



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

تذكرة الفقهاء

تأليف

الشيخ الامير الخليل

الحسين بن سعيد بن الحسين

الطبرستان سنة ٧٢٦ هـ

المجلد ١٤

مطبع

مكتبة دار الكتب العلمية بيروت لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تذكره الفقهاء

كاتب:

حسن بن يوسف بن مطهر علامه حلي

نشرت في الطباعة:

مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لآحياء التراث

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
29	تذكره الفقهاء المجلد 14
29	اشارة
29	اشارة
33	تمة كتاب الديون و توابعها
33	المقصد الثالث: في التفليس
33	اشارة
33	الفصل الأول: المفلس من ذهب خيار ماله و بقي دونه، و صار ماله فلوساً زيوفاً
33	اشارة
34	مسألة 258: إذا حجر الحاكم عليه، ثبت حكمان:
35	مسألة 259: إذا مات المفلس و وجد البائع عين ماله،
38	مسألة 260: المنع من التصرف يفتقر إلي حكم الحاكم بالحجر إجماعاً،
41	الفصل الثاني: في شرائط الحجر عليه
41	اشارة
41	مسألة 261: من شرائط الحجر قصور أموال المدين عن الديون،
41	اشارة
42	فروع:
42	أ - لا فرق عندنا في المنع من الحجر مع وفاء ماله بديونه بين أن تظهر عليه أمارات الفليس
42	ب - إذا كان ماله بقي بديونه، لم يُحجر عليه إجماعاً،
42	ج - إذا رفع الغرماء الغريم إلي الحاكم و سألوه الحجر عليه، لم يُجْهِم إلي ذلك حتي تثبت عنده الديون و قصور أمواله،
43	د - معوضات الديون و الأعيان التي أئمانها عليه تقوم من جملة أمواله
43	ه - قد قلنا: إنه إذا كان في أمواله وفاء لديونه، لم يُحجر عليه.
43	و - لو لم يكن له مالٌ البتة، ففي جواز الحجر عليه إشكال
43	مسألة 262: من شرائط الحجر ثبوت الدَّين عند الحاكم؛

- 44 مسألة 263: ومن الشرائط كونُ الديون حالةً،
- 45 مسألة 264: إنَّما يقسَّم الحاكمُ أمواله علي الديون الحالة خاصةً علي ما اخترناه من عدم حلول المؤجَّلة،
- 46 مسألة 265: لو اشترى بعد الحجر عليه أمتعةً بأثمان مؤجَّلة أو حالة، دخلت في البيع في قضاء الديون،
- 47 مسألة 266: قد ذكرنا أنَّه يشترط كون الديون زائدةً علي قدر ماله،
- 48 مسألة 267: يشترط في الحجر التماسُ الغرماء من الحاكم ذلك،
- 48 إشارة ..
- 49 فروع:
- 49 أ - لو كان الدَّيْن للغائب، لم يحجر عليه الحاكم؛
- 49 ب - لو التمس بعضُ الغرماء الحجرَ دون بعضٍ، فإن كانت ديون الملتزمين قدرًا يجوز الحجر بها، حُجر عليه لذلك القدر،
- 49 ج - لو لم يلمس أحد من الغرماء الحجرَ فالتمسه المفلس، فالأقرب عندي: جواز الحجر عليه؛
- 51 الفصل الثالث: في أحكام الحجر ..
- 51 إشارة ..
- 51 البحث الأول: في منعه من التصرف.
- 51 مسألة 268: يستحبُّ للحاكمُ الإعلامُ بالحجر، و النداء علي المفلس،
- 52 مسألة 269: كلُّ تصرفٍ للمفلس غير مصادفٍ للمال فإنه لا يُمنع منه؛
- 52 مسألة 270: لو صادف تصرفه عينَ مالٍ بالاتلاف إمَّا بمعاوضةٍ كالبيع والإجارة، أو بغير معاوضةٍ كالهبة والعق و الكتابة،
- 53 مسألة 271: إن قلنا بطلان التصرفات، فلا بحث.
- 54 مسألة 272: إذا قلنا بأنَّه تنفذ تصرفاته بعد الحجر، وجب تأخير ما تصرف فيه،
- 55 مسألة 273: تصرفاته الواردة علي ما في الذمَّة صحيحة،
- 56 مسألة 274: لو باعه عبدًا بثمن في ذمَّته بشرط الإعتاق،
- 56 مسألة 275: لو أقرَّ بدَّيْنٍ، فإنَّما أن يكون قد أقرَّ بدَّيْنٍ لزمه ..
- 57 مسألة 276: لو أقرَّ بدَّيْنٍ لاحقٍ بعد الحجر وأسنده إلي ما بعد الحجر،
- 58 مسألة 277: لو أقرَّ المفلس بعين من الأعيان - التي في يده - لرجلٍ
- 59 مسألة 278: لو أقرَّ بما يوجب القصاص عليه أو الحدَّ، قُبِل،
- 60 مسألة 279: لو ادَّعي رجل علي المفلس مالاً لزمه قبل الحجر فأنكر المفلس،

- 60 مسألة 280: لا خلاف في أن الحجر يتعلّق بالمال الموجود للمفلس حالة الحجر،
- 61 مسألة 281: إذا لم يثبت للبايع الرجوع في المبيع علي المفلس المحجور، فهل يزاحم الغرماء بالثمن؟ الأقرب: المنع؛
- 62 مسألة 282: أقسام ديون المفلس، الثابتة بعد الحجر ثلاثة:
- 62 أ: ما لزم باختيار مستحقّه،
- 62 ب: ما لزم بغير اختيار المستحقّ،
- 62 ج: ما يتجدّد بسبب منونات المال،
- 63 مسألة 283: شرطنا في التصرف - الذي يُمنع المفلس منه - كونه مبتدأً،
- 64 مسألة 284: لو تبايعا بخيار ففلساً أو أحدهما، لم يبطل خيار المفلس،
- 65 مسألة 285: لو جُني علي المفلس أو علي مملوكه أو علي موزّته جنابة، فإن كانت خطأً وجب المال،
- 66 مسألة 286: للمفلس المحجور عليه الدعوي؛
- 66 اشارة -
- 69 فروع:
- 69 أ - لو حلف بعض الغرماء - عند القائلين به - دون بعض، استحقّ الحالفون بالقسط،
- 69 ب - ليس لمن امتنع من اليمين من الغرماء - إن جوزنا لهم الحلف - مشاركة الحالف،
- 69 ج - لو حلف الغرماء ثمّ أبرعوا عن ديونهم، فالمحلول عليه يُحتمل أن يكون للمفلس؛
- 69 مسألة 287: الدّين إن كان حالاً أو حلّ بعد الأجل و أراد المديون السفر، كان لصاحب الدّين منعه من السفر حتي يقبض حقّه،
- 70 مسألة 288: ولا فرق بين أن يكون الأجل قليلاً أو كثيراً،
- 71 مسألة 289: الهبة من الأدنى للأعلى لا تقتضي الثواب؛
- 72 مسألة 290: قد بيّنا أنّه لو أقرّ بعين، دُفعت إلي المقرّ له علي إشكال،
- 73 البحث الثاني: في بيع ماله وقسمته،
- 73 مسألة 291: كلّ من امتنع من قضاء دّين عليه مع قدرته وتمكّنه منه و امتنع من بيع ماله فإنّ علي الحاكم أن يلزمه بأدائه
- 75 مسألة 292: إذا حجر الحاكم علي المفلس، استحَبّ له المبادرة إلي بيع ماله وقسمته؛
- 75 مسألة 293: وينبغي للحاكم أن يبدأ ببيع المرهون و صرف الثمن إلي المرتهن؛
- 76 مسألة 294: ويقدم بيع ما يخاف عليه الفساد كالقواكه وشبهها؛
- 76 مسألة 295: ينبغي للحاكم أن يقول للمفلس و الغرماء: ارتضوا منّ ينادي علي الأمتعة و الأموال؛

- 76 إشارة -
- 77 تذنيب: ينبغي أن يرزق المنادي من بيت المال،
- 77 مسألة 296: ينبغي أن يُباع كلّ متاع في موضع سوقه،
- 78 مسألة 297: ويجب أن يبيع المتاع بثمن مثله حالاً من نقد البلد،
- 79 مسألة 298: لا يدفع السلعة إلى المشتري حتى يقبض الثمن؛ حراسةً لِمال المفلِس عن التلف.
- 80 مسألة 299: إذا لم يوجد المقترض، أودعه الحاكم عند الثقة، ولا يشترط فيه اليسار، بل إن حصل كان أولي.
- 81 مسألة 300: إذا ثبت الدين عند الحاكم وطلب أربابها القسمة عليهم، لم يكلفهم الحاكم إقامة البيعة.
- 82 مسألة 301: إذا قسّم الحاكم مالَ المفلِس بين غرمانه ثمّ ظهر غريمٌ آخر، احتُمِل عدم نقض القسمة،
- 83 مسألة 302: لو قسّم الغريمان المالَ - وهو خمسة عشر، ولأحدهما عشرون، ولاآخر عشرة - أثلاثاً، فأخذ صاحبُ العشرين عشرةً،
- 84 مسألة 303: إذا باع المفلِس شيئاً من ماله قبل الحجر و تلف الثمن في يده باتلافه
- 84 مسألة 304: يجب علي الحاكم أن يُتفق علي المفلِس إلي يوم الفراغ من بيع ماله و قسمته،
- 85 مسألة 305: لا يُباع علي المفلِس مسكنه و لا خادمه و لا فرس ركوبه،
- 86 مسألة 306: يجب علي الحاكم أن يترك له دُنْتُ ثوبٍ يليق بحاله و قميص و سراويل و مندبل و مكعّب.
- 87 مسألة 307: يجوز أن يترك له نفقة يوم القسمة،
- 87 مسألة 308: لو مات، كُفّن من ماله؛
- 88 مسألة 309: لا يؤمر المفلِس بتحصيل ما ليس بحاصلٍ له
- 91 مسألة 310: لو كانت له أمٌ ولدٍ أو ضيعةٌ موقوفة عليه، ففي وجوب مؤاجرتهما نظر:
- 91 مسألة 311: إذا قسّم الحاكم مالَ المفلِس بين الغرمان، انفكّ حجره،
- 92 مسألة 312: لو اتفق الغرمان علي رفع الحجر عنه، فالأقوي رفعه؛
- 94 البحث الثالث: في حسبه.
- 94 مسألة 313: مَنْ وجب عليه دَيْنٌ حالٌ فطُوبى به و لم يؤدّه، نظر الحاكم فإن كان في يده مالٌ ظاهر،
- 95 مسألة 314: إذا ثبت إعسار المديون عند الحاكم بالبيعة أو بإقرار الغريم، لم يجز حسبه و لا ملازمته،
- 95 مسألة 315: إذا كان للمديون مالٌ، أمره الحاكم ببيعه و إيفاء الدَّين من ثمنه مع مطالبة أربابها،
- 97 مسألة 316: إذا ادّعي المديون الإعسار و كان أصل الدعوي مالاً،
- 99 مسألة 317: تُسمع بيعة الإعسار في الحال.

- 100 مسألة 318: إذا أقام مدّعي الإعسار البيّنة، شرط فيها أن يكونوا من أهل الخيرة الباطنة
- 101 مسألة 319: صورة الشهادة بالإعسار يجب أن تكون علي الإثبات المتضمّن للنفي،
- 102 مسألة 320: قد بيّنّا أنّه يُقبل قوله في الإعسار إذا لم يُعرف له سابقة مال،
- 102 مسألة 321: إذا ادّعي الإعسار و أقام البيّنة عليه، لم يكن للغرماء مطالبته باليمين مع البيّنة علي ما تقدّم
- 103 مسألة 322: لو ثبت الإعسار، خلاه الحاكم علي ما تقدّم
- 104 مسألة 323: لو ادّعي الغرماء بعد فكّ الحجر أنّه قد استفاد مالاً، كان القولُ قولَه مع اليمين وعدم البيّنة؛
- 105 مسألة 324: لو ثبت للولد علي والده مالٌ وكان الأب معسراً، لم تحلّ مطالبته.
- 106 مسألة 325: لو استوّج المديون إجارة متعلّقة بعينه ووجب حسبه، ففي منع الإجارة المتعلّقة بعينه نظر
- 107 البحث الرابع: في الاختصاص.
- 107 مسألة 326: من أفلس و حجر عليه الحاكم و كان من جملة ماله عينٌ اشتراها من غيره و لم يُقبضه الثمن فوجدتها بانعها، كان بالخيار
- 110 مسألة 327: وهذا الخيار يثبت للبايع و المُقرض و الواهب بشرط الثواب.
- 111 مسألة 328: لا يفتقر هذا الخيار إلي إذن الحاكم،
- 111 مسألة 329: الفسخ قد يحصل بالقول، كما ينعقد البيع به.
- 112 النظر الأول: في العوض.
- 112 إشارة
- 112 مسألة 330: لو كانت أمواله وافيةً بالديون، لم يجز الحجر عندنا،
- 113 مسألة 331: لو ترك الغرماء لصاحب السلعة الثمن لتركها، قال الشيخ رحمه الله: لم يلزمه القبول،
- 114 مسألة 332: إذا أوجبتنا عليه أخذ ما بذله الغرماء من مالهم
- 115 مسألة 333: لو مات المشتري المفلس، لم يزل الحجر عن المال، بل يتأكّد،
- 116 مسألة 334: لو امتنع المشتري من تسليم الثمن مع يساره، أو هرب أو مات و هو مليٌّ
- 116 مسألة 335: لو باع السلعة وضمن المشتري ضامنٌ بالثمن،
- 116 إشارة
- 117 تذييب: لو أُعير من
- 117 مسألة 336: لو انقطع جنس الثمن، فإن جوزنا الاعتياص عنه إذا كان في الذمّة و الاستبدال، فلا تعدّر في استيفاء عوضٍ عنه، و لم يكن للبايع فسخ البيع.
- 117 النظر الثاني: في المعاوضة.

- 117 اشارة
- 118 مسألة 337: لو باعه جاريةً بعددٍ و تقايضا ثم أفلس مشتري الجارية
- 119 مسألة 338: قد بيّنّا اشتراط التمحصّ للمعاوضة فيها،
- 120 مسألة 339: إذا أفلس المُسَلِّم إليه قبل توفية مال السَلِّم، فأقسامه ثلاثة:
- 120 أ: أن يكون رأس المال باقياً بحاله،
- 120 ب: أن يكون بعض رأس المال باقياً وبعضه تالفاً،
- 120 ج: أن يكون رأس المال تالفاً،
- 122 مسألة 340: لو قُوِّم المُسَلِّم فيه فكانت قيمته - مثلاً - عشرين،
- 123 مسألة 341: إذا ضرب الغرماء علي قدر عوس أموالهم وأخذ المُسَلِّم مما خصّه قدرأ من المُسَلِّم فيه
- 123 مسألة 342: الإجارة نوعان:
- 123 القسم الأول في إفلاس المستأجر
- 123 النوع الأول: ما تعلق بالأعيان،
- 128 النوع الثاني: الإجارة الواردة علي الذمّة.
- 129 القسم الثاني: في إفلاس المؤجر.
- 129 اشارة
- 129 النوع الأول: في إجارة العين.
- 131 النوع الثاني: الإجارة الواردة علي الذمّة.
- 133 النظر الثالث: في المعوض.
- 133 مسألة 347: يُشترط في المعوض - وهو المبيع مثلاً - ليرجع إليه مع إفلاس المشتري شيئان:
- 134 مسألة 348: لو خرجت العين عن ملك المشتري ببيع أو هبة أو عتق أو وقف، فهو كما لو هلكت.
- 135 مسألة 349: لو رهن المشتري العين، لم يكن للبايع الرجوع؛ لتقدّم حقّ المرتهن.
- 135 اشارة
- 136 تذييب: لو كاتب العبد كتاباً مطلقاً، لم يكن للبايع الرجوع في العين؛
- 136 مسألة 350: قد بيّنّا أنّه يشترط للرجوع في العين في المعوض أمران:
- 136 اشارة

- 137 القسم الأول: أن يكون التغيّر بالنقصان، وهو قسمان: -
- 137 إشارة -
- 137 القسم الأول: نقصان الصفة. -
- 140 القسم الثاني: نقصان العين. -
- 148 القسم الثاني التغيّر بالزيادة -
- 148 إشارة -
- 148 أحدها: الزيادة المتّصلة من كلّ وجهٍ، -
- 150 القسم الثاني: الزيادة المنفصلة من كلّ وجهٍ، -
- 153 القسم الثالث: الزيادات المتّصلة من وجه دون وجه. -
- 155 مسألة 363: لو كان المبيع نخلاً، فلا يخلو إما أن يكون عليها ثمرة حال البيع، أو لا، -
- 159 مسألة 364: قد يبئنا أنّه إذا باع النخل ولا حمل له -
- 163 مسألة 365: لو كان المبيع أرضاً، فإن كانت بيضاء، كان له الرجوع عند الإفلاس بها. -
- 165 مسألة 366: لو باع أرضاً وفيها بذر مودع، فإن باعها مطلقاً، لم يدخل البذر في البيع؛ لأنّه مودع فيها. -
- 166 مسألة 367: لو كانت الثمرة مؤبّرةً حال البيع وشرطها في البيع، كانت جزءاً من المبيع -
- 166 إشارة -
- 168 تذييلان: -
- 168 أ: إذا اعتبرنا في الثمار أقلّ القيمتين، فلو كانتا متساويتين لكن وقع بينهما نقصان، -
- 169 ب: إن اعتبرنا في الأشجار أكثر القيمتين، فلو كانت قيمة الشجرة يوم العقد مائة وخمسين، -
- 169 مسألة 368: قد ذكرنا أولاً أنّ الزيادة إما أن تكون حاصلّةً لا من خارجٍ، -
- 173 مسألة 369: لو أراد البائع الرجوع في الأرض وحدها وإبقاء الغراس و البناء للمفلس والغرماء، أُجيب إلي ذلك، -
- 176 مسألة 370: لو اشتري من رجل أرضاً فارغة واشتري من آخر غرساً وغرسه في تلك الأرض ثمّ أفلس، كان لصاحب الأرض الرجوع فيها، -
- 177 مسألة 371: قد ذكرنا حكم الزيادة من خارجٍ، القابلة للتميّز، و بقي ما لا يقبله، -
- 177 إشارة -
- 177 أ: أن يكون الممتزجان متماثلين ليس أحدهما أجود من الآخر، -
- 178 ب: أن يمزجه المشتري بأردأ منه. -

- ج: أن يمتزج 180
- تذنيبان: 182
- أ: إذا قلنا: الخلط يُلحق المبيع بالمنقود 182
- ب: لو كان المخلوط من غير جنس المبيع كالزيت والشيرج، فهو فاقد عين ماله، 182
- مسألة 372: قد ذكرنا من أقسام النوع الثاني من الزيادات قسمًا واحدًا، 182
- مسألة 373: لو اشترى دقيقاً فخبزه، أو لحمًا فشواه، أو شاةً فذبحها، 185
- إشارة 185
- تذنيبان: 187
- أ: إذا استأجره للقصار أو الطحن فعمل الأجير عمله، كان له حبس الثوب والدقيق لاستيفاء الأجرة 187
- ب: إذا تمّ القصار والطحان العمل وتلف الثوب والطحين في يده، 187
- مسألة 374: قد ذكرنا حكم الزيادة إذا كانت صفةً محضة، و بقي ما إذا كانت الزيادة عيناً من وجهٍ و صفةً من وجهٍ. 187
- مسألة 375: لو اشترى ثوباً من زيد و صبغاً منه أيضاً ثم صبغه و فُلس بعد ذلك، فللبائع فسخ البيع 190
- مسألة 376: لو اشترى الثوب من واحدٍ بأربعة هي قيمته و الصبغ من آخر بدرهمين هُما قيمته، 191
- مسألة 377: لو اشترى صبغاً فصبغ به ثوباً له ثم أفلس، 191
- إشارة 191
- تذنيب: لو صبغ المشتري الثوب و فُلس و رجع البائع في عين الثوب و أراد قلع الصبغ عند الإمكان 192
- مسألة 378: لو اشترى ثوباً و استأجر قصاراً يقصره و لم يدفع إليه أجرته و فُلس، فللأجير المضاربة بالأجرة مع الغرماء. 192
- مسألة 379: لو أخفي المديون بعض ماله و قصر الظاهر عن الديون فحجر الحاكم عليه 195
- البحث الخامس: في اللواحق. 196
- مسألة 380: الأقرب عندي أن العين لو زادت قيمتها لزيادة السعر، لم يكن للبائع الرجوع فيها؛ 196
- مسألة 381: لو أقر الغرماء بأن المفلس أعتق عبداً قبل فلسه، 196
- مسألة 382: إذا قبض البائع الثمن و أفلس المشتري ثم وجد البائع بالثمن عيباً، كان له الردُّ بالعيب، و الرجوع في العين. 198
- مسألة 383: لو باعه سلعةً فوهنها المشتري قبل إيفاء الثمن ثم أفلس المشتري، لم يكن للبائع الرجوع في العين؛ 199
- إشارة 199
- تذنيب: لو رهنه المشتري عند البائع علي الثمن ثم أفلس المشتري، تخير البائع بين فسخ البيع للإفلاس، 201

- مسألة 384: لو باع عبداً فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية بريقته، فللبائع الرجوع؛ 202
- مسألة 385: لو كان المبيع شقياً مشفوعاً، فالشفع أحق من البائع إذا أفلس المشتري؛ 202
- مسألة 386: لو باع صيداً فأفلس المشتري وكان البائع حلالاً في الحرم والصيد في الحل، فللبائع الرجوع فيه؛ 203
- مسألة 387: لو اشتري طعاماً نسيئاً ونظر إليه وقلبه وقال: أبيضه غداً، فمات البائع وعليه دين، فالطعام للمشتري، 204
- مسألة 388: رجوع البائع في المبيع فسحاً للبيع لا يفترق إلي شروط البيع، 204
- مسألة 389: لو كان عليه ديون حالةً وموجلةً، فقد قلنا: إنَّ الموجلة لا تحلَّ بالحجر عليه، 205
- مسألة 390: قد ذكرنا أنَّ المفلس محجور عليه في التصرفات المالية، 205
- مسألة 391: لو جني المفلس بعد الحجر جنايةً أوجبت مالاً، شارك المجني عليه الغرماء؛ 206
- مسألة 392: قد بينا أنه لا يجوز أن يباع علي المفلس مسكنه ولا خادمه إن كان من أهله، 206
- مسألة 393: لا يجب علي المفلس التكسب، وقد تقدّم 208
- مسألة 394: لو اشتري حباً فزرعه واشتري ماءً فسقاه فبنت ثم أفلس 208
- مسألة 395: إذا باع أمين الحاكم عيناً للمفلس، فتلف الثمن في يده 208
- مسألة 396: قد بينا أنه إذا ظهر غريمٌ آخر، نقض الحاكم القسمة، أو يرجع علي كلِّ واحدٍ بحصّةٍ يقتضيها الحساب. 210
- المقصد الرابع: في الحجر 212
- إشارة 212
- الفصل الأوّل: الصغير 214
- إشارة 214
- مسألة 397: الحجر بالصبا يزول بزوال الصبا، وهو البلوغ. وله أسباب: 214
- البحث الأوّل: الإنبات. 215
- إشارة 215
- مسألة 398: نبات هذا الشعر دليلٌ علي البلوغ في حقّ المسلمين والكفّار، 216
- مسألة 399: ولا اعتبار بشعر الإبط عندنا. 218
- البحث الثاني: في الاحتلام. 219
- مسألة 400: الاحتلام - وهو خروج المنى، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد - بلوغٌ في الرجل والمرأة. 219
- مسألة 401: ولا فرق في إفادة خروج المنى البلوغ بين الرجال والنساء كما في الشعر، عند عامة أهل العلم. 219

- 220 مسألة 402: الحلم هو خروج المنى من الذكر أو قُبِل المرأة مطلقاً،
- 221 مسألة 403: الخثني المشكل إذا خرج المنى من أحد فرجيه، لم يُحكم ببلوغه؛
- 221 إشارة .
- 224 تذييب: إذا خرج المنى من الذكر والحَيْض من الفرج، فقد بيَّنا أنَّهما تعارضا في الحكم بالذكر أو بالأُنوثة،
- 224 البحث الثالث: في السنّ.
- 224 مسألة 404: السنّ عندنا دليل علي البلوغ - و به قال جماهير العامة،
- 226 مسألة 405: الذكر و المرأة مختلفان في السنّ،
- 226 إشارة .
- 227 تذييب: لا يحصل البلوغ بنفس الطعن في السنّ الخامسة عشر إذا لم يستكملها؛
- 227 البحث الرابع: في الحيض و الحبل.
- 227 مسألة 406: الحيض في وقت الإمكان دليل البلوغ، و لا نعلم فيه خلافاً.
- 228 مسألة 407: الحبل دليل البلوغ؛
- 230 الفصل الثاني: الجنون
- 230 الفصل الثالث: السفه
- 230 إشارة .
- 230 البحث الأوّل: في الحجر عليه.
- 230 مسألة 408: قال الله تعالى: «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا»
- 234 مسألة 409: لو بلغ الصبي غير رشيد، لم يُدفع إليه ماله و إن صار شيخاً و طعن في السنّ،
- 236 مسألة 410: هذا المحجور عليه للسفه قبل بلوغه خمساً و عشرين سنة و بعد بلوغه بالاحتلام لا ينفذ تصرفه البتّة في شيء،
- 237 مسألة 411: لو بلغ و صرف أمواله في وجه الخير
- 238 مسألة 412: المرأة - كالذكر - إذا بلغت و علّم رشدها، زال الحجر عنها،
- 239 مسألة 413: إذا بلغت المرأة رشيدةً، صحّ تصرفها في مالها،
- 242 مسألة 414: قد بيَّنا أنّ للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير من المأكول و المأدوم بشرط عدم الإضرار،
- 245 مسألة 415: إذا بلغ الصبي لم يدفع إليه ماله إلاّ بعد العلم برشده،
- 246 مسألة 416: إذا بلغ رشيداً و زال الحجر عنه ثمّ صار مبدراً و عاد إلي السفه، حُجر عليه ثانياً،

- 248 مسألة 417: إذا عاد مبدراً مضيئاً لماله بعد رشده و دفع المال إليه، فإنه يُحجر عليه، و يؤخذ المال منه، كما تقدّم.
- 249 مسألة 418: إذا قلنا بمذهب الشيخ رحمه الله: أنّ الرشد عبارة عن العدالة و صلاح المال
- 250 مسألة 419: السفية إذا زال تبذيره أو فسقه، فكّ الحاكم الحجرَ عنه،
- 250 إشارة
- 252 فروع:
- 252 أ - ذهب بعض الشافعية إلى أنّ عود مجرد الفسق أو مجرد التبذير لا أثر له في الحجر،
- 252 ب - لو كان يُعجن في بعض التصرفات خاصةً، فالأولي الحجر عليه في ذلك النوع خاصةً؛
- 252 ج - الشحيح علي نفسه جدّاً مع اليسار لا يُحجر عليه؛
- 253 البحث الثاني: في الاختبار.
- 253 مسألة 420: يجب اختبار الصبي قبل فكّ الحجر عنه،
- 253 إشارة
- 253 تذييب: لا تكفي المرة الواحدة في الاختبار،
- 254 مسألة 421: وقت الاختبار قبل البلوغ
- 254 إشارة
- 255 تذييب: إن قلنا: إنّه يدفع إليه المال للاختبار فتلف في يده،
- 255 البحث الثالث: في فائدة الحجر علي السفية،
- 255 مسألة 422: السفية إذا حجر عليه الحاكم، مُنع من التصرف في ماله،
- 256 مسألة 423: إذا باع السفية بعد الحجر عليه و أقبض، استردّ المتاع من المشتري،
- 257 مسألة 424: يستحبّ للحاكم إذا حجر علي السفية أن يشهر حاله،
- 258 مسألة 425: و حكم الصبي و المجنون كما قلنا في السفية في وجوب الضمان عليهما
- 258 مسألة 426: لو أذن الوليّ للسفيه في التصرف، فإن أطلق، كان لغواً.
- 259 مسألة 427: لو أقرّ السفية بما يوجب قصاصاً أو حدّاً أو تعزيراً
- 260 مسألة 428: إذا أقرّ السفية بما يوجب القصاص فعفا المقرّ له علي مالٍ، لم يثبت عندنا؛
- 260 مسألة 429: لو أقرّ السفية بنسبٍ صحيح، صحّ، و ثبت النسب؛
- 261 مسألة 430: إذا أقرّ السفية بدينٍ أو بما يوجب المال - كجنابة الخطأ و شبه العمد و إتلاف المال و غصبه - لم يُقبل إقراره به؛

- مسألة 431: إذا أقرّ السفية بالمال و قد كان حجر عليه الحاكم، 262
- مسألة 432: هذا حكم تكليفنا في الظاهر، أمّا حكمه فيما بينه وبين الله تعالى 263
- إشارة 263
- تذنب: لو ادّعي عليه شخص بدينٍ معاملةٍ لزمه قبل الحجر، فأقام عليه البيّنة، سُمعت، و حُكم عليه بمقتضى الشهادة. 263
- مسألة 433: إذا طلق السفية، نفذ طلاقه، سواء طلق قبل الحجر عليه أو بعده 263
- مسألة 434: يصحّ الخلع من السفية؛ 264
- مسألة 435: قد بيّنّا أنّ عتق السفية غير نافذ؛ 265
- مسألة 436: الأفوي أنّه لا يصحّ منه عقد النكاح مستقلاًّ 266
- مسألة 437: لا يصحّ تدبير السفية و لا وصيته بالتبرعات؛ 266
- مسألة 438: حكم السفية في العبادات حكم الرشيد، 267
- الفصل الرابع: في المتولّي لمال الطفل و المجنون و السفية 270
- مسألة 439: قد بيّنّا أنّه ليس للصغير التصرف في شيء ما من الأشياء قبل بلوغه خمس عشرة سنة في الذكر و تسع سنين في الأنثى، 270
- إشارة 270
- تذنب: قال أبو حنيفة: لو تصرف الصبي المميّز بالبيع و الشراء و شبههما، صحّ تصرفه، 271
- مسألة 440: يثبت الرشد عند الحاكم بشهادة رجلين عدلين في الرجال، و في النساء أيضاً؛ 272
- مسألة 441: الولاية في مال المجنون و الطفل للأب و الجدّ له و إن علا، 272
- مسألة 442: الولاية في مال السفية للحاكم، 273
- الفصل الخامس: في كفيّة التصرف 274
- مسألة 443: الضابط في تصرف المتولّي لأموال اليتامي و المجانين اعتبار الغبطة، 274
- مسألة 444: وإذا تجرّ لهم ينبغي أن يتجرّ في المواضع الآمنة، و لا يدفعه إلاّ لأمين، و لا يغزّر بماله. 275
- مسألة 445: و يشترط في التاجر بمال اليتيم أن يكون وليّاً 275
- مسألة 446: و يجوز لوليّ اليتيم إضاع ماله، و هو دفعه إليّ من يتجرّ به، و الربح كلّه لليتيم؛ 276
- مسألة 447: لا يجوز بيع عقار الصبي لغير حاجة؛ 277
- مسألة 448: يجوز للوليّ عن الطفل أو 278
- مسألة 449: إذا باع الأب أو الجدّ عقار الصبي أو المجنون و ذكر أنّه للحاجة، و رفع الأمر إليّ الحاكم، جاز له أن يسجّل عليّ البيع، 279

- 280 مسألة 450: وهل للوصيِّ والأمين بيع مال الطفل والمجنون من نفسه وبيع مال نفسه منه ؟
- 281 مسألة 451: وأما قرض مال الطفل والمجنون فإنه غير جائز ..
- 283 مسألة 452: لو أخذ إنسان من وليِّ اليتيم مالاً وتصرّف في بعضه بغير إذنه ثم أيسر بعد ذلك، كان عليه ردّ المال إلى الوليِّ ..
- 284 مسألة 453: ومن كان عنده مالٌ لأيتامٍ فهلك الأيتام قبل دفع المال إليهم فيصالحه وارثهم علي البعض، حلّ له ذلك، ..
- 284 مسألة 454: يجب علي الوليِّ الإنفاق علي من يليه بالمعروف، ..
- 285 مسألة 455: لما نزل قوله تعالى: «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا» ..
- 287 مسألة 456: إذا بلغ الصبي رشيداً، زالت ولاية الوصيِّ وغيره عنه، ..
- 288 مسألة 457: قال بعض ..
- 289 مسألة 458: ليس للوليِّ أن يعتق عبد الطفل والمجنون مجاناً؛ ..
- 290 مسألة 459: وللوليِّ أن يهب مال الطفل بشرط الثواب مع المصلحة ..
- 291 مسألة 460: ليس للوليِّ أن يطلق زوجة الصبي لا مجاناً ولا بعوضٍ؛ ..
- 291 مسألة 461: لا يجوز أن يشتري الوصيُّ أضحية و يضحّي بها عن اليتيم، ..
- 293 مسألة 462: ويجب علي الوليِّ أن يخرج من ماله الحقوق الواجبة في ماله، ..
- 293 مسألة 463: لا يجوز لغير الوليِّ والحاكم إقراض مال الصغير؛ ..
- 294 مسألة 464: قال الله تعالى: «وَإِتَّأَمُوا الْيَتَامَى» ..
- 298 مسألة 465: للوصي الاستتابة فيما لا يقدر علي مباشرته إجمالاً، ..
- 299 مسألة 466: يجوز لأمين الحاكم أن يبيع علي الحاكم مال اليتيم في موضع جواز البيع، ..
- 299 مسألة 467: إذا تجرّ الولي بمال الطفل نظراً له وشفقةً عليه فربح، كان الربح للطفل والخسران علي الطفل أيضاً؛ ..
- 301 مسألة 468: لو كانت مصلحة اليتيم في بيع عقاره، جاز للوصي بيعه ..
- 302 مسألة 469: حكم وصيِّ وصيِّ الأب حكم وصيِّ الأب، ..
- 304 مسألة 470: للوصي أن يستقرض مال اليتيم مع ملاءته، كالأب؛ ..
- 305 مسألة 471: إذا كانت التركة في يد الوارث وظهر دُيْنٌ، طُوب الوارث. ..
- 306 مسألة 472: قال الشيخ: إن كان لليتيم علي إنسان مالٌ، جاز لوليِّه أن يصالحه علي شيء يراه صلاحاً في الحال، ..
- 309 المقصد الخامس: في الضمان ..
- 309 إشارة ..

309	الفصل الأول: في ضمان المال
309	إشارة
309	البحث الأول: في ماهية الضمان ومشروعيته وأركانه.
309	إشارة
310	مسألة 473: والضمان ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.
313	البحث الثاني: في أركان الضمان.
313	إشارة
313	النظر الأول: في صيغة الضمان.
313	مسألة 474: لا بدّ في الضمان من صيغة تدلّ علي الالتزام،
314	مسألة 475: لا يكفي في الضمان الكتابة مع القدرة،
314	مسألة 476: يشترط في الضمان التجيز،
316	مسألة 477: إذا قال له: إذا بعث عبدك من فلان بألف فأنا ضامن للثمن، فباعه بألف، لم يصح الضمان عندنا؛
317	مسألة 478: لو ضمن الدّين الحالّ حالاً أو أطلق، لزمه الدّين حالاً.
317	إشارة
318	تذنيب: لو كان الدّين مؤجّلاً إلي شهر فضمنه مؤجّلاً إلي شهرين، فهو كما لو ضمن الحالّ مؤجّلاً.
319	مسألة 479: لو كان الدّين مؤجّلاً فضمنه الضامن حالاً و التزم التبرّع بالتعجيل، صحّ الضمان عندنا،
319	إشارة
320	تذنيب: لو ضمن المؤجّل إلي شهرين مؤجّلاً إلي شهر، فهو كما لو ضمن المؤجّل حالاً.
320	آخر
320	مسألة 480: لو ضمن رجل عن غيره ألفاً و شرط المضمون له أن يدفع إليه الضامن أو المضمون عنه كلّ شهر درهماً لا يحسبه من مال الضمان، بطل الشرط إجماعاً.
320	مسألة 481: لو ضمن دّيناً أو كفل بدن إنسان ثمّ ادّعي أنّه كفل وضمن و لاحق علي المضمون عنه أو المكفول به، فالقول قول المضمون له.
321	النظر الثاني: الضامن.
321	مسألة 482: يشترط في الضامن أن يكون صحيح العبارة أهلاً للتبرّع،
323	مسألة 483: يشترط في الضامن الملاءة بالمال الذي ضمنه وقت الضمان،
324	مسألة 484: لو ادّعي المضمون له أنّ الضامن ضمن بعد البلوغ،

- مسألة 485: ولا فرق بين أن يكون الصبي مميزاً أو غير مميزٍ في بطلان ضمانه، 325
- مسألة 486: شرطنا في صحّة الضمان كون الضامن أهلاً للتبرّع، 326
- مسألة 487: العبد إن أذن له مولاه في الضمان فضمن، صحّ، 327
- مسألة 488: إذا ضمن ياذن سيده، صحّ قولاً واحداً، 329
- مسألة 489: إذا قال السيد لعبده: اضمن واقضه ممّا تكسبه، صحّ ضمانه، وتعلّق المال بكسبه، 330
- مسألة 490: المدبّر وأمّ الولد والمكاتب المشروط كالقنّ في الضمان لا يصحّ إلاّ ياذن سيده؛ 331
- مسألة 491: إذا أذن السيد لعبده في الضمان، صحّ، 332
- مسألة 492: يصحّ ضمان المرأة، ولا نعلم فيه خلافاً، 333
- مسألة 493: المريض يصحّ ضمانه، ولا نعلم فيه خلافاً، 334
- النظر الثالث: في المضمون عنه، 334
- مسألة 494: المضمون عنه هو المدين، وهو الأصيل، 334
- مسألة 495: ولا يشترط حياة المضمون عنه، بل يجوز الضمان عن الميت، 335
- مسألة 496: ولا تشترط معرفة المضمون عنه، فلو ضمن الضامن عدّماً لا يعرفه، صحّ ضمانه، 336
- إشارة 336
- تذنيب: لو تبرّع الضامن بالضمان ورضي المضمون له بضمانه، صحّ الضمان وانعقد وبرت ذمّة المضمون عنه، 337
- النظر الرابع: في المضمون له، 337
- مسألة 497: المضمون له هو مستحقّ الدّين، 337
- مسألة 498: يشترط رضا المضمون له في صحّة الضمان، 338
- إشارة 338
- تذنيب: أبو حنيفة وافقنا علي اشتراط رضا المضمون له في الضمان، 339
- مسألة 499: نحن وأبو حنيفة والشافعي - في أحد القولين - لمّا اشترطنا في صحّة الضمان رضا المضمون له تفرّع عندنا فرع، 339
- النظر الخامس: في الحقّ المضمون به، 341
- مسألة 500: يشترط في الحقّ المضمون به أمران: 341
- مسألة 501: لو قال: ضمنت لك ما تبيعه من فلان، فباع الشيء بعد الشيء، لم يصح هذا الضمان عندنا، 342
- مسألة 502: إذا شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدّين، فهنا - أي في صورة ضمان ما لم يجب - أولي، 342

- 343 مسألة 503: يصحّ ضمان النفقة الماضية للزوجة،
- 344 مسألة 504: قد يبيّن أنّ ضمان نفقة المدّة المستقبلية للزوجة باطل.
- 345 مسألة 505: لا يشترط في المال اللزوم،
- 345 مسألة 506: الحقوق علي أربعة أضرب: ..
- 345 الأول: حقّ لازم مستقرّ،
- 345 الثاني: لازم غير مستقرّ،
- 346 الثالث: ما ليس بلازم ولا يؤول إلي اللزوم،
- 346 الرابع: ما ليس بلازم ولكن يؤول إلي اللزوم،
- 346 مسألة 507: الأقرب عندي: أنّه يصحّ ضمان مال الكتابة
- 346 اشارة
- 347 تذييب: لو ضمن إنسان عن المكاتب غير نجوم الكتابة،
- 347 مسألة 508: في ضمان
- 349 مسألة 509: يصحّ ضمان أرش الجنابة، عند علمائنا،
- 349 اشارة
- 350 تذييب: إذا كان الضمان بحيث يقتضي الرجوع - كما إذا ضمن بسؤاله - فإنّه يرجع بالحيوان.
- 350 مسألة 510: إذا ضمن عيناً لمالكها وهي يد غيره،
- 351 مسألة 511: الأعيان المضمونة - كالمغصوب والمستعار مع التضمين أو كونه أحد التقدين والمستام والأمانات - إذا خان فيها أو تعدّي، فله صورتان: ..
- 351 الأولى: أن يضمن ردّ أعيانها.
- 352 الثانية: أن يضمن قيمتها لو تلفت.
- 353 مسألة 512: للشيخ رحمه الله قولان في ضمان المجهول.
- 353 اشارة
- 355 تذييب: إن قلنا بصحة ضمان المجهول فإنّما يصحّ في صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك،
- 355 مسألة 513: الإبراء - عندنا - من المجهول يصحّ؛
- 355 اشارة
- 357 تذييب: لو اغتاب شخص غيره ثمّ جاء إليه فقال: إنّني اغتبتك فاجعلني في حلّ،

- 357 مسألة 514: إذا منعنا من ضمان المجهول، فلو قال: ضمنت ما لك علي فلان من درهم إلي عشرة، فالأقوي: الصحة؛
- 357 إشارة -
- 358 تذييب: هل يجوز ضمان الزكاة عمّن هي عليه ؟ الأقوي عندي:
- 359 تذييب: يجوز ضمان المنافع الثابتة في الذمم، كالأموال؛
- 359 البحث الثالث: في ضمان العهدة:
- 359 مسألة 515: مَنْ باع شيئاً فخرج المبيع مستحقاً لغير البائع، وجب علي البائع ردّ الثمن، ولا حاجة فيه إلي شرطٍ و التزم.
- 361 مسألة 516: قد بيّنّا أنّ الضمان في عهدة الثمن و دركه إن كان بعد قبض البائع الثمن، صحّ،
- 362 مسألة 517: و كما يصحّ ضمان العهدة للمشتري يصحّ ضمان نقصان الصنعة للبائع،
- 363 مسألة 518: لو ضمن رجل عهدة الثمن لو خرج مستحقاً - كما قلناه في طرف المبيع - فإذا خرج الثمن مستحقاً، كان للبائع مطالبة الضامن.
- 364 مسألة 519: ألفاظ ضمان العهدة أن يقول الضامن للمشتري: ضمنت لك عهدة، أو ثمنه، أو دركه، أو خلصتك منه.
- 365 مسألة 520: ضمان المال - عندنا - ناقل للمال من ذمّة المديون إلي ذمّة الضامن علي ما يأتي.
- 367 مسألة 521: لو خرج بعض المبيع مستحقاً، كان البيع في الباقي صحيحاً، و للمشتري فسخه علي ما تقدّم
- 368 مسألة 522: لو اشترى أرضاً و بني فيها أو غرس ثمّ ظهر استحقاق الأرض، و قلعّ المستحقّ البناء و الغراس،
- 370 مسألة 523: استحقاق رجوع المشتري بالثمن إن كان بسببٍ حادث بعد العقد - كتلف المبيع في يد البائع أو بعصّبٍ منه،
- 371 مسألة 524: لو ضمن البائع له ما يحدث المشتري في المبيع
- 372 البحث الرابع: في أحكام الضمان.
- 372 إشارة -
- 372 النظر الأول: الضمان عندنا ناقلٌ للمال من ذمّة المضمون عنه إلي ذمّة الضامن،
- 372 إشارة -
- 374 مسألة 525: ليس للمضمون له مطالبة المضمون عنه، بل يطالب الضامن خاصةً عندنا.
- 376 مسألة 526: إذا أبرأ المالك للدّين ذمّة الضامن، برئ الأصيل عند علمائنا؛
- 376 مسألة 527: لو ضمن الدّين المؤجّل فمات الأصيل و حلّ عليه الدّين،
- 378 النظر الثاني: في مطالبة الضامن.
- 378 مسألة 528: إذا ضمن الضامن دّيناً علي رجل من آخر، لم يثبت للضامن حقّ علي الأصيل الذي هو المضمون عنه.
- 379 مسألة 529: إذا ضمن بسؤاله، كان له الرجوع إذا غرم، و ليس له الرجوع قبل الغرم.

- مسألة 530: لا يجوز للضامن حَبْسُ الأصيل إذا
- 380
- النظر الثالث: في الرجوع.
- 381
- مسألة 531: مَنْ كان عليه دَيْنٌ فأدّاه غيره عنه تبرعاً بغير إذنه.
- 381
- مسألة 532: إذا كان عليه دَيْنٌ فضمنه ضامنٌ عنه و يؤدّي المال عنه إلي المضمون له، فأقسامه أربعة:
- 383
- مسألة 533: لا فرق في ثبوت الرجوع بين أن يشترط الرجوع أو لا يشترط،
- 384
- مسألة 534: لو تبرّع بالضمان و الأداء معاً،
- 384
- مسألة 535: لو ضمن متبرعاً بغير سؤالٍ، و أدّى المال بالسؤال، لا يرجع هنا أيضاً،
- 386
- مسألة 536: لو ضمن بسؤالٍ و أدّى بغير سؤالٍ و لا إذن، فإنّه يرجع الضامن عليه،
- 387
- مسألة 537: لو أحال الضامن المضمون له بالدَّيْنِ - الذي ضمنه - علي إنسان و قبِل المحتال و المحال عليه الحوالة، كان كالأداء
- 388
- النظر الرابع: فيما به يرجع الضامن.
- 389
- مسألة 538: إذا دفع الضامن المالَ إلي ربه و كان قد ضمن بسؤال المضمون عنه و كان المدفوع من جنس الدَّيْنِ و علي صفته، رجع به.
- 389
- مسألة 539: لا فرق بين أن يدفع الأقلّ أو الأكثر في القدر أو الوصف فيما ذكرنا،
- 390
- مسألة 540: لو ضمن ألفاً و دفع إليه عبداً قيمته ستمائة، فقال للمضمون له: بعثْ منك هذا العبد بما ضمنته لك عن فلان، ففي صحّة البيع وجهان للشافعية
- 391
- مسألة 541: لو ضمن عشرة و أدّى خمسة و أبرأه ربُّ المال عن الباقي، لم يرجع الضامن إلا بالخمس التي غرمها،
- 391
- مسألة 542: لو ضمن دميّ لدميّ دَيْناً عن مسلمٍ ثمّ تصالحا علي خمر، فهل يبرأ المسلم أم لا؟ يحتمل البراءة؛
- 392
- مسألة 543: لو ضمن الضامنَ ضامنٌ آخَرَ، انتقل المال من ذمّة الضامن الأول إلي ذمّة الثاني،
- 393
- مسألة 544: لو كان لرجلٍ علي اثني عشرة علي كلّ واحدٍ منهما خمسة فضمن كلّ واحدٍ منهما صاحبه،
- 395
- مسألة 545: لو كان علي زيد عشرة فضمنها اثنان كلّ واحدٍ منهما خمسة، و ضمن أحدهما عن الآخر و بالعكس، فقد بيّنّا أنّه بمنزلة عدم الضمان
- 398
- مسألة 546: لو باع شيئاً و ضمن ضامنٌ الثمنَ فهلك المبيع قبل القبض،
- 398
- مسألة 547: لو كان لرجلٍ علي آخَرَ دَيْنٌ فادّعي صاحبُ الدَّيْنِ علي آخَرَ بأنّه ضمنه له علي المديون،
- 399
- البحث الخامس: في اللواحق.
- 401
- مسألة 548: كلّ موضعٍ قلنا فيه بأنّ المأذون له في الأداء أو الضامن يرجع علي الآذن و المضمون عنه بما غرم
- 401
- مسألة 549: لو جحد ربّ الدَّيْنِ أداء الضامن إليه، و ادّعاه الضامن، و لا يبيّنه، فإن كذّب الأصيل الضامنَ في الدفع، لم يرجع عليه،
- 402
- مسألة 550: إذا توافق الأصيل و الضامن علي أنّ الضامن أشهد بالأداء
- 403
- مسألة 551: إذا ضمن المريض في مرض موته، فإن كان علي وجهٍ يثبت له الرجوع و وجد الضامن مالاً يرجع فيه، فالضمان صحيح،
- 405

- 409 مسألة 552: يجوز ترامي الضمان لا إلي غاية معيّنة.
- 411 مسألة 553: لو ادّعي علي رجلٍ حاضرٍ أنّه باع منه و من الغائب شيئاً بألفٍ و كلٌّ منهما ضامن لصاحبه،
- 412 مسألة 554: لو شرط في الضمان الأداء من مالٍ بعينه، صحّ الضمان و الشرط معاً؛
- 413 مسألة 555: لو ضمن الدّينَ اثنان علي التعاقب مع صاحب الحقّ عن المديون، طُوبى الضامن الأول، و بطل الثاني؛
- 413 مسألة 556: لو شرط الضمان في مالٍ بعينه ثمّ أفسس و حجر عليه الحاكم، كان حقّ الضمان في العين التي تعلّق الضمان بها - كالرهن - مقدّماً علي حقّ الغرماء،
- 414 مسألة 557: لو دفع الأصيل الدّينَ إلي المستحقّ أو إلي الضامن، فقد برئ، سواء أذن له الضامن في الدفع أو لا.
- 415 مسألة 558: كما ينبغي التنزّه عن الدّينَ ينبغي التنزّه عن الضمان مع الإعسار؛ لما فيه من التغرير بمال الغير.
- 417 الفصل الثاني: في الكفالة.
- 417 اشارة.
- 417 البحث الأول: العقد.
- 417 مسألة 559: الكفالة عقد شُرِّح للتعهد بالنفس، و يشابه الضمان، فإنّ الشيء المضمون قد يكون حقّاً علي الشخص، و قد يكون نفسَ الشخص.
- 419 مسألة 560: و يصحّ عقد الكفالة حالهً و مؤجّلهً عند أكثر علماتنا.
- 420 مسألة 561: عقد الكفالة يصحّ دخول الخيار فيه،
- 421 مسألة 562: لا بدّ في العقد من صيغةٍ دالّةٍ علي الإيجاب و القبول،
- 422 البحث الثاني: في الكفيل و المكفول و المكفول له.
- 422 مسألة 563: يُشترط في الكفيل البلوغُ و العقلُ و الحرّيّةُ و جوازُ التصرف،
- 422 مسألة 564: يُشترط رضا الكفيل، فلا تصحّ كفالة المكروه علي الكفالة؛
- 424 مسألة 565: يُشترط في المكفول به التعيينُ،
- 425 مسألة 566: كلٌّ منّ عليه حقٌّ ماليٌّ صحّت الكفالة بيده،
- 425 مسألة 567: يُشترط أن يكون ذلك المال ثابتاً في الذمّة بحيث يصحّ ضمانه،
- 426 مسألة 568: إذا كان عليه عقوبة، فإن كانت من حقوق الله تعالي - كحدّ الزنا و السرقة و الشرب - لم تصح الكفالة بيده عليها.
- 428 مسألة 569: لو ادّعي شخصٌ زوجيّةً امرأً، صحّت الكفالة بيدها؛ لوجوب الحضور عليها إلي مجلس الحكم. و كذلك الكفالة بها لمن.
- 430 مسألة 570: كلٌّ منّ يستحقّ عليه الحضور إلي مجلس الشرع تجوز كفالته،
- 431 مسألة 571: إذا عيّن الكفيل في كفالته مكانَ التسليم، تعيّن، و لم يجب عليه تسليمه في غير ذلك المكان،
- 433 مسألة 572: إذا دفع الكفيلُ المكفولَ بيده إلي المكفول له من غير حائلٍ من يد سلطان أو شبهه، بل تسليمياً تاماً، لزمه قبوله،

- 433 اشارة
- 434 فروع:
- 434 أ - لو ارتدّ المكفول به و لحق بدار الحرب، لزم الكفيل إحضاره إن تمكّن منه، وإلاّ فلا.
- 434 ب - لا يُشترط تسليم المكفول به من الكفيل في براءة ذمّة الكفيل،
- 435 ج - لو أخذ المكفولُ له المكفولُ به إتما طوعاً أو كرهاً وأحضره مجلس الحكم،
- 435 د - لو حضر المكفول به و قال: سلّمت نفسي إليك عن جهة الكفيل، برئ الكفيل،
- 435 ه - لو سلّمه أجنبي لا عن جهة الكفيل، لم يبرأ الكفيل.
- 435 مسألة 573: لو تكفّل واحد ببدن رجلٍ لاثنين فسلّمه .
- 437 مسألة 574: يصحّ ترامي الكفالات،
- 437 مسألة 575: إذا مات المكفول به، بطلت الكفالة، و لم يلزم الكفيل شيء،
- 439 البحث الثالث: في الأحكام.
- 439 مسألة 576: إذا كانت الكفالة حالةً أو مؤجّلةً أو محلّ أجلها، فإن كان المكفول به حاضراً، وجب علي الكفيل إحضاره
- 439 اشارة
- 440 فروع:
- 440 أ - لو عرف موضعه، فقد بيّناً أنّه يجب عليه إحضاره،
- 440 ب - لو كان غائباً حين كفّل،
- 440 ج - لو كانت الكفالة مؤجّلةً، لم يكن للمكفول له مطالبة الكفيل بالإحضار قبل الأجل،
- 441 د - لو فرط الكفيل في تحصيله بأن طالبه المكفول له بإحضاره و كان متمكناً منه
- 441 مسألة 577: قال الشيخ رحمه الله: و مَنْ ضمن لغيره نفسَ إنسانٍ إلي أجلٍ معلوم بشرط ضمان النفس ثمّ لم يأت به عند الأجل، كان للمضمون له حبسه حتي يُحضِر المضمون،
- 442 مسألة 578: قد بيّناً أنّه لا يُعتبر رضا المكفول به عندنا، و هو أحد قولَي الشافعي. و في الثاني: يشترط
- 442 مسألة 579: لو مات المكفول له، انتقل حقّه من الكفالة إلي ورثته،
- 443 مسألة 580: إذا تكفّل برجلٍ إلي أجلٍ إن جاء به، و إلاّ لزمه ما عليه،
- 445 مسألة 581: لو قال: كفلتُ ببدن فلان علي أن يبرأ فلان الكفيل، أو علي أن تبرئه من الكفالة، فالأقوي عندي: الصحّة؛
- 446 مسألة 582: تصحّ الكفالة ببدن المحبوس و الغائب؛
- 447 مسألة 583: إذا دفع الكفيلُ المكفولُ به إلي المكفول له في وقته و مكانه و سلّمه تسليمًا تاماً، برئ من الكفالة عند أكثر أهل العلم؛

- 448 مسألة 584: مَنْ خَلَّى غَرِيماً مِنْ يَدِ صَاحِبِهِ قَهْرًا وَاجْبَارًا، ضَمِنَ إِحْضَارَهُ
- 449 مسألة 585: إِذَا كَفَلَ بَدَنَ شَخْصٍ ادَّعَى عَلَيْهِ مَالٌ ثُمَّ قَالَ الْكَفِيلُ: ..
- 449 مسألة 586: لَوْ كَانَ لِدَمِيٍّ عَلَيَّ دَمِيٌّ خَمْرٌ وَتَكْفُلُ بِهِ دَمِيٌّ آخَرَ، فَاسْلَمَ الْمَكْفُولُ لَهُ أَوْ الْمَكْفُولُ عَنْهُ، بَرَى الْكَفِيلُ وَالْمَكْفُولُ عَنْهُ.
- 450 مسألة 587: لَوْ قَالَ: أَعْطُ فُلَانًا أَلْفًا، فَفَعَلَ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيَّ الْأَمْرَ، ..
- 450 مسألة 588: إِذَا كَانَتْ سَفِينَةٌ فِي الْبَحْرِ وَفِيهَا مَتَاعٌ فَيُخِيفُ عَلَيْهَا الْغُرُقَ ..
- 451 مسألة 589: لَوْ انْتَقَلَ الْحَقُّ عَنِ الْمُسْتَحَقِّ بِبَيْعٍ أَوْ إِحَالَةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا، ..
- 452 مسألة 590: قَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْمَيِّتَ تَحَلَّى عَلَيْهِ الدِّيُونُ الْمُؤَجَّلَةَ عَلَيْهِ، عِنْدَ عِلْمَانَا أَجْمَعِ ..
- 454 مسألة 591: لَوْ مَاتَ مَنْ لَهُ الدَّيْنُ الْمُؤَجَّلُ، قَالَ أَكْثَرُ عِلْمَانَا ..
- 455 مسألة 592: قَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الدَّيْنَ الْمُؤَجَّلَ يَحُلُّ بِمَوْتِ مَنْ عَلَيْهِ وَ أَنَّ أَحْمَدَ قَدْ خَالَفَ فِيهِ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ..
- 456 مسألة 593: مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَمْ يَمْنَعْ الدَّيْنَ مِنْ نَقْلِ التَّرِكَةِ إِلَى الْوَرِثَةِ عَلَيَّ أَشْهَرَ قَوْلِي أَصْحَابِنَا؛ ..
- 459 الفصل الثالث: فِي الْهِوَالَةِ ..
- 459 إشارة ..
- 459 البحث الأول: فِي مَاهِيَّتِهَا وَمَشْرُوعِيَّتِهَا ..
- 459 إشارة ..
- 460 مسألة 594: الْهِوَالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ ..
- 461 مسألة 595: مَدَارُ الْهِوَالَةِ عَلَيَّ سِتَّةَ أَشْيَاءَ: أَشْخَاصٌ ثَلَاثَةٌ: مَحِيلٌ وَمَحَالٌ عَلَيْهِ وَمَحْتَالٌ، وَدَيْنَانٌ وَمَعَامَلَةٌ ..
- 461 مسألة 596: الْهِوَالَةُ عَقْدٌ لَازِمٌ، فَلَا بُدَّ فِيهَا مِنْ إِجْبَابٍ وَقَبُولٍ، كَغَيْرِهَا مِنَ الْعُقُودِ ..
- 462 مسألة 597: اِخْتَلَفَ الْعَامَّةُ فِي أَنَّ الْهِوَالَةَ هَلْ هِيَ اسْتِيفَاءٌ حَقٌّ، أَوْ بَيْعٌ وَاعْتِيَاظٌ؟ فَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانٌ: ..
- 464 البحث الثاني: فِي الشَّرَاطِنِ ..
- 464 إشارة ..
- 464 النظر الأول: كِمَالِيَّةُ الثَّلَاثَةِ ..
- 464 إشارة ..
- 464 مسألة 598: يُشْتَرَطُ مَلَاءَةُ الْمَحَالِ عَلَيْهِ وَقْتُ الْهِوَالَةِ، ..
- 466 مسألة 599: قَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْهِوَالَةَ تَقْتَضِي نَقْلَ الْحَقِّ مِنْ ذِمَّةِ الْمَحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَحَالِ عَلَيْهِ، عِنْدَ عِلْمَانَا أَجْمَعِ، ..
- 466 مسألة 600: إِذَا تَمَّتْ الْهِوَالَةُ بِأَرْكَانِهَا وَكَانَ الْمَحَالُ عَلَيْهِ مُوسِرًا أَوْ عِلْمَ الْمَحْتَالِ بِإِفْلَاسِهِ، انْتَقَلَ الْحَقُّ مِنْ ذِمَّةِ الْمَحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَحَالِ عَلَيْهِ، ..

- 469 مسألة 601: لو شرط المحتال ملاءة المُحال عليه فإنَّ معسراً، كان له الرجوعُ علي المحيل؛
- 469 إشارة
- 470 تذييب: لو كان المحال عليه معسراً و لم يعلم المحتال ثمَّ تجدد اليسار و علم سبق الفقر، احتُمل ثبوت الخيار؛ للاستصحاب.
- 470 مسألة 602: إذا حصلت الحوالة مستجمعة الشرائط، انتقل المال إلي ذمّة المحال عليه، و برئ المحيل،
- 471 النظر الثاني: في الرضا بالحوالة.
- 471 مسألة 603: يشترط في الحوالة رضا المحيل - وهو الذي عليه الحقّ - إجماعاً،
- 472 مسألة 604: يشترط رضا المحتال عند علمائنا أجمع -
- 472 مسألة 605: يشترط عندنا رضا المحال عليه،
- 474 النظر الثالث: في الدّين.
- 474 مسألة 606: إذا أحال زيد عمراً علي بكر بألف، فلا يخلو إمّا أن تكون ذمّة زيد
- 477 مسألة 607: الأقوي عندي أنّه لا يشترط في الدّين المحال به اللزوم.
- 478 مسألة 608: إذا وقعت الحوالة بالثمن المتزلزل بالخيار ثمَّ انفسخ البيع
- 479 مسألة 609: لو أحال زيد علي عمرو بكراً بمالٍ فأدّاه عمرو - بعد قبول الثلاثة الحوالة - إلي بكر،
- 479 مسألة 610: لو أحال السيّد علي مكاتبه بمال النجوم،
- 481 مسألة 611: مال الجُعَل في الجُعالة إن استحقّق بالعمل، صحّت الحوالة به إجماعاً.
- 482 مسألة 612: تجوز الحوالة بكلِّ مالٍ لازمٍ ثابتٍ في الذمّة معلوم؛
- 483 مسألة 613: تصحّ الحوالة بكلِّ دّينٍ ثابتٍ في الذمّة،
- 484 النظر الرابع: في تساوي الجنسين.
- 484 مسألة 614: من مشاهير الفقهاء
- 485 مسألة 615: لو كان عليه إبل من الدية و له علي آخرٍ مثلها قرضاً، فأحاله صاحب القرض علي المقرض بابل الدية،
- 486 مسألة 616: يجب تساوي الدّينين في القدر،
- 488 مسألة 617: الأقرب: أنّه لا يشترط تساوي المائتين في الحلول و التأجيل،
- 488 إشارة
- 488 فروع:
- 488 أ - لو كان الدّينان مؤجّلين، فإن تساويا في الأجل، صحّت الحوالة قطعاً.

- ب - لو كان أحدهما صحيحاً والآخر مكسراً، 489
- ج - يُخرَج علي هذا الخلاف عندهم حوالة الأردأ علي الأجود في كلِّ جنسٍ، و بالعكس 489
- د - لو أدَّى المحال عليه الأجود إلي المحتال، وجب القبول. 489
- ه - لو كان الدَّيَّان حاليَّين فشرط في الحوالة أنَّ المحتال يقبض حَقَّه أو بعضه بعد شهرٍ، صحَّ عندنا 489
- و - لو اجتمعت شرائط الحوالة وجرى بينهما عقدها ثمَّ رضي المحتال بأخذ الأقلَّ أو الأردأ أو الصبر إلي أجلٍ، صحَّ إجماعاً، 490
- ز - لو احتال بالحقِّ الذي له علي مَنْ عليه مثله فتعاضوا عن الحقِّ بمخالفه، جاز؛ 490
- البحث الثالث: في الأحكام. 490
- مسألة 618: إذا جرت الحوالة بشرائطها، برئ المحيل من دَينِ المحتال، 490
- إشارة. 490
- تذنيب: لو صالح مع أجنبيٍّ عن دَينِ علي عيْنٍ ثمَّ جحد الأجنبيِّ و حلف، هل يعود إلي مَنْ كان عليه الدَّينُ ؟ 492
- مسألة 619: لو خرج المحال عليه عبداً، فإن كان لأجنبيٍّ و للمحيل دَينٌ في ذمَّته، صحَّت الحوالة، 492
- مسألة 620: لو اشترى عبداً و أحال المشتري البائع بالثمن علي رجلٍ ثمَّ أطلع علي عيبٍ قديمٍ في العبد فردَّه، قال الشيخ: تبطل الحوالة؛ 493
- مسألة. 495
- مسألة 622: فرق بعض الشافعية بين أن يتفق الردُّ بعد قبض المحتال مأل الحوالة، أو قبله. 496
- مسألة 623: لو أحال البائع رجلاً علي المشتري بالثمن ثمَّ ظهر عيب فردَّه المشتري بالعيب، فالأقرب: عدم بطلان الحوالة، 497
- مسألة 624: لو أحال المشتري البائع بالثمن ثمَّ فسح بالعيب، 498
- إشارة. 498
- فروع: 500
- أ - لا فرق في هاتين المسألتين بين أن يكون الردُّ بالعيب أو التحالف 500
- ب - إذا قلنا بعدم بطلان إحالة المشتري البائع بالثمن، فللمشتري مطالبة البائع بأمرين: 500
- ج - الحوالة إذا انفسخت، فالإذن الذي كان ضمناً لا يقوم بنفسه، فيبطل أيضاً. 500
- مسألة 625: لو أحالت المرأة علي زوجها بالصداق قبل الدخول، صحَّ؛ لثبوته في ذمَّته بالعقد وإن كان متزليلاً. 501
- مسألة. 502
- مسألة 627: لو كان المبيع عبداً و أحال البائع غريمه بالثمن علي المشتري 503
- مسألة 628: إذا كان لرجلٍ علي آخر دَينٌ فأذن المديون له في قبض دَينِ له علي ثالثٍ ثمَّ اختلفا، 506

- مسألة 629: إذا قدّمنا قول القابض باعتبار حمل اللفظ علي حقيقته، يحلف، فإن حلف، ثبتت الحوالة، و برئت ذمته. وإن نكل، حلف المديون، وبطلت الحوالة. ----- 507
- 507 اشارة
- تذنيب: إذا ادّعي المحتال جريان لفظ الحوالة، و صدّقه المحيل علي ذلك و ادّعي قصد الوكالة 509
- مسألة 630: لو انعكس الفرض، فقال المديون لزيد: أحلتك علي عمرو، و قال القابض: بل وكّلتني بقبض ما عليه، و حقّي باقي عليك 509
- مسألة 631: يجوز ترامي الحوالات و دّورها، 511
- مسألة 632: لو كان لزيد علي اثنين مائة علي كلّ واحدٍ خمسون، و كلّ واحدٍ ضامن عن صاحبه، 511
- مسألة 633: قد بيّنّا أنّه يشترط ملاءة المحال عليه، أو علّم المحتال بالإعسار في لزوم الحوالة، 512
- مسألة 634: لو كان لزيد علي عمرو ألف درهم و لخالد علي زيد مثلها 513
- مسألة 635: لو كان عليه ألف ضمنه رجلٌ فأحال الضامن صاحب الدّين به 514
- مسألة 636: إذا كان له علي رجلٍ دّينٌ فأحال 514
- مسألة 637: لو كان لرجلٍ علي رجلين ألف درهم فادّعي عليهما أنّهما أحالاه علي رجلٍ لهما عليه ألف درهم، فأنكرا ذلك، 517
- 517 اشارة
- تذنيب: لو قال صاحب الدّين لمن لا دّين له عليه: قد أحلتك بالدّين الذي لي علي فلان فاقبضه منه، كان ذلك وكالةً 518
- مسألة 638: الحوالة عند أبي حنيفة ضربان: 518
- مسألة 639: لو أحاله بألفٍ كانت للمحيل علي المحال عليه، و قبّل الثلاثة، صحّت الحوالة، 519
- مسألة 640: لو كانت الحوالة مقيدةً بوديعةٍ كانت عند المحال عليه، 520
- مسألة 641: لو كان علي رجلٍ دّينٌ لرجلٍ فأحال صاحب الدّين بجميع ما له عليه 520
- مسألة 642: إذا احتال بالحال علي شرط الصبر مدّة، و جب تعيينها، و صحّ الشرط عندنا 521
- مسألة 643: لو كان عليه دّينٌ لزيدٍ فأحال زيداً به علي عمرو و ليس للمديون علي عمرو شيء و قبّل، صحّت الحوالة علي الأقوي، 522
- مسألة 644: لو أحال البائع غريباً له علي المشتري حوالةً مقيدةً بالثمن، لم يبق للبائع حقّ الحبس. 523
- 524 تعريف مركز

سرشناسه : علامه حلي حسن بن يوسف ق 726 - 648

عنوان و نام پديدآور : تذکره الفقهاء/ تالیف العلامة الحلي الحسن بن يوسف بن المطهر؛ تحقيق مؤسسه آل البيت عليهم السلام لحياتاً التراث مشخصات نشر : قم مؤسسه آل البيت عليهم السلام لحياتاً التراث 1400ق = 1300.

مشخصات ظاهري : ج 22

فروست : (مؤسسه آل البيت عليهم السلام لحياتاً التراث 127؛ 129؛ 130134)

شابك : 964-33-5503-7 (دوره ؛ 964-44-5503-2-2900 ريال (ج 4) ؛ 964-46-5503-9 (ج 6) ؛ 964-007-319-2 (ج 7) ؛ 964-224-319-5-8000 ريال (ج 11)

يادداشت : عربي يادداشت : فهرست نويسي براساس جلد چهارم 1414ق = 1372

يادداشت : ج 1 (چاپ اول 1420ق = 1378)؛ 8000 ريال ج 1) ISBN 964-319-197-4

يادداشت : ج 8 (چاپ اول 1417ق = 1376)؛ 6500 ريال ج 8) ISBN 964-319-051-x

يادداشت : ج 9 (چاپ اول 1419ق = 1377)؛ 8000 ريال ج 9) ISBN 964-319-008-0

يادداشت : ج 13 (چاپ اول 1423ق = 1381)؛ 9500 ريال ISBN 964-319-389-6

يادداشت : کتابنامه مندرجات : (ج 7) ISBN 964-319-007-2 (ج 12) 1422ق = 8500 : 1380 ريال موضوع : فقه جعفري -- قرن 8 ق

شناسه افزوده : مؤسسه آل البيت عليهم السلام لحياتاً التراث رده بندي کنگره : BP182/3 / 8ت 4 1300 ي

رده بندي ديويي : 297/342

شماره کتابشناسي ملي : م 73-2721

ص : 1

تمة كتاب الديون و توابعها

المقصد الثالث: في التفليس

إشارة

و فيه فصول:

الفصل الأول: المفلس من ذهب خيار ماله و بقي دونه، و صار ماله فلوساً زيوفاً.

إشارة

و الإفلاس مأخوذ من الفلوس. و قولهم: أفلس الرجل، كقولهم:

أخبت، أي: صار أصحابه خُبثاء؛ لأنّ ماله صار فلوساً و زيوفاً، و لم يبق له مال خطير، و كقولهم: أذلّ الرجل، أي: صار إلي حالة يذلّ فيها. و كذا أفلس، أي: صار إلي حالة يقال فيها: ليس معه فلس، أو يقال: لم يبق معه إلاّ الفلوس، أو كقولهم: أسهل الرجل و أحزن: إذا وصل إلي السهل و الحزن؛ لأنّه انتهى أمره و ما صرفه إلي الفلوس.

و الأصل أنّ المفلس في العرف هو الذي لا مال له و لا ما يدفع به حاجته، و لهذا لمّا قال النبيّ صلي الله عليه و آله: «أ تدرّون من المفلس؟» قالوا:

يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له و لا متاع، قال: «ليس ذلك المفلس، و لكن المفلس من يأتي يوم القيامة حسناته أمثال الجبال و يأتي

ص: 5

وقد ظلم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته و هذا من حسناته، فإن بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فيردّ عليه ثم صلّ في النار»(1).

هذا في عرف اللغة، وأما في الشرع فقيل: مَنْ عليه الديون بحيث لا يفي بها ماله(2). وشمل مَنْ لا مال له البتّة، و مَنْ له مالٌ قاصر.

وسُمّي مفلساً وإن كان ذا مال؛ لأنّ ماله يستحقّ الصرف في جهة دينه، فكأنّه معدوم، وقد دلّ عليه تفسير النبيّ صلى الله عليه وآله: مفلس الآخرة، فإنّه أخبر أنّ له حسنات كالجبال لكنّها دون ما عليه، فقسّمت بين الغرماء، فبقي لا حسنة له. ومثّل هذا الرجل يجوز للحاكم الحجّر عليه بشرائط تأتي.

وهذا التعريف شامل لمن قصر ماله و مَنْ لا مال له، فيحجر عليه في المتجدّد باحتطابٍ وشبهه.

والفلس سبب في الحجّر بشروط خمسة: المديونية، وثبوت الديون عند الحاكم، وحلولها، وقصور ما في يده عنها، والتماس الغرماء أو بعضهم الحجّر عليه.

مسألة 258: إذا حجر الحاكم عليه، ثبت حكمان:

[أحدهما](3): تعلّق الدّين بماله وإن تجددت المائيّة بعد الحجّر حتى لا ينفذ تصرفه فيه بما يضرّ الغرماء ولا تراحمها الديون الحادثة.

والثاني: أنّ مَنْ وجد عند المفلس عين ماله كان أحقّ به من غيره.

ولو مات مفلساً قبل أن يحجر عليه، تعلّقت الديون بالتركة [و](4) لا فرق بين المفلس وغيره.

ص: 6

1- أورده ابن اقدم في المغني والشرح الكبير 4:492 بتفاوت يسير في بعض الألفاظ، وبمعناه في صحيح مسلم 4:2581/1997، و سنن الترمذي 4:2418/613.

2- العزيز شرح الوجيز 5:3، روضة الطالبين 3:362.

3- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

4- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

و هل يختصّ الغريم بعين ماله؟ الأقرب: أنّ له الرجوع إن كان ما تركه المفلس يفي بالديون، وإن قصر فلا.

وقال أبو حنيفة: ليس للحاكم أن يحجر عليه، فإن أدّى اجتهاده إلي الحجر عليه وفعل وأمضاه حاكم، ثبت الحجر، وليس له التصرف في ماله، إلا أنّ المبيع الذي يكون في يده يكون أسوة الغرماء، وليس للبائع الرجوع فيه(1).

و هو خطأ؛ فإنّ النبيّ صلي الله عليه وآله حجر علي معاذ.

قال عبد الرحمن بن كعب(2): كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه [و](3) لم يكن يمسك شيئاً، فلم يزل يُدان حتي أغرق ماله في الدّين، فكلم النبيّ صلي الله عليه وآله غرماءه، فلو ترك أحد من أجل أحدٍ لترك معاذ من أجل النبيّ صلي الله عليه وآله، فباع لهم رسول الله صلي الله عليه وآله ماله حتي قام معاذ بغير شيء(4).

قيل: إنّما لم يترك [الغرماء](5) لمعاذ حين [كلمهم](6) النبيّ صلي الله عليه وآله؛ لأنّهم كانوا يهوداً(7).

مسألة 259: إذا مات المفلس و وجد البائع عين ماله،

فقد نقلنا

ص: 7

1- الهداية - للمرغيناني - 285:3 و 287، العزيز شرح الوجيز 4:5، المغني 4:494 و 529، الشرح الكبير 4:500 و 593.

2- في المصادر - ما عدا المغني - : «كعب بن مالك» لا «عبد الرحمن بن كعب».

3- ما بين المعقوفين من المصدر.

4- سنن البيهقي 6:48، المستدرک - للحاكم - 3:273، المصنّف - لعبد الرزّاق - 8:15177/268، المغني 4:493 و 530، الشرح الكبير 4:495.

5- ما بين المعقوفين من المصدر.

6- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «كلّموا». و ما أثبتناه من المصدر، و هو الموافق لما في بقيّة المصادر المذكورة في الهامش (4).

7- المغني 4:493.

الخلافة فيه، وقلنا: إنه لا يختص به البائع إلا مع الوفاء، وبه قال مالك (1)، خلافاً للشافعي وأحمد (2).

وذلك لأن الميِّت قد انقطع تحصيله ولا ذمّة له، فلو خصصنا البائع بسلخته مع عدم وفاء التركة بالديون، كان إضراراً بباقي الدّيان؛ لحصول اليأس من استيفاء الحقّ منه، فوجب اشتراك جميع الدّيان في جميع التركة؛ عملاً بالعدّل.

ولأنّ الأصل عدم الرجوع؛ لانتقال العين إلي المفلّس بالشراء، تُرك العمل به في صورة الحيّ؛ للإجماع والنصّ، فيبقي الباقي علي حكم الأصل.

ولما رواه العامّة من قول النبيّ صلي الله عليه وآله: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض البائع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه، فهو أحقّ به، وإن مات فهو أسوة الغرماء» (3).

ومن طريق الخاصّة: ما رواه أبو ولّاد - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن رجل باع من رجل متاعاً إلي سنة فمات المشتري قبل أن يحلّ ماله وأصاب البائع متاعه بعينه، له أن يأخذه إذا تحقّق له؟ قال: فقال: 2.

ص: 8

1- المدوّنة الكبرى 237:5، بداية المجتهد 288:2، المعونة 2:1186، الكافي في فقه أهل المدينة: 418، المغني 4:547-548، الشرح الكبير 4:508، الحاوي الكبير 6:273، التهذيب - للبخاري - 4:86، العزيز شرح الوجيز 5:3.

2- المهذّب - للشيرازي - 1:334، الحاوي الكبير 6:273، الوسيط 4:20، العزيز شرح الوجيز 5:3، روضة الطالبين 3:363، بداية المجتهد 2:288، المغني 4:548، الشرح الكبير 4:508، وفي الأ-خيرين قول أحمد علي العكس، لا- ما نسب إليه في المتن، وأمّا المنسوب إليه فهو في «العزيز شرح الوجيز» فلاحظ.

3- سنن أبي داود 3:286-287/3520 و 3522.

«إن كان عليه دَيْنٌ و ترك نحواً ممّا عليه فيأخذ إن تحقّق له، و لو لم يترك نحواً من دَيْنِه فإنّ صاحب المتاع كواحدٍ ممّن له عليه شيء، يأخذ بحصّته، و لا سبيل له علي المتاع»(1).

إذا عرفت هذا، فاعلم أنّ أكثر الشافعيّة ذهبوا إلى أنّه إذا مات و خلف و فاءً، لم يكن لصاحب السلعة الرجوع فيها(2).

وقال بعضهم: إنّ له أن يرجع فيها إذا مات المشتري و خلف و فاءً(3)، كما ذهبنا إليه؛ لما قلناه من حديث(4) أبي هريرة، و ما روينا من طريق الخاصّة عن الصادق عليه السلام.

و لأنّ قبض ثمن السلعة من التركة لا يستقرّ؛ لأنّه ربما ظهر غريمٌ آخر فيلزمه ردّ بعض ما أخذه أو كلّه.

و احتجّ الشافعي: بأنّ ماله يفي بقضاء ديونه، فلم يكن لصاحب السلعة الرجوع فيها، كما لو كان حيّاً(5).

و الفرق ظاهرٌ؛ فإنّ الحيّ يرجع إلى ذمّته لو خرج المقبوض مستحقّاً، بخلاف الميّت.

و اعلم أنّ الشافعي ردّ علي مالك - حيث لم يجوّز له الرجوع بعين المال بعد موت المفلس - : قد جعلتم للورثة أكثر ممّا للموروث الذي عنه(6)ر.

ص: 9

1- التهذيب 6:421/193، الاستبصار 3:20/8.

2- العزيز شرح الوجيز 5:5، روضة الطالبين 3:363، المغني 4:548، الشرح الكبير 4:508.

3- العزيز شرح الوجيز 5:5، روضة الطالبين 3:363، المغني 4:548، الشرح الكبير 4:508.

4- تقدم تخريجه في ص 8، الهامش (3).

5- المهذب - للشيرازي - 1:334، العزيز شرح الوجيز 5:5، روضة الطالبين 3:363.

6- في النسخ الخطيّة و الحجرية بدل «عنه»: «عليه». و الصحيح ما أثبتناه كما في المصدر.

ملكوا، وأكثر حال الوارث أن لا يكون له إلا ما للميت (1).

وقد اعترضه المزماني بأنه قال في الحبس: إذا هلك أهله رجع إلي أقرب الناس بالمحبس. فجعل لأقرب الناس بالمحبس [في حياته] ما لم يجعل للمحبس (2).

وأجيب عن كلام المزماني: بأن الواقف إذا وقف وقفاً منقطعاً هل يصح؟ قولان، فإن قلنا: يصح، فإنه يرجع إذا انقضى الموقوف عليهم إلي الفقراء من أقارب الواقف، لا علي سبيل الميراث عنه، وإنما جعله صدقة، و سبيل الصدقة الفقراء والمساكين، فجعل أقارب الواقف أولي من غيرهم، فأما الواقف فلا ترجع إليه صدقته؛ لأنه لا يكون متصدقاً علي نفسه، وفي مسألتنا هذه جعل حقّ الورثة أكد من حقّ مورثهم، فاختلفاً (3).

مسألة 260: المنع من التصرف يفتقر إلي حكم الحاكم بالحجر إجماعاً،

فلو لم يحجر عليه الحاكم، نفذت تصرفات المفلس بأسرها، وليس للغرماء منعه من شيء منها إلا بعد حجر الحاكم عليه.

أما الرجوع إلي عين المبيع أو عين القرض أو غير ذلك من أمواله التي هي معوضات الديون فهل يفتقر صاحبها إلي سبق الحجر كمنع التصرف أم لا؟ فيه إشكال ينشأ: من قوله عليه السلام: «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحقّ بمتاعه إذا وجدته بعينه» (4) - الذي رواه العامة - أثبت الأحقية بمجرد الإفلاس، و من طريق الخاصة: رواية الكاظم عليه السلام وقد سأله

ص: 10

1- مختصر المزماني: 102، و ما بين المعقوفين من المصدر.

2- مختصر المزماني: 102، و ما بين المعقوفين من المصدر.

3- راجع: الحاوي الكبير 6: 274.

4- المستدرک - للحاكم - 51: 2، سنن ابن ماجه 2: 2360/790، سنن الدار قطني 3: 107/29، العزيز شرح الوجيز 5: 5.

عمر بن يزيد عن الرجل يركبه الدّين فيوجد متاع رجل عنده بعينه، قال:

«لا يحاصّه الغرماء»⁽¹⁾ ولم يشترط في ذلك الحجر، و من أنّه مالّ انتقل إليه بعقدٍ شرعيّ، فلا يخرج عنه إلاّ بوجهٍ شرعيّ، ولا وجه إلاّ الحجر، فإنّه يمنع من التصرف فيه، فيتحقّق حينئذٍ أولويّة البائع والمقرض وغيرهما بعين أموالهم.

علي أنّ الأحقيّة في حديث العامّة لا تقتضي الأخذ بدون الحجر، فيجوز أن يكون «أحقّ» علي معني أنّ له التمكن من الرجوع إلي عينه بسلك الأسباب المفضية إليه، و من جملتها: طلب الحجر، والإفلاس يفيد الأحقيّة.

وكذا في حديث الكاظم عليه السلام في قوله: «لا يحاصّه الغرماء» فإنّه لا يقتضي جواز الأخذ من غير حجر.3.

ص: 11

1- التهذيب 6:420/193، الاستبصار 3:19/8.

إشارة

قد ذكرنا(1) أنّ الشرائط خمسة: المديونية - ولا بُدَّ منه؛ فإنَّ مَنْ لا دَيْنَ عليه لا يجوز الحجر عليه، غنياً كان أو فقيراً - مع بلوغه ورشده و عدم سفهه، فلو حجر عليه الحاكم، كان لغواً. ولو استدان بعد ذلك، لم يمنع من الاستدانة، وكذا لا يمنع من سائر التصرفات، ولا يؤثر الحجر في منعه من التصرف فيما اكتسبه من الأموال. ولأنَّ سؤال الغرماء شرط(2) في الحجر، فلا يتحقّق من دون الدَّيْنِ.

مسألة 261: من شرائط الحجر قصور أموال المديون عن الديون،

إشارة

فلو ساوت الديون أو فضلت عنها، لم يجز الحجر عند علمائنا - وهو أحد قولي الشافعي - لأصالة عدم الحجر، ورفع اليد عن العاقل، ثبت خلافه فيما إذا قصرت أمواله عن ديونه حفظاً لأموال الغرماء، فبقي الباقي علي الأصل. ولأنَّ الغرماء يمكنهم المطالبة بحقوقهم واستيفاؤها في الحال.

و الثاني له: الحجر إذا ظهرت عليه أمارات الفلاس(3).

و هو ممنوع؛ لأنَّ في ماله وفاء ديونه، فلم يحجر عليه، كما لو لم تظهر أمارات الفلاس.

ص: 13

1- في ص 6.

2- هذا هو الشرط الخامس كما يأتي في ص 20، المسألة 267.

3- التهذيب - للبخاري - 4:85، العزيز شرح الوجيز 5:7-8، روضة الطالبين 3:365.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز الحجر مطلقاً، بل يُحبس الغريم أبداً إلي أن يقضيه(1).

فروع:

أ - لا فرق عندنا في المنع من الحجر مع وفاء ماله بديونه بين أن تظهر عليه أمارات الفس

- مثل أن تكون نفقته من رأس ماله، أو يكون ما في يده بإزاء دينه و لا وجه لنفقته إلا ما في يده - أو لا تظهر بأن تكون نفقته في كسبه أو ربح رأس ماله، خلافاً للشافعي(2).

ب - إذا كان ماله يفي بديونه، لم يُحجر عليه إجماعاً،

بل يُطالب بالديون، فإن قضاها، وإلا تخير الحاكم مع طلب أربابها منه بين حبسه إلي أن يقضي المال، وبين أن يبيع متاعه عليه، ويقضي به الدين، وبه قال الشافعي(3)، خلافاً لأبي حنيفة حيث أوجب الحبس، ومنع من البيع(4).

ج - إذا رفع الغرماء الغريم إلي الحاكم و سألوه الحجر عليه، لم يُحجبه إلي ذلك حتي تثبت عنده الديون و قصور أمواله،

فينظر في ماله هل يفي بديونه أم لا؟ فينظر مقدار ما عليه من الديون و يقوم ماله بذلك ؟

ص: 14

1- المبسوط - للسرخسي - 163:24، الهداية - للمرغيناني - 285:3، المغني 4:529-530.

2- المهذب - للشيرازي - 328:1، الحاوي الكبير 6:265، التهذيب - للبغوي - 85:4، حلية العلماء 4:488-489، العزيز شرح الوجيز 5:7-8، روضة الطالبين 3:365.

3- حلية العلماء 4:484، العزيز شرح الوجيز 5:18، روضة الطالبين 3:372.

4- المبسوط - للسرخسي - 164:24 و 165، الهداية - للمرغيناني - 285:3، المغني 4:529-530، حلية العلماء 4:485، العزيز شرح الوجيز 5:18.

د - معوّضات الديون و الأعيان التي أثمانها عليه تقوّم من جملة أمواله

- وهو أحد قولي الشافعية(1) - لأن أصحابها بالخيار بين أن يرجعوا و بين أن لا يرجعوا و يطالبوه بالثمن.

و في الثاني: لا تُقوّم؛ لأن لأربابها الرجوع فيها، فلا تُحسب أثمانها عليه و لا يقوّمها مع ماله(2).

و ما قلناه أقوى.

ه - قد قلنا: إنّه إذا كان في أمواله وفاء لديونه، لم يُحجر عليه.

و للشافعي قولٌ آخر: إنّه يُحجر عليه مع ظهور أمارات الفلاس، فحينئذٍ - علي قوله - هل يكون لمن وجد متاعه بعينه أن يرجع فيه ؟ له وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لقوله عليه السلام: «فصاحب المتاع أحقّ بمتاعه»(3) الحاوي الكبير 6:265-266، حلية العلماء 4:488-489، العزيز شرح الوجيز 5:7-8، روضة الطالبين 3:365-366(4) و لم يفصل. و لأنّ الحجر موجود.

و الثاني: ليس له الرجوع فيها؛ لأنّه يصل إلي ثمنها من مال المشتري من غير تبرّع الغرماء، فلم يكن له الرجوع في العين، كما قبل الحجر(4).

و - لو لم يكن له مالٌ البتّة، ففي جواز الحجر عليه إشكال

ينشأ: من عدم فائدة الحجر، و هي التحفّظ بما في يده عن الإتلاف، و من الاكتفاء بمجرّد الدّين لجواز الحجر منعاً له من التصرّف فيما عساه يتجدّد في ملكه باصطيادٍ و اتّهابٍ و ظفر بركاز و غيرها.

مسألة 262: من شرائط الحجر ثبوت الدّين عند الحاكم؛

لأنّ المتولّي

ص: 15

1- العزيز شرح الوجيز 5:8، روضة الطالبين 3:366.

2- العزيز شرح الوجيز 5:8، روضة الطالبين 3:366.

3- تقدّم تخريجه في ص 10، الهامش

4- .

للحجر الحاكم، وليس له الحجر مجاناً بقول مَنْ كان، بل ما لم تثبت الديون - إِمَّا بالبَيِّنَة أو بالإقرار - لم يجز له الحجر.

مسألة 263: و من الشرائط كونُ الديون حائلةً،

فلو كانت مؤجلةً، لم يجز الحجر بها، سواء كان ماله يفي بها أو لا؛ لأنه ليس لهم المطالبة في الحال، وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة، فلا تُعجل عقوبته بمنعه من التصرف.

ولو كان البعض حالاً و الباقي مؤجلاً، فإن وَفَتْ أمواله بالديون الحائلة، فلا حجر؛ لعدم اعتبار الديون المؤجلة. وإن قصرت عنها، وجب الحجر.

وإذا حُجر عليه بالديون الحائلة، لم تحلّ عليه الديون المؤجلة - وهو أصحّ قولي الشافعية، واختاره المزني وأحمد في إحدَي الروايتين (1) - لأنّ المقصود من التأجيل التخفيف ليكتسب في مدّة الأجل ما يقضي به الدّين، وهذا المقصود غير ثابت، بخلاف الميّت؛ فإنّ توقّع الاكتساب منه قد بطل.

ولأنّه دَيْنٌ مؤجّل علي حيٍّ، فلا يحلّ قبل أجله، كغير المفلس، بخلاف الميّت؛ فإنّ ذمّته قد بطلت.

و الثاني للشافعي: أنّها تحلّ - وبه قال مالك وأحمد في الرواية الأخرى - لأنّ الإفلاس سبب في تعلق الدّين بالمال، فأسقط الأجل، كالموت (2)

ص: 16

1- التنبيه: 102، التهذيب - للبعوي - 100:4، حلية العلماء 4:494، الوجيز 1:170، العزيز شرح الوجيز 5:6، روضة الطالبين 3:364، المغني 4:525، الشرح الكبير 4:543.

2- التنبيه: 102، التهذيب - للبعوي - 100:4، حلية العلماء 4:494، العزيز شرح الوجيز 5:6، روضة الطالبين 3:364، المدونة الكبرى 5:235، بداية المجتهد 2:286، الذخيرة 8:172، المغني 4:525، الشرح الكبير 4:543.

وقد مرّ الفرق.

ورتب بعض الشافعية هذين القولين علي القولين في أنّ من عليه الدّين المؤجل لو جرت هل يحلّ الأجل؟ وأنّ الحلول في صورة الجنون أولي؛ لأنّ المجنون لا استقلال له كالميت، ووليّه ينوب عنه كما ينوب الوارث عن الميت(1).

ورأي الجويني الترتيب بالعكس أولي؛ لأنّ وليّ المجنون له أن يتناع له بتمن مؤجل عند ظهور المصلحة، فإذا لم يمنع الجنون التأجيل ابتداءً فلأن لا يقطع الأجل دوماً كان أولي(2).

وعندنا أنّ الجنون لا يوجب الحلول.

مسألة 264: إنّما يقسم الحاكم أمواله علي الديون الحالة خاصة علي ما اخترناه من عدم حلول المؤجلة،

فبيع أمواله ويقسمها علي الحالة بالنسبة، ولا يدخر شيئاً لأصحاب الديون المؤجلة، ولا يدام الحجر بعد القسمة لأصحاب الديون المؤجلة، كما لا يحجر بها ابتداءً، وهو أحد قولي الشافعي.

وفي الآخر: أنّها تحلّ الديون المؤجلة، فيقسم المال بين أصحاب هذه الديون والديون الحالة ابتداءً، كما لو مات(3).

وإن كان في الديون المؤجلة ما كان ثمن مبيع وهو قائم عند المفلس، فلصاحبه الرجوع إلي عين ماله - عنده(4) - كما لو كان حالاً ابتداءً.

ص: 17

1- العزيز شرح الوجيز 6:5.

2- العزيز شرح الوجيز 6:5.

3- العزيز شرح الوجيز 7:5، روضة الطالبين 3:365.

4- العزيز شرح الوجيز 7:5، روضة الطالبين 3:365.

وقال بعض الشافعية: فائدة الحلول أن لا يتعلّق بذلك المتاع حقّ غير بائعه، ويكون محفوظاً إلى مضيّ المدّة، فإن وجد المفلس وفاءً فذلك، وإلاّ فحينئذ يفسخ(1).

وقيل: لا يفسخ حينئذٍ أيضاً، بل لو باع بثمنٍ مؤجّلٍ وحلّ الأجل ثمّ أفلس المشتري وحُجر عليه، فليس للبائع الفسخُ والرجوعُ إلى المبيع؛ لأنّ البيع بالثمن المؤجّل يقطع حقّ البائع عن المبيع بالكلّية، ولهذا [لا](2) يثبت فيه حقّ الحبس للبائع(3).
والأصحّ عندهم: الأوّل(4).

وقال أحمد: يكون موقفاً إلى أن يحلّ الدّين، فيفسخ البائع إن شاء، أو يترك(5).

مسألة 265: لو اشتري بعد الحجر عليه أمتعةً بأثمان مؤجلة أو حائلة، دخلت في البيع في قضاء الديون،

كسائر أموال المفلس؛ لأنّه ملكها بالبيع، فكانت كغيرها، وليس لبائعها تعلّقُ بها؛ لأنّه لا مطالبة له في الحال إن كانت مؤجلةً علي ما اخترناه من عدم حلول المؤجّل بالحجر، وهو أصحّ وجهي الشافعية علي القول بعدم الحلول.

والثاني: أنّها لا تُباع، فإنّها كالمرهونة بحقوق بائعها، بل تُوقف إلى انقضاء الأجل، فإن انقضى والحجر باقٍ، يثبت حقّ الفسخ. وإن أُطلق، فكذلك ولا حاجة إلى إعادة الحجر، بل عزلها وانتظار الأجل كإبقاء الحجر

ص: 18

1- العزيز شرح الوجيز 7:5، روضة الطالبين 3:365.

2- ما بين المعقوفين أضفناه من «العزيز شرح الوجيز».

3- العزيز شرح الوجيز 7:5، روضة الطالبين 3:365.

4- العزيز شرح الوجيز 7:5، روضة الطالبين 3:365.

5- المغني 4:523، الشرح الكبير 4:533-534.

بالإضافة إلي المبيع(1).

و علي ما اخترناه من جواز بيعها لو لم يتفق بيعها وقسمتها حتي حلّ الأجل، فالأقرب: جواز الفسخ الآن.

و للشافعيّة وجهان(2).

و لو اشتراها بثمنٍ حالّ، كان لصاحبها الاختصاصُ أو الضرب بالثمن مع الجهل، و مع العلم الصبرُ. و يُحتمل الضربُ. و كذا المقرض.

و نقل الجويني وجهاً آخر فيما إذا كان الثمن مؤجلاً: أنّه لا بُدّ من إعادة الحجر ليثبت حقّ الفسخ(3).

و لو لم يكن عليه إلاّ ديون مؤجلة و طلب أصحابها الحجر، لم يُجابوا - و هو أصحّ وجهي الشافعيّة(4) - لأنّ طلب الحجر فرع طلب الدّين و عسر تخليصه فلا يتقدّم عليه.

و الثاني: نعم؛ لأنّهم يتوسّلون به إلي الحلول أو(5) المطالبة(6).

مسألة 266: قد ذكرنا أنّه يشترط كون الديون زائدة علي قدر ماله،

فلو كانت مساوية و الرجل كسوبّ ينفق من كسبه، فلا حجر و إن ظهرت أمارات الإفلاس.

و قد تقدّم(7) أنّ للشافعي وجهين فيما إذا ظهرت أمارات الإفلاس.

و يجري الوجهان فيما إذا كانت الديون أقلّ و كانت بحيث يغلب علي

ص: 19

1- العزيز شرح الوجيز 7:5، روضة الطالبين 3:365.

2- العزيز شرح الوجيز 7:5، روضة الطالبين 3:365.

3- العزيز شرح الوجيز 7:5.

4- العزيز شرح الوجيز 7:5.

5- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «و» بدل «أو». و ما أثبتناه كما في المصدر.

6- العزيز شرح الوجيز 7:5.

7- في ص 12، ضمن المسألة 261، و ص 14، الفرع «أ».

الظنّ انتهاؤها إلي حدّ المساواة، ومنه إلي الزيادة؛ لكثرة النفقة. وهذه الصورة عندهم أولي بالمنع(1).

وإذا حجرنا في صورة المساواة، فهل لمن وجد عين ماله عند المفلس الرجوع؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لإطلاق الحديث(2) العزيز شرح الوجيز 5:8، روضة الطالبين 3:366(3).

والثاني: لا؛ لتمكّنه من استيفاء الثمن بتمامه(4).

و هل تدخل هذه الأعيان في حساب أمواله وأثمانها في حساب ديونه؟ فيه - عندهم - وجهان(4).

وقال بعضهم: إنّ الوجهين مبنيان علي الوجهين في جواز الرجوع في الصورة السابقة إن لم تثبت الرجوع، أُدخلت(5) رجاء الوفاء. وإن أثبتناه فلا(6).

وهذا كلّه ساقط عندنا، وقد عرفت مذهبنا فيه، وأنّ الحجر إنّما يثبت مع القصور، لا مع المساواة.

مسألة 267: يشترط في الحجر التماس الغرماء من الحاكم ذلك،

إشارة

وليس للحاكم أن يتولّى ذلك من غير طلبهم؛ لأنّه حقّ لهم، وهو لمصلحة الغرماء والمفلس وهم ناظرون لأنفسهم لا يحكم الحاكم عليهم.

نعم، لو كانت الديون لمن للحاكم عليه ولاية، كان له الحجر؛ لأنّه

ص: 20

1- العزيز شرح الوجيز 5:8، روضة الطالبين 3:365-366.

2- تقدّم تخريجه في ص 10، الهامش

3- .

4- حلية العلماء 4:489-490، العزيز شرح الوجيز 5:8، روضة الطالبين 3:366.

5- أي الأعيان في الأموال والأثمان في الديون.

6- العزيز شرح الوجيز 5:8.

الغريم في الحقيقة، فله التماس ذلك من نفسه وفِعْله، كما لو كانت الديون لمجانين أو أطفال أو لمحجورٍ عليهم بالسفه و كان وليُّهم الحاكم، تولّاه القاضي لمصلحتهم من غير التماس.

فروع:

أ - لو كان الدّين للغيّاب، لم يحجر عليه الحاكم؛

لأنّ الحاكم لا يستوفي ما للغيّاب في الذم، بل يحفظ أعيان أموالهم.

ب - لو التمس بعضُ الغرماء الحجرَ دون بعضٍ، فإن كانت ديون الملتمسين قدراً يجوز الحجر بها، حُجر عليه لذلك القدر،

وأُجيبوا إلي ذلك، ثم لا يختصّ الحجر بهم، بل يعمّ أثره الجميع.

وإن لم تكن ديونهم زائدةً علي أمواله، فالأقرب: جواز الحجر، و لا- ينتظر التماس الباقي؛ لئلا يضيع علي الملتمس ماله [بتكاسل](1) غيره.

ويُحتمل العدم، وهو أظهر الوجهين عند الشافعية(2).

ج - لو لم يلتمس أحد من الغرماء الحجرَ فالتمسه المفلس، فالأقرب عندي: جواز الحجر عليه؛

لأنّ في الحجر مصلحةً للمفلس، كما فيه مصلحة للغرماء، و كما أجبنا الغرماء إلي تحصيل ملتسمهم حفظاً لحقوقهم، كذا يجب أن يجاب المفلس تحصيلاً لحقه، و هو حفظ أموال الغرماء ليسلم من المطالبة والإثم، وإذا تحقّق ثبوت غرضٍ للمفلس صحيحٍ في الحجر عليه، أُجيب إليه، و قد روي أنّ حَجَرَ النبيّ صلي الله عليه وآله علي معاذ كان بالتماسٍ

ص: 21

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «بتكامل». و ذلك تصحيف.

2- العزيز شرح الوجيز 6:5.

من معاذ دون طلب الغرماء(1)، وهو أحد وجهي الشافعي. و الثاني:

لا يُجاب المفلس إليه؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ والرشد ينافيان الحجر، وإتّما يصار إلي الحجر إذا حَقَّت طلبه الغرماء(2)3.

ص: 22

1- كما في العزيز شرح الوجيز 6:5.

2- العزيز شرح الوجيز 6:5، روضة الطالبين 3:364.

إشارة

إذا حجر الحاكم علي المديون، ثبتت أحكام أربعة: منعه من التصرف في ماله، وبيع ماله للقسمة علي الديون، واختصاص صاحب العين بها، وحبسه إلي ثبوت إعساره. فهنا مباحث أربعة:

البحث الأول: في منعه من التصرف.

مسألة 268: يستحب للحاكم الإعلام بالحجر، والنداء علي المفلس،

ويشهد الحاكم عليه بأنه قد حجر عليه و الإعلان بذلك بحيث لا يستضرّ معاملوه. فإذا حجر عليه، منعه من التصرف المبتدأ في المال الموجود عند الحجر بعوضٍ أو غيره، سواء ساوي العوض أو قصر.

والتصرف قسمان: إمّا أن يصادف المال أو لا، والأول إمّا إنشاء أو إقرار.

والأول ضربان: ما يصادف المال إمّا بتحصيل ما ليس بحاصل، كالاصطياد والاحتطاب وقبول الوصية، وهذا لا يُمنع منه إجماعاً؛ لأنّ الغرض من الحجر منعه ممّا يتضرّر به الغرماء. وإمّا تقويت ما هو حاصل، فإن تعلّق بما بعد الموت - كالتدبير والوصية - صحّ، فإن حصل زيادة علي الديون، نفذت الوصية، وإلا بطلت. وإن كان غير متعلّق بالموت، فإمّا أن يكون مورده عين مالٍ أو ما في الذمة. وإمّا أن لا يكون تصرفه مصادفاً للمال، فلا بُدّ من البحث عن هذه الأقسام بعون الله تعالى.

مسألة 269: كل تصرف للمفلس غير مصادف للمال فإنه لا يُمنع منه؛

لكماليته، وعدم المانع من التصرف فيما تصرف فيه حيث لم يك مالا، وذلك كالنكاح، ولا يُمنع منه. وأما مئونة النكاح فسيأتي إن شاء الله تعالى.

وكذا الطلاق لا يُمنع منه؛ لأن تصرفه هذا لم يصادف مالا، بل هو إسقاط ما يجب عليه من المال، فكان أولى بالجواز، وإذا صح منه الطلاق مجّاناً، كان صحّة الخلع - الذي هو في الحقيقة طلاقاً بعوضٍ - أولى بالجواز.

وكذا يصحّ منه استيفاء القصاص؛ لأنه ليس تصرفاً في المال، ولا يجب عليه قبول الدية وإن بذل الجاني؛ لأن القصاص شرع للشفّي و دفع الفساد، والدية إنّما تثبت صلحاً، وليس واجباً عليه تحصيل المال بإسقاط حقّه.

وكذا له العفو عن القصاص مجّاناً بغير عوض. أمّا لو وجبت له الدية بالأصالة - كما في جناية الخطأ - فإنه ليس له إسقاطها؛ لأنه بمنزلة الإبراء من الدين.

وكذا له استلحاق النسب؛ إذ ليس ذلك تصرفاً في المال وإن وجبت المئونة ضمناً. وكذا له نفيه باللعان.

وكذا لا يُمنع من تحصيل المال بغير عوض، كالاحتطاب وشبهه، وقد سلف (1).

مسألة 270: لو صادف تصرفه عين مال بالإتلاف إما بمعاوضة كالبيع والإجارة، أو بغير معاوضة كالهبة والعنق والكتابة،

أو بالمنع من الانتفاع

ص: 24

1- في ص 23، ضمن المسألة 268.

كالرهن، قال الشيخ رحمه الله: يبطل تصرفه (1). وهو أصح قولي الشافعي - وبه قال مالك و المزني - لأنه محجور عليه بحكم الحاكم، فوجب أن لا يصح تصرفه، كما لو كان سفيهاً. ولأن أمواله قد تعلق بها حق الغرماء، فأشبهت تعلق [حق] (2) المرتهن. ولأن هذه التصرفات غير نافذة في الحال إجماعاً، فلا تكون نافذة فيما بعد؛ لعدم الموجب.

و القول الثاني للشافعي: إن هذه التصرفات لا تقع باطله في نفسها، بل تكون موقوفة، فإن فضل ما تصرف به عن الدين إما لارتفاع سعر أو لإبراء بعض المستحقين، نفذ، وإلا بان أنه كان لغواً؛ لأنه محجور عليه بحق الغرماء، فلا يقع تصرفه باطلاً في أصله، كالمريض (3).

و هذا القول لا بأس به عندي، و الأول أقوى.

و الفرق بينه و بين المريض ظاهر؛ فإن المريض غير محجور عليه، و لهذا لو صرف المال في ملاذّه و مأكله و مشروبه، لم يُمنع منه، بخلاف صورة النزاع.

مسألة 271: إن قلنا بطلان التصرفات، فلا بحث.

و إن قلنا: إنَّها تقع موقوفة، فإن فضل ما تصرف فيه و انفق الحجر، ففي نفوذه للشافعي قولان (4).

و إذا لم يف بديونه، نقضنا الأخفّ فالأخفّ من التصرفات، و نبدأ

ص: 25

1- الخلاف 3:269، المسألة 11.

2- ما بين المعقوفين أضفناه من «العزیز شرح الوجيز».

3- التهذيب - للبغوي - 4:100، حلية العلماء 4:490-491، العزیز شرح الوجيز 5:9، روضة الطالبين 3:366-367، المغني

4:530، الشرح الكبير 4:501.

4- العزیز شرح الوجيز 5:9.

بالبهبة فننقضها؛ لأنها تملك من غير بدلٍ، فإن لم يف، نقضنا البيع، بخلاف الوقف والعتق؛ لأن البيع يلحقه الفسخ، فإن لم يف، رددنا العتق والوقف.

قال بعضهم: هذه التصرفات علي الترتيب، فالعتق أولي بالنفوذ؛ لقبوله الوقف وتعلقه بالإقرار، وتليه الكتابة؛ لما فيها من المعاوضة، ثم البيع والهبة؛ لأنهما لا يقبلان التعليق(1).

واختلفوا في محلّ القولين:

فقال بعضهم: إنهما مقصوران علي ما إذا اقتصر الحاكم علي الحجر، ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه، فإن فعل ذلك، لم ينفذ تصرفه قولاً واحداً.

وقال آخرون: إنهما مطردان في الحالين، وهو الأشهر عندهم.

فعلي هذا هل تجب الزكاة عليه؟ فعلي الأول لا تجب، وعلي الثاني تجب ما دام ملكه باقياً(2).

وقول الشافعي: «لا زكاة عليه» محمول عند هؤلاء علي ما إذا باع المفلس ماله من الغرماء(3).

مسألة 272: إذا قلنا بأنه تنفذ تصرفاته بعد الحجر، وجب تأخير ما تصرف فيه،

وقضي الدّين من غيره فربما يفضل، فإن لم يفضل، نقضنا من تصرفاته الأضعف فالأضعف علي ما تقدّم، ويؤخر العتق كما قلناه.

فإن لم يوجد راغب في أموال المفلس إلا في العبد المعتق، والتمس الغرماء من الحاكم بيعه ليقبضوا حقهم معجلاً، فالأقرب: إجابتهم إلي ذلك،

ص: 26

1- العزيز شرح الوجيز 9:5.

2- العزيز شرح الوجيز 9:5، روضة الطالبين 3:367.

3- العزيز شرح الوجيز 9:5، روضة الطالبين 3:367.

وإلا لزم أحد الضررين: إما تضرّر الغرماء بالصبر، وليس واجباً، وإما تضرّر المفلس والغرماء معاً لو بيعت أمواله بالرخص.

وقال بعض الشافعيّة: يحتمل أن ينقض من تصرفاته الأخير فالأخير، كما في تبرّعات المريض إذا زادت علي الثلث(1).

وهو حسن لا بأس به عندي.

فلو وقعت دفعةً، احتُمل القرعة.

ولو أجاز الغرماء بعض التصرفات، نفذ قطعاً، سواء كان سابقاً أو لاحقاً، وسواء كان عتقاً أو غيره.

هذا إذا باع من غير الغرماء، ولو باع منهم، فسيأتي.

مسألة 273: تصرفاته الواردة علي ما في الذمّة صحيحة،

كما لو اشترى بثمان في الذمّة، أو باع طعاماً سلفاً، صحّ، ويثبت في ذمّته، وهو أظهر مذهبي الشافعي.

والثاني: أنّه لا يصحّ شراؤه، كالسفيه(2).

والأول أقوى؛ لوجود المقتضي، وهو صدور العقد من أهله في محلّه، سالمًا عن معارضة منع حقّ الغرماء؛ لأنّه لم يرد إلاّ علي أعيان أمواله. وكذا لو اقترض.

وليس للبائع فسخ البيع، سواء كان عالماً بالحجر أو جاهلاً به؛ لأنّ التفريط من جهته حيث أهمل الاحتياط في السؤال عن حالة مُعامله.

إذا ثبت هذا، فإنّ هذه المتجدّات وشبهها من الاحتطاب وغيره تدخل تحت الحجر.

ص: 27

1- العزيز شرح الوجيز 5:9-10، روضة الطالبين 3:367.

2- العزيز شرح الوجيز 5:10، روضة الطالبين 3:368.

مسألة 274: لو باعه عبداً بثمن في ذمته بشرط الإعناق،

فإن أبطنا جميع التصرفات - سواء وردت علي عين المال أو في الذمة - فالأقوي:

بطلان البيع؛ لأنه تصرف في المال وإن كان في الذمة.

وإن قلنا بالصحة فيما يكون مورده الذمة علي ما اخترناه، صحّ البيع و العتق معاً، و يكون العتق موقوفاً، فإن قصر المال، احتمل صرفه في الدّين، لا رجوعه إلي البائع.

و الأقوي عندي صحّة عتقه في الحال.

و لو وهب بشرط الثواب ثمّ أفلس، لم يكن له إسقاط الثواب.

مسألة 275: لو أقرّ بدّين، فأما أن يكون قد أقرّ بدّين لزمه

و أضافه إلي ما قبل الحجر إمّا من معاملةٍ أو قرضٍ أو إتلاف، أو أقرّ بدّين لاحقٍ بعد الحجر.

فالأوّل يلزمه ما أقرّ به؛ لأنّ الحجر ثبت عليه لحقّ غيره، فلا يمنع صحّة إقراره.

و هل يشارك المقرّ له الغرماء بمجرد إضافة إقراره إلي سببٍ سابق؟ الأقرب: ذلك؛ لأنّه عاقل، فينفذ إقراره؛ لعموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء علي أنفسهم جائز» (1) و عموم الخبر (2) الأم 210:3، مختصر المزني: 104. (3) في قسمة ماله بين غرمائه، و هو أصحّ قولي الشافعي، و به قال ابن المنذر (4).

قال الشافعي: و به أقول (4)

ص: 28

1- لم نعثر عليه في المصادر الحديثية.

2- تقدّم تخريجه في ص 7، الهامش

3-

4- الحاوي الكبير 321:6، التهذيب - للبغوي - 103:4، العزيز شرح الوجيز 10:5، روضة الطالبين 368:3، المغني 531:4، الشرح الكبير 501:4.

وقال: لو كان المفلس قصّاراً أو صائغاً أو أفلس و حُجر عليه و عنده ثياب الناس و حُلِيّهم، أيقال: لا يُقبل قوله في ردّ أموال الناس؟ (1).

ولأنّ هذا دَيِّنٌ ثابت عليه مضاف - بقوله - إلي ما قبل الحجر، فوجب أن يشارك صاحبه الغرماء، كما لو ثبت بالبيّنة، وبالقياس علي ما إذا أقرّ المريض بدَيِّنٍ يزاحم المُقرّ له غرماء الصّحّة.

والقول الثاني للشافعي: إنّه لا يُقبل في حقّ الغرماء - وبه قال مالك و أحمد و محمّد بن الحسن - لأنّ حقّ الغرماء تعلّق بما له من المال، وفي القبول إضرار بهم بمزاحمته إياهم. ولأنّه متّهم في هذا الإقرار، فلا يسقط به حقّ الغرماء المتعلّق بماله، كما لو أقرّ بما رهنه، فحينئذٍ لا يشارك المُقرّ له الغرماء، بل يأخذ ما فضل عنهم (2).

و تُمنع التهمة؛ لأنّ ضرر الإقرار في حقّه أكثر منه في حقّ الغرماء، فلا تهمة فيه، فإنّ الظاهر من حال الإنسان أنّه لا يُقرّ بدَيِّنٍ عليه و ليس عليه دَيِّنٌ.

مسألة 276: لو أقرّ بدَيِّنٍ لاحقٍ بعد الحجر و أسنده إلي ما بعد الحجر،

فإن كان قد لزمه باختيار صاحبه - كالبيع و القرض و غيرهما من المعاملات المتجدّدة بعد الحجر - فإنّه يكون في ذمّته، و لا يشارك المُقرّ له الغرماء؛ لأنّ صاحب المال رضي بذلك إن علم أنّه مفلس، و إن لم يعلم، فقد فرّط في ذلك.

و إن كان قد لزمه عن غير رضا صاحبه - كما لو أتلف عليه مالاً أو جني عليه جناية - فالأقرب: أنّه يُقبل في حقّ الغرماء، كما لو أسند الدَيِّن

ص: 29

1- الأم 3: 210.

2- نفس المصادر في الهامش (3) من ص 28.

إلي [سبب] (1) سابق علي الحجر؛ لأنَّ حَقَّهُ ثبت بغير اختياره، وهو أصحَّ طريقي الشافعية (2).

لا يقال: لِمَ لا قُدِّم حَقُّه علي حَقِّ الغرماء كما قُدِّم حَقُّ المجنِّي عليه علي حَقِّ المرتهن؟

لأنَّما نقول: الفرق أنَّ الجناية لا محلَّ لها سوي الرهن، و الدَّين متعلِّق بالرهن و الذمَّة، فقد اختصَّ بالعين، وفي مسألتنا الدَّينان متعلِّقان بالذمَّة فاستويا. و لأنَّ الجناية قد حصلت من الرهن الذي علَّقه به صاحبه، فُقِّدَّت الجناية كما تُقَدَّم علي حَقِّ صاحبه، و هنا الجناية كانت من المفلس دون المال، فافترقا.

و نظيره في حَقِّ المفلس أن يجني عبده، فيقدِّم علي حَقِّ الغرماء.

و الطريق الثاني: أنَّه كما لو قال: عن معاملة (3).

و لو أقرَّ بدَّين و لم يُسندِه إلي ما قبل الحجر و لا إلي ما بعده، حُمل علي الثاني، و جُعِل بمنزلة ما لو أسنده إلي ما بعد الحجر؛ لأصالة التأخُّر، و عدم التعلُّق.

مسألة 277: لو أقرَّ المفلس بعين من الأعيان - التي في يده - لرجلٍ

و قال: غضبته منه أو استعترته أو أخذته سَوْماً أو وديعةً، فالأقرب: النفوذ، و مضى الإقرار في حق الغرماء، كما لو أقرَّ بدَّين سابقٍ.

و للشافعي قولان، كالقولين في الإقرار بالدَّين السابق علي الحجر (4)

ص: 30

1- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

2- العزيز شرح الوجيز 10:5، روضة الطالبين 3:368.

3- العزيز شرح الوجيز 10:5، روضة الطالبين 3:368.

4- التهذيب - للبغوي - 103:4، العزيز شرح الوجيز 11:5، روضة الطالبين 3:369.

لكنّ الإقرار بالدَّين السابق علي الحجر أثره أن يزاحم المُقرّ له الغرماء، وهنا يُسلّم المُقرّ به علي القول بالقبول، و علي القول بعدمه إن فضل، سلّم العين إلي المُقرّ له، وإلا غرم قيمتها بعد اليسار.

فإن كذبه المُقرّ له، بطل إقراره، وقُسمت العين بين الغرماء.

وكذا لو أقرّ بدَّين فكذبه المُقرّ له، لم يُسمع إقراره. ومع عدم قبول إقراره بالعين إن فضلت، دُفعت العين إلي المُقرّ له قطعاً، بخلاف البيع؛ فإنّ فيه إشكالاً.

وكذا الإشكال لو ادّعي أجنبيّ شراء عين في يده من (1) قبل الحجر فصدّقه.

واعلم أنّ الفرق بين الإنشاءات حيث رددناها في الحال قطعاً وقلنا:

الأصحّ أنّه لا يُحكم بنفوذها عند انفكاك الحجر أيضاً، وبين الأقارير حيث قبلناها في حقّ المفلس جزماً وفي حقّ الغرماء علي الأصحّ: أنّ مقصود الحجر منعه من التصرف، فيناسبه إلغاء ما ينشئه، والإقرار إخبار عمّا مضى، والحجر لا يسلب العبارة عنه.

مسألة 278: لو أقرّ بما يوجب القصاص عليه أو الحدّ، قيل،

وأجري عليه حكم إقراره، سواء أدّي إلي التلف أو لا؛ لانتفاء التهمة. ولأنّه عاقل أقرّ بما يؤثّر في حقه حكماً، ولا مانع له؛ إذ المانع التصرف في الماليّة وليس ثابتاً، فثبت موجب إقراره.

ولو كان الإقرار بسرقةٍ توجب القطع، قيل في القطع، وأمّا في المسروق فكما لو أقرّ بمالٍ، والقبول هنا أولي؛ لبُعد الإقرار عن التهمة.

ص: 31

1- في «ث»: «منه» بدل «من».

ولو أقر بما يوجب القصاص فعفا المستحق علي مالٍ، فهو كإقرارٍ بدّين جنائية.

وقال بعض الشافعية: يقطع هنا بالقبول؛ لانتفاء التهمة (1).

مسألة 279: لو ادّعي رجل علي المفلس مالاً لزمه قبل الحجر فأنكر المفلس،

فإن أقام المدّعي بينةً، ثبت حقه، وساوي الغرماء. وإن لم تكن له بينة، كان علي المفلس اليمين، فإن حلف، برأ، وسقطت الدعوي. وإن نكل، رُدّت اليمين علي المدّعي، فإذا حلف، ثبت الدّين.

وهل يشارك المدّعي الغرماء؟ إن قلنا: إن النكول وردّ اليمين كالبيّنة، زاحم المدّعي الغرماء، كما لو ثبت دّينه بالبيّنة. وإن قلنا: إنه كالإقرار، فكالقولين.

مسألة 280: لا خلاف في أنّ الحجر يتعلّق بالمال الموجود للمفلس حالة الحجر،

وأما المتجدّد بعده باصطيادٍ أو أنّهاب أو قبول وصية، الأقرب: أنّ الحجر يتعدّي إليه أيضاً؛ لأنّ مقصود الحجر إيصال حقوق المستحقّين إليهم، وهذا لا يختصّ بالموجود عند الحجر، وهو أصحّ وجهي الشافعية.

والثاني: أنّ الحجر لا يتعدّي إلي المتجدّد؛ لأنّ الحجر علي المفلس لقصر يده عن التصرف فيما عنده، فلا يتعدّي إلي غيره، كما أنّ حجر الراهن علي نفسه في العين المرهونة لا يتعدّي إلي غيرها (2).

إذا ثبت هذا، فإذا اشترى شيئاً وقلنا بصحة شرائه، ففيه مثل هذا

ص: 32

1- العزيز شرح الوجيز 11:5، روضة الطالبين 3:369.

2- الوسيط 4:10، الوجيز 1:170، العزيز شرح الوجيز 5:12، روضة الطالبين 3:369.

الخلافاً.

وهل للبائع الخيار والتعلق بعين متاعه؟ الأقرب: العدم - وهو أحد وجوه الشافعي (1) - لأنه إن (2) كان عالماً، كان بمنزلة من اشترى معيباً يعلم بعيبه. وإن كان جاهلاً، فقد قصّر بترك البحث مع سهولة الوقوف عليه؛ فإن الحاكم يشهر أمر المحجور عليه بالنداء والإشهاد والإعلان.

والثاني: أن البائع إن كان عالماً، فلا خيار له. وإن كان جاهلاً، فله الخيار، والرجوع إلي عين ماله.

والثالث: أن للبائع الخيار في الرجوع إلي عين ماله وإن كان عالماً؛ لتعذر الوصول إلي الثمن (3).

وكذا المقرض.

ويقرب من هذا ما إذا باع من عبدٍ بغير إذن مولاه وقلنا بصحة البيع، فإن الثمن يتعلق بذمته يتبع به بعد العتق، فإن كان عالماً، ففي ثبوت الخيار وجهان (4).

وإن كان جاهلاً، يثبت.

مسألة 281: إذا لم يثبت للبائع الرجوع في المبيع علي المفلس المحجور، فهل يزاحم الغرماء بالثمن؟ الأقرب: المنع؛

لأنه دَيْنٌ حادث بعد الحجر برضا صاحبه، وكلّ ما هذا شأنه من الديون لا يزاحم مستحقها الغرماء، بل إن فضل منهم شيء، أخذه، وإلا صبر إلي أن يجد مالا، وهو أصحّ قولي الشافعي.

ص: 33

1- الوسيط 4:10، العزيز شرح الوجيز 5:12-13، روضة الطالبين 3:369.

2- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «وإن». والصحيح ما أثبتناه.

3- الوسيط 4:10، العزيز شرح الوجيز 5:12-13، روضة الطالبين 3:369.

4- الوجهان أيضاً للشافعيّة، راجع: العزيز شرح الوجيز 5:13.

و الثاني: أنه يزاحم؛ لأنَّه وإن كان دَيْنًا جديدًا فإنَّه في مقابلة ملكٍ جديد، فلمَّا زاد المال جاز أن يزيد الدَّين، بخلاف الصداق الذي [لزمه] (1) بنكاح بعد الفلَس و دَين ضمَّنه بعد الفلَس، فإنَّه لا مقابل له هناك (2).

مسألة 282: أقسام ديون المفلس، الثابتة بعد الحجر ثلاثة:

أ: ما لزم باختيار مستحقِّه،

فإن كان في مقابلته شيء - كضمن المبيع - فقد ذكرنا الخلاف في أنَّه هل له المطالبة به أم لا؟ وإن لم يكن في مقابلته شيء، فلا خلاف في أنَّ مستحقِّه لا يُضاربُ الغرماء، بل يصبر إلي فكاك الحجر.

ب: ما لزم بغير اختيار المستحقِّ،

كأرش الجناية و غرامة الإتلاف، وفيه وجهان:

[أحدهما:] أنَّه لا يضارب به؛ لتعلُّق حقوق الأولين بأعيان أمواله، فصار كما لو جني الراهن و لا مال له غير المرهون، لا يزاحم المجني عليه المرتهن.

و الثاني: أنَّه يضارب؛ لأنَّه لم يوجد منه تقصير، فيبعد تكليفه الانتظار (3).

ج: ما يتجدد بسبب مؤنات المال،

كأجرة الوزان و الناقد و الكيال و الحمال و المنادي و الدلال و أجرة البيت الذي يُحفظ فيه المتاع، فهذه المؤن كلُّها مقدَّمة علي ديون الغرماء؛ لأنَّها لمصلحة الحجر و إيصال أرباب

ص: 34

1- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

2- العزيز شرح الوجيز 5:13.

3- الوجهان أيضاً للشافعية، راجع: العزيز شرح الوجيز 5:13، وروضة الطالبين 3:369.

الحقوق حقوقهم، ولو لم تُقدّم لم يرغب أحد في تلك الأعمال، و حصل الضرر بالمفلس و الغرماء.

و هذا كلّ إذا لم يوجد متطوِّعٌ بذلك، و لا في بيت المال سعة له، فإن وُجد متطوِّعٌ أو كان في بيت المال سعة، لم يُصرف مال المفلس إليها.

مسألة 283: شرطنا في التصرف - الذي يُمنع المفلس منه - كونه مبتدأً،

كالابتداء بالبيع و الصدقة و الوقف و الكتابة و الهبة، أمّا ما ليس بمبتدأٍ فإنه لا يُمنع منه، فلو اشترى قبل الحجر شيئاً ثمّ أُطلع علي عيبه بعد الحجر، فله الردّ بالعيب إن كانت الغبطة في الردّ؛ لأنّه ليس ابتداءً تصرّفٍ، بل هو من أحكام البيع السابق و لواحقه، و الحجر لا يمنع من الأحكام السابقة عليه، و ليس ذلك كما لو باع مع الغبطة؛ لأنّ ذلك تصرّف مبتدأً، و الفسخ ليس تصرّفًا مبتدأً، فافترقا.

فإن منع من الردّ بالعيب السابق تصرّفٌ أو عيبٌ حادث، لزم الأرش، و لم يملك المفلس إسقاطه؛ لأنّه تصرّف في مالٍ و جب له بالإتلاف إلي غير عوضٍ، و هو ممنوع من الإتلاف بالعوض فغيره أولي.

و لو كانت الغبطة في ترك الردّ بأن كان قيمته مع العيب أكثر من ثمن المثل، لم يكن له الردّ؛ لما فيه من تقويت المال بغير عوضٍ.

و كذا المريض لو اشترى حال صحّته شيئاً ثمّ وجد عيبه في مرضه فأمسكه و الغبطة في الردّ، كان المقدار الذي ينقصه العيب معتبراً من الثلث.

و كذا وليّ الطفل إذا وجد ما اشتراه للطفل معيباً و كانت الغبطة في إبقائه، لم يكن له الردّ.

و يثبت في هذه المواضع كلّها الأرش؛ لأنّها لا نشترط في وجوب الأرش امتناع الردّ.

وقال الشافعي: لا يثبت الأرش في هذه الصور؛ بناءً على أصله من أن الأرش لا يثبت مع إمكان الردّ، والردّ هنا ممكن غير ممتنع في نفسه، بل إنّ امتنع لأنّ المصلحة اقتضت الامتناع منه (1).

مسألة 284: لو تابعا بخيار ففلسا أو أحدهما، لم يبطل خيار المفلس،

وكان له إجازة البيع وردّه، سواء رضي الغرماء أو سخطوا.

ولا يُعتبر هنا الغبطة؛ لأنّ ذلك ليس تصرفاً مبتدأً، وإنّما مُنع المفلس من التصرفات المستحدثة.

وفارق الفسخ والإجازة بالخيار الردّ بالعيب؛ لأنّ العقد في زمن الخيار متزلزل لا ثبات له، فلا يتعلّق حقّ الغرماء بالمال، ويضعف تعلّقه به، بخلاف ما إذا خرج معيماً، وإذا ضعف التعلّق جاز أن لا يُعتبر شرط الغبطة، وهو أظهر وجوه الشافعي.

والثاني: أنّ تجويز الفسخ والإجازة متقيّد بالغبطة، كالردّ بالعيب.

وهو مخرّج من عقد المريض في صحّته بشرط الخيار ثمّ يفسخ أو يُجيز حالة المرض على خلاف الغبطة، فإنّه تصرف من الثالث.

والفرق: أنّ حجر المريض أقوي، فإنّ إمضاء الورثة تصرف المريض قبل الموت لا يفيد شيئاً، وإمضاء الغرماء وإذنه فيما يفعله المفلس يفيدهم الصحّة والاعتبار.

والثالث: أنّ كلّ واحدٍ من الفسخ والإمضاء إن وقع على وفق الغبطة، فهو صحيح، وإلّا فالنظر إلى الخلاف في الملك في زمن الخيار وإلي أنّ الذي أفلس أيّهما هو؟

ص: 36

1- العزیز شرح الوجیز 5:14، روضة الطالبین 3:370.

فإن كان المشتري وقلنا: الملك للبائع، فللمشتري الإجازة والفسخ.

أمّا الإجازة: فلائها جلب ملك. و أمّا الفسخ: فلا يمنع دخول شيء في ملكه، إلاّ أنّه أزال ملكاً. وإن قلنا: الملك للمشتري، فله الإجازة؛ لأنّه يستديم الشيء في ملكه، فإن فسخ، لم يجز؛ لما فيه من إزالة الملك.

وإن أفسس البائع، فإن قلنا: الملك له، فله الفسخ؛ لأنّه يستديم الملك، وليس له الإجازة؛ لأنّه يُزِيله. وإن قلنا: الملك للمشتري، فللبائع الفسخ والإجازة، كما قلنا في طرف المشتري(1).

و ما ذكرناه أولي.

و لو قيل في الردّ بالعيب: إنّه لا يتقيّد بالغبطة كما في الخيار، كان وجهاً.

مسألة 285: لو جني علي المفلس أو علي مملوكه أو علي مورثه جناية، فإن كانت خطأ، وجب المال،

و تعلق به حقوق الغرماء، و لا يصحّ منه العفو عنه. و إن كانت عمداً توجب القصاص، تخيّر بين القصاص و العفو.

و ليس للغرماء مطالبته بالعفو علي مال؛ لأنّه اكتساب للمال و تملك، و هو غير لازم، كما لا يلزمه الكسب و قبول الهبة.

فإن استوفي القصاص، فلا كلام. و إن عفا علي مالٍ و رضي الجاني، ثبت المال، و تعلق به حقوق الغرماء.

و إن عفا مطلقاً، سقط حقّه من القصاص، و لم يثبت له مالٌ - و هو أحد قولي الشافعي(2) - لأنّ موجب جناية العمد القصاصُ خاصّةً.

ص: 37

1- العزيز شرح الوجيز 5:14-15، روضة الطالبين 3:370.

2- الحاوي الكبير 6:324.

وله قولٌ آخر: إنَّ موجبها أحد الأمرين: إمَّا القصاص، أو الدية(1).

فإن عفا عن القصاص، تثبت له الدية، وتعلّق بها حقوق الغرماء.

وإن عفا علي غير مالٍ، فإن قلنا: الواجب القصاصُ خاصّةً، لم يثبت له شيء. وإن قلنا: الواجب أحد الأمرين، ثبتت الدية، ولم يصح إسقاطه لها؛ لحقّ الغرماء؛ لأنّ عفوه عن القصاص يوجب الدية، فلا يصحّ منه إسقاطها.

مسألة 286: للمفلس المحجور عليه الدعوي؛

إشارة

لأنّه ليس تصرّفًا في مالٍ، بل استيجاب مالٍ، ولا نعلم فيه خلافًا.

فإذا ادّعي علي غيره بمالٍ، فإن اعترف المدّعي عليه، أو قامت له البيّنة، ثبت له المال، وتعلّق به حقّ الغرماء. وإن أنكر ولا بيّنة فإن حلف، برئ، وسقطت الدعوي.

ولو أقام المفلس شاهدًا واحدًا بدعواه، فإن حلف مع شاهده، جاز، واستحقّ المال، وتعلّق به حقّ الغرماء. وإن امتنع، لم نجبره علي اليمين؛ لأنّنا لا نعلم صدق الشاهد، ولو علمناه، يثبت الحقّ بشهادته من غير يمين، فلا نجبره علي الحلف علي ما لا نعلم صدقه. ولأنّه تكسّب، وليس واجباً عليه.

ولم يحلف الغرماء مع الشاهد عندنا - وهو الجديد للشافعي، وبه قال أحمد(2) - لأنّه لا يجوز للإنسان أن يحلف ليثبت بيمينه ملكاً لغيره حتي يتعلّق حقّه به، كما لا يجوز للزوجة أن تحلف لإثبات مالٍ لزوجها وإن كان إذا ثبت، تعلّقت نفقتها به.

ص: 38

1- الحاوي الكبير 6:325.

2- الحاوي الكبير 6:328-329، المغني 4:524، الشرح الكبير 4:551.

وقال في القديم: إنَّ الغرماء يحلفون؛ لأنَّ حقوقهم تتعلّق بما يثبت للمفلس كما يحلف الورثة مع شاهدهم بمالٍ (1) لمورّثهم وللوكيل في العقد إذا حالفه من العقد معه، تحالفاً وإن ثبت العقد لغيره (2).

والفرق ظاهر؛ فإنَّ الورثة يُثبتون بأيمانهم الملك لأنفسهم، والوكيل في العقد اليمين متعلّقة به؛ لأنَّه هو العاقد، فُثبت بيمينه فعل نفسه، وهذا لا يحلف موكله علي ذلك.

وكذا من مات وعليه دينٌ فادّعي وارثه ديناً له علي رجل وأقام عليه شاهداً وحلف معه، يثبت الحقّ، وجعل المال في سائر تركاته. وإن امتنع من اليمين أو لم يكن له شاهد وكل المدّعي عليه عن اليمين ولم يحلف الوارث اليمين المردودة، فهل يحلف الغرماء؟ أمّا عندنا فلا؛ لما تقدّم. وأمّا عند الشافعي فقولان له:

الجديد كقولنا؛ لأنَّ حقّه فيما يثبت للميت، أمّا إثباته للميت فليس إليه، ولهذا لو وصّى لإنسانٍ بشيء فمات قبل القبول ولم يقبله وارثه، لم يكن للغريم القبول.

وقال في القديم: يحلف الغريم؛ لأنَّه ذو حقّ في التركة، فأشبهه الوارث (3).

إذا عرفت هذا، فالقولان أيضاً في اليمين الثابتة بالنكول، وهو ما إذا3.

ص: 39

1- كذا، والظاهر: «علي مال» بدل «بمال».

2- نفس المصادر في الهامش (2) من ص 38.

3- التهذيب - للبغوي - 108:4، العزيز شرح الوجيز 5:15-16، روضة الطالبين 3:371.

لم يكن للمفلس بيّنة وردّ المدّعي عليه اليمين فلم يحلف المفلس، ففي إحلاف الغرماء للشافعي قولان(1).

وعندنا ليس لهم الحلف.

واعلم أنّ بعض الشافعيّة ذكر طريقين في إحلاف غرماء المفلس مع شاهده:

أحدهما: طرد القولين.

و الثاني: القطع بالمنع هنا، والخلاف في الميّت.

و الفرق: أنّ الحقّ للمفلس، فامتناعه عن اليمين يورث ريبه ظاهراً، وفي الصورة الأولى صاحب الحقّ غير باقٍ، وإثماً يحلف الوارث بناءً علي معرفته بحال مُورّثه وهو [قد] (2) يخفي عنه ولا- يخفي عن الغرماء، ولأنّ غرماء الميّت آيسون عن حلفه، فمُكّنوا من اليمين لئلاً يضيع الحقّ، و غرماء المفلس غير آيسين عن حلفه (3).

قال الجويني: الطريقة الثانية أصحّ. و حكي عن شيخه طرد الخلاف في ابتداء الدعوي من الغرماء (4).

و قطع أكثرهم بمنع الدعوي ابتداءً، و تخصيص الخلاف باليمين بعد دعوي الوارث و المفلس (5).

و لا فرق بين أن تكون الدعوي بعينٍ أو بدّين. 3.

ص: 40

1- الحاوي الكبير 6:329.

2- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

3- العزيز شرح الوجيز 5:16. (4 و 5) العزيز شرح الوجيز 5:16، روضة الطالبين 3:371.

أ - لو حلف بعض الغرماء - عند القائلين به - دون بعض، استحق الحالفون بالقسط،

كما لو حلف بعض الورثة لدين الميت.

ب - ليس لمن امتنع من اليمين من الغرماء - إن جؤزنا لهم الحلف - مشاركة الحالف،

كالوارث إذا حلف دون باقي الورثة، لم يكن للباقيين مشاركته؛ لأن المقبوض باليمين ليس عين مال الميت ولا عوضه بزعم الغريم.

ج - لو حلف الغرماء ثم أبرءوا عن ديونهم، فالمحلوف عليه يُحتمل أن يكون للمفلس؛

لخروجه عن ملك المدعي عليه بحلف الغرماء، وعن ملك الغرماء بإبرائهم عن الدين، فيبقي للمفلس. وأن يكون للغرماء؛ لأنه يثبت بحلفهم، ويلغو الإبراء. وهو ضعيف. أو يبقي علي المدعي عليه، ولا يستوفي أصلاً.

وللسانعي ثلاثة أوجه (1) كهذه.

مسألة 287: الدين إن كان حالاً أو حلّ بعد الأجل و أراد المديون السفر، كان لصاحب الدين منعه من السفر حتي يقبض حقه،

وليس في الحقيقة هذا منعا من السفر كما يمنع السيّد عبده و الزوج زوجته، بل يشغله عن السفر برفعه إلي الحاكم و مطالبته حتي يوفي الحق، و حبسه إن ماطل.

وإن كان الدين مؤجلاً، فإن لم يكن السفر مخوفاً، لم يُمنع منه؛ إذ ليس له مطالبته في الحال بالحق.

ص: 41

و ليس له أيضاً أن يطالبه برهن ولا كفيل؛ لأنه ليس له مطالبته بالحق فكيف يكون له المطالبة بالرهن أو الكفيل وهو المفرط في حظ نفسه حيث رضي بالتأجيل من غير رهن ولا كفيل؟!

و هل له أن يكلفه الإشهاد؟ قال الشافعي: ليس له ذلك (1).

و الأقرب عندي أنه يجب عليه الإشهاد؛ لما فيه من إبراء الذمة.

وإن كان السفر مخوفاً - كالجهاد، وركوب البحر - لم يكن له المنع منه أيضاً ولا المطالبة برهن ولا كفيل؛ إذ لا مطالبة له في الحال، وهو أصح وجوه الشافعي.

و الثاني: أنه يمنعه إلي أن يؤدي الحق أو يعطي كفيلاً؛ لأنه في هذا السفر يُعرض نفسه للهلاك فيضيع حقه.

و الثالث: إن لم يخلف وفاءً، منعه. و إن خلف، لم يكن له منعه اعتماداً علي حصول الحق منه (2).

مسألة 288: و لا فرق بين أن يكون الأجل قليلاً أو كثيراً،

و لا بين أن يكون السفر طويلاً أو قصيراً، فلو بقي للأجل نصف نهار ثم أراد إنشاء سفرٍ طويل في أوله، لم يكن لصاحب الدين منعه منه، فإنه لا يجب عليه إقامة كفيل و لا دفع رهن، و ليس لصاحب الدين مطالبته بأحدهما، و به قال الشافعي (1).

و قال مالك: إذا علم حلول الأجل قبل رجوعه، فله أن يطالبه بكفيل

ص: 42

1- الحاوي الكبير 6:337، التهذيب - للبخاري - 4:117، العزيز شرح الوجيز 5:17، روضة الطالبين 3:372.

- و هو قول بعض الشافعية - لأنّ عليه ضرراً في تأخّر حقّه (1).

و الضرر لحقه بواسطة التأجيل، و هو من فعله، و رضي به من غير كفيل، فلم يكن له إزالته بعد ذلك، و كما أنّه ليس له مطالبته بالحقّ في الحال، كذا ليس له المطالبة بكفيل، كما لو لم يسافر.

و لو أراد صاحب المال أن يسافر معه ليطالبه عند الحلول، فله ذلك بشرط أن لا يلازمه ملازمة الرقيب.

إذا ثبت هذا، فإنّه إذا حلّ الأجل و هو في السفر و تمكّن من الأداء، و جب عليه إمّا برجوعه أو بإنفاذ وكيله أو ببعث رسالته (2) أو بغيره من الوجوه.

مسألة 289: الهبة من الأدنى للأعلى لا تقتضي الثواب؛

للأصل، و هو أحد قولي الشافعي (3).

فإن شرطه، صحّ عندنا؛ لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (4).

و للشافعي قولان علي تقدير عدم اقتضاء الثواب (5).

ص: 43

1- الحاوي الكبير 6:337، التهذيب - للبغوي - 4:117، العزيز شرح الوجيز 5:17.

2- في النسخ الخطية: «رسالة».

3- المهذب - للشيرازي - 1:454، التنبيه: 139، الحاوي الكبير 7:549، حلية العلماء 6:57، التهذيب - للبغوي - 4:530، العزيز شرح الوجيز 4:243، و 6:329، روضة الطالبين 4:446، منهاج الطالبين: 172، المغني 6:331.

4- التهذيب 7:1503/371، الاستبصار 3:835/232، الجامع لأحكام القرآن 6:33.

5- المهذب - للشيرازي - 1:454، التنبيه: 139، الحاوي الكبير 7:550، التهذيب - للبغوي - 4:530، حلية العلماء 6:58، العزيز شرح الوجيز 6:329، روضة الطالبين 4:446-447، منهاج الطالبين: 172، المغني 6:332.

فإن قلنا بالاعتضاء، أو شرطه مطلقاً، ففيه ثلاثة أقوال للشافعي:

أحدها: قدر قيمة الموهوب.

والثاني: ما جرت العادة بأن يُثاب مثله في تلك الهبة.

والثالث: ما يرضي به الواهب(1).

فإذا وهب المفلس هبة توجب الثواب ثم حُجر عليه، لم يكن له إسقاطه؛ لأنه تصرف في المال بالإسقاط، فيُمنع منه.

فإن قلنا بوجوب القيمة أو ما جرت العادة بمثله، لم يكن له أن يرضي إلاً بذلك.

وإن قلنا: له ما يرضيه، كان له أن يرضي بما شاء وإن قلَّ جداً، ولا يعترض عليه - وبه قال الشافعي(2) - لأن المال لا يثبت إلاً برضاه، فلو عيّن عليه الرضا، لكان تعييناً للاكتساب.

مسألة 290: قد بينّا أنّه لو أقر بعين، دُفعت إلي المقرّ له علي إشكال.

ويُحتمل عدم الدفع، ويكون حقّ الغرماء متعلّقاً بها.

فعلي تقدير عدم القبول لو فضلت عن أموال الغرماء دُفعت إلي المقرّ له قطعاً؛ عملاً بالإقرار.

أمّا البيع فلو باعها حالة الحجر وقلنا بعدم النفوذ فضلت عن أموال الغرماء، ففي إنفاذ البيع فيها إشكال.

وكذا الإشكال لو ادّعي أجنبيّ شراء عينٍ منه في يده قبل الحجر

ص: 44

1- المهذّب - للشيرازي - 455:1، التنبيه: 139، الحاوي الكبير 550:7-551، حلية العلماء 58:6-59، التهذيب - للبغوي - 530:4-531، الوسيط 276:4، العزيز شرح الوجيز 330:6، روضة الطالبين 446:4.
2- التهذيب - للبغوي - 102:4، العزيز شرح الوجيز 23:5، روضة الطالبين 382:3.

ولو قال: هذا المال مضاربة لغائبٍ، قيل: يُقرّ في يده؛ عملاً بمقتضى إقراره، كما لو أقرّ بدينٍ أو بعينٍ.

ولو قال: لحاضرٍ، فإن صدّقه، دُفع إليه علي إشكال. وإن كذّبه، فُسّم بين الغرماء.

ويضرب المجنّي عليه بعد الحجر بالأرش وقيمة المتلف، ويُمنع من قبض بعض حقّه.

ولا يُمنع من وطئ مستولده.

والأقرب: منع غير المستولدة من إمامته، فإن فعل وأحبّل، صارت أمّ ولدٍ، ولا يبطل حقّ الغرماء منها مع القصور دونها.

البحث الثاني: في بيع ماله و قسمته.

مسألة 291: كلٌّ من امتنع من قضاء دينٍ عليه مع قدرته و تمكّنه منه و امتنع من بيع ماله فإنّ علي الحاكم أن يلزمه بأدائه

أو يبيع عليه متاعه، سواء كان مفلساً محجوراً عليه أو لا، و يقسّمه بين الغرماء - و به قال الشافعي و مالك و أبو يوسف و محمّد (1) - لما رواه العامّة: أنّ النبيّ صلي الله عليه و آله حجر علي معاذ، و باع ماله في دينه (2).

و خطب عمر فقال في خطبته: ألا إنّ أسيفع جُهينة قد رضي من دينه

ص: 45

1- المهذّب - للشيرازي - 237:1، التنبيه: 101، حلية العلماء 4:484، التهذيب - للبغوي - 4:104 و 109، العزيز شرح الوجيز 5:18، روضة الطالبين 3:372، بداية المجتهد 2:284، المبسوط - للسرخسي - 24:164، المغني 4:529 و 530، الشرح الكبير 4:495.

2- تقدّم تخريجه في ص 7، الهامش (4).

وَأَمَانَتُهُ أَنْ يَقَالَ: سَبَقَ الْحَاجُّ، فَادَّانَ مُعْتَرِضاً(1) فَأَصْبَحَ وَقَدْ رِينَ بِهِ، فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَالٌ فَلِيَحْضُرَ غَدًا فَإِنَّا بَانِعُو مَالِهِ وَقَاسَمُوهُ بَيْنَ غَرْمَانِهِ(2).

وَهَذَا رَجُلٌ مِنْ جُهَيْنَةَ كَانَ يَشْتَرِي الرِّوَا حِلَّ وَيُسْرِعُ السَّيْرَ فَيَسْبِقُ الْحَاجَّ فَأُفْلِسَ.

و«ادَّان» يَعْنِي اسْتَقْرَضَ. وَقَوْلُهُ: «مُعْتَرِضاً» أَي اعْتَرَضَ النَّاسَ فَاسْتَدَانَ مَمَّنْ أَمَكْنَهُ. وَ«رِينَ بِهِ» أَي وَقَعَ فِيهِمَا لَا يَسْتَطِيعُ الْخُرُوجَ مِنْهُ.

قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ: كُلُّ مَا غَلَبَكَ فَقَدْ رَانَ بِكَ وَرَانَكَ(3).

وَمِنْ طَرِيقِ الْخَاصَّةِ: مَا رَوَاهُ عَمَّارٌ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَحْبِسُ الرَّجُلَ إِذَا التَّوَيَّ عَلِيَّ غَرْمَانَهُ ثُمَّ يَأْمُرُ فَيَقْتَسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحَصَصِ، فَإِنْ أَبِي بَاعَهُ فَقَسَّمَهُ بَيْنَهُمْ، يَعْنِي مَالَهُ»(4).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يُبَاعُ مَالُهُ، بَلْ يَحْبَسُهُ لِيَبِيعَ بِنَفْسِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَالُهُ أَحَدَ النَّقْدَيْنِ وَعَلَيْهِ الْآخَرُ، فَيُدْفَعُ الدَّرَاهِمُ عَنِ الدَّنَانِيرِ، وَالدَّنَانِيرُ عَنِ الدَّرَاهِمِ؛ لِأَنَّهُ رَشِيدٌ لَا وِلَايَةَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَجْزِ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَبِيعَ مَالَهُ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ(5)4.

ص: 46

1- فِي الْمَصَادِرِ: «مُعْرَضاً».

2- الْمَوْطَأُ 2: 8/770 (الباب 8 من كتاب الوصية) المهذب - للشيرازي - 327:1، الحاوي الكبير 6: 264، بداية المجتهد 2: 284، المبسوط - للسرخسي - 164:24، العزيز شرح الوجيز 5: 18، المغني 4: 530، الشرح الكبير 4: 495.

3- غريب الحديث - للهروي - 270:3 «رين» وفيه: «... ران بك و ران عليك». و حكاه عنه - كما في المتن - الرافعي في العزيز شرح الوجيز 5: 18.

4- الكافي 5: 102 (باب إذا التوي الذي عليه الدّين علي الغرماء) ح 1، التهذيب 6: 412/191، الاستبصار 3: 15/7.

5- الهداية - للمرغيناني - 285:3، المبسوط - للسرخسي - 164:24 و 165، التنف 2: 752، بدائع الصنائع 7: 174، التهذيب - للبغوي - 104:4، حلية العلماء 4: 485، العزيز شرح الوجيز 5: 18، المغني 4: 529-530، الشرح الكبير 4: 495.

وقياسهم يُنتقض ببيع الدراهم بالدنانير وبالعكس، فإنّه عنده(1) جازز، فجاز في غير النقدين. ويُمنع عدم الولاية؛ لأنّه بمنعه ظالم، فجاز أن تثبت الولاية عليه، كما أنّ الحاكم يُخرج الزكاة من مال الممتنع من أدائها.

مسألة 292: إذا حجر الحاكم علي المفلس، استحَبَّ له المبادرة إلي بيع ماله و قسمته؛

لنلّا يتلف منه شيء، و لنلّا تطول مدّة الحجر، ولا يفرط في الاستعجال؛ لنلّا يطمع المشترون فيه بثمن بخس.

ويستحبّ إحضار المفلس أو وكيله؛ لأنّه يحصي ثمنه ويضبطه.

ولأنّه أخبرُ بمتاعه وأعرفُ من غيره بجيّدته من رديئه و ثمنه، فيتكلّم عليه ويُخبر بقدره، ويعرف المعيب من غيره. ولأنّه يكثر الرغبة فيه، فإنّ شراءه من صاحبه أحبّ إلي المشتريين. ولأنّه أبعد من التهمة، وأطيب لنفس المفلس، وأسكن لقلبه، وليطّلع علي عيبٍ إن كان لبيع علي وجه لا يُردّ.

وكذا يفعل إذا باع المرهون، وليس ذلك واجباً فيهما.

ويستحبّ أيضاً إحضار الغرماء؛ لأنّه يُباع لهم، وربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه فاتفعوا هم والمفلس. ولأنّه أطيّب لقلوبهم وأبعد من التهمة.

مسألة 293: وينبغي للحاكم أن يبدأ ببيع المرهون و صرف الثمن إلي المرتهن؛

لاختصاص حقّ المرتهن بالعين. ولأنّه ربما زادت قيمة الرهن علي الدّين فيضمّ الباقي إلي مال المفلس، وربما نقصت عن الدّين فيضرب

ص: 47

1- تحفة الفقهاء 3:35، الهداية - للمرغيناني - 3:83، الاختيار لتعليل المختار 2:61.

المرتتهن بباقي دَيْنه مع الغرماء.

ثم إن كان له عبدٌ جانٍ، قدّم بيعه أيضاً؛ لما قلناه من تعلّق حقّ المجنّي عليه برقبته و اختصاصه به، وربما فضل من قيمته شيء فأضيف إلي مال مولى الجاني. و لا يساوي الرهن، فإنّه إن نقص قيمته عن حقّ الجناية، لم يستحقّ الباقي. و لأنّ حقّه لا يتعلّق بالذمّة بل بالعين خاصّةً، و المرتتهن يتعلّق حقّه بالعين و الذمّة معاً.

مسألة 294: و يقدم بيع ما يخاف عليه الفساد كالفواكه و شبهها؛

لنلّا يضيع علي المفلس و علي الغرماء، ثمّ الحيوان؛ لحاجته إلي النفقة و كونه عرضةً للهلاك، ثمّ سائر المنقولات؛ لأنّ التلف إليها أسرع من العقارات، ثمّ سائر العقارات؛ لأنّه لا يخشي عليها التلف و لا السرقة، إلاّ (1) مسكنه فإنّه لا يباع.

و ينبغي أن يشهر حال بيعها بين الناس فيظهر الراغبون.

مسألة 295: ينبغي للحاكم أن يقول للمفلس و الغرماء: ارتضوا من ينادي علي الأمتعة و الأموال؛

إشارة

لأنّ الحاكم لا يكلف ذلك، بل يرده إليهم، فإنّه أبعد من التهمة، فإن اتفقوا علي رجل و كان مرضياً، أمضاه الحاكم. و إن لم يكن ثقةً، رده.

لا يقال: أليس إذا اتفق الراهن و المرتتهن علي [أن يبيع] الرهن غير ثقة (2)، لم يكن للحاكم الاعتراض عليهما؟

لأنّا نقول: الفرق أنّ الحاكم لا نظر له مع الراهن و المرتتهن، و في

ص: 48

1- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «و لا» بدل «إلا». و الظاهر ما أثبتناه.

2- في «ج، ر»: «علي بيع الراهن غير ثقة». و في «ث»: «علي بيع الرهن لغير ثقة». و في الطبعة الحجرية: «علي بيع الرهن من غير ثقة». و الظاهر أنّ الصحيح ما أثبتناه.

صورة المفلس له نظر واجتهاد في مال المفلس. ولأنه قد يظهر غريم فيتعلق حقه، فلهذا نظر فيه، بخلاف الرهن.

فإن اختار المفلس رجلاً واختار الغرماء غيره، نظر الحاكم فإن كان أحدهما غير ثقة دون الآخر، أقر الثقة منهما. وإن كانا ثقتين فإن كان أحدهما متطوعاً دون الآخر، أقر المتطوع؛ لأنه أوفر(1) عليهما. فإن كانا متطوعين، ضم أحدهما إلى الآخر؛ لأنه أحوط. وإن كانا غير متطوعين، اختار أوثقهما وأعرفهما وأقلهما أجره.

فإن كان المبيع رهناً أو جانباً، أمر بدفع الثمن إلى المرتهن أو وليّ المجني عليه. وإن لم يتعلّق به إلا حقّ الغرماء، أمرهم باختيار ثقة يكون المال عنده مجموعاً ليقسم بينهم على قدر حقوقهم.

تذنيب: ينبغي أن يرزق المنادي من بيت المال،

و كذا من يلي حفظه؛ لأن بيت المال معدّ للمصالح، وهذا من جملتها. فإن لم يكن في بيت المال سعة أو كان يحتاج إليه لما هو أهمّ من ذلك، فإن وجد متطوع ثقة، لم يدفع أجره. وإن لم يوجد، دفع الأجرة من مال المفلس؛ لأن البيع حقّ عليه.

مسألة 296: ينبغي أن يُباع كلّ متاع في موضع سوقه،

فتباع الكتب في سوق الورّاقين، والبرّ في البرّازين، والحديد في الحدّادين، وما أشبه ذلك؛ لأنّ بيعه في سوقه أحوط له وأكثر لطلابّه و معرفة قيمته.

فإن باع شيئاً منه في غير سوقه بثمن مثله، جاز، كما لو قال لو كيّله:

بُع هذا المتاع في السوق الفلاني بكذا، فباعه بذلك الثمن في غير ذلك

ص: 49

1- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «وفر». والصحيح ما أثبتناه.

السوق و كان غرض الموكل تحصيل ذلك القدر من الثمن لا غير، فإنه يصح، كذا هنا، بخلاف ما لو قال له: بع من فلان بكذا، فباع من غيره بذلك الثمن، فإنه يكون قد خالف؛ لأنه قد يكون له غرض في بيعه من واحد دون واحد.

فإذا باع بثمن المثل ثم جاءت الزيادة، فإن كان في زمن الخيار، فسخ البيع احتياطاً للمفلس و الغرماء.

و هل يجب ذلك؟ إشكال أقره: الوجوب، كما لو جاءت الزيادة علي ثمن المثل قبل البيع.

وإن جاءت بعد لزوم البيع و انقطاع الخيار، سئل المشتري الإقالة، و يستحب له الإجابة إلي ذلك؛ لتعلقه بمصلحة المفلس و الغرماء و قضاء دين المحتاج. فإن لم يفعل، لم يجبر عليه.

مسألة 297: و يجب أن يبيع المتاع بثمن مثله حالاً من نقد البلد،

فإن كان بقرب بلد ملك المفلس بلد فيه قوم يشترون العقار في بلد المفلس، أنفذ الحاكم إليهم و أعلمهم ليحضروا للشراء ليتوفر الثمن علي المفلس، فإذا بلغ ثمن مثله، باعه، و يبيع بنقد البلد و إن كان من غير جنس حق الغرماء؛ لأنه أوفر.

ثم إن كان الثمن من جنس مال الغرماء، دفع إليهم. و إن كان من غير جنسه، فإن لم يرض المستحقون إلا بجنس حقهم، صرفه إلي جنس حقهم، و إلا جاز صرفه إليهم.

و لو كان سلفاً و منعنا من المعاوضة عليه قبل قبضه، اشترى الحاكم لهم من جنس حقهم، و دفعه إليهم.

و لو أراد الغريم الأخذ من المال المجموع، و قال المفلس: لا أوفيك

إلا من جنس مالك، فُدم قول المفلس؛ لأنه معاوضة، ولا يجوز إلا بتراضيهما عليه.

مسألة 298: لا يدفع السلعة إلي المشتري حتى يقبض الثمن؛ حراسة لئمال المفلس عن التلف.

وقد سبق (1) للشافعية أقوال ثلاثة في البداءة بالبائع أو لا؟ فقول: إنه يبدأ بالبائع، فيسلم المبيع ثم يقبض الثمن. وقول: إنهما يُجبران علي التسليم إلي عدلٍ. والثالث: إنهما لا يُجبران.

وهذا الأخير لا يتأتى هنا؛ لتعلق حقَّ الغرماء بالثمن وهو حال، فلا سبيل إلي تأخيره، بل إما يُجبر المشتري علي التسليم أولاً، أو يُجبران معاً، ولا يجيء جبر البائع أولاً؛ لأنَّ من يتصرّف للغير لا بُدَّ وأن يحتاط.

فإن خالف الواجب وسلم المبيع قبل قبض الثمن، ضمن.

وما يقبضه الحاكم من أثمان المبيع من أموال المفلس علي التدرّج إن كان الغريم واحداً، سلم إليه من غير تأخير. وكذا إن أمكنت قسمته بسرعة، لم يؤخّر. وإن كان يعسر قسمته؛ لقلته وكثرة الديون، فله أن يؤخّر ليجتمع. فإن امتنعوا من التأخير، قسمه عليهم.

وقال بعض الشافعية: يُجبرهم الحاكم علي التأخير (2).

وليس بجيد.

وإذا تأخّرت القسمة فإن وجد الحاكم من يقترضه من الأئمة ذوي اليسار أقرضهم إياه، فإنه أولي من الإيداع؛ لأنَّ القرض مضمون علي

ص: 51

1- في ج 10 ص 108-109 (النظر الثاني في وجوب القبض).

2- العزيز شرح الوجيز 5:19، روضة الطالبين 3:377-378، وفيهما: «فإن أبوا التأخير، ففي النهاية إطلاق القول بأنه يجيبهم. والظاهر خلافه».

المقترض، بخلاف الوديعة، فإنها غير مضمونة علي المستودع، وهي أمانة في يده لا يؤمن تلفها، فلا يرجع المفلس والغرماء إلي شيء. فإن لم يجد مَنْ يُقرضه إياه، جعله وديعةً عند أمين. ولو أودع مع وجود المقترض الأمين الملي، كان جائزاً، لكنّه يكون قد ترك الأولي.

إذا ثبت هذا، فإنه يقرض المال من الملي الثقة حالاً غير مؤجل؛ لأنّ الديون حالّة.

ولو أجّله بأن شرط الأجل في بيع وشبهه عندنا و مطلقاً عند مالك (1)، لم يجز.

قال الشافعي: مال الصبي يودع ولا يقرض (2).

وفرق بعض أصحابه بأن مال الصبي يُعدّ لمصلحة تظهر له من شراء عقار، أو تجارة، وقرضه قد يتعدّد معه المبادرة إلي ذلك، و مال المفلس مُعدّ للغرماء خاصّة، فافترقا (3).

مسألة 299: إذا لم يوجد المقترض، أودعه الحاكم عند الثقة، ولا يشترط فيه اليسار، بل إن حصل كان أولي.

وينبغي أن يودع ممّن يرتضيه الغرماء، فإن اختلفوا أو عيّنوا مَنْ ليس بعدل، لم يلتفت الحاكم، و عيّن هو مَنْ أراد من الثقات، ولا يودع مَنْ ليس بعدل.

ولو تلف شيء من الثمن في يد العدل، فهو من ضمان المفلس، وبه

ص: 52

1- انظر: الحاوي الكبير 6:318.

2- لم نعر علي نصّه، وانظر: المهذب - للشيرازي - 3:336، و حلية العلماء 4:529، و العزيز شرح الوجيز 5:83، و روضة الطالبين 3:426.

3- لم نعر عليه فيما بين أيدينا من المصادر المتوقّرة.

قال الشافعي وأحمد(1).

وقال مالك: العروض من ماله، و الدراهم و الدنانير من مال الغرماء(2).

وقال المغيرة: الدنانير من مال أصحاب الدنانير، و الدراهم من مال أصحاب الدراهم(3).

و ليس بشيء؛ لأنّ المال للمفلس، و إنّما يملكه الغرماء بقبضه، لكن تعلّق حقّهم به يجري مجرى الرهن حيث تعلّق حقّ المرتهن به، و كما أنّ تلف الرهن من الراهن و إن كان في يد المرتهن، كذا هنا.

و اعلم أنّه لا فرق في ذلك بين أن يكون الضياع في حياة المفلس أو بعد موته، و به قال الشافعي(4).

و قال أبو حنيفة: ما يتلف بعد موته فهو من ضمان الغرماء(5).

مسألة 300: إذا ثبتت الديون عند الحاكم و طلب أربابها القسمة عليهم، لم يكلفهم الحاكم إقامة البينة

علي أنّه لا غريم سواهم، و يكتفي الحاكم في ذلك بالإعلان و الإشهاد بالحجر عليه؛ إذ لو كان هناك غريم لظهر و طالب بحقه.

ص: 53

-
- 1- الحاوي الكبير 6:317 و 330، التهذيب - للبخاري - 4:105، العزيز شرح الوجيز 5:19، روضة الطالبين 3:378، المغني 4:538-539، الشرح الكبير 4:539.
 - 2- الحاوي الكبير 6:330، المغني و الشرح الكبير 4:539.
 - 3- المغني 4:539، الشرح الكبير 4:540.
 - 4- الحاوي الكبير 6:330، التهذيب - للبخاري - 4:105، العزيز شرح الوجيز 5:19، روضة الطالبين 3:378.
 - 5- الحاوي الكبير 6:141 و 330، التهذيب - للبخاري - 4:105، العزيز شرح الوجيز 5:20.

و لا فرق بين القسمة علي الغرماء و القسمة علي الورثة، إلا أنّ الورثة يحتاجون إلي إقامة البيّنة علي أنّه لا وارث غيرهم، بخلاف الغرماء. و الفرق: أنّ الورثة أضبط من الغرماء، و هذه شهادة علي النفي يعسر تحصيلها و مدركها، فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان أعسر(1).

مسألة 301: إذا قسّم الحاكم مالّ المفلس بين غرمائه ثمّ ظهر غريمٌ آخر، احتّمل عدم نقض القسمة،

بل يشاركهم الغريم الظاهر بالحصّة؛ لأنّ المقصود يحصل به.

وقال الشافعي: تُنقض القسمة، فيستردّ المال من الغرماء، و تُستأنف القسمة، كالورثة إذا قسّموا التركة ثمّ ظهر دينٌ، فإنّه تُنقض القسمة؛ لأنّ الغريم لو كان حاضراً قاسمهم، فإذا ظهر بعد ذلك، كان حقّه باقياً. و لا يلزم من ذلك نقض حكم الحاكم بالقسمة؛ لأنّ ذلك ليس حكماً منه، كما لو زوج الصغيرة، لم يصح نكاحه. و لو حكم بالتزويج حاكمٌ آخر، نفذ عند الشافعي(2).

و أمّا عندنا فالجواب أن نقول: إنّه قسّم علي أنّه لا غريم هناك، فإذا ظهر غريمٌ آخر، كان ذلك خطأً، فهذا تُنقضت القسمة.

و عن مالك روايتان: إحداهما: تُنقض. و الثانية: لا تُنقض، و لا يخاصمهم الغريم الظاهر؛ لأنّه نقض لحكم الحاكم(3).

ص: 54

1- أي: حيث كان الضبط أعسر.

2- العزيز شرح الوجيز 20:5، و 533:7 و 542، روضة الطالبين 378:3، و 399:5 و 436.

3- حلية العلماء 4:522، المغني 4:532، الشرح الكبير 4:546.

مسألة 302: لو قسّم الغريمان المال - وهو خمسة عشر، و لأحدهما عشرون، و للآخر عشرة - أثلاثاً، فأخذ صاحب العشرين عشرةً،

و صاحبُ العشرة خمسةً، ثم ظهر غريمٌ ثالث و له ثلاثون، فإن قلنا بالنقض، نقضت القسمة، و بسط المال علي نسبة ما لكل واحدٍ منهم. و إن قلنا بعدم النقص، استردّ الظاهرُ من كل واحدٍ منهما نصف ما حصل له.

و لو كان [دين كل واحدٍ منهما عشرة و قسّم المال بينهما نصفين و كان] (2) الذي ظهر له عشرة، رجع علي كل واحدٍ منهما بثلث ما أخذ. فإن أتلّف أحدهما ما أخذ و هو معسر لا يحصل منه شيء، احتّمّل أن يأخذ الغريم الذي ظهر من الآخر شطر ما أخذ، فكأنّه كلّ المال، ثم إن أيسر المتلف، أخذ منه ثلث ما أخذه و قسّماه بينهما. و أن لا يأخذ منه إلاّ ثلث ما أخذه، و ثلث ما أخذه المتلف دَيْنٌ عليه له.

و لو أنّ الغريم الثالث ظهر و قد ظهر للمفلس مالٌ قديم أو حادث بعد الحجر، صدّرف منه إلي مَنْ ظهر بقسط ما أخذه الأولان، فإن فضل شيء، قسّم علي الثلاثة.

و إنّما يشارك الغريم الظاهر لو كان حقّه سابقاً علي الحجر، أمّا لو كان حادثاً بعد الحجر، فلا يشارك الأولين في المال القديم.

و إن ظهر مالٌ قديم و حدث مالٌ باتّهابٍ (3) أو احتطابٍ و شبهه، فالقديم للقدماء خاصّةً، و الحادث للجميع.

ص: 55

1- المغني 4:532، الشرح الكبير 4:546.

2- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

3- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «اتّهاب». و الصحيح ما أثبت.

مسألة 303: إذا باع المفلس شيئاً من ماله قبل الحجر و تلف الثمن في يده بإتلافه

أو بغير إتلافه ثم حَجَرَ عليه الحاكم، كان ذلك كدَيْنٍ ظهر علي المفلس، و الحكم ما تقدّم.

و لو باع الحاكم ماله و ظهر الاستحقاق بعد قبض الثمن و تلفه، رجع المشتري في مال المفلس، و لا يطالب الحاكم به. و لو نصب الحاكم أميناً حتي باعه، ففي كونه طريقاً إشكال، كما في العَدْل الذي نصبه القاضي لبيع الرهن.

ثم رجوع المشتري في مال المفلس و رجوع الأمين إن قلنا: إنّه طريقٌ للضمان و غرم، للشافعي فيه قولان:

أحدهما: أنّه يضارب مع الغرماء؛ لأنّه دَيْنٌ في ذمّة المفلس، كسائر الديون.

و الثاني: أنّه يُقدّم علي الغرماء؛ لأنّنا لو قلنا بالضمان به، لرغب الناس عن شراء مال المفلس، فكان التقديم من مصالح الحجّر، كأجرة الكيّال و نحوها من المؤمن(1).

و الثاني عندي أقوى.

مسألة 304: يجب علي الحاكم أن ينفق علي المفلس إلي يوم الفراغ من بيع ماله و قسمته،

فيعطيه نفقة ذلك اليوم له و لعِياله الواجبي النفقة من الزوجات و الأقارب؛ لأنّه موسر ما لم يزل ملكه. و كذا يكسوهم بالمعروف. و كلّ هذا إذا لم يكن له كسب يصرف إلي هذه الجهات.

و هل ينفق علي الزوجات نفقة المعسرين أو الموسرين؟ الأقرب عندي: الأوّل.

ص: 56

1- العزيز شرح الوجيز 21:5، روضة الطالبين 3:379.

ويُحتمل الثاني؛ لأنه لو أنفق نفقة المعسر لما لزمه نفقة الأقارب.

و للشافعي قولان(1).

مسألة 305: لا يُباع علي المفلس مسكنه و لا خادمه و لا فرس ركوبه،

وقد تقدّم(2) ذلك في باب الدّين.

وقد وافقنا علي عدم بيع المسكن أبو حنيفة و أحمد و إسحاق؛ لأنّه ممّا لا غني للمفلس عنه، و لا يمكن حياته بدونّه، فلم يصرف في دينه، كقوته و كسوته(3).

وقال الشافعي: يُباع جميع ذلك - و به قال شريح و مالك - و يستأجر له بدلها - و اختاره ابن المنذر - لقوله عليه السلام في المفلس: «خُذُوا ما وجدتم»(4) و قد وجد عقاره(5).

و هو قضيّة شخصيّة جاز أن يقع في مَنْ لا عقار له، مع أنّ الشافعي قال: إنّهُ يُعدل في الكفّارات المرتبّة إلي الصيام و إن كان له مسكن و خادم، و لا يلزمه صرفهما إلي الإعتاق(6).

ص: 57

1- العزيز شرح الوجيز 22:5، روضة الطالبين 380:3.

2- في ج 13، ص 16، المسألة 13.

3- الحاوي الكبير 6:328، المغني 4:537، الشرح الكبير 4:536.

4- صحيح مسلم 3:1191/1556، سنن ابن ماجه 2:789/2356، سنن أبي داؤد 3:276/3469، سنن النسائي 7:265، سنن البيهقي 5:305، و 6:50، المصنّف - لابن أبي شيبة - 7:319/3302، مسند أحمد 3:461/11157، المستدرک - للحاكم - 2:41.

5- الأمّ 3:202، مختصر المزني: 104، الحاوي الكبير 6:328، المهذب - للشيرازي - 1:329، التهذيب - للبخاري - 4:106، الوسيط 4:15، الوجيز 1:171، العزيز شرح الوجيز 5:22، روضة الطالبين 3:380، منهاج الطالبين: 121.

6- الأمّ 5:283، مختصر المزني: 205، الحاوي الكبير 10:496، الوجيز 1:171، و 2:83، العزيز شرح الوجيز 5:22، و 9:314-315، الوسيط 4:15، روضة الطالبين 6:270.

فبعض أصحابه خرّج منه قولين في الديون. وبعضهم قرّر القولين، وفرّقوا من وجهين:

أحدهما: أنّ الكفّارة لها بدل ينتقل إليه، والدّين بخلافه.

وثانيهما: أنّ حقوق الله تعالى مبنية علي المساهلة، و حقوق الآدميين علي الشّحّ والمضايقة.

ثمّ قالوا: المسكن أولي بالإبقاء من الخادم، فينتظم أن يرتّب الخلاف، فيقال: فيهما ثلاثة أوجه، في الثالث يبقى المسكن دون الخادم.

فإن قلنا بالإبقاء، فذلك إذا كان الإبقاء لائقاً بالحال، دون النفيس الذي لا يليق به، ويشبه أن يكون المراد ذلك: أنّه إن كان ثميناً، بيع، وإلا فلا(1).

مسألة 306: يجب علي الحاكم أن يترك له دسّ ثوبٍ يليق بحاله و قميص و سراويل و منديل و مكعب

(2)، و يزيد في الشتاء جبّة، و يترك له العمامة و الطيلسان و الخفّ و دراعة يلبسها فوق القميص إن كان لبسها يليق بحاله؛ لأنّ حطّها عنه يزري بحاله.

و في الطيلسان و الخفّ نظر.

و الأولي الاعتبار بما يليق بحاله في إفلاسه، لا في حال ثروته.

و لو كان يلبس قبل الإفلاس أزيد ممّا يليق بحاله، ردّ إلي اللانق. و إن كان يلبس دون اللانق تقتيراً، لم يزد عليه في الإفلاس. و يترك لعياله من الثياب ما يترك له، و لا تُترك الفرش و البُسُط، بل يسامح باللبد و الحصير القليل القيمة.

ص: 58

1- الوسيط 4:15، العزيز شرح الوجيز 5:22، روضة الطالبين 3:380.

2- المكعب: البُرْدُ الموشى بوشىٍ مرّبع. و يقال: ثوبٌ مكعب: أي مطوي شديد الأدرج. شمس العلوم 9:5852.

مسألة 307: يجوز أن يترك له نفقة يوم القسمة،

و كذا نفقة مَنْ عليه نفقته؛ لأنّه موسر في أوّل ذلك اليوم. ولا يزيد علي نفقة ذلك اليوم، فإنّه لا ضبط بعده. وكلّ ما يُترك له إذا لم يوجد في ماله، اشترى له؛ لقوله عليه السلام: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»⁽¹⁾ ومعلوم أنّ في مَنْ يعوله مَنْ تجب نفقته عليه، ويكون ديناً عليه، وهي الزوجة، فإذا قدّم نفقة نفسه علي نفقة الزوجة، فكذا علي حقّ الغرماء؛ لأنّ حرمة الحيّ أكد من حرمة الميّت؛ لأنّه مضمون بالإتلاف، و يتقدّم تجهيز الميّت و مؤنته علي دينه، فكذا نفقة الحيّ.

و تقدّم أيضاً نفقة أقاربه، كالوالدين و الولد؛ لأنّهم يجرون مجري نفسه؛ لأنّ النفقة لإحيائهم. ولأنّهم يعتقون عليه إذا ملكهم، كما يعتق إذا ملك نفسه، فكانت نفقتهم كنفقته.

و كذا زوجته تقدّم نفقتها؛ لأنّ نفقتها أكد من نفقة الأقارب؛ لأنّها تجب علي طريق المعاوضة، و يجب قضاؤها، بخلاف نفقة الأقارب، و فيها معني الإحياء، كما في الأقارب.

و تجب كسوتهم أيضاً؛ لأنّ البقاء لا يتمّ بدونه. فإن كان ممّن عادته الثياب الخشنة، دُفع إليه من الخشن. و إذا كانت عادته الناعم، دُفع إليه أوسط الناعم. و إن كان لباسه من فاخر الثياب الجيّدة، اشترى له من ثمنها أقلّ ما يلبس أقصد مَنْ هو في مثل حاله.

و لو كان ذا كسب، جُعلت نفقته في كسبه، فإن فضل الكسب، فالفاضل للغرماء. و إن أعوز، أخذ من ماله.

مسألة 308: و لو مات، كفن من ماله؛

لأنّ نفقته كانت واجبةً في ماله حالة الحياة فوجب تجهيزه إذا مات، كأقاربه.

ص: 59

1- نوادر الأصول في أحاديث الرسول 1:246.

[أو يلزمه كفن الزوجة] (1) وهو أحد قولي الشافعي (2).

وقال في الآخر: لا يلزمه كفنها - وبه قال أحمد - لأنّ النفقة وجبت في مقابلة الاستمتاع وقد فات بالموت، فسقطت النفقة، بخلاف الأقارب، فإنّ قرابتهم باقية (3).

وينتقض بالبعد؛ فإنّ النفقة وجبت بالملك وقد زال بموته ومع هذا يجب تجهيز العبد.

إذا ثبت هذا، فإنّه يكفّن الكفن الواجب، وهو ثلاثة أثواب: منزر، وقميص، وإزار عندنا.

ومن اقتصر في الواجب علي الواحد اقتصر عليه (4) هنا.

ولا يجوز أن يكفّن أزيد ممّا تستحبّ زيادته، إلاّ بإذن الغرماء.

مسألة 309: لا يؤمر المفلس بتحصيل ما ليس بحاصل له

وإن لم يُمكن من تقويت ما عنده حتي لو جني علي المفلس أو علي عبده جان، فله القصاص، ولا يلزمه أن يعفو علي المال؛ لأنّه اكتساب.

ولو أوجبت الجناية المال، لم يكن له العفو مجّاناً؛ لأنّه تقويت، إلاّ بإذن الغرماء.

وكذا لو قُتل المفلس، لم يكن لوارثه العفو مجّاناً إن كان قُتل خطأً.

ولو أسلم في شيء، لم يكن له أن يقبض أدون صفة أو قدرأ، إلاّ بإذن الغرماء.

ص: 60

1- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

2- الحاوي الكبير 6:327.

3- الحاوي الكبير 6:327، المغني 4:534-535، الشرح الكبير 4:539.

4- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «عليها». والصحيح ما أثبتناه.

فإذا قُتِمَ ماله وقصر عن الديون أو لم يكن له مالٌ البتّة، لم يؤمر بالتكسّب ولا بأن يؤاجر نفسه ليصرف الأجرة والكسب في الديون أو في نفقتها - وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في إحدَي الروایتين (1) - لقوله تعالى: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ» (2).

ولما رواه العامّة عن أبي سعيد الخدري: أنّ رجلاً أُصيب في ثمار ابتاعها فكثرت دينه، فقال النبيّ صلي الله عليه وآله: «تصدّقوا عليه» فتصدّقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه، فقال النبيّ صلي الله عليه وآله: «خُذُوا ما وجدتم [و] (3) ليس لكم إلاّ ذلك» (4).

ولأنّ النبيّ صلي الله عليه وآله لمّا حجر علي معاذ لم يزد علي بيع ماله (5).

ومن طريق الخاصّة: ما رواه غياث بن إبراهيم عن الصادق عن الباقر عليهما السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام كان يحبس في الدّين، فإذا تبين له إفلاس وحاجة خلّي سبيله حتى يستفيد مالاً» (6).

واستعدت امرأة علي زوجها عند أمير المؤمنين عليه السلام أنّه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً، فأبي أن يحبسه وقال: «إنّ مع العسر يسراً» (7) ولو كان التكسّب واجباً لأمر به.

ولأنّ هذا تكسّب للمال، فلا يُجبر عليه، كما لا يُجبر علي قبول الهبة⁰.

ص: 61

1- الحاوي الكبير 6:325، حلية العلماء 4:483، العزيز شرح الوجيز 5:23، روضة الطالبين 3:382، الكافي في فقه أهل المدينة: 422، المعونة 2:1183، المغني 4:539، الشرح الكبير 4:547.

2- البقرة: 280.

3- ما بين المعقوفين من المصدر.

4- تقدّم تخريجه في ص 57، الهامش (4).

5- راجع: الهامش (4) من ص 7.

6- التهذيب 6:834/299، الاستبصار 3:156/47.

7- التهذيب 6:299-300/837.

و الصدقة و لا تُجبر المرأة علي التزويج لتأخذ المهر، كذا هنا.

و عن مالك رواية أخرى: أنه إن كان ممتن يعتاد إجارة نفسه، لزمه (1).

وقال أحمد - في الرواية الشهيرة عنه - وإسحاق: يؤاجر، فإن امتنع أجبره القاضي - و به قال عمر بن عبد العزيز و عبيد الله بن الحسن العنبري و سوار القاضي - لأن النبي صلى الله عليه و آله باع سرقاً في دينه، و كان سرق رجلاً دخل المدينة و ذكر أن وراءه مالاً، فداينه الناس، فركبته الديون و لم يكن وراءه مال، فأتي به النبي صلى الله عليه و آله، فسماه [سرقاً] (2) و باعه بخمسة أبعرة. قالوا:

و الحر لا يجوز بيعه، فثبت أنه باع منافعه. رواه العامة (3).

و من طريق الخاصة: ما رواه السكوني عن الصادق عن الباقر عليهما السلام:

«أنّ عليّاً عليه السلام كان يحبس في الدّين ثمّ ينظر فإن كان له مالٌ أعطى الغرماء، و إن لم يكن له مالٌ دفعه إلي الغرماء، فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم آجروه، و إن شئتم استعملوه» (4) و ذكر الحديث.

و لأنّ المنافع تجري مجري الأعيان في صحّة العقد عليها و تحريم أخذ الزكاة، كالأعيان (5).

و الحديث الذي رووه من طريق العامة منسوخ بالإجماع؛ لأنّ البيع وقع علي رقبتة، و لهذا روي في الحديث أنّ غرماءه قالوا للآذي يشتره: 2.

ص: 62

1- الوسيط 4:15، العزيز شرح الوجيز 5:23.

2- ما بين المعقوفين من المصدر.

3- المغني 4:540، الشرح الكبير 4:548.

4- التهذيب 6:300/838، الاستبصار 3:155/47.

5- المغني 4:540، الشرح الكبير 4:548، الحاوي الكبير 6:325، التهذيب - للبغوي - 4:107، الوسيط 4:15، حلية العلماء 4:484،

العزيز شرح الوجيز 5:23، بداية المجتهد 2:293.

ما تصنع به؟ فقال: أعتقه، فقالوا: لسنا بأزهد منك في إعتاقه، فأعتقوه(1).

و حديث الخاصّة ضعيف السند؛ لأنّه رواية السكوني، وهو عامّي المذهب.

و المنافع لا تجري مجري المال في جميع الأحكام، فإنّه لا يجب عليه الحجّ لأجل المنافع، و لا الزكاة.

مسألة 310: لو كانت له أمٌ ولدٌ أو ضيعةٌ موقوفة عليه، ففي وجوب مؤاجرتيهما نظر:

من حيث إنّ المنافع وإن لم تكن مالا فإنّها تجري مجراها، فيجعل بدلها للدين، و من حيث إنّ المنافع لا تُعدّ أموالاً حاضرة حاصلة، و لو كانت تُعدّ من الأموال، لوجب إجارة المفلّس نفسه، و لوجب بها الحجّ و الزكاة. و الثاني أقرب.

و للشافعيّة وجهان(2) كهذين.

فعلي الأول يؤاخره مرّة بعد أُخري إلي أن يفني الدين، فإنّ المنافع لا نهاية لها، و قضيتّه إدامة الحجر إلي قضاء الدين. لكنّه كالمستبعد.

و في جواز بيع أمّ الولد نظراً، أقرب ذلك إن كانت قد رُهنت قبل الاستيلاء، فإنّها تُباع في الرهن، أو كان ثمنها ديناً علي مولاها و لا وجه له سواها.

مسألة 311: إذا قسّم الحاكم مال المفلّس بين الغرماء، انفكّ حجره،

و لا حاجة إلي حكم الحاكم بذلك؛ لأنّ الحجر لحفظ المال علي الغرماء و قد حصل الغرض، فيزول الحجر، و هو أحد قولي الشافعي.

ص: 63

1- المغني 4:540، الشرح الكبير 4:549.

2- التهذيب - للبعوي - 4:107، العزيز شرح الوجيز 5:24، روضة الطالبين 3:282، منهاج الطالبين: 121.

و الأظهر عنده: أنه لا بُدَّ من فكِّ القاضي؛ لأنه حَجْرٌ لا يثبت إلاّ بإثبات القاضي، فلا يرفع إلاّ برفعه، كالسفيه. ولأنه حجر يحتاج إلي نظر و اجتهاد كحجر السفية(1).

ونمنع الملازمة الأولى؛ فإنّ الحجر هنا لمعنيّ وقد زال، بخلاف السفية، فإنّه لا يُعلم زواله إلاّ بعد الاختيار المستند إلي الحاكم. ولأنّ هذا الحجر لتفريق ماله وقد حصل، و ذلك لحفظ ماله، فتركه محجوراً عليه يزيد في الغرض. ولأنه حجر للغرماء وقد اعترفوا بسقوطه. هذا إذا اعترف الغرماء بأن لا مال له سواه، و لو ادّعوا مالاً، فسيأتي.

مسألة 312: لو اتفق الغرماء علي رفع الحجر عنه، فالأقوي رفعه؛

لأنّ الحجر لهم، و هو حقّهم، و همّ في أموالهم كالمرتهن في حقّ المرهون، و هو أحد قولي الشافعي.

والآخر: أنه لا يرتفع؛ لاحتمال أن يكون هناك غريمٌ آخر - سواهم - غائب، فلا بُدَّ من نظر الحاكم واجتهاده(2).

وإدامة العقوبة بالتجوز غير جائز، و لهذا إذا قسّم المال، لم يزل تجوز و ورود غريم.

و لو باع المفلس ماله من غريمٍ بدّيئه و لا يُعرف له غريمٌ سواه، فالأقرب: صحّة البيع؛ لأنّ الحجر عليه لدَيْن ذلك الغريم، فإذا رضي و برئت ذمّته، و جب أن يصحّ، و هو أحد قولي الشافعي(3).

ص: 64

1- حلية العلماء 4:519، الوسيط 4:15، الوجيز 1:172، العزيز شرح الوجيز 5:24، روضة الطالبين 3:382.

2- الوسيط 4:15، الوجيز 1:172، العزيز شرح الوجيز 5:24-25، روضة الطالبين 3:383.

3- الوجيز 1:172، العزيز شرح الوجيز 5:25، روضة الطالبين 3:383.

و الأظهر عنده(1): أنه لا يصحّ من غير مراجعة القاضي؛ لأنّ الحجر علي المفلّس لا يقتصر علي الغريم الملتمس، بل يثبت علي العموم، و من الجائز أن يكون له غريمٌ آخر(2).

و الوجهان مفرعان علي أنّ بيع المفلّس من الأجنبيّ لا يصحّ، فإن صحّ، فهذا أولي(3).

و لو حجر لديون جماعة و باع أمواله منهم بديونهم، فعلي الخلاف(4).

و لو باع ماله من غريمه الواحد بعين أو ببعض دينه، فهو كما لو باع من الأجنبيّ؛ لأنّ ذلك لا يتضمّن ارتفاع الحجر، بخلاف ما إذا باع [بكلّ الدين، فإنّه يسقط الدين، فإذا سقط الدين ارتفع الحجر.

و لو باع(3) من أجنبيّ بإذن الغرماء، لم يصح(6).

و الوجه: الصّحة - وهو أحد قولي الشافعي(7) - كما يصحّ بيع المرهون بإذن المرتهن.

و إذا قلنا: إنّه إذا فرقت أمواله و قضيت الديون ارتفع الحجر عنه، صحّ البيع من الغريم بالدين؛ لتضمّنه البراءة من الدين.

و يمكن أن يقال: لا نجزم بصّحة البيع.

و إن قلنا: إنّ سقوط الدين يسقط الحجر؛ لأنّ صحّة البيع إمّا أن تفتقر إلي ارتفاع الحجر أو لا، فإن افتقرت، وجب الجزم بعدم الصّحة، و إلّا لزم3.

ص: 65

1- في «ج، ر»: «عندهم».

2- الوجيز 1:172، العزيز شرح الوجيز 5:25. (3 و 4) العزيز شرح الوجيز 5:25.

3- ما بين المعقوفين أثبتناه من «العزيز شرح الوجيز» و «روضه الطالبين». (6 و 7) العزيز شرح الوجيز 5:25، روضة الطالبين 3:383.

الدور؛ لأنه لا يصحّ البيع ما لم يرتفع الحجر، ولا يرتفع الحجر ما لم يسقط الدَّين، ولا يسقط الدَّين ما لم يصحّ البيع.

وإن لم تقتقر، فغاية الممكن اقتران صحّة البيع وارتفاع الحجر، فلتخرج الصحّة علي الخلاف فيما إذا قال: كلّمَا ولدت ولدًا فأنت طالق، فولدت ولدًا بعد ولد هل تطلّق بالثاني؟ وفيما إذا قال العبد لزوجته: إن مات سيّدي فأنت طالق طلقتين، وقال السيّد لعبده: إذا متُّ فأنت حُرٌّ، فمات السيّد، هل له نكاحها قبل زوج وإصابة؟(1).

وهذا عندنا لا يتأتّى.

البحث الثالث: في حبسه.

مسألة 313: مَنْ وجب عليه دَيْنٌ حَالٌ فَطُولِبَ بِهِ وَ لَمْ يُؤَدِّهِ، نَظَرَ الْحَاكِمُ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ظَاهِرٌ،

أمره الحاكم بالقضاء، فإن ذكر أنّه لغيره، حكم عليه بإقراره إن صدّقه المُقرّ له أو لم يُعلم منه تصديق ولا تكذيب.

فإن كذّبه، لم يقبل منه إقراره، وألزمه بالخروج من الديون، فإن امتنع مع قدرته علي القضاء، حبسه الحاكم.

و يحلّ لصاحب الدَّين الإغلاظ له في القول بأن يقول: يا ظالم، يا معتدي، ونحو ذلك؛ لقوله عليه السلام: «لِيّ الْوَاجِدُ يُحَلُّ عَقُوبَتَهُ وَ عَرَضُهُ»(2).

و اللّيّ: المطل. و العقوبة: حبسه. و العرض: الإغلاظ له في القول.

وقال عليه السلام: «إِنَّ لِمَا حَقَّ مَقَالاً»(3).

و لو ظهر عناده بإخفاء ماله و علم يساره و تمكّنه، كان للحاكم ضربه.

ص: 66

1- العزيز شرح الوجيز 5:25.

2- صحيح البخاري 3:155.

3- صحيح البخاري 3:155، صحيح مسلم 3:1601/1225.

و لو لم يكن في يده مالٌ ظاهر، فإن كان أصل الدعوي مالاً أو كان قد عُرف له أصلٌ مالٍ ثم خفي أمره، طُوبى بالبيّنة علي الإعسار. وإن كانت الدعوي غرامةً عن إتلافٍ أو جناية ولم يُعرف له قبل ذلك أصلٌ مالٍ، حكم بقوله مع اليمين.

مسألة 314: إذا ثبت إعسار المديون عند الحاكم بالبيّنة أو بإقرار الغريم، لم يجز حبسه ولا ملازمته،

و وجب إنظاره؛ لقوله تعالى: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ» (1).

ولما رواه العامّة عن النبيّ صلي الله عليه وآله أنّه قال لغرماء الذي كثر دينه: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ» (2) الهداية - للمرخيناني - 286:3، بدائع الصنائع 173:7، الحاوي الكبير 335:6، التهذيب - للبخاري - 116:4، حلية العلماء 483:4، العزيز شرح الوجيز 26:5، بداية المجتهد 293:2، المغني 543:4، الشرح الكبير 500:4 (3).

و من طريق الخاصّة: قول الباقر عليه السلام: «إِنَّ عَلِيّاً عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَحْبَسُ فِي الدَّيْنِ، فَإِذَا تَبَيَّنَ لَهُ إِفْلَاسٌ وَ حَاجَةٌ خَلِّيَ سَبِيلَهُ حَتَّى يَسْتَفِيدَ مَالاً» (4).

و لأنّ الحبس إمّا لإثبات الإعسار أو لقضاء الدّين، و الأوّل ثابت، و القضاء متعذّر، فلا فائدة في الحبس.

و قال أبو حنيفة: للغريم ملازمته، لكن لا يمنعه من التكبّب (4).

مسألة 315: إذا كان للمديون مالٌ، أمره الحاكم ببيعه و إيفاء الدّين من ثمنه مع مطالبة أربابها،

فإن امتنع، باع الحاكم متاعه عليه، و قضى منه الدّين، و به قال الشافعي و أحمد (5).

ص: 67

1- البقرة: 280.

2- تقدّم تخريجه في ص 57، الهامش

3-

4- تقدّم تخريجه في ص 61، الهامش (6).

5- تقدّم تخريجه في ص 45، الهامش (1).

وقال أبو حنيفة: لا يبيع الحاكم، بل يحبس الغريم إلي أن يبيع هو بنفسه(1).

وقد تقدّم (2) البحث في ذلك.

وهل للحاكم أن يحجر عليه؟ الأقرب عندنا: المنع؛ لأنّ التقدير أنّه متمكّن من الإيفاء، فلا معني للحجر، بل يُحبس أو يُباع عليه، وهو أحد وجهي الشافعي.

والثاني: أنّه يحجر عليه إذا التمسه الغرماء؛ لئلاّ يتلف ماله(3).

ولو أخفي ماله، حبسه القاضي حتى يُظهره.

روي أنّه عليه السلام قال: [«لبيّ الواجد يُحلّ عِرْضَه وعقوبته»](4).

قال المفسّرون: أراد بالعقوبة الحبس و[5] الملازمة، فإن لم ينزجر [بالحبس] [6] زاد في تعزيره بما يراه من ضرب وغيره.

ولو كان له مالٌ ظاهر، فهل يحبسه لامتناعه؟ الأولي ذلك؛ لأنّه صلي الله عليه وآله حبس رجلاً أعتق شقصاً له من عبد في قيمة الباقي(5).

فإن ادّعي أنّه قد تلف ماله و صار معسراً، فعليه البيّنة، فإن شهدوا علي التلف، قُبِلت شهادتهم ولم يُعتبر فيهم الخبيرة الباطنة. وإن شهدت علي إعساره، قُبِلت إن كانوا من أهل الخبيرة الباطنة.6.

ص: 68

1- تقدّم تخريجه في ص 46، الهامش (5).

2- في ص 45، المسألة 291.

3- العزيز شرح الوجيز 26:5، روضة الطالبين 3:372.

4- صحيح البخاري 3:155. (5 و 6) ما بين المعقوفين أضفناه من العزيز شرح الوجيز 26:5، وروضة الطالبين 3:372.

5- العزيز شرح الوجيز 26:5، وراجع سنن البيهقي 6:49.

و يُحْمَل قولهم: «إنَّه (1) معسر» علي أنَّهم وقفوا علي تلف المال.

فإن ادَّعي المديون أنَّه معسر لا شيء له، أو قُسم مال المحجور علي الغرماء وبقي الدَّين فرعم أنَّه لا يملك شيئاً آخر وأنكر صاحب الدَّين أو الغرماء إعساره، فإن كان الدَّين لزمه في مقابلة مالٍ - كما إذا ابتاع أو استقرض، أو باع سَلَمًا - فهو كما لو ادَّعي هلاك المال، فعليه البيِّنة. وإن لزم لا في مقابلة مالٍ، فُبل قوله مع اليمين؛ لأنَّ الأصل العدم، وهو أصحَّ وجوه الشافعيَّة.

و الثاني: أنَّه لا يُقبل، ويحتاج إلي البيِّنة؛ لأنَّ الظاهر من حال الحرِّ أنَّه يملك شيئاً، قلَّ أم كثر.

و الثالث: أنَّه إن لزمه باختياره - كالصداق و الضمان - لم يُقبل قوله، وعليه البيِّنة. وإن لزمه لا باختياره - كأرش الجناية و غرامة المتلف - فُبل قوله مع اليمين؛ لأنَّ الظاهر أنَّه لا يشغل ذمَّته اختياراً، ولا يلتزم بما لا يقدر عليه (2).

مسألة 316: إذا ادَّعي المديون الإعسار و كان أصل الدعوي مالاً،

أو كان له مالٌ فادَّعي تلفه، افتقر إلي البيِّنة؛ لأنَّ الأصل بقاء المال في يده، فإذا ادَّعي خلاف الأصل، كان عليه البيِّنة. فإن لم تكن بيِّنة، حلف الغرماء علي عدم التلف. فإذا حلفوا، حُبس.

قال ابن المنذر: أكثر مَنْ يُحفظ عنه العلم من علماء الأمصار و قُضاتهم يرون الحبس في الدَّين، منهم: مالك و الشافعي و أبو عبيد

ص: 69

1- في النسخ الخطيَّة و الحجرية: «و يُحْمَل علي قولهم: إنَّهم». و الصحيح ما أثبتناه.

2- العزيز شرح الوجيز 27:5، روضة الطالبين 3:373.

و النعمان و سوار و عبيد الله بن الحسن و شريح و الشعبي (1).

و قال عمر بن عبد العزيز: يُقسّم ماله بين الغرماء، و لا يُحبس. و به قال [عبيد الله بن أبي] (2) جعفر و الليث بن سعد (3).

و إن شهدت البيّنة بتلف ماله، سُمعت. فإن طلب الغرماء يمينه علي ذلك مع البيّنة، لم يُجابوا؛ لأنّ ذلك تكذيب للشهود.

و إن شهدت البيّنة بالإعسار و قد كان له مال، لم تُسمع إلا أن تكون البيّنة من أهل الخبرة الباطنة؛ لأنّ الإعسار أمر خفيّ، فافتقرت الشهادة به إلي العشرة الطويلة و الاختبار في أكثر الأوقات.

فإن شهدت بذلك و كانت من أهل الخبرة الباطنة، سُمعت الشهادة، و ثبت الإعسار عندنا - و به قال الشافعي و أحمد (4) - لأنّ النبي صلي الله عليه و آله قال لقيصة بن المخارق: «يا قبيصة إنّ المسألة لا تحلّ إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمّل حمالةً فحلّت له المسألة حتي يؤدّيها ثمّ يمسك، و رجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلّت له المسألة حتي يصيب قواماً من عيش - أو 4.

ص: 70

1- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 145:1-146، المغني 4:545، الشرح الكبير 4:497، المدوّنة الكبرى 5:204، بداية المجتهد 2:293، التفرّيع 2:247، التلقين 2:429، الذخيرة 8:204، المعونة 2:1182، النوادر و الزيادات 10:15، التنبيه: 101، المهذب - للشيرازي - 1:327، الوسيط 4:17، التهذيب - للبخاري - 4:109، العزيز شرح الوجيز 5:26-27، روضة الطالبين 3:372، الهداية - للمرخيني - 3:104، الاختيار لتعليل المختار 2:141.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «عبد الله بن». و ما أثبتناه كما في الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:146، و تاريخ مدينة دمشق 37:408.

3- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:146، المغني 4:545، الشرح الكبير 4:497.

4- المغني 4:545، الشرح الكبير 4:497.

قال: سداداً من عيش - ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجى من قومه: لقد أصاب فلاناً فاقة، فحلّت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش - أو قال: سداداً من عيش - «(1).

وقال مالك: لا تُسمع البيّنة علي الإعسار؛ لأنّها شهادة علي النفي، فلا تُسمع، كما لو شهدت أنّه لا حقّ لزيد علي عمرو(2).

وهو غلط؛ لأنّ هذه الشهادة وإن تضمّنت النفي إلا أنّها تشهد بثبوت حال تظهر و يوقف عليها، كما لو شهد أن لا وارث غير هذا، فإنّه تُسمع شهادته، بخلاف الشهادة بأنّه لا حقّ عليه؛ لأنّ ذلك ممّا لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصّل بها إلي معرفته، بخلاف صورة النزاع.

مسألة 317: تُسمع بيّنة الإعسار في الحال

- وبه قال الشافعي وأحمد(3) - لأنّ كلّ بيّنةٍ جاز سماعها بعد مدّة جاز سماعها في الحال، كسائر البيّنات.

وقال أبو حنيفة: لا تُسمع في الحال، ويُحبس المفلس. و اختلف أصحابه في الضابط لمدّة الحبس. فقال بعضهم: يُحبس المفلس شهرين ثمّ تُسمع البيّنة. وقال الطحاوي: يُحبس شهراً. وروي ثلاثة أشهر. وروي أربعة أشهر حتى يغلب علي ظنّ الحاكم أنّه لو كان له مال لأظهره(4).

ص: 71

1- صحيح مسلم 2:1044/722، سنن أبي داؤد 2:1640/120، سنن النسائي 5:89، ولا يخفي أنّ الحديث ورد في النسخ الخطيّة و الحجرية بتفاوت و تقديم و تأخيرٍ في بعض الكلمات و الجملات. و المثبت قريب لما في المصادر.

2- النوار و الزيادات 10:15، التهذيب - للبخاري - 4:116، العزيز شرح الوجيز 5:27، المغني 4:545، الشرح الكبير 4:498.

3- حلية العلماء 4:486، الوسيط 4:17، الوجيز 1:172، العزيز شرح الوجيز 5:27، روضة الطالبين 3:373، المغني 4:546، الشرح الكبير 4:498.

4- فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهندية - 5:226، حلية العلماء 4:486، العزيز شرح الوجيز 5:27، المغني 4:546، الشرح الكبير 4:498.

وليس بصحيح، وإلا لاستغني بذلك عن البيّنة.

مسألة 318: إذا أقام مدعي الإعسار البيّنة، شرط فيها أن يكونوا من أهل الخبرة الباطنة

والعشرة المتقدمة وكثرة الملابس سرّاً و جهراً وكثرة المجالسة وطول الجوار، فإنّ الأموال قد تخفي ولا يُعرف تفصيلها إلاّ بأمثال ذلك. فإن عرف القاضي أنّهم من أهل الخبرة، فذاك، وإلاّ جاز له أن يعتمد علي قولهم إذا كانوا بهذه الصفة.

ويكفي شاهدان علي ذلك، كما في سائر الأموال.

وقال بعض الشافعيّة: لا تُقبل هذه الشهادة إلاّ من ثلاثة(1)؛ لأنّ رجلاً ذكر لرسول الله صلي الله عليه وآله أنّ جائحة أصابت ماله، وسأله أن يُعطيه من الصدقة، فقال صلي الله عليه وآله: «حتي يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه»(2).

وهو محمول علي الاحتياط والاستظهار.

وإذا لم يُعرف له أصل مالٍ ولم يكن أصل الدعوي مالاً، قدّم قوله فيحلف وتسقط عنه المطالبة.

وإن أقام بيّنة بالإعسار، قُبلت.

فإن طلب غريمه يمينه مع البيّنة، لم يُجب إليه؛ لقوله صلي الله عليه وآله: «البيّنة علي المدّعي واليمين علي المنكر»(3).

وقال الشافعي: يحلف(4)

ص: 72

1- العزيز شرح الوجيز 27:5، روضة الطالبين 3:373.

2- كما في العزيز شرح الوجيز 27:5، وراجع المصادر في الهامش (1) من ص 71.

3- سنن البيهقي 10:252، وفيه: «... علي مَنْ أنكر».

4- المهذب - للشيرازي - 1:327، الحاوي الكبير 6:333، التهذيب - للبخاري - 4:116، حلية العلماء 4:485، العزيز شرح الوجيز

5:28، روضة الطالبين 3:374، المغني 4:546، الشرح الكبير 4:499.

و هل الإحلاف واجب أو مستحب؟ قال في حرمة: إنه واجب؛ لجواز أن يكون له مال لم تقف عليه البيّنة، فإذا ادّعي ذلك، حلف له (1).

وقال في الأم: إنه مستحب؛ لأن ذلك قدح في الشهادة فلم يُسمع، كما إذا شهد شاهدان علي رجل أنه أقرّ لزيد بكذا، فقال المُقرّ له: احلفوا لي المُقرّ أنني أقررت له، لم يلزم؛ لأنه قدح في الشهادة، كذا هنا (2).

مسألة 319: صورة الشهادة بالإعسار يجب أن تكون علي الإثبات المتضمن للنفي،

و لا يجعل الشهادة علي النفي صرفة خالصة عن الإثبات، فيقول الشهود: إنه معسر لا يملك إلا قوت يومه و ثياب بدنه. وإن قالوا مع ذلك: «إنه ممن تحلّ له الصدقة» كان جيّداً، وليس شرطاً.

و لا- يقتصرون علي قولهم: لا- شيء له، لئلاّ تتمحض شهادتهم نفياً لفظاً و معني. فإن طلب الغرماء إحلافه مع البيّنة، لم يلزم، خلافاً للشافعي في أحد قوليه. وفي الثاني: أنه مستحب (3).

نعم، لو ادّعي أنّ له مالاّ لا يعرفه الشاهد، فالأقوي عندي أنّ له إحلافه علي ذلك؛ لإمكان صدقه في دعواه، و حينئذٍ تتوقّف اليمين علي استدعاء الخصم؛ لأنها حقّه:

و يجوز أن يعفو عنها، فلا يتبرّع الحاكم بإحلافه.

و الشافعي لما أثبت اليمين مطلقاً إمّا علي سبيل الوجوب أو علي سبيل الاستحباب - علي اختلاف قوليه - تردّد في أنّه هل يتوقّف الحلف

ص: 73

1- لاحظ: التهذيب - للبخاري - 116:4، و العزيز شرح الوجيز 28:5، و روضة الطالبين 374:3.

2- لاحظ الأمّ 212:3، و التهذيب - للبخاري - 116:4، و العزيز شرح الوجيز 28:5، و روضة الطالبين 374:3.

3- العزيز شرح الوجيز 28:5، روضة الطالبين 374:3.

علي استدعاء الخصم؟ علي وجهين:

أحدهما: لا، كما لو كانت الدعوي علي ميّت أو غائب، وعلي هذا فهو من آداب القضاء.

وأظهرهما: نعم، كيمين المدّعي عليه(1).

مسألة 320: قد بيّنا أنه يُقبل قوله في الإعسار إذا لم يُعرف له سابقة مال،

مع يمينه، فحينئذٍ نقول: إنّه يُقبل في الحال، كما لو أقام البيّنة تُسمع في الحال، وهو قول أكثر الشافعيّة(2).

وقال بعضهم: يتأّتي القاضي ويبحث عن باطن حاله، ولا يقنع بقوله، بخلاف ما إذا أقام البيّنة(3).

وحيث قلنا: إنّه لا يُقبل قوله إلاّ بالبيّنة لو ادّعي أنّ الغرماء يعرفون إعساره، كان له إحلافهم علي نفي المعرفة، فإن نكلوا، حلف، وثبت إعساره. وإن حلفوا، حُبس. وكلّما ادّعي ثانياً وثالثاً وهلمّ جرّاً أنّه قد ظهر لهم إعساره، كان له تحليفهم، إلاّ أن يعرف القاضي أنّه يقصد الإيذاء واللجاج. فإذا حبسه فلا يغفل عنه بالكلّيّة.

ولو كان غريباً لا يتمكّن من إقامة البيّنة، وكّل به القاضي مَنْ يبحث عن منشئه ومنتقله ويفحص عن أحواله بقدر الطاقة، فإذا غلب علي ظنّه إفلاسه، شهد به عند القاضي؛ لئلاّ تتخلّد عليه عقوبة السجن.

مسألة 321: إذا ادّعي الإعسار وأقام البيّنة عليه، لم يكن للغرماء مطالبة باليمين مع البيّنة علي ما تقدّم

(1)، سواء شهدت البيّنة بالإعسار أو

ص: 74

1- في ص 72، ضمن المسألة 318.

بتلف المال الذي كان في يده، وهو أحد قولِي الشافعي، و ظاهر كلام أحمد(1).

و لهما قولٌ آخر: إنّه يستحلف؛ لاحتمال أن يكون له مالٌ لا يعرفه الشهود(2).

و يُحتمل قوياً إلزامه باليمين علي الإعسار إن شهدت البيّنة بتلف المال، و سقوطها عنه إن شهدت بالإعسار؛ لأنّها إذا شهدت بالتلف، صار كمن ثبت له أصل مالٍ و اعترف الغريم بتلفه و ادّعي مالاً غيره، فإنّه يلزمه اليمين، كذا هنا إذا قامت البيّنة بالتلف، فإنّها لا تزيد علي الإقرار.

مسألة 322: لو ثبت الإعسار، خلّاه الحاكم علي ما تقدّم

(1)، فإن عاد الغرماء بعد أوقات و ادّعوا أنّه استفاد مالاً، و أنكر، قدّم قوله مع اليمين و عدم البيّنة، و عليهم إقامة البيّنة، فإن جاءوا بشاهدين شهدا بأنّهما رأيا في يده مالاً يتصرّف فيه، أخذه الغرماء.

فإن قال: أخذته من فلان وديعةً أو مضاربةً، و صدّقه المُقرّر له، حُكم عليه بذلك، و ليس للغرماء فيه حقٌّ.

و هل للغرماء إحلافه علي عدم المواطأة مع المُقرّر له و أنّه أقرّ عن تحقيقٍ؟ الأقرب: المنع؛ لأنّه لو رجع عن إقراره لم يُقبل، فلا- معني لتحليفه.

و يُحتمل إحلافه؛ لجواز المواطأة، فإذا امتنع من اليمين، حُبس حتي يسلمّ المال، أو يحلف. و لأنّه لو أقرّ بالمواطأة، حُبس علي المال مع تصديق الغير.

ص: 75

ولو طلب الغرماء يمين المُقرّر له، فالأقرب: أنّ لهم إحلافه؛ لأنّه لو كذب المُقرّر ثبت المال لهم، فإذا صدّقه، حلف.

وللشافعي الوجهان(1).

وإن كذّبه المُقرّر له، صرف إليهم، ولم يُقد إقراره شيئاً.

ولو أقرّ به ثانياً لغير الأول، لم يلتفت إليه.

ولو أقرّ به للغائب، وقف حتي يحضر الغائب، فإن صدّقه، أخذه، ولا حقّ فيه للغرماء. وإن كذّبه، أخذه الغرماء، أو يحلف بأنّه للغائب، و تسقط المطالبة عنه؛ لأصالة العسرة، وإمكان صدقه.

مسألة 323: لو ادّعي الغرماء بعد فكّ الحجر أنّه قد استفاد مالاً، كان القولُ قوله مع اليمين و عدم البيّنة؛

لأنّ الأصل بقاء العسرة.

وإن أقرّ بالمال أنّه استفاده و طلب الغرماء الحجّر عليه، نظر الحاكم فإن كان ما حصل له يفي بالديون، لم يحجر عليه. وإن كان أقلّ، حجر عليه، وقسّم ماله بين الغرماء.

وإن كان قد تجدد له غرماء قبل الحجر الثاني، قسّم بينهم وبين الأوائل - و به قال الشافعي(2) - لاستواء حقوقهم في الثبوت في الذمّة حال الحجر، فأشبهه غرماء الحجر الأوّل.

وقال مالك: يختصّ به الغرماء المتأخرون؛ لأنّه استفاده من جهتهم(3).

وهو غلط؛ لأنّنا لا نعلم ذلك. ولأنّنا نقسّم مال المفلس بين غرمائه

ص: 76

1- العزيز شرح الوجيز 28:5، روضة الطالبين 375:3.

2- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 152:1.

3- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 151:1.

وزوجته وإن كان حَقَّها ثبت لا بمعاوضةٍ.

مسألة 324: لو ثبت للولد علي والده مالٌ و كان الأب معسراً، لم تحلّ مطالبته.

وإن كان موسراً، كان له مطالبته إجماعاً.

فإن امتنع من الأداء، فالأقرب عندي: أنه لا يُحبس لأجل ولده؛ لأنّ الحبس نوع عقوبةٍ، ولا يعاقب الوالد بالولد.

ولأنّ الله تعالى قد بالغ في الوصية في الأبوين حتى أنّهما لو أمراه بالكفر لم يُطعهما مع ذلك يقول لهما قولاً حسناً(1).

و لقوله عليه السلام: «أنت و مالك لأبيك»(2) أي في حكم مال الأب، فكما أنّه لا يُحبس في ماله، كذا في مال ولده الذي هو في حكم ماله.

ولما رواه الحسين بن أبي العلاء عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له:

ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: «قوته بغير سرف إذا اضطرّ إليه» قال:

فقلت له: فقول رسول الله صلي الله عليه وآله للرجل الذي أتاه فقدّم أباه فقال: «أنت و مالك لأبيك» فقال: «إنّما جاء بأبيه إلي النبي صلي الله عليه وآله فقال له: يا رسول الله هذا أبي قد ظلمني ميراثي من أمّي، فأخبره الأب أنّه قد أنفق عليه و علي نفسه، فقال: أنت و مالك لأبيك، و لم يكن عند الرجل شيء، أفكان رسول الله صلي الله عليه وآله يحبس الأب لابن؟»(3) و هذا استفهام في معرض الإنكار، و هو يدلّ علي المراد.

ص: 77

1- العنكبوت: 8.

2- سنن ابن ماجه 2: 2291/769 و 2292، سنن سعيد بن منصور 2: 2291/115 و 2292، سنن البيهقي 7: 481، المصنّف - لابن أبي شيبة - 7: 2736/158 و 2742 و 2750.

3- الكافي 5: 6/136، الفقيه 3: 456/109، التهذيب 6: 966/344، الاستبصار 3: 162/49.

و هو أحد قولي الشافعي (1).

وله قولٌ آخر: إنّه يُحبس، وإلا لعجز الابن عن الاستيفاء، ويضيع حقّه (2).

وهو ممنوع، بل إذا أثبت الابن الدَيْنَ عند القاضي، أخذه القاضي منه قهراً من غير حبس، و صرفه إلي دَيْنه. ولأنّه قد يتمكّن من أخذه غيلةً، فلا يكون عاجزاً.

ولا فرق بين دَيْنِ النفقة وغيرها، ولا بين أن يكون الولد صغيراً أو كبيراً، وبه قال الشافعي (1).

وقال أبو حنيفة: إنّه لا يُحبس، إلا في نفقة الولد إذا كان صغيراً أو زَمناً (2).

مسألة 325: لو استؤجر المديون إجارة متعلّقة بعينه و وجب حبسه، ففي منع الإجارة المتعلّقة بعينه نظر

ينشأ: من جواز الحبس مطلقاً؛ عملاً بإطلاق الأمر، و من كون عينه مستحقّة المنافع للغير، فلا يجوز حبسه؛ لأنّ يتعطل شغل الغير. و الأقرب: الأوّل.

هذا فيما إذا لم يمكن الجمع بين الحبس و استيفاء المنافع، أمّا لو لم يمتنع الجمع، فإنّه يجوز حبسه قطعاً.

ص: 78

1- التهذيب - للبغوي - 117:4، العزيز شرح الوجيز 29:5، روضة الطالبين 3:375.

2- التهذيب - للبغوي - 117:4، العزيز شرح الوجيز 5:30.

مسألة 326: مَنْ أفلس و حجر عليه الحاكم و كان من جملة ماله عينٌ اشتراها من غيره و لم يقبضه الثمن فوجدها بأعها، كان بالخيار

بين أن يفسخ البيع و يأخذ عينه بالشرائط الآتية، و بين الضرب مع الغرماء بالثمن - و به قال في الصحابة: عليّ عليه السلام و عثمان و أبو هريرة، و في التابعين: عروة ابن الزبير، و من الفقهاء: مالك و الأوزاعي و الشافعي و العنبري و أحمد و إسحاق(1) - لما رواه العامة عن أبي هريرة عن النبيّ صلي الله عليه و آله أنّه قال: «إذا أفلس الرجل و وجد البائع سلعته بعينها فهو أحقّ بها من الغرماء»(2).

و عن ابن خلدة الزرقى(3) قاضي المدينة قال: أتينا أبا هريرة في صاحبٍ لنا أفلس، فقال أبو هريرة: هذا الذي قضى فيه رسول الله صلي الله عليه و آله:

«أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحقّ بمتاعه إذا وجده بعينه»(4).

و من طريق الخاصة: ما رواه عمر بن يزيد - في الصحيح - عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن رجل يركبه الدّين فيوجد متاع رجل عنده

ص: 79

1- المغني 4:493-494، الشرح الكبير 4:503، الحاوي الكبير 6:266، العزيز شرح الوجيز 5:30، روضة الطالبين 3:383.

2- صحيح مسلم 3:25/1194، سنن ابن ماجة 2:2358/790، سنن البيهقي 6:46 بتفاوت.

3- في الطبعة الحجرية: «أبي حلوة الفروفي». و في «ث، ج»: «... البروقي». و في «ر»: «حلوة البروقي». و كلّها خطأ، و الصحيح ما أثبتناه كما في المصادر. و اسمه: عمر بن خلدة، كما في المستدرک - للحاكم - 2:50، و تهذيب التهذيب 7:729/388.

4- سنن ابن ماجة 2:2360/790، سنن الدارقطني 3:107/29، المستدرک - للحاكم - 2:50-51.

بعينه، قال: «لا يحاصه الغرماء» (1).

ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بتعدّر العوض، فكان له الفسخ، كما لو تعدّر المُسَلِّم فيه. ولأنه لو شرط في البيع رهناً فعجز عن تسليمه، استحقّ البائع الفسخ وهو وثيقة بالثمن، فالعجز عن تسليم الثمن إذا تعدّر أولي.

وقال أبو حنيفة: ليس للحاكم أن يحجر عليه، وليس للبائع الرجوع في عينه، بل يكون أسوة الغرماء؛ لتساويهم في سبب الاستحقاق، فيتساوون في الاستحقاق. ولأنّ البائع كان له حقّ الإمساك لقبض الثمن فلمّا سلّمه قبل قبضه فقد أسقط حقه من الإمساك، فلم يكن له أن يرجع في ذلك بالإفلاس، كالمترتهن (2).

والبائع وإن ساوي الغرماء في السبب لكن اختلفوا في الشرط، فإنّ بقاء العين شرط لملك (3) الفسخ، وهو موجود في حقّ مَنْ وجد متاعه دون مَنْ لم يجده.

والفرق: أنّ الرهن مجرد الإمساك علي سبيل الوثيقة وليس ببديل، وهنا (4) هو (5) بدل عنها (6)، فإذا تعدّر استيفاؤه، رجع إلي المبدل (7).

قال أحمد: لو أنّ حاكماً حكم أنّه (8) أسوة الغرماء ثمّ رفع (9) إليه.

ص: 80

1- التهذيب 6: 420/193، الاستبصار 3: 19/8.

2- الهداية - للمرغيناني - 3: 285 و 287، المغني 4: 494، الشرح الكبير 4: 503.

3- في «ث، ر» والطبعة الحجرية: «تملك» بدل «ملك».

4- في «ث، ج» والطبعة الحجرية: «رهنًا». والصحيح ما أثبتناه.

5- هو، أي الثمن.

6- أي: عن العين.

7- في النسخ الخطية والحجرية: «في البديل» بدل «إلي المبدل». والظاهر ما أثبتناه.

8- في النسخ الخطية والحجرية: «له» بدل «أنه». والصحيح ما أثبتناه كما في المصدر.

9- في النسخ الخطية والحجرية: «رجع» بدل «رفع». وما أثبتناه كما في المصدر.

حاكم يري العمل بالحديث(1) ، جاز له نقض حكمه(2).

إذا عرفت هذا، فلو مات المفلس قبل القسمة، فإن كان في التركة وفاء للديون، اختصّ صاحب العين بماله، وإلا كان أسوة الغرماء؛ لما رواه العامة عن النبيّ صلي الله عليه وآله أنّه قال: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض البائع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحقّ به، وإن مات فهو أسوة الغرماء»(3) وغالب الإفلاس إنّما يكون مع قصور المال عن الديون علي ما سلف(4).

و من طريق الخاصة: رواية أبي ولاد عن الصادق عليه السلام، وقد سلفت(5).

و مالك لم يفصل، بل أطلق القول بأنّ الغريم لا يختصّ بعين ماله في صورة الميّت، بل يشارك الغرماء؛ لما تقدّم(6) من الرواية.

وقد بيّنا أنّ الإفلاس إنّما يكون مع القصور.

ولأنّه إذا مات انتقل الملك إلي الورثة فمَنَع ذلك الرجوع، كما لو باعه المشتري ثمّ أفلس(7).

و هو ممنوع؛ لأنّ الوارث يقوم مقام المورث، ولهذا تتعلّق به ديونه،9.

ص: 81

1- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «بالرجوع» بدل «بالحديث». و ما أثبتناه كما في المصدر. و المراد بالحديث حديث ابن خلدة الزرقى، المتقدّم في ص 79.

2- المغني 4:494، الشرح الكبير 4:504.

3- تقدّم تخريجه في ص 8، الهامش (3).

4- في ص 6.

5- في ص 8.

6- آنفاً.

7- راجع: الهامش (1) من ص 8، المسألة 259.

مسألة 327: وهذا الخيار يثبت للبائع و المقرض و الواهب بشرط الثواب.

و بالجمله، كلّ معاوضة، سواء وجد غير هذه العين، أو لم يوجد سواها؛ للعموم (1) نفس المصادر في الهامش (2). (2).

و الأقرب: أنّ هذا الخيار علي الفور - وهو أحد قولي الشافعي، وإحدى الروايتين عن أحمد (3) - لأنّ الأصل عدم الخيار، فيكون الأصل عدم بقائه لو وُجد. ولأنّ خيار يثبت في البيع لتقّص في العوض، فكان علي الفور، كالردّ بالعيب و الخلف (4) و الشفعة. ولأنّ القول بالتراخي يؤدّي إلي الإضرار بالغمراء من حيث إنّهُ يؤدّي إلي تأخير حقوقهم.

و الثاني: أنّهُ علي التراخي؛ لأنّهُ حقّ رجوع لا يسقط إلي عوض، فكان علي التراخي، كالرجوع في الهبة (4).

و ما قلناه أشبه من خيار الهبة.

فعلي ما اخترناه من الفورية لو علم بالحجر و لم يفسخ، بطل حقه من الرجوع.

و قال بعض الشافعية: يتأقّت بثلاثة أيام، كما هو أحد أقوال الشافعي في خيار المعتقة تحت الرقيق و في الشفعة (5).

ص: 82

1- راجع: الهامش

2- من ص 79.

3- المهذب - للشيرازي - 1:329، الحاوي الكبير 6:270، حلية العلماء 4:496، الوسيط 4:20، العزيز شرح الوجيز 5:30، روضة

الطالبين 3:383، منهاج الطالبين: 122، المغني 4:495، الشرح الكبير 4:504.

4- في النسخ الخطية و الحجرية: «الحلب» بدل «الخلف». و الصحيح ما أثبتناه.

5- العزيز شرح الوجيز 5:30، روضة الطالبين 3:383.

مسألة 328: لا يفتقر هذا الخيار إلي إذن الحاكم،

بل يستبدّ به الفاسخ من غير الحاجة إلي حكم الحاكم؛ لأنّه ثابت بالسنة الصحيحة، فصار كخيار المرأة فسحّ النكاح، والعتق.

ولوضوح الحديث ذهب بعض الشافعية إلي أنّه لو حكم حاكمٌ بالمنع من الفسخ، نقض حكمه (1).

وهو أحد وجهي الشافعية. والثاني: أنّه يفتقر إلي حكم الحاكم وإذنه؛ لأنّه فسحّ مختلفٌ فيه، كالفسخ بالإعسار (2).

مسألة 329: الفسخ قد يحصل بالقول، كما ينعقد البيع به.

وصيغة الفسخ: فسخت البيع، ونقضته، ورفعته.

ولو اقتصر علي قوله: رددت الثمن، أو: فسخت البيع، فيه إشكال أقرب: الاكتفاء به، وهو أصحّ قولي الشافعي.

والثاني: لا يكفي بذلك؛ لأنّ حقّ الفسخ أن يضاف إلي العقد المرسل، ثمّ إذا انفسخ العقد، ثبت مقتضاه (1).

وقد يحصل بالفعل، كما لو باع صاحب السلعة سلعته، أو وهبها، أو دفعها.

وبالجملة، إذا تصرف فيها تصرفاً يدلّ علي الفسخ، كوطئ الجارية المبيعة، علي الأفوي؛ صوناً للمسلم عن فاسد التصرفات، وتكون هذه التصرفات تدلّ علي حكمين: الفسخ، والعقد، وهو أحد قولي الشافعي.

والأصحّ عنده: أنّه لا يحصل الفسخ بها، وتلغو هذه التصرفات (2).

ص: 83

1- العزيز شرح الوجيز 31:5، روضة الطالبين 3:383.

2- المهذب - للشيرازي - 1:329-330، التهذيب - للبغوي - 4:86، الحاوي الكبير 6:270، حلية العلماء 4:497، العزيز شرح الوجيز 5:30، روضة الطالبين 3:383.

واعلم أنّ حقّ الرجوع للبائع لا يثبت علي الإطلاق بالإجماع، بل هو مشروط بأمر يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.

ولا يختصّ الرجوع بالبيع علي ما تقدّم (1)، بل يثبت في غيره من المعاملات، وإتّما يظهر الغرض بالنظر في أمور ثلاثة: العوض المتعدّد تحصيله، والعرض (2) المسترجع، والمعاوضة التي بها انتقل الملك إلي المفلس.

النظر الأول: في العوض.

إشارة

يشترط في العوض أمران: الحلول، وتعدّر استيفائه بسبب الإفلاس، فلو كان الثمن مؤجّلاً، لم يكن له الرجوع؛ لأنّه لا مطالبة له في الحال، فكيف يفسخ البيع اللازم بغير موجب؟! وإلّا لحلّ الأجل بالفلس علي ما تقدّم (3).

ولو حلّ الأجل قبل انفكك الحجر، فالأقرب: أنّه لا يشارك صاحبه الغرماء؛ لسبق تعلق حقّهم بالأعيان، بخلاف ما لو ظهر دينٌ حالّ سابق، فإنّه يشارك الغرماء، فعلي هذا ليس لصاحب الدّين الذي قد حلّ الرجوع في عين ماله، سواء كان الحاكم قد دفعها في بعض الديون أو لا.

مسألة 330: لو كانت أمواله وافيةً بالديون، لم يجز الحجر عندنا،

ص: 84

1- في ص 82، المسألة 327.

2- أي المعوّض.

3- في ص 16، المسألة 263.

و هو الظاهر من مذهب الشافعي(1).

وله قولٌ آخر: إنّه يجوز الحجر عليه(2).

فعلي تقدير جواز الحجر لو حجر، فهل لصاحب العين الرجوع في عينه؟ للشافعي وجهان:

أحدهما: أنّه لا يرجع؛ لأنّه يصل إلي الثمن.

و الثاني: أنّه يرجع؛ لأنّه لو لم يرجع لما أمن أن يظهر غريمٌ آخر فيزاحمه فيما أخذه(3).

و هذان الوجهان عندنا ساقطان؛ لأنّهما فرع الحجر وقد منعناه.

مسألة 331: لو ترك الغرماء لصاحب السلعة الثمن ليركها، قال الشيخ رحمه الله: لم يلزمه القبول،

و كان له أخذ عينه(4) - و به قال الشافعي و أحمد(5) - لما فيه من تحمّل المنّة، و لعموم الخبر(6)، و لأنّه ربما يظهر غريمٌ آخر فيزاحمه فيما أخذ.

و للشافعيّ فيه وجهٌ آخر: أنّه لا يبقى له الرجوع في العين، تخريباً

ص: 85

1- المهذب - للشيرازي - 328:1، التهذيب - للبخاري - 85:4، الحاوي الكبير 265:6، حلية العلماء 488:4، العزيز شرح الوجيز 8-7:5، روضة الطالبين 365:3.

2- المهذب - للشيرازي - 328:1، التهذيب - للبخاري - 85:4، الحاوي الكبير 265:6، حلية العلماء 488-489، العزيز شرح الوجيز 8-7:5، روضة الطالبين 365:3.

3- الحاوي الكبير 266-265:6، حلية العلماء 489-490، العزيز شرح الوجيز 31:5، روضة الطالبين 384:3.

4- الخلاف 265:3، المسألة 4.

5- العزيز شرح الوجيز 31:5، روضة الطالبين 384:3، المغني 496:4، الشرح الكبير 505:4.

6- سنن أبي داود 3-286-287/3520 و 3522.

مما إذا حجر عليه الحاكم وفي ماله وفاء(1).

وقال مالك: ليس له الرجوع في العين؛ لأن ذلك إنما جعل له لما يلحقه من النقص في الثمن، فإذا بذل له، لم يكن له الرجوع، كما إذا زال العيب من المبيع، لم يكن له رده(2).

ويمكن أن نقول: إن كان المدفوع من مال المفلس، لم يجب القبول؛ لإمكان تجدد غريم آخر، فلا يأمن من مزاحمته، فكان له الرجوع في العين.

وإن كان من مال الغرماء أو تبرع به أجنبي، فإنه لا يجب عليه الإجابة أيضاً؛ لأنه تبرع بدفع الحق غير من هو عليه، فلم يجبر صاحب الحق علي قبضه، كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذل غيره النفقة، أو عجز المكاتب فبذل عنه متبرع ما عليه لسيده.

ووجه أن نقول: إذا دفع الغرماء من خالص أموالهم ثمن السلعة وكان في السلعة زيادة بأن غلا سعرها أو كثر الراغبون إليها ويرجي لها صعود سعر، كان علي صاحب السلعة أخذ ما بذله الغرماء؛ لما فيه من انتفاعهم بالسلعة، بخلاف التبرع عن الزوج والمكاتب؛ إذ لا حق لهم في المعوض، والغرماء لهم حق في المعوض، فكان لهم ذلك؛ لما في منعهم من الإضرار بالمفلس، وهو منفي.

مسألة 332: إذا أوجبا عليه أخذ ما بذله الغرماء من مالهم

مسألة 332: إذا أوجبا عليه أخذ ما بذله الغرماء من مالهم(3)، أو أجابهم إليه تبرعاً منه ثم ظهر غريم آخر،

لم يشارك صاحب السلعة فيما

ص: 86

1- العزيز شرح الوجيز 31:5.

2- المدونة الكبرى 237:5، الذخيرة 172:8، العزيز شرح الوجيز 31:5، المغني 496:4، الشرح الكبير 505:4.

3- في «ج»: «أموالهم».

أخذه منهم، أمّا لو كان المدفوع من مال المفلس وخصّوه ثمّ ظهر غريمٌ آخر، شاركه فيما أخذه.

و لو دفع الغرماء الثمن إلي المفلس من مالهم فبذله للبائع، لم يكن له الفسخ؛ لأنّه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ، كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه، ملك الثمن.

و لو أسقط الغرماء حقّهم عنه فتمكّن من الأداء، أو وُهب له مالٌ فأمكنه الأداء منه، أو غلت أعيان أمواله فصارت قيمتها وافيةً بحقوق الغرماء بحيث يمكن أداء الثمن كلّه، لم يكن للبائع الفسخ؛ لزوال سببه، ولأنّه أمكنه الوصول إلي ثمن سلعته من المشتري، فلم يكن له الفسخ، كما لو لم يفلس.

و لو دفع الغرماء إلي المفلس من عين ماله قدر الثمن ليدفعه إلي البائع، لم يجب علي البائع القبول حذراً من ظهور آخر.

مسألة 333: لو مات المشتري المفلس، لم يزل الحجر عن المال، بل يتأكّد،

فإنّه لو مات غير محجور عليه، حُجر عليه، فلو قال وارثه للبائع والسلعة باقية: لا ترجع حتي أفدّمك علي الغرماء، لم يلزمه القبول أيضاً؛ لما ذكرناه من محظور ظهور غريمٍ آخر.

و لو قال: أُؤدّي الثمن من مالي، فالوجه: أنّ عليه القبول، و لم يكن له الفسخ؛ لأنّ الوارث خليفة المورث، فله تخلص المبيع، و كما أنّ المديون لو دفع الثمن إلي [البائع] (1)، لم يكن له الفسخ، كذا وارثه.

هذا علي تقدير أن يكون المديون قد خلف وفاءً، أمّا إذا لم يخلف

ص: 87

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «المشتري». و الظاهر أنّ الصحيح ما أثبتناه.

وفاءً، فإنه لا اختصاص له بالعين علي ما بيّناه.

مسألة 334: لو امتنع المشتري من تسليم الثمن مع يساره، أو هرب أو مات و هو ملّي

فامتنع الوارث من دفع الثمن، فإن كان الثمن حالاً ولم تُسلّم السلعة إلي المشتري، فإنه يتخيّر البائع بعد ثلاثة أيام في الفسخ و الصبر عندنا خاصّةً.

ولو كان البائع قد سلّم السلعة إلي المشتري، لم يكن له الفسخ و إن تعدّر عليه ثبوته (1) أو مطله أو شبه ذلك - و هو أصحّ وجهي الشافعي (2) - لأنه لم يوجد عيب الإفلاس، و يمكن التوصل إلي الاستيفاء بالسلطان، فإن فرض عجزٌ، كان نادراً لا عبرة به.

و الثاني: أن له الفسخ؛ لتعدّر الوصول إلي الثمن (3).

مسألة 335: لو باع السلعة و ضمن المشتري ضامن بالثمن،

إشارة

فإن كان البائع قد رضي بضمانه، انتقل حقه عن المشتري إلي الضامن؛ لأنّ الضمان عندنا ناقل و قد رضي بانتقال المال من ذمة المشتري إلي ذمة الضامن، فبرئت ذمة المشتري، و لم يكن للبائع الرجوع في العين، سواء تعدّر عليه الاستيفاء من الضامن أو لا.

و لو لم يرض البائع بضمانه، لم يكن بذلك الضمان اعتباراً.

إذا عرفت هذا، فإنه لا اعتبار لإذن المشتري في الضمان عندنا، بل متي ضمن و رضي البائع صحّ الضمان، سواء ضمن بإذن المشتري أو تبرّع بالضمان عنه.

ص: 88

1- أي: ثبوت التسليم. و الظاهر: «إثباته». (2 و 3) التهذيب - للبعوي - 87:4، العزيز شرح الوجيز 31:5-32، روضة الطالبين 3:384.

وقال الشافعي: إن ضمن باذن المشتري، فلا رجوع للبائع في العين؛ لأنه ليس بمتبرع علي المشتري، والوصول من يده كالوصول من يد المشتري. وإن ضمن بغير إذنه، فوجهان:

أحدهما: أنه يرجع، كما لو تبرع متبرع بالثمن.

والثاني: أنه لا يرجع؛ لأن الحق قد تقرر في ذمته، وتوجهت المطالبة عليه، بخلاف المتبرع (1).

تذنيب: لو أُعير من

تذنيب: لو أُعير من (1) المشتري ما يرهنه بالثمن، صح،

ولم يكن له الرجوع في العين؛ لإمكان إيفائه من الدين بالرهن.

وللشافعي الخلاف السابق في الضمان (3).

مسألة 336: لو انقطع جنس الثمن، فإن جوزنا الاعتياض عنه إذا كان في الذمة والاستبدال، فلا تعدر في استيفاء عوض عنه، ولم يكن للبائع فسخ البيع.

وإن منعنا من الاعتياض، فهو كإنتفاع المُسَدِّم فيه، والمُسَدِّم فيه إذا انقطع، كان أثره ثبوت حق الفسخ - وهو أصح قولي الشافعي. وفي الثاني:

الانفساخ، وهو أضعف قوليه (4) - فكذا هنا.

النظر الثاني: في المعاوضة.

إشارة

يُعتبر في المعاوضة - التي يملك فيها المفلس - شرطان: سَبْقُ المعاوضة علي الحجر، وكونها محصً معاوضة، فلو باع من المفلس شيئاً بعد الحجر عليه، فالأقرب: الصحة علي ما تقدم (2)

ص: 89

1- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

2- في ص 27، المسألة 273.

و هل يثبت له حق الفسخ و الرجوع في العين ؟ خلاف سبق (1). فإن قلنا: لا رجوع، تحقق شرط سبق المعاوضة علي الحجر، وإلا فلا.

و لو آجر الإنسان داره و سلّمها إلي المستأجر و قبض الأجرة ثم أفلس و حُجر عليه، فالإجارة مستمرة بحالها لا- سبيل للغرماء عليها، كالرهن يختص به المرتهن.

فإن انهدمت الدار في أثناء المدّة و فُسخت الإجارة فيما بقي منها، ضارب المستأجر مع الغرماء بحصّة ما بقي منها إن كان الانهدام قبل قسمة المال بينهم.

و إن كان بعد القسمة، فالأقوي: أنّه يضارب أيضاً - و هو أصحّ و جهي الشافعي (2) - لأنّه دَيْنٌ أُسند إلي عقدٍ سابق علي الحجر، و هو الإجارة، فصار كما لو انهدمت (2) قبل القسمة.

و في الآخر: أنّه لا يضارب؛ لأنّه دَيْنٌ حدث بعد القسمة، فصار كما لو استقرض (4).

و يضعف بأنّ السبب متقدّم، فيكون مسببه كالمتقدّم.

مسألة 337: لو باعه جاريةً بعبدٍ و تقابضا ثم أفلس مشتري الجارية

و حُجر عليه و هلكت الجارية في يده ثم وجد بائعها بالعبد عيباً فردّه، فله طلب قيمة الجارية قطعاً.

و الأقرب في الطلب: أنّه يضارب كسائر أرباب الديون، و هو أصحّ

ص: 90

1- في ص 33، ضمن المسألة 280. (2 و 4) الحاوي الكبير 310:6، حلية العلماء 518:4، العزيز شرح الوجيز 39:5، روضة الطالبين 390:3.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «انهدم». و الظاهر ما أثبتناه.

والثاني: أنه يقدم علي سائر الغرماء بقيمتها؛ لأنه أدخل في مقابلتها عبداً في مال المفلس (1).

وهذان الوجهان يخالفان الوجهين في رجوع مَنْ باع منه بعد الحجر عليه (2) شيئاً بالثمن إذا قلنا: لا يتعلق بعين متاعه، فإنما في وجه نقول:

يضارب. وفي وجه نقول: يصبر إلي أن يستوفي الغرماء حقوقهم، ولا نقول بالتقدم بحال.

والفرق: أن الدَّيْن هناك حدث بعد الحجر، وهنا مستند إلي سببٍ سابق علي الحجر، فإذا انضم إليه إدخال شيء في ملك المفلس، أثر في التقديم علي أحد القولين (3).

مسألة 338: قد بيّنا اشتراط التمخض للمعاوضة فيها،

فلا- يثبت الفسخ في النكاح والخلع والصلح بتعدّر استيفاء العوض، وهو ظاهر علي معني أنّ المرأة لا تفسخ النكاح بتعدّر استيفاء الصداق، ولا الزوج الخلع ولا العافي عن القصاص الصلح بتعدّر استيفاء العوض.

وللشافعي قولٌ بتسلط المرأة علي الفسخ بتعدّر استيفاء الصداق (4) وسيأتي إن شاء الله تعالى.

وكذا ليس للزوج فسخُ النكاح إذا لم تسلّم المرأة نفسها، وتعدّر الوصول إليها.

ص: 91

1- العزيز شرح الوجيز 40:5، روضة الطالبين 390:3.

2- كلمة «عليه» من «ث، ج، ر».

3- العزيز شرح الوجيز 40:5.

4- الأم 91:5، مختصر المزني: 232، الحاوي الكبير 461:11، التهذيب - للبعوي - 359:6، العزيز شرح الوجيز 53:10، روضة

الطالبين 483:6.

أما إذا انفسخ النكاح من جهتها فسقط صداقها، أو طلقها قبل الدخول فسقط نصفه و بقي نصفه فاستحق الزوج الرجوع بما دفعه أو بنصفه فأقلّ وعين الصداق موجودة، فهو أحقّ بعين ماله؛ لقوله عليه السلام: «مَنْ أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحقّ به»⁽¹⁾.

مسألة 339: إذا أفلس المُسَلَّم إليه قبل توفية مال السَلَم، فأقسامه ثلاثة:

أ: أن يكون رأس المال باقياً بحاله،

فللمُسَلِّم فسُخُّ العقد و الرجوع إلي رأس ماله، كما في البائع. وإن أراد أن يضارب مع الغرماء بالمُسَلَّم فيه و لا يفسخ، أُجيب إليه.

ب: أن يكون بعض رأس المال باقياً و بعضه تالفاً،

و حكمه حكم ما لو تلف بعض المبيع دون بعضٍ، و سيأتي.

ج: أن يكون رأس المال تالفاً،

فالأقرب أنه لا- يفسخ السَلَم بمجرد ذلك، كما لو أفلس المشتري بالثمن و المبيع تالف، بخلاف الانقطاع؛ فإنه هناك إذا فسخ، رجع إلي رأس المال بتمامه، و هنا إذا فسخ، لم يكن له [إلا]⁽²⁾ المضاربة برأس المال. و لو لم يفسخ، لضارب بالمُسَلَّم فيه، و هذا [أنفع؛ إذ الغالب]⁽³⁾ زيادة قيمة المُسَلَّم فيه علي رأس المال، فحينئذٍ

ص: 92

1- ورد نصّه في المغني 4:497، و الشرح الكبير 4:507، و بتفاوت يسير في صحيح البخاري 3:155-156، و صحيح مسلم 3:1559/1193، و سنن البيهقي 6:45.

2- الزيادة يقتضيها السياق، و كما هي مقتضى قول المصنّف قدس سره في قواعد الأحكام 2:148.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «يقع إذا تعالت». و هي تصحيف، و الصحيح ما أثبتناه.

[يُقَوِّم] (1) المُسَلِّم فيه، و يضارب المُسَلِّم بقيمته مع الغرماء، فإذا عُرِفَت حصَّته، نُظِرَ إن كان في المال من جنس المُسَلِّم فيه، أخذ منه بقدر نصيبه، وإن لم يكن، اشترى له من جنس حَقِّه، و يبقى له الباقي في ذمَّة المفلس، و ليس له أن يأخذ القيمة إذا لم يكن من جنس الحقِّ؛ لأنَّه يأخذ بدل المُسَلِّم فيه. و هو (2) أصحَّ وجهي الشافعيَّة.

و الثاني: أنَّ للمُسَلِّم فسَخَ العقد و المضاربة (3) مع الغرماء برأس المال؛ لأنَّه تعدَّر عليه الوصول إلي تمام حَقِّه، فليمكَّن من فسَخ السَّلَم، كما لو انقطع جنس المُسَلِّم فيه (4).

و ليس عندي بعيداً من الصواب.

و علي هذا فهل يجيء قول بانفساخ السَّلَم كما لو انقطع جنس المُسَلِّم فيه؟

قال بعض الشافعيَّة: نعم، إتماماً للتشبيه (5).

و قال بعضهم: لا؛ لإمكان حصوله باستقراضٍ و غيره، بخلاف الانقطاع (6).

و إذا كان رأس المال تالفاً و انقطع جنس المُسَلِّم فيه، فالأقوي أنَّه (3).

ص: 93

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيَّة و الحجرية: «يقدم». و هي تصحيف، و المثبت هو الصحيح.

2- في «ر» و الطبعة الحجرية: «و هذا».

3- في النسخ الخطيَّة و الحجرية: «المعاوضة» بدل «المضاربة». و ما أثبتناه من المصادر.

4- المهذَّب - للشيرازي - 333:1، الحاوي الكبير 308:6، حلية العلماء 516:4، العزيز شرح الوجيز 34:5، روضة الطالبين 386:3.

(5 و 6) العزيز شرح الوجيز 34:5، روضة الطالبين 386:3.

يثبت له حقّ الفسخ؛ لأنّ سببه ثابت، وهو الانقطاع، فإنّه سبب للفسخ في حقّ غير المحجور عليه ففي حقّه أولي، ولأنّ ما يثبت في حقّ غير المحجور عليه يثبت في حقّ المحجور عليه كالردّ بالعيب.

وله فائدة هنا؛ فإنّ ما يخصّه لو فسخ، لصُرف إليه في الحال عن جهة رأس المال، وما يخصّه لو لم يفسخ، لم يُصرف إليه، بل يُوقف إلي أن يعود المُسلم فيه فيشتري به.

مسألة 340: لو قُوم المُسلم فيه فكانت قيمته - مثلاً - عشرين،

فأفرزنا(1) من المال للمُسلم(2) عشرة؛ لكون الديون ضدّ عُف المال، ثم رخص السعر قبل الشراء فكانت العشرة نقي بثمان جميع المُسلم فيه، فالأقرب: أنّه يشتري به جميع حقّه ويسلم إليه؛ لأنّ الاعتبار إنّما هو بيوم(3) القسمة.

والموقوف وإن لم يملكه المُسلم لكنّه صار كالمرهون بحقّه وانقطع حقّه عن غيره من الحصص حتي لو تلف قبل التسليم إليه لم يتعلّق بشيء ممّا عند الغرماء، فكان حقّه في ذمّة المفلس.

ولا خلاف في أنّه لو فضل الموقوف عن جميع حقّ المُسلم، كان الفاضل للغرماء، وليس له أن يقول: الزائد قد زاد لي، وهو أحد وجهي الشافعيّة.

والثاني: أنّا نردّ الموقوف إلي ما يخصّه باعتبار قيمة الأجزاء فتُصرف إليه خمسة، والخمسة الباقية تُوزّع عليه و علي باقي الغرماء؛ لأنّ الموقوف لم يدخل في ملك المُسلم، بل هو باقٍ علي ملك المفلس، وحقّ المُسلم

ص: 94

1- في النسخ الخطيّة والحجريّة إضافة «له» وحذفنا لزيادتها.

2- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «المسلم». والمثبت هو الصحيح.

3- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «يوم». والمثبت هو الصحيح.

في الحنطة(1)، لا في ذلك الموقوف، فإذا صارت القيمة عشرةً، فليس دَيْنُهُ إِلَّا ذَلِكَ(2).

و لا استبعاد فيه.

ولو غلا السعر و كُتِّا قد أوقفنا العشرة و لم يوجد القدر الذي أسلم فيه إلا بأربعين، فعلي الأول لا يزاحمهم، و ليس له إلا ما وقف له، و هو العشرة يشتري له بها ربع حقه، و يبقى الباقي في ذمة المفلس. و علي الوجه [الثاني](3) ظهر أن الدَّينَ أربعون، فيسترجع من سائر الحصص ما تتم به حصّة الأربعين.

مسألة 341: إذا ضرب الغرماء علي قدر رءوس أموالهم و أخذ المسلم ممّا خصّه قدراً من المسلم فيه

و ارتفع الحجر عنه ثم حدث له مالٌ و أعيد الحجر و احتاجوا إلي الضرب ثانياً، قومنا المسلم فيه، فإن اتّقت قيمته الآن و القيمة السابقة، فذلك، و إلا فالتوزيع الآن يقع باعتبار القيمة الزائدة.

و إن نقصت، فلا اعتبار بالقيمة الثانية أو بالأقل؟ الأقرب: الأول، و هو أصحّ وجهي الشافعية(4).

و لو كان المسلم فيه ثوباً أو عبداً، فحصة المسلم يشتري به شقص منه، للضرورة، فإن لم يوجد، فللمسلم الفسخ.

مسألة 342: الإجارة نوعان:

القسم الأول في إفلاس المستأجر

النوع الأول: ما تتعلق بالأعيان،

كالأرض المعينة للزرع، و الدار للسكني،

ص: 95

1- ذكر الحنطة من باب المثال، حيث لم يسبق لها ذكر.

2- العزيز شرح الوجيز 5:35، روضة الطالبين 3:386.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «الأول». و الصحيح ما أثبتناه.

4- العزيز شرح الوجيز 5:35، روضة الطالبين 3:387.

و العبد للخدمة، و الدابة للحمل.

ثم في كل واحدٍ من القسمين (1) إمّا أن يفلس المستأجر أو المؤجر.

فلو استأجر (2) أرضاً أو دابةً ثم أفلس قبل تسليم الأجرة وقبل مضي شيء من المدة، كان للمؤجر فسخ الإجارة، تنزيلاً للمنافع في الإجارة منزلة الأعيان في البيع، وهو المشهور عند الشافعية (3).

و حكى الجويني قولاً آخر للشافعي: إنّه لا يثبت الرجوع بالمنافع، و لا تُنزّل منزلة الأعيان القائمة؛ إذ ليس لها وجود مستقر (4).

إذا عرفت هذا، فنقول: للمؤجر الخيار في فسخ الإجارة و الرجوع بالعين و المنافع، و في إمضاء الإجارة و الضرب مع الغرماء بالأجرة.

فإن كانت العين المستأجرة فارغة، آجرها الحاكم علي المفلس، و صرف الأجرة إلي الغرماء.

و لو كان التفليس بعد مضي بعض المدة، فللمؤجر فسخ الإجارة في المدة الباقية، و المضاربة مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الأجرة المسماة، بناءً علي أنّه إذا باع عبدين فتلف أحدهما ثم أفلس، يفسخ البيع في الباقي، و يضارب بثمان التالف، و به قال الشافعي (5)، خلافاً لأحمد حيث يذهب أنّه إذا تلف بعض المبيع، لم يكن للبائع الرجوع في البعض الباقي، كذا هنا إذا مضي بعض المدة، كان بمنزلة تلف بعض المبيع (6) 4.

ص: 96

1- كذا، و الظاهر: «من النوعين».

2- من هنا شرع المصنّف قدس سره فيما يتعلّق بالقسم الأوّل. و يأتي القسم الثاني في ص 101.

3- العزيز شرح الوجيز 36:5، روضة الطالبين 3:387.

4- العزيز شرح الوجيز 36:5.

5- التهذيب - للبغوي - 99:4، العزيز شرح الوجيز 36:5، روضة الطالبين 3:387، المغني 4:497، الشرح الكبير 4:506-507.

6- المغني 4:497، الشرح الكبير 4:506.

ويُحتمل فسخ العقد في الجميع إذا مضى بعض المدّة، ويضرب بقسط ما حمل من أجره المثل.

مسألة 343: لو أفلس مستأجر الدابة و حُجر عليه في خلال الطريق ففسخ المؤجر، لم يكن له طرح متاعه في البادية المهلكة،

ولا- في موضع غير محترز، بل يجب عليه نقله إلي مأمّن بأجرة المثل لذلك النقل من ذلك المكان، ويقدم به علي الغرماء؛ لأنّه لصيانة المال و حفظه و إيصاله إلي الغرماء، فأشبهه أجره الكيال و الحمال و أجره المكان المحفوظ فيه، فإذا وصل إلي المأمّن، ووضعه عند الحاكم.

و لو وُضِعَ علي يد عدلٍ من غير إذن الحاكم، فوجهان.

و كذا لو استأجر لحمل متاع فحمل بعضه.

فروع:

أ- لو كان المأمّن في صوب المقصد، وجب المضىّ إليه.

و هل للمؤجر تعجيل الفسخ في موضع العلم بالحجر، أو يجب عليه الصبر إلي المأمّن؟ الأقرب: الأوّل؛ لأنّ الحجر سبب في تخييره بين الفسخ و الإمضاء، وقد وُجد السبب، فيوجد المسبّب.

ويُحتمل الثاني؛ لأنّه يجب عليه المضىّ إلي المأمّن، سواء فسخ أو لا، فلا وجه لفسخه.

ب- تظهر الفائدة فيما لو كان الأجر (1) في نقله من موضع الحجر إلي موضع المأمّن مخالفاً لما يقع له بعد التقسيط من المسمّي،

فإن قلنا: له الفسخ، ففسخ، كان له أجره المثل إلي المأمّن، سواء زادت عن القسط من المسمّي أو نقصت أو ساوته. وإن قلنا: ليس له الفسخ، فله القسط من.

ص: 97

1- في «ث» و الطبعة الحجرية: «الأجرة».

ج - لو قلنا: ليس له الفسخ، أو قلنا: له الفسخ، ولم يفسخ، هل يقدّم بقسط النقل من موضع الحجر إلي المأمّن من المسمّي؟ إشكال

ينشأ:

من أنّه مستمرّ علي الإجارة السابقة التي يجب الضرب بمسمّاها مع الغرماء، فلم يقدّم علي باقي الغرماء في هذا القسط، كما لم يقدّم في القسط للنقل من مبدأ المسافة إلي موضع الحجر، و من أنّ له النقل من المخافة إلي المأمّن بأجرة مقدّمة، فيجب تقديم هذا القسط من المسمّي.

د - لو كان النقل إلي المأمّن إنّما هو في منتهي مسافة الإجارة، وجب النقل إليه.

ويجيء الاحتمالان في أنّ المؤجر هل له الفسخ أم لا؟ لكن احتمال عدم الفسخ هنا أقوى منه في الأوّل.

ه - لو كان النقل إلي المأمّن إنّما يحصل بأجرة مساوية للنقل إلي المقصد أو أكثر، فالأولي وجوب النقل إلي المقصد،

وعدم تخييره في الفسخ، بل يجب عليه إمضاء العقد.

و هل يقدّم بالقسط للنقل من موضع الحجر إلي المقصد من المسمّي أم لا؟ إشكال.

و - لو كان المأمّن في صوب المقصد و صوب مبدأ المسافة علي حدّ واحد

أو تعدّدت مواضع الأمان و تساوت قُرْباً و بُعْداً، فإن كانت أجرة الجميع واحدة، نُظِر إلي المصلحة، فإن تساوت، كان له سلوك أيّها شاء، لكنّ الأولي سلوك ما يلي المقصد؛ لأنّه مستحقّ عليه في أصل العقد. وإن اختلفت الأجرة، سلك أقلّها أجرةً.

وإن تفاوتت المصلحة، فإن اتّفقت مصلحة المفلس و الغرماء في

شيء واحد، تعين المصير إليه. وإن اختلفت، فالأولي تقديم مصلحة المفلس.

مسألة 344: لو فسخ المؤجر للأرض إيجارها؛ لإفلاس المستأجر،

فإن كانت فارغة، أخذها، فإن كان قد مضى من المدة شيء، كان كما تقدم (1)، و ينبغي أن يكون الماضي من الزمان له وقع بحيث يقسط المسمي عليه، فيرجع في الباقي من المدة بقسطه.

وإن كانت الأرض مشغولة بالزرع، فإن كان الزرع قد استحصد، فله المطالبة بالحصاد و تفرغته (2).

وإن لم يكن استحصد، فإن اتفق الغرماء و المفلس علي قطعه، قُطع.

وإن اتفقوا علي التبقية إلي الإدراك، فلهم ذلك بشرط أن يقدموا المؤجر بأجرة المثل لبقية المدة - محافظة للزرع - علي الغرماء.

وإن اختلفوا فأراد بعضهم القطع و بعضهم التبقية، فالأولي مراعاة ما فيه المصلحة حتي لو كانت الأجرة تستوعب الحاصل و تزيد عليه، قُطع، وإلا فلا، و هو أحد قولي الشافعي.

و في الآخر يُنظر إن كانت له قيمة لو قُطع، أُجيب مَنْ يريد القطع من المفلس و الغرماء؛ إذ ليس عليه تنمية ماله لهم، و لا عليهم الصبر إلي أن ينمو.

و لا بأس به عندي.

فعلي هذا لو لم يأخذ المؤجر أجرة المدة الماضية، فهو أحد الغرماء، فله طلب القطع.ض.

ص: 99

1- في ص 96، ضمن المسألة 342.

2- كذا، و الظاهر: «تفرغتها». أي تفرغ الأرض.

وإن لم تكن له قيمة لو قُطِع، أُجيب مَنْ يريد التبقية؛ إذ لا فائدة لطالب القطع فيه (1).

وإذا أبقوا الزرع بالاتفاق أو بطلب بعضهم حيث لم تكن للمقطوع قيمة، فالسقي و سائر المُون إن تطَوَّع بها الغرماء أو بعضهم أو أنفقوا عليها علي قدر ديونهم، فذاك.

وإن أنفق عليها بعضُهم ليرجع، فلا بُدَّ من إذن الحاكم أو (2) اتفاق الغرماء و المفلس، وإذا حصل الإذن، قدّم المنفق بقدر النفقة؛ لأنَّه لإصلاح الزرع.

و كذا لو أنفقوا علي قدر الديون ثمَّ ظهر غريمٌ، قدّم المنفقون في قدر النفقة عليه.

و هل يجوز الإنفاق عليه من مال المفلس؟ الوجه: الجواز؛ لاشتماله علي التنمية، و هو أحد وجهي الشافعي.

و الثاني: المنع؛ لعدم اليقين بحصول الفائدة، و إنما هو موهوم (3).

النوع الثاني: الإجارة الواردة علي الذمة.

مسألة 345: هذه الإجارة لا يكون حكمها حكم السَّلَم في وجوب قبض مال الإجارة في المجلس

كما يجب قبض رأس مال السَّلَم فيه؛ للأصل الدالّ علي عدم الوجوب، السالم عن معارضة النصّ الوارد في السَّلَم؛ لانفراد السَّلَم عن الإجارة و مغايرته لها، فلا يجب اشتراكهما في

ص: 100

1- العزيز شرح الوجيز 36:5، روضة الطالبين 388:3.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «و» بدل «أو». و ما أثبتناه يقتضيه السياق.

3- العزيز شرح الوجيز 36:5-37، روضة الطالبين 388:3.

الحكم، وهو أحد قولي الشافعي.

و الثاني: أنّهما متساويان في وجوب الإقباض في المجلس (1).

فعلي الأول تكون كالإجارة الواردة علي العين. وعلي الثاني لا أثر للإفلاس بعد التفريق؛ لصيرورة الأجرة مقبوضة قبل التفريق.

تذنب: لا يثبت خيار المجلس في الإجارة؛

لاختصاص النصّ بالبيع، وعدم مشاركته للإجارة في الاسم، والأصل عدم الخيار، وهو أحد قولي الشافعي.

وفي الآخر: يثبت الخيار. فإن أثبتته، كان فيه غنية عن هذا الخيار، وإلاّ فهي (2) كما في إجارة العين (3).

القسم الثاني: في إفلاس المؤجر.

إشارة

وفيه نوعان:

النوع الأول: في إجارة العين.

فإذا آجر دابةً من إنسان أو داراً ثمّ أفلس و حجر عليه الحاكم، لم تنفسخ الإجارة، ولم يكن للمستأجر ولا للغرماء فسخ الإجارة؛ لأنّ ذلك عقد لازم عقده قبل الحجر، والمنافع المستحقّة للمستأجر متعلّقة بعين ذلك المال، فيقدّم بها كما تقدّم في حقّ المرتهن، وكما لو أفلس بعد بيع شيء معيّن، فإنّ المشتري أحقّ بما اشتراه.

ثمّ الغرماء لهم الخيار بين الصبر حتي تنقضي مدّة الإجارة ثمّ

ص: 101

1- العزيز شرح الوجيز 37:5، روضة الطالبين 3:388.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فهو» بدل «فهي». و الظاهر ما أثبتناه.

3- العزيز شرح الوجيز 37:5، روضة الطالبين 3:388.

يبعونها، وبين البيع في الحال، فإن اختاروا الصبر إلي انقضاء مدة الإجارة فإن انقضت المدة و الدار بحالها، فلا بحث. وإن انهدمت الدار في أثناء المدة، انسخت الإجارة.

وإن اختار المؤجر الفسخ فيما بقي من المدة، فإن كانت الأجرة لم تُقبض منه، سقطت عنه فيما بقي من المدة، وإن كانت قد قبضت منه، رجع علي المفلس بحصة ما بقي من المدة.

و هل يضرب بذلك مع الغرماء؟ يُنظر فإن كان ذلك قبل قسمة ماله، فهل يرجع علي الغرماء؟ وجهان مبنيان علي أن وجود السبب كوجود المسبب، أو لا؟

فإن قلنا بالأول، رجع عليهم بما يخصه؛ لأن سبب وجوبه وجد قبل الحجر، ولو كان الاعتبار بحال وجوبه، لكان إذا وجب قبل القسمة أن لا يشارك به.

وإن قلنا بالثاني، لم يرجع؛ لأن دينه تجدد بعد الحجر، فلم يحاص به الغرماء.

والأول أقوى.

فإن طلب الغرماء البيع في الحال، أُجيبوا إليه؛ لأنه يجوز عندنا بيع الأعيان المستأجرة - وهو أحد قولي الشافعي - لأنه عقد علي منفعة، فلا يمنع من بيع أصل العين، كالنكاح.

و الثاني: لا يصح البيع؛ لأن يد المستأجر حائلة دون التسليم، فأشبهه المغصوب(1)9.

ص: 102

فعلي قولنا تُباع في الحال، ويكون المستأجر أحقَّ بالمنافع و اليد مدّة إجارته.

ولو اختلف الغرماء في البيع والصبر، أُجيب الذي يطلب البيع؛ لأنّه يتعجّل حقه به، ولا مبالاة بما ينقص من ثمنه بسبب الإجارة؛ إذ لا يجب علي الغرماء الصبر إلي أن يزداد مال المفلس.

النوع الثاني: الإجارة الواردة علي الذمة.

مسألة 346: إذا التزم المفلس نُقلَ متاع من بلدٍ إلي آخر أو عملَ شغلٍ ثمّ أفلس،

فإن كان مال الإجارة باقياً في يده، فله فسخ الإجارة والرجوع إلي عين ماله. وإن كانت تالفةً، فلا فسخ، كما لا فسخ والحال هذه عند إفلاس المُسَلِّم إليه علي الأصحّ - وبه قال الشافعي (1) - ويضارب المستأجرُ الغرماءَ بقيمة المنفعة المستحقّة، وهي أُجرة المثل، كما يضارب المُسَلِّم بقيمة المُسَلِّم فيه.

إذا عرفت هذا، فإنّ هذا النوع من الإجارة ليس سَلَمًا، وهو أحد قولي الشافعي.

وفي الثاني: يكون سَلَمًا.

فعلي قوله هذا ما يخصّه بالمضاربة من مال المفلس لا يجوز تسليمه إليه؛ لامتناع الاعتياض عن المُسَلِّم فيه، بل يُنظر فإن كانت المنفعة المستحقّة قابلةً للتبعيض - كما لو استأجره لحمل مائة رطل - فينقل بالحصّة بعضها.

ص: 103

1- العزيز شرح الوجيز 37:5، روضة الطالبين 389:3.

وإن لم يقبل التبعض - كما إذا كان الملتزم قصارة ثوب، أو رياضة دابة، أو (1) حمل المستأجر إلى بلد، و لو نقل إلى بعض الطريق ضاع - فوجهان للشافعي (2).

قال الجويني: للمستأجر الفسخ بهذا السبب، و المضاربة بالأجرة المبذولة (3).

و علي ما اخترناه نحن يسقط عنّا هذا، و يقبض الحصّة بعينها؛ لجواز الاعتياض.

و يلزم علي قوله إبطال مذهبه من منع جواز الاعتياض في السّلم فيما صوّناه.

هذا إذا لم يسلم المؤجر عيناً إلى المستأجر يستوفي المنفعة الملتزمة منها، أمّا إذا التزم النقل إلى البلد في ذمته ثمّ سلّمه دابةً لينقل بها، ثمّ أفلس، فإن قلنا: إنّ الدابة المسلمة تتعین بالتعيين، فلا فسخ، و يقدم المستأجر بمنفعتها، كما لو كانت الدابة معينةً في عقد الإجارة. و إن قلنا:

لا تتعین، فكما لو لم يسلم الدابة، فيفسخ المستأجر، و يضارب بمال الإجارة.

تذنيان:

أ- لو استقرض مالاً ثمّ أفلس و هو باقٍ في يده، فللمقرض الرجوع إلى عين ماله،

كالبايع في عين السلعة و إن ملكها المفلس بالشراء - و هو قول الشافعي (2) أيضاً - سواء قلنا: إنّ القرض يملك بالقبض أو بالتصرف. 3.

ص: 104

1- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «و» بدل «أو». و الظاهر ما أثبتناه. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 37:5، روضة الطالبين 389:3.

2- العزيز شرح الوجيز 38:5، روضة الطالبين 389:3.

أما إذا كان لا يملك بالقبض: فلائنه يقدر علي الرجوع من غير إفلاس ولا حجر، فمعهما أولي.

و أما إذا كان(1) يملك بالقبض: فلائنه مملوك ببدلٍ تعدّر تحصيله، فأشبهه البيع.

ب - لو باع شيئاً واستوفي ثمنه و امتنع من تسليم المبيع أو هرب، لم يكن للمشتري الفسخ؛

لأنّ حقّه تعلقّ بالعين، ولا نقصان في نفس المبيع، فإن تعدّر قبضه، تخيّر حينئذٍ.

و للشافعيّة وجهان(2).

النظر الثالث: في المعوّض.

مسألة 347: يُشترط في المعوّض - وهو المبيع مثلاً - ليرجع إليه مع إفلاس المشتري شيئان:

بقاؤه في ملك المفلس، و عدم التغيّر(3).

فلو هلك المبيع، لم يكن للبائع الرجوع؛ لقوله عليه السلام: «فصاحب المتاع أحقّ بالمتاع إذا وجدته بعينه»(4) فقد جعل عليه السلام وجدان المتاع شرطاً في أحقيّة الأخذ.

و لا فرق بين أن يكون الهلاك بآفة سماويّة، أو بجنائية جانٍ، أو بفعل المشتري، و لا بين أن تكون قيمته مثل الثمن أو أكثر.

و ليس له إلاّ مضاربة الغرماء بالثمن؛ عملاً بالأصل، و اختصاص

ص: 105

1- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «كانت» بدل «كان». و ما أثبتناه يقتضيه السياق.

2- العزيز شرح الوجيز 38:5، روضة الطالبين 3:389.

3- يأتي الشرط الثاني - وهو عدم التغيّر - في ص 108، المسألة 350.

4- سنن ابن ماجه 2:2360/790، سنن الدارقطني 3:106/29 و 107، المستدرک - للحاكم - 2:51.

المخالف له بالوجدان، وهو أحد قولِي الشافعي.

و الثاني: أنه إذا زادت القيمة، ضارب بها دون الثمن، واستفاد بها زيادة حصّته (1).

مسألة 348: لو خرجت العين عن ملك المشتري ببيع أو هبة أو عتق أو وقف، فهو كما لو هلك.

و ليس له فسخ هذه التصرفات، بخلاف الشفيع، فإنّ له ردّ ذلك كلّ؛ لأنّ حقّ الشفعة كان ثابتاً حين تصرف المشتري، لأنّ الشفعة تثبت بنفس البيع، و هنا حقّ الرجوع لم يكن ثابتاً حين التصرف؛ لأنّه إنّما يثبت بالإفلاس و الحجر.

و كذا لا رجوع للبائع لو كاتب المشتري العبد المبيع أو استولد الجارية المبيعة. أما لو دبر، فإنّ له الرجوع.

و لو نذر عتقه مطلقاً أو نذره عند شرط، فكذلك لا يرجع إلاّ أن يبطل ذلك الشرط و يعلم بطلان النذر.

و لو علّق العتق بصفة، لم يصح عندنا. و عند الشافعي يصحّ، و له الرجوع (2).

و لو أجر العين، فلا رجوع له في المنافع، بل في العين عندنا؛ لأنّه يجوز بيع المستأجر، و هو أحد قولِي الشافعية إنّ جوّزوا بيع المستأجر، و إن منعوه، لم يكن له الرجوع في العين، فإذا جوّزنا له الرجوع، فإن شاء أخذه مسلوب المنفعة لحقّ المستأجر، و إلاّ ضارب بالثمن (1).

ص: 106

إشارة

و كذا لو جني العبد المبيع، فالمجنّي عليه أحقّ ببيعه.

فإن قضى حقّ المرتهن أو المجنّي عليه ببيع بعضه، فالبائع واجد لباقي المبيع، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى.

وإن انفكّ الرهن أو برئ عن الجنائية، فله الرجوع.

ولو زوج الجارية، لم يمنع البائع من الرجوع فيها. أمّا لو باع صيداً ثمّ أحرم وأفلس المشتري، لم يكن للبائع الرجوع في العين؛ لأنّ تملكه للصيد حرام.

ولو نقل العين ببيعٍ وشبهه ثمّ حُجر عليه بعد ذلك ثمّ عادت العين، فالوجه عندي: أنّه لا يرجع البائع فيها؛ لأنّ ملك المشتري فيها الآن متلقّي من غير البائع، ولأنّه قد تخلّلت حالة لو صادفها الإفلاس والحجر لما رجع، فيستصحب حكمها، وهو أحد قولي الشافعي.

والثاني: أنّه إن عاد إليه بغير عوضٍ - كالهبة والإرث والوصيّة له - ففي الرجوع وجهان:

أحدهما: أنّه يرجع؛ لأنّه وجد متاعه بعينه.

والثاني: لا يرجع؛ لأنّ الملك قد تلقاه من غير البائع (1).

وهذان الوجهان مبنيان عندهم علي ما إذا قال لعبده: إذا جاء رأس الشهر فأنت حرٌّ، ثمّ باعه واشتراه وجاء رأس الشهر، هل يُعتق؟ (2)

وإن عاد الملك إليه بعوضٍ كما لو اشتراه [نظر] (3) إن وفّر الثمن علي

ص: 107

1- العزيز شرح الوجيز 41:5، روضة الطالبين 391:3.

2- العزيز شرح الوجيز 41:5.

3- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

البائع الثاني، فكما لو عاد بلا عوض، فإن لم يوفّر وقلنا بثبوت الرجوع للبائع لو عاد بلا عوض، فالأول أولي بالرجوع؛ لسبق حقه، أو الثاني؛ لقرب حقه، أو يستويان ويضارب كل واحدٍ منهما بنصف الثمن؟ فيه ثلاثة أوجه.

تذنيب: لو كاتب العبد كتابةً مطلقة، لم يكن للبائع الرجوع في العين؛

لأنه كالعق في زوال سلطنة السيد عنه.

وإن كانت مشروطةً، فإن كانت باقيةً، لم يكن له الرجوع أيضاً؛ لأنها عقد لازم.

وإن عجز المكاتب عن الأداء، فللمفلس الصبر عليه؛ لأنه كالخيار.

ويُحتمل عدمه.

فإن ردّه في الرق، فهل للبائع الرجوع فيه؟ الأقرب: ذلك؛ لأنه ليس بملك يتجدد، بل هو إزالة مانع.

وللسانعي طريقان:

أحدهما: أن رجوعه إلي الرق كانفكك الرهن.

والثاني: أنه يعود الملك بعد زواله لمشابهة الكتابة زوال الملك، وإفادتها استقلال المكاتب، والتحاقه بالأحرار(1).

مسألة 350: قد بينّا أنه يشترط للرجوع في العين في المعوض أمران:

إشارة

بقاء الملك، وقد سلف(2)، وبقي الشرط الثاني، وهو: عدم التغيير.

فنقول: البائع إن وجد العين بحالها لم تتغير لا بالزيادة ولا بالنقصان، فإن للبائع الرجوع لا محالة. وإن تغير(3)، فإما أن يكون بالنقصان أو

ص: 108

1- العزيز شرح الوجيز 41:5، روضة الطالبين 3:391.

2- في ص 105، المسألة 347.

3- تذكير الفعل باعتبار المبيع.

القسم الأول: أن يكون التغير بالنقصان، وهو قسمان:

إشارة

الأول: نقصان ما لا يتسّط عليه الثمن، ولا يُفرد بالعقد، وهو المراد بالعيب و نقصان الصفة، كتلف بعض أطراف العبد.

والثاني: نقصان بعض المبيع ممّا يتسّط عليه الثمن، ويصحّ إفراده بالعقد.

ونحن نذكر حكم هذه الأقسام بعون الله تعالى، ثمّ تتبع ذلك بقسم الزيادة.

القسم الأول: نقصان الصفة.

مسألة 351: إذا نقصت العين بالتعيّب، فإن حصل بأفة سماوية، تخيّر البائع

بين الرجوع في العين ناقصةً بغير شيء، وبين أن يضارب بالثمن مع الغرماء، كما لو تعيّب المبيع في يد البائع، يتخيّر المشتري بين أخذه معيباً بجميع الثمن - عند بعض (1) أصحابنا - وبين الفسخ و الرجوع بالثمن.

وعلي ما اخترناه نحن - من أنّ المشتري يرجع بالأرش - لا يتأتّى هذا، وإّما لم يكن للبائع هنا الرجوع بالأرش، وكان للمشتري في صورة البيع الرجوع به؛ لأنّ المبيع مضمون في يد البائع، وكما يضمن جملته يضمن أجزاءه، سواء كانت صفاتاً أو غيرها؛ لأنّ الثمن في مقابلة الجميع، وأمّا هنا فإنّ البائع لا حقّ له في العين إلاّ بالفسخ المتجدّد بعد العيب، وإّما حقّه قبل الفسخ في الثمن، فلم تكن العين مضمونةً له، فلم يكن له الرجوع بأرش المتجدّد، بل يقال له: إمّا أن تأخذ العين مجاناً، أو تضارب

ص: 109

1- الشيخ الطوسي في الخلاف 3:109، المسألة 178.

بالثمن، وهو أحد قولِي الشافعي(1).

وله قولٌ آخر: إنّه يأخذ المعيب ويضارب مع الغرماء بما نقص، كما يأتي(2) في الضرب الثاني(3). وهو غريب عندهم(4).

إذا عرفت هذا، فقد وافقنا مالك و الشافعي علي أنّ للبائع الرجوع وإن كانت معيبة(5).

وقال أحمد: إذا تلف جزء من العين - كتغيّر أطراف العبد، أو ذهاب عينه، أو تلف بعض الثوب، أو انهدم بعض الدار، أو اشتري نخلاً مثمراً فتلف الثمرة، ونحو هذا - لم يكن للبائع الرجوع؛ لأنّه لم يدرك متاعه بعينه(6).

وهو غلط.

أمّا أولاً: فلأنّ العين باقية وإن تلف بعض صفاتها.

وأمّا ثانياً: فلأنّه إذا ثبت له الرجوع في جميع العين بالثمن، فإثبات الرجوع له في بعضها بالثمن أولى، كما لو قال: أنا أرجع في نصف العين بجميع الثمن، فإنّه يجاب إليه قطعاً، كذا هنا.

مسألة 352: إذا تعيبت العين بجناية جانٍ، فإمّا أن يكون الجاني أجنبياً أو البائع أو المشتري.

فإن كان أجنبياً، فعليه الأرش، و للبائع أن يأخذه معيباً، و يضاربُ2.

ص: 110

1- العزيز شرح الوجيز 42:5، روضة الطالبين 3:391.

2- في ص 112، المسألة 354.

3- وهو نقصان ما يتقسط عليه الثمن.

4- العزيز شرح الوجيز 42:5، وفي روضة الطالبين 3:391؛ «شاذّ ضعيف».

5- المغني 4:498، الشرح الكبير 4:511.

6- المغني 4:498-499، الشرح الكبير 4:511-512.

الغرماء بمثل(1) نسبة ما انتقص من القيمة من الثمن؛ لأن المشتري أخذ بدلاً للنقصان و كان مستحقاً للبائع، فلا يجوز تضييعه عليه، بخلاف التعيب بالآفة السماوية حيث لم يكن لها عوض.

وإنما اعتبرنا في حقه نقصان القيمة دون التقدير الشرعي؛ لأن التقدير إنما أثبتته الشرع في الجنایات، و الأعراض يتقسط بعضها علي بعض باعتبار القيمة.

و لو اعتبرنا في حقه المقدّر، لزمنا أن نقول: إذا قطع الجاني يديه(2) أن يأخذه البائع و قيمته، و هذا محال، بل يُنظر فيما انتقص من قيمته بقطع اليدين، و نقول: يضارب البائع الغرماء بمثل نسبته من الثمن. و لو قطع إحدي يديه و غرم نصف القيمة و كان الناقص في السوق ثلث القيمة، ضارب البائع بثلث الثمن و أخذه، و علي هذا القياس.

مسألة 353: لو كان الجاني علي العين البائع، فهو كجناية الأجنبي؛

لأن جنایته علي ما ليس بمملوك له و لا هو في ضمانه.

وإن كان الجاني المشتري، احتّمّل أن تكون جنایته كجناية الأجنبي أيضاً؛ لأن إتلاف المشتري قبض(3) و استيفاء منه علي ما مر(4) في موضعه، و كأنه صرف جزءً من المبيع إلي غرضه. و أن تكون جنایته كجناية البائع علي المبيع قبل القبض؛ لأن المفلس و المبيع في يده كالبايع في المبيع قبل القبض من حيث إنّه مأخوذ منه غير مقرّر في يده.ع.

ص: 111

1- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «مثل». و الظاهر ما أثبتناه.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «قطع يدي الجاني». و الصحيح ما أثبتناه.

3- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «نقص» بدل «قبض». و المثبت هو الظاهر.

4- في ج 10، ص 114، المسألة 64 من كتاب البيع.

و للشافعي قولان:

أحدهما: أنها (1) كجناية الأجنبي.

وأصحهما عنده: أنها كالأفة السماوية (2).

ولا يقال: إنَّ حقَّ تشبيهه جناية المشتري هنا بجناية البائع قبل القبض كتشبيهه (3) جناية البائع هناك حتي يقال: كأنه استرجع بعض المبيع؛ إذ ليس له الفسخ والاسترجاع إلا بعد حَجْر الحاكم عليه، وليس (4) قبل الحَجْر حقُّ ولا مِلْكٌ.

تذنيب: لو باع المفلس قبل الحجر بعض العين

أو وهبه أو وقفه، فهو بمنزلة تلفه.

القسم الثاني: نقصان العين.

مسألة 354: إذا نقص المبيع نقصاً يتقسط الثمن عليه، ويصحّ إفراده بالعقد

- كما لو اشترى عبيدين صفقةً أو ثوبين كذلك فتلف أحدهما في يد المشتري ثمّ أفلس و حُجر عليه - فللبائع أن يأخذ الباقي بحصّة من الثمن، ويضارب مع الغرماء بحصّة التالف، وله أن يضارب بجميع الثمن - وبه قال الشافعي وأحمد في إحدَي الروايتين (5) - لأنّه عين ماله وجدها البائع، فله

ص: 112

1- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «أنّه». و المثبت هو الصحيح.

2- الوسيط 26:4، العزيز شرح الوجيز 43:5، روضة الطالبين 392:3.

3- في الطبعة الحجريّة: «تشبيهه».

4- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «فليس» بدل «وليس». و الظاهر ما أثبتناه.

5- التهذيب - للبخاري - 88:4، الوسيط 26:4، العزيز شرح الوجيز 43:5، روضة الطالبين 392:3، المغني 499:4، الشرح الكبير 512:4.

أخذها؛ لقوله عليه السلام: «مَنْ أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحقّ به»(1).

ولأنّه مبيع وجدّه بعينه، فكان للبائع الرجوع فيه، كما لو وجد جميع المبيع.

وفي الرواية الأخرى لأحمد: ليس له الرجوع؛ لأنّه لم يجد المبيع بعينه، أشبه ما لو كان عيناً واحدة وقد تعيبت. ولأنّ بعض المبيع تالف، فلم يملك الرجوع فيه، كما لو قُطعت يد العبد(2).

والحكم في الأصل ممنوع، وقد سبق، وهذا كما لو بقي جميع المبيع وأراد البائع فسخ البيع في بعضه، مُكّن منه؛ لأنّه أنفع للغرماء من الفسخ في الكلّ، فهو كما لو رجع الواهب في نصف ما وهب.

مسألة 355: إذا اختار فسخ البيع في الباقي وأخذه، ضرب بقسط التالف من الثمن،

ولا- يجب عليه فسخ البيع وأخذ الباقي بجميع الثمن؛ لأنّ الثمن يتقسط علي المبيع، فكأنّه في الحقيقة يبعان بثمانين، وهو أصحّ قولي الشافعي.

والثاني: أنّه يأخذ الباقي بجميع الثمن، ولا يضارب بشيء، وطرّدوا هذا القول في كلّ مسألة تضاهي هذه المسألة حتي لو باع سيفاً وشقصاً بمائة، يأخذ الشقص بجميع المائة علي قول(3). وهو بعيد.

هذا إذا تلف أحد العبدين ولم يقبض من الثمن شيئاً.3.

ص: 113

1- صحيح البخاري 3:155-156، صحيح مسلم 3:1193/1559، سنن الدارمي 2:262، المغني 4:499، الشرح الكبير 4:512.

2- المغني 4:499، الشرح الكبير 4:512.

3- العزيز شرح الوجيز 5:43، روضة الطالبين 3:392.

و لو باع عبدين متساويي القيمة بمائة و قبض خمسين و تلف أحدهما في يد المشتري ثم أفلس، فإنه يرجع في الباقي من العبدین؛ لأنّ الإفلاس سبب يعود به جميع العين، فجاز أن يعود بعضه (1)، كالفرقة في النكاح قبل الدخول يرد (2) بها جميع الصداق إلي الزوج تارة و بعضه أُخري.

و لاندراج صورة النزاع فيما رواه العامّة عن النبيّ صلي الله عليه و آله أنّه قال: «إذا أفلس الرجل و وجد البائع سلعته بعينها فهو أحقّ بها من الغرماء» (3).

و من طريق الخاصّة: قول أبي الحسن عليه السلام و قد سُئل عن رجل يركبه الدّين فيوجد متاع رجل عنده بعينه، قال: «لا يخاصّه الغرماء» (4).

و هو الجديد للشافعي.

و قال في القديم: ليس له الرجوعُ إلي العين، بل يُضارب بباقي الثمن مع الغرماء؛ لقول النبي صلي الله عليه و آله: «أيّما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه و لم يقبض البائع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحقّ به، و إن كان قد اقتضى (5) من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء» (6)(7).

و هذا الحديث مرسل.3.

ص: 114

1- الظاهر: «بعضها».

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «يريد» بدل «يرد». و المثبت هو الصحيح.

3- سنن الدارقطني 3:112/30، و 4:90/229، سنن البيهقي 6:46، المصنّف - لعبد الرزّاق - 8:15162/265.

4- التهذيب 6:420/193، الاستبصار 3:19/8.

5- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «اقبض» بدل «اقتضى». و الصحيح ما أثبتناه كما في «العزیز شرح الوجيز».

6- سنن ابن ماجه 3:2359/790، سنن أبي داؤد 3:286-3520/287، 3521، سنن البيهقي 6:47.

7- العزیز شرح الوجيز 5:44، روضة الطالبين 3:392.

و علي ما اخترناه يرجع في جميع العبد الباقي بجميع ما بقي من الثمن، و به قال الشافعي علي قول الرجوع(1).

و له فيما إذا أصدقها أربعين شاةً، و حالَ عليها الحول فأخرجت شاةً ثم طلقها قبل الدخول قولان:

أحدهما: أنه يرجع بعشرين(2) شاة.

و الثاني: أنه يأخذ نصفَ الموجود، و نصفَ قيمة الشاة المُخرَجة(3).

و اختلف أصحابه هنا علي طريقتين:

[أحدهما: تخريج القول الثاني و طرد القولين هاهنا](4):

أظهرهما: أنه يأخذ جميع العبد الباقي بما بقي من الثمن، و يجعل ما قبض من الثمن في مقابلة التالف، كما لو رهن عبيدين بمائة و أخذ خمسين و تلف أحد العبيدين، كان الآخر مرهوناً بما بقي من الدَّين بجامع أن له التعلُّق بكلِّ العين، فيثبت له التعلُّق بالباقي من العين للباقي من الحق.

و الثاني: أنه يأخذ نصف العبد الباقي بنصف الباقي من الثمن، و يُضارب الغرماء بنصفه؛ لأنَّ الثمن يتوزَّع علي المبيع، فالمقبوض و الباقي يتوزَّع كلِّ واحدٍ منهما علي العبدین.

و لا بأس به عندي.

و الطريق الثاني: القطع بأنَّه يرجع في جميع العبد الباقي بما بقي من الثمن، و الفرق بينه و بين الصداق: أنَّ الزوج إذا لم يرجع إلي عين الصداق، ق.

ص: 115

1- العزيز شرح الوجيز 44:5، روضة الطالبين 392:3.

2- في المصدر: «بأربعين» بدل «بعشرين».

3- العزيز شرح الوجيز 44:5.

4- ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر لأجل السياق.

أخذ القيمة بتمامها، و البائع هنا لا يأخذ الثمن، بل يحتاج إلي المضاربة(1).

مسألة 356: لو قبض بعض الثمن و لم يتلف من المبيع شيء،

احتمل الرجوع في البعض بنسبة الباقي من الثمن، فلو قبض نصف الثمن، رجع في نصف العبد المبيع، أو العبد المبيعين، و هو الجديد للشافعي.

و قال في القديم: لا يرجع(2). و قد سلف.

مسألة 357: لو كان المبيع زيتاً فأغلاه المشتري حتى ذهب بعضه ثم أفسس، فهو بمثابة تلف بعض المبيع،

كما لو انصبَّ بعضه، و هو أحد قولي الشافعي.

و الثاني: أنه كما لو تعيب المبيع، و كان الزائل صفة الثقل(3).

فعلي الأول لو ذهب نصفه، أخذه بنصف الثمن، و ضارب مع الغرماء بالنصف، فإن ذهب ثلثه، أخذ بثلي الثمن، و ضارب بالثلث.

و علي الثاني يرجع إليه، و [يقنع](4) به.

و إذا ذهب نصفه مثلاً، فالوجه: أن يطرد ذلك الوجه في إغلاء الغاصب الزيت المغصوب.

و لو كان مكان الزيت العصير، فالوجه: المساواة بينه و بين الزيت هنا و في الغاصب، و هو أحد وجهي الشافعية.

و الثاني: الفرق بأن الذاهب من العصير ما لا مالمية له، و الذاهب منه.

ص: 116

1- العزيز شرح الوجيز 44:5-45.

2- العزيز شرح الوجيز 45:5، روضة الطالبين 3:392.

3- العزيز شرح الوجيز 45:5، روضة الطالبين 3:393.

4- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «ينتفع». و الصحيح ما أثبتناه.

الزيت متمول(1).

ويُمنع عدم المائيّة؛ لأنّه قبل الغليان مالّ، فقد أتلفه بالغليان.

وعلي القول بالتسوية بين العصير و الزيت لو كان العصير المبيع أربعة أرتال قيمتها ثلاثة دراهم، فأغلاها حتي عادت إلي ثلاثة أرتال، رجع إلي الباقي، ويضارب بربع الثمن للذهب(2). و لا عبرة بنقصان قيمة المغليّ، كما إذا عادت قيمته إلي درهمين.

وإن زادت قيمته بأن صارت أربعةً، بني علي أنّ الزيادة الحاصلة بالصنعة أثرٌ أو عينٌ؟

إن قلنا: إنّ أثر، فإنّه للبائع بما زاد.

وإن قلنا: عينٌ، قال بعض الشافعيّة: إنّّه كالأول(3).

و عن بعضهم: أنّ المفلس يكون شريكاً بالدراهم الزائدة(4).

وإن بقيت القيمة ثلاثة كما كانت، فيكون بقاؤها بحالها مع نقصان بعض العين؛ لازدياد الباقي بالطبخ، فإن جعلنا هذه الزيادة أثراً، فاز البائع بها.

وإن جعلناها عيناً، فكذلك عند بعض الشافعيّة(5).

وقال غيره: يكون المفلس شريكاً بثلاثة أرباع درهم، فإنّ هذا القدر هو قسط الرطل الذهب، وهو الذي زاد بالطبخ في الباقي(6).

مسألة 358: لو كان المبيع داراً فانهدمت ولم يهلك شيء من النقص، فقد أتلف(3) صفة، كعمي العبد ونحوه.».

ص: 117

1- العزيز شرح الوجيز 45:5، روضة الطالبين 393:3.

2- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «الذهب». و الظاهر ما أثبتناه. (3-6) العزيز شرح الوجيز 45:5، روضة الطالبين 393:3.

3- هكذا قوله: «فقد أتلف». و الظاهر أنّ بدلها: «فهو تلف» أو «فقد تلف».

و لو هلك بعضه باحتراقٍ و غيره، فهو تلف عين.

و للشافعية خلاف هنا مبني علي تلف سقف الدار المباعة قبل القبض أنه كالتعيب أو تلف أحد العبدین؟ (1).

مسألة 359: قد ذكرنا أنه إذا نقصت مالية المبيع بذهاب صفة مع بقاء عينه

- كهزال العبد، أو نسيانه صنعة، أو كبره، أو مرضه، أو تغيير عقله، أو كان ثوباً فخلق - لم يمنع الرجوع؛ لأن فقد الصفة لا يُخرجه عن كونه عين ماله، لكن يأخذ العين بتمام الثمن، أو يترك و يضرب مع الغرماء بالثمن؛ لأن الثمن لا يتقسط علي صفة السلعة من سمن أو هزال أو علم فيصير كنقصه؛ لتغير السعر.

و لو كان المبيع أمةً ثيباً فوطئها المشتري و لم تحمل، فله الرجوع؛ لأنها لم تنقص في ذات و لا صفة.

و إن كانت بكرةً، فكذلك عندنا و عند الشافعي و أحمد في إحدی الروایتین (2)؛ لأن الذاهب صفة، لا عين و لا جزء عين.

و في الأخری: لا يرجع؛ لأنه أذهب منها جزءاً، فأشبهه ما لو فقأ عينها (3). و عنده أن فوات الجزء مبطل للرجوع (2).

مسألة 360: لو كان المبيع عبداً فجرح، كان له الرجوع فيه عندنا

و عند الشافعي و أحمد في إحدی الروایتین (3)؛ لأنه فقد صفة، فأشبهه نسيان الصنعة و خلق الثوب. 4.

ص: 118

1- العزيز شرح الوجيز 46:5، روضة الطالبين 3:393. (2 و 3) المغني 4:499، الشرح الكبير 4:518.

2- المغني 4:498، الشرح الكبير 4:511.

3- المغني 4:500، الشرح الكبير 4:519.

وفي الأخرى: لا يرجع؛ لأنه ذهب جزء ينقص به الثمن، فأشبهه ما لو فُتت عين العبد. ولأنه ذهب من العين جزء له بدل، فمنع الرجوع، كما لو فُطعت يد العبد. ولأنه لو كان نقص صفة، لم يكن للبائع مع الرجوع بها شيء سواه، كما في هزال العبد ونسيان الصنعة، وهنا بخلافه. ولأن الرجوع في المحل المنصوص عليه يقطع النزاع، ويزيل المعاملة بينهما، ولا يثبت في محل لا يحصل منه هذا المقصود⁽¹⁾.

ونمنع ذهاب الجزء. سلّمنا، لكن نمنع صلاحيته للمنع من الرجوع في العين.

إذا عرفت أنّ له الرجوع في العين، فليُنظر إلي الجرح، فإن لم يكن له أرش - كالحاصل من فعله تعالي أو فعل بهيمة أو فعل المشتري أو جناية عبده أو جناية العبد علي نفسه - فليس له مع الرجوع أرش.

وإن أوجب أرشاً - كجناية الأجنبي - فللبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصّة ما نقص من الثمن، فينظر كم نقص من قيمته؟ فيرجع بقسط ذلك من الثمن؛ لأنه مضمون علي المشتري للبائع بالثمن.

لا يقال: هلاً جعلتم له الأرش الذي وجب علي الأجنبي؟

لأننا نقول: لمّا أتلّفه الأجنبي صار مضموناً بإتلافه للمفلس، وكان الأرش له، وهو مضمون علي المفلس للبائع بالثمن، فلا يجوز أن يضمّنه بالأرش، وإذا لم يتلفه أجنبي، فلم يكن مضموناً، فلم يجب بفواته شيء.

لا يقال: هلاً كان هذا الأرش للمشتري ككسبه لا يضمّنه للبائع؟

لأننا نقول: الكسب بدل منفعه، ومنفعه مملوكة للمشتري بغيره⁴.

ص: 119

1- المغني 4:500، الشرح الكبير 4:519.

عوض، وهذا بدل جزء من العين، و العين ضمنها جميعاً بالعوض، فلهذا ضمن ذلك للمشتري.

القسم الثاني التغير بالزيادة

إشارة

القسم الثاني(1): التغير بالزيادة.

اعلم أنّ التغير بالزيادة نوعان:

أحدهما: الزيادات الحاصلة لا من خارج، وأقسامه ثلاثة:

أحدها: الزيادة المتصلة من كلّ وجه،

كالسمن، وتعلّم الحرفة، وكبر الشجر.

و الأقرب عندي: أنّه ليس للغرماء الرجوع في العين - وبه قال أحمد ابن حنبل (2) - لما فيه من الإضرار بالمفلس؛ لأنّها زيادة قد حصلت في ملكه، فلا وجه لأخذ الغرماء لها.

ولأنّه فسخ بسبب حادث، فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائد زيادة متصلة، كالطلاق، فإنّه ليس للزوج الرجوع في عين ما دفعه من المهر مع زيادته المتصلة.

ولأنّها زيادة في ملك المفلس، فلا يستحقّها البائع، كالمنفصلة، و كالحاصلة بفعله.

ولأنّ الزيادة لم تصل إليه من البائع، فلم يكن له أخذها منه، كغيرها من أمواله.

وقال الشافعي و مالك: لا يبطل رجوع البائع في العين بسبب الزيادة المتصلة، بل يثبت له الرجوع فيها إن شاء من غير أن يلتزم للزيادة شيئاً

ص: 120

1- الظاهر: «الثالث».

2- الكافي في فقه الإمام أحمد 2:102، المغني 4:505، الشرح الكبير 4:516.

- إلا أن مالكا خيّر الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به - للخبر (1).

ولأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة فلا تمنعه المتصلة، كالردّ بالعيب.

وفارق الطلاق؛ فإنه ليس بفسخ، ولأن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين، فيصل إلي حقه تاماً، وهنا لا يمكنه الرجوع في الثمن (2).

والخبر لا يدلّ علي صورة النزاع؛ لأنه وجد أزيد من عينه التي وقع العقد عليها.

والفرق واقع بين صورة النزاع وبين الردّ بالعيب؛ لأنّ الفسخ فيه من المشتري، فهو راضٍ بإسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع، بخلاف المتنازع. ولأنّ الفسخ هناك لمعني قارن العقد، وهو العيب القديم، والفسخ هنا لسببٍ حادث، فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحقّ به استرجاع العين الزائدة.

وقولهم: «إنّ الزوج إنّما لم يرجع في العين؛ لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة» لا يصحّ؛ فإنّ اندفاع الضرر عنه بطريقٍ آخر لا يمنعه من أخذ حقه من العين، ولو كان مستحقاً للزيادة، لم يسقط حقه منها بالقدرة علي أخذ القيمة، كمشتري المعيب.

ثمّ كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة؛ لكون الزيادة مستحقّة له، 4.

ص: 121

-
- 1- راجع الهامش (3) من ص 114.
 - 2- المهذب - للشيرازي - 331:1، التهذيب - للبغوي - 88:4، الحاوي الكبير 279:6، الوجيز 174:1، الوسيط 27:4، العزيز شرح الوجيز 46:5، و 296:8، روضة الطالبين 393-394:3، و 612-613:5، الذخيرة 179:8، الكافي في فقه أهل المدينة: 417، المغني 505:4، الشرح الكبير 516:4.

فلَمَّا لم يكن كذلك علمنا أنَّ المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة. ولأنَّه لا يمكن فصلها وكذا(1) هنا بل أولي؛ فإنَّ الزيادة يتعلَّق بها حقَّ المفلس والغرماء، فمَنع المشتري من أخذ زيادةٍ ليست له أولي من تفويتها علي الغرماء الذين لم يصلوا إلي تمام ديونهم والمفلس المحتاج إلي تبرئة ذمَّته عند اشتداد حاجته.

تذنيب: لو زاد الصداق زيادةً متَّصلة ثمَّ أعسرت الزوجة فطلَّقتها الزوج، فالأقرب عندي: أنَّه يرجع في العين، ويضرب بالقيمة مع الغرماء.

وقال الشافعي: يرجع في نصف العين زائدةً، ولا يضرب بالقيمة مع الغرماء، كما تقدَّم.

القسم الثاني: الزيادة المنفصلة من كل وجه،

كالولد واللين وثمر الشجرة.

وهنا يرجع البائع في الأصل خاصَّةً دون الزوائد، بل تسلم الزوائد للمفلس، ولا نعلم فيه خلافاً - إلاَّ من مالك(2) - لأنَّه انفصل في ملك المفلس، فلم يكن للبائع الرجوع فيه، كما لو وجد بالمبيع عيباً، فإنَّه يرده، دون النماء المنفصل، كذا هنا.

نعم، لو كان الولد صغيراً، فللشافعيَّة وجهان:

أحدهما: أنَّه إن بذل قيمته، فذاك، وإلَّا بيعاً معاً، وصرف ما يخصُّ الأمَّ إلي البائع، وما يخصُّ الولد للمفلس(3).

قال بعض الشافعيَّة: قد ذكرنا وجهين فيما إذا وجد الأمُّ معيبة وهناك ولد صغير: أنَّه ليس له الردُّ، وينتقل إلي الأرش، أو يُحتمل التفريق

ص: 122

1- كذا، والظاهر: «فكذا» بدل «وكذا».

2- المغني 4: 507، الشرح الكبير 4: 518.

3- العزيز شرح الوجيز 5: 46، روضة الطالبين 3: 394.

للضرورة. وفيما إذا رهن الأمّ دون الولد: أنّهما يباعان معاً، أو يحتمل التفريق، ولم يذكروا فيما نحن فيه احتمال التفريق، وإنّما احتالوا في دفعه، فيجوز أن يقال بخروجه (1) هنا أيضاً، لكنّهم لم يذكروه اقتصاراً عليّ الأصحّ.

و يجوز أن يفرّق بأنّ مال المفلس مبيع كلّه و مصروف إليّ الغرماء، فلا وجه لاحتمال التفريق مع إمكان المحافظة عليّ جانب الراجع بكون ملكه مزالاً (2).

مسألة 361: لو كان المبيع بذراً فزرعه المفلس و نبت، أو كان بيضنةً فأحصننها و فرخت في يده ثمّ أفلس، لم يكن للبائع الرجوع في العين عندنا؛ لما تقدّم (3) من أنّ الزيادة المتّصلة تمنع من الردّ، فهنا أولى؛ لاشتغالها عليّ تغيير العين بالكليّة، وهو أحد قوليّ الشافعيّة - وإن كان يذهب إليّ أنّ الزيادة المتّصلة لا تمنع من الردّ (4) - لأنّ المبيع قد هلك، و هذا شيء جديد له اسم جديد (5).
و الثاني: أنّه يرجع؛ لأنّه حدث من عين ماله، أو هو عين ماله اكتسب هيئةً أخرى، فصار كالوديّ (6) إذا صار نخلاً (7).

ص: 123

- 1- أي: خروج التفريق.
- 2- العزيز شرح الوجيز 46:5، روضة الطالبين 394:3.
- 3- في ص 120 و ما بعدها.
- 4- راجع المصادر في الهامش (2) من ص 121.
- 5- المهذب - للشيرازي - 331:1، التهذيب - للبغوي - 94:4، الحاوي الكبير 282:6، حلية العلماء 503:4، الوسيط 27:4، العزيز شرح الوجيز 46:5-47، روضة الطالبين 394:3-395، المغني 502:4، الشرح الكبير 513:4.
- 6- الوديّ: صغار الفسيل، و هو صغار النخل. الصحاح 1790:5، و 2521:6 «فسل، ودي».
- 7- المهذب - للشيرازي - 331:1، التهذيب - للبغوي - 94:4، الحاوي الكبير 283:6، حلية العلماء 503:4، الوسيط 27:4-28، العزيز شرح الوجيز 47:5، روضة الطالبين 394:3، المغني 502:4، الشرح الكبير 513:4.

وسياتي مزيد بحثٍ في باب الغصب إن شاء الله تعالى.

ويجري مثل هذا الخلاف في العصير إذا تخمّر في يد المشتري ثم تخلّل (1).

مسألة 362: لا فرق في الرجوع بالعين دون الزيادة المنفصلة بين أن تكون الزيادة قد نقص بها المبيع وأن لا تكون،

ولا فرق أيضاً بين أن تزيد قيمة العين لزيادة السوق أو تنقص في جواز الرجوع فيها، وقد بيّن أنّ العلماء أطبقوا علي أنّ الزيادة للمفلس.

و نقل عن مالك وأحمد بن حنبل في رواية: أنّ الزيادة للبائع كالمتمّصلة (2).

وهو خطأ؛ لأنّها زيادة انفصلت في ملك المشتري، فكانت له.

و لقوله عليه السلام: «الخراج بالضمان» (3) وهو يدلّ علي أنّ النماء للمشتري؛ لكون الضمان عليه.

والفرق بين المتمّصلة والمنفصلة ظاهر؛ فإنّ المتمّصلة تتبع في الردّ بالعيب، دون المنفصلة، فيبطل القياس.

ولو اشتري زرعاً أخضر مع الأرض ففلس وقد اشتدّ الحَبّ، لم يرجع في العين - عندنا - للزيادة.

والشافعية طردوا الوجهين، وبعضهم قطع بالرجوع (4) 3.

ص: 124

1- العزيز شرح الوجيز 47:5، روضة الطالبين 3:395.

2- المغني 4:507، الشرح الكبير 4:518.

3- سنن ابن ماجة 2:2243/754، سنن أبي داؤد 3:3508/284-3510، سنن الترمذي 3:581-582/1285 و 1286، سنن النسائي 7:255.

4- العزيز شرح الوجيز 47:5، روضة الطالبين 3:395.

القسم الثالث: الزيادات المتصلة من وجه دون وجه.

وذلك كالحمل. ووجه اتصاله ظاهر.

ووجه انفصاله أن نقول: إذا حدث الحمل بعد الشراء و انفصل قبل الرجوع، فحكم الولد ما تقدم من أنه للمشتري خاصةً.

وإن كانت حاملاً عند الشراء وعند الرجوع جميعاً، فهو كالسمن.

وقد بيّنا أنّ المعتمد عندنا فيه أنه ليس له الرجوع في العين إن زادت قيمتها بسببه.

وعند الشافعي و مالك يرجع فيها حاملاً؛ لأنّ الزيادة المتصلة عندهما لا تمنع من الرجوع في العين (1) المهذب - للشيرازي - 332:1، التهذيب - للبخاري - 90:4، حلية العلماء 4:508، العزيز شرح الوجيز 5:47-48، روضة الطالبين 3:395. (2).

وإن كانت حاملاً عند الشراء وولدت قبل الرجوع، لم يتعدّ الرجوع إلي الولد عندنا، وهو ظاهر.

وللشافعي قولان مبنيان علي الخلاف في أنّ الولد هل له حكم أم لا؟ فإن قلنا: له حكم، رجع فيهما، كما لو اشترى شيئين. وإن قلنا: لا حكم له، لم يرجع في الولد، وكان الحكم كما لو باعها حاملاً (2).

وربما يوجّه قولُ التعدي إلي الولد: بأنّه كان موجوداً عند العقد، ملكه المشتري بالعقد، فوجب أن يرجع إلي البائع بالرجوع، وقولُ المنع:

بأنّه ما لم ينفصل تابع ملحق بالأعضاء، فكذلك تبع في البيع، أمّا عند

ص: 125

1- المهذب - للشيرازي - 332:1، التهذيب - للبخاري - 90:4، حلية العلماء 4:508، العزيز شرح الوجيز 5:47، روضة الطالبين

3:395، ولاحظ المصادر في الهامش

2- من ص 124، وكذا الهامش (2) من ص 121 أيضاً.

الرجوع فهو مشحّص مستقلّ بنفسه منفرد بالحكم، وكأّنه وُجد حين استقلّ.

وإن كانت حائلاً عند الشراء و حملت(1) عند الرجوع، لم يكن له الرجوعُ عندنا إن زادت قيمتها بالحمل.

وَمَنْ جَوَّزَ الرَّجُوعَ مَعَ الزِّيَادَةِ الْمُنْفَصِلَةِ - وَهُوَ الشَّافِعِيُّ - فَعِنْدَهُ قَوْلَانِ مَوْجَّهَانِ بِطَرِيقَيْنِ:

أشهرهما: البناء علي أنّ الحمل هل يُعرف وله حكم؟ إن قلنا: لا، أخذها مع الحمل. وإن قلنا: نعم، قال بعضهم: إنّه لا رجوع له، و يُضارب الغرماء بالثمن(2).

و الأصحّ عندهم: أنّ له الرجوع إلي الولد؛ لأنّ الولد تبع الجارية حال البيع، فكذا حال الرجوع(3).

ووجه المنع: أنّ البائع يرجع إلي ما كان عند البيع أو حدث فيه من الزيادة المتّصلة، ولم يكن الحمل موجوداً، و لا يمكن عدّه من الزيادات المتّصلة؛ لاستقلاله وانفراده بكثير من الأحكام.

ثمّ قضية المأخذ الأول أن يكون الأصحّ اختصاص الرجوع بالأمّ؛ لأنّ الأصحّ أنّ الحمل يُعلم وله حكم، إلّا أنّ أكثر الشافعية مالوا إلي ترجيح القول الآخر(4)5.

ص: 126

1- في «ج» و الطبعة الحجرية: «حاملًا... أو حملت». وفي «ث، ر»: «حاملًا...» و الصحيح ما أثبتناه.

2- التهذيب - للبعوي - 90:4، العزيز شرح الوجيز 48:5، روضة الطالبين 3:395.

3- راجع: العزيز شرح الوجيز 48:5.

4- العزيز شرح الوجيز 48:5.

وإذا قلنا باختصاص الرجوع بالأثم، فقد قال بعض الشافعية: يرجع فيها قبل الوضع، فإذا ولدت، فالولد للمفلس (1).

وقال بعضهم: يصبر إلي انفصال الولد، ولا يرجع في الحال، ثم الاحتراز عن التفريق [طريقه] (1) ما تقدم (3).

مسألة 363: لو كان المبيع نخلاً، فلا يخلو إما أن يكون عليها ثمرة حال البيع، أو لا،

فإن كان فلا يخلو إما أن تكون الثمرة مؤبّرة حال البيع، أو لا.

فإن كانت مؤبّرة حال البيع، فهي للبائع، إلا أن يشترطها المشتري، فإن اشترطها، دخلت في البيع.

فإذا أفلس وفسخ، فإما أن تكون الثمرة باقية أو تلفت.

فإن كانت باقية، فإن لم تزد، كان له الرجوع في النخل و الثمرة معاً.

وإن زادت، ففي الرجوع مع الزيادة المتصلة بالخلاف السابق، فإن قلنا به، رجع فيهما معاً أيضاً. وإن منعناه، رجع في النخل خاصة بحصته من الثمن، دون الثمرة.

وإن تلفت، رجع في النخل، و ضرب بقيمة الثمرة مع الغرماء.

وإن لم تكن مؤبّرة حال البيع، فحالة الرجوع إما أن تكون مؤبّرة أو لا.

فإن كانت مؤبّرة، لم تدخل في الرجوع - عندنا - للزيادة التي حصلت بين الشراء والرجوع.

وَمَنْ أثبت الرجوع مع الزيادة المتصلة - كالشافعي - فله طريقان:

ص: 127

1- ما بين المعقوفين من المصدر.

أحدهما: أن أخذ البائع الثمرة علي القولين في أخذ الولد إذا كانت حاملاً وقت البيع ووضعت قبل الرجوع.

وقد ذكرنا أن في الرجوع في الولد له قولين، فكذا في الثمرة.

والطريق الثاني: القطع بأنه يأخذ الثمرة هنا؛ لأنها وإن كانت مستترّة فهي مشاهدة موثوق بها قابلة [للأفراد] (1) بالبيع، فكانت أحد مقصودي العقد، فيرجع فيها رجوعه في النخل.

والحاصل: أن نقول: إن قلنا: يأخذ الولد، فالثمرة أولي بالأخذ، وإلا فقولان (2).

وإن لم تكن مؤبّرةً حال الرجوع أيضاً، فإن زادت فيما بين الشراء والرجوع، لم يكن له الرجوع عندنا. وإن لم تزد أو زادت عند من يُجوّز الرجوع، كان له الرجوع فيهما معاً.

وإن كانت الثمرة غير موجودة حال البيع ثم ظهرت وأفلس بعد ظهورها، فإن رجع وعليها الثمرة، فإما أن تكون مؤبّرةً أو غير مؤبّرة.

فإن كانت مؤبّرةً أو مدركةً أو مجذوذةً، لم يكن له الرجوع في الثمرة قطعاً؛ لأنها نماء حصلت للمشتري علي ملكه، فلا يزول عنه، إلا بسببٍ، ولم يوجد المزيل.

ولا فرق بين أن يفلس قبل التأبير أو بعده، فإذا أفلس قبل أن تؤبّر فلم يرجع فيها حتى أُبّرت، لم يكن له الرجوع في الثمرة؛ لأن العين لا تنتقل إلي البائع إلا بالفلس والاختيار لها، وهذا لم يخترها إلا بعد أن 3.

ص: 128

1- بدل ما بين المعقوفين فيما عدا «ث»: «للإقرار». وفي «ث»: «للإبراز». وكلاهما تصحيف. والصحيح ما أثبتناه.

2- العزيز شرح الوجيز 49:5، روضة الطالبين 3:396.

حصل التأبير، فلم تتبعها في الفسخ.

وإن كانت الثمرة عند الرجوع غير مؤبّرة، لم يكن له الرجوع فيها؛ لأنّها نماء حصل علي ملكه، و دخول الطلع غير المؤبّر في البيع لا يقتضي دخوله في الرجوع، ولا يسقط رجوعه في عين النخل.

و للشافعي قولان:

هذا أحدهما؛ لأنّ الطلع يصحّ إفراده بالبيع، فلا يجعل تبعاً، كالثمار المؤبّرة، بخلاف البيع؛ لأنّه أزال ملكه باختياره، وهنا بغير اختياره.

و الثاني: أنّه يأخذه مع النخل؛ لأنّه تبع في البيع، فكذلك في الفسخ، كالسمن(1).

و فيه طريقة أخرى للشافعية: أنّه لا يأخذ الطلع؛ للوثوق به، واستقلاله في البيع، بخلاف البيع(2) علي ما تقدّم.

و بالجملة، كلّ موضع أزال ملكه باختياره علي سبيل العوض يتبع الطلع، و كلّ موضع زال بغير اختياره، فهل يتبع؟ قولان، كالردّ بالعيب، و الأخذ بالشفعة.

و كذا إذا زال بغير عوض باختياره و بغير اختياره علي القولين، كالهبة و الرجوع فيها، فإنّ فيها قولين للشافعي(3).

إذا عرفت هذا، فلو باع نخلاً قد [أطلعت](1) و لم تؤبّر، فإنّها تدخل في البيع، فإن أفسد بعد تلف الثمرة أو تلف بعضها أو بعد بدو صلاحها، لم يكن له الرجوع في البيع عند أحمد؛ لأنّ تلف بعض المبيع أوزيادتهق.

ص: 129

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «أطلع». و ما أثبتناه يقتضيه السياق.

زيادة متصلة يمنع من الرجوع، وهنا الثمرة دخلت في البيع، فكان المبيع شيء واحد، فإذا تلفت أو بدا صلاحها، يكون المبيع قد تلف بعضه أو زاد، فلا رجوع(1).

أما لو كانت الثمرة مؤبّرة وقت البيع فشرطها ثم أتلّفها بالأكل أو تلفت بجائحة ثم أفلس، فإنّه يرجع في الأصل، ويضارب بالثمرة؛ لأنّهما عينا بيعاً معاً.

قال: ولو باعه نخلاً لا ثمرة عليه فأطلعت و [أفلس] (2) قبل تأبيرها، فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع - عنده - في النخل (3).

وليس بصحيح؛ لأنّ للثمرة حكماً منفرداً يمكن بيعها منفرداً، ويمكن فصله، ويصحّ إفراده بالبيع، فهو كالمؤبّرة، بخلاف الثمن.

وعنه رواية أخرى: أنّه يرجع البائع في الثمرة أيضاً، كما لو فسخ بعب (4). وهذا كقول الشافعي (5).

ولو أفلس بعد التأبير، لم يمنع من الرجوع في النخل إجماعاً، والطلع للمشتري عند أحمد (6).

ولو أفلس والطلع غير مؤبّر فلم يرجع حتى أُبّر، لم يكن له الرجوع عنده (7)، كما لو أفلس بعد [تأبيرها] (3).

فإن ادّعي البائع الرجوع قبل التأبير، وأنكره المفلس، قدّم قوله معق.

ص: 130

1- المغني 4:509، الشرح الكبير 4:524.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «فلس». و الظاهر ما أثبتناه. (3-5) المغني 4:509، الشرح الكبير 4:524. (6) و

(7) المغني 4:509، الشرح الكبير 4:525.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «ثمرتها». و ما أثبتناه يقتضيه السياق.

اليمين؛ لأصالة بقاء ملكه، وعدم زواله.

ولو قال البائع: بعث بعد التأبير، وقال المفلس: قبله، قُدِّم قول البائع؛ لهذه العلة.

فإن شهد الغرماء للمفلس، لم تُقبل شهادتهم؛ لأنهم يجرّون إلي أنفسهم نفعاً.

وإن شهدوا للبائع، قُبِلت مع عدالتهم؛ لعدم التهمة.

مسألة 364: قد يبيّن أنه إذا باع النخل و لا حمل له

ثمّ أطلع عند المشتري ثمّ جاء وقت الرجوع وهي غير مؤبّرة، فإنّ الثمرة للمفلس، دون البائع، وهو أحد قولي الشافعي (1).

ونقل المزني و حرمله عنه أنّه يأخذ الثمرة مع النخل؛ لأنّه تبع في البيع، فكذا في الفسخ (2).

فعلي قوله لو جري التأبير وفسخ البائع ثمّ قال البائع: فسخت قبل التأبير فالنماء لي، وقال المفلس: بل بعده، قُدِّم قول المفلس مع يمينه؛ لأصالة عدم الفسخ حينئذٍ، وبقاء الثمار له (3).

وللشافعيّة وجهٌ آخر: أنّ القول قول البائع؛ لأنّه أعرف بتصرّفه (4).

وخرّج بعضهم قولاً: إنّ المفلس يُقبل قوله من غير يمين، بناءً على أنّ النكول وردّ اليمين كالإقرار، فإنّه لو أقرّ لما قبل إقراره (3).

ص: 131

-
- 1- الحاوي الكبير 284:6، حلية العلماء 4:504، التهذيب - للبخاري - 4:91، العزيز شرح الوجيز 5:49، روضة الطالبين 3:396.
 - 2- الحاوي الكبير 283-284:6، حلية العلماء 4:505، التهذيب - للبخاري - 4:91، العزيز شرح الوجيز 5:49، روضة الطالبين 3:396. (3 و 4) العزيز شرح الوجيز 5:49، روضة الطالبين 3:396.
 - 3- العزيز شرح الوجيز 5:49-50، روضة الطالبين 3:396.

وإنما يحلف علي نفي العلم بسبق الفسخ علي التأبير، لا علي نفي السبق، فإذا حلف، بقيت الثمار له.

وإن نكل، فهل للغرماء أن يحلفوا؟ فيه ما تقدّم (1) من الخلاف فيما إذا ادّعي المفلس دَيْنًا و أقام شاهداً و لم يحلف معه، هل يحلف الغرماء؟ فإن قلنا: لا يحلفون، أو قلنا: يحلفون فنكلوا، عُرضت اليمين علي البائع، فإن نكل، فهو كما لو حلف المفلس.

وإن حلف فإن جعلنا اليمين المردودة بعد النكول كالبيّنة، فالثمار له.

وإن جعلناه كالإقرار، فيخرّج علي قولين في قبول إقرار المفلس في مزاحمة المُقرّر له الغرماء، فإن لم يقبله، صَدَرَت الثمار إلي الغرماء، كسائر الأموال. و إن فضل شيء، أخذه البائع بحلفه.

هذا إذا كذّب الغرماء البائع كما كذّبه المفلس، و إن صدّقه، لم يُقبل إقرارهم علي المفلس، بل إذا حلف، بقيت الثمار له.

و ليس [لهم] (2) المطالبة بقسمتها؛ لأنّهم يزعمون أنّها ملك البائع لا ملكه.

و ليس له التصرّف فيها؛ للحجر، و احتمال أن يكون له غريمٌ آخر.

نعم، له إجبارهم علي أخذها إن كانت من جنس حقوقهم، أو إبراء ذمّته عن ذلك القدر، كما لو جاء المكاتب بالنجم، فقال السيّد: إنّه حرام، أو مغصوب، لم يُقبل منه في حقّ المكاتب، و يقال له: خُذْه، أو أبرئه عنه.

و كذا لو دفع المديون دَيْنَه إلي صاحبه، فقال: لا أقبضه؛ لأنّه حرام.

و له تخصيص بعض الغرماء به؛ لانتقاع حقّ الباقيين عنه، فإمّا أنه.

ص: 132

1- في ص 38، المسألة 286.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «له». و الصحيح ما أثبتناه.

يقبضه أو يُبرئه.

وللشافعية وجه: أنهم لا يُجبرون علي أخذها، بخلاف المكاتب؛ لأنه يخاف العود إلي الرق لو لم يؤخذ منه، وليس علي المفلس كثير ضرر(1).

فإذا أُجبروا علي أخذها فأخذوها، فللبائع أخذها منهم؛ لإقرارهم أنّها له، ويجب عليهم الدفع إليه لو لم يطلبها، كما لو أقرّوا بعتق عبدٍ في ملك غيرهم ثم اشتروه منه.

وإن لم يُجبروا وقسم سائر أمواله، فله طلب فكّ الحجر إن قلنا بتوقف الرفع علي إذن الحاكم.

ولو كانت من غير جنس حقوقهم فدفعها المفلس إليهم، كان لهم الامتناع؛ لأنه إنّما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم، إلا أن يكون منهم من له من جنس الثمرة، كالقرض والسلم، فيلزمه أخذ ما عرض عليه إذا كان بعض حقه.

ولو لم يكن من جنس حق أحدٍ منهم فبيعت وصرف ثمنها إليهم تفريعاً علي الإيجاب، لم يكن للبائع الأخذ منهم؛ لأنهم لم يُقرّوا له بالثمن، وعليهم ردّه إلي المشتري، فإن لم يأخذه(2)، فهو مالٌ ضائع.

ولو شهد بعض الغرماء أو أقر بعضهم دون بعضٍ، لزم الشاهد أو المُقرّ الحكم الذي ذكرناه.

ولو كان في المُصدّقين عدلان شهدا للبائع علي صفة الشهادة وشرطها أو عدلٌ واحد و حلف البائع معه، قُبِلت الشهادة، وقضي له إن شهد الشهوده.

ص: 133

1- العزیز شرح الوجیز 5:50، روضة الطالبین 3:397.

2- في النسخ الخطیة و الحجرية: «لم يأخذ». و الظاهر ما أثبتناه.

قبل تصديق البائع أو بعده وقلنا: إنهم لا يُجبرون علي أخذ الثمرة، وإلا فهُم يرفعون(1) الضرر عن أنفسهم بشهادتهم؛ إذ يُجبرون علي أخذها و يضيع عليهم بأخذ البائع.

و لو صدّق بعضُ الغرماءِ البائعَ و كذّبه بعضهم، فللمفلسِ تخصيصُ المكذّبين بالثمار.

و لو أراد قسمتها علي الجميع، فالأقرب: أنّه ليس له ذلك؛ لأنّ مَنْ صدّق البائعَ يتضرّر بالأخذ؛ لأنّ للبائع أخذ ما أخذه منه، و المفلس لا يتضرّر بأن لا يصرف إليه، لإمكان الصرف إلي المكذّبين، بخلاف ما إذا صدّقه الكلُّ، و هو أحد قولي الشافعي.

و الثاني: أنّه له ذلك، كما إذا صدّقه جميعاً(2).

إذا عرفت هذا، فإذا صرف إلي المكذّبين و لم يف بحقوقهم، فيضاربون المصدّقين في سائر الأموال ببقية ديونهم مؤاخذاً لهم بزعمهم، أو بجميع ديونهم؛ لأنّ زعم المصدّقين أنّ شيئاً من دين المكذّبين لم يتأدّ؟ للشافعية وجهان، أظهرهما عندهم: الأوّل(3).

و جميع ما ذكرناه فيما إذا كذّب المفلس للبائع، أمّا لو صدّقه المفلس علي سبق الفسخ للتأبير، نُظر فإن صدّقه الغرماء أيضاً، قضى له.

و إن كذّبه و زعموا أنّه أقرّ عن مواطاة جرت بينهما، فعلي القولين الجارين فيما لو أقرّ بعين مالٍ أو بدّين لغيره، فإن قلنا: لا نفوذ؛ لأنّ حقوق الغرماء تعلّقت بالثمن ظاهراً، فلم يُقبل إقراره، كما لو أقرّ بالنخل، فللبائع تحليف الغرماء علي أنّهم لا يعرفون فسخه قبل التأبير.3.

ص: 134

1- الظاهر: «يدفعون». (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5:51، روضة الطالبين 3:398.

و منهم مَنْ قال: هو علي القولين السابقين(1) في أنّ الغرماء هل يحلفون إذا ادّعي حقّاً و أقام شاهداً و لم يحلف؟

و الأوّل أصحّ عندهم؛ لأنّ اليمين هنا وجبت عليهم ابتداءً، و ثمّ ينوبون عن المفلس، و اليمين لا تجري فيها النيابة(2).

و في مسألتنا: الأصل أنّ هذا الطلع قد تعلّقت حقوقهم به؛ لكونه في يد غيرهم و متّصل، فعليه التخلية، و البائع يدّعي ما يزيل حقوقهم عنه، فأشبهه سائر أعيان ماله.

و ما به النظر في انفصال الجنين و في ظهور الثمار بالتأثير إلي حال الرجوع دون الحجر؛ لأنّ ملك المفلس باقٍ إلي أن يرجع البائع.

مسألة 365: لو كان المبيع أرضاً، فإن كانت بيضاء، كان له الرجوع عند الإفلاس بها.

فإن زرع المشتري الأرض قبل الحجر، كان له الرجوع في الأرض، و الزرع للمفلس؛ لأنّه عين ماله، و ليس الزرع ممّا يتبع الأرض في البيع فأولي أن لا يتبعها في الفسخ.

و كذا لو باعه حائطاً لا ثمر فيه ثمّ أفلس و قد أبرت النخلة، لم يكن له الرجوع في الثمرة؛ لأنّها لا تتبع الأصل في البيع، فكذا في الفسخ.

إذا ثبت هذا، فإنّه ليس لبائع الأرض و لبائع النخل المطالبة بقلع الزرع و لا قطع الثمرة قبل أوان الجذاذ و الحصاد - و به قال الشافعي و أحمد(3) - لأنّ المشتري زرع في أرضه بحقّ، و كذا طلعه علي النخل بحقّ، فلم يكن لأحدٍ

ص: 135

1- في ص 38-39، ضمن المسألة 286.

2- العزيز شرح الوجيز 5:51، روضة الطالبين 3:398.

3- المهذب - للشيرازي - 1:333، الحاوي الكبير 6:283-284، التهذيب - للبغوي - 4:91، العزيز شرح الوجيز 5:52، روضة الطالبين 3:398، المغني 4:510، الشرح الكبير 4:525.

مطالبته [بقلعه] (1) كما لو باع نخلاً فيه ثمرة ظاهرة أو أرضاً فيها زرع، لم يكن للمشتري مطالبة البائع بقطع الثمرة والزرع، وكذا هنا، و الأجرة لصاحب الأرض في ذلك، إلا أن المشتري زرع في أرضه والزرع تجب تبقيته، فكأنه استوفي منفعة الأرض، فلم يكن عليه ضمان ذلك.

لا- يقال: أنتم قلتم في المؤجر للأرض: إذا زرعتها المستأجر وأفلس، رجع المؤجر في الأرض، وله أجرة التبقية للزرع، فلم لا يكون لبائع الأرض الأجرة؟

لأننا نقول: الفرق ظاهر؛ فإن المعقود عليه في البيع الرقبة، وإنما يحصل له بالفسخ وإن لم يأخذ الأجرة، وفي الإجارة المنفعة، فإذا فسخ العقد فيها، لم يجز أن يستوفيهما المستأجر بلا عوض، فإذا لم يتمكن من استيفائها ولم يمكنه من أخذ بدلها، خلا الفسخ عن الفائدة، ولم يعد إليه حقه، فلا يستفيد بالفسخ شيئاً.

ولأن المستأجر دخل في العقد علي أن يضمن المنفعة، فهذا وجب عليه الأجرة، بخلاف المتنازع، فإن المشتري دخل علي أنه لا يضمن المنفعة، فجري مجري البائع للأصول دون ثمرتها.

و حكي بعض الشافعية قولاً: إن للبائع طلب أجرة المثل لمدة بقاء الزرع، كما لو بني المشتري أو غرس، كان للبائع الإبقاء بأجرة المثل (2).

إذا ثبت هذا، فإن اتفق المفلس والغرماء علي تبقيته، كان لهم ذلك.

وإن اختلفوا، فطلب المفلس قطعه، أو طلب الغرماء قطعه، أو 3.

ص: 136

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجيرية: «بفعله». و الصحيح ما أثبتناه.

2- العزيز شرح الوجيز 5:52، روضة الطالبين 3:398.

بعضهم طلبه، أُجيب مَنْ طلب القطع علي إشكال؛ لما في التبقية من الغرور، و مَنْ طلب قطعه أراد تعجيل حَقّه، وكذا المفلس يريد براءة ذمّته، فأجيب إلي ذلك.

ويُحتمل إجابة مَنْ طلب ما فيه الحظّ، فيعمل عليه.

وهو حسن - وكلاهما قولان للشافعية (1) - لأنّ النفع متوقّع، ولهذا جاز لوليّ الطفل الزرع له.

مسألة 366: لو باعه أرضاً وفيها بذر مودع، فإن باعها مطلقاً، لم يدخل البذر في البيع؛ لأنّه مودع فيها.

وإن باعها مع البذر، فإن قصد التبعية، جاز، وإلاّ بطل؛ لأنّ بعض المبيع المقصود مجهول، فلا يصحّ بيعه.

وإن باع الأرض و شرط البذر أو قصد التبعية، دخل في البيع.

فإذا أفلس المشتري بعد ما استحصد واشتدّ حُبّه أو كان قد حصده و ذرّاه (2) ونقّاه، لم يكن لصاحب الأرض أن يرجع فيه - [وهو أحد الوجهين للشافعية] (3)(4) - لأنّ هذا الزرع أعيان ابتدأها الله تعالى، ولم يكن موجوداً حال البيع.

و الثاني: أنّ [له الرجوع؛ لأنّ] (5) ذلك (6) من نماء الزرع، فهو كالطلع

ص: 137

1- العزيز شرح الوجيز 36:5، روضة الطالبين 388:3، المغني 510:4، الشرح الكبير 526:4.

2- ذروت الحنطة و ذرّيتها: نقيتها في الريح. لسان العرب 283:14 «ذرا».

3- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

4- العزيز شرح الوجيز 47:5، روضة الطالبين 394:3، المغني 502:4، الشرح الكبير 513:4.

5- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

6- في «ج، ر» و الطبعة الحجرية زيادة: «مما». و الظاهر زيادتها.

يصير تمرًا، و لهذا لو غصب رجلاً حبّاً فبذره في ملكه و استحصد، كان لصاحب البذر دون صاحب الأرض، و كذا البيض لو صار فرخاً(1).

و الفرق بين الغاصب و المتنازع ظاهر.

مسألة 367: لو كانت الثمرة مؤبّرةً حال البيع و شرطها في البيع، كانت جزءاً من المبيع

إشارة

يتقسط الثمن عليها و علي الأصول، فإذا أفلس المشتري و تلفت الثمرة بأكله أو بجائحة أو بأكل أجنبي، فقد بيّنا أنّ للبائع أخذ الشجر بحصّته من الثمن، و يضارب مع الغرماء بحصّة الثمرة.

و سبيل التوزيع أن تُقوّم الأشجار و عليها الثمار، فإذا قيل: قيمتها مائة، قوّمت الأشجار وحدها، فإذا قيل: قيمتها تسعون، علمنا أنّ قيمة الثمرة عشرة، فيضارب بعشر الثمن.

فإن اتّفق في قيمتها انخفاض و ارتفاع، فالاعتبار في قيمة الثمار بالأقلّ من قيمتي وقت العقد و يوم القبض؛ لأنّها إن كانت يوم القبض أقلّ [فما نقص](2) قبله فهو من ضمان البائع، فلا يُحسب علي المشتري.

و إن كانت يوم العقد أقلّ، فالزيادة حصلت في ملك المشتري و تلفت، فلا تعلق للبائع بها.

نعم، لو كانت العين باقية، رجع فيها تابعةً للأصل إن لم تحصل زيادة عندنا، و مطلقاً عند الشافعي(3).

[و قال بعض الشافعية(4): الاعتبار في قيمته يوم القبض، و احتسب

ص: 138

1- نفس المصادر في الهامش (4) من ص 137.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «مما قبض». و الصحيح ما أثبتناه.

3- العزيز شرح الوجيز 5:52.

4- ما بين المعقوفين أضفناه - لاستقامة العبارة - من المصدر.

الزيادة للبائع بعد التلف، كما أنّها لو بقيت العين، لحصلت له (1).

و هذا ظاهر كلام الشافعي (2).

لكن أكثر أصحابه حملوه علي ما إذا كانت قيمته يوم القبض أقلّ أو لم تختلف القيمة، فسواء أضفتها (1) إلي هذا اليوم أو ذاك اليوم (2).

و أمّا الأشجار فللشافعية وجهان:

أظهرهما: أنّ الاعتبار فيها بأكثر القيمتين؛ لأنّ المبيع بين العقد و القبض من ضمان البائع، فنقصانه عليه، و زيادته للمشتري، ففيما يأخذه البائع [يعتبر] (5) الأكثر؛ لكون النقصان محسوباً عليه، كما أنّ فيما يبقي للمشتري و يضارب البائع بثمنه [يعتبر] (6) الأقلّ؛ لكون النقصان محسوباً عليه.

و الثاني: أنّ الاعتبار بقيمة يوم العقد، سواء كانت أكثر القيمتين أو أقلهما.

أمّا إذا كانت أكثرهما: فلما ذكرنا في الوجه الأول.

و أمّا إذا كانت أقلهما: فلأنّ ما زاد بعد ذلك من جملة الزيادات المتصلة، و عين الأشجار باقية، فيفوز بها البائع، و لا تُحسب عليه (3).

قال الجويني: و لصاحب الوجه الأول أن يقول: نعم، البائع يفوز بها، 3.

ص: 139

1- كذا في النسخ الخطية و الحجرية. و في المصدر: «فبنوا إضافتها» بدل «فسواء أضفتها».

2- العزيز شرح الوجيز 5:52. (5 و 6) بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «تعيّن ... بقيمة». و المثبت من المصدر.

3- العزيز شرح الوجيز 5:52-53، روضة الطالبين 3:399.

لكن يبعد أن يفوز بها وهي [حادثة] (1) في ملك غيره، ثم لا يحتسبها من المبيع، فإذا فاز بها فليقدّر كأنّها وُجدت يوم البيع (2).

ولنذكر مثلاً في اختلاف قيمة الأشجار والثمار.

فنقول: كانت قيمة الشجرة يوم البيع عشرةً، وقيمة الثمرة خمسةً، فلو لم تختلف القيمة، لأخذ الشجرة بثلاثي الثمن (3).

ولو زادت قيمة الثمرة فكانت عشرةً يوم البيع، فكما لو كانت القيمة بحالها علي أشهر الوجهين. وعلي الآخر: يُضارب بنصف الثمن. ولو نقصت فكانت يوم القبض درهمين ونصفاً، يُضارب بخمُس الثمن.

ولو زادت قيمة الشجرة أو نقصت، فالحكم علي الوجه الثاني كما لو بقيت بحالها. وعلي الأول كذلك إن نقصت. وإن زادت وكانت خمسة عشر، ضارب بربع الثمن.

تذنيبان:

أ: إذا اعتبرنا في التمار أقلّ القيمتين، فلو كانتا متساويتين لكن وقع بينهما نقصان،

نُظر إن كان بمجرد انخفاض السوق، فلا عبرة به. وإن كان لعيب طراً و زال، فكذلك علي الظاهر، كما أنّه يسقط بزواله حق الردّ. وإن لم يزل العيب لكن عادت قيمته إلي ما كان بارتفاع السوق، اعتبرت قيمته يوم العيب، دون البيع والقبض؛ لأنّ النقصان الحاصل من ضمان البائع

ص: 140

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «جارية». و المثبت من المصدر.

2- العزيز شرح الوجيز 53:5.

3- في العزيز شرح الوجيز 53:5، وروضة الطالبين 399:3 زيادة: «و ضارب للثمرة بالثلث».

والارتفاع بعده في ملك المشتري لا يصلح جابراً له.

ب: إن اعتبرنا في الأشجار أكثر القيمتين، فلو كانت قيمة الشجرة يوم العقد مائة و خمسين،

و يوم الرجوع إلي البائع مائتين، فالوجه القطع باعتبار المائتين. ولو كانت قيمتها مائتين يوم العقد و يوم القبض، و يوم الرجوع مائة، اعتبر يوم الرجوع، فإن ما طرأ من زيادة و زال ليس ثابتاً يوم العقد حتي نقول: إنه وقت المقابلة، و لا يوم أخذ البائع [حتي] (1) يحسب [عليه] (2).

و لقائل أن يقول: هذا إن استقام في طرف الزيادة، تخريجاً علي ما سبق أن ما فاز به البائع من الزيادة الحادثة (3) عند المشتري يُقدَّر كالموجود عند البيع، فلا يستقيم في طرف النقصان؛ لأنَّ النقصان الحاصل في يد المشتري كعيبٍ حدث في المبيع.

و إذا رجع البائع علي العين المبيعة، لزمه القناعة بها، و لا يطالب المشتري للعيب بشيء.

مسألة 368: قد ذكرنا أولاً أن الزيادة إما أن تكون حاصلةً لا من خارج،

و قد ذكرنا أقسامه و أحكام تلك الأقسام، و إما أن تكون من خارج.

و أقسامها ثلاثة:

أ: أن تكون عيناً محضه.

ب: أن تكون صفةً محضه.

ج: ما يتركب منهما.

ص: 141

1- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «عليك». و الظاهر ما أثبتناه.

3- في «ج»: «الحاصلة» بدل «الحادثة».

أما الأول فله ضربان:

أ: أن تكون قابلةً للتمييز عن المبيع.

ب: أن لا تكون قابلةً للتمييز.

فالأول كما إذا اشترى أرضاً فغرس فيها أو بني ثم أفلس قبل إيفاء الثمن و أراد البائع الرجوع في أرضه، فإن اتفق الغرماء و المفلس علي القلع و تفريغ الأرض و تسليمها بيضاء، رجع فيها؛ لأن ذلك الحق لهم لا يخرج من بينهم، فإذا فعلوا، فللبائع الرجوع في أرضه؛ لأنه وجد متاعه بعينه.

و هل يرجع قبل القلع أو بعده؟

قال بعض الحنابلة: لا يستحقه حتي يوجد القلع؛ لأن قبل القلع لم يدرك متاعه إلا مشغولاً بملك المشتري(1).

و قال الشافعي: يرجع قبله و هم يشتغلون بالقلع، و هو قول أكثر الحنابلة(2).

و ليس له أن يلزمهم أخذ قيمة الغراس و البناء ليملكها مع الأرض.

و إذا قلعوا الغراس و البناء، و جب تسوية الحفر من مال المفلس.

و إن حدث في الأرض نقص بالقلع، و جب أرش النقص في ماله.

و يضارب به أو يقدم؟ قال بعض الشافعية: يقدم علي سائر الديون؛ لأنه لتخليص ماله و إصلاحه، فكان عليه، كما لو دخل فصيل دار إنسان فكبر فلم يمكنه إخراجه إلا بهدم بابها، فإن الباب يهدم ليخرج، و يضمن صاحبه ما نقص، بخلاف ما لو وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها، فإنه(4).

ص: 142

1- المغني 4:513، الشرح الكبير 4:529.

2- المهذب - للشيرازي - 1:332، العزيز شرح الوجيز 5:54، روضة الطالبين 3:400، المغني 4:513، الشرح الكبير 4:529.

لا يرجع في النقص؛ لأنَّ النقص كان في ملك المفلس، و هنا النقص حدث بعد رجوعه في العين، فلهذا ضمنوه، و يضرب بالنقص مع الغرماء(1).

وإن قلنا: ليس له الرجوع قبل القلع، لم يلزمهم تسوية الحُفر و لا أرش النقص؛ لأنَّهم فعلوا ذلك في أرض المفلس قبل رجوع البائع فيها، فلم يضمّنوا النقص، كما لو [قلعه](2) المفلس قبل فلسه.

و لو اختلفوا، فقال المفلس: يقلع، وقال الغرماء: نأخذ القيمة من البائع لئتملكه، أو بالعكس، أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء، أُجيب مَنْ المصلحة في قوله.

و لو امتنع الغرماء و المفلس معاً من القلع، لم يُجبروا عليه؛ لأنَّه حين البناء و الغرس لم يكن متعدّياً بهما، بل فعَل ذلك بحقّ، و مفهوم قوله عليه السلام:

«ليس لعِرْقِ ظالمٍ حقٌّ»(3) أنه إذا لم يكن ظالماً، فله حقٌّ.

و حينئذٍ يُنظر إن رجع علي أن يتملّك البناء و الغراس مع الأرض بقيمتها، أو يقلع و يغرم أرش النقص، فله ذلك؛ لأنَّ الضرر يندفع من الجانبين بكلِّ واحدٍ من الطرفين، و الاختيار فيهما إليه.

و ليس للمفلس و لا للغرماء الامتناع من القبول؛ لأنَّ مال المفلس معرّض(4) للبيع، فلا يختلف غرضهم بين أن يتملّكه البائع أو يشتريه.

ص: 143

1- المهذب - للشيرازي - 332:1، التهذيب - للبغوي - 93:4، العزيز شرح الوجيز 54:5، روضة الطالبين 400:3، و لاحظ: المغني 513-514، و الشرح الكبير 529:4.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «قطعه». و الظاهر ما أثبتناه.

3- صحيح البخاري 140:3، سنن أبي داؤد 3073/178:3، سنن الترمذي 1378/662:3، سنن الدار قطني 144/36:3، الموطأ 26/743:2، مسند أحمد 446:6-22272/447.

4- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «متعرض». و الظاهر ما أثبتناه.

أجنبي، ويخالف هذا ما إذا زرع المشتري الأرض وأفلس (1) ورجع البائع في الأرض حيث لا يتمكن من تملك الزرع بالقيمة ولا من القلع وغرامة الأرش؛ لأنّ للزرع أمداً منتظراً يسهل احتمالاه، والغراس والبناء للتأيد، قال كلّ ذلك الشافعي (2).

وقال أحمد: إذا بذل البائع قيمة الغرس والبناء ليكون له ذلك، أو قال: أنا أقلع وأغرم الأرش، فإن قلنا: له الرجوع قبل القلع، فله ذلك؛ لأنّ البناء (3) الغراس حصل في ملكه لغيره بحق، فكان له أخذه بقيمته، أو قلعه وضمان نقصه، كالشفيع إذا أخذ الأرض وفيها غراس وبنّاء للمشتري، والمعير إذا رجع في أرضه بعد غرس المستعير. وإن قلنا: ليس له الرجوع قبل القلع، لم يكن له ذلك؛ لأنّ المفلس بني وغرس في ملكه، فلم يُجبر علي بيعه لهذا البائع ولا علي قلعه، كما لو لم يرجع في الأرض (4).

وليس عندي بعيداً من الصواب أن يقال: ليس للبائع إجبار المفلس والغرماء علي القلع ودفع الأرش، ولا علي دفع قيمة البناء والغرس، بل إما أن يختار العين أو يمضي البيع، فإن اختار العين وفسخ البيع، لم يكن له القلع ولا دفع القيمة، بل يرجع والأرض مشغولة بهذا البناء والغراس، فتكون قد تعيّبت بالشغل بهما مؤبداً، فإن انهدم البناء أو قلع الغرس أو مات، سقط حقّ المفلس، وليس لصاحب الأرض الرجوع بالأجرة مدّة مقامها (5) فيها؛ لأنّه إنّما يرجع في المعيب ثمّ يباع البناء أو الغراس علي.

ص: 144

1- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «فلس». و الظاهر ما أثبتناه.

2- العزيز شرح الوجيز 5: 54-55.

3- الظاهر: «أو» بدل «و».

4- المغني 4: 514، الشرح الكبير 4: 530.

5- في «ث»: «بقائها». و الظاهر: «مقامهما» أو «بقائهما».

صاحب الأرض أو غيره(1) مستحقين للبقاء.

و لأحمد قولٌ آخر: إنه يسقط حقّ بائع الأرض من الرجوع فيها؛ لأنّه لم يدرك البائع متاعه علي وجهٍ يمكنه أخذه منفرداً عن غيره فلم يكن له أخذه، كالحجر و البناء و المسامير في الباب، و كما لو كانت العين مشغولةً بالرهن - و هو قول بعض الشافعيّة - و لأنّ في ذلك ضرراً علي المشتري و الغرماء، فإنّه لا يكون له طريق يسلكون منه إلي البناء و الغراس، و لا يزال الضرر بمثله. و لأنّه لا يحصل بالرجوع هنا انقطاع النزاع و الخصومة، بخلاف ما إذا وجدها مفرّغةً(2).

مسألة 369: لو أراد البائع الرجوع في الأرض وحدها و إبقاء الغراس و البناء للمفلس و الغرماء، أُجيب إلي ذلك،

بل هو الوجه عندنا لو أراد الرجوع في العين علي ما تقدّم.

و للشافعي قولان:

أحدهما: أنّه يجاب إلي ذلك، كقولنا.

و الثاني: أنّه ليس له الرجوع في الأرض خاصّةً، و إبقاء البناء و الغراس للمفلس.

و لأصحابه طريقان:

أحدهما: أنّ في المسألة قولين:

أحدهما - و هو اختيار المزني - : له [أن](3) يرجع كذلك، كما لو صبغ الثوب المشتري ثمّ [أفلس](4)، رجع(5) البائع في الثوب، و يكون المفلس

ص: 145

1- في «ج، ر»: «أو علي غيره».

2- المغني 4: 514، الشرح الكبير 4: 530-531.

3- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق، و كما في «العزیز شرح الوجيز».

4- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فلس». و الظاهر ما أثبتناه.

5- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «ورجع». و المثبت هو الصحيح.

شريكاً معه بالصبغ.

وأصحهما عنده: المنع؛ لما فيه من الضرر، فإنّ الغراس بلا أرض و البناء بلا مقرّ و لا ممرّ ناقص القيمة، و الرجوع إنّما يثبت لدفع الضرر، فلا يدفع بضرر، بخلاف الصبغ، فإنّ الصبغ كالصفة التابعة للثوب.

و الثاني: تنزيل النصّين عليّ حالين، و له طريقتان:

أحدهما: قال بعض الشافعيّة: إنّهُ حيث قال: «يرجع» أراد ما إذا كانت الأرض كثيرة القيمة، و البناء و الغراس مستحقّين بالإضافة إليها، و حيث قال: «لا يرجع» أراد ما إذا كانت الأرض مستحقّةً بالإضافة إليهما.

و المعني في الطريقتين اتّباع الأقلّ للأكثر.

و منهم مَنْ قال: حيث قال: «يرجع» أراد ما إذا رجع في البياض المتخلّل بين الأبنية و الأشجار، و ضارب للباقي بقسطه من الثمن، [يُمْكَن] (1) منه؛ لأنّه ترك بعض حقّه في العين.

فإذا فرّعنا عليّ طريقة القولين، فإن قلنا: ليس له الرجوع في الأرض و إبقاء البناء (2) و الغراس للمفلس، فلبائع ترك الرجوع، و يُضارب مع الغرماء بالثمن، أو يعود إليّ بذل قيمتهما أو قلعهما و غرامة أرش النقصان، فإن مكّناه منه فوافق البائع الغرماء و باع الأرض معهم حين باعوا البناء و الغراس، فذلك.

و إن أبي فهل يُجبر؟ فيه للشافعيّة قولان: «.

ص: 146

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «يتمكّن». و الظاهر ما أثبتناه كما في «العزیز شرح الوجيز».

2- فيما عدا «ث» من النسخ الخطيّة و الحجرية: «العين» بدل «البناء».

أحدهما: يُجبر، كما في مسألة الصبغ.

وأصحهما عندهم: لا يُجبر؛ لأنّ أفراد البناء و الغراس بالبيع ممكن، بخلاف الصبغ.

فإذا لم يوافقهم فباعوا البناء و الغراس، بقي للبائع ولاية التملك بالقيمة و القلع مع غرامة الأرش، و للمشتري الخيار في المبيع إن كان جاهلاً بحال ما اشتراه(1).

و اعلم أنّ الجويني نقل أربعة أقوال في هذه المسألة.

أ: أن يقال: إنّ البائع فاقد عين ماله، و لا رجوع بحال؛ لأنّ الرجوع في الأرض ينقص قيمة البناء و الغراس.

ب: أنّ الأرض و البناء أو الغراس يُباعان معاً، دفعاً للخسّران عن المفلس، كما في الثوب المصبوغ.

ج: أنّه يرجع في الأرض، و يتخيّر بين أمور ثلاثة: إمّا تملك البناء و الغراس بالقيمة، و إمّا قلعهما مع غرامة أرش النقصان، و إمّا إبقاؤهما بأجرة المثل تؤخذ من مالكهما(2).

فإذا عيّن واحدةً من هذه الخصال الثلاث فاختار المفلس و الغرماء غيرها أو امتنعوا من الكلّ، فللشافعيّة و جهان في أنّه يرجع إلي الأرض و يقلع مجاناً، أو يُجبرون علي ما عيّنه

1- العزيز شرح الوجيز 5:55، روضة الطالبين 3:400-401.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «مالكها». و الصحيح ما أثبتناه، كما في المصدر أيضاً.

د: أنه إن كانت قيمة البناء أكثر، فالبايع فاقد عين. وإن كانت قيمة الأرض أكثر، فواجباً (1).

مسألة 370: لو اشتري من رجل أرضاً فارغة و اشتري من آخر غرساً و غرسه في تلك الأرض ثم أفلس، كان لصاحب الأرض الرجوع فيها،

و لصاحب الغراس الرجوع فيه.

ثم يُنظر فإن أراد صاحب الغراس قلعه، كان له ذلك، و عليه تسوية الحُفر؛ لأنه لتخليص ماله، و أرشُ نقص الأرض إن حصل نقص.

فإن أراد صاحب الأرض أن يعطيه قيمته إن لم يختر صاحبه قلعه، قال الشافعي: يكون له مطلقاً (2).

و الأقوي عندي: أنه يكون له ذلك إن رضي صاحب الغرس، و إلا فلا.

و إن أراد صاحب الأرض قلعه و يضمن ما نقص، كان له.

و إن أراد قلعه بغير ضمان، فالأقرب: أنه ليس له ذلك؛ لأنَّ غرسه ثابت في الأرض بحق، فلا يكون له قلعه مجاناً.

و لو كان الغراس من المفلس، لم يُجبر علي قلعه من غير ضمان، و هو أحد وجهي الشافعي.

و الثاني: أنه يجاب إلي ذلك؛ لأنه إنَّما اشتري منه الغراس مقلوعاً، فكان عليه أن يأخذه كذلك، و ليس له تبقيته في ملك غيره، و يفارق المفلس؛ لأنه غرسه في ملكه فيثبت حقه في ذلك (3).

ص: 148

1- العزيز شرح الوجيز 5:55-56، روضة الطالبين 3:401.

2- راجع: الحاوي الكبير 6:293.

3- راجع: الحاوي الكبير 6:293، و العزيز شرح الوجيز 5:56، و روضة الطالبين 3:401.

و يُحتمل عندي وجهٌ آخَر، وهو: أن يقال: صاحب الغراس (1) لا يستحق الإبقاء في الأرض، و صاحب الأرض لا يستحق القلع مجاناً؛ لأنه أثبت بحق، فيقوم الغراس مقلوعاً و ثابتاً، و يأخذ المفلس التفاوت بينهما؛ لأنه مستحق له.

مسألة 371: قد ذكرنا حكم الزيادة من خارج، القابلة للتمييز، و بقي ما لا يقبله،

إشارة

كمزج ذوات الأمثال بعضها ببعض، مثل أن يشتري صاعاً من حنطة أو شعير أو دخن أو غير ذلك من الحبوب و يمزجه بصاع له، أو يشتري مكيلاً من زيت أو سمن أو شيرج أو غير ذلك من الأدهان ثم يمزجه بمكيلة، و كذا جميع ذوات الأمثال إذا امتزجت بحيث لا يمكن تخليص بعضها من بعض، فأقسامه ثلاثة:

أ: أن يكون الممتزجان متماثلين ليس أحدهما أجود من الآخر،

لم يسقط حقه من العين - و به قال الشافعي و مالك (2) - و يكون له المطالبة بالقسمة؛ لأن عين ماله موجودة فيه، و يمكنه التوصل إلى حقه بالقسمة؛ لأن الزيت كله سواء، فيأخذ حقه بالكيل أو الوزن.

و قال أحمد: يسقط حقه من العين؛ لأنه لم يجد عين ماله، فلم يكن له الرجوع، كما لو تلفت. و لأن ما يأخذه من غير ماله ممتزجاً بعين ماله (3)

ص: 149

1- في الطبعة الحجرية: «الغرس».

2- الأم 3:203، مختصر المزني: 103، الحاوي الكبير 6:300، المهذب - للشيرازي - 1:333، التهذيب - للبغوي - 4:97، حلية العلماء 4:513، الوجيز 1:175، الوسيط 4:31، العزيز شرح الوجيز 5:56، روضة الطالبين 3:402، المغني 4:501، الشرح الكبير 4:519، التفريع 2:251.

3- في النسخ الخطية و الحجرية: «ما يأخذه من عين ماله ممتزجاً بغير ماله». و المثبت هو الصحيح.

إنّما يأخذه عوضاً عن ماله، فلم يختصّ به دون (1) الغرماء، كما لو تلف ماله (2).

ويُمنع عدم وجدانه لعين ماله، بل وجدها ممتزجةً بغيرها.

والفرق بينه وبين التلف ظاهر؛ لأنّه تقيضه.

و ما يأخذه من غير (3) ماله وإن كان عوضاً عن ماله إلاّ أنّه يُدخل بواسطته في حقّ المفلس مالاً، فكان مقدّماً به علي باقي الغرماء.

وإن لم تجز القسمة وطالب (4) بالبيع، فالأقرب أنّه يجب إلي ذلك؛ لأنّ بالقسمة لا يصل إلي عين ماله، وربما كان له غرض في أن لا يأخذ من زيت المشتري شيئاً، وهو أحد قولي الشافعي.

و الثاني: أنّه لا يجب إليه؛ لأنّه يصل إلي جميع حقه بالقسمة، فهو كجماعةٍ ورثوا شيئاً لا يكون لبعضهم أن يطالب بعضاً بالبيع (5).

والفرق أنّ الوراث ملكوا الزيت ممزوجاً، والمفلس كان قد ملك متميّزاً عن ملك البائع، وكذا البائع ملك متميّزاً عن ملك المفلس، فافترقا.

ب: أن يمزجه المشتري بأردأ منه.

و للبائع هنا أيضاً الخيار بين الفسخ (6) فيرجع في عينه بالكيل أو الوزن - وبه قال الشافعي و مالك (7) - لما

ص: 150

1- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «إذن» بدل «دون». و الصحيح ما أثبتناه من المصدر.

2- المغني 4: 501، الشرح الكبير 4: 519-520.

3- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «عين» بدل «غير». و الظاهر ما أثبتناه.

4- في الطبعة الحجريّة: «فطالب».

5- المهذّب - للشيرازي - 1: 333، الحاوي الكبير 6: 300، حلية العلماء 4: 513-514، العزيز شرح الوجيز 5: 56-57، روضة الطالبين 3: 402.

6- كذا قوله: «بين الفسخ». و لعلّها: «في الفسخ».

7- الأم 3: 203، مختصر المزني: 103، الحاوي الكبير 6: 300، المهذّب - للشيرازي - 1: 333، التهذيب - للبغوي - 4: 97، حلية العلماء 4: 514، الوجيز 1: 175، الوسيط 4: 31، العزيز شرح الوجيز 5: 57، روضة الطالبين 3: 402، المغني 4: 501، الشرح الكبير 4: 519.

تقدّم في المساوي، فإذا رضي بالأردإ، كان أولي.

وقال أحمد: يسقط حقه من العين بمجرد المزج، سواء بالأجود أو الأردأ أو المساوي(1).

وقد تقدّم بطلانه؛ لأنّ عين ماله موجودة من طريق الحكم، فكان له الرجوع، كما لو وجد عين ماله منفردة [و] لأنّه ليس فيها أكثر من اختلاطها، وهو لا يُخرج الحقيقة عن حقيقتها، فأشبهت صبغ الثوب وبلّ السويق بالزيت.

وفي كيفة أخذ حقه للشافعي طريقتان:

أحدهما - وهو الأصحّ عنده وعندني - أنّه يقسّم بالمكيال أو الوزن، فإن تساويا قدرأ، أخذ النصف. وإن تفاوت، أخذ المقدار(2) الذي له، وإن شاء ضارب مع الغرماء.

والثاني: أنّ المكيالين يباعان معاً ويُقسّم الثمن بينهما علي قدر القيمتين؛ لأنّه إن أخذ مكياله من الممتزج، نقص حقه، ولا يجب عليه المسامحة، وإن أخذ أكثر من مكياله، لزم الربا، فعلي هذا لو كان المبيع يساوي درهمين، والممتزج به يساوي درهماً، قسّم الثمن بينهما أثلاثاً(3).

وهو خطأ؛ لأنّ هذا نقصان حصل في المبيع، فأشبهه تعيب العبد3.

ص: 151

1- المغني 4:501، الشرح الكبير 4:519.

2- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «مقدار» بدل «المقدار». والصحيح ما أثبتناه.

3- المهذب - للشيرازي - 1:333، الحاوي الكبير 6:301، حلية العلماء 4:514، العزيز شرح الوجيز 5:57، روضة الطالبين 3:402.

ج: أن يمتزج

ج: أن يمتزج (1) بالأجود،

فالأصحّ أنّه يسقط حقه من العين، وليس له إلاّ المضاربة بالثمن - قال الشافعي: بهذا أقول، وهو أصحّ الوجهين (2) - لأنّ عين زيته تالفة من طريق المشاهدة والحكم.

أمّا من طريق المشاهدة والحقيقة: فللاختلاط.

وأمّا من طريق الحكم: فلاّنه لا يمكنه الرجوع إلي عينه بالقسمة وأخذ المكيل من الممتزج؛ لما فيه من الإضرار بصاحب الأجود، ولا المطالبة بقيمته، بخلاف المساوي، فإنّه يمكنه المطالبة بقسمته فيه، وبخلاف الثوب المصبوغ، فإنّ عينه موجودة محسوسة، وكذا السويق، فإنّ عينه لم تفقد وهي مشاهدة.

وقال المزني: له الفسخ، والرجوع إلي حقه من المخلوط، كالخلط بالمثل والأردأ، وكما لو صبغ الثوب ولتّ السويق (3)، لا ينقطع (4) حقّ الرجوع، فكذا هنا (5).

والفرق أنّ الزيت إذا اختلط، لم يمكن الإشارة إلي شيء من

ص: 152

1- فيما عدا «ث» من النسخ الخطيّة والحجريّة: «يمزج».

2- الأم 3: 203، مختصر المزني: 103، الحاوي الكبير 6: 301، المهذب - للشيرازي - 1: 333، التهذيب - للبغوي - 4: 98، حلية العلماء 4: 515، الوجيز 1: 175، العزيز شرح الوجيز 5: 57، روضة الطالبين 3: 402، المغني 4: 501، الشرح الكبير 4: 519.

3- لتّ السويق: أي بلّه بالماء أو بغيره. لسان العرب 2: 82 و 83 «لتت».

4- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «لا يقطع». والظاهر ما أثبتناه كما في «العزيز شرح الوجيز».

5- مختصر المزني: 103، الحاوي الكبير 6: 301، المهذب - للشيرازي - 1: 333، التهذيب - للبغوي - 4: 98، حلية العلماء 4: 515، العزيز شرح الوجيز 5: 57.

المخلوط بأنّه المبيع، فكأنّه هلك، بخلاف الثوب و السويق.

و من هذا الفرق خرّج بعضهم في المزج بالمثل و الأردأ قولاً آخر: إنه ينقطع به حق الرجوع، و أيّد ذلك بأنّ الحنطة المبّعة لو ائثالت عليها أُخري قبل القبض، يفسخ المبيع علي قول؛ تنزيلاً له منزلة التلف(1).

و المعتمد عندنا و عندهم(2) أنّ الخلط بالمثل و الأردأ لا يمنع الرجوع، علي ما سبق. و يفارق اختلاط المبيع قبل القبض؛ لأنّ الملك غير مستقرّ، فلا يبعد تأثره بما لا يتأثر الملك المستقرّ.

و علي قول المزني بالرجوع في صورة المزج بالأجود، فيه قولان للشافعي في كيفة الرجوع:

أصحّهما عندهم: أنّه يكون شريكاً مع المفلس بقدر قيمة مكيله، فيباع المكيلتان، و يقسّم بينهما علي قدر القيمتين، كما في صيغ الثوب.

و الثاني: أنّ نفس المكيلتين يقسّم بينهما باعتبار القيمة، فإذا كانت المكيلة المبّعة تساوي درهماً و المخلوطة درهمين، أخذ من المكيلتين ثلثي مكيلة(3).

و قد خرّج بعضهم هذا الخلاف علي أنّ القسمة بيع أو إفراز حقّ؟ إن قلنا: إنّها بيع، لم يقسّم عين الزيت؛ لما في القسمة من مقابلة مكيلة بثلثي مكيلة. و إن قلنا بالثاني، فيجوز، و كأنّه أخذ بعض حقّه و ترك البعض(4).

ص: 153

1- التهذيب - للبعوي - 98:4، الوسيط 31:4، العزيز شرح الوجيز 57:5، روضة الطالبين 3:402.

2- العزيز شرح الوجيز 57:5.

3- المهذب - للشيرازي - 333:1، التهذيب - للبعوي - 98:4، حلية العلماء 4:515، الوسيط 4:32، العزيز شرح الوجيز 57:5-58، روضة الطالبين 3:402.

4- العزيز شرح الوجيز 58:5.

وقال بعضهم: إنَّ هذا ليس بصحيح؛ لأنَّ ذلك إن كان بيعاً، كان رباً، وإن أخذ ثلثه وأبرأه عمّا بقي من مكيلة زيتته، لم تكن البراءة واجبةً عليه، فيكون له أن لا يفعل، ويطالب بالباقي، ولا يجوز ذلك؛ لأنَّه يأخذ حينئذٍ أكثر ممّا له، فلم يبق إلاّ البيع لهما(1).

تذنيان:

أ: إذا قلنا: الخلط يلحق المبيع بالمفقود

- كما هو قول بعض الشافعيّة، وقول أحمد(2) - لو كان أحد الخليطين كثيراً والآخر قليلاً ولا تظهر به زيادة في الحسّ، ويقع مثله بين المثليين، فإن كان الكثير للبائع، فهو واجد عين ماله. وإن كان الكثير للمشتري، فهو فاقد. وقال بعض الشافعيّة: الحكم الأوّل قطعيّ، والثاني ظاهر(3).

ب: لو كان المخلوط من غير جنس المبيع كالزيت والشيرج، فهو فاقد عين ماله،

وليس له الفسخ حينئذٍ، ويكون بمثابة ما لو تلف المبيع، فيضارب بالثمن.

قال الجويني: وفيه احتمال، سيّما علي قوله ببيع المخلوط وقسمة الثمن(4).

مسألة 372: قد ذكرنا من أقسام النوع الثاني من الزيادات قسماً واحداً،

وهو أن تكون الزيادة عيناً محضّة، وبقي قسمان: ما يكون صفةً محضّة، وما يتركّب منهما، فنبدأ بالصفة المحضّة.

ص: 154

1- راجع المهذب - للشيرازي - 1:333.

2- العزيز شرح الوجيز 5:58، روضة الطالبين 3:402، المغني 4:501، الشرح الكبير 4:519. (3 و 4) العزيز شرح الوجيز 5:58، روضة الطالبين 3:402.

فنقول: إذا اشترى عيناً وعمل فيها ما يزيد في صفتها - مثل أن يشتري حنطة فيطحنها أو يزرعها، أو دقيقاً فيخبزه، أو ثوباً فيقصه، أو يخيطة قميصاً بخيوط من الثوب، أو غزلاً فينسجه، أو خشباً فينشره ألواحاً، أو ألواحاً فينجرها باباً، وبالجملة أن يعمل شيئاً يزيل اسمه - فإنه لا يسقط حق الرجوع بذلك عندنا إذا أفلس - و به قال الشافعي(1) - لأن العين لم تخرج عن حقيقتها بتوارد هذه الصفات عليها، فكان واجداً عين ماله، فله الرجوع فيها.

وقال أحمد: يسقط حق البائع من الرجوع؛ لأنه لم يجد عين ماله بعينه، فلم يكن له الرجوع، كما لو أتلفه. ولأنه غير اسمه وصفته، فلم يكن له الرجوع، كما لو كان نويً فنبت شجراً(2).

وليس بصحيح؛ لأننا قد بينّا أن العين لم تخرج عن حقيقتها، وإلا لكان الغاصب يملك المغصوب إذا فعل به هذه الصفات، وكان ينتقل حق المغصوب منه إلي المثل أو القيمة، وليس كذلك. وتغيير الوصف لا - ينافي بقاء العين، ويخالف النوي؛ لأن الحقيقة قد زالت و وجدت أخرى.

إذا عرفت هذا، فنقول: إن لم ترد قيمة المبيع بهذه الصفات، لم يكن للمفلس شركة فيه، بل يأخذه البائع موصوفاً بهذه الصفة، سواء غرم عليها المفلس شيئاً أو لا.

وإن نقصت قيمته، فلا شيء للبائع معه.3.

ص: 155

-
- 1- الأم 3:303، مختصر المزني: 103، الحاوي الكبير 6:303، المهذب - للشيرازي - 1:332، التنبيه: 102، التهذيب - للبخاري - 4:96، حلية العلماء 4:509، العزيز شرح الوجيز 5:59، روضة الطالبين 3:402، المغني 4:502، الشرح الكبير 4:512.
 - 2- المغني 4:502، الشرح الكبير 4:512-513.

وإن زادت، صار المفلس شريكاً فيها، كما في زيادات الأعيان.

قال الشافعي: وبه أقول - وهو أصح القولين - لأنها زيادة حصلت بفعلٍ متقومٍ محترم، فوجب أن لا تضيع عليه، كما لو صبغ الثوب. ولأن الطحن والقصارة أُجريت مجري الأعيان، ولهذا كان للطحان أن يمسك الدقيق علي الأجرة، وكذا القصار(1).

والقول الثاني للشافعي - وبه قال المزني -: إن الزيادة في هذه الأعمال تجري مجري الآثار، ولا شركة للمفلس فيها؛ لأنها صفات تابعة، وليس للمفلس فيها عين مال، بل أثر صنعة، فهي كسمن الدابة بالعلف و كِبَر الودِيّ بالسقي والتعهد، وكتعلم الغلام صنعةً، وكما لو اشترى لوزاً فقصه أو غنماً فرعاها. ولأن القصار تزيل الوسخ وتكشف عما فيه من البياض، فلا تقتضي الشركة، كما لو كان المبيع لوزاً فكسره و كشف اللبّ وزادت به القيمة. ويدلّ عليه أنّ الغاصب لو قصر الثوب أو طحن الحنطة لم يستحق شيئاً(2).

والفرق ظاهرٌ بين المتنازع وسمن الدابة بالعلف و كِبَر الودِيّ بالسقي؛ لأنّ القصار إذا قصر الثوب، صار الثوب مقصوراً بالضرورة، وأمّا السقي والعلف فقد يوجدان كثيراً من غير سمن ولا كِبَر؛ لأنّ الأثر فيه غير منسوبٍ إلي فعله، بل هو محض صنع الله تعالى، ولهذا لا يجوز الاستئجار علي4.

ص: 156

-
- 1- الحاوي الكبير 303:6، المهذب - للشيرازي - 332:1، الوجيز 175:1، العزيز شرح الوجيز 59:5، التهذيب - للبغوي - 97:4، حلية العلماء 509:4، روضة الطالبين 403:3، المغني 502:4، الشرح الكبير 512:4.
 - 2- المهذب - للشيرازي - 332:1، التهذيب - للبغوي - 96:4، الحاوي الكبير 303:6، حلية العلماء 509:4، الوجيز 175:1، العزيز شرح الوجيز 59:5، روضة الطالبين 402:3، المغني 502:4، الشرح الكبير 512:4.

تسمين الدابة و [تكبير] (1) الودّي، ويجوز الاستتجار علي القصاره.

ويخالف المشتري الغاصب؛ فإن الغاصب مُعتدّ بفعله، فلم يثبت له فيها حقّ، بخلاف مسألتنا.

لا يقال: أليس لو صبغ الغاصب الثوب، كان شريكاً فيه مع تعدّيه؟

لأنّنا نقول: الصبغ عين ماله، و له قلعه، فإذا تعدّر ذلك، كان شريكاً، بخلاف المتنازع، إلا أنّ هذا الفرق يمنع اعتبار مسألتنا أيضاً بالصبغ.

مسألة 373: لو اشتري دقيقاً فخبزه، أو لحمًا فشواه، أو شاةً فذبحها،

إشارة

أو أرضاً فضرب من ترابها لبناً، أو عرصهً و آلات البناء فبناها فيها (2) داراً ثمّ أفلس، كان شريكاً بهذه الأفعال.

و للشافعي قولان (3).

أمّا لو علّم العبد القرآن أو الصنعة أو الكتابة أو الشعر المباح، أو راض الدابة، فكذلك عندنا؛ لأنّ هذه الأفعال تصحّ المعاوضة عليها، فكانت زيادةً.

و قد اختلفت الشافعية:

فقال أبو إسحاق: إنّ هذه لا تلحق بما تقدّم، و لا تجري مجري الأعيان قطعاً؛ لأنّه ليس بيد المعلّم و الرائض إلاّ التعليم، و قد يجتهد فيه فلا يحصل الغرض، فكان كالسمن و نحوه (4).

و الأصحّ عندهم - و به قال ابن سريج - : أنّها من صور القولين؛ لأنّها

ص: 157

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «كبر». و ما أثبتناه يقتضيه السياق.

2- كذا، و الظاهر: «فبني فيها».

3- التهذيب - للبعوي - 96:4 و 97، العزيز شرح الوجيز 59:5، روضة الطالبين 3:403.

4- العزيز شرح الوجيز 59:5، روضة الطالبين 3:403.

أعمال يجوز الاستتجار عليها، و مقابلتها بالعرض (1).

وضبط صور القولين أن يصنع المفلس بالمبيع ما يجوز الاستتجار عليه، فيظهر به أثر فيه.

وإنما اعتبرنا ظهور الأثر فيه؛ لأنّ حفظ الدابة و سياستها عمل يجوز الاستتجار عليه، و لا تثبت به الشركة؛ لأنّه لا يظهر بسببه أثر علي الدابة.

ثمّ الأثر قد يكون صفةً محسوسة كالطحن و القصاره، و قد يكون من قبيل الأخلاق كالتعليم و الرياضة.

فعلي أحد قولي الشافعي يأخذ البائع العين زائدةً بهذا الوصف، و يفوز بالزيادة مجاناً.

و علي ما أختاره - و هو القول الثاني له - تُباع العين، و يكون للمفلس من الثمن بنسبة ما زاد في قيمته.

فلو كانت قيمة الثوب خاماً خمسةً، و مقصوراً ستّةً، كان للمفلس سدس الثمن، فلو ارتفعت القيمة بالسوق أو انخفضت، فالزيادة أو النقصان بينهما علي النسبة.

و لو ارتفعت قيمة الثوب خاصّةً بأن صار مثل ذلك الثوب خاماً يساوي ستّةً، و يسوي مقصوراً سبعةً، فليس للمفلس إلاّ سدّس الثمن؛ لأنّه قيمة صنّعه، و الزيادة حصلت في الثوب للبائع ليس للمفلس فيها شيء؛ لأنّها زيادة سوقية.

و لو انعكس الفرض، فزادت قيمة الصنع خاصّةً بأن كان مثل هذا الثوب يسوي مقصوراً سبعةً، و يساوي خاماً خمسةً، فالزيادة للمفلس خاصّةً، فيكون له سُبعا الثمن. و علي هذا القياس. 3.

ص: 158

1- العزيز شرح الوجيز 60:5، روضة الطالبين 3:403.

و هل للبائع إمساك المبيع ببذل قيمة ما فعّله المفلس و منعه من بيعه؟ الأقرب: ذلك؛ لوجوب البيع علي كلّ تقدير، و اعتبار الأصل بالبقاء أولي؛ إذ لا يجب بذل عينه للبيع، و به قال بعض الشافعيّة؛ قياساً علي أنّه يبذل قيمة الغراس و البناء (1).

و مَنَعَ بعضُهُم منه؛ لأنّ الصنعة لا تُقابل بعوض (2).

و نحن لمّا منعنا - فيما تقدّم - و جوبَ بذل البناء و الغراس بدفع القيمة، و أوجبنا هنا دفع الصنعة، قلنا ذلك؛ للفرق بين الأعيان التي تُعدّ أصولاً، و بين الصفات التابعة.

تذنيبان:

أ: إذا استأجره للقصار أو الطحن فعمل الأجير عمله، كان له حبس الثوب و الدقيق لاستيفاء الأجرة

إن جعلنا القصاره و الطحن كالأعيان، كما يحبس البائع المبيع لقبض الثمن. و إن جعلنا القصاره و شبهها من الآثار، فلا.

ب: إذا تمّ القصار و الطحان العمل و تلف الثوب و الطحين في يده،

إن قلنا: إنّ فعله آثار لا- تجري مجري الأعيان، استحقّ الأجرة كأنه وقع مسلماً بالفراغ. و إن قلنا: إنّه أعيان، لم يستحق؛ حيث تلف قبل التسليم، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل تسليمه.

مسألة 374: قد ذكرنا حكم الزيادة إذا كانت صفةً محضة، و بقي ما إذا كانت الزيادة عيناً من وجه و صفةً من وجه.

فنقول: إذا اشتري ثوباً فصبغهُ، أو سويقاً و لثّه بزيتٍ و أشباه ذلك ثمّ

(1 و 2) العزيز شرح الوجيز 5:60، روضة الطالبين 3:403.

ص: 159

فُلَس، فإن لم تزد القيمة بالصبغ و الزيت أو نقصت، كان للبائع الرجوعُ في عين ماله، و لا شيء للمفلس فيه، و جري الصبغ هنا مجري الصفة إذا لم تزد بها قيمة الثوب، فإنَّ الثوب مع الصفة يكون للبائع. و كذا الصبغ هنا.

وإن زادت القيمة، فإمّا أن تزيد بقدر قيمة الصبغ أو أقلّ أو أكثر.

فالأوّل كما لو كان الثوب يساوي أربعةً، و كان الصبغ يساوي درهمين وبيع مصبوغاً بستّة، فللبائع فسخ البيع في الثوب، و يكون شريكاً في الصبغ للمفلس، و يكون الثمن بينهما أثلاثاً.

و قال أحمد: إذا صبغ الثوب أو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو قطع الثوب قميصاً، سقط حقه من الرجوع(1).

و في تقدير تنزيل الشركة للشافعيّة احتمالان:

أحدهما: أن يقال: كلّ الثوب للبائع، و كلّ الصبغ للمفلس، كما لو غرس الأرض.

و الثاني: أن يقال: بل يشتركان فيهما جميعاً بالأثلاث؛ لتعدّر التميّز، كما في خلط الزيت بمثله(2).

و الوجه عندي: الأوّل.

و لو كانت الزيادة أقلّ من قيمة الصبغ، كما لو كانت قيمته مصبوغاً خمسةً، فالتقصان علي الصبغ؛ لأنه تتفرّق أجزاءه في الثوب و تهلك في الثوب(3) و الثوب قائم بحاله، فإذا بيع، قُسم الثمن بينهما أخماساً: أربعة

(1) المغني 4:502، الشرح الكبير 4:512.

(2) التهذيب - للبعوي - 4:94، العزيز شرح الوجيز 5:61، روضة الطالبين 3:404.

(3) «في الثوب» لم ترد في «ج».

ص: 160

للبنائع، وواحد للمفلس.

وإن كانت الزيادة أكثر من قيمة الصبغ، كما لو بلغ مصبوغاً ثمانية، فالزائد علي القيمتين إنّما زاد بصنعة الصبغ، فإن قلنا: إنّ الصنعة - كالقصاراة ونحوها من الأعمال - أعيان، فالزائد (1) علي الصبغ للمفلس، فيكون لصاحب الثوب أربعة، و للمفلس أربعة.

وإن قلنا: إنّها آثار وقلنا: إنّ الآثار تتبع العين للبنائع وليس للمفلس منها (2) شيء، كان للبنائع قيمة الثوب وأجرة الصبغ، وذلك ستة دراهم هي ثلاثة أرباع الثمن، و للمفلس قيمة صبغه لا غير، وهو درهمان ربع الثمن، قاله بعض الشافعية (3).

وقال بعضهم: نقص الزيادة علي الثوب و الصبغ حتي يجعل الثمن بينهما أثلاثاً، فيكون ثلثاه للبنائع، و الثلث للمفلس؛ لأنّ الصنعة اتّصلت بالثوب و الصبغ جميعاً (4).

و الوجه عندي: أنّ الزيادة بأجمعها للمفلس؛ لأنّها عوض الصبغ و الصنعة معاً، وهما له لا شيء للبنائع فيها.

ولو ارتفعت القيمة بعد الصبغ فبلغت ستة عشر، أو وجد زبون (5) اشتراه بهذا المبلغ، ففي كيفية القسمة عند الشافعية الوجوه الثلاثة (6)،

(1) في النسخ الخطية: «فالزيادة».

(2) في النسخ الخطية و الحجرية: «عنها». و الظاهر ما أثبتناه.

(3 و 4) العزيز شرح الوجيز 5:61، روضة الطالبين 3:404.

(5) زينت الشيء زَبْنًا: إذا دفعته، وقيل للمشتري: «زبون» لأنه يدفع غيره عن أخذ المبيع. و هي كلمة مولدة ليست من كلام أهل البادية. المصباح المنير: 251 «زبن».

(6) العزيز شرح الوجيز 5:62، روضة الطالبين 3:404.

ص: 161

و الربح علي كل حال يُقسّم بحسب قيمة الأصل.

فإذا عرفت قيمة القدر الذي يستحقّه المفلس من الثمن، فإن شاء البائع تسليمه ليخلص له الثوب مصبوغاً، فله ذلك.

و مَنَع منه بعضُ الشافعيّة (1).

و لو فرضنا أنّ المرتفع قيمة الصبغ خاصّةً، كانت الزيادة بأسرها للمفلس؛ لأنّ قيمة الثوب لم تزد، فلا يأخذ البائع منها شيئاً.

مسألة 375: لو اشتري ثوباً من زيد و صبغاً منه أيضاً ثم صبغه و فأس بعد ذلك، فللبائع فسخ البيع

و الرجوع [فيهما] (2) معاً، إلا أن تكون قيمة الصبغ و الثوب معاً بعد الصبغ كقيمة الثوب [وحده] (3) قبل الصبغ أو دونها، فيكون فاقداً للصبغ.

و يُحتمل عندي أنّه يخيّر بين أخذه مصبوغاً، و لا يرجع بقيمة الصبغ، و بين الضرب بالثمانين معاً مع الغرماء.

و لو زادت القيمة بأن كانت قيمة الثوب أربعةً و قيمة الصبغ درهمين و قيمة الثوب مصبوغاً ثمانيةً، فعلي ما تقدّم من الخلاف في أنّ الصناعات هل هي آثار أو أعيان؟ إن قلنا: آثار، أخذها، و لا شركة للمفلس. و إن قلنا:

أعيان، فالمفلس شريك بالربع.

و قد بيّنا أنّه لا يرجع هنا عندنا للزيادة بالصنعة، إلا في الثوب خاصّةً، فيكون الصبغ و الزيادة بأجمعهما للمفلس.

(1) العزيز شرح الوجيز 5:62، روضة الطالبين 3:404.

(2) بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «إليهما». و الظاهر ما أثبتناه.

(3) بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «وحدها». و الظاهر ما أثبتناه.

مسألة 376: لو اشترى الثوب من واحدٍ بأربعة هي قيمته و الصبغ من آخر بدرهمين هُما قيمته،

و صدّ بعه به ثمّ أفلس، فأراد البائعان الرجوعَ في العينين، فإن كان الثوب مصبوغاً لا يساوي أكثر من أربعة و كان خاماً يساوي أربعة أيضاً، فصاحب الصبغ فاقدهُ ماله، و صاحب الثوب واجدٌ ماله بكماله إن لم ينقص عن أربعة، و ناقصاً إن نقص. و إن كان خاماً يساوي ثلاثةً، و مصبوغاً يساوي أربعةً، كان لصاحب الثوب ثلاثةً، و لصاحب الصبغ درهمٌ واحد.

و الشافعية لم يفصّلوا بين الصورتين، بل حكموا حكماً مطلقاً أنّ الثوب إذا كان مصبوغاً يساوي أربعةً لا غير، فهي لصاحب الثوب، و صاحبُ الصبغ فاقدهُ. و إن كان الثوب مصبوغاً يساوي أكثر من أربعة، فصاحب الصبغ أيضاً واجدٌ لماله بكماله إن بلغت الزيادة درهمين، و ناقصاً إن لم تبلغ (1).

و إن كانت القيمة بعد الصبغ ثمانيةً، فإن قلنا: الأعمال آثار، فالشركة بين الباعين، كما قلنا في البائع و المفلس إذا صبغه بصبغ نفسه، تقريراً علي هذا القول. و إن قلنا: أعيان، فنصف الثمن لبائع الثوب، و ربه لبائع الصبغ، و الربع للمفلس.

مسألة 377: لو اشترى صبغاً فصغ به ثوباً له ثمّ أفلس،

إشارة

أو اشترى زيتاً فلتّ به سويقاً ثمّ أفلس، فالأولي أنّ لبائع الصبغ و الزيت الرجوعَ في عين مألئهما - و به قال الشافعي (2) - لأنّهما وجدا عين أموالهما ممتزجين، فكانا واجدين.

(1) العزيز شرح الوجيز 5:62، روضة الطالبين 3:405.

(2) العزيز شرح الوجيز 5:62، روضة الطالبين 3:405.

ص: 163

وقال أحمد: إنَّ بائع الصبغ و الزيت يضربان بالثمن مع الغرماء؛ لأنَّه لم يجد عين ماله، فلم يكن له الرجوعُ، كما لو تلف(1).

إذا عرفت هذا، فإنَّ الشافعي قال: بائع الصبغ إنَّما يرجع في عين الصبغ لو زادت قيمة الثوب مصبوغاً علي ما كانت قبل الصبغ، وإلاَّ فهو فاقد - وقد بيَّنا ما عندنا فيه - و إذا رجع، فالشركة بينهما علي ما تقدّم(2).

واعلم أنَّ هذه الأحكام المذكورة في القسمين مفروضة فيما إذا باشر المفلس القصارَةَ و الصبغَ و ما في معناهما بنفسه، أو استأجر لهما أجيراً و وقَّاه الأجرة قبل التفليس، فأما إذا حصلهما بأجرة و لم يوفَّه، فسيأتي.

تذنيب: لو صبغ المشتري الثوب و فُلس و رجع البائع في عين الثوب و أراد قلع الصبغ عند الإمكان

و أن يغرم للمفلس أرش النقصان، ففي إجابته إلي ذلك إشكال ينشأ: من أنَّه إتلاف مال، فلا يجاب إليه، و من مشابهته للبناء و الغراس، و هو قول الشافعي(3).

مسألة 378: لو اشتري ثوباً و استأجر قصاراً يقصره و لم يدفع إليه أجرته و فُلس، فللأجير المضاربة بالأجرة مع الغرماء.

وقال الشافعي: إن قلنا: القصارَة أثر، فليس للأجير إلاَّ المضاربة بالأجرة، و للبائع الرجوعُ في الثوب المقصور، و لا شيء عليه لما زاد(4).
و ليس بجيّد.

وقال بعض الشافعيَّة: إنَّ عليه أجرة القصار، و كأنَّه استأجره(5).

و غلَّطه باقي الشافعيَّة في ذلك(6).

و إن قلنا: إنَّها عين، فإن لم تزد قيمته مقصوراً علي ما كان قبل

(1) المغني 4:503-504، الشرح الكبير 4:521-522.

(2) العزيز شرح الوجيز 5:62، روضة الطالبين 3:405.

(3-6) العزيز شرح الوجيزة 5:63، روضة الطالبين 3:405.

القسارة، فهو فاقد عين ماله. وإن زادت، فلكل واحد من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، فإن كانت قيمة الثوب عشرةً، والأجرة درهماً، والثوب المقصور يساوي خمسة عشر، يبيع بخمسة عشر، وصرف منها عشرة إلى البائع، ودرهم إلى الأجير، والباقي للغرماء.

ولو كانت الأجرة خمسة دراهم، والثوب بعد القسارة يساوي أحد عشر، فإن فسخ الأجير الإجارة، فعشرة للبائع، ودرهم للأجير، و يضارب مع الغرماء بأربعة. وإن لم يفسخ، فعشرة للبائع، ودرهم للمفلس، و يضارب مع الغرماء بخمسة (1).

لا يقال: إذا جعلنا القسارة عيناً وزادت بفعله خمسة، وجب أن يكون الكل له، كما لو زاد المبيع زيادة متصلة، فإن كانت أجرته خمسة ولم يحصل بفعله إلا درهم، وجب أن لا يكون له إلا ذلك؛ لأن من وجد عين ماله ناقصة ليس له إلا القناعة بها، والمضاربة مع الغرماء.

لأننا نقول: معلوم أن القسارة صفة تابعة للثوب، ولا نعني بقولنا:

«القسارة عين» أنها في الحقيقة تُفرد بالبيع والأخذ والرد، كما يفعل بسائر الأعيان، ولو كان كذلك، لجعلنا الغاصب شريكاً للمالك إذا غصب الثوب وقصره، وليس كذلك إجماعاً، بخلاف ما إذا صبغه الغاصب، فإنه يكون شريكاً بالصبغ؛ وإنما المراد أنها مشبهة بالأعيان من بعض الوجوه؛ لأن الزيادة الحاصلة بها متقومة بمقابلة بالعوض، فكما لا تضيع الأعيان على المفلس لا تضيع الأعمال عليه.

وأما بالإضافة إلى الأجير فليست القسارة مورد الإجارة حتى يرجع

(1) العزيز شرح الوجيز 5:63، روضة الطالبين 3:405-406.

ص: 165

إليها، بل مورد الإجارة فعله المحصّل للقصار، وذلك الفعل يستحيل الرجوع إليه، فيجعل الحاصل بفعله - لاختصاصه به - متعلّق بحقه، كالمرهون في حقّ المرتهن.

[أو(1) نقول: هي مملوكة للمفلس مرهونة بحقّ الأجير، و معلومٌ أنّ الرهن إذا زادت قيمته علي الدّين لا يأخذ المرتهن منه إلا قدر الدّين، و إذا نقصت، لا يتأدي به جميع الدّين(2).

و لو قال الغرماء للقصار: خُذ أجرتك و دَعْنَا نكن شركاء صاحب الثوب، هل يُجبر عليه؟

قال بعض الشافعيّة: يُجبر(3). و هو موافق أنّ القصار مرهونة بحقه؛ إذ ليس للمرتهن التمسك بعين المرهون إذا أُدي حقه.

و قال بعضهم: لا يُجبر؛ قياساً علي البائع إذا قدّمه الغرماء بالثمن(4).

و هذا القائل كأنه يُعطي القصار حكم الأعيان من كلّ وجه.

و لو كانت قيمة الثوب عشرةً فاستأجر صبّاغاً فصبغه بصبغٍ قيمته درهمٌ و صارت قيمته مصبوغاً خمسةً عشر، فالأربعة الزائدة علي القيمتين إن حصلت بصفة الصبغ فهي للمفلس.

و قال الشافعي: هذه الزيادة حصلت بصفة الصبغ، فيعود فيها القولان في أنّها أثر أو عين؟ فإذا رجع كلّ واحدٍ من الصبّاغ و البائع إلي ماله، بيع بخمسة عشر، و قُسمت علي أحد عشر، إن جعلناها أثراً، فللبائع(5) عشرة،

(1) بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «و». و الصحيح ما أثبتناه من المصدر.

(2-4) العزيز شرح الوجيز 5:64.

(5) في النسخ الخطيّة و الحجرية: «للبائع». و الظاهر ما أثبتناه.

و للصبّاغ واحد؛ لأنّ الزيادة تابعة لمالَيْهما. وإن جعلناها عيناً، فعشرة منها للبائع و درهمٌ للصبّاغ، و أربعة للمفلس يأخذها الغرماء(1).

و لو بيع بثلاثين؛ لارتفاع السوق، أو للظفر براغب، قال بعض الشافعيّة: للبائع عشرون، و للصبّاغ درهمان و للمفلس ثمانية(2).

و قال بعضهم: يُقسّم الجميع علي أحد عشر، عشرة للبائع، و واحد للصبّاغ، و لا شيء للمشتري(3).

فالأوّل بناء علي أنّها عين، و الثاني علي أنّها أثر.

و كذا لو اشتري ثوباً قيمته عشرة و استأجر علي قصارته بدرهم و صارت قيمته مقصوراً خمسة عشر ثمّ بيع بثلاثين، قال بعض الشافعيّة - بناءً علي قول العين - : إنّهُ يتضاعف حقّ كلّ منهم، كما في الصبغ(4).

و قال الجويني: ينبغي أن يكون للبائع عشرون، و للمفلس تسعة، و للقصار درهم كما كان، و لا يضعف حقّه؛ لأنّ القصار غير مستحقّة للقصار، و إنّما هي مرهونة عنده بحقه(5).

مسألة 379: لو أخفي المديون بعضَ ماله و قصر الظاهر عن الديون فحجر الحاكم عليه

و رجع أصحاب الأعيان إليها و قسّم الحاكم الباقي بين الغرماء ثمّ ظهر فعله لم ينقص شيء من ذلك، فإنّ للقاضي أن يبيع أموال الممتنع المماطل، و صرف الثمن في ديونه.

و الرجوع إلي عين المال بامتناع المشتري [من] (6) أداء الثمن مختلف

(1 و 2) العزيز شرح الوجيز 5:64، روضة الطالبين 3:406.

(3) العزيز شرح الوجيز 5:64-65، روضة الطالبين 3:406.

(4 و 5) العزيز شرح الوجيز 5:65، روضة الطالبين 3:406.

(6) بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «و». و الصحيح ما أثبتناه كما في المصدر.

فيه، فإذا اتَّصل به حكم الحاكم، نفذ(1)، قاله بعض الشافعية(2).

و توقّف فيه بعضٌ؛ لأنّ القاضي ربما لا يعتقد جواز الرجوع بالامتناع، فكيف يجعل حكمه بناءً علي ظنّ آخر حكماً بالرجوع بالامتناع؟! (3)

و كلّ مَنْ له الفسخ بالإفلاس لو ترك الفسخ علي مال، لم يثبت المال.

و هل يبطل حقّه من الفسخ إن كان جاهلاً بجوازه، الأقرب: عدم البطلان.

و للشافعي فيه قولان كما في الردّ بالعيب(4).

البحث الخامس: في اللواحق.

مسألة 380: الأقرب عندي أنّ العين لو زادت قيمتها لزيادة السعر، لم يكن للبائع الرجوع فيها؛

لأنّ الأصل عدم الجواز، تُرك في محلّ النصّ، وهو وجدان العين بعينها مع مساواة القيمة الثمن أو نقصها عنه؛ للإجماع من مجوّزيه، فبقي الباقي علي الأصل؛ لما في مخالفته من الضرر الحاصل للمفلس والغرماء، فيكون منقياً.

و كذا لو اشترى سلعة بدون ثمن المثل، لم يكن للبائع الرجوع؛ لما فيه من الإضرار به بترك المسامحة التي فعّلها البائع معه أولاً. و لو نقصت قيمتها؛ لنقص السوق، لم يُمنع من أخذ عينه.

مسألة 381: لو أقرّ الغرماء بأنّ المفلس أعتق عبداً قبل فلسه،

فأنكر

(1) في النسخ الخطية والحجرية بدل «نفذ»: «فقد». وذلك تصحيف.

(2-4) العزيز شرح الوجيز 5:65، روضة الطالبين 3:407.

ص: 168

المفلس ذلك، فإن شهد منهم عدلان، قُبِل، وإلا لم يُقبل قولهم. فإن دفع العبد إليهم، وجب عليهم قبوله، أو إبراء ذمته من قدر ثمنه، فإذا قبضوه، عتق عليهم.

ولو أقرّوا بأنه أعتق عبده بعد فلسه، فإن منعنا من عتق المفلس، فلا أثر لإقرارهم.

وإن جوّزناه، فهو كإقرارهم بعتقه قبل فلسه، فإن حكم الحاكم بصحّته أو فساده، نفذ حكمه علي كلّ حال؛ لأنه فعلٌ مجتهد فيه، فيلزم ما حكم به الحاكم، ولا يجوز نقضه ولا تغييره.

ولو أقرّ المفلس بعتق بعض عبده، فإن سوّغنا عتق المفلس، صحّ إقراره به، وعتق؛ لأنّ مَنْ ملك شيئاً ملك الإقرار به، لأنّ الإقرار بالعتق يحصل به العتق، فكأنّه أعتقه في الحال.

وإن قلنا: لا يصحّ عتقه، لم يُقبل إقراره، وكان علي الغرماء اليمين أنّهم لا يعلمون عتقه.

وكلّ موضع قلنا: علي الغرماء اليمين، فإنّها علي جميعهم، فإن حلفوا، أخذوا. وإن نكلوا، قضى للمدّعي مع اليمين. وإن حلف بعض دون بعض، أخذ الحالف نصيبه، وحكم الناكل ما تقدّم.

ولو أقرّ المفلس أنّه أعتق عبده منذ شهر، وكان بيد العبد كسبٌ اكتسبه بعد ذلك؛ فأنكر الغرماء، فإن قلنا: لا يُقبل إقراره، حلف الغرماء علي نفي العلم، وأخذوا العبد والكسب.

وإن قلنا: يُقبل إقراره مطلقاً، قُبِل في العتق والكسب، ولم يكن للغرماء عليه ولا علي كسبه سبيل.

وإن قلنا: يُقبل في العتق خاصّةً وأنّه يُقبل عتقه، قُبِل في العتق؛

لصحة منه، ولبناؤه علي التغليب و السراية، و لا يُقبل في المال؛ لعدم ذلك فيه، و لأننا نزلنا إقراره بالعتق منزلة إعتاقه في الحال، فلا تثبت له الحرّية فيما مضى، فيكون كسبه لسيّده، كما لو أقرّ بعد ثمّ أقرّ له بعين في يده.

مسألة 382: إذا قبض البائع الثمن و أفلس المشتري ثمّ وجد البائع بالثمن عيباً، كان له الردّ بالعيب، و الرجوع في العين.

و يُحتمل أن يضرب مع الغرماء بالثمن؛ لأنّ استحقاقه للعين متأخّر عن الحجر؛ لأنّه إنّما يستحقّ العين بالرجوع و الردّ، لا بمجرد العيب. و لو قبض البائع بعض الثمن و السلعة قائمة و فُلس المشتري، لم يسقط حقّه من الرجوع، بل يرجع في قدر ما بقي من الثمن؛ لأنّه سبب تُرجع به العين كلّها إلي العاقد، فجاز أن يرجع به بعضها، و هو القول الجديد للشافعي.

و قال في القديم: إذا قبض من الثمن شيئاً، سقط حقّه من الرجوع، و ضارب بالباقي مع الغرماء - و به قال أحمد و إسحاق - لما رواه أبو هريرة عن النبيّ صلي الله عليه و آله أنّه قال: «أيما رجل باع سلعته فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس و لم يكن قد قبض من ثمنها شيئاً فهي له، و إن كان قد قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء»(1).

و لأنّ [في] (2) الرجوع في قسط ما بقي تبعض الصفقة علي المشتري و إضراراً به(3)، و ليس ذلك للبائع.

لا يقال: لا ضرر علي المفلس في ذلك؛ لأنّ ماله يباع و لا يبقى له،

(1) سنن ابن ماجه 2:2359/790، سنن الدارقطني 3:29-109/30.

(2) ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

(3) في النسخ الخطيّة و الحجرية: «بعض... إضرار به». و الصحيح ما أثبتناه.

فيزول عنه الضرر.

لأننا نقول: لا يندفع الضرر بالبيع، فإن قيمته تنقص بالتشقيص، ولا يرغب فيه مشقّصاً إلا البعض، فيتضرّر المفلس والغرماء بنقص القيمة.

ولأنه سبب يفسخ به البيع، فلم يجز تشقيصه، كالردّ بالعيب والخيار.

ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحدة أو عينين (1).

وقال مالك: هو مخير إن شاء ردّ ما قبضه، ورجع في جميع العين.

وإن شاء حاصّ الغرماء، ولم يرجع (2).

ولا بأس بقول أحمد عندي؛ لما فيه من التضرّر بالتشقيص.

مسألة 383: لو باعه سلعةً فرهنها المشتري قبل إيفاء الثمن ثم أفلس المشتري، لم يكن للبائع الرجوع في العين؛

إشارة

لسبق حقّ المرتهن إجماعاً، وقد سلف (3).

فإن كان دَيْن المرتهن دون قيمة الرهن فبيع كلّه فقضي منه دَيْن المرتهن، كان الباقي للغرماء.

وإن بيع بعضه، فهل يختصّ البائع بالباقي بقسطه من الثمن؟ الأقوي عندي ذلك - وبه قال الشافعي (4) - لأنه عين ماله لم يتعلّق به حقّ غيره.

وقال أحمد: لا يختصّ به البائع؛ لأنه لم يجد متاعه بعينه، فلم يكن له أخذه، كما لو كان (5) الدّين مستغرقاً (6)

(1) العزيز شرح الوجيز 44:5، روضة الطالبين 392:3، المغني 518:4، الشرح الكبير 4:509-510.

(2) بداية المجتهد 288:2، المغني 518:4، الشرح الكبير 4:510.

(3) في ص 107، المسألة 349.

(4) المغني 4:519، الشرح الكبير 4:514.

(5) في النسخ الخطيّة والحجريّة: «لو لم يكن» بدل «لو كان». والصحيح ما أثبتناه كما في المغني.

(6) المغني 4:519، الشرح الكبير 4:514.

و هو غلط؛ فإنَّ بعض حقه يكون حقاً له.

والأصل فيه أنَّ تلف بعض العين لا يسقط حق الرجوع عندنا - خلافاً له (1) - فكذا ذهب بعضها بالبيع.

ولو رهن بعض العين، كان له الرجوع في الباقي بالقسط.

و مَنع منه أحمد؛ لما فيه من الشقيص، وهو يقتضي الضرر (2).

وليس بجيد؛ لأنَّ التشقيص حصل من المفلس برهن البعض، لا من البائع.

أمَّا لو باع عينين فرهن إحداهما (3)، فإنَّه يرجع في العين الأخرى عندنا وعند أحمد في إحدى الروايتين، ولا يرجع في الأخرى (4).

ولو فكَّ الرهن أو أبرئ المفلس من دينه، فللبائع الرجوع؛ لأنَّه أدرك متاعه بعينه عند المشتري.

ولا فرق بين أن يفلس المشتري بعد فكَّ الرهن أو قبله.

تذنيب: لو رهنه المشتري عند البائع علي الثمن ثم أفلس المشتري، تخير البائع بين فسخ البيع للإفلاس،

فيأخذ العين، وبين إمضاء البيع، فيقدم (5) حقه، فإن فضل عن الثمن شيء، كان للغرماء.

وإن كان رهنًا عنده علي دين غير الثمن، تخير في فسخ البيع والرهن، فيأخذ عين ماله ويضرب بالدين مع باقي الغرماء، وبين إمضاء

(1) المغني 4:519-520، الشرح الكبير 4:514.

(2) المغني 4:520، الشرح الكبير 4:514.

(3) في النسخ الخطيَّة والحجريَّة: «أحدهما». والصحيح ما أثبت.

(4) المغني 4:520، الشرح الكبير 4:514.

(5) في الطبعة الحجريَّة: «فقدم».

البيع والاختصاص في العين المرهونة بقدر الدين، ثم يشارك الغرماء في الفاضل من العين، و يضارب بالثمن.

و هل له فسخ البيع فيما قابل الزائد عن الرهن بقدره من الثمن ؟ الأقرب ذلك.

مسألة 384: لو باع عبداً فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته، فللبائع الرجوع؛

لأنه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه، فلم يمنع الرجوع، كالدين في ذمته، وهو إحدى الروايتين عن أحمد.

والثانية: أنه ليس للبائع الرجوع؛ لأن تعلق الرهن يمنع الرجوع، و أرش الجناية مقدم علي حق المرتهن، فهو أولي أن يمنع (1).

والفرق بينه وبين الرهن ظاهر؛ فإن الرهن يمنع تصرف المشتري فيه.

فعلي قوله بعدم الرجوع فحكمه حكم الرهن. و علي قولنا بالرجوع تخير إن شاء رجع فيه ناقصاً بأرش الجناية، وإن شاء ضرب بثمانه مع الغرماء.

وإن أبرئ الغريم من الجناية، فللبائع الرجوع فيه عندنا و عنده (2)؛ لأنه قد وجد عين ماله خالياً من تعلق حق غيره به.

مسألة 385: لو كان المبيع شقصاً مشفوعاً، فالشفيح أحق من البائع إذا أفلس المشتري؛

لأن حقه أسبق؛ لأن حق البائع يثبت بالحجر، و حق الشفيح بالبيع، و الثاني أسبق. و لأن حقه أكد؛ لأنه يأخذ الشقص من المشتري و ممن نقله إليه، و حق البائع إنما يتعلق بالعين ما دامت في يد

(1 و 2) المغني 4:520، الشرح الكبير 4:515.

ص: 173

المشتري، وهو أحد وجهي الشافعية.

والثاني: أن البائع أحق؛ للخبر. ولأنه إذا رجع فيه، عاد الشقص إليه، فزال الضرر عن الشفيع؛ لأنه عاد كما كان قبل البيع، ولم تتجدد شركة غيره(1).

وهذان الوجهان للحنابلة(2) أيضاً.

وللشافعية وجه ثالث: أن الثمن يؤخذ من الشفيع، فيختص به البائع؛ جمعاً بين الحقين، فإن غرض الشفيع [في](3) عين الشقص المشفوع، وغرض البائع في ثمنه، ويحصل الغرضان بما قلناه(4).

ويشكل بأن حق البائع إنما يثبت في العين، فإذا صار الأمر إلي وجوب الثمن، تعلق بدمته، فساوي الغرماء فيه.

وللحنابلة وجه ثالث غير ما ذكره من الوجهين، وهو أن الشفيع إن كان قد طالب بالشفعة، فهو أحق؛ لأن حقه أكد وقد تأكد بالمطالبة. وإن لم يكن طالب بها، فالبايع أولي(5).

مسألة 386: لو باع صيداً فأفلس المشتري و كان البائع حلالاً في الحرم و الصيد في الحل، فللبائع الرجوع فيه؛

لأن الحرم إنما يحرم الصيد الذي فيه، وهذا ليس من صيده فلا يحرمه.

ولو أفلس المُحرم وفي ملكه صيد و كان البائع حلالاً، كان له أخذه؛

(1) الحاوي الكبير 6:272، المهذب - للشيرازي - 1:330، حلية العلماء 4:499، المغني 4:522، الشرح الكبير 4:515.

(2) المغني 4:522، الشرح الكبير 4:514.

(3) ما بين المعقوفين أضفناه من المغني و الشرح الكبير لأجل السياق.

(4) نفس المصادر في الهامش (1).

(5) المغني 4:522، الشرح الكبير 4:514-515.

مسألة 387: لو اشترى طعاماً نسيئاً و نظر إليه و قلبه و قال: أقبضه غداً، فمات البائع و عليه دينٌ، فالطعام للمشتري،

و يتبعه الغرماء بالثمن وإن كان رخيصاً - و به قال الثوري و أحمد و إسحاق (1) - لأن الملك يثبت للمشتري فيه بالشراء، و قد زال ملك البائع عنه، فلم يشارك الغرماء المشتري فيه، كما لو قبضه.

مسألة 388: رجوع البائع في المبيع فسخٌ للبيع لا يقتدر إلي شروط البيع،

فيجوز الرجوع مع عدم المعرفة بالمبيع و مع عدم القدرة عليه و مع اشتباهه بغيره، فلو كان المبيع غائباً و أفلس المشتري، كان للبائع فسخ البيع، و يملك المبيع، سواء مضت مدة يتغير فيها المبيع قطعاً أو لا.

ثم إن وجده البائع علي حاله لم يتلف منه شيء، صحّ رجوعه.

و إن تلف منه شيء، فكذلك عندنا، و عند أحمد يبطل رجوعه؛ لفوات شرط الرجوع عنده (2).

و لو رجع في العبد بعد إياقه و في الجمل بعد شروده، صحّ، و صار ذلك له، فإن قدر عليه، أخذه، و إن تلف، كان من ماله.

و لو ظهر أنه كان تالفاً حال الاسترجاع، بطل الرجوع، و كان له أن يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله.

و لو رجع في المبيع و اشتبه بغيره، فقال البائع: هذا هو المبيع، و قال المفلس: بل هذا، فالقول قول المفلس؛ لأنه منكر لاستحقاق ما ادّعاه البائع، و الأصل معه، و الغرماء كالمفلس.

(1) المغني 4:523، الشرح الكبير 4:534.

(2) المغني 4:498 و 499، الشرح الكبير 4:511 و 512.

مسألة 389: لو كان عليه ديون حالة و مؤجلة، فقد قلنا: إن المؤجلة لا تحل بالحجر عليه،

فإذا كانت أمواله تقصر عن الحالة فطلبوا القسمة، فُسِّم ماله عليها خاصةً، فإن تأخرت القسمة حتى حلت المؤجلة، شارك الغرماء، كما لو تجدد علي المفلس دينٌ بجنايةٍ.

و لو حلَّ الدين بعد قسمة بعض المال، شاركهم في الباقي، و ضرب بجميع ماله، و ضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم. و لو مات و عليه دينٌ مؤجلٌ، حلَّ أجل الدين عليه. و سيأتي إن شاء الله تعالى.

مسألة 390: قد ذكرنا أن المفلس محجور عليه في التصرفات المالية،

فلو أعتق بعض عبده، لم ينفذ عتقه - و به قال مالك و ابن أبي ليلى و الشافعي و أحمد في إحدَي الروايتين (1) - لأنه تبرع، و هو ممنوع منه بحق الغرماء، فلم ينفذ عتقه، كالمريض المستغرق دينه ماله. و لأنه محجور عليه، فلم ينفذ عتقه، كالسفيه.

و قال أبو يوسف و أحمد - في الرواية الأخرى - و إسحاق: إنه ينفذ عتقه؛ لأنه مالك رشيد، فينفذ، كما قبل الحجر، بخلاف سائر التصرفات؛ لأنَّ للعتق تغليباً و سريةً (2).

و الفرق بين ما بعد الحجر و قبله ظاهر؛ لتعلق حقَّ الغرماء في الثاني، دون الأول، و تعلق حقَّ الغير يمنع من نفوذ العتق، كالرهن، و السراية من شرطها الإيسار حتى يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه و لا يتضرر، و لو كان معسراً، لم ينفذ عتقه، إلا في ملكه؛ صيانةً لحقَّ الغير و حفظاً له عن الضياع، فكذا هنا.

(1 و 2) المغني 4:531، الشرح الكبير 4:502.

ص: 176

مسألة 391: لو جني المفلس بعد الحجر جنائياً أوجبت مالاً، شارك المجني عليه الغرماء؛

لأنَّ حقَّ المجنيِّ عليه ثبت (1) بغير اختياره.

ولو كانت الجنائية موجبةً للقصاص فعفا صاحبها عنها إلي مالٍ، أو صالحه المفلس علي مالٍ، قال أحمد: شارك الغرماء؛ لأنَّ سببه يثبت بغير اختياره، فأشبهه ما لو أوجبت المال (2).

ويحتمل عندي أنه لا يشارك؛ لأنَّ الجنائية موجبةُ القصاص، وإثماً يثبت المال صلحاً، وهو متأخر عن الحجر، فلا يشارك الغرماء، كما لو استدان بعد الحجر.

لا يقال: لِمَ لا قُدِّم حقَّ المجنيِّ عليه علي سائر الغرماء، كما لو جني عبد المفلس، فإنَّ حقَّ المجنيِّ عليه مقدّم هنا؟

لأنَّ نقول: الفرق ظاهر؛ فإنَّ المجنيِّ عليه في صورة العبد تعلقَ حقُّه بعين العبد، وهنا تعلقَ حقُّه بالذمة، فكان كغيره من الغرماء.

مسألة 392: قد بينّا أنه لا يجوز أن يباع علي المفلس مسكنه و لا خادمه إن كان من أهله،

سواء كان المسكن و الخادم - اللذان لا يستغني عنهما - عين مال بعض الغرماء أو كان جميع أمواله أعيان أموالِ أفلس بأثمانها، ووجدها أصحابها، أو لا.

وقال أحمد: إن كان المسكن و الخادم عين مال بعض الغرماء، كان له أخذهما؛ لقوله عليه السلام: «مَنْ أدرك متاعه عند رجل بعينه قد أفلس فهو أحقُّ به» (3)

(1) في «ث» و الطبعة الحجرية: «يثبت».

(2) المغني 4:532، الشرح الكبير 4:502-503.

(3) تقدّم تخريجه في ص 92، الهامش (1).

ص: 177

ولأنَّ حقَّه تعلَّق بالعين، فكان أقوى سبباً من المفلس. ولأنَّ منعهم من أخذ أعيان أموالهم يفتح باب الحيل بأن يشتري مَنْ لا مال له في ذمته ثياباً يلبسها وداراً يسكنها وخداماً يخدمه ورساً يركبها وطعاماً له ولعِياله ويمتنع علي أربابها أخذها؛ لتعلَّق حاجته بها، فتضيع أموالهم، ويستغني هو [بها](1)(2).

و الحديث ليس علي إطلاقه؛ لأنَّه مشروط - إجماعاً - بشرائط مذكورة، فخرج عن الاحتجاج به في صورة النزاع؛ لأنَّ شرط الأخذ عندنا أن لا يكون ممَّا يحتاج إليه المفلس في ضروريات معاشه، وعموم الأخبار الدالَّة علي المنع من بيع المسكن، وقد ذكرنا بعضها في باب الدَّين (3)، و حقَّ المفلس تعلَّق أيضاً بالعين حيث لا سواها، والتفريط في الحيل المذكورة من البائع، لا من المفلس.

ولو كان للمفلس صنعة تكفيه لمؤنته و ما يجب عليه لعِياله، أو كان يقدر علي تكسب ذلك، لم يُترك له شيء. وإن لم يكن له شيء من ذلك، تُرك له قوت يوم القسمة و ما قبله من يوم الحجر، و لا يُترك له أزيد من ذلك، وهو إحدى الروايتين عن أحمد. وفي الثانية: يُترك له ما يقوم به معاشه (4).

و ليس بجيّد.

إذا عرفت هذا، فينبغي أن يُترك له النفقة إلي يوم القسمة و يوم

(1) ما بين المعقوفين من المصدر.

(2) المغني 4:538، الشرح الكبير 4:537.

(3) راجع ج 13، ص 14، المسألة 11، و ص 16، المسألة 13.

(4) المغني 4:538، الشرح الكبير 4:539.

ص: 178

القسمة أيضاً، و يجعل ذلك ممّا لا يتعلّق به حقّ بعضهم؛ لأنّ مَنْ تعلّق حقّه بالعين أقوى سبباً من غيره.

ولو تعلّقت حقوق الجميع بالأعيان، قُسط بينهم بالنسبة.

مسألة 393: لا يجب علي المفلس التكبّ، و قد تقدّم

(1)، فلا- يُجبر علي قبول هديّة و لا- صدقة و لا وصيّة و لا قرض، و لا تُجبر المرأة علي أخذ مهرها من الزوج؛ لما في ذلك من المنة و التضرّر لو قهرت الزوج علي أخذ المهر إن خافت من ذلك، و إلاّ أخذ منه، و لا تُجبر علي النكاح لتأخذ مهرها؛ لما في النكاح من وجوب حقوقٍ عليها.

مسألة 394: لو اشترى حبّاً فزرعه و اشترى ماءً فسقاه فبنت ثمّ أفلس

فإنّهما (2) يضربان بثمرن الحبّ و الماء مع الغرماء، و لا يرجعان في الزرع؛ لأنّ عين مالهما غير موجودة فيه، كما لو اشترى طعاماً فأطعمه عبده حتي كبر، فإنّه لا حقّ له في العين، و لأنّ نصيب الماء منه غير معلوم لأحدٍ من الناس.

و كذا لو اشترى بيضةً و تركها تحت دجاجة حتي صارت فرخاً ثمّ أعسر، لم يرجع بائع البيضة في الفرخ؛ لأنّ عينها غير موجودة.

و للشافعي وجهان (3).

مسألة 395: إذا باع أمين الحاكم عيناً للمفلس، فتلف الثمن في يده

(1) في ص 60، المسألة 309.

(2) أي: بائعا الحبّ و الماء.

(3) الحاوي الكبير 6:282 و 283، الوسيط 4:27-28، حلية العلماء 4:503، التهذيب - للبعوي - 4:94، العزيز شرح الوجيز 5:46-

47، روضة الطالبين 3:394.

ص: 179

بغير تقريبٍ ثمَّ ظهر أنَّ العينَ مستحقَّةٌ، رجع (1) بالدركِ علي المفلِس؛ لأنَّها بيِّعت عليه.

ونقل المِزني عن الشافعي أنَّ المشتري يأخذ الثمن من مال المفلِس (2).

وروي غيره أنَّه يضرب بالثمن مع الغرماء (3).

واختلف أصحابه علي طريقتين، منهم مَنْ قال: علي قولين، و منهم مَنْ قال: علي اختلاف حالين (4).

و الوكيل و الوليُّ كالأب و الجدُّ و أمين الحاكم إذا باعوا مال غيرهم ثمَّ استحقَّ المال علي المشتري، كانت العهدة علي مَنْ يبيع عليه.

وقد تقدَّم الكلام علي ذلك في الرهن، فإنَّ أبا حنيفة يقول: علي الوكيل، بخلاف الأب و الجدِّ، وقد سبق (5).

و إذا جني عبد المفلِس، تعلَّق الأرش برقبته، و كان ذلك مقدِّماً علي حقوق الغرماء؛ لأنَّ الجناية لا محلَّ لها سوي رقبة الجاني، و ديون الغرماء متعلِّقة بدمَّة المفلِس، فيقدِّم الحقَّ المختصَّ بالعين، كما يُقدِّم حقَّ الجناية علي حقَّ الرهن.

إذا ثبت هذا، فإنَّه يُباع العبد في الجناية، فإن كان وفق الجناية، فلا بحث. و إن زادت قيمته، رُدَّ الباقي إلي الغرماء. و إن كانت أقلَّ،

(1) في النسخ الخطيَّة: «يرجع».

(2) و (3) الحاوي الكبير 6:330، المهذَّب - للشيرازي - 1:329، العزيز شرح الوجيز 5:21.

(4) الحاوي الكبير 6:330-331، المهذَّب - للشيرازي - 1:329، العزيز شرح الوجيز 5:21.

(5) في ج 13، ص 277 و 278، المسألة 190.

ص: 180

لم يثبت للمجنّي عليه سوي ذلك.

مسألة 396: قد بينّا أنّه إذا ظهر غريمٌ آخر، نقض الحاكم القسمة، أو يرجع علي كلّ واحدٍ بحصّةٍ يقتضيها الحساب.

ومع نقض القسمة لو كان قد حصل نماء متجدّد بعد القسمة هل يتشارك الغرماء فيه ؟ الأقرب: ذلك؛ لظهور بطلان القسمة.

وكذا لو قُسمت التركة ثمّ ظهر بطلان القسمة و حصل النماء.

أمّا لو ظهر دَيْنٌ علي الميّت و أبطلت القسمة، فإن قلنا: النماء للوارث، فلا بحث، وإلاّ تبع التركة.

ولو تلف المال بعد القبض، ففي احتسابه علي الغرماء إشكال.

ص: 181

الحجر في اللغة: المنع و التصنيق. و منه سُمِّي الحرام حَجْرًا؛ لما فيه من المنع.

قال الله تعالى: «يَوْمَ يَرُونَ الْمَلَائِكَةَ لَا بُشْرَى يَوْمَئِذٍ لِلْمُجْرِمِينَ وَيَقُولُونَ حَجْرًا مَّحْجُورًا» (1) أي حراماً محرماً.

و سُمِّي العقل حَجْرًا؛ لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبائح و ما يضرّ عاقبته، قال الله تعالى: «هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ» (2).

و اعلم أنّ المحجور عليه نوعان:

أحدهما: مَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لمصلحة الغير.

و الثاني: مَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لمصلحة نفسه.

و أقسام الأول خمسة:

أ: حجر المفلس لحقّ الغرماء.

ب: حجر الراهن لحقّ المرتهن.

ج: حجر المريض لحقّ الورثة.

د: حجر العبد لحقّ السيّد، و المكاتب لحقّ السيّد و حقّ الله تعالى.

ه: حجر المرتدّ لحقّ المسلمين.

و هذه الأقسام خاصّة لا تعمّ جميع التصرفات، بل يصحّ منهم [الإقرار

ص: 183

1- الفرقان: 22.

2- الفجر: 5.

بالعقوبات[1] وكثير من التصرفات، ولها أبواب مختصة بها.

وأقسام الثاني ثلاثة:

أ: حجر المجنون.

ب: حجر الصبي.

ج: حجر السفية.

والمذكور في هذا المقصد ثلاثة: الصغير، والمجنون، والسفيه.

والحجر علي هؤلاء عام؛ لأنهم يُمنعون من التصرف في أموالهم ودممهم، فهنا فصول:ه.

ص: 184

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجيرية: «العقوبات». والظاهر ما أثبتناه.

إشارة

و هو محجور عليه بالنصّ و الإجماع - سواء كان مميّزاً أو لا - في جميع التصرفات، إلا ما يستثنى، كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدييره و وصيته و إيصاله الهدية و إذنه في دخول الدار علي خلاف في ذلك.

قال الله تعالى: «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (1) شرط في تصرفهم الرشد و البلوغ، و عبّر عن البلوغ بالنكاح؛ لأنّه يشتهي بالبلوغ.

و قال الله تعالى: «فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلِّ لِوَلِيِّهِ بِالْعَدْلِ» (2).

قيل: السفية: المبدّر. و الضعيف: الصبي؛ لأنّ العرب تُسمّي كلّ قليل العقل ضعيفاً. و الذي لا يستطيع أن يملّ: المغلوب علي عقله (3).

مسألة 397: الحجر بالصبا يزول بزوال الصبا، و هو البلوغ. و له أسباب:

منها: ما هو مشترك بين الذكور و الإناث.

و منها ما هو مختصّ بالنساء.

ص: 185

1- النساء: 6.

2- البقرة: 282.

3- الحاوي الكبير 6: 340-341، التهذيب - للبعوي - 4: 125، و كما في العزيز شرح الوجيز 5: 67.

أمّا المشترك: فثلاثة: الإنبات للشعر، والاحتلام، والسنن.

والمختصّ أمران: الحيض، والحبل. وهما للنساء خاصّة.

فهنا مباحث:

البحث الأوّل: الإنبات.

إشارة

و الإنبات مختصّ بشعر العانة الخشن، و لا اعتبار بالزغب(1) و الشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر، بل بالخشن الذي يحتاج في إزالته إلي الحلق حول ذكر الرجل أو فرج المرأة.

و نبات هذا الشعر الخشن يقتضي الحكم بالبلوغ.

و الأقرب: أنّه دلالة علي البلوغ؛ فإنّا نعلم سبق البلوغ عليه؛ لحصوله علي التدرّج.

و للشافعي قولان:

أحدهما: أنّه بلوغ.

و الثاني: أنّه دليل علي البلوغ(2).

و قال أبو حنيفة: الإنبات ليس بلوغاً و لا دليلاً عليه؛ لأنّه إنبات شعر، فأشبهه شعر الرأس و سائر البدن(3).

و الفرق ظاهر؛ فإنّ التجربة قاضية بأنّ هذا الشعر لا ينبت إلاّ بعد البلوغ، بخلاف غيره من الشعور التي في البدن و الرأس.

ص: 186

1- الزغب: أوّل ما يبدو من شعر الصبي. لسان العرب 1:450 «زغب».

2- الحاوي الكبير 6:343، التنبيه: 103، المهذب - للشيرازي - 1:337-338، حلية العلماء 4:533، التهذيب - للبخاري - 4:133، العزيز شرح الوجيز 5:70، روضة الطالبين 3:412، المغني 4:556، الشرح الكبير 4:557.

3- الحاوي الكبير 6:343، حلية العلماء 4:533، العزيز شرح الوجيز 5:69، المغني 4:556، الشرح الكبير 4:557.

ولما روي العامة أنّ سعد بن معاذ حكم علي بن قريظة بقتل مقاتلتهم وسبي ذراريهم، فكان يكشف عن مؤثر المراهقين، فمن أنبت منهم قُتل، و من لم ينبت جُعل في الذراري(1).

وعن عطية القرظي قال: عُرضنا علي رسول الله صلي الله عليه وآله يوم قريظة وكان من أنبت قُتل، و من لم ينبت حُلي سبيله، فكنت في من لم ينبت، فحلي سبيلي(2).

ومن طريق الخاصة: ما رواه حفص بن البختری(3) عن الصادق عن الباقر عليهما السلام، قال: قال: «[إنّ(4) رسول الله صلي الله عليه وآله عرضهم يومئذ علي(5) العانات، فمن وجدته أنبت قتله، و من لم يجده أنبت أحقه بالذراري(6)].»

ولأنه خارج ملازم للبلوغ غالباً، ويستوي فيه الذكر والأنثى، فكان علماً علي البلوغ. ولأنّ الخارج ضربان: متّصل و منفصل، فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ، كذا المتّصل.

مسألة 398: نبات هذا الشعر دليل علي البلوغ في حقّ المسلمين و الكفار،

عند علمائنا أجمع - و به قال مالك و أحمد و الشافعي في أحد القولين(7) - لأنّ ما كان علماً علي البلوغ في حقّ المشركين كان علماً في

ص: 187

1- العزيز شرح الوجيز 5:69، المغني 4:556، الشرح الكبير 4:557.

2- سنن ابن ماجه 2:2541/849، سنن أبي داود 4:4404/141، سنن البيهقي 6:58، مسند أحمد 5:18928/519، العزيز شرح الوجيز 5:69-70.

3- في المصدر: «أبو البختری» بدل «حفص بن البختری».

4- ما بين المعقوفين من المصدر.

5- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «عن» بدل «علي». و الصحيح ما أثبتناه من المصدر.

6- التهذيب 6:339/173.

7- المعونة 2:1174، المغني 4:556، الشرح الكبير 4:557، الحاوي الكبير 6:344، المهذب - للشيرازي - 1:338، حلية العلماء 4:533، التهذيب - للبخوي - 4:134، العزيز شرح الوجيز 5:70.

حقّ المسلمين، كالحمل.

وفي الثاني: أنّه لا يكون علماً علي البلوغ في المسلمين، ويكون دليلاً في حقّ الكفّار.

هذا إذا قال: أنّه دليل علي البلوغ، وإن قال: أنّه بلوغ، كان بلوغاً في حقّ المسلمين و الكفّار(1).

ووجه أنّه بلوغٌ حقيقةً: قياسه علي سائر الأسباب.

ووجه أنّه دليلٌ عليه - وهو أظهر القولين عندنا -: أنّ البلوغ غير مكتسب، والإنبات شيء يُستعجل بالمعالجة.

وإنّما فرّق بين المسلمين و الكفّار إذا قلنا: أنّه دليل علي البلوغ بأن جعله دليلاً في حقّ الكفّار خاصّةً؛ لأنّه يمكن الرجوع إلي المسلمين في معرفة البلوغ، و مراجعة الآباء من المسلمين و الاعتماد علي إخبارهم عن تواريخ المواليد سهل، بخلاف الكفّار، فإنّه لا اعتماد علي قولهم.

و لأنّ التهمة تلحق هذه العلامة في المسلمين، دون الكفّار - لأنّ المسلم يحصل له الكمال في الأحكام بذلك و استفادة الولايات - فربما استعجلوا بالمعالجة، بخلاف الكفّار، فإنّهم لا يتّهمون بمثله؛ لأنّهم حينئذٍ يقتلون، أو تُضرب عليهم الجزية، و التهمة بالاستعجال قد لا تحصل في المسلمين؛ لما روي أنّ غلاماً من الأنصار شبّب بامرأة في شعره، فُرُفِع إلي 4.

ص: 188

1- الحاوي الكبير 6:344، المهذّب - للشيرازي - 1:338، حلية العلماء 4:533، التهذيب - للبخاري - 4:134، العزيز شرح الوجيز 5:70، المغني 4:556، الشرح الكبير 4:557.

عمر بن الخطّاب، فلم يجده أنبت، فقال: لو أنبت الشعر لجلدتك (1).

مسألة 399: و لا اعتبار بشعر الإبط عندنا.

وللشافعي وجهان، هذا أصحهما؛ إذ لو كان معتبراً في البلوغ، لما كشفوا عن المؤتر؛ لحصول الغرض من غير كشف العورة.

والثاني: أنه نبات كنبات شعر العانة؛ لأنّ إنبات العانة يقع في أول تحريك الطبيعة في الشهوة، ونبات الإبط يتراخي عن البلوغ في الغالب، فكان أولي بالدلالة علي حصول البلوغ (2).

وأما نبات اللحية و الشارب فإنّه أيضاً لا أثر لهما في البلوغ، وهو أحد وجهي الشافعية.

والثاني: أنّهما يلحقان بشعر العانة (3).

وبعض الشافعية ألحق شعر الإبط بشعر العانة، ولم يلحق اللحية و الشارب بالعانة (2).

وأما ثقل الصوت و نهود الثدي و تنوء طرف الحلقوم و انفراق الأرنبة فلا أثر له، كما لا أثر لاختصار الشارب، وهو أحد قولي الشافعية (5).

والثاني: أنه ملحق بشعر العانة (6).

و لا بأس به عندي بناءً علي العادة القاضية بتأخر ذلك عن البلوغ.

ص: 189

1- المهذب - للشيرازي - 338:1، المغني 4:556-557، الشرح الكبير 4:557، العزيز شرح الوجيز 5:70، وفيها: «لحدتك» بدل «لجلدتك». ونحوه في سنن البيهقي 6:58. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5:70، روضة الطالبين 3:412.

2- التهذيب - للبخاري - 4:134، العزيز شرح الوجيز 5:70-71، روضة الطالبين 3:412. (5 و 6) العزيز شرح الوجيز 5:71، روضة الطالبين 3:413.

مسألة 400: الاحتلام - وهو خروج المنى، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد - بلوغ في الرجل والمرأة،

عند علمائنا أجمع، ولا نعلم فيه خلافاً في الذكر.

قال الله تعالى: «وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا» (1) وقال تعالى: «وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُم» (2).

وقال رسول الله صلي الله عليه وآله: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ - وَرَوِي: حَتَّى يَبْلُغَ الْحُلُمَ - وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَنْتَبَهَ» (3).

وقال عليه السلام لمعاذ: «خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَاراً» (4).

وقد أجمع العلماء كافة علي أنّ الفرائض والأحكام تجب علي المحتمل العاقل (5).

مسألة 401: ولا فرق في إفادة خروج المنى البلوغ بين الرجال والنساء كما في الشعر، عند عاقبة أهل العلم.

وللشافعي قول: إنّ خروج المنى من النساء لا يوجب بلوغهنّ؛ لأنّه نادر فيهنّ، ساقط العبرة (6).

ص: 190

1- النور: 59.

2- النور: 58.

3- سنن أبي داؤد 4: 140-141/4399-4403 بتفاوت يسير.

4- راجع الهامش (4) من ص 291 في ج 9 من هذا الكتاب.

5- كما في المغني والشرح الكبير 4: 556.

6- الوسيط 4: 40، العزيز شرح الوجيز 5: 69، روضة الطالبين 3: 412.

و علي هذا قال الجويني: الذي يتَّجه عندي أن لا يلزمها الغسل؛ لأنَّه لو لزم لكان حكماً بأنَّ الخارج مني، و الجمع بين الحكم بأنَّه مني و بين الحكم بأنَّه لا يحصل البلوغ به متناقض(1).

قال بعض الشافعيَّة: إن كان التناقض مأخوذاً من تعدُّر التكليف بالغسل مع القول بعدم البلوغ، فنحن لا نعني بلزوم الغسل سوي ما نعنيه بلزوم الوضوء علي الصبي إذا أحدث، فبالمعني الذي أطلقنا ذلك و لا تكليف نطلق هذا. و إن كان غير ذلك، فلا بدَّ من بيانه(2).

و علي هذا القول تصير أسباب البلوغ ثلاثة أقسام: قسم مشترك بين الرجال و النساء، و قسم مختصَّ بالنساء، و قسم مختصَّ بالرجال، و هو خروج المنِّي، لكن إطباق أكثر العلماء علي خلاف هذا(3).

قالت أمُّ سلمة: سألت النبيَّ صلي الله عليه و آله عن المرأة تري في منامها ما يري الرجل، فقال النبيَّ صلي الله عليه و آله: «إذا رأيت ذلك فلتغتسل»(4).

مسألة 402: الحلم هو خروج المنِّي من الذكر أو فُبل المرأة مطلقاً،

سواء كان بشهوة أو غير شهوة، و سواء كان بجماع أو غير جماع، و سواء كان في نوم أو يقظة.

و لا يختصَّ بالاحتلام، بل هو منوط بمطلق الخروج مع إمكانه باستكمال تسع سنين مطلقاً عند الشافعي(5)، و عندنا في المرأة خاصَّة،

ص: 191

1- العزيز شرح الوجيز 69:5، روضة الطالبين 412:3.

2- العزيز شرح الوجيز 69:5.

3- لاحظ العزيز شرح الوجيز 69:5، و المغني 556:4، و الشرح الكبير 555:4.

4- نقله الشيخ الطوسي - كما في المتن - في المبسوط 282:2. و في صحيح مسلم 311/250:1، و سنن البيهقي 169:1، و مسند أحمد 4/13598/197 عن أمِّ سليم.

5- العزيز شرح الوجيز 69:5، روضة الطالبين 412:3.

و لا عبرة بما ينفصل قبل ذلك.

وفيه للشافعية وجهان آخران ذكرهما الجويني:

أحدهما: أنّ إمكان الاحتلام يدخل بمضيّ ستة أشهر من السنة العاشرة.

و الثاني: أنّه يدخل بتمام العاشرة(1).

و هذه الوجوه عندهم كالوجوه في أقلّ سني الحيض، لكنّ العاشرة هنا بمثابة التاسعة هناك؛ لأنّ في النساء حدّة في الطبيعة و تسارعاً إلي الإدراك(2).

مسألة 403: الخشي المشكل إذا خرج المنى من أحد فرجيه، لم يُحكم ببلوغه؛

إشارة

لجواز أن يكون الذي خرج منه المنى خلقةً زائدة.

وإن خرج المنى من الفرجين جميعاً، حُكم ببلوغه.

وإن خرج الدم من فرج النساء، و المنى من الذكر، حُكم ببلوغه؛ لأنّه إن كان رجلاً، فخرج الماء ببلوغه. و إن كان أنثى، فخرج دم الحيض ببلوغه.

هذا هو المشهور عند علمائنا و عند الشافعي(3).

و للشافعي قولٌ: إنّّه إذا أمني و حاض؛ لم يُحكم ببلوغه(4).

ص: 192

1- العزيز شرح الوجيز 69:5، روضة الطالبين 412:3.

2- العزيز شرح الوجيز 69:5.

3- الحاوي الكبير 348:6، المهذب - للشيرازي - 338:1، الوسيط 41:4-42، التهذيب - للبخاري - 134:4، العزيز شرح الوجيز 71:5، روضة الطالبين 413:3، المغني 559:4، الشرح الكبير 558:4.

4- الحاوي الكبير 348:6، الوسيط 41:4-42، العزيز شرح الوجيز 71:5، روضة الطالبين 413:3.

و تأوله أصحابه بوجهين:

أحدهما: أنه يريد بذلك أنه: أمني و حاض من فرجٍ واحد.

و الثاني: أنه أراد إن حاض [أو] (1) أمني، لم أحكم ببلوغه؛ لما ذكرناه (2).

إذا ثبت هذا، فإذا خرج من ذكره ما هو بصفة المنى و من فرجه ما هو بصفة الحيض، ففي الحكم ببلوغه عند الشافعية وجهان:

أصحهما عندهم: أنه يُحكم به؛ لأنه إما ذكر و قد أمني، و إما أنثى و قد حاضت.

و الثاني: لا؛ لتعارض الخارجين، و إسقاط كل واحدٍ منهما حكم الآخر، و لهذا لا يُحكم - و الحال هذه - بالذكورة و لا بالأُنوثة (3). و هو ظاهر قول الشافعي (4).

و إن وُجد أحد الأمرين دون الآخر أو أمني و حاض من الفرج، فعامة الشافعية أنه لا يُحكم ببلوغه؛ لجواز أن يظهر من الفرج الآخر ما يعارضه (5).

و قال الجويني: ينبغي أن يُحكم بالبلوغ بأحدهما، كما يُحكم بالذكورة و الأُنوثة، ثم إن ظهر خلافه، غيرنا الحكم، و كيف ينتظم منا أن نحكم بأنه ذكر أمني (6) و لا نحكم بأنه قد بلغ؟! (7) 3.

ص: 193

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «و». و الصحيح ما أثبتناه كما في المصدر.

2- الحاوي الكبير 6: 348.

3- العزيز شرح الوجيز 5: 71، روضة الطالبين 3: 413.

4- العزيز شرح الوجيز 5: 71.

5- العزيز شرح الوجيز 5: 71، روضة الطالبين 3: 413.

6- في العزيز شرح الوجيز 5: 71: «أو أنثى» بدل «أمني».

7- العزيز شرح الوجيز 5: 71، روضة الطالبين 3: 413.

قال أكثر الحنابلة: إن خرج المنى من ذكر الخنثى المشكل [فهو] عَلم [علي] بلوغه وأنه ذكر. وإن خرج من فرج المرأة أو حاض، فهو عَلم علي بلوغه و كونه أنثى؛ لأنَّ خروج البول من [أحد] الفرجين دليل علي كونه رجلاً [أو] (1) امرأة، فخرج المنى أو الحيض أولي، وإذا ثبت كونه رجلاً خرج المنى من ذكره أو امرأة خرج الحيض من فرجها، لزم وجود البلوغ.

ولأنَّ خروج مني الرجل من المرأة أو الحيض من الرجل مستحيل، فكان دليلاً علي التعيين، فإذا ثبت التعيين، لزم كونه دليلاً علي البلوغ، كما لو تعيّن قبل خروجه. ولأنَّه منيٌّ خارج من ذكر أو حيض خارج من فرج، فكان عَلماً علي البلوغ، كالمنيّ الخارج من الغلام، و الحيض الخارج من الجارية. ولأنَّ خروجهما معاً دليل علي البلوغ، فخرج أحدهما أولي؛ لأنَّ خروجهما معاً يفضي إلي تعارضهما، و إسقاط دلالتهما؛ إذ لا- يتصوّر أن يجتمع حيضٌ صحيح و منيٌّ رجل، فوجب أن يكون أحدهما فضلةً خارجةً من غير محلّها، و ليس أحدهما بذلك أولي من الآخر، فتبطل دلالتهما، كالبيّتين إذا تعارضتا، و كالبول إذا خرج من المنخرجين جميعاً، بخلاف ما إذا وُجد أحدهما منفرداً، فإنَّ الله تعالي أجري العادة أنّ الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها، و مني الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه، فإذا وُجد ذلك من غير معارضٍ، و جب أن يثبت حكمه، و يقضي بثبوت حكم دلّالته، كالحكم بكونه رجلاً- بخروج البول من ذكره، و بكونه امرأةً بخروجه من فرجها، و الحكم للغلام بلوغه مع [خروج] المنى من ذكره، و للجارية بخروج الحيض من فرجها، فعلي هذا إن خرجا جميعاً، لم يثبت كونهم.

ص: 194

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «و». و ما أثبتناه من المصدر.

رجلاً ولا امرأة؛ لأنّ الدليلين تعارضاً، فأشبهه ما لو خرج البول من الفرجين(1).

وهذا لا بأس به عندي.

تذنيب: إذا خرج المنّي من الذكر و الحيض من الفرج، فقد بيّنا أنّهما تعارضا في الحكم بالذكورة أو بالأُنوثة،

وسقط اعتبارهما فيهما.

وهل تثبت دلالتهما علي البلوغ؟ الأقرب: ذلك - وبه قال الشافعي(2) المغني و الشرح الكبير 4:559.559(3) - لأنّه إمّا رجل فقد خرج المنّي من ذكره، وإمّا امرأة فقد حاضت.

وقال بعض الجمهور: لا- يثبت البلوغ؛ لأنّه يجوز أن لا يكون هذا حيضاً ولا منياً، ولا يكون فيه دلالة، وقد دلّ تعارضهما علي ذلك، فانفتت دلالتهما علي البلوغ، كانتفاء دلالتهما علي الذكوريّة و الأنوثة(3).

البحث الثالث: في السنّ.

مسألة 404: السنّ عندنا دليل علي البلوغ - وبه قال جماهير العامة،

كالشافعي و الأوزاعي و أبي حنيفة و أصحابه و أحمد بن حنبل(4) - لما رواه العامّة عن ابن عمر قال: عُرِضت علي رسول الله صلي الله عليه و آله في جيش يوم بدر و أنا ابن ثلاث عشرة سنة، فردّني، و عُرِضت عليه يوم أحد و أنا ابن أربع

ص: 195

1- المغني 4:558-559، الشرح الكبير 4:558، و ما بين المعقوفين من المصدر.

2- راجع المصادر في الهامش

3- من ص 192.

4- الحاوي الكبير 6:344، المهذب - للشيرازي - 1:337، التنبيه: 103، الوجيز 1:176، الوسيط 4:39، حلية العلماء 4:532، التهذيب - للبخاري - 4:131 و 132، العزيز شرح الوجيز 5:68، روضة الطالبين 3:411، الهداية - للمرغيناني - 3:284، بدائع الصنائع 7:172، المغني 4:557، الشرح الكبير 4:556.

عشرة سنة، فردّني ولم يرني بلغت، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فقبلني وأخذني في المقاتلة(1).

وعن أنس عن النبيّ صلي الله عليه وآله قال: «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كُتِبَ ما له وما عليه، وأُخذت منه الحدود»(2).

ومن طريق الخاصّة: رواية أبي حمزة الثمالي عن الباقر عليه السلام، قال:

قلت له: جُعِلت فداك في كمّ تجري الأحكام علي الصبيان؟ قال: «في ثلاث عشرة سنة وأربع عشرة سنة» قلت: فإنّه لم يحتلم(3)، قال: «وإن لم يحتلم، فإنّ الأحكام تجري عليه»(4).

وقال مالك: ليس السنّ دليلاً علي البلوغ ولا بلوغاً في نفسه، ولا حدّ للسنّ في البلوغ، بل يُعلم البلوغ بغلظ الصوت وشقّ الغضروف، وهو رأس الأنف(5).

وقال داؤد: لا حدّ للبلوغ من السنّ؛ لأنّ النبي صلي الله عليه وآله قال: «رُفِعَ القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم»(6) فلا يحصل البلوغ بدون الاحتلام وإن طعن في السن(7)4.

ص: 196

1- الطبقات الكبرى - لابن سعد - 143:4، تاريخ دمشق 95:31، سنن البيهقي 55:6، مسند الطيالسي: 1859/254.

2- المغني 4:557-558، العزيز شرح الوجيز 5:68.

3- كذا، وفي المصدر: «فإن لم يحتلم فيها».

4- التهذيب 6:310/856.

5- المعونة 2:1174، الحاوي الكبير 6:344، حلية العلماء 4:532، العزيز شرح الوجيز 5:68، المغني 4:557، الشرح الكبير 4:556.

6- سنن أبي داؤد 4:141/4403، سنن الدار قطني 3:173/139، سنن البيهقي 6:206، المستدرک - للحاكم - 2:59، مسند أحمد 7:145-146/24173.

7- حلية العلماء 4:532، المغني 4:557، الشرح الكبير 4:556.

و لا دلالة في الخبر علي امتناع إثبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل.

مسألة 405: الذكر و المرأة مختلفان في السن،

إشارة

فالذكر يُعلم بلوغه بمضيّ خمس عشرة سنة، و الأُنثى بمضيّ تسع سنين، عند علمائنا.

و مَنْ خالَف بين الذكر و الأُنثى أبو حنيفة. و سَوِي بينهما الشافعي و الأوزاعي و أبو ثور و أحمد بن حنبل و محمّد و أبو يوسف.

إذا عرفت هذا، فإنّ الشافعي و الأوزاعي و أبو ثور و أحمد و أبو يوسف و محمّد قالوا: حدّ بلوغ الذكر و الأُنثى بلوغ خمس عشرة سنة كاملة(1).

و قال أبو حنيفة: حدّ بلوغ المرأة سبع عشرة سنة بكلّ حال.

وله في الذّكر روايتان:

إحدهما: سبع عشرة أيضاً.

و الأُخري: ثماني عشرة سنة كاملة(2).

و قال أصحاب مالك: حدّ البلوغ في الغلام و المرأة سبع عشرة سنة و(3) ثماني عشرة سنة(4).

ص: 197

1- الحاوي الكبير 6:344، التنبيه: 103، المهذّب - للشيرازي - 1:337، الوجيز 1:176، الوسيط 4:39، حلية العلماء 4:532، التهذيب - للبعوي - 4:131 و 132، العزيز شرح الوجيز 5:68، روضة الطالبين 3:411، الهداية - للمرغيناني - 3:284، بدائع الصنائع 7:172، المغني 4:557، الشرح الكبير 4:556.

2- الاختيار لتعليل المختار 2:149، بدائع الصنائع 7:172، الهداية - للمرغيناني - 3:284، الحاوي الكبير 6:344، الوسيط 4:40، حلية العلماء 4:532، التهذيب - للبعوي - 4:132، العزيز شرح الوجيز 5:68.

3- في أغلب المصادر: «أو» بدل «و».

4- التلقين 2:423، الذخيرة 8:237، المعونة 2:1174، حلية العلماء 4:532-533، المغني 4:557، الشرح الكبير 4:556.

و ما قلناه أولي؛ لأنَّ الغالب في منيَّ الرجل أنَّه يحصل ببلوغ خمس عشرة سنة، و المرأة قد تحيض ببلوغ تسع سنين، فإذا توافقت العلامات، دلَّ علي حصول البلوغ بذلك.

وقول أبي حنيفة و مالك و داؤد(1) يدفعه ما تقدّم(2) في خبر ابن عمر و غيره.

تذنيب: لا يحصل البلوغ بنفس الطعن في السنِّ الخامسة عشر إذا لم يستكملها؛

عملاً بالاستصحاب و فتوي الأصحاب، و هو الظاهر من مذهب الشافعي(3).

وله وجه آخر: أنَّ البلوغ يحصل بذلك؛ لأنَّه حينئذٍ يُسمي ابن خمس عشرة سنة(4).

و هو ممنوع.

و رواية(3) أبي حمزة عن الباقر عليه السلام في طريقها قولٌ، علي أنَّ جريان الأحكام عليه بمعني التحفُّظ، أو علي سبيل الاحتياط حتي يكلف العبادات للتمرين عليها و الاعتقاد لها، فلا يقع منه عند البلوغ الإخلال بشيء منها.

البحث الرابع: في الحيض و الحمل.

مسألة 406: الحيض في وقت الإمكان دليل البلوغ، و لا نعلم فيه خلافاً.

ص: 198

1- تقدّم قول مالك و داؤد في ص 196، المسألة 404.

2- في ص 195-196، المسألة 404. (3 و 4) التهذيب - للبخاري - 4:132، العزيز شرح الوجيز 5:68، روضة الطالبين 3:411.

3- تقدّمت الرواية في ص 196.

و الأصل فيه قول النبي صلي الله عليه وآله قال لأسماء بنت أبي بكر: «إن المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يري منها إلا هذا» وأشار إلي الوجه والكفين(1)، علّق وجوب الستر بالحيض، وذلك نوع تكليف، وقال صلي الله عليه وآله:

«لا تقبل صلاة حائض إلا بخمار»(2) أشعر أنها بالحيض كُلفت الصلاة.

ولو اشتبه الخارج هل هو حيض أم لا، لم يُحكم بالبلوغ - إلا مع تيقن أنه حيض - عملاً بالاستصحاب.

مسألة 407: الحبل دليل البلوغ؛

لأنه مسبوق بالإنزال، لأن الله تعالى أجري عادته بأن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل و ماء المرأة.

قال الله تعالى: «أَمْشَاجِ نَبْتَلِيهِ» (3) وقال تعالى: «فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ * يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَ التَّرَائِبِ» (4).

لكنّ الولد لا يتيقن إلا بالوضع، فإذا وضعت حكماً بالبلوغ قبل الوضع بستة أشهر و شيء؛ لأن أقل الحمل ستة أشهر.

و لا فرق بين أن يكون ما ولدته تاماً أو غير تام إذا علم أنه آدمي أو مبدأ صورة آدمي، كعلقة تصوّرت، فإن كانت مطلقاً و أتت بولد يلحق الزوج، حكماً ببلوغها لما قبل الطلاق.

ص: 199

1- سنن أبي داود 4/62:4104، سنن البيهقي 2:226، و 7:86.

2- سنن الترمذي 2:377/215، سنن البيهقي 2:233، المستدرک - للحاكم - 1:251.

3- الإنسان: 2.

4- الطارق: 5-7.

الفصل الثاني: الجنون

و لا خلاف بين العلماء كافة في الحجر علي المجنون ما دام مجنوناً، و أنّه لا ينفذ شيء من تصرفاته؛ لسلب أهليّته عن ذلك.

و الحديث يدلّ عليه، و هو قوله عليه السلام: «رُفِعَ القلم عن ثلاث: عن الصبي حتي يبلغ، و عن المجنون حتي يفيق، و عن النائم حتي ينتبه»⁽¹⁾.

و لا- خلاف في أنّ زوال الجنون مقتضى لزوال الحجر عن المجنون، سواء حكم به حاكمٌ أو لا، و سواء كان الجنون يعتوره دائماً أو يأخذه أدواراً.

نعم، ينفذ تصرفه حال إفاقته إذا عرف رشده، و لا ينفذ حالة جنونه بلا خلافٍ.

الفصل الثالث: السفه

إشارة

وفيه مباحث:

البحث الأول: في الحجر عليه.

مسألة 408: قال الله تعالى: «و لا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللهُ لَكُمْ قِيَاماً»

(2) و قال تعالى: «و ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»⁽³⁾.

ص: 201

1- تقدّم تخريجه في ص 190، الهامش (3).

2- النساء: 5.

3- النساء: 6.

وإنما أضاف الله تعالى الأموال إلى الأولياء وهي لغيرهم؛ لأنهم القوام عليها والمدبرون لها، وقد يضاف الشيء إلى غيره بأدني ملبسة، كما يقال لأحد حاملي الخشبة: خذ طرفك. فقد شرط الله في دفع المال إلى اليتيم أمرين: البلوغ، وقد سبق، والرشد؛ لأن الحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف في ماله علي وجه المصلحة حفظاً لماله عليه، وبالبلوغ والرشد يقدر علي التصرف، ويحفظ ماله، فيزول الحجر؛ لزوال سببه.

إذا عرفت هذا، فإتّما يزول الحجر عن الصبي بأمرين: البلوغ، والرشد؛ لقوله تعالى: «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (1).

و البلوغ قد سلف.

وأما الرشد: فقال الشيخ رحمه الله: هو أن يكون مصلحاً لماله، عدلاً في دينه، فإذا كان مصلحاً لماله غير عدل في دينه، أو كان عدلاً في دينه غير مصلح لماله، فإنه لا يدفع إليه (2). و به قال الشافعي و الحسن البصري و ابن المنذر (3)؛ لقوله تعالى: «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (4) و الفاسق موصوف بالغي لا بالرشد.

و روي عن ابن عباس أنه قال في قوله تعالى: «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ» (6).

ص: 202

1- النساء: 6.

2- الخلاف 3: 283-284، المسألة 3.

3- الأم 3: 215، مختصر المزني: 105، الحاوي الكبير 6: 339، المهذب - للشيرازي - 1: 338، حلية العلماء 4: 533-534، التفسير الكبير - للرازي - 9: 188، الوجيز 1: 176، العزيز شرح الوجيز 5: 72، روضة الطالبين 3: 416، بداية المجتهد 2: 281، المغني 4: 566، الشرح الكبير 4: 559.

4- النساء: 6.

رُشداً» (1): هو أن يبلغ ذا وقار و حلم و عقل (2). و مثله عن مجاهد (3).

و لأنّ الفاسق غير رشيدٍ، فلو ارتكب شيئاً من المحرّمات ممّا تسقط به العدالة، كان غير رشيدٍ.

و كذا لو كان مبدراً لماله و تصرفه في الملاذّ النفسية و الثياب الرفيعة و المركوبات الجليلة التي لا يليق بحاله، كان سفياً، و لم يكن رشيداً.

و قال أكثر أهل العلم: الرشد الصلاح في المال خاصّةً، سواء كان صالحاً في دينه أو لا، و هو قول مالك و أبي حنيفة و أحمد (4)، و هو المعتمد عندي؛ لقوله تعالى: «فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم» (5).

روي عن ابن عباس أنّه قال: يعني صلاحاً في أموالهم (6).

و قال مجاهد: إذا كان عاقلاً (7).

و إذا كان حافظاً لماله، فقد أنس منه الرشد.

و لأنّ هذا نكرة مثبتة يصدق في صورة ما، و لا ريب في ثبوت الرشد).

ص: 203

1- النساء: 6.

2- أحكام القرآن - للجصاص - 63:2، تفسير ابن أبي حاتم 865:3، الخلاف - للطوسي - 284:3، ضمن المسألة 3.

3- تفسير الطبري (جامع البيان) 169:4، تفسير ابن أبي حاتم 865:3، أحكام القرآن - للجصاص - 63:2، الجامع لأحكام القرآن 37:5، المغني 566:4، الشرح الكبير 559:4، وفيها تفسير الرشد بالعقل فقط.

4- بداية المجتهد 281:2، المعونة 1172:2، التهذيب - للبغوي - 137:4، التفسير الكبير - للرازي - 188:9، العزيز شرح الوجيز 74-73:5، المغني 566:4، الشرح الكبير 559:4.

5- النساء: 6.

6- تفسير الطبري (جامع البيان) 169:4، تفسير ابن أبي حاتم 865:3، المغني 566:4، الشرح الكبير 559:4.

7- راجع المصادر في الهامش (3).

للمصلح لماله وإن كان فاسقاً؛ لأنه قد وُجد منه رُشدٌ. ولأنّ العدالة لا تُعتبر في الرشد في الدوام، فلا تُعتبر في الابتداء، كالزهد في الدنيا. ولأنّ هذا مصلح لماله، فأشبهه العدل. ولأنّ الحجر عليه إنّما كان لحفظ ماله عليه وحرصته عن التلف بالتبذير، فالمؤثر فيه ما أثر في تضييع المال، و الفاسق وإن لم يكن رشيداً في دينه لكنّه رشيد في ماله.

ويُنْتَقَض قولهم بالكافر، فإنّه غير رشيد في دينه، ولا يُحجر عليه، كذا الفاسق. ولأنّه لو طرأ الفسق على المسلم بعد دفع ماله إليه، لم يزل رشده، ولم يُحجر عليه لأجل فسقه، ولو كانت العدالة شرطاً في الرشد، لزال بزوالها، كحفظ المال.

ولا يلزم من منع قبول شهادته منع دفع ماله إليه، فإنّ المعروف بكثرة الغلط والغفلة والنسيان ومن لا يتحفّظ من الأشياء المفضية إلى قلة المروءة - كالأكل في السوق، وكشف الرأس بين الناس، ومدّ الرّجل عندهم، وأشباه ذلك - لا تُقبل شهادته، وتُدفع إليه أمواله (1) إجماعاً.

إذا عرفت هذا، فإنّ الفاسق إن كان يُنفق ماله في المعاصي - كشراء الخمر و آلات اللهو والقمار - أو يتوصّل به إلى الفساد، فهو غير رشيد لا تُدفع إليه أمواله إجماعاً؛ لتبذيره لماله وتضييعه إيّاه في غير فائدة.

وإن كان فسقه لغير ذلك - كالكذب ومنع الزكاة وإضاعة الصلاة - مع حفظه لماله، دُفع إليه ماله؛ لأنّ الغرض من الحجر حفظ المال، وهو يحصل بدون الحجر، فلا حاجة إليه.

وكذا لو طرأ الفسق الذي لا يتضمّن تضييع المال ولا تبذيره، فإنّه يقبّل.

ص: 204

1- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «إليهم أموالهم». وما أثبتناه يقتضيه السياق.

لا يُحجر عليه إجماعاً.

واعلم أنّ الشافعي قال: الصلاح في الدين حين تكون الشهادة جائزة (1).

وقد بيّنا أنّ الشهادة قد تُردّ بترك المروءة، و الصنائع الدنيئة، كالزبّال، و السؤال علي أبواب الدور و إن كان ذلك لا يُثبت الحجر.

مسألة 409: لو بلغ الصبي غير رشيد، لم يدفع إليه ماله و إن صار شيخاً و طعن في السنّ،

و هذا قول أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز و العراق و الشام و مصر، فإنّهم يرون الحجر علي كلّ مضبّع لماله، صغيراً كان أو كبيراً - و به قال مالك و الشافعي و أحمد بن حنبل و أبو يوسف و محمد (2) - لقوله تعالى: «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (3) علّق دفع المال علي شرطين: البلوغ، و الرشد، فلا يثبت الحكم بدونهما.

وقال تعالى: «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» (4) يعني أموالهم.

وقال تعالى: «فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ» (5) أثبت الولاية علي السفیه.

ص: 205

1- الأمّ 3:215، مختصر المزني: 105، الحاوي الكبير 6:350.

2- بداية المجتهد 2:379-380، الجامع لأحكام القرآن 5:37، حلية العلماء 4:534، التهذيب - للبغوي - 4:138، العزيز شرح الوجيز 5:73، روضة الطالبين 3:416، المغني 4:554، الشرح الكبير 4:553، مختصر اختلاف العلماء 5:2311/216، الهداية - للمرغيناني - 3:281، الاختيار لتعليل المختار 2:252.

3- النساء: 6.

4- النساء: 5.

5- البقرة: 282.

ولأنه مبذّر لماله، فلا يجوز دفعه إليه، كغير البالغ خمساً وعشرين سنة.

وقال أبو حنيفة: لا يُدفع إليه ماله إذا كان قد بلغ سفيهاً، وإن تصرف، نفذ تصرفه، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة، فكأنه الحجر، ودفع إليه ماله وإن كان سفيهاً؛ لقوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (1) وقد زال اليتيم.

ولأنه قد بلغ أشده، وصلاح أن يصير جَدًّا. ولأنه حرُّ بالغ عاقل مكلف، فلا يُحجر عليه، كالرشيد (2).

والآية لا دلالة فيها، ولو دلت فإثماً تدلّ بمفهوم الخطاب، وهو ليس حجةً عنده (3).

ثم هي مخصوصة بما قبل خمس وعشرين سنة بالإجماع، فيجب أن تخصّ بما بعدها؛ لأنّ الموجب للتخصيص علّة السفه، وهي موجودة فيما بعدها، فيجب أن يخصّ بها، كما أنّ الآية لما خصّصت في حقّ المجنون لأجل جنونه قبل خمس وعشرين خصّصت أيضاً به بعد خمس وعشرين.

والمنطوق الذي استدللنا به أولي من مفهومه.

ص: 206

1- الأنعام: 152، الإسراء: 34.

2- المبسوط - للسرخسي - 161:24، الهداية - للمرغيناني - 282:3، بدائع الصنائع 170:7، الاختيار لتعليل المختار 152:2، مختصر اختلاف العلماء 2311/216:5، الحاوي الكبير 318:6، حلية العلماء 534:4، العزيز شرح الوجيز 74-73:5، المغني والشرح الكبير 554:4.

3- كما في المغني 555:4، والشرح الكبير 554:4، وفي ميزان الأصول 445:1، وشرح اللمع 428:1، والإشارة في معرفة الأصول 294 نسبه إلى أصحاب أبي حنيفة.

وكونه جَدًّا ليس تحته معني يقتضي الحكم، ولا أصل له في الشرع يشهد له بالاعتبار، فيكون إثباتاً للحكم بالتحكم.

ثم هو ثابت في مَنْ له دون هذا السنّ، فإنّ المرأة تكون جَدَّةً لإحدي وعشرين.

وقياسهم منتقض بمنّ له دون خمس وعشرين سنة، و موجب الحجر قبل خمس وعشرين ثابت بعدها، فيثبت حكمه.

مسألة 410: هذا المحجور عليه للسفه قبل بلوغه خمساً وعشرين سنة و بعد بلوغه بالاحتلام لا ينفذ تصرفه البتة في شيء،

ولا ينفذ إقراره، ولا يصحّ بيعه، عند علمائنا أجمع - وبه قال الشافعي(1) - لأنّه لا يدفع إليه ماله؛ لعدم رشده، فلا يصحّ تصرفه وإقراره، كالصبي والمجنون. ولأنّه إذا نفذ إقراره وبيعه، تلف ماله بذلك، ولم يُقدّ منعه من ماله [شيئاً](2).

وقال أبو حنيفة: يصحّ بيعه وإقراره، وإنّما لا يسلم إليه ماله إلاّ بعد خمس وعشرين سنة.

وبني ذلك علي أصله من أنّ البالغ لا يُحجر عليه، وإنّما يمنع من تسليمه المال؛ للآية(3)(4).

وهو خطأ؛ فإنّ تصرفه لو كان نافذاً، لسلم إليه ماله، كالرشيد. ولأنّه لا فرق بين أن يسلم إليه أو إلي مَنْ يقبضه بسببه، فإنّه إذا باع، وجب

ص: 207

1- التهذيب - للبغوي - 4:139، العزيز شرح الوجيز 5:77، روضة الطالبين 3:417.

2- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

3- الأنعام: 152، الإسراء: 34.

4- الاختيار لتعليل المختار 2:153، بدائع الصنائع 7:171، الهداية - للمرغيناني - 3:281، حلية العلماء 4:536، المغني و الشرح الكبير 4:555.

تسليمه إلى المشتري، وإلا لم يُفد تصرفه شيئاً، فكان يتسبب إلي إتلاف ماله بوسائط المشتريين.

مسألة 411: لو بلغ و صرف أمواله في وجوه الخير

كالصدقات وفك الرقاب وبناء المساجد والمدارس وأشباه ذلك [فذلك] (1) ممن لا يليق به - كالتاجر وشبهه - تبذير - و به قال بعض الشافعية (2) - لأنه إتلاف للمال.

قال الله تعالى: «وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا * إِنَّ رَبَّكَ يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَن يَشَاءُ وَيَقْدِرُ» (3) وهو صريح في النهي عن هذه الأشياء.

و تضييع المال بإلقائه في البحر أو باحتمال الغبن الفاحش في المعاملات ونحوها تبذير.

وكذا الإنفاق في المحرمات.

وكذا صرفه في الأطعمة النفيسة - و به قال بعض الشافعية (4) - للعادة.

وقال أكثرهم: لا يكون تبذيراً؛ لأن الغاية في تملك المال الانتفاع به والالتذاذ (5).

وكذا قالوا: إن شراء الثياب الفاخرة وإن لم تكن لاثقة به، والإكثار من شراء الغايات والاستمتاع بهنّ و ما أشبهه ليس تبذيراً (6).

وبالجملة، حصر أكثرهم التبذير في التضييعات، كالرمي في البحر، واحتمال الغبن الفاحش وشبهه، وفي الإنفاق في المحرمات (7)

ص: 208

1- ما بين المعقوفين أضفناه لأجل السياق.

2- العزيز شرح الوجيز 72:5، روضة الطالبين 414:3.

3- الإسراء: 29 و 30. (4-7) العزيز شرح الوجيز 72:5، روضة الطالبين 414:3.

مسألة 412: المرأة - كالذكر - إذا بلغت و علم رشدها، زال الحجر عنها،

و دُفع إليها مالها، عند علمائنا أجمع - و به قال الشافعي و أبو حنيفة و عطاء و الثوري و أبو ثور و ابن المنذر و أحمد في إحدَي الروایتين (1) - لعموم قوله تعالى: «وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (2).

و لأنها يتيم بلغ و أنس منه الرشد، فيدفع إليه ماله، كالرجل. و لأنها بالغة رشيدة، فدفع إليها مالها، و نفذ تصرفها، كالتي دخل بها الزوج.

و عن أحمد رواية أخرى: أن المرأة لا يُدفع إليها مالها ما لم تتزوج أو تلد أو يمضي لها في بيت زوجها سنة، سواء بلغت رشيدة أو لا - و به قال عمر بن الخطاب و شريح و الشعبي و إسحاق - لما رواه شريح قال: عهد إليَّ عمر بن الخطاب: أن لا تحيين (3) الجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها [حولاً] (4) أو تلد ولدًا (5).

و هذا الخبر ليس حجة؛ لأن قول عمر لا يجب المصير إليه، و ليس مشهوراً، و لا ورد به الكتاب و لا عضده خبر عن النبي صلي الله عليه و آله، و لا أفتي به أحد من الصحابة، و لا دل عليه قياس و لا نظر، مع أنه لو كان حجة، لكان مختصاً بالعطية. و لا يلزم من منع العطية منع مالها عنها و لا منعها من قبضه

ص: 209

1- الأم 3:216، مختصر المزني: 105، الحاوي الكبير 6:352، التهذيب - للبخاري - 4:135، حلية العلماء 4:536، العزيز شرح الوجيز 5:74، روضة الطالبين 3:416، المغني و الشرح الكبير 4:560.

2- النساء: 6.

3- في المصدر: «لا أجز» بدل «لا تحيين».

4- ما بين المعقوفين من المصدر.

5- المغني و الشرح الكبير 4:560.

والتصرف فيه بما شاءت.

وقال مالك: لا يدفع إليها مآلها حتي تتزوج، ويدخل عليها زوجها، فإذا نكحت، دفع إليها مآلها باذن الزوج، ولا ينفذ تبرعها بما زاد علي الثلث، إلا باذن الزوج ما لم تصر عجزاً؛ لأن كل حالة جاز للأب تزويجها فيها من غير إذنها لم ينفك عنها الحجر، كالصغير، فإذا كان للأب إجبارها علي النكاح، كانت ولاية المال لغيرها(1).

ونحن نمنع إجبارها علي النكاح، بل متي بلغت رشيدة كان أمرها في النكاح وغيره إليها علي ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

سلمنا، لكن الفرق ظاهر؛ فإن مصلحتها في النكاح لا يقدر علي معرفتها إلا بمباشرة الأب أو بمباشرتها بعد وقوعه.

وبالجملة، فإن للأب إجبارها علي النكاح؛ لأن اختبارها لا يمكن بالنكاح، بخلاف المعاملات من البيع والشراء وغيرهما، فإنه يمكن معرفته ومباشرته قبل النكاح وبعده.

وعلي هذه الرواية إذا لم تتزوج، دام الحجر عليها عند أحمد و مالك؛ لفقد شرط رفع الحجر(2).

مسألة 413: إذا بلغت المرأة رشيدة، صح تصرفها في مالها،

سواء أذن زوجها أو منع، وسواء كانت متبرعة أو لا، وسواء كان بقدر الثلث أو أزيد، عند علمائنا أجمع - وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن المنذر وأحمد

ص: 210

1- بداية المجتهد 2: 280-281، التلقين 2: 423 و 424، الحاوي الكبير 6: 353، التهذيب - للبغوي - 4: 135، حلية العلماء 4: 537،

العزیز شرح الوجيز 5: 74، المغني 4: 560، الشرح الكبير 4: 561.

2- المغني والشرح الكبير 4: 561.

في إحدى الروايتين (1) - لعموم قوله تعالى: «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشِدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (2) وهو ظاهر في فكّ الحجر عنهم وإطلاقهم في التصرف.

وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حُلَيْكَن» (3) وإنهن تصدقن، فقيل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل.

وجاءته امرأة عبد الله وامرأة أُخري يقال لها: زينب، فسألته عن الصدقة هل يجزئهن أن يتصدقن علي أزواجهن وأيتام لهن؟ فقال: «نعم» (4) ولم يذكر لهن هذا الشرط.

ولأن من وجب دفع ماله إليه برشده جاز له التصرف فيه من غير إذن، كالغلام. ولأن المرأة من أهل التصرف، ولا حق لزوجها في مالها، فلم (5) يملك الحجر عليها في التصرف بجميعة، كحليها.

وقال مالك وأحمد في الرواية الأخرى: ليس لها أن تتصرف في مالها بأزيد من الثلث بغير عوض، إلا بإذن زوجها (6).

وحكى عن مالك في امرأة أعتقت جارية لها ليس لها غيرها فخشيت - ولها زوج - من ذلك [أن] يقلبها (7) زوجها، قال: له أن يردّ عليها، وليس.

ص: 211

1- الحاوي الكبير 6:352 و 353، حلية العلماء 4:537، المغني 4:561، الكافي في فقه الإمام أحمد 2:113، الشرح الكبير 4:577.

2- النساء: 6.

3- سنن الترمذي 3:635/28.

4- المغني 4:562، الشرح الكبير 4:577.

5- في الطبعة الحجرية: «فلا».

6- الكافي في فقه أهل المدينة: 424، التلقين 2:424، حلية العلماء 4:537، العزيز شرح الوجيز 5:74، المغني 4:561، الشرح الكبير 4:577.

7- القلي: البغض. لسان العرب 15:198 «فلا».

لها عتق؛ لما روي أنّ امرأة كعب بن مالك أتت النبيّ صلي الله عليه وآله بحُلِيِّ لها، فقال النبيّ صلي الله عليه وآله: «لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها، فهل استأذنت كعباً؟» فقالت: نعم، فبعث رسول الله صلي الله عليه وآله إلي كعب، فقال: «هل أذنت لها أن تتصدق بحُلِيِّها؟» فقال: نعم، فقبّله (1).

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أنّ رسول الله صلي الله عليه وآله قال في خطبة خَطَبها: «لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها، إذ هو مالك عصمتها» (2).

ولقوله عليه السلام: «تُكح المرأة لدينها وجمالها ومالها» (3) والعادة جارية أنه (4) يتبسّط في مالها، و ينتفع بجهازها.

قالوا: وكذا يجب عليها عنده التجهيز، فلهذا كان له منعها.

ولأنّ العادة تقضي بأنّ الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها، وإذا أعسر بالنفقة أنظر، فجري ذلك مجري حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض (5).

وحديثهم مرسل، علي أنه محمول علي ما هو الظاهر منه، وهو أنه لا يجوز عطيتها بماله بغير إذنه؛ لأنه وافق علي تجويز عطيتها من مالها دون الثلث (6) 1.

ص: 212

1- سنن ابن ماجه 2: 2389/798.

2- سنن أبي داود 3: 3546/293، سنن ابن ماجه 2: 2388/798، سنن النسائي 6: 278، سنن البيهقي 6: 60.

3- صحيح مسلم 2: 54/1087، سنن الترمذي 3: 1086/396، سنن النسائي 6: 65، مسند أحمد 4: 13825/233.

4- أي الزوج.

5- المغني 4: 561-562، الشرح الكبير 4: 577.

6- راجع الهامش (6) من ص 211.

وليس معهم حديث يدلّ علي تحديد المنع بالثلث، فيكون التحديد بالثلث تحكّماً لا دليل فيه ولا قياس يدلّ عليه.

والفرق بين الزوجة والمريض من وجوه:

أ: المرض سبب يفضي إلي وصول [المال] (1) إليهم بالميراث، والزوجيّة إنّما تجعله من أهل الميراث، فهي (2) أحد وصفي العلة، فلا يثبت الحكم بمجردّها، كما لا يثبت للمرأة الحجر علي زوجها ولا لسائر الوّراث بدون المرض.

ب: تبرّع المريض موقوف، فإن برئ من مرضه، صحّ تبرّعه، وهنا أبطلوه علي كلّ حال، والفرع لا يزيد علي أصله.

ج: يُنتقض ما ذكره بالمرأة، فإنّها تنتفع بمال زوجها، وتتبسّط فيه عادة، ولها النفقة منه، وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه من مالها، وليس لها الحجر عليه، علي أنّ هذا المعني ليس موجوداً في الأصل، ومن شرط صحّة القياس ثبوت الحكم في الأصل، والمرأة قد ترغب في الرجل لماله، ولا تعترض عليه في تصرّفه، فكذا الرجل، وانتفاعه بماله لا يستحقّه، ولا يجب عليها التجهيز له، ولو كان كذلك (3)، لاخصّ بما يستعمل، دون سائر مالها.

مسألة 414: قد بينّا أنّ للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير من المأكول والمأدوم بشرط عدم الإضرار،

وعدم المنع منه - وهو إحددي

ص: 213

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «النظر». والظاهر أنّ الصحيح ما أثبتناه.

2- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «فهو». والظاهر ما أثبتناه.

3- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «لذلك» بدل «كذلك». والظاهر ما أثبتناه.

الروایتین عن أحمد(1) - لأنّ عائشة قالت: قال رسول الله صلي الله عليه وآله: «ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدةٍ كان لها أجرها(2)، و له مثله بما كسب، و لها بما أنفقت، و للخازن(3) مثل ذلك من غير أن ينتقص من أجورهم شيء»(4) و لم يذكر إذنًا.

و أت أسماءُ النبيّ صلي الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل الزبير، فهل عليّ جناح أن أرضخ(5) ممّا يدخل عليّ؟ فقال:

«أرضخي بما استطعت، و لا توعي(6) [فيوعي(7) عليك»(8).

و أت امرأة النبيّ صلي الله عليه وآله، فقالت: يا رسول الله إنّما كلّ عليّ أزواجنا و أبنائنا، فما يحلّ لنا من أموالهم؟ قال: «الربط تأكلنه»(9).

و لأنّ العادة قاضية بالسماح به و طيب النفس عنه، فجري مجري التصريح بالإذن، كما أنّ تقديم الطعام بين يدي الآكل قائم مقام صريح الإذن في أكله.2.

ص: 214

-
- 1- المغني 4:564، الشرح الكبير 4:582.
 - 2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «أجره» و المثبت كما في المصادر ما عدا سنن أبي داود، ففيه: «أجر ما أنفقت».
 - 3- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «و للجارية» بدل «و للخازن». و ما أثبتناه من المصادر.
 - 4- صحيح مسلم 2:81/710، سنن ابن ماجه 2:2294/770، سنن أبي داود 2:1685/131، مسند أحمد 7:23651/67 بتفاوت يسير في بعضها.
 - 5- الرضخ: العطية القليلة. النهاية - لابن الأثير - 2:328 «رضخ».
 - 6- أي لا تجمعي و تشحي بالنفقة فيشحّ عليك. النهاية - لابن الأثير - 5:208 «وعا».
 - 7- ما بين المعقوفين من المصدر.
 - 8- صحيح مسلم 2:89/714، سنن البيهقي 4:187، و 6:60.
 - 9- المصنّف - لابن أبي شيبة - 6:2126/585، منتخب مسند عبد بن حميد: 147/79، أسد الغابة 2:2056/228.

و الرواية الثانية عن أحمد: أنه لا يجوز؛ لأنّ أبا أمامة الباهلي(1) قال:

سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: «لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها» قيل: يا رسول الله و [لا] (2) الطعام؟ قال: «ذاك أفضل أموالنا»(3).

وقال رسول الله صلى الله عليه وآله: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»(4).

وقال: «إنّ الله حرّم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»(5).

ولأنّه تبرّع بمال غيره بغير إذنه، فلم يجوز، كغير الزوجة(6).

والحقّ: الأوّل؛ لما تقدّم من الأدلّة، والأحاديث من طريق العامّة والخاصّة خاصّة، فتقدّم عليّ أحاديث أحمد، العامّة، والحديث الخاصّ بهذه الصورة ضعيف. وقياس المرأة عليّ غيرها باطل؛ لأنّ العادة قاضية بالفرق بينهما، فإنّ المرأة تتبسّط في مال زوجها، وتتصرّف بالمأكل منه بالعادة، والإذن العرفي قائم مقام الإذن الحقيقي.4.

ص: 215

1- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «الكاهلي» بدل «الباهلي». والصحيح ما أثبتناه من المصادر.

2- ما بين المعقوفين من المصادر.

3- سنن ابن ماجة 2:2295/770، سنن أبي داؤد 3:296-3565/297، سنن الترمذي 3:57-670/58، و 4:433/2120، مسند أحمد 6:357-21791/358، المصنّف - لابن أبي شيبة - 6:2127/585.

4- سنن البيهقي 6:100.

5- صحيح مسلم 2:1218/889، سنن ابن ماجة 2:3074/1025، سنن أبي داؤد 2:1905/185، مسند أحمد 6:6/20172، و 570/22978 بتفاوت في أوّله فيما عدا الموضوع الثاني من مسند أحمد.

6- المغني 4:564، الشرح الكبير 4:582.

أما لو منعها فقال: لا تتصدّقي من مالي لا بقليل ولا بكثير ولا تتبرّعي بشيء منه، فإنّها لا يجوز لها التصرف في شيء إلا بإذنه إجماعاً؛ لأنّ المنع الصريح نفي الإذن العرفي.

ولو كان في بيت الرجل مَنْ يقوم مقام امرأته، كجارية وأخت و خادمة و بنت ممّن يتصرّف في مأكول الرجل، جري مجري الزوجة إن لم يعلم الكراهية.

ولو كانت امرأته ممنوعةً من التصرف في بيت زوجها كالتي يطعمها بالفرض ولا يُمكنها من طعامه ولا من التصرف في شيء من ماله، لم يجز لها الصدقة بشيء من ماله.

مسألة 415: إذا بلغ الصبي لم يدفع إليه ماله إلا بعد العلم برشده،

و يستديم التصرف في ماله مَنْ كان متصرفاً فيه قبل بلوغه أباً كان أو جدّاً أو وصياً أو حاكماً أو أميناً حاكماً، فإن عرف رشده، انفكّ الحجر عنه، ودفع إليه المال.

و هل يكفي العلم بالبلوغ و الرشد في فكّ الحجر عنه، أم يفتقر إلي حكم الحاكم و فكّ القاضي؟ الأقرب: الأول؛ لقوله تعالى: «فَإِنْ أَسَّسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا» (1).

و لزوال المقتضي للحجر، و هو الصبا، و عدم العلم بالرشد، فيزول الحجر. و لأنّه حجر لم يثبت بحكم الحاكم، فلا يتوقّف زواله علي إزالة الحاكم، كحجر المجنون، فإنّه يزول بمجرد الإفاقة. و لأنّه لو توقّف علي ذلك، لطلب الناس عند بلوغهم فكّ الحجر عنهم من الحكّام، و لكان ذلك

ص: 216

عندهم من أهم الأشياء، وهو أصحّ قولِي الشافعية(1).

وقال بعضهم: يحتاج إلي فكّ القاضي؛ لأنّ الرشد يُعلم بنظرٍ واجتهاد(2).

قال هؤلاء: فكما ينفكّ الحجر عن الصبي عند البلوغ والرشد بفكّ القاضي، ينفكّ بفكّ الأب والجَد(3).

وفي الوصي والقيّم لهم وجهان(4).

وهو يقتضي بطلان قولهم بحاجة إزالة الفكّ إلي النظر والاجتهاد.

قالوا: وإذا كان الحجر لا يزول حتي يُزيله القاضي أو مَنْ ذكرنا، فتصرفه قبل إزالة الحجر كتصرف مَنْ أنشئ الحجر عليه بالسفه الطارئ بعد البلوغ، ويجري الخلاف فيما إذا بلغ غير رشيدٍ ثم صار رشيداً(1).

مسألة 416: إذا بلغ رشيداً و زال الحجر عنه ثم صار مبدراً و عاد إلي السفه، حُجر عليه ثانياً،

عند علمائنا أجمع - وبه قال القاسم بن محمّد و مالك و الشافعي و الأوزاعي و أحمد و إسحاق و أبو ثور و أبو عبيد و أبو يوسف و محمّد(2) - لقوله تعالى: «فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْعُوا»(3) دلّ بمفهومه علي تعليل جواز الدفع بعلم الرشد، فإذا انتفت

ص: 217

1- العزيز شرح الوجيز 74:5.

2- الأم 218:3-219، مختصر المزني: 105، الحاوي الكبير 6:363، المهذب - للشيرازي - 1:339، التهذيب - للبخاري - 4:138، العزيز شرح الوجيز 74:5، روضة الطالبين 3:416، التفسير الكبير 9:190، المغني 4:568، الشرح الكبير 4:570.

3- النساء: 6.

واستدل الشافعي أيضاً بإجماع الصحابة عليه؛ لما رواه عروة بن الزبير أنّ عبد الله بن جعفر رحمه الله ابتاع بيعاً، فقال عليّ عليه السلام: «لأتيتن عثمان ليحجر عليك» فأتي عبد الله بن جعفر الزبير، فقال: قد ابتعت بيعاً وإنّ عليّاً عليه السلام يريد أن يأتي عثمان فيسأله الحجر عليّ، فقال الزبير: أنا شريكك في البيع، فأتي عليّ عليه السلام عثمان، فقال له: «إنّ عبد الله بن جعفر قد ابتاع بيعاً كذا فاحجر عليه» فقال الزبير: أنا شريكه في البيع، فقال عثمان: كيف أحجر علي رجل شريكه الزبير؟! (1).

قال أحمد: لم أسمع هذا إلاّ من أبي يوسف القاضي، ولم يخالف عليّ عليه السلام ذلك، وهذه قضية مشهورة يشتهر مثلها، ولم يُنقل خلاف، فكانت إجماعاً.

ولأنّ التبذير لو قارن البلوغ، منَع من دفع المال، فإذا حدث، أوجب انتزاع المال، كالجنون. ولأنّ المقتضي للحجر عليه أولاً حفظ المال؛ لأنّ الصبي وإن لم يتلف المال فإنّه غير مأمون عليه؛ لإمكان صدور الإتلاف عنه، فإذا كان الإتلاف صادراً عنه حقيقةً، كان الحجر عليه أولي (2).

وقال أبو حنيفة وزفر: لا يُحجر عليه، وتصرفه نافذ في ماله - وهو مروى عن ابن سيرين والنخعي - لأنه حرٌّ مكلف، فلا يُحجر عليه، كالرشيد. ولأنّه يصحّ طلاقه، فتصحّ عقوده، كالرشيد (3) 4.

ص: 218

1- سنن البيهقي 6: 61.

2- المغني 4: 568-569، الشرح الكبير 4: 570-571.

3- حلية العلماء 4: 539، التفسير الكبير 9: 190، المغني 4: 568، الشرح الكبير 4: 570.

و القياس باطل؛ لأنّ الرشيد حافظ لماله، فدفع إليه، بخلاف السفية.

و الطلاق ليس إتلاف مالٍ ولا يتضمّنه، فلم يُمنع منه، ولهذا يملكه العبد، دون التصرف في المال بغير إذن سيّده.

مسألة 417: إذا عاد مبدراً مضيقاً لماله بعد رشده و دفع المال إليه، فإنه يحجر عليه، و يؤخذ المال منه، كما تقدّم.

و لا يحجر عليه إلاّ الحاكم، و لا يصير محجوراً عليه إلاّ بحكم القاضي - و به قال الشافعي و أحمد و أبو يوسف (1) - لأنّ التبذير يختلف و يحتاج إلي الاجتهاد، فإذا افتقر السبب إلي الاجتهاد، لم يثبت إلاّ بحكم الحاكم، كما أنّ ابتداء مدّة العدة لا يثبت إلاّ بحكم الحاكم؛ لموضع الاختلاف فيها و الاجتهاد، فكذا هنا. ولأنّ حجر مختلف فيه، فلا يثبت إلاّ بحكم الحاكم، كالحجر علي المفلس.

و قال محمّد: يصير بالتبذير محجوراً عليه و إن لم يحكم به الحاكم؛ لأنّ التبذير سبب يثبت معه الحجر، فلم يفتقر إلي حكم الحاكم، كالجنون (2).

و الفرق: أنّ الجنون لا يفتقر إلي الاجتهاد، و لا خلاف فيه.

و قال بعض الشافعية: إنّ الحجر يُعيد به الأب و الجد (3). و ليس مشهوراً.

ص: 219

-
- 1- حلية العلماء 4:539، العزيز شرح الوجيز 5:74، روضة الطالبين 3:416، المغني 4:569، الشرح الكبير 4:571، المبسوط - للسرخسي - 24:163، الهداية - للمرغيناني - 3:282، الاختيار لتعليل المختار 2:151-152.
 - 2- المبسوط - للسرخسي - 24:163، الهداية - للمرغيناني - 3:282، الاختيار لتعليل المختار 2:152، حلية العلماء 4:539، المغني 4:569، الشرح الكبير 4:571.
 - 3- العزيز شرح الوجيز 5:74، روضة الطالبين 3:416.

مسألة 418: إذا قلنا بمذهب الشيخ رحمه الله: أن الرشد عبارة عن العدالة و صلاح المال

(1)، فلو بلغ رشيداً عدلاً فأزيل الحجر عنه ثم صار بعد فكّ الحجر عنه فاسقاً في دينه، فهل يعاد عليه الحجر؟.

قال الشيخ رحمه الله: الأحوط أن يحجر عليه.

و استدللّ عليه بقوله تعالى: «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» (2).

و ما رواه العائمة أنّ النبيّ صلي الله عليه وآله قال: «اقبضوا علي أيدي سفهائكم» (3) و لا يصحّ القبض إلاّ بالحجر.

و من طريق الخاصّة: ما روي عنهم عليهم السلام أنّهم قالوا: «شارب الخمر سفيه» (4)(5).

و للشافعي وجهان:

أحدهما: يُحجر عليه - و هو قول أبي العباس بن سريج - لأنّ ذلك مانع في فكّ الحجر، فأوجب الحجر عليه، و يستدام الحجر به، كالتبذير.

و الثاني: لا- يُحجر عليه - و به قال أبو إسحاق - لأنّ الحجر إنّما كان لحفظ المال، و الفسق في الدين يورث تهمةً فيه، فمَنع ذلك ثبوت الرشد و فكّ الحجر، و إذا طرأ بعد ذلك، أورث تهمةً في المال، فلم يثبت بذلك

ص: 220

1- المبسوط - للطوسي - 284:2، الخلاف 3:283، المسألة 3.

2- النساء: 5.

3- لم نجده في المصادر الحديثيّة المتوفّرة لدينا، و أورده الشيخ الطوسي في الخلاف 3:288، ضمن المسألة 7، و في الحاوي الكبير 6:356، و الجامع لأحكام القرآن 6:4، و كنز العمّال 3:5525/67 نقلاً عن الطبراني في المعجم الكبير، بلفظ: «خذوا علي...».

4- تفسير العياشي 1:22/220.

5- المبسوط - للطوسي - 285:2، الخلاف 3:289، المسألة 8.

ابتداء الحجر، بخلاف التبذير؛ لأنه قد علم منه إفساده للمال، ولم يُنقل عن أحدٍ أنه حجر حاكمٍ علي فاسقٍ.

ولا يجوز القياس علي استدامة الحجر؛ لأنَّ الحجر هناك كان ثابتاً، والأصل بقاؤه، وهنا ثبت الإطلاق، والأصل بقاؤه، فلا يلزم من الاكتفاء بالفسق للاكتفاء به لترك الأصل، ويخالف التبذير؛ لأنه تتحقّق به إضاعة المال، وبالفسق لا تتحقّق (1).

ونحن لَمَّا ذهبنا إلي أنّ الفسق لا يوجب الحجر، وأنّه لا تُشترط في الرشد العدالة، لم يثبت الحجر عندنا بطريان الفسق ما لم ينضمّ إليه تضييع المال في المحارم وغيرها.

مسألة 419: السفيه إذا زال تبذيره أو فسقه، فكّ الحاكم الحجر عنه،

إشارة

فإن عاد إلي ذلك، أعاد عليه الحجر؛ لأنَّ الحجر كان لعدّة، وإذا زالت العدّة، زال الحكم، فإن عادت العدّة، عاد الحكم؛ قضاءً للعلّة، ولا يُحجر عليه إلاّ بحكم الحاكم، ولا يزول الحجر عنه إلاّ بحكمه؛ لاحتياجه إلي الاجتهاد في حَجْرِهِ وفي فكّه معاً.

وَحَجْرُ المفسس قد بيّنّا أنّه لا يثبت إلاّ بحكم الحاكم.

والأقرب: زواله بقضاء الديون.

وللشافعي وجهان (2).

وأما المرتدّ فإنّه يُحجر عليه بنفس الردّة، وهو أحد قولي الشافعي.

ص: 221

1- المهذب - للشيرازي - 1:339، حلية العلماء 4:539-540، العزيز شرح الوجيز 5:75.

2- المهذب - للشيرازي - 1:334، التهذيب - للبغوي - 4:106، حلية العلماء 4:519، العزيز شرح الوجيز 5:24، روضة الطالبين 3:382.

و الثاني: أنه بحكم الحاكم، كالسفيه(1).

فإذا أسلم ولم يكن عن فطرة، زال حجره - إجماعاً - بنفس الإسلام.

إذا ثبت هذا، فكلّ مَنْ صار محجوراً عليه بحكم الحاكم فأمره في ماله إلي الحاكم، و مَنْ حُجر عليه بغير حكم الحاكم فأمره في ماله إلي الأب أو الجدّ للأب.

إذا عرفت هذا، فإذا حُجر مَنْ طرأ عليه السفه ثم عاد رشيداً، فإن قلنا: الحجر عليه لا يثبت إلاّ بحكم الحاكم، فلا يرفع إلاّ برفعه.

و إن قلنا: يثبت بنفسه، ففي زواله خلاف بين الشافعيّة كما فيما إذا بلغ رشيداً(2).

و مَنْ الذي يلي أمر مَنْ حُجر عليه للسفه الطارئ؟ إن قلنا: إنّه لا بدّ من ضرب الحاكم، فهو الذي يليه.

و إن قلنا: إنّه يصير محجوراً عليه بنفس السفه، فوجهان عند الشافعيّة مشبّهان بالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجنون بعد البلوغ:

أحدهما: أنّه يلي أمره الأب أو الجدّ، كما في حالة الصغر، و كما إذا بلغ مجنوناً.

و الثاني: يليه الحاكم؛ لأنّ ولاية الأب قد زالت فلا تعود(3).

و الثاني أصحّ عندنا و عندهم، بخلاف المجنون؛ فإنّ حجره بالجنون لا بحكم الحاكم، فكان أمره إلي الأب.7.

ص: 222

1- الحاوي الكبير 6:342، حلية العلماء 4:541.

2- العزيز شرح الوجيز 5:75، روضة الطالبين 3:416.

3- العزيز شرح الوجيز 5:75، روضة الطالبين 3:416-417.

أ - ذهب بعض الشافعية إلى أن عود مجرد الفسق أو مجرد التبذير لا أثر له في الحجر،

وإنما المؤثر في عود الحجر أو إعادته عودُ الفسق و التبذير جميعاً(1).

و ليس بجيد، وقد أطبق أكثر الشافعية علي أن عود التبذير وحده كافٍ في عود الحجر أو إعادته(2).

ب - لو كان يُعْبَن في بعض التصرفات خاصة، فالأولي الحجر عليه في ذلك النوع خاصة؛

لعدم مقتضي الحجر في غيره، و وجوده فيه، و لا بُعْد في تجزّي الحجر، كما في العبد حيث يُحجر عليه في المال دون الطلاق، و كما في المفلس.

و للشافعية وجهان:

هذا أحدهما.

و الثاني: استبعاد اجتماع الحجر و الإطلاق في الشخص الواحد(3).

و قد بيّنّا وقوعه، فكيف يستبعد!؟

ج - الشحيح علي نفسه جداً مع اليسار لا يُحجر عليه؛

لأن الغرض من الحجر حفظ المال، و التقدير أنه بالغ في الحفظ الغاية.

و للشافعية وجهان:

أحدهما: أنه يُحجر عليه.

و الأصح عندهم: المنع(2).

ص: 223

1- الغزالي في الوجيز 1:176، و لاحظ: الوسيط 4:38، و حكاه عنه الرافي في العزيز شرح الوجيز 5:76، و النووي في روضة الطالبين

417:3. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5:76، روضة الطالبين 3:417.

2- حلية العلماء 4:540، العزيز شرح الوجيز 5:76، روضة الطالبين 3:417.

مسألة 420: يجب اختبار الصبي قبل فك الحجر عنه،

إشارة

فإن أونس منه الرشد، دُفع إليه المال، وإلا فلا؛ لقوله تعالى: «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى» (1) و الابتلاء: الاختبار، كما قال تعالى: «لِيَبْلُوكُمْ أَيَكُمُ أَحْسَنُ عَمَلًا» (2) أي يختبركم.

وكيفية الاختبار: أنّ اليتيم إن كان صبيًا، فإن كان من أولاد التجار، فوُض إليه البيع والشراء، فإذا تكرّر ذلك منه وسلم من الغبن والتضييع وإتلاف شيء من المال و صرفه في غير وجهه، فهو رشيد.

وإن كان من أولاد الدهاقين والوزراء والأكابر الذين يصابون عن الأسواق، فإنّ اختباره يكون بأن يُسلّم إليه نفقة مدّة قريبة - كالشهر - لينفقها في مصالحه، فإن كان قيمًا بذلك يصرفها في مواضعها ويستوفي الحساب علي وكيله ويستقصي عليه، فهو رشيد.

وإن كان أنثى لم تُختبر بالبيع والشراء في الأسواق؛ لأنّ العادة أنّ المرأة لا تباشر ذلك في السوق، وإنّما تُختبر بأن يفوض إليها ما يفوض إلي ربّة البيت من استئجار الغرالات، وتوكيلها في شراء القطن والكتان والإبريسم والاعتناء بالاستغزال والاستساج، فإذا كانت ضابطةً في ذلك حافظّةً للمال الذي في يدها مستوفيةً لما استأجرت له من الأجراء، فهي رشيدة.

تذنيب: لا تكفي المرّة الواحدة في الاختبار،

بل لا بدّ من التكرار

ص: 224

1- النساء: 6.

2- هود: 7، الملك: 2.

مراراً يحصل معها غلبة الظنّ بالرشد.

مسألة 421: وقت الاختبار قبل البلوغ

إشارة

- و هو قول بعض الشافعيّة و أحمد في إحدَي الروايتين (1) - لقوله تعالى: «وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (2).

و ظاهر الآية أنّ الابتلاء قبل البلوغ؛ لأنّه تعالى سمّاهم يتامى، و إنّما يصدق عليهم هذا الاسم قبل البلوغ. و لأنّه تعالى مدّ اختبارهم إليّ البلوغ بلفظ «حتي» فدلّ عليّ أنّ الاختبار قبل البلوغ.

و لأنّ تأخير اختباره إليّ بعد البلوغ يؤدّي إليّ الحجر عليّ البالغ الرشيد، لأنّ الحجر يمتدّ إليّ أن يُختبر و يُعلم رشده بمنع ماله، و اختباره قبل البلوغ يمنع ذلك، فكان أولي.

و قال بعض الشافعيّة و أحمد في الرواية الأخرى: إنّ الاختبار إنّما يكون بعد البلوغ؛ لأنّه قبل البلوغ محجور عليه؛ لبقاء الصغر، و إنّما يزول الحجر عنه بالبلوغ، و تصرف الصبي قد بيّن أنّه غير نافذ (3).

و الأول أصحّ الوجهين عند الشافعيّة، و هو الذي اخترناه، فعليه كيف يُختبر؟

الأوليّ أنّ الوليّ يأمره بالمساومة في السّلح و يمتحنه في الممارسة و المماكسة و المساومة و تقرير الثمن، فإذا آل الأمر إليّ العقد، عقده الوليّ - فإذا رآه قد اشترى بثمن مثله و لم يغبن و استوفي مقاصد البيع، علم رشده

ص: 225

1- الحاوي الكبير 6:350، المهذب - للشيرازي - 1:338، حلية العلماء 4:535، العزيز شرح الوجيز 5:73، روضة الطالبين 3:415، منهاج الطالبين: 124، المغني 4:568، الشرح الكبير 4:562.

2- النساء: 6.

3- الحاوي الكبير 6:350، المهذب - للشيرازي - 1:338، حلية العلماء 4:535، العزيز شرح الوجيز 5:73، روضة الطالبين 3:415، منهاج الطالبين: 124، المغني 4:568، الشرح الكبير 4:562.

- لأنّ تصرّف الصبي لا ينفذ فكيف يمكن أن يتولّى العقد؟! وهو أصحّ وجهي الشافعيّة.

و الثاني: أنّه يسلم الوليّ إليه شيئاً من المال ليشتري به، و يصحّ بيعه و شراؤه؛ لموضع الحاجة إلي ذلك(1).

وقال بعضهم: يشتري الوليّ سلعةً و يتركها في يد البائع و يواطئه علي بيعها من الصبي، فإن اشترها منه و فعّل ما يكون صلاحاً و رشداً، علم منه الرشد(2).

و الأوّل عندي أقوى؛ جمعاً بين المصالح.

تذنب: إن قلنا: إنّ يدفع إليه المال للاختبار فتلف في يده،

لم يكن علي الوليّ الضمان؛ لأصالة براءة الذمّة.

البحث الثالث: في فائدة الحجر علي السفيه.

مسألة 422: السفيه إذا حجر عليه الحاكم، منع من التصرف في ماله،

و لا يصحّ منه العقود المتعلّقة بالمال، سواء صادف التصرف في العين - كبيع السلعة التي له و شراء غيرها من السّلع، و العتق و الكتابة و الهبة - أو صادف ما في الذمّة، كالشراء بعين مالٍ في الذمّة، أو صادف غير المال، كالنكاح؛ لأنّ فائدة الحجر حفظ ماله، و إنّما يحصل بمنعه من ذلك كلّّه.

و للشافعيّة وجهٌ ضعيف في الشراء بمالٍ في ذمّته، تخريجاً من شراء

ص: 226

1- الحاوي الكبير 6:350-351، المهذب - للشيرازي - 1:338، حلية العلماء 4:535، العزيز شرح الوجيز 5:73، روضة الطالبين 3:415.

2- لم نعر عليه فيما بين أيدينا من المصادر المتوفّرة سواء كانت قبل زمن العلامة أو بعده. نعم، نقله في المجموع (التكملة الثانية) 13:369.

العبد بغير إذن مولاه(1).

والمذهب المشهور لهم(2) كما ذهبنا إليه من المنع من ذلك أيضاً؛ لأن الحجر تبرّع في حقّه نظراً له، وذلك يقتضي الردّ حالاً ومالاً، و الحجر علي العبد لحقّ المولي، فلا يمتنع الحكم بصحّته بحيث لا يضرّ بالمولي.

مسألة 423: إذا باع السفية بعد الحجر عليه وأقبض، استردّ المتاع من المشتري،

ولو تلف في يده، ضمن؛ لعدوانه بالقبض من غير من له أهلية الإقباض.

ولو اشتري وقبض أو استقرض فتلف المال في يده أو أتلفه، فلا ضمان عليه، والذي أقبضه ذلك هو المضيع لماله، ولولّيته استرداد الثمن إن كان قد أقبضه.

ولا فرق بين أن يكون من عامله عالمًا بحاله أو جاهلاً؛ إذ كان من حقّه أن يبحث عنه ولا يعامل أحداً إلاّ عن بصيرة.

وكما لا يجب الضمان في الحال علي السفية، لا يجب بعد رشده ورفع الحجر عنه؛ لأنّه حجرٌ ضدّ رب لمصلحته، فأشبه الصبي، إلاّ أنّ الصبي لا يأثم، والسفية يأثم؛ لأنّه مكلف.

وقال بعض الشافعية: إذا أتلف بنفسه، ضمن بعد رفع الحجر عنه(3) ولا بأس به.

ص: 227

1- العزیز شرح الوجیز 77:5، روضة الطالبین 3:418.

2- التهذيب - للبغوي - 4:139، العزیز شرح الوجیز 77:5، روضة الطالبین 3:417.

3- العزیز شرح الوجیز 77:5، روضة الطالبین 3:418.

مسألة 424: يستحب للحاكم إذا حجر علي السفيه أن يشهر حاله،

و يشيع حجره عند الناس ليمتنعوا من معاملته و تسلم أموالهم عليهم.

و إن احتاج في ذلك إلي النداء عليه، نادي بذلك ليعرفه الناس، و لا يشترط الإشهاد عليه؛ لأنّه قد يشتهر أمره و يعرفه الناس.

فإذا حجر عليه و اشترى، كان الشراء باطلاً، و استرجع الحاكم منه العين، و دفعها إلي البائع.

و كذا ما يأخذه من أموال الناس بقرضٍ أو شبهه ممّا يرضي به أرباب الأموال، فإنّ الحاكم يستردّه من السفيه، و يدفعه إلي أربابه إن كان باقياً، و إن كان تالفاً، فهو من ضمان صاحبه، كما تقدّم.

هذا إن كان صاحبه قد سلّطه عليه، و أمّا إن حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليطٍ عليه كالوديعة و العارية، فالأقرب عندي: أنّه يلزمه الضمان إن أتلفه أو تلف بتفريطه؛ لأنّ المالك لم يسّطه عليه، و قد أتلفه بغير اختيار صاحبه، فكان ضامناً له، كما لو غصبه و أتلفه، و هو قول بعض العامة (1).

و قال قوم منهم: لا يضمن؛ لأنّ التفريط من المالك حيث سلّطه عليه بإقباضه إيّاه و عرضّه لإتلافه (2).

و إن كان المالك لم يدفع إليه و لم يسّطه، بل أتلفه بغير اختياره، كالغصب و الجنابة، فعليه ضمانه؛ لأنّه لا تفريط من المالك هنا. و لأنّ الصبي و المجنون لو فعلاً ذلك، لزمهما الضمان، فالسفيه أولي.

ص: 228

1- المغني 4: 570.

2- المغني 4: 570.

و مذهب الشافعي (1) في ذلك كما قلناه.

مسألة 425: و حكم الصبي و المجنون كما قلنا في السفية في وجوب الضمان عليهما

إذا أتلغا مال غيرهما بغير إذنه، أو غصباه فتلف في يدهما، و انتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه كالمبيع و القرض.
و أما الوديعة و العارية إذا دفعهما صاحبهما إليهما فتلفتا، فلا ضمان عليهما، فإن أتلغاهما، فالأقرب: أنه كذلك.

و لبعض (2) العامة وجهان:

أحدهما: لا ضمان؛ لأنه عرضها للإتلاف و سلطه عليها، فأشبه المبيع.

و الثاني: عليه الضمان؛ لأنه أتلغها بغير اختيار صاحبها، فأشبه الغصب.

مسألة 426: لو أذن الولي للسفيه في التصرف، فإن أطلق، كان لغواً.

و إن عيّن له نوعاً من التصرف و قدر العوض، فالأقرب: الجواز، كما لو أذن له في النكاح؛ لأن المقصود عدم التصرّر و أن لا يضرب نفسه و لا يتلف ماله، فإذا أذن له الولي، أمن المحذور، و انتفى المانع، و هو أحد قولي الشافعية.

و الثاني: المنع؛ لأنه محجور عليه لمصلحة نفسه، فلا يصح الإذن له في شيء من التصرفات، كالصبي. و لأن الحجر عليه لتبذيره و سوء (3)

ص: 229

1- التهذيب - للبخاري - 139:4، المغني 4:570.

2- المغني 4:570.

3- في الطبعة الحجرية: «لسوء» بدل «وسوء».

تصرّفه، فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه، فلم يصحّ، كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة(1).

والفرق ظاهرٌ بين الصبي والسفيه مع الإذن؛ لأنّه مكلف عاقل، والتبذير مانع إلّا مع الإذن؛ لأنّنا نشترط فيه الاقتصار علي ما يعينه له من جنس المبيع والتمن.

وبعض الشافعيّة منَع من الإذن في النكاح(2)، وهذا يقتضي سلب عبارته بالكليّة.

وعلي ما قلناه إنّما سلّبنا عنه الاستقلال بالنكاح.

وعلي هذين الوجهين لو وُكِّله غيره في شيء من التصرفات، فعندنا يصحّ؛ لأنّ عبارته معتبرة لم يسلب الشارع حكمها عنه، فصحّ عقده للموكل حيث لم يصادف تصرّفه مالاً ولا ما يتضرّر به.

وللشافعيّة وجهان(3).

وكذا عندنا يصحّ أن يقبل الهبة والوصيّة؛ لحصول النفع الذي هو ضدّ المحذور.

وللشافعيّة وجهان(4).

مسألة 427: لو أقرّ السفيه بما يوجب قصاصاً أو حداً أو تعزيراً

- كالزنا والسرقه والشرب والقذف والشتم والقتل العمد وقطع الجارحة - فُبل منه؛ لأنّه مكلف عاقل، ويحكم عليه به في الحال، ولا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم؛ لأنّه لا تعلق لهذا الإقرار بالمال حتى يتأثر بالحجر.

ص: 230

1- العزيز شرح الوجيز 77:5، روضة الطالبين 418:3.

2- العزيز شرح الوجيز 77:5، روضة الطالبين 418:3.

3- العزيز شرح الوجيز 78:5، روضة الطالبين 418:3.

4- العزيز شرح الوجيز 78:5، روضة الطالبين 418:3.

و يُقبل في السرقة إقراره بها، و يُقطع.

و الأقوي أنه لا يُقبل في المال - وهو أحد قولي الشافعي (1) - لأنه متهم فيه، بخلاف القطع؛ لتعلقه بالبدن، و هو ليس محجوراً عليه فيه.

و الثاني: أنه يُقبل، و بناه علي اختلاف قوليه في العبد إذا أقر بالسرقة (2).

هذا إن قلنا: لا يُقبل إقراره بدين الإتلاف، فإن قبلناه، فأولي أن يُقبل هنا.

مسألة 428: إذا أقر السفية بما يوجب القصاص فعفا المقر له علي مال، لم يثبت عندنا؛

لأنّ موجب العمد القصاص لا غير، و الدية إنّما تثبت بالصلح.

أمّا مَنْ يقول: إنّ موجب العمد أحد الأمرين: إمّا الدية أو القصاص، فيحتمل ثبوت الدية - و به قال الشافعي (3) - لأنّ المال تعلق بثبوته باختيار الغير، لا بإقرار السفية. و لأنه عفو علي مال عن قصاصٍ ثابت فصَحّ، كما لو ثبت بالبيّنة.

و الأقوي ما قلناه؛ و لأنه لو صحّ لاتخذ ذلك وسيلةً إلي الإقرار بالمال بأن يتواطأ المحجور عليه و المقر له علي الإقرار و العفو عنه إلي مالٍ. و لأنّ وجوب المال مستند إلي إقراره، فلم يثبت، كالإقرار به ابتداءً.

فعلي هذا القول - الذي اخترناه - لا يسقط القصاص، و لا يجب المال في الحال.

مسألة 429: لو أقر السفية بنسبٍ صحيح، صحّ، و ثبت النسب؛

لانتفاء المانع، و هو مصادفة الإقرار بالمال.

و لو وجب الإنفاق علي المقرّ به، أنفق عليه من بيت المال.

ص: 231

1- العزيز شرح الوجيز 78:5، روضة الطالبين 419:3.

2- العزيز شرح الوجيز 78:5، روضة الطالبين 419:3.

3- العزيز شرح الوجيز 78:5، روضة الطالبين 419:3.

وقال بعض العامة: تثبت أحكام النسب - كما يثبت النسب - من وجوب النفقة وغيرها؛ لكون ذلك حصل ضمناً، فأشبهه نفقة الزوجة (1).
و الوجه: ما قلناه.

مسألة 430: إذا أقرّ السفيه بدَيْنٍ أو بما يوجب المال - كجناية الخطأ و شبه العمد و إتلاف المال و غصبه - لم يقبل إقراره به؛

لأنه محجور عليه لحظّه، فلم يصح إقراره، كالصبي و المجنون. و لأنّنا لو قبلنا إقراره في ماله، لزال معني الحجر؛ لأنه يقرب به فيأخذه المقرّ له. و لأنه أقرّ بما هو ممنوع من التصرف فيه، فلم ينفذ، كإقرار الراهن بالرهن.

و لا فرق بين أن يسنده إلي ما قبل الحجر أو إلي ما بعده، و هو قول أكثر الشافعيّة و أحمد في إحدَي الروايتين (2).

و للشافعيّة قول آخر: إنّه إذا أسند إقراره إلي ما قبل الحجر، قبل، تخريجاً من الخلاف في أنّ المفلس إذا أقرّ بدَيْنٍ سابق علي الحجر هل يزاحم المقرّ له الغرماء؟ (3).

و للشافعيّة فيما إذا أقرّ بإتلافٍ أو جنايةٍ توجب المال قولان:

أصحهما: الردّ، كما لو أقرّ بدَيْنٍ معامليّ.

و الثاني: القبول؛ لأنه لو أثبتنا (4) الغصب و الإتلاف، يضمن، فإذا أقرّ به، يقبل (5).

ص: 232

1- المغني و الشرح الكبير 4:575.

2- العزيز شرح الوجيز 5:78، روضة الطالبين 3:418، المغني و الشرح الكبير 4:575.

3- العزيز شرح الوجيز 5:78، روضة الطالبين 3:419.

4- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «أنشأ» بدل «أثبتنا». و المثبت هو الصحيح.

5- العزيز شرح الوجيز 5:78، روضة الطالبين 3:419.

فقد قلنا: إنّه لا يُقبل. وإن لم يكن قد حجر عليه، فقبل؛ لعدم المانع، كما أنّه لا يمنع من البيع والشراء وغيرهما إلاّ بالحجر.

وإذا أقرّ بالمال بعد الحجر، لم ينفذ في الحال.

و هل يلزمه حكم إقراره بعد فكّ الحجر عنه؟ الوجه: أنّه لا يلزمه، بل يردّ، كما رددناه حالة السفه؛ لأنّه محجور عليه؛ لعدم رشده، فلم يلزمه حكم إقراره بعد فكّ الحجر عنه، كالصبي والمجنون. ولأنّ المنع من نفوذ إقراره في الحال إنّما ثبت لحفظ ماله عليه، ودفع الضرر عنه، فلو نفذ بعد فكّ الحجر، لم يفسد إلاّ تأخّر الضرر عليه إلى أكمل حالته، بخلاف المحجور عليه للفلس، فإنّ المانع تعلّق بحقّ الغرماء بماله، فيزول المانع بزوال الحقّ عن ماله، فيثبت مقتضي إقراره، وفي مسألتنا انتفي الحكم لانتفاء سببه، فلم يثبت كونه سبباً، وبزوال الحجر لم يكمل السبب، ولا يثبت الحكم باختلال السبب، كما لم يثبت قبل فكّ الحجر. ولأنّ الحجر لحقّ الغرماء لا يمنع تصرفهم، فأمكن تصحيح إقرارهم علي وجه لا يضرّ بذلك الغير بأن يلزمهم بعد زوال حقّ الغير، والحجر هنا ثبت لحفظ نفسه من أجل ضعف عقله وسوء تصرفه، ولا يندفع الضرر إلاّ بإبطال إقراره بالكلّيّة، كالصبي والمجنون، وهو قول الشافعي (1).

وقال أبو ثور: إنّه يلزمه ما أقرّ به بعد فكّ الحجر عنه؛ لأنّه مكلف أقرّ بمال، فيلزمه؛ لقوله عليه السلام: «إقرار العقلاء علي أنفسهم جائز» (2) منّع من

ص: 233

1- العزيز شرح الوجيز 78:5، روضة الطالبين 419:3، المغني والشرح الكبير 575:4.

2- لم نجده في المصادر الحديثيّة.

إمضائه في الحال بسبب الحجر، فيمضني بعد فكّ الحجر عنه، كالعبد يُقرّ بدين، والراهن يُقرّ علي الرهن، والمفلس [علي المال] (1)(2).

وقد سبق الفرق.

مسألة 432: هذا حكم تكليفنا في الظاهر، أما حكمه فيما بينه وبين الله تعالى

إشارة

فإن علم بصحة ما أقرّ به - كدينٍ لزمه، و جنائية لزمته، و مالٍ لزمه قبل الحجر عليه - فيجب عليه أدائه بعد فكّ الحجر عنه؛ لأنّه حقّ ثابت عليه، فلزمه أدائه، كما لو لم يُقرّ به. وإن علم فساد إقراره - مثل أن يُقرّ بدينٍ ولا شيء عليه، أو أقرّ بجنائية ولم توجد منه - لم يلزمه أدائه؛ لأنّه يعلم أنّه لا دين عليه، فلم يلزمه شيء، كما لو لم يُقرّ به.

و كذا لا يجب عليه الأداء فيما أتلفه بدفع صاحب المال إليه و تسليطه عليه بالبيع و شبهه.

تذنيب: لو ادّعي عليه شخص بدينٍ معاملةً لزمه قبل الحجر، فأقام عليه البيّنة، سُمعت، و حكم عليه بمقتضي الشهادة.

و إن لم تكن بيّنة، فإن قلنا: إنّ النكول و ردّ اليمين كالبيّنة، سُمعت دعواه. و إن قلنا: كالإقرار، لم تُسمع؛ لأنّ غايته أن يُقرّ وإقراره غير مقبول.

مسألة 433: إذا طلق السفية، نفذ طلاقه، سواء طلق قبل الحجر عليه أو بعده

في قول عامة أهل العلم (3)؛ لأنّه لا يدخل تحت حَجْر الوليّ

ص: 234

1- ما بين المعقوفين من المصدر.

2- المغني و الشرح الكبير 4:575.

3- المغني 4:571، الشرح الكبير 4:574، الحاوي الكبير 6:363، التنبيه: 103، التهذيب - للبعوي 4:140، العزيز شرح الوجيز

5:78، روضة الطالبين 3:419، الهداية - للمرغيناني - 3:282، بداية المجتهد 2:282.

و تصرّفه، و لهذا لا يطلق الولي أصلاً، بل المحجور عليه يطلق بنفسه إذا كان مكلفاً، كالعبد. و لأنّ الحجر إنّما يثبت عليه لإبقاء ماله عليه، و البُضْع ليس بمالٍ و لا هو جارٍ مجري الأموال، و لهذا لا ينتقل إلي الورثة، و لا يمنع المريض من إزالة الملك عنه. و لأنّه ليس بتصرّفٍ في المال، فصحّ وقوعه منه، كالإقرار بالحدّ و القصاص. و لأنّه يصحّ من العبد بغير إذن سيّده مع منعه من التصرّف في المال، و هذا يقتضي أنّ البُضْع لا يجري مجري المال. و لأنّه مكلف طلق مختاراً، فوجب أن ينفذ، كالعبد و المكاتب.

و قال ابن أبي ليلى: لا- يقع طلاقه؛ لأنّ البُضْع يجري مجري المال؛ بدليل أنّه يملكه بمالٍ، و يصحّ أن يزول ملكه عنه بمالٍ، فلم يملك التصرّف فيه، كالمال(1).

و قد سلف بطلانه.

مسألة 434: يصحّ الخلع من السفية؛

لأنّه إذا صحّ منه الطلاق مجاناً من غير مقابلة بشيء، فصحّ الخلع الذي هو طلاق بعوضٍ أولي.

إذا ثبت هذا، فإنّ مال الخلع لا يُدفع إليه، و إن دُفع إليه، لم يصحّ قبضه، و إن أتلفه، لم يضمّنه، و لم تبرأ المرأة بدفعه إليه، و هو من ضمانها إن أتلفه أو تلف في يده؛ لأنّها سلّطته علي إتلافه.

و هل يشترط في خلعه أن يخالع بمهر المثل أو أزيد؟ إشكال ينشأ:

من أنّه يصحّ الطلاق بغير شيء البتّة، فمهما كان من العوض يكون أولي، و من أنّه يجري مجري المعاوضة، فلا يجوز بدون مهر المثل، كالبيع بدون

ص: 235

1- الحاوي الكبير 6:363، حلية العلماء 4:541، بداية المجتهد 2:283، المغني 4:571، الشرح الكبير 4:574.

ثمن المثل.

وكذا يصحّ منه الظهار، ويكفر بالصوم، ويصحّ منه الرجعة؛ لأنّها ليست ابتداءً نكاح، بل تمسكٌ بالعقد السابق، ويصحّ منه نفى النسب باللعان وما أشبه ذلك؛ لأنّ هذه لا تعلّق لها بالمال.

ولو كان السفية مطلقاً مع حاجته إلي النكاح فتسرّي بجارية، فإن تبرّم (1) بها، أُبدلت له.

مسألة 435: قد يتنا أن عتق السفية غير نافذ؛

لأنّه إتلافٌ للمال وتصرفٌ فيه بغير عوضٍ، فلا يصحّ. ولأنّه إذا مُنع من البيع الذي هو إخراج ملكه عن العين بعوضٍ يساويها أو يزيد عليها، فمَنعُه عن العتق أولى، فإن أعتق، لم يصحّ، ولا يلزمه حكمه بعد رفع الحجر عنه، وبه قال الشافعي والحكّم (2) وأحمد في إحدَي الروايتين (3).

وفي الأخرى: أنّه يصحّ عتقه معجلاً؛ لأنّه عتقٌ من مكلفٍ مالكٍ تامّ الملك، فصحّ، كعتق الراهن والمفلس (4).

والفرق ظاهر؛ لأنّ المفلس والراهن حُجر عليهما لحقّ غيرهما، مع أنّا نمنع الحكم في الأصل. ولأنّه تبرّع فلم ينفذ، كهبته ووقفه. ولأنّه محجور عليه لحفظه (5)، فلم يصح عتقه، كالصبي والمجنون.

ص: 236

1- تبرّم: تضجّر. لسان العرب 12: 43 «برم».

2- قوله: «والحكّم» كذا ورد في النسخ الخطيّة والحجريّة، وليس في المصادر - في الهامش التالي - منه ذكر. وفي المغني والشرح: «القاسم بن محمّد» بدل «الحكّم».

3- الحاوي الكبير 6: 360، التهذيب - للبعوي - 4: 139، العزيز شرح الوجيز 5: 77، روضة الطالبين 3: 417، المغني 4: 572، الشرح الكبير 4: 573.

4- المغني 4: 572، الشرح الكبير 4: 573.

5- أي: لحفظ ماله عليه.

مسألة 436: الأقوي أنه لا يصح منه عقد النكاح مستقلاً،

بل يشترط إذن الولي في النكاح - وبه قال الشافعي وأبو ثور(1) - لأنه تصرف يتضمّن المال، وهو الالتزام بالصدّاق، فكان ممنوعاً منه؛ لتعلّقه بالمال. ولأنّه يجري مجرى المعاوضة الماليّة، فمُنِع منه، كالبيع.

وقال أبو حنيفة وأحمد: يصحّ منه الاستقلال بالنكاح وإن منعه الولي؛ لحاجته إليه. ولأنّه عقد غير ماليّ، فصَحّ منه، كخلعه وطلاقه، وإن لزم منه المال فحصوله بطريق الضمن، ولا يمنع من العقد، كما لو لزم ذلك من الطلاق(2).

ويُمنع من كونه غير ماليّ؛ لأنّ التصرف في المال ممنوع منه، سواء كان بطريق الأصالة أو الضمن، ولهذا أوجبنا نفقة الولد - الذي أقرّ به - في بيت المال، وأثبتنا النسب.

مسألة 437: لا يصحّ تدبير السفیه و لا وصيته بالتبرّعات؛

لأنّه تصرف في المال، فلم ينفذ منه، كغيرهما من التصرفات الماليّة.

وقال أحمد: يصحّان؛ لأنّ ذلك محض مصلحة؛ لأنّه تقرب إلى الله تعالى(3).

ويُمنع صلاحية التقرب للنفوذ؛ فإن صدقته ووقفه لا ينفذان وإن تقرب بهما إلى الله تعالى.

ص: 237

1- التثبيته: 103، التهذيب - للبخاري - 140:4، العزيز شرح الوجيز 77:5، روضة الطالبين 3:417-418، المغني والشرح الكبير 572:4.

2- المغني والشرح الكبير 572:4.

3- المغني 572:4، الشرح الكبير 573:4.

و يصحّ منه الاستيلاء، و تُعتق الأمة المستولدة بموته؛ لأنّه إذا صحّ ذلك من المجنون فصحتّه من السفية العاقل أولى.

وله المطالبة بالقصاص؛ لأنّه موضوع للتشفيّ والانتقام. وله العفو علي مالٍ؛ لأنّه تحصيل للمال، وليس تضييعاً له. وإذا ثبت المال، لم يكن له التصرف فيه، بل يقبضه الوليّ.

وإن عفا علي غير مالٍ، صحّ عندنا؛ لأنّ الواجب في العمد القصاص، و الدية إنّما تثبت بالصلح و التراضي، و القصاص ليس مالاً، فلا يمنع من التصرف فيه بالإسقاط؛ لأنّ ذلك ليس تضييعاً للمال.

و من قال: الواجب أحد الشينين، لم يصحّ عفوّه عن المال، و وجب المال، كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين عندهم(1).

مسألة 438: حكم السفية في العبادات حكم الرشيد،

إلّا أنّه لا يفرّق الحقوق الماليّة بنفسه، كالزكاة و الخمس؛ لأنّه تصرف في المال، و هو ممنوع منه علي الاستقلال.

و لو أحرّم بالحجّ أو بالعمرة، صحّ إحرامه بغير إذن الوليّ.

ثمّ إن كان قد أحرّم بحجّة الإسلام أو بعمرته، لم يكن للوليّ عليه الاعتراض، سواء زادت نفقة السفر أو لا، و ينفق عليه الوليّ.

و كذا لو أحرّم بحجّ أو عمرة واجبتين بنذرٍ أو شبهه كان قد أوجبه قبل الحجر عليه.

وإن كان الحجّ أو العمرة مندوبين، فإن تساوت نفقته سفرأ و حضرأ،

ص: 238

انعقد إحرامه، وصح نسكه، وكان علي الولي الإنفاق عليه، أو يدفع النفقة إلي ثقة؛ لأنه لا ضرر علي المال في هذا الإحرام.

وإن كان نفقة السفر أكثر، فإن قال: أنا أكتسب الزيادة، فكالأول يدفع إليه نفقته الأصلية في الحضر، ويتكسب هو في الطريق الزيادة؛ لانتفاء الضرر عن ماله.

وإن لم يكن له كسب أو كان ولا يفي بتلك الزيادة، فللولي منعه، وتحلله بالصوم، كالمحصور إذا جعلنا لدم الإحصار بدلاً؛ لأنه محجور عليه في المال، وهو أصح وجهي الشافعية.

والثاني: أن عجزه عن النفقة لا يلحقه بالمحصّر، بل هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة لا يتحلل إلا بقاء البيت(1).

وهو مشتمل علي الضرر، فالأول أولي.

ولو نذر الحجّ بعد الحجر عليه، فالأقوي انعقاده، لكن لا يُمكن منه إن زادت نفقته في السفر ولم يكن له كسب يفي بها، بل إذا رُفِع الحجر عنه حجّ.

وقال بعض الشافعية: الحجّة المنذورة بعد الحجر كالمندورة قبله إن سلكت بالمنذور مسلك واجب الشرع، وإلا فهي كحجّة التطوع(2).

ولو نذر التصدّق بعين ماله، لم ينعقد، ولو نذر في الذمّة، انعقد.

ولو حلف، انعقدت يمينه، فإن حنث، كفر بالصوم، كالعبد.5.

ص: 239

1- العزيز شرح الوجيز 79:5، روضة الطالبين 420:3.

2- العزيز شرح الوجيز 79:5.

و لو فكّ الحجر عنه قبل تكفيره بالصوم في اليمين، و حلف النذر، و الظهر و الإفطار و غير ذلك، لزمه العتق إن قدر عليه؛ لأنّه الآن متمكّن.

و لو فكّ بعد صومه للكفّارة، لم يلزمه شيء.

ص: 240

مسألة 439: قد بيّنّا أنّه ليس للصغير التصرف في شيء ما من الأشياء قبل بلوغه خمس عشرة سنة في الذكر و تسع سنين في الأنثى،

إشارة

سواء كان مميّزاً أو لا، مُدرکاً لما يضربّه و ينفعه أو لا، حافظاً لماله أو لا.

و قد روي أنّه «إذا بلغ الطفل عشر سنين بصيراً جازت وصيّته بالمعروف و صدقته و أُقيمت عليه الحدود التامة» (1) و في رواية أُخرى: «إذا بلغ خمسة أشبار» (2).

و المعتمد ما تقدّم.

و لو أذن له الولي، لم يصح، إلا في صورة الاختبار إن قلنا بأنّه قبل البلوغ علي ما تقدّم (3).

و لو قلنا بالرواية، نفذ تصرفه في الوصية بالمعروف و الصدقة، و قبل إقراره بهما؛ لأنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

و هل يصحّ بيع المميّز و شراؤه بإذن الولي؟ الوجه عندي: أنّه لا يصحّ و لا ينفذ - و هو إحدى الروايتين عن أحمد، و به قال الشافعي (4) - لقوله تعالى: «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» (5) و إنّما يُعرف زوال السفه بالبلوغ

ص: 241

1- الكافي 28:7 (باب وصية الغلام و الجارية...) ح 1، الفقيه 4:45/502، التهذيب 8:248/898.

2- التهذيب 10:233/922، الاستبصار 4:287/1085.

3- في ص 225، المسألة 421.

4- المغني 4:321، الشرح الكبير 4:578، الوجيز 1:133، العزيز شرح الوجيز 4:15، روضة الطالبين 3:9، المجموع 9:155-156 و 158.

5- النساء: 5.

و الرشد. ولأنه غير مكلف فأشبهه غير المميز. ولأن العقل لا يمكن الوقوف عليه علي الحد الذي يصلح به التصرف والذي لا يصلح؛ لخفائه و تزايدته إلي وقت البلوغ علي التدريج، و المراتب خفية في الغاية، فجعل الشارع له ضابطاً، و هو البلوغ، فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة.

و قال أبو حنيفة و أحمد في الرواية الأخرى: يجوز بيع المميز و شراؤه و تصرفه بإذن الولي؛ لقوله تعالى: «وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى» (1) أي اختبروهم ليعلم رشدهم، و إنما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف إليهم من البيع و الشراء و غيرهما ليعلم هل بلغ حد الرشد أم لا؟ و لأنه عاقل مميز محجور عليه، فصح تصرفه بإذن الولي، بخلاف غير المميز، فإنه لا يصلح تحصيل المصلحة بتصرفه؛ لعدم تميزه و عدم معرفته، و لا حاجة إلي اختباره؛ لأنه قد علم حاله (2).

و قد بينا الخلاف في أن الاختبار هل هو قبل البلوغ أو بعده؟ فإن قلنا: إنه بعد البلوغ، فلا بحث. و إن قلنا: إنه قبله، قلنا: المراد المساومة و المماكسة، فإذا وقف الحال علي شيء، باع الولي و باشر العقد بيعاً و شراءً دون الصبي، و بهذا يحصل الاختبار، و العقل غير معلوم السمة له، و إنما يُعلم بما ضبطه الشارع علامةً عليه، و هو البلوغ، كالمشقة المنوطة بالمسافة.

تذنيب: قال أبو حنيفة: لو تصرف الصبي المميز بالبيع و الشراء و شبههما، صح تصرفه،

و يكون موقوفاً علي إجازة الولي، و أما غير المميز فلا يصح تصرفه، سواء أذن الولي أو لا؛ لسلب أهليته عن مباشرة

ص: 242

1- النساء: 6.

2- بدائع الصنائع 5: 135، المغني 4: 321، الشرح الكبير 4: 578، حلية العلماء 4: 12، العزيز شرح الوجيز 4: 15، المجموع 9: 158.

و لا فرق بين الشيء اليسير و الكثير في المنع من تصرف غير المميّز.

وقال أحمد: يصحّ تصرف غير المميّز في الشيء اليسير؛ لأنّ أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبي و أرسله(2).

و فعله ليس حجّةً، و جاز أن يكون قد عرف أنّه ليس ملكاً للصبي فاستنقذه منه.

مسألة 440: يثبت الرشد عند الحاكم بشهادة رجلين عدلين في الرجال، و في النساء أيضاً؛

لأنّ شهادة الاثنين مناط الأحكام.

و يثبت في النساء بشهادة أربع أيضاً؛ لأنّه ممّا تطلع عليه النساء و لا يطلع عليه الرجال غالباً، فلو اقتصرنا في ثبوت رشدهنّ علي شهادة الرجال، لزم الحرج و الضيق، و هو منفيّ بالإجماع.

و كذا يثبت بشهادة رجل و امرأتين و بشهادة أربع خنثي؛ لجواز أن يكون نساءً.

و لا يثبت بتصديق الغريم، سواء كان ممّن يؤخذ منه الحقّ أو يدفع إليه؛ لما فيه من التهمة.

مسألة 441: الولاية في مال المجنون و الطفل للأب و الجدّ له و إن علا،

و لا ولاية للأُمّ إجماعاً، إلاّ من بعض الشافعيّة(3)، بل إذا فقد الأب و الجدّ و إن علا، كانت الولاية لوصي أحدهما إن وُجد، فإن لم يوجد، كانت الولاية للحاكم يتولّاها بنفسه أو يوليها أميناً.

ص: 243

1- بدائع الصنائع 5:135، العزيز شرح الوجيز 4:15، المجموع 9:158.

2- المغني 4:321، الشرح الكبير 4:8، المجموع 9:158.

3- المهذب - للشيرازي - 1:335، حلية العلماء 4:525، الوجيز 1:177، العزيز شرح الوجيز 5:80، روضة الطالبين 3:422.

ولا ولاية لجدّ الأمّ، كما لا ولاية للأُمّ، ولا لغير الأب والجدّ له من الأعمام والأخوال و(1) غيرهما من الأنساب، قربوا أم بعدوا.

وقد روي أنّ للأُمّ ولاية الإحرام بالصبي(2).

والمعتمد ما قلناه.

وقال أبو سعيد الاصطخري من الشافعيّة: إنّ للأُمّ ولاية المال بعد الأب والجدّ، وتُقدّم علي وصيّهما؛ لزيادة شفقتها(3).

وهو خارق للإجماع.

مسألة 442: الولاية في مال السفية للحاكم،

سواء تجددت السفية عليه بعد بلوغه أو بلغ سفياً؛ لأنّ الحجر يفتقر إلي حكم الحاكم، وزواله أيضاً يفتقر إليه، فكان النظر في ماله إليه، ولا ولاية للأب ولا للجدّ ولا لوصيّهما علي السفية.

وقال أحمد: إن بلغ الصبي سفياً، كانت الولاية للأب أو الجدّ له أو الوصيّ لهما مع عدمهما، وإلاّ فالحاكم(4).

ولا بأس به.

إذا عرفت هذا، فإن كان الأب للصبي والجدّ موجودين، اشتركا في الولاية، وكان حكم الجدّ أولي لو عارضه حكم الأب.

ص: 244

1- في الطبعة الحجرية: «أو» بدل «و».

2- راجع التهذيب 5:6-16/7، والاستبصار 2:146-147/478، وصحيح مسلم 2:1336/974، وسنن أبي داؤد 2:142-

1736/143، وسنن النسائي 5:120، وسنن البيهقي 5:155.

3- راجع المصادر في الهامش (3) من ص 243.

4- المغني 4:570-571، الشرح الكبير 4:562-563.

مسألة 443: الضابط في تصرف المتولي لأموال اليتامي و المجانين اعتبار الغبطة،

و كون التصرف علي وجه النظر و المصلحة، فللولي أن يتجر بمال اليتيم، و يضارب به و يدفعه إلي من يضارب له به، و يجعل له نصيباً من الربح، و يستحب له ذلك، سواء كان الولي أباً أو جدّاً له أو وصياً أو حاكماً أو أمين حاكم، و به قال علي عليه السلام و عمر و عائشة و الضحّاك(1).

و لا نعلم فيه خلافاً إلا ما روي عن الحسن البصري كراهة ذلك؛ لأنّ خزنه أحفظ و أبعد له من التلف(2).

و الأصحّ ما ذكرناه؛ لما رواه العامّة عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنّ النبي صلي الله عليه و آله قال: «مَنْ ولي يتيماً له مالٌ فليتجر له، و لا يتركه حتي تأكله الصدقة»(1).

و من طريق الخاصّة: ما رواه أسباط بن سالم أنّه قال للصادق عليه السلام:

كان لي أخ هلك فأوصي إلي أخ أكبر منّي و أدخلني معه في الوصيّة و ترك ابناً صغيراً و له مال أفيضرب به للابن فما كان من فضل سلّمه لليتيم و ضمن له ماله ؟ فقال: «إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، و إن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم»(2).

ص: 245

1- سنن الدارقطني 2: 109-110/1، المغني 4: 317، الشرح الكبير 4: 564-565.

2- التهذيب 6: 957/342.

و لأنّ ذلك أنفع لليتيم وأكثر حظاً له، لأنّه ينفق من ربحه، ويستدرك من فائدته ما [يقلّه] (1) الإنفاق، كما يفعلُه البالغون في أموالهم و أموال مَنْ يعزّ عليهم من أولادهم.

مسألة 444: و إذا اتّجر لهم ينبغي أن يتّجر في المواضع الآمنة، و لا يدفعه إلاّ لأمين، و لا يغزّر بماله.

و قد روي أنّ عائشة أبضعت مال محمّد بن أبي بكر في البحر (2).

و يُحتمل أن يكون في موضع مأمون قريب من الساحل، أو أنّها ضمنته إن هلك غرمته هي، أو أنّها أخطأت في ذلك فليس فعلها حجّةً.

إذا عرفت هذا، فإنّ للوصيّ أن يتّجر بنفسه، و يجعل الربح بينه و بين اليتيم عليّ جاري العادة؛ لأنّه جاز أن يدفعه كذلك إليّ غيره فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه.

و قال بعض العامة: لا يجوز أن يعمل به بنفسه؛ لأنّ الربح نماء مال اليتيم، فلا يستحقّه غيره إلاّ بعقدٍ، فلا يجوز أن يعقد الوليّ المضاربة مع نفسه (3).

و هو ممنوع؛ لجواز أن يتولّى طرفي العقد.

و إذا دفعه إليّ غيره، كان للعامل ما جعله له الوليّ و وافقه عليه؛ لأنّ الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته، و هذا فيه مصلحته، فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله.

مسألة 445: و يشترط في التاجر بمال اليتيم أن يكون وليّاً

و أن يكون

ص: 246

1- بدل ما بين المعقوفين في «ج، ر» و الطبعة الحجرية: «يعلمه» و في «ث»: «يعد». و الصحيح ما أثبتناه. (2 و 3) المغني 4:317، الشرح الكبير 4:565.

ملياً، فإن انتفي أحد الوصفين، لم يجز له التجارة في ماله، فإن اتجر، كان الضمان عليه، و الربح لليتم؛ لما رواه ربعي بن عبد الله عن الصادق عليه السلام في رجل عنده مال اليتيم، فقال: «إن كان محتاجاً ليس له مال، فلا يمَس ماله، وإن هو اتجر به فالربح لليتم وهو ضامن»(1).

وفي الحسن عن محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في مال اليتيم قال: «العامل به ضامن، و لليتم الربح إذا لم يكن للعامل به مال» وقال: «إن أعطب أذاه»(2).

مسألة 446: و يجوز لولي اليتيم إبضاع ماله، و هو دفعه إلي من يتجر به، و الربح كله لليتم؛

لأن ذلك أنفع من المضاربة، لأنه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه إلي من يدفع جميع ربحه إلي اليتيم أولى.

و يستحب أن يشتري له العقار؛ لأنه مصلحة له، لأنه يحصل منه الفضل، و لا يفتقر إلي كثير مئونة، و سلامته متيقنة، و الأصل باقي مع الاستئمان، و الغرر فيه أقل من التجارة، بل هو أولى منها؛ لما في التجارة من الأخطار و انحطاط الأسعار، فإن لم يكن في شرائه مصلحة إما لفضل الخراج و جور السلطان أو إشراف الموضع علي البوار، لم يجز.

و يجوز أن يبني عقاره و يستجده إذا استهدم من الدور و المساكن؛ لأنه في معني الشراء، إلا أن يكون الشراء أنفع، فيصرف المال إليه، و يقدمه علي البناء، فإن فضل شيء، صرفه في البناء.

و إذا أراد البناء، بني بما فيه الحظ لليتم، و بينه بالآجر و الطين، و إن اقتضت المصلحة البناء باللبن، فعَل، و إلا فلا؛ لأنه إذا هدم لا مرجوع له.

ص: 247

1- الكافي 5/131:3، التهذيب 6/341-342:955.

2- الكافي 5/131:2، التهذيب 6/342:956.

وبالجملة، يفعل الأصلح.

وقال الشافعي: يبني بالآجر والطين لا غير؛ لأنه إذا بني باللبن خاصةً، لم يكن له مرجوع، وإذا بناه بالآجر والجص، لم يتخلص منه إلا بكسره(1).

وما قلناه أولي؛ لأنه إذا كان الحظ في البناء بغير الآجر، فتركه تضييع حظه وماله، ولا يجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم البناء، وربما لا يقع ذلك في حياته ولا يحتاج إليه، مع أن كثيراً من البلاد لا يوجد فيها الآجر، وكثيراً من البلدان لم تجر عاداتهم بالبناء بالآجر، فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا إلى غرامة كثيرة لا يحصل منها طائل، فالأولي البناء في كل بلد على عادته.

مسألة 447: لا يجوز بيع عقار الصبي لغير حاجة؛

لأننا نأمر الولي بالشراء له لما فيه من الحظ والمصلحة، فيكون بيعه تقويتاً للحظ، فإن احتيج إلي بيعه، جاز، وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق وأحمد(2).

وقال بعض العامة: لا يجوز إلا في موضعين:

أ: أن يكون به ضرورة إلى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو ما لا بد له منه، ولا تندفع حاجته إلا بالبيع، أو قصرت غلته عن الوفاء بنفقته و ما يحتاج إليه.

ب: أن يكون في بيعه غبطة بأن يدفع فيه زيادة كثيرة على ثمن مثله

ص: 248

1- المهذب - للشيرازي - 1:335، العزيز شرح الوجيز 5:80، روضة الطالبين 3:422، المغني 4:317، الشرح الكبير 4:567.

2- المهذب - للشيرازي - 1:335، العزيز شرح الوجيز 5:80، روضة الطالبين 3:422، المغني 4:318، الشرح الكبير 4:569.

و يرغب إليه شريك أو جار بأكثر من ثمن مثله وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن، أو يخاف عليه الخراب والهلاك بغرقٍ أو حرقٍ أو نحوه، أو يكون ثقيل الخراج و منزل الوُلاة و نحوه، و به قال الشافعي(1).

وقال أحمد: كل موضع يكون البيع أنفع و يكون نظراً لهم، جاز، و لا يختصّ بما تقدّم، و كذا لو كانت الدار سيئة الجيران و يتضرّر الصبي بالمقام فيها، جاز بيعها و شراء عوضها، و الجزئيات غير محصورة، فالضابط اعتبار الغبطة، و قد يكون الغبطة له في ترك البيع و إن أعطاه الباذل ضدّ عَمِّي ثمنه إذا لم يكن به حاجة إلي الثمن أو لا يمكن صدّرف ثمنه في مثله و يخاف ضياعه، فقد روي عن النبي صلي الله عليه و آله أنّه قال: «مَنْ باع داراً أو عقاراً و لم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه»(2)(3).

مسألة 448: يجوز للولي عن الطفل أو

مسألة 448: يجوز للولي عن الطفل أو(4) المجنون بيع عقاره و غيره في موضع الجواز بالنقد و النسيئة

و بالعرض بحسب ما تقتضيه المصلحة.

و إذا باع نسيئةً زاد علي ثمنه نقداً، و أشهد عليه، و ارتهن به رهناً و أفياءً، فإن لم يفعل، ضمن، و هو قول أكثر الشافعية(5).

و نقل الجويني وجهين في صحّة البيع إذا لم يرتهن و كان المشتري مليّاً، و قال: الأصحّ: الصحّة، و لا يكون ضامناً؛ اعتماداً علي ذمّة الملي(6).

و ليس بمعتمد؛ لأنّه في معرض الإتلاف، بخلاف الإقراض؛ لأنّه

ص: 249

1- المغني 4:318، الشرح الكبير 4:569، المهذب - للشيرازي - 1:336، العزيز شرح الوجيز 5:80-81، روضة الطالبين 3:422-423.

2- سنن ابن ماجة 2:2490/832، سنن البيهقي 6:34، مسند أحمد 5:18264/397 بتفاوت يسير.

3- المغني 4:318، الشرح الكبير 4:569.

4- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «و» بدل «أو». و الظاهر ما أثبتناه. (5 و 6) العزيز شرح الوجيز 5:81، روضة الطالبين 3:423.

يجوز عند خوف الإتلاف.

ولا يحتاج الأب إذا باع مال ولده من نفسه نسيئاً أن يرتهن له من نفسه، بل يؤتمن في حق ولده.

وكذا البحث لو اشترى له سَلماً مع الغبطة بذلك.

مسألة 449: إذا باع الأب أو الجدّ عقار الصبي أو المجنون و ذكر أنّه للحاجة، و رفع الأمر إلي الحاكم، جاز له أن يسجل علي البيع،

و لم يكلفهما إثبات الحاجة أو الغبطة؛ لأنّهما غير متّهمين في حقّ ولدهما.

ولو باع الوصيّ أو أمين الحاكم، لم يسجّل الحاكم، إلاّ إذا قامت البيّنة علي الحاجة أو الغبطة، فإذا بلغ الصبي و ادّعي علي الأب أو الجدّ بيع ماله من غير مصلحة، كان القول قول الأب أو الجدّ مع اليمين، و عليه البيّنة؛ لأنّه يدّعي عليهما خلاف الظاهر؛ إذ الظاهر من حالهما الشفقة و عدم البيع إلاّ للحاجة.

و لو ادّعه علي الوصيّ أو الأمين، فالقول قوله في العقار، و عليهما البيّنة؛ لأنّهما مدّعيان، فكان عليهما البيّنة.

و في غير العقار الأولي ذلك أيضاً؛ لهذا الدليل، و هو أحد وجهي الشافعيّة.

و في الآخر: أنّه يُقبل قولهما مع اليمين، و الفرق عسر الإشهاد في كلّ قليل و كثير يبيعه(1).

و من الشافعيّة مَنْ أطلق وجهين من غير فرق بين الأولياء، سواء كانوا آباءً أو أجداداً أو غرباء، و لا بين العقار و غيره(2).

و دعوي الصبي و المجنون علي المشتري من الوليّ كدعواهما علي

ص: 250

1- العزيز شرح الوجيز 5:81، روضة الطالبين 3:423.

2- العزيز شرح الوجيز 5:81، روضة الطالبين 3:423.

مسألة 450: و هل للوصي و الأمين بيع مال الطفل و المجنون من نفسه و بيع مال نفسه منه ؟

منع منه جماعة من علمائنا(1) و الشافعي(2) أيضاً؛ لقوله صلي الله عليه و آله: «لا يشتري الوصي من مال اليتيم»(3).

و الأقرب عندي: الجواز، و التهمة منتفية مع الوثوق بالعدالة. و لأنّ التقدير أنّه بالغ في النصيحة، و لا استبعاد في كونه موجباً قابلاً، كما في الأب و الجدّ.

إذا عرفت هذا، فهل للأب و الجدّ للأب ذلك؟ الأولي ذلك - و به قال الشافعي(4) - لأنّ شفقتهما عليه توجب المناصحة له.

و كذا يبيع الأب أو الجدّ عن أحد الصغيرين و يشتري للآخر.

و هل يشترط العقد، فيقول: «بعت كذا عن فلان، اشتريت كذا من فلان»؟ الأقرب: ذلك، كما لو باع من غيره، و هو أحد وجهي الشافعية.

و الثاني: أنّه يكتفي بأحدهما، و يقام مقامهما، كما أُقيم الشخص الواحد مقام اثنين، سواء كان بائعاً عن أحد الصغيرين و مشترياً عن الآخر، أو كان مشترياً لنفسه و بائعاً عن الصغير، أو بالعكس(5).

و إذا اشتري الولي للطفل فليشتر من ثقة أمين يؤمن من جحوده في الثاني و حيلته في إفساد البيع بأن يكون قد أقرّ لغيره قبل البيع و ما أشبه

ص: 251

1- منهم: الشيخ الطوسي في الخلاف 3:346، المسألة 9، و المبسوط 2:381.

2- العزيز شرح الوجيز 5:81، روضة الطالبين 3:424.

3- أورده الرافعي في العزيز شرح الوجيز 5:81.

4- العزيز شرح الوجيز 5:81، روضة الطالبين 3:424، المغني 5:242، الشرح الكبير 4:563.

5- العزيز شرح الوجيز 5:81، روضة الطالبين 3:424.

ذلك، و حذراً من خروج الملك مستحقاً.

ولا يجوز لوليّ الطفل أن يبيع إلا بثمن المثل. وقد تفرض المصلحة في البيع بدون ثمن المثل في بعض جزئيات الصور، فليجز حينئذٍ.

مسألة 451: و أمّا قرض مال الطفل و المجنون فإنه غير جائز

إلاّ مع الضرورة؛ لما فيه من التغرير و التعريض للإتلاف، بل إن أمكن الوليّ التجارة به أو شراء عقارٍ له فيه الحظّ، لم يقرضه؛ لما فيه من تقويت الحظّ عليّ اليتيم.

وإن لم يمكن ذلك - بأن خاف من إيقائه في يده [من تلفٍ] (1) أو نهب أو سرقةٍ أو حرقٍ أو غير ذلك من الأسباب المتلفة أو المُنقصة للماليّة، وكذا إذا أراد الوليّ السفر و خاف من استصحابه معه أو إيقائه في البلد - جاز له إقراضه من ثقةٍ مليء. و إن تمكّن من الارتهان عليه، و جب، فإن لم يتفق الرهن و وجد كفيلاً، طالب بالكفيل.

و لو تمكّن من الارتهان عليه فطلب الكفيل و ترك الارتهان، فقد فرط.

و لو استقرض الوليّ مع الولاية و الملاءة، جاز؛ نظراً لمصلحة الطفل، فقد روي العامة أنّ عمر استقرض مال اليتيم (2).

و من طريق الخاصّة: ما رواه أبو الربيع عن الصادق عليه السلام أنّه سئل عن رجل وليّ [مال] يتيم فاستقرض منه شيئاً، فقال: «إنّ عليّ بن الحسين عليهما السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك» (3).

ص: 252

1- زيادة يقتضيها السياق.

2- المغني 4:319.

3- التهذيب 6:953/341، و ما بين المعقوفين من المصدر.

ولأنه وليّ له التصرف في ماله بما يتعلّق به مصلحة اليتيم، فجاز له إقراضه للمصلحة.

وإذا كان للصبي مالٌ في بلدٍ فأراد الوليُّ نقلَه عن ذلك البلد إلى آخر، كان له إقراضه من ثقةٍ مليء، ويقصد بذلك حفظه من السارق وقاطع الطريق، أو الغرق، أو غير ذلك.

وكذا لو خاف علي مال اليتيم التلف، كما إذا كان له غلّة من حنطة وشبهها وخاف عليها تطرّق الفساد إليها، أقرضها من الثقة المليء خوفاً من تسويتها وتغيّرها؛ لأنه يشتمل علي نفع اليتيم، فجاز، كالتجارة.

ولو لم يكن لليتيم فيه حظّ، وإنّما قصد إرفاق المقرض وقضاء حاجته، لم يجز إقراضه، كما لم يجز هبته.

ولو أراد الوليُّ السفر، لم يسافر به، وأقرضه من مليء مأمون، وهو أولي من الإيداع؛ لأنّ الوديعة لا تُضمن.

ولو لم يوجد المقرض بهذه الصفة، أودعه من ثقة أمين، فهو أولي من السفر به؛ لأنّ موضع الحاجة والضرورة.

ولو أودعه من الثقة مع وجود المقرض المليء المأمون، لم يكن مقرّطاً، ولا ضمان عليه، فإنّه قد يكون الإيداع أنفع له من القرض، وهو أضعف وجهي الشافعية.

وأصحهما عندهم: أنّه لا يجوز إيداعه مع إمكان الإقراض، فإنّ فعل ضمن(1).

وكلّ موضعٍ جاز له أن يقرضه فيه فإنّه يشترط أن يكون المقرض 3.

ص: 253

1- المهذب - للشيرازي - 1:336، العزيز شرح الوجيز 5:83، روضة الطالبين 3:426.

ملئياً أميناً، ليأمن جحوده و تعدّر الإيفاء.

فإن تمكّن من الارتهان، ارتهن، وإن تعدّر، جاز من غير رهن؛ لأنّ الظاهر ممّن يستقرض من أجل حظّ اليتيم أنّه لا يبذل رهنًا، فاشتراط الرهن تفويت لهذا الحظّ.

ويشترط فيمن يُودع عنده الأمانة وفي المقترض الأمانة واليسار معاً، فإن أودع أو أقرض من غير الثقة، ضمن.

مسألة 452: لو أخذ إنسان من ولي اليتيم مالاً و تصرف في بعضه بغير إذنه ثمّ أيسر بعد ذلك، كان عليه ردّ المال إلي الولي.

أو إلي الطفل إن كان قد بلغ رشيداً.

و يجوز إذا دفعه إلي الطفل أن لا يشعر بالحال و أن يدفعه إليه موهماً له أنّه علي وجه الصلّة؛ لأنّ الغرض و المقصود بالذات إيصال الحقّ إلي مستحقّه؛ لما رواه عبد الرحمن بن الحجّاج - في الصحيح - عن الكاظم عليه السلام في الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لأيتام فيدفعه إليه فيأخذ منه دراهم يحتاج إليها و لا يُعلم الذي كان عنده المال للأيتام أنّه أخذ من أموالهم شيئاً ثمّ تيسّر بعد ذلك، أيّ ذلك خير له؟ أ يعطيه الذي كان في يده، أم يدفعه إلي اليتيم و قد بلغ؟ و هل يجزئه أن يدفعه إلي صاحبه علي وجه الصلّة و لا يُعلمه أنّه أخذ له مالاً؟ فقال: «يجزئه أيّ ذلك فعّل إذا أوصله إلي صاحبه، فإنّ هذا من السرائر إذا كان من تيّته إن شاء ردّه إلي اليتيم إن كان قد بلغ علي أيّ وجه شاء و إن لم يُعلمه أنّه كان قبض له شيئاً، و إن شاء ردّه إلي الذي كان في يده» و قال: «إذا كان صاحب المال غائباً

ص: 254

فليدفعه إلي الذي كان المال في يده»(1).

مسألة 453: و مَنْ كَانَ عِنْدَهُ مَالٌ لِأَيْتَامٍ فَهَلْكَ الْأَيْتَامُ قَبْلَ دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِمْ فَيَصَالِحُهُ وَارْتِثَهُمْ عَلِيُّ الْبَعْضُ، حَلٌّ لَهُ ذَلِكَ،

وبرئت ذمته من جميع المال مع إعلام الوارث؛ لما رواه عبد الرحمن بن الحجاج و داؤد بن فرقد جميعاً عن الصادق عليه السلام، قال: سألتناه عن الرجل يكون عنده المال لأيتام فلا يعطيهم حتي يهلكوا فيأتيه وارثهم و وكيلهم فيصالحه علي أن يأخذ بعضاً و يدع بعضاً و يبرئه ممّا كان له أ يبرأ منه ؟ قال: «نعم»(2).

مسألة 454: يجب علي الولي الإنفاق علي من يليه بالمعروف،

و لا يجوز له التقتير عليه في الغاية و لا الإسراف في النفقة، بل يكون في ذلك مقتصدًا.

و يجري الطفل علي عاداته و قواعد أمثاله من نظرائه، فإن كان من أهل الاحتشام، أطعمه و كساه ما يليق بأمثاله من المطعوم و الملبوس، و كذا إن كان من أهل الفاقة و الضرورة، أنفق عليه نفقة أمثاله.

فإذا ادّعي الولي الإنفاق بالمعروف علي الصبي أو علي عقاره أو ماله أو دوابّه إن كان ذا دوابّ، فإن كان أباً أو جدًّا، كان القول قولهما فيه، إلاّ أن يقيم الصبي البيّنة بخلافه.

فإنّ ادّعي الصبي بعد بلوغه خلاف ذلك، كان القول قول الأب أو الجدّ للأب مع يمينه، إلاّ أن يكون مع الابن بيّنة.

و إن كان وصياً أو أميناً، قبل قوله فيه مع اليمين، و لا يكلفان البيّنة

ص: 255

1- الكافي 7/132:5، التهذيب 6:342/958.

2- التهذيب 6:343/959.

أيضاً - وهو أصحّ قولي الشافعية (1) - لتعدّر إقامة البيّنة علي ذلك.

وفي الآخر: لا يُقبل إلا بالبيّنة، كالبيع، لا يُقبل قولهما إلا بالبيّنة (2).

والفرق: عدم تعدّر إقامة البيّنة علي البيع؛ لأنّ الظاهر من حال العدل الصدق، وهو أمين عليه، فكان القول قوله مع اليمين.

ولو ادّعي خلاف ما تقتضيه العادة، فهو زيادة علي المعروف، ويكون ضامناً.

وكذا لو ادّعي تلف شيء من ماله في يده بغير تقريط، أو أنّ ظالماً قهره عليه وأخذه منه، قُدّم قوله باليمين؛ لأنّه أمين.

أمّا لو ادّعي الإنفاق عليه منذ ثلاث سنين، فقال الصبي: ما مات أبي إلا منذ سنتين، قُدّم قول الصبي مع اليمين؛ لأنّ الأصل حياة أبيه، و اختلافهما في أمر ليس الوصيّ أميناً فيه، فكان القول قول من يوافق قوله الأصل مع اليمين.

مسألة 455: لما نزل قوله تعالى: «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَ سَيَصْلُونَ سَعِيرًا»

(3) تجنّب أصحاب رسول الله صلي الله عليه وآله أموال اليتامي وأفردوها عنهم، فنزل قوله تعالى: «وَإِنْ تَخَالَطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَبْتَكُمْ» (4) أي: ضيق عليكم وشدّد، فخالطوهم في ما كولهم ومشروبيهم (5).

ص: 256

1- المهذب - للشيرازي - 337:1، حلية العلماء 4:527-528.

2- المهذب - للشيرازي - 337:1، حلية العلماء 4:527.

3- النساء: 10.

4- البقرة: 220.

5- تفسير الطبري (جامع البيان) 2:217، تفسير السمرقندي (بحر العلوم) 1:204، زاد المسير: 1:243-244، سنن أبي داود 3:114-

2871/115، سنن النسائي 6:256، سنن البيهقي 6:5، المستدرک - للحاكم - 2:278-279.

وينبغي للوليّ النظر في حال اليتيم، فإن كانت الخلطة له أصلح - مثل أن يكون إذا خلط دقيقه بدقيقه وخبّزه دفعة واحدة، كان أرفق باليتيم في المئونة(1) و ألين في الخبز و ما أشبه ذلك - جاز له، بل كان أولى نظراً لليتيم، كما قال تعالى: «يَسِّرْ لِمَوْلَاكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ» (2) الآية. وإن كان الأفراد أرفق له وأصلح، أفرده.

و سأل [سماعة](3) الصادق عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ: «وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ» قال: «يعني اليتامي إذا كان الرجل يلي الأيتام في حجره فليخرج من ماله قدر ما يخرج لكلّ إنسان منهم فيخالطهم و يأكلون جميعاً، و لا يرزأ من أموالهم شيئاً، إنّما هي النار»(4).

إذا عرفت هذا، فينبغي أن يتغابن مع الأيتام، فيحسب لكلّ واحدٍ من عياله و أتباعه أكثر من أكل اليتيم و إن ساوي الواحد منهم؛ تحفظاً لمال اليتيم، و تحرّزاً من تلف بعضه.

و لو تعدّد اليتامي و اختلفوا كبراً و صِغَرًا، حسب علي الكبير بقسطه و علي الصغير بقسطه لئلا يضيع مال الصغير بقسطه علي نفقة الكبير؛ لما رواه أبو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام في قوله عزّ وجلّ: «وَمَنْ كَانَتْ».

ص: 257

1- في الطبعة الحجرية: «المؤن».

2- البقرة: 220.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «عثمان بن عيسى». و هو - في المصدر - مذكور قبل «سماعة».

4- الكافي 5: 129-130/2، التهذيب 6: 340/949 بتفاوت.

فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» (1) قال: «ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشة، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم، فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً» قال: قلت: أ رأيت قول الله عزّ وجلّ: «وَإِنْ تَخَالَطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ» (2) ؟ قال: «تخرج من أموالهم قدر ما يكفيهم، و تخرج من مالك قدر ما يكفيك ثم تنفقه» قلت: أ رأيت إن كانوا يتامي صغاراً و كباراً و بعضهم أعلي [كسوة] (3) من بعض و بعضهم آكل من بعض و مالهم جميعاً؟ فقال:

«أما الكسوة فعلي كلّ إنسان ثمن كسوته، و أما الطعام فاجعله (4) جميعاً، فإنّ الصغير يوشك أن يأكل مثل الكبير» (5).

مسألة 456: إذا بلغ الصبي رشيداً، زالت ولاية الوصيّ و غيره عنه،

سواء كان حاضراً أو غائباً، فلا يجوز له بيع مال الغائب بعد بلوغه و رشده، فإن باع كان باطلاً، و به قال الشافعي (6).

و لا فرق بين أن يكون مال الغائب مشتركاً مع صبيّ آخر له عليه ولاية أو لا، و لا بين أن يكون الصغار محتاجين (7) إلي بيع المشترك مع الغائب أو لا، و لا بين أن يكون المتاع ممّا يقبل القسمة أو لا؛ لأنّ البلوغ و الرشد أزالا عنه الولاية، فلا ينفذ تصرف غيره في ماله إلا بإذنه، و بيع الوصي مال

ص: 258

1- النساء: 6.

2- البقرة: 220.

3- ما بين المعقوفين من المصدر.

4- في المصدر: «فاجعلوه».

5- الكافي 5/130:5، التهذيب 6/341:952.

6- المغني 4:321.

7- في «ث، ر»: «يحتاجون». و في «ج» و الطبعة الحجرية: «محتاجون». و الصحيح ما أثبتناه.

الغائب الرشيد تصرف في مال غيره بغير وكالة ولا ولاية، فلم يصح، كبيع ماله المنفرد أو ما لا تصرف قسمته.

وقال أحمد: يجوز للوصي البيع علي الغائب البالغ إذا كان من طريق النظر(1).

وقال أصحابه: يجوز للوصي البيع علي الصغار والكبار إذا كانت حقوقهم مشتركة في عقار في قسمته إضراراً بالصغار حاجة إلي البيع إما لقضاء دين أو لمؤونة لهم(2).

وقال أبو حنيفة و ابن أبي ليلى: يجوز البيع علي الصغار والكبار فيما لا بد منه(1).

و كأنهما أرادا هذه الصورة؛ لأن في ترك القسمة نظراً للصغار واحتياطاً للميت في قضاء دينه.

و الحق ما قلناه؛ فإن ما ذكروه لا أصل له يقاس عليه، ولا له شهادة شرعاً بالاعتبار. ولأن مصلحة الصغار يعارضها أن فيه ضرراً علي الكبار ببيع مالهم بغير إذنه. ولأنه لا يجوز بيع غير العقار فلم يجز له بيع العقار، كالأجنبي.

مسألة 457: قال بعض

مسألة 457: قال بعض(2) علمائنا: ليس لوليّ الصبي استيفاء القصاص المستحق له؛

لأنه ربما يرغب في العفو، وليس له العفو؛ لأنه ربما يختار الاستيفاء تشفياً.

و الوجه عندي: أن له الاستيفاء مع المصلحة؛ لأن ولايته عامة،

ص: 259

1- المغني 4:320، الشرح الكبير 6:634.

2- الشيخ الطوسي في المبسوط 7:54.

فمهما فرض له مصلحة كان للولي السعي فيها تحصيلاً وإيفاءً، و لدلالة العفو علي مال إن كان ذلك أصلح لليتيم.

وإن عفا مطلقاً، فالأقرب اعتبار المصلحة أيضاً، فإن كانت المصلحة في العفو مجاناً، اعتمدها، كما أن له الصلح ببعض ماله مع المصلحة.

مسألة 458: ليس للولي أن يعتق عبد الطفل و المجنون مجاناً؛

لأن فيه إتلاف ماله.

و هل له إعتاقه علي مال إذا اقتضت المصلحة ذلك و كان الحظ للطفل فيه، أو كتابته كذلك ؟ الأقرب عندي: الجواز، و ذلك مثل أن تكون قيمة العبد ألفاً في كتابته علي ألفين أو يعتقه علي ألفين. و إن لم يكن للطفل فيه حظ، لم يصح قطعاً، و به قال أحمد (1).

و قال أبو حنيفة و مالك: لا يجوز إعتاقه بمال؛ لأن الإعتاق بمال تعليق له علي شرط فلم يملكه ولي اليتيم، كالتعليق علي دخول الدار (2).

و قال الشافعي: لا تجوز كتابته و لا إعتاقه علي مال؛ لأن المقصود منهما العتق دون المعاوضة، فلم يجز، كالإعتاق بغير عوض (3).

و هو غلط؛ للفرق بين التعليق علي أداء المال و دخول الدار؛ فإن في الأول نفعاً لليتيم، بخلاف الثاني، فجاز الأول دون الثاني، كالبيع مع زيادة علي ثمن المثل و بدونه.

و كذا الفرق واقع بين الإعتاق علي عوض و بدونه، كالفرق بين البيع

ص: 260

1- المغني 4:318، الشرح الكبير 4:563.

2- الهداية - للمرغيناني - 3:258، بدائع الصنائع 5:153، المغني 4:318، الشرح الكبير 4:563-564.

3- المهذب - للشيرازي - 1:335 و 336، العزيز شرح الوجيز 5:81، روضة الطالبين 3:424، المغني 4:318، الشرح الكبير 4:564.

بشمن المثل و بدونه.

و الأصل فيه أنّ ذلك يشتمل علي معاوضة مطلوبة عند العقلاء، فجاز للوليّ فعلها مع الطفل للمصلحة، و لا فرق بينها(1) و بين البيع بشمن مؤجل، و لا عبرة بنفع العبد، و لا يضرّه كونه معلّقاً، فإنّه إذا حصل الحظّ للطفل لم يتضرّر بنفع غيره.

و ما ذكروه إنّما امتنع الحكم فيه لانتفاء المقتضي؛ إذ المقتضي لتسويغ التصرف حصول المصلحة، و لا مصلحة في تعليق العتق بدخول الدار و لا في الإعتاق بغير عوضٍ.

و لو فرض أنّ المصلحة في العتق مجاناً، فالأقرب: جوازه، كما لو كان له عبد كبير لا ينتفع به في الاستخدام وغيره و لا يرغب في شرائه راغبٌ فيعتقه ليخلص من مؤنته و نفقته.

و كذا لو كان له جارية و أمّها و هما تساويان مجتمعتين مائةً، و لو انفردت البنت ساوت مائتين، و لا يمكن إفرادهما بالبيع فأعتقت الأمّ ليكثر ثمن البنت، كان جائزاً.

مسألة 459: و للولي أن يهب مال الطفل بشرط الثواب مع المصلحة

إمّا مع زيادة الثواب علي العين أو مع تحصيل أمر من المتهب ينتفع به الطفل نفعاً يزيد علي بقاء العين له.

و قال الشافعي: لا تجوز الهبة لا مطلقاً و لا بشرط الثواب؛ إذ لا يقصد بالهبة العوض(2)

ص: 261

1- في «ج، ر»: «بينهما».

2- المهذب - للشيرازي - 1:335، العزيز شرح الوجيز 5:81، روضة الطالبين 3:424.

و هو ممنوع؛ إذ التقدير أنه قصد الثواب.

و كذا للوليّ بذل مال الطفل في مصالحه، كاستكفاف الظالم بالرشوة و تخليص ماله من تعويقه و إطلاق زرعه و ماء شربه و أشباه ذلك.

و لو طمع السلطان في مال اليتيم فأعطاه الوصي شيئاً منه، فإن كان يقدر علي دفعه بدون المدفوع، ضمن، وإلا فلا.

مسألة 460: ليس للولي أن يطلق زوجة الصبي لا مجاناً و لا بعوض؛

لأن المصلحة بقاء الزوجية، لأنه لا نفقة لها عليه قبل الدخول.

و لو باع شريكه شقصاً مشفوعاً، كان له الأخذ أو الترك بحسب المصلحة، فإن ترك بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي و أراد الأخذ، لم يُمكن منه؛ لأنّ ترك وليّه مع اقتضاء المصلحة كان ماضياً، و الشفعة علي الفور، فكما لا تثبت له لو كان بالغاً و ترك، كذا لا تثبت مع ترك الولي - وهذا أصحّ وجهي الشافعية - كما لو أخذ بحكم المصلحة ثم بلغ و أراد ردّه، لم يكن له ذلك.

و الثاني: يجب إلي ذلك؛ لأنه لو كان بالغاً لكان له الأخذ، سواء وافق المصلحة أو خالفها، و الأخذ المخالف للمصلحة لم يدخل تحت ولاية الولي، فلا يفوت عليه بتصرف الولي (1).

مسألة 461: لا يجوز أن يشتري الوصي أضحية و يضحي بها عن اليتيم،

و كذا الأب لا يضحي عن ولده الصغير من مال الصغير، وإن ضحى من مال نفسه، كان متبرعاً - و به قال أبو حنيفة (2) - إذ لا مصلحة لليتيم فيه.

ص: 262

1- المهذب - للشيرازي - 1:336، حلية العلماء 4:528، العزيز شرح الوجيز 5:81-82، روضة الطالبين 3:424.

2- نسب عكسه إليه ابنا قدامة في المغني 11:109، و الشرح الكبير 4:567.

وقال أحمد: يجوز للولي أن يشتري للصبي أضحيةً إن كان من أهل ذلك و كان له مالٌ وافر لا يتضررّ بشراء الأضحية، ويكون ذلك علي وجه التوسعة في النفقة في هذا [اليوم الذي هو] (1) يوم الفرح و السرور، الذي هو عيد، وفيه جبر قلب الطفل و أهله و تطييبه و إلحاقه بمن له أب، فينزل منزلة شراء اللحم خصوصاً مع استحباب التوسعة في هذا اليوم و جري العادة عليه، قال رسول الله صلي الله عليه و آله: «إنّها أيام أكل و شرب و بعال» (2)(3).

و لا بأس به.

و يجوز للولي أن يجعل الصبي في المكتب و عند معلّم القرآن العزيز و الأدب و الفقه و غيرها من العلوم إن كان من أهل ذلك و له ذكاء و فطنة، كما يفعل الإنسان بولده ذلك؛ لأنّ ذلك كلّ من مصالحه، فجري مجري نفقته كما كوله و مشرويه و ملبوسه، و به قال أحمد (4).

و قال سفيان: ليس للوصي أن يسلم الصبي إلي معلّم الكتابة إلا بقول الحاكم (5).

و أنكر أحمد ذلك غاية الإنكار (6).

و كذا يجوز للوصي تسليم الصبي إلي معلّم الصناعة إذا كانت مصلحته في ذلك (4).

ص: 263

1- ما بين المعقوفين من المصدر.

2- صحيح مسلم 2: 1142/800 بتفاوت.

3- المغني 4: 318-319، الشرح الكبير 4: 567. (4-6) المغني 4: 319، الشرح الكبير 4: 568.

و الأقرب عندي: أنه لا يسلمه (1) إلا في صناعة تليق به و لا تثلم من مجده إن كان (2) من أرباب البيوت.

و ليس له أن يسلمه إلي معلّم السباحة؛ لما فيه من التغير، إلا أن يكون تعليمه في ماء لا يغمره و لا يخاف عليه الغرق فيه.

مسألة 462: و يجب علي الولي أن يخرج من ماله الحقوق الواجبة في ماله،

كأروش الجنایات و الديون التي ركبت بسبب استدانة الولي عنه أو بسبب ديون مورثه. و كذا يخرج عنه الزكاة المستحبة مع ثبوت استحبابها و إن لم تُطلب، و نفقة الأقارب إن طلبت.

و إذا دعت الضرورة في حريق أو نهب إلي المسافرة بماله، سافر به و إن لم يكن هناك ضرورة، فإن كان الطريق مخوفاً، لم يجز له السفر به، فإن سافر، ضمن.

و إن كان أميناً، فالأقرب أنه لا يجوز إلا مع تيقن الأمن.

و للشافعية وجهان:

المنع مطلقاً، كالمسافرة بالوديعة.

و الجواز مطلقاً؛ لأنّ المصلحة قد تقتضي ذلك، و الولي مأمور بالمصلحة، بخلاف المودع (3).

و إذا كان له أن يسافر به، كان له أن يبعثه علي يد أمينٍ.

مسألة 463: لا يجوز لغير الولي و الحاكم إقراض مال الصغير؛

لانتفاء ولايته عليه، فإن أقرض، ضمن، إلا أن تحصل ضرورة إلي الإقراض،

ص: 264

1- فيما عدا «ث» من النسخ: «لا يسلم».

2- في الطبعة الحجرية: «و كان» بدل «إن كان».

3- العزيز شرح الوجيز 5: 82-83، روضة الطالبين 3: 425-426.

فيجوز للعدّل إقراضه من ثقة ملي، كما إذا حصل نهب أو حريق، ولا ضمان حينئذٍ؛ لأنّه بفعله محسن، فلا يستعقب فعله الضمان، لأنّه سبيل وقد قال تعالى: «ما عَلَي الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (1).

وكذا لا يجوز للوليّ إقراض مال اليتيم لغير ضرورة من نهب أو غرق أو حرق أو إذا سافر.

أمّا الحاكم فإنّه يجوز له الإقراض وإن لم تحصل هذه الموانع، لكثرة أشغاله، قاله بعض الشافعية (2).

وسوّي آخرون بين الحاكم وغيره في جواز الإقراض مع الضرورة، وعدمه مع عدمها (3)، وهو الوجه عندي.

مسألة 464: قال الله تعالى: «وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى»

أي اختبروهم «... فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا» (2) أي أبصرتهم، كما قال الله تعالى حكايةً عن موسى عليه السلام: «إِنِّي آنَسْتُ نَارًا» (3) أي أبصرت.

وقوله تعالى: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا» معناه لا تأكلوا أموال اليتامي مبادرةً لئلا يكبروا فيأخذوها «وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» (6).

إذا عرفت هذا، فالوليّ إمّا أن يكون غنيًّا أو فقيرًا.

فإن كان غنيًّا، استحبّ له أن يستعفف عنه، فلا يأكل منه شيئاً، عملاً بالآية (7).

ص: 265

1- التوبة: 91. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5:83، روضة الطالبين 3:426.

2- النساء: 6.

3- القصص: 29. (6 و 7) النساء: 6.

و هل يسوغ له مع الاستغناء أخذ شيء من ماله؟ الأقرب ذلك علي سبيل أجرة المثل، ولا يأخذ زيادةً عليه؛ لما رواه عبد الله بن سنان - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: «فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» قال: «المعروف هو القوت، وإنّما عني الوصيّ والقيّم في أموالهم ما يصلحهم» (1).

و عن حنان بن سدير عن الصادق عليه السلام، قال: قال الصادق: «سألني عيسى بن موسى عن القيمّ للأيتام في الإبل ما يحلّ له منها، فقلت: إذا لاط حوضها (2) و طلب ضالّتها و هنا (3) جرباها فله أن يصيب من لبنها من غير نهك (4) بضرع و لا فساد نسل» (5).

و عن هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام، قال: سألته في مَنْ تولى مال اليتيم ما له أن يأكل منه؟ قال: «ينظر إلي ما كان غيره يقوم به من الأجر فليأكل بقدر ذلك» (6).

فهذا يدلّ علي الرجوع إلي أجرة المثل.

قال الشيخ في النهاية: [فمن] (7) كان ولياً يقوم بأمرهم و بجمع أموالهم و سدّ خلّاتهم و جمع غلاتهم و مراعاة مواشيهم جاز له أن يأخذ من أموالهم قدر كفايته و حاجته من غير إسراف و لا تقريط.ر.

ص: 266

1- الكافي 3/130:5، التهذيب 6:340/950.

2- لاط حوضها: طيّبه و أصلحه. النهاية - لابن الأثير - 4:277 «لوط».

3- هنا الإبل: طلاها بالهنا، و هو ضرب من القطران. لسان العرب 1:186 «هنا».

4- النهك: المبالغة في الحلب. لسان العرب 10:500 «نهك».

5- الكافي 4/130:5، التهذيب 6:340/951.

6- التهذيب 6:343/960.

7- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فمتي». و ما أثبتناه من المصدر.

ثم قال: والمتولي لأموال اليتامي والقيم بأموالهم يستحق أجره مثله فيما يقوم به من مالهم من غير زيادة ولا نقصان، فإن نقص نفسه، كان له في ذلك فضل وثواب، وإن لم يفعل، كان له المطالبة باستيفاء حقه من أجره المثل، فأما الزيادة فلا يجوز له أخذها علي حال (1).

ولأنه عمل يستحق عليه الأجر، فكان لعامله المطالبة بالأجر، كغيرها من الأعمال.

وقال الشافعي: إذا كان غنياً، لم يجوز له أخذ شيء من مال اليتيم - وبه قال أحمد - للآية (2)(3).

وقال أحمد: إن كان أباً، كان له أن يأخذ الأجر (4).

والآية محمولة علي الاستحباب؛ لقوله: «فَلْيَسْتَعْفِفْ» (5) فإن المفهوم منه الاستحباب.

وقد روي سماعة عن الصادق عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: «وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» (6) قال: «مَنْ كَانَ يَلِي شَيْئًا لِلْيَتَامَى وَهُوَ مُحْتَاجٌ لَيْسَ لَهُ مَا يَقِيمُهُ فَهُوَ يَتَقَاضَى أَمْوَالَهُمْ وَيَقُومُ فِي ضِيْعَتِهِمْ فَلْيَأْكُلْ بِقَدْرٍ وَلَا يَسْرِفْ، وَإِنْ كَانَتْ ضِيْعَتُهُمْ لَا تَشْغَلُهُ عَمَّا يَعَالِجُ لِنَفْسِهِ فَلَا يَرْزَأُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ شَيْئًا» (5)6.

ص: 267

1- النهاية: 361-363.

2- النساء: 6.

3- الحاوي الكبير 6:352، المهذب - للشيرازي - 1:337، حلية العلماء 4:531، العزيز شرح الوجيز 5:82، روضة الطالبين 3:424، المغني 4:319، الشرح الكبير 4:576.

4- المغني 4:319، الشرح الكبير 4:576. (5 و 6) النساء: 6.

5- الكافي 5:129/1، التهذيب 6:340/948.

وإن كان فقيراً، جاز أن يأخذ إجماعاً.

وفي قدره خلاف، الأقرب: أن نقول: يستحقُّ أجره المثل؛ لما تقدّم، لكن يستحبُّ له أن يأخذ أقلَّ الأمرين من أجره المثل وقدر الكفاية؛ لقوله تعالى: «وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ» (1) وبحصول الكفاية يحصل الاستغناء.

وقال الشافعي: إن كان فقيراً وانقطع بسببه من الاكتساب، فله أخذ قدر النفقة (2).

وقال بعض أصحابنا (3): يأخذ أقلَّ الأمرين من قدر النفقة وأجره المثل - وبه قال أحمد (4) - لأنه يستحقُّه بالعمل والحاجة جميعاً، فلم يجز له أن يأخذ إلا إذا وجد فيه.

فإذا أكل منه ذلك القدر ثم أيسر، فإن كان أباً، لم يلزمه عوضه عنده رواية واحدة؛ لأنَّ للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها (5).

وإن كان غير الأب، فهل يلزمه عوض ذلك؟ له روايتان:

إحدهما: لا يلزمه - وبه قال الحسن البصري والنخعي والشافعي في أحد القولين - لأنَّ الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكر عوض، فأشبهه سائر ما أمر بأكله. ولأنَّه عوض عن عملٍ فلم يلزمه بدله، كالأجير والمضارب (4).

ص: 268

1- النساء: 6.

2- المهذب - للشيرازي - 1: 337، حلية العلماء 4: 530-531، العزيز شرح الوجيز 5: 82، روضة الطالبين 3: 425.

3- الشيخ الطوسي في الخلاف 3: 179، المسألة 295، والمبسوط 2: 163. (4 و 5) المغني 4: 319، الشرح الكبير 4: 576.

و الثانية: يلزمه عوضه - وهو قول عبيدة السلماني و عطاء و مجاهد و سعيد بن جبير و أبي العالية و الشافعي في أحد القولين - لأنه استباحه للحاجة من مال غيره، فلزمه قضاؤه، كالمضطرّ إلي طعام غيره(1).

و به رواية عندنا عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن رجل يكون في يده مال لأيتام فيحتاج إليه فيمده يده فيأخذه و ينوي أن يردّه، قال: «لا ينبغي له أن يأكل إلاّ القصد و لا يسرف، فإن كان من نيته أن لا يردّه إليهم فهو بالمنزل الذي قال الله عزّ و جلّ: «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا» (2)»(3).

و المعتمد: الأوّل؛ لما قلناه. و هذه الرواية في طريقها قول. و لأنه لو وجب أداؤه مع اليسار لكان واجباً في الذمّة قبل اليسار، فإنّ اليسار ليس بسببٍ للوجوب، فإذا لم يجب بالسبب الذي هو الأكل لم يجب بعده، بخلاف المضطرّ، فإنّ العوض واجب عليه في ذمّته؛ لأنه لم يأكله عوضاً عن شيء، و هنا بخلافه.

مسألة 465: للوصي الاستنابة فيما لا يقدر علي مباشرة إجماعاً،

دفعاً للضرر، و كذا ما يقدر عليه لكن لا يصلح مثله لمباشرة، قضاءً للعادة، و تنزيلاً للإطلاق علي المتعارف من المباشرة و المعهود بينهم.

و أمّا ما يصلح لمثله أن يليه: الأولي المنع؛ لأنه يتصرّف في مال غيره بالإذن، فلم يكن له الاستنابة، كالوكيل. و لأنه غير مأذون له فيه، و هو إحدى الروايتين عن أحمد. و في الأخرى: يجوز للوصي ذلك(4).

ص: 269

1- المغني 4:319، الشرح الكبير 4:576، المهذب - للشيرازي - 1:337، حلية العلماء 4:530-531، العزيز شرح الوجيز 5:82، روضة الطالبين 3:425.

2- النساء: 10.

3- الكافي 5:3/128، التهذيب 6:946/339.

4- المغني 5:216-217، الشرح الكبير 5:210.

وفي الوكيل روايتان أيضاً عنده(1).

وعندنا ليس للوكيل أن يوكل غيره.

هذا كله مع الإطلاق، أما مع التنقيص علي الاستنابة فإنه جائز إجماعاً في الوكيل والوصي، ومع التنقيص علي المنع لا يجوز إجماعاً.

مسألة 466: يجوز لأمين الحاكم أن يبيع علي الحاكم مال اليتيم في موضع جواز البيع،

و كذا للوصي وإن كان الحاكم هو الذي جعله أميناً أو وصياً.

وهل للقاضي أن يبيع ماله من اليتيم؟ أو يشتري لنفسه منه؟ مَنَع منه أبو حنيفة؛ لأن ذلك قضاء منه، وقضاؤه لنفسه باطل(2). ولا بأس به.

ولو وكل رجل الوصي بأن يشتري له شيئاً من مال اليتيم، فاشترى الوصي لموكله، فالأقرب: الجواز عندنا، خلافاً لأبي حنيفة، مع أنه جَوِّز أن يشتري الوصي مال اليتيم لنفسه إذا كان خيراً لليتيم(3).

واعتبر أصحابه الخيرية في غير العقار بأن يبيع مال نفسه من اليتيم ما يساوي خمسة عشر عشرة، وأن يشتري لنفسه ما يساوي عشرة بخمسة عشر، وفي العقار يعتبر الخيرية عند بعضهم بأن يشتري لنفسه بضعف القيمة، وأن يبيع من اليتيم بنصف القيمة(4).

مسألة 467: إذا اتَّجر الولي بمال الطفل نظراً له وشفقةً عليه فربح، كان الربح للطفل والخسران علي الطفل أيضاً؛

لأنه تصرفٌ سائع، فلا يستعقب ضمان التصرف فيه.

ويستحب للولي أن يخرج زكاة التجارة حينئذٍ.

وإن اتَّجر لنفسه وكان مليئاً في الحال، جاز له ذلك، وكان المال قرصاً

ص: 270

1- المغني 5:216، الشرح الكبير 5:210.

2- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:288. (3 و 4) فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:286.

عليه، فإن ربح كان له، [وإن] (1) خسر كان عليه، و كان عليه الزكاة في ماله استحباباً.

وإن اتّجر لنفسه من غير ولاية أو من غير ملاءة بمال الطفل، كان ضامناً للمال، و الربح للطفل؛ لأنه تصرّف فاسد، و الربح نماء ملك الطفل، فيكون له، و إن خسر كان ضامناً؛ لما رواه ربعي بن عبد الله - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام في رجل عنده مالٌ لليتيم، فقال: «إن كان محتاجاً ليس له مال فلا يمَسّ ماله، و إن هو اتّجر به فالربح لليتيم، و هو ضامن» (2).

و في الحسن عن محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في مال اليتيم قال: «العامل به ضامن، و لليتيم الربح إذا لم يكن للعامل به مال» و قال: «إن عطب أذاه» (3).

و بالجملّة، التتّره عن الدخول في أموال اليتامي أحوط.

و قد روي عبد الله بن يحيى الكاهلي عن الصادق عليه السلام، قال: قيل له:

إتّا ندخل علي أخ لنا في بيت أيتام و معهم خادم لهم فنقعد علي بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا (4) و فيه من طعامهم، فما تري في ذلك؟ قال: «إن كان دخولكم عليهم منفعةً لهم فلا بأس، و إن كان فيه ضرر فلا» و قال: «بل الإنسان علي نفسه بصيرةٌ و أنتم لا يخفي عليكم و قد قال الله عزّ و جلّ: «وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَ اللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ» (5)» (6).

ص: 271

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فإن». و الظاهر ما أثبتناه.

2- الكافي 5/131:3، التهذيب 6/341-342:955.

3- الكافي 5/131:2، التهذيب 6/342:956.

4- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «صاحبها» بدل «صاحبنا». و المثبت من المصدر.

5- البقرة: 220.

6- الكافي 5/129:4، التهذيب 6/339-340:947.

مسألة 468: لو كانت مصلحة اليتيم في بيع عقاره، جاز للوصي بيعه

علي ما تقدّم، فإن باعه علي أنّه ينفق علي نفسه، صحّ البيع، وضمن الثمن لليتيم إذا أنفقه علي نفسه.

ولو كان الورثة كباراً لا حجر عليهم وللميت وصي ولا دين عليه ولا وصية، لم يكن للوصي التصرف في شيء من التركة.

وإن كان عليه دينٌ مستغرق للتركة أو أوصي بوصية مرسله، كأن يؤخذ من التركة ألف مثلاً، كان للوصي أن يبيع من التركة ما يقضي به الدين، أو ينفذه في الوصية من الثلث، ويقدم بيع العروض ويؤخر العقار، فإن دعت الحاجة إلي بيعه، يبيع.

ولو طلب الوارث قضاء الدين أو إفاذ الوصية من ماله وإبقاء عين التركة له، أُجيب إلي ذلك، ولم يكن للوصي الاعتراض؛ لأنّ الحقّ عندنا أنّ التركة تنتقل إلي الوارث بالموت، ويكون الدين متعلقاً بالتركة تعلق الدين بالرهن، أو أرش الجناية بالمال، وقد بيّنا أنّ الورثة إذا كانوا كباراً، لم يكن للوصي عليهم ولاية، سواء كانوا حضوراً أو غيباً.

وليس للوصي أن يبيع أيضاً شيئاً من مالهم.

وقال أبو حنيفة: يبيع ما ليس بعقار؛ استحساناً، لأنّه يخشي تلفه، فكان البيع حفظاً لماله و تحصناً(1).

ولا يملك الوصي إجارة شيء من مال الكبار.

وقال أبو حنيفة: يملك إذا كانوا غيباً إجارة الجميع(2).

ولو كان بعض الورثة حاضراً وبعضهم غائباً أو واحد منهم غائباً، لم يملك الوصي بيع نصيب الغائب.

وقال أبو حنيفة: يملك بيعه إذا كان عروضاً ورقيقاً و منقولاً لأجل

ص: 272

1- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:287.

2- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:287.

الحفظ. ثم قال: وإذا ملك بيع نصيب الغائب ملك بيع نصيب الحاضر أيضاً(1).

وقال أبو يوسف و محمد: لا يملك(2).

وهذه إحدى المسائل الأربع.

والثانية: لو كان علي الميت دين لا يحيط بالتركة، فإن الوصي يملك البيع بقدر الدين عندنا وعند الحنفية(3).

وهل يملك بيع الباقي؟

أما عندنا وعند أبي يوسف و محمد(4) فإنه لا يملك.

وقال أبو حنيفة: يملك بيع الباقي(5).

[و] الثالثة: لو كان في التركة وصية بمال مرسل، فإن الوصي يملك البيع بقدر ما تنفذ به الوصية عندنا و عندهم(6).

وهل يملك بيع ما زاد عليه؟

أما عندنا وعند أبي يوسف و محمد(7) لا يملك.

وقال أبو حنيفة: يملك(8).

[و] الرابعة: إذا كان الورثة كباراً و فيهم صغير، فإن الوصي يملك بيع نصيب الصغير عند الكل(9).

وهل يملك بيع نصيب الكبار؟

أما عندنا وعند أبي يوسف و محمد(10) فلا.

وأما عند أبي حنيفة فنعم(11).

مسألة 469: حكم وصي وصي الأب حكم وصي الأب،

وكذا حكم وصي الجد للأب و وصي وصيه و وصي القاضي و وصي وصيه عندنا.

وقال أبو حنيفة: إن وصي القاضي بمنزلة وصي الأب إلا في شيء

ص: 273

1- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2: 287.

2- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2: 287.

- 3- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:287.
- 4- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:287.
- 5- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:287.
- 6- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:287.
- 7- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:287.
- 8- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:287.
- 9- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:287.
- 10- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:287.
- 11- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:287.

واحد، وهو أن القاضي إذا جعل [أحداً] (1) وصياً في نوع كان وصياً في ذلك النوع خاصةً، و الأب إذا جعل [أحداً] (2) وصياً في نوع كان وصياً في الأنواع كلها (3).

وإذا مات الرجل ولم يوص إلى أحد، كان لأبيه - وهو الجد - بيع العروض والشراء، إلا أن وصي الأب لو باع العروض أو العقار لقضاء الدين أو تنفيذ الوصية، جاز.

و الجد إذا باع التركة لقضاء الدين و تنفيذ الوصية، لم يجز عنده (4).

وعندنا يجوز إذا لم يكن للميت وصي.

وإذا كان الوصي ثقةً كافياً، لم يجز للقاضي عزله. ولو عزله، لم ينعزل، وبه قال بعض الحنفية (5).

وقال بعضهم: لو عزله، انعزل (6).

و ليس بجيد؛ لأنه مخالف لقوله تعالى: «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» (1).

أما لو فسق فإنه يعزله الحاكم، ويستبدل به قطعاً.

ولو كان عدلاً عاجزاً، لم يكن للحاكم الاستبدال به، و كان عليه أن يضم إليه ثقة يعينه على التصرف.

وقال بعض الحنفية: إن للقاضي عزله؛ لعجزه (2). و ليس بجيد.

مسألة 470: للوصي أن يستقرض مال اليتيم مع ملاءته، كالأب؛

لأنه ولي عليه، وله أن يقضي دين نفسه من مال اليتيم.

ص: 274

1- البقرة: 181.

2- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2: 287.

وَمَنَعَ مِنْهُ الْحَنْفِيَّةُ، وَجَوَّزُوهُ فِي الْأَبِّ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ لَوْ بَاعَ مَالَ الْيَتِيمِ مِنْ نَفْسِهِ بِثَمَنِ الْمَثَلِ، جَازَ (1).

وَالْوَصِي لَا يَمْلِكُ الْبَيْعَ مِنْ نَفْسِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ خَيْرًا لِلْيَتِيمِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا فَرْقَ بَيْنَ الْأَبِّ وَالْوَصِيِّ فِي أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَهُ (2).

وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَسْتَقْرِضَ مَالَ الْيَتِيمِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ (3).

وَلِلْأَبِّ وَالْوَصِيِّ أَنْ يَرْهِنَ مَالَ الْيَتِيمِ بِدَيْنِ نَفْسِهِ مَعَ مَلَاءَةِ الْوَصِيِّ.

وَمِنْ قِيَاسِ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو يُونُسَ (4).

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَجُوزُ لِلْأَبِّ أَنْ يَرْهِنَ مَالَ وَلَدِهِ بِدَيْنٍ عَنِ نَفْسِهِ اسْتِحْسَانًا (5).

وَلَوْ رَهِنَ الْأَبُّ أَوْ الْوَصِيُّ مَالَ الْيَتِيمِ بِدَيْنِهِمَا وَبِقِيمَتِهِ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ فَهَلْكَ الرَّهْنُ عِنْدَ الْمَرْتَهَنِ، ضَمَانًا بِقِيمَتِهِ عِنْدَنَا.

وَفَرَّقَ الْحَنْفِيَّةُ مِمَّا وَرَاءَ النَّهْرِ بَيْنَ الْأَبِّ وَالْوَصِيِّ، فَقَالُوا: يَضْمَنُ الْأَبُّ مَقْدَارَ الدَّيْنِ خَاصَّةً، وَالْوَصِيُّ يَضْمَنُ جَمِيعَ الْقِيَمَةِ (6).

وَقَالَ بَعْضُ الْحَنْفِيَّةِ (7) بِمَا قَلْنَا أَوْلًا.

وَهَلْ لِأَحَدِ الْوَصِيِّينَ أَنْ يَبِيعَ عَلَيَّ الْآخَرَ مَالَ الْيَتِيمِ؟ الْأَقْوَى عِنْدَنَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَهُمَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ أَحَدَ الْوَصِيِّينَ إِذَا بَاعَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ لَمْ يَجْزِ عِنْدَهُ فَكَذَا إِذَا بَاعَ مِنَ الْوَصِيِّ الْآخَرَ (8).

مسألة 471: إذا كانت التركة في يد الوارث و ظهر دين، طُوبى الوارث.

ص: 275

1- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2: 288.

2- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2: 288.

3- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2: 288.

4- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2: 288.

5- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2: 288.

6- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2: 288.

7- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2: 288.

8- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2: 288.

ولو قضى الوارث الدَّين من مال نفسه بنية الرجوع إذا كان هناك وارث آخر، كان له الرجوع في التركة، فتصير التركة مشغولةً بدَّينه.

وإن لم يقل وقت القضاء: إنِّي أقضي لأرجع في التركة، وكان متبرِّعاً، لم يكن له الرجوع.

وقال أبو حنيفة: له الرجوع(1).

ويجوز للوصي أن يبيع مال الطفل نسيئةً مع خوف التلف، وبدونه مع الغبطة.

ولو باع بتأجيل فاحش بأن لا يباع هذا المال بهذا الأجل، لم يجز.

وكذا إن خاف جحود المشتري عند حلول الأجل أو هلاك الثمن عليه، لم يجز؛ لانتفاء مصلحة اليتيم في ذلك.

ولو طلب المملّي والأُملي البيع ودفع الأُملي أقلّ ممّا دفع المملّي وكان بضمن المثل، استحَبَّ له أن يبيع الأُملي.

وكذا المتأجران لو تفاوتا في الأجرة وصاحب الأقلّ أُملي من الآخر.

مسألة 472: قال الشيخ: إن كان لليتيم علي إنسان مال، جاز لولّيته أن يصالحه علي شيء يراه صلاحاً في الحال،

ويأخذ الباقي، وتبرأ بذلك ذمّة مَنْ كان عليه المال(2).

والوجه: أن نقول: إن كان ما في ذمّة الغريم أكثر وعلم بذلك، لم تبرأ ذمّته؛ إذ لا مصلحة لليتيم في إسقاط ما له، ولا تبرأ ذمّة الوصي أيضاً.

أمّا إذا كان المدّعي عليه منكراً للمال ولا بيّنة عليه فصالح الوصي، برئت ذمّته دون ذمّة مَنْ عليه المال.

ص: 276

1- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهنديّة 2: 288.

2- النهاية: 362.

ولو كان مَنْ عليه المال لا يعلم قدره فصالح علي قدر لا يعلم ثبوته في ذمته أو ثبوت ما هو أزيد أو أقل، صحّ الصلح، وبرئت ذمته. و ينبغي له الاحتياط و تغليب الأكثر في ظنه.

و للوصي أن يصلح مَنْ يدعي علي الميت إن كان للمدعي بيّنة أو علم القاضي بدعواه، وإلا لم يجز.

ولو احتال الوصي بمال اليتيم، فإن كان المحال عليه أملي من الأول أو مساوياً له في المال و العدالة، جاز.

و قال أبو حنيفة: إذا كان مثله، لم يجز (1). و ليس بجيد.

و لو كان أدون منه مالاً و عدالةً، لم يجز قطعاً.

تمّ الجزء التاسع (2) من كتاب تذكرة الفقهاء بحمد الله تعالى و حسن توفيقه، و صلّي الله علي محمدٍ و آله أجمعين. هـ.

ص: 277

1- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 2:289.

2- حسب تجزئة المصنّف قدس سره.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و به ثقتي

المقصد الخامس: في الضمان

إشارة

وفصوله ثلاثة:

الفصل الأول: في ضمان المال

إشارة

وفيه مباحث:

البحث الأول: في ماهية الضمان ومشروعيته وأركانه.

إشارة

الضمان عقد شرع للتعهد بمال أو نفس. ويُسمَّى الأول ضماناً بقولٍ مطلق، ويُخصَّص (1) الثاني باسم الكفالة.

وقد تُطلق الكفالة علي ضمان المال لكن بقيدٍ، فيقال: كفالة بالمال.

والضمان عندنا مشتق من التضامن؛ لأنَّ ذمَّة الضامن تتضمن الحق.

وقال بعضهم: إنَّه مشتق من الضمِّ، فإنَّ الضامن قد ضمَّ ذمَّته إلي ذمَّة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمَّتهما جميعاً، فلصاحب الحق مطالبة من شاء منهما (2).

ونحن نخالف في ذلك علي ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ويقال: ضامن وضمين وكفيل وزعيم وحميل وصبير وقبيل بمعني

ص: 279

1- في «ر»: «يختص».

2- المغني والشرح الكبير 5: 70.

مسألة 473: و الضمان ثابت بالكتاب و السنة و الإجماع.

قال الله تعالى: «وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» (1) قال ابن عباس: الزعيم الكفيل (2).

لا يقال: هذه الآية لا يصحّ لكم الاستدلال بها؛ لأنّ حمل البعير مجهول. ولأنّها جعالة. ولأنّه حكاية عن منادي يوسف عليه السلام، ولا يلزمنا شرعه.

لأنّنا نقول: حمل البعير معروف عندهم، ولهذا سمّوه وسقاً، وعلّق عليه النبيّ صلي الله عليه وآله نصاب الغلّات، فقال: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة» (3).

وأما الجعالة فنمنع بطلان الكفالة بها؛ لأنّها تؤول إلي الزوم.

سلمنا عدم جواز الضمان فيها، لكن اللفظ اقتضي جواز الكفالة و جوازها بالجعالة ثمّ قام دليل علي أنّ الجعالة لا يتكفّل بها، وهذا الدليل لا ينفي مقتضي اللفظ عن ظاهره.

وأما شرع من قبلنا فقد قيل (4): إنّه يلزمنا إذا لم يدلّ دليل علي إنكاره، وليس هنا ما يدلّ علي إنكار الكفالة، فيكون ثابتاً في حقنا.

ص: 280

1- يوسف: 72.

2- صحيفة علي بن أبي طلحة: 661/294، جامع البيان (تفسير الطبري) 14:13، المغني و الشرح الكبير 70:5.

3- صحيح البخاري 2:144، سنن أبي داؤد 2:1558/94، سنن النسائي 5:17، سنن البيهقي 4:121، المصنّف - لابن أبي شيبة - 3:137، مسند أحمد 3:8968/118، و 11181/465.

4- لم نتحقّق القائل.

و أيضاً قوله تعالى: «سَلِّمُوا إِلَيْهِمْ بِذَلِكَ رَعِيمٌ» (1).

و أما السنّة: فقد روي العامّة أنّ النبيّ صلي الله عليه و آله خطب يوم فتح مكة (2) و قال (3) في خطبته: «العارية مؤدّاة، و المنحة مردودة، و الدّين مقضيّ، و الزعيم غارم» (4).

و عن أبي سعيد قال: كُنّا مع النبيّ صلي الله عليه و آله في جنازة فلما وُضعت قال:

«هل علي صاحبكم من دّين؟» قالوا: نعم، درهمان، قال: «صلّوا علي صاحبكم» فقال عليّ عليه السلام: «هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ و أنا لهما ضامن» فقام رسول الله صلي الله عليه و آله فصلّي عليه ثمّ أقبل عليّ عليه السلام فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، فكّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك» (5).

و عن جابر بن عبد الله أنّ النبيّ صلي الله عليه و آله كان لا يصلّي علي رجل عليه دّين، فأُتي بجنازة فقال: «هل علي صاحبكم دّين؟» فقالوا: نعم، ديناران، فقال: «صلّوا علي صاحبكم» فقال أبو قتادة: هُما عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قال:

فصلّي عليه، قال: فلما فتح الله علي رسوله صلي الله عليه و آله قال: «أنا أولي بالمؤمنين من أنفسهم، مَنْ ترك مالا فلورثته، و مَنْ ترك دّيناً فعليّ» (6).

و عن سلمة بن الأكوع أنّ النبيّ صلي الله عليه و آله أتى برجل ليصلّي عليه، فقال: 6.

ص: 281

1- القلم: 40.

2- في المصادر: «حجّة الوداع» بدل «يوم فتح مكة». و ما في المتن كما في المبسوط - للطوسي - 322:2.

3- في «ث» و الطبعة الحجرية: «فقال» بدل «و قال».

4- سنن الترمذي 4: 2120/433، سنن الدارقطني 3: 40-41/166، مسند أحمد 6: 21791/358، المعجم الكبير - للطبراني - 7615/160:8.

5- المغني 5: 82، العزيز شرح الوجيز 5: 143، و نحوه عن عاصم بن ضميرة عن عليّ عليه السلام في سنن الدارقطني 3: 46-47/194، و سنن البيهقي 6: 73.

6- سنن النسائي 4: 65-66، سنن البيهقي 6: 73.

«هل عليه دين؟» قالوا: نعم، ديناران، فقال: «هل ترك لهما وفاء؟» قالوا:

لا، فتأخر فقيل: لِمَ لا تصلي عليه؟ فقال: «ما تنفعه صلاتي و ذمته مرهونة إلا قام أحدكم فضمنه» فقال أبو قتادة: هُما عليّ يا رسول الله، فصلي النبي صلي الله عليه وآله عليه (1).

و من طريق الخاصة: ما رواه عيسى بن عبد الله قال: احتضر عبد الله ابن الحسن، فاجتمع عليه غرماؤه فطالبوه بدّين لهم، فقال: ما عندي ما أعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من بني عمّي: عليّ بن الحسين عليهما السلام، أو عبد الله بن جعفر، فقال الغرماء: أمّا عبد الله بن جعفر فمليّ مطول، وعليّ ابن الحسين رجل لا مال له صدوق، وهو أحبّهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال: «أضمن لكم المال ولي غلّة» و لم تكن له غلّة كمالاً (2)، فقال القوم: قد رضينا وضمّناه، فلما أتت الغلّة أتاحت الله له بالمال فأداه (3).

و عن عطاء عن الباقر عليه السلام قال: قلت له: جعلت فداك، إن عليّ ديناً إذا ذكرته فسد عليّ ما أنا فيه، فقال: «سبحان الله أو ما بلغك أنّ رسول الله صلي الله عليه وآله كان يقول في خطبته: مَنْ ترك ضياعاً فعليّ ضياعه، و مَنْ ترك ديناً فعليّ دينه، و مَنْ ترك مالاً فللّه (4)، و كفالة رسول الله صلي الله عليه وآله مبيّناً كفالاته حيّاً، و كفالاته حيّاً ككفالاته مبيّناً؟» فقال الرجل: نفّست عني جعلني الله فداك (5).

وقد أجمع المسلمون كافة علي جوازه وإن اختلفوا في فروعه.6.

ص: 282

1- المغني 5:70-71، وفيه: «... إلا أن قام...» وفي صحيح البخاري 3:126، و سنن النسائي 4:65، و سنن البيهقي 6:72 مختصراً.

2- في الكافي: «تجملّاً» بدل «كمالاً». و كلتاهما لم ترد في التهذيب.

3- الكافي 5:7/97، التهذيب 6:495/211، بتفاوت يسير في بعض الألفاظ.

4- في المصدر: «فآكله» بدل «فلله».

5- التهذيب 6:494/211.

إذا عرفت هذا، فقد نقل العلماء(1) أن امتناع النبيّ صلي الله عليه وآله من الصلاة علي المديونين [كان](2) في ابتداء الإسلام، ولم يكن صلي الله عليه وآله يصلّي علي مَنْ لا يخلف وفاءً عن ديونه؛ لأنّ صلاته عليه شفاعة موجبة للمغفرة، ولم يكن حينئذٍ في الأموال سعة، فلما فتح الله تعالي الفتوح قال صلي الله عليه وآله: «أنا أولي بالمؤمنين من أنفسهم»(3) وقال صلي الله عليه وآله في خطبته: «مَنْ خَلَّفَ مَالاً أَوْ حَقّاً فَلورثته، و مَنْ خَلَّفَ كِلاًّ أَوْ دِيناً فَكَلِّهِ إِلَيَّ وَ دِينَهُ عَلَيَّ» قيل:

يا رسول الله و علي كلّ إمام بعدك؟ قال: «و علي كلّ إمام بعدي»(4).

إذا عرفت هذا، فأركان الضمان خمسة.

البحث الثاني: في أركان الضمان.

إشارة

أركان الضمان خمسة:

أ: المضمون عنه.

ب: المضمون له.

ج: الضامن.

د: المال المضمون.

ه: الصيغة.

فالنظر هنا يتعلّق بأمر خمسة:

النظر الأول: في صيغة الضمان.

مسألة 474: لا بدّ في الضمان من صيغة تدلّ علي الالتزام،

مثل:

ص: 283

1- كما في العزيز شرح الوجيز 5:144.

2- إضافة يقتضيها السياق. (3 و 4) كما في العزيز شرح الوجيز 5:144.

ضمنت لك ما لك علي فلان، أو: تكفّلت به، أو: تحمّلته، أو: تقلّدته، أو: التزمته، أو: أنا بهذا المال ضمين، أو كفيل، أو ضامن، أو زعيم، أو حميل، أو قبيل.

وقال بعض الشافعية: لفظ القبيل ليس بصريح في الضمان(1).

وقال أبو حنيفة(2) كما قلناه من أنّه صريح فيه.

ولو قال: دَيْن فلان عليّ، فهو ضامن.

ولو قال: دَيْن فلان إليّ، ففيه للشافعية وجهان(3).

ولو قال: أُودّي المال أو أحضره(4)، فهذا ليس بالتزام، وإنّما هو وعدّ.

مسألة 475: لا يكفي في الضمان الكتابة مع القدرة،

ولا بدّ من النطق صريحاً، فإن عجز و كتب [أو(5)] فَعَل من الإشارة ما يدلّ علي الرضا بالضمان، ثبت، وإلا فلا؛ لإمكان العبث.

ولا فرق بين أن يكون الكاتب غائباً أو حاضراً.

ولو عجز عن النطق والكتابة وأشار بما يدلّ عليه، صحّ، كالأخرس.

ولو قيل له: ضمنّت عن فلان أو تحمّلت عنه دَيْنه، فقال: نعم، كفي في الإيجاب؛ لأنّ «نعم» في تقدير إعادة المسئول عنه.

مسألة 476: يشترط في الضمان التنجيز،

فلو علّقه بمجيء الشهر أو

ص: 284

1- العزيز شرح الوجيز 5:167، روضة الطالبين 3:492.

2- تحفة الفقهاء 3:237، المبسوط - للسرخسي - 19:168، الهداية - للمرغيناني - 3:87، الاختيار لتعليل المختار 2:271.

3- العزيز شرح الوجيز 5:167، روضة الطالبين 3:492.

4- أي: أحضر الشخص.

5- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «و». و الظاهر ما أثبتناه.

قدوم زيد، لم يصح.

وكذا لو شرط الضامن الخيار لنفسه، كان باطلاً؛ لأنه ينافي مقصود (1) الضمان، فإن (2) الضامن علي يقين من الغرر (3).

ولو شرط الخيار للمضمون له، لم يضر؛ لأن للمضمون له الخيار في الإبراء والمطالبة أبداً، سواء شرط له أو لا، وكذا الكفالة، وبه قال الشافعي (4).

وقال أبو حنيفة: إن شرط الخيار لا يُبطلهما، لكنّه يلغو (5).

ولو قال: إن لم يؤد إليك غداً فأنا ضامن، لم يصح عندنا - وبه قال الشافعي (6) - لأنه عقد من العقود، فلا يقبل التعليق، كالبيع ونحوه - وقال أبو حنيفة: لو قال رجل لآخر: إن لم يعطك فلان مالك فهو عليّ، فتقاضاه صاحب المال فلم يعطه المديون شيئاً ساعة تقاضاه، لزم الكفيل؛ استحساناً (7) - وكما أن عقد الضمان لا يقبل التأقيت [بأن يقول: (8) أنا ضامن إلي شهر فإذا مضى ولم أغرم فأنا بريء].

وقال ابن سريج: إذا جاز علي القديم للشافعي ضمان المجهول أو ما لم يجب، جاز التعليق؛ لأن من ضرورة الضمان قبل الوجوب تعليقه.

ص: 285

1- في «ث، ر» و الطبعة الحجرية: «مقتضي» بدل «مقصود».

2- في النسخ الخطية: «لأن» بدل «فإن».

3- كذا، و الظاهر: «الغرم».

4- العزيز شرح الوجيز 5:167، روضة الطالبين 3:493.

5- العزيز شرح الوجيز 5:167.

6- العزيز شرح الوجيز 5:167، روضة الطالبين 3:493.

7- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3:60.

8- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «فلو قال». و الصحيح ما أثبتناه.

مقصوده بالوجوب. و به قال أبو حنيفة(1).

وقال الجويني: ويجيء في تعليق الإبراء القولان بطريق الأولي، فإن الإبراء إسقاط. قال: وكان لا يمتنع(2) من جهة القياس المسامحة به في الجديد أيضاً؛ لأن سبب امتناع التعليق في العقود(3) المشتملة علي الإيجاب و القبول خروج الخطاب و الجواب بسببه عن النظم اللائق بهما، فإذا لم يشترط القبول فيه، كان بمثابة الطلاق و العتاق(4).

و كل هذا عندنا باطل، فإن التعليق في الضمان و الإبراء مبطل لهما؛ عملاً بالاستصحاب.

مسألة 477: إذا قال له: إذا بع عبدك من فلان بألف فأنا ضامن للثمن، فباعه بألف، لم يصح الضمان عندنا؛

لأنه ضمان ما لم يجب، و سيأتي بطلانه.

و لو باعه بألفين، فكذلك.

و من جَوَزَ التعليق جَوَّزَ في الأول.

وقال أبو يوسف في الثاني: إنه يصير ضامناً لألف؛ لأن مقصود الضامن أن الزيادة علي الألف غير ملتزم، و لا غرض له في قدر الثمن(5).

وقال بعض الشافعية: إنه وجه لهم(6)

ص: 286

1- العزيز شرح الوجيز 5:168، روضة الطالبين 3:493.

2- في النسخ الخطية و الحجرية: «إسقاط مال، و كان لا يمنع». و ما أثبتناه من «العزيز شرح الوجيز».

3- في النسخ الخطية و الحجرية: «الصور» بدل «العقود». و ما أثبتناه من «العزيز شرح الوجيز».

4- العزيز شرح الوجيز 5:168، روضة الطالبين 3:493.

5- العزيز شرح الوجيز 5:168.

6- العزيز شرح الوجيز 5:168، روضة الطالبين 3:493.

وقال ابن سريج من الشافعية: لا يكون ضماناً لشيء؛ لأن الشرط - وهو البيع بالألف - لم يتحقق (1).

ولو باعه بخمسائة، ففي كونه ضماناً لها للشافعية الوجهان (2).

ولو قال: إذا أقرضه عشرة فأنا ضامن لها، فأقرضه خمسة عشر، لم يصح الضمان عندنا؛ لتعليقه علي الشرط، وهو أحد قولي الشافعي، وعلي الآخر: يصح (3).

ويضمن عشرة علي الوجهين سواء قلنا: إنه إذا قال: إذا بعته بألف فأنا ضامن للثمن فباعه بألفين، يبطل الضمان؛ لفقدان الشرط، أو قلنا: إنه يصح ضمان الألف خاصة.

والفرق: أن من اقترض خمسة عشر فقد اقترض عشرة، وأما البيع بخمسة عشر فليس بيعاً بعشرة.

ولو أقرضه خمسة، فعن ابن سريج: تسليم كونه ضماناً لها (4).

قال الجويني: وهو خلاف قياسه؛ لأن الشرط لم يتحقق (5).

مسألة 478: لو ضمن الدين الحالّ حالاً أو أطلق، لزمه الدين حالاً.

إشارة

وإن ضمن الدين المؤجلّ مؤجلاً بذلك الأجل أو أطلق، لزمه كذلك.

وإن ضمن الحالّ مؤجلاً إلى أجل معلوم، صحّ الضمان والأجل عندنا؛ لأن الضمان تبرّع، فيحتمل فيه اختلاف الدّينين في الكيفية للحاجة.

ولأنّ فيه الجمع بين المصالح، فإنّ صاحب الحقّ قد انتقل حقّه إلى ذمّة أوفي، والضامن ارتفق بتأخير الحقّ عليه، وكذا المضمون عنه، وهو أصحّ وجهي الشافعية.

ص: 287

1- العزيز شرح الوجيز 5:168، روضة الطالبين 3:493.

2- العزيز شرح الوجيز 5:168، روضة الطالبين 3:493.

3- العزيز شرح الوجيز 5:168، روضة الطالبين 3:493.

4- العزيز شرح الوجيز 5:168، روضة الطالبين 3:493.

5- العزيز شرح الوجيز 5:168، روضة الطالبين 3:493.

وفي الثاني: أنه لا يصحّ الضمان؛ لأنّ الملتزم مخالف لما علي الأصيل(1).

فعلي الأوّل يثبت الأجل، ولا يطالب الضامن إلّا بعد حلول الأجل، ولا نقول: التحقّ الأجل بالدين الحال، وإنّما ثبت عليه مؤجّلاً ابتداءً.

ولا استبعاد عند الشافعيّة في الحلول في حقّ الأصيل دون الكفيل، كما لو مات الأصيل و عليه الدين المؤجّل(2).

هذا قول بعضهم(3).

و ادّعي الجويني إجماع الشافعيّة علي أنّ الأجل لا يثبت(4).

و هل يفسد الضمان بفساد هذا الشرط؟ عندهم وجهان، أظهرهما:

الفساد(5).

وقد بيّنا أنّ الحقّ عندنا صحّة الضمان و الأجل؛ لقوله عليه السلام:

«المؤمنون عند شروطهم»(3) و قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(4) و الضامن عقّد مؤجّلاً، فلا يثبت عليه إلّا كذلك.

تذنيب: لو كان الدين مؤجّلاً إلي شهر فضمنه مؤجّلاً إلي شهرين، فهو كما لو ضمن الحال مؤجّلاً.

و علي قولنا بصحّة الضمان و الشرط ليس لصاحب المال مطالبة الضامن قبل الأجل، و لا مطالبة المضمون عنه؛ لأنّ الدين عندنا قد سقط

ص: 288

1- العزيز شرح الوجيز 5:169، روضة الطالبين 3:494.

2- العزيز شرح الوجيز 5:169. (3-5) العزيز شرح الوجيز 5:169، روضة الطالبين 3:494.

3- التهذيب 7:1503/371، الاستبصار 3:835/232، الجامع لأحكام القرآن 6:33.

4- المائدة: 1.

عن ذمته و تحوّل إلي ذمة الضامن علي ما يأتي.

وأما الشافعي فإنه جوّز علي تقدير صحّة الضمان المؤجّل مطالبة المضمون عنه معجّلاً - بناءً علي أصله من أنّ الضمان غير ناقلٍ، بل هو مقتضى لتشريك الذمّتين بالذّين (1) - وليس له مطالبة الضامن معجّلاً (2).

مسألة 479: لو كان الدّين مؤجّلاً فضمنه الضامن حالاً و التزم التبرّع بالتعجيل، صحّ الضمان عندنا،

إشارة

كما يصحّ ضمان الحال مؤجّلاً، و كان عليه أداء المال في الحال كأصل الضمان، و هو أحد وجوه الشافعيّة.

و الثاني لهم: أنّه لا يصحّ الضمان؛ لأنّ الضامن فرع المضمون عنه، فلا يستحقّ مطالبة دون أصيله.

و الثالث لهم: أنّه يصحّ الضمان، و يكون مؤجّلاً كأصله، و لا يلزم الضامن تبرّعه بالتعجيل، كما لو التزم الأصيل التعجيل لم يلزمه، فكذا الضامن. و لأنّ الضامن فرع الأصيل، فينبغي أن يكون ما لزمه مضاهياً لما علي الأصيل (3).

فعلي هذا القول هل يثبت الأجل في حقّه مقصوداً أم تبعاً لقضاء حقّ المشابهة؟ للشافعيّة وجهان (4).

و تظهر فائدتهما فيما لو مات الأصيل و الحال هذه.

ص: 289

-
- 1- مختصر المزني: 108، الحاوي الكبير 436:6، المهذب - للشيرازي - 348:1، حلية العلماء 58:5، التهذيب - للبغوي - 171:4، العزيز شرح الوجيز 171:5، روضة الطالبين 496:3.
 - 2- الحاوي الكبير 455:6، المغني 80:5، الشرح الكبير 95:5.
 - 3- حلية العلماء 57:5-58، العزيز شرح الوجيز 169:5، روضة الطالبين 494:3.
 - 4- العزيز شرح الوجيز 169:5، روضة الطالبين 494:3.

وَعَكْسَ بعض الشافعية الترتيب، فقال: في صحة شرط التعجيل وجهان، فإن فسد ففي إفساده الضمان وجهان(1)

تذنيب: لو ضمن المؤجل إلي شهرين مؤجلاً إلي شهر، فهو كما لو ضمن المؤجل حالاً.

و علي قولنا يصح، و يكون لصاحب المال مطالبة الضامن بالمال بعد شهر، و ليس له مطالبة المضمون عنه بشيء.

آخر

آخر(2): علي قولنا: إنه يصح ضمان المؤجل حالاً إذا أدي الضامن المال إلي صاحبه،

لم يكن له مطالبة المضمون عنه إلا عند الأجل إن أذن له في مطلق الضمان.

و لو أذن له في الضمان عنه معجلاً، ففي حله عليه إشكال، أقربه:

عدم الحلول أيضاً.

مسألة 480: لو ضمن رجل عن غيره ألفاً و شرط المضمون له أن يدفع إليه الضامن أو المضمون عنه كل شهر درهماً لا يحسبه من مال الضمان، بطل الشرط إجماعاً.

و هل يبطل الضمان؟ الأقوي عندي: بطلانه؛ بناءً علي أن كل شرط فاسد تضمنه عقد فإن العقد يبطل ببطلانه، و هو أحد وجهي الشافعية.

و الثاني: لا يبطل الضمان ببطلان هذا الشرط(3).

مسألة 481: لو ضمن ديناً أو كفل بدن إنسان ثم ادعي أنه كفل و ضمن و لا حق علي المضمون عنه أو المكفول به، فالقول قول المضمون له

و المكفول له؛ لأن الضمان و الكفالة إنما يصحان بعد ثبوت الحق علي

ص: 290

1- العزيز شرح الوجيز 5:169.

2- في «ث، ج» و الطبعة الحجرية: «تذنيب» بدل «آخر».

3- العزيز شرح الوجيز 5:170، روضة الطالبين 3:495.

المضمون و المكفول.

و هل يحلف المضمون له و المكفول له ؟ الأقرب عندي: اليمين؛ لأنه منكر لدعوي لو صدق فيها لبطلت دعواه.

و للشافعية (1) و جهان (2).

فإن قلنا باليمين فنكل، حلف الضامن و الكفيل، و سقطت المطالبة عنهما.

و لو أقر الضامن بأنه قد ضمن علي شرط أو كفل عليه، فأنكر صاحب الحق الشرط، فالقول قول صاحب الحق مع اليمين؛ لصحة الضمان في نفس الأمر، و أصالة عدم الشرط.

و قالت الشافعية: إن هذا مبني علي أن الإقرار هل يتبعض أم لا؟ فإن قيل بالتبعيض، فالقول قول المضمون له. و إن قلنا: لا يتبعض، فالقول قول الضامن (3).

و لو ادّعي الكفيل أن المكفول برئ من الحق و ارتفعت الكفالة، و أنكر المكفول له، فالقول قول المكفول له مع يمينه، فإن نكل و حلف الكفيل، برئ من الكفالة، و لم يبرأ المكفول بيمين الكفيل.

النظر الثاني: الضامن.

مسألة 482: يشترط في الضامن أن يكون صحيح العبارة أهلاً للتبرع،

فلا يصح ضمان الصبي و المجنون؛ لقوله صلي الله عليه و آله: «رُفِعَ القلم عن ثلاث: عن

ص: 291

1- في «ث، ر» و الطبعة الحجرية: «للشافعي».

2- العزيز شرح الوجيز 5:170، روضة الطالبين 3:495.

3- العزيز شرح الوجيز 5:170-171، روضة الطالبين 3:496.

الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه»(1).

ولأنهما غير مكلفين، فلم يكن [لكلامهما] (2) حكمٌ.

وكذا لا يصحّ ضمان الساهي والغافل والهازل، كلّ ذلك لسقوط التكليف في حقّ أكثرهم، وعدم الوثوق بعبارتهم.

والمغمي عليه(3) والمُبْرَسَم - الذي يهذي ويخلط في كلامه - والنائم؛ لأنّه لا عبرة بصيغتهم الصادرة عنهم، كغيره من العقود.

ولو ضمن السكران، لم يصحّ عندنا؛ لعدم الوثوق بعبارته.

وللشافعي قولان، كما في سائر تصرّفاته(4).

والأخرس(5) الذي ليس له إشارة مفهومة(6) ولا كتابة ولا يُعلم أنّه ضمن حتى يصحّح أو يبطل.

وإن كانت له إشارة مفهومة وعلم ضمانه بها، صحّ، كما في بيعه وسائر تصرّفاته، وبه قال أكثر العامة(7).

وقال بعض الشافعيّة: لا يصحّ ضمانه؛ لأنّه لا ضرورة إلي الضمان، بخلاف سائر التصرفات(8).

وهو خطأ؛ فإنّ الضرورة لا تصحّح الدلالة الباطلة في نفسها.

ولو ضمن بالكتابة، فإن حصل معها إشارة مفهومة أنّه قصد3.

ص: 292

1- المغني 3:94، وبتفاوت في سنن أبي داؤد 4:4403/141.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «لكلامهم». والصحيح ما أثبتناه.

3- عطف علي قوله: «لا يصحّ ضمان...».

4- العزيز شرح الوجيز 5:146، روضة الطالبين 3:475.

5- عطف علي قوله: «لا يصحّ ضمان...».

6- كذا قوله: «مفهومة» هنا وفيما يأتي، والظاهر: «مفهومة».

7- المغني 5:80، الشرح الكبير 5:78، الحاوي الكبير 6:461، التهذيب - للبغوي - 4:185، العزيز شرح الوجيز 5:146، روضة

الطالبين 3:475.

8- العزيز شرح الوجيز 5:146، روضة الطالبين 3:475.

الضمان، صحّ.

وإن انفردت (1) إشارته المفهومة بالضمان، صحّ أيضاً.

و لو (2) انفردت كتابته عن الإشارة [المفهومة] (3) للضمان، لم يصح الضمان، سواء كان يُحسن الإشارة أو لا؛ لأنّ الكتابة قد تكون عبثاً أو تجربةً للقلم (4) أو حكايةً خطّ، فلم يثبت بها (5) الضمان.

و للشافعية في الكتابة المنفردة عن إشارة مفهومة (6) أنّه قصد الضمان وجهان، أصحّهما عندهم: الصحّة عند وجود القرينة المشعرة بالمقصود (7).

ونحن أيضاً نقول بذلك، وليس النزاع فيه، بل في مجرد الكتابة.

وهذا الشرط يقتضي نفي الخلاف، وأنّ الكتابة المجردة غير كافية.

أمّا الناطق فلا يكفي في حقّه الكتابة ما لم يتلقّف بالعقد.

و للشافعية فيه الوجهان (8)، كما في الأخرس.

مسألة 483: يشترط في الضامن الملاءة بالمال الذي ضمنه وقت الضمان،

أو علم المضمون له بالإعسار، فلو ضمن المعسر ولم يعلم المضمون له بإعساره ثمّ ظهر الإعسار، كان بالخيار [بين] (9) فسخ الضمان

ص: 293

1- في «ر»: «تقرّدت».

2- في «ر»: «وإن» بدل «ولو».

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «المفهومة». و الصحيح ما أثبتناه.

4- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «و تجربة القلم». و الظاهر ما أثبتناه.

5- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «به» بدل «بها». و الظاهر ما أثبتناه.

6- في «ج» و الطبعة الحجريّة: «مفهومة» بدل «مُفهومة». و ما في المتن من «ث، ر».

7- الحاوي الكبير 6: 461، العزيز شرح الوجيز 5: 146، روضة الطالبين 3: 475.

8- العزيز شرح الوجيز 5: 146، روضة الطالبين 3: 475.

9- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «في». و الظاهر ما أثبتناه.

و الرجوع علي المضمون عنه، و بين إجازته و الصبر علي الضامن إلي زمان قدرته.

و لو علم بإعساره وقت الضمان و رضي به، لم يكن له بعد ذلك خيار، و لزمه الضمان.

و كذا يلزمه الضمان لو كان الضامن ملياً وقت الضمان و تجدد إعساره قبل الأداء، و ليس للمضمون له حينئذ الرجوع علي المضمون عنه بشيء.

مسألة 484: لو ادّعي المضمون له أنّ الضامن ضمن بعد البلوغ،

و قال الضامن: بل ضمننت لك قبله، فإن عيّنا للضمان وقتاً و كان البلوغ غير محتمل فيه، قُدّم قول الصبي؛ لحصول العلم بعدم البلوغ، و لا يمين علي الصبي؛ لأنها إنّما تثبت في المحتمل.

و إن كان الصغر غير محتمل، قُدّم قول المضمون له من غير يمين؛ للعلم بصدقه، فلا يزال باليمين شكّ حاصل.

و إن احتمل الأمران أو لم يعيّنا وقتاً، فالقول قول الضامن مع يمينه - و به قال الشافعي (1) - لأصالة عدم البلوغ وقت الضمان، و عدم ثبوت الحقّ عليه.

و قال أحمد: القول قول المضمون له؛ لأنّ الأصل صحّة العقد و سلامته، كما لو اختلفا في شرطٍ مبطل (2).

و الفرق: أنّ المختلفين في الشرط المفسد يُقدّم فيه قول مدّعي الصحّة؛ لاتّفاقهما علي أهليّة التصرف، و الظاهر أنّ مَنْ له أهليّة التصرف

ص: 294

1- التهذيب - للبغوي - 185:4، العزيز شرح الوجيز 146:5، روضة الطالبين 475:3، المغني 78:5، الشرح الكبير 75:5-76.

2- المغني 78:5، الشرح الكبير 75:5.

لا يتصرّف إلا تصرّفاً صحيحاً، فكان القول قول مدّعي الصّحة؛ لأنّه يدّعي الظاهر، وهنا اختلفا في أهليّة التصرّف، وليس مع مَنْ يدّعي الأهليّة ظاهراً يستند إليه، ولا أصل يرجع إليه، فلا مرجح لدعواه.

وكذا لو ادّعي أنّه ضمن بعد البلوغ وقبل الرشد، وادّعي المضمون له أنّه بعد الرشد. وكذا لو ادّعي مَنْ يعتوره الجنون أنّه ضمن حال جنونه، وادّعي المضمون له أنّ ضمانه في حال إفاقته؛ فإنّ القول قول الضامن؛ لما تقدّم.

أمّا لو لم يعهد منه جنون سابق فادّعي أنّه حالة الضمان كان مجنوناً، فإنّه لا تُسمع دعواه، وله إحلاف المضمون له إن ادّعي علمه بالجنون.

وأمّا مَنْ يعتاد الشرب فادّعي أنّه حالة الضمان كان سكران، وادّعي صاحب الحقّ أنّه كان حالة الضمان صحيحاً، فالوجه: تقديم قول الضامن مع اليمين.

ولو لم يعهد منه الشرب، قدّم قول المضمون له مع اليمين بانتفاء سكره.

مسألة 485: و لا فرق بين أن يكون الصبي مميّزاً أو غير مميّز في بطلان ضمانه،

و لا بين أن يأذن له الولي في الضمان أو لا، وهو قول الشافعي (1).

وعن أحمد روايتان، إحداهما: أنّه يصحّ ضمان المميّز بإذن الولي، كما يصحّ إقراره و تصرّفاته بإذن وليّه (2).

ص: 295

1- مختصر المزني: 109، الحاوي الكبير 6:461، التنبيه: 105، المهذب - للشيرازي - 1:346، التهذيب - للبخاري - 4:185، العزيز شرح الوجيز 5:146، روضة الطالبين 3:474-475، المغني 5:78، الشرح الكبير 5:75.

2- المغني 5:78، الشرح الكبير 5:75.

و الأصل عندنا ممنوع، علي أن الفرق واقع بين الضمان و البيع؛ فإنّ الضمان التزام مال لا فائدة له فيه، فلم يصح منه، كالنذر، بخلاف البيع. و لو قلنا بالرواية (1) الدالة علي نفاذ تصرّفه في المعروف إذا بلغ عشرين و كان مميّزاً، احتّمّل جواز الضمان إذا كان في معروف.

مسألة 486: شرطنا في صحّة الضمان كون الضامن أهلاً للتبرّع،

فلا يصحّ ضمان العبد و المحجور عليه لسفه، فإنّه لو ضمن لم ينفذ؛ لأنّ الضمان إمّا إقراض إن تعقّبه الرجوع، و إمّا تبرّع إن لم يثبت الرجوع، و كلاهما يتبع المحجور عليه لتبذير منه. و لأنّه إثبات مال في ذمّته، فلم يصح منه، كالبيع و غيره، و به قال الشافعي (2).

و قال بعض العامة: يصحّ ضمانه، و يتبع به بعد فكّ الحجر عنه؛ لأنّه مكلف يصحّ إقراره و يتبع به بعد فكّ الحجر عنه، فكذا ضمانه (3).

و الفرق: أنّ الإقرار إخبار بحقّ سابق، و جاز أن يكون في ذمّته حقّ، فوجب عليه الاعتراف به بحيث يؤدي بعد فكّ الحجر عنه، بخلاف الضمان، فإنّه تبرّع محض، فكان ممنوعاً منه، كسائر التبرّعات.

و قال بعض أصحاب الشافعي: إنّه يصحّ الضمان من المحجور عليه للتبذير؛ لأنّه إقراض لا محض تبرّع؛ لأنّ الشافعي قال: إذا ضمن في مرض موته بغير إذن منّ عليه الحقّ، فهو محسوب من ثلثه، و إن ضمن بإذنه، فهو محسوب من رأس المال؛ لأنّ للورثة أن يرجعوا علي الأصيل (4).

ص: 296

-
- 1- تقدّم تخريجها في ص 241، الهامش (1).
 - 2- الحاوي الكبير 6:461، التنبيه: 105، المهذب - للشيرازي - 1:346، العزيز شرح الوجيز 5:146، روضة الطالبين 3:475، المغني 5:78، الشرح الكبير 5:75.
 - 3- المغني 5:78، الشرح الكبير 5:75.
 - 4- العزيز شرح الوجيز 5:147، روضة الطالبين 3:475.

و الحق ما قلناه؛ لأنه وإن لم يكن تبرعاً (1) فإنه ممنوع منه؛ كما مُنع (2) من البيع و سائر التصرفات المالية.

ولو أذن له الولي في الضمان، فهو كما لو أذن له في البيع.

و أما المحجور عليه للفلس فإنه يصح ضمانه مع رضا المضمون له، و يتبع به بعد فك الحجر؛ لأنه من أهل التصرف، و الحجر عليه في ماله لا في ذمته، فأشبهه الراهن إذا تصرف في غير الرهن، و كما لو اقترض أو اشترى في ذمته، فإنه لا يزاحم الغرماء.

مسألة 487: العبد إن أذن له مولاه في الضمان فضمن، صح،

و لا نعلم فيه خلافاً؛ لأن الحجر لحق السيد، فإذا أذن له فيه، زال الحجر، و كان كما لو أذن له في الاستدانة فاستدان.

و إن ضمن بغير إذنه، فإن لم يكن مأذوناً له في التجارة، فالأقرب عندي: صحّة الضمان، كما لو استدان بغير إذن سيده، و يتبع به بعد العتق، إلا أن الفرق بين الدّين و الضمان: أن صاحب المال لو وجد عين ماله، كان له انتزاعها منه، و المضمون له ليس له انتزاع المال الذي ضمنه ما دام عبداً؛ لأنه مكلف له قول صحيح، و إنما مُنع من التصرف فيما يتعلّق بسّيده؛ لاشتماله علي ضرر سيده، و الضمان لا ضرر فيه علي السيّد؛ لأنه إنما يطالب به بعد العتق، فلا يُمنع منه، و لهذا لو أقرّ بدين في ذمته، لزمه الإقرار، و كان للمقرّ له أن يتبعه به بعد العتق. و لو أقرّ بالجناية، لم يُقبل.

لا يقال: في ذلك إضرار بالسيّد؛ لأن السيّد يستحقّ إرث ماله بالولاء إذا أعتق، و ثبوت الدّين يمنع الإرث.

ص: 297

1- في النسخ الخطيّة: «متبرعاً».

2- في النسخ الخطيّة: «يُمنع».

لأننا نقول: حكم الإرث لا يمنع الضمان، بخلاف حكم الملك، ولهذا لا يمنع الإقرار، والملك يمنع الإقرار فيه. وكذا الحر لا يمنع من الضمان لحق ورثته.

وهو أحد قولي الشافعية.

والثاني لهم: أنه لا يصح ضمانه؛ لأنه إثبات مال لآدمي بعقد، فلم يصح من العبد بغير إذن سيده، كالمهر(1).

والفرق: أن المهر يتعلق بكسبه، والنفقة بالسيّد، فيضّر به علي التقديرين.

والشيخ رحمه الله مال إلى بطلان الضمان؛ لقوله تعالى: «عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يُقَدِّرُ عَلَيَّ شَيْءٌ» (2)(3) وهو الأصح عند الشافعية، وبه قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة(4).

وإن كان مأذوناً له في التجارة، فحكمه حكم غير المأذون في التجارة في الضمان، إن ضمن بإذن سيده، صحّ إجماعاً. وإن ضمن بغير إذن سيده، فالقولان.

وقال أبو ثور: إن كان من جهة التجارة، جاز. وإن كان من غير ذلك، لم يجز(5)7.

ص: 298

1- الحاوي الكبير 6:457، التنبيه: 105-106، المهذب - للشيرازي - 1:346-347، حلية العلماء 5:48-49، التهذيب - للبخاري - 4:185-186، الوجيز 1:183، الوسيط 3:235، العزيز شرح الوجيز 5:147، روضة الطالبين 3:476، المغني 5:79، الشرح الكبير 5:76.

2- النحل: 75.

3- الخلاف 3:321، المسألة 15.

4- العزيز شرح الوجيز 5:147، روضة الطالبين 3:476، المغني 5:79، الشرح الكبير 5:76.

5- المغني 5:79، الشرح الكبير 5:76-77.

مسألة 488: إذا ضمن بإذن سيده، صحّ قولاً واحداً.

و هل يتعلّق المال بالذمّة أو الكسب؟ الأقرب: الأول؛ لأنّ ذمّة العبد محلّ الضمان، فعلي هذا يتبع به بعد العتق، ولا يجب علي السيّد شيء، ولا يستكسب العبد فيه، كما لو لم يأذن، وهو أحد قولي الشافعيّة؛ لأنّه إنّما أذن له في الالتزام دون الأداء.

وأظهرهما عندهم: أنّه يتعلّق بما يكسبه العبد بعد الإذن؛ لأنّه ثبت بإذن السيّد، كما لو أذن لعبد في النكاح، تتعلّق النفقة والمهر باكتسابه(1).

و حكى بعض الشافعيّة وجهاً غريباً للشافعيّة: أنّه يتعلّق برقبته، فيباع فيه(2).

وعن أحمد روايتان:

إحدهما: أنّه يتعلّق برقبة العبد.

والثانية - وهي الأظهر عنده -: أنّه يتعلّق بدمّة السيّد(3).

هذا إذا لم يكن مأذوناً له في التجارة، ولو كان مأذوناً له فيها فأذن له في الضمان، فكالأول عندنا، ويتعلّق بدمّته؛ لما تقدّم من أنّه أذن له في التزام المال خاصّةً، دون الأداء.

وللشافعيّة وجهان مرتّبان علي الوجهين في غير المأذون، وأولي بأن [لا](4) يحال علي الذمّة؛ لإشعار ظاهر الحال بخلافه(5).

ص: 299

1- المهذّب - للشيرازي - 347:1، حلية العلماء 5:49، العزيز شرح الوجيز 5:147-148، روضة الطالبين 3:476.

2- العزيز شرح الوجيز 5:148، روضة الطالبين 3:476.

3- المغني 5:79، الشرح الكبير 5:77.

4- ما بين المعقوفين من المصدر.

5- العزيز شرح الوجيز 5:148.

و علي هذا يتعلّق بما يكسبه من بعد، أم به وبما في يده من الربح الحاصل، أم بهما و برأس المال؟ فيه وجوه ثلاثة أشبهها عندهم: الثالث(1).

و علي رأيٍ لبعض الشافعيّة: إذا كان مأذوناً له في الضمان، تعلّق بكسبه، وإلا لم يتعلّق إلا بالذمة(2).

مسألة 489: إذا قال السيد لعبده: اضمن و اقضه ممّا نكتسبه، صحّ ضمانه، و تعلّق المال بكسبه.

و كذا لو قال للمأذون له في التجارة: اضمن و اقض من المال الذي في يدك، قضي منه. و كذا إن عيّن مالاً و أمره بالقضاء منه.

و حيث قلنا: يؤدّي ممّا في يده لو كان عليه ديون، فإنّ المضمون له يشارك الغرماء؛ لأنّه دَيْنٌ لزم بإذن المولي، فأشبهه سائر الديون، و هو أحد وجوه الشافعيّة.

و الثاني لهم: أنّ الضمان لا يتعلّق بما في يده أصلاً؛ لأنّه كالمرهون بحقوق الغرماء.

و الثالث: أنّه يتعلّق بما فضل عن حقوقهم رعايةً للجانبين(3).

هذا إذا لم يحجر عليه الحاكم.

و يُحتمل عندي أنّ مال الضمان يُقدّم علي ديون الغرماء؛ لأنّ مولاه عيّنه فيه.

أمّا لو حجر عليه الحاكم باستدعاء الغرماء ثمّ ضمن بإذن مولاه و جعل الضمان ممّا في يده، لم يتعلّق الضمان بما في يده؛ لتعلّق حقوق الغرماء به

ص: 300

1- العزيز شرح الوجيز 5:148، روضة الطالبين 3:476.

2- العزيز شرح الوجيز 5:148.

3- العزيز شرح الوجيز 5:148، روضة الطالبين 3:477.

بمقتضى حَجْر الحاكم عليه.

ولو عيّن السيّد مال الضمان من رقبته، تعيّن، كما لو ضمن الحرّ علي أن يؤدّي من مالٍ معيّن، فإنّ مال الضمان يتعلّق بذلك المال المعيّن، كذا هنا؛ لأنّ الحقوق تتعلّق بأعيان الأموال كالرهن، وأمّا تعلّق الضمان بعين ماله دون ذمّته فلا يصحّ، وصحّ هذا في حقّ العبد؛ لأنّ له ذمّةً.

ولو أذن للعبد في التجارة وفي الضمان ولم يعيّن المال من أين يؤدّي، فقد قلنا: إنّ الأقويّ تعلّقه بذمّة العبد. ويُحتمل بكسبه وذمّة الموليّ.

وقال الشافعي: يتعلّق بما في يده من أموال التجارة، فيقضيه منها علي الوجه الذي يتعلّق بكسبه (1).

وليس بجيّد؛ لأنّه إنّما أذن له في الضمان بالإطلاق، فهو ينصرف إلي ذمّته أو كسبه أو ذمّة مولاه.

مسألة 490: المدبّر و أمّ الولد و المكاتب المشروط كالقنّ في الضمان لا يصحّ إلاّ بإذن سيّده؛

لأنّه تبرّع بالتزام مالٍ، فأشبهه نذر الصدقة، أو نقول:

يصحّ ويتبع به بعد العتق علي الخلاف الذي سبق كما قلناه في العبد القنّ.

ولو ضمن بإذن سيّده، صحّ، كما لو أذن للعبد، ولأنّ الحقّ للمكاتب أو للسيّد لا يخرج عنهما، وقد اتّفقا علي الضمان، فلا مانع.

ويُحتمل أن لا يصحّ؛ لأنّ فيه تقويّة الحرّيّة.

و الوجه عندي: الصحّة إن استعقب ضمانه الرجوع، كما لو أذن له المضمون عنه في الضمان، ويكون الضمان مصلحةً لا مفسدة فيه، كما لو كان المضمون عنه معسراً، فإنّه لا يصحّ، وكما لو تبرّع؛ لأنّ للسيّد منعه من

ص: 301

التصرّف بغير الاكتساب.

وأما المكاتب المطلق فليس للسيد منعه من الضمان مطلقاً كيف شاء؛ لانقطاع تصرّفات المولي عنه.

ولو كان بعض العبد حُرّاً وبعضه رقاً ولا مهابةً بينه وبين السيد، لم يكن له الضمان إلا بإذنه؛ لتعلق حقّ السيد برقبته و تصرّفه.

وكذا لو كان بينهما مهابةً وضمن في أيام السيد.

ولو ضمن في أيام نفسه، فالأقرب: الجواز.

قال بعض الشافعية: يجوز أن يخرج ضمان المُعتق بعضه علي الخلاف في الاكتسابات النادرة هل يدخل في المهابة أم لا؟(1).

و ضمان المكاتب - عند الشافعية - بغير إذن السيد كضمان القنّ، وبالإذن مبنّي علي الخلاف في تبرّعاته(2).

مسألة 491: إذا أذن السيد لعبده في الضمان، صحّ،

وانتقل المال إلي ذمّة العبد أو ذمّة السيد أو مال العبد الذي في يده لمولاه علي الخلاف.

فإن أدّى مال الضمان حالة الرقّ، فحقّ الرجوع للسيد؛ لأنّ الأداء من مال السيد، سواء كان من رقبة العبد أو ممّا في يده أو من كسبه.

وإن أدّاه بعد عتقه، فحقّ الرجوع للعبد؛ لأنّه أدّاه من ماله.

ولو قلنا: إنّه إذا ضمن بإذن سيده، تعلق الضمان بذمّة السيد أو بكسب العبد، فالأقرب: أنّ حقّ الرجوع للسيد أيضاً.

و للشافعية وجهان فيما إذا أدّى بعد العتق:

أصحهما: أنّ حقّ الرجوع للعبد.

والثاني: أنّه للسيد؛ لأنّ مال الضمان كالمستثنى عن اكتسابه،

ص: 302

1- العزيز شرح الوجيز 5:148، روضة الطالبين 3:477.

2- العزيز شرح الوجيز 5:148، روضة الطالبين 3:477.

فلا يستحقّها بالعتق(1).

ولو ضمن العبد لسَيِّده عن أجنبيّ، لم يصح؛ لأنّه يؤدّيه من كسبه، و كسبه لسَيِّده، فهو كما لو ضمن المستحقّ لنفسه.

ولو ضمن لأجنبيّ عن سيِّده، فإن لم يأذن السيّد، فهو كما لو ضمن عن أجنبيّ. وإن ضمن بإذنه، صحّ.

ثم إن أدّى قبل العتق، فلا رجوع له. وإن أدّى بعده، ففي رجوعه علي السيّد احتمال.

و للشافعيّة فيه وجهان مبنيان علي الوجهين فيما لو أجر(2) عبده مدّة ثمّ أعتقه في ابتدائها أو(3) في أثنائها هل يرجع بأجرة المثل لبقية المدّة أو لا؟(4).

مسألة 492: يصحّ ضمان المرأة، و لا نعلم فيه خلافاً،

كما يصحّ ضمان الرجل؛ لأنّ الضمان عقد يقصد به المال، فيصحّ من المرأة، كالبيع.

و لأنّها حرّة عاقلة مالكة لأمرها نافذة التصرف في مالها تصحّ منها الاستدانة وغيرها من التصرفات، فيصحّ منها الضمان، كالرجل.

و لا فرق في صحّة ضمانها بين أن تكون خليةً من بعل أو تكون ذات بعل.

و لا تحتاج إلي إذن الزوج، كما في سائر تصرفاتها، و به قال أكثر أهل العلم من العامة و الخاصة.

و قال مالك: إنّه لا بدّ من إذن الزوج(5). و ليس بمعتمد.

ص: 303

1- العزيز شرح الوجيز 5:148، روضة الطالبين 3:477.

2- في «ث، ر» و الطبعة الحجرية: «آجره».

3- كذا قوله: «في ابتدائها أو». و الجملة لم ترد في المصدر.

4- العزيز شرح الوجيز 5:148، روضة الطالبين 3:477.

5- الوجيز 1:183، العزيز شرح الوجيز 5:147.

مسألة 493: المريض يصحّ ضمانه، و لا نعلم فيه خلافاً،

سواء كان مرض الموت أو لا، لكن إن لم يكن مرض الموت و عُوفي من مرضه، صحّ ضمانه مطلقاً.

و إن كان مرض الموت، فإن تبرّع بالضمان، نفذ من الثلث عند كلِّ مَنْ أثبت تبرّعاته من الثلث. و مَنْ جَعَلَ منجزاته من الأصل أمضاه هنا من الأصل.

و إن لم يتبرّع بالضمان، بل ضمن بسؤال المضمون عنه، كان حكمه حكم ما لو باع نسيئةً.

و الوجه: أنّه إن علم تعدّر الرجوع لفقر المديون بحيث يعلم عدم وصول مالٍ إليه، كان ماضياً من الثلث، كما لو تبرّع، و إلاّ مضى من الأصل.

و أطلق بعض العامة احتساب ضمان المريض من الثلث؛ لأنّه تبرّع بالتزام مالٍ لا يلزمه و لم يأخذ عنه عوضاً، فأشبهه الهبة(1).

و نمنع التبرّع في المتنازع.

النظر الثالث: في المضمون عنه.

مسألة 494: المضمون عنه هو المديون، و هو الأصيل.

و لا- يشترط رضاه في صحّة الضمان بالإجماع، كما يجوز أداء الدّين عن الغير بغير إذنه، فالتزامه في الذمّة أولى بالجواز. و لأنّه يصحّ الضمان عن الميّت بالإجماع. و لما تقدّم(2) من امتناع النبيّ صلي الله عليه و آله من الصلاة علي الميّت حتي ضمنه أمير المؤمنين عليّ عليه السلام، و معلوم أنّه لا يتصوّر الرضا من

ص: 304

1- المغني 5: 79-80، الشرح الكبير 5: 77-78.

2- في ص 281، ضمن المسألة 473.

مسألة 495: ولا يشترط حياة المضمون عنه، بل يجوز الضمان عن الميت،

سواء خلف الميت وفاءً أو لاء عند علمائنا أجمع - وبه قال الشافعي و مالك و أبو يوسف و محمد (1) - لما تقدّم (2) من أحاديث العامة عن أمير المؤمنين عليه السلام و [أبي] قتادة لما ضمنا الدّين عن الميت، و ما رواه الخاصّة أيضاً.

و لأنّ كلّ من يصحّ الضمان عنه إذا كان له ضامن صحّ و إن لم يكن له ضامن كما لو خلف وفاءً أو كان حيّاً.

و قال أبو حنيفة و الثوري: لا يصحّ الضمان عن الميت إذا لم يخلف وفاءً بمال أو ضمان ضامن؛ لأنّ الموت مع عدم الوفاء يُسقط المطالبة بالحقّ و الملازمة عليه، فوجب أن يمنع صحّة الضمان، كالإبراء (3).

و هو باطل؛ لأنّ الإبراء إسقاط للحقّ، و لهذا لا يصحّ بعده إبراء، و هنا بخلافه.

و ساعدنا أبو حنيفة فيما إذا ضمن عنه في حياته ثمّ مات معسراً أنّه

ص: 305

1- الأمّ 3:229-230، و 7:118، الحاوي الكبير 6:454، المهذب - للشيرازي 1:346، الوسيط 3:233، حلية العلماء 5:48، العزيز شرح الوجيز 5:144، روضة الطالبين 3:473، بداية المجتهد 2:298، المعونة 2:1232، بدائع الصنائع 6:6، الهداية - للمرغيناني - 3:93، الاختيار لتعليل المختار 2:277، المحلّي 8:112، المغني 5:73، الشرح الكبير 5:83.

2- في ص 281 و 282، ضمن المسألة 473.

3- بدائع الصنائع 6:6، الهداية - للمرغيناني - 3:93، الاختيار لتعليل المختار 2:277، الأمّ 7:118، الحاوي الكبير 6:454، الوسيط 3:233، حلية العلماء 5:48، التهذيب - للبخاري - 4:180، العزيز شرح الوجيز 5:144، المحلّي 8:112، بداية المجتهد 2:298، المعونة 2:1232، المغني 5:73، الشرح الكبير 5:83.

لا يبطل الضمان(1).

مسألة 496: و لا تشترط معرفة المضمون عنه، فلو ضمن الضامن عمّن لا يعرفه، صحّ ضمانه،

إشارة

عند علمائنا - وبه قال الشافعي في أصحّ القولين(2) - لما تقدّم(3) من أنّ عليّاً عليه السلام وأبا قتادة ضمنا عمّن لا يعرفانه.

ولأنّ الواجب أداء الحقّ، فلا حاجة إلي معرفة مَنْ يُؤدّي عنه؛ لأنّه لا معاملة بينهما في ذلك. ولأنّه لا يشترط رضاه فلا تشترط معرفته، وبه قال أحمد(4) أيضاً.

و الثاني للشافعي: أنّه تشترط معرفته ليعرف حاله، وأنّه هل يستحقّ اصطناع المعروف إليه أو لا؟(5).

وليس بشيء.

إذا عرفت هذا، فهل تشترط معرفة ما يميّزه عن غيره؟ الأقرب:

العدم، بل لو قال: ضمنت لك الدّين الذي(6) لك علي مَنْ كان من الناس، جاز علي إشكالٍ.

نعم، لا بدّ من معرفة المضمون عنه بوصفٍ يميّزه عند الضامن بما يمكن القصد معه إلي الضمان عنه لو لم يقصد الضمان عن أيّ مَنْ كان.

ص: 306

1- التهذيب - للبغوي - 180:4، العزيز شرح الوجيز 144:5، وراجع: بدائع الصنائع 6:6.

2- الحاوي الكبير 433:6، المهذّب - للشيرازي - 347:1، الوسيط 233:3، حلية العلماء 52:5، التهذيب - للبغوي - 171:4، العزيز

شرح الوجيز 144:5، روضة الطالبين 473:3، المغني 71:5-72، الشرح الكبير 79:5.

3- في ص 281، ضمن المسألة 473.

4- المغني 71:5، الشرح الكبير 79:5.

5- نفس المصادر في الهامش (2).

6- في «ج، ر» زيادة: «كان».

تذنب: لو تبرّع الضامن بالضمان و رضي المضمون له بضمانه، صحّ الضمان و انعقد و برئت ذمّة المضمون عنه.

و لو أنكر المضمون عنه الضمان، لم يبطل ضمانه، و به قال الشافعي(1).

النظر الرابع: في المضمون له.

مسألة 497: المضمون له هو مستحقّ الدين.

و هل تشترط معرفته عند الضامن؟ إشكال ينشأ: من عدم التعرّض له و البحث عنه في ضمان(2) عليّ عليه السلام و أبي قتادة، و لأنّ الواجب أداء الحقّ، فلا حاجة إلي ما سوي ذلك. و من أنّه لا بدّ و أن يعرفه الضامن ليأمن الغرر، فإنّ الناس يتفاوتون في المعاملة و الاقتضاء و الاستيفاء تشديداً و تسهلاً، و تختلف الأغراض في ذلك، فالضمان مع إهماله غرر و ضرر من غير ضرورة.

و للشافعيّة وجهان، أصحّهما: الثاني عندهم(3).

و لا بأس به؛ لحصول المعاملة بين الضامن و بينه بالضمان، فافتقر إلي معرفته للحاجة.

و قال الشيخ رحمه الله في الخلاف: لا تشترط معرفة الضامن المضمون له و لا المضمون عنه. و استدلّ بضمان عليّ عليه السلام و أبي قتادة(4)

ص: 307

1- لم نعرّض عليّ قوله بحدود المصادر المتوفّرة لدينا.

2- تقدّم تخريجه في ص 281، الهامش (5 و 6) و 282، الهامش (1).

3- الحاوي الكبير 6:433، المهذّب - للشيرازي - 1:347، التنبيه: 106، الوسيط 3:234، حلية العلماء 5:52، التهذيب - للبغوي - 4:171، العزيز شرح الوجيز 5:145، روضة الطالبين 3:474، منهاج الطالبين: 129.

4- الخلاف 3:313، المسألة 1.

إشارة

وهو قول أكثر علمائنا (1) - وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي في أحد القولين (2) - لأنه إثبات مالٍ لأدميٍّ، وتجدد سلطنة وولاية لم تكن، فلا يثبت إلا برضاه أو مَنْ ينوب عنه، كالبيع والشراء، ويبعد أن يتملك الإنسان بتمليك الغير شيئاً من غير رضاه.

والقول الثاني للشافعي: إنه لا يشترط رضاه (3)، وهو قول الشيخ (4) رحمه الله؛ لأنّ عليّاً عليه السلام وأبا قتادة ضمنا الدّين عن الميت (5) والنبّيّ صلي الله عليه وآله لم يسأل عن رضا المضمون له.

ثمّ قال الشيخ رحمه الله: ولو قيل: إنّ من شرطه رضا المضمون له، كان أولي؛ بدلالة أنّه إثبات حقّ في الذمّة، فلا بدّ من اعتبار رضاه، كسائر الحقوق.

ثمّ قال: والأوّل أليق بمذهبنا؛ لأنّ الثاني قياس (6).

إذا عرفت هذا، فقد قال أبو يوسف بالقول الثاني للشافعي أيضاً؛ لأنّ

ص: 308

1- منهم: ابن حمزة في الوسيلة: 280، والمحقق الحلّي في شرائع الإسلام 2: 108، ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: 301.
2- الهداية - للمرغيناني - 3: 93، الاختيار لتعليل المختار 2: 276، الحاوي الكبير 6: 434، المهذّب - للشيرازي - 1: 347، الوسيط 3: 234، حلية العلماء 5: 52، التهذيب - للبخاري - 4: 171، العزيز شرح الوجيز 5: 145، روضة الطالبين 3: 474، المغني 5: 71، الشرح الكبير 5: 79.

3- الحاوي الكبير 6: 434، المهذّب - للشيرازي - 1: 347، الوسيط 3: 234، حلية العلماء 5: 52، التهذيب - للبخاري - 4: 171، العزيز شرح الوجيز 5: 145، روضة الطالبين 3: 474، المغني 5: 71، الشرح الكبير 5: 79.

4- الخلاف 3: 313، المسألة 2.

5- تقدّم تخريجه في ص 281، الهامش (5 و 6) و 282، الهامش (1).

6- الخلاف 3: 313-314 المسألة 2.

الضمان محض التزام، وليس موضوعاً علي قواعد المعاملات(1).

تذنيب: أبو حنيفة وافقنا علي اشتراط رضا المضمون له في الضمان

إلا في مسألة واحدة استثناءها، وهي: أن المريض لو التمس من الورثة أن يضمنوا دينه فأجابوا، صحّ وإن لم يرض المضمون له(2).

مسألة 499: نحن و أبو حنيفة و الشافعي - في أحد القولين - لما اشترطنا في صحّة الضمان رضا المضمون له تقرّع عندنا فرع،

وهو: أنه هل يشترط قبول(3) المضمون له، أو لا، بل يكفي في صحّة الضمان الرضا؟ إشكال ينشأ: من أنه تملك في مقابلة تملك الضامن، فيعتبر فيه القبول، كسائر التملكيات والتملكات. و من أصالة عدم الاشتراط، مع قيام الفرق بينه وبين سائر التملكيات؛ فإن الضمان لا يُثبت ملك شيء جديد، وإّما يتوثق به الدّين الذي كان مملوكاً.

و يُنتقض بالرهن؛ فإنه لا يفيد إلا التوثيق، و يُعتبر فيه القبول.

وللشافعيّة قولان - كاحتمالين - لكنّ الأصحّ عندهم: الثاني(4).

و الأقرب عندي: الأوّل؛ لأنه عقد، فلا بدّ من القبول.

قال بعض الشافعيّة: يقرب هذا الخلاف من الخلاف في اشتراط القبول في الوكالة؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهم يُجدّد سلطنةً لم تكن، فإن شرطنا القبول فليكن بينه وبين الضمان من التواصل ما بين الإيجاب و القبول في

ص: 309

1- الهداية - للمرغيناني - 93:3، الاختيار لتعليل المختار 276:2، حلية العلماء 52:5.

2- الهداية - للمرغيناني - 93:3، الاختيار لتعليل المختار 277:2، فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 63:3، العزيز شرح الوجيز 145:5.

3- أي القبول لفظاً.

4- الحاوي الكبير 6:434-435، الوسيط 3:234، العزيز شرح الوجيز 5:145، روضة الطالبين 3:474، منهاج الطالبين: 129.

سائر العقود. وإن لم نشترط، فيجوز أن يتقدم (1)(2).

وقد فرّع الجويني علي عدم اشتراط رضا المضمون له، فقال: إذا ضمن من غير رضاه، نُظر إن ضمن بغير إذن المضمون عنه، فالمضمون له بالخيار إن شاء طالب الضامن، وإن شاء تركه. وإن كان الضمان بإذنه، فحيث قلنا: يرجع الضامن علي المضمون عنه [يُجبر] (3) المضمون له علي قبوله؛ لأنّ ما يؤدّيه في حكم ملك المضمون عنه. وحيث قلنا: لا يرجع، فهو كما لو قال لغيره: أدّ ديني عني، ولم يشترط الرجوع و قلنا: إنّه لا يرجع (4).

و هل يستحقّ المدين والحال هذه أن يمتنع من القبول؟ فيه وجهان بناءً علي أنّ المؤدّي يقع فداءً أو موهوباً ممّن عليه الدّين؟ إن قلنا بالثاني، لم يكن له الامتناع، وهو الأشهر عندهم (5).

وقد ظهر من هذا أنّ للشافعيّة في اشتراط معرفة المضمون له والمضمون عنه ثلاثة أقوال:

قال بعضهم: لا تشترط معرفتهما.

وقال آخرون: تشترط معرفتهما.

وقال قوم: تشترط معرفة المضمون له دون المضمون عنه؛ إذ لا معاملة معه (6) 5.

ص: 310

1- أي: يتقدم الرضا علي الضمان، كما في المصدر.

2- العزيز شرح الوجيز 5:145.

3- ما بين المعقوفين أضفناه من «روضه الطالبين». و بدلها في «العزيز شرح الوجيز»: «يتخيّر».

4- العزيز شرح الوجيز 5:145-146، روضه الطالبين 3:474.

5- العزيز شرح الوجيز 5:146، روضه الطالبين 3:474.

6- الحاوي الكبير 6:433، المهذب - للشيرازي - 1:347، حلية العلماء 5:52-53، التهذيب - للبغوي - 4:171، العزيز شرح الوجيز

5:145-146، روضه الطالبين 3:474، المغني 5:71-72، الشرح الكبير 5:79.

وزاد الجويني قولاً رابعاً، وهو: اشتراط معرفة المضمون عنه دون المضمون له(1).

النظر الخامس: في الحق المضمون به.

مسألة 500: يشترط في الحق المضمون به أمران:

الأول: الماليّة، فلا يصحّ ضمان ما ليس بمال. والضابط فيه أن يكون ممّا يصحّ تملكه وبيعه، وكما لا يصحّ بيع المحرّمات والربويّات و غيرهما ممّا تقدّم، كذا لا يصحّ ضمانها.

الثاني: الثبوت في الذمّة، فلو ضمن ديناً لم يجب بعدّ وسيجب بقرضٍ أو بيعٍ أو شبههما، لم يصح.

ولو قال لغيره: ما أعطيت فلاناً فهو عليّ، لم يصح أيضاً عند علمائنا أجمع - وبه قال أحمد(2) - لأنّ الضمان ضمّ ذمّةٍ إليّ ذمّةٍ في التزام الدّين، فإذا لم يكن عليّ المضمون عنه شيء فلا ضمّ فيه ولا يكون ضماناً. ولأنّ الضمان شرّح لوثيقة الحقّ، فلا يسبق وجوب الحقّ كالشهادة.

و للشافعيّة هنا طريقتان:

أحدهما: قال ابن سريج: المسألة عليّ قولين:

القديم: أنّه يصحّ ضمان ما لم يثبت في الذمّة ولم يجب؛ لأنّ الحاجة قد تمسّ إليه، كما أنّه في القديم جوّز ضمان نفقة المستقبل. وبهذا قال أبو حنيفة و مالك.

والجديد: المنع، وبه قال أحمد.

ص: 311

1- العزيز شرح الوجيز 5:146، روضة الطالبين 3:474.

2- العزيز شرح الوجيز 5:149.

و الثاني: القطع بالمنع، و يخالف ضمان النفقة؛ لأنّ النفقة - علي القديم - تجب بالعقد، فضمانها ضمان ما وجب لا ما لا يجب(1).

مسألة 501: لو قال: ضمنت لك ما تبيعه من فلان، فباع الشيء بعد الشيء، لم يصح هذا الضمان عندنا،

و هو أحد قولي الشافعي(2).

و في القديم: يصحّ، و يكون ضامناً للكلّ؛ لأنّ «ما» من أدوات الشرط فتقتضي التعميم(3).

و لو قال: إذا بعته من فلان فأنا ضامن، فإنّه يضمن الأوّل لا غير؛ لأنّ «إذا» ليست من أدوات الشرط.

و قال أبو حنيفة: إذا قال لغيره: إذا بعته فلاناً شيئاً فهو عليّ، فباعه شيئاً ثمّ باعه شيئاً آخر، لزم الضامن المال الأوّل خاصّةً. و لو قال: ما بعته اليوم فهو عليّ، لزمه ما يبيعه اليوم. و لو قال: منّ باع فلاناً اليوم فهو عليّ، فباعه رجل، لا يلزم الضامن(4).

مسألة 502: إذا شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدّين، فهنا - أي في صورة ضمان ما لم يجب - أولي.

و إن لم نشترط، فللشافعية وجهان(5).

و كذا معرفة المضمون عنه.

و إذا ضمن ما لم يجب، فلا يطالب الضامن ما لم يلزم الدّين علي الأصيل، فيطالب حينئذٍ عند منّ جوّزه، و أمّا عندنا فلا.

قال مجوّزه: إذا ضمن ما لم يجب ثمّ رجع عن الضمان، فإن كان

ص: 312

1- العزيز شرح الوجيز 5:149، روضة الطالبين 3:478.

2- العزيز شرح الوجيز 5:149.

3- العزيز شرح الوجيز 5:149، روضة الطالبين 3:478.

4- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3:60.

5- العزيز شرح الوجيز 5:149، روضة الطالبين 3:478.

بعد لزوم المال، لم يكن له الرجوع.

وإن كان قبله، فعن ابن سريج من الشافعية: أن له أن يرجع (1).

وقال غيره من الشافعية: لا يرجع؛ لأن وضع الضمان علي اللزوم (2).

وعلي قولنا بطلان ضمان ما لم يثبت لو قال: اقرض فلاناً كذا وعلي ضمانه، فأقرضه، قال بعض الشافعية: المذهب أنه لا يجوز (3).

وقال ابن سريج: إنه يجوز؛ لأنه ضمان مقرون بالقبض (4).

مسألة 503: يصح ضمان النفقة الماضية للزوجة،

سواء كانت نفقة الموسرين أو نفقة المعسرين، وكذا ضمان الإدام ونفقة الخادم وسائر المؤمن؛ لأنها تثبت في الذمة واستقرت بمضي الزمان.

وكذا يصح ضمان نفقة اليوم الحاضر؛ لأنها تجب بطلوع الفجر.

وأما النفقة المستقبلية - كنفقة الغد والشهر المستقبل والسنة المستقبلية - فإنها غير واجبة في الذمة، فلا يصح ضمانها؛ لأن النفقة عندنا إنما تجب بالعقد والتمكين، والتمكين في المستقبل لم يحصل، فلم تجب النفقة إلا مع حصوله، فيكون ضمانها ضمان ما لم يجب، وهو القول الجديد للشافعي.

وقال في القديم: يصح (1).

وهو مبني علي أن النفقة تجب بالعقد خاصة، والأول مبني علي أنها تجب بالعقد والتمكين.

وقال الجويني: إن قلنا بالقديم، صح الضمان. وإن قلنا بالثاني، فالأصح: البطلان (2).

ص: 313

1- الحاوي الكبير 6:442، العزيز شرح الوجيز 5:150، روضة الطالبين 3:478-479.

2- العزيز شرح الوجيز 5:150، روضة الطالبين 3:479.

وفيه قول آخر مع تفريعنا علي أن ضمان ما لم يجب باطل؛ لأن سبب وجوب النفقة ناجز، وهو النكاح(1).

وفيه إشكال؛ لأن سبب وجوب النفقة إما النكاح أو التمكين في النكاح، فإن كان الأول، فالنفقة واجبة، فكيف قال: ولم تجب!؟ وإن كان الثاني، فالسبب غير موجود.

مسألة 504: قد يتبين أن ضمان نفقة المدّة المستقبلية للزوجة باطل.

وعلي قول الشافعي بالجواز يُشترط أمران:

أحدهما: أن يقدر المدّة، فلو أطلق لم يصح فيما بعد الغد. وفي الغد وجهان أخذاً من الخلاف فيما إذا قال: آجرتك كلّ شهر بدرهم، ولم يقدر، هل يصحّ في الشهر الأول؟ قولان.

الثاني: أن يكون المضمون نفقة المعسرين وإن كان المضمون عنه موسراً أو متوسطاً؛ لأنه ربما يعسر، فالزائد علي نفقة المعسر غير ثابت؛ لأنه يسقط بالعسر(2).

وقال بعض الشافعيّة: إنه يجوز ضمان نفقة الموسرين والمتوسّطين؛ لأنّ الظاهر استمرار حاله(3).

وأما نفقة القريب للمدّة المستقبلية فإنّها عندنا أولي بالبطلان؛ لعدم وجوبها، وبه قال الشافعي(4).

أما نفقة اليوم، فالأقرب: جواز ضمانها؛ لوجوبها بطلوع الفجر.

وللشافعي وجهان، أحدهما: أنه لا يصحّ(5).

والفرق بينها وبين نفقة الزوجة: أن سبيل هذه النفقة سبيل البرّ والصلّة، لا سبيل الديون، ولهذا تسقط بمضيّ الزمان وضيافة الغير، ونفقة الزوجة نفقة معاوضة، فسبيلها سبيل الديون.

ص: 314

1- العزيز شرح الوجيز 5:150، روضة الطالبين 3:479.

2- العزيز شرح الوجيز 5:150، روضة الطالبين 3:479.

3- العزيز شرح الوجيز 5:150، روضة الطالبين 3:479.

4- العزيز شرح الوجيز 5:150، روضة الطالبين 3:479.

5- العزيز شرح الوجيز 5:150، روضة الطالبين 3:479.

مسألة 505: لا يشترط في المال اللزوم،

بل مطلق الثبوت، سواء كان مستقراً لازماً، كضمن المبيع إذا كان في الذمة، أو متزلزلاً، كضمن الثمن في مدة الخيار، فإنه يصح ضمانه - و هو أصح وجهي الشافعي (1) - لأنه ينتهي إلي اللزوم بنفسه، فيحتاج فيه إلي التوثيق، وأصل وضع البيع اللزوم.

و الثاني: لا يصح ضمانه؛ لأنه ليس بلازم (2).

ويُمنع اشتراط اللزوم.

وهذا الخلاف بين قولي الشافعي إنما هو فيما إذا كان الخيار للمشتري أو لهما، أما إذا كان الخيار مختصاً بالبائع، فإنه يصح ضمانه بلا خلاف؛ لأنّ الدّين لازم في حقّ مَنْ هو عليه (3).

وهو ممنوع.

وقال الجويني: تصحيح الضمان في بيع الخيار مبنيّ علي أنّ الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلي البائع، أمّا إذا منعه فهو ضمان ما لم يثبت بعد (4).

مسألة 506: الحقوق علي أربعة أضرب:

الأول: حقّ لازم مستقرّ،

كالثمن بعد قبض المبيع، والأجرة بعد انقضاء المدة، والمهر بعد الدخول، وهذا يصحّ ضمانه إجماعاً.

الثاني: لازم غير مستقرّ،

كالثمن قبل القبض، والمهر قبل الدخول، والأجرة قبل انقضاء المدة، فهذا يصحّ ضمانه أيضاً؛ لأنه لازم في الحال وإن جاز أن يسقط، كما يسقط المستقرّ بالقضاء والإبراء وبالردّ بالعيب وغير ذلك.

ص: 315

1- العزيز شرح الوجيز 5:156، روضة الطالبين 3:483.

2- العزيز شرح الوجيز 5:156، روضة الطالبين 3:483.

3- العزيز شرح الوجيز 5:156، روضة الطالبين 3:483.

4- العزيز شرح الوجيز 5:156، روضة الطالبين 3:483.

و كذا (1) السَّلْم يصحّ ضمانه عندنا و عند الشافعي (2)؛ لأنّه دَيْنٌ لازمٌ، فصَحَّ ضمانه، كالقرض.

وقال أحمد بن حنبل في إحدَي الروایتين: إنّه لا يصحّ ضمانه؛ لأنّه يؤدّي إلي استيفاء المُسَلِّم فيه من غير المُسَلِّم إليه، فلا يجوز، كالحوالة به (3).

و الفرق أنّه في الحوالة يطالب ببذل الحقّ، و في الضمان يطالب بنفس الحقّ.

الثالث: ما ليس بلازم و لا يؤول إلي اللزوم،

كالكتابة عند بعض (4) علمائنا.

الرابع: ما ليس بلازم و لكن يؤول إلي اللزوم،

كمال الجعالة.

مسألة 507: الأقرب عندي: أنّه يصحّ ضمان مال الكتابة

إشارة

- و هو إحدَي الروایتين عن أحمد، و به قال أبو حنيفة و الشافعي في وجه (5)، و خرّجه ابن سريج علي ضمان ما لم يجب و وُجد سبب وجوبه (6). و قال بعضهم: إنّه مأخوذ من تجويز ضمان الجُعَل في الجعالة علي إحدَي الروایتين (7) - لأنّه دَيْنٌ علي المكاتب، فصَحَّ ضمانه، كسائر الديون عليه و علي غيره.

ص: 316

1- في النسخ الخطيّة: «كذلك».

2- الحاوي الكبير 5:390، المهذب - للشيرازي - 1:347، التهذيب - للبخاري - 4:174، المغني 4:377، الشرح الكبير 4:378.

3- المغني 4:377، و 5:75، الشرح الكبير 4:377-378، و 5:88، الكافي في فقه الإمام أحمد 2:131.

4- الشيخ الطوسي رحمه الله في المبسوط 2:325.

5- المغني 5:75، الشرح الكبير 5:86، الكافي في فقه الإمام أحمد 2:131، العزيز شرح الوجيز 5:155.

6- العزيز شرح الوجيز 5:155.

7- العزيز شرح الوجيز 5:155.

و المشهور من مذهب الشافعي - و إليه مال الشيخ (1) رحمه الله و أحمد في الرواية الأخرى -: أنه لا يصح؛ لأن مال الكتابة ليس بلازم و لا يؤول إلي اللزوم، فإن للمكاتب أن يُعجز نفسه و يمتنع من أدائه، فإذا لم يلزم (2) الأصيل فالضمين أولي (3).

و يُمنع عدم لزومه و أن للمكاتب تعجيز نفسه، بل يجب عليه القيام في المال؛ لأنه قد صار ديناً عليه.

تذنيب: لو ضمن إنسان عن المكاتب غير نجوم الكتابة،

فإن كان الدين لأجنبي، صح الضمان، و إذا أدي الضامن، رجع علي المكاتب إن كان قد ضمن بإذنه.

و إن ضمنه لسيدّه، جاز أيضاً.

و الشافعي بناه علي أن ذلك الدين هل يسقط بعجزه؟ و هو علي وجهين، إن قلنا: نعم، لم يصح، كضمان النجوم، و إلا جاز (4).

مسألة 508: في ضمان

مسألة 508: في ضمان (5) ما ليس بلازم في الحال و له مصير إلي اللزوم، و الأصل في وضعه الجواز، كمال الجعالة.

فقول: إن ضمن قبل الشروع في العمل، لم يصح الضمان؛ لأنه

ص: 317

1- المبسوط - للطوسي - 336:2.

2- في النسخ الخطية و الحجرية: «لم يلزمه». و الظاهر ما أثبتناه.

3- الحاوي الكبير 6:460، المهذب - للشيرازي - 1:347، الوسيط 3:238، حلية العلماء 5:53، التهذيب - للبغوي - 4:175، العزيز شرح الوجيز 5:155، روضة الطالبين 3:482، المغني 5:75، الشرح الكبير 5:86، الكافي في فقه الإمام أحمد 2:131.

4- العزيز شرح الوجيز 5:155، روضة الطالبين 3:482.

5- ما بين المعقوفين أثبتناه كما استظهر في هامش الطبعة الحجرية، و لم يرد في النسخ الخطية.

ضمان ما لم يجب؛ إذ العقد غير لازم، و المال الثابت بالعقد غير ثابت في الذمة فكيف يلزم فرعه؟!

وإن ضمن بعد فراغ العمل و استحقاقه للمال، صحّ ضمانه قطعاً؛ لأنه ضمان ما قد ثبت وجوبه.

وإن ضمن بعد الشروع في العمل و قبل إتمامه، فالأقرب: جواز الضمان؛ لوجود سبب الوجوب، و لانتهاؤ الأمر فيه إلى اللزوم، كالثمن في مدة الخيار، و هو أحد قولي الشافعي.

و أصحهما عنده: المنع؛ لأنّ الموجب للجعل هو العمل؛ إذ به يتمّ الموجب، فكأنه لا ثبوت له قبل العمل (1).

و قال بعض الشافعية: يمكن بناء الوجهين علي الوجهين في جواز رجوع المالك بعد الشروع في العمل، فنقول: إن لم نجوز الرجوع، فقد لزم الجعل من قبله. و إن جؤزناه، لم يصح ضمانه (2).

و أمّا مال المسابقة و المناضلة فمبنيّ علي أنّ عقدهما جعالة أو إجارة، فإن كان إجارة، صحّ الضمان. و إن كان جعالةً، فهو كضمان الجعل.

و قال الشيخ (3) رحمه الله و أحمد: يصحّ ضمان مال الجعالة و المسابقة؛ لأنّه يؤول إلي اللزوم. و لقوله تعالى: «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَ أَنَا بِهِ رَعِيمٌ» (4) و لأنّه يؤول إلي اللزوم إذا عمل العمل، و إنّما الذي لا يلزم (2).

ص: 318

1- المهدّب - للشيرازي - 347:1، العزيز شرح الوجيز 5:156، و 4:460، روضة الطالبين 3:483، المغني 5:74، الشرح الكبير 5:87.

2- العزيز شرح الوجيز 4:460، و 5:156.

3- الخلاف 3:316 و 317، المسألتان 7 و 8 من كتاب الضمان، المبسوط - للطوسي - 2:325.

4- يوسف: 72.

العمل، و المال يلزم لوجوده، و الضمان للمال دون العمل(1).

و كلامه يشعر بجواز الضمان قبل الشروع في العمل.

مسألة 509: يصح ضمان أَرش الجناية، عند علمائنا،

إشارة

سواء كان من التقدين أو من الإبل وغيرها(2) من الحيوانات - و به قال أحمد(3) - لأنه ثابت مستقرّ في الذمة، فصحّ ضمانه، كغيره من الحقوق الثابتة في الذم، و كغير الحيوانات من الأموال.

و قال أصحاب الشافعي: إذا لم نجوّز ضمان المجهول ففي ضمان إبل الدية و جهان، و يقال قولان:

أحدهما: لا يصحّ؛ لأنه مجهول الصفة و اللون.

و الثاني: أنّه صحيح(4).

و نمنع بطلان ضمان المجهول.

سَلّمنا، لكن نمنع الجهالة؛ فإنّ الإبل الواجبة في الذمة عن النفس و الأعضاء و الجراحات معلومة العدد و السنّ، و جهالة اللون و غيره من الصفات الباقية لا تضرّ؛ لأنّ الذي يلزمه أدني لون أو صفة أو غالب إبل البلد، فتحصل معلومة. و لأنّ جهل ذلك لا يمنع وجوبه بالإتلاف فلم يمنع وجوبه بالالتزام. و لأنّ الضمان تلو الإبراء، و الإبراء عنها صحيح فكذا الضمان.

ص: 319

1- الكافي في فقه الإمام أحمد 2:130، المغني 5:74، الشرح الكبير 5:87.

2- في الطبعة الحجرية: «أو من غيرهما» بدل «و غيرها».

3- الكافي في فقه الإمام أحمد 2:130، المغني 5:74، الشرح الكبير 5:87.

4- الحاوي الكبير 6:442، المهذب - للشيرازي - 1:347، الوسيط 3:238، التهذيب - للبغوي - 4:178، العزيز شرح الوجيز

5:158، روضة الطالبين 3:485.

و هذا الوجه (1) عند الشافعية أظهر حتى أن بعضهم قطع به (2).

تذنيب: إذا كان الضمان بحيث يقتضي الرجوع - كما إذا ضمن بسؤاله - فإنه يرجع بالحيوان.

و للشافعية خلاف كما وقع في اقتراض الحيوان (3).

و هل يصح ضمان الدية علي العاقلة قبل تمام السنة ؟ الأقرب:

جوازه؛ لأن سبب الوجوب ثابت.

وقالت الشافعية: لا يجوز؛ لأنها غير ثابتة بعد (4).

مسألة 510: إذا ضمن عيناً لمالكها وهي في يد غيره،

فإن كانت أمانة لم يتعد فيها الأمين، لم يصح الضمان، كالوديعة و العارية غير المضمونة و مال الشركة و المضاربة و العين التي يدفعها إلي الصانع و المال في يد الوكيل و الوصي و الحاكم و أمينه إذا لم يقع منهم تعدد أو تقريط، عند علمائنا أجمع - و به قال الشافعي (2) - لأنها غير مضمونة العين و لا مضمونة الرد، وإنما الذي يجب علي الأمين مجرد التخلية، وإذا لم تكن مضمونة علي ذي اليد فكذا علي ضامنه.

و لو ضمنها إن تعدد فيها، لم يصح؛ لأنه ضمان ما لم يجب و لم يثبت في الذمة، فيكون باطلاً، كما لو ضمن عنه ما يدفعه إليه غداً قرضاً.

وقال أحمد: يصح ضمانه، فعلي هذا إن تلفت بغير تعدد من القابض و لا- تقريط، لم يلزم الضامن شيء؛ لأنه فرع المضمون عنه، و المضمون عنه

ص: 320

1- أي الوجه الثاني. (2-4) العزيز شرح الوجيز 5:158، روضة الطالبين 3:485.

2- التهذيب - للبغوي - 4:177، العزيز شرح الوجيز 5:162، روضة الطالبين 3:488.

لا- يلزمه شيء. وإن تلفت بتعداً أو تفريط، يلزمه ضمانها، ولزم الضامن ذلك؛ لأنها مضمونة علي مَنْ هي في يده، فلزم ضامنه، كالمغضوب(1).

وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب، وقد بيّنا بطلانه.

مسألة 511: الأعيان المضمونة - كالمغضوب و المستعار مع التضمين أو كونه أحد النقدين و المستام و الأمانات - إذا خان فيها أو تعدّي، فله صورتان:

الأولي: أن يضمن ردّ أعيانها.

وهو جائز؛ لأنه ضمان مال مضمون علي المضمون عنه، و به قال أبو حنيفة و أحمد(2).

و المشهور عند الشافعية تخريجه علي [قولي](3) كفالة الأبدان(4).

و منهم مَنْ قطع بالجواز مع إثبات الخلاف في كفالة الأبدان. و الفرق:

أنّ حضور الخصم ليس مقصوداً في نفسه، و إنّما هو ذريعة إلي تحصيل المال، فالتزام المقصود أولي بالصحة من التزام الذريعة(5).

إذا ثبت هذا، فإن ردّها الضامن أو الغاصب، برئ من الضمان.

وإن تلفت و تعدّر الردّ، فهل عليه قيمتها؟ فيه للشافعية وجهان،

ص: 321

1- الكافي في فقه الإمام أحمد 2:131، المغني 5:76، الشرح الكبير 5:86.

2- تحفة الفقهاء 3:243، بدائع الصنائع 6:7، الهداية - للمرغيناني - 3:92، الاختيار لتعليل المختار 2:276، الكافي في فقه الإمام

أحمد 2:130، المغني 5:75، الشرح الكبير 5:87، حلية العلماء 5:76، العزيز شرح الوجيز 5:162.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «قول». و الصحيح ما أثبتناه من المصادر.

4- المهذب - للشيرازي - 1:351، حلية العلماء 5:76، التهذيب - للبخاري - 4:177، العزيز شرح الوجيز 5:161، روضة الطالبين

3:488.

5- العزيز شرح الوجيز 5:161، روضة الطالبين 3:488.

كالوجهين في وجوب الغُرم علي الكفيل إن [مات المكفول ببدنه(1)].

فإن أوجبنا فيجب في المغصوب أقصى القِيم أم قيمته يوم التلف؛ لأنّ الكفيل[2] لم يكن متعدّياً؟ حكي الجويني فيه وجهين(3).

ولو ضمن تسليم المبيع وهو في يد البائع، جرى الخلاف في الضمان، فإن صحّحناه و تلف، انفسخ البيع، فإن لم يوفّر المشتري [الثمن](4) لم يطالب الضامن بشيء.

وإن كان قد وفّره، عاد الوجهان في أنّ الضامن هل يغرم؟

فإن أغرمناه، فيغرم الثمن أو أقلّ الأمرين من الثمن وقيمة المبيع؟ للشافعية وجهان، أظهرهما عندهم: الأول(5).

الثانية: أن يضمن قيمتها لو تلفت.

و الأقوي عندي: الصّحة؛ لأنّ ذلك ثابت في ذمّة الغاصب، فصّح الضمان.

وقالت الشافعية: يبني ذلك علي أنّ المكفول ببدنه إذا مات هل يغرم الكفيل الدّين؟ إن قلنا: نعم، صحّ ضمان القيمة لو تلفت العين، وإلاّ لم يصح، وهو الأصحّ عندهم(6).

ولو تكفّل ببدن العبد الجاني جنائياً توجب المال، فهو كما لو ضمن عيناً من الأعيان.

ص: 322

1- الحاوي الكبير 434:6، المهذّب - للشيرازي - 351:1، حلية العلماء 76:5-77، التهذيب - للبغوي - 178:4، العزيز شرح الوجيز 162:5، روضة الطالبين 3:488.

2- ما بين المعقوفين من «العزيز شرح الوجيز» و «روضة الطالبين».

3- العزيز شرح الوجيز 162:5، روضة الطالبين 3:488.

4- ما بين المعقوفين من المصدر. (5 و 6) العزيز شرح الوجيز 162:5، روضة الطالبين 3:488.

و جزم بعض الشافعية بالمنع هنا. و فرّق بأنّ العين المضمونة مستحقة و نفس العبد ليست مستحقةً، و إنّما المقصود تحصيل الأرش من بدله، و بدله مجهول(1).

و لو باع شيئاً بثوب أو دراهم معيّنة فضمن ضامن عهدة المبيع حتى إذا خرج مستحقاً ردّ عليه الثمن و هو قائم في يد البائع، فهذا من صور ضمان الأعيان، فإن تلف في يد البائع فضمن قيمته، فهو كما لو كان الثمن في الذمة و ضمن العهدة.

و لو رهن ثوباً من إنسان و لم يقبضه، فضمن رجل تسليمه، لم يصح؛ لأنّه ضمان ما لم يجب.

إذا عرفت هذا، فقد اختلف قول الشافعية في صحّة ضمان الأعيان المضمونة، كالغصب و شبهه.

فقال بعضهم: يصحّ، و به قال أبو حنيفة و أحمد علي ما تقدّم(2)؛ لأنّها مضمونة علي من هي في يده، فهي كالديون الثابتة في الذمة.

و الثاني(3): لا يصحّ ضمانها؛ لأنّها غير ثابتة في الذمة، و إنّما يصحّ ضمان ما كان ثابتاً في الذمة، و وصفنا إيّاها بأنّها مضمونة معناه أنّه يلزمه قيمتها بتلفها، و القيمة مجهولة، و ضمان المجهولة لا يجوز(4).

مسألة 512: للشيخ رحمه الله قولان في ضمان المجهول.

إشارة

قال في الخلاف: لا يصحّ(5)، و به قال ابن أبي ليلى و الثوري و الليث

ص: 323

1- العزيز شرح الوجيز 5:162، روضة الطالبين 3:488.

2- في ص 321، المسألة 511.

3- أي القول الثاني للشافعية.

4- المغني 5:75، الشرح الكبير 5:87، و أيضاً راجع المصادر في الهامش (4) من ص 321.

5- الخلاف 3:319، المسألة 13.

وأحمد(1)؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقدٍ لآدمي، فلم يصح في المجهول، كالبيع وكما لو قال: ضمنت لك بعض مالك علي فلان.

وقال في النهاية: لو قال: أنا أضمن لك ما يثبت لك عليه إن لم يأت به إلي وقت كذا، ثم لم يُحضره، وجب عليه ما قامت به البيّنة للمضمون عنه، ولا يلزمه ما لم تقم به البيّنة ممّا يخرج به الحساب في دفتر أو كتاب، وإثما يلزمه ما قامت له به البيّنة، أو يحلف خصمه عليه، فإن حلف علي ما يدّعيه واختار هو ذلك، وجب عليه الخروج منه(2). وهذا يشعر بجواز ضمان المجهول، وبه قال أبو حنيفة ومالك(3).

وعن أحمد روايتان(4).

وللشافعية طريقان:

أحدهما: أنه علي قولين: القديم: أنه يصحّ. والجديد: المنع.

والثاني: القطع بالمنع(5).

واحتجّ المجوّزون بقوله تعالى: «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ 3.

ص: 324

1- حلية العلماء 5:56، المغني 5:72، الشرح الكبير 5:80، وفي الأخيرين وكذا في الكافي في فقه الإمام أحمد 2:131 صحّة ضمان المجهول، علي العكس ممّا نُسب إلي أحمد في المتن.
2- النهاية: 315-316.

3- المبسوط - للسرخسي - 19:174، الهداية - للمرغيناني - 3:90، الاختيار لتعليل المختار 2:274، بداية المجتهد 2:298، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:602، عيون المجالس 4:1666، حلية العلماء 5:56، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1:121، العزيز شرح الوجيز 5:156، المغني 5:72، الشرح الكبير 5:80.

4- لاحظ المصادر في الهامش (1).

5- الوسيط 3:238، الوجيز 1:184، العزيز شرح الوجيز 5:156، روضة الطالبين 3:483.

زَعِيمٌ» (1) و حِمْل البعير مجهول، و يختلف باختلاف الأجناس.

و لعموم قوله عليه السلام: «الزعيم غارم» (2).

ولأنه التزام حق في الذمة عن معاوضة، فصح مع الجهالة، كالنذر والإقرار. ولأنه يصح تعليقه بغرر وخطر، وهو ضمان العهدة، و كما إذا قال لغيره: ألق متاعك في البحر وعلّي ضمانه، أو قال: ادفع ثيابك إلي هذا [الرفاء] (3) وعلّي ضمانها، فصح في المجهول، كالعتق و الطلاق (4).

تذنيب: إن قلنا بصحة ضمان المجهول فإنما يصح في صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك،

كما لو قال: أنا ضامن للدين الذي عليك، أو أنا ضامن لثمن ما بعت من فلان، و هو جاهل بالدين و الثمن؛ لأن معرفته ممكنة، و الخروج عن العهدة مقدور عليه، أما لو لم يمكن الاستعلام، فإن الضمان فيه لا يصح قولاً واحداً، كما لو قال: ضمننت لك شيئاً ممّا لك علي فلان.

مسألة 513: الإبراء - عندنا - من المجهول يصح؛

إشارة

لأنه إسقاط عمّا في الذمة، بل هو أولي من ضمان المجهول؛ لأنّ الضمان التزام، و الإبراء إسقاط.

و الخلاف المذكور للشافعية في ضمان المجهول آت لهم في الإبراء (5)

ص: 325

1- يوسف: 72.

2- سنن ابن ماجة 2: 2405/804، سنن أبي داؤد 3: 3565/297، سنن الترمذي 3: 1265/565، سنن الدارقطني 4: 8/70، سنن البيهقي 6: 72، مسند أحمد 6: 21792/358.

3- ما بين المعقوفين من المصدر.

4- المغني 5: 72، الشرح الكبير 5: 80-81.

5- العزيز شرح الوجيز 5: 156، روضة الطالبين 3: 484.

وذكروا للخلاف في الإبراء مأخذين:

أحدهما: الخلاف في صحّة شرط البراءة من العيوب، فإنّ العيوب مجهولة الأنواع والأقذار.

والثاني: أنّ الإبراء محض إسقاط، كالإعتاق، أو هو تملك للمديون ما في ذمّته، ثمّ إذا ملكه يسقط.

وفيه قولان إن قلنا: إنّ إسقاط، صحّ الإبراء عن المجهول - كما ذهبنا نحن إليه - وبه قال أبو حنيفة و مالك. وإن قلنا: تملك، لم يصح، و هو ظاهر مذهب الشافعي (1).

وخرّجوا علي هذا الأصل مسائل:

أ: لو عرف المبري قدر الدّين ولم يعرفه المبراً عنه، هل يصحّ أم لا؟ و سيأتي إن شاء الله تعالى في باب الوكالة.

ب: لو كان له دينٌ علي اثنين، فقال: أبرأت أحدكما، إن قلنا: إنّ إسقاط، صحّ، و طُوب بالبيان. وإن قلنا: تملك، لم يصح، كما لو كان في يد كلّ واحدٍ منهما ثوب، فقال: ملكت أحدكما الثوب الذي في يده.

ج: لو كان للأب دينٌ علي شخصٍ فأبرأه الولد و هو لا يعلم موت أبيه، إن قلنا: إنّ إسقاط، صحّ، كما لو قال لعبد أبيه: أعتقتك، و هو لا يعلم موت الأب. وإن قلنا: إنّ تملك، فهو كما لو باع مال أبيه علي ظنّ أنّه حيّ و هو ميّت

د: الإبراء إذا كان إسقاطاً، لم يحتج إلي القبول، و هو ظاهر مذهب الشافعي. وإن قلنا: إنّ تملك، لم يحتج إليه أيضاً؛ لأنّه وإن كان تملكاً3.

ص: 326

1- العزيز شرح الوجيز 5:156-157، روضة الطالبين 3:484.

فالمقصود منه الإسقاط. فإن اعتبرنا القبول، ارتدّ بالردّ. وإن لم نعتبره، ففي ارتداده بالردّ وجهان للشافعية(1).

وعندنا أنّه لا يرتدّ.

واحتجّ بعض الشافعية علي أنّ الإبراء تملك: بأنّه لو قال للمديون:

ملّكتك ما في ذمتك، صحّ وبرئت ذمّته من غير نيّة وقرينة، ولو لا أنّه تملك لافتقر إلي نيّة أو قرينة، كما إذا قال لعبده: ملّكتك رقبتك، أو لزوجته: ملّكتك نفسك، فإنّه يحتاج عندهم إلي النيّة(2).

ولا يتأتّى ذلك علي مذهبنا؛ لأنّ العتق والطلاق لا يقعان بالكناية، وإنّ الإبراء عندنا إسقاط محض، ولا يعتبر فيه رضا المبري، ولا أثر لردّه.

تذنيب: لو اغتاب شخص غيره ثم جاء إليه فقال: إنّي اغتبتك فاجعلني في حلّ،

ففعّل وهو لا يدري بم اغتابه، فللشافعية وجهان:

أحدهما: أنّه يبرأ؛ لأنّ هذا إسقاط محض، فصار كما لو عرف أنّ عبداً قطع عضواً من عبده ولم يعرف عين العضو المقطوع فعفا عن القصاص، يصحّ.

والثاني: لا يصحّ؛ لأنّ المقصود حصول رضاه، والرضا بالمجهول لا يمكن، بخلاف مسألة القصاص؛ لأنّ العفو عن القصاص مبنيّ علي التغليب والسراية، وإسقاط المظالم غير مبنيّ عليه(3).

مسألة 514: إذا منعنا من ضمان المجهول، فلو قال: ضمنت ما لك علي فلان من درهم إلي عشرة، فالأقوي: الصّحة؛

إشارة

لأنّ ضمان المجهول إذا أبطلناه فإنّما كان باطلاً؛ لما فيه من الغرر، ومع بيان الغاية ينتفي الغرر،

ص: 327

1- العزيز شرح الوجيز 5:157، روضة الطالبين 3:484.

2- العزيز شرح الوجيز 5:157، روضة الطالبين 3:484.

3- العزيز شرح الوجيز 5:157-158، روضة الطالبين 3:484.

فينتفي المقتضي للفساد، فيبقى أصل الصّحة سليماً عن المبطل، و حيث وُطن نفسه علي تلك الغاية فأَيّ غرر يبقى فيه؟ و هو أحد قولي الشافعي.

و الثاني: لا يصحّ؛ لما فيه من الجهالة(1).

فإذا قلنا بالصّحة و كان له عليه عشرة أو أكثر، فيلزمه العشرة؛ إدخالاً للطرفين في الملتزم، و هو المتعارف، و هو أحد وجوه الشافعية.

و الثاني: أنّه يلزمه ثمانية؛ إخراجاً للطرفين.

و الثالث: تسعة؛ إدخالاً للطرف الأول؛ لأنّه مبدأ الالتزام(2).

و ما اخترناه أصحّهما عندهم(3).

أمّا لو قال: ضمنّت لك ما بين درهم و عشرة، فإن عرف أنّ دينه لا ينقص عن عشرة، صحّ ضمانه، و كان ضامناً لثمانية.

و إن لم يعرف، ففي صحّته في الثمانية للشافعية قولان(4)..

و لو قال: ضمنّت لك الدراهم التي لك علي فلان، و قلنا يبطلان ضمان المجهول و هو لا يعرف قدرها، احتُمل صحّة ضمان ثلاثة؛

لدخولها قطعاً في اللفظ علي كلّ حال، كما لو قال: آجرتك كلّ شهر بدرهم، هل يصحّ في الشهر الأول؟ للشافعية وجهان(5).

و كلّ هذه المسائل آتية في الإبراء.

تذنيب: هل يجوز ضمان الزكاة عمّن هي عليه؟ الأقوي عندي:

الجواز؛

لأنّها دينٌ ثابت لله تعالى، فجاز ضمانها.

و المضمون له هنا الحاكم أو المستحقّ؟ إشكال.

ص: 328

1- التهذيب - للبغوي - 179:4، العزيز شرح الوجيز 158:5، روضة الطالبين 485:3.

2- التهذيب - للبغوي - 179:4، العزيز شرح الوجيز 158:5، روضة الطالبين 485:3.

3- العزيز شرح الوجيز 158:5، روضة الطالبين 485:3.

4- العزيز شرح الوجيز 158:5، روضة الطالبين 485:3.

5- العزيز شرح الوجيز 158:5، روضة الطالبين 485:3.

و للشافعية وجه يمنع الضمان؛ لأنها حقّ الله تعالى، فأشبه الكفالة ببدن الشاهد لأداء الشهادة(1).

و علي ما اخترناه هل يعتبر الإذن عند الأداء؟ للشافعية وجهان أظهرهما: الاعتبار(2).

تذنيب: يجوز ضمان المنافع الثابتة في الذمم، كالأموال؛

لأنها مستحقة في ذمة المضمون عنه معلومة، فلا مانع من صحة ضمانها كالأموال.

البحث الثالث: في ضمان العهدة.

مسألة 515: مَنْ باع شيئاً فخرج المبيع مستحقاً لغير البائع، وجب علي البائع ردّ الثمن، و لا حاجة فيه إلي شرطٍ و التزام.

قال بعض (1) العلماء: من حماقة اشتراط ذلك في القبالات.

وإن ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج مستحقاً، فهو ضمان العهدة، و يُسمي أيضاً ضمان الدرك.

و سُمي ضمان العهدة؛ لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده، أو لما ذكره صاحب الصحاح، فقال: يقال: في الأمر عهدة بالضم، أي: لم يُحكم بعد، و في عقله عهدة، أي ضعف (2)، فكان الضامن ضمن ضعف العقد، و التزم ما يحتاج إليه فيه من غرم، أو أنّ الضامن التزم رجعة المشتري عليه

ص: 329

1- هو القفال من الشافعية، كما في العزيز شرح الوجيز 5:151، وروضة الطالبين 3:479.

2- الصحاح 2:515 «عهد».

عند الحاجة.

وأما الدرك فقال في الصحاح: الدرك: التبعة (1).

وقيل: سُمِّي ضمان الدرك؛ لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله (2).

وهذا الضمان عندنا صحيح إن كان البائع قد قبض الثمن، وإن لم يكن قد قبض، لم يصح.

و للشافعي في صحّة ضمان العهدة طريقتان:

أظهرهما: أنّه علي قولين:

أحدهما: أنّه لا يصح؛ لأنّه ضمان ما لم يجب. ولأنّه لا يجوز الرهن به فكذا الضمين.

وأصحهما - وهو قول الشافعي في كتاب الإقرار - أنّه صحيح - وبه قال أبو حنيفة و مالك و أحمد - لإطباق الناس عليه، وإيداعه الصكوك في جميع الأعصار. ولأنّ الحاجة تمسّ إلي معاملة مَنْ لا يعرف من الغرماء ولا يوثق بيده وملكه و يخاف عدم الظفر به لو ظهر الاستحقاق، فيحتاج إلي التوثيق.

و الثاني: القطع بالصحة (3).

و نمنع كون ضمان العهدة ضمان ما لم يجب؛ لأنّه إذا ظهر عدم.

ص: 330

1- الصحاح 4:1582 «درك».

2- العزيز شرح الوجيز 5:151، روضة الطالبين 3:479.

3- الحاوي الكبير 6:441، المهذب - للشيرازي - 1:349، الوسيط 3:236، حلية العلماء 5:64، التهذيب - للبغوي - 4:175، العزيز شرح الوجيز 5:151، روضة الطالبين 3:479، الهداية - للمرغيناني - 3:90، بدائع الصنائع 6:9، الاختيار لتعليل المختار 2:280، الذخيرة 9:212، المغني 5:76، الشرح الكبير 5:84.

استحقاق البائع للعين، ظهر استحقاق الثمن عليه، و ثبوته في ذمته، وأنه يجب عليه ردّ الثمن إلي المشتري، إلاّ أنّنا لم نكن نعرف ذلك لخفاء الاستحقاق عندنا.

ونمنع عدم جواز الرهن عليه وقد روي داؤد بن سرحان عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الكفيل والرهن في بيع النسيئة، قال:

«لا بأس»(1).

سلمنا، لكنّ الفرق ظاهر؛ لأنّ تجويز الرهن يؤدّي إلي أن تبقي العين مرهونةً أبداً.

مسألة 516: قد بينّا أنّ الضمان في عهدة الثمن و دركه إن كان بعد قبض البائع الثمن، صحّ،

وبه قال الشافعي في أصحّ القولين عنده(2).

وإن كان قبله، فوجهان عنده:

أصحّهما: البطلان - كما قلناه نحن - لأنّ الضامن إنّما يضمن ما دخل في ضمان البائع و لزمه ردّه، وقبل القبض لم يتحقّق ذلك.

و الثاني: الجواز؛ لأنّ الحاجة تمسّ إليه و الضرورة تقود إليه؛ إذ ربما لا يثق المشتري بتسليم الثمن إلاّ بعد الاستيثاق(3).

واعلم أنّ ضمان العهدة في المبيع يصحّ عن البائع للمشتري و عن المشتري للبائع، أمّا ضمانه عن البائع للمشتري فهو أن يضمن عن البائع الثمن متي خرج المبيع مستحقاً أو ردّ بعيب، أو أرش العيب. و أمّا ضمانه عن المشتري للبائع فهو أن يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه، وإن

ص: 331

1- الفقيه 3:188/55، التهذيب 6:491/210.

2- العزيز شرح الوجيز 5:151، روضة الطالبين 3:479.

3- المهذب - للشيرازي - 1:349، حلية العلماء 5:65، التهذيب - للبخاري - 4:175، العزيز شرح الوجيز 5:151، روضة الطالبين 3:480.

ظهر فيه عيب أو استحقق، رجع بذلك علي الضامن، فضمان العهدة في الموضوعين ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر.
و حقيقة العهدة الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع، ويذكر فيه الثمن فغرمه عن الثمن الذي يضمه.

مسألة 517: و كما يصح ضمان العهدة للمشتري يصح ضمان نقصان الصنجة للبائع،

فإذا جاء المشتري بصنجة و وزن بها الثمن، فاتَّهمه البائع فيها، فضمن ضامنُ النقصان إن كانت الصنجة ناقصةً، صحَّ الضمان؛ لأنَّه من ضمان العهدة.

و كذا لو ضمن رداءة الثمن إذا شكَّ البائع في أنَّ الثمن الذي دفعه المشتري إليه هل هو من الضرب الذي يستحقُّه، صحَّ، فإذا خرج ناقصاً، طالبَ البائعُ الضامنَ بالنقصان.

و كذا لو خرج رديئاً من غير الجنس الذي يستحقُّه المشتري، فردَّه علي البائع، طالبَ المشتري الضامنَ بالضرب المستحقَّ له.

و لو اختلف المتبايعان في نقصان الصنجة، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأصالة عدم القبض، فإذا حلف طالبُ المشتري بالنقصان، و لا يطالب الضامن، علي أقيس الوجهين للشافعية؛ لأنَّ الأصل براءة ذمَّته، فلا يطالب إلا إذا اعترف بالنقصان أو قامت عليه البيِّنة (1).

و لو اختلف البائع و الضامن في نقصان الصنجة، صدَّق الضامن - و هو أصحَّ وجهي الشافعية (2) - لأنَّ الأصل براءة ذمَّته، بخلاف المشتري، فإنَّ ذمَّته كانت مشغولةً بحقِّ البائع، فالأصل (1) بقاء الشغل.

ص: 332

1- كذا، و الظاهر: «و الأصل».

و يُحتمل تقديم قول البائع؛ لاعتضاده بالأصل.

ولو باع و شرط كون المبيع من نوع كذا، فخرج المبيع من نوع أردأ، ثبت للمشتري الخيار و الرجوع بالثمن، فإذا ضمن ضامنٌ، كان له الرجوع علي الضامن أيضاً.

وفيه نظر عندي؛ إذ الثمن هنا لم يكن واجباً علي البائع، وإثماً وجب بفسخ المشتري البيع.

ولو شرط كون المبيع كذا رطلاً، فخرج دونه، فإن قلنا يبطلان البيع - كما هو أحد قولي الشافعي (1) - كان للمشتري الرجوع علي ضامن الصنجة عن البائع.

وإن قلنا بأنّ البيع صحيح و ثبت للمشتري الخيار فإذا فسخ رجع علي الضامن أيضاً.

وفيه النظر الذي قلناه.

مسألة 518: لو ضمن رجل عهدة الثمن لو خرج مستحقاً - كما قلناه في طرف المبيع - فإذا خرج الثمن مستحقاً، كان للبائع مطالبة الضامن

بالعين التي دفعها إلي المشتري إن كان ذلك بعد الدفع، وفيما قبله قولان للشافعي تقدّما (2).

ولو ضمن عهدة الثمن لو خرج المبيع مستحقاً، فلا شك في صحّته كما سبق (3)، إلا من بعض الشافعية (4)، وقد بيّنا خطأهم فيه.

أمّا لو ضمن عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً ورده أو بانّ فساد البيع

ص: 333

1- العزیز شرح الوجیز 5:152.

2- في ص 331، المسألة 516.

3- في ص 330، ضمن المسألة 515.

4- راجع: الهامش (3) من ص 330.

بسبب غير الاستحقاق، كتخلف شرطٍ معتبر في المبيع أو اقتران شرطٍ فاسد به، فالأقوي عندي: عدم الجواز في الصورة التي خرج المبيع فيها معيباً؛ لأنّ وجوب ردّ الثمن عليّ البائع بسببٍ حادث، وهو الفسخ، والضمان سابق عليه، فيكون ضمان ما لم يجب، وهو أحد قولَي الشافعي(1).

و أمّا إذا ظهر فساد البيع بسبب غير الاستحقاق من تخلف شرطٍ معتبر أو اقتران شرطٍ فاسد به، فالأقوي عندي: صحّة الضمان؛ لأنّ الثمن يجب ردّه عليّ البائع، فأشبهه ما لو بان الفساد بالاستحقاق، وهو أحد قولَي الشافعي.

وفي الثاني: لا يصحّ الضمان؛ لأنّ هذا الضمان إنّما جُوز للحاجة، و إنّما تظهر الحاجة في الاستحقاق؛ لأنّ التحرّز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن، و التحرّز عن سائر أسباب الفساد ممكن، بخلاف حالة ظهور الاستحقاق(2).

و نمنع إمكان التحرّز عن جميع أسباب الفساد.

فإن قلنا بالصحّة لو ضمن ذلك صريحاً، قالت الشافعية: فيه وجهان في اندراجه تحت مطلق ضمان العهدة(3).

مسألة 519: ألفاظ ضمان العهدة أن يقول الضامن للمشتري: ضمنت لك عهدته، أو ثمنه، أو دركه، أو خلصتك منه.

ولو قال: ضمنت لك خلاص المبيع و العهدة، لم يصح ضمان الخلاص؛ لأنّه لا يقدر عليّ ذلك متي خرج مستحقاً.

ص: 334

1- العزيز شرح الوجيز 5:152، روضة الطالبين 3:480.

2- العزيز شرح الوجيز 5:152-153، روضة الطالبين 3:480.

3- العزيز شرح الوجيز 5:153، روضة الطالبين 3:480.

وفي العهدة قولاً تفريق الصفقة للشافعية(1).

وقال أبو يوسف: العهدة كتاب الابتاع، فإذا ضمن العهدة، كان ضماناً للكتاب(2).

وهو غلط؛ لأنّ العهدة صار في العرف عبارة عن الدرك و ضمان الثمن، وإذا ثبت للاسم عرف، انصرف الإطلاق إليه.

ولو شرط في البيع كفيلاً بخلاص المبيع، قال الشافعي: بطل، بخلاف ما لو شرط كفيلاً بالثمن(3).

ويشترط أن يكون قدر الثمن معلوماً للضامن إن شرطنا العلم بالمال المضمون، فإن لم يكن، فهو كما لو لم يكن قدر الثمن معلوماً في المرابحة.

ويصحّ ضمان المسلم فيه للمسلم إليه لو خرج رأس المال مستحقاً بعد تسليم المسلم فيه، وقبله للشافعية وجهان، أصحهما عندهم: أنّه لا يصحّ(4).

ولا يجوز ضمان رأس المال للمسلم لو خرج المسلم فيه مستحقاً؛ لأنّ المسلم فيه في الذمة، والاستحقاق لا يتصور فيه، وإنّما يتصور في المقبوض، و حينئذٍ يطالب بمثله لا برأس المال.

مسألة 520: ضمان المال - عندنا - ناقل للمال من ذمة المديون إلي ذمة الضامن علي ما يأتي.

ص: 335

1- العزيز شرح الوجيز 5:153، روضة الطالبين 3:480.

2- حلية العلماء 5:66، و انظر: المغني 5:77، و الشرح الكبير 5:85.

3- العزيز شرح الوجيز 5:153، روضة الطالبين 3:480.

4- العزيز شرح الوجيز 5:153، روضة الطالبين 3:481.

وفي ضمان الأعيان المضمونة والعهدّة إشكال أقره عندي: جواز مطالبة كلّ من الضامن والمضمون عنه بالعين المغصوبة.

أمّا الضامن: فللضمان.

وأمّا المضمون عنه: فلوجود العين في يده أو تلفها فيه.

وفي العهدّة إن شاء المشتري طالب البائع، وإن شاء طالب الضامن؛ لأنّ القصد هنا بالضمان التوثيق لا غير.

ولا فرق بين أن يخرج المبيع مغصوباً، وبين أن يكون شقّصاً قد ثبتت فيه الشفعة ببيع سابق، فأخذ الشفيع بذلك البيع.

ولو بان بطلان البيع بشرطٍ أو غيره، ففي مطالبة الضامن للشافعيّة وجهان:

أحدهما: يُطالب، كما لو خرج مستحقّاً، وهو الذي قلنا نحن به.

والثاني: لا يُطالب؛ للاستغناء عنه بإمكان حبس المبيع إلي استرداد الثمن، لأنّ السابق إلي الفهم من ضمان العهدّة هو الرجوع بسبب

الاستحقاق(1).

وليس بجيّد، بل بسبب الاستحقاق والفساد.

ولو خرج المبيع معيباً فردّه المشتري، ففي مطالبة الضامن بالثمن عندي إشكال.

وللشافعيّة وجهان، قالوا: وأولي بأن لا يطالب فيه؛ لأنّ الردّ هنا بسببِ حادث، وهو [مختار](2) فيه، فأشبهه ما إذا(3) فسخ بخيار شرط أو

مجلس، أو تقايلا(4).3.

ص: 336

1- العزيز شرح الوجيز 5:153-154، روضة الطالبين 3:481.

2- ما بين المعقوفين من المصدر.

3- في «ر، ث»: «لو» بدل «إذا».

4- العزيز شرح الوجيز 5:154، روضة الطالبين 3:481.

و هذا إذا كان العيب مقروناً بالعقد، أمّا لو حدث في يد البائع بعد العقد، قال بعض الشافعيّة: لا يطالب الضامن - وهو المعتمد عندي - لأنّ سبب ردّ الثمن لم يكن مقروناً بالعقد و لم يوجد من البائع تفریط فيه، وفي العيب الموجود عند البيع سبب الردّ مقرون بالعقد، و البائع مفرط بالإخفاء، فألحق بالاستحقاق(1).

و لو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن و انفسخ العقد، فهل يطالب الضامن بالثمن؟ إن قلنا: إنّ البيع يفسخ من أصله، فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق. و إن قلنا: يفسخ من حينه، فكالردّ بالعيب.

مسألة 521: لو خرج بعض المبيع مستحقاً، كان البيع في الباقي صحيحاً، و للمشتري فسخه علي ما تقدّم

(2).

و للشافعي في صحّة البيع في الباقي قولاً تفریق الصفقة(3).

فعلي ما اخترناه و علي قوله بالصحّة في تفریق الصفقة إذا أجاز المشتري بالحصّة من الثمن، طالب المشتري الضامن بحصّة المستحقّ من الثمن. و إن أجاز بجميع الثمن، لم يكن له مطالبة الضامن بشيء.

و للشافعيّة قولان في أنّه هل يجيز بجميع الثمن أو بالحصّة؟(4).

و الحكم علي ما قلناه.

و إن فسخ، طالب الضامن بحصّة المستحقّ من الثمن، و أمّا حصّة الباقي من الثمن فإنّه يطالبه بها البائع.

و هل له مطالبة الضامن؟ أمّا عندنا فلا.

ص: 337

1- العزيز شرح الوجيز 5:154، روضة الطالبين 3:481.

2- في ج 12، ص 6، ضمن المسألة 550. (3 و 4) العزيز شرح الوجيز 5:154، روضة الطالبين 3:481.

و للشافعي قولان(1)، كما لو فسخ بالعيب.

وعلي القول الثاني للشافعي في بطلان البيع مع تفريق الصفقة فله طريقان:

أحدهما: أنه كما لو بان فساد العقد بشرطٍ ونحوه.

والثاني: القطع بتوجيه المطالبة؛ لاستناد الفساد إلي الاستحقاق، لأن فسخ العقد ثبت له بسبب الاستحقاق، و ما ثبت له بسبب الاستحقاق يرجع به علي ضامن العهدة، كما لو كان الكل مستحقاً(2).

هذا إذا ضمن بالصيغة المذكورة أولاً، أما إذا كان قد عيّن جهة الاستحقاق، فقال: ضمننت لك الثمن متي خرج المبيع مستحقاً، لم يطالب بجهةٍ أُخري.

وكذا لو عيّن جهةً أُخري، لا يطالب عند ظهور الاستحقاق.

مسألة 522: لو اشترى أرضاً و بني فيها أو غرس ثم ظهر استحقاق الأرض، و قَلَع المستحق البناء و الغراس،

فهل يجب علي البائع أرش النقصان، و هو ما بين قيمته قائماً و مقلوعاً؟ فيه خلاف يأتي، و الظاهر وجوبه، و به قال الشافعي(3).

وقال أبو حنيفة: إن كان البائع حاضراً، رجع المشتري بقيمة البناء و الغراس عليه قائماً، ثم المستحق إن شاء أعطي البائع قيمته مقلوعاً، و إن شاء أمر بقلعه. و إن كان البائع غائباً، قال المستحق للمشتري: إن شئت

ص: 338

1- العزيز شرح الوجيز 5:154، روضة الطالبين 3:481.

2- العزيز شرح الوجيز 5:154، روضة الطالبين 3:481-482.

3- التهذيب - للبغوي - 4:177، العزيز شرح الوجيز 5:154، روضة الطالبين 3:482.

أعطيتك قيمته مقلوعاً، وإلاً فأقلعه، فإن قَلَعه، رجع المشتري بقيمته علي البائع مقلوعاً؛ لأنَّه سلّمه إليه مقلوعاً(1).

وإذا قلنا بوجوب الأرش علي البائع، فلو ضمنه [ضامن] (2)، فإن كان قبل ظهور الاستحقاق، لم يصح عند الشافعي؛ لأنَّه مجهول. ولأنَّه ضمان ما ليس بواجب.

وإن كان بعد الاستحقاق وقبل القلع، فكمثله(3).

وقال أبو حنيفة: يصحّ في الصورتين(4).

فإن ضمنه بعد القلع وكان قدره معلوماً، صحّ، وإلاً فقولان.

وإن ضمن ضامنٌ عهدة الأرض وأرش [نقص] (5) البناء والغراس في عقدٍ واحد، قال الشافعي: لم يصح في الأرش، وفي العهدة قولاً تفريق الصفة(6).

ولو كان البيع بشرط أن يعطيه كفيلاً بهما، فهو كما لو شرط في البيع رهناً فاسداً عند الشافعي(7).

وقال جماعة من الشافعية: إنَّ ضمان نقصان البناء والغراس كما3.

ص: 339

1- العزيز شرح الوجيز 5:154-155.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجريّة: «منه». والصحيح ما أثبتناه.

3- التهذيب - للبغوي - 4:177، العزيز شرح الوجيز 5:155، روضة الطالبين 3:482.

4- العزيز شرح الوجيز 5:155.

5- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

6- التهذيب - للبغوي - 4:177، العزيز شرح الوجيز 5:155، روضة الطالبين 3:482.

7- العزيز شرح الوجيز 5:155، روضة الطالبين 3:483.

لا يصحّ من غير البائع لا يصحّ من البائع(1).

وهذا إن أُريد به أنّه لغو، كما لو ضمن العهدة لوجوب الأرش عليه من غير التزام، فهو مستمرّ علي ظاهر مذهب الشافعيّة(2)، وإلاّ فهو ذهاب منهم إلي أنّه لا أرش عليه.

مسألة 523: استحقاق رجوع المشتري بالثمن إن كان بسبب حادث بعد العقد - كتلف المبيع في يد البائع أو بعصّب منه،

أو تقايل المشتري - فإنّ المشتري يرجع هنا علي البائع خاصّةً؛ لأنّ هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد، وإثما ضمن في العقد الاستحقاق الموجود حال العقد.

ومنّ جوّز ضمان ما لم يجب جعل للمشتري هنا الرجوع علي الضامن.

وإن كان الاستحقاق للثمن بسبب كان موجوداً حال العقد، فإن كان لا بتفريط من البائع كالشفعة، فإن أخذ الشقص من المشتري، رجع المشتري عليه، ولا يرجع علي البائع ولا علي الضامن؛ لأنّ الشفعة مستحقّة علي المشتري.

وإن كان بتفريطه، فإن كان المشتري ردّ بعيب كان موجوداً حال العقد، رجع علي البائع.

وفي رجوعه علي الضامن إشكال.

و للشافعيّة وجهان(1).

وإن كان فيه عيب و حدث فيه عند المشتري عيب، فليس له ردّه،

ص: 340

1- العزيز شرح الوجيز 5:154، روضة الطالبين 3:481.

وله الرجوع بأرش العيب، ويرجع به علي البائع.

وفي رجوعه علي الضامن الإشكال السابق.

و الوجهان للشافعية (1).

مسألة 524: لو ضمن البائع له ما يحدث المشتري في المبيع

من بناء أو غراس أو ما يلزمه من غرامة عن أجرة ونفع، فالأقرب: صحّة الضمان، وبه قال أبو حنيفة وأحمد؛ لأنّ ضمان ما لم يجب - عندهما - و ضمان المجهول صحيحان (2).

وعندنا أنّ ضمان المجهول صحيح، و ضمان ما لم يجب باطل، لكن نمنع هنا كون المضمون غير واجب.

وقال الشافعي: لا يصحّ؛ لأنّه مجهول ولم يجب، وكلاهما لا يصحّ ضمانه (3).

فعلي قوله إذا ضمن ذلك البائع في عقد البيع أو ضمنه غيره و شرط ذلك في العقد، فسد به العقد عنده، وكذا إن كان في زمن الخيار. وإن كان بعد لزوم العقد، لم يصح ولم يؤثر في العقد.

وإن ضمن ذلك مع العهدة، فإن كان البائع، لم يصح ضمان ما يحدث عنده، والعهدة واجبة عليه بغير ضمان. وإن كان أجنبيّاً، فسد ضمان ما يحدث عنده.

ص: 341

1- روضة الطالبين 3:481.

2- المغني 5:78، الشرح الكبير 5:86، حلية العلماء 5:66.

3- الحاوي الكبير 6:441، حلية العلماء 5:66، المغني 5:78، الشرح الكبير 5:86.

إشارة

وهي أربعة: مطالبة المستحقّ و الضامن، و الرجوع، و ما يرجع به، ففيها أربعة أنظار:

النظر الأول: الضمان عندنا ناقلٌ للمال من ذمّة المضمون عنه إلي ذمّة الضامن،

إشارة

فللمضمون له مطالبة الضامن بالمال، و ليس له مطالبة المضمون عنه، عند علمائنا أجمع - و به قال ابن أبي ليلى و ابن شبرمة و داؤد و أبو ثور(1) - لما رواه العامّة عن أبي سعيد الخدري أنّه كان مع النبيّ صلي الله عليه و آله في جنازة، فلما وُضعت قال: «هل علي صاحبكم من دَيْن؟» قالوا: نعم، درهمان، فقال: «صلّوا علي صاحبكم» فقال عليّ عليه السلام: «يا رسول الله صلّ عليه و أنا لهما ضامن» فقام رسول الله صلي الله عليه و آله فصلّي عليه ثمّ أقبل عليّ عليه السلام فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، و فكّ رهانك كما فككت رهان أخيك» فقلت: يا رسول الله هذا لعليّ خاصّة، أم للناس عامّة؟ قال:

«لناس عامّة»(2) فدلّ عليّ أنّ المضمون عنه بري.

و عن جابر قال: توفّي صاحبٌ لنا فأتينا به النبيّ صلي الله عليه و آله ليصلّي عليه، فخطا خطوة ثمّ قال: «أعليه دَيْن؟» قلنا: نعم، ديناران، فانصرف فتحملهما أبو قتادة، فقال: الديناران عليّ، فقال رسول الله صلي الله عليه و آله: «وجب حقّ الغريم، و برئ الميّت منهما؟» قال: نعم، فصلّي عليه، ثمّ قال بعد ذلك: «ما فعل الديناران؟» قال: إنّما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد فقال: قد

ص: 342

1- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1012/601، المغني 5:82، الشرح الكبير 5:71، الحاوي الكبير 6:436، حلية العلماء 5:58.

2- سنن الدار قطني 3:78-79/291 و 292، المغني 5:82، الشرح الكبير 5:71.

قضيتهما، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: «الآن بردت جلدته»(1).

و من طريق الخاصة: ما رواه عطاء عن الباقر عليه السلام، قال: قلت له:

جُعِلت فداك إنَّ عليَّ ديناً إذا ذكرته فسد عليَّ ما أنا فيه، فقال: «سبحان الله أَوْ ما بلغك أنَّ رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول في خطبته: مَنْ ترك ضياعاً فعليَّ ضياعه، و مَنْ ترك ديناً فعليَّ دينه، و مَنْ ترك مالا فلله(2)، فكفالة رسول الله صلى الله عليه وآله ميتاً ككفالاته حيّاً، و كفالاته حيّاً ككفالاته ميتاً» فقال الرجل:

نَفست عني جعلني الله فداك(3). فلولا براءة ذمته من الدين، لم يحصل له نفع بالضمان ولا تنفس عنه كربه.

ولأنه دينٌ واحد فمحلّه واحد، فإذا صار في ذمّة الضامن، برئت ذمّة الأول، كالمحال به، وذلك لأنّ الواحد لا يحلّ في محلّين، وثبوت دينٍ آخر في ذمّة الضامن يقتضي تعدّد الدينين.

وقال عاثة الفقهاء - كالشوري و الشافعي و أحمد و إسحاق و أبي عبيد و أصحاب الرأي -: إنّ المضمون عنه لا يبرأ من المال، و للمضمون له مطالبة من شاء من الضامن و من المضمون عنه؛ لقوله صلى الله عليه وآله لأبي قتادة حين قضى الدين عن الميت: «الآن بردت عليه جلدته»(4).

وقوله عليه السلام: «نفس المؤمن معلّقة بدينه حتى يقضي عنه»(5)7.

ص: 343

1- سنن الدار قطني 293/79:3، سنن البيهقي 74:6 و 75، المستدرک - للحاكم - 58:2، مسند الطيالسي: 1673/233، مسند أحمد

4:280-14127/281، و عن الأخير ابنا قدامة في المغني 5:82، و الشرح الكبير 5:72.

2- في المصدر: «فأكله» بدل «فلله».

3- التهذيب 6:494/211.

4- تقدم تخريجه في الهامش (1).

5- سنن ابن ماجه 2:2413/806، سنن الترمذي 3:389-1078/390 و 1079، سنن البيهقي 6:49، المستدرک - للحاكم - 2:26-

و لأنّ الضمان يفارق الحوالة باسم، فاخصّص عنها بحكم يخالفها(1).

وقوله لأبي قتادة إنّما كان لأنّه بالقضاء تحقّق فائدة الضمان، وعلم إبراء ذمّة الميّت، وصحّ الحكم منه صلى الله عليه وآله ببرد جلده، و الضمان عنه قضاء أيضاً. و الفرق بالاسم لا يستلزم ما ذكره؛ لجواز اختصاص الضمان بأمر لا تثبت في الحوالة.

مسألة 525: ليس للمضمون له مطالبة المضمون عنه، بل يطالب الضامن خاصّة عندنا.

وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وغيرهم: يرجع علي من شاء من الضامن والمضمون عنه(2).

وقال مالك: إنّ لا يطالب الضامن، إلا إذا عجز عن تحصيله من الأصيل؛ لغيبته أو إعساره؛ لأنّ الضمان وثيقة، فلا يستوفي الحقّ منها إلاّ عند تعدّره، كالرهن(3).

و احتجّ الشافعي: بأنّ الحقّ ثابت في ذمّة كلّ منهما، فكان له مطالبته كالضامنين، ولا يشبه الرهن؛ لأنّه مال من عليه الحقّ، وليس بذمي ذمّة

ص: 344

-
- 1- المغني 5:81-83، الشرح الكبير 5:70-73، الكافي في فقه الإمام أحمد 2:129، المحلّي 8:113، مختصر المزني: 108، الحاوي الكبير 6:436، المهذب - للشيرازي - 1:348، الوسيط 3:247، حلية العلماء 5:58، التهذيب - للبخاري - 4:171، الوجيز 1:185، العزيز شرح الوجيز 5:171، روضة الطالبين 3:496، بداية المجتهد 2:296.
 - 2- الهداية - للمرغيناني - 3:90، بدائع الصنائع 6:10، الاختيار لتعليل المختار 2:274، وراجع أيضاً المصادر في الهامش (1).
 - 3- المدونة الكبرى 5:256، بداية المجتهد 2:296، حلية العلماء 5:59، التهذيب - للبخاري - 4:171، العزيز شرح الوجيز 5:171، المغني 5:83، الشرح الكبير 5:71.

يطالب، وإّما يطالب مَنْ عليه الحقّ، فيقضي منه أو من غيره(1).

هذا إذا ضمن مطلقاً، ولو ضمن بشرط براءة الأصيل، ففي صحّته عند الشافعيّة وجهان:

أشبههما عندهم: المنع؛ لأنّه قرن به شرطاً يخالف مقتضي الضمان.

و الثاني: يصحّ؛ لما روي أنّه لمّا ضمن أبو قتادة الدينارين عن الميّت، فقال النبيّ صلي الله عليه وآله: «هُما عليك [وجب] (2) حقّ الغريم و برئ الميّت؟» فقال: نعم، فصلّي عليه(3)(4).

و هذا عندنا ساقط؛ لأنّنا نقول ببراءة الأصيل.

و إن لم يشترطه، فلا فائدة لهذا الشرط عندنا. و أمّا عند الشافعي فوجهان كما قلنا.

فعلي تقدير الصحّة في صحّة الشرط وجهان عندهم يشبهان الخلاف في براءة المحيل إذا أحال علي مَنْ لا دَيْن عليه و قلنا بصحّة هذه الحوالة(5).

و قد يعكس بعض الشافعيّة الترتيب فيقول: في صحّة الشرط وجهان، إن فسد، ففي فساد الضمان وجهان.

و إذا صحّحنا العقد و الشرط، برئ الأصيل، و كان للضامن الرجوع عليه في الحال إن ضمن بإذنه؛ لأنّه حصل له براءة ذمّته، كما لو أدّى(6).

و عندنا ينبغي أن لا يكون، بل يرجع عليه مع الأداء.3.

ص: 345

1- المهدّب - للشيرازي - 348:1، المغني 83:5، الشرح الكبير 71:5.

2- ما بين المعقوفين أضفناه كما تقدّم.

3- تقدّم تخريجه في ص 343، الهامش (1).

4- العزيز شرح الوجيز 171-172:5، روضة الطالبين 496:3 (5 و 6) العزيز شرح الوجيز 172:5، روضة الطالبين 496:3.

مسألة 526: إذا أبرأ المالك للدين ذمة الضامن، برئ الأصيل عند علمائنا؛

لأنّ الضمان عندنا ناقلٌ للدين من ذمة الأصيل إلي ذمة الضامن، و ليس للضامن أن يرجع علي المضمون عنه إلا بما أدّاه، فإذا أسقط الدين عنه لم يؤدّ شيئاً، فلم يرجع بشيء.

و لو تعدّد الضمنا علي الترتيب بأن ضمن الدين ضامنٌ ثم ضمن الضامن ضامنٌ آخر، فإذا أبرأ الضامن الأخير، برئ الأصيل و من تفرّع عليه عندنا؛ لما تقدّم.

و لو أبرأ المستحقّ للدين ذمة الأصيل، لم يبرأ الضامن؛ لأنّ الحقّ سقط عن ذمة الأصيل بالنسبة إلي صاحب الدين، فلا يصادف الإبراء استحقاقاً فلا يكون صحيحاً.

و لو أبرأ المستحقّ الضامن الأوسط، لم يبرأ الأخير.

وقال العامة: إذا أبرأ المستحقّ الأصيل، برئ الضمنا؛ لسقوط الحقّ، كما لو أدي الأصيل الدين أو أحال مستحقّ الدين علي إنسان، أو أحال المستحقّ غريمه عليه. و كذا يبرأ براءة ضامن الضامن (1).

و لو أبرأ الضامن، لم يبرأ الأصيل عندهم؛ لأنّ إبراء إسقاطاً للوثيقة، و ذلك لا يقتضي سقوط أصل الدين كفكّ الرهن (2).

و هذا بناءً علي بقاء الدين في ذمة الأصيل، و قد بيّنا بطلانه.

مسألة 527: لو ضمن الدين المؤجل فمات الأصيل و حلّ عليه الدين،

ص: 346

1- المهذب - للشيرازي - 348:1، الوسيط 3:247، العزيز شرح الوجيز 5:172، روضة الطالبين 3:496، المغني 5:83، الشرح الكبير 5:73.

2- المهذب - للشيرازي - 348:1، الوسيط 3:247، العزيز شرح الوجيز 5:172، روضة الطالبين 3:496-497.

لم يحل علي الضامن؛ لأنه حي يرتفق بالأجل، قاله أكثر الشافعية (1).

وقال بعضهم: يحل علي الضامن أيضاً؛ لأنه فرع علي الأصيل (2).

ويحجر الحاكم من تركة الأصيل بقدر الدين، فإن تلف، ضمن الوارث، كما أن النماء له.

ولو أقر المستحق المطالبة، كان للضامن أن يطالبه بأخذ حقه من تركة الأصيل، ولا يجعل في يده؛ لأنه إنما يستحق أن يأخذ ما أدي، وهو الآن لم يؤد شيئاً، بل يجعل في يد أمين أو في يد الورثة مع التضمين إن رأى الحاكم ذلك صلاحاً، أو يطالب المستحق بإبراء ذمته؛ لأنه قد تهلك التركة، فلا يجد مرجعاً إذا غرم.

وقال بعض الشافعية: ليس للضامن هذه المطالبة (3).

وليس بجيد؛ لأن الميِّت عليه دين قطعاً لم تبرأ ذمته منه بالكلية، أقصى ما في الباب أن المال انتقل من ذمته إلي ذمة الضامن بالنسبة إلي المضمون له لا مطلقاً، والديون علي الميِّت تحل قطعاً بلا خلاف، وليس للمضمون له المطالبة بهذا الدين من التركة عندنا علي ما تقدم، فيبقي المطالب الضامن خاصة، لكن القبض علي ما صورناه.

ولو مات الضامن، حلّ عليه الدين فإن أخذ المستحق المال من تركة الضامن، لم يكن لورثته الرجوع علي المضمون عنه قبل حلول الأجل.

وقال زفر: إنهم يرجعون عليه؛ لأنه هو أدخلهم في ذلك مع علمه أنه يحل بموته (1).

وهو غلط؛ لأن الدين مؤجل علي المضمون عنه، فلا تجوز مطالبته 5.

ص: 347

به قبل الأجل، ولم يدخله في الحال، بل في المؤجّل، و حلوله بموته بسبب من جهته، فهو كما لو قضي قبل الأجل.

وقال بعض الشافعيّة: لا يحلّ علي الضامن، كما لم يحل علي الأصيل (1).

النظر الثاني: في مطالبة الضامن.

مسألة 528: إذا ضمن الضامن ديناً علي رجل من آخر، لم يثبت للضامن حقّ علي الأصيل الذي هو المضمون عنه

إن كان قد تبرّع بالضمان، و ضمن بغير سؤالٍ من المضمون عنه؛ لأنّه لم يدخله في الضمان.

و ليس للضامن متبرّعاً مطالبة المضمون عنه بتخليصه من الضمان، بل يؤدّي المال، و لا يرجع به علي أحد.

و إن لم يكن متبرّعاً بالضمان و ضمن بسؤال المضمون عنه، فهل يثبت للضامن حقّ عليه و يوجب علاقةً بينهما؟ للشافعيّة وجهان:

أحدهما: أنّه يثبت؛ لأنّه اشتغلت ذمّته بالحقّ كما ضمن، فليثبت له عوضه علي الأصيل.

و الثاني: لا يثبت؛ لأنّه لا يفوت عليه قبل الغرم شيء، فلا يثبت له شيء إلا بالغرم (2).

إذا عرفت هذا، فإن كان المضمون له يطالب الضامن بأداء المال، فهل للضامن مطالبة الأصيل بتخليصه؟ قال أكثر الشافعيّة: نعم، كما أنّه يغرم إذا غرم (1)

ص: 348

1- العزيز شرح الوجيز 5:172-173، روضة الطالبين 3:497.

وقال القفال: لا يملك مطالبته به(1)، وهو الأقوي عندي؛ إذ الضامن إنما يرجع بما أدّى، فقبل الأداء لا يستحقّ الرجوع، فلا يستحقّ المطالبة.

وإن كان المضمون له لم يطالب الضامن، فهل للضامن أن يطالب المضمون عنه بالتخليص؟ للشافعية وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو استعار عيناً ليرهنها ورهنها، فإنّ للمالك المطالبة بالفك. ولأنّ عليه ضرراً في بقائه؛ لأنّه قد يتلف مال المضمون عنه فلا يمكنه الرجوع عليه.

وأصحهما عندهم: أنّه ليس له المطالبة؛ لأنّه لم يغرّم شيئاً، ولا توجّهت عليه مطالبة، والضمان تعلق بدمته، وذلك لا يُبطل شيئاً من منفعه، فإذا لم يطالب لم يطالب، بخلاف الرهن؛ فإنّ الرهن محبوس بالدين، وفيه ضررٌ ظاهر(2).

ومعنى التخليص أن يؤدّي دين المضمون له ليبراً ببراءة الضامن.

قال ابن سريج: إذا قلنا: ليس له مطالبته بتخليصه، فللضامن أن يقول للمضمون له: إمّا أن تطالبني بحقّك، أو تبرئني(3).

مسألة 529: إذا ضمن بسؤاله، كان له الرجوع إذا غرم، وليس له الرجوع قبل الغرم.

وللشافعية في أنّه هل يُمكن الضامن من تغريم الأصل قبل أن يغرّم؟ وجهان: بناءً على الأصل المذكور، إن أثبتنا له حقاً على الأصل بمجرّد الضمان، فله أخذه، وإلا فلا(4).

ص: 349

1- العزيز شرح الوجيز 173:5.

2- العزيز شرح الوجيز 173:5، روضة الطالبين 497:3.

3- العزيز شرح الوجيز 173:5.

4- العزيز شرح الوجيز 173:5، روضة الطالبين 497:3.

إذا ثبت هذا، فإن أخذ الضامن من المضمون عنه عوضاً عما يقضي به دَيْن الأصيل قبل أن يغرم، الأقرب: أنه لا يملكه؛ لجواز السقوط بالإبراء، فيكون للأصيل.

وللشافعية وجهان؛ بناءً علي الأصل السابق(1).

ولو دفعه الأصيل ابتداءً من غير جبر و مطالبة، فإن الضامن لا يملكه كما قلناه أولاً، فعليه ردّه، و ليس له التصرف فيه.

ولو هلك عنده، ضمن، كالمقبوض بالشراء الفاسد، علي إشكالٍ، و هو أحد قولَي الشافعي.

وفي الآخر: يملكه، فله التصرف فيه، كالفقير إذا أخذ الزكاة المعجّلة، لكن لا يستقرّ ملكه إلا بالغرم، حتي لو أبرأه المستحقّ، كان عليه ردّ ما أخذ، كردّ الزكاة المعجّلة إذا هلك المال قبل الحلول(2).

ولو دفعه إليه وقال: اقض به ما ضمننت عني، فهو وكيل الأصيل، و المال أمانة في يده.

مسألة 530: لا يجوز للضامن حبس الأصيل إذا

مسألة 530: لا يجوز للضامن حبس الأصيل إذا(1) حبس المضمون له الضامن،

و هو أصحّ قولَي الشافعي.

و الثاني - و به قال أبو حنيفة - للضامن حبس المضمون عنه؛ بناءً علي إثبات العلاقة بين الضامن و الأصيل(2).

و ليس بجيّد.

ولو أبرأ الضامن الأصيل عما سيغرم، لم يصح الإبراء؛ لأنّه إبراء ممّا

ص: 350

1- في «ث» و الطبعة الحجرية: «لو» بدل «إذا».

2- التهذيب - للبغوي - 4:172، العزيز شرح الوجيز 5:173، روضة الطالبين 3:497-498.

لم يجب وعمّا يتجدد، والإبراء إسقاط يستلزم الثبوت قبل الإبراء.

وقال الشافعي: إن أثبتنا العلاقة بين الضامن والمضمون عنه في الحال، صحّ الإبراء، وإلاّ خرج عليّ الإبراء عمّا لم يجب ووجد سبب وجوبه(1).

ولو صالح الضامن الأصيل عن العشرة التي سيغرمها عليّ خمسة، لم يصح.

وقالت الشافعية: إن أثبتنا العلاقة في الحال، صحّ الصلح كأنه(2) أخذ عوض بعض الحقّ وأبرأ عن الباقي، وإلاّ لم يصح(3).

ولو ضمن ضامن عن الأصيل للضامن بما ضمن، احتُمل صحّة الضمان؛ لأنّ حقّ الضامن وإن لم يكن ثابتاً إلاّ أنّ سبب ثبوته موجود. وبطلانه.

ولو رهن الأصيل عند الضامن شيئاً بما ضمن، ففي الصحّة إشكال.

والممنوع في هذه المسائل كلّها عند الشافعية أصحّ الوجهين(4).

ولو شرط في ابتداء الضمان أن يعطيه الأصيل ضامناً، ففي صحّة الشرط للشافعية الوجهان، إن صحّ فإنّ أديّ الضامن وأعطاه ضامناً، فذاك، وإلاّ فله فسخ الضمان. وإن فسد، فسد به الضمان عليّ أصحّ الوجهين(3).

النظر الثالث: في الرجوع.

مسألة 531: مَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَأَدَاهُ غَيْرَهُ عَنْهُ تَبَرُّعاً بِغَيْرِ إِذْنِهِ

من غير

ص: 351

1- العزيز شرح الوجيز 5:173، روضة الطالبين 3:498.

2- في «ث»: «لأته»، بدل «كأنه». (3 و 4) العزيز شرح الوجيز 5:173، روضة الطالبين 3:498.

3- العزيز شرح الوجيز 5:173-174، روضة الطالبين 3:498.

ضمان، لم يكن له الرجوع به؛ لأنه متبرّع بفعله، بخلاف ما لو أوجر طعامه المضطرّ، فإنّه يرجع عليه وإن لم يأذن المضطرّ؛ لأنه ليس متبرّعاً بذلك، بل يجب عليه إطعام المضطرّ استبقاءً لمُهجته، ويخالف الهبة؛ فإنّ في اقتضائها الثواب خلافاً يأتي؛ لأنّ الهبة متعلّقة باختيار المتّهب، ولا اختيار للمديون هنا، وبه قال الشافعي(1).

وقال مالك: إنّه يثبت له الرجوع، إلا إذا أدّى العدو دين العدو، فإنّه يتّخذ ذريعةً إليّ إيذائه بالمطالبة(2).

وإن أداه ياذن المديون، فإن [جري بينهما](3) شرط الرجوع، ثبت الرجوع.

وإن لم يجر شرط الرجوع بينهما، ففي الرجوع إشكال ينشأ: من أنّه لم يوجد منه سوى الإذن في الأداء، وذلك لا يستلزم الرجوع؛ إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع؛ لانتفاء الدلالات الثلاث في الأداء علي الرجوع.

ومن أنّ العادة قاضية في المعاملات بأنّ الرجوع تابع للإذن في الأداء، والدافع جري في ذلك علي قانون العادات.

والثاني أصحّ وجهي الشافعية(4).

قال بعض الشافعية: يقرب هذا الخلاف من الخلاف في أنّ الهبة(5).

ص: 352

1- الوسيط 3:251، العزيز شرح الوجيز 5:174، روضة الطالبين 3:498، منهاج الطالبين: 130، مختصر اختلاف العلماء 4:1979/261.

2- المدونة الكبرى 5:255 و 218، بداية المجتهد 2:298، الكافي في فقه أهل المدينة: 399، العزيز شرح الوجيز 5:174، مختصر اختلاف العلماء 4:1979/261.

3- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

4- العزيز شرح الوجيز 5:174.

المطلقة هل تقتضي الثواب و ترتيبه عليه ؟ و الحكم بالرجوع أولي من الحكم بالثواب ثمّ؛ لأنّ الهبة مصرّحة بالتبرّع، و الأداء بخلافه. و لأنّ الواهب مبتدئ بالتبرّع، و الأداء هاهنا مسبوق بالاستدعاء الذي هو كالقرينة المشعرة بالرجوع(1).

و أيضاً في الهبة قولُ فارق بين أن يكون الواهب ممّن يطمع مثله في ثواب المتّهب، أو لا يكون، فخرج وجه ثالث للشافعية(2) مثله هنا.

مسألة 532: إذا كان عليه دينٌ فضمنه ضامنٌ عنه و يؤدّي المال عنه إلي المضمون له، فأقسامه أربعة:

الأول: أن يضمن بإذن الأصيل و يؤدّي بإذنه.

الثاني: أن يضمن متبرّعاً من غير سؤال، و يؤدّي كذلك.

الثالث: أن يضمن متبرّعاً، و يؤدّي بسؤال.

الرابع: أن يضمن بسؤال، و يؤدّي متبرّعاً.

فالأوّل يرجع الضامن فيه علي المضمون عنه، سواء قال له المضمون عنه: اضمن عني، أو أدّ عني، أو أطلق وقال: اضمن و أدّ، عند علمائنا أجمع - و به قال الشافعي و مالك و أحمد و أبو يوسف(1) - لأنّه صرف ماله إلي منفعته بأمره، فأشبهه ما لو قال: اعلف دابّتي، فعلفها. و لأنّه ضمن بإذنه و دفع بإذنه، فأشبهه ما إذا كان مخالطاً له، أو قال: اضمن عني.

و قال أبو حنيفة و محمّد: إنّما يرجع إذا قال: اضمن عني و أدّ عني،

ص: 353

1- الحاوي الكبير 6:438، المهذب - للشيرازي - 1:349، حلية العلماء 5:62، التهذيب - للبخاري - 4:171، العزيز شرح الوجيز 5:174، روضة الطالبين 3:498، الكافي في فقه الإمام أحمد 2:131 و 132، المغني 5:86، الشرح الكبير 5:88.

و لو لم يقل: أدّ عني، لم يرجع، إلا أن يكون مخالطاً له يستقرض منه و يودع عنده، أو يكون مخالطاً له بشركة أو زوجية أو نحوهما؛ لأنه إذا قال: اضمن عني و أدّ عني، كان قوله هذا إقراراً منه بالحق، و إذا أطلق ذلك، صار كأنه قال: هب لهذا أو تطوّع عليه، و إذا كان مخالطاً له، رجع - استحساناً - لأنه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه(1).

و ليس بصحيح؛ لأنه إذا أمره بالضمان، لا يكون إلا لما هو عليه؛ لأن أمره إنمّا يكون بذلك، و أمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلي ما ضمنه بدليل المخالطة له، فيجب عليه أداء ما أدّى عنه، كما لو صرح به، و ليس هذا أمراً بالهبة.

هذا إذا عرف من الإطلاق إرادة الضمان عنه، و لو لم يعرف ذلك و لا وُجد قرينة تدلّ عليه، فالوجه: ما قاله أبو حنيفة و محمّد.

مسألة 533: لا فرق في ثبوت الرجوع بين أن يشترط الرجوع أو لا يشترط،

و به قال أكثر الشافعية(2).

وقال الجويني: يحتمل في القياس أن ينزل الإذن في الضمان و الأداء منزلة الإذن في الأداء من غير ضمان حتي نقول: إن شرط الرجوع، ثبت له الرجوع، و إلا فلا، كما في الإذن في الأداء من غير سبق ضمان، و إن لم يشترط، فعلي الخلاف(3).

و المعتمد ما قلناه.

مسألة 534: لو تبرّع بالضمان و الأداء معاً،

فإنه لا يرجع الضامن علي

ص: 354

1- حلية العلماء 5: 62-63، العزيز شرح الوجيز 5: 175، المغني 5: 86، الشرح الكبير 5: 88.

2- الوسيط 3: 251، العزيز شرح الوجيز 5: 175، روضة الطالبين 3: 498.

3- العزيز شرح الوجيز 5: 175، روضة الطالبين 3: 498.

المضمون عنه بما أذاه، عند علمائنا كافة - وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن المنذر وأحمد في إحدَي الروايتين(1) - لحديث عليّ عليه السلام وأبي قتادة(2)، لأنّ النبيّ صلي الله عليه وآله صلّي عليّ الميّتين بعد ضمانهما ما عليهما، ولو كان لهما الرجوع لما صلّي؛ لبقاء الدّين في ذمتّهما. ولأنّ الله صلي الله عليه وآله قال:

«الآن برّدت جلده عن النار»(3) ولو بقي الدّين لما حصل التبريد. ولأنّ لو بقي الدّين لما قال لعليّ عليه السلام: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، فكّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك»(4) الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 1013/601، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 124، حلية العلماء 5: 62، الكافي في فقه الإمام أحمد 2: 132، المغني 5: 88، الشرح الكبير 5: 89(5) و لو لا براءة الذمّة لما حصل فكّ الرهان.

ولأنّ تبرّع بذلك، فلا يرجع عليه، كما لو علف دوابّه وأطعم عبده بغير إذنه.

وقال مالك وأحمد في الرواية الثانية: إنّه يرجع بما أدّى - وهو قول عبيد الله بن الحسن وإسحاق - لأنّ قضاء مبرئ من دّين واجب، فكان من ضمان مَنْ هو عليه، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه. ولأنّ الضمان بغير إذنه صحيح، فإذا لزمه الدفع عنه، رجع عليه، كما لو كان بأمره(5)5.

ص: 355

1- الحاوي الكبير 6: 437-438، المهذّب - للشيرازي - 1: 349، حلية العلماء 5: 62، التهذيب - للبخاري - 4: 171-172، الإشراف علي مذاهب أهل العلم 1: 124، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 1013/601، الوسيط 3: 251، العزيز شرح الوجيز 5: 175، روضة الطالبين 3: 499، الهداية - للمرغيناني - 3: 91، الاختيار لتعليل المختار 2: 274، مختصر اختلاف العلماء 4: 261/1979، الكافي في فقه الإمام أحمد 2: 132، المغني 5: 88، الشرح الكبير 5: 89.

2- راجع المصادر في الهامش (5 و 6) من ص 281، و الهامش (1) من ص 282.

3- راجع المصادر في الهامش (1) من ص 343.

4- راجع المصادر في الهامش

5- من ص 281.

و الفرق بين الضامن و الحاكم ظاهر؛ لأنّ للحاكم الاستدانة عن الممتنع و الدفع، بخلاف الضامن. و الفرق بين الأمر بالضمان و الأداء و عدمه ظاهر، فلا يصحّ القياس.

مسألة 535: لو ضمن متبرعاً بغير سؤال، و أدّى المال بالسؤال، لا يرجع هنا أيضاً،

عند علمائنا - و هو أظهر وجهي الشافعيّة (1) - لأنّ الدّين لزمه بتبرّعه، فإنّ اللزوم باعتبار الضمان و لم يأذن فيه، و أمره بالقضاء انصرف إلي ما وجب عليه بالضمان، كما لو أمره بقضاء دينه الذي وجب عليه بالأصالة، و كما لو أذن غير المضمون عنه.

و للشافعي (2) وجه آخر: أنّه يرجع عليه - و به قال أحمد - لأنّه دفع بأمره، فأشبهه ما إذا ضمن بأمره و ما إذا لم يكن ضامناً. و لأنّه أسقط الدّين عن الأصيل بإذنه (3).

و ليس بصحيح؛ لأنّه لا يملك مطالبته بفكّه، فلا يرجع عليه إذا فكّ نفسه. و الفرق بين ما إذا ضمن بإذنه و بغير إذنه ظاهر، فلا يصحّ القياس.

و الحكم في غير الضامن ممنوع علي ما تقدّم. و إسقاط الدّين مستند إلي الضمان الذي تبرّع به، و الإذن إنّما كان في إسقاط الدّين عن الضامن، لا عنه.

ص: 356

1- الحاوي الكبير 6:438، المهذب - للشيرازي - 1:349، الوسيط 3:252، حلية العلماء 5:61، التهذيب - للبغوي - 4:172، العزيز شرح الوجيز 5:175، روضة الطالبين 3:499، المغني 5:87، الشرح الكبير 5:89.

2- كذا، و الظاهر: «و للشافعيّة».

3- الحاوي الكبير 6:438، المهذب - للشيرازي - 1:349، الوسيط 3:252، حلية العلماء 5:61، التهذيب - للبغوي - 4:172، العزيز شرح الوجيز 5:175، روضة الطالبين 3:499، المغني 5:87-88، الشرح الكبير 5:89.

وبعض الشافعية رتب الوجهين علي الوجهين فيما إذا أدي الغير بإذنه من غير ضمانٍ و من غير شرط الرجوع.

قال: وهذه الصورة أولى بمنع الرجوع؛ لأن الإذن في الأداء بعد اللزوم بالضمان في حكم اللغو.

وذكر احتمالين فيما إذا أذن في الأداء بشرط الرجوع والحالة هذه:

أحدهما: يرجع، كما لو أذن في الأداء بهذا الشرط من غير ضمانٍ.

و الثاني: أن الأداء مستحق بالضمان، والمستحق بلا عوض لا يجوز أن يقابل بعوضٍ، كسائر الحقوق الواجبة(1).

مسألة 536: لو ضمن بسؤالٍ و أدي بغير سؤالٍ و لا إذن، فإنه يرجع الضامن عليه،

عند علمائنا - و به قال مالك و أحمد و الشافعي في أحد الوجوه(2) - لأن الضامن لم يتبرع بالضمان، بل نقل المال إلي ذمته غير متبرع، بل بسؤال المضمون عنه، و الأصل في الباب الالتزام و قد صادفه الإذن فيكتفي به في الرجوع. و لأن إذنه في الضمان يتضمن الإذن في الأداء؛ لأن الضمان يوجب عليه الأداء، فكان له الرجوع عليه، كما لو أذن في الأداء.

و الثاني للشافعي: لا يرجع؛ لأن الغرم حصل بغير إذن الأصيل، و ربما لم يقصد إلا التوثيق بالضمان. و لأنه دفع بغير أمره، فكان كما لو ضمن بغير أمره(3).

ص: 357

1- العزيز شرح الوجيز 5:175، روضة الطالبين 3:499.

2- الحاوي الكبير 6:438، حلية العلماء 5:61، المهذب - للشيرازي - 1:349، العزيز شرح الوجيز 5:175، روضة الطالبين 3:499، المغني 5:87، الشرح الكبير 5:88.

3- الحاوي الكبير 6:438، حلية العلماء 5:61، العزيز شرح الوجيز 5:175، روضة الطالبين 3:499، المغني 5:87، الشرح الكبير 5:88.

وقصد التوثيق يستلزم قصد الأداء عنه؛ لأنّ الضمان عندنا ناقل.

و القياس باطل؛ للفرق، وهو ما تقدّم من أنّ الأصل في الالتزام إنّما هو الضمان لا الأداء.

و الثالث: إن أدّي من غير مطالبة أو عن مطالبة لكن أمكنه مراجعة الأصيل و استئذانه فلم يفعل، لم يثبت له الرجوع؛ لأنّه لم يكن مضطراً إلي الأداء عنه، فكان متبرّعاً به. و إن لم يتمكّن من مراجعته لغيبه أو حسّ أو غير ذلك، فله الرجوع(1).

و الحقّ ما تقدّم من وجوب المال بالضمان المأذون فيه، و أنّه لا عبرة بالأداء.

و كذا لو وكلّه في أن يشتري عبداً له بألف فاشتراه، فإنّ الوكيل يطالب بالثمن، فإن أدّي من ماله، فإنّه يرجع عندنا إذا لم يكن البائع عالماً بالوكالة.

و للشافعية الوجه الثلاثة فيه(2).

مسألة 537: لو أحال الضامن المضمون له بالدَيْن - الذي ضمنه - علي إنسان و قبل المحتال و المعال عليه الحوالة، كان كالأداء

في صورة الرجوع له علي المضمون عنه في كلّ موضع ثبت له الرجوع فيه، و عدمه في موضع العدم.

و لو أحال ربّ المال غريماً له علي الضامن بالمال الذي ضمنه له فقبل الضامن الحوالة عليه، كان كالأداء أيضاً فيما يرجع في الأداء.

ص: 358

1- المهذب - للشيرازي - 349:1، حلية العلماء 61:5، العزيز شرح الوجيز 176:5، روضة الطالبين 499:3، المغني 87:5، الشرح الكبير 88:5.

2- المهذب - للشيرازي - 360:1-361، حلية العلماء 62:5 و 135.

و لو تصالح المضمون له و الضامن [عن (1)] مال الضمان علي عوضٍ، كان كالأداء أيضاً.

و لو صار الدّين ميراثاً للضامن، كان كالأداء في ثبوت الرجوع و عدمه.

النظر الرابع: فيما به يرجع الضامن.

**مسألة 538: إذا دفع الضامن المال إلي ربّه و كان قد ضمن بسؤال المضمون عنه و كان المدفوع من جنس الدّين و علي صفته،
رجع به.**

و إن اختلف الجنس، فالمأذون له في الضمان لو صالح ربّ الدّين علي غير جنسه، رجع إجماعاً؛ لأنّ الضمان سبب لإثبات الحقّ في ذمّته
ثبوته في ذمّة الأصيل، و المصالحة معاملة مبنية عليه.

ثم يُنظر إن كانت قيمة المصالح عليه أكثر من قدر الدّين، لم يرجع بالزيادة؛ لأنّه متطوع بها.

و إن كانت أقلّ - كما لو صالح عن ألف علي عبدٍ يساوي ستمائة - لم يرجع إلا بستمائة لا غير - وهو أصحّ وجهي الشافعية (2) - لما رواه
عمر ابن يزيد عن الصادق عليه السلام في رجل ضمّن علي رجل ضماناً ثمّ صالح عليه، قال: «ليس له إلاّ الذي صالح عليه» (3).

و عن ابن بكير قال: سألت الصادق عليه السلام: عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثمّ صالح علي بعض ما عليه، قال: «ليس له عليه إلاّ الذي
صالح عليه» (4)

ص: 359

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «علي». و الظاهر ما أثبتناه.

2- الوسيط 3:254، الوجيز 1:168، العزيز شرح الوجيز 5:177، روضة الطالبين 3:500.

3- الكافي 5:7/259، التهذيب 6:490/210.

4- التهذيب 6:489/210.

ولأنه لم يغرم سواها.

وبه قال أحمد(1).

والثاني: أنه يرجع بالألف؛ لأنه قد حصل براءة ذمته بما فعل، و مسامحة رب الدين جرت معه(2).

ولو باع العبد بألف و تقاصاً، احتُمل الرجوع بالألف؛ لأنه ثبت في ذمته ألف، و قيمة العبد؛ لأن الضمان وُضع للارتفاق.

و الشافعية علي الأول خاصة(3).

مسألة 539: لا فرق بين أن يدفع الأقل أو الأكثر في القدر أو الوصف فيما ذكرنا،

فلو ضمن ألفاً مكسرة و دفع ألفاً صحيحة، لم يكن له الرجوع إلا بالمكسرة؛ لأنه تبرع بالزيادة، فلا يرجع بها.

ولو انعكس الفرض، فضمن ألفاً صحيحة و أدّى ألفاً مكسرة، لم يكن له الرجوع بالصحيحة إلا بالمكسرة؛ لأنه إنما يرجع بما غرم و بالأقل من المغروم و المال.

و للشافعية فيما إذا أدّى الضامن [غير(4)] الأجود قولان:

أحدهما: أن فيه الخلاف المذكور في اختلاف الجنس.

و الثاني: القطع بأنه يرجع بما أدّى(5).

ص: 360

1- المغني و الشرح الكبير 89:5، الكافي في فقه الإمام أحمد 2:132.

2- نفس المصادر في الهامش (2) من ص 359.

3- العزيز شرح الوجيز 5:177، روضة الطالبين 3:500.

4- ما بين المعقوفين أضفناه لاقتضاء ما في المصدر له، حيث إن القولين للشافعية في الأداء من غير الأجود.

5- الحاوي الكبير 6:439، التهذيب - للبعوي - 4:174، العزيز شرح الوجيز 5:177، روضة الطالبين 3:500.

و الفرق أنّ غير الجنس يقع عوضاً، و المكسرة لا تقع عوضاً عن الصحاح، و لا يبقى إلاّ رعاية حكم الإيفاء و الاستيفاء.

مسألة 540: لو ضمن ألفاً و دفع إليه عبداً قيمته ستمائة، فقال للمضمون له: بعث منك هذا العبد بما ضمنته لك عن فلان، ففي صحّة البيع وجهان للشافعية

(1).

فإن صحّحنا البيع، رجع بالأقلّ - عندنا - من المال المضمون و من قيمة العبد، و هو أحد وجهي الشافعية.

و في الثاني: يرجع بما ضمنه (2).

و لو لم يضمن، بل أذن له المديون في الأداء بشرط الرجوع لو صالح ربّ الدّين علي غير جنسه، فهل له الرجوع أو لا؟ للشافعية ثلاثة أوجه:

أصحّها عندهم: أنّ له الرجوع؛ لأنّ مقصوده أن يبرئ ذمّته و قد فعل.

و ثانيها: ليس له الرجوع؛ لأنّه إنّما أذن في الأداء دون المصالحة.

و ثالثها: الفرق بين أن يقول: أدّ ما عليّ من الدينير - مثلاً - فلا يرجع، و بين أن يقتصر علي قوله: أدّ ديني، أو ما عليّ، فيرجع، و يرجع بما سبق في الضامن (1).

مسألة 541: لو ضمن عشرة و أدّى خمسة و أبرأه ربّ المال عن الباقي، لم يرجع الضامن إلاّ بالخمسة التي غرمها،

و تسقط الخمسة الأخرى عن الأصيل عندنا؛ لأنّ إبراء الضامن يستلزم إبراء المضمون عنه، خلافاً للجمهور؛ فإنّهم قالوا: تبقى الخمسة في ذمّة الأصيل يطالب بها المضمون له؛ لأنّ إبراء الضامن لا يوجب براءة الأصيل (2).

ص: 361

1- الوسيط 3:251، العزيز شرح الوجيز 5:176، روضة الطالبين 3:500.

2- العزيز شرح الوجيز 5:177، روضة الطالبين 3:501.

ولو صالحه من العشرة علي خمسة، لم يرجع إلا بالخمسة أيضاً، لكن يبرأ الضامن والأصيل عن الباقي وإن كان صلح الحطيطة إبراءً في الحقيقة عند الشافعية؛ لأن لفظ الصلح يشعر برضا المستحق بالقليل عن الكثير، بخلاف ما إذا صرح بلفظ الإبراء عندهم (1).

واعترض بعض الشافعية: بأن [لفظ] (2) الصلح يتضمّن الرضا بالقليل ممّن يجري الصلح معه، أم علي الإطلاق؟ الأول مسلّم، والثاني ممنوع، ولم يتّضح لهم الجواب (3).

ولو أدّى الضامن جميع الدّين ولم يُبرئه المضمون له من شيء منه، لكن وهبه الدّين بعد دفعه (4) إليه، فالأقرب: أن له الرجوع.

وفيه للشافعية وجهان مبنيان علي القولين [فيما لو وهبت المرأة] (5) الصداق من الزوج ثمّ طلقها قبل الدخول (6). وسيأتي إن شاء الله تعالى.

مسألة 542: لو ضمن ذمّي لذمّي ديناً عن مسلمٍ ثمّ تصالحا علي خمر، فهل يبرأ المسلم أم لا؟ يحتمل البراءة؛

لأنّ المصالحة بين الذميين، وأن لا يبرأ، كما لو دفع الخمر بنفسه.

وفيه للشافعية وجهان، فإن قالوا بالأوّل، ففي رجوع الضامن علي

ص: 362

1- العزيز شرح الوجيز 5:177.

2- ما بين المعقوفين من المصدر.

3- العزيز شرح الوجيز 5:177.

4- في «ث، ج، ر»: «الدفع» بدل «دفعه».

5- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «كما لو وهب». والصحيح ما أثبتناه كما في المصادر.

6- الحاوي الكبير 6:439، المهذب - للشيرازي - 1:349، الوسيط 3:248، حلية العلماء 5:63، التهذيب - للبغوي - 4:173، العزيز

شرح الوجيز 5:178-179، روضة الطالبين 3:502.

المسلم وجهان، إن اعتبروا بما أدّى، لم يرجع بشيء، وإن اعتبروا بما أسقط، يرجع بالدين (1).
و الوجه عندي: أنّ المضمون عنه يؤدّي أقلّ الأمرين من قيمة الخمر عند مستحلّيه، و من الدّين الذي ضمنه.

مسألة 543: لو ضمن الضامنَ ضامنَ آخرَ، انتقل المال من ذمّة الضامن الأول إلى ذمّة الثاني،

و سقطت مطالبة المضمون له عن الأصيل و الضامن الأول عند علمائنا و جماعةٍ تقدّم (2) ذكرهم.

و قال أكثر العالمة: لا ينتقل، بل تبقى الذم الثلاث مشتركة، و يصحّ الضمان؛ لأنّ الحقّ ثابت في ذمّة الضامن، كما هو ثابت في ذمّة الأصيل، فإذا جاز أن يضمن عن الأصيل جاز أن يضمن عن الضامن (3).

لا يقال: الضمان وثيقة علي الحقّ، فلا يجوز أن يكون له وثيقة، كما لا يجوز أن يأخذ رهناً بالرهن.

لأنّنا نقول: الفرق: أنّ الضمان حقّ ثابت في الذمّة، و الرهن حقّ متعلّق بالعين، و الرهن لا يصحّ بحقّ متعلّق بالعين، فافترقا.

فإن أدّى الثاني، فرجوعه علي الضامن الأول كرجوع الضامن الأول علي الأصيل، فيراعي الإذن و عدمه.

و إذا لم يكن له الرجوع علي الأول، لم يثبت بأدائه الرجوع للأوّل علي الأصيل؛ لأنّ الضامن إنّما يرجع بما أدّى و غرم، و الضامن الأوّل لم يغرم شيئاً، فلا يكون له مطالبته بشيء.

ص: 363

1- الوسيط 254:3، التهذيب - للبعوي - 174:4، العزيز شرح الوجيز 177:5، روضة الطالبين 3:501.

2- في ص 342، النظر الأوّل من البحث الرابع: في أحكام الضمان.

3- المغني 5:83-84، الشرح الكبير 5:82، وراجع الهامش (2) من ص 344.

ولو ثبت له الرجوع علي الأول فرجع عليه، كان للأول الرجوع علي الأصيل إذا وجد شرط الرجوع.

ولو أراد الثاني أن يرجع علي الأصيل ويترك الأول، فإن كان الأصيل قد قال له: اضمن عن ضامني، ففي رجوعه عليه للشافعية وجهان (1)، كما لو قال الإنسان: أدّ ديني، فأدّي، وليس هذا كقول القائل لغيره: اقض دين فلان، ففعل، حيث لا يرجع علي الأمر؛ لأنّ الحقّ لم يتعلّق بذمّته.

وإن لم يقل له: اضمن عن ضامني، فإن كان الحال بحيث لا يقتضي رجوع الأول علي الأصيل، لم يرجع الثاني عليه.

وإن كان يقتضيه، فكذلك علي أصحّ الوجهين عندهم؛ لأنّه لم يضمن عن الأصيل (2).

ووجه عندي: أنّه ليس للثاني أن يرجع علي الأصيل علي كلّ تقدير، إلاّ أن يقول: اضمن عن ضامني و لك الرجوع عليّ.

ولو ضمن الثاني عن الأصيل أيضاً، لم يصح الضمان عندنا إن ضمن للمضمون له؛ إذ لا مطالبة للمضمون له، فيكون في الحقيقة ضمان ما لم يجب، ولا يتحقّق سبب الوجوب. وإن ضمن للضامن، فالأقوي:

الجواز؛ لوجود سبب الوجوب.

وعند أكثر العامة يصحّ ضمان الثاني عن الأصيل؛ لشغل ذمّته و ذمّة الضامن الأول معاً، فتتشارك الذم الثلاث في الشغل، فحينئذ لا يرجع أحد الضامنين علي الآخر، وإّما يرجع المؤدّي علي الأصيل (3) 5.

ص: 364

1- التهذيب - للبخاري - 181:4، العزيز شرح الوجيز 178:5، روضة الطالبين 501:3.

2- العزيز شرح الوجيز 178:5، روضة الطالبين 501:3.

3- حلية العلماء 64:5، التهذيب - للبخاري - 182:4، العزيز شرح الوجيز 178:5، روضة الطالبين 501:3، المغني 85:5، الشرح الكبير 73:5.

ولو ضمن عن الأول والأصيل جميعاً، لم يصح ضمانه عن الأصيل عندنا.

وعندهم يصحّ، فإن أدي، كان له أن يرجع علي أيهما شاء، وأن يرجع بالبعض علي هذا ولبعض علي ذلك. ثم للأول الرجوع علي الأصيل بما غرم إذا وجد شرط الرجوع(1).

مسألة 544: لو كان لرجل علي اثنين عشرة علي كل واحد منهما خمسة فضمن كل واحد منهما صاحبه،

فإن أجاز المضمون له الضمان، لم يُقد الضمان شيئاً عندنا في باب المطالبة؛ لأنّ الضمان عندنا ناقل، فإذا ضمن كل واحدٍ منهما الآخر، فقد انتقل ما علي كل واحدٍ منهما إلي الآخر و كانا في الدّين كما كانا قبل الضمان، إلاّ أنّه يستفاد بالضمان صيرورة المال الأصلي في ذمّة كل واحدٍ منهما منتقلاً إلي ذمّة الآخر.

ولا نقول: إنّ يبطل الضمان من أصله؛ لأنّه قد يستفاد منه فائدة، وهي: لو أدي أحد الضامنين عن مال الضمان بعضه ثمّ أبرأه صاحب الدّين من الباقي، لم يكن له الرجوع علي المضمون عنه إلاّ بما أذاه.

وإن لم يأذن لهما المضمون له بالضمان فضمنا، فإن رضي بضمان أحدهما خاصّةً، كان الدّينان معاً عليه، ولم يبق له مطالبة الآخر، لكنّ الضامن يرجع علي الآخر إن ضمن بإذنه، وإلاّ فلا.

وعند أكثر العامة يصحّ ضمان كلّ منهما عن صاحبه، ويبقى كلّ الدّين مشتركاً في ذمّتهما معاً علي ما هو أصلهم، فلربّ المال - عندهم - أن يطالبهما معاً و من شاء منهما بالعشرة، فإن أدي أحدهما جميع العشرة، برئاً

ص: 365

1- التهذيب - للبغوي - 182:4، العزيز شرح الوجيز 178:5، روضة الطالبين 3:501-502.

معاً، وللمؤدّي الرجوع بخمسة إن وجد شرط الرجوع. وإن أدّى كلّ واحدٍ منهما خمسةً عمّا عليه، فلا رجوع، فإن أداها عن الآخر، فلكلّ واحدٍ الرجوع علي الآخر. ويجيء خلاف التقاّص.

وإن أدّى أحدهما خمسةً ولم يؤدّ الآخر شيئاً، فإن أداها عن نفسه، برئ المؤدّي عمّا كان عليه وصاحبُه عن ضمانه، وبقي علي صاحبه ما كان عليه، والمؤدّي ضامن له.

وإن أداها عن صاحبه، رجع عليه بالمغروم، وبقي عليه ما كان عليه(1)، وصاحبه ضامن له.

وإن أداها عنهما، فلكلّ نصفٌ حكمه(2).

وإن أدّى ولم يقصد شيئاً، فوجهان عندهم(3): التقسيط عليهما؛ لأنّه لو عيّنه عن كلّ واحدٍ منهما، وقّع، فإذا أطلق اقتضي أن يكون بينهما؛ لاستوائهما فيه. وأن يقال: اصرفه إلي ما شئت، كما لو أعتق عبده عن كفّارته و كان عليه كفّارتان، كان له تعيين العتق عن أيّهما شاء. وكذا في زكاة المالين.

ومن فوائده أن يكون بنصيب أحدهما رهناً، فإذا قلنا: له صرفه إلي ما شاء، فصرفه إلي نصيبه، انفكّ الرهن، وإلا فلا.

ولو اختلفا فقال المؤدّي: أدّيت عمّا عليّ، فقال ربّ المال: بل أدّيت عن صاحبك، فالقول قول المؤدّي مع يمينه، وإنّما أحلفناه؛ لأنّه قد3.

ص: 366

1- كلمة «عليه» لم ترد في «ر، ث».

2- الحاوي الكبير 6:446، التهذيب - للبعوي - 4:182، العزيز شرح الوجيز 5:179، روضة الطالبين 3:502-503.

3- الحاوي الكبير 6:447، التهذيب - للبعوي - 4:183، العزيز شرح الوجيز 5:179، روضة الطالبين 3:503.

يتعلّق بهذا فوائد، وإن كان قد يستحقّ المطالبة بالكلِّ؛ لأنّه قد يكون ثمنًا، فإذا أفلس، رجع في المبيع، ويسقط أيضاً عن صاحبه، فإذا حلف، برئ عمّا كان عليه، ولربّ المال مطالبته بخمسة؛ لأنّه إن كان صادقاً، فالأصل باقٍ عليه. وإن كان كاذباً، فالضمان باقٍ.

وقال بعض الشافعيّة: لا مطالبة له؛ لأنّه إمّا أن يطالب عن جهة الأصالة وقد حكم الشرع بتصديق المؤدّي في البراءة عنها، أو عن جهة الضمان وقد اعترف ربّ المال بأنّه أدّى عنها.

هذا حكم الأداء، أمّا لو أبرأ ربّ الدّين أحدهما عن جميع العشرة، برئ أصلاً وضمّاناً عندهم، وبراءة الآخر عن الضمان دون الأصيل عندهم؛ لأنّ الدّين عندهم لا يسقط عن المضمون عنه بسقوطه عن الضامن.

وعندنا يسقط.

ولو أبرأ أحدهما عن خمسة، فإن أبرأه عن الأصيل، برئ عنه وبراءة صاحبه عن ضمّانه، وبقي عليه ضمان ما علي صاحبه. وإن أبرأه عن الضمان، برئ عنه، وبقي عليه الأصيل، وبقي علي صاحبه الأصيل والضمّان.

وإن أبرأه من الخمسة عن الجهتين (1) جميعاً، سقط عنه نصف الأصيل ونصف الضمان، وعن صاحبه نصف الضمان، ويبقى عليه الأصيل ونصف الضمان فيطالبه بسبعة ونصف، ويطالب المبرأ عنه بخمسة.

وإن لم ينو عند الإبراء شيئاً، فيحمل علي النصف، أو يُخَيَّر ليصرف إلي ما شاء؟ فيه الوجهان.

ولو قال المبرئ: أبرأت عن الضمان، وقال المبرأ عنه: بل عن الأصيل، فالقول قول المبرئ (2) 3.

ص: 367

1- أي: جهتا الأصالة والضمّان.

2- العزيز شرح الوجيز 5:179، روضة الطالبين 3:503.

هذا كله علي مذهب الشافعي، وقد بيّنا مذهبنا في صدر المسألة.

مسألة 545: لو كان علي زيد عشرة فضمنها اثنان كل واحد منهما خمسة، وضمن أحدهما عن الآخر و بالعكس، فقد بيّنا أنه بمنزلة عدم الضمان

إذا أجاز المضمون له ضمانهما معاً.

و عند أكثر العامة يصح ضمانهما معاً، فلربّ المال - عندهم - مطالبة كل واحدٍ منهما بالعشرة نصفها عن الأصيل و نصفها عن الضامن الآخر، فإن أدّى أحدهما جميع العشرة، رجع بالنصف علي الأصيل و بالنصف علي صاحبه.

و هل له الرجوع بالكلّ علي الأصيل إذا كان لصاحبه الرجوع عليه إن غرم؟ فيه الوجهان عندهم.

و إن لم يؤدّ إلا خمسة، فإن أداها عن الأصيل أو عن صاحبه أو عنهما، ثبت له الرجوع بخمسة (1).

مسألة 546: لو باع شيئاً و ضمن ضامن الثمن فهلك المبيع قبل القبض،

أو وجد به عيباً فردّه، أو ضمن الصداق فارتدت المرأة قبل الدخول، أو فسخت ببيعٍ، فإن كان ذلك قبل أن يؤدّي الضامن، برئ الضامن و الأصيل.

و إن كان بعده فإن كان بحيث يثبت له الرجوع، رجع بالمغروم علي الأصيل، و رجع الأصيل علي ربّ المال بما أخذ إن كان هالكاً، و إن كان باقياً، ردّ عينه.

و هل له إمساكه و ردّ بدله؟ فيه خلاف مأخوذ ممّا إذا ردّ المبيع ببيعٍ

ص: 368

1- التهذيب - للبغوي - 182:4، العزيز شرح الوجيز 178:5، روضة الطالبين 3:502.

وعين الثمن عند البائع، فأراد إمساكه وردّ مثله.

والأصحّ: المنع، وبه قال الشافعي(1).

ولو كان الذي دفعه الضامن أجود أو أزيد، فالأقرب: أنّه ليس للأصيل أخذُ الزيادة.

وإنّما يغرم ربّ المال للأصيل دون الضامن؛ لأنّ في ضمن الأداء عنه إقراضه وتمليكه إيّاه.

وإن كان بحيث لا يثبت له الرجوع، فلا شيء للضامن علي الأصيل، وعلي المضمون له ردّ ما أخذه.

وعلي مَنْ يرَدُّ؟ فيه احتمال أن يرده علي الضامن، أو علي الأصيل.

وسياّتي تحقيقه إن شاء الله تعالى في المتبرّع بالصدّاق إذا طلق الزوج قبل الدخول.

مسألة 547: لو كان لرجلٍ علي آخَرُ دينٌ فادّعي صاحبُ الدّين علي آخَرٍ بأنّه ضمنه له علي المديون،

فأنكر الضامن الضمان، سقط حقّ ربّ المال عن الأصيل عندنا؛ لانتقال المال عن ذمّته إلي ذمّة الضامن، خلافاً لأكثر العامة(2).

ثمّ مدّعي الضمان إن لم تكن له بيّنة فأحلف الضامن علي أنّه لم يضمن، سقط ما له، أمّا عن الضامن: فلبّاءته باليمين، وأمّا عن الأصيل: فلاعترافه ببراءة ذمّته بالضمان.

وإن كان له بيّنة فأقامها علي الضامن بالضمان، ثبت له عليه المطالبة، فإذا رجع عليه بالمال، رجع الضامن علي الأصيل وإن كان قد كذّب المدّعي

ص: 369

1- العزيز شرح الوجيز 5:178، روضة الطالبين 3:502.

2- راجع الهامش (2) من ص 344.

للضمان؛ لأنّ البيّنة أبطلت حكم إنكاره، فكأنّه لم ينكره.

و هذا كما لو اشترى عيناً فادّعي آخر أنّها ملكه و أنّ بائعها غصبها منه، فقال المشتري في جوابه: إنّها ملك بائعي و ليس لك فيها حقّ، وإنّها اليوم ملكي، فأقام المدّعي البيّنة، فإنّ المشتري يرجع عليّ البائع و إن أقرّ له بالملك.

و كذا لو باع عيناً عليّ رجل و ادّعي عليّ آخر أنّه ضمن الثمن عن المشتري و أقام عليّ ذلك بيّنةً و أخذ الثمن من الضامن، يرجع الضامن عليّ الأصيل.

و اعترض بعض الشافعيّة: بأنّ البيّنة إنّما تُقام عند الإنكار، و إذا أنكر كان مكذباً للبيّنة زاعماً أنّ صاحب المال ظالم فيما أخذ منه، فكيف يرجع عليّ الأصيل بما ظلمه به و المظلوم إنّما يرجع عليّ ظالمه؟! (1).

و الجواب: نمنع أنّ البيّنة إنّما تُقام عند الإنكار، بل يجوز أن يُقرّ الضامن و تقام البيّنة للإثبات عليّ الأصيل.

سَلّمنا أنّه لم يُقرّ، لكنّ البيّنة لا تستدعي الإنكار بخصوصه، بل يكفي الإنكار و ما يقوم مقامه كالسكوت، فربما كان ساكتاً.

سَلّمنا استدعاءها الإنكار، لكنّها لا تستدعي الإنكار منه بخصوصه، بل يكفي صدور الإنكار من وكيله في الخصومات، فلعلّ البيّنة أُقيمت في وجه وكيله المنكر.

سَلّمنا أنّه أنكر، لكنّه ربما أنكر الضمان و سلّم البيع، و هذا الإنكار لو مَنَعَ كان مانعاً للرجوع بجهة غرامة المضمون.

و جائزٌ أن يكون هذا الرجوع باعتبار أنّ المدّعي ظلّمه بأخذ ما عليّ الأصيل منه، و للظالم مثل المأخوذ عليّ الغائب، فيأخذ حقه ممّا عنده. 5.

ص: 370

أما لو وجد منه التكذيب القاطع لكل الاحتمالات، فأصحّ وجهي الشافعية أنه يمنع من الرجوع (1).

وقيل: لا يمنع (2) علي ما اخترناه أولاً.

البحث الخامس: في اللواحق.

مسألة 548: كل موضع قلنا فيه بأنّ المأذون له في الأداء أو الضامن يرجع علي الأذن و المضمون عنه بما غرم

فإنّما هو مفروض فيما إذا أشهد المؤدّي أو الضامن علي الأداء شهادةً يثبت بها الحكم، سواء أشهد رجلين أو رجلاً و امرأتين.

ولو أشهد واحداً اعتماداً علي أن يحلف معه، فالوجه: الاكتفاء؛ لأنّ الشاهد مع اليمين حجة في نظر الشرع، كافية لإثبات الأداء، عند أكثر العلماء (1)، و هو أحد وجهي الشافعية.

و الثاني: أنّه لا يكفي؛ لأنّهما قد يترافعان إلي حنفي لا يقضي بالشاهد و اليمين، فكان ذلك ضرباً من التقصير (2).

و إنّما تنفع الشهادة ما إذا أشهد عدلين أو عدلاً و امرأتين ثقتين أو عدلاً واحداً علي الخلاف.

ولو أشهد فاسقين مشهورين بالفسق، لم يكف، و كان مقصراً.

ولو أشهد مستورين فبانا فاسقين، فالأقرب: الاكتفاء؛ إذ يمتنع الاطلاع علي البواطن، فكان معذوراً، و هو أصحّ وجهي الشافعية.

ص: 371

1- المغني 11:12، الشرح الكبير 94:12.

2- الحاوي الكبير 6:450، الوسيط 3:253، حلية العلماء 5:86، التهذيب - للبعوي - 4:185، العزيز شرح الوجيز 5:180-181، روضة الطالبين 3:504.

وفي الثاني: لا يكفي، ويكون بمنزلة مَنْ لم يُشهد؛ لأنَّ الحقَّ لا يثبت بشهادتهما(1).

وهو غلط، كما لو فسقا بعد الإشهاد والأداء.

ولا تكفي شهادة مَنْ يُعرف ظعنه(2) عن قريب؛ لأنَّه لا يفضي إلي المقصود.

أمَّا إذا أدَّى من غير إشهاد، فإن كان الأداء في غيبة الأصيل، فهو مقصّر بترك الإشهاد؛ إذ كان من حقّه الاحتياط وتمهيد طريق الإثبات. وإن كان بحضوره، فلا تقصير.

مسألة 549: لو جحد ربّ الدّين أداء الضامن إليه، و ادّعاه الضامن، و لا بينة، فإن كذب الأصيل الضامن في الدفع، لم يرجع عليه،

فإذا حلف ربّ الدّين، أخذ من الضامن ثانياً، ويرجع الضامن علي المضمون عنه بما أداه ثانياً، إلا أن يكون الذي أداه أولاً أقلّ مقداراً أو أقلّ صفةً و ادّعي رضاه به، فإنّه يرجع بما أداه أولاً.

وإن صدّقه الأصيل، فالأقوي: رجوع الضامن عليه بما أداه أولاً إن ساوي الحقّ أو قصر عنه، لا بما يؤدّيه ثانياً بحلف المضمون له، و يؤدّي الضامن إلي المضمون له ثانياً لحلفه.

وللشافعية فيه وجهان، هذا أحدهما.

و الثاني: أنّه ليس له الرجوع بما أداه أولاً و صدّقه عليه؛ لأنَّه لم يؤدّ بحيث ينتفع به الأصيل، فإنّ ربّ المال منكر، والمطالبة بحالها(3).

ص: 372

1- الوسيط 3:253، حلية العلماء 5:86، التهذيب - للبخاري - 4:185، العزيز شرح الوجيز 5:181، روضة الطالبين 3:504.

2- ظعن: سار. الصحاح 6:2159 «ظعن». والمراد هنا السفر.

3- العزيز شرح الوجيز 5:181، روضة الطالبين 3:504.

و لا بأس به عندي.

فعلي هذا القول لو كذبه الأصيل هل يحلف؟ قال بعض الشافعية:

يبني علي أنه لو صدّقه هل يرجع عليه؟ إن قلنا: نعم، حلّفه علي نفي العلم بالأداء. وإن قلنا: لا يرجع، يبني علي أنّ النكولَ وردّ اليمين كالإقرار، أو كالبيّنة؟ إن قلنا بالأوّل، لم يحلّفه؛ لأنّ غايته أن ينكل فيحلف الضامن، فيكون كما لو صدّقه، وذلك لا يفيد الرجوع. وإن قلنا بالثاني، حلّفه طمعاً في أن ينكل فيحلف (1)، فيكون كما لو أقام البيّنة (2).

ولو كذبه الأصيل و صدّقه ربّ المال، فالأقوي: أنه يرجع علي الأصيل؛ لسقوط المطالبة بإقراره، وإقراره أقوي من البيّنة مع إنكاره، وهو أظهر قولَي الشافعية.

و الثاني: أنه لا يرجع، و لا ينهض قول ربّ المال حجةً علي الأصيل (3).

و لو أدي في حضور الأصيل، قال بعض الشافعية: إنه لا يرجع (2)، كما لو ترك الإشهاد في غيبته (3).

و ظاهر مذهب الشافعي: أنه يرجع (4)؛ لأنّه حال الغيبة مستبَدّ بالأمر، فعليه الاحتياط و التوثيق بالإشهاد، و إذا كان الأصيل حاضراً، فهو أولي بالاحتياط، و التقصير بترك الإشهاد في حضوره مستند إليه (5).

مسألة 550: إذا توافق الأصيل و الضامن علي أنّ الضامن أشهد بالأداء

ص: 373

1- في «ج، ر» و المصدر: «و يحلف». (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5:181، روضة الطالبين 3:504.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «إنّه يرجع». و ما أثبتناه كما في المصدر.

3- العزيز شرح الوجيز 5:181، روضة الطالبين 3:504.

4- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «إنّه لا يرجع». و ما أثبتناه كما في المصدر.

5- العزيز شرح الوجيز 5:181، روضة الطالبين 3:504.

ولكن مات الشهود أو غابوا، ثبت له الرجوع علي الأصيل؛ لاعترافه بأن الضامن أتى بما عليه من الإشهاد والتوثيق، والموت والغيبة ليسا إليه، وهو قول الشافعي (1).

ونقل الجويني وجهاً بعيداً: أنه لا يرجع؛ إذ لم ينتفع بأدائه، فإن القول قول رب المال في نفي الاستيفاء (2).

ولو ادعى الضامن الإشهاد، وأنكر الأصيل الإشهاد، فالقول قول الأصيل مع اليمين؛ لأصالة عدم الإشهاد، وهو أصح وجهي الشافعية.

والثاني: أن القول قول الضامن؛ لأن الأصل عدم التقصير. ولأنه قد يكون صادقاً، وعلي تقدير الصدق يكون منعه من الرجوع إضراراً، فليصدق؛ للضرورة، كما يصدق الصبي في دعوي البلوغ؛ إذ لا يُعرف إلا من جهته (1).

ولو قال: أشهدت فلاناً وفلاناً، وكذّباه، فهو كما لو لم يُشهد.

ولو قال: لا ندري وربما نسيناه، احتُمل تصديقه وتكذيبه.

ولو أقام بينة علي الشاهدين بأنهما أقرّا بالشهادة، فالأقوي: السماع.

وإذا لم يُقم بينة علي الأداء وحلف رب المال، بقيت مطالبته بحالها، فإن أخذ المال من الأصيل، فذاك. وإن أخذه من الضامن مرةً أخرى، لم يرجع بهما؛ لأنه مظلوم بإحدهما، فلا يرجع إلا علي من ظلمه.

وفي قدر رجوعه للشافعية وجهان:

أحدهما: أنه لا يرجع بشيء، أمّا بالأول (4): فلاّنه قصّر عند أدائه بترك الإشهاد. وأمّا بالثاني (5): فلاّنه اعترفه بأنّه مظلوم به.

والأظهر عندهم: أنه يرجع؛ لأنه غرم لإبراء ذمته (2)3.

ص: 374

1- العزيز شرح الوجيز 5:181-182، روضة الطالبين 3:504. (4 و 5) أي: المبلغ الأول... المبلغ الثاني.

2- العزيز شرح الوجيز 5:182، روضة الطالبين 3:505.

وعلي هذا [هل] (1) يرجع بالأول؛ لأنه المبرئ للذمة، أو بالثاني؛ لأنه المسقط للمطالبة؟ فيه لهم وجهان (2).

مسألة 551: إذا ضمن المريض في مرض موته، فإن كان علي وجه يثبت له الرجوع و وجد الضامن مالاً يرجع فيه، فالضمان صحيح،

يُخرج من صلب المال؛ لأنه عقد شرعي ناقل للمال ولم يوجد تبرع من المريض، فكان ماضياً من الأصل.

وإن كان الضمان متبرعاً به غير متضمن للرجوع، أو كان بالسؤال وله الرجوع، لكن لم يجد مالاً يرجع فيه، بأن يموت الأصيل معسراً، فهذا الضمان من الثلث؛ لأنه تبرع محض، فلا ينفذ في أكثر من الثلث. فإذا ضمن المريض تسعين درهماً عن رجلٍ بأمره، ولا مال للمريض سوى التسعين ومات الأصيل ولم يترك إلا نصف التسعين ومات الضامن، دخلها الدور.

وتقريره أن نقول: إذا وفّت التركة بثلثي الدين، فلا دور؛ لأن صاحب الحق إن أخذ الحق من تركة الضامن، رجع ورثته بثلثي الدين في تركة الأصيل. وإن أخذ تركة الأصيل وبقي شيء، أخذه من تركة الضامن، ويقع تبرعاً؛ لأن ورثة الضامن لا يجدون مرجعاً.

وإن لم تف التركة بالثلثين - كما في هذه الصورة - فقد ثبت الدور.

وتحقيقه أن نقول: صاحب الحق بالخيار إن شاء أخذ تركة الأصيل بتمامها، وحينئذٍ فلا دور أيضاً، وله مطالبة ورثة الضامن بثلاثين درهماً، ويقع تبرعاً؛ إذ لم يبق للأصيل تركة حتى يفرض فيها رجوع.

ص: 375

1- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

2- العزيز شرح الوجيز 5:182، روضة الطالبين 3:505.

فإن أراد الأخذ من تركة الضامن، لزم الدَّور؛ لأنَّ ما يغرمه ورثة الضامن يرجع إليهم بعضه من جهة أنه يصير المغروم ديناً لهم علي الأصيل يتضاربون به مع صاحب الحقِّ في تركته، ويلزم من رجوع بعضه زيادة التركة، و من زيادة التركة زيادة المغروم، و من زيادة المغروم زيادة الراجع.

و طريق معرفته أن يقال: يأخذ صاحب الحقِّ من ورثة الضامن شيئاً، و يرجع إليهم مثل نصفه؛ لأنَّ تركة الأصيل نصف تركة الضامن، فيبقي عندهم تسعون إلا نصف شيء، و هي تعدل مثلي ما تلف بالضمان، و التالف نصف شيء، فمثلاً شيء، فإذا تسعون إلا نصف شيء يعدل شيئاً، فإذا جبرنا و قابلنا، عدلت تسعون شيئاً و نصف شيء، فيكون الشيء ستين، فبان لنا أن المأخوذ ستون، و حينئذ تكون الستون ديناً لهم علي الأصيل، و قد بقي لصاحب الحقِّ ثلاثون، فيضاربون في تركته بسهمين و سهم، و تركته خمسة و أربعون يأخذ منها الورثة ثلاثين، و صاحب الحقِّ خمسة عشر، و يعطّل باقي دينه، و هو خمسة عشر، فيكون الحاصل للورثة ستين، ثلاثون بقيت عندهم، و ثلاثون أخذوها من تركة الأصيل، و ذلك مثلاً ما تلف و وقع تبرعاً، و هو ثلاثون.

و لو كانت المسألة بحالها لكن تركة الأصيل ثلاثون، قلنا: يأخذ صاحب الحقِّ شيئاً، و يرجع إلي ورثة الضامن مثل ثلثه؛ لأنَّ تركة الأصيل ثلث تركة الضامن، فيبقي عندهم تسعون ناقصةً ثلثي شيء تعدل مثلي المتلف بالضمان، و هو ثلثا شيء، فمثلاً شيء و ثلث، فإذا تسعون إلا ثلثي شيء تعدل شيئاً و ثلثاً، فيُجبر و يُقابل، عدلت تسعون شيئين، فالشيء خمسة و أربعون، و ذلك ما أخذه صاحب الحقِّ، و صار ديناً لورثة الضامن علي الأصيل، و بقي لصاحب الحقِّ عليه خمسة و أربعون أيضاً، فيتضاربون

في تركته بسهمٍ و سهمٍ، فيجعل بينهما نصفين.

ولو كانت تركة الأصيل ستين، فلا دُور، بل لصاحب الحق أخذ تركة الضامن كلها بحق الرجوع، ويقع الباقي تبرعاً.

ولو كانت المسألة بحالها و كان قد ضمن عن الضامن ضامنٌ ثانٍ و مات الضامن الثاني و لم يترك إلا تسعين درهماً أيضاً، كان لصاحب الحق أن يطالب وريثة أيهما شاء.

فإن طالب به وريثة الضامن الأول، قال بعض الشافعيين: كان كالمسألة الأولى يأخذ ستين، و من وريثة مَنْ كان عليه أصل المال خمسة عشر، و يرجع وريثة الضامن علي وريثة الذي كان عليه الحق بثلاثين(1).

وإن طالب وريثة الضامن الثاني، أخذ منهم سبعين درهماً، و من وريثة مَنْ كان عليه الأصل خمسة عشر، و يرجع وريثة الضامن الثاني علي الضامن الأول بأربعين درهماً، و يرجع الضامن الأول في مال مَنْ عليه أصل الحق بثلاثين.

وإنما كانت هذه المسألة كأولي فيما إذا طالب وريثة الضامن الأول؛ لأنه لا يأخذ منهم إلا ستين، و يأخذ من تركة الأصيل خمسة عشر، كما في الصورة السابقة، لكن لا يتلف من ماله شيء هنا، بل يطالب بالباقي - و هو خمسة عشر - وريثة الضامن.

وأمّا إذا طالب وريثة الضامن الثاني، فقد غلّطه جماعة الشافعية في قوله من جهة أنه أتلف من مال الثاني ثلاثين؛ لأنه أخذ منهم سبعين، و أثبت لهم الرجوع بأربعين، و كان الباقي عندهم عشرين، فالمجموع ستون، و لم يتلف من مال الأول إلا عشرة؛ لأنه أخذ منهم أربعين، و أثبت لهم 5.

ص: 377

الرجوع بثلاثين، و معلوم أنّ الضامن الثاني إنّما ضمن تسعين عمّن يملك تسعين، و الأول ضمن تسعين عمّن يملك خمسةً و أربعين، فكيف يؤخذ من الثاني أكثر ممّا يؤخذ من الأول؟! (1).

و اختلفت الشافعية في الجواب.

فقال الأستاذ أبو إسحاق (2): يأخذ صاحب الحقّ من ورثة الضامن خمسةً و سبعين، و يرجعون بمثلها علي ورثة الأول، و يرجع [ورثة] (3) الأول علي ورثة الأصيل بتركته، و هي خمسة و أربعون، فيكون جملة ما معهم ستين: خمسة عشر من الأصيل، و الباقي من العوض، و ذلك مثلاً الثلاثين التالفة عليهم، و لم يثبت لصاحب الحقّ مطالبة ورثة الثاني بكمال الدّين (4).

و قال الأكثر: له مطالبة ورثة الثاني بجميع الدّين، ثمّ هم يرجعون علي ورثة الأول بخمسة و سبعين، و يتلف عليهم خمسة عشر؛ للضرورة، و يرجع ورثة الأول علي ورثة الأصيل بتركته، كما ذكره الأستاذ (5).

قال الجويني: كأنّ الأستاذ اعتقد أنّ ضمان الأول لم يصحّ إلّا في قدرٍ لو رجع معه في تركة الأصيل لما زاد التالف من تركته علي ثلثها، و إذا لم يصحّ ضمانه فيما زاد، لم يصحّ ضمان الثاني عنه، و إلّا دار (6).

قالوا: إنّما لا يؤخذ أكثر من الثلث لحقّ الورثة، لكنّه صحيح في الجميع متعلّق بالذمّة، فيكون ضمان الثاني عنه فيما زاد كالضمان عن المعسر (7) 5.

ص: 378

1- العزيز شرح الوجيز 5:184.

2- كذا في النسخ الخطيّة و الحجرية، و في المصدر: «أبو منصور».

3- ما بين المعقوفين من المصدر. (4-7) العزيز شرح الوجيز 5:184.

و يجب أن يكون هذا الخلاف جارياً في مطالبتهم بتتمة التسعين إذا طالب أولاً ورثة الضامن الأول وإن [لم] (1) يُذكر ثم. وإن أخذ المستحق أولاً بتركة الأصيل، برئ الضامنان عن نصف الدَّين.

ثم المستحق - علي جواب الأكثرين - إن شاء أخذ من ورثة الأول ثلاثين، ومن ورثة الثاني خمسة عشر، وإن شاء أخذ الكل من ورثة الثاني وهم يرجعون علي ورثة الأول بثلاثين، فيصل إلي تمام حقه بالطريقتين.

وعلي جواب الأستاذ ليس له من الباقي إلا ثلاثون، إن شاء أخذها من ورثة الأول ولا رجوع، وإن شاء أخذها من ورثة الثاني، وهم يرجعون بها علي ورثة الأول (2).

مسألة 552: يجوز ترامي الضمان لا إلي غاية معينة.

و هل يجوز دَوْرُهُ بأن يضمن ضامن رجلاً علي دَيْنٍ ثم يضمن الرجل المضمون الضامن علي ذلك الدَّين بعينه؟ مَنَع منه الشافعية؛ لأنَّ الضامن فرع المضمون عنه، فلا يجوز أن يكون أصله (3).

وفيه عندي نظر.

أما لو ضمن غير ذلك الدَّين، فإنه يجوز قطعاً؛ لأنَّ الأصل في شيء قد يكون فرعاً لفرعه في شيء آخر.

وكذا لو تبرع الضامن بالضمان، فإنَّ الحقَّ يثبت في ذمته، وتبرأ ذمّة المضمون عنه عندنا، فيجوز حينئذٍ للمضمون عنه أن يضمن الضامن.

فلو كان له علي اثنين عشرة علي كل واحدٍ منهم خمسة، فضمن كل واحدٍ صاحبه فضمن ثالثٌ عن أحدهما العشرة وقضاها، سقط الحقُّ

ص: 379

1- ما بين المعقوفين من المصدر.

2- العزيز شرح الوجيز 5:184.

3- راجع: الحاوي الكبير 6:444.

- عندنا وعند الشافعية (1) - عن الجميع بالأداء، ورجع علي الذي ضمن عنه بخمسة؛ لأنها هي التي تثبت في ذمته، ولم يرجع علي الآخر بشيء؛ لأنه لم يضمن عنه، وإنما قضى الدين عنه تبرعاً.

وعند الشافعية يكون له الرجوع علي الذي ضمن عنه بال عشرة، ولا يرجع علي الآخر بشيء؛ لأنه لم يضمن عنه، وإذا رجع علي الذي ضمن عنه، رجع علي الآخر بنصفها؛ لأنه ضمنها عنه وقضاها (2).

ولو كان المضمون عنه دفع مال الضمان إلي الضامن بإذنه وقال له:

اقض هذا المال للمضمون له عني، فقضاه، كان أمانة في يده؛ لأنه نائب عنه في دفعه إلي صاحب الدين، فإن (1) تلف قبل الدفع بغير تفریط منه، لم يضمنه.

وإن دفعه إليه عن الذي ضمنه وقال له: خذ هذا عوضاً عما ضمنته، فللشافعية وجهان:

أحدهما: يصح ويملكه؛ لأن رجوعه عليه يتعلّق بسبب الضمان والغرم، فإذا وجد أحد السببين، جاز أن يدفعه، كالزكاة.

والثاني: لا يصح ولا يملكه؛ لأنه يدفعه عوضاً عما يغرم، ولم يغرم بعد، فلا تصحّ المعاوضة علي ما لم يجب له (2).

ويمكن أن يقال: هذا لا يجيء علي مذهب الشافعية؛ لأن لصاحب الحق أن يطالب من عليه الدين بذلك، فكيف تصحّ المعاوضة عنه مع 3.

ص: 380

1- في «ج»: «وإن».

2- المهذب - للشيرازي - 1: 348، العزيز شرح الوجيز 5: 173، روضة الطالبين 3: 497.

توجّه المطالبة به؟! فإن قلنا: إنّه يملك، صحّ له التصرف فيه، وإلا فلا، ويكون مضموناً عليه؛ لأنّه قبضه علي وجه المعاوضة.

مسألة 553: لو ادّعي علي رجل حاضر أنّه باع منه ومن الغائب شيئاً بألفٍ و كلٌّ منهما ضامن لصاحبه،

فإن أقرّ الحاضر، لم يلزمه عندنا إلا النصف الذي ضمنه، بناءً علي أصلنا من انتقال المال إلي ذمّة الضامن، وعند الشافعيّة من اشتراك الذمّتين في المال(1) الحاوي الكبير 448:6، حلية العلماء 87:5، التهذيب - للبخاري - 184-183:4، العزيز شرح الوجيز 180:5، روضة الطالبين 3:503-504(2): يؤدّي الحاضر الألف، فإذا قدم الغائب و صدّقه، رجع عليه. وإن أنكره و حلف، لم يكن له الرجوع عليه(2).

و أمّا إن أنكر الحاضر الضمان، فإن لم يكن للمدّعي بيّنة، قدّم قول المنكر مع يمينه. فإذا(3) حلف، سقطت الدعوي عنه.

فإذا قدم الغائب فإن أنكر(4)، حلف و برئ، وإن اعترف، لزمه خمسمائة التي ادّعاها عليه، و يسقط(5) عنه الباقي؛ لأنّ المضمون عنه سقطت عنه بيمينه، قاله بعض الشافعيّة(6).

و قال بعضهم: إنّه غير صحيح؛ لأنّ اليمين لم تبرئه من الحقّ، و إنّما أسقطت عنه في الظاهر، فإذا أقرّ به الضامن، لزمه، و لهذا لو أقام البيّنة عليه بعد يمينه، لزمه و لزم الضامن، فإذا نكح الحقّ لم يسقط عنه و لا عن الضامن(7).

و أمّا إذا أقام علي الحاضر البيّنة، و جب عليه الألف عندهم، فإذا قدم

ص: 381

1- راجع المصادر في الهامش

2- من ص 344.

3- في الطبعة الحجرية: «و إذا».

4- في الطبعة الحجرية: «فأنكر» بدل «فإن أنكر».

5- في «ر» و الطبعة الحجرية: «سقط». (6 و 7) حلية العلماء 87:5.

الغائب، لم يكن للحاضر الرجوعُ علي الغائب؛ لأنَّه منكرٌ لما شهدت به البيّنة، مكذّبٌ لها، مدّعٍ أنّ ما أخذه ظلم، فلم يرجع (1).

ونقل المزي أنه يرجع بالنصف علي الغائب (2).

وتأوله الشافعيّة بأمر، أحدها: أنّه يجوز أن تُسمع البيّنة مع إقراره؛ لأنَّه يثبت بذلك الحقُّ علي الغائب، فتُسمع عليهما، أو يكون أنكر شراءه و لم ينكر شراء شريكه و الضمان عنه، بل سكت (3).

مسألة 554: لو شرط في الضمان الأداء من مال بعينه، صحّ الضمان و الشرط معاً؛

لتفاوت الأغراض في أعيان الأموال، فلو تلف المال قبل الأداء بغير تفريط الضامن، فالأقرب: فساد الضمان؛ لفوات شرطه، فيرجع صاحب المال علي الأصيل.

و هل يتعلّق الضمان بالمال المشروط تعلُّقه به تعلُّق الدّين بالرهن أو الأرش بالجاني؟ الأقرب: الأوّل، فيرجع علي الضامن لو تلف.

و علي الثاني يرجع علي المضمون عنه.

و كذا لو ضمن مطلقاً و مات معسراً علي إشكال.

و لو بيع متعلّق الضمان بأقلّ من قيمته؛ لعدم الراغب، رجح الضامن بتمام القيمة؛ لأنَّه يرجع بما أدّى.

و يُحتمل بالثمن خاصّةً؛ لأنَّه الذي قضاه.

و لو لم يساو المال قدر الدّين، فالأقرب: الرجوع علي الضامن، و يرجع علي المضمون عنه.

ص: 382

1- حلية العلماء 5:88.

2- مختصر المزي: 108، حلية العلماء 5:88.

3- حلية العلماء 5:88.

وقد بيّنا أنّ ضمان المجهول صحيح، فلو ضمن عنه ما في ذمّته، صحّ، ولزمه ما تقوم به البيّنة علي ثبوته وقت الضمان، لا ما يتجدّد، ولا ما يوجد في دفتر وكتاب، ولا ما يُقرّ به المضمون عنه أو يحلف عليه المالك بردّ اليمين من المديون.

ولو ضمن ما تقوم به البيّنة، لم يصح؛ لعدم العلم بثبوته حينئذٍ.

مسألة 555: لو ضمن الدّين اثنان علي التعاقب مع صاحب الحقّ عن المديون، طُوب الضامن الأوّل، و بطل الثاني؛

لأنّ الحقّ انتقل من ذمّة المضمون عنه إلي ذمّة الضامن، فالضامن الثاني لم يصادف ضمانه حقّاً علي المضمون عنه للمضمون له.

ولو قال الضامن الثاني: ضمننت لك هذا الدّين علي مَنْ كان، فإن قلنا: يصحّ الضمان عن المجهول، صحّ هذا الضمان، وكان ضامناً عن الضامن السابق، وإلّا بطل.

ولو ضمن الثاني من وكيل صاحب الحقّ، بطل الثاني.

ولو اتّفق ضمان الأوّل مع صاحب الحقّ و ضمان الثاني مع وكيله في الزمان الواحد، بطل الضمانان معاً؛ لعدم أولويّة أحدهما بالصحة و الآخر بالبطان.

مسألة 556: لو شرط الضمان في مالٍ بعينه ثمّ أفلس و حجر عليه الحاكم، كان حقّ الضمان في العين التي تعلّق الضمان بها - كالرهن - مقدّماً علي حقّ الغرماء،

فإن فضل شيء من حقّ الضمان، تعلّق حقّ الغرماء بالفاضل، وإلّا فلا.

و لو ضمن كلٌّ من المديونين ما علي صاحبه، تعاكست الأصاله و الفرعيّة فيهما إن أجازهما المضمون له علي ما بيّناه، و تتساقطان إذا أدّي كلٌّ واحدٍ منهما مالَ الضمان عن صاحبه، فلو شرط أحدهما كونَ الضمان من مالٍ بعينه و حُجر عليه بفلسٍ قبل الأداء، رجع علي الموسر بما أدّي، و يضرب الموسر مع الغرماء.

و لو أجاز ضمانَ أحدهما خاصّةً، رجع عليه بالجميع، و يرجع المؤدّي علي الآخر بنصيبه، فإن دفع النصف، انصرف إلي ما قصده، و يُصدّق باليمين، و ينصرف الإبراء إلي ما قصده المبرئ، فإن أطلق فالتقسيم.

و لو ادّعي الأصيل قصده، ففي توجّه اليمين عليه أو علي الضامن إشكال ينشأ: من عدم توجّه اليمين لحقّ الغير، و من خفاء القصد.

و لو تبرّع بالضمان ثمّ سأل ثالثاً الضمان عنه فضمن، رجع عليه، دون الأصيل و إن أذن له الأصيل في الضمان و الأداء.

مسألة 557: لو دفع الأصيل الدّينَ إلي المستحقّ أو إلي الضامن، فقد برئ، سواء أذن له الضامن في الدفع أو لا.

و لو ضمن فأنكر الأصيل الإذنَ في الضمان، قُدّم قوله مع اليمين، و علي الضامن البيّنة بالإذن؛ لأصاله عدمه.

و كذا لو أنكر الأصيل الدّينَ الذي ضمنه عنه الضامن؛ لأصاله براءة ذمّته.

و لو أنكر الضامن الضمانَ فاستوفي المستحقّ بالبيّنة، لم يرجع علي

الأصيل إن أنكر الدَّيْنَ أيضاً أو الإذْنَ، وإلَّا رجع اقتصاصاً، إلَّا أن ينكر الأصيل الإذْنَ ولا بيّنة.

ولو أنكر المستحقّ دفع الضامن بسؤالٍ، قُدِّم إنكاره.

فإن شهد الأصيل ولا تهمة، قُبِلت، ومع التهمة يغرم ثانياً، ويرجع علي الأصيل بالأوّل مع مساواته الحقّ أو قصوره.

ولو لم يشهد، رجع بالأقلّ من الثاني والأوّل والحقّ.

مسألة 558: كما ينبغي التنزّه عن الدَّيْن ينبغي التنزّه عن الضمان مع الإعسار؛ لما فيه من التفرير بمال الغير.

وقد روي أبو الحسن الخزّاز عن الصادق عليه السلام، قال: سمعته يقول لأبي العباس الفضل: «ما مَنَعَكَ من الحجّ؟» قال: كفالة تكفّلت بها، قال: «ما لك والكفالات؟ أما علمت أنّ الكفالة هي التي أهلكت القرون الأولى؟» (1).

وعن داؤد الرقي عن الصادق عليه السلام قال: «مكتوب في التوراة: كفالة ندامة غرامة» (2).

وقد روي الحسن (3) بن خالد عن الكاظم عليه السلام، قال: قلت له:

جُعِلت فداك، قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال: «ليس علي الضامن غُرْمٌ، الغُرْم علي مَنْ أكل المال» (4). والمراد منه أنّ الضمان يستقرّ علي الأصيل.

ص: 385

1- التهذيب 6: 484/209.

2- التهذيب 6: 492/210.

3- في المصدر: «الحسين».

4- الكافي 5: 104-105/5، التهذيب 6: 485/209.

إشارة

وفيه مباحث:

البحث الأول: العقد.

مسألة 559: الكفالة عقد شرعي للتعهد بالنفس، ويشابه الضمان، فإن الشيء المضمون قد يكون حقاً علي الشخص، وقد يكون نفس الشخص.

وهي عقد صحيح عند عامة أهل العلم، وبه قال الثوري و مالك و الليث و أبو حنيفة و أحمد و الشافعي (1)، و لا نعرف فيه مخالفاً، إلا ما نقل عن الشافعي من قوله في كتاب دعاوي: إن الكفالة بالبدن ضعيفة (2).

وقال في اختلاف العراقيين وفي الإقرار وفي المواهب وفي كتاب اللعان: إن الكفالة بالبدن جائزة (3).

و اختلف أصحابه.

فقال بعضهم: إن الكفالة صحيحة قولاً واحداً، وأراد بقوله: «إنها

ص: 387

1- المغني 5:95، الشرح الكبير 5:98، بداية المجتهد 2:295، المعونة 2:1230، الهداية - للمرغيناني - 3:87، المبسوط - للسرخسي - 2:20، مختصر اختلاف العلماء 4:1975/253، التنف 2:758، الاختيار لتعليل المختار 2:270، الحاوي الكبير 6:462، المهذب - للشيرازي - 1:349، الوجيز 1:184، الوسيط 3:239، حلية العلماء 5:67، التهذيب - للبغوي - 4:187، العزيز شرح الوجيز 5:159، روضة الطالبين 3:486.

2- الأم 3:231، و 6:229، الحاوي الكبير 6:462، المهذب - للشيرازي - 1:349، حلية العلماء 5:67، التهذيب - للبغوي - 4:187، العزيز شرح الوجيز 5:159، المغني 5:95، الشرح الكبير 5:98.

3- الأم 7:118، الحاوي الكبير 6:462، المهذب - للشيرازي - 1:349.

ضعيفة» أي ضعيفة في القياس وإن كانت ثابتة بالإجماع والأثر.

و منهم مَنْ قال: إنَّ فيها قولين:

أحدهما: أنَّها صحيحة، وهو قول عامَّة العلماء.

و الثاني: أنَّها غير صحيحة؛ لأنَّها كفالة بعين فلم تصح، كالكفالة بالزوجة و بدن الشاهدَيْن: (1).

و الحقُّ: الأوَّل؛ لقوله تعالى: «قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ» (2) فطلب يعقوب عليه السلام من بنيه كفيلاً ببدن يوسف عليه السلام، وقالوا ليوسف عليه السلام: «إِنَّ لَهُ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ» (3) و ذلك كفالة بالبدن.

و ما رواه العامَّة من قول النبيِّ صلي الله عليه و آله: «الزعيم غارم» (4).

و من طريق الخاصَّة: قول الباقر عليه السلام: «إِنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ أُتِيَ بِرَجُلٍ كَفَلَ بِرَجُلٍ بَعِينَهُ فَأَخَذَ الْكَفِيلَ، فَقَالَ: احْبِسُوهُ حَتَّى يَأْتِيَ بِصَاحِبِهِ» (5).

و لإطباق الناس عليه في جميع الأعصار في كلِّ الأصقاع، و لو لم تكن صحيحةً امتنع إطباق الخلق الكثير عليه. و لأنَّ الحاجة تدعو إليه، و تشتدُّ الضرورة إليه، فلو لم يكن سائغاً لزم الحرج و الضرورة. و لأنَّ ما وجب تسليمه بعقدٍ وجب تسليمه بعقد الكفالة، كالمال و وجوب تسليم البدن».

ص: 388

1- المهذَّب - للشيرازي - 349:1، حلية العلماء 86:5، التهذيب - للبغوي - 187:4، العزيز شرح الوجيز 159:5، المغني 95:5، الشرح الكبير 98:5.

2- يوسف: 66.

3- يوسف: 78.

4- سنن ابن ماجة 2:2405/804، سنن أبي داؤد 3:3565/297، سنن الترمذي 3:1265/565، سنن الدار قطني 4:8/70، سنن البيهقي 6:72، سنن سعيد ابن منصور 1:125-427/126، مسند أحمد 6:21792/358، و 22001/397.

5- التهذيب 6:486/209، و فيه: «بالمكفول» بدل «الكفيل».

يكون بعقد النكاح و الإجارة.

مسألة 560: و يصح عقد الكفالة حالةً و مؤجلةً عند أكثر علمائنا

(1) - و به قال الشافعي (2) - للأصل الدالّ علي الجواز.

وقال الشيخ رحمه الله: لا يصحّ ضمان مال و لا نفس إلاّ بأجلٍ معلوم (3).

و هو ممنوع.

إذا ثبت هذا، فإذا أطلق عقد الكفالة أو شرط الحلول، كانت حالةً؛ لأنّ كلّ عقدٍ دخّله الحلول إذا أطلق اقتضي الحلول، كالثمن.

و إذا ذكر أجلاً و جب تعيينه، فإن أبهم، كان العقد باطلاً عندنا - و به قال الشافعي و أحمد (4) - لما فيه من الغرر بجهالة الأجل. و لأنّه ليس له وقت يستحقّ مطالبته فيه.

و كذا الضمان.

فإن جعله إلي الحصاد و الجذاذ و القطاع (5)، لم يصح عندنا، و هو أحد قولَي الحنابلة (6).

و الأولي عندهم: صحّته؛ لأنّه تبرّع من غير عوضٍ جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود فيه، فصحّ (7).

و عن أحمد رواية: أنّه إذا قيّد الكفالة بساعة، صحّ، و لزمه. و توقّف

ص: 389

1- منهم: الشيخ الطوسي في المبسوط 2:337، و الحلّي في السرائر 2:77، و المحقّق في شرائع الإسلام 2:115.

2- المهذب - للشيرازي - 1:350.

3- النهاية: 315.

4- المهذب - للشيرازي - 1:350، الوسيط 3:244، الوجيز 1:185، حلية العلماء 5:72 و 77، التهذيب - للبغوي - 4:190، العزيز

شرح الوجيز 5:169، روضة الطالبين 3:493، المغني 5:100، الشرح الكبير 5:106.

5- في «ث»: «القطاف» بدل «القطاع». (6 و 7) المغني 5:100، الشرح الكبير 5:106.

لوعين الوقت المتسع(1).

ولأنه شرط فيها شرطاً فاسداً فلم يصح مطلقاً؛ لعدم الرضا به، ولا مقيداً بهذا الشرط؛ لفساده.

وللشافعي وجه آخر: أنها تصح كالعارية بأجل مجهول(2).

وهو غلط؛ لأن العارية لا تلزم، ولهذا لوقال له: أعرتك أحد هذين الثوبين، جاز، وكان له الانتفاع بأحدهما، و لو قال: كفلت لك بأحد هذين، لم يصح، كذا هنا.

مسألة 561: عقد الكفالة يصح دخول الخيار فيه،

فإن شرط الخيار فيها مدة معينة، صح؛ لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»(3).

وقوله تعالى: «أوفوا بالعقود»(4) أمر بالوفاء بالعقد، وإنما وقع العقد علي هذا الشرط، وليس منافياً لمقتضاه، كما لا ينافي غيره من العقود.

وقال الشافعي: إذا شرط في الكفالة الخيار، بطل العقد؛ لأنه عقد لا يجوز فيه شرط الخيار، فإذا شرطه بطل، كالتسليم والصرف(5).

والمقدمة الأولى ممنوعة، والحكم في المقيس عليه ممنوع.

وقال أبو حنيفة: إذا شرط الخيار في الكفالة، صح العقد، وبطل الشرط؛ لأن الضمان يتعلق بغرر وخطر، فلم يفسد بالشرط الفاسد،

ص: 390

1- المغني 5:100، الشرح الكبير 5:106.

2- المهذب - للشيرازي - 1:350، حلية العلماء 5:72 و 77.

3- التهذيب 7:1503/371، الاستبصار 3:835/232، الجامع لأحكام القرآن 6:33.

4- المائدة: 1.

5- حلية العلماء 5:77، التهذيب - للبغوي - 4:191، العزيز شرح الوجيز 5:167، روضة الطالبين 3:493.

مسألة 562: لا بدّ في العقد من صيغة دالة علي الإيجاب و القبول،

فيقول الكفيل: كفلت لك بدن فلان، أو: أنا كفيل بإحضاره، أو: كفيل به، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه، أو برأسه؛ لأنّ كلّ ذلك يُعبّر به عن الجملة.

ولو كفل رأسه أو كبده أو عضواً لا تبقي الحياة بدونه، أو بجزء شائع فيه، كثلثه أو رבעه، قال بعض علمائنا: لا يصحّ؛ إذ لا يمكن إحضار ما شرط مجرداً، ولا يسري العقد إلي الجملة(2).

وقال بعض الشافعيّة: تصحّ الكفالة؛ لأنّه لا يمكن إحضار ذلك المكفول إلّا بإحضار كلّ(3). وهو الوجه عندي.

ولو تكفل بعضو تبقي الحياة بعد زواله، كيده ورجله وإصبعه وغيرها، للشافعيّة وجهان:

أحدهما: الصحّة؛ لأنّه لا يمكنه إحضار هذه الأعضاء علي صفتها إلّا بإحضار البدن كلّ، فأشبه الكفالة بالوجه والقلب. ولأنّه حكم تعلق بالجملة، فيثبت حكمه إذا أُضيف إلي البعض، كالتحق.

والثاني: لا تصحّ؛ لأنّه لا يمكن(4) إحضاره بدون الجملة مع بقائها(5).

ص: 391

1- حلية العلماء 5:77، العزيز شرح الوجيز 5:167.

2- راجع: شرائع الإسلام 2:118.

3- الحاوي الكبير 6:465، المهذّب - للشيرازي - 1:350، حلية العلماء 5:74، التهذيب - للبعوي - 4:192، العزيز شرح الوجيز 5:170، روضة الطالبين 3:495.

4- في المغني و الشرح الكبير: «يمكن» بدون «لا» النافية.

5- الحاوي الكبير 6:465، المهذّب - للشيرازي - 1:350، حلية العلماء 5:74، التهذيب - للبعوي - 4:192، العزيز شرح الوجيز 5:170، روضة الطالبين 3:495، المغني 5:96، الشرح الكبير 5:100-101.

وقال بعض الشافعية: لا تصح الكفالة في جميع ذلك كله، سواء بقيت الحياة بدونه أو لا، و سواء كان جزءاً مشاعاً أو لا؛ لأن ما لا يسري إذا خص به عضواً لم يصح، كالبيع والإعارة والوصية والإجارة(1).

البحث الثاني: في الكفيل و المكفول و المكفول له.

مسألة 563: يشترط في الكفيل البلوغ و العقل و الحرية و جواز التصرف،

فلا تصح كفالة الصبي و لا المجنون و لا العبد و لا من لا يجوز تصرفه، كالسكران و الغافل و النائم و الساهي و المحجور عليه للسفه و الفلس؛ لأن الكفالة تستلزم غرم المال مع عدم الإحضار، و هؤلاء كلهم ممنوعون من التصرف في أموالهم. و لا يشترط ذلك في المكفول و لا في المكفول له، فإنه تجوز الكفالة للصبي و المجنون و غيرهما إذا قبل الولي.

مسألة 564: يشترط رضا الكفيل، فلا تصح كفالة المكره علي الكفالة؛

لأنه لا يصح أن يلزمه الحق ابتداءً إلا برضاه. و لا نعلم فيه خلافاً.

و كذا يُعتبر رضا المكفول له؛ لأنه صاحب الحق، فلا يجوز إلزامه شيئاً بغير رضاه، و كما يُعتبر رضا المرتهن في الارتهان، كذا المكفول له يُعتبر رضاه في الكفالة.

وقال أحمد: لا يُعتبر رضاه؛ لأنها(2) التزام حق له من غير عوض،

ص: 392

1- المهذب - للشيرازي - 350:1، حلية العلماء 74:5، التهذيب - للبخاري - 192:4، العزيز شرح الوجيز 170:5، روضة الطالبين 495:3.

2- في النسخ الخطية و الحجرية: «لأنه». و ما أثبتناه كما في المصدر.

فلم يُعتبر رضاه فيها(1).

و ليس بصحيح.

أمّا المكفول به فلا يُعتبر رضاه، بل تصحّ الكفالة وإن كره المكفول به، عند علمائنا - وبه قال ابن سريج من الشافعية(2) - لأنّها وثيقة علي الحقّ، فصحّت بغير أمر مَنْ عليه، كالضمان.

وقال عامّة الشافعية - وهو منقول عن الشافعي -: إنّه يُعتبر رضا المكفول(3) به؛ لأنّه إذا لم يأذن المكفول به في الكفالة لم يلزمه الحضور معه، فلم يتمكّن من إحضاره، فلم تصحّ(4) كفالته؛ لأنّها كفالة بغير المقدور عليه، بخلاف الضمان؛ لأنّه يمكنه الدفع من ماله، ولا يمكنه أن ينوب عنه في الحضور(5).

ونمنع عدم لزوم الحضور.

و خلاف الشافعية هنا مبنيّ علي أنّ الكفيل هل يغرم عند العجز؟ إن قلنا: لا يغرم، لم تصح الكفالة؛ لأنّه إذا تبرّع لم يتمكّن من إحضاره؛ إذ لا تلزمه الإجابة، فلا تقضي الكفالة إلي مقصود. وإن قلنا: نعم، يغرم عند العجز(6).

فعلي قولنا إذا تكفّل به بغير أمره فطالبه المكفول له بإحضاره، وجب5.

ص: 393

-
- 1- المغني 5:103، الشرح الكبير 5:102.
 - 2- الحاوي الكبير 6:464، حلية العلماء 5:73.
 - 3- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «المضمون» بدل «المكفول». و الظاهر ما أثبتناه.
 - 4- في النسخ الخطيّة: «فلا تصحّ».
 - 5- الحاوي الكبير 6:464، المهذّب - للشيرازي - 1:350، حلية العلماء 5:73، التهذيب - للبخاري - 4:189، العزيز شرح الوجيز 5:165، روضة الطالبين 3:491، المغني 5:103-104، الشرح الكبير 5:102.
 - 6- العزيز شرح الوجيز 5:165.

عليه إحضاره، ووجب علي المكفول به الحضور، لا من جهة الكفالة، ولكن لأن المكفول له أمره بإحضاره، فهو بمنزلة وكيله في مطالبته بحضوره.

ولو لم يقل المكفول له: أحضره، ولكن قال: أخرج إلي من كفالتك، أو: أخرج عن حقي، فهل يجب علي المكفول به الحضور؟ الأقرب: ذلك؛ لأن ذلك يتضمن الإذن له في إحضاره، وهو أحد وجهي الشافعية علي قول ابن سريج.

والثاني: لا يلزمه؛ لأنه طالبه بما عليه من الإحضار، فعلي هذا له حبسه، ولا يلزم المكفول به الحضور(1).

وهو باطل؛ لأنه يحبس علي ما لا يقدر عليه.

مسألة 565: يشترط في المكفول به التعيين،

فلو قال: كفلت أحد هذين، أو كفلت زيدا أو عمروا، لم يصح؛ لأنه لم يلتزم بإحضار أحدهما بعينه.

وكذا لو قال: كفلت لك بيدن زيد علي أي إن جئت به وإلا فأنا كفيل بعمرو، لم يصح؛ لأنه لم يلتزم إحضار أحدهما بعينه. ولأنه علق الكفالة في عمرو بشرط، والكفالة لا تتعلق بالشرط، فلو قال: إن جئت فأنا كفيل به، لم يصح. وكذا لو قال: إن جاء زيد فأنا كفيل به، أو: إن طلعت الشمس، وبذلك كله قال الشافعي(2).

ولو قال: أنا أحضره، أو أؤدي ما عليه، لم يكن كفالة.

ص: 394

1- حلية العلماء 5:73، العزيز شرح الوجيز 5:165-166، روضة الطالبين 3:492.

2- التهذيب - للبغوي - 4:181 و 190 و 191، العزيز شرح الوجيز 5:161 و 167 و 171، روضة الطالبين 3:487 و 493 و 496.

مسألة 566: كل من عليه حق مالي صحّت الكفالة ببدنه،

و لا يشترط العلم بمبلغ ذلك المال؛ لأنّ الكفالة إنّما هي بالبدن لا بذلك المال، و البدن معلوم، فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارضٍ. ولأنّنا قد بيّنا أنّ ضمان المجهول صحيح، و هو التزام المال ابتداءً، فالكفالة التي لا تتعلّق بالمال ابتداءً أولى، و هو قول أكثر الشافعيّة (1).

وقال بعضهم: لا تصحّ كفالة من عليه حقّ مجهول؛ لأنّه قد يتعدّر إحضار المكفول به، فيلزّمه الدّين، و لا يمكن طلبه منه؛ لجهله. ولأنّهم قالوا ذلك بناءً على أنّه لو مات، غرم الكفيل ما عليه (2).

و هذا عندنا غير صحيح.

مسألة 567: يشترط أن يكون ذلك المال ثابتاً في الذمّة بحيث يصحّ ضمانه،

فلو تكفّل ببدن من لا دين عليه أو من جعل جعلاً قبل الفعل و الشروع فيه، لم يصح.

ولو تكفّل ببدن المكاتب للنجوم التي عليه، صحّ عندنا؛ لأنّ مال الكتابة عندنا ثابت في ذمّة المكاتب علي ما سلف (3).

و للشيخ قولٌ بعدم الثبوت؛ لأنّ له أن يُعجز نفسه (4)، و به قال الشافعي (5).

ص: 395

1- المهذب - للشيرازي - 350:1، العزيز شرح الوجيز 5:159-160، روضة الطالبين 3:486.

2- المهذب - للشيرازي - 350:1، العزيز شرح الوجيز 5:160، روضة الطالبين 3:486.

3- في ص 316، المسألة 507.

4- المبسوط - للطوسي - 197:2 و 320.

5- الحاوي الكبير 6:441، المهذب - للشيرازي - 347:1، الوسيط 3:238، التهذيب - للبخاري - 4:175، العزيز شرح الوجيز

5:155، روضة الطالبين 3:482.

فعلي هذا لا تصحّ كفالة بدن المكاتب للنجوم التي عليه؛ لأنّه لو ضمن النجوم لم يصح، فالكفالة بالبدن للنجوم أولى أن لا تصحّ. ولأنّ الحضور لا يجب علي المكاتب، فلا تجوز الكفالة به، كدّين الكتابة.

مسألة 568: إذا كان عليه عقوبة، فإن كانت من حقوق الله تعالى - كحدّ الزنا و السرقة و الشرب - لم تصح الكفالة ببدنه عليها

عند علمائنا - وهو المشهور من مذهب الشافعي(1) - لأنّ الكفالة للتوثيق، و حقوق الله تعالى مبنية علي الإسقاط، و ينبغي السعي في دفعها ما أمكن، و لهذا لمّا أقرّ ماعز بالزنا عرض له رسول الله صلي الله عليه و آله بالرجوع و الإنكار، فقال له: «لعلك قبّلتها، لعلك لا مسّتها» و أعرض بوجهه صلي الله عليه و آله عنه(2).

و طرد القاضي ابن سلمة و ابن خيران من الشافعية القولين فيه(3).

و الخلاف في هذا الباب شبيه الخلاف في ثبوت العقوبات بالشهادة علي الشهادة و كتاب القاضي إلي القاضي.

و أمّا إن كانت العقوبة من حقوق آدميين - كالتقصاص و حدّ القذف - فالأقرب عندي: ثبوتها في القصاص، أمّا الحدّ فلا تصحّ الكفالة به؛ لما رواه العامة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه (عن النبي صلي الله عليه و آله أنّه(4) قال: «لا كفالة في حدّ»(5).

و من طريق الخاصة: ما رواه الصدوق رحمه الله عن أمير المؤمنين عليّ عليه السلام،

ص: 396

1- الحاوي الكبير 6:463، المهذب - للشيرازي - 1:350، التهذيب - للبغوي - 4:187، العزيز شرح الوجيز 5:160، روضة الطالبين 3:486.

2- صحيح البخاري 8:207، سنن الدار قطني 3:131/121 و 132، مسند أحمد 1:2130/394، المعجم الكبير - للطبراني - 11:11936/338.

3- العزيز شرح الوجيز 5:160.

4- بدل ما بين القوسين في «ج، ر»: «أنّ النبي صلي الله عليه و آله».

5- الكامل - لابن عدي - 5:1681، تاريخ بغداد 3:391.

قال: قضي أنه لا كفالة في حدّ (1).

وهذا القول بعدم صحّة الكفالة في الحدّ قول أكثر العلماء، وبه قال شريح والحسن البصري وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وأحمد (2).

وختلف قول الشافعي فيه.

فقال في باب اللعان: إنه لا يكفل رجل في حدّ ولا لعان (3).

ونقل المزني عنه أنه قال: تجوز الكفالة بمن (4) عليه حقّ أو حدّ (5).

وختلف أصحابه في ذلك علي طرق أظهرها عندهم - ويحكى عن ابن سريج - أنه علي قولين:

أحدهما: الجواز؛ لأنه حقّ لازم لآدمي، فصحت الكفالة به، كسائر حقوق الآدميين. ولأنّ الحضور مستحقّ عليه، فجاز التزام إحضاره.

والثاني: المنع؛ لأنّ العقوبات مبنية علي الدفع، ولهذا قال عليه السلام:

«ادعوا الحدود بالشبهات» (6) فينبغي إبطال الذرائع المؤدية إلي توسيعها وتحصيلها. ولأنّ حقّ لا يجوز استيفاءه من الكفيل إذا تعدّر إحضار المكفول به، فلم تصح الكفالة بمن (7) هو عليه، كحدّ الزنا (8) 5.

ص: 397

1- الفقيه 3: 184/54.

2- المغني 5: 97، الشرح الكبير 5: 99.

3- الأم 5: 297، مختصر المزني: 214، الحاوي الكبير 6: 462، العزيز شرح الوجيز 5: 160، المغني 5: 97، الشرح الكبير 5: 160.

4- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «لمن» بدل «بمن». و الظاهر ما أثبتناه.

5- العزيز شرح الوجيز 5: 160، المغني 5: 97، الشرح الكبير 5: 100.

6- تاريخ بغداد 9: 303، تاريخ مدينة دمشق 23: 347.

7- في النسخ الخطيّة والحجريّة: «ممن» بدل «بمن». و الظاهر ما أثبتناه.

8- العزيز شرح الوجيز 5: 160.

و أبو حامد من الشافعيّة بنى القولين علي أنّه إذا مات المكفول ببدنه هل يغرم الكفيل ما عليه من الدّين؟ إن قلنا: نعم، لم تصح الكفالة؛ لأنّه لا يمكن مؤاخذته بما عليه. و إن قلنا: لا، صحّت، كما لو تكفّل ببدن منّ عليه مال(1).

وقضيّة هذا البناء أن يكون قول التصحيح أظهر.

و هو اختيار القفال(2).

و ادّعي الروياني أنّ المذهب المنع(3).

الطريق الثاني للشافعيّة: القطع بالجواز، و حَمَلُ ما ذكره في اللعان علي الكفالة بنفس الحدّ(4).

الطريق الثالث: القطع بالمنع؛ لأنّه لا تجوز الكفالة بما عليه، فلا تجوز ببدنه(5).

و الضابط في ذلك أن نقول: حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول ببدنه، فكلّ من يلزمه حضور مجلس الحكم عند [الاستدعاء](1) أو يستحقّ إحضاره تجوز الكفالة ببدنه.

مسألة 569: لو ادّعي شخصٌ زوجيّة امرأة، صحّت الكفالة ببدنها؛ لوجوب الحضور عليها إلي مجلس الحكم. و كذلك الكفالة بها لمن

مسألة 569: لو ادّعي شخصٌ زوجيّة امرأة، صحّت الكفالة ببدنها؛ لوجوب الحضور عليها إلي مجلس الحكم. و كذلك الكفالة بها لمن(2) ثبتت زوجيّته.

و قال بعض الشافعيّة: الظاهر أنّ حكم هذه الكفالة حكم الكفالة ببدن

ص: 398

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «الاستدعاء». و الظاهر ما أثبتناه.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «ثم». و الصحيح ما أثبتناه.

مَنْ عَلَيْهِ الْقصاص؛ لأنَّ الْمستحقَّ عَلَيْها لا يقبل النيابة(1).

و لو تكفل ببدن عبدٍ أبقٍ لملكه، صحَّ، و يلزمه السعي في ردّه.

و يتأتّى فيه ما قيل في الزوجة.

و مَنْ في يده مالٌ مضمون - كالغصب و المستام و العارية بشرط الضمان - تصحَّ كفالته و ضمانُ عين المغصوب و المستام ليردّها علي مالكها، فإن ردّه، برئ من الضمان. و إن تلفت، ففي إلزامه بالقيمة و جهان، الأقرب: العدم.

و تصحَّ كفالة المستودع و الأمين؛ لوجوب ردّ الوديعة عليه.

و الميِّت قد يستحقَّ إحضاره ليقيم الشهود الشهادة علي صورته إذا تحمّلوها كذلك من غير معرفة النسب و لا الاسم، فتصحَّ الكفالة علي إحضار بدنه.

و أيضاً الصبي و المجنون قد يستحقَّ إحضارهما لإقامة الشهادة علي صورتهم في الإتلاف و غيره، فتجوز الكفالة ببدنهما.

ثم إن كفل بإذن وليّهما، فله مطالبة وليّهما بإحضارهما عند الحاجة.

و إن كفل بغير إذنه، فهو كالكفالة ببدن العاقل بغير إذنه، و قد بيّنا(2) جوازه عندنا.

و للشافعي قولان(3).

قال(4) الجويني: لو كفل رجل ببغداد ببدن رجل بالبصرة، فالكفالة».

ص: 399

1- العزيز شرح الوجيز 161:5، روضة الطالبين 486:3.

2- في ص 393، ضمن المسألة 564.

3- حلية العلماء 77:5، التهذيب - للبعوي - 192:4، العزيز شرح الوجيز 161:5، روضة الطالبين 487:3، و راجع الهامش (2 و 5) من ص 393.

4- في الطبعة الحجرية: «وقال».

باطلة؛ لأنَّ مَنْ بالبصرة لا يلزمه الحضور ببغداد في الخصومات، و الكفيل فرع المكفول ببدنه، فإذا لم يجب عليه الحضور، لا يمكن إيجاب الإحضار علي الكفيل(1).

و هو حسن.

مسألة 570: كلَّ مَنْ يستحقُّ عليه الحضور إلي مجلس الشرع تجوز كفالته،

فتصحَّ كفالة مَنْ ادَّعي عليه وإن لم تقم البيّنة عليه بالدّين وإن جحد؛ لاستحقاق الحضور عليه.

و الأصل فيه: أنّ المنكر يجب عليه فصل الخصومة، فإذا رضي بتأخيرها، صحّت الكفالة عليه وإن كانت الكفالة في نفسها ليست لازمةً إذا طلب الفصل في الحال.

وأما كفالة الحقّ فالحقّ الذي يدّعي علي المكفول ببدنه إن ثبت بإقراره أو بالبيّنة، فلا خلاف في صحّة الكفالة ببدنه.

وإن (2) لم يثبت لكن ادّعي المدّعي عليه، فإن لم ينكر ولم يصدّق بل سكت، صحّت الكفالة أيضاً.

وإن أنكروا، صحّت الكفالة أيضاً؛ لأنّ الحضور مستحقّ (3) عليه، فجاز [التزام] (4) إحضاره، و معظم الكفالات إنّما تتفق قبل ثبوت الحقوق، و هو أصحّ وجهي الشافعيّة.

و الثاني: البطلان؛ لأنّ الأصل براءة ذمّة المكفول، و قد تأيّد ذلك بصريح الإنكار، و الكفالة ببدن مَنْ لا حقّ عليه باطلة (5)

ص: 400

1- العزيز شرح الوجيز 5:161، روضة الطالبين 3:487.

2- في «ث، ر»: «فإن».

3- في الطبعة الحجرية: «يستحق».

4- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «إلزام». و الظاهر ما أثبتناه.

5- العزيز شرح الوجيز 5:161، روضة الطالبين 3:487.

و الأول أقوى.

إذا عرفت هذا، فإنَّ الكفالة وإن صحَّت لكن ليس للمدَّعي قبل ثبوت دعواه إلزام الغريم بكفيلٍ علي الحضور، كما ليس له إلزامه بكفيلٍ علي المال، لكن لو كفله شخص علي الحضور قبل ثبوت الدعوي، صحَّ.

إذا ثبت هذا، فإنَّ الكفالة تصحَّ ببدن الغائب و المحبوس و إن تعذَّر تحصيل الغرض في الحال، كما يجوز من المعسر ضمان المال، و به قال الشافعي(1).

و قال أبو حنيفة: لا تجوز(2).

و تصحَّ كفالة مَنْ يُدَّعي(3) عليه الكفالة، و كذا مَنْ يُدَّعي عليه القصاص و الحدُّ؛ لأنَّ الحدَّ و إن لم تصحَّ الكفالة عليه فإنَّه تصحَّ الكفالة ببدن مَنْ يُدَّعي عليه الحدُّ؛ لوجوب حضوره عند الحاكم ليثبت المدَّعي عليه حقَّه بالبيِّنة أو الإقرار.

مسألة 571: إذا عتِن الكفيل في كفالته مكانَ التسليم، تعين، و لم يجب عليه تسليمه في غير ذلك المكان،

سواء كان أرفق له أو لا.

و لو طلب ذلك المكفول له، لم تجب له إجابته.

و إن أطلق، فالأقرب: وجوب تسليمه في موضع العقد؛ لأنَّه المفهوم عند الإطلاق.

و قال بعض الشافعيَّة: إنَّ فيه قولين، كما لو أطلق السَّلْم و لم يعيَّن

ص: 401

1- التهذيب - للبغوي - 188:4، العزيز شرح الوجيز 161:5، روضة الطالبين 3:487.

2- العزيز شرح الوجيز 161:5، المغني 5:97، الشرح الكبير 5:99.

3- في النسخ الخطيَّة: «ادَّعي» بدل «يدَّعي».

مكان التسليم(1).

وقال الجويني: يُحمل علي مكان الكفالة، ولا يجيء فيه ذلك الخلاف(2).

وعلي كلّ تقدير فالأقوي جواز الإطلاق، وحملة علي مكان العقد، وقد بيّنا أنّه إذا عيّن المكان أو أطلق و حملنا الإطلاق علي موضع العقد فأحضره في غيره، لم يلزمه تسلّمه، سواء كان عليه مئونة أو مشقّة في حملة إلي المعين أو لا.

وقال الشافعي: إن كان عليه مئونة أو مشقّة في حملة إلي الموضع الذي عيّنه، لم يلزمه تسلّمه، وإن لم يكن عليه في ذلك ضرر، لزمه قبوله(1).

و حكي أبو العباس ابن سريج فيه وجهين(2).

والحقّ ما قلناه من أنّه لا يبرأ بالتسليم في غير المعين، وبه قال أبو يوسف ومحمّد(3).

وقال بعض العامة: إن أحضره بمكانٍ آخر من البلد و سلّمه، برئ من الكفالة(4).

وقال بعضهم: متي أحضره في أيّ مكانٍ كان وفي ذلك الموضع 5.

ص: 402

1- المهذب - للشيرازي - 1:351، حلية العلماء 5:80.

2- حلية العلماء 5:81.

3- تحفة الفقهاء 3:245، بدائع الصنائع 6:12، المبسوط - للسرخسي - 19:166، الهداية - للمرغيناني - 3:88، الاختيار لتعليل المختار 2:272، فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3:57، المغني 5:99، الشرح الكبير 5:103.

4- المغني 5:99، الشرح الكبير 5:103.

سلطان، برئ من الكفالة؛ لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحكم، ويمكن إثبات الحجّة فيه(1).

وهو غلط؛ لأنه سلّم ما شرط تسليمه في مكانٍ في غير ذلك المكان، فلم يبرأ بهذا التسليم، كما لو أحضر المُسلّم فيه في غير المكان المشترك.

ولأنّه قد سلّمه في موضعٍ لا يقدر علي إثبات الحجّة فيه إمّا لغيبة شهوده، أو لعدم(2) معرفة الحاكم وأهل بلده بحالهم(3) أو غير ذلك، و قد يهرب منه ولا يقدر علي إمساكه.

إذا عرفت هذا، فإنّ الكفيل إذا أتى بالمكفول [به] في غير الموضع، لم يلزم المكفول له قبوله، لكن يجوز له قبوله، وله أن يمتنع وإن لم يكن له غرض، خلافاً للشافعي(4)، كما تقدّم، أو كان(5) بأن كان قد عيّن مجلس الحكم أو بقعة يجد فيها مَنْ يعينه علي خصمه.

مسألة 572: إذا دفع الكفيل المكفول ببدنه إلي المكفول له من غير حائلٍ من يد سلطان أو شبهه، بل تسليمًا تامًّا، لزمه قبوله،

إشارة

أو إبراء ذمّة الكفيل من الكفالة، فإن امتنع، دَفَعَه إلي الحاكم و سلّمه إليه ليبراً. وإن لم يجد حاكماً، أشهد عدّلين بإحضاره إلي المكفول له و امتناع المكفول له.

و الأقوي: أنّه يكفي الإشهاد علي الامتناع، وأنّه سلّمه إليه فلم يتسلّمه، و لا يجب دفعه إلي الحاكم؛ لأنّ مع وجود صاحب الحقّ لا يلزمه دَفَعَه إلي مَنْ ينوب عنه من حاكمٍ أو غيره.

ص: 403

1- المغني 5:99، الشرح الكبير 5:103.

2- في «ث، ج»: «عدم».

3- أي: حال الشهود.

4- العزيز شرح الوجيز 5:163، روضة الطالبين 3:489.

5- أي: كان له غرض.

و للشافعية القولان(1).

و يبرأ الكفيل بتسليم المكفول [به] في المكان الذي وجب التسليم فيه، سواء طلبه المستحق أو لم يطلبه بل أتاه به، بشرط أن لا يكون هناك حائل من يد سلطانٍ و متغلبٍ و حبسٍ بغير حقٍّ لينتفع بتسليمه و يطالب الخصم.

و لو كان المكفول [به] محبوساً في حبسٍ ظالمٍ، لم يكن له أن يسلمه إليه محبوساً، و لا يبرأ بذلك، و لا يلزمه أن يتسلمه محبوساً؛ لأن ذلك الحبس يمنع من استيفاء حقه(2).

و إن كان محبوساً عند الحاكم فسلمه إليه محبوساً، لزمه تسلمه، و برئ الكفيل من الكفالة؛ لأن حبس الحاكم لا يمنعه من استيفاء حقه، لإمكان إحضاره و مطالبته بالحق، فإذا طالب الحاكم بإحضاره، أحضره بمجلسه، و حكّم بينهما، فإذا فرغت الحكومة، رده إلى الحبس بالحق الأول.

و إن توجه عليه حق المكفول له، حبسه بالحق الأول و حق المكفول له، و من أيهما خلاص بقي محبوساً علي الآخر.

فروع:

أ - لو ارتد المكفول به و لحق بدار الحرب، لزم الكفيل إحضاره إن تمكّن منه، و إلا فلا.

و كذا المحبوس عند غير الحاكم.

ب - لا يشترط تسليم المكفول به من الكفيل في براءة ذمة الكفيل،

ص: 404

1- حلية العلماء 5:79.

2- في «ث، خ، ر» و الطبعة الحجرية: «من الاستيفاء بحقه».

بل لو جاء المكفول به و سلّم نفسه إلي المكفول له تسليمًا تامًّا، برئ الكفيل من الكفالة؛ لأنّ القصد ردّه إلي المكفول له، فلا فرق بين حصوله في يده بالكفيل أو بغيره نائباً عنه.

ج - لو أخذ المكفول له المكفول به إنا طوعاً أو كرهاً وأحضره مجلس الحكم،

برئ الكفيل من الكفالة؛ لما تقدّم.

د - لو حضر المكفول به و قال: سلّمت نفسي إليك عن جهة الكفيل، برئ الكفيل،

كما يبرأ الضامنُ بأداء الأصيل الدّين.

و لو لم يُسلّمه نفسه عن جهة الكفيل، لم (1) يبرأ الكفيل؛ لأنّه لم يسلمه إليه و لا أحد من جهته، حتي قال بعض الشافعيّة: لو ظفر به المكفول له في مجلس الحكم و ادّعي عليه، لم يبرأ الكفيل (2).

و ليس بجيّد، و الوجه: ما قلناه أولاً.

ه - لو سلّمه أجنبي لا عن جهة الكفيل، لم يبرأ الكفيل.

و لو (3) سلّمه عن جهة الكفيل، فإن كان بإذنه، فهو كما لو سلّمه بنفسه؛ إذ لا تُشترط المباشرة. وإن كان بغير إذنه، لم يجب علي المكفول له القبول؛ إذ لا يجب عليه قبض الحقّ إلّا ممّن عليه. لكن لو قبل، برئ الكفيل.

مسألة 573: لو تكفّل واحد ببدن رجلٍ لاثنين فسلمه

مسألة 573: لو تكفّل واحد ببدن رجلٍ لاثنين فسلمه (4) إلي أحدهما، لم يبرأ من كفالة الآخر،

فإنّ العقد مع اثنين بمنزلة العقدين، فهو كما لو

ص: 405

1- في «ج، ر» و الطبعة الحجرية: «لا» بدل «لم».

2- التهذيب - للبغوي - 4: 188-189، العزيز شرح الوجيز 5: 163-164، روضة الطالبين 3: 489.

3- في النسخ الخطية: «وإن» بدل «ولو».

4- في النسخ الخطية و الحجرية: «فسلم». و الظاهر ما أثبتناه.

تَكْفُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِهِ عَلِيّ الْاِنْفِرَادِ، وَكَمَا لَوْ ضَمِنَ دَيْنَيْنِ لِشَخْصَيْنِ فَادِّي دَيْنَ أَحَدِهِمَا، لَمْ يَبْرَأْ مِنْ دَيْنِ الْآخَرَ.

و لو كفل رجلان رجل لرجل، صحّت الكفالة، كما يصحّ أن يضمّن اثنان واحداً. فإن ردّه أحدهما إليّ المكفول له، فهل يبرأ الآخر؟
الأقرب:

البراءة، كما لو أدّى الدّينَ أحدُ الضمّناء، برئ الباقيون، وهو أحد قولَي الشافعيّة.

و الثاني لهم: أنّهما إن كفلا عليّ الترتيب، وقع تسليمه عن المسلمّ دون صاحبه، سواء قال: سلّمْتُ عن صاحبي، أم لم يقل(1).

و إن كفلا معاً، فوجهان.

قال المزني: يبرأ المسلمّ و الآخر أيضاً، كالضامنين إذا أدّى أحدهما.

و قال ابن سريج و الأكثر: لا يبرأ، كما لو كان بالدّين رهناً فانفكّ أحدهما، لا ينفكّ الآخر، بخلاف ما إذا أدّى أحد الضامنين الدّين، فإنّه يوجب براءة الأصيل، و إذا برئ الأصيل برئ كلّ ضامن، و هنا سقطت الوثيقة عن أحدهما مع بقاء الحق(2).

و لو كفل اثنان بواحدٍ و كفل كلّ من الكفيلين ببدن صاحبه، صحّت الكفالات كلّها؛ لأنّ كلّ مكفولٍ هنا عليه حقّ. فعلي ما قلناه إذا حضر أحدهما المكفول به و سلّمه، يبرأ كلّ واحدٍ منهما عن كفالة صاحبه و كفالة الذي كفلا به.

و علي قول ابن سريج و جهان:3.

ص: 406

1- العزيز شرح الوجيز 5:164، روضة الطالبين 3:489-490.

2- حلية العلماء 5:75، التهذيب - للبعوي - 4:191، العزيز شرح الوجيز 5:164، روضة الطالبين 3:490.

أحدهما: يبرأ الأصيل والكفيل.

والثاني: أن الذي أحضره تسقط كفالتة بالمكفول به، و تسقط عن الآخر كفالتة بالكفيل الذي أحضره، و بقي عليه وجوب إحضار المكفول به (1).

مسألة 574: يصح تراخي الكفالات،

فلو تكفل رجل ببدن من عليه الحق ثم تكفل آخر ببدن الكفيل و تكفل ثالث ببدن الكفيل الثاني، جاز، كالضمان يصح أن يضمن الضامن الحق و يضمن ثان عن الضامن و يضمن عن ضامن الضامن ضامن آخر، وهكذا.

فإذا أحضر الكفيل الأول من عليه الحق، برئ و برئ الكفيلان الآخران؛ لأنهما فرعا.

وإن أحضر الكفيل الثاني الكفيل الأول، برئ و برئ الثالث؛ لأنه فرعه، و لم يبرأ الأول و لا من عليه الحق.

فإن مات من عليه الحق، فعندنا و عند الشافعي (2) يبرأ الكفلاء الثلاثة، و لا شيء عليهم.

وإن مات الكفيل الأول، برئ الكفيلان الآخران.

وإن مات الثاني، برئ الثالث، دون الأول.

وإن مات الثالث، لم يبرأ الأولان.

مسألة 575: إذا مات المكفول به، بطلت الكفالة، و لم يلزم الكفيل شيء،

عند علمائنا - و به قال شريح و الشعبي و حماد بن أبي سليمان و أبو حنيفة و الشافعي و أحمد (3) - لأنه تكفل ببدنه علي أن يحضره، و قد

ص: 407

1- لاحظ: العزيز شرح الوجيز 5:164، و روضة الطالبين 3:490.

2- في «ث»: «الشافعية». و لاحظ الهامش التالي.

3- الهداية - للمرغيناني - 3:88، الاختيار لتعليل المختار 3:273، الحاوي الكبير 6:466، المهذب - للشيرازي - 1:351، حلية العلماء 5:75، المغني 5:105، الشرح الكبير 5:104.

سقط الحضور عن المكفول [به] فيبراً الكفيل، كما لو برئ من الدَّين. و لأنَّ ما التزم به من أجله يسقط عن الأصل (1) فيبراً الفرع، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدَّينَ أو أبرئ منه عندهم (2). و لأنَّه تكفَّل ببدنه، فلا يلزمه ما في ذمَّته، كما لو غاب غيبةً منقطعة. و لأنَّه لا يلزمه بذل نفسه فما في ذمَّته أولى.

وقال مالك و الحكم و الليث: يجب علي الكفيل المال الذي كان في ذمَّته - و به قال ابن سريج من الشافعيَّة - لأنَّ الكفيل وثيقة علي الحقِّ، فإذا تعذَّر استيفاء الحقِّ ممَّن هو عليه، استوفي من الوثيقة كالرهن (3).

و الفرق ظاهر؛ فإنَّ الرهن تعلق بالمال، فاستوفي منه.

وقال بعض الشافعيَّة: لا تبطل الكفالة، و لا ينقطع طلب الإحضار عن الكفيل - و هو أصحُّ قولِي الشافعيَّة عندهم - بل عليه إحضاره ما لم يُدفن - و قلنا بتحريم النباش لأخذ المال - إذا أراد المكفول له إقامة الشهادة علي صورته، كما لو تكفَّل ابتداءً ببدن الميت (4).

و ليس بجيِّد؛ لأنَّ الكفالة علي الإحضار إنَّما يُفهم منها إحضاره حال الحياة، و هو المتعارف بين الناس و الذي يخطر بالبال، فيحمل الإطلاق عليه.

و علي قول ابن سريج و مالك هل يطالب بالدَّين أو بالأقلَّ من الدَّين 3.

ص: 408

1- فيما عدا «ج» من النسخ الخطيَّة و الحجرية: «الأصيل».

2- المغني 5:105، الشرح الكبير 5:104.

3- الكافي في فقه أهل المدينة: 398، الحاوي الكبير 6:466، المهذَّب - للشيرازي - 1:351، حلية العلماء 5:76، العزيز شرح الوجيز 5:165، روضة الطالبين 3:491، المغني 5:105، الشرح الكبير 5:104.

4- العزيز شرح الوجيز 5:165، روضة الطالبين 3:491.

ودية المقتول؟ وجهان مبنيان علي القولين في أنّ السيّد يفدي العبد الجاني بالأرّش أو بالأقلّ من الأرّش وقيمة العبد؟(1).

البحث الثالث: في الأحكام.

مسألة 576: إذا كانت الكفالة حالةً أو مؤجّلةً و حلّ أجلها، فإن كان المكفول به حاضراً، وجب علي الكفيل إحضاره

إشارة

إذا طلبه المكفول له، فإن أحضره، وإلاّ حُبس. وإن كان غائباً فإن كان موضعه معلوماً يمكنه ردّه منه، أمهل الكفيل بقدر ذهابه و مجيئه، فإذا مضى قدر ذلك و لم يأت به من غير عذرٍ حُبس، و لا يُحبس في الحال، و به قال عامة أهل العلم.

و قال ابن شبرمة: يُحبس في الحال؛ لأنّ الحقّ قد توجه عليه(2).

و هو غلط؛ لأنّ الحقّ وإن كان قد حلّ فإنّه يُعتبر فيه إمكان التسليم، و إنّما يجب عليه إحضار الغائب عند إمكان ذلك.

و إن كان غائباً غيبيةً منقطعة - و المراد منها أن لا يُعرف موضعه و ينقطع خبره - لم يكلف الكفيل إحضاره؛ لعدم الإمكان، و لا شيء عليه؛ لأنّه لم يكفل المال، و به قال الشافعي(3).

و قال أحمد: يجب عليه المال(4)، مع أنّه قال: إذا مات المكفول برئ الكفيل، و لا شيء عليه(5).

ص: 409

1- العزيز شرح الوجيز 5:165، روضة الطالبين 3:491.

2- حلية العلماء 5:80، المغني 5:98، الشرح الكبير 5:106.

3- العزيز شرح الوجيز 5:164، روضة الطالبين 3:490.

4- المغني 5:98-99، الشرح الكبير 5:106.

5- المغني 5:105، الشرح الكبير 5:104.

أ - لو عرف موضعه، فقد بيّن أنه يجب عليه إحضاره،

سواء كان علي أزيد من مسافة القصر أو أنقص.

وقال بعض الشافعية: إن كان دون مسافة القصر، فعليه إحضاره ويُمهّل مدّة الذهاب والإياب ليتبعه. وإن كان علي مسافة القصر، فوجهان:

أظهرهما عندهم: أنه كما لو كان دون مسافة القصر، كما لو كان المديون غائباً إلي هذه المسافة، يؤمر بإحضاره.

و الثاني: أنه لا يُطالب بإحضاره، إلحاقاً لهذه الغيبة بالغيبة المنقطعة، كما لو غاب [الولي] (1) أو شاهد (2) الأصل إلي مسافة القصر، يكون كما لو غاب غيبةً منقطعة (3).

ب - لو كان غائباً حين كفل،

فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة.

ج - لو كانت الكفالة مؤجلةً، لم يكن للمكفول له مطالبة الكفيل بالإحضار قبل الأجل،

سواء كان عليه مئونة في التقديم أو لا.

ولو دَفَعه قبل الأجل، لم يجب علي المكفول له أخذه، سواء كان عليه ضرر في أخذه، أو انتفي الضرر.

وقال بعض العامة: إذا انتفي الضرر، وجب عليه أخذه (4).

ص: 410

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «المولي». و الظاهر ما أثبتناه.

2- في «ث، ج، ر»: «شاهد».

3- العزيز شرح الوجيز 5:164، روضة الطالبين 3:490.

4- المغني 5:99، الشرح الكبير 5:103-104.

د - لو فرط الكفيل في تحصيله بأن طالبه المكفول له بإحضاره و كان متمكناً منه

فهزبه أو ماطل بإحضاره حتي غاب غيبةً منقطعة و لم يُعرف له خبر، فإن أوجبنا المال، و جب هنا، و إلا فإشكال.

مسألة 577: قال الشيخ رحمه الله: و مَنْ ضمن لغيره نفسَ إنسانٍ إلي أجلٍ معلومٍ بشرطِ ضمانِ النفسِ ثم لم يأت به عند الأجل، كان للمضمون له حبسه حتي يُحضِر المضمون،

أو يخرج إليه ممّا عليه(1).

و هذا يقتضي وجوب أحد الأمرين علي الكفيل: الإحضار، أو الأداء.

فإن طلب المكفول له الإحضار لا-غير، فالأقرب عندي: إلزامه به؛ لأنه قد يكون له غرض لا يتعلّق بالأداء، و قد يرغب المكفول له في القبض من غير الغريم.

و علي ظاهر كلام الشيخ يبرأ الكفيل بأداء المال.

إذا عرفت هذا، فإذا أدي الكفيل المال فإن كان قد كفل بإذنه أو أدي بإذنه، كان له الرجوع عليه، بخلاف ما قلنا في الضمان: إنّه لو ضمن متبرعاً و أدي بالإذن، لم يكن له الرجوع؛ لأنّ الكفالة ليست بالمال، فيكون حكمه حكم الأ-جنبّي إذا أدي بإذن منّ عليه الدّين، كان له الرجوع - علي ما تقدّم - إن شرط الرجوع، أو مطلقاً علي الخلاف.

و إنّما أوجبنا الرجوع هنا فيما إذا كفل بإذنه؛ لأنّ الإذن في الكفالة إذنٌ في لوازمها، و من لوازمها الأداء مع عدم الإحضار.

إذا ثبت هذا، فإن تمكّن من الإحضار و أدي المال من غير حبسٍ أو

ص: 411

معه، فالأقرب: أنه لا- يرجع وإن كفل بإذنه؛ لأنّ الواجب في الكفالة الإحضار مع المكنة، وقد أمكنه الإحضار، فيكون في أداء المال متبرّعاً.

مسألة 578: قد بينّا أنّه لا يُعتبر رضا المكفول به عندنا، وهو أحد قولَي الشافعي. وفي الثاني: يشترط

(1).

وإذا كفل بإذن المكفول به فأراد الكفيل إحضاره إمّا لطلب المكفول له أو ابتداءً ليخرج عن العهدة، فعليه الإجابة، واثونة الإحضار علي الكفيل.

وإن كفل بغير إذنه عندنا أو علي قوله بالصحة فطالبه المكفول له بالإحضار، فللكفيل مطالبته بالحضور علي جهة التوكيل من المضمون له. ولو قال: أخرج من حقّي، للشافعية وجهان:

أحدهما: قال ابن سريج: لم يكن له مطالبة المكفول به بالإحضار، كما لو ضمن بغير إذنه مالاً و طالب المضمون له الضامن، فإنّه لا يطالب الأصيل.

و الثاني: نعم؛ لتضمّنه التوكيل في الإحضار(2).

مسألة 579: لو مات المكفول له، انتقل حقّه من الكفالة إلي ورثته،

وتكون الكفالة باقية، وتقوم ورثته مقامه، كما لو ضمن له المال، وهو أظهر وجوه الشافعية.

و الثاني: أنّ الكفالة تنقطع؛ لأنها ضعيفة، فلا يُحكم بتوريثها.

و الثالث: إن كان له وصيّ أو عليه دينٌ، بقيت الكفالة؛ لأنّ الوصيّ نائبه، وتمسّ حاجته إلي قضاء الدّين، فإن لم يكن وصيّ ولا دينٌ، انقطعت الكفالة(3).

ص: 412

1- تقدّم تخريجه في ص 393، الهامش (2 و 5).

2- تقدّم تخريجه في ص 394، الهامش (1).

3- الوسيط 3:242، العزيز شرح الوجيز 5:166، روضة الطالبين 3:492.

و الصحيح عندنا: الأول؛ لأنه حقٌ للميت، فانتقل عنه إلى ورثته، كغيره من الحقوق.

و نمنع ضعفها. سلمنا، لكن تُنتقل إلى الوارث ضعيفةً.

و الثالث لا وجه له؛ لأنَّ الكفالة إما أن تورث و تكون حقاً متروكاً للميت، أو لا، فإن كانت، وُرثت علي التقديرين. و إن لم تكن، لم يُصيرها الدَّين و الوصي حقاً موروثاً.

مسألة 580: إذا تكفل برجلٍ إلي أجلٍ إن جاء به، و إلاً لزمه ما عليه،

فإن قدّم كفالة النفس بأن قال: إن لم أحضره كان عليّ كذا، لم يلزمه إلا الإحضار، عند علمائنا؛ لأنَّ الضمان لا يقبل التعليق بخطر، فإنّه لا يصحّ لو علّقه بقدوم زيدٍ، فهذا بطل ضمان المال، و وجب عليه الإحضار بالكفالة، و لا يضرب ضميمة الضمان الباطل؛ لأنّه قصد بالضمان تأكيد الحجّة عليه بالإحضار و تقوية حقّ الإحضار عليه.

و إن قدّم ضمانَ المال، فقال: عليّ كذا إلي كذا إن لم أحضره، و لم يُحضره، و جب عليه ما ذكره من المال؛ لما رواه الخاصّة عن أبي العباس عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يكفل بنفس الرجل إلي أجلٍ فإن لم يأت به فعليه كذا و كذا درهماً، قال: «إن جاء به إلي أجلٍ فليس عليه مال، و هو كفيّل بنفسه أبداً إلا أن يبدأ بالدراهم، فإن بدأ بالدراهم فهو له ضامن إن لم يأت [به] إلي الأجل الذي أجله» (1).

و عن أبي العباس أيضاً عن الصادق عليه السلام: رجل كفّل لرجلٍ بنفس رجلٍ، فقال: إن جئتُ به و إلاً فعليّ خمسمائة درهم، قال: «عليه نفسه،

ص: 413

1- التهذيب 6: 209-210/488، و ما بين المعقوفين من المصدر.

ولا شيء عليه من الدراهم» فإن قال: عليّ خمسمائة درهم إن لم أدفعه إليه، فقال: «تلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه»(1).

إذا عرفت هذا، فإنّ الشافعي ومحمد بن الحسن قالوا: إذا تكفل برجلٍ إليّ أجلٍ إن جاء به فيه وإلاّ لزمه ما عليه، لا تصحّ الكفالة، ولا يلزمه ما عليه. وكذا لو قال: متي لم أحضره كان عليّ كذا وكذا؛ لأنّ هذا خطر، ولا يجوز تعليق الضمان به، كما لو قال: إن جاء المطر فأنا ضامن، لم يصح(2).

وقال أبو يوسف وأبو حنيفة وأحمد: تصحّ الكفالة، فإن جاء به في الوقت وإلاّ لزمه ما عليه؛ لأنّ هذا موجب الكفالة ومقتضاها، فصحّ اشتراطه، كما لو قال: إن جئتُ به في وقت كذا وإلاّ فلك حسبي(3).

ولا بأس به عندي.

أمّا لو قال: إن جئتُ به في وقت كذا وإلاّ فأنا كفيل ببدن فلان، أو:

فأنا ضامن ما لك عليّ فلان، أو قال: إذا جاء زيد فأنا ضامن ما عليه، أو:

إذا قدم الحاج فأنا كفيل فلان، أو قال: أنا كفيل بهذا شهراً، عليّ إشكالٍ في الأخير، لم تصح الكفالة - وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن(4) - لأنّ الضمان خطر، فلا يجوز تعليقه عليّ شرط، كالهبة.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: فتصحّ؛ لأنّه أضاف الضمان إليّ سبب(5).

ص: 414

1- التهذيب 6:210/493.

2- حلية العلماء 5:77، الهداية - للمرغيناني - 3:89، المغني والشرح الكبير 5:101.

3- الهداية - للمرغيناني - 3:89، حلية العلماء 5:77، المغني 5:100-101، الشرح الكبير 5:101.

4- الهداية - للمرغيناني - 3:89، المغني والشرح الكبير 5:101.

الوجوب، فتصحّ، كضمان الدرك(1).

وقال بعض العامة: إذا قال: كفلتُ بفلان إن جئتُ به في وقت كذا وإلا فأنا كفيل بفلان، أو ضامنُ المال الذي علي فلان، يصحّ(2).

والحقّ: البطلان؛ لأنّ الأوّل موقوف، والثاني معلّق علي شرط.

مسألة 581: لو قال: كفلتُ ببدن فلان علي أن يبرأ فلان الكفيل، أو علي أن تبرئه من الكفالة، فالأقوي عندي: الصحّة؛

عملاً بقوله تعالي:

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(3) وبقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»(4) وهذا شرط تمسّ الحاجة إليه، ولا وجه لفساده؛ لأنّه شرط تحوّل الوثيقة التي علي الكفيل إليه.

وقالت الشافعيّة: لا تصحّ الكفالة؛ لأنّه شرط فيها شرطاً لا يلزمه الوفاء به، فيكون فاسداً، فتفسد به الكفالة(5).

ونمنع من عدم لزومه مع الشرط.

وقال ابن سريج كما قلناه؛ لأنّه طلب تحويل الحقّ في الكفالة إليه(6).

فعلي هذا لا تلزمه الكفالة إلاّ أن يُبرئ المكفول له الكفيل الأوّل من

ص: 415

1- الهداية - للمرغيناني - 89:3، المغني والشرح الكبير 101:5.

2- المغني 101:5-102، الشرح الكبير 101:5.

3- المائدة: 1.

4- التهذيب 1503/371:7، الاستبصار 835/232:3، الجامع لأحكام القرآن 33:6.

5- المهذب - للشيرازي - 351:1، حلية العلماء 74:5-75، التهذيب - للبخاري - 190:4-191، العزيز شرح الوجيز 171:5، روضة

الطالبين 496:3، ولاحظ: المغني 102:5، والشرح الكبير 101:5.

6- المهذب - للشيرازي - 351:1، حلية العلماء 74:5-75، التهذيب - للبخاري - 190:4، العزيز شرح الوجيز 171:5، روضة

الطالبين 496:3.

الكفالة؛ لأنه إنما كفل بهذا الشرط، فلا تثبت كفالته بدون شرطه.

ولو قال: كفلتُ لك بهذا الغريم علي أن تبرئني من الكفالة بفلان، أو: ضمنتُ لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر، أو:

علي أن تبرئني من الكفالة بفلان، خرج فيه الوجهان.

و الأولي عندي: الصحة.

وقال بعض العامة: لا تصح؛ لأنه شرط فسخ عقدٍ في عقدٍ، فلم تصح، كالبيع بشرط فسخ بيع آخر (1).

ونمنع ثبوت الحكم في الأصل.

ولو شرط في الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عنه أو يبيعه شيئاً أو يؤجره داره، فالأقرب: الصحة، خلافاً لبعض العامة (2).

مسألة 582: تصح الكفالة بدين المحبوس والغائب؛

لأن كل وثيقة صحّت مع الحضور صحّت مع الغيبة والحبس، كالرهن والضمان. ولأنّ الحبس لا يمنع من التسليم؛ لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم أو أمر مَنْ حَبَسَهُ ثم يعيده إلي الحبس بالحقين جميعاً، والغائب يمضي إليه فيحضره إن كانت الغيبة غير منقطعة. وإن لم يعلم خبره، لزمه ما عليه عند بعض العامة (3).

وقال أبو حنيفة: لا تصح (4).

ص: 416

1- المغني 5:102، الشرح الكبير 5:101.

2- المغني والشرح الكبير 5:102.

3- المغني 5:97، الشرح الكبير 5:99.

4- العزيز شرح الوجيز 5:161، المغني 5:97، الشرح الكبير 5:99.

مسألة 583: إذا دفع الكفيلُ المكفولَ به إلي المكفول له في وقته و مكانه و سلمه تسليمًا تامًا، برئ من الكفالة عند أكثر أهل العلم؛

لأنه عقد علي عملٍ، فيبرأ منه بعمل المعقود عليه، كالإجارة(1).

وقال ابن أبي موسى: لا يبرأ حتي يقول: قد برئت يدي منه، أو: قد سلمته إليك، أو: قد أخرجت نفسي من كفالته(2).

وإذا أبرأ المكفول له الكفيل من الكفالة أو اعترف بذلك بأن يقول:

أبرأته، أو: برئ إليّ، أو: ردّ إليّ المكفول به، برئ من الكفالة، وإذا أبرئ الكفيل، لم يبرأ المكفول به من الدّين، بخلاف الضمان.

ولو أبرئ المكفول به من الحقّ الذي كفل الكفيل عليه، برئ الكفيل أيضاً.

ولو ادّعي الكفيل أنّ المكفول به برئ من الحقّ وأنّ الكفالة سقطت عنه، وأنكر ذلك المكفول له، فالقول قوله مع يمينه إذا لم تكن للكفيل يمينه، فإذا حلف برئ من دعوي الكفيل، فإن جاء المكفول به فادّعي الإبراء، لم يكتف باليمين التي حلفها للكفيل، بل كان عليه يمينٌ أُخري.

ولو نكل في دعوي الكفيل، حلف الكفيل، و برئ من الكفالة، و لا يبرأ المكفول به من الحقّ؛ لأنه لا يجوز أن يبرأ بيمين غيره.

ولو نكل عن يمين المكفول به، حلف المكفول به، و برئ هو و الكفيل وإن كان قد حلف علي عدم الإبراء له.

ولو قال: تكفّلت لك به و لا حقّ لك عليه، أو ضمننتُ ما عليه و لا شيء عليه، فالقول قول المكفول له؛ لأنّ الظاهر صحّة الكفالة و الضمان.

ص: 417

1- المغني 5:98، الشرح الكبير 5:102.

2- المغني 5:98، الشرح الكبير 5:102.

و هل يحلف؟ للشافعية وجهان:

أحدهما: لا يحلف؛ لأنّ دعوي الكفيل تخالف ظاهر قوله.

والثاني: يحلف؛ لأنّ ما يدّعيه ممكن(1).

فإن حلف، فلا كلام. وإن نكل، رددنا اليمين علي الكفيل؛ لجواز أن يعلم أنّه لا حقّ له عليه بقول المكفول له: إنّه لا حقّ لي عليه.

فإن قال: تكفّلتُ به بشرط الخيار، لم يُقبل منه في قوله: «بشرط الخيار» و حُكم عليه بالكفالة، سواء قلنا: إنّه يدخلها الخيار أو لا، وهو أحد قولَي الشافعية. والثاني: يسقط إقراره(2).

و الأصل فيه أنّه إذا عتّب إقراره بما يُبطله، هل يبطل الإقرار أو المُبطل؟

ولو قال رجل لآخر: إن فلاناً يلازم فلاناً و يضايقه علي حقّه فاذهب و تكفّل به، ففعل، كانت الكفالة لازمةً للمباشر دون الأمر؛ لأنّ المباشر فعلٌ باختياره، و الأمر بذلك حثٌّ و إرشاد.

مسألة 584: مَنْ خَلَّى غريباً من يد صاحبه قهراً و إجباراً، ضمن إحضاره

أو أداء ما عليه؛ لأنّه غضب اليد المستولية المستحقّة من صاحبها، فكان عليه إعادتها أو أداء الحقّ الذي بسببه تثبت اليد عليه.

ولو خلّى قاتلاً من يد الولي، لزمه إحضاره أو الدية و إن كان القتل عمداً، و لا نوجب عليه عين حقّ القصاص؛ إذ لا يجب إلّا علي المباشر، فلمّا تعدّر استيفاؤه و جبت الدية، كما لو هرب القاتل عمداً أو مات، فإن

ص: 418

1- حلية العلماء 5:78، العزيز شرح الوجيز 5:170، روضة الطالبين 3:495.

2- التهذيب - للبخاري - 4:192، العزيز شرح الوجيز 5:170-171، روضة الطالبين 3:495-496.

دفع الدية ثم حضر القاتل، تسلط الوارث علي قتله، و يدفع ما أخذه من المخلص؛ لأن الدية إنما أخذها لمكان الحيلولة وقد زالت.
وإن لم يقتل وتمكن من استيفاء القصاص، وجب دفع المال أيضاً إلي صاحبه، ولا يتسلط الكفيل لورضي هو و الوارث بالمدفوع بديه و لا قصاص.

ولو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مالٍ وأخذنا المال أو الدية من الكفيل، كان للكفيل الرجوع علي الغريم الذي خلصه قصاصاً.

مسألة 585: إذا كفل بدن شخص ادعى عليه مال ثم قال الكفيل:

لا حق لك عليه، فقدم قول المكفول له؛

لاستدعاء الكفالة ثبوت المال.

فإن تعذر إحضاره، فهل يجب عليه أداء المال من غير بيّنة؟ إشكال أقرب: عدم الوجوب.

وإن أوجبه فدفعت المال، لم يكن له الرجوع علي المكفول به؛ لأنه اعترف ببراءة ذمته وأنه مظلوم في أخذ المال منه، والمظلوم إنما يرجع علي من ظلمه.

مسألة 586: لو كان لذهبي علي ذمي خمر و تكفل به ذمي آخر، فأسلم المكفول له أو المكفول عنه، برئ الكفيل و المكفول عنه.

وقال أبو حنيفة: إذا أسلم المكفول عنه، لم يبرأ واحد منهما، ويلزمهما قيمة الخمر؛ لأنه كان واجباً، ولم يوجد إسقاط ولا استيفاء، ولا وُجد من المكفول له ما أسقط حقه، فبقي بحاله (1).

وهو غلط؛ لأن المكفول به مسلم، فلم يجب عليه الخمر، كما لو كان مسلماً قبل الكفالة، وإذا برئ المكفول به، برئ كفيله، كما لو أدّى الدّين أو أبرئ منه.

ص: 419

1- المبسوط - للسرخسي - 24:20، اختلاف الفقهاء: 269، المغني 5:107.

ولو أسلم المكفول له، برئ الجميع، وكذا إن أسلم المكفول به.

وإن أسلم الكفيل وحده، برئ من الكفالة؛ لامتناع وجوب الخمر عليه وهو مسلم.

ولو كان ضماناً، فإنه لا يسقط بإسلام المضمون عنه.

وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر.

مسألة 587: لو قال: أعط فلاناً ألفاً، ففعل، لم يرجع علي الأمر،

ولم يكن ذلك كفالةً ولا ضماناً مالٍ، إلا أن يقول: أعطه عتي.

وقال أبو حنيفة: يرجع عليه إذا كان خليطاً له؛ لجريان العادة بالاستقراض من الخليط (1).

ولو تسلط الظالم عليه فأخذ منه شيئاً، لم يتسلط المظلوم علي الأمر، ولم يكن له الرجوع بما أخذه الظالم وإن كان سبباً؛ لأن الحوالة مع اجتماع المباشر والسبب علي المباشر. أمّا لو قبض و سلم إلي الظالم، فإنه يطالب قطعاً.

مسألة 588: إذا كانت سفينة في البحر و فيها متاع فخير عليها الغرق

فألقي بعض الركبان متاعه في البحر لتسلم السفينة و من فيها، لم يكن له الرجوع علي أحدٍ، سواء ألقاه بنيتة الرجوع علي الركبان أو لا بنيتة الرجوع؛ لأنه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان.

ولو قال له بعض الركبان: ألق متاعك، فألقاه، لم يرجع أيضاً علي أحدٍ؛ لأنه لم يكرهه علي إلقائه، ولا ضمن له.

ولو قال له: ألق متاعك و علي ضمانه، فألقاه، فعلي القائل ضمانه.

ص: 420

1- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3:65، المبسوط - للسرخسي - 20:73، العزيز شرح الوجيز 5:175، المغني و الشرح الكبير 5:107.

وإن كان ضمان ما لم يجب؛ للحاجة الداعية إلي ذلك.

ولو قيل بأنه جعالة، خلصنا من الإلزام.

ولو قال: ألقه وأنا وركبان السفينة ضمناً له، ففعل، فالأقرب أن نقول: إن كان ضماناً مشتركاً، فليس عليه إلا ضمان حصته؛ لأنه لم يضمن الجميع، إنما ضمن حصته، وأخبر عن سائر الركبان بضمن الباقي، ولم يقبل قوله في حق الباقيين.

وإن كان ضماناً مشتركاً وانفرادياً بأن يقول: كل واحدٍ متضامنٌ لك متاعك أو قيمته، لزم القائل ضمان الجميع، وسواء قال هذا و الباقيون يسمعون وسكتوا، أو قالوا: لا نضمن شيئاً، أو لم يسمعوا؛ لأن سكوتهم لا يلزمهم به حق.

وقال بعض العامة: يضمنه القائل وحده، إلا أن يتطوع بقيتهم (1).

ولو قال: ألقه وعلّي ضمانه وعلّي الركبان فقد أذنوا لي، فأنكروا بعد الإلقاء، ضمن الجميع بعد اليمين علي إشكالٍ ينشأ: من استناد التفريط إلي المالك حيث متاعه قبل الاستيثاق.

ولو لم يكن خوف، فالأقرب: بطلان الضمان.

وكذا يبطل لو قال: مزّق ثوبك وعلّي ضمانه، أو أجرح نفسك وعلّي ضمانه؛ لعدم الحاجة، فلا يصح الضمان ولا الجعالة إن أحقنا مثل هذا بالجعالة؛ لأنها ليست علي عملٍ مقصود.

أمّا لو قال: طلق زوجتك وعلّي كذا، أو أعتق عبدك وعلّي كذا، ففعل، لزمه ذلك؛ لإمكان أن يعلم التحريم بينهما فطلب التفرقة بالعرض أو طلب ثواب العتق.

مسألة 589: لو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة أو غيرهما،

ص: 421

1- المغني والشرح الكبير 5:108.

برئ الكفيل من الكفالة؛ لأنه إنَّما كفَّل له، لا لغيره، وقد انتقل المال عنه، فلا يتعدَّى حقَّ الكفالة إلي مَنْ انتقل إليه المال.

وكذا لو أحال المكفول به المكفول له بالمال الذي عليه وقَبِل المحتال والمحال عليه، برئ الكفيل أيضاً؛ لأنَّ الحوالة كالقضاء إذا كان المحال عليه مليئاً.

أمَّا لو كان معسراً أو لم يعلم المحتال، فالأقوي: عدم البراءة، إلاَّ أن يرضى بالحوالة علي المعسر.

ولو أدَّى الكفيل لتعدُّر إحضار المكفول ببدنه، كان له مطالبة المكفول بما أذاه عنه، سواء كفَّل بإذنه أو لا.

ولو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول، رجع الكفيل علي المكفول له بما قبضه؛ للعلم ببطلان الكفالة.

ولو مات المحال عليه الموسر ولم يترك شيئاً، برئ الكفيل، وسقط دَيْن المحتال.

مسألة 590: قد بينا أنَّ الميِّت تحلُّ عليه الديون المؤجَّلة عليه، عند علمائنا أجمع

- وعليه عامَّة الفقهاء، وبه قال الشعبي والنخعي وسعيد بن المسيَّب وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأحمد في إحدَي الروايتين (1) - لأنَّ هذا الدَّين إمَّا أن يبقى في ذمَّة الميِّت أو ذمَّة الورثة أو متعلِّقاً بالمال.

والأول محال؛ لأنَّ الميِّت خرجت ذمَّته، وتعدَّرت مطالبته.

ص: 422

1- المدونة الكبرى 5:236، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:987/589، بداية المجتهد 2:286، المهذب - للشيرازي - 1:234، حلية العلماء 4:519، المغني 4:526، الكافي في فقه الإمام أحمد 2:105، الشرح الكبير 4:544-545.

و الثاني باطل؛ لأن صاحب الدّين لم يرض بدمّتهم، و الدمم تختلف و تتباين. و أيضاً فإنّهم لم يلتزموا به.

و الثالث باطل؛ إذ لا يجوز تعلّقه بالأعيان و تأجيله؛ لما فيه من الإضرار بالميت و صاحب الدّين، و لا منفعة للورثة فيه، بل ربما استضرّوا به.

أمّا الميت: فلقوله صلى الله عليه و آله: «الميت مرتهن بدّينه حتى يقضي عنه»⁽¹⁾.

و أمّا صاحبه: فقد تتلف الأعيان فيسقط حقّه.

و لا منفعة للورثة؛ فإنّهم لا ينتفعون بالأعيان و لا يتصرّفون فيها. و إن تصوّر في ذلك منفعة لهم، فلا يسقط حقّ الميت و صاحب الدّين ليحصل لهم منفعة.

و قال ابن سيرين و عبيد الله بن الحسن و إسحاق و أبو عبيد و طاووس و أبو بكر بن محمّد و الزهري و سعيد بن إبراهيم و الحسن البصري و أحمد في الرواية الأخرى: لا تحلّ؛ لأنّه لو كان له دينٌ مؤجّل لم يحل، فكذلك ما عليه، كالحيّ. و لأنّ الموت ما جعل مُبطلاً للحقوق، إنّما هو علامة علي الورثة، و قد قال عليه السلام: «مَنْ ترك حقّاً أو مالاً فلورثته»⁽²⁾⁽³⁾.

و الفرق: أنّ الحيّ له ذمّة، و ما له يمكن حفظه، بخلاف ما عليه، فإنّ 2.

ص: 423

1- جامع المسانيد - للخوارزمي - 74:2، المغني 4:526، الشرح الكبير 4:545.

2- صحيح البخاري 3:128، سنن ابن ماجة 2:2416/807، سنن النسائي 4:66، سنن البيهقي 3:214، و 6:214، مسند أبي داؤد الطيالسي: 156-157/1150، مسند أحمد 4:13744/222 و 13745، المصنّف - لعبد الرزّاق - 8:289-290/15257، المعجم الكبير - للطبراني - 20:264-266/625-628، و في الجميع: «مَنْ ترك مالاً فلورثته».

3- حلية العلماء 4:519، المغني 4:526، الشرح الكبير 4:544، الكافي في فقه الإمام أحمد 2:105.

المديون يتضرر بترك الحق متعلقاً بالعين. ولأن النبي صلي الله عليه وآله لما امتنع من الصلاة علي المديون حتي ضمن الدين علي عليه السلام تارةً و أبو قتادة أخري(1) لم يسأل هل كان الدين مؤجلاً؟ فلا تجوز مطالبته في الحال لو لم يحل ولم يكن هناك مانع من الصلاة، أو كان حالاً؟ و ترك الاستفصال يدل علي العموم.

و ما رواه السكوني عن الصادق عن الباقر عليهما السلام، قال: «إذا كان علي الرجل دينٌ إلي أجلٍ و مات الرجل حلّ الدين»(2).

و عن الحسين بن سعيد قال: سألت عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلي أجلٍ مسمي ثم مات المستقرض، أ يحل مال القارض عند موت المستقرض منه، أو لورثته من الأجل ما للمستقرض في حياته؟ فقال: «إذا مات فقد حلّ مال القارض»(3).

مسألة 591: لو مات من له الدين المؤجل، قال أكثر علمائنا

مسألة 591: لو مات من له الدين المؤجل، قال أكثر علمائنا(4):

لا يحلّ دينه بموته

- و هو قول أهل العلم(5) - لعدم دليل الحلول، و أصالة الاستصحاب، و براءة ذمة من عليه الدين من الحلول.

و قال الشيخ رحمه الله في النهاية: إذا مات و له دينٌ مؤجل، حلّ أجل ما له، و جاز للورثة المطالبة به في الحال(6)

ص: 424

1- تقدّم تخريجه في ص 281، الهامش (5 و 6).

2- التهذيب 6:190/408.

3- التهذيب 6:190/409.

4- منهم: الشيخ الطوسي في الخلاف 3:271، ضمن المسألة 14، و ابن إدريس في السرائر 2:53، و المحقق الحلّي في شرائع الإسلام 2:93.

5- في الطبعة الحجرية: «قول أكثر أهل العلم».

6- النهاية: 310.

لما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «إذا مات الميّت (1) حلّ ما له و ما عليه من الدّين» (2).

ولأنّه دَيْنٌ، فحلّ بموت صاحبه، كما يحلّ بموت مَنْ هو عليه.

و الرواية مقطوعة السند، علي أنّها غير دالّة علي المطلوب بالنصوصيّة؛ إذ لم تشتمل علي ذكر الأجل.

و الفرق بين موت صاحب الدّين و المديون ظاهر؛ فإنّ الميّت لا ذمّة له، فلا يبقى للدّين محلٌّ، و مَنْ له الدّين ينتقل حقه بعد موته إلي الورثة، و إنّما كان له دَيْنٌ مؤجّل، فلا يثبت للوارث ما ليس له.

مسألة 592: قد بيّنا أنّ الدّين المؤجّل يحلّ بموت مَنْ عليه و أنّ أحمد قد خالف فيه في إحدَي الروايتين

(3).

فعلي قوله يبقى الدّين في ذمّة الميّت كما كان، و يتعلّق بعين ماله، كتعلّق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه، فإن أحبّ الورثة أداء الدّين و التزامه للغريم و يتصرّفون في المال، لم يكن لهم ذلك، إلّا أن يرضي الغريم، أو يوفوا الحقّ بضمين مليء، أو برهن يثق به لوفاء حقه، فإنّ الوارث قد لا يكون أميناً و قد لا يرضي به الغريم، فيؤدّي إلي فوات حقه (4).

و قال بعض العامّة: إنّ الحقّ ينتقل إلي ذمم الورثة بموت مورّثهم من غير أن يشترط التزامهم له، و لا ينبغي أن يلزم الإنسان دّين لم يتعاط له،

ص: 425

1- كذا في النسخ الخطيّة و الحجرية، و في المصدر: «الرجل» بدل «الميّت».

2- الكافي 99:5 (باب أنّه إذا مات الرجل حلّ دّينه) ح 1، التهذيب 6:407/190.

3- راجع المصادر في الهامش (3) من ص 423.

4- المغني 4:526-527، الشرح الكبير 4:545.

و لو لزمهم ذلك بموت مورّثهم للزمهم وإن لم يخلف وفاءً(1).

و هذا كلّه ساقط عندنا، إلا أن يرضي الغريم بتدّم الورثة بالدين، و يصير عليهم تبرّعاً منه.

و علي قولنا بحلول الدين بموت المديون يتخيّر الوارث بين الدفع من عين التركة و من غيرها؛ لانتقال المال إليهم، فإن امتنعوا من الأداء من عين التركة و من غيرها، باع الحاكم من التركة ما يقضي به الدين.

مسألة 593: مَنْ مات و عليه دينٌ لم يمنع الدين من نقل التركة إلي الورثة علي أشهر قولي أصحابنا؛

لأنّ مستحقّ التركة إمّا الميت، و هو محال؛ إذ ليس هو أهلاً للتملك، أو الغريم، و هو محال؛ لأنّه لو أبرأه لم يكن له في التركة شيء، أو لا لمالك، و هو محال، فلم يبق إلا الورثة. و لأنّ تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حقّ الجاني [و الرهن](2) و المفلس، فلم يمنع نقله هنا.

و إن تصرّف الورّاث(3) في التركة ببيع أو غيره، صحّ تصرّفهم، و لزمهم أداء الدين، فإن تعدّر وفاؤه، فسخ تصرّفهم، كما لو باع السيّد عبده الجاني أو النصاب الذي وجبت فيه الزكاة.

و قال بعض علمائنا: إنّ التركة لا تنتقل(4) - و عن أحمد روايتان(5) - لقوله تعالى: «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ»(6) فجعل التركة للوارث

ص: 426

1- المغني 4:527، الشرح الكبير 4:545-546.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «الرهن». و الصحيح ما أثبتناه.

3- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «الوارث» بدل «الورّاث». و ما أثبتناه يقتضيه السياق.

4- شرائع الإسلام 4:16.

5- المغني 4:527-528، الشرح الكبير 4:546.

6- النساء: 11.

من بعد الدَّيْنِ و الوصِيَّةِ، فلا يثبت لهم الملك قبلهما، فعلي هذا لو تصرّف الورثة، لم يصح تصرفهم - لأنّهم تصرفوا في غير ملكهم - إلاّ بإذن الغرماء.

ولو تصرّف الغرماء، لم يصح، إلاّ بإذن الورثة.

و الحقّ: الأوّل؛ لأنّ المراد زوال الحجر عن التركة بعد الوصِيَّةِ و الدَّيْنِ.

ص: 427

إشارة

وفيه مباحث:

البحث الأول: في ماهيتها ومشروعيتها.

إشارة

الحوالة مشتقة من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة. وهي عقد وُضع للإرفاق، منفرد بنفسه، وليست بيعاً ولا محمولاً عليه عند علمائنا أجمع، وهو قول أكثر العلماء (1)، وإلا لما صحّت؛ لأنّها بيع دَيْنٍ بدَيْنٍ، وذلك منهي عنه (2)، والحوالة مأمور بها، فتغايرها. ولأنّها لو كانت بيعاً، لما جاز التفريق قبل القبض؛ لأنّه بيع مال الربا بجنسه، فلا يجوز مع التأخير والتفريق قبل القبض، ولجازت بلفظ البيع، ولجازت من جنسين، كالبيع.

ولأنّ لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع. فعلي هذا لا يدخلها خيار المجلس، وفي خيار الشرط ما تقدّم (3)، وتلزم بمجرد العقد.

وقد قيل: إنّها بيع، فإنّ المحيل يشتري ما في ذمته بما له في ذمة المحال عليه، وجاز تأخير القبض رخصة؛ لأنّه موضوع علي الرفق، فيدخلها حينئذٍ خيار المجلس لذلك (4).

والصحيح ما تقدّم؛ فإنّ البيع مختصّ بألفاظ ولوازم منفيّة عن هذا

ص: 429

1- راجع المغني والشرح الكبير 5:54.

2- الكافي 5:100 (باب بيع الدّين بالدّين) ح 1، التهذيب 6:400/189.

3- في ج 11، ص 64، ضمن المسألة 251.

4- المغني والشرح الكبير 5:54.

مسألة 594: الحوالة عقد جائز بالنص والإجماع.

روي العامة عن أبي هريرة أنّ النبي صلي الله عليه وآله قال: «مَطَّلُ الغني ظلم، وإذا أُتبع أحدكم علي مليء فليتبِع»(1).

وفي لفظٍ آخر: «وإذا أُحيل أحدكم بحقِّ علي مليء فليحتل»(2).

ومن طريق الخاصّة: ما رواه منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يحيل علي الرجل الدراهم أيرجع عليه؟ قال:

«لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»(3).

وقد أجمع كلّ مَنْ يُحفظ عنه العلم علي جواز الحوالة في الجملة.

إذا عرفت هذا، فمعني «أُتبع» هو معني «أُحيل».

قال صاحب الصحاح: يقال: أُتبع فلان بفلان، إذا أُحيل له عليه، و التبع: الذي لك عليه مال(4).

والأشهر في الرواية الثانية: «وإذا أُحيل أحدكم» بالواو. ويُروي: «فإذا» بالفاء.

فعلي الأوّل هو مع قوله: «مطل الغني ظلم» جملتان لا تعلق للثانية

ص: 430

1- صحيح البخاري 3:123، صحيح مسلم 3:1197/1564، سنن ابن ماجة 2:803/2403، سنن أبي داؤد 3:247/3345، سنن الترمذي 3:600/1308، سنن النسائي 7:317، سنن البيهقي 6:70، سنن الدارمي 2:261، الموطأ 2:674/84، مسند أحمد 3:8715/78.

2- سنن البيهقي 6:70، مسند أحمد 3:225، ضمن ح 9655، العزيز شرح الوجيز 5:125، المغني و الشرح الكبير 5:54 بتفاوت يسير.

3- الكافي 5:104/4، التهذيب 6:212/498.

4- الصحاح 3:1190 «تبع».

بالأولي، و يصير كقوله عليه السلام: «العارية مردودة، و الزعيم غارم»(1).

و علي الثاني يجوز أن يكون المعني في الترتيب أنه إذا كان المطل ظلماً من الغني، فليقبل مَنْ أُحيل بدئنه عليه، فإنّ الظاهر أنه يحترز عن الظلم و المطل.

و هل الأمر بالاحتيايل علي الإيجاب أو الاستحباب ؟ الأقوي عندنا:

الثاني - و به قال الشافعي (2) - لأصالة البراءة.

و عن أحمد أنه للوجوب (3)؛ قضيةً لمطلق الأمر.

مسألة 595: مدار الحوالة علي ستة أشياء: أشخاص ثلاثة: محيل و محال عليه و محتال، و دينان و معاملة،

فإذا كان لزيد عليك عشرة، و لك علي عمرو مثلها، فأحلت زيداً علي عمرو، فأنت محيل، و زيد محتال، و عمرو محال عليه، و قد كان لزيد عليك دينٌ، و لك علي عمرو دينٌ، و جرت بينك و بين زيد مراضاة بها، انتقل حقّه إلي عمرو، فهذه ستة أمور لا بدّ منها في وجود الحوالة، إلاّ الخامس؛ فإنّ فيه خلافاً يأتي إن شاء الله تعالى.

و يُشترط في صحّتها أمور، منها ما يرجع إلي الدّينين، و منها ما يتعلّق بالأشخاص الثلاثة.

مسألة 596: الحوالة عقد لازم، فلا بدّ فيها من إيجاب و قبول، كغيرها من العقود.

و الإيجاب كلّ لفظٍ يدلّ علي النقل و التحويل، مثل: أحلتك،

ص: 431

1- ورد نصّه في العزيز شرح الوجيز 5:125-126، و في سنن أبي داؤد 3:296-3565/297، و مسند أحمد 6:21791/358 بتفاوت يسير. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5:126.

وَقَبَلْتِكَ، وَاتَّبَعْتِكَ.

وَالْقَبُولُ مَا يَدُلُّ عَلَيَّ الرِّضَا، نَحْوُ: رَضِيْتُ، وَقَبِلْتُ.

وَلَا تَقَعُ مَعْلُوقَةً بِشَرْطٍ وَلَا صِفَةٍ، بَلْ مِنْ شَرْطِهَا التَّنْجِيزُ، فَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ، أَوْ: إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ فَقَدْ أَحْلَيْتَكَ عَلَيْهِ، لَمْ تَصِحْ؛ لِأَصَالَةِ الْبِرَاءَةِ، وَعَدَمِ الْإِنْتِقَالِ.

وَلَا يَدْخُلُهَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّهُ مَخْتَصٌّ بِالْبَيْعِ، وَلَيْسَتْ بَيْعًا عِنْدَنَا.

وَهَلْ يَدْخُلُهَا خِيَارُ الشَّرْطِ؟ مَنَعَ مِنْهُ أَكْثَرُ الْعَامَّةِ (1).

وَالْحَقُّ: جَوَازُ دَخُولِهِ؛ لِقَوْلِهِمْ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ: «كُلُّ شَرْطٍ لَا يَخَالِفُ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ فَإِنَّهُ جَائِزٌ» (2).

وَلَوْ قَالَ: أَحْلَيْتَنِي عَلَيَّ فُلَانًا، فَقَالَ: أَحْلَيْتَكَ، افْتَقَرَ إِلَى الْقَبُولِ، وَلَا يَكْفِي الْاسْتِجَابَ.

وَالْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الْبَيْعِ فِي الْاسْتِجَابِ وَالْإِجَابِ آتٍ هُنَا.

وَقَطَعَ بَعْضُ الشَّافِعِيِّينَ بِالْإِنْعِقَادِ هُنَا؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ أُجِيزَتْ رَفَقًا بِالنَّاسِ، فَيَسَامَحُ فِيهَا بِمَا لَا يَسَامَحُ فِي غَيْرِهَا (3).

وَالْمَعْتَمَدُ مَا قَلَّنَاهُ.

مسألة 597: اختلف العامة في أن الحوالة هل هي استيفاء حق، أو بيع وعتياض؟ فللشافعي قولان:

أحدهما - وهو الأقوي عندي - أنها استيفاء حق كأنَّ المحتال

ص: 432

1- الحاوي الكبير 30:5، المهذب - للشيرازي - 345:1، التنبيه: 105، العزيز شرح الوجيز 4:193، روضة الطالبين 3:111.

2- الكافي 5:169، الفقيه 3:553/127، التهذيب 7:94/22، الخلاف 3:255، المسألة 64.

3- العزيز شرح الوجيز 5:128، روضة الطالبين 3:463.

استوفي ما كان له علي المحيل وأقرضه المحال عليه؛ لأنها لو كانت معاوضةً، لجاز أن يحيل بالشيء علي أكثر منه أو أقل.

وأظهرهما عندهم: أنها بيع؛ لأنها تبادل مالٍ بمالٍ، فإنَّ كلَّ واحدٍ من المحيل والمحتال يملك بها ما لم يملكه قبلها، وهذا هو حقيقة المعاوضة، وليس فيها استيفاء ولا إقراض محقق، فلا يقدران(1).

وقد بيّنا عندنا ما في هذا القول.

وعلي تقديره هي بيع ما ذا بأي شيء؟ للشافعية وجهان:

أحدهما: أنها بيع عينٍ بعينٍ، وإلا لبطلت؛ للنهي عن بيع الدّين بالدّين.

وكانَّ هذا القائل نزل الدّين علي الشخص منزلة استحقاق منفعةٍ تتعلّق بعينه، كالمنافع في إجازات الأعيان. وهذا غير معقول.

والثاني - وهو المعقول - : أنها بيع الدّين بالدّين، فإنَّ حقَّ الدّين لا يستوفي من عين الشخص، ولغيره أن يؤدّيه عنه.

واستثني هذا العقد عن النهي؛ لحاجة الناس إليه مسامحةً وإرفاقاً، ولهذا المعني لم يُعتبر فيه التقابض، كما في القرض، ولم يجز فيه الزيادة والنقصان؛ لأنه ليس بعقد مماكسة، كالقرض(2).

وقال الجويني وشيخه: لا خلاف في اشمال الحوالة علي المعنيين:

الاستيفاء، والاعتياض، والخلاف في أيهما أغلب؟(1).

وكلّ هذه تمحّلات لا فائدة تحتها، ولا دليل عليها.3.

ص: 433

1- العزيز شرح الوجيز 5:126، روضة الطالبين 3:462.

إشارة

وهي أربعة تشتمل عليها أربعة أنظار:

النظر الأول: كمالية الثلاثة،

إشارة

أعني المحيل و المحتال و المحال عليه؛ لأن رضاهم شرط علي ما يأتي.

وإنما يُعتبر الرضا ممّن له أهليّة التصرف، فلا- تصحّ من الصبي و إن كان مميّزاً، أذن له الولي أو لا، و لا المجنون، سواء كانا محيلين أو محتالين أو محالاً عليهما.

و كذا يُشترط رفع الحجر في الثلاثة.

أمّا المحيل: فلما فيه من التصرف المالي، و السفية و المفلس ممنوعان منه.

و أمّا المحتال: فكذلك أيضاً؛ لما فيه من الاعتياض عن ماله بماله.

و أمّا المحال عليه: فلائّه التزام بالمال.

مسألة 598: يُشترط ملاءة المحال عليه وقت الحوالة،

كالضمان، أو علم المحتال بإعسار المحال عليه، فلو كان معسراً و احتال عليه مع جهله بإعساره، كان له فسخ الحوالة، و مطالبة المحيل بالمال، سواء شرط التساوي أو أطلق، عند علمائنا؛ لما فيه من الضرر و التغير به.

و لما رواه منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام أنّه سأله عن الرجل يحيل علي الرجل الدراهم أ يرجع عليه؟ قال: «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»⁽¹⁾ و هو نصّ في الباب.

ص: 434

1- تقدّم تخريجه في ص 430، الهامش (3).

ولا يُشترط استمرار الملاءة، بل لو كان المحال عليه ملياً وقت الحوالة ورضي المحتال ثم تجدد إعسار المحال عليه بالمال بعد الحوالة، لم يكن للمحتال الرجوع علي المحيل؛ لأنّ الحوالة لزمّت أولاً، وانتقل الحقّ عن ذمّة المحيل إلي ذمّة المحال عليه، فلا يعود إلاّ بسببٍ ناقلٍ للمال.

و لو رضي المحتال بالحوالة علي المعسر، لم يكن له بعد ذلك الفسخُ، ولا الرجوع علي المحيل بشيء، بل لو مات المحال عليه معسراً، ضاع ماله.

إذا ثبت هذا، فقد وافقنا - علي أنّ المحتال يرجع إلي ذمّة المحيل إذا ظهر إفلاسه و لم يشترط للمحال [عليه] الملاءة و لم يعلم المحتال بإفلاسه - مالكٌ و أحمد في إحدَي الروائِتين و جماعة من أصحابه؛ لأنّ الفلَس عيب في المحال عليه، لأنّ الظاهر سلامة الذمّة، و قد ظهر أنّها معيبة، فكان له الرجوعُ، كما لو اشترى سلعةً فوجدها معيبةً. و لأنّ المحيل غرّه، فكان له الرجوعُ، كما لو دلّس المبيع (1).

و قال الليث و الشافعي و أبو عبيد و أحمد - في الرواية الأخرى - و ابن المنذر: ليس له الرجوعُ، سواء أمكن استيفاء الحقّ أو تعذّر بمَطْلٍ أو فُلْسٍ أو موتٍ أو غير ذلك؛ لأنّ هذا الإعسار لو حدث قبل قبضه لم يثبت له الخيار، فكذا حال العقد (2).

و هو ممنوع؛ لأنّ المتجدّد لا يمكن الاحتراز منه، و لا غر فيه، 2.

ص: 435

1- المغني 5:59، الشرح الكبير 5:55، الكافي في فقه الإمام أحمد 2:125.

2- العزيز شرح الوجيز 5:132، روضة الطالبين 3:466، المغني 5:59، الشرح الكبير 5:55، الكافي في فقه الإمام أحمد 2:125.

مسألة 599: قد بينا أنّ الحوالة تقتضي نقل الحق من ذمة المحيل إلي ذمة المحال عليه، عند علمائنا أجمع،

و به قال عامّة الفقهاء، إلاّ ما يُحكي عن زفر، فإنّه قال: لا ينتقل الحقّ، و أجراها مجري الضمان (1).

و هو خطأ؛ لأنّ الحوالة مشتقة من تحوّل الحقّ، بخلاف الضمان عندهم (2)، فإنّه مشتقّ من ضمّ ذمّة إلي ذمّة، فعلق علي كلّ واحدٍ منهما ما يقتضيه لفظه.

و أمّا عندنا فإنّ الضمان أيضاً ناقل علي ما تقدّم (3) بيانه.

مسألة 600: إذا تمّت الحوالة بأركانها و كان المحال عليه موسراً أو علم المحتال بإفلاسه، انتقل الحق من ذمة المحيل إلي ذمة المحال عليه،

و لم يكن للمحتال الرجوع علي المحيل أبداً - و به قال الشافعي و مالك و أحمد في إحدَي الروايتين (4) - لما رواه العامّة: أنّ حزناً جدّ سعيد بن المسيّب كان له علي عليّ عليه السلام دَيْنٌ فأحاله به، فمات المحال عليه فأخبره، فقال: «اخترت علينا أبعدك الله تعالي» (5) فأبعده بمجرّد احتياله، و لم يُخبره أنّ له الرجوع، و لو كان له الرجوع لأخبره بذلك.

ص: 436

1- مختصر اختلاف العلماء 4: 1993/271، تحفة الفقهاء 3: 247، بدائع الصنائع 6: 17، الهداية - للمرغيناني - 3: 99، الاختيار لتعليل المختار 3: 5، حلية العلماء 5: 35، المغني 5: 58-59، الشرح الكبير 5: 55.

2- راجع الهامش (1) من ص 344.

3- في ص 342 (النظر الأوّل).

4- الحاوي الكبير 6: 421، المهذب - للشيرازي - 1: 345، الوسيط 3: 223، حلية العلماء 5: 36، التهذيب - للبغوي - 4: 163، العزيز شرح الوجيز 5: 132، روضة الطالبين 3: 466، الذخيرة 9: 249، المغني 5: 59، الشرح الكبير 5: 55.

5- الحاوي الكبير 6: 421، المغني 5: 59، الشرح الكبير 5: 55.

و من طريق الخاصة: قول الصادق عليه السلام: «لا يرجع عليه أبداً» وقد تقدّم (1).

وعن عقبة بن جعفر عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بمالٍ علي الصيرفي ثم يتغيّر حال الصيرفي أ يرجع علي صاحبه إذا احتال ورضي (2)؟ قال: «لا» (3).

ولأنّ الحوالة براءة من دَيْنٍ ليس فيها قبض ممّن عليه، فلا يكون فيها رجوعٌ عليه، كما لو أبرأه من الدّين.

وقال شريح و الشعبي و النخعي: متي (4) أفلس أو مات رجع علي صاحبه (5).

وقال أبو حنيفة: يرجع عليه في حالتين: إذا مات المحال عليه مفلساً، وإذا جحد و حلف عليه عند الحاكم.

وقال أبو يوسف و محمّد: يرجع عليه في هاتين الحالتين و في حال أخري: إذا أفلس و حُجر عليه.

لما روي أنّ عثمان سئل عن رجل أُحيل بحقّه فمات المحال عليه مفلساً، فقال: يرجع بحقّه لا يزرأ (6) علي مال مسلم (7).

ولأنّه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاقدين، فكان له 5.

ص: 437

1- في ص 430 و 434.

2- في النسخ الخطيّة و الحجرية بدل «و رضي»: «و ضمن». و ما أثبتناه من المصدر.

3- التهذيب 6: 212/501.

4- في النسخ الخطيّة و الحجرية بدل «متي»: «مَنْ». و الصحيح ما أثبتناه من المصدر.

5- المغني 5: 59، الشرح الكبير 5: 55.

6- كذا قوله: «لا يزرأ» في جميع النسخ الخطيّة و الحجرية، و بدلها في الحاوي الكبير و المغني و الشرح الكبير: «لا توي» أي الهلاك. و

الإزراء: التهاون بالشيء، يقال: أزريت به، إذا قصرت به. الصحاح 6: 2368 «زري».

7- الحاوي الكبير 6: 421، المغني 5: 59، الشرح الكبير 5: 55.

الفسخ، كما لو اعتاض بثوبٍ فلم يسلمه إليه.

ولأنه نقل حق من ذمّة إلي غيرها، فإذا لم يسلم له ما نقل إليه، كان له الرجوع بحقه، كما لو أخذ دينه عيناً فتلفت (1) في يد من عليه الحق (2).

ورواية عثمان ضعيفة لم تصح يروها خليلد (3) بن جعفر عن معاوية ابن قرّة عن عثمان (4)، ولم يصح سماعه منه. وقد روي أنه قال: في حوالة أو كفالة (5)، وهو يدلّ علي شكّه وتردده في الرواية، فلا يجوز العمل بها.

علي أن قول عثمان ليس بحجة، خصوصاً مع معارضته للحجة، وهو قول علي عليه السلام (6).

ولا نسلم أن الحوالة معاوضة؛ لاشتمالها علي بيع الدين بالدين، وهو منهي عنه (7).

والقياس علي العين باطل؛ لأنه لا يشبه مسألتنا؛ لأن في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه، وهنا الحوالة بمنزلة العوض المقبوض، وإلا كان بيع دينٍ بدينٍ.

ص: 438

1- في «ث، خ» والطبعة الحجرية: «و تلفت».

2- تحفة الفقهاء 3:247، بدائع الصنائع 6:18، الهداية - للمرغيناني - 3:99-100، الاختيار لتعليل المختار 3:5، فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3:73، مختصر اختلاف العلماء 4:271/1993، الحاوي الكبير 6:421، الوسيط 3:223، حلية العلماء 5:36، التهذيب - للبغوي - 4:163، العزيز شرح الوجيز 5:132، الذخيرة 9:249، المغني 5:59، الشرح الكبير 5:55.

3- في المغني 5:59، والشرح الكبير 5:55، ونسختي «ج، خ»: «خالد».

4- راجع: الحاوي الكبير 6:421، والمغني 5:59، والشرح الكبير 5:55.

5- مختصر المزني: 107، الحاوي الكبير 6:421، المغني 5:59، الشرح الكبير 5:55.

6- المغني 5:59، الشرح الكبير 5:55.

7- تقدّم تخريجه في ص 429، الهامش (2).

إشارة

لما بيّنّا من أنّهُ يرجع عند الإِطلاق فمع شرط الملاءة أولي - وهو قول ابن سريج (1) - لقوله عليه السلام: «المسلمون علي شروطهم» (2) (3).

ولأنّهُ شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة، فيثبت فيه الفسخ بفواته، كما لو شرط صفة في المبيع، وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد، كما لو شرط صفة في المبيع.

وقال المزني - نقلاً عن الشافعي -: إنّه لا يرجع؛ لأنّه قال: غرّه أو لم يغرّه لا يرجع (4).

قال ابن سريج: هذا الذي نقله المزني لا نعرفه للشافعي، والذي يُشبه أصله: أنّه يرجع كما إذا شرط صفة في المبيع فبانَ بخلافها (5).

قال بعض الشافعيّة: الصواب ما نقله المزني؛ لأنّ الإعسار لا يردّ الحوالة إذا لم يشترط الملاءة مع كونه نقصاً، فلو ثبت ذلك بالشرط لثبت بغير شرط. ولأنّ الإعسار لو حدث لم يثبت له فسخ الحوالة، بخلاف

ص: 439

1- المهذّب - للشيرازي - 345:1، حلية العلماء 36:5، التهذيب - للبغوي - 163:4، العزيز شرح الوجيز 133:5.

2- في «ج، ر»: «المؤمنون عند شروطهم». وفي «ث، خ»: «المسلمون عند شروطهم».

3- صحيح البخاري 120:3، سنن الدارقطني 96/27:3 و 98 و 99، و 100/28، سنن البيهقي 249:7، الجامع لأحكام القرآن 33:6، التهذيب 1503/371:7، الاستبصار 835/232:3.

4- مختصر المزني: 107، الحاوي الكبير 423:6، المهذّب - للشيرازي - 345:1، العزيز شرح الوجيز 133:5.

5- الحاوي الكبير 423:6، حلية العلماء 36:5، العزيز شرح الوجيز 133:5، المغني 60:5، الشرح الكبير 62:5.

النقص الحادث في المبيع، فكذلك عدم المشروط. ولأنّ الإعسار يثبت به فسخ البيع بغير شرطٍ، ولا يثبت مثل ذلك في الحوالة، فاختلفاً(1).

ونمنع كون الإعسار لا يردّ الحوالة إذا لم يشترط، وقد سبق. ونمنع الملازمة بين ثبوته بالشرط وبعده، ونحن لا ندّعي مساواة الحوالة للبيع في جميع أحكامه.

تذنيب: لو كان المحال عليه معسراً و لم يعلم المحتال ثمّ تجدد اليسار و علم سبق الفقر، احتُمّل ثبوت الخيار؛ للاستصحاب.

وعدمه؛ لزوال المقتضي.

مسألة 602: إذا حصلت الحوالة مستجمعة الشرائط، انتقل المال إلى ذمّة المحال عليه، و برئ المحيل،

سواء أبراه المحتال أو لا - وهو قول عامة الفقهاء(2) - لأنّ الحوالة مأخوذة من التحويل للحقّ، وإثما يتحقّق هذا المعنى لو انتقل المال من ذمّة إلى أخرى، وليس هنا إلاّ ذمّة المحيل و المحال عليه، فإذا تحوّل الحقّ من ذمّة أحدهما إلى الآخر مع اليسار أو علم الإعسار، لم يعد الحقّ إليه؛ لعدم المقتضي.

وقال شيخنا رحمه الله في النهاية: و مَنْ كان له علي غيره مالٌ فأحال به علي غيره، و كان المُحال عليه مليّاً به في الحال و قبل الحوالة و أبراه منه، لم يكن له الرجوع عليه، ضمن ذلك المُحال به عليه أو لم يضمن بعد أن يكون قد قبل الحوالة، فإن لم يقبل الحوالة إلاّ بعد ضمان المُحال عليه و لم يضمن مَنْ أُحيل عليه ذلك، كان له مطالبة المُحيل، و لم تبرأ ذمّته بالحوالة، فإن انكشف لصاحب المال أنّ الذي أُحيل به عليه غير ملي بالمال، بطلت

ص: 440

1- العزيز شرح الوجيز 5:133، المغني 5:60، الشرح الكبير 5:62.

2- المغني 5:58، الشرح الكبير 5:55.

الحوالة، و كان له الرجوعُ علي المديون بحقّه عليه، و متي لم يُبرئ المُحال له بالمال المُحيل في حال ما يُحيله، كان له أيضاً الرجوعُ عليه في أيّ وقت شاء(1).

و كان الحسن البصري أيضاً لا يري الحوالة مبرئةً إلاّ أن يُبرئه(2).

و احتجّ الشيخ رحمه الله بما رواه زرارة - في الحسن - عن الصادق أو الباقر عليهما السلام: في الرجل يحيل الرجل بمالٍ كان له علي رجلٍ [آخر]، فيقول له الذي احتال: برئت ممّا لي عليك، قال: «إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يُبرئه فله أن يرجع علي الذي أحاله»(3).

و هذه الرواية لا بأس بها؛ لصحّة السند، لكنّ المشهور عند الأصحاب و العامة البراءة بمجرّد الحوالة، فلا بدّ من حمل الرواية علي شيء، و ليس ببعيدٍ من الصواب حملها علي ما إذا شرط المحيل البراءة، فإنّه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر إفلاس المحال عليه، أو نقول: إذا لم يُبرئه، فله أن يرجع علي الذي أحاله إذا تبيّن له إعساره وقت الحوالة.

النظر الثاني: في الرضا بالحوالة.

مسألة 603: يشترط في الحوالة رضا المحيل - و هو الذي عليه الحقّ - إجماعاً،

فلو أكره علي أن يحيل فأحال بالإكراه، لم تصحّ الحوالة، و لا نعرف فيه خلافاً؛ لأنّ منّ عليه الحقّ مخيّر في جهات القضاء، فله أن يقضي من أيّ جهة شاء، فلا يُعيّن عليه بعض الجهات قهراً، فلا يلزمه

ص: 441

1- النهاية: 316.

2- المغني 5: 58، الشرح الكبير 5: 55.

3- الكافي 5: 104/2، التهذيب 6: 211-496/212، و ما بين المعقوفين من المصدر.

أدأوه من جهة الدّين الذي له علي المحال عليه، إلا في صورةٍ واحدة لا يُعتبر فيها رضا المحيل، وهي ما إذا جوّزنا الحوالة علي مَنْ لا دّين عليه لو قال للمستحقّ: أحلت بالدّين الذي لك علي فلان علي نفسي، فقبل، صحّت الحوالة، فإذن لا يشترط هنا رضا المحيل، بل رضا المحتال و المحال عليه خاصّةً.

مسألة 604: يشترط رضا المحتال عند علمائنا أجمع

- وبه قال الشافعي وأبو حنيفة(1) - لأنّ حقّه ثابت في ذمّة المحيل، فلا يلزمه نقله إلي ذمّة أُخري، إلا برضاه، كما أنّه لا يجوز أن يُجبر علي أن يأخذ بالدّين عوضاً، وكما إذا ثبت حقّه في عينٍ، لا يملك نقله إلي غيرها بغير رضاه.

وقال داؤد وأحمد: لا- يعتبر رضاه إذا كان المحال عليه مليّاً؛ لقوله صلي الله عليه وآله: «مَنْ أُحِيل علي مليء فليحتل»(2) و الأمر للوجوب(3).

ونحن نمنع الوجوب، بل المراد به الإرشاد.

مسألة 605: يشترط عندنا رضا المحال عليه،

فلو لم يرض المحال عليه أو لم يُعلم هل رضي أم لا؟ لم تصحّ الحوالة، وبه قال أبو حنيفة و الزهري و المزني(4)

ص: 442

-
- 1- الحاوي الكبير 6:418، المهذّب - للشيرازي - 1:345، التهذيب - للبخاري - 4:162، العزيز شرح الوجيز 5:127، روضة الطالبين 3:462، الهداية - للمرغيناني - 3:99، الاختيار لتعليل المختار 3:5، الذخيرة 9:243، المغني و الشرح الكبير 5:61.
 - 2- مسند أحمد 3:225، ضمن ح 9655.
 - 3- الحاوي الكبير 6:418، بداية المجتهد 2:299، الذخيرة 9:243، المعونة 2:1228، المغني و الشرح الكبير 5:61.
 - 4- الهداية - للمرغيناني - 3:99، الاختيار لتعليل المختار 3:5، الحاوي الكبير 6:418، الوسيط 3:221، حلية العلماء 5:35، التهذيب - للبخاري - 4:162، العزيز شرح الوجيز 5:127، المغني 5:61، الشرح الكبير 5:61-62.

وقال أبو العباس ابن القاص: نصّ الشافعي في الإملاء علي أنّها تقتقر إلي رضا المحال عليه - وإليه ذهب أبو سعيد الاصطخري من الشافعية - لأنه أحد من تتم به الحوالة، فأشبهه المحتال والمحيل. ولأنّ الناس يختلفون في الاقتضاء والاستيفاء بسهولة وصعوبة. ولأنّ الأصل بقاء الحقّ في ذمّة المحال عليه للمحيل، فيستصحب إلي أن يظهر المعارض.

وأصحّ القولين عند الشافعي: أنّه لا يعتبر رضا المحال عليه إذا كانت الحوالة علي منّ عليه دَيْنٌ للمحيل - وبه قال مالك وأحمد - لأنّ المحيل أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلم يفتقر إلي رضا منّ عليه الحقّ، كما لو كان وكيلاً في قبضه، بخلاف المحتال، فإنّه ينتقل حقّه، وتبرأ ذمّته منه. ولأنّ المحال عليه محلّ الحقّ والتصرّف، فلا يعتبر رضاه، كما لو باع عبداً، لا يعتبر رضاه(1).

وبنوا الوجهين علي أنّ الحوالة اعتياض أو استيفاء؟ إن قلنا بالأول، فلا يشترط؛ لأنه حقّ للمحيل، فلا يحتاج فيه إلي رضا الغير. وإن قلنا بالثاني، يشترط؛ لتعدّد إقراضه من غير رضاه(2).

وإن كانت الحوالة علي منّ لا دَيْن عليه، لم تصحّ عند الشافعي إلا برضا المحال عليه؛ لأنّ لو صحّحناه، لألزمناه قضاء دَيْن الغير قهراً. وإن رضينا، ففي صحّة الحوالة وجهان بناهما الجمهور علي الأصل المذكور(3).

ص: 443

1- الحاوي الكبير 6:418، المهذّب - للشيرازي - 1:345، الوسيط 3:221، حلية العلماء 5:35، التهذيب - للبغوي - 4:162، العزيز شرح الوجيز 5:127، روضة الطالبين 3:462، بداية المجتهد 2:299، التلقين 2:443، الذخيرة 9:243، المعونة 2:1229، المغني 5:61، الشرح الكبير 5:61-62. (2 و 3) العزيز شرح الوجيز 5:127، روضة الطالبين 3:462.

فقد ظهر من هذا الإجماع علي اعتبار رضا المحيل إلا في الصورة التي ذكرناها في أول النظر، وأن أصحابنا اشترطوا رضا الثلاثة: المحيل و المحتال و المحال عليه.

النظر الثالث: في الدين.

مسألة 606: إذا أحال زيد عمراً علي بكر بألف، فلا يخلو إما أن تكون ذمة زيد

مسألة 606: إذا أحال زيد عمراً علي بكر بألف، فلا يخلو إما أن تكون ذمة زيد(2) مشغولة بالألف لعمره، أو لا،

وعلي كلا التقديرين فإما أن يكون بكر بريء الذمة منها أو مشغولها، فالأقسام أربعة:

أ- أن تكون ذمة زيد و بكر مشغولتين، و لا خلاف هنا في صحة الحوالة.

ب- قسيم هذا، و هو أن تكون ذمتهما بريئة، فإذا أحال زيد - و هو بريء الذمة - عمراً - و لا دين له عليه - علي بكر، و هو بريء الذمة، لم يكن ذلك إحالةً صحيحة؛ لأن الحوالة إنما تكون بدلين، و هنا لم يوجد، بل يكون ذلك وكالةً في اقتراض، و إنما جازت الوكالة هنا بلفظ الحوالة؛ لاشتراكهما في المعني، و هو استحقاق الوكيل أن يفعل ما أمره الموكل من الاقتراض، و أن يطالبه من المحال عليه، كما يستحق المحتال مطالبة المحال عليه.

ج - أن يكون المحيل بريء الذمة و المحال عليه مشغولها، (فيحيل

ص: 444

1- في ص 445، القسم «د» من الأقسام المذكورة في المسألة 606.

2- في «ج»: «ذمته» بدل «ذمة زيد».

مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ مَنْ لَا دَيْنَ لَهُ عَلَيَّ مَنْ لِمَحِيلٍ عَلَيْهِ دَيْنٌ (1) بقبضه، فلا يكون ذلك أيضاً حوالة؛ لأنَّ الحوالة مأخوذة من تحوّل الحقّ و انتقاله، ولا حقّ [هاهنا] (2) ينتقل و يتحوّل، بل يكون ذلك في الحقيقة وكالة في الاستيفاء؛ لاشتراكهما في استحقاق الوكيل مطالبة مَنْ عليه الدَّين، كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه، و تحوّل ذلك إلي الوكيل كتحوّله إلي المحيل.

د - أن يكون المحيل مشغولاً الذمّة و المحال عليه بريء الذمّة.

و في صحّحة هذه الحوالة إشكال أقرب: الصحّة - و به قال أبو حنيفة و أصحابه (3) - لأنَّ المحال عليه إذا قبلها، صار كأنّه قضى دَيْنَ غيره بذمّته؛ لأنَّ الحوالة بمنزلة الحقّ المقبوض، و إذا قبض حقّاً من غيره، صحّ و سقط عن غيره، كذا هنا، لكن يكون ذلك بالضمان أشبه.

و للشافعية وجهان مبنيان علي أنّ الحوالة اعتياض أو استيفاء؟ فإن قلنا: إنّها اعتياض، لم تصحّ؛ لأنّه ليس له علي المحال عليه شيء نجعله عوضاً عن حقّ المحتال. و إن قلنا: إنّها استيفاء حقّ، صحّت (4)، كأنّه أخذ المحتال حقّه و أقرضه من المحال عليه (5).

قال الجويني: الصحيح عندي تخريج الخلاف علي الخلاف في أنّه 3.

ص: 445

1- بدل ما بين القوسين في الطبعة الحجرية: «فيحيل مَنْ لَا دَيْنَ لَهُ عَلَيْهِ عَلَيَّ مَنْ لِمَحِيلٍ عَلَيْهِ دَيْنٌ». و كذا في «ر» بإسقاط «له» من «لا دَيْنَ لَهُ عَلَيْهِ».

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فيها». و الصحيح ما أثبتناه.

3- راجع: فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3: 73 و 74، و بدائع الصنائع 6: 16.

4- في النسخ الخطيّة و الحجرية: «صحّ». و الظاهر ما أثبتناه.

5- التهذيب - للبغوي - 4: 164، العزيز شرح الوجيز 5: 127، روضة الطالبين 3: 462.

هل يصحّ الضمان بشرط براءة الأصيل؟ بل هذه (1) الصورة غير (2) تلك الصورة؛ فإنّ الحوالة تقتضي براءة المحيل، فإذا قَبِل الحوالة، فقد التزم علي أن يُبرئ المحيل (3).

و هذا ذهابٌ منه إلي براءة المحيل و جعلها أصلاً مفروغاً عنه.

لكن للشافعية وجهان:

أحدهما: أنّه يبرأ علي قياس الحوالات.

و الثاني - و به قال أكثرهم -: أنّه لا يبرأ، و قبول الحوالة ممّن لا دَيْن عليه ضمانٌ مجرد (4).

ثمّ فرّعوا فقالوا: إن قلنا: لا تصحّ هذه الحوالة، فلا شيء علي المحال عليه، فإن تطوّع و أدّاه، كان كما لو قضى دَيْنَ الغير. و إن قلنا:

تصحّ، فهو كما لو ضمنه، فيرجع علي المحيل إن أدّى بإذنه (5).

و كذا إن أدّى بغير إذنه عندنا و علي أظهر الوجهين عند الشافعية (6)؛ لجريان الحوالة بإذنه.

و للمحال عليه الرجوع علي المحيل هنا قبل الأداء - و هو أحد وجهي الشافعية (7) - لأنّ المحيل يبرأ، فينتقل الحقّ إلي ذمّة المحال عليه بمجرد الحوالة.3.

ص: 446

1- في النسخ الخطيّة و الحجريّة: «هنا» بدل «هذه». و المثبت كما في المصدر.

2- كذا في النسخ الخطيّة و الحجريّة، و في المصدر «عين» بدل «غير». و في «ر»: «علي غير».

3- العزيز شرح الوجيز 5:127.

4- العزيز شرح الوجيز 5:127، روضة الطالبين 3:462.

5- العزيز شرح الوجيز 5:127-128، روضة الطالبين 3:462. (6 و 7) العزيز شرح الوجيز 5:128، روضة الطالبين 3:463.

و الثاني: ليس له ذلك بناءً علي أن المحيل لا يبرأ، كما أن الضامن لا يرجع علي المضمون عنه قبل الأداء(1).

و إذا طالبه المحتال بالأداء، فله مطالبة المحيل بتخليصه.

و هل له ذلك قبل مطالبة المحتال؟ الأقوي عندي: ذلك.

و للشافعية وجهان كالوجهين في مطالبة الضامن(2).

و لو أبرأه المحتال، لم يرجع علي المحيل بشيء.

و لو قبضه المحتال ثم وهبه منه، فالأقوي: الرجوع؛ لأنه قد غرم عنه، وإثما عاد المال إليه بعقد مستأنف.

و للشافعية وجهان يُنظر في أحدهما إلي أن الغرم لم يستقر عليه، فلم يغرم عنه في الحقيقة شيئاً. و في الثاني إلي أنه عاد إليه بتصريف مبتدأ(3).

و هما مأخوذان من القولين فيما إذا وهبت منه الصداق بعد القبض ثم طلقها قبل الدخول.

و لو ضمن عنه ضامن، لم يرجع علي المحيل حتي يأخذ المحتال المال منه أو من ضامنه.

و لو أحال المحتال علي غيره، نُظر إن أحاله علي مَنْ عليه دين، رجع علي محيله بنفس الحوالة؛ لحصول الأداء بها. و إن أحال علي مَنْ لا دين عليه، لم يرجع عليه الذي أحاله عليه.

مسألة 607: الأقوي عندي أنه لا يشترط في الدين المحال به اللزوم

ص: 447

1- العزيز شرح الوجيز 5:128، روضة الطالبين 3:463.

2- العزيز شرح الوجيز 5:128، روضة الطالبين 3:463.

3- العزيز شرح الوجيز 5:128، روضة الطالبين 3:463.

- وهو أصحّ وجهي الشافعيّة (1) - كما لو أحال بالثمن في مدّة الخيار بأن يحيل المشتري البائع علي رجلٍ أو يحيل البائع رجلاً علي المشتري. ولأنّه صائرٌ إلي اللزوم، و الخيار عارضٌ فيه، فيعطي حكم اللزوم.

و الثاني لهم: المنع؛ لأنّه ليس بلازم (2).

و هو مصادرة علي المطلوب.

قال بعض الشافعيّة: هذا الخلاف مبني علي أنّ الحوالة معاوضة أو استيفاء؟ إن قلنا معاوضة، فهي كالصرف في المبيع في زمان الخيار. و إن قلنا: استيفاء، فتجوز (3).

قالوا: فإن قلنا بالمنع، ففي انقطاع الخيار وجهان:

أحدهما: أنّه لا ينقطع؛ لحكمنا بطلانه، و تنزينا إيّاه منزلة العدم.

و الثاني: نعم؛ لأنّ التصرف في عوض العقد يتضمّن الرضا بإبطال الخيار (4).

و إن قلنا بالجواز، لم يبطل الخيار عند بعضهم (5).

وقال آخرون: يبطل؛ لأنّ قضيّة الحوالة اللزوم، و لوبقي الخيار لما صادفت الحوالة مقتضاها، و كانت هذه الحوالة كالحوالة علي النجوم (6).

و الأقوي: بقاء الخيار.

مسألة 608: إذا وقعت الحوالة بالثمن المترزل بالخيار ثم انفسخ البيع

ص: 448

- 1- الحاوي الكبير 6:419، الوسيط 3:222-223، العزيز شرح الوجيز 5:129، روضة الطالبين 3:464.
- 2- الحاوي الكبير 6:419، الوسيط 3:222-223، العزيز شرح الوجيز 5:129، روضة الطالبين 3:464.
- 3- العزيز شرح الوجيز 5:129.
- 4- العزيز شرح الوجيز 5:129، روضة الطالبين 3:464.
- 5- العزيز شرح الوجيز 5:129، روضة الطالبين 3:464.
- 6- العزيز شرح الوجيز 5:129، روضة الطالبين 3:464.

بفسخ صاحب الخيار، بطل الثمن، وبطلت الحوالة المترتبة عليه، فلو أحال البائع علي المشتري بالثمن رجلاً له عليه دينٌ ثم فسخ المشتري بالخيار، بطلت الحوالة؛ لأنها فرع البيع، وبيع قد بطل.

وعندي فيه نظر؛ لأن البيع لم يبطل من أصله، وإنما تجدد له البطلان، فلا يؤثر في الحوالة التي جرت منهما.

ولو أحال المشتري البائع علي غيره ثم فسخ البيع بالخيار، بطلت الحوالة؛ لترتبها علي البيع، وبيع قد بطل.

ويُحتمل قوياً عدم بطلان الحوالة.

وعلي قول الشافعية ببطلان الخيار لو أحال المشتري البائع علي ثالث، يبطل خيارهما جميعاً؛ لتراضيتهما. ولو أحال البائع رجلاً علي المشتري، لم يبطل خيار المشتري، إلا أن يقبل ويرضي بالحوالة(1).

مسألة 609: لو أحال زيد علي عمرو بكاملاً فأذاه عمرو - بعد قبول الثلاثة الحوالة - إلي بكر،

ثم جاء عمرو يطالب زيدا بما أذاه بحوالته إلي بكر، فادّعي زيد أنه إنما أحال بما له عليه، وأنكر عمرو ذلك وأنه احتال ولا شيء لزيد عليه، كان القول قول عمرو؛ لأصالة براءة ذمته.

ويُحتمل أن يقال: إن قلنا بصحة الحوالة علي مَنْ لا مال عليه، كان القول قول المحال عليه قطعاً. وإن قلنا: إنها لا تصح، كان القول قول المحيل؛ لاعتراضهما بالحوالة، وادعاء المحال عليه بطلانها، والأصل الصحة.

مسألة 610: لو أحال السيد علي مكانه بكاملاً بالنجوم،

فإن كان بعد

ص: 449

1- العزيز شرح الوجيز 5:129، روضة الطالبين 3:464.

حلولة، صحّ؛ لثبوته في ذمّة المكاتب. وإن كان قبل الحلول، فكذلك علي الأقوي.

و يجيء علي قول الشيخ رحمه الله المنع (1)؛ لأنّ مال الكتابة غير واجبٍ - عنده (2) - علي المكاتب؛ إذ له أن يُعجز نفسه، فله أن يمتنع من أدائه.

و للشافعية وجهان فيما إذا أحال السيّد غيره علي مكاتبه بالنجوم.

أحدهما: الجواز - كما قلناه - لأنّ النجوم دَيْنٌ ثابت علي المكاتب، فأشبهه سائر الديون.

وأصحهما عندهم: المنع؛ لأنّ النجوم غير لازمة علي المكاتب، وله إسقاطها متي شاء، فلا يمكن إلزامه الدفع إلي المحتال (3).

و علي ما اخترناه - من صحّة الحوالة - لو أعتق السيّد عبده المكاتب، بطلت الكتابة، ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة؛ لأنّ المال بقبوله الحوالة صار لازماً له للمحتال، ولا يضمن السيّد ما يغرمه من مال الحوالة.

و لو كان للسيّد عليه دَيْنٌ معاملةٍ غير مال الكتابة، صحّت الحوالة به قطعاً؛ لأنّ حكمه حكم الأحرار في المداينات.

وقال بعض الشافعية: إنّه مبني علي أنّ المكاتب لو عجز نفسه، هل يسقط ذلك الدّين؟ إن قلنا: نعم، لم تصح الحوالة، وإلاّ صحّت (4).

و المعتمد ما قلناه، وهو قول أكثر الشافعية وقول أكثر العامة (5).

و لو أحال المكاتب السيّد علي إنسانٍ بمال الكتابة، صحّت الحوالة 5.

ص: 450

1- المبسوط - للطوسي - 321:2.

2- الخلاف 6:393، المسألة 17، المبسوط - للطوسي - 6:73 و 82.

3- العزيز شرح الوجيز 5:129-130، روضة الطالبين 3:464.

4- العزيز شرح الوجيز 5:130، روضة الطالبين 3:464.

5- روضة الطالبين 3:464، المغني 5:56، الشرح الكبير 5:57.

عندنا وعند أكثر الشافعية وأكثر المانعين من حوالة السيد عليه بالنجوم(1)، وتبرأ ذمّة المكاتب من مال الكتابة، ويتحرّر، ويكون ذلك بمنزلة الأداء، سواء أدّى المحال عليه أو مات مفلساً؛ لأنّ ما أحاله عليه مستقرّ، والكتابة لازمة من جهة السيد، فمتي أدّى المحال عليه وجب علي السيد القبول أو الإبراء.

وقال بعض الشافعية: لا تصحّ هذه الحوالة أيضاً(2).

فالشافعية إذن ثلاثة أقوال في الجمع بين الصورتين:

أحدها: جواز إحالة المكاتب بالنجوم، وإحالة السيد علي النجوم، وهو قول ابن سريج.

والثاني: منعهما جميعاً.

والثالث: أظهرها عندهم، وهو: جواز إحالة المكاتب بها، ومنع إحالة السيد عليها(3).

ولو أحال السيد بأكثر مال الكتابة ثمّ اعتقه، سقط عن المكاتب الباقي، ولم تبطل الحوالة.

مسألة 611: مال الجعل في الجعالة إن استحقّ بالعمل، صحّت الحوالة به إجماعاً.

وإن لم يشرع في العمل، فالأقرب: الجواز؛ لأنّنا نجوّز الحوالة علي بريء الذمّة.

ص: 451

1- العزيز شرح الوجيز 5:130، روضة الطالبين 3:464، المغني 5:56، الشرح الكبير 5:57.

2- العزيز شرح الوجيز 5:130، روضة الطالبين 3:464.

3- الوسيط 3:223، العزيز شرح الوجيز 5:130.

وقياس الشافعية أنه يجيء في الحوالة به وعليه الخلاف المذكور في الرهن به وفي ضمانه (1).

وقال بعض الشافعية: تجوز الحوالة به وعليه بعد العمل، لا قبله (2).

ولو أحال من عليه الزكاة الساعي علي إنسان بالزكاة، جاز، سواء قلنا: إن الحوالة استيفاء أو اعتياض؛ لأنه دين ثابت في الذمة، فجازت الحوالة.

وعندنا يجوز دفع قيمة الزكاة عن عينها، فجاز الاعتياض فيها.

أما الشافعية فإنهم منعوا من دفع القيمة في الزكاة و من الاعتياض عنها (3)، فهنا قالوا: إن قلنا: إن الحوالة استيفاء، صحّت الحوالة هنا. وإن قلنا: إنها اعتياض، لم تجز؛ لامتناع أخذ العوض عن الزكاة (4).

ولو أحال الفقير المدينون صاحب دينه بالزكاة علي من وجبت عليه، لم تصح؛ لأنها لم تتعين له إلا بالدفع إليه.

ولو قبل من وجبت عليه، صحّ، ولزمه الدفع إلي المحتال.

مسألة 612: تجوز الحوالة بكل مال لازم ثابت في الذمة معلوم؛

لأنها إما اعتياض، فلا تصحّ علي المجهول، كما لا يصحّ بيعه، وإما استيفاء، وإثما يمكن استيفاء المعلوم، أما المجهول فلا. ولاشتماله علي الغرر.

فلو قال: أحلتك بكل ما لك عليّ، فقبل، لم تصح.

ص: 452

1- العزيز شرح الوجيز 5:130، روضة الطالبين 3:464.

2- روضة الطالبين 3:464.

3- المهذب - للشيرازي - 1:157، المجموع 5:428-429، و 6:132، حلية العلماء 3:167، التهذيب - للبخاري - 3:65، المغني 2:671، الشرح الكبير 2:521.

4- روضة الطالبين 3:465.

و يحتمل الصّحة، و يكون علي المحال عليه للمحتال كلّ ما تقوم به البيّنة، كما قلناه في الضمان.

و لا يشترط اتّفاق الدّينين في سبب الوجوب، فلو كان أحدهما ثمناً و الآخر أجرّة أو قرضاً أو بدلّ متلفٍ أو أرش جنائيّة و ما أشبهه، جازت الحوالة، و لا نعلم فيه خلافاً.

مسألة 613: تصحّ الحوالة بكلّ دينٍ ثابتٍ في الذمّة،

سواء كان مثلياً، كالذهب و الفضة و الحبوب و الأدهان، أو من ذوات القيم، كالثياب و الحيوان و غيرهما - و هو أصحّ وجهي الشافعيّة (1) - لأنه حقّ لازمٌ ثابتٌ في الذمّة، فأشبهه ما له مثلٌ.

و الثاني: المنع؛ لأنّ الغرض من الحوالة إيصال الحقّ إلي مستحقّه من غير تفاوتٍ، و هذا الغرض لا يتحقّق فيما لا مثل له؛ لأنّ المثل لا يتحرّز (2)، و لهذا لا يضمن بمثله في الإتلاف (3).

و الأول أصحّ. و الوصول إلي الحقّ قد يكون بالمثل، و قد يكون بالقيمة، و كما يجوز إبراء المديون منه بالأداء، كذا المحال عليه.

و لو كان المال ممّا لا يصحّ السّلم فيه، ففي جواز الحوالة به إشكال أقرب: الجواز؛ لأنّ الواجب في الذمّة حينئذٍ القيمة، و تلك العين لا تثبت في الذمّة، فلا تقع الحوالة بها و لا بمثلها؛ لعدمه، بل بالقيمة.

ص: 453

1- المهذّب - للشيرازي - 344:1، حلية العلماء 32:5، التهذيب - للبخاري - 162:4، العزيز شرح الوجيز 130:5، روضة الطالبين 465:3.

2- في النسخ الخطيّة: «لا يتحرّز» بالراءين المهملتين.

3- المهذّب - للشيرازي - 344:1، حلية العلماء 32:5، التهذيب - للبخاري - 162:4، العزيز شرح الوجيز 130:5، روضة الطالبين 465:3.

ولو كان عليه خمس من الإبل أرش الموضحة مثلاً و له علي آخر مثلها، فأحاله بها، فالأقرب: الصحّة؛ لأنّها تنحصر بأقل ما يقع عليه الاسم في السنّ والقيمة و سائر الصفات، وهو أحد قولَي الشافعي(1).

والثاني: لا تجوز؛ لأنّ صفاتها مجهولة(2).

وهو ممنوع.

وقال بعض الشافعيّة: إذا أحال بإبل الدية و عليها و فرّعنا علي جواز الحوالة في المتقوّمات، فوجهان أو قولان مبنيان علي جواز المصالحة و الاعتياض عنها.

و الأصحّ عندهم: المنع؛ للجهل بصفاتها(1).

ولو كان الحيوان صداقاً و دخل بها، جازت الحوالة عند بعض الشافعيّة؛ لأنّه لا يكون مجهولاً(4).

و منعه بعضهم؛ لأنّه لا تجوز المعاوضة معها(5).

النظر الرابع: في تساوي الجنسين.

مسألة 614: من مشاهير الفقهاء

مسألة 614: من مشاهير الفقهاء(2) و جوب تساوي الدّينين

- أعني الدّين الذي للمحتال علي المحيل، و الذي للمحيل علي المحال عليه - جنساً و وصفاً، فلو كان له دنائير علي شخص فأحال عليه بدراهم، لم تصحّ؛ لأنّ الحوالة إن جعلناها استيفاءً، فلاّنّ مستحقّ الدراهم إذا

ص: 454

1- المهذب - للشيرازي - 1:344، العزيز شرح الوجيز 5:130، روضة الطالبين 3:465. (4 و 5) راجع: التهذيب - للبخاري - 4:162.

2- بداية المجتهد 2:300، العزيز شرح الوجيز 5:131، روضة الطالبين 3:466، المغني 5:55، الشرح الكبير 5:59.

استوفائها وأقرضها فمحال أن ينتقل حقه إلي الدنانير.

وإن جعلناها معاوضةً، فلائها وإن كانت معاوضةً فليست هي علي حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مالٍ أو زيادة قدرٍ أو صفة، وإنّما هي معاوضة إرفاقٍ و مسامحة للحاجة، فاشتراط فيها التجانس و التساوي في القدر و الصفة؛ لئلا يتسلط علي المحال عليه، كما في القرض.

ولأنّ نجبر المحال عليه عند مَنْ لا يشترط رضاه، و لا يمكن إجباره مع الاختلاف.

و لأنّ الحوالة لا يُطلب بها الفضل، و لهذا جازت دَيْنًا بدَيْن، أ لا تري أنّه لا يجوز بيع الدَيْن بالدَيْن، فلو جَوَزنا الإحالة مع الاختلاف في الجنس أو الوصف، لكان بيع الدَيْن بالدَيْن.

و مع هذا فقد قال المشترون للتساوي: إنّه تصحّ الحوالة علي مَنْ لا دَيْن عليه، و الأحرى جواز الإحالة علي مَنْ عليه دَيْن مخالف. لكنّ الغرض بقولهم: «إذا تغاير الدَيْنان جنساً أو وصفاً أو قدراً، لم تصحّ الحوالة» أنّ الحقّ لا يتحوّل بها من الدنانير إلي الدراهم و بالعكس، لكنّها إذا جرت فهي حوالة علي مَنْ لا دَيْن له عليه، و حكمه ما تقدّم (1).

مسألة 615: لو كان عليه إبل من الدية و له علي آخر مثلها قرضاً، فأحاله صاحب القرض علي المقرض بإبل الدية،

فإن قلنا: يردّ في القرض مثلها، صحّت الحوالة؛ لأنّه يمكن استيفاء الحقّ علي صفته من المحال عليه. و لأنّ الخيرة في التسليم إلي مَنْ عليه الدَيْن، و قد رضي بتسليم ما له

ص: 455

1- العزيز شرح الوجيز 5:131، روضة الطالبين 3:466.

في ذمة المقرض، وهو مثل الحق، فكانت الحوالة صحيحةً.

وإن قلنا: إنه يردّ في القرض القيمة، لم تصحّ الحوالة؛ لاختلاف الجنس.

وكذا ما يثبت في الذمة قيمته في القرض - كالجواهر واللائي وغيرهما ممّا لا يصحّ السّلم فيه - لا تصحّ الحوالة به.

ولو احتال المقرض بإبل الدية، لم تصح؛ لأنّنا إن قلنا: تجب القيمة في القرض، فقد اختلف الجنس. وإن قلنا: يجب المثل، فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته، والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك.

مسألة 616: يجب تساوي الدّينين في القدر،

فلا يحال بخمسة علي عشرة، ولا بعشرة علي خمسة؛ لما قلنا من أنّ هذا العقد للإرفاق، ولإيصال كلّ حقّ إلي مستحقّه، ولم يوضع لتحصيل زيادة أو حطّ شيء.

والمراد بذلك وقوع المعاوضة بالقليل عن الكثير وبالعكس، وإلاّ - فلو كان له عشرة فأحال بخمسة منها، أو كان له خمسة فأحال بها و بخمسةٍ أُخري، فإنّه تصحّ.

وللشافعيّة وجهٌ في الإحالة بالقليل علي الكثير: أنّها جائزة، وأنّ المحيل تبرّع بالزيادة (1).

وقال أبو العباس ابن سريج: الحوالة بيع إلاّ أنّه غير مبنيّ علي المكايسة والمغابنة وطلب الربح والفضل، بل جعل رفقاً، كالقرض، وإن كان نوعاً معاوضه، فلا تجوز إلاّ مع اتفاق الجنس جنساً وقدرًا وصفةً، وقد قال الشافعي في كتاب البيوع في باب الطعام قبل أن يستوفي: وإن حلّ عليه

ص: 456

طعام فأحال به علي رجل له عليه طعام أسلفه إياه، لم تجز من قبَل أن هذا الطعام لَمَّا لم يجز بيعه لم تجز الحوالة به؛ لأنَّه بيع، وهذا نصُّ منه (1).

وقيل: ليست بيعاً (2) - وهو ما اخترناه نحن أولاً - لأنَّ النبيَّ صلي الله عليه وآله ندب إليها، فقال: «مَنْ أُحيل علي مليء فليحتل» (3). و لأنَّها لا تصحَّ بلفظ البيع، ولا تجوز الزيادة فيها ولا النقصان، ولما جازت في النقود إلاَّ مع التقابض في المجلس، إلاَّ أنَّ هذا القائل لا يجوز الحوالة بالمُسلَّم فيه، وهذا تشمير (4) لقول مَنْ قال: إنَّه بيع.

لا- يقال: لو كان بيعاً، لكان علي المحيل تسليمه إلي المحال عليه؛ لأنَّه عوض من جهته، كما إذا باع شيئاً في يد غيره، فإنَّه يطالبهما به المشتري.

لأنَّا نقول: أجب مَنْ قال: «إنَّه بيع»: بأنَّه لَمَّا استحقَّ مطالبة المحال عليه به لم يستحقَّ مطالبة المحيل؛ لأنَّه لو استحقَّ مطالبتهما، لكان قد حصل له بالحوالة زيادة في حقَّ المطالبة، وقد ثبت أنَّ الحوالة مبنية علي أنَّه لا يستحقُّ بها إلاَّ مثل ما كان يستحقُّه، بخلاف البيع؛ لأنَّه تجوز فيه الزيادة.

وفائدة الاختلاف: ثبوت خيار المجلس إن قلنا: إنَّها بيع.

والحقُّ ما تقدَّم، والاعتذار باطل؛ لأنَّ تخلُّف لازم البيع يقضي بانتفائه.».

ص: 457

1- انظر: الحاوي الكبير 6:419، والعزیز شرح الوجيز 5:126، وراجع: الأم 3:73.

2- انظر: الحاوي الكبير 6:419، والعزیز شرح الوجيز 5:126.

3- المصنَّف - لابن أبي شيبة - 7:2445/79.

4- التشمير: التقليل والإرسال. لسان العرب 4:428 «شمر».

إشارة

فيجوز أن يحيل بالمؤجل علي الحال؛ لأن للمحيل أن يُعجل ما عليه، فإذا أحال به علي الحال فقد عجل.

و كذا يجوز أن يحيل بالحال علي المؤجل.

ثم إن رضي المحال عليه بالدفع معجلاً، جاز، وإلا لم يجز، ووجب علي المحتمل الصبر، كما لو احتال مؤجلاً.

و للشافعية قولان:

أصحهما عندهم: أنه يشترط التساوي في الحلول و التأجيل؛ إلحاقاً للوصف بالقدر.

و الثاني: أنه يجوز أن يحيل بالمؤجل علي الحال؛ لأنه تعجيل، و لا يجوز العكس؛ لأن حق المحتمل حالاً، و تأجيل الحال لا يلزم (1).

و نحن نمنع عدم اللزوم مطلقاً، بل إذا تبرع به، لم يلزم، أما إذا شرطه في عقد لازم، فإنه يلزم، و الحوالة عقد لازم، و المحيل إنما أحال بالمؤجل، و المحال عليه إنما قبل علي ذلك، فلم يكن للمحيل الطلب معجلاً.

فروع:

أ - لو كان الدَّيْنان مؤجَّلين، فإن تساويهما في الأجل، صحَّت الحوالة قطعاً.

و إن اختلفا، صحَّت عندنا أيضاً.

و للشافعية وجهان بناءً علي الوجهين في الحال و المؤجل، فإن منعناه هناك، منعناه هنا. و إن جَوَّزناه هناك، جاز هنا علي حدِّ ما جاز هناك علي معني أنه يجوز أن يحال بالأبعد علي الأقرب؛ لأنه تعجيل، و لا يجوز

ص: 458

العكس؛ لأنه تأجيل الحال (1).

ب - لو كان أحدهما صحيحاً و الآخر مكسراً،

قالت الشافعية:

لم تجز الحوالة بينهما علي الوجه الأول، وعلي الثاني يحال بالمكسر علي الصحيح، ويكون المحيل متبرعاً بصفة الصحة، ولا يحال بالصحيح علي المكسر، إلا إذا كان المحتال تاركاً لصفة الصحة، ويرضي بالمكسرة رشوةً ليحيله المحيل.

ج - يخرج علي هذا الخلاف عندهم حوالة الأردأ علي الأجود في كل جنس، و بالعكس

(2).

و الأقرب عندي: جواز ذلك كله.

د - لو أدي المحال عليه الأجود إلي المحتال، وجب القبول.

و كذا الصحيح عوض المكسر.

أما تعجيل المؤجل فلا يُجبر عليه، خلافاً للشافعية، فإنهم أوجبوه (3)، حيث يجبر المستحق علي القبول (4).

و هذا يتفرع علي الصحيح في أن المديون إذا جاء بأجود ممّا عليه من ذلك النوع، يُجبر المستحق علي قبوله، و لا يكون ذلك معاوضةً؟ (5).

ه - لو كان الدينان حاليّن فشرط في الحوالة أن المحتال يقبض حقه أو بعضه بعد شهر، صح عندنا

- خلافاً لأحمد (4) - لعموم قوله عليه السلام:

ص: 459

1- العزيز شرح الوجيز 5:131، روضة الطالبين 3:466.

2- العزيز شرح الوجيز 5:131-132.

3- في النسخ الخطية: «جوزوه» بدل «أوجبوه». (4 و 5) العزيز شرح الوجيز 5:132.

4- المغني 5:56، الشرح الكبير 5:59.

«المؤمنون عند شروطهم»(1).

ولأنّ مبني الحوالة علي الإرفاق، وهذا مناسب لمقتضي العقد، فيكون لازماً.

وكذا يصحّ لو كان الدَيْنُ المحال به مؤجَّلاً، فشرط المحتال في الحوالة الحلول، ورضي الثلاثة به، صحّ ولزم؛ عملاً بالشرط.

و - لو اجتمعت شرائط الحوالة و جري بينهما عقدها ثم رضي المحتال بأخذ الأقل أو الأردأ أو الصبر إلي أجل، صحّ إجماعاً،

ولم يكن للمحيل الرجوعُ علي المحال عليه بتمام دَيْنه.

وكذا لو رضي المحال عليه بدفع الأجود والأكثر والمعجل، صحّ، ولا نعلم فيه خلافاً.

ز - لو احتال بالحقّ الذي له علي مَنْ عليه مثله فتعاضوا عن الحقّ بمخالفه، جاز؛

لأنّه يجوز اقتضاء أحد الجنسين من الآخر مع التراضي.

وقد روي داؤد بن سرحان - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام، قال:

سألته عن الرجل كانت له علي رجل دنانير فأحال عليه رجلاً بدنانير يأخذ بها دراهم؟ قال: «نعم»(2).

البحث الثالث: في الأحكام.

مسألة 618: إذا جرت الحوالة بشرائطها، برئ المحيل من دَيْن المحتال،

إشارة

وتحوّل حقّ المحتال إلي ذمّة المحال عليه، وبرئ المحال عليه

ص: 460

1- التهذيب 7: 1503/371، الاستبصار 3: 835/232، الجامع لأحكام القرآن 6: 33.

2- التهذيب 6: 499/212.

من دَيْن المحيل، حتى لو أفلس المحال عليه و مات أو لم يمت أو جحد و حلف، لم يكن للمحتال الرجوعُ علي المحيل، كما لو أخذ عوضاً عن الدَّين و تلف في يده، و قد سبق(1).

و لأنَّ النبيَّ صلي الله عليه و آله تعرَّض للملاءة، فقال: «إذا أُحيل أحدكم علي مليء فليحتل»(2) و لو تمكَّن المحتال من الرجوع، لما كان للتعرُّض للملاءة كثير فائدة.

و لأنَّ الحوالة إمَّا أن يتحوَّل بها الحقُّ، فقد برئت ذمَّته، فوجب أن لا يعود إليه، كما لو أبرأه. و إن لم يتحوَّل، فلتدم المطالبة كما في الضمان. و لو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الإفلاس أو الجحود، ففي صحَّة الحوالة إشكال.

و للشافعيَّة وجهان، فإن صحَّت، ففي صحَّة الشرط وجهان لهم إذا طرأ الإفلاس(3).

أمَّا لو اقترن الإفلاس بعقد الحوالة و جهله المحيل، فللمحتال هنا الرجوع - عندنا - علي المحيل علي ما تقدّم.

و عند الشافعيَّة يُنظر إن لم يجرَّ شرط الملاءة، فالمشهور أنَّه لا-رجوع للمحتال، و لا- خيار له، و ما يلحقه من الضرر فهو نتيجة ترك التفحص(4).

و لهم وجهٌ نقله الجويني: أنَّه يثبت له الخيار تداركاً لما لحقه من الخسران، كما لو اشترى شيئاً فبان معيباً(5):5

ص: 461

1- في ص 435.

2- سنن البيهقي 6:70.

3- العزيز شرح الوجيز 5:133، روضة الطالبين 3:466.

4- العزيز شرح الوجيز 5:133، روضة الطالبين 3:466.

5- العزيز شرح الوجيز 5:133

وإن شرط ملاءة المحال عليه، فبان معسراً، فإن قلنا بثبوت الخيار عند الإطلاق، فهنا أولى. وإن منعناه ثمّ، ففي الحكم هنا قول للمزني: إنّه لا يرجع (1).

وقال ابن سريج: يرجع، نقلاً عن الشافعي، كما لو اشترى عبداً بشرط أنّه كاتب فبانّ خلافه، يثبت له الخيار (2).

واختار أكثرهم نقل المزني؛ لأنّه لو ثبت الرجوع بالحلف في شرط اليسار، لثبت عند الإطلاق؛ لأنّ الإعسار نقص في الذمّة، كالعيب في المبيع يثبت الخيار، سواء شرطت السلامة أو لا، بخلاف شرط الكتابة؛ فإنّ فواتها ليس نقصاً، وإنّما هو عدم فضيلة (3).

فإذا جمع بين [صورتين] (1) الإطلاق والاشتراط، حصل للشافعية في ثبوت الخيار ثلاثة أوجه ثالثها: الفرق بين الصورتين (2).

تذنيب: لو صالح مع أجنبي عن دين علي عين ثم جحد الأجنبي. و حلف، هل يعود إلي من كان عليه الدين ؟

قال بعض الشافعية: نعم، ويفسخ الصلح (6).

وقال بعضهم: لا يعود (7).

مسألة 619: لو خرج المحال عليه عبداً، فإن كان لأجنبي و للمحيل دين في ذمته، صحت الحوالة،

كما لو أحال علي معسر، و يتخير المحتال عندنا؛ لأنّ إعسار العبودية أعظم إعسار، فإن رضي بالحوالة عليه، تبعه

ص: 462

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «صورة». و الظاهر ما أثبتناه.

2- العزيز شرح الوجيز 5:133. (6 و 7) العزيز شرح الوجيز 5:133، روضة الطالبين 3:467.

المحتال بعد العتق.

ولو كان الدّين الذي علي العبد للمحيل ممّا يجب قضاؤه من كسبه أو من رقبته وصحّت الحوالة برضا المحتال، كان له مطالبته علي حدّ ما كان للمحيل.

وهل يلحق بالمعسر في تخيّر المحتال لو كان الدّين ممّا يتعلّق بالرقبة كأرّش الجناية؟ الأقرب ذلك أيضاً.

ولو كان عبداً للمحيل، فالحوالة عليه حوالة علي مَنْ لا دّين عليه، فإن صحّحناها وقلنا: إنّها ضمان، فهذا ضمان العبد عن سيّده بإذنه، وقد سبق(1).

وإنّما قلنا: إنّها حوالة علي مَنْ لا دّين عليه؛ لاستحالة ثبوت دّين السيّد في ذمّة عبده.

وأما الشافعيّة فقالوا: إن كان في ذمّته دّينٌ - بأن ثبت قبل أن ملكه - وفرّعنا علي أنّه لا يسقط إذا ملكه، فهو كما لو كان لأجنبي(2).

مسألة 620: لو اشترى عبداً و أحال المشتري البائع بالثمن علي رجلٍ ثمّ اطلع علي عيبٍ قديمٍ في العبد فردّه، قال الشيخ: تبطل الحوالة؛

لأنّها فرع البيع، فإذا بطل الأصل بطل الفرع(3)(4).

وقال المزني: إنّها لا تبطل(5).

ص: 463

1- في ص 303، ضمن المسألة 491.

2- العزيز شرح الوجيز 5:134، روضة الطالبين 3:467.

3- في الطبعة الحجرية: «فرعه» بدل «الفرع».

4- الخلاف 3:308، المسألة 7، المبسوط 2:313.

5- الحاوي الكبير 6:424، الوسيط 3:225، العزيز شرح الوجيز 5:134.

وله قولٌ آخر: إنها تبطل (1).

ولأصحاب الشافعي في ذلك ثلاثة طرق، أظهرها عندهم: أن في بطلان الحوالة قولين، أظهرهما: البطلان.

وهما مبنيان علي أن الحوالة استيفاء أو اعتياض؟

إن قلنا: إنها استيفاء، بطلت و انقطعت؛ لأن الحوالة علي هذا التقدير نوع إرفاقٍ و مسامحة، فإذا بطل الأصل، بطلت هيئة الإرفاق، التابعة له، كما لو اشترى شيئاً بديراًهم مكسرة و تطوع بأداء الصحاح ثم رده بالعيب، فإنه يستردّ الصحاح، و لا يقال: يطالب بمثل المكسرة ليبقي التبرع بصفة الصحة.

وإن قلنا: إنها اعتياض، لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم ردّ المبيع بالعيب، فإنه لا يبطل الاستبدال، بل يرجع بمثل الثمن. علي أن بعض الشافعية منع هذه المسألة، و جعلها كمسألة الحوالة.

و الطريق الثاني: القطع بالبطلان.

و الثالث: القطع بعدم البطلان.

و قد تأول أصحاب الطريقتين الأخيرين، و جمعوا بين قولَي المزني بوجوه:

أحدها: حملُ قوله بالبطلان علي ما إذا كان العيب لا يمكن حدوثه في يد المشتري، أو كان بحيث يمكن حدوثه، إلا أن البائع أقرّ بقدمه، و حملُ قوله بالصحة علي ما إذا ثبت قدمه بالبيئة و رده. 5.

ص: 464

1- مختصر المزني: 107، الحاوي الكبير 6:424، المهذب - للشيرازي - 1:345، الوسيط 3:225، حلية العلماء 5:37، التهذيب - للبخاري - 4:166، العزيز شرح الوجيز 5:134.

و الفرق: أن في الحالة الأولى اعترف البائع بسقوط الثمن عند الفسخ، و أمّا في الحالة الثانية فإنه يزعم بقاء حقّه و استمرار الحوالة، فلا يمنع من مطالبة المحال عليه بدعوي المشتري.

و الثاني: حَمَلُ الأَوَّلِ علي ما إذا ذكر المحيل أنه يحيله من جهة الثمن، و حَمَلُ الثاني علي ما إذا لم يذكر ذلك، فإنه إذا لم يذكر، لا ينبغي العود إليه؛ لبراءة ذمته عن حقّه ظاهراً.

و الثالث: أنّ البطلان مفرّع علي أنّ الحوالة تقتقر إلي رضا المحال عليه، فإنّ الحوالة حينئذٍ تتمّ برضا الثلاثة، فلا تنقطع بموافقة اثنين.

و الرابع: حَمَلُ البطلان علي ما إذا كانت الحوالة علي مَنْ لا دَيْنَ عليه و رضي المحال عليه، فإنه إذا أسقط الثمن انقطع تطوّعه، و سقطت المطالبة عنه(1).

و عندي في قول الشيخ رحمه الله بالبطلان نظر.

مسألة

مسألة(2) 621: لم يفرّق الشيخ رحمه الله بين ما إذا كان الردّ بالعيب بعد قبض المبيع أو قبله

(3)العزیز شرح الوجيز 5:135.(4).

و قال بعض الشافعيّة: إنّ محلّ الخلاف ما إذا كان الردّ بعد قبض المبيع، فإن كان قبله، انقطعت الحوالة بلا خلافٍ؛ لكون المبيع معرضاً للانفساخ، و عدم تأكّده، و لهذا جعلنا الفسخ قبل القبض ردّاً للعقد من أصله علي رأي. ثمّ زيّف ذلك، و قضى بطرد القولين في الحالتين(4)

ص: 465

1- العزیز شرح الوجيز 5:134-135.

2- في «ث»: «تذنيب» بدل «مسألة».

3- لاحظ: الهامش

4- من ص 463.

وقضية الطرفين معاً تجوز الإحالة بالثمن قبل قبض المبيع، لكنّه قبل قبض المبيع غير مستقرّ.

والمشهور في كتب الشافعية (1) أنّ من شرط الحوالة استقرار ما يحال عليه (2).

وقال بعض الشافعية: لا تجوز الحوالة بالثمن قبل قبض المبيع (3).

مسألة 622: فرق بعض الشافعية بين أن يتفق الردّ بعد قبض المحتال مال الحوالة، أو قبله.

وفيه للشافعية طريقتان:

أحدهما: أنّ الحوالة لا تنقطع إذا اتفق الردّ بعد القبض جزماً، والخلاف مخصوص بما إذا كان [ذلك] (4) قبل القبض. والفرق تأكّد الأمر بالقبض، وبراءة ذمّة المحال عليه.

والثاني: طرد القولين في الحالتين، وهو قول أكثرهم (5).

قال المزني: إذا ردّه قبل قبض المحتال مال الحوالة، بطلت الحوالة، وتعدّي حقّ المشتري إلي ذمّة المحال عليه، و [به] (6) قال أبو إسحاق (7).

ص: 466

1- كما في العزيز شرح الوجيز 5:135-136.

2- في المصدر: «ما يحال به و يحال عليه».

3- العزيز شرح الوجيز 5:136.

4- ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

5- العزيز شرح الوجيز 5:136.

6- ما بين المعقوفين أضفناه لاقتضاء ما في المصادر إيّاه.

7- مختصر المزني: 107، الحاوي الكبير 6:424، المهذب - للشيرازي - 1:345، حلية العلماء 5:37، التهذيب - للبخاري - 4:166، العزيز شرح الوجيز 5:134 و 135.

[وقال أبو علي: (1) لا تبطل (2).

وإن كان الردّ في مدّة الخيار، فالحوالة باطلة؛ لأنّها كانت بالثمن، فصار له الثمن في ذمّة المحال عليه، وانتقل إليها من ذمّة المحيل، فإذا انسخ البيع، سقط الثمن، فوجب أن يسقط عن ذمّة المحال عليه.

واحتجّ القائل بعدم البطلان: بأنّ المشتري دفع إليّ البائع بدل ما له في ذمّته، وعاوضه عنه بما في ذمّة المحال عليه، فإذا انسخ العقد الأول، لم ينسخ، كما لو أعطاه بالثمن ثوباً و سلّمه إليه ثمّ فسّخ، لم يرجع عليه بالثوب، كذا هنا.

وقد عرفت ما اخترناه هنا.

مسألة 623: لو أحال البائع رجلاً عليّ المشتري بالثمن ثمّ ظهر عيب فردّه المشتري بالعيب، فالأقرب: عدم بطلان الحوالة،

بل هو أولي بعدم البطلان من المسألة السابقة التي احتال البائع فيها؛ لأنّ الحوالة هنا تعلّقت بالأجنبيّ غير المتعاقدين.

واختلفت الشافعيّة هنا.

فمنهم من طرد القولين.

والجمهور منهم قطعوا هنا بأنّه لا تنقطع الحوالة، سواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري أو لم يقبضه؛ لأنّ الحوالة هنا تعلّق بها حقّ غير المتعاقدين، وهو الأجنبيّ المحتال، فيؤخذ ارتفاعها بفسخ يخصّ المتعاقدين، و صار كما لو اشترى عبداً بجزارية وقبضه و باعه ثمّ وجد بائع

ص: 467

1- ما بين المعقوفين أضفناه لاقتضاء ما في المصادر إيّاه.

2- الحاوي الكبير 6:424، المهذّب - للشيرازي - 1:345، حلية العلماء 5:37.

العبد بالجارية عيباً فردّها، لا يفسخ البيع الثاني؛ لتعلّق حقّ الثالث به، بخلاف المسألة الأولى، فإنّ المحال عليه لا حقّ له في الحوالة(1).

ولو ظهر بطلان البيع من أصله، بطلت الحوالة في المسألتين، فيتخبر المشتري في الرجوع علي مَنْ شاء من المحتال و البائع.

مسألة 624: لو أحال المشتري البائع بالثمن ثمّ فسخ بالعيب،

إشارة

فإن قلنا: لا تبطل الحوالة، برئ المحال عليه، و لم يكن للمشتري مطالبة المحال عليه بشيء بحال؛ لأنّه قبض منه بإذنه، بل يرجع علي البائع فيطالبه إن كان قد قبض مال الحوالة، و لا يتعيّن حقّ المشتري فيما أخذه البائع من المحال عليه، بل للبائع أن يدفع إليه عوضه؛ لبقاء الحوالة صحيحةً. و إن لم يكن البائع قد قبض، فله أن يقبضه.

و هل للمشتري الرجوع عليه قبل قبضه؟ وجهان للشافعية:

أحدهما: نعم؛ لأنّ الحوالة كالمقبوضة، ألا- تري أنّ المشتري إذا أحال البائع بالثمن، سقط حقّ الحبس(2)، و الزوج إذا أحال المرأة [بالصداق](3) سقط حقّ حبسها(4).

و أصحّهما عندهم: أنّه لا يرجع؛ لأنّه لم توجد حقيقة القبض(5).

و إن كان للحوالة حكم القبض، و الغرامة إنّما تكون بحسب القبض،

ص: 468

1- المهذّب - للشيرازي - 346:1، الوسيط 3:226، التهذيب - للبخاري - 166:4، العزيز شرح الوجيز 5:136، روضة الطالبين 3:467-468.

2- أي: حبس المبيع.

3- ما بين المعقوفين أضفناه من «التهذيب» - للبخاري - و «العزيز شرح الوجيز».

4- أي: حبس نفسها عن الزوج.

5- التهذيب - للبخاري - 167:4، العزيز شرح الوجيز 5:136، روضة الطالبين 3:468.

فإن قلنا: لا يرجع المشتري عليه قبل أن يقبض، فله مطالبته بتحصيل مال الحوالة ليرجع عليه؛ لأنَّ البائع إنَّما ملك مطالبة المحال عليه من جهته، فكيف يمنعه من المطالبة مطلقاً؟

وفيه للشافعية وجهٌ بعيد: أنه لا يملك المطالبة بالتحصيل أيضاً (1).

وإن قلنا: تبطل الحوالة، فإن كان قد قبض المال من المحال عليه، فليس له ردّه عليه؛ لأنّه قبضه (2) بإذن المشتري، ولوردّ لم تسقط مطالبة المشتري عنه، بل حقه الردّ علي المشتري ويبقى حقه فيما قبضه، وإن كان تالفاً، فعليه بدله.

وإن لم يكن قبضه، فليس له قبضه؛ لأنّه عاد إلي ملك المشتري كما كان، ولو خالف و قبض، لم يقع عنه.

وهل يقع عن المشتري؟ وجهان:

أحدهما: يقع؛ لأنّه كان مأذوناً في القبض بحقه (3)، فإذا بطلت تلك الجهة، بقي أصل الإذن.

وأصحهما: المنع؛ لأنّ الحوالة قد بطلت، والوكالة عقدٌ آخر يخالفها، فإذا بطل عقدٌ، لم ينعكس عقداً آخر (4).

وقد قرّب بعضهم هذا الخلاف من الخلاف في أنّ مَنْ يُحرم بالظهر قبل الزوال هل تتعقد صلاته تفلأ؟ (5).

ص: 469

1- العزيز شرح الوجيز 5:136، روضة الطالبين 3:468.

2- في «ث، ج، خ»: «قبض».

3- في «العزيز شرح الوجيز»: «بجهة» بدل «بحقه».

4- العزيز شرح الوجيز 5:137، روضة الطالبين 3:468.

5- العزيز شرح الوجيز 5:137.

وأما في صورة المسألة الثانية - وهي التي أحال البائع فيها ثالثاً علي المشتري بالثمن - إن قلنا بصحة الحوالة مع فسخ البيع بالعيب - علي ما هو الأصح عندنا - فإن كان المحتمل قد قبض الحق من المشتري، رجع المشتري علي البائع.

وإن لم يكن قد قبضه، فهل يرجع المشتري عليه، أم لا يرجع إلا بعد القبض؟ فيه الوجهان السابقان(1).

فروع:

أ - لا فرق في هاتين المسألتين بين أن يكون الرد بالعيب أو التحالف

أو الإقالة أو الخيار أو غير ذلك.

ب - إذا قلنا بعدم بطلان إحالة المشتري البائع بالثمن، فللمشتري مطالبة البائع بأمرين:

إما التحصيل ليغرم، وإما العُرم في الحال، فإذا قلنا: له الرجوع قبل أن يقبض البائع مال الحوالة، فله أن يقول: اغرم لي، وله أن يقول تسهياً: خُذْهُ ثم اغرم لي. وإن قلنا: لا رجوع له قبل أن يقبض مال الحوالة، فله أن يقول: خُذْهُ لتغرم لي، وإن رضيت بذمته فشأنك، فاغرم لي.

ج - الحوالة إذا انفسخت، فالإذن الذي كان ضمناً لا يقوم بنفسه، فيبطل أيضاً.

لكن يشكل بالشركة والوكالة إذا فسدتا، فإن الإذن الضمني يبقي، ويصح التصرف.

ويمكن الفرق بأن الحوالة تنقل الحق إلي المحتمل، فإذا صار الحق

ص: 470

1- العزيز شرح الوجيز 5:137، روضة الطالبين 3:468.

له، ملك قبضه لنفسه بالاستحقاق، لا للمحيل بالإذن، بخلاف الوكالة والشركة، فإنّه إذا بطل خصوص الإذن، جاز أن يبقى عمومه.

مسألة 625: لو أحوّلت المرأة علي زوجها بالصدّاق قبل الدخول، صحّ؛ لثبوته في ذمّته بالعقد وإن كان مترزلاً.

وَمَنْ شرط اللزوم أبطله.

ولو أحوّلت الزوج زوجته بالصدّاق علي غريم، صحّ؛ لأنّ له تسليمه إليها، وحوالته به تقوم مقام تسليمه، فإذا أحوّلتها علي الغريم ثمّ طلق قبل الدخول، لم تبطل الحوالة، وللزوج أخذها بنصف المهر.

وهذه المسألة مترتبة علي ما إذا أحوّلت المشتري البائع علي غريمه، إن قلنا: لا تبطل الحوالة هناك، فهنا أولى. وإن قلنا: تبطل، ففي البطلان هنا في نصف الصّدّاق وجهان للشافعية (1).

والفرق: أنّ الطلاق سبب حادث لا استناد له إلي ما تقدّم، بخلاف الفسخ، والصدّاق أثبت من غيره، ولهذا لو زاد الصّدّاق زيادةً متّصلة، لم يرجع في نصفه إلاّ برضاها، بخلاف ما إذا كان (2) في المبيع.

ولو أحوّلتها ثمّ ارتدّت قبل الدخول، أو فسخ أحدهما النكاح بعيب الآخر، ففي بطلان الحوالة هذان الوجهان (3).

والأظهر: أنّها لا تبطل، ويرجع الزوج عليها بنصف الصّدّاق في صورة الطلاق، وبجميعه في الرّدة والفسخ بالعيب.

ص: 471

1- العزیز شرح الوجیز 5:138، روضة الطالبین 3:468.

2- الظاهر: «كانت».

3- المهذب - للشيرازي - 1:345، التهذيب - للبغوي - 4:167، العزیز شرح الوجیز 5:138، روضة الطالبین 3:468.

وإذا قلنا بالبطلان، فليس لها مطالبة المحال عليه، بل تطالب الزوج بالنصف في الطلاق.

مسألة

مسألة (1) 626: قد بيّنا الخلاف فيما إذا أحال المشتري البائع بالثمن ثم فسخ بعيبٍ وشبهه،

فإنّ المزماني أبطل الحوالة؛ لأنّها كانت بالثمن، فصار له الثمن في ذمّة المحال عليه، وانتقل إليها من ذمّة المحيل، فإذا انسخ البيع، سقط الثمن، فيسقط عن ذمّة المحال عليه (2).

وقال غيره: لا تبطل (3)؛ لأنّ المشتري دفع مالاً ببدل ما له في ذمّته، وعاوضه بما في ذمّة المحال عليه، فإذا انسخ الأول، لم تنسخ المعاوضة، كما لو أعطاه بالثمن ثوباً ثم فسخ بالعيب، لم يرجع عليه بالثوب، كذا هنا.

وأجيب: بأنّ الثوب ملكه بعقدٍ آخر، بخلاف الحوالة، فإنّ نفس الحقّ تحوّل إلى ذمّة المحال عليه، ولهذا لا يجوز أن يختلف ما في ذمّة المحيل و المحال عليه.

وقال بعضهم: لا نسلم مسألة الثوب أيضاً، بل إذا فسخ العقد، وجب ردّ الثوب الذي أخذه بدلاً من الثمن (4).

لا- يقال: قد قال الشافعي: إذا باع عبداً بثوبٍ ثم سلّم العبد و تصرف المشتري، ثم وجد بالثوب عيباً، فإنّه يرده، ولا يبطل التصرف في العبد (5).

لأنّنا نقول: إنّ العبد تعلّق به حقٌّ لغير المتعاقدين، فلم يكن لهما إبطاله، وهنا لم يخرج الحقّ عنهما، فلماذا إذا فسحنا البيع، بطلت الحوالة.

ص: 472

1- في «ث»: «تذنيب» بدل «مسألة».

2- راجع الهامش (1) من ص 464.

3- راجع الهامش (1) من ص 465. (4 و 5) لم نعثر عليه في مظانّه.

لا يقال: المحال عليه قد كانت برئت ذمته من المحيل.

لأننا نقول: الحق في ذمته لا يتغير للمحيل أو للمحتال، فلهذا لا تفتقر الحوالة إلى رضاه عند بعضهم (1).

إذا ثبت هذا، فإن كان المحتال قد قبض الحوالة، فعلي الاختلاف، إن قلنا: يفسخ، ردّ علي المشتري ما أخذه. وإن قلنا: لا يفسخ، رجع عليه بالثمن.

وكذا يجري الوجهان (2) لو أحال الزوجة بالصدّق ثم ارتدت قبل الدخول، فهل تبطل الحوالة؟ علي ما تقدّم (3) من الخلاف.

مسألة 627: لو كان المبيع عبداً و أحال البائع غريمه بالثمن علي المشتري

ثم تصادق المتبايعان علي أنه حرّ الأصل إمّا ابتداءً أو ادّعي العبد الحرّيّة فصدّقه، فإن وافقهما المحتال، بطلت الحوالة؛ لأنّ اتفاقهم علي بطلان البيع، وإذا بطل البيع من أصله، لم يكن علي المشتري ثمنٌ، وإذا بطلت الحوالة، ردّ المحتال علي المشتري، وبقي حقّه علي البائع كما كان.

وإن كدّبهما المحتال، فإمّا أن تقوم بينة علي الحرّيّة أولاً.

فإن قامت، بطلت الحوالة، كما لو تصادقوا.

وهذه البينة يتصوّر أن يُقيمها العبد؛ لأنّ العتق حقّه، وأن يبتدئ الشهود علي سبيل الحسبة، ولا يمكن أن يُقيمها المتبايعان؛ لأنّهما كدّباها بالدخول في البيع.

ص: 473

1- راجع المصادر في الهامش (1) من ص 443.

2- المهذب - للشيرازي - 345:1، حلية العلماء 37:5، التهذيب - للبغوي - 167:4، العزيز شرح الوجيز 138:5، روضة الطالبين 468:3.

3- في ص 471، ذيل المسألة 625.

و يحتمل أن يقيماها إذا أظهرها عذراً بأن يكون البائع قد وكل في العتق و صادف البيع العبد معتوقاً، فإنّ للبائع هنا إقامة البيّنة حيث لم يكن في إقامته تكذيبٌ لها.

و كذا لو ادّعي المشتري عتق البائع و جهله.

و إن لم تكن بيّنة، لم يلتفت إلي تصادقهما في حقّ المحتال، كما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو و بائعه أنّه كان حُرّاً، لم يقبل قوله علي المشتري، لكن لهما تحليف المحتال علي نفي علم العتق، فإن حلف، بقيت الحوالة في حقه، و لم يكن تصادقهما حجّةً عليه، و إذا بقيت الحوالة، فله أخذ المال من المشتري.

و هل يرجع المشتري علي البائع المحيل ؟ الوجه: ذلك؛ لأنّه قضى دَيْنه بإذنه، و علي هذا فيرجع إذا دفع المال إلي المحتال.

و هل يرجع قبله ؟ الأقرب: لا.

و لو نكل المحتال، حلف المشتري.

ثمّ إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار، بطلت الحوالة. و إن جعلناها كالبيّنة، فالحكم كما لو لم يحلف؛ لأنّه ليس للمشتري إقامة البيّنة.

و لو نكل المشتري، فهل للعبد الحلف ؟ الأقرب: ذلك إن ادّعاه و لا بيّنة و نكل المحتال عن اليمين التي وجبت عليه للعبد.

و كذا للبائع الحلف أيضاً.

هذا إذا اتفقوا علي أنّ الحوالة بالثمن، و لو لم يقع التعرّض لكون الحوالة بالثمن و زعم البائع أنّ الحوالة علي المشتري بدّين آخر له علي المشتري، فإن أنكر المشتري أصل الدّين، فالقول قوله مع يمينه؛ لأصالة

وإن سلّمه وأنكر الحوالة به، فإن لم نعتبر رضا المحال عليه، فلا عبرة بإنكاره. وإن اعتبرناه، فالقول قول مَنْ يدّعي صحّة الحوالة، أو قول مَنْ يدّعي فسادها؟ فيه للشافعية قولان (1)، أكثرهم علي تقديم مدّعي صحّة الحوالة؛ لأنّ الأصل صحّتها، وهما يدعيان ما يفسدها، فكانت حيثيته أقوى، فإن أقاما البيّنة بأنّ الحوالة كانت بالثمن، سُمعت البيّنة في ذلك؛ لأنّهما لم يكذّباها.

ولو اتّفق المحيل والمحتال علي حرّية العبد وكذبهما المحال عليه، لم يُقبل قولهما عليه في حرّية العبد؛ لأنّه إقرار علي غيرهما، و تبطل الحوالة؛ لاتّفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به علي عدم استحقاق الرجوع، والمحال عليه يعترف للمحتال بدّين لا يصدّقه فيه، فلا يأخذ منه شيئاً، وإن كان قد أخذ، لم يكن للمأخوذ منه الرجوع.

ولو اعترف المحتال والمحال عليه بحرّية العبد، عتق؛ لإقرار مَنْ هو في يده بحرّيته، وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما، وكان للمحيل الرجوع علي المحال عليه بمال الحوالة، ولم يكن للمحتال الرجوع علي المحيل بشيء؛ لأنّ دخوله في قبول الحوالة بالثمن اعتراف ببراءته، فلم يكن له الرجوع عليه.

ولو اتّفق المحيل والمحتال علي الحرّية وكذبهما المحال عليه، لم تبطل العبوديّة، وسقط الثمن عنه؛ لاعتراف البائع والمحتال ببراءة ذمته، لكنّه يعترف للمحتال بالثمن، فليس للمحتال قبضه.3.

ص: 475

وإن كان قد قبضه، لم يكن للمحال عليه استعادته، لكن إن كان قد قبضه، برئ المحيل علي إشكالٍ أقربه: العدم؛ لاعترافه بأنّ المحتال قد ظلم المحال عليه بأخذ المال منه، فيجب عليه الدفع إلي المحتال.

مسألة 628: إذا كان لرجلٍ علي آخر دينٌ فأذن المديون له في قبض دينٍ له علي ثالثٍ ثمّ اختلفا،

فقال المديون للقابض: وكّلتك في قبض حقّي من الثالث لي، وقال القابض: بل أحلتني علي الثالث، فإن اختلفا في أصل اللفظ فزعم المديون أنّه وكّله بلفظ الوكالة، وزعم القابض أنّ الجاري لفظ الحوالة وهي مقصودة، فالقول قول المديون مع اليمين و عدم البيّنة؛ لأنّ الأصل استمرار حقّ القابض علي المديون، واستمرار حقّ المديون علي الثالث، فالموكل يدعي بقاء الأصل، والآخر يدعي خلافه، فكان المقدم مدعي الوكالة.

ولو كان مع أحدهما بيّنة، حُكم بها؛ لأنّ اختلافهما في اللفظ، ويمكن إقامة البيّنة عليه.

ولو اتّقا علي جريان لفظ الحوالة ثمّ ادّعي المديون أنّه قصد التسليط بالوكالة، وعبر عن الوكالة بلفظ الحوالة، وادّعي القابض أنّه قصد حقيقة اللفظ، وهو معني الحوالة، احتُمل تقديم قول المديون؛ لأنّه أعرف بلفظه، وأخبر من غيره بقصده.

ولأنّ الأصل بقاء حقّ المحيل علي المحال عليه، وبقاء حقّ المحتال عليه، والمحتال يدعي نقلهما و المحيل ينكرهما، والقول قول المنكر مع اليمين، وكما يُستعمل اللفظ في معناه الحقيقي، يُستعمل في معناه المجازي، والتعويل في إرادة أحدهما إلي المتكلم.

وهذا قول بعض الشافعيّة وأبي حنيفة وأصحابه؛ لأنّ اللفظ محتمل

لما يدّعيه المديون، و هو أعرف بنبيته وإرادته، فأشبهه ما إذا قال له المديون:

اقبض، ثم اختلفا في المراد منه(1).

ويحتمل تقديم قول المحتال؛ عملاً بالظاهر من حمل الألفاظ علي حقائقها، و مَنْ يدّعي حملها علي مجازاتها فقد ادّعي خلاف الظاهر لا يُقبل منه، كما لو ادّعي ثوباً في يد زيد، فإثماً نقضي لزيد به؛ عملاً بظاهر اليد، كذا هنا، فيُقدّم قول مدّعي الحوالة؛ عملاً بظاهر اللفظ بشهادة لفظ الحوالة له.

هذا إذا قال له المديون: أحلتك بمائة علي الثالث، أمّا لو قال:

أحلتك بالمائة التي لك عليّ علي المائة التي لي علي الثالث، فهذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة، فالقول قول مدّعيها قطعاً.

مسألة 629: إذا قدّمنا قول القابض باعتبار حمل اللفظ علي حقيقته، يحلف، فإن حلف، ثبتت الحوالة، و برئت ذمته. و إن نكل، حلف المديون، و بطلت الحوالة.

إشارة

و إن قدّمنا قول المديون فيما إذا اختلفا في اللفظ أو اتّفقا علي جريان لفظ الحوالة و اختلفا في المراد، يحلف، فإن حلف، نُظر فإن كان القابض قبض ما علي الثالث، برئت ذمة الثالث؛ لأنّ القابض إمّا وكيل كما زعم المديون، أو محتال كما زعم القابض، و علي كلا التقديرين يبرأ الثالث بالدفع إليه.

و حكي الجويني وجهاً ضعيفاً: أنّه لا يبرأ في صورة ما إذا اتّفقا علي جريان لفظ الحوالة(2).

ص: 477

1- العزيز شرح الوجيز 5:140، روضة الطالبين 3:470.

2- العزيز شرح الوجيز 5:140.

ثم يُنظر فإن كان المقبوض باقياً، فعليه تسليمه.

و هل للقابض مطالبة المحيل؟ الوجه: ذلك؛ لأنه إن كان وكيلاً، فحقه باقٍ علي المديون. وإن كان محتالاً، فقد استرجع المحيل ماله منه ظلماً، فلا وجه لتضييع حقه، وبه قال أكثر الشافعية (1).

وقال بعضهم: ليس للقابض مطالبة المحيل بحقه؛ لاعترافه ببراءة المديون بدعوي الحوالة (2).

وليس شيئاً.

هذا كله من حيث الظاهر، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فإنه إذا لم يصل إلي المحتال حقه من المحيل، فله إمساك المأخوذ؛ لأنه ظفر بجنس حقه من مال المديون، والمديون ظالم له.

وإن كان المقبوض تالفاً، فإن لم يكن بتفريطٍ من القابض، احتُمل أن لا يضمن؛ لأنه وكيل بقول المحيل، والوكيل أمين، وليس للقابض مطالبة المديون بحقه؛ لأنه قد استوفاه بزعمه و هلك عنده.

ويحتمل الضمان؛ لأنه وكيل بحلف المحيل، وثبت وكالته، والوكيل إذا أخذ المال لنفسه، ضمن.

وإن كان المحتال لم يقبض من الثالث شيئاً، فليس له القبض بعد حلف المحيل؛ لأنّ الحوالة قد اندفعت بيمين المحيل، وصار المحتال معزولاً عن الوكالة بإنكاره.

وللمديون أن يطالب الثالث بما كان له عليه، وللمحتال مطالبة المديون بحقه، وهو أحد وجهي الشافعية (3).

ص: 478

1- العزيز شرح الوجيز 5:140-141، روضة الطالبين 3:470.

2- العزيز شرح الوجيز 5:140، روضة الطالبين 3:470.

و الثاني لهم: أنه ليس له المطالبة(1).

وقطع بعضهم علي أنه لا- يطالب هنا وجهاً واحداً؛ لا- اعترافه بأن حقه ثابت علي الثالث، وأن ما يقبضه المديون من الثالث ليس حقاً، بخلاف ما إذا كان قد قبض، فإن حقه قد تعين في المقبوض، فإذا أخذه المديون، يكون قد أخذ مال المحتال، فافتراقاً(2).

تذنب: إذا ادعى المحتال جريان لفظ الحوالة، و صدقه المحيل علي ذلك و ادعى قصد الوكالة

و أنه لا حق عليه للمحتال، و ادعى المحتال ثبوت الحق في ذمته، فالوجه: أنه لا يثبت الحق بمجرد جري لفظ الحوالة.

مسألة 630: لو انعكس الفرض، فقال المديون لزيد: أحلتك علي عمرو، و قال القابض: بل و كلتني بقبض ما عليه، و حقي باقي عليك

- و تظهر الفائدة عند إفلاس عمرو - فإن اختلفا في أصل اللفظ، فقدم قول مدعي الوكالة مع يمينه؛ عملاً بأصالة بقاء الحقين، و المديون يدعي خلافهما و انتقالهما، فكان عليه البيّنة.

و لو اتقنا علي جريان لفظ الحوالة، فالوجهان في المسألة الأولى علي العكس هنا، فكل من قال في المسألة الأولى: القول قول مدعي الحوالة يقول هنا: القول قول مدعي الوكالة، و بالعكس مع اليمين فيهما؛ لما مرّ في الوجهين السابقين.

فإذا قلنا: يُقدم قول مدعي الحوالة فحلف، برئ من دين المحتال، و كان لزيد مطالبة عمرو و إما بالوكالة أو بالحوالة، و ما يأخذه يكون له؛ لأنّ المديون يقول: إنه حقه، و علي زعم زيد إنه للمديون و حقّ زيد علي

ص: 479

1- العزيز شرح الوجيز 5:141، روضة الطالبين 3:470.

2- العزيز شرح الوجيز 5:141، روضة الطالبين 3:470.

المديون، فأخذه بحقه.

و إذا قلنا: القول قول زيد المحتال فحلف، نُظر إن لم يكن قبض المال من عمرو، فليس له القبض؛ لأن قول الموكل: «ما وكّلتك» يتضمّن عزله - علي إشكالٍ يأتي - لو كان وكيلاً، وله مطالبة المديون بحقه.

و هل للمديون الرجوع إلي (1) عمرو؟ فيه احتمال: من حيث إنّ المديون اعترف بتحوّل ما كان عليه إلي زيد، و من حيث إنّ زيدا إن كان وكيل المديون فإذا لم يقبض، بقي حقّ المديون. و إن كان محتالاً، فقد ظلم المديون بأخذ المال منه، و ما علي عمرو حقه، فللمديون أن يأخذه عوضاً عمّا ظلم المديون به.

و إن كان قد قبض المال من عمرو، فقد برئت ذمّة عمرو.

ثمّ إن كان المقبوض باقياً، فوجهان:

أحدهما: أنّه يطالب المديون بحقه، ويردّ المقبوض علي المديون.

و الثاني: أنّه يملكه الآن و إن لم يملكه عند القبض؛ لأنّه جنس حقه، و صاحبه يزعم أنّه ملكه. و هو المعتمد.

و إن كان تالفاً، نُظر إن تلف بتفريطٍ منه، فللمديون عليه الضمان، و له علي المديون حقه، و ربما يقع في التقاص. و إن لم يكن مقصّراً، فلا ضمان؛ لأنّ إذا صدّقناه في نفي الحوالة، كانت يده يد وكالة، و الوكيل أمين.

و نقل الجويني وجهاً آخر: أنّه يضمن؛ لأنّ الأصل فيما يتلف في يد الإنسان من ملك غيره الضمان، و لا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ليبقي.

ص: 480

1- في النسخ الخطيّة: «علي» بدل «إلي».

حقّه تصديقه في إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان، كما إذا اختلف المتبايعان في قَدَم العيب و حدوثه، و صدّقنا البائع بيمينه في نفي الردّ، ثم اتفق الفسخ بتحالفٍ وغيره، فإنّه لا يُمكن من المطالبة بأرْش ذلك العيب ذهاباً إليّ أنّه حادث بمقتضى يمينه السابقة(1).

مسألة 631: يجوز ترامي الحوالات و دورها،

فلو أحال المديون زيداً علي عمرو ثم أحال عمرو زيداً علي بكر ثم أحال بكر زيداً علي خالد، جاز، وهكذا؛ لأنّ حقّ الثاني ثابت مستقرّ في الذمّة، فصحّ أن يحيل به كالأوّل، فببراً بالحوالة، كما برئ المحيل الأوّل بالحوالة.

و كذا كلّما أحال واحد علي واحدٍ، كان كالأوّل.

و هنا قد تعدّد المحال عليهم و المحتال واحد.

ولو أحال المديون زيداً علي عمرو فأحال عمرو زيداً علي المديون، صحّت الحوالتان معاً، و بقي الدّين كما كان.

ولو أحال المديون زيداً علي عمرو ثمّ ثبت لعمرو مثل ذلك الدّين فأحال زيداً علي المديون، جاز.

مسألة 632: لو كان لزيد علي اثنين مائة علي كلّ واحدٍ خمسون، و كلّ واحدٍ ضامن عن صاحبه،

فأحال أحدهما زيداً بالمائة علي شخصٍ، فعندنا هذا الضمان لا فائدة تحته، بل الدّين كما كان عليهما قبل الضمان.

و مَنْ جوزه قال: ببراءة معاً(2).

ولو أحال زيد علي أحدهما بالمائة، برئ الثاني؛ لأنّ الحوالة كالقبض.

ص: 481

1- العزيز شرح الوجيز 5:142، روضة الطالبين 3:471.

2- العزيز شرح الوجيز 5:142، روضة الطالبين 3:472.

وإن أحال زيد عليهما علي أن يأخذ المحتال المائة من أيهما شاء، فيه للشافعية وجهان: المنع؛ لأنه لم يكن له إلا مطالبة واحدٍ، فلا يستفيد بالحوالة زيادة، كما لا يفيد زيادة(1) قدرٍ و صفةٍ. و الجواز؛ للأصل(2).

و لا اعتبار بهذا الارتفاق، كما لو أحاله علي مَنْ هو أَمَلٌ منه و أشدّ وفاءً.

مسألة 633: قد بينّا أنّه يشترط ملاءة المحال عليه، أو علمُ المحتال بالإعسار في لزوم الحوالة،

فلو بان معسراً، كان له الرجوعُ علي الأصيل، سواء شرط الملاءة أو لا.

و مع هذا لو شرط، كان له الرجوعُ لو بان معسراً، خلافاً لأكثر الشافعية؛ لأنّ الحوالة عندهم لا تردّ بالإعسار إذا لم يشترط، فلا تردّ به و إن شرط(3).

و لو لم يرض المحتال بالحوالة ثمّ بان إعسار المحال عليه أو موته، رجع المحتال علي المحيل بلا خلافٍ، فإنّه لا يلزمه الاحتيال علي المعسر؛ لما فيه من الضرر، و إنّما أمر النبيّ صلي الله عليه و آله بقبول الحوالة إذا أُحيل علي ملي(4).

و لو أحاله علي ملي فلم يقبل حتي أعسر، فله الرجوع علي قول مَنْ

ص: 482

1- كذا في النسخ الخطيّة و الحجرية، و في «العزیز شرح الوجيز»: «لا يستفيد بها زيادة».

2- العزیز شرح الوجيز 142:5، روضة الطالبين 472:3.

3- المهذب - للشيرازي - 345:1، حلية العلماء 36:5 و 37، التهذيب - للبغوي - 163:4، العزیز شرح الوجيز 133:5، روضة الطالبين 466:3، المغني 60:5، الشرح الكبير 62:5.

4- سنن البيهقي 70:6، المصنّف - لابن أبي شيبة - 2445/79:7، مسند أحمد 225:3، ذيل ح 9655.

مسألة 634: لو كان لزيد علي عمرو ألف درهم و لخالد علي زيد مثلها

فجاء خالد إلي عمرو وقال: قد أحلني زيد بالألف التي له عليك، فإن كذبه فأقام خالد البيّنة بدعواه [ثبتت] (1) في حقه و حقّ زيد، و لزمه الدفع إلي المحتال. و إن لم تكن له بيّنة فأنكر، فالقول قوله مع اليمين، فإذا حلف، سقطت دعواه، و لم يكن لخالد الرجوع علي زيد؛ لأنّه أقرّ أنّه بري من دينه بالحوالة. ثمّ ننظر في زيد، فإن كذب خالدًا، كان له مطالبة عمرو بدينه.

و إن صدّق خالدًا، برئ عمرو من دينه.

و قال بعض الشافعيّة: ليس من شرط الحوالة رضا المحال عليه عنده (2)، فحينئذٍ تثبت الحوالة بتصديقه المحتال، و يكون له المطالبة.

و أمّا إن صدّق عمرو خالدًا، و جب عليه دفع المال إليه؛ لاعترافه باستحقاقه عليه.

ثمّ ننظر في زيد، فإن صدّقه، فلا كلام. و إن كذّبه، كان القول قوله مع يمينه، فإذا حلف، رجع علي عمرو بالألف، و لا يرجع خالد عليه بشيء؛ لأنّه قد استوفي حقه بالحوالة بإقراره، و له أن يستوفي ذلك من عمرو؛ لتصادقهما علي ذلك.

إذا عرفت هذا، فإذا ادّعي أنّ فلانًا الغائب أحاله عليه، فأنكر و لا بيّنة، حلف المنكر.

ص: 483

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «ثبت» بدل «ثبتت». و الظاهر ما أثبتناه.

2- الحاوي الكبير 6:418، المهذب - للشيرازي - 1:345، التنبيه: 105، حلية العلماء 5:35، الوجيز 1:181، العزيز شرح الوجيز 5:127، روضة الطالبين 3:462، منهاج الطالبين: 128.

وقال بعض العامة: لا- تلزمه اليمين، بناءً علي أنه لا يلزمه الدفع إليه؛ لأنه لا يأمن إنكار المحيل ورجوعه عليه، فكان له الاحتياط لنفسه، كما لو ادّعي عليه أنني وكيل فلان في قبض دينه منك، فصدّقه وقال: لا أدفعه إليك(1).

مسألة 635: لو كان عليه ألف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به

مسألة 635: لو كان عليه ألف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به(2) برئت ذمته و ذمة المضمون عنه؛

لأنّ الحوالة كالتسليم، ويكون الحكم هنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين.

وإن(3) كان لرجل دين آخر علي آخر فطالبه به، فقال: قد أحلت به علي فلان الغائب، وأنكر صاحب الدين، فالقول قوله مع اليمين. وإن كان لمن عليه الدين بيّنة بدعواه، سمعت بيّنته لإسقاط حق المحيل عليه.

مسألة 636: إذا كان له علي رجل دين فأحال

مسألة 636: إذا كان له علي رجل دين فأحال(4) به آخر ثمّ قضاه المحيل، صحّ القضاء،

كما إذا قضى الإنسان دين غيره عنه.

ثمّ إن كان المحال عليه قد سأله القضاء عنه، كان له الرجوع عليه بما أذاه إلي المحتال.

وإن لم يكن قد سأله ذلك، بل قضاه متبرعاً به، لم يكن له الرجوع عليه - و به قال الشافعي(5) - لأنه قضى عنه دينه بغير إذنه، والمتبرع لا يرجع علي أحد.

ص: 484

1- المغني 5:67، الشرح الكبير 5:68.

2- إضافة يقتضيها السياق.

3- في النسخ الخطيّة: «فإن» بدل «وإن».

4- في الطبعة الحجرية: «فأحاله».

5- حلية العلماء 5:41.

وقال أبو حنيفة وأصحابه(1): لا يكون متبرعاً بذلك، ويكون له الرجوعُ به؛ لأنَّ الدَّيْنَ باقٍ في ذمَّة المحيل من طريق الحكم وإن برئ في الظاهر؛ لأنَّه يرجع عليه(2) عند تعذُّره.

وهو غلط؛ لأنَّه لا يملك إبطال الحوالة وإسقاط حَقِّه عن المحيل، فما يدفعه يكون متبرعاً إذا كان بغير إذن مَنْ عليه [الدَّيْن] (3) كالأجنبيِّ.

وما ذكروه فهو ممنوع وليس بصحيح أيضاً؛ لأنَّه لو كان الحقُّ باقياً في ذمَّته حكماً، لمَلِكْ مطالبته، كالمضمون عنه.

وإذا أحاله علي مَنْ لا دَيِّنْ عليه وقلنا بصحَّة الحوالة إذا رضي المحال عليه، يكون للمحتال مطالبة المحال عليه، فإذا طالبه، كان له مطالبة المحيل بتخليصه، كالضامن يطالب المضمون عنه بتخليصه، فإن دفع بإذن المحيل، رجع.

وإن دفع بغير إذنه، احتُمل الرجوع؛ لأنَّ الحوالة تقتضي التسليط، فإذا سلَّطه عليه بالمطالبة، كان ضامناً لما يغرمه. ولأنَّه يكون في الحقيقة ضامناً بسؤاله.

ويحتمل عدمه؛ لأنَّه متبرِّع.

فإن ادَّعي المحيل أنَّه كان لي عليك ما أحلت به عليك، وأنكر المحال عليه ذلك، قدَّم قوله مع اليمين؛ لأصالة عدم ذلك.

ولو ضمن رجل عن رجل ألف درهم وأحال الضامن المضمونَ له علي رجل - له عليه ألف - بالألف، وقَبِل الحوالة، برئ الضامن و المضمون عنه، كما قرَّرناه أولاً، ورجع الضامن علي المضمون عنه إن كان ضمنق.

ص: 485

1- حلية العلماء 5: 41.

2- في «ج، ر»: «إليه» بدل «عليه».

3- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

بإذنه، سواء أَدَّى بإذنه أو لا، عندنا، وعند الشافعي إذا أَدَّى بغير إذنه وجهان(1)، و سواء قبض المحتال الحوالة أو أبرأ المحال عليه؛ لأنّ الضامن قد غرم، و الإبراء قد حصل للمحال عليه، فلا يسقط رجوع الضامن.

و أمّا إذا أحاله علي مَنْ ليس له عليه شيء، فإن قلنا: لا تصحّ الحوالة، فالمال باقٍ علي الضامن بحاله. و إن قلنا: تصحّ، فقد برئت ذمّة الضامن و المضمون عنه، و لكن لا يرجع علي المضمون عنه بشيء في الحال؛ لأنّه لم يغرم شيئاً، فإن قبض المحتال الحوالة و رجع المحال عليه علي الضامن، رجع علي المضمون عنه، و إن أبرأه من الحوالة، لم يرجع علي المحيل، و لم يرجع الضامن علي المضمون عنه؛ لأنّه لم يغرم شيئاً.

و أمّا إن قبضه منه و وهبه، فهل يرجع علي المحيل؟ وجهان [كالوجهين فيما](2) إذا وهبت المرأة الصداق ثمّ طلّقها.

و قال(3) أبو حنيفة و أصحابه: يرجع عليه، و هب له أو تصدّق به أو ورثه من المحتال. و وافقنا في الإبراء أنّه لا يرجع(4).

و عندنا أنّ هبته قبل القبض بمنزلة الإبراء.

و عندهم(5) لا يكون بمنزلة، و يثبت له الرجوع؛ لأنّه يملك ما في ذمّته بالهبة و الصدقة و الميراث، فكان له الرجوع، كالأداء، فإنّه يملك ما في ذمّته بالأداء، بخلاف الإبراء؛ لأنّه إسقاط حقّ.

و هو غلط؛ لأنّه لم يغرم عنه شيئاً، فلم يرجع عليه، كالإبراء.5.

ص: 486

1- لاحظ: التهذيب - للبغوي - 164:4، و العزيز شرح الوجيز 128:5.

2- إضافة يقتضيها السياق.

3- في «ر» و الطبعة الحجرية: «فقال».

4- حلية العلماء 63:5.

5- حلية العلماء 64:5.

وقولهم: «إنَّه يملك ما في ذمته» غلط؛ لأنَّ الإنسان لا يملك في ذمته شيئاً، وإنَّما يسقط عن ذمته بوجود سبب الملك، فصار كالإبراء.

مسألة 637: لو كان لرجل علي رجلين ألف درهم فادّعي عليهما أنهما أحلاه علي رجل لهما عليه ألف درهم، فأنكرا ذلك،

إشارة

فالقول قولهما مع أيماهما، فإن حلفا، سقطت دعواه.

وإن شهد له ابناه، سُمعت عندنا، خلافاً للشافعي (1).

وإن شهد عليهما ابناهما، لم تُسمع عندنا، خلافاً للشافعي (2).

ولو انعكس الفرض فادّعي عليه إنَّما أحلاه و أنكر، فالقول قوله مع يمينه.

فإن شهد عليه ابناه، لم يُقبل عندنا، خلافاً للشافعي (3).

وإن شهد ابناهما، قُبل عندنا، خلافاً للشافعي (4).

و هل تُقبل شهادة ابن كل واحدٍ منهما للآخر؟ للشافعي قولان، بناءً علي أنَّ الشهادة إذا رُدَّت للتهمة في بعضها، فهل تردُّ في الباقي؟ (5).

ولو ادّعي المديون عند مطالبة صاحب الدَّين أنَّ صاحب الدَّين أحال الغائب عليه، فأنكر صاحب الدَّين، فأقام المدّعي بيّنة، سُمعت لإسقاط حقِّ المحيل عنه، ولا يثبت بها الحقُّ للغائب، قاله بعض الشافعية (6)؛ لأنَّ الغائب لا يقضي له بالبيّنة، فإذا قدم الغائب و ادّعي ذلك و أنكر صاحب الدَّين أنَّه أحاله، احتاج إلي إعادة البيّنة ليثبت له.

وفيه نظر؛ لأنَّ المطالبة إنَّما تسقط بالبيّنة عن المحال عليه، فإذا قدم الغائب و ادّعي فإنَّما يدّعي علي المحال عليه دون المحيل، وهو يُقرّ له بذلك،

ص: 487

1- راجع: حلية العلماء 42:5.

2- لم نعره عليه في مظانّه.

3- حلية العلماء 42:5.

4- حلية العلماء 42:5.

5- حلية العلماء 42:5.

6- حلية العلماء 41:5-42.

فلا حاجة به إلى إقامة البيّنة، ألا ترى أنّ المحال عليه لو دفع إليه، لم يكن لصاحب الدّين مطالبته بشيء؛ لأنّ حقّ المطالبة قد سقط عنه بالبيّنة.

ولو ادّعي رجل علي رجل أنّه أحاله عليه فلان الغائب، و أنكر المدّعي عليه، فإنّ القول قوله مع اليمين، فإنّ أقام المدّعي البيّنة، ثبتت في حقّه و حقّ الغائب؛ لأنّ البيّنة يقضي بها علي الغائب.

تذنيب: لو قال صاحب الدّين لمن لا دين له عليه: قد أحلتك بالدّين الذي لي علي فلان فاقبضه منه، كان ذلك وكالة

عبر عنها بلفظ الحوالة، فلو مات المحيل، بطلت؛ لأنّها وكالة، و كان لورثة المحيل قبضُ المال.

و كذا لو جُنّ، كان للحاكم المطالبة بالمال.

مسألة 638: الحوالة عند أبي حنيفة ضربان:

مطلقة بأن يقول المحيل للمحتال: أحلتك بالألف التي لك عليّ علي فلان، سواء كان له علي فلان ألف أو لم يكن، و إذا قيل فلان الحوالة، لزمت، و يبرأ المحيل، إلا إذا مات المحال عليه مفلساً لم يدع مالا و لا كفيلاً، و إذا جحد المحال عليه الحوالة و لا بيّنة، فيحلف، فيرجع علي المحيل في هاتين الصورتين.

و مقيدة بأن يقول المحيل: أحلتك علي فلان بالألف التي لك عليّ علي أن يؤدّيها من الوديعة التي لي عنده، أو من المال الذي لي عليه، و إذا قيل فلان، برئ المحيل من دين المحتال، فلو قال: أحلتك بالألف التي لي علي فلان، فمات فلان مفلساً أو جحد المحال عليه الحوالة و لا بيّنة، بطلت الحوالة، و عاد دين المحتال علي المحيل (1).

ص: 488

1- تحفة الفقهاء 3:248، بدائع الصنائع 6:16، فتاوي قاضيه خان بهامش الفتاوي الهندية 3:73 و 74.

وقد بيّنا ما عندنا في ذلك.

ولو كانت الحوالة مقيدةً بوديعةٍ كانت عند المحال عليه، فهلكت الوديعة، أو استُحقت، بطلت الحوالة، وعاد الدين إلي المحيل؛ لأنّ المحتال لم يضمن المال مطلقاً، وبه قال أبو حنيفة (1).

ولو كانت الحوالة مقيدةً بغضبٍ كان عند المحال عليه، فاستحقَّ الغضب، بطلت الحوالة.

ولو هلك لم تبطل إذا كان مليئاً بمال الحوالة؛ لأنّ مال الضمان قائم مقام عين المغصوب.

ومهما دام المال الذي قصد به الحوالة قائماً لا يكون للمحيل أن يأخذ ماله ولا دينه من المحال عليه؛ لأنّ ذلك المال صار مشغولاً بمال الحوالة.

ولو كاتب المولي أمّ ولده ثمّ أحال غريمه عليها بمال الكتابة ثمّ مات المولي، انعتقت أمّ الولد، وبطلت الكتابة.

قال أبو حنيفة: ولا تبطل الحوالة استحساناً (2).

مسألة 639: لو أحاله بألفٍ كانت للمحيل علي المحال عليه، وقَبِل الثلاثة، صحّت الحوالة،

ثمّ [إن] (1) أبرأ المحتال المحال عليه عن مال الحوالة، برئ المحيل و المحال عليه عن دين المحتال، أمّا المحيل:

فبالحوالة، و أمّا المحال عليه: فبالإبراء. و ببرأ أيضاً المحال عليه من دين المحيل؛ لأنّه بالحوالة نقل حقه من المحال عليه إلي المحتال.

وقال أبو حنيفة: يرجع المحيل بدينه علي المحال عليه (2).

ص: 489

1- إضافة يقتضيها السياق.

2- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3: 74-75.

و ليس بجيد.

ولو وهب المحتال مال الحوالة للمحال عليه، جازت الهبة، وبطل ما كان للمحيل علي المحال عليه، ولا يكون للمحيل أن يرجع بدئنه علي المحال عليه، وبه قال أبو حنيفة(1).

مسألة 640: لو كانت الحوالة مقيدةً بوديعة كانت عند المحال عليه،

فمرض المحيل فدفع المحال عليه الوديعة إلي المحتال ثم مات المحيل وعليه ديون كثيرة، لم يضمن المستودع شيئاً لغرماء المحيل؛ لأنه دفع بأمر المحيل المالك للوديعة.

وهل يملكها المحتال حينئذٍ؟ الأقرب ذلك؛ عملاً بالحوالة الناقلة.

وقال أبو حنيفة: لا يُسَلَّم الوديعة للمحتال، بل تكون بينه وبين غرماء المحيل بالحصص؛ لأنّ الدفع وقع حالة الحجر بالمرض(2).

ولو أنّ المحال عليه أمسك الوديعة لنفسه وقضي دين المحتال من مال نفسه، قال أبو حنيفة: تكون الوديعة له، ولا يكون متبرعاً استحساناً(3).

والأقرب ذلك إن تراضيا هو والمحتال علي أخذ العوض، فإن لم يقع بينهما عقد مرضاة، كان للمحتال أن يرجع إلي العين، وللمحال عليه استرداد ما دفعه إليه.

مسألة 641: لو كان علي رجلٍ دينٌ لرجلٍ فأحال صاحب الدين بجميع ما له عليه

- وهو ألف مثلاً - علي رجل وقبّل المحال عليه الحوالة، ثم إن المحيل أحال المحتال علي رجلٍ آخر بجميع ما له عليه وقبّل المحال عليه الثاني، قال أبو حنيفة: تكون الحوالة الثانية نقضاً للأولي؛ لأنه لا صحّة للتانية إلا بعد نقض الأولي، والمحيل والمحتال يملكان النقص، فإذا نقضا

ص: 490

1- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهنديّة 3:75.

2- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهنديّة 3:75.

3- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهنديّة 3:75.

الحوالة الأولى، انتقضت، و برئ المحال عليه الأول، بخلاف ما إذا كان المديون أعطي صاحب الدَّين كفيلاً آخر بعد الكفيل الأول، فإنَّ الكفالة الثانية لا تكون إبطالاً للكفالة الأولى؛ لأنَّ المقصود من الكفالة التوثيق مع بقاء الدَّين علي الأصيل، و ضمَّ الكفيل إلي الكفيل يزيد في التوثيق(1).

و هذا غير صحيح علي أصلنا؛ لأنَّ الحوالة ناقلة، فإذا صار الدَّين - الذي علي المحال عليه للمحيل - [للمحتال](2) لم يمكن النقض؛ لأنَّنا نعتبر رضا المحال عليه.

نعم، لو كان المحيل قد قصد بالحوالة الثانية الحوالة بما علي المحال عليه من المال، صحَّ، و برئ المحال عليه، و كان متبرِّعاً بالحوالة عن المحال عليه، و لا يرجع علي أحدٍ.

مسألة 642: إذا احتال بالحوالة علي شرط الصبر مدّة، و جب تعيينها، و صحَّ الشرط عندنا

- خلافاً لأحمد(3) - علي ما بيّناه.

و لو لم يعيّن المدّة، بطلت الحوالة؛ لبطان شرطها.

و لو شرط أداء المال من ثمن دار المحال عليه أو من ثمن عبده، صحَّ الشرط؛ لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»(4) و به قال أبو حنيفة(5).

و هل يُجبر المحال عليه علي بيع داره أو عبده معجلاً؟ الأقرب ذلك

ص: 491

1- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهنديّة 3: 75-76.

2- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

3- المغني 5: 56، الشرح الكبير 5: 59.

4- التهذيب 7: 371/1503، الاستبصار 3: 232/835، الجامع لأحكام القرآن 6: 33.

5- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهنديّة 3: 76.

إن كانت الحوالة معجّلةً، وإلاّ عند الأجل.

وقال أبو حنيفة: لا يُجبر علي البيع، وهو بمنزلة ما لو قَبِل الحوالة علي أن يعطي المال عند الحصاد أو ما أشبه ذلك، فإنّه لا يُجبر علي أداء المال قبل الأجل(1).

إذا عرفت هذا، فهل يشترط الأجل في مثل هذه الحوالة؟ يحتمل ذلك؛ إذ الثمن ليس موجوداً في الحال، بل لا بدّ من مضيّ مدّة يحصل فيها الراغب في الشراء ولو قلّ زمانه، فأشبهه المكاتب إذا عقد الكتابة حالّةً، فحينئذٍ يجب تعيين المدّة، خلافاً لأبي حنيفة(2).

مسألة 643: لو كان عليه دينٌ لزيدٍ فأحال زيداّ به علي عمرو و ليس للمديون علي عمرو شيء و قَبِل، صحّت الحوالة علي الأقوي،

و به قال أبو حنيفة(3).

فإذا جاء فضوليّ وقضي الدّين عن المحال عليه تبرّعاً، كان للمحال عليه أن يرجع علي المحيل، كما لو أذّي المحال عليه المال بنفسه و ليس عليه دينٌ، فإنّه يرجع علي المحيل، و به قال أبو حنيفة(4).

ولو كان للمحيل دينٌ علي المحال عليه، فجاء الفضوليّ وقضي دين المحتال عن المحيل الذي عليه أصل المال، لم يكن للمحيل أن يرجع بدينه علي المحال عليه عندنا؛ لأنّ قضاء الفضوليّ عنه كقضاءه بنفسه.

ولو قضي المحيل دين الطالب بمال نفسه بعد الحوالة، لم يكن له الرجوع إذا كان متبرّعاً.

ص: 492

1- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3:76.

2- لم نعره عليه في مظاته. (3 و 4) فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3:77.

وقال أبو حنيفة: يرجع (1).

وقد سلف (2) بطلانه.

فعلي قوله لو اختلف المحيل و المحال عليه كل واحدٍ منهما يدعي أنّ الفضوليّ قضى عنه، رجع إلي الفضوليّ.

فإن مات قبل البيان، قال أبو حنيفة: يكون القضاء عن المحال عليه؛ لأنّ القضاء يكون عن المطلوب ظاهراً (3).

مسألة 644: لو أحال البائع غريماً له علي المشتري حوالهً مقيدةً بالثمن، لم يبق للبائع حقُّ الحبس.

و لو أحال المشتري البائع علي غريمٍ له، قال أبو حنيفة: يكون للبائع حقُّ الحبس (4).

وقال: لو أحال الزوج امرأته بصداقها علي آخر، كان للزوج أن يدخل بها. و لو أحالت المرأة علي زوجها بالمهر غريماً لها، كان لها أن تمنع نفسها؛ لأنّ غريمها بمنزلة وكيلها، ما لم يصل الصداق إلي وكيلها، كان لها حقُّ المنع (5).

و يشكل إذا جعلنا الحوالة استيفاءً.

ص: 493

1- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3:77.

2- في ص 485، المسألة 636.

3- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3:77.

4- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3:77.

5- فتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية 3:77-78.

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: 9

عنوان المكتب المركزي
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباه اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان

الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

