

الكتاب: المبسوط

المؤلف: السرخسي

الجزء: ١٤

الوفاء: ٤٨٣

المجموعة: فقه المذهب الحنفي

تحقيق:

الطبعة:

سنة الطبع:

المطبعة:

الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان

ردمك:

ملاحظات: قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب
بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

(الجزء الرابع عشر من)

كتاب

المبسوط لشمس الدين

السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت

صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني

الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير

ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط

ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي

أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الأمة السرخسي

(تنبيه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة

جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الصرف)

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي إملاء الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الأثمان ببعض والأموال أنواع ثلاثة * نوع منها في العقد ثمن على كل حال وهو الدراهم والدنانير صاحبها حرف الباء أولم

يصحبها سواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غير جنسها * ونوع منها ما هو مبيع على كل حال

وهو ما ليس من ذوات الأمثال من العروض كالثياب والدواب والمماليك * ونوع هو ثمن

من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون فإنها إذا كانت معينة في العقد تكون مبيعه وإن لم تكن معينة فان صاحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهو ثمن وإن لم يصحبها حرف الباء

وقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت دينا في الذمة قال الله تعالى وشروه بثمن بخس

دراهم معدودة قال الفراء في معناه الثمن عند العرف ما يثبت دينا في الذمة والنقود لا تستحق

بالعقد الا دينا في الذمة ولهذا قلنا إنها لا تتعين بالتعين وكان ثمنها على كل حال والعروض

لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية لا تخرج به من أن

تكون مبيعة والمكيل والموزون يستحق عينا بالعقد تارة ودينا أخرى فيكون ثمننا في حال

مبيعا في حال والثمن في العرف ما هو المعقود به وهو ما يصحبه حرف الباء فإذا صحبه حرف

الباء وكان دينا في الذمة وقابله مبيع عرفنا أنه ثمن وإذا كان عينا قابله ثمن كان مبيعا لأنه

يجوز أن يكون مبيعا يحال بخلاف ما هو ثمن بكل حال ومن حكم الثمن أن وجوده في ملك

العاقد عند العقد ليس بشرط لصحة العقد وإنما يشترط ذلك في المبيع وكذلك فوات التسليم

فيما هو ثمن لا يبطل العقد بخلاف المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز بخلاف المبيع

والأصل فيه حديث ابن عمر رضي الله عنه حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال إني
أبيع الإبل بالبقيع فربما أبيع بالدينير وأخذ مكانها الدراهم أو على عكس ذلك فقال
صلى الله

عليه وسلم لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما عمل وإذا ثبت جواز الاستبدال بالثمن قبل القبض

ثبت أن فوات التسليم فيه لا يبطل العقد لان في الاستبدال تفويت التسليم فيما استحق بالعقد وبهذا ثبت أن ملكه عند العقد ليس بشرط لان اشتراط الملك عند العقد إما لتمليك

العين والثمن دين في الذمة أو للقدرة على التسليم ولا أثر للعجز عن تسليم الثمن في العقد

والحكم الذي يختص به الصرف من بين سائر البيوع وجوب قبض البديلين في المجلس وانه

لا يكون فيه شرط خيار أو أجل وذلك ثابت بالحديث الذي رويناؤه فإنه قال النبي صلى الله

عليه وسلم لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما عمل أي مطالبة بالتسليم لوجود القبض قبل الافتراق ولان هذا العقد اختص باسم فيختص بحكم يقتضيه ذلك الاسم وليس ذلك صرف

ما في ملك كل واحد منهما لي ملك صاحبه لان البديل من الجانبين يجب ابتداء بهذا العقد

لا أن يكون مملوكا لكل واحد منهما قبله ولان ذلك ثابت في سائر البيوع عرفنا أنه يسمى

صرفا لما فيه من صرف ما في يد كل واحد منهما إلى يد صاحبه ولم يسم به لوجوب التسليم

مطلقا لان ذلك يثبت في سائر البيوع عرفنا انه إنما سمي به لاستحقاق قبض البديلين في المجلس ولان هذا العقد مبادلة الثمن بالثمن والثمن يثبت بالعقد دينا في الذمة والدين بالدين حرام في الشرع لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ فما يحصل به التعيين

وهو القبض لا بد منه في هذا العقد وكان ينبغي أن يشترط مقرونا بالعقد لان حالة المجلس

تقام مقام حالة العقد شرعا للتيسير وإذا وجد التعيين بالقبض في المجلس يجعل ذلك كالموجود

عند العقد وليس أحد البديلين في ذلك بأولى من الآخر فشرطنا القبض فيهما لهذا المعنى ولسنا نعنى بالمجلس موضع جلوسهما بل المعبر وجود القبض قبل أن يتفرقا حتى لو قاما أو مشيا

فرسخ ثم تقابضا قبل أن يتفرقا أي يفارق أحدهما صاحبه حال العقد وكذلك لو ناما في المجلس

أو أغمي عليهما ثم تقابضا قبل الافتراق روى ذلك بشر عن أبي يوسف ولهذا لا يجوز
شرط
الخيار في هذا العقد لان الخيار بعدم الملك فيكون أكثر تأثيرا من عدم القبض قبل
الافتراق
وبشرط الخيار يمتنع استحقاق ما به يحصل التعيين وهو القبض ما بقي الخيار وكذلك
شرط
الاجل ينعدم استحقاق القبض الذي يثبت به التعيين فلهذا كان مبطلا لهذا العقد وقد دل
ما قلنا على الاخبار التي بدئ الكتاب بها فمنها حديث أبي سعيد الخدري رضي الله
عنه أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الفضة بالعضة وزن بوزن يد بيد والفضل ربا إلى

آخره وقد بدأ بهذا الحديث كتاب البيوع وبيننا تمام شرحه في كتاب البيوع ومن ذلك حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه باناء خسرواني

قد أحكمت صنعته فبعثني به لأبيعه فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله

عنه فقال اما الزيادة فلا وهذا الاناء كان من ذهب أو فضة وفيه دليل على أنه لا قيمة للصنعة

في الذهب والفضة عند المقابلة بجنسها لأنه لم يجوز الاعتياض عنها وما كان مالا متقوما شرعا

فالاعتياض عنه جائز فعرفنا انه إنما لم يجوز لأنه لا قيمة للصنعة في هذا الحالة شرعا كما

لا قيمة للصنعة في المعارف والملاهي شرعا وفيه دليل أن الذهب والفضة بالصنعة لا تخرج

من أن تكون وزنية وان اعتاد الناس بيعها بغير وزن بخلاف سائر الموزونات لان صنعة الوزن فيها ثابتة بالنص فلا تتغير بالعرف بخلاف سائر الأشياء والى ذلك أشار ابن سيرين

حين سئل عن بيع اناء من حديد بإنائين فقال قد كانوا يبيعون الدرع بالأدرع يعني ان مالا

يعتاد الناس وزنه من هذا الجنس لا يكون موزونا ثم ذلك الاناء كان لبيت المال وإنما قصد

عمر رضي الله عنه ببيعه ان يصرف الثمن إلى حاجة المسلمين ثم وكل به أنس بن مالك رضي الله عنه

وفيه دليل على جواز التوكيل بالصراف وعن أبي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا نقدم أرض الشام ومعنى الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف

الكاسدة أفبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا نفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر

ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل رجوع ابن

عمر رضي الله عنهما عن قوله في جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما

وأنه لا قيمة للجودة في النقود وان المفتى إذا تبين جواب ما سئل عنه فلا بأس ان يبين للسائل

الطريق الذي يحصل به مقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون هذا مما هو مذموم
من
تعليم الحيل بل هو اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لعامل خبير هلا
بعث تمرك
بسلة ثم اشترت بسلتك هذا التمر وفيه دليل أن القليل من الفضل والكثير في كونه
ربا
سواء لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا وان التقابض قبل الافتراق في
الصرف
مستحق وان القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد فإنه قال وان وثب من
سطح فثب معه للتحرز عن مفارقة أحدهما صاحبه قبل القبض وعليه دل حديث كليب
بن وائل
قال سألت ابن عمر رضي الله عنهما عن الصرف فقال من هذه إلى هذه يعنى من يدك
إلى

يده وإن استنظرك إلى خلف هذه السارية فلا تفعل وإنما كنى بهذا اللفظ عن مفارقة أحدهما صاحبه قبل القبض لأن بالمفارقة يغيب عن بصره وبالاستتار بالسارية يغيب عن بصره أيضا فذكر ذلك على وجه الكتابة عن المفارقة لا أن يكون حقيقة السارية بينهما موجبا للافتراق فان ابتداء العقد بينهما صحيح في هذه الحالة وكون السارية بينهما لا يعد

افتراق عرفا وعن محمد بن سيرين انه كان يكره أن يباع السيف المحلى بالفضة بالنقرة مخافة أن

تكون الفضة التي أعطى أقل مما فيه ويكره أن يبيعه بالنسيئة ولا يرى بأسا بأن يبيعه بالذهب وبه نأخذ فنقول بيعه بالذهب جائز بالنقد لقوله صلى الله عليه وسلم إذ اختلفت

النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ولا يجوز بيعه بالنسيئة سواء باعه بالذهب

أو بالفضة لأن العقد في حصة الحلية صرف فاشترط الاجل فيه مفسد ولا ينزع الحلية من السيف إلا بضرر ففساد العقد فيها يفسد في الكل دفعا للضرر أما بيعها بالفضة فعلى أربعة أوجه إن كان يعلم أن فضة الحلية أكثر فهو فاسد وكذلك ان كانت الحلية مثل النقد

في الوزن لان الجفن والحمايل فضل خال عن العوض فان مقابلة الفضة بالفضة في البيع تكون بالاجزاء وإن كان يعلم أن الفضة في الحلية أقل جاز العقد على أن يجعل المثل بالمثل

والباقى بإزاء الجفن والحمايل عندنا خلافا للشافعي وان كأن لا يدري أيهما أقل فالبيع فاسد

عندنا لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل وعند زفر هذا يجوز فان الأصل الجواز

والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به يكون العقد مملوكا بجوازه وقد بينا هذا

في البيوع وعن أبي بصرة قال سألت ابن عمر رضي الله عنهما عن الصرف قال لا بأس به يدا

بيد وسألت ابن عباس رضي الله عنهما فقال مثل ذلك فقعدت في حلقة فيها أبو سعيد الخدري

رضي الله عنه فأمرني رجل فقال سله عن الصرف فقلت ان هذا يأمرني أن أسئلك عن الصرف فقال لي الفضل ربا فقال سله أمن قبل رأيه يقول أو شيء سمعه من رسول الله صلى

الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال أبو سعيد رضي الله عنه بل سمعته من رسول الله

صلى الله
عليه وسلم اتاه رجل يكون في نخله برطب طيب فقال صلى الله عليه وسلم من أين
هذا فقال
أعطيت صاعين من تمر ردئ وأخذت هذا فقال صلى الله عليه وسلم أرييت فقال إن
سعر
هذا في السوق كذا وسعر هذا كذا فقال صلى الله عليه وسلم أرييت ثم قال صلوات
الله عليه
هلا بعته بسلعة ثم ابتعت بسلعتك تمرًا فقال أبو سعيد رضي الله عنه الفضل في التمر
ربا

والدراهم مثله فقال أبو بصرة فلقيت بعد ذلك ابن عمر رضي الله عنهما فقال لا خير
فيه
وأمرت أبا الصهباء فسأل ابن عباس رضي الله عنهما عن الصرف فقال لا خير فيه وفي
هذا
دليل رجوع ابن عمر ابن عباس رضي الله عنهما عن فقواهما بجواز التفاضل وقد روى
أن
علياً رضي الله عنه لما سمع هذه الفتوى عن ابن عباس رضي الله عنهما فقال إنك رجل
تائه
وعن الشعبي قال حدثني بضعة عشر نفرًا من أصحاب ابن عباس رضي الله عنهما الخبر
فالخبر انه
رجع عن فتواه فقال الفضل حرام وقال جابر بن زيد رضي الله عنه ما خرج ابن عباس
رضي
الله عنه في الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فعلم أن حرمة التفاضل مجمع
عليه في
الصدر الأول وان قضاء القاضي بخلافه باطل وفيه دليل أنهم كانوا يسمعون حكماً في
حادثة
فيلحقون بها ما في معناها فان أبا سعيد رضي الله عنه ذكر أنه سمعه من رسول الله
صلى الله عليه
وسلم ثم روى الحديث في التمر وبين ان الدراهم مثله وفيه دليل على أن النص في شيء
يكون
نصاً فيما هو في معناه من كل وجه لأنه لو كان هذا قياساً فالقياس استنباط بالرأي وما
كان
يقول بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل انه لا بأس للمستفتى أن
يطالب
المفتي بالدليل إذا كان أهلاً لذلك فان أبا سعيد رضي الله عنه لم ينكر عليه ذلك وانه
لا بأس
للإنسان أن يأمر غيره بالاستفتاء وإن كان هو المحتاج إليه كما فعله هذا الرجل وإن
كان احتشم
أبا سعيد رضي الله عنه فلم يسأله بنفسه كما روى أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا
يجلسون
حول رسول الله صلى الله عليه وسلم كان على رؤسهم الطير وكان يعجبهم ان يدخل
اعرابي
ليسأله ليستفيدوا بسؤاله أو علم هذا الرجل بقول ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما

ولم يعجبه ان يظهر الانكار عليهما فامر غيره حتى سأل أبا سعيد الخدري رضي الله عنه فيطالبه بالدليل ليتبين ما هو الصواب فيحصل المقصود من غير أن يستوحش أحد وهذا أقرب إلى حسن العشرة وعن شريح ان رجلا باع طوق ذهب مفضض بمائة دينار فاختصما إلى شريح رضي الله عنه فأفسد البيع وهذا عندنا لأنه لم يكن يدري مقدار الذهب الذي في الطوق أو علم أنه مائة مثقال أو أكثر أما إذا علم أنه دون مائة مثقال فالبيع جائز على أن تكون الزيادة بمقابلة الفضة إلا أن تكون الفضة تمويها فيه بحيث لا يستخلص فيحنئذ لا يعتبر ذلك ولا يحصل بمقابلتها شيء فيكون بمقابلة الصنعة ولا قيمة للصنعة عند اتحاد الجنس وعن عبد الله ابن أبي سلمة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر سعد بن سعد بن مالك

وسعدا آخر رضي الله عنهما لبيعا غنائم بذهب فباعاها كل أربعة مثاقيل ذهب تبراً بثلاث مثاقيل عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أريتما فردا وفيه دليل ان للامام ولاية بيع الغنائم وقسمة الثمن بين الغانمين إذا رأى النظر فيه وان له أن يوكل غيره في ذلك وان التفاضل حرام في بيع الغنائم ومال بيت المال كغيرها وان العقد الفاسد يستحق فسخه وردده لان مباشرته معصية والاصرار على المعصية معصية فلهذا قال صلى الله عليه وسلم أريتما فردا ولم يعاتبهما على ما صنعا لان نزول تحريم الربا كان يومئذ لم يكن اشتهر بعد فعذرهما بالجهل به وعن سليمان بن بشير قال أتاني الأسود بن يزيد فصرفت له الدراهم وافية بدنانير ثم دخل المسجد فصلى ركعتين فيما أظن ثم جاءني فقال اشتر بها غلة فجعلت أطلب الرجل الذي صرفت عنده فقال لا عليك أن لا تجده وان وجدته فلا أبالي وفيه دليل جواز التوكيل بالصرف وان التفاضل حرام عند انفاق الجنس لأنه كان مقصود الأسود ان يشتري بالدراهم الجياد الغلة وعلم أن الفضل حرام فأمره ان يشتري بها دنانير ثم أمره بأن يشتري بالدنانير الغلة وكان هذا الوكيل اشتغل بطلب ذلك الرجل لأنه ظهر عنده أمانته ومسامحته في المعاملة وبين له الأسود أنه كغيره فيما هو مقصودي فلا يتكلف في طلبه وعن أبان بن عباس عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال بعثت جام فضة بورق بأقل من ثمنه فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه فقال ما حملك على ذلك قلت الحاجة قال رد الورق إلى أهلها وخذا اناءك وعارض به ففيه دليل حرمة الفضل وجوب الرد عن فساد العقد وان بسبب الحاجة لا يحل الربا لان الحاجة ترتفع من غير ارتكاب الحرام كما هداه عمر رضي الله عنه بقوله وخذا اناءك وعارض به ولكنه عذره للحاجة ولم يؤد به وكان قصده بالسؤال في الابتداء أن يعلم سبب اقدامه على هذا العقد حتى إذا باشره مع العلم به من غير حاجة أدبه عليه وقد كان مؤدبا يؤدب على ما هو دون ذلك وعن أبي رافع قال سألت عمر بن الخطاب

رضي الله عنه
عن الصوغ أصوغه فأبيعه قال وزنا يوزن فقلت انى أبيعه وزنا بوزن ولكن آخذ فيه
أجر عمل فقال إنما عملك لنفسك ولا تردد شيئاً فان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهانا أن نبيع
الفضة الا وزنا بوزن ثم قال يا أبا رافع ان الآخذ والمعطى والشاهد والكاتب شركاء
وفيه دليل
حرمة الفضل وانه لا قيمة للصنعة فيما هو مال الربا فان عمر رضي الله عنه بين له أنه
في
الابتداء عمل لنفسه فلا يستوجب الاجر به على غيره ثم ما يأخذه من الزيادة عوضاً عن
الصنعة

ولا قيمة للصنعة في البيع ثم بين شدة الحرمة في الربا بقوله الآخذ والمعطى والكاتب والشاهد
فيه سواء أي في المآثم وهو نظير ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله في
الخمرة عشرة
وقال صلى الله عليه وسلم الراشي والمرثي والرايش في النار ولعن الله من أعان الظلمة
أو
كتب لهم والأصل في الكل قوله ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وعن أبي الوداك عن
أبي
سعيد الخدري رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب
الكفة
بالكفة والفضة بالفضة الكفة بالكفة ولا خير فيما بينهما فقلت انى سمعت ابن عباس
رضي الله عنه
ما يقول ليس في يد بيد ربا فمشي إليه أبو سعيد رضي الله عنه وأنا معه فقال له
أسمعت
من النبي صلى الله عليه وسلم ما لم نسمع فقال لا فحدثه أبو سعيد رضي الله عنه
الحديث فقال
ابن عباس رضي الله عنهما لا أفتى به أبدا وفيه دليل على أن بيع الذهب والفضة
بجنسهما إذا
اعتدل البدلان في كفة الميزان جاز البيع وإن لم يعلم مقدار كل واحد منهما لتيقنا
بالمماثلة وزنا
والمماثلة إذ وزن أحدهما بصاحبه أظهر منه إذا وزن كل واحد منهما بالصنجات وفيه
دليل
رجوع عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن فتواه في إباحة التفاضل وان الحديث
صحيح
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد انقاد لهم ابن عباس رضي الله عنهما وهذا لان
أبا
سعيد رضي الله عنه كان من كبار الصحابة رضوان الله عليهم معروفا بينهم بالعدالة
والورع
وإنما مشي إلى ابن عباس رضي الله عنهما بطريق الخشية لآظهار الشفقة وإن كان لو
دعاه
إلى نفسه لاتاه وهذا هو الأحسن للكبير في معاملة من هو أصغر منه وعن عمر رضي
الله عنه
قال لا تبعوا الدرهم بالدرهمين فاني أخاف عليكم الربا وقد نقل هذا اللفظ بعينه عن

رسول الله صلى الله عليه وسلم فاني أخاف عليكم الإرباء وعن ابن مسعود رضي الله
عنه انه كان
يبيع بقايا بيت المال يدا بيد بفضل فخرج خرجة إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه
فسأله عن
ذلك فقال هو ربا وكان ابن مسعود رضي الله عنه استخلف على بيت المال عبد الله بن
سخريرة الأسدي فلما قدم ابن مسعود رضي الله عنه نهاه عن بيع الدراهم بالدراهم
بينهما
فضل وكان ابن مسعود رضي الله عنه عامل عمر رضي الله عنه بالكوفة على بيت المال
فكان
من مذهبه في الابتداء ان اختلاف الصنعة كاختلاف النوع وكان يجعل البقاية مع الجيد
نوعين
فيحوز التفاضل بينهما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف
شئتم بعد
أن يكون يدا بيد ثم سأل عمر رضي الله عنه بين له أن الكل نوع واحد فان الكل فضة

وقال صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا فرجع ابن مسعود إلى قوله لأنه بين له الحق في مقالته ومن هذا يقال عالم الكوفة كان يحتاج إلى عالم المدينة يراد به ابن مسعود رضي الله عنهما وقد نقل نحو هذا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فان أبا صالح السمان يقول سألت عليا رضي الله عنه عن الدراهم تكون معي لا تنفق في حاجتي فاشترى بها دراهم تنفق في حاجتي واهضم منها قال لا ولكن بع دراهمك بدنانير ثم اشترى بالدنانير دراهم تنفق في حاجتك وفيه دليل على أن الجياد والزيوف نوع واحد فحرم التفاضل بينهما وهذا لأنه لا قيمة للجودة هنا مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء فلا يجوز الاعتياض عنها وعن القاسم بن صفوان قال أكرت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما إبلا بدنانير فأتيته أتقاضاه وبين يديه دراهم فقال لمولى له انطلق معه إلى السوق فإذا قامت على سعر فان أحب أن يأخذ والا فاشتر له دنانير فاعطها إياه فقلت يا أبا عبد الرحمن أ يصلح هذا قال نعم لا بأس بهذا انك ولدت وأنت صغير وفيه دليل جواز استبدال الآخر قبل القبض والآخر كالثمن وقد بينا ان ابن عمر رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه عليه وسلم عن استبدال الثمن قبل القبض فجوز له ذلك فلهذا جواز ابن عمر الاستبدال بالأجر ولكن بشرط أن يرضى به صاحب الحق ولكن لما أشكل على صاحب الحق سأله بقوله أ يصلح هذا فقال نعم انك ولدت وأنت صغير أي جاهل لا تعلم حتى تعلم وهكذا حال كل واحد منا فإنه لا يعلم حتى يعلم فكأنه مازحه بهذه الكلمة وكنى بالصغر عن الجهل ثم ذكر حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه في الربا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الأشياء الستة وقال في آخره إذا اشترىتم بعضه ببعض فاشتروه كيف شئتم يدا بيد يعنى بذلك إذا اختلف

النوعان
وقال معاوية رضي الله عنها ما بال أقوام يحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أحاديث
لم نسمعها فقال عبادة رضي الله عنه أشهد انى سمعت هذا من رسول الله صلى الله
عليه وسلم
ثم أعاد الحديث ثم قال لأحدثن به وان رغم أنف معاوية وكان معاوية رضي الله عنه
ممن
يجوز التفاضل في الابتداء ثم رجع إلى الحديث فلماذا قال ما قال وقيل إنه أراد أن
يستثبته
في روايته ومعاوية رضي الله عنه من رواة حديث الربا فيحتمل أن يكون مراده بقوله
أحاديث لم نسمعها ما ذكره في آخر الحديث وان اشترتيم بعضه ببعض فأكد عبادة
رضي
الله عنه روايته بيمينه فان قوله أشهد بمعنى أحلف ثم قال لأحدثن به لأنني أتيقن بسماعه
من

رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبليغ فلا أدعه
بقول معاوية رضي الله عنه بل أحدث به وان رغم أنف معاوية وعن أبي الأشعث
الصنعاني
قال خطبنا عبادة بن الصامت رضي الله عنه بالشام فقال أيها الناس انكم أحدثتم بيوعا
لا يدرى
ما هي ألا وان الذهب بالذهب وزنا بوزن تبره وعينه ألا وان الفضة بالفضة تبرها وعينها
سواء
ولا بأس ببيع الذهب بالفضة يدا بيد والفضة أكثر ولا يصلح نسيئة ألا وان الحنطة
بالحنطة
مدین بمدین ألا وان الشعير بالشعير مدین بمدین ولا بأس ببيع الشعير بالحنطة يدا بيد
والشعير
أكثرهما ولا يصلح نسيئة ثم ذكر في التمر والملح مثل ذلك ثم قال من زاد أو استزاد
فقد
أربى وفيه دليل ان الفاسد بيع فإنه قال إنكم أحدثتم بيوعا ومراده ما كانوا يباشرونه من
عقود الربا وفيه دليل على أن ما يجري فيه الربا من الأشياء المكيلة نصف صاع لان
قوله
مدین بمدین عبارة عن ذلك وفيه دليل أنه كما يحرم أخذ الربا يحرم اعطاؤه فالمستزید
أخذ
والزائد معطى وقد سوى بينهما في الوعيد وعن عمر رضي الله عنه أنه قال الذهب
بالذهب
مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب
بناجز فاني
أخاف عليكم الرما والرما هو الربا وان استنظرك إلى أن تدخل بيته فلا تنتظره ومعنى
قوله
لا يباع غائب بناجز أي نسيئة بنقد وفيه دليل الربا كما يثبت بالتفاوت في البدلين في
القدر
يثبت بتفاوتهما بالنقد والنسيئة وان القبض قبل الافتراق لا بد منه في عقد الصرف
وكنى
عنه بقوله فان استنظرك إلى أن تدخل بيته وعن الشعبي رضي الله عنه قال لا بأس ببيع
السيف المحلى بالدراهم لان فيه حمائله وجفنه ونصله ومراده إذا كان وزن الحلية أقل
من وزن
الدراهم ليكون الفضل بإزاء الجفن والحمائل وعن الحسن أن أصحاب رسول الله صلى

الله عليه
وسلم ورضي الله عنهم كانوا يتبايعون فيما بينهم السيف المحلى والمنطقة المفضضة
وبه نأخذ
فنقول يجوز بيع ذلك بالعروض وبالنقد بخلاف الجنس بشرط قبض حصة الحلية في
المجلس
وبالنقد من جنس الحلية بشرط أن يكون وزنه أكثر من وزن الحلية وعن إبراهيم قال
الإقالة بيع وهكذا عن شريح معناه كالبيع في الحكم وبه نأخذ فنقول الإقالة في الصرف
كالبيع يعنى يشترط التقابض من الجانبين قبل الافتراق كما في عقد الصرف وهو معنى
قول علمائنا رحمهم الله ان الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما
ووجوب
التقابض في المجلس من حق الشرع فالاقالة فيه كالبيع وعن عبد الرحمن بن أبي ليلي
قال

سمعت عمر رضي الله عنه على المنبر يقول أيها الناس لا تبيعوا الدراهم بالدراهم فان ذلك ربا

العجلان ولكن من كان عنده سحق درهم فليخرج به إلى السوق وليقل من يتناع سحق هذا الدرهم فليتبع به ما شاء والمراد بقوله فان ذلك ربا العجلان أي ربا النقد وهو إشارة

إلى أن الربا نوعان في النقد والنسيئة والمراد بقوله سحق درهم البقاية التي لا تنفق في حاجة

يقال ثوب سحق أي خلق وفيه دليل أنه لا بأس بالشراء بالزئوف ولكن بعد بيان عينها ليتنفي الغرر والتدليس كما ذكره عمر رضي الله عنه وعن إبراهيم انه لم يكن يرى بأسا باقتضاء الورق من الذهب والذهب من الورق بيعا كان أو قرضا أو كان بسعر يومه وبه نأخذ

فيجوز الاستبدال بثمن المبيع وفي بدل القرض قبل القبض وذكر الطحاوي أن الاستبدال قبل القبض لا يجوز وكأنه ذهب بذلك إلى أنه لما كان لا يثبت فيه الاجل فهو بمنزلة مالا

يجوز الاستبدال به قبل القبض وبمنزلة دين لا يقبل الاجل كبذل الصرف وهو وهم منه فان القرض إنما لا يقبل الاجل لأنه بمنزلة العارية وما يسترد في حكم عين المقبوض على ما نبينه

في بابه والاستبدال بالمستعار قبل الاسترداد جائز وعن إبراهيم أنه كان يكره أن يشتري الرجل الثوب بدينار الا درهم وبه نأخذ فان الدرهم إنما يستثنى من الدينار بالقيمة وطريق

معرفة القيمة الحزر والظن فكان المستثنى مجهولا وبجهالته يصير المستثنى منه مجهولا أيضا

والبيع بثمن مجهول لا يجوز وإذا اشترى الرجل الدراهم بدراهم أجود منها ولا يصلح له إلا وزنا

بوزن جيدها ورديتها ومصوغها وتبرها وأبيضها وأسودها في ذلك سواء للأحاديث التي رويناها فقد ذكر فيها صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم مقابلة الفضة بالفضة واسم الفضة

يتناول كل ذلك وكذلك الذهب بالذهب جيدها ورديتها وتبره ومصوغه نافقه وغير نافقه في

ذلك سواء لأنه لا قيمة للجودة والصنعة فيها عند مقابلتها بجنسها فوجود ذلك كعدمه ولا

يجوز فيه شيء من الاجل لما بينا أن التقابض واجب في مجلس العقد وترك أحد البدلين في

المجلس مبطل للعقد فالتأجيل مناف لما هو مقتضى هذا العقد واشتراط ما ينافي
مقتضى

العقد مبطل له وإذا اشترى فضة بيضاء جيدة بفضة سوداء بأكثر منها ومع البيضاء ذهب
أو فلوس أو عروض فهو جائز عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز لان الانقسام
على

مذهبه باعتبار القيمة فيصيب البيضاء أكثر من وزنها من الفضة السوداء وعندنا يجعل من
السوداء بإزاء البيضاء مثل وزنها والباقي بإزاء ما زاد ترجيحاً لجهة الجواز على جهة
الفساد وقد

قررنا هذا الفصل في البيوع وعلى هذا لو اشترى منطقة أو سيفاً محلياً بدرهم أكثر منها وزناً يجوز عندنا ولا يجوز عند الشافعي واستدل فيه بحديث فضالة بن عبيد قال أصبت قلادة يوم خيبر فيها خرز وذهب فبعتها باثني عشر ديناراً ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا حتى يفصل وتأويل ذلك عندنا إذا كان يعلم أيهما أكثر وزناً أو يعلم أن وزن الذهب الذي في القلادة أكثر أو مثل المنفصل وفي هذه الوجوه عندنا لا يجوز العقد وإذا اشترى لجاماً مموهاً بفضة بدرهم بأقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لأن التمويه لون الفضة وليس بعين الفضة ألا ترى أنه لا يتخلص منه شيء فلا يجري الربا باعتباره وعلى هذا لو اشترى داراً مموهة بالذهب بثمن مؤجل فإنه يجوز وإن كان بسقوفها من التمويه بالذهب أكثر من الفضة أو الذهب لأنه لا يتخلص منه شيء فلا يعتبر ذلك في حكم الربا ولا في وجوب التقابض في المجلس وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار من رجل فانتقد أحدهما وأخذ الآخر رهناً بحقه فيه فهلك الرهن قبل الافتراق فهو جائز والرهن بما فيه لأن عقد الرهن يثبت يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن من المالية دون العين حتى كانت العين هالكة على ملك الراهن فيجعل استيفاءه قبل الافتراق بهلاك الرهن بمنزلة الاستيفاء حقيقة وقد بينا في السلم الاختلاف في الرهن والكفالة برأس المال فهو كذلك يبدل في الصرف وإذا كان حلي ذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يستطيع أن يخلصه منه إلا بضرر فاشتراه رجل بدينار لم يجز حتى يعلم أن الدينار فيه أكثر مما فيه من الذهب وعلى قول زفر إذا لم يعلم أيهما أكثر فالعقد جائز أيضاً وقد بينا نظيره في السيف المحلي فإن باعه بدينار نسيئة لم يجز فإن في حصة الحلية العقد صرف فيفسد شرط الاجل واللؤلؤ والجوهر لا يمكن تخليصه وتسليمه إلا بضرر فإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولا يجوز شراء الفضة بالفضة مجازفة لا يعرف وزنها أو وزن أحدهما لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل والمراد المماثلة في

الوزن فاما أن يكون المراد أن يكون مثلا بمثل عند الله أو عند المتعاقدين ونحن نعلم
أن
الأول ليس بمراد فالاحكام لا تبني على مالا طريق لنا إلى معرفته عرفنا أن المراد العلم
بالمماثلة
عند المتعاقدين فصار هذا شرط جواز العقد وما هو شر جواز العقد إذا لم يقترن بالعقد
يفسد
العقد فان وزنا بعد العقد وكانا متساويين فإن كانا بعد في مجلس العقد فجواز العقد
استحسانا
لان مجلس العقد جعل كحالة العقد ألا ترى ان انعدام الدينية في البدلين شرط جواز
العقد ثم إذا

انعدم ذلك بالتقابض في المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة وان
وزنا بعد
الافتراق عن المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة فالعقد فاسد عندنا
وقال زفر
ان كانا متساويين فالعقد جائز لأنه قد تبين أن شرط الجواز وهي المماثلة كان موجودا
عند
العقد فإنه لا تأثير للوزن في احداث المماثلة وإنما يظهر به مماثلة كانت موجودة وعلم
المتعاقدين
بوجود الشرط جواز العقد ليس بشرط لصحة العقد كما لو تزوج امرأة بمحضر من
الشاهدين
ولا يعلم بهما المتعاقدان ولكننا نقول قد بينا أن العلم بالمماثلة شرط الجواز هنا وذلك
لا يحصل
الا بالوزن فيصير الوزن الذي هو فعل المتعاقدين من شرط جواز العقد كالايجاب
والقبول
شرط انعقاد العقد فكما يفصل هناك بين المجلس وما بعده فكذلك يفصل هنا ثم
الفصل
موهوم والموهوم فيما يبنى على الاحتياط كالمتحقق وتأثير الفضل في افساد العقد
كتأثير عدم
القبض وأقوى فكما أن ترك القبض حتى افترقا مفسد لهذا العقد فكذلك توهم الفضل
بترك
الوزن حتى افترقا يكون مفسدا وان اشترى سيفا محلى بفضة بدراهم بأكثر مما فيه ثم
تفرقا قبل
التقابض فسد البيع كله لأنه شئ واحد لا يتبعض معناه ان العقد فسد في حصة الحلية
بترك
التقابض ولا يمكن ابقاؤه صحيحا في حصة الجفن والحمائل كما لا يجوز ابتداء البيع
في الجفن
والحمائل والنصل دون الفضة فان قبض السيف ونقد من الثمن حصة الحلية في
المجلس جاز
لان قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن والحمائل غير مستحق
فيصرف
المقبوض إلى ما كان القبض فيه مستحقا لان ما ليس بمستحق لا يعارض المستحق
وإذا انصرف
إليه فإنما وجد الافتراق بعد التقابض فيما هو صرف وكذلك ان أجر البقية إلى أجل

معلوم
فهو جائز لأنه ثمن مبيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فيصح التأجيل فيه وإذا
اشترى
عشرة دراهم بدينار فتقابضا ثم وجد فيها درهما ستوقا أو رصاصا فإن كانا لم يتفرقا
استبدله
لان المقبوض ليس من جنس حقه فكأنه لم يقبضه أصلا وتأخير القبض إلى آخر
المجلس
لا يصير وان كانا قد افترقا فليس له أن يتجاوز به لان الستوق والرصاص ليس من جنس
الدراهم فيكون مستبدلا به لا مستوفيا ولكن يردده وكان شريكا في الدينار بحصته لأنه
تبين
أنه كان قبض في المجلس تسعة دراهم ولم يقبض درهما حتى افترقا طعن عيسى في
هذا
اللفظ فقال قوله كان شريكا في الدينار بحصته غلط والصحيح انه شريك في مثل ذلك
الدينار بالعشر لان النقود عندنا لا تتعين في العقود والفسوخ ألا ترى أنهما بعد التقابض
لو

تفاسخا العقد لم يجب على واحد منهما رد المقبوض من النقد بعينه ولكن ان شاء رده
وان شاء

رد مثله فكذلك هنا لا يصير شريكا في عين ذلك الدينار وإنما له عشر الدينار دينا في
ذمته

إلا أن يتراضيا على أن يرد عليه عشر ذلك الدينار ولكن ما ذكره في الكتاب أصح لأن
بالافتراق قبل القبض يفسد العقد من الأصل لوجود شرط الفساد وهو الدينية لأن الدين
بالدين حرام ولكن إذا وجد القبض في المجلس جعل كالموجود عند العقد فإذا لم
يوجد كان

العقد فاسدا من أصله فتبين أن حصته من الدينار مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب رده
بعينه

لأن وجوب الرد من حكم القبض هنا لا من حكم العقد والنقود تتعين بالقبض كما في
القبض

بحكم الهبة وإذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار وليس عند كل واحد
منهما

درهم ولا دينار ثم استقرض كل واحد منهما مثل ما سمي ودفعه إلى صاحبه قبل أن
يتفرقا

جاز لأن كل واحد منهما يلتزم المسمى في ذمته بالعقد ودمته صالحة للالتزام فصح
العقد

ثم الشرط التقابض قبل الافتراق وقد وجد * قال ولا يشبه هذا العروض والحيوان
وحقيقة

المعنى في الفرق أن السلع مستحقة بالعقد مبيعا وحكم البيع في المبيع وجوب الملك
والتسليم فما لم

يكون موجودا في ملكه لا يمكن اثبات حكم البيع فيه وإضافة السبب إلى محل لا يفيد
حكمه

لا يجوز وأما النقود فمستحقة بالعقد ثمنا وحكم العقد في الثمن وجوبه ووجوده به معا
وذلك

متحقق بالذمة الصالحة للالتزام وإن لم يكن موجودا في ملكه عينا فلهذا كان العقد
صحيحا

قال وليس هذا مثل بيع الرجل ما ليس عنده لأن الدراهم والدنانير ثمن وهو إشارة إلى
ما بينا وفيه بيان أيضا أن المنهى عنه يبيع ما ليس عند الانسان فالبيع محله المبيع وذلك

في السلع
دون الأثمان فلذلك جوزنا الشراء بثمن ليس عنده وكل واحد من المتعاقدين بهذه

الصفة

وكذلك شراء تبر الذهب بتبر الفضة أو تبر الفضة بتبر الذهب وليس ذلك عند واحد
منهما
ثم استقرضه كل واحد منهما ودفعه إلى صاحبه فهو جائز لان الذهب والفضة ثمن
بأصل
الخلقة فالتبر والمضروب في كونه ثمننا سواء وهذا إذا كان التبر يروج بين الناس رواج
النقود وقد بينا الكلام في الشركة بالتبر في كتاب الشركة ولو اشترى اناء مصوغا أو
قلب
فضة بذهب أو بفضة تبر ثم استحق الاناء أو القلب بطل البيع وان كانا في المجلس
بخلاف
الدراهم والدنانير فإنها إذا استحققت قبل الفرقة فعليه أن يعطى مشتريها مثلها ولا يبطل
الصرف لان القلب يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين فباستحقاق المقبوض من

الدرهم والدنانير ينعدم القبض وترك القبض إلى آخر المجلس لا يضر أما استحقاق القبض فينعدم بتسليم المعقود عليه وذلك مبطل للعقد ألا ترى أن حكم العقد في القلب وجوب

الملك ولهذا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد وقدرته على التسليم فعرنا أنه مبيع

فباستحقاقه يبطل البيع بخلاف النقود على ما نبينه وهذا إذا لم يجر المستحق العقد اما إذا

أجازه جاز العقد لان الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء وعن أبي يوسف قال إن قال

المستحق أثبت ملكي لأجيز العقد فله أن يجيزه وإن لم يقل ذلك فاستحقاقه ابطال منه للبيع

لأنه يطلب من القاضي أن يقضي له بملك متقرر وذلك مناف لسبب الإزالة فليس له أن يجيز

العقد بعد ذلك والنقود لا تتعين في عقود المعارضات بالتعيين عندنا ويتعين عند زفر والشافعي

حتى لو اشترى شيئاً بدرهم معينة فحبسها وأعطى البائع مثلها فليس له أن يأتي ذلك عندنا

ولو هلكت تلك الدرهم أو استحققت لا يبطل البيع عندنا ويبطل عند زفر والشافعي رحمهما

الله لان هذا تصرف صدر من أهله في محله فيصح به التعيين كما في السلع وهذا بدل في عقد

معاوضة فيتعين بالتعيين كالبيع وبيان الوصف ان النقود تملك أعيانها وموجب عقد المعاوضة

الملك فيما يملك عينه من المال فيكون محلاً لموجب العقد وكان هذا التعيين مصادفاً محله والدليل

عليه أن النقود تتعين بالقبض حتى أن الغاصب لو أراد حبس الدرهم المغصوبة ورد مثلها لم

يكن له ذلك وكذلك في الهبة تتعين حتى يكون للواهب الرجوع في عينها وفي الصدقة والوصية

كذلك وكذلك في عقود المعاوضات وهذا لان في التعيين فائدة لهما أما للبائع فلانه إذا ملك

العين كان أحق به من سائر غرماء المشتري بعد موته ولا يملك المشتري ابطال حقه بالتصرف

فيه وربما يكون ذلك من كسب حلال فيرغب فيه مالا يرغب في غيره وأما منفعة
المشترى
فمن حيث إنه لا يطالب بشئ آخر إذا هلكت تلك العين في يده وأن تكون ذمته خالية
عن
الدين وبهذا الطريق تتعين الدراهم في الوكالة حتى لو دفع إليه الدراهم ليشتري بها شيئاً
فهلكت بطلت الوكالة ويتعين في النذر أيضاً والدليل على أنها تتعين في البيع أن
الغاصب إذا
اشترى بالدراهم المغصوبة بعينها طعاماً ونقدها لا يباح له تناولها ولو لم تتعين لحل له
ذلك كما لو
اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم وقال في الجامع إذا قال إن بعت هذا العبد
بهذا
الألف وبهذا الكر فيهما صدقة فباعه بهما يلزمه التصديق بالكر فلو لم تتعين تلك
الدراهم لما
لزمه التصديق كما لو باعه بألف مرسلة وبذلك الكر ولأجل هذه المسألة كان الكرخي
يقول

النقود تتعين في العقود جوازا لا استحقاقا حتى لا يملك عينها بالعقد ولهذا لا يلزمه التصدق
بالدراهم وتعتبر بعينها حتى يتصدق بالكر وحجتنا في ذلك أن الاستبدال بالنقود قبل
القبض
يجوز وان عينت ولو تعينت حتى ملك عينها لصار قبضها مستحقا وفي الاستبدال
تفويت
القبض المستحق بالعقد فلا يجوز ذلك كما في السلع ولو كان العقد يبطل بهلاكها
بعد التعيين لم
يجز الصرف فيها قبل القبض لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف كما في السلع فان
منع الشافعي
هذا الفصل يستدل بحديث ابن عمر رضي الله عنهما حيث قال لرسول الله صلى الله
عليه وسلم
انا نبيع الإبل بالبيع فربما نبيعها بالدراهم ونأخذ مكانها دنانير فقال صلى الله عليه
وسلم لا بأس
إذا افرقتما وليس بينكما عمل ولم يستفسره أنهم يبيعون بالدراهم المعينة أو غير المعينة
وفيه طريقتان
من حيث المعنى أحدهما أن تعيين النقد غير مقيد فيما هو المقصود بالعقد فيكون لغوا
كتعيين
الصنجات والمكيال وهذا لأنه إنما يراعى في العقد ما يكون مفيد ألا ترى أن أصل
العقد إذا
لم يكن مقيدا لا يعتبر فكذلك الشرط في العقد وبيان الوصف ان التعيين لا يفيد جواز
العقد
فان العقد جائز بتسمية الدراهم المطلقة من غير تعيين والمقصود بالعقد الربح وذلك
بقدر
الدراهم لا بعينها وليس في غير الدراهم والدنانير مقصود إنما المقصود المالية وما وراء
ذلك
هي والأحجار سواء والمالية باعتبار الرواج في الأسواق ومثلها وعينها لا يختلف في
هذا
المعنى فعرفنا أن التعيين غير مفيد فيما هو المطلوب بالعقد وبه فارق المكيل والموزون
فالتعيين
هناك مفيد لجواز العقد لان بدون التعيين لا يجوز العقد الا بذكر الوصف وربما يعجز
عن
اعلام الوصف فيسقط ذلك عن نفسه بالتعيين ولان أعيانها مقصودة وهي تتفاوت في

الربع
فكان تعيينها مفيدا في الجملة اما ما ذكر من الفوائد فليس من مقاصد العقد وإنما
يطلب فائدة
التعيين فيما هو المقصود بالعقد وفيما هو المقصود وهو ملك المال الدين أكمل من
العين لان
بدون التعيين لا ينتقد العقص وبالتعيين ينتقض فإنه إذا استحق المعنى أو هلك بطل ملكه
فيه
وإذا ثبت دينا في الذمة لا يتصور هلاكه ولا بطلان الملك فيه بالاستحقاق والطريق
الآخر
وهو أن التعيين لو اعتبر في النقد يبطل به العقد بالاجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين
لغو
وبيان هذا من وجهين أحدهما وهو أن النقود لا تستحق في عقود المعاوضات الا ثمنا
والثمن ما يكون في الذمة كما قاله الفراء فإذا اعتبر ثبوت التعيين امتنع ثبوت المسمى
في الذمة
ثمنا وذلك ينافي موجب العقد فيكون مبطلا للعقد والثاني وهو أن حكم العقد في
الثمن وجوبه

ووجوده معا بالعقد بخلاف السلع فحكم العقد فيها وجوب الملك للمشتري فيما كان مملوكا للبائع ولهذا يشترط للعقد على السلع قيامها في ملك البائع الا في موضع الرخصة وهو السلم فلا يشترط ذلك في السلم حتى يجوز الشراء بثمن ليس عنده من غير ضرورة ولا يتعين الا في موضع الرخصة وهو السلم فهناك يتعين بالقبض دون التعيين حتى لو افتراقا بعد تعيين رأس المال قبل القبض لا يجوز ولا ينجبر ذلك النقص بقبض ما يقابله في المجلس وهو المسلم فيه فعرفنا أن تعيين الدراهم هناك بالقبض باعتبار الضرورة وان ذلك لا يثبت بالتعيين فكذلك في باب الصرف بعد التعيين من الجانبين يبطل بالافتراق قبل القبض وأظهر من هذا كله جواز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض بخلاف المبيع عينا كان أو دينا فكان التعيين في الثمن ابطالا لحكمه وجعلا لما هو الحكم شرطا وهذا تغيير محض فيكون مبطالا للعقد وبالإجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لغو وبهذا ظهر الجواب عن قوله ان التعيين يصرف في محله والفرق بين الثمن والسلعة واعتبار العقد بالقبض ساقط لان القبض لا يرد الا على العين فكان التعيين ركنا فيه والعقد لا يرد على الثمن إنما يجب الثمن بالعقد ولا يتحقق ذلك الا إذا كان دينا في الذمة وفي الوكالة عندنا لا يتعين حتى لو اشترى الوكيل بمثل تلك الدراهم في ذمته كان مشتريا للموكل ولو هلك بعد الشراء رجع على الموكل بمثلها اما قبل الشراء إذا هلكت فإنما بطلت الوكالة عندنا لأنها غير لازمة في نفسها والموكل لم يرض بكون الثمن في ذمته عند الشراء فلو بقيت الوكالة لاستوجب الوكيل بالشراء الدين في ذمة الموكل وهو لم يرض به وفي مسألة الشراء بالدراهم المغصوب لا تتعين تلك الدراهم حتى لو أخذها المغصوب منه كان على الغاصب مثلها دينا ولكنه استعان في العقد والنقد بما هو حرام فيتمكن فيه الخبث

فلهذا
لا يحل له تناوله وفي مسألة الجامع لم تتعين الدراهم أيضا بدليل انه لا يلزمه التصديق
بها ولكنه
لما أضاف النذر إليهما مع أن الدراهم لا تتعين في عقود المعاوضات صار تقدير كلامه
كأنه
قال إن سميت هذه الدراهم وهذا الكرم في بيع هذا العبد فهما صدقة وقد وجد ذلك
وملك الكرم بنفس العقد والشروط في الأثمان تعتبر بحسب الامكان* قال وإذا اشترى
الرجل
ألف درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض فأعطاه مكانها سوداء ورضى بها البائع
جاز ذلك
لان هذا ليس باستبدال والسود والبيض من الدراهم جنس واحد وإنما أبرأه عن الصفة
حتى يجوز بالسود فكان مستوفيا بهذا الطريق لا مستبدلا ومراده من السود المضروب

من النقرة السوداء الا الدراهم التجارية حتى أنه لو باع دينارا بدراهم بيض وقبض مكان الدراهم البيض التجارية فإنه لا يجوز لأنه يكون استبدالاً لاختلاف الجنس وكذلك لو قبض

الدراهم فأراد أن يعطيه ضرباً آخر من الدنانير سوى ما عينه لم يجز ذلك إلا برضاه فان رضى به

كان مستوفياً لا مستبدلاً لكون الجنس واحداً وقد بينا ان ما عينه لم يتعين وإنما استوجب

كل واحد منهما في ذمة صاحبه مثل المسمى وقيل هذا إذا أعطاه ضرباً هو دون المسمى

فان أعطاه ضرباً هو فوق المسمى فلا حاجة إلى رضا مشتري الدنانير به لأنه أوفاه حقه وزيادة

الأعلى قول زفر فإنه يقول هو متبرع عليه بزيادة صفة فله أن لا يقبل تبرعه وقد بينا هذا في السلم ولو اشترى ألف درهم بمائة دينار ولم يسم كل واحد منهما شيئاً فلكل واحد منهما

نقد الناس في ذلك البلد لان المتعارف فيما بين الناس هي المعاملة بالنقد الغالب واليه ينصرف

مطلق التسمية والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص يقول وإذا كان بالكوفة فهو على دنانير كوفية

لان الدراهم والدنانير في البلدان تختلف وتتفاوت في العيار والظاهر أن في كل بلدة إنما

يتصرف الانسان بما هو النقد المعروف فيها فإذا كان ببلد نقد مختلف متفاضل فالبيع فاسد

إلا أن يسمى ضرباً من ذلك معلوماً والضرب المعلوم أن يذكر من الدينار نيسابوريا أو كوفيا

ونحوه ومن الدراهم عطر بعثاً أو مؤيدياً ونحوه إذا كانت النقود في لرواج سواء لأنه لا يمكن

ترجيح بعضه عند اطلاق التسمية فيبقى المسمى مجهولاً وهذا الجهالة تفضي إلى المنازعة فالمطالب

يطالب بأعلى النقود والمطلوب بأدنى النقود وكل واحد منهما يحتج بمطلق التسمية فلهذا فسد

العقد إذا لم يسميا ضرباً معلوماً وإن كان نقداً من ذلك معروفاً وشرطاً في العقد نقداً آخر

فالعقد ينعقد على النقد المشروط لان تعيين النقد الغالب بالعرف ويسقط اعتبار العرف

عند
التنصيص بخلافه ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدي الانسان اذن بالتناول للعرف ثم
يسقط
اعتباره إذا قال لا تأكل فان اختلفا فقال أحدهما شرطت لي كذا لشيء أفضل من النقد
المعروف وقال الآخر لم اشترط لك ذلك فعليهما الثمن لان اختلافهما في صفة الثمن
كاختلافهما
في مقداره لان الثمن دين والدين يعرف بصفته والجيد منه غير الردي حتى إذا حضرا
كان
أحدهما غير الاخر واختلاف المتبايعين في الثمن يوجب التحالف بالنصف فأيهما نكل
لزمه
دعوى صاحبه لان نكوله كإقراره وان تحالفا ترادا وان قامت لهما البينة أخذت بينة
الذي
يدعي الفضل منهما لاثبات الزيادة فيها * قال وإذا ابتاع الرجل سيفاً محلياً بفضة بعشرة
دنانير

فقبض السيف ولم ينقد الدنانير لم يتفرقا حتى باع المشتري السيف من آخر وقبضه
المشتري
الآخر ولم ينقد الثمن حتى افترقوا فإنه يرد السيف إلى المشتري الأول لان كل واحد
من
العقدين صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وإذا بطل العقد الثاني رجع السيف إلى
المشتري
الأول على الملك الذي كان له قبل البيع وقد فسد شراؤه بالافتراق أيضا فلزمه رد
المقبوض
إلى البائع ولو لم يفارق الآخر الأوسط حتى فارق الأول ثم نقده الآخر جاز بيع
الأوسط
في السيف لأنه باعه بعدم تمامه ملكه بعد القبض وقد تم العقد الثاني بالتقبض قبل
الافتراق
وفسد العقد الأول فوجب على الأوسط رد السيف وقد عجز عن رده باخراجه عن
ملكه
فيضمن قيمته للبائع وان فارقه الأول ثم إن الأوسط باع السيف من الآخر جاز بيعه أيضا
لأن العقد وان فسد بالافتراق فقد بقي ملكه بقاء القبض لان فساد السبب لا يمنع
ابتداء
الملك عند القبض فلا يمنع بقاءه بطريق الأولى ثم بتقرر بيعه عجز عن رده فيكون
ضامنا
قيمة السيف لصاحبه وان باع الأوسط نصف السيف ثم فارقه الأول ثم قبض من الآخر
الثمن ودفع إليه نصف السيف أو لم يدفع حتى جاء الأول وخاصمهم فإنه يدفع إلى
الأول
نصفه لان ملكه باق في نصف السيف وقد فسد السبب فيه فعليه رده وقد جاز البيع في
نصفه
فيضمن الأوسط نصف قيمة السيف للأول من الذهب كيلا يؤدي إلى الربا إذا ضمن
قيمته من الدراهم* قال وإذا اشترى ألف درهم بمائة دينار فنقد الدنانير وقال الآخر
اجعل
الدراهم قصاصا بالدراهم التي لي عليك فهو جائز وان أبى لم يجبر على ذلك ولم يكن
قصاصا
والحاصل أن المقاصة بدل الصرف بدين سبق وجوبه على عقد الصرف يجوز عندنا
استحسانا
إذا اتفقا عليه وفي القياس لا تجوز وهو قول زفر لان بالعقد المطلق يصير قبض البديلين
في

المجلس مستحقا وفي المقاصة تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز بتراضيهما
كما لا يجوز
الابراء عن بدل الصرف والاستبدال به وهذا لان في المقاصة يكون آخر الدينين قضاء
عن أولهما ولا يكون أولهما قضاء عن آخرهما لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه فلو
جوزنا
هذه المقاصة صار قاضيا ببذل الصرف الدين الذي كان واجبا وبدل الصرف يجب
قبضه
ولا يجوز قضاء دين آخر به والدليل عليه رأس مال السلم فإنهما لو جعلاه قصاصا بدين
سبق
وجوبه لم يجز فكذلك بدل الصرف لان كل واحد منهما دين مستحق قبضه في
المجلس ووجه
الاستحسان أنهما لما اتفقا على المقاصة فقد حولا عقد الصرف إلى ذلك الدين ولو
أضافا العقد

إليه في الابتداء جاز بأن يشتري بالعمرة التي عليه ديناراً ويقبض الدينار في المجلس
فكذلك
إذا حولا العقد إليه في الانتهاء لأنهما قصد تصحيح هذه المقاصة فلا طريق له سوى
هذا
وما لا يتوصل إلى المقصود إلا به يكون مقصوداً لكل واحد ولهذا شرطنا تراضيهما
على المقاصة
وإن كان في سائر الديون المقاصة تقع بدون التراضي لان هذا تحويل العقد إلى ذلك
الدين
والعقد قد تم بهما فالتصرف به بالتحويل لا يكون إلا بتراضيهما وعند التراضي العقد
القائم بينهما
حقهما ويملكان استدامته ورفعهما فيملكان التصرف فيه بالتحويل من محل إلى محل
وهذا خير
مما يقوله العراقيون رحمهم الله ان عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنهما فسخا
العقد الأول ثم
جداده مضافاً إلى ذلك الدين لأنه لو كان الطريق هذا لم يحز لأنه بالإقالة يصير رد
المقبوض
مستحقاً في المجلس والدليل عليه أنهما لو جعلوا بدل الصرف قصاصاً بدين تأخر
وجوبه عن
عقد الصرف لا يجوز في ظاهر الرواية ولو كان التصحيح بطريق الفسخ للعقد الأول
لجاز
والدين المتقدم والمتأخر في ذلك سواء وإنما الفرق بينهما على الطريق الأول أنهما
يملكان
تحويل العقد إلى ما كان يصلح منهما إضافة العقد إليه في الابتداء وذلك في الدين
الذي سبق
وجوبه على عقد الصرف دون ما تأخر وجوبه عنه وأشار في الزيادات إلى أن المقاصة
أيضاً
تقع بالدين المتأخر عن عقد الصرف وذكر في رواية أبي سليمان مثل ما ذكر في
الزيادات
ولكن المعتمد هو الأول وبهذا فارق رأس مال السلم فإنهما لو أضافا عقد السلم إلى
رأس مال
هو دين على المسلم إليه لم يحز ذلك إذا افترقا قبل قبض رأس المال فكذلك إذا حولا
العقد
إليه في الانتهاء بخلاف عقد الصرف وهذا لان ما يقابل رأس المال هناك دين

وبالمقاصة
لا يتعين رأس المال فيكون ديناً بدين وهنأ ما يقابل الدين غير مقبوض في المجلس
والافتراق
عن عين بدين جائز فان أدى بعض الدراهم ثم فارقه قبل أن يؤدي البقية انتقص من
الصرف بقدر ما بقي اعتبار للبعض بالكل والفساد لمعنى طارئ في بعض العقد لا
يتعدى
إلى ما بقي ولو وكل أحدهما وكيلاً بالدفع والقبض جاز بعد أن يقبض الوكيل قبل أن
يفترق المتعاقدان ولا معتبر بذهاب الوكيل لان القبض من حقوق العقد فيتعلق
بالمتعاقدين
وفعل وكيل أحدهما له كفعله بنفسه وليس لواحد منهما أن يشتري من صاحبه شيئاً
بشمن
الصرف قبل أن يقبضه لما في الاستبدال من تفويت القبض المستحق بالعقد في
المجلس
ولان القبض معتبر التعيين ولا يحصل ذلك فيما يتناوله عقد الصرف بطريق الاستبدال

وكذلك لا يشتري به من غيره شيئا لان التصرف في الدين مع من عليه أقرب إلى النقود منه مع غيره فإذا لم يجز الاستبدال ببديل الصرف مع من عليه الدين فمع غير من عليه الدين أولى أن لا يجوز* وإذا اشترى إبريق فضة وزنه ألف درهم بألف درهم ونقد خمسمائة وقبض الإبريق ثم افترقا فإنه يلزم نصف الإبريق ويطلق نصفه اعتبارا للبعض بالكل ولا يتخير في الرد بسبب عيب التبعض لأنه حصل بفعله حين لم ينقد بعض البديل بخلاف ما إذا استحق نصف الإبريق فإنه يتخير فيما بقي منه لان التبعض في الاملاك المجتمعة عيب فان تقاصا قبل الافتراق ثم وجد بالإبريق عيب كثيرا أو هشيمًا غير نافذ فله أن يرده بالعيب لأنه بمطلق العقد استحق صفة السلامة وقد فات ذلك بوجود العيب والقلب والطوق والمنطقة والسيف المحلي بمنزلة الإبريق في جميع ما ذكرنا وإن كان حين وجد العيب بالإبريق لم يرده حتى انكسر عنده لم يستطع رده لأنه بالرد يدفع الضرر عن نفسه وليس له أن يلحق الضرر بالبائع وفي الرد بعد حدوث العيب الحاق الضرر به ولا يرجع بنقصان العيب أيضا لان نقصان العيب من الثمن فإذا رجع به يصير العقد ربا لأنه يبقى بمقابلة الإبريق أقل من وزنه من الفضة إلا أن يكون الثمن دنائير فيرجع بنقصان العيب لأنه لا ربا عند اختلاف الجنس وإن لم يجد به عيبا ولكنه استحق نصفه ولم يرد النصف الباقي على البائع حتى انكسر الإبريق لزمه النصف الباقي بالعيب الحادث عنده فيه ورجع بنصف الثمن لأن العقد في النصف المستحق قد بطل. وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار ونقده الدينار ثم اشترى منه ثوبا بعشرة دراهم فتراضيا على أن تكون العشرة قصاصا ببديل الصرف لا يجوز لان هذا دين تأخر وجوبه عن عقد الصرف ولأنه في معنى الاستبدال وان استقرض عشرة دراهم من بائع الدينار ثم قضاها إياه بعد ما قبضها جاز

ذلك
لان المقرض صار مملوكا له بالقبض وصار كسائر أمواله فهو كما لو استقرض من
غيره سواء
لان الافتراق عن مجلس عقد الصرف قد حصل بعد قبض البدلين وإنما الباقي لأحدهما
على
صاحبه بدل القرض وإذا اشترى عشرة دراهم بدينار وتقابضا الا درهما واحدا بقي من
العشرة فأراد الذي اشترى منه الدراهم أن يأخذ منه عشر الدينار حين لم يكن عند
الآخر
الدراهم فله ذلك لأن العقد فسد في عشر الدينار بالافتراق قبل قبض الدراهم وهذه
مطعونة
عيسى وقد بينها فان اشترى منه بعشر الدينار فلوسا أو عرضا مسمى جاز لان عقد
الصرف
لما فسد فيه بقي ملكا له في يد صاحبه أو دينا له على صاحبه واجبا بسبب القبض دون
عقد

الصرف فيجوز الاستبدال به كبديل القرض وإن كان قبل الافتراق فالدرهم مستحق له بعقد الصرف والاستبدال بيد الصرف قبل القبض لا يجوز. وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم من قرض أو غيره فباع دينه من رجل آخر بمائة دينار وقبض الدينير لم يجز وعليه ان يرد الدينير لان البيع لا يرد الا على مال متقوم وما في ذمته زيد لا يكون مالا متقوما في حق عمرو فلا يجوز بيعه منه ولان البائع لا يقدر على تسليمه حتى يستوفى ولا يدري متى يستوفى وهذا على قول من يقول النقد المضاف إليه يتعين في العقد وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين والشراء بالدين من غير من عليه الدين سواء كل ذلك باطل وعلى قوله زفر الشراء بالدين من غير من عليه الدين صحيح كما يصح ممن عليه الدين لأن الشراء لا يتعلق بالدين المضاف إليه ألا ترى أنه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على أن لا دين كان الشراء صحيحا بمثل ذلك الثمن في ذمته فكذلك هنا يصح الشراء بمثل ذلك الدين في ذمة المشتري وهذا لأنه إذا أضاف العقد إلى عين فإنه إنما يتعين ذلك لتتميم الملك فيه ولا يحصل هذا المقصود عند إضافة الشراء إلى الدين ولكننا نقول ملك الدين من غير من عليه الدين بالبدل وإذا ملك بغير بدل لم يجز فإذا ملكه ببدل أولى ثم للفساد هنا طريقتان أحدهما أنه بإضافة الشراء إلى ذلك الدين يصير كأنه شرط لنفسه الاجل إلى أن يخرج ذلك الدين فيتمكن من أداء الثمن ولا يدري متى يخرج وشرط الاجل المجهول مفسد للبيع والثاني انه شرط أن يكون ثمن المشتري في ذمة غير المشتري مستحقا بالشراء وذلك لا يجوز وبه فارق ما إذا اشترى بالدين ممن عليه أو اشترى بالدين المظنون شيئا وإذا كانت الدراهم أو الدينير وديعة عند رجل فباع الدراهم بالدينير أو الدينير بالدراهم وتقابضا فجاء صاحبها فأخذها

من البائع فإن كانا لم يتفرقا كان له عليه مثلها لان المقبوض استحق فكأنهما لم يتقابضا إلى آخر المجلس وإنما انعقد العقد بمثل ما عينه ديننا في ذمته وان كانا قد افترقا يبطل الصرف إذا أخذها المستحق لانتقاص القبض بالاستحقاق من الأصل وإن لم يقبضها المستحق ولكنه أجاز البيع جاز ذلك عندنا وكان له مثلها على المودع وقال زفر الصرف باطل لان الافتراق حصل قبل الملك فان المستحق لا يملك قبل الإجازة وقبل تمام القبض فان الموقوف لا يكون تاما فلا ينفذ العقد بعد ذلك بالإجازة كما لو افترقا ولأحدهما شرط خيار ثم أسقط الخيار ولكننا نقول افترقا بعد تمام السبب وبعد تمام القبض لأن العقد الموقوف سبب ملك تام

فالقبض الذي يبنى عليه يكون تاما أيضا وإنما فيه خيار حكمي للمستحق وذلك لا يمنع تمام العقد والقبض كخيار الرؤية والعيب فإذا أسقط هذا الخيار بالإجازة تبين أن الافتراق حصل عن قبض تام فالإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء بخلاف شرط الخيار فإنه يجعل العقد في حق الحكم كالمتعلق بالشرط على ما بينه في بابه إن شاء الله وان كانت الوديعة إبريق فضة فباعه بمائة دينار وتقابضا فأجاز صاحبه البيع كان الثمن له لان المودع هنا بائع الإبريق فإنه بمنزلة العروض ومن باع ملك الغير بغيره أمره فأجاز صاحبه كان الثمن له وفي الأول المودع المشتري الدنانير لنفسه بالدراهم ثم نقد دراهم الوديعة دينا عليه فكان مستقرضا فإذا أجازه صاحبه كان له عليه مثل دراهمه وان اشترى رجل عشرة دراهم ودينارا باثني عشر درهما فهو جائز عندنا على أن تكون العشرة بالعشرة والفضل بالدينار ولو اشترى دينارا أو درهما بدينارين أو درهمين فهو جائز عندنا استحسانا على أن يصرف الجنس إلى خلاف الجنس وقد بيناه في السلم والله أعلم (باب الخيار في الصرف)

قال وإذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار واشترط الخيار فيه يوما فان بطل الخيار قبل أن يتفرقا جاز البيع وان تفرقا قبل أن يبطله وقد تقابضا فالبيع فاسد لأنهما تفرقا قبل تمام القبض وهذا لان الخيار يدخل على حكم العقد فيجعله متعلقا بالشرط لان قوله على أنى بالخيار شرط ولا يمكن ادخاله على نفس السبب فالبيع لا يحتمل التعليق بالشرط فيجعل داخلا على الحكم ولو دخل على السبب كان داخلا على الحكم أيضا ومعنى الغرر أن ادخاله على الحكم دون السبب أقل والقبض من حكم العقد والحكم المتعلق بالشرط معدوم قبله فإذا سقط الخيار قبل أن يتفرقا فإنما افترقا بعد قبض تام وإذا افترقا قبل

استقاط
الخيار فإنما افترقا قبل تمام القبض وهذا بناء على أصلنا أن المفسد إذا زال قبل تقرر
يصير
كأنه لم يكن خلافا لزفر وقد بيناه في البيوع وكذلك إن كان الخيار للبائع أو لهما
طالت
المدة أو قصرت وكذلك الاناء بالمصوغ والسيف المحلى والطوق من الذهب فيه لؤلؤ
وجوهر
لا يتخلص الا بكسر الطوق لأن العقد في حصة الطوق يفسد بشرط الخيار فيفسد في
الكل
لأنه لا ينفصل البعض عن البعض في التسليم الا بضرر فاما اللجام المموه وما أشبهه فان
شرط

الخيار في بيعه صحيح لان التمويه لا يتخلص ولا يكون العقد باعتباره صرفا واشترط الخيار
فيما سوى الصرف والسلم من البيوع صحيح * وإذا اشترى جارية وطوق ذهب فيه
خمسون
دينار بألف درهم واشترط الخيار فيهما يوما فالعقد فاسد كله عند أبي حنيفة وعندهما
يجوز
في الجارية بحصتها من الثمن لان فساد العقد عندهما في بعض ما تناوله العقد لا
يتعدى إلى ما
بقي بل يقتصر على ما وجد فيه العلة المفسدة وعند أبي حنيفة يتعدى إلى ما بقي لان
قبول العقد
فيما فسد فيه العقد شرط لقبوله فيما بقي وهذا شرط فاسد وقد بينا هذا لأصل في
البيوع وهما
يفرقان بين هذا والأول فيقولان هناك يتعذر تصحيح العقد في حصة المبيع لما في تميز
البعض
من البعض من الضرر ولا يوجد ذلك هنا لأنه لا ضرر في تمييز الجارية من الطوق في
التسليم
وكذلك لو اشتراهما بمائة دينار وشرط الاجل فاشترط الاجل هنا كاشترط الخيار
وأبو
حنيفة فرق بين هذا وبين ما إذا ترك التقابض حتى افترقا فإنه يبطل العقد في حصة
الطوق
دون الجارية لان المقيد هناك طارئ وقد وجد في البعض وهو حصة الصرف فلا
يتعدى إلى
ما بقي وعند اشتراط الخيار أو الاجل المفسد مقارن للعقد وقد تقرر في الكل معنى من
حيث إن
قبول العقد في البعض يكون شرطا لقبوله في الباقي وان اشتراهما بحنطة أو عرض
واشترط الخيار فهو جائز لأن العقد بينهما بيع وليس بصرف وكذلك لو اشترى رطلا
من نحاس بدرهم واشترط الخيار فيه فهو جائز لأنه ليس بصرف والخيار جائز في كل
ما ليس بصرف يعنى كل بيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فالصرف مبادلة الأثمان
بعضها
ببعض اتفق الجنس أو اختلف وقد بينا هذا والله أعلم

(باب البيع بالفلوس)

وإذا اشترى الرجل فلوسا بدراهم ونقد الثمن ولم تكن الفلوس عند البائع فالبيع جائز
لان الفلوس الرائجة ثمن كالنقود وقد بينا ان حكم العقد في الثمن وجوبها ووجودها

معا ولا
يشترط قيامها في ملك بائعها لصحة العقد كما لا يشترط ذلك في الدراهم والدينار
وان استقرض
الفلوس من رجل ودفع إليه قبل الافتراق أو بعده فهو جائز إذا كان قد قبض الدراهم
في المجلس لأنهما قد افترقا عن عين بدين وذلك جائز في عين التصرف وإنما يجب
التقابض
في الصرف بمقتضى اسم العقد ويبيع الفلوس بالدراهم ليس بصرف وكذلك لو افترقا
بعد قبض

الفلوس قبل قبض الدراهم وعلى ما ذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله لا يجوز هذا العقد

أصلا لان من أصل زفر أن الفلوس الرائجة بمنزلة المكيل والموزون تتعين في العقد إذا عينت وإذا كانت بغير عينها فإن لم يصحبها حرف الباء لا يجوز العقد لأنه بيع ما ليس عند

الانسان وان صحبها حرف الباء وبمقابلتها عوض يجوز العقد لأنها ثمن وإن كان بمقابلتها النقد

لا يجوز العقد لأنها تكون مبيعة إذا قابلها مالا يكون الا ثمنا اما عندنا فالفلوس الرائجة بمنزلة

الأثمان لاصطلاح الناس على كونها ثمنا للأشياء فإنما يتعلق العقد بالقدر المسمى منها في الذمة

ويكون ثمنا عين أو لم يعين كما في الدراهم والدنانير وإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد لأنه

دين بدين والدين بالدين لا يكون عقدا بعد الافتراق وذكر في الاملاء عن محمد لو اشترى

مائة فلس بدرهم على أنهما بالخيار وتفرقا بعد القبض فالبيع باطل لأن العقد لا يتم مع اشتراط

الخيار فكأنهما تفرقا قبل التقابض وإذا كان الخيار مشروطا لأحدهما فتفرقا بعد التقابض

فالبيع جائز لان التسليم يتم ممن لم يشترط الخيار في البديل الذي من جانبه وقبض أحد البديلين

هنا يكفي بخلاف الصرف ولكن هذا التفريع إنما يستقيم على قول من يقول المشروط له الخيار

يملك عرض صاحبه اما عند أبي حنيفة فالمشروط له الخيار كما لا يملك عليه البديل الذي من

جانبه لا يملك البديل الذي من جانب صاحبه فاشتراط الخيار لأحدهما يمنع تمام القبض فيهما

جميعا وان اشترى خاتم فضة أو خاتم ذهب فيه فص أو ليس فيه فص بكذا فلوسا وليست الفلوس

عنده فهو جائز ان تقابضا قبل التفريق أو لم يتقابضا لان هذا بيع وليس بصرف فإنما افترقا عن

عين يدين لان الخاتم يتعين بالتعين بخلاف ما سبق فان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين فلهذا

شرط هناك قبض أحد البديلين في المجلس ولم يشترط هنا وكذلك ما اشترى من
العروض
بالفلوس لو اشترى بها فاكهة أو لحماً أو غير ذلك بعد أن يكون المبيع بعينه لأن
الفلوس
ثمن كالدراهم ولو اشترى عينا بدرهم جاز العقد وان تفرقا قبل القبض فهذا مثله وسواء
قال
اشترت مثل كذا فلسا بدرهم أو درهما بكذا فلسا لأن الفلوس الرائجة ثمن كالنقد
عندنا
صحابها حرف الباء أو لم يصحبها وقيام الملك في الثمن عند العقد ليس بشرط وان
اشترى متاعاً
بعشرة أفلس بعينها فله أن يعطى غيرها مما يجوز بين الناس وان أعطاهها بعينها فوجد
فيها
فلسا لا ينفق استبدله كما يستبدل الزيف في الدراهم لأنه ما دام ثمننا فإنما يثبت في
الذمة فلا يتعين
بالتعيين ثم ذكر بيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما وقد تقدم بيان هذه الفصول في البيوع
إلا

أنه هناك ذكر قول أبي يوسف رحمه الله وهنا ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله وقول أبي يوسف وعلل
لهما فقال لا يوزن معناه انه مصنوع من النحاس لا يعتاد وزنه فيكون بمنزلة الأواني التي
لاتباع وزنا
ويبيع قمقمة بعينها بقمقمتين بأعيانها يجوز فكذلك الفلوس وإذا اشترى مائة فلس
بدرهم فنقد
الدرهم وقبض من الفلوس خمسين وكسدت الفلوس بطل البيع في الخمسين النافقة
لأنها لو كسدت
قبل أن يقبض منها شيئاً بطل العقد في الكل فكذلك إذا كسدت قبل أن يقبض بعضها
اعتباراً
للبيع بالكل وعلى قول زفر إذا كانت معينة حتى جاز العقد لا يبطل العقد بالكساد
لأن العقد
يتناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهو مقدور التسليم ولكننا نقول العقد تناولها
بصفة الثمنية
لما بينا انها ما دامت رائجة فهي تثبت في الذمة ثمناً وبالكساد تنعدم منها صفة الثمنية
ففي حصة ما لم
يقبض انعدام أحد العوضين وذلك مفسد للعقد قبل القبض وكان صفة الثمنية في الفلوس
كصفة المالية في الأعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير
فسد العقد
فهذا مثله ثم يرد البائع النصف درهم الذي قبضه لفساد العقد فيه وللمشتري أن يشتري
منه بذلك
النصف الدرهم ما أحب لأنه دين له في ذمته وجب بسبب القبض فكان مثل بدل
القرض ولو
لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت لم يفسد البيع لان صفة الثمنية قائمة في الفلوس
وإنما تعتبر
رغائب الناس فيها وبذلك لا يفوت البدل ولا يتعيب وللمشتري ما بقي من الفلوس ولا
خيار له
في ذلك ولو اشترى مائة فليس بدرهم فلم يقبضها حتى باعها من آخر بدرهم لم يجز
لأنه استحق
الفلوس ديناً وإنما باع الدين من غير من عليه وقد بينا أن المبادلة بالدين من غير من عليه
لا
يجوز وكذا لو باع الآخر الدرهم قبل أن يقبضه من رجل بفلوس أو غيرها لم يجز لهذا
المعنى*

قال وإذا اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باع من رجل تسعين فلسا بدرهم ثم قبض تلك الفلوس ونقد منها تسعين واستفصل عشرة فهو جائز مستقيم كما لو قبض المائة وهذا لأنه بالعقد الثاني يلتزم الفلوس في ذمته ولا يضيف العقد إلى دين في ذمة غيره فيكون صحيحا والربح إنما يحصل له على ملكه وضمانه فيكون طيبا له وان اشترى فاكهة أو غيرها بدانق فلوس أو بقيراط فلوس فهو جائز لان ذلك معلوم ولو اشترى شيئا من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك في القياس وهو في الدرهم أفحش ولم ينص على حكم الجواز والفساد هنا وروى هشام عن محمد فيما دون الدرهم انه يجوز وان قال بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز وهو اختيار الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري وعن أبي يوسف انه يجوز في الكل

وعند زفر لا يجوز ما لم يبين عدد الفلوس لأن العقد لا يتعلق بالدانق ولا بالدرهم وإنما يتعلق بالفلوس فلا بد من أن تكون معلومة العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الدانق والدرهم لان

الناس قد يستقصون في بيع الفلوس وقد يتسامحون ولان الدانق والدرهم ذكر للوزن والفلوس عددي فيلغوا اعتبار ذكر الوزن فيه بنفي ذكر الفلوس فلا يجوز العقد الا ببيان العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الدانق والدرهم وأبو يوسف يقول بذكر الدانق والدرهم يصير عدد الفلوس معلوما لان قدر ما يوجد بالدرهم من الفلوس معلوم في السوق فتسمية

الدرهم كتسمية ذلك العدد في الاعلام على وجه لا تمكن المنازعة فيه بينهما ومحمد يقول فيما

دون الدرهم يكثر الاستعمال بين الناس للعبارة عما يوجد به من عدد الفلوس فيقام مقام تسمية ذلك العدد وفي الدرهم وما زاد على ذلك قلما يستعمل هذا اللفظ. يوضح الفرق أن

الدانق والدانقين لا يكون معلوم الجنس الا بالإضافة وقد يكون ذلك من الذهب والفضة وغيرهما من الموزونات وإنما يصير معلوما بذكر الفلوس فأقمنا ذلك مقام تسمية العدد واما الدرهم

فمعلوم بنفسه غير مضاف إلى شيء فلا يجعل عبارة عن العدد من الفلوس فلهذا قال هو في

الدرهم أفحش (رجل) أعطى لرجل درهما فقال أعطني بنصفه كذا فلسا وأعطني بنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم فهو جائز لأنه جمع بين عقدين يصح كل واحد منهما بالانفراد

* قال فان افترقا قبل أن يقبض الفلوس والدرهم الصغير بطل في الدرهم الصغير لأن العقد فيه

صرف وقد افترقا قبل قبض أحد البديلين ولم يبطل العقد في الفلوس لأن العقد فيه بيع وان

افترقا قبل قبض أحد البديلين ولم ينقد الثمن حتى افترقا بطل الكل لأنهما افترقا عن دين بدين وإن كان دفع إليه الدرهم وقال أعطني بنصفه كذا فلسا وأعطني بنصفه درهما صغيرا يكون

فيه نصف درهم الا حبة ففي قياس قول أبي حنيفة يفسد البيع كله وفي قول أبي يوسف ومحمد

رحمهما الله يجوز في الفلوس ويبطل في حصة الصرف لأن العقد في الدرهم الصغير يفسد

لمعنى الربا فان مقابلة نصف الدرهم بنصف درهم الا حبة يكون ربا وعند أبي حنيفة

إذا فسد العقد
في البعض لمعنى الربا يفسد في الكل وقد بيناه في البيوع* قال رضي الله عنه الأصح
عندي ان
العقد يجوز في حصة الفلوس عندهم جميعا على ما وضع عليه المسألة في الأصل فإنه
قال وأعطني
بنصفه الباقي درهما وإذا تكرر الاعطاء يتفرق العقد به وفساد أحد العقدين لا يوجب
فساد
الآخر ألا ترى أن على هذا الوضع لا يكون قبول العقد في أحدهما شرطا للقبول في
الآخر

إلا أن يكون وضع المسألة على ما ذكر الحاكم في المختصر وفي النصف الباقي درهم صغير
فحينئذ يكون العقد واحدا لأنه لم يتكرر ما به ينعقد العقد وهو قوله أعطني ولو قال
أعطني كذا
فلسا ودرهما صغيرا وزنه نصف درهم الا قيراطا كان جائزا كله إذا تقابضا قبل أن
يتفرقا
لأنه قابل الدرهم هنا بما سمي من الفلوس ونصف درهم الا قيراط فيكون مثل وزن
الدرهم
الصغير من الدرهم بمقابلته والباقي كله بإزاء الفلوس * رجل باع درهما زائفا لا ينفق
من رجل
قد علم عيبه بخمسة دوانيق فلس فهو جائز لان خمسة دوانيق فلس اسم لمائة فلس إذا
كان كل
عشرين بدانق وبيع الدرهم بمائة فلس صحيح وكذلك ان باعه بنصف درهم فلوس
ودرهم
صغير وزنه دانقان إذا تقابضا قبل التفرق لأنه يقابل الدرهم الصغير من الدرهم الزيف
مثل وزنه والباقي كله بإزاء الفلوس وان باعه إياه بخمسة دوانيق فضة أو بدرهم غير
قيراط
فضة لم يجوز لأنه باع الفضة بالفضة متفاضلا في النهرجة والزيوف من جنس الفضة
بخلاف
الستوق ولو قال بعني بهذه الفضة كذا فلسا فهو جائز لأنهما نوعان مختلفان وان باعه
إياه بخمسة
أسداس درهم أو بنصف درهم لم يجوز لان حقيقة ما سمي يقع على الفضة دون الفلوس
وإن كان
قد يراد به الفلوس مجازا ولكن ذاك لا يثبت الا بالتنصيص على الفلوس لان المجاز
لا يعارض الحقيقة وعلى هذا لو اشترى شيئا بدانق أو بدانقين أو بنصف درهم فهذا كله
يقع على الفضة إلا أن يقرن بكلامه ذكر الفلوس فحينئذ تكون عبارة عن عدد من
الفلوس
مجازا وان اشترى بدرهم فلوسا وقبضها ولم ينقد الدرهم حتى كسدت الفلوس فالبيع
جائز
والدرهم دين عليه لأن العقد في الفلوس قد انتهى بالقبض وصفة الدرهم لم تتغير بكساد
الفلوس
فبقي دينا على حاله وان نقد الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت في القياس هو
جائز أيضا

لان بالكساد لا تتغير عينها ولا يتعذر تسليمها الا بالعقد وفي الاستحسان بطل العقد
لفوات
صفة الثمنية في الفلوس قبل القبض وعليه أن يرد الدرهم لأنه مقبوض في يده بسبب
فاسد
وكذلك لو اشترى فاكهة بالفلوس وقبض ما اشترى ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها
فالببيع
ينتقض استحسانا لأنها تبدلت معنى حين خرجت عن أن تكون ثمنا وماليتها كانت
بصفة
الثنمية ما دامت رائجة فبفوتها تفوت المالية فلهذا يبطل العقد ويرد ما قبضه إن كان
قائما أو قيمته
إن كان هالكا وبعض المتأخرين رحمهم الله يقول معنى قوله البيع ينتقض أنه يخرج من
أن
يكون لازما ويتخير البائع في نقضه لما عليه من الضرر عند كساد الفلوس وقد حصل
ذلك

قبل قبضه فيخير اما أصل المالية فلا ينعدم بالكساد فيبقى العقد كذلك والأول أصح لان انعقاد هذا العقد لم يكن باعتبار مالية قائمة بعين الفلوس وإنما كان باعتبار مالية قائمة بصفة الثمنية

فيها وقد انعدم ذلك وعن أبي يوسف ان هنا البيع لا ينتقض بخلاف ما إذا اشترى بدرهم

فلوسا لان هناك بعد الكساد لا يجوز ابتداء ذلك العقد لأنها بالكساد تصير مبيعة وبيع ما

ليس عند الانسان لا يجوز وهنا ابتداء البيع بعد الكساد يجوز لان ما يقابلها من الفاكهة مبيع فالفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع يجوز أن تجعل ثمننا باعتبار انه عددي متقارب كالجوز

وغيره وان اشترى فاكهة بدانق فلس ودانق عشرون فلسا فلم يرد الفلوس حتى غلت أو

رخصت فعليه عشرون فلسا لان بالغلاء والرخص لا ينعدم صفة الثمنية وصار هو عند العقد

بتسمية الدوانق مسميا ما يوجد به من الفلوس وذلك عشرون ولو صرح بذلك القدر لم يتغير العدد بعد ذلك بغلاء السعر ورخصه فهذا مثله. وان اشترى فلوسا بدرهم فوجد فيها

فلسا لا ينفق وقد نقد الدرهم فإنه يستبدله لأنه بمطلق العقد استحق فلوسا نافقة وإن لم يستبدله حتى افترقا لم يبطل العقد فيه لان ما بإزائه من الدرهم مقبوض كما في الصرف لأنه لو

اشترى دينار بعشرة دراهم ثم وجد بعض الدراهم زيوفا قبل الافتراق كان له أن يستبدله وإن لم

يستبدله حتى تفرقا لم يبطل العقد فهذا قياسه وإن لم يكن نقد الدراهم استبدله أيضا ما لم يتفرقا لان

الدينية إلى آخر المجلس في البدلين عفو وان كانا قد تفرقا وهو فلس لا يجوز مع الفلوس رجوع

بحصته من الدراهم كما في الصرف وإذا وجد بعض البدل ستوقا بعد الافتراق ينتقض القبض فيه

من الأصل وما بإزائه غير مقبوض فكان دينا بدين بعد المجلس وإن كان يجوز معها في حال ولا يجوز

في حال استبدله في المجلس قبل أن يتفرقا لأنه بمنزلة الزيوف في الدراهم وقد بينا في الصرف

والسلم انه إذا وجد القليل زيوفا فاستبدل به في مجلس الرد جاز العقد فجعل

اجتماعهما في مجلس
الرد كاجتماعهما في مجلس العقد فهذا قياسه وان استحق منها شيء رجع بحصته من
الدرهم يعنى
إذا كان نقد الدرهم بعد الافتراق لأنه بالاستحقاق ينتقض القبض فيه من الأصل فتبين ان
الافتراق في ذلك القدر كان عن دين بدين وان استقرض عشرة أفلس ثم كسدت تلك
الفلوس لم يكن عليه الا مثلها في قول أبي حنيفة قياسا وقال أبو يوسف ومحمد
رحمهما الله
قيمتها من الفضة استحسانا لان الواجب عليه بالاستقراض مثل المقبوض والمقبوض
فلوس
هي ثمن وبعد الكساد يفوت صفة الثمنية بدليل مسألة البيع فيتحقق عجزه عن رد مثل
ما التزم

فيلزمه قيمته كما لو استقرض شيئاً من ذوات الأمثال فانقطع المثل عن أيدي الناس
بخلاف
ما إذا غلت أو رخصت لان صفة الثمنية لا تنعدم بذلك ولكن تتغير بتغير رغائب الناس
فيها
وذلك غير معتبر كما في البيع وأبو حنيفة يقول الواجب في ذمته مثل ما قبض من
الفلوس
وهو قادر على تسليمه فلا يلزمه رد شيء كما إذا غلت أو رخصت وهذا لأن جواز
الاستقراض
في الفلوس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لكونها من ذوات الأمثال ألا ترى ان
الاستقراض
جائز في كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب كالجوز والبيض وبالكساد لم يخرج
من أن
يكون من ذوات الأمثال بخلاف البيع فقد بينا أن دخولها في العقد هناك باعتبار صفة
الثمنية وقد فات ذلك بالكساد يوضحه أن بدل القرض في الحكم كأنه عين المقبوض
إذ لو لم
يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وذلك لا يجوز فيصير من هذا الوجه كأنه
غصب
منه فلوسا فكسدت وهناك برأ برد عينها فهنا أيضاً يبرأ برد مثلها ثم عند أبي يوسف إذا
وجبت
القيمة فإنما تعتبر قيمتها من الفضة من وقت القبض وعند محمد إذا وجبت القيمة فإنما
يعتبر
قيمتها بآخر يوم كانت فيه رائجة فكسدت وهذا بناء على ماذا أتلف شيئاً من ذوات
الأمثال
فانقطع المثل عن أيدي الناس فهناك عن أبي يوسف يعتبر قيمته وقت الاتلاف وعند
محمد
بآخر يوم كان موجوداً فيه فانقطع وقد بينا هذا في كتاب الغصب وان استقرض دانق
فلوسا
أو نصف درهم فلوس فرخصت أو غلت لم يكن عليه الأمثل عدد الذي أخذ لأن
الضمان
يلزمه بالقبض والمقبوض على وجه القرض مضمون بمثله وكذلك لو قال أقرضني دانق
حنطة فأقرضه ربع حنطة فعليه أن يرد مثله باعتبار القبض ولا معتبر بتسمية الدانق فيه
وكذلك
لو قال أقرضني عشرة دراهم بديننا فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ولا ينظر إلى غلاء

الدرهم
ولا إلى رخصها وكذلك كل ما يكال أو يوزن فالحاصل وهو ان المقبوض على وجه
القرض
مضمون بالمثل وكل ما كان من ذوات الأمثال يجوز فيه الاستقراض والقرض لا يتعلق
بالجائز
من الشروط فالفساد من الشروط لا يبطله ولكن يلغو شرط رد شيء آخر فعليه أن يرد
مثل
المقبوض وكذلك ما يعد من الجوز والبيض وان اقترض الجوز بالكيل فهو جائز لأنه
يكال
تارة ويعد أخرى وقد بينا جواز السلم في الجوز كيلا وعددا وما فيه من خلاف زفر
فكذلك
حكم القرض فيه والاقراض جائز مندوب إليه لقوله صلى الله عليه وسلم القرض مرتين
والصدقة
مرة وقال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر وقيل معناه انه
لا

يستقرض إلا المحتاج وقد يتصدق على غير المحتاج ثم الأصل فيه أن ما يكون مضمونا
بالمثل على الغاصب والمستهلك له يجوز استقراضه لان المقبوض بحكم القرض
مضمون بالمثل
من غير احتمال الزيادة والنقصان وما يكون مضمونا بالقيمة لا يجوز الاستقرض فيه
لان طريق معرفة القيمة الحزر والظن فلا تثبت به المماثلة المعتبرة في القرض كما لا
تثبت به
المماثلة المشروطة في مال الربا وأصل آخر وهو أن القرض في معنى العارية لان ما
يسترده
المقرض في الحكم كأنه عين ما دفع إذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه
نسيئة
وذلك حرام فكل ما يحتمل حقيقة الإعارة مما ينتفع به مع بقاء عينه لا يجوز اقراضه
لان
اعارته لا تؤثر في عينه حتى لا تملك به العين ولا يستحق استدامة اليد فيه فكذلك
اقراضه لا يثبت ملكا صحيحا في عينه وكل ما يتأتى فيه الإعارة حقيقة مما لا ينتفع به
الا مع
بقاء عينه فاقراضه واعارته سواء لان منافعه لا تنفصل عن عينه فاقراضه واعارته تملك
لعينه وإذا ثبت هذا فنقول الاقراض جائز في كل مكيل أو موزون وكذلك في
العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لأنها مضمونة بالمثل وإنما يختلفون في اقراض
الخبز فالمروي
عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز وزنا ولا عددا وعن أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز
عددا
وعند محمد انه يجوز عددا قال هشام فقلت له وزنا فرأيته نفر من ذلك واستعظمه وقال
من
يفعل ذلك وأما السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك
ومن
أصحابنا رحمهم الله من يقول يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم ومنهم من
يقول لا يجوز
لما علل به في النوادر عند أبي حنيفة قال لأنه لا يوقف على حده معناه انه يتفاوت
بالعجن
والنضج عند الخبز ويكون منه الخفيف والثقيل وفي كل نوع عرف لا يحصل ذلك
بالاخر
وما لا يوقف على حده لا يجوز السلم فيه ثم لهذه العلة أفسد أبو حنيفة الاستقرض فيه

لان
السلم أوسع من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض فإذا لم يجر
السلم
في الخبز لهذا المعنى فالأن لا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف يقول الخبز موزون
عادة
والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وقد بينا في البيوع أن استقراض اللحم وزنا
يجوز
فكذلك الخبز ولا يجوز عددا لأنه متفاوت فيه الكبير والصغير ومحمد جوز استقراضه
عددا
لأنه صنع الناس وقد اعتادوه وقد نقل ذلك عن إبراهيم انه سئل عن استقرض رغيفا
فرد
أصغر منه أو أكبر قال لا بأس به وهو عمل الناس قال الكرخي وإنما استعظم محمد
قول

من يقول لا يجوز استقراضه الا وزنا لأنه لا يجوز الاستقراض فيه وزنا وهذا لان إعلامه بالوزن أبلغ من إعلامه بذكر العدد فإذا جاز عنده الاستقراض فيه عددا فلان يجوز وزنا أولى ومن أصحابنا رحمهم الله من قال بل استعظم جواز استقراضه وزنا لان القياس فيه ما قاله

أبو حنيفة أنه لا يوقف على حده وإنما ترك هذا القياس محمد لتعارف الناس وذلك في استقراضه عددا فبقي استقراضه وزنا على أصل القياس وأما الحيوان فلا يجوز استقراضه شئ منه عندنا وقال الشافعي يجوز ذلك الا في الجوازي لما روى النبي صلى الله عليه وسلم انه

استقرض بكرا ورد رباعيا وقال خيركم أحسنكم قضاء ولان الحيوان مما يثبت دينا في الذمة

اما عندي في السلم وعند الكل في النكاح والخلع والصلح في دم العمد فيجوز استقراضه

كالمكيل والموزون وهذا لان القرض موجب له ملك المقبوض بعينه وثبوت مثله في الذمة والحيوان محتمل فلما كان ذلك محلا لموجب القرض كان الاستقراض جائزا إلا أن في الجوازي

لا يجوز الاستقراض كما لا يجوز السلم على أحد القولين وعل القول الذي يجوز السلم فيه

الفرق أن المقصود في الجوازي ملك المتعة وعقد المعاوضة مشروع لاثبات ملك المتعة وأما

القرض فبذل بطريق التبرع وملك المتعة لا يثبت بطريق التبرع ولا مدخل للتبرع فيه فلهذا لا يجوز فيه الاستقراض بخلاف سائر الحيوانات فإنما هو المقصود لما يعمل فيه البدل ويثبت

بطريق التبرع فيجوز استقراضه. وحجتنا في ذلك أن هذا غير مضمون بالقيمة على مستهلكه

فلا يجوز استقراضه كالجوازي ولهذا تبين انه لا يمكن اثبات الحيوان دينا في الذمة بمقابلة ما

هو مال مع اعتبار المعادلة في المالية لأنه لا يصار في المستهلكات إلى القيمة الا عند تعذر ايجاب

التمل وموجب القرض ثبوت المثل في الذمة بشرط المعادلة في المماثلة فإذا تعذر ذلك في الحيوان لم

يجز استقراضه وبه فارق ثبوت الحيوان في الذمة بدلا عما ليس بمال لان ذلك ليس شرط

المعادلة في المماثلة مع أنه لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حتى لو أتاها بالقيمة أجبرت

على قبوله
ولا مدخل لذلك في القرض ابتداء وعذره في الجوارى فاسد لان المقصود ملك العين
والمالية
وذلك يعمل فيه البدل ويثبت بطريق التبرع ألا ترى أن ملك العين والمالية يثبت فيها
بدون
ملك المنفعة وهو ما إذا كانت أخته من الرضاعة أو منكوحة الغير ولان الحيوان تنفصل
منفعته عن عينه والاستقراض لا يجوز في مثله كالحر وتحقيقه ما قلنا إن الاقراض
بمنزلة
الإعارة ففيما تنفصل المنفعة فيه عن العين تتأتى حقيقة الإعارة فلا حاجة إلى تصحيح

الاقراض فيه وأما الحديث فإنما استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم لبيت المال حتى روى أنه قضاه من إبل الصدقة وما كان يقضى ما استقرضه لنفسه من إبل الصدقة وبيت المال يثبت له وعليه حقوق مجهولة وقيل كان استسلف في الصدقة بكرة فان الاستسلاف والاستقراض يتفاوت ثم لم تجب الزكاة على صاحبه المال فرده بعد ما صار رباعيا وقيل هذا كان في وقت كان الحيوان مضمونا بالمثل ثم انتسخ ذلك كما بيناه في أول الغصب فان قبض الحيوان بحكم القرض وجب عليه رده ولو باعه نفذ بيعه وعليه ضمان قيمته لان المقبوض بحكم قرض فاسد بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد إذ الفاسد معتبر بالجائز لأنه لا يمكنه أن يجعل الفاسد أصلا في معرفة حله لان الشرع لا يرد به فلا بد من اعتباره بالجائز وكذلك العقار والثياب الاستقراض فيها كالأقراض في الحيوان وفرق علماؤنا رحمهم الله بين السلم والقرض في الثياب فقالوا الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا إلا مؤجلا والقرض لا يكون الا حالا وحقيقة المعنى فيه أن المعتبر في المسلم فيه اعلام المالية على وجه لا يبقى فيه تفاوت إلا يسيرا ليكون المقصود بالعقد معلوما للعائد وذلك في الثياب بذكر الوصف ممكن اما في باب القرض فالشرط اعتبار المماثلة في العين المقبوضة وصفة المالية وذلك لا يوجد في الثياب بدليل أنها لا تضمن بالمثل عند الاستهلاك فلهذا لا يجوز الاستقراض فيها وكذلك لا يجوز اقراض الخشب والحطب والقصب والرياحين الرطبة والبقول لأنها مضمونة بالقيمة عند الاستهلاك فاما الحناء والوسمة والرياحين اليابسة التي تكال لا بأس باستقراضها لأنها مضمونة بالمثل عند الاستهلاك* ولا يجوز الاجل في القرض معناه أنه لو أجله عند الاقراض مدة معلومة أو بعد الاقراض لا يثبت الاجل وله أن يطالبه به في الحال وعند مالك يثبت الاجل في

القرض لأنه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز التأجيل فيه كالثمن والأجرة يدل عليه
ان التأجيل اسقاط المطالبة إلى مدة واسقاط المطالبة ببدل القرض لا إلى غاية بالابراء
صحيح
فالتأجيل فيه أولى أن يصح ولنا فيه طريقان أحدهما أن المقرض متبرع ولهذا لا يصح
الاقراض ممن لا يملك التبرع كالعبد والمكاتب فلو لزم الاجل فيه لصار التبرع ملزماً
المتبرع
شيئاً وهو الكف عن المطالبة إلى مضي الاجل وذلك يناقض موضوع التبرع وشرط ما
يناقض موضوع العقد به لا يصح وكذلك الحاقه به لا يصح فلهذا لا يلزم الاجل فيه
وان ذكر
بعد العقد والثاني أن القرض بمنزلة العارية على ما قررنا والتوقيت في العارية لا يلزم
حتى أن

المعير وان وقته سنة فله أن يسترده من ساعته فكذلك الاجل في القرض وبه يتبين
الجواب
عن قوله هو دين لان بدل القرض في الحكم عين المقبوض إذ لو جعل ديننا على
الحقيقة كان
بدلا عن المقبوض في الحكم فيكون مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهذا بخلاف الابرء
لأنه
بالابرء يزيل ملكه وإزالة الملك بالتبرع صحيح فاما بالقرض فلا يزيل ملكه فلو لزم
الاجل
فيه لكان يلزمه الكف عن المطالبة بملكه إلى مضي الاجل وهو مخالف لموضوع
التبرع فاما
التأجيل في بدل الغصب والمستهلك فيجوز عندنا ولا يجوز عند زفر والشافعي
رحمهما الله أما مع
الشافعي فالكلام يبنى على أصل وهو ان عنده الاجل لا يثبت في شيء من الديون إلا
بالشرط في عقد المعاوضة حتى قال لو أجله في الثمن بعد البيع لا يثبت الاجل لان
الشرط
إنما يعتبر في ضمن العقد اللازم إما منفردا عن العقد فلا يتعلق به اللزوم ولكننا نقول ما
كان
دينا على الحقيقة إذا لم يكن مستحق القبض في المجلس فاسقاط القبض فيه بالابرء
صحيح
فكذلك بالتأجيل اما زفر فهو يقول المستهلك مضمون بالمثل كالمستقرض فكما لا
يلزم الاجل
في القرض فكذلك في بدل الغصب وهذا لان المعبر فيهما المعادلة في صفة المالية
وبين الحال
والمؤجل تفاوت في المالية معنى فالتأجيل فيه بمنزلة التزام رد أجود مما قبض أو أزيف
أو أردأ
منه وذلك لا يكون ملزما * وجه قولنا ان بدل المستهلك دين في الذمة على الحقيقة
فاشترط
الاجل فيه يلزم كسائر الديون بخلاف المستقرض فإنه في حكم العين والقرض بمنزلة
العارية
كما بينا ولهذا قال أبو يوسف ان الملك لا يثبت للمستقرض في العين بنفس القبض
والمقرض
أحق باسترداده ما لم يخرج المقرض عن ملكه ولكننا نقول المستقرض يملك العين
بالقبض لأنه يملك المنفعة ومنفعة المكيل والموزون لا تنفصل عن العين فإذا يملك

العين التحق
بسائر أملاكه وكان الخيار في تعيين ما يرده إلى المستقرض وهذا لأنه دين في ذمته
صورة
وقد جعل كالعين حكما فلا اعتبار انه دين صورة جعلنا اختيار محل القضاء إلى من في
ذمته
ولا اعتبار أنه عين حكما قلنا لا يلزم فيه الاجل وعارية الدراهم والدنانير قرض للأصل
الذي
قلنا إن القرض بمنزلة العارية والعارية في كل مالا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك لعينه
يكون
قرضا وهذا لان المعير مسلط المستعير على الانتفاع بالمستعار على أن يرده عليه وفيما
يجوز فيه
القرض المنفعة لا تنفصل عن العين فيكون بالإعارة مسلطا له على استهلاك العين في
حاجته على
أن يرد عليه مثله وذلك اقراض * قال ألا ترى أن المستعير للدراهم لو اشترى جارية
كانت له

وعليه مثلها وهو إشارة لما بينا فإنه إذا اشترى جارية وجب ثمنها في ذمته وقد جوز له المعير

الانتفاع بتلك الدراهم في حاجته وقضاء الدين من حاجته فكان له أن يقضي الدين بها على

أن يضمن مثلها فاما الأواني من الذهب والفضة والجواهر وغيرها فليست بقرض ولكنها عوار لان منافعها تنفصل عن عينها ولا يتعذر حكم الإعارة فيها حتى لو باعها المستعير لم

يجز بيعه فيها وكذلك اللآلئ ولا كارع والرؤس لا يجوز اقراضها والله أعلم (باب القرض والصرف فيه)

قال رحمه الله روي عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قالت أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا وخمسين وسقا من تمر خبير وعشرين وسقا من شعير فقال

لي عاصم بن عدي أعطيك تمرا هنا وأخذ تمرك بخبير فقالت لا حتى أسأل عن ذلك فسألت

عمر بن الخطاب رضي الله عنه فنهاني عنه وقال كيف بالضمان فيما بين ذلك وبه نأخذ فان هذا

إن كان بطريق البيع فاشترط ايفاء بدل له حمل ومؤنة في مكان آخر مبطل للبيع وهو مبادلة

التمر بالتمر نسيئة وذلك لا يجوز وإن كان بطريق الاستعراض فهذا قرض جر منفعة وهو

اسقاط خطر الطريق عن نفسه ومؤنة الحمل ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض

جر منفعة وسماه ربا وعن محمد بن سيرين قال أقرض عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبي بن كعب

رضي الله عنه عشرة آلاف درهم وكانت لأبي رضي الله عنه نخل بعجل فأهدى أبي بن كعب

رضي الله عنه رطبا لعمر رضي الله عنه فرده عليه فلقبه أبي فقال أظننت اني أهديت إليك

لأجل مالك ابعث إلى مالك فحذه فقال عمر لأبي رضي الله عنهما رد علينا هديتنا وبه نأخذ

فان عمر رضي الله عنه إنما رد الهدية مع أنه كان يقبل الهدايا لأنه ظن أنه أهدي إليه لأجل

ماله فكان ذلك منفعة القرض فلما أعلمه أبي رضي الله عنه انه ما أهدي إليه لأجل ماله

قبل الهدية منه وهذا هو الأصل ولهذا قلنا إن المنفعة إذا كانت مشروطة في الاقراض فهو

قرض جر منفعة وإن لم تكن مشروطة فلا بأس به حتى لو رد المستقرض أجود مما قبضه فإن كان

ذلك عن شرط لم يحل لأنه منفعة القرض وإن لم يكن ذلك عن شرط فلا بأس به لأنه أحسن في قضاء الدين وهو مندوب إليه. بيانه في حديث عطاء قال استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل دراهم فقضاه وأرجح له فقالوا أرجحت فقال صلى الله عليه وسلم

انا كذلك نزن فإذا جاز الرجحان له من غير شرط فكذلك صفة الجودة قالوا وإنما
يحل ذلك
عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر أما إذا كان يعرف أنه فعل ذلك لأجل
القرض
فالتحرز عنه أولى لان المعروف كالمشروط والذي يحكى انه كأن لأبي حنيفة على
رجل مال
فاتاه ليطالبه فلم يقف في ظل جداره ووقف في الشمس لا أصل له لان أبا حنيفة كان
أفقه من
ذلك فان الوقوف في ظل جدار الغير لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا
ولا
مطلوبا وذكر عن الشعبي انه كان يكره أن يقول الرجل للرجل أقرضني فيقول لا حتى
أبيعك وإنما أراد بهذا اثبات كراهة العينة وهو ان يبيعه ما يساوى عشرة بخمسة عشر
ليبيعه
المستقرض بعشرة فيحصل للمقرض زيادة وهذا في معنى قرض جر منفعة والاقراض
مندوب
إليه في الشرع والغرر حرام الا ان البخلاء من الناس تطرقوا بهذا إلى الامتناع مما يدنو
إليه
والاقدام على ما نهوا عنه من الغرور وبنحوه ورد الأثر إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب
البقر
ذلتتم حتى يطمع فيكم وعن ابن عمرو الحسن رضي الله عنهما قال في الرجل يكون له
على الرجل
دراهم فيعطيه دنانير يأخذها بقيمتها في السوق وهذا لان عند اختلاف الجنس لا يظهر
الربا
بخلاف ما إذا كان الجنس واحدا كما ذكر ذلك عن الشعبي وعن عبد الله بن عمر
رضي الله عنهما
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه إلى مكة وقال
إنهم عن
شرطين في بيع وعن بيع وسلف وعن بيع ما لم يقبض وعن ربح ما لم يضمن وبه نأخذ
وصفة
الشرطين في البيع أن يقول بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا وذلك غير جائز والبيع مع السلف
أن
يبيع منه شيئا ليقرضه أو يؤجله في الثمن ليعطيه على ذلك ربحا وبيع مال يقبض عام
دخله

الخصوص في غير المبيع من الصداق وغيره وظهر أن المراد النهي عن البيع مع بقاء
الغرور في
الملك المطلق للتصرف وذلك في المنقول دون العقار وقد بيناه في البيع وعن ربح ما
لم يضمن
هو في معنى هذا فان المبيع قبل القبض ليس في ضمان المشتري فما يحصل فيه من
الربح
لا يطيب له * وزاد في بعض الروايات عن بيع ما ليس عنده يعنى ما ليس في ملكه بيانه
في
حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال لرسول الله اني ربما أدخل السوق
فاستجيد السلعة ثم أذهب فأبيعها ثم ابتاعها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبع
ما ليس عندك
وعن الشعبي قال أقرض عبد الله بن مسعود رضي الله عنه رجلا دراهم فقضاه الرجل
من جيد
عطائه فكره ذلك ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا الا من عرضه مثل دراهمي وعن
عامر

رحمه الله لا بأس بأن يقضي أجود من دراهمه إذا لم يشترط ذلك عليه وقد روى أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يفعله وبه نأخذ وتأويل كراهة ابن مسعود رضي الله عنه ان الرجل إنما فعل ذلك لأجل القرض فلهذا كره وقد رد عمر رضي الله عنه الهدية بمثل هذا وعن صلة بن زفر قال جاء رجل إلى ابن مسعود رضي الله عنه على فرس بقاء فقال إنه أوصي إلى في يتيم فقال عبد الله رضي الله عنه لا تشتت من ماله شيئاً ولا تستقر من منه شيئاً وبه نأخذ فنقول ليس للوصي أن يستقرض من مال اليتيم لأنه لا يقرض غيره فكيف يستقرضه لنفسه وهذا لان الاقراض تبرع فلا يحتمله مال اليتيم وبظاهر الحديث يأخذ محمد رحمه الله فيقول إذا اشترى الوصي من مال اليتيم لنفسه شيئاً لا يجوز ولكن أبا حنيفة يقول مراده إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل على وجه لا يكون فيه منفعة ظاهرة لليتيم لان مقصوده من هذا الامر له أن ينفى التهمة على نفسه وعن عطاء رحمه الله أن ابن الزبير رضي الله عنه كان يأخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم إلى البصرة والى الكوفة فيأخذون أجود من ورقهم وقال عطاء فسألت ابن عباس رضي الله عنه عن أخذهم أجود من ورقهم فقال لا بأس بذلك ما لم يكن شرطاً وبه نأخذ فنقول المنهى عنه هي المنفعة المشروطة اما إذا لم تكن مشروطة فذلك جائز لأنه مقابلة الاحسان بالاحسان وإنما جزاء الاحسان الاحسان وكذلك قبول هديته وإجابة دعوته لا بأس به إذا لم يكن مشروطاً وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان يأخذ الورق بمكة على أن يكتب لهم إلى الكوفة بها وتأويل هذا عندنا انه كان عن غير الشرط فاما إذا كان مشروطاً فذلك مكروه والسفاج التي تتعامله الناس على هذا ان أقرضه بغير شرط وكتب له سفتجة بذلك فلا بأس به وان شرط في القرض ذلك فهو مكروه لأنه يسقط بذلك خطر الطريق عن نفسه فهو قرض جر منفعة* رجل باع من رجل عبدا بثمان مسمى إلى شهر على أن يوفيه إياه بمصر آخر عينه فاليق جائز لان الثمن معلوم

والأجل معلوم بالمدة الا ان فيما لاحمل له ولا مؤنة يطالبه بالتسليم حيث يجده بعد مضي الاجل وفيما له حمل ومؤنة لا يطالبه به الا في الموضع المشروط لان الشرط معتبر إذا كان مقيدا غير معتبر إذا لم يكن مقيدا وهذا بخلاف القرض فان المستقرض مضمون بالمثل فلا يجوز فيه شرط الايفاء في مكان آخر ولان اشتراط مكان التسليم كاشتراط زمان التسليم لان التسليم لا يتأتى الا بمكان وزمان وشرط الزمان في القرض للتسليم لا يلزم وهو الاجل فكذلك

شرط المكان بخلاف البيع فإن لم يبين في البيع مدة الاجل والمسألة بحالها ففيما له حمل ومؤنة

العقد فاسد وصورته ان يبيعه العبد بحنطة موصوفة بالكوفة على أن يسلمها بالبصرة فهذا شرط أجل مجهول لان تعيين مكان التسليم فيما له حمل ومؤنة معتبر ولا يلزمه التسليم

ما لم يأتي ذلك المكان واما مالا حملة له ولا مؤنة فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لاشتراطه

الاجل المجهول لنفسه إلا أن يأتي ذلك المكان وعن أبي يوسف انه يجوز العقد ويطلبه

بالتسليم في الحال لان التسليم فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يتقيد بالمكان المذكور ومعنى الاجل

في ضمنه فإذا لم يثبت كان الثمن حالا وإذا أقرض الرجل الرجل الدراهم ثم صالحه منها على

أقل من وزنها فهو جائز لأنه قبض البعض وأبرأه عن البعض وكل واحد منهما صحيح في

الكل فكذلك في البعض فان فارقه قبل أن يعطيها لم يبطل الصلح لأنه لا يتمكن في هذا التصرف معنى المبادلة وصحة الابراء لا تستدعي القبض وهذا بخلاف ما لو صالحه على أن أجله

فيها شهرا لان التأجيل بعد الاقراض كالمقرون بالاقراض والمعنى الذي لأجله لا يلزم الاجل

إذا اقترن بالاقراض انه بمنزلة العارية فهو موجود في التأجيل بعد الاقراض وان صالحه على عشرة دنانير فهو جائز إذا كان يدا بيد لتمكن معنى المبادلة في هذا الصلح بسبب اختلاف

الجنس فان افترقا قبل قبض الدنانير بطل الصلح وان افترقا بعد ما قبض بعضها يبرأ من حصة

المقبوض وعليه رد ما بقي من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل وان صالحه منها على ذهب تبر

أو مصوغ لا يعلم وزنه جاز ان قبضه قبل الافتراق لان ربا الفضل ينعدم عند اختلاف الجنس

بخلاف ما إذا صالحه على فضة لا يعلم وزنها فهناك لاتحاد الجنس ربا الفضل يجرى وتوهم

الفضل كتحققه فيما ينبنى أمره على الاحتياط ووقع في بعض نسخ الأصل لو صالحه على ذهب

تبر جزافا بعينه أو ورق قيل قوله أو ورق زيادة من الكاتب وقيل بل هو صحيح لان في لفظ الصلح ما يدل على أن ما وقع عليه الصلح من الورق أقل من الدين لان مبني الصلح على التجوز بدون الحق فيجوز إلا أن يعلم أنه أكثر من حقه وزنا وان أقرضه درهما ثم اشترى به فلوسا بعينها أو بغير عينها فهو جائز ان قبضها قبل أن يتفرقا لان الفلوس الرائجة لا تتعين عند المقابلة بخلاف جنسها فان فارقه قبل القبض بطل لأنه دين بدين فان قيل ليس كذلك لأنه قابض للدرهم بذمته ولهذا يسقط عنه فكان هذا عينا بدين وقد بينا في بيع الفلوس بالدرهم أن قبض أحد البديلين قبل الافتراق يكفي قلنا نعم صار قابضا له بذمته ولكن دينا لا عينا

لان الدين لا يتعين إلا بقبض مال عين وذلك لا يحصل بالقبض بالذمة فلا يخرج به من أن

يكون ديناً بدين فيكون هذا افتراقاً عن دين بدين وان أقرضه ألف درهم فأخذ بها كفيلاً ثم صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير وقبضها جاز لان الكفيل قائم مقام الأصل ويثبت

في ذمته ما هو في ذمته الأصيل وصلحه مع الأصيل جائز على الدنانير بشرط القبض في المجلس

فكذلك مع الكفيل ثم الكفيل يرجع على الأصيل بالدرهم لأنه بالصلح ملك ما في ذمته ولو ملكه بالأداء أو بالهبة رجع به على الأصل فكذلك إذا ملكه بالصلح ولو صالحه على

مائة درهم لم يرجع على المكفول عنه إلا مائة درهم لان الطالب هنا يتبرأ عما زاد على مائة والكفيل لا يملك المكفول به بالابراء فلا يرجع الا بقدر ما أدى والطالب له أن يرجع بتسعمائة على المكفول عنه (قال الشيخ الامام الاجل أبو بكر محمد بن الفضل)

لم يذكر فضل رجوع الطالب على المطلوب هنا وإنما ذكره في موضع آخر. ووجه ذلك أن

الصلح مع الكفيل على مائة درهم بمنزلة ابراء الطالب عن الباقي وبراءة الكفيل لا توجب

براءة الأصيل فكان للطالب أن يرجع بالتسعمائة الباقية لهذا بخلاف الأول ففي الصلح هناك

معنى المبادلة لاختلاف الجنس فيصير به متملكاً جميع الألف ولا مبادلة هنا فان مبادلة المائة

بالألف ربا * قال ولو أن المكفول عنه صالح الكفيل قبل أن يؤدي الكفيل المال إلى الطالب

على عشرة دنانير ودفعها إليه كان جائزاً لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل

وجب للكفيل على الأصيل ولكنه مؤجل إلى أن يؤدي والصلح عن الدراهم المؤجلة على

دنانير صحيح بشرط القبض في المجلس فان أدى المكفول عنه الدراهم بعد ذلك رجع به

على الكفيل الا ان يشاء الكفيل أن يرد الدنانير التي أخذ لأنه إنما أعطاه ليسقط مطالبة الطالب عنه ولم تسقط فله أن يرجع به عليه كما لو أعطاه جنس المال ثم الكفيل صار مستوفياً

منه الدراهم بطريق الصلح ومبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق فإذا من
لزمه
الرد تخير بين أن يرد المقبوض بعينه وبين أن يرد ما صار مستوفيا بالمقاصة من الدراهم
ولو
كان صالحه على مائة درهم لم يرجع عليه الا بها لان ما زاد على المائة الكفيل مبرئ
للأصيل
وفي المائة مستوف فلا يلزمه إلا رد ما استوفى وإذا أقرض الرجل الرجل ألف درهم
وقبضها
منه وأمره أن يصرفها له فصرفها له بالدنانير فلا يجوز على الطالب لأنه لا دين عليه فان
رضى
الطالب أن يأخذ الدنانير ففعل ذلك فهو جائز كما لو استبدل معه دراهم القرض
بالدنانير هكذا

في رواية أبي سليمان من غير تنقيص على الخلاف فيه وفي رواية أبي حفص قال هذا قول أبي حنيفة
أما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فهو جائز على الطالب سواء صرف الدراهم
بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وسواء قبضه الطالب في المجلس أو بعده وهو الصحيح والمسألة
تبنى على ما بينا في كتاب البيوع وإذا قال الطالب للمطلوب أسلم مالي عليك في كرحنطة
وقد قرنا الخلاف في تلك المسألة فكذلك في هذه إذ لا فرق بين أن يأمره بالصرف مع غير
المعين أو السلم عندهما يصح في الوجهين جميعا باعتبار انه أضاف الوكالة إلى ملكه فالدين في
ذمة المديون ملك الطالب وعند أبي حنيفة لا يجوز في الوجهين لأنه أمره بدفع الدين إلى من
يختاره لنفسه وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فدفع المطلوب إلى الطالب دنانير وقال اصرفها
وخذ منها فقبضها فهلكت قبل أن يصرفها هلكت من مال الدافع والمدفوع إليه
مؤتمن لأنه قبض الدنانير بحكم الوكالة والوكيل أمين فيما دفعه الموكل إليه من ماله فان صرفها
وقبض الدراهم فهلكت قبل أن يأخذ منها حقه هلكت من مال الدافع أيضا لأنه في القبض
بحكم العقد عامل للامر فهلاكه في يده كهلاكه في يد الأمر حتى يأخذ منها حقه فإذا أخذ
حقه وضاع ما أخذه فهو من ماله لأنه في هذا الإخذ عامل لنفسه وإنما يصير آخذا حقه باحداث
القبض فيه لأجل نفسه ولو دفعه إليه المطلوب قضاء لحقه كان داخلا في ضمانه
فكذلك إذا قبضه بأمره وان قال بعها بحقك فباعها بدراهم مثل حقه وأخذها فهو من ماله
لأنه بالبيع ممثل أمره وإنما يكون ذلك إذا كان في القبض عاملا لنفسه حتى يتحقق كونه
تابعا بحقه بخلاف الأول فان هناك أمره بالبيع للامر فكان في القبض عاملا للامر ما لم يستوف
حقه من المقبوض وإذا اشترى بيبعا على أن يقرضه فهذا فاسد لنهي النبي صلى الله

عليه وسلم عن بيع وسلف ولنهي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط والمراد شرط فيه
منفعة
لاحد المتعاقدين لا يقتضيه العقد وقد وجد ذلك وإذا أقرض المرتد أو استقرض فقتل
على
ردته فقرضه الذي عليه دين في ماله اما لان تصرفه قد بطل فبقي هو قابضا مال الغير
على
وجه التملك وذلك موجب الضمان عليه أو لان تصرفه من حيث الاستقراض صحيح
فان
توقف تصرفه لحق الورثة واستقراضه لا يلاقى محلا فيه حق الورثة فان قيل أليس العبد
المحجور إذا استقرض واستهلك لم يلزمه ضمانه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
ما لم يعتق فكذلك
المحجور بسبب الردة ينبغي أن لا يكون ضامنا ما استقرض في ماله الذي هو حق
الورثة

قلنا العبد يصح منه التزام الضمان بالاستقراض في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتق
فكذلك من المرتد يصح الالتزام في حق نفسه ثم حقه في المال يقدم على حق الورثة
ولهذا

يقضى سائر الديون من ماله فكذلك هذا الدين وما أقرضه المرتد فهو دين على صاحبه
لأنه

قبضه بشرط الضمان وذلك موجب عليه في حق المرتد وفي حق ورثته واقراض المرتدة
واستقراضها جائز كما يجوز سائر تصرفاتها ولا يجوز اقراض العبد التاجر والمكاتب
والصبي

والمعتوه لأنه تبرع وهؤلاء لا يملكون التبرع * وإذا أقرض الرجل صبيا أو معتوها
فاستهلكه

لا ضمان عليه هكذا أطلق في نسخ أبي حفص وفي نسخ أبي سليمان قال وهذا قول
أبي حنيفة

ومحمد رحمهما الله أما في قول أبي يوسف فهو ضامن لما استهلك وهو الصحيح لأنه
بمنزلة الوديعة

لأنه سلطه على الاستهلاك بشرط الضمان وتسلط الصبي على الاستهلاك صحيح
وشرط

الضمان عليه باطل وقد قرنا هذه الطريقة في كتاب الوديعة فهي في القرض أظهر. وان
أقرض عبدا محجورا عليه فاستهلكه لم يأخذه به حتى يعتق وهو على الخلاف الذي بينا
وإن لم

ينص عليه وعند أبي يوسف يؤاخذ به في الحال كما في الوديعة. وان وجد المقرض
ماله بعينه

عند واحد من هؤلاء فهو أحق به لأنه عين ملكه. وإذا باع الرجل دراهم بدراهم إلى
أجل

وقبض فهو فاسد لوجود المجانسة والقدر والنساء حر أم عند وجود أحد الوصفين فعند
وجودهما

أولى. والمقبوض بمنزلة القرض حال عليه فان وجد دراهمه بعينها فلآخر ان يعطيه
غيرها

لأنه قرض عليه واختيار محل قضاء بدل القرض إلى من عليه وقد بينا فيه خلاف أبي
يوسف

وفي نسخة أبي سليمان ليس للآخر ان يعطيه غيرها وهذا هو الأصح لأنها مقبوضة
بحكم

عقد فاسد فيجب ردها بعينها على ما بينا أن الدراهم تتعين بالقبض وان كانت لا تتعين
بالعقد

والله أعلم بالصواب

(باب الرهن في الصرف)

قال رحمه الله وإذا اشترى عشرة دراهم بدنانير ونقده الدنانير وأخذ بالعشرة رهنا
يساويها فهلك الرهن في يده قبل أن يتفرقا فهو بما فيه وقد بينا في البيوع حكم الرهن
برأس

مال السلم فبدل الصرف فيه مثله ثم بقبض الرهن تثبت له يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك
الرهن ويصير بهلاك الرهن مستوفيا عين حقه من مالية الرهن لا مستبدلا فلهذا بقي عقد

الصرف وكذلك لو اشترى سيفاً محلياً بدنائير أو بمائة درهم وقبض السيف وأخذ ثمنه رهناً

فيه وفاء فهلك قبل أن يتفرقا ولو نقده الثمن وأخذ رهناً بالسيف وفيه وفاء فهلك الرهن عنده

قبل أن يتفرقا فإنه يقضى له بالسيف لأن أخذ الرهن بالأعيان لا يجوز لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء العين من العين غير ممكن فيبقى السيف على ملكه بعد

هلاك الرهن ويقضى عليه بالأقل من قيمة السيف ومن قيمة الرهن لأنه قبض الرهن على جهة

الاستيفاء والمقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته في حكم الضمان. وكذلك لو كان

مكان السيف منطقة أو سرج مفضض أو اناء مصوغ أو فضة تبر وهذا دليل على أن التبر

يتعين بالتعيين في العقد في أنه جعله كالسيف في أنه لا يجوز أخذ الرهن بعينه فان هلك الرهن بعد

ما تفرقا قبل القبض فقد بطل عقد الصرف بالافتراق لأن تمام الاستيفاء بهلاك الرهن فالافتراق قبله مبطل لعقد الصرف ولكن المرتهن ضامن الأقل من قيمة الرهن ومما رهن به سواء كان رهناً بالثمن أو بالمشمن لأن الضمان حكم يثبت بالقبض والقبض باق بعد ما بطل

عقد الصرف بالافتراق فعند هلاك الرهن يتم الاستيفاء فيما انعقد ضمانه بالقبض وقد بطل

العقد الموجب للاستيفاء فيلزمه رد المستوفى كما لو استوفاه حقيقة والله أعلم (باب الصرف في المعادن وتراب الصواعين)

قال رحمه الله ذكر حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال كان أهل الجاهلية إذا هلك الرجل في البئر جعلوها عقلة وإذا جرحته دبة جعلوها عقلة وإذا وقع عليه معدن جعلوه عقلة

فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال العجماء جرحها جبار والبئر جبار والمعدن

جبار وفي الركاز الخمس قالوا وما الركاز قال لذهب الذي حقله الله تعالى في الأرض يوم خلقها

والمراد بالعجماء الدابة لأنها بهيمة لا تنطق ألا ترى أن الذي لا يفصح يسمى أعجمياً والجبار

الهدر وفيه دليل أن فعل الدابة هدر لأنه غير صالح بأن يكون موجبا على صاحبها ولا

ذمة لها
في نفسها وفي بعض الروايات قال والرجل جبار والمراد أن الدابة إذا رمحت برجلها
فلا ضمان فيه
على السائق والقائد لان ذلك لا يستطاع الامتناع منه بخلاف ما لو كدمت الدابة أو
ضربت
باليد حيث يضمن لان في وسع الراكب أن يمنع به بأن يرد لجامه وأما البئر والمعدن
فجبار لان
سقوطه بعمل من يعالجه فيكون كالجاني على نفسه وفيه دليل لنا على وجوب الخمس
في المعدن

فقد أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس في الركاز ثم فسر الركاز بالمعدن وهو الذهب
المخلوق في الأرض حين خلقت فان الكنز موضوع العباد واسم الركاز يتناولهما لان
الركز هو الاثبات يقال ركز رمحه في الأرض وكل واحد منهما مثبت في الأرض حلقة أو
وضعا
وعن عامر رحمه الله قال وجد رجل ألف درهم وخمسمائة درهم في قرية خربة فقال
علي رضي
الله عنه سأقضى فيها قضاء بينا ان كنت وجدتها في قرية يؤدي خراجها قوم فهم أحق
بها منك وإن كنت وجدتها في قرية ليس يؤدي خراجها أحد فخمسها لبيت المال
وبقيتها لك
وستتمها لك فجعل الكل له وفيه دليل لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على أن واجد
الكنز في
ملك الغير لا يملكه ولكن يردها على صاحب الخطة وهو أول مالك كان لهذه الأرض
بعد
ما افتتحت وفيه دليل وجوب الخمس في الكنز وان للامام أن يضع ذلك في الواحد إذا
رآه
محتاجا إليه وله أن يضع ذلك في بيت المال كما رواه عن علي رضي الله عنه في
الحديث الآخر
قال إن كانت قرية خربت على عهد فارس فهم أحق به وان كانت عادية خربت قبل
ذلك
فهو للذي وجده فوجدوها كذلك فأدخل خمسه بيت المال وأعطى الرجل بقيته وعن
مسروق
ان رجلا وجد كنزا بالمدائن فدفعه إلى عامله فأخذه كله فبلغ ذلك عائشة رضي الله
عنها فقالت
بفيه الكثكث يعنى التراب فهل لا أخذ أربعة أخماس المال ودفع إليه خمسه وهذا مثل
في العرب
معروف للجانب المخطئ في عمله وهو مراد عائشة رضي الله عنها بما قالت يعنى انه
خاب
وخسر لخطئه فيما صنع في دفعه الكل إلى العامل فقد كان له أن يخفى مقدار حقه في
ذلك ولا
يدفع إلى العامل الا قدر الخمس وعن جبلة بن حميد عن رجل منهم خرج في يوم مطير
إلى

دير خربة فوقعت فيه ثلثة فإذا أستوقة أو جرة فيها أربعة آلاف مثقال ذهب قال فأتيت
بها
عليا رضي الله عنه فقال أربعة أحماسها لك والخمس الباقي منه اقسمه في فقراء أهلك
وهذا
دليل على جواز وضع الخمس في قرابة الواحد وان للامام أن يفوض ذلك إليه كما له
أن
يفعله بنفسه لان خمس الركاز في معنى خمس الغنيمة ووضع ذلك في قرابة الغانمين
جائز إذا
كانوا محتاجين إليه وعن الحارث الأزدي قال وجد رجل ركازا فاشتراه منه أبي بمائة
شاة
تبيع فلامته أمي وقالت اشتريته بثلاثمائة أنفسها مائة وأولادها مائة وكفايتها مائة فندم
الرجل فاستقى له فأبى أن يقيله فقال لك عشر شياه فأبى فقال لك عشرة أخرى فأبى
فعالج
الركاز فخرج منه قيمة ألف شاة فأتاه الآخر فقال خذ غنمك وأعطني مالي فأبى عليه
فقال

لأضربنك فأتى عليا رضي الله عنه فذكر ذلك له فقال علي رضي الله عنه إذ خمس ما وجدت

للذي وجد الركاز قاما هذا فإنما أخذ ثمن غنمه وفيه دليل على أن بيع المعدن بالعروض جائز

وقوله بمائة شاة تباع أي كل شاة يتبعها ولدها وهي حامل بأخرى وهذا معنى ملامها إياه

حيث قالت اشتريتها بثلاثمائة والمراد بقولها وكفايتها حملها وقيل المراد لبنها وفيه دليل على أن

المتصرف لا ينبغي له أن يبنى تصرفه على رأى زوجته فإنه ندم بناء على رأيها ثم خرج له

منه قيمة ألف شاة وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم شاوورهن وخالفوهن وفيه دليل على أن خمس الركاز على الواجد دون المشتري وان بيع الواجد قبل أداء الخمس جائز

في الكل فيكون دليلا لنا على جواز بيع مال الزكاة بعد وجوب الزكاة فيه وفيه دليل على أنه

لا ينبغي للمرء أن يقصد الاضرار بالغير فيكون ذلك سببا للحقوق الضرر به كما ابتلى به هذا الرجل وهذا معنى ما يقال من حفر مهواة وقع فيها ويقال المحسن يجزى باحسانه والمسئ

ستلقيه مساويه وعن الشعبي قال لا خير في بيع تراب الصواغين وهو غرر مثل السمك في

الماء وبه نأخذ فالمقصود ما في التراب من الذهب والفضة لا عين التراب فإنه ليس بمتقوم وما

فيه ليس بمعلوم الوجود والصفة والقدر فكان هذا بيع الغرر ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر ولكن هذا إذا لم يعلم هل فيه شيء من الذهب والفضة أم لا فان علم وجود ذلك فبيع شيء منه معين بالعروض جائز على ما بينه إن شاء الله وعن عبد الله

ابن عمر رضي الله عنه قال سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما

يوجد في الطريق العام فقال صلوات الله عليه عرفها حولا فان جاء صاحبها والا فهي لك

وفيه دليل على أن الملتقط عليه التعريف في اللقطة وبظاهره يستدل الشافعي ويقول له ان

يتملكها بعد التعريف وإن كان غنيا ولكننا نقول مراده فاصرفها إلى حاجتك لأنه صلى

الله
عليه وسلم علمه محتاجا وعندنا للفقير أن ينتفع باللقطة بعد التعريف قال فان وجدها
في الخرب
العادي ففيها وفي الركاز الخمس والمراد بالركاز المعدن لأنه عطفه على الكنز وإنما
يعطف الشيء
على غيره لا على نفسه وكل من احتفر من المعدن فعليه خمس ما وجد وله أربعة
أخماسه لما روينا
من الأثر قال وأكره أن تتقاسموا التراب ولا أجزئه وان فعلوا حتى تخلص تقاسمونه
على ما
يخلص من ذلك لما بينا ان المقصود ما في التراب وحقهم في ذلك سواء وعند قسمة
التراب
لا يعلم مقدار ما يصل من المقصود إلى كل واحد منهم فهم في معنى قسمة الذهب
والفضة مجازفة

وذلك لا يجوز كما لا يجوز البيع فيه مجازفة بجنسه. ولو اشترى معدن فضة بفضة لم
يجز لأنه

لا يدرى أن ما في تراب المعدن من الفضة مثل الفضة الأخرى أو أقل أو أكثر والاختار
بالاحتياط في باب الربا واجب قال ابن مسعود رضي الله عنه كنا ندع تسعة أعشار
الحلال

مخافة الحرام وقال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا وقد
غلب الحرام

الحلال وقال في الربا من لم يأكله أصابه من غباره وكذلك ان اشتراه بذهب أو فضة
فلعل ما

في التراب من الفضة مثل المنفصل فيكون الذهب ربا لأنه فضل خال عن العوض
فالتراب

ليس بمتقوم. وان اشتراه بذهب جاز لان ربا الفضل لا يجوز عند اختلاف الجنس
وكان

بالخيار إذا خلص ذلك منه ورأي ما فيه لأنه إنما كشف له الحال الآن ولا يتم رضاه الا
بذلك

فكان الخيار إليه كمن اشترى شيئاً لم يره. وكذلك لو اشتراه بعرض وكذلك تراب
معدن

من الذهب إذا اشتراه بذهب لم يجز وان اشتراه بفضة أو عرض جاز لانعدام الربا بسبب
اختلاف الجنس وإذا احتفر موضعاً من المعدن ثم باع تلك الحفرة فان بيعه باطل لأنه
باع ما

لا يملك فان تلك الحفرة لم يملكها بمجرد الحفر لان الملك إنما يثبت بالاحراز وهو
لم يحزره

فان احرازه فيما رفع من التراب دون الباقي في مكانه فهو كبيع صخرة من الجبل قبل
أن

يحزرها ويخرجها وتأويل حديث علي رضي الله عنه أن الرجل كان أحرز بعضها فباع
ذلك المحرز

بمائة شاة وباع له الباقي ولهذا قال علي رضي الله عنه أد خمس ما وجدت من الركاز
يعنى ما

أحرزته وكذلك ان أعطاهما رجلاً على أن يعوضه منها عوضاً فهو باطل لأنه ملك مالا
يملك

واشترط العوض عليه في اخراج المباح وذلك باطل فرجع في عوضه وما احتفر الرجل
من

الحفرة فأحرزه فهو له بالاحراز وعليه الخمس في ذلك* وان استأجر الرجل الأجير

يعمل معه
بتراب معدن معروف فهو جائز إذا كان يعلم أن فيه شيئاً من الذهب أو الفضة لان
جهالة
مقداره لا تفضي إلى المنازعة لما كان التراب معيناً معروفاً وله الخيار إذا رأى ما فيه
كمن أجر
نفسه بعوض لم يره فهو بالخيار إذا رآه. وإن استأجره بوزن من التراب مسمى بغير عينه
لم يجز
لان المقصود ما في التراب وذلك لا يصير معلوماً بذكر وزن التراب فقد يكثر ذلك في
البعض ويقل في البعض الآخر وينعدم في البعض وهذا الجهالة تفضي إلى المنازعة.
وكذلك
لو اشترى عرضاً بوزن من التراب بغير عينه فهو باطل لما قلنا وإن كان لرجل على رجل
دين
فأعطاه به تراباً بعينه يداً بيد فإن كان الدين فضة فأعطاه تراباً فضة لم يجز لتوهم
الفضل فيما أعطاه وإن

أعطاه تراب ذهب أو تراب جاز لاختلاف الجنس وهو بالخيار إذا رأى ما فيه. وإذا استقرض الرجل من الرجل تراب ذهب أو تراب فضة فإنما عليه مثل ما يخرج من ذلك التراب من الذهب والفضة بوزنه لأن المقصود ما فيه واستقراضه جائز فيكون مضمونا بالمثل والقول فيه قول المستقرض لأنه منكر للزيادة التي يدعيها المقرض وإن كان استقرض التراب على أن يعطيه ترابا مثله لم يجز معناه أن الشرط لا يجوز لأن في هذا الشرط زيادة أو نقصانا فيما استقرضه مما هو المقصود ومثل هذا الشرط في القرض باطل وكذلك لو اشتراه شراء فاسدا واستهلك التراب فعليه مثل ما فيه من ذهب أو فضة والقول في مقداره قول الضامن لأن العقد لا يتناول عين التراب لأنه ليس بمتقوم وإنما يتناول ما فيه وإن اشترى تراب فضة بتراب فضة أو تراب ذهب بتراب ذهب لم يجز تساويا أو تفاضلا لأن المعقود عليه ما في التراب وبالمساواة في وزن التراب لا تحصل المماثلة فيما هو المقصود وهو شرط جواز العقد وإن اشترى تراب ذهب بتراب فضة جاز كما يجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكل واحد منهما بالخيار إذا رأى ما فيه لأن المقصود صار معلوما له الآن والله أعلم (باب صرف القاضي) قال رحمه الله وحكم القاضي في الصرف وحكم وكيله وأمينه كحكم سائر الناس لأنه فيما يباشر من العقود ليس بقارض وإن كان قاضيا فمباشرة العقد على وجه القضاء تستدعى من الشرائط ما تستدعيه مباشرته لا على وجه القضاء وإن كان لليتم دراهم فصرفها الوصي بدنانير من نفسه بسعر السوق لم يجز لأنه ليس في هذا الصرف منفعة ظاهرة لليتم وهو شرط نفوذ تصرف الوصي فيما يعامل نفسه وكذلك لو كان في حجره يتيمان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير فصرفها الوصي بينهما لم يجز لأنه ان نفع أحدهما فقد أضر بالآخر وهو

لا

ينفرد بالتصرف الا بشرط منفعة ظاهرة وإذا اشترى من مال اليتيم شيئاً لنفسه نظرت فيه فإذا كان خيراً لليتيم أمضيت البيع فيه والا فهو باطل وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله وفي قوله الأول وهو قول محمد لا يجوز أصلاً للأثر الذي روينا عن ابن

مسعود رضي الله عنه والمسألة مذكورة في كتاب الوصايا أما أبو الصبي أو جده أبو أبيه

بعد موت الأب فلا يملك التصرف مع نفسه بمثل القيمة لان شفقتة تحمله على أن لا يترك

النظر له فلا حاجة فيه إلى المنفعة الظاهرة لليتيم بخلاف الوصي وان اشترى تراب الصواغين
بذهب أو فضة أو بذهب وفضة فلا خير فيه لأنه لا يدري لعل فيه من أحد النقيدين
خاصة
مثل الذي بمقابلته من ذلك النوع فيكون النوع الآخر ربا وان اشتراه بغير الفضة
والذهب
جاز وله الخيار إذا رآه وعلم ما فيه لان المقصود الآن صار معلوما له وكذلك إذا كان
يعلم أن
فيه ذهباً وفضة فاشتراه بذهب وفضة يجوز على أن يصرف الجنس إلى خلاف الجنس
وقد بينا
نظيره في بيع الجنسین بجنسین وان اشتراه بسيف محلى أو منطقة مفضضة أو قلادة
فيها ذهب
ولؤلؤ وجوهر فلا خير فيه لان من الجائز أن ما في التراب مثله الحلية فيبقى السيف ربا
وان علم
أن فيه ذهباً وفضة فلا بأس بأن يشتريه بفضة وجوهرًا وبذهب وعرض من العروض على
ما بينا أن تصحيح العقد هنا ممكن بأن يصرف المثل إلى المثل والباقي بإزاء العروض
والحكم
في تراب معدن فضة ومعدن ذهب يشتريهما رجل جميعاً على ما بينا في تراب
الصواغين
لاشتمال التراب على الذهب والفضة جميعاً وشرط الخيار في ذلك كله مفسد للبيع
وكذلك
التفرق قبل القبض لأن العقد صرف باعتبار المقصود وهو ما في التراب. ولو اشترى
ذهباً
وفضة لا يعلم وزنهما بفضة وذهب لا يعلم وزنهما جاز بطريق صرف الجنس إلى
خلاف
الجنس ولا يجوز بيع العطاء والرزق فالرزق اسم لما يخرج للجنود من بيت المال عند
رأس كل
شهر والعطاء اسم لما يخرج له في السنة مرة أو مرتين وكل ذلك صلة يخرج له فلا
يملكها قبل
الوصول إليه وبيع مالا يملك المرء لا يجوز وكذلك ان زيد في عطائه فباع تلك الزيادة
بالعروض
أو غيرها فهو باطل وهو قول الشعبي وبه نأخذ وكان شريح يجوز بيع زيادة العطاء
بالعروض

ولسنا نأخذ بهذا الآن زيادة العطاء كأصله في أنه لا يملكه قبل القبض ولو كان مملوكا
له كان
دينا وبيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فإذا لم يجر هذا فيما هو دين حقيقة
فكيف
يجوز في العطاء ولكن ذكر عن إبراهيم وشريح رحمهما الله أنهما كانا يجوزان الشراء
بالدين
من غير من عليه لدين وقد بينا أن زفر أخذ بقولهما في ذلك والله أعلم
(باب الإجارة في الصياغة)
قال رحمه الله وان استأجر أجيروا بذهب أو فضة يعمل له في فضة معلومة يصوغها
صياغة
معلومة فهو جائز وكذلك الحلي والآنية وحلية السيف والمناطق وغيرها لأنه استأجره
لعمل

معلوم ببديل معلوم فلا تشترط المساواة بين الأجرة وبين ما يعمل فيه من الفضة في الوزن لان
ما يشترط له من الأجرة بمقابلة العمل لا بمقابلة محل العمل وكذلك إذا استأجره ليخلص له
ذهبا أو فضة من تراب الصواغين أو تراب المعادن إذا اشترط من ذلك شيئا معلوما لان مقدار
عمله بعد تعيين المحل معلوم عند أهل الصنعة على وجه لا تمكن فيه منازعة وكذلك ان استأجره
ليفضض له حليا أو بنقش بنقش معروف فذلك جائز لان العمل معلوم والبديل بمقابلته معلوم
وكذلك ان استأجره ليموه له لجاما فان اشترط ذهب التمويه على الذي يأخذ الاجر فلا خير فيه
لان مقدار ما يحتاج إليه من الذهب للتمويه غير معلوم ولان العقد في ذلك صرف فلا بد من
التقابض في المجلس ولم يوجد وان استأجره بدراهم ليموه له حرزا بقيراط ذهب فهذا باطل إلا أن يقبض الدرهم ويقبض ذلك القيراط ثم يرده إليه ويقول موه به وكذلك ان
استأجره بذهب أكثر من ذلك فإنه لا يجوز إلا أن يتقابضا لأن العقد في الذهب صرف ولو
استأجره بعرض أو بشئ من المكيل أو الموزون بعينه على أن يموه له ذلك بذهب أو فضة
مسمى فهو جائز لان بعض العرض بمقابلة الذهب المسمى يكون تبعا والقبض في المجلس
ليس بشرط في بيع العين بالدين وبعضه بمقابلة العمل وهي إجارة صحيحة فان عمله فقال
المستأجر لم يدخل فيه ما شرطت لي وقال الآخر قد فعلت فالقول قول المستأجر مع يمينه
لانكاره القبض في بعض ما استحقه بالبيع ثم يعطى المموه قيمة ما زاد التمويه في متاعه إلا أن
يرضى أن يأخذ بقوله لأنه أقام أصل العمل ولكنه غيره عن الصفة المشروطة عليه فان رضى بأن يأخذ بقوله فقد وجد ابقاء المشروط والا فعليه قيمة ما زاد التمويه في متاعه وقد
بيننا نظائره في باب الاستصناع من كتاب الإجازات في مسألة الصياغ وان استأجره يحمل

له مالا من أرض إلى أرض أو ذهباً أو فضة مسماة فهو جائز وكذلك تراب المعادن أو
تراب
الصياغة لأنه عمل معلوم ببيان المسافة والمحمول وكذلك لو استأجره يبيع له ذلك
شهراً
فالمعقود عليه منافعه وهي معلومة ببيان المدة بخلاف ما لو استأجره لبيع هذا العبد
بعينه
حيث لا يجوز لأن الإجارة وردت على البيع والبيع ليس في وسعه فهو بمنزلة ما لو
استأجر
إنساناً للتذرية ولم يبين المدة حيث لا يجوز ولو استأجره يحفر له في هذا المعدن
عشرة أذرع
بكذا فهو جائز ولو استأجره لينقى تراب المعدن أو تراب الصياغة بنصف ما يخرج منه
كان
فاسداً لأن الأجر مجهول ووجوده على خطر وهو استئجار ببعض ما يخرج من عمله
فيكون

بمعنى قفيز الطحان فله أجر مثله لأنه أو في المنفعة بعقد فاسد وان استأجر انا فضة أو حلى ذهب يوما بذهب أو فضة جاز لان المستأجر منتفع به لبسا أو استعمالا والبدل بمقابلة المنفعة دون العين فلا يتحقق الربا فيه ولو استأجر منه ألف درهم أو مائة دينار بدرهم أو ثوب لم يجز قال لأنه ليس باناء يريد أنه لا ينتفع به مع بقاء عينه ومثله لا يكون محلا للإجارة وإنما يرد عقد الإجارة على ما ينتفع به مع بقاء عينه وقد بينا أن الإعارة في الدراهم والدنانير لا تحقق ويكون ذلك قرضا فكذلك الإجارة ولو استأجر سيفاً محلياً أو منطقة أو سرجاً مدة معلومة بدرهم أكثر مما فيه أو أقل فهو جائز لان الانتفاع بهذه الأعيان مع بقاء العين ممكن والبدل بمقابلة المنفعة دون الحلية ولو استأجر صائغاً يصوغ له طوق ذهب بقدر معلوم وقال زد في هذا الذهب عشرة مثاقيل فهو جائز لأنه استقرض منه تلك الزيادة وأمره أن يخلطه يملكه فيصير قابضاً كذلك ثم استأجره في إقامة عمل معلوم في ذهب له ولان هذا معتاد فقد يقول الصائغ لمن يستعمله أن ذهبك لا يكفي لمن تطلبه فيأمره أن يزيد من عنده وإذا كان أصل الاستصناع يجوز فيما فيه التعامل فكذلك الزيادة فان قال قد زدت فيه عشرة مثاقيل وقال رب الطوق إنما زدت فيه خمسة فإن لم يكن محشواً بوزن الطوق ليظهر به الصادق منهما فإن كان محشواً فالقول قول رب الطوق مع يمينه لانكاره القبض في الزيادة على خمس مثاقيل الا ان يشأ الصائغ أن يرد عليه مثل ذهبه ويكون الطوق للصائغ لان الطوق في يده وهو غير راض بإزالة يده عنه ما لم يعطه عشرة مثاقيل وقد تعذر ذلك بيمين رب الطوق فكان للصائغ أن يمسك الطوق ويرد عليه مثل ذهبه قال وهذا لا يشبه الأول يريد به مسألة الحرز فقد بينا هناك ان الخيار لصاحب الحرز لان ذهب التمويه صار مستهلكاً لا يتخلص من الحرز بمنزلة الصبغ في الثوب فكان الخيار لصاحب الحرز وهنا عين ما زاد من الذهب قائم في الطوق فالصائغ فيه

كالبائع فيكون له أن يمتنع من تسليمه ما لم يصل إليه كمال العوض وان أمر الصائغ أن
يصوغ
له خاتم فضة فيه درهم بنصف درهم وأراه القدر وقال لتكون الفضة على قرضا من
عندك
لم يجز لان الفضة للصائغ كلها والمستقرض لا يصير قابضا لها فيبقى الصائغ عاملا في
ملك نفسه
ثم بائعا منه الفضة بأكثر من وزنها وذلك لا يجوز بخلاف الأول فهناك المستقرض
يصير
قابضا للذهب يخلطه بملكه وإنما يكون الصائغ عاملا له في ملكه فلهذا يستوجب
الاجر عليه
وفي مسألة الخاتم يفسد أيضا لعله أخرى وهو انه صرف بالنسيئة وذلك لا يجوز سواء
كان

بمثل وزنه أو أكثر والله أعلم.

(باب الغصب في ذلك)

قال رحمه الله رجل غصب رجلا قلب فضة أو ذهب فاستهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه عندنا وعند الشافعي عليه قيمته من جنسه بالغة ما بلغت لان من أصله أن للجودة

والصنعة في الذهب والفضة قيمة وان قوبلت بجنسها وعندنا لا قيمة للجودة والصنعة عند

مقابلتها بجنسها فلو ضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت أدى إلى الربا وان ضمن مثل وزنها

ففيه ابطال حقه في الصنعة فلمراعاة الجانبين قلنا يعتبر قيمتها من خلاف جنسها وعند الشافعي

رحمه الله يضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت لان للصنعة عنده قيمة وان قوبلت بجنسها

والربا إنما يكون شرطا في العقد فاما في ضمان المغصوب والمستهلكات فلا يتمكن الربا بناء

على أصله ان ضمان الغصب لا يوجب الملك في المضمون وعندنا يوجب الملك وقد تقدم بيان

الأصلين في كتاب البيوع والغصب والقول في الوزن والقيمة قول الغاصب مع يمينه لأنه

منكر للزيادة والطالب مدع لذلك فعليه البينة وكذلك الرجل يكسر اناء فضة أو ذهب لرجل فعليه

قيمة من خلاف جنسه سواء قل النقصان بالكسر أو كثر لان ايجاب ضمان النقصان عليه

متعذر فان الوزن باق بعد الكسر ولا قيمة للصنعة بانفرادها ولو رجع بضمان النقصان كان آخذا

عين ماله وزنا مع زيادة وتلك الزيادة ربا فلمراعاة حقه في الصنعة قلنا يضمنه القيمة من خلاف جنسه ويدفع المكسور إليه بالضمان وان شاء أمسك المكسور ولم يرجع بشيء لان

شرط التضمين تضمين المكسور إليه فإذا أتى ذلك كان مبرئا له بخلاف الثوب إذا أحرقه

فهناك بالحرق اليسير يضمنه النقصان فقط وفي الحرق الفاحش له ان يمسك الثوب ويضمنه

النقصان لان الثوب ليس بمال الربا فكانت الصنعة فيه متقومة فايجاب ضمان النقصان

فيه
لا يؤدي إلى الربا فان قضي القاضي عليه بالقيمة وافترقا قبل أن يقبضها فذلك لا يضر
عندنا
وعلى قول زفر رحمه الله يبطل قضاء القاضي بافتراقهما قبل القبض لان ما جرى بينهما
صرف
فان تمليك الفضة المكسوة بالذهب والتقابض في المجلس شرط في الصرف ولأجله
يثبت
حكم لربا فيه حتى لا يقوم بجنسه فكذلك يثبت حكم التقابض وبان كان يجبر عليه
في الحكم
لا ينعدم معنى الصرف فيه في حكم التقابض في المجلس كمن اشترى دارا بعبد وفي
الدار

صفائح من ذهب ثم حضر الشفيع وقضى القاضي له بالشفعة بقيمة العبد يشترط قبض
حصّة

الصفائح في المجلس لأن العقد فيه صرف. وحجتنا في ذلك أن استرداد القيمة عند
تعذر رد

العين كاسترداد العين فان القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو قضى القاضي على
الغاصب

برد عين القلب لا يشترط القبض في المجلس فكذلك إذا قضى برد القيمة عند تعذر رد
العين

وهذا لأن الغصب ليس بسب موجب للملك وإنما هو موجب للضمان ثم ثبوت الملك
في

المضمون شرطاً لتقرر حقه في القيمة وشرط الشيء يتبعه وإذا كان باعتبار ما هو الأصل
لا

يجب التقابض فكذلك باعتبار البيع بخلاف البيع فإنه سبب الملك في البدلين وهو نظير
ما

لو قال لغيره أعتق عبدك عنى ألف درهم فقال أعتقت لا يشترط القبول فيه وإن
كان

ذلك شرطاً في البيع إن كان مقصوداً لان اندراج البيع هنا بطريق انه شرط للعتق وبه
فارق الشفعة فالشفيع يتملك الدار ابتداءً بما يعطى من قيمة العبد بدل الدار في حقه
فلوجود المبادلة

مقصوداً شرطنا قبض حصّة الصفائح في المجلس يوضح ما قلنا إن اشتراط القبض في
الصرف للتعين من حيث إن كل واحد من العوضين فيه يجوز أن يكون غير معين في
الابتداء

وهذا لا يوجد في الغصب فالغصب والاستهلاك لا يردان الا على معين فلا معنى
لاشتراط

القبض هنا للتعين ومعنى المبادلة فيه غير مقصودة. يوضحه انه لو انتقض القضاء
بالافتراق

عن المجلس احتاج القاضي إلي اعداته بعينه من ساعته فيكون اشتغالا بما لا يفيد
وكذلك ان

اصطلاحاً على القيمة فهو على الخلاف لأنهما فعلاً بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي
أو رفعا

الامر إليه ولو أجل القيمة عنه شهر أجاز ذلك أيضاً عندنا خلافاً لزفر وقد بينا هذا
الخلاف

في التأجيل في الغصوب والمستهلكات انه يلزمه عندنا خلافاً لزفر فعنده هذا التأجيل

باطل
لمعنيين أحدهما ان قبض القيمة في المجلس عنده واجب والثاني ان بدل المغصوب
والمستهلك
عنده كبديل القرض فلا يثبت فيه الاجل وعندنا قبض القيمة في المجلس ليس بواجب
والقيمة
دين حقيقة وحكما فبالتأجيل يلزم كالثمن في البيع وإذا استهلك إناء من نحاس أو
حديد أو
رصاص كان ضامنا لقيمته دراهم أو دنانير لان الاناء ليس من ذوات الأمثال بخلاف تبر
الحديد والنحاس فهو موزون من ذوات الأمثال فيكون مضمونا بالمثل على المستهلك
وفي
الآنية يقضى القاضي بالقيمة ان شاء من الدراهم وان شاء من الدنانير لان الأشياء بهما
تقوم
وبأيهما قوم هنا لا يؤدي إلى الربا ولكنه ينظر إن كان يباع ذلك بالدراهم يقضى بقيمته

دراهم وإن كان بالدنانير فبالدنانير وكذلك السيف والسلاح وكذلك لو كسره أو هشمه هشما
يفسده فإن كان هشما لا يفسده ضمنه النقصان ان كأن لا يباع وزنا لأنه ليس بمال
الربا حتى
يجوز بيع الواحد منه بالاثنتين يدا بيد مكان كالثوب وقد بينا الفرق بين هذا أو الأواني
المتخذة من الذهب والفضة ان بالصنعة هناك لا تخرج من أن تكون موزونة باعتبار
النص
فيهما والمعتبر فيما سواهما العرف وإذا كسر اناء فضة لرجل واستهلكه صاحبه قبل أن
يعطيه
إياه فلا شئ لصاحبه على الذي كسره لان شرط التضمين تسليم المكسور إليه وقد فوته
بالاستهلاك ولو غصب اناء فضة فكسره وصاغه شيئاً آخر فللمغصوب منه أن يأخذه
عند
أبي حنيفة وعندهما لا يأخذه ولكن يضمه قيمة الأول مصوغا وقد بينا المسألة في
كتاب
الغصب وان غصبه دراهم أو دنانير فإذا بها كان لصاحبها أن يأخذها ان شاء وان شاء
ضمن
الغاصب مثل ما غصبه لأنه بالإذابة ما أحدث فيها صنعة وإنما فوت الصنعة وبه لا يملك
المغصوب كما لو قطع الثوب ولم يخطه وإذا غصب درهما فألقاه في دراهم له فعليه
مثله لأنه خلط
المغصوب بماله خلطاً يتعذر على صاحبه الوصول إلى عينه فيكون مستهلكاً ضامناً لمثله
والمخلوط
يصير مملوكاً له عند أبي حنيفة وعندهما لصاحبه الخيار بين التضمين والشركة وكذلك
الخلاف
في كل ما يخلط وقد بيناه في الغصب وان غصب فضة وسبكها في فضة له حتى
اختلطاً فعليه مثل
ما غصب وكذلك لو غصب دراهم لرجل ودراهم لآخر فخلطهما خلطاً لا يمكن
تمييزه أو سبك
ذلك كله فهو ضامن لمال كل واحد منهما والمخلوط له بالضمان وعندهما لكل واحد
منهما
الخيار بين التضمين والشركة ولو غصب دراهم أو دنانير فجعلها عروة في قلادة فهذا
استهلاك
وعلى الغاصب مثلها لأنه صيرها وصفاً من أوصاف ملكه حتى يدخل في بيع ملكه من
غير

ذكر وقد غضبها مقصودا بنفسه فإذا صار ذلك مستهلكا بفعله وجب عليه ضمان المثل
فهو نظير
الساحة إذا أدخلها الغاصب في بنائه وإذا رد الغاصب أجود مما غضب أو أردأ منه
ورضى به
المغصوب منه جاز لأنه أبراه من صفة الجودة حين رضي بالأردأ ولو أبرأه عن بعض
القدر
جاز فكذلك عن الصفة وفي الأجود أحسن الغاصب في قضاء ما عليه وذلك مندوب
إليه
كما لو أرجح ولا يشترط رضا المغصوب منه بالأجود إلا على قول زفر وقد بيناه في
البيوع
وان غضبه ألف درهم ثم اشتراها منه بمائة دينار ونقده الدنانير والدراهم قائمه في منزل
الغاصب أو مستهلكة فهو سواء وهو جائز أما بعد الاستهلاك فلانه قابض لبدل الدنانير

بذمته وفي حال قيام العين هو قابض لها بيده لأنها مضمونة في يده بنفسها وهذا القبض ينوب عن قبض الشراء وكذلك لو كان الذي غصبه انا فضة وكذلك لو صالحه عنه على مثل

وزنه من جنسه وأعطاه جاز وكذلك لو كان الاناء مستهلكا لان ما أشرنا إليه من المعنى يعم المفصول فان صالحه من الفضة على ذهب بتأخير أو على فضة مثلها بتأخير كان جائزا عندنا

خلافًا لزفر وقد بينا أنه لا فرق بين قضاء القاضي بالقيمة عليه وبين تراضيهما عليه بالصلح

وهذا لان المغصوب في حكم المستهلك إذا كان لا يتوصل إلى عينه فما يقع الصلح عليه يكون

بدل المغصوب المستهلك وليس هذا كالشئ القائم بعينه يبيعه إياه يعني لو كان قائما بعينه قد

أظهره فباعه منه كان هذا صرفا ولا يجوز الا يدا بيد لان حقه في استرداد العين إذا كان قائما بعينه فيبيعه منه بخلاف الجنس يكون معاوضة مبتدأة وإن كان الاناء غائبا عنه فقال

اشتريته منك بنسيئة فاني أكره ذلك إذا وقع عليه اسم البيع كرهت منه ما أكره من الصرف لان البيع مبادلة مال بمال قائم فلفظهما دليل على كون الاناء قائما فلا يختلف الجواب

بكونه حاضرا أو غائبا والقياس في الصلح هكذا الا اني استحسنت في الصلح إذا كان الاناء مغيبا

عنه لأنه ليس في نفس الصلح ما يدل على قيامه وما لا يتوصل إلى عينه فهو مستهلك حكما

أما إذا كان ظاهرا أو هو مقر به فاني أكره الصلح والبيع في ذلك الا على ما يجوز في الصرف

فان ما يجري بينهما صرف بزعمهما فيؤاخذان بأحكام الصرف فيه والله أعلم (باب الصرف في الوديعة)

قال رحمه الله وإذا استودع رجل رجلا ألف درهم فوضعها في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراها منه بمائة دينار ونقد الدينار لم يجز ان يفارقه قبل أن يقبض الوديعة من بيته لان الوديعة أمانة في بيته والقبض المستحق بالعقد قبض ضمان فقبض الأمانة لا ينوب عنه لأنه

دونه بخلاف قبض الغصب ولان يد المودع كيد المودع ألا ترى أن هلاكها في يد المودع

كهلاكها في يد المودع فإذا لم يحدد القبض فيها لنفسه حتى افترقا فإنما افترقا قبل
قبض البديلين*
وان أودعه سيفاً محلي فوضعه في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراه منه بثوب وعشرة
دراهم
ودفع إليه العشرة والثوب ثم افترقا انتقض البيع كله لان السيف في حكم شيء واحد
وقد
انتقض العقد في حصة الحلية بترك القبض في المجلس لأنه صرف فينتقض في الكل لما
في

تميز البعض من البعض في التسليم من الضرر. وكذلك لو اشتراه بسيف محلى فدفعه إليه ولم يقبض الوديعة من بيته حتى افترقا فان حلية السيف بحلية السيف لا يجوز لأنه صرف وقد انتقض ذلك كله لأنه شيء واحد* قال وكان ينبغي أن يكون نصل السيف وحمائله وجفنه بنصل الآخر وحمائله وجفنه فإن كان في حلية أحدهما فضل أضيف ذلك إلى النصل والحمائل وكان ذلك كله بحمائل هذا ونصله ولكن دع هذا وأفسد البيع كله* وحاصل هذا الكلام ان الحلية بمثل وزنها من الحلية ولا تجعل الحلية بمقابلة النصل في العقد لأن العقد في الوجهين صحيح وصرف الجنس إلى خلاف الجنس لترجيح جهة الجواز على جهة الفساد وإذا جاز العقد في الوجهين فإنما يقابل الفضة مثل وزنها وهنا العقد جائز ولكن بالافتراق قبل القبض يفسد وإنما يحتال لتصحيح العقود لا لإلغائها بعد صحتها وإذا فسد العقد في حصة الصرف يفسد فيما بقي أيضا لما يكون على كل واحد منهما من الضرر في تمييز البعض من البعض في التسليم ولو قبض كل واحد منهما قبل أن يفترقا كان جائزا وتكون فضة كل واحد منهما بفضة الآخر وحمائل كل واحد منهما ونصله بحمائل الآخر ونصله فإن كان في الحلية فضل أضيف الفضل إلى الحمائل من الجانب الآخر والنصل وهذا مثل رجل باع لرجل ثوبا ونقرة فضة بثوب ونقرة فضة فالثوب والثوب بالثوب والفضة بالفضة لان الفضة يقابلها في العقد مثل وزنها من الفضة وذلك حكم ثابت بالنص فيكون أقوى من شرط المتعاقدين فإن كان فيه فضل من أحد الجانبين فهو مع الثوب بالثوب الآخر كرجل اشترى نقرة وزن عشرة دراهم وثوبا بشاة وأحد عشر درهما فعشرة بعشرة ودرهم ومساواة بالثوب فان تفرقا قبل القبض انتقض من ذلك عشرة بعشرة وجاز في الشاة والدرهم والثوب لأن العقد في ذلك ليس بصرف

وتمييز
البعض عن البعض ممكن من غير ضرر فالفساد لمعنى طارئ في البعض لا يتعدى إلى
ما بقي
ولو باع ثوبا ودينار بثوب ودرهم فالثوب بحصة من الثوب والدرهم والثوب الآخر
بحصة
من الثوب والدينار لأنهما جنسان قوبلا بجنسين فليس صرف البعض إلى البعض بأولى
من
البعض فللمعاوضة يثبت الانقسام باعتبار القيمة فإذا افترقا قبل التقابض بطلت حصة
الذهب
من الفضة وحصة الفضة من الذهب لأن العقد في ذلك الجزء صرف وجاز البيع في كل
واحد من الثوبين بصاحبه بالحصة التي سميت له ولا خيار له في ذلك لان عيب
التبويض
بفعل كل واحد منهما وهو ترك القبض والتسليم في بدل الصرف فيكون كل واحد
منهما

راضيا بعيب التبعض فلهذا لا خيار لهما في ذلك والله أعلم بالصواب
(باب الصرف في الوزنيات)

قال رحمه الله رجل اشترى من رجل درهما معه لا يعلم وزنه بدرهم مثل وزنه أجود
منه

أو أردأ منه فهو جائز لان شرط الجواز المساواة في الوزن دون العلم بمقدار الوزن ولا
معتبر

بالجودة والرداءة في المساواة المشروطة في العقد وكذلك لو قال بعني بهذا الدرهم
فضة مثل

وزنه لان الفضة تثبت دينا في الذمة وشرط جواز العقد وهو المساواة وزنا موجود. ولو
اشترى مثقالى فضة ومثقالى نحاس بمثقال فضة وثلاثة مثاقيل حديد كان جائزا بطريق
أن

الفضة بمثلها وزنا وما بقي من الفضة والنحاس بالحديد فلا يمكن فيه الربا وكذلك
مثقال صفر

ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص فالصفر بمثله والرصاص بما بقي لان الصفر
موزون

وقد بينا أن الحكم في مال الربا انه يقابل الشئ مثله من جنسه فالحاصل أن حكم الربا
في

الفروع يثبت على الوجه الذي يثبت في الأصل لأنه إنما يتعدى إلى الفرع حكم الأصل
فكما أن في الذهب والفضة تثبت المقابلة بهذه الصفة عند اطلاق العقد فكذلك في

الفروع
وعلى هذا نقول الحديد كله نوع واحد ما يصلح أن يصنع منه السيف وما لا يصلح
كذلك

ولا يجوز الا وزنا بوزن لان الحكم في الفرع يثبت على الوجه الذي يثبت في الأصل
وفي

الذهب والفضة تجعل أنواع النقرة جنسا واحدا البيضاء والسوداء في ذلك سواء وأنواع
الذهب كذلك فكذلك الحديد وان اختلفا قبل التقابض لم يبطل البيع لان الحديد يتعين
بالتعيين بخلاف الذهب والفضة وقد بينا في البيوع الفرق بين الصرف وغيره من البيوع

في
الأموال الربوية في اشتراط القبض وكذلك الرصاص القلعي بالأسرب فهذا رصاص كله
يوزن ولكن بعضه أجود من بعض وبالجودة والرداءة لا يختلف الجنس ولا بأس
بالنحاس

الأحمر بالشبه والشبه واحد والنحاس اثنان يدا بيد من قبيل ان الشبه قد زاد فيه الصبغ
فيجعل زيادة النحاس من أحد الجانبين بزيادة الصبغ الذي في الشبه * قال ولا خير فيه

نسيئة

لأنه نوع واحد و بزيادة الصبغ في الشبه لا يتبدل الجنس ولأنه موزون منفق في المعنى
والوزن بهذه الصفة يحرم النساء ولا بأس بالشبه بالصفير الأبيض يدا بيد الشبه واحد
والصفير
اثنان لما في الشبه من الصبغ ولا خير فيه نسيئة لأنه موزون متفق في المعنى وكذلك

الصففر الأبيض لا بأس به واحدا منه باثنين من النحاس الأحمر لان الصففر الأبيض فيه رصاص قد اختلط به فباعتهاره يجوز العقد ولا خير فيه نسيئة لأنه موزون كله. وان افترقا

في جميع ذلك وهو قائم بعينه ولم يتقابضا لم يفسد البيع لأنهما افترقا عن عين بعين وكل ما لم

يخرج بالصنعة من الوزن في المعاملات لم يبيع بجنسه الا وزنا بوزن سواء لان المصوغ الذي

يباع وزنا بمنزلة التبر. وان اشترى اناء من نحاس برطل من حديد بغير عينه ولم يضرب له

أجلا وقبض الاناء فهو جائز ان دفع إليه الحديد قبل أن يتفرقا لان الحديد موزون فإذا صحبه حرف الباء وبمقابلته عين كان ثمنا وترك التعيين في الثمن عند العقد لا يضر وان تفرقا

قبل أن يدفع إليه الحديد فإن كان ذلك الاناء لا يباع في العادة وزنا فلا بأس به لأنهما افترقا

عن عين بدين وإن كان الاناء بوزن فلا خير فيه لأنه يبيع موزون بموزون والدينية فيه عفو

في المجلس لا بعده وإذا افترقا وأحد العوضين دين فسد العقد كما لو كان أحدهما مؤجلا فلو

قبض الحديد في المجلس ولم يقبض الاناء حتى افترقا لم يفسد العقد لان ما كان دينا قد

تعين بالقبض قبل الافتراق والاناء عين فترك القبض في المجلس فيه لا يضر وكذلك ان اشترى رطلا من حديد بعينه برطلين من رصاص جيد بغير عينه فالعقد فاسد تقابضا في المجلس أو لم يتقابضا لان أحد العوضين مبيع وهو ما لم يصحبه حرف الباء فيكون بائعا ما ليس

عنده لا على وجه السلم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان

ومطلق النهي يوجب الفساد والله أعلم

(باب الصرف في دار الحرب)

قال رحمه الله ذكر عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ربا بين المسلمين

وبين أهل دار الحرب في دار الحرب وهذا الحديث وإن كان مرسلا فمكحول فقيه ثقة والمرسل من مثله مقبول وهو دليل لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في جواز بيع المسلم

الدرهم بالدرهمين من الحربي في دار الحرب وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله
لا
يجوز وكذلك لو باعهم ميتة أو قامرهم وأخذ منهم مالا بالقمار فذلك المال طيب له
عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله. وحجتها حديث ابن
عباس رضي الله عنه
ما أنه وقعت للمشركين جيفة في الخندق فأعطوا بذلك للمسلمين مالا فنهى رسول الله

صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا معنى لقول من يقول كان موضع الخندق من دار
الاسلام
لأنا نقول عندكم هذا يجوز بين المسلم والحربي الذي لا أمان له سواء كان في دار
الاسلام أو
في دار الحرب والمعنى فيه أن المسلم من أهل دار الاسلام فهو ممنوع من الربا بحكم
الاسلام
حيث كان ولا يجوز أن يحمل فعله على أخذ مال الكافر بطيبة نفسه لأنه قد أخذه
بحكم العقد
ولان الكافر غير راض بأخذ هذا المال منه الا بطريق العقد منه ولو جاز هذا في دار
الحرب
لجاز مثله في دار الاسلام بين المسلمين على أن يجعل الدرهم بالدرهم والدرهم الآخر
هبة* وحثنا
في ذلك ما روينا وما ذكر عن ابن عباس رضي الله عنه وغيره ان رسول الله صلى الله
عليه
وسلم قال في خطبته كل ربا كان في الجاهلية فهو موضوع وأول ربا يوضع ربا العباس
بن
عبد المطلب وهذا لان العباس رضي الله عنه بعد ما أسلم رجع إلى مكة وكان يربى
وكان يخفى
فعله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فما لم ينهه عنه دل أن ذلك جائز وإنما جعل
الموضوع
من ذلك ما لم يقبض حتى جاء الفتح وبه نقول وفيه نزل قوله تعالى وذروا ما بقي من
الربا قال
محمد وبلغنا ان أبا بكر الصديق رضي الله عنه قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى ألم
غلبت الروم
قال له مشركو قريش يرون أن الروم تغلب فارس فقال نعم فقالوا هل لك أن تخاطرنا
على
أن نضع بيننا وبينك خطرا فان غلبت الروم أخذت خطرنا وان غلبت فارس أخذنا
خطرك
فخاطروهم أبو بكر رضي الله عنه على ذلك ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره
فقال اذهب
إليهم فزد في الخطر وأبعد في الاجل ففعل أبو بكر رضي الله عنه وظهرت الروم على
فارس
فبعث إلى أبي بكر رضي الله عنه أن تعال فخذ خطرك فذهب واخذه فأتى النبي صلى

الله عليه
وسلم به فأمره بأكله وهذا القمار لا يحل بين أهل الاسلام وقد أجازه رسول الله صلى
الله عليه
وسلم بين أبي بكر رضي الله عنه وهو مسلم وبين مشركي قريش لأنه كان بمكة في
دار الشرك
حيث لا يجرى أحكام المسلمين* ولقي رسول الله صلى الله عليه وسلم ركابة بأعلى
مكة فقال
له ركابة هل لك أن تصارعني على ثلث غنمي فقال صلوات الله عليه نعم وصارعه
فصرعه
الحديث إلى أن أخذ منه جميع غنمه ثم ردها عليه تكريماً وهذا دليل على جواز مثله في
دار
الحرب بين المسلم والحربي وهذا لان مال الحربي مباح ولكن المسلم بالاستئمان
ضمن لهم أن
لا يخونهم وأن لا يأخذ منهم شيئاً الا بطيبة أنفسهم فهو يتحرز عن الغدر بهذه
الأسباب ثم
يتملك المال عليهم بالأخذ لا بهذه الأسباب وهذا لان فعل المسلم يجب حمله على
أحسن

الوجوه ما أمكن وأحسن الوجوه ما قلنا والعراقيون يعبرون عن هذا الكلام ويقولون حل لنا

دماؤهم طلق لنا أموالهم فما عدا عذر الأمان يضرب سبعا في ثمان وتأويل حديث ابن عباس

أنه نهاهم عن ذلك لما رأى فيه من الكبت والغیظ للمشركين ولئلا يظنوا بنا انا نقاتلهم لطمع

المال وأما التاجران من المسلمين في دار الحرب فلا يجوز بينهما إلا ما يجوز في دار الاسلام

لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم وان ذلك يثبت بالاحراز بدار الاسلام ولا ينعدم معنى الاحراز بالاستئمان إليهم ولهذا يضمن كل واحد منهما مال صاحبه إذا أتلفه وإنما يتملك

كل واحد منهما على صاحبه بالعقد الذي باشره ولا يجوز اثبات عقد لم يباشراه بينهما من هبة

أو غيرها وإن كان أسلما ولم يخرج حتى تبايعا بالربا كرهته لهما ولم أرده له وهو قول أبي حنيفة

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يردده والحكم فيها كالحكم في التاجرين أما على أصل أبي

يوسف فقط فظاهر لأنه لا يجوز هذا العقد بين المسلم والحربي فكيف يجوز بين المسلمين

ومحمد يقول مال كل واحد منهما معصوم عن التملك بالأخذ ألا ترى أن المسلمين لو ظهروا

على الدار لا يملكون مالهما بطريق الغنيمة وإنما يتملك أحدهما مال صاحبه بالعقد بخلاف مال

الحربي وأبو حنيفة يقول بالاسلام قبل الاحراز تثبت العصمة في حق الامام دون الاحكام

ألا ترى ان أحدهما لو أتلف مال صاحبه أو نفسه لم يضمن وهو آثم في ذلك وإنما تثبت

العصمة في حق الاحكام بالاحراز والاحراز بالدار لا بالدين لان الدين مانع لمن يعتقده حقا للشرع دون من لا يعتقده وبقوة الدار يمنع عن ماله من يعتقد حرمة ومن لم يعتقده

فلثبوت العصمة في حق الاثم قلنا يكره لهما هذا الصنيع ولعدم العصمة في حق الحكم قلنا لا

يؤمر أن يرد ما أخذه لان كل واحد منهما إنما يملك مال صاحبه بالأخذ فاما إذا ظهر

المسلمون على الدار فإنما لا يملكون مال الذي أسلم لأنه صار محرزا ماله بيده ويده
أسبق إليه

من يد الغانمين فان دخل تجار أهل الحرب دار الاسلام بأمان فاشترى أحدهما من
صاحبه

درهما بدرهمين لم أجز ذلك الا ما أجزه بين أهل الاسلام وكذلك أهل الذمة إذا فعلوا
ذلك لان مال كل واحد منهم معصوم متقوم ولا يملكه صاحبه الا بجهة العقد وحرمة
الربا

ثابتة في حقهم وهو مستثنى من العهد فان النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى نصارى
نجران

من أربى فليس بيننا وبينه عهد وكتب إلى مجوس هجر اما أن تدعوا الربا أو تأذنوا
بحرب

من الله ورسوله فالتعرض لهم في ذلك بالمنع لا يكون غدرا بالأمان وهذا لأنه يثبت

عندنا انهم نهوا عن الربا قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه فمباشرتهم ذلك لا تكون
عن تدين بل لفسق في الاعتقاد والتعاطي فيمنعون من ذلك كما يمنع المسلم. وإذا تباع
أهل
الحرب بالربا في دار الحرب ثم خرجوا فأسلموا أو صاروا ذمة قبل أن يتقابضوا أو
يقبض
أحدهما ثم اختصموا في ذلك أبطلته لان العصمة الثابتة بالاحراز كما تمنع ابتداء العقد
تمنع
القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد والأصل فيه قوله تعالى
وذروا
ما بقي من الربا وسببه مروى عن مكحول قال أسلم ثقيف بشرط أن لا يدعوا الربا
وكان بنو
عمرو بن عوف يأخذون الربا من بنى المغيرة وبنو المغيرة يربون ذلك فلما كان بعد
الفتح
بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضي الله عنه إلى مكة أميرا
فطلب بنو
عمرو بن عوف ما بقي لهم من الربا وأبى ذلك بنو المغيرة فاختلفوا إلى عتاب رضي
الله عنه
فكتب فيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله الآية وكتب بها رسول الله
صلى
الله عليه وسلم إلى عتاب رضي الله عنه وأمره أن يأمرهم بان يدعوا لهم ما بقي من الربا
أو
يستعدوا للحرب فعرفنا ان الاسلام يمنع القبض كما يمنع ابتداء العقد وكذلك لو
اختصموا
بعد التقابض في دار الاسلام فإنهم يؤمرون برد ذلك لان التقابض بعد العصمة بالاحراز
كان باطلا شرعا وكذلك المسلم يبايع الحربي بذلك في دار الحرب ثم أسلم الحربي
وخرج
إلى دارنا قبل التقابض فان خاصمه في ذلك إلى القاضي أبطله وإن كان تقابضا في دار
الحرب
ثم اختصما لم أنظر فيه ويستوى إن كان المسلم أخذ الدرهمين بالدرهم أو الدرهم
بالدرهمين لأنه
طيب نفس الكافر بما أعطاه قل ذلك أو كثر واخذ ماله بطريق الإباحة كما قررنا والله
أعلم

(باب الصرف بين المولى وعبده)

قال رحمه الله وليس بين المولى وعبده ربا لقوله صلى الله عليه وسلم لا ربا بين العبد وسيده ولان هذا ليس ببيع لان كسب العبد لمولاه والبيع مبادلة ملك بملك غيره فأما جعل بعض ماله في بعض فلا يكون بيعا فإن كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضا ولكن

على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه ولا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد وساء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو درهمين بدرهم لان ما أعطى ليس بعوض سواء كان أقل أو أكثر فعليه رد ما قبض لحق

الغرماء وكذلك أم الولد والمدبر لان كسبهما للمولى ولا يجوز أن يشتري من مكاتبه
الا مثل ما
يجوز له مع مكاتب غيره لان المكاتب أحق بمكاسبه وقد صار بعقد الكتابة كالحريدا
وتصرفا في
كسبه فيجرب الربا بينه وبين مولاه كما يجرب بينه وبين غيره الوالدان والولد والزوجان
والقراة
وشريك العنان فيما ليس من تجارتهما والوصي في الربا بمنزلة الأجنب لان المبايعة
تتحقق بين
هؤلاء والمماليك بمنزلة الأحرار في ذلك لأنهم يخاطبون بذلك كما يخاطب الأحرار
فاما
المتفاوضان إذا اشترى أحدهما درهما بدرهمين من صاحبه فليس ذلك منهما بيعا وهو
مالهما كما
كان قبل هذا البيع لأنهما كشخص واحد في التجارة كما يجرب بينهما لا يكون بيعا
والله أعلم
(باب الوكالة في الصرف)
قال رحمه الله وإذا تصارف الوكيلان لم ينبغ لهما أن يفترقا حتى يتقابضا كما لو باشرا
العقد
لأنفسهما لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ولا يختلف في ذلك مباشرته لغيره ومباشرته
لنفسه
ألا ترى أنه يستغنى عن إضافة العقد إلى غيره ولا يضرهما غيبة الموكلين لأنهما من
حقوق
العقد كسائر الأجنب وان وكل رجل رجلين بالصرف لم يكن لأحدهما أن ينفرد به
لأنه
فوض إليهما ما يحتاج فيه إلى الرأي ورأي الواحد لا يكون كراي المثني فان عقدا
جميعا ثم
ذهب أحدهما قبل القبض بطلت حصته وحصه الباقي جائزة كما لو باشرا العقد
لأنفسهما
وان وكلا جميعا رب المال بالقبض أو الأداء وذهبا بطل الصرف لوجود الافتراق من
العاقدين قبل التقابض ورب المال في حقوق العقد كأجنبي اخر وان وكله في أن
يصرف له دراهم
بدنانير فصرفها وتقابضا وأقر الذي قبض الدراهم بالاستيفاء ثم وجد فيها درهما زائفا
فقبله
الوكيل وأقرانه من دراهمه وجحده الموكل فهو لازم للموكل لأنه لا قول للتقابض فيما

يدعى
من الزيادة بعد ما أقر باستيفاء حقه وإنما يردده على الوكيل باقراره واققراره لا يكون
حجة
على الموكل فلهذا كأن لازما للوكيل * قال وان رده القاضي على الوكيل بينة أو بأداء
يمين
ولم يكن القابض أقر بالاستيفاء لزم الأمر وفي هذا نظر فان القابض إذا لم يقر باستيفاء
حقه ولا باستيفاء الجياد فالقول قوله فيما يدعى أنه زيوف لأنه ينكر قبض حقه ولا
حاجة
له إلى إقامة البينة ولا يمين على الوكيل الذي عاقده إنما اليمين عليه فان من جعل القول
قوله
شرعا يتوجه عليه اليمين وإنما يرد إذا حلف لا إذا أتى اليمين فعرفنا أن هذا الجواب
مختل

والصحيح أنه إذا حلف ورده على الوكيل فهو لازم للآمر لأنه رده عليه بغير اختياره فيما هو حجة في حق الأمر. وإذا وكله بان يصرف له هذه الدراهم بدنانير فصرفها فليس للوكيل أن يتصرف في الدنانير لان الوكالة قد انتهت والدنانير المقبوضة أمانة في يده للموكل فلا يتصرف فيها بغير أمر. وان وكله أن يشتري له إبريق فضة بعينه من رجل فاشتره بدرهم أو دنانير جاز على الأمر وجاز ان نواه لنفسه لان مطلق التوكيل بالشراء ينصرف إلى الشراء بالنقد فهو بنيته قصد عزل نفسه في موافقة أمر الأمر وليس له أن يخرج نفسه من الوكالة الا بمحضر من الأمر وان اشتره بشئ مما يكال أو يوزن بعينه أو بغير عينه لم يجز على الأمر لان مطلق التوكيل بالشراء بالنقد وقد بينا ذلك في البيوع فإذا اشتره بشئ آخر كان مخالفاً وكان مشترياً لنفسه فان وكله بفضة له بيعها ولم يسم له الثمن فباعها بفضة أكثر منها لم يجز كما لو باعها الموكل بنفسه ولا يضمن الوكيل لأنه لم يخالف والوكيل إنما يضمن بالخلاف لا بفساد العقد والموكل أحق بهذه الفضة من الوكيل يقبض منها وزن فضته لأنه فضته صارت ديناً على القابض وقد ظفر بجنس حقه من مال المديون فكان له أن يأخذ من ذلك مقدراً حقه والباقي في يد الوكيل حتى يرده إلى صاحبه. وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع تراب فضة فباعه بفضة لم يجز لأنه يقوم مقام الموكل في ذلك فبيعه كبيع الموكل فان علم المشتري ان الفضة في التراب مثل الثمن وزنا فرضيه قبل أن يفترقا جاز ذلك لأنه لا قيمة للتراب والعلم بالمساواة وزنا في المجلس كالعلم به عند العقد وله الخيار في ذلك لينكشف الحال له كمن اشترى شيئاً لم يره ثم رآه فان رده بغير حكم جاز على الأمر بمنزلة الرد بخيار الشرط والرؤية وان تفرقا قبل أن يعلم ذلك فالبيع فاسد لان العلم بالمساواة شرط هذا العقد كالقبض وكما أن القبض بعد الافتراق لا يصلح العقد فكذلك العلم بالمساواة ولو

وكله أن يزوجه امرأة على هذا التراب وهو تراب معدن فزوجه به كان جائزا إن كان فيه عشرة دراهم فضة أو أكثر وكذلك إن كان تراب ذهب وفيه قيمة عشرة دراهم أو أكثر وإن لم يكن فيه عشرة يكمل لها عشرة كما لو فعل الموكل ذلك بنفسه وهذا لان أدنى الصداق عندنا عشرة دراهم وان وكله بأن يبيع له سيفاً محلي فباعه بنسيئة فالبيع فاسد للأجل المشروط في الصرف ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يخالف فالبيع عادة يكون بالنقد والنسيئة وإنما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالفساد وكذلك ان شرط فيه الخيار وباعه بأقل مما فيه نقداً

فهو فاسد كما لو باعه الموكل بنفسه ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يخالفه ولو وكله بحلي ذهب

فيه لؤلؤ وياقوت يبيعه له فباعه بدراهم ثم تفرقا قبل قبض الثمن فإن كان اللؤلؤ والياقوت

ينزغ منه بغير ضرر يبطل البيع في حصة الصرف لعدم القبض في المجلس وجزاز في حصة

اللؤلؤ لتمكن التسليم فيه من غير ضرر والبيع في حقه بيع عين بدين ولا يشترط فيه القبض

في المجلس وان كان لا ينزع إلا بضرر لم يعجز شئ منه لتعذر تسليم المبيع بغير ضرر ألا ترى ان

بيعه ابتداء في هذا الفصل لا يجوز فكذلك لا يبقى بخلاف الأول وان وكله أن يشتري له

فلوسا بدرهم فاشتراها وقبضها فكسدت قبل أن يسلمها إلى الأمر فهي للآمر لأنه بقبض الوكيل صار قابضا فان الوكيل في القبض عامل له وبالقبض ينتهي حكم العقد فيه فالكساد

بعده لا يؤثر فيه ولو كسدت قبل أن يقبضها الوكيل كان الوكيل بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها وقد ذكر قبل هذا أن العقد يفسد بكساد الفلوس قبل القبض استحسانا فقبل التفريع المذكور هنا على جواب القياس وقيل مراده من قوله هناك أن العقد يفسد أنه لا يجبر على قبض الفلوس الكاسدة فاما إذا اختار الاخذ فله ذلك كما فسره هنا فقال

الوكيل بالخيار فإذا أخذها فهي لازمة له دون الأمر الا ان يشاء الأمر من قبل أنها ليست

بفلوس حتى كسدت إنما هي الآن صفر معناه ليست بفلوس رائجة هي ثمن وذلك مقصود

الآمر. وان وكله أن يشتري له عبدا بعينه فاشتراه ثم وجد به عيبا قبل أن يقبضه الوكيل فلو وكيل أن يرده لان الرد بالعيب من حقوق العقد والوكيل فيه كالعاقد لنفسه فما دامت العين

في يده فهو متمكن من ردها بدون استطلاع رأى الموكل فان أخذه ورضيه وكان العيب غير

مستهلك له فهو لازم للآمر وإن كان العيب فاحشا يستهلك العبد فيه لزم الوكيل دون الأمر

استحسن ذلك إلا أن يشاء الأمر وذكر في السير الكبير أن على قول أبي حنيفة رضي الله

عنه العيب اليسير والفاحش فيه سواء وهو لازم للآمر ان اشتراه بمثل قيمته لان أخذه مع العلم بالعيب كشرائه ابتداء مع العلم بالعيب ومن أصل أبي حنيفة رضي الله عنه أن العيب المستهلك لا يمنع الوكيل من الشراء للآمر بمثل قيمة فكذلك لا يمنعه من القبض والرضا به عند الاخذ ومن أصلهما أن ذلك يمنع شراؤه للآمر ابتداء لان الموكل لم يقصد ذلك وهو معلوم عرفا فكذلك رضاه عند الاخذ وهذه مسألة كتاب الوكالة وقد بينا هناك ولئن كانت المسألة في قولهم كما أطلق في الكتاب فوجه ان الرضا بالعيب اليسير

من الوكيل بالشراء ملزم للأمر بخلاف العيب الفاحش فكذلك الرضا بالعيب اليسير يكون ملزماً للأمر بخلاف الرضا بالعيب الفاحش إلا أن يشاء الأمر وإن لم يجد بالبعد عيباً

ولكنه قتل عند البائع فالوكيل بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أجازته كما لو اشتراه لنفسه وهذا لأن المبيع تحول من جنس إلى جنس وتأثير ذلك في اثبات الخيار فوق تأثير العيب فان أجازته كانت القيمة له دون الأمر لان مقصوداً لأمر تحصيل العبد له ولا يحصل ذلك بالقيمة فرضاً الوكيل بها لا يلزم الأمر إلا أن يشاء أخذ ذلك فيكون أحق به من المشتري لأنها بدل ملكه فالملك في العبد بالشراء وقع له إذا رضى أن

يأخذه فهو أحق به وإذا وكله بطوق ذهب يبيعه فباعه ونقد الثمن وقبض الطوق ثم قال المشتري وجدته صغيراً مموها بالذهب فأقر به الوكيل لزم الوكيل لان المشتري غير مقبول

القول فيما يدعى من غير حجة فإنه قبض عين ما يتناوله العقد ثم ادعى بعد ذلك فساد العقد

لسبب لا يعرف في مثله لا يقبل قوله إلا بحجة واقرار الوكيل حجة في حقه دون الأمر غير أن له أن يستحلف الأمر لان الأمر لو أقر بذلك لزمه فإذا أنكر كان له أن يحلفه عليه وان أنكر الوكيل فرده عليه القاضي بالبينة لزم الأمر لان البينة حجة في حق الأمر وكذلك

ان رد عليه باباء اليمين عندنا خلافاً لزفر فإنه يجعل اباء الوكيل اليمين كإقراره بذلك ولكننا

نقول الوكيل مضطر في هذا لأنه لا يمكنه أن يحلف كاذباً وهذه الضرورة له يعمل بها للموكل وكان له أن يرجع به عليه فان وكله أن يشتري له به طوق ذهب بعينه فيه مائة دينار فاشتراه بألف درهم ونقد الثمن ولم يقبض الطوق حتى كسره رجل قبل أن يتفرقا فاجبار الوكيل تضمين الكاسر قيمته مصوغاً من الفضة جاز ذلك على الوكيل لان المعقود

عليه فات واختلف بدلاً والوكيل في اختيار قبض البدل كالعقد لنفسه في حقه ولا يجوز

ذلك على الأمر لان المقصود للأمر تحصيل الطوق له ولا يحصل ذلك بالقيمة وتصرف الوكيل على الأمر إنما ينفذ فيما يرجع إلى تحصيل مقصوده. قال ويبرأ منه بائع الطوق لأنه

حقه تعين في ضمان القيمة في ذمة الكاسر فإذا أخذ الوكيل الضمان من الكاسر يصدق بالفضل إن كان فيه لأنه غرم في الثمن حسن ما عاد إليه فيظهر الربح وهو ربح حصل لا على

ضمانه فيلزمه التصديق به وأكره للمسلم توكيل الذمي أو الحربي بان يصرف له دراهم
أو دنانير
وأجيزه ان فعل لان مباشرة هذا العقد منه تصح لنفسه فكذلك لغيره بأمره ولكنه لا
يتحرز

عن الحرام اما لاستحلاله ذلك أو لجهله به أو قصده إلى توكيل المسلم حراما فلهذا
أكره له
ذلك وإذا وكله أن يصرف له الدراهم فصرفها مع عبد الموكل والوكيل يعلم أو لا يعلم
فلا ضمان
على الوكيل سواء كان على العبد دين أو لم يكن لأنه مال الموكل صرف بعضه في
بعض ولا
يكون الوكيل بتصرفه مفوتا على الموكل شيئا وإذا وكله بألف درهم يصرفها له فباعها
بدنانير
وحط عنه مالا يتغابن في مثله لم يجز على الأمر لأنه في معنى الوكيل بالشراء وكل
واحد من
المتصرفين في العوض الذي من جهده صاحبه مشتر ولان تصرف الوكيل بالشراء
بالمعين إنما
لا ينفذ على الموكل للتهمة فإنه من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالعين أراد أن يلزم
ذلك الموكل
وهذا المعنى موجود هنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه وان صرفها بسعرها عند
مفاوض للوكيل أو شريك له في الصرف أو مضارب له من المضاربة لم يجز لكونه
متهما
في ذلك كما لو صرفها مع نفسه فان من يحصل بتصرف من عامله يكون مشتركا
بينهما وان
صرفها عند تفاوض الأمر لم يجز كما لو صرفها الأمر بنفسه وهذا لأنه لا فائدة في هذا
العقد فما يقبض ويعطى يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند شريك الأمر في الصرف
غير
مفاوض فهو جائز وكذلك مضاربه لان الأمر لو فعل ذلك بنفسه جاز لكونه مفيدا وهو
أنه يدخل به في الشركة والمضاربة ما لم يكن فيه ويخرج به منه ما كان فيه فكذلك
الوكيل إذا
فعل ذلك وإذا وكله بألف درهم يصرفها له وهما في الكوفة ولم يسم له مكانا ففي أي
ناحية من
الكوفة صرفها فهو جائز لان نواحي المصر في حكم مكان واحد ومقصوده أن التوكيل
لا
يتقيد بالسوق لان المقصود سعر الكوفة لا سوق الكوفة وكذلك لو خرج بها إلى
الحيرة
أو إلى البصرة أو إلى الشام فصرفها هناك جاز ولا ضمان عليه لان الأمر مطلق ولا يتقيد
بمكان الا بدليل يفيد به وفيما لاحمل له ولا مؤنة لا يوجد دليل المقيد لان ماليته لا

تختلف باختلاف الأمكنة ففي أي مكان صرفها له كان ممثلاً أمره ولو وكله ببيع عبد له أو عرض له حمل ومؤنة فاستأجر وخرج بها من الكوفة إلى مكة فباعها هناك أجزت البيع لان الامر بالبيع مطلق ففي أي موضع باعه فهو ممثل ولا ألزم الأمر من الآخر شيئاً لأنه لم يأمر بالاستئجار فهو متبرع فيما التزم من ذلك وقال في رواية أبي حفص أجزت البيع إذا باعه بمثل ثمنه في الموضع الذي أمره ببيعه فيه وهذا مستقيم على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما التوكيل بالبيع مطلقاً يتقيد بالبيع بمثل القيمة لو باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع

آخر وعند أبي حنيفة لا يتقيد بذلك إذا باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع آخر
وأعاد هذه
المسألة في كتاب الوكالة وقال في جوابها لم أجز البيع لأنه لم يأمره بالخروج به أتفق
على ذلك
رواية أبي سليمان ورواية أبي حفص وهو الأصح لأنه لو اعتبر مطلق الامر حتى يجوز
بيعه
في مكان آخر لكانت مؤنة النقل إلى ذلك المكان على الموكل كما لو أمره بالبيع في
ذلك
المكان وهذا لان احضار السلعة على البائع ليستوفى الثمن ويسلم المبيع ولا يمكن
ايجاب هذه
المؤنة عليه وربما يبلغ ذلك ثمن السلعة أو يزيد عليه فهذا دليل مقيد لمطلق الامر
بالمصر الذي
يباع فيه المتاع فلهذا لا يجوز بيعه في مكان آخر بخلاف مالا حمل له ولا مؤنة وبمثل
هذا قال
في الكتابين لو ضاع أو سرق قبل أن يبيعه فهو ضامن له وبهذا تبين أنه لا يكون مأذونا
من
جهته في الاخراج إلى ذلك الموضع وكذلك لو خرج به ولم يتفق له بيعه كانت مؤنة
الرد عليه
دون الأمر فعرفنا انه كالعاصب في غير ذلك الموضع وان دفع إليه دراهم يشتري بها
ثوبا سماه
ولم يسم له المكان فاشتراه بغير الكوفة كان جائزا إذا لم يكن له حمل ولا مؤنة لان
الامر بالشراء
وجد مطلقا فان وكله بألف درهم يصرفها له ثم إن الموكل صرف تلك الألف فجاء
الوكيل إلى
بيت الموكل فأخذ ألفا غيرها فصرفها فهو جائز لان التوكيل إنما حصل بالصرف
بدراهم في
الذمة إذ النقود لا تتعين في العقود ألا ترى أنه لو صرف تلك الدراهم كان للموكل أن
يمنعها
ويعطى غيرها فصرف الموكل تلك الألف بنفسه لا يكون تصرفا منه فيما تناوله الوكالة
فلا يوجب عزل الوكيل وكذلك لو كانت الأولى باقية وأخذ الوكيل غيرها فصرفها لان
الصرف انعقد بدراهم في ذمته سواء اضافه إلى تلك الألف أو غيرها فيكون ممثلا أمره
في
ذلك وكذلك الدنانير والفلوس * فان قيل أليس أن تلك الألف لو هلكت بعد التسليم

إلى
الوكيل قبل أن يصرفها بطلت الوكالة ولو لم تتعلق الوكالة بها لما بطلت الوكالة
بهلاكها* قلنا
الوكالة لا تتعلق بعينها حتى لو صرفها ثم هلكت قبل التسليم كان له أن يطالب الموكل
بألف أخرى
فأما إذا هلكت قبل أن يصرفها إنما بطلت الوكالة لمعنى دفع الضرر عن الموكل فربما
يشق
عليه أداء ألف أخرى بعد هلاك تلك الألف ولا ضرر على الوكيل في ابطال الوكالة إذا
هلكت قبل أن يصرفها وهذا لا يوجد إذا كانت قائمة في يد الموكل أو صارف بها
لأنه لا ضرر
عليه في ابقاء الوكالة على الوجه الذي انعقدت في الابتداء وهو الصرف بدراهم في
الذمة
ولو أمره ببيع فضة بعينها أو ذهب بعينه أو عرض من العروض فباع غيره لم يجز له لان

الوكالة تعلقت بتلك العين فإنها أضيفت إليه بعينه وهو مما يتعين بالتعيين في العقد وإذا
وكله

بألف درهم يصرفها له بدنانير فصرفها الوكيل بدنانير كوفية فهو جائز في قول أبي
حنيفة

لان وزن الكوفية كوفية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أما اليوم فان صرفها
بكوفية

مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية اليوم على الشامية الثقال وإنما جاز قبل اليوم فان
صرفها

بكوفية مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية كان على الكوفية المقطعة النقص وهذا
اختلاف عصرنا

فأبو حنيفة أفتى بما كانت عليه المعاملة في عصره وهما كذلك. والحاصل أنه يعتبر في
كل مكان

وزمان ما هو المتعارف لأنه يعلم أن مقصود الموكل ذلك بغالب الرأي ولو قال اشتر
لي بهذه

الدنانير غلة ولم يسم له غلة الكوفة أو بغداد فاشترى له غلة الكوفة جاز وان اشترى له
غير ذلك

من غلة البصرة أو بغداد أو دراهم غير الغلة لا يجوز إلا أن يكون مثل غلة الكوفة لان
الوكيل إنما يصير ممثلاً إذا حصل مقصود الموكل ومقصوده غلة الكوفة فإن كان ما
اشترى

مثل غلة الكوفة فقد حصل مقصوده وان قال له بع هذه الألف درهم بدنانير شامية
فباعها

بالكوفية فإن كانت الكوفية غير مقطعة وكان وزنها شامية فهو جائز على الامر لحصول
مقصوده قال وليس الدنانير في هذا كالدراهم فان مقصوده من شراء الغلة الانفاق في
حوادثه

وإنما يحصل ذلك بغلة الكوفة أو مثلها ومقصوده من الدنانير الربح وذلك يختلف
باختلاف

الوزن فإن كان وزن الكوفية مثل وزن الشامية فقد حصل مقصوده ولو قال بعها بدنانير
عتق

فباعها بالشامية لا يجوز على الأمر لان المقصود لا يحصل بهذا لما للعتق من الصرف
على الشامية

والله تعالى أعلم

(باب العيب في الصرف)

قال رحمه الله وإذا اشترى سيفاً محلياً بدرهم أكثر مما فيه وتقايبضاً وتفرقاً ثم وجد

بالسيف عيبا في نصله أو جفنه أو حمائله أو حليته فله أن يرده لفوات وصف السلامة
المستحقة
له بمطلق العقد فان رده وقبله منه صاحبه بغير قضاء قاض فلا ينبغي له أن يفارقه حتى
يقبض
الثلث لان الرد بعد القبض بغير قضاء قاض كالإقالة من حيث إنه يعتمد التراضي والإقالة
في
الصرف بمنزلة البيع الجديد في وجوب التقابض به في المجلس لان الإقالة فسخ في
حق
المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما فكان بمنزلة البيع الجديد في حق الشرع
واستحقاق

القبض في الصرف من حق الشرع فإذا فارقه قبل التقابض انتقض الرد في حصة الحلية لأنه

صرف وفيما وراء ذلك لان في تمييز البعض من البعض ضررا وله أن يرده عليه بالعيب كما له

ذلك قبل الرد لان ما كان منه ليس بدليل الرضا بالعيب ولو رده بقضاء قاض لم يضره أن

يفارقه قبل قبض الثمن لان الرد بالقضاء فسخ من الأصل فان للقاضي ولاية الفسخ بسبب

العيب وليس له ولاية العقد المبتدأ فهو بمنزلة الرد بخيار الرؤية ولا يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن. ألا ترى أن البائع لو كان اشتراه من غيره كان له أن يرده على بائعه في هذا

الفصل

دون الأول * قال وله أن يؤجره بالثمن لأنه دين له في ذمته بسبب القبض فان عقد الصرف

قد انفسخ والتأجيل صحيح في مثله كبذل الغصب والمستهلك بخلاف بدل القرض فإنه في حكم

العين فإن كان حلى ذهب فيه جوهر مفضض فوجد بالجوهر عيبا فان أراد أن يرده دون الحلبي

لم يكن له ذلك إلا أن يرده كله أو يأخذه كله لان الكل كشيء واحد لما في تمييز البعض

من البعض من الضرر ولان الانتفاع بالبعض متصل بالبعض فهو نظير ما لو اشترى زوج خف فوجد بإحدهما عيبا وهناك ليس إلا له أن يردهما أو يمسكهما وكذلك لو

اشترى خاتم

فضة فيه فص ياقوت فوجد بالفص أو الفضة عيبا ولو اشترى إبريق فضة فيه ألف درهم بألف درهم أو بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجدت الدراهم رصاصا أو ستوقة فردها

عليه

كان له أن يفارقه قبل قبض الثمن وقبل استرداد الإبريق لأن العقد قد انتقض من الأصل حين تبين افتراقهما قبل قبض أحد البدلين فان الستوقة والرصاص ليس من جنس الدراهم

وكذلك الزيوف في قول أبي حنيفة لان عنده إذا رد الكبير بعيب الزيافة ينتقض القبض فيه من الأصل وقد بينا ذلك في السلم وعندهما في الزيوف يستبدله قبل أن يتفرقا من

مجلس

الرد وذكر عن المسور بن مخرمة قال وجدت في المغنم يوم القادسية طشتا لا أدري أشبه هي

أو ذهب فابتعتها بألف درهم فأعطاني بها تجار الحيرة ألفي درهم فدعاني سعد بن أبي

وقاص
رضي الله عنه فقال لا تلمني ورد الطشت فقلت لو كان سهاما قبلتها منى فقال إني
أخاف أن
يسمع عمر رضي الله عنه انى بعثك طشتا بألف درهم فأعطيت بها ألفي درهم فيرى
أنى قد
صانعتك فيها قال فأخذها منى فاتيت عمر رضي الله عنه فذكرت له ذلك فرفع يديه
وقال
الحمد لله الذي جعل رعيتي تخافني في آفاق الأرض وما زادني على هذا وفيه دليل أن
لصاحب الجيش ولاية بيع المغانم وانه ليس له أن يبيع بغبن فاحش وان تصرفه فيه

كتصرف الأب والوصي في مال الصغير ولهذا استرده سعد رضي الله عنه لما ظهر أنه باع بغبن فاحش وفيه دليل على أن الامام إذا بلغه عن عامله ما رضى به من عدل أو هيبة

فعله فإنه ينبغي له أن يشكر الله تعالى على ذلك فان ذلك نعمة له من الله تعالى وكان عمر

رضي الله عنه بهذه الصفة تهابه عما له في آفاق الأرض وذلك لحسن سريرته على ما جاء

في الحديث من خاف الله خاف منه كل شيء* وإذا اشترى الرجل طشتا أو اناء لا يدري ما هو

ولم يشترط له صاحبه شيئا فهو جائز لأن العقد تناول العين والمشار إليه معلوم العين مقدور

التسليم فيجوز بيعه ودل على صحة هذا حديث المسور بن مخرمة* وإذا اشترى اناء فضة فإذا

هو غير فضة فلا بيع بينهما لان المشار إليه ليس من جنس المسمى والعقد إنما يتعلق بالمسمى

لان انعقاده بالتسمية والمسمى معدوم فلا بيع بينهما ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها

رصاص أو صفر وهو الذي أفسدها فهو بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها لان المشار

إليه ليس من جنس المسمى فان مثله يسمى اناء فضة في الناس إلا أنه معيب لما فيه من الغش

فيجوز العقد على المشار إليه بالتسمية ويتخير المشتري للعيب وان كانت رديئة من غير غش

فيها لم يكن له أن يردها لان الرداءة ليست بعيب فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة

وصفة الرداءة بأصل الحلقة ألا ترى ان بالرداءة تنعدم صفة الجودة وبمطلق العقد لا يستحق

صفة الجودة وإنما تستحق السلامة* ولو اشترى سيفاً محلي على أن فيه مائة درهم بمائة درهم

وتقابضا وتفرقا فإذا في السيف مائتا درهم فإنه يرد السيف لفساد العقد بالفضل الخالي عن

المقابلة وهو الجفن والحمايل وان اشترى إبريق فضة بألف درهم على أن فيه ألف درهم

وتقابضا وتفرقا فإذا فيه ألفا درهم كان الخيار للمشتري ان شاء قبض نصفه بألف درهم
لأنه
إنما يكون مشتريا مقدار ما سمي منه وقد تبين أن ذلك نصف الإبريق ولا يمكن أن
يجعل
مشتريا لكل بألف درهم لأنه ربا ولا بألفين لأنه ما التزم الا ألف درهم فجعلناه مشتريا
نصفه بالألف وأثبتنا له الخيار لتبويض الملك عليه فيما يضره التبويض بخلاف السيف
فهناك
لا يمكن تصحيح العقد في نصف الحلية مع السيف لأنه لو صرح بذلك لم يجز العقد
لان الحلية
صفة لا يجوز بيع بعضها دون البعض بخلاف الإبريق ولو كان اشترى الإبريق بمائة
دينار
كان جائزا له كله بالدنانير لان الربا ينعدم عند اختلاف الجنس والإبريق مما يضره
التبويض
فيكون الوزن فيه صفة فإنما يتعلق العقد بعينه إذا أمكن دون الوزن المذكور * وان
اشترى

نقرة فضة بمائة درهم على أن فيها مائة درهم وتقابضا فإذا فيها مائتا درهم كان للمشتري نصفها لا خيار له فيها وكذلك لو اشتراها بعشرة دنانير لان النقرة لا يضرها التبعض فالوزن فيها يكون قدرا لا صفة وإنما ينعقد العقد على القدر المسمى من وزنها بخلاف الإبريق فإنه يضر التبعض فالوزن يكون صفة فيه ألا ترى أن باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل تارة وأخف تارة ولا يتبدل اسم العين وهو الإبريق فكان ذلك كالذرع في الثوب يكون صفة والبيع يتعلق بالعين دون الذرعان المذكورة وعن أبي رافع قال خرجت بخلخال فضة لامرأتي أبيعه فلقيني أبو بكر رضي الله عنه فاشتراه مني فوضعت في كفة الميزان ووضع أبو بكر رضي الله عنه دراهمه في كفة الميزان وكان الخلخال أثقل منها قليلا فدعا بمقراض ليقطعه فقلت يا خليفة رسول الله هو لك فقال يا أبا رافع اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بالذهب والذهب وزنا بوزن والزائد والمستزيد في النار وفيه دليل تحريم الفضل عند اتحاد الجنس وان القليل من الفضل والكثير فيما يضره التبعض أولا يضره سواء وفيه دليل ان مبادلة الفضة بالفضة الكفة بالكفة تجوز وإن لم يعلم مقدارهما لوجود المساواة في الوزن وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فضة فزادت عليها دانقا فوهبه له هبة ولم يدخله في البيع فهو جائز لان المحرم الفضل الخالي عن المقابلة إذا كان مستحقا بالبيع وهذا مستحق بعقد التبرع وهو غير مشروط في البيع ولا يؤثر في البيع فان قيل فلماذا لم يقبله أبو بكر رضي الله عنه قلنا كأنه احتاط في ذلك أو علم أن أبا رافع رضي الله عنه كان وكيلا في بيع الخلخال والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وإن كان السيف المحلي بين رجلين فباع أحدهما نصيبه وهو النصف بدينار من شريكه أو من غيره وتقابضا فهو جائز لان عقد البيع على خالص ملكه وإن كان باعه

من شريكه ونقده الدينار والسيف في البيت ثم افترقا قبل أن يقبض السيف انتقض البيع لان البيع في حصة الحلية صرف وقد افترقا قبل التقابض لان حصة البائع ما كان في يد المشتري فلا يصير قابضا له بالشراء ما لم يسلمها إليه ولا بأس ببيع الفضة جزافا بالذهب أو بالفلوس أو بالعروض لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس * وإذا اشترى سيفاً محلي فضته خمسون درهما بمائة درهم وقبض السيف ونقده من الثمن خمسين درهما ثم افترقا فالبيع جائز لان المنقود ثمن الفضة خاصة فان قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن غير مستحق والمعاوضة لا تقع بين المستحق وغير المستحق بل يجعل النقود ثمن المستحق خاصة فالافتراق

وجد بعد التقابض في المجلس في حصة الصرف وكذلك لو أجله في الخمسين الباقية إلى شهر لأنه ثمن مبيع لو أبرأه عنه جاز فكذلك إذا أجله فيه وكذلك لو كان الثمن عشرة دنانير فنقد منها

حصة الحلية وصالحه من الباقي على دراهم أو على ثوب وتقابضا فهو جائز لان الباقي ثمن المبيع

والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز والله أعلم

(باب الصلح في الصرف)

قال رحمه الله رجل اشترى عبدا بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالعبد عيبا فأقر البائع به أو أنكره ثم صالحه على دينار وتفرقا قبل القبض فالصلح جائز لان ما وقع عليه الصلح حصة الجزء الفائت بالعيب وإنما استرده لفساد العقد فيه بفوات ما يقابله والقبض

في المجلس ليس بشرط في مثله وإن كان الدينار أكثر من قيمة العيب أو أقل فهو فاسد لأنهما قدرا حصة العيب به واليهما ذلك التقدير كما كان التقدير في أصل بدل العبد إليهما

ولأنه لما صالحه على دينار فكان بائع العبد حط من الثمن العبد الدينار فان الفائت بالعيب

وصف والثمن لا يقابل الوصف والحط تارة يكون بسبب العيب وتارة يكون لا بسبب العيب

يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد يلزمه رد قدر المحطوط دينا في ذمته ولا يضرهما

ترك القبض فيه في المجلس ويصح التأجيل فيه أن أجله. ولو صالحه على دراهم مسماة وقبضها

قبل أن يتفرقا جاز وان افترقا قبل القبض انتقض الصلح أما على الطريق الأول فما وقع عليه الصلح من الدراهم يكون بدلا عن حصة العيب وذلك من الدنانير ومبادلة الدراهم بالدنانير يكون صرفا وعلى الطريق الثاني إنما يصح بطريق الحط والحط من الثمن وهو الدنانير فالدراهم بدل عنه ثم ما وقع عنه الصلح كان دينا فإذا لم يقبض بدله حتى افترقا كان دينا

بدين فإذا بطل الصلح استقبل الخصومة في العيب كما كان عليه قبل الصلح لان الصلح مع

الانكار لا يتضمن الاقرار بالعيب وكذلك ان ضرب للدراهم أجلا ثم فارقه قبل أن يقبضها

أو اشترطا في الصلح خيارا ثم افترقا قبل أن يبطل صاحب الخيار خياره وإذا ادعى على

رجل
مائة درهم فأنكره أو أقر به ثم صالحه منها على عشرة دراهم حاله أو إلى أجل أو
بشرط خيار ثم
افترقا فالصلح جائز لأن صحة هذا العقد بطريق الإبراء دون المبادلة في الإبراء
محسنا من
وجهين بترك ما زاد على العشرة وبالتأجيل في العشرة وإن صالحه على خمسة دنانير ثم
افترقا قبل أن

يقبضها انتقض الصلح لان صحة هذا الصلح باعتبار المبادلة لان ما وقع عليه الصلح ليس من جنس الدين ومبادلة الدراهم بالدنانير صحيحة بشرط القبض في المجلس فيبطل بالافتراق قبل القبض وكذلك ان كانت إلى أجل أو فيها شرط خيار وافتراقا على ذلك فهو فاسد لأن العقد صرف أما عند اقرار المدعى عليه فلا اشكال وكذلك عند جحوده لان صحة الصلح مع الانكار بناء على زعم المدعى وإذا ماتت المرأة وتركت ميراثا من رقيق وعروض وحلى وذهب وتركت أباهما وزوجها وميراثها عند أبيها فصالح زوجها من ذلك على مائة دينار ولا يعلم مقدار نصيبه من الذهب فالصلح باطل لجواز أن يكون نصيبه من الذهب هذا المقدار أو أكثر فيبقى نصيبه من سائر الأشياء خاليا عن المقابلة وكذلك لو صالح على خمسمائة درهم ولا يعلم أن نصيبه من الفضة أكثر منها أو أقل وان صالحه على خمسمائة درهم وخمسين دينارا وتقابضا قبل أن يفترقا جاز ذلك لأنه وإن كان نصيبه في كل واحد من النقدين فوق هذا المقدار فتصحیح العقد ممكن بان يجعل ما أخذ من الذهب بالفضة وحصته من العروض وما أخذ من الفضة بالذهب وحصته من العروض وان تفرقا قبل أن يقبض شيئا انتقض الصلح لوجود الافتراق والميراث قبل القبض في عقد الصرف فان قبض الزوج الدراهم والدنانير ثم افترقا والميراث في منزل الأب انتقض من الصلح حصة الذهب والفضة لان الأب بيده السابقة لا يصير قابضا ما كان حصة الزوج من الذهب والفضة لان يده كانت يد أمانة والعقد فيها صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وفيما سوى ذلك العقد يبيع فلا يبطل بترك قبض المعقود عليه في المجلس وان قبض الأب ذلك وقبض الزوج بعض الدراهم والدنانير فإن كان ما قبض بقدر حصة الذهب والفضة فالصلح ماض لما بينا أن المقبوض مما كان قبضه مستحقا في

المجلس
وهو حصة الذهب والفضة وإن كان النقد أقل من ذلك بطل من الذهب والفضة حصة
ما لم ينقد وجاز في حصة ما انتقض اعتبارا للبعض بالكل وجاز ما سوى ذلك من غير
الحلي
لأن العقد فيه بيع لا صرف وإذا ادعى الرجل سيفاً محلياً بفضة في يد رجل فصالحه منه
على
عشرة دنانير وقبض منها خمسة دنانير ثم افترقا أو اشترى بالباقي منه ثوباً قبل أن يتفرقا
وقبضه فإن كان نقد من الدنانير بقدر الحلية وحصلها فالصلح ماض لأن النقود حصة
الحلية
فإن قبضه مستحق في المجلس والباقي حصة السيف وترك القبض فيه لا يضر
والاستبدال
به قبل القبض صحيح وإن كان نقد أقل من حصة الحلية فالصلح فاسد لأن بقدر ما لم
ينقد من

ثمن الحلية يبطل الصلح فيه والكل في حكم شئ واحد فإذا بطل العقد في بعضه بطل في كله

وشراء الثوب فاسد أيضا لأنه دخل بعض ثمن الحلية فيه والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز فإذا بطل في ذلك الجزء بطل في الكل وهذا على الأصل الذي قلنا إن الصلح

على الانكار مبنى على زعم المدعى. وإذا اشترى لرجل إبريق فضة فيه ألف درهم بمائة دينار وتقابضا

ثم وجد بالإبريق عيبا فله أن يرده لفوات ما صار له مستحقا بعقد المعاوضة وهو السلامة

عن العيب فان صالحه البائع على دينار وقبض فهو جائز وإن كان الدينار أقل أو أكثر من

قيمة العيب في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا كان الفضل مما لا يتغابن

الناس في مثله فهو غير جائز وهذا بناء على مسألة كتاب الصلح عن المغصوب المستهلك على

أكثر من قيمته يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولا يجوز عندهما لان عندهما الحق في

القيمة وهي مقدرة شرعا فالفضل على ذلك يكون ربا الا انه لا يتيقن بالفضل فيما يتغابن

الناس في مثله لان ذلك يدخل من تقويم المقومين فهنا أيضا حقه في بدل الجزء الفائت فإذا صالحه على أكثر من ذلك القدر بما لا يتغابن الناس في مثله كان الفضل ربا وعند

أبي حنيفة رضي الله عنه يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن أصل ملكه وإن كان مستهلكا فكذلك هنا يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن الجزء

الفائت الذي استحقه بالعقد ولا ربا بين الدراهم والدنانير ولأنه يصح الصلح بطريق الحط وهو أن يجعل كأنه حط من ثمن الإبريق هذا المقدار ولكن الأول أصح لان

القبض

في المجلس شرط وإنما يشترط ذلك إذا جعلنا بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت حتى

لا يكون دينا بدين وان صالحه على عشرة دراهم فهو جائز. وان كانت الدراهم أكثر من

قيمة العيب عندهم جميعا لان حصة العيب من الذهب ولا ربا بين الدراهم والدنانير وهذا

على قولهما ظاهر وكذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه في الفصل الأول إنما

يجعل بدل
الصلح عوضا عن الجزء الفائت لتصحيح العقد وتصحيح العقد هنا في أن يجعل عوضا
عما يخص الجزء الفائت من الذهب والفضة ويشترط القبض فيه قبل الافتراق فان افترقا
قبل
القبض أو على شرط أجل أو خيار بطل الصلح لكون العقد صرفا بينهما وان ادعى على
رجل
عشرة دراهم وعشرة دنانير فأنكر ذلك المدعى عليه أو أقر ثم صالحه على خمسة
دراهم نقدا
أو نسيئة فهو جائز لان صحة هذا العقد بطريق الإبراء وهو أنه أبرأه عن جميع الدنانير

ونصف الدارهم ثم أجله في الباقي من الدراهم فيكون الاحسان كله من جانبه وذلك
جائز
* قال وان اشترى قلب ذهب فيه عشرة دنانير بمائة درهم وتقابضا واستهلك القلب أو
لم يستهلكه
ووجد به عيبا قد كان دلسه له فصالحه على عشرة دراهم نسيئة فهو جائز لان صحة
هذا الصلح
بطريق الحط أو بطريق أن ما وقع عليه الصلح حصة العيب فيكون ذلك دينا على البائع
واجبا
بالقبض دون عقد الصرف والتأجيل صحيح في مثله * ولو صالحه على دينار لم يجز إلا
أن
يقبضه قبل التفرق لان الدينار عوض عن حصة العيب وذلك من الدراهم فيكون صرفا
فيشترط القبض فيه قبل التفرق وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا
ثم وجد في القلب هشما ينقصه فصالحه من ذلك على قيراطي ذهب من الدينار على أن
زاده
مشتري القلب ربع حنطة وتقابضا فهو جائز لان ما زاد مشتري القلب يلتحق بأصل
العقد
وما زاد الآخر من القيراطين يكون حط بعض البدل وذلك جائز من كل واحد منهما
ويجعل
بعض القيراطين ثمن الحنطة وبعضه بحصة العيب وذلك جائز وان كانت الحنطة بعيبها
وتفرقا
قبل التقابض فهو جائز أيضا لان في حصة الحنطة افترقا عن عين بدين وفي حصة العيب
وجوب الرد بحكم القبض دون العقد فلا يضرهما ترك القبض في المجلس وان تقابضا
ثم وجد
في الحنطة عيبا ردها ورجع بثمنها ومعرفة ذلك أن يقسم القيراطان على قيمة الحنطة
وقيمة
العيب فما يخص قيمة الحنطة فهو ثمن الحنطة يرجع به والله أعلم
(باب الصرف في المرض)
قال رحمه الله مريض باع من أبيه دينارا بألف درهم وتقابضا قال لا يجوز ذلك عند
أبي حنيفة رضي الله عنه لان نفس البيع من وارثه وصية له عند أبي حنيفة رحمه الله ولا
وصية للوارث وعندهما مضى الوصية في الحط لا في نفس البيع كما في حق الأجنبي
فإذا
كان البيع بمثل القيمة أو أكثر فلا وصية فيه ولا تهمة وبيان هذا يأتي في كتاب الشفعة
إن شاء الله تعالى * ولو اشترى من أبيه ألف درهم بمائتي دينار فان أجاز ذلك بقية

الورثة

فهو جائز لان المانع من الوصية للوارث حق الورثة فان أجازوا ذلك جاز وان ردوا فهو مردود كله في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء الابن
أخذ مثل قيمة الدراهم من الدينير وان شاء نقض البيع لان الوصية عندهما بالمحابة فيبطل

ذلك بالرد من جهة الورثة ويتخير الابن لأنه ما رضي بزوال ملكه في الدراهم حتى
يسلم له
الدنانير كلها فإذا لم يسلم تغير عليه عقده فإن شاء رضى به وان شاء نقض البيع وسوى
هذا
رواية أخرى عنهما أن أصل العقد يبطل إذا حابى المريض وارثه بشئ ويأتي بيان ذلك
في الشفعة
ان شاء * الله تعالى * وإذا باع المريض ألف درهم بدينار وتقابضا ثم مات المريض
والدينار عنده
ولا مال له غير ذلك فللورثة أن يردوا ما زاد على الثلث لان المحاباة في المرض تبرع
بماله بمنزلة
الوصية فإنما يجوز من ثلثه ولا يزيد على الثلث فيبطل ذلك إذا لم تجز الورثة ثم يتخير
المشترى
فإن شاء أخذ ثلث الألف كاملا بطريق الوصية وما بقي قيمة الدينار بطريق المعاوضة
لان
الدينار في يد الورثة ويرد عليهم ما بقي من الألف وان شاء أخذ ديناره ويرد ألفا لأنه ما
رضي
ان يتملك عليه ديناره حتى يسلم له جميع الألف ولم يسلم وإذا اختار أخذ ديناره فلا
شئ له من
الألف بطرق الوصية لان الوصية بالمحاباة كانت في ضمن عقدا لصرف وقد بطل العقد
فيبطل به ما في قيمته أيضا. وإن كان المريض قد استهلك الدينار كان للمشترى أن
يأخذ قيمة
الدينار من الألف بجهة المعاوضة وثلث ما بقي من الألف بطريق الوصية ولم يجزه هنا
لان
الدينار مستهلك فلا فائدة في اثبات الخيار له لأنه لا يعود إليه ما خرج من ملكه بعينه
وكذلك لم يعطه بالوصية ثلث الألف كاملا هنا بخلاف الأول لان هناك الدينار
مستهلك
فلو أعطيناه بالوصية ثلث الألف كاملا لا يسلم للورثة ضعف ذلك فلهذا قال يأخذ قيمة
الدينار من الألف أولا ثم له بالوصية ثلث ما بقي وكذلك إذا باع المريض سيفا قيمته
مائة
درهم وفيه من الفضة مائة درهم وقيمة ذلك كله عشرون دينارا بدينار وتقابضا فأبث
الورثة
أن يجيزوا كان للمشترى الخيار ان شاء أخذ قدر قيمة الدينار من السيف وحليته وثلث
السيف تاما بعد ذلك وان شاء رد كله وأخذ ديناره لان المريض حاباه بأكثر من ثلث

ماله
وهذا وما سبق في التخريج سواء وما تختص به هذه المسألة قيمة الدينار له من السيف
والحلية جميعا لان الكل كشيء واحد لا يتأتى اثبات المعاوضة في أحدهما دون الآخر
وإن كان
المريض قد استهلك الدينار كان المشتري بالخيار هنا ان شاء أخذ دينارا مثل ديناره
ورد البيع فيكون ذلك دينا في تركة الميت ويبيع السيف حتى ينقد الدينار وان شاء
كان له
من السيف وحليته قيمة الدينار وثلاث ما بقي لان السيف مما يضره التبعض فيثبت
الخيار
لما لحقه من عيب التبعض وإن كان الدينار مستهلكا لان المعقود عليه وهو السيف
قائم يمكن

فسخ العقد فيه بخلاف الأول فالتبعض في الألف الأول ليس بعيب فلهذا لم يجعل له الخيار بعد ما استهلك الدينار وإن كان المشتري أيضا قد استهلك ما قبضه جاز له منه قيمة الدينار وثالث الباقي وغرم ثلثي الباقي للورثة لان فسخ العقد تعذر باستهلاك المعقود عليه فعليه ضمان حصة الورثة من ذلك وهو قيمة ثلثي الباقي وغرم ثلثي الباقي بعد قيمة الدينار لأنه لو كان قائما كان لهم حق استرداد ذلك منه فإذا كان مستهلكا فهو غارم قيمة ذلك لهم * مريض له

تسعمائة درهم ولا مال له غيرها فباعها بدينار وقبضه وقبض الآخر مائة درهم وتسعمائة ثم افترقا ومات المريض والمال قائم والدينار قيمته تسعة فإجازة الورثة وردهم هنا سواء وله المائة الدرهم بتسع الدينار ويرد عليه ثمانية اتساع الدينار لان عقد الصرف قد بطل في

ثمانية اتساع الدينار بترك قبض ما يقابله في المجلس وإنما بقي العقد في مقدار المائة والوصية بالمحابة كانت في ضمن العقد وإنما يبقى فيما بقي فيه العقد وهو المائة وذلك دون ثلث مال الميت فلا حاجة فيه إلى إجازة الورثة فإن لم يكن قبض شيئا رد عليه ديناره بعينه لأن العقد

قد بطل بالافتراق قبل التقابض فيرد عليه ديناره ولا شيء له من الوصية لأنها بطلت ببطلان

العقد وإن لم يتفرقا حتى زاد المشتري تسعة وخمسين دينارا وتقابضا فهو جائز كله لان ما زاد

يلتحق بأصل العقد فيصير كأنه في الابتداء إنما باعه بستين دينارا فتكون المحابة بقدر الثلث

من ماله وذلك جائز. قال الحاكم رحمه الله وإنما صح جواب هذه المسألة إذا زيد في سؤالها

ان قيمة الدينار عشرة دراهم وهو كما قال فان حق الورثة في ستمائة درهم لان جملة مال

المريض تسعمائة وإنما تكون المحابة بقدر الثلث إذا كانت قيمة كل دينار عشرة وإن كان

المريض وكل وكيلا فباعها من هذا الرجل بدينار ثم مات المريض قبل أن يتقابضا فقال

المشترى أنا آخذ تسعمائة بتسعين دينارا قبل أن يتفرقا فله ذلك لان البيع قد وجب له
قبل
موت الميت ولم يتفرقا فلم يبطل بموت الموكل بعد ذلك والمعتبر بقاء المتعاقدين في
المجلس
فإذا أراد المشتري إلى تمام تسعين دينارا للحق ذلك بأصل العقد وانعدمت المحاباة
وكان ذلك
سالما له وإذا اشترى من المريض ألف درهم بمائة درهم وتقابضا ثم مات المريض من
مرضه
فهذا ربا وهو باطل من الصحيح والمريض جميعا وللذي أعطى المائة أن يمسك المائة
من
الألف بمائة ويرد الفضل لان حقه في المائة التي أعطى وقد صار دينا والذي في يده
مال
الميت فيكون له أن يمسك من ذلك مقدار حقه ويرد الفضل ولا وصية له هنا لان
الوصية

في ضمن العقد والعقد باطل وإن كان أعطى من المائة ثوبا أو دينارا كان ذلك بيعا صحيحا
على أن تكون المائة بمائة والباقي بإزاء الثوب والدينار وان مات المريض وأبت الورثة
أن يجيزوا يخير صاحب الدينار والثوب فإن شاء نقض البيع لتغير شرط عليه وان شاء كان له
من الألف مائة مكان مائة وقيمة الدينار أو العرض بطريق المعاوضة وثلث الألف بطريق
الوصية إذا كان الدينار والألف قائمة في يد الورثة كما بينا وإذا كان للمريض إبريق
فضة فيه مائة درهم وقيمته عشرون دينارا فباعه بمائة درهم وقيمتها عشرة دنانير ثم مات وأبت
الورثة أن يجيزوا فالمشتري بالخيار ان شاء رده لتغير شرط عقده عليه وان شاء أخذ ثلثي
الإبريق بثلثي المائة وثلثه للورثة لان الوصية بالمحاباة إنما تنفذ في مقدار الثلث ويتعذر هنا
جعل شئ من الإبريق له بطريق الوصية واعتبار المفاوضات فيما بقي لان ذلك يؤدي إلى الربا لان
مبادلة الدراهم بجنسها لا يجوز الا وزنا بوزن ولا قيمة للصنعة والجودة في هذه المبادلة إلا
أنها متقومة في حق الورثة لان لها قيمة تبعا للأصل ولا يملك المريض اسقاط حق الورثة
عنها مجانا فإذا تعذر الوجهان كان الطريق ما قال لان حق الورثة في ثلثي مال المريض وماله
عشرون دينارا وثلثاه ثلاثة عشر وثلث فإذا أخذ الورثة ثلث الإبريق وقيمة ذلك ستة
دنانير وثلثا دينار وأخذوا ثلثي المائة وقيمة ذلك ستة دنانير وثلثا دينار حصل لهم ثلاثة عشر
دينارا وثلث كمال حقهم وسلم للمشتري ثلثا الإبريق وقيمته ثلاثة عشر دينارا وثلث بثلثي
المائة وقيمته ستة وثلثان فيسلم له بطريق الوصية ثلث مال المريض ستة دنانير وثلثا دينار وقد
سلم للورثة ضعف ذلك فيستقيم الثلث والثلثان والله أعلم
(باب الإجارة في عمل التمويه)
قال رحمه الله وإذا دفع لجاما أو حرزا إلى رجل ليموهه له بفضة وزنا معلوما يكون

قرضا على الدافع ويعطيه اجرا معلوما فهو جائز ويلزمه الاجر والقرض لأنه استقرض منه
الفضة وأمره بان يصرفها إلى ملكه فيصير قابضا لها بابطاله تملكه وعليه مثلها ثم
استأجره
لعمل معلوم ببدل معلوم وقد أوفى العمل فله الاجر وان اختلفا في مقدار ما صنع من
الفضة
فالقول قول رب اللجام مع يمينه لان الصانع يدعى زيادة فيما أقرضه وهو ينكر ذلك
ويحلف
على عمله لأنه استحلاف على فعل الغير فان قال موه بمائة درهم فضة على أن أعطيك
منها

أجر عملك ذهباً عشرة دنائير بذلك كله وتفرقا على ذلك كله فهو فاسد لأن العقد في
حصّة
الفضة صرف ولم يوجد القبض في المجلس فكان فاسداً فإن عمله كان له فضة مثل
وزنها لأنه
صار قابضاً للفضة حين اتصلت بملكه باذنه بسبب عقد فاسد وقد تعذر رد عينها فعليه
رد
مثلها وكان له أجر مثل عمله من الدنائير لا يجاوز به ما سمي أي تقسم الدنائير على
أجر مثله وعلى
المائة الدرهم فتعتبر حصّة أجر مثله من الدنائير لأن العقد واحد ولما فسد في حصّة
الصرف فسد
في الإجارة أيضاً ويلزمه أجر مثله وعلى المائة الدرهم فيعتبر حصّة أجر مثله هكذا ذكر
الحاكم
رحمه الله وهو مشكل لأن فساد العقد في حصّة الصرف طارئ بالافتراق قبل القبض
وذلك
لا يوجب فساد الإجارة * قال رضي الله عنه وقد تأملت في الأصل فوجدته يعتبر أجر
المثل
لبيان الحصّة فإنه يقول وكان له مقدار أجره من الدنائير لأنه إذا قسمت الدنائير على
أجر
مثله وعلى المائة درهم فعلمت أنه حكم بصحة العقد في حصّة الإجارة واعتبر أجر
المثل للانقسام
ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد في حصّة الإجارة واعتبر أجر المثل
للانقسام ثم
جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد وان دفع إليه ثوباً يكتب عليه كتاب بذهب
معلوم
باجر معلوم من الفضة في ذلك فهو فاسد لأن العقد في حصّة الذهب صرف وكذلك
لو
شرط عليه أجرة وثمانه ذهباً فإن ذهب الكتابة يكون مبيعاً لا مستقرضاً لأنه سمي ما
يقابله
ثماناً فيكون العقد فيه صرفاً أيضاً فإن قال أقرضني مثقال ذهب واكتب به على هذا
الثوب
كذا وكذا على أن أعطيك أجرك نصف درهم أو قيراط ذهب فهو جائز لأنه مستقرض
للدنار وهو قابض له لاتصاله بملكه فكأنه قبضه بيده ثم استأجره لعمل معلوم ببدل
معلوم *

وإذا دفع إليه عشرة دراهم فضة وقال أخلط فيها خمسة دراهم فضة تم صنعها قلبا ولك
كذا ففعل فهو
جائز لأنه استقرض منه قدر خمسة دراهم فضة وقد صار قابضا لها بالاختلاط بملكه ألا
ترى
أنها لو هلكت بعد الخلط هلكت من مال الأمر ثم استأجره للعمل في ملكه ببدل معلوم
وهذا بخلاف ما إذا لم يدفع إليه فضة وقال صنع لي من عندك عشرة دراهم فضة قلبا
على أن
أعطيك أجر كذا فهو باطل لان فضة العامل في يده ألا ترى أنها لو هلكت تكون من
ماله فيكون
فيه عاملا لنفسه ولو اختلفا فقال الدافع كانت فضتي اثني عشر درهما وأمرتك أن تزيد
فيها ثلاثة
فقال المدفوع إليه بل كانت عشرة وأمرتني فزدت خمسة وفي القلب خمسة عشر
فالقول قول
المدفوع إليه أنه زاد خمسة لان الخلاف في مقدار ما دفع إليه من الفضة فالدافع يدعى
عليه الزيادة

والمدفوع إليه ينكر فأقول قوله مع يمينه ثم المدفوع إليه يدعى أنه أمره أن يزيد فيها
خمسة
والدافع ينكر الامر فيما زاد على الثلاثة فالقول قوله فيها مع يمينه فتبين انه زاد درهمين
فوق
ما أمره به فكان مخالفا لامره ضامنا للدافع مثل فضته فيكون له ذلك لأنه أقام العمل
المشروط
عليه وزاد فإذا رضى بالزيادة استوجب العامل كمال اجره ولو كان القلب محشوا لا
يعلم وزنه
ولا يعرف واتفقا انه أعطاه عشرة وأمره أن يزيد فيه خمسة فقال الدافع لم تزد فيه شيئا
وقال
العامل قد زدت فيه خمسة فالقول قول الدافع لأنه ينكر القبض بحكم القرض فإن شاء
العامل
سلم القلب له وأعطاه الأمر من الاجر بحساب ذلك وان شاء أعطاه فضة مثل فضته لان
اليد له فيه فله أن لا يخرج القلب من يده إذا كان ما زاد فيه وهو الخمسة بزعمه لا
تصل إليه
فإذا احتبس عنده ضمن للدافع فضة مثل فضته بعد أن يحلف الآخر ما يعلم أنه زاد فيه
خمسة لأنه لو أقر بذلك لزمه فإذا أنكر فيستحلف عليه ولو اتفقا على أنه زاد فيه خمسة
فقال
الأمر كانت فضتي بيضاء وأمرتك أن تزيد فيها فضة بيضاء وقال العامل كانت سوداء
وأمرتني أن أزيد فيها فضة سوداء فالقول قول العامل لان الاختلاف في صفة المدفوع
إليه
ولو اختلفا في مقداره فالقول قوله فكذلك في صفته وان اختلفا في الاجر في المقدار
بان قال الدافع عملته بغير أجر فالقول قول الدافع لانكاره وجوب الاجر في ذمته أو
الزيادة
على ما أقر به * رجل اشترى من رجل عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجدها زيوفا
بعد
ما تفرقا فاستبدلها منه ثم استحق تلك الدراهم الزيوف لم يبطل العقد لأنه حين استبدلها
بالجياذ قبل أن يستحق وإنما استقر حكم العقد على الجياذ دون الزيوف المردودة
واستحقاق
ما ليس فيه حكم العقد لا يؤثر في العقد وهذا إنما يتأتى على قولهما وكذلك عند أبي
حنيفة إن كان
الرد بعيب الزيادة والاستبدال به قبل افتراقهما عن مجلس العقد أو بعد الافتراق
والمردود قليل * رجل استقرض من رجل كر حنطة وقال اطحنها لي بدرهم فطحنها

قبل أن
يقبضها كان هذا باطلا ولا أجر له لان المستقرض لم يصر قابضا وإنما طحن صاحب
الحنطة
حنطة نفسه فلا يستوجب الاجر على غيره ولكن ان أعطاه الدقيق فعليه دقيق مثله لأنه
إنما
أقرضه الدقيق * ولو دفع إليه كر حنطة وقال أقرضني نصف كر واخلطه به ثم اطحنها
لي
بنصف درهم كان هذا جائزا لأنه صار قابضا لما استقرضه بالاختلاط يملكه بأمره
فيكون
الطحان عاملا له في حنطته فيستوجب الاجر * ولو دفع إليه لجاما وذهبا فقال موهه به
وما

فضل فهو لك أجر لم يجز لجهالة مقدار الاجر فان عمله كان له أجر مثله لاستيفاء المنفعة بعقد فاسد وما بقي من الذهب فهو مردود على صاحبه * ولو اشترى قلب فضة بدينار ودفع الدينار ثم إن رجلا أحرق القلب في المجلس فللمشتري الخيار لتغير المعقود عليه فان اختار امضاء العقد واتباع المحرق بقيمة القلب من الذهب فان قبضه منه قبل أن يفارق المشتري البائع فهو جائز لان قبض بدل القلب في المجلس كقبض عينه ويتصدق بالفضل على الدينار وإن كان فيه لأنه ربح حصل لا على ضمانه وان تفرقا قبل أن يقبض القيمة بطل الصرف وعلى البائع رد الدينار واتباع المحرق بقيمة القلب في قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال لا يبطل الصرف بافتراقهما بعد اختيار المشتري تضمين المحرق قبل القبض منه وهو وقول أبي حنيفة كقول أبي يوسف الآخر رحمهما الله وإن لم يذكره هنا فقد نص عليه في نظيره في الجامع إذا قتل المبيع قبل القبض فان اختار المشتري تضمين القاتل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله يصير قابضا بنفس الاختيار حتى لو نوى ذلك على القاتل يكون من مال المشتري وفي قول أبي يوسف الأول هو قول محمد رحمهما الله لا يصير قابضا بنفس الاختيار ووجه هذا القول أن قبض بدل الصرف لا يكون الا بعين تصل إلى يده وكذلك قبض المبيع إذا كان عينا وباختياره تضمين المحرق والقاتل لا تصل يده إلى شئ فلا يصير قابضا لان عين القلب لم تقبض وقيمته دين في ذمة المحرق ولا يتصور أن يكون قابضا لما في ذمة غيره وليس في اختياره أكثر من أن تتوجه له المطالبة على المحرق ببذل الصرف وهذه المطالبة نظير المطالبة التي تتوجه بالعقد على من عامله فكما لا يصير قابضا هناك بتوجه المطالبة له فكذلك هنا وصار هذا كما لو أحاله ببذل الصرف على انسان في المجلس

فقبل الحوالة لا يصير قابضا وان توجهت له المطالبة على المحتال عليه وتحول بدل
الصرف إلى
ذمته وجه قوله الآخر أن المحرق قابض متلف والمشتري حين اختار تضمينه قد صار
راضيا
بقبضه ملزما إياه الضمان باتلافه ولو كان أمره بالقبض في الابتداء كان يتم عقد
الصرف
بقبضه فكذلك إذا رضى بقبضه في الانتهاء بخلاف الحوالة فالمحتال عليه هناك لم
يقبض شيئا
حتى يجعل قبضه كقبض الطالب والاشكال على هذا الحرف أن على المشتري أن
يتصدق
بالفضل ولو كانت طريق هذا لم يلزمه التصديق بالفضل لان وجوب الضمان بالاتلاف
بعد
القبض فيكون ربحا على ضمانه ولكن أبو يوسف يقول إنما يصير قبضه له باختياره
تضمينه

وذلك بعد الاتلاف وبعد ما وجب التصديق بالفضل فلا يظهر في ابطال حق الفقراء مع
أن
باب التصديق مبنى على الاحتياط وهذا شئ يقدر اعتبار الاتمام قبضه فيظهر في حقه لا
في
حق الفقراء ولان قيمة المبيع صارت دينا على المتلف ولا يتصور أن تكون قيمة المبيع
دينا
للمشترى على الأجنبي الا بعد القبض فلا بد من ادراج القبض في هذا الاختيار يقرره
أنه
لا يمكن أن يجعل ذمة المتلف قائمة مقام ذمة البائع في ايجاب ضمان المبيع فيها فان
قيمة المبيع
لا تجب على البائع قبل القبض بحال ألا ترى أنه لو أتلف المبيع قبل القبض لا يلزمه
قيمه فعرفنا
أنه واجب للمشترى ابتداء في ذمة المتلف ولا يكون ذلك الا بعد القبض بخلاف
الحوالة فذمة
المحتال عليه هناك تقوم مقام ذمة المحيل فيما كان ثابتا فيه من بدل الصرف وان
اشترى سيفا
محل في خمسون دينارا بمائة درهم أو بعشرة دنانير فنقد الثمن ولم يقبض السيف
حتى أفسد
رجل شيئا من حمائله أو جفنه فاختار المشتري أخذ السيف وتضمن المفسد قيمة ما
أفسده فله
ذلك لأنه جنى على ملكه فان قبض السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض من المفسد
ضمان
ما أفسده لم يضره ذلك في البيع لان الواجب على المفسد بدل المبيع والقبض فيه ليس
بشرط في المجلس إنما ذلك في الصرف خاصة وهذا بمنزلة ثوب اشتراه فأحرقه انسان
قبل
القبض فاختار المشتري امضاء العقد واتباع المحرق لا يشترط قبض ذلك في المجلس
وإن كان
المفسد أفسد السيف كله واختار المشتري امضاء العقد وتضمن المفسد ونقد البائع
الثمن ثم
فارقهم المفسد قبل أن يؤدي القيمة لم يفسد البيع لان المفسد ليس من العقد في شئ
لا يضرهما
ذهابه كالمحتال عليه وان فارق البائع المشتري قبل قبض القيمة فهو على الخلاف عند
أبي يوسف

آخر لا يبطل الصرف وهو قول أبي حنيفة وعند محمد ينتقض البيع كله في حصة
الحلية
للافتراق قبل القبض وفي حصة السيف لان الكل شيء واحد* ولو أسلم ثوبا في كر
حنطة
أو باع قلبا بدينار فهشم رجل القلب وشق الثوب بائنين فاختار مشتري القلب والمسلم
إليه
أخذ الثوب والقلب وقال يتبع المفسد بضمان ذلك وتقابضا قبل أن يفترقا فذلك جائز
وإن لم
يقبض القيمة حتى تفرقا فإنه قبض القلب بعينه وقبض رأس المال بعينه فلا يضرهما عدم
قبض النقصان من الهاشم في المجلس لان ذلك مقابلة الوصف والمعقود عليه العين
وإنما يشترط
قبض المعقود عليه في المجلس* رجل اشترى سيفا محلي فيه خمسون درهما فضة
بمائة درهم
فأحرق رجل بكرة من حليته فاختار المشتري إمضاء البيع وتضمين المحرق فنقد الثمن
وقبض

السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض قيمة البكرة فالبيع ينتقض في البكرة خاصة دون
السيف

عند محمد لأنه باختيار تضمين المحرق لا يصير قابضا فالبكرة قد زايلت السيف
فانتقاض العقد

فيها بالافتراق قبل القبض لا يوجب الانتقاض فيما بقي وفي قول أبي يوسف الآخر لا
ينتقض البيع في البكرة أيضا لأنه صار قابضا باختياره تضمين المحرق وكذلك القول
في السلم

إذا استهلك الرجل رأس المال قبل التسليم فاختار المسلم إليه تضمين المستهلك ثم
فارق رب السلم

قبل القبض بطل البيع في قول محمد ولم يبطل في قول أبي يوسف وهو بناء على
الأصل الذي بينا

* وان اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم باعه
المشتري مرابحة

بربح عشرين درهما أو بربح ده يازدة أو بربح ثوب بعينه أو بوصفه نحو ذلك لم يجز
لان للحلية

في السيف حصة من الربح والخسران فيكون بمقابلتها أكثر من وزنها من الفضة أو أقل
وذلك ربا وبفساد العقد في الحلية يفسد في جميع السيف فان قيل كان ينبغي أن يجعل
مثل

وزن الحلية من الثمن بمقابلتها والباقي كله بمقابلة السيف كما لو لم يذكر المرابحة *
قلنا لا يجوز أن

يصح العقد على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان وقد صرحا بأن العقد في حصة
الحلية

مرابحة أو وضعية وذلك ينعدم إذا جعل بمقابلتها مثل وزنها ولأنهما جعلتا الربح في
ثمن السيف

ده دوازه فإذا جعلنا جميع الربح بإزاء السيف يكون الربح في ده دوازه ولا يمكن أن
يقال

ثبت حصة السيف من الربح وتبطل حصة الحلية لان البائع لم يرض أن يملك عليه
السيف

حتى يسلم له جميع ما سمى من الربح وان البيع حينئذ يكون تولية في الحلية ولم
يقصدا ذلك

وان رابحه فيما سوى الفضة جاز لأنهما صرحا بكون العقد تولية في حصة الحلية
مرابحة في

حصة السيف وذلك مستقيم فاما اللجام المموه فلا بأس بالمرابحة فيه لان التمويه لا

يتخلص
فلا يتمكن فيه الربا باعتباره وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم
باعه
مرابحة بربح نصف دينار أو بربح درهم فلا بأس بذلك أما إذا باعه بربح نصف دينار
فان
الجنس مختلف فيه والفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس فيكون تابع القلب بدينار
ونصف
درهم وذلك جائز وان باعه بربح درهم فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لأنه يصير تابع
القلب بدينار ودرهم وذلك جائز وعن أبي يوسف لا يجوز لان الدرهم يقابله مثل وزنه
من
القلب على ما عليه الأصل فان الفضة بمثل وزنها مقابلة ثابتة شرعا ولو جوزنا هذا كان
الدينار
بمقابلة تسعة أعشار القلب والدرهم بمقابلة عشر القلب فيكون بعض ما سمياه رأس
المال ربحا

فيه تسعة أعشار القلب وبعض ما سمياه ربحا رأس المال في عشر القلب وذلك
تصحيح على غير
الوجه الذي صرح به المتعاقدان ولو كان قام عليه بعشرة دراهم فباعه بربح درهم لم
يجز لأنه
بيع العشرة بأحد عشر ولو ضم معه ثوبا قد قام معه بعشرة دراهم وقال قد قام على هذا
بعشرين
درهما فباعهما بربح درهم أو بربح ده يازده فعلى قول أبي حنيفة العقد يفسد كله لأنه
فسد في
حصة القلب لأجل الربا أو العقد صفقة واحدة وعندهما يجوز في حصة الثوب لان
أحدهما
منفصل عن الآخر وبفساد العقد في أحدهما لا يتمكن المفسد في الآخر وكذلك لو
اشترى
جارية وطوق فضة عليها فيه مائة درهم بألف درهم وتقابضا ثم باعها مرابحة بربح مائة
درهم
أو بربح ده يازده فالعقد فاسد في قول أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية دون
الطوق لان
أحدهما يتميز عن الآخر بغير ضرر وقد ذكر الكرخي رحمه الله رجوع أبي يوسف
رحمه الله
إلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه في مسألة الطوق فاستدلوا به على رجوعه في نظائره
وقد ذكرنا هذا في كتاب البيوع* ولو اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون
درهما وتقابضا ثم حط عنه درهما فهو جائز لان الحط ليس من ثمن الفضة فإنه يثبت
على
سبيل الالتحاق بأصل العقد ويخرج قد المحطوط من أن يكون ثمنا فكأنه في الابتداء
اشترى
السيف بتسعة وتسعين درهما فيكون بمقابلة الحلية مثل وزنها والباقي بمقابلة السيف
ولو ابتاع
قلب فضة وزنه عشرة بعشرة دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهما وقبل الحط وقبضه بعد
ما
افترقا من مقام البيع أو قبل أن يفترقا فسد البيع كله في قول أبي حنيفة وفي قول أبي
يوسف
الحط باطل ويرد الدرهم عليه والعقد الأول صحيح وفي قول محمد رحمه الله العقد
الأول
صحيح والحط بمنزلة الهبة المبتدأة له أن يمتنع منه ما لم يسلمه ولو زاده في الثمن

درهما وسلمه
إليه فسد العقد في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الزيادة
باطلة والعقد
الأول صحيح وكذلك لو شرطا بعد العقد لأحدهما خيارا أو أجلا يفسد به العقد في
قول أبي حنيفة
وعندهما يبطل هذا الشرط والعقد الأول صحيح وكذلك في البيع إذا ذكر فيه شرطا
فاسدا بعد العقد وعند أبي حنيفة يلتحق ذلك بأصل العقد حتى يفسد العقد وعندهما
يبطل
هذا الشرط وحجتهم في ذلك أن الشرط والزيادة بيع في العقد ولا يجوز أن يكون
البيع
في الشيء مبطلا لأصله ولأن في إثبات الزيادة والشرط المذكور ابطاله لان صحة ذلك
بصحة
العقد فإذا أثبتنا ذلك على سبيل الالتحاق بأصل العقد يبطل العقد به وببطلان العقد تبطل

الزيادة فيكون هذا اشتغالا بما لا يفيد وأبو حنيفة يقول المعنى الذي لأجله يلتحق الشرط الصحيح والزيادة بأصل العقد موجود هنا وذلك المعنى هو أنهما قصدا تغيير وصف العقد بجعل الخاسر رابحا واللازم غير لازم والتصرف في العقد إليهما ألا ترى أنهما يملكان فسخه وابقاءه فكذلك يملكان تغيير وصفه لان صفة الشيء تملك بملك أصله وهذا المعنى موجود هنا فإنهما غيرا وصف العقد من الجواز إلى الفساد واليهما ذلك فما وقع عليه الاتفاق بعد العقد يجعل كالمذكور في أصل العقد ولو ذكر في أصل العقد ثبت وان فسد به العقد فكذلك إذا ذكر بعد العقد ألا ترى ان أحد المتصارفين إذا وهب بدل الصرف قبل القبض من صاحبه وقبل فإنه يفسد به العقد بالطريق الذي قلنا فكذلك إذا رده في بدل الصرف ومحمد فرق بين الحط والزيادة فقال في الحط ايفاء العقد الأول مع أن تصحيح الحط ممكن بأن يجعل ذلك هبة مبتدأة فيصار إليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة فحط البائع عنه الثمن كله بعد القبض وقبله فإنه يصح الحط بطريق الهبة المبتدأة ويجعل البيع صحيحا بخلاف الزيادة لأنه لا وجه إلى ذلك فصرف إلى إلغاء الزيادة وتصحيح العقد الأول ولكن هذا ليس بصحيح فان حط جميع الثمن يتعذر الحاقه بأصل العقد لأنه يخرج به العقد من أن يكون بيعا ويصير هبة ولم يقصد المتعاقد ان ذلك بأصل السبب فلهذا جعلناه هبة وهنا لو ثبت حط البعض على وجه الالتحاق بأصل العقد لم يخرج العقد به من أن يكون صرفا كما باشراه وإنما يفسد به العقد والفاسد من جنس الزائد ألا ترى أن الوكيل لا يضمن بالفساد والوكيل بالبيع إذا وهب كان ضامنا يوضح الفرق ان الحط لاخراج العين من العقد أو لادخال الرخص فيه والانسان

لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه بحط الجميع قصد البر المبتدأ فجعلناه هبة كذلك وهو يصير مغبونا ببعض الثمن في عقد الصرف كما يصير مغبونا في عقد البيع فيكون الحط لادخال الرخص فيه ولا يحصل ذلك بجعله هبة مبتدأة فلهذا التحق بأصل العقد إلا أنه يشترط قبول الآخر هنا بخلاف الحط في سائر البيوع لان في صحة هذا الحط افساد هذا العقد ولا ينفرد أحد المتعاقدين بافساد العقد وهناك في تصحيح الحط اسقاط ذلك القدر من الثمن والاسقاط يتم بالمسقط وحده* ولو اشترى قلب فضة وثوبا بعشرين درهما وفي القلب عشرة دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهما من ثمنهما جميعا فان نصف الحط في الثوب وينتقض البيع في القلب في قول أبي حنيفة لأنه يثبت الحط فيهما جميعا فإنه نص على ذلك

بقوله حططت عنك درهما من ثمنهما جميعا فيفسد العقد في حصة القلب لأنه يكون بمقابلته

أقل من وزنه ولكن هذا فساد طارئ فلا يفسد به العقد في حصة الثوب بخلاف المقترن

بالعقد وهذا بخلاف الأول عند أبي حنيفة فإن الحط هناك لما ثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في الكل وهنا إنما يظهر الفضل الخالي عن المقابلة

في القلب دون الثوب فلهذا جاز البيع في الثوب مع نصف الحط ولو كان المبيع سيفاً محلي

بمائة درهم وحليته خمسون درهما فحط عنه من ثمنه درهما أجزت ذلك وجعلت الحط على

غير الفضة لأن الحط يلتحق بأصل العقد ويخرج القدر المحطوط من أن يكون ثمناً فيكون

البيع كان في الابتداء بتسعة وتسعين درهما وهذا بخلاف الأول فإن القلب مع الثوب شيئان مختلفان وقد جعل الحط من ثمنهما والسيف مع الحلية كشيء واحد وقد جعل الحط

من ثمنه فلو جعلنا ذلك في حصة السياف خاصة لا يكون في هذا تغيير ما نص عليه المتصرف

* ولو باع قلب فضة بعشرين ديناراً وتقابضاً ثم حط عنه بعد ما افترقا عشرة دنائير فهو جائز

سواء قبضها أو فارقه قبل الحط لأنه بالتحاق القبض بأصل العقد لا يظهر الربا هنا لاختلاف

الجنس والقدر المحطوط يخرج من أن يكون ثمناً فيجب رده باعتبار أنه قبض فوق حقه

وترك القبض في المجلس في مثله لا يضر وعلى هذا لو زاد أحدهما صاحبه في البذل الذي من

قبله فعند اتحاد الجنس يبطل العقد عند أبي حنيفة إذا قبل الآخر الزيادة وعندهما الزيادة تبطل وعند اختلاف الجنس الزيادة تثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد لأنه ليس في اثبات الزيادة في هذا الموضع افساد أصل العقد لأن الزيادة ان كانت ثوباً فتفرقاً قبل قبضه

لم يضرهما شيئاً كما لو كان مذكوراً في أصل العقد لأن العقد فيه بيع وان كانت الزيادة

من النقود يشترط قبضها في المجلس لأنه وجب في هذا المجلس والتحقق بأصل العقد

فكان بدل الصرف فشرط قبضه في المجلس الا ان اجتماعهما في مجلس العقد في أصل بدل الصرف وان افرقا قبل قبض الزيادة بطل العقد في حصة الزيادة خاصة كما لو كان مذكورا في أصل العقد ولم يقبض حتى افرقا* ولو اشترى سيفا محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم زاد مشترى السيف درهما أو ديناراً فهو جائز وان افرقا قبل القبض لان الزيادة ليست في الحلية إنما هي في ثمن السيف فان الزيادة تلتحق بأصل العقد ولو كانت مذكورة في العقد كانت بمقابلة السيف دون الحلية ولو كان بائع السيف زاده ديناراً

أو قبضه قبل الافتراق جاز وان فارقه قبل أن يقبض انتقض من الثمن بحصة الدينار لان
الزيادة تلتحق بأصل العقد فيصير كأنه صارف سيفاً محلياً وديناراً بمائة درهم فخمسون
درهماً من
الثمن بمقابلة الحلية وتقسم الخمسون الباقية على قيمة الدينار وقيمة السيف بغير حلية
فما يخص
الدينار يجب رده لأن العقد قد يبطل فيه بترك قبض الدينار في المجلس* ولو اشترى
قلب
فضة فيه عشرة دراهم بعشرة واشترى هو أو غيره ثوباً بعشرة ثم باعها بربح ده يارده
أو
بوضيعة عشر أحد عشر جازت حصة الثوب ولا تجوز حصة القلب لمعنى الربا وهذا
قولهما
أما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فيفسد العقد كله لاتحاد الصفقة ولو قال أبيعكما
بوضيعة
درهم من عشرين أو بزيادة درهم على عشرين درهماً كان جائزاً وكانت الفضة بمثلها
والثوب
بما بقي لأنه لم ينسب العشرين إلى رأس المال ولا إلى ما قام عليه به فكان هذا بيع
مساومة
وفي بيع المساومة يقابل الفضة مثل وزنها والباقي بمقابل الثوب بخلاف الأول فهناك
نص
على بيع المرابحة فيهما وفي بيع المرابحة لا بد من اعتبار الثمن الأول وذلك يمنع من
أن يجعل
جميع الربح بمقابلة الثوب* ولو اشترى فضة بخمسين درهماً وزنها كذلك واشترى
شيئاً بخمسين
درهماً وزنها كذلك واشترى سيفاً بخمسين درهماً بجفنه وحمائله ثم أنفق عليه خمسة
دراهم وعلى
الصياغة خمسة دراهم ثم قال يقوم على بمائة وعشرة فباعه مرابحة على ذلك بربح
عشرة أحد عشر
أو بربح عشرين درهماً كان ذلك كله فاسداً لأنه صرح بجعل بعض الربح بمقابلة
الفضة والكل في
حكم شيء واحد فإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولو كان الثمن والنفقة دنائير
جاز لان عند
اختلاف الجنس لا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة ولو اشترى فلساً بعشرة دراهم وفيه
عشرة

دراهم وقبض القلب وغصبه الآخر عشرة دراهم أو استقرض منه ذلك ثم افترقا فهو
ضامن
بمن القلب لان شرط بقاء العقد قبض البدل في المجلس وقد وجد فإنه مستوف لحقه
وان أخذ
على سبيل الغصب والقرض لأنه ظفر من جنس حقه من مال غريمه فيكون بالقبض
مستوفيا
لحقه لا مستقرضا ولا قابضا ولا يشترط اتفاهما على المقاصة هنا بخلاف الدين
الواجب قبل
عقد الصرف إذا جعل بدل الصرف قصاصا به وقد بيناه * ولو اشترى القلب مع ثوب
بعشرين
درهما وقبض القلب ونقد عشرة دراهم ثم افترقا كان المنقود من القلب خاصة
استحسانا لان
قبضه مستحق في المجلس وقبض ثمن الثوب ليس بمستحق وفي سائر البيوع إنما
يجعل المنقود
من ثمنهما لأجل المعاوضة والمساواة ولا معاوضة بين المستحق وبين ما ليس بمستحق
ولان في

جعل ذلك من ثمنهما هنا نقض البيع في نصف القلب ولما كان يستحسن لتصحيح العقد فيه في الابتداء فالاستحسان للتحرز عن فساد بعد الصحة أولى ولو نقدته العشرة وقال هي من ثمنهما جميعا فهو مثل الأول لان الشيء يضاف إلى الشيئين والمراد أحدهما قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما وهو المالح وقال تعالى يا معشر الجن والإنس ألم يأتكم رسل منكم فالمراد به الانس خاصة فهنا وان قال هو من ثمنهما فقد قصد إيفاء الحق المستحق عليه وايفاء ثمن القلب في مجلس العقد مستحق بخلاف ثمن الثوب فيصرف ذلك إلى ثمن القلب وان قال هي من ثمن الثوب خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في القلب لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الإضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن الثوب خاصة والقول في ذلك قوله لأنه هو الملك فالقول في بيان جهته قوله * ولو كان اشترى سيفاً محلياً بمائة درهم وحليته خمسون درهماً وقبض السيف ونقدته خمسين وقال هي من ثمن السيف دون الحلية ورضى بذلك القابض أو لم يرض فهو سواء وفي القياس هو لما صرح به يبطل العقد بافتراقهما كما في الفصل الأول ولكنه استحسنت فجعل المنقود من الجاهلية هنا لأننا لو جعلنا المنقود ثمن الحلية يصح القبض والدفع ولو جعلناه ثمن السيف يبطل ذلك كله لأن العقد في حصة الحلية يبطل بالافتراق قبل القبض ويبطل العقد ببطلانه في حصة السيف فيجب رد المقبوض فكان هذا تصريحاً بما لا يفيد فيسقط اعتباره بخلاف الثوب فان هناك لو جعلنا المنقود من ثمن الثوب سلم للقابض بذلك الطريق. يوضحه ان الحلية والسيف شئ واحد وفي الشئ الواحد لا يعتبر تعيينه في المنقود

أنه ثمن هذا الجانب دون الجانب الآخر بخلاف القلب والثوب وكذلك لو كان الثمن
دنانير
ولو اشترى فضة بخمسة دنانير واشترى سيفاً وجفناً وحمايل بخمسة دنانير وأنفق على
صناعته
وتركيبه ديناراً ثم باعه مرابحة على ذلك بربح ده يازده وتقابضاً كان ذلك جائزاً لأن
الجنس
مختلف لا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وكذلك لو كان قلب فضة يقوم عليه بدينار
وثوب
لآخر يقوم بدينارين فباعهما مرابحة بربح دينار أو بربح ده يازده فإن الربح بينهما على
قدر رأس كل واحد منهما لأن الثمن الباقي في بيع المرابحة مقسوم على الثمن الأول
وقد
كان الثمن الأول بينهما أثلاثاً وإن كان قلب فضة لرجل وعشرة دراهم وثوب لآخر
قيمته
عشرة دراهم فباعاه من رجل بعشرين درهما باع كل واحد منهما الذي له إلا أن

البيع صفقة واحدة ثم نقد المشتري صاحب القلب عشرة فتهي له خاصة لان كل واحد منهما تولى بيع ملكه بنفسه فإليه قبض ثمنه ولا شركة بينهما في المقبوض لأنه لم يكن بينهما

شركة في المبيع ولا ينتقض البيع ان تفرقا قبل أن ينقد الباقي لان الباقي ثمن الثوب ولو باعا جميعا الثوب وباعا جميعا القلب فنقد صاحب القلب عشرة ثم تفرقا انتقض البيع في نصف

القلب بخلاف ما تقدم إذا كان بائعهما واحدا لان هناك جعلنا المنقود استحسانا لعدم التسوية

بين المستحق وغير المستحق وهذا لا يوجد هنا لان كل واحد منهما استحق قبض نصف ثمن

القلب فان استحقاق القبض للعاقده سواء باشره لنفسه أو لغيره وقد باعا جميعا القلب والقابض

أحدهما فلا يمكن جعل نصف المنقود عوض ما باعه الآخر من القلب فان قالوا كذلك فان قبض الموكل من ثمن القلب كقبض الوكيل فصاحب القلب إذا قبض ثمن القلب وهو

في النصف عاقد وفي النصف موكل أمكن جعل المنقود كله ثمن القلب قلنا نعم ولكن الترجيح باعتبار الاستحقاق وقبض الموكل غير مستحق له بالعقد فانعدم المعنى الذي لأجله

رجحنا ثمن القلب ولو باع لؤلؤة بمائة دينار على أن فيها مثقالا فإذا فيها مثقالان كان البيع

جائزا لان الوزن في اللؤلؤ صفة والعقد إنما ينعقد على عينه لا على صفته وكذلك لو باع دارا

بألف درهم على أنها ألف ذراع فإذا هي الف وخمسمائة ذراع كان البيع جائزا على جميعها لان

الذراعان في الدار صفة ألا ترى أن باختلافها تختلف صفة العين في الضيق والسعة ولا يتبدل

الاسم ولو كان باعها على أنها ألف ذراع كل ذراع بدرهم كان بالخيار ان شاء أخذها بألف

وخمسمائة وان شاء ترك لأنه صرح بجعل كل درهم بمقابلة كل ذراع وقد تغير على المشتري شرط عقده فإنه اشتراها على أن تسلم له بألف درهم والآن لا تسلم له الا بألف

وخمسمائة فلزمه زيادة في الثمن ولم يرض بالتزامه فيثبت له الخيار * وكذلك قلب فضة اشتراه

بعشرة دراهم على أن فيه عشرة فإذا فيه عشرون درهما فهذا كله درهم بدرهم سواء
قال درهم
بدرهم أو لم يقل فلم يأخذه بعشرين درهما إن لم يكن تفرقا عن المجلس وان شاء
تركه عندنا
وقال الحسن بن زياد وزفر رحمهما الله البيع باطل لأنهما نصا على عقد الربا بتسمية
العشرة
بمقابلة قلب وزنه عشرون درهما ولكننا نقول مثل وزنها في البيع وذلك حكم ثابت
بالشرع
فيكون بمقابلة كل درهم درهما صرحا بذلك أو لم يصرحا وعند التصريح بذلك جاز
البيع
في جميع القلب بمثل وزنه فكذلك عند الاطلاق لان المستحق شرعا يكون أقوى من

تنصيب المتعاقدين عليه بخلاف الذرعان في الدار ثم إن لم يتفرقا يخير لأنه لزمه زيادة
في
ثمن القلب لم يرض بها فإن كان تفرقا جاز له نصف القلب لأنه ما قبض الا ثمن نصف
القلب
فكأنه باعه القلب بعشرين درهما ونقد في المجلس عشرة ولهذا لا يتخير لان العيب
بفعله وهي
المفارقة قبل أن يقبض بعض الثمن فإن كان اشتراه بدينار فهو كله بدينار لان المسمى
هنا
بمقابلة عين القلب ولو وزن في القلب صفة فان القلب مما يضره التبعض وفيما يضره
التبعض
الوزن صفة فان باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل أو أخف ولكن لا يتبدل اسم
العين ولو كان قال كل درهم بعشر دينار أخذه بدينارين ان شاء لأنه أعقب منه كلامه
تفسيرا فيكون الحكم لذلك التفسير ويصير بائعا كل درهم من القلب بعشر دينار
فيتخير
المشتري لما يلزمه من الزيادة وعلى هذا لو كان القلب أنقص وزنا في الفصلين جميعا
وثبوت
الجواز هنا وان انتقص عنه الثمن لتغير شرط عقده وقد يرغب الانسان في قلب وزنه
عشرة
مثاقيل ولا يرغب فيما إذا كان وزنه خمسة مثاقيل * ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوبا
بعشرين
درهما فقدده منها عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب وتفرقا
انتقض البيع
في نصف القلب لأنه نص على أن نصف المنقود من ثمن الثوب ولو نص على أن
جميع المنقود
من ثمن الثوب جعل من ثمنه خاصة فكذلك نصفه وهذا بخلاف ما لو قال المنقود من
ثمنهما
جميعا فإنه يجعل كله من ثمن القلب لان هناك ما صرح به بقي فيه بعض الاحتمال فقد
يضاف
الشئ إلى شيئين والمراد أحدهما كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
وقوله تعالى
ألم يأتكم رسل منكم أما هنا بعد التصريح على التنصيف لا يبقى احتمال جعل الكل
بمقابلة
القلب وأما في السيف إذا سمي فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن السيف ثم

تفرقا
لم يفسد البيع لأنه لو صرح بان الكل بمقابلة السيف لم يعتبر تصريحه اما لان السيف
مع الحلية
شئ واحد وتصريحه على أن المنقود عوض جانب منه دون جانب غير معتبر أو لان
المقبوض
لا يسلم له بالطريق الذي نص عليه لأن العقد يبطل في السيف ببطلانه في الحلية أو في
بعضها
ونحن نعلم أن قصدهما أن يسلم المقبوض للقابض ولا وجه لذلك إلا أن يجعل بمقابلة
الحلية
* ولو قال أبيعك السيف بمائة درهم وخمسين نقدا من ثمن السيف والحلية وخمسين
نسيئة
من ثمن السيف والحلية ثم تفرقا كان البيع فاسدا لأنه شرط الاجل في بعض ثمن الحلية
وذلك
مفسد للعقد والسيف شئ واحد فإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولو كان هذا
في القلب

والثوب فسد البيع أيضا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز في الثوب وقد تقدم نظائره * ولو اشترى سيفاً بمائة درهم على أن حليته خمسون درهما وتقابضا فإذا حليته

ستون درهما ولم يتفرقا فالمشتري بالخيار ان شاء زاده عشرة دراهم وأخذ السيف وان شاء

نقض البيع لأنه لما سمي وزن الحلية خمسين درهما فقد صرح بتسمية الخمسين بمقابلة

السيف فإذا ظهر أن الحلية ستون درهما وبمقابلة كل درهم درهم شرعا ظهر أن ثمن الحلية

ستون درهما ويكون ثمنها مائة وعشرة ويتخير المشتري لأنه لزمه زيادة في الثمن وان كانا

تفرقا فالبيع منتقض لان ثمن سدس الحلية لم يقبض في المجلس وبانتقاض العقد في الحلية

ينتقض في جميع السيف وكذلك لو كان في حلية السيف مائة درهم فإن لم يتفرقا فإن شاء

زاده خمسين درهما وأخذ السيف وان شاء ترك لان بمقابلة السيف خمسين وبمقابلة الحلية

مثل وزنها وهذا بخلاف الإبريق لان بيع نصف الإبريق جائز فيمكن ايفاء العقد في نصف

الإبريق بعد الافتراق ويبيع نصف الحلية لا يجوز وكذلك بيع السيف مع نصف الحلية لا يجوز لان فيه ضررا في التسليم فإذا بطل العقد في البعض بطل في الكل * ولو اشترى

سيفا محلي وزن حليته خمسون درهما بعشرة دنانير وتقابضا وافترقا فإذا في السيف مائة درهم

فالبيع جائز لأنه يصير بتسمية وزن الحلية مسميا بمقابلة السيف خمسة دنانير وبمقابلة الحلية

خمسة دنانير فلا يضره زيادة وزن الحلية بعد ذلك وقد بينا في القلب نظيره * ولو اشترى قلب

فضة بدينار على أن فيه عشرة دراهم فإذا فيه عشرون درهما كان البيع جائزا في الكل ولو

كان مكان القلب نقرة رد نصفها لان النقرة لا يضرها التبعض والعقد إنما يتعلق بالمسمى

من الوزن إلا ترى إنه لو قال بعت منك وزن عشرة دراهم من هذه النقرة يجوز ولو قال

من هذا القلب لا يجوز ولو باع قلب فضة لرجل وكله ببيعه ووكله آخر بيع الثوب
فباعهما
جميعا صفقة واحدة بدينار أو عشرة دراهم على أن ثمن الثوب الدينار و ثمن القلب
الدراهم
كان جائزا وان دفع القلب وقبض ثمنه فهو جائز ولا يشركه صاحب الثوب في ثمن
القلب
لان كل واحد منهما مسمى على حدة وبيع الوكيل بثمن منفصل كبيع الموكل بنفسه
وكذلك لو كان الثمن عشرين درهما عشرة بيض ثمن القلب وعشرة سود ثمن الثوب
فهذا
التفصيل وتفصيل العشرة والدينار سواء. ولو باعهما بعشرين درهما صفقة واحدة ولم
يبين
أحدهما من صاحبه ثم نقده عشرة دراهم كان المنقود ثمن القلب لان البائع واحد وهو

المستحق بقبض جميع الثمن فهذا وما لو باعهما لنفسه سواء وإذا كان المنقود من ثمن القلب
شرعا كان ذلك لصاحب القلب لان اليد تملك الأصل ولا يشركه صاحب الثوب فيها
لانعدام الشركة بينهما في أصل القلب ألا ترى أنه لو كان البيع بعشرين درهما عشرة
نقد وعشرة نسيئة فقبض النقد وقبض الثوب والقلب كان جائزا وكان المنقود من القلب
خاصة
والنسيئة في ثمن الثوب فكذلك إذا قبض البعض في المجلس دون البعض والله أعلم
بالصواب
(كتاب الشفعة)
قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل
السرخسي رحمه الله إملأء الشفعة مأخوذة من الشفع الذي هو ضد الوتر لما فيه من
ضم
عدد إلى عدد أو شئ إلى شئ ومه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين فإنه
يضمهم بها إلى
العابدين وكذلك الشفيع بأخذه يضم المأخوذ إلى ملكه فيسمى لذلك شفعة وزعم
بعض أصحابنا
رحمهم الله ان القياس يأبى ثبوت حق الشفعة لأنه يتملك على المشتري ملكا صحيحا
له بغير رضاه
وذلك لا يجوز فإنه من نوع الأكل بالباطل وتأييد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم لا
يحل مال
امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق
الضرر
بالمشتري في ابطال ملكه عليه وليس لاحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره
ولكننا
نقول تركنا هذا القياس بالاخبار المشهورة في الباب * والأصح أن نقول الشفعة أصل
في
الشرع فلا يجوز أن يقال إنه مستحسن من القياس بل هو ثابت وقد دلت على ثبوته
الأحاديث
المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه رضوان الله عليهم. من
ذلك ما روى
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شئ عقارا وربيع ومن ذلك ما
بدأ محمد

ابن الحسن الكتاب به ورواه عن المسور بن مخرمة عن رافع بن خديج أن سعد بن مالك رضي الله عنه عرض بيتا له على جار له فقال خذه بأربعمائة أما انى قد أعطيت به ثمانمائة ولكنى أعطيكه بأربعمائة لأنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار أحق بصقبه وفيه دليل على أن من أراد بيع ملكه فإنه ينبغي له أن يعرضه على جاره لمراعاة حق المجاورة قال صلى الله عليه وسلم ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه ولأنه أقرب إلي حسن العشرة والتحرز عن الخصومة والمنازعة فلهذا فعله سعد رضي الله عنه وخط

عنه نصف الثمن لتحقيق هذا المعنى وقيل لاتمام الاحسان وان تمام الاحسان أن يحط
الشرط لما
روى أن الحسن بن علي رضي الله عنه كان له دين على انسان فطالب غريمه فقال
أحسن إلى
يا ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال وهبت لك النصف فقيل له النصف كثير
فقال وأين
ذهب قوله تعالى وأحسنوا ان الله يحب المحسنين سمعت جدي رسول الله صلى الله
عليه وسلم
يقول من تمام الاحسان أن يحط الشرط فاما قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق
بسقبة فقد
روي هذا الحديث بالسین والمراد القرب وبالصاد والمراد الاخذ والانتزاع يعنى لما
جعله الشرع
أحق بالأخذ بعد البيع فهو أحق بالعرض عليه قبل البيع أيضا وهو دليل لنا على أن
الشفعة
تستحق بالجوار فإنه ذكر اسما مشتقا من معنى والحكم متى علق باسم مشتق فذلك
المعنى هو
الموجب للحكم خصوصا إذا كان مؤثرا فيه كما في قوله تعالى الزانية والزاني وقوله
تعالى
والسارق والسارقة وهذا المعنى مؤثر لان الاخذ بالشفعة لدفع الضرر فان الضرر مدفوع
لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وذلك يتحقق بالمجاورة يعنى
الضرر
البادئ إلى سوء المجاورة على الدوام من حيث ابعاد النار واعلاء الجدار وإثارة الغبار
ومنع
ضوء النهار والشافعي يقول المراد بالجار الشريك فقد يطلق اسم الجار على الشريك
قال الأعشى
أيا جارتى بيني فإنك طالق * كذاك أمور الناس عاد وطارقه
والمراد زوجته وهي شريكته في الفراش ولكننا نقول في هذا ترك الحقيقة إلى المجاز
من
غير دليل ثم الزوجة تسمى جارة لأنها مجاورة في الفراش تتصرف عنه لا لأنها تشاركه
وفي
الحديث ما يدل على بطلان هذا التأويل وأن سعدا رضي الله عنه عرض بيتا له على جار
له
وروى الحديث فذلك دليل على أن جميع البيت كان له وانه فهم من الحديث الجار

دون
الشريك حين استعمل الحديث فيه * وعن الحسن في الشفعة لليتيم قال وصيه بمنزلة
أبيه ان شاء
أخذ والغائب على شفيعته وفيه دليل ان الشفعة تثبت للصغير وأن وليه يقوم مقامه في
الاحذ
له لأنه أخذ بطريق التجارة وفيه دفع الضرر عن اليتامى وتوفير المنفعة عليهم ولهذا
المقصود
أقام الشرع وليه مقامه وفيه دليل ان الشفعة تثبت للغائب لان السبب المثبت لحقه قائم
مع
غييبته ولا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه فإذا حضر وعلم به كان على شفيعته لان
الحق
بعد ما يثبت لا يسقط الا باسقاطه والرضا بسقوطه صريحا أو دلالة وبترك الطلب عند
الجهل
به والغيبة لا يتحقق هذا المعنى لانعدام تمكنه عن الطلب وعن أبي سعيد الخدري أن
النبي

صلى الله عليه وسلم قال الخليل أحق من الشفيح والشفيح أحق من غيره والخليل هو الشريك

في نفس المبيع والشفيح هو الشريك في حقوق المبيع كالشرب والطريق وقيل على عكس

ذلك فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليل والخليل أحق من الشفيح فالشريك يكون في نفس المبيع والخليل يكون في حقوق المبيع سمي خليطا لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك* والشفيح هو الجار وفيه دليل أن حق الشفعة

على مراتب وان البعض مقدم على البعض بقوة سببه وهذا إنما يتأتى على مذهبا فاما الشافعي

فلا يوجب الشفعة الا للشريك فلا يتأتى هذا الترتيب على مذهبه والحديث يدل عليه وعن

عبد الملك بن مروان عن عطاء عن جابر رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال

الجار أحق بصقبه ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا وهذا من أقوى ما يستدل به فإنه لا شبهة في صحة هذا الحديث لان عبد الملك بن مروان كان من أهل

الحديث وعطاء بن أبي رباح اما مطلق في الحديث وجابر رضي الله عنه من كبار الصحابة

رضوان الله عليهم فلا طعن في اسناد هذا الحديث ولا وجه بحمل الحديث على الشريك

فإنه إذا حمل على الشريك كان هذا لغوا وإنما يكون مفيدا إذا كان المراد جارا هو شريك في

الطريق* قال كان شيخنا الامام يقول العجب منهم يزعمون أنهم من أصحاب الحديث ثم يتركون

العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته فلا يبقى بعد هذا الحديث لهذا اللقب معنى سوى أنهم

يتركون العمل بمثل هذا الحديث فلأجله سموا أصحاب الحديث لا لعلمهم بالحديث وعن

الشعبي قال من بيعت شفعته وهو حاضر فلم يطلب فلا شفعة له وبه نأخذ لان سكوته عن

الطلب بعد علمه وتمكنه من الطلب دليل الرضا منه بمجاورة الجار الحادث فيلتحق بالجار

القديم باعتبار رضاه وذلك يطل شففته ضرورة وعليه دل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها أي لم يقعد عن طلبها وقال صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقل
فكنى بهذا عن سرعة سقوطها وعن شريح قال الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من
الجار والجار أحق من غيره وهو الصحيح على التفسير الذي قلنا إن الشريك في نفس المبيع
والخليط في حقوق المبيع وعن عمرو بن الشريد عن أبيه لشريد بن سويد رضي الله عنهما قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعته ما كان والشريد هذا ممن
صحب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره ثم روى عنه أنه قال أتيت رسول الله صلى

الله عليه وسلم فاستنشدني من أشعار الجاهلية فكلمنا أنشدت شيئاً قال صلى الله عليه وسلم
ايه حتى أنشدت مائة بيت وأهل الحديث يرون حديثه هذا في الشفعة أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن أرض بيعت ليس لأحد فيها شركة ولا قسم الا الجوار فقال صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعته ما كان فهذا يدل على أن المراد حقيقته لأنه نفى الشركة في السؤال
وأثبت الجوار فقال صلى الله عليه وسلم ما كان وله معنيان أحدهما أن المراد من كان فان ما تذكر
بمعنى من قال الله تعالى والسماء وما بناها فهو دليل على أن الشفعة للذكر والأنثى والحر
والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمي والثاني أن المراد بقوله ما كان أي ما كان أي
يحتمل القسمة أو لا يحتمل القسمة فيكون دليلاً لنا على الشافعي حيث يقول لا تثبت الشفعة
الا فيما يحتمل القسمة وبظاهره يستدل من أوجب الشفعة في بعض المنقولات كالسفن ونحوها وهو قول أصحاب الظواهر ولكن ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ربع أو عقار تبين أن المراد بقوله ما كان العقار دون المنقول وعن شريح انه قضى للنصراني بالشفعة وكتب في ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجازها وبهذا نأخذ دون ما رواه
بعد هذا عن شريح أنه قال لا شفعة لليهودي ولا للنصراني ولا لمجوسي وبقوله الثاني كان يأخذ
ابن أبي ليلي فيقول الاخذ بالشفعة رفق شرعي فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة ولكننا
نأخذ بما قضى به شريح فقد تأيد ذلك بإمضاء عمر رضي الله عنه ثم أهل الذمة التزموا أحكام
الاسلام فيما يرجع إلى المعاملات والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر
والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين وعن الحسن رضي الله عنه قال قضى

رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة والجوار وفي بعض الروايات بالجوار وهو دليل
لنا على
استحقاق الشفعة بسبب الجوار فأما معنى اللفظ الاخر أن الجار كان منازعا قضى
رسول
الله صلى الله عليه وسلم له بالجوار وبالشفعة فهو دليل على أن الجوار يستحق به
الشفعة حتى سمع
رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه الخصومة فقضى به وبالشفعة وعن الحسن قال إذا
اقتسم
القوم الأرضين ورفعوا سربا بينهم فهم شفعاء وبه نأخذ فنقول الشركة في السرب
تستحق
به الشفعة لأنها شركة في حقوق المبيع فيثبت باعتباره حق الشفعة كالشركة في نفس
المبيع
لان الحاجة إلى دفع الضرر البادي لسوء المجاورة يتحقق في الموضعين جميعا وعن
شريح قال
الشفعة بالأبواب فأقرب الأبواب إلى الدار أحق بالشفعة ولسنا نأخذ بهذا وإنما الشفعة
عندنا

للجار الملاصق فاما الجار المحاذي فلا شفعة له بالمجاورة سواء كان أقرب بابا أو أبعد وإنما
يعتبر قرب الباب في التقديم في الشفعة على ما روى أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال إن لي جارين فألى أيهما أبر قال صلى الله عليه وسلم إلى أقربهما منك
بابا وهذا
لان اطلاعه واطلاع أولاده على ما يدخل منزله من النعمة أكثر فهو بالهدية أحق وهذا
تأويل ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول في الهدايا ابدأوا بجارنا
اليهودي فاما في
الشفعة فالمعتبر هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر وذلك في الجار الملاصق دون
الجار
المحاذي فان بين الملكين طريقا نافذا وذكر عن علي وابن عباس رضي الله عنهما قال
لا شفعة
إلا لشريك لم يقاسم وهذا قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة إلا أنه قد رجح
إليه
ابن أبي ليلي فإنه كان في الابتداء يقضى بالشفعة للجار حتى كتب إليه أبو العباس
المهدى
بأمره بأن لا يقضى بالشفعة الا لشريك لم يقاسم فأخذ بذلك لأنه كان عاملا له ونحن
أخذنا
يقول عمر رضي الله عنه فقد أثبت الشفعة للجار حين قال لبنى عذرة أنتم شفعاؤنا في
أموال
اليهود في حديث طويل وأخذنا بالآثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
فان الحديث
متى صح عنه كان حجة على كل صاحبي رضوان الله عليهم (والحاصل) أن الشفعة
عندنا على
مراتب يقدم الشريك فيها في نفس المبيع ثم الشريك في حقوق المبيع بعده ثم الجار
الملاصق
بعدهما وعن ابن أبي ليلي والشافعي لا تجب الشفعة الا للشريك في نفس المبيع
لحديث أبي
هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فإذا
وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة وحديث أبي موسى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال

الشفعة فيما لم يقسم وادخال الألف واللام في الكلام للمعهود فإن لم يكن فللجنس
وليس هنا
معهود ينصرف إليه فكان للجنس فيقتضى أن جنس الشفعة فيما لم يقسم وفي رواية
إنما الشفعة
فيما لم يقسم وإنما لتقرير المذكور ونفيه عما عداه قال الله تعالى إنما الله إله واحد
فهو تنصيص على
نفي الشفعة بعد القسمة والمعنى فيه أن هذا تملك المال بغير رضا الممتلك عليه
فيختص به الشريك
دون الجار كالممتلك بالاستيلاء وملك أحد الجارين متميز عن ملك الآخر فلا يستحق
أحدهما ملك الآخر بالشفعة كالجار المقابل وهذا لان حق الاخذ بالشفعة لدفع ضرر
مؤنة
القسمة لأنه لو لم يأخذ طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة فالشرع
مكنه من
الاخذ بالشفعة ليدفع به ضرر مؤنة القسمة فيما لا طريق له لدفع ذلك الا بان يخرج عن
ملكه

بالأخذ بالاستيفاء والملك فيه وهذا لا يوجد في حق الجار ولهذا لا يوجب الشفعة فيما لا

يحتمل القسمة لأنه لا يدفع بالأخذ مؤنة القسمة عن نفسه ولهذا لا يوجب الشفعة في المنقولات أيضا لأنه متمكن من دفع مؤنة القسمة هناك ببيع نصيبه والبيع والشراء في المنقول

معتاد في كل وقت فاما العقار فيتخذ لاستيفاء الملك فيه وليبقى ميراثا بالعاقبة فهو يحتاج إلى الاخذ

بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة عن نفسه * وحثنا في ذلك ما روينا من الاخبار ولا يعارضها

ما رووا فيها بيان ان للشريك شفعة ونحن نقول به وتخصيص الشئ بالذكر عندنا لا يدل

على أن الحكم فيما عداه بخلافه ثم المراد بالشفعة بسبب الشركة فيما لم يقسم والمراد بيان أن مع

الشريك الذي لم يقاسم لا مزاحمة لاحد في الشفعة الشفعة بل هو مقدم وبه نقول واللفظ المذكور

في حديث أبي هريرة رضي الله عنه فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق دليلنا أنه علق نفي الشفعة

بالامرین جميعا فذلك دليل على أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا

أن تجب الشفعة وعندكم لا تجب ثم معنى هذا اللفظ فلا شفعة بوقوع الحدود وصرف الطرق

وكان الموضع موضع اشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق بها

الشفعة فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يستحق الشفعة بالقسمة والمعنى فيه أنه متصل

بالمملك اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الاخذ بالشفعة كالشريك * وتحقيق هذا الكلام أن

استحقاق الشفعة بالمجاورة دون الشركة فان الشركة تتحقق في المنقولات ثم لا تجب الشفعة

الا في العقار فلا بد من معنى يظهر به الفرق بينهما وليس ذلك إلا أن الشركة في العقار تفضي إلى المجاورة لأنهما إذا اقتسما كانا جارين والشركة في المنقولات لا تفضي إلى المجاورة

لأنهما إذا اقتسما لا يبقى بينهما مجاورة في الملك فإذا كان باعتبار الشركة التي تفضي

إلى المجاورة
يستحق الشفعة فتحقيقه المجاورة أولى وهذا لان المقصود دفع الضرر المتأذى بسوء
المجاورة
على الدوام ولهذا لا يثبت لجار السكنى كالمستأجر أو المستعير لان جواره ليس
بمستدام
ولهذا لا يثبت في المنقول وضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام باتصال أحد
الملكين بالآخر
على وجه لا يتأتى الفصل به والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب في مجاورة
بعض الناس
لحسن خلقه وعن جوار البعض لسوء خلقه فلمكان انه يتأذى بالجار الحادث يثبت له
حق
الاحذ بالشفعة لا لدفع ضرر مؤنة المقاسمة فان ذلك لا يحتاج إليه في المنقولات ولا
شفعة
فيما إذا باع أحد الشركاء نصيبه وهنا بالأخذ تزداد مؤنة المقاسمة على الباقيين وإنما
يندفع عنهم

سوء مجاورة المشتري ولهذا لا تثبت للجار المقابل لان سوء المجاورة لا يتحقق إذا لم يكن ملك أحدهما متصلا بملك الآخر ولا شركة بينهما في حقوق الملك على أنا نقول حق الاخذ بالشفعة له ليرفق به من حيث توسع الملك والمرافق وهذا في الجار الملاصق يتحقق لامكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الأخرى أولا يتحقق ذلك في الجار المقابل لعدم إمكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الأخرى بطريق نافذ بينهما حتى إذا كانتا في سكة غير نافذة تثبت الشفعة لكل لامكان جعل بعضها من مرافق البعض بأن تجعل الدور كلها دارا واحدة ولكن مع هذا الشريك مقدم عندنا لان سبب الاستحقاق القرب والاتصال وذلك في حقه أقوى لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ثم بعده للشريك في الطريق لزيادة الاتصال في حقه على الجار وقوة السبب توجب الترجيح ولان الشريك يدفع بالأخذ ضرر سوء المجاورة ومؤنة المقاسمة عن نفسه وقد بيننا أن الحاجة إلى دفع ضرر مؤنة المقاسمة لا يصلح علة للاستحقاق فتكون علة للترجيح لان الترجيح أبدا بما لا يكون علة الاستحقاق ألا ترى أن الأخ لأب وأم مع الأخ لأب إذا اجتمعا يترجح الأخ لأب وأم في العصوبة بسبب قرابة الأم والعصوبة لا تستحق بقرابة الأم ثم الترجيح يقع بها فهذا مثله وتفسير ما قلنا في منزل مشترك بين اثنين في دار هي في سكة غير نافذة إذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل أحق بالشفعة فإذا سلم فالشركاء في الدار أحق بالشفعة من الشركاء في السكة لأنه أميز قربا للشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فأهل السكة أحق بالشفعة في الشركة في الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهذا الذي على ظهر هذا المنزل وباب دراه في سكة أخرى وقد روى عن أبي يوسف أن مع وجود الشريك لا

شفعة

لاحد سواء سلم أو استوفي لأنهم محجوبون لحق الشريك وقد ثبت حقه سواء استوفي أو

سلم ولكن في ظاهر الرواية الشريك مقدم وقد ثبت حق الجار مع الشريك لتقرر السبب

في حقه إلا أن حق الشريك كان مقدما فإذا سلم كان للجار أن يستوفي كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة فإنه إذا استحق أسقط حقهم بالابراء كانت التركة لغرماء

المرض بديونهم لان سبب استحقاقهم ثابت ولهذا قلنا ينبغي للجار أن يطلب الشفعة إذا علم

بالبيع مع الشريك تمكن من أخذه فإن لم يطلب بعد علمه حتى يسلم الشريك فلا حق له بعد

ذلك وإن كان فناء منفرج من الطريق الأعظم راجعا عن الطريق أو زقاق أو درب غير نافذ

فيه دور فبيعت دار منها فأصحاب الدور شفعاء جميعا لأنهم شركاء في الفناء والطريق
فان سلم
هؤلاء الشفعة فالجار الملاصق أحق منهم بالشفعة وقد قال بعض أصحابنا فناء الدار
مملوك
لصاحب الدار والأصح أنه حقه وليس بمملوك له لان ملكه في الدار والدار ما أدير عليه
الحائط والفناء اسم لصحن وراء ذلك يكون معد الايقاف الدواب وكسر الحطب وغير
ذلك
فإن كان ذلك في سكة غير نافذة فهو حق أصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم
أو ملك
مشترك بينهم وفي هذا الشركة الجار الملاصق والمقابل سواء ولهذا كانت الشفعة
عندنا على
عدد الرؤس دون مقادير الأنصباء والدور. وقال الشافعي على مقدار النصب وبيانه في
دار
بين ثلاثة نفر لأحدهم نصفها ولآخر ثلثها ولآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه
وطلب
الآخران الشفعة قضى بالشفعة في المبيع بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله
أثلاثا بقدر
ملكيهما وان باع صاحب السدس ملكه وطلب الآخر ان الشفعة قضى بينهما أخماسا
عنده وان
باع صاحب الثلث نصيبه قضى به بين الآخرين أرباعا عنده بقدر ملكيهما وعندنا يقضى
به
نصفين فكذلك على أصلنا إذا بيعت دار ولها جاران أحدهما جار من ثلاث جوانب
والآخر
من جانب آخر واحد وطلبا الشفعة فهي بينهما نصفين فالشافعي رحمه الله استدل
بحديث عمر
رضي الله عنه لما أجلى يهود من وادي القرى قال لبنى عذرة أنتم شفعاؤنا في أموال
اليهود
الحديث إلى أن جعل الوادي بين بني عذرة وبين الامارة نصفين فقد اعتبر مقدار
النصيب
ولم يقسم بين المسلمين وبين بني عذرة وان هذا رفق من مرافق الملك فيكون على قدر
الملك
كالربح أو ثمرة تستحق بالملك فيكون على قدر الملك كالأولاد والألبان والأثمار في
الأشجار

المشتركة يوضحه المنفعة أن التي تستحق بسبب الملك يعتبر بالغرم الذي يلحق المالك بسبب الملك وذلك بقدر الملك فإذا كان الحائط مشتركاً بين اثنين أو ثلاثاً وأشهد عليهما فيه فسقط وأصاب مالا أو نفساً كان الضمان عليهما أثلاثاً بقدر الملك فهذا مثله وهذا على أصله مستقيم

فإن حق الشفعة عنده لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وحاجة صاحب الكثير إلى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل لأن مؤنة القسمة عنده على الشركاء بقدر الملك فكذلك ما شرع لدفع هذه المؤنة * وجه قولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق * وبيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة إما الجواز أو الشركة وقد استويا في أصل ذلك فإن صاحب القليل شريك كصاحب الكثير وجار الاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير (ثم تحقيق

هذا الكلام) أن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك. ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع فملك كل جزء علة تامة لاستحقاق المبيع بالشفعة فإذا اجتمع في حق صاحب الكثير علة وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة لا تتحقق بين العلة الواحدة والعلل ألا ترى ان أحد المدعيين لو أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء ثبت المعارضة والمشاركة بينهما. وكذلك لو أن رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه آخر جراحات فمات من ذلك استويا في حكم ذلك القتل وهذا لان الترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة وعند ظهور العلة الترجيح المرجوع مدفوع بالراجح وهنا لا يبطل حق صاحب القليل أصلا فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة وكثرة العلة لا توجب الترجيح لان ما يصلح بانفراده علة لا يصلح مرجحا وملك كل جزء بانفراده علة فمن هذا الطريق تتحقق المساواة بينهما بخلاف الغرماء في التركة فان حق كل واحد منهم في دينه في ذمة المديون ألا ترى أن عند الانفراد لا يستحق من التركة الا قدر دينه فإذا ظهر التفاوت بينهما في مقدار الدين وعليه يترتب استحقاق التركة قلنا كل واحد منهم يستحق بقدر دينه وكذلك الربح فإنه إنما يحصل بقدر المال ألا ترى ان عند الانفراد يحصل الربح لكل واحد منهما بقدر ماله وكذلك الولد واللبن والثمار فإنهما متولدة من العين وإنما تتولد بقدر الملك والشافعي رحمه الله غلط في اعتبار حكم العلة بالمتولد من العلة وقسمة الحكم على اجزاء العلة فاما الحائط المائل إذا مات من وقع عليه الحائط فان جرحه الحائط فالضمان عليهما نصفين

لاستوائيهما
في العلة وان مات بنقل الحائط فالضمان عليهما أثلاثا لان التساوي بينهما في العلة لم
يوجد فان
نقل نصيب صاحب القليل لا يكون كنقل نصيب صاحب الكثير ولا يدخل على شئ
مما
ذكرنا الفارس مع الراجل في الغنيمة لان تفصيل الفارس بفرسه حكم عرف شرعا
بخلاف
القياس مع أن الفرس بانفراده لا يكون علة للاستحقاق فيصلح مرجحا في استحقاق
بعض
الغنيمة وهنا ملك كل جزء علة كاملة لاستحقاق الجميع فلا تصلح مرجحة* ولا شفعة
الا في
الأرضين والدور لأنها عرفت شرعا وقد نص الشرع على الشفعة في العقار خاصة لقوله
صلى
الله عليه وسلم الشفعة في كل عقار أو ربع والصغير كالكبير في استحقاق الشفعة الا
على قول
ابن أبي ليلى فإنه كان يقول لا شفعة للصغير لان وجوبها لدفع التأذي بسوء المجاورة

وذلك من الكبير دون الصغير ولان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المعير والمستأجر
ولكننا نقول سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة أو الجوار من حيث اتصال حق ملكه بالمبيع على وجه التأييد فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به أيضا ثم هو محتاج إلى الاخذ لدفع الضرر في الآتي عن نفسه وإن لم يكن محتاجا إلى ذلك في الحال وبمثل
هذا الحاجة جاز للمولى تزويج الصغير والصغيرة فكذلك يثبت له حق الشفعة ثم يقوم بالطلب من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو أبوه ثم وصى أبيه ثم جده أبو أبيه ثم وصى الجد ثم وصى نصبه القاضي فإن لم يكن له أحد من هؤلاء فهو على شفيعته إذا أدرك
لان الحق قد ثبت له ولا يتمكن من استيفائه قبل الادراك لان الاستيفاء يبنى على طلب ملزم ولا يكون طلبه ملزما قبل الادراك فتركه الطلب قبل الادراك لعدم تمكنه من ذلك لا يكون مسقطا حقه كالبائع إذا ترك الطلب لأنه لم يعلم به والغائب على شفيعته إذا علم لهذا
المعنى فإنه لا يتمكن من الطلب ما لم يعلم به وترك الطلب إنما يكون دليلا على الرضا أو التسليم
بعد التمكن منه لا قبله والذكر والأنثى والحر والمملوك والمسلم والكافر في حق الشفعة سواء
لأنه من المعاملات وإنما يبنى الاستحقاق على سبب متصور في حق هؤلاء وثبوت الحكم بثبوت سببه* وإذا اشترى الرجل دارا وقبضها ونقد الثمن واختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لان الشفيع يملك الدار على المشتري كما أن المشتري يملكها على البائع. ولو كان الاختلاف بين البائع والمشتري في الثمن كان القول قول البائع كما قال صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البائع فكذلك المشتري مع الشفيع ولان الشفيع يدعى على المشتري وجوب تسليم الدار إليه عند احضار الألف والمشتري منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وأيهما أقام البينة قبلت بينته لأنه يؤيد دعواه بالحجة وليس

في
معارضة حجته سوى مجرد الدعوى من الآخر والدعوى لا تعارض الحجة ثم الشفيع ان
أقام البينة فقد أثبت ما ادعى من وجوب تسليم الدار إليه عند أداء الألف والمشتري ان
أقام
البينة فقد أثبت زيادة في الثمن ببينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع في قول
أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لأنه يثبت زيادة في الثمن
ببينته
والشفيع ينفي تلك الزيادة والمثبت للزيادة من البينتين أولى بالعمل بها كما لو اختلف
البائع
والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول لما فيها من اثبات
الزيادة

وكذلك لو اختلف البائع والمشتري والشفيع فقال البائع ثلاثة آلاف وقال المشتري ألفان
وقال الشفيع ألف وأقاموا البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول وكذلك الوكيل بالشراء
مع
الموكل إذا اختلفا في مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لأنها تثبت
الزيادة
وأظهر من هذا كله المشتري من العدو مع المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد
المأسور وأقاما
البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو لما فيها من اثبات الزيادة ولأبي حنيفة
طريقتان
إحداهما حكاهما محمد عنه والأخرى حكاهما أبو يوسف فالتى حكاهما محمد أن
المشتري صدر
منه اقرار أن أحدهما له والآخر عليه فكان للشفيع أن يأخذ بما عليه كما لو أقر عند
القاضي
بالامرین جميعا. وبيان ذلك أن الشفيع أثبت بينته اقرار المشتري بالشراء بألف وهذا
عليه
والمشتري أثبت بينته اقراره بالشراء بالبعين وهذا له وبه فارق البائع مع المشتري لان
هناك
كل واحد منهما صدر منه اقرار أن إحداهما ما أثبته ببينة وهو له والآخر ما أثبته صاحبه
وهو عليه فاستويا من هذا الوجه فلهدا صرنا إلى الترجيح بالزيادة والأولى أن نقرر هذا
الكلام من وجه آخر فنقول لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع ألا تري أنه لو اشترى
مرتين مرة بألف ومرة بألفين كان للشفيع أن يأخذ بأيهما شاء فعرفنا أنه لا تنافي بينهما
في
حقه والاشتغال بالترجیح عند تعذر العمل بهما أولى فاما مع امكان العمل بالبينتين فلا
معنى
للمصير إلى الترجيح فيجعل في حق الشفيع كان الشرائين جميعا ثابتان فله أن يأخذ
بأيهما
شاء وهو نظير المولى مع العبد إذا اختلفا فقال المولى قلت لك إذا أديت إلى الفين
فأنت
حر وقال العبد قلت لي إذا أديت إلى ألفا فأنت حر وأقاما البينة فان البينة بينة العبد بهذا
الطريق وهو أنه لا منافاة بينهما في حقه فيجعل كان الكلامين صدرا من المولى ويعتق
العبد
بأداء أي المالين شاء بخلاف البائع مع المشتري إذا اختلفا لان هناك العمل بالبينتين غير

ممکن
فالعقد الثاني في حقهما ناسخ للأول فلهذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة وكذلك ان
اختلفوا جميعا
لأنه ما دام الاختلاف قائما بين البائع والمشتري فلا معتبر باختلاف الشفيع وأما الوكيل
مع
الموكل إذا اختلفا فقد روي ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لان الوكيل
صدر منه
اقرار ان كما بينا في ظاهر الرواية فالوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري ولهذا
يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن وقد بينا العذر فيما إذا كان الاختلاف
بين
البائع والمشتري فاما المولى القديم مع المشتري من العدو إذا اختلفا فقد نص في السير
الكبير

على أن البينة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف لما بينهما من الوحشة حين

نص السير ولئن سلمنا فهناك العمل بالبيتين غير ممكن في حق المولى القديم لأن الشراء

الثاني ناسخ للأول فصرنا إلى الترجيح بالزيادة لهذا والطريقة التي حكاه أبو يوسف ان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبيتان للالزام فالملزم من البيتين يترجح كما في بينة العبد مع بينة المولى في مسألة التعليق* وبيان هذا انه إذا قبلت بينة الشفيع وجب

على المشتري تسليم الدار إليه بألف شاء أو أبي وإذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شئ

ولكنه يتخير بين أن يأخذ أو يترك وبه فارق بينة البائع والمشتري لان كل واحدة من البيتين

هناك ملزمة وكذلك بينة الوكيل مع الموكل كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا إلى الترجيح

بالزيادة وفي مسألة المشتري مع العبد من العدو ويقول على هذه الطريقة البينة بينة المولى

القديم لأنها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة وإذا أخذ الشفيع الدار من المشتري فعهدته وضمن ماله على المشتري لأنه يملك الدار عليه ويدفع الثمن إليه فهو في حقه بمنزلة

البائع مع المشتري* فان قيل حق الشفيع مقدم على حق المشتري شرعا فينبغي أن يجعل أخذ

الشفيع من يده بمنزلة الاستحقاق عليه لأنه يأخذ بحق مقدم على حقه* قلنا نعم حقه مقدم ولكن

ثبوت حقه بالسبب الذي يثبت به حق المشتري وهو الشراء إذ بأخذه لا يبطل ذلك السبب

بخلاف الاستحقاق بدعوى الملك فإذا بقي السبب وتأكد بقبض المشتري لم يمكن أن يجعل

الشفيع متملكا على البائع لأنه لا ملك له ولا يد حتى قضي له بالشفعة فلا بد أن يجعل متملكا

علي المشتري مستحقا عليه يده فلهذا كانت عهدته على المشتري كما لو اشتراها ابتداء منه وان

أخذها من البائع ودفع الثمن إليه فعهدته وضمن ماله على البائع عندنا. وقال ابن أبي ليلى عهدته

على البائع في الوجهين جميعا لان الشفيع لما تقدم على المشتري قام مقامه ثم عهدة
المشتري على
البائع فكذلك عهدة الشفيع وللشافعي قولان في أحد القولين ليس للشفيع أن يأخذ من
البائع ولكن البائع يسلمه إلى المشتري وعهده عليه لأنه يملك على المشتري بعوض
والمبيع
قبل القبض عنده لا يحتمل التملك على المشتري بعوض عقارا كان أو منقولا وعلى
القول
الآخر يأخذ من يد البائع وعهده على المشتري واليه يدفع الثمن وهو رواية عن أبي
يوسف
لان حق الشفعة يثبت بالشراء فكان من حقوق الشراء وما يكون من حقوق الشئ لا
يكون ناسخا له وكيف يكون أخذ الشفيع ناسخا للبيع وهو مبطل حقه كما لو ظهر

بطلان البيع من الأصل وإذا نفى الشراء كان الشفيع متملكا على المشتري فعهدته عليه
كما

لو أخذ من يده وعن أبي يوسف قال إن كان المشتري نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع
الثمن إلى

المشتري وعهدته عليه لان البائع لا يتمكن من استيفاء الثمن مرتين وإن لم يكن
المشتري نقد

البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن إلى البائع ويسقط حق البائع من الثمن قبل المشتري
وعهدة

الشفيع على البائع فاما وجه ظاهر الرواية فهو أن حق الشفيع ثبت بالبيع قبل ملك
المشتري

ويده ألا ترى أنه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وقال فلان ما اشتريت كان
للشفيع

أن يأخذ بالشفعة لثبوت البيع باقرار البائع وإن لم يثبت ملك المشتري لانكاره فإذا ثبت
تمكنه من الاخذ قبل ملك المشتري فقبل قبضه أولى وإذا أخذ بالشفعة فات بأخذه
الشفعة

القبض المستحق بالعقد في حق المشتري وذلك يوجب انفساخ البيع كما لو هلك
المبيع قبل

القبض وهذا لان يد الشفيع لا يمكن جعلها نائبة عن يد المشتري لتقدم حقه على حق
المشتري بخلاف ما إذا باعها المشتري من غيره لان يد الثاني هناك يمكن جعلها نائبة
عن يد

الأول فلا يفوت قبض المشتري الأول معنى ثم إن حضر الشفيع والدار في يد المشتري
فهو

الخصم للشفيع يأخذه من يده ولا يشترط حضرة البائع لان حكم العقد في حق البائع
قد

انتهى بالتسليم إلى المشتري وصار هو كأجنبي آخر فالشفيع بعد ذلك يستحق على
المشتري

ملكه ويده وكان هو الخصم وان كانت الدار في يد البائع فلا بد من حضرة البائع
والمشتري

جميعا لخصومة الشفيع في الاخذ لان الملك للمشتري واليد للبائع والشفيع يريد
استحقاقهما

جميعا فيشترط حضورهما لذلك ولأنه لا بد من حضور البائع لان الدار في يده
والشفيع لا يأخذ

بالشفعة من غير من يده واحدة من يد البائع موجب انفساخ العقد بين البائع

والمشترى
وذلك لا يتم الا بمحضر من المشتري فيشترط حضورهما لذلك وإذا أخذ الشفيع من
المشترى
الدار بالشفعة وأراد أن يكتب عليه كتب عليه نحو ما ذكره في الكتاب والمقصود من
الكتاب
التوثق والاحتياط فالسبيل أن يكتب على أحوط الوجوه ولهذا قال يكتب على اقراره
كتابا
أنه كان اشتراها وان هذا كان شفيعها فطلب أخذها بالشفعة فسلمها إليه لشفعته فيها
وقبض منه
الثلث ودفع إليه الدار وضمن له الدرك وأشهد عليه الشهود ويأخذ أيضا من المشتري
كتاب
الشراء الذي عنده فذلك أحوط له فان أبي أن يعطيه فله ذلك لان القابض ملكه ثم
الاحتياط
للشفيع أن يشهد على شهادة الشهود فيه حتى إذا جحد البائع البيع يتمكن هو من اثبات
حقه

بالحجة وان أخذ الدار من البائع كتب أيضا عليه نحو ذلك وزاد فيه وقد سلم فلان بن فلان
المشترى جميع ما في هذا الكتاب وأجازته وأقر أنه لاحق له في هذه الدار ولا في ثمنها
وان شاء
كتب الكتاب عليهما بتسليم الدار بالشفعة إليه وقبض البائع الثمن برضاها وضمن
البائع الدرك
لأنه في الاخذ من يد البائع يحتاج إلى حضرتهما وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه
من وجه
فاما ان يكتب الكتاب عليهما أو على البائع ويذكر فيه تسليم المشتري أيضا ليكون
ذلك أحوط
للشفيع* وإذا اشترى دارا بألف درهم إلى سنة وطلبها الشفيع إلى ذلك الاجل لم يكن
له ذلك
عندنا. وقال زفر والشافعي له ذلك لان الاجل صفة الدين يقال دين مؤجل ودين حال
وللشفيع حق الاخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته كما لو اشتراه بألف زيوف
ولكننا
نقول الاجل مدة يلحقه بالشرط بالعقد شرطا فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار وهذا
لان تأثير
الاجل في تأخير المطالبة وبه تبين أنه ليس بصفة للمال لان الثمن للبائع والأجل حق
للمشتري
على البائع فكيف يكون صفة للثمن ثم الناس يتفاوتون في ملاءة الذمة فبرضا البائع يكون
ماله
في ذمة المشتري لا يكون رضا منه بكونه في ذمة الشفيع ولان الشفيع يملك بمثل ما
يملك
به المشتري من المال فلا يثبت الاجل في حقه من غير ذكر كالمولى فان من اشترى
شيئا
بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل في حق المولى بدون الذكر إذا ثبت هذا
فنقول
الشفيع بالخيار ان شاء أخذها بالثمن حالا وان شاء انتظر حلول الأجل فإذا حل أخذها
بالثمن
حالا وإذا اختار الانتظار فعليه أن يطلب الشفعة في الحال حتى إذا لم يطلب لم يكن له
أن
يأخذها بعد حلول الأجل في قول أبي حنيفة ومحمد وذكر ابن أبي مالك ان أبا يوسف
كان

يقول هكذا أولا ثم رجع فقال له أن يأخذها. وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد
ثبت
بدليل انه لو أخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل
شفعته
* ووجه قول أبي يوسف الآخر أن الطلب غير مقصود لعينه بل للآخذ وهو في الحال لا
يتمكن
من الاخذ على الوجه الذي يطلبه لأنه إنما يريد الاخذ بعد حلول الأجل أو بثمن مؤجل
في
الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال وسكوته لأنه لم ير فيه فائدة لا
لاعراضه
عن الاخذ وان اختار أخذها من يد المشتري ودفع إليه الثمن في الحال كان الثمن
للبيع على
المشتري إلى أجله لتقرر العقد بينهما وإذا كان للدار شفيعان فسلم أحدهما لم يكن
للآخر إلا أن
يأخذها كلها أو يدعها لان مزاحمة المسلم قد زالت فكأنه لم يكن الشفيع في حقه الا
واحدا

وليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض لما في الاخذ من تفريق الصفقة والاضرار
بالمشترى في تبعض الملك عليه والشفيع بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه فلا يتمكن من
الاخذ

على وجه يكون فيه الحاق الضرر بغيره ثم حق كل واحد من الشفيعين ثابت في جميع
المبيع

لتكامل العلة في حق كل واحد منهما الا انهما إذا طلبا قضى القاضي لكل واحد منهما
بالنصف للمزاحمة ونفى الضيق في المحل فإذا سلم أحدهما قبل القضاء بقي حق الآخر

في الكل كما لو قتل رجلين عمدا فعفا عنه ولى أحدهما كان للآخر أن يقتص منه لهذا
المعنى. وإذا

كان البائع اثنين في صفقة واحدة والمشترى واحدا لم يكن للشفيع أن يأخذ بعضها
دون

بعض وإن كان البائع واحدا والمشترى اثنين فله أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لأنه
يأخذ ملك المشتري بالشفعة فإن كان المشتري واحدا لو تمكن من أخذ البعض تضرر
به

المشترى من حيث إنه يتبعض عليه الملك وإذا كان المشتري اثنين فإنما ملك كل
واحد منهما

النصف وليس في أخذ الشفيع نصيب إحداهما اضرارا بالآخر * يوضحه ان أخذه لدفع
ضرر

الجار الحادث وبأخذ البعض عند اتحاد المشتري لا يندفع ضرر مجاورته فعرنا انه لم
يقصد الا

الاضرار به. وإن كان المشتري اثنين فقد يكون أحدهما ممن ينتفع بجواره والآخر ممن
يتضرر بجواره فهو يقصد دفع ضرر جار السوء بأخذ نصيب أحدهما وروى الحسن
عن أبي

حنيفة قال إذا كان البائع اثنين فأراد الشفيع الاخذ قبل قبض المشتري فله ان يأخذ
نصيب

أحد البائعين لأنه بالأخذ يتملك على البائع ولهذا كانت عهده على البائع والملك في
حق البائعين

متفرق وبعد القبض إنما يتملك على المشتري والملك في حقه مجتمع وإن كان البائع
واحدا

والمشترى اثنين فقبل القبض ليس له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لاجتماع الملك
في حق البائع

وبعد القبض له ذلك ولكن هذا قوله الأول فاما قوله الآخر كما ذكر في الكتاب فان

المعتبر
جانب المشتري قبل القبض وبعد القبض ويستوى إن كان اشتراه لنفسه أو لغيره فسرّه
هشام عن محمد ان الواحد إذا اشترى دار الرجلين فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد
الامرین
ولو اشترى رجلان لواحد كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة النصف لان المشتري اثنان
والعاقد لغيره
في باب الشراء بمنزلة العاقد لنفسه في أحكام العقد وإن كان البائع اثنین والمشتري
واحدًا
فطلب نصيب أحد البائعين لم تبطل بذلك شفيعته وله أن يأخذها كله مقسومة كانت أو
غير مقسومة لأنه ما أعرض عن الطلب ولكنه أظهر الطلب والرغبة ثم اشتغل بتقسيم لم

يجعل الشرع له ذلك فيبطل تقسيمه ويقي حقه في جميع الدار يأخذه ان شاء ولو أخبر الشفيح
أن المشتري فلان فقال قد سلمت له فإذا المشتري غيره فهو علي شفيعته لما بينا أن
الناس يتفاوتون في المجاورة فرضاه بمجاورة انسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره وهذا
التقيد منه مفيد كأنه قال إن كان المشتري فلانا فقد سلمت الشفعة فإذا تبين أن المشتري غيره
فهو علي حقه وان تبين انه اشتراه فلان وآخر معه صح تسليمه في نصيب فلان وهو علي شفيعته
في نصيب الآخر لأنه رضي بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الآخر
والبعض معتبر بالكل ولو أخبر أن الثمن بألف درهم فسلم الشفعة فإن كان أكثر من ألف
فتسليمه صحيح وإن كان أقل فله الشفعة عندنا وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له في الوجهين لأنه
أسقط حقه بعد ما وجبت له الشفعة ورضي بمجاورة هذا المشتري فلا يكون له أن يأتي ذلك
بعد الرضا به ولكننا نقول إنما أسقط حقه بشرط أن يكون الثمن ألف درهم لأنه بنى تسليمه
علي ما أخبر به والخطاب السابق كالمعاد فيما بنى عليه من الجواب فكأنه قال سلمت
إن كان الثمن ألفا وإنما أقدم علي هذا التسليم لغلاء الثمن أو لأنه لم يكن متمكنا من تحصيل
الألف ولا يزول هذا المعنى إذا كان الثمن أكثر من ألف بل يزداد فاما إذا كان الثمن أقل من
الألف فقد انعدم المعنى الذي كأن لأجله رضي بالتسليم فيكون علي حقه وهذا لان
الاحذ بالشفعة شراء وقد يرغب المرء في شراء شئ عند قلة الثمن ولا يرغب فيه عند كثرة
الثمن ولو سلم الشفعة قبل الشراء كان ذلك باطلا لان وجوب حقه بالشراء والاسقاط قبل
وجود سبب الوجود يكون لغوا كالابراء عن الثمن قبل البيع ولو أخبر أن الثمن شئ مما يكال
أو يوزن فسلم الشفعة فإذا الثمن من صنف آخر أقل مما يسمى له أو أكثر فهو علي
شفيعته

لان الانسان قد يتيسر عليه جنس دون جنس وكان هذا التقييد مفيدا في حقه فكأنه قال سلمت إن كان الثمن كرا من شعيرا فإذا ظهر أن الثمن كر من حنطة فهو على حقه لو أخبر

أن الثمن عبد أو ثوب أو دابة ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو شففته لان ماله مثل من جنسه الشفيح يأخذ بمثل ما اشتراه المشتري وفيما لا مثل له يأخذ بقيمته دراهم

وقد يتيسر عليه تحصيل جنس من المكيل والموزون ويتعذر عليه تحصيل الدراهم فكان هذا

التقييد مفيدا في حقه ولو أخبر أن الثمن ألف درهم فسلم ثم تبين له أن الثمن مائة دينار قيمتها

ألف درهم أو أقل أو أكثر فعندنا هو على شففته إن كان قيمتها أقل من الألف والا فتسليمه

صحيح وعلى قول زفر هو على شففته على كل حال لان الدراهم والدنانير جنسان
ولهذا حل
التفاضل بينهما فكأنه قال سلمت إن كان الثمن ألف درهم فإذا تبين أن الثمن دنانير فهو
على
شففته كما في المكيلات والموزونات ولكننا نقول الدراهم والدنانير جنسان صورة
ولكنهما
جنس واحد في المعنى والمقصود هو المالية والتمنية ومبادلة أحد النقدين بالآخر يتيسر
في
العادة فلا يتقيد رضاه بالصورة وإنما يتقيد بالمعنى وهو مقدار المالية فيكون تسليمه
صحيحا
إذا كانت مالية الثمن أقل مما أخبر به وهذا لان من لا يرغب في شراء الشيء بألف
درهم
لا يرغب في شرائه أيضا بمائة دينار قيمتها ألف درهم ومالا يكون مقيدا من التقيد لا
يعتبر
ولو قيل له اشتراها بعدد أو ثياب قيمة ألف درهم فسلم فإذا الثمن دراهم أو دنانير فهو
على
شففته لان هذا التقيد مفيد في حقه لأنه وإن كان يأخذها بالقيمة فقد يصير مغبونا في
ذلك
لان تقويم الشيء بالظن يكون قائما أقدم على التسليم لهذا وينعدم هذا المعنى إذا كان
الثمن
دراهم ولو قيل له انه اشتراها بعدد قيمته ألف درهم فسلم الشفعة فإذا قيمة العبد أكثر
من
ذلك فلا شفعة له وان كانت قيمته أقل من ألف درهم فله الشفعة لان الثمن إذا كان
مما
لا مثل له من جنسه فإنما يأخذ الشفيع بقيمته فكان هذا في حقه بمنزلة البيع بتلك
القيمة
فإذا كان لثمن أقل مما أخبر به لم يكن هو راضيا بسقوط حقه وإذا كانت الدار بين
ثلاثة
رجال الا موضع بئر أو طريق فيها فباع الشريك في الجميع نصيبه من جميع الدار
فالشريك
الذي له في جميع الدار نصيب أحق من الآخر الذي له في بعض الدار نصيب لان
شركته
أعم وقد بينا أن من يكون أقوى سببا فهو مقدم في الاستحقاق ولان الموضع الذي هو

مشترك بين البائع وبينه لاحق للثالث فيه وهو موضع البئر أو الطريق لا بد أن يكون هو
أحق في ذلك الموضع بالأخذ بالشفعة وذلك في حكم شيء واحد فإذا صار أحدهم
أحق
بالتبعض كان أحق بالجميع وان اختلفا البائع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد
الثمن والدار
مقبوضة أو غير مقبوضة فالقول قول البائع في الثمن ويثبت حكم التحالف بين البائع
والمشتري
بالنص وللشفيع أن يأخذ بما قال البائع ان شاء لان الشرع لما جعل القول قول البائع
ظهر
مقدار الثمن في حقه بخبره وإنما لم يظهر في إلزام المشتري وليس في جانب الشفيع
إلزام بل
هو مخير فيأخذه بما قال البائع ان شاء وان كانت الدار في يد المشتري فقال البائع
بعثها بألف
درهم واستوفيت الثمن وقال المشتري اشتريتها بألفين فللشفيع أن يأخذ بألف درهم ولو
قال

البائع بعثها إياه واستوفيت الثمن وهو ألف درهم وقال المشتري اشتريتها بألفين ونقدته
الثمن
لم يأخذها الشفيع الا بألفين لان حكم البيع في حق البائع ينتهي بوصول الثمن إليه فإذا
بدا
فأقر بجميع قبض الثمن قبل أن يبين مقداره فقد انتهى حكم العقد في حقه وصار هو
كأجنبي
آخر فلا قول له بعد ذلك في بيان مقدار الثمن وبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري
فيكون
القول قول المشتري فاما إذا بدا ببيان مقدار الثمن قبل أن يقر بقبضه فقد ظهر أن الثمن
ذلك القدر بخبره لان الشرع جعل القول قوله ما لم يصل إليه الثمن وثبت للشفيع حق
الاخذ
بذلك الثمن فلا يبطل ذلك عليه باقرار البائع بقبض الثمن بعد ذلك وهو نظير ما لو قال
الوصي
استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان على
ألف
درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي ضامن للألفين ولا شيء له على الغريم ولو قال
استوفيت
من الغريم ألف درهم وهو جميع مال الميت عليه فقال فلان كان على ألفا درهم وقد
أوفيتك
الكل فللوصي أن يرجع عليه بألف أخرى والفرق ما بينا وفرع أبو يوسف رحمه الله في
الأمالي على هذا فقال لو كانت الدار في يد البائع فقال بعثها إياه بألف درهم
واستوفيت الثمن
وأخذها الشفيع من يده بألف فالمشتري على حجته فيما بينه وبين البائع يرجع عليه
بألفين ان
أثبت ان الثمن ألفا درهم وهو صحيح لان البيع انفسخ فيما بين البائع والمشتري فيرجع
بما أوفاه من الثمن ولو قال البائع بعثها بألفين ولم انقد الا ألف درهم ولم يأخذها
المشتري
ولا الشفيع الا بألفين لان القول في اثبات مقدار الثمن قول البائع ما لم يصل إليه كمال
الثمن وإذا كان البيع بألف درهم فحط البائع عن المشتري تسعمائة فللشفيع أن يأخذها
بمائة
درهم عندنا وعند الشافعي لا يأخذها إلا بالألف وأصل المسألة في كتاب البيوع ان
الزيادة
والحط في بعض الثمن يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد عندنا وعند الشافعي هو

بمنزلة
الهيئة المبتدأة فإذا كان عندنا الحط يلتحق بأصل العقد فالمحطوط خرج من أن يكون
ثمنا وإنما
ثمن الدار ما بقي فيأخذه الشفيع بذلك ولو كان الشفيع أخذها بألف ثم حط البائع عن
المشترى تسعمائة فإنه ينحط ذلك القدر عن الشفيع أيضا حتى يرجع بذلك القدر على
المشترى
لأنه ظهر منه انه أخذ منه فوق حقه وعلى هذا قالوا لو أخبر أن الثمن ألف درهم فسلم
الشفعة ثم حط البائع عن المشترى مائة فهو على شفيعته لان المحطوط خرج من أن
يكون
ثمنا فهو بمنزلة ما لو تبين ان الثمن كان أقل من ألف ولو وهب البائع الثمن كله
للمشترى قبل

قبضه أو بعده لم يحط المشتري عن الشفيع شيئاً لان هبة جميع الثمن لا تلتحق بأصل العقد

فإن التحاق الحط بأصل العقد ليدفع العين ويعتبر صفة العقد فيه ليصير عدلاً بعد أن كان

رابحاً أو خاسراً وهذا لا يتحقق في هبة جميع الثمن لان الانسان لا يصير مغبوناً بجميع الثمن فعرنا أنه مبتدأ توضيحه ان حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد فاما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة أو يصير بيعاً بغير ثمن فيكون فاسداً ولا شفعة في البيع

الفاقد فعرنا أنه لا يمكن الحاق الجميع بأصل العقد في حق الشفيع بخلاف حط البعض فان

زاد البائع المشتري في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الأول لأنه قد استحق

أخذها بالثمن الأول قبل الزيادة والمشتري لا يملك ابطال الحق الثابت له فلا يملك غيره أيضاً

يوضحه أن بهذه الزيادة يلزم نفسه شيئاً للبائع ويلزم الشفيع مثل ذلك وله الولاية على نفسه

دون الشفيع فيعمل التزامه في حقه ولا يعمل في حق الشفيع ألا ترى أنه لو وجد بيعاً مع البائع بأكثر من الثمن الأول صح ذلك في حقه وكان للشفيع أن يأخذ بالثمن الأول فقد فرق بين الزيادة والحط في حق الشفيع وسوى بينهما في بيع المرابحة غير مستحق على المشتري فليس في التزامه الزيادة في حكم بيع المرابحة ابطال حق مستحق عليه بخلاف الشفعة

ولو باعها المشتري من آخر بثمن أكثر من الثمن الأول كان للشفيع الخيار لان كل واحد

من العقدين سبب تام لثبوت حق الآخذ له بالشفعة فان اختار الاخذ بالشراء الثاني يأخذها من يد المشتري الثاني ولا يشترط حضرة المشتري الأول وان اختار الاخذ بالثمن

الأول بحكم الشراء الأول كان ذلك له لان المشتري الأول لا يتمكن من ابطال حق الشفيع

بتصرفه وإذا أخذها بالشراء الأول دفع الثمن إلى المشتري الأول وعهدته عليه ويرجع المشتري الثاني على المشتري الأول وإنما أوفاه من الثمن لان البيع الثاني قد انفسخ فان الشفيع أخذها بحق مقدم على البيع الثاني ولم يشترط حضرة المشتري الأول إذا أراد

أخذها بالثمن الأول في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يشترط وكذلك لو

كان
المشتري وهبها من انسان ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين الموهوب له في قول
أبي حنيفة
ومحمد حتى يحضر المشتري وعند أبي يوسف هو خصم لأنه يدعى حقه في العين
الذي
يزعم ذو اليد أنه ملكه فيكون هو خصما له في ذلك كما إذا ادعى ملك العين لنفسه
وهما يقولان
الشفيع لا يدعي حقا على الموهوب له ولا في ملكه وإنما يدعى حقه على المشتري
الأول

في ملكه فما لم يعد ملكه لا يتبين محل حقه وإنما يعود ملكه إذا انفسخ العقد الثاني
وفسخ
العقد عليه لا يجوز الا بحضوره وتمام بيان هذه المسألة في المأذون وكذلك لو تصرف
المشتري
في الدار تصرفاً آخر بان رهنا أو تزوج عليها فللشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها
بالشفعة
الأولى وليس لاحد من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن إنما الثمن للمشتري الأول
ولا يأخذ الشفيع الدار حتى ينقد الثمن كما لا يأخذ المشتري الدار من البائع حتى
ينقده
ثمنها ثم قد يبطل الرهن والهبة بالاستحقاق وترجع المرأة على الزوج بقيمة الدار لان
المسمى
من الصداق قد استحق فإذا اشترى الرجل شقصاً من دار فقاوم شريكه بحكم أو بغير
حكم ثم
حضر الشفيع كان له أن يأخذ ما أصاب المشتري بالقسمة أو يتركه وليس له فسخ
القسمة
لان القسمة من تنمة القبض فالمقصود من القبض الحياز وتمام الحيازة تكون بالقسمة
وليس
للشفيع أن ينقض قبل المشتري فكذلك لا يكون له أن ينقض قسمته ولأنه لو نقض
القسمة
احتاج إلى اعادتها في الحال لان البائع مطالب بالقسمة ولا يشتغل بنقض شيء يحتاج
إلى
اعادته في الحال وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال هذا إذا قسم بأمر
القاضي
فإن كانت القسمة بينهما بالتراضي فللشفيع أن ينقض تلك القسمة لان في القسمة
بالتراضي
معنى المبادلة فهي كتصرف آخر من المشتري فللشفيع أن ينقضه وقد يفيد هذا النقض
فربما
يقع نصيبه في القسمة الثانية فيما يجاوز ملكه فاما إذا كان القاضي هو الذي قسم فليس
في هذه
القسمة معنى المبادلة ولكنه تعين المبيع بقضاء القاضي وهو ما سلمه إلى المشتري
فيأخذ الشفيع
ذلك من يده ان شاء وان شاء ترك وإذا قضى القاضي للشفيع بالشفعة بثمن مسمى فهي
لازمة

لا يتخلص منها الا برضا المشتري أو يحدث في الدار عيب لان بقضاء القاضي ثبت الملك للشفيع بالثمن المسمى ويؤكد فيكون حال مع المشتري بمنزلة حال المشتري مع البائع وبعد البيع ليس للمشتري أن يتخلص منها الا بالإقالة برضاء البائع أو بعيب يجده في الدار فكذلك حال الشفيع فإن كانت في يد البائع فقضي القاضي بها على ثم سأل البائع أن يقيله فأقاله جازت الإقالة وهي للبائع وقد برى منها الشفيع والمشتري أما المشتري فلان البيع انفسخ بينه وبين البائع حين قضي القاضي بها للشفيع على البائع وأما الشفيع فلانه قام مقام المشتري بعد ما قضي القاضي له بها بذلك البيع وإقالة المشتري مع البائع كانت تصح قبل أخذ الشفيع فكذلك إقالة الشفيع مع البائع توضيحه أن الشفيع لما تقدم على المشتري في ثبوت الملك له بالعقد الذي باشره المشتري

صار المشتري في معنى الوكيل له وإقالة الموكل مع البائع صحيحة فكذلك إقالة الشفيع
مع البائع
وكذلك لو كانت في يدي المشتري فقضى بها عليه ثم ردها الشفيع على البائع فهو
جائز والشفيع
والمشتري بريان منه في قول أبي حنيفة اما على الطريق الثاني قد بينا ان الشفيع
كالموكل وإقالة
الموكل مع البائع صحيحة في حق براءة المشتري فكذلك إقالة الشفيع مع البائع وإن
كان أخذها
من يد المشتري وأما على الطريق الأول ففيه بعض الاشكال لان أخذ الشفيع من يد
المشتري
بمنزلة عقد مبتدأ فيما بينهما ولهذا كانت عهده على المشتري فينبغي أن لا تجوز إقالة
الشفيع
مع البائع في حق براءة المشتري حتى قال بعض مشايخنا هذه الإقالة بينهما في حكم
البيع المبتدأ
فيجوز في قول أبي حنيفة رضي الله عنه هذه الإقالة بينهما في حكم البيع المبتدأ فيجوز
في قول
أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وأبي يوسف الأول لا يجوز بناء على
اختلافهم
في بيع العقار قبل القبض وبتلك المسألة استشهد في الكتاب وقد بينها في كتاب
البيوع
ومنهم من يقول بل إقالة الشفيع مع البائع صحيحة في حق الكل لان عند اتفاقهم على
هذه
الإقالة يتبعض حق المشتري ويصير كان الشفيع أخذها من يد البائع ولان حق الشفيع
يثبت
سابقا على ملك المشتري عنده فإذا قضى القاضي بحقه فملكه لا ينبنى على ملك
المشتري بل
هو يقوم مقام المشتري في الإقالة مع البائع وملك الإقالة بملك المبيع لا بالعقد ألا ترى
أن
الوارث يملك الإقالة بعد موت المورث لأنه يخلفه في ملكه فإذا قام الشفيع مقام
المشتري
في الملك بقضاء القاضي ملك الإقالة مع البائع غير أن للمشتري لا يخرجها من يده
حتى يرد
عليه البائع الثمن كما لو كان هو الذي اقاله بنفسه وهذا لأنه بعد ما انفسخ عقده يكون

حاله في
الحبس كحال البائع عند العقد وقد كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن
فكذلك
المشترى بعد الفسخ حتى يرد عليه الثمن وإذا اشترى دارا لرجل غائب فللشفيح أن
يأخذها
منه بالشفعة لأنها في يده وهو نائب عن الموكل فيها ثم العاقد لغيره فيما هو من حقوق
العقد
بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك إن كان البائع وكيلًا لغائب فهو بمنزلة العاقد لنفسه
فللشفيح أن
يأخذ الدار منه بالشفعة إذا كانت في يده وكذلك إن كان البائع وصيا للميت لأن
الورثة إذا
كانوا كبارا كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشيء تباع فيه الدار حتى ينقد ذلك
لم يجز بيع
الوصي لأن الملك للورثة وهم متمكنون من النظر بأنفسهم وإن كان فيهم صبي صغير
جاز بيع
الوصي في جميع الدار وكذلك إن كان عليه دين أو أوصى بوصية من ثمن الدار وهو

استحسان ذهب إليه أبو حنيفة (وفى القياس) لا يجوز بيعه الا في نصيب الصغير خاصة
أو
بقدر الدين والوصية اعتبارا للبعض بالكل (ولكن استحسن) أبو حنيفة فقال الولاية
بالوصاية
لا تتجزى فإذا ثبت في بعض الدار ثبت في كلها وفي بيع الكل منفعة لجميع الورثة
فالجمل
يشترى بما لا يشتري به الأشقاص وإذا بلغ الشفيع شراء نصف الدار فسلم الشفعة ثم
علم أنه
اشترى جميعها كان له الشفعة لان سلم النصف وكان حقه في أخذ الكل والكل غير
النصف
فلا يكون اسقاط النصف اسقاطا للكل ولو أخبر بيع الكل فسلم ثم علم أنه إنما اشترى
النصف فلا شفعة له لان من ضرورة تسليم الكل تسليم النصف الذي هو حقه يوضح
الفرق
ان الأشقاص لا يرغب فيها كما يرغب في الجمل وإنما سلم حين أخبر بشراء النصف
لأنه لم
يرغب فيه مع عيب الشركة فهو على حقه إذا تبين له انه لم يكن معيبا فاما إذا سلم ولم
يرغب
في الاخذ بدون عيب الشركة فأولى أن لا يكون راغبا فيه مع عيب الشركة وذكر عن
أبي
يوسف على ضد هذا فقال إذا أجبر بشراء النصف فسلم ثم علم أنه اشترى الجميع فلا
شفعة له
وإذا أخبر بشراء الجميع ثم علم أنه اشترى النصف فله الشفعة لأنه قد يتمكن من
تحصيل ثمن
النصف ولا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد يكون له حاجة إلى النصف ليتم به
مرافق ملكه
ولا يحتاج إلى الجميع وإذا اشترى الرجل دارا فعلم الشفيع وقال قد سلمتها أو سلمت
نصف
الشفعة كان مسلما لجميعها أما إذا سلم الكل فلانه أسقط الحق بعد الوجوب وأما إذا
سلم
النصف فلان حق الشفعة لا يتجزأ ثبوتا واستيفاء فلا يتجزأ اسقاطا أيضا ومالا يتجزى
فذكر بعضه كذكر كله كما لو طلق نصف امرأته وعن أبي يوسف أن تسليم النصف لا
يصح
لأنه لاحق له في أخذ النصف وإنما يعتبر اسقاطه فيما له حق الاستيفاء فيه ولان هذا منه

إظهار الرغبة فيما يحتاج إليه من الدار وهو النصف وإنما يسقط شفيعته باعراضه عن
الطلب
لا باظهار الرغبة فيه ولكن هذه الرواية فيما إذا كان طلب أولاً ثم سلم النصف أما إذا
قال كما
سمع سلمت نصف الشفعة فلا شك أنه تسقط شفيعته كما لو سكت عن الطلب وإذا
اشترى
الرجل داراً فغرق بناؤها أو احترق وبقيت الأرض لم يكن للشفيع أن يأخذها الا بجميع
الثلث ولو أحرق البناء بيده فللشفيع أن يأخذ الأرض بحصتها من الثلث إذا قسم الثلث
على
قيمة الأرض وقيمة البناء وقت العقد وللشافعي في الفصلين جميعاً قولان في أحد
القولين لا
يأخذ الا بجميع الثلث وفي القول الآخر يأخذ الأرض بحصتها في الوجهين وأصل
المسألة

في البيوع فان المذهب عندنا أن الثمن بمقابلة الأصل دون الأوصاف حتى أن فوات الوصف في يد البائع من غير صنع أحد لا يسقط شيئاً من الثمن وعند الشافعي يسقط في أحد القولين فكذلك فوات الوصف في يد المشتري من غير صنع أحد لا يمنعه من البيع مرابحة على جميع الثمن عندنا وعند الشافعي يمنعه من ذلك ثم البناء وصف وبيع ولهذا دخل في بيع الأرض من غير ذكر وهذا لان قوام البناء بالأرض كقيام الوصف بالموصوف فإذا فات البناء من غير صنع أحد فقد فاته ما هو بيع فلا يسقط شيء من الثمن فإذا فوته المشتري فقد صار مقصوداً يتناوله فلا بد من أن يكون بعض الثمن بمقابله كما لو فوت البائع طرف المبيع قبل التسليم فيسقط حقه من الثمن عن الشفيع قال ألا ترى أنه لو احترق منها جذع أو باب أو وهي منها حائط كان له أن يبيعه مرابحة فكذلك للشفيع أن يأخذها بجميع الثمن أن شاء وان هدم البناء بيده ثم جاء الشفيع قسم الثمن على قيمة الأرض وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الأرض بحصتها من الثمن ولاحق له في البناء لأنه قد زایل الأرض وهو في نفسه منقول لا يستحق بالشفعة وإنما كان ثبوت حقه فيه لاتصاله بالأرض فإذا زال ذلك لم يكن له في البناء حق ولو انهدم البناء بنفسه فإنه يقسم الثمن على قيمة الأرض يوم وقع العقد وقيمة النقص لان الانهدام لم يكن بصنع المشتري فالمعتبر هو الاحتباس عنده والمحتبس هو النقص لأنه زایل البناء بخلاف الأول فهناك المشتري هو الذي قسم البناء فلماذا قسمنا الثمن على قيمة الأرض وقيمة البناء يوم وقع الشراء حتى لو كانت الدار تساوى ألفاً والثلث ألف وقيمة النقص مائة وقيمة الأرض خمسمائة وقيمة التأليف أربعمائة ففي الانهدام يسقط عنه قيمة النقص وفي الهدم يأخذ

بحصة
الأرض لا غير وذلك خمسمائة وكذلك إن كان المشتري قد استهلك البناء وكذلك لو
استهلكه
أجنبي فاخذ المشتري قيمته فان سلامة بدل البناء للمشتري بمنزلة سلامه البناء له أن لو
هدم
بيده ولم يذكر ما إذا نوى القيمة على الذي هدم البناء وروى الحسن عن أبي حنيفة أن
الشفيع يأخذ الدار بجميع الثمن أن شاء كما لو احترق البناء من غير صنع أحد فان
خرج
بعد ذلك ما على الذي هدم البناء من القيمة رجع الشفيع على المشتري بحصة البناء من
الثمن
فان اختلفا في قيمته فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي عليه حقا بملك الأرض
بثلث
الثمن والمشتري ينكر ذلك ويزعم أن له حق التملك بنصف الثمن والقول في مثل هذا
قول المشتري مع يمينه كما لو اختلفا في مقدار الثمن فان أقاما البينة فعلى قول أبي
يوسف البينة

بينة المشتري لاثبات الزيادة في قيمة البناء كما هو مذهبه فيما إذا اختلفا في مقدار الثمن وعلى الطريقة التي حكاها أبو يوسف عن أبي حنيفة هناك البينة بينة الشفيع هنا لأنها ملزمة دون بينة المشتري وعلى الطريقة التي حكاها محمد هناك البينة بينة المشتري وهو قول محمد لان هناك إنما جعلنا البينة بينة الشفيع باعتبار أن المشتري صدر منه اقرار ان ولا يوجد ذلك المعنى هنا فبقي الاختلاف بينهما في قيمة البناء وفي بينة المشتري اثبات الزيادة فكانت أولى كذلك وان اختلفا في قيمة الأرض يوم وقع الشراء نظر إلى قيمته اليوم فيقسم الثمن عليهما لأن الظاهر شاهد لمن يوافق قوله القيمة في الحال ولان تمييز الصادق من الكاذب بالرجوع إلى قيمته في الحال ممكن فيستدل بقيمتها في الحال على قيمتها فيما مضى وإذا اشترى دارا فوهب بناءها لرجل أو باعها منه أو تزوج عليها وهدم لم يكن للشفيع على البناء سبيل لأنه زایل الأرض وهو في نفسه منقول فلا يستحق بالشفعة ولكن يأخذ الأرض بحصتها من الثمن لان هدم البناء كان بتسليط من المشتري فهو كما لو هدم بنفسه وان كأن لم يهدم فله أن يبطل تصرف المشتري ويأخذ الدار كلها بجميع الثمن لان حقه في البناء ما دام متصلا بالأرض ثابت وللشفيع حق نقض تصرفات المشتري ألا ترى أنه لو تصرف في الأصل والهبة كان للشفيع أن ينقض ذلك ويأخذ بالشفعة فكذلك إذا تصرف في البناء ولأنه يأخذ الكل بالشفعة بحق تقدم ثبوت تصرف المشتري فهو بمنزلة الاستحقاق في ابطال تصرف المشتري فيه وإذا سلم الشفيع الشفعة للمشتري وهو لا يعلم بالشراء فهو تسليم وان صدقه المشتري أنه لم يعلم لأنه صرح باسقاط حقه بعد الوجوب وعلمه بحقه ليس بشرط في صحة الاسقاط باللفظ الموضوع له كالإبراء عن

الدين وإيقاع الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص وهذا بخلاف ما إذا ساومه وهو لا يعلم أنه اشتراه (لان المساومة) غير موضوعة لاسقاط الشفعة وإنما تسقط الشفعة بها لما فيها من دليل الرضا من الشفيع ولا يتحقق ذلك إذا لم يعلم الشفيع به وإذا اتخذ المشتري الدار مسجداً ثم حضر الشفيع كان له أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة (وروى الحسن) عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك وهو مذهب الحسن ووجهه أن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون بمنزلة اعتاق العبد وحق الشفيع لا يكون أقوى من حق المرتهن في المرهون ثم حق المرتهن لا يمنع حق الراهن فكذلك حق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجداً ووجه ظاهر الرواية أن للشفيع في هذه البقعة حقاً مقدماً على حق المشتري وذلك يمنع صحة جعله مسجداً لان

المسجد يكون لله تعالى خالصا ألا ترى أنه لو جعل جزءا شائعا من داره مسجدا أو جعل
وسط داره مسجدا لم يحز ذلك لأنه لم يصير خالصا لله تعالى فكذلك ما فيه حق
الشفعة إذا
جعله مسجدا وهذا لأنه في معنى مسجد الضرار لأنه قصد الاضرار بالشفيع من حيث
ابطال
حقه فإذا لم يصح ذلك كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة ويرفع المشتري بناءه
المحدث ولو
اشترى دارا فهدم بناءها ثم بنى فأعظم المنفعة فان الشفيع يأخذها بالشفعة ويقسم الثمن
على
قيمة الأرض والبناء الذي كان فيها يوم اشترى وتسقط حصة البناء لان المشتري هو
الذي
هدم البناء وينقض المشتري بناءه المحدث عندنا وروى أصحاب الاملاء عن أبي
يوسف أن
الشفيع لا ينقض بناء المشتري ولكنه يأخذ بالثمن وقيمة البناء مبنيا ان شاء وهو قول
الشافعي
وجه قولهما ان المشتري بنى في ملك صحيح له فلا ينقض بناؤه لحق الغير كالموهوب
له إذا
بنى في الأرض الموهوبة وتأثير هذا الكلام أنه محق في أصل البناء فيستحق قرار البناء
إذ ليس في ابقاء بنائه ابطال حق الشفيع فإنه يتمكن من أخذه مبنيا بالشفعة ولو نقضنا
بناءه
تضرر المشتري بابطال ملكه ولو لم ينقض لا يتضرر الشفيع بابطال حقه وان لزم
الشفيع
زيادة ثمن قيمة فبمقابلته يدخل في ملكه ما يعد له والضرر يبدل أهون من الضرر الذي
يلحقه بغير بدل فكان مراعاة جانب المشتري أولى ألا ترى أنه لو زرع الأرض لم يكن
للشفيع
أن يقلع زرعه لهذا والبناء تبع للأرض بمنزلة الصبغ في الثوب ومن صبغ ثوب انسان
فأراد
صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه كان عليه أن يعطى الصباغ ما زاد الصبغ فيه وهذا بخلاف
سائر تصرفات المشتري لان في ابقائها ابطال حق الشفيع فلذلك يمكن من نقضها
ووجبتنا
في ذلك أنه بنى في بقعة غيره أحق بها منه من غير تسليط من له الحق فينتقض عليه
بناؤه

كالراهن إذا بنى في المرهون وبيان الوصف أن حق الشفيع في هذه البقعة حق قوى
متأكد
وهو متقدم على حق المشتري وتصرف المشتري فيما يرجع إلى الاضرار بالشفيع يكون
باطلا
لمراعات حق الشفيع ويجعل ذلك لتصرفه في غير ملكه ألا ترى أن تصرفه بالبيع والهبة
ينقض هذا المعنى فكذلك بناؤه وفي البناء هو مضر بالشفيع من حيث أنه يلزمه زيادة
في
الثمن لم يرض هو بالتزامها وهو مبطل للحق الثابت له يعني حق الاخذ بأصل الثمن فلا
ينفذ
ذلك منه كما لا ينفذ سائر التصرفات وهذا بخلاف المشتري شراء فاسدا إذا بنى لأنه
بنى
هناك بتسليط من له الحق ثم حق البائع في الاسترداد ضعيف لا يبقي بعد البناء ألا ترى
أنه

لا يبقى بعد تصرف آخر من المشتري بخلاف حق الشفيع وكذلك حق الواهب
ضعيف
لا يبقى بعد تصرف الموهوب له بخلاف حق الشفيع والاشتغال بالترجيح لدفع أعظم
الضررين
بالأهون إنما يكون بعد المساواة في أصل الحق ولا مساواة فحق الشفيع مقدم على حق
المشتري ثم البناء الذي يدخل في ملك الشفيع ربما لا يكون موافقا له فيحتاج إلى
مؤنة ذلك
لرفع البناء ثم يبنى على الوجه الذي يوافقه وفي الزرع قياس واستحسان في القياس بقلع
زرعه
وفي الاستحسان لا يقلع لأن لادراكه نهاية معلومة وليس في الانتظار كثير ضرر على
المشتري بخلاف الغراس والبناء وأصله في المستعير يقلع بناؤه وغرسه لحق المعير ولا
يقلع
زرعه استحسانا وإذا اشترى دار فغرق نصفها فصار مثل الفرات يجرى فيه الماء ولا
يستطاع رد ذلك عنها فللشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن أن شاء لأن حقه ثابت
في الكل وقد تمكن من أخذ البعض فيأخذه بحصته من الثمن اعتبارا للبعض بالكل
والشافعي في كتابه يدعى المناقضة علينا في هذا الفصل ويقول إنهم زعموا أنه إذا
احترق البناء
لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع وإذا غرق بعض الأرض سقط حصته من الثمن
فكأنهم
اعتبروا فعل الماء دون النار وإنما قال ذلك لقللة الفقه والتأمل فان البناء وصف وتبع
وليس
بمقابلة الوصف شيء من الثمن إذا فات من غير صنع أحد فاما بعض الأرض ليس يتبع
للأرض
فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن عن الشفيع أو تأخر ذلك إلى أن يتمكن من
أخذه والانتفاع به فان قال المشتري ذهب منها الثلث وقال الشفيع ذهب النصف
فالقول
قول المشتري ويأخذها الشفيع بثلثي الثمن أن شاء فان أقاما البينة فهذا ومسألة قيمة
البناء سواء
في التخريج على ما بينا وكذلك لو استحق رجل بعضها وسلم الشفعة وطلبها الجار
بالشفعة أخذ
ما بقي بحصته من الثمن والقول قول المشتري في مقدار المستحق من الباقي لأن
الشفيع يدعى
حق التملك عليه في الباقي بثمن ينكره المشتري ولا شفعة في الشراء الفاسد لأن

وجوب
الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع وعند فاسد البيع حق البائع لم ينقطع ولان في اثبات
حق
الاخذ للشفيع تقرير للبيع الفاسد وهو معصية والتقارير على المعصية معصية فان سلمها
المشترى
للشفيع بالثمن الذي أخذها به وسماه له جاز ذلك لان التسليم بالشفعة سمي بغير قضاء
في حكم
البيع المبتدأ ولو باعه المشترى ابتداء جاز بيعه وكان عليه قيمة الدار فكذلك إذا سلمها
للشفيع
ألا ترى أنه لو ورث دارا فسلمها للشفيع بألف درهم كان ذلك بيعا منه ولو اشترى بيعا
منقولا

فطلب الشفيع بالشفعة فسلم كان ذلك يباع مبتدأ فهذا مثله وإذا مات الشفيع بعد البيع قبل

أن يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الاخذ بالشفعة عندنا وعند الشافعي له ذلك والكلام

في هذه المسألة نظير الكلام في خيار الشرط وقد بيناه في البيوع فان عنده كما تورث الاملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال وما لا يعتاض في ذلك سواء

بطريق أن الوارث يقوم مقام المورث وان حاجة الوارث كحاجة المورث ونحن نقول مجرد

الرأي والمشية لا يتصور فيه الإرث لأنه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه والثابت له بالشفعة مجرد المشية بين أن يأخذ أو يترك ثم السبب الذي به كان يأخذ بالشفعة تزول

بموته وهو ملكه وقيام السبب إلى وقت الاخذ شرط لثبوت حق الاخذ له ألا ترى أنه لو

أزاله باختياره بان باع ملكه قبل أن يأخذ البعض المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فكذلك إذا زال بموته والثابت للوارث جوازا أو شركة حادثة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة

وهذا لان استحقاق الشفعة بسبب يبنى على صفة المالكية ولهذا لا يثبت حق الاخذ بالشفعة

لجار السكنى وصفة المالكية تتجدد للوارث بانتقال ملك المورث إليه فلا يجوز أن يستحق

الشفعة بهذا السبب ولو كان بيع الدار بعد موته كان له فيها الشفعة لان الملك انتقل بالموت

إلى الوارث بسبب الاستحقاق وهو الجوار عند بيع الدار كان للوارث والمعتبر قيام السبب

عند البيع لا قبله وإذا مات المشتري والشفيع حي فله الشفعة لان المستحق باق وبموت المستحق

عليه لم يتغير سبب الاستحقاق ولم يبع في دينه ووصيته لان حق الشفيع مقدم على حقه فيكون مقديما على حق من ثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي أو

الوصي في دين الميت فللشفيع أن يبطل البيع ويأخذها بالشفعة كما لو باعها المشتري في حياته

ولا يقال يبيع القاضي حكم منه فكيف ينقضه الشفيع لان القاضي إنما باعها اما لجهله

بحق الشفيع
أو بناء على أنه ربما لا يطلب الشفعة فإذا طلبها كان بيعه باطلا ولان هذا منه قضاء
بخلاف الاجماع
فقد أجمعوا على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري وإنما يبيعه القاضي في دين
المشتري
ووصيته بطريق النيابة عنه وكذلك لو أوصى فيه بوصية أخذها الشفيع وبطلت الوصية
لأنه
لو تبرع بها في حياته بالهبة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله فكذلك إذا تبرع بها بعد
موته
بالوصية وإذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له وفي هذا اللفظ إشارة إلى
أن طلب
الشفعة يتوقف بمجلس علم الشفيع به وهو اختيار الكرخي وذكر ابن رستم في نوادره
عن

محمد انه إذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفيعته وعلى هذا عامة مشايخنا
إلا أن

هشاما ذكر في نوادره انه إذا سكت هنيهة ثم طلب فهو على شفيعته ما لم يتناول
سكوته

وكذلك قال كما إن سمع سبحان الله أو قال الله أكبر أو قال خلصني الله من فلان ثم
طلب

الشفعة فهو على شفيعته وكذلك إذا قال بكم باعها ومتى باعها أو متى اشتراها بهذا
القدر من الكلام

لا تبطل شفيعته وهو على حقه إذا طلب وقال ابن أبي ليلى ان طالت إلى ثلاثة أيام فله
الشفعة

وقال سفيان له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفيعته ما لم يبطلها
صريحا أو دلالة

بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له وابن أبي ليلى كان يقول يحتاج الشفيع إلى النظر
والتأمل

حتى يعلم أنه ينتفع بجواز هذا الجار فلا يطلب الشفعة أو يتضرر به بطلت الشفعة ومثل
هذا

لا يوقف عليه الا بالتأمل فيه مدة فيجعل له من المدة ثلاثة أيام بمنزلة خيار الشرط فلهذا
قدرها سفيان بيوم واستدل علماؤنا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لم وثبها
وفي

رواية الشفعة كمنشطة العقال إن أخذ بها ثبتت والا ذهبت ولأنه إذا سكت عن الطلب
فذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث ودليل الرضا كصريح الرضا ولو لم يجعل
هذا منه

دليل الرضا تضرر به المشتري فإنه يسكت حتى يتصرف المشتري فيه ثم يبطل تصرفه
عليه

وفيه من الضرر مالا يخفى إلا أن الكرخي جعل له المجلس في ذلك لحاجته إلى الرأي
والتأمل

فهو كالمحيرة لها الخيار ما دامت في مجلسها ولان الشرع أوجب له حق التملك
ببدل ولو

أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله
ولفظه

الطلب لم يذكرها في الكتب والظاهر أنه بأي لفظ طلب فهو صحيح منه كسائر
الحقوق إلا أن

ه روى عن أبي يوسف أنه يذكر في طلبه البيع والسبب الذي يطلب به الشفعة من جوار

أو شركة فإن طلبها فأبى المشتري أن يدفعها إليه وخاصمه وأشهد الشفيع شهودا على طلبه الشفعة
كان على شفيعته لأنه أظهر بطلبه رغبته في الاخذ لدفع الضرر عن نفسه فإذا علم بالبيع وهو
بمحضر من المشتري فالجواب واضح وكذلك إن كان بمحضر من الشهود ينبغي له أن يشهدهم
على طلبه ثم يتوجه إلى من في يده الدار أو إلى موضع الدار فيشهد على الطلب أيضا على ماليته
إن شاء الله تعالى وكذلك لو لم يكن بحضرته أحد حين سمع ينبغي له أن يطلب الشفعة فالطلب
صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغي له أن يطلب حتى إذا حلفه المشتري
أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع ثم يأتي إلى موضع الشهود فيشهدهم على الطلب ويسمى

هذا طلب المواثبة ثم يأتي إلى من في يده الدار فيشهد على الطلب عنده أيضا ويسمى هذا

طلب التقرير وهو على حقه بعد هذا وان طالت الخصومة بينهما وان أثبت ذلك في ديوان

القاضي فهو أبلغ في العذر فان شغله شئ أو عرض له سفر بعد اشهاده على طلب التقرير فهو

على شفيعته وهذا قول أبي حنيفة وهو القياس. لان حقه قد تقرر بالطلب فلا يسقط بعد ذلك الا باسقاطه صريحا أو دلالة وعن محمد أنه إذا ترك ذلك شهرا بطلت شفيعته استحسانا

لأنه لو لم يسقط حقه تضر به المشتري فإنه يتعذر عليه التصرف مخافة أن ينقض الشفيع تصرفه

والضرر مدفوع وإنما قدر ذلك بالشهر لان الشهر في حكم الاجل وما دونه عاجل بدليل مسألة

اليمين لتقصير حقه عاجلا فقساؤه فيما دون الشهر بر في يمينه وعن أبي يوسف إذا ترك الخصومة

في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته حتى أن كان القاضي يجلس في كل ثلاثة أيام فإذا مضى

مجلس من مجالسه ولم يخاصم الشفيع فيه اختيارا بطلت شفيعته وان سلم الشفيع على مال فالتسليم

جائز ويرد المال على صاحبه لأنه أسقط حقه مختارا ورضي بجواره ولكنه طمع في غيره مطمع

وهو المال فإنه لا يستحق المال الا بمقابلة ملك له وحق الشفيع ليس بملك له فلا يستوجب

بمقابلة اسقاطه المال وتسليم الشفيع لا تتعلق بالشرط فالشرط الفاسد وهو المال فيه لا يمنع صحة

التسليم أيضا وكذلك لو باع شفيعته بمال لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفيع لا يحتمل

التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها وفي الكتاب لا

بل لا قيمة للشفيع على كل حال ولا يجوز أن يؤخذ عنها مال بمنزلة الكفالة بالنفس وقد بيناه في

شرح كتاب الكفالة انه لو أبرأ الكفيل بالنفس على مال لا يجب المال وفي براءة الكفيل هناك

روايتان وإنما استشهد بالكفالة لبيان أنه لا يستحق العوض عن الحق الذي ليس بملك
متقوم
(وهذا بخلاف) الاعتياض عن ملك النكاح في زوجته بالخلع وعن القصاص بالصلح
وعن
اسقاط الرق بالعتق (فذلك كله ملك) متقرر له في المحل شرعا وكما يجوز أن يلتزم
العوض
ليثبت الملك له يجوز أن يأخذ العوض لبيطل ملكه فاما الشفيع ليس يملك على
المشترى
شيئا قبل الاخذ فتسلمه الشفعة ترك التعرض منه للمالك في ملكه وليس فيه ابطال ملك
ثابت فلا يستحق بمقابلته عوضا عليه ثم هذا على ثلاثة أوجه أحدهما أن يسلم على
مال سمي
والثاني أن يصلح المشترى على أن يأخذ منه نصف الدار بنصف الثمن فهذا صحيح
ويكون
مسقطا لحقه فيما زاد على النصف لأنه أخذ بعض حقه بما يخصه من البذل وذلك
جائز اعتبارا

للبعض بالكل والثالث لو صالحه على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فهذا الصلح باطل
لان حصة البيت من الثمن غير معلومة وهو على شفيعته لأنه ما رضى باسقاط حقه وإنما أظهر
الرغبة في أخذ مقدار ما يحتاج إليه من الدار فكان على شفيعته في جميع الدار ولو قضى القاضي
للشفيع بالدار لشفيعته ثم مات قبل نقد الثمن وقبض الدار فالبيع لازم لورثته لان الشفيع يملكها ببدل بقضاء القاضي فكان حكمه كحكم ما لو اشترى بنفسه وفي هذا إشارة إلى أن
القاضي يقضي له بشفعة قبل أن يحضر الثمن وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف فاما محمد لا
يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن لان تمكنه من الاخذ إذا أدى الثمن فلا يقضى القاضي له
بالمملك قبل ذلك دفعا للضرر عن المشتري ولكننا نقول ما لم يجب الثمن عاجلا لا يطالب
باحضاره ووجوب الثمن عليه بقضاء القاضي له بالدار فالقاضي يقضي له بحقه قبل احضار الثمن
ويجعل المشتري أحق بامساكها إلى أن يستوفى الثمن فيدفع الدار إليه كما هو الحكم فيما بين
البائع والمشتري وإذا اشترى دارا والشفيع غائب فعلم بالشراء فله من الاجل بعد العلم على قدر
المسير ومعنى هذا أنه كما علم بالبيع ينبغي له أن يطلب الشفعة ويشهد على الطلب والغيبة لا تمنع
صحة لاشهاد على الطلب كما لا يمنع ثبوت حقه ثم بعد الاشهاد حاله كحال الحاضر فكما أن
هناك عليه أن يتوجه إلى من في يده الدار من غير تأخير ليطلب عنده فهنا عليه أن يتوجه أو
يبعث نائبا عنه من غير تأخير ولكن لبعد المسافة يحتاج إلى مهلة هنا فلهذا جعل له الاخذ
بقدر المشتري وكما يتمكن من استيفاء حقه بنفسه يتمكن من ذلك بنائبه وربما لا يتمكن من
أن يتوجه بنفسه لعذر له في ذلك فيكون له أن يبعث من يطلب فإذا مضى ذلك الاجل قبل

أن يطلب أو يبعث من يطلب فلا شفعة له فان قدم فطلب فتغيب المشتري عنه أو خرج
من البلد
فاشهد على طلب الشفعة فهو على شفعته وان طالت مدة ذلك لأنه أتى بما كان
مستحقا عليه في
طلب التقرير إذ ليس في وسعه أن يتبع المشتري فربما لا يظفر به أو يلحقه ضرر عظيم
فيه
فإذا ظهر المشتري ببلد ليس فيه الدار فليس على الشفيع أن يطلبه في غير البلد الذي فيه
الدار
لأنه لا فائدة في اتباعه فإنه لا يتمكن من الاخذ الا في البلد الذي فيه الدار فإذا حضر
هذا
البلد فقد أتى بما كان يحق عليه ثم المشتري قصد أن يلحقه زيادة ضرر حين هرب منه
فرد عليه
قصده ويكون الشفيع على حقه إذا رجع المشتري وإذا اشترى من امرأة فأراد أن يشهد
عليها
فلم يجد من يعرفها الا من لهم الشفعة فان شهادتهم لا تجوز عليها ان أنكرت ذلك
بعد أن

يطلبوا الشفعة وان سلموا الشفعة جازت شهادتهم عليها لان في اثبات البيع عليها اثبات
حقهم
ما لم يسلموا الشفعة وكانوا خصما في ذلك والخصم في الحادثة لا يكون شاهدا فيها
وإذا اشترى
دارا والقاضي شفيعها أو ابنه أو أبوه أو زوجته فان قضاءه لا يجوز لاحد من هؤلاء لأن
ولاية
القضاء فوق ولاية الشهادة فإذا لم تجز شهادته لنفسه أو لاحد من هؤلاء فكذلك
قضاؤه وإذا
قضي القاضي للشفيع بالشفعة فسأله المشتري أن يردها عليه على أن يزيده في الثمن
كذا ففعل
ذلك فردها عليه فان ذلك رد لا يكون له الزيادة لان هذا بمنزلة الإقالة ومن أصل أبي
حنيفة
أن الإقالة فسخ بالثمن الأول وما سمي فيها من زيادة أو جنس آخر من الثمن فهو باطل
لان
الإقالة لا تتعلق بالجائز من الشروط وهو تسمية الثمن فالفساد من الشرط في الثمن لا
يطله وعلى قول محمد الإقالة فسخ إذا كان بالثمن الأول أو أقل منه فإن كان بأكثر من
الثمن الأول أو بجنس آخر سوى الثمن الأول فهو بيع مبتدأ إذا أمكن وإذا تعذر
الإمكان
كان فسخا بالثمن الأول ولا إمكان ههنا بجعل الإقالة بيعا مبتدع مع تسميتها زيادة في
الثمن لان
الشفيع لم يقبض الدار بعد ومن أصل محمد أن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع
ولا من
غيره العقار والمنقول في ذلك سواء وكذلك في قول أبي يوسف الأول فاما على قول
الآخر
بيع العقار قبل القبض جائز ومن أصله أن الإقالة بمنزلة البيع المبتدأ إذا أمكن وهنا يمكن
جعله بيعا مبتدأ وإن لم يكن قبض فلهذا كان له الزيادة عند أبي يوسف والذي يقول في
الكتاب
إذا كان قد قبض قبل المناقضة بناء على قوله الأول فاما على قوله الآخر لا يعتبر بهذا
الشرط
وكذلك لو طلب إليه المشتري أن يسلمه للبائع على أن يرد عليه من الثمن شيئا مسمى
لأنه
إقالة وقد بينا أن إقالة الشفيع كما تجوز مع المشتري تجوز مع البائع لأنه قام مقام
المشتري بعد

ما قضي القاضي له بالشفعة والله تعالى أعلم بالصواب
(باب الشهادة في الشفعة)

قال رحمه الله ولا تجوز شهادة الشفيعين بالبيع على البائع الجاحد ان طلبا الشفعة
لأنهما
يشهدان لأنفسهما فبشوت البيع ثبت حقهما في الشفعة وان سلمهاها جازت شهادتهما
للمشتري
لانتفاء التهمة عن شهادتهما بعد تسليم الشفيع فإنهما يثبتان سبب الملك للمشتري ولا
شفعة
لهما في ذلك بعد ما سلما الشفعة وان جحد المشتري الشراء وادعاه البائع لم تجز
شهادتهما أيضا

ان طلبا الشفعة لأنهما يثبتان لأنفسهما حق الاخذ على المشتري والزام العهدة إياه إذا أخذ

من يده فلا تقبل شهادتهما غير أنهما يأخذانها باقرار البائع لان اقراره بالبيع موجب حق الشفعة

للشفيع وان جحده المشتري كما لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان ووجد المشتري وحلف

كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولو شهد ابنا الشفيع أو أبوه أو امرأته بذلك كانت الشهادة

باطلة لأنه يثبت بشهادته الحق للشفيع وهو متهم في حقه بالولادة أو الزوجية فيكون كالمتهم

في حق نفسه وان شهد ولد الشفيع ووالده على الشفيع بالتسليم جازت شهادتهما لانتفاء التهمة

فإنهما أسقطا حق الشفيع بهذه الشهادة ولايتهم الانسان بالاضرار بولده أو والده والقصد

اسقاط حقه وكذلك شهادة المولى على مكاتبه وعبد المأذون بالتسليم جائزة لانتفاء التهمة

من وجه كشهادته على نفسه وشهادة المرء على نفسه من أصدق الشهادات وان شهد المولى على

البيع والعبد والمكاتب يطلبان الشفعة لم تجز شهادته لان كسب العبد لمولاه وله في كسب

مكاتبه حق الملك فشهادته بما يوجب الشفعة لعبده أو مكاتبه بمنزلة شهادته لنفسه فكذلك

شهادة ولد المولى ووالده لما فيها من الحق للولي وإذا كانت الدار لثلاثة نفر فشهد اثنان منهم

أنهم جميعا باعوها من فلان وادعي ذلك فلان ووجد الشريك لم تجز شهادتهم على الشريك

لأنهما بهذه الشهادة يثبتان صفة اللزوم في بيعهما فان للمشتري حق الفسخ إذا لم يثبت البيع

في نصيب الثالث لأنهما يشهدان على فعل باسراه فإنهم باسروا البيع صفقة واحدة وهم في ذلك

كشخص واحد والانسان فيما يباشر يكون خصما لا شاهدا وللشفيع أن يأخذ ثلثي الدار

بالشفعة لان البيع في نصيبهما ثبت باقرارهما وان أنكر المشتري الشراء وأقر به

الشركاء جميعا
فشهادتهم أيضا باطلة لأنهم يشهدون على فعل أنفسهم ويثبتون الثمن لهم في ذمة
المشتري
وللشفيع أن يأخذ الدار كلها بالشفعة لثبوت البيع في جميعها عند اقرارهم بذلك ولا
شفعة
للوكيل فيما باع لان البائع لغيره في حكم العقد كالبائع لنفسه ولا شفعة للبائع فان
أخذه
بالشفعة يكون سعيًا في نقض ما قد تم به وهو الملك واليد للمشتري ومن سعى في
نقض ما قد
تم به يبطل سعيه ولأنه لو ثبت له حق الشفعة امتنع من تسليمها إلى المشتري بعد ما
التزم
ذلك بالعقد يكون حق الشفيع مقدما وكذلك لا شفعة لمن يبيع له وهو الموكل لان
تمام
البيع به فإنه لولا توكيله ما جاز البيع فان شهد الأمر بالبيع مع أجنبي أن المشتري ردها
على البائع بالشفعة لم تجز شهادة الأمر في ذلك لكونه متهما في شهادته فالمشتري قبل
هذا

إذا وجد بها عيبا ردها على الوكيل وكان ذلك ردا على الموكل ويمتنع ذلك إذا قبلت شهادته

على أنه ردها على البائع بالشفعة فيكون في هذا تباعد الخصومة عنه لان البائع لما لم يكن له

الشفعة فيردها عليه كابتداء البيع منه وشهادة الأمر بالبيع على المشتري أنه باعها من غيره لا

تقبل فاما الوكيل بالشراء له أن يأخذ ما اشترى بالشفعة لان شراءه لغيره كشرائه لنفسه وشراؤه لنفسه لا يكون ابطالا للشفعة حتى أن أحد الشفعاء إذا اشترى الدار فهو على شفيعته

فيها يظهر ذلك عند مزاحمة الآخرين فكذلك شراؤه لغيره وهذا لان الشفعة إنما تبطل باظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء إظهار الرغبة في المشتري فلا يكون

ابطالا للشفعة ولان البائع يلتزم العهدة بالبيع فلو أخذ بالشفعة كان مبطلا ما التزم به من العهدة

والمشتري يلتزم الثمن بالشراء وهو بالأخذ بالشفعة يقرر ما التزم بالشراء ولو شهد ابنا الشفيع

انه قد سلم الشفعة لم تجز شهادتهما لأنهما يشهدان لأبيهما بتقرر الملك واليد فيها وإذا باع

الرجل دارا وله عبد تاجر هو شفيعها فإن كان عليه دين فله الشفعة وإن لم يكن عليه دين

فلا شفعة له لان ماله لمولاه إذا لم يكن عليه دين وكما أن البائع لا يأخذ ما باع بالشفعة فكذلك

عبده لا يأخذ وإذا كان عليه دين فالغرماء أحق بكسبه وللغرماء حق الاخذ بالشفعة في هذه

الدار فكذلك للعبد أن يأخذ بالشفعة يوضحه أن الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد من

مولاه إذا لم يكن عليه دين باطل بخلاف ما إذا كان عليه دين فكذلك حكم الاخذ بالشفعة

وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها فإن لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد

وقع له وإن كان عليه دين فله الشفعة لان بيعه كان لغرمائه والمولى من كسب عبده المديون

كسائر الأجانب فان شهد ابنا المولى على العبد أنه سلم الدار للمولى بالشفعة

فشهادتهما باطلة
لأنهما يشهدان لأبيهما بالملك واليد في الدار (قال وكذلك لو شهدا عليه بتسليم
الشفعة في
الوجه الأول والدار في يد المولى البائع) لان للبعد حق الاخذ بالشفعة من يده فهما
يشهدان
بما يسقط حقه عن أبيهما فكانا متهمين في ذلك وإذا باع المولى داره ومكاتبه شفيعتها
فله الشفعة
لأنه لاحق للمكاتب في ملك مولاه وهو في البيع الذي باشره مولاه كأجنبي آخر وان
شهد
أبنا المولى أن المكاتب سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لأنهما لو شهدا عليه
بتسليم
الشفعة حين كانت الدار في يد المولى لم تكن شهادتهما مقبولة فكذلك إذا شهدا به
بعد ما سلمها
إلى المشتري وقيل تأيل هذه المسألة ان الدار في يد البائع بعد فشهدا على المكاتب
بأنه سلم

الشفعة للمشتري ليسقط حقه به في الاخذ من أبيهما فاما إذا كانت الدار في يد
المشتري
فالشهادة تقبل لخلوها عن التهمة فقد خرج أبوهما من خصومة الشفيع بتسليمها إلى
المشتري
وإن كان البائع المكاتب ومولاه شفيعها والدار في يد البائع كان له الشفعة لأنه من
كسب
مكاتبه أبعده منه من كسب العبد المديون وقد بينا هناك أنه يستحقها بالشفعة فهنا أولى
فان شهد
ابنا المولى انه سلم الشفعة للمشتري جازت شهادتهما لأنهما يشهدان على أبيهما
باسقاط حقه
فان قيل الدار في يد المكاتب فهما يشهدان في المعنى لمكاتب أبيهما وشهادتهما
لمكاتب أبيهما
وعبد أبيهما لا تقبل قلنا نعم ولكن هذا إذا لم يكن المشهود عليه الأب فاما إذا كان
المشهود
عليه الأب فلا تتمكن التهمة في شهادتهما ألا ترى ان شهادتهما لمكاتب أبيهما بدين
على أبيهما
تقبل وعلى الأجنبي لا تقبل وهذا لأنهما يؤثران مكاتب أبيهما على الأجنبي لا على
أبيهما وإذا
باع الرجل دارا فشهد ابنا البائع أن الشفيع سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لان
أباهما
خصم فيه ما دامت الدار في يده وللشفيع أن يأخذها منه ويلزمه العهدة فهما يشهدان
لأبيهما
وإن كان المشتري قد قبض الدار فخاصمه الشفيع ثم شهد الابن بذلك جازت
شهادتهما لان
الأب خرج من هذه الخصومة بتسليمها إلى المشتري فهما يشهدان للمولى على الشفيع
فان
قيل ليس أن البائع لو يشهد على الشفيع بذلك بعد ما سلمها إلى المشتري لم تقبل
شهادته كما
قبل التسليم فكذلك ابنا البائع قلنا امتناع قبول شهادته يكون خصما فيه ومن كان
خصما
في حادثة مرة لا تقبل شهادته فيها وان خرج من الخصومة فاما امتناع قبول شهادة
الابنين
لمنفعة أبيهما في المشهود به وذلك قبل أن يسلمها إلى المشتري فاما بعد التسليم فلا

منفعة لأبيهما
فقبلت شهادتهما بذلك وكذلك العبد والمكاتب إذا باعا دارا وقبضها المشتري ثم شهد
ابنا
المولى على الشفيع بالتسليم فهو جائز لان الأب لو كان هو البائع كانت شهادتهما
مقبولة فإذا كان
العبد والمكاتب هو البائع أولى أن تقبل الشهادة وبهذه المسألة يتضح ما بينا من التأويل
في
المسألة الأولى وإذا شهد رجلان للبائع والمشتري على الشفيع انه قد سلم الشفعة
وشهد رجلان
للشفيع ان البائع والمشتري سلما الدار قضيت بها للذي هي في يده وهذا بمنزلة رجلين
اختصما
في دار كل واحد منهما يدعى أنه اشتراها من صاحبه بألف درهم ونقد الثمن فانى
أقضي بها
للذي هي في يده وهذه مسألة التهاثر وقد بينا في كتاب الدعوى أن عند أبي حنيفة
وأبي يوسف
تتهاتر البيئتان وعند محمد يقضى بالبيئتين بحسب الامكان فمن أصحابنا من يقول
مسألة الشفعة

على الخلاف أيضا وإن لم ينص عليه لان كل واحد منهما يثبت بينة الملك لنفسه على صاحبه

بسبب يصرح به شهوده قال الشيخ الامام والأصح عند ان جواب مسألة الشفعة قولهم جميعا وان هذا ليس نظير مسألة التهاثر فان هناك محمد يقضى بالبينتين بتاريخ بينه وبين الشرائين

واليد دليل ذلك التاريخ ولا يتأتى مثل ذلك هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بالتهاثر لان

كل واحد منهما يثبت اقرار صاحبه بالملك له وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري وذلك

لا يوجد هنا فالشفيع بتسليم الشفعة لا يصير مقرا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن وجه هذه

المسألة أن تسليم المشتري الدار بالشفعة للشفيع يحتمل الفسخ وتسليم الشفيع الشفعة لا يحتمل

الفسخ بحال فإنه بعد ما سلم الشفعة لا يعود حقه وان اتفقا عليه والبينتان متى تعارضتا وإحداهما

تحتمل الفسخ والأخرى لا تحتمل الفسخ كما لا يحتمل الفسخ يترجح كما لو أقام البينة على أنه

اشترى هذا العبد من مولاه وأقام العبد البينة ان مولاه أعتقه يوضحه إنما يجعل كأن الامرين

كانا فإن كان الشفيع سلم الشفعة أولا ثم سلمها المشتري له فما لم يخرج من يده لا يتم التسليم وبعد

الايحراج يكون هذا بمنزلة البيع المبتدأ فيقضى بها للشفيع إذا كانت في يديه وإن كان المشتري

سلمها إلى الشفيع أولا وقبضها الشفيع ثم سلم شفيعته فتسليمه باطل لان استيفاء حقه قد تم فلهذا

قضى بالدار لذي اليد وإن كان المشتري قد قبض الدار فشهد ابنا البائع أن المشتري قد سلمها

للشفيع وهي في يدي المشتري وشهدا أجنبيان ان الشفيع قد سلمها للمشتري فاني أسلمها

للمشتري واختيار شهادة الشهود على تسليم الشفعة لوجهين أحدهما ما بينا ان تسليم الشفعة

لا يحتمل الفسخ بخلاف تسليم الدار إلى الشفيع والثاني ان بنى البائع يتهمان في شهادتهما بتبعيد

الخصومة والعهدة عن أبيهما لان المشتري يخاصم أباهما في عيب يجده بالدار قبل أن
يسلمها
إلى الشفيع ولا يخاصمه في ذلك بعد ما سلمها بالشفعة إلى الشفيع فلهذا لا تقبل
شهادة ابني
البائع هنا وإذا سلم الشفيع الشفعة ثم وجد المشتري بالدار عيبا بعد ما قبضها فردها
بغير
قضاء قاض أو قال البائع البيع في الدار بغير عيب كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة قبل
القبض
وبعدده عندنا (وقال) زفر ليس له ان يأخذها لأنه سلمها ولم يتجدد حقه بما أخذنا من
السبب
لان وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال ابتداءا والرد بالعيب والإقالة فسخ العقد
وليس
بمعاوضة مبتدأة ولا يجوز أن يقال يجعل ذلك كبيع مبتدأ لان التصرف إنما يصحح
على قصد
المتصرف وهما قصدا الفسخ لا العقد ولكننا نقول الإقالة والرد بالعيب بغير قضاء
القاضي

بمنزلة البيع المبتدأ في حق غيرهما لأنه تم بتراضيهما في محلين كل واحد منهما مال
متقوم ولا
صورة للمعاوضة الا هذا غير أنهما سمياه فسخا ولهما الولاية على أنفسهما فكان
فسخا في حقهما
ولا ولاية لهما على غيرهما فكان بمنزلة ابتداء المعاوضة في حق غيرهما فيتجدد به حق
الشفيع
وإن كان ردها بالعيب بقضاء قاض لم يكن للشفيع فيها شفعة لان قضاء القاضي بالرد
فسخ
وليس بعقد فان للقاضي ولاية فسخ العقد الذي جرى بينهما لا انشاء العقد وكذلك إن
لم يكن
قبضها المشتري حتى ردها بالعيب بقضاء أو بغير قضاء فلا شفعة فيها لان الرد قبل
القبض فسخ
من كل وجه ألا ترى أن الراد ينفرد به من غير أن يحتاج إلى رضا أو قضاء القاضي
فهو نظير
الرد بخيار الرؤية أو خيار الشرط والحرف الذي تدور عليه هذه المسائل انه متى عاد
بالرد إلى
قديم ملك البائع لا يتجدد للشفيع الشفعة لان حقه لم يكن ثابتا في قديم ملكه وإذا لم
يعد
إلى قديم ملكه كان هذا في معنى ملك حدث له بسبب مبتدأ فيتجدد به حق الشفيع
والرد
بعد القبض بالعيب أو بالإقالة بهذه الصفة حتى لو كان موهوبا لا يرجع فيه الواهب ولو
كان
مشتري شراء فاسدا لا يسترده البائع بخلاف الرد بخيار الشرط والرؤية قبل القبض أو
بعده
بقضاء القاضي وإذا كان لرجل على رجل دين يقربه أو يجحده فصالحه من ذلك على
دار أو
اشترى منه دارا وقبضها فللشفيع فيها الشفعة أما في الشراء فلانه صار مقرا بالدين حين
أقدم
على الشراء به وفي الصلح المذهب عندنا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم
المدعى في حقه
وفي زعمه أنه ملك الدار بعوض هو مال فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بناء على زعم
المدعى فان
اختلف هو والشفيع في مبلغ ذلك الدين وحبسه فهو بمنزلة اختلاف المشتري والشفيع

في
الثلثين وقد بينا ذلك ولا يلتفت إلى قول الذي كان عليه الحق لأنه صار قابضاً لما عليه
بدينه وقد
بيناً أن البائع بعد ما قبض الثلثين لا قول له في بيان المقدار وإذا أقر الرجل أنه اشترى
داراً
بألف درهم فاحذها الشفيع بذلك ثم ادعي البائع أن الثلثين الفان وأقام البينة فإنه يؤخذ
ببينته
لأنه يثبت بها حقه ويرجع الشفيع على المشتري بألف أخرى لأن الشفيع إنما يأخذها
بالألف
الذي سلمت به للمشتري وقد تبين أنها سلمت له بألفين ولا معتبر باقرار المشتري أن
الثلثين
كان ألف درهم لأنه صار مكذباً في اقراره بقضاء القاضي فيسقط اعتبار اقراره كمن أقر
بعين
لإنسان واشتراه منه ثم استحق من يده ما أثبتته يرجع على البائع بالثلثين وكذلك لو ادعى
البائع أنه
باعها إياه بمائتي دينار أو عرض بعينه قيمته أكثر من ألف درهم وأقام البينة فإنه يقضي
له بذلك

على المشتري ويسلم الدار للشفيع بذلك فيحسب له المشتري بقدر ما قبض منه ويرجع بالفضل عليه وإن كان قيمته أقل من الف رجع الشفيع على المشتري بالفضل على قيمة العرض لان الواجب للمشتري على الشفيع قيمة العرض الذي وقع الشراء به وقد تبين أنه أخذ منه أكثر من ذلك فيلزمه رد الفضل وإذا اختلف البائع والمشتري في ثمن الدار تحالفا ويبدأ باليمين على المشتري وقد بينا هذا في البيوع فأيهما نكل عن اليمين وجب البيع بذلك الثمن ويأخذها الشفيع به وان اختلفا تراد البيع وأخذها الشفيع بما قال البائع ان شاء لأنهما اتفقا على صحة البيع بينهما وثبوت حق الاخذ للشفيع فلا يبطل ذلك بفسخ البيع بينهما بالتحالف ألا ترى أن المشتري بعد التحالف لو صدق البائع كان أحق بالدار بما ادعاه البائع من الثمن فكذلك الشفيع إذا صدق البائع وان أقاما جميعا البينة كانت البينة بينة البائع ويأخذها الشفيع به وقد بينا فرق أبي حنيفة ومحمد بين هذا وبين ما إذا كان الاختلاف بين المشتري والشفيع وكذلك لو ما ادعى البائع أن الثمن كانت هذه الدار فقال المشتري بل اشتريتها بهذا العرض وأقاما البينة فيبينة البائع أولى بالقبول لأنه يثبت به حق نفسه فإن كان الشفيع شفيعا للدارين جميعا أخذ كل واحدة منهما بقيمة الأخرى لان المعاوضة في الدارين تثبت بقضاء القاضي فهو كالثابت بالمعاينة ولو كان لكل واحد منهما شفع أخذها بقيمة الأخرى فكذلك إذا اتخذ شفيعهما وإن كان للدار شفيعان فشهد شاهدان أن إحداهما قد سلم الشفعة ولا يدريان أيهما هو فشهادتهما باطلة لان المشهود عليه مجهول ولا يتمكن القاضي من القضاء على المجهول ولأنهما ضيعا شهادتهما فإنهما عند التحمل إنما تحملا الشهادة على معلوم فإذا لم يعرفاه كان ذلك منهما تضييعا

للسهادة وإن كان
أحد الشفيعين غائبا كان للحاضر أن يأخذ جميع الدار لان حق كل واحد منهما ثابت
في جميع
الدار ولان حق الحاضر قد تأكد بالطلب ولا ندري أن الغائب يطلب حقه أو لا يطلب
فلا
يجوز أن يتأخر حق الحاضر بغية الآخر ولا يتمكن من أخذ البعض لما فيه من الاضرار
بالمشترى من حيث تبعض الملك عليه فقلنا بأنه يأخذ أو يدع وإذا أراد أن يأخذ
النصف
ورضي المشتري بذلك فله ذلك لان المانع حق المشتري وان قال المشتري لا أعطيك
الا
النصف كان له أن يأخذ الكل لما بينا ان حقه ثابت في جميع الدار وأكثر ما في الباب
ان
الغائب قد سلم له شفيعته فللحاضر أن يأخذ الكل وإذا كفل للمشتري كفيل بالدرك
فأخذ
الشفيع الدار منه بالشفعة ونوى الثمن عليه لم يكن للمشتري على كفيل الدرك سبيل
لان

المشتري ما لحقه فيها درك فالدرك هو الاستحقاق بحق متقدم على البيع وذلك لا يوجد عند

أخذ الشفيع بالشفعة وان لحق الشفيع درك لم يكن له على الذي كفل للمشتري بالدرك سبيل لأنه ضمن للمشتري الدرك والشفيع غير المشتري والضامن لإنسان شيئاً لا يكون ضامناً لغيره والدليل على أن الاخذ بالشفعة ليس بدرك ان المشتري لو كان بنى فيها فنقض

الشفيع بناءه لم يكن له أن يرجع على البائع بقيمة البناء بخلاف ما إذا استحقها مستحق وإذا

كفل رجلان للمشتري بالدرك ثم شهدا عليه بتسليم الدار إلى الشفيع بالشفعة فشهادتهما باطلة

لان الكفيل بالدرك بمنزلة البائع وقد بينا ان شهادة البائع بذلك غير مقبولة ولا شهادة ابنيه

فكذلك شهادة الكفيلين بالدرك وشهادة ابنيهما وهذا لأنهما ينقلان العهدة عن أنفسهما بهذه

الشهادة وكذلك ان شهدا أن الشفيع سلم الشفعة فهما بمنزلة البائعين في ذلك لا تقبل شهادتهما

لان صحة الشراء وتمام الملك للمشتري كان بقبولهما ضمان الدرك فهما بهذه الشهادة يقران

ما يصح بهما وإذا أشهد الشفيع شهوداً انه يأخذها بالشفعة ولم يجرى إلى المشتري ولا البائع

ولا إلى الدار ولم يطلبها فلا شفعة له لأنه ترك الطلب المقرر لحقه بعد ما تمكن منه ولو ترك

طلب المواثبة بعد ما تمكن منه سقط حقه فهنا أولى فان شهد على الطلب قبلهما ولم يسم له

الثمن فهو بالخيار إذا علم للثمن ليكشف الحال له عند ذلك ولان بمجرد الطلب لا يتم الاخذ وهو على خياره ما لم يتم أخذه بالشفعة وإذا شهد البائعان على المشتري ان الشفيع قد

طلب الشفعة حين علم بالشراء والشفيع مقر أنه علم به منذ أيام وقال المشتري ما طلب الشفعة

فشهادة البائعين باطلة وكذلك شهادة أولادهما كما لو شهدا على المشتري بتسليم الدار إلى الشفيع

وهذا لأنهما يقران حق الشفيع في الاخذ وفيه تنفيذ العهدة والخصومة عنهما وان قال الشفيع لم أعلم بالشراء الا الساعة فالقول قوله مع يمينه لان علمه بالشراء حادث فعلى

من ادعى تاريخا سابقا فيه أن يثبت بالبينة وهو منكر للتاريخ فالقول قوله مع يمينه فان شهد البائع انه علم منذ أيام فشهادتهما باطلة ان كانت الدار في أيديهما أو في يد المشتري لان هذا في المعنى شهادة على الشفيح بتسليم الشفعة وقد بينا أن البائع لا يكون شاهدا في هذا اما لأنه خصم فيه أو لأنه كان خصما فيه في وقت وإذا كان الشفعاء ثلاثة فشهد اثنان منهم على أحدهم انه قد سلم الشفعة فان قال قد سلمناها معه فشهادتهما جائزة لخلوها عن التهمة فيها وان قال نحن نطلب فشهادتهما باطلة لأنهما متهمان فيها وإنما يدفعان بشهادتهما مزاحمة الثالث معهما

وان قالوا قد سلمناها معه ولا بن أحدهما شفعة أو لابنه أو لمكاتبه أو لزوجته فشهادتهما باطلة
لأنه متهم في حق هؤلاء كما في حق نفسه وكما لا تقبل شهادته إذا زال بها المزاحمة عن نفسه
فكذلك لا تقبل إذا زال المزاحمة عن مكاتبه أو ابنه لأنه يجر إليهما بشهادته منفعة والله أعلم
(باب الشفعة بالعروض)

قال رحمه الله (وإذا اشترى دارا بعبد بعينه فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة العبد عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار) لأن المبيع مضمون بنفسه أو بما يقابله من المسمى
وقد تعذر هنا إيجاب المسمى في حق الشفيع لأنه لا مثل له من جنسه فوجب المصير إلى

الضمان الأصلي وهو قيمة نفسه ولأن دفع الضرر من الجانبين واجب وإنما يندفع الضرر عن المشتري بوصول قيمة ملكه إليه وملكه عند الاخذ رقة الدار وحثنا في ذلك أن الشفيع يتملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل أما أن يكون من حيث الصورة أو في معنى المالية

فإذا كان الثمن مما له مثل من جنسه يأخذه بمثله صورة وإن كان مما لا مثل له من جنسه يأخذه

بمثله في صفة المالية وهو القيمة كالغاصب عند تعذر رد العين برد المثل فيما له مثل والقيمة فيما

لا مثل له توضيحه انه ان أخذها من المشتري فقد صار متقدما عليه في تملكها بهذا السبب

وفي معنى التلف على المشتري ما غرم فإنما يأخذها بما غرم من الثمن وان أخذها من البائع فقد

صار متلفا حقه فيما استوجب قبل المشتري من الثمن ولو أتلف ذلك حقيقة ضمن المثل فيما له

مثل والقيمة فيما لا مثل له فكذلك هنا فان مات العبد قبل أن يقبضه البائع انتقض الشراء

لفوات القبض المستحق بالعقد فان العبد معقود عليه وقد هلك قبل التسليم وللشفيع أن يأخذها

بقيمة العبد عندنا و (قال) زفر ليس له أن يأخذها بالشفعة لأن العقد انتقض من الأصل بهلاك

العبد قبل التسليم فيكون بمنزلة ما لو انتقض من استحقاقه وهذا لأنه لو كان العقد

فاسدا في
الابتداء لم يجب فيها للشفيع الشفعة فكذلك إذا فسد بهلاك المعقود عليه قبل التسليم
ولان المقصود
بالأخذ دفع ضرر الجار الحادث وقد اندفع ضرره حين بطل البيع وحجتنا في ذلك أن
بدل الدار
في حق الشفيع قيمة العبد وهو قادر على أخذها به بعد هلاك العبد كما قبله وليس في
هلاك
العبد الا انفساخ البيع بين البائع والمشتري وذلك لا يمنع بقاء حق الشفيع على ما بينا
أنه يتمكن
من أخذها من البائع وأن يضمن ذلك فسخ البيع بينه وبين المشتري وهذا لان البيع
مثبت

حق الشفيع وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى أنهما لو تقابلا لا يبطل به حق الشفيع وهذا بخلاف الاستحقاق فإنه يتبين به أن أصل البيع لم يكن صحيحا وإن حقه لم يثبت وكذلك إذا تبين فساد البيع من أصله فاما ههنا بهلاك العبد لا يتبين أن حق الشفيع لم يكن ثابتا ولا يتعذر عليه الأخذ بما هو البدل في حقه وكذلك أن أبطل البائع البيع بعيب وجده بالعبد وإن لم يكن شيء من ذلك وأخذ الشفيع الدار من البائع أخذها بقيمة العبد والعبد لصاحبه لا سبيل للبائع عليه لأن العقد قد انفسخ بين البائع والمشتري بأخذ الشفيع من يد البائع فيبقى العبد على ملكه لأن خروجه عن ملكه كان بحكم البيع ولأن بدل لدار وهو قيمة العبد قد سلم للبائع من جهة الشفيع فلا يبطل حقه في بدل آخر فإنه لا يستوجب بدلين عن ملك واحد وإن أخذها من المشتري بقيمة العبد بقضاء أو بغير قضاء ثم مات العبد قبل القبض أو دخله عيب فإن القيمة للبائع وعلى قول زفر إن كان أخذها بقضاء القاضي فالدار ترد على البائع وقيمة العبد على الشفيع وإن كان أخذها بغير قضاء فعلى المشتري قيمة الدار للبائع لأن بموت العبد قبل القبض انفسخ العقد بين البائع والمشتري فبقيت الدار في يد المشتري بحكم عقد فاسد وقد تعذر عليه رد عينها حين أخرجها من ملكه باختياره فيلزمه قيمتها كالمشترأة شراء فاسدا ولكنها نقول لما مات العبد قبل القبض وجب على المشتري رد الدار على البائع وقد تعذر ردها فيجب رد مثلها ومثلها بحكم العقد قيمة العبد يوضحه أن حق البائع بالعقد كان في العبد أو في قيمته بدليل أن الشفيع يأخذها من البائع بقيمته وقد قدر المشتري على تسليم القيمة التي هي حقه عند أخذ الشفيع فلا يلزمه شيء آخر وهذا لأن دفع الضرر عن المشتري واجب وربما تكون

الدار قيمتها عشرة ألف وقيمة العبد الف فإنما سلم للمشتري مقدار الألف درهم فإذا
لزمه
للبيع عشرة ألف كان عليه في ذلك من الضرر ما لا يخفى وتسليمها بالشفعة إلى
الشفيع لا
يكون بمنزلة البيع منه ألا ترى أنه فعل بدون القاضي غير ما يأمر به القاضي لو رفع
الامر
إليه فكما لا يجعل بيعاً مبتدأ إذا أخذ ما كان واجبا له من الشفعة بقضاء القاضي
فكذلك إذا
أخذ بغير قضاء ولو استحق العبد بطلت الشفعة لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع من
الأصل ويأخذ البائع الدار من الشفيع إن كان المشتري دفعها إليه بقضاء قاض وإن كان
دفعها بغير قضاء قاض فقضاء قاض بقيمة العبد وسمائها وقبضها الشفيع فهذا بمنزلة البيع
فيما
بينهما وهي جائزة للشفيع بتلك القيمة لان بدل المستحق يملك بالقبض وتصرف
المشتري

فيه باعتبار ملكه نافذ وقد بينا أن في الموضع الذي لا تكون الشفعة واجبة يجعل التسليم
بغير قضاء بمنزلة المبيع المبتدأ بخلاف ما تقدم فقد كانت الشفعة هناك واجبة حين
أخذها
الشفيع فلهذا جعلنا القضاء وغير القضاء هناك سواء وفرقنا بينهما هنا ثم على المشتري
للبيع
قيمة الدار لأنه لما استحق العبد وجب عليه رد ما قبض من الدار وقد تعذر ردها
باخراجها
إياها عن ملكه باختياره فيلزمه قيمتها وكذلك لو كان المشتري باع الدار ووهبها
وقبضها الموهوب
له أو تزوج عليها ثم استحق العبد ضمن قيمة الدار لان كان مالكا للدار حين التصرف
فنفذ
تصرفه ثم لزمه رد عينها حين استحق العبد وقد تعذر عليه ذلك فيلزمه رد قيمتها وإذا
اشترى
دارا بعرض بعينه وتقابضا فاختلف الشفيع والمشتري في قيمة العرض فإن كان قائما
بعينه يقوم
في الحال فيتبين بقيمته في الحال قيمته عند العقد وإن كان هالكا فالقول فيها قول
المشتري
لأنهما اختلفا في مقدار ما يلزم الشفيع من الثمن وان أقاما البينة فعلي طريقة أبي يوسف
عن أبي
حنيفة البينة بينة الشفيع لأنها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة وعلى قياس طريقة محمد
عن
أبي حنيفة البينة بينة المشتري في هذه المسألة وهو قول أبي يوسف ومحمد لان ما
صدر من
المشتري ههنا اقرار ان وهذا نظير ما إذا اختلفا في قيمة البناء الذي أحرقه المشتري وان
اشتراها بشئ مما يكال أو يوزن أخذها الشفيع بمثله من جنسه لان الشفيع يأخذ بمثل
الثمن
الأول وللمكيل والموزون مثل من جنسه كما في ضمان الاتلاف وان اشترى دارا بعبد
ثم
وجد بالعبد عيبا فرده أخذها الشفيع بقيمة العبد صحيحا لان العبد دخل في العقد بصفة
السلامة
وإنما يقوم في حق الشفيع على الوجه الذي صار مستحقا بالعقد ولو اشترى عبدا بدار
فهذا

وشراء الدار بالعبد سواء لان كل واحد منهما معقود عليه فلا فرق بين أن يضيف العقد إلى العبد أو إلى الدار وإذا اشترى بناء دار على أن يعلقه فلا شفعة فيه من قبل أنه يشتر معه

الأرض والبناء بدون الأرض منقولاً ولا يستحق المنقول بالشفعة وهذا لان حق الشفيع يثبت لدفع الضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك لا يتحقق في شراء البناء بدون

الأرض فان اتصال أحد الملكين بالآخر لا يكون اتصال تأييد وقرار والدليل عليه انه إنما يستحق بالشفعة ما يستحق به الشفعة وبملك البناء بدون الأرض لا يستحق بالشفعة فاما من له

بناء على أرض موقوفة إذا بيعت دار بحسبه لا يستحق الشفعة فكذلك لا يستحق البناء بالشفعة

الا تبعا للأرض وكذلك لو اشترى نصيب البائع من البناء وهو النصف فلا شفعة في هذا

والبيع فيه فاسد لأنه يريد أن ينقضه والشريك يتضرر به فان قسمته لا تتأتى ما لم ينقض الكل وفي من الضرر على الشريك مالا يخفى وكذلك لو كان البناء كله لإنسان فباع نصفه

لأنه لا يقدر على التسليم الا بضرر يلحقه فيما ليس بمبيع وذلك مفسد للبيع كما لو باعه جذا

في سقف وإذا أراد أن يشتري دارا بخادم فخاف عليها الشفيع وقيمة الخادم ألف درهم فباع

الخادم بألفين من رب الدار ثم اشترى الدار بالألفين لم يأخذها الشفيع إلا بالألفين لان المشتري يملك الدار بألفين فبذلك يأخذها الشفيع ان شاء (وهذا نوع حيلة) لتقليل رغبة

الشفيع في الاخذ لسبب كثرة الثمن ومن ذلك أن يشتري الدار بألفين ثم يعطيه بها خمسين

دينارا أو يعطيه ألف درهم وثوبا لا يساوي الألف فلا يتمكن الشفيع من أخذها الا بألفين

وقل ما يرغب في ذلك إذا كان ثمنها ألف درهم ومن هذا النوع يحتال لتقليل رغبة الجار

بان تباع عشر الدار أولا بتسعة أعشار الثمن ثم تسعة أعشارها بعشر الثمن فلا يرغب الجار

في أخذ العشر لكثرة الثمن ولاحق له فيما بقي لان المشتري صار شريكا والشريك مقدم على

الجار ومن الحيلة لابطال حقه أن يتصدق البائع بقطعة من الدار صغيرة وطريقها إلى باب الدار عليه فيسلمها إليه ثم يشتري منه بقية الدار فلا شفعة للجار لان المشتري شريك

في الطريق وهو مقدم على الجار أو يهب منه قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك

الجار ثم يبيع ما بقي منه فلا يجب للجار شفعة لان ملكه لا يلازم المبيع أو يوكل الشفيع ببيعها

فإذا باعها لم يكن له فيها شفعة أو يبيعها بشرط الخيار ثلاثة أيام للشفيع فلا شفعة له قبل اسقاط

الخيار وإذا سقط الخيار بطلت شفעתه أو يبيعها بشرط أن يضمن الشفيع الدرك فإذا ضمن

بطلت شفעתه أو يقول المشتري للشفيع أنا أبيعها منك بأقل من هذا الثمن فإذا رضى بذلك

وساومه بطلت شفيعته والاشتغال بهذه الحيل لابطال حق الشفيع لا بأس به أما قبل
وجوب
الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب إذا لم يكون قصد المشتري الاضرار به
وإنما
كان قصده الدفع عن ملك نفسه وقيل هذا قول أبي يوسف فاما عند محمد يكره ذلك
على
قياس اختلافهم في الاحتيايل لاسقاط الابرء وللمنع من وجوب الزكاة وقد بينا ذلك في
البيوع والزكاة وان اشترى دارا بعبد فاستحقه مستحق وأجاز الشراء كان للشفيع
الشفعة
لان الإجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وجد العبد حرا فلا شفعة فيها لان البيع
كان باطلا والحر ليس بمال متقوم والبيع مبادلة مال بمال فانعدام المالية في أحد البدلين
يمنع

انعقاد العقد وإذا اشترى دارا بدار ولكل واحدة منهما شفيع فلكل شفيع أن يأخذ الدار بقيمة الأخرى لأنه لا مثل للدار من جنسها فيكون الواجب على كل شفيع بمقابلة ما يأخذ

قيمة الدار الأخرى فإن كان أحد الرجلين شفيعا أيضا يعنى أحد المشتريين أخذ الشفيع نصف

الدار بنصف القيمة لان اقدمه على الشراء لا يسقط شفيعته بل ذلك منه بمنزلة الاخذ بالشفعة

فلا يكون للشفيع الآخر أن يأخذ منه إلا مقدار حصته وإذا اشترى بيتا من دار علوه لآخر

وطريق البيت الذي اشترى في دار أخرى فإنما الشفعة للذي في داره الطريق لأنه شريك في البقعة بالطريق والشريك مقدم على الجار وصاحب العلو إنما له الشفعة بالجوار فان سلم

صاحب الدار فحينئذ لصاحب العلو الشفعة بالجوار وعن أبي يوسف في الأمالي ان هذا استحسان

وفي القياس لا شفعة لصاحب العلو وكذلك إذا بيع العلو فلا شفعة لصاحب السفلى في القياس

ولا لصاحب علو آخر بجنبه لان العلو بناء وقد بينا ان بالبناء لا يستحق بالشفعة إذا لم يكن

معه أرض والأرض وسقف السفلى كله لصاحب السفلى ووجه الاستحسان ان لصاحب العلو حق قرار البناء وبه يستحق اتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التأييد والقرار فكانا

بمنزلة جارين بخلاف ملك البناء على الأرض الموقوفة فان الاتصال هناك غير متأكد الا ترى

ان عند انقضاء مدة الإجارة يؤمر برفع البناء وهنا ليس لصاحب السفلى أن يكلف صاحب

العلو رفع البناء بحال واتصال أحد الملكين بالآخر بهذه الصفة يثبت للشفيع الشفعة والله أعلم

(باب الشفعة في الأرضين والأنهار)

(قال رحمه الله والشريك في الأرض أحق بالشفعة من الشريك في الشرب كما أن الشريك في نفس المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الطريق) لقول علي وابن عباس رضي

الله عنهما لا شفعة الا لشريك لم يقاسم يعنى عند وجوده لا شفعة إلا له ثم الشرب من حقوق

المبيع كالطريق وقد جاء الحديث في استحقاق الشفعة بالشريك في الطريق قال صلى
الله عليه
وسلم إذا كان طريقهما واحدا فكذاك يستحق بالشركة في الشرب والشريك في
الشرب
أحق بالشفعة من الجار كالشريك في الطريق قال والشركاء في النهر الصغير كل من له
شرب
أحق من الجار الملاصق وإن كان نهرا كبيرا تجرى فيه السفن فالجار أحق لان هؤلاء
ليسوا
شركاء في الشرب معنى هذا القول أن الشركة في الشرب بمنزلة الشركة في الطريق
ففي

النهر الصغير الشركة خاصة بمنزلة سكة غير نافذة وفي النهر الكبير الشركة عامة بمنزلة الطريق النافذ لا يستحق الشفعة باعتباره والمروي عن أبي يوسف في حد النهر الصغير أن

يستقى منه قراحين أو ثلاثة فان جاوز ذلك فهو النهر الكبير والمذهب عند أبي حنيفة ومحمد

أن النهر الكبير بمنزلة الدجلة والفرات تجرى فيه السفن وكل ماء يجرى فيه السفن من الأنهار

في معنى ذلك وما لا يجرى فيه السفن فهو في حكم النهر الصغير حتى روى ابن سماعة عن محمد

أن الشركاء في النهر وان كانوا مائة أو أكثر فإن كان بحيث لا تجرى فيه السفن يستحق

الشفعة باعتباره ومنهم من يقدر بعدد الأربعين أو بعدد الخمسين ولا معنى للمصير فيه إلى

التقدير من حيث العدد لان المقادير بالرأي لا تستدرك وليس في ذلك نص فالمعتبر ما قلنا أن

يكون بحيث تجرى فيه السفن وإذا زرع المشتري الأرض ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها

بالشفعة ويقلع الزرع في القياس لأنه زرع في أرض غيره فهو أحق بها منه فهو كالعاصب إذا

زرع الأرض المغصوبة ولان المشتري كما لا يتمكن من ابطال حق الشفيع لا يتمكن من تأخير

حقه لان التأخير من وجه ابطال وفي الاستحسان لا يأخذها بالشفعة حتى يحصد الزرع ثم

يأخذها لان المشتري زرع في ملك نفسه وما كان يتيقن بان الشفيع يطلب الشفعة قبل ادراك

زرعه فلا يكون متعديا فيما صنع بخلاف العاصب ولأن لادراك الزرع نهاية معلومة فلو انتظر

ذلك لم يبطل حق الشفيع وان تأخر قليلا وإذا قلع زرع المشتري تضرر بابطال ملكه ومالته

وضرر التأخير دون ضرر الابطال فإن كان غرس فيها كرما أو شجرا أو رطبة فله أن يقلع

ذلك ويأخذ الأرض لأنه ليس لفراغ الأرض منها نهاية معلومة وقد بينا في البناء نظيره يوضحه أنه قد يتأخر حق الشفيع لدفع الضرر عن المشتري حتى إذا طلب الشفعة تأخر

التسليم
إليه إلى احضار الثمن فيجوز أن يتأخر أيضا للدفع عن المشتري في زرعه ولكن لا
يجوز ابطال
حق الشفيع لدفع الضرر عن المشتري وفي التأخير لا إلى غاية معلومة ابطال وإذا اشترى
نحلا
ليقطعه فلا شفعة فيه وكذلك إذا اشتراه مطلقا لان الأرض لا تدخل في هذا الشراء
والنخل
بدون الأرض كالبناء لا يستحق بالشفعة فان اشترها بأصولها ومواضعها من الأرض
ففيها
الشفعة لأنها تابعة للأرض في هذا الحال وكذلك ان اشترى زرعاً أو رتبة ليجزها لم
يكن في
ذلك الشفعة وان اشترها مع الأرض وجبت الشفعة في الكل استحساناً وفي القياس لا
شفعة
في الزرع لأنه ليس من حقوق الأرض وتوابعها ولهذا لا يدخل في البيع الا بالذكر فهو
كالمتاع

الموضوع في الأرض لا يستحق بالشفعة وان اشترى مع الأرض ووجه الاستحسان أن
الزرع
متصل بالأرض ما لم يحصد وما كان من المنقول متصلا بالعقار يستحق بالشفعة تبعا
كالأبواب
والشرب المركبة يوضحه أن الشفيع يقدم على المشتري شرعا وقبل الحصاد يمكنه
أخذ الكل
من الوجه الذي أوجبه العقد للمشتري بخلاف ما إذا لم يحصد حتى حصد الزرع لأنه
لا يمكنه
أخذ الزرع بعد الحصاد على الوجه الذي أوجبه العقد للمشتري فلو أخذه كان أخذًا
للمنقول
بالشفعة مقصودا وذلك ممتنع وإذا اشترى أرضا فيها نخل ليس فيها ثمر فأثمرت في
يده فاكلها
سنتين ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة بجميع الثمن أن شاء وكان أبو يوسف
يقول أولا
يحط من الثمن حصة ما أكل المشتري من الثمن لان حال المشتري مع الشفيع كحال
البائع مع
المشتري قبل التسليم إليه ولو أكل البائع الثمار الحادثة بعد العقد يحط عن المشتري
حصتها من
الثمن كما يحط حصة الثمرة الموجودة عند العقد فكذلك في حق الشفيع يوضحه أن
تناول
الثمار الحادثة تمنع المشتري من بيعها مرابحة حتى يبين وهي في ذلك كالثمار
الموجودة فكذلك
في حق الشفيع فاما وجه ظاهر الرواية وهو الذي رجع إليه أبو يوسف أن المشتري
يملك الأرض
والنخل بجميع الثمن والشفيع إنما يأخذها بمثل ما يملك به المشتري وهذا لان
الحادث من الثمار
بعد القبض لا حصة له من الثمن فإنه لم يكن موجودا عند العقد ولا عند القبض
وانقسام الثمن
يكون باعتبارها ولو كانت قائمة في يد المشتري بعد الجذاذ لا يثبت حق الشفيع فيها
فتناوله
إياها لا يجعل لها حصة من الثمن أيضا بخلاف بيع المرابحة فالمتولد من العين هناك لو
كان قائما
في يد المشتري كان يضمه إلى الأصل ويبيع الكل مرابحة فإذا تناول ذلك لم يكن له

أن يبيعه مرابحة من غير بيان إلا أن يكون أنفق عليه مثل ما أكل وقد بينا هذا في البيوع وهذا بخلاف الثمار الموجودة عند العقد إذا أخذها المشتري فللثمار الموجودة حصة من الثمن ولاحق للشفيع فيها بعد الجذاذ فيطرح عن الشفيع حصتها من الثمن ألا ترى أن الثمار الموجودة عند العقد لو بلغت عنده من غير صنع أحد سقط عن المشتري حصتها من الثمن بخلاف الثمار الحادثة فكذلك في حق الشفيع وان حضر الشفيع قبل أن يجزها المشتري أخذها مع الأشجار بجميع الثمن استحساناً وهذا والزرع سواء وبعد الجذاذ هنا والحصاد في الزرع عند أبي يوسف يقسم الثمن على قيمة الأرض وعلى قيمة الثمار والزرع وقت العقد لان انقسام الثمن عليهما بالعقد فتعتبر القيمة عند ذلك وعند محمد تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة

والأشجار مثمرة وغير مثمرة فربما لا يكون للزرع والثمر في ذلك الوقت قيمة الا شيئا يسيرا
فلو اعتبرنا قيمته محصودا تضرر به الشفيع فلدفع الضرر قال اقسام الثمن على قيمة الأرض
مزروعة وغير مزروعة فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الأرض يأخذها الشفيع بذلك
وإذا اشترى أرضا فيها شجر صغار فكبرت فأثمرت أو كان فيها زرع فأدرك فللشفيع أن يأخذ
جميع ذلك بالثمن لان حقه ثبت فيها بطريق الاتصال بالأرض والشجر بيع ما بقي الاتصال وإذا
اشترى بيتا ورحى ماء فيه ونهرها ومتاعها فللشفيع الشفعة في ذلك كله الا ما كان من متاعها ليس
بمركب في البناء لان ما كان مركبا متصل بالأرض فهو بمنزلة البناء فيستحق بالشفعة تبعا ألا
ترى أن الحمام يباع ويأخذه الشفيع بقدر الحمام لأنه في البناء فكذلك الرحا واستحقاق الشفعة في
الحمام والرحا قولنا فاما عند الشافعي مالا يحتمل القسمة لا يستحق الشفعة لان من أصله أن
الايخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة وعندنا لدفع
ضرر البادئ بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال أحد
الملكين بالآخر على وجه التأييد والقرار وحجتنا في ذلك ما روينا من حديث جابر رضي الله عنه
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شئ ربع أو حائط ولان الحمام لو كان مهدوما
فباع أحد الشريكين نصيبه كان للشريك الشفعة وما يستحق بالشفعة مهدوما يستحق بالشفعة
مثبتا كالشقص من الدار وبهذا يتبين أن مؤنة المقاسمة ان كانت لا تلحقه في الحال فقد تلحقه
في الثاني وهو ما بعد الانهدام إذا طلب أحدهما قسمة الأرض بينهما ولو اشترى أجمعة فيها
قصب وسمك يؤخذ بغير صيد أخذ الأجمعة والقصب بالشفعة ولم يأخذ السمك لان

القصب
متصل بالأرض فاما السمك فلا اتصال له بالأرض بل هو كالمتماع الموضوع في الدار
والأرض
فلا يستحق بالشفعة وإذا اشترى عينا أو نهرا أو بئرا بأصلها فللشفيع فيها الشفعة لاتصال
ملكه بالمبيع على وجه التأييد وكذلك ان كانت عين قير أو نبط أو موضع ملح أخذ
جميع
ذلك بالشفعة لوجود الاتصال معنى فإنه يبيع من ذلك الموضع بمنزلة ما يتولد منه
بخلاف
السمك إلا أن يكون المشتري قد حمل ذلك من موضعه فلا يأخذ ما حمل منه بمنزلة
الزرع
والتمر بعد الحصاد والجذاذ وان اشترى شربا من نهر بغير أرض ولا أصل من نهر فلا
شفعة
فيه لان بيع الشرب فاسد فإنه من حقوق المبيع بمنزلة الأوصاف فلا يفرد بالبيع ثم هو
مجهول
في نفسه غير مقدور التسليم لان البائع لا يدرى أيجرى الماء أم لا وليس في وسعه
اجراؤه

(قال و كان شيخنا الامام يحكى عن أستاذه انه كان يفتى بجواز بيع الشرب بدون الأرض ويقول فيه عرف ظاهر في ديارنا بنسف فإنهم يبيعون الماء) فللعرف الظاهر كان يفتى بجوازه ولكن العرف إنما يعتبر فيما لا نص بخلافه والنهي عن بيع الغرر نص بخلاف هذا العرف فلا يعتبر وإذا اشترى الرجل أرضا فله ما فيها من نخل أو شجر لأنها بمنزلة البناء متصلة بالأرض للقرار وليس له ما فيها من زرع أو ثمر لان الاتصال فيها ليس للتأييد والقرار بل للادراك فهو اتصال يعرض الفصل فيكون بمعنى المتاع الموضوع فيها لا تدخل في البيع الا بالذكر والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمر للبائع إلا أن يشترط المتاع ولو اشترى الأرض بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها فله الثمر والزرع وفي غير هذا الموضع يقول لا يدخل الثمر والزرع بهذا اللفظ وتأويل ما قال هناك إذا اشتراها بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها بحقوقها فعند هذا التقييد لا تدخل الثمرة والزرع لأنهما ليسا من حقوقها وتأويل ما ذكرها أنه لم يقيد بقوله من حقوقها وعند الاطلاق يتناول لفظ الثمر والزرع لأنهما من القليل والكثير الذي هو فيها أو منها لاتصاله في الحال والأمتعة الموضوعية تدخل بهذا اللفظ أيضا إن كان قال أو منها لأنها من القليل أو الكثير الذي فيها وإن كان قال ومنها لم تدخل لأنها ليست من الأرض وأما ما لا يدخل في البيع كالزوجة والولد للبائع إذا كان فيها في القياس يدخل ويفسد البيع وفي الاستحسان لا يدخل لعلمنا أنهما لم يقصدا ذلك وإذا اشتراها بكل حق هو لها بمرافقتها لم يدخل فيها الثمر والزرع لأنهما ليسا من حقوق الأرض ومرافقتها إنما يطلق هذا اللفظ على ما به يتأتى الانتفاع بالأرض كالشرب والطريق الخاص في ملك انسان فذلك الذي

يدخل
في الشراء عند ذكر هذا اللفظ والتمر والزرع ليسا من هذا في شيء فلا يدخل بذكر
الحقوق
والمرافق وإذا اشترى دارا فله البناء سواء اشترط كل حق هو لها أو لم يشترط وهذه
ثلاثة
فصول الدار والمنزل والبيت فإذا عقد العقد باسم الدار يدخل فيه العلو والسفل
والكنيف
والشاع وإن لم يقل بكل حق هو له لأن الدار هو اسم لما أدير عليه الحائط والعلو
والسفل مما
أدير عليه الحائط ولا يدخل الطريق الخاص في ملك انسان إلا أن يقول بكل حق هو
لها لأن
الطريق خارج مما أدير عليه الحائط ويكون من حقوق الدار فالانتفاع بالدار يتأتى به
فإنما
يدخل عند ذكر الحقوق والمرافق فأما الظلة التي على ظهر الطريق عليها منزل إلى الدار
لا يدخل
عند أبي حنيفة إلا أن يشترط الحقوق والمرافق فحينئذ تدخل إذا كان مفتحتها إلى الدار
وعند

أبى يوسف ومحمد تدخل إذا كان مفتحتها إلى الدار وإن لم يشترط الحقوق والمرافق لأنها من

بناء الدار بمنزلة العلو والكنيف والشارع وأبو حنيفة يقول هي خارجة مما أدير عليه الحائط

ولكنها من مرافق الدار إذا كان مفتحتها إلى الدار فإنما تدخل بذكر الحقوق والمرافق والطريق

الخاص وهذا لان أحد جانبي الظلة على حائط الجار المحاذي والجانب الآخر على بناء

الدار وكانت من جملة الدار من وجه دون وجه فلا تدخل عند اطلاق اسم الدار بخلاف

كنيف الشارع فإنه متصل ببناء الدار لا اتصال له بشئ آخر فيكون داخلا فيما أدير عليه الحائط من البناء وإن كان اشترى بيتا وعليه علو لم يدخل العلو في البيت سواء ذكر الحقوق

والمرافق أو لم يذكر ما لم ينص على العلو لان البيت اسم لما ييات فيه والعلو في هذا كالسفل وكان

نظير بيتين أحدهما بجنب الاخر وهذا لان الشئ لا يكون من حقوق مثله فاما إذا اشترى

منزلا لم يكن له علوه إلا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه فيدخل العلو فيه لان العلو من

حقوق المنزل فيدخل عند ذكر الحقوق والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل اسم لما

يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ ليسكنها الرجل بعياله والدار اسم لما يشتمل على

بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكان المنزل فوق البيت ودون الدار فلكونه فوق البيت قلنا

يدخل العلو عند ذكر الحقوق والمرافق ولكونه دون الدار قلنا لا يدخل العلو فيه إذا لم يذكر الحقوق والمرافق ومشتري المنزل من الدار وان ذكر الحقوق والمرافق لاحق له

في الدار إلا الطريق ومسيل الماء فان ذلك من حقوق المنزل فاما المخرج والمربط

والمطبخ وبئر الماء فلا حق له فيها إلا أن يسمى شيئا من ذلك لان ذلك من حقوق الدار ومرافقها

ليس من حقوق المنزل فالانتفاع بالمنزل يتأتى بدونه بخلاف الطريق والمسيل وفي شراء الدار

إذا كان لها طريقان أحدهما في السكة والآخر في دار فان اشترط الحقوق والمرافق استحق ذلك كله وإن لم يشترط لم يستحق الطريق الذي في الدار الأخرى لان ذلك خارج مما أدير عليه الحائط والقرية مثل الدار وإن كان في الدار أو في القرية باب موضوع أو خشب أو آجر أو حصص لم يدخل ذلك في البيع بذكر الحقوق والمرافق وان اشترط كل قليل وكثير هو فيها أو منها أو اشترط كل حق هو لها لان الانتفاع يتأتى بدون هذه الأشياء وهي بمنزلة متاع موضوع فيها وإذا اشترى الرجل أرضا فاستأجرها الشفيع منه أو أخذها مزارعة أو كان فيها نخيل فأخذها معاملة بعد علمه بالشراء أو ساوم بها فقد بطلت شفيعته لان إقدامه على

هذه التصرفات دليل الرضا بتقرر ملك المشتري فيها ودليل الرضا كصريح الرضا والاستيلاء
دليل ابطال حق الشفعة لأنه طلب التملك منه بسبب يباشره باختياره ابتداءً وذلك
يتضمن
تقرره على مباشرة هذا السبب فيكون اسقاطا للشفعة دلالة وإذا اشترى نخلا ليقطعه ثم
اشترى
بعد ذلك الأرض وترك النخيل فيها فلا شفعة للشفيع في النخيل لأنها كانت مقصودة
بالعقد
وهي من النقلات لا تستحق بالشفعة وكذلك لو اشترى الثمرة ليجزها والبناء ليهدمه ثم
اشترى الأرض لم يكن للشفيع الشفعة الا في الأرض خاصة لان استحقاق البناء بالشفعة
لمعنى التبعية للأرض وذلك لا يتحقق إذا ملكه بسبب غير السبب الذي ملك الأرض به
وإذا اشترى قرية فيها بيوت ونخيل وأشجار ثم باع المشتري شجرها ونخلها ليقطع ثم
جاء
الشفيع وقد قطع بعضها فله أن يأخذ الأرض وما لم يقطع من الشجر بحصته من الثمن
وليس
له أن يأخذ ما قطع من ذلك وللشافعي قول أن حق الشفيع متى كان ثابتا في البناء
والشجر
فله أن يأخذ ذلك بعد القطع والهدم اعتبارا للحق بالملك فكما لا يبطل ملك المالك
بالقطع فكذلك
حق الشفيع ولكننا نقول ثبوت حقه في الاخذ كأن لمعنى الاتصال بالأرض فإذا زال
ذلك
قبل الاخذ لا يكون له فيه حق الاخذ كما لو زال جوازه ولكن يطرح حصته من الثمن
عن
الشفيع لأنه صار مقصودا بالحبس والتناول فيكون له حصته من الثمن يطرح عن الشفيع
وإذا
اشترى الرجل نهرا بأصله ولرجل أرض في أعلاه إلى جنبه وآخر أرض في أسفله إلى
جنبه
فلهما جميعا الشفعة في جميع النهر من أعلاه إلى أسفله لان ملك كل واحد منهما
متصل بالمبيع
اتصال تأييد وقرار فلكل واحد منهما الشفعة بالجواز وكذلك القناة والعين والبئر فهي
من
العقارات يستحق فيها الشفعة بالجواز وكذلك القناة يكون مفتوحها في أرض ويظهر
ماؤها في

أرض أخرى فجيرانها من مفتحتها إلى مصبها شركاء في الشفعة لاتصال ملك كل واحد
منهما
بالمبيع وبالاتصال في جانب واحد يتحقق الجوار وصاحب النصيب في النهر أولى
بالشفعة
ممن يجرى النهر في أرضه لأنه جار باتصال أرضه بالنهر والشريك في المبيع مقدم على
الجار
وإذا كان نهر أعلاه لرجل وأسفله لآخر ومجراه في أرض رجل آخر فاشترى رجل
نصيب
صاحب أعلا النهر فطلب صاحب النهر وصاحب الأرض وصاحب أسفل النهر الشفعة
فالشفعة
لهم جميعا بالجوار لأنهم استووا في سبب الاستحقاق فملك كل واحد منهم متصل
بالمبيع إلا أن
اتصال صاحب الأسفل بمقدار عرض النهر واتصال صاحب الأرض بمقدار طول النهر
من

أرضه ولو عبرة بزيادة الجوار كما لا عبرة بزيادة الشركة وليس لصاحب مسيل الماء حق لمسيل

الماء يعنى أن صاحب أسفل النهر له في المبيع حق سيل الماء فما لم يسيل الماء في أعلا النهر

لا ينتهى إليه ولكن لا يصير به شريكا لرقبة النهر ولا في حقوقه وإنما يترجح على الجار الشريك في نفس المبيع أو في حقوقه وكذلك لو اشترى رجل نصيب صاحب أسفل النهر

فالشفعة لصاحب الأعلى بالجوار لاتصال ملكه بالمبيع وكذلك لو كانت قناة مفتحتها بين

رجلين إلى ما كان معلوم وأسفل من ذلك لأحدهما فباع صاحب الأسفل ذلك الأسفل فالشريك والجيران فيه سواء لان بالشركة في أعلا القناة لا يكون شريكا في المبيع فان المبيع أسفل القناة وذلك كان ملكا خالصا للبائع فلهذا كان شريكه في أعلى القناة والجيران

في الشفعة سواء وإذا كان نهر لرجل فطلب إليه رجل ليكرى منه النهر إلى أرضه ثم بيع النهر الأول ومجراه في أرض رجل آخر فصاحب الأرض أولى بالشفعة لان الآخر مستعير

ولاحق للمستعير في الشفعة إذ لا ملك له متصل بالمبيع على وجه التأييد والقرار وإذا كان

نهر لرجل في أرض لرجل عليه رحا ماء في بيت فباع صاحب النهر النهر أو الرحاء والبيت

فطلب صاحب الأرض الشفعة في ذلك كله فله الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع وإن كان بين

أرضه وبين موضع الرحاء أرض لرجل آخر وكان جانب الآخر لرجل آخر فطلبا الشفعة فلهما أن يأخذ ذلك بالشفعة لأنهما سواء في الجوار من النهر وإن كان بعضهم أقرب إلى الرحاء لان الرحاء لا تستقيم الا بالنهر فهو الآن شئ واحد ألا ترى أن موضع الرحاء لو

كان أرضا لها في ذلك النهر شرب فبيعت كان الشركاء في الشرب سواء في الشفعة ولا يكون

أقربهم إليها أولى بالشفعة وهذا إشارة إلى أن باعتبار ملك الرحاء تثبت الشركة في الشرب لان

الانتفاع بالرحاء لا يتأتى الا بالماء كما لا يتأتى في الانتفاع بالأرض الا بالماء وإذا كان نهر لرجل

خالصا له عليه أرض ولآخر عليه أراضي ولا شرب لهم فيه فباع رب الأرض النهر

خاصة
فهم شركاء في الشفعة فيه لا يصل ملكهم بالمبيع وان باع الأرض خاصة دون النهر
فالملازق
للأرض أولاهم بالشفعة لأنه لا شركة بينهم في النهر والمبيع الأرض وهم جيران المبيع
يعنى
من يلازق أرضه الأرض المبيعة فالشفعة للجار الملازق خاصة وان باع النهر والأرض
جميعا
كانوا شفعاء في النهر لاتصال ملك كل واحد منهم بالنهر وكان الذي هو ملازق
الأرض
أولاهم بالشفعة في الأرض لاتصال ملكه بالأرض بمنزلة طريق في دار لرجل فباع
الطريق

والطريق خالص له فجار الطريق أولى به من جار الأرض دون الطريق وهذان بمنزلة دارين
ليميز أحدهما عن الآخر لان جوار هذا غير جوار هذا ولو كان شريكا في الطريق أخذ شفيعته من الدار لان الشريك مقدم على الجار فكذلك إن كان شريكا في النهر أخذ بحصته
من الأرض وكان أحق بهما جميعا من جيران الأرض والطريق والنهر سواء في كل شئ وقد بينا ذلك في أول الباب والله أعلم
(باب الشفعة في الهبة)
(قال رحمه الله اعلم بان الموهوب لا يستحق الشفعة الا على قول ابن أبي ليلى) فإنه يقول
يستحق بالشفعة إذا كان مما لا يقسم ويأخذه الشفيع بقيمة نفسه إن لم يعوض الموهوب له
الواهب وان عوضه فبقيمة العوض وكذلك إذا عوض الغير من هبته شقصا من غير شرط وفي استحقاقه بالشفعة خلاف على ما بينا هو يقول ثبوت حق الشفعة لحاجته إلى دفع ضرر
البادي بسوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يختلف باختلاف سبب الملك فتجب له الشفعة
متى تجدد الملك للجار الحادث بأي سبب كان من هبة أو صدقة أو وصية الا الميراث فالملك
لا يتجدد به وإنما يبقى الوارث ما كان ثابتا للمورث ثم يدفع الضرر عن نفسه بالأخذ على وجه
لا يلحق الضرر بالمتملك فإن كان المتملك دفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ذلك العوض وإن لم يدفع
بمقابلته عوضا فعليه قيمة ما يأخذ لان الضرر بذلك يندفع عنه ولكننا نقول حق الشفعة إنما
يثبت له إذا تمكن من الاخذ بمثل السبب الذي به يملك المتملك فاما إذا عجز عن ذلك لا
يثبت له حق الشفعة كالميراث وفي الهبة لا يقدر على أن يأخذ بمثل ذلك السبب لان الموهوب
له يملكه بطريق التبرع وإنما يأخذها الشفيع بطريق المعاوضة فيكون هذا ان شاء سبب آخر وبحق الشفعة لا تثبت هذه الولاية يوضحه أن الشرع قدم الشفيع على المشتري في حكم
السبب الذي باشره وذلك يتأتى في المعاوضات ولا يتأتى في التبرع لان الملك الذي

يثبت
للشفيع لا يكون حكم التبرع ولان الشفيع في المعاوضة كان أحق بالعرض عليه قبل
البيع فإذا
لم يفعل ذلك البائع جعله الشرع أحق بالأخذ ليندفع الضرر عنه وهذا لا يوجد في
التبرع
فان من أراد أن يهب ملكه من انسان فليس عليه أن يعرض بيعه أولاً على جاره ولا أن
يهبه من جاره فلهذا لا يستحق الشفعة بهذا السبب فان وهب لرجل داراً على أن يهبه
الآخر

ألف درهم شرطاً فلا شفعة للشفيع فيه ما لم يتقابضاً وبعض التقابض يجب للشفيع فيه الشفعة
وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بينا في كتاب الهبة إن الهبة بشرط
العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا ابتداء وهو بمنزلة البيع إذ اتصل به القبض من الجانبين
فأما الوصية على هذا الشرط إذا قبل الموصى له ثم مات الموصى فهو بيع لازم له وإن لم يقبض
لأن الملك في الوصية بعد القبول يحصل بالموت ألا ترى أنه لو كان بغير شرط العوض يملك
قبل القبض فكذلك إذا كان بشرط العوض فهو على وجهين إن قال قد أوصيت بداري بيعة لفلان بألف درهم ومات الموصى فقال الموصى له قد قبلت فللشفيع الشفعة وإن قال
أوصيت له بان يوهب له على عوض ألف درهم فهذا وما لو باشر الهبة بنفسه بشرط العوض سواء في الحكم وإن وهب نصيباً من دار مسمى بشرط العوض وتقابضاً لم يجز
ولم يكن فيه الشفعة عندنا لأنه بر ابتداء والشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع صحته وتأثير الشيوع
كتأثير عدم القبض فيه وكذلك إن كان الشيوع في العوض فيما يقسم وإن وهب دار الرجل
على أن ابراءه من دين له عليه ولم يسمه وقبض كان للشفيع فيها الشفعة لأن المديون قابض
للدين بدينه فقبض الدار تتم المعاوضة بينهما فيجب للشفيع فيها الشفعة والقول في مقدار
العوض قول الذي عوض لأن الشفيع يملك الدار عليه وقد بينا أن القول في مقدار الثمن قوله وكذلك ولو وهبها بشرط الإبراء مما يدعي في هذه الدار الأخرى وقبضها فهو
مثل ذلك في الاستحقاق بالشفعة لأن التملك فيها تم بجهة المعاوضة وإذا وهب الرجل دار ابنه الصغير
لرجل على عوض مثل قيمتها وتقابضاً فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة في قول أبي يوسف
الأول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر لا يجوز ولا شفعة فيها وكذلك الوصي
والعبد والمأذون والمكاتب والمضارب في قول أبي يوسف الأول كل من يملك البيع

يملك
الهبة بشرط العوض إذا لم يكن فيه محاباة وهو قول محمد وفي قوله الآخر كل من لا
تجوز هبته
بغير عوض لا تجوز هبته بشرط العوض وجه قوله الأول ان هذا تمليك مال بمال يعادله
شرطاً
فيصح من الأب والوصي كما لو كان بلفظ البيع أو بلفظ التمليك وتحقيقه أن حق
الصبي في
المال لا في اللفظ وتصرف الأب والوصي مقيد شرعاً بالأحسن والأصلح لليتيم وذلك
في
أن يتوفر عليه المالية لا في لفظ المعاوضة ألا ترى أن البيع منهما لما لم يجز بالتعاطي
من غير
لفظ فإذا أسقط اعتبار اللفظ قلنا توفير المالية عليه في الهبة بشرط العوض كما في البيع
بل

أظهر لان في الهبة بشرط العوض لا يزول المال عن ملكه ما لم يصل العوض إلى يد
ثانية

وبالبيع تزول العين عن ملكه قبل وصول العوض إليه وبهذا التحقيق يظهر أن الهبة بشرط
العوض من الأب والوصي بمنزلة الكتابة وهما يملكان الكتابة في غير الصبي بخلاف
العتق على

مال فالملك هنا يزول بنفس القبول والبدل في ذمة مفلسه لا يدري أيصل إليه أم لا
بمنزلة التأدي

وجه قوله الآخر أن الهبة عقد تبرع وليس للأب ولوصي ولاية التبرع في مال اليتيم
فباشترط

العوض لا تثبت له هذه الولاية كالعتق فإنه لو أعتق عبده بمال هو أضعاف قيمته وتبرع
انسان

بأدائه لم يجز وبه يبطل ما اعتبر محمد من توفير المالية عليه وتحقيق هذا الكالأ أنه لما
لم يكن من

أهل التبرع وهذا العقد عقد تبرع باعتبار أصله فهو عقد صدر من غير أهله وكما يلغوا
السبب

إذا حصل في غير محله فكذلك إذا صدر من غير أهله وحكم المعاوضة ينبنى على
صحة السبب

عند اتصال القبض به من الجانبين فإذا لم يصح أصل السبب لما قلنا لا ينقلب بالتقابض
بيعا

صحيحا ألا ترى أنه لو حصل ذلك في مشاع يحتمل القسمة لا يصير بيعا صحيحا
بالتقابض فكذلك

إذا حصل ممن لا يمكن الهبة بغير عوض لا يصير بيعا صحيحا بالتقابض فلا تجب فيه
الشفعة والله أعلم

(باب الخيار في الشفعة)

(قال رحمه الله وإذا كان المشتري شرط الخيار لنفسه ثلاثا في الشراء فللشفيع الشفعة)
أما

عند أبي يوسف ومحمد لأنه صار مالكا للدار وعندهما خيار الشرط كخيار الرؤية
والعيب

للمشتري فلا يمنع وجوب الشفعة وعند أبي حنيفة المشتري إن لم يملك الدار بشرط
الخيار فقد

خرجت الدار من ملك البائع وانقطع حقه عنها لكون البيع باقي في جانبه ووجوب
الشفعة

تعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشتري حتى إذا أقر بالبيع وأنكر المشتري

يجب للشفيح فيه الشفعة ولان المشتري صار أحق بالتصرف فيها فباعته يتحقق الضرر المحوج للشفيح إلى الدفع عن نفسه وإذا اشترى المرتد دارا فللشفيح فيها الشفعة ان قبل على الردة أو أسلم في قول أبي يوسف ومحمد لأن الشراء من المرتد صحيح عندهما وعند أبي حنيفة لان البيع قد تم في جانب البائع وصار المشتري أحق بها لو أسلم فكان للشفيح حق الشفعة وهو بمنزلة خيار ثابت للمشتري ولو كان المشتري بالخيار أبدا لم يكن للشفيح فيها الشفعة لان البيع فاسد وفي البيع الفاسد حق البائع في الاسترداد ثابت وما لم ينقطع حق

البائع في الاسترداد لا يجب للشفيع الشفعة فان أبطل المشتري خياره وأوجب البيع قبل مضي الأيام الثلاثة وجبت الشفعة لزوال المفسد قبل تقررره وكذلك عندهما بعد مضي الأيام

الثلاثة لأن العقد عندهما ينقلب صحيحا متى أسقط خياره وهذا إذا شرط الخيار أبدا فإن كان

شرط الخيار شهرا فعندهما هذا البيع صحيح لازم وللشفيع حق الاخذ بالشفعة وقد بينا المسألة في البيوع وإن كان الخيار ثلاثة فأخذها الشفيع من البائع في الثلاثة فقد وجب البيع وليس للشفيع من الخيار ما كان للمشتري لان خيار الشرط كاسمه لا يثبت إلا

لمن شرط له والشرط كان للمشتري دون الشفيع وإذا كان الخيار للبائع فلا شفعة فيها حتى

يوجب البيع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق

الشفيع بقاء ملكه أولى فان بيعت دار إلى جنبها فللبائع فيها الشفعة دون المشتري لان الملك في الدار المبيعة عندهما في هذا البيع للبائع وإذا أخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع لأنه

قرر ملكه وجواره حين أخذ المبيعة بالشفعة باعتباره فاقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار يكون نقضا للبيع وهذا لأنه لو لم يجعل ناقضا لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها

المشتري من وقت العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فتبين أنه أخذها بالشفعة من

غير حق له وإن كان الخيار للمشتري فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له فيها الشفعة لأنه

صار أحق بها مع خياره وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة له كالمأذون والمكاتب إذا بيعت

دار بجنب داره وكان البلخي يدعي بهذا الفصل المناقضة على أبي حنيفة فيقول انه إذا كان من أصله

أنه لا يملك المبيع في مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحق المستأجر

والمستعير فكيف تثبت للمشتري الشفعة في هذه الدار ولكن عذره ما بينا فإذا أخذها بالشفعة كان هذا منه إجازة للبيع بوجود دليل الرضا لتقرر ملكه فيها وهذا يؤيد كلام البلخي

فإنه لو لم يكن الملك معتبرا في استحقاق الشفعة لما صار مخيرا للبيع بأخذها بالشفعة

ولكننا نقول
لو لم يسقط خياره بذلك لما كان إذا فسخ البيع انعدم السبب في حقه من الأصل فتبين
أنه
أخذها بالشفعة من غير حق له فللتحرز عن ذلك جعلناه مخيرا للبيع فإذا جاء الشفيع
وأخذ
منه الدار الأولى بالشفعة لم يكن له على الثانية سبيل لأنه إنما يملكها الآن فلا يصير
بها
جارا للدار الأخرى من وقت العقد إلا أن يكون له دار إلى جنبها والدار الثانية سالمة
للمشترى
لأن أخذ الشفيع من يده لا ينفى ملكه من الأصل ولهذا كانت عهدة الشفيع عليه فلا
يتبين

به انعدام السبب في حقه من الأصل حين أخذ بالشفعة وإذا اشترى دارا بعبد واشترط الخيار ثلاثا لمشتري الدار فللشفيع فيها الشفعة فان أخذها من يد مشتريها فقد وجب البيع له لأنه عجز عن ردها وذلك موجب له البيع فيها فان سلم المشتري البيع وأبطل خياره سلم العبد للبائع فان أبي أن يسلم البيع أخذ عبده ودفع قيمة العبد الذي أخذها من الشفيع إلى البائع ولا يكون أخذ الشفيع الدار بالشفعة اختيارا من المشتري للبيع واسقاطا لخياره في العبد بخلاف ما إذا باعها المشتري فذلك اختيار منه لان البيع تصرف بينته واختياره فيكون دليل الرضا به واسقاط خياره فاما أخذ الشفيع من يده يكون بغير رضاه واختياره وإنما يأخذها الشفيع بحق يثبت له قبل قبض المشتري ألا ترى أنه كان له حق الاخذ من البائع فلا يكون ذلك اختيارا من المشتري وهذا بخلاف ما لو حدث بها عيب عنده أو عرفت لان تعذر الرد عليه في هذه المواضع بسبب حادث بعد قبضه فيجعل ذلك بمنزلة اختياره فاما عند أخذ الشفيع تعذر الرد عليه بحق كان سابقا على قبضه فلهذا لا يجعل ذلك اختيارا منه ويبقى هو في العبد على خياه فإذا فسخ العقد في العبد يجعل هذا بمنزلة ما لو انفسخ العقد فيه بالهلاك في يده قبل القبض فعليه أن يدفع إلى البائع القيمة المقبوضة من الشفيع لأنها هي التي سلمت له بسبب يده على الدار فيردها على البائع كما يرد الدار لو كانت في يده ولو كانت الدار في يد البائع كان للشفيع أن يأخذها منه بقيمة العبد ويسلم العبد للمشتري لانتقاض البيع بينهما حين أخذها الشفيع من يد البائع ولو كانت الدار في يد المشتري فهلك العبد في يد البائع انتقض البيع ورد المشتري الدار وللشفيع أن يأخذها بقيمة العوض لما بينا ان حق الشفعة ثبت له بقيمة العوض وهو قادر على أداء ذلك بعد هلاك العوض في يد مشتري الدار ولو كان

الخيار لبائع الدار فيها أو في العبد لم يكن للشفيع فيها شفعة حتى يوجب البيع لان أحد المتعاقدين
إذا شرط الخيار لنفسه في أحد العوضين فذلك منه شرط للخيار في العوض الآخر وإن كان
الخيار أربعة أيام فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة ولا شفعة في ذلك إلا أن يسقط خياره
قبل مضي ثلاثة أيام وعند أبي يوسف ومحمد البيع جائز ولكن بخيار البائع لا تجب
الشفعة
حتى يسقط خياره أو يسقط ذلك بمضي المدة فحينئذ يجب للشفيع فيه الشفعة والله
أعلم بالصواب
(باب مالا تجب فيه الشفعة من النكاح وغيره)
(قال رحمه الله قال قد بينا في النكاح ان المهور لا تستحق بالشفعة عندنا وتستحق
عند

الشافعي والحاصل عندنا أن الشفعة تختص بمقابلة مال بمال مطلقا لان الشفيع لا يتمكن من الاخذ إلا بمثل السبب الذي يملك به الحار الحادث وأخذه لا يكون الا مبادلة مال بمال مطلقا وعلى هذا الأصل لا شفعة في المجعول بدلا في الخلع والصلح في القصاص في نفس أو عضو لان الشفيع لا يتمكن من الاخذ بمثل ذلك السبب ولا يمكن اقامته مقام الممتلك في حكم ذلك السبب فهو نظير الموهوب لا يستحق بالشفعة وكذلك لو استأجر إبلا بدار لان الأجرة غير مملوكة بإزاء مال مطلقا لان الشفعة ليست بمال في الحقيقة وإنما يجعل لها حكم المالية في جواز العقد عليها للحاجة ثم قد بينا في كتاب النكاح ما إذا تزوج امرأة على دار على أن ردت عليها ألفا وذكرنا ان عند أبي يوسف ومحمد تجب الشفعة في حصة الألف بمنزلة ما لو أفرد كل واحد من العقدين وعند أبي حنيفة لا تجب الشفعة في شئ لان البيع هنا بيع للنكاح (وإذا تعذر ايجاب) الشفعة فيما هو الأصل لا يوجب فيما هو بيع ولو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لها داره مهرا أو صالحها على أن يجعلها مهرا لها أو أعطاها إياها مهرا لم يكن فيها شفعة لان هذا منه تعيين لمهر المثل ومهر المثل مملوك لها بمقابلة ما ليس بمال فلا يستحق بالشفعة ولان أكثر ما فيه أن يجعل المفروض بعد العقد كالمسمى في العقد وهذا بخلاف ما لو باعها بمهر مثلها دارا لان البيع اسم خاص لمبادلة مال بمال ففي لفظ البيع دليل على أنه ملكها الدار عوضا عن مهر المثل وكذلك ان صالحها من مهرها على الدار أو مما وجب لها من المهر على الدار فللشفيع فيها الشفعة لان في لفظهما ما يدل على أنهما لم يقصدا تعيين مهر المثل بالدار فإنه ملكها ذلك عوضا عن المهر الذي استوجب عليه والذي استوجب عليه من المهر مال فكان مبادلة مال بمال

وكذلك لو تزوجها على مهر مسمى فباعها به هذه الدار أخذها الشفيع بالشفعة وكذلك لو فرض القاضي لها مهرا ثم اشترى به الدار أخذها الشفيع بالشفعة بخلاف ما لو أعطاه الدار مهرا فان هناك لو طلقها قبل الدخول وجب عليها أن ترد الدار وتطالبه بالمتعة وهنا لو طلقها قبل الدخول لم يلزمها رد شيء من الدار على الزوج وإنما يلزمها من الدار ما فرض القاضي مهرا لها يحسب من ذلك مقدار المتعة ويعطيه الفضل على ذلك وفي المسمى في العقد يعطيه نصف المسمى وإذا صالح من دم عمد على دار على أن يرد عليه صاحب الدم ألف درهم فلا شفعة في الدار في قول أبي حنيفة لان الأصل فيه الصلح وما يقابل من دم العمد بالدار لا يستحق بالشفعة فكذلك ما يتبعه وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منها جزءا من احدى عشر جزء بألف درهم لان الدار

تقسم على الألف وعلى دم العمدة وقيمة الدية ألا ترى أنه إذا تعذر استيفاء القود يجب المصير

إلى الدية والدية عشرة آلاف فإذا جعلت كل ألف جزءا كانت حصة الدم من الدار عشرة

أجزاء من احدى عشر جزءا وحصة الألف جزء من احدى عشر جزءا فيأخذ الشفيع ذلك

بالشفعة وكذلك الصلح من شجاج العمدة التي فيها القود وان صالحه من موضحتين إحداهما

عمد والأخرى خطأ على دار فلا شفعة فيها في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد

يأخذ الشفيع نصفها بخمسائة لان موجب موضحة الخطأ خمسمائة درهم وموجب العمدة

القود فإذا صالح عنهما على دار كان نصفها بدلا عن القود ونصفها بدلا عن الخمسمائة وأبو

حنيفة يقول المقصود بهذا الصلح القود لان المال لا يعارض النفس ألا ترى أن موجب موضحة العمدة وهو القود على صاحب الدار خاصة وان موجب الخطأ عليه وعلى عواقله

وإذا لم تجب الشفعة فيما هو الأصل لا تجب في البيع أيضا اما لأنه صار شريكا بما هو الأصل

أو قياسا على المضارب إذا باع دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعتها بدار له وفي المال ربح

فإنه لا يأخذ بالشفعة نصيب المضارب من الربح لان الشفعة لم تجب له فيما هو الأصل باعتبار

أن البيع كان له فلا تجب الشفعة في البيع أيضا وان صالح من كفالة بنفس رجل على دار فلا

شفعة فيها لان هذا الصلح باطل فإنه باسقاط حقه عن الكفالة بالنفس لا يملك الكفيل شيئا

فلا يستحق عليه عوضا وإن كان هذا الصلح صحيحا لم يجب فيها الشفعة لان الدار ملكت بإزاء

ما ليس بمال فالكفالة بالنفس ليست بمال وسواء كانت الكفالة بنفس رجل في قصاص واحد

أو مال ففي حكم الشفعة وبطلان الصلح في الكل سواء ولو صالحه من المال الذي يطلب به

فان قال على أن يبرأ فلان من المال كله فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة لان صلح الأجنبي
عن الدين على ملكه صحيح كصلح المديون ولو كان المديون هو الذي صالح على ذلك جاز
الصلح ووجب للشفيع فيها الشفعة فكذلك إذا فعله أجنبي هو كفيل بالنفس وان قال أقبضتها
عنه فالصلح باطل لأنه ملكه الدار بمقدار قيمتها من الدين فقضاء الدين بالدار يكون بهذه
الصفة وذلك مجهول لأنه يعلم أنه جميع الدين أو بعضه فكان الصلح فاسدا ولا شفعة في العوض
في الصلح الفاسد كما لا شفعة في البيع الفاسد وإذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة على دار فطلبها
الشفيع بالشفعة فسلمها الأب له بثمن مسمى معلوم بمهر مثلها أو بقيمة الدار فهذا بيع وللشفيع فيها
الشفعة لان الصداق لا يستحق بالشفعة والتسليم فيه إلى الشفيع سمحا بغير قضاء بمنزلة الشفيع

المبتدأ وللأب ولاية البيع في دار ابنته الصغيرة وهو بيع صحيح لان الثمن فيه مسمى معلوم وكذلك لو كانت الابنة كبيرة فسلمت فهو بيع وللشفيع فيها الشفعة ولا شفعة في البيع الفاسد ان قبضها المشتري أو لم يقبضها اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها وأما بعد القبض فلبقاء حقه في استردادها ووجوب الشفعة بغير انقطاع حق البائع عن الدار فإن كان قد قبضها فبيعت دار إلى جنبها فللمشتري أن يأخذها بالشفعة لأنه ملكها بالقبض فهو جار للدار المبيعة حين بيعت بملك هذه الدار وقيام حق البائع في الاسترداد لا يمنع وجوب هذه الشفعة لها كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للراهن إذا بيعت دار بجنبها فإن لم يأخذها حتى رد هذه الدار بطلت شفעתه في تلك الدار لأنه زال جواره قبل أن يأخذها بالشفعة وقيام السبب له إلى وقت الاخذ بالشفعة شرط للقضاء له بالأخذ ولا شفعة للبائع فيها لأنه لم يكن جاراً حين بيعت هذه الدار وهو بمنزلة ما لو باع الشفيع داره التي يطلب بها الشفعة قبل أن يخاصم بالشفعة فإنه لا يستحق المبيعة بالشفعة لأنه زال جواره ولا المشتري منه لان جواره حادث بعد ملكه الدار وإذا اشترى داراً فاسداً وقبضها وبنائها فللبائع قيمتها وينقطع حقه في الاسترداد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا ينقطع حقه في الاسترداد ولكن يهدم بناء المشتري فيرد الدار على البائع لأنه بنى في بقعة غيره أحق بتملكها منه فينقض بناءه للرد على صاحب الحق كالمشتري إذا بنى في الشقص المشفوع وهذا لان البناء بيع لحق الثابت في الأصل بصفة التأكيد لا يبطل بمعنى في البيع ثم حق البائع في الاسترداد أقوى من حق الشفيع ألا ترى أنه لا يبطل بالسكوت ولا يسقط باسقاط البائع وان ذلك مستحق له وعليه شرعاً ثم بناء المشتري في ملكه ينقض لحق الشفيع مع ضعفه فلان ينقض بحق البائع في الاسترداد كان أولى رأيك لو هدم المشتري بناءه ألم يكن للبائع أن يسترده وهذا لا

وجه
لمنعه فالمشترى إذا وجد بها عيبا بعد ما رفع بناءه كان له أن يردها بالعيب فلان يردها
بفساد
البيع كان أولى وهذا بخلاف حق الواهب في الرجوع فهو حق ضعيف فيسقط بمعنى
في
البيع كما يسقط بحدوث الزيادة المتصلة وبموت أحدهما وأبو حنيفة يقول بنى في
ملك نفسه
بتسليط من له الحق فلا ينقض بناؤه لحقه كالموهوب له يبنى في الدار الموهوبة وبيان
الوصف
أن الحق في الاسترداد للبائع فهو الذي سلط المشتري على هذا البناء بإيجاب الملك له
فيها
والبيع وان فسد شرعا فالتسليط من البائع بقي معتبرا في حقه والدليل عليه ان سائر
تصرفات

المشتري من البيع والهبة والصدقة لا تنقض لحق البائع في الاسترداد وما كان ذلك الا باعتبار تسليطه إياه على ذلك وبه فارق الشفيع فإنه لم يوجد منه تسليط المشتري على التصرف

ولهذا ينقض سائر تصرفات المشتري لحق الشفيع فكذلك ينقض بناؤه وإذا عرفنا هذا فنقول

عندهما لا يجب للشفيع فيها الشفعة لبقاء حق البائع في الاسترداد وعند أبي حنيفة يجب للشفيع

فيها الشفعة لان حق البائع في الاسترداد قد انقطع فإخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء المشتري لحق الشفيع وهما بهذا الحرف يستدلان على أبي حنيفة فيقولان لاقرار لهذا البناء

بالاتفاق بل رفعه مستحق اما لحق البائع أو لحق الشفيع وأبو حنيفة يقول لهذا البناء قرار في

حق البائع فإنه حصل بتسليطه فينقطع به حق البائع في الاسترداد ولكن لاقرار له في حق الشفيع فيكون له أن ينقضه للاخذ بالشفعة وهو بمنزلة تصرف آخر من المشتري فيها كالبيع

والهبة والصدقة فإنه يقطع حق البائع في الاسترداد ثم ينقض ذلك التصرف لحق الشفيع يقول

فان باعها المشتري بيعا صحيحا فللشفيع الخيار ان شاء أخذها بالبيع الثاني بالثمن المسمى وان

شاء أبطل البيع الثاني وأخذها بالبيع الأول بالقيمة لاجتماع سببين فيها لثبوت حق الاخذ له

فيأخذ بأبي السببين شاء وهما يفرقان بين هذا وبين البناء ويقولان تصرف المشتري هنا حصل

في غير ما هو مملوك له بالعقد الفاسد وفي البناء حقه في البيع لان البناء بيع للأصل وفي

هذا القول اشكال فالشفيع إذا نقض البيع الثاني فقد صار ذلك كأن لم يكن وقيل البيع الثاني

يرد على البائع الأول ولا شفعة فيها فكذا بعد ما انتقض البيع الثاني من الأصل ولكننا الجواب عنه أن البيع الثاني من الأصل الثاني صحيح مزيل لملك المشتري وإنما ينقض لحق

الشفيع فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلا حقه في الاخذ بالشفعة وان اشتراها شراء فاسدا ولم يقبضها حتى بيعت دار إلى جنبها فللبائع أن يأخذ هذه

الدار بالشفعة لان الأول في ملكه بعد فيكون جارا بملكه الدار الأخرى فان سلمها إلى المشتري بطلت شفעתه لأنه أزال جواره باختياره قبل الاخذ بالشفعة ولا شفعة فيها للمشتري لان جواره محدث بعد بيع تلك الدار وان اشتراها بخمر أو خنزير والمتعاقدان مسلمان أو أحدهما وشفيعها نصراني فلا شفعة فيه لان البيع فاسد والخمر والخنزير ليس بمال متقوم في حق المسلم منهما وفي البيع الفاسد لا تجب الشفعة لمسلم ولا كافر وان اشتراها كافر من كافر وشفيعها مسلم فالبيع صحيح لان الخمر والخنزير في حقهم مال متقوم كالبيع

والشاة في حق المسلمين فإن كان شفيعها نصراني أخذها بمثل الخمر المشتري بها أو
بقيمة
الخنزير لان الخمر من ذوات الأمثال فيأخذها الشفيع بمثل ما يملك به المشتري صورة
ومعنى وفي الخنزير يأخذها بقيمته ولو كان الشفيع مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير
لان
المسلم عاجز عن تمليك الخمر قصدا فعليه قيمتها وهو معتبر بالاستهلاك فان خمر
النصراني
عند الاستهلاك مضمون على النصراني بالمثل وعلى المسلم بالقيمة فكذلك في حق
الشفيع
وطريق معرفة القيمة والرجوع فيها إلى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة
المسلمين
فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول قول المشتري بمنزلة ما إذا اختلف الشفيع
والمشتري في
مقدار الثمن وإذا اشترى أرضا شراء فاسدا فزرعها وغرس فيها الشجر فنقضها ذلك ثم
جاء
الشفيع والبائع فللشفيع أن يأخذها بقيمتها في قياس قول أبي حنيفة لان الغرس كالبناء
فكما
لا ينقض بناء المشتري لحق البائع عنده فكذلك لا تقلع أشجاره وإذا انقطع حق البائع
في
الاسترداد وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمتها إلا أنه يطرح عنه من ذلك بقدر ما نقض
الأرض
من عمل المشتري لأنه في معنى المتلف لجزء منها وقد بينا أن لما يتلفه المشتري
حصاة من الثمن في
حق الشفيع يطرح عنه بقدره كالبناء إذا أحرقه وعند أبي يوسف ومحمد يقلع الشجر
كما يهدم
البناء ويرد على البائع ولا شفعة فيها وكذلك ان اتخذها مسجدا ثم خاصمه البائع فيها
فله
القيمة في قياس قول أبي حنيفة لان تصرف المشتري بتسليط البائع فلا ينقض لحقه
وعندهما
يرد على البائع كما لو بنى فيها المشتري بناء آخر وذكر هلال في كتاب الوقف أن حق
البائع
في القيمة عندهم جميعا لان المسجد يتحرر عن حق العباد ويصير خالصا لله تعالى فهو
نظير

العتق في العبد الذي اشتراه شراء فاسدا ثم هذا تصرف من المشتري في عين ما يملكه
بالعقد الفاسد

ولو تصرف فيه بنقل الملك إلى غيره لم ينقض تصرفه لحق البائع في الاسترداد فإذا
تصرف

فيه بابطال الملك أولى فان باع نصفها بيعا صحيحا يرد النصف الثاني على البائع اعتبارا
للبيع

بالكل ويأخذ الشفيع النصف الآخر بالثمن الآخر هكذا قال والصحيح أنه يتخير بين أن
يأخذ النصف بنصف القيمة بحكم البيع الأول لما انقطع حق البائع في الاسترداد فيه
ويبين أن

يأخذه بالبيع الثاني بالثمن المسمى اعتبارا للبيع بالكل وإذا أخذه بالثمن الآخر يصدق
المشتري

بفضل نصف الثمن على نصف القيمة فإنه إنما يغرم للبائع نصف القيمة فالفضل حصل
له بكسب

خبث فيؤمر بالتصدق به والله أعلم

(باب الشفعة في المريض)

قال رحمه الله مريض باع دارا بألفي درهم وقيمتها ثلاثة آلاف درهم ولا مال له غيرها ثم مات وابنه شفيع الدار فلا شفعة للابن فيها) لأنه لو باعها من أبيه بهذا الثمن لم يجز وقد بينا

أن الشفيع يتقدم على المشتري شرعا في ثبوت الملك له بالسبب الذي يملك به المشتري وقد تعذر

ذلك في هذا الموضوع يوضحه اما أن يأخذها بألفين كما أخذها المشتري فيكون ذلك وصية

من المريض لو ارثه خصوصا إذا أخذها من يد البائع ولا وصية لو ارث أو يأخذها بثلاثة آلاف

وذلك لا يستقيم لما فيه من اثبات ثمن في حق الشفيع ليس ذلك بثابت في حق المشتري فإذا

تعذر الوجهان قلنا لا شفعة له أصلا وذكر في كتاب الوصايا أن على قولهما له أن يأخذها

بقيمتها ان شاء والأصح ما ذكرنا هنا فإنه نص في الجامع على أنه قولهم جميعا ولو كان الابن

هو المشتري للدار من أبيه وأجنبي شفيعها فإن كان اشتراها بمثل القيمة فلا شفعة للشفيع

فيها في قول أبي حنيفة وفي قولهما للشفيع فيها الشفعة وهذا بناء على أن بيع المريض من

وارثه بمثل قيمته لا يجوز في قول أبي حنيفة ويجوز في قولهما لأنه ليس في تصرفه ابطال

حق الورثة عن شيء مما تعلق حقهم به وهو المالية والوارث والأجنبي في مثل هذا التصرف

سواء كما لو أعانه بيدنه يوضحه أنه ممنوع من الوصية للوارث كما أنه ممنوع من الوصية بما زاد

على الثلث للأجنبي ثم البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الأجنبي في جميع ماله ولا

يكون ذلك وصية بشيء فكذلك مع الوارث يوضحه أنه إذا كان عليه دين مستغرق فباع بعض ماله من آخر بمثل قيمته يجوز وهو ممنوع في هذه الحال من الوصية بشيء من

ماله ثم لم يجعل بيعه بمثل قيمته وصية منه فكذلك في حق الوارث وأبو حنيفة يقول أثر بعض

ورثته

بعين من أعيان ماله بقوله وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة كما لو أوصى بأن يعطى أحد ورثته هذه الدار بنصيبه من الميراث وهذا لان حق الورثة يتعلق بالعين فيما بينهم كما يتعلق بالمالية وعلى هذا لو أراد بعضهم أن يجعل شيئاً لنفسه بنصيبه من الميراث لا يملك ذلك الا برضا سائر الورثة فكما أنه لو قصد إثارة البعض بشئ من ماله رد عليه قصده فكذلك إذا قصد إثارة بالعين وهذا لان للناس في الأعيان أغراضاً فقد يفتخر الانسان بنخطه إياه فوق ما يفتخر بكثرة ماله وإنما نفى الشرع وصية المريض لبعض الورثة دفعا للغضاضة عن سائر الورثة وذلك المعنى

يتحقق هنا فلماذا يمتنع ببيعه منه بمثل قيمته وبأكثر بخلاف الأجنبي فإنه غير ممنوع من التصرف
مع الأجنبي فيما يرجع إلى العين وإنما يمنع من ابطال حق الورثة عن ثلثي ماله وليس
في البيع بمثل القيمة من الأجنبي ابطال حق الورثة عن شيء من ماله والدليل على الفرق ان
اقرار المريض للأجنبي بالدين أو بالعين واقاراه باستيفاء الدين منه صحيح في حق الورثة
وشئ من ذلك لا يصح مع الوارث ويجعل وصية منه فكذلك البيع بمثل القيمة وهذا بخلاف بيعه
من الأجنبي إذا كان عليه دين مستغرق لان المنع لحق الغرماء وحقهم في ديونهم لا في
عين مال المريض ألا ترى أن للوارث أن يستخلص العين لنفسه بقضاء الدين من مال آخر فإذا لم
يكن في البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن شيء مما تعلق به حقهم كان صحيحا
بخلاف ما نحن فيه والدليل على الفرق أنه لو كان باع عينا في صحته من أجنبي ثم أقر باستيفاء الثمن
منه في مرضه صح اقراره في حق الغرماء وبمثله لو باعه من دار به لم يصح اقراره باستيفاء
الثمن منه في مرضه في حق سائر الورثة والفرق ما ذكرنا إذا عرفنا هذا فنقول عند أبي حنيفة لا
شفعة للشفيع لان البيع فاسد وعند أبي يوسف ومحمد لما صح البيع كان للشفيع أن يأخذها
بالشفعة ولو كان باعها من ابنه بألفي درهم وقيمتها ثلاثة آلاف فلا اشكال عند أبي حنيفة أن
البيع فاسد ولا شفعة للشفيع وعندهما للشفيع أن يأخذها بثلاثة آلاف درهم ان شاء في
رواية كتاب الشفعة لان الشفيع قائم مقام المشتري وقد كان للابن أن يزيل المحاباة ويأخذها بثلاثة
آلاف ان شاء فكذلك للشفيع أن يأخذها بذلك وذكر في موضع آخر أن الشفيع لا يأخذها
بالشفعة هنا لان عندهما بيع المريض من وارثه إنما يجوز باعتبار أنه لا وصية في تصرفه وفي
البيع

بالمحاباة وصية ألا ترى أنه لو حصل مع أجنبي آخر كان معتبرا من الثلث ولا وصية لوارث
فكان البيع فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد وبان كان المشتري يتمكن من إزالة
المفسد فذلك
لا يوجب الشفعة للشفيع كما لو اشتراها بشرط أجل فاسد أو خيار فاسد وقد روي عن
أبي
يوسف أن للشفيع أن يأخذها بالقيمة لأنه يتقدم على المشتري شرعا فيجعل كأن البيع
من
المريض كان منه بهذا الثمن والأصح ما ذهب إليه أبو حنيفة فان نفس البيع وصية ألا
ترى أنه
لو أوصى بان تباع داره من فلان بمثل قيمتها يجب تنفيذ الوصية بعد موته إذا طلب
الموصي
له وان الموصي له بالبيع يزاحم سائر أصحاب الوصايا فإذا ثبت ان نفس البيع وصية وقد
نفى
رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية للوارث قلنا لا يجوز منه البيع أصلا وإذا اشترى

المريض دارا بألفي درهم وقيمتها ألف درهم وله سوى ذلك ألف درهم ثم مات فالبيع جائز

وللشفيع فيها الشفعة لأنه إنما حاباه بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الأجنبي فيجب

للشفيع فيها الشفعة ولو كان باع دارا بقيمتها أو أكثر ووارثه شفيعها فلا شفعة له في قول أبي حنيفة

لان بيعه من الوارث لا يجوز عند أبي حنيفة وكذلك بيعه من الأجنبي لا يكون مثبتا حق الاخذ بالشفعة للوارث وعند أبي يوسف ومحمد للوارث أن يأخذها بالشفعة لأنه لو

باعها منه بذلك الثمن جاز البيع فكذلك إذا باعها من أجنبي آخر والوارث شفيعها لان الشفيع

يتقدم على المشتري في تملكها بالسبب الذي باشره المشتري إذا أخذها بالشفعة وان باعها

بألفين وقيمتها ثلاثة آلاف درهم وشفيعها أجنبي فله أن يأخذها بألفين لان المحاباة بقدر

الثلث وذلك صحيح منه في حق الأجنبي فان قيل كيف يأخذها الشفيع بألفين والوصية كانت

منه للمشتري دون الشفيع ومن أوصى لإنسان بشئ من ماله لا يجوز تنفيذ الوصية لغير من

أوصى له به قلنا هو كذلك في وصية مقصودة فالوصية هنا لم تكن مقصودة وإنما كانت

في ضمن البيع ألا ترى أنها لا تبقى بعد ما بطل البيع وفي حق البيع الشفيع صار مقدما على

المشتري شرعا فكذلك فيما هو من متضمنات البيع ولما أوجب البيع له بما سمي من الثمن مع

علمه أن الشفيع يتمكن من الاخذ بمثل ما اشترى به المشتري فكأنه أوجب الوصية بالمحاباة

للمشتري ان سلم الشفيع له وللشفيع أن يأخذها بالشفعة وإن كان للدار شفيعان أحدهما

وارث فلا شفعة للوارث لأنه لو لم يكن لها شفيع سواه لم يستحقها بالشفعة في هذا البيع فإذا

كان معه شفيع آخر أولي أن لا يستحقها وإذا انعدمت مزاحمته كان للأجنبي أن يأخذ الكل

بالشفعة بمنزلة ما لو سلم أحد الشفيعين شفעתه وان باعها بألف درهم وهي تساوى ألفين وليس له مال غيرها قيل للمشتري إن شئت فخذها بثلثي ألفين وإن شئت فذع لأنه حابه بنصف ماله ولا يمكن تنفيذ المحاباة الا في مقدار الثلث والمشتري يتمكن من إزالة المانع بان يلتزم إلى تمام ثلثي ألفين إلا أنه يتخير في ذلك لأنه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض بالتزامها فإن شاء فسخ البيع لأجله ولا شئ له لان الوصية كانت في ضمن البيع وقد بطل البيع وان شاء التزم ذلك فيسلم له الوصية بقدر الثلث كما لو كان اشتراها في الابتداء بثلثي ألفين وأي ذلك فعل كان للشفيع فيها الشفعة اما عند إمضاء البيع فلا اشكال وأما عند الرد فلان البيع كان صحيحا موجبا للشفعة حتى إذا ظهر للميت مال آخر فالبيع سالم للمشتري وباعتبار صحة البيع

وجبت الشفعة للشفيع ثم الرد من المشتري يعمل في ابطال حقه لا في ابطال حق الشفيع كما لو تفاسخا البيع ولكن الشفيع يأخذها بثلثي الألفين لأنها ما كانت تسلم للمشتري الا بهذا القدر من الثمن فكذلك الشفيع وان باعها بألفين إلى أجل وقيمتها ثلاثة آلاف فالاجل باطل لان المحاباة بالقدر استغرقت ثلث المال فلا يمكن تنفيذ الوصية بالأجل في شئ ولكن يتخير المشتري بين أن يفسخ البيع أو يؤدي الألفين حالة ليصل إلى الورثة كمال حقهم وأي ذلك فعل فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لأنه قائم مقام المشتري في حكم هذا البيع كما في الفصل الأول وهذا أظهر من ذلك فالاجل في الثمن لا يثبت في حق الشفيع وقد بينا أن خيار المشتري لا يمنع وجوب الشفعة للشفيع وان باعها بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألفان قيل للمشتري إن شئت فعجل ألفين وإن شئت فدع في قول أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة وقال محمد ان شاء عجل ثلثي قيمتها ويكون الباقي عليه إلى أجل وان شاء تركه وقد تقدم بيان نظير هذه المسألة في كتاب العتاق وذكرنا أن من أصل محمد أن تأجيل المريض صحيح مطلقا فيما له أن لا يملكه أصلا كما في الصداق وبدل الصلح عن القصاص وعند أبي يوسف جميع المسمى مملوك بإزاء مال تعلق به حق الورثة فلا يصح تأجيله فيه إلا بقدر الثلث لان التأجيل بمنزلة الاسقاط من حيث أن الحيلولة تقع بين الورثة وبين المال في الحال بسبب الاجل ولهذا لو رجع شهود التأجيل ضمنوا كما تضمن شهود الابراء فعلى ذلك الأصل تنبنى هذه المسألة وقد قررنا هذا الكلام فيما أمليناه من شرح الجامع في هذه المسألة بعينها وأما الشفيع فالاجل لا يثبت في حقه ولكنه بالخيار ان شاء عجل المال كله وأخذ الدار كله وان شاء كف حتى يحل المال وقد بينا هذا في الصحيح ببيع داره بثمن مؤجل أن الاجل لا يثبت

في حق الشفيع فهو مثله في حق المريض وإذا باع المريض داراً أو حابي فيها ثم برأ من مرضه
والشفيع وارثه فإن لم يكن علم بالبيع حتى الآن فله أن يأخذها بالشفعة لان المرض إذا
تعقبه
برأ فهو بمنزلة حال الصحة وإن كان قد علم بالبيع وقد بطلت الشفعة حتى برأ من مرضه فلا
شفعة له لان السبب الموجب للشفعة له البيع وقد سكت عن الطلب بعد ما علم بالسبب
فتبطل شفيعته به وإن لم يكن متمكناً من الاخذ عند ذلك كالجار إذا سكت عن الطلب بعد
علمه بالبيع لمكان الشريك ثم سلم الشريك لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فهذا مثله والله
أعلم بالصواب

(باب تسليم الشفعة)

قال رحمه الله وإذا سلم الشفيع الشفعة بعد وقوع البيع والمشتري حاضر أو غائب فتسليمه جائز) لأنه أسقط الحق الواجب له والاسقاط يتم بالمسقط وأنه تصرف منه على

نفسه ولا يتعدى تصرفه إلى محل وهو حق غيره ولهذا لا يشترط القبول فيه من غيره وكذلك

ان ساوم الشفيع المشتري بالدار لأنه ساومه بها ليشتريها منه ابتداءً وذلك دليل الرضا بتقرر

ملكه فيها وكذلك لو سأله أن يوليها إياه لان حاجته إلى ذلك بعد سقوط حقه في الاخذ

بالشفعة فالتماسه دليل اسقاط شفيعته ودليل الاسقاط كصريحه وكذلك ان قال المشتري

للشفيع أنفقت عليها كذا في بنائها وإني أوليكها بذلك وبالثلث فقال نعم فهو تسليم منه لان

قوله نعم في موضع الجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ومعناه ولني بذلك وإذا

وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة أو أقر بأن موكله قد سلم الشفعة فنقول أما

عند أبي حنيفة يصح ذلك منه في مجلس القضاء ولا يصح في غير مجلس القضاء وكان أبو يوسف

يقول أولاً لا يصح ذلك منه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء وهو قول زفر ثم رجع

فقال اقراره على الموكل بالتسليم صحيح في مجلس القضاء ومحمد يقول في اقراره على الموكل بالتسليم

بقول أبي حنيفة وقال يجوز تسليم الشفعة في مجلس القضاء ولا يجوز في غير مجلس القضاء

ذكر قوله هذا في كتاب الوكالة ولا يحفظ جواب أبي يوسف الآخر فيما إذا أسلم الوكيل

الشفعة وقيل ذلك صحيح منه كما يصح اقراره على الموكل بالتسليم وأصل المسألة في كتاب

الوكالة فان الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في القياس لا يجوز اقراره وهو قول زفر

وأبي يوسف وفي الاستحسان يجوز اقراره في مجلس القاضي وهو قول أبي حنيفة

ومحمد
وفي قول أبي يوسف الآخر اقراره صحيح في غير مجلس القاضي وفي مجلس القاضي
كاقرار الموكل فالوكيل بطلب الشفعة وكيل الخصومة فإذا أقر على موكله بالتسليم
كان على
هذا الخلاف فاما إذا سلم بنفسه فمن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف أن من ملك طلب
الشفعة
والخصومة فيها يصح تسليمه إلا أن الوكيل قائم مقام الموكل في الخصومة ومجلس
الخصومة
مجلس القاضي فيصح تسليمه في مجلس القاضي عند أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف
الوكيل
قائم مقام الموكل فيصح منه التسليم في مجلس القاضي وغير مجلس القاضي وعند
محمد وزفر لا
يصح منه التسليم أصلاً لان ذلك ضد ما فوض إليه فإنه أمر باستيفاء الحق لا باسقاطه
الحق

وأصل هذه المسألة في الأب والوصي إذا سلما شفعة الصبي جاز ذلك عند أبي حنيفة وأبي

يوسف وليس للصبي أن يطالب بحقه بعد البلوغ لأنهما قاما مقامه في استيفاء حقه والاسقاط

ضد الاستيفاء فلا يثبت لهما الولاية في الاسقاط كالإبراء عن الدين والعفو عن القصاص الواجب له وهذا لأن تصرفهما مقيد بالنظر وليس في اسقاط حق الصبي معنى النظر له ولأن

حق الإخذ بالشفعة يثبت شرعا لدفع الضرر فيهما بالاسقاط كأنهما يلزمانه الضرر وأبو حنيفة

وأبو يوسف قالوا تسليم الشفعة ترك الشراء والأب والوصي كما يجوز منهما الشراء على الصبي

يجوز ترك الشراء ألا ترى أنه لو أوجب صاحب الدار البيع فيها من الصغير فرده الأب والوصي صح ذلك منهما وبيان الوصف أن الشفيع بالأخذ يتملك العين بالثمن وهذا هو الشراء وتأثيره أن في تسليم الشفعة يبقى أحد العوضين على ملك الصبي وهو الثمن فإن كان فيه

اسقاط حقه فهو اسقاط بعوض يعد له فلا يعد ذلك ضررا كبيع ماله بخلاف الإبراء عن الدين

واسقاط القود يوضحه أنه لو أخذها بالشفعة ثم باعها من هذا الرجل بعينه جاز ذلك فكذا

إذا سلمها إليه بل أولى لأنه إذا أخذها ثم باعها منه تتوجه العهدة فيها على الصغير وفي التسليم

لا تتوجه عليه العهدة وإذا ثبت هذا قلنا سكوت من يملك التسليم عن الطلب بمنزلة التسليم

فإذا سكت الأب والوصي عن طلب الشفعة من الأجنبي فذلك مبطل لحق الصبي في قول

أبي حنيفة وأبي يوسف بمنزلة تسليمها وفي قول محمد وزفر لا يبطل حق الصبي ولو اشترى

الأب للصبي دارا وهو شفيعها فله أن يأخذها بالشفعة عندنا وقال زفر ليس له ذلك وهو بناء

على شراء الأب مال الصبي لنفسه وإن كان مكان الأب وصيا لم يملك أخذها لنفسه بالشفعة

لأن ذلك بمنزلة الشراء منه والوصي لا يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة ولو اشترى الأب

لنفسه دارا والصبي شفيعتها فليس للصبي إذا بلغ أن يأخذها بالشفعة لان الأب متمكن من

الاخذ فسكوته يكون مبطلا شفعة الصبي بخلاف ما إذا باع الأب دارا والصبي شفيعتها لان البائع لا يملك الاخذ بالشفعة والسكوت عن الطلب ممن يملك الاخذ يكون مبطلا للشفعة فاما ممن لا يملك الاخذ لا يكون مبطلا ولو كان المشتري اشترى الدار بأكثر

من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله والصبي شفيعتها فسلم الأب ذلك من أصحابنا من قال يصح

التسليم هنا عند محمد وزفر لما فيه من النظر للصبي والأصح أنه لا يصح التسليم عندهم جميعا

لأنه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكوته عن الطلب وتسليمه إنما يصح إذا كان مالكا للاخذ

فيبقى الصبي على حقه إذا بلغ وتسليم أحد المتعاضين شفعة صاحبه في دار له خاصة
من
ميراث جائز لان الاخذ بالشفعة شراء والمتعاضان في ذلك كشخص واحد لان كل
واحد
منهما في ذلك قائم مقام صاحبه فيصح تسليمه ألا ترى أنه لو أخذ بالشفعة كانت الدار
بينهما
وكان الثمن عليهما فكما يجعل أخذ أحدهما في الحكم كأحدهما فكذلك التسليم ولو
كان
المضارب هو الشفيع بدار من المضاربة فيها ربح وليس في يده من مال المضاربة غيرها
فسلم المضارب الشفعة كان لرب المال أن يأخذها لنفسه وان سلم رب المال كان
للمضارب
أن يأخذها لنفسه لان المضارب لا يأخذها بالشفعة للمضاربة فإنه يكون ذلك استدانة
على
المضاربة والمضارب لا يملك ذلك فيبقى حق كل واحد منهما في الاخذ لنفسه بحكم
الجوار
لان المضارب شريك في دار المضاربة إذا كان فيها ربح وإذا بيعت دار بجانب الدار
المشتركة
فلكل واحد من الشريكين فيها الشفعة وتسليم أحدهما يصح في حق نفسه دون حق
شريكه
ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان المضارب
في بيعها
عامل لرب المال ألا ترى أنه لو لحقه في ذلك عهدة رجع على رب المال ولا شفعة
لمن وقع
البيع له وكذلك لو باعها رب المال وهي من المضاربة وفي يد المضارب دار أخرى
من المضاربة
وهو شفيعها لم يكن له فيها شفعة لأنه لو أخذها أخذها لرب المال فان الأصل في مال
المضاربة حق رب المال ورب المال بائع لا يملك الاخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ
غيره له
بالشفعة ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة
بدار من
المضاربة وتكون له خاصة دون المضارب لان المضارب في بيع داره من غير المضاربة
عامل
لنفسه لا لرب المال فهو في ذلك كأجنبي آخر وباعتبار دار المضاربة رب المال جار

للدار فله أن
يأخذها بالشفعة والاختذ بمنزلة الشراء ولو اشتراها كانت له خاصة دون المضاربة ولو
باع
رب المال دارا له خاصة والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فإن كان فيها ربح فله
أن يأخذها
لنفسه لأنه جار باعتبار شركته في الربح وهو في الاختذ لنفسه غير عامل لرب المال
فيكون
في ذلك كأجنبي آخر وإن لم يكن فيها ربح لم يأخذها لأنه لو أخذها أخذها للمضاربة
ففي مال
المضاربة حق رب المال هو الأصل ورب المال هو البائع فكما لا يثبت للبائع حق
الاخذ
بالشفعة فكذلك لا يأخذ الغير له وإذا باع المفاوض دارا له خاصة من ميراث وشريكه
شفيعها
بدار له خاص من ميراث فلا شفعة له فيها لأنه لو أخذها كانت بينهما بمنزلة ما لو
اشتراها

وإذا كان بائعها شريكه لو ثبت لواحد منهما فيها شفعة كانت ثابتة للبائع لأنهما فيما يأخذان

بالشفعة كشخص واحد وإذا وجبت الشفعة للعبد المأذون فسلمها فهو جائز إن كان عليه دين

أولم يكن عليه دين لأن هذا بدل الشراء وهو من صنيع التجار ثم هو اسقاط حق بعوض يعد له فإن الثمن يبقى كسبا له وإن سلمها مولاه جاز إن لم يكن عليه دين لأن العبد لو أخذها

تصير مملوكة للمولى وهو من هذا الوجه كالنائب عنه فيصح التسليم من المولى كما يصح من

الموكل وإن كان عليه دين لم يجز تسليم المولى عليه لأن العبد في الاخذ عامل لغرمائه للمولى

والمولى من كسب عبده المديون كسائر الأجانب ألا ترى أنه بعد الاخذ لو باعها المولى جاز

بيعه إذا لم يكن عليه دين ولم يجز بيعه إذا كان على العبد دين فكذلك تسليمه وتسليم المكاتب

شفعته جائز لأنه منفك الحجر عنه فيما هو من صنيع التجار وقد بينا أن تسليم الشفعة من

صنيع التجار كالأخذ بالشفعة وتسليم المرتد شفعته جائز أيضا وذكر في بعض نسخ الأصل إذا

مات أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب فهو باطل في قياس قول أبي حنيفة وهذا لا معنى

له لأن الشفعة لا تورث فلا يقوم وارثه مقامه في الاخذ بالشفعة وبهذا الطريق يقول لا يتوقف فيه تسليم الشفعة بخلاف سائر التصرفات لأنه لا فائدة في هذا التوقف إن أسلم

فتسليمه صحيح وإن مات فالشفعة لا تورث إلا أن يكون موضوع هذا فيما إذا كان اشترى المرتد دارا فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها إليه فهذا يتوقف منه عند أبي حنيفة

بمنزلة بيعه وإذا اشترى دارا بعبد وسلم الشفيع الشفعة ثم رأى صاحب الدار العبد فلم يرضه

ورده وأخذ داره وقد كان دفعها أو لم يدفعها فلا شفعة للشفيع في ذلك لأن الرد بخيار

الرؤية فسخ من الأصل ولهذا ينفرد به الراد من غير قضاء ولا رضاء والشفعة تجب بالعقود لا بالفسوخ وما كان وجب له بالعقد فقد أسقطه ولو اشترى دارا لم يرها ثم بيعت دار

بجنبها فآخذها بالشفعة لم يسقط به خيار رؤيته في الدار المشتراة بخلاف خيار الشرط

لأنه
أخذه إياها بالشفعة بمنزلة التصريح باسقاط خياره والتصريح باسقاط خيار الشرط
صحيح من
المشترى وباسقاط خيار الرؤية باطل قبل أن يراها فكذلك إذا أخذ دار بالشفعة بيعت
بجنبها
وإذا اشترى المضارب دارين بمال المضاربة وهو ألف درهم تساوى كل واحد منهما
ألف
درهم فبيعت دار إلى جنب أحدهما فلا شفعة للمضارب فيها فالشفعة لرب المال لان
كل واحدة
منهما مشغولة برأس المال والمضارب شريك في الربح ولا ربح في واحدة منهما فلا
يأخذها

المضارب بالشفعة وهذا لان الدور لا تقسم قسمة واحدة لما فيها من التفاوت في المنفعة فتعتبر كل واحدة منهما على الانفراد ألا ترى أنه لو كان مكان الدارين عبيد لم ينفذ عتق المضارب في واحد منهما ولو كان في إحداهما ربح كان له الشفعة مع رب المال لأنه شريك فيها بحصته من الربح وإذا سلم الشفيع الشفعة على أن يعطى نصف الدار بنصف الثمن فهو جائز على ما اشترط لأنه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك صحيح عند تراضيها اعتبارا للبعض بالكل وان اشترى بيتا بعينه لنفسه فهذا باطل لجهالة حصة البيت من الثمن ويأخذ لدار كلها أو يدع لأنه بما صنع غير مسلم شفعته بل هو مظهر رغبته فيما يحتاج إليه منها فيكون على شفعته فيها وإذا شهد شاهدان على تسليم الشفعة واختلفا في الوقت والمكان فالشهادة جائزة لان تسليم الشفعة قول يعاد ويكرر فاختلفا الشاهدين في المكان والزمان لا يوجب اختلاف بينهما في المشهود به وإذا سلم الشفعة في منزل وهو شريك في الطريق على أن يأخذ نصف المنزل بنصف الثمن فذلك جائز لما بينا أنه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك جائز بتراضيها وللجار أن يأخذ النصف الآخر بالشفعة لان حق الجار كان ثابتا في جميع المنزل إلا أن الشريك في الطريق كان مقدما عليه ففيما أسقط الشريك حقه زال المانع فللجار أن يأخذه كما لو سلم في جميع المنزل وإذا اشترى الرجل دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم أقر المشتري أن البيع كان يلجئه لم يكن للشفيع في ذلك شفعة لان هذا اقرار منه بفساد البيع الأول من الأصل بخلاف الإقالة فإنه يتضمن معنى المبادلة ابتداء وباعتباره تجب الشفعة ألا ترى أنه لو فسخ البيع من الأصل بخيار الرؤية أو الشرط لم يتجدد به حق الشفيع بعد ما سلم الشفعة فإذا أقر بفساد البيع من الأصل أولى وإذا سلم الشفيع الشفعة في هبة بعوض

بعد التقابض ثم أقر البائع والمشتري أنها كانت بيعا بذلك العوض لم يكن للشفيع فيها
الشفعة

لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض بمنزلة البيع في حق الشفعة فكان التسليم صحيحا
من الشفيع سواء أقر في البيع انه كان هبة بعوض أو في الهبة بشرط العوض انه كان بيعا
وان سلمها في هبة بغير عوض ثم تصادقا انها كانت بشرط عوض أو كانت بيعا
فللشفيع أن

يأخذها بالشفعة لأنه لم يوجد منه الرضا بسقوط حقه ولكنه ترك الطلب أو سلم بناء
على أن

الشفعة لم تجب له فإذا ظهر أنها كانت واجبة له فهو على حقه في الشفعة وإذا وهب
الرجل

دارا على عوض بألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة
فهو

باطل حتى إذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة لأنه أسقط حقه قبل
الوجوب فالهبة بشرط العوض إنما تصير كالبيع بعد التقابض وتسليم الشفعة قبل تقرر
سبب

الوجوب باطل كما لو سلمها قبل البيع وإذا وهب الرجل لرجلين دارا على عوض ألف
درهم

وتقابضوا فذلك باطل في قول أبي حنيفة جائز في قولهما لان الشيوخ في الهبة بشرط
العوض

كهو في الهبة بغير عوض وقد بينا هذا الخلاف في الهبة من رجلين بغير عوض في
كتاب

الهبة (فكذلك في) الهبة بشرط العوض ولو وهب رجلان من رجل دارا على ألف درهم
وقبضا منه الألف مقسومة بينهما وسلمتا إليه الدار جاز ذلك وللشفيع فيها الشفعة
لانعدام

الشيوخ في الدار فالملك فيها واحد وانعدام الشيوخ في الألف حين قبض كل واحد
منهما

نصيبه مقسوما ولو كانت الألف غير مقسومة لم يجز في قول أبي حنيفة لان الشيوخ
فيما

يحتمل القسمة يمنع صحة التعويض كما يمنع صحة الهبة والألف محتمل للقسمة وإذا
اشترى

الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعتهما واحد فأراد أخذ إحديهما دون الأخرى فليس له
ذلك وكذلك لو كانت أرضين أو قرية وأرضها أو قريتين وأرضيهما وهو شفيع ذلك
كله

بأرض واحدة أو بأرضين أو بدار واحدة أو بدور فإنما له أن يأخذ ذلك كله أو يدع
وقال

زفر له أن يأخذ أحديهما دون الأخرى والدور المتلازقة وغير المتلازقة في مصر واحد
أو

مصرين في ذلك سواء بعد أن يكون ذلك صفقة واحدة فزفر يقول يثبت له حق الاخذ
في كل واحدة منهما وليس في أخذ إحديهما ضرر على المشتري لان إحديهما تنفصل
عن

الأخرى فهو كما لو كان العقد في كل واحدة منهما صفقة على حدة ولكننا نقول
المشترى

ملكهما صفقة واحدة وفي أخذ إحديهما تفريق الصفقة عليه وكما لا يملك المشتري
في حق

البائع تفريق الصفقة بقبول العقد في إحديهما دون الأخرى فكذلك لا يملك الشفيع

ذلك
في حق المشتري بخلاف ما إذا كان العقد في صفتين وهذا لان الانسان قد يشتري
دارين
ورغبته ومنفعته في إحديهما فإذا أخذ الشفيع تلك دون الأخرى تضرر المشتري باختيار
الشفيع والشفيع لا يملك الحاق الضرر بالمشتري فيما يأخذ بالشفعة ولم يذكر في
الكتاب أنه
إذا كان شفيعا لاحديهما دون الأخرى فكان أبو حنيفة أولا يقول في هذه المسألة له ان
يأخذهما جميعا أو يدع لان الشفعة تثبت له في إحديهما ولو أخذها وحدها تفرقت
الشفقة
على المشتري فيثبت حقه في الأخرى حكما لدفع الضرر عن المشتري ثم رجع فقال لا
يأخذ

واحدة منهما لأنه لا يمكن اثبات الشفعة له في إحداهما بدون السبب وفي الأخرى لما فيه

من تفريق الصفقة على المشتري ثم رجع فقال يأخذ الذي هو شفيعها خاصة وهو قول أبي

يوسف ومحمد بمنزلة ما لو اشترى عبدا ودارا صفقة واحدة كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة

دون العبد وهذا لان تفرق الصفقة هنا لم يكن باختيار الشفيع بل هو بمعنى حكمي وهو

أنه لم يتمكن من إحداهما لانعدام السبب في إحداهما بخلاف ما إذا كان شفيعا لهما جميعا

والله أعلم بالصواب

(باب شفعة أهل البغي)

(قال رحمه الله الباغي والعاقل في استحقاق الشفعة وتسليمها سواء) لان أهل البغي مسلمون وهم من جملة أهل دار الاسلام وقد بينا أن لأهل الذمة الشفعة في دار الاسلام وأنهم في ذلك كالمسلمين فأهل البغي في ذلك أولى إلا أن العادل في عسكر أهل العدل

والباغي في عسكر أهل البغي فكان بمنزلة الغائب ان علم فلم يبعث وكيلا بطلت شفعة وإن لم

يعلم حتى اصطالحوا فهو على شفيعته إذا علم وإذا كان الشفيع في غير المصر الذي فيه الدار

المبيعة فجاء إلى هذا المصر فطلب الشفعة وأشهد عليها ولم يقصد البلد الذي فيه البائع والمشتري فهو على شفيعته لأنه أتى بما يحق عليه وهو عاجز عن اتباعهما مع أنه لا فائدة له

في ذلك لأنه إنما يتمكن من الاخذ في الموضوع الذي فيه المبيع وكذلك ان قصد المصر الذي

فيه البائع والمشتري فطلب الشفعة وأشهد ولم يقصد المصر الذي فيه الدار فهو على شفيعته وحاصل

الكلام أنه بعد طلب المواثبة عليه أن يأتي بطلب التقرير وذلك بالاشهاد عند الدار وعند المشتري أو البائع ان كانت الدار في يده وإن كان قد سلمها فقد خرج البائع من الوسط

ثم عند اختلاف الأمصار والقرى عليه أن يأتي أقرب الثلاثة منهم فيشهد فان ترك الأقرب

وجاء إلى الأبعد بطلت شفيعته كما لو ترك الطلب بعد العلم بالمبيع حتى قام عن مجلسه

وإذا كانوا
في مصر واحدة فان ترك الأقرب وأتى الا بعد فاشهد عنده ففي القياس كذلك تبطل
شفعته

لان القليل من الاعراض والكثير في الحكم سواء وفي الاستحسان لا تبطل شفعته لان
المصر في حكم مكان واحد ولهذا لو شرط في السلم التسليم في المصر يكفي وإذا
اتخذ المكان

حكما فلا معتبر بالأقرب والأبعد في ذلك وإذا اشترى رجل من أهل البغي دارا من

رجل في عسكره والشفيع في عسكر أهل العدل لا يستطيع أن يدخل في عسكر البغي فلم يطلب
بعد العلم بالشراء أو لم يبعث وكيلا فلا شفعة له لأنه كان متمكنا من أن يبعث وكيلا
فإن كان
لا يقدر على أن يبعث الوكيل أو على أن يدخل فله الشفعة لأنه ما ترك الطلب بعد
التمكن منه
فهو بمنزلة ترك الطلب قبل أن يعلم بالبيع ألا ترى أنهم لو كانوا في غير عسكر ولا
حزب
غير أن الشفيع في بلد آخر وبينهما قوم محاربون فلم يقدم وهو يقدر على أن يبعث
وكيلا
يأخذ الشفعة أبطلت شفيعته أرأيت لو كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة كنت
أجعله
على شفيعته وقد ترك الطلب بعد ما تمكن من ذلك بنفسه أو بوكيل يبعثه في هذا كله
تبطل
شفيعته بالأعراض عن الطلب والله أعلم بالصواب
(باب الوكالة في الشفعة)
(قال رحمه الله ويجوز للشفيع أن يوكل بطلب الشفعة والخصومة فيها وكيلا كما
يجوز أن
يوكل بطلب سائر حقوقه فقد يحتاج إلى التوكيل في ذلك لقله هدايته في الخصومات
أو لكثرة
اشتغاله ولا يقبل من وكيله البينة على الوكالة الا وخصمه معه) لأنه يقيم البينة ليقضى له
بالوكالة
ولا يقضي بينة قامت لا على خصم حاضر وإذا أقر المشتري بشراء الدار وهي في يده
وجبت الشفعة للشفيع فيها وخصمه الوكيل ولا أقبل من المشتري بينة انه اشتراها من
صاحبها إذا كان صاحبها غائبا لان القضاء عليه بالشفعة باقراره لا يكون قضاء على
الغائب بالبيع
فان من في يده عين إذا أقر بحق فيه لغيره قضى عليه باقراره والوكيل الذي حضر ليس
بخصم
عن صاحب الدار فالقضاء على الغائب بالبينة لا يجوز الا بمحضر من الخصم حتى إذا
أجرت
الدار فأنكر ذلك أبطلت البيع والشفعة وردت الدار عليه لتصادقهم على أن أصل الملك
كان
له بعد أن يحلف بالله ما باعه إلا أن تقوم عليه بينة بمحضر منه وهذه البينة مقبولة من

الشفيع
والمشترى جميعا لان المشتري يثبت عقده بالبينة والشفيع يثبت حقه في الشفعة وإذا
طلب
وكيل الشفيع له الشفعة فقال المشتري أريد يمين الشفيع ما سلم لي فإنه يقضى عليه
بالدار
بهذا ويقال له انطلق فاطلب يمين الامر وعن أبي يوسف قال لا يقضي بها حتى يحضر
الشفيع
ويحلف وهذه ثلاثة فصول (أحدهما) ما بينا (والثاني) وكيل صاحب الدين إذا طالب
المديون
بإيفاء الدين وقال المديون أريد يمين الموكل ما أبرأني فإنه يقضى عليه بالمال ويقال له
انطلق

فاطلب يمين الطالب (والثالث) وكيل المشتري إذا أراد الرد بالعيب فقال البائع أريد
يمين الموكل
ما رضى بالعيب فله ذلك ولا يرد حتى يحضر المشتري فيحلف فأبو يوسف يجعل
مسألة الشفعة
نظير مسألة العيب لان في فصل الشفعة قضاء بالملك والعقد فان الاخذ بالشفعة بمنزلة
الشراء
كما أن الرد بالعيب قضاء بفسخ العقد وإعادة المبيع إلى ملك البائع وفي ظاهر الرواية
سوى
بين الشفعة وقضاء الدين لان بالتسليم سقط الحق بعد الوجوب ولا ينعدم السبب كما
في
الابراء عن الدين بخلاف الرد بالعيب فهناك ينعدم السبب المثبت لحق الرد وهو حق
المشتري
في المطالبة بتسليم الجزء الفائت يوضح الفرق أن هناك لو فسخ العقد نفذ قضاؤه
بالفسخ لقيام
السبب وهو العيب فيتضرر به البائع ضرر لا يمكنه دفعه عن نفسه لأنه لا يطالب
المشتري
باليمين بعد ذلك لخلوه عن الفائدة فإنه وان نكل لا يعود العقد وفي مسألة قضاء الدين
لو أمر
المديون بقضاء الدين لا يتضرر بذلك ضررا ابطال حقه في اليمين بل هو على حقه من
استحلاف
الطالب ومتى نكل رد عليه المال وكذلك في مسألة الشفعة فالمشتري لا يتضرر
بالقضاء بالشفعة
من حيث ابطال حقه في اليمين بل هو على حقه في استحلاف الشفيع وإذا نكل رد
عليه الدار
فلهذا لا يتأخر القضاء بالشفعة لأجل يمين الموكل وإذا قضى القاضي للوكيل بالشفعة
فأبى المشتري
أن يكتب له كتاب كتب القاضي بقضائه كتابا وأشهد عليه الشهود كما أنه يقضي له
بالشفعة وإن كان
المشتري ممتنعا من التسليم والانقياد له فكذلك يكتب له حجة بقضائه ويشهد على
ذلك
نظرا له وإذا كان في سائر الخصومات يعطى القاضي المقضى له سجلا إذا التمس ذلك
ليكون
حجة له فكذلك في القضاء بالشفعة يعطيه ذلك وإذا أقر المشتري بالشراء وقال ليس

لفلان
فيها شفعة سألت الوكيل البينة عن الحق الذي وجبت له بالشفعة من شركة أو جوار
لأنه
لا يتوصل إلى اثبات حق الموكل الا باثبات سببه فإذا أقامها قضيت له بالشفعة وذلك
بان
يقيم البينة على أن الدار التي إلى جنب الدار المبيعة ملك لموكله فلان فإذا أقام البينة أن
الدار التي
إلى جنب الدار المبيعة في يد موكله لم أقبل ذلك منه لان الملك لا يثبت له فيها بهذه
البينة
فالأيدي تتنوع ولو علم القاضي انها في يده لم يقض له بالشفعة بذلك فكذلك إذا أثبت
اليد بالبينة
وأصل هذه المسألة ان المشتري أنكر كون الدار التي في يد الشفيع ملكا له ففي ظاهر
الرواية
لا يقضي القاضي للشفيع بالشفعة حتى يثبت ملكه بالبينة وعن أبي يوسف أن القول
قول
الشفيع في ذلك فيقضي له بالشفعة وهو قول زفر لان طريق معرفة الملك اليد ولهذا
تجوز

الشهادة بالملك لذي اليد باعتبار يده وكما أن القاضي لا يقضي الا بعلم فالشاهد لا يجوز أن يشهد
إلا بعلم ثم باعتبار ظاهر اليد يجوز للشاهد أن يشهد بالملك فكذلك يجوز للقاضي أن يقضي
بالملك لذي اليد وبقضائه بهذا يظهر استحقاق الشفعة وإذا كان يقضي لذي اليد بالملك إذا حلف
مع وجود خصم ينازعه فيها ويدعيها لنفسه فلان يجوز له القضاء بذلك في موضع ليس هناك
خصم يدعيها لنفسه أولى وجه ظاهر الرواية أن الملك باعتبار اليد يثبت من حيث الظاهر
والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق على الغير ولهذا جعلنا اليد حجة للمدعى عليه
ليدفع بها استحقاق المدعى وحجة في حق الشاهد ليدفع بها استحقاق من ينازعه وحاجة ذي
اليد هنا إلى اثبات الاستحقاق فيما في يد الغير والظاهر لا يكفي لذلك فلا بد من أن يثبت
الملك بالبينة وهو نظير ما لو طعن المشهود عليه في الشاهد أنه عبد يحتاج إلى إقامة
البينة على الحرية لان ثبوت حرته باعتبار الظاهر فلا يصلح للالزام وإذا وجد قتيل في دار انسان
فأنكر على عاقلته كون الدار له يحتاج إلى اثبات الملك بالبينة ليقضي بالدية على عاقلته فهذا
نظيره (قال) ولا أقبل في ذلك شهادة ابني الوكيل وأبويه وزوجته ولا شهادة ابني الموكل وأبويه
وزوجته ولا شهادة المولى إذا كان الوكيل والموكل عبدا له أو مكاتبا) لأنهم متهمون في ذلك
فإنهم يشهدون لحق الموكل ويثبتون حق الاخذ للوكيل فلهذا الا تقبل في ذلك شهادة
الفريقين وان أقام البينة أن لفلان نصيبا من الدار ولم يبين كم هو لم أقض له بالشفعة لان القاضي لا
يتمكن من القضاء بالمجهول فالنصيب المشهود به مجهول وما لم يقض له بالملك في الدار أو
في بعضها لا يتمكن من القضاء بالشفعة فان قال المشتري حلف الوكيل ما يعلم أن صاحبه سلم

الشفعة فلا يمين
عليه لان التسليم مدعى على الموكل ولو استحلف الوكيل في ذلك كان بطريق النيابة
ولا نيابة
في الايمان وكذلك لو قال حلفه ما سلم هو لان تسليمه عند غير القاضي باطل فلا
معنى
للاستحلاف في دعوى تسليم باطل ولو شهد رجلان على الوكيل أنه سلم عند غير
القاضي ثم
عزل قبل أن يقضي عليه لم يجز ذلك لأنهم شهدوا بتسليم باطل فان تسليم الوكيل
الشفعة عند
محمد باطل وعند أبي حنيفة لا في مجلس القضاء باطل وما يختص بمجلس القضاء إذا
عزل
القاضي قبل أن يقضي به فهو باطل وهو ما لو وجد في غير مجلس القاضي في الحكم
سواء
كرجوع الشاهد عن الشهادة فإنه كما لا يصح في غير مجلس القاضي فكذلك لا يصح
إذا وجد
في مجلس القاضي وعزل قبل أن يقضي به ولو أقر هذا الوكيل في مجلس هذا القاضي
أنه سلم

عند فلان القاضي ثم عزل أو انه سلم عند غير القاضي جاز ذلك عليه بمنزلة الرجوع
عن الشهادة
في قول أبي حنيفة ومحمد لان هذا يجعل بمنزلة ابتداء التسليم منه فإن كان من أقر
بشيء يملك
إنشاءه يجعل كالمنشئ لذلك ومراده من ذكر قول محمد مسألة الرجوع لا مسألة
تسليم الشفعة فقد
بيننا ان عند محمد تسليم الوكيل باطل وإذا شهد ابنا الوكيل أو ابنا الموكل أن الوكيل
قد سلم الشفعة
أجزت شهادتهما لأنهما يشهدان على أبيهما ولا يجوز شهادته ابني الموكل على
الوكالة ولا شهادة
ابني الوكيل لان ابني الوكيل يشتان صدق أبيهما في دعوى الوكالة ويشتان له حق الاخذ
بالشفعة
وابني الموكل ينصبان نائبا عن أبيهما ليأخذ الدار بالشفعة وليس للوكيل بطلب شفعة
في دار
أن يخاصم في غيرها لان الوكالة تنفذ بالتقييد وقد بينا قيد الوكالة بالدار التي عينها
وهو يثبت
الوكيل فيه مناب نفسه وقد يرضي الانسان بكون الغير نائبا عنه في بعض الخصومات
دون
البعض ولو وكله بالخصومة في كل شفعة تكون له كان ذلك جائزا لأنه عمم التوكيل
والوكالة
تقبل التعميم وله أن يخاصم في كل شفعة تحدث له كما يخاصم في كل شفعة واجبة
له لعموم
الوكالة بمنزلة التوكيل بقبض علاته ولا يخاصم بدين ولاحق سوى الشفعة لتقييد
الوكالة
بالشفعة الا في تثبيت الوكيل الحق الذي يطلب به الشفعة لأنه لا يتوكل إلى الخصومة
بالشفعة
الا بذلك فتتعدى الوكالة إليه ضرورة وإذا وكل رجل رجلا يأخذ له دارا بالشفعة ولم
يعلم
الثمن فأخذها الوكيل بثمن كثير لا يتغابن الناس فيه بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض فهو
للموكل أما اعلام الثمن ليس بشرط في صحة التوكيل بالشراء مع أن ذلك لا بد منه في
الشراء فلأن لا يشترط ذلك في التوكيل بالأخذ بالشفعة وهو ليس بالشرط في الاخذ
بالشفعة أولى ثم الشفيع إنما يأخذ الثمن الذي يملك المشتري الدار فيه فالتوكيل
بالأخذ بمنزلة

التنصيب على ذلك والوكيل ممتثل سواء كان بقضاء أو بغير قضاء قل الثمن أو أكثر
يوضحه
أن الوكيل بالشراء إذا اشترى بأكثر من قيمته إنما لا ينفذ شراؤه على الموكل لتمكن
التهمة فمن الجائز أنه اشترى لنفسه فلما علم بغلاء الثمن أراد أن يلزم الأمر وهذا
المعنى
لا يوجد في حق الوكيل بالأخذ بالشفعة لأنه لا يملك أن يأخذها لنفسه وإذا وكل
رجل غير
الشفيع أن يأخذ الدار له بالشفعة فأظهر الشفيع ذلك فليس له أن يأخذها لنفسه وإذا
وكل
رجل غير الشفيع طلبه لغيره تسليم منه للشفعة كأنما يطلب البيع من الموكل ولو طلب
البيع
لنفسه كان به مسلماً لشفعته فإذا طلبها لغيره أولى ولما كان إظهاره بذلك بمنزلة
التسليم للشفعة

استوى فيه أن يكون المشتري حاضرا أو غير حاضر فان أسر ذلك حتى أخذها ثم علم بذلك
فإن كان المشتري سلمها إليه بغير حكم فهو جائز وهي للامر لأنه ظهر أنه كان مسلما
شفعته ولكن
تسليم المشتري إليه سمحا بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدأ فكأنه اشتراها للامر بعد ما
سلم الشفعة
وإن كان القاضي قضى بها فإنها ترد على المشتري الأول لأنه لما ظهر أنه كان مسلما
شفعته تبين
أن القاضي قضى على المشتري الأول بغير سبب فيكون قضاؤه باطلا فيرد الدار عليه
وإذا كان
لدار شفيعان فوكل رجلا واحدا يأخذها لهما فسلم شفعة أحدهما عند القاضي
وأخذها كلها
للآخر فهو جائز لان كل واحد منهما إقامة مقام نفسه فتسلمه شفعة أحدهما عند
القاضي
كتسليم الموكل وبعد ما سقط حق أحدهما يبقى حق الآخر في جميع الدار فإذا أخذها
الوكيل له
جاز وان قال عند القاضي قد سلمت شفعة أحدهما ولم يبين أيهما هو أو قال إنما
أطلب شفعة
الآخر لم يكن له ذلك حتى يبين أيهما سلم نصيبه ولأيهما يأخذ أما تسليمه شفعة
أحدهما له
صحيح لان تسليم الشفعة اسقاط مبنى على التوسع فالجهالة المحصورة في مثله لا تمنع
الصحة
ولكنه لا يتمكن من أخذها للمجهول منهما لان بالأخذ ثبت الملك للموكل والقضاء
بالمملك
للمجهول لا يجوز فلهذا لا بد للوكيل من أن يبين لأيهما يأخذ وإذا وكل الشفيع
المشتري
بالأخذ بالشفعة لم يكن له وكيلا في ذلك لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والانسان لا
يكون
وكيلا عن غيره في الشراء من نفسه لما فيه من تضاد أحكام الاحكام ولو وكل البائع
بالأخذ
بالشفعة جاز ذلك في القياس لان البائع بتسليم الدار إلى المشتري قد خرج من هذه
الخصومة
والتحق بأجنبي آخر وفي الاستحسان لا يجوز ذلك لان البائع لا يأخذ الشفعة لنفسه

ومن
لا يملك شراء شيء لنفسه لا يملك ذلك لغيره وهذا لأنه توكيل في بعض ما قد تم به
وهو البيع
وإذا وكل الذمي المسلم بطلب الشفعة لم تقبل شهادة أهل الذمة على الوكيل المسلم
بتسليم الشفعة
لأنهم يشهدون على المسلم بقول منه وهو منكر لذلك وشهادة أهل الذمة لا تكون
حجة
على المسلم وإن كان الذمي هو الوكيل وقد أجاز الشفيع ما صنع الوكيل قبلت
شهادتهما وأبطلت
الشفعة لأن الوكيل لو أقر بذلك جاز إقراره فإن الموكل أجاز صنعه على العموم مطلقا
فكذلك
إذا شهد عليه بذلك أهل الذمة لأن شهادتهم على الذمي في إثبات كلامه حجة وإذا
وكل رجل
رجلا بطلب شفعة له فآخذها ثم جاء مدعى يدعي في الدار شيئا فالوكيل ليس بخصم
له لأن
الوكالة قد انتهت بالأخذ بالشفعة فبقيت الدار في يده أمانة والأمين لا يكون خصما
للمدعي

ولو وجد بالدار عيبا كان له أن يردها به ولا ينظر في ذلك إلى غيبة الذي وكله لان
الاخذ
بالشفعة بمنزلة الشراء وما دام المبيع في يد الوكيل بالشراء فهو في حكم الرد بالعيب
كالمشتري
لنفسه وإذا قال قد وكلتك بطلب الشفعة بكذا درهما وأخذه فإن كان الشراء وقع بذلك
أو بأقل
فهو وكيل وإن كان بأكثر فليس بوكيل لان الاخذ بالشفعة يكون بالثمن الذي وقع
الشراء به
والوكيل بشراء عين بعشرة يملك الشراء بأقل من عشرة ولا يملك الشراء بأكثر بعشرة
للموكل فإذا كان الثمن أكثر مما سمي فقد وكله بما لا يقدر عليه وعلى الوكيل القيام
به فيصح
التوكيل وكذلك ان قال وكلتك بطلبها إن كان فلان اشتراها لان هذا مقيد فالانسان
قد يتمكن من الخصومة مع شخص ولا يتمكن من الخصومة مع غيره وقد يرغب
الشفيع في
الاخذ إذا كان المشتري إنسانا بعينه ولا يرغب إذا كان المشتري غيره فهذا اعتبرنا
تقييده
وإذا كانت الشفعة لورثة منهم الصغير والكبير والحمل الذي لم يولد بعد فهم في
الشفعة سواء
لان الجنين من أهل الملك بالإرث فباعبار الملك يتحقق سبب استحقاق الشفعة من
جوار
أو شركة وإذا وضعت الحبلى حملها وقد ثبت نسبه من الميت شاركهم في الشفعة
وإن كان
الوضع بعد البيع لأكثر من ستة أشهر لأننا لما حكمنا بثبوت نسبه من الميت فقد حكمنا
بالإرث له وبكونه موجودا عند البيع فهو بمنزلة ما لو كان بعض الشركاء في الدار غائبا
أخذ
الحاضر الدار المبيعة ثم حضر الغائب فله أن يأخذ حصته في ذلك وان اشترى دارا
بجارية
وتقابضا ثم ولدت الجارية لأقل من ستة أشهر بعد الشراء وادعاه البائع أبطلت البيع
والشفعة
وان كتب قد وصيت بها قبل ذلك لان حصول العلوق من ملك بائعها يثبت له حق
استحقاق
النسب وذلك ينزل منزلة البينة في ابطال ما يحتمل النقص والقضاء بالشفعة يحتمل
النقص

كنفس البيع ثم بدعوى النسب يتبين ان البيع كان فاسدا من الأصل لأنه باعها بأمر الولد
وبالبيع
الفاسد لا يستحق الشفعة وقد بينا في الاستحقاق نظيره فكذلك إذا أثبت الولد لامته
وإذا
وكل الرجل رجلا بطلب كل دين له بالخصومة فيه فله أن يتقاضى ما كان له من دين
وما
حدث له بعد ذلك لان مطلق التوكيل ينصرف إلى المتعارف وفي العرف يراد جميع
ذلك
ألا ترى أنه لو وكله بتقاضي كل علة له أو يبتعها دخل فيه ما يحدث وكذلك لو وكله
بالخصومة
في كل ميراث له وإذا وكله بماله ولم يرد على هذا ففي القياس التوكيل باطل لان ما
وكله به
مجهول جهالة مستديمة له والتوكيل يعجز عن تحصيل مقصود الموكل في ذلك وفي
الاستحسان

هذا توكيل بالحفظ لان هذا القدر متيقن به لان المال محفوظ عند كل مالك فإذا أطلق المال
عند ذكر التوكيل علمنا أن مراده الحفظ فيما وراء ذلك من الخصومة والبيع وتقاضي الدين
شك بلا بينة وان قال تقاضى ديني أو أرسله يتقاضاه أو وكله فهو سواء لان التوكيل بالتقاضي
معبر عن موكله ولا يلحقه في ذلك عهدة كالرسول وله أن يتقاضاه ولا يشتري به شيئاً ولا
يوكل بقبضه أحداً من غير عياله لأنه تصرف فيه سواء أمره به وله أن يوكل به عبده أو ابنه
أو أجييره الذي هو في عياله بمنزلة ما لو قبض بنفسه ثم دفع إلى أحد من هؤلاء وهذا لأنه
أمين فيما يقبض كالمودع في الوديعة وإذا وكله بتقاضي دين له على رجل بعينه وسمى له ما عليه
لم يكن له أن يطالبه بما يحدث له عليه لأنه قيد التوكيل بما سمي له وهو تقييد مقيد فقد يأتى
الانسان غيره على القليل من ماله دون الكثير وإذا وكله بتسليم شفعة له فجاء الوكيل وقد
عرف بناء الدار أو احترق نخل الأرض فاخذ بجميع الثمن فلم يرض به الموكل فهو جائز على
الموكل لا يستطيع رده لأنه ممثّل أمره فإنه لا يتمكن من الاخذ بعد ما احترق البناء الا بجميع
الثمن فيكون فعله في الاخذ كفعل الموكل ولأنه غير متهم في هذا إذ لا يتمكن من أخذها لنفسه
بالشفعة وبه يستدل أبو حنيفة في الوكيل بشراء شئ بعينه إذا اشتراه بأكثر من قيمته وكذلك
لو جعله حراً أو وصياً في الخصومة في حياته وطلب الشفعة فهذه عبارات عن الوكالة والمعتبر
المعنى دون العبارة فله أن يقبضها وينفذ الثمن ويرجع به على الموكل وإذا وكل رجلين بالشفعة
فالأحدهما أن يخاصم بمنزلة الوكيلين بالخصومة لأنهما لو حضرا مجلس القاضي لم يتكلم الا
أحدهما فإنهما لو تكلمتا جميعاً لم يفهم القاضي كلامهما ولا يأخذ أحدهما دون الآخر

بمنزلة الوكيلين
بالشراء وإذا سلم أحدهما الشفعة عند القاضي جاز على الموكل لان صحة التسليم من
الوكيلين
بطريق انه من الخصومة معنى ولهذا اختص بمجلس القاضي وكل واحد منهما وكيل
تام في
الخصومة كأنه ليس معه غيره وإذا وكله بغيره بطلب الشفعة لم يكن له ان يوكل غيره
إلا أن
يكون الامر أجاز له ما صنع بمنزلة ما لو وكله بالشراء وإن كان قال له ذلك فالتوكيل
من صنعه
فان وكل وكيلا وقال له مثل ذلك لم يكن للوكيل الثاني أن يوكل غيره لان الموكل
أجاز صنع
الوكيل الأول ولم يجز صنع الوكيل الثاني وهذا اللفظ يعتبر في تصحيح التوكيل من
الوكيل
الأول لان ذلك من صنعه ولا يعتبر في تنفيذ إجازة الأول ما صنع الوكيل الثاني على
الامر لان
ذلك وراء إجازة ما صنع الوكيل الأول والحاصل أن الانسان في حق الغير لا يسوى
غيره

بنفسه ولهذا لا يوكل عند اطلاق التوكيل فلو جوزنا من الأول اجازته ما صنع الثاني
كان
مسويا له بنفسه في حق الغير وذلك لا يجوز وإذا طلب المشتري من الوكيل أن يكف
عنه
شهرًا أو سنة على أنه على خصومته وعلى شفيعته ففعل الوكيل ذلك لم تبطل به شفعة
صاحبه
لأنه لو طلب هذا من الموكل فأجابه إليه لم تبطل به شفيعته وهذا لان التأخير إنما جعله
محمد
مبطلا للشفعة لدفع الضرر عن المشتري وينعدم ذلك عند التماس المشتري بطلبه وان
مات
الوكيل قبل الاجل ولم يعلم صاحبه بموته فهو على شفيعته فإذا مضى الاجل وعلم بموته
فلم
يطلب أو يبعث وكيلا آخر يطلب له فلا شفعة له كما كان الحكم في الابتداء قبل أن
يبعث
هذا الوكيل ومقدار المدة له في ذلك مقدار المشتري من حيث هو على سير الناس لأنه
لا يتمكن من الطلب الا بذلك وإنما يلزمه الطلب بحسب الامكان والله أعلم
(باب شفعة أهل الكفر)
(قال رحمه الله وإذا اشترى الكافر دارا بخمر أو خنزير وشفيعها كافر أخذها بخمر
بمثل تلك الخمر وبقيمة الخنزير) لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم فالبيع بهما
صحيح
بينهم ثم الشفيع يأخذ بمثل ما يملك به المشتري صورة ومعنى فيما له مثل فالخمر
بهذه الصفة فهي
مكيلة أو موزونة وبالمثل معنى فيما لا مثل له من جنسه والخنزير من هذه الصفة فإنه
حيوان
ليس من ذوات الأمثال فيأخذها بقيمتها وان اشترها بميتة أو دم فلا شفعة فيها لأنها
ليست
بمال متقوم في حقهم فالشراء بها يكون باطلا وبالعقد الباطل لا تجب الشفعة وان
اشترها
بخمر وشفيعها مسلم وكافر فهما سواء في الشفعة لان الاخذ بالشفعة من المعاملات
وهم في
ذلك يستوون بالمسلمين والمقصود دفع ضرر سوء المجاورة وحاجة الذمي إلى ذلك
كحاجة
المسلم فيأخذ الذمي نصفها بمثل نصف الخمر والمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر

اعتبارا للبعض
بالكل وهذا لأنه يعجز المسلم عين تمليك عن الخمر وقدر الكافر على ذلك فان أسلم
الشفيع
الكافر قبل أن يأخذها لم تبطل شفيعته لان الاسلام سبب لتأكد حقه لا لابطاله ولكن
يأخذ بقيمة الخمر لأنه قد عجز عن تمليك عين الخمر بعد اسلامه فيأخذ بالقيمة كما
لو كان مسلما
عند العقد ألا ترى أن المسلم لو اشترى دارا بكر من رطب فجاء الشفيع بعد ما انقطع
الرطب
من أيدي الناس فإنه يأخذها بقيمة الرطب بهذا المعنى وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر
غير

مقبوضة والدار مقبوضة أو غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد
فالإسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق
الشفيع في
الشفعة لان وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق
الشفيع
في الشفعة كما لو اشترى دارا بعبد فمات العبد قبل التسليم في الخمر بينه وبين الآخر
بسبب اسلامه
وذلك انتقض البيع ولم يبطل به حق الشفيع فيأخذها الشفيع بقيمة الخمر إن كان هو
مسلم
أو كان المأخوذ منه مسلما لتعذر تمليك عين الخمر بينهما وان كانا كافرين أخذهما
بمثل تلك الخمر
لان من أسلم من المتعاقدين قد تعذر القبض والتسليم في الخمر بينه وبين الآخر بسبب
اسلامه
وذلك غير موجود بين الشفيع والمأخوذ منه ولو كانا كافرين وإذا كان اسلام أحد
المتعاقدين
بعد قبض الخمر قبل قبض الدار فالبيع بينهما يبقى صحيحا لان حكم العقد في الخمر
ينتهي بالقبض
والإسلام لا يمنع قبض الدار فإذا اشترى الدار ببيعة أو كنيسة أو ثبت بان ثم حضر
الشفيع فله
أن يأخذها بالشفعة لان حقه مقدم على حق المشتري وهو متمكن من بعض ما
المشتري
وتصرفه ألا ترى ان المسلم لو كان جعل الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن
يأخذها
بالشفعة فهذا أولى لان اتخاذ البيعة معصية ليس فيها معنى الطاعة ولو مات المشتري
فبيعت
الدار في دينه ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها بالبيع الأول ويبطل البيع الثاني كما لو
كان
المشتري هو الذي باعها بنفسه ولو كان المشتري للدار بالخمر ذميا فأسلم وارثه بعد
موته كان
للشفيع أن يأخذها بقيمة الخمر كما لو كان المشتري هو الذي أسلم بنفسه وإذا اشترى
الذمي من
الذمي دارا بخمر وتقابضا ثم صارت خلا وأسلم البائع والمشتري ثم استحق نصف
الدار فنقول

إن كان المشتري هو الذي أسلم ولم يسلم البائع أو أسلم البائع بعد اسلام المشتري أو أسلما معا
بقي النصف المستحق ويأخذ المشتري نصف الخل فقط لان بالاستحقاق ينتقض العقد
من
الأصل وخمر المسلم لا يكون مضمونا على الكافر فهو كما لو غصب من مسلم خمرا
فتخللت
فإنه يأخذ الخل ولا شئ له غيره فاما في المنصف الذي لم يستحق المشتري بالخيار
لبعض الملك
عليه فان اختار فسخ العقد رجع بنصف الخل لما بينا ان الخمر لا تكون مضمونة له
على أحد
وهذا إذا كانت الخمر بعينها فإن كانت بغير عينها فلا خيار له في النصف الباقي لأنه لو
ردها
ردها بغير شئ ولا سبيل له على الخل لأن العقد ما يتناول هذا بعينه وإنما تناول خمرا
في
الذمة فعند الفسخ يعود حقه في ذلك والخمر لا يجوز أن يكون دينا للمسلم على آخر
فاما

إذا كان البائع هو الذي أسلم دون المشتري أو أسلم البائع أولاً ثم المشتري فكذلك
الجواب
عند أبي يوسف فاما على ما رواه زفر وعاقبه عن أبي حنيفة من الفرق بين اسلام
الطالب
والمطلوب فنقول في النصف المستحق بالخيار ان شاء أخذ نصف الخل وان شاء
ضمن البائع نصف
الخمير لأنه يتبين أن البيع في هذا النصف كان باطلا والخمير تكون مضمونة للكافر على
المسلم
وقد تغير المقبوض في يده حين تخللت فإن شاء رضي بالتغير ويأخذ نصف الخل وان
شاء
ضمنه نصف قيمة الخمير وفي النصف الذي لم يستحق يتخير لبعض الملك فان فسخ
العقد وكانت
الخمير بعينها تخير بين أن يأخذ بنصف الخل وبين أن يرجع بنصف قيمة الخمير للتغير
في ضمان
البائع وإن كان الخمير بغير عينها فإذا فسخ العقد رجع بنصف قيمة الخمير لا غير لأن
العقد ما
يتناول هذا العين وعند الفسخ إنما يرجع بما يتناوله العقد فلهذا يرجع بنصف قيمة
الخمير فإن كان
البائع قد استهلك الخل ففي المعين له أن يرجع عليه بمثله لان الخل من ذوات الأمثال
وإن لم يقدر على مثله فالرجوع بقيمته وهو على التخريج الذي بينا وإذا باع الذمي
كنيسة أو بيعة
أو بيت نار فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لأنهم أعدوا هذه البقعة للمعصية فلا تزول
عن
ملكهم بذلك وجواز البيع فيها كجوازه في دراهم بخلاف المساجد في حق المسلمين
فالمسجد
يتجرد عن حقوق العباد ويصير لله تعالى خالصا وهذا لان صيرورة البقعة لله تعالى
يجعلها
معدة لطاعة الله تعالى فيها لا للشرك والمعصية (قال وصاحب الطريق أولى بالشفعة من
صاحب
مسيل الماء) لان عين الطريق مملوك لصاحبه وصاحب الطريق شريك في حقوق المبيع
فاما
صاحب المسيل له حق سيل الماء في ملك الغير ولا شئ له من ملك ذلك الموضوع
والشفعة

لا تستحق بمثله كجار السكنى وصاحب المسيل باعتبار ملكه جار لاتصال ملكه بالدار
المبيعة
والشريك في حقوق المبيع مقدم على الجار وكذلك صاحب العلو والسفل إذا لم يكن
طريقه
في الدار فكل واحد منهما جار لصاحبه بمنزلة بيتين متجاورين على الأرض وقد تقدم
بيان
الكلام في استحقاق العلو بالشفعة وصاحب الجذع في حائط من حيطان الدار أو
الهوادي
بمنزلة الدار لأنه في معنى المستعير بوضع الهوادي على ملك الغير فلا تستحق الشفعة
باعتباره
وقد بينا الفرق بينه وبين الشريك في أصل الحائط فان الشريك في أصل الحائط شركته
في نفس المبيع فهو أولى من الشريك في الطريق لان شركته في حقوق المبيع وإذا
اشترى
مسلم من مسلم أرض عشر ولها شفعاء ثلاثة مسلم وذمي وثلثي فاحذوها جميعا
بالشفعة فعلى

المسلم العشر في حصته ويضاعف على الثلبي العشر ويؤخذ من الذمي الخراج في حصته عند أبي حنيفة بمنزلة ما لو اشترى كل واحد منهم مقدار نصيبه ابتداء وهذا على ما بينا على ما تقدم

بيانه في كتاب الزكاة أن الذمي إذا اشترى أرض عشر فإنها تصير خراجية عند أبي حنيفة

ولكن هذا إذا انقطع حق المسلمين عنها حتى لو كان البيع فاسدا أو كان شفيعها سلما فأخذها بالشفعة فهي عشرية كما كانت فاما إذا انقطع حق المسلم عنها فإنها تكون خراجية وفي الكتاب

يقول سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع حتى إذا وجد بها عيبا ليس له أن يردها وفي غير

هذا الموضع ذكر أنه ان وضع عليها الخراج فليس له أن يردها بالعيب لان الخراج في الأرض

عيب وإنما يتقرر فيها بالوضع فإذا وضع فهذا عيب حدث فيها في يد كما أنقطع المشتري إذا لم يوضع عليها الخراج فله أن يردها بالعيب وتكون عشرية كما كانت فاما في هذه الرواية كما أنقطع

حق المسلم عنها صارت خراجية لان الأراضي في دار الاسلام اما أن تكون عشرية أو خراجية وهي في ملك الكافر لا تكون عشرية فتكون خراجية سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع

فليس له أن يردها ولكن يرجع بنقصان العيب بخلاف ما إذا كان البيع فاسدا أو كأن لمسلم

فيها شفعة لأنها بقيت عشرية لبقاء حق المسلم فيها والحق كالمالك في بعض الفصول وإذا اشترى

الرجل أرضا أو دارا فوجد فيها حائطا واهيا أو جذعا منكسرا أو نخلة منكسرة أو عيبا ينقص الثمن فردها كان الشفيع على شفيعته لان أصل البيع كان صحيحا واستحقاق الشفعة به

وقد بينا أن بقاء المبيع ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى أن البيع قد يفسخ بأخذ الشفيع

وهو ما إذا أخذوها من يد البائع وقال أبو يوسف إذا اشترى الذمي أرض عشر فعليه العشر

مضاعفا وان وجد بها عيبا ردها لان التضعيف فيها ليس بلازم ألا ترى أنه لو باعها من مسلم عادت إلى عشر واحد بمنزلة الثعلبي يشتري سائمة فالتضعيف لا يكون لازما فيها وإذا كان بالرد يعود إلى عشر واحد كما كان لا يمتنع الرد بالعيب ولهذا قال لو باعها من مسلم عادت إلى عشر واحد بخلاف قول أبي حنيفة في الخراج فان صفة الخراج في الأرض تلزم على وجه لا يتبدل بتبدل المالك بعد ذلك فإذا باع المرتد دارا فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطل البيع ولم يلزمه فيه الشفعة في قول أبي حنيفة بخلاف ما إذا اشترى المرتد دار لان توقف العقد عنده لحق المرتد فإذا كان المرتد هو البائع فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للبائع فلا تجب به الشفعة وإذا كان المرتد هو المشتري فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للمشتري فتجب الشفعة فيه

للسفيع سواء نقض البيع أو تم وان أسلم المرتد البائع قبل أن يلحق بدار الحرب جاز
بيعه
وللسفيع فيها الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه ولو كان اسلامه بعد ما لحق
بدار
الحرب وبعد قسمة ماله لم يكن للسفيع فيها شفعة لان انتقاض البيع تأكد بقضاء
القاضي
وعند أبي يوسف ومحمد بيعه جائز وللسفيع فيها الشفعة أسلم أو لحق بدار الحرب
وإذا اشترى
المسلم دارا والمرتد شفيعها وقتل في رده أو مات أو لحق بدار الحرب فلا شفعة فيها
له ولا
لورثته لان لحاقه كموته والشفعة لا تورث ولو كانت امرأة مرتدة وجبت لها الشفعة
فلحقت
بدار الحرب بطلت شفعتها لان لحاقها كموتها من حيث أنه لا تستحق نفسها بالحاق
حتى يسترق
وان كانت لا تقبل وان كانت المرتدة بائعة للدار فللسفيع الشفعة لان بيعها صحيح
لازم
أسلمت أو ماتت وإن كان السفيع مرتدا أو مرتدة فسلم الشفعة جاز أما في المرتدة
فظاهر ولا
المرتد لا فائدة في توقف تسليم الشفعة لأنه ان أسلم فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة
في
تورث وإنما يوقف من تصرفاته ما يكون في توقفه فائدة ولو لم يسلم وطلب أخذ الدار
بالشفعة
لم يقض له القاضي بذلك إلا أن يسلم لان هذا منه اصرار على الردة إلا أن يقضى له
بالشفعة وليس للامام أن يقره على الردة في شيء من الأوقات ثم القضاء بالشفعة لدفع
الضرر
عن السفيع والمرتد يلحق به كل ضرر فلا يشتغل القاضي بدفع الضرر عنه ما لم يسلم
فان
أبطل القاضي شفעתه ثم أسلم فلا شفعة له لان الابطال من القاضي صحيح على وجه
الاضرار
به وحرمانه الرفق الشرعي فيكون ذلك لتسليمه بنفسه أو أقوى منه وان وقفه القاضي
حتى
ينظر ثم أسلم فهو على شفעתه لان القاضي لم يبطل حقه وإنما امتنع من القضاء له بها
فإذا أسلم

فهو على حقه وهذا إذا كان طلب الشفعة حين علم بالشراء فإن لم يكن طلب إلى أن
أسلم فلا
شفعة له لتركه طلب المواتبة بعد علمه بالشراء ولو لحق المرتد بدار الحرب ثم بيعت
الدار
قبل قسمة الميراث ثم قسم ميراثه كان لورثته الشفعة لان الملك لهم في الميراث من
حين لحق
المرتد ولهذا يعتبر قيام الوارث في ذلك الوقت حتى أن من مات من ورثته بعد لحاقه
يكون
نصيبه ميراثا عنه ومن أسلم من أولاه بعد لحاقه لم يكن له ميراث فعرفنا أن الميراث له
من
حين لحق المرتد والبيع وجد بعد ذلك فالشفعة فيها للوارث بمنزلة التركة المستغرقة
بالدين
إذا بيعت دار بجنب دار منها ثم سقط الدين كان للوارث فيها الشفعة وإذا اشترى
المرتد دارا
من مسلم أو ذمي بخمر فالبيع باطل ولا شفعة فيها لان المرتد مجبر على العود إلى
الاسلام

فهو في التصرف في الخمر كالمسلم فان نفوذ تصرف الكافر في الخمر باعتبار البناء على اعتقاده

والمرتد غير مقرر على ما اعتقده فلا ينفذ تصرفه فيها والحربي المستأمن في وجوب الشفعة له

وعليه في دار الاسلام سواء بمنزلة الذمي لأنه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذمي في ذلك فان اشترى المستأمن من دار

الحرب أو لحق بدار الحرب فالشفيع على شفيعته متى لحقه بدار الحرب لان لحاقه بدار الحرب

كموته وموت المشتري لا يبطل شفعة الشفيع فإن كان وكل بالدار من يحفظها ويقوم عليها فلا خصومة بينه وبين الشفيع لأنه أمين فيها والأمين لا يكون خصما لمن يدعى حقا

في الأمانة كما لا يكون خصما لمن يدعى رقبته وإذا اشترى المسلم في دار الحرب دارا وشفيعها

مسلم بدار له ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من أحكام الاسلام وحكم الاسلام لا يجرى في دار الحرب ولان المشتري مستول عليها واستيلاؤه على ملك المسلم

في دار الحرب يزيل ملك المسلم فعلى حقه أولى أن يكون مبطلا حق المسلم وإذا اشترى المسلم

في دار الاسلام دارا وشفيعها حربي مستأمن فلحق بدار الحرب بطلت شفيعته لان لحوقه

بدار الحرب كموته كمن هو من أهل دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت

وبموته تبطل شفيعته علم بالشراء أو لم يعلم ولان تباين الدارين يقطع العصمة ويبطل من الحقوق

المتأكدة ما هو أقوى من الشفعة كالنكاح ثم المسلم المشتري مستول على الدار ولو استولى على

ملك الحربي بطل به ملكه فلان يبطل به حقه أولى وإذا اشترى الحربي المستأمن دارا وشفيعها حربي مستأمن فلحقا جميعا بدار الحرب فلا شفعة للشفيع فيها لان لحاق الشفيع

بدار الحرب كموته فيما هو في دار الاسلام وإن كان المشتري مع الشفيع في دار الحرب فإن كان

الشفيع مسلما أو ذميا فدخل دار الحرب فهو على شفيعته إذا علم لان المسلم والذمي

من
أهل دار الاسلام فدخوله دار الحرب غيبة منه وغيبة الشفيع لا تبطل شفيعته إذا لم يكن
عالمًا
بها فان دخل وهو يعلم فلم يطلب حتى غاب بطلت شفيعته لتركه الطلب بعد ما تمكن
منه لا
لدخوله دار الحرب وإذا بطلت الشفيعه ثم عرض له سفر إلى دار الحرب أو إلى غيرها
فهو على
شفيعته إذا كان على طلبه لان حقه قد تقرر بالطلب وقد بينا اختلاف الرواية في هذا
الفصل
فإن كان المشتري أخره مدة معلومة فهو على شفيعته عندهم جميعا لان عند محمد
بمضي شهر
إنما تبطل شفيعته لدفع الضرر عن المشتري فإذا كان هو الذي أخره فقد رضى بهذا
الضرر

وإن كان الشفيع حربيا مستأمنا فوكل بطلب الشفعة ولحق بدار الحرب فلا شفعة له
كما لو مات
بعد التوكيل بطلب الشفعة وإن كان الشفيع مسلما أو ذميا فوكل مستأمنا من أهل
الحرب
ثم دخل الوكيل دار الحرب بطلت وكالته والشفيع على شفيعته لان لحاق الوكيل بدار
الحرب
كموته وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا يبطل شفعة الموكل فكذلك لحاقه والله أعلم
(باب الشفعة في الصلح)
(قال رحمه الله وإذا ادعى الرجل في دار دعوى من ميراث أو غيره فصالحه بعض أهل
الدار على صلح على أن جعل ذلك له خاصة فطلب بقية أهل الدار بالشفعة فإن كان
الصلح على
اقرار فلهم الشفعة في ذلك لان المعطى في المال متملك في نصيب المدعى بما أعطى
من العوضين
فهو كما لو تملكه بالشراء فتجب عليه الشفعة فيه للشركاء وإن كان الصلح على
الانكار فلا شفعة
فيه لان في زعم المعطى للمال أنه رشاه ليدفع عنه أذاه ولم يتملك عليه شيئا من الدار
بهذا الصلح
وفيما في يده يبنى الحكم على زعمه وهو بالاقدام على الصلح لا يصير مقرا بثبوت
الملك
للمدعى في المدعى ولو صالحه بغير اقرار سئل المصالح بينة على دعوى الذي صالحه
فان أقامها
فالثابت بالبينة كالثابت بالاقرار فيأخذ المعطى للمال نصيب المدعى ويكون للشركاء
أن
يطلبوا بحصتهم من الشفعة وهذا لان المعطى للمال يقوم مقام المدعي وقد كان
المدعى متمكنا
من اثبات نصيبه بالبينة فالمعطى للمال يتمكن من ذلك أيضا ولو صالحه على سكنى دار
له أخرى
سنين مسماة لم يكن للشفيع في ذلك شفعة لان المصالح عليه منفعة والدار المملوكة
عوضا عن
المنفعة بلفظ الشراء لا تستحق بالشفعة بلفظ الصلح أولى وهذا لما بينا أن الشفعة لا
تجب
إلا بمعاوضة مال بمال مطلقا والمنفعة ليست بمال مطلقا وإذا ادعى حقا في دار
فصالحه منه

على دار فللشفيع فيها الشفعة لان في زعم المدعي أنه يملك هذه الدار عوضاً عن ملكه
في الدار
الأخرى بالصلح والصلح على الإنكار مبنى على زعم المدعي في حقه فللشفيع فيها
الشفعة
بقيمة حقه في الدار الأخرى والقول فيه قول المصالح الذي أخذ الدار بمنزلة ما إذا
اختلف
الشفيع والمشتري في مقدار الثمن فان القول في ذلك قول المشتري ولو كان ادعي دينا
أو
وديعة أو خراجة خطأ فصالحه على دار أو حائط من دار فللشفيع فيها الشفعة باعتبار
البناء على
زعم المدعي وإذا صالح من سكنى دار أوصى له بها أو من خدمة عبد على بيت فلا
شفعة

فيه لان أصل المدعى لم يكن مالا فهو كما لو صالح عن القصاص على البيت وإذا ادعى على رجل مالا فصالحه على أن يضع جذوعه على حائطه أو يكون له موضعها أبدا وسنين معلومة

ففي القياس هذا جائز لان ما وقع عليه الصلح معلوم عينا كان أو منفعة ولكن ترك هذا القياس فقال الصلح باطل ولا شفعة للشفيع فيها لان المصالح عليه ليس برقبة الحائط ولا منفعة معلومة فالضرر على الحائط يختلف باختلاف الجذوع في الغلظ والدقة في مدة المنفعة لا تستحق بالإجارة فان استئجار الحائط مدة معلومة أو أبدا لوضع الجذوع عليه لا يجوز فكذلك إذا وقع الصلح عليه أرأيت لو صالحه على أن يضع عليها هوادى أو على أن يضع جذعا له في حائط أكان يكون فيه الشفعة لا شفعة في شيء من ذلك وكذلك لو صالحه على أن يصرف مسيل مائه إلى دار لم يكن الجار أن يأخذ مسيل مائه بالشفعة لأنه ما ملكه بالصلح شيئا من العين وإنما أثبت له حق مسيل الماء في ملكه وذلك لا يستحق بعقد مقصود ولهذا لا يجوز استئجاره فلا يكون للشفيع فيها الشفعة وفي الكتاب أشار إلى حرف آخر قال ألا تري أن المسيل لا يحول عن حاله ولو أخذها الشفيع بالشفعة لم يستفد به شيئا لأنه لا يستطيع أن يسيل فيه ما أراد فإنه لا يسيل فيه الا من حيث وجب أول مرة وقد كان ينبغي في القياس أن يأخذه بالشفعة ولكننا نقول تركنا القياس وأبطلنا الصلح والشفعة لما قلنا ولو صالحه على طريق محدود معروف في دار كان للجار الملاصق أن يأخذ ذلك بالشفعة وليس الطريق فيها كمسيل الماء لان عين الطريق تملك فيكون شريكا بالطريق ولا يكون شريكا بوضع الجذع في الحائط والهوادي ومسيل الماء والقياس في الكل سواء وعلى معنى الاستحسان قد أوضحنا الفرق بينهما وإذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم فصالحه منها على دار بعد الاقرار أو الانكار فسلم الشفيع الشفعة ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه شيء فرد الدار عليه بحكم أو بغير حكم فلا شفعة فيها لان ما وجب له من الشفعة بالصلح قد أبطله بالتسليم والرد بهذا التصادق ليس بعقد فلا تتجدد به الشفعة كما لو تصادقا على أن

البيع كان
تلجئة بينهما أو رهنا بمال وقد سلم الشفيع الشفعة وإن لم يكن الشفيع سلم الشفعة فله
أن يأخذها
ولا يصدقان على ابطال حقه إلا على قول زفر وهو رواية عن أبي يوسف وأصله فيما لو
تصادقا
فان البيع كان تلجئة أو بخيار البائع ففسخ البيع وجه قول زفر أنهما ينكران وجب
الشفعة للشفيع
وإنما يستحق الشفيع الشفعة عليهما فإذا أنكراه كان القول في ذلك قولهما كما لو
أنكر البيع

ووجه ظاهر الرواية ان السبب الموجب للشفعة قد ظهر وثبت حق الشفيع باعتبار
الظاهر
على وجه لا يملكان ابطاله فتصادقا عما يكون معتبرا في حقهما ولا يكون معتبرا في
ابطال حق
الشفيع ولو كان باعه بالمال المدعي دارا ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شئ لم يرد
الدار على
البائع ولكن المشتري يضمن له الثمن لان البيع لا يتعلق بالدين المضاف إليه بل بمثله
دينا في
الذمة بخلاف الصلح الا انه كان بيع المقاصة به فإذا تصادقا على أن لا دين لم تقع
المقاصة فبقي
الثمن للبائع على المشتري والشفيع على شفيعته إن لم يكن سلمها وهذا ظاهر لان البيع
لم يبطل
بهذا التصادق هنا وفي الأول بطل الصلح في حقهما ثم كان الشفيع هناك على شفيعته
فهنا أولى
والله أعلم
(باب الشفعة اللقيط)
(قال رحمه الله وليس للملتقط أن يطالب بشفعة واجبة للقيط) لان الاخذ بالشفعة
بمنزلة
الشراء وليس له عليه ولاية الشراء إلا أن يكون القاضي جعله قيما له في البيع والشراء
فيكون
بمنزلة الوصي حينئذ في طلب الشفعة لو كيل اليتيم وتسليمه وان اشترى الملتقط للقيط
دارا بماله
فللشفيع فيها الشفعة لان شراء الملتقط صحيح لنفسه وهو ضامن لما أدى فيه من مال
الملتقط
فان أدرك اللقيط فلا سبيل له على الدار إلا أن يكون شفيعها بدار أخرى له فيأخذها
بالشفعة
حينئذ فإن كان الملتقط اشترى الدار بعين من أعيان مال اللقيط فلا شفعة للشفيع فيها
لفساد
شرائه والاشهاد على الملتقط في الحائط المائل للقيط باطل لأنه غير متمكن من الهدم
وان أشهد
على اللقيط بعد ما أدرك فلم يهدمه حتى سقط وأصاب إنسانا فان ذلك على بيت المال
لان
عاقلته بيت المال كما في جنايته بيده وإن لم يسقط حتى أخذ الشفيع منه الدار بالشفعة

ثم سقط
فلا ضمان على أحد لان تمكنه من الهدم قد زال ولم يوجد الاشهاد على الشفيع وان
أخذ
الشفيع نصف الدار بان كان اللقيط معه شفيعا في هذه الدار فحكم الاشهاد يبطل في
النصف
دون النصف اعتبارا للجزء بالكل والله أعلم
(باب الشفعة في البناء وغيره)
قال (رحمه الله وإذا اشترى الرجل دارا بألف درهم ثم اختلف الشفيع والمشتري فقال
المشتري أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالقول قول المشتري) لانكاره الشراء
في البناء

ولو أنكر الشراء في أصل الدار كان القول قوله فكذلك في البناء وان أقاما البيئة فالبيئة
بيئة

الشفيع لأنه ثبت حقه في البناء بسبب ثبوت حقه فيها وهو الشراء ولان الشفيع يثبت
اقرار المشتري بأنه اشترى البناء وذلك إكذاب منه لشهوده وعلى هذا اختلافهما في
شجر

الأرض ولكن إنما يقبل قول المشتري إذا كان محتملا حتى إذا قال أحدثت فيها هذه
الأشجار

أمس لم يصدق على ذلك لان كل أحد يعلم أنه كاذب فيما يقول وكذلك فيما أشبهه
من البناء

وغيره وان قال اشتريتها منذ عشر سنين وأحدثت فيها هذا فالقول قوله لان خبره
محتمل

وهو منكر لثبوت حق الشفيع فيما زعم أنه أحدثه ولا قول للبائع في شئ من ذلك لأنه
بالتسليم

خرج من الوسط والتحق بأجنبي آخر وان قال المشتري اشتريت البناء بخمسمائة ثم
اشتريت

الأرض بعد ذلك بخمسمائة أو قال الشفيع اشتريتها معا ففي القياس القول للمشتري
اشتريت

البناء بخمسمائة ثم اشتريت الأرض بعد ذلك بخمسمائة أو قال اشتريت الأرض بغير
بناء بخمسمائة

ثم اشتريت البناء بعد ذلك فلا شفعة لك في البناء وقال الشفيع اشتريتها معا ففي
القياس القول

قول المشتري لأنه ينكر ثبوت حق الشفيع في البناء ألا ترى أنه لو قال وهب لي البناء
واشتريت الأرض كان القول في ذلك قوله فكذلك هنا ولكنه استحسن فقال القول قول

الشفيع هنا لان المشتري أقربا لسبب المثبت لحق الشفيع في الأرض والبناء وهو الشراء
ثم

ادعى تفريق الصفقة ليسقط به حقه في البناء وذلك حادث يدعيه فلا يقبل قوله في ذلك
ولكن القول قول الشفيع لانكاره ولا قول للبائع في شئ من ذلك فاما في الهبة هو لم

يقر
بالسبب المثبت لحق الشفيع في السائل الشفيع يدعى ذلك وهو منكر فالقول قوله

ويأخذ الشفيع
الأرض بغير بناء وان قال البائع لم أهب لك البناء فالقول قوله مع يمينه ويأخذ بناءه وان

قال
قد وهبته لك كانت الهبة جائزة وكذلك لو قال اشتريت النصف ثم النصف وقال الجار

اشترت الكل بعقد واحد فالقول قول الشفيع استحسانا لما قلنا فان أقاما جميعا البينة
فعلى
قول أبى يوسف البينة بينة المشتري لأنه هو المحتاج إليها لاثبات تفريق الصفقة واثبات
شئ
بخلاف الظاهر وعند محمد البينة بينة الشفيع لأنه يثبت استحقاق جميع الدار ولأننا
نجعل كأن
الامرین كانا إذ لا تنافي بينهما ولو اشترى النصف ثم اشترى الكل أو على
عكس
ذلك كان للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة فكذلك هنا وان ادعى المشتري أنه اشترى
جميع ذلك
معا وادعى الشفيع أنه اشتراه متفرقا فالقول قول المشتري لانكاره تفريق الصفقة وانكاره

ما دعى الشفيع من ثبوت حق الاخذ له في النصف دون النصف فان قال المشتري
وهب لي
هذا البيت بطريقه إلى باب لدار وباعني ما بقي من الدار بألف درهم وقال الشفيع بل
اشتريت
الدار كلها بألف درهم فالقول قول المشتري في البيت لانكاره سبب ثبوت حق الشفيع
فيه
ويأخذ الشفيع الدار كلها غير البيت وطريقها ان شاء لان المشتري أقر بوجود السبب
الموجب
لحق الشفيع فيما سوى البيت وادعى لنفسه حق التقدم عليه بالشركة في الطريق فلا
يثبت ما
ادعاه بغير حجة فلهذا كان للشفيع أن يأخذ ما سوى البيت وان جحد البائع هبة البيت
فالقول
قوله مع يمينه وان أقربها فالبيت للموهوب له ولكن لا يصدقان على ابطال شفعة الشفيع
في سائر
الدار لان شركته في الطريق سابقا على الشراء لا يظهر بقولهما حق الشفيع إلا أن تقوم
البينة
على الهبة قبل الشراء فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيصير هو أولى بالدار
من
الجار ولو ادعى الشفيع أن المشتري هدم طائفة من بناء الدار وكذبه المشتري فالقول
قول
المشتري لان الشفيع يدعي سببا مسقطا لبعض الثمن عنه بعد أخذه الدار والمشتري
منكر
لذلك والبينة بينة الشفيع لأنه يثبت ببينته سقوط بعض الثمن عنه * رجل أقام البينة أنه
اشترى
هذه الدار من فلان بألف درهم وأقام آخر البينة أنه اشترى منه هذا البيت بطريقه بمائة
درهم
منذ شهر قضيت بالبيت لصاحب الشهر لأن الشراء حادث وإنما يحال بشرائه بحدوثه
على
أقرب الأوقات ما لم يصرح الشهود بسبق التاريخ وقد صرح به شهود صاحب البيت
فيقضى
له بالبيت لتقدم عقده فيه ثم له الشفعة فيما بقي من الدار لان شركته في الطريق تثبت
قبل ثبوت
شراء الآخر فيما بقي من الدار فهو مقدم على الجار ولو لم يوقت شهود صاحب البيت

قضيت
بالبيت بينهما نصفين لاستواء الدعوى والحجة منهما في البيت وقضيت ببقية الدار
للذي أقام
البينة على أنه اشترى كلها لأنه أثبت شراءه بالبينة ولا مزاحم له في بقية الدار ولا شفعة
لواحد منهما قبل صاحبه لأنه لم يثبت سبق شراء أحدهما وكلا الأمرين ظهرا ولا
يعرف تاريخ
بينهما فيجعل كأنهما وقعا معا ولو كانت الداران متلازمتين فأقام رجل البينة أنه اشترى
أحدهما
منذ شهر بألف درهم وأقام آخر البينة انه اشترى الآخر منذ شهرين قضيت له بشراء هذه
الدار منذ شهرين فمن وقت شهوده جعلت له الشفعة في الدار الأخرى لأنه يثبت جواره
سابقا
على بيع الدار الأخرى ولو لم يوقتا قضيت لكل واحد منهما بداره ولم أقض بالشفعة له
لأنه لما
لم يثبت تاريخ في الشرائين يجعل كأنهما وقعا معا وكذلك لو كان أحدهما قبض الدار
ولم يقبض

الا آخر لان القبض يصلح حجة لدفع الاستحقاق إذا زاحمه غيره فيما هو في يده ولا يكون

حجة لاثبات الاستحقاق في الدار الأخرى ولو وقت أحدهما ولم يوقت الآخر قضيت لصاحب الوقت بالشفعة لان شراء الآخر حادث فإنما يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات وكذلك لو ادعى هبة مقبوضة موقته فالهبة مع القبض في إفادة الملك كالشراء وإذا كان درب غير نافذ وفيه دور لقوم فباع رجل من أرباب تلك الدور بيتا شارعا في السكة العظمى

ولا طريق له في الدار فلأصحاب الدرب أن يأخذوا البيت بالشفعة لشركتهم في الطريق فان

سلموها ثم باع المشتري البيت بعد ذلك فلا شفعة لأهل الدرب فيه لأنه لا طريق للبيت في الدرب فبالبيع الأول قد انقطعت شركة الطريق لصاحب البيت مع أصحاب الدرب وإنما

الشفعة في البيت للجار الملاصق وكذلك لو باع قعطة من الدار بغير طريق لها فلهم الشفعة لقيام

شركتهم في الطريق وقت البيع فان سلموها ثم باع المشتري فلا شفعة فيها الا لمن يجاورها

لانقطاع الشركة في الطريق عند البيع الثاني وإذا كان الدرب غير نافذ وفي أقصاه مسجد

خطبة وباب المسجد في الدرب وظهر المسجد وجانبه الآخر إلى الطريق الأعظم فباع رجل

من أهل الدرب داره فلا شفعة لأهل الدرب فيها الا لمن يجاورها بالجوار لان المسجد بمنزلة

الطريق النافذ ألا تري ان موضع المسجد ليس بمملوك لأهل الدرب وان أهل الطريق الأعظم

لو أرادوا أن يكون لهذا المسجد باب إلى الطريق الأعظم ليدخلوه للصلاة كان لهم ذلك إذا لم

يضر ذلك بأهل الدرب ولهم أن يدخلوا في ذلك الدرب ليصلوا في المسجد ثم يخرجوا من

جانب الطريق الأعظم فعرفنا أنه بمنزلة الطريق الأعظم النافذ فلا تستحق الشفعة إلا بالجوار

وعلى هذا حكم السكك التي في أقصاها الوادي المجتاز ولو كان حول المسجد دور يحول بينه وبين

الطريق الأعظم كأن لأهل الدرب الشفعة بالشركة لان المسجد الآن ليس بطريق نافذ

ألا ترى أنه لو رفع بناء المسجد لم يصر الطريق نافذا بخلاف الأول فإنه لو رفع بناء المسجد صار الدرب طريقا نافذا إلى الطريق الأعظم وفي الموضوعين جميعا يجعل المسجد بمنزلة فناء ولو كان في أقصى الدرب باب نافذ إلى السكة العظمى كان ذلك طريقا نافذا وإن كان الفناء إلى دور قوم لم تكن سكة نافذة ولو كان موضع المسجد دارا فيها طريق إلى الدرب يخرج من باب آخر منها إلى الطريق الأعظم فإن كان طريقا للناس ليس لأهل الدرب أن يمنعوه فلا شفعة لأهل الدرب الا بالجواز وإن كان طريقا لأهل الدار خاصة فأهل الدار شفعاء بالشركة

في الطريق لان الطريق الذي لهم خاصة ملك لهم وان أرادوا سده لم يكن لاحد أن يمنعهم من ذلك وفي الأول الطريق للعامة ولو أراد أهل الدرب سده منعوا من ذلك فلهذا لا يستحقون الشفعة بالشركة في الطريق وإن كان درب غير نافذ ليس فيه مسجد فاشترى أهل الدرب من رجل من أهله دارا وظهرها إلى الطريق الأعظم فاتخذوها مسجدا وجعلوا بابه في الدرب ولم يجعلوا له إلى الطريق الأعظم بابا أو جعلوا ثم باع رجل من أهل الدرب داره فلأهل الدرب الشفعة بالشركة في الطريق لان قبل بناء المسجد كان الطريق مملوكا لهم وكانت شركتهم فيها شركة خاصة فباتخاذ المسجد لا ينتقض حقهم وشركتهم في الطريق بخلاف مسجد الخطبة فذلك الموضوع لم يكن مملوكا لهم قط بل كان ذلك مصلى لجماعة المسلمين فيمنع ذلك ثبوت الشركة الخاصة لهم في الدرب وهذا لان صاحب هذا الموضوع قبل بناء المسجد كان شريكا في الطريق شركة خاصة فبناء المسجد لا يغير ما كان من الحق في الطريق لهذا الموضوع بخلاف مسجد الخطبة وإذا اشترى دارا هو شفيعها ولها شفيع آخر غائب ثم إن المشتري تصدق ببيت منها وطريقه على رجل وسلمه إليه ثم باعه ما بقي ثم قدم الشفيع الغائب فطلب الشفعة فإنه تنتقض الصدقة والبيع الاخر ويأخذ نصف جميع الدار بالبيع الأول لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري فباعتبار حقه يتمكن من نقض تصرف المشتري وحقه في النصف لان المشتري شفيع معه فإذا أخذ نصف جميع الدار بالشفعة كان النصف الباقي للمشتري الأول بمنزلة دار بين رجلين باع أحدهما منها موضعا مقسوما أو وهب لم يجز ذلك لما في تصرفه من الضرر على الشريك فإنه يحتاج إلى قسمتين وربما يتفرق نصيبه في موضعين وإن لم يخاصم

حين باع ما بقي من الدار من المشتري الأول جاز بيعه في نصيبه كما لو باعها صفقة
واحدة يجوز
البيع في نصيبه وان باع من غيره فالبيع الأول والثاني باطل لدفع الضرر عن الشريك
على ما
بيننا وشبه هذا بما لو باع جذعا في حائط على أن يقلعه ويسلمه فالبيع باطل لما على
البائع من
الضرر في التسليم فان سلمه للمشتري جاز البيع لزوال المانع فكذلك البيع الأول في
المشترك لم
يجز لدفع الضرر عن الشريك فإذا باع ما بقي من المشتري الأول فقد زال ذلك المعنى
وإذا كانت
دارا لرجل إلى جنبها دار فتصدق بالحائط الذي يلي دار جاره على رجل وسلمه إليه ثم
باعه ما بقي
من الدار فلا شفعة فيها للجار لان ملكه غير متصل بالمبيع فالحائط الموهوب حائل بين
المبيع
وبين ملك الجار ولو اشترى رجل حائطا بأصله كان للشفيع فيه الشفعة لان ملكه
متصل

بالمبيع اتصال تأييد فموضع الحائط من الأرض داخل في البيع وإذا كان منزل لرجل في دار إلى

جنبه في تلك الدار منزل آخر لرجل آخر وحائط المنزلين بين الرجلين نصفان وفي الدار منازل سوى هذين المنزلين وللمنازل كلها طريق في الدار إلى باب الدار الأعظم والدار في

درب غير نافذ وفي الدرب دور آخر غير هذه الدار فباع رب أحد المنزلين منزلة فالشريك

في الحائط أحق بالشفعة في جميع المنزل لان شركته أعم فهو شريك في نفس المبيع لان

حصة البائع من الحائط دخل في البيع وعن زفر أنه قال هو أحق بالشفعة في الحائط سوى

ذلك من المنزل هو وأهل الدار سواء وكذلك روى عن أبي يوسف لان شركته في موضع معين وليس بشريك في جميع المبيع فإنما يترجح هو بالشركة في ذلك الموضع خاصة

ألا ترى أنه لو جمع في البيع بين نصيبه من دار ودار أخرى كان شريكه في تلك الدار أحق

بالشفعة في تلك الدار خاصة دون الأخرى وجه ظاهر الروية أن الشركة في الحائط أظهر

من الشركة في الطريق وإذا كان بالشركة في الطريق يتقدم الشريك على الجار فبالشركة في

الحائط أولى وهذا لان الحائط من مرافق جميع المنزل بخلاف الدارين المتفرقتين فان سلم

هو الشفعة فالشركاء في الطريق الذي في الدار أحق لشركة بينهم في الدار لان نصيب البائع

من الصحن صار مبيعا ولا شركة لأهل الدرب في صحن الدار فان سلموا فالشركاء الملاصقون

في الطريق الذي قلنا أحق لوجود الشركة بينهم في طريق خاص في درب غير نافذ فان أسلموا فالجيران الملاصقون للدار إلى هذا المنزل فيه شركاء في شفعة هذا المنزل

والملاصق

منهم لهذا المنزل والملاصق لأقصى الدار سواء لان ملك كل واحد منهم متصل بالمبيع فحصة البائع من صحن الدار داخل في البيع فقيام الاتصال في طريق واحد يكفي

للجوار فلهذا

استووا في استحقاق الشفعة وقال أبو حنيفة في السكة التي ليس لها منفذ * باع رجل

منهم
دارا فهم جميعا شفعاء فيها للشركة بينهم في طريق خاص في الطريق فإن كان زقاقا فيه
عطف بدور فكذلك أيضا وإن كان العطف مربعا فباع رجل فيه دارا فالشفعة لأصحاب
العطف دون أصحاب السكة لان موضع العطف المربع لأصحاب العطف خاصة دون
أصحاب السكة وفي العطف المدور حقهم جميعا في ذلك الصحن ثابت ولان المربع
من العطف
بمنزلة سكة في سكة ولو كانت سكة في سكة فبيعت دار في السكة الأقصى فأصحاب
تلك
السكة أحق بالشفعة من أصحاب السكة الأولى وان بيعت دار في السكة الأولى كانت

الشفعة لأصحاب السكتين جميعا للشركة الخاصة بينهم في طريق السكة الأولى
واختصاص

أصحاب السكة الأولى بالطريق في السكة الأقصى وإذا أقر البائع ببيع داره من هذا
الرجل وأنه قد قبض منه ثمنها أو لم يقبض الثمن فللشفيع أن يأخذها بالشفعة من البائع
لإقراره بثبوت حق الشفيع وان قال بعثها منه وسلمتها إليه ثم أودعتها فللشفيع أن
يأخذها

بالشفعة لأنه أقر بثبوت حق الشفيع فإن كان خصما له ثم ادعى بعد ذلك ما يخرج منه من
الخصومة وهو التسليم ثم الايداع فلا يقبل قوله فيما ادعى وللشفيع أن يأخذها وان
جحد

المشترى الشراء وإن كان أقر أنه باعها من رجل غائب بألف درهم فلا خصومة بين
الشفيع

وبينه حتى يحضر المشتري لان الشفيع مصدق فيما أقر له به والدار وان كانت في يد
البائع

فهي مملوكة للمشتري فلا يأخذها الشفيع الا بمحضر منها * رجل ادعى أنه باع من
هذه

الأرض خمسين جرينا من رجل فلم يدع الشفيع الشفعة ثم خاصم فيها إلى القاضي
فأبطل شفيعته

لتركه الطلب ثم اختصم البائع والمشتري في مقدار المبيع وقضى القاضي بينهما بالبينة
ثم ادعى

الشفيع شفيعته قال إن وقع القضاء على ما كان بلغ الشفيع أو أقل منه فلا شفعة له وان
وقع

على أكثر منه فله الشفعة لان تسليمه الشفعة خمسين جرينا بالثمن الذي بلغه تسليم فيما
دون

ذلك بطريق الأولى ولا يكون تسليمها في أكثر من ذلك فقد يرغب الانسان في الاخذ
عند

الكثرة بما لا يرغب فيه عند القلة وإذا اشترى قوم أرضا فاقسموها دورا وتركوا منها
سكة

ممشى لهم وهي سكة ممدودة غير نافذة فبيعت دار من أقصاها فهم جميعا شركاء في
شفيعتها

للشركة الخاصة بينهم في الطريق الذي رفعوه بينهم ومن كانت داره أسفل من الدار
المبيعة

أو أعلى في الشفعة هنا سواء لان شركتهم في الطريق من أول السكة إلى آخرها وليس
لبعضهم أن يمنع البعض من الانتفاع بشئ من السكة فلهذا كانوا في الشفعة سواء

وكذلك ان كانوا ورثوا الدور عن آباءهم ولا يعرفون كيف كان أصلها فهذا والأول سواء لأنهم شركاء في الفناء وهو الطريق الذي في السكة فيستوون في استحقاق الشفعة قال في الكتاب والشريك في الفناء أحق من الجار فإن كان مراده فناء مملوكا لهم ملكا خاصا فهو ظاهر وإن كان المراد فناء غير مملوك فمع ذلك هم أخص بالانتفاع الفناء ولهم أن يمنعوا غيرهم من الانتفاع به فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم في استحقاق الشفعة* رجل باع دارا فرضي الشفيع ثم جاء يدعى أنه لم يعلم أن حدها إلى موضع كذا أو ظن أنها أبعد أو أقرب

ويدعى شفيعته حين علم فلا شفعة له علم أو لم يعلم لأنه أسقط حقه بعد الوجوب
وجعله بوجوب
حقه لا يمنع صحة تسليمه فجهله بمقدار حقه أولى * رجل أقام البينة أنه اشترى من
رجل كل
حق هو له في هذه الدار فإن كان المشتري يعلم كم نصيب البائع من الدار جاز البيع
علم البائع
أو لم يعلم الا في رواية عن أبي حنيفة قال ما لم يعلم جميعا كم نصيب البائع لا يجوز
البيع لان
البيع مشروع للاسترباح وجهل البائع بمقدار نصيبه ربما يفوت مقصوده من البيع
كجهل
المشتري وفي ظاهر الرواية قال المشتري يملك بالشراء فلا بد من أن يعلم بمقدار ما
يملكه
لأنه يحتاج إلى القبض فإذا لم يكن معلوما له لا يتمكن من القبض وأما البائع إنما
يملك الثمن
ويقبض بحكم العقد الثمن ومقداره معلوم له فلا يضر جهله بمقدار نصيبه ألا ترى ان
عدم
الرؤية من المشتري يثبت الخيار له ومن البائع لا يثبت الخيار له وإن لم يعلم المشتري
كم نصيب
البائع وعلم البائع ذلك أو لم يعلم فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة جائز في قول أبي
يوسف والمشتري
بالخيار إذا علم وقول محمد مضطرب فيه ذكره في بعض النسخ مع أبي يوسف وفي
البعض
مع أبي حنيفة * وجه قوله قول أبي يوسف ان انعقاد البيع يكون المبيع مالا متقوما
وهما يعلمان
أن نصيب البائع من الدار مال متقوم قل ذلك أو كثر فيجوز البيع يوضحه أن قلة نصيبه
وكثرته
يؤثر في الشفعة من حيث الشفعة والجهل بأوصاف المبيع لا يمنع صحة البيع ولكن
يثبت
الخيار للمشتري إذا علم به ويجب للشفيع فيه الشفعة وجه قول أبي حنيفة أن هذه
جهالة تفضى
إلى تمكن المنازعة بينهما أما في الحال ان احتاج المشتري إلى قبض المبيع أو في ثاني
الحال
ان تقايلا البيع أو رده بالعيب أو أخذه الشفيع والجهالة في المعقود عليه إذا كانت

تفضى إلى
المنازعة تمنع صحة العقد كبيع شاة من القطيع وإذا أخذ الشفيح الدار بالشفعة فله أن
يردها
بختيار الرؤية وبختيار العيب على من أخذها منه وإن كان المشتري قد رآها ويبرأ من
عيوبها
عند الشراء لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والمشتري لم يكن نائبا عن الشفيح فرؤيته
ورضاه بالعيب لا تعتبر في حق الشفيح وإذا بنى الشفيح في الدار ثم استحقت من مدة
رجع
الشفيح بالثمن على من كانت عهده عليه ولم يرجع بقيمة البناء بخلاف المشتري إذا
بنى ثم
استحقت الدار ونقض بناؤه فإنه يرجع بقيمة البناء على البائع لان المشتري مغرور
فالبائع
أوجب له العقد باختياره وضمن له السلامة من عيب الاستحقاق فإذا ظهر الاستحقاق
كان
له أن يرجع على البائع بحكم الغرور فاما الشفيح لم يصير مغرورا من جهة أحد لأنه
أجبر

المأخوذ منه على تسليم الدار إليه فلا يصير مغرورا يوضح الفرق أن البائع بايجاب البيع مسلط

للمشترى على البناء والمأخوذ منه بالشفعة غير مسلط للشفيع على شئ بل هو مجبر على تسليمها

إليه فلا يرجع بقيمة البناء عليه ولكنه يهدم بناءه وينقله إلى حيث أحب ونظير هذا الفرق

من اشترى جارية واستولدها ثم استحقت فالمشترى يرجع بالثمن وبقيمة الولد على البائع للغرور

وبمثلها الجارية المأسورة إذا وقعت في سهم رجل فآخذها مولاهما بالقيمة واستولدها ثم أقام

رجل البينة أنها جاريته دبرها قبل أن تؤسر ردت عليه لان المدبرة لا تملك بالاحراز فيضمن

الواطئ عقرها وقيمة الولد لأنه وطئها بشبهة ثم يرجع على الذي وقع في سهمه بالقيمة التي

أعطاهما إياها ولا يرجع بالعقر ولا بقيمة الولد لأنه لم يصر مغرورا من جهته فقد كان من

وقعت في سهمه مجبرا على تسليمها إليه بالقيمة والغرور ينعدم بهذا ويعوض الذي كانت

وقعت في سهمه قيمتها من بيت المال لان نصيبه من القسمة استحق فيثبت له حق الرجوع

على شركائه ويتعذر ذلك عليها لتصرفهم فيعوض له من بيت المال لأنه لو تعذر قسمة شئ

بين الغانمين كالدرة النفيسة يجعل ذلك في بيت المال فكذلك إذا لحقه غرم يجعل ذلك على بيت

المال لان الغنم بمقابلة الغرم وإن لم يشهد شهود المدعى بالتدبير لم يكن له على الجارية سبيل

لان المشركين ملكوها بالاحراز وقد ملكها من وقعت في سهمه ثم تسليمها بالقيمة إلى المدعى

بمنزلة البيع المبتدأ فكأنه اشتراها واستولدها ثم حضر المأسور منه وفي هذا لا سبيل له عليها

بخلاف المدبرة فإنها لا تملك بالاحراز لثبوت حق العتق لها بالتدبير والله أعلم بالصواب واليه

المرجع والمآب

(تم الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط)
(ويليه الجزء الخامس عشر وأوله كتاب القسمة)