله أيضا عن الشفيع .

بجامع الحط بعد لزوم العقد ، في كل من الأصل وهو حط جميع الثمن ، والفرع وهو حط بعضه .

ولما كان حكم الأصل عدم لزوم حطه عن الشفيع بحطه عن المشتري ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يلزم من حط بعضه عن المشتري حط ذلك البعض عن الشفيع أيضا لذلك .

(٥) حيث يستحق الشفيع أخذ المبيع بما جعل عليه العقد بعد حط أرش العيب عن المشتري .

(٦) حيث يلحق الشفيع أيضا ، فيأخذه مع حط ما تصالح عليه البائع والمشتري من الثمن بسبب العيب .

(٧) أى عندكم ، أعنى الشافعية . لأن الحنفية لا يقولون بخيار المجلس . أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٧ .

حيث يأخذ الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه البيع في ذلك المجلس بعد ما جرى حطه من الثمن في مدة المجلس أيضا .

والجامع في القياس المذكور هو أن ما ارتفق به المشتري من الثمن ، لحق العقد في حق الشفيع في كل من الأصل وهو أرش العيب ، وما يأخذه صلحا عن العيب وما حط من الثمن في مدة مجلس العقد ، والفرع وهو ما حط منه بعد العقد ، ، ولما كان حكم الأصل لحاق ذلك في حق الشفيع ، كان حكم الفرع كذلك فيلحق الحط من الثمن بعد العقد الشفيع أيضا لذلك .

قلنا : <sup>(٨)</sup> الارش <sup>(٩)</sup> فقد فى مقابلته جزء من المبيع ، فخرج عن أن يكون ثمنًا ، <sup>(١٠)</sup>  
والا براء <sup>(١١)</sup> تبرع لا يقابله مبيع ، <sup>(١٢)</sup> والصلح عن العيب <sup>(١٣)</sup> لا يجوز فى أحد الوجهين ، <sup>(١٤)</sup>  
وان جوز <sup>(١٥)</sup> لم يثبت فى حق الشفيع ، وان سلم <sup>(١٦)</sup> فالمعنى فيه <sup>(١٧)</sup> وفيها يحط فى

- 
- ( ٨ ) من قوله ( قلنا ) الى قوله ( لا يجوز فى أحد الوجهين ) ساقط من نسخة (( ب )) .
- ( ٩ ) أى ارش العيب فى المبيع ، وهو فرق ما بين ثمنه معيبا وغير معيب .
- ( ١٠ ) أى والشفعة انما هى فى الثمن ، وليس الارش منه ، فلم يستحقه الشفيع بالشفعة لذلك .
- أى وبه فلا يصح قياس حظ بعض الثمن عن المشتري بعد العقد على حظه بعضه بسبب العيب . فان الثمن بعد العقد ثمن لكل المبيع والثن بعد رد الارش للعيب ثمن لبعضه .
- ( ١١ ) وهو ما يتركه البائع للمشتري من الثمن .
- ( ١٢ ) أى فلا تثبت فيه الشفعة ، لأن سببها البيع ، ولا بيع فى حال الا براء .
- ( ١٣ ) أى فى المبيع .
- ( ١٤ ) لأنه متمكن من الفسخ بسببه . فلم يبق فيه للصلح حاجة .
- ( ١٥ ) بالبناء للمجهول ، أى وان قلنا بجواز الصلح عن العيب فى المبيع للمشتري فلا يثبت ذلك الصلح فى حق الشفيع .
- ( ١٦ ) أى بأن اثبتنا للشفيع حق الشفعة فيما صالح فيه البائع المشتري عن العيب فى المبيع .
- ( ١٧ ) فى نسخة (( ب )) : فلأن المعنى فيه .

المجلس ان العقد فيه معرض للفسخ <sup>(١٨)</sup> ، فصار كالأبراء في مدة الخيار <sup>(١٩)</sup> وهذا <sup>(٢٠)</sup>  
 حصل في حال لزوم العقد ، فلم يلحق بالعقد . <sup>(٢١)</sup>

قالوا : اذا حط البعض ، جعل العقد كالواقع على الباقي ، ولهذا اذا رد <sup>(٢٢)</sup>  
 بالعيب ، أو أقاله <sup>(٢٤)</sup> رجع بما بقي <sup>(٢٥)</sup> ، فكذلك في الشفعة . <sup>(٢٧)</sup>

( ١٨ ) أى لثبوت حق خيار المجلس فيه .

( ١٩ ) حيث يثبت للشفيع حق الشفعة بما بقى عليه العقد بعد الأبراء في مدة

الخيار لان العقد لم يلزم بعد حتى تنتهي مدة الخيار فيه .

بجامع تعرض العقد للفسخ في كل من الاصل وهو الأبراء في مدة الخيار

والفرع وهو الصلح عن العيب والحط عن المشتري في مدة المجلس .

ولما كان حكم الاصل الحاقه بعقد الشفيع ، كان حكم الفرع كذلك فيلحق

الحط فيه عقد الشفيع أيضا لذلك .

( ٢٠ ) أى الحط عن المشتري بعد تمام عقد البيع .

( ٢١ ) أى فلا يصح قياسه على خيار العيب ولا على ما يحط في مجلس العقد للفارق المذكور .

( ٢٢ ) أى المشتري . ( ٢٣ ) أى بعيب آخر اطلع عليه بعد اخذه ارش عيب قبله .

( ٢٤ ) أى البائع . أى بعد أخذ المشتري ارش عيب قد يم ظهر عليه المشتري فيما بعد .

( ٢٥ ) وهو الثمن الذي وقف عنده المبيع بعد أخذ المشتري ارش العيب فيه .

فلو كان قبل الرد بالعيب والاقالة بمائة درهم ، فأخذ المشتري ارش العيب

عشرة ، ثم ظهر فيه على عيب قد يم آخر فرد المبيع به ، رده بمائة وعشرة

وهو الثمن الذي بقى . وكذلك لو اقاله بعد أخذ المشتري ارش العيب

فان المشتري يرده على البائع ويأخذ ما وقف عليه بعد أخذ <sup>البيع</sup> الارش .

فدل على أن الثمن بعد الحط يرجع لما بقى .

( ٢٦ ) في الأصل : وكذلك . / وما أثبتناه من نسخة (( ب )) أولى لانه نتيجة

لما تقدم .

( ٢٧ ) أى فيأخذ الشفيع الشقص بما وقف على المشتري بعد الحط .

قلنا : الشفعة تخالف ما ذكره (٢٨) ، الا ترى أنه لو أبرأه (٢٩) من جميع الثمن لم يلحق بالعقد في حق الشفيع ، ولو أبرأه (٣٠) من الجميع لحق به في (٣٢) الرد بالعيب والاقالة ، (٣٣) حتى لا يرجع بشئ (٣٤) .

\* سألة ( ٢٧٧ ) : اذا أقر المشتري بأنه اشترى الشقص بألف ، ثم أقام البائع البينة انه باعه بالفين أخذ الشفيع بالألف (١) . ١٧٨/ ش.

( ٢٨ ) أى من القياس على الرد بالعيب والاقالة في رجوع المشتري على البائع بما بقي من الثمن بعد الاقالة والرد بالعيب .

( ٢٩ ) أى باع الشقص المشفوع فيه . لو أبرأ المشتري .

( ٣٠ ) فلا يأخذ الشفيع الشقص بلا ثمن ببراء البائع المشتري منه ، لأن ذلك مكرمة وهبة من البائع للمشتري ، فلا يلزم منه أن يأخذ الشفيع بلا ثمن أيضا .

( ٣١ ) أى لو أبرأ البائع المشتري .

( ٣٢ ) أى بالعقد .

( ٣٣ ) أى من البيع .

( ٣٤ ) أى فلا يبقى للبائع بعد ابرائه المشتري من جميع الثمن شئ من الثمن . أى فهذا فارق بين الاصل والفرع ، فيطل به قياسهم المذكور .

( ١ ) المختصر ص ١٢١ . فتح العزيز ج ١١ ص ٤٧١ والتي تليها . مغنى المحتاج :

ج ٢ ص ٣٠٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٤٧ . كشف القناع ج ٤ ص ١٨٠ :

المغنى ج ٥ ص ٢٦٨ .

وللمالكية فيه قولان ، قال ابن المواز بما ذهب اليه الشافعية ، وقال ابن

عبد الحكم واصبغ بما ذهب اليه الحنفية ، ولم ينص في المذهب على ترجيح

أحد القولين على الآخر .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٩٦ . الجواهر ج ٢ ص ١٦٤ . شرح المنح ج ٣ ص ٦١٧ .

وقال أبو حنيفة : يأخذ بألفين<sup>(٢)</sup> .  
لنا : هو أنه أقرب<sup>(٣)</sup> بأنه لا يستحق الزيادة<sup>(٤)</sup> ، فلم يأخذ أكثر من ذلك<sup>(٥)</sup> ، كما لو  
لم يقم<sup>(٦)</sup> البائع بالبينة<sup>(٧)</sup> .

- ( ٢ ) فى نسخة ((ب)) : بالألفين .  
ومحله: ما اذا اختلفا قبل القبض ، فيتخالفان ، ويترادان البيع ، ويأخذ  
الشفيع بما قال البائع ، لأن فسخ البيع لا يوجب سقوط حق الشفيع  
فى الشفعة ، فاذا نكل احدهما أعنى البائع أو المشتري أخذه الشفيع  
بقول من لم ينكل منهما سواء كان البائع أو المشتري .  
واما اذا اختلفا بعد القبض ، فان الشفيع يأخذه بقول المشتري وحده .  
أنظر : الهداية ج ٨ ص ٣١٧ . التبیین ج ٥ ص ٢٤٨ . مجمع الأنهر :  
ج ٢ ص ٤٧٧ .  
ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا ، فانه لا يرى للاقرار ولا للانكار  
معنى اذا اجتمع مع البينة ، بل يقضى بها وحدها . أنظر المحلى :  
ج ٩ ص ١٢١ كتاب الاقرار .  
( ٣ ) أى المشتري .  
( ٤ ) أى على الشفيع .  
( ٥ ) سقط اسم الاشارة ( ذلك ) من نسخة ((ب)) . / أى ما أقرب به وهو الألف .  
( ٦ ) فى نسخة ((ب)) : لم يعلم .  
( ٧ ) حيث يستحق الشفيع الشفعة بالألف .  
بجامع الاقرار بعدم استحقاق الزيادة ، فى كل من الاصل وهو مالو لم يقم  
البائع بالبينة ، والفرع وهو مالو اقامها على بيعه الشقص بالفين .  
ولما كان حكم الاصل عدم استحقاق المشتري أكثر من الألف على الشفيع ،  
كان حكم الفرع كذلك ، فلا يأخذ المشتري أكثر من الألف اذا اقام البائع  
البينة أيضا لذلك .

قالوا : قد ثبت الالفان بالقضاء<sup>(٨)</sup> ، فأشبهه اذا لم يقتر<sup>(٩)</sup> .  
 قلنا : قد ثبت ذلك<sup>(١٠)</sup> فى حق البائع دون حق الشفيع<sup>(١١)</sup> ، كما اذا أقر<sup>(١٢)</sup>  
 بحرية عبد غيره ثم اشتراه ، ثبت رقه فى حق البائع<sup>(١٣)</sup> ، دون المشتري<sup>(١٤)</sup> ، فكذلك  
 ها هنا<sup>(١٥)</sup> .

- 
- ( ٨ ) وذلك بالعمل بالبينة التى اقامها البائع .  
 ( ٩ ) أى المشتري بأنه اشتراه بألف .  
 حيث يجب على الشفيع أخذها بالألفين ، ولا يعتبر فيه قول المشتري .  
 بجامع ثبوته بالقضاء ، فى كل من الاصل وهو مالو لم يقر المشتري والفرع  
 وهو مالو أقر .  
 ولما كان حكم الاصل هو اعتبار بينة البائع ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر  
 بينة البائع دون اقرار المشتري أيضا لذلك .  
 ( ١٠ ) أى بالقضاء .  
 ( ١١ ) فقد ثبت حقه باقرار المشتري ، لأن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذى دفعه  
 المشتري ، وقد أقر المشتري بالألف .  
 ( ١٢ ) فى نسخة (( ب )) : كما لو أقر .  
 ( ١٣ ) أى فلا يسرى اقراره على البائع بل يبقى ملك البائع على العبد قائما .  
 ( ١٤ ) أى فيسرى اقراره على نفسه فيصح شراؤه العبد ويمتق<sup>عليه</sup> معامله لمباقراره .  
 ( ١٥ ) أى فى الشفعة ، فاذا أقر المشتري بأنه اشتراه بألف ، ثم ثبت للشريك  
 الشفعة فيه ، ثبت حق الشفيع فيه بألف ، ولا عبرة ببينة البائع .  
 أى فيسرى اقرار المشتري على نفسه ولا يسرى على البائع فيستحقه الشفيع  
 بما أقر به المشتري ، لانه اقر أنه لا يستحق على الشفيع أكثر من ألف فعومل  
 باقراره .

\* مسألة ( ٢٧٨ ) : اذا غرس المشتري أو بنى فى الشقص لم يجبره الشفيع

على القلع الا بضمان الارش<sup>(١)</sup> . ١٧٨ / ٠ ش .

وقال أبو حنيفة : يقلعه من غير ضمان<sup>(٢)</sup> .

لنا : قوله صلى الله عليه وسلم ( ليس لعرق<sup>(٣)</sup> ظالم<sup>(٤)</sup> حق )

( ١ ) الأم ج ٤ ص ٧ . المختصر ص ١٢٠ . الوجيز ج ١ ص ٢١٨ . القليوبي ج ٣ ص ٤٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٤٤ . كشف القناع ج ٤ ص ١٧٥ .

المغنى ج ٥ ص ٢٥٦ .

واليه ذهب المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٩٤ . الجواهر ج ٢ ص ١٦٣ .

شرح المنح ج ٣ ص ٦١٣ .

( ٢ ) خلافا لأبى يوسف فقد ذهب الى أنه لا يكلف بقلع ذلك ، بل يخير الشفيع بين

أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس ، وبين أن يترك .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٣٢٢ . التبيين ج ٥ ص ٢٥٠ .

ويقلعه من غير ضمان يقول ابن حزم أيضا : المحلى ج ١٠ ص ٢٠ .

( ٣ ) قال ابن حجر : قوله : لعرق ظالم ، هو بالتثوين ، وبه جزم الأزهري

وابن افرس وغيرهما ، وغلط - بتشديد اللام - الخطابي من رواه بالاضافة . أهـ

التلخيص ج ٣ ص ٥٤ تحت رقم / ١٢٧٠ .

ونقل أبو داود عن مالك فى تفسير معنى الحديث قوله : العرق الظالم كل

ما أخذ واحتفر وغرس بغير حق . أهـ سنن أبى داود ج ٣ ص ١٧٩ كتاب الامارة

باب فى احياء الموات ، رقم / ٣٠٧٨ .

( ٤ ) رواه أبو داود ج ٣ ص ١٧٨ كتاب الامارة ، باب فى احياء الموات ، رقم

الحديث / ٣٠٧٣ عن سعيد بن زيد مرفوعا : من احيى أرضا ميتة فهي له ،

وليس لعرق ظالم حق . أهـ .

ورواه الترمذى ج ٣ ص ٦٦٢ كتاب الأحكام ، باب ما ذكر فى احياء أرض الموات

رقم / ١٣٧٨ ثم قال : هذا حديث حسن غريب . أهـ .

قال ابن حجر فى التلخيص : وأعله الترمذى بالارسال . أهـ ج ٣ ص ٥٤ رقم / ١٢٧٠ =



ولأنه غراس غير متعدد به <sup>(٥)</sup> ، لم يشترط عليه قلعه ، ولم يجبر على قلعه على وجهه يلحقه ضرر <sup>(٧)</sup> ، كالمستعير <sup>(٨)</sup> ، والدليل على أنه غير متعدد أنه لو رآه القاضى لم يمنعه منه <sup>(٩)</sup> ، ولأن ما أنبته المشتري ، لم يقطع لحق الشفيع ، على وجه يلحقه ضرر <sup>(١٠)</sup> كالزراع .

= يشير الى قول الترمذى : وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم رسلاً . أهـ ج ٣ ص ٦٦٣ .

وهذا يعنى أن للحديث طريقين أحدهما مرفوع من طريق سعيد بن زيد وهو حسن غريب ، وثانيهما مرسل من طريق هشام بن عروة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه مالك أيضا عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً ،

ص ٢٩٥ باب احياء الأرض باذن الامام أو بغيره ، رقم ٨٣٣ . <sup>والشاهد فيه ما سيذكره</sup> (٥) لأنه تصرف فى ملك انتقل اليه بالشراء الصحيح .

(٦) فى نسخة ((ب)) : لم يشترط .

(٧) أى المشتري .

(٨) أى كما لو استعار شخص أرضا وغرس أو بنى فيها ، حيث لا يجبر على قلعه

بدون ضمان ، ومحلها إذا لم يذكر للاعارة مدة ولم يشترط عليه القلع .

والا قلع عليه ذلك ولا أرش له . أنظر شرح المحلى ج ٣ ص ٢٢ .

بجامع عدم التعدى به ، فى كل من الاصل وهو المستعير والفرع وهو المشتري .

ولما كان حكم الاصل ثبوت ضمان الارش للمستعير ، كان حكم الفرع كذلك

فيجب للمشتري ضمان الارش أيضا لذلك .

(٩) سقط قوله (منه) من نسخة ((ب)) . / أى من الغرس والبناء لأنه تصرف فى

حقه .

(١٠) حيث لا يجب قلعه على المشتري ان لحقه منه ضرر بل ينتظر به حتى الجذان

أو الحصاد ، أنظر قليوبى ج ٣ ص ٤٨ .

بجامع عدم تعدى المشتري فى كل من الاصل وهو مالو زرع ، والفرع وهو مالو

غرس أو بنى فى الشقص المبيع .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز قلع الزرع على وجه يلحقه فيه ضرر ، كان حكم =

قالوا : بنى فى حق الغير ، فقلع من غير ضمان ، كبناء الغاصب . ( ١١ )  
 قلنا : الغاصب منعه الشرع من البناء ، وهذا اذن له الشرع ، فلا ينقض  
 بالشرع ما اذن فيه الشرع ، ولأن الغاصب يقطع زرع ، ( ١٢ ) والمشتري لا يقطع زرع ، ( ١٤ )  
 ولأن ذاك ( ١٥ ) غرس فى ملك غيره بغير اذنه ، وهذا ( ١٦ ) غرس فى ملكه ،  
 وانما لغيره ( ١٧ ) فيه حق تملك ، فهو كما لو غرس فيما وهب له من يملك الرجوع  
 فى هبته ( ١٨ )

= الفرع كذلك فلا يجوز قلع ما بناه أو غرسه مشتري الشقص على وجه يلحقه به  
 الضرر أيضا لذلك .

أى فيجب له الارش للقلع .

( ١١ ) حيث يقطع عليه بغير ضمان لتعديده .

بجامع البناء فى حق الغير ، فى كل من الاصل وهو الغاصب والفرع وهو  
 مشتري الشقص ، ولما كان حكم الاصل عدم الضمان له فيه ، كان حكم  
 الفرع كذلك فلا يضمن للمشتري الارش أيضا لذلك .

( ١٢ ) أى فيما اذا بنى أو غرس مشتري الشقص المشفوع فيه .

( ١٣ ) للحد يث المذكور ( ليس لعرق ظالم حق ) .

أى فيقطع زرع عليه ولا ينتظر به الى الحصاد أو الجذان ، وان لحقه بذلك  
 ضرر ، لأن فعله غير مشروع أصلا .

( ١٤ ) أى بل ينتظر به الى الحصاد أو الجذان ، لأن فعله مشروع فى الأصل  
 ان هو زارع له فى أرض اشتراها من صاحبها .

وبناء على هذا الفرق ، فلا يصح قياس مشتري الشقص على الغاصب .

( ١٥ ) فى نسخة (( ب )) : ذلك . / والاشارة الى الغاصب .

( ١٦ ) أى مشتري الشقص .

( ١٧ ) فى نسخة (( ب )) : وانما فيه لغيره . / وهو الشفيع .

( ١٨ ) وهو الاب فى هبته لابنه ، وكذا سائر الاصول كالام والأجداد والجدات من  
 جهة الام والاب على المشهور ، والثانى : لارجوع لغير الأب . أنظر شرح

قالوا : تصرف من جهة المشتري في حق الشفيع، فنقض ، كالبيع. (١٩)  
 قلنا : هناك (٢٠) لو آخر (٢١) نقض (٢٢) ولو زرع لم ينقض. (٢٣) ولأن المعقود  
 تفسخ بأسباب ، والغراس لا ينقض الا بالعدوان ، ولأنه لا ضرر على المشتري في فسخ  
 البيع ، لأن أخذ (٢٤) الثمن من الشفيع والمشتري واحد ، وفي نقض البناء ضرر عليه. (٢٦)

= فمن له الرجوع يضمن للموهوب له ارش الغرس بالرجوع في الهبة .  
 بجامع الغرس في ملكه ، في كل من الاصل وهو مالو وهبه أبوه أرضا فغرس  
 فيها ، والفرع وهو مالو اشترى الشقص فغرس فيه .  
 ولما كان حكم الاصل ثبوت الضمان على الواهب بالرجوع في هبته اذا غرس  
 الموهوب له فيها غرسا ، كان حكم الفرع كذلك فيضمن الشفيع ارش البناء  
 والغرس اذا أخذ بالشفعة في الشقص المبيع أيضا لذلك .  
 (١٩) حيث لو باع مشتري الشقص ذلك الشقص لشخص ، لكان البيع باطلا .  
 بجامع التصرف في حق الغير بغير رضاه ، في كل من الاصل وهو مالو باع  
 المشتري الشقص المشفوع فيه ، والفرع وهو مالو غرس أو بنى فيه .  
 ولما كان حكم الاصل بطلان ذلك البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فينقض  
 غرسه وبنائه فيه بلا ضمان لا رشه أيضا لذلك .

(٢٠) أى فيما لو باع المشتري ذلك الشقص .

(٢١) أى لو آخر بيع الشقص الذى اشتراه الى مابعد طلب الشفيع بالشفعة .

(٢٢) أى البيع الذى عقده مشتري الشقص ، لتعلق حق الشفيع بالشقص ، وحقه  
 مقدم على حق المشتري لانه أسبق .

(٢٣) لما فيه من الضرر عليه .

(٢٤) فاعل الاخذ هو مشتري الشقص ، الذى صار باعنا ببيعه الشقص لشخص آخر .

(٢٥) لان الشفيع اذا أخذ الشقص أخذه بنفس الثمن الذى اشتراه به المشتري واذا  
 تركه الشفيع أخذ المشتري الذى باع الشقص لشخص أخذ نفس الثمن من الشخص

الذى اشتراه . فلا ضرر عليه في الحالين اذن .

(٢٦) لان فيه تغويتا لما بذله من مال وجهد في ذلك البناء ، فاستوجب ذلك بذل  
 الارش له . وبهذا الفارق يبطل قياسهم ببناء أو غرس المشتري في الشقص على بيعه  
 اياه .

قالوا : حق الشفيع اسبق ،<sup>(٢٧)</sup> فكان بالتقديم أحق ، كبناء الراهن .<sup>(٢٨)</sup>  
 قلنا : الرهن اسبق ، ثم نقدم الجناية عليه ،<sup>(٢٩)</sup> ثم التقديم انما يكون  
 عند تعذر الجمع ،<sup>(٣٠)</sup> ونحن نجتمع بينهما ،<sup>(٣١)</sup> والجمع بين الحقين أولى ،<sup>(٣٢)</sup>

---

( ٢٧ ) لما رواه مسلم ج ٣ ص ١٢٢٩ كتاب المساقاة ، باب الشفعة ، رقم ٣٤٤ عن  
 أبي الزبير عن جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة  
 في كل شركة لم تقسم ، ربعة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ،  
 فان شاء أخذ ، وان شاء ترك ، فاذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به . أهـ .

( ٢٨ ) حيث لو بنى الراهن في الأرض المرهونة لوجب نقض البناء من غير ارش .  
 بجامع اسبقية الحق في كل من الأصل وهو مالو بنى الراهن في الأرض المرهونة  
 والفرع وهو مالو بنى المشتري في الشقص قبل ترك الشفيع حقه فيها .

ولما كان حكم الأصل وجوب نقضه بلا ارش لحق المرتهن ، كان حكم الفرع  
 كذلك فيجب نقص ما بناه المشتري بلا ارش لحق الشفيع أيضا لذلك .

( ٢٩ ) أى فيما لو جنى الراهن على الرهن ، حيث لم نعتبر اسبقية الرهن  
 على الجناية فنسقط الضمان عن الراهن ، بل وجب عليه وان كانت متأخرة  
 عنه فصح أن الأسبقية غير معتبرة في الضمان أو عدمه .

( ٣٠ ) أى بين الحقين المتعارضين .

( ٣١ ) أى بين حق المشتري باعطائه ارش البناء والغرس ، وبين حق  
 الشفيع بنزع الشقص من المشتري وتسليمه له .

( ٣٢ ) أى من الحكم بالحق لا أحدهما وهو الشفيع هنا ، دون الآخر

وهو المشتري .

ويخالف (٣٣) الرهن ، فإنه (٣٤) محبوس بالدين ، ولهذا لا يملك (٣٥) بيعه ، وهذا (٣٦)  
 يملك بيعه ، فلم ينقض فرائضه من غير ضمان . (٣٨)

\* مسألة (٣٧٩) : إذا أضاف الولي عن شفعة الصبي ، والحظ في الأخذ ،  
 لم يصح العفو (١) ١٧٩/٠ .

(٣٣) فاعل المخالفة هو الفرع المقيس وهو المشتري إذا غرس أو بنى في الشقص  
 المشفوع فيه .

(٣٤) أي الرهن .

(٣٥) أي المرتهن .

(٣٦) أي مشتري الشقص .

(٣٧) لأنه ملكه ، فتصرفه فيه بالبيع والوقف والا جارة والهبة صحيح .  
 أنظر شرح المحلى ج ٣ ص ٤٧ والتي تليها .

(٣٨) لأنه تصرف في ملكه ، فإذا طالبه الشفيع فإن حقه في الشقص يثبت من  
 وقت المطالبة ، فيكون ما فعله المشتري قبلها من غرس ونحوه مضمونا على  
 الشفيع .

أي وهذا فارق بين الأصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(١) أي ويثبت للصغير الشفعة إذا بلغ .

أنظر : المختصر ص ١٢٠ . الأم ج ٤ ص ٨ . فتح العزيز ج ١٠ ص ٢٩٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٣٩ . كشف القناع ج ٤ ص ١٦١ .

المفنى ج ٣ ص ٢٥٣ والتي تليها

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٨٦ . الحواهر ج ٢ ص ١٦١ شرح

المنح ج ٣ ص ٦٠١ .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ١٠ ص ٢٥٠ .

(٢) وقال أبو حنيفة : يصح .

لنا : هو أنه حق لازم للمولى عليه في اسقاطه <sup>(٣)</sup> ضرر ، فلم يملك المولى اسقاطه  
 كالأبراء من الدين ، <sup>(٤)</sup> ولأنه <sup>(٥)</sup> خيار ثابت لدفع الضرر عن المال ، فلا يملك المولى <sup>(٦)</sup>  
 اسقاطه مع عدم الغبطة ، كخيار الرد بالعيب . <sup>(٧)</sup>

(٢) خلافاً لمحمد وزفر حيث اثبتا له الشفعة اذا بلغ .  
الهداية ج ٨ ص ٣٤٦ . التبیین ج ٥ ص ٢٦٣ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٨٧ .

( ٣ ) سقطت هاء الضمير في ( اسقاطه ) من نسخة ( ( ب ) ) . / أي ح — ح

( ٤ ) حيث لا يملك الولي ولا الوكيل ابراء المدين منه .  
بجامع ان في كل حق لازم للمولى عليه في اسقاطه ضرر ، اما الاصل فالابراء  
من الدين ، واما الفرع فاسقاط شفعة الصبي .  
ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الدين به عن المدين ، كان حكم الفرع  
كذلك فلا تسقط شفعة الصبي به أيضا لذلك .

( ٥ ) أى حق الشفعة .

( ٦ ) فى نسخة (( ب )) : المولى .

(٧) حيث لا يملك ولي الصبي تركه اذا اقتضاه حال المبيع .  
بجامع ثبوت الخيار لدفع الضرر عن المال في كل من الاصل وهو خيار  
الرد بالعيب ، والفرع وهو حق الصبي في الشفعة .  
ولما كان حكم الاصل عدم سقوطه باسقاط الولي ، كان حكم الفرع كذلك  
فلا يسقط حق شفعة الصبي بدفعه ذلك .

قالوا : من ملك المطالبة بالشفعة ، ملك العفو كالشفيع <sup>(٨)</sup> .  
 قلنا : ينكسر بالدين <sup>(٩)</sup> وسائر الحقوق <sup>(١٠)</sup> ، والشفيع مالك لاسقاط سائر حقوقه ،  
 فكذلك الشفعة ، والولى بخلافه <sup>(١١)</sup> .  
 قالوا : قد بقى فى ملكه <sup>(١٢)</sup> بازاء ما تركه <sup>(١٣)</sup> ، فصار كما لو عرضت <sup>(١٤)</sup> سلعة ،

- 
- ( ٨ ) حيث يملك اسقاط الشفعة اذا شاء .  
 بجامع ملك حق المطالبة بالشفعة ، فى كل من الأصل وهو الشفيع والفرع وهو الولى .  
 ولما كان حكم الاصل ملكه حق العفو عن الشفعة ، كان حكم الفرع كذلك فللولى حق اسقاط شفعة الصبي أيضا لذلك .  
 ( ٩ ) فى نسخة ((ب)) : فى سائر . / وهو تحريف .  
 ( ١٠ ) أى فان الولى لا يملك اسقاط دين الصبي ولا اسقاط شئ من سائر حقوقه مع أنه يملك المطالبة له بها . فبطل الوصف الذى ذكره .  
 ( ١١ ) حيث لا يملك اسقاط شئ من حقوق الصبي لأن تصرفه منوط بالمصلحة للصبي .  
 أى فبطل أن يقاس الولى على الشفيع فى جواز اسقاط حق شفعة الصبي للفارق المذكور .  
 ( ١٢ ) أى فى ملك الصبي ، أى من الفائدة .  
 ( ١٣ ) وهو ذلك الشقص غير المرغوب فيه .  
 بمعنى : أن الصبي قد استفاد بترك الشفعة فى ذلك الشقص ، بابقاء ما يقابل ذلك الشقص من المال ، فى ملك الصبي .  
 ( ١٤ ) فى الأصل ( كما لو غصب ) والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) . / والمراد : كما لو عرضت سلعة للبيع ورأى الولى انها غير صالحة فتركها مراعاة لحفظ الصبي .

فترك شراءها ، من <sup>(١٥)</sup> الحظ في أخذها .  
 قلنا : هناك <sup>(١٦)</sup> لم يثبت له حق ، وها هنا <sup>(١٧)</sup> ثبت له <sup>(١٨)</sup> حق لازم <sup>(١٩)</sup> ،  
 وفي تركه ضرر فلم يجز تركه . <sup>(٢٠)</sup>

\* مسألة ( ٢٨٠ ) : اذا لم يطلب الشفعة على الفور بطلت في أصح  
 الأقوال <sup>(١)</sup> / ١٧٩ ي .

( ١٥ ) من قوله ( من الحظ ) الى آخر المسألة ساقط من نسخة (( ب )) . / وهو  
 جار ومجرور متعلق بالمصدر ( ترك ) . أى فكان تركه لها عملاً بما هو  
 الأخط للصبي في ماله .

( ١٦ ) أى فى حال ترك شراء السلعة المعروضة اذا كان الحظ فى تركها .

( ١٧ ) أى فى حال بيع شريك الصبي نصيبه .

( ١٨ ) أى للصبي المولى عليه .

( ١٩ ) وهو الشفعة بسبب بيع شريك الصبي نصيبه . فهو حق قهرى لازم على  
 المشتري .

( ٢٠ ) لأن تصرف الولي على الصبي عنوط بالمصلحة ، وقد وجدت هنا فى  
 الأخذ بالشفعة فوجب عليه .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع يطل به قياسهم المذكور .

( ١ ) ذلك أن فيما تسقط به الشفعة ثلاثة أقوال عند الشافعية :

الأول : انه على الفور ، وهو الجديد والأصح من قول الشافعى ، وتحمل  
 الفورية على العادة .

الثانى : تبقى ثلاثة أيام .

الثالث : يتأبد فلا يطل الا بالابطال أو بدلالة الابطال .

أنظر: الوجيز ج ١ ص ٢٢٠ . المنهاج ص ٧٣ ، وزاد فى فتح العزيز :

ج ١ ص ٩١ قولين آخرين :



وقال أبو حنيفة : له أن يطلب ما دام في المجلس . ( ٢ )

= أحدهما : يمتد حق الشفعة مدة تسع للتأمل .  
 ثانيهما : يتأبد الى أن يصرح بالابطال .  
 ويسقوطها اذا لم تطلب على الفور يقول الحنابلة أيضا .  
 أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٣٦ . كشاف القناع ج ٤ ص ١٥٦ . وذكر  
 في المغنى ج ٥ ص ٢٤١ رواية أخرى أن الشفعة على التراخي . فيبقى حقه  
 فيها ما لم تمض مدة يعلم بها انه تارك لها . الا أن ابن حامد قيد المدة  
 بالمجلس كذهب الحنفية .

( ٢ ) هذا على رواية . والثانية انها على الفور فلو سكت ساعة بطلت ، وقيل :  
 بل حتى لو أخبر بكتاب عن بيع الشريك شقصه ، وكان الخبر في أول الكتاب  
 أو وسطه فأكمل قراءة الكتاب قبل طلب الشفعة بطل حقه فيها . وعلى  
 هذا عامة مشايخ المذهب وهو رواية عن محمد .  
 واذا طلب الشفعة فليشهد على ذلك لخوف التجاهد بعد ، وليس الاشهاد  
 بشرط فيها .

واعتبار المجلس هو اختيار الكرخي وبعض مشايخ بخارى . والفتوى انها على  
 الفور . أنظر : الهداية ج ٨ ص ٣٠٧ . التبيين ج ٥ ص ٢٤٢ . مجمع الأنهر :  
 ج ٢ ص ٤٧٤ .

ونذهب المالكية الى أنه اذا كان حاضرا عقد البيع وشهد عليه ، ثم سكت  
 مدة شهرين بعده سقط حقه ، وان لم يكن حاضرا وعلم بالبيع فاذا مضى عام  
 على البيع ولم يطلب الشفعة فيه ، بطل حقه فيها . فهي على التراخي عند هم .  
 ومحل بطلانها فيه : هو ما اذا لم يكن معذورا في عدم الطلب ، والا بقي حقه  
 الى زوال العذر ويضرب له بعده سنة أو شهرين على التفصيل السابق . كما  
 نص عليه الدسوقي في حاشيته ج ٣ ص ٤٨٥ .

لنا : قوله صلى الله عليه وسلم ( الشفعة لمن واثبها )<sup>(٣)</sup> وروى أنه قال :  
( الشفعة كنشطة العقال فان قيـدت والا فاللوم على تاركها )<sup>(٤)</sup>

= أنظر المسألة في : الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٨٤ . الجواهر ج ٢ ص ١٦٠ . شرح  
المنح ج ٣ ص ٥٩٨ .

ونذهب ابن حزم الى أنه يبقى على شفـعته ابدا ما لم يصرح بتركها :  
أنظر المحلى : ج ١٠ ص ١٦ .

( ٣ ) رواه عبد الرزاق في مصنفه ج ٨ ص ٨٣ ، باب الشفيع يأذن قبل البيع ،  
وكم وقتها . رقم / ١٤٤٠٥ عن الحسن بن عمار عن رجل عن شريح  
قال : انما الشفعة لمن واثبها ، - ثم قال عبد الرزاق - : وهو قول معمر - أهد  
قال فيه الزيلعي : غريب . . . وكذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي  
في كتاب غريب الحديث ، في باب كلام التابعين . أهد . النص ج ٤ ص ١٧٦ .  
وقال ابن حجر : لم أجده . أهد أي مرفوعا . الدراية ج ٢ ص ٢٠٣ . رقم / ٨٩٣  
وضعفه ابن حزم فقال : واما الشفعة لمن واثبها ، فما يحضرنا الآن ذكر  
اسنادها ، الا أنه جملة لا خير فيه . أهد

ثم رده أيضا من حيث المتن فقال : واما لفظ لمن واثبها ، فهو لفظ فاسد  
لا يحل أن يضاف مثله الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأن قول القائل :  
لمن واثبها ، موجب ان يلزمه الطلب مع البيع لا بعده ، لأن المواثبة فعل  
من فاعلين ، فوجب أن يكون طلبه مع البيع لا بعده ، لأن التأتى فى الوثب  
لا يسمى مواثبة . أهد . المحلى ج ١ ص ١٩ .

( ٤ ) هذا تشبيه للشفعة بالبعير اذا طلق من عقاله ، فى سرعة الفوات ان لم

يمقل . أنظر المصباح ج ٢ ص ٢٧٥ .

والحديث رواه ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٥ باب طلب الشفعة ، رقم / ٢٥٠٠ عن  
ابن عمر مرفوعا : الشفعة كحل العقال . أهد . وهذا اللفظ تفسير لرواية المؤلف  
المذكورة .

قال البوصيرى فى الزوائد على ابن ماجه فى نفس الصفحة : فى اسناده محمد =

ولأنه<sup>(٥)</sup> خيار وضع لدفع الضرر عن المال ، فلم يختص المجلس كالرد بالعيب .<sup>(٦)</sup>

= ابن عبد الرحمن بن البيلماني ، قال فيه ابن عدى : كل ما يرويه البيلماني ،  
فالبلاء فيه منه .

وإذا روى عنه محمد بن الحارث - كما في هذا الحديث - فهما ضعيفان .  
وقال - أي ابن عدى - : حدث عن أبيه نسخة كلها موضوعة ، لا يجوز الاحتجاج  
به ، ولا انكره إلا على وجه التعجب . أهـ .

وقال ابن حجر : رواه ابن ماجة والبزار وزاد : ولا شفعة لغائب واسناده  
ضعيف . أهـ البلوغ ص ١٦٥ وحكم فيه ابن حزم بالوضع ، ثم قال :  
وابن البيلماني ضعيف مطرح ، ومتفق على تركه . أهـ المحلى ج ١٠ ص ١٩٠ .  
وفى سنده أيضا محمد بن الحارث ، وقد ضعفه البخاري والنسائي وابن  
معين ،

قال ابن القطان : واعلم أن محمد بن الحارث هذا ضعيف جدا ، وهو  
أسوأ حالا من ابن البيلماني . أهـ . النصب ج ٤ ص ١٧٧ .

وعقد البيهقي بابا بعنوان : باب رواية الفاظ منكرا يذكرها بعض الفقهاء  
فى مسائل الشفعة ، وذكر منها هذا الحديث . ج ٦ ص ١٠٨ .

( ٥ ) أى حق الشفعة .

( ٦ ) حيث لا يختص بمجلس العقد ، بل يرد المبيع فور علم بالعيب .

بجامع ان كلا خيار وضع لدفع الضرر عن المال ، اما الاصل فالرد بالعيب  
وأما الفرع فالشفعة .

ولما كان حكم الأصل عدم اختصاصه بمجلس العقد ، كان حكم الفرع كذلك  
فلا يختص حق الشفعة بالمجلس الذى بلغه فيه خبر البيع أيضا لذلك .

ولأنه آخر طلبها من غير عذر ، فأشبهه إذا قام من المجلس . (٧)  
 قالوا : طلبها قبل القيام من المجلس واشتغاله بما يقطع حكمه ، فأشبهه (٨)  
 إذا طلبها على الفور . (٩)  
 قلنا : هناك لم يؤخر (١٠) الطلب ، وها هنا (١١) آخر من غير عذر فسقط . (١٢)

(٧) أى ولم يطلب الشفعة ، حيث لا يستحقها بعد .  
 بجامع تأخير الطلب من غير عذر فى كل من الأصل وهو مالو آخر طلب الشفعة  
 حتى قام من المجلس ، والفرع وهو مالو آخر الطلب وان بقى فى المجلس .  
 ولما كان حكم الأصل بطلان حقه فى الشفعة به ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل  
 حقه فى الشفعة وان لم يقم من المجلس أيضا لذلك .  
 (٨) أى حكم المجلس ، وهو ثبوت طلب الشفعة فيه .

(٩) حيث يثبت حقه فى الشفعة به .  
 بجامع الطلب قبل القيام من المجلس والانشغال بما يقطع حكمه ،  
 فى كل من الأصل وهو مالو طلبها على الفور ، والفرع وهو مالو طلبها  
 فى المجلس .  
 ولما كان حكم الأصل ثبوت حقه فى الشفعة به ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت  
 حقه فيها بطلبها فى المجلس أيضا لذلك .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : لم يوجد . / وهو تحريف .  
 (١١) أى طلبه الشفعة فى المجلس .  
 (١٢) لتفريطه فى المطالبة بحقه .  
 أى فبين الأصل والفرع فى قياسهم فارق ، فيبطل به قياسهم المذكور .

\* مسألة ( ٢٨١ ) : اذا اشهد على الشفعة ثم ترك<sup>(١)</sup> سقطت شفعتها . / ١٧٩ ى .  
وقال أبو حنيفة : لا يسقط<sup>(٣)</sup> .

( ١ ) أى أخر الأخذ بالشفعة بعد الاشهاد من غير عذر ، لأن تركها جملة  
لا خلاف فى سقوط الشفعة به .

( ٢ ) ومحلّه بالم يكن له عذر فى التأخير بعد الاشهاد .  
أنظر : الأم ج ٤ ص ٧ . المختصر ص ١٢٠ .

وهو قول المالكية : بلغة السالك ج ٢ ص ٢٣٣ . شرح المنح ج ٣ ص ٦٠٥ ،  
و ص ٦٠٧ . حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤٨٨ .

( ٣ ) وفاقا لأبى يوسف فى رواية عنه . وقال محمد وزفر : ان تركها بعد الاشهاد<sup>مكرر</sup>  
بطل حقه .

وهى الرواية الثانية عن أبى يوسف . وعنه رواية ثالثة ان أخر المطالبة  
فى مجلس من مجالس القاضى بطلت شفعتها . وعن محمد رواية أخرى  
انه قدرها بثلاثة أيام .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٣١٠ . التبيين ج ٥ ص ٢٤٤ . ونص فى مجموع  
الأنهر ج ٢ ص ٤٧٥ على أن الفتوى على قول الامام ، وقيل بل على قول  
محمد فى تحديد ها بشهر .

وبعدم سقوطها يقول الحنابلة أيضا : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٣٧ . كشف  
القناع ج ٤ ص ١٥٨ . وذكر فى المغنى ج ٥ ص ٢٤٧ عن القاضى رواية أنها  
تبطل .

وبعدم سقوطها يقول ابن حزم أيضا : المحلى ج ١٠ ص ١٦٠ .

- لنا : انه ترك الطلب من غير عذر ، فأشبه اذا لم يشهد . (٤)  
 قالوا : قد أثبت حقه ، فلا يسقط بعد ذلك ، كسائر الحقوق . (٥)  
 قلنا : سائر الحقوق لو تركها (٦) في الابتداء لم تسقط ، والشفعة تسقط . (٧)

- (٤) حيث يبطل حقه اذن .  
 بجامع ترك الطلب من غير عذر في كل من الأصل وهو مالو لم يشهد ، والفرع وهو مالو اشهد ثم ترك .  
 ولما كان حكم بطلان <sup>الأصل</sup> حقه في الشفعة به ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل حقه فيها اذا اشهد ثم ترك أيضا لذلك .
- (٥) حيث لا تسقط بعد الاشهاد عليها .  
 بجامع اثبات الحق بالاشهاد في كل من الأصل وهو سائر الحقوق ، والفرع وهو الشفعة .  
 ولما كان حكم الأصل عدم سقوطها بعد الاشهاد عليها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط حق الشفعة بعد الاشهاد عليه أيضا لذلك .
- (٦) أي آخر طلبها .
- (٧) لانها على الفور فتبطل بالتأخير .  
 وأيضا فان سائر الحقوق تثبت على القاعدة في رضا الطرفين بها ، وامّا الشفعة فتثبت على خلاف هذا الأصل ان للشفيع أخذها قهرا عن المشتري . فافترق الأصل والفرع في قياسهم المذكور فيبطل .

\* مسألة ( ٢٨٢ ) : اذا باع شريكان نصيبهما <sup>(١)</sup> جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما . ١٧٩/٠ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز . <sup>(٣)</sup>

لنا <sup>(٤)</sup> : انه اجتمع في أحد شرطى العقد اثنان ، فجاز للشفيع أن يأخذ

( ١ ) أى فى صفقه واحدة ، احتراز عما لو باع كل منهما نصيبه مستقلا عن صاحبه .

( ٢ ) أى فى أصح القولين وهو قوله فى القديم . فتح العزيز ج ١١ ص ٤٨٨ . المنهاج ص ٧٣ . المختصر ص ١٢١ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٤٠ . كشف القناع ج ٤ ص ١٦٧ . وذكر فى المغنى ج ٥ ص ٢٧٤ فى المذهب رواية أخرى أنه لا يملك ذلك .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ١٠ ص ٣١ .

( ٣ ) الهداية ج ٨ ص ٣٤٥ . التبيين ج ٥ ص ٢٦١ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٨٦ .

وقد اجاز زفر أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، كما فى حاشية الشلي ج ٥ ص ٢٦٢ فيما حكاه عنه الحسن بن زياد ، ونفى فى الدر المنقضى ج ٢ ص ٤٨٦ أيضا على خلاف زفر المذكور .

وبالمنع من التفريق يقول المالكية أيضا فى أصح القولين خلافا لاشهيب وسحنون واليه رجع ابن القاسم .

أنظر الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٨٩ . والتى تليها مع حاشية الدسوقي عليه . الجواهر ج ٢ ص ١٦٢ . شرح المنح ج ٣ ص ٦٠٧ .

( ٤ ) فى نسخة (( ب )) : لنا : هو اجتمع . الخ . / فسقطت كلمة ( انه )

وزيدت كلمة ( هو ) فيها .

حصة احدهما ، كما لو كان البائع واحدا والمشتري اثنين (٥) ، ولأنه يجوز  
رد نصيب أحدهما بالعيب (٧) فجاز افراده بالأخذ كما لو كانا (٨) في صفتين (٩)  
قالوا : تبعيض الصفقة على المشتري في الأخذ بالشفعة ، فأشبه اذا كان  
البائع (١٠) واحدا والمشتري واحدا (١١) .

- (٥) حيث يجوز للشئع أن يأخذ حصص احدهما دون الآخر .  
بجامع أنه قد اجتمع في أحد شطري العقد اثنان ، في كل من الاصل وهو  
مالوكان البائع واحدا والمشتري اثنان ، والفرع وهو مالوكان البائع  
اثنان والمشتري واحد ولما كان حكم الاصل جواز أن يبيع البائع المبيع  
لأحدهما دون الآخر ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز للشفيع أن يأخذ  
نصيب أحد البائعين دون الآخر أيضا لذلك .  
(٦) في نسخة ((ب)) فلأنه . / وهو تحريف .  
(٧) أى فيها اذا ظهر الشفيع على عيب فى شقص أحدهما بعد البيع .  
(٨) أى الشقصين المشفوع فيهما .  
(٩) حيث يجوز الأخذ باحدهما دون الأخرى .  
بجامع جواز رد نصيب احدهما بالعيب فى كل من الاصل وهو مالو باع الشريكان  
نصيبهما فى صفتين ، والفرع وهو مالو باعاه يصفقة واحدة .  
ولما كان حكم الاصل جواز أخذ احد النصيين بالشفعة دون الآخر كان  
حكم الفرع كذلك فيجوز أخذ نصيب أحد الشريكين أيضا لذلك .  
(١٠) فى نسخة ((ب)) : البيع . / وهو تحريف .  
(١١) حيث لا يجوز تفريق الصفقة عليه ، لما يلحقه به من الضرر .  
بجامع تبعيض الصفقة فى كل من الاصل وهو مالوكان بائع الشقص واحدا  
والمشتري واحدا . والفرع وهو مالوكان بائعه اثنان والمشتري واحدا .  
ولما كان حكم الاصل عدم الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز  
أخذ نصيب أحد الشريكين دون الآخر أيضا لذلك .



قلنا : ليس بتبعيض للصفقة ، فانهما صفقتان (١٢) عندنا . (١٣)

\* مسألة ( ٢٨٣ ) : ليس لرب المال الأخذ بالشفعة من المضارب . (١) ١٧٩/١ .  
وقال أبو حنيفة : له ذلك . (٢)

( ١٢ ) أى بمنزلة صفقتين ، واذ هما كذلك فللشفيع أخذهما معا أو أخذه  
احداهما دون الاخرى .

( ١٣ ) أى اعتبارا بتعدد البائعين ، فتعدد الصفقة بتعدد هما . وهذا  
نص الشافعى فى القديم ، وهو الأصح .  
والثانى : وهو نصه فى الجديد انه لا يجوز أخذ حصة أحد الشريكين بالشفعة  
لان المشتري ملك الكل بصفقة واحدة فلا يفرق ملكه عليه .  
أنظر : فتح العزيز ج ١١ ص ٤٨٨ .

( ١ ) وصورته : كما فى كشف القناع ج ٤ ص ١٨٤ : أن يكون لرب المال  
شقص فى دار فيشتري المضارب من مال المضاربة بقيتها ، فلا شفعة  
لرب المال على المضارب فيها ، لأن الملك لرب المال ، فلا يستحق  
الشفعة على نفسه .  
أنظر المسألة فى :

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٤٩ . كشف القناع ج ٤ ص ١٨٤ .  
وذكر فى المغنى ج ٥ ص ٢٥٥ وجهها آخر بجواز ذلك .

( ٢ ) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٨٤ . وهدر المتقى نفس الصفحة . المبسوط :  
ج ١٤ ص ١٥٦ .

ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة وكذا المالكية .

لنا : هو أن الملك له <sup>(٣)</sup> ، فلا يأخذه بالشفعة ، كما لو اشتراه وكيله <sup>(٤)</sup> ،  
ولأنه لو باع <sup>(٥)</sup> لم يأخذ منه رب المال بالشفعة ، فإذا اشترى لم يأخذ .  
قالوا : له <sup>(٦)</sup> حق في المال فأشبهه المكاتب <sup>(٧)</sup> .  
قلنا : المكاتب يتصرف لنفسه ، ولهذا لا يملك <sup>(٨)</sup> نزع المال من يده <sup>(٩)</sup> ،  
وهذا <sup>(١٠)</sup> يتصرف لرب المال فهو كالوكيل <sup>(١١)</sup> .

- ( ٣ ) أى لرب المال .  
( ٤ ) حيث لو كان الموكل شريكا في دار ، فاشترى وكيله شقفا منها ، فأنه  
لا يثبت للموكل حق الاخذ بالشفعة فيها ، لأن الشخص لا تثبت له الشفعة  
في مال نفسه .  
بجامع أن الملك له في كل من الأصل وهو مالوا اشتراه الوكيل ، والفرع  
وهو مالوا اشتراه المضارب .  
ولما كان حكم الاصل عدم جواز أخذ الموكل بالشفعة فيما اشتراه الوكيل ،  
كان حكم الفرع كذلك فلا يأخذ رب المال بالشفعة فيما اشتراه المضارب  
أيضا لذلك .  
( ٥ ) أى المضارب .  
( ٦ ) أى للمضارب .  
( ٧ ) حيث لو كان السيد شريكا في دار ، واشترى المكاتب نصيب أحد الشركاء  
فيها ، فإن للسيد الأخذ بالشفعة في الشقص الذي اشتراه المكاتب .  
بجامع أن لكل حق في المال ، أما الاصل فالمكاتب ، وأما الفرع فالمضارب .  
ولما كان حكم الاصل ثبوت حق الشفعة لسيد في ماله ، كان حكم الفرع  
كذلك فيثبت لرب المال حق الشفعة في مال المضارب أيضا لذلك .  
( ٨ ) أى السيد .  
( ٩ ) سقط قوله ( يده ) وواو العطف من نسخة (( ب )) .  
( ١٠ ) أى عامل المضاربة .  
( ١١ ) سقط قوله ( كالوكيل ) من نسخة (( ب )) .  
والجامع في القياس المذكور هو التصرف لرب المال في كل من الاصل وهو =

\* مسألة ( ٢٨٤ ) : لا يأخذ العامل من رب المال بالشفعة . ( ١ ) / ١٧٩ ش .  
 وقال أبو حنيفة : يأخذ . ( ٢ )  
 لنا : هو انه يتصرف له ، ( ٣ ) فأشبه الوكيل . ( ٤ )

= الوكيل ، والفرع وهو المضارب .

ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت حق الشفعة للموكل في مال الوكيل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت لرب المال حق الشفعة في مال المضارب أيضا لذلك .  
 والمقصود : اثبات ان بين الاصل والفرع فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور .

( ١ ) وصورة ذلك : كما في كشف القناع ج ٤ ص ١٨٤ : أن يكون لرب المال شقص في دار ، فيشتري المضارب من مال المضاربة بقيتها ، لأن الملك لرب المال ، فلا يستحق الشفعة على نفسه .  
 ومحل عدم ثبوت الشفعة له عليه ، هو ما اذا ظهر للمضارب ربح ، لانه يصير له بالربح جزء من مال المضاربة ، فلا تثبت على نفسه .  
 انظر المسألة في :

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٤٩ . كشف القناع ج ٤ ص ١٨٤ .  
 وذكر في المغنى ج ٥ ص ٢٥٥ ، وجها آخر انه يأخذ بالشفعة .

( ٢ ) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٨٤ . المبسوط ج ١٤ ص ١٥٦ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة وكذا المالكية .

( ٣ ) أي لرب مال المضاربة . أي فلم يجز له الأخذ بالشفعة لنفسه .

( ٤ ) أي وكيل رب المال ، حيث لو اشترى بمال موكله بقية دار للموكل فيها شقص ، فلا يثبت للوكيل فيها حق الشفعة لأن الملك لرب المال ، فلا يستحق الشفعة على نفسه .

بجامع ان التصرف لرب المال ، في كل من الاصل وهو الوكيل والفرع وهو المضارب .

قالوا : للعامل حق (٥) ، فأشبهه الأجنبي (٦) .  
 قلنا : المرتهن (٧) والمستأجر لهما حق (٨) ولا يملكان بذلك شفعة (٩) .

= ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت حق الشفعة للوكيل في مال الموكل ،  
 كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت للمضارب حق الشفعة في مال رب المال  
 أيضا لذلك .

(٥) أى فيما ينض من مال المضاربة ، وهو الربح ، فكان كالمالك في حق الشفعة .

(٦) أى عن مال المضاربة ، حيث يثبت للعامل حق الشفعة ، اذا كان  
 شريكا مع الأجنبي عن مال المضاربة ، فى الشقص المشفوع فيه .

بجامع ان للعامل حقا فيه ، اما الاصل فهو شقص الأجنبي عن مال  
 المضاربة اذا كان شريكا مع المضارب فى الشقص ، واما الفرع فهو  
 مال المضاربة .

ولما كان حكم الاصل انه يثبت للمضارب حق الشفعة فى شقص الأجنبي  
 عن مال المضاربة ، اذا كان شريكا فى المقار ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت  
 للمضارب حق الشفعة فى مال المضاربة أيضا لذلك .

(٧)

له حق فى مال

(٨) أى فى المال المرهون والمستأجر . وذلك الى استيفاء الدين فى الأول  
 والمنفعة المعقود عليها فى الثانى .

(٩) أى فيما لو باع المرتهن العين المرهونة للوفاء من ثمنها ، وفيما لو باع  
 المؤجر العين المؤجرة ، أى مع أن لهما حقا فيها ، أى وبه يطل  
 اعتبار حق العامل فى مال المضاربة علة فى ثبوت حق الشفعة له فيه ، لعدم  
 اضطرادها فى المستأجر والمرتهن .

\* مسألة ( ٢٨٥ ) : ليس للشفيع أن يأخذ الشقص <sup>(١)</sup> من يد البائع بل يجبر <sup>(٢)</sup> المشتري على القبض ، ثم يأخذ <sup>(٣)</sup> منه <sup>(٤)</sup> ١٧٩/٠ ش .  
وقال أبو حنيفة : يجوز أن يأخذ <sup>(٥)</sup> من يد البائع <sup>(٦)</sup> .

لنا : هو ان الشفعة تستحق على المشتري ، والدليل عليه : انه حق  
ثبت لغير المتبايعين <sup>(٧)</sup> شرعا بعد البيع ، فوجب أن يكون مستحقا على المشتري ،

( ١ ) فى الاصل ( الشفعة ) : وهو تحريف من الناسخ .

( ٢ ) أى يجبره الحاكم ، وذلك فى حال امتناعه عن قبض الشقص بقصده  
منع الشفيع من الوصول اليه .

( ٣ ) أى ثم يأخذ الشفيع الشقص من المشتري .

( ٤ ) أنظر المسألة فى : فتح العزيز ج ١١ ص ٤٤٤ . القليوبي ج ٣ ص ٤٥ .  
وذكر المصنف فى المذهب ج ١ ص ٣٨٢ وجها آخر انه يجوز له أخذه  
من البائع وهو اختيار ابن سريج كما فى المجموع ج ١٣ ص ٤٠٧ . ومقدم  
الجواز يقول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٤٨ . كشف القناع :  
ج ٤ ص ١٨٢ . وهو الرواية الثانية ذكرها فى المغنى ج ٥ ص ٢٣٩ عن  
القاضى ، الا أن قياس المذهب جواز أخذ الشقص من البائع ، كما ذكر  
ذلك ابن قدامة وفاقا لأبى حنيفة .

( ٥ ) فى نسخة (( ب )) : يأخذه .

( ٦ ) ومحل جوازه : هو ما اذا كان المبيع فى يد البائع .

الهداية ج ٨ ص ٣١٢ . التبيين ج ٥ ص ٢٤٥ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٧٦ .  
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة وكذا المالكية .

( ٧ ) وهو الشفيع .

كعق الولد<sup>(٨)</sup> ، واذا ثبت هذا لم يجوز أن يؤخذ من يد البائع ، لانه يفوت التسليم المستحق<sup>(٩)</sup> فيبطل البيع<sup>(١٠)</sup> وتبطل الشفعة<sup>(١١)</sup>.

قالوا : الشفعة تثبت برغبة البائع عن الشقص ، لا بملك المشتري ، والدليل عليه : أنه لو أنكر المشتري الشراء<sup>(١٢)</sup> أو أقاله<sup>(١٣)</sup> البائع ثبتت الشفعة ، وان لم يوجد الملك ، وهذه الرغبة موجودة قبل القبض<sup>(١٤)</sup>.

قلنا : بل تثبت<sup>(١٥)</sup> بملك<sup>(١٦)</sup> المشتري ، بدليل انه لو قال : بعثك ولم يقبل لم تثبت. وأما اذا أنكر فان عند<sup>(١٧)</sup> أبي العباس<sup>(١٨)</sup> لا تثبت الشفعة ،

(٨) أى فيما اذا اعتق السيد الام وهى حامل ، فولدت ، فان الولد يكون حرا تبعا لاه .

(٩) أى تسليم الشقص ، المبيع للمشتري .

(١٠) لانعدام القبض فيه .

(١١) لأن البيع سببها ، فاذا بطل البيع وهو السبب ، بطلت الشفعة لانها مسببة عنه .

(١٢) بان قال : لم املك هذا الشقص بالشراء بل بالارث .

(١٣) فى الاصل : اذا قاله . / وهو تحريف .

(١٤) أى قبل قبض المشتري للشقص من البائع .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : ثبت .

(١٦) فى الاصل ( لملك ) وهو تحريف .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : فعند .

(١٨) هو ابن سريح ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١٠٣) هامش (٥٢) .

وخرج المزني<sup>(١٩)</sup> انها تثبت<sup>(٢٠)</sup> لان ملك المشتري ثبت باقراره<sup>(٢١)</sup> ، واذا أقال<sup>(٢٢)</sup>  
فسخ الشفيع الاقالة<sup>(٢٣)</sup> ، واعاد المبيع الى ملك المشتري<sup>(٢٤)</sup> ، وهاهنا اذا قبض<sup>(٢٥)</sup>  
من البائع انفسخ البيع<sup>(٢٧)</sup> ، فيزول سبب الشفعة<sup>(٢٨)</sup> ولا يجوز أخذ الشفعة مع  
زوال السبب.<sup>(٢٩)</sup>

( ١٩ ) هو اسماعيل بن يحيى المزني المصري ، أبو ابراهيم ، كان معظما بين  
أصحاب الشافعي ورعا زاهدا ، قال فيه الشافعي : لو نظر الشيطان  
لغلبه . أه . صنف في المذهب الشافعي كتبا ، منها : المبسوط ،  
والمختصر ، والمنثور ، والوسائل ، والوثائق ، ثم أصبح مستقل المذهب ،  
فصنف كتابا مفردا على مذهبه هو ، لا على مذهب الشافعي ، توفي  
سنة أربع وستين ومائتين ، وصلى عليه الربيع المرادي ودفن بالقرافة  
بقرب قبر الشافعي . أنظر طبقات ابن هداية الله ص ٢٠ .

( ٢٠ ) أنظر فتح العزيز ج ١١ ص ٤٧٤ .

( ٢١ ) أي بأنه ملكه بوجه آخر غير البيع . فالمقصود لثبوت الشفعة حصول الملك  
وقد أقربه .

( ٢٢ ) في الاصل ( واذا قاله ) بدون همزة الاقالة . / وفاعل الاقالة هو البائع  
والضمير للمشتري .

( ٢٣ ) لأن الشفعة قد ثبتت له بعقد البيع ، فلا تسقط بالاقالة منه .

( ٢٤ ) ليتمكن من الأخذ بالشفعة .

( ٢٥ ) أي في حال قبض الشفيع من البائع .

( ٢٦ ) أي الشفيع .

( ٢٧ ) لعدم وجود القبض من المشتري للشفيع المبيع . أنظر القليوبي ج ٣ ص ٤٥ .

( ٢٨ ) وهو عقد البيع ، لانفساخه بعدم القبض .

( ٢٩ ) لانها تستحق على المشتري قهرا عنه ، فلا تثبت للشفيع من غير عقد

شرعي صحيح .

انتهى المجلد الثالث ويليه الرابع وأوليه :

\* كتاب احياء الموات \*