بسم الله الرحمن الرحيم

المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة ام القرى

مكتبة الملك عبدالله بن عبدالعزيز الجامعية

قسم المخطوطات

بداية المخطوطة

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصلح

قد مر بيان المناسبة في اول كتاب الاقرار
الصلح اسم من المصالحة وهي المسالمة بعد المحاربة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي
الشرع عبارة عن عقد ترتفع به المنازعة **قال** الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح
مع انكار وصلح مع سكوت وكل ذلك جايز اي قال القدوري في مختصره وجه الحصر ان المدعى
عليه اما ان يجيب لدعوى المدعي اولا والثاني هو السكوت والاول لا يخلوا اما ان يكون بالاقرار
او بالانكار ولا ثالث فانحصر على الثلاثة لا محالة والاصل في جواز الصلح قوله تعالى والصلح
خير وقوله عليه السلام الصلح جايز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا رواه صاحب
السنن باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وعلى ذلك انعقد الاجماع
ايضا ثم الصلح بثلاثة انواعه جايز عندنا وهو مذهب مالك وقد ذكر اصحابه ان الصلح على
الاقرار والانكار جايز وقال في التحفة ان الصلح عن انكار غير جايز عند ابن ابي ليلى كما هو مذهبنا وهو
قول الشافعي ويجوز الصلح ايضا عن سكوت المدعا عليه كما هو مذهبنا وعند الشافعي لا يجوز
وقال في اشارات الاسرار قال ابو حنيفة الصلح عن الانكار اجوز ما يكون لان معناه قطع الخصومة
والمنازعة فتحقيق معنى عقد الصلح يكون حالة التناكر فاما في حالة الاقرار فهو اسقاط لبعض
الحق من غير تحقق معنى الخصومة والتنازع وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف والمراد بجواز
الصلح اعتباره في اثبات ملك المدعي في بدل الصلح وانقطاع حق الاسترداد للمدعى عليه وبطلان
حق الدعوى في اصل المدعا والكلام المعروف في المسئلة ان هذا بذل المال بطريق المعاوضة
في جانب المدعي لقيام امارة ثبوت الحق في حقه وبذل المال لدفع الخصومة وصيانة النفس في
حق المدعا عليه احتج الشافعي بقوله عليه السلام الصلح جايز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او
حرم حلالا والصلح على الانكار بهذه المنزلة ولانه اخذ المال عوضا عن الخصومة والشغب
واخذ المال عوضا عن الخصومة والشغب لا يجوز لانه يشبه الرشوة فصار كما اذا صالح بعد الحلف
وكما اذا صالح في دعوى استهلاك الوديعة على مال لا يجوز ذلك لما قلنا فكذا هذا بخلاف ما اذا
كان مقرا لانه اذا كان مقرا كان المال واجبا عليه فيكون اخذ المال عوضا عن المال وانه جايز
ولنا قوله تعالى والصلح خير وكذا قوله عليه السلام الصلح جايز بين المسلمين لانه باطلاقه يشمل
جميع انواع الصلح الا ما دل عليه دليل التقييد فان قيل لا يصح
التمسك بالاية لانه انما يصح اذا كان المراد بالالف واللام الجنس لا العهد وقد وجد دليل العهد
لانه تعالى قال وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا ثم
والصلح خير اي ذلك الصلح ولئن سلمنا ان المراد به الجنس فلا يجوز ايضا صرفه الى الكل لان ما يطلق
عليه اسم الصلح لا يجوز ولهذا لم يجز الصلح بعد اليمين وصلح المودع لا يجوز ايضا واذا ادعى على
اخر قذفا لا يجوز الصلح وكذا اذا ادعى على امراة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز فاذا لم يمكن
صرفه الى الكل وجب حمله على الادنى لتيقنه وهو الصلح عن اقرار قلنا
التعلق بالاية صحيح لدخول الالف واللام وهي مطلقة لا فصل فيها وحمله على العهد ضعيف لان الله
تعالى امر بالصلح وعلل بكونه خيرا وهو المفهوم من لسان العرب وكانه قال صالحوا فان الصلح
خير يعني ان جنس الصلح خير كما يقال صل والصلوة خير اي جنس الصلاة خير غاية ما في الباب انه
انصرف الى الصلح المذكور اولا ولكن وصفه تعالى بكونه خيرا لانه صلح فكل ما كان صلحا يكون

خيرا وايضا قد يكون ذلك الصلح عن انكار وايضا لان نشوز الزوج والاعراض قد يكون عن انكار
حقها فيكون ذلك صلحا على الانكار ومع ذلك جاز وقولهم بانه لا يمكن صرفه الى الجنس كلها فالجواب
عنه نقول ليس ذلك من باب ما لا يمكن العمل بالاطلاق بل في بعض المواضع ترك العمل بالاطلاق
بدليل التقييد ووجوده في بعض المواضع لا يدل على وجوده في كل المواضع فلا يمنع ذلك العمل
بالاطلاق بدليل التقييد ووجوده في بعض المواضع لا يدل على وجوده في كل المواضع فلا
يمنع ذلك العمل بالاطلاق فيما وراء ذلك التقييد وقد تايد هذا بقوله عليه الصلاة والسلام
الصلح جايز بين المسلمين فان قيل قال في اخر الحديث الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وهذا
يدل على الصلح عن انكار لا يجوز لان بدل المدعى كان حراما على المدعي قبل الصلح والان حل وكان
حلالا للمدعى عليه والان حرم قلنا ينتقض ذلك بالصلح عن اقرار لانه احل حراما وحرم
حلالا لان المدعا عليه قبل الصلح والان حرام وبدل الصلح حال له كذلك ومع هذا جاز فلا بد اذا
من التاويل فمعناه احل حراما لعينه او حرم حلالا لعينه بيانه ان المراة اذا صالحت الزوج على ان لا يطا
امته او ضرته لا يجوز لانه صلح حرم حلالا لعينه قال الله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك
تبتغي مرضات ازواجك واذا صالح انسانا عن مال على خمر او خنزير لا يجوز لانه صلح احل
حراما والفقه في المسئلة ان الصلح سبب لقطع المنازعات والخصومات فيجب تصحيحه ما امكن
لانه رفع الفساد والله لا يحب الفساد وقد امكن تصحيحه بان يجعل المدعي مسقطا بعض حقه
ومستوفيا بعض حقه ويجعل المدعى عليه باذلا للمدعي بازاء دفع الخصومة وانه جايز لان المال
خلق وقاية للنفس فيجوز بذله للدفع عن النفس اما الجواب عن الصلح بعد الحلف فقد
قال في الطريقة البرهانية روي عن محمد انه يجوز ولئن سلمنا انه لا يجوز فانما لم يجز لانه وصل
اليه بدل حقه الى ان يقيم البينة ووصول البدل كوصول المبدل ولو وصل المبدل لا يجوز
الصلح فكذا اذا وصل البدل وكذلك قال في مسئلة الوديعة عند محمد يجوز وعند ابي حنيفة
وابي يوسف انما لا يجوز لانه سلط على الرد وانه امين والقول قول الامين في الشرع وهذا يقطع
الخصومة بقوله رددته الا انه يحلف هنا للتهمة فاذا انقطع الخصومة بقوله لا يحتاج الى الصلح
وكذا ادعى على اخر قذفا او نكاحا يجوز الصلح على مال لان هناك لم يثبت في حق المدعي شي يجوز اخذ
المال عوضا عنه بخلاف ما نحن فيه على انا نمنع عدم جواز الصلح على مال في دعوى النكاح عليها اذا
انكرته فصالحته على مال لانه يجوز وبه صرح القدوري في مختصره ويجي ذلك في فصل عقيب
هذا فان قيل اذا ادعى على اخر قصاصا فانكر فصالحه على
مال لا يجوز فما الجواب عنه قلنا ذلك ممنوع لان علاء الدين العالم
قال في طريقة الخلاف انه يجوز ثم قال نص عليه في اول صلح الجامع الكبير والباقي يعلم في نسخ
طريقة الخلاف خصوصا في الطريقة البرهانية المطولة اعني طريقة الصدر الكبير برهان
الاجل صاحب المحيط ابي محمد عبد العزيز بن عمر بن ابي سهل البخاري المعروف بمازه **قال**
ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جايز وروى محمد في السير الكبير عن ابي عميس المسعودي عن
القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن مسعود انه كان بالحبشة فرشا دينارين
قال محمد فهذا لا باس وليس هذا يستحب الاعلى من اكله فاما من اعطاه لمنفعة فلا باس بذلك
للراشي ويكره ذلك للمرتشي قال محمد بلغنا عن ابي الشعثا جابر بن زيد انه قال ما وجدنا في زمن الحجاج
او زياد او ابن زياد شيا خيرا لنا من الرشا قال محمد فهذا لا باس به للمعطي لانه يدفع به عن نفسه

ظلامة وانما يكن ذلك للاخذ الى هنا لفظ كتاب السير الكبير قال في الفتاوى الصغرى قال شيخ الاسلام خواهرزاده
الصلح مع المودع على اربعة اوجه الاول اذا ادعى صاحب المال الايداع وجحد المودع والثاني اذا ادعى
صاحب المال الايداع والاستهلاك والمودع اقر بالايداع وسكت ولم يدع الرد او الهلاك وفي هذين الوجهين
الصلح جائز عندهم والثالث اذا قال المودع هلكت او رددت وصاحب المال [illegible] او قال لا ادري
فاصطلحا لا يجوز في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وفي قول ابي يو[illegible] الاخر وهو قول محمد
يجوز قال استاذنا فخر الدين وهكذا ذكر في المنتقى ايضا قال شيخ الاسلام خواهرزاده والفتوى
على قول ابي حنيفة وعامة المشايخ لم يفرقوا بينما اذا قال المالك استهلكتها وقال المودع ضاعت او رددت
او قال المودع اولا ضاعت او رددت وقال المودع استهلكتها وذكروا الخلاف فيهما جميعا وقال القاضي الامام
علي السعدي اذا قال المودع اولا استهلكتها وقال المودع ضاعت او رددت يجوز الصلح في قولهم
الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى قال فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات
ان وقع عن مال بمال اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المدعى عليه يعطي عوضا عما اقر به بتراضي
المتعاقدين وذلك معنى البيع لان حقيقته مبادلة المال بالمال على سبيل التراضي فاذا تحقق معنى البيع فيه
اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات من جريان الشفعة في العقار وثبوت خيار العيب والرؤية والشرط
وفساد العقد بجهالة البدل لافضائها الى المنازعة بخلاف جهالة المصالح عنه لانها تفضي الى المنازعة
لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل ايضا حتى اذا وقع الصلح على عبد ابق لا يجوز قال
وان وقع على مال بمنافع يعتبر بالاجارات هذا لفظ القدوري في مختصره وانما اعتبر بالاجارة
لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بعوض والاعتبار في العقود للمعاني ولهذا كان البيع
بالتعاطي صحيحا وكذا الهبة بشرط العوض بيعا وكانت الحوالة بشرط مطالبة الاصل كفالة
والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة فاذا اعتبر بالاجارة كان التوقيت من شرطه حتى لو وقع
الصلح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز واذا لم يكن المدة معلومة فلا ويبطل الصلح
بموت احد المتعاقدين ايضا كما في الاجارة ويرجع المدعي في دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة
قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الاصل ان الصلح على معلوم عن معلوم او عن مجهول على معلوم
جائز والصلح على مجهول لا يجوز الا ان يكون ما وقع عليه الصلح مستغنيا عن القبض والتسليم
فجهالته لا تبطل عقد الصلح كما اذا ادعى كل واحد منهما حقا مجهولا فاصطلحا جميعا على التارك
جاز الصلح لان الجهالة لا تبطل العقود لعينها وانما تبطل العقود لمعنى فيها وهو وقوع المنازعة
فان كان مما يستغنى عن قبضه ولا يقع المنازعة في ثاني الحال جاز وان كان مما يحتاج الى قبضه ويقع
المنازعة في ثاني الحال عند القبض والتسليم لم يجز ثم قال فيه واذا ادعى رجل عينا مالا في يد رجل
كالعبد والدار وغيرها فادعى كله او بعضه والمدعى عليه مقر او جاحد او ساكت فان الذي
وقع عليه الصلح لا يخلو اما ان يكون دراهم او دنانير او كيليا او وزنيا او حيوانا او ثيابا ولا يخلو
اما ان يكون معينا او موصوفا غير معين او وقع الصلح على منفعة اما اذا وقع الصلح على دراهم بعينها
فالشرط فيها بيان مقدارها ويقع على الجياد من نقد البلد وان كان في تلك البلدة نقود مختلفة يقع على
الغالب منها وان لم يكن لبعضها على بعض غلبة فلا يجوز الصلح ما لم يبين نقدا منها مع بيان القدر ويجوز
الصلح عليها حالة ومؤجلة وقبض ما وقع عليه الصلح في المجلس قبل الافتراق ليس بشرط لان
الافتراق عن عين بدين في غير الصرف والسلم وما لا يبطل النسا لا يبطل العقد هذا اذا كانت
الدراهم غير معينة واما اذا كانت معينة جاز الصلح ولا يحتاج الى بيان القدر والوصف ولكن

لا يتعلق

لا يتعلق العقد بعينها لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في عقود المعاملات حتى ان المدعى عليه لو
اراد ان يحبسها ويعطي المدعي مثلها كان له ذلك ولو هلكت في يده قبل التسليم الى المدعي واستحقت
لم يبطل العقد وعليه تسليم مثلها ولو اختلفا في قدرها او وصفها بعد الهلاك فانهما يتحالفان
ويترادان الفصل كما في البيع اذا اختلفا والسلعة قائمة بعينها وههنا المعقود عليه قائم وهو
عين في يد المدعى عليه وكذلك الصلح اذا وقع على الدنانير فهو كما لو وقع الصلح على الدراهم في جميع
ما وصفنا وان صالح من دعواه على كيلي كالحنطة والشعير او على وزني كالحديد والصفر ان
كان معينا واضاف العقد اليه وهو حاضر او غائب بعد ان كان ذلك في ملك المدعى عليه صح
العقد ويقع على مسمى من الكيل والوزن فان اشار اليه ولم يسم الكيل والوزن جاز ويتعين
ذلك فان كان موصوفا في الذمة فالشرط فيه بيان القدر والوصف وبيان الاجل ليس بشرط
ولو بين الاجل جاز ويثبت والاصل ان الكيلي والوزني اعيانهما سلع واوصافهما ثمن فاذا
عينا تعلق العقد باعيانهما واذا وصفا ولم يتعينا صار حكمهما كحكم الدراهم والدنانير وان
صالحه على ثياب ان كانت معينة جاز الصلح والشرط فيه الاشارة لا غير وان كان غير معين
فالصلح لا يجوز حتى يأتي بجميع شرائط السلم لان الثياب لا يثبت دينا في الذمة الا على اعتبار
شرائط السلم ولو صالح من دعواه على حيوان او على ما لا يجوز فيه السلم لجهالته فلا يصح
الصلح الا ان يكون معينا ولو صالح من دعواه على منفعة معلومة فان كان ذلك مما يجوز
ورود الاجارة عليه لم يجز الصلح الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرحه
الطحاوي قال والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة
وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان المدعي يزعم انه محق
في دعواه والذي اخذه عوض عن حقه والمرء مؤاخذ بزعمه فيجعل في حقه بمعنى المعاوضة
والمدعى عليه يزعم ان المدعي مبطل في دعواه والذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب والكذب
عن نفسه وليس يمتنع ان يختلف حكم الصلح في حقهما كالاقالة فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع
في حق الثالث وكالخلع فانه معاوضة في جانب المرأة يمين في جانب الرجل وكالجهة الواحدة
عند التحري يكون قبلة في حق من توجه اليها ولا يكون قبلة في حق من توجه الى غيرها
وكالنكاح حكمه الحل للناكح والحرمة لابيه وابنه وكذلك حكمه الحل في حق المرأة والحرمة
في حق امها الى غير ذلك مما يشابهه وهذا الذي ذكرناه ظاهر في الصلح على الانكار اما اذا كان
الصلح عن سكوت فكذلك لان السكوت يحتمل الامرين جميعا لانه يجوز ان يكون جاحدا او
مقرا في الباطن فلما احتمل الامرين لم يجعل معاوضة في حق المدعى عليه بالشك قوله
لما بينا اشارة الى ما ذكر قريبا من اربعة عشر خطا بقوله لان المدعي ياخذ عوضا عن
حقه في زعمه الى اخره قال وان صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة اي قال القدوري
في مختصره قال صاحب الهداية وغيره معناه اذا كان مع اقرار المدعى عليه يجب فيها الشفعة
لوجود معنى المعاوضة وانما لم يجب الشفعة فيما نحن فيه لان المدعى عليه انما يعطي المال لدفع
الخصومة لا للمعاوضة ولا يصدق عليه المدعي في زعمه انه اخذ المال عوضا عن حقه
عن غير بينة بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة وان كان عن انكار لان الذي
في يده الدار يزعم انه ملكها بعوض والمرء مؤاخذ بزعمه فصار كانه قال اشتريتها منه
فيجب فيها الشفعة وجملة القول فيه ما قال الشيخ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال واذا

ادعى رجل دارا في يد رجل فصالح معه على مال معلوم فالكل الصلح عن اقرار رجب المشفوع منه
الشفعة لان صاحب اليد مقر بان الدار كانت للمدعي واغا صار في يده لهذا الصلح فصار
بمنزلة الشراء فلا يكون ما وقع عليه الصلح مثليا احد هذا الشفيع مثله من صاحب اليد لانه كان
الصلح عن انكار فلا شفعة للشفيع فيها لان من وجب للمدعا عليه ان الدار كانت له واغا بذل
المال للمدعي لدفع باطل خصومته لا ليكتا الحداد ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي وله ان
يدعي بجحده فان اقام البينة على صاحب الدار ان الدار كانت للمدعي واحلف المدعي عليه
فنكل فله الشفعة لانه تبين ان الدار اغا خصلت بالصلح فصار بمنزلة الشراء لانكار الصلح
وقع على ارض بجنبها ابيع دار يعرفها المدعي عليه وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمة الدار المشروطة
سواء كان الصلح عن اقرار او انكار لان من زعم المدعي انه اغا اخذ هذا بدلا عن الدار فللشفيع
ان الشفيع فيها الشفعة فاستوى في المأخوذ حكم الاقرار والانكار واختلفا في المتروك
حكم الاقرار دون الانكار ولو صالح من دعواه في الدار على مال على عين حال فلا شفعة في
المتروك سواء كان الصلح عن اقرار او انكار لان بدل الدار ليس بمثل مال ولو اصطلحا على ان
ياخذ المدعي الدار وبعطيه دارا اخرى يجب في كل واحد من الدارين الشفعة بقيمة الدار
الاخرى اذا كان الصلح عن انكار لان الصلح عن انكار كان الصلح اذا كان عن اقرار كان هذه
مبادلة دار بدار ولو كان الصلح على مثل هذا عن اقرار فلا يجب الشفعة فيما جميعا
لان الدارين جميعا كان للمدعي كذا في شرح الطحاوي قال وادا كان الصلح عن اقرار وقد
استحق بعض المصالح عنه رجع المدعا عليه بحصة ذلك من العوض اي قال الفقيه ابو جعفر
مخصوص بذلك كان الصلح عن اقرار او عن انكار وهو الصحيح وقال الفقيه ابو الليث
رجع بحصة ذلك من العوض فكذلك هنا يرجع المدعا عليه على المدعي بقدر ما استحق من بعض المبيع
العوض اي من بدل الصلح هذا اذا استحق بعض المصالح عنه اما اذا استحق كل المصالح
عنه عن اقراره رجع المدعي عليه على المدعي بكل العوض كما في البيع وهذا في الصلح عن اقرار
اما اذا كان الصلح عن انكار او سكوت فان استحق المصالح عنه او المدعي بدل الصلح كان على
المدعا عليه الرد اعطاء المال لدفع الخصومة عن نفسه وبدفع المتروك في استحق المصالح عنه
ظهر انه لم يكن للمدعي على المدعا عليه حق لا خصومة ولا يمين فلا اخرج اخرج بغير فلا يعود
شيئا كما اذا برئ او عفا وكذا لو استحق الدار في يد واحد من الدارين بعض المصالح عنه
او خصومة في ذلك القدر يرجع المدعي على المدعا عليه بقدر ذلك ورجع له
القدر من الفرض لان عرض المدعا عليه من رد بعض العوض مثل استحق بعض المبيع ولو ملك
بعض منه ظهر ان المستحق خلا من العوض فيرد ذلك من العوض فكذلك هنا فاستحق
الدار من العوض فال وان وقع الصلح عن دار فاستحق بعضها فيه رجع المدعي
بالخصومة ورد العوض هذا لفظ القدوري في مختصره وذكر في بعض نسخه رجع المدعي
بحصة ذلك من العوض ورجع بالخصومة فيه هذا لفظ القدوري وذكر في البيان ايضا
القدوري حتى ان هذا الذي ذكرناه فيما اذا استحق المصالح عنه كله او بعضه في صورتي
الاقرار والانكار واذا استحق المصالح عليه من اقرار فان استحق كله رجع بكل المصالح

عنه وان استحق بعضه رجع بذلك القدر وان استحق كل المصالح عليه عن انكار رجع
المدعي الى المدعي في كل المصالح عنه لانه انما ترك المدعي على ان يسلم له المال الذي
اخذ فلم يسلم له فذلك رجع الى المدعي وهو دعوى المتاع في يده ان استحق العوض رجع
بقدر ذلك الى المدعي يعني على المدعا عليه لان البدل لم يسلم له في هذا القدر وهذا بخلاف
ما اذا باع بقدر ذلك الى المدعي على المدعا عليه لان البدل لم يسلم له في هذا القدر وهذا
بخلاف اذا باع منه على الانكار ثم استحق ذلك الشيء يرجع بالمدعي صوته المدعي
دارا فصالحه المدعا عليه على عبد لم يكن اقرارا وقد ذكرنا ان استحق المبيع يرجع المدعي
على المدعا عليه ويعاد الدار وقد ذكرنا ان الاقدام على البيع اقرار بالملك في الدار للمدعي
والصلح عنها على شيء ليس باقرار لان الصلح قد يكون لدفع الخصومة الا ترى الى ما ذكر
في الشامل ادعى على آخر الفا فانكر ثم صالحه منه على ان باعه عبدا جاز وانه اقرار
بالدين بخلاف ما لو صالحه على عبد لم يكن اقرارا وقد ذكرنا ان البيع تملك بالرضا فيستدعي
الملك بخلاف الصلح لانه استفاد طرفا من الاستدعاء في الفصل السابع من العيوب في
باب الصلح والعفو ومن الجامع الكبير ادعى على اجنبي خصالحه عن ذلك على دراهم معين
انه وديعة المدعي فيها بنا على استحقاق الدار رجع المدعي بالخصومة في دعواه لان الصلح انتقض باستحقاق
البدل فان لم يكن له بينة في دعواه فلا يرجع بشيء وان اقام البينة واحلفه فنكل عن اليمين
واخذ العين المدعا فله ان يرجع عليه بقيمة الدار في الدار المستحقة لانه قد ظهر ان الآخر
غره بتملكه اياه كان يدعي انه للبائع كان للمدعي ان يرجع عليه بقيمة البناء وادعى جارا
فصالحه منه على دار اخرى وبنى كل واحد منهما بناء في الدار التي في يديه ثم استحقت الدار
التي بدل الصلح يرجع في دعواه مالا وان ههنا انما اقام المدعي بينة على دعواه
او حلفه فنكل عن اليمين يرجع عليه بقيمة البناء في الدار التي كانت بدل الصلح ولا يرجع
عليه بالدار به وانما يرجع عليه بقيمة البناء في الدار المدعاة وليس له ان ينقض بناء بعينه
لان من اصله ان من استحق دارا فاقام قاعدا وبنى فيها نقض البناء مستحق وسط حتى
ان البائع يرجع الا ان يستحق دارا فاقام قاعدا وبنى فيها نقض البناء وبيعه وسط حتى
المشتاة ثم فاسد الا نقض مستحق كذا ذكر انه ليس له ان ينقض بناءه وبيعه الدار ان الدار
استحقت الدار التي في يد البدل فان استحقت الدار المدعاة فليس له ان ينقض بناءه بعينه
البناء على المدعي لانه في دعواه انه بنى في ملك نفسه وانه غير مغرور ولكنه يرجع على
المدعي بقيمة الدار التي في يد البدل وليس ان يبيعه بدل الصلح عند ابي حنيفة لان
المدعي ملكها من جهته ملكا فاسدا فان رضا فالخطب في المدعي عليه في الاسترداد وعند
محمد له ان يأخذ بيعه من الدار كما ذكرنا كما ذكر هذه المسألة
في الجامع الكبير وهذه المسائل تدل على ان من اشترى دارا فاسدا وبنى فيها ثم استحقت
يرجع بقيمة البناء في البائع كما في البيع الصحيح حتى يفيد ان يكون له ذلك لتغرير المشتري
والمسألة كانت واقعة الفتوى فيرجع قد ذكرنا ان الفصول قال ولو صالحه بدل الصلح
قبل التسليم فاجاوا به فله ذلك كما لو باع ثم استحق في الفصل الاول من الاقرار والانكار
قال قال وان ادعى حقا في دار فسلم بيته صح ولم يذكر ان استحق بعض الدار
يرد شيئا من العوض كذا في القدوري في مختصره وذلك لان ما استحق من بعض الدار

كان الثمن جملة واحدة بعد ان يكون البيع صفقة وذلك لان الحكم يتعلق بتفريق الصفقة فلا فرق
بين ذكر الثمن جملة او جملتين قوله ولا فرق في هذا اي في ولاية الاخذ بالشفعة للشفيع نصيب
احد المشتريين بين قبل القبض اي قبل قبض المشتري الدار قوله هو الصحيح احترازا عن رواية
القدوري وهي قوله وقد روي عنهم خلاف هذا الى اخر ما ذكره قبل هذا قوله بيد له
احد المشتريين يعني اذا اشترى الاثنان دارا صفقة واحدة ونقد احدهما ما عليه من الثمن فكذلك هنا
لما نقد الشفيع نصيب احدهما ليس له ان ياخذ نصيبه من الدار ما لم ينقد الاخر ولك بقية الثمن اذا
كانت الدار غير مقبوضة قوله وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي وتلك التفريعات ذكرها
الكرخي في مختصره وكسر عليها الباب وشرحها القدوري فلذلك لم نقل ما هي لم نذكرها خوفا من
الملالة لاجل الاطالة فقال الكرخي وكذلك ان كان الشرا بوكالة فوكل رجل رجلين بشرا دار
ولها شفيع فللشفيع ان ياخذ نصيب احد المشتريين وان كان الموكل رجلين والوكيل رجلا واحدا
لم يكن له ان ياخذ نصيب احد الموكلين قال ابن سماعة عن محمد في نوادره ذلك وقال انما انظر الى المشتري
ولا انظر الى المشترى له قال محمد وكذلك لو اشترى رجل لعشرة فليس له ان ياخذ شيئا دون شي ولو
اشترى عشرة لرجل كان للشفيع ان ياخذ من واحد ويدع الاخرين او ياخذ من اثنين او ثلاثة ويدع
البقية وكذلك روى هشام عن محمد في نوادره في الوكيل والوكيلين في الشرا الى هنا لفظ
الكرخي في مختصره فقال القدوري في شرحه وذلك لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد دون
المعقود له فاذا كان الوكيل واحدا لم يجز تفريق الصفقة عليه كما لو اشترى لنفسه واذا
كانوا جماعة والموكل واحدا فحقوق العقد تتعلق بهم دونه كما لو اشتروا لانفسهم ثم قال الكرخي
واذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة فجاء شفيع لهما جميعا فاراد ان ياخذ احديهما دون
الاخرى فليس له ذلك وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال الحسن بن زياد عن زفر الشفيع
بالخيار ان شا اخذهما وان شا اخذ احديهما دون الاخرى وهذا قول الحسن الى هنا لفظ الكرخي
فقال القدوري في شرحه وجه قولهم ان المشتري ملك الدارين صفقة واحدة وتعلق به حق
الشفيع بهما فلم يملك ان ينفرد بالاخذ بعض ما تعلق به حقه دون بعض كالدار الواحدة وقد ذكر
ابو الحسن عن محمد ما يدل على انه لا فرق بين الدارين المتلاصقتين والمتفرقتين وذكر بشر
بن الوليد عن ابي يوسف انهما اذا كانتا في مصر واحد او مصرين فهو سوا وجه قول زفر ان
اخذ احدى الدارين لا يودي الى اضرار المشتري بالشركة فصار كما لو كان شفيعا لاحديهما
دون الاخرى ووقع البيع عليهما صفقة واحدة قال الحسن بن ابي مالك روي عن ابي حنيفة انه
ليس له الا ان ياخذ التي تجاوره بالحصة وكذلك روى ابن سماعة عن ابي يوسف وكذلك روى
هشام عن محمد في رجل اشترى دارين متلاصقتين وله جار يلي احديهما قال فانه ياخذ التي تليه
بالشفعة ولا شفعة له في الاخرى قال القدوري في شرحه وذلك لان حق الشفعة تعلق
باحدى الدارين دون الاخرى والصفقة اذا جمعت بين ما تعلقت به شفعته بالحصة كما لو
اشترى دارا وسيفا صفقة واحدة ثم قال الكرخي فيه وقال هشام قلت لمحمد ما تقول في
عشر اقرحة متلاصقة لرجل يلي واحدا منها ارض انسان فبيعت العشرة فقال للشفيع ان ياخذ
القراح الذي يليه وليس له في بقيتها شفعة قلت له لم قال لان كل قراح على حدة قلت ليس بينهما
طريق ولا نهر انما هي مرورا ومسناة قال لا شفعة له الا فيما يليه الى هنا لفظ الكرخي في
مختصره وقال القدوري وذلك لان الاقرحة المتميزة بالمرور كالدور المتجاورة فلا يثبت للشفيع

الشفعة

الشفعة الا فيما يجاوره خاصة ثم قال الكرخي في مختصره قال هشام قلت لمحمد في قرية خالصة
لرجل باعها والقرية عندنا ما فيها من الدور والاراضين والكروم قال محمد ولكن القرية عندنا
على بيوت القرية خاصة قلت لمحمد باع رجل هذه القرية بدورها وكرومها وارضها وناحية
منها يلي انسانا قال محمد للشفيع ان ياخذ القراح الذي يليه قلت ولكل شفيع ان ياخذ القراح الذي
يليه قال وشك ان ياخذ واحواشي القرية وذلك ان ادري ارضها ويبقى وسط القرية للمشتري فلم
يتكلم ذلك محمد وروايته يقول الى هنا لفظ الكرخي فقال القدوري في شرحه وقد اشتمل
هذا الكلام على ثلاثة فصول احدها ان القرية اسم للبيوت والاقرحة والمرجع في هذا الى
العادة دون غيرها والثاني وجوب الشفعة للمجاورين في الاقرحة التي تليهم خاصة وهذا صحيح
لما بينا ان الاقرحة المتميزة كالدور المختلفة فالمجاور لبعضها لا يكون مجاورا لبقيتها والفصل الثالث
ان الشفعا ياخذون حواشي القرية وهي ارداها ويبقى للمشتري وسطها وهو اجودها وهذا غير ممتنع
لان الشفيع ياخذ باختياره وكان له ان يلتزم الضرر ولا يلتزم ثم قال القدوري وروى الحسن بن
زياد عن ابي حنيفة في رجل اشترى قرية بارضها وارضها اقرحة متفرقة ولاحد الاقرحة
جار فقال ياخذ القرية كلها بالشفعة وليس له ان ياخذ ذلك القراح ويدع ما سواه وذكر ابن سماعة
عن ابي يوسف ان ابا حنيفة كان يقول ليس له ان ياخذ الا القراح الذي هو ملاصقه لان هذه
الاقرحة مختلفة قال والذي يجي على قياسه ان هذه الاقرحة اذا كانت من ضيعة واحدة او قرية
واحدة فهي كقراح واحد ودار واحدة وهذا يدل على ان ابا حنيفة كان يقول مثل قول محمد ثم
رجع فقال ياخذ الشفيع الجميع لانه يستضر بتفريقه كالدار الواحدة كذا ذكر القدوري في شرحه
قوله قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي
صار للمشتري او يدع اي قال في الجامع الصغير يعني ليس للشفيع ان ينقض القسمة لان القسمة
جرت بين المالكين فلا يكون في النقض فايدة لانه لو نقض القسمة ثم طلب القسمة من ساعته
كان له ذلك فاذا لم يكن في النقض فايدة ليس له ان ينقض ذلك كذا قال الفقيه ابو الليث
ولان القسمة في غير المكيل والموزون مبادلة من وجه واستيفا واخذ لعين حقه من وجه
والشفيع يملك نقض المبادلة ولا يملك نقض القبض الا ترى انه لا يملك نقض القبض ليعيد
العهدة على البايع لنفسه وهو ان القبض بجهة العقد له حكم العقد والشفيع لا يملك نقض
البيع فكذا لا يملك نقض القبض بجهة البيع فمن حيث ان القسمة افراز وقبض لا يملك الشفيع نقضها
ومن حيث انها مبادلة يملك نقضها فلا يملك النقض بالشك والاحتمال ولان الافراز تكميل
للقبض لان القبض انما يتكامل بالافراز في الحقيقة والشفيع لا ينقض القبض ليعيد العهدة
على البايع فكذا ما جعل تكميلا له واتماما ينقض القبض لانه من العقد والشفيع لا يملك النقض في
الذي يتعلق به حقه الا ضرورة استيفا حقه ولا ضرورة في نقض القبض وهذا بخلاف
ما اذا قاسمه شريك البايع حيث كان للشفيع ان ينقض ملك القسمة لان القسمة ما جرت بين
المتعاقدين فلا يمكن جعلها قبضا بجهة العقد وتكميلا للقبض فاعتبرت مبادلة وللشفيع ان
ينقض المبادلة وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله في مقاسمة المشتري مع البايع ذكر الحسن
بن زياد عن ابي حنيفة ان القسمة اذا كانت بقضا القاضي ليس له ان ينقض واذا كانت
بغير قضا القاضي فله ان ينقض ثم قال وذكر في كتاب الشفعة ان القضا وغير القضا سوا
للمعنى الذي ذكرناه وقال في شرح الطحاوي ولو اشترى نصف دار مشاعا ثم قاسم مع البايع

ثم جا الشفيع وطلب الشفعة واثبتها فان القاضي ينقض له بنصف المشترا مقسوما وليس له ان يبطل قسمته سوا كانت قسمته بقضا قاض او بغير قضا قاض ونصيب المشتري وقع من جانب المشتري او من جانب اخر وقال صاحب الهداية وعن ابي حنيفة انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها **قوله** ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة ايضاح لكون القسمة من تمام القبض يعني ان هبة المشاع فيما يقسم فاسدة ومع هذا لو قسم وسلم جاز **قوله** اطلاق الجواب في الكتاب اي في الجامع الصغير لانه اطلق في الجواب وقال اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري ولم يفصل بينما اذا وقع من جانب الشفيع او من جانب اخر **قوله** قال ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البايع فلمولاه الشفعة اي قال في الجامع الصغير ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يبيع الدار وله عبد عليه دين هو شفيعها قال له الشفعة وكذلك ان باع العبد دارا والمولى شفيعها كان له الشفعة الى هنا لفظه رحمه الله وذلك لان المولى لا يملك اكساب عبده المديون عند ابي حنيفة وعندهما يملك الرقبة ولا يملك التصرف فكان بمنزلة الاجنبي ولو كان احدهما اجنبيا كان للاخر حق الشفعة فكذلك ههنا ولان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا وشرا كل واحد من صاحبه جايز وقال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي واذا باع الرجل دارا وله عبد تاجر وهو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة لانه لا ياخذها لمولاه بل لنفسه وكان بمنزلة الاجنبي انه لو اشترى شيا من مولاه كان جايزا اذا كان عليه دين فكذا الاخذ بالشفعة وان لم يكن عليه دين لا يصح لانه ياخذها لمولاه وهو بايع وكذا اذا باع العبد والمولى شفيعها فهو على هذا التقسيم ان كان عليه دين فله الشفعة لان بيع العبد لم يقع لمولاه وان لم يكن عليه دين فلا شفعة له لان البيع وقع لمولاه كانه وكيله ثم قال شيخ الاسلام واذا باع المولى دارا ومكاتبه شفيعها فله الشفعة لانه اقرب الى الاجانب من العبد الماذون فانما ياخذ لنفسه فكان اخذه بالشفعة معتبرا **قوله** وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جايز عند ابي حنيفة وابي يوسف اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في دار بيعت والوصي شفيعها فسلم الوصي الشفعة او سلمها الاب قال هو جايز في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز على الصبي وهو على شفعته اذا بلغ وهو قول زفر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا بيعت الدار وشفيعها صبي وهو في حجر ابيه او وصي ابيه او وصي جده ابي ابيه او من ولاه عليه او حاكم فلكل واحد منهم في حال ولايته ان يطالب بشفعة الصغير وياخذ الدار بالشفعة ويسلم ثمنها من مال الصغير فان سكت واحد من هولا في حال ما له المطالبة عن طلب الشفعة للصغير بطلت شفعة الصغير وكذلك ان سلم الشفعة بالقول فهو تسليم جايز ولا شفعة للصغير اذا بلغ في الوجهين جميعا وليس لاحد مع الاب ولاية على الصغير ثم وصي الاب من بعد الاب ثم الجد ابو الاب ثم وصي الجد فان لم يكن واحد من هولا فمن ولاه الامام او الحاكم وتسليم الشفعة من هولا جايز في حال ولايتهم في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال ابن ابي ليلى وزفر ومحمد ان ذلك لا يجوز والصغير على شفعته اذا بلغ الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله في مختصره وانما وجبت الشفعة للصغير لانه حق يثبت لازالة الضرر وفي هذا المعنى الصغير والكبير

سوا وانما يملك الاخذ وليه الذي يجوز له التصرف في ماله لان الاخذ بالشفعة تملك بعوض فصار كالشرا فمن ملك الشرا للصغير ملك اخذ الشفعة له ثم وجه قول محمد وزفر ان تسليم الشفعة ابطال حق مستحق للصغير فلا يجوز من غير عوض كاعتاق عبده وابراء غريمه والعفو عن قوده وهذا ليس بصحيح لان المقيس عليه اسقاط الحق من غير عوض يحصل للصغير وفي المقيس حصل العوض وهو تبقية الثمن على ملكه فافترقا ولابي حنيفة وابي يوسف ان الولي اذا اخذها بالشفعة ثم باعها بمثل الثمن جاز فاذا سلمها فقد بقي الثمن على ملك الصغير واسقط عنه ضمان الدرك فكان اولى به بالجواز ولان التسليم امتناع عن التملك لا ابطال الملك ولهذا لا يورث الشفعة لانه ليس بملك وللولي ولاية الامتناع عن التملك الا ترى انه لو قال بعت هذا من فلان الصغير بكذا كان للاب والوصي ان لا يقبل لانهما ينصرفان بحكم النظر وربما يكون النظر في ابقا الثمن على ملك الصغير واذا ثبت هذا فكل من يملك الاخذ بالشفعة اذا سكت كان تسليما كالشفيع البالغ لانه دليل الاعراض ولا يلزمنا اذا اسلم الوكيل بطلت الشفعة لان ذلك جايز على الاصح واليه ذهب القدوري في شرحه وقال شيخ الاسلام الاسبيجابي في كتاب الشفعة من شرح الكافي واذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة عند القاضي فتسليمه جايز وان سلم عند غيره لم يكن تسليما وان اقر به عند القاضي ان الذي وكله به سلم الشفعة جاز اقراره عليه وان اقر عند غير القاضي لم يجز استحسانا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يجوز اقراره ولا تسليمه ثم رجع وقال يجوز اقراره وتسليم الشفعة عند القاضي وعند غيره على الذي وكله ثم قال شيخ الاسلام وذكر في كتاب الوكالة قال محمد لا يجوز تسليم الوكيل الشفعة عند القاضي ويجوز اقراره على موكله بالتسليم سوى في هذه الرواية بين التسليم وبين الاقرار بتسليم الموكل وجعل الكل على الخلاف وفي كتاب الوكالة فرق بين الاقرار بالتسليم وبين التسليم بنفسه والاصح ما ذكر في كتاب الوكالة لان الوكيل بالشفعة وكيل بالخصومة والوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله في مجلس القاضي ولا يملك في غير مجلس القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله وفي قول ابي يوسف الاول وهو قول زفر لا يملك الا عند القاضي ولا عند غيره وفي قوله الاخر يملك عند القاضي وعند غير القاضي اما التسليم فمعزل من الاقرار لانه انما صح الاقرار عند ابي حنيفة ومحمد في مجلس القاضي لانه جواب الخصم والتسليم ليس من الجواب في شي بل هو تصرف مبتدا وانما لا يصح ذلك عند محمد واما عند ابي حنيفة وابي يوسف يصح بنا على اصل اخر وهو ان من ملك اخذ الدار بالشفعة يملك التسليم وعند محمد لا يملك بمنزلة الاب والوصي انهما يملكان تسليم شفعة الصبي عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر لا يجوز فكذلك على الخلاف فيه وهذا في معنا ما وجه قول محمد وزفر ان الاب والوصي فوض اليهما طلب الحق والوكيل هكذا فوض اليه طلب الحق ومن فوض اليه طلب الحق لا يكون سبيل من ابطاله لانه ضد ما طلب منه ولهما يقولان بان اخذ الدار بالشفعة تملك الدار ببدل وكان هذا في معنى الشرا ومن ملك شرا شي ملك تركه وكلامهما في الاب والوصي ظاهر لانهما يملكان ما هو نافع في حق الصبي والنفع قد يكون في الشرا وقد يكون في تركه الا ترى انهما يملكان التحصيل والترك في ساير التجارات فكذا هنا ثم قال شيخ الاسلام وهذا اذا كانت الدار مشتراة بمثل قيمتها اما اذا كانت مشتراة باكثر من قيمتها يصح تسليم الاب والوصي بلا خلاف لانه لا يصح اخذه في هذه الصورة لواحد منهما ولو لم يسلما ولكنهما تركا الخصومة حتى بلغ الصبي هل يكون للصبي حق الطلب اختلف مشايخنا قال بعضهم الجواب في هذا والجواب في التسليم سوا فيكون على الاختلاف وقال بعضهم

لا يبطل حقه والاصح انه على الاختلاف كذا في شرح الكافي قوله انه حق ثابت اي ان الشفعة وتذكير الضمير على تاويل الطلب الشفعة او على المطر الواجب قوله ومذا اذا ابعضنا اي هذا الخلاف قوله وعن ابي حنيفة انه لا يبيع المسلم منها اي من الاب والجد لان ولايتهما نظيرية والنظر في احذها لا في تسليمها اذا بعث باول من بيعها محاباة كثيرة ولا رواية في هذه المسئلة عن ابي يوسف بخلاف ما اذا بعث بمثل قيمتها حيث يصح المسلم عنه ايضا لا عند ابي حنيفة رضي الله عنهم والله اعلم

تم الجزء المبارك بحمد الله تعالى وعونه وحسن توفيقه على يد افقر العبيد

واحقرهم واعظمهم ذنبا الراجي عفو ربه المجيد علي بن احمد

بن حسن الطوخي المالكي غفر الله له ولوالديه ولمشايخه

وجميع المسلمين وحسبنا الله ونعم الوكيل

وصلى الله على سيدنا محمد خاتم

النبيين والمرسلين وعلى

اله واصحابه وازواجه

الطيبين الطاهرين

وسلم تسليما كثيرا

والحمد لله

الهداية

والتوفيق

بمنه وكرمه

يا محمد

يا رؤف

وكان الفراغ من نسخه جزا يوم الجمعة المبارك السابع

من شهر ربيع الاخر من شهور سنة وستين وسبعمائة احسن الله تعالى عاقبتها الى خير امين

وقد جلست صحة الاحبة هاهنا ولسوف يجلس بعدنا الاحباب ويكدنا صرف

الزمان وعدم وبلينا بعد النعم نراه وما من كاتبا الا سيفنى ويبقى

الدهر ما كتبت يداه فلا تكتب بغير ما يسرك ربه

الهنا هذا دعاؤنا بين يديك فاقبله بجاه

انك المجد لكل ما ينوع الله حسبي انعم

حسبنا الله ونعم الوكيل حسبي الله ونعم

الوكيل ولا حول ولا قوة الا

بالله العلي العظيم يا

الله على سيدنا محمد

وعلى الله واصحابه

الطيبين

الطاهرين

نهاية المخطوطة