

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

الوكيل بالنفس إذا صالح على حال أن يبرئه من الكفالة .

و كذلك الكفيل بالنفس إذا صالح على حال أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لأن الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه و ذلك عبارة عن ولاية المطالبة و إنها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة و هل تبطل الكفالة ؟ فيه روايتان : في رواية لا تبطل لأنه ما رضي بسقوط حقه إلا بعوض و لم يسلم له فلا يسقط حقه و في رواية يسقط لأن الإبراء لا تقف صحته على العوض فيصح و إن لم يسلم العوض فإذا صح أنه إسقاط فالساقط لا يحتمل العود .

و على هذا إذا كان لرجل طلة على طريق أو كتيف شارع أو ميزابه فخاصمه رجل و أراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يخلو من وجهين إما أن يكون الطريق نافذا و إما أن لا يكون نافذا فإذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين و أراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لأن رقة الطريق النافذ لا تكون ملكا لأحد من المسلمين و إنما لهم حق المرور و أنه ليس بحق ثابت في رقة الطريق بل هو عبارة عن ولاية المرور و أنه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع أنه لا فائدة في هذا الصلح لأنه إن سقط حق هذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع و كذا لو صالح الثاني مع هذا المتقدم إليه على مال يأخذ من المتقدم إليه الطرح فالصلح باطل لأن الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة .

هذا إذا كان الطريق نافذا فأما إذا لم يكن نافذا فصالحه رجل من أهل الطريق على مال للترك فالصلح جائز لأن رقة الطريق هنا مملوكة لأهل السكة فكان لكل واحد منهم فيها ملكا فجاز الصلح عنه .

و كذا إسقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيد لاحتمال تحصيل رضا الباقين و لا يحتمل ذلك في الوجه الأول لأنهم لا يحصون و كذا لو صالح الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز و يطيب له المال لأن رقة الطريق مملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضا عن ملكه فصح فأما في طريق المسلمين فلا ملك لأحد فيها و لا حق ثابت في المحل فلم يكن الصلح اعتياضا عن ملك و لا حق ثابت في المحل فبطل .

و ذكر الجصاص : أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما إذا بنى على الطريق فأما إذا شرع إلى الهواء فلا يجوز لأنه اعتياض عن الهواء .

و لو ادعى على رجل مالا و أنكر المدعى عليه و لا بينة للمدعي فطلب منه اليمين فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح و برئ من اليمين و كذا إذا قال المدعى عليك صالحك

من اليمين التي وجبت لك علي أو قال افتديت منك يمينك بكذا و كذا صح الصلح لأن هذا صلح عن حق ثابت للمدعي لأن اليمين حق المدعي قبل المدعى عليه .
قال عليه الصلاة و السلام في قصة الحضرمي و الكندي : [ألك بينة قال : لا قال : إذا لك يمينه] جعل اليمين حق المدعي فكان هذا صلحا عن حق ثابت شرعا للمدعي و كذا الملك في المدعي ثابت في زعمه فكان الصلح عن حق ثابت في حقه و في حق المدعى عليه و هو بدل المال لإسقاط الخصومة و الافتداء عن اليمين .

و لو قال المدعى عليه : اشتريت منك اليمين على كذا و قال المدعي بعث منك على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث جاز بلفظ الصلح و الافتداء و لم يجز بلفظ البيع و الشراء .

و لو ادعى على رجل أنه عبده فأنه أنكر فصالحه على مائة درهم جاز لأن هذه صلح عن حق ثابت في حق المدعي لأن الرق ثابت في حقه إعتاقا على مال فيصح إلا أن الولاء لا يكون له لإنكار المدعى عليه الرق فإن أقام المدعي بعد ذلك بينة لا تقبل إلا في حق إثبات الولاء .
و كذلك لو صالحه على حيوان في الذمة إلى أجل كان جائزا لأن الرق في حق المدعي فكان بدل الصلح بدلا عن العتق في حقه فأشبه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة .

و لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فجحدته فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز لأن النكاح حق ثابت في حق المدعي فكان الصلح على حق ثابت فكان معنى الخلع هو أخذ المال بالبضع و قد وجد فكان جائزا و في حقها بدل مال لإسقاط الخصومة و أنه جائز أيضا للنص .
و لو ادعت امرأة على رجل نكاحا فجحد الرجل فصالحها على مال بذله لها لا يخلو : إما أن يكون النكاح ثابتا فإن لم يكن ثابتا كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة و إن كان ثابتا لا تثبت الفرقة بهذا الصلح لأن العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضا عن شيء فلا يجوز .

و لو ادعى على إنسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه إن حلف المدعى عليه فهو بريء فالصلح باطل و المدعي على دعواه حتى لو أقام بينة أخذه بها لأن قوله : على إن حلف المدعى عليه فهو بريء تعليق البراءة بالشرط و أنه باطل لأن في الإبراء معنى التملك .

و الأصل في التملك أن لا يحتمل التعليق بالشرط و إن لم تكن له بينة و أراد استخلافه فهو على وجهين : إن كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستخلفه عند القاضي مرة أخرى لأن تلك اليمين غير معتبرة لأنها غير واجبة و لا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتدا بها .
و إن كان عند القاضي لم يستخلفه ثانيا لأن الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعي حقه مرة فلا يجب الإيفاء ثانيا .

و لو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فإذا حلف فالمال واجب على المدعى عليه فهو باطل لأن هذا تعليق وجوب المال بالشرط و إنه باطل لكونه قمارا و لو أودع إنسانا وديعة ثم طلبها منه فقال المودع هلك أو قال رددتها و كذبه المودع و قال : استهلكتها فتصالحا على شيء فالصلح باطل عند أبي يوسف و عند محمد : صحيح .

وجه قول محمد : إن هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة و يمين متوجهة فيصح كما في سائر المواضع .

وجه قول أبي يوسف : إن المدعي مناقض في هذه الدعوى لأن المودع أمين المالك و قول الأمين قول المؤتمن فكان إخباره بالرد و الهلاك إقرارا من المودع فكان مناقضا في دعوى الاستهلاك و التناقض يمنع صحة الدعوى إلا أنه يستحلف لكن لا لدفع الدعوى لأنها مندفعة لبطلانها بل للتهمة و إذا لم تصح الدعوى لا يصح الصلح .

و لو ادعى المودع الاستهلاك و لم يقل المودع : إنها هلكت أو رددتها فتصالحا على شيء جاز لأن دعوى الاستهلاك صحيحة و اليمين متوجهة عليه فصح الصلح و لو طلب المودع الوديعة فجحدها المودع و قال : لم تودعني شيئا ثم قال : هلكت أو رددتها و قال المودع : بل استهلكتها فتصالحا جاز لأن المالك يدعي عليه ضمان الغضب بالجدود إذ هو سبب لوجوب الضمان و كل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية و المضاربة لأن كل ذلك أمانة .

و لو اشترى من رجل عبدا قطع فيه بعيب و خاصمه فيه ثم صالحه على شيء أو حط من ثمنه شيئا فإن كان العبد مما يجوز رده على البائع و له المطالبة بأرش العيب دون الرد فالصلح جائز لأن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل و هو صفة سلامة المبيع عن عيب و إنها من قبيل الأموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح .

و كذا الصلح عن الأرش معاوضة مال بمال لا شك فيه و إذا صار المبيع بحال لا يملك رده على البائع و لا المطالبة بأرشه بأن باع العبد فالصلح باطل لن حق الدعوى و الخصومة فيهما قبل البيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح .

و لو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضا في عين العبد فانجلى بطل الصلح و يرد ما أخذ لأن المعوض و هي صفة السلامة قد عادت فيعود العوض فبطل الصلح .

و لو طعن المشتري بعيب فصالحه البائع على أن يبريه من ذلك العيب و من كل عيب فهو جائز لأن الإبراء عن العيب إبراء عن صفة إبراء عن صفة السلامة و إسقاط لها و هي مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها و الإبراء عن كل عيب و إن كان إبراء عن المجهول لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة الإبراء للفقهاء الذي مر قبل هذا .

إن الجهالة لعينها غير مانعة بل لإفضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم و القبض و الذي وقع الصلح و الإبراء عنه لا يفتقر إلى التسليم و القبض فلا تضره الجهالة و كذلك لو

لم يطعن المشتري بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شيء فالصلح جائز لأنه و إن لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فيصالحه لإبطال هذا الحق و لو خاصمه في ضرب من العيوب نحو الشجاج و القروح فصالحه على ذلك ثم طهر عيب غيره كان له أن يخاصمه فيه لأن الصلح فيه لأن الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة في غيره .

و لو اشترى شيئاً من امرأة فطهر به عيب فصالحته على أن تتزوجه فهو جائز و هذا إقرار منها بالعيب فإن كان يبلغ أرش العيب عشرة دراهم فهو مهرها و إن كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم لأن أرش العيب لما صار مهرها و النكاح معاوضة البضع بالمهر فإذا نكحت نفسها فقد أقرت بالعيب و كذلك لو اشترى شيئاً بأرش عيب كان إقراراً بالعيب لأن الشراء معاوضة فالإقدام عليه يكون إقراراً بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون إقراراً بالعيب لأن الصلح مرة يصح معاوضة و مرة يصح إسقاطاً فلا يصح دليلاً على الإقرار بالشك و الاحتمال .

و لو اشترى ثوبين كل واحد بعشرة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيده في ثمن الآخر درهما فالرد جائز و زيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة و محمد و عند أبي يوسف : لا يجوز شيء من ذلك .

وجه قوله : إن الرد بالعيب فسخ و الفسخ بيع جديد بمنزلة الإقالة و البيع تبطله الشروط الفاسدة .

وجه قولهما : إن هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط و إنه باطل لأن الزيادة تلحق بأصل العقد و أصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه في معنى القمار فكذا الزيادة عليه فأما الرد ففسخ العقد و إنه يحتمل الشرط فجائز .

و لو ادعى على امرأة نكاحاً فجدت فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز و تجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لأن إقرارها بالنكاح محمول على الصحة . و لو ادعى على إنسان ألفاً و أنكر المدعي فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالألف فهو باطل لأن المدعي لا يخلو إما أن يكون صادقاً في دعواه و إما أن يكون كاذباً فيها فإن كان صادقاً فيها فالألف واجبة على المدعي عليه و يكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة و إنه حرام و إن كان كاذباً في دعواه فإقرار المدعي عليه بالألف التزام المال ابتداءً و هذا لا يجوز .

و لو قال لامرأة : أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتى ففعلت ذلك فهو جائز إذا كان بمحض من الشهود و يجعل كناية عن إنشاء النكاح و كذا لو قال : تزوجتك أمس على ألف درهم فجدت فقال : أزيدك مائة على أن تقري لي بالنكاح فأقرت جاز و لها ألف و مائة و يحمل إقرارها على الصحة و [أ] أعلم هذا الذي ذكرنا إذا كان الصلح بين المدعي و المدعى عليه . و أما إذا كان بين المدعي و الأجني المتوسط أو المتبرع فلا يخلو إما إن كان ذلك بأمر

المدعى عليه أو بغير أمره فإن كان بأمره يصح لأنه وكيل عنه و الصلح مما يحتمل التوكيل به و إن كان بغير فهو صلح الفضولي و إنه على خمسة أوجه : .
أحدها : أن يضيف الضمان إلى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو أصلحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على أني ضامن لك الألف أو على أن علي الألف .
و الثاني : أن يضيف المال إلى نفسه بأن يقول على ألفي هذه أو على عبدي هذا .
و الثالث : أن يعين البدل و إن كان لا يشبه لا ينسبه إلى نفسه بأن يقول علي هذه الألف أو علي هذا العبد .

و الرابع : أن يسلم البدل و إن لم يعين و لم ينسب بأن قال صالحتك : على ألف و سلمها إليه .
و الخامس : أن لا يفعل شيئا من ذلك بأن يقول صالحتك على ألف درهم أو على عبد وسط و لم يزد عليه ففي الوجوه الأربعة يصح الصلح لقوله تعالى : { إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم } و هذا خاص في صلح المتوسط و قوله عز شأنه : { و الصلح خير } و هذا عام في جميع أنواع الصلح لدخول الألف و اللام على الصلح و إنهما لاستغراق الجنس و لأنه بالصلح في هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع بإسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه إن كان الصلح عن إقرار و إن كان عن إنكار بإسقاط الخصومة فيصح تبرعه كما إذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء و متى صح صلحه يجب عليه تسليم البدل في الوجوه الثلاثة و ليس له أن يرجع على المدعى عليه لأن التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما ذكره في فصل الحكم إن شاء الله تعالى .

و أما في الوجه الخامس : فموقوف على إجازة المدعى عليه لأن انعدام الضمان و النسبة و تعيين البدل و التكمين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على إجازته فإن أجاز نفذ و يجب البدل عليه دون المصالح لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة .

و لو كان وكلا من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك إذا التحق التوكيل بالإجازة و إن رده بطل لأن التصرف على الإنسان لا يصح من غير إذنه و إجازته ثم إنما يصح صلح الفضولي إذا كان حرا بالغا فلا يصح صلح العبد المأذون و الصبي لأنهما ليس من أهل التبرع و كذا الخلع من الأجنبي على هذه الفصول التي ذكرنا بأن كان بإذن الزوج أو المرأة يصير وكلا و يجب المال على المرأة دون الوكيل .

و إن كان بغير إذنهما فهو على الفصول التي ذكرنا في الصلح و كذلك الزيادة في الثمن من الأجنبي على هذا التفضيل إن كان بإذن المشتري يكون وكلا و يجب على المشتري و إن كان بغير إذنه فعلى ما ذكرنا من الفصول .

و كذلك العفو و الصلح عن دم العمد من الأجنبي على هذه الفصول .

ثم لا يخلو إما أن صالح على المفروض أو على غير المفروض بمقدار المفروض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضي أو بعده على ما تقدم .

و الأصل فيه أنه يجوز من صلح الأجنبي ما يجوز من صلح القاتل و ما لا فلا .

و بيان ذلك : أنه صالح الفضولي على خمسة عشر ألفا أو على ألفي دينار و ضمن قبل تعيين القاضي الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشر آلاف درهم و على ألف دينار و تبطل الزيادة لما ذكرنا أن الفضولي بالصلح في مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه و ليس عليه إلا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر ألف درهم دين ف قضى عنه ألفين بغير أمره له أن يسترد الزيادة هذا إذا صالح على المفروض فإن صالح على جنس آخر جاز لأن المانع من الجواز هو الربا و لا يجري في مختلفي الجنس و كذلك لو صالح على مائتي بغير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لما أن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز إلا على المائة فكذا الفضولي لما ذكرنا .

ثم إن كانت بغير أعيانها فالواجب عليه مائة من الإبل على الأسنان الواجبة في باب الدية لأن مطلق الإبل في هذا الباب ينصرف إلى الواجب و إن كانت بأعيانها فالواجب مائة منها و الخيار إلى الطالب لأن الرضا بالكل يكون رضا بالبعض فإن كان في أسنان الإبل نقصان عن أسنان الإبل الواجبة في باب الدية فللطالب أن يرد الصلح لأن صلح الطالب على الزيادة على المفروض محمول على أن عرضه أنه لو ظهر نقصان في السن لا يجبر بزيادة العدد فإذا لم تحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختل رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص .

و لو صالح على مائة على أسنان الدية و ضمنها فهو جائز و لا خيار للطالب لأن الصلح على مائة على أسنان الدية استيفاء عين الحق و إن كان القاضي عين الواجب ف قضى عليه بالدرهم فصالح المتوسط على ألفي دينار جاز و لا بد من القبض في المجلس كما فعله القاتل بنفسه لأنه صرف فيراعى شرائطه و □□ أعلم