

بَدَائِيَةُ الْمَحْتَاجِ

في شرح المنهاج

تأليف

الإمام الفقيه القاضى

بكر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعى

أبوقاضى شهبة

رحمة الله تعالى

(٧٩٨ - ٨٧٤ هـ)

متمم

أنور بن أبي بكر الشافعى الداعى

المجلد الثانى

بَدَائِيَةُ الْمَحْتَاجِ



المعهد سنن الهدى الإسلامي

سوكابومي - جاوة الغربية

بَلَاءُ الْمُحْتَاجِ

في شرح المنهاج

تأليف

الإمام الفقيه الفاطمي

بدر الدين أبي الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي

أبوقاسم شهبة

رحمة الله تعالى

(٧٩٨ - ٨٧٤ هـ)

عني به

أنور بن أبي بكر الشينخي الداغستاني

بمساهمة

اللجنة العلمية

مركز دار المنهاج للدراسات وتحقيق العلمي



دار المنهاج

الطبعة الأولى
١٤٣٢هـ - ٢٠١١م
جميع الحقوق محفوظة للناسر

دار المنهاج للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية - جدة
حي الكندرة - شارع أبها تقاطع شارع ابن زيدون
هاتف رئيسي 6326666 - الإدارة 6300655
المكتبة 6322471 - فاكس 6320392
ص. ب 22943 - جدة 21416
www.alminhaj.com

E-mail: info@alminhaj.com

ISBN: 978 - 9953 - 541 - 35 - 8

بَلَايَةُ الْمُحْتَاجِ
فِي شَرْحِ الْمُنْتَهَجِ



قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

من يُرد الله به خيراً يفقهه في الدين

١٣٨٤ هـ

كتاب البيع

شَرْطُهُ : الْإِيجَابُ ؛ كِبَيْتُكَ وَمَلَكَتُكَ ، وَالْقَبُولُ ؛ كَاشْتَرَيْتُ وَتَمَلَّكَتُ وَقَبِلْتُ .

(كتاب البيع)

البيع لغة : مقابلة شيء بشيء ، وشرعاً : مقابلة مال بمال تملكاً ؛ كما قاله في « شرح المذهب »^(١) .

والأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ مع السنة الشهيرة في الباب .

(شرطه : الإيجاب ؛ كبيتك وملكتك) لقوله تعالى : ﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ ، ولقوله عليه السلام : « إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ » صححه ابن حبان^(٢) .

والرضا : أمر خفي لا يطلع عليه ، فأنيط الحكم بسبب ظاهر يدل عليه ، وهو الصيغة ، فلا تكفي المعاطاة على المذهب ، وقيل : يكفي بها في المحقرات ؛ كرطل خبز ، وباقة بقل ، وقيل : في كل ما يعدّه الناس بيعاً ، واختاره المصنف^(٣) .

(والقبول ؛ كاشتريت وتملكت وقبلت) لدلالاتها على الرضا ، وهذا في غير البيع الضمني ؛ أما البيع الضمني ؛ كـ (أعتق عبدك عني على كذا) . . فيكفي فيه السؤال والجواب .

وجعل المصنف الإيجاب والقبول شرطين هو ما اقتضاه كلام « الشرح » و« الروضة » ، لكن جزم في « شرح المذهب » تبعاً للغزالي بأن العاقد والمعقود عليه والصيغة أركان للعقد ، فعلى هذا : يكون المراد بالشرط : ما لا بدّ منه ، فإنهم يطلقونه بهذا الاعتبار على الركن^(٤) .

(١) المجموع (١٤٠/٩) .

(٢) صحيح ابن حبان (٤٩٦٧) ، وأخرجه ابن ماجه (٢١٨٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٣) المجموع (١٥٤/٩) .

(٤) الشرح الكبير (٩/٤) ، روضة الطالبين (٣٣٨/٣) ، المجموع (١٤٠/٩) .

وَيَجُوزُ تَقَدُّمُ لَفْظِ الْمُشْتَرِي ، فَلَوْ قَالَ : (بَعْنِي) ، فَقَالَ : (بَعْنُكَ) .. اُنْعَقِدْ فِي الْأَظْهَرِ . وَيَنْعَقِدُ بِالْكِتَابَةِ كَ (جَعَلْتَهُ لَكَ بِكَذَا) فِي الْأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ أَلَّا يَطُولَ الْفَصْلُ بَيْنَ لَفْظَيْهِمَا ،

(ويجوز تقدم لفظ المشتري) على لفظ البائع ؛ لحصول المقصود تقدم أو تأخر ، وهذا في غير : (قبلت) كما صرح به القفال والإمام ، واقتضاه كلام الشيخين ؛ إذ لا يصح الابتداء بها ، ومثلها : (نعم)^(١) .

(فلو قال : « بعني » ، فقال : « بعنك » .. انعقد في الأظهر) وإن لم يقل ثانياً : (ابتعت) لدلالته على الرضا ، والثاني : لا ؛ لأنه قد يقول : (بعني) لاستبانة الرغبة ، وقول البائع : (اشترِ مني) .. كقول المشتري : (بعني) على الأصح في « شرح المذهب »^(٢) .

(وينعقد بالكتابة) مع النية (كـ « جعلته لك بكذا » في الأصح) كالخلع والكتابة ، والثاني : لا ؛ لأن المخاطب لا يدرى بمخطوب .

ومحل الخلاف : إذا عدمت القرائن ، فإن حصلت وأفادت التفاهم .. فيجب القطع بالصحة ، قاله الإمام وأقرّاه^(٣) .

ويستثنى : البيع المشروط فيه الإشهاد ، فلا ينعقد بها قطعاً ؛ لعدم اطلاع الشهود على النية .

نعم ؛ إن توفرت القرائن ، وأفادت التفاهم .. فالظاهر : انعقاده ؛ كذا نقله عن « الوسيط » وأقرّاه ، لكن في « المطلب » : أنه مخالف لكلام الأئمة^(٤) .

وقوله : (في الأصح) متعلق بقوله : (وينعقد) ، فلو قدمه كما فعل في « المحرر » .. لكان أولى ؛ لثلايوهم عوده إلى المثال^(٥) .

(ويشترط : ألا يطول الفصل بين لفظيهما) فإن طال بحيث يشعر بإعراضه عن

(١) الشرح الكبير (٩ / ٤) ، روضة الطالبين (٣٣٨ / ٣) .

(٢) المجموع (١٦٠ / ٩) .

(٣) نهاية المطلب (٣٩٣ / ٥) ، الشرح الكبير (١٣ / ٤) ، روضة الطالبين (٣٤١ / ٣) .

(٤) الشرح الكبير (١٣ / ٤) ، روضة الطالبين (٣٤١ / ٣) .

(٥) المحرر (ص ١٣٦) .

وَأَنْ يَقْبَلَ عَلَى وَفْقِ الْإِجَابِ ، فَلَوْ قَالَ : بَعْتُكَ بِأَلْفٍ مُكْسَّرَةٍ ، فَقَالَ : قَبِلْتُ بِأَلْفٍ صَحِيحَةٍ . . . لَمْ يَصَحَّ . وَإِشَارَةُ الْأَخْرَسِ بِالْعَقْدِ كَالنُّطْقِ . . .

القبول . . . ضَرَّ ؛ لخروجه عن أن يكون جواباً عن الأول ، ولو تخلل كلام أجنبي . . . ضَرَّ وإن قصر ، قال في « شرح المذهب » : ولو بكلمة^(١) .

ولو عبر بقوله : (بين الإيجاب والقبول) بدل : (بين لفظيهما) كـ « الروضة » ، و« شرح المذهب » . . . لكان أولى ؛ ليدخل الخط والإشارة من الأخرس ، والمعاطاة إذا جوزناها^(٢) .

(وَأَنْ يَقْبَلَ عَلَى وَفْقِ الْإِجَابِ ، فَلَوْ قَالَ : « بَعْتُكَ بِأَلْفٍ مُكْسَّرَةٍ » ، فَقَالَ : « قَبِلْتُ بِأَلْفٍ صَحِيحَةٍ » . . . لَمْ يَصَحَّ) لأنه قَبِلَ غير ما أوجبه البائع ، وكذا لا يَصَحُّ عكسه من طريق أولى ، ولو قال : (بَعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ ، وَهَذِهِ الْجَارِيَةُ بِمِثَّةٍ) ، فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا وَعَيْتَهُ . . . ففيه احتمالان في « فتاوى القفال » . . .

والمراد بـ (وفق الإيجاب) : المعنى لا اللفظ ، فلو قال : (بَعْتُكَ) ، فَقَالَ : (تَمَلَّكَتِ) . . . صَحَّ .

ويشترط : أن يقع القبول ممن وقع معه الخطاب ، فلو خاطب بالبيع شخصاً فمات ، ووارثه في المجلس فقبل . . . لم يَصَحَّ على الصحيح .

ويشترط أيضاً : بقاء الأهلية إلى تمام القبول ، فلو جنَّ أحدهما ، أو حجر عليه بسفه قبل وجود الشق الآخر . . . بطل الإيجاب ، قاله في « شرح المذهب »^(٣) .

(وَإِشَارَةُ الْأَخْرَسِ) المفهمة (بالعقد كالنطق) للضرورة ، وكذا كتابته على الأصح .

وقوله : (بالعقد) من زياداته على « المحرر » ، واحتراز بها : عن إشارته في الصلاة ، وبالشهادة فليس لها حكم النطق فيهما على الأصح ، كذا قاله في « الدقائق »^(٤) ، وأهمل

(١) المجموع (١٦٠/٩) .

(٢) روضة الطالبيين (٣/٣٤٢) ، المجموع (١٦٠/٩) .

(٣) المجموع (٢٨٤/٩) .

(٤) دقائق المنهاج (ص ٥٩) .

وَشَرَطُ الْعَاقِدِ : الرُّشْدُ . قُلْتُ : وَعَدَمُ الْإِكْرَاهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ،

ثالثة ، وهي عدم الحنث بها عند الحلف على الكلام ؛ كما صححاه في موضعه سواء حلف الأخرس أو حلف عليه^(١) .

وهذه الزيادة وإن أخرجت ذلك لكنها تضر من جهة أن إشارته أيضاً في الدعاوى والأقارير والإجازات والفسوخ قائمة مقام نطقه ، وقد خرجت بالزيادة المذكورة ، وقد أعاد المصنف المسألة في الطلاق ، وضمّ الحلّ إلى العقد .

(وشرط العاقد : الرشد) فلا يصحّ من صبي وسفيه ؛ لما سيأتي في (باب الحجر) .

نعم ؛ لو نذر بعد بلوغه رشيداً ، ولم يُعدّ الحكام الحجرَ عليه فباع .. صحّ وإن كان غير رشيد .

قال في « الدقائق » : (وتعبير « المنهاج » بالرشد أصوب من تعبير « المحرر » بقوله : « ويعتبر في العاقدين التكليف » ؛ لأنه يرد عليه السكران ؛ فإنه يصحّ بيعه على المذهب مع أنه غير مكلف ؛ كما تقرر في كتب الأصول ، وكذا المحجور عليه بسفه ؛ فإنه لا يصحّ بيعه مع كونه مُكَلَّفاً ، وكذلك المكروه بغير حقّ ؛ فإنه مُكَلَّف لا يصحّ بيعه ، ولا يرد واحد منها على « المنهاج ») انتهى ، وفيه بحث للإسنوي^(٢) .

(قلت : وعدم الإكراه بغير حقّ) لحديث : « إِنَّمَا أَلْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ »^(٣) ، فإن أكره بحقّ ؛ كأن توجه عليه دين ، وامتنع من بيع ماله والوفاء ، فأكرهه الحاكم حتى باع .. صحّ ، ومثله : ما لو أذن أجنبي لعبد في بيع ماله ، وأذن له السيد أيضاً فيه فامتنع ، فأكرهه السيد حتى باع .. فإنه يصحّ ؛ لأنه إكراه بحقّ ؛ لأنّ للسيد غرضاً صحيحاً في ذلك ، إما لتقليد مؤنه ، أو أخذ أجره ، وكذا لو أسلم عبد لكافر محجور عليه ، فأجبر الحاكم وليه على بيعه ، فباع .. صحّ .

ويستثنى من الإكراه بغير حقّ : ما لو أكره المالك رجلاً على بيع مال نفسه ، فباع ..

(١) الشرح الكبير (٣٢٨/١٢) ، روضة الطالبين (٦٣/١١) .

(٢) دقائق المنهاج (ص ٥٩) .

(٣) أخرجه ابن حبان (٤٩٦٧) ، وابن ماجه (٢١٨٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

وَلَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ الْمُصْحَفَ وَالْمُسْلِمَ فِي الْأَظْهَرِ ، إِلَّا أَنْ يَعْتَقَ عَلَيْهِ فَيَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَا الْحَرْبِيُّ سِلَاحاً ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَلِلْمَبِيعِ شُرُوطٌ : طَهَارَةُ عَيْنِهِ ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالْخَمْرِ

فإنه يصح على الأصح ؛ لأنه أبلغ من الإذن .

(ولا يصح شراء الكافر المصحف والمسلم في الأظهر) لما فيه من العار ؛ لامتهانه المصحف ، وإذلاله المسلم ، والثاني : يصح ؛ كالإرث ، ويؤمر بإزالة الملك عنه . وأخبار الرسول كالمصحف ، وكذلك آثار السلف وكتب الفقه التي فيها قرآن أو حديث أو آثار كالمصحف ، ولا يصح شراؤه العبد المرتد على الأصح ؛ لبقاء علق الإسلام .

(إلا أن يعتق عليه) كأبيه وابنه (فيصح) الشراء (في الأصح) لانتفاء الإذلال ؛ لعدم استقرار الملك ، والثاني : لا ؛ لما فيه من ثبوت الملك على المسلم . (ولا الحربي سلاحاً ، والله أعلم) لأنه مستعد لقتالنا ، فتسليمه إليه معصية ، وحيثئذ فيكون معجوزاً عن تسليمه شرعاً فلا يصح .

وخرج بـ (الحربي) : الذمي ؛ لأنه في قبضتنا ، وبـ (السلاح) : الحديد ؛ إذ لا يتيقن جعله سلاحاً .

(وللمبيع شروط) خمسة ؛ كما قاله في « الروضة »^(١) وسيذكرها المصنف ، وذكر السبكي أنها ترجع إلى شرطين فقط ، وهما : كونه مملوكاً ، منتفعاً به ؛ لأن القدرة على التسليم ، والعلم به ، وكون الملك لمن له العقد . شروط في العاقد ، وشروط الطهارة مستغنى عنه بالملك ؛ لأن النجس غير مملوك .

(طهارة عينه) لأنه عليه السلام حرم بيع الخمر والميتة مع ما فيهما من المنافع^(٢) ؛ فإن الخمر تطفأ بها النار ، والميتة تطعم للجوارح ويُسْتَصْبَحُ بشحمها ، فدل على أن العلة النجاسة .

(فلا يصح بيع الكلب) ولو معلماً (والخمر) ولو محترمة ؛ لأنه عليه السلام

(١) روضة الطالبين (٣ / ٣٥٠ - ٣٦٠) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٣٦) ، ومسلم (١٥٨١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

وَالْمُتَنَجِّسِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ تَطْهِيرُهُ كَالْخَلِّ وَاللَّبَنِ ، وَكَذَا الدُّهْنُ فِي الْأَصَحِّ . الثَّانِي : النَّفْعُ ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَشَرَاتِ ، وَكُلُّ سَبْعٍ لَا يَنْفَعُ ، وَلَا حَبَّتِي الْحِنْطَةِ ، وَآلَةُ اللَّهِوِ ، وَقِيلَ : تَصِحُّ آلَةُ إِنْ عُدَّ رِضَاضُهَا مَالًا

(نهى عن ثمن الكلب) ، و (حرم بيع الخمر) متفق عليه ^(١) .

(والمتنجس الذي لا يمكن تطهيره ؛ كالخلّ واللبن) بالإجماع فإن أمكن تطهيره ؛ كالثوب . . صحّ إلا أن تستره النجاسة .

(وكذا الدهن في الأصح) لعدم إمكان تطهيره ، وهذا معطوف على (الخلّ واللبن) مما لا يمكن تطهيره لا (على المتنجس) .

وقضيته : جواز بيعه إذا قيل بإمكان تطهيره ، والأصحّ : المنع ، واستشكله الإسنوي بصحة بيع الثوب المتنجس ، وهو عجب منه ؛ فقد فرق في « المطلب » بينهما بأن معظم منافع الدهن الأكل ، وهو ممتنع مع النجاسة ، بخلاف الثوب ؛ فإن معظم منافعه موجودة مع النجاسة .

(الثاني : النفع) به ولو مآلاً ؛ كالجحش الصغير ؛ لأن بذل المال فيما لا منفعة فيه سفة .

(فلا يصحّ بيع الحشرات) كعقارب وخنافس ؛ لعدم النفع ، ويستثنى : العلق فإنه يجوز بيعه على الأصح ؛ لمنفعة امتصاص الدم ، وكذا النحل ودود القزّ وما يحلّ أكله من الحشرات ؛ كاليربوع والضبّ .

(وكلّ سَبْعٍ لا ينفع) كالأسد ونحوه ، فإن صلح للأكل ؛ كالضبع ، أو للاصطياد ؛ كالفهد ، أو للقتال ؛ كالفيل ، أو للتعليم ؛ كالقرد . . جاز البيع . (ولا حَبَّتِي الحنطة) لسقوط منفعتيها ؛ لقلتهما .

(وآلة اللهو) المحرم ؛ كالطنبور ؛ لسقوط منفعتها شرعاً (وقيل : تصحّ الآلة إِنْ عُدَّ رِضَاضُهَا) ^(٢) أي : مكسرها (مآلاً) لأن فيها نفعاً مُتَوَقَّعاً ، فأشبهه الجحش

(١) أما النهي عن ثمن الكلب . . فهو عند البخاري (٢٢٣٧) ، ومسلم (١٥٦٧) عن أبي مسعود

الأنصاري رضي الله عنه ، وأما تحريم بيع الخمر . . فهو الحديث السابق .

(٢) في (د) : (وقيل : يصح في الآلة) .

وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمَاءِ عَلَى الشُّطِّ ، وَالتَّرَابِ بِالصَّخْرَاءِ فِي الْأَصَحِّ . الثَّالِثُ : إِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الضَّالِّ وَالْأَبْقِ وَالْمَغْضُوبِ . فَإِنْ بَاعَهُ لِقَادِرٍ عَلَى أَنْتِزَاعِهِ . . . صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ

الصغير ، وردّ بأنها على هيئتها آلة المعصية ، فلا يقصد منها غيره ما دام التركيب باقياً ، أما ما لا يعدّ رضاؤه مالاً ؛ كالمزمار الصغير من القصب . . فلا يصحّ إلا على وجه شاذّ حكاه في « شرح المذهب »^(١) .

(ويصحّ بيع الماء على الشُّطِّ ، والتراب بالصَّخْرَاءِ فِي الْأَصَحِّ) لوجود المنفعة ، والكثرة لا تمنع المالية ، ووجه مقابله : أن بذل المال فيه مع وجدان مثله بلا منة ولا مؤنة . . سفه ، والخلاف : إذا لم يكن في المبيع وصف مقصود ؛ كبرد الماء وكزبلة التراب ، فإن كان . . صحّ قطعاً .

ويصحّ بيع نصف دار شائع بنصفها الآخر على الأصحّ ، وفائدته : عدم رجوع الوالد فيما وهبه لولده ، وعدم رجوع البائع في عين ماله عند فسخ المشتري .

(الثالث : إِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ) حسناً أو شرعاً ؛ لأن الانتفاع به يتوقف على التسليم ، وكان الأولى التعبير بالتسليم - بضمّ اللام - ليشمل بيع المغضوب ممن يقدر على انتزاعه وتسليمه ؛ فإن التسليم فعل البائع ، وهو متلف هنا ، ذكره في « المطلب » .

(فلا يصحّ بيع الضالّ والأبق) وإن عرف موضعهما (والمغضوب) من غير غاصبه ؛ لعدم القدرة على التسليم في الحال ، ويصحّ بيع المغضوب من الغاصب قطعاً ، (فإن باعه لقادر على انتزاعه) مع عجز المالك عنه (. . صحّ على الصحيح) إذ المقصود وصوله إليه ، وهو متيسر .

نعم ؛ لو كانت قدرته تحتاج إلى مؤنة . . لم يصحّ ؛ كما أشار إليه في « المطلب » .

والثاني : لا يصحّ ؛ لأن التسليم واجب على البائع ، وهو عاجز عنه . ولو كان البائع وحده قادراً على الانتزاع . . صحّ قطعاً ، قال في « المطلب » : إلا إذا كان فيه تعب شديد . . فينبغي أن يكون فيه ما في بيع السمك في البركة ، والأصحّ :

(١) المجموع (٢٤٣/٩) .

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ نِصْفِ مُعَيَّنٍ مِنَ الْإِنَاءِ وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا ، وَيَصِحُّ فِي الثُّوبِ الَّذِي لَا يَنْقُصُ بَقْطَعِهِ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَا الْمَرْهُونِ بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَهِنِهِ ، وَلَا الْجَانِيِ الْمُتَعَلِّقِ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ فِي الْأَظْهَرِ ، وَلَا يَضُرُّ تَعَلُّقُهُ بِذِمَّتِهِ ،

عدم الصحة ، قال : وهذا عندي لا مدفع له ، ولو باع الأبى ممن يسهل عليه ردُّه .
ففيه الوجهان في المنصوب .

(ولا يصحُّ بيعُ نصفٍ) مثلاً (معين من الإناء والسيف ونحوهما) مما تنقص قيمته بقطعه أو كسره ؛ كالنَّصْل والثوب النفيس ؛ لمنع الشرع عن إضاعة المال ، ولا يتأتى بدونها ، وفي الثوب وجه : أنه يصحُّ ، وكلام الرافعي آخر المسألة يميل إليه ^(١) ، واختاره السبكي .

والفرق بين الثوب وغيره من الإناء ونحوه : أن الثوب نُسِجَ لِيُقَطَعَ ، بخلاف الإناء ونحوه .

(ويصحُّ في الثوب الذي لا يَنْقُصُ بقطعه) كغليظ الكِرْبَاس (في الأصحِّ) لزوال المحذور ، والثاني : المنع ؛ لأن القطع لا يخلو عن تغيير لعين المبيع .

(ولا المرهون) بعد قبضه (بغير إذن مرتهنه) لعجزه عن تسليمه شرعاً ؛ لما فيه من تفويت حقَّ المرتهن ، ويلتحق بالمرهون كلُّ عين استحق حبسها ؛ كالفَصَّار ونحوه .

(ولا الجاني المتعلِّق بِرَقَبَتِهِ مَالٌ فِي الْأَظْهَرِ) كالمرهون ، وأولى ؛ لتقدُّم حقِّ الجناية على حقِّ الرهن ، والثاني : يصحُّ ؛ لأن السيد لم يحجر على نفسه ، بخلاف الراهن ، والثالث : أنه موقوف إن فدى . . نفذ ، وإلا . . فلا .

والخلاف : إذا باعه لغير حقِّ الجناية وكان موسراً ، وكان البيع قبل اختيار الفداء ، فإن كان لحقِّ الجناية . . صحَّ قطعاً ، وإن كان لغيرها وهو معسر . . بطل ، وقيل : على الخلاف .

وإن كان بعد اختيار الفداء . . فقد أطلق في « التهذيب » أنه يصحُّ ، وأقرَّاه ^(٢) .

(ولا يضرُّ تعلقه بذمته) كأن اشترى شيئاً بغير إذن سيده وأتلفه ؛ لأن البيع يَرُدُّ على

(١) الشرح الكبير (٣٧/٤) .

(٢) التهذيب (١٧٣/٧ ، ١٧٤) ، الشرح الكبير (٣٨/٤) ، روضة الطالبين (٣٥٩/٣) .

وَكَذَا تَعْلُقُ الْقَصَاصُ فِي الْأَظْهَرِ . الرَّابِعُ : الْمَلِكُ لِمَنْ لَهُ الْعَقْدُ ، فَيَبِيعُ الْفُضُولِيُّ بَاطِلٌ ، وَفِي الْقَدِيمِ : مُوقُوفٌ ؛ إِنْ أَجَازَ مَالِكُهُ . نَفَذَ ، وَإِلَّا

الرقبة ، ولا تعلق لرب الدين بها ، ولا يضرُّ أيضاً تعلقه بكسبه ، كما إذا زوجه فإن مؤنة زوجته في كسبه .

(وكذا تعلق القصاص (برقبته (في الأظهر) لأنه تُرجى سلامته بالعفو ، ويخاف تلفه بالقصاص ، فصَحَّ بيعه ؛ كالمريض ، والثاني : لا يصح ؛ لاحتمال العفو على مال ، وتعلق المال بالرقبة مانع .

وكان ينبغي أن يعبر بالمذهب ؛ فإن المذهب في « الشرح » ، و« الروضة » : القطع بالصحة ، وطريقة القولين ضعيفة^(١) .

(الرابع : الملك لمن له العقد) لحديث : « لَا يَبِيعُ إِلَّا فِيمَا تَمْلِكُ » رواه أبو داود^(٢) ، ولا بدّ من تقييد الملك بالتأم ؛ ليخرج بيع المبيع قبل القبض ؛ فإنه لا يصحّ كما سيأتي .

وكان الأولي أن يقول : (أن يكون للعاقد عليه ولاية) لئلا يرد بيع الفضولي ؛ فإن العقد يقع للمالك موقوفاً على إجازته عند من يقول بصحته ، والمقصود إخراجها .

(فبيع الفضولي باطل) للحديث المارّ (وفي القديم : موقوف إن أجاز ماله . . نفذ ، وإلا . . فلا) لحديث عروة البارقي في ذلك^(٣) ، وهذا القول نصّ عليه في الجديد ؛ كما قاله الشيخ أبو محمد وغيره ، قال في « الروضة » : وهو قوي في الدليل ، ونصّ عليه في « البويطي »^(٤) ، قال الإسنوي : ونصّ عليه في « الأم » أيضاً في (كتاب الغصب)^(٥) والخلاف جار في كلّ عقد يقبل النيابة ؛ كتزويج أمة غيره ونحوه .

(١) الشرح الكبير (٣٩/٤) ، روضة الطالبين (٣٦٠/٣) .

(٢) سنن أبي داود (٢١٩٠) عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما .

(٣) أخرجه البخاري (٣٦٤٢) ، وأبو داود (٣٣٨٤) ، والترمذي (١٢٥٨) ، وابن ماجه (٢٤٠٢) ، واختلف في اتصاله ، قال الحافظ في « التلخيص » (١٧٢٨-١٧٢٩) : (قلت : والصواب : أنه متصل في إسناده مبهم) .

(٤) روضة الطالبين (٣٥٦/٣) .

(٥) المهمات (٥٠/٥) .

وَلَوْ بَاعَ مَالٌ مُورَّثَهُ ظَانًّا حَيَاتَهُ وَكَانَ مَيْتًا . . صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ . الْخَامِسُ : أَلْعِلْمُ بِهِ ، فَيَبِّعُ أَحَدُ الثَّوْبَيْنِ بَاطِلٌ ، وَيَصَحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تَعْلَمُ صِيعَانَهَا ، وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ بَاعَ بِمِلءٍ ذَا الْبَيْتِ حِنْطَةً ، أَوْ بِزَنَةِ هَذِهِ الْحَصَاةِ ذَهَبًا ، أَوْ بِمَا بَاعَ بِهِ فَلَانٌ فَرَسَهُ ، .

فلو عبر بعقد الفضولي . . لكان أشمل .

(ولو باع مال مورثه) ظاهراً (ظاناً حياته وكان ميتاً . . صح في الأظهر) لصدوره من مالكة ، والثاني : لا ؛ لأنه متلاعب .

قالا : ويجري الخلاف فيما لو زوج أمة مورثه ، واستشكل^(١) .

(الخامس : العلم به) عيناً وقدرأ وصفة ؛ لصحة النهي عن بيع الغرر^(٢) .

واستثني منه مسائل : منها : إذا اختلط حمام البُرْجَيْنِ ، وباع أحدهما ما له لصاحبه . . فإنه يصح على الأصح ، ومنها : لو باع المال الزكوي بعد الوجوب . . فإن الأصح : البطلان في قدر الزكاة ، والصحة في غيره ، وهو مجهول العين ، ومنها : شراء الفقاع ، وما القصدُ لُثْبِهِ ، ومنها : بيع الصاع من الصبرة المجهولة فإنه مبهم ؛ كما سيأتي .

(فبيع أحد الثوبين باطل) لما فيه من الغرر .

(ويصح بيع صاع من صُبْرَةٍ) وهي الكومة من الطعام (تَعْلَمُ صِيعَانَهَا) للمتعاقدين ؛ لعدم الغرر ، وينزل على الإشاعة على الأصح ، فلو كانت الصبرة عشرة أصع . . فالمبيع العشرُ ، ويستثنى : ما لو قال : (بعتك صاعاً من باطن هذه الصبرة) . . فإنه لا يصح ؛ كبيع الغائب ، قاله الإمام^(٣) .

(وكذا إن جهلت في الأصح) لتساوي أجزائها ، فتغفر جهالة العين ، والمبيع هنا صاع مبهم ؛ لتعذر الإشاعة ، والثاني : لا يصح ؛ كما لو فرقها ثم باع واحداً منها .

وفرق الأول : بأن الصيعان المفارقة ربما تتفاوت في الكيل ، فيختلف الغرض .

(ولو باع بمِلءٍ ذَا الْبَيْتِ حِنْطَةً ، أَوْ بِزَنَةِ هَذِهِ الْحَصَاةِ ذَهَبًا ، أَوْ بِمَا بَاعَ بِهِ فَلَانٌ فَرَسَهُ) أي : بمثل ما باع به فلان فرسه ، ولم يعلم أحدهما المقدار قبل العقد ،

(١) الشرح الكبير (٣٣/٤ ، ٣٤) ، روضة الطالبين (٣٥٧/٣) .

(٢) أخرجه مسلم (١٥١٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) نهاية المطلب (١٢/٥) .

أَوْ بِأَلْفِ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ . . لَمْ يَصَحَّ . وَلَوْ بَاعَ بِنَقْدٍ وَفِي الْبَلَدِ نَقْدٌ غَالِبٌ . . تَعَيَّنَ ، أَوْ
نَقْدَانِ وَلَمْ يَغْلِبْ أَحَدُهُمَا . . اشْتَرَطَ التَّعَيُّنُ . وَيَصَحُّ بَيْعُ الصُّبْرَةِ الْمَجْهُولَةِ الصَّيْعَانِ كُلِّ
صَاعٍ بِدِرْهَمٍ ، وَلَوْ بَاعَهَا بِمِئَةِ دِرْهَمٍ كُلِّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ . . صَحَّ إِنْ خَرَجَتْ مِئَةٌ ، وَإِلَّا . .
فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ . وَمَتَى كَانَ الْعَوَضُ مُعَيَّنًا . . كَفَتْ مُعَايِنَتُهُ . وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَا يَصَحُّ
بَيْعُ الْغَائِبِ ، وَالثَّانِي : يَصَحُّ ،

(أَوْ بِأَلْفِ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ . . لَمْ يَصَحَّ) للجهل بأصل المقدار في الثلاثة الأول ، وبمقدار
الذهب من الفضة في الرابعة .

(ولو باع بنقد وفي البلد نقد غالب . . تَعَيَّنَ) ولو كان دراهم عددية ناقصة الوزن أو
زائدة على الأصح ؛ لأن الظاهر إرادتهما له ، (أَوْ نَقْدَانِ وَلَمْ يَغْلِبْ أَحَدُهُمَا . . اشْتَرَطَ
التَّعَيُّنَ) باللفظ ؛ لعدم أولوية أحدهما .

(وَيَصَحُّ بَيْعُ الصُّبْرَةِ الْمَجْهُولَةِ الصَّيْعَانِ كُلِّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ) لأنه لما عرف الجملة
بالتخمين ، وقابل كل فرد منها بشيء معين . . انتفى الغرر والغبن ، (ولو باعها بمئة
درهم كل صاع بدرهم . . صَحَّ إِنْ خَرَجَتْ مِئَةٌ) لحصول الغرضين وهما : بيع الجملة
بالمئة^(١) ، ومقابلة كل واحد بواحد ، ولا يضر الجهل بمبلغ الثمن ؛ لأن تفصيله
معلوم ، والغرر يرتفع به .

(وَإِلَّا) أي : وإن لم يخرج مئة (. . فلا على الصحيح) لتعذر الجمع بين الأمرين
المذكورين ، والثاني : يَصَحُّ ؛ تغليباً للإشارة إلى الصبرة .

فإن خرجت ناقصة . . خير ، فإن أجاز . . فهل يخير بالجميع أم بالقسط ؟ فيه
وجهان : أحدهما في « شرح المذهب » : الثاني^(٢) ، أو زائدة . . فالزيادة للمشتري
على الأصح ، ولا خيار للبائع على الأصح .

(وَمَتَى كَانَ الْعَوَضُ مُعَيَّنًا . . كَفَتْ مُعَايِنَتُهُ) ثمناً كان أو مثمناً ، ولا تشترط معرفة
قدره بالكيل والوزن ؛ اعتماداً على التخمين .

(وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَا يَصَحُّ بَيْعُ الْغَائِبِ) لأنه غرر وقد نُهي عنه (والثاني : يَصَحُّ ،

(١) في (ب) و (د) : (الجملة بالجملة) .

(٢) المجموع (٢٩٧/٩ ، ٢٩٨) .

وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ عِنْدَ الرُّوْيَةِ . وَتَكْفِي الرُّوْيَةُ قَبْلَ الْعَقْدِ فِيمَا لَا يَتَغَيَّرُ غَالِباً إِلَى وَقْتِ الْعَقْدِ ،

ويثبت الخيار عند الروية (لحديث : « مَنْ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ . . فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ » لكنه حديث ضعيف ؛ كما قاله البيهقي ، وقال الدارقطني : إنه باطل^(١) . وهذا ما نقله الماوردي عن جمهور الأصحاب^(٢) .

وإذا قلنا به . . فلا بد من ذكر جنس المبيع ونوعه على الأصح ، فيقول : (بعثك عبدي التركي أو فرسي العربي) ، والأصح : طرد القولين فيما لم يره المتعاقدان أو أحدهما ، وقيل : إن لم يره البائع لم يصح جزماً . والخلاف : فيما لم يره المشتري ، ويجري القولان في بيع الغائب في الشراء به ، وإجارته ، والصلح عليه ، وجعله رأس مال سلم إذا سلم في المجلس ، قال في « شرح المذهب » : ويجريان في وقفه أيضاً ، لكن صحح في « زيادة الروضة » تبعاً لابن الصلاح في (كتاب الوقف) صحته ، وأنه لا خيار له عند الروية ، قال في « العجالة » : (لكن جزم القفال في « فتاويه » بالمنع ، فقال : إذا اشترى عبداً أو داراً فعتق العبد ، أو وقف الدار . . لم يصح ؛ لأنه لو صح . . لأدّى إلى انبرام العقد ، ولا ينبزم قبل الروية) انتهى^(٣) .

وليس بين كلام القفال وكلام المصنف وابن الصلاح اختلاف كما قال ؛ إذ لم يتواردا على محل واحد ؛ فإن كلام ابن الصلاح والمصنف في وقف ما استقر ملكه عليه ولم يره ؛ كما لو ورثه أو اشتراه له وكيله ، وكلام القفال فيما لم يستقر ملكه عليه . (وتكفي الروية قبل العقد فيما لا يتغير غالباً إلى وقت العقد) كالأراضي ونحوها وإن منعنا بيع الغائب ؛ لأنه قد عرفه بتلك الروية ، والغالب بقاؤه على ما شاهده عليه ، ولا بد أن يكون ذاكرة لأوصافه حال البيع ، فإن نسيها . . فهو بيع غائب ، كذا جزم به في « الكفاية » ، ونقله في « المطلب » عن الماوردي وأقره ، ونقله في « شرح

(١) سنن البيهقي (٢٦٨/٥) ، وسنن الدارقطني (٥، ٤/٣) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٠/٦) .

(٣) المجموع (٢٧٦/٩) ، روضة الطالبين (٣١٦/٥) ، عجلة المحتاج (٦٧٩/٢) .

دُونَ مَا يَتَغَيَّرُ غَالِباً . وَتَكْفِي رُؤْيُهُ بَعْضُ الْمَبِيعِ إِنْ دَلَّ عَلَى بَاقِيهِ ؛ كَظَاهِرِ الصَّبْرِ ،
وَأَنْمُودَجِ الْمُتَمَاثِلِ ، أَوْ كَانَ صَوَاناً لِلْبَاقِي خِلْقَةً ؛ كَقَشْرِ الرُّمَّانِ وَالْبَيْضِ ، وَالْقَشْرَةِ
السُّفْلَى لِلْجُوزِ وَاللُّوزِ

المهذب » عنه ثم قال : وما قاله غريب لم يتعرض له الجمهور . انتهى^(١) ، لكن
المتأخرون كالنَّشَائِي وتاج الدين السبكي والأذْرَعِي قالوا : إِنَّ ما ذكره الماوردي تقييد
لمن أطلق .

(دون ما يتغير غالباً) كالأطعمة ؛ لأن الرؤية السابقة لم تفد معرفته حال العقد ،
والأصح فيما احتتمل التغير وعدمه ؛ كالحَيَوَانِ . . الصحة .

(وتكفي رؤية بعض المبيع إِنْ دَلَّ عَلَى بَاقِيهِ ؛ كظواهر الصِّبْرِ) لأن الغالب استواء
ظاهرها وباطنها ، فَإِنْ خَالَفَ الظاهر الباطن . . ثبت الخيار .
وقوله : (إِنْ دَلَّ عَلَى بَاقِيهِ) دخل فيه الحنطة والجوز ونحوهما ، والمائعات في
أوعيتها .

وخرج صبرة البطيخ والسَّفَرَجَل ونحوهما مما يختلف ؛ فإنه لا بدّ من رؤية كلّ
واحدة منها .

(وَأَنْمُودَجِ الْمُتَمَاثِلِ) أي : المتساوي الأجزاء ؛ كعين القمح بشرط إدخاله في
البيع بعد إلقائه في الصبرة ، فَإِنْ لَمْ يُدْخَلْ فِي الْبَيْعِ . . لم يصحّ ؛ لأن المبيع غير
مرئي ، وَإِنْ أَدْخَلْهُ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ رَدٍّ . . كان كمن باع عينين رأى إحداهما ؛ لأن
المرئي مميز عن غيره ، قاله البغوي في « فتاويه » . قال الإسوي : (وهو متعين
لا شك فيه)^(٢) .

(وَاَنْمُودَجِ) : معطوف على قوله : (ظاهر) لا على قوله : (بعض) فإنه من
أمثلة رؤية البعض ؛ لما تقدم من أنه لا بدّ من إدخاله في البيع .

(أَوْ كَانَ صَوَاناً لِلْبَاقِي خِلْقَةً ؛ كَقَشْرِ الرِّمَانِ وَالْبَيْضِ ، وَالْقَشْرَةِ السُّفْلَى لِلْجُوزِ
وَاللُّوزِ) لأن بقاءه فيه من صلاحه .

(١) كفاية النبيه (٥٦/٩) ، المجموع (٢٨٢/٩) .

(٢) المهمات (٨١/٥) .

وَتُعْتَبَرُ رُؤْيَاهُ كُلُّ شَيْءٍ عَلَى مَا يَلِيْقُ بِهِ . وَالْأَصْحَحُ : أَنَّ وَصْفَهُ بِصِفَةِ السَّلَامِ لَا يَكْفِي .
وَيَصِحُّ سَلَامُ الْأَعْمَى ،

واحترز بالخلقي : عن جلد الكتاب ؛ فإن رؤيته لا تكفي ، بل لا بدّ من قلب كل ورقة ، لكن أورد على طرده : الدرّ في صدفه ، والمسك في فأرته . . فإنه لا يصحّ البيع فيهما مع أن الصّنوان خلقي ، وعلى عكسه : الحُشْكَنَانِ ، والجُبَّةُ المحشوة قطناً ، والفُقَاعُ . . فإنه يصحّ بيعهم مع أن الصّنوان غير خلقي .
واحترز بـ (السفلى) ، وهي التي تكسر حال الأكل : عن العليا ؛ فإنه لا يصحّ البيع قبل إزالتها .

(وتعتبر رؤية كلّ شيء على ما يليق به) فلا بدّ في الدار من رؤية البيوت والسقوف والجدران داخلاً وخارجاً ، والمستحم ، والبالوعة ، وكذا السطوح .
وفي البستان من رؤية الأشجار والجدران ومسابل الماء .
وفي العبد من رؤية الوجه والأطراف ، وكذا باقي البدن غير العورة على الأصح ، ولا تشترط رؤية اللسان ، والأسنان على الأصح في « شرح المذهب » ، والجارية كالعبد على الأصح^(١) .

ولا بدّ في الدواب من رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها ، ورفع ما على ظهرها .
ولا بدّ في الثوب من نشره على الأصحّ .

(والأصح : أن وصفه بصفة السلم لا يكفي) عن الرؤية ، وكذا سماع وصفه بطريق التواتر ؛ لأن الرؤية تفيد أموراً تقصر عنها العبارة ، وفي الخبر : « لَيْسَ الْخَبَرُ كَالْعَيَانِ »^(٢) . والثاني : يكفي ؛ لأن ثمرة الرؤية : المعرفة ، والوصف يفيدها .

(ويصحّ سلم الأعمى) سواء أسلم في شيء ، أو أسلم إليه فيه ؛ لأن السلم يعتمد الوصف لا الرؤية ، فعلى هذا : يشترط أن يكون رأس المال موصوفاً ، ثم يعينه في المجلس ، فإن كان معيناً في العقد . . كان كمن باع عيناً ، وإذا صحّ سلمه . . لم يصحّ قبضه في الأصح ، بل يوكل ؛ لأنه لا يميز بين حقه وغيره .

(١) المجموع (٢٧٧/٩) .

(٢) أخرجه ابن حبان (٦٢١٣) ، والحاكم (٣٢١/٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

وَقِيلَ : إِنَّ عَمِي قَبْلَ تَمْيِيزِهِ . . فَلَا .

(وقيل : إن عمي قبل تمييزه) أو خلق أعمى (. . فلا) ؛ لأنه لا يعرف الألوان ، ولا يميز بينها ، وأجاب الأول : بأنه يعرفها بالسمع ، ويتخيل فرقاً بينها .
وقد يفهم أنه لا يصحّ من الأعمى من العقود غير السلم ، وليس كذلك ؛ بل يصحّ أن يشتري نفسه ، وأن يقبل الكتابة على نفسه ، وأن يؤجر نفسه ، وأن يبيع ما شاهده قبل العمى إذا لم يتغير ، وأن يزوج ابنته ونحوها ، ويؤجرهما إذا شاهدهما قبل العمى . ذكرها في « الخصال » ، وفي « الروضة » بعضها^(١) .

* * *

(١) روضة الطالبين (٣ / ٣٧١) .

باب الرب

إِذَا بَاعَ الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ ؛ إِنْ كَانَ جِنْسًا . . اشْتَرِطَ الْحُلُولُ ، وَالْمُمَانَّةُ ، وَالتَّقَابُضُ قَبْلَ التَّمَرُّقِ ، أَوْ جِنْسَيْنِ ؛ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ . . جَازَ التَّفَاضُلُ ، وَاشْتَرِطَ الْحُلُولُ وَالتَّقَابُضُ . وَالطَّعَامُ مَا قُصِدَ لِلطَّعْمِ اقْتِيَاتًا أَوْ تَفَكُّهًا أَوْ تَدَاوِيًا

(باب الربا)

هو لغة : الزيادة ، قال الله تعالى : ﴿ أَهْتَزَّتْ وَرَبَّتْ ﴾ أي : زادت ونمت ، وشرعاً : الزيادة في بيع النقد والمطعموم بمثلهما ، وهو مجمع على تحريمه ، وروى الحاكم عن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : « الرَّبَا سَبْعُونَ بَابًا أَيْسَرُهَا مِثْلُ أَنْ يَبْخَعَ الرَّجُلُ أُمَّهُ ، وَإِنْ أَرَبَى الرَّبَا عَرِضُ الرَّجُلِ الْمُسْلِمِ » ، ثم قال : صحيح على شرط الشيخين ^(١) .

(إذا بيع الطعام بالطعام ؛ إن كانا جنساً . . اشترط الحلول ، والممانلة ، والتقابض قبل التفرق ، أو جنسين ؛ كحنطة وشعير . . جاز التفاضل ، واشترط الحلول ، والتقابض) لقوله صلى الله عليه وسلم : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلِ ، سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ ، يَدَا يَدٍ ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَجْنَاسُ . . فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ ، إِذَا كَانَ يَدَا يَدٍ » ^(٢) أي : مقابضة ، وإذا اعتبر التقابض . . لزم اعتبار الحلول ؛ إذ لو جاز التأجيل . . لجاز تأخير التسليم إلى مضي المدة ، ولا بدّ من القبض الحقيقي ، فلا تكفي الحوالة وإن حصل القبض بها في المجلس على الأصح ؛ كما قاله الماوردي ^(٣) .

(والطعام ما قصد للطعم اقْتِيَاتًا أَوْ تَفَكُّهًا أَوْ تَدَاوِيًا) لأنه عليه السلام نصّ على البرّ والشعير ، والمقصود منهما : القوت ، فألحق بهما ما في معناهما ؛ كالأُرْزَّ والذُّرَّةَ ، وعلى التمر ، والمقصود منه : التأدم والتفكه ، فألحق به ما في معناه ؛ كالزبيب

(١) المستدرک (٢ / ٣٧) ، وأخرج الشطر الأول ابن ماجه (٢٢٧٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) أخرجه مسلم (١٥٨٧) عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه .

(٣) الحاوي الكبير (٦ / ٩١) .

وَأَدَقَّةُ الْأَصُولِ الْمُخْتَلِفَةِ الْجِنْسِ وَخُلُولُهَا وَأَذْهَانُهَا.. أَجْنَاسٌ ، وَاللَّحُومُ وَالْأَلْبَانُ
كَذَلِكَ فِي الْأَظْهَرِ . وَالْمُمَائِلَةُ تُعْتَبَرُ فِي الْمَكِيلِ كَيْلًا ،

والفواكه والبقلات ونحوها ، وعلى الملح ، والمقصود منه : الإصلاح ، فألحق به
ما يحتاج إليه من المطعومات ؛ كالزَّعْفَرَانِ وَالزَّنْجَبِيلِ وَدَهْنِ الْوَرْدِ وَالسَّقْمُونِيَا ونحو
ذلك .

وخرج بقوله : (قَصِدَ) : ما يجوز أكله ولكن لا يقصد ؛ كأطراف قضبان العنب ،
والجلود .

والمراد بـ (الطعم) : طعم الآدميين ، فإن اختص به الجن ؛ كالعظم ، أو
البهائم ؛ كالحشيش .. فليس بربوي ، فإن اشترك فيه الآدميون والبهائم .. فالحكم
للالغلب ، فإن استويا .. فالأصح - كما قاله الصَّيْمَرِيُّ والماوردي - : أنه ربوي^(١) .
وأورد على الضابط : الماء العذب فإنه ربوي على الأصح ؛ لأنه مطعوم ، قال الله
تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي ﴾ وأورد الإسنوي الحلوى ، فإنها طعام ؛ كما ذكره
المصنف في (الأيمان) ، وهو مردود ؛ فإن الحلوى مما يُتَفَكَّهُ بها ، وليس المراد
بالتفكه الثمر .

(وأدقة الأصول المختلفة الجنس وخلولها وأذهانها .. أجناس) لأنها فروع لأصول
مختلفة ربوية فأجري عليها حكم أصولها ، فعلى هذا : يباع دقيق الحنطة بدقيق الشعير
متفاضلاً ، وكذلك خلل الثمر بخلل العنب ، ودهن البنفسج بدهن الورد .

واحتزب (المختلفة) : عن المتحدة ؛ كأدقة أنواع القمح ؛ فإنها جنس قطعاً .
(واللحوم والألبان كذلك في الأظهر) لأنها فروع لأصول مختلفة ، فأشبهت
الأدقة ، والثاني : أنها جنس ؛ لاشتراكهما في الاسم الذي لا يقع التمييز بعده إلا
بالإضافة ، فأشبهت أنواع الثمار ؛ كالمغقلي والبرني .

(والمماثلة تعتبر في المكيل كَيْلًا) لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا تَبِيعُوا الْبُرَّ
بِالْبُرِّ إِلَّا كَيْلًا بِكَيْلٍ يَدَأُ بِيَدٍ »^(٢) ، فنص على أنه لا يعتبر التساوي فيه بالوزن ،

(١) الحاوي الكبير (١٢١/٦ - ١٢٢) .

(٢) لم أجده بهذا اللفظ .

وَالْمُوزُونِ وَزْنًا . وَالْمُعْتَبَرُ : غَالِبُ عَادَةِ الْحِجَازِ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . وَمَا جُهْلٌ يُرْعَى فِيهِ عَادَةُ بَلَدِ الْبَيْعِ ، وَقِيلَ : الْكِيلُ ، وَقِيلَ : الْوَزْنُ ، وَقِيلَ : يَتَخَيَّرُ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ لَهُ أَصْلٌ

(والموزون وزنًا) لقوله عليه السلام : « لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ ، وَلَا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلَّا وَزْنًا بِوَزْنٍ مِثْلًا بِمِثْلٍ » متفق عليه^(١) .

فلو باع المكيل بالوزن ، أو الموزون بالكيل . . لم يصح ، ولا فرق في الكيل بين أن يكون معتاداً أم لا ؛ كالفَصْعة .

(والمعتبر غالب عادة الحجاز في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم) في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً ؛ لأن الظاهر : أنه صلى الله عليه وسلم اطلع عليها وأقرها ، فلو أحدث الناس خلاف ذلك . . فلا اعتبار بإحداثهم .

(وما جُهْلٌ) هل كان موجوداً في عهده أم لا ، أو علم وجوده في عهده ، ولم يعلم هل كان موجوداً في الحجاز أم لا ، أو علم وجوده فيه ، ولم يعلم هل كان يكال أو يوزن ، أو علم أنه كان يكال مرة ، ويوزن أخرى ، ولم يغلب [أحدهما ، أو كان أحدهما غالباً ولكن لم يتعين ، أو علم تعيينه ثم نسي ؟]^(٢) (يُرْعَى فِيهِ عَادَةُ بَلَدِ الْبَيْعِ) لأنَّ الشيء إذا لم يكن محدوداً في الشرع . . كان الرجوع فيه إلى عادة الناس ؛ كما في القبض والحرز .

(وقيل : الكيل) لأنه أعم ؛ فإن أكثر ما ورد فيه النصّ مكيل ، (وقيل : الوزن) لأنه أحصر وأقل تفاوتاً ، (وقيل : يتخير) للتساوي ، (وقيل : إن كان له أصل) معلوم المعيار (. . اعتبر) به ؛ مراعاة لأصله .

فعلى هذا : دهن السُّنْسيم مكيل ، ودهن اللوز موزون إن جعلنا اللوز موزوناً ، وهذا كله إذا لم يكن أكبر جرماً من التمر ، فإن كان كالجوز والبيض . . فالاعتبار فيه بالوزن ؛ لأنه لم يعهد الكيل بالحجاز فيما هو أكبر من التمر ، كذا جزم به في « الشرح

(١) صحيح البخاري (٢١٧٧) ، صحيح مسلم (١٥٨٤) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) .

وَالنَّقْدُ بِالنَّقْدِ كَطَعَامٍ بِطَعَامٍ . وَلَوْ بَاعَ جَزَافًا تَحْمِينًا . . لَمْ يَصَحَّ وَإِنْ خَرَجَا سَوَاءً .
وَتُعْتَبَرُ الْمِمَّاثِلَةُ وَقْتُ الْجَفَافِ - وَقَدْ يُعْتَبَرُ الْكَمَالُ أَوَّلًا -

الصغير « هنا ، ونقله في « الكبير » هنا عن المتولي وأقره ، وجزم به في آخر الباب ^(١) .

(والنقد بالنقد كطعام بطعام) في اشتراط الأمور الثلاثة السالفة عند اتحاد الجنس ،
والآخرين عند عدمه بأن يبيع الذهب بالفضة ؛ للحدث السالف .
وكان الأولى : التعبير بالذهب والفضة ؛ ليشمل التبر والسبائك والحلي ؛ فإن النقد
هو المضروب خاصة .

والعلة في تحريم الربا في الذهب والفضة : جنسية الأثمان غالباً . ولا يجري الربا
في الفلوس وإن راجت على الأصح .

(ولو باع جزافاً تخميناً . . لم يصح وإن خرجا سواء) لأن التساوي شرط ، والجهل
به عند العقد مضر ، وهذا معنى قولهم : (الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة) .

(وتعتبر المماثلة وقت الجفاف) في الثمار والحبوب ؛ لأنه عليه السلام سئل عن
بيع الرطب بالتمر ، فقال : « أَيْتَقَصُّ الرُّطْبُ إِذَا يَبَسَ ؟ » ، فقالوا : نعم ، فنهى عن
ذلك ، صححه الترمذي ^(٢) ، فأشار بقوله : « أَيْتَقَصُّ الرُّطْبُ . . . » إلى أن المماثلة
إنما تعتبر عند الجفاف ، وإلا . . فالنقصان أوضح من أن يسأل عنه .

ويشترط مع الجفاف : ألا يتزع نوى التمر ؛ لأنه إذا نزع . . بطل كماله ؛ لتسارع
الفساد إليه ، بخلاف الخوخ والمشمش ونحوهما ؛ فإن كماله لا يبطل بنزع النوى ؛
فإن الغالب في مجففيهما نزع النوى ، كما أن اللحم المقدد لا يبطل كماله بنزع العظم
منه ، وفي دعوى كون الغالب في مجفف الخوخ والمشمش نزع النوى . . نظر .

(وقد يُعتبر الكمال أولاً) كما في العرايا ؛ فإن اعتبار الجفاف في المماثلة لم يوجد
آخرأ ؛ أي : عند الجفاف ، وإنما وجد أولاً ؛ أي : في حال الرطوبة .

(١) الشرح الكبير (٨٠/٤) .

(٢) سنن الترمذي (١٢٢٥) ، وأخرجه أبو داود (٣٣٥٩) ، والنسائي (٢٦٨/٧) ، وابن ماجه
(٢٢٦٤) عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه .

فَلَا يُبَاعُ رُطْبٌ بِرُطْبٍ وَلَا بَتْمَرٍ ، وَلَا عِنَبٌ بِعِنَبٍ وَلَا بِزَيْبٍ . وَمَا لَا جَفَافَ لَهُ كَالْقَنَاءِ
وَالْعِنَبِ الَّذِي لَا يَتَزَبُّ لَا يُبَاعُ أَصْلًا ، وَفِي قَوْلٍ : تَكْفِي مُمَائِلَتُهُ رُطْبًا . وَلَا تَكْفِي
مُمَائِلَتُهُ الدَّقِيقَ وَالسَّوِيقَ وَالْخُبْزَ ، بَلْ تُعْتَبَرُ الْمُمَائِلَةُ فِي الْحُبُوبِ : حَبًّا ، وَفِي حُبُوبِ
الذَّهْنِ كَالسَّمْسَمِ : حَبًّا أَوْ دُهْنًا ، وَفِي الْعِنَبِ : زَيْبًا أَوْ خَلًّا عِنَبٌ ، وَكَذَا الْعَصِيرُ فِي
الْأَصَحِّ ،

(فلا يباع رُطْبٌ برُطْبٍ) للنهي عنه كما سبق^(١) ، (ولا بتمر) أي : ولا رطب
بتمر ؛ ليقين التفاوت عند الجفاف ، وتستثنى العرايا كما سيأتي (ولا عِنَبٌ بعنب
ولا بزبيب) لما مرَّ .

(وما لا جفاف له ؛ كالقنأ والعنب الذي لا يتزبب .. لا يباع) بعضه ببعض
(أصلاً) قياساً على الرطب بالرطب ، (وفي قول : تكفي ممائلته رطباً) ؛ لأن معظم
منافعه في رطوبته ، فكان كاللبن فيباع وزناً .

وأورد الزيتون ؛ فإنه يجوز بيعه بمثله ، كما نقله الإمام عن صاحب « التقريب »
وارتضاه ، وجزم به في « الوسيط » مع أنه لا جفاف له ، وردَّ : بأنه جاف ، وتلك الرطوبات
التي فيه إنما هي الزيت ، ولا مائة فيه ، ولو كان فيه مائة .. لجفَّ ، وفيه نظر^(٢) .

(ولا تكفي ممائلة الدقيق والسويق والخبز) ونحو ذلك مما يتخذ من الحب
كالنَّشَاءِ ؛ للجهل بالممائلة ؛ فإن الدقيق ونحوه متفاوت في النعومة ، والخبز ونحوه
يتفاوت في تأثير النار .

(بل تعتبر الممائلة في الحبوب) التي لا دهن فيها (حَبًّا) بعد تناهي جفافه ،
وتنقيته من التبن غير مقلبي ، ولا مقشور ، ولا مبلول وإن جف بعد بله ، وعلم من
كلامه أنه لا يجوز بيع الحب بشيء مما يتخذ منه ؛ كالدقيق والنَّشَاءِ ، ولا بما فيه شيء
مما يتخذ منه كالحلواء المعمولة بالنَّشَاءِ ، ويجوز بالتُّخَالَةِ ؛ لأنها ليست ربوية .

(وفي حبوب الدهن ؛ كالسمسم : حَبًّا أَوْ دُهْنًا ، وفي العنب : زَيْبًا ، أَوْ خَلًّا
عِنَبٍ) لأن كليهما على هيئة الادخار ، (وكذا العصير في الأصح) ؛ لأنه مُتَهَيِّءٌ لأكثر

(١) في (ص ٢٣) .

(٢) نهاية المطلب (٧٣/٥) ، الوسيط (٥٣/٣) .

وَفِي اللَّبَنِ : لَبَنًا أَوْ سَمْنًا أَوْ مَخِضًا صَافِيًا ، وَلَا يَكْفِي التَّمَاثُلُ فِي سَائِرِ أَحْوَالِهِ كَالْجُبْنِ وَالْأَقِطِ . وَلَا تَكْفِي مُمَانِلُهُ مَا أَثَرَتْ فِيهِ النَّارُ بِالطَّبَخِ أَوْ الْقَلْيِ أَوْ الشَّيِّ . وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ تَمْيِيزِ كَالْعَسَلِ وَالسَّمَنِ . وَإِذَا جَمَعَتِ الصَّفَقَةُ رِبَوِيًّا مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَاخْتَلَفَ الْجِنْسُ مِنْهُمَا - كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدَرَاهِمٍ بِمُدٍّ وَدَرَاهِمٍ ، وَكَمُدِّ وَدَرَاهِمٍ بِمُدَيْنٍ أَوْ دَرَاهِمَيْنِ - أَوْ النَّوْعُ ؛ كَصِحَاحٍ وَمُكْسَرَةٍ بِهِمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا . . . فَبَاطِلَةٌ . . .

الانتفاعات ، فيجوز بيع العصير بمثله ، والثاني : لا ؛ لأنه ليس على هيئة كمال المنفعة ، وكلامه يوهم أن هذا لا يجيء مثله في الرطب ، وليس كذلك بل له كمالات : تمر ، وخل ، وعصير ، وفي خله وجه ؛ بناء على أنه لا يتأتى إلا بالماء .

(وفي اللبن : لبنًا أَوْ سَمْنًا أَوْ مَخِضًا صَافِيًا) أي : خالصًا عن الماء ؛ لأن كلاً منها مقصود ، ومعيار اللبن : الكيل حتى يباع الرائب بالحليب كيلاً وإن تفاوتتا في الوزن ، وكذا هو معيار الدهن ، والخل ، والعصير .

واعلم : أن اللبن جنس ينقسم إلى : المخيض ، والحليب ، والرائب ، فلا يحسن جعل المخيض قسيماً للبن ، بل هو قسم منه .

(ولا يكفي التماثل في سائر أحواله) أي : باقي أحوال اللبن (كالجبْن والأقِط) ، والمَصْل والزبد ؛ لأنها لا تخلو عن مخالطة شيء ، فالجبْن تخالطه الإنْفَحَة ، والأقِط يخالطه الملح ، والمَصْل يخالطه الدقيق ، والزبد يخالطه المَخِض .

(ولا تكفي ممانلة ما أثرت فيه النار بالطبخ أَوْ الْقَلْيِ أَوْ الشَّيِّ) لأن تأثير النار لا غاية له ، فيؤدي إلى الجهل بالممانلة .

(ولا يضرُّ تأثير تمييز ؛ كالعسل والسمن) والذهب والفضة ؛ فإن النار في العسل لتمييز الشمع ، وفي السمن لتمييز اللبن ، وفي الذهب والفضة لتمييز الغش ، وهي لطيفة لا تؤثر في العقد .

(وَإِذَا جَمَعَتِ الصَّفَقَةُ) جنساً (ربوياً من الجانبين ، واختلف الجنس منهما) ، أو من أحدهما (كمد عَجْوَةٍ ، ودرهم بمُدٍّ ودرهم ، وكَمُدٍّ ودرهم بمدين أو درهمن ، أو) اختلف (النوع ؛ كصحاح ومكسرة بهما) أي : بالصحاح ، والمكسرة (أو بأحدهما) أي : بالصحاح فقط ، أو بالمكسرة فقط (. . فباطلة) ؛ لأن اختلاف

وَيَحْرُمُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ مِنْ جِنْسِهِ ، وَكَذَا بَغِيرِ جِنْسِهِ مِنْ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ .

العوض من الجانبين ، أو من أحدهما يوجب توزيع الثمن عليهما بالقيمة يوم العقد عرفاً وحكماً ؛ لأنه لو باع سيفاً وشقصاً من عقار بألف . . وزعت الألف عليهما باعتبار القيمة ، حتى إذا كانت قيمة الشقص مئة ، وقيمة السيف خمسين . . أخذ الشفيع الشقص بثلثي الألف .

والتوزيع يقتضي الجهل بالمماثلة ، أو حقيقة المفاضلة ؛ لأنه إذا باع مدّاً ودرهماً بمدين مثلاً . . نظر ؛ إن كانت قيمة المدّ الذي مع الدرهم أكثر من الدرهم ؛ مثل : أن تكون قيمته درهمين . . فيكون المدّ ثلثي ما في هذا الطرف ، فيقابله ثلثا المدين من الطرف الآخر ، فيصير كأنه قابل مدّاً بمدّ وثلث ، وإن كان أقل ؛ مثل : أن تكون قيمته نصف درهم . . فيكون المدّ ثلث ما في هذا الطرف ، فيقابله ثلث المدين من الطرف الآخر ، وهما ثلثا مدّ ، وإن كان مساوياً . . فالمماثلة وإن وجدت ، لكنها تستند إلى التقويم ، والتقويم حدّس وتخمين قد يكون صواباً ، وقد يكون خطأ .
والمماثلة المعتبرة في الربا هي المماثلة الحقيقية .

(ويحرم بيع اللحم بالحيوان من جنسه) ويبطل ؛ لأنه عليه السلام نهى عن بيع اللحم بالحيوان ، رواه الشافعي عن مالك مرسل^(١) .

(وكذا بغير جنسه من مأْكُولٍ وَغَيْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ) لعموم الحديث المذكور ، والثاني : لا ، أما في المأكُول . . فبالقياس على بيع اللحم باللحم ، وأما في غيره . . فلأن سبب المنع بيع مال الربا بأصله المشتمل عليه ، ولم يوجد ذلك هنا .

* * *

(١) مختصر المزني (ص ٧٨) ، الموطأ (٢/٦٥٥) .

بَابُ [فِي الْبَيْعِ الْمَنْهِيِّ عَنْهَا]

نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ ، وَهُوَ : ضِرَابُهُ ، وَيُقَالُ : مَاؤُهُ ، وَيُقَالُ : أَجْرَةُ ضِرَابِهِ ، فَيَحْرُمُ ثَمَنُ مَائِهِ ، وَكَذَا أُجْرَتُهُ فِي الْأَصَحِّ . وَعَنْ حَبْلِ الْحَبْلَةِ ، وَهُوَ : نِتَاجُ النَّتَاجِ ؛ بِأَنْ يَبِيعَ نِتَاجُ النَّتَاجِ ، أَوْ بِثَمَنِ إِلَى نِتَاجِ النَّتَاجِ

(بَابُ) فِي الْبَيْعِ الْمَنْهِيِّ عَنْهَا

(نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عَسْبِ الفحل) هذا النهي متفق عليه^(١) . (وهو : ضرابه) أي : طروق الفحل للأثني ، (ويقال : ماؤه ، ويقال : أجرة ضرابه) قال الرافعي : والأول هو المشهور في كتب الفقه^(٢) . ولا بد في الحديث من تقدير ؛ لأن نفس العسب - وهو الضراب - لا يتعلق به النهي ؛ لأنه ليس من أفعال المكلفين ، والإعارة له محبوبة ، فيكون التقدير على الأول : أجرة عسب الفحل ، وعلى الثاني : ثمن مائه . (فيحرم ثمن مائه) لأنه غير متقوم ، (وكذا أجرته في الأصح) لأن فعل الضراب غير مقدور عليه للمالك ، بل يتعلق باختيار الفحل ، والثاني : يجوز ؛ كالاستئجار لتلقيح النخل . (وعن حبل الحبله) هذا النهي متفق عليه^(٣) (وهو : نتاج النتاج ؛ بأن يبيع نتاج النتاج ، أو بثمان إلى نتاج النتاج) الأول : تفسير أهل اللغة ، والثاني : تفسير ابن عمر رضي الله عنهما ، واختاره الشافعي ؛ لأن الراوي أفهم للمقصود ، وعلى التفسيرين : البيع باطل ؛ فالأول : لانتفاء الملك ، وغيره من شروط المبيع ، والثاني : لجهالة الأجل .

(١) صحيح البخاري (٢٢٨٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما ، صحيح مسلم (١٥٦٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٢) الشرح الكبير (١٠١/٤) .

(٣) صحيح البخاري (٢١٤٣) ، صحيح مسلم (١٥١٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

وَعَنِ الْمَلَائِقِ ، وَهِيَ : مَا فِي الْبُطُونِ . وَالْمَضَامِينِ ، وَهِيَ : مَا فِي أَصْلَابِ
الْفُحُولِ . وَالْمَلَامَسَةِ ؛ بَأَنْ يَلْمَسَ ثَوْباً مَطْوِياً ثُمَّ يَشْتَرِيهِ عَلَى أَنْ لَا خِيَارَ لَهُ إِذَا رَأَاهُ ، أَوْ
يَقُولَ : (إِذَا لَمَسْتَهُ . . فَقَدْ بَعْتَكُهُ) . وَالْمُنَابَذَةَ ؛ بَأَنْ يَجْعَلَ الْبُذَّ بَيْعاً

(وعن الملاقيح ، وهي : ما في البطون) أي : بطون الإبل خاصة ؛ كما قاله
الجوهري ^(١) .

(والمضامين ، وهي : ما في أصلاب الفحول) هذا النهي رواه مالك مرسلاً ،
وهو معتضد بالإجماع ، وقد أسنده البزار عن أبي هريرة ^(٢) ، ووجه البطلان فيهما :
انتفاء الشروط .

(والملامسة) هذا النهي متفق عليه ^(٣) (بَأَنْ يَلْمَسَ ثَوْباً مَطْوِياً ، ثُمَّ يَشْتَرِيهِ عَلَى أَنْ
لَا خِيَارَ لَهُ إِذَا رَأَاهُ) الذي فسره الشافعي والجمهور - منهم الرافعي في كتبه ، والمصنف
في « الروضة » - الملامسة : بَأَنْ يَلْمَسَ ثَوْباً مَطْوِياً ، فيقول صاحبه : بعته بشرط قيام
لمسك مقام نظرك ، ولا خيار لك إذا رأيته ، ووجه البطلان : أنا إن فرعنا على إبطال
بيع الغائب . . فظاهر ، وإن فرعنا على صحته . . فباطل أيضاً ؛ فإننا إذا صححنا شراء
ما لم يره فاشتراه على أن لا خيار له عند الرؤية . . فالبيع باطل على الأصح ^(٤) .

(أو يقول : « إذا لمسته . . فقد بعته ») هذا التفسير نقله الرافعي عن الإمام ،
وعلل بطلانه بما فيه من التعليق ^(٥) .

(والمنابذة) هذا النهي متفق عليه ^(٦) (بَأَنْ يَجْعَلَ الْبُذَّ) ، وهو الطرح والإلقاء
(بيعاً) أي : قائماً مقام الصيغة ، فيجيء فيه الخلاف المذكور في المعاطاة ؛ فإن
المنابذة مع قرينة البيع هي المعاطاة بعينها .

(١) الصحاح (٣٥١/١) .

(٢) الموطأ (٦٥٤/٢) ، مسند البزار (٧٧٨٥) .

(٣) صحيح البخاري (٢١٤٦) ، صحيح مسلم (١٥١١) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) مختصر المزني (ص ٨٨) ، الشرح الكبير (١٠٣/٤) ، روضة الطالبين (٣٩٨/٣) .

(٥) الشرح الكبير (١٠٣/٤) .

(٦) صحيح البخاري (٢١٤٦) ، صحيح مسلم (١٥١١) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَبِيعَ الْحَصَاةِ ؛ بِأَنْ يَقُولَ : (بِعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الْأَثْوَابِ مَا تَقَعُ هَذِهِ الْحَصَاةُ عَلَيْهِ) ، أَوْ
يَجْعَلَا الرَّمْيَ بَيْعاً ، أَوْ (بِعْتُكَ وَلَكَ الْخِيَارُ إِلَى رَمِيهَا) . وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ؛ بِأَنْ
يَقُولَ : (بِعْتُكَ بِالْفِ نَقْدًا أَوْ بِالْفَيْنِ إِلَى سَنَةٍ) ، أَوْ (بِعْتُكَ ذَا الْعَبْدِ بِالْفِ عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي
دَارَكَ بِكَذَا) . وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ ، كَبَيْعِ بَشْرَطٍ بِبَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ ،

(وبيع الحصاة) هذا النهي في « صحيح مسلم »^(١) (بأن يقول : « بعتك من هذه
الأثواب ما تقع هذه الحصاة عليه » ، أو يجعل الرمي بيعاً ، أو « بعتك ولك » أو لي
(الخيار إلى رميها ») وجه البطلان في الأول : جهالة المبيع ، وفي الثاني : فقدان
الصيغة ، وفي الثالث : الجهل بالخيار .

واعلم : أنه لا يحسن عطف الثالث على ما قبله بل على الأول ؛ فإنهما معمولان ؛
لقوله في الأول : (بأن يقول) ، فكان ينبغي تقديمه على الثاني ، أو يزيد فيه لفظة
(يقول) كما في « المحرر »^(٢) .

(وعن بيعتين في بيعة) هذا النهي رواه الترمذي وصححه^(٣) (بأن يقول : « بعتك
بالف نقداً ، أو بالفين إلى سنة ») فخذ بأيهما شئت أنت ، أو أنا ، وهو باطل ؛
للجهالة .

(أو « بعتك ذا العبد بالف على أن تبيعني دارك بكذا ») ، وهو باطل ؛ لما فيه من
الشرط ، وسيأتي أن الشرط مبطل إلا ما استثنى .

(وعن بيع وشرط ؛ كبيع بشرط بيع أو قرض) صورة المسألة : أن يقول : (بعتك
عبدي بالف بشرط أن تبيعني دارك بكذا ، أو بشرط أن تقرضني عشرة) ، وهذا البيع
باطل ؛ لأنه جعل الألف ورفق العقد الثاني ثمناً ، واشترط العقد الثاني فاسد ، فبطل
بعض الثمن ، وليس له قيمة معلومة حتى يفرض التوزيع عليه وعلى الباقي ، وهذا
النهي أخرجه الحافظ عبد الحق في « الأحكام » من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن
جده .

(١) صحيح مسلم (١٥١٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) المحرر (ص ١٤٠) .

(٣) سنن الترمذي (١٢٣١) ، وأخرجه النسائي (٢٩٦/٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَلَوْ اشْتَرَى زَرْعاً بِشَرْطٍ أَنْ يَخْصِدَهُ الْبَائِعُ ، أَوْ ثَوْباً وَيَخِيْطُهُ . . . فَالْأَصَحُّ : بَطْلَانُهُ ،
وَتُسْتَنْتَى صَوْرُ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ، أَوْ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْعَيْبِ ، أَوْ بِشَرْطِ قَطْعِ الثَّمَرِ وَالْأَجْلِ
وَالرَّهْنِ وَالْكَفِيلِ الْمُعَيَّنَاتِ

(ولو اشترى زرعاً بشرط أن يحصده البائع ، أو ثوباً ويخيطه . . . فالأصح : بطلانه)
أي : العقد ، وهو البيع والشرط ، أما الشرط . . . فلمنافاته مقتضى العقد ؛ فإن قضية
العقد : أن يكونا على المشتري ، وأما البيع . . . فلأن الشرط إذا فسد . . . فسد البيع ،
والثاني : يبطل الشرط جزماً ، وفي البيع قولاً تفريق الصفقة .

(وتستنّى) من النهي عن بيع وشرط (صور ؛ كالبيع بشرط الخيار ، أو البراءة من
العيب ، أو بشرط قطع الثمر) لما يأتي في بابه ، (والأجل والرهن والكفيل
المُعَيَّنَاتِ) ، أما الأجل : فلقوله تعالى : ﴿ إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾ ، ولا بدّ
من احتمال بقاء المشتري إلى انقضاء الأجل لا كآلف سنة ؛ للعلم بأن المشتري لا يبقى
هذه المدة ، فيسقط الأجل بالموت ، نقله الرافعي عن الروياني ، وأقره بقوله :
(ولأنه في احتمال في بقاءه إليه) ، واعترضه في « الروضة » فقال : (لا يشترط
احتمال بقاءه ، بل ينتقل إلى وارثه لكن التأجيل بألف سنة وغيرها مما يبعد بقاء الدنيا
إليه . . فاسد) انتهى^(١) .

وردّ في « المهمات » هذا الاعتراض فقال : (الكلام ليس في مستحق الدين ، بل
في من هو عليه ، ولهذا قال : « فيسقط الأجل بموته » ، والأجل يسقط بموت من
عليه لا بموت من هو له ، قال : وإذا ظهر هذا . . ظهر أيضاً البطلان فيما إذا كان يبعد
بقاء الدنيا إليه ؛ لأننا نعلم الاستحقاق قبله بموت من عليه)^(٢) .

وأما الرهن والكفيل . . فللمحاجة إليهما ؛ لأنه قد لا يرضى بمعاملته بدونهما ، ولا بدّ
في المرهون أن يكون معيناً بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم ؛ كما قاله هنا^(٣) ،

(١) الشرح الكبير (١٠٧/٤) ، روضة الطالبين (٤٠١/٣) .

(٢) المهمات (١٢٣/٥) .

(٣) الشرح الكبير (١٠٨/٤) ، روضة الطالبين (٤٠٢/٣) .

لِثَمَنِ فِي الذِّمَّةِ وَالْإِشْهَادِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الشُّهُودِ فِي الْأَصَحِّ ، فَإِنْ لَمْ يَزَهَنْ أَوْ لَمْ يَتَكَفَّلِ الْمُعَيَّنُ . . فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ . وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرْطِ إِعْتَاقِهِ . . فَالْمَشْهُورُ : صِحَّةُ الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ ،

لكن ذكرنا عند بيع الغائب : أن رهن الغائب على القولين في بيع الغائب^(١) .
ويشترط : أن يكون المرهون غير المبيع ، فإن كان هو . . لم يصح ؛ لأنه لم يدخل في ملك المشتري إلا بعد الشرط ، ولا بد في الكفيل من تعيينه أيضاً بالمشاهدة أو بالاسم أو النسب ، ولا تكفي الصفة ؛ بأن يقول : (رجل موثر ثقة) .
(لثمن في الذمة) فإن كان مُعَيَّنًا ؛ كقوله : (اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا) . . فهو فاسد ؛ لأن الأجل شرع رفقاً للتحصيل ، والمُعَيَّنُ حاصل .
وكذا لا يصح به رهن وكفيل ؛ فإن الأعيان لا يرهن بها ، ولا تضمن على ما سيأتي في موضعه .

وإطلاقه : اشتراط كون الثمن في الذمة لا يستقيم بالنسبة إلى الضمان ، فإن ضمان العين المبيعة وغيرها من الأعيان المضمونة . . صحيح على الصحيح ، والثمن المُعَيَّنُ بمشابة المبيع ؛ فيصح ضمانه .
وتعبيره بـ (الثمن) ناقص ؛ فإن المبيع قد يكون في الذمة أيضاً ؛ كما لو قال : (اشتريت منك صاعاً في ذمتك بصفة كذا) ، وحيثئذ فيصح اشتراط الأجل والرهن والكفيل .

فلو عبر بقوله : (لعوض في الذمة) . . لاندفع هذا الاعتراض .
(والإشهاد) على الثمن أو المثل ؛ للحاجة إليه (ولا يشترط تعيين الشهود في الأصح) لأن المقصود من الشهود العدالة ؛ لإثبات الحق عند الحاجة ، فلا يتفاوت الغرض فيهم ، والثاني : يشترط ؛ كالرهن والكفيل .
(فإن لم يرهن أو لم يتكفل المُعَيَّنُ . . فللبائع الخيار) وكذا لو لم يشهد ؛ كما في « شرح المذهب » لفوات شرطه^(٢) .

(ولو باع عبداً بشرط إعاقته . . فالمشهور : صحة البيع والشرط) لقصة بريرة

(١) الشرح الكبير (٥٢/٤) ، روضة الطالبين (٣٧٠/٣) .

(٢) المجموع (٣٥٨/٩) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ لِلْبَائِعِ مُطَالَبَةَ الْمُشْتَرِي بِالْإِعْتَاقِ ، وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ مَعَ الْعِتْقِ أَلْوَاءَ لَهُ ، أَوْ شَرَطَ تَدْبِيرَهُ أَوْ كِتَابَتَهُ أَوْ إِعْتَاقَهُ بَعْدَ شَهْرٍ .. لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ

المتفق عليها ؛ فإن فيها اشتراط العتق والولاء ولم ينكر عليه السلام إلا اشتراط الولاء^(١) ، والثاني : لا يصحان ؛ كما لو شرط بيعه أو رهنه ، والثالث : يصح العقد ، ويبطل الشرط ، وهذا إذا أطلق العتق ، أو قال : (بشرط أن تعتقه عن نفسك) ، فلو قال : (عني) .. لغا العقد ؛ كما قاله في « شرح المهذب »^(٢) .

ويستثنى : ما لو اشترى من يعتق عليه بشرط إعنتاقه .. فإن البيع يبطل ؛ لتعذر الوفاء بالشرط فإنه يعتق قبل إعنتاقه ، قاله القاضي الحسين وأقره ، لكن قال في « شرح المهذب » : (إن فيه نظراً و يحتمل أن يصح البيع ، ويكون شرط العتق تأكيداً للمعنى)^(٣) .

(والأصح : أن للبائع مطالبة المشتري بالإعتاق) لأنه يثاب على شرطه ، وله غرض في تحصيله ، والثاني : لا ؛ لأنه لا ولاية له على حق الله تعالى . وهذا الخلاف مبني على أن العتق المشروط حق لله تعالى ؛ كالملتزم بالنذر وهو الأصح ، أما إذا قلنا بالوجه الآخر : إنه حق للبائع .. فيطالب به جزماً . ولو امتنع المشتري من العتق .. أجبره الحاكم على العتق على الأصح ؛ بناء على أن الحق لله تعالى ، فإن قلنا : الحق للبائع .. لم يجبر ، بل يثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء .

(وأنه لو شرط مع العتق الولاء له ، أو شرط تدبيره أو كتابته أو إعنتاقه بعد شهر .. لم يصح البيع) أما الولاء : فوجه بطلان البيع بشرطه : أنه شرط يتضمن نقل الملك إلى البائع وارتفاع العقد ، ووجه الصحة : قوله عليه السلام في حديث بريرة : « وَأَشْتَرِطِي لَهُمُ أَلْوَاءَ »^(٤) ، وأجاب الشافعي بأن (لهم) هنا : بمعنى عليهم ؛ كما في قوله

(١) أخرجها البخاري (٢٧٢٩) ، ومسلم (٦/١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) المجموع (٣٤٦/٩) .

(٣) الشرح الكبير (١١٤/٤) ، روضة الطالبين (٤٠٥/٣) ، المجموع (٣٤٨/٩) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٧٢٩) ، ومسلم (١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .

وَلَوْ شَرَطَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ كَالْقَبْضِ وَالرَّدِّ بَعِيْبٍ ، أَوْ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ ؛ كَشَرَطِ أَلَّا يَأْكُلَ إِلَّا كَذَا . . . صَحَّ ، وَلَوْ شَرَطَ وَصْفًا يُقْصَدُ ؛ كَكَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا ، أَوْ الدَّائِيَّةِ حَامِلًا أَوْ لَبُونًا . . . صَحَّ ،

تعالى : ﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾ ^(١) ، ويدل عليه إنكاره عليه السلام هذا الشرط .
وأما الباقي : فوجه البطلان فيها : أن العتق ليس بناجز ، ووجه الصحة : حصول المقصود .

واحتراز بقوله : (مع العتق) عما إذا شرط الولاء له فقط . . فإن البيع باطل قطعاً ؛ كما نقلاه هنا عن المتولي وأقره ؛ لأن الولاء تابع للعتق ، وهو لم يشترط الأصل ^(٢) .
(ولو شرط مقتضى العقد ؛ كالقبض والرّد بعيب ، أو ما لا غرض فيه ؛ كشرط ألا يأكل إلا كذا . . صَحَّ) أما الأول . . فلأن اشتراطه تأكيد وتنبيه على ما أوجبه الشارع عليه .

وأما الثاني . . فلأن ذكره لا يورث تنازعا في الغالب ^(٣) .
وقوله : (صَحَّ) يعني العقد ، أما الشرط . . فهو في الثانية لاغ ، وأما في الأولى . . ففي « الشرح » و« الروضة » : أنه لا يضر ولا ينفع ^(٤) ، وفي « المطلب » : أن في كلام بعضهم ما يقتضي أن يكون صحيحاً مؤكداً ، وفي كلام غيره أنه لاغ ، قال الإسنوي تبعاً للسبكي : وهو بحث لفظي ، قال الزركشي : ويمكن أن يقال : تظهر فائدته في تعذر الشرط ، كما لو تعذر القبض لمنع البائع منه ، فإن قلنا بصحته . . ثبت الخيار .

(ولو شرط وصفاً يُقْصَدُ ؛ ككون العبد كاتباً ، أو الدابة حاملاً أو لبوناً . . صَحَّ)

(١) مختصر المزني (ص ٣٢٨) .

(٢) الشرح الكبير (١١٤/٤) ، روضة الطالبين (٤٠٥/٣) .

(٣) وما جزم به في الثانية تبعاً لـ « المحرر » [ص ١٤١] ، وجزم به في « الشرح الصغير » ، وقال في « شرح المذهب » [٣٤٦/٩] : إنه المذهب ، واقتضاه كلام « الروضة » [٤٠٦/٣] و« أصلها » [١١٥/٤] فإنهما نقلتا الصحة عن الإمام والغزالي ، وعن مقتضى كلام « التتمة » البطلان ، قال الإسنوي [المهمات (١٢٨/٥)] : والذي نص عليه في « الأم » هو البطلان ، وسقط ذلك . اهـ هامش (أ) .

(٤) الشرح الكبير (١١٥/٤) ، روضة الطالبين (٤٠٥/٣) .

وَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ أَخْلَفَ ، وَفِي قَوْلٍ : يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِي الدَّابَّةِ . وَلَوْ قَالَ : (بَعْتُكُمَا وَحَمَلَهَا) .. بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ . وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَمَلِ وَحْدَهُ ، وَلَا الْحَامِلِ دُونَهُ ، وَلَا الْحَامِلِ بِحُرٍّ

لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد ، وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض ، (وله الخيار إن أخلف) لفوات شرطه .

واحتراز بقوله : (يقصد) : عما لا يقصد ؛ كالزنا والسرقة وغيرهما من العيوب ؛ فإنه لا خيار بفواتها ، وكذا لو شرط أنها ثيب فخرجت بكرًا على الأصح .

(وفي قول : يبطل العقد في الدابة) لأنه شرط معها شيئاً مجهولاً ، فأشبه ما لو قال : (بعْتُكُمَا وَحَمَلَهَا) ، وهو باطل على ما سيأتي .

وأجاب الأول : بأن المقصود الوصف به لا إدخاله في العقد ، والخلاف مبني على أن الحمل يعلم أم لا ، وفيه قولان : أصحهما : نعم .

(ولو قال : « بعْتُكُمَا وَحَمَلَهَا » .. بطل في الأصح) لأن ما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصوداً مع غيره ، والثاني : يجوز ؛ لأنه داخل في العقد عند الإطلاق ، فلا يضر التنصيص عليه ؛ كما لو قال : (بعْتُك هذا الجدار وأساسه) .

وفرق الأول : بأن الأساس داخل في مُسَمَّى الجدار ، فذكره ذكرٌ لما دخل في اللفظ ، فلا يضر التنصيص عليه ، والحمل غير داخل في مُسَمَّى البهيمة ، فإذا ذكره .. فقد ذكر شيئاً آخر مجهولاً وباعه مع المعلوم .

(ولا يصح بيع الحمل وحده) لما مر في النهي عن بيع الملاقيح^(١) ، وهذا مكرر ؛ فإنه عين بيع الملاقيح .

(ولا الحامل دونه) أي : دون الحمل ؛ لأنه لا يفرد بالعقد ، فلا يجوز استثنائه كأعضاء الحيوان .

(ولا الحامل بِحُرٍّ) لأن الحمل لا يدخل والحالة هذه في البيع ، فكأنه استثناء ، وقيل : يصح ؛ لأن الحمل مستثنى شرعاً .

(١) في (ص ٣٠) .

وَلَوْ بَاعَ حَامِلاً مُطْلَقاً . . دَخَلَ الْحَمْلُ فِي الْبَيْعِ .

فَصَلَّى

[في المنهيات التي لا يقتضي النهي فسادها]

وَمِنَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لَا يَبْطُلُ ؛ لِرُجُوعِهِ إِلَى مَعْنَى يَقْتَرِنُ بِهِ ؛ كَبَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ ؛ بِأَنْ
يَقْدَمَ غَرِيبٌ بِمَتَاعٍ تَعْمُ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِيَبِيعَهُ بِسَعْرِ يَوْمِهِ فَيَقُولَ بِلَدِّي : (أَتْرَكُهُ عِنْدِي لِأَبِيعَهُ
عَلَى التَّدْرِيجِ بِأَعْلَى) .

وَتَلْقَى الرُّكْبَانِ ؛ بِأَنْ يَتَلَقَّى طَائِفَةٌ يَحْمِلُونَ مَتَاعاً إِلَى بَلَدٍ ، فَيَشْتَرِيهِ قَبْلَ قُدُومِهِمْ
وَمَعْرِفَتِهِمْ بِالسَّعْرِ ،

(ولو باع حاملاً مطلقاً) أي : من غير شرط يدل على الدخول أو عدمه (. . دخل
الحمل في البيع) تبعاً لها ، ومحله : إذا كان مملوكاً لمالك الأم ، وإلا . . فيبطل
البيع .

* * *

(فصل : ومن المنهي عنه ما لا يبطل ؛ لرجوعه إلى معنى يقترب به ؛ كبيع حاضر
لباد ؛ بِأَنْ يَقْدَمَ غَرِيبٌ بِمَتَاعٍ تَعْمُ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِيَبِيعَهُ بِسَعْرِ يَوْمِهِ ، فيقول بلدي : « اتركه
عندي لأبيعه على التدرج » أي : شيئاً فشيئاً (بأعلى)) وهذا النهي متفق عليه ^(١) ،
والمعنى في التحريم : أن فيه تضيقاً على الناس .

و(البادي) : من سكن البادية ، وفي معناه : كل جالب من تركي وغيره .
ويشترط في التحريم : أن يكون عالماً بالنهي ، وهو عام في جميع المناهي .
واحترز بـ (ما تعم الحاجة إليه) : عما لا يحتاج إليه إلا نادراً ؛ فإنه لا يحرم ،
وبقوله : (لبيعه بسعر يومه) : عما لو قصد بيعه على التدرج فسأله الحضري تفويض
ذلك إليه . . فإنه لا بأس به ، وبقوله : (على التدرج) عما لو سأله أن يبيع له على
الفور ؛ فإنه لا يحرم .

(وتلقي الركبان ؛ بِأَنْ يَتَلَقَّى طَائِفَةٌ يَحْمِلُونَ مَتَاعاً إِلَى بَلَدٍ ، فيشتريه قبل قدومهم
ومعرفتهم بالسعر) لقوله عليه السلام : « لَا تَلْقُوا الْجَلَبَ ، فَمَنْ تَلَقَّى فَاشْتَرَى مِنْهُ فَإِذَا

(١) صحيح البخاري (٢١٤٠) ، صحيح مسلم (١٥٢٠) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَلَهُمُ الْخِيَارُ إِذَا عَرَفُوا الْغَبْنَ . وَالسُّومُ عَلَى سَوْمٍ غَيْرِهِ ،

أَتَى سَيِّدُهُ السُّوقَ . . فَهُوَ بِالْخِيَارِ « رواه مسلم ^(١) .
وهل النظر هنا لمراعاة الرِّكْبَانِ لاحتمال غبنهم ، أو لمراعاة أهل البلد خشية أن يحبسهم المشتري فيضيق الحال عليهم ، أو خشية انقطاع القوافل عنهم ؟ فيه وجهان في « الكفاية » ، وجزم المصنف في « شرح مسلم » بالأول ^(٢) ، ونقل الإسنوي تبعاً لـ « الكفاية » عن الجمهور الثاني ، لكن نقل الأذْرَعِي في « التوسط » عن الماوردي عن الجمهور الأول ، وقال : إنه علة النهي عند الشافعي ، وجرى عليه الزركشي ، وقد راجعت « الحاوي » للماوردي ورأيت كلامه ظاهراً فيما نقله الأذْرَعِي ، ومحملاً لما نقله الإسنوي ^(٣) ، [وكلام المصنف قد يفهم أنه لو خرج لشغل آخر] ^(٤) ؛ من اصطيات ونحوه فرآهم فاشتري منهم . . لا يحرم ، والأصح : خلافه .
(ولهم الخيار إذا عرفوا الغبن) للحديث المار ^(٥) .

(والسوم على سوم غيره) لما فيه من الإيذاء والعداوة ، وصورته : أن يأتي إلى رجل قد أنعم لغيره في بيع سلعته بثمن فيزيده لبيع منه ، أو يأتي إلى المشتري فيعرض عليه مثلها أو أجود منها بأقصر من ذلك الثمن .

(١) صحيح مسلم (١٥١٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) كفاية النبيه (٢٨١ / ٩) ، شرح مسلم (١٦٣ / ١٠) .

(٣) عبارة الحاوي [٤٢٨ / ٦] : اختلف أصحابنا في المعنى الذي لأجله نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ومنع منه ؛ فقال جمهورهم : إن المعنى فيه : أن قوماً بالمدينة كانوا يتلقون الركبان إذا وردت بالأمعة فيخبرونهم برخص الأمعة وكسادها ، ويتعاونونها منهم بتلك الأسعار ، فإذا ورد أرباب الأمعة المدينة . . شاهدوا زيادة الأسعار وكذب من تلقاهم بالأخبار ، فيؤدي ذلك إلى انقطاع الركبان وعدولهم بالأمعة إلى غيرها من البلدان ، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقيهم ؛ نظراً لهم ، ولما في ذلك من الخديعة المجانية للدين ، كما نهى أن يبيع حاضر لباد ؛ لنعم المصلحة بالفريقين بالنظر لهما .

وقال آخرون : بل المعنى في النهي عن تلقيهم : أن من كان يتاعها منهم . . يحملها إلى منزله ويترى بها زيادة السعر ، فلا يتسع على أهل المدينة ، ولا يتألون نفعاً من رخصها ، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان للبيع حتى ترد أمتعتهم السوق فتجتمع فيه وترخص الأسعار بكثرتها ، فينال أهل المدينة نفعاً برخصها ، لهذا لفظه . اهـ هامش (أ) ، تنبيه : لقد اختلفت بعض الكلمات من هامش الأصل عند التصوير ، فنقلنا النص من « الحاوي » المطبوع .

(٤) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) .

(٥) (ص ٣٧) .

وَإِنَّمَا يَحْرُمُ ذَلِكَ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الثَّمَنِ . وَالْبَيْعُ عَلَى بَيْعٍ غَيْرِهِ قَبْلَ لُزُومِهِ ؛ بَأَنْ يَأْمُرَ الْمُشْتَرِي بِالْفَسْخِ لِبَيْعِهِ مِثْلُهُ . وَالشُّرَاءُ عَلَى الشُّرَاءِ ؛ بَأَنْ يَأْمُرَ الْبَائِعُ بِالْفَسْخِ لِيَشْتَرِيَهُ . وَالنَّجَشُ ؛ بَأَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ لَا لِرَغْبَةٍ بَلْ لِيَخْدَعَ غَيْرَهُ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا خِيَارَ . وَيَبِيعُ الرُّطْبَ وَالْعِنَبَ لِعَاصِرِ الْخَمْرِ

(وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن) فلو كان يطاف به مثلاً على من يزيد . فلا منع من الزيادة ، وشرط الاستقرار : أن يكون صريحاً ، فإن عرّض بإجابته . . كره الدخول في سومه ، ولا يحرم على الأصح .

(والبيع على بيع غيره قبل لزومه) وهو زمن الخيار (بأن يأمر المشتري بالفسخ لبيعه مثله) بأقل من هذا الثمن ، وهذا النهي والذي قبله متفق عليه^(١) ، والمعنى فيه : ما ذكرناه من الإيذاء والعداوة .

(والشراء على الشراء ؛ بأن يأمر البائع بالفسخ ليشتره) لما ذكرناه في البيع على البيع .

(والنجش ؛ بأن يزيد في الثمن لا لرغبة بل ليخدع غيره) وهو متفق عليه أيضاً^(٢) . ولو حذف (ليخدع غيره) . . لكان أولى ؛ لأنه إذا زاد لينفع البائع . . لم يقصد أن يخدع غيره مع أنه من صور النجش ، ويصدق عليه أنه زاد لا لرغبة .

(والأصح : أنه لا خيار) للمشتري ؛ لتفريطه حيث لم يتأمل ولم يراجع أهل الخبرة ، والثاني : له الخيار ؛ للتدليس ؛ كالتصرية . ومحل الخلاف : عند مواطاة البائع ، وإلا . . فلا خيار جزماً .

(وبيع الرطب والعنب لعاصر الخمر) لما فيه من التسبب إلى ارتكاب الحرام . وقضية كلامه : تحريم ذلك ؛ لعطفه على أمور كلها محرمة ، وفيه تفصيل ؛ فإن لم يتحقق . . لم يحرم بل يكره ، وإن تحقق - أي : ظَنٌّ ظَنّاً غالباً ؛ كما قال في «المطلب» - . . حرم على الأصح في «زيادة الروضة» ، و«شرح المذهب» ، ويجري هذا في كل تصرف يفضي إلى معصية ؛ كبيع الممالك المُرْد ممن عُرف

(١) صحيح البخاري (٢١٥٠) ، صحيح مسلم (١٥١٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) صحيح البخاري (٢١٤٠) ، صحيح مسلم (٥٢/١٤١٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَيَحْرُمُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْوَلَدِ حَتَّى يُمَيَّرَ ، وَفِي قَوْلٍ : حَتَّى يَبْلُغَ ، وَإِذَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا أَوْ هَبَّةٌ . . . بَطْلًا فِي الْأَطْهَرِ . . .

بالفجور فيهم ؛ كما حكاه في « زيادة الروضة » عن الغزالي ^(١) .

(ويحرم التفريق بين الأم والولد) من الآدميين ؛ لحديث : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا . . . فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبِّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » ^(٢) ، سواء رضيت الأم بذلك أم لا ؛ رعاية لحق الولد .

نعم ؛ يجوز التفريق بالعتق والوصية على الأصح ، والأب وأم الأم عند عدمها كالأم على الأصح ، بخلاف سائر المحارم ؛ كالأخ والعم ؛ فإنه لا يحرم التفريق بينهم على الأصح .

نعم ؛ في الأجداد والجندات عند فقد الأب والأم ثلاثة أوجه حكاهما الرافعي : ثالثها : جواز التفريق في الأجداد دون الجندات ^(٣) ، والجد للأب ، قيل : كالأب ، وقيل : كالأخ ، قال السبكي : والأقرب : الأول .

(حتى يميز) لأنه حيثئذ يستغني عن التعهد والحضانة ، سواء حصل التمييز قبل سبع سنين أو بعدها .

وأحسن ما قيل في حد التمييز : أن يصير الطفل بحيث يأكل وحده ، ويشرب وحده ، ويستنجي وحده .

(وفي قول : حتى يبلغ) لنقصان تمييزه قبل البلوغ .

(وإذا فرق بين أم هبة) ونحوهما ؛ كمقاسمة (. . . بطلا في الأطهر) لعدم القدرة على التسليم شرعاً ، والثاني : لا ؛ لأن النهي لما فيه من الإضرار ، لا لخلل في نفس المبيع .

وإذا قلنا بالصحة . . . فلا تقرُّهما على التفريق ، بل إن رضي المتبايعان بضم أحدهما

(١) روضة الطالبين (٤١٨/٣) ، المجموع (٣٣٥/٩) .

(٢) أخرجه الحاكم (٥٥/٢) ، والترمذي (١٢٨٣) عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه .

(٣) الشرح الكبير (٤٢١/١١) .

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْعَرَبُونَ ؛ بَأَنْ يَشْتَرِيَ وَيُعْطِيَهُ دَرَاهِمَ لَتَكُونَ مِنَ الثَّمَنِ إِنْ رَضِيَ السَّلْعَةُ ،
وَالْأَخَرُ . فَهَبَةٌ .

فَضْلٌ

[في تفريق الصفقة]

بَاعَ خَلَاءً وَخَمْرًا ، أَوْ عَبْدَهُ وَحُرًّا ، أَوْ عَبْدَهُ وَعَبْدَ غَيْرِهِ ، أَوْ مُشْتَرَكًا بِغَيْرِ إِذْنِ
الْآخَرِ . . . صَحَّ فِي مِلْكِهِ فِي الْأَظْهَرِ ،

إلى الآخر . . استمر العقد ، وإلا . . فسخ ، كذا نقله في « السير » عن ابن كج
والماوردي وأقراه^(١) .

ومحل الخلاف : بعد سقيه اللبأ .

أما قبله . . فلا يصحّ جزماً .

وزاد الماوردي على سقي اللبأ وجودَ مرضعة أخرى تُتِمُّ رضاعه^(٢) .

(ولا يصحّ بيع العربون ؛ بَأَنْ يَشْتَرِيَ وَيُعْطِيَهُ دَرَاهِمَ لَتَكُونَ مِنَ الثَّمَنِ إِنْ رَضِيَ
السَّلْعَةُ ، وإلا . . فهبة) لأن فيه شرطين فاسدين : أحدهما : شرط الهبة ، والثاني :
شرط الرد^(٣) على تقدير ألا يرضى .

* * *

(فصل : باع خلاً وخمراً ، أو عبده وحرّاً ، أو عبده وعبداً غيره)^(٤) أي : أو باع
عبده وعبداً غيره (أو مشتركاً بغير إذن الآخر) وهو الشريك (. . صحّ في ملكه في
الأظهر) لأنه باع شيئين مختلفي الحكم ، فيأخذ كلّ واحد منهما حكم نفسه ؛ كما لو
باع ثوباً وشقصاً مشفوعاً . . فإن الشفعة تثبت في المشفوع دون الثوب .
والقول الثاني : البطلان ؛ لأن اللفظة الواحدة لا يتأتى تبعيضها ، فغلب الحرام
على الحلال .

(١) الشرح الكبير (٤٢٠ / ١١) ، روضة الطالبين (٢٥٧ / ١٠) .

(٢) الحاوي الكبير (١٤٨ / ٦) .

(٣) أي : رد المبيع . اهـ هاشم (١) .

(٤) عبارة (ب) : (أو وعبداً غيره) .

فَيَخِيرُ الْمُشْتَرِيَ إِنْ جَهِلَ ، فَإِنْ أَجَازَ . . . فَبِحَصَّتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى بِاعْتِبَارِ قِيَمَتَيْهِمَا ،

وقيل : العلة فيه : أن المسمى يتوزع عليهما باعتبار القيمة ، ونحن لا ندري حصة كل واحد منهما عند العقد ، فيكون الثمن مجهولاً ، قال الربيع : وهو آخر قولي الشافعي قال الإسنوي : فهو المذهب^(١) .

وقوله : (بغير إذن الآخر) : يعود إلى المشترك ؛ فإنه إذا أذن له الشريك . . يصح جزماً ، ولا يصح عوده إليه وإلى عبد الغير معاً ؛ لأنه إذا أذن له فباعه مع عبده . فإن لم يفصل الثمن . . لم يصح على الأصح في « شرح المذهب » . ونقله الرافعي في (كتاب الصداق) عن النص^(٢) .

وإن فصل الثمن . . صح جزماً ، لكن ليس مما نحن فيه ؛ لأن الكلام في الصفقة الواحدة ، وتلك صفقات .

(فتيخير المشتري إن جهل) لضرر التبعض ، قال ابن الرفعة : وهو على الفور ؛ لأنه خيار نقص ، فإن كان عالماً . . فلا ؛ لتقصيره^(٣) .

(فإن أجاز . . فبحصته من المسمى باعتبار قيمتهما) لأنهما أوقعا الثمن في مقابلتهما جميعاً ، فلا يلزم المشتري في مقابلة أحدهما إلا قسطه .

فإذا كان المملوك يساوي مئة والآخر يساوي مئتين . . فالمجموع ثلاث مئة ، وحصة المملوك منها الثلث ، فيؤخذ ثلث المسمى في العقد .

فإذا اشتراهما بمئة وخمسين مثلاً . . أوجبنا خمسين ، وإن اشتراهما بست مئة . . أوجبنا مئتين .

وهل تعتبر قيمة الخمر عند من يرى له قيمة ، أو يقدر خلاً ، أو عصيراً ؟ فيه اختلاف واضطراب نبه عليه في « المهمات »^(٤) .

وتمثيل المصنف قد يفهم أنه لو كان الذي لا يصح فيه العقد مما لا يقصد ؛ كالدم

(١) المهمات (١٤٧/٥) .

(٢) المجموع (٣٦٣/٩) ، الشرح الكبير (٢٦٠/٨) .

(٣) كفاية النيه (٧٤-٧٦) .

(٤) المهمات (١٥٦/٥) .

وَفِي قَوْلٍ : بِجَمِيعِهِ ، وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ . وَلَوْ بَاعَ عَبْدِيهِ فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ . . لَمْ يَنْفَسَخْ فِي الْآخَرِ عَلَى الْمَذْهَبِ ، بَلْ يَتَخَيَّرُ ، فَإِنْ أَجَازَ . . فَبِالْحِصَّةِ قَطْعاً . وَلَوْ جَمَعَ فِي صَفْقَةٍ مُخْتَلَفِي الْحُكْمِ كِإِجَارَةٍ وَبَيْعٍ أَوْ سَلَمٍ . . صَحَّاحًا فِي الْأَظْهَرِ ، وَيُوزَعُ الْمُسَمَّى عَلَى قِيمَتِهِمَا ،

والحشرات أن الإجازة بالجميع قطعاً ، قال الإسوي : ولم أجده مصرحاً به ، ويتأيد بكلامهم في الخلع والكتابة .

(وفي قول : بجميعه) لأن ذكر غير المملوك لاغ ، فيقع الثمن في مقابلة المملوك .

ومحل الخلاف : في غير الربويات ، أما الربويات . . فيتخير فيها بالقسط قطعاً ؛ لأن الفضل فيها حرام .

(ولا خيار للبائع) لأنه مفرط حيث باع ما لا يملكه ، وطمع في ثمنه .
(ولو باع عبديه فتلف أحدهما قبل قبضه . . لم ينفسخ في الآخر على المذهب) لانقضاء علتي البطلان ؛ أما الجمع بين الحلال والحرام . . فواضح .

وأما الجهالة . . فلأن الثمن كله قد ثبت في الابتداء ، وسقوط بعضه طارئ . . فلا يؤثر في الانفساخ ؛ كما لو خرج المبيع معيباً وتعذر الرد لبعض الأسباب ، والثمن غير مقبوض . . فإن بعضه يسقط على سبيل الأرش ، ولا يلزم منه فساد الباقي .

والطريق الثاني : أنه يخرج على القولين فيما لو باع ما يملكه وما لا يملكه ؛ تسوية بين الفساد المقرون بالعقد ، والفساد الطارئ قبل القبض ، (بل يتخير) لفوات مقصوده .

(فإن أجاز . . فبالحصة قطعاً) لأن الثمن وجب في مقابلتهما في الابتداء ، فلا ينصرف إلى أحدهما بالدوام .

(ولو جمع في صفقة مختلفي الحكم ؛ كإجارة وبيع أو سلم . . صحَّاحًا في الأظهر ، وَيُوزَعُ الْمُسَمَّى عَلَى قِيمَتِهِمَا) قياساً على ما إذا باع ثوباً وشقصاً من دار . . فإنه يجوز وإن اختلفا في حكم الشفعة ، واحتجنا إلى التقويم بسببها ، والثاني : البطلان ؛ لأن

أَوْ بَيْعٍ وَنِكَاحٍ . . صَحَّ النِّكَاحُ ، وَفِي الْبَيْعِ وَالصَّدَاقِ الْقَوْلَانِ . وَتَتَعَدَّدُ الصَّفَقَةُ
بِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ كِبَعْتِكَ ذَا بَكْذَا ، وَذَا بَكْذَا ، وَبِتَعَدُّدِ الْبَائِعِ ، وَكَذَا بِتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي فِي
الْأَظْهَرِ

اختلاف الأحكام يغلب على الظن وقوع الانفساخ في أحدهما ، وذلك يجزئ جهلاً في
العوض .

ومحل الخلاف : أن يكون العقدان لازمين كما مثل به ، فلو جمع بين بيع
وجعالة . . لم يصح قطعاً ، كما ذكره الرافعي في (المسابقة)^(١) .
وأورد على تعبيره : ما إذا باع شقصاً من دار وثوباً . . فإنه صحيح قطعاً مع
اختلافهما في الحكم .

وأجيب : بأنه ليس المراد الاختلاف في مطلق الأحكام ، بل اختلاف الأحكام في
الفسخ والتنفيذ ؛ فإن الإجارة شرطها التأقيت ، وهو مبطل للبيع ، وقبل انقضاء المدة
يعرض الانفساخ ، بخلاف البيع ، وليس ذلك موجوداً في الثوب والشقص .
ومثال الإجارة والبيع : (أجرتك داري شهراً ، وبعتك عبدي هذا بدينار) .
ومثال الإجارة والسلم : (أجرتك داري شهراً ، وبعتك صاع قمح في ذمتي سلماً
بكذا) .

(أو بيع ونكاح . . صح النكاح) لأنه لا يفسد بفساد الصداق ، (وفي البيع
والصداق القولان) وقد تقدما بتعليقهما .
وهذه المسألة قد ذكرها المصنف في (كتاب الصداق) بأبسط مما ذكره هنا ،
وستكلم عليها هناك إن شاء الله تعالى .

(وتعدد الصفقة بتفصيل الثمن ؛ كبعتك ذا بكذا وذا بكذا ، وبتعدد البائع) كبعناك
هذا بكذا .

(وكذا بتعدد المشتري) كبعنكما هذا بكذا (في الأظهر) قياساً على البائع ،
والثاني : لا ؛ لأن المشتري يبني على الإيجاب السابق .

(١) الشرح الكبير (١٢ / ١٩٢) .

وَلَوْ وَكَّلَاهُ أَوْ وَكَّلَهُمَا . . . فَالْأَصَحُّ : اُعْتِبَارُ الْوَكِيلِ .

وإذا قلنا : بالتعدد فقبل أحدهما نصفه . . لم يصح على الأصح .

ومحل ذلك : في غير العرايا والشفعة .

أما فيهما . . فيتعدد بتعدد المشتري قطعاً ، وكذا بتعدد البائع في الأظهر ، عكس

ما هنا .

(ولو وَكَّلَاهُ أَوْ وَكَّلَهُمَا . . فالأصح : اعتبار الوكيل) لأن أحكام العقد ؛ من

اشتراط الرؤية وثبوت الخيار . . تتعلق به لا بالموكل ، والثاني : اعتبار الموكل ؛ لأن

الملك له .

* * *

باب الخيار

يُثْبِتُ خِيَارُ الْمَجْلِسِ فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ : كَالصَّرْفِ وَالطَّعَامِ بِالطَّعَامِ وَالسَّلَامِ وَالتَّوَلِيَةِ وَالتَّشْرِيكِ وَصَلَحِ الْمَعَاوِضَةِ . وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : الْمَلِكُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ أَوْ مَوْقُوفٌ . فَلَهُمَا الْخِيَارُ ، وَإِنْ قُلْنَا : لِلْمُشْتَرِي . . . تَخَيَّرَ الْبَائِعُ دُونَهُ .

(باب الخيار)

(يثبت خيار المجلس في أنواع البيع : كالصرف ، والطعام بالطعام ، والسلام ، والتولية ، والتشريك ، وصلاح المعاوضة) لحديث : « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ : أَخْتَرُ » متفق عليه ^(١) .

والمراد بالتفرق هو : التفرق من المكان ؛ ففي « البيهقي » من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « حَتَّى يَتَفَرَّقَا مِنْ مَكَانِهِمَا » ^(٢) .

ويستثنى من قوله : (أنواع البيع) : بيع العبد من نفسه ؛ فإنه لا خيار على الأصح في « الشرح الصغير » ، و« شرح المذهب » ^(٣) ، وكذا القسمة بالتراضي حيث لا ردّ وقلنا : هي بيع ، وكذا الحوالة إن جعلناها بيعاً .

واحترز به (المعاوضة) عن صلح الخطيئة ؛ فإنه لا خيار فيه ؛ لأنه إن ورد على دين . . فإبراء ، أو على عين . . فهبة ، ولا خيار فيهما ، لكن يشمل الصلح على المنفعة ، والصلح عن دم العمد ، ولا خيار في الأول ؛ لأنه إجارة ، ولا في الثاني أيضاً ؛ كما صرح به القاضي الحسين .

(ولو اشترى من يعتق عليه ؛ فإن قلنا : الملك في زمن الخيار للبائع أو موقوف . . فلهما الخيار) لوجود المقتضي بلا مانع (وإن قلنا : للمشتري . . تخيير البائع) لما سبق ، (دونه) لأن مقتضى ملكه له ألا يتمكن من إزالته ، وأن يترتب عليه العتق ، فلما تعذر الثاني . . بقي الأول .

(١) صحيح البخاري (٢١٠٩) ، صحيح مسلم (١٥٣١) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) سنن البيهقي (٢٧١/٥) .

(٣) المجموع (١٦٧/٩) .

وَلَا خِيَارَ فِي الْإِبْرَاءِ وَالنِّكَاحِ وَالْهَبَةِ بِلا ثَوَابٍ ، وَكَذَا ذَاتُ الثَّوَابِ وَالشُّفْعَةِ وَالْإِجَارَةُ
وَالْمُسَاقَاةُ وَالصَّدَاقُ فِي الْأَصَحِّ . وَيَنْقَطِعُ بِالتَّخَايُرِ ؛ بِأَنْ يَخْتَارَا لَزُومَهُ ، فَلَوْ اخْتَارَ
أَحَدُهُمَا . . سَقَطَ حَقُّهُ وَبَقِيَ لِلْآخَرِ ، وَبِالتَّفَرُّقِ بَيْنَهُمَا ،

(ولا خيار في الإبراء والنكاح والهبة بلا ثواب) لانتفاء اسم البيع عنها ، (وكذا
ذات الثواب) بعد قبض الموهوب ؛ لأنها لا تسمى بيعاً ، والنص ورد في المتبايعين ،
والثاني : يثبت فيها ؛ لأن الأصح : أنها بيع ؛ اعتباراً بالمعنى .

(والشفعة) لأن المأخوذ منه لا خيار له ، وتخصيص خيار المجلس بأحد الجانبين
بعيدٌ ، والثاني : يثبت فيها للشفيع ؛ لأن الأخذ بها ملحق بالمعاوضات ؛ بدليل الرد
بالعيب ، وهو ما صححه الرافعي في (باب الشفعة) ، لكن استدركه عليه في
« الروضة » وصحح عدمه ، ولم يصحح هنا في « الشرحين » ، و« الروضة »
شيئاً^(١) .

(والإجارة) لأنها عقد غرر ؛ إذ هو عقد على معدوم ، والخيار غرر ، فلا يُضْمُّ
غرر إلى غرر ، والثاني : يثبت فيها ؛ لأنها معاوضة لازمة ، فأشبهت البيع .
(والمساواة) كالإجارة حكماً وتعليلاً .

(والصدّاق) لأن المال تبع في النكاح لا مقصود ، ووجه الإثبات : أنه عقد مستقل
(في الأصح) في المسائل الخمس كما ذكرناه .

(وينقطع) الخيار (بالتخاير ؛ بأن يختارا لزومه) بأن يقولوا : (تخايرنا) ، أو
(اخترنا إمضاء العقد) ، (أو أجزناه) ، أو (ألزمناه) وما أشبه ذلك ، وكذا :
(أبطلنا الخيار) ، أو (أفسدناه) على الأصح في « شرح المذهب »^(٢) ، (فلو اختار
أحدهما) لزومه (. . سقط حقه وبقي للآخر) كخيار الشرط .
(وبالتفرق بينهما) للحديث المار^(٣) .

نعم ؛ لو حمل أحدهما مكرهاً . . لم يطل خياره على الأصح ، وأما الماكث :

(١) الشرح الكبير (٥٠٦/٥) ، روضة الطالبين (٨٥/٥) .

(٢) المجموع (١٧٠/٩) .

(٣) في (ص ٤٦) .

فَلَوْ طَالَ مَكْتُهُمَا أَوْ قَامَا وَتَمَاشِيَا مَنَازِلَ . . دَامَ خِيَارُهُمَا ، وَيُعْتَبَرُ فِي التَّفَرُّقِ الْعُرْفُ .
وَلَوْ مَاتَ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ جُنَّ . . فَالْأَصَحُّ : اِنْتِقَالُهُ إِلَى الْوَارِثِ وَالْوَلِيِّ . وَلَوْ تَنَازَعَا فِي
التَّفَرُّقِ أَوْ الْفَسْخِ قَبْلَهُ . . صُدِّقَ النَّافِي .

فَصْلٌ

[في خيار الشرط وما يتبعه]

لَهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا شَرْطُ الْخِيَارِ فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ
كَرِبَوِيِّ وَسَلَمَ

فيبطل خياره على الأصح إن لم يمنع من الخروج .

واحتراز به (البدن) : عن الروح ، فلو مات أحدهما . . لم يبطل كما سيأتي .

(فلو طال مكتهما ، أو قاما وتماشيا منازل . . دام خيارهما) لعدم التفرق (ويعتبر
في التفرق العرف) فما عده الناس تفرقا . . لزم به ، وإلا . . فلا ؛ لأن ما ليس له حدٌّ
في الشرع ولا في اللغة . . يرجع فيه إلى العرف .

(ولو مات في المجلس أو جُنَّ . . فالأصح : انتقاله إلى الوارث والولي) كخيار
الشرط والعيب ، والثاني : يسقط ؛ لأن الموت أبلغ من مفارقة البدن .

والجنون : في معنى الموت ؛ بدليل إسقاط التكليف وحلول ما عليه من الديون ؛
كما ذكره في « الروضة » في (باب الفلس) ^(١) ، والإغماء : كالجنون .

(ولو تنازعا في التفرق) بأن جاء معا ، أو قال أحدهما : (تفرقنا) ، وأنكر الآخر
وأراد الفسخ ، (أو) في (الفسخ قبله) بأن اتفقا على التفرق وقال أحدهما : (فسخت
قبله) ، وأنكر الآخر (. . صدق النافي) بيمينه ؛ لأن الأصل دوام الاجتماع وعدم الفسخ .

* * *

(فصل : لهما أو لأحدهما شرط الخيار في أنواع البيع) ^(٢) بالإجماع ، ولا يشرع
في غير البيع ؛ كالفسوخ ، والعتاق ، والإبراء ، والنكاح ، والإجارة .
(إلا أن يُشترط القبض في المجلس كريبوي وسلم) فإنه لا يجوز شرطه فيه ؛ لأنه

(١) روضة الطالبين (١٢٨-١٢٩) .

(٢) في (ب) : (لهما ولأحدهما شرط الخيار) .

وَأَيْنَمَا يَجُوزُ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ لَا تَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، وَتُحْسَبُ مِنَ الْعَقْدِ ، وَقِيلَ : مِنْ التَّفَرُّقِ . وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ . فَمِلْكُ الْمَبِيعِ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي . فَلَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَهُمَا . فَمَوْقُوفٌ ،

إذا امتنع الأجل . . امتنع الخيار بطريق الأولى .

وأورد على الحصر : المصرة ؛ فلا يجوز اشتراط خيار الثلاث فيها للبائع ؛ لأنه يمنع من الحلب ، وتركه يضرّ بالبهيمة ، وما لو اشترى من يعتق عليه ؛ فإنه لا يجوز شرطه للمشتري وحده^(١) ، وكذا الحوالة إذا جعلناها بيعاً ؛ فإنه لا خيار فيه .

(وإنما يجوز في مدة معلومة) دفعاً للغرر (لا تزيد على ثلاثة أيام) لاندفاع الحاجة بها غالباً ، فإن زاد عليها . بطل العقد ، ولا يخرج على تفريق الصفقة ؛ لوجود الشرط الفاسد ، وهو مبطل للعقد .

ويشترط أيضاً : أن تكون المدة متصلة بالعقد ، فلو شرط الثلاث من الغد مثلاً أو فرقها . . لم يصح .

ويشترط : أن يكون المبيع لا يفسد في المدة ، فإن كان مما يتسارع إليه الفساد فيها . . بطل البيع على الأصح .

(وتُحْسَبُ) المدة (من العقد) لأنه ثبت بالشرط الموجود في العقد ، (وقيل : من التفرق) لأن الشارط إنما يقصد بالشرط إثبات ما لولا الشرط لم يثبت ، والخيار ثابت قبل التفرق بالمجلس ، فيكون المقصود ما بعده ، وهذا ما نسبته الماوردي إلى الجمهور ، وقال الإمام : ميل النصّ إليه أكثر^(٢) .

(والأظهر) في خيار المجلس والشرط (أنه إن كان الخيار للبائع . . فملك المبيع له ، وإن كان للمشتري . . فله) لأنه إذا كان الخيار لأحدهما . . كان هو وحده متصرفاً في المبيع ، ونفوذ التصرف دليل على الملك ، (وإن كان لهما . . فموقوف) لأنهما تساويا فتوقفنا .

(١) لأنه لو ثبت له الخيار وحده . . لكان الملك له ، وإذا ملكه . . عتق عليه ، وإذا عتق عليه . . لم يثبت الخيار ، فيلزم من ثبوته عدم ثبوته . اهـ هامش (أ) .

(٢) الحاوي الكبير (٧٨/٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (٣٦/٥) .

فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعُ . . بَانَ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينَ الْعَقْدِ ، وَإِلَّا . . فَلِلْبَائِعِ . وَيَحْصُلُ الْفَسْخُ
وَالْإِجَازَةُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِمَا ؛ كَفَسَخْتُ الْبَيْعَ ، وَرَفَعْتُهُ ، وَاسْتَرْجَعْتُ الْمُبِيعَ ، وَفِي
الْإِجَازَةِ : أَجْزَيْتُهُ ، وَأَمْضَيْتُهُ . وَوُطِئَ الْبَائِعُ وَإِعْتَاقُهُ فَسَخَ ، وَكَذَا بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ وَتَرْوِيجُهُ
فِي الْأَصَحِّ . وَالْأَصَحُّ : أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مِنَ الْمُشْتَرِي إِجَازَةٌ ،

(فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعُ . . بَانَ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينَ الْعَقْدِ ، وَإِلَّا . . فَلِلْبَائِعِ) ، وَالثَّانِي : أَنَّ
الْمَلِكَ لِلْمُشْتَرِي مطلقاً ؛ لِتِمَامِ الْبَيْعِ بِالصِّيغَةِ ، وَالثَّالِثُ : أَنَّهُ لِلْبَائِعِ مطلقاً ؛ اسْتِصْحَاباً
لَمَا كَانَ ، وَتُظْهِرُ فَائِدَةُ الْخِلَافِ فِي الْأَكْسَابِ وَمَا فِي مَعْنَاهَا .

(وَيَحْصُلُ الْفَسْخُ وَالْإِجَازَةُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِمَا ؛ كـ « فَسَخْتُ الْبَيْعَ » ، وَ« رَفَعْتُهُ » ،
وَ« اسْتَرْجَعْتُ الْمُبِيعَ » ، وَفِي الْإِجَازَةِ : « أَجْزَيْتُهُ » ، وَ« أَمْضَيْتُهُ ») وَكَذَا : (رَدَدْتُ
الشَّمْنَ) وَنَحْوَ ذَلِكَ .

(وَوُطِئَ الْبَائِعُ وَإِعْتَاقُهُ فَسَخَ) حَيْثُ كَانَ الْخِيَارُ لَهُ أَوْ لَهَا ؛ لِإِسْعَارِ الْأَوَّلِ بِاخْتِيَارِ
الْإِمْسَاكِ ، وَتَضَمَّنَ الثَّانِي الْفَسْخَ ، وَهَذَا فِي وَطِئِ الْمُتَحَقِّقِ أَنْوِثَتَهَا ، فَلَوْ أَوْلِجَ فِي قَبْلِ
مَشْكِلٍ . . فَلَا يَكُونُ فَسْخاً وَلَا إِجَازَةً ، فَإِنْ اخْتَارَ الْأَنْوِثَةَ بَعْدَهُ . . تَعَلَّقَ بِالْوُطْءِ السَّابِقِ
الْحُكْمُ ، قَالَ فِي « شَرْحِ الْمَهْذَبِ » فِي (بَابِ الْأَحْدَاثِ) (١) .

وَخَرَجَ بِـ (الْوُطْءِ) : مَقْدَمَاتِهِ ؛ كَالْقَبْلَةِ وَاللَّمْسِ بِشَهْوَةٍ ؛ فَلَا يَلْتَحِقُ بِهِ عَلَى الْأَصَحِّ
فِي « أَصْلِ الرُّوْضَةِ » (٢) .

(وَكَذَا بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ وَتَرْوِيجُهُ فِي الْأَصَحِّ) لِدَلَالَتِهَا عَلَى ظَهْوَرِ النَّدَمِ ، وَالثَّانِي :
لَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْعَقْدِ ، فَيَسْتَصْحَبُ إِلَى أَنْ يَوْجَدَ الْفَسْخُ صَرِيحاً .

(وَالْأَصَحُّ : أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ) أَيِ : الْوُطْءِ وَمَا بَعْدَهُ (مِنَ الْمُشْتَرِي إِجَازَةً) لِأَنَّ
وُطْءَ الْبَائِعِ اخْتِيَارٌ لِلْمُبِيعِ ، فَكَذَا وَطِئُ الْمُشْتَرِي ، وَالثَّانِي : لَا ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ بِالْعَيْبِ
لَا يَمْنَعُهُ الْوُطْءُ ، فَكَذَا هُنَا .

وَمَحَلُّ الْخِلَافِ فِي الْعَتَقِ وَالْوُطْءِ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ فِيهِمَا الْبَائِعُ ، فَإِنْ أْذَنَ . . كَانَ إِجَازَةً
مِنْهُمَا جُزْئاً ، وَكَذَا الْإِذْنُ فِي الْبَيْعِ وَمَا بَعْدَهُ .

(١) الْمَجْمُوعُ (٦٤ / ٢) .

(٢) رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ (٤٥٧ / ٣) .

وَأَنَّ الْعَرْضَ عَلَى الْبَيْعِ وَالْتَّوَكُّلَ فِيهِ لَيْسَ فسخاً مِنَ الْبَائِعِ ، وَلَا إِجَازَةً مِنَ الْمُشْتَرِي .

فُضِّلَ

[في خيار النقيصة]

لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بِظُهُورِ عَيْبٍ قَدِيمٍ ؛ كَخِصَاءِ رَقِيقٍ ، وَزَنَاهُ ، وَسَرْقَتِهِ ، وَإِبَاقِهِ ، وَبَوْلِهِ بِالْفِرَاشِ ، وَبَخَرِهِ ، وَضَنَانِهِ ، وَجِمَاحِ الدَّابَّةِ وَعَضُّهَا ، وَكُلُّ مَا يَنْقُصُ الْعَيْنَ أَوْ الْقِيَمَةَ

(وأن العرض على البيع والتوكيل فيه ليس فسخاً من البائع ، ولا إجازة من المشتري) لأنهما لا يقتضيان إزالة الملك ، والثاني : نعم ؛ كالرجوع عن الوصية .

* * *

(فصل : للمشتري الخيار بظهور عيب قديم) بالإجماع ، والمراد بقدمه : وجوده عند العقد ، أو حدوثه قبل القبض (كخصاء رقيق) لأن الفحل يصلح لما لا يصلح له الخصي ، والجبُّ كالخصاء .

وأفهم : أن الخصاء ليس بعيب في البهائم ، وصرح الجرجاني وغيره بأنه عيب فيها ؛ ولذلك أطلق في « الروضة » أن الخصاء عيب ، ولم يقيده بالرقيق^(١) .
(وزناه وسرقته وإباقه) سواء أكان ذكراً أم أنثى ، أقيم عليه الحدّ أم لا ، صغيراً أم كبيراً ؛ لأنه قد يعتاده صغيراً فيفعله كبيراً .

(وبوله بالفراش) إن كان كبيراً ، وهو ابن سبع سنين ؛ كما في « التهذيب » ، وأقرّاه^(٢) ، وضبط القاضي أبو الطيب وغيره الكبير : بأن يكون مثله يحترز عنه ، والأصح : اعتبار مصير ذلك عادة له .

(وبخره) الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون من قَلَحِ الأسنان ؛ فإن ذلك يزول بتنظيف الفم ، (وضنانه) المستحكم دون ما يكون لعارضٍ عرقٍ أو حركة ونحو ذلك .

(وجِمَاح الدابة) وهو امتناع ركوبها ، (وعَضُّها ، وكلُّ ما ينقص العين أو القيمة

(١) روضة الطالبيين (٤٦١ / ٣) .

(٢) التهذيب (٤٤٥ / ٣) ، الشرح الكبير (٢١٢ / ٤) ، روضة الطالبيين (٤٦٢ / ٣) .

نَقْصاً يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ إِذَا غَلَبَ فِي جِنْسِ الْمَبِيعِ عَدَمُهُ ، سَوَاءً قَارَنَ الْعَقْدَ أَمْ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَلَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ . . . فَلَا خِيَارَ إِلَّا أَنْ يَسْتَدَّ إِلَى سَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ ، كَقَطْعِهِ بِجِنَايَةٍ سَابِقَةٍ فَيُثْبِتُ الرَّدَّ فِي الْأَصَحِّ ،

نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه (هذا ضابط يكتفى به عن تفصيل العيوب ؛ فإنه لا مطمع في استيفائها ، وهو للإمام ^(١) .

والتقييد بفوات غرض صحيح يتعلق بنقص العين خاصة ، واحتراز به : عن قطع جزء يسير من الفخذ إذا اندمل بلا شئ ، وعن الختان بعد الاندمال ؛ فإنه فضيلة لا عيب .

ودخل في نقصان العين الخصاء ، وقطع الأنملة .

وخرج بقوله : (إذا غلب في جنس المبيع عدمه) : الثبوت في الأمة الكبيرة ؛ وكذا قلع الأسنان في الكبير ؛ فإنه لا يردّ به بلا خلاف ، قال في « المطلب » : وكذا لا ردّ ببياض الشعر في الكبير ، قال في « الاستقصاء » : وكذا بقطع الأنف ؛ لأنه لا يخفى . انتهى ، وفيه نظر ؛ لجواز أن يخفى تأمله لدهشة ^(٢) .

(سواء قارن العقد أم حدث قبل القبض) لأن المبيع والحالة هذه من ضمان البائع ، فكذا جزؤه وصفته .

(ولو حدث بعده) أي : بعد القبض (. . فلا خيار) لأنه بالقبض صار من ضمانه ، فكذا جزؤه وصفته .

(إلا أن يستند إلى سبب متقدم) على القبض أو العقد (كقطعه بجناية سابقة فيثبت الرد في الأصح) إذا كان جاهلاً بالسبب ، ويكون من ضمان البائع ؛ إحالةً للهلك على السبب ، فإن كان عالماً به . . فلا ردّ ولا أرش ؛ لدخوله في العقد على بصيرة ، والثاني : لا يثبت ؛ لأنه قد يسلط على التصرف بالقبض ، فيدخل المبيع في ضمانه أيضاً ، فعلى هذا : يرجع بالأرش ، وهو : ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه .

(١) نهاية المطلب (٥ / ٢٢٨) .

(٢) بلغ مقابلة على خط مؤلفه عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

بِخِلَافِ مَوْتِهِ بِمَرَضٍ سَابِقٍ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ قُتِلَ بِرِدَّةٍ سَابِقَةٍ . . . ضَمِنَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ بَرَاءَتِهِ مِنَ الْعُيُوبِ . . . فَلَاظْهَرُ : أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنْ عَيْبِ بَاطِنٍ بِالْحَيَوَانِ لَمْ يَعْلَمْهُ دُونَ غَيْرِهِ ،

وقوله : (بجناية) : دخل فيه السرقة ، وقطع يد الغير عدواناً ، وفي معنى القطع : زوال البكارة بزواج متقدم ، واستيفاء الحدّ بسياط ، وكان ينبغي أن يقول : على الأظهر ؛ فإن الأول نصّه في « الأم » ، والثاني نصّه في « الإملاء » .

(بخلاف موته بمرض سابق في الأصح) لأن المرض يتزايد ، فيحصل الموت فيه بتلك الزيادة ، بخلاف قتله بالردة السابقة ؛ فإنها خصلة واحدة وجدت في يد البائع ، وقيل : فيه الخلاف في الصورة الآتية ؛ لأن كلاهما موت بسبب سابق ، والأصح : القطع بالأول ، والفرق : ما ذكرناه .

وكلامه يوهم : أن الخلاف في هذه الصورة في الردّ ، وليس كذلك ؛ فإنه قد تَعَذَّرَ ، وإنما الخلاف في أن المبيع من ضمان البائع حتى ينفسخ أم لا ، فعلى الأول : يرجع بالأرض ، وهو : ما بين قيمته صحيحاً ومريضاً إن جهل ، وإلا . . . فلا شيء له ، وعلى الثاني : ينفسخ البيع ، ويرجع بالثمن كلّهُ .

(ولو قُتِلَ بِرِدَّةٍ سَابِقَةٍ . . . ضَمِنَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ) هذا الخلاف هو الخلاف المارّ في قطعه بجناية سابقة ، وقد مرّ توجيهه ، لكن الحكم بكونه من ضمان البائع هناك موجب للردّ بالعيب ، وهنا لانفساخ البيع ، والرجوع بالثمن إن لم يعلم بالردة ؛ فإن علم . . . لم يرجع بشيء على المذهب .

ولا يخفى أن الكلام فيما بعد القبض ، فإن كان قبله . . . انفسخ قطعاً ، وقضية كلامه : صحة بيع المرتد ، وهو الأصح .

(ولو باع بشرط براءته من العيوب . . . فَلَاظْهَرُ : أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنْ عَيْبِ بَاطِنٍ بِالْحَيَوَانِ لَمْ يَعْلَمْهُ دُونَ غَيْرِهِ) لأثر عثمان رضي الله عنه في ذلك ^(١) ، ولأن الحيوان يأكل في حالتي

(١) وهو ما في « الموطأ » (٦١٣/٢) أن ابن عمر رضي الله عنهما باع غلاماً له بثمان مئة درهم ، وباعه بالبراءة ، فقال المبتاع لابن عمر : بالعبد داء لم تسمه لي ، فاخصمنا إلى عثمان ، فقال الرجل : باعني العبد وبه داء لم يسمه لي ، فقال ابن عمر : بعته بالبراءة ، فقضى عثمان رضي الله عنه على ابن عمر أن =

وَلَهُ مَعَ هَذَا الشَّرْطِ الرَّدُّ بِعَيْبٍ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ عَمَّا يَحْدُثُ . . لَمْ يَصَحَّ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي أَوْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ عَلِمَ الْعَيْبَ . . رَجَعَ بِالْأَرْضِ ،

صحته وسقمه ، وتبديل أحواله سريعاً ، وقلَّ أن ينفك عن عيب خفي ، فيحتاج البائع إلى هذا الشرط ؛ ليشق فيه بلزوم البيع بخلاف غيره .

والفرق بين المعلوم وغيره : أن كتمان المعلوم تدليس فلا يبرأ منه ، والفرق بين الظاهر والباطن : تسهيل الاطلاع عليه ويعلم غالباً ، فأعطيناه حكم المعلوم وإن خفي على ندور .

فقلوه : (دون غيره) راجع إلى الثلاثة المذكورة ، فلا يبرأ عن عيب ظاهر وإن كان في حيوان ، ولا عن عيب باطن بالحيوان علمه ، ولا عن العيب في غير الحيوان ؛ كالعقار مطلقاً .

والقول الثاني : يبرأ مطلقاً عملاً بالشرط ، والثالث : لا يبرأ مطلقاً ؛ لأن الرد ثابت بالشرع فلا ينتفي بالشرط ؛ كسائر مقتضيات العقد .

(وله مع هذا الشرط الرد بعيب حدث قبل القبض) عند إطلاق الشرط ؛ لانصرافه إلى الموجود عند العقد .

(ولو شرط البراءة عما يحدث . . لم يصح في الأصح) لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته ، فلم يسقط ، كما لو أبرأه عن ثمن ما يبيعه له ، والثاني : يصح بطريق التبعية ، فإن أفرد الحادث . . فهو أولى بالبطلان ؛ كما في « الروضة » ، و« أصلها »^(١) .

(ولو هلك المبيع عند المشتري) بأفة سماوية أو غيرها (أو أعتقه) أو وقفه أو استولد الأمة (ثم علم العيب . . رجع بالأرض)^(٢) لتعذر الرد ؛ إذ لا مردود ، ولا يمكن إسقاط حق المشتري ، فرجعنا إلى الأرض .

= يحلف : لقد باعه العبد وما به داء يعلمه ، فأبى ابن عمر أن يحلف ، وارتجع العبد ، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسة مئة درهم . اهـ هامش (أ) .

(١) روضة الطالبين (٤٧٣ / ٣) ، الشرح الكبير (٢٤٤ / ٤) .

(٢) في (ب) و (د) : (ثم علم بالعيب) .

وَهُوَ : جُزْءٌ مِنْ ثَمَنِهِ نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ نِسْبَةُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنَ الْقِيَمَةِ لَوْ كَانَ سَلِيمًا ،
وَالْأَصَحُّ : أَعْتَبَارُ أَقَلِّ قِيَمِهِ مِنْ يَوْمِ الْبَيْعِ إِلَى الْقَبْضِ

ويستثنى من الرجوع بالأرض مسألتان : الأولى : ما لو كان التالف ربويًا قد بيع بمثله من جنسه . . فإنه لا يأخذ الأرض بل يفسخ العقد ، ويسترد الثمن ، ويغرم بدل التالف على الأصح عند العراقيين ، ورجحه السبكي ، وحكى الشيخان في المسألة وجهين بلا ترجيح : أحدهما : هذا ، والثاني : يأخذ الأرض ؛ لأن المماثلة إنما تشترط في ابتداء العقد ، والأرض حقٌ وجب بعد ذلك^(١) .

الثانية : لو كان العبد المعتقد كافرًا . . قال الإسوي : فلا يرجع بالأرض ؛ لأنه لم يئأس من الرد ، فإنه قد يلتحق بدار الحرب فيسترق ، فيعود إلى ملكه .

(وهو) أي : الأرض (جزء من ثمنه) أي : من ثمن المبيع (نسبته إليه) أي : نسبة ذلك الجزء إلى الثمن (نسبة ما نقص العيب) أي : مثل نسبة الذي نقصه العيب (من القيمة لو كان سليمًا) أي : المبيع إلى تمام قيمة السليم ؛ كما ذكره في « المحرر »^(٢) ؛ مثاله : كانت القيمة مئة دون العيب ، وتسعين معه ، فالتفاوت العشر ، فيكون الرجوع بعشر الثمن ، فإن كان الثمن مئتين . . كان الأرض عشرين ، وإن كان خمسين . . كان خمسة .

(والأصح : اعتبار أقل قيمه من يوم البيع إلى القبض) لأن القيمة إن كانت يوم البيع أقل . . فالزيادة حدثت في ملك المشتري ، وإن كانت يوم القبض أقل . . فما نقص كان من ضمان البائع ، والثاني : تعتبر قيمة يوم العقد ؛ لأن الثمن قد قابل المبيع يومئذ ، والثالث : يوم القبض ؛ لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه .

وقضية كلامه : اعتبار النقص الحاصل بين العقد والقبض ، وقد صرح به في « الدقائق » ، وبأنه غَيْرَ عبارة « المحرر » لأجل ذلك^(٣) .

واعترض : بأن هذا ليس وجهًا محكيًا في أصوله المبسوطة فضلًا عن اختياره ،

(١) الشرح الكبير (٢٤٥-٢٤٦) ، روضة الطالبين (٤٧٤-٤٧٥) .

(٢) المحرر (ص ١٤٥) .

(٣) دقائق المنهاج (ص ٦٠) .

وَلَوْ تَلَفَ الثَّمَنُ دُونَ الْمَبِيعِ . . رَدَّهُ وَأَخَذَ مِثْلَ الثَّمَنِ أَوْ قِيَمَتَهُ . وَلَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ بَعْدَ زَوَالِ
مِلْكِهِ إِلَى غَيْرِهِ . . فَلَا أَرَشَ فِي الْأَصَحِّ ، فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ . . فَلَهُ الرَّدُّ ، وَقِيلَ : إِنْ عَادَ
بِغَيْرِ الرَّدِّ بَعِيْبٍ . . فَلَا رَدَّ . وَالرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ ،

وبأن النقصان الحاصل قبل القبض إذا زال قبل القبض . . لا يثبت للمشتري الخيار ،
ككيف يكون مضموناً على البائع ؟!

(ولو تلف الثمن دون المبيع) واطلع على عيب بالمبيع (. . رَدَّهُ) لوجوده خالياً
عن الموانع (وأخذ مثل الثمن) إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا (أَوْ قِيَمَتَهُ) إِنْ كَانَ مَتَقَوِّمًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ
بَاقِيًّا . . لَاسْتَحَقَّهُ ، فَإِذَا تَلَفَ . . ضَمَنَهُ بِذَلِكَ قِيَاسًا عَلَى غَيْرِهِ ، وَخُرُوجَهُ عَنْ مِلْكِهِ
بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ كَتَلَفِهِ .

(ولو علم العيب بعد زوال ملكه إلى غيره . . فلا أرش في الأصح) لأنه لم يئأس من
الرَّدِّ ، فربما عاد إليه فردّه ، وَقِيلَ : لِأَنَّهُ اسْتَدْرَكَ الظُّلَامَةَ وَرَوَّجَ كَمَا رَوَّجَ عَلَيْهِ ،
وَحَرَّجُوا عَلَى التَّعْلِيلِينَ زَوَالَهُ بِلَا عَوْضٍ ؛ فَعَلَى الْأَصَحِّ : لَا أَرَشَ ، وَعَلَى الثَّانِي :
يَجِبُ ، وَالثَّانِي : يَرْجِعُ ؛ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ الْآنَ فَأَشْبَهَ الْمَوْتَ .

وكان ينبغي التعبير بالمشهور ؛ لأن المُرْجَّحَ منصوص ، ومقابله مُخَرَّجٌ .

(فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ . . فَلَهُ الرَّدُّ) لِإِمْكَانِهِ ، (وَقِيلَ : إِنْ عَادَ بِغَيْرِ الرَّدِّ بَعِيْبٍ) كَأَن عَادَ
بِارْتِثٍ أَوْ هَبَةٍ وَنَحْوَهُمَا (. . فَلَا رَدَّ) بِنَاءً عَلَى التَّعْلِيلِ بِاسْتَدْرَاكِ الظُّلَامَةِ ، وَالْأَصَحُّ :
الرَّدُّ ؛ بِنَاءً عَلَى التَّعْلِيلِ بِعَدَمِ الْيَأْسِ مِنَ الرَّدِّ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ . هَذَا إِذَا كَانَ الزَّوَالُ
بِعَوْضٍ ، فَإِنْ زَالَ بِلَا عَوْضٍ ثُمَّ عَادَ . . رَدَّ قَطْعًا ، كَذَا قَالَهُ الْأَكْثَرُونَ ، وَأَجْرَى الْإِمَامُ
وَالْغَزَالِيُّ الْخِلَافَ سِوَاءَ أَكَانَ الزَّوَالُ وَالْعَوْدُ أَوْ أَحَدُهُمَا بِعَوْضٍ أَمْ لَا ؛ كَمَا أَطْلَقَهُ فِي
« الْكِتَابِ » (١) .

(والرَدُّ عَلَى الْفَوْرِ) لِأَنَّهُ الْأَصْلُ فِي الْبَيْعِ الزَّرْمُ ، فَإِذَا أَمَكَنَهُ الرَّدُّ وَقَصُرَ . . لَزِمَهُ
حُكْمُهُ ، وَهَذَا فِي الْعَقْدِ عَلَى الْأَعْيَانِ .

أما الواجب في الذمة ببيع أو سلم إذا قبضه فوجده معيباً . . فلا يُعْتَبَرُ الْفَوْرُ إِنْ قَلْنَا :
لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالرِّضَا ؛ إِذِ الْمَلِكُ مُوقِفٌ عَلَيْهِ ، وَكَذَا إِنْ قَلْنَا : يَمْلِكُهُ بِالْقَبْضِ عَلَى

(١) نهاية المطلب (٥/٢٣٣) ، الوسيط (٣/١٣٠) .

فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ . فَلَوْ عَلِمَهُ وَهُوَ يُصَلِّي أَوْ يَأْكُلُ . . فَلَهُ تَأْخِيرُهُ حَتَّى يَفْرُغَ ، أَوْ لَيْلًا . .
فَحَتَّى يُصْبِحَ . فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ بِالْبَلَدِ . . رَدَّهُ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ أَوْ وَكِيلِهِ أَوْ عَلَى وَكِيلِهِ ،

الأوجه ؛ كما قاله الإمام ، وأقره عليه في (باب الكتابة)^(١) ؛ لأنه ليس معقوداً عليه ،
وإنما يثبت الفور فيما يؤدي رده إلى رفع العقد .

ويستثنى من اشتراط الفور مسائل : منها : قريب العهد بالإسلام ، ومن نشأ ببادية
بعيدة عن العلماء إذا ادعى الجهل بأن له الرد . . فإنه يقبل منه ، ولو قال : لم أعلم أنه
يبتطل بالتأخير . . قال الرافعي : قبل قوله ؛ لأنه يخفى على العوام ، وقال في
« الروضة » : إنما يقبل هنا وفي الشفعة ممن يخفى على^(٢) مثله ، ومنها : لو اطلع
المشتري على عيب بالشقص قبل أخذ الشفع فأمسك عن رده انتظاراً ؛ فإن كان الشفع
غائباً . . بطل حقه بالانتظار ، وإن كان حاضراً . . فلا ، ومنها : الأبق إنما يردُّ بعد
عوده ، ولا أرش في الحال في الأصح ، ولا يسقط رده بالتأخير ولو صرح بإسقاطه
على الأصح ، ومنها : ما إذا اشترى مالاً زكوتياً ووجد به عيباً قديماً ، وقد مضى حول
من الشراء . . فليس له الردُّ بذلك حتى يخرج الزكاة ، ولا يبطل حق الردُّ بالتأخير ؛ لأنه
غير متمكن قبله ، [ذكره الرافعي في (باب الزكاة)]^(٣) .

(فليبادر على العادة) من غير عدو ولا ركض .

(فلو علمه وهو يصلي) ولو نفلأ (أو يأكل) أو يقضي حاجة (. . فله تأخيرته حتى
يفرغ) لأنه لا يعدُّ مقصراً ، وكذا لو علم بالعيب وقد دخل وقت هذه الأمور فاشتغل
بفعلها .

(أو ليلًا . . فحتى يصبح) لعدم التقصير أيضاً .

(فإن كان البائع بالبلد . . رده عليه بنفسه أو وكيله) إذا لم يحصل بالتوكيل تأخير

(أو على وكيله) لأنه قائم مقامه .

(١) نهاية المطلب (٣٩٤-٣٩٥) ، الشرح الكبير (٤٩٦/١٣) ، روضة الطالبين (٢٤٥/١٢) .

(٢) الشرح الكبير (٢٥٣/٤) ، روضة الطالبين (٤٨٠/٣) .

(٣) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) ، وانظر « الشرح الكبير » (٥٣١/٣) .

وَلَوْ تَرَكَهُ وَرَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ . . فَهُوَ آكَدُ ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا . . رَفَعَ إِلَى الْحَاكِمِ .
وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يُلْزَمُهُ الْإِشْهَادُ عَلَى الْفَسْخِ إِنْ أَمَكْنَهُ حَتَّى يُنْهِيَهُ إِلَى الْبَائِعِ أَوْ الْحَاكِمِ ، .

(ولو تركه ورفع الأمر إلى الحاكم . . فهو أكد) لأن المالك ربما أحوجه في آخر الأمر إلى المرافعة إليه ، فيكون الإتيان به أولاً فاصلاً للأمر جزماً .
وقضية كلامه تبعاً للرافعي : أنه لا فرق في التخيير المذكور بين أن يكون الاطلاع بحضرة أحدهم أم في غيبة الكل^(١) .

وقال في « المطلب » : قال المعظم : إذا علم بحضرة أحدهم . . فالتأخير لغيره تقصير ، وقضيته : أنه لو مرَّ عليه وجاوزه إلى غيره . . كان تقصيراً ، وهو ظاهر ، وإذا جاء إلى الحاكم . . لا يدعي ؛ لأن غريمه غائب عن المجلس وهو في البلد^(٢) ، وإنما يفسخ بحضرته ثم يطلب غريمه .

(وإن كان غائباً) عن البلد (. . رفع إلى الحاكم) ولا يؤخر لقدمه ، وظاهر إطلاقه يشمل الغيبة القريبة وغيرها ، وتوقف فيه في « المطلب » ثم مال إليه ؛ لما فيه من الحرج ، وهو ظاهر بالنسبة إلى الفسخ عنده ، أما القضاء به وفصل الأمر وبيع ماله . . فلا بدّ فيه من شروط القضاء على الغائب فيما يظهر . قاله الأذرعي .

(والأصحّ : أنه يلزمه الإشهاد على الفسخ إن أمكنه حتى ينهيه إلى البائع أو الحاكم)
لأنه المقدور عليه ، والثاني : لا ؛ لأنه إذا كان طالباً للبائع أو للحاكم . . لا يعدّ مقصراً .
والمراد : إشهاد اثنين ؛ كما ذكره القاضي والغزالي ، قال ابن الرفعة : وهو احتياط ؛ لأن الواحد مع اليمين كاف .

وقضية كلام المصنف تبعاً للرافعي : بقاء وجوب الذهاب بعد الإشهاد^(٣) ، وقال السبكي : إذا أشهد على نفس الفسخ . . ينبغي أن ينفذ الفسخ ، ولا يحتاج بعده إلى إتيان البائع أو الحاكم إلا للتسليم وفصل الخصومة ؛ فإن الفسخ عندنا بالعيب لا يتوقف على الحاكم ولا البائع ، وبسط ذلك .

(١) الشرح الكبير (٢٥١-٢٥٢) .

(٢) في (د) : (لا يدعي أن غريمه غائب عن المجلس) .

(٣) الشرح الكبير (٢٥١/٤) .

فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِشْهَادِ .. لَمْ يَلْزَمُهُ التَّلَفُّظُ بِالْفَسْخِ فِي الْأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ
الِاسْتِعْمَالِ ، فَلَوْ اسْتُخْدِمَ الْعَبْدُ أَوْ تَرَكَ عَلَى الدَّائِيَّةِ سَرْجَهَا أَوْ إِكَافَهَا .. بَطَلَ حَقُّهُ ،
وَيُعْذَرُ فِي رُكُوبِ جَمُوحٍ يَعْسُرُ سَوْقُهَا وَقَوْدُهَا . وَإِذَا سَقَطَ رَدُّهُ بِتَقْصِيرٍ .. فَلَا أَرَشَ .
وَلَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ .. سَقَطَ الرَّدُّ قَهْرًا ، ثُمَّ إِنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ .. رَدَّهُ الْمُشْتَرِي أَوْ
قَنَعَ بِهِ ،

(فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِشْهَادِ .. لم يلزمه التلفظ بالفسخ في الأصح) لأن الكلام الذي
يقصد به إعلام الغير ما في النفس .. يبعد إيجابه من غير سامع ، والثاني : يلزمه ؛
ليبادر بحسب الإمكان .

(ويشترط ترك الاستعمال ؛ فلو استخدم العبد أو ترك على الدابة سَرْجَهَا أَوْ إِكَافَهَا)
أي : البرْدَعَةُ في سيره إلى الرَّدِّ ، أو في المدة التي يغتفر التأخير لها (.. بطل حقه) إن
لم يحصل بنزعه ضررٌ للدابة ؛ لإشعاره بالرضا .

وقضيته : أنه لو خدمه وهو ساكت .. لم يؤثر ؛ لأن الاستعمال طلب العمل ، وهو
متجه ، لكن قضيته أيضاً : أن مجرد الطلب يؤثر سواء وجد العمل أم لا .
قال الإسْنَوِيُّ : وفيه نظر^(١) .

قال والدي : وفي النظر نظر ؛ لدلالة الطلب على الرضا ، سواء عمل أو لم يعمل .
(ويُعْذَرُ فِي رُكُوبِ جَمُوحٍ يَعْسُرُ سَوْقُهَا وَقَوْدُهَا) للحاجة ، فلو لم تكن جموحاً ..
لم يعذر ؛ كما لو لبس الثوب للرَّدِّ .

(وَإِذَا سَقَطَ رَدُّهُ بِتَقْصِيرٍ .. فَلَا أَرَشَ) لأنه المفوت بتقصيره .
(وَلَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ) بجنابة أو آفة (.. سقط الرَّدُّ قَهْرًا) لما فيه من الإضرار
بالبائع ؛ لأنه أخذه بعيب ، فلا يرده بعيبين .

نعم ؛ لو علم العيب القديم بعد زوال الحادث .. رَدَّهُ عَلَى الصَّحِيحِ .
ونسيان القرآن والحرفة بمثابة العيب ؛ لنقصان القيمة .
(ثُمَّ إِنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ) بلا أرش عن الحادث (.. رَدَّهُ الْمُشْتَرِي ، أَوْ قَنَعَ بِهِ) بلا
أرش عن القديم ؛ لأن المانع من الرَّدِّ - وهو ضرر البائع - قد زال برضاه ، فصار كما لو

وَالْإِلَّ . فَلْيُضْمَّ الْمُشْتَرِي أَرْضَ الْحَادِثِ إِلَى الْمَبِيعِ وَيَرُدُّ ، أَوْ يَغْرُمُ الْبَائِعُ أَرْضَ الْقَدِيمِ وَلَا يَرُدُّ ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَحَدِهِمَا . . فَذَاكَ ، وَالْإِلَّ . . فَالْأَصَحُّ : إِبْجَابُهُ مَنْ طَلَبَ الْإِمْسَاكَ . وَيَجِبُ أَنْ يُعْلِمَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَلَى الْفَوْرِ بِالْحَادِثِ لِيَخْتَارَ ، فَإِنْ أَخَّرَ إِعْلَامَهُ بِلَا عُدْرٍ . . فَلَا رَدَّ وَلَا أَرْضَ . وَلَوْ حَدَثَ عَيْبٌ لَا يُعْرَفُ الْقَدِيمُ إِلَّا بِهِ كَكَسْرِ بَيْضٍ وَرَانِجٍ ،

لم يحدث به عيب ، (وإلا) أي : وإن لم يرض به البائع . . فليضم المشتري أرض الحادث إلى المبيع ويرد ، أو يغرم البائع أرض القديم ولا يرد (لأن كلاً من المسلكين فيه جمعٌ بين المصلحتين ورعاية الجانبين .

(فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَحَدِهِمَا . . فَذَاكَ) لأن الحقَّ لهما ، (وإلا) أي : وإن تنازعا فدعا أحدهما إلى الردِّ مع أرض الحادث ، والآخر إلى الإمساك ، وغرامة أرض القديم (. . فَالْأَصَحُّ : إِبْجَابُهُ مَنْ طَلَبَ الْإِمْسَاكَ) والرجوع بأرض العيب سواء أكان هو البائع أم المشتري ؛ لما فيه من تقرير العقد ، والثاني : يجاب البائع ؛ لأنه إما غارم أو أخذ ما لم يرد العقد عليه ، والثالث : يجاب المشتري ؛ لأن البائع قد دلَّس عليه .

واستثنى : ما إذا اطلع على عيب بالثوب بعد صبغه وزادت القيمة بالصبغ ، واختلفا ؛ فأراد المشتري أرض العيب القديم وإبقاء العقد ، وقال البائع : (رَدُّ الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ) . . فَإِنْ الْمَجَابُ الْبَائِعَ عَلَى الْأَصَحِّ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي هُنَا إِذَا أَخَذَ الثَّمَنَ وَرَدَّ قِيَمَةَ الصَّبْغِ . . لَمْ يَغْرَمْ شَيْئاً ، وَفِي غَيْرِهَا لَوْ أَلْزَمْنَاهُ الرَّدَّ وَأَرْضَ الْحَادِثِ . . غَرَمْنَاهُ لَا فِي مَقَابَلَةِ شَيْءٍ .

وفي استثناء هذه الصورة نظر ؛ لأن الصبغ ليس بعيب ؛ لأن قيمته قد زادت ولا نقص في عينه .

(وَيَجِبُ أَنْ يُعْلِمَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَلَى الْفَوْرِ بِالْحَادِثِ لِيَخْتَارَ) هل يقبله بلا أرض أم لا ؟ ، (فَإِنْ أَخَّرَ إِعْلَامَهُ بِلَا عُدْرٍ . . فَلَا رَدَّ وَلَا أَرْضَ) كما لو أخر المشتري الردَّ حيث لا حادث .

نعم ؛ لو كان الحادث قريب الزوال غالباً ؛ كالرمد والحمى . . ففي اشتراط الفور قولان بلا ترجيح ، وقضية إطلاق المصنف : اشتراطه .

(وَلَوْ حَدَثَ عَيْبٌ لَا يُعْرَفُ الْقَدِيمُ إِلَّا بِهِ ؛ كَكَسْرِ بَيْضٍ وَرَانِجٍ) وهو الجوز الهندي

وَتَقْوِيرِ بَطِيخٍ مُدَوَّدٍ . . رَدَّ وَلَا أَرَشَ عَلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ . فَإِنْ أُمِكنَ مَعْرِفَةُ الْقَدِيمِ بِأَقْلٍ مِمَّا
أُحْدِثُهُ . . فَكَسَائِرِ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ .

فَرَعَ

[في عدم تفريق الصفقة بالعيب]

أَشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعْيَيْنَيْنِ صَفْقَةً . . رَدَّهُمَا ، وَلَوْ ظَهَرَ عَيْبٌ أَحَدِهِمَا . . رَدَّهُمَا لَا
الْمَعْيَبَ وَحْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ . وَلَوْ أَشْتَرَى عَبْدَ رَجُلَيْنِ مَعْيَبًا . . فَلَهُ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ،

(وتَقْوِيرِ بَطِيخٍ مُدَوَّدٍ . . رد ولا أرش عليه في الأظهر) لأن البائع قد سلطه على كسره ؛
إذ لا يعلم عيبه إلا به ، فهو معذور في تعاطيه ، والثاني : يرد ويرد معه الأرض ؛ رعايةً
للجانبيين ، والثالث : لا يرد أصلاً ؛ كسائر العيوب الحادثة .

والمراد بالبيض : بيض النعام ، وبالبطيخ : المدود بعضه حتى تكون لهما قيمة بعد
الكسر فيصح إيجاب الأرض ، فأما بيض الدجاج ونحوه المذرُ والبطيخ المدود
جميعه . . فيبطل العقد فيهما ، ويرجع بجميع الثمن على النصِّ ؛ لوروده على غير
مقوم .

(فَإِنْ أُمِكنَ مَعْرِفَةُ الْقَدِيمِ بِأَقْلٍ مِمَّا أُحْدِثُهُ . . فَكَسَائِرِ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ) لعدم الحاجة
إليه ، وذلك كتقوير البطيخ الحامض مع إمكان الوقوف على حاله بغرز شيء فيه .

* * *

(فرع : اشترى عبيدين معيين صفقة . . ردهما) لوجود المقتضي لردهما ، فلو أراد
إفراد أحدهما بالردِّ . . ففيه القولان الآتيان في المسألة إثرها .

(ولو ظهر عيب أحدهما . . ردهما لا المعيب وحده في الأظهر) لما فيه من تفريق
الصفقة على البائع من غير ضرورة ، والثاني : له ذلك ؛ لاختصاصه بالعيب .

والخلاف جارٍ في كلِّ شيئين لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر ، أما نحو مصراعي
باب وزوجي خف . . فلا يجوز الأفراد قطعاً ، هذا كله في الردِّ القهري ، فإن رضي
البائع بردَّ أحدهما . . جاز على الأصح .

(ولو اشترى عبدَ رجلين معيَّبًا . . فَلَهُ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا) لتعدد الصفقة بتعدد
البائع .

وَلَوْ اشْتَرَاهُ . . فَلأَحَدُهُمَا الرُّدُّ فِي الْأَظْهَرِ . وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدَمِ الْعَيْبِ . . صُدِّقَ الْبَائِعُ بِبَيْعِهِ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ . وَالزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ كَالسَّمَنِ تَتَّبِعُ الْأَصْلَ ، وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالْوَلَدِ وَالْأَجْرَةَ لَا تَمْنَعُ الرُّدَّ ،

(ولو اشترياه . . فلأحدهما الرُّدُّ في الأظهر) لأنه ردّ جميع ما ملك ، والخلاف مبني على تعدد الصفقة بتعدد المشتري وقد مرّ .

(ولو اختلفا في قدم العيب . . صدق البائع) لأن الأصل لزوم العقد وعدم العيب في يده ، والمراد : ما إذا احتمل صدق كلّ منهما ، أما إذا قطعنا بما ادعاه أحدهما . . فهو المصدق .

ويستثنى : ما لو ادعى المشتري وجودَ عيبين في يد البائع ، فاعترف بأحدهما وادعى حدوث الآخر في يد المشتري . . فإن القول قول المشتري ؛ لأن الرُّدَّ ثبت بإقرار البائع بأحدهما ، فلا يطل بالشك ، قاله ابن القطان في « المطارحات » ، واستحسنه السبكي في « شرح المذهب » .

وتصديق البائع إنما هو بالنسبة إلى دفع الرُّدِّ عليه لا في تغريم المشتري الأرض لو قدر عوده إليه ، فلو جرى الفسخ بعد تصديقه بتحالف فطالب المشتري بأرض الحادث وزعم أنه أثبت حدوثه بيمينه . . فلا يجاب إليه ؛ لأن يمينه وإن صلحت للدفع عنه لا تصلح لشغل ذمة المشتري ، بل للمشتري أن يحلف الآن أنه ليس بحادث عنده ، كذا جزم به جمع منهم الماوردي والقاضي والإمام والغزالي ، ولم يتعرض له الشيخان^(١) .

(بيمينه) لاحتمال صدق المشتري (على حسب جوابه) فإن قال في جوابه : (ليس له الرُّدُّ عليّ بهذا) ، أو (لا يلزمني قبوله) . . حلف على ذلك ، وإن قال : (ما بعته إلا سليماً) ، أو (ما أقبضته إلا سليماً) . . حلف كذلك .

(والزيادة المتصلة ؛ كالسمن) وكبر الشجرة ، وتعلم العبد حرفة (تتبع الأصل) لعدم إمكان إفرادها .

(والمنفصلة ؛ كالولد والأجرة لا تمنع الرد) عملاً بمقتضى العيب .

(١) الحاوي الكبير (٣١٨/٦) ، نهاية المطلب (٢٥٤/٥) ، الوسيط (١٤١/٣) .

وَهِيَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ رَدَّ بَعْدَ الْقَبْضِ ، وَكَذَا قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ بَاعَهَا حَامِلًا فَأَنْفَصَلَ . .
رَدَّهُ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ . وَلَا يَمْنَعُ الرَّدُّ الِاسْتِخْدَامَ وَوُطْءُ الثَّيِّبِ . وَافْتِضَاضُ الْبَكْرِ نَقْصٌ
حَدَثَ ، وَقَبْلَهُ جِنَايَةٌ عَلَى الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ .

(وهي للمشتري إن رد بعد القبض) لحديث : « الْخَرَجُ بِالْضَّمَانِ » رواه
أبو داود ، وصححه الترمذي والحاكم^(١) ، ومعناه : أن ما يخرج من المبيع من غلة
وفائدة فهي للمشتري في مقابلة أنه لو تلف . . لكان من ضمانه .

(وكذا قبله في الأصح) بناء على أن الفسخ يرفع العقد من حينه ، وهو الأصح ،
والثاني : أنها للبائع ؛ بناء على أنه يرفعه من أصله .

(ولو باعها حاملاً فانفصل . . رَدَّهُ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ) بناء على أن الحمل يعلم ويقابل
بقسط من الثمن ، والثاني : لا ؛ بناء على مقابله ، وهذا إذا لم تنقص قيمة الأم
بالولادة ، فإن نقصت . . امتنع الرَّدُّ .

واحترز بقوله : (فانفصل) : عما إذا كانت بعد حاملاً . . فإنه يردها كذلك جزماً ،
ولو باع دجاجة فيها بيضة فباضت ، ثم وجد بالدجاجة عيباً . . هل يلزمه ردُّ البيضة مع
الدجاجة ؟ وجهان ؛ بناءً على القولين في الحمل ، ذكره الروياني^(٢) .

(ولا يمنع الرَّدُّ الاستِخْدَامَ) بالإجماع ، (ووطء الثَّيِّبِ) لأنه إلمام من غير إيلام
فلم يمنع الرَّدُّ ؛ كالاستخدام ، لهذا في وطء المشتري ، ومثله : وطء البائع والأجنبي
بشبهة ، فإن كانت زانية به . . فإنه عيب حادث .

(وافتناض البكر) وهو إزالة بكارتها بأي طريق كان ولو بوثة (نقص حدث)^(٣)
فيمتنع الرَّدُّ ؛ كسائر العيوب الحادثة ، ويستثنى : ما إذا كان بزواج سابق ، (وقبله
جناية على المبيع قبل القبض) فيفصل فيه بين الأجنبي والبائع والمشتري والآفة
السماوية ؛ كما سيأتي في بابه .

* * *

(١) سنن أبي داود (٣٥٠٨) ، سنن الترمذي (١٢٨٥) ، المستدرک (١٥/٢) ، وأخرجه ابن حبان
(٤٩٢٧) ، وابن ماجه (٢٢٤٣) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) بحر المذهب (١٥١/٦) .

(٣) في (ب) و(د) : (بعد القبض نقص حدث) ، وكله من المتن .

التَّصْرِيَةُ حَرَامٌ تُثَبِّتُ الْخِيَارَ عَلَى الْفُورِ ، وَقِيلَ : يَمْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلْفِ الْلَبَنِ . . رَدَّ مَعَهَا صَاعٌ تَمْرٍ ، وَقِيلَ : يَكْفِي

(فصل : التصرية حرام) لقوله عليه السلام : « لَا تُصَرُّوا إِلَّا لِبَلٍ وَالْغَنَمِ ؛ فَمَنْ أَتْبَاعُهَا بَعْدَ ذَلِكَ . . فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ حَلَبَهَا : إِنْ رَضِيَهَا . . أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ سَخِطَهَا . . رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ » متفق عليه ^(١) .

والتصرية : ربط أخلاف البهيمة وترك حلبها مدة ؛ ليجتمع اللبن ، فيظن المشتري غزارة لبنها فيزيد في الثمن ، وذلك غشٌ وتدليس .

(تُثَبِّتُ الْخِيَارَ) للحديث (على الفور) كالرَّدِّ بالعيب ، (وقيل : يمتد ثلاثة أيام) لقوله عليه الصلاة والسلام : « مَنْ اشْتَرَى شَاةً مُصْرَاةً . . فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ » رواه مسلم ^(٢) .

وهذا ما نصَّ عليه في « الإملاء » ، وصححه كثيرون ، واختاره المتأخرون ؛ منهم : السبكي .

ولو علم بالتصرية قبل الثلاث . . فخياريه على الفور على الأول ، وعلى الثاني : يمتد إلى آخر الثلاث ، ولو علم بها في آخر الثلاث أو بعدها . . فعلى الثاني : لا خيار ؛ لامتناع مجاوزة الثلاث ، وعلى الأول : يثبت على الفور قطعاً .

[وهل ابتداء الثلاث من العقد أو التفرق ؟ فيه الوجهان في خيار الشرط . قاله الشيخان ، ومقتضاه : أن الأصح : أنها من العقد ^(٣) ، وقال البُلْقِينِي : الصواب : اعتبارها من وقت ظهور التصرية] ^(٤) .

(فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلْفِ الْلَبَنِ . . رَدَّ مَعَهَا صَاعٌ تَمْرٍ) للحديث المارِّ ، (وقيل : يكفي

(١) صحيح البخاري (٢١٤٨) ، صحيح مسلم (١١/١٥١٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) صحيح مسلم (١٥٢٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) الشرح الكبير (٢٣٠/٤) ، روضة الطالبين (٤٦٨/٣) .

(٤) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) .

صَاعٌ قُوتٌ . وَالْأَصَحُّ : أَنَّ الصَّاعَ لَا يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ اللَّبَنِ ، وَأَنَّ خِيَارَهَا لَا يَخْتَصُّ
بِالنَّعْمِ بَلْ يَعْمُ كُلُّ مَأْكُولٍ وَالْجَارِيَّةُ وَالْأَتَانُ ،

صاع قوت) لأنه قد ورد في رواية : (التمر) ، وفي رواية : (الطعام) ، وفي
رواية : (القمح) ، فدلَّ على اعتبار القوت مطلقاً ؛ كصدقة الفطر .
وقوله : (بعد تلف اللبن) : قد يفهم أن اللبن إذا كان باقياً . . يجب رده ، وليس
كذلك ، بل إن طلب البائع رده . . لم يجبر المشتري عليه ؛ لأن ما حدث منه بعد البيع
ملك له .

وإن طلبه المشتري ؛ فإن حمض . . لم يُكَلَّفَ البائع قبوله ، وكذا إن لم يتغير في
الأصح ؛ لذهاب طراوته .

فلو عبر بقوله : (بعد الحلب) . . لاستقام ؛ فإنه إذا ردَّ قبله . . لا شيء عليه ،
هكذا عند عدم تراضيهما ، فلو تراضيا على ردِّ اللبن . . جاز ذلك من غير صاع تمر ،
وكذا لو تراضيا على قوت أو غيره .

واستثنى صاحب « الخصال » من رد الصاع معها : ما إذا اشتراها بأقلَّ من صاع مع
اللبن . . فلا يردّها مع صاع ، ثم قال : وفيه نظر . انتهى ، والمذهب : أنه لا فرق بين
أن يكون اشتراها بصاع تمر أو دونه .

(والأصح : أن الصاع لا يختلف بكثرة اللبن) لإطلاق الخبر وقطعاً للنزاع ،
والثاني : أن الواجب يتقدر بقدر اللبن ؛ لما رواه أبو داود عن ابن عمر : « فَإِنْ
رَدَّهَا . . رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ أَوْ مِثْلِي لَبْنَهَا قَمَحًا »^(١) .

(وأن خيارها لا يختص بالنعم) وهي الإبل والبقر والغنم ، (بل يعم كلَّ مأْكُولٍ
والجارية والأتان) وهي الأنثى من الحمر الأهلية^(٢) ؛ لأن في رواية أبي داود : « مَنْ
بَاعَ مُحَفَّلَةً »^(٣) ، والثاني : يختص ؛ لأن ما عداها لا يقصد لبنه إلا على ندور .

(١) سنن أبي داود (٣٤٤٦) .

(٢) كذا قاله الإسني وغيره ، لكن في « التحرير » : هي الأنثى من جنس الحمر ، ولعل كلام الإسني في
تفسير الأتان المذكورة في كلام « الكتاب » ، وكلام « التحرير » في تفسير الأتان في اللغة ، وإنما خص
الأتان في كلام « الكتاب » لعطفها على المأكول ، والأتان الوحشية مأْكولة . اهـ هاشم (١) .

(٣) سنن أبي داود (٣٤٤٦) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

وَلَا يُرَدُّ مَعَهُمَا شَيْئًا ، وَفِي الْجَارِيَةِ وَجْهٌ . وَحَبْسُ مَاءِ الْقَنَاءِ وَالرَّحَى الْمُرْسَلِ عِنْدَ
الْبَيْعِ ، وَتَحْمِيرُ الْوَجْهِ ، وَتَسْوِيدُ الشَّعْرِ وَتَجْعِيدُهُ يُثْبِتُ الْخِيَارَ ، لَا لَطُخُ ثَوْبِهِ تَخْيِيلًا
لِكِتَابَتِهِ فِي الْأَصَحِّ .

(ولا يرد معهما) أي : مع الجارية والأتان (شيئاً) لأن لبن الأتان نجس ، فلا
عوض له ، ولبن الآدميات لا يُعتاض عنه غالباً .
(وفي الجارية وجه) أنه يُردُّ معها صاع تمر ؛ لأنه كلبن النعم في صحة أخذ العوض
عنه ، قال الإمام : ومحل الخلاف : إذا لم يكن للبنها قيمة ، أما إذا كان له قيمة . . فلا
بدل من بدله ^(١) .

(وحبس ماء القنأة والرحى المرسل عند البيع) والإجارة ، (وتحمير الوجه ،
وتسويد الشعر وتجميده يُثبت الخيار) قياساً على التصرية بجامع التدليس .
(والشعر المجمع) هو : الذي فيه التواء وانقباض لا المفلفل ؛ كشعر السودان .
(لا لطنخ ثوبه تخيلاً لكتابته في الأصح) لأن الاستدلال به على الكتابة ضعيف ؛
فإنه ربما لبس ثوب غيره أو أصابه ذلك من حمل دواة ، فكان المشتري مقصراً بعدم
السؤال عنه ، والثاني : نعم ؛ للتلبيس والتدليس .

* * *

(١) نهاية المطلب (٢١٦/٥) .

بَاب [في حكم المبيع قبل قبضه وبعده ولتصرف فيه]

الْمَبِيعُ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ . فَإِنْ تَلَفَ . . انْفُسَخَ الْبَيْعُ وَسَقَطَ الثَّمَنُ ، وَلَوْ
أَبْرَأَهُ الْمُشْتَرِي عَنْ الضَّمَانِ . . لَمْ يَبْرَأْ فِي الْأَظْهَرِ وَلَمْ يَتَغَيَّرِ الْحُكْمُ

(باب)

(المبيع قبل قبضه من ضمان البائع) لبقاء سلطنته عليه ، واستثنى الوجيزي من ذلك ثلاث مسائل : الأولى : إذا اشترى أمة فوطئها أبو المشتري قبل القبض وأحبلها ، ثم ماتت . . فإنها تتلف من ضمان المشتري فيما يظهر ؛ لأنها بالعلوق قدَّرنَا انتقالها إلى ملك الأب ، ومن ضرورة ذلك تقدير القبض وإن لم تحصل صورته ، ووافقه السبكي على ذلك ، الثانية : إذا اشترى السيد من مكاتبه شيئاً ، ثم عَجَزَ المكاتب نفسه قبل قبض السيد العين المبيعة ، الثالثة : إذا اشترى الوارث من مورثه عيناً ، ثم مات المورث قبل القبض ، وفي استثناء الثانية والثالثة نظر .

(فإن تلف) بأفة (. . انفسخ البيع وسقط الثمن) لفوات التسليم المستحق بالعقد فبطل ؛ كما لو تفرقا في عقد الصرف قبل التقابض ، ووقوع الدرة في البحر كالتلف .

واستثنى من طرده : ما لو وضع العين المبيعة بين يدي المشتري بعد امتناعه من قبضها . . فإنه يبرأ على الصحيح .

ومن عكسه : ما لو قبضه المشتري وديعة من البائع - وقلنا : بالأصح : إنه لا يبطل به حق الحبس - فتلف في يده . . فهو كتلفه في يد البائع ، وما لو قبضه المشتري من البائع في زمن الخيار ، والخيار للبائع وحده فتلف في يده . . فهو كتلفه في يد البائع فينفسخ ويرجع المشتري بثمنه ، وللبائع القيمة ، وهي كقيمة المستعار .

(ولو أبرأه المشتري عن الضمان . . لم يبرأ في الأظهر ولم يتغير الحكم) لكونه إبراء عملاً لم يجب ، والثاني : يبرأ ؛ لوجود سبب الوجوب .

وإِتْلَافُ الْمُشْتَرِي قَبْضُ إِنْ عَلِمَ ، وَإِلَّا . . فَقَوْلَانِ كَأَكْلِ الْمَالِكِ طَعَامَهُ الْمَغْضُوبَ ضَيْفًا . وَالْمَذْهَبُ : أَنَّ إِتْلَافَ الْبَائِعِ كَتْلَفَهُ . وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ إِتْلَافَ الْأَجْنَبِيِّ لَا يَنْفُسُخُ ، بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ وَيُعْزِمَ الْأَجْنَبِيَّ ، أَوْ يَنْفُسَخَ وَيُعْزِمَ الْبَائِعُ الْأَجْنَبِيَّ . وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَرَضِيَّةً . . أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ

(وإِتْلَافُ الْمُشْتَرِي قَبْضُ إِنْ عَلِمَ) كما لو أتلَف المالك المغضوب في يد الغاصب ، ويستثنى منه مسائل : منها : ما إذا قتله المشتري دفعاً لصياله عليه . . فإنه لا يكون قبضاً على الأصح في « زيادة الروضة »^(١) ، ومنها : لو ارتد في يد البائع فقتله المشتري وهو الإمام أو نائبه عن الردة . قال ابن الرفعة : ولو قتله المشتري قصاصاً . . فيظهر أنه كالآفة .

(وإِلا) أي : وإن لم يعلم (. . فقَوْلَانِ كَأَكْلِ الْمَالِكِ طَعَامَهُ الْمَغْضُوبَ ضَيْفًا) جاهلاً بأنه طعامه ، بتقديم الغاصب ، والأصح : أنه يبرأ الغاصب تقديماً للمباشرة ، وقضيته : ترجيح كونه من ضمانه .

(والمذهب أن إِتْلَافَ الْبَائِعِ كَتْلَفَهُ) بأفة سماوية ، فينفسخ البيع ؛ لأن المبيع مضمون عليه بالثمن ، فإذا أتلَفه . . سقط الثمن ، والثاني : لا ينفسخ ؛ لأنه جان على ملك غيره ، فأشبهه الأجنيبي فيتخير المشتري بين الفسخ والإجازة ، والطريق الثاني : القطع بالأول ، وبيع البائع مع الإقباض ، وعجزه عن الاسترداد . . كجنايته .

(والأظهر : أن إِتْلَافَ الْأَجْنَبِيِّ لَا يَنْفُسَخُ) لقيام البدل مقام المبيع ، (بل يتخير المشتري بين أن يجيز ويُعْزِمَ الْأَجْنَبِيَّ ، أَوْ يَنْفُسَخَ وَيُعْزِمَ الْبَائِعَ الْأَجْنَبِيَّ)^(٢) لفوات العين المقصودة ، والثاني : يكون فسخاً ؛ لتعذر التسليم .

ويستثنى : ما إذا كان الأجنيبي حربياً أو قتله بحق ؛ من قصاص وغيره . . فإنه كالآفة ، وكذا لو كان المبيع مرتدّاً أو محارباً أو تاركاً للصلاة وقتله أجنيبي . (ولو تَعَيَّبَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَرَضِيَّةً . . أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ) كما لو كان مقارناً للعقد ، ولا أرش له مع قدرته على الفسخ .

(١) روضة الطالبين (٣/٥٠٤) .

(٢) في (د) : (أو يفسخ فيعزم البائع الأجنيبي) .

وَلَوْ عَيَّهَ الْمُشْتَرِي .. فَلَا خِيَارَ ، أَوْ الْأَجْنَبِيُّ .. فَالْخِيَارُ ، فَإِنْ أَجَازَ .. غَرِمَ الْأَجْنَبِيُّ
الْأَرْضَ . وَلَوْ عَيَّهَ الْبَائِعُ .. فَالْمَذْهَبُ : ثُبُوتُ الْخِيَارِ لَا التَّغْرِيمُ . وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَبِيعِ
قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّ بَيْعَهُ لِلْبَائِعِ كَغَيْرِهِ ،

(ولو عيَّه المشتري .. فلا خيار) لحصوله بفعله ، بل يمنع بسببه الرد بالعيوب
القديمة ، وهذا بخلاف المستأجر إذا عيَّب العين المستأجرة ، والمرأة إذا جَبَّت ذكرَ
زوجها .. فإن لهما الخيارَ ، وفرَّق في « المطلب » بأن تعيب المشتري يُنزَل منزلة
القبض ، وجَبَّ الذكر وهدم الدار لا يتخيل فيهما ذلك .

(أو الأجنبى .. فالخيار) لكونه مضموناً على البائع ، (فإن أجاز .. غَرِمَ الأجنبى
الأرض) لأنه الجاني .

(ولو عيَّه البائع .. فالمذهب : ثبوت الخيار لا التغيريم) اعلم : أن ثبوت الخيار
لا خلاف فيه ؛ لأن فعل البائع إما كآلآفة ، وإما كفعل الأجنبى ، وكلُّ منهما مثبت
للخيار قطعاً ، وإنما الخلاف في التغيريم ، والمذهب : أنه لا يثبت ؛ بناء على أنه
كآلآفة السماوية ، والثاني : يثبت ؛ بناء على جعله كالأجنبى ، فالصواب في التعبير :
أن يقول : (ثبت الخيار لا التغيريم على المذهب) .

(ولا يصحُّ بيع المبيع قبل قبضه) لصحة النهي عنه^(١) ، ثم قيل : المنع مُعَلَّل
بضعف الملك ؛ بدليل الانفساخ بتلفه ، فلا يستفيد به ولاية التصرف ، وقيل : بتوالي
الضمانين على شيء واحد ؛ لأننا لو نفَّذنا البيعَ من المشتري .. لكان مضموناً على البائع
للمشتري ، وإذا نفذ منه .. صار مضموناً عليه للمشتري الثاني ، فيكون الشيء الواحد
مضموناً له وعليه في عقدين .

(والأصح : أن يبيعه للبائع كغيره) مراعاة للمعنى الأول ، والثاني : يجوز ؛ بناء
على المعنى الثاني .

ومحل الخلاف : إذا باعه بغير جنس الثمن ، أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة ،
وإلا .. فهو إقالة بلفظ البيع ، قاله في « التتمة » ، وأقرَّاه^(٢) .

(١) أخرجه البخاري (٢١٢٦) ، ومسلم (٢٩/١٥٢٥) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) الشرح الكبير (٢٩٦/٤) ، روضة الطالبين (٥٠٩/٣) .

وَأَنَّ الْإِجَارَةَ وَالرَّهْنَ وَالْهَبَةَ كَالْبَيْعِ ، وَأَنَّ الْإِعْتَاقَ بِخِلَافِهِ . وَالْثَمَنُ الْمُعَيَّنُ كَالْمَبِيعِ ، فَلَا يَبِيعُهُ الْبَائِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَمَانَةً كَوَدِيعَةٍ وَمُشْتَرَكٍ وَقِرَاضٍ ، وَمَرْهُونٍ بَعْدَ انْفِكَاحِهِ ، وَمَمْرُوثٍ ، وَبَاقٍ فِي يَدِ وَلِيِّهِ بَعْدَ رُسْدِهِ ،

(وَأَنَّ الْإِجَارَةَ وَالرَّهْنَ وَالْهَبَةَ كَالْبَيْعِ) بناء على المعنى الأول ، والثاني : يصحُّ ؛ بناء على الثاني .

(وَأَنَّ الْإِعْتَاقَ بِخِلَافِهِ) أي : بخلاف البيع ، فيصحُّ ولو كان للبائع حقُّ الحبس ؛ لقوته ، وضعف حقِّ الحبس ، والثاني : لا يصحُّ ؛ لأنه إزالة ملك ؛ كالبيع . والتزويج والاستيلاء والوقف كالعتق .

ويستثنى : ما لو أعتقه على مال . . فإنه لا يصحُّ ، وكذا إن أعتقه عن كفارة غيره ؛ لأن الأول بيع ، والثاني : هبة .

(وَالْثَمَنُ الْمُعَيَّنُ كَالْمَبِيعِ ، فَلَا يَبِيعُهُ الْبَائِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ) لعموم النهي^(١) ، ووجود العلتين .

وقوله : (فَلَا يَبِيعُهُ . . .) إلى آخره : زيادة لا حاجة إليها ، بل مضرة ؛ لأنها توهم جوازَ غير البيع .

(وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَمَانَةً ؛ كَوَدِيعَةٍ ، وَمُشْتَرَكٍ ، وَقِرَاضٍ ، وَمَرْهُونٍ بَعْدَ انْفِكَاحِهِ ، وَمَمْرُوثٍ ، وَبَاقٍ فِي يَدِ وَلِيِّهِ بَعْدَ رُسْدِهِ) لتمام الملك ، والقدرة على التسليم .

ويستثنى : ما إذا استأجر صَبَاغًا لصبغ ثوب وسلمه إليه . . فليس للمالك بيعه قبل صبغه ؛ لأن له حبسه لعمل ما يستحق به الأجرة ، وإذا صبغه . . فله بيعه إن وقى الأجرة ، وإلا . . فلا ، قاله البغوي وتابعه ، قالوا : والقِصارة كالصبغ إن قلنا : هي عين ، وإن قلنا : أثر . . فله البيع قبل دفع الأجرة^(٢) .

وقوله : (وَمَمْرُوثٍ) : استثنى منه : ما إذا اشتراه مورثه ومات ولم يقبضه . . فليس للوارث بيعه قبل قبضه ، ورد : بأنه ليس في يد بائعه أمانة .

(١) أخرجه البخاري (٢١٢٦) ، ومسلم (٢٩/١٥٢٥) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) التهذيب (٤١٢/٣) ، الشرح الكبير (٢٩٩/٤) ، روضة الطالبين (٥١٢/٣) .

وَكَذَا عَارِيَّةً وَمَأْخُودٌ بِسَوْمٍ . وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَلَا الْإِغْتِيَاظُ عَنْهُ .
وَالْجَدِيدُ : جَوَازُ الْأَسْتِبْدَالِ عَنِ الثَّمَنِ ، فَإِنْ أَسْتَبْدَلَ مُوَافَقاً فِي عِلَّةِ الرَّبَا كَدَرَاهِمَ عَنْ
دَنَانِيرٍ . . اشْتَرَطَ قَبْضُ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ . وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ التَّعْيِينُ فِي
الْعَقْدِ ، وَكَذَا الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ إِنْ أَسْتَبْدَلَ مَا لَا يُوَافِقُ فِي الْعِلَّةِ ؛ كَثَوْبٍ عَنْ
دَرَاهِمٍ

(وكذا عارية ، ومأخوذ بسوم) لما ذكرناه ، وإنما عطف بـ (كذا) ؛ لينبه على أنه
قسيم الأمانة ؛ لأنه مضمون ضمان يد .
(ولا يصح بيع المسلم فيه ، ولا الاعتياض عنه) لعموم النهي عن بيع ما لم
يقبض^(١) .

(والجديد : جواز الاستبدال عن الثمن) الذي في الذمة ؛ لحديث ابن عمر أنه
قال : (يا رسول الله ؛ إني أبيع الإبل بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ
الدنانير ، فقال : « لَا بَأْسَ إِذَا تَفَرَّقْتُمَا وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ ») صححه ابن حبان
وغیره^(٢) ، والقديم : المنع ؛ لإطلاق النهي عن بيع ما لم يقبض .
والثمن هو : النقد على الأصح ، والمثمن : ما يقابله ، فإن لم يكن نقداً أصلاً أو
كانا نقدين . . فالثمن : ما التصقت به الباء .

(فَإِنْ أَسْتَبْدَلَ مُوَافَقاً فِي عِلَّةِ الرَّبَا ؛ كدراهم عن دنانير . . اشترط قبض البدل في
المجلس) لما مر في الربا .
(والأصح : أنه لا يشترط التعيين في العقد) كما لو تصارفا في الذمة ثم عينا
وتقابضا ، والثاني : يشترط ؛ ليخرج عن بيع الدين بالدين .

(وكذا القبض في المجلس إن استبدل ما لا يوافق في العلة ؛ كثوب عن دراهم)
أي : لا يشترط أيضاً في الأصح ؛ كما لو باع ثوباً بدراهم في الذمة . . لا يشترط قبض
الثوب ، والثاني : يشترط ؛ لأن أحد العوضين دين ، فيشترط قبض الآخر ؛ كرأس

(١) أخرجه البخاري (٢١٢٦) ، ومسلم (٢٩/١٥٢٥) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) صحيح ابن حبان (٤٩٢٠) ، وأخرجه الحاكم (٤٤/٢) ، وأبو داود (٣٣٥٤) ، والترمذي
(١٢٤٢) ، والنسائي (٢٨١/٧) ، وابن ماجه (٢٢٦٢) .

وَلَوْ اسْتَبَدَّلَ عَنِ الْقَرْضِ وَاقِيمَةِ الْمُتْلَفِ . . جَازَ ، وَفِي اشْتِرَاطِ قَبْضِهِ فِي الْمَجْلِسِ مَا سَبَقَ . وَيَبْعُ الدِّينَ لِغَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ بَاطِلٌ فِي الْأَظْهَرِ ؛ بِأَنْ يَشْتَرِيَ عَبْدَ زَيْدٍ بِمِثَّةٍ لَهُ عَلَى عَمْرٍو . وَلَوْ كَانَ لَزَيْدٍ وَعَمْرٍو دَيْنَانِ عَلَى شَخْصٍ ، فَبَاعَ زَيْدٌ عَمْرًا دَيْنَهُ بِدَيْنِهِ . . بَطَلَ قَطْعًا . وَقَبْضُ الْعَقَارِ : تَخْلِيَتُهُ لِلْمُشْتَرِي وَتَمَكُّينُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ ، بِشَرْطِ فَرَغِهِ مِنْ أَمْتِعَةِ الْبَائِعِ ،

مال السلم ، وعلى الأول : فلا بد من التعيين قطعاً .

وفي اشتراط التعيين في العقد الوجهان في استبدال الموافق .

(ولو استبدل عن) دين (القرض وقيمة المتلف) إن كان متقوماً (. . جاز) لاستقراره ، بخلاف دين السلم ، وكذا المثل إن كان مثلياً .

(وفي اشتراط قبضه في المجلس ما سبق) أي : فيفصل بين الموافق في علة الربا والمخالف ، وكذا يأتي في تعيينه ما سبق ، والأصح : عدم الاشتراط .

(وبيع الدين) بعين (لغير من عليه باطل في الأظهر ؛ بأن يشتري عبد زيد بمئة له على عمرو) لأنه لا يقدر على تسليمه ، والثاني : يجوز ؛ لاستقراره ؛ كبيعته ممن هو عليه ، وهو الاستبدال كما مر ، وهذا ما صححه في « زوائد الروضة » هنا^(١) .

(ولو كان لزيد وعمرو دينان على شخص ، فباع زيد عمراً دينه بدينه . . بطل قطعاً) للنهي عن بيع الكالئ بالكالئ ، وهو الدين بالدين^(٢) .

(وقبض العقار) كالأرض والدار والبناء ، وكذا الشجر (تخليته للمشتري) أي : تركه له (وتمكينه من التصرف) فيه (بشرط فراغه من أمتعة البائع) لأن الشرع أطلق القبض وأناط به أحكاماً ولم يبينه ، ولا له حدٌ في اللغة ، فيرجع فيه إلى العرف ؛ كالحرز في السرقة ونحوه ، والعرف قاض بما ذكره ، ولا بد من تسليم مفتاح الدار إلى المشتري ، ولا يشترط دخوله .

وتقييده بأمتعة البائع : يحترز به عن أمتعة المشتري ، ويلتحق بأمتعة البائع أمتعة المستعير والمستأجر والموصى له بالمنفعة والغاصب ، قاله الأذرعى .

(١) روضة الطالبين (٥١٦/٣) .

(٢) أخرجه الحاكم (٥٧/٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

فَإِنْ لَمْ يَحْضُرِ الْعَاقِدَانِ الْمَبِيعَ . . . أَعْتَبَرَ مُضِيَّ زَمَنِ يُمَكِّنُ فِيهِ الْمُضِيَّ إِلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ . وَقَبْضُ الْمَنْقُولِ : تَحْوِيلُهُ ، فَإِنْ جَرَى الْبَيْعُ بِمَوْضِعٍ لَا يَخْتَصُّ بِالْبَائِعِ . . كَفَى نَقْلُهُ إِلَى حَيْزٍ ، وَإِنْ جَرَى فِي دَارِ الْبَائِعِ . . لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِ الْبَائِعِ فَيَكُونُ مُعْبِراً لِلْبُقْعَةِ

(فَإِنْ لَمْ يَحْضُرِ الْعَاقِدَانِ الْمَبِيعَ) وقلنا : بالأصح : أنه لا يشترط حضورهما عنده (. . . اعتبر مضي زمن يمكن فيه المضي إليه في الأصح) سواء أكان في يد المشتري أم لا ؛ لأننا أسقطنا الحضور للمشفقة ، ولا مشقة في مضي الزمان ، فاعتبر ، والثاني : لا يعتبر ؛ لأنه لا معنى لاشتراطه مع عدم الحضور .

(وقبض المنقول : تحويله) لحديث ابن عمر : (كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً ، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه)^(١) ولأن العادة في المنقول ذلك ، فإن كان المبيع خفيفاً يتناول باليد ؛ كالدرهم . . فلا بد من تناوله باليد .

(فَإِنْ جَرَى الْبَيْعُ بِمَوْضِعٍ لَا يَخْتَصُّ بِالْبَائِعِ . . كَفَى نَقْلُهُ إِلَى حَيْزٍ) من ذلك الموضع ؛ لوجود التحويل .

وقوله : (جرى البيع) تبع فيه « المحرر » وليس بجيد ؛ إذ جريان البيع لا مدخل له فيما نحن فيه بالكلية ، بل العبرة بوجود المبيع ، ولهذا عبرا في « الروضة » ، و« أصلها » بقولهما : (وإن كان المبيع) بالميم^(٢) .

(وَإِنْ جَرَى فِي دَارِ الْبَائِعِ . . لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ) لأن يد البائع عليها وعلى ما فيها .

نعم ؛ يدخل في ضمانه ؛ لوجود الاستيلاء .

(إِلَّا بِإِذْنِ الْبَائِعِ) في القبض والنقل (فيكون معبراً للبقعة) التي أذن في النقل إليها ؛ كما لو استعار من غيره .

* * *

(١) أخرجه البخاري (٢١٢٤) ، ومسلم (١٥٢٦) .

(٢) المحرر (ص ١٤٩) ، الشرح الكبير (٣٠٦/٤) ، روضة الطالبيين (٥١٨/٣) .

فَرَعٌ

[في تامة أحكام الباب]

لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ الْمَبِيعِ إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا أَوْ سَلَمَهُ ، وَإِلَّا . . . فَلَا يَسْتَقِلُّ بِهِ . وَلَوْ بَاعَ الشَّيْءُ تَقْدِيرًا كَثُوبٍ وَأَرْضَ ذَرْعًا ، وَحِنْطَةً كَيْلًا أَوْ وَزْنًا . . اشْتَرَطَ مَعَ النَّقْلِ ذَرْعُهُ أَوْ كَيْلُهُ أَوْ وَزْنُهُ ، مِثَالُهُ : (بَعْتُكَهَا كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ) ، أَوْ (عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةُ أَصْعَ) . وَلَوْ كَانَ لَهُ طَعَامٌ مُقَدَّرٌ عَلَى زَيْدٍ ، وَلِعَمْرُو عَلَيْهِ مِثْلُهُ . . فَلْيَكْتَلْ لِنَفْسِهِ ثُمَّ يَكِيلُ لِعَمْرُو . . . فَلَوْ قَالَ : (أَقْبِضْ مِنْ زَيْدٍ مَا لِي عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ) فَفَعَلَ . . فَالْقَبْضُ فَاسِدٌ

(فرع : للمشتري قبض المبيع إن كان الثمن مؤجلاً) في ابتداء العقد وإن حلَّ قبل التسليم (أو سلمه) وإن لم يأذن البائع ؛ لانتهاء حقَّ الحبس والحالة هذه .
(وإلا . . فلا يستقلُّ به) بل لا بدَّ من إذن البائع ، وعليه الردُّ إن قبضه ؛ لأن له حقَّ الحبس لاستيفاء الثمن .

(ولو بيع الشيء تقديرًا ؛ كثوب وأرض ذراعًا ، وحنطة كيلًا أو وزنًا . . اشترط مع النقل ذرعه) إن بيع ذراعًا (أو كيله) إن بيع كيلًا (أو وزنه) إن بيع وزنًا ، وكذا عده في المعدود ؛ لورود النصِّ في الكيل ، وهو قوله عليه السلام : « مَنْ أَبْتَاعَ طَعَامًا . . فَلَا يَبْعُهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ » متفق عليه^(١) ، فقصنا عليه الباقي .

(مثاله : « بعتكها كلَّ صاع بدرهم » ، أو « على أنها عشرة أصع ») هذان المثالان للبيع مكايلة ، وأمثلة الباقي لا تخفى .

(ولو كان له) أي : لبكر مثلاً (طعام مُقَدَّرٌ عَلَى زَيْدٍ ، وَلِعَمْرُو عَلَيْهِ مِثْلُهُ . . فليكتل لنفسه ، ثم يكيل لعمرُو) ليكون قبضه قبل إقباضه .

(فلو قال) بكر : (« أَقْبِضْ ») يا عمرو (من زيد ما لِي عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ) ، ففعل . . فالقبض فاسد (بالنسبة إلى عمرو ؛ لاتحاد القابض والمقبض ؛ فإنه يصير قابضاً من نفسه لنفسه ، وأما بالنسبة إلى زيد . . فالأصح : صحته ، وتبرأ ذمته .

* * *

(١) صحيح البخاري (٢١٣٢) ، صحيح مسلم (٣١/١٥٢٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

قَالَ الْبَائِعُ : (لَا أَسْلَمُ الْمَبِيعَ حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَهُ) ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ مِثْلَهُ . .
أُجِبَ الْبَائِعُ ، وَفِي قَوْلٍ : الْمُشْتَرِي ، وَفِي قَوْلٍ : لَا إِجْبَارَ ، فَمَنْ سَلَّمَ . . أُجِبَ
صَاحِبُهُ ، وَفِي قَوْلٍ : يُجْبَرَانِ . قُلْتُ : فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا . . سَقَطَ الْقَوْلَانِ الْأَوَّلَانِ
وَأُجِبَا فِي الْأَظْهَرِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَإِذَا سَلَّمَ الْبَائِعُ . . أُجِبَ الْمُشْتَرِي إِنْ حَضَرَ الثَّمَنُ ،
وَالْإِلَّا ؛ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا . . فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ بِالْفَلَسِ ، أَوْ مُوسِرًا وَمَالُهُ بِالْبَلَدِ أَوْ بِمَسَافَةٍ
قَرِيبَةٍ . . حُجِرَ عَلَيْهِ فِي أَمْوَالِهِ حَتَّى يُسَلَّمَ ،

(فرع : قال البائع : « لَا أَسْلَمُ الْمَبِيعَ حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَهُ » ، وقال المشتري في الثمن
مثله . . أُجِبَ الْبَائِعُ) لِأَنَّ الْبَائِعَ يَتَصَرَّفُ فِي الثَّمَنِ بِالْحَوَالَةِ وَالِاعْتِيَاضِ ، فَلْيُسَلِّمْ
لِيَتَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي مِثْلَهُ ، (وَفِي قَوْلٍ : الْمُشْتَرِي) لِأَنَّ حَقَّهُ مَتَعِينَ فِي الْمَبِيعِ ، وَحَقُّ
الْبَائِعِ غَيْرُ مَتَعِينَ فِي الثَّمَنِ ، فَيُؤْمَرُ بِالْتَّعِينِ ، (وَفِي قَوْلٍ : لَا إِجْبَارَ ، فَمَنْ سَلَّمَ . .
أُجِبَ صَاحِبُهُ) لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ ، (وَفِي قَوْلٍ : يُجْبَرَانِ) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَاجِبٌ عَلَيْهِمَا ، فَيَأْمُرُ
الْحَاكِمُ كُلًّا مِنْهُمَا بِإِحْضَارِ مَا عَلَيْهِ إِلَيْهِ أَوْ إِلَى عَدْلٍ ، فَإِذَا أَحْضَرَ . . أَسْلَمَ الثَّمَنُ إِلَى
الْبَائِعِ ، وَالْمَبِيعَ إِلَى الْمُشْتَرِي ، وَلَا يَضُرُّهُ بَأْيُهُمَا بَدَأَ .
(قُلْتُ : فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا . . سَقَطَ الْقَوْلَانِ الْأَوَّلَانِ وَأُجِبَا فِي الْأَظْهَرِ ، وَاللَّهُ
أَعْلَمُ) لِاسْتِوَاءِ الْجَانِبَيْنِ .

وهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ حَالًا ، فَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا . . أُجِبَ الْبَائِعُ قِطْعًا ، فَلَوْ كَانَ
الْبَائِعُ نَائِبًا عَنْ غَيْرِهِ بِوَكَالَةٍ أَوْ وِلَايَةٍ . . فَلَا يَأْتِي إِلَّا إِجْبَارُهُمَا ، أَوْ إِجْبَارُ الْمُشْتَرِي .
(وَإِذَا سَلَّمَ الْبَائِعُ . . أُجِبَ الْمُشْتَرِي إِنْ حَضَرَ الثَّمَنُ) فِي الْمَجْلَسِ ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ
وَاجِبٌ عَلَيْهِ ، وَلَا مَانِعَ مِنْهُ ، وَالْمَرَادُ بِ(الثَّمَنِ) : نَوْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي
الذِّمَّةِ ، (وَإِلَّا) أَيِ : وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاضِرًا (فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا . . فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ بِالْفَلَسِ)
لَمَّا سَيَّأَتْ فِي بَابِهِ ، وَحَيْثُ : فَيَشْتَرِطُ فِيهِ حَجْرُ الْقَاضِي .

(أَوْ مُوسِرًا وَمَالُهُ بِالْبَلَدِ ، أَوْ بِمَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ) دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ (. . حُجِرَ عَلَيْهِ فِي
أَمْوَالِهِ حَتَّى يُسَلَّمَ) لَثَلَا يَتَصَرَّفُ فِيهَا بِمَا يَبْطُلُ حَقُّ الْبَائِعِ ، وَلَا فَرْقَ عَلَى الصَّحِيحِ بَيْنَ

فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ . . لَمْ يُكَلَّفِ الْبَائِعُ الصَّبْرَ إِلَى إِحْضَارِهِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ الْفَسْخَ ، فَإِنْ صَبَرَ . . فَالْحَجَرُ كَمَا ذَكَرْنَا . وَلِلْبَائِعِ حِسُّ مَبِيعِهِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهُ إِنْ خَافَ فَوْتَهُ بِلَا خِلَافٍ ، وَإِنَّمَا الْأَقْوَالُ إِذَا لَمْ يَخَفْ فَوْتَهُ وَتَنَازَعًا فِي مُجَرَّدِ الْإِبْتِدَاءِ .

أن تكون أمواله وافية بالثمن أم لا ؛ ولهذا سماه الغزالي وغيره بـ (الحجر الغريب)^(١) .

(فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ . . لَمْ يُكَلَّفِ الْبَائِعُ الصَّبْرَ إِلَى إِحْضَارِهِ) لما فيه من الضرر عليه بتأخير حقه .

(وَالْأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ الْفَسْخَ) لتعذر تحصيل الثمن ؛ كإفلاس المشتري به ، والثاني : يباع ويؤدى حقه من ثمنه ؛ كسائر الديون .

(فَإِنْ صَبَرَ . . فَالْحَجَرُ كَمَا ذَكَرْنَا) لاحتمال تفويته المال .

(وَلِلْبَائِعِ حِسُّ مَبِيعِهِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهُ إِنْ خَافَ فَوْتَهُ بِلَا خِلَافٍ ، وَإِنَّمَا الْأَقْوَالُ إِذَا لَمْ يَخَفْ فَوْتَهُ وَتَنَازَعًا فِي مُجَرَّدِ الْإِبْتِدَاءِ) لأن الإجماع عند خوف الفوات بالهرب أو تملك المال أو نحو ذلك . . فيه ضرر ظاهر ، وهكذا الحكم في المشتري أيضاً .

* * *

(١) الوسيط (١٥٧/٣) .

باب التولية والإشراك والمراوحة

أَشْتَرَى شَيْئاً ثُمَّ قَالَ لِعَالِمٍ بِالْثَمَنِ : (وَلَيْتَكَ هَذَا الْعَقْدَ) ، فَقَبِلَ . . لَزِمَهُ مِثْلُ
الْثَمَنِ ، وَهُوَ بَيْعٌ فِي شَرْطِهِ وَتَرْتِيبِ أَحْكَامِهِ ، لَكِنْ لَا يَخْتِاجُ إِلَى ذِكْرِ الثَّمَنِ . وَلَوْ حُطَّ
عَنِ الْمُؤَلِّيِ بَعْضُ الثَّمَنِ . . انْحَطَّ عَنِ الْمُؤَلِّيِ . وَالْإِشْرَاقُ فِي بَعْضِهِ كَالْتَوَلِيَةِ فِي كُلِّهِ إِنْ
بَيَّنَّ الْبَعْضَ ، فَلَوْ أَطْلَقَ . . صَحَّ وَكَانَ مُنَاصَفَةً ، وَقِيلَ : لَا

(باب التولية والإشراك والمراوحة)

التولية : مصدر وَلَّى تولية ، والإشراك : مصدر أَشْرَكَ ؛ أي : صيره شريكاً ،
والمراوحة : من الربح وهو الزيادة .

وَذَكَرَ فِي الْبَابِ الْمُحَاطَةَ أَيْضاً وَلَمْ يَتَرَجَّمْ لَهَا .

(اشترى شيئاً ثم قال لعالم بالثمن : « وليتك هذا العقد ») سواء قال : بما
اشتريته ، أم سكت (فقبل) بأن قال : قبلت أو توليت (. . لزمه مثل الثمن) جنساً
وقدراً وصفة .

(وهو) أي : هذا العقد (بيع في شرطه) فلا يصحُّ قبل القبض ، ويشترط فيه
جميع شروط البيع ؛ لأنَّ حَدَّ الْبَيْعِ صَادِقٌ عَلَيْهِ ، (وترتيب أحكامه) من تجدد الشفعة ،
وبقاء الزوائد المنفصلة على ملك المؤلي ، وغير ذلك ؛ لأنه ملك جديد (لكن
لا يحتاج إلى ذكر الثمن) لأنَّ لَفْظَ التَّوَلِيَةِ مشعر به ، [فلو ذكره . . لم يضر] ^(١) .

(ولو حُطَّ عَنِ الْمُؤَلِّيِ بَعْضُ الثَّمَنِ . . انْحَطَّ عَنِ الْمُؤَلِّيِ) وإن كان بعد التولية ؛ لأنه
وإن كان بيعاً جديداً ، فخاصيته وفائدته هي التنزيل على الثمن الأول .

(والإشراك في بعضه كالتولية في كله) في جميع ما مرَّ من الشروط والأحكام (إن
بَيَّنَّ الْبَعْضَ) بأن يقول : (أشركتك معي مناصفة ، أو بالنصف) ، فإن ذكر بعضاً ولم
يبينه . . لم يصحَّ ؛ للجهل .

(فلو أطلق . . صحَّ وكان مناصفةً) كما لو أقر بشيء لزيد ولعمرو ، (وقيل : لا)
يصحُّ ؛ للجهالة ؛ كقوله : (بعثك بألف ذهباً وفضة) .

(١) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) .

وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ ؛ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُ بِمِئَةِ ثُمَّ يَقُولَ : (بَعْتُكَ بِمَا اشْتَرَيْتُ وَرَبِيعَ دِرْهَمٍ لِكُلِّ عَشْرَةٍ ، أَوْ رُبْعَ « دَهْ يَارْدَهْ ») . وَالْمُحَاطَةُ كَذَلِكَ (بَعْتُ بِمَا اشْتَرَيْتُ وَحِطُّ « دَهْ يَارْدَهْ ») ، وَيُحِطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدِ عَشَرَ وَاحِدٌ ، وَقِيلَ : مِنْ كُلِّ عَشْرَةٍ . وَإِذَا قَالَ : (بَعْتُ بِمَا اشْتَرَيْتُ) .. لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ سِوَى الثَّمَنِ ، وَلَوْ قَالَ : (بِمَا قَامَ عَلَيَّ) .. دَخَلَ مَعَ ثَمَنِهِ أَجْرَةُ الْكَيْالِ وَالْدَّلَالِ وَالْحَارِسِ وَالْقَصَّارِ وَالرَّقَّاءِ وَالصَّبَّاعِ وَقِيَمَةُ الصَّبْغِ وَسَائِرِ الْمُؤْنِ الْمُرَادَةِ لِلِاسْتِرْبَاحِ

(ويصح بيع المراهبة ؛ بأن يشتره بمئة ثم يقول : « بعتك بما اشتريت » أي : بمثله (وربيع درهم لكل عشرة) وكذا ربع درهم في كل عشرة (أو ربع ده يارده ») قياساً على بيع القطيع كل شاة بدرهم ، ولأن الثمن معلوم فجاز البيع ؛ كما لو قال : (بعتك بمئة وعشرة) .

(وده) بالفارسية : عشرة و (يارده) : أحد عشر ، ومعناه : كل عشرة ربيعها درهم ، ولا خفاء أن هذا فيما إذا عرفه كل منهما .

(والمُحَاطَةُ : كَبَعْتُ بِمَا اشْتَرَيْتُ وَحِطُّ « دَهْ يَارْدَهْ ») لما سبق من كونه ثمناً معلوماً .

(وَيُحِطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدِ عَشَرَ وَاحِدٌ) لأن الربح في المراهبة جزء من أحد عشر ، فليكن كذلك الحِطُّ أيضاً ، (وقيل : من كل عشرة) كما زدنا في المراهبة على كل عشرة واحداً ، فعلى هذا : إذا كان قد اشترى بمئة .. يكون الثمن تسعين ، وعلى الأول : تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم .

(وَإِذَا قَالَ : « بَعْتُ بِمَا اشْتَرَيْتُ » .. لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ سِوَى الثَّمَنِ) الذي لزم به العقد ، فلو حُطُّ ببعض الثمن في زمن الخيار ، أو زيد فيه .. لم يجز إلا بما لزم به العقد ؛ لأن الشراء هو العقد ، والعقد لم يقع إلا بذلك .

(وَلَوْ قَالَ : « بِمَا قَامَ عَلَيَّ » .. دَخَلَ مَعَ ثَمَنِهِ أَجْرَةُ الْكَيْالِ وَالْدَّلَالِ وَالْحَارِسِ وَالْقَصَّارِ وَالرَّقَّاءِ وَالصَّبَّاعِ وَقِيَمَةُ الصَّبْغِ وَسَائِرِ الْمُؤْنِ الْمُرَادَةِ لِلِاسْتِرْبَاحِ) كتطيين الدار ، وأجرة المكان ، وكذا المكس الذي يأخذه السلطان ، أما المؤن المقصودة للبقاء ؛ كنفقة العبد ، وعلف الدابة .. فلا تحسب .

وَلَوْ قَصَّرَ بِنَفْسِهِ أَوْ كَالَ أَوْ حَمَلَ أَوْ تَطَوَّعَ بِهِ شَخْصٌ . . لَمْ تَدْخُلْ أَجْرَتُهُ . وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ أَوْ مَا قَامَ بِهِ ، فَلَوْ جَهَلَهُ أَحَدُهُمَا . . بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ . وَلْيُصَدَّقِ الْبَائِعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ وَالْأَجْلِ ، وَالشِّرَاءُ بِالْعَرَضِ ، وَبَيَانِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ ،

ومعنى قوله : (دخل) : أنه يضمها إلى الثمن ، فيقول : (قام علي بكذا ، وقد بعثك بما قام علي وربح كذا) ، وليس المراد : أنه بمطلق ذلك تدخل فيه جميع هذه الأشياء مع الجهل بها ، وقد قال بعد ذلك : (وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ أَوْ مَا قَامَ بِهِ) .

واستشكل : تصوير أجرة الكَيْال والدلال ؛ فإنهما على البائع ، وأجيب : بأن صورة أجرة الكَيْال على المشتري ما إذا كان الثمن مكيلاً ، وأجرة الدلال ما إذا كان الثمن عرضاً فاستأجر من يعرضه للبيع ، ثم اشترى السلعة به . . فتضم الأجرة إلى قيمة العرض الذي هو الثمن .

(ولو قَصَّرَ بِنَفْسِهِ أَوْ كَالَ أَوْ حَمَلَ أَوْ تَطَوَّعَ بِهِ شَخْصٌ . . لم تدخل أجرته) لأن السلعة لا تُعَدُّ قائمة عليه إلا بما بذله ، بل طريقه أن يقول : (عملت فيه عملاً يساوي كذا) .

(وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ أَوْ مَا قَامَ بِهِ ، فَلَوْ جَهَلَهُ أَحَدُهُمَا . . بطل على الصحيح) لجهالة الثمن ، والثاني : يصح ؛ لأن الثمن فيه مبني على الثمن الأول ، ومعرفته سهلة ، فصار كالشفيع يطلب الشفعة قبل العلم بمبلغ الثمن ، والثالث : إن علماه في المجلس . . صح ، وإلا . . فلا .

(وَلْيُصَدَّقِ الْبَائِعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ وَالْأَجْلِ) لأن بيع المرابحة مبني على الأمانة ؛ لاعتماد المشتري نظر البائع ، ورضاه لنفسه ما رضيه البائع مع زيادة أو حط ، فوجب عليه الصدق .

(والشراء بالعرض) أي : إن اشترى بعرض ذَكَرَ أنه اشتراه بعرض قيمته كذا ، ولا يقتصر على ذكر القيمة ؛ لأن البائع بالعرض يشدد فوق ما يشدد البائع بالنقد .

(وبيان العيب الحادث عنده) أي : يبين حدوثه عنده ، أما مطلق العيب . . فيجب بيانه ، قديماً كان أو حديثاً ، وكذا يجب أيضاً الإخبار بالغيب ، والشراء من ابنه الطفل ، وكذا إذا اشتراه بدين على البائع وكان ممطلاً .

فَلَوْ قَالَ : (بِمِئَةٍ) ، فَبَانَ بِتِسْعِينَ . . . فَأَلْظَهَرُ : أَنَّهُ يَحْطُ الزِّيَادَةَ وَرَبِحَهَا ، وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي . وَلَوْ زَعَمَ أَنَّهُ مِئَةٌ وَعَشْرَةٌ وَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي . . . لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ فِي الْأَصَحِّ .
قُلْتُ : الْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ كَذَبَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِعَلَطِهِ وَجْهًا مُحْتَمَلًا . . . لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ وَلَا بَيِّنَتُهُ ، وَلَهُ تَحْلِيلُ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ

(فلو قال : « بمئة ») وباعه بربح درهم لكل عشرة مثلاً (فبان بتسعين) بإقراره أو بيئته (. . . فالأظهر : أنه يحط الزيادة وربحها) لأنه تملك باعته الثمن الأول فتحط الزيادة عنه ؛ كما في الشفعة ، والثاني : لا يحط شيء ؛ لأنه سمى ثمناً معلوماً وعقد به .

(وأنه لا خيار للمشتري) لأنه رضي بالأكثر ، فأولى أن يرضى بالأقل ، والثاني : يثبت ؛ لأنه قد يكون له غرض في الشراء بذلك المبلغ لإبرار قسم أو إنفاذ وصية .
قال السبكي : ومحل القولين : ما إذا قال : (بعثك برأس مالي وهو مئة وربح كذا) ، أما لو قال : (اشتريته بمئة ، وبعثتك بمئة وعشرة) . . . فلا حط ، ولا خيار ؛ لتقصير المشتري بتصديقه ، قاله القاضي الحسين . انتهى .

لكن في « الشرح » و« الروضة » في (فصل تحريم النجش) : أنه لو قال البائع : (أعطيت بهذه السلعة كذا) ، فصدقه واشتره ، فبان خلافه . . . قال ابن الصباغ : في ثبوت الخيار الوجوهان ؛ أي : في مسألة النجش^(١) .

(ولو زعم أنه مئة وعشرة ، وصدقه المشتري . . . لم يصح البيع في الأصح) لتعذر إمضائه ؛ فإن العقد لا يحتمل الزيادة ، وأما النقصان . . . فهو معهود ؛ بدليل الأرض .

(قلت : الأصح : صحته ، والله أعلم) كما لو غلط بالزيادة ، فعلى هذا الأصح :

لا تثبت الزيادة ، ويتخير البائع ، وقيل : تثبت مع ربحها ، ويخير المشتري .

(وإن كذبه ولم يُبين لغلطه وجهاً محتملاً . . . لم يقبل قوله) لأنه رجوع عن إقرار

تعلق به حق آدمي (ولا يبيته) لأنه مكذب لها بقوله الأول .

(وله تحليل المشتري أنه لا يعرف ذلك في الأصح) لأنه ربما يقر عند عرض

(١) الشرح الكبير (٤/١٣١) ، روضة الطالبين (٣/٤١٦) .

وإنَّ بَيِّنَ . . فَلَهُ التَّحْلِيفُ ، وَالْأَصَحُّ : سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ .

اليمين عليه ، والثاني : لا ؛ كما لا تسمع بيئته ، فعلى الأول : لو نكل . . قال الرافعي تبعاً للبغوي والقاضي : إن قلنا : اليمين المردودة كالإقرار . . ردت ، وإن قلنا : كالبينة . . فلا^(١) .

وقضيته : تصحيح الرد ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار على الأصح . وحذف من « الروضة » هذا البناء الذي يؤخذ منه تصحيح الرد ، ثم صححه من زيادته^(٢) .

(وإن بَيِّنَ) كأن قال : (ورد كتاب وكيلى بأنه اشتراه بكذا) فبان مزوراً (. .) . فله التحليف (لأن ذلك يحرك ظن صدقه .

(والأصحُّ : سماع بيئته) قياساً على التحليف ، والجامع بينهما العذر ، والثاني : لا ؛ لتكذيبه لها ، قال في « المطلب » : وهذا هو المشهور والمنصوص .

* * *

(١) التهذيب (٤٨٧/٣) ، الشرح الكبير (٣٢٧/٤) .

(٢) روضة الطالبين (٥٣٧/٣) .

باب الأصول والثمار

قَالَ : (بَعْتِكَ هَذِهِ الْأَرْضَ أَوْ السَّاحَةَ أَوْ الْبُقْعَةَ) ، وَفِيهَا بِنَاءٌ وَشَجَرٌ .
فَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ دُونَ الرِّهْنِ . وَأَصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سِتَتَيْنِ - كَالْقَتِّ
وَالْهَنْدَبَاءِ - كَالشَّجَرِ ،

(باب) بيع (الأصول والثمار)

المراد بالأصول : الشجر والأرض ، والثمار : جمع ثمر ، ومفرده الأصلي : ثمرة .
(قَالَ : « بَعْتِكَ هَذِهِ الْأَرْضَ أَوْ السَّاحَةَ أَوْ الْبُقْعَةَ ») أَوْ الْعَرْصَةَ (وَفِيهَا بِنَاءٌ
وَشَجَرٌ . . فَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ دُونَ الرِّهْنِ) لِأَنَّ الْبَيْعَ قَوِيٌّ يَزِيلُ الْمَلِكَ
فَاسْتَبْعَ ، بِخِلَافِ الرِّهْنِ ، وَالطَّرِيقَ الثَّانِي : الْقَطْعَ بَعْدَ الدَّخُولِ فِيهِمَا ؛ لِخُرُوجِهِمَا
عَنْ مُسَمًّى الْأَرْضِ ، قَالَ الرَّافِعِيُّ : (وَلَا شَكَّ أَنَّهُ أَوْضَحَ فِي الْمَعْنَى)^(١) ، وَالثَّلَاثُ :
قَوْلَانِ فِيهِمَا : أَحَدُهُمَا : عَدَمُ الدَّخُولِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَالثَّانِي : الدَّخُولُ فِيهِمَا ؛
لَأَنَّهُمَا لِلدَّوَامِ فَأَشْبَهَا أَجْزَاءَ الْأَرْضِ .

وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ : (بَعْتِكَ أَوْ رَهْنَتِكَ) حَتَّى يَسْتَقِيمَ قَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ :
(فَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ دُونَ الرِّهْنِ) .

وَمَحَلُّ الْخِلَافِ : إِذَا أُطْلِقَ ، فَإِنْ قَالَ : (بِمَا فِيهَا) . . دَخَلَ قِطْعاً ، وَلَوْ قَالَ :
(دُونَ مَا فِيهَا) . . فَلَا قِطْعاً ، وَلَوْ قَالَ : (بِحَقُوقِهَا) . . دَخَلَ عَلَى الْأَصْح .

وَأُطْلِقَ الشَّيْخَانُ الشَّجَرَ ، وَهُوَ يَشْمَلُ الرُّطْبَ وَالْيَابِسَ ، وَقَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ : إِنْ
الْيَابِسَةُ لَا تَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَرَادُ لِلْبَقَاءِ ، وَاسْتَشْنَى الْأَذْرَعِيُّ : مَا لَوْ عُرِّشَ عَلَى الْيَابِسَةِ ،
أَوْ جُعِلَتْ دِعَامَةٌ لِحِجَارٍ أَوْ غَيْرِهِ . . فَإِنَّهَا تُصِيرُ كَالْبِنَاءِ ؛ لِقَرِينَةِ إِirَادَةِ الْبَقَاءِ^(٢) .

وَالْهَبَةُ وَالْوَقْفُ وَالْوَصِيَّةُ كَالْبَيْعِ ، وَالْإِقْرَارُ كَالرِّهْنِ .
(وَأَصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سِتَتَيْنِ ؛ كَالْقَتِّ) وَهُوَ الْقَرْطُ ، وَيُسَمَّى الرُّطْبَةُ وَالْقَضْبَةُ
(وَالْهَنْدَبَاءُ كَالشَّجَرِ) لِبَقَائِهَا ، فَيَجْرِي فِيهَا الطَّرَقُ .

(١) الشرح الكبير (٣٢٩/٤) .

(٢) الشرح الكبير (٣٢٨/٤) ، روضة الطالبين (٥٣٨/٣) .

وَلَا يَدْخُلُ مَا يُؤْخَذُ دَفْعَةً كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَسَائِرِ الزُّرُوعِ . وَيَصِحُّ بَيْعُ الْأَرْضِ
الْمَزْرُوعَةِ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إِنْ جَهِلَهُ ، وَلَا يَمْنَعُ الزَّرْعُ دُخُولَ الْأَرْضِ
فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَضَمَانِهِ إِذَا حَصَلَتِ التَّخْلِيَةُ فِي الْأَصَحِّ . وَالْبَذْرُ كَالزَّرْعِ . وَالْأَصَحُّ :
أَنَّهُ لَا أَجْرَةَ لِلْمُشْتَرِي مُدَّةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ

(ولا يدخل) في بيع الأرض (ما يؤخذ دفعةً ؛ كالحنطة والشعير وسائر الزروع)
كالجزر والفجل ، سواء أطلق الأرض أو قال : (بحقوقها) لأنه نماء ظاهر لا يراد
للبقاء ، فلم يدخل في بيع ما يثبت فيه ؛ كالطلع المؤبر .
(ويصحُّ بيع الأرض المزروعة على المذهب) كما لو باع داراً مشحونة بأمته ،
والطريق الثاني : تخريجها على القولين في بيع الدار المستأجرة ؛ لعدم استحقاقه منفعةً
هذه المدة ، وفرق الجمهور : بأن يد المستأجر حائلة ، وبأنه لو كان في معنى تلك
الصورة . لوجب أن يقطع بالفساد ؛ لجهالة مدة الزرع ؛ كدار المعتدة بالأقراء أو
بالحمل .

وما أطلقه من الخلاف تبعاً للرافعي قيده المتولي بما إذا كان الزرع يوجد دفعة
واحدة ، أما لو كان يحصد مرة بعد أخرى . . صحَّ قطعاً ، كذا نقله السبكي وأقره^(١) ،
وقال الإسوي : إنه واضح ؛ فإن الزرع قد انتقل إلى المشتري .
(وللمشتري الخيار إن جهله) بأن يكون الزرع قد حدث بعد الرؤية وقبل البيع ؛
لتأخر الانتفاع ، فإن تركه البائع له ، أو فرغ الأرض في زمن يسير . سقط خياره .
(ولا يمنع الزرع دخول الأرض في يد المشتري وضمانه إذا حصلت التخلية في
الأصح) لوجود التسليم في الرقبة ، وهي المبيعة ، والثاني : لا ؛ لأنه لم يقدر على
الانتفاع في الحال .

(والبذر كالزرع) فيما مرّ ؛ فإن كان زرعُ هذا البذر يؤخذ دفعة كالحنطة . لم
يدخل في البيع ، وإلا . . دخل .
(والأصحُّ : أنه لا أجره للمشتري مدة بقاء الزرع) إن جهل الزرع وأجاز العقد ؛

(١) الشرح الكبير (٣٢٩/٤) .

وَلَوْ بَاعَ أَرْضاً مَعَ بَذَرٍ أَوْ زَرْعٍ لَا يُفْرَدُ بِالْبَيْعِ . . بَطَلَ فِي الْجَمِيعِ ، وَقِيلَ : فِي الْأَرْضِ
قَوْلَانِ . وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ الْحِجَارَةُ الْمَخْلُوقَةُ فِيهَا ، دُونَ الْمَدْفُونَةِ ، وَلَا خِيَارَ
لِلْمُشْتَرِي إِنْ عَلِمَ ، وَيَلْزَمُ الْبَائِعَ النُّقْلُ ، وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَلَمْ يَضُرَّ قَلْعُهَا ،

كالثمرة المؤبرة ، وكما لو باع داراً مشحونة بالأمثلة . . لا أجره لمدة التفريغ ،
والثاني : له ؛ لفوات المتفعة ، فلو علم الزرع . . فلا أجره قطعاً .

وكلام المصنف يقتضي : استحقاق البائع ؛ لإبقاء الزرع ، ومحله : إذا شرط
الإبقاء ، أو أطلق ، فإن شرط القطع . . ففي وجوب الوفاء به ترددٌ للأصحاب ، حكاه
الإمام في آخر (كتاب الصلح) ^(١) .

(ولو باع أرضاً مع بَذَرٍ أَوْ زَرْعٍ لَا يُفْرَدُ) كُلُّ مِنْهُمَا (بالبيع) بَأَن كَانَا مُسْتَوْرَيْنِ
(. . بطل في الجميع ، وقيل : في الأرض قولان) مَدْرَكُ الْخِلَافِ : مَا مَرَّ فِي تَفْرِيقِ
الصفقة ؛ لَأَن الْإِجَارَةَ فِيمَا يَصْحُحُ هَلْ هِيَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَمْ بِالْقِسْطِ ؟

فإن قلنا : بالقسط وهو الأصح . . فتبطل هنا في الجميع ؛ لتعذر التقسيط ؛ لأن
الفرض أن الزرع والبذر لا يمكن معرفة قيمتهما ؛ لتعذر إفرادهما بالبيع .

وإن قلنا : بالجميع . . ففي الأرض القولان ، ثم هذا في بَذَرٍ لَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ
الأرض ، فَإِنْ كَانَ يَدْخُلُ وَهُوَ بَذَرٌ دَائِمُ النَّبَاتِ كَالنَّخْلِ وَالْقَتِّ وَالْهِنْدَبَاءِ . . فيصحُّ البيع
فيه وفي الأرض ، ويكون ذكر البذر تأكيداً ، قاله المتولي .

(ويدخل في بيع الأرض الحجارة المخلوقة فيها) لأنها من أجزائها ، وكذا المبنية
فيها على المذهب في دخول البناء (دون المدفونة) كالكنوز .

(ولا خيار للمشتري إن علم) وإن ضرَّ قلعها ؛ كسائر العيوب .

(ويلزم البائع النقل) وللمشتري إجباره عليه تفريغاً لملكه ، بخلاف الزرع ؛ لأن له
أمداً ينتظر .

(وكذا إن جهل ولم يضرَّ قلعها) أي : لا خيار للمشتري ، وعلى البائع النقل
وتسوية الأرض ؛ كما سيأتي .

وقول ابن الملقن بعد قول المصنف : (ولم يضرَّ قلعها) : أي : ولا تركها . .

(١) نهاية المطلب (٦/٥١٠) .

وَإِنْ ضَرَّ . . فَلَهُ الْخِيَارُ ، فَإِنْ أَجَازَ . . لَزِمَ الْبَائِعَ النَّقْلُ وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ ، وَفِي وَجُوبِ أَجْرَةِ مِثْلِ مُدَّةِ النَّقْلِ أَوْجُهُ ، أَصَحُّهَا : تَجِبُ إِنْ نَقَلَ بَعْدَ الْقَبْضِ لَا قَبْلَهُ . وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْبُسْتَانِ : الْأَرْضُ وَالشَّجَرُ وَالْحِيطَانُ ، وَكَذَا الْبِنَاءُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَفِي بَيْعِ الْقَرْيَةِ : الْأَبْنِيَّةُ وَسَاحَاتُ يُحِيطُ بِهَا السُّورُ ، لَا الْمَزَارِعُ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَفِي بَيْعِ الدَّارِ : الْأَرْضُ ، وَكُلُّ بِنَاءٍ حَتَّى

يفهم أنه إذا ضرَّ تركها دون قلعها . . يثبت الخيار ، والمنقول في « الشرح » و« الروضة » : خلافه^(١) .

(وَإِنْ ضَرَّ) قلعها بأن نقص الأرض أو أخرج لمدةٍ لمثلها أجره (. . فله الخيار) دفعاً للضرر .

(فَإِنْ أَجَازَ) أي : أمضى العقد (. . لزِمَ البائعُ النقلُ) لتفريع ملكه ، (وتسوية الأرض) بأن يعيد التراب المزال بالقلع من فوق الحجارة إلى مكانه ، قاله في « المطلب » .

(وفي وجوب أجره مثل مدة النقل أوجه ، أصحها : تجب إن نقل بعد القبض لا قبله) بناء على الأصح : أن جناية البائع كالأفة ، وإن قلنا : إنها كجناية الأجنبي . . فهو كما لو نقل بعد القبض ، وقيل : لا تجب مطلقاً ؛ لأن إجازة المشتري رضاً منه بتلف المنفعة ، وقيل : يجب مطلقاً .

(ويدخل في بيع البستان : الأرض والشجر والحيطان) لدخولها في مُسمّاه ، بل لا تُسمّى بستاناً بدون حائط ، (وكذا البناء على المذهب) هو إشارة إلى الطرق السالفة في تبعية البناء للأرض .

(وفي بيع القرية : الأبنية وساحاتٌ يُحِيطُ بها السور) لدخولها في الاسم (لا المزارع على الصحيح) لعدم دخولها في مُسمّاه ؛ بدليل : أنه لو حلف : (لا يدخل قرية) . . لم يحث بدخول مزارعها ، والثاني : يدخل ؛ لاقتضاء العرف ذلك ، والثالث : إن قال : (بحقوقها) . . دخلت ، وإلا . . فلا .

(وفي بيع الدار : الأرض ، وكلُّ بناء) لأن الدار اسم للأرض والبناء (حتى

(١) عيالة المحتاج (٧٢٦/٢) ، الشرح الكبير (٣٣١/٤) ، روضة الطالبين (٥٤٢/٣) .

حَمَامُهَا ، لَا الْمَنْقُولُ كَالدَّلْوِ وَالْبَكْرَةِ وَالسَّرِيرِ ، وَتَدْخُلُ الْأَبْوَابُ الْمَنْصُوبَةُ وَحِلْقُهَا
وَالْإِجَانَاتُ ، وَالرَّفُّ وَالسَّلْمُ الْمُسَمَّرَانِ ، وَكَذَا الْأَسْفَلُ مِنْ حَجَرِي الرَّحَى عَلَى
الصَّحِيحِ ، وَالْأَعْلَى ، وَمِفْتَاحُ غَلْقٍ مُثَبَّتٍ فِي الْأَصْحِ ، وَفِي بَيْعِ الدَّابَّةِ : نَعْلُهَا ، وَكَذَا
ثِيَابُ الْعَبْدِ فِي بَيْعِهِ فِي الْأَصْحِ . قُلْتُ : الْأَصْحُ : لَا تَدْخُلُ ثِيَابُ الْعَبْدِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

حمامها) لأنه معدود من مرافقها ، (لا المنقول كالدلْو والبكرة والسريِر) غير
المُسَمَّى ؛ لخروجها عن الاسم .

(وتدخل الأبواب المنصوبة وحلْقُها والإجانات) المثبتات ، وهي ما ينتفع بها في
غسل الثياب ونحوها .

(والرَّفُّ والسلم المُسمَّران ، وكذا الأسفل من حجري الرحى) المثبت (على
الصحيح) لأن الجميع معدودة من أجزاء الدار ؛ لاتصالها بها .

ووجه عدم دخول الحجر : أنه منقول ، وإنما أثبت لسهولة الارتفاق به ؛ كيلا
يتزعزع ويتحرك عند الاستعمال ، وهذا الوجه جار أيضاً في الإجانة والرف والسلم ؛
كما ذكره في « المحرر »^(١) ، وأهمله المصنف في « اختصاره » .

واحترز بـ(المنصوبة) : عن المقلوعة ؛ فإنها لا تدخل ؛ لانتفاء المعنى
المتقدم .

(والأعلى ، ومفتاح غلقٍ مُثَبَّتٍ في الأصح) لأنهما تابعان لشيء مثبت ، والثاني :
لا ؛ كسائر المنقولات .

(وفي بيع الدابة : نعلها) لاتصاله بها ، (وكذا ثياب العبد) التي عليه حال العقد
(في بيعه في الأصح) للعرف .

(قلت : الأصحُ : لا تدخل ثياب العبد ، والله أعلم) لأن اللفظ لا دلالة له عليها ؛
كما لا يدخل السرج في الدابة ، وقيل : يدخل ساتر العورة فقط ؛ للضرورة ، والأمة
كالعبد ، فلو عبر بالرقيق . . لكان أولى .

* * *

(١) المحرر (ص ١٥٢) .

[في دخول ما يتبع المبيع في البيع]

بَاعَ شَجَرَةً .. دَخَلَ عُرُوقُهَا وَوَرَقُهَا - وَفِي وَرَقِ الثَّوْتِ وَجْهٌ - وَأَغْصَانُهَا إِلَّا الْيَابِسَ ،
وَيَصِحُّ بَيْعُهَا بِشَرْطِ الْقَلْعِ أَوْ الْقَطْعِ ، وَبِشَرْطِ الْإِبْقَاءِ ، وَالْإِطْلَاقُ يَقْتَضِي الْإِبْقَاءَ ،
وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ الْمَغْرَسُ لَكِنْ يَسْتَحِقُّ مَنَفَعَتَهُ مَا بَقِيَ الشَّجَرَةُ

(فرع : باع شجرة .. دخل عُروقتها وورقها) لأنهما من أجزائها ، (وفي ورق الثوت) الأبيض الربيعي (وجه) لأنه يقصد لتربية دود القز ، فكان كشمار سائر الأشجار ، وأما الخريفي الأحمر .. فللمشتري قطعاً ، ومحله أيضاً : إذا كان ورق أنثى ؛ كما قاله في « المطلب » ، قال : فإن الأصحاب صرحوا في (المساقاة) بأن ورق الذكر لا يصلح لذلك ، والأصح : الدخول مطلقاً ؛ كما في سائر الأشجار .
(وأغصانها) لأن ذلك معدود منها (إلا اليابس) فلا يدخل في بيع الشجرة الرطبة ؛ لأن العادة فيه القطع ؛ كالثمرة .

وظاهره : عود الاستثناء إلى الثلاثة ، لكن قال السنوي : تعبيره يقتضي : أنه لا فرق في العروق والأوراق بين اليابسة وغيرها ، وهو مقتضى إطلاق الرافعي أيضاً ، وصرح به في « الكفاية » في العروق خاصة^(١) .

(ويصح بيعها بشرط القلع أو القطع) رطبة كانت أو يابسة ، وتدخل العروق عند شرط القلع دون شرط القطع ، بل تبقى للبائع ، (وبشرط الإبقاء) إذا كانت رطبة ، فإن شرط إبقاء اليابسة .. لم يصح البيع ؛ كما لو اشترى ثمرة وشرط عدم القطع عند الجذاذ .

(والإطلاق يقتضي الإبقاء) تحكيماً للعادة (والأصح : أنه لا يدخل المغرس) بكسر الراء حيث استحق الإبقاء ، سواء كان بالاشتراط أم بالإطلاق ؛ لأن اسم الشجرة لا يتناوله ، والثاني : يدخل ؛ لأنه مستحق الانتفاع به لا إلى غاية ، فدل على الملك .
(لكن يستحق منفعته ما بقيت الشجرة) بلا عوض .

(١) الشرح الكبير (٢٣٨/٤) ، كفاية النبيه (١٨٣/٩) .

وَلَوْ كَانَتْ يَابِسَةً . . لَزِمَ الْمُشْتَرِي الْقُلْعُ . وَثَمَرَةُ النَّخْلِ الْمَبِيعِ إِنْ شُرِطَتْ لِلْبَائِعِ أَوْ
 الْمُشْتَرِي . . عُمِلَ بِهِ ، وَإِلَّا ؛ فَإِنْ لَمْ يَتَأَبَّرْ مِنْهَا شَيْءٌ . . فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي ، وَإِلَّا . .
 فَلِلْبَائِعِ . وَمَا يَخْرُجُ ثَمَرُهُ بِلاَ نُورٍ - كَتِينٍ وَعَنْبٍ - إِنْ بَرَزَ ثَمَرُهُ . . فَلِلْبَائِعِ ، وَإِلَّا . .
 فَلِلْمُشْتَرِي . وَمَا خَرَجَ فِي نُورٍ ثُمَّ سَقَطَ ؛ كَمِشْمِشٍ وَتَفَاحٍ . . فَلِلْمُشْتَرِي إِنْ لَمْ تَنْعَقِدِ
 الثَّمَرَةُ ، وَكَذَا إِنْ انْعَقَدَتْ وَلَمْ يَتَنَاثِرِ النُّورُ فِي الْأَصَحِّ ، وَبَعْدَ التَّنَاثُرِ لِلْبَائِعِ . وَلَوْ بَاعَ
 نَخْلَاتِ بُسْتَانٍ مُطْلَعَةً وَبَعْضُهَا مُؤَبَّرٌ . . فَلِلْبَائِعِ ،

(ولو كانت يابسة . . لزم المشتري القلع) للعادة .
 (وثمره النخل المبيع إن شرطت للبائع ، أو المشتري . . عمل به) وفاء بالشرط .
 (وإلا) أي : وإن لم يقع شرط (فإن لم يتأبر منها شيء . . فهي للمشتري ، وإلا)
 أي : وإن تأبر منها شيء (. . فللبائع) لقوله عليه السلام : « مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرِتْ . .
 فَثَمَرَتِهَا لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ » متفق على صحته ^(١) .
 والمراد بالتأبير : تشقق الطلع في وقته سواء أكان بنفسه أم بغيره ، ولا أثر لما تشقق
 في غير وقته .
 (وما يخرج ثمره بلا نور) وهو الزهر على أي لون كان (كتين وعنب ، إن برز
 ثمره . . فللبائع ، وإلا . . فللمشتري) لأن البروز هنا كالتشقق في النخل .
 (وما خرج في نور ثم سقط ؛ كمشمش وتفاح . . فللمشتري إن لم تنعقد الثمرة)
 لأنها كالمعدومة ، (وكذا إن انعقدت ولم يتناثر النور في الأصح) لأن استتارها بالنور
 بمنزلة استتار ثمرة النخل بكمامه ، والثاني أنها للبائع ؛ تنزيلاً لاستتارها بالنور منزلة
 استتار ثمرة النخل بعد التأبير بالقشر الأبيض .
 (وبعد التناثر للبائع) لظهورها .
 (ولو باع نخلات بستان مطلعة وبعضها مؤبر . . فللبائع) ثمرتها ، وكذا ما اطلع
 بعد البيع ؛ لأننا لو جعلنا المؤبر خاصة للبائع ، وغيره للمشتري . . لاحتجنا إلى التبع
 والفحص ، وفيه عسر عظيم ^(٢) .

(١) صحيح البخاري (٢٢٠٤) ، صحيح مسلم (٧٧/١٥٤٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) وإنما ألحق غير المؤبر بالمؤبر دون عكسه ؛ لأن غير المؤبر صائر إلى المؤبر دون عكسه . اهـ
 هامش (١) .

فَإِنْ أَفْرَدَ مَا لَمْ يُؤَبَّرَ . فَلِلْمُشْتَرِي فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ كَانَتْ فِي بُسْتَانَيْنِ . . . فَلْأَصَحُّ :
 إِفْرَادُ كُلِّ بُسْتَانٍ بِحُكْمِهِ . وَإِذَا بَقِيَتِ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ ، فَإِنْ شُرْطَ الْقَطْعُ . . . لَزِمَهُ ، وَإِلَّا . .
 فَلَهُ تَرْكُهَا إِلَى الْجَدَادِ . وَلِكُلِّ مِنْهُمَا السَّقْيُ إِنْ ائْتَفَعَ بِهِ الشَّجَرُ وَالشَّمْرُ ، وَلَا مَنَعَ
 لِلْآخِرِ ، وَإِنْ ضَرَّهُمَا . . لَمْ يَجْزُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا ، وَإِنْ ضَرَّ أَحَدَهُمَا وَتَنَازَعَا . . فُسِخَ الْعَقْدُ
 إِلَّا أَنْ يُسَامَحَ الْمُتَضَرُّ ، وَقِيلَ : لِطَالِبِ السَّقْيِ أَنْ يَسْقِيَ

وهذه المسألة قد عُلِمَ حكمُها من قوله قبل ذلك : (وثمره النخل . . .) إلى
 آخره ، ولكن ذكر هنا تفصيل ذلك الحكم .

(فَإِنْ أَفْرَدَ مَا لَمْ يُؤَبَّرَ) من بستان واحد (. . . فللمشتري في الأصح) لانقطاع التبعية
 بإفراده بالبيع ، والثاني : للبائع ؛ اكتفاء بدخول وقت التأبير .

(وَلَوْ كَانَتْ فِي بُسْتَانَيْنِ) واتحدت الصفقة والمالك (. . . فلأصح : إفراد كل بستان
 بحكمه) لأن اختلاف البقاع له أثر بين في وقت التأبير ، والثاني : أن غير المؤبر يتبع
 المؤبر ؛ لاتحاد الصفقة ، فأشبهنا نخيل البستان الواحد .

(وَإِذَا بَقِيَتِ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ) بالشرط أو بالتأبير (فَإِنْ شُرْطَ الْقَطْعُ . . . لَزِمَهُ) وفاءً
 بالشرط ، (وَإِلَّا) أي : وإن لم يشرط القطع ، بل شرط البقاء ، أو أطلق (. . .) فله
 تركها إلى الجداد (وفاءً بالشرط في الأول ، والعادة في الثاني .
) ولكل منهما السقي إن انتفع به الشجر والشمر ، ولا منع للآخر (لأن منعه والحالة
 هذه سَفَهٌ .

(وَإِنْ ضَرَّهُمَا . . . لَمْ يَجْزُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا) فمن طلبه منهما . . . كان للآخر منعه ؛ لأنه
 يضرُّ صاحبه بغير نفع يعود إليه ، فهو سَفَهٌ وتضييع .

(وَإِنْ ضَرَّ أَحَدَهُمَا وَتَنَازَعَا . . . فُسِخَ الْعَقْدُ) لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر (إلا
 أن يسامح المتضرر) لزوال التنازع ، قال ابن الملقن : (وفيه نظر ؛ لأنها إضاعة مال ،
 وهي محرمة) انتهى^(١) ، وفي النظر نظرٌ ، بل هي إحسان وبرٌ^(٢) .

(وَقِيلَ : لِطَالِبِ السَّقْيِ أَنْ يَسْقِيَ) لدخول الآخر في العقد على ذلك .

(١) عجالة المحتاج (٢/٧٢٩) .

(٢) في (ب) و(د) : (بل هي إحسان ومسامحة) .

وَلَوْ كَانَ الثَّمَرُ يَمْتَصُّ رُطُوبَةَ الشَّجَرِ . . لَزِمَ الْبَائِعُ أَنْ يَقْطَعَ أَوْ يَسْقِيَ .

فَصْلُكَ

[في بيان بيع الثمر والزرع وبدو صلاحهما]

يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرِ بَعْدَ بَدْؤِ صِلَاحِهِ مُطْلَقاً ، وَبِشَرْطِ قَطْعِهِ ، وَبِشَرْطِ إِبْقَائِهِ . وَقَبْلَ الصِّلَاحِ إِنْ بَاعَ مُنْفَرِداً عَنِ الشَّجَرِ . . لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ ، وَأَنْ يَكُونَ الْمَقْطُوعُ مُنْتَفِعاً بِهِ ، لَا كَكَمْثَرِي ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي . . جَازَ بِلَا شَرْطٍ

(ولو كان الثمر يمتص رطوبة الشجر . . لزم البائع أن يقطع أو يسقي) دفعاً لضرر المشتري .

* * *

(فصل : يجوز بيع الثمر بعد بدؤ صلاحه مطلقاً) أي : بغير شرط قطع ولا تبقية ، (وبشرط قطعه ، وبشرط إبقائه) لأنه صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها) متفق عليه^(١) ، فدلَّ على الجواز بعد بدؤ الصلاح ، ولم يخصه بحالة من الأحوال ، فدلَّ على التعميم .

(وقبل الصلاح إن بيع منفرداً عن الشجر . . لا يجوز إلا بشرط القطع) للحديث المار ؛ فإنه يدلُّ بمنطوقه على المنع مطلقاً .

خرج البيع المشروط فيه القطع بالإجماع ، فبقي ما عداه على الأصل . ويستثنى : ما لو كان الثمر على شجرة مقطوعة فباعه . . فإنه لا يشترط القطع ؛ لأن الثمر لا يبقى عليها ، فينزل ذلك منزلة الشرط .

(وأن يكون المقطوع منتفعاً به ، لا ككمثري) لا حاجة إلى هذا الشرط ؛ فإن كلَّ مبيع شرطه ذلك .

(وقيل : إن كان الشجر للمشتري) والثمره للبائع ؛ كأن وهب الثمرة لإنسان أو باعها له بشرط القطع ، ثم اشتراها منه (. . جاز بلا شرط) لأنهما يجتمعان في ملك شخص واحد ، فأشبهه ما لو اشتراها معاً ، وصححه في « الروضة » في (باب

(١) صحيح البخاري (٢١٩٧) ، صحيح مسلم (١٥ / ١٥٥٥) عن أنس بن مالك رضي الله عنه .

قُلْتُ : فَإِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي وَشَرَطْنَا الْقَطْعَ . . لَمْ يَجِبِ الْوَفَاءُ بِهِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .
وإنْ بَاعَ مَعَ الشَّجَرَةِ . . جَازَ بِلَا شَرْطٍ ، وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطٍ قَطْعِهِ . وَيَحْرُمُ بَيْعُ الزَّرْعِ
الْأَخْضَرِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطٍ قَطْعِهِ ، فَإِنْ بَاعَ مَعَهَا أَوْ بَعْدَ اسْتِدَادِ الْحَبِّ

(المساقاة) ، وأيد بعدم وجوب الوفاء بشرطه^(١) .

(قلت : فإن كان الشجر للمشتري وشرطنا القطع . . لم يجب الوفاء به ، والله أعلم) إذ لا معنى لتكليفه قطع ثماره من أشجاره .

(وإن بيع مع الشجرة . . جاز بلا شرط)^(٢) لأن الثمرة هنا تبع للأصل ، وهو غير متعرض للعاهة ، وهذا إذا لم يفصل الثمن ، فإن فصله : (كبعثك الشجرة بمئة ، والثمرة بعشرة) . . لم يصح ؛ لانتفاء التبعية .

ويستثنى : ما إذا باع البطيخ ونحوه مع أصله . . فلا بد من شرط القطع ؛ لأن الأصل متعرض للعاهة ، بخلاف الشجر والثمر ، قاله الإمام والغزالي ، وفيه بحث للرافعي ، فإن باعه مع الأرض . . استغنى عن شرط القطع ، فالأرض ، كالشجر^(٣) .

(ولا يجوز بشرط قطعه) لأن فيه حَجَرًا على المشتري في ملكه ، والفرق بينه وبين ما إذا باعها من مالك الأصل : أنها هنا تابعة ، فاغتفر الغرر ؛ كأساس الجدار .

(ويحرم بيع الزرع الأخضر) والبقول ؛ كما قاله في « المحرر »^(٤) (في الأرض إلا بشرط قطعه) أو قلعه ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام (نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تُزهى ، والسنبُل حتى يَبْيَضَّ ، ويَأْمَنَ العاهة) رواه مسلم^(٥) .

وفيه إشارة إلى العلة المجوزة لبيعه بشرط القطع ؛ لأنه أَمِنَ العاهة ، فإن باعه من غير شرط . . لم يصح البيع .

(فإن بيع) الزرع الأخضر (معها) أي : مع الأرض ، (أو بعد اشتداد الحب)

(١) روضة الطالبين (١٦٢ / ٥) .

(٢) في (ب) و (د) : (وإن بيع مع الشجر) .

(٣) نهاية المطلب (١٥١ / ٥) ، الوسيط (١٨٣ / ٣) ، الشرح الكبير (٣٥١ / ٤) .

(٤) المحرر (ص ١٥٤) .

(٥) صحيح مسلم (٥٠ / ١٥٣٥) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

.. جَازَ بِلَا شَرْطٍ ، وَبِشَرْطٍ لِيَبْعَهُ وَبَيْعَ الثَّمَرِ بَعْدَ الصَّلَاحِ : ظُهُورُ الْمَقْصُودِ ؛ كَتَيْنِ وَعَنْبٍ وَشَعِيرٍ . وَمَا لَا يُرَى حَبُّهُ ؛ كَالْحِنْطَةِ وَالْعَدَسِ فِي السَّنْبِلِ .. لَا يَصْحُ بَيْعُهُ دُونَ سُنْبِلِهِ ، وَلَا مَعَهُ فِي الْجَدِيدِ . وَلَا بِأَسْ بِكِمَامٍ لَا يُزَالُ إِلَّا عِنْدَ الْأَكْلِ . وَمَا لَهُ كِمَامَانِ ؛ كَالْجُوزِ وَاللُّوزِ وَالْبَاقِلَاءِ .. يَبَاعُ فِي قَشَرِهِ الْأَسْفَلِ ، وَلَا يَصْحُ فِي الْأَعْلَى ، وَفِي قَوْلٍ : يَصْحُ إِنْ كَانَ رَطْبًا ..

وحده (.. جاز بلا شرط) أما الأول : فكبيع الثمرة مع الشجرة ، وأما الثاني : فكبيع الثمرة بعد بدو الصلاح .

(ويشترط لبيعه) أي : بيع الزرع (وبيع الثمر بعد الصلاح : ظهور المقصود)^(١)
لثلا يكون بيع غائب (كتين وعنب وشعير) ونحوها مما يظهر ثمره أو حبه ؛ لحصول الرؤية .

(وما لا يُرَى حَبُّهُ ؛ كالحنطة والعدس في السنبل .. لا يصح بيعه دون سنبله)
لاستتاره (ولا معه في الجديد) لأن المقصود مستتر بما ليس من صلاحه ، فأشبه الحنطة في تبنيها بعد الدّياس ؛ فإنه لا يصح قطعاً ، والقديم : الجواز ؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته .

والأزرُّ كالشعير على المذهب ، وقيل : كالحنطة .

(ولا بأس بِكِمَامٍ لَا يُزَالُ إِلَّا عِنْدَ الْأَكْلِ) كالرمان والعَلَس ؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته .

والكِمَامُ بكسر الكاف : أوعية طلع النخل .

(وما له كِمَامَانِ ؛ كالجوز واللوز والباقلَاء .. يباع في قشره الأسفل) لأن بقاءه فيه من مصلحته (ولا يصح في الأعلى) لاستتاره بما ليس من مصلحته ، (وفي قول : يصح إن كان رطباً) لأنه يصون القشرة السفلى ، ويحفظ رطوبة اللب ، فكان من مصلحته ، وصححه جماعة في الباقلَاء ، ونقله الروياني عن تصحيح الأصحاب ، والإجماعُ الفعلي عليه ، وقد أمر الشافعي الربيع أن يشتري له الباقلَاء الأخضر^(٢) .

(١) في (ب) و (د) : (وبيع الثمر بعد بدو الصلاح) .

(٢) بحر المذهب (١٩٥ / ٦) .

وَبُدُوُ صَلاَحِ الثَّمَرِ : ظُهُورُ مَبَادِيءِ التَّنْضِجِ وَالْحَلَاوَةِ فِيمَا لَا يَتَلَوْنُ ، وَفِي غَيْرِهِ : بِأَنْ يَأْخُذَ فِي الْحُمْرَةِ أَوْ السَّوَادِ . وَيَكْفِي بُدُوُ صَلاَحِ بَعْضِهِ وَإِنْ قَلَّ ، وَلَوْ بَاعَ ثَمَرُ بُسْتَانٍ أَوْ بُسْتَانَيْنِ بَدَا صَلاَحُ بَعْضِهِ . . فَعَلَى مَا سَبَقَ فِي التَّأْيِيرِ

ويستثنى من إطلاقه تصحيح المنع : اللوز في القشرة العليا قبل انعقاد السفلى ؛ فإنه يجوز [كما قاله في « شرح المذهب »] ^(١) لأنه مأكول كله ؛ كالتفاح ^(٢) .

(وبدو صلاح الثمر : ظهور مبادئ التَّنْضِجِ والحلاوة فيما لا يتلون) بأن يصفر ويلين ^(٣) .

(وفي غيره : بأن يأخذ في الحمرة أو السواد) لما رواه الشيخان عن أنس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى تُزْهِيَ ، قالوا : وما تُزْهِيَ ، قال : حتى تحمر ، وفي رواية لمسلم : (قلنا لأنس : ما زهوها ؟ قال : تحمر وتصفر) ^(٤) .

وقد نقض الرافعي الحدَّ المذكور بالقضاء الصغار ، وورق الفِرْصاد والزرع ، ثم قال : والضابط : أن ينتهي إلى الحالة التي يقصد منها غالباً ^(٥) .

(ويكفي بدو صلاح بعضه وإن قلَّ) ولو حبة واحدة ؛ كعنبه ؛ لأن الله تعالى امتنَّ علينا فجعل الثمار لا تطيب دفعة واحدة ؛ إطالة لزمن التفكه ، فلو اشترطنا في المبيع طيب جميعه . . لأدَّى إلى ألا يباع شيء ، أو تباع الحبة بعد الحبة ، وفي كلٍّ منهما حرج ، ولا يغني صلاح جنس عن جنس آخر ، وإليه أشار بقوله : (بعضه) .

(ولو باع ثمر بستان أو بستانين بدا صلاح بعضه . . فعلى ما سبق في التأخير) فلا يتبع جنس غيره ولا جنسه إذا أفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه على الأصح ، ولا إذا اختلف البستانان على المذهب ، ويتبع إذا اختلف النوع على الأصح .

(١) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) .

(٢) المجموع (٢٩٢/٩) .

(٣) في غير (أ) : (بأن يصفو ويلين) .

(٤) صحيح البخاري (٢١٩٩) ، صحيح مسلم (١٥٥٥) .

(٥) الشرح الكبير (٣٥٠/٤-٣٥١) .

وَمَنْ بَاعَ مَا بَدَأَ صَلَاحُهُ . . لَزِمَهُ سَقِيُّهُ قَبْلَ التَّخْلِيَةِ وَبَعْدَهَا ، وَيَتَصَرَّفُ مُشْتَرِيهِ بَعْدَهَا .
وَلَوْ عَرَضَ مُهْلِكٌ بَعْدَهَا ؛ كَبُرِد . . فَأَلْجَدِيدُ : أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي ،

(ومن باع ما بدا صلاحه) زرعاً كان أو ثمرة ولم يشترط القطع (. . لزمه سقيه قبل التخلية وبعدها) قدر ما تنمو به الثمار ، وتسلم عن التلف والفساد ؛ لأنه من تنمة التسليم الواجب ؛ كالكيل في المكيلات ، والوزن في الموزونات ، فيكون على البائع حتى لو شرط على المشتري . . بطل ؛ لأنه مخالف لمقتضاه .

(ويتصرف مشتريه بعدها) أي : بعد التخلية ، ولا يشترط القطع والنقل ؛ لأنه لما كان متروكاً إلى مدة . . جعل قبضه قبل تلك المدة بالتخلية ؛ لشبهه فيها بالعقار .

(ولو عرض مهلك) سماوي (بعدها) أي : بعد التخلية (كبرد) أي : بفتح الراء وإسكانها ، كما ضبطه المصنف بخطه (. . فالجديد : أنه من ضمان المشتري) لأن التخلية كافية في جواز التصرف ، فكانت كافية في نقل الضمان قياساً على العقار ، وفي « صحيح مسلم » : أن رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال صلى الله عليه وسلم : « تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ » ، فتصدق الناس عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال عليه الصلاة والسلام لغرمائه : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » ^(١) .

فلو كانت الجائحة من ضمان البائع . . لأسقط النبي صلى الله عليه وسلم عنه الديون التي لحقت من ثمن الثمار التالفة .

والقديم - وحكي عن النص من الجديد - : أنه من ضمان البائع ^(٢) ، بشرط كون المشتري غير مالك للشجر ، وأن يحصل التلف قبل إمكان الجذاذ ؛ لأنه عليه السلام أمر بوضع الجوائح ، كما رواه مسلم ^(٣) ، والأول حملة على الندب ، أو على ما قبل التخلية ؛ جمعاً بين الأدلة .

واحترز بقوله : (بعدها) : عما إذا حصل قبلها . . فإنه من ضمان البائع .

(١) صحيح مسلم (١٥٥٦) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٢) في (أ) : (وحكي عن الصرف من الجديد) .

(٣) صحيح مسلم (١٤ / ١٥٥٤) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

فَلَوْ تَعَيَّبَ بَتْرَكَ الْبَائِعِ السَّقْيَ . . فَلَهُ الْخِيَارُ . وَلَوْ بَاعَ قَبْلَ صَلَاحِهِ بِشَرْطِ قَطْعِهِ وَلَمْ يُقْطَعْ
حَتَّى هَلَكَ . . فَأَوْلَى بِكَوْنِهِ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي . وَلَوْ بَاعَ ثَمَرٌ يَغْلِبُ تِلَاحُفُهُ وَاخْتِلَاطُ
حَادِثِهِ بِالْمَوْجُودِ ؛ كَتَيْنَ وَقِثَاءً . . لَمْ يَصِحَّ إِلَّا أَنْ يَشْرَطَ الْمُشْتَرِي قَطْعَ ثَمَرِهِ . وَلَوْ حَصَلَ
الِاخْتِلَاطُ فِيمَا يَنْدُرُ فِيهِ . . فَلَاظْهَرُ : أَنَّهُ لَا يَنْفَسَخُ الْبَيْعُ بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي ، فَإِنْ سَمَحَ
لَهُ الْبَائِعُ بِمَا حَدَثَ . . سَقَطَ خِيَارُهُ فِي الْأَصَحِّ

(فلو تعيب بترك البائع السقي . . فله الخيار) أي : للمشتري ؛ لأن السقي لما كان
لازماً للبائع . . كان التعيب الحادث بتركه كالمتقدم على القبض ، حتى لو تلف
بذلك . . انفسخ العقد أيضاً .

(ولو بيع قبل صلاحه بشرط قطعه ولم يُقطع حتى هلك . . فأولى بكونه من ضمان
المشتري) فيما إذا اقتضى الحال البقاء إلى الجِذاذ فيما تقدم ؛ للتقصير هنا .
(ولو بيع ثمراً يغلب تلاحفه واختلاط حادثه بالموجود ؛ كتين وقِثاء . . لم يصح)
لأنه غير مقدور على تسليمه (إلا أن يشترط المشتري قطع ثمره) فيصح ؛ لانتفاء
المحذور ؛ فإنه حيثئذ يجب القطع ، ويأمن الاختلاط ، فإن اختلط لتأخر القطع . . كان
على الخلاف الآتي .

(ولو حصل الاختلاط فيما يندر فيه . . فلاظهر : أنه لا ينفسخ البيع) لبقاء عين
المبيع ، وتسليمه ممكن بالطريق الآتي ، والثاني : ينفسخ ؛ لتعذر التسليم المستحق ،
وهو تسليم المبيع وحده ، وهذا ما صححه المصنف في « نكت الوسيط » ونقل عن
الأكثرين ، ونصّ عليه في « الأم » و« الإملاء » ، واختاره السبكي ^(١) .
والأول : نقل الرافعي في « الكبير » ترجيحاً عن « الوجيز » خاصة ، ولم يصرح
برده ولا اختياره ، وصرح برجحانه في « المحرر » و« الشرح الصغير » ، وكذلك
المصنف في « الروضة » ^(٢) .

(بل يتخير المشتري) لأن الاختلاط عيب حدث قبل التسليم .
(فإن سمح له البائع بما حدث . . سقط خياره في الأصح) لزوال المحذور ،

(١) الأم (٩١/٤) .

(٢) الشرح الكبير (٣٦١/٤ ، ٣٦٢) ، المحرر (ص ١٥٥) ، روضة الطالبين (٥٦٨/٣) .

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُئْلِهَا بِصَافِيَةٍ ؛ وَهُوَ : الْمُحَاقَلَةُ ، وَلَا الرُّطْبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ ؛ وَهُوَ : الْمُزَابَنَةُ . وَيُرْخَّصُ فِي الْعَرَايَا ، وَهُوَ : بَيْعُ الرُّطْبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ فِي الْأَرْضِ ، أَوْ الْعِنَبِ فِي الشَّجَرِ بِزَيْبٍ ،

والثاني : لا يسقط ؛ لما في قبوله من المنة .

وما ذكره من الترتيب تبع فيه الإمام والغزالي ، وهو يقتضي إثبات الخيار للمشتري أولاً حتى يجوز له المبادرة إلى الفسخ ، فإن بادر البائع أولاً فسامح . . سقط خياره^(١) ، قال في « المطلب » : وهو مخالف لنص الشافعي والأصحاب ؛ فإنهم عكسوا فخيروا البائع أولاً ، فإن سمح بحقه . . أقر العقد ، وإلا . . فسخ ، وقال السبكي : إن هذا أشبه ، والفاسخ الحاكم .

(ولا يصحُّ بيع الحنطة في سُئْلِهَا بِصَافِيَةٍ ، وهو : المُحَاقَلَةُ ، ولا الرطب على النخل بتمر ، وهو : المزابنة) للنهي عنهما ، متفق عليه^(٢) ، ووجهه : عدم العلم بالمماثلة ، و(المحاقلة) : مأخوذة من الحَقْل ، وهي : الساحة التي تزرع ، سميت محاقلة ؛ لتعلقها بزرع في حَقْل ، قاله الرافعي ، وقال الماوردي : الحَقْل هو السُّنْبُل ، وهو في لسان العرب : الموضع الذي يكون فيه الشيء ؛ كالمعدن ، و(المزابنة) : مأخوذة من الزَّئْن ، وهو : الدفع ، سميت بذلك ؛ لأنها مبنية على التخمين ، والغبن فيهما مما يكثر ، فيريد المغبون دفعه ، والغابن إمضاءه فيتدافعان^(٣) .

(وَيُرْخَّصُ فِي الْعَرَايَا ، وهو : بيع الرطب على النخل بتمر في الأرض ، أو العنب في الشجر بزيب) لأنه صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الثمر بالتمر ، ورخص في بيع العريّة أن تباع بخَرْصِهَا يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطْبًا) متفق عليه^(٤) .

وأما في العنب : فلائنه زكوي يمكن خرصه ، ويدخر يابس ، فكان كالرطب .
والثمر المذكور أولاً في الحديث هو : بالثاء المثناة ، والمراد به : الرطب ، فيمَا

(١) نهاية المطلب (١١٩/٥ - ١٢٠) ، الوسيط (١٩١/٣) .

(٢) صحيح البخاري (٢٣٨١) ، صحيح مسلم (١٥٣٦) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٣) الشرح الكبير (٣٥٥/٤) ، الحاوي الكبير (٢٥٣/٦) .

(٤) صحيح البخاري (٢١٩١) ، صحيح مسلم (١٥٤٠) عن سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه .

دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، وَلَوْ زَادَ فِي صَفْقَتَيْنِ .. جَازَ ، وَيُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ بِتَسْلِيمِ الثَّمَرِ كَيْلًا ، وَالتَّخْلِيَةِ فِي النَّخْلِ ، وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي سَائِرِ الثَّمَارِ ،

بخلاف المذكور ثانياً : فإنه بالمشناة ، قاله في « شرح مسلم »^(١) .

وموضع الجواز : ما إذا لم تتعلق بالثمرة زكاة بأن خرصت عليه وضمّن ، أو قلنا : الخرص تضمين ، أو لنقصانها عن النصاب ، أو كفر صاحبها ، وحكم البُسْر : حكم الرطب في الجواز ، قاله الماوردي^(٢) ، قال ابن الملقن : (وعلى هذا ينبغي إلحاق الحِضْرَم بالعنب)^(٣) وغلطه الأذْرعي ؛ لأن البُسْر مما بدا صلاحه ، بخلاف الحِضْرَم . واقتضى كلام المصنف : المنع فيما إذا كانا معاً على الشجر أو على الأرض ، ومنع بيع الرطب بالرطب ، وهو كذلك .

(فيما دون خمسة أوسق) بتقدير الجفاف وإن كان الرطب الآن أكثر ؛ لما في « الصحيحين » عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق ، أو دون خمسة أوسق^(٤) ، فلذلك جوز دون الخمسة ؛ لأنه متفق عليه ، ومنع في الخمسة ؛ لأننا شككنا فيها ، والأصل : التحريم . (ولو زاد) على دون خمسة أوسق (في صفقتين) كلٌّ منهما دون خمسة أوسق (. . . جاز) قياساً على الصفقة الأولى ، فلو زاد في صفقة واحدة . . . فإن البيع يبطل في الجميع ، ولا يُخْرِجُ على تفريق الصفقة ؛ لأنه صار بالزيادة ربا ، فبطل في الجميع . (ويشترط التقابض بتسليم الثمر كَيْلًا ، والتخلية في النخل) والمماثلة بتقدير الجفاف ؛ لأنه مطعوم بمطعوم .

(والأظهر : أنه لا يجوز في سائر الثمار) كالخَوْخ وغيره مما يدخر يابسه ؛ لأنها متفرقة ومستورة بالأوراق ، فلا يتأتى الخرص فيها ، والثاني : يجوز قياساً على الرطب ، كما جوزنا في العنب بالقياس عليه .

(١) شرح مسلم (١٨٣ / ١٠) .

(٢) الحاوي الكبير (١٥٩ / ٦) .

(٣) عجالة المحتاج (٧٣٤ / ٢) .

(٤) صحيح البخاري (٢١٩٠) ، صحيح مسلم (١٥٤١) .

(وأنه لا يختص بالفقراء) لإطلاق الحديث ، والثاني : يختص ؛ لأنهم سبب
الرخصة كما ذكره الشافعي في « الأم » ، لكنه لم يسنده^(١) .
ومثار الخلاف : أن العبرة بعموم اللفظ ، أو بخصوص السبب .

* * *

(١) الأم (٤/ ١١٠) .

باب اختلاف المتبايعين

إِذَا اتَّفَقَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ الثَّمَنِ ، أَوْ صِفَتِهِ ، أَوْ الْأَجَلِ أَوْ قَدْرِهِ ، أَوْ قَدْرِ الْمِيعِ وَلَا بَيِّنَةً . . . تَحَالَفًا ، . . .

(باب اختلاف المتبايعين)

(إذا اتفقا على صحة البيع ، ثم اختلفا في كيفيته ؛ كقدر الثمن) وما يدعيه البائع أكثر ، (أو صفته) كقوله : (بصحاح) ، فيقول المشتري : (بل بمكسرة) ، أو جنسه كقوله : (بذهب) ، فيقول المشتري : (بل بفضة) ، (أو الأجل) أي : فيدعي البائع الحلول ، والمشتري الأجل ، (أو قدره) أي : قدر الأجل كقوله : (إلى شهر) ، فيقول المشتري : (بل إلى شهرين) ، (أو قدر المبيع) كقوله : (بعثك هذا بمئة) ، فيقول : (بل اشتريته مع هذا بمئة) (ولا بينة . . . تحالفا) لحديث : « إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ . . . فَهُوَ مَا يَقُولُ رَبُّ السَّلْعَةِ ، أَوْ يَتَنَارَكَ » رواه أبو داود ، والحاكم وقال : إنه صحيح ^(١) .

ومعنى التتارك : أن يترك كل منهما ما يدعيه ، وذلك بالفسخ ، وفي « مسلم » : « لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ . . . لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(٢) .

ولاشك أن كلاهما مدع ومدعى عليه ، وتخصيص البيع بالذكر جري على الغالب ، فإن التحالف جار في عقود المعاوضات ؛ كالسلم والكتابة وغيرهما . واحترز بقوله : (ولا بينة) : عما إذا كانت بينة ؛ فإنه يُقضى بها ، فإن أقاما بيئتين . . . فإن عرف أسبقهما تاريخاً . . . حكم بها ، وإلا . . . تساقطتا ، وتحالفا . وأورد على الضابط : اختلافهما في عين المبيع والثمن معاً ؛ مثل : (بعثك هذا العبد بمئة درهم) ، فيقول : (بل هذه الجارية بعشرة دنانير) ، فلا تحالف جزماً ؛ إذا لم يتواردا على شيء مع اتفاقهما على بيع صحيح واختلفا في كيفيته .

(١) سنن أبي داود (٣٥١١) ، المستدرک (٤٥ / ٢) عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

(٢) صحيح مسلم (١٧١١) ، وهو عند البخاري برقم (٤٥٥٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

فَيَحْلِفُ كُلُّ عَلَى نَفْيِ قَوْلِ صَاحِبِهِ وَإِثْبَاتِ قَوْلِهِ ، وَيُبْدَأُ بِالْبَائِعِ - وَفِي قَوْلٍ : بِالْمُشْتَرِي ،
وَفِي قَوْلٍ : يَتَسَاوَيَانِ - فَيَتَخَيَّرُ الْحَاكِمُ ، وَقِيلَ : يُقَرَعُ ، وَالصَّحِيحُ : أَنَّهُ يَكْفِي كُلَّ
وَاحِدٍ يَمِينٌ تَجْمَعُ نَفْيًا وَإِثْبَاتًا ، وَيُقَدَّمُ النَّفْيُ فَيَقُولُ : (مَا بَعْتُ بِكَذَا وَلَقَدْ بَعْتُ بِكَذَا) .
وَإِذَا تَحَالَفَا . . فَالصَّحِيحُ : أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسَخُ ،

ولو اختلفا في عين المبيع فقط . . تحالفا إن كان الثمن مُعَيَّنًا ، وإن كان في الذمة . .
فوجهان في « الروضة » هنا بلا ترجيح ، ورجع في الشرح الصغير التحالف^(١) .
(فيحلف كلُّ عَلَى نَفْيِ قَوْلِ صَاحِبِهِ وَإِثْبَاتِ قَوْلِهِ) لما مرَّ من كون كلِّ منهما مدعيًا
ومدعى عليه ، فينفي ما ينكره ، ويثبت ما يدعيه .
(وَيُبْدَأُ بِالْبَائِعِ) ندباً على الأصح ؛ لقوة جانبه ؛ لأن ملكه الثمن تمَّ بالعقد ، ويعود
المبيع إليه بالتحالف .

(وفي قول : بالمشتري) لأنه يطالب بزيادة ثمن ، والأصل : براءة ذمته عنها .
(وفي قول : يتساويان) لأن كلاهما مدع ومدعى عليه ، فلا ترجيح (فيتخير
الحاكم) أي : تفرعاً على هذا ؛ كما لو تداعيا عيناً في يديهما . . فإن الحاكم يبدأ
بيمين من شاء منهما ، (وقيل : يُقَرَعُ) كما يقرع بينهما في الدعوى إذا جاءا معاً إلى
مجلسه .

(والصحيح : أنه يكفي كلُّ واحد يمين تجمَعُ نَفْيًا وَإِثْبَاتًا) لأنه أقرب إلى فصل
الخصومة ، والثاني : يفرد النفي بيمين ، والإثبات بأخرى ؛ لأنه مدع ومدعى عليه .
(وَيُقَدَّمُ النَّفْيُ) استحباباً ؛ لأن الأصل في الأيمان يمين المدعى عليه (فيقول)
البائع : (« ما بعت بكذا ولقد بعت بكذا ») ويقول المشتري : (ما اشتريت بكذا ،
ولقد اشتريت بكذا) .

(وَإِذَا تَحَالَفَا . . فَالصَّحِيحُ : أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسَخُ) بنفس التحالف ؛ لما رواه
النسائي من حديث ابن مسعود : (أنه صلى الله عليه وسلم أمر البائع أن يحلف ، ثم
يختار المبتاع ؛ إن شاء . . أخذ ، وإن شاء . . ترك) وصححه الحاكم^(٢) .

(١) روضة الطالبين (٥٧٧/٣) .

(٢) سنن النسائي (٣٠٣/٧) ، المستدرک (٤٨/٢) ، وأخرجه البيهقي (٤٨/٤) .

بَلْ إِنْ تَرَاضِيَا ، وَإِلَّا . . . فَيَفْسَخَانِهِ أَوْ أَحَدَهُمَا أَوْ الْحَاكِمُ ، وَقِيلَ : إِنَّمَا يَفْسَخُهُ
الْحَاكِمُ ، ثُمَّ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ ، فَإِنْ كَانَ وَقْفَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ مَاتَ . . . لَزِمَهُ
قِيمَتُهُ ، وَهِيَ قِيمَةُ يَوْمِ التَّلَفِ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ ،

ولأن البينة أقوى من اليمين ، ولو أقام كلُّ منهما بينة . . لم ينفسخ ، فبالتحالف
أولى .

والاستدلال بالحديث المذكور : استدل به الإسنوي وغيره ، وفيه نظر ؛ لأن الخيار
في الحديث إنما هو بعد حلف البائع فقط ، لا بعد حلفهما ، والثاني : ينفسخ ؛ كما
ينفسخ النكاح بتحالف المتلاعنين .

(بل إن تراضيا) بأحد الثمنين أقرَّ العقد عليه (وإلا . . . فَيَفْسَخَانِهِ أَوْ أَحَدَهُمَا) لأنه
فسخ لاستدراك الظلّامة ، فأشبه الرّدّ بالعيب (أو الحاكم) لقطع النزاع ، (وقيل : إنما
يفسخه الحاكم) ونقله في « المهمات » عن تصحيح الأكثرين ، واختاره السبكي ؛ لأنه
مجتهد فيه فأشبه العنة كذا قاله الرافعي هنا^(١) ، لكن الأصح في (كتاب النكاح) :
جواز انفرد المرأة بالفسخ بعد ثبوتها بين يدي الحاكم^(٢) . والأشبه في « المطلب » :
أن الفسخ ليس على الفور .

(ثم) بعد الفسخ (على المشتري ردُّ المبيع) إن كان قد قبضه وهو باق بحاله
بزيادته المتصلة ، وتسلم له المنفصلة ؛ كالولد والثمر ، وهكذا حكم الثمن إن كان قد
قبضه البائع ؛ ليصل كلُّ مالِك إلى ملكه .

(فإن كان وقفه أو أعتقه أو باعه أو مات . . . لزمه قيمته) وإن جاوزت الثمن المدعى
به على الصحيح ؛ لقيامها مقامه ، هذا إذا كان مُتَقَوِّمًا ، فإن كان مثليًا . . قال في
« المطلب » : فالمشهور : وجوب المثل ، وبه جزم في « الكفاية » ، وحكى صاحب
« المعين » فيه الاتفاق ، وقال الماوردي : يرد القيمة ، وزيفه السبكي^(٣) .

(وهي قيمة يوم التلف في أظهر الأقوال) لأن مورد الفسخ هو العين ، والقيمة بدل

(١) . المهمات (٢٧٩/٥) ، الشرح الكبير (٣٨٤/٤) .

(٢) . الشرح الكبير (١٦٥/٨) .

(٣) . كفاية النيه (٣٠٢/٩) ، الحاوي الكبير (٣٧٢/٦) .

وَإِنْ تَعَيَّبَ .. رَدَّهُ مَعَ أَرْضِهِ ، وَاخْتِلَافُ وَرَثَتِهِمَا كُهُمَا . وَلَوْ قَالَ : بِعْتَكُهُ بِكَذَا ، فَقَالَ : بَلْ وَهَبْتَنِيهِ .. فَلَا تَحَالَفَ ، بَلْ يَخْلِفُ كُلُّ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى الْآخَرِ . فَإِذَا حَلَفَا .. رَدَّهُ مُدَّعِي الْهَبَةِ بِزَوَائِدِهِ . وَلَوْ ادَّعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ وَالْآخَرُ فَسَادَهُ .. فَلَا أَصَحَّ : تَصْدِيقُ مُدَّعِي الصَّحَّةِ بِيَمِينِهِ

عنها ، فإذا فات الأصل .. تعين النظر في القيمة إلى ذلك الوقت ، والثاني : قيمة يوم القبض ؛ لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه ، وما يعرض بعد ذلك من زيادة أو نقصان .. فهو في ملكه ، والثالث : أقل قيمة من العقد إلى القبض ، والرابع : أقصى قيمة من يوم القبض إلى التلف ؛ لأن يده يذُ ضمان ، فيعتبر أعلى القيم ، وهو مبني على ارتفاع العقد من أصله .

(وإن تعيب .. رَدَّهُ مَعَ أَرْضِهِ) وهو قدر ما نقص من القيمة ؛ إذ الكلُّ مضمون بها ، فبعضه ببعضها .

(واختلاف ورثتهما كُهُمَا) لأنها يمين في المال ، فقام الوارث مقام المورث ؛ كاليمين في دعوى المال .

(ولو قال : « بعته بكذا » ، فقال : « بل وهبتني » .. فلا تحالَفَ) لأنهما لم يتفقا على عقد واحد ، (بل يحلف كلُّ على نفي دعوى الآخر) كسائر الدعاوي .

(فإذا حلَفَا .. رَدَّهُ مُدَّعِي الْهَبَةِ بِزَوَائِدِهِ) المتصلة والمنفصلة ؛ لأنه لا ملك له .

(ولو ادَّعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ ، وَالْآخَرُ فَسَادَهُ .. فَلَا أَصَحَّ : تَصْدِيقُ مُدَّعِي الصَّحَّةِ بِيَمِينِهِ) إذ الظاهر في العقود الجارية بين المسلمين هو الصحة ، والثاني : يصدق مدعي الفساد ؛ إذ الأصل عدم العقد الصحيح .

وهذا الخلاف يجري في سائر عقود المعاوضات ؛ كالإجارة والنكاح ونحوهما .

فلو قال : (ولو ادَّعَى صِحَّةَ الْعَقْدِ) .. لكان أولى ، وما رجحه نصٌّ عليه في « البويطي » ، ونسبه في « الروضة » للأكثرين وظاهر النص^(١) .

وفرق ابن الصلاح بين أن يُسند الفساد مدعيه إلى أمر زائد مفسد فلا يصدق ؛ لأن الأصل عدمه ، وبين أن يسنده إلى اختلال ركن أو شرط فيصدق ؛ للأصل قال : وهذا

(١) روضة الطالبين (٥٧٩/٣) .

وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَجَاءَ بَعْدَ مَعِيبٍ لِبُرْدَةٍ ، فَقَالَ الْبَائِعُ : (لَيْسَ هَذَا الْمَبِيعُ) .. صُدِّقَ الْبَائِعُ ، وَفِي مِثْلِهِ فِي السَّلَامِ يُصَدَّقُ الْمُسْلِمُ فِي الْأَصَحِّ

هو الذي استقر عليه الرأي ، واعتمدت عليه في الفتوى ، وقد سبقه إلى ذلك البندنجي والمحاملي والجرجاني .

ويستثنى من تصحيح قول مدعي الصحة مسائل : منها : ما لو باع ذراعاً من أرض فادعى البائع أنه أراد ذراعاً مُعَيَّناً حتى لا يصحّ العقد ، وادعى المشتري الإشاعة ليصحّ .. فأرجح الاحتمالين في « زيادة الروضة » : تصديق البائع حتى يفسد البيع ؛ لأنه أعلم بإرادته^(١) ، ومنها : إذا اختلفا أن الصلح وقع على الإنكار أو الاعتراف .. فإن الصواب في « زيادة الروضة » : تصديق مدعي وقوعه على الإنكار ؛ لأنه الغالب^(٢) ، ومنها : إذا قال السيد : (كاتبك وأنا مجنون أو محجور علي) ، وقال المكاتب : (كنت في حال الكمال) ، وعُرف للسيد حالة جنون أو حجر .. فالقول قول السيد ؛ كما جزم به المصنف في (الكتابة) ، قال الأذرعى : ولا اختصاص لهذا بهذه الصورة ، بل الحكم كذلك في البيع وغيره من العقود .

(ولو اشترى عبداً فجاء بعد معيب ليرده ، فقال البائع : « ليس هذا المبيع » .. صدق البائع) لأن الأصل السلامة وبقاء العقد .

(وفي مثله في السلم يصدق المسلم في الأصح) لأن اشتغال ذمة المسلم إليه بالمسلم فيه معلوم ، والبراءة غير معلومة ؛ لأنه لم يعترف بقبض ما ورد العقد عليه ، وفي البيع اتفقا على قبض ما اشتراه ، وتنازعا في سبب الفسخ ، والأصل : عدمه ، والثاني : يصدق المسلم إليه ؛ كالبيع^(٣) .

* * *

(١) روضة الطالبين (٣/٣٦٢) .

(٢) روضة الطالبين (٤/١٩٩) .

(٣) بلغ مقابلة على أصل مؤلفه ، أيده الله تعالى . اهـ هامش (أ) .

بَابُ [معاملة الرقيق]

الْعَبْدُ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التَّجَارَةِ . . لَا يَصْخُ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَصَحِّ ،
وَيَسْتَرِدُّهُ الْبَائِعُ سَوَاءٌ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوْ سَيِّدِهِ ، فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ . . تَعْلَقُ الضَّمَانُ
بِذِمَّتِهِ ، أَوْ فِي يَدِ السَّيِّدِ . . فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ الْعَبْدِ بَعْدَ الْعِتْقِ ، وَاقْتِرَاضُهُ
كَشِرَائِهِ . وَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ . . تَصَرَّفَ بِحَسَبِ الْإِذْنِ ،

(باب) معاملة الرقيق

(العبد إن لم يؤذن له في التجارة . . لا يصحُّ شراؤه بغير إذن سيده في الأصحِّ) إذ
لا يمكن ثبوت الملك له ؛ لأنه ليس أهلاً للملك ، ولا لسيده بعوض في ذمته ؛ لأنه لم
يرض به ، ولا في ذمة العبد ؛ لما فيه من حصول أحد العوضين لغير من
يلزمه ، والثاني : يصحُّ إن كان الشراء في الذمة ؛ لأنه متعلق بالذمة ، ولا حجر للسيد
على ذمته ، فلو اشترى بعين . . فباطل جزماً .

(ويسترده البائع) إذا قلنا بعدم الصحة (سواء كان في يد العبد أو سيده) لبقائه
على ملكه .

(فإن تلف في يده) أي : في يد العبد (. . تعلق الضمان بذمته) فيطالبه به إذا
عتق ، سواء رآه السيد مع العبد فتركه أم لا ؛ لأنه وجب برضا من له الحقُّ ، ولم يأذن
فيه السيد .

(أو في يد السيد . . فللبائع تضمينه) أي : تضمين السيد ؛ لوضعه يده على ملكه ،
(وله) أي : للبائع (مطالبة العبد بعد العتق) لتعلقه بذمته لا قبل العتق ؛ لأنه معسر .
(واقتراضه كشرائه) في جميع ما سبق ؛ لأنه عقد معاوضة مالية ، فكان كالشراء ،
وسائر عقود المعاوضات كذلك خلا النكاح ؛ فإنه لا يصحُّ جزماً .

(وإن أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ . . تصرف) بالإجماع ؛ لأن المنع لحقَّ السيد وقد ارتفع ،
وشرط الماوردي : أن يصحَّ تصرفه لنفسه لو كان حرّاً^(١) (بحسب الإذن) لأنه تصرف

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٤٥٤ / ٦) .

فَإِنْ أَذْنَ لَهُ فِي نَوْعٍ . . لَمْ يَتَجَاوِزْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ النِّكَاحُ ، وَلَا يُؤْجَرُ نَفْسُهُ ، وَلَا يَأْذُنُ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ ، وَلَا يَتَصَدَّقُ ، وَلَا يُعَامَلُ سَيِّدُهُ ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ ، وَلَا يَصِيرُ مَأْذُوناً لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَى تَصَرُّفِهِ ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدْيُونِ الْمُعَامَلَةِ . وَمَنْ عَرَفَ رَقَّ عَبْدٌ . . لَمْ يُعَامَلْهُ حَتَّى يَعْلَمَ الْإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ أَوْ بَيْنَةٍ أَوْ

مستفاد من الإذن ، فاقصر على المأذون فيه ؛ كالوكيل وعامل القراض .

(فَإِنْ أَذْنَ لَهُ فِي نَوْعٍ) كالثياب ، أو وقت ؛ كسنة (. . لم يتجاوز) لأنه قد يعرف منه النجاح فيه دون غيره .

(وليس له النكاح) كما ليس للمأذون له في النكاح أن يتجر ؛ لأن اسم كل منهما غير متناول للآخر .

(وَلَا يُؤْجَرُ نَفْسُهُ) وإن كان له أن يؤجر أموال التجارة في الأصح ؛ لأنه لا يملك التصرف في رقبته ، فكذا في منفعته .

(وَلَا يَأْذُنُ لِعَبْدِهِ) الذي اشتراه (في التجارة) لأن السيد لم يأذن فيه ، فَإِنْ أَذْنَ فِيهِ . . جاز ، وهل للمأذون أن يوكل العبد في تصرف خاص ؛ كبيع ثوب بغير إذن السيد ؟ وجهان في « الشرح » ، و« الروضة » بلا ترجيح^(١) .

(وَلَا يَتَصَدَّقُ) إذ ليس من أهل التبرع .

(وَلَا يُعَامَلُ سَيِّدُهُ) فلا يبيع منه ولا يشتري ؛ لأن تصرفه لسيدته ، بخلاف المكاتب .

(وَلَا يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ) لأن الإباق معصية فلا يوجب الحجر ؛ كما لو عصى السيد من وجه آخر . . فله التجارة في البلد الذي أبق إليه إلا إذا خصَّ السيد الإذن ببلد معين .

(وَلَا يَصِيرُ مَأْذُوناً لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَى تَصَرُّفِهِ) كما لو رآه ينكح فسكت . . لا يكون إذناً له في النكاح .

(وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدْيُونِ الْمُعَامَلَةِ) ولو لأبيه وابنه ؛ لقدترته على الإنشاء .

وهذه المسألة قد أعادها المصنف في (باب الإقرار) ، وستأتي .

ومن عرف رَقَّ عَبْدٌ . . لم يعامله حتى يعلم الإذن بسماع (من) سيده أو بينة أو

(١) الشرح الكبير (٣٦٦/٤) ، روضة الطالبين (٥٦٩/٣) .

شُيُوعَ بَيْنَ النَّاسِ ، وَفِي الشُّيُوعِ وَجْهٌ ، وَلَا يَكْفِي قَوْلُ الْعَبْدِ . فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبِضَ الثَّمَنَ ، فَتَلَفَ فِي يَدِهِ ، فَخَرَجَتِ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً . رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِبَدْلِهِ عَلَى الْعَبْدِ ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ السَّيِّدِ أَيْضاً ، وَقِيلَ : لَا ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءً . فَلَا . وَلَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً . فَفِي مُطَالَبَةِ السَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَذَا الْخِلَافُ ،

شيوخ بين الناس) لأن الأصل عدم الإذن ، والمراد بالعلم : غلبة الظن .

وكان ينبغي أن يقول : (رق شخص) لأن العبد معلوم الرق .

(وفي الشيوخ وجه) لأن الحجر محقق ، والزوال مشكوك فيه ، وأجاب الأول :

بأن السماع من السيد أو الثبوت بالبينة في حق كل من أراد المعاملة . . فيه عسر .

(ولا يكفي قول العبد) أنه مأذون له ؛ للثَّهْمَة ، أما لو قال المأذون له : (حجر

عليّ سيدي) . . لم يجز معاملته وإن أنكر السيد الحجر في الأصح ؛ لأنه العاقد ،

والعقد باطل بزعمه ، ولو عزل العبد نفسه . . لم ينزل ؛ لأن التصرف حقّ للسيد ،

فلم يقدر على إبطاله ، قاله المتولي .

(فإن باع مأذون له وقبض الثمن ، فتلف في يده ، فخرجت السلعة مستحقة . . رجع

المشتري ببذله على العبد) لأنه المباشر للعقد ، فتتعلق به العهدة ، وقيل : لا رجوع

عليه ؛ لأن يده يدُ سيده ، وعبارته مستعارة بينهما .

والضمير في (بذله) عائد على الثمن ، وهو كذلك في « المحرر » ،

و« الروضة » ، و« أصلها »^(١) ، ويقع في بعض النسخ (ببذلها) يعني : ببذل العين ،

وحكي عن نسخة المصنف ، وهو سهو .

(وله مطالبة السيد أيضاً) لأن العقد له ، فكأنه البائع والقابض ، (وقيل : لا) لأن

السيد بالإذن قد أعطاه استقلالاً ، وكأنه قصر طمع الذي يعامله على يده وذمته ،

(وقيل : إن كان في يد العبد وفاءً . . فلا) لحصول الغرض بما في يده .

(ولو اشترى سلعة . . ففي مطالبة السيد بثمنها هذا الخلاف) للمعاني

المذكورة .

(١) المحرر (ص ١٥٧) ، روضة الطالبين (٣/ ٥٧٢) ، الشرح الكبير (٤/ ٣٦٩) .

وَلَا يَتَعَلَّقُ دَيْنُ التَّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ ، وَلَا ذِمَّةُ سَيِّدِهِ ، بَلْ يُؤَدَّى مِنْ مَالِ التَّجَارَةِ ، وَكَذَا مِنْ كَسْبِهِ بِالْإِصْطِيَادِ وَنَحْوِهِ فِي الْأَصَحِّ . وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ .

(ولا يتعلق دين التجارة برقبته) للزومه برضا المستحق ؛ كالاستقراض بلا إذن ، (ولا ذمة سيده) لأن الإذن لا يقتضي الالتزام إلا فيما في يد العبد ؛ كشفقة النكاح ، وهذا مخالف لقوله قبل : أنه يطالب السيد ببذل الثمن التالف في يد العبد ، وبشمن السلعة التي اشتراها أيضاً ، وقد وقع الموضعان كذلك في « المحرر » ، و« الشرح » ، و« الروضة »^(١) .
وموجب هذا التناقض : الجمع بين طريقين متباينين لم يقل أحد بمجموعهما ؛ فالإمام وأتباعه يرون ترجيح مطالبة السيد مطلقاً^(٢) ، وأشار في « المطلب » إلى تضعيفها ، والأكثر لا يعلقونه بذمة السيد ، بل يقولون : يقضي مما في يد العبد ، فإن بقي شيء... أتبع به إذا عتق ، فالكلام الثاني هو الموافق للمنقول ، ونقل عن النص أيضاً ، [وهو المعتمد]^(٣) .

(بل يُؤَدَّى مِنْ مَالِ التَّجَارَةِ) لاقتضاء الإذن والعرف ذلك ، (وكذا من كسبه بالاصطياد ونحوه في الأصح) كمؤن النكاح ، والثاني : لا ؛ كسائر أموال السيد .
(ولا يملك العبد بتمليك سيده في الأظهر) كما لا يملك بالإرث ، ولأنه مملوك فأشبه البهيمة ، والثاني : يملك ؛ لإضافة الملك إليه في قوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا . . . فَمَالُهُ لِلْبَّائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ »^(٤) .

وعلى هذا : فهو ملك ضعيف يرجع السيد فيه متى شاء ، ولا تجب فيه الزكاة .
واحترز بالسيد : عن الأجنبي ؛ فإنه لا يملك بتمليكه بلا خلاف ؛ كما قاله الرافعي في (الوقف) ، وفي (الظهار) في تكفير العبد بالصوم^(٥) ، لكن الماوردي والقاضي أجريا الخلاف فيه أيضاً ؛ كما قاله في « المطلب » .

* * *

(١) المحرر (ص ١٥٧) ، الشرح الكبير (٤/٣٦٩) ، روضة الطالبين (٣/٥٧٢) .

(٢) نهاية المطلب (٥/٤٧٤) .

(٣) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٣٧٩) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٥) الشرح الكبير (٦/٢٥٦ ، ٩/٣٢٠) .

كتاب السلم

هُوَ بَيْعُ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ ، يُشْتَرَطُ لَهُ مَعَ شُرُوطِ الْبَيْعِ أُمُورٌ : أَحَدُهَا : تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ . فَلَوْ أَطْلَقَ ثُمَّ عَيَّنَ وَسَلَّمَ فِي الْمَجْلِسِ .. جَازَ ،

(كتاب السلم)

سمي سلماً ؛ لتسليم رأس المال في المجلس ، ويُسمَّى سلفاً ؛ لتقديمه ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُتِبَتْهُ ﴾ الآية ، قال ابن عباس رضي الله عنهما : نزلت في السلم ^(١) ، وفي الصحيح : « مَنْ أَسْلَفَ .. فَلْيُسْلَفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » ^(٢) ، وهو مجمع عليه .

(هو بيع موصوف في الذمة) بلفظ السلم يبدل يُعطى عاجلاً ، وإنما قيدت كلامه بلفظ السلم ؛ لثلا يرد ما إذا عقده بلفظ البيع ، فإنه بيع على الأصح كما سيأتي .
وخرج بالوصف : القرض ؛ فإنه لم يذكر صفاته .

(يشترط له مع شروط البيع أمور) لما مرَّ من أنه بيع ، قال الزركشي : والمراد : شروط البيع في الذمة لا مطلقاً ، وإلا .. لاقتضى اشتراط رؤية المسلم فيه ، والصيغة ، وعلى هذا فلا ترد صحة سلم الأعمى دون شرائه .
(أحدها : تسليم رأس المال في المجلس) لأن تأخيرها في معنى بيع الدين بالدين ، وقد نهى عنه ^(٣) .

(فلو أطلق) كأن قال : (أسلمت إليك ديناراً في ذمتي في كذا) (ثم عين) الدينار (وسلم في المجلس .. جاز) لأن المجلس حريم العقد ؛ فله حكمه .

(١) أخرجه الشافعي في « الأم » (١٨٣/٤) ، والطبري في « تفسيره » (٦٣١٥) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٤٠) ، ومسلم (١٦٠٤) عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

(٣) أخرجه الحاكم (٥٧/٢) ، والبيهقي (٢٩٠/٥) ، والدارقطني (٧١/٣) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

وَلَوْ أَحَالَ بِهِ وَقَبْضَهُ الْمُخْتَالُ فِي الْمَجْلِسِ . . فَلَا ، وَلَوْ قَبْضَهُ وَأَوْدَعَهُ الْمُسْلِمَ . . جَازَ .
وَيَجُوزُ كَوْنُهُ مَنَفَعَةً ، وَيُقْبَضُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ . وَإِذَا فُسِّخَ السَّلَمُ وَرَأْسُ الْمَالِ بَاقٍ . .
أَسْتَرَدَّهُ بَعِيْنِهِ ، وَقِيلَ : لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عَيَّنَ فِي الْمَجْلِسِ دُونَ الْعَقْدِ . وَرُؤْيَاهُ
رَأْسُ الْمَالِ تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ

(ولو أحال به) أي : برأس المال (وقبضه المختال في المجلس . . فلا) لأنها
ليست بقبض حقيقي ، والمحال عليه يؤدي عن نفسه لا عن المسلم .
وصورة المسألة : أن يحيل المسلم المسلم إليه ، أما لو أحال المسلم إليه برأس
المال على المسلم ، وأمره بالدفع إليه ، وحصل القبض في المجلس . . جاز ، ويكون
المختال وكيلًا عن المسلم إليه في القبض .
(ولو قبضه) يعني : رأس المال (وأودعه المسلم) قبل التفرق (. . جاز) قياساً
على سائر أمواله .

(ويجوز كونه) أي : رأس المال (منفعة) كما يجوز جعلها ثمنًا وغيره .
(وَيُقْبَضُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ) لأنه لما تعذر القبض الحقيقي . . اكتفينا بهذا ؛ لأنه الممكن .
(وَإِذَا فُسِّخَ السَّلَمُ وَرَأْسُ الْمَالِ بَاقٍ) ولم يتعلق به حق ثالث (. . استرده بعينه)
وليس له إبداله ، سواء أكان مُعَيَّنًا أم في الذمة ثم عَيَّنَ في المجلس ، أما الأول . . فلأن
الثلث المُعَيَّنَ كالبيع ، وأما الثاني . . فلأن المُعَيَّنَ في المجلس بمثابة المُعَيَّنَ في
العقد .

(وَقِيلَ : لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عَيَّنَ فِي الْمَجْلِسِ دُونَ الْعَقْدِ) لأن العقد لم
يتناولوه . واحترز بقوله : (باق) عما إذا تلف ؛ فإنه يرد مثله في المثلي ، وقيمته في
المتقوم .

(وَرُؤْيَاهُ رَأْسُ الْمَالِ تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ) كثلث البيع ، والثاني :
لا تكفي ، بل يجب ذكر قدره وصفته ؛ لأنه ربما ينقطع ، ويكون رأس المال تالفاً ،
فلا يدري بِمَ يرجع ، ونص في « الأم » على أن هذا أحب القولين إليه ^(١) .

(١) الأم (٢٠٣/٤) .

الثَّانِي : كَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ دِينًا ، فَلَوْ قَالَ : (أَسْلَمْتُ إِلَيْكَ هَذَا الثَّوْبَ فِي هَذَا الْعَبْدِ) .. فَلَيْسَ بِسَلَمٍ ، وَلَا يَنْعَقِدُ بَيْعًا فِي الْأَظْهَرِ ، وَلَوْ قَالَ : (اشْتَرَيْتُ مِنْكَ ثَوْبًا صِفَتُهُ كَذَا بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ) ، فَقَالَ : (بَعْتُكَ) .. أَنْعَقَدَ بَيْعًا ، وَقِيلَ : سَلَمًا

ومحل الخلاف : ما إذا تفرقا قبل العلم بالقدر والصفة ؛ فإن علماه قبله . . صح قطعاً .

(الثاني : كون المسلم فيه ديناً) لأن لفظ السلم موضوع له ، ومراده بالشرط : ما لا بد منه ؛ ليشمل الركن ؛ فإن الدَّيْنِيَّةَ داخلة في حقيقة السلم .
(فلو قال : « أَسْلَمْتُ إِلَيْكَ هَذَا الثَّوْبَ فِي هَذَا الْعَبْدِ » .. فليس بسلم) جزماً ؛ لانتفاء الدَّيْنِيَّةِ .

(ولا ينعقد بيعاً في الأظهر) لاختلال اللفظ ، والثاني : ينعقد بيعاً ؛ نظراً إلى المعنى .

(ولو قال : « اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم ») أو بمئة درهم في ذمتي (فقال : « بعتك » .. انعقد بيعاً) نظراً إلى اللفظ ، وهذا ما رجحه في « أصل الروضة » ، وقال في « المحرر » : إنه أقرب^(١) ، ولم يصرح هنا في « الشرحين » بترجيح ، (وقيل : سلماً) نظراً إلى المعنى ، واللفظ لا يعارضه ؛ لأن كل سلم بيع ؛ فإطلاق البيع على السلم إطلاق له على ما يتناوله ، وهذا ما رجحه العراقيون وغيرهم ، وهو المنصوص ، واختاره السبكي .

وإذا جعلناه سلماً . . وجب تعيين الدراهم ، وقبضها في المجلس ، وإلا . . لم يجب ، كذا قاله^(٢) ، وقال السبكي : إذا جعلناه بيعاً لا يجب التسليم ، ويجب التعيين ، وإلا أدى إلى بيع الدين بالدين ، وهو باطل بالإجماع ، وممن نبه عليه المحاملي والفارقي وإسماعيل الحضرمي .

ومحل انعقاده بيعاً : إذا لم يذكر بعده لفظ السلم ، فإن قال : (بعتك كذا سلماً ، أو اشتريت منك سلماً) .. كان سلماً ؛ كما جزم به الرافعي في تفريق الصفقة في

(١) روضة الطالبين (٦/٤) ، المحرر (ص ١٥٨) .

(٢) الشرح الكبير (٣٩٦/٤) ، روضة الطالبين (٦/٤-٧) .

الثالث : المذهب : أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم ، أو يصلح ولحملة مؤنة ..
 اشترط بيان محل التسليم ، وإلا .. فلا . ويصح حالاً ومؤجلاً ، فإن أطلق . انعقد
 حالاً ، وقيل : لا ينعقد ..

الأحكام ؛ فإنه صوّر الجمع بين الإجارة والسلم بقوله : (أجرتك داري سنة ، وبعثك
 كذا سلماً بكذا)^(١) .

(الثالث : المذهب : أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم ، أو يصلح ولحملة
 مؤنة .. اشترط بيان محل التسليم) وهو مكانه ، (وإلا .. فلا) لأنه إذا كان الموضع
 صالحاً ولا مؤنة .. اقتضى العرف التسليم فيه ، وإذا لم يكن كذلك .. تفاوتت
 الأغراض باختلاف الأمكنة فاشترط التعيين .

وهذا في السلم المؤجل ، أما الحال .. فلا يشترط فيه التعيين ؛ كالبيع .
 ويتعين موضع العقد للتسليم ، لكن إن عينا غيره .. جاز بخلاف البيع ؛ لأن السلم
 يقبل التأجيل فقبل شرطاً يتضمن تأخير التسليم ، والأعيان لا تحتمله .
 والمراد بموضع العقد : المحلة ، وفي المسألة سبعة طرق^(٢) ؛ فلذا عبر
 بالمذهب .

(ويصح) السلم (حالاً) إذا كان المسلم فيه موجوداً (ومؤجلاً) أما المؤجل ..
 فبالإجماع ، وإذا جاز مؤجلاً .. فهو في الحال أجوز ؛ لأنه أبعد عن الغرر .
 وفائدة العدول عن البيع إلى السلم الحال : جواز العقد مع غيبة المبيع ؛ فإنه قد
 لا يكون حاضراً مرئياً ، فلا يصح بيعه ، وإن أخره لإحضاره .. فات المشتري ،
 والأمن من الانفساخ ؛ إذ هو متعلق بالذمة .
 (فإن أطلق) ولم يشترط تأجيلاً ولا حلولاً (.. انعقد حالاً) كالثمن في البيع ،
 (وقيل : لا ينعقد) لأن العرف في السلم التأجيل ؛ فحمل عليه ، وحينئذ فيكون كما
 لو ذكر أجلاً مجهولاً .

(١) الشرح الكبير (١٥٦/٤) .

(٢) انظر « النجم الوهاج » (٢٤٤/٤) .

وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِالْأَجَلِ . فَإِنْ عَيَّنَ شُهْرَ الْعَرَبِ أَوْ الْفُرْسِ أَوْ الرُّومِ . . جَازَ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . حُمِلَ عَلَى الْهَلَالِيِّ ، فَإِنْ انْكَسَرَ شَهْرٌ . . حُسِبَ الْبَاقِي بِالْأَهْلَةِ وَتُمِّمَ الْأَوَّلُ ثَلَاثِينَ . وَالْأَصَحُّ : صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِالْعِيدِ وَجُمَادَى ، وَيُحْمَلُ عَلَى الْأَوَّلِ .

فَضْلٌ

[في بقية الشروط السبعة]

يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ : مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ ، فَإِنْ كَانَ يَوْجَدُ بِلَدٍ آخَرَ . . صَحَّ إِنْ اعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ ، وَإِلَّا . . فَلَا ،

(ويشترط العلم بالأجل) فلا يجوز بما يختلف ؛ كالحصاد ، وقدم الحاج ، والميسرة ؛ للآية والحديث السالفين ^(١) .

(فإن عين شهور العرب أو الفرس أو الروم . . جاز) لأنها معلومة مضبوطة .
(وإن أطلق) الشهر (. . حمل على الهلالي) لا الشمسي ؛ لأنه عرف الشرع ، وكذا السنة ؛ كما صرح به في « المحرر » ^(٢) .

(فإن انكسر شهر . . حُسِبَ الباقي بالأهلة وتُمِّم الأول ثلاثين) لتعذر اعتبار الهلال فيه ، وقيل : إذا انكسر الأول . . انكسر الجميع .

(والأصحُّ : صحة تأجيله بالعید وجمادى ، ويحمل على الأول) لتحقيق الاسم به ، والثاني : يفسد ؛ لتردده بينهما ، ولو قال : (بعد رمضان إلى العيد) . . حمل على عيد الأضحى ؛ لأنه الذي يلي العقد ، قاله ابن الرفعة ^(٣) .

* * *

(فصل : يشترط كون المسلم فيه : مقدوراً على تسليمه عند وجوب التسليم) لأن المعجوز عن تسليمه يمتنع بيعه ، فيمتنع السلم فيه .

(فإن كان يوجد بلد آخر . . صحَّ إن اعتيد نقله للبيع ، وإلا . . فلا) سواء أكان لا ينقل منها أصلاً أم ينقل ولكن على ندور ، أم ينقل لا للبيع بل للهدية ونحوها .

(١) في (ص ١٠٥) .

(٢) المحرر (ص ١٥٩) .

(٣) كفاية النيه (٣٥٣ / ٩) .

وَلَوْ أَسْلَمَ فِيمَا يَعُمُّ فَانْقَطَعَ فِي مَحَلِّهِ . . لَمْ يَنْفَسَخْ فِي الْأَظْهَرِ ، فَيَتَخَيَّرُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ
فَسْخِهِ ، وَالصَّبْرِ حَتَّى يُوجَدَ ، وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الْمَحَلِّ انْقِطَاعَهُ عِنْدَهُ . . فَلَا خِيَارَ قَبْلَهُ فِي
الْأَصَحِّ . وَكَوْنُهُ مَعْلُومٌ الْقَدَرِ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا أَوْ عَدًّا أَوْ ذَرْعًا ، وَيَصِحُّ فِي الْمَكِيلِ وَزْنًا
وَعَكْسُهُ ،

وهذا الضابط نقله الرافعي في « الشرح » عن الإمام ، وجزم به في « المحرر »^(١) ،
لكن ذكر في « الشرح » آخر الفصل في الكلام على الانقطاع كلاماً آخر حاصله : مخالفة
الإمام رجحان اعتبار مسافة القصر ، وقد أوضحه في « المهمات »^(٢) .
(ولو أسلم فيما يعمُّ فانقطع في محله) بكسر الحاء (. . لم ينفسخ في الأظهر)
لتعلقه بالذمة ؛ كإفلاس المشتري بالثمن .

والمراد بالانقطاع : ألا يوجد ، أو يوجد ولا يباع ، أو يوجد ببلد آخر ولو نقل . .
لفسد ، فلو كان يباع بثمن غال . . وجب تحصيله ، وإن أمكن نقله من بلد آخر من غير
فساد . . وجب إن قرب ، وقد مرَّ بما يضبط القرب .

(فيتخير المسلم بين فسخه ، والصبر حتى يوجد) فإن أجاز ثم بدا له . . مُكِّن من
الفسخ ؛ كزوجة المولي ؛ بناءً على أن خياره على التراخي ، وهو الصحيح ، والقول
الثاني : ينفسخ ؛ كما لو تلف المبيع قبل القبض .

(ولو علم قبل المَحَلِّ انقطاعه عنده . . فلا خيار قبله في الأصح) لأنه لم يدخل
وقت وجوب التسليم ، والثاني : نعم ؛ لتحقيق العجز في الحال .

(وكونه معلوم القدر كَيْلًا أَوْ وَزْنًا أَوْ عَدًّا أَوْ ذَرْعًا) أما الأولان . . فللحديث المارَّ
أول الباب^(٣) ، وأما الأخيران . . فبالقياس .

(ويصحُّ في المكيل وزناً ، وعكسه)^(٤) إذ المقصود معرفة المقدار ، بخلاف

(١) الشرح الكبير (٤٠١ / ٤) ، المحرر (ص ١٥٩) .

(٢) الشرح الكبير (٤٠٣ / ٤) ، المهمات (٢٩٣ / ٤) .

(٣) في (ص ١٠٩) .

(٤) في (ب) : (ويصح المكيل وزناً) .

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِثَّةٍ صَاعٍ حِنْطَةٍ عَلَى أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا . . لَمْ يَصِحَّ . وَيَشْتَرُطُ الْوَزْنُ فِي الْبَطِيخِ
وَالْبَادِنْجَانِ وَالْقَنْءِ وَالسَّفَرْجَلِ وَالرُّمَّانِ . وَيَصِحُّ فِي الْجَوْزِ وَاللُّوزِ بِالْوَزْنِ فِي نَوْعٍ يَقَلُّ
اِخْتِلَافُهُ ، وَكَذَا كَيْلًا فِي الْأَصْحَ

الربويات ، فإن الغالب فيها التعبد ، كذا أطلقوه^(١) ، وحمله الإمام على ما يُعَدُّ الكيلُ
في مثله ضابطاً^(٢) .

فلو أسلم في فُتات المسك والعنبر ، ونحوهما كيلاً . . لم يصحَّ ؛ لكثرة مالية
يسيره ، حكاة الشيخان عنه ، وأقراه^(٣) ، وجزم به المصنف في « التصحيح »^(٤) ، لكن
الرافعي جزم بعد ذلك بالجواز في اللآلئ الصغار إذا عمَّ وجودها كيلاً^(٥) ؛ فيحتمل
مخالفته ؛ لما مرَّ ، وهو ما فهمه في « الروضة »^(٦) ، ويحتمل أن يفرق بينهما : بأن
الكيل يحصر اللآلئ الصغار ؛ لِرزانتهما في الكيل ، بخلاف المسك ونحوه ، وأيضاً فإن
ذلك الكلام فيما له خَطَرٌ ، واللآلئ الصغار المرادة للتداوي قد لا يكون لها خَطَرٌ .
(ولو أسلم في مِثَّةٍ صَاعٍ حِنْطَةٍ عَلَى أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا . . لَمْ يَصِحَّ) لأنه يورث عِزَّةَ
الوجود .

(ويشترط الوزن في البطيخ والباذنجان والقنء ، والسَّفَرْجَلِ وَالرُّمَّانِ) والرانج ،
والبيض ، ولا يكفي الكيل ؛ لتجافيه في المكيال ، ولا العدد ؛ لكثرة التفاوت .
(ويصحُّ في الجوز واللوز بالوزن) لا بالعدد (في نوعٍ يقلُّ اختلافه) فإن اختلفت
قشوره بالغلظ والرقّة . . امتنع السلم فيه ؛ لاختلاف الغرض .
(وكذا كيلاً في الأصحَّ) كالحبوب ، والثاني : لا ؛ لتجافيها في المكيال .
والخلاف قولان ؛ فالأول : منصوص « المختصر »^(٧) ، والثاني : منصوص
« البويطي » .

(١) الشرح الكبير (٤/٤٠٥) ، روضة الطالبين (٤/١٤) .

(٢) نهاية المطلب (٦/٤٩) .

(٣) الشرح الكبير (٤/٤٠٥) ، روضة الطالبين (٤/١٤) .

(٤) تصحيح التنبيه (١/٣٠٨) .

(٥) الشرح الكبير (٤/٤١١) .

(٦) روضة الطالبين (٤/١٧) .

(٧) مختصر المزني (١/٩٣) .

وَيُجْمَعُ فِي اللَّبَنِ بَيْنَ الْعَدِّ وَالْوَزْنِ . وَلَوْ عَيَّنَ كَيْلًا . . فَسَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَادًا ، وَإِلَّا . .
فَلَا فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ . . لَمْ يَصَحَّ ، أَوْ عَظِيمَةٍ . . صَحَّ فِي
الْأَصَحِّ . وَمَعْرِفَةُ الْأَوْصَافِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الْغَرَضُ اخْتِلَافًا ظَاهِرًا ،

(ويجمع في اللبن بين العدِّ والوزن) فيقول : (كذا لبنة ، وزن كل واحدة كذا)
لأنها تُضْرَبُ عن اختيار فلا تؤدي إلى عَزَّةِ الوجود ، ثم الأمر في وزنها على التقريب ،
وفي « زيادة الروضة » لم يعتبر العراقيون أو معظمهم الوزن ، ونصَّ في « الأم » على أنه
مستحب ، لكن يشترط أن يذكر طوله وعَرْضُه وثخانتَه ، وأنه من طين معروف ^(١) .

(ولو عَيَّنَ كَيْلًا . . فسَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَادًا) ولم يعرف مقداره ؛ كالكوز والقَصْعة
بالإجماع ؛ لأنه مجهول ، ولأن فيه غرراً ؛ لأنه قد يتلف قبل المِحْل ، وينبغي على
المعنيين ما لو قال : (بعثك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة) ، والأصح : الصحة ؛
اعتماداً على المعنى الثاني ، وهو انتفاء الغرر .

(وإلا . . فلا في الأصح) أي : وإن كان معتاداً . لم يفسد ، بل يلغو تعيينه ؛
كسائر الشروط التي لا غرض فيها ، والثاني : يفسد ؛ لتعرضه للتلف .
والمراد بالتعيين : تعيين الفرد من نوع المكيال ، أما تعيين نوع المكيال بالغلبة أو
بالتنصيب عليه . . فلا بدَّ من اشتراطه .

(ولو أسلم في) مقدار من (ثمر قرية صغيرة . . لم يصح) بالإجماع ؛ خشيةً من
انقطاعه لجائحة ونحوها ، وذلك غرر .
(أو عَظِيمَةٍ . . صحَّ في الأصح) لعدم انقطاعه غالباً ، والثاني : أنه كتعيين
المكيال ؛ لعدم الفائدة .

ومحل الخلاف : إذا لم يُفْذَ تنوعاً ، فإن أفاده كمَعْقِلِي البصرة . . جاز قطعاً ؛ لأنه
مع مَعْقِلِي بغداد صنفٌ واحد ، لكن يختلفان في الأوصاف ؛ فله غرض في ذلك .
(و) يشترط (معرفة الأوصاف التي يختلف بها الغرضُ اختلافاً ظاهراً) لتقريبه من
المعاينة ، ولأن القيمة تختلف بسببها .

(١) روضة الطالبين (١٤/٤) .

وَذَكَرَهَا فِي الْعَقْدِ عَلَى وَجْهِ لَا يُؤَدِّي إِلَى عِزَّةِ الْوُجُودِ ، فَلَا يَصِحُّ فِيهَا لَا يَنْضَبُطُ مَقْصُودُهُ
كَالْمُخْتَلِطِ الْمَقْصُودِ الْأَرْكَانِ ؛ كَهَرِيسَةٍ وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ وَخَفٍّ وَتَرْيَاقٍ مَخْلُوطٍ ،
وَالْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ فِي الْمُخْتَلِطِ الْمُنْضَبُطِ كَعَتَابِيٍّ وَخَزٍّ ، وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْدٍ ، وَخَلٍّ تَمْرٍ
أَوْ زَبِيبٍ ،

واحترز بقوله : (ظاهراً) عمّا يتسامح الناس بإهمال ذكره .

(وذكرها في العقد) لِيَتَمَيَّزَ الْمَقْصُودُ عَلَيْهِ ، فَلَا يَكْفِي ذِكْرُهَا بَعْدَهُ وَإِنْ كَانَ فِي
مَجْلِسِ الْعَقْدِ ، وَيَكُونُ ذِكْرُهَا (عَلَى وَجْهِ لَا يُؤَدِّي إِلَى عِزَّةِ الْوُجُودِ) لِأَنَّ السَّلْمَ غَرَرٌ ،
فَلَا يَجُوزُ إِلَّا فِيمَا يُوَثِّقُ بِتَسْلِيمِهِ .

(فَلَا يَصِحُّ فِيهَا لَا يَنْضَبُطُ مَقْصُودُهُ ؛ كَالْمُخْتَلِطِ الْمَقْصُودِ الْأَرْكَانِ ؛ كَهَرِيسَةٍ
وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ وَخَفٍّ وَتَرْيَاقٍ) طَاهِرٌ (مَخْلُوطٌ) لِأَنَّ الْغَالِيَةَ مَرْكَبَةٌ مِنْ مَسْكَ وَعَنْبَرٍ
وَعُودٍ وَكَافُورٍ ، كَمَا قَالَ الرَّافِعِيُّ ^(١) ، وَالْخَفُّ مَرْكَبٌ مِنْ ظَهَارَةٍ وَبِطَانَةٍ .

واحترز بالترىاق المختلط : عما إذا كان نباتاً أو حجراً ؛ فَإِنَّهُ يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ ، وَقَدْ
يَفْهَمُ الْجَوَازُ فِي خَفٍّ مَتَّخِذٍ مِنْ شَيْءٍ وَاحِدٍ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ ؛ بِنَاءً عَلَى مَنْعِ السَّلْمِ فِي
الْجُلُودِ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ .

(وَالْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ فِي الْمُخْتَلِطِ الْمُنْضَبُطِ ؛ كَعَتَابِيٍّ ، وَخَزٍّ) لِيَتَشَرَّضَ ضَبْطُ كُلِّ جُزْءٍ
مِنَ الْأَجْزَاءِ ، وَالثَّانِي : الْمَنْعُ ؛ كَالْمَعْجُونِ ، وَالْعَتَابِيِّ : مِنْ قَطْنٍ وَحَرِيرٍ ، وَالْخَزِّ :
مِنْ إِبْرَنْسِمٍ وَوَبَرٍ ، أَوْ صُوفٍ .

(وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْدٍ ، وَخَلٍّ تَمْرٍ أَوْ زَبِيبٍ) إِذِ الْمَلْحُ وَالْإِنْفَحَةُ فِي الْجُبْنِ ،
وَالْأَقِطُ ، وَالْمَاءُ فِي خَلِّ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ مِنْ مَصَالِحِهِ ، وَالثَّانِي : لَا ؛ كَاللَّبَنِ الْمَخْلُوطِ
بِالْمَاءِ .

وأما الشَّهْدُ . . فَوَجْهُ الصَّحَّةِ : قِيَاسُهُ عَلَى التَّمْرِ ، وَوَجْهُ الْمَنْعِ : أَنَّ الشَّمْعَ فِيهِ يَقْلُّ
وَيَكْثُرُ ، وَهَذَا مَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي « الْأَمِّ » ^(٢) ، وَاخْتَارَهُ السَّبْكِ .

(١) الشرح الكبير (٤/٤٠٨) .

(٢) الأم (٤/٢١٦) .

لَا الْخُبْزُ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ . وَلَا يَصِحُّ فِيمَا نَدَرَ وَجُودُهُ ؛ كَلَحْمِ الصَّيْدِ بِمَوْضِعِ الْعِزَّةِ ، وَلَا فِيمَا لَوْ اسْتَقْصِيَ وَصْفُهُ . عَزَّ وَجُودُهُ ؛ كَاللُّؤْلُؤِ الْكِبَارِ وَالْيَوَاقِيتِ ، وَجَارِيَةِ وَأُخْتِهَا أَوْ وَلَدِهَا .

(لا الخبز في الأصح عند الأكثرين) لاختلاف الغرض بقدر الملح ، وتأثير النار فيه تأثيراً غير منضبط ، وهو مانع من الصحة ، كما سيأتي ، والثاني : يصح ؛ لأن ناره مضبوطة ، والملح غير مقصود .

(ولا يصح فيما ندر وجوده ؛ كالحم الصيد بموضع العزة) لأنه عقد غرر ، فلا يحتمل إلا فيما يوثق بتسليمه .

(ولا فيما لو استقصي وصفه) الذي يجب ذكره في السلم (عزَّ وجوده ؛ كاللؤلؤ الكبار ، واليواقيت) إذ لا بدَّ فيها من ذكر الحجم والشكل والوزن واللون والصفاء ، واجتماعها نادر ، ويجوز في صغار اللآلئ العامة الوجود ؛ كيلاً ووزناً ، وضبط جماعة الصغار : بما يطلب للتداوي لا للزينة ، وضبطه الجويني : بسدس دينار^(١) ، قالوا : والوجه أن اعتبار السدس للتقريب^(٢) .

(وجارية وأختها أو ولدها) وشاة وسخلتها ؛ لندرة اجتماعهما بالصفات ، واستشكله الرافعي بما لو شرط كون العبد كاتباً ، أو الجارية ماشطة . . فإنه يندر اجتماع ذلك مع الصفات المشروطة ، ومع ذلك يصح^(٣) . وفرق في « المهمات » بينهما بما ملخصه : أن الكتابة والمشط يسهل تحصيله بالاكتساب ، بخلاف البنوة والأخوة ؛ فإنه وصف غير مكتسب فيعزَّ وجوده مع باقي الأوصاف . انتهى^(٤) .

وقيد الإمام المنع بمن تكثر صفاتها بخلاف الزنجية ، ويبحث فيه الرافعي^(٥) .

* * *

(١) نهاية المطلب (٦٠/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٤١١/٤) ، روضة الطالبين (١٧/٤) .

(٣) الشرح الكبير (٤١١/٤-٤١٢) .

(٤) المهمات (٢٩٩/٥) .

(٥) نهاية المطلب (٤١/٦) ، الشرح الكبير (٤١١/٤) .

يَصْغُ فِي الْحَيَوَانِ ، فَيُشْتَرَطُ : فِي الرَّقِيقِ : ذِكْرُ نَوْعِهِ كَتَرْكِيٍّ ، وَلَوْنِهِ كَأَبْيَضَ - وَيَصِفُ بَيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَوْ شُقْرَةٍ - وَذُكُورَتِهِ وَأُنُوثَتِهِ ، وَسِنِّهِ ، وَقَدَّهُ طَوْلًا وَقِصْرًا ، وَكُلَّهُ عَلَى التَّقْرِيبِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْكَحْلِ وَالسَّمَنِ وَنَحْوِهِمَا فِي الْأَصَحِّ

(فرع : يَصْغُ) السلم (في الحيوان) لأنه يثبت في الذمة ؛ بدليل إبل الدية ، وصَحَّ أنه عليه أفضل الصلاة والسلام اقترض بَكْرًا^(١) ، وحديث النهي عن السلف في الحيوان لم يثبت ؛ كما قاله ابن السمعاني في « الاصطلام » ، وإن صححه الحاكم^(٢) . (فيشترط في الرقيق : ذكر نوعه ؛ كتركي) لاختلاف الغرض ، فإن اختلف صِنْفُ النوع وجب ذكره على الأظهر .

(ولونه ؛ كأبيض ، ويصف بياضه بسمرة أو شقرة) ويصف السواد بالصفاء أو الكدرة ، وهذا إن اختلف لون النوع ، فإن لم يختلف ؛ كالزنجي لم يجب التعرض له .

(وذكورته وأنوثته ، وسنِّه ، وقَدَّهُ طَوْلًا وقِصْرًا) وكذا ثيوبته ، وبكارتته على الأصح ؛ لاختلاف الغرض بكل ذلك .

(وكلُّهُ على التقريب) فلو شرط تحديداً بطل ؛ لندوره ، ولم يذكر الرافي في « الشرحين » ، و« المحرر » التقريب إلا بالنسبة إلى السنِّ خاصة ، وجرى عليه في « الروضة » ، قال المنكت : وما في « الكتاب » حسن إن ساعد عليه نقل^(٣) .

(ولا يشترط ذكر الْكَحْلِ وَالسَّمَنِ ونحوهما) كالدعج ، وهو : شدة سواد العين مع سعتها ، وَالْكَحْلُ : أن يعلو جفونَ العين سوادٌ كَالْكَحْلِ من غير اكتحال (في الأصح) لتسامح الناس بإهماله ، والثاني : يشترط ؛ لأنه مقصود لا يؤدي إلى عِزَّةِ الوجود .

(١) أخرجه مسلم (١٦٠٠) عن أبي رافع رضي الله عنه .

(٢) المستدرک (٥٧/٢) .

(٣) الشرح الكبير (٤١٣/٣) ، المحرر (١٦٠) ، روضة الطالين (١٨/٤) ، السراج (١٥٩/٣) .

وَفِي الْإِبِلِ وَالْخَيْلِ وَالْبَعَالِ وَالْحَمِيرِ : الذُّكُورَةُ وَالْأُنثَى ، وَالسُّنُّ وَاللُّونُ وَالنَّوْعُ . وَفِي الطَّيْرِ : النَّوْعُ وَالصَّغَرُ وَكِبَرُ الْجَنَّةِ . وَفِي اللَّحْمِ : لَحْمُ بَقَرٍ ، أَوْ ضَأْنٍ ، أَوْ مَعَزٍ ، ذَكَرٍ خَصِيٍّ رَضِيعٍ مَعْلُوفٍ أَوْ ضِدَّهَا ، مِنْ فَخْذٍ أَوْ كَتِفٍ أَوْ جَنْبٍ ، وَيُقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى الْعَادَةِ . وَفِي الثِّيَابِ : الْجِنْسُ ،

(وفي الإبل والخيـل والبعـال والحمير : الذكـورة والأنـثى ، والسـنُّ واللون والنوع)
لاختلاف الغرض بذلك ، ولو اختلف صنف النوع . . فعلى ما سبق في الرقيق .

(وفي الطير : النوع ، والصَّغَرُ ، وكبر الجنة) واللون ؛ كما ذكره الغزالي في « الوسيط »^(١) ، والمصنف في « التنقيح » ، ومسودة « شرح المذهب » ، وأهمـله الـرافعي ، والمصنف في باقي كتبه ، وأما السُّنُّ . . فلا يكاد يعرف ؛ فإن عرف . . وُصِفَ به ؛ كما في « الشرح » و« الروضة »^(٢) .

(وفي اللحم : لحم بقر ، أَوْ ضَأْنٍ ، أَوْ مَعَزٍ ، ذَكَرٍ خَصِيٍّ رَضِيعٍ مَعْلُوفٍ ، أَوْ ضِدَّهَا) أي : ضِدَّ ما ذكر ، فـضد الذكـر : الأنثى ، والخصي : الفحل ، والرضيع : الفطيم ، أَوْ الجذع ، أَوْ الشني ، وضد المعلوفة : الراعية ؛ لاختلاف الغرض بذلك ، فلحم الراعية أطيب ، والمعلوفة أدسم ، ولو كان في بلد لا يختلف الراعي فيها والمعلوف . . لم يلزم ذكره ، قاله الماوردي ، وأشار إليه الـرافعي^(٣) ، ولا بدَّ في البقر من بيان نوعه ؛ كجواميس أو عَرَاب .

(من فخذ أو كتف أو جنب) أو غيرها ؛ لاختلاف الغرض ، فكلما قرب من المرعى والماء . . فهو أطيب ، فلحم الرقبة أطيب ؛ لقربه ، ولحم الفخذ أدون ؛ لبعده .

(ويقبل عظمه على العادة) عند الإطلاق ؛ لأنه كالنوى من التمر ، فإن شرط نـزعه . . جاز ، ولم يجب قبوله .

(وفي الثياب : الجنس) كقطن أو كتان ، والنوع ؛ ككتان ربيعي أو صيفي ،

(١) الوسيط (٣/٤٤٠) .

(٢) الشرح الكبير (٤/٤١٦) ، روضة الطالين (٤/٢٠) .

(٣) الحاوي الكبير (٧/٥٠) ، الشرح الكبير (٤/٤١٦) .

وَالطُّوْلُ وَالْعَرْضُ ، وَالْغَلْظُ وَالْدَقَّةُ ، وَالصَّفَاقَةُ وَالرَّقَّةُ ، وَالنُّعْمَةُ وَالْخُسُونَةُ ، وَمُطْلَقُهُ يُحْمَلُ عَلَى الْخَامِ . وَيَجُوزُ فِي الْمَقْصُورِ ، وَمَا صَبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ النَّسِجِ ؛ كَالْبُرُودِ ، وَالْأَقْيَسُ : صِحَّتُهُ فِي الْمَصْبُوغِ بَعْدَهُ . قُلْتُ : الْأَصَحُّ : مَنَعُهُ ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَفِي التَّمْرِ : لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ وَبَلَدُهُ ، وَصِغَرُ الْحَبَّاتِ وَكِبَرُهَا ، وَعَتَقُهُ وَحَدَاتُهُ . وَالْحِنْطَةُ وَسَائِرُ الْحُبُوبِ كَالتَّمْرِ

وكذلك البلد الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض .

(والطول والعرض ، والغلظ والدقة ، والصفاقة والرقعة ، والنعومة والخسونة)
لاختلاف الغرض في ذلك .

والغلظ والدقة بالدال يرجعان إلى كيفية الغزل ، والصفاقة والرقعة بالراء يرجعان إلى كيفية النسج ، فإن الصفاقة : انضمام بعض الخيوط إلى بعض ، والرقعة : ضدها .
والواو في (الغلظ والدقة والصفاقة والرقعة) بمعنى أو ؛ يعني : إما هذا أو هذا .
(ومطلقه يحمل على الخام) لأن القصر صفة زائدة .

(ويجوز في المقصور ، و) في (ما صبغ غزله قبل النسج ؛ كالبرود) إذا بَيَّن الصبغَ ولونه ، وكونه في الشتاء أو الصيف ؛ كما قاله الماوردي^(١) .

(والأقيس : صحته في المصبوغ بعده) أي : النسج ؛ كما في الغزل المصبوغ .
(قلت : الأصحُّ : منعه ، وبه قطع الجمهور ، والله أعلم) لأن الصبغ عين برأسه ، وهو مجهول ، ويمنع أيضاً من معرفة صفات الثوب ؛ لسدِّه الفرج ، بخلاف ما قبل النسج ، وهذا مانصُّ عليه في « البويطي » ، وقال الرافي في « شرحه » : إنه المشهور ، لكن قال : إن الأقيس : الجواز^(٢) .

(وفي التمر : لونه) كأبيض وأحمر (ونوعه) كمعقلي ، أو برّني (وبلده) كبغداد أو بصري (وصغر الحَبَّات وكبرها) فإن الصغير أقوى من الكبير وأشدَّ (وعتقه وحداته) وتوسطه بينهما ؛ لاختلاف الغرض به .
(والحنطة وسائر الحبوب كالتمر) في الشروط السابقة .

(١) الحاوي الكبير (٥٧/٧) .

(٢) الشرح الكبير (٤٢٠/٤) .

وَفِي الْعَسَلِ : جَبَلِيٌّ أَوْ بَلَدِيٌّ ، صَيْفِيٌّ أَوْ خَرِيفِيٌّ ، أَيْبِضُ أَوْ أَصْفَرُ ، وَلَا يَشْتَرِطُ الْعَتَقُ وَالْحَدَاثَةُ . وَلَا يَصِحُّ فِي الْمَطْبُوحِ وَالْمَشْوِيِّ ، وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ الشَّمْسِ . وَالْأَظْهَرُ : مَنْعُهُ فِي رُؤُوسِ الْحَيَوَانِ . وَلَا يَصِحُّ فِي مُخْتَلَفٍ ؛ كَبُرْمَةٍ مَعْمُولَةٍ وَجِلْدٍ وَكُوزٍ وَطَسٍّ وَقُمَّمٍ وَمَنَارَةٍ وَطَنْجِيرٍ وَنَحْوَهَا

(وفي العسل : جبلي أو بلدي) لأن الجبلي أطيب (صيفي أو خريفي) لأن الخريفي أجود (أبيض أو أصفر) لتفاوت الغرض بذلك ، ونقل السبكي عن الماوردي أنه لا بد أن يبين مرعاه وقوته ورقته ^(١) .

(ولا يشترط العتق والحدّاة) لأن العسل لا يتغير أبداً بل كل شيء يُحفظ به ، قال الرافعي : لكن نصّ في « الأم » على اشتراطه ، وجرى عليه الماوردي ^(٢) .

(ولا يصحُّ في المطبوح والمشوي) لتأثير النار فيهما تأثيراً لا ينضبط . نعم ؛ يستثنى من (المشوي) : الجصّ والزجاج ، والأواني من الفخار والآجر ؛ فإن المذهب فيها : الجواز ، وكذلك الفحم ؛ كما قاله الأذرعي ، وقال السبكي : لم أجد فيه نقلاً ، ولا بأس بالإفتاء بالجواز ، وبسط ذلك .

واستثنى المصنف في « تصحيح التنبيه » : ما ناره لطيفة ؛ كالسكر والفانيد والدُّبُس واللبأ ^(٣) ، وفيه بحث .

(ولا يضر تأثير الشمس) في تصفية العسل وغيره ؛ لعدم اختلافه .

(والأظهر : منعه في رؤوس الحيوان) لأن معظمها العظم ، وهو غير مقصود ، والثاني : الجواز ؛ كاللحم .

ومحل الخلاف : ما إذا كانت مُنْقَاةً من الشعر موزونةً نِيَّةً ، وإلا . . فلا يجوز قطعاً .

(ولا يصحُّ في مختلفٍ ؛ كَبُرْمَةٍ) وهو القدر (معمولة ، وجلد وكُوز وطسٍّ وقُمَّمٍ ومنارة وطنجير) وهو الدُّسْتُ (ونحوها) كالأباريق والحِباب ؛ لندرة اجتماع الوزن

(١) الحاوي الكبير (٥٣/٧) .

(٢) الأم (٢١٤/٤) ، الحاوي الكبير (٣٧/٧) .

(٣) تصحيح التنبيه (٣٠٧/١) .

وَيَصِحُّ فِي الْأَسْطَالِ الْمُرَبَّعَةِ وَفِيمَا صُبَّ مِنْهَا فِي قَالِبٍ . وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فِي الْأَصَحِّ ، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى الْجَيِّدِ . وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْعَاقِدَيْنِ الصِّفَاتِ ، وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ .

فَصْنَانُ

[في بيان أخذ غير المسلم فيه عنه وقت أدائه ومكانه]

لَا يَصِحُّ أَنْ يُسْتَبَدَلَ عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ غَيْرُ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ ،

فيها مع الصفات المشروطة ، ولتعذر ضبطها ؛ إما لاختلاف الأجزاء في الدقة والغلط كالجلد ، أو لمخالفة أعلاها أو وسطها لأسفلها ؛ كالأمثلة المذكورة .

وما أطلقه من المنع في الجلد ، قال الأذْرَعِي : إنه المشهور ، لكن في « الرافعي » : يجوز السلم في القِطْع منه وزناً ، وأسقط المسألة من « الروضة »^(١) .

(ويصحُّ في الأسطال المربعة) لعدم اختلافها ، بخلاف الضيقة الرؤوس ، (وفيما صُبَّ منها) أي : من هذه الأشياء المذكورة (في قالب) لانضباطه .

(ولا يشترط ذكر الجودة والرداء) في كلِّ ما يسلم فيه (في الأصحِّ ، ويحمل مطلقه على الجيد) للعرف ، والثاني : يشترط ؛ لاختلاف الغرض بهما ، وهو اختيار العراقيين ، قال في « زيادة الروضة » : (ونصَّ عليه في مواضع من « الأم » نصّاً صريحاً)^(٢) .

(ويشترط معرفة العاقدین الصفات) فلو جهلاها أو أحدهما . . لم يصحَّ ؛ كالبيع . (وكذا غيرهما في الأصحِّ) ليرجع إليه عند تنازعهما ، وهو المنصوص ، والثاني : لا يشترط ، والنصُّ محمول على الاحتياط ، وعلى الأول : يكفي معرفة عدلين على الأصح ، وقيل : تعتبر الاستفاضة .

* * *

(فصل : لا يصح أن يستبدل عن المسلم فيه غير جنسه ونوعه) لأنه بيع للمبيع قبل

(١) الشرح الكبير (٤/٤٢٢) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٢٨) .

وَقِيلَ : يَجُوزُ فِي نَوْعِهِ وَلَا يَجِبُ ، وَيَجُوزُ أَرْدَا مِنْ الْمَشْرُوطِ وَلَا يَجِبُ ، وَيَجُوزُ أَجْوَدُ وَيَجِبُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ فَاُمْتَنَعَ الْمُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ ؛ بَأَن كَانَ حَيَوَانًا أَوْ وَقْتُ غَارَةٍ . . . لَمْ يُجْبَرْ ، وَإِلَّا . . . فَإِنْ كَانَ لِلْمُؤَدِّي غَرَضٌ صَحِيحٌ كَفَلَكَ رَهْنٌ . . . أُجْبِرَ ، . . .

قبضه ، وهو ممتنع ، (وقيل : يجوز في نوعه ولا يجب) يعني : إذا أحضر المسلم فيه بصفته . . . وجب قبوله ، أو بنوع غيره ؛ كالمعقلي عن البرني ، أو الزيب الأبيض عن الأسود . . . لم يجب قبوله ؛ لاختلاف الغرض ، وقيل : يجب ، وعلى الأول ؛ قيل : يجوز ؛ لأن الجنس يجمعهما ، فكان كما لو اتحد النوع واختلفت الصفة ، والأصح : المنع ؛ لِشَبَهِ الاعتياض .

(ويجوز أَرْدَا من المشروط) لأنه جنس حقّه ، والفائت صفة ، ويجوز المسامحة بالصفة ، كما يجوز دفع الأجود ، (ولا يجب) لأنه دون حقّه (ويجوز أجود) قطعاً . (ويجب قبوله في الأصح) لأن بذله له يشعر بأنه لا يجد سبيلاً إلى براءة ذمته بغير ذلك ، وذلك يُهَوِّنُ أمر المنة ، فامتناعه عنه عبث فيجبر على قبوله ، والثاني : لا يجب ؛ للمنة .

(ولو أحضره قبل مَحَلِّهِ) بكسر الحاء (فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح ؛ بَأَن كَانَ حَيَوَانًا ، أَوْ وَقْتُ غَارَةٍ . . . لم يجبر) لمؤنة العلف في الحيوان ، وخوف النهب في الإغارة ، ولا بدّ في الحيوان من كون المدة الباقية من الأجل يحتاج فيها ذلك الحيوان إلى مؤنة لها وَقَعُ ؛ فلو قصرت المدة . . . لم يكن له الامتناع ، وقد قيد في « المحرر » بذلك ^(١) .

وقوله : (غارة) الأَفْصَحُ : إغارة ؛ كما استعمله المصنف في (الهدنة) ^(٢) .

(وإلا) أي : وإن لم يكن له غرض صحيح في الامتناع ، (فإن كان للمؤدي غرضٌ صحيحٌ ؛ كَفَلَكَ رَهْنٌ) أو براءة ضامن (. . . أُجْبِرَ) لأن امتناعه تعنتٌ .

(١) المحرر (ص ١٦٢) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٥٣٠) .

وَكَذَا لِمَجْرَدِ غَرَضِ الْبَرَاءَةِ فِي الْأَظْهَرِ . وَلَوْ وَجَدَ الْمُسْلِمُ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْمَحَلِّ فِي
غَيْرِ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ . . لَمْ يَلْزَمَهُ الْأَدَاءُ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مَوْئِنٌ ، وَلَا يُطَالِبُهُ بِقِيَمَتِهِ لِلْحِيلُولَةِ عَلَى
الصَّحِيحِ ، وَإِنْ أَمْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ . . لَمْ يُجْبَرْ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مَوْئِنٌ ، أَوْ كَانَ الْمَوْضِعُ
مَخُوفًا ، وَإِلَّا . . . فَالْأَصَحُّ : إِجْبَارُهُ .

فَصْنَائِكُ

[في القرض]

الإقراضُ مندوبٌ ،

(وكذا لمجرد غرض البراءة في الأظهر) لما ذكرناه من التعتن ، والثاني :
لا يجبر ؛ للمنة .

(ولو وجد المسلم المسلم إليه بعد المحل) بكسر الحاء (في غير محل التسليم)
بفتح الحاء ، وهو مكانه (. . لم يلزمه الأداء إن كان لنقله مؤنة) لعدم التزامه لها ،
بخلاف ما لا مؤنة لنقله ؛ كالنقد .

(ولا يطالبه بقيمته للحيلولة على الصحيح) لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه ،
والثاني : نعم ؛ لأن الأخذ للحيلولة ليس بعوض حقيقي ؛ لأنهما لو اجتمعا في مكان
التسليم . . تعين ردُّ القيمة ، وأخذ المسلم فيه ، وعلى الأول : يجوز للمسلم الفسخ
واسترداد رأس ماله ؛ كما لو انقطع المسلم فيه .

(وإن امتنع من قبوله هناك) أي : في غير محل التسليم (. . لم يجبر إن كان لنقله
مؤنة ، أو كان الموضع مخوفاً) لما فيه من الضرر ، فإن رضي بأخذه . . لم يجب له
مؤنة النقل ، (وإلا . . . فالأصحُّ : إجباره) الخلاف مبني على القولين في التعجيل قبل
المحلِّ ، وقد مرَّ تعليلهما .

* * *

(فصل : الإقراض مندوب) إليه ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ ﴾ ،
ولحديث : « مَنْ نَفَسَ عَنْ أَخِيهِ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ الدُّنْيَا . . نَفَسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ يَوْمِ
الْقِيَامَةِ » رواه مسلم ^(١) .

(١) صحيح مسلم (٢٦٩٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَصِيغَتُهُ : (أَقْرَضْتُكَ) ، أَوْ (أَسْلَفْتُكَ) ، أَوْ (خُذْهُ بِمِثْلِهِ) ، أَوْ (مَلَكَتْكَ عَلَى أَنْ تَرُدَّ بِذَلِكَ) . وَيَشْتَرَطُ : قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ ، وَفِي الْمَقْرُصِ : أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ . وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسَلَّمُ فِيهِ

(وصيغته : « أقرضتك » ، أو « أسلفتك » ، أو « خذه بمثله » ، أو « ملكتك على أن تردّ بدله ») لأن كلاً منها يدلّ على المقصود ، فإن اقتصر على قوله : (ملكتك) . . . كان هبة .

(ويشترط : قبوله في الأصحّ) كسائر التمليكات ، والثاني : لا ؛ لأن القرض إباحة إتلاف على سبيل الضمان ، وليس سبيله سبيل المعاولات ؛ بدليل الرجوع فيه ما دام باقياً ، وعدم اشتراط قبضه إذا كان ربوياً .

(و) يشترط (في المقرض : أهلية التبرع) لأنه تبرع أو مشوب به ، ولهذا امتنع تأجيله ؛ لأن المتبرع ينبغي تخييره ، فلا يجوز إقراض مال المحجور عليه من غير ضرورة على الأصح .

نعم ؛ يُستثنى القاضي ؛ فإنه يجوز له إقراض مال المحجور عليه من غير ضرورة على الأصح في « الشرح » ، و « الروضة » في (باب الحجر) لكثرة أشغاله ^(١) .

ويجوز له أيضاً : إقراض مال المفلس إذا رضي الغرماء بتأخير القسمة إلى أن يجتمع المال كلّهُ ، نصّ عليه .

وأورد : المحجور عليه بسفه ، فإن وصيته وتدبيره . . تبرع نافذ منه على المذهب ، وكذا تبرعه بمنفعة بدنه الخفيفة ، ولا يصحّ إقراضه .

فلو قال : (التبرع بالمال حالا) . . لخرج ذلك .

(ويجوز إقراض ما يسلم فيه) لأنه يصحّ ثبوته في الذمة سواء العين والمنفعة ؛ كما صرح به في « التتمة » .

وما وقع في « زوائد الروضة » نقلاً عن « فتاوى القاضي » من أنه لا يجوز إقراض المنافع ؛ لأنه لا يجوز السلم فيها وأقره . . معترض ، كما بيّنه في « المهمات » ^(٢) .

(١) الشرح الكبير (٨٣/٤) ، روضة الطالبين (١٩١/٤) .

(٢) روضة الطالبين (٣٣/٤) ، المهمات (٣١٥/٥) .

إِلَّا الْجَارِيَةَ الَّتِي تَحِلُّ لِلْمُقْتَرَضِ فِي الْأَظْهَرِ ، وَمَا لَا يُسَلَّمُ فِيهِ لَا يَجُوزُ إِقْرَاضُهُ فِي الْأَصَحِّ

(إلا الجارية التي تحل للمقترض في الأظهر) لأنه قد يطؤها ويردها ، فتصير في معنى إعاره الجوّاري للوطء ، وهو ممتنع ، كما نقله مالك عن إجماع أهل المدينة^(١) ، والثاني : يجوز ؛ كالعبد .

واحترز بقوله : (تحل) عن المَحْرَم ؛ فإنه يجوز إقراضها ، ويجوز للمرأة اقتراضها مطلقاً ، والخثي كالمرأة في استقراضه الجارية ، قاله في « شرح مسلم »^(٢) ، قال السبكي : وفيه نظر .

(وما لا يسلم فيه لا يجوز إقراضه في الأصح) الخلاف مبني على أن الواجب في المتقومات المثلّ الصوري أو القيمة ؛ إن قلنا بالأول . . لم يجز ؛ لتعذر ضبطه حتى يرد مثله ، وإن قلنا بالثاني . . جاز .

ويستثنى : الخبز ؛ فإن المختار في « الشرح الصغير » : الجواز ؛ للحاجة وإطباق الناس عليه ، وكلام « زيادة الروضة » يقتضي ترجيحه^(٣) ، فيرد مثله وزناً ؛ كما نقله عن « البيان » ، وأقرّاه^(٤) .

وفي « الكافي » يجوز إقراضه وزناً وعدداً ، قيل : ولعله أراد الجمع بين العدد والوزن ؛ محافظة على المثلّ الصوري .

ويستثنى أيضاً : جزء الدار فلا يصحّ السلم فيه قطعاً ، ويصحّ إقراضه ؛ كما نقله في (الشفعة) عن « التتمة » وأقرّاه ، لكن جزم الماوردي بمنع قرض العقار ، وحمل على قرض جميعه^(٥) ، وقول المتولي : على الجزء فقط ، ففيه نظر .

وقوله : (وما لا يسلم فيه) ؛ أي : في نوعه ، وإلا . . وردت الأعيان ؛ فإنه لا يُسَلَّمُ فيها ، ومع ذلك يجوز إقراضها .

(١) الموطأ (٦٨٢/٢ - ٦٨٣) .

(٢) شرح صحيح مسلم (٣٧/١١) .

(٣) روضة الطالبين (٣٣/٤) .

(٤) الشرح الكبير (٤٣٢/٤) ، روضة الطالبين (٣٣/٤) .

(٥) الشرح الكبير (٤٩٧/٥) ، روضة الطالبين (٧٨/٥) الحاوي الكبير (٤٣٢-٤٣٣) .

وَبَرُدُّ الْمِثْلِ فِي الْمِثْلِيِّ ، وَفِي الْمُتَقَوِّمِ الْمِثْلِ صُورَةً ، وَقِيلَ : الْقِيَمَةُ . وَلَوْ ظَفَرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْإِقْرَاضِ وَلِلنَّقْلِ مُؤَنَةٌ . طَالِبُهُ بِقِيَمَةِ بَلَدِ الْإِقْرَاضِ . وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ رَدِّ صَحِيحٍ عَنْ مُكْسَرٍ أَوْ زِيَادَةٍ ، فَلَوْ رَدَّ هَكَذَا بِلَا شَرْطٍ . فَحَسَنٌ ، وَلَوْ شَرَطَ مُكْسَرًا عَنْ صَحِيحٍ أَوْ أَنْ يُقْرِضَهُ غَيْرُهُ . . . لَعَا الشَّرْطُ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ

(ويرد المثل في المثلّي) لأنه أقرب إلى حقّه ، (وفي المتقوم المثل صورة) لأنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكراً ورده رباغياً ، وقال : « إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً » رواه مسلم^(١) ، ولأنه لو وجبت القيمة . . لافْتَقَرُ إِلَى الْعِلْمِ بِهَا ، (وقيل : القيمة) كما لو أتلَفَ مُتَقَوِّمًا ، والمعتبر : قيمة يوم القبض إن قلنا : يملك بالقبض ، فإن قلنا : بالتصرف . . فيعتبر الأكثر من يوم القبض إلى التصرف .

(ولو ظفر به في غير محلّ الإقراض وللنقل مؤنة . . طالبه بقيمة بلد الإقراض) يوم المطالبة لا بالمثل ؛ لما فيه من الكلفة .

(ولا يجوز بشرط ردّ صحيح عن مكسر أو زيادة) على القدر المقبوض ، ويفسد به العقد ؛ لحديث : « كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنَفَعَةٍ . . فَهُوَ رِبَاً » ، لكنه ضعيف ، وقد روى البيهقي معناه عن جمع من الصحابة^(٢) .

(فلو ردّ هكذا بلا شرط . . فحسن) للحديث السالف .

نعم ؛ لو كان للمستقرض عادةً برّد زيادةً . . ففي كراهيته وجهان في « زيادة الروضة »^(٣) .

(ولو شرط مكسراً عن صحيح أو أن يُقرضه غيره . . لغا الشرط) لأنه وعدٌ تبرع .

(والأصحُّ : أنه لا يفسد) به (العقد) لأن المنهي عنه جرّ المقرض النفع إلى

نفسه ، وهنا النفع للمستقرض ؛ لأنه زاد في المسامحة ، ووعد وعداً حسناً ،

والثاني : يفسد ؛ لِمَنَافَاتِهِ مَقْتَضَى الْعَقْدِ ، وهو المصحح في نظيره من الرهن .

(١) صحيح مسلم (١٦٠٠) عن أبي رافع رضي الله عنه ، البكر : الفتي من الإبل ، والرباع : يقال للغنم في السنة الرابعة ، وللبقر والحافر في السنة الخامسة ، والخفّ في السنة السابعة . اهـ هامش (١)

(٢) سنن البيهقي (٣٥٠/٥) .

(٣) روضة الطالبيين (٣٤/٤) .

وَلَوْ شَرَطَ أَجْلاً . . فَهُوَ كَشَرَطِ مُكَسَّرٍ عَنْ صَحِيحٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ غَرَضٌ ، وَإِنْ كَانَ كَزَمَنِ نَهْبٍ . . فَكَشَرَطِ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ فِي الْأَصَحِّ . وَلَهُ شَرَطُ رَهْنٍ وَكَفِيلٍ . وَيُمْلِكُ الْقَرْضُ بِالْقَبْضِ ، وَفِي قَوْلٍ : بِالتَّصَرُّفِ . وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِيًا بِحَالِهِ فِي الْأَصَحِّ .

والفرق على الأصح : أن وضع القرض على جرّ المنفعة إلى المستقرض ؛ فلا يفسد القرض باشتراطه .

(ولو شرط أجلاً . . فهو كشرط مكسر عن صحيح إن لم يكن للمقرض غرض) لأنه رفق فيصح العقد ، ولا يلزم الأجل ؛ لأنه عقد يمتنع فيه التفاضل ، فامتنع فيه الأجل ؛ كالصرف .

(وإن كان) له غرض (كزمن نهب) والمستقرض مليء ؛ كما قيده في « الشرح » ، و« الروضة »^(١) . . فكشرط صحيح عن مكسر في الأصح (لما فيه من جرّ المنفعة ، والثاني : أنه كالتأجيل لغير غرض ، فيلغو الشرط ويصح العقد .
(وله شرط رهن وكفيل) وإشهاد ، أو إقراره به عند الحاكم ؛ لأنه توثقة للعقد ولا زيادة فيه .

(ويملك القرض بالقبض) كالهبة ، ولأنه لو لم يملك به . . لامتنع عليه التصرف فيه ، (وفي قول : بالتصرف) لأنه ليس تبرعاً محضاً ؛ إذ يجب فيه البدل ، ولا معاوضة محضة ؛ إذ له الرجوع فيه ما دام باقياً ، كما سيأتي ، فوجب أن يملك بعد استقرار بدله للمقرض ، وإذا قلنا بهذا . . فمعناه : أنه إذا تصرف . . تبين حصول الملك قبله .

والمراد بـ (التصرف) : تصرف يزيل الملك على الأصح .

(وله الرجوع في عينه ما دام باقياً) في ملك المقرض (بحاله في الأصح) لأن له تغريم بدله عند فواته ؛ فالمطالبة بعينه أولى ، والثاني : لا ، بل للمقرض أن يؤدي حقه من موضع آخر ؛ صيانةً لملكه ؛ كسائر الديون .

(١) الشرح الكبير (٤/٤٣٤) ، روضة الطالبين (٤/٣٤) .

.....
ومحل الخلاف : إذا قلنا : يملك بالقبض ، فإن قلنا : بالتصرف .. رجع فيه
جزماً .

واحترز بقوله : (بحاله) : عما إذا تعلق به حق لازم ؛ كما لو رهنه أو كاتبه أو
جنى ، فتعلق الأرش برقبته .. فإنه لا رجوع ، ولو زاد زيادة منفصلة .. أخذه بدونها ،
أو متصلة ؛ كالسمن .. أخذه معها ، وإن نقص .. قال الماوردي : فإن شاء .. أخذه
مع الأرش ، وإن شاء .. أخذ مثله سليماً^(١) .

* * *

(١) الحاوي الكبير (٤٣٦/٦) .

كتاب الرهن

لَا يَصِحُّ إِلَّا بِإِجَابٍ وَقَبُولٍ . فَإِنْ شَرِطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ كَتَقَدُّمِ الْمُرْتَهَنِ بِهِ ، أَوْ مَصْلَحَةِ
لِلْعَقْدِ كَالْإِشْهَادِ ، أَوْ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ . . . صَحَّ الْعَقْدُ . وَإِنْ شَرِطَ مَا يَضُرُّ الْمُرْتَهَنَ . .
بَطَلَ الرَّهْنُ . وَإِنْ نَفَعَ الْمُرْتَهَنَ وَضُرَّ الرَّاهِنَ ؛ كَشَرِطِ مَنْفَعَتِهِ لِلْمُرْتَهَنِ . . . بَطَلَ الشَّرْطُ ،
وَكَذَا الرَّهْنُ فِي الْأَظْهَرِ

(كتاب الرهن)

هو لغةً : الثبوت ، وشرعاً : جعل عين مال وثيقةً بدين يُستوفى منها^(١) .
والأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالى : ﴿ فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ ورهن صلى الله عليه
وسلم درعاً له عند يهودي على شعير لأهله ، متفق عليه^(٢) .

(لا يصحُّ إلا بإيجاب وقبول) لأنه عقدٌ ماليٌّ فافتقر إليهما ؛ كالبيع .
(فإن شرط فيه مقتضاه ؛ كتقدم المرتهن به ، أو مصلحة للعقد ؛ كالإشهاد ، أو
ما لا غرض فيه . . . صحَّ العقد) كالبيع .

(وإن شرط ما يضرُّ المرتهن) كشرط عدم بيعه عند المحلّ (. . . بطل الرهن)
لمنافاته المقصود .

(وإن نفع المرتهن وضُرَّ الراهن ؛ كشرط منفعته للمرتهن . . . بطل الشرط)
لحديث : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ »^(٣) .

(وكذا الرهن في الأظهر) لمخالفته مقتضى العقد ؛ كالشرط الذي يضرُّ بالمرتهن ،
والثاني : لا يبطل ، بل يلغو الشرط ويصحُّ العقد ؛ لأنه تبرع فلم يؤثر ذلك فيه كالقرض .
ومحل البطلان : إذا أطلق المنفعة ، فلو قيدها وكان الرهن مشروطاً في بيع ؛
كقوله : (وتكون منفعة لي سنة) . . . فهذا جمع بين بيع وإجارة في صفقة ، والأظهر :
الصحة .

(١) زاد في « الكفاية » [٣٩٤ / ٩] : (عند تعذر الاستيفاء) . اهـ هامش (أ) .

(٢) صحيح البخاري (٢٠٦٩) ، صحيح مسلم (١٦٠٣) عن أنس بن مالك رضي الله عنه .

(٣) أخرجه البخاري (٢٧٣٥) ، ومسلم (٦ / ١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .

وَلَوْ شَرَطَ أَنْ تَحْدُثَ زَوَائِدُهُ مَرْهُونَةً .. فَلَاظْهَرُ : فَسَادُ الشَّرْطِ ، وَأَنَّهُ مَتَى فَسَدَ .. فَسَدَ الْعَقْدُ . وَشَرَطُ الْعَاقِدِ : كَوْنُهُ مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ ، فَلَا يَرَهُنُ الْوَلِيُّ مَالَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، وَلَا يَرْتَهِنُ لِهَمَّا إِلَّا لِضَرُورَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ

(ولو شرط أن تحدث زوائده مرهونة .. فلاظهر : فساد الشرط)^(١) لأنها معدومة ومجهولة ، والثاني : لا ؛ لأن الرهن عند الإطلاق إنما لا يتعدى للزوائد ؛ لضعفه ، فإذا قوي بالشرط .. سرى وتبع .

واحترز به (الزوائد) كالثمرة ، والنتاج عن الأكساب ؛ فإن اشتراطها باطل على القولين ؛ لأنها ليست من أجزاء الأصل ، قال الماوردي : ولو شرط أن تكون المنافع مرهونة .. بطل قطعاً^(٢) .

(وأنه متى فسد) الشرط (.. فسد العقد) القولان هنا هما القولان في فساد الرهن بفساد الشرط النافع للمرتهن ، وقد مرّ توجيههما .

(وشرط العاقد) راهناً كان أو مرتهناً (كونه مطلق التصرف) كالبيع (فلا يرهن الولي مال الصبي والمجنون ، ولا يرتهن لهما) أما الرهن .. فلأنه يمنع من التصرف ، وأما الارتهان .. فلأن الولي في حال الاختيار لا يبيع إلا بحال مقبوض قبل التسليم ؛ فلا ارتهان .

ولو قال : (ولا يرهن الولي مال محجوره) .. لكان أحسن ؛ ليعم السفه ، أو يقول : (الولي) ، ويطلق .

(إلا لضرورة) تحوج إلى إقراضه ماله أو يبيعه مؤجلاً ؛ كخوف نهب ، أو كان دينه مؤجلاً بسبب إرث أو غيره ؛ فيجوز له الارتهان ، أو إلى الاقتراض ؛ كحاجة النفقة وغيرها ، ويحتاج إلى الرهن .

(أو غبطة ظاهرة) في الرهن ؛ كأن يشتري ما يساوي مئتين بمئة نسيئة ، ويرهن به ما يساوي مئة من ماله ؛ لأن المرهون إن سلم .. فلا كلام ، وإن تلف .. كان في المشتري ما يجبره .

(١) في (ب) و (د) : (ولو شرط أن ما يحدث من زوائده مرهونة) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٦٥ / ٧) .

وَشَرَطَ الرَّهْنُ : كَوْنُهُ عَيْنًا فِي الْأَصَحَّ ، وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُشَاعِ وَالْأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا وَعَكْسُهُ ، وَعِنْدَ الْحَاجَةِ يُبَاعَانِ ، وَيُوزَعُ الثَّمَنُ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ تَقْوَمُ الْأُمُّ وَحْدَهَا ثُمَّ مَعَ الْوَلَدِ فَالزَّائِدُ قِيمَتُهُ

(وشرط الرهن) أي : المرهون (كونه عيناً في الأصح) فلا يصح رهن الدين ؛ لتعذر تسليمه ، والثاني : يصح إذا كان على مقرّ ؛ تنزيلاً لما في الذمة منزلة العين .
ومحل المنع : في الابتداء ؛ أما لو جنى على المرهون جانٍ . . فإننا نحكم على الأرض وهو في ذمته بأنه مرهون على الأرجح في « زيادة الروضة »^(١) ؛ لامتناع الإبراء منه ، ولا يصح رهن المنفعة جزماً ؛ لأنها تتلف شيئاً فشيئاً .
(ويصح رهن المشاع) ولا يحتاج إلى إذن الشريك ، وقبضه بقبض الجميع ؛ كالبيع ، (والأمّ دون ولدها ، وعكسه) حيث يمتنع التفريق بينهما ؛ لبقاء الملك فيهما ، فلا تفريق^(٢) ، (وعند الحاجة يباعان) حذراً من التفريق (ويوزع الثمن) عليهما ؛ كما سيأتي .

(والأصح : أنه تقوّم الأم وحدها) إذا كانت هي المرهونة ؛ لأنها الرهن ، فتقوّم موصوفة بكونها ذات ولد حاضنة له ، فإذا قيل : قيمتها مئة مثلاً . . حفظت ، (ثم) تقوّم (مع الولد) فإذا قيل : قيمتهما مئة وخمسون مثلاً (فالزائد) عن المئة وهو الخمسون (قيمته) فيوزع الثمن على هذه النسبة ، فيكون للمرتهن ثلثا الثمن يقضي منه الدين ، وللراهن الثلث لا تعلق للمرتهن به ، والوجه الثاني : أن الأم تقوّم وحدها كما سبق ؛ فإذا قيل : قيمتها مئة مثلاً . . قومنا الولد وحده ؛ فإذا قيل : عشرون . . علمنا أن النسبة بينهما بالأسداس ، فيقسط الثمن عليهما على هذه النسبة ؛ سدس للولد يختص به الراهن ، والباقي يتعلق به حق المرتهن .
وفي هذا التقويم تقل قيمة الولد ؛ لأنه يكون ضائعاً ، أما لو رهن الولد دونها . .

(١) روضة الطالبين (١٠٠ / ٤) .

(٢) قال في « العجالة » [٧٥٧ / ٢] : (وهذه المسألة مستثناة من قولهم : « كلّ ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه ») انتهى ، وفيه نظر ؛ فإن المراد : ما لا يجوز بيعه مطلقاً ، ولهذا يصح بيعه ، وإنما منع منه مانع وهو التفريق . اهـ هامش (أ) .

وَلَوْ رَهَنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ : فَإِنْ أَمَكَنَ تَجْفِيفُهُ كَرُطَبٍ . . فَعِلَ ، وَإِلَّا ؛ فَإِنْ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ حَالٍّ ، أَوْ مُؤَجَّلٍ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ ، أَوْ شَرَطَ بَيْعَهُ وَجَعَلَ الثَّمَنَ رَهْنًا . . صَحَّ ، وَيُبَاعُ عِنْدَ خَوْفِ فَسَادِهِ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْنًا ، وَإِنْ شَرَطَ مَنَعَ بَيْعِهِ . . لَمْ يَصَحَّ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . فَسَدَ فِي الْأَظْهَرِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ الْأَجْلِ . . صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ

به كلام « التنبيه »^(١) قال الأذرعي : وهو ؛ يعني : ابن الرفعة متابع لابن أبي عسرون في ذلك ، وكلام الأصحاب ساكت عنه ، وكأنه أخذه من رهن ما يتسارع إليه الفساد ، وهو محتمل للتردد . انتهى .

(ولو رهن ما يسرع فساد) بمؤجل يحل بعد الفساد أو معه أو قبله بزمان لا يسع البيع ، (فإن أمكن تجفيفه ؛ كرطب) يجيء منه تمر (. . فعل) حفظاً للرهن ، والمُجَفَّفُ له هو المالك ، ومؤنته عليه ؛ كما قاله صاحب « المطلب » ، أما إذا كان يحل قبل فساد بزمان يسع البيع . . فإنه يُباع على حاله .

(وإلا) أي : وإن لم يمكن تجفيفه ؛ كالثمرة التي لا تجفف والبقول (فإن رهنه بدين حالٍّ ، أو مؤجل يحل قبل فساد) بزمان يسع بيعه فيه على العادة ، (أو شرط بيعه) عند إشرافه على الفساد (وجعل الثمن رهناً . . صح) لانتفاء المحذور ، (ويباع عند خوف فساد ، ويكون ثمنه رهناً) من غير إنشاء عقد .

(وإن شرط منع بيعه . . لم يصح) لمنافاته مقصود الرهن .

(وإن أطلق) فلم يشترط واحداً منهما (. . فسد في الأظهر) لتعذر الوفاء منه ؛ لأن البيع قبل المحل لم يأذن فيه ، وليس من مقتضى الرهن ، والثاني : يصح ، ويباع عند الإشراف على الفساد ؛ كما لو شرط بيعه ؛ لأن الظاهر : أنه لا يقصد إتلاف ماله ، وصححه في « الشرح الصغير » .

(وإن لم يعلم هل يفسد قبل الأجل . . صح في الأظهر) لأن الأصل دوام المالية ، والثاني : يفسد ؛ لجهلنا إمكان البيع عند المحل ، وهو نظير ما صححه في المعلق عتقه بصفة لا يعلم تتقدم أو تتأخر ، وقد تقدم الفرق .

(١) كفاية النبيه (٤١٢/٩) .

وَإِنْ رَهْنٌ مَا لَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَطَرَأَ مَا عَرَّضَهُ لِلْفَسَادِ ؛ كَحِنْطَةٍ ابْتَلَتْ . . . لَمْ يَنْفَسَخِ الرَّهْنُ بِحَالٍ . وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئاً لِرَهْنِهِ ، وَهُوَ فِي قَوْلٍ : عَارِيَّةٌ . وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ ضَمَانٌ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ ، فَيَشْتَرِطُ ذِكْرُ جِنْسِ الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ ، وَكَذَا الْمَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي الْأَصَحِّ . فَلَوْ تَلَفَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ . . . فَلَا ضَمَانَ

(وإن رهن ما لا يسرع فساده فطراً ما عرّضه للفساد ؛ كحنطة ابتلت . . لم يفسخ الرهن بحال) وإن منع الصحة في الابتداء على قول ؛ لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء ، وسواء طرأ قبل القبض أو بعده على الأصح ، فيباع عند تعذر التجفيف ، ويجعل ثمنه رهناً مكانه^(١) .

(ويجوز أن يستعير شيئاً لرهنه) بالإجماع ؛ كما نقله ابن المنذر^(٢) ؛ لأن الرهن استيثاق ، وهو يحصل بما لا يملكه ؛ بدليل الإشهاد والكفالة .
(وهو في قول : عارية) لأنه قبض مال الغير بإذنه ليتنفع به نوع انتفاع كالخدمة .

(والأظهر : أنه ضمان دين في رقبة ذلك الشيء) لأن العارية ينتفع المستعير بها مع بقاء عينها ، والانتفاع هنا ببيعها في الدين ؛ فلم تكن عارية .

ثم إننا رأينا الرهن قد لزم بالقبض مع براءة ذمة المالك ؛ فلا محمل له غير الضمان في رقبة ما أعطاه ؛ كما لو أذن لعبده في ضمان دين غيره . . فإنه يصح ، وتكون ذمة المالك فارغة ، فكما ملك أن يلزم دين الغير في ذمة مملوكه . . وجب أن يملك إلزام ذلك في رقبته لأن كل واحد منهما محل حقه وتصرفه .

(فيشترط ذكر جنس الدين وقدره وصفته) لاختلاف الأغراض بذلك ؛ كما في الضمان ، (وكذا المرهون عنده في الأصح) لما ذكرناه ، والثاني : لا يجب ؛ لضعف الغرض فيه .

(فلو تلف في يد المرتهن . . فلا ضمان) على المرتهن ؛ لأنه أمسكه رهناً لا عارية ، ولا على الراهن ؛ لأن التفريع على قول الضمان ، والضامن إنما يرجع بعد

(١) بلغ مقابلة على خط مؤلفه ، أيده الله تعالى . اهـ هامش (أ) .

(٢) الإجماع (ص ١٣٩) .

وَلَا رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُرْتَهَنِ ، فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ أَوْ كَانَ حَالًا . . رُوجِعَ الْمَالِكُ لِلْبَيْعِ ، وَيُبَاعَ إِنْ لَمْ يُفْضَ الدَّيْنُ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ بِمَا بَاعَ بِهِ .

فَصْنَعُكَ

[في شروط المرهون به ولزوم الرهن]

شَرَطُ الْمَرْهُونِ بِهِ كَوْنُهُ دَيْنًا ثَابِتًا

الأداء ، والحق هنا باق في الذمة .

وكلامه قد يفهم : وجوب الضمان على الراهن إذا تلف في يده وقلنا بأنه ضمان ، وهو المذهب في « زيادة الروضة »^(١) .

(ولا رجوع للمالك بعد قبض المرتهن) على القولين ، وإلا . . لم يكن لهذا الرهن معنى ؛ إذ لا وثوق به ، وأفهم جواز الرجوع قبل قبضه ، وهو كذلك ، وإن قلنا : إنه ضمان . . فإنه لم يلزم .

(فإذا حلَّ الدين أو كان حالاً . . روجع المالك للبيع) لأن المالك لو رهن عن دين نفسه . . لوجب مراجعته ؛ فهنا أولى .

(ويباع إن لم يُقَضَّ الدين) معسراً كان الراهن أو موسراً ؛ كما يطالب الضامن في الذمة مع يسار الأصل وإعساره ، (ثم يرجع المالك بما بيع به) لانتفاع الراهن به في دينه ، وسواء أبيع بالقيمة أم بأكثر أم بأقل بمقدار يُتَغَابَنُ به .

* * *

(فصل : شرط المرهون به : كونه ديناً) فلا يصح الرهن بالعين ؛ لأنه يستحيل استيفاء تلك العين من المرهون ، ومن هنا يؤخذ : بطلان ما جرت به العادة من أخذ الرهن على عارية الكتب الموقوفة ، وبه صرح الماوردي ، لكن أفتى القفال فيما إذا وقف كتاباً أو غيره ، وشرط ألا يعار إلا برهن . . بلزوم هذا الشرط ، ولا يعار إلا برهن .

(ثابتاً) فلا يصح بما لم يثبت ، سواء وجد سبب وجوبه ؛ كنفقة زوجته في الغد أم

(١) روضة الطالبين (٥٢ / ٤) .

لَا زِمًا ، فَلَا يَصِحُّ بِالْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ وَالْمُسْتَعَارَةِ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَا بِمَا سَيَقْرُضُهُ . وَلَوْ
 قَالَ : (أَقْرَضْتُكَ هَذِهِ الدَّرَاهِمَ وَارْتَهَنْتُ بِهَا عَبْدَكَ) ، فَقَالَ : (اقْتَرَضْتُ وَرَهَنْتُ) ،
 أَوْ قَالَ : (بَعْتُكَ بِكَذَا وَارْتَهَنْتُ الثَّوبَ) ، فَقَالَ : (اشْتَرَيْتُ وَرَهَنْتُ) .. صَحَّ فِي
 الْأَصَحِّ . وَلَا يَصِحُّ بِنَجْوَمِ الْكِتَابَةِ ، وَلَا بِجُعْلِ الْجِعَالَةِ قَبْلَ الْفَرَاغِ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ بَعْدَ
 الشَّرُوعِ

لا ؛ كرهته على ما سيقرضه غداً ؛ لأن الرهن وثيقة ، فلا يتقدم على الحق ؛
 كالشهادة .

(لازماً) فلا يصح بما لم يلزم ، ولا يؤول إلى اللزوم ؛ كمال الكتابة ؛ لأنه
 لا فائدة في الوثيقة مع تمكن المديون من إسقاط الدين .

(فلا يصح بالعين المغصوبة والمستعارة في الأصح) لما تقدم ، والثاني : يصح ؛
 كضمانهما على الأصح .

ولو عبر بـ (العين المضمونة) .. لكان أخصر وأشمل ؛ لتناوله المُستأَم والمأخوذ
 ببيع فاسد ، والمبيع والصدّاق قبل القبض ، (ولا بما سيقرضه) لعدم الثبوت .

(ولو قال : « أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك » ، فقال : « اقترضت
 ورهنت » ، أو قال : « بعته بكذا وارتهنت الثوب »^(١) ، فقال : « اشتريت
 ورهنت » .. صَحَّ فِي الْأَصَحِّ) للحاجة إليه ؛ فإنه لو لم يعقد الرهن بل شرطه .. لكان
 المشروط عليه ربما لا يفي به ؛ فجُوزَ عقده مع العقد المقتضي للدين ، والثاني :
 لا يصح ، قال الرافعي : وهو القياس ؛ لأن أحد شقي العقد قد تقدم على ثبوت
 الدين^(٢) ، وهذا الترتيب الذي ذكره المصنف شرط .

(ولا يصح بنجوم الكتابة ، ولا بجعل الجعالة قبل الفراغ) لعدم اللزوم ؛ إذ
 للمكاتب والمجعول له الفسخ ؛ فإن فرغ العامل من عمله .. صَحَّ ؛ كما أفهمه كلامه
 للزومه ، (وقيل : يجوز بعد الشروع) لانتفاء الأمر فيه إلى اللزوم ؛ فأشبهه الثمن في
 مدة الخيار .

(١) في (ب) : (بعته بكذا وارتهنت به الثوب) .

(٢) الشرح الكبير (٤٥٨ / ٤) .

وَيَجُوزُ بِالْثَمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَبِالَّذَيْنِ رَهْنًا بَعْدَ رَهْنٍ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرَهْنَهُ الْمَرْهُونَ
عِنْدَهُ بَدْلَيْنِ آخَرَيْنِ فِي الْجَدِيدِ

وصورة المسألة : أن يقول : (مَنْ رَدَّ عِدي . . فله دينار) فقال رجل : (اتني
برهن وأنا أردّه) .

(ويجوز بالثمن في مدة الخيار) لأنه يؤول إلى اللزوم ، (وبالدين رهناً بعد
رهن)^(١) أي : ويجوز إنشاء رهن بعد رهن بالدين الواحد ؛ لأنه زيادة في الوثيقة .
(ولا يجوز أن يرهنه المرهون عنه بدين آخر في الجديد) وإن وفى بالدينين ؛ كما
لا يجوز رهنه عند غير المرتهن ، والقديم : الجواز ، ونص عليه في الجديد أيضاً ؛
كما تجوز الزيادة على الرهن بدين واحد .

وفرق الأول : بأن الدين يشغل الرهن ولا ينعكس ؛ فالزيادة في الرهن شغل فارغ ،
فيصح ، والزيادة في الدين شغل مشغول ، فلا يصح .

وقيد ابن الملقن قول المصنف : (بدين آخر) بما إذا كان من جنس الأول ، ثم
قال : (أما لو كان الأول دراهم ، والثاني دنانير . . فوجهان : أقيسهما في
« الاستقصاء » : الجواز) انتهى^(٢) ، وهم في ذلك ، والذي في « الاستقصاء » : إذا
قلنا بالجواز فاختلف الجنس . . فوجهان .

وأما على الجديد . . فلا فرق في المنع بين كون الدين الثاني من جنس الأول أو لا ،
وبه صرح الدارمي وغيره ، تَبَّ عَلَى ذَلِكَ الْأَذْرَعِي ، وقال : إِنََّّ جَعَلَ هَذِهِ الصُّورَةَ
مُسْتَثْنَاءً عَلَى الْجَدِيدِ ، وَيَقْبَدُ بِهَا إِطْلَاقُ « الْكِتَابِ » هَفْوَةً فَاحِشَةً .

نعم ؛ يستثنى على الجديد : ما لو جنى المرهون ففداه المرتهن بإذن الراهن ؛
ليكون مرهوناً بالدين والفداء . . فالمذهب : القطع بالجواز ؛ لأنه من مصالح الرهن ؛
لتضمنه استيفاءه .

وكذا لو أنفق المرتهن على المرهون بإذن الحاكم ؛ لعجز المالك عن النفقة أو

(١) في (د) : (وبالدين رهن بعد رهن) .

(٢) عمالة المحتاج (٢ / ٧٦٠) .

وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا بِقَبْضِهِ مِمَّنْ يَصْحُ عَقْدُهُ . وَتَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ لَكِنْ لَا يَسْتَتِيبُ رَاهِنًا ، وَلَا عَبْدَهُ ، وَفِي الْمَأْذُونِ لَهُ وَجْهٌ ، وَيَسْتَتِيبُ مَكَاتِبَهُ . وَلَوْ رَهْنٌ وَدِيعَةٌ عِنْدَ مُودَعٍ أَوْ مَغْصُوبًا عِنْدَ غَاصِبٍ . . لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمُضِ زَمَنُ إِمْكَانِ قَبْضِهِ ،

لغيبته ، وأراد أن يكون مرهوناً بهما ؛ كما حكاها في « زيادة الروضة » عن أبي الطيب ، وأقره^(١) .

(ولا يلزم) من جهة الراهن (إلا بقبضه) فلو امتنع الراهن منه ، أو فسخ قبله جاز ؛ لأنه عقد إرفاق يحتاج إلى القبول ، فلا يلزم إلا بالقبض ؛ كالقرض ، والمراد بالقبض : القبض المعهود في البيع (ممن يصحُّ عقده) أي : يشترط في كلٍّ من القابض والمقبض : أن يكون ممن يصحُّ عقده على الرهن ، فلا يصحُّ من محجور عليه قبضٌ ولا إقباضٌ ، بل يتعاطاهما الولي حيث يجوز له تعاطي العقد .

(وتجري فيه النيابة) من الطرفين ؛ كما تجري في العقد (لكن لا يستتیب) المرتهن (راهناً) في القبض لنفسه ؛ لثلا يؤدي إلى اتحاد القابض والمقبض .

فلو كان الراهن وكيلًا في الرهن فقط ، فوكله المرتهن في القبض من المالك فالمتجه : الصحة ؛ لانتفاء المحذور ، وكلام المصنف يقتضي البطلان ، قال الإسني : ولا وجه له ، ومثله : لو رهن الولي ثم انفك الحجر ، فوكل المرتهن الولي في القبض .

(ولا عبده) أي : عبد الراهن ؛ لأن يده كيد سيده ، (وفي المأذون له وجه) لانفراده باليد والتصرف ؛ كالمكاتب ، والأصح : المنع ؛ لمنافاته .

(ويستتیب مكاتبه) لأنه معه كالأجنبي .

(ولو رهن ودیعة عند مودع ، أو مغصوباً عند غاصب . . لم يلزم ما لم يمض زمن إمكان قبضه) لأنه لو لم يكن في يده لكان اللزوم متوقفاً على هذا الزمان ، وعلى القبض ، لكن سقط القبض ؛ إقامة لِدوام اليد مقام ابتدائها ، فبقي اعتبار الزمان . وأفهم أنه لا يشترط ذهابه إليه ، وهو الأصح عند الشيخين ، وفي « المهمات » تبعاً

(١) روضة الطالبين (٩٤/٤) .

وَالْأَظْهَرُ : اشْتِرَاطُ إِذْنِهِ فِي قَبْضِهِ ، وَلَا يُبْرِئُهُ ارْتِهَانُهُ عَنِ الْغَضَبِ ، وَيُبْرِئُهُ الْإِيدَاعُ فِي الْأَصَحِّ . وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ عَنِ الرِّهْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِتَصَرُّفٍ يُزِيلُ الْمِلْكَ كَهَبَةِ مَقْبُوضَةٍ وَبِرْهْنٍ مَقْبُوضٍ وَكِتَابَةٍ وَكَذَا تَدْبِيرُهُ فِي الْأَظْهَرِ ، وَيُحْبَلُهَا ، لَا الْوُطْءَ وَالْتِزَاجَ

للسبكي : أن الأكثرين على الاشتراط^(١) .

(والأظهر : اشتراط إذنه في قبضه) لأن اليد كانت عن غير جهة الرهن ، ولم يقع تعرض للقبض عنه ، والثاني : لا يشترط ؛ لأن العقد مع صاحب اليد يتضمن الإذن في القبض .

(ولا يبرئه ارتهانه عن الغضب) وإن لزم ؛ لأن الرهن لا ينافي الضمان ؛ بدليل ما لو رهنه شيئاً فتعدى فيه . فإنه لا يبطل الرهن ، وللمرتن أن يرده على مالكه ، ثم يأخذه لغرض البراءة .

(ويبرئه الإيداع في الأصح) لأن مقصود الإيداع الائتمان ؛ فتضمنت البراءة ، والثاني : لا يبرئه ؛ كالرهن .

(ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرف يُزيل الملك ؛ كهبة مقبوضة) لزوال محلّ الرهن ، (وبرهن مقبوض ، وكتابة) لتعلق حقّ الغير . وتقبيده تبعاً للرافعي الرهن والهبة بالقبض يقتضي : أنهما قبل القبض ليسا رجوعاً ، والمنصوص : أنه يكون رجوعاً ، وقال في « البيان » وغيره : إنه المشهور ، وقد رجح الشيخان في (الوصية) أن الرهن بدون القبض رجوع^(٢) .

قال الأذّرعي : فالصواب على المذهب : حذف لفظة (القبض) في الهبة والرهن جميعاً ؛ لأنها زيادة موهمة .

(وكذا تدبيره في الأظهر) لمنافاة مقصود التدبير مقصود الرهن ، وإشعاره بالرجوع ، والثاني : لا ؛ لأن الرجوع عن التدبير ممكن .

(ويحبّالها) لمنافاته مقصود الرهن ، (لا الوطء) لأنه ليس سبباً لزوال الملك ، (والتزويج) إذ لا منافاة ؛ لأن رهن المزوّج ، والمزوّجة جائز ابتداءً .

(١) الشرح الكبير (٤/٤٧٤) ، روضة الطالبين (٤/٦٦) ، المهمات (٥/٣٤١) .

(٢) البيان (٦/٢١) ، الشرح الكبير (٧/٢٥٩) ، روضة الطالبين (٦/٣٠٤) .

وَلَوْ مَاتَ الْعَاقِدُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ جُنَّ أَوْ تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ أَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ . . لَمْ يَبْطُلِ الرَّهْنُ فِي الْأَصَحِّ . وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ الْمُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يَزِيلُ الْمِلْكَ - لَكِنْ فِي إِعْتَاقِهِ أَقْوَالٌ ، أَظْهَرُهَا : يَنْفِذُ مِنَ الْمَوْسِرِ وَيَغْرُمُ قِيمَتَهُ يَوْمَ عَتَقِهِ

(ولو مات العاقد) راهناً كان أو مرتتهناً (قبل القبض ، أو جُنَّ ، أو تخمر العصير ، أو أَبَقَ العبد . . لم يبطل الرهن في الأصح) أما في الموت . . فلأنه عقد مصيره إلى اللزوم ؛ فلا يتأثر بالموت قبل لزومه ؛ كالبيع في زمن الخيار ، فعلى هذا : يتخير وارث الراهن في الإقباض ، ووجه مقابله : أنه جائز ؛ كالوكالة ، والجنون مُرتَّب على الموت ، فإن قلنا : لا يبطل ثم . . فهنا أولى ، وإلا . . فوجهان .

وأما في التخمر والإباق . . فبالقياس على ما لو كان بعد القبض ؛ لاغتفار ما يقع في الدوام ، ووجه مقابله : اختلاله في حالة ضعف الرهن ، وعدم لزومه .

والمراد هنا بعدم البطلان بالتخمر ، كما نبه عليه الرافعي : هو أن الرهن لا يضمحل أثره بالكلية ، قال : وأما البطلان بمعنى : ارتفاع الحكم في مدة التخمر ، وعوده بالتخلل . . فإنه ثابت له لو كان بعد القبض على الأصح ؛ فقبله بطريق الأولى^(١) .

(وليس للراهن المقبض تصرف يزيل الملك) كالبيع ونحوه ؛ لأنه لو صح . . لفاتت الوثيقة (لكن في إعتاقه أقوال : أظهرها : ينفذ من الموسر) دون المعسر ؛ لأنه عتق يبطل به حقُّ الغير ، ففرق فيه بين الموسر والمعسر ؛ كعتق الشريك ، والثاني : ينفذ مطلقاً ؛ كعتق العبد المستأجر ، والأمة المزوجة ، والثالث : لا ينفذ مطلقاً ؛ لأنه حجر على نفسه^(٢) .

واحترز بقوله : (في إعتاقه) عن الحكم بعتقه لا بإعتاق الراهن له ، بل بالسراية ؛ كما إذا رهن نصف عبده ثم أعتق باقيه . . فإنه يسري إن نفذنا إعتاقه ، وكذا إن لم ننفذه في الأصح ، لكن بشرط اليسار على الأصح .

(ويغرم) الموسر (قيمته) جبراً لحق المرتهن ، وتعتبر (يوم عتقه) لأنه يوم

(١) الشرح الكبير (٤/ ٤٨٠) .

(٢) فائدة : هذه المسألة التي بحث فيها الشافعي مع فتیان ؛ فغضب الشافعي فكان سبب موته . اهـ هامش (١) .

رَهْنًا ، وَإِنْ لَمْ نُنْفِذْهُ فَأَنْفَكَ . . لَمْ يَنْفُذْ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ وَهُوَ رَهْنٌ . . فَكَالِإِعْتَاقِ ، أَوْ بَعْدَهُ . . نَفَذَ عَلَى الصَّحِيحِ - وَلَا رَهْنُهُ لِغَيْرِهِ ، وَلَا التَّرْوِيجُ ، وَلَا الْإِجَارَةُ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا أَوْ يَحِلُّ قَبْلَهَا ، وَلَا الْوَطْءُ ، فَإِنْ وَطِئَ . . فَالْوَلَدُ حُرٌّ . وَفِي نَفُوذِ الْأَسْتِيلَادِ أَقْوَالُ الْإِعْتَاقِ ،

الإتلاف^(١) ، وتصير (رهناً) بمجرد إعطائها ، وإن لم يحصل إنشاء عقد ؛ لقيامها مقام الرهن .

(وإن لم ننفضه) لكونه معسراً ، أو على القول بأنه لا ينفذ مطلقاً (فانفك) الرهن بأداء أو غيره (. . لم ينفذ في الأصح) لأنه عتق ، وهو لا يملك إعاقته ؛ فأشبه ما لو أعتق المحجور عليه بالسفه ، ثم زال الحجر ، والثاني : ينفذ ؛ لزوال المانع .
(ولو علقه) أي : علق الراهن العتق (بصفة) بعد رهنه ؛ كقدوم زيد (فوجدت وهو رهن . . فكالاعتاق) لأن التعليق مع الصفة كالتنجيز .

(أو بعده . . نفذ على الصحيح) لأنه لا يبطل حق المرتهن ، والثاني : لا ينفذ ؛ لأن التعليق صدر في حالة لا يملك فيها التنجيز فبطل .

والفرق على الأول : أن مجرد التعليق لا يضر المرتهن ، بخلاف التنجيز .
(ولا رهنه لغيره) لمزاحمته حق الأول ؛ فيفوت مقصود الرهن ، (ولا التزويج) لتفقيصه القيمة .

(ولا الإجارة إن كان الدين حالاً أو يحلُّ قبلها) لأنها تنقص القيمة والرغبات عند الحاجة إلى البيع ؛ فإن حلَّ بعدها أو مع انقضائها . . صحت إذا كان المستأجر ثقة ؛ لانتفاء المحذور حالة البيع .

(ولا الوطء) لما فيه من التنقيص في البكر ، وخوف الإحبال في الثيب ، وحسماً للباب في ثيب لا تحبل ، (فإن وطئ . . فالولد حرٌّ) لأنها علقت به في ملكه .
(وفي نفوذ الاستيلاد أقوال الإعتاق) لما مرَّ ، والاستيلاد أولى بالنفوذ ؛ لأنه فعل ، والفعل أقوى من القول ؛ بدليل : نفوذ إحبال المجنون والسفيه دون إعتاقهما .

(١) عبارة (ج) و (د) : (أي : تعتبر قيمته يوم عتقه ؛ لأنه يوم الإتلاف) ، كذا في (أ) ولكن قد شطب فيها على ما قبل التعليق ، والمشطوب عليه في (أ) غير موجود في (ب) .

فَإِنْ لَمْ تُنْفِذْهُ فَأَنْفَكَ . . نَفَذَ فِي الْأَصَحِّ . فَلَوْ مَاتَتْ بِالْوِلَادَةِ . . غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْنًا فِي الْأَصَحِّ . وَلَهُ كُلُّ انْتِفَاعٍ لَا يَنْقُصُهُ كَالرُّكُوبِ وَالسُّكْنَى ، لَا الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ ، فَإِنْ فَعَلَ . . لَمْ يُقْلَعْ قَبْلَ الْأَجْلِ ، وَبَعْدَهُ يُقْلَعُ إِنْ لَمْ تَفِ الْأَرْضُ بِالذَّيْنِ وَزَادَتْ بِهِ ، ثُمَّ إِنْ أُمِّكْنَ الْإِنْتِفَاعُ بِغَيْرِ اسْتِرْدَادٍ . . لَمْ يَسْتَرِدَّ ، وَإِلَّا

(فَإِنْ لَمْ تُنْفِذْهُ فَأَنْفَكَ) الرهن من غير بيع (. . نفذ في الأصح) بخلاف العتق ؛ لما مرَّ من قوة الفعل .

(فلو ماتت بالولادة) ولم ينفذ الاستيلاء (. . غرم قيمتها رهناً في الأصح) لأنه تسبب إلى إهلاكها بالإحبال ، والثاني : لا غرم ؛ لبعد إضافة الهلاك إلى الوطء ، ويجوز كونه من علل وعوارض .

وقوله : (رهناً) ؛ أي : ويصير رهناً من غير إنشاء .

(وله) أي : للراهن (كلُّ انتفاع لا ينقصه ؛ كالركوب والسكنى) لقوله صلى الله عليه وسلم : « الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَخْلُوبٌ » رواه الدارقطني والحاكم ، وقال : إنه على شرط الشيخين^(١) .

والفصيح (ينقصه) بتخفيف القاف ؛ قال تعالى : ﴿ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصْكُمْ شَيْئًا ﴾ .

(لا البناء والغراس) لنقصان قيمة الأرض بهما .

(فَإِنْ فَعَلَ . . لم يُقْلَعْ قَبْلَ الْأَجْلِ) رجاء أن يُقْضَى الدين من موضع آخر ، أو تفي قيمة الأرض بالدين ؛ فلا يجوز الإضرار المُحَقَّقَ بقلعه لضرر متوهم .

(وبعده) أي : بعد حلول الأجل (يُقْلَعُ إِنْ لَمْ تَفِ الْأَرْضُ بِالذَّيْنِ وَزَادَتْ بِهِ) أي : بالقلع ؛ لتعلق حقِّ المرتهن بأرضٍ فارغة .

(ثُمَّ إِنْ أُمِّكْنَ الْإِنْتِفَاعُ بِغَيْرِ اسْتِرْدَادٍ) بأن يرهن عبداً له صَنَعَةً يمكن أن يعملها عند المرتهن (. . لم يَسْتَرِدَّ) من المرتهن لأجل عملها عنده ؛ لأن اليد للمرتهن .

ويؤخذ منه : أن ما لا منفعة فيه تستوفى ؛ كالحبوب . . لا يُسْتَرَدُّ بطريق الأولى .

(وإلا) أي : وإن لم يمكن الانتفاع بغير استرداد ؛ كأن رهن داراً أو عبداً لا يحسن

(١) سنن الدارقطني (٣/٣٤) ، المستدرک (٢/٥٨) ، وأخرجه البيهقي (٦/٣٨) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

.. فَيَسْتَرِدُّ ، وَيُشْهَدُ إِنْ أَتَتْهُمْ ، وَلَهُ بِإِذْنِ الْمُزْتَهِنِ مَا مَنَعَاهُ . وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَصَرُّفِ
الرَّاهِنِ ، فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلًا بِرُجُوعِهِ .. فَكَتَصَرَّفَ وَكَيْلَ جَهْلٍ عَزَلَهُ . وَلَوْ أَدِنَ فِي بَيْعِهِ
لِيُعَجَّلَ الْمُؤَجَّلُ مِنْ ثَمَنِهِ .. لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ ، وَكَذَا لَوْ شَرَطَ رَهْنُ الثَّمَنِ فِي الْأَظْهَرِ .

فَصَلَّى

[فيما يترتب على لزوم الرهن]

إِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ .. فَالْيَدُ فِيهِ لِلْمُزْتَهِنِ ، وَلَا تَزَالُ إِلَّا لِلِانْتِفَاعِ كَمَا سَبَقَ

إلا الخدمة (. . فيسترد) للحاجة إلى ذلك .

نعم ؛ لا يأخذ الجارية إلا إذا أمن غشيانه لها ؛ بأن كان محرماً ، أو ثقة وله أهل .
(ويشهد) عليه الراهن شاهدين أنه أخذه للانتفاع (إن اتهمه) المرتهن ؛ فإن وثق
به . . لم يكلف الإشهاد .

(وله بإذن المرتهن ما منعه) من التصرفات والانتفاعات من غير بدل ؛ لأن المنع
لحقه ، وقد زال بإذنه .

(وله الرجوع قبل تصرف الراهن) لأن حقه باق ؛ كما للمالك أن يرجع قبل تصرف
الوكيل .

(فإن تصرف جاهلاً برجوعه .. فكتصرف وكيل جهل عزله) أي : عزل موكله له ،
والأصح : عدم النفوذ ؛ كما سيأتي في بابه .

(ولو أذن في بيعه ليُعجل المؤجل من ثمنه) أي : وشرط ذلك (. . لم يصح البيع)
لأنه قد شرط في الإذن شرطاً فاسداً ، وهو التعجيل فأبطله .

(وكذا لو شرط رهن الثمن) مكانه (في الأظهر) لأن الثمن مجهول عند الإذن ؛
فأشبه ما إذا أذن بشرط أن يرهن به مالاً آخر مجهولاً ، وإذا بطل الشرط .. بطل الإذن ؛
فإنه وقف الإذن على حصول الوثيقة في البدل ، وإذا بطل الإذن .. بطل البيع ، والقول
الثاني : أنه يصح ، وعلى الراهن الوفاء بالشرط ؛ لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى
البدل شرعاً ؛ كما لو أُلِفَ المرهونُ .. فجاز أن ينتقل إليه شرطاً .

* * *

(فصل : إذا لزم الرهن . . فاليد فيه للمرتهن ، ولا تزال إلا للانتفاع كما سبق) لأن

وَلَوْ شَرَطَا وَضَعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ . . جَازَ ، أَوْ عِنْدَ اثْنَيْنِ وَنَصًّا عَلَى اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى حِفْظِهِ أَوْ
الْإِنْفِرَادِ بِهِ . . فَذَاكَ ، وَإِنْ أَطْلَقَا . . فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ مَاتَ
الْعَدْلُ أَوْ فُسِّقَ . . جَعَلَاهُ حَيْثُ يَتَّفَقَانِ ، وَإِنْ تَشَاخَا . . وَضَعَهُ الْحَاكِمُ عِنْدَ

قَوَامَ التَّوَثُّقِ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِجَعْلِهِ فِي يَدِهِ .

ويستثنى منه : ما لو رهن عبداً مسلماً ، أو مصحفاً من كافر ، أو سلاحاً من
حربي . . فإنه يوضع عند عدل ، وكذا لو كان الرهن جارية مشتهاة عند رجل غير
محرّم ، ولم يكن ثقة ، ولا عنده زوجة ولا أمة ، ولا نسوة ثقات . . فإنها توضع عند
محرم لها ، أو امرأة ثقة ، أو عدل بالصفة المذكورة .

(ولو شرطاً وضعه عند عدل . . جاز) لأن كلا منهما قد لا يثق بصاحبه ، ويثقان
بنالثلث .

وعبارة « المحرر » ، و« الشرحين » ، و« الروضة » في يد ثالث^(١) ، وهي أولى ؛
فإن الفاسق في ذلك كالعدل .

وكلام المصنف قد يفهم : أنه لا يجوز شرط وضعه بعد اللزوم عند الراهن ، وكلام
الغزالي كالصريح فيه ؛ فإنه قال : لأن يده لا تصلح للنيابة عن غيره ؛ إذ هو مستقل
بالمملك^(٢) .

ومقتضى كلام « المطلب » : أنه يصح ؛ فإنه حمل كلام الغزالي على ابتداء
القبض ، وقال السبكي : الذي يظهر : أنه يصح ؛ لأن عندنا يجوز أن يعيد الرهن إلى
الراهن ليتنفع به .

(أو عند اثنين ، ونصاً على اجتماعهما على حفظه ، أو الانفرد به . . فذاك) أي :
فيتبع الشرط .

(وإن أطلقا . . فليس لأحدهما الانفرد في الأصح) لعدم الرضا بيد واحد ؛ كما لو
أوصى إلى اثنين ، والثاني : له الانفرد ؛ لما في اجتماعهما على الحفظ من المشقة .
(ولو مات العدل أو فُسِّقَ . . جعلاه حيث يتفقان ، وإن تشاخا . . وضعه الحاكم عند

(١) المحرر (١٦٨) ، الشرح الكبير (٤٩٨ / ٤) ، روضة الطالبين (٨٦ / ٤) .

(٢) الوسيط (٥٠٥ / ٣) .

عَدْلٍ . وَيَسْتَحَقُّ بَيْعَ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْحَاجَةِ ، وَيُقَدَّمُ الْمُرْتَهَنُ بِشَيْءٍ ، وَيَبِيعُهُ الرَّاهِنُ أَوْ وَكِيلُهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهَنِ ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ . . قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ : (تَأْذُنُ أَوْ تَبْرِيءٌ) . وَلَوْ طَلَبَ الْمُرْتَهَنُ بَيْعَهُ فَأَبَى الرَّاهِنُ . . أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ أَوْ بَيْعَهُ ، فَإِنْ أَصْرَ . . بَاعَهُ الْحَاكِمُ . وَلَوْ بَاعَهُ الْمُرْتَهَنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ . . فَلَا صَحَّ : أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ . . صَحَّ ، وَإِلَّا . . فَلَا . .

عدل (لأنه العدل ، وكذا لو حدث بينه وبين أحدهما عداوة ، وكذا لو اتفقا على فاسق فزاد فسقه ، ولو كان في يد المرتهن فتغير حاله . . فكتغير حال العدل ، وهذا إذا تشاحا بعد أن طرأ على نائبهما شيء مما سبق .

وكان الأحسن أن يقول : (فإن تشاحا) ليشير إلى التفرع ، أما لو تشاحا ابتداءً ؛ فإن كان قبل الإقباض . . فلا يجبر الراهن بحال ، وإن كان بعده وقد وضع في يد عدل ، أو في يد المرتهن . . فلا ينزع بغير رضاه بلا سبب يُجَوِّزُ ذلك .

(ويستحق بيع المرهون عند الحاجة) لوفاء الدين إن لم يوف من غير الرهن ، وكذا يستحق بيعه في جنايته ، وعند الإشراف على التلف قبل الحلول .

(ويُقَدَّمُ المرتهنُ بشئنه) لأنه فائدة الرهن ، بل قال الإمام : بأنه لا يجب عليه الوفاء من غير الرهن^(١) ، واستشكله ابن عبد السلام في « مختصر النهاية » ؛ لما فيه من تأخير الحق الواجب .

(ويبيعه الراهن أو وكيله) لأنه المالك (بإذن المرتهن) أو وكيله ؛ لأنه صاحب حق ، (فإن لم يأذن) وأراد الراهن بيعه (. . قال له) أي : للمرتهن (الحاكم : « تأذن ، أو تبريء ») دفعاً لضرر الراهن .

(ولو طلب المرتهن بيعه فأبى الراهن . . أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ أَوْ بَيْعَهُ ، فَإِنْ أَصْرَ . . بَاعَهُ الْحَاكِمُ) دفعاً لضرر المرتهن .

(ولو باعه المرتهن بإذن الراهن . . فَلَا صَحَّ : أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ . . صَحَّ ، وَإِلَّا . . فلا) لأن بيعه لغرض نفسه فيتهم في الغيبة بالاستعجال ، وترك النظر دون الحضور ، والثاني : يصح مطلقاً ؛ كما لو أذن له في بيع غيره ، والثالث : لا يصح مطلقاً ؛ لأنه

(١) نهاية المطلب (٦ / ١٨٠) .

وَلَوْ شَرَطَا أَنْ يَبِيعَهُ الْعَدْلُ . . جَازَ ، وَلَا تُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ الرَّاهِنِ فِي الْأَصَحِّ . فَإِذَا بَاعَ . .
فَالْثَّمَنُ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهَنُ . وَلَوْ تَلَفَ ثَمَنُهُ فِي يَدِ الْعَدْلِ ثُمَّ
أَسْتَحَقَّ الْمَرْهُونُ ، فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي . . رَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ ، وَإِنْ شَاءَ . . عَلَى الرَّاهِنِ ،
وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ

توكيل فيما يتعلق بحقه ؛ إذ المرتهن مستحق للبيع .

ومحلُّ الصَّحَّة : ما إذا قال : (بعه لي) ، وكذا إن أطلق في الأصحَّ ، فلو قال :
(بعه لنفسك) . . لم يصحَّ في الأظهر ؛ إذ لا يتصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه .
(ولو شرطاً أن يبيعه العدل . . جاز)^(١) وصحَّ الشرط فلو عزل الراهن . . انعزل ،
ولو عزل المرتهن . . لم ينعزل في الأصحَّ ؛ لأنه وكيل الراهن .

(ولا تشترط مراجعة الراهن في الأصحَّ) لأن الأصل بقاء الإذن الأول ، والثاني :
يشترط ؛ لأنه قد يكون له غرض في بقاء العين ، وقضاء الحق من غيرها . واحترز
بـ (الراهن) : عن المرتهن ، وقد نقل الرافعي عن العراقيين القطعَ باشتراط إذنه ،
ونقل عن الإمام القطعَ بعدم اشتراطه ، ثم قال : فتأمل في بعد أحد الطريقتين عن
الأخرى ، وجمع في « المهمات » بينهما بما فيه طول^(٢) .

(فإذا باع . . فالثمن عنده من ضمان الراهن ؛ حتى يقبضه المرتهن) لأنه ملكه ،
فهو كالرهن ، لهذا إذا باعه في موضعه ، فإن باعه ببلد آخر وقبض ثمنه . . ضمنه ؛
لتعديده بإخراجه .

(ولو تلف ثمنه في يد العدل ، ثم استحق المرهون ، فإن شاء المشتري . . رجع
على العدل) لوضع يده عليه ، (وإن شاء . . على الراهن) لإلجائه المشتري شرعاً إلى
التسليم للعدل بحكم توكيله ، (والقرار عليه) أي : على الراهن .

ومحل الرجوع على العدل : إذا لم يكن مأذوناً له من جهة الحاكم ؛ فإن كان لموت
الراهن أو غيبته . . فلا يكون طريقاً في الضمان على الأصح المتصوص ؛ لأنه نائب
الحاكم .

(١) في (ب) و (د) : (ولو شرط أن يبيعه العدل . . جاز) .

(٢) الشرح الكبير (٥٠١ / ٤) ، المهمات (٣٥٧ / ٥) .

وَلَا يَبِيعُ الْعَدْلُ إِلَّا بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالاً مِنْ نَقْدٍ بَلَدِهِ ، فَإِنْ زَادَ رَاغِبٌ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ . .
فَلْيَفْسَخْ وَلْيَبِيعْهُ . وَمُؤَنَةُ الْمَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ الْمُزْتَنِّ عَلَى
الصَّحِيحِ . وَلَا يُنْعَى الرَّاهِنُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمَرْهُونِ ؛ كَقَصْدِ وَحِجَامَةٍ

(ولا يبيع العدل إلا بثمن مثله حالاً من نقد بلده) كالوكيل ، قال الإسني :
والمتجه : إلحاق الراهن والمرتهن في ذلك بالعدل .

فلو عبر المصنف بقوله : (ولا يباع) . . لكان أعم .

(فإن زاد راغب قبل انقضاء الخيار . . فليفسخ وليبعه) ولا يفسخ بمجرد الزيادة ،
فإن لم يفعل . . انفسخ في الأصل ؛ لأن المجلس كحال العقد ، ولو لم يفسخ بل باع
من الراغب . . صحَّ على الأصح .

وشمل قوله : (قبل انقضاء الخيار) خيار المجلس ، والشرط .

واحتزره : عما لو زاد بعد الخيار . . فإن البيع لازم ، ولا أثر للزيادة .

(ومؤنة المرهون على الراهن) المالك بالإجماع إلا ما روي عن الحسن البصري
أنها على المرتهن ، كذا قال ابن الملقن ؛ أنه الحسن البصري^(١) ، وجرى عليه
الأذرعى ، لكن نقله السبكي عن الحسن بن صالح ، فليحرر .

(ويجبر عليها لحق المرتهن على الصحيح) حفظاً للوثيقة ، والثاني : لا يجبر عند
الامتناع بل يبيع القاضي جزءاً من المرهون بحسب الحاجة إلا أن تستغرق المؤنة الرهن
قبل الأجل فيباع ، ويجعل ثمنه رهناً ، حكاه الرافعي في « الشرح الكبير » عن الإمام ،
وأقره^(٢) ، وجزم به في « الصغير » ، قال في « أصل الروضة » : وهذا ضعيف ، وكذا
أصله المفزع عليه^(٣) .

(ولا يُنْعَى الرَّاهِنُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمَرْهُونِ ؛ كَقَصْدِ وَحِجَامَةٍ) عند الحاجة إليهما ؛
حفظاً لماله ، لكن لا يجبر عليها ، بخلاف النفقة ، كذا قالوه .

واستدرك صاحب « المطلب » فقال في (كتاب النفقات) : هذا محمول على أنها

(١) عجالة المحتاج (٧٦٦/٢) .

(٢) الشرح الكبير (٥٠٦/٤) .

(٣) روضة الطالبين (٩٣/٤) .

وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ ، وَلَا يَسْقُطُ بِتَلْفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ . وَحُكْمُ فَاسِدِ الْعُقُودِ حُكْمُ صَحِيحِهَا فِي الضَّمَانِ . وَلَوْ شَرَطَ كَوْنُ الْمَرْهُونِ مَبِيعاً لَهُ عِنْدَ الْحُلُولِ . . فَسَدًا . وَهُوَ قَبْلَ الْمَحِلِّ أَمَانَةٌ ، وَيَصْدَقُ الْمُرْتَهِنُ فِي دَعْوَى التَّلْفِ بِيَمِينِهِ ، وَلَا يُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ

لا تجب من خالص ماله ، بل في غير المرهون ببيع جزء منه لأجلها .
(وهو أمانة في يد المرتهن) لحديث : « أَلَرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ - أي : من ضمان راهنه - لَهُ غُنْمُهُ ، وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ » رواه الشافعي ، والمحفوظ إرساله ^(١) .
(ولا يسقط بتلفه شيء من دينه) لأنه وثيقة بدين ليس بعوض فيه ، فلا يسقط الدين بتلفه ؛ كالضامن يموت .

وقولنا : (ليس بعوض فيه) احتراز من تلف المبيع في يد البائع .
(وحكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان) فما اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم ؛ كالبيع وسائر العقود . . اقتضاه فاسده أيضاً ؛ لأنه أولى بذلك ، وما لا ؛ كالرهن ونحوه . . فلا ؛ لأن إثبات اليد عليه بإذن المالك ، ولم يلتزم بالعقد ضماناً .
واستثني من طرد هذه القاعدة وعكسها مسائل ذكرتها في « إرشاد المحتاج » ، وهو شرح أبسط من هذا .

(ولو شرط كون المرهون مبيعاً له عند الحلول . . فسداً) أي : الرهن والبيع : الرهن لتأقيته ؛ لأنهما شرطاً ارتفاعه بالحلول ، والبيع لتعليقه .
(وهو) أي : المرهون في هذه الصورة (قبل المحل أمانة) لأنه رهن فاسد ، وبعده مضمون ؛ لأنه أخذ ببيع فاسد ، وهو عقد ضمان .
(ويصدق المرتهن في دعوى التلف بيمينته) لأنه أمين ؛ كما مر ، والمراد : تصديقه بالتفصيل الآتي في (الوديعة) .
والمقصود من هذه المسألة : هو عدم الضمان ، ولم يصرح به المصنف ، وإلا . . فالغاصب ونحوه مصدق أيضاً في التلف .
(ولا يصدق في الرد عند الأكثرين) لأنه قبضه لغرض نفسه ؛ فأشبهه المستعير ،

(١) الأم (٣٨٣ / ٤) عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى .

وَلَوْ وَطِئَ الْمُزْنَتَيْنِ الْمَرْهُونَةَ بِلَا شُبْهَةٍ . فَرَّانِ ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ : جَهَلْتُ تَحْرِيمَهُ إِلَّا أَنْ يَقْرُبَ إِسْلَامُهُ ، أَوْ يَنْشَأَ بِيَادِيَّةٍ بَعِيدَةٍ عَنِ الْعُلَمَاءِ . وَإِنْ وَطِئَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ . قَبْلَ دَعْوَاهُ جَهْلَ التَّحْرِيمِ فِي الْأَصَحِّ وَلَا حَدٌّ ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ إِنْ أَكْرَهَهَا ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ . وَلَوْ أَتْلَفَ الْمَرْهُونُ وَقَبِضَ بَدَلَهُ . صَارَ رَهْنًا ،

وقيل : يصدق ؛ لأنه أمين ؛ كالمودع .

(ولو وطئ المرتهن المرهونة بلا شبهة . . فزان) ترتب عليه أحكام الزنا كلها ، ولا يكون الرهن شبهة ، كما لو استأجرها وعليه مهر المكروه لا المطاوعة في الأصح . واحترز بقوله : (بلا شبهة) عما لو ظنها زوجته أو أمته .

(ولا يقبل قوله : « جهلت تحريمه » إلا أن يقرب إسلامه ، أو ينشأ ببيادية بعيدة عن العلماء) لأنه قد يخفى عليه ، بخلاف غيرهما .

(وإن وطئ بإذن الراهن . . قبل دعواه جهل التحريم في الأصح) لأن التحريم بعد الإذن ؛ لما خفي على عطاء مع أنه من علماء التابعين لا يبعد خفاؤه على العوام ، والثاني : لا يقبل ؛ لبعد ما يدعيه إلا أن يقرب إسلامه ، كما مر .

(ولا حد) للشبهة (ويجب المهر إن أكرهها) لأن وجوب المهر حيث لا يجب الحد حق الشرع ؛ فلا يؤثر فيه الإذن ؛ كالمفوضة ، وقيل : لا يجب ؛ لإذن المستحق ، وحكاها في « المحرر »^(١) ، وحذفه المصنف .

واحترز بالمكرهه : عن المطاوعة ؛ فإنه لا مهر لها ؛ لانضمام إذن المستحق إلى طواعيتها ، إلا أن تكون صغيرة ؛ فإنه لا عبرة بمطاوعتها ؛ كما قاله الجرجاني وغيره .

(والولد حر نسيب) لأن الشبهة كما تدرأ الحد تثبت النسب والحرية (وعليه قيمته للراهن) لأن الإذن في الوطاء رضا بإتلاف المتفعة لا بالإحبال .

(ولو أتلَفَ المرهون وقبض بدله . . صار رهناً) لقيامه مقامه ، ويجعل في يد من كان الأصل في يده ، ولا يحتاج إلى إنشاء رهن ، كما اقتضاه كلام الشيخين هنا ،

(١) المحرر (ص ١٦٩) .

وَالْخَصْمُ فِي الْبَدَلِ الرَّاهِنُ ، فَإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ . . لَمْ يُخَاصِمِ الْمُرْتَهِنُ فِي الْأَصَحِّ . فَلَوْ
وَجَبَ قِصَاصٌ . . اقْتَصَّ الرَّاهِنُ وَفَاتَ الرَّهْنُ ، فَإِنْ وَجَبَ الْمَالُ بِعَفْوِهِ أَوْ بِجِنَايَةِ
خَطَا . . لَمْ يَصَحَّ عَفْوُهُ عَنْهُ وَلَا إِبْرَاءُ الْمُرْتَهِنِ الْجَانِي . وَلَا يَسْرِي الرَّهْنُ إِلَى زِيَادَتِهِ
الْمُنْفَصِلَةِ ؛ كَثْمَرٍ وَوَلَدٍ ،

وقضية كلامه : أنه لا يكون رهناً قبل قبضه ، والأصح في « زوائد الروضة » :
خلافه^(١) .

(والخصم في البدل الراهن) لأنه المالك (فإن لم يخاصم . . لم يخاصم المرتهن
في الأصح) لأنه غير مالك ، والثاني : يخاصم ؛ لتعلق حقه بما في ذمته ، ونسبه
الإمام إلى المحققين^(٢) .

ومحل الخلاف : إذا تمكن الراهن من المخاصمة ، أما لو باع المالك العين
المرهونة . . فللمرتهن المخاصمة جزماً ، كذا أفتى به البلقيني ، وهو ظاهر .

(فلو وجب قصاص) في النفس (. . اقتصَّ الراهن) المالك ؛ لعموم الأدلة ؛
كقوله تعالى : ﴿ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ (وفات الرهن) لفوات العين وبدلها ، أما إذا كانت
الجناية على طرف واقتصَّ . . بقي الرهن بحاله .

(فإن وجب المال بعفوه ، أو بجناية خطأ . . لم يصحَّ عفوه) أي : عفو الراهن
(عنه) لتعلق حق المرتهن به .

وكان الأحسن حذف قوله : (بعفوه ، أو بجناية خطأ) ليشمل ما لو وجب المال
ابتداءً بجناية عمد لا قصاص فيها ؛ كالهاشمة ، أو لكون الجاني حرّاً ، أو أصلاً ، أو
غير ذلك مما يمنع القصاص . . فإن الحكم كذلك أيضاً .

(ولا إبراء المرتهن الجاني) لأنه غير مالك ، فإن فعل . . لم يبطل حقه من الوثيقة
في الأصح .

(ولا يسري الرهن إلى زيادته المنفصلة ؛ كثمر وولد) وصوف ولبن ؛ لأنه لا يزيل

(١) روضة الطالبين (٤/١٠٠) ، وهذا مما يلغز به ، فيقال : لنا صورة يكون الدين فيها مرهوناً . اهـ
هامش (أ) .

(٢) نهاية المطلب (٥/٢١٥) .

فَلَوْ رَهَنَ حَامِلاً وَحَلَّ الْأَجْلُ وَهِيَ حَامِلٌ .. بِيَعَتْ ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ .. بِيَعَ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ .. فَالْوَلَدُ لَيْسَ بِرَهْنٍ فِي الْأَظْهَرِ .

فَصْنَاكُ

[في جناية المرهون]

جَنَى الْمَرْهُونُ .. قُدِّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ ،

الملك عن الرقبة فلم يسر إليها ؛ كالأجارة ، أما المتصلة ؛ كالسمن والتعليم .. فإنها تتبع الأصل .

(فلو رهن حاملاً وحلَّ الأجل وهي حامل .. بيعت) لأننا إن قلنا : إن الحمل يُعلم .. فكأنه رهنهما ، وإلا .. فقد رهنها موصوفةً بالحمل .
(وإن ولدت .. بيع معها في الأظهر) بناءً على أن الحمل يُعلم ، والثاني : لا ؛ بناءً على أنه لا يُعلم .

(وإن كانت حاملاً عند البيع دون الرهن .. فالولد ليس برهن في الأظهر) بناءً على أنه يُعلم ، والثاني : نعم ؛ بناءً على مقابلة فيتبع ؛ كالسمن .
وقضية كلامه : أن الولد على هذا يكون مرهوناً ، وليس كذلك ؛ لأنه مُفَرَّعٌ على أن الحمل لا يُعلم ، فكيف يرهن ؟ ! وإنما المراد : أنه يُباع معها تبعاً .

وعلى الأول : قال الرافعي : يتعذر بيعها حتى تضع ؛ لأن استثناء الحمل لا يمكن ، ولا سبيل إلى بيعها بحملها ، ويوزع الثمن ؛ لأن الحمل لا تُعرف قيمته^(١) .

* * *

(فصل : جنى المرهون .. قُدِّمَ المجني عليه) لأنه لا حقَّ له في غير الرقبة ، فلو قُدِّمَ المرتهن عليه بها .. لضاع حقه ، وأما المرتهن .. فإن حقه في الذمة أيضاً ، فلا يفوت بفوات العين .

هذا إذا لم يأمره السيد بالجناية ، فإن أمره بها وكان لا يميز ، أو أعجمياً يعتقد وجوب طاعته .. فالجاني هو السيد حتى يجب عليه القصاص أو المال ، ولا يتعلق

(١) الشرح الكبير (٤/٥١٥) .

فَإِنْ أَقْتَصَّ أَوْ بَاعَ لَهُ . . بَطَلَ الرِّهْنُ ، وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَأَقْتَصَّ . . بَطَلَ ، وَإِنْ عُفِيَ
عَلَى مَالٍ . . لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الصَّحِيحِ فَيَقْبَلُ رَهْنًا . وَإِنْ قَتَلَ مَرْهُونًا لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخَرٍ
فَأَقْتَصَّ . . بَطَلَ الرِّهْنَانِ . وَإِنْ وَجَبَ مَالٌ . . تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مُرْتَهِنِ الْقَتِيلِ فَيُبَاعُ وَثَمَنُهُ
رَهْنٌ ، وَقِيلَ : يَصِيرُ رَهْنًا ،

برقبة العبد شيء على الأصح .

(فَإِنْ اقْتَصَّ) في النفس (أو بيع له) أي : لحقه (. . بطل الرهن) لفوات محله ،
حتى لو عاد إلى ملك الراهن . . لم يكن رهناً .

(وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَأَقْتَصَّ . . بطل) في المقتص منه نفساً كان أو طرفاً ؛ كما
صرح به في « المحرر »^(١) .

والتاء في (اقتص) مفتوحة ، والضمير يعود إلى المستحق ، فشمل السيد والوارث
والسلطان فيمن لا وارث له .

(وَإِنْ عُفِيَ عَلَى مَالٍ . . لم يثبت على الصحيح ، فيبقى رهناً) لازماً لا يباع في
الجنابة ؛ لأن السيد لا يثبت له على عبده مالٌ ، والثاني : يثبت ، ويتوصل به إلى فكِّ
الرهن .

وقوله : (عفي) هو بضم العين ، كما نقل عن خطِّ المصنف ؛ ليشمل عفو السيد
والوارث .

(وَإِنْ قَتَلَ) المرهون (مرهوناً لسَيِّدِهِ عِنْدَ) مرتتهن (آخر فأقتصَّ) السيد (. . بطل
الرهنان) لفوات محلِّهما .

(وَإِنْ وَجَبَ مَالٌ) بعفوه ، أو بجنابة خطأ ، أو غير ذلك (. . تعلق به حَقُّ مُرْتَهِنِ
الْقَتِيلِ) لأن السيد لو أتلف المرهون . . غرم قيمته لحق المرتتهن ، فإذا أتلفه عبده . .
كان تعلق الغرم به أولى ، وإنما وجب المال وإن كان للسيد على عبده ؛ لأجل تعلق
حَقِّ الْغَيْرِ .

(فَيُبَاعُ وَثَمَنُهُ رَهْنٌ) لأن حَقَّ مُرْتَهِنِ الْقَتِيلِ في مالية العبد القاتل لا في عينه ، ولأنه
قد يرغب راغب بزيادة فيتوثق مرتتهن القاتل بها ، (وقيل : يصير رهناً) أي : ينقل

(١) المحرر (ص ١٧٠) .

فَإِنْ كَانَا مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ بَدَيْنِ وَاحِدٍ . . . نَقَصَتِ الْوَيْقَةُ ، أَوْ بَدَيْنَيْنِ وَفِي نَقْلِ الْوَيْقَةِ غَرَضٌ . . . نُقِلَتْ . وَلَوْ تَلَفَ الْمَرْهُونُ بَاقَةَ . . . بَطَلَ . وَيَنْفَكُّ بَفْسَخِ الْمُرْتَهَنِ وَبِالْبَرَاءَةِ مِنَ الدَّيْنِ ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ . . . لَمْ يَنْفَكْ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ

العبد القاتل إلى يد مرتتهن القتيل ، ولا يباع ؛ لأنه لا فائدة في البيع ، قال الرافعي : (والوجهان إنما يظهران إذا طلب الرهن النقل ، وطلب مرتتهن القتيل البيع ، أما إذا طلب الرهن البيع ، ومرتتهن القتيل النقل . . فالمجاب الرهن ؛ لأنه لا حق للآخر في عينه)^(١) .

(فَإِنْ كَانَا مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ) أو عند اثنين (بدَيْنِ وَاحِدٍ . . . نقصت الويقة) كما لو مات أحدهما ، (أَوْ بَدَيْنَيْنِ وَفِي نَقْلِ الْوَيْقَةِ غَرَضٌ) للمرتتهن (. . . نُقِلَتْ) وإلا . . . فلا ، فإذا كان الدينان مختلفين حلولاً وتأجيلاً . . . فله التوثق لدين القتيل بالقاتل ؛ لأنه إن كان الحالُّ دينَ القتيل . . . ففائدته : الاستيفاء من ثمنه في الحال ، وإن كان دين القاتل . . . ففائدته : تحصيل التوثقة بالمؤجل ، والمطالبة بالحال في الحال ، وكذا لو اختلفا في قدر الأجل .

وإن لم يختلفا في ذلك ، واختلفا في القدر ؛ كعشرة وعشرين ، والقتيل مرهون بأكثرهما . . . نقل ، وإلا . . . فلا ، ولو اتفقا في القدر . . . نقل من القاتل قدر قيمة القتيل إلى دين القتيل ، وبقي الباقي رهناً كما كان إن كانت قيمة القاتل أكثر ، وإلا . . . فلا ؛ إذ لا فائدة .

(وَلَوْ تَلَفَ الْمَرْهُونُ بَاقَةَ . . . بَطَلَ) الرهن ؛ لفواته (وَيَنْفَكُّ بَفْسَخِ الْمُرْتَهَنِ) لأن الحقَّ له ، وهو جائز من جهته ، أما بفسخ الرهن . . . فلا ؛ للزومه من جهته (وبِالْبَرَاءَةِ مِنَ الدَّيْنِ) بأيِّ وجهٍ كان .

(فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ . . . لَمْ يَنْفَكْ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ) بالإجماع ؛ كما نقله ابن المنذر^(٢) .

(١) الشرح الكبير (٤/٥٢٠) .

(٢) الإجماع (ص ١٣٩) .

وَلَوْ رَهْنَ نِصْفَ عَبْدٍ بِدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرِ فَبَرَىءَ مِنْ أَحَدِهِمَا . . أَنْفَكَ قِسْطُهُ ، وَلَوْ رَهْنَاهُ فَبَرَىءَ أَحَدُهُمَا . . أَنْفَكَ نَصِيبُهُ .

فَصْلٌ

[في الاختلاف في الرهن وما يتعلق به]

اُخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِ أَوْ قَدْرِهِ . . صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ إِنْ كَانَ رَهْنٌ تَبَرُّعٌ ، وَإِنْ شُرْطَ فِي بَيْعٍ . . تَحَالَفَا . وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُمَا رَهْنَاهُ عَبْدُهُمَا بِمِثَّةٍ وَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا . . فَنَصِيبُ الْمُصَدِّقِ رَهْنٌ بِخَمْسِينَ ، وَالْقَوْلُ فِي نَصِيبِ الثَّانِي قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ ، وَتَقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُصَدِّقِ عَلَيْهِ . وَلَوْ اُخْتَلَفَا فِي قَبْضِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ ، أَوْ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَقَالَ الرَّاهِنُ :

(ولو رهن نصف عبدٍ بدین ، ونصفه بآخر فبرىء من أحدهما . . انفك قسطه)
لتعدد الصفقة بتعدد العقد ، (ولو رهناه فبرىء أحدهما . . انفك نصيبه) لتعددتها بتعدد
العاقدة^(١) .

* * *

(فصل : اختلفا في) أصل (الرهن أو قدره . . صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ إِنْ كَانَ رَهْنٌ تَبَرُّعٌ) ليس مشروطاً في بيع ؛ لأن الأصل عدم الرهن .
ولو عبر به (المالك) بدل (الراهن) . . لكان أولى ؛ لأن منكر الرهن ليس براهن .
(وإن شرط في بيع) أي : اختلفا في اشتراط الرهن في البيع أو في قدره (. تحالفا) كما لو اختلفا في سائر كيفيات البيع .
(وإن ادعى أنهما رهناه عبدهما بمِثَّةٍ)^(٢) وأقبضاه (وَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا . . فنصيب المصدق رهن بخمسين ، والقول في نصيب الثاني قوله بيمينه) لما مرَّ .
(وتقبل شهادة المصدق عليه) أي : على الثاني ؛ لخلوها عن جلب نفع له ، ودفع ضرر عنه ، وحينئذ فيحلف معه ، أو يقيم شاهداً آخر .
(ولو اختلفا في قبضه ؛ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ ، أَوْ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَقَالَ الرَّاهِنُ :

(١) بلغ مقابلة على خط مؤلفه ، عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

(٢) في (ب) : (ولو ادعى أنهما رهناه) .

(غَصَبَتْهُ) .. صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : (أَقْبَضْتُهُ عَنْ جِهَةِ أُخْرَى) فِي الْأَصَحِّ .
 وَلَوْ أَقْرَبَقْبَضَهُ ثُمَّ قَالَ : (لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ) .. فَلَهُ تَحْلِيفُهُ ، وَقِيلَ : لَا يَحْلِفُهُ
 إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ لِإِقْرَارِهِ تَأْوِيلًا ؛ كَقَوْلِهِ : (أَشْهَدْتُ عَلَى رَسْمِ الْقَبَالَةِ) . وَلَوْ قَالَ
 أَحَدُهُمَا : (جَنَى الْمَرْهُونُ) ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ .. صُدِّقَ الْمُنْكَرُ بِيَمِينِهِ . وَلَوْ قَالَ
 الرَّاهِنُ : (جَنَى قَبْلَ الْقَبْضِ) .. فَالْأَظْهَرُ : تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ بِيَمِينِهِ فِي إِنْكَارِهِ ،

« غَصَبَتْهُ » .. صدق بيمينه (لأن الأصل : عدم اللزوم ، وعدم الإذن في القبض .
 (وكذا لو قال : « أقبضته عن جهة أخرى ») كإعارة ونحوها (في الأصح) لأن
 الأصل عدم اللزوم ، والثاني : يصدق المرتهن ؛ لاتفاقهما على قبض مأذون فيه ،
 والراهن يريد صرفه إلى جهة أخرى ، وهو خلاف الظاهر ؛ لتقدم العقد المحجوج إلى
 القبض .

(ولو أقر بقبضه ، ثُمَّ قَالَ : « لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ » .. فَلَهُ تَحْلِيفُهُ) لأن
 الوثائق يشهد فيها غالباً قبل تحقيق ما فيها ، (وقيل : لا يحلفه إلا أن يذكر لإقراره
 تأويلاً ؛ كقوله : « أَشْهَدْتُ عَلَى رَسْمِ الْقَبَالَةِ ») أي : على الكتابة الواقعة في الوثيقة ،
 لكي أعطي بعد ذلك ، وكقوله : (اعتمدت كتاب وكيلي فبان مزوراً) لأنه إذا لم يذكر
 تأويلاً .. يكون مكذباً لدعواه بإقراره السابق .

وقضية كلامه : أنه لا فرق بين أن يكون الإقرار في مجلس الحكم بعد الدعوى أم
 لا ، قال الأذرعِي : وهو قضية إطلاق النصِّ والعراقيين ، لكن في « الشرح » ،
 و« الروضة » عن القفال - من غير اعتراض - : أنه ليس له تحليفه حيثنذ وإن ذكر
 تأويلاً ؛ لأنه لا يكاد يقرُّ عند القاضي إلا عن تحقيق^(١) .

(ولو قَالَ أَحَدُهُمَا : « جَنَى الْمَرْهُونُ ») بعد القبض (وَأَنْكَرَ الْآخَرُ .. صَدَّقَ
 الْمُنْكَرُ بِيَمِينِهِ) إِذَا الْأَصْلُ عَدَمُهَا .

(ولو قَالَ الرَّاهِنُ : « جَنَى قَبْلَ الْقَبْضِ » .. فَالْأَظْهَرُ : تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ بِيَمِينِهِ فِي
 إِنْكَارِهِ) لأن الراهن قد يواطىء مدعي الجناية ؛ لغرض إبطال الرهن .

(١) الشرح الكبير (٥٣٤) ، روضة الطالبين (١١٨ / ٤) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ . . غَرِمَ الرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ يَغْرُمُ الْأَقْلَّ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ وَأَرْضِ الْجَنَايَةِ ، وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ الْمُرْتَهَنُ . . رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، لَا عَلَى الرَّاهِنِ . فَإِذَا حَلَفَ . . بَيْعَ فِي الْجَنَايَةِ . وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِ الْمَرْهُونِ فَبَيْعَ وَرَجَعَ عَنِ الْإِذْنِ وَقَالَ : (رَجَعْتُ قَبْلَ الْبَيْعِ) ، وَقَالَ الرَّاهِنُ : (بَعْدَهُ) . . فَالْأَصَحُّ : تَصْدِيقُ الْمُرْتَهَنِ

والثاني : يصدق الراهن ؛ لأنه أقرَّ في ملكه بما يضرُّه .

ومحل الخلاف : إذا عيَّن الراهن المجني عليه ، وصدقه ، وادعاه ، فإن لم يعينه ، أو عينه ولم يصدقه ، أو لم يدعه . . فالراهن باقٍ بحاله .

(والأصح : أنه إذا حلف . . غرم الراهن للمجني عليه) كما لو قتله ؛ لأنه حال بينه وبين حقِّه ، والثاني : لا يغرم ؛ لأنه أقرَّ في رقة العبد بما لا يقبل إقراره به ؛ فكأنه لم يُقرَّ .

(وأنه يغرم الأقلَّ من قيمة العبد وأرض الجناية) كما في جناية أم الولد ؛ لامتناع البيع ، وقيل : على القولين في فداء العبد الجاني : أظهرهما : بالأقلَّ من قيمته ، وأرض الجناية .
وثانيهما : بأرض الجناية بالغاً ما بلغ .

(وأنه لو نكل المرتهن . . رُدَّتِ اليمين على المجني عليه لا على الراهن) لأن الحقَّ له ، والراهن لا يدعي لنفسه شيئاً .

والثاني : على الراهن ؛ لأنه مالك العبد ، والخصومة بينه وبين المرتهن ، (فإذا حلف . . بيع في الجناية) لثبوتها باليمين المردودة .

(ولو أذن) المرتهن (في بيع المرهون فبيع ، ورجع عن الإذن وقال : « رجعت قبل البيع » ، وقال الراهن : « بعده » . . فالأصحُّ : تصديق المرتهن) لأن الأصل عدم رجوعه في الوقت الذي يدعيه .

والأصل : عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه ، فيتعارضان ، ويبقى أن الأصل : استمرار الرهن .

والثاني : يصدق الراهن ؛ لتقوِّي جانبه بالإذن .

وَمَنْ عَلَيْهِ الْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ فَادَّيْ أَلْفًا وَقَالَ : (أَدَيْتُهُ عَنْ أَلْفِ الرَّهْنِ) صُدَّقَ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا . جَعَلَهُ عَمَّا شَاءَ ، وَقِيلَ : يُقَسِّطُ .

فَصْنَعُ

[في تعلق الدين بالتركة]

مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ . . تَعَلَّقَ بِتَرِكَتِهِ تَعَلُّقُهُ بِالْمَرْهُونِ ، وَفِي قَوْلٍ : كَتَعَلَّقَ الْأَرْضَ بِالْجَانِي . فَعَلَى الْأَظْهَرِ : يَسْتَوِي الدَّيْنُ الْمُسْتَعْرِقُ وَغَيْرُهُ فِي الْأَصَحِّ

ومحل الخلاف : إذا صدق الراهن على الرجوع ؛ فإن أنكر أصل الرجوع . . فالقول قوله بيمينه ؛ لأن الأصل عدمه .

(ومن عليه ألفان بأحدهما رهنٌ فأدَّى ألفاً وقال : « أديته عن ألف الرهن » . . صدق) بيمينه ؛ لأنه أعرف بقصده وكيفية أدائه .

(وإن لم ينو شيئاً . . جعله عمّا شاء) لأن التعيين إليه ولم يوجد .

(وقيل : يُقَسِّطُ) لعدم أولوية أحدهما على الآخر .

وهل التقسيط على قدر الدينين أو عليهما بالسوية ؟

تردد فيه الصيّدلاني ، وجزم الإمام بالأول ، وصاحب « البيان » و« الانتصار » بالثاني ^(١) .

* * *

(فصل : من مات وعليه دين . . تعلق بتركته) مراعاةً للميت (تعلقه بالمرهون) لأنه أحوط للميت ؛ إذ يمتنع على هذا التقدير تصرف الوارث فيه جزماً ، بخلاف إلحاقه بالجناية ؛ فإنه يأتي فيه الخلاف المذكور في البيع .

(وفي قول : كتعلق الأرض بالجاني) لأن كل واحد منهما ثبت شرعاً بغير رضا المالك ، وقيل : كحجر المفلس ، واختاره في « المطلب » .

(فعلى الأظهر : يستوي الدين المستغرق وغيره في الأصح) نظراً للميت ، وتوفية بقاعدة الرهن .

(١) نهاية المطلب (٢٥٧/٦) ، البيان (١٢٩/٦) .

وَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَارِثُ وَلَا دَيْنَ ظَاهِرٌ ، فَظَهَرَ دَيْنٌ بَرْدٌ مَبِيعٌ بَعِيْبٌ . . . فَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَتَبَيَّنُ فُسَادُ تَصَرُّفِهِ ، لَكِنْ إِنْ لَمْ يُقْضَ الدَّيْنُ . . . فُسُخٌ . وَلَا خِلَافَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ عَيْنِ التَّرَكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ . وَالصَّحِيحُ : أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرَكَةِ لَا يَمْنَعُ الْإِرْثَ ،

والثاني : إن كان الدين أقل . . . تعلق بقدره من التركة ، فينفذ تصرف الوارث إلى الأبقى إلا قدر الدين ؛ لأن الحجر في مالٍ كثير بشيءٍ حقير بعيدٌ .
(ولو تصرف الوارث ولا دين ظاهرٌ ، فظهر دين بردٌ مبيعٌ ببيع . . . فالأصح : أنه لا يتبين فسادُ تصرفه) لأنه تصرفٌ تصرفاً سائغاً له في الظاهر .
والثاني : يتبين فسادُه ؛ إلحاقاً لما تجدد من الدين بالمقارن ؛ لتقدم سببه .
وكان الأولى أن يقول : (ثم طرأ دين) لأن ما يجب بالرد لم يكن خفياً ثم ظهر ، بل لم يكن ثم كان ، لكن سببه متقدّمٌ .
(لكن إن لم يقض الدين . . . فُسُخٌ) ليصل المستحق إلى حقه .
وقوله : (يُقْضَى) هو بضم الياء ؛ ليعمَّ قضاء الوارث والأجنبي ، قاله في « الدقائق » (١) .

ولو عبر بالسقوط . . . لعمَّ الإبراء أيضاً .
(ولا خلاف أن للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين من ماله) لأنه خليفة المورث ، والمورث كان له ذلك .
نعم ؛ لو أوصى ببيع عين في وفاء دينه . . . عمل بها .
(والصحيح : أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث) لأنه لو كان باقياً على ملك الميت . . . لوجب أن يرثه من أسلم أو أعتق من أقاربه قبل قضاء الدين ، وألا يرثه من مات قبل القضاء من الورثة .
والثاني : يمنع ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٌ ﴾ أي : من بعد إعطاء وصية وإيفاء دين إن كان .

(١) دقائق المنهاج (ص ٦١) .

فَلَا يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ الثَّرَكَةِ كَالْكَسْبِ وَالتَّاجِ

وأجيب عن الآية : بأن المعنى المقادير لا المقدر .

(فلا يتعلق بزوائد التركة ؛ كالكسب والتَّاج) لأن زوائد المرهون لا تكون مرهونة ؛ أما إذا قلنا : إن الدين يمنع انتقالها . . تعلق بزوائدها ؛ لبقائها على ملك الميت ، وصحاحاه في (النكاح) في الكلام على إجبار العبد^(١) .

* * *

(١) الشرح الكبير (٢٤/٨) ، روضة الطالبين (١٠٤/٤) .

كتاب التفليس

مَنْ عَلَيْهِ دَيْونٌ حَالَةٌ زَائِدَةٌ عَلَى مَالِهِ يُحَجَّرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ . وَلَا حَجَرَ
بِالْمُؤَجَّلِ . وَإِذَا حُجِرَ بِحَالٍ . . لَمْ يَحُلَّ الْمُؤَجَّلُ فِي الْأَظْهَرِ . وَلَوْ كَانَتْ الدَّيُونُ بِقَدْرِ
الْمَالِ ، فَإِنْ كَانَ كَسُوبًا يَنْفَقُ مِنْ كَسْبِهِ . . فَلَا حَجَرَ ،

(كتاب التفليس)

هو في الشرع : حجر الحاكم على المديون بالشروط الآتية ، والمفلس : هو
المحجور عليه ، وفي اللغة : من صار ماله فلساً ، ثم كني به عن قلة المال أو عدمه .
والأصل فيه : حجره صلى الله عليه وسلم على معاذ ، رواه الدارقطني ، وصححه
الحاكم^(١) .

(من عليه ديون حالة زائدة على ماله يُحَجَّرُ عليه) حتماً (بسؤال الغرماء) أو من
يقوم مقامهم ؛ كأولياء المحجور عليهم ؛ لأن في الحجر مصلحة للغرماء ؛ فإنه قد
يخص بعضهم بالوفاء .
وهذه القيود التي ذكرها سيأتي الكلام عليها ، ولا يخفى أن لفظ الديون لا مفهوم
له ، والدين الواحد كاف .

(ولا حجر بالمؤجل) لأنه لا مطالبة به في الحال .
(وإذا حجر بحالٍ . . لم يحلَّ المؤجل في الأظهر) لأن ذمته باقية ، بخلاف
الموت ، والثاني : يحلُّ ؛ كالموت ، وإذا قلنا بالثاني ؛ فلو فك الحجر عنه ، وقد
بقي بعض الأجل . . عاد الحق مؤجلاً ، قاله القفال في « فتاويه » .
(ولو كانت الديون بقدر المال ؛ فإن كان كسوباً ينفق من كسبه . . فلا حجر) لعدم
الحاجة إليه ، بل يأمره الحاكم بقضاء الدين ، فإن امتنع . . باع ماله ، أو أكرهه عليه .
نعم ؛ لو التمس الغرماء الحجر عليه . . حجر في الأصح وإن زاد على دينه ؛ كيلا
يتلف ماله ، كذا ذكره الرافعي في الكلام على الحبس^(٢) .

(١) سنن الدارقطني (٢٣٠/٤ - ٢٣١) ، المستدرک (٥٨/٢) عن كعب بن مالك رضي الله عنه .

(٢) الشرح الكبير (٢٦/٥) .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوباً وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ .. فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ . وَلَا يُحَجَّرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ ، وَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ وَدَيْنُهُ قَدَرٌ يُحَجَّرُ بِهِ .. حُجَرٌ ، وَإِلَّا .. فَلَا . وَيُحَجَّرُ بِطَلَبِ الْمُفْلِسِ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِذَا حُجِرَ .. تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَرَمَاءِ بِمَالِهِ ، وَأَشْهَدُ عَلَى حَجَرِهِ لِيُحَذَرَ . وَلَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَعْتَقَ .. فَفِي قَوْلٍ : يُوقَفُ تَصَرُّفُهُ ، فَإِنْ فَضَّلَ ذَلِكَ عَنْ

(وإن لم يكن كسوباً وكانت نفقته من ماله .. فكذا في الأصح) لتمكنهم من المطالبة في الحال ، والثاني : يحجر عليه ؛ لئلا يذهب ماله في النفقة . (ولا يحجر بغير طلب) لأنه لمصلحة الغرماء ، وهم ناظرون لأنفسهم . نعم ؛ لو كان الدين لمحجور عليه .. فإنه يحجر وإن لم يسأل وليه ؛ لأنه ناظر في مصلحته .

وأفهم كلام المصنف : أنه لا يحجر لدين الغائب ، وهو كذلك ؛ لأنه ليس له استيفاء مال الغائب من الذمم ، وإنما له حفظ أعيان أموالهم . (ولو طلب بعضهم) أي : بعض الغرماء (ودينه قدر يحجر به) بأن زاد على ماله (.. حجر) لوجود شرط الحجر ، ثم لا يختص أثره بالطالب ، بل يعم الكل . (وإلا .. فلا) لأن دينه يمكن وفاؤه بكماله ، فلا ضرورة به إلى طلب الحجر ، وقيل : يحجر ، وقواه في « زيادة الروضة » لئلا يضيع حقه بتكاسل غيره^(١) . (ويحجر بطلب المفلس في الأصح) لأن له غرضاً ظاهراً فيه ، والثاني : لا ؛ لأن الحجر ينافي الحرية والرشد ، وإنما قلنا به عند طلب الغرماء ؛ للضرورة . (وإذا حجر .. تعلق حق الغرماء بماله) عيناً وديناً ومنفعة ؛ كالرهن ، وخرج بحق الغرماء حق الله تعالى ؛ كالزكاة والكفارة والنذر ، فلا يتعلق بماله ؛ كما صرح به الرافعي في الباب الثاني من (كتاب الأيمان)^(٢) . (وأشهد على حجره ليحذر) فلا يعامل ، والإشهاد مستحب ، وقيل : شرط لصحة الحجر . (ولو باع أو وهب أو أعتق .. ففي قول : يُوقَفُ تَصَرُّفُهُ ، فَإِنْ فَضَّلَ ذَلِكَ عَنْ

(١) روضة الطالبين (١٢٨/٤) .

(٢) الشرح الكبير (٢٧٨/١٢) .

الدَّيْنِ . . نَفَذَ ، وَإِلَّا . . لَعَا ، وَالْأَظْهَرُ : بَطْلَانُهُ . وَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لِغُرْمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ . . بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ . فَلَوْ بَاعَ سَلَمًا أَوْ اشْتَرَى فِي الدِّمَّةِ . . فَالْصَّحِيحُ : صَحَّتْهُ ، وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ . وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ . وَلَوْ أَقْرَبَعَيْنِ أَوْ دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الْحَجَرِ . . فَالْأَظْهَرُ : قَبُولُهُ فِي حَقِّ الْغُرْمَاءِ ،

الدين (لارتفاع القيمة ، أو لإبراء بعض الغرماء (. . نفذ ، وإلا . . لغا) إلحاقاً له بالمرضى ، (والأظهر : بطلانه) لتعلق حقهم به ؛ كالمرهون .

(ولو باع ماله) جميعه ، أو بعضه (لغرمائه بدَيْنِهِمْ) أو لغريمه الواحد بدينه (. . بطل في الأصح) لاحتمال أن يكون له غريم آخر ، فلا يصح ، والثاني : يصح ؛ لأن الحجر لهم ، والأصل : عدم غيرهم .

ومحل الخلاف : إذا لم يأذن فيه القاضي ، فإن أذن فيه . . صح . واحترز بقوله : (بدِينِهِمْ) عما إذا باع لا بدِينِهِمْ ، بل ببعضه ، أو بعين . . فإنه كالبيع من أجنبي ؛ لأنه لا يتضمن ارتفاع الحجر عنه ، بخلاف ما إذا باعه بكل الدين ، ولو باع الأجنبي بإذن الغرماء . . لم يصح في الأصح^(١) .

(فلو باع سَلَمًا ، أو اشترى في الدِّمَّةِ . . فَالصَّحِيحُ : صَحَّتْهُ ، وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ) إذ لا ضرر على الغرماء فيه ، والثاني : لا يصح ؛ كالسفيه .

(وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ) ولو مجاناً على الأصح ؛ لأنه لا تعلق لهذه الأشياء بالمال ، ويصح استلحاقه النسب ، ونفيه باللعان .

وصورة مسألة الخلع : أن المفلس هو الزوج .

أما الزوجة والأجنبي . . فلا ينفذ منهما في العين ، وفي الدين الخلاف في السلم .

(ولو أقْرَبَعَيْنِ أَوْ دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الْحَجَرِ . . فَالْأَظْهَرُ : قَبُولُهُ فِي حَقِّ الْغُرْمَاءِ) لأن

ضرره في حقه أكثر منه في حق الغرماء ، فلا يهتم فيه ، والثاني : لا يقبل في حقهم ؛ لثلاث يضرهم بالمزاحمة ، ولأنه ربما واطأ المقر له ، وبناهما الماوردي على أن هذا الحجر حجر مرض أو سفه ، وفيه قولان^(٢) .

(١) في غير (أ) : (ولو باع لأجنبي بإذن الغرماء . . لم يصح) .

(٢) الحاوي الكبير (٧/٤٥٤) .

وَأِنْ أَسْنَدَ وَجُوبُهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْحَجَرِ بِمُعَامَلَةٍ أَوْ مُطْلَقًا . لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ ، وَإِنْ قَالَ :
عَنْ جِنَايَةٍ . . قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ . وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ اشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتْ الْغِبْطَةُ فِي
الرَّدِّ . وَالْأَصَحُّ : تَعْدِي الْحَجَرِ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِالْأَصْطِيَادِ وَالْوَصِيَّةِ وَالشِّرَاءِ إِنْ
صَحَّحْنَاهُ ،

واحترز بقوله : (في حقَّ الغرماء) عن حقِّ نفسه ؛ فإنه يقبل ويطالب .
(وإن أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر بمعاملة أو مطلقاً) أي : إسناداً معللاً
بمعاملة ، أو إسناداً مطلقاً (. . لم يقبل في حقِّهم) أما في الأولى . . فلتقصير من
عامله ، وأما في الثانية . . فلأن قياس المذهب : تنزيل الإقرار على أقل المراتب ، وهو
دين المعاملة ، وهذه الثانية : ليست في « الشرح » ، و« الروضة » بالصریح ، لكنها
تؤخذ من كلامهما ، وفيهما بدلها الإطلاق بمعنى آخر ، وهو أنه أقرَّ ولم يُسند به إلى
ما قبل الحجر ، ولا إلى ما بعده ، قال الرافعي : فقياس المذهب : تنزيله على
الأقلِّ ، وهو جعله كإسناده إلى ما بعد الحجر^(١) ، قال في « الروضة » : وهو ظاهر إن
تعذر مراجعة المقر ، وإلا . . فينبغي أن يراجع ؛ لأنه يقبل إقراره^(٢) .
(وإن قال : عن جنائية . . قبل في الأصح) لعدم تفريط من أقر له ، والثاني : أنه
كما لو قال عن معاملة .

(وله أن يردَّ بالعيب ما كان اشتراه) قبل الحجر (إن كانت الغبطة في الردِّ) لأن
الفسخ ليس تصرفاً مبتدأً ، وإنما هو من أحكام البيع السابق ، والحجر لا ينعطف على
ما مضى .

وأفهم قوله : (وله أن يرد) أنه لا يجبر عليه ، وصرح به القاضي الحسين ؛ لأنه
ليس تفويتاً لحاصل ، وإنما هو امتناع من الاكتساب .

(والأصحُّ : تعدي الحجر إلى ما حدث بعده بالاصطياد والوصية والشراء إن
صحَّحناه) لأن مقصود الحجر وصولُ الحقِّ إلى المستحقين ، وهذا المعنى يقتضي
شمول الحجر للمال الحادث أيضاً ، والثاني : لا يتعدى ؛ كما أن حجر الراهن على

(١) الشرح الكبير (١٠/٥) .

(٢) روضة الطالبين (١٣٢/٤) .

وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الْحَالَ ، وَإِنْ جَهَلَ . . فَلَهُ ذَلِكَ ،
وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنِ التَّعَلُّقُ بِهَا . . لَا يُزَاحِمُ الْغُرْمَاءَ بِالثَّمَنِ .

فَضْلًا

[فيما يفعل في مال المحجور عليه بالفلس من بيع وقسمة وغيرهما]

يُبَادِرُ الْقَاضِي بَعْدَ الْحَجْرِ بَيْعَ مَالِهِ وَقَسْمَهُ بَيْنَ الْغُرْمَاءِ ،

نفسه في العين المرهونة لا يتعدى إلى غيرها .

(وأنه ليس لبائعه أن يفسخ ويتعلق بعين متاعه إن علم الحال ، وإن جهل . . فله ذلك) لأن الإفلاس كالعيب فيفرق فيه بين العلم والجهل ، والثاني : له ذلك مطلقاً ؛ لتعذر الوصول إلى الثمن ، والثالث : ليس له ذلك مطلقاً ؛ لتقصيره بترك البحث مع سهولة الاطلاع ؛ فإن الحاكم يشهر أمر المفلس .

(وأنه إذا لم يكن التعلق بها ^(١) . . لا يزاحم الغرماء بالثمن) ^(٢) لأنه دين حادث بعد الحجر برضا مستحقه ، والديون التي لهذا شأنها لا يزاحم مستحقها الغرماء الأولين ؛ كدين الصداق والضمان ، وعلى هذا : فإن فضل شيء عن دينهم . . أخذه ، وإلا . . انتظر وجدان شيء آخر ، والثاني : يزاحمهم ؛ لأن الغرماء ملكوا المبيع في مقابلة مزاحمته ، بخلاف الصداق ونحوه .

* * *

(فصل : يبادر القاضي بعد الحجر ببيع ماله وقسمه بين الغرماء) على نسبة ديونهم ؛ لأن المفلس يتضرر بطول الحجر ، والغريم بتأخر الحق ، لكن لا يفرط في الاستعجال بحيث يقل الثمن ، بل يتبع العرف في ذلك ، وهذه المبادرة مستحبة .

(١) في (ب) و (د) : (إذا لم يمكن التعلق بها) .

(٢) قال : (وأنه إذا لم يكن التعلق بها) أي : إذا قلنا : ليس له التعلق بعين ماله ، فـ (كان) في عبارته تامة بمعنى : يثبت ، وعبارة « المحرر » [ص ١٧٤] : (إذا لم يكن له) ، فحذف المصنف (له) اختصاراً ، فالتبس على بعض النساخ فكتب : (إذا لم يمكن) ، وفي كل منهما نقص وإيهام . اهـ ديمري [٣٦٤ / ٤] ، إذ التعبير : (يمكنه أو يكن له) اهـ أذرعى ، وشرح الشيخ شهاب الدين ابن حجر على (يكن) ، وساق قول الديميري : (وفي كل . . .) إلخ ، ثم قال [١٢٧ / ٥] : (ولا يحتاج إلى دعوى النقص في « يكن » كما هو واضح) . اهـ هامش (د) .

وَيَقْدَمُ مَا يَخَافُ فَسَادَهُ ، ثُمَّ الْحَيَوَانَ ، ثُمَّ الْمَنْقُولَ ، ثُمَّ الْعَقَارَ . وَلِيَبَّعَ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ
وَعُزْمَائِهِ كُلِّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ ، بِثَمَنِ مِثْلِهِ ، حَالاً ، مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ

(ويقدم ما يخاف فسادَه) كالقواكه والبقول ؛ صيانة له ، (ثم الحيوان) لأنه
متعرض للتلف ، وله مؤنة ، (ثم المنقول) لأنه يخشى ضياعه ، (ثم العقار) لأنه
لا يخشى هلاكه ، ويؤمن سرقة ، ويقدم الملبوس على النحاس ونحوه ، والبناء على
الأراضي ، قاله الماوردي ^(١) .

ومحل هذا الترتيب : إذا لم يكن في ماله ما تعلق الحق بعينه ؛ كالمرهون ،
والجاني ، ومال القراض ، فإن كان . . قدم بيعه بعد ما يخاف فسادَه ، فإن فضل منه
شيء . . قسم ، أو بقي شيء منه للمرتهن ، أو للمجني عليه ، أو للمقارض . . ضارب
به .

(وليبيع بحضرة المفلس وعزمائه) ندباً ؛ لأنه أنفى للتهمة ، ولأن الغرماء قد
يزيدون في السلعة ، والمفلس يُبَيِّن ما في ماله من العيب فلا يُرَدُّ ، والصفات المطلوبة
فتكون الرغبة فيه أكثر ، قال الماوردي : والأولى : أن يتولى المفلس أو وكيله البيع
بإذن الحاكم ؛ ليقع الإشهاد عليه ، وتطيب نفس المشتري ^(٢) .

(كل شيء في سوقه) ندباً ؛ لأن طالبه فيه أكثر ، لهذا إذا لم يكن في نقله مؤنة
كثيرة ، فإن كان ورأى الحاكم أن المصلحة استدعاء أهل السوق إليه . . فعل ، حكاه
في « الكفاية » عن الماوردي ، وأقره ^(٣) ، ولو باع في غير سوقه بثمن مثله . . جاز .

(بثمن مثله ، حالاً ، من نقد البلد) وجوباً ؛ كما صرح به في « المحرر » ^(٤) ؛ لأن
التصرف لغيره فوجب فيه رعاية المصلحة ، والمصلحة ما ذكر .

نعم ؛ ذكر الشيخان في (كتاب الوكالة) : أنه لو رأى الحاكم المصلحة في البيع

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٤٤٩) .

(٢) الحاوي الكبير (٧/ ٤٤٤) .

(٣) كفاية النية (٩/ ٤٩٧) .

(٤) المحرر (ص ١٧٤) .

ثُمَّ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ النَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ الْغَرِيمُ إِلَّا بِجِنْسٍ حَقَّهُ . . . اشْتَرِي ، وَإِنْ رَضِيَ . . . جَازَ صَرَفُ النَّقْدِ إِلَيْهِ إِلَّا فِي السَّلَمِ . وَلَا يُسَلَّمُ مَبِيعاً قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ . وَمَا قَبْضُ . . . قَسَمُهُ بَيْنَ الْغَرَمَاءِ إِلَّا أَنْ يَعْسُرَ لِقَلَّتْهُ فَيُؤَخَّرَ لِيَجْتَمَعَ . وَلَا يَكْلَفُونَ بَيِّنَةً بَأَنْ لَا غَرِيمَ غَيْرُهُمْ ، فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ . . . شَارَكَ بِالْحِصَّةِ ، وَقِيلَ : تَنْقُضُ الْقِسْمَةَ . وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ الْحَجْرِ مُسْتَحَقّاً وَالثَّمَنُ تَالِفٌ . . . فَكَدَيْنَ ظَهَرَ ، . . .

بمثل حقوق الغرماء . . . جاز^(١) ، وقال المتولي : إذا رضي المفلس والغرماء بالبيع مؤجلاً ، أو بغير نقد البلد . . . جاز ، قال السبكي : وفيه نظر ؛ لاحتمال غريم آخر^(٢) .
(ثم إن كان الدين غير جنس النقد ، ولم يرض الغريم إلا بجنس حقه . . . اشترى)
لأنه واجبه .

(وإن رضي . . . جاز صرف النقد إليه إلا في السلم) لأنه اعتياض ، وهو ممتنع فيه ؛ كما مر في بابهِ ، وفي معناه : المنفعة في إجارة الذمة على الأصح .
(ولا يسلم مبيعاً قبل قبض ثمنه) لأنه ينصرف لغيره فيحتاط ، فإن سلم . . . ضمن قيمة المبيع .

(وما قبض . . . قسمه بين الغرماء) ندباً ؛ لتبرأ الذمة ويصل الحق إلى مستحقه ،
(إلا أن يعسر ؛ لقلته فيؤخر ليجتمع) ندباً ، ويودعه أميناً إن لم يجد موسراً أميناً يقرضه ، ولا يتركه القاضي بيده ؛ للثَّهْمَةِ ، نصّ عليه .
(ولا يكلفون بيِّنَةً بَأَنْ لَا غَرِيمَ غَيْرُهُمْ) لأن الحجر يشتهر ، فلو كان له غريم . . . لظهر .

(فلو قسم فظهر غريم . . . شارك بالحصة) لحصول المقصود بذلك ، (وقيل :
تَنْقُضُ الْقِسْمَةَ) لأنها وقعت على غير الوجه السائغ شرعاً .
(ولو خرج شيء باعه قبل الحجر مستحقّاً والثمن تالف . . . فكدين ظهر) وحكمه :
ما تقدم ، وسواء تلف قبل الحجر أو بعده ؛ لثبوت قبل الحجر .

(١) الشرح الكبير (٢٢٥/٥) ، لم أجده في (كتاب الوكالة) من « روضة الطالبين » ، والمسألة موجودة في (كتاب الرهن) منه (٩٢/٤) .

(٢) وليس للنظر وجه ؛ لأن لفظ الغرماء عام . اهـ هامش (أ) .

وإن استحق شيءٌ بآعه الحاكم . قُدِّمَ الْمُشْتَرِي بِالْثَمَنِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُحَاصُّ الْغَرَمَاءُ .
وَيُنْفَقُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَتَّى يُقَسِّمَ مَالَهُ إِلَّا أَنْ يَسْتَغْنِيَ بِكَسْبٍ . وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ
فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ أَحْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ لِرِمَانَتِهِ وَمَنْصِبِهِ . وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيْقُ بِهِ ، ...

واحترز بقوله : (قبل الحجر) عما إذا وقع فيه . فإنه لا أثر له ؛ لأنه دين حادث
لم يتقدم له سبب ، وبقوله : (والتمن تالف) عما إذا كان باقياً . فإنه يرده .

وقوله : (فكدين) لا معنى للكاف ، بل هو دين ظهر حقيقة .

(وإن استحق شيءٌ بآعه الحاكم . قُدِّمَ المشتري بالتمن) لئلا يرغب الناس عن
شراء مال المفلس ، فكان التقديم من مصالح الحجر ؛ كأجرة الكيِّال ونحوها من
المؤمن ، (وفي قول : يُحَاصُّ الغرماء) كسائر الديون ؛ لأنه دين في ذمة المفلس ،
ولا يطالب الحاكم وكذا أمينه على الأصح في « زيادة الروضة »^(١) .

(وينفق على من عليه نفقته حتى يقسم ماله) لأنه موسر ما لم يزل ملكه .

وكان ينبغي أن يقول : (ويؤمن) ليشمل النفقة ، والكسوة ، والإسكان ،
والإخدام ، وتكفين من مات منهم قبل القسمة .

نعم ؛ لا تلزمه مؤنة الزوجة المتجددة بعد الحجر ، بخلاف الولد ؛ كما قالاه في
(النكاح) ، وفرق بينهما بعدم الاختيار في الولد ، بخلاف الزوجة ، وينفق على
الزوجة نفقة المعسرين على المرجح في « زيادة الروضة » تبعاً للإمام^(٢) .

(إلا أن يستغني بكسب) لائق به ؛ فإنه لا ينفق عليه من ماله ، بل من الكسب ،
فإن فضل شيء منه . ردَّ إلى المال ، وإن نقص . . كمل منه .

(ويباع مسكنه وخادمه في الأصح وإن احتاج إلى خادم لزمانته ومنصبه) لأن
تحصيلهما بالكراء أسهل ، فإن تعذر . فعلى المسلمين ، والثاني : يبقيان للمحتاج إذا
كانا لائقين به ، وهو مُخْرَجٌ من نصِّه في الكفارات .

والفرق على الأول : أن حقوق الآدميين أضيق ، ولا بدل لها أيضاً .

(ويترك له دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيْقُ بِهِ) قال الإمام أي : يليق به في إفلاسه ، قال

(١) روضة الطالبين (٤/١٤٤) .

(٢) روضة الطالبين (٤/١٤٥) ، نهاية المطلب (٦/٤٠٩) .

وَهُوَ : قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلٌ وَعِمَامَةٌ وَمُكَعَّبٌ ، وَيَزَادُ فِي الشَّتَاءِ جُبَّةٌ . وَيَتْرُكُ قَوْتُ يَوْمِ
الْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ

الشيخان : لكن المفهوم من كلام الأصحاب أنهم لا يوافقونه^(١) .
(وهو) في حق الرجل (قميص ، وسراويل ، وعمامة ، ومُكَعَّب) وهو
المدّاس .

(ويزاد في الشتاء جبة) لاحتياجه إلى ذلك ، ومثله لا يؤجر غالباً ، ويترك له أيضاً
المنديل والخف والطيلسان إن كان تركهما يزيّر به ، والدَّرَاعَة ، وهي : ما يلبسها
فوق القميص إن كانت تليق به ، ويسامح باللبد والحصير القليل القيمة .

قال العبادي في « الزيادات » : ويترك للعالم كتب العلم ؛ لأنه يحتاج الناس إلى
علمه ، وأقره عليه في « شرح المذهب » في (قسم الصدقات)^(٢) .

قال الأذَرعي : وذكره غير العبادي ، وقال الإسْئوي : لم أر ما يخالفه ، وفي
« الشرح » ، و « الروضة » في (قسم الصدقات) عن الغزالي ما يوافقه ؛ فإنه شبهها
بثياب بدنه ، فيترك له منها ما يحتاج إليه^(٣) .

أما المرأة : فتزاد على القميص والسراويل والمُكَعَّب والجبة . . المقنعة والإزار
وغيرهما مما يليق بحالها .

وقول المصنف : (ويترك له) أي : يخلي إن كان في ماله ، ويشتري إن لم يكن .
(ويترك قوت يوم القسمة لمن عليه نفقته) لأنه موسر في أوله ، وفي « الوجيز » :
أنه يبقى له سكنى ذلك اليوم أيضاً ، قال الرافعي : وهو قياس الباب ، وإن لم يتعرض
له غيره ، وجزم به الرافعي في (العتق) في الكلام على السراية^(٤) .

وجميع ما تقدم فيما إذا كان بعض ماله خالياً عن تعلق حق لمعين ، فإن تعلق
بجميع ماله حق لمعين ؛ كالمرهون . . فلا ينفق عليه ولا على عياله منه .

(١) نهاية المطلب (٦/٤٠٩) ، روضة الطالبين (٤/١٤٥) ، الشرح الكبير (٥/٢٢) .

(٢) المجموع (٦/١٨٠) .

(٣) روضة الطالبين (٢/٣١٢) .

(٤) الوجيز (ص ١٩٧) ، الشرح الكبير (٥/٢٣) ، الشرح الكبير (١٣/٣١٥) .

وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ أَوْ يُؤْجَرَ نَفْسُهُ لِبَقِيَّةِ الدِّينِ ، وَالْأَصَحُّ : وَجُوبُ إِجَارَةِ أُمِّ وَلَدِهِ وَالْأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ . وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ مُعَسَّرٌ أَوْ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرْمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَرُوهُ ؛ فَإِنْ لَزِمَهُ الدِّينُ فِي مُعَامَلَةِ مَالِ كَشْرَاءٍ أَوْ قَرْضٍ . . . فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ، وَإِلَّا . . . فَيَصْدَقُ بَيِّنَتُهُ فِي الْأَصَحِّ . . .

(وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب ، أو يؤجر نفسه لبقية الدين) لقوله تعالى :

﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ .

نعم ؛ إن وجب الدين بسبب هو عاص به ؛ كالإتلاف عمداً . . . وجب عليه الاكتساب ؛ كما نقله ابن الصلاح في « فوائد رحلته » عن أبي عبد الله الفزاري ؛ لأن التوبة منه واجبة ، وأداؤه من جملة شروطها ؛ لكونه حق آدمي .

وما جزموا به هنا من عدم الاكتساب يخالف ما صححوه من وجوب الاكتساب في نفقة القريب ، مع أن الدين أقوى من نفقة القريب ؛ فإنها تسقط بمضي الزمان .

وقد يفرق بينهما : بأن نفقة القريب فيها إحياء بعضه ، فلزمه الاكتساب لها ؛ كما يلزمه الاكتساب لإحياء نفسه ، بخلاف الدين .

(والأصح : وجوب إجارة أم ولده والأرض الموقوفة عليه) لأن منافعتها كالأعيان ، فيصرف بدلها إلى الدين ، والثاني : لا ؛ لأنهما لا يعدان أموالاً حاضرة ، ولهذا لا تجب إجارة نفسه .

ولو قال : (والموقوف عليه) . . . لكان أخصر وأشمل . ويؤجر الموقوف مدة لا يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لا يتغابن به الناس في غرض قضاء الدين ، والتخلص من المطالبة ، فإن انقضت . . . أجر مرة بعد أخرى إلى فناء الدين .

(وإذا ادعى أنه معسر ، أو قسم ماله بين غرمائه ، وزعم أنه لا يملك غيره وأنكره ؛ فإن لزمه الدين في معاملة مال ؛ كشراء أو قرض . . . فعليه البيينة) لأن الأصل بقاء ما وقعت عليه المعاملة ، (وإلا) أي : وإن لزمه لا في معاملة مال ؛ كالصداق ، والضمان ، والإتلاف (. . . فيصدق بيمينه في الأصح) لأنه خلق ولا مال له ، والأصل بقاء ذلك ، والثاني : لا بد من البيينة ؛ لأنه خلاف الظاهر من أحوال الحر .

ومحل ما ذكره المصنف من التفصيل : إذا لم يسبق إقراره بالملاءة ، فلو أقر بها ثم

وَتَقْبَلُ بَيْنَهُ الْإِعْسَارُ فِي الْحَالِ ، وَشَرَطُ شَاهِدِهِ : خِبْرَةُ بَاطِنِهِ ، وَلَيْقُلْ : هُوَ مُعْسِرٌ ، وَلَا يُمَحِّضُ النَّفْيُ كَقَوْلِهِ : (لَا يَمْلِكُ شَيْئًا) . وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ . . لَمْ يَجْزُ حَبْسُهُ وَلَا مُلَازِمَتُهُ ، بَلْ يُمَهِّلُ حَتَّى يُوسِرَ . وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنْ بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ . . يُوَكَّلُ الْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ حَالِهِ ، فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ إِعْسَارُهُ . . شَهِدَ بِهِ .

ادعى الإعسار . . ففي « فتاوي القفال » : أنه لا يُقبل قوله ، إلا أن يقيم بينة على ذهاب ماله الذي أقر أنه مليء به .

(وتقبل بينة الإعسار) وإن تعلققت بالنفي ؛ لمكان الحاجة ؛ كالبينة على أن لا وارث سوى هؤلاء (في الحال) غيرها .

(وشروط شاهده : خبرة باطنه) بطول جوار ، وكثرة مخالطة ؛ لأن الأموال تخفى .
(وليقل : « هو معسر » ، ولا يُمحِّضُ النفي ؛ كقوله : « لا يملك شيئاً ») بل يجمع بين نفي وإثبات ، فيقول : (هو معسر لا يملك إلا قوت يومه ، وثياب بدنه) ، كما في « الروضة » ، و« أصلها »^(١) .

وإذا شهدوا على المفلس بالغنى . . فلا بد من بيان سببه ؛ لأن الإعدام لما لم يثبت إلا من أهل الخبرة . . كذلك الغنى ، قاله القفال في « فتاويه » .

(وإذا ثبت إعساره . . لم يجز حبسه ولا ملازمته ، بل يمهل حتى يوسر) للآية المارة .

وأفهم : أن المديون يُحبس إلى ثبوت إعساره ، ويستثنى : الآباء والأجداد ؛ فإنهم لا يُحبسون بديون أبناءهم على الأصح .

وإذا جاز حبس المديون . . فللغريم ملازمته ؛ لأنها أخف ، إلا أن يقول المديون للقاضي : إنه تشق عليه الطهارة والصلاة بسبب ملازمته فاحبسني فإنه يجاب^(٢) .

(والغريب العاجز عن بينة الإعسار . . يوكل القاضي به من يبحث عن حاله ، فإذا غلب على ظنه إعساره . . شهد به) لثلا يتخلد الحبس عليه .

(١) روضة الطالبين (١٣٨/٤) ، الشرح الكبير (٢٨/٥) .

(٢) قال ابن حزم في « المُعْلَى » [١٧/٩] : وللشافعي قول لا يعرفه إلا خذاق أصحابه : أن الحرَّ يُباع في دينه ؛ كمنذهب عمر . انتهى ، وحكي أن فتيان المالكي ناظر الشافعي في بيع الحرِّ في الدين ، فكان الشافعي يقول : يباع ، وهو يقول : غريب لا يُعرف . اهـ هامش (١) .

[في رجوع المعامل للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه]
 مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلْسِ . . فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ وَاسْتِرْدَادُ
 الْمَبِيعِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنْ خِيَارُهُ عَلَى الْفَوْرِ ، وَأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْفَسْخُ بِوْطِءٍ وَإِعْتَاقٍ وَبَيْعٍ . وَلَهُ
 الرَّجُوعُ فِي سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ كَالْبَيْعِ ، وَلَهُ شُرُوطٌ مِنْهَا : كَوْنُ الثَّمَنِ حَالًا

(فصل : من باع ولم يقبض الثمن حتى حجر على المشتري بالفلس . . فله فسخ
 البيع واسترداد المبيع) لحديث : « مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ ، أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ
 أَفْلَسَ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » متفق عليه ^(١) .

وكون الثمن غير مقبوض يحتاج إلى إضماره في الحديث ، وفي حكم الحجر
 بالفلس الموت مفلساً ، ولو أفلس ولم يحجر عليه أو حجر عليه لسفه . . لم يثبت
 الرجوع ، ويحصل به (فسخت البيع) ، و (نقضته) ، ونحوهما .

(والأصح : أن خياره على الفور) كخيار العيب بجامع دفع الضرر ، والثاني :
 لا ؛ كخيار الرجوع في الهبة .
 (وأنه لا يحصل الفسخ بوطء وإعتاق وبيع) كالواهب ، والثاني : يحصل ؛ كالبائع
 في زمن الخيار .

وفرق الأول : بأن ملك المشتري ثم ليس بمستقر ، فجاز الفسخ بالفعل ، بخلاف
 مسألتنا ، قال في « المعين » : ومحل الخلاف : إذا نوى بالوطء الفسخ ، قال : وهذا
 على قولنا : لا يفتقر هذا الفسخ إلى حاكم ، وإلا . . فلا يحصل به قطعاً .

(وله الرجوع في سائر المعاوضات ؛ كالبيع) لعموم الحديث السابق .
 وقوله : (كالبيع) أي : في كون المعاوضة محضة ، فيدخل في ذلك السلم ،
 والقرض ، والإجارة ، ويخرج الخلع ، والمصالحة عن دم العمد ؛ فإنهما ليسا كالبيع
 في كونه معاوضة محضة .

(وله شروط ؛ منها : كون الثمن حالاً) ؛ لأن المؤجل لا يطالب به ، فتباع السلعة
 وتصرف إلى ديون الغرماء .

(١) صحيح البخاري (٢٤٠٢) ، صحيح مسلم (١٥٥٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالْإِفْلَاسِ ، فَلَوْ أَمْتَنَعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ مَعَ يَسَارِهِ أَوْ هَرَبَ . . فَلَا فُسْخَ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ قَالَ الْغَرْمَاءُ : (لَا تَفْسُخْ وَتَقْدِّمُكَ بِالثَّمَنِ) . . فَلَهُ الْفُسْخُ . وَكَوْنُ الْمَبِيعِ بَاقِيًا فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي ،

وشمل كلامه ما لو اشترى بمؤجل ، وحلَّ قبل الحجر ، وهو الأصح ، وما لو حلَّ بعد الحجر ، وهو الأصح في « الشرح الصغير » ، وقال في « زيادة الروضة » : إنه الأصح في « الوجيز » ، وسكت عليه ، ولا ترجيح في « الكبير »^(١) .

(وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالْإِفْلَاسِ ، فَلَوْ أَمْتَنَعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ مَعَ يَسَارِهِ أَوْ هَرَبَ . . فَلَا فُسْخَ فِي الْأَصَحِّ) لأن التوصل إلى أخذه بالسلطان ممكن ، فإن فرض عجز على ندور . . فلا عبرة به ، والثاني : يثبت ؛ لتعذر الوصول إليه حالاً ، وتوقعه مآلاً ، فأشبهه المفلس .

واحترز به (الإفلاس) : عما إذا تعذر حصوله بانقطاع جنس الثمن . . فإننا إن جوزنا الاعتياض عن الثمن . . فلا فسخ ؛ لعدم تعذر استيفاء عوض عنه ، وإن منعنا . . فعلى الخلاف في انقطاع المسلم فيه .

(وَلَوْ قَالَ الْغَرْمَاءُ : « لَا تَفْسُخْ ، وَنَقْدُكُمْ بِالثَّمَنِ » . . فَلَهُ الْفُسْخُ) لما فيه من المنة ، وقد يظهر غريم آخر ، وقيل : لا ، وجزم به في « الروضة » في آخر الباب في الكلام على القسارة ، وهو وهم ، وقد ذكره الرافعي على الصواب^(٢) .
(وَكَوْنُ الْمَبِيعِ بَاقِيًا فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي) لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المارَّ : « مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بَعْنِهِ . . . »^(٣) .

وقد يفهم : أنه لو زال ثم عاد . . لا رجوع ، وهو الأصح في « زيادة الروضة » كما هو المصحح في هبة الولد ، لكن الأصح في « الشرح الصغير » : الرجوع ، وكلام « الكبير » يشعر برجحانه^(٤) .

(١) روضة الطالبين (١٢٩/٤) ، الشرح الكبير (٧/٥) .

(٢) روضة الطالبين (١٧٤/٤) ، الشرح الكبير (٣١/٥) .

(٣) في (ص ١٧٤) .

(٤) روضة الطالبين (١٥٦/٤) ، الشرح الكبير (٤١/٥) .

فَلَوْ فَاتَ أَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ . . فَلَا رُجُوعَ ، وَلَا يَمْنَعُ التَّزْوِيجُ . وَلَوْ تَعَيَّبَ بِأَفَةٍ . . أَخَذَهُ نَاقِصاً ، أَوْ ضَارَبَ بِالْثَمَنِ . أَوْ بِجَنَائِيَةِ أَجْنَبِيٍّ أَوْ الْبَائِعِ . . فَلَهُ أَخْذُهُ ، وَيُضَارَبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ الْقِيَمَةِ . وَجَنَائِيَةُ الْمُشْتَرِي كَافَّةٌ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ تَلَفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ أَفْلَسَ . . أَخَذَ الْبَاقِيَّ وَضَارَبَ بِحِصَّةِ التَّالِفِ ،

(فلو فات) حساً ؛ كالموت ، أو حكماً ؛ كالعق (أو كاتب العبد) كتابة صحيحة (. . فلا رجوع) لخروجه عن ملكه في الفوات ، وفي الكتابة هو كالخارج عن ملكه ، وليس له فسخ هذه التصرفات ، بخلاف الشفيع ؛ لسبق حق الشفيع على التصرفات ، بخلاف البائع .

(ولا يمنع التزويج) لأنه لا يمنع البيع ، وبقي للرجوع شرطان آخران : الأول : ألا يتعلق بالمبيع حق ثالث ؛ كالجنائية والرهن ، فإن زال التعلق . . رجع ، الثاني : ألا يقوم بالبائع مانع من التملك ؛ كما لو أحرم والمبيع صيداً . . فإنه لا رجوع في الأصح ، لكن قال المحاملي : إنه يجوز للكافر الرجوع فيما إذا كان المبيع عبداً مسلماً ، وأقره عليه في « الروضة » ، و« شرح المذهب » ، قال الإسنوي : وفي الفرق بعد^(١) .
(ولو تعيب بأفة . . أخذه ناقصاً ، أو ضارب بالثمن) كما لو تعيب المبيع في يد البائع .

(أو بجنائية أجنبي أو البائع . . فله أخذه ، ويضارب من ثمنه بنسبة نقص القيمة) لأن المشتري أخذ بدلاً للنقصان ، وكان ذلك مستحقاً للبائع لو بقي ، فلا يحسن تضييعه عليه ؛ مثاله : قيمته سليماً مئة ، ومعيباً تسعون ، فيرجع بعشر الثمن .
(وجنائية المشتري كآفة في الأصح) في جنائيه طريقتان : أصحهما : أنها كجنائية البائع على المبيع قبل القبض ؛ لأن أخذ المبيع من يد كلٍّ منهما مستحق ، وعلى هذا : فهل هو كآفة ، أو كجنائية أجنبي ؟ فيه وجهان ، أشار إليهما في « الكتاب » ، والطريق الثاني : القطع بأنه كجنائية الأجنبي .
(ولو تلف أحد العبدین ثم أفلس) وحجر عليه (. . أخذ الباقي ، وضارب بحصة التالف) لأنه ثبت له الرجوع في كلٍّ منهما .

(١) روضة الطالبين (٣/٣٥٠) ، المجموع (٩/٣٣٩) .

وَلَوْ كَانَ قَبْضَ بَعْضِ الثَّمَنِ .. رَجَعَ فِي الْجَدِيدِ ، فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبْضَ نِصْفِ الثَّمَنِ .. أَخَذَ الْبَاقِي بِبَاقِي الثَّمَنِ ، وَفِي قَوْلٍ : يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي الثَّمَنِ وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ . وَلَوْ زَادَ الْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ؛ كَسِمَنْ وَصَنَعَةٍ .. فَازَ الْبَائِعُ بِهَا ، وَالْمُنْفَصِلَةُ - كَالثَّمَرَةِ وَالْوَلَدِ - لِلْمُشْتَرِي ، وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي الْأَصْلِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ صَغِيراً وَبَدَلَ الْبَائِعُ قِيمَتَهُ .. أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ ،

(ولو كان قبض بعض الثمن .. رجع في الجديد)^(١) لأن الإفلاس سبب يعود به كل المبيع إليه ، فجاز أن يعود به بعضه ؛ كالفرقة في النكاح قبل الدخول يعود بها جميع الصداق إلى الزوج تارةً ، وبعضه أخرى ، والقديم : لا يرجع ، بل يضارب بباقي الثمن ؛ لحديث مرسل فيه^(٢) .

(فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبْضَ نِصْفِ الثَّمَنِ .. أَخَذَ الْبَاقِي بِبَاقِي الثَّمَنِ) ويكون ما قبضه في مقابلة التالف ؛ كما لو رهن عشرين بمئة وأخذ خمسين وتلف أحد العبدین .. كان الباقي مرهوناً بما بقي من الدين .

(وفي قول) مُخَرَّج (يأخذ نصفه بنصف باقي الثمن ، ويضارب بنصفه) أي : بنصف الباقي ، وهو الربع ؛ لأن الثمن يتوزع على المبيع ، وحينئذ فيتوزع كل واحد من المقبوض والباقي على العبدین .

(ولو زاد المبيع زيادة متصلة ؛ كسمن وصنعة .. فاز البائع بها) جرياً على القاعدة في تنزيل الفسخ منزلة العقد إلا في الصداق ، فإن الزوج إذا طلق قبل الدخول .. لا يرجع في النصف الزائد إلا برضاها ؛ لما سيأتي في بابه .

(والمنفصلة - كالثمرة والولد - للمشتري ، ويرجع البائع في الأصل) لأن الشارع إنما أثبت له الرجوع في المبيع ، فيقتصر عليه .

(فإن كان الولد صغيراً وبذل البائع قيمته .. أخذه مع أمه) لأن التفريق ممتنع ، ومال المفلس مبيع كله ، فأجبنا البائع لما سأل ؛ لاشتماله على المطلوب ، وخلوه عن المحذور .

(١) في (ب) و(د) : (فلو كان قبض) .

(٢) أخرجه مالك (٦٧٨ / ٢) ، وأبو داود (٣٥٢١) ، وانظر « التلخيص الحبير » (١٨٤٣ / ٤) .

وَالْأَلَّ . فَيُبَاعَانِ وَتُصَرَّفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ الْأُمِّ ، وَقِيلَ : لَا رُجُوعَ . وَلَوْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الرُّجُوعِ دُونَ الْبَيْعِ أَوْ عَكْسَهُ . فَالْأَصَحُّ : تَعْدِي الرُّجُوعِ إِلَى الْوَلَدِ . وَاسْتِثَارُ الثَّمَرِ بِكِمَامِهِ وَظُهُورُهُ بِالتَّابِيرِ قَرِيبٌ مِنْ اسْتِثَارِ الْجَنِينِ وَانْفِصَالِهِ ، وَأَوَّلَى بِتَعْدِي الرُّجُوعِ .

(وإلا) أي : وإن لم يبذل قيمته (. . فيباعان) لوجود المحذور ، وهو التفريق ، (وتصرف إليه حصة الأم) وما قابل الولد إلى الغرماء ، (وقيل : لا رجوع) إذا لم يبذل القيمة ، بل يضارب ؛ لما فيه من التفريق من حين الرجوع إلى البيع ^(١) .

(ولو كانت حاملاً عند الرجوع دون البيع ، أو عكسه . . فالأصحُّ : تعدي الرجوع إلى الولد) وجه الأصحُّ في الصورة الأولى : أن الحمل لمَّا تبع في البيع . . تبع في الرجوع ، ووجه مقابله : أن البائع إنما يرجع إلى ما كان عند البيع ، والحمل ليس كذلك ، وهذا هو الأصحُّ في نظائر المسألة من الردِّ بالعيب ، والرهن ، ورجوع الوالد في الهبة ، قال الإسنوي ، والأذرعِي هنا : والصواب : التسوية ، وفي « المهمات » في (الرد بالعيب) : وينبغي أن تكون الفتوى على انتقال الحمل مع الأم ؛ لنقل الرافعي إياه في (التفليس) عن الأكثرين ^(٢) .

وأما الصورة الثانية : فالخلاف فيها مُفَرَّعٌ عَلَى أن الحمل يعلم فكأنه باعه عينين ، أو لا يعلم فلا يرجع فيه ، ولمَّا كان الأصحُّ العلم . . كان الأصحُّ الرجوع ، ولو كانت حاملاً عندهما . . رجع فيها حاملاً مطلقاً ، ولو حدث بينهما وانفصل . . فقد مرَّ أنه للمشتري ، وبهذا يكمل للمسألة أربعة أحوال .

(واستثار الثمر بِكِمَامِهِ ، وظهورُهُ بالتَّابِيرِ قَرِيبٌ مِنْ اسْتِثَارِ الْجَنِينِ وَانْفِصَالِهِ) فتجيء الأحوال الأربعة المارة ، والحكم فيها ما تقدم .

(وأولى بتعدي الرجوع) تبع في هذه العبارة « المحرر » ^(٣) ، وهي متقدمة ؛ فإنها إذا كانت غير مؤبرة عند البيع مؤبرة عند الرجوع . . فهي أولى بتعدي الرجوع ، أما إذا كانت غير مؤبرة عند الرجوع ، ولم تكن موجودة عند البيع . . فأولى بعدم تعدي

(١) لم يوجه الرافعي هذا الوجه ، ووجهه الإسنوي بما ذكرناه ، وفيه نظر . اهـ هامش (أ) .

(٢) المهمات (٢٠٩/٥) .

(٣) المحرر (ص ١٧٧) .

وَلَوْ غَرَسَ الْأَرْضَ أَوْ بَنَى ؛ فَإِنْ اتَّفَقَ الْغُرَمَاءُ وَالْمُفْلِسُ عَلَى تَفْرِيعِهَا . . فَعَلُوا وَأَخَذَهَا ،
وَإِنْ ائْتَنَعُوا . . لَمْ يُجْبَرُوا ، بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيَتَمَلَّكَ الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ بِقِيَمَتِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَ
وَيُضْمَنَ أَرْضَ نَقْصِهِ ، وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا ، وَيَبْقَى الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ
لِلْمُفْلِسِ . وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ حِنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَوْ دُونِهَا . . فَلَهُ أَخْذُ قَدْرِ الْمَبِيعِ مِنَ
الْمَخْلُوطِ ،

الرجوع ، وعبرة الغزالي في ذلك : وأولى بالاستقلال^(١) ، قال الرافعي : (يشير إلى
طريقة القطع في الثمار ؛ تارة في الإثبات ، وأخرى في النفي كما بيناه)^(٢) .

(ولو غرس الأرض أو بنى ؛ فإن اتفق الغرماء والمفلس على تفريعها . . فعلوا) لأن
الحق لا يعدوهم (وأخذها) يعني : البائع إذا اختار الرجوع في الأرض ؛ لأنها عين
ماله ، ولم يتعلق به حق لغيره ، ويجب تسوية الحفر ، وغرامة أرض النقص من مال
المفلس مقدماً به .

(وإن امتنعوا . . لم يجبروا) على القلع ؛ لأنه حين بنى وغرس لم يكن متعدياً ، بل
وضعه بحق ، فيحترم .

(بل له أن يرجع ويتملك الغراس والبناء بقيمته ، وله أن يقلع ويضمن أرض
نقصه)^(٣) لأن مال المفلس مبيع كله ، والضرر يندفع بكل واحد من الأمرين ، فأجبنا
البائع لما طلبه منهما ، بخلاف الزرع ؛ فإنه يبقى إلى إدارته ؛ لأن له أمداً ينتظر .

(والأظهر : أنه ليس له أن يرجع فيها ، ويبقى الغراس والبناء للمفلس) لما فيه من
الضرر ؛ فإن الغراس بلا أرض ، والبناء بلا مقر ولا ممر . . ناقص القيمة ، فلا يزال
ضرر البائع بضرر المفلس ، والثاني : له ذلك ؛ كما لو صبغ الثوب . . يرجع فيه دون
الصبغ ، ويكون شريكاً .

والفرق على الأول : أن الصبغ كالصفة التابعة للثوب .

(ولو كان المبيع حنطة فخلطها بمثلها أو دونها . . فله أخذ قدر المبيع من
المخلوط) بعد الفسخ ؛ لأنه في المثل لَمَّا تماثلا وجَوَزَ الشارعُ القسمة . . كان المأخوذ

(١) الوجيز (ص ٢٠٠) .

(٢) الشرح الكبير (٤٩/٥) .

(٣) في (ب) و(د) : (وله أن يقلعه ويغرم أرض نقصه) .

أَوْ بِأَجُودَ . فَلَا رُجُوعَ فِي الْمَخْلُوطِ فِي الْأَظْهَرِ ، وَلَوْ طَحَنَهَا أَوْ قَصَرَ الثُّوبَ ، فَإِنْ لَمْ تَزِدِ الْقِيَمَةَ . رَجَعَ وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ ، وَإِنْ زَادَتْ . فَلَا أَظْهَرُ : أَنَّهُ يَبَاعُ وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ . وَلَوْ صَبَّغَهُ بِصَبْغِهِ ؛ فَإِنْ زَادَتْ الْقِيَمَةُ قَدْرَ قِيَمَةِ الصَّبْغِ . رَجَعَ ، وَالْمُفْلِسُ شَرِيكَ بِالصَّبْغِ ، أَوْ أَقْلَ . . . فَالْتَقِصْ عَلَى الصَّبْغِ ،

بمثابة الأول حكماً ، وفي المخلوط بالأدون مسامحة بعيب أحدثه الخلط في المبيع .
 (أو بأجود . . فلا رجوع في المخلوط في الأظهر) بل يضارب بالثمن ؛ لتعذر القسمة ؛ إذ لا سبيل إلى إعطائه قدر حقه من المخلوط ؛ لما فيه من إضرار المفلس ، ولا إلى إعطائه ما يساوي حقه منه ؛ لأنه ربا ، والثاني : يرجع كالخلط بالمثل .
 (ولو طحنها أو قصر الثوب ، فإن لم تزد القيمة . . رجع ، ولا شيء للمفلس) لأنه مبيع موجود من غير زيادة ، وإن نقصت . . فليس للبائع غيره .
 (وإن زادت . . فالأظهر : أنه يباع ، وللمفلس من ثمنه بنسبة ما زاد) لأنها زيادة حصلت بفعل محترم متقوم ، فوجب ألا يضيع عليه ، بخلاف الغاصب .
 مثاله : قيمة الثوب خمسة ، فبلغ بالقصارة ستة . . فللمفلس سدس الثمن ، ولو أراد البائع أخذ الثوب ودفع حصة الزيادة . . مكن على الأصح في « زيادة الروضة » ^(١) .
 والقول الثاني : إن البائع يفوز بالزيادة ؛ لأنها أثر ؛ كسمن الدابة بالعلف ، وكبر الشجرة بالسقي والتعهد .
 (ولو صبغه) المفلس (بصبغه ؛ فإن زادت القيمة) بسبب الصبغ (قدر قيمة الصَّبْغِ . . رجع ، والمفلس شريك بالصَّبْغِ) لأن المبيع هو الثوب خاصة .
 مثاله : قيمة الثوب أربعة ، والصبغ درهمان ، فصار بعد الرجوع يساوي ستة . . فيكون المفلس شريكاً بدرهمين ، وفي كيفية الشركة وجهان بلا ترجيح : أحدهما : كلُّ الثوب للبائع ، وكلُّ الصَّبْغِ للمفلس ؛ كما لو غرس الأرض ، والثاني : أنهما يشتركان فيهما جميعاً ؛ لتعذر التمييز ؛ كما في خلط الزيت .
 (أو أقل) وسعر الثوب بحاله (. . فالنقص على الصَّبْغِ) لأن أجزاءه تتفرق

(١) روضة الطالبين (١٧١/٤) .

أَوْ أَكْثَرَ.. فَأَلْصَحُ : أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ . وَلَوْ اشْتَرَى مِنْهُ الصَّبْغَ وَالثُّوبَ.. رَجَعَ فِيهِمَا إِلَّا أَلَّا تَزِيدَ قِيَمَتَهُمَا عَلَى قِيَمَةِ الثُّوبِ فَيَكُونُ فَاقِدًا لِلصَّبْغِ . وَلَوْ اشْتَرَاهُمَا مِنْ اثْنَيْنِ ، فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَتَهُ مَصْبُوعًا عَلَى قِيَمَةِ الثُّوبِ.. فَصَاحِبُ الصَّبْغِ فَاقِدٌ ، وَإِنْ زَادَتْ بِقَدَرِ قِيَمَةِ الصَّبْغِ.. اشْتَرَكَا ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيَمَتِهِمَا.. فَأَلْصَحُ : أَنَّ الْمُفْلِسَ شَرِيكَ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ .

وتنقص ، والثوب قائم بحاله ، فإذا صار الثوب في المثال المتقدم بعد الصبغ يساوي خمسة.. فيكون المفلس شريكاً بخمس الثوب ، ولو لم يزد الثوب شيئاً أو نقص.. فلا شيء للمفلس ، ولم يذكره المصنف .

(أَوْ أَكْثَرَ.. فَأَلْصَحُ : أَنَّ الزِّيَادَةَ) كُلُّهَا (لِلْمُفْلِسِ) بِنَاءً عَلَى أَنَّ الصَّبْغَ كَالْقَصَارَةِ يَسْلُكُ بِهَا مَسْلُكُ الْأَعْيَانِ ، وَمُقَابِلُهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهَا أَثَرٌ ، وَعَلَى هَذَا الْأَصَحُّ : أَنَّ الزِّيَادَةَ تُوَزَعُ عَلَيْهِمَا ، فَيَكُونُ لِلْبَائِعِ فِي مِثَالِنَا الْمَارِّ ثَلَاثُ الثَّمَنِ ، وَلِلْمُفْلِسِ ثَلَاثُهُ .

(وَلَوْ اشْتَرَى مِنْهُ الصَّبْغَ وَالثُّوبَ.. رَجَعَ فِيهِمَا) لِأَنَّهُمَا عَيْنُ مَالِهِ (إِلَّا أَلَّا تَزِيدَ قِيَمَتَهُمَا عَلَى قِيَمَةِ الثُّوبِ فَيَكُونُ فَاقِدًا لِلصَّبْغِ) لاسْتِهْلَاكِهِ فَيَضَارِبُ بِثَمَنِهِ^(١) .

(وَلَوْ اشْتَرَاهُمَا) أَيِ : الصَّبْغِ وَالثُّوبِ (مِنْ اثْنَيْنِ ، فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَتَهُ مَصْبُوعًا عَلَى قِيَمَةِ الثُّوبِ.. فَصَاحِبُ الصَّبْغِ فَاقِدٌ) لَهُ فَيَضَارِبُ بِثَمَنِهِ .

(وَإِنْ زَادَتْ بِقَدَرِ قِيَمَةِ الصَّبْغِ.. اشْتَرَكَا) وَفِي كَيْفِيَةِ الشَّرْكَةِ مَا مَرَّ ، (وَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيَمَتِهِمَا.. فَأَلْصَحُ : أَنَّ الْمُفْلِسَ شَرِيكَ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ) بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا عَيْنٌ ، وَمُقَابِلُهُ : بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا أَثَرٌ .

* * *

(١) فِي (أ) : (فَيَطَالِبُ بِثَمَنِهِ) .

بَابُ الْحَجَرِ

مِنْهُ : حَجَرُ الْمُفْلِسِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ ، وَالرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ ، وَالْمَرِيضِ لِلْوَرَثَةِ ، وَالْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ ، وَالْمُرْتَدِّ لِلْمُسْلِمِينَ . وَلَهَا أَبْوَابٌ . وَمَقْصُودُ الْبَابِ : حَجَرُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْمُبْذَرِّ ،

(باب الحجر)

هو في اللغة : المنع ، وفي الشرع : المنع من التصرف في المال .
(منه حجر المفلس لحق الغرماء) كما سبق بيانه ، (والراهن للمرتهن) في العين المرهونة .

(والمريض للورثة) في ثلثي التركة إن لم يكن عليه دين ، وفي جميعها إن كان عليه دين مستغرق ، كذا في « العجالة »^(١) ، وتبعه الأذرع والزرکشي ، لكن ذكرا في (الوصايا) عند ذكر ما يعتبر من الثلث : أن المريض لو وفي دين بعض الغرماء .. فلا يزاحمه غيره إن وفي المال لجميع الديون ، وكذا إن لم يف على المشهور .

(والعبد لسيده ، والمرتد للمسلمين ، ولها أبواب) تقدم بعضها ، وبعضها يأتي .
وقوله : (منه : كذا) فيه إشارة إلى عدم الحصر ، وهو كذلك ؛ فإنه نحو ثلاثين نوعاً .

(ومقصود الباب : حجر الصبي ، والمجنون ، والمبذر) .
والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا ﴾ الآية ، وقد فسر الشافعي (السفیه) بالمبذر ، و (الضعيف) بالصبي وبالكبير المختل ، و (الذي لا يستطيع) بالمغلوب على عقله .

قال المتولي : ومن له أدنى تمييز ، ولم يكمل عقله .. فهو كالصبي المميز ، كذا نقله الشيخان ، وأقره^(٢) .

(١) عجالة المحتاج (٧٨٦/٢) .

(٢) الشرح الكبير (٦٧/٥) ، روضة الطالين (١٧٧/٤) .

فَبِالْجُنُونِ تَسْلُبُ أُلُؤَلَيَاتُ وَأَعْتَبَارُ الْأَقْوَالِ ، وَيَرْتَفَعُ بِالْإِفَاقَةِ . وَحَجَرُ الصَّبِيِّ يَرْتَفَعُ
بِبُلُوغِهِ رَشِيداً . وَالْبُلُوغُ : بِاسْتِكْمَالِ خَمْسِ عَشْرَةِ سَنَةٍ ، أَوْ خُرُوجِ الْمَنِيِّ . وَوَقْتُ
إِمْكَانِهِ : اسْتِكْمَالُ تِسْعِ سِنِينَ ،

واعترض : بأنه إن زال عقله . فمجنون ، وإلا . فهو مكلف ، وتصرفاته
صحيحة ، فإن بذر . فسفيه .

(فبالجنون تسلب الولايات) الثابتة بالشرع ؛ كولاية النكاح ، أو بالتفويض
كالإيصاء والقضاء ؛ لأنه إذا لم يل أمر نفسه . فغيره أولى .

(واعتبار الأقوال) له وعليه ؛ لعدم قصده ، وأما أفعاله : فمنها : ما هو معتبر ؛
كإحباله ، وإتلافه مال الغير .

نعم ؛ لو أحرِمَ ثم جُنَّ فقتل صيداً . فالأظهر في « الروضة » في بابه : عدم وجوب
الجزاء ^(١) ، ومنها : ما هو غير معتبر ؛ كالصدقة .

(ويرتفع) حجر المجنون (بالإفاقة) بمجرد ما من غير فك .

(وحجر الصبي يرتفع ببُلُوغِهِ رَشِيداً) ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَابْتُلُوا آلَ مَرْيَمَ ﴾ الآية .

(والبلوغ : باستكمال خمس عشرة سنة) قمرية ، كما صرح به في « المحرر » ^(٢)

تحديداً ؛ لحديث ابن عمر : (عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن
أربع عشرة سنة ، فلم يجزني ولم يرني قد بلغت ، وعرضت عليه من قابل يوم الخندق
وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني ورآني بلغت) رواه ابن حبان كذلك ، وأصله في
« الصحيحين » ^(٣) .

(أو خروج المني) لقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ ﴾ ، وقوله عليه
السلام : « رُفِعَ أَلْفَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةِ : الصَّبِيِّ حَتَّى يَخْتَلِمَ » ^(٤) .

(ووقت إمكانه : استكمال تسع سنين) في الذكور والإناث ؛ للاستقراء .

(١) روضة الطالبين (١٥٣/٣ - ١٥٤) .

(٢) المحرر (ص ١٧٩) .

(٣) صحيح ابن حبان (٤٧٢٨) ، صحيح البخاري (٢٦٦٤) ، صحيح مسلم (١٨٦٨) .

(٤) أخرجه أبو داود (٤٤٠٣) عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

وَنَبَاتُ الْعَانَةِ يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِلُوغٍ وَلَدِ الْكَافِرِ ، لَا الْمُسْلِمِ فِي الْأَصَحِّ ، وَتَزِيدُ الْمَرْأَةُ حَيْضًا وَحَبْلًا

(ونبات العانة) الخشن (يقتضي الحكم ببلوغ ولد الكافر) لحديث عطية القرظي قال : (كنت في بني قريظة فكانوا ينظرون ؛ من أنبت الشعر . . قتل ، ومن لم يُنبت . . لم يقتل ، فكنت فيمن لم يُنبت فجعلوني في السبي) ، قال الترمذي : حسن صحيح ، وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين^(١) .

وخرج بـ (العانة) : شعر الإبط والشارب واللحية فلا يدل ، وهو الأصح في « الشرح الصغير » في الإبط ، ويؤخذ منه الترجيح في الشارب واللحية من باب أولى ؛ فإن البغوي ألحق الإبط بالعانة دون اللحية والشارب^(٢) ، ولا ترجيح في « الروضة » و« أصلها »^(٣) .

وأشار بقوله : (يقتضي الحكم) إلى أنه أمانة على البلوغ لا أنه بلوغ حقيقة ، وهو الأظهر في « أصل الروضة »^(٤) .

ووقت إمكان نبات العانة : وقت الاحتلام ، ذكره الرافعي ، وأسقطه من « الروضة »^(٥) .

(لا المسلم في الأصح) لأنه ربما استعجل الإنبات بالمعالجة ؛ تشوقاً للولايات ، ودفعاً للحجر ، بخلاف الكافر ؛ لأنه يفضي به إلى القتل ، أو الحرية ، والثاني : نعم ؛ لأن المسلم قد يشكل علينا أمره فيحتاج إلى الأخذ به .

(وتزيد المرأة حيضاً) بالإجماع (وحَبْلًا) لأنه مسبوق بالإنزال ؛ لأن الولد يخلق من المائين ، فإذا وضعت المرأة . . حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر ولحظة .

(١) سنن الترمذي (١٥٨٤) ، المستدرک (١٢٣/٢) ، وأخرجه أبو داود (٤٤٠٤) ، والنسائي (١٥٥/٦) ، وابن ماجه (٢٥٤١) .

(٢) التهذيب (١٣٤/٤) .

(٣) الشرح الكبير (٧١-٧٠/٥) ، روضة الطالبين (١٧٩/٤) .

(٤) روضة الطالبين (١٧٨/٤) .

(٥) الشرح الكبير (٦٩/٥) .

وَالرُّشْدُ : صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ ، فَلَا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ ، وَلَا يُبْذَرُ بَأَنْ يُضَيِّعَ الْمَالَ بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمَعَامَلَةِ أَوْ رَمِيهِ فِي بَحْرٍ أَوْ إِتْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ وَوُجُوهِ الْخَيْرِ وَالْمَطَاعِمِ وَالْمَلَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ . وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ

وأشار بقوله : (وتزيد) إلى أن ما تقدم عام في الذكور والإناث .

(والرشد : صلاح الدين والمال) كذا فسر به ابن عباس وغيره قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَافَسْتُمْ مَتَهُمْ رُشْدًا ﴾ ^(١) (فلا يفعل مُحَرَّمًا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ) هذا تفسير صلاح الدين ، والمبطل للعدالة : هو فعل الكبيرة ، أو الإصرار على الصغيرة .

واحترز بالمحرم : عما يمنع قبول الشهادة ؛ لإخلاله بالمروءة ؛ كالأكل في السوق .

(ولا يُبْذَرُ بَأَنْ يُضَيِّعَ الْمَالَ بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمَعَامَلَةِ) لأن ذلك يدل على قلة العقل ، هذا إذا لم يُرد المحاباة ، فإن أراد المحاباة والإحسان . . فلا ، فإن كان الغبن يسيراً . لم يقدح ، وستعرف الفاحش وغيره في (الوكالة) .
(أَوْ رَمِيهِ فِي بَحْرٍ) لدلالته على قلة عقله ودينه ، (أَوْ إِتْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ) ولو في صغيرة ؛ لما فيه من قلة الدين .

ولو قال : (أَوْ ضَيَاعِهِ) بدل (إِنْفَاقِهِ) . . لكان أولى ؛ إذ يقال فيما أخرج في الطاعة : أنفق ، وفي المكروه والمعصية : ضيع ، وغرم ، وخسر .
(وَالْأَصَحُّ : أَنْ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ ، وَوُجُوهِ الْخَيْرِ ، وَالْمَطَاعِمِ ، وَالْمَلَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيقُ بِحَالِهِ . . لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ) أما في الأولى . . فلأن له فيه غرضاً ، وهو الثواب ، ووجه مقابله : أنه يوقع في الاحتياج ، وأما في الثانية . . فلأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ ، ووجه مقابله : أن أهل العرف يَنْفُونَ الرشد عنه .

وذكره وجوه الخير بعد الصدقة من ذكر العام بعد الخاص .

(وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ) في الدين والمال ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا أَلْيَسَنِيَ ﴾ أي :

(١) أخرجه الطبري في « تفسيره » (٨٥٨٥) .

وَيَخْتَلِفُ بِالْمَرَاتِبِ ؛ فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ : بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا . وَوَلَدُ
الزَّرَّاعِ : بِالزَّرَاعَةِ وَالنَّفَقَةِ عَلَى الْقَوَامِ بِهَا . وَالْمُحْتَرِفُ : بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ . وَالْمَرْأَةُ :
بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَزْلِ وَالْقَطْنِ ، وَصَوْنِ الْأَطْعِمَةِ عَنِ الْهَرَّةِ وَنَحْوِهَا

اختبروهم ، قال في « الكفاية » : ويظهر الاختبار في الدين بمشاهدة حاله في
العبادات ، وتجنب المحظورات وتوقي الشبهات ، ومخالطة أهل الخير ، فإن ظهر
قيامه بالواجبات ، واجتنابه للمنهيات . . فرشيد ، وإلا . . فلا^(١) .

(ويختلف) اختبار المال (بالمراتب ؛ فيختبر ولد التاجر : بالبيع والشراء
والمماكسة فيهما) أي : النقصان عما طلبه البائع ، والزيادة على ما يبذله المشتري ،
وعبارته كـ « الشرحين » ، و « الروضة » تقتضي صحة البيع والشراء منه^(٢) ، والأصح :
خلافه كما سيأتي .

(وولد الزَّراع : بالزراعة والنفقة على القَوَامِ بها)^(٣) أي : إعطائهم الأجرة .

(والمحترف : بما يتعلق بحرفته) أي : صنعه .

واختبار ولد الأمير ونحوه : أن يعطى شيئاً من ماله لينفقه في مدة شهر في خبز
ولحم وماء ونحوه ، كذا قاله في « الكفاية » ، ثم نقل عن الماوردي : أنه يدفع إليه
نفقة يوم ، ثم نفقة أسبوع ، ثم نفقة شهر^(٤) .

(والمرأة : بما يتعلق بالغزل والقطن) في بيتها إن كانت مُخَدَّرَةً ، وإن كانت
بَرَّةً . . ففي بيع الغزل ، وشراء القطن .

(وصون الأطعمة عن الهرة ونحوها) لأن بذلك يتبين الضبط ، وحفظ المال ،
وعدم الانخداع ، وذلك قوام الرشد .

وقوله : (ونحوها) أي : إما نحو الهرة ؛ كالفأرة ، والدجاجة ، أو نحو هذه
الأمور من مصالح البيت .

(١) كفاية النبيه (٤١ / ١٠) .

(٢) الشرح الكبير (٧٣ / ٥) ، روضة الطالبين (١٨١ / ٤) .

(٣) في (ب) و (د) : (وولد الزراع) .

(٤) كفاية النبيه (٤١ / ١٠) .

وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرُ الْإِخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ . وَوَقْتُهُ : قَبْلَ الْبُلُوغِ ، وَقِيلَ : بَعْدَهُ . فَعَلَى الْأَوَّلِ : الْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُ ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ . عَقْدَ الْوَلِيِّ . فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ . دَامَ الْحَجَرُ . وَإِنْ بَلَغَ رَشِيداً . . أَنْفَكَ بِنَفْسِ الْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ ، وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ فَكُّ الْقَاضِي ، فَلَوْ بَدَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ . . حُجِرَ عَلَيْهِ ،

ويختبر الخشني بما يختبر به الذكر والأنثى جميعاً ؛ ليحصل العلم بالرشد ؛ لأنه إذا اختبر بما يختبر به أحد النوعين . . جاز أن يكون من الآخر ، قاله ابن المسلم .

(ويشترط تكرار الاختبار مرتين أو أكثر) لأنه قد يصيب في المرة الواحدة اتفاقاً ، فلا بدّ من زيادة تفيد غلبة الظنّ برشده ، وقيل : لا بدّ من تكرره ثلاثاً .

(ووقته) يعني : الاختبار (قبل البلوغ) لقوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ ﴾ واليتم إنما يقع على غير البالغ ، ولأنه لو كان بعده . . لأدّى إلى الحجر على البالغ الرشيد إلى أن يختبر ، وهو باطل ، (وقيل : بعده) لأن تصرف الصبي غير نافذ .

(فعلى الأول : الأصحُّ : أنه لا يصحُّ عقده ، بل يُمتحن في المماكسة ، فإذا أراد العقد . . عقد الولي) لما ذكرناه من بطلان تصرفه ، والثاني : يصحُّ ؛ للحاجة .

(فلو بلغ غير رشيد) لاختلال صلاح الدين أو المال (. . دام الحجر) لمفهوم قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ﴾ والإيناس : العلم ، وحيثُذ ؛ فيتصرف من كان يتصرف قبل البلوغ .

وقوله : (دام الحجر) أي : جنسه ، وإلا . . فحجر الصبي ينقطع بالبلوغ ويخلفه غيره .

(وإن بلغ رشيداً . . انفك بنفس البلوغ ، وأُعطي ماله) لأنه حجر ثبت بغير حاكم ، فلم يتوقف زواله على إزالة الحاكم ؛ كحجر الجنون .

(وقيل : يشترط فكُّ القاضي) لأن الرشد يحتاج إلى نظر واجتهاد ، فأشبه حجر السفه الطاريء ، وقائله لا يُعيّن القاضي ، بل هو أو الأب أو الجد ، وفي الوصي والقيم وجهان ، والخلاف جار أيضاً فيما إذا بلغ غير رشيد ثم رشد .

(فلو بدّر بعد ذلك . . حجر عليه) أي : أعيد الحجر عليه ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا

وَقِيلَ : يَعُودُ الْحَجَرُ بِلَا إِعَادَةٍ ، وَلَوْ فَسَقَ . . لَمْ يُحَجَّرْ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ . وَمَنْ حَجَرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ . . فَوَلِيَّتُهُ الْقَاضِي ، وَقِيلَ : وَلِيَّتُهُ فِي الصَّغَرِ . وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ . . فَوَلِيَّتُهُ وَلِيَّتُهُ فِي الصَّغَرِ ، وَقِيلَ : الْقَاضِي . وَلَا يَصِحُّ مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ بَيْعٌ وَلَا شِرَاءٌ وَلَا إِعْتَاقٌ وَهَبَةٌ

تَوَاتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ ﴿ والمراد : أموالهم ؛ لقوله تعالى بعد ذلك : ﴿ وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ ﴾ والذي يعيده هو القاضي فقط على الأصح ، (وقيل : يعود الحجر بلا إعادة) كالجنون .

(ولو فسق . . لم يُحَجَّرْ عليه في الأصح) لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة ، بخلاف الاستدامة ؛ فإن الحجر كان ثابتاً ، والثاني : نعم ؛ كما لو عاد التبذير .
وفرق الأول : بأن بالتبذير يتحقق تضييع المال ، بخلاف الفسق ؛ فإنه ربما لا ينفق المال إلا فيما يسوغ وإن كان فاسقاً .

(ومن حَجَرَ عليه لسفه طرأ . . فوليّه القاضي) لأن ولاية الأب ونحوه قد زالت ، فينظر مَنْ له النظر العام ، (وقيل : وليّه في الصغر) كمن بلغ سفيهاً .
ومحل الخلاف : ما إذا قلنا : يعود الحجر بنفسه ، وإلا . . لم ينظر إلا القاضي قطعاً .

(ولو طرأ جنون . . فوليّه وليّه في الصغر ، وقيل : القاضي) تعليلهما ما سلف قبله ، والفرق على الأصح : أن السفه وزواله يُجْتَهِد فيه ، فاحتاج إلى نظر الحاكم ، بخلاف الجنون .

(ولا يَصِحُّ مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ بَيْعٌ وَلَا شِرَاءٌ) لمكان الحجر ، (ولا إعتاق) ولو بكتابة ؛ لما قلناه ، هذا في حال الحياة ، أما بعد الموت ؛ كالتبذير ، والوصية . . فالمذهب : الصحة .

(وهبة) أي : أن يهب شيئاً ، أما قبوله للهبة . . ففيه وجهان ، قضية كلام الرافعي : تصحيح البطلان ، لكن الأصح في « زيادة الروضة » : الصحة^(١) .

(١) روضة الطالبين (١٨٤/٤) ، الشرح الكبير (٧٨/٥) .

وَنِكَاحٌ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهِ ، فَلَوْ اشْتَرَى أَوْ اقْتَرَضَ وَقَبِضَ وَتَلَفَ الْمَأْخُوذُ فِي يَدِهِ أَوْ أَتْلَفَهُ . .
 فَلَا ضَمَانَ فِي الْحَالِ ، وَلَا بَعْدَ فَكِّ الْحَجَرِ ، سَوَاءٌ عَلِمَ حَالَهُ مَنْ عَامَلَهُ أَوْ جَهِلَ .
 وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ ، لَا التَّصَرُّفُ الْمَالِيُّ فِي الْأَصَحِّ

(ونكاح) يقبله لنفسه ، أما لغيره . . فالأصح : جواز توكيله في القبول دون الإيجاب ، (بغير إذن وليه) لأن النكاح مظنة إتلاف المال (فلو اشترى أو اقترض ، وقبض ، وتلف المأخوذ في يده أو أتلفه . . فلا ضمان في الحال ، ولا بعد فكِّ الحجر ، سواء علم حاله مَنْ عَامَلَهُ أَوْ جَهِلَ) لأن البائع سلطه على إتلافه بإقباضه إياه ، وكان من حقه أن يبحث عنه قبل معاملته .

هَذَا إِذَا أَقْبَضَهُ الْبَائِعُ الرَّشِيدَ ، فَإِنْ قَبِضَهُ السَّفِيهَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْبَائِعِ ، أَوْ أَقْبَضَهُ الْبَائِعُ ، وَهُوَ مُحْجُورٌ عَلَيْهِ . . فَإِنَّهُ يَضْمَنُ بِالْقَبْضِ مُطْلَقاً ؛ كَمَا نَقَلَهُ فِي « زِيَادَةِ الرُّوضَةِ » عَنْ الْأَصْحَابِ^(١) .

(وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ) هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ قَدْ أَعَادَهَا الْمُصَنِّفُ فِي (بَابِ النِّكَاحِ) بِشُرُوطِهَا ، وَسَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَيْهَا هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

(لَا التَّصَرُّفَ الْمَالِيَّ فِي الْأَصَحِّ) كَمَا لَوْ أُذِنَ لِلصَّبِيِّ ، وَهَذَا مَا نَقَلَهُ فِي « زِيَادَةِ الرُّوضَةِ » عَنْ الْأَكْثَرِينَ ، وَالثَّانِي : يَصِحُّ ؛ كَالنِّكَاحِ ، وَقَالَ الْإِمَامُ : إِنَّهُ الْمَذْهَبُ ، وَالْأَوَّلُ غَيْرُ مَعْدُودٍ مِنْهُ ، وَصَحَّحَهُ فِي « الْكِفَايَةِ »^(٢) ، وَلَا تَصْرِيحَ فِي « الشَّرْحَيْنِ » بِتَرْجِيحِ .

وَالْفَرْقُ عَلَى الْأَوَّلِ : أَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْحَجَرِ عَلَيْهِ حِفْظُ الْمَالِ دُونَ النِّكَاحِ .
 وَمَحَلُّ الْوَجْهَيْنِ : إِذَا عَيْنَ لَهُ الْوَلِيُّ قَدْرَ الثَّمَنِ ، وَإِلَّا . . بَطُلَ جُزْأً ، وَالْحَقُّ فِي « الْمَطْلَبِ » تَعْيِينَ الْبَيْعِ بِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ ، وَبِتَقْدَرِ بَشْمَنِ الْمَثَلِ .
 وَقَضِيَّةُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ : طَرْدُ الْخِلَافِ فِي الْهَبَةِ وَالْعَتَقِ وَالْكِتَابَةِ ، وَلَا خِلَافَ فِي بَطْلَانِهَا مَعَ الْإِذْنِ .
 وَأُجِيبَ : بِأَنَّهُ إِذَا وَكَلَ فِيهَا . . يَجْرِي الْخِلَافُ ، وَذَاكَ كَافٍ فِي تَصْحِيحِ كَلَامِهِ ؛

(١) روضة الطالبين (١٨٤/٤) .

(٢) روضة الطالبين (١٨٤/٤) ، نهاية المطالب (٥٧/١٢) ، كفاية النبيه (٤٤/١٠) .

وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِدَيْنٍ قَبْلَ الْحَجْرِ أَوْ بَعْدَهُ - وَكَذَا بِإِتْلَافِ الْمَالِ فِي الْأَظْهَرِ - وَيَصِحُّ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ ، وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَظَهَارُهُ وَنَفْيُهُ النَّسَبِ بِلَعَانٍ

لأنه لم يفرض الكلام في مال السفیه .

ورُدَّ : بأنه شرط في جريان الخلاف وجود الإذن من الولي ، والخلاف في مال غيره لا يتوقف عليه .

ويستثنى من إطلاق منع تصرفه في المال صور : منها : ما لو وجب عليه قصاص . . فصالح بغير إذن وليه على الدية ، أو أكثر . . صحَّ ، وليس للولي منعه ، ومنها : ما لو وجب له قصاص . . فإن له العفو على مال ، وكذا مجاناً على المذهب ؛ كما ذكره في « الكتاب » قبيل (كتاب الديات)^(١) ، ومنها : ما لو ثبت له دين فقبضه بإذن وليه . . فإن الأرجح عند الحناطي : الاعتداد به ، كذا حكياه في أوائل الباب الثاني : من أبواب (الخلع) ، وأقرّاه^(٢) .

(ولا يصحُّ إقراره بدین) أي : بدین معاملةً أسند وجوبه إلى ما (قبل الحجر أو) إلى ما (بعده) كالصبي ، (وكذا بإتلاف المال في الأظهر) كدين المعاملة ، والثاني : أنه يقبل ؛ لأنه إذا باشر الإتلاف . . يضمن ، فإذا أقر به . . يقبل .

وأفهم تعبيره بعدم الصحة : أنه لا يطالب به بعد فكِّ الحجر ، ومحلّه : في الظاهر ، أما فيما بينه وبين الله تعالى . . فيجب عليه بعد فكِّ الحجر أدائه إذا كان صادقاً قطعاً ؛ كما قاله في « المطلب » في أوائل (الإقرار) .

(ويصحُّ بالحدِّ والقصاص) لأنه لا تعلق لهما بالمال ، ولبعد التَّهْمَة ، ولو عفا مستحق القصاص على مال . . ثبت على الصحيح .

(و) يصحُّ (طلاقه ، وخلعه ، وظهاره) وإيلاؤه ، (ونفيه النسب بلعان) لأن هذه الأمور ما عدا الخلع لا تعلق لها بالمال ، والحجر إنما كان لأجله ، وأما الخلع . . فلأنه إذا صحَّ طلاقه مجاناً . . فبعوض أولى ، إلا أنه لا يسلم إليه المال ،

(١) منهاج الطالبين (ص ٤٨١) .

(٢) الشرح الكبير (٤١١/٨) ، روضة الطالبين (٣٨٤/٧) .

وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَةِ كَالرَّشِيدِ ، لَكِنْ لَا يُفَرِّقُ الزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ ، وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجٍّ فَرَضٍ . .
 أَعْطَى الْوَلِيَّ كِفَايَتَهُ لِثَقَّةٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ . وَإِنْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ عَلَى
 نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ . . فَلِلْوَلِيِّ مَنَعُهُ ، وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ . قُلْتُ : وَيَتَحَلَّلُ
 بِالصَّوْمِ إِنْ قُلْنَا : لَدِمَ الْإِحْصَارِ بَدَلٌ ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ

وهو خاصٌّ بالرجل ، وقد صرح به المصنف في بابه^(١) .

(وحكمه في العبادات كالرشيد) لاجتماع الشرائط فيه .

نعم ؛ تستثنى العبادات المالية غير الواجبة ؛ كصدقة التطوع ، فليس هو فيها
 كالرشيد .

(لكن لا يُفَرِّقُ الزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ) لأنه تصرف مالي .

وقوله : (بنفسه) قد يقتضي : أنه إذا أذن له الولي . . جاز ، وهو ظاهر ؛ لأنه قد
 صرح القاضي والبلغوي في « فتاويه » والرويانى ، وغيرهم في (كتاب الزكاة) بجواز
 توكيل الأجنبي له فيها ، فإذا جاز ذلك في مال الأجنبي . . ففي مال نفسه أولى .
 (وإذا أحرم بحجٍّ فرض) أو بعمرته ، أو أخرهما إلى الميقات (. . أعطى الولي
 كفايته لثقة يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ) ولو بأجرة ؛ خوفاً من تفريطه فيه .

وَيَرِدُ عَلَى مَفْهُومِهِ : مَا لَوْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ ، ثُمَّ حَجَرَ عَلَيْهِ قَبْلَ إِتِمَامِهِ . . فَإِنْ حَكَمَهُ
 كَحَكْمِ الْفَرْضِ ؛ كَمَا ذَكَرَهُ الرَّافِعِيُّ فِي أَوَائِلِ (الْحَجِّ)^(٢) .

وقوله : (لثقة) صوابه : حذف اللام ؛ لأن (أعطى) يتعدى لاثنتين بنفسه .

(وَإِنْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ عَلَى نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ . . فَلِلْوَلِيِّ مَنَعُهُ) صيانة
 لماله .

(والمذهب : أنه كمحصر فيتحلل) لأنه ممنوع ، وقيل : وجهان ، أحدهما :
 هذا ، والثاني : لا يتحلل إلا ببقاء البيت ؛ كمن فقد الزاد والراحلة ؛ لاشتراكهما في
 امتناع الذهاب للعجز .

(قلت : ويتحلل بالصوم إن قلنا : لدم الإحصار بدلٌ) كما هو الأصح (لأنه ممنوع)

(١) منهاج الطالبين (ص ٤٠٧) .

(٢) الشرح الكبير (٢/٢٩٣) .

مِنَ أَلْمَالِ ، وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدَّرَ زِيَادَةَ الْمُؤْنَةِ . . لَمْ يَجْزُ مَنَعُهُ ، وَاللَّهُ
أَعْلَمُ .

فَصْنَائِلُ

[فبمن يلي الصبي مع بيان كيفية تصرفه في ماله]

وَلِيُّ الصَّبِيِّ : أَبُوهُ ، ثُمَّ جَدُّهُ ، ثُمَّ وَصِيَّتُهُمَا ، ثُمَّ الْقَاضِي . وَلَا تَلِي الْأُمُّ فِي
الْأَصَحِّ

من المال (فإن قلنا : لا بدل له بل يبقى في ذمة المحصر . . قال في « المطلب » :
فيظهر أن يبقى في ذمة السفه أيضاً .

(ولو كان له في طريقه كسب قَدَّرَ زيادة المؤنة . . لم يجز منعه ، والله أعلم) لأن
الإتمام بدون التعرض للمال ممكن ، قال في « المطلب » : وفيه نظر إذا كان عمله
مقصوداً بالأجرة بحيث لا يجوز له التبرع به ، قال الأذرعى : وفي النظر نظر ؛ لأنه وإن
كان كذلك . . لا يعدُّ مالاً حاصلاً ، ولا يلزمه تحصيله مع غناه ، بخلاف المال
الموجود في يد الولي ، قال الشيخ شرف الدين الغزي : وما ذكرناه عجيب ؛ فإن
المسألة مفروضة فيما إذا كان الكسب في طريقه فقط ؛ كما هو ظاهر عبارتهم .

(فصل : ولي الصبي : أبوه) بالإجماع ، ولو عبر بالصغير . . لكان أولى ، (ثم
جده) أبو أبيه ، وإن علا ؛ كولاية النكاح ، ويشترط فيهما : ظهور العدالة ، وفي
ثبوتها وجهان ، قال في « زيادة الروضة » : (وينبغي الاكتفاء بالعدالة الظاهرة) .
انتهى^(١) ، وفي « المذاكرة » ، و« المعين » : أنه لا بدّ من ثبوتها عند الحاكم ، (ثم
وصيهما) أي : وصي من تأخر موته منهما ؛ لأنه يقوم مقامه ، (ثم القاضي) لأنه ولي
من لا ولي له .

(ولا تلي الأم في الأصحّ) كولاية النكاح ، والثاني : أنها تلي بعد الأب والجد ،
وتقدم على وصيهما ؛ لكمال شفقتها .

وحكم المجنون ومن بلغ سفيهاً : حكم الصبي في ترتيب الأولياء .

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٨٧) .

وَيَتَصَرَّفُ أَوْلِيُّي بِالْمَصْلَحَةِ ، وَيَبْنِي دُورَهُ بِالطِّينِ وَالْأَجْرُ لَا أَلْبَنٍ وَالْجِصُّ ،

(ويتصرف الولي بالمصلحة) لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ .

وقضية كلامه كباقي كتبهما : أن التصرف الذي لا خير فيه ولا شرٍّ ممنوعٌ منه ، وبه صرح الجويني ، والماوردي^(١) .

(ويبنى دُورَه بالطين والآجر) لأن الآجر - وهو الطوب المشوي - يبقى ، والطين قليل المؤنة ، ويتنفع به بعد النقض .

(لا اللَّبَنَ وَالْجِصَّ) وهو الجبس ؛ لأن اللَّبَنَ قليل البقاء ، وينكسر عند النقض ، والجِصُّ كثير المؤنة ، ولا تبقى منفعتُهُ عند النقض ، بل يلصق بالطوب فيفسده .

وقوله : (والجِصُّ) كذا عبرا به في « المحرر » و« الشرح الصغير » و« الروضة » .

وفي « الكبير » : (أو الجِصَّ) بـ (أو) لا بـ (الواو)^(٢) .

وهو أحسن ؛ فإنه يدلُّ على الامتناع في اللبن ، سواء أكان مع الطين أم الجِصَّ ، وعلى الامتناع في الجِصَّ سواء أكان مع اللبن أم الآجر ، وهو كذلك ، والتعبير بالواو لا يفيد إلا منع الاجتماع .

ولو اقتصر على قوله : (بالطين والآجر) . لفهم المنع فيما عداهما . واشترط ابن الصباغ في بناء العقار ألا يجد الولي عقاراً يُباع ، وأن يساوي بعد بنائه قدرَ ما انصرف عليه ، وجرى عليه في « البيان »^(٣) ، وهو في غاية الندور ، فهو في التحقيق منع للبناء .

وقال بعض فقهاء اليمن : إنما يبنيه إذا لم يكن الشراء أحظَّ ، قال ابن الملقن : (وهو فقه ظاهر)^(٤) .

(١) نهاية المطلب (٤٥٩/٥ - ٤٦٠) ، الحاوي الكبير (٤٤٥/٦ - ٤٤٦) .

(٢) المحرر (ص ١٨١) ، روضة الطالبين (١٨٧/٤) ، الشرح الكبير (٨٠/٥) .

(٣) البيان (٢١٠/٦) .

(٤) عجلة المحتاج (٧٩٦/٢) .

وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُ إِلَّا لِحَاجَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ ، وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ بِعَرَضٍ وَنَسِيئَةٍ لِلْمَصْلَحَةِ ، وَإِذَا
بَاعَ نَسِيئَةً . . أَشْهَدُ وَأَرْتَهَنَ بِهِ ،
.....

(ولا يبيع عقاره إلا لحاجة أو غبطة ظاهرة) لأن العقار أنفع وأسلم مما عداه ، فمن
الحاجة : أن يخاف عليه الخراب ، أو يحتاج إلى عمارته ، أو إلى النفقة ولم يجد من
يقرضه ، أو لم ير المصلحة في الاقتراض .

قال في « البحر » : ومنها : ما لو كان اليتيم في بلد وعقاره في أخرى ، ويحتاج
إلى مؤنة في توجيهه من يجمع الغلة . . فيبيعه ويشترى في بلد اليتيم ، أو يبني فيه
مثله ^(١) .

والغبطة : أن يكون ثقل الخراج ، أو يرغب فيه راغبٌ بزيادة على مثله ، وهو يجد
مثله ببعضه .

وسئل القفال عن ضيعة خراب لليتيم تستأصل ماله في خراجها ، فقال : يجوز لوليه
بيعها بثمن تافه ولو بدرهم ؛ لأنه المصلحة .

قال البندنجي : وحكم الأواني المعدة للقتية حكم العقار .

وقال الشيخ نجم الدين البالسي في « شرح التنبيه » : ينبغي أن يجوز بيع مال
التجارة من غير تقييد بشيء من ذلك ، بل لو رأى البيع بأقل من رأس المال ليشتري
بالثمن ما هو مظنة الربح . . جاز .

وتقييده الغبطة بكونها ظاهرة من زيادات « المنهاج » على بقية كتبهما .

قال الإمام : وضابط تلك الزيادة ألا يستهين بها العقلاء بالنسبة إلى شرف
العقار ^(٢) .

(وله بيع ماله بعرض ونسيئة للمصلحة) بأن يكون في العرض ربح ، وفي الثاني
زيادة ، أو خوف عليه من نهب أو إغارة .

(وإذا باع نسيئة . . أشهد) على البيع (وارتهن به) أي : بالثمن رهناً وافياً به ؛
احتياطاً للمحجور عليه .

(١) بحر المذهب (٧٦/٥) .

(٢) نهاية المطلب (٤٦٣/٥) .

وَيَأْخُذُ لَهُ بِالشَّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكُ بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ ، وَيُرَكِّي مَالَهُ ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ .
فَإِنْ ادَّعَى بَعْدَ بُلُوغِهِ عَلَى الْأَبِ وَالْجَدِّ بَيْعاً بِلَا مَصْلَحَةٍ . . صُدَّقَا بِالْيَمِينِ . وَإِنْ ادَّعَاهُ
عَلَى الْوَصِيِّ وَالْأَمِينِ . . صُدِّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ .

ويستثنى من الاحتياج إلى الرهن بيع الأب والجد مالَ ولده من نفسه نسيئة ؛ فإنه لا يحتاج إلى الرهن ؛ لأنه أمين في حق ولده ، كذا قالاه تبعاً للبغوي^(١) .
وللمسألة شروط آخر ، ذكرها في « زيادة الروضة » في (كتاب الرهن) وهي : أن يكون المشتري ثقة موسراً ، والأجل قصيراً بالنسبة إلى عرف الناس .
وقيل : لا يزيد على سنة ، فإن فُقد شرط من هذه . . بطل البيع^(٢) .
قال في « الكفاية » : (وفي اعتبار اليسار مع أخذ رهن يساوي الدين نظر)^(٣) .
(ويأخذ له بالشفعة ، أو يترك بحسب المصلحة) لأنه مأمور بفعلها .
فلو استوى الأمران . . فهل يحرم الأخذ ، أو يجب ، أو يتخير ؟ فيه ثلاثة أوجه في
« البحر » .

قال الإسني : والأول : هو مقتضى كلام الرافعي في آخر الشفعة ، والآية تشهد
له^(٤) .

ولو قال المحجور عليه : (كان الأحظ في الأخذ) ، ونازعه الولي . . فعلى
ما سيأتي في بيع العقار ؛ كما نقله في « زيادة الروضة » عن « المذهب » وغيره^(٥) .
(ويزكي ماله ، ويُنفق عليه بالمعروف) لأنه قائم مقامه .
(فإن ادعى بعد بلوغه على الأب والجد ببيعاً بلا مصلحة . . صُدَّقَا بِالْيَمِينِ ، وإن
ادعاه على الوصي والأمين . . صُدِّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ) لأن الأب والجد لا يُتَّهَمَانِ ؛ لوفور

(١) الشرح الكبير (٨١ / ٥) ، روضة الطالبين (١٨٨ / ٤) .

(٢) روضة الطالبين (٦٣ - ٦٤ / ٤) .

(٣) كفاية النية (١٥ / ١٠) .

(٤) وقع في « العجالة » [٧٩٧ / ٢] : (فإن استوى الأمران . . فهل يجب الأخذ أم يجوز ، أم يمتنع ؟ فيه
أوجه ، والنص يفهم الأول) ، وهو وهم ، وأنه يفهم الآخر كما ذكرناه . اهـ هامش (أ) .

(٥) روضة الطالبين (١٨٩ / ٤) .

.....

شفقتهم ، بخلاف غيرهما ، ودعواه على المشتري كهي على الولي .
ولو ادعى على القاضي . . فالقول قوله إن كان في زمن حكمه ، قاله السبكي في
« شرح المنهاج » .
وتوقف فيما إذا كان معزولاً ، ثم اختار بعد ذلك قبول قوله ؛ لأنه حين تصرفه كان
نائب الشرع ، حكاه عنه ولده في « التوشيح » .

* * *

باب الصلح

هُوَ قِسْمَانِ : أَحَدُهُمَا يَجْرِي بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ ، وَهُوَ نَوْعَانِ : أَحَدُهُمَا : صَلَاحٌ عَلَى إِقْرَارٍ ، فَإِنْ جَرَى عَلَى عَيْنِ غَيْرِ الْمُدَّعَاةِ . . فَهُوَ بَيْعٌ بِلَفْظِ الصَّلَاحِ تَثَبُّتٌ فِيهِ أَحْكَامُهُ ؛ كَالشُّفْعَةِ ، وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَمَنْعَ تَصَرُّفِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَاشْتِرَاطِ التَّقَابُضِ إِنْ اتَّفَقَا فِي عِلَّةِ الرَّبَا . أَوْ عَلَى مَنْفَعَةٍ . . فَإِجَارَةٌ تَثَبُّتُ أَحْكَامُهَا

(باب الصلح)

هو لغة : قطع المنازعة ، وشرعاً : العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين .
والأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالى : ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ، إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً » رواه أبو داود ، وصححه ابن حبان^(١) .

والصلح الذي يُحِلُّ الحرام : أن يصلح على خمر ونحوه ، أو من دراهم على أكثر منها ، والذي يُحَرِّمُ الحلال : أن يصلح زوجته على ألا يطلقها ، ونحو ذلك .

(هو قسمان : أحدهما : يجري بين المتداعيين ، وهو نوعان : أحدهما : صلح على إقرار ، فإن جرى على عين غير المدَّعاة . . فهو بيع بلفظ الصلح ثبت فيه أحكامه ؛ كالشفعة ، والرد بالعيب ، ومنع تصرفه قبل قبضه ، واشتراط التقابض إن اتفقا في علة الربا) وغير ذلك من أحكامه ؛ لأن حدَّ البيع صادق عليه .

وقوله : (على عين) يفهم أنه لو صالح عن عين بدين موصوف . . لا يكون بيعاً ، وهو كذلك ، بل يكون سلماً ؛ كما نقله الإسوي عن ابن جرير ، واعترض به على ما اقتضاه كلام « الروضة » من كونه بيعاً^(٢) .

(أو على منفعة) أي : صالح من العين المدعاة على منفعة دار أو خدمة عبد مدة معلومة (. . فإجارة تثبت أحكامها) لأن حدَّ الإجارة صادق على ذلك .

(١) سنن أبي داود (٣٥٩٤) ، صحيح ابن حبان (٥٠٩١) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، وأخرجه الترمذي (١٣٥٢) ، وابن ماجه (٢٣٥٣) عن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه .

(٢) المهمات (٤٤٨ / ٥) .

أَوْ عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ . . فَهَبَةٌ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ فَتَثْبُتُ أَحْكَامُهَا . وَلَا يَصِحُّ
بِلَفْظِ الْبَيْعِ ، وَالْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصِّلَحِ . وَلَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبَقِ خُصُومَةٍ :
(صَالِحِي عَنِ دَارِكَ بِكَذَا) . . فَالْأَصَحُّ : بَطْلَانُهُ . وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى عَيْنٍ . .
صَحَّ

(أَوْ عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ . . فَهَبَةٌ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ فَتَثْبُتُ أَحْكَامُهَا)
المقررة في بابها من اشتراط القبول وغيره ؛ لصدق الحدِّ ، وهذا يُسَمَّى صلح
الحطيطه .

واحترز به (المدعاة) عما إذا صالح على بعض عين أخرى . . فإنه بيع إن ادعى عيناً
أو ديناً ، وإجارة إن ادعى منفعة .

وقوله : (فهبة) أي : إذا عقد بلفظ الهبة أو التملك وشبههما ، فإن عقد بلفظ
البيع أو الصلح . . فسيأتي .

(وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ) لأن العين كلها ملك المقر له ، فإذا باعها ببعضها . . فقد
باع ملكه بملكه ، أو باع الشيء ببعضه ، وهو مُحَال .

(وَالْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصِّلَحِ) ؛ لأن الخاصية التي يفتقر لها لفظ الصلح هي
سبق الخصومة ، وقد حصلت ويكون هبة ؛ تنزيلاً لهذا اللفظ في كلِّ موضع على
ما يليق به ؛ كلفظ التملك ، والثاني : لا يصحُّ ؛ لأن الصلح يتضمن المعاوضة ،
ومُحَالٌ أن يقابل الإنسان ملكه ببعضه .

(وَلَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبَقِ خُصُومَةٍ : « صَالِحِي عَنِ دَارِكَ بِكَذَا » ، فَالْأَصَحُّ : بَطْلَانُهُ)
لأن لفظ الصلح يستدعي سبق الخصومة ، والثاني : يصحُّ ؛ نظراً إلى المعنى ، قالوا :
وكان الخلاف عند عدم النية ، فأما إذا استعملناه ونويا البيع . . فإنه يكون كناية بلا
شك^(١) ، ورده في « المطلب » ، وقطع بعدم التخيير ؛ لكون اللفظ منافياً للمعنى ،
فأشبه ما إذا قال : (وهبتك بعشرة) ، ونويا البيع . . فإنه لا يصحُّ إذا نظرنا إلى اللفظ .
(وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ) يجوز الاعتياض عنه (على عين . . صَحَّ) كما يجوز بيع
الدين بالعين .

(١) الشرح الكبير (٨٧/٥) ، روضة الطالبين (١٩٤/٤) .

فَإِنْ تَوَافَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا . . اشْتَرَطَ قَبْضُ الْعَوَضِ فِي الْمَجْلِسِ ، وَإِلَّا ؛ فَإِنْ كَانَ الْعَوَضُ عَيْنًا . . لَمْ يُشْتَرَطْ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فِي الْأَصَحِّ ، أَوْ دَيْنًا . . اشْتَرَطَ تَعْيِينُهُ فِي الْمَجْلِسِ ، وَفِي قَبْضِهِ الْوَجْهَانِ . وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ . . فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ . وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِبْرَاءِ وَالْحَطِّ وَنَحْوِهِمَا ، وَبِلَفْظِ الصَّلَحِ فِي الْأَصَحِّ

وقوله : (على عين) كذا هو في نسخة المصنف تبعاً لـ « المحرر »^(١) ، وصوابه كما في « الشرح » و « الروضة » : (على غيره) بالغين المعجمة ، وبالهاء في آخره ؛ فإنه قسمه بعد هذا إلى عين ودين^(٢) .

(فإن توافقا) أي : الدين المصالح عنه ، والعوض المصالح عليه (في علة الربا) كذهب عن فضة (. . اشترط قبض العوض في المجلس) فمتى تفرقا قبل قبضه . . بطل الصلح .

(وإلا) أي : وإن لم يتفقا في علة الربا ؛ كالذهب بالحنطة (فإن كان العوض عينا . . لم يشترط قبضه في المجلس في الأصح ، أو ديناً) كصالحتك عن دراهمي عليك بكذا حنطة (. . اشترط تعيينه في المجلس ، وفي قبضه الوجهان) لما مرّ في الكلام على الاستبدال عن الثمن .

(وإن صالح من دين على بعضه . . فهو إبراء عن باقيه) لأنه معناه ، وقد علم من كلامه أن الصلح ينقسم إلى معاوضة وحطيطة ؛ كالعين .

(ويصح بلفظ الإبراء والحط ونحوهما) كالإسقاط ، والوضع ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لكعب بن مالك لما طلب ماله من ابن أبي حذرد : « ضَعِ الشُّطْرَ » متفق عليه من حديثه^(٣) .

(ولفظ الصلح في الأصح) بأن يقول : (صالحتك عن الألف التي لي عليك على خمس مئة) ، وتوجيه الخلاف مرّ في صلح الحطيطة عن العين ، ولا يصحّ هذا الصنف بلفظ البيع كنظيره من العين .

(١) المحرر (ص ١٨٢) .

(٢) الشرح الكبير (٨٥/٥) ، روضة الطالبين (١٩٣/٤) .

(٣) صحيح البخاري (٤٥٧) ، صحيح مسلم (١٥٥٨) .

وَلَوْ صَالِحٌ مِنْ حَالٍ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَوْ عَكْسَ . . لَغَا ، فَإِنْ عَجَّلَ الْمُؤَجَّلُ . . صَحَّ
 الْأَدَاءُ . وَلَوْ صَالِحٌ مِنْ عَشْرَةِ حَالَاتٍ عَلَى خَمْسَةِ مُؤَجَّلَةٍ . . بَرَىءَ مِنْ خَمْسَةِ وَبَقِيَتْ خَمْسَةُ
 حَالَاتٍ ، وَلَوْ عَكْسَ . . لَغَا . النَّوعُ الثَّانِي : الصَّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ ، فَيَبْتَغِي أَنْ جَرَى عَلَى
 نَفْسِ الْمُدَّعَى ،

(ولو صالح من حالٍ على مؤجلٍ مثله) أي : جنساً وقدرأ وصفة (أو عكس) أي :
 صالح من مؤجل على حالٍ مثله (. . لغا) لأن الأول وعد من رب المال بالحق
 الأجل ، والثاني وعد من المديون بإسقاطه ، فلا أثر له .

(فَإِنْ عَجَّلَ الْمُؤَجَّلُ . . صَحَّ الْأَدَاءُ) لصدور الإيفاء والاستيفاء من أهلها ، هذا
 إذا لم يظنَّ صحة الصلح ، ووجوب التعجيل ؛ فإن ظنه . . ففيه اضطراب في الترجيح ،
 نبه عليه في « المهمات » في أوائل الباب الثالث من أبواب (البيع) (١) .

(ولو صالح من عشرة حالاتٍ على خمسة مؤجلة . . برىء من خمسة ، وبقيت خمسة
 حالاتٍ) لأنه سأمح بحط البعض وتأجيل الباقي ، والحط صحيح ، بخلاف التأجيل .
 (ولو عكس) أي : صالح من عشرة مؤجلة على خمسة حالاتٍ (. . لغا) لأن صفة
 الحلول لا يصح إلحاقها والخمسة الأخرى إنما تركها في مقابلة ذلك ، فإذا لم يحصل
 الحلول . . لا يصح الترك .

(النوع الثاني : الصلح على الإنكار ، فيبطل إن جرى على نفس المدعى)
 اعلم : أن صورة الصلح على الإنكار : أن يدعي عليه داراً مثلاً فينكر ، ثم يتصالحا
 على ثوب ، أو دين مع بقاء الإنكار ، ووجه بطلانه : أنه إن كان المدعي كاذباً . . فقد
 استحلَّ من المدعى عليه ماله ، وهو حرام ، وإن كان صادقاً . . فقد حرم عليه ماله ،
 فدخل في قوله عليه الصلاة والسلام : « إِلَّا صَلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً » (٢) .
 وسكوت المدعى عليه كإنكاره ؛ كما حكاه في « المطلب » عن سليم وغيره .

وقوله : (نفس المدعى) لا يستقيم فإن (على) و (الباء) يدخلان على
 المأخوذ ، و (من) و (عن) على المتروك ، والمصالح عليه هنا المأخوذ لا المتروك ،

(١) المهمات (٥/١٢١) .

(٢) سبق تخريجه (ص ١٩٧) .

وَكَذَا إِنْ جَرَى عَلَى بَعْضِهِ فِي الْأَصَحِّ . وَقَوْلُهُ : (صَالِحِي عَنِ الدَّارِ الَّتِي تَدْعِيهَا) لَيْسَ إِقْرَاراً فِي الْأَصَحِّ . الْقِسْمُ الثَّانِي : يَجْرِي بَيْنَ الْمُدْعَى وَأَجْنَبِيٍّ : فَإِنْ قَالَ : (وَكَلَّنِي الْمُدْعَى عَلَيْهِ فِي الصَّلْحِ وَهُوَ مُقَرَّرٌ لَكَ) .. صَحَّ ،

وصوابه : على غير المدعى بالغير المعجمة ، وكذا هو في « المحرر » و« الشرح » و« الروضة »^(١) .

وكأن (الرأء) تصحفت على المصنف بـ (النون) فعبر عنه بالنفس^(٢) .

(وكذا إن جرى على بعضه في الأصح) قياساً على غيره ، والثاني : يصح ؛ لاتفاقهما على أن البعض مستحق للمدعي ، ولكنهما مختلفان في جهة الاستحقاق ؛ لأن المدعي يزعم استحقاق الكل ، وأنه وهب البعض للمدعى عليه ، والمدعى عليه يزعم العكس ، واختلافهما في الجهة لا يمنع الأخذ .

(وقوله : « صالحني عن الدار التي تدعيها » ليس إقراراً في الأصح) لأنه قد يريد قطع الخصومة لا غير ، والثاني : نعم ؛ كما لو قال : (ملكنيها) . فعلى الأول : يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار ، ولو قال : (بعنيها) .. فإقرار في الأصح .

(القسم الثاني : يجري بين المدعي وأجنبي : فإن قال : « وكَلَّنِي المدعى عليه في الصلح ، وهو مقر لك » .. صَحَّ) لأن قول الإنسان في دعوى الوكالة مقبول في جميع المعاملات ؛ كما قاله الرافعي^(٣) ، ثم إن كان صادقاً في الوكالة .. صار المدعى ملكاً للمدعى عليه ، وإلا .. فهو شراء فضولي ، وقد سبق حكمه في البيع .

وقوله : (وهو مقر) يشمل ما إذا وقع الإقرار في الظاهر ، وما إذا أقر عند الأجنبي الذي وكله فقط ، ولم يظهره ؛ خوفاً من أخذ المالك له ، وقد صرح بالقسمين في « المحرر »^(٤) .

(١) المحرر (ص ١٨٣) ، الشرح الكبير (٩٠/٥) ، روضة الطالبين (١٩٨/٤) .

(٢) أي : في لفظة (غير) ، فأني بمرادف لفظة (العين) .

(٣) الشرح الكبير (٩٣/٥) .

(٤) المحرر (ص ١٨٣) .

وَلَوْ صَالِحٌ لِنَفْسِهِ وَالْحَالَةُ هَذِهِ . . صَحَّ وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ

وأورد على إطلاقه اعتبار الإقرار : ما لو قال الأجنبي : (وكلني في المصالحة لقطع الخصومة ، وأنا أعلم أنه لك) . . فإنه يصحّ الصلح في الأصحّ عند الماوردي ، وجزم به في « التنبيه » ، وأقره في « التصحيح »^(١) ، وما لو قال : (هو منكر ولكنه مبطل في إنكاره ، فصالحني له على عهدي هذا لتقطع الخصومة) ، وكان المدعى ديناً . فإن المذهب : صحة الصلح ، بخلاف ما إذا كان المدعى عيناً .

والفرق : أنه لا يمكن تمليك الغير عين مال بغير إذنه ، ويمكن قضاء دينه بغير إذنه . وأورد على اعتبار التوكيل : ما لو قال : (هو منكر ولكنه مبطل في الإنكار ، فصالحني عن الألف الذي لك عليه على عهدي هذا) . . فإنه يصحّ وإن كان بغير إذنه ؛ كما ذكره في « زيادة الروضة » ؛ لأن قضاء دين غيره بغير إذنه جائز^(٢) .

(ولو صالح لنفسه والحالة هذه) أي : والحالة : أن الأجنبي قائل بأنه مقرر لك (. . صحّ ، وكأنه اشتراه) لأن الصلح وقع بعد دعوى وجواب لها ، وقال الجويني : يأتي فيه الخلاف فيما إذا قال من غير سبق خصومة : (صالحني) لأن الأجنبي لم يخاصم^(٣) .

وصورة المسألة : أن يكون المدعى به عيناً ، فإن كان ديناً . . ففيه الخلاف في بيع الدين لغير من عليه .

وقوله : (وكأنه اشتراه) كذا في « المحرر » ، وفي « الشرحين » ، و« الروضة » : (كما لو اشتراه)^(٤) ، ولا معنى للتشبيه ؛ فإنه شراء حقيقة^(٥) .

(١) الحاوي الكبير (٤٤ / ٨) ، التنبيه (ص ٧٣) .

(٢) روضة الطالبين (٢٠٠ / ٤) .

(٣) نهاية المطلب (٤٥٤ / ٦) .

(٤) المحرر (ص ١٨٣) ، الشرح الكبير (٩٣ / ٥) ، روضة الطالبين (٢٠٠ / ٤) .

(٥) قال المنك : وعبرة الكتاب أحسن ؛ فإنه شراء حقيقة ، فلا معنى للتشبيه ، وعكسه ابن الملقن فقال : إن عبارة « الشرحين » ، و« الروضة » هي الصواب ، لأنه شراء حقيقة فلا معنى للتشبيه . انتهى ، ويمكن أن يقال : في كلا العبارتين التشبيه فليست إحداهما أصوب من الأخرى . اهـ هامش (١) .

وَإِنْ كَانَ مُنْكَرًا وَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ : (هُوَ مُبْطِلٌ فِي إِنْكَارِهِ) .. فَهُوَ شِرَاءٌ مَغْضُوبٌ ، فَيُفَرَّقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى انْتِزَاعِهِ وَعَدَمِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : (هُوَ مُبْطِلٌ) .. لَغَا الصَّلْحُ .

فَصْنَائِلُ

[في التزامه على الحقوق المشتركة]

الطَّرِيقُ النَّافِذُ لَا يُتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ الْمَارَّةَ ، وَلَا يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ وَلَا سَابَاطٌ يَضُرُّهُمْ ، بَلْ يُشْتَرَطُ ارْتِفَاعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ مُنْتَصِبًا

(وإن كان منكراً وقال الأجنبى : « هو مبطل في إنكاره » .. فهو شراء مغضوب ، فيُفَرَّقُ بين قدرته على انتزاعه وعدمها) أي : عدم القدرة ؛ لما سبق في البيع ، وصورة المسألة في العين كما مر .

(وإن لم يقل : « هو مبطل » .. لغا الصلح) لأنه اشترى منه ما لم يثبت ملكه

له .

* * *

(فصل : الطريق النافذ لا يتصرف فيه بما يضر المارة) لأن الحق فيه ليس للمتصرف خاصة بل للمسلمين كافة .

(ولا يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ ، وَلَا سَابَاطٌ يَضُرُّهُمْ) لما تقدم ، قال في « زيادة الروضة » : فَإِنْ فَعَلَهُ .. هَدَمَ^(١) ، وَالْجَنَاحُ : هُوَ الْخَارِجُ مِنَ الْخَشَبِ ، وَالسَابَاطُ : سَقِيفَةٌ بَيْنَ حَائِطَيْنِ تَحْتَهَا طَرِيقٌ .

(بل يشترط ارتفاعه بحيث يمر تحته) الماشي (منتصباً) واعتبر الماوردي مع هذا أن يكون على رأسه الحمولة العالية^(٢) ، وقال في « المطلب » : إنه الأشبه . ويشترط أيضاً : ألا يؤثر في إظلام الموضع على الأصح .

ومحل الجواز : للمسلم ، أما الكافر : فليس له الإشراع إلى شوارع المسلمين على الصحيح في زوائد « الروضة » ؛ لأنه كإعلاء البناء على المسلم وأبلغ^(٣) .

(١) روضة الطالبين (٢٠٦/٤) .

(٢) الحاوي الكبير (٤٧/٨) .

(٣) روضة الطالبين (٢٠٦/٤) .

وَإِنْ كَانَ مَمَرُ الْفُرْسَانِ وَالْقَوَافِلِ . . فَلْيَرْفَعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ الْمَحْمِلُ عَلَى الْبَعِيرِ مَعَ
أَخْشَابِ الْمِظَلَّةِ . وَيَحْرُمُ الصَّلْحُ عَلَى إِشْرَاعِ الْجَنَاحِ ، وَأَنْ يَبْنِيَ فِي الطَّرِيقِ دَكَّةً ، أَوْ
يَغْرِسَ شَجَرَةً ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَضُرَّ . . جَازَ . وَغَيْرُ النَّافِذِ يَحْرُمُ الْإِشْرَاعُ إِلَيْهِ لِغَيْرِ أَهْلِهِ ،
وَكَذَا لِبَعْضِ أَهْلِهِ فِي الْأَصَحِّ إِلَّا بِرِضَا الْبَاقِينَ ، وَأَهْلُهُ : مَنْ نَفَذَ بَابَ دَارِهِ إِلَيْهِ ، لَا مَنْ
لَا صَقَّهُ جِدَارُهُ ، وَهَلِ الْإِسْتِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا لِكُلِّهِمْ ، أَمْ تَخْتَصُّ شِرْكَةُ كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ
رَأْسِ الدَّرَبِ وَبَابِ دَارِهِ ؟ وَجَهَانِ ، أَصَحُّهُمَا : الثَّانِي

(وإن كان ممرّ الفرسان والقوافل . . فليرفعه بحيث يمرّ تحته المحمل على البعير مع
أخشاب المظلة) لأنه قد يتفق ذلك وإن كان نادراً .

(ويحرم الصلح على إشراع الجناح) لأن الهواء تابع لا يُفرد بالعقد ؛ كالحمل مع
الأم .

(وأن يبني في الطريق دكةً ، أو يغرس شجرة) لمنع الطرّوق في ذلك المحلّ ،
(وقيل : إن لم يضرَّ . . جاز) كإشراع الجناح ، والدكة بفتح الدال : المسطبة .

(وغير النافذ يحرم الإشراع) أي : إشراع الجناح (إليه لغير أهله) جبراً وإن لم
يضرهم ؛ لأنه ملكهم فأشبه الإشراع إلى الدور .

(وكذا لبعض أهله في الأصح) كسائر الأملاك المشتركة ، والثاني : يجوز إذا لم
يضرَّ ؛ لأن كلّ واحد منهم يجوز له الانتفاع بقراره ، فيجوز بهوائه ؛ كالشارع .

(إلا برضا الباقيين) فيجوز ضرراً أم لا ؛ لأنه ملكهم ، وهذا إذا رضوا مجاناً ،
ولا يجوز بأجرة ؛ لما مرّ في الشارع ، ويشترط مع إذن أهله : إذن المستأجر إن
تضرر ؛ كما نقله في « الكفاية » عن أبي الفضل التيمي ^(١) .

(وأهله) أي : أهل غير النافذ (مَنْ نَفَذَ بَابَ دَارِهِ إِلَيْهِ ، لَا مَنْ لَا صَقَّهُ جِدَارُهُ) من
غير باب ؛ لأنه العرف .

(وهل الاستحقاق في كلّها لكلّهم ، أم تختص شِرْكَةُ كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ رَأْسِ الدَّرَبِ
وَبَابِ دَارِهِ ؟ وَجَهَانِ ، أَصَحُّهُمَا : الثَّانِي) لأن هذا القدر محلّ تردده ومروره ،
وما عداه حكمه فيه حكم غير أهل السكة .

(١) كفاية النية (٧٠ / ١٠) .

وَلَيْسَ لغيرِهِمْ فَتْحُ بَابٍ إِلَيْهِ لِلإِسْطِرَاقِ ، وَلَهُ فَتْحُهُ إِذَا سَمَّرَهُ فِي الْأَصْحَحِّ . وَمَنْ لَهُ فِيهِ
بَابٌ فَفَتَحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ الدَّرَبِ . . فَلشُرَكَائِهِ مَنَعُهُ ،

ووجه الأول : أنهم ربما احتاجوا إلى التردد ، والارتفاق بجميعه لطرح الأثقال عند
الإدخال والإخراج .

وكان ينبغي أن يقول : (في كله) كما في غيره مما قدمه ؛ فإنه عائد على غير النافذ
وهو مذكر ، وقد أتى في « المحرر » بجميع الضمائر مؤنثة ؛ لكونه عبر أولاً
بالسكة^(١) .

ولما عبر المصنف بغير النافذ . . عدل عن تأنيث الضمائر إلى تذكيرها ، إلا أنه لم
يذكر هذه اللفظة ، فتابع « المحرر » عليها .

وقوله : (لكلهم) كان الأولى أن يقول : (لكل منهم) فإنه لا نزاع في استحقاق
كلها لكلهم ؛ يعني : مجموعهم ؛ فإن الكل يطلق على الكل المجموعي والكل
التفصيلي .

(وليس لغيرهم فتح باب إليه للاستطرار) لتضررهم ، فإن أذنوا . . جاز ولهم
الرجوع ولو بعد الفتح .

(وله فتحه إذا سَمَّرَهُ فِي الْأَصْحَحِّ) لأن له رفع الجدار فبعضه أولى ، والثاني : لا ؛
لأنه يستدل به فيما بعد على استحقاق المرور ، وقال في « زيادة الروضة » : إنه
الأفقه ، ولم يصرح الرافعي في « الشرحين » بترجيح^(٢) .

(ومن له فيه باب ففتح آخر أبعد من رأس الدرب) من بابه الأصلي (. . فلشركائه
منعه) أي : لكل منهم ذلك ؛ لتضررهم ، وسواء سد الأول أم أبواه .

وكلامه يوهم : أن للجميع المنع ؛ لأنهم شركاؤه ، وليس كذلك ، بل المنع لمن
بابه أبعد من الباب الأول الذي للفتاح ، ولا يثبت لمن بابه أقرب على الأصح ؛ بناء
على كيفية الشركة .

(١) المحرر (ص ١٨٣-١٨٤) .

(٢) روضة الطالبين (٢٠٨/٤) ، الشرح الكبير (١٠٠/٥-١٠١) .

وَأِنْ كَانَ أَقْرَبَ إِلَىٰ رَأْسِهِ وَلَمْ يَسُدَّ الْبَابَ الْقَدِيمَ . . فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ سَدَّهُ . . فَلَا مَنَعَ .
وَمَنْ لَهُ دَارَانِ تَفْتَحَانِ إِلَىٰ دَرَبَيْنِ مَسْدُودَيْنِ ، أَوْ مَسْدُودٍ وَشَارِعٍ ، فَتَفْتَحَ بَابًا بَيْنَهُمَا . . لَمْ
يُمنَعْ فِي الْأَصَحِّ . وَحَيْثُ مُنِعَ فَتَفْتَحَ الْبَابَ فَصَالِحُهُ أَهْلُ الدَّرَبِ بِمَالٍ . . صَحَّ . وَيَجُوزُ
فَتَفْتَحُ الْكَوَاتِ

(وإن كان أقرب إلى رأسه ، ولم يسد الباب القديم . . فكذاك) لأن انضمام الثاني
إلى الأول يورث زحمة الناس ، وكثرة وقوف الدواب ، فيتضررون به ، (وإن سدّه . .
فلا منع) لأنه ترك بعض حقه .

(ومن له داران تفتحان إلى دربين مسدودين ، أو مسدودٍ وشارع ، ففتح باباً
بينهما . . لم يُمنع في الأصح) لأنه يستحق المرور في السكة ، ورفع الحائل بين
الدارين تصرف مصادف للملك فلم يُمنع منه ، والثاني : يمنع ، ونقله في « زيادة
الروضة » عن الجمهور^(١) ؛ لإحداث ما لم يكن ، وسواء في جريان الخلاف سد باب
أحدهما أم لا .

نعم ؛ محله : إذا قصد بالفتح الاستطراق ، فإن قصد به اتساع ملكه أو نحوه . . فلا
منع قطعاً .

وقوله : (مسدودين ، أو مسدود وشارع) كان الأولى أن يقول : (مملوكين ، أو
مملوك وشارع) ؛ لأنه لا يلزم من السد الملك ؛ بدليل ما لو كان في أقصاه مسجد أو
نحوه .

(وحيث مُنِعَ فتح الباب فصالحه أهل الدرب بمال . . صحَّ) لأنه انتفاع بالأرض ،
بخلاف إشراع الجناح ؛ لأنه هناك بذل مال في مقابلة الهواء المجرد .

ومحل الجواز : إذا صالحوا على الاستطراق ، أما مجرد الفتح بلا استطراق . . فلا
يصح الصلح عنه بمال قطعاً .

(ويجوز فتح الكَوَاتِ) لأنه تصرف في ملكه ، وقيد صاحب « الشافي » ذلك بما
إذا كانت عالية لا يقع النظر فيها على دار جاره ؛ لكن صرح الشيخ أبو حامد بخلافه ،
وهو قضية إطلاق الشيخين .

(١) روضة الطالبين (٢٠٩/٤) .

وَالْجِدَارُ بَيْنَ الْمَالِكَيْنِ قَدْ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا ، وَقَدْ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ : فَالْمُخْتَصُّ : لَيْسَ لِلْآخِرِ وَضْعُ الْجُدُوعِ عَلَيْهِ فِي الْجَدِيدِ ، وَلَا يُجْبَرُ الْمَالِكُ ،

والكوات : بفتح الكاف ، وقيل : بضمها ، وتشديد الواو جمع كوة ، وهي فتح في الحائط لأجل الضوء غالباً .

(والجدار بين المالكين قد يختص به أحدهما ، وقد يشتركان فيه ؛ فالمختص ليس للآخر وضع الجدوع عليه) بغير إذن (في الجديد ، ولا يُجبر المالك) على الجديد ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا يَحِلُّ لِمَرِيءٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلَّا مَا أَعْطَاهُ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ » رواه الحاكم من حديث ابن عباس بإسناد على شرط الصحيح ^(١) .

وقياساً على سائر أمواله ، ونقله البغوي في « شرح السنة » عن أكثر أهل العلم ^(٢) .
والقديم - ونص عليه في « البويطي » أيضاً - : أنه يجوز له وضعها من غير إذنه ، وليس له منعه ؛ لحديث أبي هريرة : « لَا يَمْنَعَنَّ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ » ، ثم يقول أبو هريرة : (مالي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم) أي : لأضعن هذه السنة بين أظهركم ، متفق عليه ^(٣) .

وقال البيهقي : (لم نجد في السنن ما يعارض هذا الحديث ، ولا تصح معارضته بالعمومات ، ولا عذر لأحد في مخالفته ، وقد نص الشافعي في القديم والجديد على القول به) ^(٤) .

وأجاب الأصحاب عن الحديث : بأن الضمير في (جداره) لصاحب الخشب ؛ أي : لا يمنعه الجار أن يضع خشبه على جدار نفسه وإن تضرر به من جهة منع الضوء والهواء ، ورؤية الأماكن المستطرفة والمُنيرة على خلاف ما يقوله مالك من المنع في كثير من هذه الحالات ، قال الإسنوي : ويتأيد بأنه القياس الفقهي ، والقاعدة النحوية ؛ فإنه أقرب من الأول ، فوجب عود الضمير إليه ^(٥) .

(١) المستدرك (٩٣ / ١) .

(٢) شرح السنة (١٨٥ / ٥) .

(٣) صحيح البخاري (٢٤٦٣) ، صحيح مسلم (١٦٠٩) وقع في (د) : (خشبة) بالإنفراد وهي رواية .

(٤) معرفة السنن والآثار (٣٧ / ٩) .

(٥) المهمات (٤٦١ / ٥) .

فَلَوْ رَضِيَ بِلَا عَوْضٍ . . فَهُوَ إِعَارَةٌ لَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ ، وَكَذَا بَعْدَهُ فِي الْأَصَحِّ ، وَفَائِدَةُ الرَّجُوعِ : تَخْيِيرُهُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهِ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَعْرَمَ أَرْضَ نَقْصِهِ ، وَقِيلَ : فَائِدَتُهُ : طَلَبُ الْأُجْرَةِ فَقَطْ . وَلَوْ رَضِيَ بِوَضْعِ الْجَذُوعِ وَالْبِنَاءِ عَلَيْهَا بِعَوْضٍ ؛ فَإِنْ أَجَّرَ رَأْسَ الْجِدَارِ لِلْبِنَاءِ . . فَهُوَ إِجَارَةٌ ، وَإِنْ قَالَ : (بَعْتُهُ لِلْبِنَاءِ عَلَيْهِ) ، أَوْ (بَعْتُ حَقَّ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ) . . فَالْأَصَحُّ : أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ فِيهِ شَوْبٌ بَيْعٍ وَإِجَارَةٍ ،

وللقديم شروط : ألا يحتاج مالكة إلى وضع جذوعه عليه ، وألا يزيد في ارتفاع الجدار ، ولا يبني عليه أَرْجاً ، ولا يضع عليه ما يضره ، وأن تكون الأرض له ، نص عليه ، وألا يملك شيئاً من جدران البقعة التي يسقفها ، أو لا يملك إلا جداراً واحداً ، فإن ملك جدارين . . فليسقف عليهما ، ولا فرق على القديم بين أن يحتاج إلى فتح شيء في الحائط ليدخل فيه الجذوع أم لا ، صرح به الماوردي ، وابن الصباغ ، وغيرهما .

(فلو رضي) على الجديد (بلا عوض . . فهو إعارة) لصدق حدّها عليه (له الرجوع قبل البناء عليه ، وكذا بعده في الأصح) كسائر العواري ، والثاني : لا ؛ كما لو أعار للدفن .

(وفائدة الرجوع : تخييره بين أن يُبْقِيَهِ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَعْرَمَ أَرْضَ نَقْصِهِ) أي : ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ؛ كما لو أعار أرضاً للبناء ، (وقيل : فائدته : طلب الأجرة فقط) لأن ضرر القلع يصل إلى ما هو خالص ملك المستعير ، فإن الجذوع إذا ارتفعت أطرافها من جدار . . لا تبقى على الجدار الآخر .

(ولو رضي بوضع الجذوع والبناء عليها بعوض ؛ فَإِنْ أَجَّرَ رَأْسَ الْجِدَارِ لِلْبِنَاءِ . . فهو إجارة) كسائر الأعيان التي تستأجر للمنافع ، لكن لا يشترط فيها بيان المدة في الأصح ؛ لأنه عقد يَرُدُّ عَلَى منفعة ، وتدعو الحاجة إلى دوامه ، فلم يشترط فيه التأقيت ؛ كالنكاح^(١) .

(وإن قال : « بعت له للبناء عليه » ، أو « بعت حق البناء عليه » . . فالأصح : أن هذا العقد فيه شَوْبٌ بَيْعٍ (لكونه مؤبداً) (وإجارة) (لكونه على منفعة ؛ إذ لا يملك المشتري

(١) بلغ مقابلة على خط مؤلفه ، عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

فَإِذَا بَنَى . فَلَيْسَ لِمَالِكِ الْجِدَارِ نَقْضُهُ بِحَالٍ . وَلَوْ أَنَّهُدَّمَ الْجِدَارُ فَأَعَادَهُ مَالِكُهُ . .
فَلِلْمُشْتَرِي إِعَادَةُ الْبِنَاءِ . وَسَوَاءٌ كَانَ الْإِذْنُ بَعْوَضٍ أَوْ بغيرِهِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ قَدْرِ الْمَوْضِعِ الْمَبْنِيِّ
عَلَيْهِ طَوْلًا وَعَرْضًا ، وَسَمَكِ الْجُدْرَانِ ، وَكَيْفِيَّتِهَا ، وَكَيْفِيَّةِ السَّقْفِ الْمَحْمُولِ عَلَيْهَا

فيها عيناً ، والثاني : أنه إجارة ، واغتفر فيها التأييد للحاجة ، والثالث : أنه بيع يملك
به المشتري رأس الجدار ، حتى لو انهدم الجدار ثم أعيد . . عاد حقه .

واحترز بقوله : (للبناء عليه) عما إذا باعه وشرط ألا يبني عليه . . فإنه جائز
قطعاً ، وينتفع به بما عدا البناء من المكث عليه وغيره ، وكذا إذا باعه ولم يتعرض للبناء
بالكلية على الأصح ، ذكره الماوردي .

(فإذا بنى) بعد قوله : (بعته للبناء) ، أو (بعث حق البناء عليه) (. . فليس
لمالك الجدار نقضه بحال) أي : نقض بناء المشتري ، لا مجاناً ولا مع إعطاء الأرض ؛
لأنه استحق دوام البناء بعقد لازم ، وسكت الشيخان عن تمكين البائع من هدم حائط
نفسه ، ومن منع المشتري أن يبني إذا لم يكن قد بنى ، قال الإسوي : ولا شك أنه
لا يُمكنُ منهما .

(ولو انهدم الجدار فأعاده ماله . . فللمشتري إعادة البناء) بتلك الآلات وبمثلها ؛
لأنه حق ثبت له .

(وسواء كان الإذن) في وضع البناء (بعوض أو بغيره يشترط بيان قدر الموضع
المبني عليه ، طولاً وعرضاً ، وسماك الجدران ، وكيفيتها) أي مجوفة أو منضدة ،
من حجر أو غيره .

(وكيفية السقف المحمول عليها) هل هو من خشب أو أزج ، وهو العقد ؛ لأن
الغرض يختلف بذلك ، ولا يشترط ذكر الوزن في الأصح ، ولو حضرت الآلات . .
كفى عن وصفها .

والسمك بفتح السين : الارتفاع إذا أخذت من أسفل فصاعداً ، فإن عكست . .
سمي عمقاً بضم العين المهملة .

والطول : عبارة عن امتداده من زاوية البيت إلى زاوية أخرى مثلاً ، والعرض : هو
البعد الثالث .

وَلَوْ أَدْنَى فِي الْبِنَاءِ عَلَى أَرْضِهِ . . كَفَى بَيَانُ قَدْرِ مَحَلِّ الْبِنَاءِ . وَأَمَّا الْجِدَارُ الْمَشْتَرِكُ : فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا وَضْعُ جُذُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَدَا فِيهِ وَتَدَا أَوْ يَفْتَحَ كَوَّةً بِلَا إِذْنٍ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنْدَ إِلَيْهِ وَيَسْنِدَ مَتَاعاً لَا يَضُرُّ ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي جِدَارِ الْأَجْنَبِيِّ ، وَلَيْسَ لَهُ إِجْبَارُ شَرِيكِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ فِي الْجَدِيدِ . فَإِنْ أَرَادَ إِعَادَةَ مُنْهَدِمٍ بِأَلَةٍ لِنَفْسِهِ . . لَمْ يُمْنَعْ ، وَيَكُونُ الْمُعَادُ مِلْكَهُ ؛ يَضَعُ عَلَيْهِ مَا شَاءَ وَيَنْقُضُهُ إِذَا شَاءَ

(ولو أذن في البناء على أرضه . . كفى بيان قدر محل البناء) لأن الأرض تحمل كل شيء ، فلا يختلف الغرض إلا بقدر محل البناء ، قال السبكي : وينبغي اشتراط بيان قدر ما يحفر من الأساس ؛ لأن الغرض يختلف به .

(وأما الجدار المشترك . . فليس لأحدهما وضع جذوعه عليه بغير إذن في الجديد) هذان القولان هما السابقان في جدار الأجنبي ، وقد سبق توجيههما . (وليس له أن يتدأ فيه وتدأ ، أو يفتح كوة بلا إذن) ولا أن يترب الكتاب بترابه ؛ كغيره من المشتركات .

(وله أن يستند إليه ، ويسند متاعاً لا يضر ، وله ذلك في جدار الأجنبي) لأنه لا ضرر فيه .

وقوله : (لا يضر) ليس في « المحرر »^(١) ، ولا بد منه .

(وليس له إجبار شريكه على العمارة في الجديد) كما لا يجبر على زراعة الأرض المشتركة ، والقديم - ونص عليه في « البويطي » - : الإيجار ؛ صيانةً للأملأك المشتركة عن التعطيل ، وصححه جماعة ، وأفتى به ابن الصلاح ، واختار الغزالي في « الفتاوى » : أن القاضي يلاحظ أحوال المتخاصمين ، فإن ظهر له أن الامتناع لغرض صحيح ، أو شك في أمره . . لم يجبره ، وإن علم أنه عناد . . أجبره^(٢) .

(فإن أراد) الشريك (إعادة منهدم بألة لنفسه . . لم يُمنع) ليصل إلى حقه . (ويكون المعاد ملكه ؛ يضع عليه ما شاء ، وينقضه إذا شاء) لأنه لا حق لغيره فيه .

(١) المحرر (ص ١٨٥) .

(٢) فتاوى الإمام الغزالي (ص ١٥١-١٥٢) .

وَلَوْ قَالَ الْآخَرُ : (لَا تَنْقُضُهُ وَأَغْرَمَ لَكَ حِصَّتِي) . . لَمْ تَلْزَمُهُ إِجَابَتُهُ . وَإِنْ أَرَادَ إِعَادَتَهُ بِنَقْضِهِ الْمُشْتَرَكِ . . فَلِلْآخَرِ مَنَعُهُ . وَلَوْ تَعَاوَنَّا عَلَى إِعَادَتِهِ بِنَقْضِهِ . . عَادَ مُشْتَرَكًا كَمَا كَانَ . وَلَوْ أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ الْآخَرُ زِيَادَةً . . جَازَ وَكَانَتْ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ . وَيَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ وَإِلْقَاءِ الثَّلْجِ فِي مِلْكِهِ عَلَى مَالٍ . وَلَوْ تَنَازَعَا جِدَارًا بَيْنَ مَلِكَيْهِمَا ؛ فَإِنْ اتَّصَلَ بِنَاءٍ أَحَدُهُمَا بِحَيْثُ يُعْلَمُ أَنَّهُمَا بَنِيَا

(ولو قال الآخر : « لا تَنْقُضُهُ وَأَغْرَمَ لَكَ حِصَّتِي » . . لم تلزمه إجابهته) على الجديد ؛ كما لا يلزمه ابتداء العماره .

(وإن أراد إعادته بنقضه المشترك . . فللآخر منعه) كسائر الأعيان المشتركة ، وقيل : ليس له المنع ، وادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه ، وجزم به في « التنبيه »^(١) ، وقال في « المطلب » : إنه الأشبه .

(ولو تعاونا على إعادته بنقضه . . عاد مشتركا كما كان) لتساويهما في العمل والجدار ، فلو شرط لأحدهما زيادة . . لم يصحَّ على الصحيح .

(ولو انفرد أحدهما) بإعادته بالنقض المشترك (وشرط له الآخر زيادة . . جاز ، وكانت في مقابلة عمله في نصيب الآخر) هذا إذا جعل له الزيادة في الحال ، فإن شرطها بعد البناء . . لم يصحَّ ؛ لأن الأعيان لا تؤجل ، قاله الإمام وتبعاه^(٢) .

(ويجوز أن يصالح على إجراء الماء ، وإلقاء الثلج في ملكه على مال) كحق البناء ، وقد أطلق الماء ، والمراد به : الحاصل على سطحه من المطر إذا لم يكن له مصرف إلى الطريق إلا بمروره على سطح جاره ، أو المجلوب من نهر ونحوه إلى أرضه .

فأما غسالة الثياب والأواني . . فلا يجوز الصلح على إجرائها على مال ؛ كما في « الشرح » ، و« الروضة » لأنه مجهول ، والحاجة لا تدعو إلى تجويزه^(٣) .

(ولو تنازعا جداراً بين ملكيهما ؛ فإن اتصل ببناء أحدهما بحيث يُعلم أنهما بنيا

(١) نهاية المطلب (٦/٤٩٥) ، التنبيه (ص ٧٤) .

(٢) نهاية المطلب (٦/٤٩٠) ، روضة الطالبين (٤/٢١٨) ، الشرح الكبير (٥/١١١) .

(٣) الشرح الكبير (٥/١١٦) ، روضة الطالبين (٤/٢٢٢) .

مَعًا . . فَلَهُ الْيَدُ ، وَإِلَّا . . فَلَهُمَا . فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيْنَهُ . . قُضِيَ لَهُ ، وَإِلَّا . . حَلَفَا ،
فَإِنْ حَلَفَا أَوْ نَكَلَا . . جُعِلَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا . . قُضِيَ لَهُ ،

معاً) كما لو كان عليه أزج لا يتصور إحداثه بعد تمام الجدار ؛ بأن أُميل من مبتدأ
ارتفاعه عن الأرض (. . فله اليد) لأن اتصاله أمانة ظاهرة على يده ، فيحلف ويحكم
له به ، إلا أن تقوم بيئة بخلافه .

(وإلا . . فلهما) أي : وإن لم يحصل الاتصال المذكور ؛ بأن كان منفصلاً
عنهما ، أو متصلاً بهما مطلقاً ، أو بأحدهما اتصالاً يمكن إحداثه . . فاليد لهما ؛ لعدم
المرجح .

وأفهم : أنه لا يحصل الترجيح بغير ذلك .

قال الشافعي : (ولا أنظر إلى من إليه الدواخل والخوارج ، وأنصاف اللبن
ولا معاهد القمط)^(١) .

(فإن أقام أحدهما بينة . . قُضِيَ لَهُ) لأن البينة مقدمة على اليد .

(وإلا) أي : وإن لم يُقَمْ أحدهما بينة ، أو أقامها كلُّ منهما (. . حلفا) أي :
حلف كلُّ لصاحبه على النصف الذي يسلم له على الأصح ؛ لأن كلَّ واحد منهما مدعى
عليه ، ويده على النصف فالقول قوله فيه ؛ كالعين الكاملة ، وقيل : يحلف على
الجميع ؛ لأنه يدعيه .

(فإن حلفا أو نكلا . . جُعِلَ بَيْنَهُمَا) لظاهر اليد (وإن حلف أحدهما) ونكل الآخر
(. . قضي له) بالكلِّ إذا حلف يمين الردِّ .

(١) الأم (٤٧٢-٤٧٣) .

قال المفسرون لكلام الشافعي : إن المراد بالخوارج : ما يخرج عن سمت الحائط من الصور والكتابات
المتخذة من حصن أو أجر أو غيرهما ، وبالدواخل : ما في باطن الجدار من الطاقات والمحاريب ،
وبأنصاف اللبن : أن يكون الجدار من لبنات مقطعة ، فيجعل الأطراف الصحاح إلى جانب ، ومواضع
الكسر إلى جانب .

وأما معاهد القمط : فيكون ذلك في الجدران المتخذة من القصب ونحوه . وأغلب ما يكون في السترة
بين السطحين فتشد بحبال أو خيوط ، وربما جعل عليهما خشبة معترضة ، ويكون العقد من جانب
والوجه المستوي من جانب ، والقمط كما قاله الأزهري : حبال رفاق . اهـ هامش (أ) .

وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ . . لَمْ يُرْجَحْ . وَالسَّقْفُ بَيْنَ عُلُوِّهِ وَسُفْلٍ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ
مِلْكَيْنِ ، فَيُنْظَرُ : أَيْمَكُنْ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ الْعُلُوِّ . . فَيَكُونُ فِي يَدَيْهِمَا ، أَوْ لَا . . فَلِصَاحِبِ
السُّفْلِ ؟

(ولو كان لأحدهما عليه جذوع . . لم يُرْجَحْ) لأن وضعها قد يكون بإعارة أو إجارة
أو بيع ، أو بقضاء قاض يرى الإيجابَ على الوضع ، فلا يُتْرَكُ الْمُحَقِّقُ بِالْمَحْتَمَلِ .
(والسقف بين عُلُوِّهِ وَسُفْلٍ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مِلْكَيْنِ ، فَيُنْظَرُ : أَيْمَكُنْ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ
الْعُلُوِّ) بأن يكون السقف عالياً ، فينقب وسط الحائط ، ويوضع رأس الجذوع في
النقب ، ويوضع عليها ألواح أو غيرها ، فيصير البيت الواحد بيتين (. . فَيَكُونُ فِي
يَدَيْهِمَا) لاشتراكهما في الانتفاع به ؛ فإنه أرض لصاحب العلو ، وسائر لصاحب
السفل .

(أو لا) يمكن إحْدَاثُهُ ؛ كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده
في العلو (. . فَلِصَاحِبِ السُّفْلِ) لاتصاله ببنائه .

* * *

باب الحوالة

يُشْتَرَطُ لَهَا : رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ ، لَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ . وَلَا تَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ : تَصِحُّ بِرِضَا

(باب الحوالة)

هي بفتح الحاء ، وحكي كسرُها ، وهي في اللغة : الانتقال ؛ من قولهم : (حال عن العهد) إذا انتقل عنه ، وفي الاصطلاح : تطلق على شيئين : أحدهما : انتقال الدين من ذمة إلى ذمة ، الثاني : العقد الذي يحصل به الانتقال ، وهذا هو غالب استعمال الفقهاء ، وهي مجمع عليها .

والأصح : أنها بيع ، فكأن المحيل باع المحتال ماله في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته ، وقيل : هي استيفاء ، وصححه السبكي ، وفسر الشيخان الاستيفاء : بأن المحتال كأنه استوفى ما على المحيل ، وأقرضه المحال عليه^(١) .

وإذا قلنا : إنها بيع . . فالأصح : أنها بيع دين بدين جوز للحاجة ، وقيل : بيع عين بعين ، وقيل : بيع عين بدين .

(يشترط لها رضا المحيل) لأن الحق في ذمته مرسل ، فلا يتعين قضاؤه في محل معين ؛ كما لو طلب منه الوفاء من كيس بعينه .

(والمحتال) لأن حقه في ذمة المحيل ، فلا ينتقل إلى غيره إلا برضاه ؛ لأن الذمم تتفاوت ، وطريق الوقوف على تراضيهما إنما هو الإيجاب والقبول على ما مر في البيع ، ويعتبر في المحيل والمحتال أهلية التصرف كسائر المعاملات .

(لا المحال عليه في الأصح) لأن الحق للمحيل ، فله أن يستوفي بنفسه وبغيره ؛ كما له أن يوكل ، ولأن المحال عليه محل التصرف فأشبهه العبد المبيع ، والثاني : يشترط ؛ لأنه أحد أركان الحوالة ؛ كالمحيل والمحتال .

(ولا تصح على من لا دين عليه) بناء على أنها بيع ؛ لأنه ليس على المحال عليه شيء يجعله عوضاً عن حق المحتال ، (وقيل : تصح برضاه) بناء على أنها استيفاء ؛

(١) روضة الطالبين (٢٢٨/٤) ، الشرح الكبير (١٢٦/٥) .

وَتَصَحُّ بِالَّذِينَ اللَّازِمُ ، وَعَلَيْهِ الْمِثْلِيُّ ، وَكَذَا الْمُتَقَوِّمُ فِي الْأَصَحِّ ، وَبِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ
الْخِيَارِ ، وَعَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ

فَكَانَ الْمُحْتَالُ أَخَذَ حَقَّهُ مِمَّنْ عَلَيْهِ ، وَأَقْرَضَهُ مِنَ الْمَحَالِّ عَلَيْهِ .

(وَتَصَحُّ بِالَّذِينَ اللَّازِمُ ، وَعَلَيْهِ) سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب أو اختلفا ؛
كَأَنَّ كَانَ أَحَدُهُمَا ثَمَنًا ، وَالْآخَرُ قَرْضًا ؛ لِمَا سَلَفَ مِنَ الْأَدْلَةِ .

قَالَ فِي « الرُّوْضَةِ » : وَكَانَ يَنْبَغِي وَصْفَ الدِّينِ بِالِاسْتِقْرَارِ ؛ لِيُخْرِجَ دِينَ السَّلَمِ فَإِنَّهُ
لَازِمٌ ، وَلَا تَصَحُّ الْحَوَالَةُ بِهِ ، وَلَا عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ ^(١) .

قَالَ الْإِسْنَوِيُّ : لَكِنِ الْأَجْرَةُ قَبْلَ مَضِيِّ الْمُدَّةِ غَيْرُ مُسْتَقَرَّةٍ ، وَكَذَلِكَ الصَّدَاقُ قَبْلَ
الدَّخُولِ ، وَالْمَوْتُ ، وَالثَّمَنُ قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ ، وَمَعَ ذَلِكَ تَصَحُّ الْحَوَالَةُ بِهَا وَعَلَيْهَا ،
فَضَرَرُ هَذِهِ الزِّيَادَةِ أَكْثَرَ مِنْ نَفْعِهَا ، قَالَ : فَالْأَحْسَنُ : التَّعْبِيرُ بِاللِّزُومِ ، وَيزَادُ لِإِخْرَاجِ
السَّلَمِ : يَصَحُّ الْإِسْتِبْدَالُ عَنْهُ ؛ كَمَا عُبِّرَ بِهِ فِي « الْكِفَايَةِ » ^(٢) .

(الْمِثْلِيُّ) كَالنَّقْدَيْنِ وَالْحَبُوبِ ، (وَكَذَا الْمُتَقَوِّمُ) بِكَسْرِ الْوَائِ (فِي الْأَصَحِّ)
كَالثِّيَابِ وَالْعَبِيدِ ؛ لِثَبُوتِهِمَا فِي الذِّمَّةِ بِعَقْدِ السَّلَمِ ، وَالثَّانِي : لَا تَصَحُّ فِي الْمُتَقَوِّمِ ؛ لِأَنَّ
الْمَقْصُودَ مِنَ الْحَوَالَةِ إِيْصَالُ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحَقِّهِ مِنْ غَيْرِ تَفَاوُتٍ ، وَلَا يَتَحَقَّقُ فِيمَا لَا مِثْلَ
لَهُ .

(وَبِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ) أَيِ : بِأَنْ يُحِيلَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَلَى إِنْسَانٍ ، (وَعَلَيْهِ)
أَيِ : بِأَنْ يُحِيلَ الْبَائِعَ إِنْسَانًا عَلَى الْمُشْتَرِي (فِي الْأَصَحِّ) لِأَنَّهُ صَائِرٌ إِلَى اللَّزُومِ ،
وَالْجَوَازُ عَارِضٌ فِيهِ ، وَالثَّانِي : لَا تَصَحُّ بِهِ ، وَلَا عَلَيْهِ ؛ لِعَدَمِ اللَّزُومِ .

وَيَسْتَنَى مِنَ الثَّمَنِ : الرُّبُوبِيَّاتُ وَرَأْسُ مَالِ السَّلَمِ ، فَلَا تَصَحُّ الْحَوَالَةُ بِهِ ، وَلَا عَلَيْهِ
عَلَى الصَّحِيحِ .

وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِهِ : (فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ) عَمَّا إِذَا أَحَالَ بِهِ بَعْدَ انْقِضَائِهِ ، وَقَبْلَ قَبْضِ
الْمَبِيعِ . . فَإِنَّهَا جَائِزَةٌ قِطْعًا ؛ كَمَا هُوَ الْمَشْهُورُ .

(١) روضة الطالبين (٢٣١/٤) .

(٢) المهمات (٤٧٧/٥) .

وَالْأَصَحُّ : صِحَّةُ حَوَالَةِ الْمَكَاتِبِ سَيِّدَهُ بِالنُّجُومِ ، دُونَ حَوَالَةِ السَّيِّدِ عَلَيْهِ . وَيُشْتَرَطُ
الْعِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ قَدْرًا وَصِفَةً ، وَفِي قَوْلٍ : تَصَحُّ بِإِبْلِ الدِّيَةِ وَعَلَيْهَا

(والأصح : صحة حوالة المكاتب سيده بالنجوم ، دون حوالة السيد عليه)
لاستقرار ما أحال به المكاتب دون عكسه ؛ إذ له إسقاطها متى شاء ، فلا يمكن إلزامه
الدفع للمحتال ، والثاني : المنع فيهما ، أما عليه . . فلما مرَّ ، وأما منه . . فبناء على
أنها بيع ، والاعتياض عن نجوم الكتابة غير صحيح ، والثالث : الصحة فيهما ، أما
منه . . فلما مرَّ ، وأما عليه . . فبناء على أنها استيفاء .

وإطلاق الشيخين يقتضي : أنه لا فرق بين النجوم الحالة والمؤجلة ، وفي
« الكفاية » عن المحاملي والجرجاني : تخصيص الجواز بما بعد الحلول دون
ما قبله^(١) .

واحترز المصنف بالنجوم : عما إذا كان للسيد عليه دين معاملة ، وأحال عليه . .
فإن الأصح في « أصل الروضة » : الصحة ، ولا نظر إلى سقوطه بالتعجيز^(٢) .
(ويشترط العلم) من كلَّ منهما (بما يحال به وعليه قدرًا وصفة) أي : الصفة
المعتبرة في السلم ؛ كما قاله في « الكفاية »^(٣) ؛ لأن المجهول لا يصحُّ بيعه
ولا استيفاؤه ، وسكت عن الجنس ؛ لأنه يستغنى عنه بالصفة .

(وفي قول : تصحُّ بإبْلِ الدية وعليها) الخلاف مبني على جواز الاعتياض عنها ،
والأصحُّ : المنع ؛ للجهل بصفاتها ، وصور المصنف في « نكت التنبيه » المسألة : بأن
يجني رجل على رجل مَوْضَحَةً ، ثم يجني المجني عليه على آخر مَوْضَحَةً ، فيجب عليه
خمس من الإبل ، فيحيل المجني عليه أولاً ، وهو الجاني ثانياً المجني عليه ثانياً على
الجاني أولاً بالخمس من الإبل .

- (١) كفاية النبيه (٩٨/١٠) . قال في « العجالة » [٨١١/٢ - ٨١٢] : (وقضية إطلاق الشيخين : أنه لا فرق
بين النجوم الحالة والمؤجلة ، وفي الحالة نظر) . انتهى ، ولم يتعرض لما في « الكفاية » ، ولا وجه
للنظر في الحالة دون المؤجلة . اهـ هامش (أ) .
(٢) الكلام في « زيادة الروضة » (٢٣٠/٤) .
(٣) كفاية النبيه (١٠٣/١٠) .

وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْسًا وَقَدْرًا ، وَكَذَا حُلُولًا وَأَجَلًا وَصِحَّةً وَكَسْرًا فِي الْأَصَحِّ . وَيَبِيرُ بِالْحَوَالَةِ الْمُحِيلُ عَنْ دَيْنِ الْمُحْتَالِ ، وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنْ دَيْنِ الْمُحِيلِ ، وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُحْتَالِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . فَإِنْ تَعَذَّرَ بَفَلْسٍ أَوْ جَحْدٍ وَحَلْفٍ وَنَحْوِهِمَا . . . لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْمُحِيلِ ،

(ويشترط تساويهما جنساً وقدرًا) فلا تصحُّ بالدراهم على الدينانير وعكسه ، ولا بخمسة على عشرة وعكسه ؛ لأنها معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة ، فاشتراط فيها التجانس والتساوي ؛ كالقرض ، ولو جوزت . . لصار المطلوب منها الفضل ، فتخرج عن موضوعها .

(وكذا حلولاً وأجلاً وصحة وكسراً في الأصح) إلحاقاً لتفاوت الوصف بتفاوت القدر ، والثاني : إن كان النفع فيه للمحتال . . جاز ، وإلا . . فلا .

فيحيل بالمؤجل والمكسر على الحال والصحيح ، وبأبعد الأجلين على الأقرب ، بخلاف العكس في الجميع ، وكأنه تبرع بالزيادة ، وانقلب في «الروضة» بعض هذه الأمثلة ، فقال : بالصحيح على المكسر ، وبالجيد على الرديء^(١) ، والصواب : ما ذكرناه .

(ويبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال ، والمحال عليه عن دين المحيل ، ويتحول حقُّ المحتال إلى ذمة المحال عليه) بالإجماع ؛ كما قاله الماوردي^(٢) ؛ لأن هذا كله فائدة الحوالة .

وقوله : (ويتحول) قد يفهم أن الدين لا ينتقل بصفته من رهن أو كفيل ، بل مجرداً عنهما ، ويبرأ الكفيل ، وينفك الرهن ؛ لأن الرهن والكفيل ليسا من حقِّ المحتال ، وهو كذلك ، فقد صرح الرافعي في (باب الضمان) في أول الباب الثاني في حكم الضمان الصحيح ببراءة الضامن^(٣) ، وصرح المتولي بانفكاك الرهن ؛ كما نقله عنه السبكي وأقره ، وأفتى البارزي بالانتقال فيهما ، واعترض .

(فإن تعذر بفلس أو جحد وحلف ونحوهما . . لم يرجع على المحيل) كما لو

(١) روضة الطالبين (٤/٢٣١) .

(٢) الحاوي الكبير (٨/٩٤) .

(٣) الشرح الكبير (٥/١٧٢) .

فَلَوْ كَانَ مُفْلِساً عِنْدَ الْحَوَالَةِ وَجْهَلُهُ الْمُحْتَالُ . . فَلَا رُجُوعَ لَهُ ، وَقِيلَ : لَهُ الرُّجُوعُ إِنْ شَرَطَا يَسَارَهُ . وَلَوْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ ، فَرَدَّ الْمَبِيعُ بَعِيبٍ . . بَطَلَتْ فِي الْأَظْهَرِ ، أَوْ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ فَوَجَدَ الرَّدَّ . . لَمْ تَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ

اعتراض عن دينه شيئاً وقبضه فتلف في يده ، فلو شرط الرجوع عليه بذلك . . فثلاثة أوجه بلا ترجيح في « الرافعي » .

ثالثها : تصحُّ الحوالة دون الشرط^(١) .

وقوله : (ونحوهما) هو من زيادات « الكتاب » على كتب الرافعي ، وعلى « الروضة » أيضاً ، وأشار به إلى التعذر بامتناعه وشوكته ، أو بموته موسراً بعد موت البينة .

(فلو كان مفلساً عند الحوالة وجهله المحتال . . فلا رجوع له) لأنه مقصر بترك الفحص .

(وقيل : له الرجوع إن شرطاً يساره) كما لو شرط كون العبد كاتباً فأخلف .

ورُدَّ : بأنه لو ثبت الرجوع عند الشرط . . لثبت عند عدمه ؛ لأنه نقص .

(ولو أحال المشتري) البائع (بالثمن ، فَرَدَّ المبيع بعيب) أو بإقالة ، أو تحالف (. . بطلت في الأظهر) لأنه إحالة بالثمن .

فإذا انفسخ العقد . . خرج المحال به عن أن يكون ثمناً ، وسقط حقُّ العاقد ، فبطلت .

والثاني : لا تبطل ؛ كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ، ثم ردَّ المبيع بعيب . . فإنه يرجع بمثل الثمن ، ولا يبطل الاستبدال على الأصح .

والخلاف جارٍ سواء ردَّ بعد قبض المبيع أم قبله ، وسواء كان الردُّ بعد قبض المحتال مالَ الحوالة ، أم قبله على الأصح .

(أو) أحال (البائع بالثمن) رجلاً على المشتري (فوجد الردَّ . . لم تبطل على المذهب) لتعلق الحقِّ بثالث ، وهو الذي انتقل إليه الثمن فلم يبطل حقه بفسخ

(١) الشرح الكبير (٥/١٣٣) .

وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَالَ بِشَمْنِهِ ، ثُمَّ اتَّفَقَ الْمُتَبَايعَانِ وَالْمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ ، أَوْ ثَبَتَتْ بَيِّنَةٌ .
بَطَلَتْ الْحَوَالَةُ ،

المتعاقدين ؛ كما لو تصرف البائع في الثمن ثم ردَّ المشتري ما اشتراه بعيب . . فإن تصرفه لا يبطل .

والطريق الثاني : طرد القولين في المسألة قبلها .

وعلى الأول : إن كان قبض المحتال من المشتري . . رجع المشتري على البائع ، وإلا فهل يرجع عليه أم لا يرجع إلا بعد القبض ؟ فيه وجهان .

وقضية كلاهما : ترجيح عدم الرجوع ، والأصحُّ في « الكفاية » : مقابله^(١) .

(ولو باع عبداً وأحال بشمنه ، ثم اتفق المتبايعان والمحتال على حريته ، أو ثبتت بيينة . . بطلت الحوالة) لأنه بان أن لا ثمن حتى يحال به ، وكذا كل ما يمنع صحة البيع ؛ ككونه مستحقاً .

والمراد بالبطلان هنا : عدم الصحة ؛ لأن الحوالة لم تتقدمها صحة ، بخلاف البطلان في الرد بالعيب ونحوه ؛ فإنه بطريق الانفساخ ، وهذه البيينة قد تشهد حسبةً ، وقد يقيمها العبد ، ولا يتصور أن يقيمها واحد من المتبايعين ؛ لأنهما كذباها بالدخول في البيع ، كذا جزما به في « الشرح الصغير » ، و« الروضة » هنا ، ونقله في « الكبير » عن البغوي والرويانى ، وأقره^(٢) .

وهو صريح في أن الإقدام على البيع مانعٌ من سماع الدعوى والبيينة ، وقد ذكرنا في (كتاب الدعاوى) ما يخالفه^(٣) .

(١) كفاية النبيه (١١٤ / ١٠) .

(٢) روضة الطالبين (٢٣٥ / ٤) ، الشرح الكبير (١٣٩ / ٥) .

(٣) روضة الطالبين (٩٧ / ١٢) ، الشرح الكبير (٢٨٩) .

قالا في آخر (كتاب الدعاوى) : إذا باع شيئاً ثم ادعى أنه كان وفقاً عليه ، أو أنه باعه وهو لا يملكه ثم ملكه ؛ إن قال حين باع : هو ملكي . . لم تسمع دعواه ولا بيئته ، وإن لم يقل ذلك . . سمعت ؛ كما نصَّ عليه في « الأم » ، وبه قال العراقيون ، وغلط الرويانى من قال بخلافه . انتهى ، وقد ذكر في « زيادة الروضة » في آخر الباب الثالث من (الإقرار) ما يوافقه أيضاً . اهـ هامش (أ) .

وَأِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلَا بَيِّنَةٌ.. حَلَفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ، ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنْ الْمُشْتَرِي . وَلَوْ قَالَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ : (وَكَلْتُكَ لِتَقْبُضَ لِي) ، وَقَالَ الْمُسْتَحَقُّ : (أَحَلَّتْنِي) ، أَوْ قَالَ : (أَرَدْتُ بِقَوْلِي : « أَحَلَّتْكَ » الْوَكَالَةَ) ، وَقَالَ الْمُسْتَحَقُّ : (بَلْ أَرَدْتُ الْحَوَالَةَ) .. صَدَّقَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ بِبَيِّنَةٍ ، وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَجْهٌ

(وإن كذبهما المحتال ولا بينة .. حلفاه على نفي العلم) بحريته ؛ لأن هذه قاعدة الحلف على النفي الذي لا يتعلق به .

(ثم يأخذ المال من المشتري) لبقاء الحوالة .

وهل يرجع المشتري على البائع ؟ فيه وجهان .

وقضية كلام الشيخين : ترجيح الرجوع ، وقال في « المطلب » : إنه الحق .

(ولو قال المستحق عليه : « وكلتك لتقبض لي » ، وقال المستحق : « أحلنتني » ،

أو قال : « أردت بقولي : أحلتك الوكالة » ، وقال المستحق : « بل أردت الحوالة » .. صدق المستحق عليه ببينته) .

صورة المسألة الأولى : ألا يتفقا على لفظ ، بل قال المستحق عليه : (صدر مني

لفظ الوكالة) ، فقال المستحق : (إنما صدر منك لفظ الحوالة) .

أو يتفقا على لفظ محتمل ، ويختلفا في المراد منه ؛ كقوله : (اقبض) ، وإنما صدقنا المستحق عليه ؛ لأن الأصل : استمرار حقه على من عليه ، وأيضاً فهو في التصوير الثاني : أعرف بنيته .

وصورة الثانية : أن يتفقا على لفظ الحوالة ، ويختلفا في المراد تفريعاً على

المشهور في صحة الوكالة بلفظ الحوالة .

ووجه تصديق المستحق عليه : ما مر من العمل بالأصل ، ومن كونه أعرف

بقصده .

قال في « المطلب » : وعلى التعليلين يتخرج ما إذا لم تكن له نية ، ولم أر فيه

نقلاً .

(وفي الصورة الثانية وجه) أن المصدق المستحق ؛ لأن ظاهر اللفظ يوافقه .

وإن قال : (أحللتك) ، فقال : (وكلتني) . . صدق الثاني بيمينه .

ومحل الخلاف : ما إذا قال : (أحللتك بمئة على زيد) ، ونحو ذلك .
فلو قال : (أحللتك بالمئة التي لك بالمئة التي لي على زيد) . . فالقول قول
المستحق قطعاً ، قاله الشيخان ؛ لأنه لا يحتمل غير الحوالة^(١) .
(وإن قال : « أحللتك » ، فقال : « وكلتني » . . صدق الثاني بيمينه) لأن الأصل
بقاء حق المستحق في ذمته ، ويظهر هذا عند إفلاس المحال عليه^(٢) .

* * *

(١) روضة الطالبين (٢٣٦/٤) ، الشرح الكبير (١٤٠/٥) .

(٢) وقع في « العجالة » [٨١٤/٢] : (ويظهر هذا عند إفلاس المحيل) ، وهو سهو ، لعله من ناسخ ،
والصواب : المحال عليه . اهـ هامش (أ) .

بَابُ الضَّمَانِ

شَرَطُ الضَّامِنِ : الرُّشْدُ ، وَضَمَانُ مُحْجُورٍ عَلَيْهِ بِفُلْسٍ كَشْرَائِهِ . وَضَمَانُ عَبْدٍ بِغَيْرِ
إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ فِي الْأَصَحِّ ،

(باب الضمان)

هو عبارة عن الالتزام إما لما ثبت في ذمة الغير من المال ، وإما لإحضار من عليه
حقٌ لآدمي ، ويطلق أيضاً : على العقد الذي يحصل به الالتزام .
والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ، وقوله
صلى الله عليه وسلم : « أَلَزَعَيْمٌ غَارِمٌ » صححه ابن حبان^(١) ، وانعقد الإجماع عليه في
الجملة .

(شرط الضامن : الرشد) لأنه تصرف في المال ؛ فلا يصح ضمان صبي ومجنون
وسفيه ؛ لعدم رشدهم .

ويرد على طرده : المكره والمكاتب بغير إذن سيده . . فلا يصح ضمانهما مع كونهما
رشدين ؛ لأن الرشد صلاح الدين والمال ، فكان ينبغي أن يزيد الاختيار وأهلية
التبرع .

ويرد على عكسه : السكران المتعدي بسكره ، ومن سفه بعد رشده ولم يحجر
عليه . . فإنه يصح ضمانهما ، وليس برشدين .

(وضمان محجور عليه بفلس كشرائه) بضمن في الذمة ، والأصح : صحته ، كما
سبق ، ويطلب به إذا انفك الحجر وأيسر .

(وضمان عبد بغير إذن سيده باطل في الأصح) ولو كان مأذوناً ؛ كتكاحه ،
والثاني : يصح ، ويتبع به إذا عتق وأيسر ؛ إذ لا ضرر على سيده ؛ كما لو أقر بإتلاف
مال وكذبه السيد .

وقوله : (عبد) : قد يخرج المبعوض إذا كان بينه وبين السيد مهايأة ؛ فإن ضمانه

(١) صحيح ابن حبان (٥٠٩٤) ، وأخرجه أبو داود (٣٥٦٥) ، والترمذي (١٢٦٥) ، وأحمد
(٢٦٧/٥) عن أبي أمامة رضي الله عنه .

وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ ، فَإِنْ عَيْنَ لِلْأَدَاءِ كَسْبَهُ أَوْ غَيْرَهُ . . . قُضِيَ مِنْهُ ، وَإِلَّا . . . فَلَا أَصَحُّ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ . . . تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ الْإِذْنِ ، وَإِلَّا . . . فَبِمَا يَكْسِبُهُ . وَالْأَصَحُّ : اشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ ،

صحيح قطعاً إذا وقع في نوبته .

(ويصحُّ بإذنه) كالنكاح ، وهل يشترط معرفة السيد لقدر الدين ؟ قال الإسني : المتجه : أنا إن علقناه بشيء مما للسيد . . . اشترط ، وإن علقناه بالذمة . . . فلا .

(فإن عين للأداء كسبه أو غيره . . . قُضِيَ منه) لتصريحه بذلك .

(وإلا) أي : وإن اقتصر على الإذن في الضمان ولم يعين له طريقاً (. . . فَلَا أَصَحُّ : أنه إن كان مأذوناً له في التجارة . . . تعلق بما في يده) ربحاً ورأس مال ، (وما يكسبه بعد الإذن) كما في نكاحه ، والثاني : لا يتعلق برأس المال ، بل بالربح الحاصل والمستقبل ، والثالث : بالمستقبل خاصة ، والرابع : يتعلق بذمته فقط ؛ لأنه إنما أذن له في الالتزام دون الأداء .

وحيث قلنا : يؤدي ما في يده . . . فمحله : ما إذا لم يكن على المأذون دين ، فإن كان . . . فَلَا أَصَحُّ في « زيادة الروضة » : أنه لا يؤدي إلا ما يفضل عن حقوقهم ؛ رعايةً للجانبيين^(١) ، لهذا إذا لم يحجر عليه ، فإن حجر عليه بطلب الغرماء . . . لم يتعلق الضمان بما في يده قطعاً .

(وإلا) أي : وإن كان غير مأذون له في التجارة (. . . فبما يكسبه) بعد الإذن ؛ كالمهر ، وقيل : يتعلق بذمته ، وقيل : بربقته ، وفي قول قديم : يتعلق بذمة السيد ؛ كما قيل به أيضاً في النكاح .

(والأصحُّ : اشتراط معرفة المضمون له) لتفاوت الناس في الاستيفاء ، والغرض يختلف به ، فأشبه معرفة قدر الدين ، قال في « المطلب » : والمراد : معرفته بالعين لا النسب ؛ كما دل عليه كلام الماوردي . انتهى ، وصرح به ابن كَجَّ ، وصاحب « المعين » ، وعبارته : المراد : معرفة العين لا معرفة المعاملة ، والثاني :

(١) روضة الطالبيين (٤/ ٢٤٣) .

وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ . وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعًا ، وَلَا مَعْرِفَتُهُ فِي الْأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَضْمُونِ : كَوْنُهُ ثَابِتًا وَصَحَّحَ الْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ . وَالْمَذْهَبُ : صِحَّةُ ضَمَانِ الدَّرَكِ

لا يشترط ؛ لظاهر الآية ، وحديث أبي قتادة المشهور في « صحيح البخاري »^(١) ، فإنه ضمن لمن لا يعرف ، أو لأنه صلى الله عليه وسلم لم يسأله هل يعرفه أم لا ؟ فكان على عمومه .

(وأنه لا يشترط قبوله ورضاه) لعدم التعرض لذلك في حديث أبي قتادة المذكور ، والثاني : يشترط القبول في الحال ؛ كالرهن ، والثالث : يشترط رضاه دون قبوله لفظاً . وكان الأحسن أن يقول : (ولا رضاه) كما في « المحرر »^(٢) ؛ فإن المقصود نفي كلٍّ منهما ، ومع حذفها لا يستفيد إلا نفي الهيئة الاجتماعية ، وحينئذ : فيصدق الكلام بالوجه الثالث .

(ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً) لضمان أبي قتادة دين الميت ، ودعوى القطع تبعاً فيها الإمام^(٣) ، وفيه وجه في « تعليق » القاضي الحسين ، وبه قال الجوري ، ذكره في « المطلب » .

(ولا معرفته في الأصح) إذ ليس ثم معاملة ، ولهذا لا يشترط رضاه ، والثاني : نعم ؛ ليعرف حاله ، وأنه هل يستحق اصطناع المعروف إليه أم لا .

(ويشترط في المضمون : كونه ثابتاً) حال العقد ؛ فلا يصح ضمان ما لم يجب وإن جرى سبب وجوبه ؛ كنفقة الزوجة في الغد ؛ لأن الضمان وثيقة بالحق ، فلا يسبقه ؛ كالشهادة .

(وصحح القديم ضمان ما سيجب) وإن لم يجر سبب وجوبه ؛ كضمان ما يبيعه لفلان أو يقرضه ؛ لأن الحاجة قد تمس إليه .

(والمذهب : صحة ضمان الدرك) لأن الحاجة تدعو إلى معاملة الغريب ، ويخاف

(١) صحيح البخاري (٢٢٩١) .

(٢) المحرر (ص ١٨٩) .

(٣) الشرح الكبير (١٤٤ / ٥) ، روضة الطالبيين (٢٤٠ / ٤) .

بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ ، وَهُوَ : أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا أَوْ مَعِيبًا أَوْ نَاقِصًا لِنَقْصِ الصَّنَجَةِ

أن يخرج ما يبيعه مستحقاً ولا يظفر به ، فاحتيج إلى التوثق ، وقيل : لا يصح ؛ لأنه ضمان ما لم يجب ، وضمان مجهول ؛ فإنه قد يخرج البعض مستحقاً ، والطريق الثاني : القطع بالأول .

(والدرك) : بفتح الراء وسكونها هو : التبعة ؛ أي : المطالبة والمؤاخذه ، ويُسمَّى أيضاً : (ضمان العهدة) .

(بعد قبض الثمن) لأنه إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع ، ولا يدخل الثمن في ضمانه إلا بقبضه ، وقيل : يصح قبله .

وادعى الإمام والغزالي : أنه المذهب ، وصححه ابن أبي عصرون ، وعزاه في «الذخائر» للأكثرين^(١) .

(وهو) أي : ضمان الدرك (أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً) وردّه المشتري ، (أو ناقصاً لنقص الصَّنَجَةِ) قال الرافعي : صورة هذه المسألة : أن يبيع شيئاً بشرط أن وزنه كذا ، فإذا خرج دونه . . بطل البيع على قول ، ويثبت للمشتري الخيار في قول آخر . انتهى^(٢) ، وألجأ إلى ذلك كون المسألة في ضمان الثمن عند نقص المبيع .

واعترض عليه : بأنه لا يطابق قوله : (نقص لنقص الصَّنَجَةِ) ، وإنما : نقص عنها .

وصور ابن الملقن ذلك في كلام المصنف ؛ بأن جاء المشتري بصنجة وزن بها ، فاتهمه البائع فيها ، فيضمن ضامنٌ نقصها إن نقصت^(٣) ، وهذا لا يطابق قول المصنف : (أن يضمن للمشتري الثمن) لأنه في هذا التصوير إنما يكون ضامناً لما نقص من الثمن للبائع .

(١) نهاية المطلب (١١/٧) .

(٢) الشرح الكبير (١٥٢/٥) .

(٣) عجلة المحتاج (٨١٨/٢) .

وَكُونُهُ لَازِمًا ، لَا كُنْجُومٍ كِتَابِيَّةٌ ، وَيَصِحُّ ضَمَانُ الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فِي الْأَصَحِّ ،
وَضَمَانُ الْجُعْلِ كَالرَّهْنِ بِهِ

وأورد على المصنف : ضمان الدرك للبائع . فإنه يصحُّ ، وهو : أن يضمن له المبيع إن خرج الثمن المعين مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً لنقص الصنعة ، وشرطه : أن يكون المبيع مقبوضاً .

(وكونه لازماً ، لا كنجوم كتابية)^(١) لأن المكاتب قادر على إسقاطها بالفسخ ، فلم يحصل المقصود من الضمان وهو التوثق .

والمراد باللازم : ما وضعه على اللزوم وإن كان الآن جائزاً ؛ كما سيأتي في ضمان الثمن في مدة الخيار ، وسواء كان مستقراً ؛ كعوض الخلع أو غير مستقر ؛ كثمن المبيع قبل قبضه .

(ويصحُّ ضمان الثمن في مدة الخيار في الأصحِّ) لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه ، فألحق به ، والثاني : لا ؛ لعدم لزومه في الحال .

ومحل الخلاف : إذا كان الخيار للمشتري ، أو لهما ، أما إذا كان للبائع وحده . . فيصحُّ قطعاً ؛ لأن الدين لازم في حق من عليه ، كذا نقلاه عن المتولي وأقراه ، وجزم به في « الشرح الصغير » ، واستشكله في « المهمات » تبعاً للسبكي بأنه إذا كان الخيار للبائع . . فالملك في المبيع له بلا خلاف ، أو على الصحيح . . فلا ثمن حينئذ على المشتري فضلاً عن كونه لازماً ، فكيف يصحُّ ضمانه بلا خلاف مع حكاية الخلاف في عكسه . انتهى^(٢) .

وأشار الإمام إلى أن تصحيح الضمان مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع ، وإلا . . فهو ضمان ما لم يجب ، كذا نقلاه عنه وأقراه^(٣) ، ولعل ما قاله المتولي مفرع على ذلك .

(وضمن الجعل كالرهن به) لأن كلا منهما للتوثق ، وقد مرَّ أنه يصحُّ الرهن به بعد الفراغ لا قبله .

(١) في (أ) : (وكونه لازماً كنجوم كتابية) .

(٢) الشرح الكبير (١٥٦/٥) ، روضة الطالبين (٢٥٠/٤) ، المهمات (٤٩٤/٥) .

(٣) الشرح الكبير (١٥٦/٥) ، روضة الطالبين (٢٥٠/٤) .

وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا فِي الْجَدِيدِ ، وَالْإِبْرَاءُ مِنَ الْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي الْجَدِيدِ إِلَّا مِنْ إِبِلِ الدِّيَةِ ،
وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : (ضَمَنْتُ مِمَّا لَكَ عَلَى زَيْدٍ مِنْ دَرْهِمٍ إِلَى
عَشْرَةٍ) .. فَأَلْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ ، وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِنًا لِعَشْرَةٍ . قُلْتُ : الْأَصَحُّ : لِتِسْعَةٍ ،
وَاللَّهُ أَعْلَمُ

والفرق بين الجعل والضمن في مدة الخيار : أنه لا يصير إلى اللزوم إلا بالعمل ،
بخلاف الضمن .

(وكونه معلوماً) جنساً وقدرًا وصفةً (في الجديد) لأنه إثبات مال في الذمة لأدومي
بعقد ، فلم يصحَّ مع الجهالة ؛ كالضمن ، والقديم : صحته ؛ لأن معرفته متيسرة .
ومحل الخلاف : في مجهول تمكن الإحاطة به ؛ مثل : أنا ضامن لضمن ما بعث من
زيد ؛ كما مثل به في « المحرر »^(١) ، فإن قال : لشيء منه . . بطل جزماً .
ويبقى للضمان شرط رابع ذكره الغزالي ، وهو : كونه قابلاً لأن يتبرع الإنسان به
على غيره ، فيخرج القصاص ، وحّد القذف ، والأخذ بالشفعة .
(والإبراء من المجهول) جنساً أو صفة أو قدرًا (باطل في الجديد) لأن البراءة
متوقفة على الرضا ، ولا يعقل مع الجهالة ، والقديم : أنه صحيح ؛ لأنه إسقاط
محض ؛ كالإعتاق .

(إلا من إبل الدية) فإنه يصحُّ الإبراء منها على القولين وإن كانت مجهولة الصفة ؛
لأننا أثبتناها في ذمة الجاني مع اعتقاد هذه الجهالة^(٢) ، فكذا هنا .
(ويصحُّ ضمانها في الأصحِّ) كالإبراء ، والثاني : لا ؛ لجهالة وصفها ، والإبراء
مطلوب فوسعنا فيه ، بخلاف الضمان .

(ولو قال : « ضمنت مِمَّا لَكَ عَلَى زَيْدٍ مِنْ دَرْهِمٍ إِلَى عَشْرَةٍ » .. فَأَلْأَصَحُّ : صحته)
لانتفاء الغرر بذكر الغاية ، والثاني : المنع ؛ لجهالة المقدار ؛ لتردده بين الغايتين .
(وأنه يكون ضامناً لعشرة) إن كانت عليه ، أو كان عليه أكثر منها ؛ إدخالاً للغايتين
في الالتزام ، (قلت : الأصحُّ : لتسعة ، والله أعلم) إدخالاً للطرف الأول ؛ لأنه مبتدأ

(١) المحرر (ص ١٩٠) .

(٢) في (ب) و(د) : (مع اعتبار هذه الجهالة) .

الْمَذْهَبُ : صِحَّةُ كَفَالَةِ الْبَدَنِ ، فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ . . لَمْ يُشْتَرَطِ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ . وَالْمَذْهَبُ : صِحَّتُهَا بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لَادِمِيَّةٌ ؛ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ ، وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى

الالتزام ، وقيل : يكون ضامناً لثمانية ؛ إخراجاً للطرفين ؛ لأنها اليقين .
ولم يصحح الرافعي في « الشرحين » هنا ولا في نظيره من (الإقرار) شيئاً ، بل نقل تصحيح العشرة هنا وهناك عن البغوي ، ورجحه هنا في « المحرر »^(١) ، ونقل هناك تصحيح التسعة عن العراقيين والغزالي ، وصححه في « المحرر » هناك^(٢) .

* * *

(فصل : المذهب : صحة كفالة البدن) لإطباق الناس عليها ومسيس الحاجة إليها ، وفي قول : لا تصحُّ ؛ لأن الحرَّ لا يدخل تحت اليد ، ولا يقدر على تسليمه ، والطريق الثاني : القطع بالأول .
(فإن كفل بدن من عليه مال . . لم يُشترط العلم بقدره) لأن الكفالة بالبدن لا بالمال .

(ويُشترط كونه) أي : المال المطالب به (ممَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ) فلا يصحُّ ببدن المكاتب للنجوم التي عليه ؛ كضمانها .
(والمذهب : صحتها ببدن من عليه عقوبة لآدمي ؛ كقصاص وحدِّ قذف) لأنه حقٌّ لازم ، فأشبه المال ، وفي قول : لا ؛ لأن العقوبات مبنية على الدرء ، وقيل : تصحُّ قطعاً ، وقيل : لا قطعاً .

والخلاف مبني على أنه إذا مات . . هل يغرم الكفيل ما عليه من الدين ؟ إن قلنا : نعم . . لم يصحَّ ، وإلا . . صحت .
(ومنعها في حدود الله تعالى) كحدِّ الخمر والزنا والسرقه ؛ لأن مبنائها على

(١) وفي « المحرر » المطبوع ترجيح التسعة .

(٢) الشرح الكبير (١٥٨/٥ ، ٣١٤) ، المحرر (ص ١٩٠ ، ٢٠٤) .

وَتَصَحُّ بَدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَمَحْبُوسٍ وَغَائِبٍ وَمَيِّتٍ لِيُحْضَرَهُ فَيُشْهَدَ عَلَى صُورَتِهِ . ثُمَّ
 إِنَّ عَيْنَ مَكَانِ التَّسْلِيمِ . . . تَعَيَّنَ ، وَإِلَّا . . . فَمَكَانُهَا . وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ
 التَّسْلِيمِ بِلَا حَائِلٍ ؛ كَمَتَغَلَّبٍ ، وَيَأْنُ يَحْضُرُ الْمَكْفُولُ وَيَقُولُ : (سَلَّمْتُ نَفْسِي عَنْ جِهَةِ
 الْكَفِيلِ) ، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ . فَإِنْ غَاب . . . لَمْ يَلْزَمْ الْكَفِيلُ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ
 مَكَانَهُ ،

الإسقاط ، وقيل : قولان : ثانيهما : الصحة ؛ كحدود الأدميين .

(وتصحُّ ببدن صبي ومجنون) لأنه قد يستحق إحضارهما إلى مجلس الحكم لإقامة
 الشهادة على صورتها في الإتلافات وغيرها ، ثم إن تكفل بإذن وليهما . . فله مطالبة
 الولي بإحضارهما عند الحاجة ، وإلا . . فكالكفالة بيدن البالغ العاقل بغير إذنه .
 (ومحبوس وغائب) بإذنه كما سيأتي وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال ؛ كما
 يصحُّ أن يضمن المعسر المال .

(وميت ليُحْضَرَهُ فَيُشْهَدَ عَلَى صُورَتِهِ) لأنه قد يحتاج إلى إحضاره للشهادة على عينه
 إذا تحملوها كذلك ، ولم يعرفوا نسبه ، قال الإسنوي : ومحلُّ هذا قبل الدفن ،
 وإلا . . لم تصحَّ الكفالة وإن لم يتغير ؛ كما دلَّ عليه كلامهم فيها إذا مات بعد
 الكفالة^(١) .

(ثم إن عَيْنَ مَكَانِ التَّسْلِيمِ . . . تَعَيَّنَ ، وَإِلَّا) أي : وإن أطلق (. . . فمكانها) أي :
 مكان الكفالة ؛ لأن العرف قاض بذلك .

(ويبرأ الكفيل بتسليمه في مكان التسليم بلا حائل ؛ كمتغلب) لقيامه بما وجب
 عليه ، فلو كان هناك متغلب يمنعه عنه . . لم يلزمه قبوله ؛ لعدم حصول المقصود .
 (ويأْنُ يَحْضُرُ الْمَكْفُولُ وَيَقُولُ : « سَلَّمْتُ نَفْسِي عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ ») كما يبرأ
 الضامن بأداء الأصيل الدين .

(ولا يكفي مجرد حضوره) بلا قوله : (سلمت نفسي عن الكفالة) ؛ لأنه لم
 يسلمه إليه ولا إلى أحد من جهته .

(فَإِنْ غَاب . . . لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه) لعدم إمكانه ، فأشبه المعسر

(١) في (ب) و (د) : (فيما إذا مات بعد الكفالة) .

وَالْأَلَّ . . . فَيَلْزِمُهُ ، وَيُمْهَلُ مُدَّةَ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ ، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ . . . حُسْبٍ ،
وَقِيلَ : إِنْ غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ . . . لَمْ يَلْزِمُهُ إِحْضَارُهُ . وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ إِذَا مَاتَ
وَدُفِنَ . . . لَا يُطَالَبُ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ ،

بالدين ، (وإلا . . . فيلزمه) إذا كان الإحضار ممكناً بأمن الطريق ، ولا ثم من يمنعه
منه ؛ كما لو كان مال المديون غائباً . فإنه يلزمه إحضاره ، ولو احتاج الكفيل إلى
غرامة . . . كانت في ماله .

(ويمهل مدة ذهاب وإياب) لأنه الممكن ، قال الإسنوي : وينبغي أن يعتبر مع
ذلك مدة إقامة المسافرين ، وهي : ثلاثة أيام غير يوم الدخول والخروج^(١) ؛
للاستراحة وتجهيز المكفول ، ولم أره مسطوراً .

(فإن مضت) المدة المذكورة (ولم يحضره . . . حُبس) إن لم يؤد الدين ؛
لتقصيره ، قال في « المطلب » : ويدام حبسه إلى أن يتعذر إحضاره بموت ، أو جهل
مكان ، أو إقامته عند من يمنعه ، (وقيل : إن غاب إلى مسافة القصر . . . لم يلزمه
إحضاره) كالولي وشاهد الأصل ؛ فإن غيبتهما إلى هذه المسافة كالغيبة المنقطعة ،
والراجع : للزوم ؛ كغيبة مال المديون في هذه المسافة . . . فإنه يؤمر بإحضاره ،
ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين أن تطراً الغيبة أو يكون غائباً وقت الكفالة .
(والأصح : أنه إذا مات ودفن . . . لا يطالب الكفيل بالمال) لأنه لم يلزمه ،
والثاني : نعم ؛ لأنه وثيقة ؛ كالرهن .

وعلى هذا : هل يطالب بالدين أم بالأقل من الدين ودية المكفول ؟ فيه وجهان بناء
على أن السيد يفدي العبد الجاني بالأرض أم بالأقل ، قال في « زيادة الروضة » :
المختار : أنه يطالب بالدين ؛ فإن الدية غير مستحقة ، بخلاف قيمة العبد^(٢) .
وظاهر إطلاق المصنف : أنه لا فرق في جريان الخلاف بين أن يُخْلَفَ المكفول
وفاءً أم لا ، قال السبكي : وظاهر كلامهم : اختصاصه بما إذا لم يُخْلَفَ ذلك .
واحترازه (المال) : عن العقوبة ؛ فإنه لا يطالب بها جزماً .

(١) في (د) : (غير يومي الدخول والخروج) .

(٢) روضة الطالبين (٢٥٨ / ٤) .

وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ فِي الْكَفَالَةِ أَنَّهُ يَغْرُمُ الْمَالَ إِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ . . بَطَلَتْ ، وَأَنَّهَا لَا تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا الْمَكْفُولِ .

فَصْنَانُكَ

[في صيغتي الضمان والكفالة]

يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ لَفْظُ يُشْعِرُ بِالِاتِّزَامِ ؛ كـ (صَمِنْتُ دَيْنَكَ عَلَيْهِ) ، أَوْ (تَحَمَّلْتُهُ) ، أَوْ (تَقَلَّدْتُهُ) ، أَوْ (تَكَفَّلْتُ بِيَدْنِهِ) ، أَوْ (أَنَا بِالْمَالِ ، أَوْ بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ) ، أَوْ (كَفِيلٌ) ، أَوْ

(وأنه لو شرط في الكفالة أنه يغرم المال إن فات التسليم) كقوله : (كفلت بدنه بشرط الغرم) ونحوه (. . بطلت) لأنه شرط ما ينافيها ، وهذا بناء على أنه لا يغرم عند الإطلاق ، والثاني : يصح ؛ بناء على مقابله ، فإن قال : (كفلت بدنه ؛ فإن مات فعلي المال) . . صحت الكفالة ، وبطل الالتزام . قاله الماوردي ^(١) .

(وأنها لا تصح بغير رضا المكفول) بناء على أنه لا يغرم المال عند العجز ؛ لأنه لا فائدة لها ؛ لأنه لا يلزمه الحضور معه ، والفرض : أنه لا يلزمه المال ، والثاني : تصح ؛ بناء على أنه يغرم فيلزمه المال ؛ لأنه عاجز .

ومحل الخلاف : ما إذا تكفل بعد ثبوت المال ، أما قبله . . فلا تصح بدون إذنه قطعاً ، حكاه في « الكفاية » عن القاضي الحسين ، وجرى عليه البغوي ^(٢) .

* * *

(فصل : يشترط في الضمان والكفالة) للبدن (لفظ يشعر بالالتزام) كغيره من العقود .

وقوله : (لفظ) : يخرج الخط ، وإشارة الأخرس المفهمة ، مع أن الضمان ينعقد بهما .

(كـ « ضمنت » لك (دينك عليه » ، أو « تحمّلته » ، أو « تقلّدته » ، أو « تكفّلت بيده » ، أو « أنا بالمال ، أو بإحضار الشخص ضامن » ، أو « كفيل » ، أو

(١) الحاوي الكبير (١٤٩/٨) .

(٢) كفاية النبيه (١٧٥/١٠) ، التهذيب (١٨٩/٤) .

(زَعِيمٌ) ، أَوْ (حَمِيلٌ) . وَلَوْ قَالَ : (أَوْدِي الْمَالِ أَوْ أَحْضَرُ الشَّخْصَ) . . فَهُوَ وَعْدٌ . وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُمَا بِشَرْطٍ ، وَلَا تَوْقِيتُ الْكَفَالَةِ ، وَلَوْ نَجَزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الْإِحْضَارِ شَهْرًا . . جَازَ ، وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا ، .

« زعيم » ، أو « حميل » (لثبوت بعضها بالنص ، والباقي بالقياس مع اشتهاها ، ومن ألفاظه : (التزمت) ، (وأنا به قبيل) ، وكذا (عليّ ما على فلان) كما ذكره الرافعي في (الإقرار)^(١) .

ولو قال : (خلّ عن فلان والدين الذي عليه عندي) . . فليس بصريح ، وكذا دين فلان إلي على الأقوى في « زيادة الروضة »^(٢) .

(ولو قال : « أودى المال ، أو أحضر الشخص » . . فهو وعد) وليس التزاماً ؛ لأن الصيغة لا تشعر بالتزام .

نعم ؛ إن احتفت به قرينة تصرفه إلى الإنشاء . . قال في « المطلب » : فينبغي أن يصحّ ، ولكني لم أره .

(والأصحّ : أنه لا يجوز تعليقهما) يعني : الضمان والكفالة (بشرط) كالبيع ، والثاني : يجوز ؛ لأن القبول لا يشترط فيهما ، فجاز تعليقهما ؛ كالطلاق والعناق .

(ولا توقيت الكفالة) كضمان المال ، وصورته : أنا كفيل به إلى شهر ، وبعده أنا بريء ، والثاني : يجوز ؛ لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة ، بخلاف المال ؛ فإن المقصود منه الأداء .

(ولو نجزها وشرط تأخير الإحضار شهراً) كقوله : (ضمنت إحضاره بعد شهر) (. . جاز) لأنه التزام لعمل في الذمة ، فجاز مؤجلاً ؛ كالعمل في الإجارة .

واحترز بذكر الشهر : عما إذا ذكر زمناً مجهولاً ؛ فإن الأصحّ : البطلان . (وأنه يصحّ ضمان الحال مؤجلاً أجلاً معلوماً) لأن الضمان تبرع وتدعو الحاجة إليه ، فصححناه على حسب ما التزمه ، والثاني : لا يصحّ ؛ للاختلاف .

(١) الشرح الكبير (٣٣٧ / ٥) .

(٢) روضة الطالبين (٢٦٠ / ٤) .

وَأَنَّهُ يَصْخُ ضَمَانُ الْمُؤَجَّلِ حَالاً ، وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّعْجِيلُ . وَلِلْمُسْتَحَقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ
وَالْأَصِيلِ ، وَالْأَصْحُ : أَنَّهُ لَا يَصْخُ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ . وَلَوْ أُبْرَأَ الْأَصِيلَ . . . بَرِيءٌ
الضَّامِنُ ، وَلَا عَكْسٌ

وقوله : (الحال) أحسن من قول « المحرر » : (ضمان المال الحال)^(١) ؛
لشموله من تكفل كفالة مؤجلة بيد من تكفل بغيره كفالة حالة .

(وأنه يصح ضمان المؤجل حالاً) ؛ لأنه تبرع بالتزام التعجيل فصيح ؛ كأصل
الضمان ، والثاني : لا ؛ للمخالفة .

(وأنه لا يلزمه التعجيل) كما لو التزم الأصيل التعجيل ، والثاني : يلزمه ؛ كأصل
الضمان .

فعلى الأول : هل يثبت الأجل في حقه مقصوداً أو تبعاً ؟ وجهان تظهر فائدتهما فيما
لو مات الأصيل ؛ فإن جعلناه في حقه تابعاً . حل عليه ، وإلا . . فلا ، كما لو مات
المضمون على الصحيح .

(وللمستحق مطالبة الضامن) لحديث : « أَلَزَعِيمٌ غَارِمٌ »^(٢) ، (والأصيل) لأن
الضمان معناه : ضمّ ذمة إلى ذمة ، والغرض به : التوثق .

(والأصح : أنه لا يصح) الضمان (بشرط براءة الأصيل) لمنافاته مقتضاه ،
والثاني : يصح الضمان والشرط ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ضمان
أبي قتادة : « هُمَا عَلَيْكَ ، وَفِي مَالِكَ ، وَالْمَيْتُ مِنْهُمَا بَرِيءٌ » ، فقال : نعم ، صحح
الحاكم إسناده^(٣) .

وقيل : يصح الضمان دون الشرط .

(ولو أبرأ الأصيل . . برىء الضامن) لسقوط الحق (ولا عكس) لأنه إسقاط
وثيقة ، فلا يسقط بها الدين ؛ كفك الرهن .

وفي معنى الإبراء : أداء الدين ، والاعتياض عنه ، والحوالة به وعليه .

(١) المحرر (ص ١٩١) .

(٢) سبق تخريجه (ص ٢٢٢) .

(٣) المستدرک (٥٨ / ٢) .

وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا . . حَلَّ عَلَيْهِ دُونَ الْآخَرِ . وَإِذَا طَالَبَ الْمُسْتَحِقُّ الضَّامِنَ . . فَلَهُ مُطَالَبَةُ الْأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِالْأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ . وَلِلضَّامِنِ الرُّجُوعُ عَلَى الْأَصِيلِ إِنْ وُجِدَ إِذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالْأَدَاءِ ، وَإِنْ انْتَفَى فِيهِمَا . . فَلَا ،

قال في « العجالة » : (فلو عبر بقوله : « برى » . . كان أشمل) . انتهى^(١) ، وفيه نظر ؛ فإنه تقييد قوله : (ولا عكس) ، فإنه لو برىء الكفيل بالأداء . . برىء الأصيل ، فالتعبير بالإبراء في الثانية . . متعين . (ولو مات أحدهما . . حلّ عليه) لوجود سبب الحلول (دون الآخر) لأنه حي يرتفق بالأجل .

(وإذا طالب المستحق الضامن . . فله مطالبة الأصيل بتخليصه بالأداء إن ضمن بإذنه) كما أنه يغرمه إذا غرم ، ومعنى التخليص : أنه يؤدي دين المضمون له ؛ ليبرأ الضامن .

(والأصحُّ : أنه لا يطالبه قبل أن يطالب) لأنه لم يغرم شيئاً ، ولا طولب بشيء ، والثاني : نعم ؛ كما لو استعار عيناً للرهن ورهنها . . فإن للمالك مطالبة بفكها . وفرق الأول : بأن الرهن محبوس بالدين ، وفيه ضرر ظاهر ، والضامن ليس محبوساً به .

ومحل الخلاف : إذا كان الدين حالاً ، فأما إذا كان مؤجلاً . . فليس له مطالبة قطعاً ، نبه عليه صاحب « المعين » ، وهو ظاهر .

(وللضامن الرجوع على الأصيل إن وُجدَ إِذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالْأَدَاءِ) لأنه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه ، فأشبه ما لو قال : (اعلف دابتي) فلعلفها ، هذا إذا أدى من ماله ، أما لو أخذ من سهم الغارمين وأدى به الدين . . لم يرجع ، خلافاً للمتولي ؛ كما ذكره في (قسم الصدقات)^(٢) .

(وإن انتفى فيهما) أي : في الضمان والأداء (. . فلا) لأنه متبرع .

(١) عجالة المحتاج (٨٢٣/٢) .

(٢) الشرح الكبير (٣٩٣/٧) ، روضة الطالبين (٣١٨/٢) .

وَإِنْ أَذِنَ فِي الضَّمَانِ فَقَطَّ . . رَجَعَ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَا عَكْسَ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ أَدَّى مُكْسَرًا عَنْ صَاحٍ أَوْ صَالِحٍ عَنْ مِثَّةٍ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ خَمْسُونَ . . فَلَا أَصَحَّ : أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا بِمَا غَرِمَ . وَمَنْ أَدَّى دِينَ غَيْرِهِ بِلاَ ضَمَانٍ وَلَا إِذْنَ . . فَلَا رُجُوعَ ،

(وإن أذن في الضمان فقط) بأن سكت عن الأداء (. . رجع في الأصح) لأن الضمان يوجب الأداء ، فكان الإذن فيه إذناً لما يترتب عليه ، والثاني : لا ؛ لانتفاء الإذن في الأداء .

وعلى الأول : يستثنى ما إذا كان الضمان بالإذن قد ثبت بالبينة وهو مُنْكَرٌ ؛ كما لو ادعى على زيد وغائب ألفاً ، وإن كلاً منهما ضمن ما على الآخر ، فأنكر زيد ، فأقام المدعي بذلك بينة وأخذ من زيد . . فالأصح : أن زيدا لا يرجع على الغائب بالنصف إذا كان مكذباً للبينة ؛ لأنه مظلوم بزعمه ؛ فلا يطالب غير ظالمه .

(ولا عكس في الأصح) أي : وهو ما إذا ضمن بغير الإذن ، وأدى بالإذن ؛ لأن وجوب الأداء سببه الضمان ، ولم يأذن فيه ، والثاني : يرجع ؛ لأنه أسقط الدين عن الأصل بإذنه .

ولو أذن في الأداء بشرط الرجوع . . ففيه احتمالان للإمام ، صحح في « زيادة الروضة » منهما الرجوع^(١) .

(ولو أدى مكسراً عن صحاح ، أو صالح عن مئة بثوب قيمته خمسون . . فالأصح : أنه لا يرجع إلا بما غرم) لأنه الذي بذله ، والثاني : يرجع بالصحاح والمئة ؛ لحصول براءة الذمة به ، والنقصان جرى من رب المال مسامحة .

نعم ؛ لو باعه الثوب بمئة وتقاضا . . رجع بالمئة بلا خلاف .
ولو باعه الثوب بما ضمنه له عن فلان . . فالمختار في « زيادة الروضة » : أنه يصح البيع ، ويرجع بما ضمنه لا بالأقل^(٢) .

(ومن أدى دين غيره بلا ضمان ولا إذن . . فلا رجوع) ؛ لتبرعه ، ويرى المدين .

(١) نهاية المطلب (٧/٧) ، روضة الطالبيين (٢٦٦/٤) .

(٢) روضة الطالبيين (٢٦٧/٤) .

وَأِنْ أَذِنَ بِشَرْطِ الرَّجُوعِ . . رَجَعَ ، وَكَذَا إِنْ أَذِنَ مُطْلَقاً فِي الْأَصَحِّ . وَالْأَصَحُّ :
 أَنَّ مُصَالَحَتَهُ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدَّيْنِ لَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ . ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجِعُ الضَّامِنُ
 وَالْمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَ بِالْأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ ، وَكَذَا رَجُلٌ لِيَحْلِفَ مَعَهُ فِي
 الْأَصَحِّ ، فَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ . . فَلَا رُجُوعَ إِنْ أَدَّى فِي غَيْبَةِ الْأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ ، وَكَذَا إِنْ
 صَدَّقَهُ فِي الْأَصَحِّ ،

(وإن أذن بشرط الرجوع . . رجع) لقوله صلى الله عليه وسلم : « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ
 شُرُوطِهِمْ » ^(١) .

(وكذا إن أذن مطلقاً في الأصح) للعرف ، والثاني : لا يرجع ؛ لأنه لم يوجد منه
 سوى الإذن في الأداء ، وليس من ضرورة الأداء الرجوع ، وعلى الأصح : الفرق بين
 هذا وبين ما لو قال : (اغسل ثوبي) ونحو ذلك من غير اشتراط شيء - فإن الأصح :
 أنه لا يستحق أجره - : أن المسامحة في المنافع أكثر منها في الأعيان .
 (والأصح : أن مصالحته على غير جنس الدين لا تمنع الرجوع) لأن الإذن إنما
 يقصد البراءة ، وقد حصلت ، والثاني : يمنع ؛ لأنه إنما أذن في الأداء دون
 المصالحة .

(ثم إنما يرجع الضامن والمؤدي إذا أشهد بالأداء رجلين ^(٢) ، أو رجلاً وامرأتين) ؛
 لثبوت الحق بذلك .

(وكذا رجلٌ ليحلف معه في الأصح) لأنه كافٍ في إثبات الأداء ، والثاني : لا ؛
 لأنهما قد يترافعان إلى قاضٍ لا يرى القضاء بشاهد ويمين ، فكان ذلك ضرباً من
 التقصير .

(فإن لم يُشْهَدْ) وأنكر رب المال (. . فلا رجوع إن أدَّى في غيبة الأصيل وكذَّبه)
 الأصيل ؛ لأن الأصل عدمُ الأداء ، وهو مقصر بترك الإشهاد .
 (وكذا إن صدقه في الأصح) لأنه لم يؤدَّ ما ينتفع به الأصيل ؛ لأن المطالبة باقية ،

(١) أخرجه البخاري تعليقاً في الإجارة ، باب : أجر السمسرة ، والحاكم (٤٩/٢) ، والبيهقي (٧٩/٦)
 عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) في (ب) و (د) : (إذا أشهدا بالأداء رجلين) .

وَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ أَوْ أَدَّى بِحَضْرَةِ الْأَصِيلِ . . رَجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ .

والثاني^(١) : يرجع ؛ لاعترافه أنه أبرأ ذمته بإذنه .

(وإن صدقه المضمون له)^(٢) ، وكذبه المضمون عنه (أو أدى بحضرة الأصيل . . رجع على المذهب) أما في الأولى . . فلسقوط الطلب بإقرار المستحق ، وإقراره أقوى من البينة ، ووجه مقابله : أن قول ربِّ المال لا يكون حجةً على الأصيل ، ويحتمل أن يكون أبرأه ، وأما في الثانية . . فلأنه في الغيبة مستبد بالأمر ، فعليه الاحتياط والتوثق ، وإذا كان الأصيل حاضراً . . فهو أولى بالاحتياط ، والتقصير بترك الإشهاد منسوب إليه ، ووجه مقابله : القياس على ما إذا أذاه في غيبته .

* * *

(١) فائدة : في « فتاوى الحناطي » : أن من مات وعليه دين هل يتعلق به الدائن في الآخرة أو آخر ورثته ؟ فأجاب : يرثه الله في آخر الأمر ، ثم يرده إليه في القيامة ، وإن كان قد أدى إلى بعض ورثته . . خرج عن المظلمة لا بقدر ما سوف وماطل ، فيتعلق به كذلك ، قال : وفيه وجه لأصحابنا : يكون لآخر من مات من الوارثين ، كذا نقله عنه في « المعجالة » [٨٢٦ / ٢] وفيه نظر ، فليتأمل . اهـ هامش (أ) .

(٢) في (ب) و (د) : (فإن صدقه) .

كتاب الشركة

هِيَ أَنْوَاعٌ : شَرَكَةُ الْأَبْدَانِ ؛ كَشْرَكَةِ الْحَمَالِينَ وَسَائِرِ الْمُحْتَرَفَةِ ؛ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا مُتَسَاوِيًا أَوْ مُتَفَاوِتًا مَعَ اتِّفَاقِ الصَّنْعَةِ أَوْ اخْتِلَافِهَا . وَشَرَكَةُ الْمَفَاوِضَةِ ؛ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا وَعَلَيْهِمَا مَا يَعْرِضُ مِنْ غُرْمٍ . وَشَرَكَةُ الْوُجُوهِ ؛ بَأَن يَشْتَرِكَ الْوَجِيهَانِ لِيَبْتَاعَ كُلُّ مِنْهُمَا بِمَوْجَلٍ لِهَما ، فَإِذَا بَاعَا . كَانَ الْفَاضِلُ عَنِ الْأَثْمَانِ بَيْنَهُمَا . وَهَذِهِ الْأَنْوَاعُ بَاطِلَةٌ

(كتاب الشركة)

هي بكسر الشين وإسكان الراء ، وقيل : بفتح الشين وكسر الراء . وهي في اللغة : الاختلاط ، وفي الشرع : ثبوت الحق في الشيء الواحد لشخصين فصاعداً على جهة الشيوع .

والأصل فيها قبل الإجماع : قوله تعالى : ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ ﴾ الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى : أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَإِذَا خَانَ . . خَرَجْتُ مِنْ بَيْنَهُمَا » رواه أبو داود والحاكم ، وقال : صحيح الإسناد^(١) .

(هي أنواع) أربعة (شركة الأبدان ؛ كشركة الحمالين وسائر المحترفة ؛ ليكون بينهما كسبهما متساوياً أو متفاوتاً مع اتفاق الصنعة أو اختلافها) ، كنجار وخياط .

(وشركة المفاوضة ؛ ليكون بينهما كسبهما) سواء كان بالبدن ، أو المال من غير خلط مال ، (وعليهما ما يعرض من غرم) بغصب ، أو إتلاف ، أو بيع فاسد .

(وشركة الوجوه ؛ بأن يشترك الوجيهان ؛ ليبْتَاعَ كُلُّ مِنْهُمَا بِمَوْجَلٍ لِهَما ، فإذا باعَا . . كان الفاضل عن الأثمان بينهما ، وهذه الأنواع باطلة) أما الأول : فلأن كل واحد منهما متميزٌ ببدنه ومنافعه ، فيختصُ بفوائده ؛ كما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة ؛ ليكون الذرُّ والنَّسلُ بينهما ، وأما الثاني : فلاشتمالها على أنواع من الغرر ،

(١) سنن أبي داود (٣٣٨٣) ، المستدرک (٥٢ / ٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَشَرَكَةُ الْعِنَانِ صَحِيحَةٌ ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا : لَفْظُ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ ، فَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى : (اشتركتنا) . . لَمْ يَكْفِ فِي الْأَصَحِّ ، وَفِيهِمَا : أَهْلِيَّةُ التَّوَكُّلِ وَالتَّوَكُّلُ

ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه : لا أعرف في الدنيا شيئاً باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة ، ولا أعلم القمار إلا هذا ، أو أقلّ منه^(١) ، وأما الثالث : فلائها شركة من غير مال ، وما اشتراه كل واحد منهما . . فهو ملكه ، له ربحه وعليه غرمه . وسميت شركة المفاوضة بذلك من قولهم : (تفاوضا في الحديث) إذا شرعا فيه جميعاً .

(وشركة العنان) بكسر العين (صحيحة) بالإجماع ، مأخوذة من عنان الدابة ، أو من عَن الشيء : إذا ظهر ؛ لأن جوازها ظاهر . (ويشترط فيها) من الناطق (لفظ يدل على الإذن في التصرف) من واحد للآخر في نصيب نفسه ؛ لأن المال المشترك لا يجوز لأحد الشريكين التصرف فيه إلا بإذن صاحبه ، ولا يعرف الإذن إلا بصيغة تدل عليه ، وإشارة الأخرس المفهمة كاللفظ من الناطق على المذهب .

(فلو اقتصرنا على : « اشتركتنا » . . لم يكف في الأصح) لاحتمال كونه إخباراً عن حصول الشركة في المال ، ولا يلزم من حصول الشركة جواز التصرف ، بدليل الموروث ، والثاني : يكفي ؛ لفهم المقصود عرفاً .

(وفيهما) أي : ويشترط في الشريكين (أهلية التوكيل والتوكّل) على ما سيأتي ؛ لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في شيء وموكله في شيء آخر ، هذا إذا أذن كل واحد منهما للآخر في التصرف ، فإن كان المتصرف أحدهما فقط . . اشترط فيه أهلية التوكّل ، وفي الآذن . . أهلية التوكيل ، حتى يصح أن يكون الثاني أعمى دون الأول ، قاله في « المطلب » .

وقضية إطلاق المصنف : أنه يجوز للولي عقد الشركة على مال محجوره ، قال في « المطلب » : وهو قضية كلامهم ، وقد يقال : بمنعها ؛ لاستلزامها خلط ماله قبل العقد بلا مصلحة ، بل قد يؤثر نقصاً .

وَتَصَحُّ فِي كُلِّ مِثْلِي دُونَ الْمُتَقَوِّمِ ، وَقِيلَ : تَخْتَصُّ بِالنَّقْدِ الْمَضْرُوبِ . وَتُشْتَرَطُ خَلْطُ الْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزَانِ ، وَلَا يَكْفِي الْخَلْطُ مَعَ اخْتِلَافِ جِنْسٍ ، أَوْ صِفَةٍ كَصَحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ ، هَذَا إِذَا أَخْرَجَا مَالَيْنِ وَعَقْدًا ، فَإِنْ مَلَكََا مُشْتَرَكًا بِإِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا وَأَذِنَ كُلُّ لِلْآخَرِ فِي التَّجَارَةِ فِيهِ . . تَمَّتِ الشَّرِكَةُ . وَالْحِيلَةُ فِي الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ : أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ الْآخَرِ وَيَأْذَنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ

(وتصح في كل مثلي) أما النقدان . . فبالإجماع ، وأما غير النقدين ؛ كالقمح ونحوه . . فعلى الأظهر ؛ لأنه إذا اختلط بجنسه . . ارتفع التمييز ، فأشبهه النقدين .
(دون المتقوم) بكسر الواو ؛ لأنه لا يمكن الخلط في المتقومات ، وحيث قد يتلف مال أحدهما أو ينقص ، فلا يمكن قسمة الآخر بينهما .
وقضية كلامه تبعاً لـ « أصله » : أنه لا تصح الشركة على النقد المغشوش ؛ لأنه من المتقومات ^(١) ، والأصح في « زيادة الروضة » : صحتها إذا استمر رواجها في البلد ^(٢) .

(وقيل : تختص بالنقد المضروب) كالفراض (ويشترط خلط المالين) قبل العقد (بحيث لا يتميزان) لما ذكرناه في امتناع المتقوم .
(ولا يكفي الخلط مع اختلاف جنس) كدراهم ودنانير ، (أو صفة ؛ كصحاح ومكسرة) لإمكان التمييز (هذا إذا أخرجوا مالاين وعقدا ؛ فإن ملكا مشتركا بإرث وشراء وغيرهما وأذن كل للآخر في التجارة فيه . . تمت الشركة) ؛ لأن المعنى المقصود بالخلط حاصل .

(والحيلة في الشركة في العروض : أن يبيع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض الآخر ويأذن له في التصرف) بعد التقابض وغيره مما شرط في البيع ، وحيث أنه فيملكه بالسوية إن بيع نصف بنصف ، فإن بيع ثلث بثلثين ، أو ربع بثلاثة أرباع ؛ لأجل تفاوتهما في القيمة . . ملكاه على هذه النسبة ، وسواء تجانس العرضان أو اختلفا .
وكان ينبغي أن يقول : (والحيلة في المتقومات) لأن الشركة في المثليات جائزة

(١) المحرر (ص ١٩٣) .

(٢) روضة الطالبين (٢٧٦/٤) .

وَلَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي قَدْرِ الْمَالَيْنِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِقَدَرِهِمَا عِنْدَ الْعَقْدِ .
وَيَسْلُطُ كُلُّ مِنْهُمَا عَلَى التَّصَرُّفِ بِلا ضَرَرٍ ؛ فَلَا يَبِيعُ نَسِئَهُ وَلَا يَغْيِرُ نَقْدَ الْبَلَدِ وَلَا يَغْيِرُ
فَاحِشٍ وَلَا يُسَافِرُ بِهِ وَلَا يُبْذِعُهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ . وَلِكُلِّ فَسْخُحُهُ مَتَى شَاءَ ، وَيَنْعَزِلَانِ عَنِ
التَّصَرُّفِ بِفَسْخِحِهِمَا ، فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا : (عَزَلْتُكَ) ، أَوْ (لَا تَتَصَرَّفُ فِي نَصِييِ) ..
لَمْ يَنْعَزِلِ الْعَازِلُ

بالخلط مع أنها من العروض ؛ إذ العرض ما عدا النقد .
وقوله : (كل واحد) الأولى حذف لفظه (كل) فإنه لو باع أحدهما بعض عرضه
ببعض عرض الآخر . . حصل الغرض .

(ولا يشترط تساوي قدر المالين) بل تثبت الشركة مع التفاوت على نسبة المالين ؛
لأنه لا محذور فيه ؛ إذ الربح والخسران على قدر المالين ؛ كما سيأتي .
(والأصح : أنه لا يشترط العلم بقدرهما) أي : المالين من جهة النسبة ؛ بأن يعرفا
أن المال بينهما مثالثة أو مناصفة (عند العقد) إذا أمكن معرفته من بعد ، بمراجعة
حساب أو وكيل ، كذا قيده الرافعي^(١) ؛ لأن الحق لا يعدوهما ، وقد تراضيا ،
والثاني : يشترط ، وإلا . . يؤدي إلى جهل كل منهما بما أذن فيه ، وبما أذن له فيه .
(ويتسلط كل منهما على التصرف بلا ضرر ؛ فلا يبيع نسيئة ، ولا يغير نقد البلد ،
ولا يغير فاحش) ولا يشتري ، (ولا يسافر به ، ولا يبذعه) بأن يعطيه لمن يتصرف
فيه متبرعاً والربح للمالك (بغير إذن) لأن الشركة في الحقيقة توكيل وتوكّل ، وسيأتي
في الوكالة أنه ليس للتوكيل ذلك .

وقوله : (بغير إذن) قيد في الكل ، فإن أذن في شيء منها . . جاز .
(ولكل فسخه) ؛ أي : فسخ عقد الشركة (متى شاء) كالوكالة .
(وينعزلان عن التصرف بفسخهما) أي : بفسخ كل منهما ؛ لزوال العقد .
(فإن قال أحدهما : « عزلتك » أو « لا تتصرف في نصيبي » . . لم ينعزل العازل)
بل المخاطب فقط ؛ لأن المتكلم لم يمنعه أحد ، بخلاف المخاطب .

(١) الشرح الكبير (١٩٠/٥) .

وَتَنْفَسُخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَيَجُنُونَهُ وَيَاغِمَائِهِ . وَالرَّيْبُ وَالْخُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ،
تَسَاوِيَا فِي الْعَمَلِ أَوْ تَفَاوَتَا ، فَإِنْ شَرَطَا خِلَافَهُ . فَسَدَ الْعَقْدُ ، فَيَرْجِعُ كُلُّ عَلَى الْآخِرِ
بِأَجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ ، وَتَنْفُذُ التَّصَرُّفَاتُ ، وَالرَّيْبُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ . وَيَدُ الشَّرِيكِ يَدُ
أَمَانَةٍ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ وَالْخُسْرَانِ وَالتَّلْفِ ، فَإِنْ ادَّعَاهُ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ . طُولِبَ بَيِّنَةٌ
بِالسَّبَبِ ، ثُمَّ يُصَدَّقُ فِي التَّلْفِ بِهِ ، وَلَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالُ : (هُوَ لِي) ، وَقَالَ
الْآخَرُ : (مُشْتَرِكٌ) ، أَوْ بِالْعَكْسِ . صُدِّقَ صَاحِبُ الْيَدِ ،

(وتنفسخ بموت أحدهما ، ويجنونه ، وبإغمائه) كالوكالة ، قال في « الكفاية » :
وكذا بطرء حجر السفه^(١) .

(والربح والخسران على قدر المالين ، تساويا في العمل أو تفاوتا) سواء شرطاه أم
لا ؛ عملاً بقضية الشركة .

(فإن شرطاً خلافه . . فسد العقد) لأنه مخالف لموضوع الشركة ، (فيرجع كلُّ
على الآخر بأجرة عمله في ماله) أي : مال الآخر ؛ كما في القراض إذا فسد .

نعم ؛ لو تساويا في المال وتفاوتا في العمل ، وشرط الأقلُّ للأكثر عملاً . لم
يرجع بالزائد على الأصح ؛ لأنه عمل متبرعاً .

(وتنفذ التصرفات) لوجود الإذن (والربح على قدر المالين) لأنه مستفاد
منهما .

(ويد الشريك يد أمانة ، فيقبل قوله في الردِّ والخسران والتلف) كالمودع
والوكيل ، (فإن ادَّعاه) ، يعني : التلف (بسبب ظاهر . . طُولِبَ بَيِّنَةٌ بِالسَّبَبِ ، ثُمَّ
يُصَدَّقُ فِي التَّلْفِ بِهِ) هذه المسألة قد ذكرها المصنف في آخر (الوديعة) مستوفاة ،
والمذكور هنا يحتاج إلى تفصيل فيراجع من هناك .

(ولو قال من في يده المال : « هو لي » ، وقال الآخر : « مشترك » ، أو
بالعكس . . صدق صاحب اليد) ؛ لأنها تدلُّ على الملك ، وقد ادَّعى صاحبها جميعَ
المال في المسألة الأولى ، ونصفه في الثانية .

(١) كفاية النبيه (١٠ / ١٩٧) .

وَلَوْ قَالَ : (اُقْتَسَمْنَا وَصَارَ لِي) .. صُدِّقَ الْمُنْكَرُ ، وَلَوْ اشْتَرَيْتُ وَقَالَ : (اشْتَرَيْتُهُ
لِلشَّرِكَةِ أَوْ لِنَفْسِي) ، وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ .. صُدِّقَ الْمُشْتَرِي .

(ولو قال : « اقتسمنا وصار لي » .. صدق المنكر) ؛ لأن الأصل عدم القسمة .
(ولو اشترى وقال : « اشتريته للشركة أو لنفسي » ، وكذبه الآخر .. صدق
المشتري) ؛ لأنه أعرف بقصده ، وسواء ادعى أنه صرح بالشراء للشركة أو نواه ،
والغالب وقوع ذلك في الأولى حالة ظهور الخسران ، وفي الثانية حالة ظهور الربح .

* * *

كتاب الوكالة

شَرَطُ الْمُوَكَّلِ : صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمِلْكٍ أَوْ وَلَايَةٍ ، فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ ، وَلَا الْمَرْأَةَ وَالْمُحْرِمَ فِي النِّكَاحِ ،
.....

(كتاب الوكالة)

هي بفتح الواو وكسرهما . وهي في اللغة : التفويض ، وفي الاصطلاح : تفويض ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حال حياته .

والأصل فيها : الإجماع ، والسنة الصحيحة الشهيرة ؛ كقصة عروة البارقي وغيره ، وفي القرآن ما يدلُّ عليها ، وهو قوله تعالى : ﴿ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ﴾ الآية ، بل قال القاضي الحسين وغيره : إنه مندوب إليها .

(شرط الموكل : صحة مباشرته ما وكل فيه بملك أو ولاية ، فلا يصحُّ توكيل صبي ولا مجنون) لأن الوكيل فرع ونائب عن الموكل ، فإذا لم يقدر الأصل على تعاطي الشيء . . فنائبه أولى ألا يقدر ، والمغمى عليه كالمجنون ، وكذا النائم .

واحترز بالملك والولاية : عن الوكيل فإنه لا يوكل عند الإطلاق ؛ كما سيأتي ؛ لأنه ليس بمالك ولا ولي ، وعن العبد المأذون ؛ لأنه إنما يتصرف بالإذن فقط ، وهذا الضابط ذكره الغزالي^(١) ، وأورد عليه الرافعي الوكيل ؛ فإنه قد يوكل عنه لا عن الموكل ؛ كما سيأتي ، وحينئذ فلا يصحُّ اشتراط كون الموكل مالكا للتصرف بملك أو ولاية^(٢) .

وقوله : (ما وكل) هو بفتح الواو .

(ولا المرأة والمحرّم في النكاح) أما المرأة . . فلأنها لا تزوج نفسها ، والمراد : أنها لا توكل أجنبياً في تزويجها ، فأما لو أذنت للولي بصيغة الوكالة . . فإنه يصحُّ ؛ كما نقله في « البيان » عن النص^(٣) .

(١) الوجيز (ص ٢١٧) .

(٢) الشرح الكبير (٢١٦/٥) .

(٣) البيان (١٩٢/٩) .

وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْوَلِيِّ فِي حَقِّ الطِّفْلِ ، وَيُسْتَثْنَى تَوْكِيلُ الْأَعْمَى فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ..
فَيَصِحُّ

وأما المحرم .. فللنهي عنه في « صحيح مسلم »^(١) ، وهذا محمول على ما إذا
وَكَلَّه ليعقد عنه في حال الإحرام ، فإن وَكَلَّه ليعقد له بعد التحلل ، أو أطلق .. صَحَّ ،
وكذا لو وَكَلَّ حلالاً محرماً ليوكِّل حلالاً بالتزويج على الأصح ؛ لأنه سفير محض .
(ويصحُّ توكيل الولي في حقِّ الطفل) في النكاح وغيره ؛ لولايته عليه .
وتعبيره بالطفل تبع فيه « المحرر »^(٢) ، والصواب : حذفه ؛ كما هو في « الشرح »
و« الروضة » ؛ ليدخل المجنون والسفيه .

(ويستثنى) مما ذكرناه (توكيل الأعمى في البيع والشراء) وكذا سائر العقود
المتوقفة على الرؤية ؛ كالإجارة والأخذ بالشفعة (فيصحُّ) وإن لم يقدر على مباشرته ؛
للضرورة .

ويستثنى من هذا الضابط : مسائل كثيرة ؛ بعضها من طرده ، وبعضها من عكسه ؛
فمما يستثنى من طرده : الولي غير المجبر ، إذا أذنت له في النكاح ونهته عن التوكيل ،
فلا يوكل قطعاً ، ومنها : إذا جوزنا لصاحب الدين أن يكسر الباب ويأخذ ما يجده ،
فإنه لا يجوز له التوكيل فيه ، كما صرح به جماعة ، ومنها : التوكيل في الإقرار ممتنع
على الصحيح ، ومنها : إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة له أن يختار أربعاً ، ولا يوكل
في ذلك ، إلا إذا عين الموكل المختارات للنكاح ، فيجوز في الأصح .

ومما يستثنى من العكس : توكيل المشتري البائع ، أو المسلم المسلم إليه في أن
يوكل من يقبض عنه ، فإنه يصحُّ مع استحالة مباشرته القبض من نفسه ، ومنها : إذا
قال : (إن طلقتك .. فأنت طالق قبله ثلاثاً) وقلنا : لا يقع الطلاق ، فوكل .. فإنه
يصحُّ ، كما قاله الرافعي ، ومنها : التوكيل في استيفاء قصاص الطرف وحدِّ القذف ،
فإنه جائز مع امتناع الموكل من مباشرته ، ومنها : مسألة توكيل الحلال محرماً ، ليوكل
حلالاً في التزويج ؛ كما مرَّ .

(١) صحيح مسلم (١٤٠٩) عن عثمان بن عفان رضي الله عنه .

(٢) المحرر (ص ١٩٥) .

وَشَرَطُ الْوَكِيلِ : صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ التَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ ، لَا صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ ، وَكَذَا الْمَرْأَةُ وَالْمُحْرِمُ فِي النِّكَاحِ ، لَكِنَّ الصَّحِيحُ : اِعْتِمَادُ قَوْلِ صَبِيٍّ فِي الْإِذْنِ فِي دُخُولِ دَارٍ وَإِصَالِ هَدِيَّةٍ ، وَالْأَصَحُّ : صِحَّةُ تَوْكِيلِ عَبْدٍ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ ،

(وشرط الوكيل : صحة مباشرته التصرف لنفسه) كما في الموكل .
ويستثنى توكيل الولي فاسقاً في بيع مال محجوره ، فإنه لا يجوز .
(لا صبي ومجنون) لسلب عبارتهما ، والمغمى عليه كالمجنون ، وكذا النائم .
ومحل عدم صحة توكيل الصبي : فيما لا يصح منه مباشرته ، فيجوز توكيله في حج التطوع والذبح ولو في أضحية ، وفي تفرقة الزكاة ؛ كما مر في بابه .
(وكذا المرأة والمُحْرَمُ في النكاح) لسلب عبارتهما فيه إيجاباً وقبولاً .
(والمحرَّم) بضم الميم ، أما مفتوحها . . فيجوز أن يكون وكيلاً في القبول وإن كان لا يصح تعاطيه لنفسه ، وألحق بعضهم الخنثى بالمرأة ؛ للشك في أهليته .
(لكن الصحيح : اعتماد قول صبي في الإذن في دخول دار وإيصال هدية) لتسامح السلف في مثل ذلك ، وهو توكيل من جهة الآذن والمهدي ، والثاني : لا ؛ كغيره من التصرفات .

ومحل الخلاف : إذا كان مأموناً ، وإلا . . فلا يعتمد قطعاً ، وما إذا لم تكن قرينة ؛ فإن احتفت به قرينة أفادت العلم . . اعتمد قطعاً ، والكافر والفاسق كالصبي في ذلك .
(والأصح : صحة توكيل عبد في قبول نكاح) إذ لا ضرر على السيد فيه ، والثاني : لا ؛ إذ لا يستقل فيه بنفسه .

ومحل الخلاف : إذا لم يأذن فيه ، فإن أذن . . صح قطعاً ؛ كذا ذكره في « الروضة » في النكاح ، وقال هنا بعد أن حكى الخلاف مع الإذن : (المختار : الجواز مطلقاً)^(١) .

وهذه المسألة مستثناة من عكس القاعدة ، وهو أن من لا تصح مباشرته لنفسه . . لا تصح وكالته .

(١) روضة الطالبين (٢٩٩/٤) .

وَمَنْعُهُ فِي الْإِيجَابِ . وَشَرَطُ الْمُؤَكَّلِ فِيهِ : أَنْ يَمْلِكَهُ الْمُؤَكَّلُ ، فَلَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ سَيَمْلِكُهُ ، وَطَلَّاقٍ مَنْ سَيَسْكُحُهَا . بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ . وَأَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِلنِّيَابَةِ ، فَلَا يَصِحُّ فِي عِبَادَةِ إِلَّا الْحَجَّ ، وَتَفَرُّقَ زَكَاةٍ ، وَذَبْحَ أُضْحِيَّةٍ ، وَلَا فِي شَهَادَةٍ ، وَإِيْلَاءٍ ، وَلِعَانٍ ، وَسَائِرِ الْأَيْمَانِ ،

(ومنعه في الإيجاب) لأنه إذا لم يزوج بنت نفسه . فبنت غيره أولى ، والثاني : يصح ؛ لصحة عبارته في الجملة ، والمبعض أولى بالصحة منه فيما يصح توكيله فيه .
(وشرط المؤكل فيه : أن يملكه المؤكل ، فلو وكله ببيع عبد سيملكه ، وطلاق من سينكحها . . بطل في الأصح) لأنه لا يتمكن من مباشرته بنفسه عند التوكيل ، فكيف يستنبط فيه غيره ؟ والثاني : يصح ؛ لأن الملك حاصل عند المقصود من التوكيل وهو التصرف .

ويستثنى من إطلاق المصنف : عامل القراض ؛ فإن إذن المالك في بيع ما سيملكه من العروض نافذ ؛ إذ لا تتم مصالح العقد إلا به ، ولو قال : (وكلتك في بيع كذا ، وأن تشتري بئمنه كذا) . . فأشهر القولين : صحة التوكيل بالشراء ؛ كما ذكره صاحب « المطلب » .

(وأن يكون قابلاً للنّيابة) لأن التوكيل تفويض وإنابة ، فما لا يقبلها ؛ كاستيفاء حق القسم من الزوجات ونحوه مما سيأتي . . لا يقبل التوكيل (فلا يصح في عبادة) لأن المقصود منها ابتلاء الشخص وامتحانه بإتعا به نفسه ، وذلك لا يحصل بالتوكيل ، (إلا الحج ، وتفرقة زكاة ، وذبح أضحية) للأدلة المذكورة في أبوابها .
ويندرج في التوكيل بالحج ركعتا الطواف ، والعمرة كالحج .
والكفارة ، والنذر ، وصدقة التطوع كالزكاة .
والعقيقة ، والهدايا ، وشاة الوليمة كالأضحية .

والعاجز يأمر من يوضئه ، أو ييممه ، والتوكيل في إزالة النجاسة جائز ، وعنه احتراز بقوله : (عبادة) ؛ لأنه من باب التروك ، ولذلك لا تشترط فيها النية على الأصح .
(ولا في شهادة ، وإيلاء ، ولعان ، وسائر الأيمان) أي : باقيها ؛ إلحاقاً لها بالعبادات .

وَلَا فِي ظَهَارٍ فِي الْأَصَحِّ ، وَيَصِحُّ فِي طَرَفَيْ بَيْعٍ ، وَهَبَةٍ ، وَسَلَمٍ ، وَرَهْنٍ ، وَنِكَاحٍ ،
وَطَلَاقٍ ، وَسَائِرِ الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ ، وَقَبْضِ الدُّيُونِ وَإِقْبَاضِهَا ، وَالِدَّعْوَى وَالْجَوَابِ ،
وَكَذَا فِي تَمَلُّكِ الْمُبَاحَاتِ كَالْإِحْيَاءِ وَالْإِضْطْيَادِ وَالْإِحْتَطَابِ فِي الْأَظْهَرِ ، لَا فِي إِقْرَارٍ فِي
الْأَصَحِّ ،

والنذر ، وتعليق الطلاق ، والعق في معنى الأيمان ، قاله الرافعي^(١) ، ولا ترد
صحة الشهادة على الشهادة ؛ إذ ليست بتوكيل .

(ولا في ظهار في الأصح) الوجهان مبنيان على أن المذهب فيه معنى اليمين أو
الطلاق ، والأرجح : تغليب شائبة الطلاق ، وقضيته : ترجيح الصحة ، لكن لمنعه
معنى آخر ، وهو أنه منكر من القول وزور ، فلا تشريع فيه الإعانة بالتوكيل ؛ لقوله
تعالى : ﴿ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾ وإذا صححناه قال في « المطلب » : الأشبه :
أن يقول : (موكلي يقول : أنت عليه كظهر أمه) .

(ويصحُّ في طرفي بيع ، وهبة ، وسلم ، ورهن ، ونكاح) أما النكاح .. فبالنص ،
وأما الباقي .. فبالقياس ، (وطلاق) منجز ؛ لأنه إذا جاز في العقد .. ففي حله
أولاً ، أما المعلق .. فيمتنع على الأصح ، (وسائر العقود) كالصلح والحوالة
والضمان ، ونحو ذلك ، (والفسوخ) المتراخية ، أما التي على الفور .. فلا ؛
للتقصير .

(وقبض الديون وإقباضها ، والدعوى والجواب) لعموم الحاجة .
ويستثنى من جواز التوكيل في القبض : قبض العوض في الصرف في غيبة الموكل ؛
لأنه بغيبته فسد العقد ، وفي استثنائه نظر ؛ لأنه بعد فساد العقد لا دين .
(وكذا في تملك المباحات ؛ كالإحياء ، والاضطیاد ، والاحتطاب في الأظهر) ؛
لأنها أحد أسباب الملك ، فأشبهه الشراء ، فيحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل
له ، والثاني : المنع ؛ قياساً على الاغتنام .

(لا في إقرار) بأن يقول : (وكلتك لتقر عني لفلان بكذا) (في الأصح) لأنه
إخبار عن حق ، فلم يقبل التوكيل ؛ كالشهادة ، والثاني : يصح ؛ لأنه قول يلزم به

(١) الشرح الكبير (٢٠٧/٥) .

وَيَصِحُّ فِي اسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيٍّ ؛ كَقَصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ . وَلَيْكُنِ الْمُوَكَّلُ فِيهِ مَعْلُومًا مِنْ بَعْضِ أَلْوَجُوهِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، فَلَوْ قَالَ : (وَكَلَّنَكَ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ) ، أَوْ (فِي كُلِّ أُمُورِي) ، أَوْ (فَوَضْتُ إِلَيْكَ كُلَّ شَيْءٍ) .. لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ قَالَ : (فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعَتَقِ أَرْقَائِي) .. صَحَّ ، .

الحقُّ ، فأشبهه الشراء ، فعلى هذا : لم يكن بنفس التوكيل مقراً على ما صححه في « زيادة الروضة » ، إلا أن يقول : (أقر عني لزيد بألف له علي) فيكون مقراً جزماً ، وعلى الأول : يكون مقراً ؛ كما نقله في « زيادة الروضة » عن الأكثرين ، وجزم في « الحاوي الصغير » بخلافه^(١) .

وصورة لفظ الوكيل : (أقررت عنه بكذا) ، كما اقتضاه كلام البندنجي ، واختار السبكي أن يقول : (موكلي مقرر لك بكذا) .

(ويصحُّ في استيفاء عقوبة آدَمِيٍّ ؛ كَقَصَاصٍ ، وَحَدِّ قَذْفٍ) كسائر الحقوق ، بل يتعين ذلك في حدِّ القذف ، وكذا في قطع الطرف في الأصح ؛ كما ذكره المصنف في موضعه ، ويجوز أيضاً التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى من الإمام والسيد . نعم ؛ يمتنع التوكيل في إثباتها ؛ لأنها مبنية على الدرء ، إلا في القاذف ، فإنه يجوز له أن يوكل في إثبات زنا المقدوف ؛ لسقوط حدِّ القذف عنه بذلك .

(وقيل : لا يجوز إلا بحضرة الموكل) لاحتمال العفو في الغيبة ، قال صاحب « المعين » تبعاً لابن الصباغ : ومحل الخلاف : في تمكين الحاكم الوكيل من الاستيفاء ، أما استيفاء الوكيل .. فصحيح قطعاً .

(وليكن الموكل فيه معلوماً من بعض الوجوه) لثلاث أعظم الغرر .
(ولا يشترط علمه من كلِّ وجه) لأنها جوزت للحاجة ، فسمح فيها .
(فلو قال : « وكلنتك في كلِّ قليل وكثير » ، أَوْ « فِي كُلِّ أُمُورِي » ، أَوْ « فَوَضْتُ إِلَيْكَ كُلَّ شَيْءٍ » .. لم يصحَّ) لأنه غرر عظيم ، فإنه يدخل فيه أمور لو عرض تفصيلها على الموكل ؛ كطلاق زوجاته ، والصدقة بجميع ماله .. لاستنكره .
(وإن قال : « فِي بَيْعِ أَمْوَالِي ، وَعَتَقِ أَرْقَائِي » .. صحَّ) لأن الغرر فيه قليل .

(١) روضة الطالبين (٤/٢٩٣-٢٩٤) ، الحاوي الصغير (ص ٣٢٧) .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ عَبْدٍ . . . وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ ، أَوْ دَارٍ . . . وَجَبَ بَيَانُ الْمَحَلَّةِ وَالسَّكَّةِ ، لَا قَدْرَ الثَّمَنِ فِي الْأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ مِنَ الْمُوَكَّلِ لَفْظٌ يَقْتَضِي رِضَاهُ ؛ كـ (وَكَّلْتُكَ فِي كَذَا) ، أَوْ (فَوَضَّئْتُ إِلَيْكَ) ، أَوْ (أَنْتَ وَكِيلِي فِيهِ) ،

(وإن وكله في شراء عبد . . . وجب بيان نوعه) كتركي ، أو هندي ونحوهما ؛ لاختلاف الأغراض فيها ، ولا يشترط استقصاء الأوصاف التي في السلم ، ولا ما يقرب منها اتفاقاً ، قاله الإمام والغزالي ، وجرى عليه الشيخان^(١) ، لكن اعتبر القاضي ذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها ، ولو اختلفت أصناف نوع اختلافًا ظاهراً . . . اشترط التعرض للصنف ، قاله الجويني ، وأقره^(٢) .

(أو دار . . . وجب بيان المحلة) وهي الحارة (والسكة) بكسر السين : وهي الزقاق ؛ لاختلاف الغرض بذلك اختلافًا ظاهراً ، ويتعرض في الحانوت للسوق . (لا قدر الثمن في الأصح) في هذه المسألة والتي قبلها ؛ لأن غرضه قد يتعلق بواحد ما ، نفيساً كان أو خسيساً ، والثاني : لا بد من تقديره ؛ كمئة ، أو بيان غايته ؛ كمئة إلى ألف ؛ لظهور التفاوت .

هذا كله إذا قصد بالشراء القنية ، فإن قصد التجارة . . . لم يشترط بيان شيء من ذلك ، بل يجوز أن يقول : (وكلتك في أن تشتري بهذا الدينار ما شئت من العروض ، أو ما رأيت المصلحة في شرائه) قياساً على القراض ؛ كما نقله في « الكفاية » عن الماوردي والمتولي ، وأقره ، وجزم به القفال ، وهو مقتضى كلام الرافعي^(٣) .

(ويشترط من الموكل لفظ يقتضي رضاه ؛ كـ « وكلتك في كذا » ، أو « فوضته إليك » ، أو « أنت وكيلني فيه ») ونحوها كـ (أنبتك فيه) ، كما يشترط الإيجاب في سائر العقود .

(١) عبارة (أ) : (قاله الإمام والغزالي ، وجرى للشيخان والرافعي) ، وفي غير (أ) : (قاله الإمام والرافعي) ، ولعل المثبت هو الصواب .

(٢) نهاية المطلب (٥١/٧) ، والوسيط (٢٨٠/٣) ، والشرح الكبير (٢١٤/٥) ، وروضة الطالبين (٢٩٦/٤ - ٢٩٧) .

(٣) كفاية النية (٢٨٤/١٠) ، الشرح الكبير (٢١٤/٥) .

فَلَوْ قَالَ : (بَع) ، أَوْ (أَعْتَق) . . . حَصَلَ الْإِذْنُ . وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظاً ، وَقِيلَ :
يُشْتَرَطُ ، وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ فِي صَيِّغِ الْعُقُودِ ؛ كـ (وَكَلْتِكَ) ، دُونَ صَيِّغِ الْأَمْرِ ؛ كـ (بَع)
(وَأَعْتَق) . وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيلُهَا بِشَرْطٍ فِي الْأَصَحِّ ،

وقوله : (لفظ) يوهم أنه لا تكفي الكتابة وإشارة الأخرس وكتابه ، وليس
كذلك ، بل هو كالبيع وأولى .

وقوله : (كوكلتك) قد يفهم أن تعيين الوكيل شرط فلا يصح : (وكلت كل من
أراد بيع داري هذه) في بيعها ، وبه صرح الإمام ، والغزالي ، وكذا الرافعي في
(كتاب الحج) في الكلام على الجعالة فيه^(١) ، ونقله المصنف في « فتاويه » عن
الأصحاب^(٢) .

(فلو قال : « بَع » أو « أَعْتَق » . . . حصل الإذن) لأنه أبلغ مما سبق .
(ولا يشترط القبول لفظاً) لأن التوكيل إباحة ورفع حَجَرٍ ، فأشبهه إباحة الطعام ،
وعلى هذا لو وكله والوكيل لا يعلم . . . ثبتت وكالته في الأصح ، فلو تصرف قبل
علمه . . فكبيع مال مورثه طائناً حياته .

(وقيل : يشترط) لأنه تملك للتصرف فليقبل ؛ كسائر التمليكات ، (وقيل :
يشترط في صيغ العقود ؛ كـ « وكلتك » ، دون صيغ الأمر ؛ كـ « بَع » و « أَعْتَق »)
إلحاقاً لصيغة العقد بالعقود ، وللأمر بالإباحة .

واحترز بقوله : (لفظاً) عن القبول معنى ، فإنه لا بد منه في دوام الوكالة قطعاً ،
حتى لو رد . . بطلت ، قال المنكت : وهو ينافي عدم اشتراط العلم ، فإن الرضا
يستلزم العلم ، فالمشروط إذاً في دوام الوكالة : عدم الرد لا الرضا ، فإنه لو أكرهه
على التصرف . . صح في الأصح^(٣) .

(ولا يصح تعليقها بشرط) من صفة ، أو وقت (في الأصح) كسائر العقود ،
والثاني : يصح ؛ كالوصية .

(١) نهاية المطلب (٣٩٠ / ٤) ، والوسيط (٥٩٦ / ٢) ، والشرح الكبير (٣١٢ / ٣) .

(٢) فتاوى الإمام النووي (ص ١٣٨ - ١٣٩) .

(٣) السراج (٢٤ / ٤) .

فَإِنْ نَجَزَهَا وَشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ شَرْطًا . . جَازَ ، وَلَوْ قَالَ : (وَكُلُّكَ وَمَتَى عَزَلْتُكَ فَأَنْتَ وَكَيْلِي) . . صَحَّتْ فِي الْحَالِ فِي الْأَصَحِّ ، وَفِي عَوْدِهِ وَكَيْلًا بَعْدَ الْعَزْلِ الْوَجْهَانِ فِي تَعْلِيلِهَا ، وَيَجْرِيَانِ فِي تَعْلِيلِ الْعَزْلِ

وفرق الأول : بأن الوصية تقبل الجهالة ، فتقبل التعليق ، أما تأقيتها ؛ كوكلتك إلى شهر . . فجائز .

(فَإِنْ نَجَزَهَا وَشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ شَرْطًا . . جَازَ) بالاتفاق ؛ لأنه إنما علق التصرف فقط .

(ولو قال : « وكلتك ومتى عزلتك فأنت وكيلي » . . صحت في الحال في الأصح) ؛ لوجود الإذن ، والثاني : لا تصح ؛ لأنه أبدها ، وهو إلزام للعقد الجائز .
ومحلُّ الخلاف : ما إذا قال ذلك متصلاً بالتوكيل بصيغة الشرط ، وبكلاً ، وعمّ نفسه وغيره ؛ كذا قاله في « المطلب » ، واقتضاه تعليل الرافعي بإلزام العقد الجائز^(١) ، وكلام المصنف ظاهر في جريان الخلاف مطلقاً .

(وفي عوده وكيلًا بعد العزل الوجهان في تعليلها) لأنه علق الوكالة ثانياً على العزل ، والأصح : عدم العود ؛ لأن الأصح : فساد التعليق ، والثاني : يعود ، بناء على صحته .

(ويجريان في تعليق العزل) بطلوع الشمس ونحوه .

وقضية كلامه : تصحيح عدم الانعزال ، والذي في « الروضة » و« أصلها » : أنهما يجريان بالترتيب ، والعزل أولى ؛ لأنه لا يشترط فيه قبول قطعاً^(٢) ، واشتراطه في الوكالة مختلف فيه ، قال الإسنوي : وتصحيح عدم العزل بعيد ، وكيف نفذ التصرفات والمالك مانع منها^(٣) .

* * *

(١) الشرح الكبير (٢٢٢/٥) .

(٢) روضة الطالبين (٣٠٣/٤) ، والشرح الكبير (٢٢٣/٥) .

(٣) المهمات (٥٣٢/٥) .

الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ مُطْلَقاً لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ ، وَلَا بِنَسِيئَةٍ ، وَلَا بِغَبْنٍ فَاحِشٍ - وَهُوَ : مَا لَا يُحْتَمَلُ غَالِباً - فَلَوْ بَاعَ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ وَسَلَّمُ الْمُبِيعِ . . ضَمَنَ ، فَإِنْ وَكَّلَهُ لِيَبِيعَ مُؤَجَّلاً وَقَدَّرَ الْأَجَلَ . . فَذَاكَ ،

(فصل : الوكيل بالبيع مطلقاً ليس له البيع بغير نقد البلد) لدلالة القرينة العرفية عليه ، فلو كان في البلد نقدان . . باع بالأغلب ، فإن استويا . . فبالأنفع ، فإن استويا . . تخير .

(ولا بنسيئة) وإن كان قدر ثمن المثل ؛ لأن الإطلاق في البيع يقتضي الحلول ، فكذلك في التوكيل في البيع .

(ولا بغبن فاحش ، وهو : ما لا يحتمل غالباً) كالوصي ، أما اليسير ؛ كدرهم في عشرة . . فيغتفر ، بخلاف درهمين ، كذا قاله^(١) ، وقال ابن أبي الدم : العشرة إن سومح بها في المئة . . فلا يتسامح بالmente في الألف ، فالصواب : الرجوع للعادة ، وذكر الروياني : أن اليسير يختلف باختلاف أجناس الأموال ، فربع العشر كثير في النقد والطعام ، ونصفه ليس كثيراً في الجواهر والرقيق ونحوهما^(٢) .

واحترز بقوله : (مطلقاً) عما إذا نصّ على البيع بشيء من ذلك . . فإنه يجوز .

وقوله : (ليس له) صريح في المنع ، فلو فعل . . فالمذهب : بطلان تصرفه ، وفي قول : إنه موقوف على إجازة الموكل .

(فلو باع على أحد هذه الأنواع وسلم المبيع . . ضمن) لتعديه ، ولو باع بضمن المثل ، ثم وجد راغب بزيادة في زمن الخيار . . انفسخ العقد في الأصح إن لم يفسخه .

(فإن وكله لبيع مؤجلاً وقدر الأجل . . فذاك) أي : فيجوز أن يبيعه إلى ذلك الأجل من غير زيادة عليه ، ولا ينقص أيضاً إن نقص من الثمن شيئاً ، أو كان خوفاً ،

(١) الشرح الكبير (٢٢٤ / ٥) ، وروضة الطالبين (٣٠٤ / ٤) .

(٢) بحر المذهب (١٨٣ / ٧) .

وَأِنْ أَطْلَقَ . . صَحَّ فِي الْأَصَحِّ ، وَحُمِلَ عَلَى الْمُتَعَارَفِ فِي مِثْلِهِ . وَلَا يَبِيعُ لِنَفْسِهِ وَوَلَدِهِ
الصَّغِيرِ . وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَبِيعُ لِأَبِيهِ وَأَبْنَيْهِ الْبَالِغِ ،

أو للحفاظ مؤنة ونحوهما من الأغراض ، وإلا جاز في الأصح إن لم يعين
المشتري ، فإن عينه . . قال الإسنوي : فيظهر المنع ؛ لظهور قصد المحاباة ؛ كزيادة
الثلث^(١) .

(وإن أطلق . . صحَّ في الأصح ، وحُمِلَ عَلَى الْمُتَعَارَفِ فِي مِثْلِهِ) حملاً للمطلق
على المعهود ؛ كما تقدم في النقود ، فإن لم يكن . . راعى الأنفع للموكل ، والثاني :
لا يصح ؛ لاختلاف الغرض بتفاوت الآجال طولاً وقصراً .

وقيل : يصح ، وله التأجيل إلى ما شاء ؛ لإطلاق اللفظ ، وقيل : لا يزيد على
سنة ؛ كتقدير الديون المؤجلة بها شرعاً ؛ كالجزية .

(ولا يبيع لنفسه وولده الصغير) لتضاد الغرضين ؛ لأنه حريص بطبعه على
الاسترخاء لهما ، وغرض الموكل الاجتهاد في الزيادة .

نعم ؛ لو أذن له في البيع من نفسه ، وقَدَّرَ الثلث ، ونهاه عن الزيادة . . فينبغي
الجواز ؛ كما قاله ابن الرفعة ، والشراء في ذلك كالبيع .

(والأصحُّ : أنه يبيع لأبيه وابنه البالغ) ، وكذا سائر أصوله وفروعه ؛ لأنه باع
بالثلث الذي لو باع به من أجنبي . . صحَّ ، والثاني : لا ؛ لأنه متهم بالميل إليهم .

وتعبيره بـ (البالغ) يرد عليه المجنون والسفيه فإنهما كالصغير ، ولهذا عبّر في
« الشرح » و« الروضة » بقولهما ، والوجهان في الأصول والفروع المستقلين^(٢) .

ثم محلُّ الخلاف : إذا لم يأذن له في البيع منهم ، فإن أذن . . جاز قطعاً .
ومحلُّه أيضاً : إذا لم يعين الثلث ، فإن عينه . . جاز قطعاً ؛ كما نقله في

« المهمات » عن « فتاوى القفال » ، وأقره ، لكن حكى ابن الملقن عن القاضي
الحسين فيه وجهين مرتبين وأولى بالصحة ؛ لانتفاء التهمة^(٣) .

(١) المهمات (٥٤٣/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٢٢٦/٥) ، وروضة الطالبيين (٣٠٥/٤) .

(٣) المهمات (٥٣٣/٥) ، عجلة المحتاج (٨٣٨/٢) .

وَأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ لَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ وَتَسْلِيمُ الْمَبِيعِ ، وَلَا يُسَلَّمُهُ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ ، فَإِنْ خَالَفَ . . ضَمِنَ . وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ . . لَا يَشْتَرِي مَعِيًّا ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ يُسَاوِي مَعَ الْعَيْبِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ . . وَقَعَ عَنِ الْمُوَكَّلِ إِنْ جَهِلَ الْعَيْبَ ، وَإِنْ عَلِمَهُ . . فَلَا فِي الْأَصَحِّ ،

(وأن الوكيل بالبيع له قبض الثمن وتسليم المبيع) إذا كان مسلماً إليه ؛ لأنه من توابع البيع ومقتضياته ، والثاني : لا ؛ لعدم الإذن فيهما ، وقد يرضاه للبيع دون القبض .

ومحل الخلاف : إذا لم يكن القبض شرطاً ، فإن كان ؛ كالصرف ونحوه . . فله القبض والإقباض قطعاً .

ومحله أيضاً ؛ كما قاله صاحب « المعين » : إذا عين له الموكل المشتري ، أو لم يعينه ولكن الموكل حاضرٌ ، وإلا . . فيقبض الثمن قطعاً ؛ لثلا يضيع . ولو باع بضمن مؤجل فحل . . لم يملك قبض الثمن قطعاً ، وكذا لو نهاه عن قبض الثمن .

(ولا يسلمه حتى يقبض الثمن) الحال ؛ لما في التسليم قبله من الخطر ، (فإن خالف . . ضمن) لتعديه .

(وإذا وكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ . . لَا يَشْتَرِي مَعِيًّا) أي : لا ينبغي له ذلك ؛ لأن الإطلاق يقتضي السلامة ، (فإن اشتراه في الذمة وهو يساوي مع العيب ما اشتراه به . . وقع عن الموكل إن جهل العيب) لأنه يمكن استدراكه بالرد ، فلا ضرورة فيه ، ولا ينسب الوكيل إلى مخالفة ؛ لجهله .

وقوله : (في الذمة) يوهم أنه إذا اشترى بعين مال الموكل . . لا يقع له وليس كذلك ، بل يقع له أيضاً إذا قلنا : يقع له بالشراء في الذمة ، لكن ليس للوكيل الرد في الأصح ؛ لأنه لا يمكن انقلاب العقد له ، فلا يتضرر ، بخلاف الشراء في الذمة ، ففائدة التقييد بالذمة : إخراج المذكور آخراً ، وهو ردُّ الوكيل ، فلو قيد الأخير فقط ، فقال : (للموكل الرد ، وكذا للوكيل إن اشترى في الذمة) . . لكان أحسن .

(وإن علمه . . فلا في الأصح) سواء ساوى ما اشتراه به أم زاد ؛ لأن الإطلاق

وَأِنْ لَمْ يُسَاوِهِ .. لَمْ يَقَعْ عَنْهُ إِنْ عَلِمَهُ ، وَإِنْ جَهَلَهُ .. وَقَعْ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِذَا وَقَعَ لِلْمُوَكَّلِ .. فَلِكُلِّ مِنَ الْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ الرَّدُّ . وَلَيْسَ لَوَكِيلٍ أَنْ يُوَكَّلَ بِلَا إِذْنٍ إِنْ تَأْتَى مِنْهُ مَا وَكَّلَ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَأْتِ لِكُونِهِ لَا يُحْسِنُهُ أَوْ لَا يَلِيقُ بِهِ .. فَلَهُ التَّوَكُّلُ ، وَلَوْ كَثُرَ وَعَجَزَ عَنِ الْإِتْيَانِ بِكُلِّهِ .. فَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يُوَكَّلُ فِيمَا زَادَ عَلَى الْمُمْكِنِ

يقتضي سليماً ، والثاني : يقع له ؛ لأن الصيغة مطلقة ، ولا نقص في المالية ، والثالث : إن كان يشتره للتجارة .. وقع له ، أو للقنية .. فلا ، واستحسنه الإمام .

(وإن لم يساوه) أي : لم يساو ما اشتراه به (.. لم يقع عنه) أي : الموكل (إن علمه) للمخالفة المورطة في الغرامة .

(وإن جهله .. وقع في الأصح) كما لو اشتراه لنفسه جاهلاً ، والثاني : لا ؛ لأن الغبن يمنع الوقوع عنه مع السلامة ، فعند العيب أولى .

(وإذا وقع للموكل .. فلكل من الوكيل والموكل الرد) أما الموكل .. فلا نه المالك ، والضرر به لاحق ، وأما الوكيل .. فلأننا لو لم نجوز له ذلك .. لكان المالك ربما لا يرضى به ، وحينئذ فيتعذر الرد ؛ لكونه على الفور ، ويقع العقد للوكيل فيتضرر ، ولو رضي به الوكيل .. لم يتمكن بعد ذلك من الرد ، لكن للموكل الرد إن ثبتت الوكالة ، أو صدق البائع عليها ، وإلا .. فالأصح في « زيادة الروضة » : أنه يرده على الوكيل^(١) .

(وليس لوكيل أن يوكل بلا إذن إن تأتى منه ما وُكِّلَ فيه) لأن الموكل لم يرض بتصرف غيره .

نعم ؛ قال الجوري : لو وكله في قبض دين فقبضه ، وأرسله مع بعض عياله إلى الموكل .. لم يضمن ، أو مع غيره .. ضمن .

(وإن لم يتأت لكونه لا يحسنه ، أو لا يليق به) مع كونه يحسنه (.. فله التوكيل) لأن التفويض لمن هذا حاله لا يُقصد منه غير الاستنابة .

(ولو كثر وعجز عن الإتيان بكُلِّهِ .. فالمذهب : أنه يوكل فيما زاد على الممكن) دون غيره ؛ لأن الضرورة دعت إليه دون غيره ، وقيل : لا يوكل في شيء ؛ لعدم

(١) روضة الطالبين (٤/٣١٠) .

وَلَوْ أَدْنَى فِي التَّوَكُّلِ وَقَالَ : (وَكُلَّ عَنْ نَفْسِكَ) ، فَفَعَلَ . . فَالْثَّانِي وَكَيْلُ الْوَكِيلِ ،
وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ وَانْعِزَالِهِ ، وَإِنْ قَالَ : (عَنِّي) . . فَالْثَّانِي وَكَيْلُ الْمُوَكَّلِ ،
وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ . قُلْتُ : وَفِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ لَا يَعْزِلُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، وَلَا
يَنْعَزِلُ بَانْعِزَالِهِ ، وَحَيْثُ جَوَزْنَا لِلْوَكِيلِ التَّوَكُّلَ . . يُشْتَرَطُ أَنْ يُوَكَّلَ أَمِينًا

الإذن ، وقيل : يوكل في الجميع ؛ لأنه ملك التوكيل في البعض فيوكل في الكل ؛ كما
لو أذن صريحاً ، وحيث وكل في هذه الأقسام فإنما يوكل عن موكله ، فلو وكل عن
نفسه . . فالأصحُّ في « زيادة الروضة » : المنع^(١) .

(ولو أذن في التوكيل وقال : « وكُلَّ عن نفسك » ، ففعل . . فالثاني وكيل
الوكيل) لتصريح الموكل في إذنه بذلك ، وقيل : إنه وكيل الموكل .
وعلى الأول : للموكل عزله في الأصحُّ ؛ لأنه فرع فرعه .

(والأصحُّ : أنه ينعزل بعزله) أي : بعزل الأول له (وانعزاله) بموته وجنونه ؛ لأنه
نائبه ، وهذا بناء على أن الثاني وكيل الوكيل ، ومقابله : وجه مبني على أنه وكيل
الموكل .

(وإن قال :) وكُلَّ (« عني » . . فالثاني وكيل الموكل) لأن الموكل أذن بهذا
الشرط ، (وكذا لو أطلق) بأن قال : (وكُلَّ) ، ولم يقل : (عني) ، ولا (عنك)
(في الأصحُّ) لأن توكيله الثاني تصرف تعاطاه بإذن الموكل ، فوجب أن يقع عنه ،
والثاني : أنه وكيل الوكيل ؛ لأن المقصود من الإذن تسهيل الأمر عليه .

وهذا هو الأصحُّ في نظيره في القضاء ، إذا قال له الإمام : (استخلف) ، وأطلق .
وفُرق : بأن الوكيل ناظر في حقِّ الموكل ، فحمل الإطلاق على إرادته ، وفي
القضاء الغرض : معاونته ، وهو راجع للمستتيب .

(قلت : وفي هاتين الصورتين لا يعزل أحدهما الآخر ، ولا ينعزل بانعزاله) لأنه
ليس وكيلاً عنه .

(وحيث جوزنا للوكيل التوكيل . . يشترط أن يوكل أميناً) رعاية لمصلحة
الموكل ، فلو وكل خائناً . . لم يصحَّ ؛ لأنه خلاف المصلحة .

(١) روضة الطالبين (٤/٣١٤) .

إِلَّا أَنْ يُعَيِّنَ الْمُوَكَّلُ غَيْرَهُ ، وَلَوْ وَكَّلَ أَمِيناً فَفَسَقَ . . لَمْ يَمْلِكِ الْوَكِيلُ عَزْلَهُ فِي الْأَصَحِّ ،
وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فَضْلُكَ

[فيما يجب على الوكيل في الوكالة المقيدة]

قَالَ : (بَعِ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ) ، أَوْ (فِي)

وظاهر إطلاقه : أنه لا يجوز توكيل الخائن وإن كان الموكل عيَّن الثمن والمبيع منه ؛ لأنها استنابة عن الغير ، وهو أحد احتمالي صاحب « المطلب » .
(إلا أن يعين الموكل غيره) أي : غير الأمين ، فيتبع تعيينه لإذنه فيه .
(ولو وكل أميناً ففسق . . لم يملك الوكيل عزله في الأصح ، والله أعلم) لأنه أذن له في التوكيل دون العزل ، وهذا أقيس الوجهين في « زيادة الروضة »^(١) ، ولا ترجيح في « الشرحين » ، ولم يصور المسألة^(٢) .
وقد صورها في « الوسيط » بما إذا قال : (وكَّلَ عني)^(٣) ، وفي معناه : الإطلاق ، وحيثُذ فمِنَع العزل واضح ؛ لأنه ليس وكيلاً له .
واستشكل في « الكفاية » مقابله ولم يعلِّله^(٤) ، وعلَّله في « المطلب » بأنه من توابع ما وكَّلَ فيه ، فأشبه الردَّ بالعيب عند التصريح بالسفارة ، وعلَّله غيره بأن الإذن اقتضى توكيل أمين ، فإذا فسق . . لم يجز استعماله ، فملك عزله .
قال السبكي : والذي أقوله : أنا حيث جعلناه وكيل الوكيل . . فله عزله بكلِّ حال ، وحيث جعلناه وكيل الموكل . . فالقول بأن للوكيل عزله لا وجه له ، بل ينبغي أن يكون الوجهان في انعزاله بالفسق ، ويصحَّح الانعزال ؛ كالقاضي ، وعدل الرهن .

* * *

(فصل : قال : « بَعِ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ ») أي : قال له : (بَعِ لزيد) مثلاً (أَوْ » في

(١) روضة الطالبين (٣١٤/٤) .

(٢) الشرح الكبير (٢٣٧/٥) .

(٣) الوسيط (٢٩٢/٣) .

(٤) كفاية النبيه (٢٣٢/١٠) .

زَمَنٍ أَوْ مَكَانٍ مُعَيَّنٍ) .. تَعَيَّنَ ، وَفِي الْمَكَانِ وَجْهٌ إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ . وَإِنْ قَالَ :
(بَعْ بِمِئَةِ) .. لَمْ يَبِعْ بِأَقَلِّ ، وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ إِلَّا أَنْ يُصْرَحَ بِالنَّهْيِ

زمن أو مكان معين « .. تعين) تبعاً لتخصيصه ، ومحلاً تعيين المكان : إذا لم يقدر
الثمن ، فإن قدره فباع في غيره .. صحَّ ؛ كما نقله المصنف عن ابن الصباغ والمتولي
وغيرهما^(١) .

(وفي المكان وجه إذا لم يتعلق به غرض) أنه لا يتعين ؛ لاتفاق الغرض فيها ،
وهذا هو المنصوص ؛ كما نقله في « المطلب » ، واختاره السبكي .

فإن يتعلق به غرض ؛ بأن كان الراغبون فيه أكثر والنقد أجود .. فإنه لا يجوز البيع
في غيره جزماً إذا لم يقدر الثمن ، وإن نهاء عن البيع في غيره .. امتنع مطلقاً .
(وإن قال : « بع بمئة » .. لم يبع بأقل) ولو بقيراط ؛ لأنه مخالف للإذن ، (وله
أن يزيد) لأن ذلك زيادةٌ خير .

وقوله : (وله) يشعر بجواز البيع بالمئة وهناك راغب بزيادة ، والأشبه في « الشرح
الصغير » ، والأصح في « زيادة الروضة » : المنع ، ولا ترجيح في « الكبير »^(٢) .
(إلا أن يصرح بالنهي) لأن النطق أبطل حكم العرف .

ويُرد على حصره الاستثناء : ما لو قال : (بعه لزيد بمئة) ، فإنه ليس له الزيادة
قطعاً ؛ لأنه ربما قصد محاباته ، قال الغزالي : إلا إذا علم خلافه بالقرينة^(٣) .

ولو قال : (اشتر عبد فلان بمئة) فاشتره بأقل منها .. صحَّ ، وفرق الماوردي :
بأنه في البيع ممنوع من قبض ما زاد على المئة ، وفي الشراء مأمور بدفع مئة ، ودفع
الوكيل بعض المأمور جائز ، كذا نقله في « زيادة الروضة » وأقره^(٤) .

ونقصه في « الكفاية » بما إذا كان وكلاً في البيع دون القبض فإنه لا يجوز البيع
بالزيادة ، مع أنه لا قبض له ، ثم قال : والذي يظهر في الفرق : أن البيع لما كان ممكناً

(١) روضة الطالبين (٤/٣١٥) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٣١٦) ، والشرح الكبير (٥/٢٣٩) .

(٣) الوسيط (٣/٢٩٩) .

(٤) روضة الطالبين (٤/٣١٧) .

وَلَوْ قَالَ : (أَشْتَرِ بِهَذَا الدِّينَارِ شَاةً) وَوَصَفَهَا ، فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ بِالْصَّفَةِ ، فَإِنْ لَمْ تُسَاوِ وَاحِدَةً دِينَارًا . . . لَمْ يَصَحَّ الشِّرَاءُ لِلْمُوَكَّلِ ، وَإِنْ سَاوَتْهُ كُلُّ وَاحِدَةٍ . . . فَلَا ظَهْرُ :
الْصَّحَّةُ وَحُصُولُ الْمَلِكِ فِيهِمَا لِلْمُوَكَّلِ

من المعين ومن غيره . . . كان التنصيص عليه دالاً على مراعاته ، ولما لم يمكن شراء العبد المعين من غير المذكور . . . ضعف أن يكون التنصيص دالاً على مراعاته ، فإنه كما يحتمل ذلك يحتمل أن يكون لأجل التعريف^(١) .

(ولو قال : « اشتر بهذا الدينار شاة » ، ووصفها ، فاشترى به شاتين بالصفة ، فإن لم تساو واحدة ديناراً . . . لم يصحَّ الشراء للموكل)^(٢) وإن زادت قيمتهما على الدينار لفوات ما وكل فيه .

واحترز بقوله : (ووصفها) عما إذا لم يصفها ، فإن التوكيل لا يصح .
(وإن ساوته كلُّ واحدة . . . فلاظهر : الصحة وحصول الملك فيهما للموكل) لأن عُرْوَةَ البارقِي فعل هذا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا له^(٣) ، ولأن مقصود الموكل قد حصل بزيادة ، فأشبه ما إذا أمره بأن يبيع بخمسة ، فباع بعشرة ، والثاني : لا تقع الشاتان معاً للموكل ؛ لأنه لم يأذن إلا في واحدة ، بل ينظر إن اشترى في الذمة . . . فللموكل واحدة بنصف دينار ، والأخرى للوكيل ، وللموكل أن ينتزع الثانية منه ، ويقرر العقد فيهما له على الأصح ؛ لأنه عقد العقد له ، وإن اشتراها بعين الدينار ؛ فإن قلنا : بوقف العقود . . . فإن شاء . . . أخذهما ، وإن شاء . . . أخذ واحدة بنصفه وردَّ الأخرى على البائع ، وإن قلنا بعدم الوقف . . . بطل في واحدة ، وفي الأخرى قولاً تفريق الصفقة ، لكن صحح المتولي هنا البطلان^(٤) .
وقوله : (وإن ساوته كلُّ واحدة) هو طريقة ، والأصح في « زيادة الروضة » : أن الشرط : أن تكون إحداها فقط مساوية للدينار^(٥) .

(١) كفاية النية (١٠ / ٢٤٧ - ٢٤٨) .

(٢) في (ب) و (د) : (فإن لم تساو كلُّ واحدة ديناراً) .

(٣) أخرجه البخاري (٣٦٤٢) .

(٤) بلغ مقابلة على خط مؤلفه ، عفا الله عنه ، مقابلة محب الدين ورفيقه . اهـ هامش (أ) .

(٥) روضة الطالبين (٣١٩ / ٤) .

وَلَوْ أَمَرَهُ بِالشَّرَاءِ بِمُعَيَّنٍ فَأَشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ . . لَمْ يَقَعْ لِلْمُوَكَّلِ ، وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الْأَصَحِّ . وَمَتَى خَالَفَ الْمُوَكَّلُ فِي بَيْعِ مَالِهِ أَوْ الشَّرَاءِ بِعَيْنِهِ . . فَتَصَرَّفَهُ بَاطِلٌ . وَلَوْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكَّلُ . . وَقَعَ لِلْوَكِيلِ ، وَإِنْ سَمَّاهُ فَقَالَ الْبَائِعُ : (بَعْتُكَ) ، فَقَالَ : (أَشْتَرَيْتُ لِفُلَانٍ) . . فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ قَالَ : (بَعْتُ مُوَكَّلَكَ زَيْدًا) ، فَقَالَ : (أَشْتَرَيْتُ لَهُ) . . فَالْمَذْهَبُ : بَطْلَانُهُ

(ولو أمره بالشراء بمعين فاشترى في الذمة . . لم يقع للموكل) لمخالفته ؛ لأنه أمره بعقد يفسخ بتلف المدفوع ، حتى لا يطالب الموكل بغيره ، وقد خالفه ، ويقع العقد للوكيل ، وإن صرح بالسفارة على الأصح .

(وكذا عكسه في الأصح) للمخالفة ، فإنه أمره بعقد لا يفسخ بتلف المدفوع ، فأتى بخلافه ، وقد يكون غرض الموكل تحصيل المبيع على كل حال ، وعلى هذا لا يقع لواحد منهما ، والثاني : يقع للموكل ؛ لأنه زاد خيراً حيث لم يلزم ذمته شيئاً . (ومتى خالف الموكل في بيع ماله) أي : باع ماله على غير الوجه المأذون فيه (أو الشراء بعينه) أي : اشترى له بعين ماله على وجه لم يأذن فيه (فتصرفه باطل) لأن المالك لم يرض بخروج ملكه على ذلك الوجه .

(ولو اشترى في الذمة) مع المخالفة (ولم يسم الموكل . . وقع للوكيل) دون الموكل وإن نواه ؛ لأن الخطاب وقع معه ، وإنما ينصرف بالنية إلى الموكل إذا كان موافقاً لإذنه ، فإذا خالف . . لغت نيته ، وصار كأجنبي يشتري لغيره في ذمته .

(وإن سماه فقال البائع : « بعتك » ، فقال : « اشتريت لفلان » . . فكذا في الأصح) لأن تسمية الموكل في الشراء ليست شرطاً ، فإذا سماه ولم يمكن صرف العقد إليه . . صار كأنه لم يسمه ، والثاني : لا يصح العقد بالكلية ؛ لأنه صرح بإضافته إلى الموكل ، وقد امتنع إيقاعه له ، فألغى .

وأصل الوجهين : الخلاف في أن الخصوص إذا بطل هل يبطل العموم ؟

(ولو قال : « بعت موكلك زيداً » ، فقال : « اشتريت له » . . فالمذهب : بطلانه) وإن وقع التصرف على وفق الإذن ؛ لأن الأحكام المتعلقة بمجلس العقد إنما يمكن الاعتبار فيها بالمتعاقدين ، فاعتبرنا جريان المخاطبة بينهما ، والمخاطبة هنا

وَيَدُ الْوَكِيلِ يَدُ أَمَانَةٍ وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ ، فَإِنْ تَعَدَّى .. ضَمِنَ وَلَا يَنْعَزِلُ فِي الْأَصَحِّ .
وَأَحْكَامُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكَّلِ ، فَيُعْتَبَرُ فِي الرُّوْيَةِ ، وَلِزُومِ الْعَقْدِ بِمُفَارَقَةِ
الْمَجْلِسِ وَالتَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ ، حَيْثُ يُشْتَرَطُ الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوَكَّلِ

مفقودة ، بخلاف النكاح فإنه لا يصحُّ إلا على هذه الصورة ، وهو ترك الخطاب ؛ لأنه
سفير محض .

وتعبيره بـ (المذهب) تبع فيه « المحرر » ، وكذا عبر في « الروضة » ، وعبارة
الرافعي في « الشرحين » : أنه ظاهر المذهب^(١) ، وهي لا تشعر بحكاية خلاف ألبتة ،
ولم يذكر في « الروضة » ما يقابل المذهب .

نعم ؛ حكى في « الكفاية » وجهين في ذلك عن الجويني ، فكان ينبغي التعبير
بالأصح^(٢) .

(ويد الوكيل يد أمانة وإن كان بجعل) لأن الوكالة عقد إرفاق ومعونة ، والضمان
مناف لذلك ومنفر عنه .

(فإن تعدى .. ضمن) كغيره من الأمانة .

(ولا ينزل في الأصح) لأن حقيقة الوكالة الإذن في التصرف ، والأمانة حكم
يترتب عليه ، فلا يلزم من ارتفاع هذا الحكم بطلان أصل العقد ؛ كما لا يرتفع مقصود
الرهن ، وهو التوثق ببطلان حكمه وهو الأمانة ، والثاني : ينزل ؛ لأنها أمانة فترتفع
بالتعدي ؛ كالوديعة ، وهذا إذا تعدى بالفعل ، فإن تعدى بالقول ؛ كما لو باع بغبن
فاحش ولم يسلم .. لا ينزل جزماً ؛ لأنه لم يتعد فيما وكل فيه ، ذكره في « الكفاية »
عن « البحر »^(٣) .

(وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل ، فيعتبر في الروية ، ولزوم العقد
بمفارقة المجلس ، والتقابض في المجلس ، حيث يشترط الوكيل دون الموكل) لأن
الوكيل هو العاقد حقيقة .

(١) المحرر (ص ١٩٨) ، روضة الطالبين (٤/٣٢٤) ، الشرح الكبير (٥/٢٤٨) .

(٢) كفاية النية (١٠/٢٥١) .

(٣) كفاية النية (١٠/٣١٥) .

فَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ . . طَالِبُهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ الْمُوَكَّلُ ، وَإِلَّا . . فَلَا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا ، وَإِنْ كَانَ فِي الذَّمَّةِ . . طَالِبُهُ إِنْ أَنْكَرَ وَكَالَتْهُ ، أَوْ قَالَ : (لَا أَعْلَمُهَا) ، وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهَا . . طَالِبُهُ أَيْضًا فِي الْأَصَحِّ كَمَا يُطَالِبُ الْمُوَكَّلُ ، وَيَكُونُ الْوَكِيلُ كَضَامِنٍ وَالْمُوَكَّلُ كَأَصِيلٍ . وَإِذَا قَبِضَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الثَّمَنَ وَتَلَفَ فِي يَدِهِ وَخَرَجَ الْمُبِيعُ مُسْتَحَقًّا . رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي وَإِنْ اعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ فِي الْأَصَحِّ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكَّلِ

(فإذا اشترى الوكيل . . طالبه البائع بالثمن إن كان دفعه إليه الموكل)^(١) لاقتضاء العرف ذلك ، (وإلا) أي : وإن لم يكن دفعه إليه (. . فلا إن كان الثمن معيناً) لأنه ليس في يده ، وحقّ البائع مقصور عليه .

(وإن كان في الذمة . . طالبه إن أنكر وكالته ، أو قال : « لا أعلمها ») لأن الظاهر : أنه يشتري لنفسه ، والعقد وقع معه .

(وإن اعترف بها . . طالبه أيضاً في الأصحّ ؛ كما يطالب الموكل ، ويكون الوكيل كضامن ، والموكل كأصيل) لأن العقد وإن وقع للموكل لكن الوكيل فرعه ونائبه ، فلذلك جوزنا مطالبتهما ، فعلى هذا يرجع الوكيل إذا غرم ، والثاني : لا يطالب الوكيل ؛ لأنه سفير محض ؛ كالوكيل في النكاح لا يطالب بالمهر ، والثالث : أنه يطالب الوكيل فقط ؛ لأن الالتزام وجد منه ، ورجحه الرافعي في مسألة خلع الأجنبي^(٢) .

(وإذا قبض الوكيل بالبيع الثمن وتلف في يده وخرج المبيع مستحقاً . . رجع عليه المشتري وإن اعترف بوكالته في الأصحّ) لأنه الذي تولّى القبض ، وحصل التلف في يده ، والثاني : يرجع به على الموكل ؛ لأن الوكيل سفيره ، ويده كيده ، ونسبه القاضي حسين إلى عامة الأصحاب ، والثالث : يرجع على من شاء منهما ؛ للمعنيين .

(ثم يرجع الوكيل على الموكل) لأنه غره .

(١) في (ب) و (د) : (وإذا اشترى الوكيل) .

(٢) الشرح الكبير (٤٦٣ / ٨) .

قُلْتُ : وَلِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ عَلَى الْمُوَكَّلِ ابْتِدَاءً فِي الْأَصَحِّ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فَصْنَعَكَ

[في بيان جواز الوكالة وما تنفسخ به]

الْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، فَإِذَا عَزَلَهُ الْمُوَكَّلُ فِي حُضُورِهِ ، أَوْ قَالَ : (رَفَعْتُ
الْوَكَالَةَ) ، أَوْ (أَبْطَلْتُهَا) ، أَوْ (أَخْرَجْتُكَ مِنْهَا) .. أَنْعَزَلَ . فَإِنْ عَزَلَهُ وَهُوَ غَائِبٌ ..
أَنْعَزَلَ فِي الْحَالِ ، وَفِي قَوْلٍ : لَا حَتَّى يَبْلُغَهُ الْخَبَرُ

(قلت : وللمشتري الرجوع على الموكل ابتداء في الأصح ، والله أعلم) لأن
الوكيل مأمور من جهته ، والثاني : لا ؛ لتلفه تحت يد الوكيل .
وجزم المصنف في نظيره من الرهن بتخيير المشتري بين رجوعه على العدل وبين
رجوعه على الراهن ، والقرار عليه .

* * *

(فصل : الوكالة جائزة من الجانبين) لضرر الإلزام ؛ فإنه قد يبدو للموكل ترك
ما وكل فيه ، أو توكيل آخر ، والوكيل قد لا يتفرغ .
هذا إذا لم يُذكر جعل ، فإن ذكر جعل معلوم ، ووجدت شروط الإجارة ؛ فإن
عقد بلفظ الإجارة .. فهو لازم ، أو بلفظ الوكالة .. قال الرافعي : فيمكن تخريجه على
أن العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها ، والأصح في « البحر » : أنه يكون جائزاً ؛ لأن
الإجارة لا تنعقد بلفظ الوكالة^(١) ، وجزم به الجويني في « مختصره » .
(فإذا عزله الموكل في حضوره) أي : أتى بلفظ العزل خاصة ، (أو قال) في
حضوره : (« رفعت الوكالة » ، أو « أبطلتها » ، أو « أخرجتك منها » .. انعزل)
لدلالة كل من الألفاظ المذكورة عليه .

(فإن عزله وهو غائب .. انعزل في الحال) لأنه رفع عقد لا يحتاج فيه إلى الرضا ،
فلا يحتاج إلى العلم ؛ كالطلاق ، (وفي قول : لا حتى يبلغه الخبر) ممن تقبل
روايته ؛ لئلا يرتفع الوثوق عن تصرفه ، وقياساً على القاضي .

(١) الشرح الكبير (٢٥٦/٥) ، بحر المذهب (١٥٥/٧) .

وَلَوْ قَالَ : (عَزَلْتُ نَفْسِي) ، أَوْ (رَدَدْتُ الْوَكَالَهَ) . . أَنْعَزَلَ . وَيَنْعَزِلُ بِخُرُوجِ أَحَدِهِمَا عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ بِمَوْتِ أَوْ جُنُونِ ، وَكَذَا إِغْمَاءٌ فِي الْأَصَحِّ ، وَبِخُرُوجِ مَحَلِّ التَّصَرُّفِ عَنْ مَلِكِ الْمُوَكَّلِ

وفرق الرافعي : بأن عمل القاضي تتعلق به المصالح الكلية^(١) ، قال الإسنوي : ومقتضاه : أن الحاكم في واقعة خاصة حكمه حكم الوكيل .

(ولو قال : « عزلت نفسي » ، أو « رددت الوكالة » . . انعزل) للدلالة عليه ، وسواء كان الموكل حاضراً أو غائباً ؛ لأنه قطع للعقد ، فلا يفتقر إلى حضور من لا يُعتبر رضاه ؛ كالطلاق ، وقيل : إن كانت صيغة الموكل أمراً ؛ كـ (بع) ، (وأعتق) . . لم ينعزل بذلك ؛ لأن ذلك إذن وإباحة ، فأشبهه ما إذا أباح الطعام لغيره . . فإنه لا يرتدُّ بردَّ المباح له .

(وينعزل بخروج أحدهما عن أهلية التصرف بموت أو جنون) لأنه لو قارن . . منع الانعقاد ، فإذا طرأ . . قطعه ، والصواب كما قاله في « المطلب » : أن الموت ليس بعزل ، بل انتهت الوكالة به ؛ كما قلنا في النكاح .

(وكذا إغماء في الأصح) كالجنون ، والثاني : لا ؛ لأنه لم يلتحق بمن يولَّى عليه ، واختاره السبكي تبعاً للإمام وغيره ، وقال القاضي الحسين : إنه ظاهر المذهب .

ويستثنى على الأول : الوكيل في رمي الجمار ، فإنه لا ينعزل بإغماء الموكل على الأصح ؛ كما ذكره في الحج^(٢) ، ومن الواضح أنه لا ينعزل بالنوم وإن خرج به عن أهلية التصرف .

(وبخروج محلِّ التصرف عن ملك الموكل) كبيعه أو إعتاقه ما وكله في بيعه ؛ لاستحالة بقاء الولاية والحالة هذه .

وينعزل أيضاً بتزويج من وكله في بيعها ، وكذا بإيجارها وإن جوزنا بيع المستأجر ؛

(١) الشرح الكبير (٢٥٤/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٤٤٠/٣) ، وروضة الطالبين (١١٥/٣) .

وإنكار الوكيل الوكالة لِنسيان أو لغرض في الإخفاء ليس بعزل ، فإن تعمد ولا غرض .. أنعزل . وإذا اختلفا في أصلها ، أو صفتها ؛ بأن قال : (وكلتني في البيع نسيئة ، أو الشراء بعشرين) ، فقال : (بل نقداً أو بعشرة) .. صدق الموكل بيمينه . ولو اشترى جارية بعشرين وزعم أن الموكل أمره ، فقال : (بل بعشرة) وحلف ؛ فإن اشترى بعين مال الموكل وسماه في العقد أو قال بعده : (اشتريته لفلان والمال له) وصدقه البائع .. فالبيع باطل ، وإن كذبه .. حلف على نفي العلم بالوكالة

لأن مريد البيع لا يؤثر غالباً ؛ كذا نقله عن « التتمة » وأقره^(١) .

(وإنكار الوكيل الوكالة لِنسيان أو لغرض في الإخفاء ليس بعزل ، فإن تعمد ولا غرض .. أنعزل) لأنه معذور في القسم الأول دون الثاني ، وقيل : ينعزل مطلقاً ، وقيل : لا مطلقاً ، ولو أنكر وقد ادعى عليه بحق على موكله ، فقامت البينة بقبوله .. فإنه لا ينعزل ، ولا تندفع عنه الخصومة ، إلا أن يعزل نفسه ، ذكره الجوري .

(وإذا اختلفا في أصلها) بأن قال : (وكلتني في كذا) ، فقال : (ما وكلتك) ، (أو صفتها ؛ بأن قال : « وكلتني في البيع نسيئة ، أو الشراء بعشرين » ، فقال : « بل نقداً أو بعشرة » .. صدق الموكل بيمينه) أما في الأولى .. فلأن الأصل عدم التوكيل ، وأما في الثانية .. فلأن من قبل قوله في شيء .. كان القول قوله في صفته .

(ولو اشترى جارية بعشرين ، وزعم أن الموكل أمره ، فقال (الموكل : « بل بعشرة ») أي : أذنت في عشرة ، (وحلف ؛ فإن اشترى بعين مال الموكل وسماه في العقد ، أو قال بعده) أي : العقد (« اشتريته لفلان والمال له » ، وصدقه البائع) على ذلك ، أو قامت به بينة (.. فالبيع باطل) لأنه قد ثبت بتسميته في الأولى ، وتصديق البائع في الثانية أن المال والشراء لغير العاقد ، وثبت بيمين من له المال أنه لم يأذن في الشراء الذي باشره الوكيل فيلغو ؛ لأن الشراء بعين مال الغير بغير إذنه باطل ، وإذا بطل .. فالجارية للبائع ، وعليه رد ما أخذ .

(وإن كذبه) البائع في الصورة الثانية بأن قال : (إنما اشتريت لنفسك ، والمال لك) ، ولا بينة (.. حلف على نفي العلم بالوكالة) إن ادعى الوكيل علمه بها ،

(١) الشرح الكبير (٢٥٥/٥) ، وروضة الطالبين (٣٣١/٤) .

وَوَقَعَ الشَّرَاءُ لِلْوَكِيلِ ، وَكَذَا إِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمَّ الْمُوَكَّلُ ، وَكَذَا إِنْ سَمَّاهُ وَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِنْ صَدَّقَهُ . بَطَلَ الشَّرَاءُ . وَحَيْثُ حُكِمَ بِالشَّرَاءِ لِلْوَكِيلِ . . يُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَرْفُقَ بِالْمُوَكَّلِ لِيَقُولَ لِلْوَكِيلِ : (إِنْ كُنْتُ أَمَرْتُكَ بِعَشْرِينَ . . فَقَدْ بَعَثْتُكَهَا بِهَا) ، وَيَقُولُ هُوَ : (اشْتَرَيْتُ ؛ لِتَحِلَّ لَهُ) . وَلَوْ قَالَ : (أَتَيْتُ بِالتَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ) ، وَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ . . صُدِّقَ الْمُوَكَّلُ ، وَفِي قَوْلِ : الْوَكِيلُ . وَقَوْلُ الْوَكِيلِ فِي تَلْفِ الْمَالِ مَقْبُولٌ بِيَمِينِهِ ،

(ووقع الشراء للوكيل) في الظاهر ، وحينئذ فيسلم الثمن المعين إلى البائع ، ويغرم بدله للموكل .

(وكذا إن اشترى في الذمة ، ولم يسم الموكل) ولكن نواه . . فإن الشراء يقع للوكيل ظاهراً ، (وكذا إن سماه ، وكذبه البائع في الأصح) أي : كذبه في الوكالة ؛ بأن قال : (سميت ولم تكن وكيله) ، والوجهان هنا : هما الوجهان المتقدمان في قول المصنف ، (فإن سماه) ، فقال البائع : (بعثك) ، فقال : (اشتريت لفلان) ، فكذا في الأصح ، وقد مرَّ تعليلهما .

(وإن صدقه . . بطل الشراء) لاتفاقهما على وقوع العقد للموكل ، وثبوت كونه بغير إذنه بيمينه .

(وحيث حكم بالشراء للوكيل . . يستحب للقاضي أن يرفق بالموكل) أي : يتلطف به (ليقول للوكيل : « إِنْ كُنْتُ أَمَرْتُكَ بِعَشْرِينَ . . فَقَدْ بَعَثْتُكَهَا بِهَا » ، ويقول هو : « اشتريت » لتحل له) باطناً ، ولا يضرُّ التعليق المذكور في صحة البيع ؛ للضرورة إليه . (ولو قال) الوكيل : (« أَتَيْتُ بِالتَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ » ، وَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ . . صدق الموكل) لأن الأصل عدم التصرف وبقاء الملك ، (وفي قول : الوكيل) لأن الموكل قد ائتمنه ، فعليه تصديقه ، ولأنه مالك لإنشاء التصرف ، فيملك الإقرار به ؛ كالولي المجبر إذا أقر بنكاح موليته .

ومحلُّ الخلاف : إذا وقع النزاع قبل العزل ، فإن وقع بعده . . فالمصدق الموكل قطعاً ؛ لأن الوكيل غيرُ مالك لإنشاء التصرف حينئذ .

(وقول الوكيل في تلف المال مقبول بيمينه) من غير ضمان ؛ لأنه أمين ؛

وَكَذَا فِي الرَّدِّ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ . . فَلَا . وَلَوْ أَدَّعَى الرَّدَّ عَلَى رَسُولِ الْمُوَكَّلِ وَأَنْكَرَ الرَّسُولُ . . صُدِّقَ الرَّسُولُ ، وَلَا يَلْزَمُ الْمُوَكَّلَ تَصْدِيقُ الْوَكِيلِ عَلَى الصَّحِيحِ . وَلَوْ قَالَ : (قَبِضْتُ الثَّمَنَ وَتَلَفَ) ، وَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ . . صُدِّقَ الْمُوَكَّلُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ ، وَإِلَّا . . فَالْوَكِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ

كالمودع وغيره من الأمانة .

ومحلُّ القبول : إذا أطلق التلف ، فإن أسنده إلى سبب . . فلا بدَّ فيه من التفصيل المذكور في الوديعة ؛ كما أشار إليه الرافعي في (كتاب الرهن)^(١) .
(وكذا في الردِّ) على موكله ؛ لأنه إن كان بغير جُعل . . فقد أخذ العين لمحض غرض المالك فأشبهه المودع ، وإن كان بجُعل . . فلائنه إنما أخذ العين لنفع المالك ، وانتفاعه هو إنما هو بالعمل في العين لا بالعين نفسها .
وقضية إطلاق الشيخين : أنه لا فرق بين ما قبل العزل أو بعده ، لكن قال في « المطلب » : إن محله : في حال قيام الوكالة ، فإن كان بعد العزل . . لم يقبل .
(وقيل : إن كان بجُعل . . فلا) لأنه أخذه لغرض نفسه في الأجرة ، فأشبهه المرتنن .

(ولو ادعى الردَّ على رسول الموكل ، وأنكر الرسول . . صدق الرسول) لأنه لم يأت منه فلا يُقبل قوله عليه .
(ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل على الصحيح) لأنه يدعي الردَّ على من لم يأت منه ، فليُقيم البيئة عليه ، والثاني : يلزمه التصديق ، وبه أفتى ابن الصلاح ؛ لأنه معترف بالرسالة ، ويدُّ رسوله كيده ، فكأنه يدعي الردَّ عليه ، قال ابن الصلاح : وإذا ادعى أنه أشهد وضاعت الحجة . . فلا ضمان^(٢) .

(ولو قال : « قبضت الثمن وتلف » ، وأنكر الموكل . . صدق الموكل إن كان قبل تسليم المبيع) لأن الأصل بقاء حقه ، (وإلا) أي : وإن كان بعد تسليم المبيع . . فالوكيل على المذهب) لأن الموكل يدعي تقصيره وخيائته بالتسليم بلا قبض ،

(١) الشرح الكبير (٥٢٨/٤) .

(٢) فتاوى ابن الصلاح (٣٤٦/١) .

وَلَوْ وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ دِينٍ ، فَقَالَ : (قَضَيْتُهُ) وَأَنْكَرَ الْمُسْتَحِقُّ . . صُدِّقَ الْمُسْتَحِقُّ بِبَيْمِنِهِ ،
وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَا يُصَدِّقُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمَوْكَلِ إِلَّا بَيِّنَةً . وَقِيمَ الْيَتِيمِ إِذَا ادَّعَى دَفْعَ الْمَالِ
إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ . . يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ

والأصل عدمه ، وقيل : القول قول الموكل ؛ لأن الأصل بقاء حقه .
(ولو وكله بقضاء دين ، فقال : « قضيته » ، وأنكر المستحق . . صدق المستحق
ببيمينه) لأن الأصل عدم القضاء .

(والأظهر : أنه لا يصدق الوكيل على الموكل إلا ببينة) لأنه أمره بالدفع إلى من لم
يأتمنه ، فكان من حقه الإشهاد عليه .

وعلى هذا يأتي ما في رجوع الضامن من الاكتفاء بالمستور وبالواحد .
والثاني : يصدق عليه ؛ لأنه أئتمنه ، فأشبه ما لو ادعى الرد عليه . . فعلى الأظهر :
إذا ترك الإشهاد على الدفع ، فإن دفع بحضرة الموكل . . فلا رجوع للموكل عليه في
الأصح .

وإن دفع في غيبته . . رجع ، سواء صدقه الموكل بالدفع أم لا على الصحيح ؛
لتقصيره .

فلو قال : (دفعت بحضرتك) . . صدق الموكل ببيمينه ، جزم به الرافعي ^(١) ؛ لأن
الأصل عدم الحضور عند الدفع .

(وقِيمَ الْيَتِيمِ إِذَا ادَّعَى دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ) والرشد (يحتاج إلى بينة على
الصحيح) لقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ .
فدلّ على أنهم لو جحدوا . . لا بدّ من البينة ؛ ولأنه لم يأتمنه حتى يكلف تصديقه ،
ويخالف الإنفاق فإنه يعسر إقامة البينة عليه .

والثاني : يقبل قوله ببيمينه ؛ لأنه أمين فأشبه المودع ، وتحمل الآية على الإرشاد .
قال ابن الملقن : (ومراده بالقيم : من يقوم بأمره أباً كان أو جدّاً ، أو وصياً ، أو
حاكماً) انتهى ^(٢) .

(١) الشرح الكبير (٢٦٨/٥) .

(٢) عجالة المحتاج (٨٤٨/٢) .

وَلَيْسَ لَوَكِيلٍ وَلَا مُودَعٍ أَنْ يَقُولَ بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ : (لَا أَرُدُّ الْمَالَ إِلَّا بِإِشْهَادٍ) فِي الْأَصَحِّ ، وَلِلْغَاصِبِ وَمَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ذَلِكَ

وهو مردود فإن المصنف قال : (وقيم اليتيم) والأب لا يتم معه ، والجدة في معناه لا سيما إذا قلنا : بأنه يُطلق عليه اسم الأب حقيقةً ، والوصي قد ذكره المصنف في آخر (الوصية) ، وحزم فيه بأنه لا يصدق^(١) .

والظاهر : أن مراده بالقيم : منصوب القاضي فقط ، وهو اصطلاح الإمام والرافعي وغيرهما ، ولم يتعرض الشيخان للأب والجدة ، والمشهور فيهما ؛ كما قاله في «المطلب» : عدم القبول أيضاً .

لكن حزم السبكي بقبول قولهما ، وبه صرح الماوردي^(٢) .

(وليس لوكيل ولا مودع أن يقول بعد طلب المالك : « لا أَرُدُّ المال إلا بإشهاد » في الأصح) لأن قوله في الرد مقبول ، فلا حاجة إليه .

والثاني : له ذلك ؛ كيلا يحتاج إلى اليمين ، فإن الأمناء يحترزون عنها ما أمكنهم .

والثالث : إن اقتضى الإشهاد تأخيراً وتعويقاً للتسليم . . فليس له ، وإلا . . فله .

والرابع : إن كان قبضها بإشهاد . . فله ، وإلا . . فلا .

(وللغاصب ومن لا يُقبل قوله في الرد ذلك) أي : التأخير إلى الإشهاد ؛ لما أشار إليه المصنف من عدم قبول قوله .

هذا إذا كان عليه بينة بالأخذ ؛ لأنه يحتاج إلى بينة الأداء ، فإن لم يكن عليه بينة . . فوجهان ، أحدهما عند البغوي : أنه كما لو كان عليه بينة^(٣) ، وهو ما أورده أكثر المروزة والماوردي^(٤) .

والثاني : وبه قال العراقيون : أنه ليس له ذلك ؛ لأنه يمكنه أن يقول : (ليس عندي شيء) ويحلف .

(١) منهاج الطالبين (ص ٣٥٩) .

(٢) الحاوي الكبير (٨/ ٢٢٣) .

(٣) التهذيب (٤/ ٢٢٧) .

(٤) الحاوي الكبير (٨/ ٢١٧) .

وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ : (وَكَلَّنِي الْمُسْتَحِقُّ بِقَبْضِ مَا لَهُ عِنْدَكَ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ) وَصَدَّقَهُ . . فَلَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ ، وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ عَلَى وَكَالَتِهِ ، وَلَوْ قَالَ : (أَحَالَنِي عَلَيْكَ) وَصَدَّقَهُ . . وَجَبَ الدَّفْعُ فِي الْأَصَحِّ .

واقتضى إيراد الرافعي ترجيحه^(١) ، ورجح الإسنوي الأول ، فإنه ربما رفعه إلى قاض يرى الاستفصال ؛ كالمالكي فيسأله هل غصبت أم لا ؟ واستشكل في « المطلب » جواز التأخير للغاصب ؛ لأن التوبة واجبة على الفور ، وهي متوقفة على الرد .

وتعبير المصنف بـ (الرد) لا يشمل الدين ، وحكمه حكم من لا يقبل قوله في الرد ، فلو عبر بالدفع . . لشملة .

(ولو قال رجل : « وكلني المستحق بقبض ما له عندك من دين أو عين » ، وصدقه) الذي عنده (. . فله دفعه إليه) لأنه محق بزعمه .

(والمذهب) المنصوص (أنه لا يلزمه) الدفع (إلا ببينة على وكالته) لاحتمال إنكار الموكل الوكالة .

وقيل : يلزمه ؛ كما إذا ادعى أنه وارثه وصدقه . . فإن المنصوص : أنه يلزمه ، والصحيح : تقرير النصين .

والفرق : أن في اعترافه بالإرث صار الحق للوارث ، وحصل اليأس من التكذيب ، بخلاف الوكالة .

واحترز بقوله : (وصدقه) عما إذا لم يصدقه ؛ فإنه لا يكلف الدفع إليه قطعاً . (ولو قال : « أحالني عليك ») وقبلت الحوالة (وصدقه . . وجب الدفع في الأصح) لاعترافه بانتقال الحق إليه ، فأشبه الوارث .

والثاني : لا ؛ لاحتمال إنكار صاحب الحق الحوالة . واحترز بقوله : (وصدقه) عما إذا كذبه ولم تكن بينة ؛ فله تحليفه إن ألزمناه الدفع إذا صدقه .

(١) الشرح الكبير (٢٦٩/٥) .

قُلْتُ : وَإِنْ قَالَ : (أَنَا وَارِثُهُ) وَصَدَقَهُ . . وَجَبَ الدَّفْعُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

وإلا . . فينبني على أن النكول وردَّ اليمين كإقامة البينة من المدعي ، أو كالإقرار من المدعى عليه .

إن قلنا بالأول . . فله تحليفه ؛ طمعاً في أن ينكل ، فيحلف المحتال .

وإن قلنا بالثاني . . فلا .

(قلت : وإن قال : « أنا وارثه ») الحائز (وصدقه . . وجب الدفع على المذهب ،

والله أعلم) لا عترافه بانتقال الحق إليه ، ويأسه عن الإنكار ، وفيه قول مُخْرَج من دعوى الوكالة ، كما مرَّ قريباً ، وقد سبق الفرق .

* * *

كتاب الإقرار

يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ ، وَإِقْرَارِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لَأَخٍ ، فَإِنْ ادَّعَى الْبُلُوغَ
بِالْإِحْتِلَامِ مَعَ الْإِمْكَانِ .. صُدِّقَ ..

(كتاب الإقرار)

هو في اللغة : الإثبات ، وفي الشرع : إخبار عن حقٍّ سابق على المخبر .
والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ قَالُوا أَفَرَرْنَا ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ وَأَخْرُونا عَنْ أَهْلُهَا ﴾ ،
يَذُوبُهُمْ ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « أَغْدُ يَا أُتَيْسُ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا ، فَإِنْ
اعْتَرَفَتْ .. فَأَرْجُمُهَا »^(١) ، والإجماع قائم على المؤاخذه به .

(يصح من مطلق التصرف) بالاتفاق .

نعم ؛ يشترط فيه : الاختيار ، وألا يكذبه حسن ولا شرع كما سيأتي .
(وإقرار الصبي والمجنون لأخ) كتصرفهما ، وسواء المراهق وغيره ، أذن الولي أو
لم يأذن .

ويستثنى : إقرار المميز بالتدبير والوصية إذا صححنا ذلك منه .
وقضيته : أن يلتحق بهما إقراره بالإسلام إذا صححناه منه ؛ كما قاله ابن
الرفعة^(٢) .

وفي معنى المجنون : من أغمي عليه ، ومن لم يعص بسكره ، ومن زال عقله
بسبب لا يعذر فيه ؛ كالسكران ، والأظهر : قبول إقراره .

(فإن ادعى البلوغ بالاحتلام مع الإمكان) بأن يكون في سنٍّ يحتمل البلوغ (..)
صُدِّقَ (لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته .

والمراد : الإنزال في يقظة أو منام ، ودعوى الجارية الحيض كدعوى الاحتلام .

(١) أخرجه البخاري (٢٣١٤ ، ٢٣١٥) ، ومسلم (١٦٩٧ ، ١٦٩٨) عن أبي هريرة وزيد بن خالد
الجهني رضي الله عنهما .

(٢) كفاية النبيه (٣٢٠ / ١٩) .

وَلَا يُحْلَفُ ، وَإِنْ أَدَّعَاهُ بِالسِّنِّ . . طُولِبَ بَيِّنَةٌ . وَالسَّفِيهُ وَالْمُفْلِسُ سَبَقَ حُكْمُ
إِقْرَارِهِمَا . وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الرَّقِيقِ بِمُوجِبِ عُقُوبَةٍ ، وَلَوْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ جَنَائِيَةٍ لَا تُوجِبُ عُقُوبَةً
فَكَذَبَهُ السَّيِّدُ . . تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ ، وَإِنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ مُعَامَلَةٍ . . لَمْ يُقْبَلْ عَلَى السَّيِّدِ إِنْ
لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ ،

(وَلَا يُحْلَفُ) لأنه إن كان صادقاً . . فلا حاجة إلى اليمين ، وإن كان كاذباً . . فلا
فائدة في يمينه ؛ لأن يمين الصبي غير منعقدة .

وما جزم به : من أنه لا يحلف . . كذا في « الروضة » و« أصلها » هنا ، وفي
(الدعاوى) في (باب اليمين)^(١) ، لكن صححا في (باب النكول) : أن ولد المرتزق إذا
ادّعى البلوغ بالاحتلام وطلب إثبات اسمه في الديوان . . أنه يحتاج إلى اليمين إن اتهم .
ومثله : إذا حضر المراهق الوقعة فادّعى الاحتلام وطلب السهم . . فيعطى إن
حلف ، وإلا . . فوجهان ؛ أصحهما : لا يعطى^(٢) .

(وَإِنْ أَدَّعَاهُ بِالسِّنِّ . . طُولِبَ بَيِّنَةٌ) لإمكان إقامتها .
(وَالسَّفِيهِ وَالْمُفْلِسُ سَبَقَ حُكْمُ إِقْرَارِهِمَا) في بابهما .
(وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الرَّقِيقِ بِمُوجِبِ) أي : بكسر الجيم (عقوبة) كالزنا ، والقصاص
والسرقة بالنسبة إلى القطع لا في المال في الأظهر ؛ لبعد التهمة .
(وَلَوْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ جَنَائِيَةٍ لَا تُوجِبُ عُقُوبَةً) كجناية الخطأ والغصب والإتلاف (فكذبه
السيد . . تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ) للتهمة ، فيتبع به إذا عتق .

واحترز بقوله : (فكذبه) : عما إذا صدّقه السيد ولم يكن مرهوناً ولا جانياً . فإنه
يتعلق برقبته ويبيع ، إلا أن يفديه بأقلّ الأمرين من قيمته وقدر الدين ، وإذا بيع فبقي
شيء من الدين . . فالأظهر : أنه لا يُتَّبَعُ به إذا عتق .

(وَإِنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ مُعَامَلَةٍ . . لَمْ يُقْبَلْ عَلَى السَّيِّدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ) ، بل
يتعلق بذمته يُتَّبَعُ به إذا عتق ، سواء صدّقه السيد أم لا ؛ لتقصير من عامله ، بخلاف
الجناية .

(١) روضة الطالبين (٤/٣٤٩ ، ١٢/٣٨) ، الشرح الكبير (٥/٢٧٥ ، ١٣/٢٠١) .

(٢) الشرح الكبير (١٣/٢١٦) ، روضة الطالبين (١٢/٤٩) .

وَيُقْبَلُ إِنْ كَانَ ، وَيُؤَدِّي مِنْ كَسْبِهِ وَمَا فِي يَدِهِ . وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ
لِلْأَجْنَبِيِّ ، وَكَذَا لَوَارِثٍ عَلَى الْمَذْهَبِ . وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ بَدْنَيْنِ ، وَفِي مَرَضِهِ لآخر . .
لَمْ يُقَدِّمَ الْأَوَّلُ .

(وَيُقْبَلُ إِنْ كَانَ) مأذوناً له ؛ لقدرته على الإنشاء ، ومحله : إذا لم يحجر عليه
السيد ، فإن حجر . . فلا في الأصح ؛ لعجزه عن الإنشاء حينئذ ، ومحله أيضاً : إذا
كان متعلقاً بالتجارة ، فإن كان مما لا يتعلق بها ؛ كالقرض . . فلا يقبل الإقرار به على
السيد .

(وَيُؤَدِّي مِنْ كَسْبِهِ وَمَا فِي يَدِهِ)^(١) لما مرَّ في (باب العبد المأذون) .
(وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ لِأَجْنَبِيٍّ) بالمال ، عيناً كان أو ديناً
بالإجماع ؛ كما ذكره الغزالي^(٢) .

قال القفال : ولو أراد الورثة تحليف المقر له على الاستحقاق . . لم يكن لهم ذلك .
(وَكَذَا لَوَارِثٍ عَلَى الْمَذْهَبِ) كالأجنبي ؛ لأنه انتهى إلى حالة يَصْدُقُ فيها الكاذب
ويتوب الفاجر ، فالظاهر : أنه لا يُقَرَّرُ إلا عن تحقيق ، ولا يَقْصِدُ حرماناً ، وفي قول :
لا يصح ؛ لأنه متهم بحرمان بعض الورثة ، والطريق الثاني : القطع بالقبول .

واختار الروياني مذهب مالك : وهو أن الحاكم يجتهد فيه ؛ فإن كان متهماً . . لم
يقبل إقراره ، وإلا . . فيقبل ؛ لفساد الزمان^(٣) ، وقواه أبو علي الفارقي .

ولو ادَّعى باقي الورثة على المقر له : أنه لا حقيقة لذلك ، فاحلف أنه أقر لك بحق
لازم كان يلزمه الإقرار به . . فعليه أن يحلف ، فإن نكل . . حلف باقي الورثة
وقاسموه ، قاله السنجي في « شرح التلخيص » .

والاعتبار في كونه وارثاً : بحال الموت لا بحال الإقرار على الأصح .
(وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ بَدْنَيْنِ ، وَفِي مَرَضِهِ لآخر . . لَمْ يُقَدِّمَ الْأَوَّلُ) ، بل يقسم
بينهما ؛ كما لو ثبتا بالبينة .

(١) في (ب) و (د) : (ومما في يده) .

(٢) الوسيط (٣ / ٣٢٠) .

(٣) انظر « بحر المذهب » (٦ / ١١٧ - ١١٨) .

وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ وَأَقَرَّ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لآخر . . لَمْ يُقَدِّمِ الْأَوَّلُ فِي الْأَصَحِّ .
وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُ مُكْرَهٍ . وَيُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرَّرِ لَهُ أَهْلِيَّةُ اسْتِحْقَاقِ الْمُقَرَّرِ بِهِ ، فَلَوْ قَالَ :
(لِهَذِهِ الدَّابَّةِ عَلَيَّ) كَذَا . . فَلَعَوُ ، فَلَوْ قَالَ : (بِسَبَبِهَا لِمَالِكِهَا) . . وَجَبَ ، وَلَوْ
قَالَ : (لِحِمْلٍ هِنْدٍ كَذَا يَارِثُ أَوْ وَصِيَّةٍ) . . لَزِمَهُ

(ولو أقر في صحته أو مرضه) بدين (وأقر وارثه بعد موته لآخر . . لم يقدم الأول
في الأصح) لأن الوارث خليفة المورث ، فأقراره كإقراره ، والثاني : يقدم ؛ لأنه
بالموت تعلق بالتركة ، فلا يتمكن الوارث من صرفها عنه .

(ولا يصح إقرار مُكْرَهٍ) بما أُكْرِهَ عليه ؛ كسائر تصرفاته .

وإقرار المرتد في بدنه لازم ، وكذا في ماله قبل الحجر عليه ، وبعده إن قلنا :
حجره كحجر المَرَضِ ، فإن قلنا : كحجر السفه . . ففي صحة إقراره وجهان .

(ويشترط في المُقَرَّرِ لَهُ : أهلية استحقاق المُقَرَّرِ بِهِ) لأن الإقرار بدونه كذب ، فلو أقر
بدين للغير عَقِبَ ثبوته بحيث لا يحتمل جريان ناقل . . لم يصح .

ولو أعتق عبده ثم أقر هو أو غيره له بمال في الحال . . لم يصح ؛ للعلم بأنه
لا يملك قبل العتق .

(فلو قال : « لِهَذِهِ الدَّابَّةِ عَلَيَّ كَذَا » . . فَلَعَوُ) لأنها لا تملك شيئاً ولا تستحقه .

(فلو قال : « بِسَبَبِهَا » ^(١) عَلَيَّ لِمَالِكِهَا) كَذَا (. . وَجَبَ) لأنه إقرار للمالك

لا لها ، وهي السبب ؛ إما بجناية عليها ، وإما باستيفاء منافعها بإجارة أو غصب .

وقول المُقَرَّرِ : (لِمَالِكِهَا) : محمول على مالِكها الآن ؛ لأنه الظاهر وإن احتمل أنه
يريد مالِكاً آخر قبله .

فلو اقتصر على قوله : (بِسَبَبِهَا) ولم يقل : (لِمَالِكِهَا) . . لم يلزم أن يكون المال
لمالكها في الحال ، ولكن يسأل ويحكم بموجب بيانه ؛ كما قاله الرافعي ^(٢) .

(ولو قال : « لِحِمْلٍ هِنْدٍ » عَلَيَّ أَوْ عِنْدِي (كَذَا يَارِثُ أَوْ وَصِيَّةٍ » . . لَزِمَهُ)

(١) في (ب) و(د) : (فإن قال : بسببها) .

(٢) الشرح الكبير (٢٨٥ / ٥) .

وَأِنْ أَسْنَدَهُ إِلَى جِهَةٍ لَا تُمَكِّنُ فِي حَقِّهِ . . فَلَغَوْ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ . وَإِذَا كَذَّبَ الْمُقَرَّرُ لَهُ الْمُقَرَّرَ . . تَرَكَ الْمَالُ فِي يَدِهِ فِي الْأَصَحِّ ،

لإمكانه ، والخصم في ذلك ولي الحمل ؛ كما نصَّ عليه في « الأم »^(١) .
(وإن أسنده إلى جهة لا تمكن في حقه) كقوله : (له علي ألف ثمن عين باعها مني) (. . فلغو) للقطع بكذبه فيما قاله .

وما جزم به تبع فيه « المحرر »^(٢) ، وصحح الرافعي في « الشرحين » : القطع بالصحة ؛ لأنه عقبه بما هو غير معقول ولا منتظم ، فأشبهه ما إذا قال : (لفلان علي ألف لا يلزمني) ، قال في « زيادة الروضة » : الأصح : البطلان ؛ كما في « المحرر »^(٣) .
قال السبكي : وما رجحه الرافعي في « الشرح » أقوى ، لكن إطلاق « الأم » يشهد لما في « المحرر » و« المنهاج » انتهى .

وقال في « الأنوار » : إسناد الفساد إلى « المحرر » وهم ، بل معنى كلامه : أن الإسناد نفسه لغو والإقرار نفسه صحيح . انتهى^(٤) ، وذكر الأذرعى نحوه ثم قال : وأما القطع بإلغاء الإقرار . . فلم أره لأحد ممن يقول بصحة الإقرار المطلق .

(وإن أطلق) الإقرار فلم يسنده إلى شيء (. . صحَّ في الأظهر) حملاً للكلام على الجهة الممكنة في حقه ؛ لأن كلام المكلف يحمل على الصحة في الأقاير ما أمكن ، وهو ممكن هنا ؛ لجواز ملكه بطريق صحيح من وصية أو إرث ، والثاني : لا يصح ؛ لأن المال في الغالب إنما يجب بمعاملة أو جناية ، ولا مساعٍ للمعاملة مع الحمل ولا للجناية عليه ، فيُحمَلُ إطلاقه على الوعد .

(وإذا كَذَّبَ الْمُقَرَّرُ لَهُ الْمُقَرَّرَ . . تَرَكَ الْمَالُ فِي يَدِهِ فِي الْأَصَحِّ) لأننا لا نعرف مالكة ، فذو اليد أولى الناس بحفظه ، ولأن يده تشعر بالملك ظاهراً ، والإقرار الطارىء عَارَضٌ إنكارُ المُقَرَّرِ له ، فسقط .

(١) الأم (٤/٥٠٣) .

(٢) المحرر (ص ٢٠١) .

(٣) الشرح الكبير (٥/٢٨٦) ، روضة الطالبين (٤/٣٥٧) .

(٤) الأنوار (١/٥٠٠) .

فَإِنْ رَجَعَ الْمُقَرَّرُ فِي حَالِ تَكْذِيبِهِ وَقَالَ : (غَلَطْتُ) . . قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ .

وقضية التعليل الأول : أن تكون يده يد استحفاظ ، وهو قضية كلام الإمام والغزالي وغيرهما^(١) ، وقال في « المطلب » : إنه الأشبه .

وقضية التعليل الثاني : أن تكون يد ملك ، وهو قضية كلام « المذهب » ، وصرح به المتولي ، وجزم به الشيخان عند رجوع المقر له عن التأكيد^(٢) .

ومقابل الأصح : وجهان : أحدهما : ينزعه الحاكم ويتولى حفظه إلى أن يظهر مالكة ؛ كالمال الضائع ، فإن رأى استحفاظ صاحب اليد . . جاز ؛ كغيره ، والثاني : يُجبر المقر له على القبول والقبض ، واستبعده الرافعي^(٣) .

والخلاف جارٍ في العين والدين ؛ كما صرحا به بعد هذه بقليل قبيل الركن الثاني^(٤) ، وقول ابن الرفعة في « المطلب » : إن محلّ الخلاف : في العين ، وأجراه ابن يونس في الدين أيضاً ، ولم أره لغيره . . مستغرب .

(فإن رجع المقر في حال تكذيبه وقال : « غلط ») أو (تعمّد الكذب)^(٥) . . قبل قوله في الأصح) هذه المسألة مبنية على الخلاف السابق ؛ فإن قلنا : بالأصح - وهو أنه يترك المال في يد المقر . . فقد أبطلنا حكم الإقرار ، وحيثئذ يقبل رجوعه في مسألتنا ، وإن قلنا : يحفظه القاضي . . فلا يقبل رجوعه ؛ لأننا لم نطل حكم إقراره .

وقوله : (في حال تكذيبه) يعني : تكذيب المقر له ، وهو يوهم : أنه لو رجع المقر له وصدّقه على الإقرار . . أنه لا يكون كذلك ، وليس كذلك ؛ فإن الأصح : أن رجوع المقر له غير مقبول ، ولا يُصرف إليه إلا بإقرار جديد .

* * *

(١) نهاية المطلب (٧ / ٧٨) ، الوجيز (ص ٢٢٤) .

(٢) المذهب (٢ / ٤٤١) ، الشرح الكبير (٥ / ٢٨٨) ، روضة الطالبين (٤ / ٣٥٨ - ٣٥٩) .

(٣) الشرح الكبير (٥ / ٢٨٨) .

(٤) الشرح الكبير (٥ / ٢٨٩) ، روضة الطالبين (٤ / ٣٥٩ - ٣٦٠) ، كذا في جميع النسخ ، والكلام قبيل الركن الثالث .

(٥) في (ب) و (د) : (غلطت أو تعمّدت الكذب) .

قَوْلُهُ : (لَزَيْدٌ كَذَا) .. صِيغَةُ إِقْرَارٍ ، وَقَوْلُهُ : (عَلَيَّ) وَ (فِي ذِمَّتِي) .. لِلدَّيْنِ ، وَ (مَعِيَ) وَ (عِنْدِي) .. لِلْعَيْنِ . وَلَوْ قَالَ : (لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ) ، فَقَالَ : (زَنْ) ، أَوْ (خُذْ) ، أَوْ (زَنْهُ) ، أَوْ (خُذْهُ) ، أَوْ (أَخْتِمِ عَلَيْهِ) ، أَوْ (أَجْعَلْهُ فِي كَيْسِكَ) .. فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ ، وَلَوْ قَالَ : (بَلَى) ، أَوْ (نَعَمْ) ، أَوْ (صَدَقْتَ) ، أَوْ (أَبْرَأْتَنِي مِنْهُ) ، أَوْ (قَضَيْتُهُ) ، أَوْ (أَنَا مُقَرَّبُهُ) .. فَهُوَ إِقْرَارٌ ،

(فصل : قوله : « لزيد كذا » .. صيغة الإقرار) لأن اللام تدل على الملك ، قال السبكي : هذا إذا وُصِلَ به شيء من الألفاظ الآتية ؛ أي : (عليّ) ، (و عندي) ، ونحوهما ، وإلا .. فهو خبر لا يقتضي ثبوت حق على المخبر ، ولا عنده .
(وقوله : « عليّ » و « في ذمتي » .. للدين) الملتزم في الذمة ؛ لأنه المتبادر منه عرفاً .

ولو عبّر بـ (أو) بدل (الواو) .. لكان أحسن ، وكذا قوله : (معي وعندي) لثلا يوهم أن المراد : الهيئة الاجتماعية .

(« و معي » و « عندي » .. للعين) لأنهما ظرفان ، فيحمل عند الإطلاق على أدنى المراتب ، وهي الوديعة ، فإذا ادعى تلفها بعد الإقرار ، أو ردّها .. قبل قوله يمينه ، بخلاف الدين .

(ولو قال : « لي عليك ألف » ، فقال : « زَنْ » ، أو « خُذْ » ، أو « زَنْهُ » ، أو « خُذْهُ » ، أو « اختم عليه » ، أو « اجعله في كيسك » .. فليس بإقرار) لأنه ليس بالتزام ، وإنما يُذكر للاستهزاء .

(ولو قال : « بلَى » ، أو « نعم » ، أو « صدقت » ، أو « أبرأتني منه » ، أو « قضيتُهُ » ، أو « أنا مقرّ به » .. فهو إقرار) ، أما الثلاثة الأوائل .. فلأنها ألفاظ موضوعة للتصديق والموافقة ، وفي معناها : (أَجَلٌ) و (جَيِّرٌ) .

وأما دعوى الإبراء والقضاء .. فلأنه قد اعترف بالشغل وادعى الإسقاط ، والأصلُ عدمه .

وَلَوْ قَالَ : (أَنَا مُقَرَّرٌ) ، أَوْ (أَنَا أَقْرَبُ بِهِ) .. فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ . وَلَوْ قَالَ : (أَلَيْسَ لِي عَلَيْكَ كَذَا ؟) فَقَالَ : (بَلَى) ، أَوْ (نَعَمْ) .. فَإِقْرَارٌ ، وَفِي (نَعَمْ) وَجْهٌ . وَلَوْ قَالَ : (أَقْضِ الْأَلْفَ الَّذِي لِي عَلَيْكَ) ، فَقَالَ : (نَعَمْ) ، أَوْ (أَقْضِي غَدًا) ، أَوْ (أَهْمَلْنِي يَوْمًا) ، أَوْ (حَتَّى أَقْعُدَ) ، أَوْ (أَفْتَحِ الْكَيْسَ) ، أَوْ (أَجِدْ) .. فَإِقْرَارٌ فِي الْأَصَحِّ .

وأما قوله : (أَنَا مُقَرَّرٌ بِهِ) .. فلأن المفهوم منه : الاعتراف .
قال الرافعي : وكلامهم يدل : على أن الحكم بكونه إقراراً .. محله : ما إذا خاطبه فقال : (أَنَا مُقَرَّرٌ بِهِ) ، وإلا .. فيحتمل الإقرار به لغيره^(١) .
(ولو قال : « أَنَا مُقَرَّرٌ ») ولم يقل : (بِهِ) ، (أَوْ « أَنَا أَقْرَبُ بِهِ » .. فليس بإقرار)
أما الأول : فلجواز أن يريد الإقرار بالوحدانية ، أو ببطلان دعواه ، وأما الثاني : فلاحتمال الوعد بالإقرار في ثاني الحال .
(ولو قال : « أليس لي عليك كذا ؟ » فقال : « بلى » ، أَوْ « نعم » .. فَإِقْرَارٌ ، وفي « نعم » : وجه) .

اعلم : أن أهل اللغة قالوا : إن (بلى) تكذيب للنفي الذي دخل عليه الاستفهام ، (و نعم) تصديق له ؛ فإذا قيل بعد (ألم يقم زيد ؟) : نعم .. فمعناه : لم يقم ، وإن قيل : (بلى) .. فمعناه : أنه قام ؛ لأن نفي النفي إثبات .
إذا تقرر هذا .. فالجزم في مسألتنا بأن بلى إقرار .. قد اجتمع عليه العرف واللغة ، ومنشأ الخلاف في (نعم) : تعارض العرف واللغة ، فوجه الأصح : أن الإقرار يُحْمَلُ على مفهوم أهل العرف لا على دقائق العربية ، ووجه مقابله : أن ذلك مقتضاه في اللغة ، ورجحه ابن الرفعة^(٢) .

(ولو قال : « اقضِ الألف الذي لي عليك » ، فقال : « نعم » ، أَوْ « أَقْضِي غَدًا » ، أَوْ « أَهْمَلْنِي يَوْمًا » ، أَوْ « حَتَّى أَقْعُدَ » ، أَوْ « أَفْتَحِ الْكَيْسَ » ، أَوْ « أَجِدْ » .. فَإِقْرَارٌ فِي الْأَصَحِّ) لأنه المفهوم من هذه الألفاظ عرفاً ، والثاني : لا ؛ لأنه ليس بصريح في الالتزام .

(١) الشرح الكبير (٢٩٧/٥) .

(٢) كفاية النبيه (٣٦٤/١٩) .

يُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرِّ بِهِ أَلَّا يَكُونَ مَلِكاً لِلْمُقَرِّ ، فَلَوْ قَالَ : (دَارِي) ، أَوْ (ثَوْبِي) ، أَوْ (دَيْنِي الَّذِي لِي عَلَى زَيْدٍ لِعَمْرٍو) . . . فَهُوَ لَغَوٌ ، وَلَوْ قَالَ : (هَذَا لِفُلَانٍ وَكَانَ مِلْكِي إِلَى أَنْ أَقَرَرْتُ) . . . فَأَوَّلُ كَلَامِهِ إِقْرَارٌ وَآخِرُهُ لَغَوٌ . وَلَيْكِنْ الْمُقَرُّ بِهِ فِي يَدِ الْمُقَرِّ لِيُسَلَّمَ بِالْإِقْرَارِ لِلْمُقَرِّ لَهُ . فَلَوْ أَقَرَّ وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَارَ . . . عُمِلَ بِمُقْتَضَى الْإِقْرَارِ ، . . .

(فصل : يُشْتَرَطُ فِي المقر به : ألا يكون ملكاً للمقر) لأن الإقرار ليس إزالة عن الملك ، وإنما هو : إخبار عن كونه مملوكاً للمقر له ، فلا بد من تقدم المخبر عنه على الخبر .

(فلو قال : « داري » ، أو « ثوبي » ، أو « ديني الذي لي على زيد لعمر» . . . فهو لغو)^(١) لأن الإضافة إليه تقتضي الملك حقيقة ، فينافي إقراره به لغيره ، فحمل على الوعد بالهبة .

(ولو قال : « هذا لفلان ، وكان ملكي إلى أن أقررت » . . . فأول كلامه إقرار وآخره لغو) فَيُطْرَحُ آخِرُهُ وَيُؤَاخَذُ بِأَوَّلِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُشْتَمِلٌ عَلَى جَمْلَتَيْنِ مُسْتَقْلَتَيْنِ ، وَلَوْ عَكَسَ فَقَالَ : (هذا ملكي هذا لفلان) . . . صَحَّ الْإِقْرَارُ أَيْضاً ؛ كَمَا صَرَحَ بِهِ الْإِمَامُ^(٢) .
(وليكن المقر به) من الأعيان (في يد المقر) حساً أو حكماً (ليسلم بالإقرار للمقر له) لأنه إذا لم يكن كذلك . . . كان كلامه إما دعوى عن الغير بغير إذنه ، أو شهادة بغير لفظها ، فلم ينظر إليه .

(فلو أقر ولم يكن في يده ثم صار . . . عُمِلَ بِمُقْتَضَى الْإِقْرَارِ) لأن الشرط قد وجد فواخذناه^(٣) .

ويشترط في اليد : الاستقلال ، فإن كانت يده نائبةً عن غيره ؛ بأن أقر بمال تحت

(١) في (ب) و (د) : (أو ديني الذي على زيد) .

(٢) نهاية المطلب (١٠١ / ٧) .

(٣) آخذه بالمد مؤاخذه ، والأمر منه آخذ ، وتبدل واو في لغة اليمن ، فيقال : واخذه مؤاخذه ، وقرئ بها في المتواتر . اهـ « تاج العروس » (٣٦٧ / ٩) .

فَلَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ . . حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ قَالَ : (هُوَ حُرٌّ الْأَصْلُ) . . فَشَرَاؤُهُ أَفْتِدَاءٌ ، وَإِنْ قَالَ : (أَعْتَقَهُ) . . فَافْتِدَاءٌ مِنْ جِهَتِهِ وَيَبِيعُ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ عَلَى الْمَذْهَبِ ، فَيَثْبُتُ فِيهِ الْخِيَارَانِ لِلْبَائِعِ فَقَطْ . وَيَصِحُّ الْإِقْرَارُ بِالْمَجْهُولِ ، . .

يده ليتيم أو جهة وقف وهو ناظره . . لم يصحَّ إقراره ، قاله ابن الصلاح في « فتاويه »^(١) .

(فلو أقر بحرية عبد في يد غيره ثم اشتراه . . حكم بحريته) وترتفع يده عنه ؛ لوجود شرط العمل بالإقرار ، ويصحُّ الشراء والحالة هذه ؛ تنزيلاً للعقد على قول من صدقه الشارع - وهو البائع - وإن اعتقد المشتري حرية ؛ استنقذاً له من رق ظالم ؛ لما ذكرناه من وجود الشرط .

ولو قال : (بحرية شخص) بدل (عبد) . . لكان أولى ؛ لثلاث تناقض الحرية .
(ثم إن كان قال : « هو حر الأصل » . . فشراؤه افتداء) من جهة المشتري ؛ كما صرح به في « المحرر »^(٢) ؛ لأن اعترافه بحريته مانعٌ من جعله بيعاً من جهته ، أما من جهة البائع . . ففيه الخلاف الآتي ؛ كما صرح به في « المطلب » .
(وإن قال : « أَعْتَقَهُ ») البائع ويسترقه ظلماً (. . فافتداء من جهته) لتعذر شراء الحرِّ بزعمه ، (وبيع من جهة البائع على المذهب) بناء على اعتقاده ، وقيل : إنه بيع من جهتهما ؛ تغليياً لجانب البائع ، وقيل : فداء من جهتهما ؛ تغليياً لجانب المشتري .

(فيثبت فيه الخياران للبائع فقط) بناء على المذهب المفصل ، ولو خرج العبد معيباً . . فلا ردَّ للمشتري ، وفي الأرش وجهان مبنيان على أنه بيع أو فداء .
(ويصحُّ الإقرار بالمجهول) للحاجة ، ولأن الإقرار إخبار عن حقٍّ سابق ، والشئ يُخبر عنه مفصلاً تارة ومجماً أخرى ؛ إما للجهل به ، وإما لثبوته مجهولاً بوصية ونحوها ، قال السبكي : والمبهم ؛ كأحد العبدین في معنى المجهول .

(١) انظر « فتاوى ابن الصلاح » (٢ / ٦٠٢) .

(٢) المحرر (ص ٢٠٢) .

فَإِذَا قَالَ : (لَهُ عَلَيَّ شَيْءٌ) .. قَبْلَ تَفْسِيرِهِ بِكُلِّ مَا يُتَمَوَّلُ وَإِنْ قَلَّ ، وَلَوْ فَسَّرَهُ بِمَا لَا يُتَمَوَّلُ لَكِنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ ؛ كَحَبَّةِ حَنْطَةٍ ، أَوْ بِمَا يَحِلُّ اقْتِنَاؤُهُ ؛ كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ وَسِرْجَيْنِ .. قَبْلَ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَا يُقْبَلُ بِمَا لَا يُقْتَنَى ؛ كَخَزِيرٍ وَكَلْبٍ لَا نَفْعَ فِيهِ ، وَلَا بِعِيَادَةٍ وَرَدٍّ سَلَامٍ ..

(فإذا قال : « له علي شيء » .. قبل تفسيره بكل ما يُتَمَوَّلُ وإن قلَّ) كفلس ؛ لصدق الاسم .

(ولو فسَّره بما لا يُتَمَوَّلُ لكنه من جنسه ؛ كحبة حنطة ، أو بما يحلُّ اقتناؤه ؛ ككلب معلَّم وسرجين .. قبل في الأصحِّ) لأنه شيء يحرم أخذه ويجب على أخذه ردُّه ، والثاني : لا يقبل فيهما .

أما الأول : فلأنه لا قيمة له ، فلا يصحُّ التزامه بكلمة (علي) ، وأما الثاني : فلأنه ليس بمال ، وظاهر الإقرار للمال .

ولو قال : (له في ذمتي شيء) .. لم يقبل التفسير بحبة حنطة وكلب معلَّم قطعاً ؛ لأن ذلك لا يثبت في الذمة .

ولو قال المصنف بدل (معلَّم) : (يقتنى) .. كان أحسن ؛ ليدخل كلب الماشية ونحوه ، وهو لم يعدّه ، و(كلب لا نفع فيه) : يفهم المراد .

(ولا يُقبل بما لا يقتنى ؛ كخزير وكلب لا نفع فيه) لصيد أو لحفظ ؛ لأن قوله : (علي) : يقتضي ثبوت حقٍّ على المقرِّ للمقرِّ له ، وما لا يقتنى ليس فيه حقٌّ ولا اختصاص ولا يلزم ردُّه .

نعم ؛ لو قال : (له عندي شيء) ، أو (غصبت منه شيئاً) .. صحَّ تفسيره بما لا يقتنى ؛ كذا قاله^(١) ، واستشكل ؛ فإن الغصب ؛ هو الاستيلاء على مال الغير أو حقِّ الغير ، فيكفُّ يُقبل تفسيره بما ليس بمال ولا حقٌّ ؟!

(ولا بعيادة وردٍّ سلام) إذ لا مطالبة بهما ، والإقرار في العادة إنما يكون بما يطلب .

(١) الشرح الكبير (٣٠٢/٥) ، روضة الطالبين (٣٧٢/٤) .

وَلَوْ أَقْرَبَ مَالٍ أَوْ بِمَالٍ عَظِيمٍ أَوْ كَبِيرٍ أَوْ كَثِيرٍ . . . قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِأَقْلَ مِنْهُ ، وَكَذَا بِالْمُسْتَوْلَدَةِ فِي الْأَصَحِّ ، لَا يَكْلَبُ وَجِلْدَ مَيْتَةٍ . وَقَوْلُهُ : (لَهُ كَذَا) . . . كَقَوْلِهِ : (شَيْءٌ) ، وَقَوْلُهُ : (شَيْءٌ شَيْءٌ) أَوْ (كَذَا كَذَا) . . . كَمَا لَوْ لَمْ يُكَرَّرْ ، وَلَوْ قَالَ : (شَيْءٌ وَشَيْءٌ) أَوْ (كَذَا وَكَذَا) . . . وَجَبَ شَيْئَانِ . وَلَوْ قَالَ : (كَذَا دِرْهَمًا) أَوْ رَفَعَ الدَّرْهَمَ أَوْ جَرَّهُ . . . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ . . .

نعم ؛ يصحُّ تفسير الحقِّ بهما ؛ كما نقله الرافعي عن البغوي ، ويبحث فيه ^(١) .
 (ولو أقر بمال ، أو بمال عظيم أو كبير أو كثير) أو خطير ، أو أكثر من مال زيد (. . . قبل تفسيره بأقل منه) ^(٢) لصدق الاسم ، والأصل : براءة الذمة مما سواه .
 ويحتمل أن يريد بوصفه بالعظمة ونحوها : بالنسبة إلى الفقراء ، وباعتبار عقاب غاصبه ، وثواب باذله للمضطر ، ونحوه .
 (وكذا بالمستولدة في الأصح) لأنه ينتفع بها وتوَجَّر ، وإن كانت لا تباع ، والثاني : لا ؛ لخروجها عن اسم المال المطلق .
 (لا بكلب وجلد ميتة) وسرجين وخمر ولو محترمة ؛ لانتفاء اسم المال عنها .
 (وقوله : « له كذا » كقوله : « شيء ») ، فيقبل تفسيره بما سبق في قوله : (شيء) لأنها أيضاً مبهمة .
 (وقوله : « شيء شيء ») ، أو « كذا كذا » كما لو لم يكرر) ، والتكرار للتأكيد لا للتجديد ، لهذا عند الإطلاق ، فلو أراد بالثاني الاستئناف . . . كان بمنزلة قوله : (كذا وكذا) ، قاله المتولي .
 (ولو قال : « شيء وشيء » ، أو « كذا وكذا » . . . وجب شيئان) لاقتضاء العطف المغايرة ، وله تفسير الشئين بمتفقين ؛ كدرهمين ، ومختلفين ؛ كدرهم وفلس .
 (ولو قال : « كذا درهمًا » ، أو رفع الدرهم أو جرَّهُ . . . لزمه درهم) لأن (كذا) مبهم وقد فسر به درهم .
 والنصب فيه جائز على التمييز ، والرفع على أنه عطف بيان أو بدل ، وأما في حالة

(١) الشرح الكبير (٣٠٢/٥) .

(٢) في (ب) و(د) : (قبل تفسيره بما قل منه) .

وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَوْ قَالَ : (كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا) بِالنَّصْبِ . . وَجَبَ دِرْهَمَانِ ، وَأَنَّهُ لَوْ رَفَعَ
أَوْ جَرَّ . . فَدِرْهَمٌ ،

الجر . . فهو وإن كان لحناً عند البصريين . . لكنه لا أثر له ؛ كما لو لحن في لفظة أخرى
من ألفاظ الإقرار ، ولو سكن ميم درهم . . فكما لو جره ، قاله الرافعي^(١) .
ووجهه : أنه أدون من المرفوع والمنصوب ؛ لاختلافهم في أنه يلزمه درهم أو
دونه ، فحملناه عليه ؛ لاحتمال إرادته .

(والمذهب : أنه لو قال : « كذا وكذا » أو ثم كذا (درهمًا) بالنصب . . وجب
درهمان) لأنه أقرّ بشيئين مبهمين وعقبهما بالدرهم ، وذلك ظاهر في أنه تفسير لكل
منهما ، وفي قول : يلزمه درهم واحد ؛ لجواز أن يريد تفسير اللفظين معاً بالدرهم ؛ بأن
يكون المراد من كل واحد : نصف درهم ، واختاره السبكي ، وفي قول ثالث : يلزمه
درهم وشيء ، أما الدرهم . . فلتفسيره الثاني ، وأما الشيء . . فلأول الباقي على إبهامه .
والطريق الثاني : القطع بالأول .

(و) المذهب : (أنه لو رفع أو جَرَّ . . فدرهم) أما مع الرفع . . فلأنه حينئذ يكون
خبراً عن المبهمين ، فيكون تقديره : هما درهم ، والطريق الثاني : قولان : ثانيهما :
درهمان ؛ لأنه يسبق إلى الفهم أنه تفسير لهما وإن أخطأ في الإعراب .
وأما مع الجر . . فلأنه لما كان ممتنعاً عند الجمهور من النحاة ، وكان لا يظهر له
معنى في اللغة ، وفي العرف يُفهم منه التفسير . . حملناه عليه ، بخلاف النصب ؛ فإنه
تميز صحيح ، فيعود إليهما كما سبق .

ولم ينقل الرافعي فيه خلافاً ، بل جزم بدرهم ، ثم قال : ويمكن أن يخرج فيه
ما سبق : أنه يلزمه شيء وبعض درهم ، أو لا يلزمه إلا بعض درهم . انتهى^(٢) .
وقد جزم أبو الطيب : بوجوب بعض درهم ؛ كما حاوله الرافعي ، وقيل : يجب
درهمان ، صرح به الماوردي^(٣) .

(١) الشرح الكبير (٣٠٨/٥-٣٠٩) .

(٢) الشرح الكبير (٣١٠/٥) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٨٨/٨) ، الشرح الكبير (٣١٠/٥) .

وَلَوْ حَذَفَ الْوَاوُ . . فَدِرْهَمٌ فِي الْأَحْوَالِ . وَلَوْ قَالَ : (أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ) . . قَبْلَ تَفْسِيرِ
الْأَلْفِ بِغَيْرِ الدَّرَاهِمِ . وَلَوْ قَالَ : (خَمْسَةُ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا) . . فَالْجَمِيعُ دَرَاهِمُ عَلَى
الصَّحِيحِ . وَلَوْ قَالَ : (الدَّرَاهِمُ الَّتِي أَقَرَرْتُ بِهَا نَاقِصَةُ الْوِزْنِ) ؛ فَإِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ
الْبَلَدِ تَامَةً الْوِزْنِ . . فَالصَّحِيحُ : قَبُولُهُ إِنْ ذَكَرَهُ مُتَّصِلًا ، وَمَنْعُهُ إِنْ فَصَلَهُ عَنِ الْإِقْرَارِ ، .

(ولو حذف الواو . . فدرهم في الأحوال) المذكورة رفعاً ونصباً وجراً ؛ لاحتمال
التأكيد .

ولم يتعرضوا للسكون في هذا القسم ، ولا في الذي قبله ، قال الإسنوي : وقياس
ما سبق عن الرافعي في الأفراد من جعله كالمخفوض ؛ لأنه أدون : أن يكون كذلك في
التركيب والعطف أيضاً ، قال : ويتحصل من ذلك اثنتا عشرة مسألة^(١) ؛ لأن (كذا) :
إما أن يؤتى بها مفردة ، أو مركبة ، أو معطوفة ، و(الدرهم) : إما أن يُرفع ، أو
يُنصب ، أو يُجر ، أو يُسكن ، ثلاثة في أربعة يحصل اثنا عشر ، والواجب في
جميعها : درهم ، إلا إذا عطف ونصبت تميزها . . فدرهمان .

(ولو قال : « ألف ودرهم » . . قبل تفسير الألف بغير الدراهم) لأنه مبهم ،
والعطف إنما يفيد زيادة على العدد ولا يفيد تفسيراً .

(ولو قال : « خمسة وعشرون درهماً » . . فالجميع دراهم على الصحيح) لأنه لم
يعطف الدرهم ، بل جعله تمييزاً ، فيكون تفسيراً للكل ، والثاني : أن (الخمسة)
مجملة ، و(العشرون) مفسرة بالدراهم ؛ لمكان العطف ، فالتحقت بـ(ألف
ودرهم) .

(ولو قال : « الدراهم التي أقررت بها ناقصة الوزن » فإن كانت دراهم البلد تامة
الوزن . . فالصحيح : قبوله إن ذكره متصلاً) لأنه في المعنى بمثابة الاستثناء ،
والثاني : لا يقبل ؛ لأن اللفظ صريح في التامة وضعاً وعرفاً .

(ومنعه إن فصله عن الإقرار) ، ويلزمه التامة ، إلا أن يصدقه المقر له ؛ لأن اللفظ
وعرف البلد ينفيان ما يقوله ، والثاني : يقبل ؛ لأن اللفظ يحتمله ، والأصل : براءة
الذمة .

(١) في جميع النسخ : (اثنا عشر مسألة) .

وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً . . قَبْلَ إِنْ وَصَلَهُ ، وَكَذَا إِنْ فَصَلَهُ فِي النَّصِّ . وَالتَّفسيرُ بِالْمَغْشُوشَةِ كَهُوَ بِالنَّاقِصَةِ . وَلَوْ قَالَ : (عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشْرَةٍ) . . لَزِمَهُ تِسْعَةٌ عَلَى الْأَصَحِّ . وَإِنْ قَالَ : (دِرْهَمٌ فِي عَشْرَةٍ) ؛ فَإِنْ أَرَادَ الْمَعِيَّةَ . . لَزِمَهُ أَحَدُ عَشَرَ ، أَوْ الْحِسَابَ . . فَعَشْرَةٌ ، وَإِلَّا . . فَدِرْهَمٌ .

فإذا ادعى النقصان . . فما الذي يلزمه ؟ قال في « الكفاية » نقلاً : ويظهر أن يقال : مرجعه التفسير ، فإن تعذر بيانه نزل على أقل الدراهم . انتهى^(١) ، قال الأذرعى : والرجوعُ إليه صرح به الصيمري في « شرح الكفاية » .

(وإن كانت ناقصة . . قبل إن وصله) لأن اللفظ ، والعرف يصدّقانه فيه . (وكذا إن فصله في النص) حملاً لكلامه على عرف البلد ؛ كما في المعاملات ، وقيل : لا تقبل ؛ حملاً لإقراره على وزن الإسلام .

(والتفسير بالمغشوشة كهو بالناقصة) لأن الدرهم عند الإطلاق يُحمل على الفضة ، فما فيه من الغش ينقصه ، فيعود الخلاف والتفصيل السابق .

(ولو قال : « عليّ من درهم إلى عشرة » . . لزمه تسعة في الأصح) ، هذه المسألة قد تقدم الكلام عليها في (الضمان) ، فإن الحكم فيه ، وفي الإقرار ، والإبراء ، والوصية ، والطلاق ، واليمين ، والنذر . . واحد .

(وإن قال : « درهم في عشرة » فإن أراد المعية . . لزمه أحد عشر) لأن (في) تستعمل بمعنى (مع) ، قال الله تعالى : ﴿ فَأَدْخِلْنِي عِبْدِي ﴾ .

(أو الحساب . . فعشرة) لأنه موجبٌ عندهم ، هذا إذا كان يعرف الحساب ، فإن كان لا يعرفه . . ففي « الكفاية » يشبه لزوم درهم فقط وإن قال : (أردت ما يريد الحساب)^(٢) ، وهو قياس ما سيأتي تصحيحه في الطلاق .

(وإلا) أي : وإن لم يرد المعية ولا الحساب (. . فدرهم) سواء أراد الظرفية أم أطلق ؛ لأنه المتيقن .

* * *

(١) كفاية النية (١٩/٤١٨) .

(٢) كفاية النية (١٩/٣٨٨) .

[في بيان أنواع من الإقرار وفي بيان الاستثناء]

قَالَ : (لَهُ عِنْدِي سَيْفٌ فِي غِمْدٍ) ، أَوْ (ثَوْبٌ فِي صُنْدُوقٍ) . . لَا يَلْزِمُهُ الظَّرْفُ ،
أَوْ (غِمْدٌ فِيهِ سَيْفٌ) ، أَوْ (صُنْدُوقٌ فِيهِ ثَوْبٌ) . . لَزِمَهُ الظَّرْفُ وَحْدَهُ ، أَوْ (عَبْدٌ عَلَى
رَأْسِهِ عِمَامَةٌ) . . لَمْ تَلْزَمْهُ الْعِمَامَةُ عَلَى الصَّحِيحِ ، أَوْ (دَابَّةٌ بِسَرَجِهَا) ، أَوْ (ثَوْبٌ
مُطَرَّزٌ) . . لَزِمَهُ الْجَمِيعُ . وَلَوْ قَالَ : (فِي مِيرَاثٍ أَبِي أَلْفٌ) . . فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَى أَبِيهِ
بِدَيْنٍ ، وَلَوْ قَالَ : (فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي) . . فَهُوَ وَعْدٌ هَبَ

(فصل : قال : « له عندي سيف في غمد » ، أو « ثوب في صندوق » . . لا يلزمه
الظرف) لأنه لم يقر به ، والإقرار يعتمد اليقين ، والظرف غير المظروف ، والقاعدة :
أن الإقرار بالمظروف ليس إقراراً بالظرف ، وكذا عكسه ، ودليله : ما قلناه .
(أو « غمد فيه سيف » ، أو « صندوق فيه ثوب » . . لزمه الظرف وحده) دون
المظروف ؛ لما قلناه ، و (الغمد) بكسر الغين المعجمة : غلاف السيف .
(أو « عبد على رأسه عمامة » . . لم تلزمه العمامة على الصحيح) لأنه لم يقر بها ،
والثاني : تلزمه ؛ لأن العبد له يد على ملبوسه ، وما في يد العبد . . فهو في يد سيده .
(أو « دابة بسرجها » ، أو « ثوب مطرز » . . لزمه الجميع) لأن معنى بسرجها : مع
سرجها ، والطرز جزء من الثوب .

ولو قال : (دابة مسروجة) . . لا يكون مقراً بالسرج ، ولو قال : (ثوب عليه
طراز) . . قال في « المطلب » : يظهر : أنه كالمطرز ؛ كذا نقله الإسنوي ، وقال في
« العجالة » : لو قال : (عليه طراز) . . فيظهر عدم اللزوم ^(١) .

(ولو قال : « في ميراث أبي ألف » . . فهو إقرار على أبيه بدَيْنٍ ، ولو قال : « في
ميراثي من أبي » . . فهو وعدٌ هبة) أي : وعده بأن يهبه ألفاً ، وهذا الحكم في
المسألتين قد نصّ عليه في « الأم » و « المختصر » ^(٢) .

والفرق : أنه في الثانية أضاف الميراث إلى نفسه ، وما يكون له لا يكون لغيره

(١) عجالة المحتاج (٨٥٩/٢) .

(٢) مختصر المزني (ص ١١٣) .

وَلَوْ قَالَ : (لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمٌ) .. لَزِمَهُ دِرْهَمٌ ، فَإِنْ قَالَ : (وَدِرْهَمٌ) .. لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ ،

بالإقرار ، فكان كما لو قال : (داري لفلان) ، ثم بعد إضافة الميراث إلى نفسه جعل له منه جزءاً ، ولا يكون إلا هبة ، واستشكله القاضي الحسين : بأن الدين لا يمنع الإرث ، قال في « العجالة » : ولعله بناء على العرف^(١) .

وفي الأولى : لم يصف وأثبت حق المقر له في التركة .

واستشكل في « المطلب » : حمل الصورة الأولى على الإقرار بالدين على الأب ، وقال : لِمَ لا يصح تفسيره أيضاً بالوصية وبالرهن عن دين الغير ونحو ذلك ؟ كما لو قال : (له في هذا العبد ألف) .

قال السبكي : وأجاب عنه ابن الرفعة بما ليس فيه مقنع ، وأجاب هو عنه : بأن الوصية تختص بالثلث ، وقوله : (في ميراث أبي) يعم جميع المال ، وأجاب عن احتمال أن يكون رهناً من الأب على دين غير أن الشافعي لعله إنما قال ذلك لأن لفظ المقر يقتضي كل الميراث ، وكل الميراث يشمل ما يمكن أن يدخل في ملك الميت ، وذلك لا يمكن أن يكون رهناً بدين الغير .

وذكر ابن الرفعة أيضاً : أن صورة المسألة فيما إذا كان الميراث دراهم ، فإن لم يكن .. فإنه يلتحق بما إذا قال : (له في هذا العبد ألف) ، فيسأل ويبين هذا المجمل ، قال : وهذا وإن لم أره منقولاً .. فلا شك فيه عندي .

قال الإسنوي : وفي كلام الرافعي ما يشير إليه ، قال : وهذا كله : إذا كان المقر حائزاً ، فإن لم يكن حائزاً وكذبه الباقر .. فلا يغرم إلا بالحصة على الأظهر ؛ كما في نظائره ، ومحله أيضاً : ما إذا لم يذكر كلمة الالتزام ، فإن ذكرها ؛ بأن قال : (علي ألف في ميراثي من أبي) .. فهو إقرار بكل حال .

(ولو قال : « له علي درهم درهم » .. لزمه درهم) لاحتمال إرادة التأكيد وإن كرره ألف مرة ، وسواء كرره في مجلس أو مجالس عند الحاكم أو غيره .
(فإن قال : له علي درهم) « ودرهم » .. لزمه درهمان (لأن العطف يقتضي

(١) عجالة المحتاج (٢/٨٥٩) .

وَلَوْ قَالَ : (دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ) . . لَزِمَهُ بِالْأَوَّلَيْنِ دِرْهَمَانِ ، وَأَمَّا الثَّالِثُ ؛ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ تَأْكِيدَ الثَّانِي . . لَمْ يَجِبْ بِهِ شَيْءٌ ، وَإِنْ نَوَى الِاسْتِثْنَاءَ . . لَزِمَهُ ثَلَاثُ ، وَكَذَا إِنْ نَوَى تَأْكِيدَ الْأَوَّلِ أَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ

المغايرة ، و (ثم) كـ (الواو) ، وأما (الفاء) : فإن أراد العطف . . فكذلك ، وإلا . . فالنصُّ هنا درهم ، وفي نظيره من الطلاق يقع طلقتان ، فقبيل : قولان فيهما ، والمذهب : تقرير النصين ، والفرق : أن الإقرارَ إخبار ، والطلاقُ إنشاء ، والإنشاء أقوى ، ولهذا لو تلفظ بالطلاق في يومين . . وقع طلقتان ، ولو أقرَّ بالدرهم في يومين . . لزمه درهم واحد .

(ولو قال : « درهم ودرهم ودرهم » . . لزمه بالأولين درهمان) لاقتضاء العطف المغايرة كما مر .

(وأما الثالث : فإن أراد به تأكيد الثاني . . لم يجب به شيء) كالطلاق ، (وإن نوى الاستثناء . . لزمه ثالث) عملاً بإرادته ونيته .

(وكذا إن نوى تأكيد الأول) بالثالث . . فإنه يلزمه ثلاثة على الأصح ؛ لأن التأكيد هنا ممتنع ؛ للفصل والعطف أيضاً ، ولهذا اتفقوا على لزوم درهمين في قوله : (درهم ودرهم) .

ومقابلته : أنه يلزمه درهمان ؛ لأن الثاني في قوله : (درهم ودرهم) : معطوف على الأول ، فامتنع تأكيده به ، وهنا الثالث معطوف على الثاني على رأي ، فأمكن أن يؤكد الأول به .

(أو أطلق في الأصح) لأن تأكيد الثاني بالثالث وإن كان جائزاً . . لكنه إذا دار اللفظ بين التأسيس والتأكيد . . كان الأصل حملُه على التأسيس ، والثاني : يلزمه درهمان ؛ لأن كون الأصل هو التأسيس وإعمال اللفظ . . عارضه كون الأصل براءة الذمة ، فتعارضاً ، وحيثُ فلم يبق للثالث مقتضى ، فاقصرنا على الدرهمين ، وكان ينبغي التعبير في حالة الإطلاق : بـ (المذهب) كما في « الروضة »^(١) فإن الأكثرين قطعوا به ، وقيل : قولان ؛ كنظيره من الطلاق .

(١) روضة الطالبين (٣٨٧/٤) .

وَمَتَى أَقَرَّ بِمُبْهَمٍ ؛ كـ (شَيْءٍ) وَ (ثَوْبٍ) وَطُولُ بِالْبَيَانِ فَاَمْتَنَعَ . . فَاَلصَّحِيحُ : أَنَّهُ يُحْبَسُ ، وَلَوْ بَيَّنَّ وَكَذَّبَهُ الْمَقْرُّ لَهُ . . فَلْيَبَيِّنْ وَلْيَدَّعِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَقْرِّ فِي نَفْيِهِ . وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ بِالْفِ ثُمَّ أَقَرَّ لَهُ بِالْفِ فِي يَوْمٍ آخَرَ . . لَزِمَهُ أَلْفٌ فَقَطْ ، وَلَوْ اخْتَلَفَ الْقَدْرُ . . دَخَلَ الْأَقْلُ فِي الْأَكْثَرِ ، فَلَوْ وَصَفَهُمَا بِصِفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ ، أَوْ أَسْنَدَهُمَا إِلَى جِهَتَيْنِ ،

وفرق الأولون : بأن التأكيد في الطلاق أكثر منه في الإقرار ؛ لأنه يقصد به التخويف والتهديد ، بخلاف الإقرار ، وعلى هذا : لو كرره مئة مرة أو أكثر . . لزمه بعدده .

(ومتى أقر بمبهم ؛ كـ « شيء » و « ثوب » وطول بالبيان فامتنع . . فالصحيح : أنه يُحْبَسُ) لأن البيان واجب عليه ، فإذا امتنع منه . . حبس ؛ كالممتنع من أداء الدين ، والثاني : لا يحبس ؛ لأنه قد لا يعلمه ، هذا إذا لم يمكن معرفة المقر به دون مراجعته ، فإن أمكن . . لم يحبس قطعاً ، وذلك بأن يحيله على مُعَرِّفٍ ؛ كقوله : (بزنة هذه الصنجة) ، أو (بالعدد المكتوب في كتاب كذا) ، أو (بقدر ما باع به فلان فرسه) ، ونحوه ، فيرجع إلى ما أحال عليه أو يمكن استخراجه بالحساب ، وقد ذكر الرافعي في « شرحه » من ذلك جملة^(١) .

(ولو بَيَّنَّ) إقراره المبهم (وكذَّبه المقر له . . فليبين) المقر له مقداراً (وليدَّعِ) به ، (والقول قول المقر في نفيه) أي : في نفي ما ادعاه المقر له .

(ولو أقر له بألف ، ثم أقر له بألف في يوم آخر . . لزمه ألف فقط) لأن الإقرار إخبار ، وتعدد الخبر لا يقتضي تعدد المخبر عنه ، وسواء وقع الإقرار في مجلس أو في مجلسين ، وسواء كتب بكل منهما وثيقة وأشهد عليه فيهما أم لا .

(ولو اختلف القدر) بأن أقر في يوم بألف وفي آخر بخمس مئة (. . دخل الأقل في الأكثر) إذ يحتمل : أنه ذكر بعض ما أقر به أولاً .

(فلو وصفهما بصفتين مختلفتين) بأن قال مرة : (مئة صحاح) ، وأخرى : (مكسرة) ، (أو أسندهما إلى جهتين) بأن قال : (له علي ألف من ثمن مبيع) ، وقال مرة : (ألف بدل قرض) .

(١) الشرح الكبير (٣٢٩/٥-٣٣٠) .

أَوْ قَالَ : (قَبِضْتُ يَوْمَ السَّبْتِ عَشْرَةً) ثُمَّ قَالَ : (قَبِضْتُ يَوْمَ الْأَحَدِ عَشْرَةً) .. لَزِمَا .
 وَلَوْ قَالَ : (لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ كَلْبٍ أَوْ أَلْفٌ قَضِيَّتُهُ) .. لَزِمَهُ الْأَلْفُ فِي
 الْأَظْهَرِ ، وَلَوْ قَالَ : (مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ إِذَا سَلَّمَهُ سَلَمْتُ) .. قُبِلَ عَلَى الْمَذْهَبِ
 وَجُعِلَ ثَمَنًا

(أَوْ قَالَ : « قَبِضْتُ يَوْمَ السَّبْتِ عَشْرَةً » ثُمَّ قَالَ : « قَبِضْتُ يَوْمَ الْأَحَدِ عَشْرَةً » ..
 لَزِمَا) لَأَنَّ اتِّحَادَهُمَا غَيْرُ مُمْكِنٍ .

(وَلَوْ قَالَ : « لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ كَلْبٍ » ، أَوْ « أَلْفٌ قَضِيَّتُهُ » .. لَزِمَهُ
 الْأَلْفُ فِي الْأَظْهَرِ) لِأَنَّهُ وَصَلَ الْإِقْرَارَ بِمَا يَرْفَعُهُ ، فَأَشْبَهَ قَوْلُهُ : (عَلَيَّ أَلْفٌ
 لَا تَلْزِمُنِي) ، وَالثَّانِي : لَا يَلْزِمُهُ ؛ لِأَنَّ الْكَلَّ كَلَامٌ وَاحِدٌ ، فَيَعْتَبَرُ جُمْلَةً وَلَا يَتَّبَعُ ،
 فَعُلِيَ هَذَا : لِلْمَقَرِّ لَهُ تَحْلِيفُهُ : أَنَّهُ كَانَ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ .

قَالَ الْإِمَامُ : وَكَانَتْ أَوْدُ لَوْ فَصَلَ فَاصِلٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَقَرُّ جَاهِلًا بِأَنَّ ثَمَنِ الْخَمْرِ
 لَا يَلْزِمُ ، وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا فَيَعْذَرُ الْجَاهِلُ دُونَ الْعَالِمِ ، لَكِنْ لَمْ يَصِرْ إِلَيْهِ أَحَدٌ مِنَ
 الْأَصْحَابِ ^(١) .

وَمَحَلُّ الْخِلَافِ : إِذَا وَصَلَ ذَلِكَ بِالْإِقْرَارِ ؛ كَمَا فَرَضَهُ الْمُصَنِّفُ ، فَإِنْ فَصَلَهُ عَنْهُ ..
 لَزِمَهُ قِطْعًا ، وَإِنْ قَدَّمَهُ ؛ كَقَوْلِهِ : (لَهُ عَلَيَّ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَلْفٌ) .. لَمْ يَلْزِمَهُ قِطْعًا ؛ كَمَا
 فِي « الرُّوضَةِ » وَ« أَصْلُهَا » ^(٢) ، لَكِنْ فِي (التَّيْمَمِ) مِنْ « شَرْحِ الْمَهْذَبِ » عَنِ الْمُعْتَمَدِ
 لِلشَّاشِيِّ : أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي جَرَيَانِ الْقَوْلَيْنِ بَيْنَ التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، وَأَقْرَهُ ^(٣) ، قَالَ
 الْأَذْرَعِيُّ : وَلَمْ أَرَهُ لغيره ، وَالظَّاهِرُ : أَنَّهُ مِنْ تَفْقَهُهُ .

(وَلَوْ قَالَ : « مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ إِذَا سَلَّمَهُ سَلَمْتُ ») وَأَنْكَرَ الْمَقَرُّ لَهُ الْبَيْعَ
 وَطَلَبَ الْأَلْفَ (.. قُبِلَ عَلَى الْمَذْهَبِ وَجُعِلَ ثَمَنًا) لِأَنَّ الْمَذْكَورَ آخِرًا لَا يَرْفَعُ الْأَوَّلُ ،
 بِخِلَافِ ثَمَنِ الْخَمْرِ ، وَالطَّرِيقُ الثَّانِي : طَرَدَ الْقَوْلَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَرْفَعُهُ عَلَى
 تَقْدِيرِ عَدَمِ إِعْطَاءِ الْعَبْدِ .

(١) نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ (٩٣ / ٧) .

(٢) رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ (٣٩٦ / ٤) ، الشَّرْحُ الْكَبِيرُ (٣٣٢ / ٥ - ٣٣٣) .

(٣) شَرْحُ الْمَهْذَبِ (٢٨٧ / ٢) .

وَلَوْ قَالَ : (أَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ) . . لَمْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ عَلَى الْمَذْهَبِ . وَلَوْ قَالَ : (أَلْفٌ لَا تَلْزَمُ) لَزِمَهُ . وَلَوْ قَالَ : (لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ) ، ثُمَّ جَاءَ بِالْأَلْفِ وَقَالَ : (أَرَدْتُ هَذَا وَهُوَ وَدِيعَةٌ) ، فَقَالَ الْمُقَرَّرُ لَهُ : (لِي عَلَيْهِ أَلْفٌ آخَرُ) . . صَدَقَ الْمُقَرَّرُ فِي الْأَظْهَرِ بِيَمِينِهِ ، . .

(ولو قال : « ألف إن شاء الله » . . لم يلزمه شيء على المذهب) لأنه لم يجزم بالإقرار بل علقه بالمشيئة ، وهي مغيبة عنا ، والطريق الثاني : أنه على القولين السابقين ؛ لأن آخره يرفع أوله .

وقيد المصنف نظير المسألة من (الطلاق) : بما إذا قصد التعليق^(١) ، قال الإسنوي : وينبغي اشتراطه هنا .

(ولو قال : « ألف لا تلزم » . . لزمه) لأنه غير منتظم ، فلا يبطل به الإقرار .
(ولو قال : « له علي ألف » ، ثم جاء بألف وقال : « أردت هذا وهو ودیعة » ، فقال المقر له : « لي عليه ألف آخر ») غير الألف الودیعة (. . صدق المقر في الأظهر بيمينه) لأن الودیعة يجب عليه حفظها والتخلي عنها وبين مالکها ، فلعله أراد بكلمة (علي) الإخبار عن هذا الواجب .

ويحتمل أيضاً : أنه تعدى فيها حتى صارت مضمونة عليه ، فلذلك قال : (علي) ، وأيضاً : فقد يستعمل (علي) بمعنى (عندي) ، وفسر بذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ عَلَى ذُنُوبٍ ﴾ .

والثاني : يصدق المقر له ؛ لأن كلمة (علي) ظاهرة في الثبوت في الذمة ، والودیعة لا تثبت في الذمة .

وقوله : (ثم جاء بألف) أي : متراخياً يُفهم ذلك من ثم ، أما إذا وصل ذلك بالإقرار فقال : (علي ألف وديعة) . . فإنه يقبل ، وقيل : قولان ؛ (كآلف قضيته) .

وكيفية اليمين : أن يحلف بالله تعالى أنه لا يلزمه تسليم ألف أخرى وأنه ما أراد بإقراره إلا هذه .

(١) منهاج الطالبين (ص ٤٢٠) .

فَإِنْ كَانَ قَالَ : (فِي ذِمَّتِي) أَوْ (دِينًا) .. صُدِّقَ الْمُقَرَّرُ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ . قُلْتُ : فَإِذَا قَبَلْنَا التَّفْسِيرَ بِالْوَدِيعَةِ .. فَالْأَصَحُّ : أَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَتَقْبَلُ دَعْوَاهُ التَّلْفَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ ، وَدَعْوَى الرَّدِّ ، وَإِنْ قَالَ : (لَهُ عِنْدِي أَوْ مَعِيَ أَلْفٌ) .. صُدِّقَ فِي دَعْوَى الْوَدِيعَةِ وَالرَّدِّ وَالتَّلْفِ قَطْعاً ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَلَوْ أَقَرَّ بِبَيْعٍ أَوْ هَبَةٍ وَإِقْبَاضٍ ثُمَّ قَالَ : (كَانَ فَاسِداً وَأَقَرَّرْتُ لَظَنَ الصَّحَّةِ) .. لَمْ يُقْبَلْ ،

(فَإِنْ كَانَ قَالَ : « فِي ذِمَّتِي » أَوْ « دِينًا ») ثُمَّ جَاءَ بِأَلْفٍ وَفَسَّرَ بِمَا مَرَّ (.. صدق المقر له على المذهب) لأن العين لا تكون في الذمة ولا ديناً ، والوديعة لا تكون في ذمته بالتعدي ، بل بالتلف ولا تلف ، والطريق الثاني : حكاية وجهين : ثانيهما : القول قول المقر ؛ لجواز أن يريد : (أَلْفٌ فِي ذِمَّتِي إِنْ تَلَفْتَ الْوَدِيعَةَ ؛ لِأَنِّي تَعَدَيْتُ فِيهَا) . وَلَوْ جُمِعَ بَيْنَهُمَا فَقَالَ : (لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ دَرَاهِمٍ دِيناً فِي ذِمَّتِي) .. فَخِلَافٌ مُرْتَبٍ ، وَأَوَّلَى بِالْأَقْبَلِ .

(قُلْتُ : فَإِذَا قَبَلْنَا التَّفْسِيرَ بِالْوَدِيعَةِ .. فَالْأَصَحُّ : أَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَتَقْبَلُ دَعْوَاهُ التَّلْفَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ ، وَدَعْوَى الرَّدِّ) ؛ لِأَنَّ هَذَا شَأْنُ الْوَدِيعَةِ ، وَالثَّانِي : أَنَّهَا تَكُونُ مَضْمُونَةً ، حَتَّى لَا تَقْبَلُ دَعْوَى التَّلْفِ وَالرَّدِّ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْكَلِمَةَ ظَاهِرَةٌ فِي صِيرُورَةِ الْعَيْنِ مَضْمُونَةً بِسَبَبِ التَّعْدِي .

وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِهِ : (بَعْدَ الْإِقْرَارِ) عَمَّا إِذَا ادْعَى التَّلْفَ أَوْ الرَّدَّ قَبْلَ الْإِقْرَارِ وَقَالَ : (إِنَّمَا أَقَرَّرْتُ بِهَا ظَانّاً بِقَاءِهَا) .. فَإِنَّهُ لَا يَقْبَلُ ؛ لِأَنَّ التَّالِفَ وَالْمُرْدُودَ لَا يَكُونُ عَلَيْهِ بِمَعْنَى مِنَ الْمَعَانِي ، وَهَذَا مَا صَرَّحَ بِهِ الْمُحَامِلِيُّ وَابْنُ الصَّبَّاحِ وَغَيْرُهُمَا ، وَاقْتَضَاهُ كَلَامُ غَيْرِهِمْ .

(وَإِنْ قَالَ : « لَهُ عِنْدِي أَوْ مَعِيَ أَلْفٌ » .. صُدِّقَ فِي دَعْوَى الْوَدِيعَةِ وَالرَّدِّ وَالتَّلْفِ قَطْعاً ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) لِأَنَّهُ لَا إِشْعَارَ لِهَذَا اللَّفْظِ بِالذِّينِيَّةِ وَلَا بِالضَّمَانِ .
(وَلَوْ أَقَرَّ بِبَيْعٍ أَوْ هَبَةٍ وَإِقْبَاضٍ ثُمَّ قَالَ : « كَانَ فَاسِداً وَأَقَرَّرْتُ لَظَنَ الصَّحَّةِ » .. لَمْ يَقْبَلْ)^(١) لِأَنَّ الْأَسْمَ يُحْمَلُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ عَلَى الصَّحِيحِ .

(١) فِي (ب) : (وَأَقَرَّرْتُ لَظَنِي الصَّحَّةَ) .

وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُقَرَّرِ لَهُ ، فَإِنْ نَكَلَ . . حَلَفَ الْمُقَرَّرُ وَبَرَّى . وَلَوْ قَالَ : (هَذِهِ الدَّارُ لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو) ، أَوْ (غَضَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بَلْ مِنْ عَمْرٍو) . . سَلَّمْتُ لِزَيْدٍ ، وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ الْمُقَرَّرَ يَغْرَمُ قِيمَتَهَا لِعَمْرٍو . وَيَصِحُّ الْإِسْتِثْنَاءُ إِنْ اتَّصَلَ

وجزم المصنف هنا بعدم القبول ، ويحتمل أن يأتي فيه الخلاف فيما إذا ادعى أحدهما صحة البيع والآخر فسادَه ، ويحتمل ألا يجري ، ويفرق : بأن قبوله هنا يؤدي إلى خلاف الظاهر مرتين ، وهو الإقرار والبيع السابق عليه .

(وله تحليف المقر له) لإمكان ما يدعيه ، وجهات الفساد قد تخفى عليه .

(فإن نكل . . حلف المقر وبرى) لأن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة ، وكلاهما يحصل هذا الغرض .

وقوله : (وبرى) غير مستقيم ؛ فإن النزاع في عين لا في دين ، ولهذا عبر في « المحرر » بقوله : (وحكم بطلانه)^(١) .

واحترز بقوله : (أو هبة وإقباض) عما إذا أقر بالهبة فقط . . فإنه لا يكون مقراً بالإقباض على المذهب .

(ولو قال : « هذه الدار لزيد بل لعمرى » ، أو « غضبتُها من زيد بل من عمرو » . . سَلَّمْتُ لِزَيْدٍ) لأن الإقرار بحقوق الآدميين لا يصح الرجوع عنه .

(والأظهر : أن المقر يغرم قيمتها لعمرى) لأنه أحال بينه وبين ملكه بإقراره الأول ، والحيولة سبب الضمان ؛ بدليل ما إذا غضب عبداً فأَبَقَ من يده . . فإنه يضمه ، والثاني : لا يغرم ؛ لأن الإقرار له قد صادف ملك الغير ، فلا يلزمه شيء ؛ كما لو أقر بالدار التي في يد زيد لعمرى .

والخلاف جارٍ سواء سَلَّمَهَا بنفسه أو بالحاكم ، وإلى بين الإقرار لهما أم فصل ، (ثُمَّ) كـ (بَلْ) فيما ذكرناه .

(ويصحُّ الاستثناء) لكثرة وروده في القرآن والسنة ، وهو : إخراج ما لولاه . . لدخل في الأول (إن اتصل) بإجماع أهل اللغة ، فإن انفصل . . فهو لغو ، ولا يضر

(١) المحرر (ص ٢٠٥) .

وَلَمْ يَسْتَغْرِقْ ، فَلَوْ قَالَ : (لَهُ عَلَيَّ عَشْرَةٌ إِلَّا تِسْعَةٌ إِلَّا ثَمَانِيَةٌ) .. وَجَبَ تِسْعَةٌ ، وَيَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الْجَنَسِ ؛ كـ (أَلْفٌ إِلَّا ثَوْبًا) ، وَيُبَيِّنُ بِثَوْبٍ قِيمَتَهُ دُونَ أَلْفٍ ، وَمِنْ الْمُعَيَّنِ ؛ كـ (هَذِهِ الدَّارُ لَهُ إِلَّا هَذَا الْبَيْتُ) ، أَوْ (هَذِهِ الدَّرَاهِمُ لَهُ إِلَّا ذَا الدَّرْهَمِ) ،

السكوت اليسير ؛ كسكتة التنفس ، والعِي ؛ كما ذكره المصنف في (الطلاق) ، ونَصَّ عليه في « الأم »^(١) .

وشرط « الحاوي الصغير » : أن يقصد الاستثناء من أول الإقرار ، [وتبع في ذلك الرافعي ؛ فإنه صححه في (الطلاق)]^(٢) .

وصحح المصنف في (الطلاق) : أنه يشترط أن يقصده قبل فراغ اليمين ، فيحتمل صحة اعتباره هنا ، ويحتمل عدم اعتباره ؛ لأن الإقرار إخبار ، فيبعد فيه اعتبار النية ، بخلاف الإنشاء .

(ولم يستغرق) ، فإن استغرق ؛ كـ (عليّ عشرة إلا عشرة) .. فباطل ، وهو إجماع أيضاً إلا من شذَّ .

(فلو قال : « له عليّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية » .. وجب تسعة) لأن الاستثناء من الإثبات نفي وعكسه ؛ كما سيأتي في (الطلاق) .

(ويصحُّ من غير الجنس ؛ كـ « أَلْفٌ إِلَّا ثَوْبًا ») لوروده لغة وشرعاً ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِيَ إِلَّا رَبَّ الْعَالَمِينَ ﴾ ، وقوله : ﴿ مَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا أَنْتَ الْبَاقِ الْظَنُّ ﴾ .

(ويبيّن بثوب قيمته دون ألف) لثلا يؤدي إلى الاستثناء المستغرق ، فإن فسر به بما يستغرق .. فالتفسير لغو ، وكذا الاستثناء على الأصح ، فتلزمه الألف ؛ لأنه بيّن ما أراد بالاستثناء ، فكأنه تلفّظ به وهو مستغرق .

(و) يصحُّ الاستثناء (من المعيّن ؛ كـ « هذه الدار له إلا هذا البيت » ، أو « هذه الدراهم إلا ذا الدرهم ») ، أو (هذا الثوب له إلا كمّه) لأنه كلام صحيح ليس بمحال .

(١) منهاج الطالبين (ص ٤١٩) ، الأم (١٥٣/٨) .

(٢) الحاوي الصغير (ص ٣٤١) ، الشرح الكبير (٢٦/٩) ، وما بين المعقوفين زيادة من (ب) و (د) .

وَفِي الْمَعِينِ وَجْهٌ شَادٌّ . قُلْتُ : وَلَوْ قَالَ : (هَؤُلَاءِ الْعَبِيدُ لَهُ إِلَّا وَاحِدًا) . . قَبْلَ وَرَجْعَ فِي الْبَيَانِ إِلَيْهِ ، فَإِنْ مَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا وَزَعَمَ أَنَّهُ الْمُسْتَنَى . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فَصْنَائِفُ

[في الإقرار بالنسب]

أَقْرَبُ نَسَبٍ ؛ إِنْ الْحَقُّهُ بِنَفْسِهِ . . اشْتَرَطَ لِصِحَّتِهِ أَلَّا يُكَذِّبَهُ الْحِسُّ وَلَا الشَّرْعُ ؛ بَأَنَّهُ يَكُونُ مَعْرُوفَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ ،

(وفي المعين وجه شاد) أنه لا يصح الاستثناء منه ؛ لأن الاستثناء المعتاد إنما يكون من المطلق لا من المعين .

(قلت : ولو قال : « هؤلاء العبيد له إلا واحداً » . . قبل) لأن الاستثناء يصح وإن كان مجهولاً ؛ كما لو قال : (عشرة إلا شيئاً) إذ لا فرق بين العين والدين .

(ورجع في البيان إليه) لأنه أعرف بما أراد ، ويلزمه البيان ؛ لتعلق حق الغير به ؛ كالتعق .

(فإن ماتوا إلا واحداً وزعم أنه المستثنى . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) لاحتمال ما ادعاه ، والثاني : لا ؛ للتهمة ، فإن مات قبل البيان . . قام وارثه مقامه .

* * *

(فصل : أقر بنسب) أي : من يصح إقراره بالنسب ، وهو البالغ العاقل الذكر ولو عبداً وكافراً وسفياً (إن الحق به بنفسه) بأن قال : (هذا ابني) . . اشترط لصحته : ألا يكذبه الحس (بأن يكون المقرُّ أصغر ، أو مساوياً ، أو أكبرَ بزمان لا يمكن أن يولد ذلك الشخص له فيه ، وسيأتي ضبطه في (باب اللعان) ، أو يكون ممسوحاً في زمان إمكان العلوق به .

(ولا الشرع) أي : وألا يكذبه الشرع أيضاً (بأن يكون معروف النسب من غيره) ، أو ولد على فراش نكاح صحيح ؛ لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره سواء صدقه المستلحق أم لا .

وَأَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُسْتَلْحَقُّ إِنْ كَانَ أَهْلًا لِلتَّصْدِيقِ ، فَإِنْ كَانَ بَالِغًا فَكَذَّبَهُ . . لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ

(وَأَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُسْتَلْحَقُّ) بفتح الحاء (إِنْ كَانَ أَهْلًا لِلتَّصْدِيقِ) ، وهو البالغ العاقل ؛ لأن له حقاً في نسبه ، وهو أعرف به من غيره .

واشترط التصديق ذكره في « الشرح » و « الروضة » هنا^(١) ، لكن ذكرنا في (فصل التسامع في الشهادات) : أن سكوت البالغ العاقل في النسب كالإقرار ، وجزم به في « الحاوي الصغير »^(٢) ، والمعتمد : المذكور هنا ؛ فإنه الذي اشتملت عليه كتب الطريقتين ؛ كما ذكره الأذرعى .

وأهمل شروطاً آخر ؛ منها :

ألا يكون منفياً بلعان الغير ، فإن كان . . لم يصح استلحاقه ؛ كما ذكره في « الشرح الصغير » ، وعزاه في « الكبير » إلى القفال^(٣) ، وأهمل في « الروضة » ؛ لسقوطه من بعض نسخ « الشرح » ، ونقلنا في آخر (اللعان) عن « التتمة » من غير مخالفة : أن المنفي باللعان إذا ولد على فراش صحيح فاستلحقه غيره . . لم يصح ؛ لبقاء حق الاستلحاق ، وإن كان يلحقه نسبه لوطء شبهة أو نكاح فاسد فاستلحقه غيره . . لحقه ؛ لأنه لو نازعه فيه قبل النفي . . سمعت دعواه^(٤) ، قال الأذرعى : وهذا التفصيل أحسن من إطلاق القفال ؛ ويجوز تنزيله عليه . انتهى .

وألا ينازعه فيه منازع ، فلو استلحقه اثنان . . فسيأتي قريباً .

وألا يكون عبد الغير ، أو معتقه إن كان صغيراً ؛ محافظة على حق الولاء للسيد ، فإن كان بالغاً وصدقه . . لحقه على الأصح ؛ كذا قالاه في (كتاب اللقيط)^(٥) .

واستلحاق المرأة والعبد والكافر يأتي في (اللقيط) .

(فإن كان بالغاً) عاقلاً (فكذبه) أو سكت (. . لم يثبت إلا ببينة) كسائر الحقوق .

(١) الشرح الكبير (٣٥٣ / ٥) ، روضة الطالبين (٤١٤ / ٤) .

(٢) الشرح الكبير (٧٠ / ١٣) ، روضة الطالبين (٢٦٨ / ١١) ، الحاوي الصغير (ص ٣٤٥) .

(٣) الشرح الكبير (٣٥٣ / ٥) .

(٤) الشرح الكبير (٤٢٠ / ٩) ، روضة الطالبين (٣٦٤ / ٨) .

(٥) الشرح الكبير (٤١٣ / ٦) ، روضة الطالبين (٤٣٧ / ٥) .

وَإِنْ أَسْتَلْحَقَّ صَغِيرًا.. ثَبَّتَ ، فَلَوْ بَلَغَ وَكَذَّبَهُ.. لَمْ يَنْطُلْ فِي الْأَصَحِّ . وَيَصِحُّ أَنْ
يَسْتَلْحَقَّ مِثْنًا صَغِيرًا ، وَكَذَا كَبِيرًا فِي الْأَصَحِّ ، فَوَيْرُثُهُ . وَلَوْ أَسْتَلْحَقَّ اثْنَانِ بِالْغَا . ثَبَّتَ
لِمَنْ صَدَقَهُ . وَحُكْمُ الصَّغِيرِ يَأْتِي فِي (الَلْقِيطِ) إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

(وإن استلحق صغيراً.. ثبت) نسبه عند وجدان شروطه ، فيرثه الصغير ، ويرث
هو منه .

(فلو بلغ وكذبه.. لم يطل في الأصح) لأنه ثبت بطريق شرعي ، فلم يتأثر بعد
ثبوته بالإنكار ؛ قياساً على ما لو ثبت بالبينة ، والثاني : يطل ؛ للتكذيب^(١) .

والخلاف جارٍ فيما لو استلحق مجنوناً فأفاق وأنكر .

(ويصح أن يستلحق ميثناً صغيراً) ولو بعد أن قتله ، ولا يبالي بتهمة سقوط
القصاص ولا بتهمة الميراث ؛ لأن النسب يُحتاط فيه .

(وكذا كبيراً في الأصح) كالصغير ؛ لأن الميت ليس أهلاً للتصديق ، والثاني :
لا يصح ؛ لأن تأخير الاستلحاق إلى الموت يُشعر بإنكاره لو وقع في حياته .

(فيرثه)^(٢) أي : يرث الميت المستلحق ، صغيراً كان أو كبيراً ؛ لأن الإرث فرع
النسب وقد ثبت نسبه .

ومسألة الإرث ليست في « المحرر » ولا في « الروضة » .

(ولو استلحق اثنان بالغاً.. ثبت لمن صدقه) لاجتماع الشرائط فيه دون الآخر ،
فإن لم يصدق واحداً منهما.. عرض على القائف ؛ كذا قال في « أصل الروضة » في
الكلام على القائف ، وجرى عليه الإسنوي وغيره^(٣) ، وفيه نظر ؛ إذ استلحاق التابع
يشترط فيه : تصديقه ، ولم يوجد .

(وحكم الصغير) إذا استلحقه اثنان (يأتي في « اللقيط » إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى) .

(١) قال في « العجالة » [٢ / ٨٦٥ - ٨٦٦] : (وهذا إذا لم نشاهد فراشاً ولا ولادة عليه ، فإن شاهدنا
ذلك.. لم نلتفت إلى الإنكار) . انتهى ، وهو عجيب ؛ فإن الكلام على النسب الثابت بالاستلحاق ،
وفي هذه الصورة ثبت بالفراش . اهـ هامش (أ) .

(٢) في (د) : (ويرثه) .

(٣) روضة الطالبين (٥ / ٤٣٩) .

وَلَوْ قَالَ لَوْلَدَ أُمَّتِهِ : (هَذَا وَلَدِي) . ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَلَا يَثْبُتُ الْاِسْتِيلَادُ فِي الْأَظْهَرِ ،
وَكَذَا لَوْ قَالَ : (وَلَدِي وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِي) ؛ فَإِنْ قَالَ : (عَلِقَتْ بِهِ فِي مِلْكِي) . ثَبَتَ ،
فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشاً لَهُ . لِحَقِّهِ بِالْفِرَاشِ مِنْ غَيْرِ اسْتِلْحَاقٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً . فَالْوَلَدُ
لِلزَّوْجِ وَاسْتِلْحَاقُ السَّيِّدِ بَاطِلٌ . وَأَمَّا إِذَا أَلْحَقَ النَّسَبَ بِغَيْرِهِ ؛ كـ (هَذَا أَخِي) أَوْ
(عَمِّي) فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ

(ولو قال لولد أمته) التي ليست مزوجة ولا مستفرشة بمن يمكن كونه منه (« هذا ولدي » ثبت نسبه) بالشروط السابقة .

(ولا يثبت الاستيلاد في الأظهر) لأن الأصل الرق ، ويحتمل أن الاستيلاد كان في نكاح أو وطء شبهة قبل الملك ، والثاني : يثبت عملاً بالظاهر .

(وكذا لو قال : « ولدي ولدته في ملكي ») لاحتمال أن يكون أحبلها قبل الملك بنكاح أو شبهة ، ثم ملكها حاملاً فولدت في ملكه ، فيجري فيه القولان .

(فَإِنْ قَالَ : « عَلِقَتْ بِهِ فِي مِلْكِي » ثَبَتَ) الاستيلاد^(١) ؛ لانقطاع الاحتمال ، فتكون أم ولد لا محالة ؛ كذا قاله^(٢) ، ومنعه الإسنوي ؛ لجواز أن يكون قد رهنها ، ثم حبلت منه وولدت وهو معسر ، فبيعت في الدين ثم اشتراها ؛ فإن في ثبوت الاستيلاد - والحالة هذه - قولين ، فلم ينتف الاحتمال^(٣) .

وأجيب عنه : بأن المراد نفي الاحتمال المذكور قبل ذلك لا كل احتمال ، وفيه نظر .

(فَإِنْ كَانَتْ) الأمة (فِرَاشاً لَهُ) فَإِنْ أَقْرَبَ بوطئها (. . . لِحَقِّهِ) عند الإمكان (بالفراش من غير استلحاق) لإطلاق الحديث الصحيح : « أَلُوْدُ لِلْفِرَاشِ »^(٤) .

(وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً . . . فالولد للزوج) عند إمكان كونه منه ؛ لأن الفراش له ، واستلحاق السيد باطل (للحقوق بالزوج شرعاً) .

(وَأَمَّا إِذَا أَلْحَقَ النَّسَبَ بِغَيْرِهِ ؛ كـ « هَذَا أَخِي » أَوْ « عَمِّي » فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ

(١) كلمة (الاستيلاد) من المتن في (ب) و (د) .

(٢) الشرح الكبير (٣٥٥ / ٥) ، روضة الطالبين (٤١٦ / ٤) .

(٣) المهمات (٦٢١ / ٥) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٠٥٣) ، ومسلم (١٤٥٧) عن عائشة رضي الله عنها .

الْمُلْحَقُ بِهِ بِالشَّرْطِ السَّابِقَةِ ، وَيَشْرَطُ كَوْنُ الْمُلْحَقِ بِهِ مَيِّتاً ، وَلَا يُشْتَرَطُ إِلَّا يَكُونَ نَفَاهُ فِي الْأَصَحِّ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمَقَرِّ وَارِثاً حَائِزاً . وَالْأَصَحُّ : أَنَّ الْمُسْتَلْحَقَ لَا يَرِثُ ، ..

الملحق به (إذا كان رجلاً ؛ لأن الورثة يخلفون مؤرثهم في حقوقه ، والنسب من جملتها .

والمراد به (غيره) : من يتعدى النسب منه إلى نفسه لا الأجنبي ، ويدل عليه : تمثيله بالأخ والعم .

وإنما قيدت الملحق به بكونه رجلاً ؛ لأن استلحاق المرأة لا يقبل على الأصح ، فبالأولى استلحاق وارثها ، قاله في « المطلب » ونقله عن ابن اللبّان ، قال « المهمات » : وهو واضح ^(١) .

(بالشروط السابقة ، ويشترط : كون الملحق به ميتاً) فما دام حياً ليس لغيره الإلحاق به ولو كان مجنوناً ؛ لاستحالة ثبوت نسب الشخص مع وجوده بقول غيره .

(ولا يشترط ألا يكون نفاه في الأصح) ، بل يجوز استلحاق من نفاه الملحق به قبل موته بلعان أو غيره ؛ قياساً على ما لو استلحقه النافي ، والثاني : يشترط ؛ لأنه نسب سبق الحكم ببطلانه ، ففي إلحاقه بعد الموت إلحاق عارٍ على الميت .

(ويشترط : كون المقر وارثاً حائزاً) ، فلا يثبت بإقرار الأجنبي والقريب الذي لا يرث لقيام مانع به من رق أو غيره ؛ لأنه ليس خليفة للمورث ، ولا بإقرار الوارث غير الحائز ؛ لأن القائم مقام المورث هو مجموع الورثة لا المستلحق وحده ، فلو مات عن ابنين وبنات . . فلا بدّ من اتفاقهم جميعاً ، وكذا تعتبر موافقة الزوج والزوجة والمعتق على الأصح ؛ لأنهم من الورثة .

(والأصح : أن المستلحق لا يرث) كذا هو في نسخة المصنف ؛ كما حكاها السبكي .

وقضيته : أنه مع كون المقر حائزاً لا يرث المستلحق ، وهو خلاف المنقول والمعقول ، والظاهر : أنه سقط هنا شيء ، وصوابه أن يقول : (وإن لم يكن حائزاً . .

(١) المهمات (٦٢٤/٥) .

وَلَا يُشَارِكُ الْمُقَرَّرُ فِي حِصَّتِهِ ، وَأَنَّ الْبَالِغَ مِنَ الْوَرَثَةِ لَا يَتَفَرَّدُ بِالْإِقْرَارِ ، وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ أَحَدُ الْوَارِثَيْنِ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ وَمَاتَ وَلَمْ يَرِثْهُ إِلَّا الْمُقَرَّرُ . ثَبَتَ النَّسَبُ ، وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ابْنٌ حَائِزٌ بِأُخُوَّةٍ مَجْهُولٍ فَأَنْكَرَ الْمَجْهُولُ نَسَبَ الْمُقَرَّرِ . لَمْ يُؤْثَرْ فِيهِ

فَالْأَصَحُّ . . .) إِلَى آخِرِهِ ؛ كَمَا يَوْجَدُ فِي بَعْضِ نَسَخِ الْكِتَابِ ، وَقَدْ يَوْجَدُ فِي بَعْضِهَا أَيْضاً : (فَلَوْ أَقَرَّ أَحَدُ الْإِبْنَيْنِ دُونَ الْآخَرِ . . . فَالْأَصَحُّ . . .) إِلَى آخِرِهِ ، وَهَذِهِ الثَّانِيَةُ : مُوَافَقَةٌ لِمَا فِي « الْمَحَرَّرِ »^(١) ، وَكُلُّهُمَا صَوَابٌ ؛ فَإِنَّ الْخِلَافَ : إِنَّمَا هُوَ فِي إِقْرَارِ غَيْرِ الْحَائِزِ ؛ كَأَحَدِ الْإِبْنَيْنِ الْبَالِغَيْنِ وَلَمْ يَصْدَقْهُ الْآخَرُ ، فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ قَطْعاً . (وَلَا يُشَارِكُ الْمُقَرَّرُ فِي حِصَّتِهِ) تَفْرِيعاً عَلَى أَنَّهُ لَا يَرِثُ لِعَدَمِ ثُبُوتِ نَسَبِهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : بِأَنَّهُ يَرِثُ . . شَارِكُهُ ، وَلَا يَرِثُ مِنْ نَصِيبِ الْمُنْكَرِ ، وَفِي هَذِهِ قَرِينَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ : إِقْرَارَ بَعْضِ الْوَرَثَةِ ؛ إِذْ لَوْ كَانَ الْمُقَرَّرُ حَائِزاً . . لَمْ تَكُنْ لَهُ حِصَّةٌ ، بَلْ جَمِيعُ الْإِرْثِ لَهُ .

(وَأَنَّ الْبَالِغَ مِنَ الْوَرَثَةِ لَا يَتَفَرَّدُ بِالْإِقْرَارِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ حَائِزاً لِلْمِيرَاثِ ، فَلَا يَتَفَرَّدُ ؛ لِمَا مَرَّ ، وَالثَّانِي : يَتَفَرَّدُ وَيَثْبُتُ ؛ احْتِيَاظاً لِلنَّسَبِ ، وَالْمَجْنُونُ كَالصَّبِيِّ . فَلَوْ عَبَّرَ الْمُصَنِّفُ بِـ (الْكَامِلِ) . . لَكَانَ أَشْمَلًا . (وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ أَحَدُ الْوَارِثَيْنِ) بِثَالِثٍ (وَأَنْكَرَ الْآخَرُ وَمَاتَ وَلَمْ يَرِثْهُ إِلَّا الْمُقَرَّرُ . . ثَبَتَ النَّسَبُ) لِأَنَّ جَمِيعَ الْمِيرَاثِ قَدْ صَارَ لَهُ ، وَالثَّانِي : لَا يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَ الْفَرْعِ مُسَبِّقٌ بِإِنْكَارِ الْأَصْلِ .

وَاحْتَرَزَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ : (وَأَنْكَرَ الْآخَرُ) عَمَّا لَوْ سَكَتَ ؛ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لَا مُحَالَةً . (وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ابْنٌ حَائِزٌ بِأُخُوَّةٍ مَجْهُولٍ فَأَنْكَرَ الْمَجْهُولُ نَسَبَ الْمُقَرَّرِ) بِأَنَّ قَالَ : (لَسْتُ ابْنَ أَبِي) (. . لَمْ يُؤْثَرْ فِيهِ) لِأَنَّهُ لَوْ بَطَلَ نَسَبُهُ . . لَبَطَلَ نَسَبُ الْمَجْهُولِ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ بِقَوْلِ الْمُقَرَّرِ إِلَّا لَكُونُهُ وَارِثاً حَائِزاً ، وَلَوْ بَطَلَ نَسَبُ الْمَجْهُولِ . . لَثَبَتِ نَسَبُ الْمُقَرَّرِ ، وَذَلِكَ دُونَ ، وَالثَّانِي : يُؤْثَرُ وَيَحْتَاجُ الْمُقَرَّرُ إِلَى بَيِّنَةٍ عَلَى نَسَبِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرَفٌ بِنَسَبِ الْمَجْهُولِ ، وَالْمَجْهُولُ قَدْ أَنْكَرَ نَسَبَهُ ، قَالَ الْقِفَالُ : وَهُوَ غَلَطٌ .

(١) المحرر (ص ٢٠٧) .

وَيُثَبِّتُ أَيْضاً نَسَبَ الْمَجْهُولِ ، وَأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْوَارِثُ الظَّاهِرُ يَحْجُبُهُ الْمُسْتَلْحَقُ ؛ كَأَخِ أَقْرَ بَابِنِ لِلْمَيِّتِ . . ثَبَتَ الْنَسَبُ وَلَا إِرْثٌ .

(ويثبت أيضاً نسب المجهول) لأن الوارث الحائز قد استلحقه ، والثاني : لا ؛ لأنه أخرج المقر عن أهلية الإقرار بتكذيبه .
(وأنه إذا كان الوارث الظاهر يحجبه المستلحق ؛ كأخ أقر بابن للميت . . ثبت النسب ولا إرث) أما ثبوت النسب . . فلأن الوارث الحائز في الظاهر قد استلحقه ، وأما عدم الإرث . . فلأنه لو ورث . . لحجب الأخ ، ولو حجبه . . لخرج عن أهلية الإقرار ، وإذا لم يصح الإقرار . . لم يثبت النسب ولا الإرث ، فيؤدي توريثه إلى عدم توريثه ، وقيل : لا يثبتان ، وقيل : يثبتان .

* * *

كتاب العارية

شَرْطُ الْمُعِيرِ : صِحَّةُ تَبَرُّعِهِ ،

(كتاب العارية)

هي بتشديد الياء وتخفيفها ، أصلها من عَارَ : إذا ذهب وجاء ، ومنه قيل للغلام الخفيف : عيار ؛ لكثرة ذهابه ومجيئه .

وقولُ الجوهري : إنها مشتقة من العار^(١) معترض ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعلها^(٢) .

قال ابن الرفعة : وحقيقة العارية شرعاً : إباحة الانتفاع بما يحلُّ الانتفاع به مع بقاء عينه ؛ ليردّها عليه^(٣) .

وهي مستحبة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ ؛ فإن جمهور المفسرين على أن المراد بذلك : ما يستعيره الجيران بعضهم من بعض ، قاله في « المحرر »^(٤) .

وكانت واجبةً في أول الإسلام^(٥) ، وقد فعلها عليه السلام^(٦) ، وأفتى الزبيري : بوجوب إعارته ما كُتِبَ عليه طبقة السماع ؛ لينقل السامع منه .

(شرطُ المعير : صحة تبرعه) لأن الإعارة تبرع ، فمن لا يتبرع ؛ كالمكاتب وغيره من المحجورين . لا يعير .

وكان ينبغي أن يقول : (تبرع ناجز) لأن السفیه أهلٌ للتبرع بالصوية ولا تصحُّ عاريته .

نعم ؛ قال الماوردي : يجوز له إعارته بدنه إذا كان عمله ليس مقصوداً في كسبه ؛

(١) الصحاح (٦٥٣ / ٢) .

(٢) أخرجه الحاكم (٤٧ / ٢) ، وأبو داود (٣٥٦٢) عن صفوان بن أمية رضي الله عنه .

(٣) كفاية النية (٣٥٦ / ١٠) .

(٤) المحرر (ص ٢٠٨) ، في جميع النسخ : (قال في « المحرر ») ، ولعل الصواب ما أثبت .

(٥) ذكر ذلك الإمام الروياني في « بحر المذهب » (٣٩١ / ٦) .

(٦) أخرجه البخاري (٢٦٢٧) ، ومسلم (٤٩ / ٢٣٠٧) عن أنس بن مالك رضي الله عنه .

وَمِلْكُهُ الْمُنْفَعَةُ ، فَيُعِيرُ مُسْتَأْجِرٌ لَا مُسْتَعِيرٌ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنْبِذَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْمُنْفَعَةَ لَهُ

لاستغنائه عنه بماله^(١) ، وردّه السبكي : بأن ذلك لا يسمّى عارية ؛ لأن بدنه في يده .
(وملكه المنفعة) وإن لم يملك الرقبة ؛ لأن الإعارة تردّ على المنفعة دون الرقبة .
نعم ؛ إذا نذر هدياً أو أضحيةً . . له أن يعيره مع أنهما خرجا عن ملكه ، وكذا إعارة الإمام ما لبيت المال من أرض وغيرها ؛ لأن له التملك ، فالإعارة أولى ، قاله الإسوي^(٢) ، وأورد أيضاً : صحة إعارة كلب الصيد ، فلو قال : (أو اختصاصه بها) . . لشمّل ذلك .

وقضية كلام المصنف : أنه ليس للأب أن يعير ولده الصغير ، وكذا أطلقه صاحب « العدة » ، قال في « زيادة الروضة » : وينبغي حمله على خدمة تقابل بأجرة ، وأما ما لا يقابل بأجرة لحقارته . . فالظاهر الذي يقتضيه أفعال السلف : أنه لا منع منه إذا لم يضر بالصبي . انتهى^(٣) .

وقال في « البحر » : يجوز أن يعير ولده الصغير ليعخدم من يتعلم منه^(٤) ، ويؤيده : قصة أنس رضي الله عنه^(٥) .

(فيعير مستأجر) لأنه مالك المنفعة (لا مستعير على الصحيح) لأنه غير مالك لها ، وإنما أبيع له الانتفاع ، ولهذا لا يؤجر ، والثاني : يعير ؛ كما للمستأجر أن يؤجر .

ومحل المنع : ما لم يأذن المالك ، فإن أذن . . جاز .
(وله أن يستنبذ من يستوفي المنفعة له) كما إذا استعار دابة للركوب . . فله أن يركبها وكيله الذي هو مثله أو دونه في حاجته ؛ لأن الانتفاع راجع إليه بواسطة المباشرة .

(١) الحاوي الكبير (٢٨ / ٨) .

(٢) المهمات (٥ / ٦) .

(٣) روضة الطالبين (٤٢٦ / ٤) .

(٤) بحر المذهب (١٣ / ٨) .

(٥) أخرجه البخاري (٢٧٦٨) ، ومسلم (٥٢ / ٢٣٠٩) .

وَالْمُسْتَعَارِ : كَوْنُهُ مُنْتَفَعًا بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وَيَجُوزُ إِعَارَةُ جَارِيَةٍ لِخِدْمَةِ أَمْرَأَةٍ أَوْ مَحْرَمٍ ،

ولم يذكر المصنف شرط المستعير ، وقال الماوردي : كلُّ من صحَّ منه قبولُ الهبة . . صحَّ منه طلبُ العارية ، ومن لا يصحُّ منه طلبُها . . لا يصحُّ منه قبولُها^(١) . وأورد عليه : السفه ؛ فإنه يقبل الهبة والوصية ولا تصحُّ الإعارة منه ؛ كما صرح به المحاملي ومجلي .

(و) شرطُ (المستعار : كونه منتفعًا به) انتفاعاً مباحاً ، فلا يصحُّ إعارة الملاهي والأمة المشتبهة للخدمة لغير من سيأتي .

وكان ينبغي أن يقول : (منفعة قوية) ليخرج النقد ؛ فإنه لا يجوز إعارته للتزين عند الإطلاق على الأصح ؛ لأنها منفعة ضعيفة ، ومعظم منافعه في الإنفاق ، فإن صرح بالتزين . . قال الرافعي : فينبغي أن تصح ؛ لأنه اتخذ هذه المنفعة مقصداً ، وبه أجاب في « التتمة »^(٢) .

(مع بقاء عينه) فلا يجوز إعارة الشمعة والسراج الموقود والأطعمة ؛ فإن منفعتها باستهلاكها .

(ويجوز إعارة جارية لخدمة امرأة أو محرم) لعدم المحذور في ذلك ، وكذا إعارتها لزوجها ؛ كما ذكره المصنف في « التصحيح »^(٣) ، قال الإسنوي : وكذا لمالكها ، ويتصور ذلك في المستأجر^(٤) .

وخرج بـ (الخدمة) : الاستمتاع ؛ فإنه حرام ، وبـ (المحرم) : الأجنبي ، لكن صحح في « الروضة » : جواز إعارته الصغيرة التي لا تُشتهي ، والقبحة^(٥) ، ورجح في « الشرح الصغير » : المنع ، قال الإسنوي تبعاً للسبكي : والمتجه : التفرقة ، فيجوز في الصغيرة دون الكبيرة ؛ لجواز الخلوة بالطفلة^(٦) ، ولو كان المستعير أو

(١) الحاوي الكبير (٣٩٢ / ٨) .

(٢) الشرح الكبير (٣٧١ / ٥) .

(٣) تصحيح التنبيه (٣٤٧ / ١) .

(٤) المهمات (٦ / ٦) .

(٥) روضة الطالبين (٤٢٧ / ٤) .

(٦) المهمات (٧ / ٦) .

وَيُكْرَهُ إِعَارَةُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لِكَافِرٍ . وَالْأَصَحُّ : اشْتِرَاطُ لَفْظٍ ؛ كـ (أَعَرْتُكَ) وَ (أَعْرَني) ،
وَيَكْفِي لَفْظُ أَحَدِهِمَا مَعَ فِعْلٍ الْآخَرِ ، وَلَوْ قَالَ : (أَعَرْتُكَ لِتَعْلِفَهُ) أَوْ (لِتُعِيرَنِي
فَرَسَكَ) .. فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ تُوجِبُ أَجْرَةَ الْمِثْلِ

المستعار ختنى .. امتنع على الصحيح ؛ أخذاً بالاحتياط .

(ويكره إعارة عبد مسلم لكافر) لأن فيها امتهاناً ، وقيل : يحرم ، وحمل في
« المطلب » : التحريم على الإعارة للخدمة ، والكراهة على غيرها ، واختار
السبكي : التحريم مطلقاً ؛ لما فيه من الاستيلاء ، وليس كالإجارة ؛ فإنه يؤثر فيها
بإزالة ملكه عن المنفعة على الأصح ، والمستعير لا يعير ، فتفسد .

(والأصحُّ : اشتراط لفظ ؛ كـ « أعرنك » ، و « أعرني » ، ويكفي لفظ أحدهما مع
فعل الآخر) قياساً على إباحة الطعام ؛ فإن اللفظ من أحدهما شرط ، والثاني :
لا يعتبر اللفظ في واحد منهما ، حتى لو رآه عارياً فأعطاه قميصاً فلبسه .. كان ذلك
إعارة^(١) .

ويستثنى من اشتراط اللفظ : ما إذا اشترى شيئاً وسلمه له في ظرف .. فالظرف معار
في الأصح ، وما إذا أكل المهدى إليه الهدية في ظرفها . فيجوز وهو معار ، قاله
أبو عاصم العبادي والبغوي^(٢) ، قال في « زيادة الروضة » : محله : ما إذا كانت الهدية
لا لمقابل ، فإن كانت عوضاً . فالظرف أمانة في يده ؛ كالإجارة الفاسدة ؛ كذا حكاه
المتولي عن أبي عاصم^(٣) .

(ولو قال : « أعرنك لتعلفه » أو « لتعيرني فرسك » .. فهو إجارة فاسدة تُوجب
أجرة المثل) لجهالة العلف والمدة ، والتعليق في الثانية ، وصحح في « المطلب » :
أنه عارية فاسدة ؛ نظراً إلى اللفظ ، فلا تجب أجرة ، ثم قال : وفيه بُعد ؛ لأنه لم تبذل
المنفعة مجاناً .

(١) قال في « العجالة » [٨٧١ / ٢] : (والخلاف مبني على أن العارية هبة للمنافع أو إباحة) انتهى ، وفيه
نظر ؛ فإن القائل بالاشتراط قاسه على إباحة الطعام ؛ كما ذكرناه . اهـ هامش (أ) .

(٢) التهذيب (٢٨٠ / ٤) .

(٣) روضة الطالبين (٤٣٠ / ٤) .

وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ . فَإِنْ تَلَفَتْ لَا بِاسْتِعْمَالٍ . . ضَمِنَهَا وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ ،
وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ أَوْ يَنْسَحِقُ بِاسْتِعْمَالٍ ، وَالثَّالِثُ : يَضْمَنُ الْمُنْمَحِقَ .

(ومؤنة الرد على المستعير)^(١) ؛ لحديث : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ »
حسنه الترمذي ، وصححه الحاكم^(٢) .

(فَإِنْ تَلَفَتْ) العين المستعارة (لَا بِاسْتِعْمَالٍ . . ضَمِنَهَا وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ) لأنه صلى الله
عليه وسلم استعار أدرعاً يوم حنين من صفوان بن أمية ، فقال : أَغْصَبْتُ يَا مُحَمَّدُ ؟
فقال : « لَا ، بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » رواه أبو داود^(٣) .

وفي كيفية الضمان خلاف ذكره المصنف آخر الباب .

وخرج بعدم الاستعمال : ما إذا تَلَفَتْ به ، وسيأتي .

وسكت المصنف عن ضمان الأجزاء ، وَالْأَصَحُّ : أنه كالعين ، ولو استعار بشرط
أن المستعار أمانة . . فالشرط لاغٍ .

(وَالْأَصَحُّ : أنه لَا يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ أَوْ يَنْسَحِقُ بِاسْتِعْمَالٍ) لحدوثه عن سبب مأذون
فيه ، والثاني : أنه يَضْمَنُ ؛ للحديث المار : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » ، فإذا
تعذر الرد . . ضَمِنَهُ .

(والثالث : يَضْمَنُ الْمُنْمَحِقُ) دون المنسحق ؛ لأن مقتضى العارية الرد ، ولم
يوجد مردود في المنمحق ، فضمنه ، بخلاف المنسحق ، ويكون الضمان في آخر
حالات التقويم .

والانمحاق : هو التلف بالكلية ؛ كلبس الثوب حتى يبلى ، والانسحاق : هو
النقصان ، وموت الدابة كالانمحاق ، وعقرها وعرجها كالانسحاق .

وقوله : (بِاسْتِعْمَالٍ) أي : مأذون فيه ، فَإِنْ تَلَفَتْ بِاسْتِعْمَالٍ غَيْرِ مَأْذُونٍ فِيهِ . .
ضَمِنَهَا قَطْعاً ؛ كما لو أعاره قميصاً ليلبسه فاتزر به .

(١) في (ب) : (فصل : ومؤنة الرد) .

(٢) سنن الترمذي (١٢٦٦) ، المستدرک (٤٧/٢) ، وأخرجه أبو داود (٣٥٦١) جميعهم عن سمرة بن
جندب رضي الله عنه .

(٣) سنن أبي داود (٣٥٦٢) ، وأخرجه الحاكم (٤٧/٢) عن صفوان بن أمية رضي الله عنه .

وَالْمُسْتَعِيرُ مِنْ مُسْتَأْجِرٍ لَا يَضْمَنُ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ تَلَفَتْ دَابَّتُهُ فِي يَدٍ وَكَيْلٍ بَعَثَهُ فِي شُغْلِهِ
أَوْ فِي يَدٍ مَنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ لِيرَوِّضَهَا . . . فَلَا ضَمَانَ . وَلَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِحَسَبِ الْإِذْنِ ، فَإِنْ أَعَارَهُ
لِزِرَاعَةِ حِنْطَةٍ . . زَرَعَهَا وَمِثْلَهَا إِنْ لَمْ يَنْهَهُ ، أَوْ لِشَعِيرٍ . . لَمْ يَزْرَعْ فَوْقَهُ كَحِنْطَةٍ ، وَلَوْ
أَطْلَقَ الزَّرَاعَةَ . . صَحَّ فِي الْأَصَحِّ وَيَزْرَعُ مَا شَاءَ . وَإِذَا اسْتَعَارَ لِبِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ . . فَلَهُ
الزَّرْعُ وَلَا عَكْسَ

(والمستعير من مستأجر لا يضمن في الأصح) لأن يده نائبة عن يد غير ضامنة ،
والثاني : يضمن ؛ كالمستعير من المالك .

ويجري الخلاف : في المستعير من الموصى له بالمنفعة ومن الموقوف عليه .
ومؤنة الرد في هذه الاستعارة على المستعير إن ردَّ على المستأجر ، وعلى المالك
إن ردَّ عليه ؛ كما لو ردَّ عليه المستأجر ، فيستثنى ذلك من قوله أولاً : (ومؤنة الردَّ
على المستعير) .

(ولو تَلَفَتْ دابته في يد وكيل بعثه في شُغله ، أو في يد من سَلَّمَهَا إِلَيْهِ لِيرَوِّضَهَا)
أي : يَعْلَمُهَا السَّيْرَ (. . فلا ضمان) لأنه لم يأخذها لغرض نفسه .
(وله الانتفاع بحسب الإذن) لأنه وَضَعَ العارية ، (فَإِنْ أَعَارَهُ لِزِرَاعَةِ حِنْطَةٍ . .
زَرَعَهَا) لِإِذْنِهِ فِيهَا (وَمِثْلَهَا) لِأَن رِضَاهُ بِالْحِنْطَةِ رِضاً بِمِثْلِهَا ، وَلَهُ زَرْعُ الشَّعِيرِ مِنْ بَابِ
أُولَى ؛ لِأَنَّهُ أَخَفَّ ضَرراً مِنَ الْقَمْحِ ، لَا الدُّرَّةَ وَالْقَطْنَ ؛ لِزِيَادَةِ ضَرَرِهِمَا (إِنْ لَمْ يَنْهَهُ)
أَي : فَإِنْ نَهَاهُ عَنْ زِرَاعَةِ الْمِثْلِ أَوْ الْأَدُونِ . . امْتَنَعَ عَلَيْهِ ؛ اتِّبَاعاً لِنَهْيِهِ ، وَلَوْ عَيْنَ نَوْعاً
وَنَهَى عَنْ غَيْرِهِ . . امْتَثَلَ ؛ كَمَا صَرَحَ بِهِ فِي « الْمَحَرَّرِ » ^(١) .

(أَوْ لِشَعِيرٍ . . لَمْ يَزْرَعْ فَوْقَهُ ؛ كَحِنْطَةٍ) لِأَن ضَرَرَهَا أَكْثَرَ مِنْ ضَرَرِهِ .
(وَلَوْ أَطْلَقَ الزَّرَاعَةَ) بِأَن قَالَ : (أَعْرَتُكُمَا لِلزَّرَاعَةِ) أَوْ (لِتَزْرَعَهَا) (. . صَحَّ فِي
الْأَصَحِّ ، وَيَزْرَعُ مَا شَاءَ) لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ ، وَالثَّانِي : لَا يَصِحُّ ؛ لِتَفَاوُتِ الْمَزْرُوعِ .
قَالَ الرَّافِعِيُّ : وَلَوْ قِيلَ : تَصَحُّ وَيَقْتَصِرُ عَلَى أَخْفَاهَا ضَرراً . . لَكَانَ مَذْهَباً ^(٢) .
(وَإِذَا اسْتَعَارَ لِبِنَاءٍ أَوْ) غِرَاسٍ (غِرَاسٍ . . فَلَهُ الزَّرْعُ) لِأَنَّهُ أَخَفَّ ، (وَلَا عَكْسَ)

(١) المحرر (ص ٢٠٩) .

(٢) الشرح الكبير (٥/٣٨١) .

وَالصَّحِيحُ : أَنَّهُ لَا يَغْرِسُ مُسْتَعِيرٌ لِبِنَاءٍ وَكَذَا الْعَكْسُ ، وَأَنَّهُ لَا تَصِحُّ إِعَارَةُ الْأَرْضِ مُطْلَقَةً ، بَلْ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ نَوْعِ الْمَنْفَعَةِ .

لأن ضررهما أكثر ، ويُقصد منهما الدوام .

(والصحيح : أنه لا يغرس مستعير لبناء ، وكذا العكس) أي : لا ييني مستعير لغراس ؛ لاختلاف جنس الضرر ؛ فإن ضرر البناء في ظاهر الأرض أكد من باطنها ، والغراس بالعكس ؛ لانتشار العروق ، والثاني : يجوز ؛ لأنهما للتأييد .
(وأنه لا تصحُّ إعارة الأرض مطلقاً ، بل يشترط تعيين نوع المنفعة) قياساً على الإجارة ، والثاني : تصحُّ ، ولا يضر ما فيها من الجهالة ؛ لأن العارية يحتمل فيها ما لا يحتمل في الإجارة .

وقضية كلامه : ضعف الخلاف ، وليس كذلك ؛ فإن الرافعي في « شرحه » لم يرجح هنا شيئاً^(١) ، وعبارة « الروضة » : أصحهما عند الإمام والغزالي : المنع ، ثم نقل في « زيادته » تصحيحه عن « المحرر »^(٢) ، لكن إيراد « المطلب » يقتضي : أن الأكثرين على الصحة ، واختاره السبكي .

وإذا قلنا بالصحة . . فله الانتفاع كيف شاء ، وقيل : ينتفع بما هو العادة فيه ، قال الرافعي : وهو أحسن ، ثم قال : والوجه : القطع بأن إطلاق العارية لا يسلط على الدفن ؛ لما فيه من ضرر اللزوم^(٣) .

هذا كله : إذا كان المستعار يُنتفع به من جهتين فصاعداً ؛ كالأرض والدابة ، أما إذا كان لا ينتفع به إلا بجهة واحدة ؛ كالسيّاط بالفرش . . فإنه لا يحتاج في إعارته إلى بيان الانتفاع ، ويستعمل في ذلك بالمعروف^(٤) .

* * *

(١) الشرح الكبير (٣٨١/٥) .

(٢) روضة الطالبين (٤٣٦/٤) .

(٣) الشرح الكبير (٣٨٢-٣٨٣/٥) .

(٤) بلغ مقابلة على خط مؤلفه ، عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

لِكُلِّ مِنْهُمَا رَدُّ الْعَارِيَةِ مَتَى شَاءَ إِلَّا إِذَا أَعَارَ لِدَفْنٍ . . فَلَا يَرْجِعُ حَتَّى يَنْدَرِسَ أَثَرُ الْمَدْفُونِ

(فصل : لكل منهما ردُّ العارية متى شاء) ولو مؤقتة قبل فراغ المدة في الأصح ؛ لأنها مبرّئة من المعير وارتفاق من المستعير ، فلا يليق بها الإلزام .
(إلا إذا أعار لدفن) ودَفَنَ (. . فلا يرجع حتى يندرس أثر المدفون) بأن يصير تراباً ؛ محافظة على حرمة الميت ، وله الرجوع قبل الحفر وبعده ما لم يُوضَعَ فيه الميت ، فإن وُضِعَ . . امتنع الرجوع وإن لم يوارَ على الصحيح في « الشرح الصغير » .
وقوله : (حتى يندرس أثر المدفون) : هو أول جوابي القاضي الحسين ، وآخرهما : أنه لا يجوز له أن يرجع قط ؛ لأن الدفن للتأييد ، قاله في « المطلب » .
وأورد على حصره مسائل :

منها : إذا كفّنه أجنبي وقلنا : إن الكفن باقٍ على ملك الأجنبي ؛ كما صححه المصنف في (كتاب السرقة) من « زيادة الروضة »^(١) . . فهو عارية لازمة ؛ كما قاله في « الوسيط »^(٢) .

ومنها : إذا قال : (أعيروا داري بعد موتي لزيد شهراً) . . لم يكن للمالك - وهو الوارث - الرجوع ؛ كما صرحا به في (التدبير)^(٣) .

ومنها : لو أعاره سفينة فوضع فيها متاعاً . . لم يكن له الرجوع ما دامت في اللجّة ؛ للضرر ، قاله البندنجي والرويانى^(٤) ، وفي استثنائها نظر .

ومنها : ما لو أعاره دابة أو سلاحاً ونحوهما للغزو والتقى الجمعان . . فليس له الرجوع حتى ينكشف القتال ، قاله الخفاف في « الخصال » .

(١) روضة الطالبين (١٣١ / ١٠) .

(٢) الوسيط (٤٧٠ / ٦) .

(٣) الشرح الكبير (٤١١ / ١٣) ، روضة الطالبين (١٨٨ / ١٢) .

(٤) بحر المذهب (١٠ / ٨) .

وَإِذَا أَعَارَ لِلْبِنَاءِ أَوْ الْغِرَاسِ وَلَمْ يَذْكُرْ مُدَّةً ثُمَّ رَجَعَ ؛ إِنْ كَانَ شَرَطَ الْقَلْعَ مَجَّانًا . . لَزِمَهُ ،
وَالْأَيُّ ؛ فَإِنْ اخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ الْقَلْعَ . . قَلَعَ ،

ومنها : إذا نذر المعير ألا يرجع إلا بعد سنة ، أو نذر أن يعيره سنة . . امتنع الرجوع
قبل السنة ، قاله المتولي .

ومنها : لو استعار داراً لسكنى المعتدّة . . فهي لازمة من جهة المستعير فقط .

ومنها : لو أراد الصلاة المفروضة فأعاره ثوباً ليستر به عورته أو ليفرشه في مكان
نجس ففعل وكان الرجوع مؤدياً إلى بطلان صلاته . . قال الإسنوي : فيحتمل : منعه
منه ، وهو متجه ، ويحتمل : الجواز ، وتكون فائدته طلب الأجرة . انتهى^(١) .

ونقل الزركشي في « الخادم » عن « البحر » : أنه ليس للمعير الاسترداد
ولا للمستعير الرد إلا بعد فراغ الصلاة . انتهى .

وفي « شرح المذهب » في آخر (باب ستر العورة) : (ولو رجع المعير في أثناء
الصلاة . . نزعه وبنى على صلاته ، ولا إعادة عليه بلا خلاف ، ذكره صاحب
« الحاوي » وغيره)^(٢) .

(وإذا أعار للبناء أو لغرس) لغرس (الغراس ولم يذكر مدة ثم رجع) بعد أن بنى وغرس
(إن كان شرط القلع مجَّاناً . . لزمه) عملاً بالشرط ، ويلزم المستعير أيضاً تسوية الحفر
إن شرطها ، وإلا . . فلا .

ولم يذكر الشافعي في « الأم » و« المختصر » لفظة (مجاناً)^(٣) ، وحذفها أولى ؛
لأن الحكم عند حذفها كذلك ، وقد حذفها في نظيره من (الإجارة)^(٤) .

واحترز بقوله : (ولم يذكر مدة) عن العارية المؤقتة ، وستأتي بعد .

(وإلا) أي : وإن لم يشرط عليه القلع (فإن اختار المستعير القلع . . قلع) بلا

أرش ؛ لأنه ملكه وقد رضي بتقصانه .

(١) المهمات (١٣/٦) .

(٢) المجموع (١٨٧/٣ - ١٨٨) .

(٣) الأم (٢٩/٥) ، مختصر المزني (ص ١٣٠) .

(٤) الشرح الكبير (١٣١/٦) ، روضة الطالبين (٢١٤/٥) .

وَلَا يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ فِي الْأَصَحِّ . قُلْتُ : الْأَصَحُّ : يَلْزَمُهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ . . . لَمْ يَقْلَعْ مَجَانًا ، بَلْ لِلْمُعِيرِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهِ بِأَجْرَةٍ ، أَوْ يَقْلَعْ وَيُضْمَنَ أَرْضَ نَقْصِهِ ، قِيلَ : أَوْ يَتَمَلَّكُهُ بِقِيَمَتِهِ

(ولا يلزمه تسوية الأرض في الأصح) لأنه مأذون فيه ، فلم يلزمه ضمان نقصه ؛ كاستعمال الثوب المستعار .

(قلت : الأصح : يلزمه ، والله أعلم) ليرد كما أخذ .

ومحل الخلاف : فيما إذا كانت الحُفْرُ الحاصلة في الأرض على قدر الحاجة ، فإن كانت زائدة على حاجة القلع . . لزمه حكم الزائد قطعاً ؛ كذا قاله ابن الملقن ^(١) ، وهو ظاهر .

(وإن لم يختَر) القلع (. . لم يَقْلَعْ مَجَانًا) لأنه محترم ، (بل للمعير الخيار بين أَنْ يُبْقِيَهِ بِأَجْرَةٍ) أي : أَجْرَةٍ مثله (أَوْ يَقْلَعْ وَيُضْمَنَ أَرْضَ نَقْصِهِ) ، وهو قدر التفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ؛ لأن العارية مَكْرُمَةٌ ، فلا يليق بها منع المعير من ماله ، ولا تضييع مال المستعير ، فجمعنا بذلك بين الحَقَّين ، وَخُيِّرَ المعير ؛ لأنه المحسن .
ومحل التخيير : إذا كان في القلع تنقيص ، وإلا . . تعيَّن القلع ؛ كما اقتضاه كلام « الشرح » و « الروضة » وجزم به في « المذهب » و « الاستقصاء » ^(٢) .

ومحله أيضاً : في الأرض الخالصة للمعير ، أما لو كان شيء منها للمستعير . . لم يكن للمعير إلا التبقية بأجرة ، حكاه عن المتولي وأقرَّاه ^(٣) .

(قيل : أَوْ يَتَمَلَّكُهُ بِقِيَمَتِهِ) حال التملك ، ووجه مقابله : أَنْ ذَلِكَ بَيْعٌ فَلَا بَدَّ فِيهِ مِنَ التَّرَاضِي .

وما ذكره من التخيير بين التبقية بالأجرة وبين القلع مع غرامة الأرض دون التملك بالقيمة تبعاً لـ « المحرر » . . لا يعرف في غيرهما ^(٤) ، إلا ما يوهمه كلام « التنبيه » ^(٥) ،

(١) عجلة المحتاج (٢ / ٨٧٥) .

(٢) الشرح الكبير (٥ / ٣٨٥) ، روضة الطالبين (٤ / ٤٣٧) ، المذهب (١ / ٤٧٩) .

(٣) الشرح الكبير (٥ / ٣٨٧) ، روضة الطالبين (٤ / ٤٣٩) .

(٤) المحرر (ص ٢٠٩) .

(٥) التنبيه (ص ٧٨) .

فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ . . لَمْ يَقْلَعْ مَجَانًا إِنْ بَدَلَ الْمُسْتَعِيرُ الْأَجْرَةَ ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي الْأَصْحَ ، ثُمَّ قِيلَ : يَبِيعُ الْحَاكِمُ الْأَرْضَ وَمَا فِيهَا وَيَقْسِمُ بَيْنَهُمَا ، وَالْأَصْحُ : أَنَّهُ يُعْرِضُ عَنْهُمَا حَتَّى يَخْتَارَا شَيْئًا ،

ولم يذكره في باقي كتبهما وجهاً فضلاً عن ترجيحه ؛ فإن حصل ما في « الشرحين » و« الروضة » : ثلاثة أوجه^(١) : أصحها في هذا الباب : يتخير بين التملك بالقيمة والقلع بالأرض ، وليس له الإبقاء بأجرة إلا برضا المستعير ، وهو المجزوم به في « الكتاب » في (الفلس) ، والثاني : يتخير بين الثلاث ، وهو ما أجابا به في مواضع^(٢) ، والثالث : له القلع وغرامة أرض النقص ، وأما الخصلتان الباقيتان . . فلا يجبر المستعير عليهما .

ولو كان على الأشجار ثمربدا صلاحه تأخر التخيير بين الخصال إلى الجداد ، نقله في « الكفاية » عن القاضي والإمام وأقره^(٣) .

(فإن لم يختَرْ) المعير واحدة من الخصال التي خُيِّرَ فيها (. . لم يَقْلَعْ مَجَانًا إِنْ بَدَلَ) المستعير الأجرة (لأنه غير ظالم .

(وكذا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي الْأَصْحَ) لأن المعير مقصّر بترك الاختيار راضٍ بإتلاف منافعه ، والثاني : يقلع مَجَانًا ؛ لأن العارية قد انتهت بالرجوع ، فلا بدّ من الأجرة في مقابلة الانتفاع .

(ثم) حيث لم يختَرْ المعير إحدى الخصلتين المخيّر بينهما^(٤) ، ولم يقلعه مَجَانًا (قيل : يبيع الحاكم الأرض وما فيها ويقسم بينهما) فضلاً للخصومة ، وفي كيفية التوزيع الخلاف السابق في رهن الأم دون ولدها .

(والأصحّ : أنه يُعْرِضُ عَنْهُمَا حَتَّى يَخْتَارَا شَيْئًا) لأن المستعير لا تقصير منه ، فكيف يزال ملكه بغير اختياره ؟ ! وأما المعير . . فالتقصير وإن كان منه لكن ضرره عليه

(١) الشرح الكبير (٣٨٥/٥) ، روضة الطالبين (٤٣٨/٤) .

(٢) انظر مثلاً « الشرح الكبير » (٣٢٧/٦) ، و« روضة الطالبين » (٣٨٣/٥) .

(٣) كفاية النية (٣٧٤/١٠) .

(٤) في غير (أ) : (إحدى الخصال المخيّر بينهما) .

وَلِلْمُعِيرِ دُخُولُهَا وَالْإِنْتِفَاعُ بِهَا ، وَلَا يَدْخُلُهَا الْمُسْتَعِيرُ بغيرِ إِذْنٍ لِمُتَرَجِّحٍ ، وَيَجُوزُ لِلْسَّقِيِّ
وَالْإِصْلَاحُ فِي الْأَصَحِّ ، وَلِكُلِّ بَيْعٍ مِلْكِهِ ، وَقِيلَ : لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُهُ لِثَالِثٍ .
وَالْعَارِيَةُ الْمُؤَقَّتَةُ كَالْمُطْلَقَةِ ،

وقادرٌ على إزالته ، فبأي سبب نزيل ملكه ؟ ! وإنما يتصرف الحاكم عن الغير إذا تعدى
الضرر إلى غيره ؛ كطلاق امرأة المولي وبيع أموال المديون الممتنع عن الوفاء .

وقوله : (حتى يختارا) : كذا هو في نسخة المصنف تبعاً لـ « المحرر »
بالتثنية^(١) ، وفي أكثر نسخ « الشرحين » وفي « الروضة » بخط المصنف : (يختار)
بغير ألف^(٢) ، وصُحِّح بخطه على موضع سقوط الألف ، وهو الأحسن ؛ لأن اختيار
المعير كافٍ في فصل الخصومة .

ثم ذكر المصنف ما يترتب على الوجه الأصحّ - وهو الإعراض عنهما إلى الاختيار -
فقال :

(وللمعير دخولها والانتفاع بها) في مدة المنازعة ؛ لأنها ملكه ، (ولا يدخلها
المستعير بغير إذن لمتفرج) لأنه لا ضرورة به إليه ، فكان كالأجنبي .
(ويجوز للسقي والإصلاح في الأصحّ) صيانةً لملكه عن الضياع ، والثاني : لا ؛
لأنه يشغل ملك غيره إلى أن يصل إلى ملكه .

(ولكلّ) من المعير والمستعير (بيعُ ملكه) من صاحبه ومن أجنبي ؛ كسائر
الأملك ، فإن باع المعير لأجنبي .. يخير المشتري كما يتخير البائع ، وإن باع
المستعير .. كان المعير على خيرته ، لكن للمشتري الفسخ إن جهل الحال ، (وقيل :
ليس للمستعير بيعه لثالث) لأن ملكه غيرٌ مستقر ؛ فإن للمعير تملكه بالقيمة .

وأجاب الأول عنه : بأن هذا لا يمنع البيع ؛ كما في بيع الشقص المشفوع .
(والعارية المؤقتة كالمطلقة) في جميع ما سبق ، سواء انتهت المدة أو رجع
قبلها ، أما بعد المدة .. فلأنه محترم ، ولم يشترط نقضه ، فلا ينقص مجاناً ، وبيانُ

(١) المحرر (ص ٢٠٩) .

(٢) الشرح الكبير (٣٨٧/٥) ، روضة الطالبين (٤٣٨/٤) ، وفي المطبوع من « الروضة » : (يختارا)
بالتثنية .

وَفِي قَوْلٍ : لَهُ الْقَلْعُ فِيهَا مَجَاناً إِذَا رَجَعَ . وَإِذَا أَعَارَ لِرِزَاعَةٍ وَرَجَعَ قَبْلَ إِدْرَاكِ الْزَّرْعِ .
فَالصَّحِيحُ : أَنَّ عَلَيْهِ الْإِنْتِقَاءَ إِلَى الْحَصَادِ ، وَأَنَّ لَهُ الْأَجْرَةَ . فَلَوْ عَيَّنَ مُدَّةً وَلَمْ يُدْرِكْ فِيهَا
لِتَقْصِيرِهِ بِتَأْخِيرِ الزَّرَاعَةِ . قَلَعَ مَجَاناً . وَلَوْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْراً إِلَى أَرْضِهِ فَنَبَتَ . . . فَهُوَ
لِصَاحِبِ الْبَذْرِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ

المدة كما يجوز أن يكون للقلع يجوز أن يكون لمنع إحداث البناء والغراس بعده ، وأما
قبله . . فلأن وضع العواري على الجواز ، والتأقيت وعدد ، فلا يجب الوفاء به .
(وفي قول : له القلع فيها مَجَاناً إذا رجع) بعد المدة ؛ ذهاباً إلى أن فائدة بيان
المدة : القلع بعد مضيتها ، وجوابه : ما ذكرناه من معارضته بمنع الإحداث .
(وإذا أعار لزراعة ورجع قبل إدراك الزرع . فالصحيح : أن عليه الإبقاء إلى
الحصاد) لأنه محترم وله أمد ينتظر ، بخلاف البناء والغراس ، والثاني : للمعير قلعه ،
ويغرم الأرض ، والثالث : يملكه بالقيمة .

(وأن له الأجرة) لأن الإباحة انقطعت بالرجوع ، فأشبه ما إذا أعاره دابة إلى بلد ثم
رجع في الطريق . . فإن عليه نقل متاعه إلى مأمن بأجرة المثل ، والثاني : لا أجرة له ؛
لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة بالزرع .
ومحل ما ذكره : فيما لا يُحصَد قصيلاً ؛ كالقمح ونحوه ، فإن كان يُحصَد
قصيلاً . . كُلِّفَ قِطْعُهُ .

(فلو عَيَّنَ مدة ولم يدرك فيها ؛ لتقصيره بتأخير الزراعة . . قَلَعَ مَجَاناً) لما أشار إليه
من كونه مقصراً ، وإن لم يقصر . . فهو كما لو أعاره مطلقاً .
(ولو حمل السيل) أو الهواء (بذراً إلى أرضه فَنَبَتَ . . فهو لِصَاحِبِ الْبَذْرِ) ولو
كان حبة واحدة ؛ لأنه عين ماله .

نعم ؛ لو ألقى الحبة أو النواة وأعرض عنها . . قال في « زيادة الروضة » : فينبغي :
القطع بأنها لِصَاحِبِ الْأَرْضِ ^(١) .

(وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ) لأن المالك لم يأذن فيه ، فأشبه ما إذا انتشرت
أغصان شجرة للغير إلى هواء داره . . فإن له قطعها ، والثاني : لا يجبر ؛ لأنه لم يوجد

(١) روضة الطالبين (٤/٤٤٢) .

وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً وَقَالَ لِمَالِكِهَا : (أَعَرْتَنِيهَا) فَقَالَ : (أَجَرْتُكَهَا) ، أَوْ اخْتَلَفَ مَالِكُ
الْأَرْضِ وَزَارِعُهَا كَذَلِكَ . . . فَاَلْمُصَدِّقُ الْمَالِكُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : (أَعَرْتَنِي)
فَقَالَ : (بَلْ غَضِبْتَ مِنِّي) ؛ فَإِنْ تَلَفَتْ الْعَيْنُ . . . فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى الضَّمَانِ ، لَكِنْ
الْأَصَحُّ : أَنَّ الْعَارِيَةَ تُضْمَنُ بِقِيَمَةِ يَوْمِ التَّلْفِ ، لَا بِأَقْصَى الْقِيَمِ ، وَلَا بِيَوْمِ الْقَبْضِ ، . .

منه تعدُّ ، فهو كالمستعير ، فينظر في النابت أهو شجر أو زرع ؟ ويكون الحكم على
ما سبق .

(ولو ركب دابة وقال لمالكها :) - وهي باقية ومضى زمنٌ لمثله أجره -
(« أعرتنيها » ، فقال : « أجرتكها »)^(١) ، أو اختلف مالك الأرض وزارعها كذلك . .
فالمصدق المالك على المذهب (لأن المنافع تصحُّ المعاوضة عليها ؛ كالأعيان ، ولو
اختلفا في العين بعد هلاكها ؛ فقال المالك : (بعثكها) ، وقال : (بل وهبتنيها) . .
صدق المالك ، فكذا هنا .

والثاني : يصدق الراكب والزارع ؛ لأن المالك وافقهما على إباحة المنفعة لهما ،
والأصل براءة ذمتهما من الأجرة التي يدعيها ، والثالث : يصدق المالك في الأرض
دون الدابة ؛ لأن الأراضي تندرج فيها الإعارة ، بخلاف الدواب .

(وكذا لو قال : « أعرتني ») هذه الدابة أو الأرض ، (فقال : « بل غصبت
مني ») . . . فالمصدق المالك على المذهب ؛ لأن الأصل عدمٌ إذنه ، والثاني : أن
القول قول المستعير ؛ لأن الظاهر : أن تصرفه بحق .

والطريق الثاني : القطع بالأول ، والطريق الثالث : القطع بالثاني .

(فَإِنْ تَلَفَتْ الْعَيْنُ . . . فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى الضَّمَانِ) لأن كلاً من المغصوب والمستعار
مضمون .

(لكن الأصحُّ : أن العارية تُضْمَنُ بِقِيَمَةِ يَوْمِ التَّلْفِ لَا بِأَقْصَى الْقِيَمِ ، وَلَا بِيَوْمِ
الْقَبْضِ) لأن الأصل ردُّ العين ، وإنما تجب القيمة بالفوات ، وهو إنما يتحقق
بالتلف ، ولو اعتبرنا الأقصى أو يوم القبض . . . لأدنى إلى أن يضمن الأجزاء المستحقة
بالاستعمال وهي مأذون فيها ، والثاني : يضمن بالأقصى ؛ كالمغصوب ، والثالث :

(١) في المطبوع من « المنهاج » (ص ٢٨٩) : (فقال : « بل أجرتكها ») .

فَإِنْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ الْمَالِكُ أَكْثَرَ . حَلَفَ لِلزِّيَادَةِ .

بقيمة يوم القبض ؛ كالقرض .

قال المتولي : ومحلُّ الخلاف : إذا نقصت بتغير السوق ، فإن نقصت بالاستعمال ولم تذهب العين ثم تلفت . . لم يضمن الزائد .

وقضية كلام الشيخين : أنه لا فرق في ضمانه بالقيمة بين المتقوّم والمثلي^(١) ، قال الإسنوي : وهو كذلك ؛ ففي « الحاوي » و« المهذب » و« البحر » : إن ضمنا المتقوّم بالأقصى . . أوجبنا المثل في المثلي ، وإن ضمناه بقيمته يوم التلف - وهو الأصح . . . ففي المثلي القيمة أيضاً^(٢) . فما في كتب الشيخين ما شِ على الصحيح .
(فإن كان ما يدّعيه المالك أكثر . . حلف للزيادة) لأن غريمه ينكرها .

* * *

(١) الشرح الكبير (٣٧٧/٥) ، روضة الطالبين (٤٣١/٤) .

(٢) المهمات (١٠/٦) .

كتاب الغصب

هُوَ : الْاِسْتِيلَاءُ عَلَى حَقِّ الْغَيْرِ عُدْوَانًا ، فَلَوْ رَكَبَ دَابَّةً أَوْ جَلَسَ عَلَى فِرَاشٍ . .
فَغَاصِبٌ وَإِنْ لَمْ يَنْقُلْ . وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُ وَأَزْعَجَهُ عَنْهَا ، أَوْ أَزْعَجَهُ وَقَهَرَهُ عَلَى الدَّارِ وَلَمْ
يَدْخُلْ . . فَغَاصِبٌ ،

(كتاب الغصب)

هو في اللغة : أخذ الشيء ظلماً مجاهرةً ، وفي الشرع : ما سيأتي .
وتحريمه معلوم من الدين بالضرورة .

(هو الاستيلاء على حق الغير عدواناً) ويرجع في الاستيلاء للعرف .

وتعبير المصنف أحسن من تعبير « المحرر » وغيره : (على مال الغير)^(١) فإن
الحق يشمل : الكلب ، والحقوق ، والاختصاصات ؛ نبه عليه في « الدقائق »^(٢) .

وخرج بالعدوان : أمور ؛ منها : الأمانات الشرعية ؛ كاللقطة ، والثوب الذي
أطارته الريح ، والاستيلاء على مال الكفار بالاغتنام .

وزاد القاضي : جهراً ؛ لتخرج السرقة ، واستحسنه في « الشرح الصغير » ، ولا بدَّ
من فصل يُخرج المختلس وقاطع الطريق .

(فلو ركب دابة أو جلس على فراش . . فغاصبٌ وإن لم ينقل) لحصول غاية
الاستيلاء ، وهو الانتفاع على وجه التعدي ، وسواء قصد الاستيلاء أو لم يقصده ؛ كما
صرح به في « أصل الروضة »^(٣) .

(ولو دخل داره وأزْعَجَهُ عَنْهَا) أي : أخرجه منها (أو أزْعَجَهُ وَقَهَرَهُ عَلَى الدار)
بالطريق الذي جعلناه قبضاً في بيعها ، وهو التسلط على التصرف (ولم يدخل . .
فغاصبٌ) أما في الأولى . . فسواء قصد الاستيلاء أم لا ؛ لأن وجود الاستيلاء يغني عن
قصده ، وقيدا في « الشرح » و« الروضة » الدخول بأهله على هيئة من يقصد

(١) المحرر (ص ٢١١) .

(٢) دقائق المنهاج (ص ٦٣) .

(٣) روضة الطالبين (٨/٥) .

وَفِي الثَّانِيَةِ وَجْهٌ وَاهٍ . وَلَوْ سَكَنَ بَيْتاً وَمَنَعَ الْمَالِكَ مِنْهُ دُونَ بَاقِي الدَّارِ . . فَعَاصِبٌ لِلْبَيْتِ فَقَطْ . وَلَوْ دَخَلَ بِقَصْدِ الْاِسْتِيلَاءِ وَلَيْسَ الْمَالِكُ فِيهَا . . فَعَاصِبٌ ، وَإِنْ كَانَ وَلَمْ يُزْعِجْهُ . . فَعَاصِبٌ لِنَصْفِ الدَّارِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَعِيفاً لَا يُعَدُّ مُسْتَوِلياً عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ .

السكنى^(١) ، فخرج بهذا القيد : من يهجم الدار لإخراج صاحبها لظالم ولا يقيم ، وعبارة « الكتاب » تبعاً « لأصله » يشملها .

وإذا اجتمع الإزعاج والدخول الخالي عن هيئة السكنى . . قال في « المطلب » : الأقرب : أنه غصب ؛ لأنه قرينة دالة على الاستيلاء . قال المنكت : وهو يؤيد ما في « المنهاج »^(٢) .

وأما في الثانية . . فلأنها في قبضته عرفاً ، ولا بدّ من قصد الاستيلاء ؛ كما قاله الماوردي والإمام^(٣) ، وإليه أشار المصنف بقوله : (وقهره على الدار) فإن وجد الإزعاج فقط . . فلا ضمان قطعاً .

(وفي الثانية : وجه واه) أنه لا يكون غاصباً ما لم يدخل ؛ لأن أهل العرف لا يطلقون على ذلك اسم الغصب . (ولو سكن بيتاً ومنع المالك منه دون باقي الدار . . فغاصب للبيت فقط) لقصور الاستيلاء عليه .

(ولو دخل بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها . . فغاصب) للدار ؛ لحصول الاستيلاء في الحال ، وسواء كان الداخل قوياً أو ضعيفاً . واحترز به (قصد الاستيلاء) : عما إذا دخل لا على قصده بل ينظر هل تصلح له أو غير ذلك . . فإنه لا يكون غاصباً .

(وإن كان) المالك فيها (ولم يزعه . . فغاصب لنصف الدار) لاجتماع يدهما واستيلائهما عليها ، (إلا أن يكون ضعيفاً لا يُعَدُّ مستولياً على صاحب الدار) فإنه لا يكون غاصباً لشيء منها ؛ لانتفاء الاستيلاء والحالة هذه .

(١) الشرح الكبير (٤٠٦/٥) ، روضة الطالبين (٨/٥) .

(٢) السراج (١١٧/٤) .

(٣) الحاوي الكبير (٤١٦/٨) ، نهاية المطلب (١٦٩/٧) .

وَعَلَى الْغَاصِبِ الرَّدُّ ، فَإِنْ تَلَفَ عِنْدَهُ . . ضَمِنَهُ . وَلَوْ أَتَلَفَ مَالاً فِي يَدِ مَالِكِهِ . .
 ضَمِنَهُ . وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ زِقٍّ مَطْرُوحٍ عَلَى الْأَرْضِ فَخَرَجَ مَا فِيهِ بِالْفَتْحِ ، أَوْ مَنْصُوبٍ
 فَسَقَطَ بِالْفَتْحِ وَخَرَجَ مَا فِيهِ . . ضَمِنَ ، وَإِنْ سَقَطَ بِعَارِضِ رِيحٍ . . لَمْ يَضْمَنْ . وَلَوْ فَتَحَ
 قَفْصاً عَنْ طَائِرٍ وَهَيَّجَهُ فَطَارَ . . ضَمِنَ ،

(وعلى الغاصب الرد) لقوله صلى الله عليه وسلم : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » (١) .

(فإن تلف عنده . . ضمنه) بالإجماع .

نعم ؛ لو كان التالف لا قيمة له كالسرجين ونحوه ، أو كان المتلف مما لا ضمان عليه ؛ كالحربي . . فلا ضمان .

(ولو أتلف مالا في يد مالكه . . ضمنه) بالإجماع .

(ولو فتح رأس زقٍّ مطروح على الأرض فخرج ما فيه بالفتح ، أو منصوب فسقط بالفتح) لتحريك الوكاء وجذبه (وخرج ما فيه . . ضمن) لأنه في الأولى مباشر للإتلاف ، وفي الثانية متسبب ؛ إذ التلف ناشئ عن فعله .

(وإن سقط بعارض ريح . . لم يضمن) لأن الخروج ليس بفعله ، وعروض الزلزلة ووقوع الطائر عليه كالريح .

نعم ؛ لو طلعت الشمس على الجامد فأذاخته . . ضمن الفاتح على الأصح .

والفرق بينه وبين الريح : أن طلوع الشمس محقق ؛ فلذلك قد يقصده الفاتح ، بخلاف الريح .

وقوله : (بعارض ريح) يشعر بأنه إذا سقط بالريح المقارن . . كان من ضمان

الفاتح ، وبه صرح الفارقي ، وهو متجه .

وحكم حل السفينة كالزق .

(ولو فتح قفصاً عن طائر وهيجه فطار) في الحال (. . ضمن) بالإجماع .

(١) أخرجه الحاكم (٤٧/٢) ، وأبو داود (٣٥٦١) ، والترمذي (١٢٦٦) عن سمرة بن جندب رضي الله عنه .

وإن اقتصَرَ عَلَى الْفَتْحِ .. فَلَاظْهَرُ : أَنَّهُ إِنْ طَارَ فِي الْحَالِ .. ضَمِنَ ، وَإِنْ وَقَفَ ثُمَّ طَارَ .. فَلَا . وَالْأَيْدِي الْمُرْتَبَةُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ أَيْدِي ضَمَانٍ وَإِنْ جَهِلَ صَاحِبُهَا الْغَضَبُ . ثُمَّ إِنْ عَلِمَ .. فَكَغَاصِبٍ مِنْ غَاصِبٍ ، فَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانٌ مَا تَلَفَ عِنْدَهُ ، وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَكَانَتْ يَدُهُ فِي أَصْلِهَا يَدَ ضَمَانٍ كَالْعَارِيَةِ ، وَإِنْ كَانَتْ يَدَ أَمَانَةٍ كَالْوَدِيعَةِ .. فَالْقَرَارُ عَلَى الْغَاصِبِ . وَمَتَى أَتَلَفَ الْآخِذُ مِنَ الْغَاصِبِ مُسْتَقِلًّا بِهِ .. فَالْقَرَارُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا .

(وإن اقتصَرَ على الفتح .. فالأظهر : أنه إن طار في الحال .. ضمن) لأن طيرانه في الحال يُشعر بتغييره .

(وإن وقف ثم طار .. فلا) ضمان ؛ لأن وقوفه يُشعر بطيرانه باختياره ، والثاني : يضمن مطلقاً ؛ لأنه لولا الفتح .. لم يطر ، والثالث : لا مطلقاً ؛ لأن له اختياراً .

(والأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان وإن جهل صاحبها الغصب) لأنه وضع يده على ملك الغير بغير إذنه ، والجهل ليس مستقلاً للضمان ، بل للإثم ؛ فيطالب المالك عند التلف من شاء منهم .

(ثم إن علم) الثاني الغصب (.. فكغاصب من غاصب ، فيستقر عليه ضمان ما تلف عنده) فيطالب بكل ما يطالب به الغاصب ، وإن تلف المغمصوب في يده .. فقرار الضمان عليه .

نعم ؛ لو كانت القيمة في يد الأول أكثر .. فالمطالب بالزيادة هو الأول خاصة ، وإليه أشار المصنف بقوله : (فيستقر عليه ضمان ما تلف عنده) .

(وكذا إن جهل) الثاني الغصب (وكانت يده في أصلها يد ضمان ؛ كالعارية) والبيع ؛ لأنه دخل في العقد على الضمان ؛ فلا غرر .

(وإن كانت يد أمانة ؛ كالوديعة .. فالقرار على الغاصب) لأنه دخل على أن يده نائبة عن يد الغاصب ؛ فكأنها لم تخرج عنه ، فإن غرم الغاصب .. لم يرجع على الثاني قطعاً ، وإن غرم الثاني .. رجع على الأول .

(ومتى أتلف الآخذ من الغاصب مستقلاً به .. فالقرار عليه مطلقاً) سواء أكانت يده يد ضمان أم أمانة ؛ لأن الإلتاف أقوى من إثبات اليد العادية .

وَأِنْ حَمَلَهُ الْغَاصِبُ عَلَيْهِ بِأَنْ قَدَّمَ لَهُ طَعَاماً مَغْضُوباً ضِيَافَةً فَأَكَلَهُ . . فَكَذَا فِي الْأَظْهَرِ .
وَعَلَى هَذَا : لَوْ قَدَّمَهُ لِمَالِكِهِ فَأَكَلَهُ . . بَرِءُ الْغَاصِبِ .

فَصْلٌ

[في بيان حكم الغصب]

تُضْمَنُ نَفْسُ الرَّقِيقِ بِقِيَمَتِهِ أَتْلَفَ أَوْ تَلَفَ تَحْتَ يَدِ عَادِيَةٍ ،

وقوله : (مستقلاً) احتراز به عما إذا حمله الغاصب عليه ، وفيه تفصيل ؛ وهو :
إن كان لغرض المتلف ؛ كالأكل . . فسنذكره عقبه ، أو للغاصب ؛ كذبح الشاة . .
فالقرار على الغاصب ، أو لا لغرض ؛ كإتلاف المال . . فعلى المتلف ؛ لأنه محظور .
(وإن حمله الغاصب عليه ؛ بأن قدم له طعاماً مغضوباً ضيافة فأكله . . فكذا في
الأظهر) لأنه المتلف ، والثاني : أن القرار على الغاصب ؛ لأنه غره ، هذا إذا قدمه
إليه وسكت ، فإن قال : (هو ملكي) فإن ضمن المالك الغاصب . . لم يرجع على
الآكل ؛ لأن دعواه الملك اعترافاً منه بأن المالك ظلمه بتغريمه ، والمظلوم لا يرجع
على غير من ظلمه .

(وعلى هذا) أي : على الأظهر (لو قدمه لمالكه فأكله . . برىء الغاصب) لأنه
المتلف ، وعلى الثاني : لا يبرأ .

ومحل ما ذكر : إذا قدمه له على هيئته ، فلو غصب سمناً وعسلأً ودقيقاً ، وصنعه
حلوى ، وقربه لمالكه فأكله . . لم يبرأ قطعاً ؛ لأنه بالخليط صار كالتالف ، وانتقل
الحق إلى القيمة ، ولا تسقط القيمة عندنا ببذل غيرها إلا برضا مستحقها ، وهو لم يعلم
بذلك ؛ قاله الزبير في « المسكت » .

* * *

(فصل : تضمن نفس الرقيق) المغصوبة (بقيمته) بالغة ما بلغت ، ولو زادت
على دية الحر (أتلَفَ أو تلف تحت يد عادية) أي : بتخفيف الياء ؛ لأنه مال فوجبت
قيمته ؛ كسائر الأموال .

ولو قال : (ضامنة) بدل (عادية) . . لكان أولى ليشمل المستام والمستعير
وغيرهما ، ويخرج الحربي وعبد المالك .

وَأَبْعَاضُهُ الَّتِي لَا يَتَقَدَّرُ أَرْشُهَا مِنَ الْحَرِّ بِمَا نَقَصَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَكَذَا الْمُقَدَّرَةُ إِنْ تَلَفَتْ ، وَإِنْ أُتِلَفَتْ . . فَكَذَا فِي الْقَدِيمِ ، وَعَلَى الْجَدِيدِ : تَتَقَدَّرُ مِنَ الرَّقِيقِ ، وَالْقِيَمَةُ فِيهِ كَالْدَيَّةِ فِي الْحَرِّ ، فَفِي يَدِهِ نِصْفُ قِيَمَتِهِ . وَسَائِرُ الْحَيَوَانَ بِالْقِيَمَةِ ، وَغَيْرُهُ مِثْلِيٌّ وَمُتَقَوِّمٌ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّ الْمِثْلِيَّ : مَا حَصَرَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزَنٌ وَجَازَ السَّلْمُ فِيهِ ؛

(وأبعاضه التي لا يتقدر أرشها من الحر) كالسمن والبكارة (بما نقص من قيمته) بالإجماع .

(وكذا المقدرة) كاليد (إن تلفت) بأفة سماوية ؛ لأن الساقط من غير جنابة لا يتعلق به قصاص ولا كفارة ، ولا يضرب على العاقلة ؛ فأشبه الأموال .

(وإن أتلفت) بالجنابة عليها (. . فكذا في القديم) لأن العبد حيوان مملوك ، فوجب في قطع أبعاضه ما نقص من قيمته ؛ قياساً على البهيمة .

(وعلى الجديد : تتقدر من الرقيق ، والقيمة فيه كالدية في الحر ، ففي يده نصف قيمته) لما سيأتي في آخر (الديات) ، فإن المصنف أعادها هناك ، هذا إذا كان الجاني غير ذي اليد العادية ؛ أما هو . . فيلزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والأرش ، فإذا نقص بقطع يده ثلثا قيمته . . لزمه ذلك على القولين .

(وسائر الحيوان) أي : باقيه تضمن أجزاءه (بالقيمة) لأنه مملوك لا يشبه الحر في أكثر أحكامه فأوجبنا فيه ما نقص بالقياس على الجماد ، (وغيره) أي : غير الحيوان من الأموال (مثلي ومتقوم) أي : بكسر الواو ؛ لأنه إن كان له مثل . . فالمثلي ، وإلا . . فالمتقوم .

(والأصح : أن المثلي : ما حصره كيلٌ أو وزنٌ وجاز السلم فيه) فالمعدود والمذروع ؛ كالحيوان والثياب ليسا بمثليين وإن جاز السلم فيهما .

وخرج بجواز السلم : ما لا يجوز فيه السلم ؛ كالمعجنات ، والجواهر الكبار وغيرهما على ما سبق في بابه^(١) .

وأورد على الضابط : صور ؛ منها : خل التمر ، فإنه متقوم ، ويحصره الوزن ،

(١) فائدة : قال القفال في « فتاويه » : بزر الدود لا مثل له ، ولا يجوز السلم فيه ؛ لأن أهل الصنعة لا يعرفون أن هذا البزر يكون نسجه أبيض أو أحمر فهو كالسلم في الجوهر . اهـ هامش (أ) .

كَمَاءٍ وَتُرَابٍ وَنُحَاسٍ وَتَبَرٍ وَمِسْكٍ وَكَافُورٍ وَقُطْنٍ وَعَنْبٍ وَدَقِيقٍ ، لَا غَالِيَةَ وَمَعْجُونٍ .
فَيُضْمَنُ الْمِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ

ويجوز السلم فيه ، ومنها : المعيب من الحبوب وغيرها ؛ فإنه [ليس مثلياً ؛ فلا يجوز السلم فيه] قاله ابن الصلاح في « فتاويه »^(١) مع ضعف ضابط المثلي ، ومنها : القمح المختلط بالشعير ؛ فإنه لا يجوز السلم فيه مع أن الواجب على متلفه ليس هو القيمة بلا شك بل يلزمه إخراج القدر المحقق من الحنطة ومن الشعير ، كذا قاله الإسنوي ، قال الزركشي : وقد يمنع ردُّ مثله ؛ لأنه بالاختلاط انتقل من المثلي إلى المتقوم ؛ للجهل بالقدر .

(كماء) بارد ؛ أما الحارُّ . . فإنه متقوم ؛ لدخول النار فيه ، ودرجات حَمَوِهِ لا تنضب ، كذا ذكره في (الإجارة) من « المطلب » .
(وتراب) ورمل ، (ونحاس) وحديد ، (وتبر) وهو الذهب الخارج من المعدن الخالص عن ترابه .

(ومسك وكافور وقطن وعنب ودقيق) وكذا نخالة ، كما قاله ابن الصلاح^(٢) .
وقضية إطلاقه : أنه لا فرق في القطن بين ما فيه الحب ، وبين المتزوع حبّه ، قال الإسنوي : وبه صرح الرافعي في (السّلم) ، ولم يستحضر هذا في « المطلب » ، فقال : أطلقوا بأنه مثلي ، والذي اعتقده أن محله . . بعد إخراج الحب ، أما قبله . . فالذي يظهر القطع بأنه مُتَقَوِّمٌ ، وأما الصوف . . فقال الشافعي رضي الله عنه : يُضْمَنُ بالمثل إن كان له مثل ، وهذا توقف منه في أنه مثلي أم لا ، قال في « البحر » : وقيل : فيه قولان^(٣) .

(لا غالية ومعجون) لأنهما مختلطان من أجزاء مختلفة .
(فَيُضْمَنُ الْمِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ) لأنه أقرب إلى حَقِّهِ ، ويستثنى : ما إذا أتلّف الماء في

(١) فتاوى ابن الصلاح (٢٨٣/١) ، ما بين المعقوفين من اجتهاد المعني ؛ فإن العبارة غير واضحة في الأصل ، وانظر « السراج » (١٢٧/٤) ، و« النجم الوهاج » (٢٦٩/٤) .

(٢) فتاوى ابن الصلاح (٢٨٣/١) .

(٣) بحر المذهب (٢٥/٨) .

تَلَفَ أَوْ أُتِلَفَ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ . . . فَالْقِيَمَةُ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّ الْمُعْتَبَرَ أَقْصَى قِيَمِهِ مِنْ وَقْتِ
الْغَضَبِ إِلَى تَعَذُّرِ الْمَثَلِ . وَلَوْ نَقَلَ الْمَغْضُوبَ الْمِثْلِيَّ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ . . . فَلِلْمَالِكِ أَنْ يَكْلِفَهُ
رَدَّهُ ، وَأَنْ يُطَالِبَهُ بِالْقِيَمَةِ فِي الْحَالِ ،

المفاضة واجتمعا في البلد ، أو أتلَف الجَمَد في الصيف ، واجتمعا في الشتاء . . فإنه
تلزمه قيمته هناك وحينئذ .

(تلف أو أُتِلَف) زاد في « المحرر » تحت اليد العادية^(١) ، فحذفها المصنف ،
فورد عليه المستعير والمستام ؛ فإنهما يضمنان المثل بالقيمة ، كما تقدم التنبيه عليه في
المستعير ، قال المنكت : ويجاب بأن كلامه في الغضب دون غيره^(٢) .

(فإن تعذر) المثل لإعوازه (. . . فبالقيمة) لأنه لا يوجد له مثل ؛ فأشبه ما لا مثل
له بالكلية ، ووجوده بأكثر من ثمن المثل ؛ كإعوازه على الأصح .

(والأصح : أن المعتبر أقصى قيمه من وقت الغضب إلى تعذر المثل) لأن وجود
المثل كبقاء عين المغضوب ؛ لأنه كان مأموراً برده ، كما كان مأموراً برد المغضوب ،
فإذا لم يفعل . . . غرم أقصى قيمه في المُدَّتَيْنِ ، ومقابل الأصح : أحد عشر وجهاً ؛
منها : أن الاعتبار بيوم المطالبة ؛ لأن الإعواز حينئذ يتحقق ، ونقله أبو الطيب وابن
الصباغ عن الأكثرين .

(ولو نقل المغضوب المثلِّي إلى بلد آخر . . . فللمالك أن يكلفه رَدَّهُ) إذا علم
مكانه ؛ لما سبق عند قوله : (وعلى الغاصب الردُّ) ، فإن هذه بعض تلك ، فإن تلك
أعم من المثلِّي ، والمُتَقَوِّمُ المستقر في بلد الغضب ، والمنقول عنه بنقل الغاصب أو
أجنبي أو بنفسه ، سواء طولب برده أم لا ؛ ففي عبارته هنا تكرار مع نقص من وجوه قد
ظهرت لك .

(وأن يطالبه بالقيمة في الحال) أي : قبل الردُّ للحيلولة ؛ لأنه حال بينه وبين ملكه
فأوجبنا القيمة ؛ لتسدَّ مسدَّ العين بقدر الإمكان .

وقيد الماوردي المطالبة بالقيمة بالبعد ، فإن قربت مسافته . . . طولب بالردُّ فقط ،

(١) المحرر (ص ٢١٢) .

(٢) السراج (٤/ ١٢٨) .

فَإِذَا رَدَّهَ . . رَدَّهَا . فَإِنْ تَلَفَ فِي الْبَلَدِ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ . . طَالَبَهُ بِالْمِثْلِ فِي أَيِّ الْبَلَدَيْنِ شَاءَ ،
 فَإِنْ فَقَدَ الْمِثْلَ . . غَرَّمَهُ قِيمَةُ أَكْثَرِ الْبَلَدَيْنِ قِيمَةً . وَلَوْ ظَفَرَ بِالْغَاصِبِ فِي غَيْرِ بَلَدٍ
 التَّلَفِ . . فَالْصَّحِيحُ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا مُؤْنَةَ لِنَقْلِهِ كَالنَّقْدِ . . فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالْمِثْلِ ، وَإِلَّا . .
 فَلَا مُطَالَبَةَ بِالْمِثْلِ ، بَلْ يُغَرِّمُهُ قِيمَةُ بَلَدِ التَّلَفِ . وَأَمَّا الْمُتَقَوِّمُ . . فَيُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيَمِهِ مِنْ
 الْغَضَبِ إِلَى التَّلَفِ ، وَفِي الْإِتْلَافِ بِلَا غَضَبٍ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ ، فَإِنْ جَنَى وَتَلَفَ
 بِسَرَايَةٍ . . فَالْوَاجِبُ : الْأَقْصَى أَيْضاً

وهذه القيمة يملكها الآخذ على الأصح .

وليس لنا موضع يجتمع فيه ملك البدل والمبدل على المذهب إلا هذه .

(فإذا رَدَّه . . رَدَّهَا) إن كانت باقية ، وإلا . . فبدلها ؛ لزوال الحيلولة .

(فإن تلف في البلد المنقول إليه . . طالبه بالمثل في أي البلدين شاء) لأن رد العين

قد توجه عليه في الموضوعين .

(فإن فُقد المثل . . غَرَّمَهُ قِيمَةُ أَكْثَرِ الْبَلَدَيْنِ قِيمَةً) تغليظاً عليه ؛ لأنه كان يجوز له

المطالبة بالمثل فيها .

(ولو ظفر بالغاصب في غير بلد التلف . . فالصحيح : أنه إن كان لا مؤنة لنقله ؛

كالنقد . . فله مطالبته بالمثل) لأنه لا ضرر على واحد منهما .

(وإلا . . فلا مطالبة بالمثل) ولا للغاصب تكليفه قبوله ؛ لما فيه من الضرر (بل

يُغَرِّمُهُ قِيمَةُ بَلَدِ التَّلَفِ) إذا لم ينقل المغصوب عن موضعه ؛ قطعاً للنزاع ، والثاني :

يطالبه بالمثل مطلقاً ؛ كما لو أتلَفَ مثلياً في وقت الرُّخْص . . له طلبه في وقت

الغلاء .

(وأما المتقوم . . فَيُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيَمِهِ مِنَ الْغَضَبِ إِلَى التَّلَفِ) لأنه في حال زيادة

القيمة غاصب مطالب بالرد ، فإذا لم يرد . . ضمن بدله ، وتجب قيمته من نقد البلد

الذي تلف فيه ، (وفي الإِتْلَافِ بِلَا غَضَبٍ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ) لأنه لم يدخل في ضمانه

قبل ذلك ، وأما بعده . . فلا وجود له .

(فإن جنى وتلف بسراية . . فالواجب : الْأَقْصَى أَيْضاً) أي : إذا جنى وحصل

التلف بسراية ، واختلفت قيمته في تلك المدة ؛ بأن جرح بهيمة قيمتها مئة ، ثم تلفت

وَلَا تُضْمَنُ الْخَمْرُ وَلَا تُرَاقُ عَلَى ذِمِّي إِلَّا أَنْ يُظْهَرَ شُرْبُهَا أَوْ بَيْعُهَا ، وَتُرَدُّ عَلَيْهِ إِنْ بَقِيََتِ
الْعَيْنُ ،
.....

وقيمتها خمسون .. لزمه مئة ؛ لأننا إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية .. فلأن يعتبر في
نفس الإتلاف أولى .

(ولا تُضْمَنُ الخمر) ولو كانت محترمة أو لذمي ؛ إذ لا قيمة لها ؛ كالميتة والدم ،
والخنزير كالخمر ، وكذا كل ما هو نجس العين ؛ كالميتة .

وسكت المصنف عن النبيذ ؛ فإنه لا يدخل في اسم الخمر عند الأكثرين ، وفي
« الأحكام السلطانية » : ينهى متولي الحسبة عن المجاهرة به ، ويزجر عليه ،
ولا يريقه ؛ لأنه مالٌ عند الحنفية إلا أن يأمر بإراقته حاكمٌ من أهل الاجتهاد^(١) .

وذكر المصنف في « الدقائق » : أن الحشيشة مسكرة^(٢) ؛ فعلى هذا يتجه إلحاقها
بالخمر .

(ولا تُرَاقُ عَلَى ذِمِّي) لأنهم مقرّون على الانتفاع بها ، كذا علله في « الكفاية »^(٣)
(إلا أن يُظْهَرَ شربها أو بيعها) أو هبتها ولو من مثله ؛ لأن عقد الذمة قد جرى على
تقريرهم عليها ومنع إظهارهم لها .

والإظهار : هو الاطلاع عليه من غير تجسس .

والخنزير ونحوه كالخمر ، قال الإمام : واستعمالهم الأوتار بحيث يسمعها من ليس
في دارهم إظهارٌ لها^(٤) .

(وتردُّ عليه إن بقيت العين) إذا كان أخذها منه عند عدم الإظهار ؛ لما مرَّ من
تقريرهم عليها ؛ فإن تلفت .. فلا ضمان ؛ لما مرَّ .

ويعلم من إيجاب الردِّ : أن المؤنة على الآخذ ، وهو الأصحُّ ، كما ذكرناه في (باب
الجزية)^(٥) ، وقيل : الواجب التخلية فقط ، وحكاها الإمام عن المحققين .

(١) الأحكام السلطانية (ص ٤٠٤) .

(٢) دقائق المنهاج (ص ٣٦) .

(٣) كفاية النبيه (٤٩٥ / ١٠) .

(٤) نهاية المطلب (٢٩٥ / ٧) .

(٥) الشرح الكبير (٥٣٥ / ١١) ، روضة الطالبين (٣٢١ / ١٠) .

وَكَذَا الْمُحْتَرَمَةُ إِذَا غَضِبَتْ مِنْ مُسْلِمٍ . وَالْأَصْنَامُ وَالْآلَاتُ الْمَلَاهِي لَا يَجِبُ فِي إِبْطَالِهَا شَيْءٌ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهَا لَا تُكْسَرُ الْكَسْرَ الْفَاحِشَ ، بَلْ تُفْصَلُ لِتَعُودَ كَمَا قَبْلَ التَّأْلِيفِ ، فَإِنْ عَجَزَ الْمُنْكَرُ عَنْ رِعَايَةِ هَذَا الْحَدِّ لِمَنْعِ صَاحِبِ الْمُنْكَرِ . . أَبْطَلَهُ حَيْثُ تَيَسَّرَ . وَتُضْمَنُ مَنَفَعَةُ الدَّارِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوَهُمَا بِالتَّقْوِيَةِ وَالْفَوَاتِ فِي يَدٍ عَادِيَةٍ ، وَلَا تُضْمَنُ مَنَفَعَةُ الْبُضْعِ إِلَّا بِتَقْوِيَةٍ ،

(وكذا المحترمة إذا غضبت من مسلم) لأن اتخاذ الخل جائر إجماعاً ، ولا يصير العصير خلّاً إلا بعد التخمر ؛ فلو أرقناها . . لتعذر اتخاذ الخل .
والمحترمة - كما قاله الرافعي هنا - : هي التي عصرت من غير قصد الخمرية ، وقال في (الرهن) : هي التي عصرت بقصد الخلية^(١) ، فالتى عصرت بغير قصد شيء محترمة على الأول دون الثاني .
واحترز بـ (المحترمة) عن غيرها ، فإنها إذا غضبت من مسلم . . تراق ، ولا تردّ عليه .

(والأصنام) والصلبان ، (وآلات الملاهي) كالطنبور (لا يجب في إبطالها شيء) لأن صنعتهما محرمة ، والمحرم لا يقابل بشيء .
(والأصح : أنها لا تُكسر الكسر الفاحش ، بل تُفصل لتعود كما قبل التأليف) لأنه إذا فصل الأجزاء كلها . . زال الاسم وعسر العود ؛ فكان أدعى إلى الترك ، والثاني : أنها تكسر ، وترضّ حتى تنتهي إلى حدٍّ لا يمكن اتخاذ آلة محرمة منه لا الأولى ولا غيرها ؛ لأنه أبلغ في الزجر عن العود .
(فإن عجز المنكر عن رعاية هذا الحدّ لمنع صاحب المنكر . . أبطله حيث تيسر)^(٢) وإن زاد على ما قلناه إذا لم يمكن بدونه ؛ لأن صاحبه مفرط .
(وتضمن منفعة الدار والعبد ونحوهما بالتقوية والفوات في يد عادية) لأن المنافع متقومة ؛ فكانت مضمونة بالغصب ؛ كالأعيان .
(ولا تضمن منفعة البضع) وهو الفرج (إلا بتقوية) بالوطء ؛ فإنه يضمنه بمهر

(١) الشرح الكبير (٤٥٢/٤ ، ٤٨١/٥) .

(٢) في (د) : (أبطله كيف تيسر) .

وَكَذَا مَنْفَعَةُ بَدَنِ الْحُرِّ فِي الْأَصَحِّ . وَإِذَا نَقَصَ الْمَغْضُوبُ بِغَيْرِ اسْتِعْمَالٍ . . . وَجَبَ الْأَرْضُ مَعَ الْأَجْرَةِ ، وَكَذَا لَوْ نَقَصَ بِهِ ؛ بِأَنْ بَلِيَ الثَّوبُ فِي الْأَصَحِّ .
فَصْنَعُكَ

[في اختلاف المالك والغاصب]

أَدْعَى تَلَفَهُ وَأَنْكَرَ الْمَالِكُ . . . صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِبَيْمِنِهِ عَلَى الصَّحِيحِ ،

المثل على تفصيل فيه ، ذكره المصنف في آخر الباب (١) .

ولا تضمن بالفوات ؛ لأن اليد لا تثبت عليه بل اليد على منفعة للمرأة ؛ بدليل أن السيد يزوج أمته المغضوبة ولا يؤجرها ؛ لأن يد الغاصب حائلة .

(وكذا منفعة بدن الحر في الأصح) لأن الحر لا يدخل تحت اليد ؛ فمنافعه تفوت تحت يده ، والثاني : أنها تضمن بالفوات أيضاً ؛ لأنها تقوم في العقد الفاسد ؛ أي : في الإجارة ، فأشبهت منافع الأموال ؛ فلو أكرمه على العمل . . . استحق الأجرة .

(وإذا نَقَصَ الْمَغْضُوبُ بِغَيْرِ اسْتِعْمَالٍ كَعَمَى الْعَبْدِ (. . . وجب الأرض مع الأجرة) للنقص والفوات ، وتجب أجرته سليماً من الغصب إلى حدوث النقص ، ومعيباً من حدوث النقص إلى الرد .

(وكذا لو نَقَصَ بِهِ) أي : بالاستعمال (بأن بلي الثوب) باللبس (في الأصح) لأن كلاً منهما يجب ضمانه عند الانفراد ؛ فكذا عند الاجتماع ، والثاني : أن الواجب أكثر الأمرين من أجرة المثل وأرض النقصان ؛ لأن النقصان نشأ من الاستعمال ، وقد قوبل الاستعمال بالأجرة ؛ فلا يجب له ضمان آخر ، وردّه الرافعي : بأن الأجرة ليست في مقابلة الاستعمال ، بل في مقابلة الفوات (٢) .

* * *

(فصل : ادعى تلفه وأنكر المالك . . . صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِبَيْمِنِهِ عَلَى الصَّحِيحِ) لأنه قد يكون صادقاً ويعجز عن البيّنة ؛ فيتخلد حبسه ، وهذا عند إطلاقه دعوى التلف ، فإن قيّده بسبب ظاهر . . . فلا يبعد أن يُحبس حتى يقيم بيّنة بالتلف لإمكانه ، قاله ابن

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٩٥) .

(٢) الشرح الكبير (٤١٨/٥) .

فَإِذَا حَلَفَ . . غَرَّمَهُ الْمَالِكُ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قِيَمَتِهِ أَوْ الثِّيَابِ الَّتِي عَلَى الْعَبْدِ
الْمَغْضُوبِ أَوْ فِي عَيْبِ خَلْقِي . . صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ ، وَفِي عَيْبِ حَادِثٍ . . يُصَدَّقُ
الْمَالِكُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ رَدَّهُ نَاقِصَ الْقِيَمَةِ . . لَمْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ

الملقن^(١) ، وهو في « الذخائر » ، كما نقله الزركشي في « الخادم » ، والثاني :
يصدق المالك ؛ لأن الأصل بقاؤه .

(فإذا حلف . . غَرَّمَهُ الْمَالِكُ) المثل أو القيمة (في الأصح) لعجزه عن الوصول
إلى عين ماله بيمين الغاصب ، والثاني : لا ؛ لبقاء العين في زعمه .
(ولو اختلفا في قيمته) مع الاتفاق على الهلاك (أو الثياب التي على
العبد المغضوب) فقال المالك : (هي لي) ، وقال الغاصب : (هي لي) ، (أو في
عيب خلقي) بأن قال : (ولد أكمه) ، أو (أعرج) ، أو (عديم اليد) ، وقال
المالك : (كان سليماً) . . صدق الغاصب بيمينه (أما في الأولى . . فلأن الأصل
براءة ذمته من الزيادة ، وعلى المالك البينة ، وأما في الثانية . . فلثبوت يده ؛ فإن
العبد وما عليه في يد الغاصب .

واحترز بـ (العبد) : عما لو غصب حراً صغيراً ، قال في « المطلب » : ويشبه أن
يتخرج على أن غاصبه هل تثبت يده على ثيابه ؟ إن قلنا نعم . . فهو المصدق ، وإلا . .
صُدِّقَ الولي . انتهى ، والأصح في الرافعي في آخر (الباب الأول) من أبواب السرقة :
أن يد غاصب الحرِّ وسارقه لا تثبت على ثيابه^(٢) ، وأما في الثالثة . . فلأن الأصل
العدم ، ويمكن المالك البينة .

(وفي عيب حادث) كما إذا قال : (كان أقطع) ، أو (سارقاً) . . يُصَدَّقُ
المالك بيمينه في الأصح (لأن الأصل والغالب السلامة ، والثاني : يصدق الغاصب ؛
لأن الأصل براءة ذمته .

(ولو رده ناقص القيمة . . لم يلزمه شيء) لأنه لا نقص في ذاته ولا في صفاته ،
والذي فات إنما هو رَغْبَاتُ النَّاسِ .

(١) عجالة المحتاج (٨٨٦ / ٢) .

(٢) الشرح الكبير (٢٢٠ / ١١) .

وَلَوْ غَضِبَ ثَوْباً قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ ، فَصَارَتْ بِالرُّخْصِ دِرْهَمًا ، ثُمَّ لَبَسَهُ فَأَبْلَاهُ فَصَارَتْ نِصْفَ دِرْهَمٍ فَرَدَّهُ . . لَزِمَهُ خَمْسَةٌ ، وَهِيَ قِسْطُ التَّالِفِ مِنْ أَقْصَى الْقِيَمِ . قُلْتُ : وَلَوْ غَضِبَ خُفَّيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشْرَةٌ فَتَلَفَ أَحَدَهُمَا وَرَدَّ الْآخَرَ وَقِيمَتُهُ دِرْهَمَانِ ، أَوْ أَتَلَفَ أَحَدَهُمَا غَضَبًا ، أَوْ فِي يَدِ مَالِكِهِ . . لَزِمَهُ ثَمَانِيَةٌ فِي الْأَصَحِّ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَلَوْ حَدَثَ نَقْصٌ يَسْرِي إِلَى التَّلَفِ ؛ بَأَنْ جَعَلَ الْحَنْطَةُ هَرِيسَةً . . فَكَالتَّالِفِ ، وَفِي قَوْلٍ : يَرُدُّهُ مَعَ أَرْضِ النَّقْصِ .

(ولو غضب ثوباً قيمته عشرة ، فصارت بالرخص درهماً ، ثم لبسه فأبلاه فصارت نصف درهم فردّه . . لزمه خمسة ، وهي قسط التالف من أقصى القيم) لأن الناقص باللبس نصف القيمة ؛ فيلزمه قيمته أكثر ما كانت من الغصب إلى التلف ، وهي خمسة ، والنقصان الباقي وهو أربعة ونصف سببه الرخص ، وقد مرّ أنه غير مضمون .)
 قلت : ولو غضب خُفَّيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشْرَةٌ فَتَلَفَ أَحَدَهُمَا وَرَدَّ الْآخَرَ وَقِيمَتُهُ دِرْهَمَانِ ، أَوْ أَتَلَفَ أَحَدَهُمَا غَضَبًا (له فقط) أَوْ فِي يَدِ مَالِكِهِ . . لزمه ثمانية في الأصحّ ، والله أعلم) خمسة للتالف ، وثلاثة لأرض ما حصل من التفريق ؛ لأنه في الصورة الأولى : فوّت بالتلف ما يساوي الثمانية ، وفي الثانية والثالثة : أتلف أحدهما ، وأدخل النقصان على الباقي بتعديّه ، وظاهره : عود الخلاف إلى الجميع ، وجزم في « الشرحين » في الأولى : بالثمانية^(١) ، لكن حكى في « زيادة الروضة » وجهاً غريباً عن « التنبيه » و« التتمة » أنه يلزمه درهماً^(٢) ، وأما في الأخيرتين . . ففيهما ثلاثة أوجه : أصحها : ما ذكره ، وثانيها : يلزمه خمسة ، وثالثها : درهماً ، والخلاف في كلّ فردين لا يصلح أحدهما إلا بالآخر ؛ كزوجي النعل ، ومصراعي الباب .
 (ولو حدث نقص) في المغصوب (يسري إلى التلف ؛ بَأَنْ جَعَلَ الْحَنْطَةُ هَرِيسَةً . . فَكَالتَّالِفِ) لإشرافه على الهلاك ، فكأنه هلك ؛ فيغرم بدل كلّ المغصوب من مثل أو قيمة ، (وفي قول : يرُدُّهُ مَعَ أَرْضِ النَّقْصِ) قياساً على العيب الذي لا يسري ، وفي قول ثالث : أن المالك يتخير بين موجب القولين ، واستحسنه في « الشرح الصغير » ، واختاره السبكي .

(١) الشرح الكبير (٥/٤٦٩) .

(٢) روضة الطالبين (٥/٥٩) .

وَلَوْ جَنَى الْمَغْصُوبُ فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ مَالًا . . لَزِمَ الْغَاصِبَ تَخْلِيصُهُ بِالْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ
وَالْمَالِ ، فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ . . غَرَمَهُ الْمَالِكُ ، وَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ تَغْرِيمُهُ وَأَنْ يَتَعَلَّقَ بِمَا أَخَذَهُ
الْمَالِكُ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ

وعلى الأول : هل تبقى الهريسة للغاصب أم للمالك ؟ وجهان ، بلا ترجيح في
« الشرح » و « الروضة »^(١) ، لكن جزم المصنف في « نكته » بالأول ، وصححه
السبكي ، وقال : لا وجه لمقابله .

واحترز بقوله : (يسري) عما لا سراية له ؛ فإن على الغاصب أرشهُ وردَّ الباقي
مطلقاً .

(ولو جنى المغصوب فتعلق برقبته مال . . لزم الغاصب تخليصه) لأنه نقص في
يده ، وهو مضمون عليه (بالأقل من قيمته والمال) الواجب بالجناية ؛ لأن الأقل إن
كان هو القيمة . . فهو الذي دخل في ضمانه ، وإن كان هو المال المتعلق بالرقبة . . فهو
الذي وجب .

(فإن تلف في يده) أي : تلف العبد الجاني في يد الغاصب (. . غرمه المالك)
أقصى القيم من الغصب إلى التلف ؛ كسائر الأعيان المغصوبة .

(وللمجني عليه تغريمه) أي : تغريم الغاصب ؛ لأن جناية المغصوب مضمونة
عليه ، (وأن يتعلق بما أخذه المالك) من الغاصب بقدر حقه ؛ لأن حقه كان متعلقاً
بالرقبة فيتعلق ببدلها ؛ قياساً على بدل المرهون .

(ثم يرجع المالك على الغاصب) بما أخذه منه المجني عليه ؛ لأن أخذه ؛ أعني :
المالك لم يسلم له ، بل أخذ منه بجناية مضمونة على الغاصب ، وهذا أحد المواضع
التي يُغرم فيها بدلان في متلف واحد .

ومقتضى قوله : (ثم يرجع) أنه ليس للمالك مطالبة الغاصب بالأرش قبل أن يأخذ
المجني عليه القيمة منه ، وبه صرح الإمام ؛ لاحتمال الإبراء^(٢) ، وقال في
« المطلب » : له ذلك كما يطالب الضامن المضمون بتخليصه ، قال الإسني :

(١) الشرح الكبير (٤٣٩/٥) ، روضة الطالبين (٣٣/٥) .

(٢) نهاية المطلب (٢٢٢/٧) .

وَلَوْ رَدَّ الْعَبْدَ إِلَى الْمَالِكِ فَبِيعَ فِي الْجَنَابَةِ . . رَجَعَ الْمَالِكُ بِمَا أَخَذَهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى الْغَاصِبِ . وَلَوْ غَصَبَ أَرْضاً فَنَقَلَ تَرَابَهَا . . أَجْبَرَهُ الْمَالِكُ عَلَى رَدِّهِ أَوْ رَدِّ مِثْلِهِ وَإِعَادَةَ الْأَرْضِ كَمَا كَانَتْ ، وَلِلنَّاقِلِ الرُّدُّ وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ الْمَالِكُ إِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ ، وَإِلَّا . . . فَلَا يَرُدُّهُ بِلَا إِذْنٍ فِي الْأَصَحِّ ، وَيُقَاسُ بِمَا ذَكَرْنَا حَفْرُ الْبُئْرِ وَطَمُّهَا . وَإِذَا أَعَادَ الْأَرْضَ كَمَا كَانَتْ وَلَمْ يَبْقَ نَقْصٌ . . فَلَا أَرْضَ ، لَكِنْ

وما ذكره بحثاً وتشبيهاً إنما يقتضي المطالبة بالأداء للمجني عليه لا للمالك ، وليس كلام الإمام فيه .

(ولو ردَّ العبد إلى المالك فبيع في الجنابة . . رجع المالك بما أخذه المجني عليه على الغاصب) لأن الجنابة حصلت حين كان مضموناً عليه .
(ولو غصب أرضاً فنقل ترابها . . أجبره المالك على رده) إن كان باقياً (أو ردَّ مثله) إن كان تالفاً ؛ لأن التراب مثلي كما مر .

وصورة المسألة : ما إذا كشط التراب عن وجه الأرض ؛ فإن أخذه من مكان واحد بحيث صار مكانه حفرة . . فقد ذكره المصنف بعد ذلك .

(وإعادة الأرض كما كانت) من انبساط أو ارتفاع أو انخفاض ؛ لإمكان ذلك ، (وللناقل الرُّدُّ وإن لم يطالبه المالك إن كان له فيه غرض) بأن كان قد نقل التراب إلى ملك غيره ، أو حصل في الأرض نقص يزول بالردِّ ؛ لدفع الضرر عنه .
(وإلا) أي : وإن لم يكن له فيه غرض ؛ بأن نقله إلى موات (. . فلا يرده بلا إذن في الأصح) لأنه تصرف في ملك غيره على وجه الإعتاب بلا نفع ، وذلك سفة ، والثاني : له رده ؛ لأنه ردُّ ملكه إلى محله .

ومحل الخلاف : إذا لم يمنعه المالك من الردِّ ؛ فإن منعه . . لم يردَّ جزءاً .
(ويقاس بما ذكرنا حفر البئر وطمُّها) فله الطمُّ بترابه إن كان باقياً ، وكذا بمثله إن كان تالفاً على الأصح ، ثم إن أمره المالك بالطمِّ . . لزمه ، وإلا ؛ فإن كان له فيه غرض . . استقلَّ به ، وإلا . . فلا في الأصح ، ومن الغرض هنا دفع ضمان التردّي ، فإن منعه المالك وقال : (رضيت باستدامة البئر) . . امتنع عليه الطمُّ في الأصح .
(وإذا أعاد الأرض كما كانت ولم يبق نقص . . فلا أرض) لعدم الموجب له (لكن

عَلَيْهِ أَجْرُهُ الْمِثْلُ لِمُدَّةِ الْإِعَادَةِ ، وَإِنْ بَقِيَ نَقْصٌ . . وَجَبَ أَرْشُهُ مَعَهَا . وَلَوْ غَصَبَ زَيْتاً وَنَحْوَهُ وَأَغْلَاهُ فَتَقَصَّتْ عَيْنُهُ دُونَ قِيَمَتِهِ . . رَدَّهُ وَلَزِمَهُ مِثْلُ الذَّاهِبِ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِنْ تَقَصَّتْ الْقِيَمَةُ فَقَطْ . . لَزِمَهُ الْأَرَشُ ، وَإِنْ تَقَصَّتَا . . غَرِمَ الذَّاهِبَ وَرَدَّ الْبَاقِيَ مَعَ أَرْشِهِ إِنْ كَانَ نَقْصُ الْقِيَمَةِ أَكْثَرَ

عليه أجره المثل لمدة الإعادة) لأنه فوّتها بسبب هو فيه متعدياً ، وعبارة « الشرح » و« الروضة » لمدة الحفر والإعادة^(١) ، قال السبكي : وهذه أزيد فائدة .

(وإن بقي نقص . . وجب أرشُه معها) أي : مع الأجرة ؛ لاختلاف سببهما .
(ولو غصب زيتاً ونحوه) من الأدهان ؛ كالسَّيرج^(٢) (وأغلاه فنقصت عينه دون قيمته) بأن غصب صاعاً قيمته درهمٌ فصار إلى نصف صاع قيمته درهم (. . رَدَّهُ وَلَزِمَهُ مِثْلُ الذَّاهِبِ فِي الْأَصَحِّ) لأن له بدلاً مقدراً ، وهو المثل ، فأوجبناه وإن زادت القيمة ، كما لو خصى العبد فزادت قيمته ؛ فإنه يضمن قيمته على الجديد ، والزيادة الحاصلة أثر محض لا ينجبر به النقصان ، والثاني : يرُدُّه ، ولا شيء عليه ؛ إذ ما فيه من الزيادة والنقصان حصل بسبب واحد ؛ فينجبر النقصان بالزيادة .

(وإن نقصت القيمة فقط . . لزمه الأرش) قياساً على غيره .
(وإن نقصتا . . غرم الذاهب ورَدَّ الباقي مع أرشه إن كان نقصُ القيمة أكثر) مما نقص من العين ؛ كرطلين قيمتهما درهماً صاراً بالأغلاء رطلاً قيمته نصف درهم ؛ فيرُدُّ الباقي ويردُّ معه رطلاً ونصف درهم ، فإن لم يكن نقص القيمة أكثر بألا يحصل في الباقي نقص فيغرم الذاهب ولا أرش للباقي .

وترك المصنف قسماً رابعاً ؛ لوضوحه ، وهو : ما إذا لم تنقص عينه ولا قيمته ؛ فيرُدُّه ولا شيء عليه .

ولو غصب عصيراً وأغلاه . . فقليل : هو كالزيت ؛ فيضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص قيمته في الأصح ، والأصحُّ : أنه لا يضمن المثل والحالة هذه ؛ لأن الذاهب مائتُه ، والذاهب من الزيت زيت .

(١) الشرح الكبير (٤٤٧/٥) ، روضة الطالبين (٤١/٥) .

(٢) في (د) : (السَّيرج) بالشين ، وكلاهما صحيح .

وَالْأَصْحُ : أَنَّ السَّمْنَ لَا يَجْبُرُ نَقْصَ هُزَالٍ قَبْلَهُ ، وَأَنَّ تَذَكُّرَ صَنَعَةِ نَسِيهَا يَجْبُرُ النِّسْيَانَ .
وَتَعْلَمُ صَنَعَةَ لَا يَجْبُرُ نِسْيَانَ أُخْرَى قَطْعاً . وَلَوْ غَضِبَ عَصِيراً فَتَخَمَّرَ ثُمَّ تَخَلَّلَ . .
فَالْأَصْحُ : أَنَّ الْخَلَّ لِلْمَالِكِ ، وَعَلَى الْغَاصِبِ الْأَرَشُ إِنْ كَانَ الْخَلُّ أَنْقَصَ قِيَمَةً . . .

(والأصح : أن السمن لا يجبر نقص هزال قبله) مثاله : غضب جارية سمينه
فهزلت ثم سمت ؛ فإنه يردها وأرش السمن الأول ؛ لأن الثاني غير الأول ، والثاني :
يجبر ؛ كما لو جنى على عين . . فابيضت ، وزال البياض .

وأشار بقوله : (نقص) إلى أن السمن المفرط الذي لا تنقص القيمة بزواله . . غير
مضمون ، وهو كذلك ، فلو انعكس الحال ؛ بأن سمت المعتدلة عند الغاصب سمناً
مفرطاً فنقصت القيمة . . ردّها ولا شيء عليه ؛ لأنها لم تنقص حقيقةً ولا عرفاً ، كذا
نقله في « الكفاية » عن أبي الطيب ، وأقره ^(١) ، وقاله سليم في « المجرد » أيضاً ، قال
الإسنوي والمنكت : (وفيه نظر) ^(٢) .

(وأن تذكر صنعة نسيها يجبر النسيان) أي : فيما إذا غصبه وهو يحسن صنعة ،
فنسيها ثم تذكرها ، أو تعلمها ؛ لأن العائد هو الأول ، والسمن الثاني زيادة في الجسم
محسوسة مغايرة لتلك الأجزاء الذاهبة ، والثاني : لا يجبر ؛ كالسمن .

وقضية إطلاقه : أن التذكر في يد المالك يكون جائزاً أيضاً حتى يسترد ما دفع من
الأرش ، قال في « المطلب » : وهو الذي يظهر ^(٣) .

(وتعلم صنعة لا يجبر نسيان أخرى قطعاً) وإن كانت أرفع من الأولى ؛ لاختلاف
الأغراض .

(ولو غضب عصيراً فتخمر ثم تخلل . . فالأصح : أن الخل للمالك) لأنه عين
ماله ، وإنما انتقل من صفة إلى صفة ، (وعلى الغاصب الأرش إن كان الخل أنقص
قيمة) من العصير ؛ لحصوله تحت يده ، فإن لم تنقص قيمته . . اقتصر عليه ،

(١) كفاية النية (٤٥٢ / ١٠) .

(٢) السراج (١٤٦ / ٤) .

(٣) وقع في « الكفاية » : ولو تذكر في يد الغاصب . . فالذي يظهر الجبر ، وأورده في « العجالة »

[٨٩٠ / ٢] هلكذا ، وأقره ، وهو سبق قلم ؛ فإن التذكر في يد الغاصب هي مسألة الكتاب . اهـ هامش

(١) .

وَلَوْ غَضِبَ خَمْرًا فَتَخَلَّلَتْ ، أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَّعَهُ . . . فَلَأَصْحُ : أَنَّ الْخَلَّ وَالْجِلْدَ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ .

فَضْلٌ

[فيما يطرأ على المغضوب من زيادة ووطء وانتقال]

زِيَادَةُ الْمَغْضُوبِ إِنْ كَانَتْ أَثَرًا مَحْضًا كَقَصَارَةٍ . . . فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِسَبَبِهَا ، وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُهُ رَدَّهُ كَمَا كَانَ إِنْ أَمَكْنَ ، وَأَرَشَ النِّقْصِ ، وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا ؛ كِبْنَاءٍ وَغِرَاسٍ . . . كُلُّفَ الْقَلْعِ . . .

والثاني : يغرم مثل العصير ، والخلُّ للمالك ؛ لأن العصير قد لزمه بالتخمير ، والتخليل الواقع بعده نعمة جديدة ؛ فيكون المالك أولى بذلك ؛ لأنه فرغ ملكه .
(ولو غضب خمراً فتخللت ، أو جلد ميتة فدبَّعَهُ . . . فَلَأَصْحُ : أَنَّ الْخَلَّ وَالْجِلْدَ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ) لأنهما فرعا ملكه ، فإن تلفا في يده . . . غرمهما ، والثاني : أنهما للغاصب ؛ لحصولهما عنده مما ليس بمال ، والثالث : الخلُّ للمالك دون الجلد ؛ لأنه صار مالاً بفعله ، والرابع : عكسه ؛ لأن جلد الميتة يُقْتَنَى بخلاف الخمر .
واحترز بقوله : (غضب) عما لو أعرض المالك عنهما ؛ بأن أراق الخمر أو ألقى الشاة الميتة فأخذها شخص . . . فَلَأَصْحُ فِي « زِيَادَةِ الرُّوضَةِ » هنا ، وفي « أَصْلُهَا » في باب (الصيد والذبائح) أنه لا يسترد^(١) .

(فصل : زيادة المغضوب إن كانت أثراً محضاً ؛ كقصارة . . . فلا شيء للغاصب بسببها) لتعديه ، بخلاف المفلس فإنه يكون شريكاً ؛ لعدم تعديه .
(وللمالك تكليفه رَدُّهُ كَمَا كَانَ إِنْ أَمَكْنَ) كَرَدُّ اللَّبَنِ طِينًا ، والدراهم سبائك ؛ لتعديه بفعله ، فإن لم يمكن كما في القصارة . . . فلا يكلف ذلك ، بل يرَدُّ بحاله ، (وَأَرَشَ النِّقْصِ) إِذَا رَدَّهُ نَاقِصًا عما كان حال الغضب ؛ لأنه نشأ مما فعله متعدياً .
(وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا ؛ كِبْنَاءٍ وَغِرَاسٍ . . . كُلُّفَ الْقَلْعِ) وَأَرَشَ مَا نَقَصَ ؛ لأنه عرق ظالم .

(١) الشرح الكبير (١٢/٤٢) ، روضة الطالبين (٥/٤٥) .

وَأِنْ صَبَغَ الثُّوبَ بِصَبْغِهِ وَأَمَكَّنَ فَصْلُهُ . . أُجْبِرَ عَلَيْهِ فِي الْأَصْحَ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ؛ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَتَهُ . . فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيهِ ، وَإِنْ نَقَصَتْ . . لَزِمَهُ الْأَرْشُ ، وَإِنْ زَادَتْ . . أَشْتَرَكَا فِيهِ

(وإن صبغ الثوب بصبغه وأمكن فصله) بأن كان الصبغ غير معقود (. . أجبر عليه في الأصح) قياساً على البناء والغراس ، والثاني : لا ؛ لما فيه من ضرر الغاصب ، بخلاف الغراس فإنه لا يضيع بالإخراج .

ومحل الأول : إذا حصل من الصبغ عينٌ ، فلو كان تمويهاً محضاً . . لم يجبر على الأصح في « أصل الروضة »^(١) .

(وإن لم يمكن) الفصل ؛ بأن كان الصبغ معقوداً (فإن لم تزد قيمته) ولم تنقص بأن كانت قيمة الثوب عشرة ، والصبغ أيضاً يساوي عشرة ، فصارت قيمته بعد الصبغ عشرة ، لا لانخفاض سوق الثياب ، بل لأجل الصبغ (. . فلا شيء للغاصب فيه) لأن صبغه كالممنحق والحالة هذه .

(وإن نقصت) قيمته ؛ بأن صار يساوي خمسة (. . لزمه الأرش) لأن ذلك حصل بفعله .

(وإن زادت . . اشتركا فيه) هذا بصبغه ، وهذا بثوبه ، فإن لم ينقص عن العشرين في مثالنا السابق . . فهو بينهما نصفين ، سواء زادت عليها أم لا ، وإن نقصت . . حسب النقصان على صاحب الصبغ ؛ لتفريطه ، فلو ساوى خمسة عشر مثلاً . . كان بينهما أثلاثاً أيضاً ، وقد أطلق الجمهور المسألة .

وفي « تعليق » القاضي أبي الطيب ، والبتدنجي ، وسليم ، والقاضي الحسين ، و« الشامل » ، و« التتمة » : إن كان النقص لانخفاض سعر الثياب . . فالنقص محسوبٌ على الثوب ، أو سعر الصبغ أو الصنعة . . فعلى الصبغ ، وإن زاد سعر أحدهما . . فالزيادة له ، أو بسبب الصنعة . . فهي بينهما ؛ لأن كل واحد منهما قد زاد بالصنعة ، والزيادة إذا كانت أثراً تسلم للمغصوب منه ، قال الرافعي : ويمكن تنزيل

(١) روضة الطالبين (٤٧/٥) .

وَلَوْ خَلَطَ الْمَغْضُوبَ بِغَيْرِهِ وَأَمَكْنَ التَّمْيِيزُ . . لَزِمَهُ وَإِنْ شَقَّ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ . . فَالْمَذْهَبُ :
أَنَّهُ كَالْتَالِفِ فَلَهُ تَغْرِيمُهُ ، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ غَيْرِ الْمَخْلُوطِ . وَلَوْ غَضِبَ خَشَبَةً
وَبَنَى عَلَيْهَا . . أُخْرِجَتْ ، وَلَوْ أَدْرَجَهَا فِي سَفِينَةٍ . . فَكَذَلِكَ إِلَّا أَنْ

إطلاق مَنْ أطلق على هذا التفصيل^(١) .

(ولو خلط المغضوب بغيره وأمكن التمييز . . لزمه وإن شق) سواء خلط بالجنس أو
بغيره ؛ لإمكان رد عين ما أخذ ، فإن لم يمكن تمييز جميعه . . وجب تمييز ما أمكن ،
قاله في « الشامل » .

(فإن تعذر) كأن خلط الزيت بالزيت (. . فالمذهب : أنه كالتالف ، فله تغريمه)
سواء خلطه بمثله أم بأجود أم بأردأ ؛ لأنه لما تعذر رده أبداً . . أشبه التالف ، والثاني :
أنهما يشتركان في المخلوط ، ويرجع في قدر حقه منه ؛ قياساً على مسألة الصبغ .
والطريق الثاني : القطع بالأول ، والثالث : إن خلط بمثله . . اشتركا ، وإلا . .
فكالهالك .

وكلامه يشمل : ما لو خلطه بغير جنسه ؛ كزيت بشيرج ، وفيه الطريقان ، لكنه
أولى ؛ لكونه كالهالك .

(وللغاصب أن يعطيه من غير المخلوط) لأن الحق قد انتقل إلى الذمة ؛ إذ التفريع
على قول الهالك .

(ولو غضب خشبةً وبني عليها . . أُخْرِجَتْ) ولو تلف على الغاصب بسببه أضعاف
قيمته لتعديه .

هذا إذا لم تعفن ، فإن عفنت . . فهي كالهالكة ؛ فلا تنزع ، قال الشيخ برهان
الدين الفزاري : المراد بعفنها : أن تبقى بحيث لو أُخْرِجَتْ . . لم تكن لها قيمة .
وحكم الآجرِّ واللبن والجص : حكم الخشبة ، فلو قال : (غضب شيئاً) . . لكان
أعم .

(ولو أدرجها في سفينة . . فكذلك) أي : أنها تخرج إن لم تعفن ؛ لما مرَّ (إلا أن

(١) الشرح الكبير (٤٥٧/٥) .

يَخَافَ تَلَفَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ مَعْصُومَيْنِ . وَلَوْ وَطِئَ الْمَغْصُوبَةُ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ . . . حُدَّ ،
وَأِنْ جَهِلَ . . . فَلَا حُدَّ ، وَفِي الْحَالَيْنِ يَجِبُ الْمَهْرُ إِلَّا أَنْ تُطَاوَعَهُ فَلَا يَجِبُ عَلَى الصَّحِيحِ ،
وَعَلَيْهَا الْحُدُّ إِنْ عَلِمَتْ . وَوُطِئَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ كَوُطِئِهِ فِي الْحُدِّ وَالْمَهْرِ ، . . .

يخاف تلف نفس أو مال معصومين (بأن كانت في لُجّة البحر والخشبة في أسفلها ؛
لحرمتهما وله أمد ينتظر .

وله المطالبة بالقيمة للحيلولة .

ولم يقيدا في « الشرح » و « الروضة » المال بالمعصوم^(١) ، وكأن المصنف احتزبه
عن مال الحربي^(٢) ، وأما مال الغاصب . . . ففيه خلاف ، والأصح في « زيادة
الروضة » : أنها لا تنزع^(٣) .

(ولو وطِئ المغصوبة عالماً بالتحريم . . . حُدَّ) لأنه زناً ، سواء كانت عالمة أو
جاهلة ، (وإن جهل) تحريم الوطء ؛ لجهله بتحريم الزنا مطلقاً ، أو لتوهم حلّها
لدخولها بالغصب في ضمانه ، وقبلنا قوله ؛ بأن قرب عهده بالإسلام ، أو نشأ ببادية
بعيدة عن المسلمين (. . . فلا حدّ) للشبهة .

(وفي الحالين) أي : حالي علمه وجهله (يجب المهر) لأنها ليست زانية والحالة
هذه ، (إلا أن تطاوعه فلا يجب على الصحيح) لأنها زانية ، وقد نهى عن مهر
البغي^(٤) ، وهي الزانية ، والثاني : يجب ؛ لأنه للسيد فلا تؤثر طواعيتها فيه .
وأجاب الأول : بأن المهر وإن كان للسيد . . . فقد عهدنا أنه يتأثر بفعلها ؛ بدليل
ما لو ارتدت قبل الدخول .

(وعليها الحدّ إن علمت) التحريم لزناها ، فإن جهلت . . . فلا ، ولم يتعرض
لأرش البكارة ، وفيه اضطرابٌ نذكره في (كتاب الديات) إن شاء الله تعالى .
(ووطئ المشتري من الغاصب كوطئه) أي : كوطئ الغاصب (في الحدّ والمهر)

(١) الشرح الكبير (٤٦٥/٥) ، روضة الطالبين (٥٥/٥) .

(٢) روضة الطالبين (٥٦/٥) .

(٣) روضة الطالبين (٥٥/٥) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٣٧) ، ومسلم (١٥٦٧) عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه .

فَإِنْ غَرَمَهُ . . لَمْ يَرْجَعْ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الْأَظْهَرِ ، وَإِنْ أَحْبَلَ عَالِماً بِالتَّحْرِيمِ . . فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ غَيْرُ نَسِيبٍ ، وَإِنْ جَهَلَ . . فَحَرٌّ نَسِيبٌ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْإِنْفِصَالِ ، وَيَرْجَعُ بِهَا الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ . وَلَوْ تَلَفَ الْمَغْضُوبُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَغَرَمَهُ . . لَمْ يَرْجَعْ ، . .

لاشتراكهما في وضع أيديهما على مال الغير بغير حق ، فيعود ما ذكرناه في حالتي العلم والجهل ، إلا أن جهل المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغضوبة أيضاً ؛ فتقبل دعواه من غير اشتراط قرب عهده بالإسلام ، وكونه نشأ ببادية بعيدة .

(فَإِنْ غَرَمَهُ) أي : غرم المالك المشتري المهر (. . لم يرجع به) المشتري (على الغاصب في الأظهر) لأنه قد انتفع ، وباشر الإتلاف ، والثاني : يرجع إذا جهل الغصب ؛ لأنه لم يدخل في العقد على ضمانه ، فيرجع به على من غره ، وهو البائع . وأجري هذا الخلاف في أرش البكارة أيضاً ، قال الرافعي : وعدم الرجوع به أظهر ؛ لأنه بدل جزء منها أثلفه ، فأشبه ما لو قطع عضواً من أعضائها^(١) .

(وَإِنْ أَحْبَلَ) المشتري منه (عالماً بالتحريم . . فالولد رقيق غير نسيب) لأنه زناً ، (وَإِنْ جَهَلَ . . فَحَرٌّ نَسِيبٌ) للشبهة ، والمشهور - كما قال في « المطلب » - : أنه انعقد حرّاً لا رقيقاً ، ثم عُتِقَ .

(وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) بتقدير رَقَّةً ، لتفويته رَقَّةً بظنه (يوم الانفصال) لأن التقويم قبله غير ممكن .

هذا إن انفصل حياً ، فإن انفصل ميتاً بجناية . . فعلى الجاني الغرة ، وعليه عشر قيمة الأم للمالك ؛ لأننا نقدره رقيقاً في حقه ، وإن انفصل ميتاً بغير جناية . . فالمشهور : عدم ضمانه ؛ لعدم تيقن حياته .

(ويرجع بها) أي : بالقيمة (المشتري على الغاصب) لأن الشراء لم يوجب ضمانه ، لأن مقتضاه : أن يسلم له الولد حرّاً من غير غرامة . (ولو تلف المغضوب عند المشتري وغرمه . . لم يرجع) به عالماً كان أو جاهلاً ؛ لأن المبيع بعد القبض من ضمان المشتري ، فلما أقدم على الشراء . . وطن نفسه على أنه من ضمانه .

(١) الشرح الكبير (٥/٤٧٨) .

وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ ، وَلَا يَرْجِعُ بِغُرْمٍ مَنْفَعَةً اسْتَوْفَاهَا فِي الْأَظْهَرِ ، وَيَرْجِعُ بِغُرْمٍ مَا تَلَفَ عِنْدَهُ وَبَارَشَ نَقْصَ بِنَائِهِ وَغِرَاسِهِ إِذَا نَقُضَ فِي الْأَصَحِّ . وَكُلُّ مَا لَوْ غَرِمَهُ الْمُشْتَرِي رَجَعَ بِهِ لَوْ غَرِمَهُ الْغَاصِبُ . . . لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي ،

(وكذا لو تعيب عنده في الأظهر) تسوية بين الجملة والأجزاء ، والثاني : يرجع ؛ لأن العقد يوجب ضمان الجملة ولا يوجب ضمان الأجزاء على الانفرد ؛ بدليل أن المبيع لو تعيب قبل القبض . . لم يكن له استرداد ما يقابله ، بل إما أن يرضى به معيباً أو يفسخ ، ولو تلف . . لكان يسترد كل الشئ .

ومحل الخلاف : إذا تعيب لا بفعل المشتري ، فإن كان بفعله . . فلا يرجع قطعاً .

(ولا يرجع بغرم منفعة استوفاه) كالسكنى والركوب واللبس (في الأظهر) هما القولان في المهر ، وقد مرّ توجيههما .

(ويرجع بغرم ما تلف عنده وبأرش نقص بنائه وغراسه إذا نُقِضَ في الأصح) في المسألتين : أما الأولى : وهي منافع المغصوب إذا تلفت تحت يد المشتري ولم يستوفها . . فيضمنها للمالك بأجرة مثلها ، وهل يرجع بها على الغاصب ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا ؛ تنزيلاً للتالف تحت يده منزلة الإتلاف ، وأصحهما : نعم ؛ لأنه لم يتلف ، ولا شرع في العقد على أن يضمنه .

وأما الثانية : وهي ما إذا بنى المشتري أو غرس في الأرض المغصوبة ، ثم نقض المالك بناءه وغراسه ، فهل يرجع بأرش النقصان على الغاصب ؟ فيه وجهان : والأصح : الرجوع ؛ لأنه قد شرع في العقد على ظن السلامة فيرجع على من غرّه ، وهو الغاصب ، ووجه مقابله : القياس على عدم الرجوع بما أنفق على العمارة ، وكأنه بالبناء متلف ماله .

وثمره الشجرة ونتاج الدابة وكسب العبد كالمنفعة ، قاله المتولي ، قال السبكي : ويمكن إدخاله في كلام المصنف ، ولولا أنه شامل لذلك . . لقال : (ما فات) لأنها العبارة المستعملة في المنفعة .

(وكل ما لو غرمه المشتري رجع به) على الغاصب ؛ كقيمة الولد وأجرة المنافع الفائتة تحت يده (لو غرمه الغاصب) للمالك (. . لم يرجع به على المشتري) لأن

وَمَا لَا.. فَيَرْجِعُ . قُلْتُ : وَكُلُّ مَنْ أَنْبَتَ يَدُهُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ فَكَالْمُشْتَرِي ، وَاللَّهُ
أَعْلَمُ .

القرار عليه لا على المشتري ، والرجوع على من عليه القرار .
(وما لا.. فيرجع) أي : وكلُّ ما لو غرمه المشتري.. لكان لا يرجع به على
الغاصب ؛ كقيمة المنافع التي استوفأها ، فإذا غرمه الغاصب.. رجع به على
المشتري ؛ لأن القرار عليه .

(قلت : وكلُّ من انبت يده على يد الغاصب فكالمشتري ، والله أعلم) أي : في
الضابط المذكور في الرجوع وعدمه ، وليس المراد : أنه كالمشتري في جميع
ما سبق .

وقوله : (انبت) هو بألف ثم نون ثم باء موحدة ثم نون ثم تاء مثناة من فوق ، كذا
ضبطه المصنف بخطه .

* * *

كتاب الشفعة

لَا تَنْتَبُتُ فِي مَنْقُولٍ ، بَلْ فِي أَرْضٍ وَمَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ وَشَجَرٍ تَبْعاً ،

(كتاب الشفعة)

هي بإسكان الفاء : عبارة عن حقٍّ تملكه قهريٌّ ، يثبت للشريك القديم على الحادث بسبب الشركة بالعوض الذي تملك به ؛ لدفع ضرر مؤنة القسمة ، واستحداث المرافق وغيرها ، وقيل : ضرر سوء المشاركة .

مشتقة من الشَّفع ؛ تقول : شفعت الشيء بكذا : إذا جعلته شفعاً ، فكأنَّ الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب شريكه ، وقيل : من الشفاعة ؛ لأن الأخذ في الجاهلية كان بها .

والأصل فيها قبل الإجماع : أحاديث ؛ منها : حديث جابر رضي الله عنه : (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كلِّ ما لم يُقسم ، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطرق . . فلا شفعة) رواه البخاري^(١) .
وذكرت الشفعة عقب الغصب ؛ لأنها تؤخذ قهراً ، فكأنها مستثناة من تحريم أخذ مال الغير قهراً .

(لا تثبت في منقول) كالثياب والحيوان وغيرهما ؛ لأن العقار يدوم ، فيتأبد ضرر المشاركة فيه ، بخلاف المنقول .

(بل في أرض وما فيها من بناء) وما يتبعه من أبواب ونحوها ، (وشجر تبعاً)
لحديث جابر : (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كلِّ شركة لم تُقسم ربعةً ، أو حائط ولا يحلُّ له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء . . أخذ ، وإن شاء . . ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه . . فهو أحقُّ به) رواه مسلم^(٢) .

والرَّبعة : المنزل الذي يَرْتَع به الإنسان ، ويتوطنه ، تأنيث رَّبْع ، والحائط : البستان بغراسه .

(١) صحيح البخاري (٢٢١٤) .

(٢) صحيح مسلم (١٦٠٨ / ١٣٤) .

وَكَذَا ثَمَرٌ لَمْ يُؤَيَّرْ فِي الْأَصَحِّ . وَلَا شَفْعَةٌ فِي حُجْرَةٍ بُنِيَتْ عَلَى سَقْفٍ غَيْرِ مُشْتَرَكٍ ، وَكَذَا مُشْتَرَكٌ فِي الْأَصَحِّ . وَكُلُّ مَا لَوْ قُسِمَ بَطَلَتْ مَنَفَعَتُهُ الْمَقْصُودَةُ ؛ كَحَمَامٍ وَرَحَى . لَا شَفْعَةٌ فِيهِ فِي الْأَصَحِّ

واحترز بقوله : (تبعاً) عما إذا باع أرضاً فيها شجرة جافة شرطاً دخولها في البيع ، فإنها لا تؤخذ بالشفعة ؛ لأنها لم تدخل بالبيع ، بل بالشرط .

وما إذا باع البناء والشجر وحده ، والأرض محكرة مثلاً . . فلا شفعة في الأصح ؛ لأنهما في حكم المنقول .

(وكذا ثمر لم يؤبر في الأصح) لأنه يتبعه في البيع ؛ فكذا في الأخذ ، والثاني : أنها كالمؤبرة ؛ لأنها منقولة .

فعلى الأول : لو تأخر الأخذ لغية الشفيع حتى أبرت . . فالأصح : أنه يأخذها ؛ لتقدم حقّه ، وزيادتها كزيادة الشجرة .

واحترز بقوله : (لم يؤبر) عما إذا كان مؤبراً عند البيع ودخل بالشرط . . فإنه لا شفعة فيها ؛ لأنها لا تدوم في الأرض ؛ فيأخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتهما من الثمن ، لهذا كله إذا بيعت الأشجار مع البياض الذي يتخللها ، أو بيع البستان كله .

أما إذا بيعت الأشجار ومغارسها فقط ، أو الجدار مع الأس . . فلا شفعة على الأصح ؛ لأن الأرض تابعة ههنا ، والمتبوع منقول .

(ولا شفعة في حجرة بنيت على سقف غير مشترك) بأن بنيا على سقف لثالث أو لأحدهما ثم يبيع أحدهما نصيبه منها . . فلا شفعة ؛ لأنه لا أرض لها ولا ثبات ، فهي كالمنقولات .

(وكذا مشترك في الأصح) لأن السقف الذي هو أرضها لا ثبات له أيضاً ، وما لا ثبات له في نفسه لا يفيد ثباتاً لما هو عليه ، والثاني : نعم ؛ لحصول الشركة في أرض الحجرة وجدرانها .

(وكلُّ ما لو قسم بطلت منفعة المقصودة ؛ كحمامٍ وَرَحَى) صغيرين لا يجيء منهما حمامان وطاحونان ، كما ذكره في (القسمة) (. . لا شفعة فيه في الأصح) الخلاف مبني على ثبوتها في المنقسم هل هو لدفع ضرر مؤنة القسمة أو لسوء

وَلَا شُفْعَةَ إِلَّا لِشَرِيكَ ، وَلَوْ بَاعَ دَاراً وَلَهُ شَرِيكٌ فِي مَمَرِّهَا . . . فَلَا شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا ،
وَالصَّحِيحُ : ثُبُوتُهَا فِي الْمَمَرِّ إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ آخَرُ إِلَى الدَّارِ ، أَوْ أَمَكْنَ فَتُحَّ بِبَابِ
إِلَى شَارِعٍ ، وَإِلَّا . . . فَلَا . . .

المشاركة ؟ فعلى الأول - وهو الأصح - : لا شفعة فيها ؛ لأنها لا تقبل القسمة ، وعلى
الثاني : نعم .

وعبر في « المحرر » (بالطاحونة)^(١) بدل (الرحى) ، قال المنكت : وهو
أحسن^(٢) ؛ لأن الرحى يطلق على الحجر ، والمراد هنا : المكان دون الحجر ؛ فإنه
منقول ، وإنما ثبتت فيه الشفعة تبعاً للمكان ؛ فالمراد : المكان المعد للطحن .

(ولا شفعة إلا لشريك) فلا تثبت للجار ؛ للحديث السالف : (الشفعة فيما لم
يُقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق . . . فلا شفعة)^(٣) .

والأحاديث الواردة في شفعة الجار محمولة على الشريك ؛ جمعاً بين الأخبار .
وخرج بـ (الشريك) : مالك المنفعة ؛ فلا شفعة له .

(ولو باع داراً) في درب غير نافذ (وله شريك في ممرها . . . فلا شفعة له فيها) لأنه
لا شركة له في الدار ؛ فأشبه ما لو باع عقاراً غير مشترك ، وشقصاً مشتركاً .

(والصحيح : ثبوتها في الممر إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار ، أو أمكن فتح
باب إلى شارع ، وإلا . . . فلا) لأنه لا ضرر على المشتري في الأخذ منه إذا أمكنه
المرور من موضع آخر ، بخلاف ما إذا لم يمكن .

والشفعة إنما شرعت لدفع الضرر ، والضرر لا يزال بالضرر ، وهذا إذا كان قابلاً
للقسمة ، وإلا . . . فعلى الخلاف في غير المنقسم .

والثاني : أنها تثبت وإن تعذر المرور ؛ لأن المشتري هو الذي أضرب نفسه حيث
اشترى مثل هذه الدار ، والثالث : لا تثبت وإن أمكن المرور إذا كان في اتحاد الممر
عسراً أو مؤنة لها وقع ؛ لأن فيه ضرراً ظاهراً .

(١) المحرر (ص ٢١٧) .

(٢) السراج (١٥٩/٤) .

(٣) في (ص ٣٤٩) .

وَأِنَّمَا تَثْبُتُ فِيمَا مِلْكُ بِمُعَاوَضَةٍ مِلْكًا لَازِمًا مُتَأَخِّرًا عَنْ مِلْكِ الشَّفِيعِ ؛ كَمَبِيعٍ ، وَمَهْرٍ ، وَعَوَضٍ خُلْعٍ وَصَلَحِ دَمٍ وَنُجُومٍ ، وَأُجْرَةٍ ، وَرَأْسِ مَالٍ سَلَمٍ

(وإنما تثبت فيما ملك بمعاوضة ملكاً لازماً متأخراً عن ملك الشفيع ؛ كمبيع ومهر ، وعوض خلع وصلح دم ونجوم ، وأجرة ، ورأس مال سلم) ونحو ذلك ؛ كالمتعة والجعل بعد الفراغ ؛ أما في البيع . . فبالنص ، والباقي بالقياس عليه بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر المتقدم ، وسيأتي في كلامه ما احترز عنه بالمملوك واللازم والمتأخر عن ملك الشفيع .

واحترز بالمعاوضة : عن المملوك بالإرث والهبة والوصية ؛ أما الوارث . . فلأنه مقهور لا اختيار له ؛ فلم يضر بالشريك ، بخلاف المشتري ؛ فإنه كان من حقه ألا يدخل على الشريك ضرراً ، فلمّا لم يفعل . . سلط الشريك عليه ، وأما المُتَّهَبُ والموصى له . . فلأنهما قد تقلدا المنة من الواهب ، فلو جوزنا للشريك الأخذ . . لكان يأخذ عن استحقاق وتسلسل ؛ فلا يكون متقلداً للمنة ، ووضع الشفعة على أن يأخذ الشفيع بما أخذ به المُتَمَلِّكُ .

نعم ؛ لو شرط الثواب في الهبة ، أو لم يشرط ، وقلنا : يقتضيه . . فالأصح ؛ أنه يؤخذ ولو قبل القبض في الأصح ؛ لأنه صار بيعاً ؛ نظراً للمعنى .

وقوله : (وصلح دم) أي : عوض الصلح عن الدم ، وذلك حيث كانت الجناية عمداً ، فإن كانت خطأ . . فالواجب فيها : إنما هو الإبل ، والمصالحة عنها باطلة على الصحيح ؛ لجهالة صفاتها .

وقوله : (ونجوم) أي : والعوض الذي صالح عن النجوم عليه ، وهذا بناء على صحة الاعتياض عنها ، وهو وجه نصّ عليه في « الأم » ، والصحيح : المنع .

ويعلم من أمثلة المصنف : أنه لا فرق في المعاوضة بين المحضة ؛ كالبيع ، وبين غيرها ؛ كالمهر ، وعوض الخلع والدم .

وتفسير الأذرعِي وابن الملِقْنِ المعاوضة في كلام المصنف بالمحضة . . ليس بصواب ^(١) .

(١) عجالة المحتاج (٩٠٠ / ٢) .

وَلَوْ شَرَطَ فِي الْبَيْعِ الْخِيَارُ لَهُمَا أَوْ لِلْبَائِعِ . . لَمْ يُؤْخَذْ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يَنْقَطِعَ الْخِيَارُ ، وَإِنْ شَرَطَ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ . . فَلَاظْهَرُ : أَنَّهُ يُؤْخَذُ إِنْ قُلْنَا : الْمَلِكُ لِلْمُشْتَرِي ، وَإِلَّا . . . فَلَا . وَلَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالشَّقْصِ عَيْباً وَأَرَادَ رَدَّهُ بِالْعَيْبِ وَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ وَيَرْضَى بِالْعَيْبِ . . فَلَاظْهَرُ : إِجَابَةُ الشَّفِيعِ . وَلَوْ اشْتَرَى اثْنَانِ دَاراً أَوْ بَعْضَهَا . . فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ . وَلَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي شِرْكٌ فِي الْأَرْضِ

(ولو شرط في البيع الخيار لهما أو للبائع . . لم يؤخذ بالشفعة حتى ينقطع الخيار)
لأننا إن قلنا : الملك للبائع . . فظاهر ، وإن قلنا : للمشتري . . فالأخذ يؤدي إلى إبطال خيار البائع ، وذلك إضراره .

(وإن شرط للمشتري وحده . . فالأظهر : أنه يؤخذ إن قلنا : الملك للمشتري)
لأنه لا حق فيه لغيره ، والشفيع مسلط عليه بعد لزوم الملك واستقراره ، فقبله أولى .
وهذا يرد على قوله أولاً : (ملكاً لازماً) اللهم ؛ إلا أن يقال : لازماً من جهة البائع ، وفيه تعسف .

والثاني : لا يؤخذ ؛ لأن المشتري لم يرض بلزوم العقد ، والأخذ يؤدي إلى لزومه ، وإثبات العهدة عليه .

(وإلا) أي : وإن قلنا : إن الملك للبائع أو موقوف (. . فلا) يؤخذ على الأصح ؛ لأن ملك البائع غير زائل على التقدير الأول ، وغير معلوم الزوال على التقدير الثاني ، وقيل : يؤخذ ؛ لانقطاع سلطنة البائع .

(ولو وجد المشتري بالشقص عيباً وأراد رده بالعيب ، وأراد الشفيع أخذه ويرضى بالعيب . . فالأظهر : إجابة الشفيع) لأن حقه سابق على حق المشتري ؛ فإنه ثابت بالبيع ، والثاني : إجابة المشتري ؛ لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقرَّ العقد وسلم عن الرد .

(ولو اشترى اثنان داراً أو بعضها . . فلا شفعة لأحدهما على الآخر) لاستوائهما في وقت حصول الملك .

وهذا محترز قوله : (متأخراً عن ملك الشفيع) .

(ولو كان للمشتري شرك في الأرض) أي : نصيب ؛ كأن كانت بين ثلاثة أثلاثاً ،

فَالْأَصَحُّ : أَنَّ الشَّرِيكَ لَا يَأْخُذُ كُلَّ الْمَبِيعِ ، بَلْ حِصَّتُهُ . وَلَا يُشْتَرَطُ فِي التَّمَلُّكِ بِالشُّفْعَةِ حُكْمُ حَاكِمٍ ، وَلَا إِحْضَارُ الثَّمَنِ ، وَلَا حُضُورُ الْمُشْتَرِي . وَيُشْتَرَطُ لَفْظٌ مِنَ الشَّفِيعِ ؛ كـ (تَمَلَّكْتُ) أَوْ (أَخَذْتُ بِالشُّفْعَةِ) ، وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ : إمَّا تَسْلِيمُ الْعَوَضِ إِلَى الْمُشْتَرِي ، فَإِذَا تَسَلَّمَهُ أَوْ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي التَّسْلِيمَ مَلَّكَ

فباع أحدهم نصيبه لأحد صاحبيه (. . فالأصح : أن الشريك لا يأخذ كل المبيع ، بل حصته) وهي السدس في مثالنا ؛ كما لو كان المشتري أجنبياً ؛ لاستوائهما في الشركة ، والثاني : يختص الثالث بالشفعة ، ولا حق فيه للمشتري ؛ لأن أخذ الشفعة من نفسه محال .

وأجاب الأول : بأننا لا نقول يأخذها من نفسه ، وإنما يدفع الشريك عن الأخذ منه .

(ولا يشترط في التملك بالشفعة حكم حاكم) لثبوته بالنص (ولا إحضار الثمن) كالشراء .

وكان ينبغي أن يقول : (ولا ذكر الثمن) .

(ولا حضور المشتري) ولا رضاه ؛ كالرد بالعيب .

واستشكل في « المطلب » : عدم اشتراط هذه الأمور الثلاثة - بما سيذكره عقبه - من أنه لا بد من أحد هذه الأمور ، أو ما يلزم منه أحدها ثم قال : وأقرب ما يمكن أن يحمل عليه أن مجموع الثلاثة لا يشترط ، قال الإسنوي : وهذا الحمل لا يستقيم مع تكرار (لا) النافية ، ثم قال تبعاً للسبكي : بل الحمل الصحيح أن كل واحد بخصوصه . . لا يشترط .

(ويشترط لفظ من الشفيع ؛ كـ « تملكْتُ » أو « أخذت بالشفعة ») وما أشبههما ؛ كـ (اخترت الأخذ بالشفعة) ، وإلا . . فهو من باب المعاطاة ، ولو قال : (أنا مطالب بالشفعة) . . لم يحصل به التملك على الأصح ؛ لأنه رغبة في التملك ، والملك لا يحصل بالرغبة .

(ويشترط مع ذلك) أي : مع اللفظ (إمَّا تسليم العوض إلى المشتري ، فإذا تسلمه أو أَلْزَمَهُ الْقَاضِي التَّسْلِيمَ) بضم اللام عند امتناع المشتري من تسلمه منه (. . ملك

الشَّفِيعُ الشَّقْصَ . وَإِمَّا رِضَا الْمُشْتَرِي بِكَوْنِ الْعِوَضِ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِمَّا قَضَاءَ الْقَاضِي لَهُ
بِالشَّفْعَةِ إِذَا حَضَرَ مَجْلِسَهُ وَأَثْبَتَ حَقَّهُ فِيمَلِكُ بِهِ فِي الْأَصَحِّ . وَلَا يَتَمَلَّكُ شَقْصاً لَمْ يَرَهُ
الشَّفِيعُ عَلَى الْمَذْهَبِ

الشفع الشقص (لأنه وصل إلى حقه في الحالة الأولى ، ومقصر في الثانية .
والتخلى بين العوض وبين المشتري عند امتناعه من القبض ، وقبض القاضي عنه . .
قائم مقام قبضه .

(وإما رضا المشتري بكون العوض في ذمته) سواء سلم الشقص أم لا ؛ لأنه
معاوضة ، والملك في المعاوضات لا يتوقف على القبض .
نعم ؛ لو باع شقصاً من دار عليها صفائح ذهب بفضة أو عكسه . . لم يكف الرضا ،
بل يشترط التقابض .

(وإما قضاء القاضي له بالشفعة إذا حضر مجلسه وأثبت حقه فيملك به في الأصح)
لأن اختيار التملك قد تأكد بحكم الحاكم ، والثاني : لا يملك به ؛ لأنه لم يرض
بذمته .

قال في « المطلب » : والمراد بالقضاء : إنما هو القضاء بثبوت حق الشفعة
لا بالملك .

واشترط المصنف أخذ هذه الأمور يفهم : أن الإشهاد على الطلب واختيار الشفعة
لا يقوم مقام قضاء القاضي ، وهو أظهر الوجهين في « الوجيز » ، ونقله الرافعي عنه ،
وأقره ، وحكى فيه في « الروضة » وجهين من غير ترجيح^(١) ، قال ابن الرفعة : ولم
يفرقوا بين القدرة على الحاكم وعدمها ، ولا يبعد أن يقيد بذلك ، كما في مسألة هرب
الجمال ، ونظائرها مما يقوم فيه الإشهاد مقام القضاء .

ويشترط في التملك : أن يكون الثمن معلوماً للشفيع ، ولا يشترط ذلك في
الطلب .

(ولا يملك شقصاً لم يره الشفع على المذهب) بناءً على منع بيع الغائب ، وليس
للمشتري منعه من الرؤية ، وهذا أظهر الطرفين ، والطريق الثاني : القطع بالمنع وإن

(١) الوجيز (ص ٢٤٣) ، الشرح الكبير (٥ / ٥٥٥) ، روضة الطالبين (٥ / ٨٤) .

[في بيان بدل الشقص الذي يؤخذ به والاختلاف في قدر الثمن]

إِنْ اشْتَرَيْ بِمِثْلِيَّ . . أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمِثْلِهِ ، أَوْ بِمُتَقَوِّمٍ . . فَبِقِيَمَتِهِ يَوْمَ الْبَيْعِ ، وَقِيلَ :
يَوْمَ اسْتِقْرَارِهِ بِانْقِطَاعِ الْخِيَارِ ، أَوْ بِمَوْجَلٍ . . فَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَعَجَلَ وَيَأْخُذَ
فِي الْحَالِ ، أَوْ يَصْبِرَ إِلَى الْمَجَلِّ وَيَأْخُذَ . وَلَوْ بَيْعَ شَقْصٍ وَغَيْرُهُ . . أَخَذَهُ بِحَصَّتِهِ مِنْ
الْقِيَمَةِ ،

صححنا بيع الغائب ؛ لأن البيع جرى بالتراضي ، فأثبتنا الخيار فيه ، وهنا الشفيع أخذ
من غير رضا المشتري ، فلا يمكن إثبات الخيار فيه ، فلو رضي المشتري بأن يأخذه
الشفيع ويكون بالخيار . . كان على قولي بيع الغائب .

* * *

(فصل : إن اشترى بمثلي . . أخذه الشفيع بمثله) لأنه أقرب إلى حقه (أو
بمقوم . . فبقيمته) لتعذر المثل (يوم البيع) أي : تعتبر قيمة المتقوم يوم البيع ؛ لأنه
وقت إثبات العوض ، واستحقاق الشفعة ، (وقيل : يوم استقراره بانقطاع الخيار) لأنه
وقت استقرار السبب .

(أو) اشتراه (بمؤجل . . فالأظهر : أنه مخير بين أن يعجل ويأخذ في الحال ، أو
يصبر إلى المجل) بكسر الحاء (ويأخذ) لأنه إن جوزنا له الأخذ بالمؤجل . . أضربنا
بالمشتري ؛ لأن الذمم تختلف وإن أزمانه الأخذ في الحال بنظيره من الحال . . أضربنا
بالشفيع ؛ لأن الأجل يقابله قسط من الثمن ، فكان ما قلناه دافعاً للضررين وجامعاً
للحقيين ، والثاني : أنه يأخذه بالمؤجل ؛ تنزيلاً للشفيع منزلة المشتري ، والثالث : أنه
يأخذه بعوض يساوي الثمن مؤجلاً ؛ لتعذر أخذه بحال ومؤجل ، فتعين هذا ؛ لأنه
أقرب إلى العدل .

(ولو بيع شقص وغيره) كسيف أو ثوب (. . أخذه) أي : الشقص ؛ لوجود
سبب الأخذ فيه دون غيره ، ولا خيار للمشتري وإن تفرقت الصفقة عليه ؛ لدخوله فيها
عالمًا بالحال (بحصته من القيمة) أي : يورع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما يوم البيع ؛
لأنه وقت المقابلة ، ويأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن .

وَيُؤْخَذُ الْمَمْهُورُ بِمَهْرٍ مِثْلِهَا ، وَكَذَا عَوْضُ الْخُلْعِ . وَلَوْ اشْتَرَى بِجُزَافٍ وَتَلَفَ . . أَمْتَنَعَ
الْأَخْذُ ، فَإِنْ عَيَّنَ الشَّفِيعُ قَدْرًا وَقَالَ الْمُشْتَرِي : (لَمْ يَكُنْ مَعْلُومَ الْقَدْرِ) . . حَلَفَ عَلَى
نَفْيِ الْعِلْمِ ، وَإِنْ أَدْعَى عِلْمَهُ وَلَمْ يُعَيِّنْ قَدْرًا . . لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ فِي الْأَصَحِّ . وَإِذَا ظَهَرَ
الْثَمَنُ مُسْتَحَقًّا ؛ فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا . . بَطَلَ الْبَيْعُ وَالشُّفْعَةُ ، وَإِلَّا . . أُبْدِلَ وَبَقِيََا

فإذا اشترى شقصاً قيمته مئتان ، وسيفاً قيمته مئة بألف . . أخذ الشقص بثلاثي
الألف ، ويبقى السيف للمشتري بالثلث الباقي .

فقوله : (بحصته من القيمة) لا يعطي هذا المعنى بل يقتضي أنه يأخذ في مثالنا
بما تبين ؛ فصوابه : بحصته من الثمن باعتبار القيمة .

(ويؤخذ الممهور بمهر مثلها ، وكذا عوض الخلع) لأن البُضْعَ متقومٌ بقيمته مهر
المثل ، وقيل : يؤخذ بقيمة الشقص .

وعلى الأول : يعتبر مهر مثلها يوم النكاح ، ويوم الخلع .

وصورة المسألة : أن ينكحها أو يخالعهما على شقص .

(ولو اشترى بجُزَافٍ وتلف . . امتنع الأخذ) لتعذر الوقوف على الثمن ، وهذا من
الحيل المسقطه للشفعة .

(فَإِنْ عَيَّنَ الشَّفِيعُ قَدْرًا) بأن قال : (اشتريته بكذا) (وقال المشتري : « لم يكن
معلوم القدر » . . حلف على نفي العلم) بذلك المقدار ؛ لأن الأصل عدمُ علمه به .

(وَإِنْ ادَّعَى عِلْمَهُ) أي : علم المشتري وطالبه بالبيان (ولم يعيّن قدرًا . . لم تُسْمَعْ
دَعْوَاهُ فِي الْأَصَحِّ) حتى يعيّن قدرًا ، فيحلف المشتري حينئذ أنه لا يعرف ؛ لأنه لم يدَّعِ
حقاً له ، والثاني : أنها تسمع ؛ لأنه وإن لم يكن له حقٌّ لكنه ينفع في الحق .

(وَإِذَا ظَهَرَ الثَّمَنُ) أي : ثمن المبيع (مستحقاً) بيينة (فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا . . بَطَلَ
الْبَيْعُ) لأن أخذ عوضه لم يأذن فيه المالك ، وسواء كان الثمن عرضاً أو نقداً ؛ لأن
النقد عندنا يتعين بالعقد ؛ كالعرض .

(وَالشُّفْعَةُ) لترتيبها على البيع ، وعلى الشفيع ردُّ الشقص إن كان قبضه ، وإن خرج
بعضه مستحقاً . . بطل البيع في ذلك القدر ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة .

(وَإِلَّا) أي : وإن كان في الذمة (. . أُبْدِلَ وَبَقِيََا) أي : البيع والشفعة ؛ لأن

وَأِنْ دَفَعَ الشَّفِيعُ مُسْتَحَقًّا . لَمْ تَبْطُلْ شَفَعَتُهُ إِنْ جَهِلَ ، وَكَذَا إِنْ عَلِمَ فِي الْأَصَحِّ .
وَتَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي فِي الشَّقْصِ ؛ كَبَيْعٍ وَوَقْفٍ وَإِجَارَةٍ . . . صَحِيحٌ . وَلِلشَّفِيعِ نَقْضُ مَا لَا
شَفْعَةَ فِيهِ - كَالْوَقْفِ - وَأَخْذُهُ ، وَتَخْيِيرُ فِيمَا فِيهِ شَفْعَةٌ - كَبَيْعٍ - بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعِ الثَّانِي
أَوْ يَنْقُضَهُ وَيَأْخُذَ بِالْأَوَّلِ

إعطائه عما في الذمة لم يقع الموقع ، فكان وجوده كعدمه .

(وإن دفع الشفيع مستحقاً . لم تبطل شفيعته إن جهل) لأنه معذور ، والقول قوله
في ذلك بيمينه ؛ لأنه أمر باطن .

(وكذا إن علم في الأصح) لأنه لم يقصر في الطلب ، والشفعة لا تستحق بمال
معين ، والثاني : تبطل ؛ لأنه أخذ بما لا يملك ، فصار كأنه ترك الأخذ مع القدرة .

فظاهر كلامه : جريان الخلاف سواء كان الثمن معيناً ؛ بأن قال : (تملك الشقص
بهذه العشرة دنانير) ، أم غير معين ؛ كقوله : (تملكته بعشرة دنانير) ، لكن صحح
في « زيادة الروضة » أن محله : إذا كان معيناً ، وإلا . . . لم تبطل قطعاً^(١) .

(وتصرف المشتري في الشَّقْصِ ؛ كبيع ووقف وإجارة . . صحيح) لأنه واقع في
ملكه ، فكان كتصرف الولد فيما وهبه له أبوه .

(وللشفيع نقض ما لا شفعة فيه ؛ كالوقف) والهبة والإجارة (وأخذه) لأن حقه
سابق على هذا التصرف ، وحكم جعله مسجداً كالوقف ، صرح به ابن الصباغ .

(ويتخير فيما فيه شفعة ؛ كبيع بين أن يأخذ بالبيع الثاني ، أو ينقضه ويأخذ بالأول)
لأن كلاهما صحيح^(٢) ، وربما كان الثمن في أحدهما أقل أو من جنس هو عليه
أيسر .

والمراد بالنقض : إبطاله بالأخذ لا أنه يحتاج إلى لفظ قبله كما استنبطه صاحب
« المطلب » من كلامهم .

ولو عبر المصنف بالإبطال . . . لكان أولى ؛ لأن النقض رفع الشيء من أصله .

(١) روضة الطالبين (٩٣/٥) .

(٢) في (ب) و (د) : (لأن كلاهما مقهور على الأخذ منه) .

وَلَوْ اِخْتَلَفَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ .. صُدِّقَ الْمُشْتَرِي ، وَكَذَا لَوْ أَنْكَرَ الشَّرَاءُ
أَوْ كَوَّنَ الطَّالِبُ شَرِيكاً ؛ فَإِنْ اعْتَرَفَ الشَّرِيكُ بِالْبَيْعِ .. فَلْأَصَحُّ : ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ ،
وَيُسَلَّمُ الثَّمَنُ إِلَى الْبَائِعِ إِنْ لَمْ يَعْتَرَفْ بِقَبْضِهِ ، وَإِنْ اعْتَرَفَ : فَهَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ الشَّفِيعِ أَمْ
يَأْخُذُهُ الْقَاضِي وَيَحْفَظُهُ ؟ .. فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ فِي الْإِقْرَارِ نَظِيرُهُ ..

(ولو اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن .. صدق المشتري) بيمينه ؛ لأنه
أعلم بما باشره من الشفيع .

(وكذا لو أنكر الشراء) بأن قال : (لم أشتريه بل ورثته) ، أو (وهبته) ، (أو
كون الطالب شريكاً) فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ بيمينه ؛ لأن الأصل عدُّهُمَا .

(فإن اعترف الشريك) القديم (بالبيع .. فالأصحُّ : ثبوت الشفعة) لأن اعترافه
يتضمن إثبات حقَّ المشتري وحقَّ الشفيع ، فلا يبطل حقَّ الشفيع بإنكار المشتري ،
والثاني : لا تثبت ؛ لأن الشفيع يأخذه من المشتري ، فإذا لم يثبت الشراء .. لم يثبت
ما يتفرع عليه ، والثالث : إن لم يعترف البائع بقبض الثمن .. ثبتت ، وإن اعترف
بقبضه .. فلا .

ولو كان المشتري غائباً .. فالحكم كما لو كان منكراً حاضراً ، قاله القاضي حسين .
(وَيُسَلَّمُ الثَّمَنُ إِلَى الْبَائِعِ إِنْ لَمْ يَعْتَرَفْ بِقَبْضِهِ) لأنه يتلقى الملك منه .
(وإن اعترف) بقبضه (فهل يترك في يد الشفيع أم يأخذه القاضي ويحفظه ؟ فيه
خلاف سبق في الإقرار نظيره)^(١) والأصحُّ : أنه يترك في يده ، قال ابن الرفعة :
وترجيح الترك يقتضي حصول الملك للشفيع ، والتصرف في الشقص مع كون الثمن في
ذمته ، وهو يخالف ما سبق ؛ يعني : من أن الممتنع يُلْزَمُهُ الْقَاضِي بِالْقَبْضِ أَوْ يَخْلِي
بينه وبين الثمن ليحصل الملك للشفيع ، والذي يظهر هو الوجه الثاني ؛ يعني : أن
القاضي يأخذ الثمن .

قال المنكث : وقد يفرق بين صورتين : بأن المشتري هناك معترف بالشراء ، وهنا
بخلافه^(٢) .

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٨٠) .

(٢) السراج (١٧٢/٤) .

وَلَوْ اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ جَمْعٌ.. أَخَذُوا عَلَى قَدَرِ الْحِصَصِ ، وَفِي قَوْلٍ : عَلَى الرُّؤُوسِ .
وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ شَرِيكَيْنِ نِصْفَ حِصَّتِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ بَاقِيَهَا لآخر . . فَالشُّفْعَةُ فِي النِّصْفِ الْأَوَّلِ
لِلشَّرِيكِ الْقَدِيمِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ إِنْ عَفَا عَنِ النِّصْفِ الْأَوَّلِ . . شَارَكَهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ
فِي النِّصْفِ الثَّانِي ، وَإِلَّا.. فَلَا

وقول المصنف : (أم يأخذه) صوابه : (أو يأخذه) ؛ لأن (أم) تكون بعد الهمزة
(و) (أو) بعد هل .

(ولو استحق الشفعة جمعٌ.. أخذوا على قدر الحصص) لأنه حقٌ مستحق
بالمملك ؛ فقسط على قدر الملك ؛ كالأجرة والثمرة ، (وفي قول على الرؤوس) لأن
سبب الشفعة أصل الشركة ؛ بدليل أن الشريك الواحد يأخذ الجميع وإن قل نصيبه ،
وهما في أصل الشركة سواء ، قال الشافعي في « الأم » بعد أن حكى هذا القول :
وبهذا أقول ؛ كما حكاه ابن الرفعة^(١) وحينئذ فهو المذهب .

(ولو باع أحد شريكين نصف حصته لرجل ، ثم باقياها لآخر . . فالشفعة في النصف
الأول للشريك القديم) لأنه ليس معه في حال بيعه شريك إلا البائع ، والبائع لا يتصور
أن يأخذ ما باعه بالشفعة .

وأشار المصنف بـ (ثم) إلى ترتيب البيعين ؛ فإن وقعا معاً . . فالشفعة فيهما للأول
خاصة .

(والأصحُّ : أنه إن عفا) الشريك القديم (عن النصف الأول . . شاركه المشتري
الأول في النصف الثاني) لأن ملكه قد سبق الصفقة الثانية ، واستقر بعفو الشريك القديم
عنه ، فشاركه في الشفعة ؛ كسائر الشركاء .

(وإلا.. فلا) أي : وإن لم يعف الشريك القديم عن النصف الذي اشتراه ، بل
أخذه منه . . فلا يشارك الأول القديم ؛ لزوال ملكه ، والثاني : يشاركه مطلقاً ؛ لأنه
شريك حال الشراء ، والثالث : لا يشاركه مطلقاً ؛ لأن الشريك القديم سلطه على ملكه
فكيف يزاحمه ؟!

(١) الأم (٦/٥) ، كفاية النبيه (٦٠/١١) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَوْ عَفَا أَحَدُ شَفِيعَيْنِ .. سَقَطَ حَقُّهُ ، وَيُخَيَّرُ الْآخَرُ بَيْنَ أَخْذِ الْجَمِيعِ وَتَرْكِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى حِصَّتِهِ ، وَأَنَّ الْوَاحِدَ إِذَا أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّهِ .. سَقَطَ كُلُّهُ . وَلَوْ حَضَرَ أَحَدُ شَفِيعَيْنِ .. فَلَهُ أَخْذُ الْجَمِيعِ فِي الْحَالِ ، فَإِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ .. شَارَكَهُ ،

ومحلُّ الخلاف : ما إذا لم يكن الشريك القديم عفا عنها قبل البيع الثاني ، فإن عفا .. اشتركا فيها قطعاً .

(والأصحُّ : أنه لو عفا أحد شفيعين .. سقط حَقُّهُ) كسائر الحقوق المالية ، (وَيُخَيَّرُ الْآخَرُ بَيْنَ أَخْذِ الْجَمِيعِ وَتَرْكِهِ) كالمنفرد (وليس له الاقتصار على حصته) لثلاث تتبعص الصفقة على المشتري ، والثاني : يسقط حقُّ العافي وغيره ؛ كالقصاص ، والثالث : لا يسقط حقُّ واحد منهما ؛ لأن التبعض قد تعذر ، وليست الشفعة مما تسقط بالشبهات ؛ فغلب فيها جانب الثبوت .

(وأن الواحد إذا أسقط بعضَ حَقِّهِ .. سقط كُلُّهُ) كالقصاص ، والثاني : لا يسقط شيء ؛ كعفوه عن بعض حدِّ القذف ، والثالث : يسقط ما عفا عنه ، ويبقى الباقي إذا رضي المشتري بالشقص ؛ لأنه حقٌّ ماليٌّ يقبل الانقسام .

وقضية كلامه : طرد الخلاف ولو قلنا : إن الشفعة على الفور ، وهو أشبه الطريقين ، كما قاله في « المطلب » .

(ولو حضر أحد شفيعين .. فله أخذ الجميع في الحال) لا البعض ؛ لأنه ربما لا يأخذ الغائب فتفرق الصفقة على المشتري ؛ فيحصل الضرر .

(فإذا حضر الغائب .. شاركه) لأن حَقَّهُ ثابت ، وحضوره بعد أخذ الأول كحضوره قبله .

والمراد بالمشاركة : المشاركة في ملك الشَّقْص لا في رِيعه ، حتى لو حصل منه رِيع في مدة الغيبة .. كان للحاضر ، ولا يشاركه فيه الغائب في الأصحَّ .

ولو قال الحاضر : (لا آخذ إلا قدر حصتي) .. بطل حَقُّهُ إذا قدم الغائب ؛ لأن الشفعة إذا أمكن أخذها .. فالتأخير يقتضي تقصيراً يفوت ، بخلاف نظيره من القسامة ؛ كما ذكره الرافعي في بابها .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ تَأْخِيرَ الْأَخْذِ إِلَى قُدُومِ الْغَائِبِ . وَلَوْ اشْتَرَى شَقِصًا . . فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيهِمَا وَنَصِيبِ أَحَدِهِمَا . وَلَوْ اشْتَرَى وَاحِدًا مِنْ اثْنَيْنِ . . فَلَهُ أَخْذُ حِصَّةِ أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ فِي الْأَصَحِّ . وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى الْفَوْرِ . فَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ . . فَلْيَبْدَرْ عَلَى الْعَادَةِ ،

(وَالْأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ تَأْخِيرَ الْأَخْذِ إِلَى قُدُومِ الْغَائِبِ) لَأَنَّ لَهُ غَرَضًا أَلَّا يَأْخُذَ مَا يُؤْخَذُ مِنْهُ ، وَالثَّانِي : لَا ، لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الْأَخْذِ .

(وَلَوْ اشْتَرَى شَقِصًا . . فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيهِمَا وَنَصِيبِ أَحَدِهِمَا) أَمَّا نَصِيهِمَا . . فَوَاضِحٌ ، وَأَمَّا نَصِيبُ أَحَدِهِمَا . . فَلَأَنَّهُ لَمْ يَفْرُقْ عَلَيْهِ مَلَكُهُ .

(وَلَوْ اشْتَرَى وَاحِدًا مِنْ اثْنَيْنِ . . فَلَهُ أَخْذُ حِصَّةِ أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ فِي الْأَصَحِّ) لِتَعَدُّ الصَّفَقَةِ بِتَعَدُّ الْبَائِعِ ، وَالثَّانِي : لَا ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ مَلِكُ الْكُلِّ صَفَقَةً وَاحِدَةً فَلَا يَفْرُقُ مَلَكُهُ عَلَيْهِ .

(وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى الْفَوْرِ) لِحَدِيثٍ : « الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَابَّهَا » ^(١) أَيِ : بَادِرِهَا ، وَلَأَنَّهُ خِيَارٌ ثُبِتَ بِنَفْسِهِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ ، فَكَانَ عَلَى الْفَوْرِ ؛ كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ .
وَالْمُرَادُ بِكُونِهَا عَلَى الْفَوْرِ : هُوَ طَلِبُهَا لَا تَمْلِكُهَا ؛ كَمَا نَبَهَ عَلَيْهِ ابْنُ الرَّفْعَةِ تَبَعًا لِلْعِمْرَانِيِّ وَغَيْرِهِ ^(٢) .

وَالثَّانِي : تَمْتَدُّ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ؛ فَقَدْ يَحْتَاجُ إِلَى نَظَرٍ وَتَأَمُّلٍ ، وَالثَّلَاثُ مَدَّةٌ قَرِيبَةٌ لَا تَضُرُّ بِهِمَا ، وَالثَّلَاثُ : يَمْتَدُّ مَدَّةً تَسَعُ التَّأَمُّلَ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الشَّقِصِ ، وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ حَالِ الْمَأْخُودِ ، وَالرَّابِعُ : يَمْتَدُّ إِلَى التَّصْرِيحِ بِإِسْقَاطِهَا ؛ كَحَقِّ الْقَصَاصِ ^(٣) .
(فَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ . . فَلْيَبْدَرْ عَلَى الْعَادَةِ) وَلَا يَكْلِفُ الْبِدَارَ عَلَى خِلَافِهَا بِالْعَدُوِّ وَنَحْوِهِ ، بَلْ يَرْجِعُ فِيهِ إِلَى الْعَرَفِ فَمَا يُعَدُّ تَقْصِيرًا . . كَانَ مَسْقَطًا ، وَمَا لَا . . فَلَا .

(١) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي « الْمَصْنَفِ » (١٤٤٠٦) مِنْ قَوْلِ شَرِيحِ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، وَانْظُرْ « التَّلْخِيسَ الْحَبِيرَ » (١٩٢١/٤) .

(٢) كِفَايَةُ النَّبِيِّ (٢٧/١١) .

(٣) بَلَّغَ مُقَابَلَةً عَلَى خَطِّ مُؤَلَّفِهِ ، عَفَا اللَّهُ عَنْهُ . اهـ هَامِش (أ) .

فَإِنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ غَائِبًا عَنْ بَلَدِ الْمُشْتَرِي أَوْ خَائِفًا مِنْ عَدُوٍّ . . فَلْيُوكَّلْ إِنْ قَدَرَ ، وَإِلَّا . .
فَلْيُشْهَدْ عَلَى الطَّلَبِ ، فَإِنْ تَرَكَ الْمَقْدُورَ عَلَيْهِ مِنْهُمَا . . بَطَلَ حَقُّهُ فِي الْأَظْهَرِ . فَلَوْ كَانَ
فِي صَلَاةٍ أَوْ حَمَامٍ أَوْ طَعَامٍ . . فَلَهُ الْإِتِمَامُ

واحترز بالعلم : عمّا إذا لم يعلم . . فإنه على شفيعته ولو مضى عليه سنون .
(فإن كان مريضاً) مرضاً يمنع المطالبة (أو غائباً عن بلد المشتري أو خائفاً من
عدوٍّ . . فليوكّل إن قدر ، وإلا . . فليُشْهَدْ على الطلب ، فإن ترك المقدور عليه منهما)
أي : من التوكيل والإشهاد (. . بطل حقه في الأظهر) لتقصيره في الأولى ، ولإشعار
السكوت مع التمكن من الإشهاد بالرضا في الثانية .

ووجه مقابله في الأولى : أنه قد تلحقه منّة ، أو مؤنة ، وفي الثانية : أن الإشهاد
إنما هو لإثبات الطلب عند الحاجة ، والمراد : إشهاد رجلين ، أو رجل وامرأتين ؛
فإن أشهد واحداً ليحلف معه . . لم يجز ؛ لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد
واليمين ؛ فلم يصير مستوثقاً لنفسه ، قاله الماوردي والرويانى^(١) ، وحاول ابن الرفعة
تخريج وجه بالاكْتفاء بالواحد^(٢) ، وبه جزم ابن كَجَّ في « التجريد » ، فحصل وجهان ،
وقد صرح بهما الدارمي .

وإذا بلغه الخبر وهو غائب ؛ فسار في طلبه على العادة من غير إرهاق وأشهد . .
فهو على شفيعته ، وإلا . . فالأصحُّ : بطلانها ، كذا صححه المصنف في « تصحيح
التنبيه »^(٣) ، وهو المصحح في نظيره من البيع ، لكن الأصحُّ في « الشرح »
و« الروضة » : أنه لا تسقط شفيعته إذا لم يشهد^(٤) .

(فلو كان في صلاة أو حمام أو طعام . . فله الإتمام) لأنه أمد قريب ؛ فلا يتضرر به
المشتري ، ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار على المجزئ ، وقيل : يقطع الصلاة
إن كانت نافلةً .

(١) الحاوي الكبير (٩/٢٤) ، بحر المذهب (٨/١١٣) .

(٢) كفاية التنبيه (١١/٤٧) .

(٣) تصحيح التنبيه (١/٣٦٢) .

(٤) الشرح الكبير (٥/٥٤٠) ، روضة الطالبين (٥/١٠٨) .

وَلَوْ أَخَّرَ وَقَالَ : (لَمْ أَصَدِّقِ الْمُخْبِرَ) .. لَمْ يُعْذَرْ إِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلَانِ ، وَكَذَا ثِقَّةٌ فِي الْأَصَحِّ ، وَيُعْذَرُ إِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ لَا يُقْبَلُ خَبَرُهُ . وَلَوْ أَخْبَرَ بِالْبَيْعِ بِالْفِئَةِ فَتَرَكَ ، فَبَانَ بِخَمْسِ مِثَّةٍ .. بَقِيَ حَقُّهُ ، وَإِنْ بَانَ بِأَكْثَرٍ .. بَطُلَ . وَلَوْ لَقِيَ الْمُشْتَرِيَ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ ، أَوْ قَالَ : (بَارَكَ اللَّهُ فِي صَفَقَتِكَ) .. لَمْ يَبْطُلْ ،

ولو حضر وقت الصلاة أو الطعام أو قضاء الحاجة .. جاز له أن يقدمها ، فإذا فرغ .. طالب بالشفعة ، وإن كان ليلاً .. فحتى يصبح .

(ولو أخر) الطلب (وقال : « لَمْ أَصَدِّقِ الْمُخْبِرَ » .. لم يعذر إن أخبره عدلان) لأن شهادتهما مقبولة ؛ فكان من حقه أن يعتمد قولهما ، والرجل والمرأتان كذلك . ولو كانا مستورين .. قال ابن الملقن : فينبغي أن يعذر^(١) .

(وكذا ثقة) ولو عبداً أو امرأة (في الأصح) لأن إخبار الثقة مقبول ، والثاني : يعذر ؛ لأن البيع لا يثبت بذلك ، والثالث : يعذر في العبد ؛ لأن شهادته لا تقبل ، بخلاف المرأة والعدل الواحد .

(ويعذر إن أخبره من لا يقبل خبره) لأنه معذور ، وهذا إذا لم يبلغ عدد المخبرين حداً لا يحتمل التواطؤ على الكذب ، فإن بلغه وأخر .. بطل حقه وإن كانوا فُسَّاقاً أو صبياناً أو كفاراً .

وهذا كله بالنسبة إلى الظاهر ، أما بالنسبة إلى الباطن .. فالاعتبار بما وقع في نفسه من الصدق ، أو ضده ، سواء فيه الكافر وغيره ، صرح به الماوردي^(٢) ، كما نقله في « المطلب » .

(ولو أخبر بالبيع بألف فترك فبان بخمس مئة .. بقي حقه) لأنه لم يتركه زهداً بل للغلاء ؛ فليس مقصراً .

(وإن بان بأكثر .. بطل) لأنه إذا لم يرغب فيه بألف .. فبالأكثر أولى . (ولو لقي المشتري فسلم عليه ، أو قال : « بَارَكَ اللَّهُ فِي صَفَقَتِكَ » .. لم يبطل) أما السلام .. فلائنه سنة قبل الكلام ، وأما الدعاء .. فلائنه قد يدعو له بالبركة ؛ ليأخذ

(١) عجلة المحتاج (٩٠٨/٢) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٥/٩) .

وَفِي الدَّعَاءِ وَجْهٌ . وَلَوْ بَاعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ جَاهِلًا بِالشَّفْعَةِ .. فَالْأَصَحُّ : بَطْلَانُهَا .

صفقة مباركة ، (وفي الدعاء وجه) أنه يبطل به حق الشفعة ؛ لأنه يشعر بتقرير الشقص في يده ، فلا ينتظم الطلب عقبه .

ولو جمع بين السلام والدعاء .. لم يبطل أيضاً على ما اقتضاه كلام المحامي في « التجريد » .

(ولو باع الشفيع حصته) أو وهبها (جاهلاً بالشفعة .. فالأصح : بطلانها) لزوال سبب الشفعة ، والثاني : لا ؛ لأنه كان شريكاً يوم البيع ، ولم يرض بسقوط حقه . واحترز بالجهل : عن العلم فيبطل جزماً ، هذا إذا باع جميع الحصّة ، فإن باع بعضها عالمًا .. فالأظهر : البطلان أو جاهلاً .. فالأصح في « زوائد الروضة » : عدمه^(١) .

* * *

(١) روضة الطالبين (١١١/٥) .

كتاب القراض

الْقَرَضُ وَالْمُضَارَبَةُ : أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالًا لِيَتَّجَرَ فِيهِ وَالرَّابِحُ مُشْتَرِكٌ . وَيُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ : كَوْنُ الْمَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، فَلَا يَجُوزُ عَلَى تَبَرٍ وَحَلِيِّ وَمَغْشُوشٍ وَعُرُوضٍ .

(كتاب القراض)

القراض لغة أهل الحجاز ، مشتق من القرض وهو : القطع ؛ لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها ، أو قطعة من الربح ، أو من المقارضة وهي : المساواة ؛ لتساويهما في الربح .

وأهل العراق يسمونه مضاربة ؛ لأن كلاً منهما يضرب بسهم في الربح ، ولما فيه غالباً من السفر ، والسفر يُسَمَّى ضرباً ، وقد جمع المصنف بين اللفظين فقال :
(القراض والمضاربة : أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك) هذا حذّه شرعاً .

وهو مجمع عليه ، وضارب عليه الصلاة والسلام لخديجة بمالها إلى الشام ، وأنفذت معه عبدها مَيْسِرَةَ^(١) .

ونبه المصنف بلفظ الدفع : على أنه لا يصح على الدين ، سواء أكان على العامل أم على غيره .

واحترز بقوله : (والربح مشترك) عن الوكيل والعبد المأذون .

(ويشترط لصحته : كون المال دراهم أو دنانير) خالصة ، بإجماع الصحابة ، قاله في « الروضة »^(٢) ، ويجوز أن يكون دراهم ودنانير معاً .

(فلا يجوز على تبر وحلي ومغشوش وعروض) مثلية أو مُتَقَوِّمَةٌ ، ولا على منافع ؛ كسكنى الدار ؛ لأن القراض عقد مشتمل على إغرار ؛ إذ العمل غير مضبوط ، والربح غير موثوق به ، وإنما جوز للحاجة ، فيختص بما يسهل التجارة عليه ، ويروج غالباً ، وهو الأثمان .

(١) أخرجه ابن سعد في « الطبقات » (١٣٠ / ١) ، وانظر « سيرة ابن هشام » (١٨٨ / ١) .

(٢) روضة الطالبين (١١٧ / ٥) .

وَمَعْلُومًا مُعَيَّنًا ، وَقِيلَ : يَجُوزُ عَلَى إِحْدَى الصَّرَتَيْنِ . وَمُسْلَمًا إِلَى الْعَامِلِ ، فَلَا يَجُوزُ شَرْطُ كَوْنِ الْمَالِ فِي يَدِ الْمَالِكِ ، وَلَا عَمَلِهِ مَعَهُ ،

وإنما منع في المغشوش ؛ لأن الغش لو ميز ثم قارضه عليه وعلى الخالص . . لم يصح ، فكذلك إذا كانا مختلطين .

والمغشوش داخل في الدراهم والدنانير ، فلا يصح عده من جملة ما احترز عنه بهما ، وإنما يحترز عنه بالخالص ، ولم يذكره أولاً ، وسواء راجت المغشوشة وعلم ما فيها من الخالص وجوزنا التعامل بها أم لا .

وقيل : يجوز إذا راجت ؛ اعتباراً برواجها ، قال السبكي : وعليه عمل الناس ، والحاجة داعية إليه ، وقال الجرجاني : محل المنع : إذا كان الغش ظاهراً ، فإن كان مستهلكاً . . جاز ؛ لأنه كالمعدوم .

(ومعلوماً) قدرأ ، وصفة ، فلا يجوز على دراهم مجهولة القدر أو الصفة ؛ للجهل بالربح ، بخلاف رأس مال السلم ؛ لأنه لم يوضع على الفسخ ، بخلافه .

(معيناً) فلو قال : (علي ألف درهم) ، ولم يعينه . . لم يصح ، فإن عينه في المجلس . . فقضية كلام الكتاب : عدم الصحة ، لكن قضية كلام « الروضة » و« أصلها » : الصحة^(١) ، وهو الأصح في « الشرح الصغير » .

(وقيل : يجوز على إحدى الصرتين) بأن أحضرهما وفي كل منهما ألف مثلاً ، وقال : (قارضتك على إحداهما) لتساويهما ، والأصح : المنع ؛ لعدم التعيين ؛ كما في البيع .

وضبط المصنف بخطه الصرتين بتشديد الراء بعد الصاد المهملة .

(ومسلماً إلى العامل) بحيث يستقل باليد عليه والتصرف فيه .

(فلا يجوز شرط كون المال في يد المالك) ويوفي الثمن إذا اشترى العامل شيئاً ؛

لأنه قد لا يجده عند الحاجة .

(ولا عمله) أي : عمل المالك (معه) لأن وضع القراض : مالٌ من المالك

(١) روضة الطالبين (١١٧/٥) ، والشرح الكبير (٨/٦) .

وَيَجُوزُ شَرْطُ عَمَلِ غُلَامِ الْمَالِكِ مَعَهُ عَلَى الصَّحِيحِ . وَوَظِيفَةُ الْعَامِلِ التَّجَارَةُ وَتَوَابِعُهَا ؛
كَنْشَرِ الثِّيَابِ وَطَيِّهَا ، فَلَوْ قَارَضَهُ لِيَشْتَرِيَ حِنْطَةً فَيَطْحَنَ وَيَخْبِزَ ، أَوْ غَزْلاً يَنْسُجُهُ
وَيَبِيعُهُ . . . فَسَدَ الْقَرَاضُ ،

وعمل من العامل ، فالجمع بينهما على ربِّ المال ينافي مقتضاه ؛ لأن بعض الربح
يكون بعمله وماله .

(ويجوز شرط عمل غلام المالك معه على الصحيح) لأن الغلام ماله ، فجاز أن
يجعل تابعاً لماله ، بخلاف ما إذا شرط المالك أن يعمل بنفسه ، فإنه لا وجه لجعله
تابعاً ، والثاني : لا يجوز ؛ لأن عمله كعمل سيده .

ومحلُّ الخلاف : ما إذا لم يصرح بالحجر على العامل ، فأما إذا قال : (على أن
يعمل معك غلامي ، ولا تتصرف دونه) ، أو أن يكون بعض المال في يده . . فسد
قطعاً .

وصورة المسألة - كما قاله في « الكفاية » - : أن يكون الغلام معلوماً بالمشاهدة أو
الوصف ، فإن لم يكن معلوماً . . فalcقد فاسد ، وقاله الشيخان في (باب
المساقاة)^(١) .

(ووظيفة العامل التجارة وتوابعها ؛ كنشر الثياب وطيبها) وذرعها ، وإدراجها في
السَّفَط - وهو : وعاء يُجعل فيه القماش - وإخراجها منه ، وما سيأتي في أثناء الباب ؛
لأن الإطلاق يحمل على العرف ، وهو قاض بذلك .

(فلو قارضه ليشتري حنطة فيطحن ويخبز ، أو غزلاً ينسجه ويبيعه . . فسد
القراض) لأن الطحن والخبز ونحوهما أعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها ، فلا
ضرورة إلى ارتكاب جهالة مستغنى عنها .

وهذا التعليل يشعر بأن المراد : إذا شرط ذلك على العامل ، فلو شرط أن يستأجر
العامل من يفعل ذلك من مال القراض وحظ العامل التصرف فقط . . قال في
« المطلب » : فيظهر الجواز .

(١) كفاية النبيه (١١ / ١١٨) ، والشرح الكبير (٦ / ٦٤) ، وروضة الطالين (٥ / ١٥٥) .

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَطَ عَلَيْهِ شِرَاءَ مَتَاعٍ مُعَيَّنٍ أَوْ نَوْعٍ يَنْدُرُ وَجُودُهُ ، أَوْ مُعَامَلَةَ شَخْصٍ . وَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مُدَّةِ الْقَرَاضِ ، فَلَوْ ذُكِرَ مُدَّةٌ وَمَنْعُهُ التَّصَرُّفَ بَعْدَهَا . . . فَسَدَ ، وَإِنْ مَنْعُهُ الشِّرَاءَ بَعْدَهَا . . . فَلَا فِي الْأَصَحِّ

(ولا يجوز أن يشترط عليه شراء متاع معين) كهذه السلعة (أو نوع يندر وجوده)
كالياقوت الأحمر (أو معاملة شخص) كالبيع من زيد ، أو الشراء منه ؛ لإخلاله
بالمقصود ؛ لأن المعين قد لا يربح ، والنادر قد لا يجده ، والشخص المعين قد
لا يعامله ، وقد لا يجد عنده ما يظن أن فيه ربحاً ، أو لا يبيع إلا بثمن غال .
وأفهم : أن النوع إذا لم يندر وجوده . . صحَّ وإن لم يدم ؛ كالفواكه الرطبة ، وهو
الأصح ، ولو لم يعين نوعاً . . صحَّ في الأصحَّ ، بخلاف الوكالة .
والفرق : أن للعامل حظاً يحمله على بذل المجهود ، بخلاف الوكيل .
(ولا يشترط بيان مدة القراض) بخلاف المساقاة ؛ لأن مقصود القراض - وهو
الربح - ليس له وقت معلوم ، بخلاف الثمرة .
(فلو ذكر مدة ومنعه التصرف بعدها) مطلقاً ، أو من البيع (. . فسد) لإخلاله
بالمقصود فإنه قد لا يجد رغباً في المدة ، فلا تحصل التجارة والربح .
وكلام المصنف قد يفهم : أنه لو قال : (قارضتك سنة) ولم يزد . . أنه يصحَّ ،
والأصحَّ : البطلان ؛ لأن ظاهره انتهاء القراض ، ولا يجوز تعليق القراض ، فلو نجزه
وعلق التصرف . . لم يصحَّ في الأصحَّ ؛ كما لو قال : (بعثك ولا تملك إلا بعد
شهر) ، وقيل : يصحَّ ؛ كالوكالة .
(وإن منعه الشراء بعدها) دون البيع (. . فلا في الأصحَّ) لأن المالك متمكن من
منعه من الشراء متى شاء ، فجاز أن يتعرض له في العقد ، بخلاف المنع من البيع ،
والثاني : يفسد ؛ لأن ما كان وضعه على الإطلاق - أي : يصحُّ من غير تأقيت - كان
التأقيت منافياً له ؛ كالبيع والنكاح .
وصورة المسألة - كما قال الإمام - : أن تكون المدة يتأتى فيها الانبساط في الشراء
على موافقة غرض الاسترباح ، بخلاف الساعة ونحوها^(١) .

(١) نهاية المطلب (٤٥٤ / ٧) .

وَيُشْرَطُ اخْتِصَاصُهُمَا بِالرَّيْحِ وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ ، فَلَوْ قَالَ : (قَارَضْتُكَ عَلَى أَنْ كُلَّ الرَّيْحِ لَكَ) .. فَقَرَضُ فَاسِدٌ ، وَقِيلَ : قَرَضُ صَحِيحٌ ، وَإِنْ قَالَ : (كُلُّهُ لِي) .. فَقَرَضُ فَاسِدٌ ، وَقِيلَ : إِبْضَاعٌ . وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا بِالْجُزْئِيَّةِ ، فَلَوْ قَالَ : (عَلَى أَنْ لَكَ فِيهِ شَرِكَةٌ أَوْ نَصِيبًا) .. فَسَدَ ،

وقضية إطلاق الكتاب : أنه لو منعه الشراء بعدها وسكت عن البيع . . عدم الفساد ، وقضية ما في « الشرحين » و« الروضة » : الجزم بالفساد ؛ لأنهما قيدا محلّ الخلاف بما إذا منعه من الشراء وصرح بجواز البيع ، وجرى عليه في « الكفاية »^(١) ، وقال في « المطلب » : الذي يظهر : جريان الوجهين أيضاً فيما إذا سكت عن البيع . (ويشترط : اختصاصهما بالربح) فلا يجوز شرط شيء منه لثالث ؛ لأنه ليس بمالك ولا عامل ، إلا أن يشترط عليه العمل معه ، فيكون قراضاً مع رجلين ، قال الماوردي : إلا أن يتصادقا على أن ما سمي لغيرهما هو لربّ المال ، وذكر اسمه استعارة^(٢) . ويستثنى من إطلاق المصنف : ما لو كان المشروط له عبداً لأحدهما . . فإنه يصحّ ؛ لأن ذاك في الحقيقة شرطٌ لسيده .

(واشتراكهما فيه) ليأخذ المالك بملكه والعامل بعمله . (فلو قال : « قارضتك على أن كلّ الربح لك » .. فقراض فاسد ، وقيل : قرض صحيح ، وإن قال : « كله لي » .. فقراض فاسد ، وقيل : إِبْضَاعٌ) الخلاف في المسألتين ينبنى على قاعدة وهي : أن النظر إلى صيغ العقود أو معانيها ، وفيها وجهان ، وفروعها مختلفة في التصحيح لقوة أحد المدركين ، وإذا قلنا : قراض فاسد فيهما . . استحق أجرة المثل في الأولى لا الثانية في الأصحّ . والإبضاع : بعث المال مع من يتجر له به متبرعاً ، والبضاعة : المال المبعوث . (وكونه معلوماً بالجزئية) كالنصف والثلث مثلاً ، وهما شرطان ، وسيأتي بيان ما احترز عنه بهما .

(فلو قال : « على أن لك فيه شركة أو نصيباً » .. فسد) للجهل بالعوض ،

(١) الشرح الكبير (١٤/٦) ، وروضة الطالبين (١٢٢/٥) ، كفاية النبيه (١١٦/١١) .

(٢) الحاوي الكبير (١٠٩/٩) .

أَوْ (بَيْنَا) .. فَأَلْصَحُ : الصَّحَّةُ ، وَيَكُونُ نِصْفَيْنِ ، وَلَوْ قَالَ : (لِي النُّصْفُ) .. فَسَدَ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِنْ قَالَ : (لَكَ النُّصْفُ) .. صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَوْ شَرِطَ لِأَحَدِهِمَا عَشْرَةً أَوْ رِبْعَ صِنْفٍ .. فَسَدَ .

فَضْلُكَ

[في بيان الصيغة وما يشترط في العاقلين]

يُشْتَرَطُ إِجَابٌ وَقَبُولٌ

وهذا محترز قوله : (معلوماً) .

(أَوْ « بَيْنَا » .. فَأَلْصَحُ : الصَّحَّةُ ، وَيَكُونُ نِصْفَيْنِ) كما لو قال : (هذه الدار بيني وبين فلان) .. فإنها تجعل بينهما نصفين ، والثاني : لا يصحُّ ؛ لأنه يحتمل أنه بينهما مناصفة أو مثالثة ، فكان مجهولاً ، فبطل .

(وَلَوْ قَالَ : « لِي النصف ») وسكت عن جانب العامل (.. فسَدَ فِي الْأَصَحِّ) لأن الربح فائدة المال ، فيكون للمالك ، إلا إذا نُسِبَ شيء منه إلى العامل ولم ينسب إليه شيء ، والثاني : يصحُّ ، ويكون النصف الآخر للعامل ؛ حملاً على موجب القراض من اشتراكهما في الربح ، فيبان نصيب أحدهما يظهر الآخر ؛ كقوله تعالى : ﴿ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ فإن في ذلك دلالة على أن الباقي للأب .

(وَإِنْ قَالَ : « لَكَ النصف ») وسكت عن جانبه (.. صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ) لأن الربح نماء المال ، فمقتضاه أن جميعه لرب المال ، فإذا شرط للعامل منه شيء معلوم .. بقي الباقي للمالك الأصل ، والثاني : لا يصحُّ ؛ كالصورة السابقة .

(وَلَوْ شَرِطَ لِأَحَدِهِمَا عَشْرَةً) مثلاً (أَوْ رِبْعَ صِنْفٍ .. فسَدَ) لأن الربح قد ينحصر في العشرة ، أو في ذلك الصنف ، فيؤدي إلى أن يفوز أحدهما بربح الجميع ، وهو خلاف وضع القراض ، وهذا محترز قوله : (بالجزئية) .

* * *

(فصل : يشترط : إيجاب وقبول) متصل لأنه عقد معاوضة ، فأشبه البيع ونحوه .

وفي تعبيره تَسْتَح ، فإنهما ركنان لا شرطان ، وعبر في « المحرر » بقوله : ولا بدَّ

- وَقِيلَ : يَكْفِي الْقَبُولُ بِالْفِعْلِ - وَشَرَطُهُمَا كَوَكِيلٍ وَمُوكِّلٍ . وَلَوْ قَارَضَ الْعَامِلُ آخَرَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لِيُشَارِكُهُ فِي الْعَمَلِ وَالرَّيْحِ . . . لَمْ يَجُزْ فِي الْأَصَحِّ ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ فَاسِدٌ ، . . .

في القراض منهما^(١) ، وهو محرر .

(وقيل : يكفي القبول بالفعل) كما في (الوكالة) و (الجمالة) ، ومحلُّ هذا الوجه : ما إذا كانت صيغة الإيجاب : (خذ هذه الدراهم واتجر فيها) ، ونحو ذلك ، أما إذا كانت بلفظ : (قارضتك) ، أو (ضاربتك) ، أو (عاملتك) . . فلا بدُّ من اللفظ جزماً ؛ لأن هذه الصيغة تقتضي المفاعلة .

(وشرطهما) أي : المالك والعامل (كوكيل وموكل) لأن القراض توكيل وتوكل ، فاعتبر فيهما ما اعتبر في الوكيل والموكل ، فلا يصحُّ أن يُقَارَضَ صَبِيٌّ ، ولا سفيه ، ولا يُقَارِضَا ، وأما المحجور عليه بالفلس . . فلا يصحُّ أن يقارض ، ويصحُّ أن يكون عاملاً ، وللولي أن يقارض في مال محجوره من يجوز إيداعه المال المدفوع إليه ، أباً كان أو غيره ؛ كما يجوز له أن يوكل ، وليس للعبد المأذون أن يقارض ، ولا يقارض بغير إذن السيد .

(ولو قارض العامل آخر بإذن المالك ليشركه في العمل والربح . . لم يجز في الأصحِّ) لأنه خلاف موضوعه ، فإن موضوعه أن يكون أحد العاقلين مالكا لا عمل له ، والآخر عاملاً لا ملك له ، والثاني : يجوز ؛ كما يجوز للمالك أن يقارض شخصين في الابتداء على ما سيأتي ، وقواه السبكي .

واحتترز بالمشاركة : عما إذا أذن له في ذلك على أن ينسلخ هو من القراض ، ويكون وكيلاً فيه عن المالك ، والعامل هو الثاني ؛ فإنه يصحُّ جزماً ؛ كما لو قارضه المالك بنفسه ، كذا أطلقاه^(٢) ، قال ابن الرفعة : ومحلّه : إذا كان المال مما يجوز عليه القراض ، فلو وقع ذلك بعد تصرفه ، وصيرورته عرضاً . . لم يجز .

(وبغير إذنه فاسد) لأن المالك لم يأذن فيه ، ولم يأتمن على المال غيره .

(١) المحرر (ص ٢٢٣) .

(٢) الشرح الكبير (٦/٢٧) ، وروضة الطالبين (٥/١٣٢) .

فَإِنْ تَصَرَّفَ الثَّانِي .. فَتَصَرَّفُ غَاصِبٌ ، فَإِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَقُلْنَا بِالْجَدِيدِ .. فَالرَّيْحُ لِلْعَامِلِ الْأَوَّلِ فِي الْأَصَحِّ ، وَعَلَيْهِ لِلثَّانِي أَجْرُهُ - وَقِيلَ : هُوَ لِلثَّانِي - وَإِنْ اشْتَرَى بَعَيْنِ مَالِ الْقِرَاضِ .. فَبَاطِلٌ . وَيَجُوزُ أَنْ يُقَارَضَ الْوَاحِدُ اثْنَيْنِ مُتَفَاضِلًا وَمُتَسَاوِيًا ، وَالْاِثْنَانِ وَاحِدًا وَالرَّيْحُ بَعْدَ نَصِيبِ الْعَامِلِ بَيْنَهُمَا بِحَسَبِ الْمَالِ . وَإِذَا فَسَدَ الْقِرَاضُ .. نَفَذَ تَصَرَّفُ الْعَامِلِ ، وَالرَّيْحُ لِلْمَالِكِ ،

(فَإِنْ تصرف الثاني .. فتصرف غاصب) لأن الإذن صدر ممن ليس بمالك ولا وكيل .

(فَإِنْ اشترى في الذمة) ونقد الثمن مما أخذ من الأول وبيع (وقلنا بالجديد) وهو أن الربح كله للغاصب ؛ لأن الشراء صحيح والتسليم فاسد ، فيضمن المال الذي سلمه ، ويسلم له الربح .

وهذا الجديد لم يتقدم له ذكر في « الكتاب » فلا يحسن الإحالة عليه ، وقد صرح في « المحرر » هنا بمسألة الغاصب ، وذكر القولين فيها ، ثم فرع على الجديد مسألة « الكتاب »^(١) ، وهو حسن ، فأسقط مسألة الغاصب ، وهي أصل لما ذكره .

(.. فالربح للعامل الأول في الأصح) لأن الثاني تصرف بإذنه ، فأشبه الوكيل ، (وعليه للثاني أجرته) لأنه لم يعمل مجّاناً ، وهذه من زيادة « الكتاب » على « أصله » من غير تمييز ، (وقيل : هو للثاني) لأنه لم يتصرف بإذن من المالك ، فأشبه الغاصب .

(وَإِنْ اشترى بعين مال القراض .. فباطل) لأنه شراء فضولي .
(ويجوز أن يقارض الواحد اثنين متفاضلاً ومتساوياً) لأن ذلك كعقدين (والاثنان واحداً) لأن ذلك أيضاً كعقدين ، (والربح بعد نصيب العامل بينهما بحسب المال) كما إذا كان المال بينهما نصفين ، وشرطاً للعامل نصف الربح ، وباقيه لهما بالسوية ، ولو شرطاه لا على نسبة المالين .. لم يصح .

(وَإِذَا فَسَدَ الْقِرَاضُ .. نفذ تصرف العامل) لوجود الإذن ؛ كما في الوكالة الفاسدة (والربح للمالك) بكماله ؛ لأنه نماء ملكه .

(١) المحرر (ص ٢٢٣) .

وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أَجْرُهُ مِثْلَ عَمَلِهِ إِلَّا إِذَا قَالَ : (قَارَضْتُكَ وَجَمِيعُ الرِّيحِ لِي) . . فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي الْأَصَحِّ . وَيَتَصَرَّفُ الْعَامِلُ مُحْتَاطًا ، لَا بَغْيًا وَلَا نَسِيئَةً بِلَا إِذْنٍ . وَلَهُ الْبَيْعُ بَعْرَضٍ . وَلَهُ الرُّدُّ بِعَيْبٍ تَقْتَضِيهِ مَصْلَحَةٌ ، فَإِنْ أَقْتَضَتْ الْإِمْسَاكَ . . فَلَا فِي الْأَصَحِّ ، وَلِلْمَالِكِ الرُّدُّ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا . . عُمِلَ بِالْمَصْلَحَةِ

(وعليه للعامل أجرة مثل عمله) وإن لم يحصل ربح على الأصح ؛ لأنه عمل طامعاً في المسمى ، فإذا لم يسلم له . . وجب أن يردَّ عليه عمله ، لكنه لا يمكن ، فتجب قيمته وهي الأجرة .

(إلا إذا قال : « قارضتك وجميع الرياح لي » . . فلا شيء له في الأصح) لأنه عمل مجاناً غير طامع في شيء ، والثاني : يرجع بأجرة المثل ؛ كسائر أسباب الفساد ، وصححه ابن الرفعة^(١) .

(ويتصرف العامل محتاطاً ، لا بغياً) فاحش (ولا نسيئة) [لما فيه من الغرر]^(٢) كالوكيل (بلا إذن) لأن المنع لحقه وقد زال بإذنه .

(وله البيع بعرض) بخلاف الوكيل ؛ لأن المقصود بالقراض الاسترباح ، والبيع بالعرض طريق فيه ، قال ابن الرفعة : وقياسه : أن يجوز بغير نقد البلد ، لكن البندنجي ، والمحامي ، وسليم ، والرويانى قالوا : لا يجوز . انتهى^(٣)

وفرق السبكي بأن نقد غير البلد لا يروج فيها ، فيتعطل الربح ، بخلاف العرض . (وله الرُّدُّ بعيب تقتضيه مصلحة) لتعلق حقه به ، وكونه من تصرفاته ، (فإن اقتضت الإمساك . . فلا في الأصح) لإخلاله بمقصود العقد ، والثاني : نعم ؛ كالوكيل ، وهو ظاهر نص « المختصر »^(٤) .

(وللمالك الرُّدُّ) حيث يجوز للعامل بطريق أولى (فإن اختلفا) أي : المالك والعامل في الرُّدُّ بالعيب (. . عُمِلَ بالمصلحة) لأن كلاهما له حق .

(١) كفاية النبيه (١٠٦ / ١١) .

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من (ب) و (د) .

(٣) كفاية النبيه (١٢٠ / ١١) .

(٤) مختصر المزني (ص ١٢٢) .

وَلَا يُعَامِلُ الْمَالِكَ . وَلَا يَشْتَرِي لِلْقَرَاضِ بِأَكْثَرِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَلَا مَنْ يَعْتِقُ عَلَى الْمَالِكِ بَغِيرِ إِذْنِهِ ، وَكَذَا زَوْجُهُ فِي الْأَصَحِّ ، فَلَوْ فَعَلَ . . لَمْ يَقَعْ لِلْمَالِكِ ، وَيَقَعُ لِلْعَامِلِ إِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ . وَلَا يُسَافِرُ بِالْمَالِ بِلَا إِذْنٍ . وَلَا يُنْفِقُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ حَضَرًا ، وَكَذَا سَفَرًا فِي الْأَظْهَرِ

(ولا يعامل المالك) بمال القراض ؛ لأنه يؤدي إلى بيع ماله بماله .
(ولا يشتري للقراض بأكثر من رأس المال) لأن المالك لم يرض بأن يشغل العامل ذمته إلا به .

(ولا من يعتق على المالك بغير إذنه) كأصوله وفروعه ؛ لأن مقصود العقد تحصيل الربح ، وهذا خسران كله ، فإن أذن . . صحَّ .
(وكذا زوجه في الأصح) للضرر برؤس المال بسبب انفساخ نكاحه ، وهذا ما نصَّ عليه في « الإملاء » ، والثاني : يجوز ؛ إذ قد يكون مريحاً .
وقوله : (زوجه) يشمل الذكر والأنثى ، قال تعالى : ﴿ وَأَصْلَحْنَا لَهُمْ زَوْجَهُ ﴾ .

(فلو فعل) ما منع منه من الشراء بأكثر من رأس المال وما بعده (. . لم يقع للمالك ، ويقع للعامل إن اشترى في الذمة) لما مرَّ في (الوكالة) ، هذا إذا لم يصرح بالسفارة ، فإن صرح بها . . فوجهان في « الكفاية » ^(١) .
واحترز بالذمة : عن العين ، فإنه باطل من أصله .

(ولا يسافر بالمال بلا إذن) وإن كان السفر قريباً ، والطريق آمناً ، ولا مؤنة فيه ؛ لما فيه من الخطر والتعرض للهلاك ، وإذا أذن له في السفر . . لم يركب البحر إلا بنصٍّ عليه ، قاله في « زيادة الروضة » ^(٢) .

(ولا ينفق منه على نفسه حَضَرًا) لاقتضاء العرف ذلك (وكذا سفر في الأظهر) لأن النفقة قد تكون قدر الربح فيؤدي إلى انفراده به ، وقد يكون أكثر فيؤدي إلى أن يأخذ جزءاً من رأس المال ، وهو ينافي مقتضاه ، والثاني : ينفق ما يزيد بسبب السفر ؛ لأنه

(١) كفاية النية (١٢٢/١١) .

(٢) روضة الطالبيين (١٣٤/٥) .

وَعَلَيْهِ فَعَلُ مَا يُعْتَادُ ؛ كَطَيِّ الثَّوبِ ، وَوَزْنُ الْخَفِيفِ كَذَهَبٍ وَمِسْكٍ لَا الْأَمْتَعَةُ الثَّقِيلَةُ ، وَنَحْوُهُ . وَمَا لَا يَلْزَمُهُ لَهُ إِلَّا اسْتِجَارُ عَلَيْهِ . وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ الْعَامِلَ يَمْلِكُ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّيحِ بِالْقِسْمَةِ لَا بِالظُّهُورِ . وَثَمَارُ الشَّجَرِ وَالنَّتَاجُ وَكَسْبُ الرَّقِيقِ وَالْمَهْرُ الْحَاصِلَةُ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ يَفُوزُ بِهَا الْمَالِكُ ، وَقِيلَ : مَالُ قِرَاضٍ

حبسه عن التكسب بالسفر لأجل القراض فأشبهه حبس الزوجة ، بخلاف الحضر .
(وعليه فعل ما يُعتاد ؛ كطي الثوب) ونشره (ووزن الخفيف ؛ كذهب ومسك)
لأن العرف قاض بذلك ، (لا الأمتعة الثقيلة ، ونحوه) كنقل المتاع من الخان إلى الحانوت ؛ لجريان العرف بالاستئجار لذلك .

(وما لا يلزمه له الاستئجار عليه) من مال القراض ؛ لأنه من تنمة التجارة ومصالحها ، فلو تولّاها بنفسه . . فلا أجرة له ، وله الاستئجار على ما يلزمه أيضاً ؛ كما صرح به الإمام^(١) ، لكن الأجرة عليه .

(والأظهر : أن العامل يملك حصته من الربح بالقسمة لا بالظهور) إذ لو ملك بالظهور لكان شريكاً في المال ، ولو كان شريكاً . . لكان النقصان الحادث بعد ذلك محسوباً عليهما ، وليس كذلك ، بل الربح وقاية لرأس المال ، والثاني : أنه يملك بالظهور ؛ قياساً على المساقاة .

نعم ؛ لا يصحّ تصرفه فيه على هذا القول ؛ لأنه ليس بمستقر ، وعلى الأول : له فيه حقٌّ مؤكد ، فيورث عنه ، ويتقدم به على الغرماء .

ولو قسما الربح بالتراضي قبل فسخ العقد . . لم يحصل الاستقرار ، حتى لو حصل بعده نقصان . . جبر بما أخذه العامل ، ويحصل الاستقرار بارتفاع العقد ، ونضوض المال من غير قسمة على الأصحّ .

(وثمار الشجر والنّتاج وكسب الرقيق والمهر الحاصلة من مال القراض يفوز بها المالك) لأنها ليست من فوائد التجارة ، (وقيل : مال قراض) لأن حصولها بسبب شراء العامل الأصل .

(١) نهاية المطلب (٧/٤٦١) .

وَالنَّقْصُ الْحَاصِلُ بِالرُّخْصِ مَحْسُوبٌ مِنَ الرِّيحِ مَا أَمْكَنَ وَمَجْبُورٌ بِهِ ، وَكَذَا لَوْ تَلَفَ بَعْضُهُ بَاقِيَهُ أَوْ غَضِبَ أَوْ سَرَقَ بَعْدَ تَصَرُّفِ الْعَامِلِ فِي الْأَصَحِّ ، فَإِنْ تَلَفَ قَبْلَ تَصَرُّفِهِ . . فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْأَصَحِّ .

(والنقص الحاصل بالرخص محسوب من الريح ما أمكن ، ومجبور به)
لاقتضاء العرف ذلك ، فتزل مطلق العقد عليه ، وكذا النقص بالتعيب والمرض الحادثين .

(وكذا لو تلف بعضه بآفة) سماوية ؛ كالحرق ونحوه ، (أو غضب ، أو سرقة)
وتعذر أخذ بدله (بعد تصرف العامل في الأصح) لأنه نقصان حصل في المال ، فكان مجبوراً بالربح ؛ كالتقصان الحاصل بالتعيب ، وبانخفاض السوق ، والثاني : لا ؛ لأنه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ، بخلاف الحاصل بانخفاض السوق ، فإنه متعلق بتجارته .

وظاهر كلامه : استواء المسألتين في جريان الخلاف ، والأكثر أن قطعوا بالجبر في الآفة السماوية ، وخصوا الوجهين بما عداها ، والفرق : أن في الضمان الواجب ما يجبره ، فلا حاجة إلى جبره بمال القراض ، بخلاف الآفة السماوية ، وأما إذا أخذ البذل . . فإن القراض مستمر فيه .

واحترز بقوله : (تلف بعضه) عن تلف كله ، فإن القراض يرتفع ، وكذا لو أتلغه المالك ، وإن أتلغه أجنبي وأخذ بدله . . بقي القراض فيه ، وإن أتلغه العامل . . ارتفع القراض ، كما قاله الإمام^(١) ، وقال الرافعي : القياس : أن المالك يقبضه منه ويبقى فيه القراض^(٢) .

(وإن تلف قبل تصرفه . . فمن رأس المال في الأصح) لأن العقد لم يتأكد بالعمل ، والثاني : من الربح ؛ لأنه بقبض العامل صار مالاً قراض .

* * *

(١) نهاية المطلب (٧/ ٥٥٠) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ٣٨) .

[في بيان أن القراض جائز من الطرفين وحكم اختلاف العاقدين]

لِكُلِّ فسخه ، وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ . . انفسخ ، وَيُلْزَمُ الْعَامِلَ
الاستيفاء إذا فسخ أحدهما ، وَتَنْضِيزُ رَأْسِ الْمَالِ إِنْ كَانَ عَرْضاً ، وَقِيلَ : لَا يُلْزَمُهُ
التنضيض إِنْ لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ . وَلَوْ اسْتَرَدَّ الْمَالِكُ بَعْضَهُ قَبْلَ ظُهُورِ رِبْحٍ وَخُسْرَانٍ . .
رَجَعَ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى الْبَاقِي . وَإِنْ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الرِّبْحِ . . فَالْمُسْتَرَدُّ شَائِعٌ رِبْحاً
وَرَأْسَ مَالٍ ؛ مِثَالُهُ : رَأْسُ الْمَالِ مِئَةٌ وَالرِّبْحُ عِشْرُونَ وَاسْتَرَدَّ عِشْرِينَ . . فَالرِّبْحُ
سُدُسُ الْمَالِ ، فَيَكُونُ الْمُسْتَرَدُّ سُدُسَهُ مِنَ الرِّبْحِ ، فَيَسْتَقِرُّ لِلْعَامِلِ الْمَشْرُوطُ مِنْهُ ،
وَبَاقِيهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ

(فصل : لكل فسخه) لأنه في ابتدائه وكالة ، وفي انتهائه إما شركة وإما جعالة ،
وكلها عقود جائزة .

(ولو مات أحدهما ، أَوْ جُنَّ ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ . . انفسخ) كالوكالة ، (ويلزم
العامل الاستيفاء) أي : استيفاء الدين (إذا فسخ أحدهما) ليرد كما أخذ .

(وتنضيض رأس المال إن كان عرضاً) أي : بيعه بالناض ، وهو النقد لما قلناه ،
(وقيل : لا يلزمه التنضيض إن لم يكن ربح) لأن غرض البيع أن يظهر الربح ؛ ليصل
العامل إلى حقه منه ، فإذا لم يكن ربح وارتفع العقد . . لم يحسن تكليفه بلا زيادة
فائدة ، والأصح : الأول ؛ لما سلف .

(ولو استرد المالك بعضه قبل ظهور ربح وخسران . . رجع رأس المال إلى الباقي)
لأنه لم يترك في يده غيره ، فصار كما لو اقتصر في الابتداء على إعطائه له .

(وإن استرد بعد الربح . . فالمستردُّ شائعٌ ربحاً ورأس مال) لعدم التمييز (مثاله :
رأس المال مئة ، والربح عشرون ، واسترد عشرين . . فالربح سدس المال ، فيكون
المسترد سدسه من الربح ، فيستقر للعامل المشروط منه ، وباقيه من رأس المال) حتى
يستقر للعامل في هذا المثال درهم وثلثان إن شرط له . . نُصِّفَ الربح ؛ لأن ما جعلناه
ربحاً وهو سدس العشرين هو ثلاثة وثلث ، فيستقر له نصفها ، وهو درهم وثلثان حتى
لا يسقط بالخسران الواقع بعده ، فلو عاد ما في يده إلى ثمانين . . لم يسقط نصيب

وَأِنْ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الْخُسْرَانِ . . فَالْخُسْرَانُ مُوزَعٌ عَلَى الْمُسْتَرَدِّ وَالْبَاقِي ، فَلَا يُلْزَمُ جَبْرُ حِصَّةِ الْمُسْتَرَدِّ لَوْ رِبَحَ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ مِثَالُهُ : الْمَالُ مِئَةٌ وَالْخُسْرَانُ عِشْرُونَ ثُمَّ اسْتَرَدَّ عِشْرِينَ . . فَرُبُعُ الْعِشْرِينَ حِصَّةُ الْمُسْتَرَدِّ ، وَيَعُودُ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى خَمْسَةِ وَسَبْعِينَ . وَيُصَدَّقُ الْعَامِلُ بِبَيِّنِهِ فِي قَوْلِهِ : (لَمْ أَرْبَحْ) ، أَوْ (لَمْ أَرْبَحْ إِلَّا كَذَا) ، أَوْ (اشْتَرَيْتُ هَذَا لِلْقَرَاظِ أَوْ لِي) ، أَوْ (لَمْ تَنْهِنِي عَنْ شِرَاءِ كَذَا) ، وَفِي قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ ، وَدَعْوَى التَّلْفِ ، وَكَذَا دَعْوَى الرَّدِّ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْمَشْرُوطِ لَهُ . . تَحَالَفًا ،

العامل ، بل يأخذ منها درهماً وثلاثي درهم ، ويردُّ الباقي ، وهو ثمانية وسبعون درهماً وثلاث درهم .

(وإن استرد بعد الخسران . . فالخسران موزع على المسترد والباقي ، فلا يلزم جبر حصة المسترد لو ربح بعد ذلك) لأنه لو ردَّ الكلَّ بعد الخسران . . لم يلزمه شيء ، ويصير رأس المال الباقي بعد المسترد ، وحصته من الخسران .

(مثاله : المال مئة ، والخسران عشرون ، ثم استرد عشرين . . فربح العشرين حصة المسترد ، ويعود رأس المال إلى خمسة وسبعين) لأن الخسران إذا وزعناه على الثمانين . . خص كلَّ عشرين خمسة ، والعشرون المستردة حصتها خمسة ، فيبقى ما ذكره ، فلو ربح بعد ذلك شيئاً . . قسم بينهما على ما شرطاه .

(ويصدق العامل ببيئته في قوله : « لم أربح » ، أَوْ « لم أربح إلا كذا ») لأن الأصل معه ، (« أو اشتريت هذا للقراض أو لي ») لأنه أعرف بقصده ، (أَوْ « لم تنهني عن شراء كذا ») لأن الأصل عدمُ النهي .

(وفي قدر رأس المال) لأن الأصل عدمُ دفع الزيادة ، (ودعوى التلف) كالوكيل والمودع ، فإن ذكر سبب التلف . . كان على التفصيل المذكور في الوديعة .

(وكذا دعوى الردِّ في الأصحِّ) لأنه أمين ، فأشبه المودع ، والثاني : لا ؛ كالمرتهن .

(ولو اختلفا في المشروط له) بأن قال : (شرطت لي النصف) ، فقال : (بل الثلث) (. . تحالفاً) لأنهما اختلفا في عوض العقد ، فأشبه اختلاف المتبايعين في الثمن .

(وله أجره المثل) مقابلة لعمله ، وكلامه يشعر بأن العقد يفسخ بمجرد التحالف ،
وبه صرح الروياني ، لكن في « زيادة الروضة » عن « البيان » من غير مخالفة أن حكمه
حكم البيع^(١) ، قال الإسنوي : وهو القياس .

* * *

(١) روضة الطالبين (١٤٦/٥) .

كتاب المساقاة

تَصِحُّ مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، وَلِصَبِيِّ وَمَجْنُونٍ بِالْوِلَايَةِ . وَمَوْرِدُهَا : النَّخْلُ وَالْعِنَبُ ،
وَجَوْزُهَا الْقَدِيمُ فِي سَائِرِ الْأَشْجَارِ الْمُثْمِرَةِ

(كتاب المساقاة)

هي : أن يُدفع الشجر إلى من يتعاهد بها بجزء من الثمرة .
مشتقة من السقي - بسكون القاف - الذي هو أهم أشغالها .
والأصل فيها قبل اتفاق الصحابة والتابعين : (أنه صلى الله عليه وسلم عامل أهل
خير بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع) متفق عليه^(١) .
(تصحُّ من جائز التصرف) لأنها معاملة على المال ؛ كالقراض ، (ولصبي
ومجنون) وسفيه (بالولاية) عند المصلحة ، للاحتياج إلى ذلك .
(وموردها : النخل والعنب) أما النخل : فللحديث المار^(٢) ، وأما العنب :
فبالقياس ، بجامع وجوب الزكاة وإمكان الخرص ، وقيل : بالنص ، ففي الحديث :
(من كرم ونخل) ، ذكره صاحب « البحر »^(٣) وهو غريب .
(وجوزها القديم في سائر الأشجار المثمرة) كالتين والتفاح ؛ للحديث المار :
(من ثمر أو زرع) ، وهو عام في كل ثمر ، ولعموم الحاجة ؛ كالنخل والعنب ،
واختاره المصنف في « تصحيح التنبيه »^(٤) ، والجديد : المنع ؛ إذ لا زكاة في ثمرها ،
فأشبهت غير المثمر .

والفرق : أن ثمار النخل والعنب لا تنمو إلا بالعمل ، وغيرها ينمو من غير تعهد ،
هذا إذا أفردت ، فإن ساقى عليها تبعاً لنخل أو عنب . . فالأصح في « زوائد الروضة »

- (١) صحيح البخاري (٢٣٢٨) ، صحيح مسلم (١٥٥١) عن ابن عمر رضي الله عنهما ، في غير (أ) :
(عامل أهل خير على نخلها وأرضها) ، وهذه الزيادة موافقة لرواية مسلم (٥ / ١٥٥١) .
- (٢) ليس في الحديث المار تعرض للنخل فليحرر . اهـ هامش (أ) ، وهذا بناء على ما في النسخة (أ) .
- (٣) بحر المذهب (١١٨ / ٧) .
- (٤) تصحيح التنبيه (٣٧٣ / ١) .

وَلَا تَصِحُّ الْمُخَابَرَةُ ، وَهِيَ : عَمَلُ الْأَرْضِ بِنَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَالْبَذَرُ مِنَ الْعَامِلِ ، وَلَا الْمَزَارَعَةُ ، وَهِيَ : هَذِهِ الْمَعَامَلَةُ ، وَالْبَذَرُ مِنَ الْمَالِكِ

في آخر (المزارعة) : الجواز ، كما تجوز المزارعة تبعاً للمساقاة^(١) .

واحتراز المصنف بـ (الأشجار) : عما لا ساق له ؛ كالبطيخ وقصب السكر ، فلا تجوز المساقاة عليهما قطعاً ، وبـ (المثمرة) : عما لا يثمر ؛ كالذُّلْبِ^(٢) ، فلا تجوز عليه قطعاً ، وقيل : في الخلاف وجهان ؛ إلحاقاً لأغصانه بالثمرة .

ويشترط : أن تكون الأشجار معينة مرئية .

(ولا تصحُّ المخابرة ، وهي : عمل الأرض ببعض ما يخرج منها ، والبذر من العامل ، ولا المزارعة ، وهي : هذه المعاملة ، والبذر من المالك) لصحة النهي عنهما^(٣) .

والمعنى فيه : أن تحصيل منفعة الأرض ممكن بالإجارة ، فلم يجز العمل عليها ببعض ما يخرج منها ؛ كالمواشي ، بخلاف الشجر ، فإنه لا يمكن عقد الإجارة عليه ، فجوزت المساقاة للحاجة .

واختار المصنف في « الروضة » جوازهما تبعاً لابن المنذر والخطابي وغيرهما ؛ للحاجة إليهما^(٤) ، وتأويل الأحاديث على ما إذا شرط لواحد زرع قطعة معينة ولآخر أخرى .

وتفسيره المخابرة بعمل الأرض لا يستقيم ؛ فإن العمل من وظيفة العامل ، فلا يفسر العقد به ، وعبرة « الروضة » و« أصلها » المعاملة على الأرض^(٥) ، وهي واضحة .

(١) روضة الطالبين (١٧٢/٥) .

(٢) قال في « العجالة » [٩٢١/٢] : كالصنوبر ، وهو عجيب . اهـ هامش (أ) .

(٣) أما حديث المخابرة . . فأخرجه مسلم (١٥٣٦) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ، وأما حديث المزارعة . . فهو عند مسلم أيضاً برقم (١٥٤٩) عن ثابت بن الضحاك رضي الله عنه .

(٤) روضة الطالبين (١٦٨/٥) .

(٥) روضة الطالبين (١٦٨/٥) ، والشرح الكبير (٥٤/٦) .

فَلَوْ كَانَ بَيْنَ النَّخْلِ بَيَاضٌ . . . صَحَّتِ الْمَزَارَعَةُ عَلَيْهِ مَعَ الْمُسَاقَاةِ عَلَى النَّخْلِ بِشَرَطِ :
اتِّحَادِ الْعَامِلِ ، وَعُسْرِ إِفْرَادِ النَّخْلِ بِالسَّقْيِ وَالْبَيَاضِ بِالْعِمَارَةِ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يُشْتَرَطُ
أَلَّا يُفْصَلَ بَيْنَهُمَا ، وَأَلَّا تُقَدَّمَ الْمَزَارَعَةُ ، وَأَنَّ كَثِيرَ الْبَيَاضِ كَقَلِيلِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ
تَسَاوِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ مِنَ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ ،

(فلو كان بين النخل) أو العنب (بياض . . . صحت المزارعة عليه مع المساقاة على
النخل) تبعاً للمساقاة ؛ لعسر الأفراد ، ومداخلة البستان ، وعليه حمل معاملة أهل
خيبر السالفة .

(بشرط : اتحاد العامل) لأن أفراد المزارعة بعامل يخرجها عن كونها تابعة ،
(وعسر أفراد النخل بالسقي والبياض بالعمارة) لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها ،
والمراد بالعسر هنا : التعذر ، فإن أمكن الأفراد . . فلا تصح ؛ لانتفاء الحاجة المجوزة
لها .

(والأصحُّ : أنه يشترط : ألا يفصل بينهما) أي : بين المساقاة والمزارعة التابعة ،
بل يأتي بهما على الاتصال ؛ لتحصل التبعية ، فلو قال : (ساقيتك على النصف)
فقبل^(١) ، ثم زارعه على البياض . . لم تصحَّ المزارعة ؛ لأن تعدد العقد يزيل التبعية ،
والثاني : يصحُّ ؛ لحصولهما لشخص واحد ، فأشبه جمعهما في العقد .

(وألا تقدم المزارعة) على المساقاة ؛ لأنها تابعة ، والتابع لا يتقدم على متبوعه ،
والثاني : تنعقد موقوفة ، فإن ساقاه بعدها . . بانت صحتها ، وإلا . . فلا .

(وأن كثير البياض كقليله) للحاجة ، والثاني : لا ؛ لأن الأكثر متبوع لا تابع ،
والنظر في الكثرة إلى مساحة البياض ومغارس الشجر على الأصح .

(وأنه لا يشترط تساوي الجزء المشروط من الثمر والزرع) بل يجوز أن يشترط
للعامل نصف الزرع وربيع الثمر مثلاً ؛ لأن المزارعة وإن جوزت تبعاً ، فكلُّ منهما عقد
برأسه ، والثاني : يشترط ؛ لأن التفاضل يزيل التبعية ، وصححه المصنف في « نكت
التنبيه » .

(١) في (ب) و (د) : (ساقيتك على النخل) ، وانظر « نهاية المحتاج » (٢٤٨-٢٤٩) .

وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُخَابِرَ تَبَعًا لِلْمَسَاقَاةِ . فَإِنْ أَفْرَدَتْ أَرْضٌ بِالْمُزَارَعَةِ . . فَالْمَغْلُ لِلْمَالِكِ ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أَجْرُهُ عَمَلِهِ وَدَوَابُّهُ وَآلَاتِهِ ، وَطَرِيقُ جَعْلِ الْعَلَّةِ لَهُمَا وَلَا أَجْرَةٌ : أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ وَيَنْصِفَ لَهُ النِّصْفَ الْآخَرَ وَيُعِيرَهُ نِصْفَ الْأَرْضِ ، أَوْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ وَيَنْصِفَ مَنْفَعَةَ الْأَرْضِ لِيَزْرَعَ لَهُ النِّصْفَ الْآخَرَ فِي النِّصْفِ الْآخَرِ مِنَ الْأَرْضِ .

فَصَالِحُ

[فيما يشترط في عقد المساقاة]

يُشْتَرَطُ تَخْصِصُ الثَّمَرِ بِهِمَا ،

(وأنه لا يجوز أن يخابر تبعاً للمساقاة) لأن الحديث ورد في المزارعة تبعاً في قصة خير^(١) ، والمزارعة في معنى المساقاة من حيث إنه ليس على العامل فيها إلا العمل ، بخلاف المخابرة ، فإنه يكون عليه العمل والبذر ، والثاني : يجوز ؛ كالمزارعة .

(فإن أفردت أرض بالمزارعة . . فالمغْلُ للمالك) لأنه نماء ملكه (وعليه للعامل أجرة عمله ودوابُّه وآلاته) إن كانت له ؛ لبطلان العقد ، وعمله لا يحبط مجاناً ، فإن أفردت بالمخابرة . . فالعقد باطل ، والمغْلُ للعامل ، ولمالك الأرض أجرة مثلها . (وطريق جعل العَلَّةِ لهما ولا أجرة : أن يستأجره بنصف البذر ليزرع له النصف الآخر) من البذر في نصف الأرض مشاعاً (ويعيره نصف الأرض ، أو يستأجره بنصف البذر ونصف منفعة الأرض ليزرع النصف الآخر) من البذر (في النصف الآخر من الأرض)

والفرق بين الطريقتين : أنه في الأول جعل الأجرة عيناً ، وفي الثاني : عيناً ومنفعة ، وهذا إذا كان البذر من المالك ، فإن كان من العامل . . فطريقه : أن يستأجر نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ونصف منفعة الآلات .

* * *

(فصل : يشترط : تخصيص الثمر بهما) فلو شرطاً بعض الثمرة لثالث . . فسدت المساقاة ؛ لما سبق في (القراض) .

(١) سبق تخريجه (ص ٣٨١) .

وَأَشْتَرَاكُهُمَا فِيهِ ، وَالْعِلْمُ بِالنَّصِيبَيْنِ بِالْجُزْئِيَّةِ كَالْقَرَاضِ . وَالْأَظْهَرُ : صِحَّةُ الْمُسَاقَاةِ بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ ، لَكِنْ قَبْلَ بُدْوِ الصَّلَاحِ . وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى وَدْيٍ لِيَغْرُسَهُ وَيَكُونَ الشَّجَرُ لِهَمَا . لَمْ يَجْزُ ، وَلَوْ كَانَ مَغْرُوساً وَشَرَطَ لَهُ جُزْءاً مِنَ الثَّمَرِ عَلَى الْعَمَلِ ؛ فَإِنْ قَدَّرَ مُدَّةً يَثْمُرُ فِيهَا غَالِباً . . . صَحَّ ،

وعبارة « الكتاب » مقلوبة ، والصواب : تخصيصهما بالثمرة ؛ كما عبر به في (القراض) .

(واشتراكهما فيه) فلو قال : (على أن كل الثمرة لك) ، أو (لي) . . فسد العقد ، ويستحق الأجرة في الأولى دون الثانية على الأصحَّ فيهما .

(والعلم بالنصيبين بالجزئية) كالنصف والثلث ، فلو قال : (ساقيتك على أن لك جزءاً من الثمرة) . . فسدت ، ونبه بالجزئية على أنه لا يكفي التقدير بمئة رطل ، أو ثمرة شجرات معينة (كالقراض) في جميع ما سبق ، فلو قال : (على أن تكون الثمرة بيتنا) ، أو (على أن لك النصف) . . صحت ، دون : (لي النصف) .

(والأظهر : صحة المساقاة بعد ظهور الثمرة) لأنه أبعدُ عن الغرر ؛ للوثوق بالثمار ، فهو أولى بالجواز ، والثاني : لا تصحُّ ؛ لفوات بعض الأعمال ، وصححه جمع ، وقال الماوردي : إنه المشهور من مذهب الشافعي ، والأصحَّ على أصله^(١) . (لكن) القول بالصحة محلُّه (قبل بدو الصلاح) لبقاء معظم العمل ، أما بعده . . فالأصحُّ : القطع بالمنع ؛ لفوات معظم الأعمال .

(ولو ساقاه على ودي) غير مغروس (ليغرسه ويكون الشجر لهما . . لم يجز) إذ لم ترد المساقاة على أصل ثابت ، فكان بمثابة قوله : (بع هذه العروض ، وقد قارضتك على أثمانها إذا نضت) .

والودي بفتح الواو ، وكسر الدال المهملة ، وتشديد الياء : صغار النخل . (ولو كان) الودي (مغروساً وشرط له جزءاً من الثمر على العمل ؛ فإن قَدَّرَ مدة يثمر فيها غالباً . . صحَّ) ولا يضر كون أكثر المدة لا ثمر فيها ؛ كما لو ساقاه عشر

(١) الحاوي الكبير (١٦٦/٩) .

وَالْإِ. . . فَلَا ، وَقِيلَ : إِنْ تَعَارَضَ الْإِحْتِمَالُ . . . صَحَّ . وَلَهُ مُسَاقَاةُ شَرِيكِهِ فِي الشَّجَرِ إِذَا شَرَطَ لَهُ زِيَادَةً عَلَى حِصَّتِهِ . وَيَشْتَرِطُ أَلَّا يَشْرُطَ عَلَى الْعَامِلِ مَا لَيْسَ مِنْ جَنْسِ أَعْمَالِهَا ، وَأَنْ يَنْفَرِدَ بِالْعَمَلِ وَبِالْيَدِ فِي الْحَدِيقَةِ ، وَمَعْرِفَةُ الْعَمَلِ بِتَقْدِيرِ الْمُدَّةِ كَسَنَةٍ أَوْ أَكْثَرَ ، . . .

سنين ، والثمرة يغلب وجودها في العاشرة خاصة ، فإن لم يثمر فيها . . . حبط عمله ؛ كما لو قارضه . . . فلم يربح ، أو ساقاه على مثمر . . . فلم يثمر .

(وإلا . . . فلا) أي : وإن قَدَّرَ مدة لا يثمر فيها غالباً . . . لم يصحَّ ، لخلوها عن العوض ؛ كالمساقاة على الأشجار التي لا تثمر .

(وقيل : إن تعارض الاحتمال) أي : احتمال الإثمار وعدمه ، وليس أحدهما أظهر (. . . صحَّ) كالقراض ، فإن الربح محتملُ الحصول ، فإن أثمرت . . . استحق ، وإلا . . . فلا شيء له ، والأصحُّ : المنع ؛ لأنه عقدٌ على عوض غير موجود ، ولا الظاهر وجوده ، فأشبه السلم فيما لا يوجد غالباً .

(وله مساقاة شريكه في الشجر إذا شرط له زيادة على حصته) كما إذا كانت بينهما نصفين وشرط له ثلثي الثمرة ليكون السدس عوض عمله ، وسواء قلَّت الزيادة أم كثرت ؛ كالأجنبي ، فإن شرط له مثل مقدار نصيبه ، أو دونه . . . لم يصحَّ ؛ إذ لا عوض ؛ لاستحقاقه ذلك بالملك ، فإن عمل . . . فلا أجرة له على الأصحَّ .

(ويشترط) لصحة المساقاة (أَلَّا يَشْرُطَ عَلَى الْعَامِلِ مَا لَيْسَ مِنْ جَنْسِ أَعْمَالِهَا) التي جرت عادة العامل بعملها ؛ كما لو شرط أن يبني له جدران الحديقة ، فإن فعل ذلك . . . لم يصحَّ ؛ لأنه استئجار بعوض مجهول ، واشتراط عقد في عقد .

(وأن ينفرد بالعمل) فلو شرط عمل المالك معه . . . فسد .

نعم ؛ لو شرط أن يعمل معه غلام المالك المعروف برؤية أو وصف . . . جاز على المذهب إذا لم يشترط اشتراكهما في التدبير ، فإن شرط ذلك ، ويعملان ما اتفقا عليه . . . لم يجز قطعاً .

(وباليَدِ في الحديقة) ليتمكن من العمل متى شاء ، فلو شرط كونها في يد المالك ، أو في يدهما . . . لم يصحَّ .

(ومعرفة العمل) جملةً لا تفصيلاً (بتقدير المدة ؛ كسنة أو أكثر) إلى مدة

وَلَا يَجُوزُ التَّوْقِيتُ بِإِدْرَاكِ الثَّمَرَةِ فِي الْأَصَحِّ . وَصِيغَتُهَا : (سَاقَيْتُكَ عَلَى هَذَا النَّخْلِ بِكَذَا) ، أَوْ (سَلَّمْتُهِ إِلَيْكَ لِتَعْتَهُدَهُ) . وَيَشْتَرَطُ الْقَبُولُ دُونَ تَفْصِيلِ الْأَعْمَالِ ، وَيُحْمَلُ الْمَطْلَقُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ عَلَى الْعُرْفِ الْغَالِبِ . وَعَلَى الْعَامِلِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِصَلَاحِ الثَّمَرِ وَاسْتِزَادَتِهِ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ ؛ كَسَقْيِ وَتَنْقِيَةِ نَهْرٍ وَإِصْلَاحِ الْأَجَاجِينِ الَّتِي يَثْبُتُ فِيهَا الْمَاءُ وَتَلْقِيحِ وَتَنْحِيَةِ حَشِيشٍ وَقُضْبَانٍ مُضِرَّةٍ ، وَتَعْرِيشِ جَرْتِ بِهِ عَادَةً ،

تبقى فيها العين للاستغلال .

وأقل مدتها : ما تطلع فيه الثمرة وتستغني عن العمل ، فلا تصح مطلقاً ، ولا مؤبدة ؛ لأنها عقد لازم فأشبهت الإجارة .

(ولا يجوز التوقيت بإدراك الثمرة في الأصح) لجهالته بالتقديم تارة ، وبالتأخير أخرى ، والثاني : يجوز ؛ لأنه المقصود في العقد .

(وصيغتها : « ساقيتك على هذا النخل » أو العنب (بكذا)) من الثمرة ؛ لأنه الموضوع لها (أو « سلمته إليك لتعتهده ») لأدائه معناه ، وينعقد بكل لفظ يؤدي معنى المساقاة ؛ كقوله : (اعمل على هذا النخل) ، أو (تعهد نخلي بكذا) .

(ويشترط : القبول) للزومها ؛ كالإجارة (دون تفصيل الأعمال) فلا يشترط التعرض له .

(ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب) إذ المرجع في مثله إلى العرف . (وعلى العامل) عند الإطلاق (ما يحتاج إليه لصلاح الثمر واستزادته مما يتكرر كل سنة ؛ كسقي) إن لم يشرب بعروقه ، (وتنقية نهر ، وإصلاح الأجاجين التي يثبت فيها الماء ، وتلقيح ، وتنحية حشيش ، وقضبان مضرّة) لاقتضاء العرف ذلك .

والأجاجين : الحفر التي تحفر حول النخلة ليثبت فيها الماء شبه الإجانة التي يُغسَلُ فيها ، والتلقيح : وضع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث .

أما الطلع الذي يلقح .. فهو على المالك .

وإنما اعتبرنا التكرار ؛ لأن ما لا يتكرر يبقى أثره بعد فراغ المساقاة ، وتكليفه العامل إجحاف به .

(وتعريش جرت به عادة) أي : وعليه إصلاح العريش في البلاد التي جرت العادة

وَكَذَا حِفْظُ الثَّمَرِ وَجُذَاؤُهُ وَتَجْفِيفُهُ فِي الْأَصْحِ . وَمَا قُصِدَ بِهِ حِفْظُ الْأَصْلِ وَلَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ ؛ كِبْنَاءُ الْحَيْطَانِ وَحَفْرُ نَهْرٍ جَدِيدٍ . فَعَلَى الْمَالِكِ . وَالْمَسَاقَاةُ لَازِمَةٌ ،

فيها بطرح الكروم على العريش عملاً بالعادة .

(وكذا حفظ الثمر) على النخل ، وفي الجرين من السرقة والطيور والزنابير .

(وجُذَاؤُهُ وَتَجْفِيفُهُ فِي الْأَصْحِ) أما في الأولى : فكحفظ مال القراض ، فإن لم يحفظه بنفسه . . فمؤنة من يحفظه عليه ، ومقابله : أن الحفظ عليهما على نسبة ملكيهما في الثمرة ؛ لأن الذي يجب على العامل ما يتعلق بزيادة الثمر وتنميته ، قال الرافعي : وهو الأقيس ^(١) .

وأما في الثانية وهي جُذَاؤُهُ وَتَجْفِيفُهُ . . فلأن الصلاح به يحصل ، ومقابله : أنه على المالك ؛ لوقوعه بعد كمال الثمار .

وقيد في « الروضة » تبعاً لـ « أصلها » الوجوب في التجفيف بما إذا جرت به العادة أو شرطاه ، وصرح به الماوردي في الجُذَاؤُ ^(٢) .

(وما قصد به حفظ الأصل ، ولا يتكرر كل سنة ؛ كِبْنَاءُ الْحَيْطَانِ ، وحفر نهر جديد . . فعلى المالك) لاقضاء العرف ذلك .

وقوله : (كِبْنَاءُ الْحَيْطَانِ) قد يوهم أن سدَّ الثُّلَمِ اليسيرة التي تحصل في الحيطان ليست على المالك ، والأصحُّ في « أصل الروضة » : اتباعُ العرف فيها ، وفي وضع الشوك على رؤوس الجدران ^(٣) ، وصحح السبكي في الثُّلَمِ أنها على المالك ، وقال : إنه المنصوص عليه في « الأم » .

وقوله : (وحفر نهر جديد) يوهم أن ما ينهار من النهر ليس على المالك ، وليس كذلك .

(والمساقاة لازمة) من الجانبين ؛ كالأجارة .

(١) الشرح الكبير (٦٩ / ٦) .

(٢) روضة الطالبين (١٥٩ / ٥) ، والشرح الكبير (٦٩ / ٦) ، والمحايي الكبير (١٧٩ / ٩) .

(٣) روضة الطالبين (١٦٠ / ٥) .

فَلَوْ هَرَبَ الْعَامِلُ قَبْلَ الْفَرَاغِ وَأَتَمَّهُ الْمَالِكُ مُتَبَرِّعاً . . بَقِيَ اسْتِحْقَاقُ الْعَامِلِ ، وَإِلَّا . .
 اسْتَأْجَرَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ مَنْ يُتِمُّهُ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْحَاكِمِ . . فَلْيُشْهَدَ عَلَى الْإِنْفَاقِ إِنْ
 أَرَادَ الْرُجُوعَ . وَلَوْ مَاتَ وَخَلَّفَ تَرَكَةً . . أَتَمَّ الْوَارِثُ الْعَمَلَ مِنْهَا ، وَلَهُ أَنْ يُتِمَّ بِنَفْسِهِ أَوْ
 بِمَالِهِ

(فلو هرب العامل قبل الفراغ وأتمه المالك متبرعاً . . بقي استحقاق العامل) كتبرع
 الأجنبي بأداء الدين .

(وإلا) أي : وإن لم يتبرع المالك بإتمامه (. . استأجر الحاكم عليه من يُتِمُّهُ) بعد
 إثبات المساقاة والهرب عنه ، وتعذر إحضاره ؛ لأنه واجب عليه ، فالقاضي ينوب عنه
 فيه .

هذا إذا كان له مال ومنه الثمرة المؤبرة . . فإنه يبيع نصيبه فيها ، فإن لم يكن له
 مال . . اقترض عليه إن لم يجد من يستأجره بأجرة مؤجلة مدة إدراك الثمر ، والاقتراض
 يكون من بيت المال ، أو من أجنبي ، أو من المالك ، وقيل : بالترتيب هكذا .

(وإن لم يقدر) المالك (على الحاكم) بأن كان فوق مسافة العدوى ، أو حاضراً
 ولم يُجِبْهُ إِلَى مَا التَّمَسَّهُ (. . فليشهد على الإنفاق إن أراد الرجوع) لأن الإشهاد في
 حال العذر كالحكم ، فإن لم يُشْهَد . . لم يرجع ؛ لظهور التبرع ، ولو لم يُمكنه
 الإشهاد . . لم يرجع أيضاً على الأصح ؛ لأنه عذر نادر .

وقوله : (على الإنفاق) مثال ، فإن الحكم كذلك إذا عمل بنفسه ليرجع .
 والمعتبر : أن يُشْهَدَ عَلَى الْعَمَلِ ، أو الاستئجار وبذل الأجرة بشرط الرجوع ، فإن
 لم يتعرض للرجوع . . فكأنه لم يشهد .

(ولو مات) العامل قبل العمل (وَخَلَّفَ تَرَكَةً . . أتم الوارث العمل منها) لأنه حق
 وجب على مُورِّثِهِ ، فيؤدَّى من تركته ؛ كغيره ، فإن امتنع . . استأجر الحاكم عليه .
 هذا إذا كانت على الذمة ، فإن كانت على العين . . انفسخت بالموت ؛ كالأجير
 المعين .

(وله أَنْ يُتِمَّ) العمل (بنفسه أو بماله) إن اختار ولا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ؛ لأن منافعه
 لنفسه .

وَلَوْ ثَبَّتْ خِيَانَةُ عَامِلٍ . . ضُمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفٌ ، فَإِنْ لَمْ يَتَحَفَّظْ بِهِ . . اسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِهِ
عَامِلٌ . وَلَوْ خَرَجَ الثَّمَرُ مُسْتَحَقًّا . . فَلِلْعَامِلِ عَلَى الْمُسَاقِي أُجْرَةُ الْمِثْلِ .

(ولو ثبتت خيانة عامل) بإقراره ، أو بينة ، أو يمين مردودة (. . ضُمَّ إِلَيْهِ
مشرف) ولا تزال يده ؛ لأن العمل حقُّ عليه ، ويمكن استيفاءه منه بهذا الطريق ،
فتعين جمعاً بين الحقيقين ؛ كما إذا تعدى المرتهن في الرهن . . فإنه يوضع عند عدل ،
ولا يبطل حقه .

(فَإِنْ لَمْ يَتَحَفَّظْ) العامل (به) أي : بالمشرف (. . استؤجر من ماله عامل) لتعذر
استيفاء العمل الواجب عليه منه ، والقدرة عليه بهذا الطريق .
(ولو خرج الثمر مستحقاً) لغير المساقى (. . فللعامل على المساقى أجرة المثل)
لأنه فوت عليه منافعه بعوض فاسد فيرجع ببذله .
هذا إذا كان قد عمل جاهلاً بالحال ، فإن علم . . فلا شيء له قطعاً .

* * *

كتاب الإجارة

شَرَطُهُمَا كَبَائِعَ وَمُشْتَرٍ . وَالصَّيْغَةُ : (أَجَرْتُكَ هَذَا) ، أَوْ (أَكْرَيْتُكَ) ، أَوْ
(مَلَكَتُكَ مَنَافِعَهُ سَنَةً بِكَذَا) ، فَيَقُولُ : (قَبِلْتُ) أَوْ (اسْتَأْجَرْتُ) أَوْ (أَكْتَرَيْتُ) .
وَالْأَصَحُّ : ائْتَعَادُهَا بِقَوْلِهِ : (أَجَرْتُكَ مَنَفَعَتَهَا) ،

(كتاب الإجارة)

هي بكسر الهمزة في المشهور ، وحكي الضم والفتح ، وهي لغة : اسم للأجرة ،
ثم اشتهرت في العقد ، وشرعاً : عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل^(١)
والإباحة بعوض معلوم ، قاله ابن الرفعة^(٢) .

واحترز بقوله : (قابلة للبدل والإباحة) عن منفعة البُضْع ، ويقول : (بعوض
معلوم) عن المساقاة ؛ لجهالة العوض فيها .

وأورد عليه : الجُعالة على عمل معلوم ، والمساقاة على ثمرة موجودة .

(شرطهما) أي : المؤجر والمستأجر (كبايع ومشتري) من التكليف والاختيار ؛
لأنها صنف من البيع .

(والصيغة : « أجرتك هذا » ، أو « أكريتك ») هذا (أو « ملكتك منافعه سنة
بكذا ») أما الأوليان فمجمع عليهما ، وأما الثالثة : ففيها وجه (فيقول :) على
الاتصال (« قبلت » ، أو « استأجرت » ، أو « أكريت ») لأنها بيع فلا بدّ فيها من
الإيجاب والقبول .

ونقل في (كتاب البيع) من « شرح المذهب » عن المتولي وآخرين أن الخلاف في
المعاطاة في البيع جارٍ هنا ، وفي الرهن والهبة^(٣) .

وصورة المعاطاة هنا : أن يتفقا على شيء ، ثم يتقابضا عقبه بلا عقد .

(والأصحُّ : انعقادها بقوله : « أجرتك منفعتها ») كما لو قال : (أجرتكها) ،

(١) في النسخ : (للبدل) ، ولعل الصواب ما أثبت كما في « نهاية المحتاج » (٢٦١ / ٥) .

(٢) كفاية النبيه (٢٠٢ / ١١) .

(٣) المجموع (١٥٦ / ٩) .

وَمَنْعُهَا بِقَوْلِهِ : (بَعْتُكَ مَنْفَعَتَهَا) . وَهِيَ قِسْمَانِ : وَارِدَةٌ عَلَى عَيْنِ كِإِجَارَةِ الْعَقَارِ وَدَابَّةٍ أَوْ شَخْصٍ مُعَيَّنِينَ . وَعَلَى الذِّمَّةِ كَاسْتِئْجَارِ دَابَّةٍ مَوْصُوفَةٍ ، وَبِأَنْ يُلْزَمَ ذِمَّتُهُ خِيَاطَةً أَوْ بِنَاءً . وَلَوْ قَالَ : (اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَعْمَلَ كَذَا) فَإِجَارَةُ عَيْنٍ ، وَقِيلَ : ذِمَّةٌ . وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ : تَسْلِيمُ الْأَجْرَةِ فِي الْمَجْلِسِ ، وَإِجَارَةُ الْعَيْنِ لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِيهَا ،

ويكون ذكر المنفعة تأكيداً؛ كقول البائع : (بعتك عين هذه الدار) ، والثاني : المنع ؛ لأن لفظ الإجارة وُضِعَ مضافاً إلى العين ؛ لأن المنفعة لا منفعة لها فكيف يضاف إليها العقد ؟!

(وَمَنْعُهَا بِقَوْلِهِ : « بَعْتُكَ مَنْفَعَتَهَا ») لأن البيع موضوع لملك الأعيان ، فلا يستعمل في المنافع ؛ كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة ، والثاني : يجوز ؛ لأنها صنف من البيع . (وهي قسمان : واردة على عين ؛ كإجارة العقار ، ودابة أو شخص معينين ، وعلى الذمة ؛ كاستئجار دابة موصوفة ، وبأن يلزم ذمته خياطة أو بناء) ذكر المصنف هذا التقسيم لما يترتب عليه من الأحكام الآتية ، ونبه على أن الوارد على العين قسمان . أحدهما : ما لا يُتَصَوَّرُ فيه غيرُ إجارة العين ، وهو إجارة العقار ؛ لأنه لا يثبت في الذمة ، ولهذا لا يجوز السلم في أرض ولا دار ، والثاني : ما يُتَصَوَّرُ فيه الأمران ، وهو الدابة والشخص ، ولهذا قال : (معينين) ، ومراده بالواردة على العين : ما ترتبط به العين ، وتمثيله يُرشد إليه ، ولا يفهم منه أن مورد الإجارة العين في الواردة على العين ، بل المذهب الصحيح : أن موردها المنافع ، سواء وردت على العين أم الذمة ، خلافاً لأبي إسحاق .

(وَلَوْ قَالَ : « اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَعْمَلَ كَذَا » فَإِجَارَةُ عَيْنٍ) لتوجه الخطاب إلى العين ؛ كقوله : (استأجرت هذه الدابة) ، (وقيل : ذمة) لأن المقصود حصول العمل من جهة المخاطب ، فكأنه قال : (استحققت عليك كذا) .

(وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ : تَسْلِيمُ الْأَجْرَةِ فِي الْمَجْلِسِ) كرأس مال السلم ؛ لأنها سلم في المنافع ، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة ، ولا الاستبدال عنها ، ولا الحوالة بها ، ولا عليها ، ولا الإبراء منها .

(وَإِجَارَةُ الْعَيْنِ لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِيهَا) كما لا يشترط تسليم الثمن في البيع .

وَيَجُوزُ فِيهَا التَّعْجِيلُ وَالتَّأْجِيلُ إِنْ كَانَتْ فِي الذِّمَّةِ ، وَإِذَا أُطْلِقَتْ . . تَعَجَّلَتْ ، وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً . . مُلِكَتْ فِي الْحَالِ . وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْأَجْرَةِ مَعْلُومَةً ، فَلَا تَصِحُّ بِالْعِمَارَةِ وَالْعَلْفِ ، وَلَا لِيَسْلَخَ بِالْجِلْدِ ، وَيَطْحَنَ بِبَعْضِ الدَّقِيقِ أَوْ بِالنُّخَالَةِ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِتَرْضَعَ رَقِيقًا بِبَعْضِهِ فِي الْحَالِ . . جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ

(ويجوز فيها التعجيل والتأجيل إن كانت) الأجرة (في الذمة) كالثمن ، فإن كانت معينة . . لم يجز التأجيل ؛ لأن الأعيان لا تؤجل .

(وإذا أُطلقت . . تعجلت) كالثمن في البيع المطلق ، ويملكها المؤجر بالعقد ، ويستحق استيفاءها بتسليمه العين .

(وإن كانت) الأجرة (معينة . . مُلِكَتْ في الحال) كالثمن المعين .

(ويشترط : كون الأجرة معلومة) جنساً وقدرأً وصفة ؛ كالثمن في البيع ، وروى أبو داود : (أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن استئجار الأجير حتى تُمَيَّرَ له أجرته)^(١) .

(فلا تصحُّ بِالْعِمَارَةِ) أي : استئجار الدار بعمارتها ، (والعلف) في إجارة الدابة ؛ للجهالة .

والعلف : بإسكان اللام ويفتحها ؛ كما ضبطه المصنف بخطه ، وهو بالفتح : ما يعلف به ، وبالإسكان : المصدر .

(ولا ليسلخ بالجلد ، ويطحن ببعض الدقيق أو بالنخالة) لجهالة هذه الأشياء ، ولما فيه من عدم القدرة على التسليم في الحال ؛ لأنها ليست على الهيئة المشروطة .

(ولو استأجرها لترضع رقيقاً ببعضه في الحال . . جاز على الصحيح) ولا أثر لكون عمله يقع في مشترك ، كمساقاة شريكه إذا شرط له زيادة من الثمر . . فإنه يجوز وإن كان يقع عمله في مشترك ، والثاني : لا يجوز ، ونقله الإمام عن الأصحاب ؛ لأن عمل الأجير ينبغي أن يقع في خالص ملك المستأجر^(٢) .

(١) المراسيل (١٦٩) ، وأخرجه النسائي (٣٢/٧) ، والبيهقي (١٢٠/٦) ، وأحمد (٥٩/٣) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٢) نهاية المطلب (١٩٧/٨) .

وَكُونَ الْمَنْفَعَةُ مُتَقَوِّمَةً ، فَلَا يَصِحُّ اسْتِجَارُ بَيْعٍ عَلَى كَلِمَةٍ لَا تُتَعَبُ وَإِنْ رَوَّجَتِ السَّلْعَةُ ،
وَكَذَا دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ لِلتَّرْزِينِ ، وَكَلْبٌ لِّصِيدٍ فِي الْأَصَحِّ . وَكَوْنُ الْمُؤَجَّرِ قَادِرًا عَلَى
تَسْلِيمِهَا ، فَلَا يَصِحُّ اسْتِجَارُ آبَقٍ وَمَغْصُوبٍ وَأَعْمَى لِلْحِفْظِ ، وَأَرْضٌ لِلزَّرَاعَةِ لَا مَاءَ لَهَا
دَائِمٌ ، وَلَا يَكْفِيهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ ، وَيَجُوزُ إِنْ كَانَ لَهَا مَاءٌ دَائِمٌ ،

واحترز بقوله : (في الحال) عما لو استأجرها ببعضه بعد الفطام .. فلا يصح
قطعاً ؛ لأن الأجرة معينة وقد أجلها ، والأعيان لا تؤجل .
(وكون المنفعة مُتَقَوِّمَةً) ليحسن بذل المال في مقابلتها ، وإلا .. كان سفهاً
وتبذيراً .

(فلا يصح استئجار ببيع على كلمة لا تُتَعَبُ وَإِنْ رَوَّجَتِ السَّلْعَةُ) إذ لا قيمة لها ،
ويلتحق بذلك ما إذا استأجره ليعلمه آية لا تعب فيها ؛ كقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ نَظَرَ ﴾ وقد
صرحوا به في (الصداق) .

(وكذا دراهم ودنانير للتزوين ، وكلب للصيد) أو للحراسة (في الأصح) أما في
الأولى .. فلأن منفعة التزوين لا تقصد غالباً ، ومعظم منفعتها الإنفاق ، وأما في
الثانية .. فلأن الكلب لا قيمة لعينه ، فكذا منفعته ، والثاني : يصح فيهما ؛ لأنها منافع
تستباح بالإعارة ، فاستحقت بالإجارة ؛ كسائر المنافع .

وأشار بقوله : (للتزوين) إلى أنه لا بد من ذكره ، فلو أطلق .. لم يصح قطعاً ؛ لأن
تعيين الجهة شرط .

(وكون المؤجر قادراً على تسليمها ، فلا يصح استئجار آبَقٍ ومغصوب) كيبيعهما ،
(وأعمى للحفظ) أي : حفظ ما يحتاج إلى النظر إجارة عين ؛ لاستحالة ذلك منه ،
ونحوه الأخرس للتعليم .

(وأرض للزراعة لا ماء لها دائم ، ولا يكفيها المطر المعتاد) ولا ما في معناه ؛ من
النداءة ، وماء الثلوج ، ونحوها ، ولكن إن أصابها مطرٌ عظيم ، أو سيلٌ نادر .. أمكن
زرعها ؛ لأنها منفعة غير مقدور عليها ، ولا يكفي إمكان الحصول ؛ كما لا يكفي
إمكان عود الآبق والمغصوب .

(ويجوز إن كان لها ماء دائم) من عين أو نهر ؛ لإمكان الزراعة حينئذ ، قال ابن

وَكَذَا إِنْ كَفَاهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ أَوْ مَاءُ الثَّلُوجِ الْمُجْتَمِعَةِ ، وَالْغَالِبُ حُصُولُهَا فِي الْأَصَحِّ .
وَالْإِمْتِنَاعُ الشَّرْعِيُّ كَالْحِسِيِّ ، فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ لِقْلَعٍ سِنَّ صَحِيحَةٍ ، وَلَا حَائِضٍ لِعِدْمَةِ
مَسْجِدٍ ، وَكَذَا مَنْكُوحَةٌ لِرِضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ فِي الْأَصَحِّ

الرفعة : واستئجار الحمام في معنى استئجار الأرض للزراعة فيما يظهر .

(وكذا إن كفاها المطر المعتاد ، أو ماء الثلوج المجتمعة ، والغالب حصولها في
الأصح) لأن الظاهر حصول الغالب ، والثاني : المنع ؛ لأن السقي معجوز عنه في
الحال ، والمتوقع لا يعلم حصوله ، ويتقدير حصوله لا يعرف أنه يحصل وقت الحاجة
إليه .

ويصحُّ استئجار أراضي مصر للزراعة قبل رَيِّهَا إذا كانت تَرَوَى من الزيادة الغالب
حصولها على الأصحِّ .

(والامتناع الشرعي كالحسي ، فلا يصحُّ استئجار لِقْلَعٍ سِنَّ صحيحة) لامتناع
تسليمها شرعاً ، وهذا في غير القصاص ، وأما المستحقة بالقصاص . . فيجوز .
وأفهم : جواز الاستئجار لِقْلَعٍ سِنَّ عليلة ، وهو الأصحُّ إذا صعب الألم وقال أهل
الخبرة : إن القلع يزيله .

(ولا حائِضٍ لخدمة مسجد) إجارة عين ؛ لاقتضاء الخدمة المكث ، وهي ممنوعة
منه .

نعم ؛ لو كانت كافرة وأمنت التلويث . . قال الأذَرَعِي : فيشبه الصحة ، ويجوز في
إجارة الذمة .

(وكذا منكُوحَةٌ لِرِضَاعٍ أو غيره) مما لا يؤدي إلى خلوة محرمة (بغير إذن الزوج في
الأصح) لأن أوقاتها مستغرقة بحقه ، فلا يمكنها توفية ما التزمته ، والثاني : يصح ؛
لأن محلّه غير محلّ النكاح ؛ إذ لا حقّ له في لَبْنِهَا وخدمتها .
وعلى هذا : فللزواج فسخه ؛ حفظاً لحقه ، وفي « الكافي » : وجه أنه يصحُّ ،
ولا اعتراض للزوج ، أما بإذنه . . فيصحُّ قطعاً .

والخلاف في الحرية ، أما الأمة . . فللسيد أن يؤجرها نهائياً قطعاً وإن أبى الزوج .
ولو سقت المرضعة المستأجر عينها لبنَ غيرها للطفل . . فلا أجر لها ، وقال أهل

وَيَجُوزُ تَأْجِيلُ الْمَنْفَعَةِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ؛ كـ (أَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ الْحَمَلَ إِلَى مَكَّةَ أَوَّلَ شَهْرِ كَذَا) . وَلَا تَجُوزُ إِجَارَةُ عَيْنٍ لِمَنْفَعَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ ، فَلَوْ أَجَرَ السَّنَةَ الثَّانِيَةَ لِمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلَى قَبْلَ انْقِضَائِهَا . . . جَازَ فِي الْأَصَحِّ . . .

العراق : لها الأجرة ، قال الروياني : وهو غلط ؛ لأنها لم تأت بما هو مستحق بالعقد .

(ويجوز تأجيل المنفعة في إجارة الذمة ؛ كـ « أَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ الْحَمَلَ إِلَى مَكَّةَ أَوَّلَ شَهْرِ كَذَا ») لأنَّ الدَّيْنَ يَقْبَلُ التَّأْجِيلَ ؛ كما لو أسلم في شيء إلى أجل معلوم .
وقوله : (أول شهر كذا) تبع فيه « المحرر »^(١) ، وظاهره : أنه تأجيل صحيح ، لكن في « الروضة » و« أصلها » في (السلم) عن الأصحاب أنه لو قال : (أول رمضان) . . بطل ؛ لأنه يقع على جميع النصف الأول^(٢) ، فلو مثل كـ « الشرحين » و« الروضة » بغرة شهر كذا^(٣) . . . لكان حسناً .

(ولا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلية) كإجارة الدار السنة المستقبلية ؛ قياساً على البيع ، فإنه لو باع العين على أن يسلمها بعد شهر . . لم يصح ، فكذا الإجارة .
(فلو أَجَرَ السَّنَةَ الثَّانِيَةَ لِمُسْتَأْجِرِ الْأَوَّلَى قَبْلَ انْقِضَائِهَا . . جَازَ فِي الْأَصَحِّ) لاتصال المدينين ؛ كما لو أجر منه الستين في عقد واحد ، والثاني : لا يجوز ؛ كما لو أجرها من غيره ، أو منه مدة لا تتصل بالمدة الأولى ، وصححه جمع ، وقال البندنجي والروياني : إنه الأقيس .

وأورد على المصنف : ما لو قال : (أجرتك سنة فإذا انقضت . . فقد أجرتك سنة أخرى) ، فإن الصحيح فيها : بطلان العقد الثاني مع صدق أنه أجر السنة الثانية قبل انقضاء الأولى .

فلو عبر بقوله : (في أثنائها) . . لكان أولى ، وأجيب : بأنه في هذه الصورة ليس مستأجر الأولى .

(١) المحرر (ص ٢٣٠) .

(٢) روضة الطالبين (١٠/٤) ، والشرح الكبير (٤٠٠/٤) .

(٣) روضة الطالبين (١٨٢/٥) ، والشرح الكبير (٩٦/٦) .

وَيَجُوزُ كِرَاءُ الْعُقَبِ فِي الْأَصَحِّ ، وَهُوَ : أَنْ يُؤْجَرَ دَابَّةٌ رَجُلًا لِيَرْكَبَهَا بَعْضُ الطَّرِيقِ ،
أَوْ رَجُلَيْنِ لِيَرْكَبَ هَذَا أَيَّامًا وَذَا أَيَّامًا وَيُبَيِّنَ الْبَعْضَيْنِ ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ .

فَصْلٌ

[في بقية شروط المنفعة وما تقدر به]

يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُنْفَعَةِ مَعْلُومَةً ، ثُمَّ تَارَةً تُقَدَّرُ بِزَمَانٍ كَدَارِ سَنَةٍ ،

(ويجوز كراء العقب في الأصح ، وهو : أن يؤجر دابة رجلًا ليركبها بعض الطريق ، أو رجلين ليركب هذا أيامًا وذا أيامًا ، ويبين البعضين ثم يقتسمان) أي : المكري والمكثري ، أو المكثريان سواء في إجارة العين والذمة ؛ لثبوت الاستحقاق حالاً ، فإن الملك واقع لهما دفعة واحدة ، والتأخير الواقع من ضرورة القسمة لا يؤثر ؛ كالدار المشتركة ، بخلاف ما لو أجرها ليركبها زماناً ، ثم المستأجر بعده زماناً ؛ لتأخر حقه وتعلقها بالمستقبل ، والثاني : المنع فيهما ، فإنه إجارة إلى آجال متفرقة وأزمنة منقطعة ، والثالث : يصح في الصورة الثانية ؛ لاتصال زمن الإجارة فيها دون الأولى ، والرابع : يصح فيهما إن كانت في الذمة ، ولا يصح إن كانت معينة .

* * *

(فصل : يشترط : كون المنفعة معلومة) عيناً وقدرًا وصفة ؛ كالبيع ، فلا تصح إجارة أحد عبديه ، ولا إجارة الغائب على الأصح ، ولا إجارة مدة غير مقدرة ، وإذا استأجر عقاراً اشترط تحديده بالجهات ؛ كما يفعل في البيع ، حكاه في « الكفاية » عن القاضي أبي الطيب ^(١) .

ويستثنى من اشتراط القدر : دخول الحمام مع اختلاف أحوال الداخلين في المكث ، واستعمال الماء ، وحكى في « شرح المهذب » في (باب بيع الغرر) الإجماع عليه ^(٢) .

(ثم تارة تُقَدَّرُ) المنفعة (بزمان) فقط (كدار سنة) معينة متصلة بالعقد ، وفي معنى الدار : كل ما لا ينضبط بالعمل لاختلافه ؛ كالأواني ، والثياب ، والتطيين ،

(١) كفاية النيه (٢١٩/١١) .

(٢) المجموع (٢٤٦/٩) .

وَتَارَةً يَعْمَلُ ؛ كَدَابَةً إِلَى مَكَّةَ ، وَكَخِيَاظَةَ ذَا الثُّوبِ ، فَلَوْ جَمَعَهُمَا فَاسْتَأْجَرَهُ لِيَخِيْطَهُ
بِيَاضِ النَّهَارِ . . لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ . وَيُقَدَّرُ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ بِمُدَّةٍ ،

والرضاع ، فإنه لا سبيل للضبط في هذه إلا بالزمان .

(وتارة بعمل ؛ كدابة) معينة أو موصوفة (إلى مكة ، وكخياطة ذا الثوب) من غير
تقدير مدة ؛ لأن هذه المنافع معلومة في أنفسها فلم تفتقر إلى تقدير المدة .
وكلامه قد يوهم : تعين التقدير بالعمل في ذلك ، وليس كذلك ، بل يجوز تقديره
بالزمان أيضاً على الانفراد ، فيقول : (أجزني هذه الدابة لأركبها شهراً ، وأجزني
عبدك ليخيط لي هذا الثوب) ، أو (يخيط لي شهراً) .

(فلو جمعهما) أي : التقدير بالعمل والزمان (فاستأجره ليخيطه بياض النهار . .
لم يصح في الأصح) للغرر ، فقد يتقدم العمل أو يتأخر ، والثاني : يصح ؛ إذ المدة
مذكورة للتعجيل ، فلا تؤثر في الفساد ، والثالث : إن أمكن حصوله في تلك المدة . .
صح ، وإلا . . فلا ، وفي « البحر » عن البويطي إن أمكن . . كان ذكره أفضل^(١) .
(ويُقدَّرُ تعليم القرآن بمدة) كشهـر مثلاً ؛ كما لو استأجر خياطاً ليخيط له شهراً ،
وهذا هو الأصح في « زيادة الروضة » والمجزوم به في « الشرحين » في
(الصداق)^(٢) ، لكن الأشبه في « الشرح الصغير » و« التذنيب » هنا : أنه لا يجوز ؛
لتفاوت السور والآيات في سهولة الحفظ وصعوبته .
واعترض : بأن في ثبوت المنع وجهاً نظراً ، فإنه لا يكاد يوجد التصريح به لأحد ،
فضلاً عن ترجيحه .

وصورة المسألة : إذا لم يرد القرآن جميعه ، بل ما يُسمَّى قرآناً ، أما إذا أريد
جميعه . . فلا يصح على الأصح ؛ لأن فيه جمعاً بين الزمان والعمل .
وحيتئذ كان ينبغي للمصنف أن يقول : تعليم قرآن بالتنكير ، فإن الشافعي رضي الله
عنه نص في (باب التدبير) على أن القرآن بالآلف واللام لا يطلق إلا على جميعه^(٣) .

(١) بحر المذهب (٣٠٧/٨) .

(٢) روضة الطالبين (١٩٠/٥) ، والشرح الكبير (٣٠٩/٨) .

(٣) الأم (٣٢٣/٩) .

أَوْ تَعَيَّنَ سَوْرٌ . وَفِي الْبِنَاءِ يُبَيِّنُ الْمَوْضِعَ ، وَالطُّوْلَ ، وَالْعَرْضَ ، وَالسَّمَكَ ، وَمَا يُبْنَى بِهِ إِنْ قُدِّرَ بِالْعَمَلِ . وَإِذَا صَلَحَتِ الْأَرْضُ لِبِنَاءٍ وَزَّرَاعَةٍ وَغِرَاسٍ . . . اشْتَرَطَ تَعَيَّنُ الْمُنْفَعَةِ ، وَيَكْفِي تَعَيَّنُ الزَّرَاعَةِ عَنْ ذِكْرِ مَا يُزْرَعُ فِي الْأَصَحِّ ،

(أو تعيين سور) إن كانت كاملة ، أو تعيين آيات ؛ كعشر آيات من سورة كذا من أولها ، أو من آخرها ؛ للتفاوت بينهما في سهولة الحفظ ، وصعوبته .

وأفهم : أنه لا يشترط تعيين القراءة ؛ كقراءة أبي عمرو ، وهو الأصح ؛ إذ الأمر فيها قريب ، فإن عين شيئاً . . . تعيين .

وأفهم أيضاً : أنه لا يشترط اختبار حفظ المتعلم ، وهو كذلك ، قال ابن الرفعة : ولو خرج ذهنه عن عادة أمثاله في البلادة . . . فله الفسخ فيما يظهر .

ويشترط : علم المتعاقدين بما يقع العقد على تعليمه ، فإن لم يعلماه . . وكلاً ، ويكفي أن يفتحا المصحف ويقول : (تَعَلَّمْنِي مِنْ هُنَا إِلَى هُنَا) ، قاله أبو الفرج الزاز ، وتوقف فيه الرافعي ؛ لأنه لا يفيد معرفة المشار إليه سهولة وصعوبة ، قال في « الروضة » في (الصداق) : وهو الصواب ، فتعين التوكيل^(١) .

(وفي البناء يبين الموضع) أي : موضع الجدار ، (والطول) أي : طول البناء (والعرض ، والسَّمَكُ ، وما يُبْنَى بِهِ) من طين وآجر ، وغير ذلك (إن قُدِّرَ بِالْعَمَلِ) لاختلاف الأغراض به ، فإن قدر بالزمان . . لم يحتاج إلى بيان شيء من ذلك ، وقد مرَّ تفسير الطول والعرض والسَّمَكُ في (الصلح) فليراجع .

(وإذا صَلَحَتِ الْأَرْضُ لِبِنَاءٍ وَزَّرَاعَةٍ وَغِرَاسٍ . . اشترط تعيين المنفعة) لاختلاف الضرر اللاحق باختلاف منافع هذه الجهات ؛ كما لو أجر بهيمة . . لا يجوز الإطلاق .

(ويكفي تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع في الأصح) لقلة التفاوت بين أنواع الزرع ، ويزرع ما شاء ، قال الرافعي : وكان يحتمل أن ينزل على أقلِّ الدرجات^(٢) . انتهى ، وما بحثه حكاة الخوارزمي وجهاً ، والثاني : لا يكفي ؛ لاختلاف ضرر الزرع .

(١) روضة الطالبين (٣٠٥ / ٧) .

(٢) الشرح الكبير (١١٥ / ٦) .

وَلَوْ قَالَ : (لَتَنْتَفِعَ بِهَا بِمَا شِئْتَ) . . صَحَّ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : (إِنْ شِئْتَ فَازْرَعْ وَإِنْ شِئْتَ فَاغْرِسْ) فِي الْأَصَحِّ . وَشِئْتُ فِي إِجَارَةِ دَابَّةٍ لِرُكُوبٍ مَعْرِفَةُ الرَّاكِبِ بِمُشَاهَدَتِهِ أَوْ وَصْفِ تَامٍّ ، وَقِيلَ : لَا يَكْفِي الْوُصْفُ ،

ويجري الخلاف في قوله : (لتغرس) ، و (لتبني) ، قاله الرافعي^(١) ، وتوقف فيه السبكي ؛ لأن البناء والغراس تتفاوت كثيراً ، بخلاف الزرع .

(ولو قال : « لتنتفع بها بما شئت » . . صَحَّ) ويصنع ما شاء ؛ لرضاه به .

(وكذا لو قال : « إن شئت . . فازرع ، وإن شئت . . فاغرس » في الأصح) لرضاه بأعظمهما ضرراً ، والثاني : المنع ، للإيهام^(٢) ؛ كما لو قال : (بعثك بألف مكسرة إن شئت ، وصحيحة إن شئت) .

(ويشترط في إجارة دابة لركوب : معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام) ليتفني الغرر ، وسواء إجارة العين والذمة .

ولم يبين المراد بالتام ، وفي « الروضة » و « أصلها » : واختلف في الوصف ، فقليل : يذكر صفته في الضخامة والنحافة ؛ ليعرف وزنه تخميناً ، وقيل : يصفه بالوزن ، ولم يرجحاً شيئاً^(٣) ، ورجح شيخنا قاضي القضاة جلال الدين البلقيني الثاني .

(وقيل : لا يكفي الوصف) ، وتتعين المشاهدة ؛ لأن الخبر ليس كالمعاينة ، وهذا ما نقلناه في « الشرح » و « الروضة » عن الأكثرين^(٤) ، وحكاها في « المطلب » عن نص « الأم » ، لكن الرافعي قال : إن إلحاق الوصف التام بالمشاهدة أشبه في المعنى ؛ [لأنه يفيد التخمين ؛ كالمشاهدة]^(٥) ، قال السبكي : وهذا ليس وجهاً منقولاً ، لكن الرافعي جعله في معنى المشاهدة ؛ يعني : بحثاً ، فعلم أن التخيير بينهما ؛ كما في « الكتاب » ليس وجهاً بالكلية ، فضلاً عن أن يكون هو المرجح .

(١) الشرح الكبير (١١٥/٦) .

(٢) في (ب) : (للإيهام) .

(٣) روضة الطالبين (٢٠١/٥) ، والشرح الكبير (١١٦/٦) .

(٤) الشرح الكبير (١١٦/٦) ، وروضة الطالبين (٢٠١-٢٠٠/٥) .

(٥) الشرح الكبير (١١٦/٦) ، ما بين المعقوفين زيادة من (ب) و (د) .

وَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا يُرَكَّبُ عَلَيْهِ مِنْ مَحْمِلٍ وَغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ . وَلَوْ شَرَطَ حَمْلَ الْمَعَالِيْقِ مُطْلَقًا . فَسَدَ الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِنْ لَمْ يَشْرُطْهُ . . . لَمْ يَسْتَحِقَّ . . .

(وكذا الحكم فيما يُركب عليه من مَحْمِلٍ وغيره) كعمارية وسرج وإكاف (إن كان له) أي : إن كان الْمُحْضِرُ لَهُ هو المَكْتَرِي ، حيث اقتضى الشرط الركوب عليه ، ولا بدُّ هنا عند عدم المشاهدة من الوزن مع الوصف على الْأَصَحِّ ، وقيل : يكفي الوزن أو الوصف .

ومحلُّ الخلاف : إذا تفاوتت المحامل تفاوتاً فاحشاً ، وإلا . . كفى الإطلاق ، ويحمل على معهودهم قطعاً .

واحترز بقوله : (إن كان له) عما إذا كان مجرداً ليس معه ما يركب عليه ، فإنه لا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه ، ويركبه المؤجر على ما شاء على ما يليق بالدابة . ولا يختص ما ذكر المصنف بما يركب عليه ، بل ما كان معه من زاملة ونحوها كذلك ، وقد صرح به في « المحرر »^(١) ، فلا وجه لإهماله .

(ولو شرط حملَ المعاليق مطلقاً) أي : من غير رؤية ، ولا وصف ووزن (. . . فسَدَ العقد في الْأَصَحِّ) لاختلاف الناس فيها ، فربما قلَّتْ ، وربما كَثُرَتْ ، والثاني : يصحُّ ، ويحمل على الوسط المعتاد .

وكان ينبغي التعبير بالأظهر ؛ لأن في المسألة قولين .

والمعاليق : السُّفْرَةُ والإداوة والقُمُومَةُ والقِدْرُ ، قال الماوردي : وكذا المِضْرَبَةُ والمِخْدَةُ ، ونحو ذلك^(٢) .

والخلاف في السفرة والإداوة إذا كانتا فارغتين ، فإن كان فيهما طعام وماء فلا بدُّ من رؤيته ، أو معرفته بالوزن على المشهور .

(وإن لم يشترطه) أي : حمل المعاليق (. . لم يستحق) حملها ؛ لاختلاف الناس فيها ، وقد لا يكون للراكب فيها معاليق أيضاً .

(١) المحرر (ص ٢٣١) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/ ٢٣٤) .

وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ تَعْيِينَ الدَّابَّةِ - وَفِي اشْتِرَاطِ رُؤْيَيْهَا الْخِلَافُ فِي بَيْعِ الْغَائِبِ -
وَفِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ذِكْرُ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالذَّكُورَةِ أَوِ الْأُنْثَى . وَيُشْتَرَطُ فِيهِمَا بَيَانُ قَدْرِ
السَّيْرِ كُلِّ يَوْمٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِالطَّرِيقِ مَنَازِلُ مَضْبُوتَةٌ . . فَيُنْزَلُ عَلَيْهَا . وَيَجِبُ فِي الْإِيجَارِ
لِلْحَمْلِ أَنْ يَعْرِفَ الْمَحْمُولُ - فَإِنْ حَضَرَ . . رَأَاهُ وَامْتَحَنَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ فِي ظَرْفٍ ، وَإِنْ
غَابَ . . قُدِّرَ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ -

(ويشترط في إجارة العين : تعيين الدابة) فلا يصح أن يؤجره إحدى هاتين
الدابتين .

(وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في بيع الغائب) والأظهر : اشتراطه ؛ كما مرَّ في
بابه .

(وفي إجارة الذمة : ذكر الجنس) كالإبل أو الخيل أو الحمير ، (والنوع)
كالبحاثي أو العراب ، (والذكورة أو الأنوثة) لاختلاف الغرض ، فإن الأنثى أسهل
سيراً ، والذكر أقوى ، ويشترط أيضاً : أن يقول : (مهملج) ، أو (بحر) ، أو
(قطوف) على الأصح^(١) ؛ لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير .

(ويشترط فيهما) أي : في إجارة العين والذمة (بيان قدر السير كل يوم) لتفاوت
الغرض فيه ، (إلا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة فيُنزَلُ) إطلاق العقد (عليها) كما
يصرف إطلاق النقد إلى غالب نقد البلد .

فإن شرطاً خلافه . . اتبع إن أطاقت البهيمة ، فإن لم تكن منازل مضبوطة ، أو كانت
واختلفت العادة . . لم يصح حتى يبينها ، أو يقدِّرها بالزمان ؛ كالثمن في موضع لا نقد
فيه .

(ويجب في الإيجار للحمل أن يعرف المحمول) لاختلاف تأثيره وضرره .

(فإن حضر . . رآه وامتنحه بيده إن كان في ظرف) ليعرف وزنه تخميناً .

(وإن غاب . . قُدِّرَ بكيل) إن كان مكيلاً ، (أو وزن) إن كان موزوناً ، أو مكيلاً

قالا : والوزن في كل شيء أولى وأحصر^(٢) .

(١) المَهْمَلَج : حسن السير في سرعة ، البحر : الواسع المشي ، القَطُوف : البطيء السير .

(٢) الشرح الكبير (١٢٠ / ٦) ، وروضة الطالبين (٢٠٤ / ٥) .

وَجِنْسُهُ، لَا جِنْسَ الدَّابَّةِ وَصِفَتَهَا إِنْ كَانَتْ إِجَارَةً ذِمَّةً إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَحْمُولُ زُجَاجاً وَنَحْوَهُ.

فَصْنَعُ

[في منافع يمتنع الاستئجار لها ومنافع يخفى الجواز فيها وما يعتبر فيها]

لَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مُسْلِمٍ لِحِجَادٍ ،

(وجنسه) أي : ويجب أن يعرف المكري جنس المحمول ؛ لأن تأثير الحديد والقطن في الدابة - وإن استويا في الوزن - يختلف .

نعم ؛ لو قال : (أجزتكها لتحمل عليها مئة رطل مما شئت) . . صحَّ في الأصحَّ ، ويكون رضا منه بأضرَّ الأجناس ، ولا حاجة مع ذلك إلى بيان الجنس ، هذا في الموزون ، أما المكيل : فلا يغني قوله : (عشرة أقدرة مما شئت) عن ذكر الجنس ؛ كما صوبه في « زيادة الروضة » ؛ لكثرة الاختلاف في الكيل وقلته في الوزن ، وأين نقل الملح من ثقل الذرة^(١) .

(لا جنس الدابة وصفتها إن كانت إجارة ذمة) أي : لا يشترط معرفة ذلك ، بخلاف الركوب ؛ إذ الغرض هنا نقل المتاع إلى الموضع المنقول إليه ، فلا يختلف الغرض بحال حامله .

واحترز بالذمة : عن العين ، فإنه على ما سلف في الركوب .
(إلا أن يكون المحمول زُجَاجاً ونحوه) مما يسرع انكساره ؛ كالخزف ، فلا بدَّ من بيان حال الدابة ؛ كالركوب .

وصورة المسألة - كما قاله الإمام - : أن يعين الزجاج في العقد أما لو جعل عماد العقد الوزن ، ونوى حمل الزجاج وأضره . . فلا يجب التعرض للدابة^(٢) .
واستثنى القاضي أيضاً : ما إذا كان في الطريق وحلَّ ؛ لأن الضعيفة تسقط فيه دون القوية .

* * *

(فصل : لا تصحُّ إجارة مسلم لِحِجَادٍ) لأنه وإن لم يكن متعيناً عليه فهو إذا حضر

(١) روضة الطالبين (٢٠٤/٥) .

(٢) نهاية المطلب (١٣٦/٨) .

وَلَا عِبَادَةٌ تَجِبُ لَهَا نِيَّةٌ إِلَّا الْحَجُّ وَتَفَرُّقَةُ زَكَاةٍ . وَتَصِحُّ لِتَجْهِيْزِ مَيْتٍ وَدَفْنِهِ ، وَتَعْلِيْمُ الْقُرْآنِ ، وَلِحَضَانَةِ وَإِرْضَاعٍ مَعًا ، وَلَا أَحَدَهُمَا فَقَطُ ،

الصف . . تعين عليه ، ولا يجوز أخذ الأجرة على فرض العين .

وخرج بالمسلم : الذمي ، وسيأتي في باب ما فيه ، إن شاء الله تعالى .

(ولا عبادة تجب لها نية) إذ القصد امتحانُ المكلف بها ، ولا يقوم المستأجر في ذلك مقامه ، (إلا الحج)^(١) والعمرة لما مرَّ في بابها ، (وتفرقة زكاة) وكل ما تدخله النيابة ؛ كال كفارة ، وذبح الضحايا ، والصوم عن الميت ، وكذا ركعتا الطواف ، فإنها تقع عن المحجوج عنه على الأصحَّ ، وجوازهما إنما هو بالتبع للإحرام .

(وتصح لتجهيز ميت ودفنه) وإن تعين عليه في الأصحَّ ؛ لأن فرض الكفاية في ذلك ليس متأصلاً ؛ إذ مؤنة ذلك تختص بتركة الميت ، فالأجير غير مقصود بفعله .
(وتعليم القرآن) وإن تعين عليه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ تَعَالَى »^(٢) .

وقيل : إن تعين . . لم يجز ؛ كفرض العين ابتداء .

وقد مرَّ شروط صحة الاستئجار على تعليم القرآن عند قوله : (ويقدر تعليم القرآن بمدة ، أو تعيين سور) ، وعلم منه هناك صحة الإجارة عليه ، لكن ذكره هنا لكونه مستثنى من العبادات .

نعم ؛ محلُّ صحة الاستئجار عليه : إذا كان المتعلم مسلماً ، أو كافراً يُرجى إسلامه .

(ولحضانة وإرضاع معاً) أي : يصحُّ لهما ، حرة كانت المرأة أو أمة .

(ولأحدهما فقط) أما الحضانة . . فلأنها نوع خدمة ، وأما الرضاع . . فلقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ ﴾ الآية .

واعلم : أن الحضانة صغرى ، وهي : وضعه في الحجر ، وإقامته الثدي ، وعصره له ، وكبرى : وهي بالمعنى الآتي تفسيره في كلام المصنف .

(١) بالجر بدل من عبادة . اهـ « حاشية الشيراملسي » (٢٩٢/٥) .

(٢) أخرجه البخاري (٥٧٣٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

وَالْأَصْحُ : أَنَّهُ لَا يَسْتَتِيعُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، وَالْحَضَانَةُ : حِفْظُ صَبِيٍّ وَتَعَهُدُهُ بِغَسْلِ رَأْسِهِ وَبَدَنِهِ وَثِيَابِهِ وَدَهْنِهِ وَكَحْلِهِ وَرَبْطِهِ فِي الْمَهْدِ وَتَحْرِيكِهِ لِيَنَامَ وَنَحْوَهَا . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لَهُمَا فَانْقَطَعَ اللَّبَنُ فَاَلْمَذْهَبُ : اَنْفِسَاخُ الْعَقْدِ فِي الْإِرْضَاعِ دُونَ الْحَضَانَةِ

وإذا استأجر للإرضاع وجب تعيين المدة والصبي ، ويعرف بالمشاهدة ، قاله في « البحر »^(١) ، وقال الماوردي : يشترط : معرفة سنه ؛ لاختلاف شربه اللبن بذلك^(٢) .

ويشترط : ذكر موضع الإرضاع ، أهو في بيته أو بيتها ، وحكى القفال في « فتاويه » قولاً : أنه لا يصح للمسلم أن يستأجر يهودية لترضع ابنه ، ويخلئ بينه وبينها ؛ لأنها ربما تخلفت عن تعهده .

(وَالْأَصْحُ : أَنَّهُ لَا يَسْتَتِيعُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ) كسائر المنافع المختلفة ، والثاني : نعم ؛ للعادة بتلازمهما ، والثالث : يستتبع الإرضاع الحضانة ، ولا عكس ، والرابع : عكسه ، حكاها في « المطلب » .

والمراد : الحضانة الكبرى ، أما الصغرى فقطع المتولي وغيره بدخولها في الرضاع ؛ إذ لا يمكن إلا بها ، بل الأصح : أنه إذا استأجر للرضاع يكون المعقود عليه الحضانة الصغرى ، واللبن تابع ، وقيل : عكسه .

(وَالْحَضَانَةُ : حِفْظُ صَبِيٍّ وَتَعَهُدُهُ^(٣)) ؛ بغسل رأسه وبدنه وثيابه ، ودهنه ، وكحله ، وربطه في المهد ، وتحريكه لينام ، ونحوها) لاقتضاء اسم الحضانة في العرف ذلك ، ولحاجة الرضيع إليها .

واشتقاقه من الحِضْن ، وهو تحت الإبط إلى الكشح ؛ لأن الحاضنة تجعل الطفل هنالك .

(وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لَهُمَا) أي : للحضانة والإرضاع (فانقطع اللبن) فالمذهب : انفساخ العقد في الإرضاع دون الحضانة (لهذا الخلاف مبني على أن المعقود عليه

(١) بحر المذهب (٣٠٣/٨) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٥١/٩) .

(٣) في (د) : (والحضانة : حفظ الصبي) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَجِبُ حَبْرٌ وَخَيْطٌ وَكُحْلٌ عَلَى وَرَاقٍ وَخَيْطٍ وَكَحَالٍ . قُلْتُ : صَحَّحَ الرَّافِعِيُّ فِي « الشَّرْحِ » الرَّجُوعَ فِيهِ إِلَى الْعَادَةِ ، فَإِنْ اضْطَرَبَتْ . . وَجَبَ الْبَيَانُ ، وَإِلَّا . . فَيَبْطُلُ الْإِجَارَةُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

ماذا ؟ فقل : إنه اللبن ؛ لأنه أشدُّ مقصوداً ، والحضانة تابعة ، فعليه : ينفسخ العقد بانقطاعه ، وقيل : عكسه ؛ لأن الإجارة وُضعت للمنافع ، والأعيان تقع تابعة ، فعليه : لا ينفسخ العقد ، لكن للمستأجر الخيار ؛ لأنه عيب .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ كِلَاهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا مَقْصُودَانِ ، فعليه : ينفسخ العقد في الإرضاع ، ويسقط قسطه من الأجرة ، وفي الحضانة قولاً تفريق الصفقة .

قال الرافعي : ولم يفرقوا في طرد الخلاف بين أن يصرح بالجمع بينهما ، أو يذكر أحدهما ، ويحكم باستتباعه الآخر ، وحسن أن يفرق ، فيقال : إن صرح . . فمقصودان قطعاً ، وإن ذكر أحدهما . . فهو المقصود ، والآخر تابع . انتهى^(١) ، وقد خصصه الإمام بما إذا جمع بين الحضانة والإرضاع^(٢) .

(وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَجِبُ حَبْرٌ وَخَيْطٌ وَكُحْلٌ عَلَى وَرَاقٍ) وهو الناسخ (وَخَيْطٌ وَكَحَالٌ) اقتصاراً على مدلول اللفظ ، والأعيان لا تُسَحَقُ بِالْإِجَارَةِ ، وأمر اللبن على خلاف القياس ؛ للضرورة .

(قُلْتُ : صَحَّحَ الرَّافِعِيُّ فِي « الشَّرْحِ » الرَّجُوعَ فِيهِ إِلَى الْعَادَةِ) إذ لا ضابط في الشرع ، ولا في اللغة .

(فَإِنْ اضْطَرَبَتْ . . وَجَبَ الْبَيَانُ ، وَإِلَّا . . فَيَبْطُلُ الْإِجَارَةُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) للجهالة .
واعلم : أن الرافعي لم يعبر بالأصح ، بل قال : إنه الأشبه ، وقال عن الأول : إنه الأشهر^(٣) ، وفي « المحرر » إنه المشهور ، فإذا لا اعتراض على « المحرر » لأنه اقتصر على المشهور^(٤) ، وإن كان الأشبه من حيث المعنى خلافه .

(١) الشرح الكبير (١٢٤/٦) .

(٢) نهاية المطلب (٧٨/٨) .

(٣) الشرح الكبير (١٢٤/٦) .

(٤) المحرر (ص ٢٣٢) .

[فيما يلزم المكري أو المكثري لعقار أو دابة]

يَجِبُ تَسْلِيمُ مِفْتَاحِ الدَّارِ إِلَى الْمُكْثَرِيِّ . وَعِمَارَتُهَا عَلَى الْمُؤَجَّرِ ، فَإِنْ بَادَرَ وَأَصْلَحَهَا ، وَإِلَّا . فَلِلْمُكْثَرِيِّ الْخِيَارُ

قال المنكت : وظاهر عبارة « الكتاب » : أن المصنف لم يصحح شيئاً ، بل ذكر اختلاف تصحيح الرافعي في كتابه ، قال : وقد يقال إنه مرجح للأول ؛ لأنه حكى الثاني ، ولم يصححه فدلَّ على اختياره الأول ، وقد يقال : إنه مرجح للثاني ؛ لأنه كالاستدراك ، ويؤيده أنه في « الروضة » لما ذكر تصحيح الثاني لم يتعقبه بما في « المحرر »^(١) .

* * *

(فصل : يجب تسليم مفتاح الدار إلى المكثري) لتوقف الانتفاع عليه ، فإن لم يسلمه . . فللمكثري الخيار ، قال القاضي : وتنفسخ الإجارة في مدة المنع ، وهذا في مفتاح غَلَقٍ مُبْتَدِئٍ ، أما لو كانت يُقْفَلُ عليها قُفْلٌ حديد . . لم يجب تسليم القفل ، فإن الأصل عدم دخول المنقول .

(وعمارتها على المؤجر) سواء كانت مَرْمَةً لا تحتاج إلى عين زائدة ؛ كإقامة جذع مائل ، أو تحتاج ؛ كبناء وجذع وتطين .

(فإن بادر وأصلحها) فذاك (وإلا . . فللمكثري الخيار) إذا نقصت المنفعة ؛ لتضرره ، فإذا وَكَّفَ الْبَيْتُ . . ثبت الخيار في تلك الحالة ، فإذا انقطع . . زال الخيار إلا إذا حصل بسببه نقص .

وقوله : (فإن بادر . .) إلى آخره يقتضي أنه لا يجب عليه العمارة ، ومحلّه في الطَّلُقِ إذا احتاج إلى عين ؛ لأنه إلزام عين جديدة ، أما المَرْمَةُ . . ففيها وجهان بلا ترجيح في « الروضة » و« أصلها »^(٢) ، أما الوقف . . فتجب عمارته ؛ كما أوضحوه في بابه ، وفي معناه : المتصرف بالاحتياط ؛ كولي الطفل .

(١) السراج (٢٤٧/٤) .

(٢) روضة الطالبين (٢١٠/٥) ، الشرح الكبير (١٢٦/٦) .

وَكَسَحُ الثَّلْجِ عَنِ السَّطْحِ عَلَى الْمُؤَجَّرِ . وَتَنْظِيفُ عَرَصَةِ الدَّارِ عَنْ ثَلْجٍ وَكُنَاسَةٍ عَلَى الْمُكْتَرِي . وَإِنْ أَجَرَ دَابَّةً لِرُكُوبٍ . . . فَعَلَى الْمُؤَجَّرِ إِكَافٌ وَبَرْدَعَةٌ وَحِزَامٌ وَثَفَرٌ وَبُرَّةٌ وَخِطَامٌ ،

(وكسح الثلج) أي : كنسه (عن السطح على المؤجر) لأنه كالعمارة .
(وتنظيف عَرَصَةِ الدار عن ثلج وكُنَاسَةٍ على المكتري) أما الثلج . . . فلأنه يتوقف عليه كمال الانتفاع لا أصله ، وأما الكُنَاسَةُ . . . فلحصولها بفعله ، بخلاف التراب الذي يجتمع بهبوب الرياح فإنه لا يلزم المستأجر نقله على الأصوب في « زيادة الروضة »^(١) .

وقوله : (على المكتري) ليس المراد إلزامه بذلك ، وإنما المراد : أنه ليس على المكري ؛ كما صرح به في « الروضة »^(٢) .

وتنقية البالوعة والحش على المكتري على الأصح ؛ لأنه حصل بفعله ، فإن نقى . . . فذاك ، وإلا . . . فلا خيار له ، ولا يجب عليه تنقيتهما عند فراغ المدة على الأصح .
(وإن أجر دابة لركوب . . . فعلى المؤجر) عند إطلاق العقد (إكَافٌ وَبَرْدَعَةٌ وَحِزَامٌ وَثَفَرٌ وَبُرَّةٌ وَخِطَامٌ) لأن التمكين واجب عليه ، ولا يحصل بدون ذلك ، والعرف مطرد به ، وسواء إجارة العين والذمة .

والإكَاف : - بكسر الهمزة وضمها - هو للحمار ؛ كالسَّرَج للفرس ، وكالْقَتَب للبعير ، قاله المُنْطَرِزِي وغيره^(٣) ، وفسره صاحب « تنقيف اللسان » ، وصاحب « الفصيح » بالْبَرْدَعَةِ ، فعلى هذا : لا يحسن جمع المصنف بينهما .

وَالثَّفَرُ : ما يُجْعَل تحت ذنب الدابة .

وَالْبُرَّةُ : حلقة تُجْعَل في أنف البعير .

وَالخِطَامُ : - بكسر الخاء - : الخيط الذي يُشَدُّ في البُرَّةِ ، ثم يُشَدُّ في طرف

المِقْوَد .

(١) روضة الطالبين (٢١٢/٥) .

(٢) روضة الطالبين (٢١٢/٥) .

(٣) المغرب (٤١/١-٤٢) .

وَعَلَى الْمُكَتَرِي مَحْمِلٌ وَمِظْلَةٌ وَوِطَاءٌ وَغِطَاءٌ وَتَوَابِعُهَا ، وَالْأَصْحُ فِي السَّرَجِ : اتِّبَاعُ الْعُرْفِ . وَظَرْفُ الْمَحْمُولِ عَلَى الْمُؤْجَرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ، وَعَلَى الْمُكَتَرِي فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ . وَعَلَى الْمُؤْجَرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ : الْخُرُوجُ مَعَ الدَّابَّةِ لِتَعَهُّدِهَا ، وَإِعَانَةُ الرَّائِبِ فِي رُكُوبِهِ وَنَزُولِهِ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ ، وَرَفْعُ الْحِمْلِ وَحَطُّهُ ، وَشَدُّ الْمَحْمِلِ وَحَلُّهُ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ إِلَّا التَّخْلِيَةُ بَيْنَ الْمُكَتَرِي وَالدَّابَّةِ

(وعلى المكترى محمل ومظلة ووطاء وغطاء وتوابعها) كالحبل الذي يُشدُّ به المحمل على البعير ، أو يُشدُّ به أحد المحملين إلى الآخر ؛ عملاً بالعرف .
(والأصحُّ في السَّرج) إذا كان المستأجر فرساً (اتِّباع العرف) قطعاً للنزاع ، والثاني : على المؤجر ، كالإكاف ، والثالث : المنع ؛ لأنه ليس به عادة مطردة ، ولم يرجح الرافعي في « الشرحين » شيئاً ، واقتصر في « الروضة » على عزو تصحيحه لـ « المحرر »^(١) .

(وظرف المحمول على المؤجر في إجارة الذمة) لأنه قد التزم النقل ، فليُهيء أسبابه ، والعادة مؤيدة له ، (وعلى المكترى في إجارة العين) لأنه ليس عليه إلا تسليم الدابة بالإكاف ونحوه .

(وعلى المؤجر في إجارة الذمة : الخروج مع الدابة لتعهددها ، وإعانة الراكب في ركوبه ونزوله بحسب الحاجة) فينبغ البعير للمرأة والضعيف ، ويقرب البغل ، والحمار من نشْزٍ ونحوه^(٢) ؛ ليسهل عليه ركوبه ؛ لاقتضاء العرف ذلك ، والاعتبار في القوة والضعف بحالة الركوب لا بحالة الإجارة .

(ورفع الحمل وحطُّه ، وشدُّ المحمل وحلُّه) لاقتضاء العرف ذلك ، وقد يشمل شدُّ أحد المحملين إلى الآخر ، وهما بعد على الأرض ، وهو الأصحُّ في « الشرح الصغير » و« زيادة الروضة »^(٣) .

(وليس عليه في إجارة العين إلا التخلية بين المكترى والدابة) فلا تجب عليه الإعانة

(١) الشرح الكبير (١٣٨/٦) ، روضة الطالبين (٢١٩/٥) .

(٢) النشز : المكان المرتفع من الأرض .

(٣) روضة الطالبين (٢١٩/٥) .

وَتَنْفَسُخُ إِجَارَةُ الْعَيْنِ بَتَلَفِ الدَّابَّةِ ، وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ بِعَيْبِهَا . وَلَا خِيَارَ فِي إِجَارَةِ الدِّمَّةِ ، بَلْ يَلْزِمُهُ الْإِبْدَالُ ، وَالطَّعَامُ الْمَحْمُولُ لِيُؤْكَلَ يُبَدَّلُ إِذَا أُكِلَ فِي الْأَظْهَرِ .

فَصْنَاءُ

[في بيان غاية المدة التي تقدر بها المنفعة تقريباً]

يَصِحُّ عَقْدُ الْإِجَارَةِ مُدَّةً تَبْقَى فِيهَا الْعَيْنُ غَالِباً ،

ونحوها ؛ لأنه لم يلتزم سوى تسليم الدابة .

(وتنفسخ إجارة العين بتلف الدابة) لفوات المعقود عليه .

واحترز بـ (العين) عن إجارة الذمة ، فلا تنفسخ بل تبدل .

(ويثبت الخيار بعيبها) كما لو وجد المبيع معيباً ، والمراد بالعيب : ما يؤثر في

المنفعة ، لا كل عيب ؛ ككونها لا تبصر ليلاً ، أو تعثر ، أو عرجاء بحيث تتخلف عن القافلة .

(ولا خيار في إجارة الذمة) بتعييبها (بل يلزمه الإبدال) ، كما لو وجد بالمسلم فيه

عيباً ؛ لأن المعقود عليه في الذمة بصفة السلامة ، وهذا غير سليم .

(والطعام المحمول ليؤكل يُبدل إذا أكل في الأظهر) كسائر المحمولات إذا باعها

أو تلفت ، والثاني : لا ؛ لأن العادة في الزاد ألا يبدل .

والقولان إذا أكل بعضه ، فإن أكل كله . فالمشهور : الإبدال ، وفيه وجه ضعيف .

ومحل الخلاف : إذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلية بسعر موضعه ، وإلا .

أبدل قطعاً ، وهذا كله عند الإطلاق فإن شرط شيء . . اتبع .

واحترز بقوله : (أكل) عما إذا تلف بسرقة وغيرها ، فيبدل ، كذا جزماً به ، وقال

في « العجالة » : (فيه قول حكاه الماوردي)^(١) .

* * *

(فصل : يصح عقد الإجارة مدة تبقى فيها العين غالباً) لأنها تجوز إلى سنة وفاقاً ،

وما جاز إليها . . جاز إلى أكثر منها ؛ كالأجل في البيع .

(١) روضة الطالبين (٢٢٠/٥) ، الشرح الكبير (١٣٩/٦) ، عجالة المحتاج (٩٣٧/٢) . بلغ مقابلة على أصله ، غفر الله لمؤلفه ، ومتعنا بعلمه ، وختم له بخير ، والله الحمد . اهـ هامش (أ) .

وَفِي قَوْلٍ : لَا يُزَادُ عَلَى سَنَةٍ ، وَفِي قَوْلٍ : ثَلَاثِينَ . وَلِلْمُكْتَرِي اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ
وَبِغَيْرِهِ ؛ فَيُرَكَّبُ وَيُسْكَنُ مِثْلَهُ ،

وخرج بالغالب : ما لا يبقى غالباً ، والمرجع في المدة التي تبقى فيها العين غالباً
إلى أهل الخبرة ، قال في « أصل الروضة » : فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة ،
والدابة عشر سنين ، والثوب ستين أو سنة على ما يليق به ، والأرض مئة سنة
فأكثر^(١) .

وظاهر إطلاقه : أنه لا فرق في ذلك بين الوقف والطلاق ، وهو المشهور ، وقال
القاضي والمتولي : أجمع الحكماء على أن الوقف لا يؤجر أكثر من ثلاث سنين ؛ لثلاث
يندرس ، قال الرافعي : وهذا الاصطلاح غير مطرد ، وفي « أمالي السرخسي » أن
المذهب : منع إجارة الوقف أكثر من سنة إذا لم تمس إليه حاجة ؛ كعمارة^(٢) ، وحكاه
الإمام وجهاً ، وقال : لا اتجاه له في الوقف على جهات الخير .

(وفي قول : لا يزداد على سنة) لاندفاع الحاجة بها ، (وفي قول : ثلاثين) لأنها
شطرُ العمر الغالب ، والغالب تغيرُ الأشياء بعدها ، وقيل : يجوز إلى مدة لا تبقى فيها
العين غالباً ؛ لأن الأصل فيها الدوام ، وصححه في « البسيط » .

(وللمكترى استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره) كما يجوز أن يؤجر ما استأجره من
غيره ، فلو شرط استيفاءها بنفسه . . لم يصح ؛ كما جزم به في « الكافي » ؛ كما لو باع
عيناً بشرط ألا يبيعها ، وقيل : يصح ويلغو الشرط ، وقيل : يصحان ، حكاهما في
« المهذب » و« البحر » و« البيان »^(٣) .

ويستوفي المنفعة بالمعروف ؛ فإذا استأجر ثوباً للبس . . لبسه نهاراً ، وليلاً إلى
وقت النوم ، ولا ينام فيه ليلاً ، ويجوز نهاراً على الأصح .

(فَيُرَكَّبُ وَيُسْكَنُ مِثْلَهُ) لأنه استيفاء عين المنفعة المستحقة بغير زيادة ، وفهم منه :
جواز استيفاء من هو دونه من باب أولى .

(١) روضة الطالبين (١٩٦/٥) .

(٢) الشرح الكبير (١١١/٦-١١٢) .

(٣) المهذب (٥٢٧/١) ، بحر المذهب (٣٣٨/٨) ، البيان (٣٥٣/٧) .

وَلَا يُسْكِنُ حَدَّاداً وَقَصَّاراً . وَمَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ ؛ كَدَارٍ وَدَابَّةٍ مُعَيَّنَةٍ . . لَا يُبْدَلُ ، وَمَا يُسْتَوْفَى بِهِ ؛ كَثُوبٍ وَصَبِيٍّ عُيِّنَ لِلْخِيَاطَةِ وَالْإِرْتِضَاعِ . . يَجُوزُ إِبْدَالُهُ فِي الْأَصَحِّ . وَيَدُّ الْمُكْتَرِي عَلَى الدَّابَّةِ وَالثُّوبِ يَدُّ أَمَانَةٍ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ ،

(ولا يسكن حدّاداً وقصّاراً) والصورة أنه ليس كذلك ؛ لزيادة الضرر .
 (وما يُستوفى منه ؛ كدار ودابة معينة . . لا يُبدل) كما لا يبدل المبيع .
 وقوله : (معينة) قيد في الدابة خاصة ، فإن الدار لا تكون إلا معينة .
 ويستثنى من مفهومه : ما إذا تسلم المستأجر الدابة في إجارة الذمة . . فإنه ليس للمؤجر إبدالها بغير رضاه على الأصح ؛ لاختصاصه بها .
 (وما يُستوفى به ؛ كثوب وصبي عُيِّنَ للخياطة والارتضاع) وكأغنام معينة للرعي (. . يجوز إبداله) بمثله (في الأصح) لأنه ليس بمعقود عليه ، وإنما هو طريق الاستيفاء ، فأشبهه الراكب والمتاع المعين للحمل ، والثاني : المنع ؛ كالمستوفى منه^(١) ، وما رجحه تبع فيه « المحرر »^(٢) ، وكذا في « الشرح الصغير » ، ولا ترجيح في « الروضة » و« أصلها » .

وقضية كلامهما : أن الأكثرين على المنع^(٣) ، وعزاه في « الشامل » للأصحاب .
 وكان ينبغي أن يقول : (عينا) فإنه صفة لصبي وثوب ، وإيقاع ضمير المفرد موضع التثنية شاذ^(٤) .

(ويد المكتري على الدابة والثوب يدُّ أمانة مدّة الإجارة) فيصدق في التلف ، ولا يضمن ما تلف منها بلا تعد ولا تقصير بالإجماع ؛ لأنه مستحق المنفعة ، ولا يمكن استيفاؤها إلا بإثبات اليد على العين ، فكانت أمانة ؛ كالشجرة يشتري

(١) قال في « المعجالة » [٩٣٨/٢] : وفرق الأول بينه وبين المستوفي بأن الثوب والصبي يتأثران بالمنفعة حتى يقدر العمل فيها عينا تارة ، وأثراً أخرى ، بخلاف الراكب فإنه لا يتأثر . انتهى ، ولم يتضح لي ، وليتأمل . اهـ هامش (١) .

(٢) المحرر (ص ٢٣٣) .

(٣) روضة الطالبين (٢٢٤ / ٥) ، الشرح الكبير (١٤٤ / ٦) .

(٤) قال في « التحفة » [١٧٥/٦] : (وأفرد الضمير ؛ لأن القصد التنويع كما قررته ، فاندفع ما قيل : إيقاع ضمير المفرد موضع التثنية شاذ) . انتهى . اهـ هامش (د) .

وَكَذَا بَعْدَهَا فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ رَبَطَ دَابَّةً أَكْثَرَاهَا لِحِمْلٍ أَوْ رُكُوبٍ وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا . . لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا إِذَا أَنْهَدَمَ عَلَيْهَا إِصْطَبَلٌ فِي وَقْتٍ لَوْ أَنْتَفَعَ بِهَا لَمْ يُصِبْهَا الْهَدْمُ . وَلَوْ تَلَفَ الْمَالُ فِي يَدِ أَجِيرٍ بِلَا تَعَدٍّ ؛ كَثُوبٍ اسْتَوْجَرَ لِحِيَاظَتِهِ أَوْ صَبِغِهِ . . لَمْ يَضْمَنْ إِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِالْيَدِ ؛ بِأَنْ قَعَدَ الْمُسْتَأْجِرُ مَعَهُ أَوْ أَحْضَرَهُ مَنْزِلَهُ ،

ثمرتها ، بخلاف ظرف المبيع فإنه مضمون على الأصح ؛ لأنه يمكن قبض المبيع بدون الظرف ، فتمحض قبضه لغرض نفسه .

(وكذا بعدها في الأصح) استصحاباً لما كان ؛ كالمودع ، والثاني : يضمن ؛ كالمستعير .

(ولو ربط دابة أكثرها لحمل أو ركوب ولم ينتفع بها) وتلفت (. . لم يضمن) لأنها بيده أمانة ، وسواء تلفت في المدة أو بعدها .

وإنما قيد المسألة بالربط . . ليستثني منها ، وإلا لو تلفت في مدة الانتفاع . . كان الحكم كذلك .

(إلا إذا انهدم عليها إصطبلٌ في وقت لو انتفع بها لم يُصِبْهَا الْهَدْمُ) لأنه لو استعملها خارج الإصطبل في وقت الانهدام . . لسلمت ، ولا بدّ من تقييده بأن تكون العادة في ذلك الوقت جارية بالانتفاع بها ؛ كالنهار ؛ للاحتراز عما إذا كان المعهود في تلك الحالة أن تكون تحت سقف ؛ كجُنْح الليل في الشتاء ، فإنه لا يضمن .

(ولو تلف المال في يد أجير بلا تعدد ؛ كثوب استؤجر لحياطته أو صَبِغِهِ . . لم يضمن إِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِالْيَدِ ؛ بِأَنْ قَعَدَ الْمُسْتَأْجِرُ مَعَهُ ، أَوْ أَحْضَرَهُ مَنْزِلَهُ) لأن يد المالك ثابتة على العين حكماً ، والمال غير مسلم إليه حقيقة ، وإنما استعان به المالك في شغله ؛ كالمستعين بالوكيل .

واحترز بقوله : (بلا تعدد) عما إذا تعدد ؛ كما لو أسرف الحَبَّاز في الوقود ، أو تركه في النار حتى احترق ؛ فإنه يضمن لا محالة .

وقوله : (بأن قعد . .) إلى آخره هو تفسير لقوله : (إِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ) .

وقوله : (أو صَبِغِهِ) هو بفتح الصاد ؛ كما ضبطه المصنف بخطه ؛ لأن المراد به : المصدر لا ما يُصْبَغُ بِهِ .

وَكَذَا إِنْ أَنْفَرَدَ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ ، وَالثَّالِثُ : يَضْمَنُ الْمُشْتَرِكُ - وَهُوَ مَنْ أَلْتَزَمَ عَمَلًا فِي ذِمَّتِهِ - لَا الْمُتَفَرِّدُ ؛ وَهُوَ : مَنْ أَجَرَ نَفْسَهُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً لِعَمَلٍ . وَلَوْ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى قَصَّارٍ لِيَقْصُرَهُ ، أَوْ خِيَاطًا لِيَخِيْطَهُ فَفَعَلَ وَلَمْ يَذْكُرْ أَجْرَهُ . . فَلَا أَجْرَ لَهُ ، وَقِيلَ : لَهُ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِذَلِكَ الْعَمَلِ . . فَلَهُ ، وَإِلَّا . . فَلَا ، وَقَدْ يُسْتَحْسَنُ

(وكذا إن انفرد) باليد (في أظهر الأقوال) سواء المشترك والمتفرد ؛ لأنه لم تثبت يده لمحض غرضه ، وإنما أثبتتها لغرضه وغرض المالك ؛ فأشبهه عامل القراض والمستأجر ، فإنهما لا يضمنان ؛ إجماعاً ، والثاني : يضمن ؛ لحديث : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ »^(١) ، ولأنه أخذه لمصلحة نفسه ؛ كالمستعير والمستام .

(والثالث : يضمن المشترك ، وهو : من التزم عملاً في ذمته) كعادة الخياطين والقصاصين ، (لا المتفرد ؛ وهو : من أجر نفسه مدة معينة لعمل) لأن المتفرد منافعه مختصة بالمستأجر في المدة ، فبده كيد الوكيل مع المؤكل ، ولأن استحقاقه الأجرة لا يتوقف على العمل ، بل على التمكن منه ، فلم يكن العمل واقعاً له ، بخلاف المشترك ؛ فإنه لا يستحق إلا بالعمل .

(ولو دفع ثوباً إلى قَصَّارٍ لِيَقْصُرَهُ ، أَوْ) إِلَى (خِيَاطٍ لِيَخِيْطَهُ فَفَعَلَ وَلَمْ يَذْكُرْ أَجْرَهُ . . فَلَا أَجْرَ لَهُ) لأنه لم يلتزم له عوضاً ؛ فصار كقوله : (أطعمني) ، فأطعمه ، (وقيل : له) أجرة المثل ؛ لاستهلاكه منفعته ، (وقيل : إن كان معروفاً بذلك العمل) بالأجرة (. فَلَهُ ، وَإِلَّا . . فَلَا) لدلالة العرف على ذلك . (وقد يُسْتَحْسَنُ) لموافقة العادة ، وحكاية الروياني في « الحلية » عن الأكثرين ، وقال : إنه الاختيار ، وقال في « البحر » : وبه أفتي^(٢) ، وقال الغزالي : إنه الأظهر ، وقال الشيخ عز الدين : إنه الأصح ، وأفتى به خلق من المتأخرين ، وعلى هذا : فيجب للعامل أجرة المثل ؛ كما هو ظاهر كلام الرافعي وغيره^(٣) ، وقال الشيخ عز الدين : تجب له الأجرة

(١) أخرجه الحاكم (٤٧/٢) ، وأبو داود (٣٥٦١) ، والترمذي (١٢٦٦) عن سمرة بن جندب رضي الله عنه .

(٢) بحر المذهب (٣١٣/٨) .

(٣) الشرح الكبير (١٥١/٦) .

وَلَوْ تَعَدَّى الْمُسْتَأْجِرُ ؛ بِأَنْ ضَرَبَ الدَّابَّةَ ، أَوْ كَبَحَهَا فَوْقَ الْعَادَةِ ، أَوْ أَرْكَبَهَا أَثْقَلَ مِنْهُ ،
أَوْ أَسْكَنَ حَدَّاداً أَوْ قَصَّاراً . . ضَمِنَ الْعَيْنَ ، وَكَذَا لَوْ أَكْتَرَى لِحْمَلٍ مِثْلَ رَطْلٍ حِنْطَةً فَحَمَلَ
مِثْلَهُ شَعِيراً أَوْ عَكْسَ

التي جرت بها العادة لذلك العامل وإن زادت على أجرة المثل .

واحترز بقوله : (ولم يذكر أجرة) عما إذا قال : (مجاناً) ، فلا يستحق شيئاً قطعاً ، أو ذكر الأجرة ، فيستحقها قطعاً .

وعلى الأول الأصح : استثنى : عامل المساقاة ؛ إذا عمل ما ليس من أعمالها بإذن المالك . . استحق الأجرة ؛ كما جزما به هناك^(١) ، ولا يستثنى داخل الحمام حيث تجب عليه الأجرة وإن لم يشرط شيئاً ، فإن الداخل مستوفٍ منفعة الحمام بسكونه ونحوه ، فإن صاحب المنفعة هو الذي صرفها إلى الغير .

ويستثنى : عامل الزكاة ، حيث قال الرافعي : إن شاء الإمام . . بعثه ثم أعطاه الأجرة ، وإن شاء . . سمى له ؛ لأن الأجرة ثابتة له بنص القرآن ، فهي مسماة شرعاً ، سماها الإمام حين البعث أم لا .

(ولو تعدى المستأجر ؛ بأن ضرب الدابة ، أو كبحها) أي : جذبها باللجام لتقف (فوق العادة ، أو أركبها أثقل منه ، أو أسكن حدّاداً أو قصّاراً) وهما أشد ضرراً مما استأجر له (. . ضمن العين) أي : دخلت في ضمانه ؛ لتعديه .

واحترز بـ (فوق العادة) : عما لو ضربها الضرب المعتاد فتلفت . . فإنه لا يضمن ، بخلاف ضرب الزوجة ؛ لإمكان تأديبها باللفظ .

واستثنى : ما لو تعدى في الأرض المستأجرة لزراع الحنطة فزرع الذرة ، فإنه لا يصير ضامناً للأرض غاصباً لها على الأصح في « زيادة الروضة »^(٢) ، بل تلزمه أجرة المثل للذرة ، وأجيب : بأنه إنما تعدى في المنفعة لا الرقبة .

(وكذا لو اكترى لحمل مئة رطلٍ حِنْطَةً فحمل مئة شعيراً ، أو عكس) لأن الحنطة

(١) روضة الطالبين (٥/١٦٠) ، الشرح الكبير (٦/٧٠) .

(٢) روضة الطالبين (٥/٢١٨) .

أَوْ لِعَشْرَةٍ أَقْفَرَةٍ شَعِيرٍ فَحَمَلَ حِنْطَةً دُونَ عَكْسِهِ . وَلَوْ أَكْثَرَى لِمِئَةٍ فَحَمَلَ مِئَةً وَعَشْرَةً . .
لَزِمَهُ أَجْرَةُ الْمِثْلِ لِلزِّيَادَةِ ، وَإِنْ تَلَفَتْ بِذَلِكَ . . ضَمِنَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَهَا ، فَإِنْ
كَانَ . . ضَمِنَ قِسْطَ الزِّيَادَةِ ، وَفِي قَوْلٍ : نِصْفَ الْقِيَمَةِ . وَلَوْ سَلَّمَ الْمِئَةُ وَالْعَشْرَةُ إِلَى
الْمُؤَجَّرِ ، فَحَمَلَهَا جَاهِلًا

أثقل ، فيجتمع ثقلها في موضع واحد ، والشعير أخف ، فيأخذ من ظهر الدابة أكثر ،
فالضرر مختلف .

(أَوْ لِعَشْرَةٍ أَقْفَرَةٍ شَعِيرٍ فَحَمَلَ حِنْطَةً) لأنها أثقل (دُونَ عَكْسِهِ) وهو ما إذا اكترى
لحمل عشرة أقفزة حنطة ، فحمل شعيراً ؛ لأن قدرهما في الحجم سواء ، والشعير
أخف .

(وَلَوْ أَكْثَرَى لِمِئَةٍ فَحَمَلَ مِئَةً وَعَشْرَةً . . لَزِمَهُ أَجْرَةُ الْمِثْلِ لِلزِّيَادَةِ) مع المُسَمَّى ؛
لتعديه بها ، وإنما مثل بالعشرة للإشارة إلى أن محلاً ذلك : إذا كانت الزيادة قدراً لا يقع
التفاوت به بين الكيلين ، أما لو كانت كذلك ؛ كما لو حمل زيادة يتسامح فيها ، قال
ابن الرفعة : كَالْمَكُوكِ وَالْمَكُوكِينَ . . فإنه لا أجره ولا ضمان بسببها^(١) .
(وَإِنْ تَلَفَتْ بِذَلِكَ . . ضَمِنَهَا) ضمان يد (إِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَهَا) لأنه صار
غاصباً بحمل الزيادة .

وقوله : (بِذَلِكَ) غير قيد ؛ فلو تلفت بسبب غيره . . ضمنها .
(فَإِنْ كَانَ) صاحبها معها (. . ضَمِنَ قِسْطَ الزِّيَادَةِ) مواخذة له بقدر الجناية ،
(وَفِي قَوْلٍ : نِصْفَ الْقِيَمَةِ) لأن تلفها بمضمون وغيره ، فقسطت القيمة عليهما ؛ كما
لو جرحه واحد جراحة وآخر جراحات .

وفرق الأول بتيسر التوزيع هنا ، بخلاف الجراحات فإن نكاياتها لا تنضبط .
وأصل القولين : القولان فيما يلزم الجلاد إذا ضرب إحدى وثمانين ، وهنا يجيء
القيد السابق للضمان وهو كون التلف بسبب الحمل ، فإن تلفت بغيره . . لم يضمن .
(وَلَوْ سَلَّمَ الْمِئَةُ وَالْعَشْرَةُ إِلَى الْمُؤَجَّرِ ، فَحَمَلَهَا جَاهِلًا) بالزيادة ؛ بأن قال له :

(١) كفاية النيه (٢٥٩/١١) .

ضَمِنَ الْمُكْتَرِي عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَلَوْ وَزَنَ الْمُؤَجِّرُ وَحَمَلَ . . فَلَا أَجْرَةَ لِلزِّيَادَةِ ، وَلَا ضَمَانَ إِنْ تَلَفَتْ . وَلَوْ أَعْطَاهُ ثَوْبًا لِيَخِيْطَهُ فَخَاطَهُ قَبَاءٌ وَقَالَ : (أَمَرْتَنِي بِقَطْعِهِ قَبَاءٌ) ، فَقَالَ : (بَلْ قَمِيصاً) . . فَلَا أَظْهَرُ : تَصْدِيقُ الْمَالِكِ بِيَمِينِهِ ، وَلَا أَجْرَةَ عَلَيْهِ ، وَعَلَى الْخِيَاطِ أَرَشُ النِّقْصِ .

(هو مئة كما ذكرنا) ، فظن صدقه (. . ضمن المكثري على المذهب) كما لو حمل بنفسه ، فيأتي فيه الخلاف السالف ؛ لأن إعداده المحمول ، وشدة الأعدال ، وتسليمها إليه بعد عقد الإجارة . . كالإلجاء إلى الحمل شرعاً ، فكان كشهادة شهود القصاص ، والطريق الثاني : أنه على القولين في تعارض الغرور والمباشرة .

واحترز بالجاهل : عن العالم ؛ فإنه إذا حمّله ولم يقل له المستأجر شيئاً . . فحكمه ما سيأتي في كلامه ؛ لأنه حمل بغير إذن صاحبه .

(ولو وزن المؤجر وحمل . . فلا أجره للزيادة) لأنه لم يأذن في حملها ، (ولا ضمان) على المستأجر (إن تلفت) إذ لا يد ، ولا تعدي .

(ولو أعطاه ثوباً ليخيطه فخاطه قباءً ، وقال : « أَمَرْتَنِي بِقَطْعِهِ قَبَاءٌ » ، فقال : « بل قميصاً » ، فالأظهر : تصديق المالك بيمينه) ؛ لأن القول قوله في أصل الإذن ، فكذا في صفته ، والثاني : يصدق الأجير ؛ لأنهما اتفقا على إذنه في القطع ، والظاهر : أنه لا يتجاوز إذنه ، والأصل : براءة ذمته .

(ولا أجره عليه) بعد حلفه ؛ لأنها إنما تجب بالإذن ، وقد صدقناه في عدمه .
(وعلى الخياط أَرَشُ النِّقْصِ) لأنه إذا انتفى الإذن . . فالأصل الضمان ، وفي الأرض الواجب وجهان : أحدهما : ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً ، وصححه في « المهمات » تبعاً لجماعة^(١) ، والثاني : ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباءً ، واختاره السبكي ، وقال : لا يتجه غيره ؛ لأن أصل القطع مأذون فيه ، وعلى هذا : إن لم ينقص أو زادت قيمته عن المأذون . . فلا شيء .

* * *

(١) المهمات (١٦٩/٦) .

[فيما يقتضي انفساخ الإجارة والتخيير في فسخها وما لا يقتضيهما]

لَا تَنْفَسُخُ إِجَارَةُ بَعْدَرٍ ؛ كَتَعَذَّرَ وَقُودَ حَمَامٍ ، وَسَفَرَ ، وَمَرَضَ مُسْتَأْجِرَ دَابَّةٍ لِسَفَرٍ .
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضاً لَزَرَاعَةٍ فَزَرَعَ فَهَلَكَ الزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ . . فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ وَلَا حَطُّ شَيْءٍ
مِنَ الْأَجْرَةِ . وَتَنْفَسُخُ بِمَوْتِ الدَّابَّةِ وَالْأَجِيرِ الْمُعَيَّنِينَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ

(فصل : لا تنفسخ إجارة بعدر) من المؤجر أو المستأجر (كتعذر وقود حمام ،
وسفر ، ومرض مستأجر دابة لسفر) لأنه لا خلل في المعقود عليه .
وكلامه قد يفهم : ثبوت الخيار للمعذور ، وليس كذلك ، فلو قال : (لا
تنفسخ) . . لكان أولى .

وإنما قيدت العذر بالمؤجر والمستأجر للاحتراز عما لو خرب ما حول الدار
المستأجرة ، وبطلان السوق الذي فيه الحانوت المستأجر ، فإنه لا يثبت الخيار ؛ كما
قاله الماوردي والرويانى^(١) ، لكن ذكر في « البحر » في موضع آخر أن عدم دخول
الناس الحمام المستأجرة بسبب فتنة حادثة أو خراب الناحية . . عيب يثبت الخيار^(٢) ،
قال في « المطلب » والتسوية متجه .

وبعض مشايخنا فرق : بأن الحمام مستأجر لدخول الناس إليها ، فإذا تعطل . . كان
عيباً ، ولا كذلك الحانوت والدار ؛ فإنهما مستأجران للسكنى ، وهي ممكنة على كل
حال . انتهى .

وضعف الفرق بأن قضيته : أنه لو حصل قحط وعُدم الحب أن يثبت لمستأجر الرحي
الخيار ، ولم يقل به أحد .

(ولو استأجر أرضاً لزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة) كسيل أو جراد . . فليس
له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة (لأن الجائحة لحقت زرع لا منفعة الأرض ؛ كما
لو استأجر بزار حانوتاً . . فاحترق بزه .

(وتنفسخ بموت الدابة والأجير المعيّنين في المستقبل) لفوات المعقود عليه ، وهو

(١) الحاوي الكبير (٢١٧ / ٩) ، بحر المذهب (٢٧١ / ٨) .

(٢) بحر المذهب (٣١٦ / ٨) .

لَا الْمَاضِي فِي الْأَظْهَرِ ، فَيَسْتَقَرُّ قِسْطُهُ مِنَ الْمُسَمَّى . وَلَا تَنْفَسَخُ بِمَوْتِ الْعَاقِدَيْنِ
وَمُتَوَلِّيِ الْوَقْفِ

المنفعة قبل قبضها ؛ كما ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل القبض ، (لا الماضي في
الأظهر) لاستقراره بالقبض ، والثاني : ينفسخ فيه أيضاً ؛ لأن العقد واحد ، وقد
انفسخ في البعض ، فلينفسخ في الباقي ، وهذا إذا كان الماضي لمثله أجرة ، فإن لم
يكن . . انفسخ في جميع المدة .

واحترز بالمعنيين : عما في الذمة ، فلا تنفسخ بتلفه ؛ لأن العقد لم يرد عليه .
(فيستقر قسطه من المسمى) تفريعاً على الأظهر ، فتقوم المنفعة في المديتين
الماضية والباقية ، ويوزع المسمى على نسبة القيمة فيهما ؛ كما يوزع الثمن على نسبة
الأعيان إذا تلف بعضها قبل القبض ، فإذا كانت أجرة مثل المدة الباقية ثلث أجرة
المديتين . . رجع من المسمى بثلثه ، وإنما لم يوزع المسمى على نسبة المديتين ؛
لأن ذلك يختلف ؛ إذ قد تزيد أجرة شهر على شهرين فأكثر ؛ لكثرة الراغبين فيه دون
غيره .

(ولا تنفسخ بموت العاقدين) أو أحدهما ، بل إن مات المستأجر . خلفه الوارث
في الاستيفاء ، أو المؤجر . . ترك المال عند المستأجر إلى انقضاء المدة ؛ لأن الإجارة
عقد لازم ، فلا ينفسخ بالموت ؛ قياساً على البيع .

واستثنى من عدم الانفساخ : ما لو أوصى بمنفعة داره لزيد مدة عمر زيد فقبل
الوصية ، وأجرها زيد مدة ثم مات في خلالها . . انفسخت الإجارة ؛ لانتهاء حقه
بموته .

ورُدَّ الاستثناء : بأن الانفساخ بانتهاء حق المؤجر بالموت لا لموت العاقد .
(ومتولي الوقف) أي : ناظره ؛ لأنه ناظر للجميع ، ولا يختص نظره ببعض
الموقوف عليهم .

نعم ؛ لو كان الناظر هو المستحق للوقف وأجره بدون أجرة المثل ، فإنه يجوز له
ذلك ، ولو مات في أثناء المدة ، قال ابن الرفعة : فيظهر فيه الجزم بالانفساخ ،
فتستثنى هذه الصورة من إطلاق المصنف .

وَلَوْ أَجَرَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ مُدَّةً وَمَاتَ قَبْلَ تَمَامِهَا ، أَوْ الْوَلِيُّ صَبِيًّا مُدَّةً لَا يَبْلُغُ فِيهَا بِالسِّنِّ قَبْلَ بَلوغِ بِالْإِحْتِلَامِ .. فَالْأَصَحُّ : انْفِسَاخُهَا فِي الْوَقْفِ لَا الصَّبِيِّ ، وَأَنَّهَا تَنْفَسَخُ بِإِنْهَادِ الدَّارِ ،

(ولو أجر البطن الأول مدة ومات قبل تمامها ، أو الولي صبيًا مدة لا يبلغ فيها بالسن فبلغ بالاحتلام .. فالأصح : انفساخها في الوقف) لأن المنافع بعد موته لغيره ، ولا ولاية له عليه ، ولا نيابة عنه (لا الصبي) لأنه ولي حين تصرفه ، وقد بناه على المصلحة ، فيلزم ؛ كما لو زوجه ، والثاني : أنها لا تنفسخ في الوقف ؛ كما لو أجر ملكه ومات ، وتنفسخ في الصبي ؛ لأننا تبينا أنه زاد على حد ولاية .

وما صححه في الصبي تبع فيه « المحرر » ونقل الرافعي في « الشرحين » ترجيح كل منهما عن جماعة ، ولم يصرح بترجيح^(١) ، زاد في « الروضة » أن الرافعي صحح في « المحرر » الثاني^(٢) ؛ أي : وهو الانفساخ ، وهو سبق قلم .

واحترز بقوله : (لا يبلغ فيها بالسن) عما إذا كان يبلغ فيها به ، فإن المذهب : القطع بطلان ما زاد على مدة البلوغ ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة .

ولو أجر الولي مال المجنون فأفاق في أثناء المدة ، فهو كبلوغ الصبي بالاحتلام . وقد استشكل تصوير إجارة البطن الأول ؛ لأنه إن شرط له النظر فهو متول ، وقد مر أنها لا تنفسخ بموته ، وإلا .. فلا نظر له .

وأجيب بتصويرها فيما إذا شرط الواقف لكل فرد من كل بطن أن ينظر في نصيبه ؛ كما ذكره صاحب « الاستقصاء » ، وابن الصباغ ، وسليم ، وغيرهم .

وأجاب به ابن الصلاح في « فتاويه » ، ثم ذكر ما حاصله : أنه متى كان الناظر مستحقاً في الوقف .. انفسخت ، وإن لم يكن مستحقاً .. استمرت^(٣) .

(وأنها تنفسخ بإنهزام الدار) لزوال الاسم وفوات المنفعة ، فلو انهزم بعضها .. لم تنفسخ ، بل يثبت الخيار ، فإن بادر المؤجر وأصلحها .. سقط الخيار .

(١) الشرح الكبير (١٧٩ / ٦) .

(٢) روضة الطالبين (٢٥٠ / ٥) .

(٣) فتاوى ابن الصلاح (٣٧٨ / ١) .

لَا انْقِطَاعَ مَاءِ أَرْضٍ اسْتُؤْجِرَتْ لِزِرَاعَةٍ ، بَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ . وَغَضِبُ الدَّابَّةِ وَإِيقَاقُ الْعَبْدِ يَثْبُتُ الْخِيَارُ . وَلَوْ أَكْرَى جَمَالاً وَهَرَبَ وَتَرَكَهَا عِنْدَ الْمُكْتَرِي . رَاجِعَ الْقَاضِي لِيَمُونَهَا مِنْ مَالِ الْجَمَالِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالاً . اقْتَرَضَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ وَثَّقَ بِالْمُكْتَرِي . دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَإِلَّا . جَعَلَهُ عِنْدَ ثِقَةٍ ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ مِنْهَا قَدْرَ النَّفَقَةِ ، وَلَوْ أَدِنَ لِلْمُكْتَرِي فِي الْإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ لِيَرْجِعَ . جَازَ فِي الْأَظْهَرِ

(لا انقطاع ماء أرض استؤجرت لزراعة) لبقاء اسم الأرض مع إمكان زراعتها بغير الماء المنقطع ، (بل يثبت الخيار) للعيب ، وهذا هو المنصوص فيهما ، وقيل : لا فسخ فيهما ، وقيل : فيهما قولان : أظهرهما في كل مسألة : ما نص عليه ، وهي الطريقة المصححة ، فكان ينبغي التعبير بالمذهب .

ومحل ثبوت الخيار : ما إذا لم يبادر المؤجر بسوق ماء إليها ، فإن بادر به . سقط الخيار .

(وغضب الدابة وإيقاق العبد يثبت الخيار) لتعذر الاستيفاء ، فلو بادر المؤجر إلى الانتزاع من الغاصب وإحضار الأبق قبل مضي مدة لمثلها أجرة . سقط الخيار . وصورة المسألة في إجارة العين ، فأما في إجارة الذمة . فلا خيار ، بل على المؤجر الإبدال ، فإن امتنع . استؤجر عليه .

(ولو أكرى جمالاً وهرب وتركها عند المكري . راجع القاضي ليمونها من مال الجمال ، فإن لم يجد له مالاً . اقترض عليه) لأنه الممكن .

(فإن وثق) القاضي (بالمكثري . دفعه إليه) سواء اقترض منه أو من غيره (وإلا) أي : وإن لم يثق به (. جعله عند ثقة) لينفقه عليها ؛ لتعنيته طريقاً .

(وله) أي : للقاضي (أن يبيع منها قدر النفقة) عليها وعلى من يخدمها ، ومحل البيع منها : إذا تعذر القرض ، أو أمكن ولم يردده القاضي ، كما نقله ابن الملقن عن القاضي والإمام^(١) ، ولا يجوز بيع جميعها خشية أن تأكل أثمانها .

(ولو أدن للمكثري في الإنفاق من ماله ليرجع . جاز في الأظهر) لأنه محل ضرورة ؛ كما لو استقرض منه ودفع إليه ، بخلاف ما لو هرب وأخذ معه الجمال ، فإن

(١) عجلة المحتاج (٢/ ٩٤٤) .

وَمَتَى قَبِضَ الْمُكْتَرِي الدَّابَّةَ أَوْ الدَّارَ وَأَمْسَكَهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ . . . اسْتَقَرَّتْ
الْأَجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ ، وَكَذَا لَوْ أَكْتَرَى دَابَّةً لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَقَبَضَهَا وَمَضَتْ مُدَّةُ
إِمْكَانِ السَّيْرِ إِلَيْهِ ، وَسَوَاءٌ فِيهِ إِجَارَةُ الْعَيْنِ وَالذِّمَّةُ إِذَا سَلَّمَ الدَّابَّةَ الْمَوْصُوفَةَ . وَتَسْتَقَرُّ
فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أَجْرَةُ الْمِثْلِ بِمَا يَسْتَقَرُّ بِهِ الْمُسَمَّى فِي الصَّحِيحَةِ

الحاكم يكتري عليه أو يقترض ، ولا يجوز أن يكل أمر الكراء للمستأجر .
والفرق : أنه يصير وكيلاً في حق نفسه ، بخلاف النفقة ، ذكره ابن الصباغ ، هذا
إذا كانت إجارة ذمة ، فإن كانت إجارة عين . . فللمستأجر فسخ العقد .
والثاني : المنع ؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون القول قوله فيما يستحقه على غيره ، بل
يأخذه القاضي ويدفعه إلى أمين ، ثم الأمين يعطيه قدر الحاجة .
وأفهم : أنه لو أنفق بغير إذن الحاكم . . لم يرجع ، ومحلّه : إذا أمكن ، فإن لم
يكن حاكم وأنفق وأشهد وشرط الرجوع . . رجع في الأصح ، ولو كان هناك حاكم
وعسر إثبات الواقعة عنده . . فهو كما لو لم يكن حاكم .
(ومتى قبض المكتري الدابة أو الدار وأمسكها حتى مضت مدة الإجارة . . استقرت
الأجرة وإن لم ينتفع) لتلف المنافع تحت يده فيستقر عليه البذل ؛ كالمبيع إذا تلف في
يد المشتري ، وليس له الانتفاع بعد المدة ، فإن فعل . . لزمه أجرة المثل مع المسمى .
(وكذا لو اكترى دابة لركوب إلى موضع وقبضها ، ومضت مدة إمكان السير إليه)
لوجود التمكين من المؤجر بأقصى المقدور عليه ، فتستقر الأجرة ؛ كما لو كان الضبط
بالمدة .

(وسواء فيه إجارة العين والذمة إذا سلم الدابة الموصوفة) لتعين حقه بالتسليم ،
وحصول التمكين .

وقوله : (إذا سلم) متعلق بالذمة خاصة .

(وتستقر في الإجارة الفاسدة أجرة المثل بما يستقر به المسمى في الصحيحة) سواء
انتفع بها أم لا ، وسواء أكانت أجرة المثل أقل من المسمى أم أكثر ؛ لأن المنفعة
كالعين ، والبيع الفاسد كالصحيح في الضمان ، فكذا في الإجارة .
وتستثنى : التخلية ، فإنها تكفي لقبض العقار في الإجارة الصحيحة ، بخلاف

وَلَوْ أَكْرَى عَيْنًا مُدَّةً وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتْ . . . أَنْفَسَتْ ، وَلَوْ لَمْ يُقَدَّرْ مُدَّةٌ وَأَجَرَ لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ السَّيْرِ . . . فَلَأَصَحُّ : أَنَّهَا لَا تَنْفَسُخُ . وَلَوْ أَجَرَ عَبْدَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ . . . فَلَأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا تَنْفَسُخُ الْإِجَارَةُ ، وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْعَبْدِ ، وَالْأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى سَيِّدِهِ بِأَجْرَةٍ مَا بَعْدَ الْعِتْقِ

الفاسدة ، بل لا بدَّ من القبض الحقيقي ؛ كما صرح به في « الانتصار » ، وقال في « البيان » : إنه الذي يقتضيه المذهب ^(١) .

وكذا الوضع بين يديه يكفي في الصحيحة دون الفاسدة .

(ولو أكرى عيناً مدةً ، ولم يُسلمها حتى مضت . . . انفسخت) لفوات المعقود عليه قبل قبضه .

(ولو لم يقدر مدةً وأجر لركوبٍ إلى موضع ، ولم يسلمها حتى مضت مدة السير . . . فلأصحُّ : أنها لا تنفسخ) لأنها متعلقة بالمنفعة لا بالزمان ، ولم يتعذر استيفائها ، والثاني : تنفسخ ؛ كما لو حبسها المكثري .

واحترز بالعين : عن إجارة الدمة إذا لم يسلم ما تُستوفى منه المنفعة حتى مضت مدة يمكن استيفائها . . . فلا فسخ ، ولا انفساخ قطعاً ؛ لأنه دين تأخر وفاؤه .

(ولو أجر عبده ثم أعتقه . . . فلأصحُّ : أنه لا تنفسخ الإجارة) لأن السيد تبرع بإزالة ملكه ، ولم تكن المنافع له وقت العتق ، والثاني : تنفسخ ؛ كموت البطن الأول ، وهو ضعيف ؛ كما صرح به في « الروضة » ، لا كما اقتضاه إيراد « الكتاب » ^(٢) .

(وأنه لا خيار للعبد) في فسخ الإجارة بعد العتق ؛ لأن السيد تصرف في خالص ملكه ، فلا تنقض ، والثاني : له الخيار ؛ كالأمة تعتق تحت عبد .

(والأظهر : أنه لا يرجع على سيده بأجرة ما بعد العتق) إلى انقضاء المدة ؛ لأنه تصرف في منفعه حين كانت مستحقة له بعقد لازم ، فصار كما لو زوج أمته واستقر مهرها بالدخول ثم أعتقها . . . لا ترجع بشيء لما يستوفيه الزوج بعد العتق ، والثاني : يرجع ؛ لأن المنافع تُستوفى منه قهراً ، فصار كما لو أكرهه سيده على العمل ، وكما

(١) البيان (٣٣٤/٧) .

(٢) روضة الطالبين (٢٥١/٥) .

وَيَصْحُ بَيْعُ الْمُسْتَأْجِرَةِ لِلْمُكْتَرِي ، وَلَا تَنْفَسُ الْإِجَارَةُ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ بَاعَهَا لِغَيْرِهِ جَازَ فِي الْأَظْهَرِ

لا يرجع بالأجرة لا يطالبه بنفقة هذه المدة على الأصح ، بل نفقته في بيت المال .
(ويصح بيع المستأجرة) قبل انقضاء المدة (للمكتر) لأنها في يده من غير حائل ، فأشبهه بيع المغصوب من الغاصب .

(ولا تنفس الإجارة في الأصح) لأن الملك لا ينافيها ، ولهذا يستأجر ملكه من مستأجره ، والثاني : تنفس ؛ لأنه إذا ملك الرقبة . . حدثت المنافع على ملكه ، فلا يستوفى بالإجارة ، وكذا لو اشترى زوجته . . فإنه يفسخ النكاح .

(ولو باعها لغيره . . جاز في الأظهر) سواء أذن المستأجر أم لا ؛ لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع بيع الرقبة ؛ كالأمة المزوجة ، قال السبكي : ولي مدة أبحث هل يصح القبض في مدة الإجارة أم لا ؟ لأن التخلية مع يد المستأجر لا تكفي ، فلم أجد فيه نقلاً إلى الآن ، إلا قول الجرجاني في « الشافي » : ويقبض العين ليحصل التسليم ، ثم يسترع منه ، ويسلم إلى المستأجر ؛ ليستوفي منفعتها إلى آخر المدة ، ويُعفى عن القدر الذي يقع التسليم فيه ؛ لأنه يسير ، ولا يثبت فيه خيار للمستأجر ؛ كما لو انسدت بالوعة الدار . . فلا خيار ؛ لأن زمن فتحها يسير .

وقول الشيخ أبي حامد : إن يد المستأجر على المنفعة وبه على الرقبة أمانة ، فلم يتمتع البيع ؛ كمن باع تمر نخل ، ثم باع رقابها ، قال : وإلزام المستأجر برفع يده يحتاج إلى دليل ، ونقل أكثر من هذا . انتهى .

والثاني : المنع ؛ لأن يد المستأجر حائلة عن التسليم ؛ كالمرهون . ويستثنى من محلّ الخلاف : ما إذا هرب الجمل وترك الجمل المستأجرة ، فإنه يباع منها بقدر النفقة ، كما مرّ ، وكذا البيع الضمني ؛ كـ (أعتق عبدك عني على كذا) ، فأعتقه عنه ، وهو مستأجر ؛ فإنه يصحّ قطعاً ؛ لقوة العتق ، كذا نقلاه في أواخر (العتق) عن القفال ، وأقراه^(١) .

(١) الشرح الكبير (٤٠٤ / ١٣) ، روضة الطالبين (١٨٣ / ١٢) .

(ولا تنفسخ) الإجارة كما لا ينفسخ النكاح ببيع الأمة المزوجة ، فتبقى في يد المستأجر إلى انقضاء المدة ، وللمشتري الخيار إن جهل الإجارة ، وكذا إن جهل المدة ؛ كما قاله الرافعي في (باب بيع الأصول والثمار) .
فإن علم أو أجاز . . فلا أجر له لبقية المدة .

* * *

كتاب إحياء الموات

الْأَرْضُ الَّتِي لَمْ تُعْمَرْ قَطُّ إِنْ كَانَتْ بِلَادِ الْإِسْلَامِ . . فَلِلْمُسْلِمِ تَمْلُكُهَا بِالْإِحْيَاءِ ، . .

(كتاب إحياء الموات)

قال الرافعي في « الشرح الصغير » : الموات : الأرض التي لا ماء لها ، ولا ينتفع بها أحدٌ .

وقال الماوردي والرويانى : حدُّ الموات عند الشافعي : ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامر ، قرب من العامر أو بعد^(١) .

وفي « البويطي » : الموات : كلُّ أرض ليس لها قيمة .

قال الأزهري : فكلُّ شيء من متاع الأرض لا روح له فيه ، يقال له : مَوَاتَان ، وما فيه روح : حَيَوَان^(٢) .

والأصل في الباب : قوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً . . فَهِيَ لَهُ » رواه أبو داوود ، وصححه الترمذي وغيره^(٣) .

والملك به مستحب عندنا ؛ لحديث : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً . . فَلَهُ فِيهَا أَجْرٌ ، وَمَا أَكَلَهُ الْغَوَافِي مِنْهَا . . فَهُوَ صَدَقَةٌ » رواه النسائي^(٤) .

والغوافي : طلاب الرزق .

(الأرض التي لم تُعْمَرْ قط إن كانت ببلاد الإسلام . . فللمسلم تملكها بالإحياء) وإن لم يأذن الإمام ، ويكفي إذن النبي صلى الله عليه وسلم فيه ؛ كما وردت به الأحاديث المشهورة .

نعم ؛ يستحب استئذانه خروجاً من الخلاف ، وهذا فيما لم يتعلق به حقٌ ، فلو حُمِيَ الإمام قطعة من الموات فجاء شخص فأحياها . . لم يملكها إلا بإذن الإمام في

(١) الحاوي الكبير (٣٢٥ / ٩) ، بحر المذهب (٢٨٠ / ٧) .

(٢) تهذيب اللغة (٣٤٣ / ١٤) .

(٣) سنن أبي داوود (٣٠٧٣) ، سنن الترمذي (١٣٧٨) عن سعيد بن زيد رضي الله عنه .

(٤) سنن النسائي (٥٧٢٤) ، وأخرجه ابن حبان (٥٢٠٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

وَلَيْسَ هُوَ لِذِمِّيٍّ ، وَإِنْ كَانَتْ بِيْلَادُ كُفَّارٍ . فَلَهُمْ إَحْيَاؤُهَا ، وَكَذَا لِمُسْلِمٍ إِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يَذُبُّونَ الْمُسْلِمِينَ عَنْهَا . وَمَا كَانَ مَعْمُورًا . فَلِمَالِكِهِ ، فَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ وَالْعِمَارَةُ إِسْلَامِيَّةٌ . فَمَالٌ ضَائِعٌ ، وَإِنْ كَانَتْ جَاهِلِيَّةً . فَلَاظْهَرُ : أَنَّهُ يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَلَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ حَرِيمٌ مَعْمُورٌ ، وَهُوَ مَا تَمَسُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِتَمَامِ الْإِنْتِفَاعِ

الأصح ؛ لما فيه من الاعتراض على الأئمة .

قال الجوري : وموات الأرض صار ملكاً للشارع ثم رده على أمته .

ولا يشترط في نفي العمارة التحقق ، بل يكفي عدم تحقق العمارة بألا يرى أثرها ، ولا دليل عليها من أصول شجر وجذر ونهر ، قاله الإمام^(١) .

(وليس هو للذمي) وإن أذن الإمام ؛ لأنه نوع تملك ينافيه كفر الحربي ، فنافاه كفر الذمي ؛ كالإرث من المسلم .

(وإن كانت بيلاد كفار . . فلهم إحيائها) لأنه من حقوق دارهم ، ولا ضرر على المسلم فيه ، فملكوه بالإحياء ؛ كالصيد .

(وكذا لمسلم إن كانت مما لا يذبون المسلمين عنها) أي : يدفعونهم عنها ؛ كموات دارنا ، فإن كانوا يذبون عنها . . فليس إحيائها ؛ كالعامر من بلادهم .

(وما كان معموراً . . فلمالكه) لأن الإحياء لإحداث الملك ، وهي مملوكة .

(فإن لم يُعرف) المالك (والعمارة إسلامية . . فمال ضائع) فيتخير الإمام بين حفظه إلى ظهور مالكه ، أو بيعه وحفظ ثمنه ، أو استقراضه على بيت المال .

(وإن كانت جاهلية . . فلاظهر : أنه يملك بالإحياء) كالركاز ، والثاني : المنع ؛ لأنها ليست بموات .

(ولا يُملك بالإحياء حريمٌ معمور) لأن مالك المعمور يستحق مرافقه ، ولهذا سمي حريماً ؛ لتحريم التصرف فيه على غيره .

وقد يفهم كلامه : أن الحريم غير مملوك للمحيي وهو وجه ، الأصح ؛ خلافه ، لكن لا يباع وحده ؛ كما قاله أبو عاصم العبادي .

(وهو) أي : الحريم (ما تَمَسُّ الحاجة إليه لتَمَامِ الانتفاع) وإن حصل أصل

(١) نهاية المطلب (٢٨٤ / ٨) .

فَحَرِيمُ الْقَرْيَةِ : النَّادِي ، وَمُرْتَكَضُ الْخَيْلِ ، وَمُنَاحُ الْإِبِلِ ، وَمَطْرَحُ الرَّمَادِ وَنَحْوُهَا ،
وَحَرِيمُ الْبَيْتْرِ فِي الْمَوَاتِ : مَوْقِفُ النَّازِحِ ، وَالْحَوْضُ وَالْدُّوْلَابُ ، وَمُجْتَمَعُ الْمَاءِ ،
وَمُتَرَدَّدُ الدَّابَّةِ ،

الانتفاع بدونه ، وتفصيله : ما يأتي .

وكان الأحسن تقديم بيان الحريم على حكمه ؛ لأن الحكم على الشيء فرع
تصوره .

(فحريم القرية : النادي) وهو مجتمع القوم للحديث ، ولا يُسمَّى المجلس نادياً
إلا والقوم فيه ، ويطلق النادي على أهل المجلس أيضاً ، ولهذا عبر في « المحرر »
و« الشرح » و« الروضة » بمجتمع النادي^(١) .

(ومرتكض الخيل) وهو بفتح الكاف : مكان سوقها ، وقيد الإمام : بما إذا كانوا
خيالة^(٢) .

(ومناح الإبل) وهو الموضع الذي تناخ فيه ، وهو بضم الميم كما ضبطه المصنف
بخطه .

(ومطرح الرماد) والقمامات (ونحوها) كمراح الغنم ، وملعب الصبيان ، ومسيل
الماء ، وسائر ما يعد من مرافقها ، ووجه ذلك : العرف والعمل بذلك خلفاً عن
سلف .

(وحريم البئر) المحفورة (في الموات : موقف النازح) وهو القائم على رأس
البئر ليستقي إن كان ينزح بالدلاء بيده .

(والحوض والدُّوْلَاب) أي : موضعه ؛ كما صرح به في « المحرر » إذا كان
الاستقاء به ؛ كما قيده في « الشرح »^(٣) .

(ومجتمع الماء) والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج من الحوض ، (ومتردّد
الدابة) إن كان الاستقاء بها ؛ لتوقف الانتفاع بالبئر على هذه الأشياء .

(١) المحرر (ص ٢٣٦) ، الشرح الكبير (٢١٣/٦) ، روضة الطالبين (٢٨٢/٥) .

(٢) نهاية المطلب (٣٣٥/٨) .

(٣) المحرر (ص ٢٣٦) ، الشرح الكبير (٢١٤/٦) .

وَحَرِيمُ الدَّارِ فِي الْمَوَاتِ : مَطْرَحُ رَمَادٍ وَكُنَاسَةٍ وَثَلَجٌ ، وَمَمْرٌ فِي صَوْبِ الْبَابِ ، وَحَرِيمُ
آبَارِ الْقَنَآةِ : مَا لَوْ حُفِرَ فِيهِ نَقْصٌ مَأْوَاهَا أَوْ خِيفَ الْإِنْهِيَارُ

وكلُّ ذلك غير محدود ، وإنما هو بحسب الحاجة ، وقال الروياني : تحريمها قدر
عمقها ؛ فإن كان عمقها عشرة أذرع أو ألفاً . فحريمها كذلك من كلِّ جانب .

وذكرُ المصنف الحوض مع مجتمع الماء . . فيه تكرار ؛ فإن الحوض مكان اجتماع
الماء ؛ كما صرح به في « المحرر » ، فإنه قال : (ومصب الماء والحوض الذي
يجتمع فيه الماء إلى أن يرسل) ، فإن حمل قول المصنف : (مجتمع الماء) على
مصبه ليسلم من التكرار . . كان مخالفاً لكلام « الروضة » و « أصلها » ؛ فإنهما غيرا
بينهما ، فقالا : (ومصب الماء والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من
حوض ونحوه)^(١) ، وحينئذ : فيكون المصنف قد نقص عن « المحرر » (المصب) ،
وكرر (الحوض) بغير اسمه .

واحترز بـ (الموات) : عن المحفورة في ملكه ، وحريم النهر المحفور في الموات
يقاس بالبئر .

(وحريم الدار في الموات : مطرح الرماد ، وكُنَاسَةٍ وَثَلَجٌ) في بلد يثُلج به (وممْرٌ
في صوب الباب) لتوقف الانتفاع بها على ذلك .

والمراد بـ (صوب الباب) : جهته ، وليس المراد : امتداده طولاً وقبالة ، بل
يجوز لغيره إحياء ما يقابل الباب إذا بقي له ممر وإن احتاج إلى انعطاف ، كذا قاله^(٢) ،
وفيه نظر : إذا تفاحش الانعطاف ؛ للإضرار به .

(وحريمُ آبار : القنَآة ما لو حفر فيه . . نقص مأوها أو خيف الانهيار) أي :
السقوط ، ويختلف ذلك باختلاف الأراضي صلابة وليناً^(٣) .

(١) المحرر (ص ٢٣٦) ، الشرح الكبير (٦/٢١٤) ، روضة الطالبين (٥/٢٨٣) .

(٢) الشرح الكبير (٦/٢١٣) ، روضة الطالبين (٥/٢٨٣) .

(٣) فرعان : الأول : قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ : إذا أحيا أرضاً ليغرس فيها وغرس . . فليس
لغيره أن يغرس بجواربه بحيث تلتف أغصان الغراس ، وبحيث تلتقي عروقها .

الثاني : قال الماوردي : حريم الأرض المُحْيَا للزراعة ، طرقها ، ومغيض مائها ، ويُنْدَر زرعها ،
وما لا يُسْتَغْنَى عنه من مرافقها . اهـ هامش (أ) .

وَالْدَارُ الْمَحْفُوفَةُ بِدُورٍ لَا حَرِيمَ لَهَا ، وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ فِي مِلْكِهِ عَلَى الْعَادَةِ ، فَإِنْ تَعَدَّى .. ضَمِنَ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَّخِذَ دَارَهُ الْمَحْفُوفَةَ بِمَسَاكِينَ حَمَاماً وَإِصْطِبَلاً ، وَحَانُوتَهُ فِي الْبِرَازِينَ حَانُوتَ حَدَادٍ إِذَا احْتَاطَ وَأَحْكَمَ الْجُدْرَانَ . وَيَحِلُّ إِحْيَاءُ مَوَاتِ الْحَرَمِ دُونَ عَرَقاتٍ فِي الْأَصَحِّ

(والدار المحفوفة بدور لا حريم لها) لأن الأملاك متعارضة ، وليس جعل موضع حريماً لدار بأولئ من جعله لأخرى .

(ويتصرف كل واحد) من الملاك (في ملكه على العادة) وإن تضرر به جاره ؛ كما لو اتخذ بئراً أو حشاً فاختلف به حائط جاره ، أو تغير بالنجاسة ماء بئرهِ ، ولا ضمان عليه إذا أفضى إلى التلف .

(فإن تعدى .. ضمن) لمخالفة العادة ، والافتيات .

(والأصح : أنه يجوز أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حماماً وإصطبلاً) وفرناً ومدبغة .

(وحانوته في البرازين حانوت حداد) وقصار (إذا احتاط وأحكم الجدران) إحكاماً يليق بما يقصده ؛ لأنه متصرف في خالص ملكه ، وفي منعه إضرار به ، قال الروياني : ولو كان دق القصار يمنع ثبوت الحمام .. لم يمنع من الدق ، والثاني : المنع ؛ للضرر .

وعلى الأول : لو فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل في حيطان الجار ؛ كدق عنيف يزعج الحيطان .. فالأصح : المنع .

واختار ابن الصلاح تبعاً للفارقي وابن أبي عصرون : المنع من كل مؤذ لم تجر العادة به مطلقاً ، واختار الروياني : أن الحاكم يجتهد ويمنع ما ظهر فيه قصد التعنت ، ومنه : إطالة البناء ، ومنع الشمس والقمر ، واستحسن .

(ويحل إحياء موات الحرم)^(١) كما يملك عامره بالبيع وغيره (دون عرفات في الأصح) لتعلق حق الوقوف بها ؛ كالحقوق العامة من المساجد والطرق العامة ، والثاني : يجوز كغيرها .

(١) في (ب) : (ويجوز إحياء موات الحرم) .

قُلْتُ : وَمُزْدَلِفَةٌ وَمِنَى كَعَرَفَةَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَيَخْتَلِفُ الْأَحْيَاءُ بِحَسَبِ الْغَرَضِ ؛ فَإِنْ أَرَادَ : مَسْكَنًا . اشْتَرَطَ تَحْوِيطَ الْبُقْعَةِ وَسَقْفُ بَعْضِهَا وَتَعْلِيقُ بَابٍ ، وَفِي الْبَابِ وَجْهٌ .

فعلى هذا : هل يبقى حتى الوقوف أو لا ، أو إن ضاق الباقي . . بقي ، وإلا . فلا ؟ وجوه .

وإذا قلنا : يبقى ، فهل يثبت في كل الوقت من الزوال يوم عرفة إلى طلوع الفجر ، فليس للمحيي إزعاجهم فيه أو له إزعاج من حصل له الوقوف ؟ قال ابن الرفعة : الأشبه : الأول بل لا يسوغ غيره^(١) .

وكان الأولي أن يقول : (ولا يجوز في عرفات على الأصح) لثلا يومهم استثناء عرفات من الحرم ، والخلاف فيها ؛ فإن عرفات من الحل قطعاً ، ولا خلاف في الحرم .

(قلت : ومزدلفة ومنى كعرفة ، والله أعلم) لوجود المعنى المذكور ، وكلامه يفهم : أن هذا الحكم منقول ، وأن خلاف عرفة يجري فيه ، وبه صرح في « التصحيح » ، لكن عبر في « الروضة » بقوله : (ينبغي)^(٢) ، وقال ابن الرفعة : ينبغي القطع بالمنع لضيقه ، بخلاف عرفات .

(ويختلف الإحياء بحسب الغرض) والرجوع فيه إلى العرف ؛ فإن الشرع أطلقه ولا حدَّ له فيه ولا في اللغة ، فيرجع فيه إليه ، وهو في كل شيء بحسبه ، والضابط : التهيئة للمقصود .

(فإن أراد مسكناً . . اشترط تحويط البقعة) أي : جعلها أربع حيطان بالأجر أو غيره بحسب العادة ، (وسقفُ بعضها) لتوقف اسم الدار عليه (وتعليقُ باب) أي : نصبه ؛ لأن العادة في المنازل أن يكون لها أبواب ، وما لا باب له . . لا يتخذ مسكناً .

(وفي الباب وجه) لأن فقدّه لا يمنع السكنى ، وإنما ينصب لحفظ المتاع ، وفي السقف : وجه أيضاً ، ولا يشترط السكنى بحال ، وقال المحاملي : الإيواء إليها شرط .

(١) كفاية النبيه (١١ / ٤١٠) .

(٢) تصحيح النبيه (٣ / ٢٠٤) ، روضة الطالبين (٣ / ٢٨٦) .

أَوْ زَرِيَّةَ دَوَابٍّ . . فَتَحْوِيْطُ لَأَسْفَفُ ، وَفِي الْبَابِ الْخِلَافُ . أَوْ مَزْرَعَةً . . فَجَمْعُ التُّرَابِ
حَوْلَهَا وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ وَتَرْتِيبُ مَاءِ لَهَا إِنْ لَمْ يَكْفِهَا الْمَطَرُ ، لَا الزَّرْعَةُ فِي الْأَصَحِّ . أَوْ
بُسْتَانًا . . فَجَمْعُ التُّرَابِ

(أو زريبة دواب . . فتحويط) بما جرت به العادة ، ولا يكفي نصب سَعَف وأحجار
من غير بناء .

(و الزريبة) : حظيرة الغنم .

(لا سقف) لأنه العادة (وفي الباب الخلاف) المارُّ في المسكن ، قال في
« الذخائر » : وهنا أولى بالمنع ؛ لأن الراعي يقعد بباب الحظيرة ، بخلاف الدور ،
وشرط صاحب « الإقصاد » : أن يعمل على الحيطان شوكاً^(١) .

(أو مزرعة . . فجمع التراب حولها) لينفصل المَحْيَا عن غيره ، وفي معناه : نصب
قصب وحجر وشوك ، ولا يحتاج إلى تحويط ؛ لأنه العرف .

(وتسوية الأرض) بطم المنخفض ، وكسح العالي ، وحرثها إن لم تزرع إلا به ،
وتليين ترابها ، فإن لم يتهيا ذلك إلا بماء يساق إليها . . فلا بدَّ منه لتهيأ للزراعة .

(وترتيب ماء لها) بشق ساقية من نهر ، أو بحفر بئر أو قناة (إن لم يكفها المطر)
المعتاد ؛ لأنه لا يحصل المقصود بدونه ، فإن كفاها . . فلا يحتاج إلى ترتيب ماء لها
على الصحيح ، وإذا حفر طريق الماء ولم يبق إلا إجراؤه . . كفى وإن لم يجز ، وإن
هياؤه ولم يحفر طريقه . . فوجهان بلا ترجيح في « الروضة » و« أصلها »^(٢) ، ورجح في
« الشرح الصغير » : الاكتفاء به .

(لا الزراعة في الأصح) لأنه استيفاء منفعة الأرض ، وهو خارج عن الإحياء ،
والثاني : يشترط ؛ لأن الدار لا تصير محياة حتى يصير فيها عين مال المحيي ، فكذلك
المزرعة .

(أو بستاناً . . فجمع التراب) كالمزرعة ، وحكم الكرم : حكم البستان ، ولعل
المراد : تهيئة تراب أرض البستان وإصلاحه - كما قاله الروياني - لا جمعه حوله ، كما

(١) في (د) : (صاحب « الإيضاح ») .

(٢) الشرح الكبير (٢٤٥/٦) ، روضة الطالبين (٢٩٠/٥) .

وَالْتَحْوِيطُ حَيْثُ جَرَتْ أَلْعَادَةُ بِهِ وَتَهْيِئَةُ مَاءٍ ، وَيَشْتَرُطُ أَلْغَرَسُ عَلَى أَلْمَذْهَبِ . وَمَنْ شَرَعَ فِي عَمَلِ إِحْيَاءٍ وَلَمْ يُتِمَّهُ ، أَوْ أَعْلَمَ عَلَى بُقْعَةٍ يَنْصُبُ أَحْجَارَ أَوْ غَرَزَ خَشْبًا . . فَمُتَحَجِّرٌ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ - لَكِنْ الْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، وَأَنَّهُ لَوْ أَحْيَاهُ آخَرُ مَلَكَهُ

توهمه عبارته ؛ لأن التحويط يغني عنه .

(والتحويط حيث جرت العادة به) عملاً بها ، والرجوع فيما يحوط به إلى العادة ،

(وتهيئة ماء) على ما سبق في المزرعة .

(ويشترط : الغرس على المذهب) بخلاف الزراعة كما مر ، والفرق : أن اسم

المزرعة يقع على الأرض قبل الزرع ، بخلاف البستان قبل الغرس ، ولأن الغراس للدوام ، فالتحق ببناء الدار ، بخلاف الزرع ، والثاني : المنع ؛ كالزراعة .

ويكفي غرس البعض ؛ كما صححه في « البسيط » تبعاً لإمامه ، قال الأذرعى : وينبغي اعتبار ما يُسمَّى معه بستاناً أو كرمًا ، ويحتمل أن يعتبر الأغلب ، ويبعد الاكتفاء بشجرة أو شجرات .

وهل يشترط أن يثمر الغراس ؟ قال البالسي : رأيت في تعليق لبعض فضلاء حلب

حكاية خلاف فيه ، والظاهر : أنه لا يشترط .

(ومن شرع في عمل إحياء ولم يتمه ، أو أعلم على بقعة ينصب أحجار أو غرز

خشبًا . . فمُتَحَجِّرٌ ، وهو أَحَقُّ بِهِ) لحديث : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ . . فَهُوَ لَهُ » رواه أبو داود^(١) .

وهذه الأحقية أحقية اختصاص لا ملك على الأصح ؛ لأن سببه الإحياء ولم

يوجد .

(لكن الأصح : أنه لا يصح بيعه) لأن حق التملك لا يباع ؛ كحق الشفيع ،

والثاني : يصح ، ونعتمد حق الاختصاص ؛ كبيع علو البيت للبناء والسكنى دون أسفله .

(وأنه لو أحياه آخر . . ملكه) لحديث : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً . . فَهِيَ لَهُ »^(٢) ،

(١) سنن أبي داود (٣٠٧١) عن أسمر بن مُضَرَّس رضي الله عنه .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) ، والترمذي (١٣٧٨) عن سعيد بن زيد رضي الله عنه .

- وَلَوْ طَالَتْ مُدَّةُ التَّحَجُّرِ . . قَالَ لَهُ السُّلْطَانُ : (أَحْيِ أَوْ اتْرُكْ) ، فَإِنْ اسْتَمَهَلَ . . أُمِّهَلَ
مُدَّةً قَرِيبَةً . وَلَوْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ مَوَاتًا . . صَارَ أَحَقَّ بِإِحْيَائِهِ كَالْمُتَحَجِّرِ

ولأنه حقق الملك وإن كان آثماً ؛ كما لو دخل في سوم أخيه واشترى ، والثاني :
لا يملكه ؛ لثلا يبطل حق غيره ، ورآه الإمام الأقيس^(١) ، والثالث : إن انضم إلى
التحجر إقطاع الإمام . . منع التملك ، وإلا . . فلا .

ومحلُّ الخلاف : إذا كان أحياءها مزرعة ، فأما إذا كان له بناء وآلات . . فلا يجوز له
نقلها والتصرف فيها بغير إذنه ، نبه عليه الفارقي ، ونقل صاحب « المعين » عن بعض
متأخري الأصحاب : أنه يصح بيعه ، قال : وربما خالفه الرافعي .

ومحله أيضاً : إذا لم يكن له عذر ولم يعرض عن العمارة ، فإن أعرض عنها . .
ملكه المحيي قطعاً ، وإن ترك لعذر . . فلا قطعاً ، قاله الجيلي .

قال الرافعي : والخلاف في المسألة شبيه بما إذا عشن الطائر في ملكه ، وأخذ
الفرخ غيره هل يملكه ؟ وكذا لو توحل ظبي في أرضه ، أو وقع الثلج فيها ونحو ذلك ،
ورجح في « الروضة » هنا : أنه يملك ؛ يعني : في هذه المسائل ، وذكر الرافعي في
(باب الصيد) : أنه أولى بثبوت الملك من مسألة « الكتاب »^(٢) ، لكن رجحاً في آخر
(الوليمة) : أنه لا يملك فيها^(٣) .

(ولو طال مدة التحجر . . قال له السلطان) أو نائبه : (« أحي أو اترك ») لأنه
ضيق على الناس في حقٍّ مشترك فمنع منه ؛ كما لو وقف في شارع ، والرجوع في
الطول إلى العرف .

(فإن استمهل . . أمهل مدة قريبة) وفقاً به ودفعاً لضرر غيره ، والمرجع في تقدير
المدة إلى رأي الإمام على الأصح .

ومحل إمهاله : إذا ذكر عذراً ، وقال الروياني : إنه يمهل وإن لم يُبد عذراً .
(ولو أقطعه الإمام مواتاً . . صار أحقَّ بإحيائه) بمجرد الإقطاع (كالتحجر) لتظهر

(١) نهاية المطلب (٢٩٨ / ٨) ، وفيه أن ظاهر القياس : أنه يملك .

(٢) الشرح الكبير (٣٨ / ١٢) ، روضة الطالبين (٢٨٨ / ٥) .

(٣) الشرح الكبير (٣٥٦ / ٨) ، روضة الطالبين (٣٤٣ / ٧) .

وَلَا يُقْطَعُ إِلَّا قَادِرًا عَلَى الْإِحْيَاءِ ، وَقَدْرًا يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، وَكَذَا الْمُتَحَجِّرُ . وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ
لِلْإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ بَقْعَةَ مَوَاتٍ لِرْعِي نَعْمٍ جَزِيَّةً وَصَدَقَةً وَضَالَّةً وَضَعِيفٍ عَنِ النَّجْعَةِ ، وَأَنَّ
لَهُ نَقْضَ حِمَاهُ لِلْحَاجَةِ ،

فائدة الإقطاع ، وقد أقطع النبي صلى الله عليه وسلم أرضاً للزبير وغيره^(١) .

ومعنى إقطاعه : إذنه فيها .

وإذا طالت المدة أو أحياء غيره . . فالحكم كما مرّ في المتحجر .

(وَلَا يُقْطَعُ إِلَّا قَادِرًا عَلَى الْإِحْيَاءِ ، وَقَدْرًا يَقْدِرُ عَلَيْهِ) لأنه منوط بالمصلحة .

(وَكَذَا الْمُتَحَجِّرُ) أي : لا يتحجر إلا من يقدر على الإحياء قدرًا يقدر على

إحيائه ، فإن زاد . . فالأقوى في « الروضة » : أن لغيره إحياء الزائد^(٢) .

(وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ لِلْإِمَامِ) ونائبه (أَنْ يَحْمِيَ بَقْعَةَ مَوَاتٍ لِرْعِي نَعْمٍ جَزِيَّةً وَصَدَقَةً وَضَالَّةً

وَضَعِيفٍ عَنِ النَّجْعَةِ) ويمنع سائر الناس من الرعي فيها ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم

حمى النقيع - بالنون - لخیل المسلمين رواه ابن حبان^(٣) ، وحمى عمرُ السَّرف ،

وَالرَّبْدَةَ ، رواه البخاري^(٤) .

والثاني : المنع ؛ لحديث : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » رواه البخاري^(٥) .

وأجاب الأول : بأن معناه لا حمى إلا مثل ما حمى عليه الصلاة والسلام .

ومحل الجواز : إذا لم يضرَّ بالمسلمين ؛ لكونه قليلاً من كثير بحيث يكفي

المسلمين ما بقي وإن كانوا يحتاجون أن يتباعدوا قليلاً ؛ كما قاله الإصطخري في

(أدب القضاء) ، وإلا . . لم يجز .

و(النجعة) : بضم النون : الذهاب في طلب الرعي .

(وَأَنَّ لَهُ نَقْضَ حِمَاهُ لِلْحَاجَةِ) رعاية للمصلحة ، والثاني : لا ؛ لتعيينه لتلك

الجهة ؛ كالمسجد والمقبرة .

(١) أخرجه البخاري (٣١٥١) ، ومسلم (٢١٨٢) عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما .

(٢) روضة الطالبين (٢٨٧/٣) .

(٣) صحيح ابن حبان (٤٦٨٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٤) صحيح البخاري (٢٣٧٠) عن الصعب بن جثامة رضي الله عنه .

(٥) صحيح البخاري (٢٣٧٠) عن الصعب بن جثامة رضي الله عنه .

وَلَا يَحْمِي لِنَفْسِهِ .

فَضْلُكَ

[في حكم المنافع المشتركة]

مَنْفَعَةُ الشَّارِعِ : الْمُرُورُ ، وَيَجُوزُ الْجُلُوسُ فِيهِ لِاسْتِرَاحَةٍ وَمُعَامَلَةٍ وَنَحْوِهِمَا إِذَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى الْمَارَةِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ إِذْنُ الْإِمَامِ ، وَلَهُ تَظْلِيلُ مَقْعَدِهِ بِيَارِيَّةٍ وَغَيْرِهَا

وكلامه يوهم : اختصاص النقض بالحامي ، وهو قول ، والأظهر : أن له نقض حمى غيره غير حمى النبي صلى الله عليه وسلم بالشرط المذكور ، وألحق صاحب « الرونق » بحمى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى الخلفاء الأربعة .
وقوله : (للحاجة) : متعلق بـ (نقض) لا بـ (حماه) .

(ولا يحمي لنفسه) قطعاً ؛ لأن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم ، ولم يقع ذلك منه ، ولو وقع لكان أيضاً من مصالح المسلمين ؛ لأن ما كان مصلحة له . . . فهو مصلحة لهم ، قاله في « المطلب » .

* * *

(فصل : منفعة الشارع) الأصلية (المرور) لأنه وُضع لذلك ، وهو مستحق للناس كافة .

(ويجوز الجلوس فيه لاستراحة ومعاملة ونحوهما)^(١) كانتظار رفيق وغيره (إذا لم يضيق على المارة ، ولا يشترط إذن الإمام) لإطباق الناس عليه من غير نكير ، وليس لأحد من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس والبيع ونحوه في الشارع عوضاً قطعاً .
وشمل إطلاقه الذمي ، وفيه وجهان بلا ترجيح في « الشرح » و « الروضة » ، وقال ابن الرفعة : الذي يظهر : ترجيح ثبوته له ؛ لأن ضرره لا يتأبد ، ورجحه السبكي^(٢) .
(وله تظليل مقعده بيارية ، وغيرها) مما ينقل معه ؛ كثوب ؛ لجريان العادة به ، فإن كان مثبتاً . . . لم يجز ؛ كبناء الدكة .

(١) في المطبوع من « المنهاج » (ص ٣١٧) : (ويجوز الجلوس به) ، وفي غير (أ) بعد هذه الجملة : (وكذا الوقوف) ، وهو من كلام الشارح رحمه الله تعالى .

(٢) الشرح الكبير (٢٢٣ / ٦) ، روضة الطالبين (٢٩٥ / ٥) ، كفاية النبيه (٤٠٤ / ١١) .

وَلَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ . . أَقْرَعَ ، وَقِيلَ : يُقَدَّمُ الْإِمَامُ بِرَأْيِهِ . وَلَوْ جَلَسَ لِلْمُعَامَلَةِ ثُمَّ فَارَقَهُ تَارِكاً لِلْحِرْفَةِ أَوْ مُنْتَقِلاً إِلَى غَيْرِهِ . . بَطَلَ حَقُّهُ ، وَإِنْ فَارَقَهُ لِيَعُودَ . . لَمْ يَبْطُلْ إِلَّا أَنْ تَطُولَ مُفَارَقَتُهُ بِحَيْثُ يَنْقَطِعُ مُعَامَلُوهُ عَنْهُ وَيَأْلَفُونَ غَيْرَهُ . وَمَنْ أَلْفَ مِنَ الْمَسْجِدِ مَوْضِعاً يُفْتَى فِيهِ ، أَوْ يُقْرَأُ الْقُرْآنُ . . كَالْجَالِسِ فِي شَارِعٍ لِلْمُعَامَلَةِ ،

(ولو سبق إليه) أي : إلى موضع من الشارع (اثنان) وتنازعا (. . أقرع) بينهما ؛ لعدم المزية ، (وقيل : يقدم الإمام برأيه) أي : باجتهاده ؛ كمال بيت المال .

(ولو جلس للمعاملة) أو لصناعة ؛ كخياطة ونحوها (ثم فارقه) أي : موضع جلوسه (تاركاً للحرفة أو منتقلاً إلى غيره . . بطل حقه) لإعراضه عنه .
(وإن فارقه ليعود . . لم يبطل) لحديث : « إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَجْلِسِهِ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » رواه مسلم^(١) .

(إلا أن تطول مفارقتُهُ بحيث ينقطع معاملوه عنه ويألفون غيره) لأن الغرض من الموضع المعين أن يعرف فيعامل ، وسواء فارقه بعذر أو بغيره .

واحترز بالمعاملة : عما إذا جلس لاستراحة وشبهها ؛ فإن حقه يبطل بمفارقتهِ ، وكذا الجوال الذي يقعد كلَّ وقت في موضع من السوق ينقطع حقه بمفارقتهِ جزئاً .

(ومن أَلْفَ من المسجد موضعاً يفتى فيه ، أو يقرئ القرآن)^(٢) أو العلم الشرعي (. . كالجالس في شارع لمعاملة) لأن له غرضاً في ملازمة ذلك الموضع ليألفه الناس ، قاله العبادي والغزالي تفقهاً لا نقلاً ، وقال الرافعي : إنه الأشبه بمأخذ الباب^(٣) .

وعن الشيخ أبي محمد أنه إذا قام . . بطل حقه ؛ لقوله تعالى : ﴿ سَوَاءٌ أَلْعَكِيفُ فِيهِ وَالْبَادِ ﴾ وإليه ميل صاحب « التقريب » ، ونقله الماوردي في « الأحكام السلطانية » عن جمهور الفقهاء ، ولم ينقل الأول إلا عن مالك ، قال في « الروضة » : ومقتضى

(١) صحيح مسلم (٢١٧٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) في (ب) و(د) : (ويقرئ القرآن) .

(٣) الوسيط (٢٢٨/٤) ، الوجيز (ص ٢٧٢) ، الشرح الكبير (٢٢٥/٦) .

وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِصَلَاةٍ . . لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِهِ فِي غَيْرِهَا ، فَلَوْ فَارَقَهُ لِحَاجَةٍ لِيَعُودَ . . لَمْ يَبْطُلْ
 اخْتِصَاصُهُ فِي تِلْكَ الصَّلَاةِ فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ إِزَارَهُ . وَلَوْ سَبَقَ رَجُلٌ إِلَى مَوْضِعٍ
 مِنْ رِبَاطٍ مُسَبَّلٍ ، أَوْ فَقِيهٌ إِلَى مَدْرَسَةٍ ، أَوْ صُوفِيٌّ إِلَى خَانِقَاهُ . . لَمْ يُزَعَجْ ، وَلَمْ يَبْطُلْ
 حَقُّهُ بِخُرُوجِهِ لِشِرَاءِ حَاجَةٍ وَنَحْوِهِ

كلامه : أن الشافعي وأصحابه من الجمهور (١) .

(ولو جلس فيه لصلاة . . لم يصير أحق به في غيرها) لأن بقاع المساجد لا تختلف
 بخلاف مقاعد الأسواق ، وللرافعي فيه احتمال ؛ فإنه يختلف بالنسبة إلى القرب من
 الإمام (٢) ، وأجيب عنه : بأن له طريقاً إلى تحصيله بالسبق .

(فلو فارقه لحاجة ليعود) كإجابة داع ورُعاف وقضاء حاجة (. . لم يبطل
 اختصاصه في تلك الصلاة في الأصح وإن لم يترك إزاره) للحديث المارّ : « إِذَا قَامَ
 أَحَدُكُمْ مِنْ مَجْلِسِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » (٣) ، والثاني : يبطل ؛ كغيرها من
 الصلوات .

(ولو سبق رجل إلى موضع من رباط مُسَبَّلٍ ، أو فقيهٌ إلى مدرسة ، أو صوفيٌّ إلى
 خانقاهُ . . لم يُزَعَجْ ، ولم يبطل حَقُّه بخروجه لشراء حاجة ونحوه) وإن لم يترك متاعاً
 ولا نائباً عنه ؛ لعموم الحديث المارّ .

وأفهم قوله : (لشراء حاجة) التصوير بالخروج لعذر ، فالخروج لغيره مبطل ،
 وكون الغيبة قصيرة ، فإن طالت . . بطل حَقُّه ، وبه صرح الفوراني وغيره ، والرجوع
 في الطول : إلى العرف .

وأطلق المصنف عدم الإزعاج ، وفيه تفصيل ذكرناه في « الشرح » و« الروضة »
 وهو : إن عَيَّنَ الواقف مدةً للمقام . . فلا يزيد عليها ، وكذا لو وقف على المسافرين . .
 لا يمكث مدةً تزيد على مدة مكث المسافرين ، وإن أطلق الواقف . . نظر إلى الغرض
 الذي بنيت البقعة له ، وعمل بالمعتاد فيه ، فلا يُمكن من الإقامة برُبط المارة إلا

(١) الأحكام السلطانية (ص ٣٢٣) ، روضة الطالبين (٥/٢٩٧) .

(٢) الشرح الكبير (٦/٢٢٥) .

(٣) في (ص ٤٤٠) .

[في بيان حكم الأعيان المشتركة المستفادة من الأرض]

الْمَعْدِنُ الظَّاهِرُ - وَهُوَ : مَا خَرَجَ بِلَا عِلَاجٍ ؛ كَنِفْطٍ وَكَبْرِيتٍ وَقَارٍ وَمُومِيَاءَ وَبِرَامٍ وَأَحْجَارَ رَحَى - لَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ اخْتِصَاصٌ بِتَحْجِيرٍ وَلَا إِقْطَاعٍ . فَإِنْ ضَاقَ نَيْلُهُ . قُدِّمَ السَّابِقُ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ ،

لمصلحتها ، أو لخوف يعرض ، أو أُمطار متواترة .

وفي المدرسة الموقوفة على طلبة العلم . . يمكن من الإقامة إلى استتمام غرضه ، فإن ترك العلم والتحصيل . . أزعج ، قالوا : وفي الخانقاه : لا يمكن هذا الضبط ، ففي الإزعاج إذا طال مقامه ما سبق في الشارع^(١) .

* * *

(فصل : المعدن الظاهر ، وهو : ما خرج بلا علاج) أي : عمل (كَنِفْطٍ وَكَبْرِيتٍ وَقَارٍ) وهو الزفت (ومُومِيَاءَ) بضم الميم الأولى ، ممدود ، وقيل : مقتصور ، شيء يُلقى الماء في بعض السواحل ، فيخمد ويصير كالقار ، ويقال : إنها حجارة سود باليمن . أما المومياء التي تؤخذ من عظام الموتى . . فنجسة .

(وبرام) وهو حجر تعمل منه القدور (وأحجار رحى) . . لَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ^(٢) ، وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ اخْتِصَاصٌ بِتَحْجِيرٍ وَلَا إِقْطَاعٍ) بل هي مشتركة بين الناس مسلمهم وكافرهم ؛ كالماء والكأ ، بجامع الحاجة العامة .

(فَإِنْ ضَاقَ نَيْلُهُ) أي : الموضع المستخرج منه عن أخذهما دفعة (. . قدم السابق بقدر حاجته) لسبقه ، قال الإمام : والرجوع في قدر الحاجة إلى العرف ، فيأخذ ما تقتضيه عادة أمثاله^(٣) .

(١) فائدة : سئل القفال رحمه الله تعالى عن تعليم الصبيان في المسجد ، فقال : الأغلب من الصبيان : الضرر بالمسجد فيحترق منهم . اهـ هامش (أ) ، وانظر « الشرح الكبير » (٢٢٨ / ٤) ، و« روضة الطالبين » (٣٠٠ / ٥) .

(٢) في (د) : (وأحجار رحى لَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ) .

(٣) نهاية المطلب (٣٠٦ / ٨) .

فَإِنْ طَلَبَ زِيَادَةً .. فَلَا أَصَحَّ : إِزْعَاجُهُ فَلَوْ جَاءَ مَعًا .. أَقْرَعَ فِي الْأَصَحِّ . وَالْمَعْدِنُ
الْبَاطِنُ - وَهُوَ : مَا لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِعِلَاجٍ ؛ كَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَحَدِيدٍ وَنُحَاسٍ - لَا يُمْلِكُ
بِالْحَفْرِ وَالْعَمَلِ فِي الْأَظْهَرِ . وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا فَظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ بَاطِنٌ .. مَلَكُهُ

(فَإِنْ طَلَبَ زِيَادَةً) عَلَى حَاجَتِهِ (.. فَلَا أَصَحَّ : إِزْعَاجُهُ) لِأَنَّ عَكُوفَهُ عَلَيْهِ
كَالْمَتَحَجَّرِ الْمَاءِ الْعِدَّةُ^(١) .

وَالثَّانِي : الْمَنْعُ ؛ لِلْحَدِيثِ الْمَارِّ : « مَنْ سَبَقَ إِلَيَّ مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ .. فَهُوَ
لَهُ »^(٢) .

(فَلَوْ جَاءَ مَعًا .. أَقْرَعَ فِي الْأَصَحِّ) لِعَدَمِ الْمَزِيَّةِ ، وَالثَّانِي : يَجْتَهِدُ الْإِمَامُ ، وَيَقْدُمُ
مَنْ يَرَاهُ أَحْوَجَ ؛ كِمَالِ بَيْتِ الْمَالِ .

وظَاهِرُ كَلَامِهِ : أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مَا يَأْخُذَانَهُ لِلتَّجَارَةِ أَوْ لِلْحَاجَةِ ، وَهُوَ
الْمَشْهُورُ .

(وَالْمَعْدِنُ الْبَاطِنُ ، وَهُوَ : مَا لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِعِلَاجٍ ؛ كَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَحَدِيدٍ وَنُحَاسٍ)
وَرِصَاصٍ وَيَاقُوتٍ ، وَسَائِرُ الْجَوَاهِرِ الْمَبْثُوثَةِ فِي طَبَقَاتِ الْأَرْضِ (.. لَا يُمْلِكُ بِالْحَفْرِ
وَالْعَمَلِ) فِي مَوَاتٍ بِقَصْدِ التَّمْلِكِ (فِي الْأَظْهَرِ) كَالْمَعْدِنِ الظَّاهِرِ ، وَالثَّانِي : يَمْلِكُ إِلَى
الْقَرَارِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَصَّلُ إِلَى مَنَفَعَتِهِ إِلَّا بِتَعَبٍ وَمُؤَنَةٍ ، فَكَانَ كَثِيرُهُ مِنْ أَرْضِي الْمَوَاتِ .

وَفَرَقَ الْأَوَّلُ^(٣) : بِأَنَّ الْمَوَاتِ يَمْلِكُ بِالْعِمَارَةِ ، وَحَفَرَ الْمَعْدِنُ تَخْرِيْبَ ، وَلِأَنَّ
الْمَوَاتِ إِذَا مَلَكَ .. لَا يَحْتَاجُ فِي تَحْصِيلِ مَقْصُودِهِ إِلَى مِثْلِ الْعَمَلِ الْأَوَّلِ ، بِخِلَافِ
الْمَعْدِنِ ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَقْصِدِ التَّمْلِكَ ، بَلْ قَصْدَ الْحَفْرِ لِنَيْلِ وَيَنْصَرَفُ .. فَلَا يَمْلِكُ قِطْعًا .
قَالَ الْبَنْدَنِيْجِي ، وَسَكَوْتُهُ عَنِ الْإِقْطَاعِ هُنَا قَدْ يَفْهَمُ جَوَازَهُ ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ .

(وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا فَظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ بَاطِنٌ .. مَلَكُهُ) لِأَنَّهُ بِالْإِحْيَاءِ مَلَكَ الْأَرْضَ بِجَمِيعِ
أَجْزَائِهَا ، بِخِلَافِ الرِّكَازِ ؛ فَإِنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ فِيهَا مَعْدِنًا ، فَإِنْ عَلِمَ

(١) الْعِدَّة - بِكَسْرِ الْعَيْنِ الْمَهْمَلَةِ - : هُوَ الَّذِي لَا انْقِطَاعَ لِمَادَتِهِ ، كَمَاءِ الْبَشَرِ وَالْعَيْنِ . اهـ هامش (أ) ، وَفِي
غَيْرِ (أ) هَذِهِ الْجُمْلَةُ مِنْ ضَمَنِ الْكِتَابِ

(٢) فِي (ص ٤٣٦) .

(٣) فِي (ب) وَ(د) : (وَفَرَّقَ الْإِمَامُ) ، وَانْظُرْ « نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ » (٨ / ٣٢١ - ٣٢٢) .

وَالْمِيَاهُ الْمُبَاحَةُ مِنَ الْأَوْدِيَةِ وَالْعُيُونِ فِي الْجِبَالِ يَسْتَوِي النَّاسُ فِيهَا ، فَإِنْ أَرَادَ قَوْمٌ سَقْيَ
أَرْضِيهِمْ مِنْهَا فَضَاقَ . . سُقِيَ الْأَعْلَى فَأَلْأَعْلَى وَحَبَسَ كُلُّ وَاحِدٍ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ
الْكَعْبَيْنِ ،

واتخذ عليه داراً . . فطريقان : أحدهما : أنه على القولين في تملكه بالإحياء ،
والثاني : القطع بالملك ؛ كما لو لم يعلم .

وأما البقعة المحيية . . فظاهر المذهب - كما قال الإمام - : أنها لا تملك ؛ لأن
المعدن لا يتخذ داراً ولا مزرعة ، فالقصد فاسد^(١) .

والتقييد بالباطن قد يفهم : أنه لو ظهر فيه معدن ظاهر . . لا يملكه ، وليس
كذلك ، وقد حكى الإمام وغيره الإجماع على أنه يملك^(٢) .

(والمياه المباحة من الأودية والعيون في الجبال) وسيول الأمطار (يستوي الناس
فيها) لحديث : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثَةٍ : الْمَاءِ وَالْكَلاِ وَالنَّارِ » رواه أبو داود^(٣) .

(فَإِنْ أَرَادَ قَوْمٌ سَقْيَ أَرْضِيهِمْ مِنْهَا فَضَاقَ . . سُقِيَ الْأَعْلَى فَأَلْأَعْلَى) حتى لو كان
زراع الأسفل يهلك إلى أن ينتهي الماء إليه . . لم يجب على من فوقه إرساله إليه ؛ كما
قاله القاضي أبو الطيب .

(وحبس كل واحد الماء حتى يبلغ الكعبين) لأنه صلى الله عليه وسلم قضى في
سيل مهزور ومذنب : أن الأعلى يرسل إلى الأسفل ويحبس قدر الكعبين ، رواه الحاكم
وصححه على شرط الشيخين^(٤) .

و(مهزور) هذا - بتقديم الزاي المضمومة على الراء - : واد بالمدينة ،
و(مذنب) : اسم موضع بها أيضاً .

ومحل ما ذكره : إذا لم يسبق أحد إلى الإحياء ؛ فإن سبق ثم جاء غيره وأحيا مواتاً

(١) نهاية المطلب (٣٢٣ / ٨) .

(٢) نهاية المطلب (٣٢٣ / ٨) .

(٣) سنن أبي داود (٣٤٧٧) عن أبي خدّاش عن رجل من المهاجرين ، وأخرجه ابن ماجه (٢٤٧٢) عن
ابن عباس رضي الله عنهما .

(٤) المستدرک (٦٢ / ٢) عن عائشة رضي الله عنها ، وأخرجه أبو داود (٣٦٣٩) عن عبد الله بن
عمرو بن العاص رضي الله عنهما .

فَإِنْ كَانَ فِي الْأَرْضِ أَرْتِفَاعٌ وَأَنْخِفَاضٌ . . أُفْرِدَ كُلُّ طَرَفٍ بِسَقْيٍ ، وَمَا أُخِذَ مِنْ هَذَا الْمَاءِ فِي إِنْاءٍ . . مُلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ . وَخَافِرُ بئرِ بِمَوَاتٍ لِلْأَرْتِفَاقِ أَوْلَى بِمَائِهَا حَتَّى يَرْتَحِلَ .

أعلى منه وأقرب إلى فُوْهة النهر من أرض السابق بالإحياء . . فالسابق أحقُّ ، ذكره القاضي أبو الطيب وغيره ، بل صرح كثيرون بأن لهم منعه من الإحياء ؛ لثلا يستدل به عند تقادم الزمان على استحقاقه قبلهم أو معهم ، فيضرب بهم .

واحترز المصنف بقوله : (ضاق) : عما إذا اتسع ، فيسقي كلَّ منهم متى شاء .
(فإن كان في الأرض) الواحدة (ارتفاع وانخفاض . . أُفْرِدَ كُلُّ طَرَفٍ بِسَقْيٍ) إذ لو سقى دفعة . . لزداد الماء في المنخفض على القدر المستحق .

وطريقه : أن يسقي المنخفض حتى يبلغ الكعبين ثم يسده ، ويسقي المرتفع ، قال ابن الرفعة : وهذا إذا لم يمكن سقي العالية أولاً حتى يبلغ الكعب ثم يسد عليها ويرسله إلى السافلة ، فإن أمكن ذلك . . تعين فعله ، وقال السبكي : الظاهر : أنه لا يتعين البدء بالأسفل بل لو عكس . . جاز .

ومرادهم : ألا يزيد في المنسفة على الكعبين ، وصرح في « الاستقصاء » :
بالتخيير بين الأمرين .

(وما أُخِذَ مِنْ هَذَا الْمَاءِ) يعني : المباح (في إِنْاءٍ . . مُلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ)
كالاحتشاش والاحتطاب ، والثاني : لا يملك الماء بحال ، بل يكون محرزهُ أَوْلَى بِهِ من غيره .

واحترز بالإِنْاء : عن الداخل في ملكه بسيل ؛ فإنه لا يملكه بدخوله في الأصح .
نعم ؛ في معنى الإِنْاء : سوقه إلى بركة له أو حُفْرة في أرضه ونحو ذلك .
(وخَافِرُ بئرِ بِمَوَاتٍ لِلْأَرْتِفَاقِ) كالسقي مدة مقامه هنا (أَوْلَى بِمَائِهَا حَتَّى يَرْتَحِلَ)
للحديث السالف : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(١) ، فإذا ارتحل . . صارت كالنهر ، فإن عاد . . فهو كغيره .
والمراد بكونه أَوْلَى بِمَائِهَا : فيما يحتاج إليه منه لسقيه وماشيته وزرعه ، لا مطلقاً ،

(١) في (ص ٤٣٦) .

وَالْمَحْفُورَةُ لِلتَّمْلِكِ أَوْ فِي مِلْكٍ . . يُمْلِكُ مَاؤُهَا فِي الْأَصْحَحِ ، وَسَوَاءٌ مَلَكَهُ أَمْ لَا . . لَا يَلْزَمُهُ بَذْلُ مَا فَضَّلَ عَنْ حَاجَتِهِ لِزَرْعٍ ، وَيَجِبُ لِمَاشِيَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ

فليس له منع ما فضل عنه لشرب وماشية ، بخلاف سقي الزرع ، وللإمام احتمال في بذل الفاضل للزرع أيضاً^(١) .

قال في « زيادة الروضة » : (والمراد : الفاضل الذي يجب بذله لماشية غيره ، أما الواجب بذله لعطش آدمي محترم . . فلا يشترط فيه أن يفضل عن المزارع والماشية)^(٢) .

(والمحفورة) في الموات (للتملك ، أو في ملك . . يملك ماؤها في الأصح) لأنه نماء ملكه ؛ كالثمرة واللبن ، والثاني : لا يملك ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « ثَلَاثَةٌ لَا يُمْنَعْنَ : الْمَاءُ وَالْكَلَأُ وَالنَّارُ »^(٣) .

(وسواء ملكه أم لا . . لا يلزمه بذل ما فَضَّلَ عن حاجته لزرع) أما على الملك . . فكغيره من المملوكات ، وأما على مقابله . . فهو أولى به لسبقه .

(ويجب لماشية على الصحيح) لحرمة الروح بدليل وجوب سقيها ، بخلاف الزرع ، والثاني : لا ؛ كما لا يلزمه بذل ماء أحرزه في إنائه ، واختاره الإمام ونسبه إلى المحققين ، إلا أن يخاف هلاك الماشية فيجب بذله بالقيمة ؛ لحرمة الروح^(٤) .

وأطلق المصنف الوجوب ، وله شروط : ألا يجد صاحب الماشية ماء مباحاً ، وأن يكون بقرب الماء كلاً مباح ترعاه المواشي ، وإلا . . لم يجب على المذهب ، وأن يكون قبل حوزة في إناء ؛ فلا يجب بذل المحرز على الصحيح .

والمراد بالبذل : تمكين صاحب الماشية من الماء ، قاله في « نكت التنبيه » . وقال الماوردي : تمكين الماشية من حضور البئر يشترط فيه : ألا يكون على صاحب الماء ضرر في زرع ولا ماشية ، وإلا . . منعت ، فإن أمكن أربابها سوق الماء

(١) نهاية المطلب (٨ / ٣٣٢) .

(٢) روضة الطالبين (٥ / ٣٠٩) .

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٤٧٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) نهاية المطلب (٨ / ٣٣٠) .

وَالْقَنَاةُ الْمُشْتَرَكَةُ يُقْسَمُ مَاؤُهَا بِنَصَبِ خَشَبَةٍ فِي عَرْضِ النَّهْرِ فِيهَا ثُقْبٌ مُتَسَاوِيَةٌ أَوْ مُتَفَاوِتَةٌ عَلَى قَدْرِ الْحَصَصِ ، وَلَهُمُ الْقِسْمَةُ مُهَابَاةً .

إليها بلا ضرر يلحقه أو نقله . . لزمه تمكينهم ، وإلا . . فلا^(١) ، ويجب البذل أيضاً للرعاة على الأصح ؛ لأنهم أولى من الماشية .

(والقناة المشتركة يُقسم ماؤها) عند الضيق (بنصب خشبة في عرض النهر فيها ثُقْبٌ متساوية أو متفاوته على قدر الحصص) لأن بذلك يصل الحق إلى مستحقه ، ويجوز تساوي الثُقْب مع تفاوت الحقوق ، فيأخذ صاحب الثلث مثلاً ثقبه ، والآخر ثقتين .

ويشترط في الخشبة : أن تكون معتدلة الطرفين والوسط ، وتوضع على مستو من الأرض ؛ لأنه متى علا أحد الطرفين . . عاد الماء إلى الموضع الآخر .
وقوله : (ثقب) هو بالثاء المثلثة ، كما نقل عن خط المصنف ، ويجوز قراءته بالنون أيضاً .

(ولهم) أي : للشركاء (القسمة مهابة) فيسقي هذا يوماً ، والآخر مثله ؛ كقسمة سائر الأملاك المشتركة ، وهذا الطريق يتعين إذا لم تمكن القسمة على ما سبق ؛ بأن تكون أراضي بعضهم بعيدة من المقسم ، قاله الزركشي ، وخالفت المهابة في لبن الحلوب ؛ لأنه مجهول^(٢) .

* * *

(١) الحاوي الكبير (٣٦٢/٩) .

(٢) فائدة : لا حريم للنهر عند أبي حنيفة وخالفه أصحابه ، قال ابن الملقن [٩٥٩/٢] : وهو مذهبننا ، وكان بعض الفقهاء الصالحين يستنكر العماثر على حافات النيل ، ويقول : إنه لا يجوز إحياؤها . اهـ هامش (١) .

كتاب الوقف

شَرَطُ الْوَاقِفِ : صِحَّةُ عِبَارَتِهِ ، وَأَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ ،

(كتاب الوقف)

الوقف والتحبيس والتسبيل بمعنى ، يقال : وقفت كذا ، ولا يقال : أوقفت إلا في لغة رديئة وعليها العامة .

وحقيقته شرعاً : تحبيس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، يمتنع التصرف في رقبته ، وتُصرف منافعه إلى وجه من البر تقرباً إلى الله تعالى ، كذا حكاه المصنف في « التحرير » عن الأصحاب^(١) ، واعترض : بأن القرية لا تشترط على الصحيح .

والأصل في الباب : السنة الصحيحة الشهيرة^(٢) ، واتفاق الصحابة عليه قولاً وفعلاً ، قال الشافعي في القديم : وقد بلغني أن أكثر من ثمانين رجلاً من الصحابة تصدقوا بصدقات مُحَرَّمات^(٣) ، والشافعي يُسمِّي الأوقاف : الصدقات المُحرَّمة .

(شرط الواقف : صحة عبارته) فلا يصحُّ من صبي ومجنون ، (وأهلية التبرع) فلا يصحُّ من مبذر ومكاتب .

ولو اقتصر على أهلية التبرع لكان أحسن ؛ فإنه يلزم منها صحة العبارة .
وأفهم صحة وقف الذمي للمسجد ، وهو ما قاله البغوي في « فتاويه » وإن لم يعتقد قربة ، اعتباراً باعتقادنا ؛ كما يصحُّ منه بيعُ الشحم وإن اعتقد منعه ، وأبدى فيه احتمالاً آخر بعدم الصحة ؛ اعتباراً باعتقاده .

ولم يعتبر المصنف كون الموقوف ملكاً للواقف ، أو لمن وقع له الوقف ، ومقتضاه : جواز وقف الإمام شيئاً من بيت المال ، وهو ما أفتى به كثيرون ؛ منهم ابن أبي عصرون والمصنف ، وقال في « المطلب » : إنه المذهب .

(١) تحرير التنبيه (ص ٢٣٧) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٧٣٧) ، ومسلم (١٦٣٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) الأم (١١٠/٥) .

وَالْمَوْقُوفُ : دَوَامُ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، لَا مَطْعُومٌ وَرِيحَانٌ . وَيَصِحُّ وَقْفُ عَقَارٍ وَمَنْقُولٍ وَمُشَاعٍ ، لَا عَبْدٌ وَثُوبٌ فِي الذِّمَّةِ ، وَلَا وَقْفُ حُرٍّ نَفْسُهُ ، وَكَذَا مُسْتَوْلَدَةٌ وَكَلْبٌ مُعَلَّمٌ وَأَحَدُ عِبْدَيْهِ فِي الْأَصَحِّ

(و) شرط (الموقوف : دوام الانتفاع به لا مطعموم) لأن منفعته في استهلاكه .

(وريحان) لسرعة فسادِه ، وهذا في الريحان المحصود ، أما المزروع . .
فالظاهر : صحة وقفه للشَّم ؛ كما قاله في « شرح الوسيط » ؛ لأنه يبقى مدة ، وفيه منفعة أخرى وهي : التنزه .

وتمثيله بالريحان قد يفهم صحة وقف المسموم الذي ينتفع به على الدوام ؛ كالعود والعنبر ونحوهما ، وبه صرح ابن الصلاح والخوارزمي في « الكافي » .

(ويصحُّ وقف عَقَارٍ) بالإجماع (ومنقول) لقوله صلى الله عليه وسلم : « أَمَّا خَالِدٌ : فَقَدْ أَحْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ » ^(١) .

والأعتاد : ما يعده الرجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد ، قاله الخطابي وغيره ^(٢) .

واتفقت الأمة في الأعصار على وقف الحُصْر والقناديل والزَّلَالِي في المساجد من غير تكبير .

(ومشاع) لأن عمر رضي الله عنه وقف مئة سهم من خيبر مُشَاعاً ، رواه الشافعي ^(٣) ، ولا يسري إلى الباقي ؛ لأنها من خواص العتق .

(لا عبد وثوب في الذمة) كالعتق ، ولا يشترط رؤية الموقوف على الأصح .

(ولا وقفُ حُرٍّ نفسه) لأن رقبته غيرُ مملوكة ، ومالك المنفعة دون الرقبة لا يصحُّ وقفه إياها ؛ لأن الرقبة أصل والمنفعة فرع ، والفرع يتبع .

(وكذا مستولدة وكلبٌ معلمٌ وأحد عبديه في الأصح) أما المستولدة . . فلأنها

(١) أخرجه البخاري (١٤٦٨) ، ومسلم (٩٨٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) معالم السنن (٥٣ / ٢) .

(٣) مسند الشافعي (ص ٤٠٦) ، وأخرجه البخاري (٢٧٦٤) ، ومسلم (١٦٣٣) بنحوه عن ابن عمر رضي الله عنهما .

وَلَوْ وَقَفَ بِنَاءٍ أَوْ غِرَاساً فِي أَرْضٍ مُسْتَأْجَرَةٍ لَهُمَا . . . فَلَا أَصَحَّ : جَوَازُهُ . فَإِنْ وَقَفَ عَلَى مُعَيَّنٍ وَاحِدٍ أَوْ جَمْعٍ . . . اشْتَرَطَ إِمَّاكَانُ تَمْلِيكِهِ ؛ فَلَا يَصِحُّ عَلَى جَنِينٍ ،

ليست قابلة للنقل إلى الغير ، فالتحقت بالحررة ، ووجه مقابله : القياس على إجارتها .
وأما الكلب المعلم . . . فلأن رقبته غير مملوكة ، ووجه مقابله ؛ القياس على جواز إجارتها وهبته .

واحترز بالمعلم : عما لا منفعة فيه ؛ فلا يصحُّ وقفه قطعاً ؛ إذ لا يقتنى .
نعم ؛ القابل للتعليم ينبغي طرد الخلاف فيه ؛ كما قاله السبكي ؛ لأن الأصحَّ :
جواز اقتناء الجرو للتعليم .

وأما أحد عبديه . . . فقياساً على البيع ، ووجه مقابله : القياس على العتق ، فيطالب بالعتق ، وفرق الأول : بأن العتق أنفذ بدليل سرايته وتعليقه .
(ولو وقف ببناء أو غراساً في أرض مستأجرة لهما . . . فالأصحُّ : جوازه) لأنه مملوك يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، والثاني : المنع ؛ لأنه معرض للقلع ، فكأنه وقف ما لا ينتفع به .

وقوله : (مستأجرة) : مثال ؛ فإن المستعارة والموصى له بمنفعتها مدة كذلك ، ويجوز وقف المغصوب كعتقه ، قاله الجوري .

(فإن وقف على معين واحد أو جمع . . . اشترط إمّاكان تمليكه) في الحال ؛ لأن الوقف تملك المنفعة ، وكذا العين على قول .
وخرج بالمعين : الفقراء ؛ كما ذكره بعد .

ولا بدّ في الموقوف عليه : أن يكون موجوداً ، فلو وقف على ولده ولا ولد له . . . لم يصحَّ .

وعبارة « المحرر » : (جماعة) بدل : (جمع) ، وهي أحسن ؛ لشمولها
الاثنيين^(١) .

(فلا يصحُّ على جنين) بخلاف الوصية ؛ لأنها تتعلق بالمستقبل ، والوقف تسليط

(١) المحرر (ص ٢٤٠) .

وَلَا عَلَى الْعَبْدِ لِنَفْسِهِ ، فَلَوْ أَطْلَقَ الْوَقْفَ عَلَيْهِ .. فَهُوَ وَقَفْتُ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَلَوْ أَطْلَقَ
الْوَقْفَ عَلَى بَهِيمَةٍ .. لَغَا ، وَقِيلَ : هُوَ وَقَفْتُ عَلَى مَالِكِهَا . وَيَصِحُّ عَلَى ذِمِّي ، لَا مُرْتَدًّا
وَحَرْبِيَّ وَنَفْسِهِ فِي الْأَصَحِّ

في الحال ، (ولا على العبد لنفسه) لأنه ليس أهلاً للتملك .
(فلو أطلق الوقف عليه .. فهو وقف على سيده) كما لو وهب منه ، أو أوصى له ،
فإن شرطنا القبول .. قبل هو ، فلو لم يقبل وقبل سيده .. لم يكف على الأصح وإن
كان الملك له ؛ لأن الخطاب .. لم يجر معه .
(ولو أطلق الوقف على بهيمة .. لغا) لأنها ليست أهلاً للملك بحال ؛ كما لا تصح
الهبة منها ، ولا الوصية .

نعم ؛ يستثنى : الوقف على الخيل المسبلة في الثغور ؛ فإنه يصح كما جزم به
جماعة منهم الدارمي ، والذبيلي ، وجزم الغزي في « شرحه » : بصحة الوقف على
حمام مكة .

(وقيل : هو وقف على مالِكها) كالعبد ، فإن شرطنا القبول .. قبل صاحبها ،
وقال ابن الرفعة تبعاً لجماعة : إنه ظاهر المذهب ^(١) .

(ويصح على ذمي) معين ولو كان الواقف مسلماً ؛ كصدقة التطوع ، والجماعة
المعيّنون كالواحد .

ويشترط في المعين : ألا يظهر فيه قصد المعصية ؛ فلو قال : (وقفت على خادم
الكنيسة) .. لم يصح ، قاله في « الشامل » وغيره .

ومحلّ الصحة في المعين : فيما يجوز تملكه إياه ؛ فيمتنع وقف العبد المسلم
وكتب العلم عليه .

(لا مرتد وحربي ونفسه في الأصح) أما الأولان .. فلائهما مقتولان ولا بقاء لهما ،
والوقف صدقة جارية ؛ فلا يكون على من لا يبقى ؛ كما لا يوقف ما لا بقاء له ، كذا
وجهه الرافعي وغيره ، ونقضه في « البيان » بالزاني المحصن ؛ فإنه مأمور بقتله ،

(١) كفاية النية (٢١/١٢) .

والوقف عليه جائز^(١) ، والثاني : يصحُ عليهما ؛ كالذمي .

وأما الثالث . . فلتعذر تملك الإنسان ملكه لنفسه ، ووجه مقابله : أن استحقاق الشيء وقفاً غيرُ استحقاقه ملكاً ، وقد يقصد حبسه ومنع نفسه من التصرف المزيل للملك ، وقيل : إن وقفه على نفسه وغيره . . جاز قياساً على المسجد والأضحية ، وإلا . . فتبطل حكاه ابن خيران في « اللطيف » .

وصور الماوردي المسألة بما إذا قال : (وقفت هذه الأرض أو الشجر على الفقراء) ، وشرط أن يأكل من مغل الأرض ، أو ثمرة الشجر غنياً كان أو فقيراً ، وقطع بالبطلان فيما إذا قال : (وقفت على نفسي) وسكت ، وحكى قولين فيما إذا قال : (وقفت على نفسي ثم الفقراء)^(٢) .

وفي « فتاوى القفال » : أنه لو وقف أرضاً وشرط أن يأكل منها ما احتاج إليه . . جاز ، ولا يبطل به الوقف ، وله أن يأكل منه ، بخلاف ما إذا شرط أن يأكله كله إذا احتاج إليه .

وقال مرة : هذا الشرط - أعني : الأول - نافذ . كذا رويته عن جميع أشياخي والقضاة ، وما رأيت أحداً أنكر هذا ، فهو كالإجماع منهم . انتهى .

وقد ذكروا للوقف على النفس صوراً من الحيل : منها : ما ذكره أبو علي الفارقي وغيره : أن يقف على أولاد أبيه الذين صفتهم كيت وكيت ، ويذكر صفات نفسه ، واعتمده ابن الرفعة^(٣) ؛ فإنه وقف وقفاً على الأفقه من بني الرفعة ، وكان يتناوله ، واستبعده السبكي ؛ لأن قصد الجهة فيها بعيد وإنما يقصد نفسه ، بخلاف الوقف على الفقراء ، ولو فرض أن لا فقير سواه . . فقد تقصد الجهة ، ومنها : أن يؤجر ملكه مدة يظن أنه لا يعيش فوقها بأجرة منجمة ، ثم يقفه بعد على ما يريد . . فإنه يصحُ الوقف ويتصرف هو في الأجرة ؛ كما أفتى به ابن الصلاح وغيره^(٤) ، والأحوط : أن يستأجره

(١) الشرح الكبير (٦/٢٥٥) ، البيان (٨/٦٥) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/٣٨٧-٣٨٩) .

(٣) كفاية النية (١٢/١٧) .

(٤) فتاوى ابن الصلاح (١/٣٩٧) .

وَأَنَّ وَقَفَ عَلَى جِهَةٍ مَعْصِيَةٍ كَعِمَارَةِ الْكَنَائِسِ . . فَبَاطِلٌ ، أَوْ جِهَةٍ قُرْبَةٍ كَالْفُقَرَاءِ وَالْعُلَمَاءِ
وَالْمَسَاجِدِ وَالْمَدَارِسِ . . صَحَّ ، أَوْ جِهَةٍ لَا تَظْهَرُ فِيهَا الْقُرْبَةُ كَالْأَغْنِيَاءِ . . صَحَّ فِي
الْأَصَحِّ

بعد الوقف من المستأجر ؛ لينفرد باليد ويأمن خطر الدين على المستأجر ، ومنها : أن
يرفعه إلى من يراه فيحكم بصحته ، وعليه العمل في زماننا .

(وإن وقف على جهة معصية ؛ كعمارة الكنائس) وقناديلها وحُصرها وكتب التوراة
(. . فباطل) قطعاً ؛ لأنه إعانة على معصية ، والوقف شرع للتقرب فهما متضادان ،
وسواء وقفه مسلم أو ذمي ، فنبطله إذا ترافعوا إلينا ، أما ما وقفوه قبل المبعث على
كنائسهم القديمة . . فنقرهم حيث نقر الكنائس .

والمراد بـ (الكنائس) : الأماكن المعدة للعبادة ، أما ما ينزله المارة من أهل
الذمة . . فالنصُّ وقول الجمهور : جواز الوصية ببنايتها ، قال ابن الرفعة : ويشبه أن
الوقف كذلك حتى يأتي الخلاف . انتهى^(١) .

وفي « البحر » : لو وقف على من ينزل الكنائس من المارين والمجتازين من أهل
الذمة . . جاز ؛ لأنه وقف عليهم دونها .

(أو جهة قرية ؛ كالفقراء والعلماء والمساجد والمدارس . . صَحَّ) لعموم أدلة
الوقف .

والمراد بـ (جهة القرية) : أن يظهر فيها قصد القرية ؛ بدليل المعطوف الآتي ،
وإلا . . فالوقف كله قرية .

(أو جهة لا تظهر فيها القرية ؛ كالأغنياء . . صَحَّ في الأصح) الخلاف مبني على أن
المرعي في الوقف على الموصوفين التملك ؛ كالوصية أو القرية ، قال الرافعي :
والأشبه بكلام الأكثرين : الأول ، قال : والأحسن : توسط لبعض المتأخرين ، وهو
تصحیح الوقف على الأغنياء ، وإبطاله على اليهود والنصارى وقطاع الطريق وسائر
الفساق ؛ لتضمنه الإعانة على المعصية .

قال ابن الرفعة : وما استحسنته ببادي الرأي صحيح ، وهو خلاف قول الأصحاب

(١) مختصر المزني (ص ٢٨١) ، كفاية النبيه (١٣/١٢) .

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظٍ ، وَصَرِيحُهُ : (وَقَفْتُ كَذَا) أَوْ (أَرْضِي مَوْقُوفَةً عَلَيْهِ) ، وَالتَّسْبِيلُ وَالتَّحْيِيسُ صَرِيحَانِ عَلَى الصَّحِيحِ . وَلَوْ قَالَ : (تَصَدَّقْتُ بِكَذَا صَدَقَةً مُحَرَّمَةً) أَوْ (مَوْقُوفَةً) أَوْ (لَا تَبَاعُ) ، أَوْ

كافة ؛ فإنه ناظر في الأغنياء لقصد التملك ، وفي أهل الذمة لقصد القرية ، وهو كإحداث قول بعد اجتماع الأولين على قولين ، ولو كان الأمر كما قال في اليهود والنصارى لكان الوقف عليهم معصيةً ، وهو خلاف قول الأصحاب .

(ولا يصح إلا بلفظ) كغيره من التمليكات .

نعم ؛ لو بنى مسجداً في موات كفت النية ؛ كما قاله في « الكفاية » تبعاً للماوردي^(١) ؛ لأن الموات لم يدخل في ملك من أحياء مسجداً ، وإنما احتيج إلى اللفظ لإخراج ما كان في ملكه عنه ، وأما البناء فصار له حكم المسجد تبعاً ، وخالفه الفارقي في ذلك .

ويستثنى أيضاً : ما إذا أخذ شخص من الناس شيئاً لينبئ به زاوية أو رباطاً فإنه إذا بنى يصير وقفاً على ما كان يأخذ له ، ذكره الشيخ أبو محمد في كتاب « موقف الإمام والمأموم » وكذا الشارع يصير وقفاً بالاستطراق ولا يحتاج إلى لفظ ، ذكره الإمام في (الصلح)^(٢) .

ومحلُّ اشتراط اللفظ : في الناطق ، أما الأخرس فيصحُّ منه بالإشارة المفهمة ، وبالكتاب مع النية .

(وصريحه : « وقفت كذا » ، أو « أرضي موقوفة عليه ») لأنه موضوع له .

وإنما قال : (موقوفة) ؛ لينبه على أنه لا فرق بين الفعل والمشتق منه .

(والتسبيل والتحيس صريحان على الصحيح) لكثرة استعمالهما واشتغالهما شرعاً وعرفاً ، بل قال المتولي : ما نقل عن الصحابة وقف إلا بهما ، والثاني : كنايةان ؛ لأنهما لم يشتهرا اشتغال الوقف ، والثالث : التحيس صريح ، والتسبيل كناية .

(ولو قال : « تصدقت بكذا صدقة محرمة » ، أو « موقوفة » ، أو « لا تباع » ، أو

(١) كفاية النبيه (٣٧ / ١٢) .

(٢) نهاية المطلب (٤٧١ / ٦) .

(لَا تَوْهَبُ) .. فَصْرِيحٌ فِي الْأَصَحِّ . وَقَوْلُهُ : (تَصَدَّقْتُ) فَقَطْ .. لَيْسَ بِصْرِيحٍ وَإِنْ نَوَى ، إِلَّا أَنْ يُضِيفَ إِلَى جِهَةٍ عَامَّةٍ وَيَنْوِي

« لا توهب » .. فصريح في الأصح^(١) لانصرافه بهذا عن التملك المحض ، وهذا صريح بغيره ، وما قبله صريح بنفسه ، والثاني : كناية ؛ لاحتمال تأكيد ملك المتصدق عليه .

واستشكل السبكي حكاية الخلاف في الثانية مع قطعه أولاً بصراحة : (أَرْضِي مَوْقُوفَةً) ، فكيف إذا اجتمع مع غيره يجيء فيه خلاف فضلاً عن قوته ؟ انتهى ، وفيه نظر ؛ لأن الخلاف هنا جاء من احتمال تأكيد ملك المتصدق عليه .

(وقوله : « تصدقت » فقط .. ليس بصريح وإن نوى) لتردد اللفظ بين صدقة الفرض والتطوع والصدقة الموقوفة ، (إلا أن يضيف إلى جهة عامة) كـ (تصدقت بهذا على الفقراء) (وينوي) الوقف ، فيصير وفقاً على الأصح ؛ لأن الكناية مع النية بمنزلة الصريح .

وظاهر كلامه : أنه يصير بالنية صريحاً ، وظاهر كلام الرافعي في كتبه ، والمصنف في « الروضة » : عدم الصراحة ، وإنما إضافته إلى الجهة العامة صيرته كناية حتى تعمل فيه النية ، وهو الصواب ؛ لأنه ليس لنا صريح يفتقر إلى نية^(٢) .

واحترز بالجهة العامة : عن المعين ؛ فإنه لا يكون وفقاً على الأصح ، بل ينفذ فيما هو صريح فيه ، وهو التملك المحض ؛ كما قاله الإمام ، وبحث فيه الرافعي^(٣) .

واختار السبكي حصول الوقف في المعين أيضاً مع النية ، قال : وممن أطلق ذلك الماوردي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ ، قال : وإطلاق الصدقة على المنجزة والوقف إطلاق العام على الخاص ؛ فقول القائل : (تصدقت) يحتملها ، فكان كناية .

وهذا كله بالنسبة للظاهر ، أما في الباطن .. فيصير وفقاً فيما بينه وبين الله تعالى ،

(١) في (ب) و (د) : (أو لا تباع ولا توهب) .

(٢) الشرح الكبير (٦ / ٢٦٤) ، روضة الطالبين (٥ / ٣٢٣) .

(٣) نهاية المطلب (٨ / ٣٤٤) ، الشرح الكبير (٦ / ٢٦٥) .

وَالْأَصَحُّ : أَنَّ قَوْلَهُ : (حَرَمْتُهُ) أَوْ (أَبَدْتُهُ) لَيْسَ بِصَرِيحٍ ، وَأَنَّ قَوْلَهُ : (جَعَلْتُ الْبُقْعَةَ مَسْجِداً) تَصِيرُ بِهِ مَسْجِداً ، وَأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يُشْتَرَطُ فِيهِ قَبُولُهُ

صرح به المرعشي وسليم وصاحب « الشامل » و « التتمة » وغيرهم .

(والأصح : أن قوله : « حرّمته » أو « أبّدته » ليس بصريح) بل كناية ؛ لأنهما لا يستعملان مستقلين ، وإنما يؤكد بهما الألفاظ السابقة ، والثاني : أنهما صريحان ؛ لإفادتهما الغرض ؛ كالتحجيس والتسبيل .

(وأن قوله : « جعلت البقعة مسجداً » تصير به مسجداً) لأن المسجد لا يكون إلا وقفاً ، فأغنى لفظه عن لفظ الوقف ، والثاني : لا تصير ؛ لفقد الألفاظ المتقدمة ، وقد وصفها بما وصفها الشارع حيث قال : « جُعِلَتْ لِي الْأَرْضُ مَسْجِداً » ^(١) .
وهذا قول الأكثرين ، والأول لم ينقله الرافعي إلا عن ظاهر لفظ « الوجيز » وقال :
إنه الأشبه ، ولعله من تفقّحه ^(٢) .

قال في « الكفاية » : ومحلّ الخلاف : إذا خلا عن نية ، فلو قصد بقوله : (جعلتها مسجداً) الوقف . . صار مسجداً قطعاً ، جزم به القاضي الحسين ^(٣) .

(وأن الوقف على معين يشترط فيه قبوله) لأنه يبعد دخول عين أو منفعة في ملكه قهراً ؛ كالهبة والوصية ، وعلى هذا : يشترط كونه على الفور من أهله ، وإلا . . فيقبل الولي ، والثاني : لا يشترط ، واستحقاقه المنفعة كاستحقاق العتيق منفعة نفسه .

وهذا اختاره جمع من المتقدمين والمتأخرين ؛ منهم الشيخ أبو حامد ، وابن الصلاح ، والمصنف في (باب السرقة) ، والسبكي وقال : إنه ظاهر نصوص الشافعي في غير موضع ، وما رجحه تبع فيه « المحرر » ، ونقله في « زيادة الروضة » عنه مقتصرأ عليه ^(٤) .
واحترز بالمعين : عن الجهة العامة ؛ كالفقراء ، أو جهة تحرير ؛ كالمسجد ؛ فإنه لا يشترط القبول قطعاً .

(١) أخرجه البخاري (٣٣٥) ومسلم (٥٢١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٢) الشرح الكبير (٢٦٣/٦) .

(٣) كفاية النية (٣٧/١٢) .

(٤) المحرر (ص ٢٤١) ، روضة الطالبين (٣٢٤/٥) .

وَلَوْ رَدَّ . . بَطَلَ حَقُّهُ شَرْطُنَا الْقَبُولَ أَمْ لَا . وَلَوْ قَالَ : (وَقَفْتُ هَذَا سَنَةً) . . فَبَاطِلٌ . .

قال الرافعي : ولو قيل : ينوب الحاكم في القبول . . لم يبعد ؛ كما ناب عن المسلمين في استيفاء القصاص وغيره^(١) ، و فرق السبكي بينه وبين الاستيفاء : والاستيفاء لا بدَّ فيه من مباشرة ، بخلاف هذا ، قال : وقد يقال : ندب الشارع إليه وهو بمنزلة الاستيجاب ، والوقف بمنزلة الإيجاب فتم العقد . انتهى .

وحيث شرطنا القبول . . فلا يشترط القبض على المذهب المشهور ، وشذ الجوري والمرعشي فحكيا قولين في اشتراطه في المعين .

(ولو رد . . بطل حقه شرطنا القبول أم لا) كالوصية والوكالة ، وقال البغوي : لا يرتد برده ، وجزم به في « الكافي » ، وقال ابن الصلاح : إنه متجه^(٢) .

وقوله : (بطل حقه) أي : من الوقف ؛ كما صرح به الجمهور ، وقال الماوردي : من الغلة ، فعلى الأول : إن كان البطن الأول . . صار منقطع الأول ، فيبطل كلُّه على الصحيح ، والثاني : فمنقطع الوسط .

(ولو قال : « وقفت هذا سنة » . . فباطل) أي : الوقف ؛ لفساد الصيغة ؛ لأن وضعه التأيد ، وقيل : يصحُّ مؤقتاً ، وقيل : مؤبداً ، ويلغو التأقيت .

قال السبكي : قوله : (سنة) : فيه تأقيت وسكوت عن المصرف ، فلبطلانه سببان ؛ فإن ذكر مصرفاً ؛ بأن قال : (على زيد سنة) . . ففيه تأقيت ، وانقطاع آخره ، أو (على الفقراء سنة) . . فتأقيت فقط .

وصورة المسألة : ألا يذكر بعده مصرفاً آخر ؛ فإن قال : (وقفته على زيد سنة ، وبعده على الفقراء) . . قال الأذرعى : صحَّ بلا خلاف ؛ لوجود الدوام .

ومن هنا شرع المصنف في الشرائط ؛ لأن الأركان فرع منها ، وهي : الواقف ، والموقوف عليه ، والموقوف ، والصيغة ، وقد عقد في « المحرر » هنا فصلاً^(٣) .

(١) الشرح الكبير (٦/٢٦٥) .

(٢) التهذيب (٤/٥١٧) ، فتاوى ابن الصلاح (١/٣٦٥-٣٦٦) .

(٣) المحرر (ص ٢٤١) .

وَلَوْ قَالَ : (وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي) أَوْ (عَلَى زَيْدٍ ثُمَّ نَسِلِهِ) وَلَمْ يَزِدْ . فَلَاظْهَرُ : صِحَّةُ
الْوَقْفِ ، فَإِذَا انْقَرَضَ الْمَذْكُورُ . فَلَاظْهَرُ : أَنَّهُ يَبْقَى وَقْفًا ، وَأَنَّ مَصْرَفَهُ أَقْرَبُ النَّاسِ
إِلَى الْوَاقِفِ يَوْمَ انْقِرَاضِ الْمَذْكُورِ

(ولو قال : « وقفت على أولادي » ، أو « على زيد ثم نسله » ، ولم يزد .
فالأظهر : صحة الوقف) لأن مقصود الوقف القرية والدوام ، فإذا بين مصرفه ابتداء .
سهلت إدامته على سبل الخير ، وهذا هو المسمى : منقطع الآخر ، والثاني :
بطلانه ؛ لأنه لم يؤثمه ولم يرده إلى ما يدوم ، فكان كالتأقيت ، والثالث : إن كان
حيواناً . صحَّ ؛ إذ ربما هلك قبل الموقوف عليه ، بخلاف العقار .

(فإذا انقراض المذكور فالأظهر : أنه يبقى وقفاً) لأن وضع الوقف الدوام ؛
كالتق ، والثاني : يرتفع الوقف ، ويعود ملكاً للواقف أو ورثته إن كان قد مات ؛ لأن
بقاء الوقف بلا مصرف متعذر ، وإثبات مصرف لم يذكره الواقف بعيداً ، فتعين ارتفاعه .
(وأن مصرفه أقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكور) لأن أفضل القربات
الصدقة على القربات ، فإذا تعذر رده إلى واقفه . . . كان أولى الناس به أقربهم إليه .

فإن لم يكن له أقارب . . . قال السبكي : ففي « مختصر البويطي » : أن للإمام أن
يجعله حبساً على المسلمين تصرف غلته في مصالحهم ، وحكاه صاحب « البحر » عن
النص ، وقال : إن القاضي الطبري صار إليه ورجحه ، والذي ذكره ابن الصباغ
وسليم : أنه يصرف إلى الفقراء والمساكين ، والقول الثاني : يصرف إلى الفقراء
والمساكين ؛ لأنه يؤول إليهم الوقف الصحيح في الانتهاء ، والثالث : إلى مستحقي
الزكاة ، والرابع : إلى المصالح العامة مصارف خمس الخمس .

والمعتبر على الأول : قرب الرحم لا استحقاق الإرث على الأصح ؛ فيقدم ابن
البنات على ابن العم ، وقيل : النظر إلى قرب الجوار من أقاربه ، ويختص به فقراء
الأقارب على الأظهر .

وهذا الاختصاص هل هو على سبيل الوجوب أو الندب ؟ وجهان بلا ترجيح في
« الروضة » و« أصلها »^(١) ، قال الأذرعي : والظاهر وقضية كلام الجمهور : الوجوب .

(١) الشرح الكبير (٢٦٩/٦) ، روضة الطالبين (٣٢٦/٥) .

وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ مُنْقَطِعَ الْأَوَّلِ ؛ كـ (وَقَفْتُهُ عَلَى مَنْ سَيُولَدُ لِي) . . . فَالْمَذْهَبُ : بَطْلَانُهُ ،
أَوْ مُنْقَطِعَ الْوَسْطِ ؛ كـ (وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ثُمَّ رَجُلٍ ثُمَّ الْفُقَرَاءِ) . . . فَالْمَذْهَبُ :
صِحَّتُهُ . وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى : (وَقَفْتُ) . . . فَالْأَظْهَرُ : بَطْلَانُهُ

(ولو كان الوقف منقطع الأول ؛ كـ « وقفته على من سيولد لي ») أو (على مسجد
سيبنى) (. . . فالمذهب : بطلانه) لأن الأول باطل ؛ لعدم إمكان الصرف إليه في
الحال ، والثاني : فرع الباطل .

والطريق الثاني : فيه قولان ، ثانيهما : الصحة ؛ لأن الأول لما بطل . . . صار
كالمعدوم ، وكان الثاني مبتدأ به ، ولم يصحح الشيخان واحداً من الطريقتين^(١) ، وفي
« المطلب » : أن طريقة القطع صححها الجمهور .
وفي تمثيل المصنف نقص ، وكان ينبغي أن يقول : (ثم على الفقراء) ،
وإلا . . . فهو منقطع الأول والآخر ، ولا خلاف في بطلانه ؛ كما قاله القاضي الحسين
وغیره .

(أو منقطع الوسط ؛ كـ « وقفت على أولادي ثم على (رجلٍ) أي : مبهم^(٢) ») ثم
الفقراء . . . فالمذهب : صحته (الخلاف هنا مرتب على منقطع الآخر إن صححناه ،
فهذا أولى ؛ لوجود المصرف في الحال والمآل ، وإلا . . . فوجهان : أصحهما :
الصحة ، وإذا صححناه . . . ففي مصرفه عند توسط الانقطاع الخلاف المار في منقطع
الآخر .

(ولو اقتصر على) قوله : (« وقفت ») كذا ولم يذكر مصرفه (. . . فالأظهر :
بطلانه) لأن الوقف يقتضي التملك ، فإذا لم يعين الملك . . . بطل ؛ كقوله :
(بعث) ، والثاني : يصح وبه قال جمع العراقيين ، ومال إليه السبكي ؛ كما لو قال :
(أوصيت بثلاث مالي) ولم يزد . . . فإنه يصح ويصرف إلى الفقراء والمساكين .
واستشكل الرافعي الفرق ، وفرق في « الروضة » : بأن غالب الوصايا للمساكين ،
فحمل الإطلاق عليه ، بخلاف الوقف ، وبأن الوصية مبنية على المساهلة ، فتصح

(١) الشرح الكبير (٢٦٩/٦) ، روضة الطالبين (٣٢٧/٥) .

(٢) في النسخ : (منهم) ، والتصويب من « نهاية المحتاج » (٣٧٤/٥) ، و« الإقناع » (ص ٣٧٦) .

وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ ؛ كَقَوْلِهِ : (إِذَا جَاءَ زَيْدٌ فَقَدْ وَقَفْتُ) . وَلَوْ وَقَفَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ . .
بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ . وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ بِشَرْطِ الْإِيجَارِ . . اتَّبَعَ شَرْطُهُ ،

بالمجهول والنجس ، بخلاف الوقف ، وإذا صححنا . . ففي مصرفه الخلاف في منقطع الآخر^(١) .

(ولا يجوز تعليقه ؛ كقوله : « إذا جاء زيد . . فقد وقفت ») كذا على كذا ؛ كالبيع والهبة .

واستثنى من هذا : ما لو قال : (وقفت هذه الدار بعد موتي على المساكين) . . فقد أفتى الأستاذ أبو إسحاق بوقوع الوقف بعد الموت ؛ كعتق المدبر ، وساعده أئمة الزمان .

قال الإمام : وهو تعليق على التحقيق بل زائد عليه ؛ فإنه إيقاع تصرف بعد الموت^(٢) ، قال الرافعي : وهذا كأنه وصية ؛ لقول القفال في « فتاويه » : لو عرضها على البيع . . كان رجوعاً ؛ أي : فعلى هذا لا استثناء .

(ولو وقف بشرط الخيار) كما إذا شرط أن يرجع فيه متى شاء ، أو يبيعه ونحوه (. . بطل على الصحيح) لأن الوقف إزالة ملك لله تعالى ؛ كالعتق ، أو إلى الموقوف عليه ؛ كالهبة ، وعلى التقديرين : فيفسد بهذا الشرط ، والثاني : يصح الوقف ويبطل الشرط ؛ كما لو طلق على أن لا رجعة له .

(والأصح : أنه إذا وقف بشرط ألا يؤجر . . اتبع شرطه) كسائر الشروط ؛ لما فيه من وجوه المصلحة ، والثاني : المنع ؛ لتضمنه الحرج على مستحق المنفعة ، والثالث : إن منع الإجارة مطلقاً . . فلا ، أو الزيادة على سنة . . اتبع ؛ لأنه لائق بمصلحة الوقف .

ويستثنى من إطلاق المصنف : حالة الضرورة ؛ كما لو شرط ألا تؤجر الدار أكثر من سنة ، ثم انهدمت وليس لها جهة عمارة إلا بإجارة سنين . . فإن ابن الصلاح أفتى

(١) الشرح الكبير (٦/٢٧٥) ، روضة الطالبين (٥/٣٣١) .

(٢) نهاية المطلب (٨/٣٥٧) .

وَأَنَّهُ إِذَا شَرَطَ فِي وَقْفِ الْمَسْجِدِ اخْتِصَاصَهُ بِطَائِفَةٍ كَالشَّافِعِيَّةِ . . اخْتَصَّ كَالْمَدْرَسَةِ وَالرِّبَاطِ . وَلَوْ وَقَفَ عَلَى شَخْصَيْنِ ثُمَّ الْفُقَرَاءَ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا . . فَلَا صَحَّ الْمَنْصُوصُ : أَنَّ نَصِيْبَهُ يُصْرَفُ إِلَى الْآخَرِ .

بالجواز في عقود مستأنفة وإن شرط الواقف ألا يستأنف ؛ لأنه في هذه الحالة يخالف مصلحة الوقف ^(١) .

وأفتى أيضاً : بأن الواقف لو شرط ألا يؤجر أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ثلاثاً في عقد وثلاثاً في عقد آخر قبل مضي المدة الأولى . . أنه لا يصحُّ العقد الثاني ؛ اتباعاً لشرط الواقف ^(٢) .

(وأنه إذا شرط في وقف المسجد اختصاصه بطائفة ؛ كالشافعية . . اختص) فلا يصلي فيه ولا يعتكف غيرهم ؛ اتباعاً لشرطه ، وقطعاً للنزاع في إقامة الشعائر ، قال القاضي في آخر (كتاب الحرية) : وهو مكروه ، والثاني : لا يختص ؛ لأن جعل البقعة مسجداً ؛ كالحرير ، فلا معنى لاختصاصه بجماعة ، وقال الإمام : إنه المذهب ^(٣) .

(كالمدرسة والرباط) أي : فإنه يختص فيهما قطعاً ؛ كما صرح به المتولي وغيره ، ونقل بعضهم فيه إجماع المذاهب الأربعة .

(ولو وقف على شخصين ثم الفقراء فمات أحدهما . . فالأصحُّ المنصوص) في « حرمة » (أن نصيبه يصرف إلى الآخر) لأن شرط الانتقال إلى الفقراء انقراضهما جميعاً ، ولم يوجد ، وإذا امتنع الصرف إليهم . . فالصرف إلى من ذكره الواقف أولى ، والثاني : أنه يصرف للفقراء ؛ كما أن نصيبهما إذا انقراضا يكون لهم ، قال الرافعي : والقياس : وجه ثالث ، وهو ألا يصرف إلى صاحبه ، ولا إلى المساكين ، ويقال : صار الوقف في نصيب الميت منقطع الوسط ، ثم صرح بعده بقليل بحكايته وجهاً عن صاحب « الإفصاح » ، واقتضى كلام « الشرح الصغير » ترجيحه ، قال في « الروضة » :

(١) فتاوى ابن الصلاح (١/٣٨٢) .

(٢) فتاوى ابن الصلاح (١/٣٤٤) .

(٣) نهاية المطلب (٨/٣٩٨) .

[في أحكام الوقف اللفظية]

قَوْلُهُ : (وَفَقْتُ عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي) يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْكُلِّ ، وَكَذَا لَوْ زَادَ : (مَا تَنَاسَلُوا) ، أَوْ (بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ)

ومعناه : أن يكون مصرفه مصرف منقطع الوسط لا أنه يجيء خلاف في صحة الوقف^(١) .

* * *

(فصل : قوله : « وفقت على أولادي وأولاد أولادي » يقتضي التسوية بين الكل)
في أصل الإعطاء والمقدار ؛ لأن الواو لمطلق الجمع لا للترتيب ، قال ابن الرفعة :
ومن يقول : الواو للترتيب . . ينبغي أن يقدم الأولاد ، ولم يذكره^(٢) .
وإدخال (أل) على (كل) أجازته الأخفش والفارسي ، ومنعه الجمهور .
(وكذا لو زاد : « ما تناسلوا ») أي : فيسوي بين الكل ، وكأنه قال : (عليهم
وعلى أعقابهم ما تناسلوا) .

(أو « بطناً بعد بطن ») أي : فإنه يقتضي التسوية أيضاً ، فيشارك البطن الأسفل
البطن الأعلى ؛ لأنه محتمل ، وهذا قاله العبادي والفوراني والبعوي ، وجريا
عليه^(٣) .

وذهب الجمهور إلى أنه للترتيب ؛ لأن صيغة : (بعد) موضوعة لتأخير الثاني عن
الأول ، وهو معنى الترتيب ، بل الترتيب فيها أصرح من (ثم) و (الفاء) وقد جزم
فيهما بالترتيب فـ (بعد) أولى .
وممن أفتى بأنه للترتيب : الشيخ تقي بن رزين ، والشيخ تاج الدين الفزاري ،
وولده الشيخ برهان الدين .

(١) الشرح الكبير (٢٧٥/٦) ، روضة الطالبين (٣٣٢/٥) . بلغ مقابلة على خط مؤلفه ، غفر الله له
ولوآلديه ولجميع المسلمين . اهـ هامش (أ) .

(٢) كفاية النبيه (٦٨/١٢) .

(٣) التهذيب (٥٢٣/٤) ، الشرح الكبير (٢٧٦/٦) ، روضة الطالبين (٣٣٤/٥) .

وَلَوْ قَالَ : (عَلَى أَوْلَادِي ثُمَّ أَوْلَادِ أَوْلَادِي ثُمَّ أَوْلَادِهِمْ مَا تَنَاسَلُوا) ، أَوْ (عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْأَعْلَى فَلِأَعْلَى) أَوْ (الْأَوَّلُ فَلِأَوَّلٍ) .. فَهُوَ لِلتَّرْتِيبِ . وَلَا يَدْخُلُ أَوْلَادُ الْأَوْلَادِ فِي الْوَقْفِ عَلَى الْأَوْلَادِ فِي الْأَصَحِّ ..

وسكت الشيخان عما لو جمع بينهما فقال : (وقفت على أولادي وأولاد أولادي ما تناسلوا بطناً بعد بطن) ، وفيه وجهان : أحدهما ، وبه أفتى أبو طاهر الزيادي والقاضي الحسين : أنه للترتيب ، قال السبكي : وهو الصحيح .

والثاني : أنه ليس للترتيب ، قاله أبو عاصم العبادي والفوراني .

ولو قال : (نسلاً بعد نسل) موضع قوله : (بطناً بعد بطن) .. قال السبكي : ينبغي ألا يكون للترتيب ؛ لأن كلَّ من وجد وإن كان من بطين فأكثر يُسمَّى نسلاً ، فيستحقون ويكونون هم النسل الأول ، ومن يوجد بعدهم النسل الثاني ، بخلاف البطن ؛ فإن العرف فيه دلالة تخصُّ الطبقة الواحدة من النسل .

قال : ولو قال : (وقفت على ذريتي أو نسلي بطناً بعد بطن) .. فينبغي أن يجيء ما سبق في قوله : (بطناً بعد بطن) ، ولم أره منقولاً .

(ولو قال : « على أولادي ثم أولاد أولادي ثم أولادهم ما تناسلوا » ، أو « على أولادي وأولاد أولادي الأعلى فلأعلى » ، أو « الأول فالأول » .. فهو للترتيب) لدلالة اللفظ عليه بـ (ثم) في الأولى ، ولتصريحه به في الثانية .

وقوله : (الأول فالأول) : ضبطه المصنف بكسر (اللام) على البدل ، ويجوز الفتح إما على الحال - والألف واللام قيل : زائدة ، وقيل : معرفة - وإما على أنه مشبه بالمفعول .

(ولا يدخل أولاد الأولاد في الوقف على الأولاد في الأصح) لأنه لا يقع عليهم اسم الولد حقيقة ؛ ولهذا يصحُّ أن يقال : (ما هو ولده ، بل ولد ولده) ، والثاني : يدخل ؛ لقوله تعالى : ﴿ يَبْنِيْءَ آدَمَ ﴾ .

وقيل : يدخل أولاد البنين للانتساب ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « أَنَا ابْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ »^(١) دون أولاد البنات .

(١) أخرجه البخاري (٢٨٦٤) ، ومسلم (١٧٧٦) عن البراء بن عازب رضي الله عنهما .

وَيَدْخُلُ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ فِي الْوَقْفِ عَلَى الذَّرِّيَّةِ وَالنَّسْلِ وَالْعَقَبِ وَأَوْلَادِ الْأَوْلَادِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : (عَلَى مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيَّ مِنْهُمْ)

ومأخذ الخلاف : أن إطلاق لفظ الولد عليهم حقيقة أو مجاز ؟ والأصح : الثاني .
ومحلُّ الخلاف : إذا وجد النوعان ، فلو قال : (وقفت على أولادي) وليس له إلا أولاد أولاد . . حمل عليهم قطعاً نقلاً عن المتولي وأقراه^(١) .

وقد يقترن باللفظ ما يقتضي عدم دخولهم ؛ كقوله : (على أولادي ، فإذا انقرضوا . . فلاحفادي الثلث مثلاً ، والباقي للفقراء) كذا قاله^(٢) .

ونازع ابن الرفعة في هذا التمثيل ، وقال : لعل المراد عند انقراض الأولاد يكون كذلك بعد أن كان لهم شيء غير مقدر ، وإنما تظهر القرينة فيما إذا قال : (فإذا انقرض أولادي . . فعلى أحفادي)^(٣) .

(ويدخل أولاد البنات) قريبهم وبعيدهم (في الوقف على الذرية والنسل والعقب وأولاد الأولاد) أما في الذرية . . فلقوله تعالى في إبراهيم صلى الله عليه وسلم : ﴿ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَعِيسَى ﴾ وليس هو إلا ولد البنت ، والنسل والعقب في معناه ؛ كما قطعوا به .

و(العقب) : هو ولد الرجل الذي يأتي بعده .

وأما أولاد الأولاد . . فلأن البنات أولاده ، فأولادهنَّ أولاد أولاده حقيقة .

(إلا أن يقول : « على من ينتسب إليّ منهم ») أي : من أولاد أولادي ، فلا يدخل أولاد البنات ؛ لأنهم لا ينسبون إليه بل إلى آبائهم ، وقيل : يدخلون ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في الحسن بن علي رضي الله عنهما : « إِنَّ أُنْبِيَّ هَذَا سَيِّدٌ » أخرجه البخاري^(٤) .

وأجيب : بأنه من خصائصه أن ينتسبوا إليه .

(١) الشرح الكبير (٢٧٨/٦) ، روضة الطالبين (٣٣٦/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٢٧٨/٦) ، روضة الطالبين (٣٣٦/٥) .

(٣) كفاية النبيه (٧٢/١٢) .

(٤) صحيح البخاري (٢٧٠٤) عن أبي بكر رضي الله عنه .

وَلَوْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ وَلَهُ مُعْتَقٌ وَمُعْتَقٌ . قُسِمَ بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ : يَبْطُلُ . وَالصِّفَةُ
الْمُتَقَدِّمَةُ عَلَى جُمْلٍ مَعْطُوفَةٍ تُعْتَبَرُ فِي الْكُلِّ ؛ كـ « وَقَفْتُ عَلَى مُحْتَاجِي أَوْلَادِي
وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي » ، وَكَذَا الْمَتَأَخِّرَةُ عَلَيْهَا وَالْإِسْتِثْنَاءُ إِذَا عُطِفَ بِـ (وَاوِ) ، كَقَوْلِهِ :
(عَلَى أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي الْمُحْتَاجِينَ) ، أَوْ (إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ بَعْضُهُمْ)

(ولو وقف على مواليه وله معتق) بكسر التاء (ومعتق) بفتحها (. . قسم بينهما)
لتناول الاسم لهما ، (وقيل : يبطل) لما فيه من الإجمال ؛ فإن المولى يشملهما ،
ولا يمكن حمل اللفظ على العموم ؛ لاختلاف معناهما .
وترجيح الأول من زيادته على « المحرر » فإنه قال : (رجع كلاً مرجحون) ،
وصححه في « زيادة الروضة » ، ونقل ترجيحه في « المهمات » عن النصّ وجمع من
الأصحاب ، ولا ترجيح في « الشرح الكبير »^(١) .
واحترز بقوله : (وله معتق ومعتق) : عما إذا لم يوجد إلا أحدهما . . فإنه يتعين
قطعاً .

(والصفة المتقدمة على جمل معطوفة تعتبر في الكل ؛ كـ « وَقَفْتُ عَلَى مُحْتَاجِي
أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي » وهم أولاد الأولاد ، (وإخوتي » ، وكذا المتأخرة عليها والاستثناء
إذا عطف بـ « وَاوِ » كقوله : « عَلَى أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي الْمُحْتَاجِينَ » ، أَوْ « إِلَّا أَنْ
يَفْسُقَ بَعْضُهُمْ ») لما تقرر في الأصول من أن الأصل اشتراك المعطوف والمعطوف عليه
في جميع المتعلقات ؛ كالصفة وغيرها ، وكذا الاستثناء بجامع عدم الاستقلال .
وما مثل به لا يطابق التصوير ؛ فإنه من عطف المفردات لا الجمل إلا أن يقدر لكل
واحد عامل ، وفيه بعد .

وقد مثل الإمام الاستثناء بقوله : (وَقَفْتُ عَلَى بَنِي فُلَانٍ دَارِي) ، (وَحَبَسْتُ عَلَى
أَقَارِبِي ضَيْعَتِي) ، (وَسَبَلْتُ عَلَى خَدْمِي بَيْتِي إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ مِنْهُمْ أَحَدٌ) ، وهو مطابق ،
وقيد الإمام ما ذكره بقيدين - وحمل إطلاق الأصحاب على ذلك وأقراه - أحدهما : أن
يكون العطف بـ (الواو) كما أشار إليه المصنف بالتمثيل ، فإن كان بـ (ثم) . . اختصت

(١) المحرر (ص ٢٤٣) ، روضة الطالبين (٥/٣٣٨) ، المهمات (٦/٢٤٢) ، الشرح الكبير
(٦/٢٨٠) .

الْأَظْهَرُ : أَنَّ الْمَلِكَ فِي رَقَبَةِ الْمَوْقُوفِ يَنْتَقِلُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ؛ أَيُّ : يَنْفَكُ عَنْ
أَخْتِصَاصِ الْآدَمِيِّ ، فَلَا يَكُونُ لِلْوَاقِفِ وَلَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ

الصفة والاستثناء بالأخيرة ، وتبعه على هذا القيد الأمدي في « الإحكام » ، وابن
الحاجب ، وفي « فتاوى القفال » ما يوافقهما ، لكن قال السبكي : المختار : أنه لا يتقيد
بها ، بل الضابط : وجود عاطف جامع بالوضع كـ (الواو) و (الفاء) و (ثم) ،
بخلاف (بل) و (لكن) وغيرهما .

الثاني : ألا يتخلل بين الجملتين كلام طويل ، فإن تخلل ؛ كـ : (وقفت على
أولادي على أن من مات منهم وأعقب . . فنصيبه بين أولاده للذكر مثل حظ الأنثيين ،
وإلا . . فنصيبه لمن في درجته ، فإذا انقرضوا . . صرف إلى إخواني إلا أن يفسق واحد
منهم) . . فالاستثناء يختص بالإخوة ، ولم يذكر الأصحاب حكم الجمل بغير
عطف^(١) .

قال ابن الملقن : (وإطلاق الإمام فخر الدين يشمله ، والظاهر : خلافه ؛ لأن
بترك العطف لا يكون بينهما ارتباط .

نعم ؛ ذكر البيانيون أن ترك العطف قد يكون لكمال الارتباط ، فإذا كان في مثل
ذلك . . فالظاهر : مجيء الخلاف فيه)^(٢) انتهى .

* * *

(فصل : الأظهر : أن الملك في رقبة الموقوف ينتقل إلى الله تعالى ؛ أي : ينفك
عن اختصاص الآدمي) كالتق (فلا يكون للواقف ، ولا للموقوف عليه) .
(أي) : في كلام المصنف تفسيرية ؛ أي : هذا معنى الانتقال إلى الله تعالى ،
وإلا . . فجميع الموجودات له في كل الأوقات ، والثاني : أنه يبقى الملك للواقف ؛

(١) نهاية المطلب (٨ / ٣٦٤ - ٣٦٥) ، الشرح الكبير (٦ / ٢٨٢) ، روضة الطالبين (٥ / ٣٤١) ، الإحكام
في أصول الأحكام (٢ / ٥٠٣) .

(٢) عجلة المحتاج (٢ / ٩٧٣) .

وَمَنَافِعُهُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ يَسْتَوْفِيهَا بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ بِإِعَارَةٍ وَإِجَارَةٍ ، وَيَمْلِكُ الْأُجْرَةَ وَفَوَائِدَهُ ؛ كَثْمَرَةً وَصُوفٍ وَلَبَنٍ ، وَكَذَا الْوَلَدُ فِي الْأَصَحِّ ، وَالثَّانِي : يَكُونُ وَقْفًا . . .

لأنه حبس الأصل وسبل الثمرة ، وذلك لا يوجب زوال ملكه ، والثالث : ينتقل إلى الموقوف عليه ؛ كالصدقة .

والخلاف : فيما يقصد به تملك الربيع أما لو جعل البقعة مسجداً ، أو مقبرة . . فينقطع عنها اختصاص الآدميين قطعاً ، وهو تحرير محض ، قاله الرافعي ^(١) .

(ومنافعه ملك للموقوف عليه) لأن ذلك مقصود الوقف (يستوفيه بنفسه وبغيره بإعارة وإجارة) كسائر الأملاك ، وهذا إذا لم يشترط منع الإجارة كما سبق .

ولو وقف داراً على أن يسكنها معلم الصبيان بالقرية مثلاً . . فليس له أن يسكنها غيره بأجرة ولا غيرها ، أفتى به القفال ، وأقره ^(٢) .

واستشكل : بأنه لم يزل الناس يتسامحون بإعارة بيت المدرس ونحوه .
وقضية كلام المصنف : أن الموقوف عليه يؤجر ، والصحيح : منعه ، وإنما يؤجر إذا كان النظر له ، أو أذن له الناظر .

(ويملك الأجرة) لأنها من المنافع (وفوائده) أي : ويملك فوائد الموقوف (كثمرة وصوف) وشعرٍ ووبر وريش (ولبن) وبيض ؛ لأن الوقف أنشئ لذلك ، ولا يملك أغصان الشجرة إلا فيما يعتاد قطعه ؛ كشجرة الخلاف ، فأغصانها كثمرة غيرها .

(وكذا الولد في الأصح) كالثمره (والثاني : يكون وقفاً) تبعاً لأمه ؛ كولد الأضحية ، وقيل : الخلاف في ولد الفرس والحمار ، ويملك ولد النعم قطعاً ؛ لأن مطلوبها الدر والنسل .

وقيل : إنه يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف إلا أن يصرح بخلافه ، هذا كله فيما إذا أطلق ، أو شرط ذلك للموقوف عليه ، أما إذا وقف الدابة على ركوب إنسان ولم يشترط له الدر والنسل . . فالأوجه في « الشرح » و « الروضة » وفاقاً للبخوي : أنه

(١) الشرح الكبير (٢٨٤/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٢٨٦/٦) ، روضة الطالبين (٣٤٤/٥) .

وَلَوْ مَاتَ الْبَهِيمَةُ . . أَخْتَصَّ بِجُلْدِهَا . وَلَهُ مَهْرُ الْجَارِيَةِ إِذَا وَطِئَتْ بِشَبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ إِنْ صَحَّحْنَاهُ ، وَهُوَ الْأَصَحُّ . وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ الْمَوْقُوفِ إِذَا أُتْلِفَ ، بَلْ يَشْتَرِي بِهَا عَبْدًا لِيَكُونَ وَقْفًا مَكَانَهُ ،

لِلوَقْفِ ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : لَكِنِ الْمَنْقُولُ فِي « الْبَحْرِ » عَنْ الْأَصْحَابِ : أَنَّ حَكْمَهُ حَكْمُ مَنْقُطِعِ الْآخَرِ ، فَيُطْرَقُ الْخِلَافُ ^(١) .

(وَلَوْ مَاتَ الْبَهِيمَةُ) الْمَوْقُوفَةُ (. . اخْتَصَّ بِجُلْدِهَا) لِأَنَّهُ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهِ ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَدْبِغْ ، فَإِنْ دَبِغَ . . فَوَجْهَانِ ، رَجَحَ فِي « التَّتَمَّةِ » : أَنَّهُ يَعُودُ وَقْفًا ، وَأَقْرَأَ ^(٢) .
(وَلَهُ مَهْرُ الْجَارِيَةِ إِذَا وَطِئَتْ بِشَبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ إِنْ صَحَّحْنَاهُ) أَيِ : نِكَاحِهَا (وَهُوَ الْأَصَحُّ) لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الْفَوَائِدِ ؛ كَالثَّمَرَةِ .

وَوَجْهٌ صَحَّةُ النِّكَاحِ : أَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى الْمَنْفَعَةِ ؛ فَلَا يَمْتَنِعُ بِالْوَقْفِ ؛ كَالْإِجَارَةِ ، وَوَجْهٌ مُقَابِلُهُ : نَقْصُ قِيَمَتِهَا وَمَنْفَعَتِهَا بِهِ ، وَرَبَّمَا مَاتَ مِنَ الطَّلُقِ فَتَفُوتِ حَقُّ الْبَطْنِ الثَّانِي ، فَعَلَى الْأَصَحِّ : يَزُوجُهَا مِنْ جَعَلْنَا رَقَبَتَهَا لَهُ ؛ فَإِنْ جَعَلْنَاهَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . . اسْتَقْلَ بِهِ ، أَوْ لِلوَقْفِ . . زَوَّجَهَا بِإِذْنِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ جَعَلْنَاهَا لِلَّهِ تَعَالَى . . زَوَّجَهَا الْقَاضِي بِإِذْنِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .

وَخَرَجَ بِالشَّبْهَةِ وَالنِّكَاحِ : مَا لَوْ زُنِيَ بِهَا مَطَاوَعَةً . . فَإِنَّهُ لَا مَهْرَ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَإِنْ أَكْرَهَتْ . . وَجِبَ لَهَا الْمَهْرُ ، وَهُوَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .

(وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ) أَيِ : الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ (لَا يَمْلِكُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ الْمَوْقُوفِ إِذَا أُتْلِفَ) أَوْ تُتْلَفُ تَحْتَ يَدِ ضَامِنِهِ لِرَقَبَتِهِ ، سَوَاءً أُتْلِفَ أَجْنَبِيٌّ أَوْ الْوَاقِفُ أَوْ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ عَدُوًّا ، أَمَّا إِذَا أُتْلِفَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ بِلَا تَعَدٍّ . . فَلَا ضَمَانَ ، (بَلْ يَشْتَرِي بِهَا عَبْدًا لِيَكُونَ وَقْفًا مَكَانَهُ) ^(٣) مِرَاعَاةً لِمَنْعِ الْوَاقِفِ ؛ مِنْ اسْتِمْرَارِ الثَّوَابِ ، وَتَعْلُقِ حَقِّ الْبَطْنِ الثَّانِي وَمَا بَعْدَهُ بِهِ .

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي : التَّخْرِيجُ عَلَى أَقْوَالِ مَلِكِ الرِّقْبَةِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : لِلَّهِ تَعَالَى . . فَالْحَكْمُ

(١) الشرح الكبير (٢٨٥/٦) ، روضة الطالبين (٣٤٣/٥) ، التهذيب (٥٢٥/٤) .

(٢) الشرح الكبير (٢٨٦/٦) ، روضة الطالبين (٣٤٤/٥) .

(٣) فِي (ب) : (بَلْ يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ) .

فَإِنْ تَعَذَّرَ . . فَبَعْضُ عَبْدٍ . وَلَوْ جَفَّتِ الشَّجَرَةُ . . لَمْ يَنْقَطِعِ الْوَقْفُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، بَلْ

عَلَى مَا سَبَقَ ، وَإِنْ قُلْنَا : لِلْوَقْفِ ، أَوْ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . . فَاَلْأَصَحُّ : كَذَلِكَ ،
وَالثَّانِي : يَصْرِفُ مُلْكًا إِلَى مَنْ حَكَمْنَا لَهُ بِمُلْكِ الرِّقْبَةِ ، فَإِنَّهَا بَدَلَ مُلْكِهِ ، وَيَنْتَهِي
الْوَقْفُ .

وكلامه قد يفهم : أنه يكون وقفاً بمجرد الشراء ، والأصح في « الشرح الصغير »
و« زيادة الروضة » : أنه لا بدّ من إنشاء وقف^(١) ، لكن خالف في بدل المرهون ،
فصحح من « زوائده » : أنه رهن في ذمة الجاني^(٢) .

ويمكن أن يفرق : بأن القيمة يصحّ أن ترهن ، ولا يصحّ أن توقف .

قال في « المطلب » : وذكر الماوردي والرويانى تفصيلاً في بدل الأضحية يظهر
مجيئه هنا ، وهو : أنه إن اشترى بعين القيمة أو في الذمة ، ونوى أنها أضحية . . لم
يحتج إلى إنشاء جعلها أضحية ، وإلا . . فلا بدّ من جعلها أضحية . انتهى .

وما ذكره الماوردي والرويانى في بدل الأضحية جزماً به في « الشرح »
و« الروضة »^(٣) .

ولا يجوز شراء عبد بقيمة الجارية ولا عكسه ، وفي شراء صغير بقيمة كبير وعكسه
وجهان . أقواهما عند المصنف : المنع^(٤) .

وإذا اشترى عبد وفضل شيء من القيمة . . فالمختار عند المصنف : أنه يشتري به
شقص عبد^(٥) ، وقال البلقيني : إنه الراجح .

(فإن تعذر . . فبعض عبد) لأنه أقرب إلى مقصوده ، كذا قطعوا به ، وحكوا في
الأضحية خلافاً ، والفرق : أن بعض الحيوان لا يكون أضحية ، وبعضه يكون وقفاً .

(ولو جفت الشجرة) أو قلعهما الريح (. . لم ينقطع الوقف على المذهب ، بل

(١) روضة الطالبيين (٣٥٤/٥) .

(٢) روضة الطالبيين (١٠٠/٤) .

(٣) الشرح الكبير (٩٢/١٢) ، روضة الطالبيين (٢١١/٣) .

(٤) روضة الطالبيين (٣٥٤/٥) .

(٥) روضة الطالبيين (٣٥٣/٥) .

يُنْتَفَعُ بِهَا جِذْعاً ، وَقِيلَ : تَبَاعُ وَالْثَمَنُ كَقِيَمَةِ الْعَبْدِ . وَالْأَصَحُّ : جَوَازُ بَيْعِ حُصْرِ
الْمَسْجِدِ إِذَا بَلَيْتَ ، وَجُذُوعِهِ إِذَا أَنْكَسَرَتْ وَلَمْ تَصْلُحْ إِلَّا لِلْإِحْرَاقِ

ينتفع بها جذعاً (بإجارة أو غيرها ؛ إدامة لعين الوقف ، قال ابن الرفعة : وإنما ينتفع
بإجارتها جذعاً إن لم يكن في استيفاء منفعة استهلاكه ، فإن كان .. فالأصح : أنها
تكون للموقوف عليه . انتهى ، وكلام « الروضة » يدل عليه ، وفيه نظر^(١) .

وزمانه الدابة الموقوفة كجفاف الشجرة ، قال في « زيادة الروضة » : (هذا إذا
كانت مأكولة ؛ فإنه يصح بيعها للحمها ، فإن كانت غير مأكولة .. لم يجزى الخلاف في
بيعها ؛ لأنه لا يصح بيعها إلا على الوجه الشاذ في صحة بيعها اعتماداً على
جلدها)^(٢) .

(وقيل : تباع) لتعذر الانتفاع ؛ كما شرطه الواقف (والثلث كقيمة العبد) المتلف
على ما سبق ، قال الرافعي : (ويجوز أن يشتري به ودي يغرر موضعها)^(٣) .

(والأصح : جواز بيع حُصْرِ المسجد إذا بليت ، وجذوعه إذا انكسرت ولم تصلح
إلا للإحراق) لثلا تضييع وضيق المكان بها من غير فائدة ، فتحصيل نزر يسير من ثمنها
يعود على الوقف .. أولى من ضياعها ، ولا يدخل ذلك تحت بيع الوقف ؛ لأنها
صارت في حكم المعدومة ، وعلى هذا : يصرف ثمنها في مصالح المسجد ، قال
الرافعي : والقياس : أن يشتري بثلث الحصر حصيراً لا غيرها^(٤) ، والثاني : لا تباع ؛
لأنها عين الوقف ، بل تترك بحالها أبداً ؛ كما لو وقف أرضاً فخربت .

وترجيح الجواز تبعاً فيه الإمام^(٥) ، والجمهور على المنع ، منهم : الشيخ أبو علي
السنجي والبخاري ، وصاحب « البيان » وغيرهم^(٦) .

ومحل الخلاف : في الحُصْرِ والجذوع الموقوفة ، أما ما اشتراه الناظر أو وهب له

(١) كفاية النية (٥٥ / ١٢) ، روضة الطالبين (٣٥٦ / ٥) .

(٢) روضة الطالبين (٣٥٦ - ٣٥٧ / ٥) .

(٣) الشرح الكبير (٢٩٨ / ٦) .

(٤) الشرح الكبير (٢٩٨ / ٦) .

(٥) نهاية المطلب (٣٩٥ / ٨) ، الشرح الكبير (٢٩٨ / ٦) ، روضة الطالبين (٣٥٧ / ٥) .

(٦) التهذيب (٥٢٤ / ٤) ، البيان (٩٩ / ٨) .

وَلَوْ أَنَّهُمْ مَسَّجِدٌ وَتَعَذَّرَتْ إِعَادَتُهُ . . لَمْ يَبِعْ بِحَالٍ

فقبله الناظر . . فإنه يباع عند الحاجة قطعاً ؛ كما قاله الرافعي ؛ لأنه ملك ، قال في « الروضة » : هذا إذا اشتراه الناظر ولم يقفه ، فإن وقفه . . صار وقفاً قطعاً ، وتجري عليه أحكام الوقف^(١) .

وقول المصنف : (إذا انكسرت) : يقتضي أنها إذا أشرفت على الانكسار . . لا تباع ، وقضية كلام « الروضة » و« أصلها » : الجواز ؛ فإنهما لما صححا بيع الجذع المنكسر . . قالوا : إن الخلاف جار في المشرف على الانكسار^(٢) ، فلو ذكره المصنف . . لأخذ حكم المنكسر من طريق أولى .

وأفهم تقييده بألا تصلح إلا للإحراق : أنه إذا صلحت لأن يُنتفع بها في الوقف أدنى انتفاع . . لا تباع قطعاً ، وهو كذلك .

(ولو انهدم مسجد وتعذرت إعادته . . لم يبيع بحال) كالعبد إذا عتق ثم زمن ، وليس كجفاف الشجرة ؛ لتوقع العمارة ، والانتفاع في الحال بالصلاة والاعتكاف في عرصته ممكن .

وكذا لو تعطل المسجد بتفرق الناس عن البلد ، أو خراب البلد . . فإنه لا يباع أيضاً بل يترك على حاله إن لم يُخَف من المفسدين أن ينقضوه ، فإن خيف . . نُقِض وحفظ ، وإن رأى الحاكم أن يعمر ينقضه مسجداً . . جاز ، وما كان أقرب إليه . . فهو أولى . كذا في « الروضة » و« أصلها »^(٣) .

وعلى هذا : إذا كان للمسجد أوقاف . . قال المتولي : صرفت غلته إلى أقرب المساجد إليه ، وقال الإمام : تحفظ لتوقع عوده ، وقال الماوردي والرويانى : تصرف للفقراء والمساكين ، وفي « فتاوى الحناطى » : نقل وجه : أنه يصرف إلى المصالح ، ووجه : أنه يرجع إلى أقرب الناس إلى الواقف^(٤) .

(١) الشرح الكبير (٣٠٠/٦) ، روضة الطالين (٣٥٨/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٢٩٨/٦) ، روضة الطالين (٣٥٧/٥) .

(٣) روضة الطالين (٣٥٨/٥) ، الشرح الكبير (٢٩٩/٦) .

(٤) الحاوي الكبير (٣٨١/٩) .

[في بيان النظر على الوقف وشرطه ووظيفة الناظر]

إِنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ أَوْ لِغَيْرِهِ . . اتَّبَعَ ، وَإِلَّا . . فَالنَّظَرُ لِلْقَاضِي عَلَى الْمَذْهَبِ . وَشَرَطُ النَّاظِرِ : الْعَدَالَةُ وَالْكَفَايَةُ وَالْإِهْتِدَاءُ إِلَى التَّصَرُّفِ

وتقييد المصنف بالمسجد : قد يخرج الدار الموقوفة عليه ؛ فيجوز بيعها ، وهو قضية كلام الرافعي حيث أجرى فيها خلاف الجذع المنكسر ، وتابعه « الحاوي الصغير »^(١) ورده السبكي نقلاً ، ودليلاً^(٢) .

* * *

(فصل : إن شرط الواقف النظر لنفسه أو لغيره . . اتبع) لأنه المتقرب بصدقته ، فهو أحقُّ من يقوم بامضاءها وصرفها إلى مصارفها ، ومن نصبه لذلك . . كان أحقَّ به من غيره ، قال الرافعي : وينبغي أن يجيء في قبول المتولي ما في قبول الوكيل والموقوف عليه^(٣) .

(وإلا) أي : وإن لم يشرطه لأحد (. . فالنظر للقاضي على المذهب) لأنه يتعلق به حقُّ الموقوف عليه ومن بعده ، وصاحب النظر العام أولى بالنظر فيه ، وقيل : للواقف ؛ لأن النظر والتصرف كان إليه ، فإذا لم يصرفه عن نفسه . . بقي على ما كان ، وقيل : للموقوف عليه ؛ لأن النفع والفائدة له .

قال الرافعي : والذي يقتضي كلام المعظم الفتوى به : أن يقال : إن كان الوقف على جهة عامة . . فالتولية للحاكم ، وإن كان على شخص معين . . فكذلك إن جعلنا الملك لله تعالى ، وإن جعلناه للواقف أو للموقوف عليه^(٤) . . فالتولية كذلك .

(وشرط الناظر) واقفاً كان أو غيره (العدالة والكفاية والاهتداء إلى التصرف) كما في الوصي والقيم ؛ لأنها ولاية على الغير ، ولو فسق الناظر ثم صار عدلاً . . عادت

(١) الشرح الكبير (٢٩٨/٦) ، الحاوي الصغير (ص ٣٩٩) .

(٢) هنا في النسخ زيادة بمقدار ثلاثة أسطر ، وهي مشطوبة في (أ) .

(٣) الشرح الكبير (٢٩١/٦) .

(٤) الشرح الكبير (٢٩٠/٦) .

وَوَظِيفَتُهُ : الْعِمَارَةُ وَالْإِجَارَةُ وَتَحْصِيلُ الْغَلَّةِ وَقِسْمَتُهَا ، فَإِنْ فَوَّضَ إِلَيْهِ بَعْضَ هَذِهِ الْأُمُورِ . . . لَمْ يَتَعَدَّهُ . وَلِلْوَاقِفِ عَزْلٌ مَنْ وَلَاهُ وَنَصَبٌ غَيْرِهِ ، إِلَّا أَنْ يَشْرُطَ نَظَرُهُ حَالَ الْوَقْفِ

ولايته إن كانت بشرط الواقف ، وإلا . . فلا ، قاله المصنف في « فتاويه »^(١) .
ولا حاجة لقوله : (والاهتداء) فإن الكفاية تغني عنه ؛ لأن من لا يهتدي إلى التصرف لا يوصف بالكفاية ، ولهذا لم يذكره في « الشرحين » و« الروضة »^(٢) .
(ووظيفته) عند الإطلاق (العماراة والإجارة وتحصيل الغلّة وقسمتها) على وجهه ؛ لأنه المعهود في مثله ، وزاد في « الشرح » و« الروضة » حفظ الأصول والغلات على الاحتياط^(٣) .
وله التولية والعزل ؛ كما اعتمده الشيخ تقي الدين السبكي والأذرعى .
وأفتى الشيخ عز الدين : بأن المدرّس هو الذي يُنَزَّلُ الفقهاء ، ويُقدَّرُ جامعيّاتهم .
(فإن فوض إليه بعض هذه الأمور . . لم يتعده) اتباعاً لشرطه ، وإذا ادعى متولي الوقف صرفه إلى مستحقه وهو معين . . فالقول : قول المستحق ، وله المطالبة بالحساب ، فإن كان غير معين . . فهل للإمام مطالبته بالحساب ؟ فيه وجهان ، حكاهما القاضي شريح في « أدب القضاء » .
(وللواقف عزل من ولاه ونصب غيره) كما يعزل الوكيل (إلا أن يشترط نظره حال الوقف) فإنه ليس له عزله ؛ لأنه مغير شرطه ؛ كما ليس لغيره ذلك .
وصور البغوي المسألة بأن يقول : (وقفت وشرطت التفويض له) ، ونقل الرافعي عنه أن يقول : (وقفت بشرط أن تكون التولية لفلان)^(٤) .
واعترض : بأنه ليس بمطابق لما قاله البغوي ، وأيضاً : هذه الصيغة ينبغي أن تكون مبطلّة لأصل الوقف من أجل التعليق ؛ فإنه قد يقبل التولية ، وقد لا يقبلها .

(١) فتاوى الإمام النووي (ص ١٥٩) .

(٢) الشرح الكبير (٢٩٠/٦) ، روضة الطالبين (٣٤٧/٥) .

(٣) الشرح الكبير (٢٩٠/٦) ، روضة الطالبين (٣٤٨/٥) .

(٤) الشرح الكبير (٢٩١/٦) .

وَإِذَا أَجَرَ النَّاطِرُ فَزَادَتِ الْأَجْرَةُ فِي الْمُدَّةِ أَوْ ظَهَرَ طَالِبُ الزِّيَادَةِ . . لَمْ يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ .

وقد استشكل تصوير مسألة « الكتاب » لأنه إن كان فيما إذا كان النظر للواقف ونصب غيره نائباً عنه . . فجواز عزله له واضح ؛ لأنه سفير محض ، وإن كان مع السكوت عنه . . فلا ولاية للواقف في هذه الحالة ، بل هي للقاضي .

(وإذا أجر الناظر) على غيره (فزادت الأجرة في المدة أو ظهر طالب بالزيادة . . لم ينفسخ العقد في الأصح) لأن العقد جرى بالغبطة في وقته ، فأشبه ما إذا باع الولي مال الطفل ثم ارتفعت القيم بالأسواق ، أو ظهر طالب بالزيادة ، والثاني : تنفسخ ؛ لتبين وقوعه على خلاف الغبطة في المستقبل ، والثالث : إن كانت الإجارة سنة فأقل . . لم يتأثر العقد ، وإن كانت أكثر . . فالزيادة مردودة ؛ يعني : أنه ينفسخ في الزيادة على السنة .

وقيد الإمام محلّ الخلاف : بما إذا تغيرت الأجرة بكثرة الطالبين ، أما إذا وجدنا زبوناً يزيد على أجرة المثل . . فلا أثر له قطعاً^(١) .

واحترز به (الناظر) : عما إذا أجر الموقوف عليه بحق الملك وجوزناه ؛ فإن العقد لا يتأثر بالزيادة قطعاً ، كما لو أجر الطلق ، قال الإمام : ولو كان أجره بدون أجرة المثل ؛ لأن له إعارته^(٢) .

* * *

(١) نهاية المطلب (٤٠٥ / ٨) .

(٢) نهاية المطلب (٤٠٤ / ٨) .

كتاب الهبة

التَّمْلِيكُ بِلَا عَوَضٍ هِبَةٌ ، فَإِنْ مَلَكَ مُحْتَاجاً لِنَوَابِ الْآخِرَةِ . . فَصَدَقَةٌ ، فَإِنْ نَقَلَهُ إِلَى مَكَانٍ الْمَوْهُوبِ لَهُ إِكْرَاماً . . فَهَدِيَّةٌ . وَشَرْطُ الْهِبَةِ : إِيْجَابٌ وَقَبُولٌ لَفْظاً ،

(كتاب الهبة)

أصلها : من هبوب الريح ؛ أي : مروره ، واستأنسوا لها ، بقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حُمِيْتُمْ يَنْجِيَتْ فُجُورًا حَسَنَتْ مِنْهَا أَوْ رُدُّوْهَا ﴾ قيل : المراد منها : الهبة ، وقوله تعالى : ﴿ وَءَاتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ﴾ قيل : المراد بها : الهبة والصدقة ، وفي « البيهقي » بإسناد ضعيف : « تَهَادَوْا تَحَابُّوا » ، ورواه البخاري في كتاب « الأدب » ^(١) .

(التملك بلا عوض هبة ، فَإِنْ مَلَكَ مُحْتَاجاً لِنَوَابِ الْآخِرَةِ . . فَصَدَقَةٌ ، فَإِنْ نَقَلَهُ) بنفسه أو غيره (إلى مكان الموهوب له إكراماً . . فهدية) فتمتاز الصدقة عن الهبة بقصد ثواب الآخرة ، وتمتاز الهدية عن الهبة بالنقل ، فكلُّ صدقة وهدية هبةٌ ، ولا ينعكس . ولا حاجة لقوله : (محتاجاً) ؛ فَإِنْ الصَّدَقَةُ عَلَى الْغَنِيِّ جَائِزَةٌ ، ويثاب عليها إذا قصد القرية .

وقوله : (إكراماً) قال السبكي : الظاهر : أنه ليس شرطاً ، بل الشرط : النقل ؛ ولهذا لا يدخل العقار في الهدية ، قال الزركشي : وقد يقال : إنه احتراز عن الرشوة . والصدقة أفضل هذه الأنواع .

(وشرط الهبة : إيجاب وقبول لفظاً) لأنه تملك في الحياة ؛ كالبيع . وفي انعقادها بالمعاطاة الخلاف في البيع ، واختار في « شرح المذهب » صحتها بها ، وفي انعقادها بالكناية مع النية الخلاف في البيع ، قاله في « الذخائر » و« المطلب » ، وفي كلام الرافعي إشارة إليه ^(٢) .

ويستثنى من اشتراط القبول : صور ؛ منها : الهبة الضمنية ؛ كـ (أعتق عبدك عني) فأعتقه . . فإنه يدخل في ملكه هبة ، ويعتق عليه ، ومنها : لو اشتري حلياً لولده الصغير

(١) سنن البيهقي (١٦٩/٦) ، الأدب المفرد (٥٩٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) المجموع (٢٧٣/١٦) ، الشرح الكبير (٣٠٨/٦) .

وَلَا يُشْتَرَطَانِ فِي الْهَدِيَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ ، بَلْ يَكْفِي الْبَعْثُ مِنْ هَذَا وَالْقَبْضُ مِنْ ذَلِكَ . . .

وزينه به . . فإنه يكون تمليكاً له ، بخلاف ما لو اشتراه لزوجته . . فإنه لا يصير ملكاً لها ، قاله القفال .

والفرق : أن له ولايةً على الصغير ، بخلاف الزوجة ، كذا استثنائها ابن الملقن في « العجالة » ، وفي كلام الشيخين ما قد يخالفه حيث قالوا : إذا كانت الهبة لمن ليس له أهلية القبول ، وكانت من الأب أو الجد . . تولّى الطرفين ، وهل يحتاج إلى لفظي الإيجاب والقبول أم يكفي أحدهما ؟ وجهان : كما سبق في البيع . انتهى^(١) .

فاقتضى كلامهما : أنه إذا لم يأت بواحد من الإيجاب والقبول . . لا يكفي قطعاً .
ومنها : ما لو قال : (اشتر لي بدراهمك خبزاً) فاشتراه وصححناه للسائل . . فإن الدراهم تكون هبة لا قرضاً على أحد الوجهين ، قاله ابن الرفعة .
وفي تسميته الإيجاب والقبول شرطاً . . تسامح ؛ فإنهما ركنان ، وقد مرّ الاعتذار عنه في البيع .

(ولا يُشترطان في الهدية على الصحيح ، بل يكفي البعث من هذا) ويكون كالإيجاب ، (والقبض من ذلك) ويكون كالقبول ، سواء المأكول وغيره ؛ لأنه عادة السلف ، وقد أهدت الملوك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الكسوة والدواب والجواري ، ولم ينقل إيجاب ولا قبول ، والثاني : يشترطان ؛ كالبيع والوصية ، والصدقة في ذلك كالهدية ، ويحصل ملك الهدية بوضع المهدى بين يديه إذا أعلمه به . ولو أهدى إلى صبي ووضع بين يديه ، أو أخذه الصبي . . لم يملكه ، قاله البغوي في « فتاويه » .

ويؤخذ من قول المصنف : (البعث من هذا والقبض من ذلك) : أنه لو اشترى الحاج شيئاً في سفره بأسامي أصدقائه ومات . . أنه لا يستحقه من اشترى باسمه ، وبه صرح القاضي أبو الطيب فقال : إن ورثته بالخيار فيما اشتراه وسماه لأصدقائه .
وأهمل المصنف الكلام على العاقلين ؛ فيشترط في الواهب : أهلية التبرع ، وأما

(١) عجالة المحتاج (٩٨٣/٢) ، الشرح الكبير (٣٠٩/٦) ، روضة الطالبين (٣٦٧/٥) .

وَلَوْ قَالَ : (أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ فَإِذَا مِتُّ فَهِيَ لَوَرَثَتِكَ) .. فَهِيَ هِبَةٌ ، وَلَوْ أَقْتَصَرَ عَلَى : (أَعْمَرْتُكَ) .. فَكَذًا فِي الْجَدِيدِ ، وَلَوْ قَالَ : (إِنْ مِتُّ عَادَتْ إِلَيَّ) .. فَكَذًا فِي الْأَصَحِّ .

الموهوب له : فقال الماوردي : هو من صحَّ أن يُحكم له بالملك ؛ من مكلف وغيره^(١) .

(ولو قال : « أعمرتك هذه الدار ، فإذا متَّ فهي لورثتك » .. فهي هبة) حكماً ، لكنَّه طَوَّلَ العبارة ، فيعتبر الإيجاب والقبول ، وتلزم بالقبض ، فإذا مات .. فالدار لورثته ، فإن لم يكونوا .. فليبت المال ، ولا يعود إلى الواهب بحال ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمُرِي .. فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيَهَا لَا تَرْجِعُ إِلَيَّ الَّذِي أُعْطَاهَا ؛ لِأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِثُ » رواه مسلم^(٢) .

وتمثيله بـ (الدار) : تبع فيه الشافعي وأكثر الأصحاب ، ولا فرق بينها وبين غيرها ؛ كما هو ظاهر الحديث .

(ولو اقتصر على : « أعمرتك ») ولم يتعرض لما بعد موته (.. فكذا في الجديد) أي : يصحُّ ، وله حكم الهبة ؛ لحديث : « أَلْعُمَرِيُّ مِيرَاثٌ لِأَهْلِيهَا » متفق عليه^(٣) .

وليس في جعلها له مدة حياته ما ينافي انتقالها إلى ورثته ؛ فإن الأملاك كلها مقدرة بحياة المالك ، وفي قول قديم : إنها تبطل ؛ لقول جابر رضي الله عنه : إنما العمري التي أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول : (« هي لك ولعقبك » ، فأما إذا قال : « هي لك ما عشت » .. فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهَا) رواه مسلم^(٤) .

ولأنه تمليك مؤقت فيبطل ؛ كالبيع .

(ولو قال : « إن متَّ .. عادت إلي »)^(٥) أو إلى ورثتي (.. فكذا في الأصح)

(١) الحاوي الكبير (٤٠٠/٩) .

(٢) صحيح مسلم (١٦٢٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٣) صحيح البخاري (٢٦٢٥) صحيح مسلم (٣١/١٦٢٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ، واللفظ لمسلم .

(٤) صحيح مسلم (٢٣/١٦٢٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٥) في (ب) و(د) : (إذا مت .. عادت إلي) .

وَلَوْ قَالَ : (أَرَقَبْتُكَ) أَوْ (جَعَلْتُهَا لَكَ رُقْبَى) ؛ أَي : إِنْ مُتَّ قَبْلِي عَادَتْ إِلَيَّ ، وَإِنْ مُتَّ قَبْلَكَ اسْتَقَرَّتْ لَكَ . . . فَالْمَذْهَبُ : طَرْدُ الْقَوْلَيْنِ الْجَدِيدِ وَالْقَدِيمِ

أي : فيصح الإعمار ، ويلغو الشرط ؛ لإطلاق الأحاديث الصحيحة ، قال الرافعي : وكأنهم عدلوا به عن قياس سائر الشروط الفاسدة^(١) . انتهى .

ولعل المعنى في ذلك - كما قاله في « البحر » - : أن الشرط المذكور ليس على المعطي بل على ورثته ، ولا حقَّ لهم الآن ، وإذا لم يكن الشرط مع المعقود معه . . لم يؤثر في العقد .

والثاني : يبطل ؛ لشرطه ما ينافي مقتضى الملك ، فإن من ملك شيئاً . . صار بعده لورثته ، والثالث : يصح ولا يلغو الشرط ، حكاه في « التنبيه »^(٢) .

وقد يفهم كلامه : أنه لو قال : (جعلتها لك عمري) ، أو (عمر زيد) . . أنه يبطل ، وهو الأصح ؛ لخروجه عن اللفظ المعتاد .

(ولو قال : « أَرَقَبْتُكَ » ، أو « جعلتها لك رقبي » ؛ أي : إِنْ مُتَّ قَبْلِي . . عادت إلي ، وَإِنْ مُتَّ قَبْلَكَ . . استقرت لك . . فالمذهب : طرد القولين الجديد والقديم) فعلى الجديد : يصح ، ويلغو الشرط ؛ لحديث : « لَا تُعْمِرُوا ، وَلَا تُرَقِّبُوا ، فَمَنْ أُرْقِبَ شَيْئاً ، أَوْ أُعْمِرَهُ . . فَهُوَ لِوَارِثِهِ » رواه أبو داود والنسائي^(٣) .

والقديم : البطلان ، والطريق الثاني : القطع بالبطلان ؛ لأن فيها تأقيتاً واشتراطاً ليس في العمري .

وقوله : (أي : إِنْ مُتَّ قَبْلِي) : تفسير لمدلول قوله : (أَرَقَبْتُكَ ، أو جعلتها لك رقبي) ، ومقتضاه : أنه لم يصرح بالشرط المذكور ، وقطع الماوردي فيما إذا صرح به بالبطلان ؛ لمنافاته حكم الملك ، لكن صرح الشيخان تبعاً للجمهور بتعميم الخلاف ؛ لأنه تصريح بالمعنى^(٤) .

(١) الشرح الكبير (٣١٣/٦) .

(٢) التنبيه (ص ٩٣) .

(٣) سنن أبي داود (٣٥٥٦) ، سنن النسائي (٦٥٢٧) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٤) الحاوي الكبير (٤١١/٩) ، الشرح الكبير (٣١٣/٦) ، روضة الطالبين (٣٧١/٥) .

وَمَا جَازَ بَيْعُهُ . . جَازَ هِبَتُهُ ، وَمَا لَا كَمَجْهُولٍ وَمَغْصُوبٍ وَضَالٍّ . . فَلَا ،

و(العمرى) و(الرقبى) : كانا عقدين في الجاهلية ، فد(العمرى) : من العمر ،
و(الرقبى) : من المراقبة ؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه .
(وما جاز بيعه . . جاز هبته) من باب أولى ؛ لأن باب الهبة أوسع ؛ كما سيأتي .
وحذف التاء من (جاز هبته) لمشاكلة (جاز بيعه) ، ولأن تأنيث الهبة غير حقيقي .
ويستثنى من إطلاقه صور ؛ منها : المنافع ؛ فإنها تباع بالإجارة ، وتمتنع هبتها إذا
قلنا : إنها عارية ، ومنها : بيع الأوصاف سلماً في الذمة جائز ، ولا يجوز هبته ؛
ك(وهبتك ألف درهم في ذمتي) ، ثم يعينه في المجلس ويقبضه ، صرح به القاضي
الحسين والإمام وغيرهما^(١) ، فلو زاد من الأعيان . . لخرجتا .
(وما لا) يجوز بيعه (كمجهول ومغصوب وضال) وأبق (. . فلا) يجوز هبته ؛
بجامع أنها تمليك في الحياة .

ويستثنى من المجهول صور ؛ منها : إذا لم يعلم الورثة مقدار ما لكل منهم من الإرث ؛
كما لو خلف ولدين أحدهما خثى ، وقد ذكر الرافعي في (الفرائض) : أنه لو اصطلع
الذين وقف المال بينهم على تساو أو تفاوت . . جاز ، قال الإمام : ولا بد أن يجري بينهما
تواهب ، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة ، ولكنها تحتمل للضرورة^(٢) .

ومنها : إذا اختلط حمام البرجين فوهب أحدهما نصيبه للآخر . . فإنه يصح على
الأصح وإن كان مجهول القدر والصفة ؛ للضرورة ، وهكذا إذا اختلطت حنطته بحنطة
غيره ، أو مائه بمائع غيره ، أو ثمرته بثمره غيره .

ومنها : ما لو قال : (أنت في حل مما تأخذ من مالي) أو (تعطي) أو (تأكل) . .
فإنه يجوز له الأكل دون الأخذ والإعطاء ؛ لأن الأكل إباحة ، وهي تصح مجهولة ،
بخلافهما ، قاله العبادي قال : ولو قال رجل : (ادخل كرمي وخذ من العنب
ما شئت) ، أو (خذ من ثمري ما شئت) . . لا يزيد على عنقود واحد ؛ لأنه أقل
ما يقع عليه الاسم ، واستشكل .

(١) نهاية المطلب (٤١٣/٨) .

(٢) الشرح الكبير (٥٣٤/٦) ، نهاية المطلب (٣٢٤/٩) .

وقال القفال في « فتاويه » : لو قال : (ادخل بستانى وأبحث لك أن تأخذ من ثماره ما شئت) . . كان إباحة .

(إلا حبتي حنطة ونحوها) من المحقرات ؛ فإنه يجوز هبتها قطعاً ، ولا يجوز بيعها على الصحيح ؛ لأن بذل المال في مقابلته سَفَهٌ ، وهذا التعليل مفقود في الهبة ، والمانع ليس في دابة ؛ كالكلب ؛ لأنه يباع مع غيره ، وإنما المانع الانفراد ، فاعتفر في الهبة ؛ إذ لا محذور .

وهذا الاستثناء مما زاده على « المحرر » ولم يذكر في « الشرحين » و« الروضة » ذلك ، بل جزم الرافعي بعكسه في (باب اللقطة) فقال : ما لا يتمول ^(١) ؛ كحبة حنطة وزبيبة . . لا تُعَرَّفُ على الظاهر ؛ كما لا يجوز بيعه وهبته ، وأسقطه من « الروضة » ؛ لوقوعه في ضمن بحث ^(٢) .

وقال الإمام فيما لا يتمول لقلته : يظهر عندي تصحيح الهبة فيه على معنى إحلال الموهوب له محلّ الواهب في الاختصاص ، لكن لا أقطع به ؛ لأن لنا تردداً في هبة الكلب ، والمنع هنا أقوى ؛ لأن في الكلب إمكان الانتفاع ، ولا يقع فيما لا يتمول . . . إلى أن قال : والأظهر : إبطال الهبة ^(٣) .

واختار السبكي ما قاله المصنف ؛ فإنه تجوز الصدقة بتمرة ، وهي نوع من الهبة . وأورد على حصره صور ؛ منها : جلد الأضحية ولحمها ؛ لا يجوز بيعه وتجوز هبته ، ومنها : جلد الميتة قبل الدباغ على ما قاله في « الروضة » في (باب الآنية) ، لكن صحح هنا المنع ، وجمع بين كلامي « الروضة » بحمل المذكور هنا على الملك الحقيقي ، والذي في (باب الآنية) بمعنى : نقل اليد ؛ كما صرحوا به في الكلب ^(٤) . ومنها : الدهن النجس ؛ فإن في « زيادة الروضة » في (البيع) : أنه ينبغي القطع

(١) في النسخ : (ما يتمول) ، والتصويب من « الشرح الكبير » (٣٦٤ / ٦) .

(٢) الشرح الكبير (٣٦٤ / ٦) .

(٣) نهاية المطلب (٤٨٥ / ٨) .

(٤) روضة الطالبين (٤٣ / ١ ، ٣٧٤ / ٥) .

وَهَبَهُ الدَّيْنِ لِلْمَدِينِ إِبْرَاءً ، وَلِغَيْرِهِ بَاطِلَةٌ فِي الْأَصَحِّ . وَلَا يُمْلِكُ مَوْهُوبٌ إِلَّا بِقَبْضِ بَاذِنِ
الْوَاهِبِ ،

بصحة الصدقة به للاستصباح ونحوه^(١) ، وهي نوع من الهبة ، وقد جزم المتولي : بأنه
يجوز نقل اليد فيه بالوصية ونحوها ، وحينئذ ؛ إن أريد بهبة الدهن النجس التملك . .
فينبغي ألا يصح ، وإن أريد نقل اليد . . فيصح ، ومنها : هبة الكلب : تصح وإن امتنع
بيعه ، نص عليه في « الأم »^(٢) ، ومنها : هبة إحدى الضرتين نوبتها للأخرى . . فإنها
تصح ، ولا يجوز بيع ذلك .

(هبة الدين للمدين إبراء) لا يحتاج إلى قبول على المذهب ؛ اعتباراً بالمعنى ،
وقيل : يحتاج ؛ اعتباراً باللفظ .

(ولغيره باطلة في الأصح) لأنه غير مقدور على تسليمه ؛ فإن ما يقبض من الديون
عين لا دين ، وصحح في أصل « الروضة » القطع به^(٣) ، والثاني : يصح ، ونقل عن
النص ؛ لأن الذم تجري مجرى الأعيان بدليل صحة البيع والشراء فيها .

(ولا يملك موهوب إلا بقبض) لأنه روي عن جمع من الصحابة ، ونقله الشيخ
موفق الدين في « المغني » عن الخلفاء الأربعة رضي الله عنهم ولا مخالف لهم^(٤) ،
وكالقرض ؛ إذ كل عقد إرفاق يفتقر إلى القبول ، وفي قول قديم : يملك بالعقد ،
وكلام المصنف في (باب الاستبراء) يوهم ترجيحه^(٥) ، وفي قول ثالث : إنه
موقوف ، فإن قبض . . تبيّن أنه ملك بالعقد .

(بإذن الواهب) فلو قبض من غير إذنه . . لم يجز ، ولم يملكه قياساً على الرهن ،
ويضمنه ، ولو أذن ورجع عن الإذن ، أو مات أحدهما قبل القبض . . بطل الإذن ،
وكيفية القبض في المنقول والعقار كما مر في البيع .

(١) روضة الطالبين (٣/٣٥١) .

(٢) الأم (١٩٣/٥) .

(٣) روضة الطالبين (٥/٣٧٤) .

(٤) المغني (٨/٢٤١) .

(٥) منهاج الطالبين (ص ٤٥٣) .

فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَيْنَ الْهَبَةِ وَالْقَبْضِ . . قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ ، وَقِيلَ : يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ . وَيُسَرُّ
لِلْوَالِدِ الْعَدْلُ فِي عَطِيَّةِ أَوْلَادِهِ ؛ بَأَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ، وَقِيلَ : كَقِسْمَةِ
الْإِرْثِ . وَلِلْأَبِ الرُّجُوعُ فِي هَبَةٍ وَلَدِهِ ،

(فلو مات أحدهما) أي : الواهب أو الموهوب له (بين الهبة والقبض . . قام وارثه
مقامه) في القبض والإقباض ، ولا ينفسخ العقد ؛ لأنه مما يؤول إلى اللزوم ، فلم يفسخ
بالموت ؛ كالبيع في زمن الخيار ، (وقيل : يفسخ العقد) لجوازه ؛ كالشركة والوكالة .
والفرق : ما مر من مآلها إلى اللزوم ، بخلافهما ، ويجري الخلاف في الجنون والإغماء .
(ويسن للوالد العدل في عطية أولاده) وكذا لغيره من سائر الأصول ؛ لثلا يفضي
بهم الأمر إلى العقوق أو التحاسد ، وكلامه يقتضي : أن تركه خلاف الأولى ، وجزم
الرافعي بالكرهية ، وقال ابن حبان : إن تركه حرام^(١) ، هذا إذا استؤوا في الحاجة أو
عدمها ، فإن تفاوتوا . قال في « المطلب » : فليس فيه المحذور السالف .

وكذا يستحب للولد إذا وهب لوالديه ، قال الدارمي : فإن فضّل . . فضّل الأم .
وأفهم كلام الأئمة : أن الإخوة ونحوهم لا يجري فيهم هذا الحكم ، قال في
« المطلب » : ويحتمل طرده فيهم ؛ لما فيه من الإيحاش .

وقد يفرق : بأن المحذور في الأولاد عدم البر ، وهو واجب ، قال : ولا شك أن
التسوية بينهم مطلوبة ، لكن دون طلبها في الأولاد .
(بأن يسوي بين الذكر والأنثى) لأنه إذا فاضل . . أدى إلى الوحشة والعقوق ،
(وقيل : كقسمة الإرث) فيضعف حظ الذكر ؛ كالميراث .

وفرق الأول : بأن الوارث راض بما فرض الله تعالى له ، بخلاف هذا .
(وللأب الرجوع في هبة ولده) لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ
يُعْطِيَ عَطِيَّةً ، أَوْ يَهَبَ هَبَةً ، فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ » صححه الترمذي
وغیره^(٢) .

(١) الشرح الكبير (٣٢١/٦) ، صحيح ابن حبان (٥٠١/١١-٥٠٢) .

(٢) الترمذي (١٢٩٩) ، وأخرجه ابن حبان (٥١٢٣) ، والحاكم (٤٦/٢) ، وأبو داود (٣٥٣٩) ،
والنسائي (٢٦٥/٦) ، وابن ماجه (٢٣٧٧) عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم .

وَكَذَا لِسَائِرِ الْأُصُولِ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَشَرْطُ رُجُوعِهِ : بَقَاءُ الْمُؤَهَّبِ فِي سُلْطَنَةِ الْمُتَّهَبِ ؛ فَيَمْتَنِعُ بَيْعُهُ وَوَقْفُهُ ، لَا بَرَهْنَهُ وَهَيْبَتَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَتَعْلِيْقِ عَتَقِهِ وَتَزْوِيجِهَا وَزَرَاعَتِهَا ، وَكَذَا الْإِجَارَةُ عَلَى الْمَذْهَبِ

نعم ؛ يكره الرجوع إذا كان الولد عفيفاً بارّاً .

ومحل الرجوع : إذا وهب مجّاناً ، فإن شرط الثواب وأثابه الولد . . فلا رجوع في الأصحّ ، وهذا في غير الثواب المعلوم المقدار ؛ فإن ذلك بيع على المذهب .
(وكذا لسائر الأصول) كالأم والأجداد والجدات من الجهتين وإن علوا (على المشهور) كما في حصول العتق ، ووجوب النفقة ، وسقوط القصاص ، والثاني : المنع ؛ لأن الخبر خاصٌّ بالأب .

واحتزب (الأصول) : عن الفروع ، والحواشي والأجانب ؛ فإنه لا رجوع لهم .
وقوله : (في هبة ولده) : قد يخرج الهدية وهي كالهبة ، وكذا الصدقة على الأظهر في « الشرح » و « الروضة »^(١) هنا ، لكن جزم الرافعي في « الشرح الكبير » في (باب العارية) بمقابله^(٢) ، وصححه في « الشرح الصغير » في الباين ؛ لأن القصد من الصدقة ثواب الآخرة ، وهو موعود به ، قال الأذرعى : والمذهب : الأول ؛ فإنه المنصوص عليه في « حرملة » .

(وشرط رجوعه : بقاء المؤهّب في سلطنة المتّهب ؛ فيمتنع ببيعه ووقفه) لحقّ الغير ، وكذا لو أعتقه أو كاتبه أو استولد الأمة ، ولا بدّ مع بقاء السلطنة ألا يتعلّق به ما يمنع البيع ؛ فإنه لو جنى المؤهّب وتعلّق الأرض برقبته ، أو أفلس المتّهب وحجر عليه القاضي . . امتنع الرجوع مع بقاء الملك .

(لا برهنه وهبته قبل القبض) لبقاء السلطنة ، بخلاف ما بعد القبض .
(وتعلّق عتقه ، وتزويجها ، وزراعتها) لما ذكرناه من بقاء السلطنة ، (وكذا الإجارة على المذهب) لأن العين باقية بحالها ، ومورد الإجارة المنفعة ، وهذا ما أجاب به الأكثرون ، وحكي عن النص ، ومقابله : قول الإمام : إنا إن صححنا بيع

(١) الشرح الكبير (٦/٣٢٤) ، روضة الطالبيين (٥/٣٨٠) .

(٢) الشرح الكبير (٥/٣٨٠) .

وَلَوْ زَالَ مِلْكُهُ وَعَادَ . لَمْ يَرْجَعْ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَوْ زَادَ . رَجَعَ فِيهِ بِزِيَادَتِهِ الْمُنْفَصِلَةَ لَا الْمُنْفَصِلَةَ . وَيَخْصُلُ الرُّجُوعُ بِـ (رَجَعْتُ فِيمَا وَهَبْتُ) ، أَوْ (اسْتَرْجَعْتُهُ) ، أَوْ (رَدَدْتُهُ إِلَى مِلْكِي) ، أَوْ (نَقَضْتُ الْهَبَةَ) ، لَا بَيْعِهِ وَوَقْفِهِ وَهَبَتِهِ وَإِعْتَاقِهِ وَوُطْنِهَا فِي الْأَصَحِّ .

المأجور . . رجع ، وإلا . . فإن جوزنا الرجوع في المرهون . . فكذاك ، وإلا . . ففي
المأجور تردد^(١) .

(ولو زال ملكه وعاد . . لم يرجع في الأصح) لأن الملك غير مستفاد من الأب حتى
يرجع فيه ؛ كما لو وهب له دراهم فاشترى بها سلعة ، والثاني : يرجع ؛ لوجود العين
في يده على صفتها .

وأصل الخلاف : أن الزائل العائد كالذي لم يعد ، أو كالذي لم يزل .
ويستثنى من إطلاقه : ما لو ارتد الموهوب له وقلنا : بزوال الملك بالردة ، ثم عاد
إلى الإسلام . . فالأصح : الرجوع .

وما لو وهب له عصبيراً فتخمر ، ثم تخلل . . فله الرجوع على المذهب ؛ لأن
الملك الثابت في الخل سببه ملك العصير .
(ولو زاد . . رجع فيه بزيادته المتصلة) لأنها تتبع الأصل (لا المنفصلة)
كالكسب ؛ لحدوثها على ملك المتهب .

(ويحصل الرجوع بـ « رجعت فيما وهبت » ، أو « استرجعته » ، أو « رددته إلى
ملكي » ، أو « نقضت الهبة ») وما أشبهه ؛ كـ (أبطلتها) و (فسختها) لأن ذلك كله
يفيد المقصود ، وقيل : إن (أبطلتها) و (فسختها) كنايةان ، وذكر البندنجي تبعاً
للشيخ أبي حامد : أن كل ما كان رجوعاً في الفلس . . كان رجوعاً في الهبة ، وما لا . .
فلا .

(لا ببيعه ، ووقفه وهبته وإعتاقه ووطئها في الأصح) لكمال ملك الابن ، ونفوذ
تصرفه ، فلا يزول إلا بصريح الرجوع ، والثاني : أنه رجوع ، وينفذ التصرف ؛ كما أن
هذه التصرفات فسخ للبيع في زمن الخيار .

(١) نهاية المطلب (٨ / ٤٣٠) .

وَلَا رُجُوعَ لِغَيْرِ الْأُصُولِ فِي هِبَةٍ مُقَيَّدَةٍ بِنَفْيِ الثَّوَابِ . وَتَمَتَّى وَهَبَ مُطْلَقًا . . . فَلَا ثَوَابَ إِنْ وَهَبَ لِدُونِهِ ، وَكَذَا لِأَعْلَى مِنْهُ فِي الْأَظْهَرِ ، وَلِنَظِيرِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ ،

وفرق الأول : بأن الملك هناك ضعيف ، بخلاف ما نحن فيه ، قال الإمام : ولا خلاف أنه آثم بالوطء وإن قصد به الرجوع ؛ لاستحالة إباحة الوطء لشخصين^(١) . وقال الفارقي : إن قلنا : يحصل به الرجوع . . فهو حلال ، وإلا . . فلا . وما أطلقه من الخلاف في الهبة محلّه في المقبوضة ، أما قبل القبض . . فلا يكون رجوعاً قطعاً ؛ كما أشار إليه صاحب « الكافي » ، وقاله ابن الرفعة بحثاً^(٢) . (ولا رجوع لغير الأصول في هبة مُقَيَّدَةٍ بنفي الثواب) للحديث المارّ^(٣) ، وكالمتصدق .

وقوله : (بنفي الثواب) : مقصوده مع التدرج إلى الكلام في الثواب بأن محلّ ما تقدم الكلام فيه الهبة التي لا يتسلط الأجنبي على الرجوع فيها . (ومتى وهب مطلقاً) أي : لم يقيده بثواب ولا بنفيه (. . فلا ثواب) أي : لا عوض (إن وهب لدونه) في الرتبة ؛ كالملك لرعيته ، والأستاذ لعلامه ؛ إذ لا يقتضيه لفظ ولا عادة ، (وكذا لأعلى منه) كهبة الفقير للغني (في الأظهر) لأنه لو أعاره داراً . . لا يلزمه شيء ، فكذلك إذا وهبه ؛ إلحاقاً للأعيان بالمنافع ، والثاني : يجب الثواب ؛ لا طراد العادة به .

وأصل الخلاف : أن العادة الجارية هل تجعل كالمشروط ؟ وفيه قولان ، والهدية في ذلك كالهبة ؛ كما قاله المصنف تفقهاً ، وجزم به السبكي ، ونقله في « الكفاية » عن تصريح البندنجي^(٤) .

وأما الصدقة . . فلا ثواب فيها مطلقاً ، بل ثوابها عند الله . (ولنظيره على المذهب) إذ القصد من مثله الصلة وتأكيد الصداقة ، والطريق

(١) نهاية المطلب (٤٣١ / ٨) .

(٢) كفاية النيه (١١٣ / ١٢) .

(٣) (ص ٤٨٤) .

(٤) روضة الطالبين (٣٨٦ / ٥) ، كفاية النيه (١١٨ / ١٢) .

فَإِنْ وَجَبَ . . فَهُوَ قِيَمَةُ الْمَوْهُوبِ فِي الْأَصَحِّ ، فَإِنْ لَمْ يُثَبِّتْ . . فَلَهُ الرُّجُوعُ . وَلَوْ وَهَبَ
بِشَرَطِ ثَوَابٍ مَعْلُومٍ

الثاني : طرد القولين السابقين ؛ لأن الأقران لا يتحمل بعضهم من بعض عادة ، بل يعرضون ، بل بعضهم ينتظر الثواب من البعض ، والثالث : إن قصد الثواب . . استحققه ، وإلا . . فقولان .

(فَإِنْ وَجَبَ) الثواب (. .) فهو قيمة الموهوب في الأصح (لأن العقد إذا اقتضى العوض ولم يسم فيه . . وجبت فيه القيمة ؛ كالنكاح ، وعلى هذا : فالأصح : اعتبار قيمته وقت القبض لا وقت الثواب .

ولا يتعين للثواب جنس من الأموال ، بل الخيرة فيه للمتهدى قطعاً .
فكان ينبغي للمصنف أن يقول : (قدر قيمة الموهوب) كعبارة « المحرر »^(١) ؛
لثلا يظن أن الواجب القيمة بعينها ؛ إذ لو أرادها . . لباعه ، وقد يكون الموهوب مثلياً .
ولا يفهم من قوله : (وجب) تحتم الإثابة ، وإجباره عليها ؛ كالثمن ، بل المتهدى بالخيار إذا طلب الواهب القيمة ؛ إن شاء . . أثاب ، وإن شاء . . رد الموهوب ، فإن لم يطلبها . . لم يكن له الرد ، وليس للواهب استرجاع الموهوب إذا طلب الواهب القيمة ، ومقابل الأصح أوجه : ما يعد ثواباً لمثله عادة ، وقيل : أقل متمول ، وقائله لم يعمل بمقتضى اللفظ ، فلم يوجب عوضاً ألبتة ، ولا بمقتضى العرف ؛ إذ يستفح أهل العرف دفع أقل متمول عند إهداء الكثير ، وقيل : ما يرضى به الواهب ؛ لحديث ورد فيه^(٢) .

(فَإِنْ لَمْ يُثَبِّتْ . . فَلَهُ) أي : للواهب (الرجوع) لحديث : « مَنْ وَهَبَ هِبَةً . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُثَبِّتْ مِنْهَا » صححه الحاكم^(٣) .

هذا إذا كان الموهوب بحاله ، فإن كان تالفاً . . رجع إلى بدله في الأصح .
(ولو وهب بشرط ثواب معلوم) كـ (وهبتك هذا على أن تبيني كذا) (. .)

(١) المحرر (ص ٢٤٦) .

(٢) أخرجه ابن حبان (٦٣٨٢) ، والترمذي (٣٩٤٥) ، عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) المستدرک (٥٢/٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

فَالْأَظْهَرُ : صِحَّةُ الْعَقْدِ ، وَيَكُونُ بَيْعاً عَلَى الصَّحِيحِ ، أَوْ مَجْهُولٍ .. فَالْمَذْهَبُ :
بُطْلَانُهُ . وَلَوْ بَعَثَ هَدِيَّةً فِي ظَرْفٍ ؛ فَإِنْ لَمْ تَجِرِ الْعَادَةُ بِرَدِّهِ ؛ كَقَوْصَرَةِ تَمْرٍ .. فَهُوَ هَدِيَّةٌ
أَيْضاً ، وَإِلَّا .. فَلَا ..

فَالْأَظْهَرُ : صحة العقد (نظراً إلى المعنى ؛ فإنه معاوضة بمال معلوم فصَحَّ ؛ كما لو
قال : (بعثك) ، والثاني : بطلانه ؛ نظراً إلى اللفظ ؛ لتناقضه ، فإن لفظ الهبة يقتضي
التبرع .

(ويكون بيعاً على الصحيح) نظراً إلى المعنى ، فتثبت أحكامه ؛ من الشفعة
والخيارين وغيرها ، والثاني : يكون هبة ؛ نظراً إلى اللفظ ، فتثبت فيه أحكامها ؛ من
اعتبار القبض في اللزوم وغيره ، قال الإمام : وهو بعيد جداً ، ولو صحَّ . لم يكن في
دفع الشفعة حيلة أوقع من هذه ؛ لسلامتها من الخطر ^(١) .
(أو مجهول) كـ (وهبتك هذا الفرس بعيد) (.. فالمذهب : بطلانه) لأنه
خالف موجب البيع لجهالة العوض ، والهبة بإثباته .

وملخص الخلاف في المسألة : أَنَّا إِنْ قُلْنَا : إِنْ الْهَبَةُ لَا تَقْتَضِي ثَوَاباً .. فَالْعَقْدُ
بَاطِلٌ ؛ لِنَعْدَرِ تَصْحِيحَهُ بَيْعاً وَهَبَةً ، وَإِنْ قُلْنَا : يَقْتَضِيهِ .. صَحَّ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَبِهِ قَطْعُ
الْجُمْهُورِ ؛ لِأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمَقْتَضَى الْعَقْدِ .

وقيل : يبطل ؛ بناءً على أن العوض يلحقه بالبيع ، وإذا كان بيعاً .. وجب أن يكون
العوض معلوماً ، قال الرافعي : (والأولون يقولون : إنما يجعل بيعاً على رأي إذا
تعذر جعله هبة ، وذلك إذا قلنا : الهبة لا تقتضي الثواب ، أما إذا قلنا : تقتضيه ..
فاللفظ والمعنى متطابقان ، فلا معنى لجعله بيعاً) ^(٢) .

(ولو بعث هدية في ظرف ؛ فَإِنْ لَمْ تَجِرِ الْعَادَةُ بِرَدِّهِ ؛ كَقَوْصَرَةِ تَمْرٍ .. فَهُوَ هَدِيَّةٌ
أَيْضاً ، وَإِلَّا .. فَلَا) تحكيماً للعادة ، ومثله : غلب الفاكهة والحلوى ونحوها .
(والقوصرة) : بتشديد الراء على الأفصح ؛ وعاء التمر ، ولا يُسَمَّى بِذَلِكَ إِلَّا
وفيها التمر ، وإلا .. فهو زَنْبِيلٌ .

(١) نهاية المطلب (٤٣٧ / ٨) .

(٢) الشرح الكبير (٣٣٤ / ٦) .

وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُهُ إِلَّا فِي أَكْلِ الْهَدِيَّةِ مِنْهُ إِنْ اقْتَضَتْهُ الْعَادَةُ .

(ويحرم استعماله) لأنه انتفاع بملك الغير بغير إذنه (إلا في أكل الهدية منه إن اقتضته العادة) وإن لم تقتضه . . لزمه تفريغه عملاً بالعادة .
قالا : وإذا لم يكن الظرف هدية . . كان أمانة في يده^(١) .
وإذا أكل الهدية منه حيث اقتضته العادة . . قال البغوي : يكون عارية^(٢) .

* * *

(١) الشرح الكبير (٣٣٥ / ٦) ، روضة الطالبين (٣٦٨ / ٥) .

(٢) التهذيب (٥٤٤ / ٤) .

كتاب اللقطة

يُسْتَحَبُّ الِالْتِقَاطُ لِوَاتِقٍ بِأَمَانَةٍ نَفْسِهِ - وَقِيلَ : يَجِبُ - وَلَا يُسْتَحَبُّ لِغَيْرِ وَاتِقٍ ،
وَيَجُوزُ فِي الْأَصَحِّ ، وَيُكْرَهُ لِفَاسِقٍ

(كتاب اللقطة)

هي بضم اللام وفتح القاف على المشهور ، وحكى ابن مالك فيها أربع لغات :
لُقَاطة ، وَلُقْطَة بضم اللام وسكون القاف ، وَلُقْطَة بضم اللام وفتح القاف ولقط بفتح
اللام وسكون القاف^(١) .

قال الأزهري : وهي مختصة بغير الحيوان من الأموال ، والحيوان يُسَمَّى ضَالَةً^(٢) .
وهي مجمع على جوازها في الجملة .

(يستحب الالتقاط لواتق بأمانة نفسه) لما فيه من البرِّ ، قال الله تعالى : ﴿ وَقَعَاوَتًا
عَلَى الْإِلَهِ وَالنَّقَوِيَّ ﴾ ، وفي مسلم : « وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ
أَخِيهِ »^(٣) .

(وقيل : يجب) لأن حرمة مال المسلم كدمه ، فيجب صونه ، وعلى هذا : لو
تركه حتى تلفت العين . . أثم ولا ضمان ، نصّ عليه في « الأم » ، وجرى عليه
الأئمة^(٤) .

(ولا يستحب لغير واثق) قطعاً ؛ خشية التضييع ، أو الخيانة ، (ويجوز في
الأصح) لأن خيانتَه لم تتحقق ، وعليه الاحتراز ، والثاني : المنع ؛ خشية استهلاكها .
(ويكره لفاسق) كيلا تدعوهُ نفسه إلى الخيانة ، وهي كراهة تنزيه ؛ كما عزاه
الرافعي لإطلاق الجمهور ، وزعم أن الغزالي تفرد بالتحريم ، واعترض : بأنه ظاهر

(١) قال الإمام النووي في « التهذيب » (٥٧١ / ٣) : (قال شيخنا أبو عبد الله ابن مالك : في اللقطة أربع لغات : لقطة ولقطة ولقطة بضم اللام ، ولقطة بفتح اللام والقاف) .

(٢) الزاهر (١٧٤ / ٢٤) .

(٣) صحيح مسلم (٢٦٩٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) الأم (١٤٤ / ٥) .

وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَى الْإِلْتِقَاطِ ، وَأَنَّهُ يَصِحُّ الْتِقَاطُ الْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ
وَالذَّمِّيِّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ

كلام كثير من العراقيين ، وبه جزم الشيخ نصر المقدسي ، وابن يونس^(١) .

(والمذهب : أنه لا يجب الإشهاد على الالتقاط) كالوديعة ، والثاني : يجب ؛
لحديث عياض بن حمار : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَخَذَ لُقْطَةً . .
فَلْيُشْهَدْ ذَا عَدْلٍ أَوْ ذَوِي عَدْلٍ وَلَا يَكْتُم » رواه أبو داود بإسناد صحيح ، وصححه ابن
حبان^(٢) .

والأول : حمله على الاستحباب .

والطريق الثاني : القطع بالأول .

وفي كيفية الإشهاد وجهان : أحدهما في « زيادة الروضة » : أنه يشهد على
أصلها ، ويذكر بعض صفاتها ولا يستوعبها .

وفائدة الإشهاد : أنه ربما طمِعَ فيها بعد ذلك ، فإذا أشهد . . لم يقدر على ذلك ،
وأيضاً قد يموت قبل مجيء صاحبها فيأخذها الوارث ، فإذا أشهد . . أمن .

(وأنه يصحُّ التقاط الفاسق) كاصطياده ، والطريق الثاني : تخريجه على أن المغلَّب
في اللقطة الاكتسابُ فيصحُّ ، أو الولاية والأمانة فلا يصحُّ .

قال الأذْرَعِي : والمراد بالفاسق : الذي لا يوجب فسقه حَجْراً عليه في ماله .
انتهى ، وفيه نظر .

(والصبي) لما ذكرناه في الفاسق ، والمجنون في ذلك كالصبي ، نصَّ عليه ،
وجرئ عليه العراقيون وغيرهم ، وكذا السفه .

(والذمي في دار الإسلام) ترجيحاً لمعنى الاكتساب ، والثاني : لا ؛ كما أنه
لا يحيي فيها مواتاً .

(١) الشرح الكبير (٣٤٢/٦) .

(٢) سنن أبي داود (١٧٠٩) ، صحيح ابن حبان (٤٨٩٤) ، وأخرجه النسائي في « الكبرى »
(٥٧٧٦) ، وابن ماجه (٢٥٠٥) .

ثُمَّ الْأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُنْزَعُ مِنَ الْفَاسِقِ ، وَيُوضَعُ عِنْدَ عَدْلٍ ، وَأَنَّهُ لَا يُعْتَمَدُ تَعْرِيفُهُ ، بَلْ يُضَمُّ
إِلَيْهِ رَقِيبٌ . وَيَنْزَعُ الْوَلِيُّ لِقِطَّةَ الصَّبِيِّ
.....

والطريق الثاني : القطع بالأول ، قال الرافعي : وربما شرط في التجويز : كونه
عدلاً في دينه^(١) .

(ثم الأظهر : أنه ينزع من الفاسق ، ويوضع عند عدل) لأن مال ولده لا يقر في
يده ، فكيف مال الأجانب ؟! والثاني : لا ؛ لحق الممتلك ، والأصح على هذا : أنه
يضم إليه مشرف .

ومحل الخلاف : إذا لم تكن العين معرضة للضياع ، فإن كان ممن لا تؤمن غائلته
وذهابه بالعين . . انتزعت منه قطعاً ، قاله في « البسيط » .

(وأنه لا يعتمد تعريفه ، بل يضم إليه رقيب) عدل ؛ خشية من التفريط في
التعريف ، والثاني : يعتمد ؛ لأنه الملتقط .

وإذا تم التعريف . . فللملتقط التملك ، قال الماوردي : ويشهد عليه الحاكم
بغرْمها إذا جاء صاحبها^(٢) ، فإن لم يملكها . . كانت في يد الأمين ، قال الماوردي :
ولو كان الملتقط أميناً ، لكنه ضعيف لا يقدر على القيام بها . . لم تنزع منه ، وعضده
الحاكم بأمين^(٣) .

والذمي في ذلك كالفاسق ؛ كما قاله البغوي ، وأقراه^(٤) .

(وينزع الولي لقطة الصبي) والمجنون والسفيه وجوباً ؛ لحقه وحق المالك ،
وتكون يده نائبة عنه كما نابت في ماله ، ويستقل بذلك اتفاقاً ، لكن عبارة الشافعي :
ضمها القاضي إلى وليه ، وفعل فيها ما يفعله الملتقط^(٥) ، وأولت بما إذا رفعت إليه ،
وقال ابن الرفعة : إنه الأحوط ، ولو قيل باشرطه . . لم يبعد ؛ لظاهر النص .

(١) الشرح الكبير (٣٤١/٦) .

(٢) الحاوي الكبير (٤٥١/٩) .

(٣) الحاوي الكبير (٤٥١/٩) .

(٤) التهذيب (٥٦٣/٤) ، الشرح الكبير (٣٤١/٦) ، روضة الطالبين (٣٩٢/٥) .

(٥) مختصر المزني (ص ١٣٥) .

وَيُعْرِفُ وَيَتَمَلَّكُهَا لِلصَّبِيِّ إِنْ رَأَى ذَلِكَ حَيْثُ يَجُوزُ الْاِقْتِرَاضُ لَهُ ، وَيَضْمَنُ الْوَلِيُّ إِنْ قَصَرَ فِي انْتِزَاعِهِ حَتَّى تَلْفَ فِي يَدِ الصَّبِيِّ . وَالْأَظْهَرُ : بَطْلَانُ التَّقَاطُ الْعَبْدِ ، وَلَا يُعْتَدُ بِتَعْرِيفِهِ ، فَلَوْ أَخَذَهُ سَيِّدُهُ مِنْهُ . . . كَانَ التَّقَاطُ

(ويعرف) الولي ، ولا يعطى مؤنة التعريف من مال الصبي ، بل يراجع الحاكم لبيع جزءاً من اللقطة .

وأفهم : أنه لا يصح تعريف الصبي ، وهو المذهب ، وقال الدارمي : يصح إذا كان معه الولي .

(ويتملكها للصبي) ونحوه (إن رأى ذلك ؛ حيث يجوز الاقتراض له) لأن تملك اللقطة كالاستقراض ، فإن لم ير التملك . . حفظه أمانة أو دفعه إلى القاضي .

(ويضمن الولي إن قصر في انتزاعه حتى تلف في يد الصبي) ونحوه ؛ لتقصيره ؛ كما لو احتطب فتركه حتى تلف أو أتلف .

وأشار بقوله : (قصر) إلى أنه إذا لم يشعر بها وأتلفها الصبي . . فإن الصبي يضمنها ، لا إن تلفت في يده في الأصح .

(والأظهر : بطلان التقاط العبد) إذا لم يأذن له السيد فيه ولم ينه عنه ؛ لأن اللقطة أمانة وولاية ابتداءً ، وتمليك انتهاءً ، وليس هو أهلاً لذلك ، والثاني : يصح ؛ كاحتطابه واحتشاشه .

فإن أذن له فيه . . فالأقوى في « الشرح الصغير » صحته قطعاً ، وإن نهاه عنه . . فأقوى الطريقين في « الشرح الصغير » و « زيادة الروضة » : أنه لا يصح قطعاً^(١) .

ويستثنى من إطلاق المصنف : التقاط العبد نثاراً الوليمة ؛ فإنه يصح ويملكه سيده ، ذكره في « الروضة » آخر (الوليمة)^(٢) .

(ولا يُعْتَدُ بتعريفه) إذا أبطلنا التقاطه ؛ لأنه غير ملتقط ، وهي مضمونة عليه ، فإن صححناه . . صح ولو بغير إذن السيد في الأصح ؛ لأن له قولاً صحيحاً .

(فلو أخذه سيده منه . . كان التقاطاً) من السيد ، فيعرف ويتملك ، ويسقط

(١) روضة الطالبين (٣٩٧ / ٥) .

(٢) روضة الطالبين (٣٤٣ / ٧) .

قُلْتُ : أَلَمْذَهَبٌ : صِحَّةُ النِّقَاطِ الْمُكَاتِبِ كِتَابَةُ صَحِيحَةٍ وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، وَهِيَ لَهُ وَلِسَيِّدِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ مُهَيَّأَةً . . فَلِصَاحِبِ النُّوبَةِ فِي الْأَظْهَرِ ، وَكَذَا حُكْمُ سَائِرِ النَّادِرِ مِنَ الْأَكْسَابِ

الضمان عن العبد على الأصح ؛ لأن يد العبد إذا لم تكن يد التقاط . . كان الحاصل في يده ضائعاً بعد ، والأجنبي في هذا كالسيد ؛ كما نقله الرافعي عن أكثر الأصحاب^(١) . ولو لم يأخذه السيد منه ، بل أقره بيده واستحفظه ليعرفه ؛ فإن كان أميناً . . جاز ولا ضمان في الأصح ، وإلا . . فهو متعد بذلك .

(قلت : المذهب : صحة التقاط المكاتب كتاباً صحيحاً) كالحر ؛ لأنه يملك ما بيده ويتصرف فيه ، وله ذمة صحيحة يمكن مطالبته متى شاء المالك ، مع أن اللقطة اكتساب يستعين بها على أداء النجوم .

وفي قول : أنه لا يصح التقاطه ؛ لأنه يحتاج إلى الحفظ حولاً وإلى التعريف ، وذلك تبرع ناجز ، والملك موهوم ، وقيل : يصح ، وقيل : لا قطعاً ، بخلاف القن ؛ فإن السيد ينزعه منه ، ولا ولاية للسيد على مال المكاتب مع نقصانه . واحترز بالصحيحة : عن الفاسدة ؛ فإنه كالقن .

وقيل : تطرد الطرق .

(وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ) أي : المذهب : صحة التقاطه ؛ لأنه كالحر في الملك والتصرف في الذمة ، وقيل : على القولين في القن ، وقيل : يصح في قدر الحرية قطعاً ، وفي الباقي الطريقان .

(وَهِيَ لَهُ وَلِسَيِّدِهِ) بحسب الحرية والرق ؛ كحرين التقطاً مالاً ، فيعرف هو والسيد ويتملكانها .

(فَإِنْ كَانَتْ مُهَيَّأَةً) بالهمز ، وهي : المناوبة (. . فلصاحب النوبة في الأظهر) بناءً على دخول الكسب النادر في المهياة ، والثاني : بناءً على عدم دخوله فيها . فعلى الأظهر : من وقعت في نوبته . . عرفها وتملكها .

(وَكَذَا حُكْمُ سَائِرِ النَّادِرِ مِنَ الْأَكْسَابِ) كالهبة ، والوصية ، والصدقة ، والركاز ،

(١) الشرح الكبير (٦/٣٤٤) .

وَالْمُؤْنِ إِلَّا أَرْضَ الْجَنَائَةِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فَصْنَائِعُ

[في بيان لقط الحيوان وغيره وتعريفها]

الْحَيَوَانُ الْمَمْلُوكُ الْمُؤْتَمَعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ بِقُوَّةِ كَبْعِيرٍ وَفَرَسٍ ، أَوْ بَعْدُو كَأَرْنبٍ وَظَبْيٍ ، أَوْ طَيْرَانٍ كَحَمَامٍ ؛ إِنْ وُجِدَ بِمَفَازَةٍ . . فَلِلْقَاضِي التَّقَاطُفُ لِلْحِفْظِ ، وَكَذَا لِغَيْرِهِ فِي الْأَصَحِّ ،

(و) النادر من (المؤن) كأجرة الطيب والحجّام ، ففي دخولها في المهايأة القولان ، والأظهر : نعم .

(إلا أرض الجناية ، والله أعلم) فإنه لا يدخل ، فلو جنى البعض في نوبة أحدهما . . لم يختص بوجوب الأرض ؛ لأن الأرض يتعلق بالرقبة ، وهي مشتركة ، ونقل الإمام في (باب صدقة الفطر) : اتفاق العلماء عليه ^(١) .

* * *

(فصل : الحيوان المملوك المؤتمتع من صغار السباع) كالذئب والنمر والفهد ؛ كما ذكره الجرجاني وغيره (بقوة ؛ كبعير وفرس) وبقر وبغل وحمار ، (أَوْ بَعْدُو ؛ كَأَرْنبٍ وَظَبْيٍ ، أَوْ طَيْرَانٍ ؛ كَحَمَامٍ : إِنْ وُجِدَ بِمَفَازَةٍ . . فَلِلْقَاضِي) أَوْ مَنْصُوبِهِ (التَّقَاطُفُ لِلْحِفْظِ) لَأَن لَهُ وَلَايَةً عَلَى مَالِ الْغَائِبِينَ ، وَكَانَ لِعَمْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حَظِيرَةً يَحْفَظُ فِيهَا الضَّوَالِ ، رَوَاهُ مَالِكٌ ^(٢) .

وتعبيره بـ (المملوك) : يخرج الكلب المقتنى ، والصحيح : جواز التقاطه ، ويعرف كونه مملوكاً : بآثار الملك ؛ من كونه موسوماً ، أَوْ مُقَرَّطاً ونحوه .
والمفازة : هي المهلكة ، قيل : سميت به على القَلْبِ ؛ تَفَاوُلاً ، وأنكره ابن القطاع وقال : إنما سميت به من فاز : إذا هلك ، فعلى هذا : هي مفعلة من الهلاك .
(وكذا لغيره) من الآحاد (في الأصح) المنصوص ؛ صيانة لها عن الخونة ، والثاني : لا ؛ إذ لا ولاية للآحاد على مال الغير .

(١) نهاية المطلب (٣ / ٣٨٦) .

(٢) الموطأ (٢ / ٧٥٩) .

وَيَحْرُمُ التَّقَاتُ لِلتَّمْلِكِ ، وَإِنْ وُجِدَ بَقْرِيَّةٌ . . فَلأَصْحُ : جَوَازُ التَّقَاتِ لِلتَّمْلِكِ . وَمَا لَا يَمْتَنِعُ مِنْهَا كَشَاةٌ يَجُوزُ التَّقَاتُ لِلتَّمْلِكِ فِي الْقَرْيَةِ وَالْمَفَازَةِ

وجعل الماوردي محلَّ الخلاف : إذا لم يَعْرِفْ مالَكه ، فإن عرفه . . كان له أخذه قطعاً ليرده عليه ، ويكون أمانة في يده ، نقله عنه في « الكفاية » وأقره^(١) .

ومحلّه أيضاً : في زمن الأمن ، أما زمنُ النهب . . فيجوز التقاطها قطعاً .

(ويحرم التقاطه للتملك) لقوله صلى الله عليه وسلم في ضالة الإبل : « مَا لَكَ وَلَهَا ، دَعَهَا »^(٢) ، وقيس الباقي عليها بجامع إمكان عيشه في البر بلا راع .

والمعنى فيه : أن من أضلَّ شيئاً . . طلبه حيث ضيَّعه ، فلو أخذه للتملك . . ضَمِنَه ، ولا يبرأ برده إلى موضعه ، فإن دفعه إلى القاضي . . برىء على الأصح في « الشرح » و« الروضة »^(٣) .

ويستثنى من إطلاقه : زمن النهب والفساد ، فيجوز أخذها للتملك قطعاً في الصحراء وغيرها ، قاله المتولي ، وأقره^(٤) .

(وإن وُجد بقرية) أو بموضع قريب منها أو ببلد (. . فلأَصْحُ : جواز التقاطه للتملك) لأنها في العمارة تضيع بأخذ الخونة ، بخلاف المفازة ؛ فإن طُروفتها لا يعم ، والثاني : المنع ؛ كالمفازة ؛ لإطلاق الحديث .

وللأول أن يقول : سياقه يقتضي : المفازة ؛ بدليل : « دَعَهَا تَرَدُّ الْمَاءَ وَتَرْعَى الشَّجَرَ »^(٥) .

(وما لا يمتنع منها) أي : من صغار السباع (كشاة) ، وعجل ، وفصيل ، وكسير الإبل والخيول (. . يجوز التقاطه للتملك في القرية والمفازة) سواء القاضي وغيره ؛ صوتاً لها ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في الشاة : « هِيَ لَكَ ، أَوْ لِأَخِيكَ ، أَوْ لِلذُّبِّ »^(٦) .

(١) كفاية النبيه (١١ / ٤٥٨) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٢٧) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

(٣) الشرح الكبير (٦ / ٣٥٤) ، روضة الطالبين (٥ / ٤٠٣) .

(٤) الشرح الكبير (٦ / ٣٥٤ - ٣٥٥) ، روضة الطالبين (٥ / ٤٠٣) .

(٥) أخرجه البخاري (٢٤٢٧) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

(٦) هذا حديث زيد بن خالد السابق .

وَيَتَخَيَّرُ أَخْذَهُ مِنْ مَفَازَةٍ ؛ فَإِنْ شَاءَ . . عَرَفَهُ وَتَمَلَّكَهُ ، أَوْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ وَعَرَفَهَا ثُمَّ تَمَلَّكَهُ ، أَوْ أَكَلَهُ وَغَرِمَ قِيَمَتَهُ إِنْ ظَهَرَ مَالِكُهُ . فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْعُمَرَانِ . . فَلَهُ الْخَصْلَتَانِ الْأُولَيَانِ لَا الثَّالِثَةَ فِي الْأَصَحِّ . وَيَجُوزُ أَنْ يَلْتَقِطَ عَبْدًا لَا يَمِيرُ ،

(ويتخير أخذه من مفازة ؛ فإن شاء . . عرفه وتملكه ، أو باعه) بإذن الحاكم إن أمكن استئذانه على الأصح (وحفظ ثمنه وعرفها ثم تملكه ، أو أكله وغرم قيمته إن ظهر ماله) أما في الأولى . . فبالقياس على غيرها ، وأما الثانية . . فلأنه إذا جاز الأكل . . فالبيع أولى ، وأما الثالثة . . فبالإجماع ؛ كما حكاه ابن عبد البر^(١) .

وقوله : (عَرَفَهَا) يعني : عرف اللفظة ، ولم يقل : (عرفه) لثلاثتهم عوده إلى الثمن ، وقوله : (ثم تملكه) أي : الثمن ، وقوله : (أو أكله) يعني : الشيء الملتقط . وظاهر كلامه : استواء الخصال الثلاث ، لكن الخصلة الأولى أولى من الثانية ، والثانية أولى من الثالثة .

(فإن أخذ من العمران . . فله الخصلتان الأوليان ، لا الثالثة في الأصح) لسهولة البيع ، بخلاف الصحراء ، ولمشقة نقلها إلى العمران ، والثاني : له الأكل أيضاً ؛ كما في الصحراء .

وهذا في المأكول ، أما الجحش الصغير ونحوه مما لا يؤكل . . فكالماكول في الإمساك والبيع ، ولا يجوز تملكه في الحال في الأصح ، بل يعرفه سنة كغيره . وحكاية الخلاف وجهين تبع فيه « المحرر » ، والذي في « الشرح » و« الروضة » قولان^(٢) .

(ويجوز أن يلتقط عبداً لا يميز) كسائر الأموال ، فإن ميز والوقت آمن . . فلا يجوز التقاطه ؛ لأنه يستدل على سيده ، وإن كان زمن نهب . . جاز . والأمة في ذلك كالعبد ، إلا أن الأمة لا تلتقط للتملك إلا إذا كانت لا يحل له وطؤها ؛ كالمجوسية والمحرمة ، فإن حلت . . امتنع على الأظهر ؛ كما أنه لا يجوز له تملكها بالقرض .

(١) التمهيد (١٠٧/٣) .

(٢) المحرر (ص ٢٤٩) ، الشرح الكبير (٣٥٥/٦) ، روضة الطالبين (٤٠٣/٥) .

وَيَلْتَقِطَ غَيْرَ الْحَيَوَانِ ؛ فَإِنْ كَانَ يَسْرُعُ فَسَادُهُ ؛ كَهَرِيسَةٍ ؛ فَإِنْ شَاءَ . . . بَاعَهُ وَعَرَفَهُ لِيَتَمَلَّكَ ثَمَنَهُ ، وَإِنْ شَاءَ . . . تَمَلَّكَهُ فِي الْحَالِ وَأَكَلَهُ ، وَقِيلَ : إِنْ وَجَدَهُ فِي عُمُرَانٍ . . . وَجَبَ الْبَيْعُ . وَإِنْ أُمِنَ بَقَاؤُهُ بِعَلَاجٍ كَرُطَبٍ يَتَجَفَّفُ ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْغِبْطَةُ فِي بَيْعِهِ . . . بَيْعٌ ، أَوْ فِي تَجْفِيفِهِ وَتَبَرَّعَ بِهِ الْوَاجِدُ . . . جَفَّفَهُ ، وَإِلَّا . . . بَيْعَ بَعْضُهُ لَتَجْفِيفِ الْبَاقِي . وَمَنْ أَخَذَ لُقْطَةً لِلْحِفْظِ أَبَدًا . . . فَهِيَ أَمَانَةٌ ، . . .

(ويلتقط غير الحيوان) من الجمادات ؛ كالنقود وغيرها ؛ لثلا يضيع بتركه (فإن كان يسرع فساده ؛ كهريسة ؛ فإن شاء . . . باعه) بإذن الحاكم ؛ كما مر (وعرفه ليمتلك ثمنه ، وإن شاء . . . تملكه في الحال وأكله) لأنه معرض للهلاك ، فيتخير فيه ؛ كالشاة ، ولا يجيء الإمساك هنا ؛ لتعذره .

(وقيل : إن وجدته في عمران . . . وجب البيع) لتيسره ، والأصح : المنع ؛ كما لو وجدته في الصحراء .

(وإن أمكن بقاؤه بعلاج ؛ كرطب يتجفف ؛ فإن كانت الغبطة في بيعه . . . بيع) جميعه بإذن الحاكم (أو في تجفيفه وتبرع به الواجد . . . جففه ، وإلا . . . بيع بعضه لتجفيف الباقي) طلباً للأخط ، ويخالف الحيوان حيث يباع جميعه ؛ لأن نفقته تتكرر فتستوعبه . وقوله : (الواجد) : ليس بقيد ، بل غيره في معناه .

والمراد بالبعض : ما يساوي مؤنة التجفيف .

ولا يشترط كون الملتقط مملوكاً ، فلو التقط كلباً . . . اختص بالانتفاع به بعد التعريف ، وكذا الخمر المحترمة .

ويشترط في اللقطة شروطٌ أخرى : أن يكون شيئاً ضاع من ماله بسقوط أو غفلة ، ونحوهما ؛ ليخرج ما إذا ألقت الريح ثوباً في حجره ، وأن يوجد في موات أو شارع أو مسجد ؛ ليخرج ما إذا وجد في أرض مملوكة ؛ فإنها للمالك ، وهكذا إلى أن تنتهي إلى المحيي ، فإن لم يدعه . . . فحيثئذ تكون لقطة ، وأن يكون في دار الإسلام أو دار الحرب وفيها مسلمون ، أما إذا لم يكن فيها مسلم . . . فما يوجد فيها غنيمَةً ، خمسها لأهل الخمس ، والباقي للواجد .

(ومن أخذ لقطة للحفظ أبداً) وهو أهل للاتقاط (. . . فهي أمانة) أبداً ، وكذا

فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْقَاضِي . . لَزِمَهُ الْقَبُولُ ، وَلَمْ يُوجِبِ الْأَكْثَرُونَ التَّعْرِيفَ وَالْحَالَةَ هَذِهِ ، فَلَوْ قَصَدَ بَعْدَ ذَلِكَ خِيَانَةً . . لَمْ يَصِرْ ضَامِنًا فِي الْأَصَحِّ ، وَإِنْ أَخَذَ بِقَصْدِ خِيَانَةٍ . . فَضَامِنٌ ، وَلَيْسَ لَهُ بَعْدَهُ أَنْ يُعَرَفَ وَيَتَمَلَّكَ عَلَى الْمَذْهَبِ

درها ونسلها ؛ لأنه يحفظها لمالكها ، فأشبه المودع .

(فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْقَاضِي . . لَزِمَهُ الْقَبُولُ) لأنه ينقلها من أمانة إلى أمانة أوثق منها ، بخلاف الوديعة من غير ضرورة لا يلزمه القبول على الأصح ؛ لأنه قادر على الرد إلى المالك .

(ولم يوجب الأكثرون التعريف والحالة هذه) لأن الشرع إنما أوجبه لما جعل له التملك بعده ، وصحح الإمام والغزالي وغيرهما وجوبه^(١) ؛ لثلاث يفوت الحق بالكتمان ، وقال في « الروضة » : إنه الأقوى والمختار ، وفي « شرح مسلم » : إنه الأصح^(٢) ، قال السبكي : ولك أن تقول : الكتمان إنما يكون إذا طلب فكتم ، وبدونه لا يكون كتماناً .

(فلو قصد بعد ذلك) أي : بعد أخذها للحفظ (خيانة . . لم يصير ضامناً في الأصح) بمجرد القصد ؛ كالمودع ، فإن انضم إلى القصد استعمال أو نقل من مكان إلى مكان . . صار ضامناً ؛ كالوديعة ، والثاني : يصير ضامناً ؛ إذ سبب أمانته مجرد نيته ، وإلا . . فأخذ مال الغير بغير إذنه ورضاه مقتضى للضمان ، بخلاف المودع ؛ فإنه مسلط مؤتمن من جهة المالك .

(وإن أخذ بقصد خيانة . . فضامن) عملاً بقصده المقارن لفعله ، (وليس له بعده أن يُعَرَفَ وَيَتَمَلَّكَ عَلَى الْمَذْهَبِ) نظراً للابتداء ؛ كالغاصب^(٣) ، قال في « أصل الروضة » : وهذا ما قطع به الجمهور^(٤) .

والطريق الثاني : فيه وجهان ، وعليهما اقتصر الرافعي في « الشرح الصغير » ؛

(١) نهاية المطلب (٤٤٩/٨) ، الوجيز (ص ٢٨٤) .

(٢) روضة الطالبين (٤٠٩/٥) ، شرح مسلم (٢٢/١٢) .

(٣) ويرأ بدفعها إلى القاضي « عاب » . اهـ هامش (ب) .

(٤) روضة الطالبين (٤٠٦/٥) .

وَأَنْ أَخَذَ لِيُعْرِفَ وَيَتَمَلَّكَ . . فَأَمَانَةٌ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ ، وَكَذَا بَعْدَهَا مَا لَمْ يَخْتَرْ التَّمَلُّكَ فِي الْأَصَحِّ . وَيُعْرِفُ جِنْسَهَا وَصِفَتَهَا وَقَدْرَهَا وَعِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ، ثُمَّ يُعْرِفُهَا

أحدهما : هذا ، والثاني : أن له التملك ؛ لوجود صورة الالتقاط والتعريف .
(وإن أخذ ليُعْرِفَ ويتملك) بعد التعريف (. . فأمانة مدة التعريف) كالمودع ،
(وكذا بعدها ما لم يختار التملك في الأصح) كما قبل : مدة التعريف ، هذا ما ذكره
الأصحاب ، وقال الإمام والغزالي : تصير مضمونة عليه إذا كان عزم التملك مطرداً وإن
لم تجر حقيقته^(١) ؛ لأنه صار ممسكاً لنفسه ؛ كالمستام .
وما تقدم مبني على أنها لا تملك بمضي السنة ، فإن قيل به قتلقت . . تلفت من
ضمانه لا محالة .

(وَيُعْرِفُ) هو بفتح الياء من المعرفة ، وهو العلم ، وذلك عَقِبَ الأخذ ، قاله
المتولي وغيره (جِنْسَهَا) أَذْهَبَ هي أم غيره ، ونوعها ؛ أهروية أم مروية (وَصِفَتَهَا)
صحيحة أم مكسرة ، ورقة الثوب وصفاقته (وَقَدْرَهَا) بعداً أو كيل أو وزن ، أو ذرع
(وَعِفَاصَهَا) وهو : الوعاء من جلد وغيره (وَوِكَاءَهَا) وهو : ما تشد به من خيط أو
غيره ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أَعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا »^(٢) .
وقيس الباقي عليه ؛ ليعرف ما يتميز به ويعرف صدق واصفها ، ولثلاث تختلط
بماله .

ومعرفة هذه الأمور مستحبة لا واجبة على الصحيح ، ويستحب تقييدها بالكتابة ؛
خوف النسيان .
(ثُمَّ يُعْرِفُهَا) بضم الياء ، وهذا التعريف واجب إن قصد التملك قطعاً ، وإلا . .
فعلى ما سبق .

وله تعريفها بنفسه وبمأذونه ، لكن لا يسلمها له إلا بإذن الحاكم .
ويشترط : أن يكون المعرف مأموناً غير معروف بالخلاعة والمجون .
وقوله : (ثُمَّ يُعْرِفُهَا) : قد يُفهم : أنه لا يجب المبادرة إلى التعريف عَقِبَ

(١) نهاية المطلب (٤٤٧/٨) ، الوجيز (ص ٢٨٣) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٢٨) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

فِي الْأَسْوَاقِ وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ وَنَحْوَهَا سَنَةً عَلَى الْعَادَةِ ؛ يُعَرَّفُ أَوَّلًا كُلُّ يَوْمٍ طَرَفِي النَّهَارِ ، ثُمَّ كُلُّ يَوْمٍ مَرَّةً ، ثُمَّ كُلُّ أُسْبُوعٍ ، ثُمَّ فِي كُلِّ شَهْرٍ ، وَلَا تَكْفِي سَنَةً مُتَفَرِّقَةً فِي الْأَصَحِّ .

الالتقاط ، وهو الأصحُّ في « أصل الروضة »^(١) ، بل المعتبر : تعريف سنة متى كان .
(في الأسواق وأبواب المساجد) عند خروج الناس منها ؛ لأنه أقرب إلى وجود صاحبها .

وقد يفهم : أنه لا يجوز تعريفها داخل المساجد ، وبه صرح القاضي الحسين والماوردي ، وحكى فيه الاتفاق ، لكن استثنى الماوردي المسجد الحرام ؛ فإنه يجوز فيه التعريف على الأصح ؛ اعتباراً بالعرف وأنه مَجْمَعُ النَّاسِ ، لكن في « شرح المذهب » في (باب الغسل) ذكر : أن تعريفها في المسجد مكروه^(٢) ، فاقترضى الجواز .

(ونحوها) من المجامع والمحافل ؛ لما ذكرناه من كونه أقرب إلى وجود صاحبها .
(سنة) لحديث زيد بن خالد في ذلك ، والمعنى فيه : أن السنة لا تتأخر فيها القوافل ، وتمضي فيها الفصول الأربعة .

ولو وجد اثنان لقطة . . هل يعرفانها سنة ؛ أحدهما نصفها والآخر نصفها ، أو يُعَرَّفُ كُلُّ منهما سنة ؛ لأنه في النصف كلقطة كاملة ؟ فيه احتمالان لابن الرفعة ، قال : والأشبه : الثاني ، وقال السبكي : إن الأشبه : الأول ؛ لأن قسمتها تكون عند التملك لا قبله ، فتكون في يدهما ، ويعرفانها سنة .

(على العادة) فلا يشترط استيعاب السنة كلها ، ولا يعرف ليلاً ولا وقت الهواجر (يعرف أولاً كل يوم طرفي النهار ، ثم كل يوم مرة ، ثم كل أسبوع) مرة أو مرتين ، (ثم في كل شهر) مرة بحيث إنه لا ينسى أنه تكرر لما مضى ، وإنما جعل التعريف في الأزمنة الأول أكثر ؛ لأن تَطَلُّبَ المالك فيها أكثر .

(ولا تكفي سنة متفرقة في الأصح) بأن يعرف شهراً ويترك شهراً ؛ كما صورها

(١) روضة الطالبين (٤٠٧/٥) .

(٢) الحاوي الكبير (٤٢٨/٩) ، المجموع (٢٠٠/٢) .

قُلْتُ : الْأَصَحُّ : تَكْفِي ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَيَذْكُرُ بَعْضُ أَوْصَافِهَا وَلَا تَلْزِمُهُ مُؤَنَّةُ التَّعْرِيفِ إِنْ أَخَذَ لِحِفْظِ ،

بعضهم ، أو اثني عشر شهراً من اثنتي عشرة سنة ؛ كما صورها آخرون ؛ لأن المفهوم من السنة في الخبر : التوالي^(١) ؛ كما لو حلف لا يكلم زيدا سنة ، ولأن القصد بلوغ الخبر إلى المالك ، وبالتفريق يختل هذا القصد .

وعبارة « المحرر » : (الأحسن) ، ولم يصرح في « الشرحين » بترجيح ، بل نقل
هكذا عن الإمام ومقابله عن العراقيين^(٢) .

(قلت : الأصح : تكفي ، والله أعلم) لإطلاق الخبر ، وكما لو نذر صوم سنة ؛ فإنه يجوز تفريقها ، ولا بدّ على هذا : أن يبيّن في التعريف زمان الوجدان حتى يكون ذلك في مقابلة ما جرى من التأخير ، ذكره الإمام ، قال : وتساهل بعض الأصحاب فجعل ذكر التاريخ مستحباً^(٣) هذا كلّهُ في الموجود في دار الإسلام .

أما الموجود في دار الحرب ؛ فإن أمكن كونه لمسلم . . . وجب تعريفه ، ثم بعده هو غنيمة وقيل : هو للواجد ، وأما صفة التعريف . . . فقال الشيخ أبو حامد : يُعرّف يوماً أو يومين ، ويُقرَّب منه قول الإمام : يكفي بلوغ الأخبار إلى الأجناد إذا لم يكن هناك مسلم سواهم ، ولا ينظر إلى احتمال مرور التجار ، وفي « المذهب » و« التهذيب » : يعرف سنة ، ذكره الشيخان كلّه في (باب السير)^(٤) .

(ويذكر بعض أوصافها) في التعريف ؛ لأنه أقرب إلى الظفر بالمالك ، وهذا مستحب لا شرط في الأصح .

واحترز بقوله : (بعض أوصافها) عن كلها ؛ فإنه لا يستوعبها ولا يبالغ فيها ؛ لئلا يعتمد الكاذب ، فإن فعل . . ضمن على الأصح من « زوائد الروضة »^(٥) .

(ولا تلزمه مؤنة التعريف إن أخذ لحفظ) وقلنا : يجب التعريف ؛ إذ الحظّ لمالكها

(١) أخرجه البخاري (٢٤٢٧) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

(٢) المحرر (ص ٢٥٠) الشرح الكبير (٦/٣٦١-٣٦٢).

(٣) نهاية المطلب (٨/٤٥٣-٤٥٤).

(٤) الشرح الكبير (١١/٤٢٥-٤٢٦) ، روضة الطالبين (١٠/٢٦٠-٢٦١) .

(٥) روضة الطالبين (٤٠٨/٥).

بَلْ يُرَتَّبُهَا الْقَاضِي مِنْ بَيْتِ الْمَالِ أَوْ يَقْتَرِضُ عَلَى الْمَالِكِ ، وَإِنْ أَخَذَ لِتَمْلُكٍ . . لَزِمَتْهُ ،
وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَتَمَلَّكْ . . فَعَلَى الْمَالِكِ . وَالْأَصَحُّ : أَنَّ الْحَقِيرَ لَا يُعَرَّفُ سَنَةً ، بَلْ زَمَنًا
يُظَنُّ أَنَّ فَاقِدَهُ يُعْرِضُ عَنْهُ غَالِبًا

فقط ، (بل يرتبها القاضي من بيت المال) قرضاً ؛ كما قاله ابن الرفعة ، فظاهر كلام
المصنف : خلافه ، (أو يقترض على المالك) ، أو يأمر الملتقط به ليرجع ؛ كما في
هرب الجمال ، وإذا قلنا : لا يجب التعريف والحالة هذه ؛ فإن عَرَفَ . . فهو متبرع .
(وإن أخذ للتملك . . لزمته) لأن الحظ له ، (وقيل : إن لم يملك . . فعلى
المالك) لعود الفائدة إليه ، ولو قصد الأمانة أولاً ثم قصد التملك . . ففيه الوجهان ؛
نظراً إلى منتهى الأمر ومستقره .

وظاهر كلامه تبعاً لـ « أصله »^(١) أنه إذا تملك ثم ظهر المالك ورجع فيها . . لم
يجيء هذا الوجه ، وتعبير « الشرحين » و« الروضة » : بـ (ظهور المالك)^(٢) :
يشمل ظهوره بعد التملك ، قال السبكي : وهو أحسن ؛ فإنه متى ظهر قبل التملك أو
بعده . . رجع بها على هذا الوجه ، قال : فلو قال « المنهاج » : (وقيل : إن ظهر
المالك فعليه) . . لكان أخلص^(٣) .

(والأصحُّ : أن الحقير لا يُعَرَّفُ سنة) لأن فاقده لا يدوم على طلبه سنة ، بخلاف
الخطير ، والثاني : يعرف سنة كالخطير ؛ لإطلاق الحديث^(٤) ، واختاره السبكي
وقال : إنه المشهور في المذهب ، وقال الأذرعِي : إنه المذهب المتصوص وقول
الجمهور .

(بل) الأصحُّ : تعريفه (زَمَنًا يُظَنُّ أَنَّ فَاقِدَهُ يَعْرِضُ عَنْهُ غَالِبًا) ويختلف ذلك
باختلاف المال ، قال الروياني : فدائق الفضة يُعَرَّفُ في الحال ، ودائق الذهب يُعَرَّفُ
يوماً أو يومين أو ثلاثة .

(١) المحرر (ص ٢٥٠) .

(٢) الشرح الكبير (٣٦٢ / ٦) ، روضة الطالين (٤٠٨ / ٥) .

(٣) في (ب) و (د) : (لكان أولئ) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٢٧) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

[في تملك اللقطة وغرمها وما يتبعها]

إِذَا عَرَفَ سَنَةً . . لَمْ يَمْلِكْهَا حَتَّى يَخْتَارَهُ بِلَفْظٍ كَتَمَلَّكَتُ ، وَقِيلَ : تَكْفِي النِّتَّةُ ،
وَقِيلَ : يَمْلِكُ بِمُضِيِّ السَّنَةِ

وتعبيره يقتضي : أن التعريف في زمن إعراض الفاعل ، وليس كذلك ، وإنما هو في
زمن فقد الإعراض ، فإذا جاء زمن الإعراض . . انتهى التعريف .

وعبارة « الشرحين » و « الروضة » : مَدَّة يُظَنُّ فِي مِثْلِهَا طَلَبُ فَاقِدِهِ لَهُ ، فإذا غلب
على الظن إعراضه . . سقط ^(١) ، فكان ينبغي للمصنف أن يقول : (إلى زمن يظن أن
فاقده يعرض عنه) ، فيجعل ذلك الزمن غاية لترك التعريف ، لا ظرفاً للتعريف .

ومقابل الأصحَّ : يكفي مرة ؛ لأنه يخرج بها عن حدِّ الكتمان ، وقيل : ثلاثة أيام ،
وقيل : لا يجب تعريف القليل أصلاً .

وكلُّ هذا إذا لم يبلغ في القلة إلى حدٍّ لا يتمول ، فإن بلغ ذلك ؛ كحبة بُرٍّ وزينة . .
لم يجب تعريفه ، ويستبدَّ به واجده .

نعم ؛ هل يزول ملك صاحبه عنه إذا وقع منه ؟ فيه وجهان في « الوافي » .
والأصحُّ في ضابط الحقيقير : أنه لا يتقدر ، بل ما غلب على الظن أن صاحبه لا يكثر
أسفه عليه ولا يطول طلبه له غالباً .

* * *

(فصل : إذا عَرَفَ سَنَةً) أو دونها في الحقيقير (لم يملكها حتى يختاره بلفظ ؛
كـ « تملكْتُ ») ونحوه ؛ لأنه تمليك مال ببدل ، فافتقر إلى ذلك ؛ كالشفيع ،
(وقيل : تكفي النية) أي : تجديد قصد التملك ؛ إذ اللفظ إنما يعتبر حيث يكون
إيجاباً ، (وقيل : يملك بمضي السنة) بعد التعريف ؛ لما في « مسلم » : « فَإِنْ جَاءَ
صَاحِبُهَا . . فَأَعْطَاهَا إِتَاءَهُ ، وَإِلَّا . . فَهِيَ لَكَ » ^(٢) .

(١) الشرح الكبير (٣٦٥/٦) ، روضة الطالين (٤١٠/٥) .

(٢) صحيح مسلم (٦/١٧٢٢) وهو عند البخاري برقم (٢٤٢٩) كلاهما عن زيد بن خالد الجهني
رضي الله عنه .

فَإِنْ تَمَلَّكَ فَظَهَرَ الْمَالِكُ وَاتَّفَقَا عَلَى رَدِّ عَيْنِهَا . . . فَذَاكَ ، وَإِنْ أَرَادَهَا الْمَالِكُ وَأَرَادَ الْمُلْتَقِطُ الْعُدُولَ إِلَى بَدْلِهَا . . . أُجِيبَ الْمَالِكُ فِي الْأَصَحِّ ، فَإِنْ تَلَفَتْ . . . غَرِمَ مِثْلَهَا أَوْ قِيمَتَهَا يَوْمَ التَّمَلُّكِ ، وَإِنْ نَقَصَتْ بَعِيبٍ . . . فَلَهُ أَخْذُهَا مَعَ الْأَرْضِ فِي الْأَصَحِّ . وَإِذَا أَدَعَاها رَجُلٌ وَلَمْ يَصِفْهَا وَلَا بَيِّنَةً . . . لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ ،

ومحلُّ هذا الوجه : إذا قصد بالأخذ في الابتداء التملك بعد المدة ، فإن قصد الحفظ واستمر حتى انقضت المدة . . . لم يملك به قطعاً ؛ كما صرح به صاحب « التقريب » والماوردي وغيرهما^(١) ، قال الإمام : ولو أطلق الالتقاط . . . احتمل أن يملك إن غلبنا الكسب^(٢) .

(فَإِنْ تَمَلَّكَ فَظَهَرَ الْمَالِكُ وَاتَّفَقَا عَلَى رَدِّ عَيْنِهَا . . . فَذَاكَ) إذ الحقُّ لا يعدوهما ، (وَإِنْ أَرَادَهَا الْمَالِكُ وَأَرَادَ الْمُلْتَقِطُ الْعُدُولَ إِلَى بَدْلِهَا . . . أُجِيبَ الْمَالِكُ فِي الْأَصَحِّ) كالقرض ، وفي « الصحيحين » : « فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنْ الدَّهْرِ . . . فَأَدَّاهَا إِلَيْهِ »^(٣) ، والثاني : يجاب الملتقط ؛ لأنه ملكها ؛ كما قيل به في القرض .

(فَإِنْ تَلَفَتْ . . . غَرِمَ مِثْلَهَا)^(٤) إن كانت مثلية (أو قيمتها) إن كانت متقومة ؛ لأنه تَمَلَّكَ يتعلق به العوض ، فأشبهه البيع (يوم التملك) لأنه وقت دخولها في ضمانه .

(وَإِنْ نَقَصَتْ بَعِيبٍ) طراً بعد التملك (. . . فَلَهُ أَخْذُهَا مَعَ الْأَرْضِ فِي الْأَصَحِّ) للأصل المقرر : أن ما ضُمنَ كُلُّهُ بالتلف . . . ضُمنَ بعضُهُ عند النقص ، والثاني : يقنع بها بلا أرض ؛ لأن النقصان حصل في ملكه ، فلا يضمه .

(وَإِذَا ادَّعَاهَا رَجُلٌ وَلَمْ يَصِفْهَا وَلَا بَيِّنَةً) يثبت بها المال ولو شاهداً ويميناً (. . . لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ) لحديث : « لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ . . . » الحديث^(٥) .

نعم ؛ لو علم الملتقط أنها له . . . لزمه الدفع إليه .

(١) الحاوي الكبير (٤٤٣/٩) .

(٢) نهاية المطلب (٤٤٧/٨) .

(٣) صحيح البخاري (٢٤٣٦) ، صحيح مسلم (٥/١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

(٤) في (ب) و (د) : (وَإِنْ تَلَفَتْ . . . غَرِمَ مِثْلَهَا) .

(٥) أخرجه البخاري (٤٥٥٢) ، ومسلم (١٧١١) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

وَأَنْ وَصَفَهَا وَظَنَّ صِدْقَهُ . . جَازَ الدَّفْعُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، فَإِنْ دَفَعَ فَأَقَامَ آخَرَ بَيْنَةً بِهَا . . حُوِّلَتْ إِلَيْهِ ، فَإِنْ تَلَفَتْ عِنْدَهُ . . فَلِصَاحِبِ الْبَيْنَةِ تَضَمُّنُ الْمُلْتَظِّطِ وَالْمُدْفُوعِ إِلَيْهِ ، وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ . قُلْتُ : لَا تَحِلُّ لِقَطْعَةِ الْحَرَمِ لِلتَّمْلُكِ عَلَى الصَّحِيحِ ،

(وإن وصفها وظن صدقه . . جاز الدفع) عملاً بظنه .

هذا إذا كان الواصف واحداً ، فإن وصفها جماعة . . قال أبو الطيب : أجمعنا على أنها لا تسلم لهم .

(ولا يجب على المذهب) لأنه مدع فيحتاج إلى بينة ؛ كغيره ، وقيل : فيه وجهان ؛ أحدهما : هذا ، والثاني : يجب ؛ لأن إقامة البينة عليها قد تعسر .

واحترز بقوله : (فظن صدقه) عما إذا لم يغلب على الظن صدقه ؛ فإنه لا يجب الدفع اتفاقاً ، وكذا لا يجوز على المشهور .

(فإن دفع) بالوصف (فأقام آخر بها بينة . . حولت إليه) لأن البينة حجة توجب الدفع ، فقدمت على الوصف المجرد ، (فإن تلفت عنده . . فلصاحب البينة تضمين الملتقط) لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه ، هذا إذا دفعه بنفسه ، فإن ألزمه به حاكم يراه . . فلا ضمان عليه ؛ لعدم تقصيره ، (والمدفوع إليه) لأنه أخذ ما لم يكن له أخذه ، (والقرار عليه) أي : على المدفوع إليه ؛ لتلفه في يده .

نعم ؛ لو كان الملتقط قد أقر للواصف بالملك ثم غرم . . لم يرجع على المدفوع إليه ؛ لأنه يزعم أن المدعي ظلمه ، فلا يظلم الغير ، وتوقف فيه ابن أبي الدم .

(قلت : لا تحل لقطة الحرم للتملك على الصحيح) بل للحفظ أبداً ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ هَذَا الْبَلَدَ حَرَمَةُ اللَّهِ ، لَا تُلْتَقَطُ لُقْطَتُهُ إِلَّا مَنْ عَرَفَهَا » متفق عليه ^(١) .

وفي رواية للبخاري : « لَا تَحِلُّ لُقْطَتُهُ إِلَّا لِمُنْشِدٍ » ^(٢) ، قال الشافعي : أي :

(١) صحيح البخاري (١٥٨٧) ، صحيح مسلم (١٣٥٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) صحيح البخاري (١٥٨٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وهو عند مسلم برقم (١٣٥٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَيَجِبُ تَعْرِيفُهَا قَطْعاً ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

لمعرّف ، ولم يوقت في التعريف سنة كغيرها ، فدلّ على أنه أراد التعريف على الدوام ، وإلا . . فلا فائدة في التخصيص ، وقد أخرج عليه الصلاة والسلام هذا الكلام في سياق تفضيل الحرم ، وبذلك يحصل التمييز بينه وبين سائر البلاد .

والمعنى فيه : أن حرم مكة - شرفها الله تعالى - مثابة للناس يعودون إليه مرة بعد أخرى ، فربما يعود من أضلها أو يبعث في طلبها ؛ فكأنه جعل ماله بها محفوظاً عليه ؛ كما غلظ الدية فيها .

والثاني : تحلّ ؛ لأنها نوع كسب ، فاستوى فيه الحلّ والحرم ؛ كغيرها .
والمراد بالخبر : أنه لا بدّ من التعريف ؛ كسائر البلاد ؛ لئلا يتوهم الاكتفاء بتعريفها في الموسم فقط ؛ لكثرة الناس وبعد العود في طلبها من الآفاق .

وعلى الأول : ففي لقطه عرفة ومسجد إبراهيم عليه السلام وجهان في « الحاوي » ؛ أحدهما : أنها كلقطه الحرم ؛ لأنها مجمع الحاج ، والثاني - وصححه في « الانتصار » - : أنها ليست كلقطه الحرم ؛ لأن ذلك من خصائص الحرم^(١) .

(ويجب تعريفها قطعاً ، والله أعلم) ولا يجيء فيها الوجه المارّ فيمن التقط للحفظ ؛ للحديث^(٢) ، ونقل في « الروضة » عن الأصحاب : أنه يلزمه الإقامة للتعريف أو دفعها للحاكم^(٣) .

* * *

(١) الحاوي الكبير (٤٢٨/٩) .

(٢) سبق تخريجه (ص ٥٠٧) .

(٣) روضة الطالبين (٤١٣/٥) .

كتاب اللقيط

الْتِقَاطُ الْمُنْبُذُ فَرَضُ كِفَايَةٍ ، وَيَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِنَّمَا تَثَبُّتُ وَلَايَةُ
الْإِلْتِقَاطِ لِمُكَلَّفٍ حُرٍّ مُسْلِمٍ عَدْلٍ رَشِيدٍ

(كتاب اللقيط)

هو اسم للطفل الذي يوجد مطروحاً في شارع ونحوه وليس ثم من يدّعيه .

ولقيط : بمعنى ملقوطة فعيل بمعنى مفعول ؛ كجريح ، وقيل .

واستأنسوا له بقوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ، ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا
أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ .

وقد كان معروفاً في الأمم الماضية ، قال الله تعالى : ﴿ فَأَلْقَظَهُ ءَالُ فِرْعَوْنَ
لِيَكُونَ لَهُمْ عَدُوًّا وَحَزَنًا ﴾ .

(التقاط المنبوذ) أي : المطروح (فرض كفاية) صيانة للنفس المحترمة عن
الهلاك ، قال بعضهم : ومن تركه . . فهو داخل في قتل النفس .

وكلامه قد يفهم : اختصاصه بغير المميز وأن المميز لا يلتقط ؛ فإن المنبوذ هو
الذي بُذِ دون التمييز ، لكن قال الرافعي : الأوفق لكلام الأصحاب : أنه يلتقط ؛
لحاجته إلى التعهد والتربية^(١) ، قال السبكي : والبالغ المجنون في ذلك كالصبي .

(ويجب الإشهاد عليه في الأصح) لثلا يضيع نسبه ، والثاني : لا بل يستحب ؛
اعتماداً على الأمانة ؛ كاللقطة .

وفرق الأول : بأن اللقطة يشيع أمرها بالتعريف ولا تعريف في اللقيط .

والثالث : إن كان الملتقط ظاهر العدالة . . لم يجب ، وإلا . . وجب .

ومحل الخلاف : إذا قلنا : لا يجب الإشهاد على اللقطة ، وإلا . . وجب هنا
قطعاً ، قاله صاحب « المعين » .

(وإنما تثبت ولاية الالتقاط لمكلف حر مسلم عدل رشيد) لأنها ولاية تثبت على

(١) الشرح الكبير (٣٧٩ / ٦) .

فَلَوْ أَلْتَقَطَ عَبْدٌ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . . . أَنْتَزَعَ مِنْهُ ، فَإِنْ عَلِمَهُ فَأَقْرَهُ عَنْدَهُ أَوْ أَلْتَقَطَ بِإِذْنِهِ . .
فَالسَّيِّدُ الْمُلْتَظُّ . وَلَوْ أَلْتَقَطَ صَبِيٌّ أَوْ فَاسِقٌ أَوْ مُحْجُورٌ عَلَيْهِ أَوْ كَافِرٌ مُسْلِمًا . . . أَنْتَزَعَ .
وَلَوْ أَرَزَحَمَ اثْنَانِ عَلَى أَخْذِهِ . . . جَعَلَهُ الْحَاكِمُ عِنْدَ . . .

الغير بالاختيار ، فاعتبر فيها الأوصاف المذكورة ؛ كولاية القضاء .
وخرج بالمكلف : الصبي والمجنون ، وبالحرّ وما بعده : أضدادهما ، وكأن لفظ
العدالة يغني عن التكليف .

وقد أنكر على المصنف : اشتراطه الرشد بعد العدالة ، وهل ثم عدل وليس
برشيد ؟!

وأجيب : بأنه يتصور بالمبذر ؛ فإنه ليس بمؤتمن شرعاً وإن كان عدلاً .
(فلو التقط عبد بغير إذن سيده . . . انتزع منه)^(١) لأن ذلك تبرّع ، وليس هو من
أهله ، (فإن علمه فأقره عنده أو التقط بإذنه . . . فالسيد الملتقط) وهو نائبه في الأخذ
والتربية ؛ إذ يده كيده ، وسواء في ذلك القن ، والمدير ، والمعلق عتقه ، وأم الولد ،
وكذا المكاتب على المشهور ، والمبعض إذا أخذ في نوبته . . . ففي استحقاقه كفالته
وجهان ، قال الأذرعى : أصحابهما : المنع .

(ولو التقط صبي أو فاسق أو محجور عليه) بسفه (أو كافر مسلماً . . . انتزع) لعدم
أهلية الصبي والمحجور عليه ، وتهمة الفاسق ، وعدم ولاية الكافر على المسلم .
وخرج بالمسلم : المحكوم بكفره ، فله التقاطه ولا ينزع منه ؛ لأنه أهل لحضائنه
إذا كان عدلاً في دينه .

وقضيته : جواز التقاط اليهودي للنصراني وعكسه وإن قلنا : لا يتوارثان ؛ كما
يلتقط المسلم الكافر وإن لم يرثه ، قال ابن الرفعة : ولم أره منقولاً ، قال الزركشي :
ويشبه أنه إذا خالفه في الدين . . . لا يقر بيده إذا منعنا من تهوّد النصراني وعكسه ، وهو
المذهب .

(ولو أزدحم اثنان على أخذه) فقال كل واحد : أنا آخذه . . . جعله الحاكم عند

(١) في (ب) و(د) : (ولو التقط) .

مَنْ يَرَاهُ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ، وَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ فَالْتَقَطَهُ . . مُنِعَ الْآخَرَ مِنْ مُزَاحَمَتِهِ ، وَإِنْ
الْتَقَطَاهُ مَعًا وَهُمَا أَهْلٌ . . فَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يُقَدَّمُ غَنِيٌّ عَلَى فَقِيرٍ ، وَعَدْلٌ عَلَى مُسْتَوٍ ، فَإِنْ
أَسْتَوِيَا . . أَقْرَعُ . .

من يراه منهما ، أو من غيرهما (لأنه لا حقَّ لهما قبل الأخذ فيفعل الأخط له .

(وإن سبق واحد فالتقطه . . منع الآخر من مزاحمته) عملاً بالسبق .

واحترز بقوله : (فالتقطه) : عما لو سبقه إلى الوقوف على رأسه ولم يأخذه ؛ فإنه
لا حقَّ له في الأصح .

(وإن التقطاه معاً وهما أهل) للحضانة (. . فالأصحُّ : أنه يقدم غني على فقير)
لأنه أرفق بالطفل ، فربما يواسيه بماله ، وقطع به جماعة ، والثاني : يستويان ؛ لأن
نفقة اللقيط لا تجب على ملتقطه ، فلا فرق بين الغني والفقير ، ولا عبرة بتفاوتهما في
الغنى على الأصح في « زيادة الروضة »^(١) .

(وعدل على مستور) احتياطاً للقيط ، والثاني : هما سواء ؛ لأن المستور لا يسلم
مزية الآخر ، ويقول : لا أترك حقي بأن لم تعرفوا حالي .

(فإن استويا) في الصفات المعبرة وتشاحاً (. . أقرع) على النص^(٢) ؛ إذ ليس
أحدهما أولى من الآخر ، وتركه في يدهما مشق ، والمهياة تضر الطفل ؛ لتبدل
الأيدي عليه .

وقد كانت القرعة في الكفالة في شرع مَنْ قبلنا في قصة مريم ، قال الله تعالى
﴿ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ ؛ أي : اقترعت الأحزاب على كفالتها بإلقاء
أقلامهم ، ولم يرد في شرعنا ما يخالفه .

ومن الصفات المقدّمة : أن يكون محل إقامة أحدهما أرفق بالطفل من محل
الآخر ، ويتساوى المسلم والذمي في اللقيط المحكوم بكفره على الأصح .

والمراد بالحضانة هنا : حفظه وحفظ ماله وتربيته ، لا الأعمال المتقدمة في
الإجارة .

(١) روضة الطالبين (٤٢٠ / ٥) .

(٢) مختصر المزني (ص ١٣٦) .

وَإِذَا وَجَدَ بَلَدِيَّ لَقِيطًا بَبَلَدٍ . . فَلَيْسَ لَهُ نَقْلُهُ إِلَى بَادِيَةٍ ، وَالْأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ
آخَرَ ، وَأَنَّ لِلْغَرِيبِ إِذَا التَّقَطَّ بِبَلَدٍ أَنْ يَنْقُلَهُ إِلَى بَلَدِهِ ، وَإِنْ وَجَدَهُ بِبَادِيَةٍ . . فَلَهُ نَقْلُهُ إِلَى
بَلَدٍ ، وَإِنْ وَجَدَهُ بَدَوِيًّا بَبَلَدٍ . . فَكَالْحَضَرِيِّ ، أَوْ بِبَادِيَةٍ . . أَقْرَبَ بَيْدِهِ ،

(وإذا وجد بلدي لقيطاً ببلد . . فليس له نقله إلى بادية) لخشونة عيشها ، وتفويته
العلم والصناعة ، وقيل : لضياح النسب ؛ فإن ظهور نسبه في موضع التقاطه أغلب ،
فلو قرئت البادية من البلد بحيث يحصل ما يراد منها ؛ فإن عللنا بخشونة العيش . . لم
يمنع ، وإن عللنا بضياح النسب ؛ فإن كان أهل البلد يخالطون أهل ذلك الموضع . . لم
يمنع ، وإلا . . منع ، وحيثئذ ؛ فيجب استثناء هذه الصورة من إطلاق المصنف ،
وكذا ليس له نقله من مدينة إلى قرية ولا من قرية إلى بادية .

(والأصحُّ : أن له) أي : الملتقط (نقله إلى بلد آخر) بناءً على العلة الصحيحة ،
وهي مراعاة المعيشة ، والثاني : يمتنع ؛ بناءً على الثانية ؛ كما لو نقله إلى بادية .
ومحلُّ الجواز : عند أمن الطريق وتواصل الأخبار ، وإلا . . لم يجز قطعاً .
(وأن للغريب إذا التقط ببلد أن ينقله إلى بلده) للمعنى الأول ، والثاني : لا ؛
للمعنى الثاني .

والخلاف في غريب عُرِفَت أمانته ، أما من جهل حاله . . لم يقر بيده قطعاً ،
ولا حاجة لذكره هذه المسألة ؛ لدخولها في المسألة قبلها ، وحيث منعناه . . نزعنا
اللقيط من يده ، قال الأذَرعي : كذا أطلقوه ؛ اكتفاءً بظاهر حاله وأنه مسافر لا إقامة
له ، فلو التزم الإقامة ووثق به . . فالوجه : عدم نزعه .

(وإن وجدته) البلدي (ببادية . . فله نقله إلى بلد) وإلى قرية ؛ لأنه أرفق به ،
وقيل : وجهان ؛ بناءً على المعنيين .

(وإن وجدته بدوي ببلد . . فكالحضري) فإن أراد المقام به . . أقر في يده ، وإن
أراد نقله إلى بادية أو إلى بلد آخر . . فعلى ما تقدّم في البلدي ، (أو ببادية . . أقر
بيده)^(١) لأنها في حقّه كبلدة أو قرية ، لهذا إذا كان من أهل حلة مقيمين بموضع

(١) في (ب) و(د) : (أقر في يده) .

وَقِيلَ : إِنْ كَانُوا يَنْتَقِلُونَ لِلتُّجْعَةِ . . لَمْ يُقَرَّ . وَنَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ الْعَامَّ كَوَقْفٍ عَلَى الْقَطْعَاءِ ، أَوْ الْخَاصِّ ؛ وَهُوَ : مَا اخْتَصَّ بِهِ ؛ كَكِتَابٍ مَلْفُوفَةٍ عَلَيْهِ وَمَفْرُوشَةٍ تَحْتَهُ وَمَا فِي جَيْبِهِ مِنْ دَرَاهِمَ وَغَيْرِهَا وَمَهْدِهِ وَدَنَانِيرَ مَثُورَةٍ فَوْقَهُ وَتَحْتَهُ . وَإِنْ وَجَدَ فِي دَارٍ . . فَهِيَ لَهُ . . .

راتب ، وقيدته الإمام : بما إذا تواصلت أخبار الحلتين^(١) ، فإن لم تتواصل . . فوجهان ؛ كالبلدين .

(وقيل : إن كانوا ينتقلون للتُّجعة) ، وهي الانتقال في طلب المرعى وغيره (. . لم يقر) لأن فيه تضييعاً لنسبه ، والأصح : أنه يقر ؛ لأن أطراف البادية كمحال البلدة الواسعة .

(ونفقته في ماله) كغيره (العام ؛ كوقف على اللقطاء) والوصية لهم ، (أو الخاص ، وهو ما اختص به ؛ ككتاب ملفوفة عليه) وملبوسة له (ومفروشة تحته) ، وما هو مغطى به ، ودابة عتائها بيده ، (وما في جيبه من دراهم وغيرها ومهده ، ودنانير ماثورة فوقه وتحت) لأن له يداً واختصاصاً ؛ كالبالغ ، والأصل : الحرية ما لم يعرف غيرها^(٢) .

(وإن وجد في دار) لا يعرف لها مستحق وليس فيها غيره (. . فهي له) للبد ولا مزاحم .

وفي معنى الدار : الحانوت والخيمة ، وفي البستان وجهان طردهما صاحب « المستظهر » في الضيعة^(٣) ، واستبعده في « زيادة الروضة » وقال : ينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها^(٤) .

فلو كان معه في الدار غيره . . هل يمنع من ثبوت يده على شيء منها أو يشتركان فيها ؟ لم يتعرضوا له ، قال الزركشي : والظاهر : الثاني ، وقال الأذرعي : لا شك أنا لو وجدنا بها منبوذين . . كانت لهما بالبد .

(١) نهاية المطلب (٥١٤ / ٨) .

(٢) بلغ مقابلة على خط مؤلفه . اهـ هامش (١) .

(٣) حلية العلماء (٥ / ٥٥١ - ٥٥٢) .

(٤) روضة الطالبين (٤٢٤ / ٥) .

وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ مَدْفُونٌ تَحْتَهُ وَكَذَا ثِيَابٌ وَأَمْتَعَةٌ مَوْضُوعَةٌ بِقُرْبِهِ فِي الْأَصَحِّ . فَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ لَهُ مَالٌ . . . فَأَلَّاظْهَرُ : أَنَّهُ يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ،

(وليس له مال مدفون تحته) لأنه لا يقصد بالدفن الضم إلى الطفل .

وقضية إطلاقه : أنه لا فرق بين أن يكون معه رُقعة مكتوب فيها : أن تحته دفيناً له أو لا ، وهو كذلك ؛ كما لو رأينا رقعة مع البالغ ؛ فإنه لا يحكم له به ، وصحح الغزالي : أنه له ؛ لقرينة المكتوب^(١) .

(وكذا ثياب وأمتعة موضوعة بقربه في الأصح) - أي : حيث يضع الكبير متاعه في العادة - كالبعيدة ، ويفارق البالغ ؛ لأن له رعاية ، والثاني : أنها له ؛ لأن مثل هذا يثبت اليد والاختصاص في حق البالغ ، ألا ترى أن الأمتعة الموضوعة في السوق بقرب الشخص تجعل له .

وعكس الماوردي ذلك ؛ فحكم بأن ما يقرب البالغ ليس له ، بخلاف الصبي ؛ لأن الكبير يمكنه إمساك ما يقربه ، فإذا لم يفعل . . ارتفعت يده عنه ، بخلاف الصبي ، فجاز أن ينسب إلى ملكه وأنه حكم ما في يده^(٢) .

قال المصنف في « نكته » : ومحلُّ الخلاف في المال : إذا لم يكن في دار ، فإن كان في دار . . حكمنا له بها ، فهو له ، ونقله الأذرع عن تصريح الدارمي .

(فإن لم يُعرف له مال) خاص ولا عام (.) فالأظهر : أنه ينفق عليه من بيت المال (مجاناً من سهم المصالح ؛ لأن عمر استشار الصحابة في ذلك ، فأجمعوا على أنها في بيت المال^(٣)) ، وسواء المحكوم بإسلامه وكفره على الأصح ؛ إذ لا وجه لتضييعه .

(١) الوجيز (ص ٢٨٦) .

(٢) الحاوي الكبير (٤٦٩/٩ - ٤٧٠) .

(٣) قال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى في « التلخيص » (٢٠١٤/٤) : (وكذا أورده الماوردي في « الحاوي » ، والشيخ في « المذهب » ، ولم أقف له على أصل ، وإنما يعرف ما تقدم من قصة أبي جميلة أن عمر قال : وعلينا نفقته من بيت المال ، ولم يُنقل أن أحداً من الصحابة أنكر عليه) ، وحديث أبي جميلة أخرجه البخاري في الشهادات ، باب : إذا زكى رجل رجلاً . . كفاء تعليقاً ، ومالك في « الموطأ » (٧٣٨/٢) ، والشافعي في « المسند » (٨٥٨) .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ . . قَامَ الْمُسْلِمُونَ بِكَفَايَتِهِ قَرْضاً ، وَفِي قَوْلٍ : نَفَقَةٌ . وَلِلْمُلْتَقِطِ الْإِسْتِقْلَالُ بِحِفْظِ مَالِهِ فِي الْأَصَحِّ ، وَلَا يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْقَاضِي قَطْعاً

والقول الثاني : يستقرض له الإمام من بيت المال أو من آحاد الناس ، فإن تعذر . . جمع الأغنياء وعدّ نفسه منهم وقسّطها عليهم ؛ لأن مال بيت المال يصرف إلى ما لا وجه له سواه ، واللقيط يجوز أن يكون رقيقاً ، فنفقته على سيده ، أو حرّاً له مال أو قريب ، فنفقته في ماله أو على قريبه .

(فإن لم يكن) في بيت المال شيء ، أو كان ثمّ ما هو أهم منه ؛ كسد ثغر يعظم ضرره لو ترك (. . قام المسلمون بكفايته) إذ لا يحلّ تضييعه (قرضاً) كما يُبدّل الطعام للمضطر بالعوض ، فإن بان رقيقاً . . رجعوا على سيده ، أو حرّاً وله مال أو قريب . . فالرجوع عليه ، فإن لم يكن له قريب ولا مال ولا كسب . . قضى الإمام حقهم من بيت المال من سهم الفقراء والمساكين والغارمين كما يراه ، كذا قاله الرافعي ، قال في « زيادة الروضة » : اعتباره القريب غريباً قلّ من ذكره ، وهو ضعيف ؛ فإن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان^(١) .

قال الأذرعى : وهذا الاعتراض ضعيف جداً ، والرجوع على القريب الموسر بالقرض صحيح ؛ فإنه في نفس الأمر اقتراض عليه وإنفاق عنه ؛ كما في حقّ السيد ، فلا سقوط .

وممن صرح بالرجوع أصحاب « الحاوي » و « البحر » و « المهذب » و « البيان »^(٢) ، وعزي للقاضي الحسين ، ولا أحسب فيه خلافاً .

(وفي قول : نفقة) لأنه محتاج عاجز ؛ كالمجنون والصغير والزمن .
(وللملتقط الاستقلال بحفظ ماله في الأصح) لأنه مستقل بحفظ المالك ، فماله أولى ، والثاني : لا بدّ من إذن القاضي ؛ لعدم ولايته عليه .
(ولا ينفق عليه منه إلا بإذن القاضي قطعاً) لأن ولاية المال لا تثبت للقريب غير الأب ، والجد ، فالأجنبي أولى ، فإن أنفق بغير إذنه . . ضمن .

(١) الشرح الكبير (٣٩١/٦) ، روضة الطالبين (٤٢٥/٥) .

(٢) الحاوي الكبير (٤٧٥/٩) ، المهذب (٥٦٨/١) ، البيان (١٧/٨) .

إِذَا وَجِدَ لَقِيطٌ بَدَارَ الْإِسْلَامِ وَفِيهَا أَهْلُ ذِمَّةٍ ، أَوْ بَدَارٍ فَتَحَوْهَا وَأَقْرَبُوهَا بِيَدِ كُفَّارٍ
صُلْحًا أَوْ بَعْدَ مِلْكِهَا بِعِزَّةٍ وَفِيهَا مُسْلِمٌ . . حُكِمَ بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ . وَإِنْ وَجِدَ بَدَارِ كُفَّارٍ . .
فَكَافِرٌ إِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا مُسْلِمٌ ،

وما ادعاه من القطع أشار إليه في « المحرر » تبعاً للإمام ، لكن حكى الرافعي فيه
خلافاً في (الدعاوى) في (مسألة الظفر) واستغربه ، وصرح الماوردي بحكايته
هنا^(١) .

والصورة : حيث أمكنه مراجعة الحاكم ، وإلا . . أنفق بنفسه بشرط الإشهاد .

* * *

(فصل : إذا وجد لقيط بدار الإسلام وفيها أهل ذمة ، أو بدار فتحوها) أي :
المسلمون (وأقروها بيد كفار صلحاً أو بعد ملكها بعزّة وفيها مسلم) يمكن أن يولد له
ذلك اللقيط (. . حكم بإسلام اللقيط) تغليّباً للدار والإسلام ، وفي « مسند الإمام
أحمد » : « الْإِسْلَامُ يَغْلُو وَلَا يُغْلَى »^(٢) .

وقوله : (وفيها أهل ذمة) : ليس بقيد ، لكنه يفهم منه الحكم بإسلامه إذا لم يكن
فيها من باب أولي ، ولو قال : (ولو كان فيها أهل ذمة) . . لكان أوضح .
واحترز بقوله : (وفيها مسلم) : عما إذا لم يكن فيها مسلم ؛ فإنه كافر على
الأصح .

(وإن وجد بدار كفار . . فكافر إن لم يسكنها مسلم) إذ لا مسلم يحتمل إلحاقه به .

(١) المحرر (ص ٢٥٣) ، نهاية المطلب (٥٠٨/٨) ، الشرح الكبير (١٤٩/١٣) ، الحاوي الكبير
(٤٧٣/٩) .

(٢) قال المحدث العجلوني في « كشف الخفاء » (١/١٢٧) : (رواه الدارقطني ، والضياء في
« المختارة ، والرويانى عن عائذ بن عمرو المزني رفعه ، والطبراني والبيهقي عن معاذ رفعه ، وعلقه
البخاري في « صحيحه » والمشهور على الألسنة زيادة « عليه » آخراً ، بل هي رواية أحمد) ، ولم أهتم
على الحديث في « المسند » بهذا اللفظ والذي وجدته فيه (٢٣٠/٥) بلفظ « الإسلام يزيد
ولا ينقص » عن معاذ بن جبل رضي الله عنه ، وكأن المطبوع فيه نقص ، والله تعالى أعلم .

وَأِنْ سَكَنَهَا مُسْلِمٌ كَأَسِيرٍ وَتَاجِرٍ . . فَمُسْلِمٌ فِي الْأَصَحِّ . وَمَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِالْدارِ فَأَقَامَ ذِمِّيَّ بَيْنَةَ نِسْبِهِ . . لِحَقِّهِ وَتَبَعُهُ فِي الْكُفْرِ ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى الدَّعْوَى . . فَاَلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَا يَتَّبَعُهُ فِي الْكُفْرِ ، وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِ الصَّبِيِّ بِجَهَّتَيْنِ أُخْرَيْنِ لَا تَفْرَضَانِ فِي لَقِيْطٍ : إِحْدَاهُمَا : أَلْوَلَادَةُ ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهِ مُسْلِمًا وَقَتَّ الْعُلُوقِ . . فَهُوَ مُسْلِمٌ ،

واحترز بقوله : (يسكنها) : عن المجتاز ؛ فلا أثر له ، وقال الفوراني : إذا اجتاز بها مسلم . . فهو مسلم ، فإن أنكره . . قبل في نسبه دون إسلامه .
(وإن سكنها مسلم ؛ كأسير وتاجر . . فمسلم في الأصح) تغليبا للإسلام ،
والثاني : كافر ؛ تغليبا للدار .

قال الإمام : ويشبه أن يكون الخلاف فيمن ينتشر إلا أنه ممنوع من الخروج من البلدة ، أما المحبوس في مطمورة . . فيتجه أنه لا أثر له ؛ كما لا أثر للمجتاز^(١) .
وتعبيره بالسكنى هنا ولم يعتبر السكنى فيما سبق ، بل كونه فيها . . ظاهره : أنه لا فرق بين أن يكون المسلم ساكناً مستوطناً ، أو مقيماً لم يرد الاستيطان ، أو مجتازاً ، قال شيخنا : وهو الظاهر ؛ تغليبا لحرمة دار الإسلام .
(ومن حكم بإسلامه بالدار فأقام ذمي بینه بنسبه . . لحقه وتبعه في الكفر) وارتفع ما ظنناه من إسلامه ؛ لأن الدار حكم باليد ، والبيئة أقوى من اليد المجردة .
(وإن اقتصر على الدعوى) أي : استلحقه من غير بيئة (. . فالمذهب : أنه لا يتبعه في الكفر) ونسبه ثابت اتفاقاً ؛ لأننا قد حكمنا بإسلامه ، فلا يغير بمجرد دعوى كافر .

والطريق الثاني فيه : قولان ؛ أحدهما : هذا ، والثاني : يتبعه فيه ؛ تبعاً لنسبه .
(ويحكم بإسلام الصبي بجهتين أخريين لا تفرضان في لقيط) وإنما ذكرنا في (باب اللقيط) استطراداً .

(إحداهما : الولادة ، فإذا كان أحد أبويه مسلماً وقت العُلُوقِ . . فهو مسلم)
بالإجماع ؛ لأنه جزء من مسلم ، وتغليب الإسلام واجب ، قال تعالى : ﴿ بَلْ نَقْذِفُ

(١) نهاية المطلب (٨/٥٣٤) .

فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْرًا.. فَمُرْتَدٌّ، وَلَوْ عَلِقَ بَيْنَ كَافِرَيْنِ ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا.. حُكْمٌ
بِإِسْلَامِهِ ،

بِأَلْحَقِّ عَلَى الْبَطْلِ ❊ ، ولا يضر ما يطرأ بعد العلوق منهما من ردة ، (فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ
كُفْرًا.. فَمُرْتَدٌّ) لأنه كان مسلماً ظاهراً وباطناً .

(ولو عَلِقَ بَيْنَ كَافِرَيْنِ ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا) قبل بلوغه (.. حكم بإسلامه) في
الحال ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ﴾ ^(١) ، ولأن
الإسلام يعلو ولا يعلى .

ومن بلغ مجنوناً كالطفل في التبعية ، وكذا من جُنَّ بعد بلوغه على الأصح .
وذكر ابن حزم الظاهري : أن ولد الكافرة الحربية والذمية من زنا أو إكراه .. مسلم
ولا بد ؛ لأنه وُلِدَ على الإسلام وليس له أبوان يخرجانه منه ^(٢) ، ولم يذكر في ذلك
خلافاً عن أحد .

وكلام المصنف قد يوهم قصره على الأبوين ، وليس كذلك ، بل إسلام أحد
الأجداد والجندات كذلك ، سواء الوارث وغيره ؛ كأب الأم إن لم يكن الأب حياً ،
وكذا إن كان على الأقرب في « الرافعي » والأصح في « الروضة » ، وقال الشيخ
أبو حامد : إنه الأشبه ؛ لأن سبب التبعية القرابة ، ولا يختلف بحياة الأب وموته ؛
كسقوط القصاص ، وحد القذف ^(٣) ، ورجح ابن الرفعة والسبكي مقابله ، وهو ما نقله
القاضي الحسين عن المذهب وجزم به الحلّمي وغيره ، وقال القاضي تقي الدين ابن
رَزِين : إنه الحق وإنّ كلام الرافعي خارج عن المذهب ؛ لأن الجد لا ولاية له في حياة
الأب ^(٤) .

(١) في (أ) : (والذين آمنوا وأتبعناهم ذرياتهم بإيمان ألقناهم ذرياتهم) ، وفي غير (أ) : (والذين
آمنوا واتبعهم ذرياتهم بإيمان ألقناهم ذرياتهم) ، ما في (أ) هي قراءة أبي عمرو بن العلاء إلّا
(ذرياتهم) الثانية فهي من قراءة غير الكوفيين وابن كثير وأبي عمرو ، وانظر « النشر في القراءات
العشر » (٢ / ٢٧٣ ، ٣٧٧) .

(٢) المحلى (٧ / ٣٢٤) .

(٣) الشرح الكبير (٦ / ٣٩٨) ، روضة الطالبين (٥ / ٤٣٠) .

(٤) كفاية النبيه (١١ / ٥٠١) ، المنهاج في شعب الإيمان (١ / ١٦١) .

فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْرًا . . فَمُرْتَدٌّ ، وَفِي قَوْلٍ : كَافِرٌ أَصْلِيٌّ . الثَّانِيَةُ : إِذَا سَبَى مُسْلِمٌ
طِفْلاً . . تَبَعَ السَّابِي فِي الْإِسْلَامِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَحَدٌ أَبَوَيْهِ ،

وهذا كله في ولد موجود قبل إسلام الجد ، وكذا فيما انعقد بعد إسلامه ؛ كما قاله
القاضي الحسين ، أما إذا مات الجد والأب حي ثم حدث له بعد ذلك ولد . . قال
السبكي : لم أر في المسألة نقلاً ، وقد يقال : بعدم الاستتباع ؛ لأن الاستتباع يليق
بالحي لا بالميت ، وقد يقال : بالاستتباع ، وتمكين من يحتمل إسلامه من الكفر
صعب .

(فإن بلغ ووصف كُفْرًا . . فمرتد) لسبق الحكم بإسلامه ، فأشبهه من أسلم بنفسه ثم
ارتد ، (وفي قول : كافر أصلي) لأنه كان محكوماً بكفره أولاً وأزيل ذلك بالتبعية ،
فإذا استقل . . انقطعت التبعية ، ووجب اعتباره بنفسه .

ومحلُّ الخلاف : ما إذا لم يصدر منه بعد البلوغ وصفُ الإسلام ، فإن وصفه ثم
وصف الكفر . . فمرتد قطعاً .

(الثانية : إذا سبى مسلم طفلاً) أو مجنوناً (. . تبع السابي في الإسلام إن لم يكن
معه أحد أبويه) لأنه صار تحت ولايته ؛ كالأبوين ، وسواء كان السابي بالغاً أم لا ،
عاقلاً أو مجنوناً ؛ كما نقلناه في (باب قسم الغنيمة) عن البغوي ، وجزم به القاضي في
« فتاويه »^(١) .

واحترز بقوله : (إن لم يكن معه أحد أبويه) : عما إذا كان أحدهما معه ؛ فإنه
لا يحكم بإسلامه قطعاً ؛ فإن تبعيتهما أقوى من تبعية السابي ، وصرح به في
« المحرر »^(٢) ، وعن المزني : أنه مسلم وإن سبي مع الأبوين .

وعلى الأصحَّ : لو مات أبواه بعد سبييه معهما . . استقر كفره ولم نحكم بإسلامه ؛
لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي .

ومعنى كونه معه أحد أبويه : أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة ، ولا يشترط
كونهما في ملك رجل واحد ، فإن كانا في عسكرين . . تبع السابي .

(١) الشرح الكبير (٣٥٤/٧) ، روضة الطالبين (٣٧١/٦) .

(٢) المحرر (ص ٢٥٤) .

وَلَوْ سَبَّاهُ ذِمِّيٌّ . . لَمْ يُحْكَمْ بِإِسْلَامِهِ فِي الْأَصَحِّ . وَلَا يَصَحُّ إِسْلَامُ صَبِيِّ مُمَيَّرٍ أَسْتِقْلَالاً
عَلَى الْأَصَحِّح

وقوله : (إن لم يكن معه أحد أبويه) : قد يقتضي : أن الأجداد ليسوا كذلك ،
لكن صرح ابن الرفعة بالحاق الجد بالأب إذا قلنا : يتبعه في الإسلام ^(١) .
(ولو سباه ذمي . . لم يحكم بإسلامه في الأصح) لأن كونه من أهل الدار لم يؤثر
فيه ولا في أولاده الإسلام ، فغيره أولى ، والثاني : يحكم بإسلامه تبعاً للدار .
وعلى الأول : لو سبي أبواه ثم أسلما . . لم يصر مسلماً بإسلامهما ، قاله
الحليمي ^(٢) .

وينتظم منه لغز فيقال : طفل محكوم بكفره أسلم أبواه ولم يتبعهما في الإسلام .
(ولا يصحُّ إسلام صبي مميز استقلالاً على الصحيح) لأنه غير مكلف ، فأشبهه غير
المميز والمجنون ، والثاني : أنه يصحُّ إسلامه ، حتى يرث من قريبه المسلم ؛ لأنه
صلى الله عليه وسلم دعا علياً إلى الإسلام قبل بلوغه فأجابه ^(٣) .
وأجاب الأول عن قصة إسلام علي رضي الله عنه : بأن الأحكام إنما صارت متعلقة
بالبلوغ بعد الهجرة ؛ كما قاله البيهقي في « المعرفة » ^(٤) ، وقد روى القاضي أبو الطيب
عن الإمام أحمد أن علياً كان بالغاً .

والثالث : أنه موقوف ، فإن بلغ واستمر على كلمة الإسلام تبيناً كونه مسلماً من
يومئذ ، وإن وصف الكفر . . تبيناً أنه كان لغواً ، وقد يعبر عن هذا بصحة إسلامه
ظاهراً لا باطناً ، والرابع : أنه لا يصحُّ ظاهراً ويصحُّ باطناً إذا أضمره .
وعلى الأول : الأصحُّ : يحال بينه وبين أبويه الكافرين ؛ استحباباً ، وقيل :
وجوباً ؛ لثلا يفتناه ، فإن بلغ ووصف الكفر . . هدد وطولب بالإسلام ، فإن أصر . .
ردَّ إليهم .

(١) كفاية النية (٤٢٦/١٦) .

(٢) المنهاج في شعب الإيمان (١٦٣/١) .

(٣) أخرجه الحاكم (١١١/٣) ، والترمذي (٣٧٣٤) ، وأحمد (٣٧٣/١) بمعناه عن ابن عباس
رضي الله عنهما .

(٤) معرفة السنن والآثار (٩٥/٩) .

[في بيان حرية اللقيط ورقه واستلحاقه وتوابع ذلك]

إِذَا لَمْ يُقَرَّ اللَّقِيطُ بِرَقٍّ . . فَهُوَ حُرٌّ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ أَحَدٌ بَيْنَهُ وَبَرِّهِ ، وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِشَخْصٍ فَصَدَّقَهُ . . قَبْلَ أَنْ لَمْ يَسْبِقْ إِقْرَارُهُ بِحُرِّيَّةٍ ، وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ إِلَّا يَسْبِقُ تَصَرُّفٌ يَقْتَضِي نَفْوذَهُ حُرِّيَّةً كَبَيْعٍ وَنِكَاحٍ ، بَلْ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي أَصْلِ الرِّقِّ وَأَحْكَامِهِ الْمُسْتَقْبَلَةِ لَا الْمَاضِيَةِ الْمُضِرَّةَ بغيرِهِ فِي الْأَظْهَرِ ،

(فصل : إذا لم يقر اللقيط برق . . فهو حر) بالإجماع ؛ كما حكاه ابن المنذر ^(١) ؛ لأن الغالب في الناس الحرية ، (إلا أن يقيم أحد بينه و برقه) فيعمل بها ؛ كما سيأتي .
(وإن أقر به) أي : بالرق (لشخص فصدقه . . قبل إن لم يسبق إقراره بحرية) كسائر الأقارير ، وفي قول : لا يقبل ؛ للحكم بحريته بالدار ، فلو كذبه . . لم يثبت الرق ، ولو صدقه بعد ذلك ؛ فإن سبق إقراره بالحرية بعد البلوغ . . لم يقبل إقراره بعده على الأصح ؛ لأنه بالإقرار الأول التزم أحكام الأحرار ، فلم يملك إسقاطها .
(والمذهب : أنه لا يشترط) في صحة إقراره بالرق (ألا يسبق تصرف يقتضي نفوذه حرية ؛ كبيع ونكاح ، بل يقبل إقراره في أصل الرق وأحكامه المستقبلية) فيما له وعليه ، أما فيما عليه . . فلا لأنه أقر بحق عليه فيؤاخذ به ؛ كسائر الأقارير ، وأما فيما له . . فقياساً على إقرار المرأة بالنكاح ؛ فإنه يصح على الجديد وإن تضمن ثبوت حق لها .

وأشار بالتعبير بـ (المذهب) : إلى طريقتين : أحدهما : القطع بثبوت أحكام الأرقاء في المستقبل ، وثانيهما : فيه قولان ؛ ثانيهما : أنه يبقى على أحكام الحرية مطلقاً .

(لا الماضية المضرة بغيره في الأظهر) كما لا يقبل الإقرار على الغير بدین ونحوه ،
والثاني : يقبل ؛ لأن الإقرار لا يتجزأ ، ويصير إقراره كقيام البينة .
ولو قامت بينة برقه . . قبلت مطلقاً ، أما المضرة به . . فتقبل قطعاً .

(١) الإجماع (ص ١٤٨) .

فَلَوْ لَزِمَهُ دِينَ فَأَقَرَّ بَرَقٌ وَفِي يَدِهِ مَالٌ . . قُضِيَ مِنْهُ ، وَلَوْ أَدَّعَى رَقَّهُ مَنْ لَيْسَ فِي يَدِهِ بَلَاءٌ
بَيِّنَةٌ . . لَمْ يُقْبَلْ ، وَكَذَا إِنْ أَدَّعَاهُ الْمُلْتَقَطُ فِي الْأَظْهَرِ . وَلَوْ رَأَيْنَا صَغِيرًا مُمَيَّرًا أَوْ غَيْرَهُ
فِي يَدٍ مَنْ يَسْتَرْقُهُ وَلَمْ يُعْرِفِ اسْتِنَادَهَا إِلَى التَّنْقِاطِ . . حُكِمَ لَهُ بِالرَّقِّ ، فَإِنْ بَلَغَ وَقَالَ :
(أَنَا حُرٌّ) . . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِرَقِّهِ . . عُمِلَ بِهَا ،
وَيُشْتَرَطُ أَنْ تَتَعَرَّضَ الْبَيِّنَةُ

(فلو لزمه دين فأقر برق وفي يده مال . . قضى منه) ولا يجعل للمقر له بالرق إلا
ما فضل عن الدين ، فإن بقي من الدين شيء . . اتبع به إذا عتق ، وهذا تفريع على عدم
القبول فيما يضر غيره ، أما إذا قبلناه مطلقاً . . فالمال لمن أقر له بالرق والدين في
ذمته .

(ولو ادعى رقه من ليس في يده بلا بينة . . لم يقبل) إذ الظاهر الحرية ، فلا تترك إلا
بحجة ، بخلاف النسب ؛ فإن قبوله مصلحة للصبي وثبوت حق له .
(وكذا إن ادعاه الملتقط في الأظهر) لأن الأصل الحرية ، فلا يزال بمجرد
الدعوى ، والثاني : يقبل ؛ كما لو التقط مالاً وادَّعاه ولا منازع له .
وفرق الأول : بأن المال مملوك وليس في دعواه تغيير صفة له ، واللقيط حرٌّ ظاهراً
وفي دعواه تغيير صفته .

(ولو رأينا صغيراً ممیزاً أو غيره في يد من يسترقه) أي : يدعي رقه ، (ولم يعرف
استنادها إلى التناقض . . حكم له بالرق) على الأصح ؛ عملاً باليد والتصرف ، وقيل :
لا ؛ كاللقيط ، فعلى الأول : لا يؤثر تكذيب المميز على الأصح .
نعم ؛ يحلف المدعي وجوباً ، وقيل : ندباً .
(فإن بلغ وقال : « أنا حر » . . لم يقبل قوله في الأصح إلا ببينة) لأننا قد حكمنا
برقه في صغره فلا نرفعه إلا بحجة ، لكن له تحليف السيد ؛ كما نقلناه عن البغوي
وأقره ، وقاله الماوردي أيضاً^(١) ، والثاني : يقبل ؛ لأنه الآن من أهل القول ،
ولا نظر إلى ما حكمنا به من قبل .
(ومن أقام بينة برقه . . عمل بها) لظهور فائدتها ، (ويشتراط أن تعرض البينة

(١) الشرح الكبير (٢٢٢/٦) ، روضة الطالبين (٤٤٤/٥) ، الحاوي الكبير (٤٠٢/٢١-٤٠٣) .

لِسَبَبِ الْمَلِكِ ، وَفِي قَوْلٍ : يَكْفِي مُطْلَقُ الْمَلِكِ . وَلَوْ اسْتَلْحَقَ اللَّقِيطَ حُرٌّ مُسْلِمٌ . .
لِحَقِّهِ وَصَارَ أَوْلَى بِتَرْبِيَّتِهِ ، وَإِنْ اسْتَلْحَقَهُ عَبْدٌ . . لِحَقِّهِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُشْتَرَطُ تَصْدِيقُ
سَيِّدِهِ ، وَإِنْ اسْتَلْحَقَتْهُ امْرَأَةٌ . . لَمْ يَلْحَقْهَا فِي الْأَصَحِّ ،

لسبب الملك) من إرث وشراء وغيرهما ؛ لثلا يعتمد ظاهر يده وتكون عن التقاط ،
(وفي قول : يكفي مطلق الملك) كسائر الأموال .

(ولو استلحق اللقيط حرٌّ مسلم) ذكر (. . لحقه) أي : بالشروط السابقة في
الإقرار ؛ لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه على غيره ، فأشبه ما لو أقر له بمال ، وحكى
الإمام فيه الإجماع^(١) .

وقوله : (مسلم) : لا مفهوم له ؛ فإن للكافر استلحاقه ، ولا يتبعه في كفره ؛ كما
سبق .

(وصار أولى بتربيته) من اللاقط ؛ لأن كفالة الأجنبي للضياع ، وقد زالت بوجود
الأب .

(وإن استلحقه عبد . . لحقه) لأنه كالحُرِّ في أمر النسب ؛ لإمكان حصوله منه
بنكاح أو وطء شبهة ، لكن لا يسلم اللقيط إليه ؛ لأنه لا يتفرغ ، ولا نفقة عليه ؛ إذ
لا مال ، فيقر بيد الملتقط وينفق عليه من بيت المال ، (وفي قول : يشترط تصديق
سيده) لما فيه من قطع الإرث المتوهم على تقدير عتقه .

وأجاب الأول : بأنه لا عبرة بهذا ؛ لأن من استلحق ابناً وكان له أخ . . يقبل
استلحاقه .

(وإن استلحقته امرأة . . لم يلحقها في الأصح) لإمكان إقامة البيعة بالولادة من
طريق المشاهدة ، بخلاف الرجل ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع^(٢) ، والثاني :
يلحقها ؛ لأنها أحد الأبوين ، فصارت كالرجل ، والثالث : يلحق بالخلية دون
المزوجة ؛ لتعذر الإلحاق بها دونه ، وإذا لحقها ولها زوج . . لم يلحقه على
المذهب .

(١) نهاية المطلب (٨/ ٥٤٧) .

(٢) الإجماع (ص ١٤٩) .

أَوْ اثْنَانِ . . لَمْ يُقَدِّمَ مُسْلِمٌ وَحُرٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ وَعَبْدٍ . . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيْتَةً . . عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ فَيُلْحَقُ مِنَ الْحَقِّ بِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَائِفٌ ، أَوْ تَحَيَّرَ ، أَوْ نَفَاهُ عَنْهُمَا ، أَوْ أَلْحَقَهُ بِهِمَا . . أَمْرٌ بِالْإِنْسَابِ بَعْدَ بُلُوغِهِ إِلَى مَنْ يَمِيلُ طَبَعُهُ إِلَيْهِ مِنْهُمَا ، وَلَوْ أَقَامَا بَيْتَيْنِ مُتَعَارِضَتَيْنِ . . سَقَطَتَا فِي الْأَظْهَرِ

(أو) استلحقه (اثنان . . لم يقدم مسلم وحر على ذمي وعبد) لأن كل واحد منهما لو انفرد . . كان أهلاً ، فأشبهه المسلمون أو الحرين .

وكان الأحسن أن يقول : (كافر) لثلاثي يومهم قصر الحكم على الذمي .

(فإن لم تكن) لواحد منهما (بيته) أو كان لكل واحد منهما بيته (. . عرض على القائف فيلحق من ألحقه به) لأن لها أثراً في الأنساب عند الاشتباه ؛ كما سيأتي بيانه ، حيث ذكره المصنف في آخر (الدعوى والبيئات) إن شاء الله تعالى ، فإن كان لأحدهما بيته . . قضى بها .

(فإن لم يكن قائف) في البلد أو دون مسافة القصر ؛ كما نقله الرافعي في (العدد) عن الروياني وأقره ، وسبقه إليه الماوردي^(١) ، وفسره الفوراني بالألا يوجد في الدنيا^(٢) ، (أو) وجد ولكن (تحيّر ، أو نفاه عنهما ، أو ألحقه بهما . . أمر بالانتساب بعد بلوغه إلى من يميل طبعه إليه منهما) بحكم الجبلة لا بمجرد التشبه ؛ لأن طباع الولد تميل إلى والده وتَجِدُّهُ .

وقوله : (بعد بلوغه) : هو الصحيح ، وقيل : بعد تمييزه ولا يعتبر البلوغ ؛ كالحضانة ، وهو ظاهر إطلاق « المحرر » ، وهو من زيادة الكتاب على « المحرر » ، وكذا قوله : (أو ألحقه بهما)^(٣) .

(ولو أقاما بيتين متعارضتين . . سقطتا في الأظهر) لما سيأتي في (باب الدعوى والبيئات) .

(١) الشرح الكبير (٩ / ٤٦٧) ، الحاوي الكبير (١٤ / ٣٥٢) .

(٢) نقل ابن الملقن [٢ / ١٠١٨] هذا عن الماوردي ، وغلطه الأذرعي وقال : إن الصواب : الفوراني . اهـ هامش (أ) .

(٣) المحرر (ص ٢٥٥) .

وتعبيره بـ (الأظهر) : لا يستقيم ؛ فإن مقابل التساقط في غير هذا الباب :
تستعملان ، وفيه أقوال الوقف ، القسمة ، القرعة ، ولا مجيء للأولين هنا قطعاً ،
ولا للثالث على الأصح ؛ لأن القائف أولى من القرعة .
وعبارة « الروضة » : (أقام كل واحد بينة بنسبه وتعارضتا ، ففي التعارض في
الأموال قولان ؛ أظهرهما : التساقط ، فعلى هذا : تسقطان أيضاً هنا على الصحيح ،
ويرجع إلى قول القائف ، وقيل : لا تسقطان وترجح إحداهما بقول القائف ،
ولا يختلف المقصود على الوجهين)^(١) .

* * *

(١) روضة الطالبين (٤٤٠ / ٥) .

كتاب الجعالة

هِيَ كَقَوْلِهِ : (مَنْ رَدَّ آبَقِي .. فَلَهُ كَذَا) ، وَشُتْرَطُ صِيغَةِ تَدُلُّ عَلَى الْعَمَلِ بِعَوَضٍ مُتْلَزِمٍ ،

(كتاب الجعالة)

هي مثلثة الجيم ؛ كما قاله ابن مالك في « مثلثته » ، واقتصر المصنف في « تحريره » و« تهذيبه » على الكسر^(١) ، وهي ما يجعل للإنسان على شيء يفعله .
والأصل فيها : قوله تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَهُ بِهِ حُمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ، وكان حمل البعير معلوماً عندهم ؛ كالوَسْق ، وقد ورد في شرعنا تقريره ، وهو حديث رُقية اللديغ على قطع من الغنم ، متفق عليه^(٢) ، ولأن الحاجة تدعو إليها في رد ضالة وأبق وعمل لا يقدر عليه ولا يجد من يتطوع برده ، ولا تصح الإجارة على رده ؛ للجعالة بمكانه ، فجاز بالجعالة ؛ كالإجارة والقراض .

(هي كقوله) أي : قول مطلق التصرف : (« من رد آبقي » أو دابتي الضالة) ..
فله كذا ») وإن لم يكن فيه خطاب لمعين ؛ للآية ، واحتمل إبهام العامل ؛ لأنه ربما لا يهتدي إلى تعيين الراغب في العمل ، وإذا صحَّ مع إبهام العامل .. صحَّ مع تعيينه من باب أولى ؛ كقوله : (إن رددت عبدي .. فلك كذا) ، و (إن رد زيد آبقي .. فله كذا) فإنه يستحقُّ الجعل برده قطعاً .

ويشترط في المجمعول له : أهلية العمل فقط ؛ كما جزم به الرافعي ، حتى يشمل الصبي والعبد ، وبه صرح الماوردي هنا ، لكنه خالفه في (السير) فقال : لا يستحقُّ الصبي إذا رده ، وكذا العبد بغير إذن السيد^(٣) .

(ويشترط : صيغة تدل على العمل بعوض) معلوم مقصود (مُتْلَزِم) لأنها معاوضة ، فافتقرت إلى صيغة تدل على المطلوب وقدر المبدول .

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٥) ، تهذيب الأسماء واللغات (٨٩/٣) .

(٢) صحيح البخاري (٢٢٧٦) ، صحيح مسلم (٢٢٠١) ، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٣) الشرح الكبير (١٩٨/٦) ، الحاوي الكبير (٤٦٥/٩) .

فَلَوْ عَمِلَ بِلَا إِذْنٍ أَوْ أَدْنَى لَشَخْصٍ فَعَمِلَ غَيْرُهُ . . فَلَا شَيْءَ لَهُ . وَلَوْ قَالَ أَجْنَبِي : (مَنْ رَدَّ عَبْدَ زَيْدٍ . . فَلَهُ كَذَا) . . اسْتَحَقَّهُ الرَّادُّ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ ، وَإِنْ قَالَ : (قَالَ زَيْدٌ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي . . فَلَهُ كَذَا) - وَكَانَ كَاذِباً . . لَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَيْهِ وَلَا عَلَى زَيْدٍ . وَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُ الْعَامِلِ وَإِنْ عَيَّنَهُ . وَتَصَحَّ عَلَى عَمَلِ مَجْهُولٍ ، وَكَذَا مَعْلُومٍ فِي الْأَصَحِّ

(فلو عمل بلا إذن أو أدنى لشخص فعمل غيره . . فلا شيء له) ، أما الأول . . فلأنه لم يلتزم له المالك عوضاً ، فيقع عمله تبرعاً ، وسواء عُرف بردّ الضوال أم لا ، وأما الثاني . . فلأنه لم يلتزم لغير المعين شيئاً .
نعم ؛ لو رده عبده . . استحق ؛ لأن يد عبده كيده .
(ولو قال أجنبي : « من ردّ عبد زيد . . فله كذا » . . استحقه الرادّ على الأجنبي)
لأنه الجاعل .

(وإن قال : « قال زيد : من ردّ عبدي . . فله كذا » - وكان كاذباً . . لم يستحق عليه) أي : على الفضولي ؛ لعدم التزامه ، (ولا على زيد) إن كذبه ؛ لأنه لم يلتزم له شيئاً ، فإن صدقه . . استحقّ عليه ، قاله البغوي ، قال الرافعي : وكأنّ هذا فيما إذا كان المخبر ممن يعتمد خبره ، وإلا . . فهو كما لو ردّ غير عالم بإذنه والتزامه ^(١) .
(ولا يشترط قبول العامل) لفظاً (وإن عينه) لما فيه من التضييق ، بل يكفي الإتيان بالعمل .

(وتصحّ على عمل مجهول) لأن الجهالة في العمل إذا احتملت في القراض توصلاً إلى الربح ولا ضرورة . . فهنا أولى .

وأطلق الشيخان صحتها على المجهول ، وخصّه ابن الرفعة تبعاً للقاضي حسين : بما إذا لم يمكن الضبط ^(٢) ، فإن سهل . . تعين ، ففي بناء حائط : يذكر موضعه وطوله وسمكه وارتفاعه وما يبنى به ، وفي الخياطة : يعتبر وصف الثوب والخياطة ، وفي « شرح التعجيز » لمصنفه نحوه .

(وكذا معلوم) كالخياطة والبناء ونحوهما (في الأصح) لأنه إذا جاز مع

(١) التهذيب (٤/٥٦٥) ، الشرح الكبير (٦/١٩٧) .

(٢) الشرح الكبير (٦/١٩٨) ، روضة الطالبين (٥/٢٦٩) ، كفاية النبيه (١١/٣٢٣) .

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْجُعْلِ مَعْلُومًا ، فَلَوْ قَالَ : (مَنْ رَدَّهُ .. فَلَهُ ثَوْبٌ أَوْ أَرْضِيهِ) .. فَسَدَ الْعَقْدُ وَلِلرَّادِّ أَجْرُهُ مِثْلُهُ

الجهالة . . فمع العلم أولى ، والثاني : المنع ؛ للاستغناء بالإجارة .

ويشترط في العمل : كونه فيه كلفة ، غير واجب عليه ، ولا توقيت فيه .

فخرج بالقييد الأول : ما لو قال : (من ردّ مالي .. فله كذا) ، فردّه من كان في يده ؛ فإن كان في ردّه كلفة ؛ كالآبق .. استحقّ الجعل ، وإن لم يكن ؛ كالدرهم والدنانير .. فلا ؛ لأن ما لا كلفة فيه لا يقابل بالعوض .

وبالقييد الثاني : ما لو قال : (من دلني على مالي .. فله كذا) ، فدلّه من المال في يده .. لم يستحق شيئاً ؛ لأن ذلك واجب عليه شرعاً ، فلا يأخذ عليه عوضاً ، وإن كان في يد غيره فدلّه عليه .. استحقّ ؛ لأن الغالب أنه تلحقه مشقة بالبحث عنه .
وبالقييد الثالث : ما لو قال : (من ردّ أبقي إلى شهر .. فله كذا) فإنه لا يصحّ ؛ كما نقلاه عن القاضي أبي الطيب وأقرّاه^(١) .

(ويشترط) لصحة العقد (كون الجعل معلوماً) لأنه عقد جُوز للحاجة ، ولا حاجة لجهالة العوض ، بخلاف العمل .

(فلو قال : « من رده .. فله ثوب أو أرضيه ») ونحوه (.. فسد العقد) لجهالة العوض ، (وللرّاد أجره مثله) كما في الإجارة الفاسدة ، ويستثنى مسألتان :
الأولى : مسألة العليج ؛ وهي ما لو قال الإمام : (من دلّني على قلعة كذا .. فله منها جارية) فإنه يصحّ ، وسيأتي في (السير) .

الثانية : ما إذا قال : (حُجّ عني وأعطيك نفقتك) فإنه جائز على ما ذكرناه في (كتاب الحج) ، لكن نصّ الشافعي في « الأم » على البطلان^(٢) .

ومنع بعضهم استثناء الثانية وإن قلنا بالجواز ؛ لأن هذا إرزاق لا جعالة ، وإنما يكون جعالة إذا جعله عوضاً فقال : (حُجّ عني بنفقتك) ، وقد صرح الماوردي في

(١) الشرح الكبير (٢٠٣/٦ - ٢٠٤) ، روضة الطالبين (٢٧٥/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٣٠٨/٣) ، روضة الطالبين (١٨/٣) .

فَلَوْ قَالَ : (مِنْ بَلَدٍ كَذَا) فَرَدَّهُ مِنْ أَقْرَبَ مِنْهُ . . فَلَهُ قِسْطُهُ مِنَ الْجُعْلِ . وَلَوْ اشْتَرَكَ
اِثْنَانِ فِي رَدِّهِ . . اشْتَرَكَا فِي الْجُعْلِ . وَلَوْ اتَّزَمَ جُعْلاً لِمُعَيَّنٍ فَشَارَكَهُ غَيْرُهُ فِي الْعَمَلِ ؛
إِنْ قَصَدَ إِعَانَتَهُ . . فَلَهُ كُلُّ الْجُعْلِ ،

(كتاب الحج) في هذه الصيغة : بأنها جمالة فاسدة ؛ لجهالة العوض ^(١) .
(فلو قال : « مِنْ بَلَدٍ كَذَا » فردّه من أقرب منه . . فله قسطه من الجعل) ^(٢) إذا
صححنا الجعالة على العمل المعلوم ، وهو الأصح ؛ لأنه جعل كلّ الجعل في مقابلة
العمل ، فبعضه في مقابلة البعض ، فإن رده من نصف الطريق . . استحق نصف
الجعل ؛ كذا أطلقوه ، ويجب فرضه فيما إذا تساوت الطريق في السهولة والحزونة ؛
كما أشار إليه ابن الرفعة ^(٣) ، أما لو تفاوتت ؛ بأن كانت أجرة النصف في المسافة
ضعف أجرة النصف الآخر . . فيقابله ثلثا الجعل .
ولو ردّه من أبعد منه . . لم يستحق زيادة ؛ لعدم الالتزام .

(ولو اشترك اثنان في رده . . اشتركا في الجعل) لحصول الردّ منهما ، ويقسم
بالسوية وإن تفاوت عملهما ؛ لأن العمل لا ينضبط حتى يقع التوزيع عليه ، ولو قال :
(أَيُّ رَجُلٍ رَدَّ عَبْدِي . . فله درهم) ، فردّه رجلاً . . فالظاهر : الاشتراك .
(ولو التزم جُعلاً لمعين) كقوله : (إن رددت أبقي . . فلك دينار) ، (فشاركه
غيره في العمل ؛ إن قصد إعانته) مجّاناً أو بعوض منه (. . فله كلّ الجعل) أي :
لذلك المعين ؛ لأن ردّ الغير بقصد الإعانة له واقع عنه ، ومقصود المالك ردّ العبد بأيّ
وجه أمكن ، فلا يحمل لفظه على قصر العمل على المخاطب ، ولا شيء لذلك الغير
على المعين إلا أن يلتزم له أجره ويستعين به .

واستنبط السبكي من هذا : جواز الاستئابة في الإمامة ونحوها بشرط : أن يستنيب
مثله أو خيراً منه ، ويستحقّ كلّ المعلوم ، قال : وإن أفتى ابن عبد السلام والنووي
بعدم استحقاق واحد منهما ، أما النائب . . فلعدم ولايته إلا أن يأذن له الناظر في

(١) الحاوي الكبير (٣٦٧/٥) .

(٢) في (ب) و (د) : (وإن قال : « مِنْ بَلَدٍ كَذَا ») .

(٣) كفاية النية (٣٣٢-٣٣٣) .

وَأِنْ قَصَدَ الْعَمَلُ لِلْمَالِكِ . . فَلِلأَوَّلِ قِسْطُهُ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُشَارِكِ بِحَالٍ . وَلِكُلِّ مِنْهُمَا
الْفُسْخُ قَبْلَ تَمَامِ الْعَمَلِ ، فَإِنْ فُسِخَ قَبْلَ الشَّرُوعِ أَوْ فُسِخَ الْعَامِلُ بَعْدَ الشَّرُوعِ . . فَلَا شَيْءَ
لَهُ ،

المباشرة ، ولأنه لم ينصبه الواقف ، وأما المستنيب . . فلأنه لم يأت بالشرط .
قال الزركشي : ومدركهما في ذلك : أن الريع ليس من (باب الإجارة)
ولا (الجعالة) لأن شرطهما : أن يقع العمل منهما للمستأجر والجاعل ، والعمل هنا
لا يمكن وقوعه للجاعل ، فلم يبق إلا الإباحة بشرط الحضور ، ولم يوجد ، فلا يصح
إلحاقه بهذه المسألة .

(وإن قصد العمل للمالك . . فللأول قسطه ، ولا شيء للمشارك بحال) لأن
المالك لم يلتزم له شيئاً .

(ولكل منهما) أي : من المالك والعامل (الفسخ قبل تمام العمل) لأنه عقد جائز
من الطرفين ، أما من جهة الجاعل . . فمن حيث إنها تعليق استحقاق بشرط ، فأشبهت
الوصية ، وأما من جهة العامل . . فلأن العمل فيها مجهول ، وما كان كذلك لا يتصف
باللزوم ؛ كالقراض .

وإنما يتصور الفسخ ابتداءً في العامل المعين ، أما غير المعين . . فلا يتصور الفسخ
منه إلا بعد الشروع في العمل .

واحترز بقوله : (قبل تمام العمل) عما بعده ؛ فإنه لا أثر للفسخ ؛ لأن الجعل قد
لزم واستقر .

(فإن فُسِخَ قبل الشروع أو فسخ العامل بعد الشروع . . فلا شيء له) أما في
الأولى . . فلأنه لم يعمل شيئاً ، وسواء فيه فسخه وفسخ المالك ، وأما في الثانية . .
فلأن الجعل يستحق بتمام العمل ، وهو قوت عمله باختياره ولم يحصل غرض المالك .
ويستثنى : ما إذا زاد الجاعل في العمل ففسخ العامل لأجل ذلك ؛ فإنه يستحق
أجرة المثل ؛ لأن الجاعل ألجأه إلى ذلك ، قاله الرافعي في آخر (المسابقة) ، قال في
« المهمات » : وقياسه : أن يكون كذلك إذا نقص من الجعل ^(١) .

(١) الشرح الكبير (٢٢٤ / ١٢) ، المهمات (١٩٩ / ٦) .

وَأِنْ فُسَخَ الْمَالِكُ بَعْدَ الشَّرْعِ . . فَعَلَيْهِ أَجْرَةُ الْمِثْلِ فِي الْأَصَحِّ . وَلِلْمَالِكِ أَنْ يَزِيدَ وَيَنْقُصَ فِي الْجُعْلِ قَبْلَ الْفَرَاغِ ، وَفَائِدَتُهُ بَعْدَ الشَّرْعِ : وَجُوبُ أَجْرَةِ الْمِثْلِ . وَلَوْ مَاتَ الْآبِقُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ أَوْ هَرَبَ . . فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ ، وَإِذَا رَدَّهُ . . فَلَيْسَ لَهُ حَبْسُهُ لِقَبْضِ الْجُعْلِ . وَیَصْدَقُ الْمَالِكُ إِذَا أَنْكَرَ شَرْطَ الْجُعْلِ أَوْ سَعِيَّهُ فِي رَدِّهِ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْجُعْلِ . . تَحَالَفَا .

(وإن فسخ المالك بعد الشرع . . فعليه أجرة المثل في الأصح) لئلا يحبط سعيه بفسخ غيره ، والثاني : لا شيء للعامل ؛ كما لو فسخ العامل بنفسه ؛ لأنه عقد جائز من الطرفين .

(وللمالك أن يزيد وينقص في الجعل قبل الفراغ) سواء قبل الشرع أم بعده ؛ لأن ذلك يجوز في البيع في زمن الخيار ، فجوازه فيما العقد فيه جائز أولى .
فإذا قال : (من رده . . فله عشرة) ، ثم قال قبل الشرع : (من رده . . فله خمسة) . . الاعتبار بالآخر ، وكذا يجوز تغيير جنسه .

(وفائدته بعد الشرع : وجوب أجرة المثل) لأن النداء الأخير فسخ الأول ، والفسخ في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجرة المثل .

(ولو مات الآبق في بعض الطريق) ولو بباب دار المالك قبل أن يسلمه إليه (أو هرب . . فلا شيء للعامل) لأنه لم يردّه ، والاستحقاق معلق بالردّ وهو المقصود ، ويخالف موت الأجير في الحجّ في أثناء العمل ؛ فإنه يستحق قسط ما عمل في الأصحّ ؛ لأن القصد بالحجّ الثواب ، وقد حصل للمحجوج عنه الثواب بالبعض ، والقصد هنا الردّ ، ولم يوجد .

(وإذا رده . . فليس له حبسه لقبض الجعل) لأن الاستحقاق بالتسليم ، ولا حبس قبل الاستحقاق .

(ويصدق المالك إذا أنكر شرط الجعل أو سعيه في رده) لأن الأصل عدم الشرط والردّ .
(فإن اختلفا في قدر الجعل . . تحالفا) وللعامل أجرة المثل ؛ كما في القراض والإجارة .

* * *

كتاب الفرائض

يُبْدَأُ مِنْ تَرَكَةِ الْمَيِّتِ بِمُؤْنَةٍ تَجْهِيْزُهُ ،

(كتاب الفرائض)

الفرائض : جمع فريضة مشتقة من الفرض وهو التقدير ، وأصل الفرض : الحزُّ والقطع ، ومنه فُرْضَةُ القوس ، وهي الحز الذي يقع فيه الوتر ، وفرض الخياط الثوب ؛ أي : قطعه ، ولما كان علم الفرائض مشتملاً على السهام المقدرة ، والمقادير المقسطة سمي بذلك .

وأصل الباب : قوله تعالى : ﴿ يُوْصِيْكَوْا اللّٰهُ فِيْ اَوَّلٰدِكُمْ ﴾ الآيات ، وقوله تعالى : ﴿ اِنْ اَمْرُؤُا هٰلِكَ ﴾ إلى آخر السورة .

واشتهرت الأخبار بالبحث على تعليمها وتعلمها ؛ منها : حديث أبي هريرة رضي الله عنه : « تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ وَعَلِّمُوهُ ؛ فَإِنَّهُ نِصْفُ الْعِلْمِ ، وَهُوَ يُنْسَى ، وَهُوَ أَوَّلُ عِلْمٍ يُنْزَعُ مِنْ أُمَّتِي » رواه ابن ماجه والحاكم والبيهقي وقال : تفرد به حفص بن عمر ، وليس بالقوي^(١) .

وفي معنى كونه نصف العلم أقوال : أحسنها : أنه باعتبار الحال ، فإن حال الناس اثنان : إما حياة أو وفاة ، فالفرائض تتعلق بحال الوفاة ، وسائر العلوم تتعلق بحال الحياة ، فيكون لفظ النصف عبارة عن الواحد من القسمين وإن لم يتساويا ، قال الشاعر :

إِذَا مُتُّ كَانَ النَّاسُ نِصْفَانِ شَامِتٌ وَآخَرُ مُثْنٍ بِالَّذِي كُنْتُ صَانِعُ
(يُبْدَأُ مِنْ تَرَكَةِ الْمَيِّتِ بِمُؤْنَةٍ تَجْهِيْزُهُ) بالمعروف ؛ لأنه محتاج إليها ، وإنما يدفع إلى الوارث ما يستغني عنه المورث ، قال الأستاذ أبو منصور : ومؤنة التجهيز على حسب العرف في يساره وإعساره ، ولا اعتبار بلباسه في حياته إسرافاً أو تقتيراً وفي « التلقين » لابن سراقه نحوه ، ويبدأ أيضاً بمؤنة تجهيز من عليه مؤنته ؛ كما نقله في

(١) سنن ابن ماجه (٢٧١٩) ، المستدرک (٣٣٢ / ٤) ، سنن البيهقي (٢٠٩ / ٦) .

ثُمَّ تَقْضَى دَيْوْنُهُ ، ثُمَّ وَصَايَاهُ مِنْ ثُلْثِ الْبَاقِي ، ثُمَّ يُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَثَةِ . قُلْتُ : فَإِنْ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرَكَةِ حَقٌّ كَالزَّكَاةِ وَالْجَانِي وَالْمَرْهُونِ وَالْمَبِيعِ إِذَا مَاتَ الْمُشْتَرِي مُفْلِسًا . قَدَّمَ عَلَى مَوْنَةِ تَجْهِيزِهِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

« الروضة » في (باب الفلس) عن نصِّ الشافعي واتفق الأصحاب ^(١) .

(ثم تقضى ديونه) لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ويبدأ بدين الله تعالى ؛ كالزكاة والكفارة والحج ، ويقدم على دين آدمي على الأصح ، (ثم وصاياه من ثلث الباقي) للآية المذكورة .

وأتى المصنف بـ (ثم) لينبه على أن الدَّين مُقَدَّم على الوصية ، وحكى القرطبي الإجماع عليه ^(٢) ، وانفرد أبو ثور ، فقدم الوصية ؛ لظاهر الآية ، وإنما قدمت الوصية في الآية ؛ لأنها لما أشبهت الميراث في كونها بلا عوض . . كان في إخراجها مشقة على الوارث ، فقدمت حثاً على إخراجها .

(ثم يقسم الباقي بين الورثة) على ما سيأتي تفصيله .

(قلت : فإن تعلق بعين التركة حق ؛ كالزكاة والجاني والمرهون والمبيع إذا مات المشتري مفلساً . قَدَّمَ عَلَى مَوْنَةِ تَجْهِيزِهِ ، وَاللَّهُ أَعْلَم) تقديماً لحقِّ صاحب التعلق على حقه ؛ كما في حال الحياة لا يقال : لا حاجة إلى استثناء مسألة الزكاة ؛ لأن الأصحَّ تعلُّقها بالمال تعلق شركة ، فقدر الزكاة ليس تركة ؛ لأننا نقول : وإن كان التعلق تعلق شركة . . فلم يخرج عن التركة خروجاً كلياً ؛ بدليل أن المالك له دفع الزكاة من غيره بغير رضى المستحقين .

وأتى المصنف بـ (كاف) التشبيه ؛ لينبه على عدم الحصر فيما ذكر ، ووصلها بعض الفضلاء إلى عشر صور ، ونظمها في بيتين فقال : [من الطويل]

يُقَدَّمُ فِي الْمِيرَاثِ نَذْرٌ وَمَسْكَنٌ زَكَاةٌ وَمَرْهُونٌ مَبِيعٌ لِمُفْلِسٍ
وَجَانٍ قِرَاضٌ ثُمَّ قَرْضٌ كِتَابَةٌ وَرَدٌّ بِعَيْبٍ فَاحْفَظِ الْعِلْمَ تَرَأْسِ
وقد زدت على ذلك أربع عشرة مسألة ذكرتها في كتابي « المواهب السنية في شرح

(١) روضة الطالبين (١٤٦/٤) .

(٢) الجامع لأحكام القرآن (٧٣/٥) .

وَأَسْبَابُ الْإِرْثِ أَرْبَعَةٌ : قَرَابَةٌ ، وَنِكَاحٌ ، وَوَلَاءٌ ؛ فَبِإِثْمِ الْمُعْتِقِ الْعَتِيقِ وَلَا عَكْسَ ،
وَالرَّابِعُ : الْإِسْلَامُ ؛ فَتَصْرَفُ التَّرَكَةُ لِبَيْتِ الْمَالِ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ بِالْأَسْبَابِ
الثَّلَاثَةِ

الأشْنَهِيَّةُ » ، وأوضحت فيه المسائل المذكورة في البيتين فلتطلب منه .

(وأسباب الإرث أربعة : قرابة ، ونكاح ، وولاء) أما القرابة والنكاح . . فلاية ،
وأما الولاء . . فلحديث : « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحِمَةٍ النَّسَبِ » صححه ابن حبان
والحاكم^(١) .

شبه الولاء بالنسب ، والنسب يورث به ، فكذا الولاء .

(فِيرِثُ الْمُعْتِقِ الْعَتِيقُ) للحديث المذكور ، وهو إجماع (ولا عكس) أي :
لا يرث العتيق المعتق بالإجماع إلا من قد شذ .

(والرابع : الإسلام ؛ فتصرف التركة) أي : تركة المسلم (لبیت المال إرثاً)
للمسلمين (إذا لم يكن وارث بالأسباب الثلاثة) المتقدمة ، أو كان ولم يستغرق . .
فالباقى لبیت المال ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أَنَا وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ ، أَعْقَلُ
عَنَّهُ ، وَأَرِثُهُ » صححه ابن حبان والحاكم^(٢) .

وهو صلى الله عليه وسلم لا يرث لنفسه ، وإنما يصرف ذلك في مصالح
المسلمين ، فهم الوارثون ، لهذا هو المشهور ، وفي قول : أنه يصرف إلى بيت المال
على وجه المصلحة لا على وجه الإرث ؛ كالمال الضائع ؛ لأنه لا يخلو عن ابن عم
وإن بَعُدَ .

وأجيب : بأنه لا يلزم من وجود ابن عم بعيد أن يكون وارثاً ؛ لاحتمال ألا يكون
مسلماً .

وقضية كلام الشيخين وغيرهما : استواء جميع المسلمين في ذلك^(٣) ، وذكر ابن

(١) صحيح ابن حبان (٤٩٥٠) ، المستدرك (٣٤١/٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) صحيح ابن حبان (٦٠٣٥) ، المستدرك (٣٤٤/٤) ، وأخرجه أبو داود (٢٩٠١) ، وابن ماجه (٢٦٣٤) ، وأحمد (١٣١/٤) عن المقدم بن معدي كرب رضي الله عنه .

(٣) الشرح الكبير (٤٤٧/٦) ، روضة الطالبين (٤/٦) .

وَالْمُجْمَعُ عَلَى إِرْثِهِمْ مِنَ الرِّجَالِ عَشْرَةٌ : الْإِبْنُ وَابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ ، وَالْأَبُ وَأَبُوهُ وَإِنْ
عَلَا ، وَالْأَخُ وَابْنُهُ إِلَّا مِنَ الْأُمِّ ، وَالْعَمُّ إِلَّا لِلْأُمِّ ، وَكَذَا ابْنُهُ ، وَالزَّوْجُ ، وَالْمُعْتَقُ .
وَمِنَ النِّسَاءِ سَبْعٌ : ابْنَتُ ، وَبِنْتُ الْإِبْنِ وَإِنْ سَفَلَ ، وَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ وَالْأَخْتُ وَالزَّوْجَةُ
وَالْمُعْتَقَةُ

الرفعة أنه يختص به أهل بلده ، ولا يجوز نقله عنهم إذا منعنا نقل الزكاة والوصية ،
وذكر من نصّه في « الأم » ما يعضده ، ويدلّ له ما في « سنن أبي داود »
و« الترمذي » : (أن مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم خراً من عَذَق نخلة فمات ،
فأتني به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « هَلْ لَهُ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَحِمٍ ؟ » قالوا :
لا ، قال : « أَعْطُوا مِيرَاثَهُ بَعْضَ أَهْلِ قَرَبَتِهِ »)^(١) .

(والمجمع على إرثهم من الرجال عشرة : الابن وابنه وإن سفل ، والأب وأبوه وإن
علا والأخ) مطلقاً (وابنه إلا من الأم ، والعَمُّ إلا للأم ، وكذا ابنه) أي : ابن العم
للأبوين أو للأب ، لا للأم .

(والزواج ، والمعتق) هذا منه مغن عن التوجيه ، حيث نقل الإجماع فيه ، ويدخل
في العم عم الميت وعم أبيه وعم جده وإن علا ، ويدخل أبنائهم في قوله : (وكذا ابنه) .
ولو قال : (من الذكور بدل الرجال) . . . لكان أولى ، لكن المراد : الجنس ،
وكذا في النساء ، فيشمل الأطفال من الذكور والإناث .

واعلم : أن الفقهاء شبهوا عمود النسب بالشيء المتدلي من علو ، فأصل كل إنسان
أعلى منه ، وفرعه أسفل منه ، وكان مقتضى تشبيهه بالشجرة أن يكون أصله أسفل
منه ، وفرعه أعلى ؛ كما في الشجرة ، فيقال : في أصله وإن سفل ، وفي فرعه وإن
علا .

(ومن النساء سبع :) مجمع على إرثهن (البنت ، وبنت الابن وإن سفل ، والأم
والجدّة) من الجهتين المذلية بوارث ؛ لِتَخْرُجَ أُمُّ أَبِي الْأُمِّ (والأخت) مطلقاً (والزوجة
والمعتقة) قوله : (وبنت الابن وإن سفل) كذا حكى عن خط المصنف ، ويقع في

(١) سنن أبي داود (٢٩٠٢) ، سنن الترمذي (٢١٠٥) ، وأخرجه ابن ماجه (٢٧٣٣) ، وأحمد
(١٨١ / ٦) عن عائشة رضي الله عنها .

وَلَوْ اجْتَمَعَ كُلُّ الرَّجَالِ . . وَرِثَ الْأَبُ وَالْإِبْنُ وَالزَّوْجُ فَقَطْ ، أَوْ النِّسَاءُ . . فَأَلْبِنْتُ وَبِنْتُ
الْإِبْنَ وَالْأُمَّ وَالْأَخْتَ لِلْأَبَوَيْنِ وَالزَّوْجَةَ ، أَوْ الَّذِينَ يُمَكِّنُ اجْتِمَاعُهُمْ مِنَ الصَّنَفَيْنِ . .
فَالْأَبَوَانِ وَالْإِبْنُ وَالْبِنْتُ وَأَحَدُ الزَّوْجَيْنِ . وَلَوْ فَقَدُوا كُلَّهُمْ . . فَأَصْلُ الْمَذْهَبِ : أَنَّهُ لَا
يُورَثُ ذَوُو الْأَرْحَامِ ،

بعض النسخ : وإن سفلت ، وليس بجيد ؛ لدخول بنت بنت الابن ، وليست بوارثة .
والأفصح أن يقال في المرأة : زوج ، والزوجة لغة مرجوحة ، قال المصنف :
واستعمالها في باب الفرائض متعين ؛ ليحصل الفرق بين الزوجين^(١) .

(ولو اجتمع كلُّ الرجال)^(٢) ولا يكون إلا والميت أنثى (. . ورث الأب والابن
والزوج فقط) لأنهم لا يحجبون ، بخلاف البقية ، وتصحُّ من اثني عشر ؛ لأن فيها ربعا
وسدسا ؛ للأب السدس ، وللزوج الربع ، والباقي للابن .

(أو النساء . . فالبنت وبنت الابن والأم والأخت للأبوين والزوجة) لما ذكرناه ،
وتصحُّ من أربعة وعشرين ؛ لأن فيها سدسا وثمنا ؛ للأم السدس ، وللزوجة الثمن ،
وللبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ، وللأخت الباقي ، وهو سهم .

(أو الذين يمكن اجتماعهم من الصنفين . . فالأبوان والابن والبنت وأحد الزوجين)
لحجبهم من عداهم ويكون الميت فيها رجلا أو امرأة ؛ فعلى تقدير كونه رجلا :
فأصلها من أربعة وعشرين ، وتصحُّ من اثنين وسبعين ، وعلى تقدير كونه امرأة :
أصلها من اثني عشر ، وتصحُّ من ستة وثلاثين .

(ولو فقدوا كلهم . . فأصل المذهب : أنه لا يُورَثُ ذَوُو الْأَرْحَامِ) لأنه صلى الله
عليه وسلم ركب إلى قباء مستخيراً لله تعالى في العمرة والخالة ، فأنزل الله تعالى : « لَا
مِيرَاثَ لَهُمَا » صححه الحاكم^(٣) .

وحديث : « إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لِرِوَاثٍ »^(٤) فيه إشارة

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٤٦) .

(٢) في (ب) و (د) : (فلو اجتمع كلُّ الرجال) .

(٣) المستدرک (٣٤٣ / ٤) ، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥) ، والترمذي (٢١٢٠) ، وابن ماجه (٢٧١٣) عن أبي أمامة الباهلي
رضي الله عنه .

وَلَا يُرَدُّ عَلَى أَهْلِ الْفَرَضِ ، بَلِ الْمَالُ لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَأَفْتَى الْمُتَأَخَّرُونَ : إِذَا لَمْ يَنْتَظَمْ أَمْرُ
بَيْتِ الْمَالِ بِالرَّدِّ عَلَى أَهْلِ الْفَرَضِ

إلى من ذكره الله في كتابه هو الوارث وليس هؤلاء منهم ، وقال المزني وابن سريج
بتوريثهم ، قال ابن الرفعة : ومحلُّ الخلاف : عند صلاح بيت المال ، لا عند
فساده^(١) .

(ولا يُرَدُّ عَلَى أَهْلِ الْفَرَضِ) ليس هذا متعلقاً بما قبله ؛ إذ الصورة فَقَدْ الْكُلُّ ، بل
هو استئناف لفقد البعض ، فإذا وجد ذو فرض لا يستوعب المال ؛ كالبنتين
والأختين .. أخذنا فرضهما ، ولا يرَدُّ عليهما الباقي ؛ لأن الله تعالى جعل للأخ الكلَّ
حيث جعل للأخت النصف ، وفي الردِّ يرفع الفرق .

(بل المال لبیت المال) سواء انتظم أمره بإمام عادل يصرفه في جهته أو لم ينتظم ؛
لأن الإرث للمسلمين ، والإمام ناظر ومستوف لهم ، والمسلمون لم يعدموا ، وإنما
عدم المستوفي لهم ، فلم يوجب ذلك سقوط حقهم .

(وأفْتَى الْمُتَأَخَّرُونَ : إِذَا لَمْ يَنْتَظَمْ أَمْرُ بَيْتِ الْمَالِ) بأن لم يكن إمام ، أو كان
جائراً ، ولم يجتمع فيه شروط الإمامة (بالردِّ عَلَى أَهْلِ الْفَرَضِ) لأن المال مصروف
إليهم ، أو إلى بيت المال بالاتفاق ، فإذا تعذرت إحدى الجهتين .. تعينت الأخرى ،
وقال في « زيادة الروضة » : إنه الأصحُّ أو الصحيح عند محققي أصحابنا ؛ منهم ابن
سراقة من كبار أصحابنا ومتقدميهم ، ثم صاحب « الحاوي » ، والقاضي الحسين ،
والمتولي ، والخبري ، وآخرون^(٢) .

وتخصيصه بفتوى المتأخرين لا وجه له ، فقد قال ابن سراقة - وهو قبل الأربع
مئة - : هو قول شيوخنا^(٣) ، وعليه الفتوى اليوم في الأمصار^(٤) .

(١) كفاية النية (٥٢١/١٢) .

(٢) روضة الطالبين (٦/٦) .

(٣) في (ب) : (فوق الأربع مئة) ، وهو الأقرب إلى الصحة ؛ لأن ابن سراقة كان حياً سنة (٤٠٠ هـ)
كما قاله الإمام الذهبي في « سير أعلام النبلاء » (٢٨١/١٧) ، وقال الإمام السبكي في « الطبقات »
(٢١١/٤) : (وأراه توفي في حدود سنة عشر وأربع مئة) .

(٤) قال ابن الصلاح في « فتاويه » [٤٠٤/٢] : إن كان ذوو الأرحام ممن يستحق في بيت المال مثل هذا =

غَيْرِ الزَّوْجَيْنِ مَا فَضَّلَ عَنْ فُرُوضِهِمْ بِالنِّسْبَةِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا . . . صُرِفَ إِلَى ذَوِي
الْأَرْحَامِ ،

(غير الزوجين) لأن علة الردّ القرابة ، وهي مفقودة فيهما .

وهذا من زياداته على « المحرر » ولا بدّ منه إذا لم يكونا من ذوي الأرحام ، فلو
كان مع الزوجية رحم ؛ كبنت الخالة وبنت العم وجب عند القائلين بالردّ عليها ،
والصرف حينئذ من جهة الرحم لا الزوجية .

(ما فَضَّلَ عن فروضهم بالنسبة) أي : بنسبة فروضهم ، فإن كان صنفاً واحداً ؛
كالبنات والأخت . . . أخذ الفرض والباقي بالردّ ، أو جماعةً من صنف ؛ كالبنات . .
فالباقي بينهم بالسوية ، أو صنفين فأكثر . . ردّ الباقي عليهم بقدر سهامهم .

مثاله : زوج وبنت وأم ، هي من اثني عشر ؛ سدسها اثنان فرض الأم ، ونصفها
سنة فرض البنت ، وربعاها ثلاثة فرض الزوج ، يبقى سهم يردّ على الأم والبنت ؛ ثلاثة
أرباعه للبنت ، والربع للأم ، ولو لم يكن إلا الأم والبنت . . فالباقي بينهم أرباعاً ،
فاجعل المسألة من أربعة ؛ للأم سهم بالفرض والردّ ، وثلاثة للبنت .

(فإن لم يكونوا) أي : أصحاب الفروض (. . صُرِفَ إلى ذوي الأرحام) إرثاً على
الصحيح في « زيادة الروضة »^(١) ؛ لحديث : « أَلْخَالُ وَارِثٌ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ » رواه
أبو داود ، وصححه ابن حبان والحاكم^(٢) .

وإنما قدم الردّ عليهم ؛ لأن القرابة المفيدة لاستحقاق الفرض أقوى ، قال الخفاف
والقاضي : والتوريث بالرحم توريث بالعصوبة ؛ بدليل أنه يراعى فيه القرب ، ويفضل
فيه الذكر على الأنثى ويحوز المنفرد منهم جميع المال ، وهذه علامات الإرث
بالتعصيب ، وفي كيفية توريثهم مذهبان : أحدهما : مذهب أهل التنزيل ؛ أي : ينزل

= القدر . . صرفه إليهم ، وإلا . . فيصرفه بعض الثقات إلى وجه المصالح ، وإن كان هناك بيت مال على
الوجه المشروع . . حمل إليه ، وهو جمع بين الطرفين .

- (١) روضة الطالبين (٧/٦) .
(٢) سنن أبي داود (٢٨٩١) ، صحيح ابن حبان (٦٠٣٥) ، المستدرک (٣٤٤/٤) ، وأخرجه ابن
ماجه (٢٦٣٤) ، وأحمد (١٣١/٤) عن المقدم بن معدي كرب رضي الله عنه .

وَهُمْ : مَنْ سِوَى الْمَذْكُورِينَ مِنَ الْأَقَارِبِ ، وَهُمْ عَشْرَةُ أَصْنَافٍ : أَبُو الْأُمِّ ، وَكُلُّ جَدٍّ وَجَدَّةٍ سَاقِطَيْنِ ، وَأَوْلَادُ الْبَنَاتِ ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ ، وَأَوْلَادُ الْأَخَوَاتِ ، وَبَنُو الْإِخْوَةِ لِلأُمِّ ، وَالْعَمُّ لِلأُمِّ ، وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ ، وَالْعَمَّاتُ ، وَالْأَخْوَالُ ، وَالْخَالَاتُ ، وَالْمَذْلُونُ بِهِمْ .

فَصْلٌ

[في بيان الفروض التي في القرآن الكريم وذويها]

الْفُرُوضُ الْمُقَدَّرَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى سِتَّةٌ :

كلُّ منهم منزلة من يدلي به ، وصححه في « زيادة الروضة »^(١) ، والثاني : مذهب أهل القرابة : وهو توريث الأقرب فالأقرب إلى الميت ؛ كالعصبات .

مثاله : بنت بنت وبنت بنت ابن ، فعلى الأول : المال بينهما أرباعاً بالفرض والردُّ ؛ كما يكون بين البنت وبنت الابن ، وعلى الثاني : الكلُّ لبنت البنت ؛ لقربها .

(وهم : من سوى المذكورين من الأقارب) وإن شئت قلت : كلُّ قريب ليس بذي فرض ولا عصة .

(وهم عشر أصناف : أبو الأم ، وكلُّ جدٍّ وجدَّةٍ ساقطينِ) هذا كله صنف ، (وأولاد البنات) ذكورهم وإنائهم ، ولم يذكر أولاد بنات الابن ؛ لأن لفظ البنات شامل لهم ، (وبنات الإخوة ، وأولاد الأخوات) ذكورهم وإنائهم ، (وبنو الإخوة للأم) وكان الأولى أن يقول : وأولاد الإخوة للأم ؛ فإن ذكورهم وإنائهم سواء .

(والعم للأم ، وبنات الأعمام ، والعَمَّاتُ ، والأخوال ، والخالات ، والمذلون بهم) وهذا الأخير معطوف على (عشرة) ، لا أنه منهم .

* * *

(فصل : الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى ستة) وهي النصف ، ونصفه ، ونصف نصفه ، والثلاثان ونصفهما ، ونصف نصفهما ، وإن شئت اختصرت فقلت : الربع ، والثالث ، وضِعْفُ كُلِّ ، ونصف كل .

وأشار بقوله : (في كتاب الله تعالى) إلى أن المراد : الحصر بالنسبة لما في

(١) روضة الطالبين (٤٥/٦) .

النِّصْفُ : فَرَضُ خَمْسَةِ : زَوْجٍ لَمْ تُخَلَّفْ زَوْجَتُهُ وَلَدًا وَلَا وَلَدَ ابْنٍ ، وَبِنْتُ أَوْ بِنْتُ ابْنٍ أَوْ أُخْتُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ مُنْفَرِدَاتٍ . وَالرُّبْعُ : فَرَضُ زَوْجٍ لِزَوْجَتِهِ وَلَدًا أَوْ وَلَدَ ابْنٍ ، وَزَوْجَةٍ لَيْسَ لِزَوْجِهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا

القرآن ، وإلا . . فمطلق الفروض تزيد على ستة ؛ كثلت ما يبقى في مسائل الجد والإخوة إذا كان معه ذو فرض ، والأم في مسألتي زوج أو زوجة وأبوين .

ومعنى كونها مقدرة : أنه لا يزداد عليها ، وقد ينقص عنها بسبب العول ، والمراد أن هذه المقدرات منصوبة في القرآن ، لا أن كل وارث لشيء منها منصوص عليه في كتاب الله تعالى ؛ لما سيأتي أن بعض من يرثها إنما هو بالسنة أو بالإجماع أو بالقياس ؛ كالسدس لبنت الابن مع بنت الصلب ، والأخت للأب مع الشقيقة ، ونحو ذلك .

(النصف : فرض خمسة : زوج لم تُخَلَّفْ زوجته ولداً ولا ولد ابن) وإن سفل ، ذكرأ أو أنثى ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَوْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ ﴾ وألحق به ولد الابن بالإجماع .

واحترز بقوله : (ولد ابن) عن ولد البنت ، فلا اعتبار به وإن ورثنا ذوي الأرحام . وبدأ المصنف وغيره بذكر النصف ، قال السبكي : لكونه مفرداً ، قال : وكنت أود لو بدؤوا بالثلثين ؛ لأن الله تعالى بدأ به حتى رأيت أبا النجاء والحسين بن محمد بن عبد الواحد الوني شيخ الخبري بدأ به ، فأعجبني ذلك .

(وبنت) لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾ (أو بنت ابن) وإن سفل بالإجماع (أو أخت لأبوين أو لأب) لإطلاق قوله تعالى : ﴿ وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ (منفردات) عن جنس البنوة والأخوة ؛ إذ لو كان مع البنت أو بنت الابن أو الأخت أخ في درجتها . . عصبها وأعطيت نصف ما حصل لأخيها ، ولو كان مع البنت أو بنت الابن أو الأخت أخرى مثلها . . اشتركتا في الثلثين .

(والرابع : فرض زوج لزوجته ولد أو ولد ابن) منه أو من غيره ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ ﴾ وولد الابن كالابن ؛ كما سلف ، وأخرج بولد الابن ولد البنت .

(وزوجة ليس لزوجها واحد منهما) لقوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ

وَالثَّمَنُ : فَرَضُهَا مَعَ أَحَدِهِمَا . وَالْثُلُثَانِ : فَرَضُ بِنْتَيْنِ فَصَاعِدًا ، وَبِنْتِي ابْنٍ فَأَكْثَرُ ،
وَأُخْتَيْنِ فَأَكْثَرُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ . وَالْثُلُثُ : فَرَضُ أُمٍّ لَيْسَ لِمِيتِهَا وَلَدٌ وَلَا وَلَدٌ ابْنٍ وَلَا
اِثْنَانِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ ،

يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ* والمراد بالزوجة : الجنس ، ولو قال : (فأكثر) . . . لكان أحسن .
(والتمن : فرضها مع أحدهما) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ
الْثَّمَنُ* 》 .

(والثلاثان : فرض بنتين فصاعداً) بالإجماع ؛ كما حكاه ابن عبد البر إلا رواية عن
ابن عباس أن للبنتين النصف ، ولما زاد عليهما الثلاثان لظاهر الآية ، قال ابن عبد البر :
ولم تصح عنه ، وقد صح عنه موافقة الناس^(١) .

وقال الشريف الأرموي في « شرحه » لفرائض « الوسيط » : صح عن ابن عباس
رجوعه عن ذلك ؛ فارتفع الخلاف ، وصار إجماعاً ؛ لأن الإجماع بعد الاختلاف حجة
على الصحيح .

(وبنتي ابن فأكثر) إذا لم يكن بنت صلب بالإجماع .
(وأختين فأكثر لأبوين أو لأب) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الْثُلُثَانِ مِمَّا
تَرَكَ* 》 فدلّت الآية على أن للابنتين الثلثين ، وأجمعوا على أنه إذا كن أكثر من اثنتين . .
كان لهنّ ذلك ، والآية نزلت في قصة جابر ، وكان له أخوات^(٢) ، فدلّ على أن المراد
من الآية : اثنتان فصاعداً .

(والثالث : فرض أُمٍّ ليس لميتها ولد ولا ولد ابن ولا اثنان من الإخوة والأخوات)
سواء كانا من أبوين أو من أحدهما ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ
الْثُلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ* 》 وولد الابن غير مذكور في الآية ، ولكنه قائم
مقامه ؛ كما تقدم .

وكان ينبغي أن يقول : (ولا زوج أو زوجة وأب) ليخرج فرضها معهما ؛ فإنه
أنقص من الثلث .

(١) الاستذكار (٣٨٩/١٥) .

(٢) أخرجه البخاري (٦٧٤٣) ، ومسلم (١٦١٦) .

وَفَرَضُ اثْنَيْنِ فَأَكْثَرَ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، وَقَدْ يُفَرِّضُ لِلْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ . وَالسُّدُسُ : فَرَضُ سَبْعَةٍ : أَبٌ وَجَدَّ لِمَيِّتِهِمَا وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ ، وَأُمٌّ لِمَيِّتِهَا وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ أَوْ اثْنَانِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ ،

(وفرض اثنين فأكثر من ولد الأم) لقوله تعالى : ﴿ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَجِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ ، وأجمعوا على أن المراد بها : أولاد الأم ، وقرأ سعد بن أبي وقاص وابن مسعود (وله أخ أو أخت من أم) ، وحكاه الزمخشري عن أبي أيوب أيضاً^(١) ، قال القاضي الحسين : وهذا مما نسخ تلاوته ، وبقي حكمه ، قال الماوردي والرافعي في (كتاب السرقة) : القراءة الشاذة كخبر الواحد في وجوب العمل^(٢) ، ونقله الشيخ أبو حامد عن نص الشافعي ، وخالف المصنف في « شرح مسلم » فقال : مذهبنا : أن القراءة الشاذة لا يكون لها حكم الخبر^(٣) .

(وقد يُفَرِّضُ للجد مع الإخوة) فيما إذا نقص عنه بالمقاسمة ؛ كجد وثلاثة إخوة .
(والسدس : فرض سبعة : أب وجد لميتهما ولد ، أو ولد ابن) ذكراً كان أو أنثى ؛ للنص والإجماع .

(وأم لميتها ولد أو ولد ابن أو اثنان من الإخوة والأخوات) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتُهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ وإنما اكتفى بالأخوين مع أن الآية وردت بصيغة الجمع ؛ لأن الجمع قد يعبر به عن الاثنين ، قال الزمخشري : لفظ (الإخوة) هنا يتناول الأخوين ؛ لأن المقصود : الجمعية المطلقة من غير كمية^(٤) ، وقد أجمع الصحابة رضي الله عنهم على حجبها عن الثلث بالأخوين قبل إظهار ابن عباس رضي الله عنهما الخلاف ؛ كما أشار إليه عثمان رضي الله عنه بقوله لابن عباس : (حجبها قومك يا غلام)^(٥) .

(١) أخرج قراءة سعد البيهقي في « السنن الكبرى » (٢٣١/٦) ، والطبري في « تفسيره » (٨٧٧٧) ،
الكشاف (٥١٧/١) .

(٢) الحاوي الكبير (١٩١/١٧) ، الشرح الكبير (٢٤١/١١) .

(٣) شرح صحيح مسلم (١٣١/٥) .

(٤) الكشاف (٥١٤/١) .

(٥) أخرجه الطبري في « تفسيره » (٨٧٣٤) ، وابن حزم في « المحلى » (٢٥٨/٩) .

وَجَدَّةٌ ، وَلَبْنَتٌ ابْنٍ مَعَ بِنْتِ صُلْبٍ ، وَلَأُخْتٌ أَوْ أَخَوَاتٍ لِأَبٍ مَعَ أُخْتٍ لِأَبَوَيْنِ ،
وَلِوَاحِدٍ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ .

فَصْنَانُ

[في الحجب]

الْأَبُ وَالْإِبْنُ وَالزَّوْجُ لَا يَحْجُبُهُمْ أَحَدٌ

وإذا اجتمع مع الأم الولد ، وولد الابن ، واثنان من الإخوة ، أو الأخوات . .
فالظاهر - كما قاله صاحب « المطلب » - : أن الذي ردها من الثلث إلى السدس الولد ؛
لقوته .

(وجدّة) لأنه صلى الله عليه وسلم أعطاهما السدس ، صححه الترمذي وابن
حبان^(١) ، فإن اجتمع جدتان فأكثر . . اشتركن فيه ؛ كما سيأتي .

(ولبنت ابن مع بنت صلب) بالإجماع ؛ لقضائه صلى الله عليه وسلم بذلك ؛ كما
قاله ابن مسعود راداً على أبي موسى حيث أسقطها مع البنت والأخت ، رواه
البخاري^(٢) .

وكان ينبغي أن يقول : (ولبنت ابن فأكثر) .

(ولأخت أو أخوات لأب مع أخت لأبوين) كما في البنات وبنات الابن .
(ولواحد من ولد الأم) ذكراً كان أو أنثى ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ ﴾
الآية .

* * *

(فصل : الأب والابن والزوج لا يحجبهم أحد) حجب حرمان ؛ لأن كلاً منهم
يدلي بنفسه إلى الميت ، وليس فرعاً لغيره .

واحترز بالوصف الثاني : عن المعتقد ؛ فإنه يدلي بنفسه ويحجب ؛ لأنه فرع

(١) سنن الترمذي (٢١٠٠) ، صحيح ابن حبان (٦٠٣١) ، وأخرجه الحاكم (٣٣٨/٤) ، وأبو داود
(٢٨٩٤) ، والنسائي في « الكبرى » (٦٣١٢) ، وابن ماجه (٢٧٢٤) من حديث قبيصة بن ذؤيب
رضي الله عنه .

(٢) صحيح البخاري (٦٧٣٦) .

وَأَبْنُ الْإِثْنِ لَا يَحْجُبُهُ إِلَّا الْإِثْنُ أَوْ ابْنُ ابْنٍ أَقْرَبُ مِنْهُ . وَالْجَدُّ لَا يَحْجُبُهُ إِلَّا مُتَوَسِّطٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَمِيَّتِ . وَالْأَخُّ لِابْنَيْنِ . يَحْجُبُهُ الْأَبُ ، وَالْإِثْنُ ، وَأَبْنُ الْإِثْنِ ، وَلَآبٍ . . . يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ وَأَخُّ لِابْنَيْنِ ، وَلِأُمٍّ . . يَحْجُبُهُ أَبٌ ، وَجَدُّ ، وَوَلَدٌ ، وَوَلَدُ ابْنٍ

لغيره ، وهو النسب ؛ لأنه مشبه به ، والأصل مقدم على الفرع .
 (وابن الابن لا يحجبه إلا الابن) سواء كان أباه أو عمه ؛ لإدلائه به أو لأنه عصبية أقرب منه ، (أو ابن ابن أقرب منه) كابن ابن ، وابن ابن ابن ، ومن هنا يعلم أن قوله أولاً : (ابن الابن) مراده : وإن سفل ؛ حتى ينتظم مع هذا .
 (والجد) أبو الأب وإن علا (لا يحجبه إلا متوسط بينه وبين الميت) بالإجماع ؛ لأن من أدلى بشخص لا يرث مع وجوده إلا أولاد الأم .
 (والأخ لأبوين . . يحجبه ، الأب ، والابن ، وابن الابن) وإن سفل ؛ بالإجماع (ولأب . . يحجبه هؤلاء) لأنهم إذا حجبا الشقيق . . فهو أولى ، (وأخ لأبوين) لقوته بزيادة القرب .

وأورد على حصره : ما إذا كان معه بنت وأخت شقيقة ؛ فإن للبنت النصف ، وللأخت الباقي ، ولا شيء له ، ولا يصح أن يجاب : بأنه ذكره آخر الفصل في قوله : (وكل عصبية يحجبه أصحاب فروض مستغرقة) لأنه في هذه الصورة لم يحجب بأصحاب فروض مستغرقة ؛ لأن الأخت مع البنت عصبية .
 (و) الأخ (لأم يحجبه أب وجد وولد) ذكراً ، أو أنثى (وولد ابن) ولو أنثى ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ ﴾ ، والمراد من الأم ، كما سبق .

والكلالة : اسم لما عدا الولد والوالد ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الكلالة ، فقال : « أَمَا سَمِعْتَ آيَةَ اللَّهِ الَّتِي أَنْزَلْتُ فِي الصَّيْفِ ﴾ يَسْفَتُونَكَ ، وَالْكَلَالَةُ : مَنْ لَمْ يَتْرُكْ وَلَدًا وَلَا وَلِدًا » رواه الحاكم في « مستدركه » من حديث أبي هريرة ، ثم قال : صحيح على شرط مسلم ^(١) ، فدل على أنهم إنما يرثون عند عدمهما .

(١) المستدرک (٤ / ٣٣٦) .

وَابْنُ الْأَخِ لِأَبَوَيْنِ . . يَحْجُبُهُ سِتَّةٌ : أَبٌ ، وَجَدٌّ ، وَابْنٌ وَابْنَتُهُ ، وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ وَلِأَبٍ ، وَلِأَبٍ . . يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ وَابْنُ أَخٍ لِأَبَوَيْنِ . وَالْعَمُّ لِأَبَوَيْنِ . . يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ ، وَابْنُ أَخٍ لِأَبٍ ، وَلِأَبٍ . . يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ وَعَمُّ لِأَبَوَيْنِ . وَابْنُ عَمٍّ لِأَبَوَيْنِ . . يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ وَعَمُّ لِأَبٍ ، وَلِأَبٍ . . يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ وَابْنُ عَمٍّ لِأَبَوَيْنِ . وَالْمُعْتَقُ . . يَحْجُبُهُ عَصَبَةُ النَّسَبِ . وَالْبَنْتُ وَالْأُمُّ وَالزَّوْجَةُ لَا يُحْجَبْنَ . وَبِنْتُ الْإِبْنِ . . يَحْجُبُهَا ابْنُ أَوْ بِنْتَانِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا مَنْ يُعَصِّبُهَا . وَالْجَدَّةُ لِأُمِّ . . لَا يَحْجُبُهَا إِلَّا الْأُمُّ ، وَلِلْأَبِ

(وابن الأخ لأبوين يحجبه ستة : أب) لأنه يحجب أباه فهو أولى (وجدٌ) وإن علا ؛ لأنه في درجة أبيه فحجبه كأييه (وابن وابنه) لأنهما يحجبان أباه ؛ فهو أولى (وابن لأبوين) لأنه إن كان أباه . . فهو يدلي به ، وإن كان عمه . . فهو أقرب منه (ولأب) لكونه أقرب منه (و) ابن الأخ (لأب يحجبه هؤلاء) لما سبق (وابن أخ لأبوين) لقوته . (والعم لأبوين . . يحجبه هؤلاء) لأنهم أقرب منه (وابن أخ لأب) لقرب درجته (و) العم (لأب يحجبه هؤلاء) لما سبق (وعم لأبوين) لقوته .

وأورد على المصنف : أن العم يطلق على عم الميت وعم أبيه وعم جده ، وابن عم الميت يقدم على عم أبيه ، وابن عم أبيه يقدم على عم جده ؛ لقوة جهته ؛ كما يقدم ابن الأب ، وهو الأخ على ابن الجد ، وهو العم .

(وابن عم لأبوين . . يحجبه هؤلاء) لما سبق (وعم لأب) لأنه في درجة أبيه ، فقدم عليه ؛ لزيادة قربيه (و) ابن عم (لأب . . يحجبه هؤلاء وابن عم لأبوين) لقربه . (والمعتق . . يحجبه عصبه النسب) بالإجماع ؛ لأن النسب أقوى من الولاء ؛ لأنه تتعلق به أحكام لا تتعلق بالولاء ؛ كالمحرمة ، ووجوب النفقة ، وسقوط الفصاخص والشهادة ونحوها .

(والبنات والأم والزوجة لا يحجبن) بالإجماع ؛ لما تقدم في الأب والابن والزوج . (وبنات الابن . . يحجبها ابن) لأنه أبوها أو عمها ، وهو بمنزلة أبيها .

(أو بنتان) لأن الثلثين فرض البنات ، ولم يبق منه شيء (إذا لم يكن معها من يُعَصِّبُهَا) كأخ لها أو ابن ابن وإن سفل ؛ كما سيأتي ، وهذا قيد في الأخيرة فقط . (والجدَّة لأُم . . لا يحجبها إلا الأم) لأنه ليس بينها وبين الميت سواها (وللأب . .

يَحْجُبُهَا الْأَبُ أَوْ الْأُمُّ . وَالْقُرْبَى مِنْ كُلِّ جِهَةٍ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْهَا ، وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ
الْأُمِّ كَأُمِّ أُمِّ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ كَأُمِّ أُمِّ . وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ لَا
تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ فِي الْأَظْهَرِ

يحجبها الأب) لأنها تدلي به ، قال الخفاف في « الخصال » : ولا ترث الجدة وابنها
حيٌّ من ابن ابنها إلا في حالة واحدة ، وهي أن تكون جدة من وجهين ، فتكون أُمُّ أُمِّ
أُمِّ ، وهي أُمُّ أُمِّ أب فيموت ابن ابنتها ، ويخلف ولداً ، ويموت ذلك الولد ، وأبوه باق
فترث من جهة ابن ابنتها دون ابنها ، كذا نقله عنه ابن الملن والزركشي ، وأقراه^(١) ،
والظاهر : أن المثال غير مستقيم ، وصوابه : أن يقول : فتكون أُمُّ أُمِّ أُمِّ ، وهي أُمِّ
أبي أب فيموت ابن ابن ابنها ، وجده باقٍ ، فليتأمل .

(أو الأم) أي : الأم تحجب الجدة للأب أيضاً بالإجماع .

(والقربى من كُلِّ جهة تحجب البعدى منها) كأُمِّ أب ، وأُمِّ أُمِّ أب ، وأُمِّ أُمِّ ، وأُمِّ
أُمِّ أُمِّ ؛ فلا ترث البعدى مع وجود القربى .

نعم ؛ لو كانت البعدى جدة من جهة أخرى . . فلا تحجب ؛ مثاله : لزينب بنتان حفصة
وعمرة ، ولحفصة ابنٌ ، ولعمرة بنتٌ بنت ، فنكح الابن بنت بنت خالته فأنت بولد ومات ،
فلا تسقط عمرة التي هي أُمُّ أُمِّ أمها زينب ؛ لأنها أُمُّ أُمِّ أبيه ، كذا جزم به الرافعي^(٢) ،
وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ : ليس لنا جدة ترث مع بنتها الوارثة إلا هذه .

(والقربى من جهة الأم ؛ كأُمِّ أُمِّ تحجب البعدى من جهة الأب ؛ كأُمِّ أُمِّ أب) لأن
لها قوتين قربها بدرجة ، وكون الأم هي الأصل ، والجداً كالفرع لها .

(والقربى من جهة الأب) كأُمِّ الأب (لا تحجب البعدى من جهة الأم) كأُمِّ أُمِّ الأم
(في الأظهر) بل يشتركان في السدس ؛ لأن الأب لا يحجبها ، فالجدة التي تدلي به
أولى ألا تحجبها ، والثاني : تحجبها ؛ للقرب ؛ كما لو كانت القربى من جهة الأم .

وفرق الأول : بقوة قرابة الأم ، وكذلك تحجب الأم جميع الجدات من الجهتين ،
بخلاف الأب .

(١) عجلة المحتاج (٣/١٠٥١) .

(٢) الشرح الكبير (٦/٤٩٦) .

وَالْأُخْتُ مِنَ الْجِهَاتِ كَالْأَخِ . وَالْأَخَوَاتُ الْخُلُصُ لِأَبٍ يَحْجُبُهُنَّ أَيْضاً أُخْتَانِ لِأَبَوَيْنِ .
وَالْمُعْتَقَةُ كَالْمُعْتِقِ . وَكُلُّ عَصْبَةٍ يَحْجُبُهُ أَصْحَابُ فُرُوضٍ مُسْتَغْرَقَةٍ .

فَضْلُكَ

[في بيان إرث الأولاد وأولادهم انفراداً واجتماعاً]

الْإِبْنُ يَسْتَغْرِقُ الْمَالَ ، وَكَذَا الْبَنُونَ ، وَلِلْبَنَاتِ النِّصْفُ ، وَلِلْبَنَاتَيْنِ فَصَاعِدًا الثَّلَاثَانِ ،
وَلَوْ اجْتَمَعَ بَنُونَ وَبَنَاتٌ . . . فَالْمَالُ لَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ

(والأخت من الجهات كالأخ) فكما أن الشقيق يحجبه الأب ، والابن ، وابن
الابن ، فكذا الشقيقة ، والأخ للأب يحجبه هؤلاء ، وأخ لأبوين ؛ فكذا الأخت
لأب ، والأخ لأم يحجبه أب وجد ، وولد وولد ابن ؛ فكذا الأخت لأم .
ويستثنى من إلحاقها بأخيها : أن الشقيقة لا تحجب بفروض مستغرقة حيث فرض
لها ، وكذا الأخت للأب .

(والأخوات الخُلُصُ لأبٍ يحجبهن أيضاً أُخْتَانِ لِأَبَوَيْنِ) كما في بنات الابن مع
البنات ، ووجهه : أن فرض الجنس الواحد من الإناث لا يزيد على الثلثين .
واحترز به (الخُلُصُ) : عما لو كان معهن أخ لهن ؛ فإنه يعصبن ولا يحجبن ؛
كما سيأتي .

(والمعتقة كالمعتق) في حجبتها بعصبات النسب .

(وكلُّ عَصْبَةٍ يَحْجُبُهُ أَصْحَابُ فُرُوضٍ مُسْتَغْرَقَةٍ) كما إذا كان زوجٌ وأمٌّ وولدا أم
وعمٌّ ، فلا شيء للعم ؛ لأن أصحاب الفروض استغرقوا المال ، وقد قال صلى الله عليه
وسلم : « أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِيَ . . فَهُوَ لِأَوَّلَى رَجُلٍ ذَكَرَ » متفق عليه ^(١) .

(فصل) في ميراث الأولاد (الابن) المنفرد (يستغرق المال ، وكذا البنون)
بالإجماع (وللبنت النصف ، وللبنتين فصاعداً الثلثان) لما سبق .
(ولو اجتمع بنون وبنات . . فالمال لهم للذكر مثل حظ الأنثيين) للآية والإجماع ،

(١) صحيح البخاري (٦٧٣٢) ، صحيح مسلم (١٦١٥) عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

وَأَوْلَادُ الْإِبْنِ إِذَا انْفَرَدُوا كَأَوْلَادِ الصُّلْبِ . فَلَوْ اجْتَمَعَ الصَّنْفَانِ ؛ فَإِنْ كَانَ مِنْ وَلَدِ الصُّلْبِ ذَكَرٌ . حَجَبَ أَوْلَادَ الْإِبْنِ ، وَإِلَّا ؛ فَإِنْ كَانَ لِلصُّلْبِ بِنْتُ . فَلَهَا النِّصْفُ وَالْبَاقِي لَوْلَدِ الْإِبْنِ الذَّكَورِ أَوْ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا أُنْثَى أَوْ إِنَاثٌ . فَلَهَا أَوْ لَهَا السُّدُسُ . وَإِنْ كَانَ لِلصُّلْبِ بِنْتَانِ فَصَاعِدًا . أَخَذَتَا الثَّلَاثِينَ ، وَالْبَاقِي لَوْلَدِ الْإِبْنِ الذَّكَورِ أَوْ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْإِنَاثِ الْخُلُصِ

وإنما فضل الذكر على الأنثى ؛ لأنه مختص بالنصرة ، والجهد ، وتحمل العقل .
وإنما جعل لها نصف ما للذكر ؛ لأنها كذلك في الشهادة ، والذكر له حاجتان ؛ حاجة لنفسه ، وحاجة لزوجته ، وللأنثى حاجة واحدة لنفسها ، بل هي غالباً تستغني بالتزويج عن الإنفاق من مالها .

(وأولاد الابن) وإن سفلوا (إذا انفردوا كأولاد الصلب) فيما ذكر بالإجماع ؛ لتزويلهم منزلتهم^(١) .

(فلو اجتمع الصنفان) أي : أولاد الصلب وأولاد الابن ؛ (فإن كان من ولد الصلب ذكر . . . حجب أولاد الابن) بالإجماع (وإلا) أي : وإن لم يكن ذكر ؛ (فإن كان للصلب بنت . . . فلها النصف ، والباقي لولد الابن الذكور أو الذكور والإناث) للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ قياساً على أولاد الصلب .

(فإن لم يكن إلا أنثى أو إناث . . . فلها أو لهن السدس) تكملة الثلثين ، أما في الواحدة . . . فلأنه صلى الله عليه وسلم قضى به ، رواه مسلم عن ابن مسعود^(٢) .

وأما في الزائد على الواحدة . . . فلأن البنات ليس لهن أكثر من الثلثين ؛ فالبنت وبنات الابن أولى بذلك ، وترجحت بنت الصلب على بنات الابن بقربها ، فيشتركن في السدس ؛ كالجداث الوارثات .

(وإن كان للصلب بنتان فصاعداً . . . أخذتا الثلثين) لما سبق (والباقي لولد الابن الذكور أو الذكور والإناث) للذكر مثل حظ الأنثيين .

(ولا شيء للإناث الخُلُص) بالإجماع ؛ لأنهن إنما يأخذن الثلثين عند عدم

(١) بلغ مقابلة على خط مؤلفه ، أمتع الله بحياته . اهـ هامش (أ) .

(٢) أخرجه البخاري (٦٧٤٢) ، وغيره ، ولم أجده في « صحيح مسلم » .

إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ ذَكَرٌ فَيُعَصَّبُهُنَّ . وَأَوْلَادُ ابْنِ الْإِبْنِ مَعَ أَوْلَادِ الْإِبْنِ كَأَوْلَادِ الْإِبْنِ مَعَ أَوْلَادِ الصُّلْبِ ، وَكَذَا سَائِرُ الْمَنَازِلِ . وَإِنَّمَا يُعَصَّبُ الذَّكَرُ النَّازِلُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِ ، وَيُعَصَّبُ مَنْ فَوْقَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّلَاثِينَ

البنات ، أو ما بقي منه مع الواحدة من البنات ، ولذلك سمي ذلك السدس تكملة الثلثين (إلا أن يكون أسفل منهن ذكر فيعصبهن) لأنه لا يمكن إسقاطه ؛ لأنه عصبية ذكر ، ولا إسقاط من فوقه وإفراده بالميراث مع بُعده ، ولو كان في درجته . . لم يفرد مع قربه .

وأفهم تعصبيه لهن إذا كان في درجته من باب أولى ، وقد يكون في هذه الحالة أخاهن أو أختها بعضهن ، ويسمى : الأخ المبارك وقد يكون ابن عمهن .

(وأولاد ابن الابن مع أولاد الابن ؛ كأولاد الابن مع أولاد الصلب) في جميع ما تقدم (وكذا سائر المنازل) يعني : في كل درجة نازلة مع درجة عالية ؛ فإذا خلف بنت ابن ، وبنت ابن ابن ؛ فللعليا النصف ، وللسفلى السدس .

ولو خلف بنتي ابن ، وبنت ابن ابن ؛ فلبنتي الابن الثلثان ، وليس للسفلى شيء إلا أن يكون في درجتها أو أسفل منها ذكر يعصبها .

(وإِنَّمَا يُعَصَّبُ الذَّكَرُ النَّازِلُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِ) كأخته وبنت عمه ، فيعصبها مطلقاً ، سواء فضل لها شيء من الثلثين أم لا .

واحترز به (من في درجته) : عمن هي أسفل منه ؛ فإنه يسقطها .

(وَيُعَصَّبُ مَنْ فَوْقَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّلَاثِينَ) كبنتي صلب ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن ؛ فإن كان لها شيء من الثلثين . . فلا يعصبها ؛ كبنت ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن ، بل للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين ، والباقي له ؛ لأن لها فرضاً استغنت به عن تعصبيه .

ولو كان في هذا المثال بنتُ ابنِ ابنٍ أيضاً . . كان الباقي بينها وبين ابن ابن الابن أثلاثاً ، وبنت الابن غير محرومة ؛ لأنها أخذت تكملة الثلثين .

قال الفرضيون : وليس في الفرائض من يُعَصَّبُ أخته ، وعمته ، وعمه أبيه ، وجدّه ، وبنات أعمامه ، وبنات أعمام أبيه ، وجده إلا المنسفل من أولاد الابن .

الْأَبُ يَرِثُ بِفَرَضٍ إِذَا كَانَ مَعَ ابْنٍ أَوْ ابْنِ ابْنٍ ، وَبِتَعْصِيبٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَلَا وَلَدٌ
ابْنٍ ، وَبِهِمَا إِذَا كَانَ بِنْتُ أَوْ بِنْتُ ابْنٍ ؛ لَهُ السُّدُسُ فَرَضًا وَالْبَاقِي بَعْدَ فَرَضِهِمَا
بِالْعَصُوبَةِ . وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ أَوْ السُّدُسُ فِي الْحَالَيْنِ السَّابِقَيْنِ فِي الْفُرُوضِ ، وَلَهَا فِي
مَسْأَلَتِي زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ ثُلُثٌ مَا بَقِيَ بَعْدَ فَرَضِ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ

(فصل : الأب يرث بفرض) فقط ، وهو السدس (إذا كان معه ابن) بنص القرآن
(أو ابن ابن) بالقياس على الابن (ويتعصّب) فقط (إذا لم يكن ولد ولا ولد ابن)
سواء كان وحده ، أو معه صاحب فرض ؛ كزوجة أو أم أو جدة ، فله الباقي بعد
الفرض بالعصوبة ؛ لأن الله تعالى فرض له في حال وجود الولد خاصة ، ومفهومه : أنه
لا يفرض له فيما عداه ، وولد الولد ملحق بالولد إجماعاً .

(وبهما إذا كان بنت أو بنت ابن ؛ له السدس فرضاً)^(١) لأن لفظ الولد في الآية
يشمل الذكر والأنثى ، (والباقي بعد فرضهما بالعصوبة) لحديث : « أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ
بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِيَ . . فَهُوَ لِأَوَّلَى رَجُلٍ ذَكَرَ » متفق عليه^(٢) . وحكى المحاملي فيه :
الإجماع .

(وأولى) في الحديث بمعنى : أقرب ، ولا يمكن بمعنى : أحق ؛ لما يلزم عليه
من الإبهام والجهالة ، فلا يبقى للكلام معنى .

وقوله : (أو بنت ابن) كذا هو في كتب الشيخين^(٣) ، ولو عطف بالواو . . لصح ؛
فإنه لو كان معه بنت ، وبنت ابن ، أو بنتان فأكثر ، أو بنتا ابن فأكثر . . فالحكم
كذلك ، وهذه كلها ترد على تصوير المصنف .

(وللام الثلث أو السدس في الحالين السابقين في الفروض) لما تقدم .
(ولها في مسألتني زوج ، أو زوجة وأبوين . . ثلث ما بقي بعد الزوج أو الزوجة)

(١) في « المنهاج » (ص ٣٤١) المطبوع : (وبهما إذا كان معه بنت) .

(٢) سبق تخريجه (ص ٥٤٨) .

(٣) الشرح الكبير (٤٦٣ / ٦) ، روضة الطالبين (١٢ / ٦) .

وَالْجَدُّ كَالْأَبِ إِلَّا أَنَّ الْأَبَ يُسْقِطُ الْإِخْوَةَ وَالْأَخَوَاتِ وَالْجَدَّ يُقَاسِمُهُمْ إِنْ كَانُوا لِأَبَوَيْنِ أَوْ
لِأَبٍ ، وَالْأَبُ يُسْقِطُ أُمَّ نَفْسِهِ وَلَا يُسْقِطُهَا الْجَدُّ ،

ففي الأولى : للزوج النصف ، يبقى سهم ، على ثلاثة لا يصح ولا يُوافق ، فضرب
اثنين في ثلاثة يبلغ ستة ؛ للزوج ثلاثة ، وللأم ثلث ما بقي وهو سهم ، والباقي وهو
سهمان للأب .

والمسألة الثانية من أربعة : للزوجة الربع سهم ، وللأم ثلث ما بقي وهو سهم ،
والباقي وهو سهمان للأب ، هذا هو المذهب الذي عليه الجمهور .

ووجهه : بأنه شارك الأبوين ذو فرض ، فكان للأم ثلث ما فضل عن الفرض ؛
كما لو شاركهما بنت ، وبأن الله تعالى جعل المال بين الأبوين إذا لم يكن زوج
ولا زوجة أثلاثاً ؛ للأم الثلث ، وللأب الثلثان ، فحصل للأب مثلاً ما للأم ؛ فإذا كان
معها زوج أو زوجة . . أخذ فرضه ، والباقي بينهما أثلاثاً .

وإنما قالوا : ثلث ما يبقى ، ولم يقولوا : سدس المال في الأولى ، وربعه في
الثانية ؛ محافظة على الأدب في موافقة القرآن .

(والجد كالأب) في جميع ما تقدم ، وقضيته : أن يجمع بين الفرض والتعصيب ،
وهو أصح الوجهين وأشهرهما في « زيادة الروضة »^(١) ، والثاني : لا ، بل يأخذ الباقي
بعد فرض من تقدم بالتعصيب فقط ، وقال المتولي : إنه المذهب .

وزعم الرافعي وغيره : أن الخلاف لفظي^(٢) ، والمأخوذ لا يختلف ، واعترض :
بظهور فائدته في صورتين : إحداهما : في حساب المسألة وأصلها ، والثانية : فيما لو
أوصى بجزء مما يبقى بعد الفرض .

(إلا أن الأب يُسقط الإخوة والأخوات ، والجد يقاسمهم إن كانوا لأبوين أو لأب)
كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

(والأب يُسقط أُمَّ نَفْسِهِ) لإدلائها به (ولا يسقطها الجد) أي : لا يسقط الجد أُمَّ
الأب ؛ لأنها لا تدلي به .

(١) روضة الطالبين (١٢/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٤٦٤/٦) .

وَالْأَبَ فِي زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ يَرُدُّ الْأُمُّ مِنَ الثَّلَاثِ إِلَى ثَلَاثِ الْبَاقِي، وَلَا يَرُدُّهَا الْجَدُّ.
وَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ، وَكَذَا الْجَدَّاتُ، وَتَرْتُ مِنْهُنَّ أُمُّ الْأُمِّ وَأُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَّاتُ بِإِنَاثِ
خُلَاصٍ، وَأُمُّ الْأَبِ وَأُمَّهَاتُهَا كَذَلِكَ، وَكَذَا أُمُّ أَبِي الْأَبِ وَأُمُّ الْأَجْدَادِ فَوْقَهُ وَأُمَّهَاتُهُنَّ
عَلَى الْمَشْهُورِ

(وَالْأَبَ فِي زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ يَرُدُّ الْأُمُّ مِنَ الثَّلَاثِ إِلَى ثَلَاثِ الْبَاقِي وَلَا يَرُدُّهَا
الجد) بل تأخذ الثلث كاملاً ؛ لأن الجد لا يساويها في الدرجة ، فلا يلزم تفضيله عليها
بخلاف الأب .

ويرد على حصره الاستثناء فيما ذكره : أن الأب لا يرث معه إلا جدة واحدة ،
ويرث مع الجد جدتان ، وأبو الجد ومن فوقه ؛ كالجد في ذلك كله إلا أن كل واحد
يحجب أم نفسه ولا يحجبها من فوقه ، وكلما علا الجد درجة . . زاد معه جدة وارثة .
(وللجدة السدس) لما مرَّ (وكذا الجدات) لأنه صلى الله عليه وسلم قضى
للجدتين من الميراث بالسدس بينهما ، رواه الحاكم من حديث عبادة ، وقال : صحيح
على شرط الشيخين^(١) ، وفي « مراسيل أبي داود » : أنه عليه السلام أعطاه لثلاث
جدات^(٢) .

(وترت منهن أم الأم وأمهااتها المدليات بِإِنَاثِ خُلَاصٍ) كأم أم الأم وإن علت بالاتفاق
(وأم الأب وأمهااتها كذلك) لما روي عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه قال :
(أتت الجدتان إلى أبي بكر رضي الله عنه فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب ، فقال رجل
من الأنصار : أعطيت التي لو ماتت لم يرثها ، ومنعت التي لو ماتت ورثها ؛ فجعل
أبو بكر رضي الله عنه السدس بينهما) رواه الدارقطني في « سننه » بسند صحيح^(٣) .

(وكذا أم أب الأب وأم الأجداد فوقه ، وأمهااتها على المشهور) لأنهن جدات
يدلين بوارث ، فيرثن ؛ كأم الأب ، والثاني : لا يرثن ؛ لإدلائهن بجد ، فأشبهن أم
أب الأم .

(١) المستدرک (٣٤٠ / ٤) .

(٢) المراسيل (٣٤٩) عن الحسن رحمه الله تعالى .

(٣) سنن الدارقطني (٩١ / ٤) .

وَضَابِطُهُ : كُلُّ جَدَّةٍ أَذَلَّتْ بِمَحْضٍ إِنَاثٍ أَوْ ذُكُورٍ أَوْ إِنَاثٍ إِلَى ذُكُورٍ . تَرِثُ ، وَمَنْ أَذَلَّتْ بِذَكَرٍ بَيْنَ أَثْنَيْنِ . . . فَلَا .

فَصَحْحُكَ

[في إرث الحواشي]

الإخوة والأخوات لأبوين إن انفردوا

(وضابطه) أي : ضابط الجدات الوارثات (كلُّ جدة أدلت) أي : وصلت (بمحض إناثٍ) كأم أم الأم (أو ذكور) كأم أب الأب (أو إناث إلى ذكور . . تَرِثُ) كأم أم الأب .

(ومن أدلت بذكر بين أثنيين) كأم أبي الأم (. . فلا) تَرِثُ ؛ كما لا يرث ذلك الذكر ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع^(١) .

واعلم : أنه إذا اجتمع جدات . . فالوارث منهن من قبل الأم واحدة أبداً ، وإنما يقع التعداد في التي من قبل الأب ، ويتعدد ذلك بتعدد الدرجة ، ففي الدرجة الأولى : واحدة ، وهي أم الأب ، وفي الثانية : جدتان ، وهي أم أم الأب ، وأم أب الأب ، وفي الثالثة : ثلاث ، وفي الرابعة : أربع ، وفي الخامسة : خمس ؛ فتكون الوارثات في الدرجة الخامسة ست جدات ؛ واحدة من قبل الأم ، وخمس من قبل الأب ، فإذا سئلت عن عدد من الجدات الوارثات . . فاجعل درجتهم بعدد المسؤول عنه ، ومَحْضُ نسبة الأولى إلى الميت أمهاتٍ ، ثم أبدل من آخر نسبة الثانية أمّاً بأب ، وفي آخر نسبة الثالثة أمين بأبوين ، وهكذا تنقص من الأمهات وتزيد في الآباء حتى تتمحض نسبة الأخيرة أباً .

فإذا سئلت عن خمس جدات وراثات . . فاجعل درجتهم خمسة الأولى : مدلية بالأمومة ، وهي أم أم أم أم ، الثانية : أم أم أم أم أب ، الثالثة : أم أم أم أبي أب ، الرابعة : أم أم أبي أبي أب ، الخامسة : أم أبي أبي أبي أب .

* * *

(فصل : الإخوة والأخوات لأبوين إن انفردوا) عن الإخوة والأخوات للأب

(١) الإجماع (ص ٩٥) .

.. وَرَثُوا كَأَوْلَادِ الصُّلْبِ ، وَكَذَا إِنْ كَانُوا لِأَبٍ إِلَّا فِي الْمُشْرَكَةِ ، وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَوَلَدًا
 أُمٌّ وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ ، فَيُشَارِكُ الْأَخُ وَلَدِي الْأُمِّ فِي الثُّلُثِ . وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الْأَخِ أَخٌ لِأَبٍ ..
 سَقَطَ . وَلَوْ اجْتَمَعَ الصَّنْفَانِ .. فَكَاجْتِمَاعِ أَوْلَادِ الصُّلْبِ وَأَوْلَادِ أُمِّهِ

(.. وَرَثُوا كَأَوْلَادِ الصُّلْبِ) للذكر جميع المال ، وللأنثى النصف ، وللاثنتين فصاعداً
 الثلثان ، وللذكر مثل حظ الأنثيين عند اجتماع الصنفين ؛ كما تقدم .

(وَكَذَا إِنْ كَانُوا لِأَبٍ) وانفردوا عن الأشقاء بالإجماع (إلا في المشتركة) بفتح الراء
 المشددة ، وقيل : بكسرهما ، (وهي : زوجٌ وأم) أو جدة (وولدا أم) فصاعداً (وأخ
 لأبوين ؛ فيشارك الأخ) الشقيق (ولدي الأم في الثلث) بأخوة الأم ؛ لاشتراكهم في
 القرابة التي ورثوا بها الفرض ، فأشبه ما لو كان أولاد الأم بعضهم ابن عم .. فإنه
 يشارك بقرابة الأم وإن سقطت عصوبته .

وَتُسَمَّى هَذِهِ بِـ (الْحِمَارِيَّةِ) لأنها وقعت في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه ؛ فحرم
 الأشقاء ، فقالوا : هَبْ أَنْ أَبَانَا كَانَ حِمَاراً أَلَسْنَا مِنْ أُمٍّ وَاحِدَةٍ ؟ فَشَرَكْ بَيْنَهُمْ ^(١) ، وإذا
 شركنا بين أولاد الأم وأولاد الأبوين .. تقاسموا بالسوية ذكورهم كإناثهم .

(وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الْأَخِ) لأبوين (أَخٌ لِأَبٍ .. سَقَطَ) بالإجماع ؛ لأنه ليس له قرابة أُمٌّ
 يشارك بها ، ولو كان بدله أخت لأب .. فرض لها النصف وعالت ، فلو كان معها أو
 معهن أخ .. سقط وأسقطهن ، وهذا هو الأخ المشؤوم .

(وَلَوْ اجْتَمَعَ الصَّنْفَانِ) أي : الأشقاء والإخوة لأب (.. فَكَاجْتِمَاعِ أَوْلَادِ الصُّلْبِ
 وَأَوْلَادِ ابْنِهِ) من غير فرق ، فإن كان ولد الأبوين ذكراً .. فأولاد الأب يسقطون به
 بالإجماع ؛ لتمييز ولد الأبوين بقرابة الأم ؛ كما امتاز ابن الصلب بقرب الدرجة .

أو أنثى .. فلها النصف ، والباقي لأولاد الأب إن كانوا ذكوراً ، فإن كانوا ذكوراً
 وإنثاءً .. فللذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن تمحضوا إناثاً أو أنثى فقط .. فلهن أو لها
 السدس تكملة الثلثين ، وإن كان من ولد الأبوين اثنتان فأكثر .. أخذتا الثلثين ،
 ولا شيء للإناث الخُلص من أولاد الأب .

(١) أخرجه الحاكم (٣٣٧/٤) ، والبيهقي (٢٥٦-٢٥٥/٦) .

إِلَّا أَنْ بَنَاتِ الْإِبْنِ يُعَصِّبُهُنَّ مَنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ أَوْ أَسْفَلَ ، وَالْأَخْتُ لَا يُعَصِّبُهَا إِلَّا أَخُوهَا .
وَلِلْوَاحِدِ مِنَ الْإِخْوَةِ أَوْ الْأَخَوَاتِ لَأُمٍّ : السُّدُسُ ، وَلِلْأُثْنَيْنِ فَصَاعِداً : الثَّلَاثُ ؛ سِوَاءِ
ذُكُورِهِمْ وَإِنَاثِهِمْ . وَالْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ مَعَ الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الْإِبْنِ عَصَبَةٌ كَالْإِخْوَةِ ؛
فَتَسْقُطُ أُخْتُ لِأَبَوَيْنِ مَعَ الْبَنَاتِ الْأَخَوَاتِ لِأَبٍ . وَبَنُو الْإِخْوَةِ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ كُلُّ مِنْهُمْ
كَأَبِيهِ أَجْتِمَاعاً وَانْفِرَاداً ، لَكِنْ يَخَالِفُونَهُمْ فِي أَنَّهُمْ لَا يَرُدُّونَ الْأُمَّ إِلَى السُّدُسِ ،

(إلا أن بنات الابن يُعَصِّبُهُنَّ مَنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ أَوْ أَسْفَلَ) كما سبق (والأخت
لا يُعَصِّبُهَا إِلَّا أَخُوهَا) لا أولاد الأخ ولا أولاد بني العم ، فإذا خلف أختين لأبوين ،
وأختاً لأب ، وابن أخ لأب . . . فلأختين الثلثان ، والباقي لابن الأخ ، ولا يُعَصَّبُ
الأخت لأب .

والفرق بينه وبين ابن الابن حيث يُعَصَّبُ عَمَتُهُ : أن ابن ابن الأب يُعَصَّبُ أخته ؛
فَعَصَبُ عَمَتِهِ ، وابن الأخ لا يُعَصَّبُ أخته ؛ لأنها لا ترث فلا يُعَصَّبُ عَمَتُهُ ، وأيضاً ابن
الابن يُسَمَّى ابناً حَقِيقَةً أَوْ مَجَازاً ، وابن الأخ لا يُسَمَّى أَخاً .

(وللواحد من الإخوة أو الأخوات لَأُمٍّ : السُّدُسُ ، وَلِلْأُثْنَيْنِ فَصَاعِداً : الثَّلَاثُ) لما
قَدَمْنَاهُ (سواء ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ) بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَرِثُونَ بِالرَّحِمِ فَاسْتَوَوْا ؛ كَالْأَبَوَيْنِ
مَعَ الْوَلَدِ ، فَإِنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ فِي الثَّلَاثِ ، بِخِلَافِ الْإِخْوَةِ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ ؛ فَإِنَّهُمْ يَرِثُونَ
بِالتَّعَصُّبِ فَأَخَذَ الذَّكَرَ مِثْلَ حِظِّ الْأُنثَيْنِ .

(وَالْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ مَعَ الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الْإِبْنِ عَصَبَةٌ ؛ كَالْإِخْوَةِ) بِالْإِجْمَاعِ .
وَالْمُرَادُ بِ(الْبَنَاتِ) وَ(الْأَخَوَاتِ) : الْجِنْسُ لَا الْجَمْعُ ؛ فَإِنَّ الْأَخْتَ الْوَاحِدَةَ مَعَ
الْبِنْتِ الْوَاحِدَةَ عَصَبَةٌ ؛ كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ بِالْمِثَالِ .

(فَتَسْقُطُ أُخْتُ لِأَبَوَيْنِ مَعَ الْبَنَاتِ الْأَخَوَاتِ لِأَبٍ) وَكَذَا الْإِخْوَةُ لَهُ ؛ كَمَا يَسْقُطُ الْأَخُ
الشَّقِيقُ الْأَخُ لِأَبٍ .

(وَبَنُو الْإِخْوَةِ لِأَبَوَيْنِ ، أَوْ لِأَبٍ كُلُّ مِنْهُمْ كَأَبِيهِ أَجْتِمَاعاً وَانْفِرَاداً) فَيَسْتَرْقُ الْوَاحِدُ
مِنْهُمْ الْمَالَ عِنْدَ انْفِرَادِهِ ، وَيَأْخُذُ مَا فَضَلَ عَنْ أَصْحَابِ الْفُرُوضِ ، وَعِنْدَ الْجَمْعِ يَسْقُطُ
ابْنُ الْأَخِ لِلْأَبِ ؛ كَمَا يَسْقُطُ الْأَخُ لِلْأَبِ مَعَ الشَّقِيقِ .

(لَكِنْ يَخَالِفُونَهُمْ فِي أَنَّهُمْ لَا يَرُدُّونَ الْأُمَّ إِلَى السُّدُسِ) لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَعْطَاهَا الثَّلَاثَ

وَلَا يَرِثُونَ مَعَ الْجَدِّ ، وَلَا يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ ، وَيَسْقُطُونَ فِي الْمُشْرَكَةِ . وَالْعَمُّ لِأَبَوَيْنِ
أَوْ لِأَبٍ كَأَخٍ مِنَ الْجِهَتَيْنِ اجْتِمَاعاً وَانْفِرَاداً ، وَكَذَا قِيَاسُ بَنِي الْعَمِّ وَسَائِرِ عَصَبَةِ النَّسَبِ .

حيث لا إخوة ، وهذا الاسم لا يصدق على بنيتهم بحال ، بخلاف ولد الولد فإنه يُسَمَّى
ولداً حقيقة أو مجازاً .

(ولا يرثون مع الجد) بل يسقطون به ؛ لأن الجدَّ كالأخ ؛ بدليل تقاسمهما إذا
اجتمعا ، وإذا كان كالأخ . فلا يرث ابن الأخ معه ؛ لأنه أقرب منه ، (ولا يُعَصِّبُونَ
أخواتهم) لأنهن من ذوات الأرحام ، (ويسقطون في المُشْرَكَةِ) لأن مأخذ التشريك
قربة الأم ، وابن ولد الأم لا ميراث له .

وهذه المخالفة مختصة ببني الإخوة لأبوين ؛ كما صرح به في « المحرر »^(١) ،
فأما الإخوة للأب وبنوهم . فكلهم ساقطون ؛ لعدم إدلائهم بالأم .

واقصر المصنف على هذه الصور ، وزاد في « الروضة » ثلاث صور آخر :
الأولى : الإخوة لأبوين يحجبون الإخوة لأب ، وبنوهم لا يحجبونهم ، الثانية : الأخ
للأب يحجب ابن الأخ الشقيق ، وابنه لا يحجبه ، الثالثة : بنو الإخوة لا يرثون مع
الأخوات إذا كنَّ عصابات مع البنات^(٢) .

(والعم لأبوين أو لأب كأخ من الجهتين اجتماعاً وانفراداً) فمن انفرد منهما أخذ
جميع المال ، والباقي بعد الفرض ، وإن اجتماعاً . سقط العم للأب ؛ كأخ من أب مع
الأخ للأبوين .

(وكذا قياس بني العم) من الأبوين أو من الأب عند عدم العم ؛ كبني الإخوة عند
عدم الإخوة ، (وسائر عصبه النسب) أي : كلُّ ابنٍ من العصبه كأييه ، وإلا . . فليس
بعد بني الأعمام من عصابات النسب أحد .

قال السبكي : وقد يورد عليه بنو الأخوات اللواتي هنَّ عصبه مع البنات وليس

(١) المحرر (ص ٢٦١) .

(٢) روضة الطالبين (١٧/٦) .

استثنى في « الوسيط » صورة أخرى ، وهي : أن ولد الإخوة لأم ذكراً كانوا أو إناثاً لا يرثون بل هم من
ذوي الأرحام ، ولا يصح استثناءها من كلام المصنف ؛ لعدم دخولهم في كلامه . اهـ هامش (أ) .

وَالْعَصْبَةُ : مَنْ لَيْسَ لَهُ سَهْمٌ مُقَدَّرٌ مِنَ الْمَجْمَعِ عَلَى تَوْرِيثِهِمْ ،

بنوهُنَّ مثلهنَّ وهُنَّ من عصبه النسب ، وأجاب عنه المنكت : بأن الكلام في العصبه بنفسه^(١) .

قال شيخي والدي أمتع الله بحياته : وأصل الإيراد ممنوع^(٢) ؛ لأن الكلام في أن الولد يقوم مقام أبيه ، ولا يخفى أن ما نحن فيه ليس كذلك .

(والعصبه : من ليس له سهم مقدر من المجمع على توريثهم) هذا بيان لحدِّ العصبه ، وأخرج بالقيد الأول : أصحاب الفروض ، وبالثاني : ذوي الأرحام ؛ فإن من ورثهم لا يسميهم عصبه وإن لم يكن له سهم مقدر ، ولا يجيء هذا التعريف على مذهب أهل التنزيل ، وهو المصحح في « الروضة »^(٣) ؛ فإنهم ينزلون كلاً منهم منزلة من يدلي به ، وهم ينقسمون إلى ذوي فرض وعصبات ، كذا قاله ابن الملقن وغيره^(٤) ، وفيه نظر ؛ فإنه إذا نزلناه منزلة من يدلي به وكان من يدلي به عصبه . . لا يُسمَّى عصبه .

وأورد على هذا التعريف : الأخوات مع البنات ؛ فإن لهنَّ فرضاً مقدرًا ، وقد يكرَّر عصبه ، وأجيب : بأن التعريف للعصبه بنفسه لا لمطلق العصبه ؛ بدليل : أنه عقبه بقوله : (فيرث المال) وهذا مختص بالعصبه بنفسه ، أما غيره . . فليس له حال يستغرق فيها المال .

واعترض : بأن كلاً من الأب والجد عصبه بنفسه ، ومع ذلك له سهم مقدر ؛ فينبغي أن يؤول كلامه على من ليس له سهم مقدر حال تعصبيه من جهة التعصيب ؛ ليدخل من ذكرناه ؛ فإنَّ له في حالة أخرى سهماً مقدرًا .

ويدخل أيضاً : ابن العم إذا كان أماً أو زوجاً ؛ لأن الفرض لابن العم ليس من جهة التعصيب ، بل من جهة الزوجية أو أخوة الأم .

(١) السراج (٣٤/٥) .

(٢) في (ب) و(ج) : (قال شيخي والدي رحمه الله ، ورضي الله عنه) .

(٣) روضة الطالبين (٨/٦) .

(٤) عمالة المحتاج (١٠٦٠/٣) .

فَإِثْرُ الْمَالِ أَوْ مَا فَضَلَ بَعْدَ الْفُرُوضِ .

فَصْلٌ فِي

[في الإرث بالولاء]

مَنْ لَا عَصَبَةَ لَهُ بِنَسَبٍ وَلَهُ مُعْتَقٌ . . فَمَالُهُ أَوْ الْفَاضِلُ عَنِ الْفُرُوضِ لَهُ ، رَجُلًا كَانَ أَوْ
أَمْرًا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ . . فَلِعَصَبَتِهِ بِنَسَبٍ الْمُتَعَصِّبِينَ بَأَنْفُسِهِمْ لَا لِبَنَتِهِ وَأُخْتِهِ ،

(فِيرِثُ الْمَالِ أَوْ مَا فَضَلَ بَعْدَ الْفُرُوضِ) هَذَا بَيَانٌ لِحُكْمِ الْعَصْبَةِ ؛ وَدَلِيلُهُ : قَوْلُهُ
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « فَمَا أَبْقَتْ الْفَرَائِضُ . . فَلَا وَلِيَ رَجُلٍ ذَكَرَ » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) .
وَالْجَمْعُ بَيْنَ رَجُلٍ ذَكَرَ تَأْكِيدٌ ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ قَدْ يُطْلَقُ لَا فِي مَقَابِلَةِ الْأُنْثَى فَأُرِيدَ تَحْقِيقُ
أَنَّهُ لَيْسَ بِأُنْثَى ، وَهَذَا فِي الْعَصْبَةِ بِنَفْسِهِ ؛ أَمَّا الْعَصْبَةُ بِغَيْرِهِ ؛ كَالْبَنَاتِ مَعَ إِخْوَتِهِنَّ وَمَعَ
غَيْرِهِ ؛ كَالْأَخَوَاتِ لَغَيْرِ الْأُمِّ مَعَ الْبَنَاتِ . . فَلَيْسَ لَهُنَّ حَالٌ يَسْتَغْرِقُنَّ فِيهِ الْمَالُ .

* * *

(فَضْلٌ : مَنْ لَا عَصَبَةَ لَهُ بِنَسَبٍ وَلَهُ مُعْتَقٌ . . فَمَالُهُ أَوْ الْفَاضِلُ عَنِ الْفُرُوضِ لَهُ ،
رَجُلًا كَانَ) الْمُعْتَقُ ، (أَوْ أَمْرًا) لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ
لِمَنْ أَعْتَقَ » ^(٢) ، وَلِأَنَّ الْإِنْعَامَ بِالْإِعْتِقَاقِ مَوْجُودٌ مِنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ، فَاسْتَوَى فِي
الْإِرْثِ ، وَحَكَى ابْنُ الْمُنْذِرِ وَابْنُ اللَّبَانِ فِيهِ الْإِجْمَاعَ ^(٣) ، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَ الْوَلَاءُ عَنِ
النَّسَبِ ؛ لِقُوَّتِهِ كَمَا تَقَدَّمَ عِنْدَ قَوْلِهِ : (وَالْمُعْتَقُ يَحْجِبُهُ عَصْبَةُ النَّسَبِ) ، وَيُرْشَدُ إِلَيْهِ
حَدِيثُ : « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحِمَةٍ النَّسَبِ » ^(٤) شَبَّهَ بِهِ ، وَالْمَشْبَهَ دُونَ الْمَشْبَهِ بِهِ :
(فَإِنْ لَمْ يَكُنْ) الْمُعْتَقُ مَوْجُودًا (. . فَلِعَصَبَتِهِ) أَيِ : لِعَصْبَةِ الْمُعْتَقِ (بِنَسَبِ
الْمُتَعَصِّبِينَ بَأَنْفُسِهِمْ لَا لِبَنَتِهِ وَأُخْتِهِ) فَإِنَّ الْبَنَتَ عَصْبَةُ بِغَيْرِهَا ، وَالْأُخْتَ عَصْبَةُ مَعَ
غَيْرِهَا ، قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَهُوَ قَوْلُ عَامَةِ الْعُلَمَاءِ ^(٥) .

(١) سبق تخريجه (ص ٥٤٨) .

(٢) أخرجه البخاري (٤٥٦) ، ومسلم (١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .

(٣) الإجماع (ص ٩٩) .

(٤) أخرجه ابن حبان (٤٩٥٠) والحاكم (٦٤١/٤) ، والبيهقي (٢٩٢/١٠) .

(٥) الإجماع (ص ٩٤) .

وَتَرْتِيبُهُمْ كَتَرْتِيبِهِمْ فِي النَّسَبِ ، لَكِنْ الْأَظْهَرُ : أَنَّ أَخَا الْمُعْتَقِ وَابْنَ أَخِيهِ يُقَدِّمَانِ عَلَى جَدِّهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ . . فَلِمُعْتَقِ الْمُعْتَقِ ثُمَّ عَصَبَتُهُ كَذَلِكَ . وَلَا تَرِثُ امْرَأَةٌ بَوْلَاءً إِلَّا مُعْتَقَهَا

والمعنى فيه كما قاله ابن سريج : أن الولاء أضعف من النسب المتراخي ، وإذا تراخى . . ورث الذكور دون الإناث كبني الأخ وبني العم دون أخواتهم ، فإذا لم ترث بنت الأخ وبنت العم . . فبنت المعتق أولى ألا ترث ؛ لأنها أبعد منهما .

(وترتيبهم) هنا (كترتيبهم في النسب) فيقدم الابن ثم ابنه وإن سفل ، ثم أبوه (لكن الأظهر : أن أخا المعتق) لأبوين أو لأب ، (وابن أخيه) لهما (يقَدِّمان على جده) أما في الأولى . . فلأن الأخ ابن أبي المعتق ، والجد أبو أبيه ، والبنوة أقوى في العصوبة ، وإنما تركنا هذا القياس في النسب ؛ لإجماع الصحابة رضي الله عنهم على أن الأخ لا يُسقط الجد ، ولا إجماع في الولاء فصرنا إليه ، والثاني : أنهما يستويان ، والأصح على هذا : أنه يقاسمه أبداً ؛ إذ لا يتصور الفرض في باب الولاء .

وأما الثانية . . فالخلاف فيها مبني على الأولى ؛ فإن قلنا بأن الأخ مقدم على الجد . . فابنه أيضاً كذلك ؛ لقوة البنوة ؛ كما يقدم ابن الابن وإن سفل على الأب ، وإن قلنا بالتسوية . . فالجد أولى من ابن الأخ على الأصح ؛ لقرب درجته .

واقصر المصنف على استثناء هاتين الصورتين ، وزاد في « الروضة » و« أصلها » ثالثة ، وهي : إذا كان للمعتق ابنا عم أحدهما أخ لأم . . فالأظهر : تقديمه على ابن العم الذي ليس بأخ ، بخلاف النسب^(١) ؛ فإنهما سواء بعد إخراج الفرض .

والفرق : أن الأخ للأم في النسب يرث فأعطي فرضه ، واستويا في الباقي بالعصوبة ، وفي الولاء لا يرث بالفرض ، فرجح من يدلي بقرابة الأم .

(فإن لم يكن له عصبية . . فلمعتق المعتق ثم عصبته) أي : عصبية معتق المعتق (كذلك) على الترتيب المذكور في عصابات المعتق ، ثم لمعتق معتق المعتق ، ثم لعصبته ، وعلى هذا القياس .

(ولا ترث امرأة بولاء إلا معتقها) أي : بفتح التاء ؛ لإطلاق الحديث المار :

(١) روضة الطالبين (٢٣/٦) ، الشرح الكبير (٤٨١/٦) .

أَوْ مُتَنِمِيًّا إِلَيْهِ بِنَسَبٍ أَوْ وَلَائٍ .

فَصْلٌ

[في حكم الجدة مع الإخوة]

اجْتَمَعَ جَدٌّ وَإِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ ذُو فَرْصٍ . . فَلَهُ الْأَكْثَرُ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ وَمُقَاسَمَتِهِمْ ؛ كَأَخٍ ، فَإِنْ أَخَذَ الثُّلُثَ . . فَالْبَاقِي لَهُمْ ،

« إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(١) ، (أَوْ مُتَنِمِيًّا إِلَيْهِ بِنَسَبٍ أَوْ وَلَائٍ) كما لو كان المعتق رجلاً .

والمراد بالنسب : ولده وإن سفل ، وبالولاء : عتيقه .

* * *

(فصل : اجتمع جدٌ وإخوة وأخوات لأبوين أو لأب ؛ فإن لم يكن معهم ذو فرض . . فله الأكثر من ثلث المال ومقاسمتهم ؛ كأخ) ولا يسقط الجدة بالإخوة بإجماع الصحابة وإن كان ابن حزم حكى سقوطه بهم عن طائفة^(٢) ، وهو شاذ ؛ لأن الجدة لا يسقط بالابن فبالأخ أولى .

وجه المقاسمة : أنه في رتبة الإخوة ، ووجه الثلث : أن الجدة والأم إذا اجتمعا . . أخذ الجدة مثلي ما أخذته الأم ؛ لأنها تأخذ الثلث ، وهو يأخذ الثلثين ، والإخوة لا ينقصوا الأم من السدس ، فوجب ألا ينقصوا الجدة من ضعف السدس .
وإنما أعطي أكثر الأمرين ؛ لأنه اجتمع فيه جهة الفرض والتعصيب ، فأعطيناه خيرهما .

وفهم من قوله : (كأخ) أنه يأخذ مع الأخوات مثل حظ الأنثيين^(٣) .
(فإن أخذ الثلث . . فالباقي لهم) للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ كما لو لم يكن معهم جد ، وقد تستوي القسمة والثلث ، والضابط : أن الإخوة والأخوات إن كانوا مثليه . . فالقسمة والثلث سيان ؛ كجد وأخوين ، وإن كانوا دون مثليه ؛ كجد وأخت . .

(١) في (ص ٥٥٩) .

(٢) المحلى (٢٨٣/٩) .

(٣) بلغ مقابلة على خط مؤلفه ، أمتع الله بحياته ، ورحم سلفه . اهـ هامش (١) .

وَأِنْ كَانَ . . فَلَهُ الْأَكْثَرُ مِنْ سُدُسِ التَّرِكَةِ وَثُلْثِ الْبَاقِي وَالْمُقَاسَمَةِ . وَقَدْ لَا يَبْقَى شَيْءٌ -
 كَبَتْنَيْنِ وَأُمٍّ وَزَوْجٍ - فَيَفْرَضُ لَهُ سُدُسٌ وَيُرَادُ فِي الْعَوْلِ . وَقَدْ يَبْقَى دُونَ سُدُسٍ - كَبَتْنَيْنِ
 وَزَوْجٍ - فَيَفْرَضُ لَهُ وَتَعَالُ . وَقَدْ يَبْقَى سُدُسٌ كَبَتْنَيْنِ وَأُمٍّ - فَيَفُوزُ بِهِ الْجَدُّ . وَتَسْقُطُ
 الْإِخْوَةُ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ

فالقسمة خيرٌ له، وإن كانوا فوق مثليه؛ كجد وثلاث إخوة . فالثالث خيرٌ له من المقاسمة .
 (وإن كان) معهم ذو فرض (. . .) فله الأكثر من سدس التركة وثلث الباقي
 والمقاسمة) أما السدس . . . فلأنه لا ينقص عنه مع الأولاد ؛ فمع الإخوة أولى ، وأما
 ثلث الباقي . . . فلأنه لو لم يكن صاحب فرض . . . لأخذ ثلث جميع المال ، فإذا خرج
 قدر الفرض مستحقاً . . . أخذ الثلث الباقي ، وكأن الفرض تَلَفَ من المال ، وأما
 المقاسمة . . . فلما سبق من تنزيله منزلة أخ .

وأصحاب الفروض الوارثون مع الجد والإخوة ستة : البنت ، وبنت الابن ،
 والأم ، والجدة ، والزوج ، والزوجة ؛ فسدس جميع المال خيرٌ له في زوجة ،
 وابنتين ، وجد ، وأخ .

وثلث الباقي خيرٌ له في جدة ، وجد ، وخمس إخوة ؛ أصلها من ثمانية عشر ،
 للجدة ثلاثة ، وللجد خمسة ، والباقي للإخوة لكلٍّ أخ سهمان .

والمقاسمة خيرٌ له في جدة ، وجد ، وأخ ؛ أصلها من ستة ، وتصحُّ من اثني عشر .
 (وقد لا يبقى شيء) بعد أصحاب الفروض (كبنتين وأم وزوج ؛ فيفرض له
 سدس ، ويزاد في العول) فإنها من اثني عشر ، وعالت إلى ثلاثة عشر ، وفرض له
 السدس فزاد العول إلى خمسة عشر .

(وقد يبقى دون سدس - كبنتين وزوج - فيفرض له وتعال) فالمسألة من اثني عشر ؛
 للبنتين الثلثان ، وللزوج الربع ، يبقى نصف سدس ؛ فتعول إلى ثلاثة عشر .

(وقد يبقى سدس - كبنتين وأم - فيفوز به الجد) لأن أصلها من ستة ؛ للبنتين
 الثلثان ، وللأم السدس ، وللجد السدس .

(وتسقط الإخوة) والأخوات (في هذه الأحوال) لأنهم عصبه ، وقد استغرق
 المال أهلُ الفرض .

وَلَوْ كَانَ مَعَ الْجَدِّ إِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ لِأَبَوَيْنِ وَلِأَبٍ . . فَحُكْمُ الْجَدِّ مَا سَبَقَ وَيُعَدُّ أَوْلَادُ
الْأَبَوَيْنِ عَلَيْهِ أَوْلَادُ الْأَبِ فِي الْقِسْمَةِ . فَإِذَا أَخَذَ حَصَّتَهُ ؛ فَإِنْ كَانَ فِي أَوْلَادِ الْأَبَوَيْنِ
ذَكَرٌ . . فَالْبَاقِي لَهُمْ وَيَسْقُطُ أَوْلَادُ الْأَبِ ، وَإِلَّا . . فَتَأْخُذُ الْوَاحِدَةُ إِلَى النِّصْفِ ، وَالثَّانِيانِ
فَصَاعِدًا إِلَى الثَّلَاثِينَ

(ولو كان مع الجد إخوة وأخوات لأبوين ولأب . . فحكم الجد ما سبق) من خير
الأمرين إذا لم يكن معه صاحب فرض ، وخير الأمور الثلاثة إن كان ؛ كما لو لم يكن
معه إلا أحد الصنفين .

وقوله : (ولأب) هو معطوف بـ (الواو) ، بخلاف المذكور أول الفصل ، فإنه
معطوف بـ (أو) لأن ذاك فيما إذا كان معه أحدهما ، والكلام هنا فيما إذا كانا معه .
(ويُعد أولاد الأبوين عليه أولاد الأب في القسمة) أي : يدخلونهم في العدد على
الجد إذا كانت المقاسمة خيراً له .

(فإذا أخذ حصته ؛ فإن كان في أولاد الأبوين ذكر) واحد فأكثر معه أنثى فأكثر أو
وحده (. . فالباقى لهم) للذكر مثل حظ الأنثيين (ويسقط أولاد الأب) مثاله : جد ،
وشقيق ، وأخ لأب ؛ هي من ثلاثة ، للجد سهم ، والباقي للشقيق ؛ لأن الأخ
لأبوين ، يقول للجد : أنا وأخي من الأب بالإضافة إليك سواء ، وأنا الذي أحجبه
فأزاحمك به وأخذ حصته ، وهكذا كما أن الإخوة يردون الأم من الثلث إلى السدس ،
والأب يحجبهم ويأخذ ما نقصوا من الأم .

(وإلا) أي : وإن لم يكن فيهم ذكر ، بل تمحضوا إناثاً ، (. . فتأخذ الواحدة إلى
النصف) أي : يكمل على حصتها إلى تمام النصف ، مثاله : جد ، وشقيقة ، وأخ
لأب ؛ هي من خمسة ، وتصح من عشرة ؛ للجد أربعة ، وللشقيقة خمسة ، يفضل
واحد للأخ من الأب .

(والثنان فصاعداً إلى الثلاثين) مثاله : جد ، وشقيقتان ، وأخ لأب ؛ هي : من
سنة ، للجد سهمان ، والباقي للشقيقتين ، ولا شيء للأخ للأب ، فلو كان جد ،
وشقيقتان ، وأخت لأب . . كانت من خمسة ؛ للجد سهمان ، والباقي للشقيقتين ،
وهو دون الثلاثين ، فلا ترادان عليه .

وَلَا يَفْضَلُ عَنِ الثَّلَاثِينَ شَيْءٌ ، وَقَدْ يَفْضَلُ عَنِ النِّصْفِ فَيَكُونُ لِأَوْلَادِ الْأَبِ . وَالْجَدُّ مَعَ
أَخَوَاتِ كَأَخٍ ؛ فَلَا يُفَرِّضُ لَهُنَّ مَعَهُ إِلَّا فِي الْأَكْدَرِيَّةِ ، وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَجَدٌّ وَأُخْتُ لِأَبَوَيْنِ
أَوْ لِأَبٍ ؛ لِلزَّوْجِ نِصْفٌ ، وَلِلْأُمِّ ثُلُثٌ ، وَلِلْجَدِّ سُدُسٌ ، وَلِلْأُخْتِ نِصْفٌ ، فَتَعُولُ ثُمَّ
يَقْتَسِمُ الْجَدُّ وَالْأُخْتُ نِصْبَهُمَا أَثْلَاثًا ، لَهُ الثَّلَاثَانِ

وهذا يدل على أن ذلك بالتعصيب ، وإلا لزيدنا وأعيلت ، ومثله : ما لو نقص
ما بقي للشقيقة عن النصف ؛ كجد ، وأم ، وزوجة ، وشقيقة ، وأخ لأب ؛ فتقتصر
الشقيقة على ما فضل لها ، ولا تزداد عليه .
فقلوه : (فتأخذ الواحدة إلى النصف) أي : إن وجدته ، وكذا الثلثان في الشنتين ،
وإلا . . لورد ذلك على إطلاقه .

(ولا يفضل عن الثلثين شيء) فإذا مات عن أختين شقيقتين ، وأخ لأب ، وجد ؛
فللجد الثلث ، والباقي وهو الثلثان للشقيقتين ، وهو تمام فرضهما .
(وقد يفضل عن النصف فيكون لأولاد الأب) كما سبق في جد ، وشقيقة ، وأخ
لأب ، والحاصل : أن أولاد الأب لا يأخذون شيئاً إلا أن يكون ولد الأبوين أنثى
واحدة .

(والجد مع أخوات كأخ ؛ فلا يفرض لهنَّ معه) كما لا يفرض لهنَّ مع الأخ ؛
لوجود من يجعلها عصة ، ولا تعال المسألة بسببهن وإن كان قد يفرض للجد وتعال
المسألة بسببه كما سبق ؛ لأنه صاحب فرض بالجدودة فيرجع إليه للضرورة .
(إلا في الأكدرية ، وهي : زوج ، وأم ، وجد ، وأخت لأبوين أو لأب ؛ للزوج
نصف ، وللأم ثلث)^(١) لعدم من يحجبها عنه (وللجد سدس) كذلك أيضاً (وللأخت
نصف) لعدم من يسقطها ومن يعصّبها ؛ فإن الجد لو عصّبها . . نقص حقه ؛ فتعين
الفرض لها (فتعول) بنصيب الأخت ، وهو النصف إلى تسعة فإن أصلها من ستة .
(ثم يقتسم الجد والأخت نصيبهما أثلاثاً ، له الثلثان) ونصيبهما أربعة ، وهي
لا تنقسم على ثلاثة ، فاضرب ثلاثة في تسعة تبلغ سبعة وعشرين ؛ للزوج تسعة ،
وللأم ستة ، وللجد ثمانية ، وللأخت أربعة ، وإنما يقسم الثلثان بينهما ؛ لأنه لا سبيل

(١) في (ب) و(د) : (أو لأب ؛ للزوج نصف) .

لَا يَتَوَارَثُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ . وَلَا يَرِثُ مُرْتَدٌّ وَلَا يُورَثُ

إلى تفضيلها على الجد ؛ كما في سائر صور الجد والإخوة ؛ ففرض لها بالرحم ، وقسم بينهما بالتعصيب ؛ رعاية للجانبين .

وفي تسمية هذه أكردية سبعة أقوال^(١) : من أحسنها : أنها كدرت على زيد مذهبه ؛ لأنه لا يفرض للأخت مع الجد ، ولا يعيل مسائل الجد ، وهنا فرض وأعال ، وأيضاً : فإنه جمع سهام الفرض فقسمها على التعصيب ؛ فكدرت مذهبه من هذه الأوجه الثلاثة ، وقيل : إن رجلاً يقال له أكرد ألقاها على ابن مسعود ؛ فسميت باسم السائل ، وقيل : إن الميتة في هذه الصورة كان اسمها أكردة ؛ فسميت بها .

* * *

(فصل) في موانع الميراث (لا يتوارث مسلم وكافر) لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ » متفق عليه^(٢) .

ولا فرق بين النسب والولاء في ذلك ، وعن الإمام أحمد أن اختلاف الدين لا يمنع الإرث بالولاء ، ونقله القاضي عبد الوهاب المالكي عن الشافعي ، وغلط في ذلك ، وكأنه توهم ذلك من قول الشافعي : أن الولاء ثابت بين المسلم والكافر ، ومعناه : أن الولاء ثابت للكافر كالقراية ؛ فإن أسلم قبل موت المسلم . . ورث به ، وإن مات قبل أن يسلم . . لم يرثه .

(ولا يرث مرتد) بحال ؛ إذ لا سبيل إلى توريثه من مثله ؛ لأنه غير مبقى ، ولا من مسلم ؛ للخبر المتقدم ، ولا من كافر أصلي ؛ للمنافاة بينهما ؛ لأنه لا يقر على دينه ، وذاك يقر ، (ولا يورث) بل ماله فيء لبيت المال ، وسواء في عدم التورث منه ما اكتسبه في الإسلام ، أو في الردة ، ارتد في الصحة أو في المرض وقصد منع وارثه ، والدليل عليه فيما إذا ارتد في الصحة وفيما اكتسبه في الإسلام : الإجماع ، وفي

(١) في غير (أ) : (تسعة أقوال) .

(٢) صحيح البخاري (٦٧٦٤) ، صحيح مسلم (١٦١٤) عن أسامة بن زيد رضي الله عنهما .

وَبِثُّ الْكَافِرِ الْكَافِرَ وَإِنْ اُخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمَا ، لَكِنَّ الْمَشْهُورُ : أَنَّهُ لَا تَوَارُثَ بَيْنَ حَرْبِيٍّ وَذِمِّيٍّ . وَلَا يَرِثُ مَنْ فِيهِ رِقٌّ
.....

الباقى : القياس عليهما ، وللإمام احتمال فى تورىث المرتد من مثله^(١) ، والزندقى كالمرتد .

(ويرى الكافر الكافر وإن اختلفت مِلَّتُهُمَا) كاليهودى والنصرانى والمجوسى والوثنى ؛ لأن جميع ملل الكفر فى البطلان كالملة الواحدة ، قال تعالى : ﴿ لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِىَ دِينِ ﴾ وقال تعالى : ﴿ فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ ﴾ ، وقيل : لا ترث ملة منهم ملة أخرى ؛ بناءً على أن الكفر مللٌ مختلفة .

ولا فرق فى توارىث بعضهم من بعض بين أن يكونا حربيين أو غير حربيين ، ولا بين أن يكون الحربيان متفقى الدار أو مختلفيها ، وذلك بأن يختلف الملوك ، ويرى بعضهم قتل بعض ؛ كالروم والهند ، كذا فى « الروضة » و« أصلها »^(٢) ، لكن فى « شرح مسلم » نقل عن الأصحاب : أن الحربيين فى بلدين متحاربين لا يتوارىثان^(٣) ، ونقله السبكى عن مسودة « شرح التنبية » للمصنف ، قال فى « المهمات » : وهو وهم^(٤) ، وإنما هو مذهب أبى حنيفة .

(لكن المشهور : أنه لا توارىث بين حربى وذمى) لانقطاع الموالاة بينهما ، والثانى : يتوارىثان ؛ لشمول الكفر .

والمعاهد والمستأمن كالذمى ، وقيل : كالحربى .

(ولا يرث من فيه رِقٌّ) لقوله تعالى : ﴿ يُؤْصِيكُمُ اللَّهُ فِيْ أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِىْكُمْ مِّثْلُ حَقِِّ الْأُنثَىَيْنِ ﴾ فإن (اللام) فيه للتملك ، والعبد لا يملك ، وإن قيل : يملك . . فهو ملك ضعيف ، ولأنه لو ورث . . لكان الملك للسيد ، وهو أجنبى من الميت .

وفى المبعض وجهٌ ضعيف : أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية ، والصحيح : المنع ؛

(١) نهاية المطلب (٩/١٥٠) .

(٢) روضة الطالبين (٦/٢٩) ، الشرح الكبير (٦/٥٠٧) .

(٣) شرح صحيح مسلم (١١/٥٣) .

(٤) المهمات (٦/٣٢٢) .

وَالْجَدِيدُ : أَنَّ مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ يُوْرَثُ - وَلَا قَاتِلٌ ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يُضْمَنْ . . وَرَثَ . وَلَوْ
مَاتَ مُتَوَارِثَانِ بَغْرَقٍ أَوْ هَدْمٍ أَوْ فِي غُرْبَةٍ مَعًا ، أَوْ جُهِلَ أَسْبَقُهُمَا . . لَمْ يَتَوَارَثَا وَمَالُ كُلِّ
لِبَاقِي وَرَثَتِهِ

لأنه ناقص بالرق في النكاح والطلاق والولاية ؛ فلم يرث ؛ كالكفن .

(والجديد : أن من بعضه حر يورث) ما ملكه ببعضه الحر ؛ لأنه تام الملك ؛
كالحر ، فترثه زوجته وقريبه أو معتقه .

وفي القدر الموروث وجهان : أصحابهما : جميع ما ملكه ببعضه الحر ، والثاني :
يقدر ما فيه من الحرية ، وباقيه لمالك بعضه .

والقديم : أنه لا يورث كما لا يرث ؛ كالمرتد فما تركه يكون لمالك باقيه ، ولم
يذكر المصنف كون الرقيق لا يورث ؛ استغناءً بما اقتضاه كلامه في المبعوض ، وقد
صرح به في « المحرر »^(١) .

(ولا قاتل) من مقتوله ؛ لأحاديث واردة في الباب كلها متكلم فيها^(٢) ، والمعنى فيه :
أنا لو ورثناه . . لم نأمن ذاعر من مستعجل الإرث أن يقتل مؤرثه ؛ فاقتضت المصلحة
حرمانه ، ولأن القتل قطع المولاة ، وهي سبب الإرث ، وسواء أكان القتل عمداً أو
خطأً ، وسواء قصدت مصلحته ؛ كضرب الأب والمعلم للتأديب ، وبطء جرحه ، وسقيه
دواء إذا مات به الصبي أو غيره ، أو لم يقصد ، وسواء فيه المكره والمختار على المذهب .
(وقيل : إن لم يُضْمَنْ) كقتله قصاصاً أو حداً (. . ورث) لأنه قتل بحق .

وقوله : (يضمن) هو بضم أوله ؛ ليدخل فيه القاتل خطأ ، فإن العاقلة تضمنه .
وقد يفهم كلام المصنف : أنه يرث المقتول من قاتله ولا خلاف فيه ، وصورته :
بأن يجرح مؤرثه ، ثم يموت قبل المجروح ، ثم يموت المجروح من تلك الجراحة .
(ولو مات متوارثان بغرق أو هدم أو في غربة معاً ، أو جهل أسبقهما . . لم
يتوارثا ، ومال كل لباقى ورثته) لأن الله تعالى إنما ورث الأحياء من الأموات ، وهنا

(١) المحرر (ص ٢٦٣) .

(٢) منها : ما أخرجه النسائي في « الكبرى » (٦٣٣٤) ، وابن ماجه (٢٦٤٦) وأحمد (٤٩/١) عن
عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

وَمَنْ أُسِرَ ، أَوْ فَقِدَ وَأَنْقَطَعَ خَبْرُهُ . . تَرَكَ مَالَهُ حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِمَوْتِهِ ، أَوْ تَمْضِيَ مُدَّةٌ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ لَا يَعِيشُ فَوْقَهَا ، فَيَجْتَهِدُ الْقَاضِي وَيَحْكُمُ بِمَوْتِهِ ،

لا نعلم حياته عند موت صاحبه ، فلم يرثه ؛ كالجنين إذا خرج ميتاً ، ولأنا إن ورثنا أحدهما فقط . . فهو تحكُّمٌ ، وإن ورثنا كلياً من صاحبه . . تيقنا الخطأ ؛ لأنهما إن ماتا معاً . . ففيه توريث ميت من ميت ، أو متعاقبين . . ففيه توريث من تقدم ممن تأخر ، وحينئذ فيقدر في حق كل ميت أنه لم يخلف الآخر .

ودخل في قوله : (جهل أسبقهما) صورتان : ما إذا لم يعلم هل وقعا معاً أو بالتلاحق ، أو علم التلاحق ولكن جهل السابق ؛ فالحاصل : ثلاث صور لا يورث فيها : هاتان ، وما إذا ماتا معاً ، وخرجت صورتان : ما لو علم السابق واستمر ، وهو واضح ، أو علم ثم نسي . . فإنه يوقف الميراث إلى الصلح ؛ لأن التذكر غير مأبوس منه .

وحاصل ما ذكره المصنف من الموانع : أربعة ، وأهمل الدور الحكمي ، وهو : أن يلزم من توريثه عدم توريثه ؛ كما لو أقرَّ الأخ بابن لأخيه الميت . . فإنه يثبت نسبه ولا يرث ، وقد ذكره في (الإقرار)^(١) .

ولو أعتق المريض أمة تخرج من ثلثه ، وتزوجها ثم مات . . فالأصح : صحة النكاح ، ولا ترث ؛ لأن إرثها يؤدي إلى نفيه ؛ فإن عتقها في المرض وصية لها ، والوصية لا تصح للوارث ، فلو ورثناها . . لبطل عتقها .

(ومن أسر ، أو فقد وانقطع خبره . . ترك ماله حتى تقوم بيِّنَةٌ بموته ، أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها ، فيجتهد القاضي ويحكم بموته) لأن الأصل بقاء الحياة ، فلا يورث إلا بيقين ، أما عند البيينة . . فظاهر ، وأما عند مضي المدة مع الحكم . . فلتنزيله منزلة قيام البيينة .

وأفهم كلامه : أمرين : أحدهما : أن هذه المدة لا تتقدر ، وهو الصحيح ، وقيل : تتقدر بسبعين سنة ، وقيل : بمئة وعشرين سنة ؛ فإنه العمر الطبيعي عند

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٨٦) .

ثُمَّ يُعْطِي مَالَهُ مِنْ يَرِثُهُ وَقَتَ الْحُكْمِ . وَلَوْ مَاتَ مَنْ يَرِثُهُ الْمَفْقُودُ . . وَقَفْنَا حِصَّتَهُ وَعَمِلْنَا فِي الْحَاضِرِينَ بِالْأَسْوَأِ

الأطباء ، حكاه صاحب « البيان »^(١) ، ثانيهما : اعتبار حكم الحاكم ، ولا يكفي مضي المدة ، وأشار الرافعي إلى اختلاف عبارة الأصحاب فيه ، وقال في « الشرح الصغير » : الظاهر اعتباره .

(ثم يعطي ماله من يرثه وقت الحكم) بموته ؛ فإنه فائدة الحكم .
وقوله : (وقت الحكم) كذا جزماً به^(٢) ، وفي « البسيط » قيل الحكم ، قال السبكي : ويشبه ألا يكون اختلافاً ، فإن الحكم إظهار فيقدر موته قبيله بأدنى زمان ، وقوله : (من مات قبل الحكم بلحظة . . لم يرثه) لا ينافي ما قلناه ؛ فإنه وإن لم يفصل بينهما زمان . . فكموتهما معاً ، قال : وهذا إذا أطلق الحكم ، أما إذا مضت مدة زائدة على ما يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها ، وحكم بموته من تلك المدة السابقة . . فنبغي - تفرعاً على رأي من يحكم بموته - أن يصح ، ويعطي لمن كان وارثه في ذلك الوقت وإن كان سابقاً على الحكم ، قال : ولعله مرادهم وإن لم يصرحوا به .
(ولو مات من يرثه المفقود) قبل الحكم بموته (. . وقفنا حصته) حتى يتبين أنه كان عند الموت حياً أو ميتاً .

وتعبيره بالحصّة صحيح إن كان له وارث غيره ، وإلا . . وقفنا الكل ، وعلى هذا : فلا يستقيم قوله أولاً : (يرثه) ، بل الصواب : يرث منه .

(وعملنا في الحاضرين بالأسوأ) فمن يسقط بالمفقود لا يعطى شيئاً حتى يتبين حاله ، ومن ينقص حقه بحياته يقدر في حقه حياته ؛ مثاله : زوج مفقود ، وأختان لأب ، وعم حاضران ؛ فتعطى الأختان أربعة من سبعة ، ويوقف الباقي حتى يتبين حاله ، ومن ينقص حقه بموته يقدر في حقه موته ؛ كأخ لأب مفقود ، وشقيق ، وجد حاضرين ؛ فيقدر في حق الجد حياً ، وفي حق الأخ ميتاً ، ومن لا يختلف نصيبه بحياته وموته . . يعطى نصيبه ؛ كابن مفقود ، وبنت ، وزوج حاضرين ؛ للزوج الربع بكل حال .

(١) البيان (٣٥/٩) .

(٢) الشرح الكبير (٥٢٦/٦) ، روضة الطالبين (٣٥/٦) .

وَلَوْ خَلَفَ حَمَلًا يَرِثُ أَوْ قَدْ يَرِثُ . . عُمِلَ بِالْأَحْوَطِ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ ، فَإِنْ اُنْفَصَلَ حَيًّا لَوَقَّتْ يُعْلَمُ وَجُودُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ . . وَرِثَ ، وَإِلَّا . . فَلَا . . بَيَانُهُ : إِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ سِوَى الْحَمَلِ ، أَوْ كَانَ مَنْ قَدْ يَحْجُبُهُ . . وَقَفَ الْمَالُ ، وَإِنْ كَانَ مَنْ لَا يَحْجُبُهُ وَلَهُ مُقَدَّرٌ . . أُعْطِيَهِ عَائِلًا إِنْ أُمِكنَ عَوْلٌ كَزَوْجَةِ حَامِلٍ وَأَبَوَيْنِ ؛ لَهَا ثَمَنٌ وَلَهُمَا سُدُوسَانِ عَائِلَاتٍ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُقَدَّرٌ كَأَوْلَادٍ . . لَمْ يُعْطُوا . . وَقِيلَ : أَكْثَرُ الْحَمَلِ أَرْبَعَةٌ فَيُعْطُونَ الْيَقِينَ

(ولو خلف حملاً يرث) مطلقاً لو كان منفصلاً (أو قد يرث) بتقدير الذكورة ؛ كحمل امرأة الأخ ، والجد ، أو بتقدير الأنوثة ؛ كمن ماتت عن زوج ، وأخت لأبوين ، وحمل من الأب ، فإن كان الحمل ذكراً . . لا يرث شيئاً ؛ لاستغراق أهل الفرض المال ، وإن كان أنثى . . فلها السدس (. . عُمِلَ بِالْأَحْوَطِ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ) كما سيأتي (فَإِنْ اُنْفَصَلَ) كلُّهُ (حَيًّا لَوَقَّتْ يُعْلَمُ وجوده عند الموت) أي : موت مورثه (. . ورث) لثبوت نسبه .

(وإلا) أي : وإن انفصل ميتاً أو انفصل بعضه حياً ، ثم مات قبل انفصاله ، أو انفصل حياً لوقت لا يعلم وجوده عند الموت (. . فلا) يرث ؛ لأنه في الصورة الأولى والثانية كالعدم ، وفي الثالثة منتفٍ نسبه عن الميت .

(بيانه : إِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ سِوَى الْحَمَلِ ، أَوْ كَانَ مَنْ قَدْ يَحْجُبُهُ . . وَقَفَ الْمَالُ) إلى انفصاله .

(وَإِنْ كَانَ مَنْ لَا يَحْجُبُهُ وَلَهُ مُقَدَّرٌ . . أُعْطِيَهِ عَائِلًا إِنْ أُمِكنَ عَوْلٌ ؛ كزوجة حامل وأبوين ؛ لَهَا ثَمَنٌ ، وَلَهُمَا سُدُوسَانِ عَائِلَاتٍ) لاحتمال أن الحمل بنتان فيدفع إلى الزوجة ثلاثة من سبعة وعشرين ، وللأبوين ثمانية منها ، ويوقف الثلثان عالين .
وقوله : (عائلات) هو بالمشناة فوق ؛ يعني : الثمن والسدسين .

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُقَدَّرٌ كَأَوْلَادٍ . . لَمْ يُعْطُوا) في الحال شيئاً ؛ بناءً على أن الحمل لا يتقدر بعدد ، وهو الصحيح ؛ لعدم انضباطه ؛ لأنه قد وجد خمسة في بطن ، وسبعة في بطن ، واثناعشر في بطن ، وأربعون في بطن .

(وقيل : أَكْثَرُ الْحَمَلِ أَرْبَعَةٌ) جزم به جماعة ، وقال الشيخ أبو محمد : إنه المذهب (فيعطون اليقين) أي : فيوقف ميراث أربعة ويقسم الباقي ؛ مثاله : خَلَفَ

وَالْخُنْثَى الْمَشْكُلُ إِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ إِرْثُهُ كَوَلَدِ أُمٍّ وَمُعْتَقٍ .. فَذَاكَ ، وَإِلَّا .. فَيَعْمَلُ بِالْيَقِينِ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ ، وَيُوقِفُ الْمَشْكُوكُ فِيهِ حَتَّى يَبِينَ

ابناً ، وزوجة حاملاً ؛ فلها الثمن ، ولا يدفع للابن شيء على الأول ، وعلى الثاني : يدفع إليه خمس الباقي .

(والخنثى المشكل إن لم يختلف إرثه) بالذكورة والأنوثة (كولد أمٍّ ومعتق .. فذاك) أي : فيدفع إليه نصيبه ، ولا إشكال .

واعلم : أن الخنثى ضربان ، أحدهما : ألا يكون له فرج رجل ولا فرج امرأة ، بل يكون له ثقبه يبول منها لا تشبه فرج واحد منهما ، الثاني : أن يكون له فرج رجل وفرج امرأة ، مأخوذ من قولهم : يخنث الطعام : إذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه المقصود وشارك طعم غيره ، سمي الخنثى بذلك ؛ لاشتراك الشبهين فيه .

(وإلا) أي : وإن اختلف إرثه (.. فيعمل باليقين في حقه وحق غيره ، ويوقف المشكوك فيه حتى يبين) حاله ؛ لوجوب العمل باليقين وترك المشكوك فيه ؛ مثاله كما ذكره في « المحرر » : ولد خنثى وأخ ؛ يصرف إلى الولد النصف ، ويوقف الباقي . ولد خنثى و بنت وعم ؛ للبنت وللخنثى الثلثان بالسوية ، ويوقف الباقي بين الخنثى ، والعم .

زوج ، وأب ، وولد خنثى ؛ للزوج الربع ، وللأب السدس ، وللولد النصف ، ويوقف الباقي بينه وبين الأب^(١) .

ولو مات الخنثى في مدة التوقف .. فالأظهر : أنه لا بد من الاصطلاح ، وفي قول : يُرَدُّ إلى ورثة الميت الأول ، ولو اصطلاح الذين وقف المال بينهم على تساوي أو تفاوت .. جاز إذا لم يكن فيهم محجور عليه ، قال الإمام : ولا بد أن يجري بينهم تواهب ، وإلا .. لبقى المال على صورة التوقف ، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة ، لكنها تحتمل للضرورة^(٢) .

(١) المحرر (ص ٢٦٤) .

(٢) نهاية المطلب (٩/ ٣٢٤) .

وَمَنْ اجْتَمَعَ فِيهِ جِهَتَا فَرَضٍ وَتَعْصِيبٍ كَزَوْجٍ هُوَ مُعْتَقٌ أَوْ ابْنُ عَمٍّ . . وَرِثَ بِهِمَا .
 قُلْتُ : فَلَوْ وَجَدَ فِي نِكَاحِ الْمَجُوسِ أَوْ الشُّبْهَةِ بِنْتُ هِيَ أُخْتُ . . وَرِثَتْ بِالْبُنُوَّةِ ، وَقِيلَ :
 بِهِمَا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَلَوْ اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي جِهَةِ عَصُوبَةٍ وَزَادَ أَحَدُهُمَا بِقَرَابَةِ أُخْرَى كَأَبْنِي
 عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِأُمٍّ . . فَلَهُ السُّدُسُ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا ،

(ومن اجتمع فيه جهتا فرض وتعصيب ؛ كزوج هو معتق أو ابن عم . . ورث بهما)
 فيأخذ النصف بالزوجية ، والآخر بالولاء أو ببنة العم ؛ لأنه وارث بسببين مختلفين ؛
 فأشبه ما لو كانت القرابتان في شخصين .

(قلت : فلو وجد في نكاح المجوس أو الشبهة بنتٌ هي أخت) لأب ؛ بأن وطئ
 بنته فأولدها بنتاً ثم ماتت العليا ، فقد خلقت أختاً من أب وبنتاً (. . ورثت بالبنة)
 فقط ؛ لأنهما قرابتان يورث بكل منهما عند الانفراد ، فيورث بأقواهما ، ولم يورث
 بهما ؛ كالأخت للأبوين لا ترث بالقرابتين معاً ، فلا ترث النصف بأختية الأب ،
 والسدس بأختية الأم إجماعاً .

(وقيل : بهما ، والله أعلم) فترث النصف بالبنة ، والباقي بالأخوة ؛ لأنهما
 سببان يورث بكل منهما عند الانفراد ، فإذا اجتمعا . . لم يسقط أحدهما الآخر ؛ كابن
 عم هو أخ لأُم ، قال ابن الملقن : وهذه الزيادة تدخل في قوله بعد : (ومن اجتمع فيه
 جهتا فرض . .) إلى آخره ؛ لأن المذكور هناك قاعدة عامة ، وهذه من بعض
 أمثلتها .

نعم ؛ أفاد وجهاً ليس في « المحرر » بقوله : (وقيل : بهما) . انتهى^(١) .
 وهو مردود ؛ فإن الزيادة من قاعدة اجتماع الفرض والتعصيب ، والمذكور آخراً من
 قاعدة اجتماع الفرضين ، ولا يلزم من انتفاء التوريث بجهتي الفرض انتفاؤه بجهتي
 فرض وتعصيب ، ولهذا مثل هنا بينت هي أخت .

(ولو اشترك اثنان في جهة عصوبة وزاد أحدهما بقربة أخرى ؛ كابني عمٍّ أحدهما
 أخ لأُم . . فله السدس) فرضاً (والباقي بينهما) بالعصوبة ؛ لما مرَّ .

(١) عجلة المحتاج (١٠٧١/٣) .

فَلَوْ كَانَ مَعَهُمَا بِنْتُ . . فَلَهَا النِّصْفُ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ : يَخْتَصِرُ بِهِ الْأَخ . وَمَنْ
اجْتَمَعَ فِيهِ جِهَتَا فَرَض . . وَرِثَ بِأَقْوَاهُمَا فَقَط . وَالْقُوَّةُ بِأَنْ تَحْجُبَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ،
أَوْ لَا تَحْجُبَ ، أَوْ تَكُونَ أَقْلُ حَجَبًا : فَالْأُولَى : كَبِنَتْ هِيَ أُخْتُ لَأُمٍّ ؛ بِأَنْ يَطَأَ
مَجُوسِيٍّ ، أَوْ مُسْلِمٍ بِشِبْهَةِ أُمِّهِ فَتَلِدَ بِنْتًا . وَالثَّانِي : كَأُمٍّ هِيَ أُخْتُ لِأَبٍ ؛ بِأَنْ يَطَأَ بِنْتَهُ
فَتَلِدَ بِنْتًا . وَالثَّالِثُ : كَأُمٍّ أُمُّ هِيَ أُخْتُ ؛ بِأَنْ يَطَأَ هَذِهِ الْبِنْتَ الثَّانِيَةَ فَتَلِدَ وَلَدًا .
فَالْأُولَى أُمُّ أُمِّهِ وَأُخْتُ

(فلو كان معهما بنت . . فلها النصف والباقي بينهما) بالسوية^(١) ؛ لأن أخوة الأم
تسقط بالبنت ، (وقيل : يختصر به الأخ) لأن البنت منعت من الأخذ بقرابة الأم ، وإذا
لم يأخذ بها . . ترجحت عصوبته ؛ كأخ لأبوين مع أخ لأب .
وصورة ابني عم أحدهما أخ لأم : أن يتعاقب أخوان على امرأة ، وتلد لكل واحد
منهما ابناً ولأحدهما ابن من غيرها ؛ فابناء ابنا عم الآخر ، وأحدهما أخوه لأمه .
(ومن اجتمع فيه جهتا فرض . . ورث بأقواهما فقط) لما سبق (والقوة بأن تحجب
إحداهما الأخرى) حجب حرمان أو نقصان ، (أو لا تحجب) أصلاً ، والأخرى قد
تحجب ، (أو تكون أقل حجبا) أي : تحجب كل واحدة لكن حجب أحدهما أقل ؛
فهذه ثلاث صور .

(فالأولى^(٢) : كبننت هي أخت لأم ؛ بأن يَطَأَ مجوسي ، أو مسلم بشبهة أمه فتلد
بنتاً) فالأخوة للأم ساقطة بالبنتية ، ولا تكون هذه الصورة إلا والميت رجل .
(والثاني : كأُمٍّ هي أخت لأب ؛ بأن يَطَأَ بنته فتلد بنتاً) فترث بالأمومة ؛ لأنها
لا تحجب حجب حرمان أصلاً ، والأخت تحجب .

(والثالث : كأُمٍّ أم هي أخت ؛ بأن يَطَأَ هذه البنت الثانية فتلد ولداً ؛ فالأولى أُمُّ أُمِّهِ
وأخته) أي : أم أم الولد وأخته لأبيه فترث بالجدودة ؛ لأنها أقل حجبا ؛ إذ لا يحجبها
إلا الأم ، وأما الأخت . . فيحجبها جماعة كما مرَّ ، ولا يرثون بالزوجية قطعاً ؛

(١) كلمة (بالسوية) في غير (أ) من المتن .

(٢) في « المنهاج » المطبوع (ص ٣٤٦) : (فالأول) .

[في أصول المسائل وما يعول منها]

إِنْ كَانَتْ الْوَرَثَةُ عَصَبَاتٌ . . قُسِّمَ الْمَالُ بِالسَّوِيَّةِ إِنْ تَمَحَّضُوا ذَكَوراً أَوْ إِنَاثاً . وَإِنْ
اجْتَمَعَ الصَّنْفَانِ . . قُدِّرَ كُلُّ ذَكَرٍ أَثْنَيْنِ ، وَعَدَدُ رُؤُوسِ الْمَقْسُومِ عَلَيْهِمْ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ .
وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ ذُو فَرْضٍ أَوْ ذَوَا فَرْضَيْنِ مُتَمَاثِلَيْنِ . . فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ مَخْرَجِ ذَلِكَ الْكُسْرِ ؛ .

لبطلانها ، كذا قاله الشيخان هنا^(١) ، لكنهما حكيا عن البغوي في (كتاب النكاح) :
أن منهم من بنى التوارث على الخلاف في صحة أنكحتهم^(٢) .

* * *

(فصل : إن كانت الورثة عصابات . . قُسِّمَ المال بالسوية إن تمحَّضوا ذكوراً) كبنين
أو إخوة ، أو أعمام ، أو بنينهم ، سواء النسب والولاء ، (أو إِنَاثاً) كأربع نسوة أعتقن عبداً
بينهن بالسوية ، وهكذا لا يتصور إلا في الولاء ؛ فإن تفاوت الملك . . تفاوت الإرث .
(وإن اجتمع الصنفان . . قُدِّرَ كُلُّ ذَكَرٍ أَثْنَيْنِ) ولا يقدر للأُنثى نصف نصيب ؛ لثلاث
ينطق بالكسر ، واتفقوا على عدم النطق به .
(وعدد رؤوس المقسوم عليهم أصلُ المسألة) فإذا خَلَّفَ ابنين وبنيتين . . فأصل
المسألة من ستة ، وهكذا .

(وإن كان فيهم) أي : في الورثة (ذو فرض ، أو ذوا فرضين متماثلين . .
فالمسألة) أصلها (من مخرج ذلك الكسر) مثال الأول : بنت ، وعم ؛ المسألة من
اثنين ، ومثال الثاني : أم ، وأخ لأم ، وأخ لأب ؛ هي من ستة ، وكذا الحكم فيما إذا
لم يكن فيهم عصبية ؛ كزوج ، وأخت لأبوين ، أو لأب ؛ هي من اثنين أيضاً .
وهذه المسألة تُسَمَّى النصفية ؛ إذ ليس لنا شخصان يرثان المال مناصفة فرضاً
سواءهما ، وتُسَمَّى اليتيمة ؛ إذ ليس لها نظير .

وقوله : (متماثلين) أي : إما فرضاً ؛ كزوج ، وأخت ، أو مخرجاً ؛ كشقيقتين ،
وأخوين لأم .

(١) الشرح الكبير (٥٠١/٦) ، روضة الطالبين (٤٤/٦) .

(٢) الشرح الكبير (١٢٦/٧) ، روضة الطالبين (١٧١/٧) .

فَمَخْرَجُ النُّصْفِ : اثنان ، وَالثُّلُثِ : ثلاثة ، وَالرُّبْعِ : أربعة ، وَالسُّدُسِ : ستة ،
وَالثَّمْنِ : ثمانية . وَإِنْ كَانَ فَرْضَانِ مُخْتَلِفًا الْمَخْرَجِ ؛ فَإِنْ تَدَاخَلَ مَخْرَجَاهُمَا . . فَأَصْلُ
الْمَسْأَلَةِ أَكْثَرُهُمَا كَسْدُسٍ وَثَلْثٍ ، وَإِنْ تَوَافَقَا . . ضُرِبَ وَفْقَ أَحَدِهِمَا فِي الْآخِرِ
وَالْحَاصِلُ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ كَسْدُسٍ وَثَمْنٍ فَأَلْأَصْلُ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَإِنْ تَبَايَنَّا . . ضُرِبَ
كُلٌّ فِي كُلِّ وَالْحَاصِلُ الْأَصْلُ كَثْلُثٍ وَرُبْعٍ ، الْأَصْلُ اثْنَا عَشَرَ

واعلم : أن المخرج هو أقل عدد يصح منه الكسر ، وهو أصل المسألة .

والكسر : هو الجزء وهو ما دون الواحد .

(فمخرج النصف : اثنان ، والثالث : ثلاثة ، والرابع : أربعة ، والسدس : ستة ،
والثمن : ثمانية) لأن أقل ما له نصف اثنان ، وأقل ما له ثلث ثلاثة ، وأقل ما له ربع
أربعة ، وأقل ما له سدس ستة ، وأقل ما له ثمن ثمانية ، وكلها مشتقة من أسماء العدد
لفظاً ومعنى إلا النصف ، فلم يشتق من اسم العدد ، ولو اشتق منه . . لقليل : ثني بضم
أوله ، وإنما اشتق من التناصف ؛ يعني : أن المقتسمين قد تناصفا واقتسما بالسوية .

وسكوته عن الثلثين يفهم أنه ليس جزءاً برأسه ، وهو كذلك ، وإنما هو تضعيف الثلث .
(وإن كان فرضان مختلفا المخرج ؛ فإن تداخل مخرجهما . . فأصل المسألة
أكثرهما ؛ كسدس وثلث) كأم ، وأخ لأم ، وعم ؛ هي من ستة ، للأم الثلث ، وهو
من ثلاثة ، وللأخ السدس ، وهو من ستة ، والثلاثة داخلة في الستة ؛ لأن المتداخلين
كل عددين مختلفين أقلهما جزء من الأكثر لا يزيد على نصفه ؛ كالثلاثة من الستة ومن
التسعة ، والأربعة من الثمانية .

(وإن توافقا) بجزء من الأجزاء (. . ضرب وفق أحدهما في الآخر ، والحاصل
أصل المسألة ؛ كسدس وثمان ؛ فالأصل : أربعة وعشرون) كما إذا خلف أمّاً ،
وزوجة ، وابناً ؛ فالسدس والثمن متوافقان بالأنصاف ، فاضرب نصف أحدهما في
الآخر يبلغ أربعة وعشرين .

(وإن تباينا . . ضرب كل في كل ، والحاصل الأصل ؛ كثلث وربع ، الأصل : اثنا
عشر) كأم ، وزوجة ، وأخ ؛ فالثلث والربع متباينان ، فاضرب مجموع أحدهما في
الآخر يبلغ اثني عشر .

فَالْأَصُولُ سَبْعَةٌ : اثْنَانِ وَثَلَاثَةٌ وَأَرْبَعَةٌ وَسِتَّةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَاثْنَا عَشَرَ وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَالَّذِي يَعُولُ مِنْهَا : أَلَسْتَهُ إِلَى سَبْعَةِ كَزَوْجٍ وَأَخْتَيْنِ ،

(فالأصول) أي : المخارج (سبعة : اثنان ، وثلاثة ، وأربعة ، وستة ، وثمانية ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون) لأن الفروض المذكورة في القرآن لا يخرج حسابها إلا من هذه السبعة ، وهذا ما عليه قدماء الأصحاب ، وزاد المتأخرون أصليين آخرين في مسائل الجد والإخوة حيث كان ثلث الباقي بعد الفروض خيراً له ؛ أحدهما : ثمانية عشر ؛ كجد ، وأم ، وإخوة ، والثاني : ستة وثلاثون ؛ كجد ، وأم ، وزوجة ، وإخوة .

أصل الأولى : من ثمانية عشر ؛ لأنه أقل عدد يكون له سدس ، وثلث ما بقي ، وأصل الثانية : من ستة وثلاثين ، واختار في « الروضة » طريق المتأخرين ؛ لأنه أخصر ، ولأن ثلث ما تبقى فرض مضموم إلى السدس والربع ؛ فلتكن الفريضة من مخرجها^(١) .

(والذي يعول منها) أي : من هذه الأصول ثلاثة ؛ وهي : ستة ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون ؛ لإمكان اجتماع فروض تزيد عليها ، بخلاف الباقي .

(الستة إلى سبعة ؛ كزوج وأختين) شقيقتين ، أو لأب ؛ فتعول بمثل سدسها .
وهذه الصورة أول فريضة عالت في الإسلام^(٢) ؛ لأنها وقعت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع لها الصحابة ، وقال لهم : فرض الله تعالى للزوج النصف ، وللأختين الثلثين ، فإن بدأت بالزوج . . لم يبق للأختين حقهما ، وإن بدأت بالأختين . . لم يبق للزوج حقه ، فأشار عليه العباس رضي الله عنه بالعول ، وقال : أرأيت لو مات رجل وترك ستة دراهم ، ولرجل عليه ثلاثة ، ولآخر أربعة أليس يجعل المال سبعة أجزاء ؟ قال : نعم ؛ فقال العباس : هو ذاك ، فأجمع الصحابة عليه ، وكان ابن عباس صغيراً فلما كبر أظهر الخلاف .

(١) روضة الطالين (٦٢/٦) .

(٢) أخرجه الحاكم (٤/٣٤٠) ، والبيهقي (٦/٢٥٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

وَالِى ثَمَانِيَّةٍ كَهْمٌ وَأُمٌّ ، وَإِلَى تِسْعَةٍ كَهْمٌ وَأَخٌ لَأُمٍّ ، وَإِلَى عَشْرَةٍ كَهْمٌ وَآخَرٌ لَأُمٍّ . وَالْإِثْنَا عَشَرَ إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ كَزَوْجَةٍ وَأُمٌّ وَأُخْتَيْنِ ، وَإِلَى خَمْسَةِ عَشَرَ كَهْمٌ وَأَخٌ لَأُمٍّ ، وَسَبْعَةَ عَشَرَ كَهْمٌ وَآخَرٌ لَأُمٍّ . وَالْأَرْبَعَةَ وَالْعِشْرُونَ إِلَى سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ كِبَتَيْنِ وَأَبَوَيْنِ وَزَوْجَةٍ . . .

والعول : عبارة عن رفع الحساب ، ومعناه : أنا نرفع سهام المسألة عن سهام ذوي الفروض ؛ ليدخل النقص على كل بقدر فرضه .

(وإلى ثمانية ؛ كههم وأم) فتعول بمثل ثلثها ، وإدخال الكاف على الضمير لغة قليلة .

(وإلى تسعة ؛ كههم وأخ لأم) فيزداد عليها سهم واحد لولد الأم فتعول بمثل نصفها .

(وإلى عشرة ؛ كههم وآخر لأم) فتعول بمثل ثلثيها ، وتسمى هذه : أم الفُروخ ، لكثرة سهامها العالية فيها ، والشُّريحية ؛ لأن شُريحاً قضى فيها بذلك ؛ فتلخص أن الستة تعول أربع مرات ، ثم إنها متى عالت إلى أكثر من سبعة لا يكون الميت إلا امرأة ؛ لأنها لا تعول إلى ذلك إلا بزواج .

(وَالْإِثْنَا عَشَرَ إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ ؛ كَزَوْجَةٍ وَأُمٍّ وَأُخْتَيْنِ) لغير أمٍّ ، فتعول بنصف سدسها . (وإلى خمسة عشر ؛ كههم وأخ لأم) فتعول برربعها ، فيزداد على ما سبق سهران للأخ للأم .

(وسبعة عشر ؛ كههم وآخر لأم) فتعول برربعها ، وسدسها ، ويزاد على ما مرَّ سهران للأخ الآخر ، وهذه الثلاث مراتب لا يتصور إلا والميت رجل ، كما أفهمه تمثيل المصنف^(١) .

(والأربعة والعشرون إلى سبعة وعشرين) فقط (كِبَتَيْنِ وَأَبَوَيْنِ وَزَوْجَةٍ) فتعول بمثل ثمنها ، وهو نصيب الزوجة ، وتسمى هذه : المنبرية ؛ لأن عليّاً رضي الله عنه سئل عنها على المنبر ، فقال ارتجالاً : صار ثمنها تسعاً^(٢) ، ومضى في خطبته ، وذلك

(١) قال في « العجالة » (١٠٧٢/٣) : بعد مثال المصنف : (قلت : وكذا هؤلاء وأمّ وجدة . انتهى ، وهو عجيب ؛ فإن الأم المذكورة أولاً في الخمسة عشر ، والجدّة لا تراث معها) . اهـ هامش (أ) .

(٢) أخرجه الدارقطني (٦٨-٦٩) ، والبيهقي (٢٥٣/٦) .

وَإِذَا تَمَآثَلَ الْعَدَدَانِ . . فَذَاكَ . وَإِنْ اُخْتَلَفَا وَفَنِيَ الْأَكْثَرُ بِالْأَقْلَ مَرَّتَيْنِ فَأَكْثَرَ . . فَمُتَدَاخِلَانِ
كثَلَاثَةٍ مَعَ سِتَّةٍ أَوْ تِسْعَةٍ ، وَإِنْ لَمْ يُفْنِيَهُمَا إِلَّا عَدَدُ ثَالِثٍ . . فَمُتَوَافِقَانِ بِجُزْئِهِ كَأَرْبَعَةٍ وَسِتَّةٍ
بِالنِّصْفِ ، وَإِنْ لَمْ يُفْنِيَهُمَا إِلَّا وَاحِدٌ . . تَبَايَنَا كَثَلَاثَةٍ وَأَرْبَعَةٍ

لأن ثلاثة من سبعة وعشرين تسع في الحقيقة ، ولا يكون هذا العول إلا والميت رجل
بل لا تكون المسألة من أربعة وعشرين إلا وهو رجل .

(وإذا تماثل العددين . . فذاك) أي : فأمره واضح ؛ كثلاثة وثلاثة ، فتسقط
أحدهما وتكتفي بالآخر .

(وإن اختلفا وفنِيَ الأكثر بالأقل مرتين فأكثر . . فمتداخِلان ؛ كثلاثة مع ستة أو
تسعة) أو خمسة وعشرة ؛ فإن الستة تفنِي بإسقاط الثلاثة مرتين ، والتسعة بإسقاط
الثلاثة منها ثلاث مرات ؛ لأنها ثلثها ، والعشرة تفنِي بإسقاط الخمسة مرتين ؛ لأنها
نصفها .

(وإن لم يفنهما إلا عدد ثالث) أي : وإن اختلفا ، ولم يفن أقلهما أكثرهما ،
ولكن يفنهما عدد ثالث (. . فمتوافقان بِجُزْئِهِ ؛ كأربعة وستة بالنصف) لأنك إذا
سلَّطت الأربعة على الستة . . يبقى منها اثنان ، سلَّطتهما على الأربعة مرتين تفنِي بهما ؛
فقد حصل الإفناء باثنين ، وهو عدد غير الستة والأربعة ، فهما متوافقان بِجُزْءِ ذَلِكَ
العدد وهو النصف .

وحكم المتوافق : أنك تضرب وفق أحد العددين في كامل الآخر ، فإن أفنِي عددين
أكثر من عدد واحد . . فهما متوافقان بأجزاء ما في ذلك العدد من الآحاد ؛ كالاثنى عشر
والثمانية عشر ، تفنِيهما الستة والثلاثة والاثنان ، فهما متوافقان بالأسداس ،
والأثلاث ، والأنصاف ، والعمل والاعتبار في مثل ذلك بالجزء الأقل ؛ فيعتبر في هذا
المثال السدس .

(وإن لم يفنهما إلا واحد . . تبانينا ؛ كثلاثة وأربعة) لأنك إذا أسقطت الثلاثة من
الأربعة . . بقي واحد ، فإذا سلَّطته على الثلاثة . . فنيت به ، وسُمِّيَا بالمتباينين ؛ لأن
فناءهما بمُباينتهما ، وهو الواحد ، وإنما قلنا إن الواحد مباين لهما ؛ لأنهما عددان
والواحد ليس بعدد ، والمنفي ضد المثبت ومباين له ، بخلاف ما إذا أفناهما عدد

وَالْمُتَدَاخِلَانِ مُتَوَافِقَانِ ، وَلَا عَكْسَ .

فَرَعٌ

[في تصحيح المسائل]

إِذَا عَرَفْتَ أَصْلَهَا وَأَنْقَسَمَتِ السَّهَامُ عَلَيْهِمْ . . . فَذَاكَ . وَإِنْ أَنْكَسَرَتْ عَلَى صَنْفٍ . .
قُوبِلَتْ بَعْدَهُ ؛ فَإِنْ تَبَايَنَّا . . ضُرِبَ عَدْدُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا إِنْ عَالَتْ ،

ثالث ؛ فإن التوافق حاصل في العددية .

وحكم المتباين : أنك تضرب أحد العددين في الآخر ؛ فانحصر حينئذ نسبة كلٍّ
عددين أحدهما إلى الآخر في هذه الأربعة : التماثل ، والتداخل ، والتوافق ، والتباين .
(والمتداخلان متوافقان) بأجزاء ما في العدد الأقل ؛ كالخمس مع العشرة بينهما
موافقة بالأخماس مع التداخل .
(ولا عكس) لأنه يكون التوافق ولا تداخل ؛ كالسنة مع الثمانية ؛ لأن شرط
التداخل ألا يزيد على نصفه .

* * *

(فرع) في تصحيح المسائل (إذا عرفت أصلها) أي : أصل المسألة (وانقسمت
السهم عليهم) أي : على المستحقين (. . فذاك) أي : فلا حاجة إلى ضرب ؛ كزوج
وثلاث بنين ؛ هي من أربعة تنقسم عليهم ، وكزوج وأختين لغير أم ؛ هي من ستة ،
وتعول إلى سبعة ؛ للزوج ثلاثة ، ولكلٍّ أخت اثنان .

(وإن انكسرت على صنف . . قوبلت بعدده) أي : قوبلت سهامه بعدد رؤوسه
(فإن تباينا) أي : السهم والرؤوس (. . ضرب عدده في المسألة بعولها إن عالت)
فما اجتمع صحت منه المسألة ؛ مثاله : زوجة وأخوان ؛ هي من أربعة ، للزوجة الربع
سهم ، وللأخوين ثلاثة أسهم منكسرة عليهما ، فاضرب عددهما في المسألة وهي أربعة
تكن ثمانية ومنها تصحُّ .

ومثاله بالعول : زوج وخمس أخوات ، أصلها من ستة وتعول إلى سبعة ، ونصيب
الأخوات أربعة ، وهي لا تصحُّ عليهن ولا توافق ، فاضرب خمسة في سبعة تبلغ خمسة
وثلاثين ، ومنها تصحُّ .

وَأِنْ تَوَافَقَا . . ضَرْبَ وَفْقِ عَدَدِهِ فِيهَا . وَإِنْ أَنْكَسَرَتْ عَلَى صِنْفَيْنِ . . قُوبِلَتْ سِهَامُ كُلِّ صِنْفٍ بِعَدَدِهِ ؛ فَإِنْ تَوَافَقَا . . رُدَّ الصَّنْفُ إِلَى وَفْقِهِ ، وَإِلَّا . . تَرِكَ ، ثُمَّ إِنْ تَمَاثَلَ عَدَدُ الرَّؤُوسِ . . ضُرِبَ أَحَدُهُمَا فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا ، وَإِنْ تَدَاخَلَا . . ضُرِبَ أَكْثَرُهُمَا ، وَإِنْ تَوَافَقَا . . ضُرِبَ وَفْقُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخِرِ ثُمَّ الْحَاصِلُ فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَإِنْ تَبَايَنَا . . ضُرِبَ أَحَدُهُمَا فِي الْآخِرِ

(وإن توافقا . . ضربَ وفق عدده) أي : الصنف (فيها)^(١) أي : في أصل المسألة بعولها إن عالت ؛ كأم وأربعة أعمام وهي من ثلاثة ، للأم سهم ، وللأعمام سهمان ، لا تصحُ عليهم ولكن توافق بالنصف ، فاضرب اثنين في ثلاثة بستة ومنها تصحُ .
واعلم : أن الضرب عند الحُساب تضعيف أحد العددين بقدر ما في الآخر من الأحاد ، والواحد ليس بعدد وإنما هو مبدؤه .

(وإن انكسرت على صنفين . . قوبلت سهام كل صنف بعدده) أي : بعدد الصنف الذي انكسر عليهم ، (فإن توافقا . . رُدَّ الصنف إلى وفقه) أي : رد رؤوس كل صنف إلى جزء الوفق .

(وإلا) أي : وإن لم يكن بين كل صنف منهما وسهامه موافقة (. . ترك) عدد كل فريق بحاله ، فإن كان الوفق في أحد الصنفين . . رددت رؤوسه إلى جزء الوفق ، وتركت رؤوس الآخر بحالها ؛ فهذه ثلاثة أحوال ؛ لأنه إما أن يكون بين عدد كل فريق وسهامه موافقة بجزء أم لا ، أو بين أحدهما دون الآخر ، وفي كل منها أربع مسائل ؛ لأن عدد الفريقين فيها إما أن يكونا تماثلين أو متداخلين أو متوافقين أو متباينين ؛ كما سيذكره المصنف ، وفيه اثنا عشر مسألة سنذكر أمثلتها .

(ثم إن تماثل عدد الرؤوس) في هذه الأحوال (. . ضرب أحدهما في أصل المسألة بعولها) إن عالت (وإن تداخلَا . . ضرب أكثرهما) في أصل المسألة بعولها .
(وإن توافقا . . ضرب وفق أحدهما في الآخر ، ثم الحاصل في المسألة) بعولها (وإن تباينا . . ضرب أحدهما في الآخر) ويُسمَّى الحاصل من ضرب وفق أحدهما أو كله في الآخر : جزء السهم .

(١) هنا في « المنهاج » (ص ٣٤٨) المطبوع بعد كلمة (فيها) زيادة ، وهي : (فما بلغ صحت منه) .

ثُمَّ الْحَاصِلُ فِي الْمَسْأَلَةِ ، فَمَا بَلَغَ . . صَحَّتْ مِنْهُ

(ثم) اضرب (الحاصل) وهو جزء السهم (في) أصل (المسألة) بعولها (فما بلغ . . صحت منه) أمثلة الحالة الأولى : وهي ما إذا كان بين عدد كل فريق وسهامه موافقةً بجزء ، وفيها أربع مسائل : أم ، وستة إخوة لأم ، واثنان عشر أختاً لأب ؛ أصلها من ستة ، وتعول إلى سبعة ، للإخوة سهمان يُوافقان عددهم بالنصف ، فتردُّ عددهم إلى ثلاثة ، وللأخوات أربعة توافق عددهم بالربع ، فترد عددهم إلى ثلاثة ؛ فتمائل العددان المردودان ، فاضرب ثلاثة في سبعة تبلغ أحداً وعشرين ومنها تصحُّ .

أم ، وثمانية إخوة لأم ، وثمان أخوات لأب ؛ ترجع عدد الإخوة إلى أربعة ، والأخوات إلى اثنين ، وتضرب أربعة في سبعة تبلغ ثمانية وعشرين ومنها تصحُّ .

أم ، واثنان عشر أختاً لأم ، وستة عشر أختاً لأب ؛ ترجع الإخوة إلى ستة ، والأخوات إلى أربعة ، وهما متوافقان ، وتضرب اثنين في ستة باثني عشر ثم تضرب اثني عشر في سبعة تبلغ أربعة وثمانين ، ومنها تصحُّ .

أم ، وستة إخوة لأم ، وثمان أخوات لأب ؛ ترجع الإخوة إلى ثلاثة ، والأخوات إلى اثنين ، وهما متباينان ، تضرب اثنين في ثلاثة بستة ، ثم اضرب ستة في سبعة تبلغ اثنين وأربعين .

أمثلة الحالة الثانية : وهي ألا يكون بين فريق وسهامه موافقةً بجزء ؛ ثلاث بنات ، وثلاثة إخوة لأب ، تصحُّ من تسعة .

ثلاث بنات ، وستة إخوة ، تصحُّ من ثمانية عشر .

تسع بنات ، وستة إخوة ، تصحُّ من أربعة وخمسين .

ثلاث بنات ، وأخوان لأب ، تصحُّ من ثمانية عشر .

أمثلة الحالة الثالثة : وهي ما إذا كان بين سهام أحد الفريقين ورؤوسهم موافقةً دون الآخر ؛ ست بنات ، وثلاثة إخوة لأب ، تصحُّ من تسعة .

أربع بنات ، وأربع إخوة لأب ، ترجع عدد البنات إلى اثنين فيتداخل العددان ، فتضرب أربعة في ثلاثة تبلغ اثني عشر ، ومنها تصحُّ .

ثمان بنات ، وستة إخوة لأب ، ترجع عددهن إلى أربعة ، ويتوافق العددان

وَيُقَاسُ عَلَى هَذَا : الْإِنْكَسَارُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ وَأَرْبَعَةٍ ، وَلَا يَزِيدُ الْكَسْرُ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِذَا أَرَدْتَ مَعْرِفَةَ نَصِيبِ كُلِّ صِنْفٍ مِنْ مَبْلَغِ الْمَسْأَلَةِ . . فَأَضْرِبْ نَصِيبَهُ مِنْ أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا ضَرَبْتَهُ فِيهَا ، فَمَا بَلَغَ . . فَهُوَ نَصِيبُهُ ، ثُمَّ تَقْسِمُهُ عَلَى عَدَدِ الصِّنْفِ

بالنصف ، فتضرب أربعة في ثلاثة تبلغ اثني عشر ، تضربها في ثلاثة تبلغ ستة وثلاثين ، ومنها تصحُّ .

أربع بنات ، وثلاثة إخوة لأب ، ترجع عددهن إلى اثنين ، ويتباين العددان ، فتضرب اثنين في ثلاثة بستة ، ثم تضرب ستة في ثلاثة تبلغ ثمانية عشر ، ومنها تصحُّ .
(ويقاس على هذا : الانكسار على ثلاثة أصناف وأربعة) فينظر أولاً في سهام كل صنف وعدد رؤوسهم ، فحيث وجدنا الموافقة رددنا الرؤوس إلى جزء الوفق ، وحيث لم نجد لها بقيناه بحاله ، ثم يجيء في عدد الأصناف الأحوال السابقة في النظر إلى التماثل ، والتداخل ، والتوافق ، والتباين .

(ولا يزيد الكسر على ذلك) أي : على أربعة أصناف ؛ لأن الوارثين في الفريضة الواحدة لا يزيدون على خمسة أصناف ؛ كما تقدم عند اجتماع كل الورثة ، ولا بدَّ من صحة نصيب أحد الأصناف عليه ؛ لأن أحد الأصناف الخمسة أحد الزوجين والأبوان ، والواحد يصحُّ نصيبه عليه فلزم الحصر ، كذا أطلقوه ، ومحله : في غير الولاء أما الولاء . . فيمكن فيه الزيادة على أربعة .

(فإذا أردت) بعد فراغك من تصحيح المسألة (معرفة نصيب كل صنف من مبلغ المسألة . . فاضرب نصيبه من أصل المسألة فيما ضربته فيها ، فما بلغ . . فهو نصيبه ثم تقسمه على عدد الصنف) مثاله كما في « المحرر » : جدتان ، وثلاث أخوات لأب ، وعم ، هي من ستة ، وتبلغ بالضرب ستة وثلاثين ؛ للجدتين من أصل المسألة سهم مضروب فيما ضربناه في المسألة يكون ستة ، وللأخوات أربعة مضروبة في ستة تبلغ أربعة وعشرين ، والباقي - وهو ستة - للعم ^(١) .

* * *

(١) المحرر (ص ٢٦٦-٢٦٧) .

مَاتَ عَنْ وَرَثَةٍ فَمَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ؛ فَإِنْ لَمْ يَرِثِ الثَّانِي غَيْرُ الْبَاقِيْنَ وَكَانَ
إِرْثُهُمْ مِنَ الثَّانِي كإِرْثِهِمْ مِنَ الْأَوَّلِ . . جُعِلَ كَأَنَّ الثَّانِي لَمْ يَكُنْ وَقُسِمَ بَيْنَ الْبَاقِيْنَ كإِخْوَةٍ
وَأَخَوَاتٍ أَوْ بَيْنَ وَبَنَاتٍ مَاتَ بَعْضُهُمْ عَنِ الْبَاقِيْنَ . وَإِنْ لَمْ يَنْحَصِرْ إِرْثُهُ فِي الْبَاقِيْنَ . . .

(فرع) في المناسخات (مات عن ورثة فمات أحدهم قبل القسمة ؛ فإن لم يرث
الثاني غير الباقيين وكان إرثهم) أي : الباقيين (من الثاني كإرثهم من الأول . . جعل كأن
الثاني لم يكن وقسم بين الباقيين ؛ كإخوة وأخوات ، أو بنين وبنات مات بعضهم عن
الباقيين) لأن المال صار إليهم بطريق واحد فكأن الذين ماتوا بعد الأول لم يكونوا .

وكلام المصنف وتمثيله يشعران بكون جميع الباقيين وارثين ، وكونهم عصبة ،
وليس ذلك بشرط ، بل يأتي فيما إذا كان الورثة في الثانية بعض الباقيين بشرط كونهم
عصبة في المسألتين ، وغير الوارث من الثاني ذا فرض في الأولى ؛ كأن ماتت عن
زوج ، وابنين من غيره ثم مات أحد الابنين قبل القسمة . . فإن ورثة الميت الثاني هو
الباقي من الاثنين دون الزوج ، وهذا الوارث عصبة في المسألتين ، والزوج الذي
لا يرث في الثانية ذو فرض في الأولى ، فيفرض أن الميت الثاني لم يكن ، ويدفع ربع
تركة المرأة إلى زوجها ، والباقي لابنها الحي .

ويأتي أيضاً فيها إذا كان ورثته هم الباقيون جميعهم ، وإرثهم بالفريضة في الثانية كما
في الأولى بشرط أن يكون الميت الثاني ذا فرض في الأولى ولكن فرضه قدر عول
المسألة الأولى ؛ كأن ماتت امرأة عن زوج ، وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، ثم نكح
الزوج الأخت لأب ، فماتت الأخت للأب المنكوحة عن الزوج والأخت ؛ فإن المسألة
الأولى من ستة وتعول بنصيب الأخت للأب إلى سبعة ، فإذا ماتت هي . . فُرِضَ أنها لم
تكن ، وترك العول ، وقسم المال نصفين بين الزوج والأخت ؛ لأن فرض كل منهما
النصف في المسألتين ، ومثله : ما لو مات عن زوج ، وأم ، وولدي أم ، وأخت
لأبوين ، ثم نكح الزوج الأخت الشقيقة فماتت عن الباقيين .

(وإن لم ينحصر إرثه في الباقيين) إما لأن الوارث غيرهم ، أو لأن غيرهم يشركهم

أَوْ اُنْحَصَرَ وَاخْتَلَفَ قَدْرُ الْاِسْتِحْقَاقِ . . فَصَحَّحَ مَسْأَلَةَ الْاَوَّلِ ثُمَّ مَسْأَلَةَ الْثَانِي ، ثُمَّ اِنْ اَنْقَسَمَ نَصِيبُ الْثَانِي مِنْ مَسْأَلَةِ الْاَوَّلِ عَلَى مَسْأَلَتِهِ . . فَذَاكَ ، وَإِلَّا ؛ فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُوَافَقَةٌ . . ضُرِبَ وَفُقَ مَسْأَلَتُهُ فِي مَسْأَلَةِ الْاَوَّلِ ، وَإِلَّا . . كُلُّهَا فِيهَا ، فَمَا بَلَغَ صَحَّتَا مِنْهُ ، ثُمَّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الْاَوَّلَى . . أَخَذَهُ مَضْرُوباً فِيمَا ضُرِبَ فِيهَا ، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الْثَانِيَةِ . . أَخَذَهُ مَضْرُوباً فِي نَصِيبِ الْثَانِي مِنَ الْاَوَّلَى أَوْ فِي وَفْقِهِ إِنْ كَانَ بَيْنَ مَسْأَلَتِهِ وَنَصِيبِهِ وَفُقَ .

فيه (أَوْ اُنْحَصَرَ وَاخْتَلَفَ قَدْرُ الْاِسْتِحْقَاقِ . . فَصَحَّحَ مَسْأَلَةَ الْاَوَّلِ ثُمَّ مَسْأَلَةَ الْثَانِي ، ثُمَّ اِنْ اَنْقَسَمَ نَصِيبُ الْثَانِي مِنْ مَسْأَلَةِ الْاَوَّلِ عَلَى مَسْأَلَتِهِ . . فَذَاكَ) مثاله : زوج ، وأختان لأب ماتت إحداهما عن الأخرى ، وبنت ؛ فالمسألة الأولى بعولها من سبعة ، والثانية من اثنين ، ونصيب الميثة الثانية من المسألة الأولى اثنان ينقسم على مسألتها .

(وَإِلَّا) أي : وإن لم ينقسم (فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُوَافَقَةٌ . . ضُرِبَ وَفُقَ مَسْأَلَتُهُ فِي مَسْأَلَةِ الْاَوَّلِ) مثاله : جدتان ، وثلاث أخوات متفرقات ، ثم ماتت الأخت من الأم عن أخت لأم هي الشقيقة في الأولى ، وعن أختين شقيقتين ، وعن أم أم هي إحدى الجدتين في الأولى .

(وَإِلَّا) أي : وإن لم يكن بينهما موافقة بل كان بينهما تباين . . ضربت (كلها فيها ، فَمَا بَلَغَ صَحَّتَا مِنْهُ ، ثُمَّ) تقول (مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الْاَوَّلَى . . أَخَذَهُ مَضْرُوباً فِيمَا ضُرِبَ فِيهَا) وهو وفق المسألة الثانية أو جميعها (وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الْثَانِيَةِ . . أَخَذَهُ مَضْرُوباً فِي نَصِيبِ الْثَانِي مِنَ الْاَوَّلَى ، أَوْ فِي وَفْقِهِ إِنْ كَانَ بَيْنَ مَسْأَلَتِهِ وَنَصِيبِهِ وَفُقَ) مثاله : زوجة ، وثلاث بنين ، وبنت ، ثم ماتت البنت عن أم ، وثلاثة إخوة وهم الباقيون من ورثة الأول ، فالأولى من ثمانية ، والثانية تصحُّ من ثمانية عشر ، ونصيب الميثة من الأولى سهمٌ لا يوافق مسألتها ؛ فتضرب الثانية في الأولى تبلغ مئة وأربعة وأربعين ؛ للزوجة سهم مضرروب في ثمانية عشر ، ولكل ابن سهمان مضروبان في ثمانية عشر ، وللأم في الثانية ثلاثة مضروبة في سهم الميثة وهو واحد ، ولكل أخ خمسة .

وقوله : (وَإِلَّا) يوهم ثلاث صور : التباين ، والتداخل ، والتماثل ، لكن مراده

.....

التباين خاصة ، ولهذا فسرنا به كلامه ، وقد صرح الفوراني بعدم مجيء التداخل والتماثل .

والحمد لله رب العالمين
وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين

* * *

تم الجزء الأول من « بداية المحتاج في شرح المنهاج » في ليلة يسفر صباحها عن
نهار عيد الأضحى عاشر الحجة الحرام عام اثنين وخمسين وثمان مئة على يد أفقر
عباد الله وأحوجهم إلى عفوهِ وغفرانه محمد بن حسين بن أحمد الكركي مولداً ،
الدمشقي منشأً ، الشافعي مذهباً ، عفا الله عنه آمين .

* * *

كتاب الوصايا

تَصِحُّ وَصِيَّةُ كُلِّ مُكَلَّفٍ حُرٍّ وَإِنْ كَانَ كَافِرًا ، وَكَذَا مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفْهِ عَلَى
الْمَذْهَبِ ،

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه توفيقي ، وهو حبي

يَا رَبِّ يَكْتَبِرْ ، وَأَمَّنْ بِإِتْمَامِهِ يَا كَرِيم ، وَاخْتَرْ مَجِيزٌ^(١)

(كتاب الوصايا)

هي جمع وصية ؛ كعرايا وعرية ، وهدايا وهدية ، مأخوذة من وَصَيْتُ الشَّيْءَ
بِالشَّيْءِ أَصِيه : إذا وصلته ؛ لأن الموصي وصل القربة الواقعة بعد الموت بالقربات
المنجزة في حياته ، وهي في الشرع : تبرع مضاف إلى ما بعد الموت .
والأصل فيها : قوله تعالى في أربعة مواضع من الموارث : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي
بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ .

وحديث : « مَا حَقُّ أَمْرِيءٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ
مُكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ » متفق عليه^(٢) ، والإجماع قائم على مشروعيتها .
(تصح وصية كل مكلف حر) مختار بالإجماع ؛ لأنها تبرع (وإن كان كافراً) ولو
حربياً ؛ لأنه يصحُّ إعتاقه وتمليكاته ، والمرتد ؛ إن أبقينا ملكه . . صحت وصيته على
الأصح في « البحر » ، وإن وقفناه . . وقفنا وصيته ؛ كما ذكره المصنف في (كتاب
الردة)^(٣) .

(وكذا محجور عليه بسفه على المذهب) لصحة عبارته ، بدليل قبول إقراره
بالعقوبة ، ونفوذ طلاقه ، ولاحتاجه إلى الثواب ، هذا أصحُّ الطريقين . ونقل ابن

(١) راعينا في صياغة هذه الديباجة جميع النسخ .

(٢) صحيح البخاري (٢٧٣٨) ، صحيح مسلم (١٦٢٧) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) منهاج الطالبين (ص ٥٠٢) .

لَا مَجْنُونٍ وَمُغَمَّى عَلَيْهِ وَصَبِيٌّ - وَفِي قَوْلٍ : تَصَحُّ مِنْ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ -

عبد البرِّ والأستاذ أبو منصور وغيرهما : الإجماع فيه ^(١) .

وقيل : على القولين في الصبي المميز ؛ لأنه مثله في أن عبارته ملغاة في التبرع .

وقضية تقييده بالمحجور : أن السفه الذي لم يحجر عليه بأن طرأ السفه .. تصحُّ

وصيته بلا خلاف ، وليس كذلك ؛ فإننا إذا قلنا : يعود الحجر من غير حاكم .. ففيه الخلاف في المحجور .

واحترز بالسفه : عن حجر الفلاس .. فإنه تصحُّ وصيته قطعاً ؛ كما قاله القاضي

الحسين .

وقال الماوردي : إن ردها الغرماء .. بطلت ، وإن أجازوها .. صحت ، إن قيل :

حجره حجر مرض ، وإن قيل : حجر سفه .. ففيه الخلاف ^(٢) .

وقال الجرجاني : لا تصحُّ وصيته في غير المال ، وتصحُّ مطلقة ؛ لأنه لا ضرر

على الغرماء .

(لا مجنون ومغمى عليه) إذ لا عبارة لهما ، وفي معناهما : من عاين الموت ؛ إذ

لا قول له ، حكاه الرافعي عن الأصحاب في الكلام على المرض المخوف ^(٣) .

(وصبي) لأنها عقد تملك ، فلم تصحَّ ؛ كهفته وإعتاقه ، (وفي قول : تصحُّ من

صبي مميز) لأنها لا تزيل ملكه في الحال ، وتفيد الثواب بعد الموت ، فصحت كسائر

القربات ، بخلاف الهبة والإعتاق ، وهذا ما رجحه جمع من الأصحاب ، فعلى

هذا : لو وهب في مرض موته أو أعتق .. فقضية كلام الشيخين : الجزم بعدم نفوذه ؛

لأن الوصية يمكن الرجوع فيها ^(٤) ، بخلافهما .

وحكى الماوردي وغيره في نفوذ العتق والهبة : وجهين ، ورجح السبكي منهما :

المنع .

(١) الاستذكار (٢٣/٢٦) :

(٢) الحاوي الكبير (١٠/١١) .

(٣) الشرح الكبير (٧/٤٣) .

(٤) الشرح الكبير (٧/٢٦) ، روضة الطالين (٦/١٠٩-١١٠) .

وَلَا رَفِيقٍ ، وَقِيلَ : إِنْ عَتَقَ ثُمَّ مَاتَ . . . صَحَّتْ . وَإِذَا وَصَّى لِجَهَّةٍ عَامَّةٍ . . . فَالْشَّرْطُ :
أَلَّا تَكُونَ مَعْصِيَةً كَعِمَارَةِ كَنِيسَةٍ ، أَوْ لِشَخْصٍ . . . فَالْشَّرْطُ : أَنْ يُتَصَوَّرَ لَهُ أَلَمُ الْمَلِكِ ؛
فَتَصِحُّ لِحَمَلٍ

وأفهم كلام المصنف : أن غير المميز لا تصح منه قطعاً ، وبه صرح الدارمي والمتولي .
(ولا رفيق) ولو مديراً ومكاتباً وأم ولد ؛ لأن الله تعالى جعل الوصية حيث
التوارث ، والعبد لا يورث فلم يدخل في الأمر بالوصية .

(وقيل : إن عتق ثم مات . . . صحت) لأن عبارته صحيحة ، وقد أمكن العمل بها ،
والصحيح : المنع ؛ لعدم أهليته حينئذ .

(وإذا وصَّى لجهة عامة . . . فالشرط : ألا تكون معصية ؛ كعمارة كنيسة) وكتابة
التوراة والإنجيل ، وكتب النجوم والفلسفة ، وسائر العلوم المحرمة ؛ لأن القصد من
الوصية تدارك ما فات في حال الحياة من الإحسان ؛ فلا يجوز أن تكون معصية ،
وسواء أوصى بذلك مسلم أو كافر ، بل حكى الشيخ عز الدين عن الأشعري : أن
الوصية ببناء الكنيسة من المسلم . . . ردة .

وإذا انتفت المعصية . . . فلا فرق بين أن تكون قربة ؛ كالفقراء وبناء المساجد ، أو
مباحة لا تظهر فيها القربة ؛ كالوصية للأغنياء .

وأطلق منع الوصية بعمارة الكنيسة ، ومحله : في بناء كنيسة للتعبد ، أما كنيسة
ينزلها المارة ، أو وقفها على قوم يسكنونها ، أو يحمل كراؤها للنصارى . . . فتجوز ،
وقيل : إن خص نزولها بأهل الذمة . . . لم يجز ؛ لأن فيه جمعاً له ، فيفضي إلى
تعبدهم ، واختاره السبكي ، وقال : ينبغي تخصيص الجواز بما إذا لم يسمها باسم
الكنيسة ، فإن سماها باسمها . . . بطل قطعاً .

(أو لشخص) معين وإن تعدد أفراداه ؛ كزيد وعمر وبكر (. . . فالشرط : أن يتصور
له الملك) عند الموت ولو بمعاقلة وليه ، أو بإرثه ؛ لأنها تملك .

(فتصح لحمل) كما يرث ، بل أولى ؛ لصحة الوصية لمن لا يرث ؛ كالمكاتب ،
هكذا في الحمل الموجود ولو نطفة ، أما لو قال : (لحملها الذي سيحدث) . . .
فالأصح : البطلان .

وَتَنْفُذُ إِنْ أَنْفَصَلَ حَيًّا وَعُلِمَ وَجُودُهُ عِنْدَهَا ؛ بِأَنْ أَنْفَصَلَ لِذَوْنِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَإِنْ أَنْفَصَلَ
لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ وَالْمَرْأَةُ فِرَاشُ زَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ . . . لَمْ يَسْتَحَقَّ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِرَاشًا وَأَنْفَصَلَ
لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ . . . فَكَذَلِكَ ، أَوْ لِدُونِهِ . . . اسْتَحَقَّ فِي الْأَظْهَرِ

(وتنفذ إن انفصل حيًّا) بحياة مستقرة ، فإن انفصل ميتاً ولو بجناية جان . . فلا شيء له ؛ كما لا يرث .

(وعُلم وجوده عندها ؛ بأن انفصل لدون ستة أشهر) من الوصية ؛ لأنها أقلُّ مدة الحمل ، فإذا خرج قبلها . . علم أنه كان موجوداً عند الوصية ، وسواء كان لها زوج أو سيد أم لا .

(فإن انفصل لستة أشهر فأكثر والمرأة فراش زوج أو سيد . . لم يستحق) لاحتمال حدوثه بعد الوصية فلا يستحق بالشك ، وقيد الإمام بما إذا ظن أنه يغشاها أو أمكن بأن كان معها في بلد ولا مانع ، ويكفي من السيد إقراره بوطنها^(١) .

وإلحاقهم الستة أشهر هنا بما فوقها يخالف ما ذكره في (الطلاق) و(العدة) من إلحاقها بما دونها ، وصوبه في « المهمات » لأنه لا بدَّ من تقدير زمن للعلق بلحظتي الوطء والوضع ، وإمكان غشيانها^(٢) .

ويستثنى من إطلاق المصنف : ما لو انفصل لدون ستة أشهر أحد توأمين ثم انفصل توأم آخر وبينه وبين الأول دون ستة أشهر . . فإنه يدخل في الوصية وإن زاد ما بين الوصية وبين انفصاله على ستة أشهر .

(فإن لم تكن فراشاً وانفصل لأكثر من أربع سنين . . فكذلك) للعلم بأنه لم يكن موجوداً عند الوصية ؛ فإن أكثر الحمل أربع سنين .

(أو لدونه . . استحق في الأظهر) كما يثبت النسب ، ولأن الظاهر وجوده عند الوصية ؛ لأن وطء الشبهة نادر ، والزنا إساءة ظن ، والثاني : المنع ؛ لاحتمال العلق بعد الوصية ويخالف النسب ؛ فإنه يثبت بالإمكان ، والوصية لا تثبت إلا باليقين .

قال السبكي : وصورته - كما يقتضيه كلام أبي الطيب - : في متوفى عنها أو

(١) نهاية المطلب (١١٥ / ١١) .

(٢) المهمات (٣٣٤ / ٦) .

وَإِنْ وَصَّى لِعَبْدٍ فَاسْتَمَرَ رَقَّةً . . . فَالْوَصِيَّةُ لِسَيِّدِهِ ، فَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي . . . فَلَهُ ،
وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِهِ ثُمَّ قَبْلَ . . . بُنِيَ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِمَ تَمْلُكُ ؟

مطلقة ، أما من لم يعرف لها زوج ولا سيد . . . فينبغي القطع بعدم الاستحقاق ؛ لانتفاء
الظهور حينئذ .

وذكر المصنف الضمير في قوله : (لدونه) تبعاً لـ « المحرر »^(١) ليعود على
(أكثر) ، فيفيد أنه لو انفصل لأربع سنين بغير زيادة . . . استحق .

(وإن وصى لعبد) لغيره وليس بمكاتب ولا مبعوض (فاستمر رقه) إلى موت
الموصي (. . . فالوصية لسيده) عند موت الموصي ؛ كما لو اصطاد أو احتطب ، فلو
قتل العبد الموصي . . . لم تبطل الوصية^(٢) ، ولو قتله سيده . . . كانت الوصية لقاتل .

ويقبلها العبد لا السيد وإن كانت الوصية له ؛ لأن الخطاب ليس معه ، ولا يفترق
قبول العبد إلى إذن السيد على الأصح في المسألتين .

(فإن عتق قبل موت الموصي . . . فله) لأن الوصية تملك بعد الموت ، وهو حرٌّ

حينئذ .

(وإن عتق بعد موته ثم قبل . . . بُنِيَ عَلَى أَنَّ الوصية بِمَ تملك ؟) فإن قلنا بالموت أو

موقوفة . . . فللسيد ، وإن قلنا : بالقبول . . . فللعبد .

واحترز بقوله : (ثم قبل) : عما لو قبل ثم عتق . . . فهي للسيد .

واعلم : أنهم أطلقوا هنا كون الوصية للسيد ، وفصلوا في (الوقف) و(الهبة) بين

أن يقصد العبد نفسه ؛ فيبطل في الجديد ، أو السيد أو يطلق ؛ فلسيده ، قال السبكي :

ولم يقل أحد هنا بهذا التفصيل ، فيحتمل حمل كلامهم هنا على حالة الإطلاق ، وإليه

جرح ابن الرفعة^(٣) ، ويحتمل عدم مجيء التفصيل هنا .

والفرق : أنه قد يعتق قبل موت الموصي ؛ فتكون الوصية له أو لا ؛ فلسيده ،

بخلاف الهبة والوقف ؛ فإن الاستحقاق فيهما ناجز ، فأبطلنا فيما إذا قصد من ليس أهلاً

للملك ، وصححنا في غيره .

(١) المحرر (ص ٢٦٨) .

(٢) في (و) : (فلو قتل العبد الموصي له) .

(٣) كفاية النية (٩٠ / ١٢) .

وَلَوْ وَصَّى لِدَابَّةٍ وَقَصَدَ تَمْلِيكَهَا أَوْ أَطْلَقَ .. فَبَاطِلَةٌ ، فَإِنْ قَالَ : (لِيُصْرَفَ فِي عِلْفِهَا) ..
فَالْمَنْقُولُ : صِحَّتْهَا . وَتَصَحُّ لِعِمَارَةِ مَسْجِدٍ ،

وخرَج بعضهم صحة الوصية فيما إذا قصد العبد نفسه : على أن العبد يملك أم لا ؟
(ولو وصَّى لدابة وقصد تمليكها أو أطلق .. فباطلة) لأن مطلق اللفظ للتمليك ،
والدابة لا تملك ، بخلاف الإطلاق للعبد ؛ فإنه ينتظم معه الخطاب ويتأتى منه القبول ،
وربما عتق قبل موت الموصي ؛ فيثبت له الملك ، بخلاف الدابة ، وقد جزموا هنا
بالبطلان ، وذكروا في إطلاق الوقف عليها وجهين في كونه وقفاً على مالها .

قال الرافعي : فيشبه مجيئهما هنا وقد يفرق : بأن الوصية تملك محض ، فينبغي
إضافته إلى من يملك ، بخلاف الوقف ، قال النووي : والفرق أصح ، وقال ابن
الرفعة : في الفرق نظر من حيث إنه لا خلاف أن الموقوف عليه يملك المنفعة ، والدابة
لا تملك شيئاً^(١) ، ورده السبكي بأن المنفعة تابعة للعين ، وإنما يملكها عند تناول .
انتهى ، وفيه نظر .

قال الزركشي : وقد حكى ابن يونس عن جده : أنه في حالة الإطلاق تكون على
الوجهين في الوقف عليها ، قال : وأولى بالصحة ؛ لأن باب الوصية أوسع .
(فإن قال : « ليصرف في علفها » .. فالمنقول : صحتها) لأن علفها على
مالها ، فهو المقصود بالوصية ، ويشترط قبوله على الأصح ؛ لأنه الذي يملكها ؛
كسائر الوصايا .

وأشار بقوله : (المنقول) إلى احتمال للرافعي من مجيء وجهين ؛ كنظيره من
الوقف^(٢) .

وضبط المصنف بخطه (علفها) ، بإسكان اللام وفتحها ، وهو صحيح ،
فبالإسكان : المصدر ، وبالفتح : المأكول .
(وتصحُّ لِعِمَارَةِ مَسْجِدٍ) إنشاء وترميم ؛ لأنه قرية ، وسواء المسلم والكافر ،
وكذا تصحُّ على مصالح المسجد .

(١) الشرح الكبير (١٨/٧) ، روضة الطالبين (١٠٥/٦) ، كفاية النية (٢١/١٢) .

(٢) الشرح الكبير (١٨/٧) .

وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ وَيُحْمَلُ عَلَى عِمَارَتِهِ وَمَصَالِحِهِ ، وَلِذِمِّي

(وكذا إن أطلق في الأصح) فإن قال : (أوصيت به للمسجد) .. فيصح .
(ويحمل على عمارته ومصالحه) عملاً بالعرف ، ويصرفه الناظر إلى الأهم والأصلح باجتهاده ، والثاني : تبطل ؛ لأنه لا يملك ؛ كالدابة ، وردّه الإمام ؛ بأن الوصية للدابة نادر مستنكر في العرف ، فتعين اعتبار اللفظ^(١) .

وسكت المصنف عما إذا قال : (أردت تمليك المسجد) ، ونقل الرافعي عن بعضهم : أن الوصية باطلة ، ثم بحث فيه ؛ لأن للمسجد ملكاً وعليه وقفاً ، وذلك يقتضي صحة الوصية ، قال المصنف : وهذا هو الأفقه الأرجح^(٢) ، وقال ابن الرفعة : في كلام الرافعي ما يفهم جواز الهبة للمسجد ، قال ابن الملقن : (وبه صرح القاضي في « تعليقه » في « باب الوقف »^(٣) .

والكعبة في ذلك كالمسجد ؛ كما صرح به في « البيان » نقلاً عن الشيخ أبي علي ، قال : ويصرف إلى عمارتها^(٤) ، وقيل : إلى مساكن مكة .

قال ابن الملقن : (وينبغي إلحاق الكسوة بالعمارة ؛ فإنها من جملة المصالح ، وكذا ما أوصي به للضريح النبوي يحمل على ما يختص به دون الأشياء الخارجة عنه في حرمه ؛ فإنها قد تدخل في الوصية للحرم)^(٥) .

(ولذمي) كما يجوز التصديق عليه ، وروى البيهقي : (أن صفية أوصت لأخيها بألف دينار وكان يهودياً)^(٦) .

وعن محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة في قوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَيَّ أُولِيَاكُمْ مَعْرُوفًا ﴾ : هو وصية المسلم لليهودي والنصراني^(٧) ، والمعاهد والمستامن : كالذمي .

(١) نهاية المطلب (٢٩٤ / ١١) .

(٢) الشرح الكبير (١٩ / ٧) ، روضة الطالبين (١٠٧ / ٦) .

(٣) عجالة المحتاج (١٠٨٢ / ٣) .

(٤) البيان (٢٣٦ / ٨) .

(٥) عجالة المحتاج (١٠٨٢ / ٣) .

(٦) سنن البيهقي (٢٨١ / ٦) .

(٧) انظر « تفسير الطبري » (٢٨٣٤٧ - ٢٨٣٥١) .

وَكَذَا حَرْبِيٍّ وَمُرْتَدٍّ فِي الْأَصَحِّ ، وَقَاتِلٌ فِي الْأَظْهَرِ ،

ومحلُّ الصَّحَّة : بما يجوز له تملكه ؛ فلا يصحُّ بالمصحف والعبد المسلم على النصِّ .

(وكذا حربي ومرتد في الأصحِّ) كالهبة والصدقة والبيع ، ويفارق الوقف ؛ لأنه يراد للدوام ، وهذان مقتولان ، والثاني المنع ؛ للأمر بقتلهما ، فلا معنى للوصية لهما ونقض التعليل : بالزاني المحصن ؛ فإن الوصية تصحُّ له مع كونه مقتولاً .

ومحلُّ الخلاف في الحربي : إذا أوصى له بغير السلاح والخيل ، فإن أوصى له بشيء منهما . . فهو كبيعه منه .

ومسألة المرتد من زوائد الكتاب على « المحرر » من غير تمييز ، وإنما تأتي على القول ببقاء ملكه ، كما قاله صاحب « الذخائر » وغيره ، وحينئذ : فهذا من تفریع المرجوح .

وصورة المسألة : أن يوصي لشخص وهو مرتد ، فلو أوصى لمن يرتد . . بطل ، أو لمسلم فارتد . . فهي جائزة قطعاً ، ذكرهما الماوردي^(١) .

(وقاتل في الأظهر) لأنها تملك بعقد فضاهت الهبة ، وخالفت الإرث ، والثاني : المنع ؛ لأنه مال مستحق بالموت ؛ كالإرث ، وخص ابن يونس في « شرح التعجيز » وابن الرفعة الخلاف بالقاتل الحر^(٢) ؛ فلو أوصى للقاتل الرقيق . . صحت قطعاً ، ولا حاجة إليه فإن الوصية لسيده وليس قاتلاً ، ولهذا لو قتل السيد . . كانت وصية للقاتل .

وقد استشكل محلُّ الخلاف ؛ فإنه إن كان فيما إذا أوصى لمن يقتله . . لم يصح قطعاً ، أو فيما إذا أوصى لشخص فقتله . . فليس بقاتل حقيقة عند الوصية قطعاً ، والخلاف في هذه الحالة إنما يتجه في بطلانها لا في انعقادها ؛ ولهذا قال صاحب « الذخائر » : إن في العبارة تسامحاً ، وتحريرها أن يقال : إذا قتل الموصى له الموصي أو وجد منه ما ينسب به القتل إليه . . هل تبطل الوصية أو لا ؟ قولان .

(١) الحاوي الكبير (١٥/١٠) .

(٢) كفاية النبيه (١٤٧/١٢) .

وَلَوَارِثٍ فِي الْأَظْهَرِ إِنْ أَجَازَ بَاقِيَ الْوَرَثَةِ ، وَلَا عِبْرَةَ بِرَدِّهِمْ وَإِجَازَتِهِمْ فِي حَيَاةِ
 الْمُوصِي ، وَالْعِبْرَةُ فِي كَوْنِهِ وَارِثًا يَوْمَ الْمَوْتِ . وَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ وَارِثٍ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ . .
 لَغَوٌ ، وَبَعَيْنٌ هِيَ قَدْرُ حِصَّتِهِ . . صَحِيحَةٌ ، وَتَفْتَقِرُ إِلَى الْإِجَازَةِ فِي الْأَصَحِّ . وَتَصَحُّ
 بِالْحَمْلِ وَيُشْتَرَطُ انْفِصَالُهُ

(ولوارث) خاص (في الأظهر إن أجاز باقي الورثة) المطلقين التصرف ؛ لما رواه
 البيهقي عن ابن عباس مرفوعاً : « لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لَوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرَثَةُ » ، قال
 الذهبي : في « مختصره » وهو : صالح الإسناد^(١) ، وقياساً على الوصية للأجنبي
 بالزائد على الثلث ، والثاني : باطلة وإن أجازوها ؛ لأنه صحَّ : « لَا وَصِيَّةَ
 لَوَارِثٍ »^(٢) .

(ولا عبرة بردهم وإجازتهم في حياة الموصي) إذ لا استحقاق لهم قبل موته وقد
 يبرأ وقد يموتون قبله ، وأفهم اعتباره : بعد موته ولو قبل القسمة وهو الصحيح ،
 وقيل : كالإجازة قبل الموت .

(والعبرة في كونه وارثاً بيوم الموت) أي : حالة الموت ، فلو أوصى لأخيه
 فحدث له ابن قبل موته . . صحت ، ولو أوصى لأخيه وله ابن فمات قبل الموت . .
 فهي وصية لوارث .

(والوصية لكل وارث بقدر حصته) مشاعاً ؛ من نصف وربع ونحوهما بحسب
 فرض الوارث (. . لغو) لأنه يستحقه بغير وصية .

(وبعين هي قدر حصته . . صحيحة ، وتفتقر إلى الإجازة في الأصح) لاختلاف
 الأغراض في الأعيان ومنافعها ؛ ولهذا لو أوصى ببيع عين ماله لزيد . . صحت الوصية
 على الأصح ، والثاني : لا يفتقر إليها ؛ لأن حقوقهم في قيمة التركة لا في عينها ،
 بدليل أنه لو باع المريض التركة بأثمان أمثالها . . صحَّ وإن لم يرضوا بذلك .

(وتصحُّ بالحمل) الموجود ؛ كإعتاقه ، (ويشترط) لصحة الوصية به (انفصالة

(١) سنن البيهقي (٦/٢٨٤) .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٧٠) ، والترمذي (٢١٢٠) ، وابن ماجه (٢٧١٣) عن أبي أمامة الباهلي
 رضي الله عنه .

حَيًّا لَوْ قَتَّ يُعْلَمُ وَجُودُهُ عِنْدَهَا ، وَبِالْمَنَافِعِ ، وَكَذَا بِشَمْرَةٍ أَوْ حَمْلٍ سَيَحْدُثَانِ فِي الْأَصَحِّ ،
وَبِأَحَدِ عَبْدَيْهِ ، وَبِنَجَاسَةٍ يَحِلُّ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا

حَيًّا لَوْ قَتَّ يَعْلَمُ وَجُودَهُ عِنْدَهَا (أي : عند الوصية ؛ كما سبق في الوصية له ، ويرجع إلى أهل الخبرة في حمل البهائم .

وقضية كلامه : البطلان إذا انفصل ميتاً مطلقاً ، ويستثنى : ما لو انفصل بجناية جان . . فإن الوصية لا تبطل وتنفذ من الضمان ؛ لأنه انفصل مُتَقَوِّمًا ، بخلاف ما إذا أوصى لحمل وانفصل ميتاً بجناية جان . . فإنها تبطل ؛ لأن المعترف هناك المالكية^(١) .
(وبالمنافع) المباحة وحدها مؤبدة ومطلقة ؛ لأنها أموال تقابل بالأعواض ؛ كالأعيان ، وكذا تصحُّ بالعين دون المنفعة ، وبالعين لواحد والمنفعة لآخر .

(وكذا بشمرة أو حمل سيحدثان في الأصح) لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر ؛ رفقاً بالناس وتوسعة ، فصحت بالمعدوم كما تصحُّ بالمجهول ، والثاني : المنع ؛ لأن التصرف يستدعي متصرفاً فيه ولم يوجد ، والثالث : تصحُّ بالثمرة دون الحمل ؛ لأنها تحدث من غير إحداث أمر في أصلها ، بخلاف الولد ، وإذا قلنا بالصحة في الحمل فولدته لأقل من ستة أشهر . . لم يكن موصى به ؛ لأنه كان موجوداً ، وإنما أوصى بما سيحدث .

(وبأحد عبديه) لأن الوصية تحتل الجهالة ، فلا يؤثر فيها الإبهام ويعين الوارث ، بخلاف : (أوصيت لأحد الرجلين) ، فإنه باطل في الأصح ؛ فإنه يحتمل في الموصى به ما لا يحتمل في الموصى له ، ولهذا صحت : (بحمل سيحدث) لا (لحمل سيحدث) .

نعم ؛ لو قال : (أعطوا لأحد الرجلين كذا) . . صحَّ ؛ كما لو قال لوكيله : (بع لأحد الرجلين) .

(وبنجاسة يحلُّ الانتفاع بها) لثبوت الاختصاص فيها وانتقالها بالإرث والهبة ، وخرج ما لا يحلُّ الانتفاع به ؛ كالخزير وفرعه ، والكلب العقور ، والخمر غير المحترمة .

(١) في (ز) : (المعترف هناك المالية) .

كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ وَزَيْلٍ وَخَمْرٍ مُحْتَرَمَةٍ . وَلَوْ أَوْصَى بِكَلْبٍ مِنْ كِلَابِهِ . . . أُعْطِيَ أَحَدَهَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَلْبٌ . . . لَعَتُ ،

(ككلب مُعَلَّم) على الصحيح ؛ لجواز اقتنائه .

وقوله : (مُعَلَّم) : يفهم المنع في الجرو القابل للتعليم ، والأصحح : جوازه بناء على جواز اقتنائه لذلك ، وكذا تجوز الوصية بكلب يتخذ للدور وإن لم يكن معلماً ؛ لأنه يدافع بطبعه .

(وَزَيْل) ونحوه مما ينتفع به ؛ كالسَّمَاد ، (وخمر محترمة) وهو ما عصر بقصد الخلية أو لا يقصد الخمر به على الخلاف فيه .

نعم ؛ لو استحكمت المحترمة وأيس من عودها خلاً إلا بصنع آدمي . . لم يجز إمساكها على الأنثبة عند ابن الرفعة ، وقياسه : بطلان الوصية بها .

(وَلَوْ أَوْصَى بِكَلْبٍ مِنْ كِلَابِهِ . . أُعْطِيَ أَحَدَهَا) والخيرة للوارث إن كان الموصي له صاحب صيد وزرع وحرث ، فإن لم يعان واحداً منها^(١) . . ففي بطلان الوصية وجهان في « الحاوي »^(٢) ، قال الأذْرعي : الأقرب : المنع ، وقد صححه في « شرح المذهب » بالنسبة إلى جواز اقتنائه .

وإن عانى أحدها فقط ، فهل يلزم الوارث ما يناسبه دون غيره أو يتخير فيعطيه ما شاء ؟ وجهان : قال : المنكت : أوقفهما لإطلاقهما : لا يلزم^(٣) ، لكن جزم الدارمي بأنه يعطى ما يليق به ، قال الأذْرعي : وهو المختار .

(فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَلْبٌ . . لَعَتُ) سواء قال : (من كلابي) أو (مالي) ، بخلاف : (أعطوه عبداً من مالي) . . فإنه يشترى له ؛ لإمكانه ، بخلاف الكلب ؛ فإنه يتعذر شراؤه ، ولو تجدد له كلب . . قال الأذْرعي : فيشبه أن يكون على وجهين : أقربهما : الصحة ؛ نظراً إلى حالة الموت ، لا حالة الوصية .

(١) أي : إن لم يُحسن القيام بواحد منها .

(٢) الحاوي الكبير (٦٧ / ١٠) .

(٣) السراج (٨٩ / ٥) .

وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَكِلَابٌ وَوَصَّى بِهَا أَوْ بَبَعْضِهَا . . . فَالْأَصَحُّ : نَفُوذُهَا وَإِنْ كَثُرَتْ وَقَلَّ الْمَالُ . وَلَوْ أَوْصَى بِطَبْلٍ وَلَهُ طَبْلٌ لَهُوَ وَطَبْلٌ يَحُلُّ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ كَطَبْلٍ حَرْبٍ أَوْ حَجِيجٍ . . . حُمِلَتْ عَلَى الثَّانِي ، وَلَوْ أَوْصَى بِطَبْلٍ أَلَّهُوَ . . . لَغَتْ إِلَّا أَنْ يَصْلَحَ لِحَرْبٍ أَوْ حَجِيجٍ . . .

(ولو كان له مال و كلاب ووصى بها أو ببعضها . . . فالأصح : نفوذها وإن كثرت وقل المال) ولو كان دانقاً ؛ إذ المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به ، وقليل المال خير من كثير الكلاب ؛ إذ لا قيمة لها ، والثاني : يقدر أنه لا مال له ، وتنفذ في ثلث الكلاب ؛ لأن الكلاب ليست من جنس المال ، والثالث : تقوم الكلاب أو منافعها على خلاف فيه ، وتضم إلى ماله وتنفذ الوصية في ثلث الجميع ؛ أي : في قدره من الكلاب .

ولو أوصى بثلث المال لرجل ، وبالكلاب لآخر . . . قال القاضي أبو الطيب : تنفذ الوصية بجميع الكلاب ؛ لأن ثلثي المال الذي يبقى للورثة . . . خير من ضعف الكلاب ، واستبعده في « الشامل » ؛ لأن ما يأخذه الورثة من الثلثين هو حقهم ؛ لنفوذ الوصية في الثلث ، فلا يجوز أن يحسب عليهم مرة أخرى في وصية الكلاب ، قال في « الروضة » : وهذا أصح^(١) .

(ولو أوصى بطبل وله طبل للهو وطبل يحل الانتفاع به ؛ كطبل حرب أو حجيج . . . حملت على الثاني) حملاً على الصحة ؛ إذ الظاهر : أنه يقصد الثواب ، وهو فيما تصح الوصية به ، هذا إذا لم يصلح طبل اللهو لمنفعة مباحة ؛ فإن صلح لها . . . يخير الوارث ؛ كما صرح به الأصحاب ، وكلام المصنف الآتي يشير إليه .

(ولو أوصى بطبل للهو . . . لغت) لأنه معصية (إلا أن يصلح لحرب أو حجيج) ونحوهما ؛ كطبل البازي ، أو منفعة أخرى مباحة ، وسواء صلح على هيئته أو بعد تغير يبقى معه اسم الطبل ؛ فإن لم يصلح إلا بتغير يزيل اسمه . . . لغت الوصية ، كذا أطلقوه ، وقال الإمام والغزالي : إذا كان من جوهر نفيس . . . صحت ؛ وكأنه أوصى برضاضه إذا كسر ، والتعليق لا يقدح في الوصية^(٢) .

(١) روضة الطالبين (١٢١/٦) .

(٢) نهاية المطلب (١٧٤/١١) ، الوسيط (٤٢٠/٤) .

[في الوصية لغير الوارث وحكم التبرعات في المرض]

يَنْبَغِي أَلَّا يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ ، فَإِنْ زَادَ وَرَدَّ الْوَارِثُ . . بَطَلَتْ فِي الزَّائِدِ ،
وَإِنْ أَجَازَ . . فإِجَازَتُهُ تَنْفِذٌ ، وَفِي قَوْلٍ : عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ ، وَالْوَصِيَّةُ بِالزِّيَادَةِ لَعَوٌ . وَيُعْتَبَرُ
الْمَالُ يَوْمَ الْمَوْتِ ، وَقِيلَ : يَوْمَ الْوَصِيَّةِ

(فصل : ينبغي ألا يوصي بأكثر من ثلث ماله) لقوله صلى الله عليه وسلم لسعد بن
أبي وقاص : « أَلْثُلُثُ ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ » متفق عليه ^(١) .

وقال القاضي والبنديجي والماوردي : لا تجوز الزيادة على الثلث ^(٢) ، وقال
المتولي والبغوي والخوارزمي وابن أبي عصرون : تكره الزيادة ^(٣) .

(فإن زاد ورثة الوارث . . بطلت في الزائد) بالإجماع ؛ لأنه حقه ، وهذا في
الوارث الخاص ، فإن لم يكن له وارث خاص . . فالزيادة على الثلث باطلة [على
الصحيح] ؛ لأن الحق للمسلمين ، فلا مجيز .

(وإن أجاز) المطلق التصرف في ماله (. . فإجازه تنفيذ) أي : إمضاء لتصرف
الموصي ، وتصرفه موقوف على الإجازة ؛ لأنه تصرف مصادف لملك ، وحق الوارث
إنما يثبت في أثناء الحال ، فأشبه بيع الشقص المشفوع ، (وفي قول : عطية مبتدأة ،
والوصية بالزيادة لغو) للنهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد ، ولأنها حق الوارث .

(ويعتبر المال يوم الموت) لأن الوصية تملك بعد الموت ، وحينئذ تلزم ،
(وقيل : يوم الوصية) كما لو نذر التصديق بثلث ماله . . اعتبر يوم النذر ، ورد : بأن
ذلك وقت اللزوم ، فهو نظير الموت في الوصية .

وفائدة الخلاف : فيما لو زاد ماله بعد الوصية أو هلك الموجود عندها ، ثم اكتسب
غيره . . فتتعلق الوصية به على الأول ، لا على الثاني .

(١) صحيح البخاري (٢٧٤٤) ، صحيح مسلم (١٦٢٨) .

(٢) الحاوي الكبير (١٦/١٠) .

(٣) التهذيب (٦٣/٥) .

وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ أَيْضاً عَتَقَ عُلُقَ بِالْمَوْتِ ، وَتَبَرَّعَ نَجَزَ فِي مَرَضِهِ كَوَقْفٍ وَهَبَةٍ وَعَتَقٍ وَإِبْرَاءٍ . وَإِذَا اجْتَمَعَ تَبَرُّعَاتٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْمَوْتِ وَعَجَزَ الثَّلَاثُ ؛ فَإِنَّ تَمَحُّضَ الْعَتَقِ . . أَقْرَعَ ، أَوْ غَيْرُهُ . . قُسْطَ الثَّلَاثِ ، أَوْ هُوَ وَغَيْرُهُ . . قُسْطَ بِالْقِيَمَةِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُقَدَّمُ الْعَتَقُ . .

(ويعتبر من الثلاث أيضاً عتق علق بالموت) سواء علق في الصحة أو في المرض .
(وتبرع نجز في مرضه ؛ كوقف وهبة وعتق وإبراء) لحديث : « إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ » رواه ابن ماجه ، وفي إسناده مقال^(١) .

ويستثنى من العتق المنجز : عتق أم الولد في مرضه . . فإنها تعتق من رأس المال ؛ كما سيأتي ، مع أنه تبرع نجز في المرض .
واحترز بقوله : (تبرع) : عن الاستيلاد ؛ فإنه ليس بتبرع ، بل إتلاف واستمئاع ، فهو من رأس المال .

(وإذا اجتمع تبرعات متعلقة بالموت وعجز الثلاث ؛ فإن تمحض العتق) كقوله : (إذا مت . . فأنتم أحرار) ، أو (أعتقتكم بعد موتي) (. . أقرع) فمن قرع . . عتق منه ما يفي بالثلث ؛ لأن مقصود العتق التخلص من الرق ، ولا يحصل مع التشقيص ، وسواء وقع ذلك معاً أو مرتباً .

(أو غيره . . قسطن الثلاث) على الجميع باعتبار القيمة أو المقدار ؛ فلو أوصى لزيد بمئة ولعمرو بخمسين ولبكر بخمسين وثلث ماله مئة . . أعطي زيد خمسين ، ولكل واحد خمسة وعشرون ، ولا يقدم بعضها على بعض بالسبق ؛ لأن الوصايا إنما تملك بالموت ، فاستوى حكم المتقدم والمتأخر ، لهذا كله عند الإطلاق ، وأما لو قال : (أعتقوا سالمًا بعد موتي ثم غانمًا) ، أو (ادفعوا إلى زيد مئة ثم إلى عمرو مئة) . . قدم ما قدمه قطعاً .

(أو هو وغيره) كأن أوصى بعتق سالم ولزيد بمئة (. . قسطن) الثلاث (بالقيمة) لاتحاد وقت الاستحقاق ، (وفي قول : يقدم العتق) لقوته ؛ لتعلق حق الله به وحق

(١) سنن ابن ماجه (٢٧٠٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، وأخرجه الدارقطني (١٥٠ / ٤) عن معاذ بن جبل رضي الله عنه ، وأحمد (٤٤٠ / ٦) عن أبي الدرداء رضي الله عنه .

أَوْ مَنْجَزَةً . . قُدِّمَ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ حَتَّى يَتِمَّ الثَّلَاثُ . فَإِنْ وَجِدَتْ دُفْعَةٌ وَاتَّحَدَ الْجِنْسُ كَعَتَقِ عَبِيدٍ أَوْ إِبْرَاءِ جَمْعٍ . . أَقْرَعَ فِي الْعِتَقِ وَقُسْطَ فِي غَيْرِهِ

الآدمي ، قال الرافعي : هذا في وصايا التملك مع العتق ، أما إذا أوصى للفقراء بشيء ويعتق عبداً . فقال البغوي : هما سواء ؛ لاشتراكهما في القرية ، وقطع الشيخ أبو علي بطرد القولين ؛ لوجود القوة والسراية ، قال في « الروضة » : وهذا أصح . انتهى^(١) .
ولهذا أطلق المصنف الخلاف ، وإذا سوينا فكان العبيد جماعة . . أقرع بينهم فيما يخصهم .

ويستثنى من إطلاق المصنف : مسألة وهي : ما لو دبر عبده وقيمته مئة ، وأوصى له بمئة وثلاث ماله مئة . . فإنه يعتق كله ولا شيء للموصية على الأصح .
(أَوْ مَنْجَزَةً) بأن أعتق وتصدق ، ووقف وأبرأ ، ووهب وأقبض (. . قُدِّمَ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ حَتَّى يَتِمَّ الثَّلَاثُ) لقوته ونفوذه ؛ لأنه لا يفتقر إلى إجازة ، بخلاف ما زاد على الثلاث ؛ فإن نفوذه يتعلق بإجازتهم .

وإنما قيدت الهبة بالإقباض ؛ لأن تقديم الهبة لا يؤثر بلا قبض ؛ لأن ملكها بالقبض ؛ فلو وهب المريض ثم أعتق ، أو حايى في بيع ثم أقبض الموهوب . . قُدِّمَ الْعِتَقُ وَالْمَحَابَاةُ ، ولا تفتقر المحاباة في بيع ونحوه إلى قبض ؛ لأنها في ضمن معاوضة .

(فَإِنْ وَجِدَتْ دُفْعَةٌ) إما منه كقوله : (أَعْتَقْتَكُمْ) أو (أَبْرَأْتَكُمْ) ، أو بوكالة (وَاتَّحَدَ الْجِنْسُ ؛ كَعَتَقِ عَبِيدٍ أَوْ إِبْرَاءِ جَمْعٍ . . أَقْرَعَ فِي الْعِتَقِ) خاصة (وَقُسْطَ فِي غَيْرِهِ) باعتبار القيمة ؛ لأن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له عند موته مال غيرهم ، فدعاهم النبي صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ، وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال له قولاً شديداً ، رواه مسلم^(٢) ، ولأن القصد من الإعتاق تخليص الرقبة ، ولا يحصل هذا الغرض مع بقاء رق بعضه ، والمقصود في الهبة ونحوها : التملك ، والتشقيص لا ينفيه .

(١) الشرح الكبير (٥٧ / ٧) ، روضة الطالبين (١٣٦ / ٦) .

(٢) صحيح مسلم (١٦٦٨) عن عمران بن حصين رضي الله عنه .

وَإِنْ اِخْتَلَفَ وَتَصَرَّفَ وَكَلَّاءُ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا عَتَقٌ .. قُسْطٌ ، وَإِنْ كَانَ .. قُسْطٌ ، وَفِي قَوْلٍ : يُقَدَّمُ أَلْعَتَقُ . وَلَوْ كَانَ لَهُ عَبْدَانِ فَقَطْ ؛ سَالِمٌ وَغَانِمٌ ، فَقَالَ : (إِنْ أَعْتَقْتُ غَانِمًا فَسَالِمٌ حُرٌّ) ، ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِمًا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ .. عَتَقَ وَلَا إِفْرَاعَ

(وإن اختلف) الجنس (وتصرف وكلاء) بأن وكل وكيلاً في بيع بمحاباة ، وآخر في هبة ، وآخر في صدقة ونحوها وتصرفوا دفعة واحدة ، (فإن لم يكن فيها عتق .. قُسْطٌ) الثلث على الكل باعتبار القيمة ؛ كما يفعل في الديون (وإن كان) فيها عتق (.. قُسْطٌ ، وفي قول : يقدم العتق) هما القولان السابقان بتعليقهما ، وصوره المصنف بالوكلاء ؛ لأنه الغالب ، وقد يكون منه ؛ بأن يقال له : (أعتقت) و(أبرأت) و(وقفت) ؟ فيقول : نعم .

وبقي من أقسام المسألة : ما لو وجدت منه تبرعات منجزة وأخر معلقة بالموت .. فتقدم المنجزة ؛ لأنها تفيد الملك في الحال ، ولازمة لا يتمكن المريض من الرجوع عنها .

(ولو كان له عبدان فقط ؛ سالم وغانم ، فقال : « إِنْ أَعْتَقْتُ غَانِمًا .. فَسَالِمٌ حُرٌّ » ثم أعتق غانمًا في مرض موته .. عتق) غانم لسبقه (ولا إفراع) على الصحيح ؛ لأن القرعة قد تؤدي إلى إرفاقهما معاً ؛ لجواز خروجها على سالم ، فيلزم إرفاق غانم ، ولا يمكن عتق سالم ؛ لأنه مشروط بعتق غانم ، والمشروط بدون شرطه محال ، وقيل : يقرع ، كما لو قال : أعتقتكما .

وقوله : (فقط) : من زياداته على « المحرر »^(١) ، وفيه إشكال ؛ لأنه إما أن يريد : لا مال له سواهما ، أو لا عبيد ؛ إن أراد الأول .. لم يستقم قوله آخرأ : (عتق) ؛ فإنه حينئذ إنما يعتق من غانم ثلثاه إن تساوت قيمتهما ، وإن تفاوتتا .. فبقدر الثلث ، وإن أراد الثاني - وهو ظاهر تصوير « الشرح » و« الروضة »^(٢) - .. فينبغي حمله على ما إذا كان الثلث لا يُخرجُ إلا أحدهما ، أما إذا احتملها الثلث .. فيعتقان ؛ غانم بالمباشرة ، وسالم بالصفة .

(١) المحرر (ص ٢٧٠) .

(٢) الشرح الكبير (٥٩/٧) ، روضة الطالبين (١٣٧/٦) .

وَلَوْ أَوْصَى بَعِيْنٌ حَاضِرَةٌ هِيَ ثُلُثُ مَالِهِ وَبَاقِيهِ غَائِبٌ . . لَمْ تُدْفَعْ كُلُّهَا إِلَيْهِ فِي الْحَالِ ،
وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يَتَسَلَّطُ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الثُّلُثِ أَيْضاً .

فَصْنَانِي

[في بيان المرض المخوف ونحوه]

إِذَا ظَنَّنَا الْمَرَضَ مَخُوفاً . . لَمْ يَنْفُذْ تَبَرُّعٌ زَادَ عَلَى الثُّلُثِ ، فَإِنْ بَرَأَ . . نَفَذَ

(ولو أوصى بعين حاضرة هي ثلث ماله ، وباقيه غائب . . لم تدفع كلها إليه في الحال) لأنه ربما تلف الغائب ، فلا يحصل للورثة مثلاً ما حصل للموصي له .
(والأصح : أنه لا يتسلط على التصرف في الثلث أيضاً) أي : ثلث العين ؛ لأن تسليطه يتوقف على تسليط الورثة على مثلي ما تسلط عليه ، ولا يمكن تسليطهم ؛ لاحتمال سلامة الغائب ، فيحصل للموصي له الجميع ، والثاني : يتسلط ؛ لأن استحقيقه لهذا القدر متيقن .

وحكم الدين حكم الغائب ، وقد صرح به في « التنبيه »^(١) .

* * *

(فصل : إِذَا ظَنَّنَا الْمَرَضَ مَخُوفاً . . لَمْ يَنْفُذْ تَبَرُّعٌ زَادَ عَلَى الثُّلُثِ) لأنه محجور عليه فيه ، و (المخوف) : كلُّ ما يستعد الإنسان بسببه لما بعد الموت بالإقبال على الأعمال الصالحة ، وضبطه الماوردي : بما لا يتناول بصاحبه معه الحياة^(٢) .
ولا يشترط في كونه مخوفاً حصول الموت به ، بل يكفي ألا يكون نادراً بدليل البرسام ، كذا نقلاه عن الإمام ، وأقره^(٣) .
(فَإِنْ بَرَأَ . . نَفَذَ) الجميع قطعاً ؛ لأنه تبين صحة تبرعه ، وأن ذلك المرض لم يكن مخوفاً ، وإن لم يبرأ بل مات به . . لم ينفذ الزائد على الثلث .
هذا كله إذا لم ينته إلى حالة يقطع فيها بموته عاجلاً ، فإن انتهى إلى ذلك . . فلا اعتبار بكلامه في الوصية وغيرها .

(١) التنبيه (ص ٩٥) .

(٢) الحاوي الكبير (١٧٤/١٠) .

(٣) الشرح الكبير (٥١/٧) ، روضة الطالبين (١٣٠/٦) .

وَإِنْ ظَنَّنَاهُ غَيْرَ مَخُوفٍ فَمَاتَ ؛ فَإِنْ حُمِلَ عَلَى الْفَجْأَةِ .. نَفَذَ ، وَإِلَّا .. فَمَخُوفٌ . وَلَوْ شَكَّكُنَا فِي كَوْنِهِ مَخُوفًا . . لَمْ يَنْبُتْ إِلَّا بِطَبِيبَيْنِ حُرَيْنِ عَدْلَيْنِ . وَمِنْ الْمَخُوفِ : قَوْلُنَجْ ، وَذَاتُ جَنْبٍ ، وَرُعَافٌ دَائِمٌ ، وَإِسْهَالٌ مُتَوَاتِرٌ ، وَدِقٌّ ، وَابْتِدَاءٌ

(وإن ظنناه غير مخوف فمات) أي : اتصل به الموت (فإن حمل على الفجأة . . نفذ) جميع تبرعه ، (وإلا) أي : وإن لم يحمل على الفجأة (. . فمخوف) فلا ينفذ ما زاد على الثلث ، وكلام المصنف مبهم ؛ فإنه لا يدرى منه ما المحمول على الفجأة من غيره ؟! وقال في « أصل الروضة » : (إذا رأينا المريض غير مخوف فاتصل به الموت . . فينظر ؛ إن كان بحيث لا يحال عليه الموت ؛ كوجع الضرس ونحوه . . فالتبرع نافذ ، والموت محمول على الفجأة ، وإن كان غيره ؛ كإسهال يوم أو يومين . . تبينا باتصال الموت به كونه مخوفاً ، وكذلك حمى يوم أو يومين ، قاله في « الوسيط » ^(١) انتهى .

فإن قيل : ما الفائدة في حكمنا بأنه غير مخوف مع أنه إذا اتصل به الموت . . ألحق بالمخوف ؟ أجيب : بأن فائدته إذا قتله قاتل ، أو غرق ، أو سقط من سطح . . فإنه يكون من رأس المال ، بخلاف ما إذا كان مخوفاً ثم قتل أو غرق . . فإنه يحسب من الثلث ؛ كما حكاه في « زيادة الروضة » عن البغوي وأقره ^(٢) .

(ولو شككنا في كونه مخوفاً . . لم يثبت إلا بطبيين حرين عدلين) مقبولي الشهادة ؛ لأنه تعلق به حق آدمي من الموصى له والوارث ، فاشتراط فيه شروط الشهادة كغيرها .

(ومن المخوف : قَوْلُنَجْ) وهو أن ينعقد الطعام في بعض الأمعاء فلا ينزل ، ويصعد بسببه البخار إلى الدماغ فيهلك ، (وَذَاتُ جَنْبٍ) وهو قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد ، ثم تنفتح في الجنب ويسكن الوجع ، وذلك وقت الهلاك ، (ورعاف دائم) لأنه ينزف الدم ، وتسقط القوة ، (وإسهال متواتر) فإنه يسقط القوة ، (ودِقٌّ) بكسر الدال ، وهو داء يصيب القلب ، ولا تمتد معه الحياة غالباً ، (وابتداء

(١) روضة الطالبين (٦/١٣٠) .

(٢) روضة الطالبين (٦/١٣٠) .

فَالْجِ ، وَخُرُوجُ الطَّعَامِ غَيْرَ مُسْتَحِيلٍ ، أَوْ كَانَ يَخْرُجُ بِشِدَّةٍ وَوَجَعٍ ، أَوْ وَمَعَهُ دَمٌ ، وَحُمَّى مُطَبَّقَةٌ ، أَوْ غَيْرُهَا
.....

فَالْجِ) وهو استرخاء عام لأحد شقي البدن طولاً ، وسببه : غلبة الرطوبة والبلغم ، وإنما كان ابتداءه مخوفاً ؛ لأنه إذا هاج .. ربما أطفأ الحرارة الغريزية ، وإذا استمر .. لم يخف منه الموت عاجلاً ، فلا يكون مخوفاً .

(وخروج الطعام غير مستحيل ، أَوْ كَانَ يَخْرُجُ بِشِدَّةٍ وَوَجَعٍ) ويسمى : (الزحير) ، (أَوْ وَمَعَهُ دَمٌ) من الكبد ونحوها من الأعضاء الشريفة ؛ لأنه يسقط القوة .

وقضيته : أن خروج الطعام على هذه الصفة مخوف وإن لم يكن إسهال ، قال السبكي : وهو بعيد ، فكان الأصوب ذكره عقب قوله : (وإسهال متواتر) ؛ فإنه من تتمته ، وكذا صنع في « المحرر » فقال : (والإسهال إن كان متواتراً ، وكذا إذا خرج الطعام غير مستحيل ...) إلى (أَوْ وَمَعَهُ دَمٌ)^(١) .

(وَحُمَّى مُطَبَّقَةٌ) أي : ملازمة ؛ لأن إطباقها يذهب القوة التي هي دوام الحياة ، هذا إذا جاوز الإطباق يومين ، وفي وجهه : هي مخوفة من أول حدوثها ، وهو ظاهر تعبير المصنف .

وعلى الأول : لو اتصل الموت بحمى يوم أو يومين .. نظر ؛ فإن تبرع قبل أن يعرق .. فمن الثلث ويتبين أنها مخوفة ، أو بعده .. فمن رأس المال ، نقلاه عن البغوي والمتولي وأقرّاه ، وهذا يقيد إطلاق ما تقدم عن « الوسيط » ، ونبه عليه الرافعي^(٢) .

(أَوْ غَيْرُهَا) أي : غير المطبقة ، وهي أنواع : (وَزْدٌ) وهي : التي تأتي في كل يوم . و (غَبٌ) وهي : التي تأتي يوماً ، وتقلع يوماً ، و (ثُلُثٌ) وهي : التي تأتي يومين وتنقطع في الثالث ، و (حمى الأخوين) وهي : التي تأتي يومين وتنقطع يومين .

(١) المحرر (ص ٢٧١) .

(٢) الشرح الكبير (٤٥/٧ - ٤٦) ، روضة الطالبين (١٢٥/٦) .

إِلَّا الرُّبْعَ . وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يُلْحَقُ بِالْمَخُوفِ : أَسْرُ كُفَّارٍ أَعْتَادُوا قَتْلَ الْأَسْرَى ، وَالتَّحَامُ قِتَالٍ بَيْنَ مُتَكَافِئَيْنِ ، وَتَقْدِيمُ لِقِصَاصٍ أَوْ رَجْمٍ ، وَاضْطِرَابُ رِيحٍ وَهَيْجَانُ مَوْجٍ فِي رَاكِبٍ سَفِينَةٍ ،

ويدخل في قوله : (أو غيرها) : اليسيرة وليست بمخوفة ؛ فكان ينبغي أن يقيده
(بـ) الشديدة) .

(إلا الرُّبْع) وهي التي تأتي يوماً وتقلع يومين ؛ لأنه يقوى في يومي الإقلاع .
وأفهم قول المصنف : (ومن المخوف) : عدم انحصار الأمراض المخوفة فيما ذكرها ، وهو كذلك بل هي كثيرة ، ومنها : الطاعون عافانا الله تعالى منه ، فإذا وقع ببلد . . فمخوف في حق من أصابه قطعاً ، وكذا في حق من لم يصبه على الأصح في « الشرح الصغير » و « زيادة الروضة »^(١) ، وفي « الكافي » : إن من أصابه مخوف ، وإذا وقع في البلد في أمثاله : فهو مخوف على الأصح .

قال الأذْرَعِي : وقوله : (في أمثاله) قيد حسن لا بدّ منه على ما شاهدناه .
(والمذهب : أنه يلحق بالمخوف : أَسْرُ كُفَّارٍ ، اعتادوا قتل الأسرى ، والتحامُ قتال بين متكافئين ، وتقديم لِقِصَاصٍ أَوْ رَجْمٍ ، واضطراب ريح وهيجان موج في راكب سَفِينَةٍ) اعلم : أن الشافعي نصّ في التقديم للِقِصَاصِ : على أنه غير مخوف ، وفي الباقي : على أنه مخوف^(٢) ، وفيه طريقان : أصحُّهما : قولان في الجميع ، أصحُّهما : أنها تلحق بالمخوف ؛ لأنه يخاف منها الهلاك ؛ كالمرض وأولى ؛ لأنه أسرع إتلافاً ، ولا يندفع بدواء ، والثاني : المنع ؛ لأنه لم يلاقِ البدن وإنما يخاف منه قرب الأجل ؛ كالهدم .

والطريق الثاني : تقرير النصين ، والفرق : أن المقتص قد يرق فيعضو طمعاً في الثواب ، أو المال .

وقوله : (أَسْرُ كُفَّارٍ) مثال جرئ على الغالب ، فلو اعتاده البغاة أو قطاع الطريق . .

(١) روضة الطالبين (١٢٨/٦) ، والمسألة من « أصل الروضة » ، وهي موجودة في « الشرح الكبير » (٤٩/٧) ، والله تعالى أعلم .

(٢) مختصر المزني (ص ١٤٦) .

وَطَلَّقَ حَامِلٍ ، وَبَعْدَ الْوَضْعِ مَا لَمْ تَنْفَصِلِ الْمَشِيمَةُ

فينبغي أن يكون الحكم كذلك .

واحترز بقوله : (اعتادوا) : عما إذا لم يعتادوه ؛ كالروم . . فليس بمخوف .

واحترز بـ (الالتحام) : عما قبله ؛ فليس بمخوف وإن تراموا بالشَّابَّ والجُرَّاب .

واحترز بـ (المتكافئين) : عما إذا لم يتكافأ . . فإنه لا خوف في حق الغالبين

قطعاً .

نعم ؛ القريبان من التكافؤ كالمتكافئين .

وقوله : (القصاص) ليس بقيد ، بل فيه تنبيه على جريانه في قاطع الطريق من باب

أولى .

وقوله : (وهيجان موج) لا فائدة له بعد قوله : (واضطراب ريح) ؛ فإن

الظاهر : أنهما متلازمان ، وهما شيء واحد .

واحترز بذلك : عما لو كان البحر ساكناً . . فلا خوف .

(وطلق حامل) لعظم الأمر ؛ ولهذا جعل موتها شهادة ، والخلاف فيها : قولان -

كما في « الروضة » و« أصلها » - : أحدهما : هذا ، والثاني : ليس بمخوف ؛ لغلبة السلامة^(١) .

وليس في المسألة طريقان ؛ كما اقتضاه عطف المصنف .

(وبعد الوضع ما لم تنفصل المشيمة) لأنها تضاهي الجراحات الواصلة إلى

الجوف .

وقضيته : أنه لا فرق بين وضع الولد الكامل وغيره ، لكن صحح في « زيادة

الروضة » : أن إلقاء المضغة والعلق لا خوف فيه ، ونقله عن القاضي أبي الطيب عن

الأصحاب ؛ لأنه أسهل خروجاً من الولد^(٢) ، لكن في « الأم » أن الإسقاط والولادة

سببان^(٣) ، ويمكن حمله على إسقاط الولد المتخلق .

(١) روضة الطالبين (٦/١٢٨) ، الشرح الكبير (٧/٤٩) .

(٢) روضة الطالبين (٦/١٢٨) .

(٣) الأم (٥/٢٣٢) .

وَصِيغَتُهَا : (أَوْصَيْتُ لَهُ بِكَذَا) ، أَوْ (أَدْفَعُوا إِلَيْهِ) ، أَوْ (أَعْطَوهُ بَعْدَ مَوْتِي) ، أَوْ (جَعَلْتُهُ لَهُ) ، أَوْ (هُوَ لَهُ بَعْدَ مَوْتِي) ، فَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ : (هُوَ لَهُ) . . . فَأَقْرَارٌ إِلَّا أَنْ يَقُولَ : (هُوَ لَهُ مِنْ مَالِي) ، فَيَكُونُ وَصِيَّةً . وَتَنْعَقِدُ بِالْكُنَايَةِ ، وَالْكِتَابَةُ كُنَايَةً . . .

وأفهم كلام المصنف : أنه إذا انفصلت . . زال الخوف ، ومحلّه : إذا لم يحصل من الولادة جراحة أو ضرباً شديداً أو ورم ، فإن حصل شيء من ذلك . . دام الخوف ؛ كما قطع به المحاملي .

(وصيغتها) أي : صيغة الوصية : (« أوصيت له بكذا » ، أو « ادفعوا إليه » ، أو « أعطوه بعد موتي » ، أو « جعلته له » ، أو « هو له بعد موتي ») وهذه صرائح ؛ لصراحة الأولى في المقصود ، وتأدي الباقي إلى معنى الوصية بالإضافة إلى ما بعد الموت .

وقوله : (بعد موتي) في الموضعين : قيد في المذكورين قبله ، وهما : (ادفعوا إليه) و (جعلته له) ، فلو ذكر هذا القيد عقب كلّ صيغة . . لكان أحسن .

(فلو اقتصر على قوله : « هو له » . . فأقرار) لأنه من صرائحه ، فلا يجعل كناية في الوصية (إلا أن يقول : « هو له من مالي » فيكون وصية) لأن الإقرار لا يصحّ بذلك ، فيحتمل إذن الوصية ، فتقبل إرادتها ، وظاهر كلامه : صراحته حينئذ ؛ لذكره له مع الصرائح ، والذي في كتب الرافعي و « الروضة » : أنه كناية ؛ لأنه يحتمل الهبة الناجزة والوصية ، فافتقر إلى النية^(١) ، لكن رجح السبكي : أنه صريح ، وقال : لو لم يكن صريحاً . . لكان إذا مات ولم يعلم أنه نوى أم لا . . تبطل الوصية ؛ لأن الأصل عدم النية ، ونصّ الشافعي في مسألتين يقتضي أنه صريح .

(وتنعقد بالكناية) ك (عينت هذا لزيد) كالبيع وأولى ؛ لقبولها التعليق بالأغرار ، وإذا قبلت التعليق بالأغرار . . فبأن تقبل الكنايات أولى .

(والكتابة) بالتاء (كناية) فتنعقد بها إذا نوى ؛ كالبيع وأولى ، قال الشيخ برهان الدين الفزاري : الظاهر : أن قصد المصنف : فتنعقد بالكتابة ؛ لأنها كناية ، فذكر مقدمتين ولم يذكر النتيجة .

(١) الشرح الكبير (٦٢/٧) ، روضة الطالبيين (١٤٠/٦) .

وَأِنْ أَوْصَى لِعَیْرِ مُعَیَّنٍ كَالْفُقَرَاءِ . . لَزِمَتْ بِالْمَوْتِ بِلَا قَبُولٍ ، أَوْ لِمُعَیَّنٍ . . اشْتَرَطَ الْقَبُولُ . وَلَا یَصِحُّ قَبُولٌ وَلَا رَدٌّ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي ، وَلَا یُشْتَرَطُ بَعْدَ مَوْتِهِ الْفَوْرُ . فَإِنْ مَاتَ الْمُوصِي لَهُ قَبْلَهُ . . بَطَلَتْ ، أَوْ بَعْدَهُ . . فَيَقْبَلُ وَارِثُهُ . وَهَلْ يَمْلِكُ الْمُوصِي لَهُ بِمَوْتِ الْمُوصِي ، أَمْ يَقْبُولُهُ ، أَمْ مَوْقُوفٌ ؟ فَإِنْ قِيلَ . . بَانَ أَنَّهُ مَلَكَ بِالْمَوْتِ ، وَإِلَّا . . بَانَ لِلْوَارِثِ ؟ أَقْوَالٌ : أَظْهَرُهَا : الثَّالِثُ ،

(وإن أوصى لغير معين ؛ كالفقراء . . لزمت بالموت بلا قبول) لتعذرهم منهم ، (أو لمعين . . اشترط القبول) كالهبة ، ولو كانت الوصية لمحجور عليه . . قبل له وليه .
والمراد بالمعين : إذا كان محصوراً ، فإن كان غير محصور ؛ كالعُلوية - وقلنا بالصحة وهو الأظهر . . فلا يشترط القبول في حقهم جزماً ؛ كالفقراء .
ومحلُّ اشتراط القبول من المعين : في غير العتق ؛ فلو قال : (أعتقوا عبدي بعد موتي) . . لم يفترق إلى قبول العبد ؛ لأن فيه حقاً لله تعالى ، فكان كالجهة العامة ، ومثله : التدبير إذا قلنا : إنه وصية ؛ فإنه يتنجز بالموت من غير توقف على القبول ؛ كما قاله الرافعي في الكلام على رهن المدبر^(١) .
(ولا يصحُّ قبول ولا ردٌّ في حياة الموصي) إذ لا حقَّ له قبل الموت ، فأشبهه إسقاط الشفعة قبل البيع .

(ولا يُشترط بعد موته الفور) بل يجوز تراخي القبول عن موت الموصي ؛ إذ لو اعتبر . . لاعتبر عقب الإيجاب .
(فإن مات الموصي له قبله) أي : قبل الموصي (. . بطلت) لأنها قبل الموت غير لازمة ، فبطلت بالموت ؛ كما لو مات أحد المتبايعين قبل القبول ، (أو بعده) أي : بعد موت الموصي وقبل القبول والرد (. . فيقبل وارثه) أو يرد ؛ لأنه فرعه ، فقام مقامه في القبول ؛ كالشفعة ، وإذا قبل وارثه هل يقضى منه دين مورثه ؟ فيه وجهان : أحدهما : نعم ؛ كديته فإنها تقضى منها ديونه وإن قلنا : إنها تثبت للورثة ابتداءً .
(وهل يملك الموصي له بموت الموصي ، أم يقبوله ، أم موقوف ؛ فإن قبل . . بان أنه ملك بالموت ، وإلا . . بان للوارث ؟ أقوال : أظهرها : الثالث) لأنه لا يمكن

(١) الشرح الكبير (٤/٤٤٨) .

وَعَلَيْهَا تُبْنَى الثَّمَرَةُ وَكَسْبُ عَبْدٍ حَصَلاً بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْقَبُولِ ، وَنَفَقَتُهُ وَفِطْرَتُهُ ، وَيُطَالَبُ الْمُوصَى لَهُ بِالنَّفَقَةِ إِنْ تَوَقَّفَ فِي قَبُولِهِ وَرَدَّهُ .

فَصْلٌ فِي

[في أحكام الوصية الصحيحة ولفظها]

أَوْصَى بِشَاةٍ . . . تَنَاوَلَ صَغِيرَةَ الْجَثَّةِ وَكَبِيرَتَهَا ، سَلِيمَةً وَمَعِيَّةً ، ضَانًا وَمَعْرَاً ، وَكَذَا ذَكَرَ فِي الْأَصَحِّ ،

جعله للميت ؛ فإنه لا يملك ، ولا للوارث ؛ فإنه لا يملك إلا بعد الوصية والدين ، ولا للموصى له ، وإلا . . . لم يصح رده ؛ كالإرث ، فتعين وقفه مراعاة .

وقوله : (فإن قبل . . .) إلى آخره : تفسير الوقف ، ووجه الأول : التشبيه بالإرث والتدبير ، ووجه الثاني : أنه تمليك بعقد فيتوقف على القبول ؛ كالبيع ، وإذا قلنا بالأول . . . فلا يستقر ملكه عليه حتى يقبل ؛ كما حكاه العراقيون ، وإذا قلنا بالثاني . . . فالملك قبله للوارث في الأصح ، وقيل : للميت .

(وعليها) ؛ أي : على هذه الأقوال (تبنى الثمرة وكسب عبد حصلاً بين الموت والقبول ، ونفقته وفطرته) فعلى الأول : هما له ، وعليه النفقة والفطرة ، وإن قلنا بالثاني . . . فلا شيء له ولا عليه قبل القبول ، أو بالأظهر . . . فموقوفة ؛ فإن قبل . . . فله وعليه ، وإلا . . . فلا .

(ويطالب الموصى له بالنفقة إن توقف في قبوله ورده) كما لو امتنع مطلق إحدى زوجتيه من التعيين ؛ فإن لم يقبل ولم يرد . . . خيره الحاكم بين القبول والرد ، فإن لم يفعل . . . حكم عليه بالإبطال ؛ كالمتحجر إذا امتنع من الإحياء .

* * *

(فصل : أوصى بشاة) وأطلق (. . . تناول صغيرة الجثة وكبيرتها ، سليمة ومعيبة ، ضاناً ومعراً) لصدق الاسم ، (وكذا ذكر في الأصح) لأنه اسم جنس ؛ كالإنسان ، وليست (الشاة) فيه للتأنيث ، بل للوحدة ؛ كحمام وحمامة ، ويدل له قولهم : لفظ (الشاة) يذكر ويؤنث ، والثاني : المنع ؛ نظراً للعرف ؛ فإنه لا يُسمَّى شاةً ، بل كبشاً

لَا سَخْلَةَ وَعَنَاقٌ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : (أَعْطُوهُ شَاةً مِنْ غَنَمِي) وَلَا غَنَمَ لَهُ . .
لَعَتُ ،

أو تيساً ، وهذا ما نص عليه في « الأم »^(١) .

ومحلُّ الخلاف : ما إذا لم تدل قرينة على المراد ؛ فلو قال : (شاة ليتزيتها على غنمه) . . فذكر ، أو (يحلبها) أو (يتنفع بدّرّها ونسلها) . . فأثنى كبيرة تصلح لذلك ، ولو قال : (ليتنفع بصوفها) . . حمل على الضأن ، أو (بشعرها) . . حمل على المعز .

(لا سخلّة وعناق في الأصحّ) لأن كلاً منهما لا تُسمّى شاة ، كذا علّله القاضي الحسين ، وكأنه يريد عرفاً ، والثاني : يتناولهما ؛ لصدق الاسم لغة وشرعاً .
وترجيح الأول تبعاً فيه الصيّدلاني^(٢) ، قال الإمام : وهو خلاف مقتضى النصّ ، وقول صاحب « التقريب » ، وأئمة العراق ومعظم المراوزة^(٣) ، وخلاف ما صرح به الأصحاب كلّهم ، واختاره السبكي .

و(السخلّة) : الأثنى من ولد الضأن ما لم يتم لها أربعة أشهر ، و(العناق) : الأثنى من ولد المعز ما لم يتم لها سنة ، و(الجدي) : ذكره .

وفهم من كلام المصنف : أنه إذا امتنع في الأثنى . . ففي الذكر أولى .

(ولو قال : « أعطوه شاة من غنمي » ولا غنم له . . لغت) لعدم ما تتعلق به الوصية ، وليس المراد : لا غنم له حال الوصية كما يفهمه كلامه ، بل لو ملكها بعد الوصية وقبل موته . . صحت على الأصحّ .

وشمل إطلاقه الإلغاء : ما إذا كان له ظباء ، لكن الرافعي حكى وجهين فيما لو قال : (أعطوه شاة من شياهي) : وليس له إلا ظباء ، قال في « زيادة الروضة » : (ينبغي أن يكون الأصحّ : تنزيل الوصية على واحدة منها)^(٤) .

(١) الأم (١٩٢/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٨١/٧) ، روضة الطالبين (١٥٩/٦) .

(٣) نهاية المطلب (١٦٥/١١) .

(٤) الشرح الكبير (٨١/٧ - ٨٢) ، روضة الطالبين (١٦٠/٦) .

وَأِنْ قَالَ : (مِنْ مَالِي) وَلَا غَنَمَ لَهُ . . أَشْتَرَيْتَ لَهُ . وَالْجَمْلُ وَالنَّاقَةُ يَتَنَاوَلَانِ الْبَحَاتِيَّ وَالْعَرَابَ ، لَا أَحَدُهُمَا الْآخَرَ . وَالْأَصَحُّ : تَنَاوُلُ بَعِيرٍ نَاقَةً ، لَا بَقَرَةً ثَوْرًا ، وَالْثَوْرُ لِلذَّكَرِ . وَالْمَذْهَبُ : حَمْلُ الدَّابَّةِ عَلَى فَرَسٍ وَبَعْلٍ وَحِمَارٍ

(وإن قال : « من مالي » ولا غنم له . . اشتريت له)^(١) أي : اشترى ما ينطلق عليه الاسم عملاً بقوله .

(والجمل والناقة يتناولان البَحَاتِيَّ والعَرَابَ) لصدق الاسم (لا أحدهما الآخر) أي : لا يتناول الجمل الناقة ولا عكسه ؛ لأن لفظ (الجمل) للذكر ، و (الناقة) للأنثى ؛ كما قاله الأزهري وغيره^(٢) .

(والأصحُّ : تناول بعيرٍ ناقةً) لأنه لغة اسم جنس ؛ كالإنسان ، والثاني : المنع ، وهو المنصوص ورجحه كثيرون ، وقال الماوردي والإمام والغزالي : إنه المذهب ؛ لأنه لا يُسَمَّى بعيراً عرفاً ؛ كالجمل^(٣) .

(لا بقرَةً ثَوْرًا) على الأصحُّ ؛ لأن اللفظ موضوع للأنثى ، والثاني : يتناول ، و (الهاء) للوحدة ؛ كثمرة وزبيبة ، وهو كالخلاف في الشاة ، والتصحيح متعاكس . وذكر المصنف في « التحرير » : اتفاق أهل اللغة على وقوع البقرة على الذكر والأنثى^(٤) مع حكايته الخلاف هنا ، وهو يقدح في تعليلهم الأصحَّ بوضع اللفظ للأنثى .

(والثور للذكر) خاصة لاستعماله فيه لغة وعرفاً .
(والمذهب : حمل الدابة على فرس وبغل وحمار) لشهرة استعمالها في هذه الثلاثة وإن كانت لغة لكل ما دب ، وهذا هو المنصوص ، وهو مطرد في جميع البلاد على الأصحُّ ، وقال ابن سريج : إن المنصوص ذكره الشافعي على عادة أهل مصر في ركوبها جميعاً واستعمال الدابة فيها ، وأما سائر البلاد فحيث لا يستعمل اللفظ إلا في

(١) جملة (ولا غنم له) ليست في (ز) .

(٢) تهذيب اللغة (١٠٦ / ١١) .

(٣) الحاوي الكبير (٦٥ / ١٠) ، نهاية المطلب (١٦٦ / ١١) ، الوسيط (٤٣٩ / ٤) .

(٤) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٤٣) .

وَيَتَنَاولُ الرَّقِيقُ : صَغِيرًا وَأُنْثَى وَمَعِيًّا وَكَافِرًا وَعُكُوسَهَا ، وَقِيلَ : إِنْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِ عَبْدٍ .. وَجَبَ الْمُجْزَى كَفَّارَةً . وَلَوْ أَوْصَى بِأَحَدٍ رَقِيقَهُ فَمَاتُوا أَوْ قُتِلُوا قَبْلَ مَوْتِهِ .. بَطَلَتْ ، وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ .. تَعَيَّنَ ، أَوْ بِإِعْتَاقِ رِقَابٍ .. فَثَلَاثٌ ،

الفرس ؛ كالعراق .. لا يعطى إلا الفرس ، هذا كله عند الإطلاق ، فلو قال : (للكرّ والفرّ) .. فهو للفرس ، أو (للحمل) .. حمل على البغل والحمار ؛ فإن اعتادوا الحمل على البراذين .. دخلت .

(ويتناول الرقيق : صغيراً وأنثى ، ومعياً وكافراً ، وعكوسها) لصدق الاسم على الجميع ، (وقيل : إن أوصى بإعتاق عبد .. وجب المجزئ كفارة) لأنه المعروف في الإعتاق ، بخلاف : (أعطوه عبداً) ، واختاره أبو الطيب وغيره وغلط في « التجربة » من قال : (غيره) ، والخلاف في عتق التطوع ، فلو قال : (عن كفارة) .. تعين المجزئ فيها .

وقوله : (كفارة) هو منصوب على الحال ، أو التمييز .

(ولو أوصى بأحد رقيقه) مبهماً (فماتوا أو قتلوا قبل موته .. بطلت) الوصية ؛ لأنه لا رقيق له ، (وإن بقي واحد .. تعين) لأنه الموجود ، وليس للوارث إمساكه وإعطائه قيمة المقتول .

واحترز بقوله : (قبل موته) : عما بعد موته ، فإن كان القتل بعد القبول .. انتقل حقه إلى قيمة أحدهم بخيرة الوارث ، أو قبل القبول .. فكذاك إن ملكناه بالموت أو توقفنا ، وإلا .. بطلت ، قاله الرافعي ، قال في « الكفاية » : وهو احتمال الإمام ، قال هو : إنه لم يصير إليه أحد من الناس^(١) ، وحكى في « المطلب » ما قاله الرافعي عن المتولي ، وحكى الأذرع وغيره عن القاضي الحسين : أنه لا فرق بين أن نقول : يملك بالموت أو بالقبول .

(أو بإعتاق رقاب .. فثلاث) لأنه أقل الجمع على المرجح ، والمراد : أنه أقل ما يكفي ثلاثاً ، قال الشافعي : والاستكثار مع الاسترخاض أولى من الاستقلال مع الاستغلاء ، ومعناه : أن إعتاق خمس رقاب قليلة القيمة .. أفضل من إعتاق أربع كثيرة

(١) الشرح الكبير (٨٤/٧) ، كفاية النية (٢٢٩/١٢) .

فَإِنْ عَجَزَ ثُلُثُهُ عَنْهُمْ. . . فَاَلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَا يُشْتَرَى شِقْصُ بَلِّ نَفِيسَتَانِ بِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ عَنْ أَنْفُسِ رَقَبَتَيْنِ شَيْءٌ. . . فَلِللَّوْرَثَةِ . وَلَوْ قَالَ : ثُلْثِي لِلْعَتَقِ . . . اشْتَرَى شِقْصًا . وَلَوْ وَصَّى لِحَمَلِهَا فَأَتَتْ بِوَلَدَيْنِ . . . فَلَهُمَا ، أَوْ بَحِيٍّ وَمَيِّتٍ . . . فَكُلُّهُ لِلْحَيِّ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : (إِنْ كَانَ حَمْلُكَ ذَكَرًا - أَوْ قَالَ : أَنْثَى - فَلَهُ كَذَا) ، فَوَلَدَتْهُمَا . . . لَعَتْ . . .

القيمة ، ولا يجوز صرف ما أوصى به إلى رقتين مع إمكان ثلاث .
(فَإِنْ عَجَزَ ثُلُثُهُ عَنْهُمْ. . . فَاَلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَا يُشْتَرَى شِقْصُ) أي : لا يشتري مع رقتين شقص ، (بل نفستان به) أي : يشتري بما أوصى به نفستان .
(فَإِنْ فَضَلَ) من الثلث (عن أنفس رقتين شيء. . . فللورثة) لأن الشقص ليس رقبة ، ألا ترى أنه لو أوصى بأن يشتري بثلته رقبة ، فلم يوجد به إلا شقص . . . لم يشتري قطعاً ، وقيل : يشتري في مسألتنا الشقص ؛ لأنه أقرب إلى غرض الموصي من صرف الفاضل للورثة ، واختاره الغزالي ، ومال إليه ابن الرفعة ، ورجحه السبكي .
وتعبيره بالمذهب : يقتضي حكاية طريقتين وليس في « الروضة » و« أصلها » إلا وجهان^(١) .

(ولو قال : « ثلثي للعتق » . . . اشترى شقص) قطعاً ؛ تحصيلاً لغرضه ما أمكن .
(ولو وصَّى لحملها فأنت بولدين) حين (. . . فلهما) لأنه مفرد مضاف فعمً ، ولا يفضل الذكر على الأنثى ؛ كما لو وهب لرجل وامرأة شيئاً إلا أن يصرح بالترتيب .

(أَوْ بَحِيٍّ وَمَيِّتٍ . . . فَكُلُّهُ لِلْحَيِّ فِي الْأَصَحِّ) لأن الميت كالمعدوم ، والثاني : له النصف والباقي لورثة الموصي ؛ كما لو أوصى لحيٍّ وميت .
(ولو قال : « إِنْ كَانَ حَمْلُكَ ذَكَرًا - أَوْ قَالَ : أَنْثَى - فَلَهُ كَذَا » ، فَوَلَدَتْهُمَا . . . لَعَتْ) لأنه شرط صفة الذكورة أو الأنوثة في جملة الحمل ولم يحصل ، ولو ولدت غلامين . . . فكذلك عند الغزالي^(٢) ، وقيل : يقسم بينهما ، واختاره في « الروضة »^(٣) .

(١) الشرح الكبير (٨٦/٧) ، روضة الطالبين (١٦٦/٦) .

(٢) الوسيط (٤٤٤/٤) .

(٣) روضة الطالبين (١٦٧/٦) .

وَلَوْ قَالَ : (إِنْ كَانَ بَيْطُنْهَا ذَكَرٌ) ، فَوَلَدَتْهُمَا . . اسْتَحَقَّ الذَّكَرُ ، أَوْ وَلَدَتْ ذَكَرَيْنِ . .
فَالْأَصَحُّ : صَحَّتْهَا وَيُعْطِيهِ الْوَارِثُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا . وَلَوْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ . . فَلْأَرْبَعِينَ دَاراً
مِنْ كُلِّ جَانِبٍ

بخلاف قوله : إِنْ كَانَ حَمْلُهَا ابْنًا . . فله كذا ، وَإِنْ كَانَ بِنْتًا . . فلها كذا فولدت
ابنين ؛ فإنه لا شيء لهما ، والفرق : أن الذكر والأنثى اسما جنس يقع على الواحد
والعدد ، بخلاف الابن والبنت ، قال الرافعي : والفرق ليس بواضح ، وخالفه
المصنف ، وقال : إنه واضح^(١) .

(ولو قال : « إِنْ كَانَ بَيْطُنْهَا ذَكَرٌ ») فله كذا (فولدتها . . استحقَّ الذكر) لأن
الصيغة ليست حاصرة للحمل فيه ، (أو ولدت ذكرين . . فالأصحُّ : صحتها) لأنه لم
يحصّر الحمل في واحد ، بل حصر الوصية فيه ، والثاني : المنع ؛ لاقتضاء التنكير
التوحيد .

(ويعطيه الوارث من شاء منهما) كما لو وقع الإبهام في الموصى به . . يرجع إلى
بيان الوارث ، وليس له التشريك بينهما ، وقيل : يوزع عليهما ، وقيل : يوقف إلى أن
يتأهلا للقبول ، فيصطلحا .

(ولو وصَّى لجيرانه . . فلأربعين داراً من كلِّ جانب) من الجوانب الأربعة ؛ لما
رواه أبو يعلى الموصلي في « مسنده » عن أبي هريرة مرفوعاً : « حَقُّ الْجَوَارِ إِلَى
أَرْبَعِينَ دَاراً هَكَذَا وَهَكَذَا ، وَهَكَذَا وَهَكَذَا ، يَمِيناً وَشِمَالاً ، وَقُدَّاماً وَخَلْفاً » وفي إسناده
ضعف ، لكن له طرق تقويه ، ورواه أبو داود مرسلًا بإسناد صحيح^(٢) .

وقضية كلامه : أن المجموع مئة وستون ، وبه صرح القاضي أبو الطيب ، ويقسم
المال على عدد الدور لا على عدد سكانها ؛ كما جزم به في « الروضة » ، قال
السبكي : وينبغي أن يزداد فيه وتقسم حصة كلِّ دار على عدد سكانها ، وما جزم به
المصنف هو الصحيح المنصوص^(٣) .

(١) الشرح الكبير (٨٨/٧) ، روضة الطالبين (١٦٧/٦) .

(٢) مسند أبي يعلى (٥٩٨٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، مراسيل أبي داود (٣٤٢) عن ابن شهاب
الزهري رحمه الله تعالى .

(٣) روضة الطالبين (١٦٨/٦) .

وَالْعُلَمَاءُ : أَصْحَابُ عُلُومِ الشَّرْعِ مِنْ تَفْسِيرِ وَحَدِيثِ وَفَقْهِ ، لَا مُقْرِئٌ وَطَيْبٌ وَمُعَبَّرٌ
وَأَدِيبٌ ،
.....

وقيل : هو الملاصق داره ، وقيل : من نسب إلى سكنى محلته ، وقيل : أهل
الزقاق غير النافذ ، وقيل : غير ذلك .

(والعلماء) فيما إذا أوصى للعلماء (أصحاب علوم الشرع من تفسير وحديث
وفقه) للعرف ، والمراد بالتفسير : علم معاني كتاب الله تعالى خيراً وحكماً ،
وبالحديث : العلم بطرقه ، ومعانيه ، لا من يسمعه ولا علم له بطرقه ومتونه وأسماء
رجاله ؛ إذ السماع المجرد ليس بعلم ، وبالفقه : معرفة الأحكام الشرعية نصّاً
واستنباطاً ؛ ولهذا لا تدخل فيه الظاهرية كما أجاب به ابن سريج والقاضي الحسين .
ولو أوصى لأعلم الناس . . . صرف إلى الفقهاء ؛ لتعلق الفقه بأكثر العلوم ، قاله
الماوردي^(١) .

وقضية كلام المصنف : الحصر في هذه الثلاثة ، وليس كذلك بل يدخل العالم
بأصول الفقه ؛ كما قاله الصيّمري وصاحب « البيان » لانباء الفقه عليه^(٢) .
وعدّ الغزالي في مقدمة « المستصفى » من العلم الديني علم الباطن ؛ يعني : علم
القلب وتطهيره عن الأخلاق الذميمة^(٣) .

(لا مقرئ وطبيب ومُعَبَّرٌ وأديب) ومنجم وحاسب ومهندس ؛ لأن أهل العرف
لا يعدونهم منهم ، وكذا العالم باللغة والتصريف ، والعروض والقوافي ، والمعاني
والبيان والبديع ، والموسيقا ونحوها .

قال في « المطلب » : والمراد بالمقرئ : التالي فقط ، أما العالم بالروايات
ورجالها . . فكالعالم بطرق الحديث ، وقد أفهم كلام « الوسيط »^(٤) : أنه منهم ، قال
السبكي : وفيه نظر ؛ فإن التالي قارئ لا مقرئ ، وذكر كلاماً طويلاً ، ثم اختار أن

(١) الحاوي الكبير (١٠ / ٢١٤) .

(٢) البيان (٨ / ٢٢٨) .

(٣) المستصفى (١ / ٥) .

(٤) الوسيط (٤ / ٤٤٥ - ٤٤٦) .

وَكَذَا مُتَكَلِّمٌ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ

العلماء بالقراءات علماء قطعاً يصرف إليهم من الوصية للعلماء ، ومن الوقف عليهم ؛ كما قاله ابن الرفعة ، قال : بل هم أولى الناس بهذا ، والمراد بالمعبر : مفسر المنام ، والأفصح : عابر ؛ لأنه يقال : عبرت - بالتخفيف - كما قال تعالى : ﴿ لِلرُّءْيَا تَعْبُرُونَ ﴾ . وبالأديب : النحوي ، وقال ابن يونس : ينبغي أن يدخل ؛ لانبناء الفقه عليه .

(وكذا متكلم عند الأكثرين) للعرف ، ونقله العبادي في « زياداته » عن النص ، وقيل : يدخل ، ومال إليه الرافعي .

واقضى كلامه : أن الدليل يقتضي التسوية بينه وبين المحدث والمقرئ ، فإما أن يستووا في الدخول كلهم ، أو في الخروج ، ولأجل هذا التوقف عدل المصنف عن الأصح إلى قوله : (عند الأكثرين) .

وقال السبكي ما حاصله : إن العلم بالله وصفاته وما يجب له وما يستحيل عليه ؛ ليرد على المبتدعة ، ويميز بين الاعتقاد الفاسد والصحيح ، وتقرير الحق ونصره . . من أجل العلوم الشرعية ، والعالم به من أفضلهم ، ويصرف إليه من الوصية للعلماء والوقف عليهم .

ومن دأبه الجدل والشبه وخبط عشواء في الحق والباطل ، والزيادة عليه إلى أن يكون مبتدعاً ، أو داعياً إلى ضلالة . . فذلك باسم الجهل أحق . انتهى . وهذا هو القسم الذي أنكره الإمام الشافعي رضي الله عنه وقال : لأن يلقي العبد ربه بكل ذنب ما خلا الشرك . . خير من أن يلقيه بعلم الكلام .

وأما القسم الأول : فهو الذي عدوه في (كتاب السير) من فروض الكفايات . قال السبكي : وكذا الصوفية ينقسمون إلى هذين القسمين ، وذكر في ذلك كلاماً نفيساً ، وقال في آخره : ومن كان من هؤلاء الصوفية المتأخرين ؛ كابن عربي وابن سبعين والقطب القونوي والعفيف التلمساني . . فهؤلاء ضلال جهال خارجون عن طريق الإسلام ؛ فضلاً عن العلماء^(١) .

(١) انظر « النجم الوهاج » (٦ / ٢٨٥ - ٢٨٦) ، و « مغني المحتاج » (٣ / ٨٠) .

وَيَدْخُلُ فِي وَصِيَّةِ الْفُقَرَاءِ الْمَسَاكِينُ وَعَكْسُهُ ، وَلَوْ جَمَعَهُمَا . . شَرَكُ نِصْفَيْنِ ، وَأَقْلُ كُلِّ صِنْفٍ ثَلَاثَةٌ ، وَلَهُ التَّفْضِيلُ . أَوْ لَزِيدٌ وَالْفُقَرَاءُ . . فَاَلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ فِي جَوَازِ إِعْطَائِهِ أَقْلَ مُتَمَوِّلٍ ، لَكِنْ لَا يُحْرَمُ

(ويدخل في وصية الفقراء المساكين وعكسه) فيجوز الصرف لهؤلاء من الوصية لهؤلاء وعكسه ؛ لأن كل واحد من الاسمين يقع على كل من الفريقين عند الانفراد في العرف .

قال ابن سراقه في « التلقين » : وإنما تصرف الوصية لفقراء المسلمين ؛ كالزكاة ، وهل يختص بها فقراء بلد المال أو يجوز نقلها ؟ فيه خلاف مرتب على الخلاف في نقل الزكاة ، والمذهب في « أصل الروضة » هنا : الجواز^(١) ؛ لأن الأطماع لا تمتد إليها امتدادها في الزكاة .

(ولو جمعهما) أي : أوصى للفقراء والمساكين (. . شَرَكُ نِصْفَيْنِ) كما في الزكاة ، بخلاف ما إذا أوصى لبني زيد وبني عمرو . . فإنه يقسم على عددهم ولا ينصف .

(وأقل كل صنف ثلاثة) لأنه جمع ، وأقل الجمع ثلاثة ، فلو دفع الوصي إلى اثنين . . غرم للثالث الثلث ، أو أقل ما يتمول ، فيه الخلاف في نظيره من الزكاة ، والمنصوص عليه في « الأم » في مسألتنا : أنه يضمن الثلث ؛ كما قاله الماوردي^(٢) ، هذا إذا لم يكونوا محصورين ، فإن أوصى لفقراء بلد وهم محصورون . . اشترط استيعابهم والتسوية بينهم ؛ كتعيينهم .

(وله التفضيل) بين آحاد كل صنف بحسب الحاجة ، ولا تجب التسوية بل يتأكد تفضيل الأشد حاجة وعيالا .

(أَوْ لَزِيدٍ وَالْفُقَرَاءُ . . فَاَلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ فِي جَوَازِ إِعْطَائِهِ أَقْلَ مُتَمَوِّلٍ) لأنه ألحقه بهم (لكن لا يحرم) قطعاً وإن كان غنياً لنصه عليه .

وقوله : فـ (المذهب) : عبر في « الروضة » : بالأصح ، وحكى في المسألة سبعة

(١) روضة الطالبين (١٧١ / ٦) .

(٢) الحاوي الكبير (١٠٨ / ١٠) .

أَوْ لَجَمْعٍ مُّعَيَّنٍ غَيْرِ مُنْحَصِرٍ . . . صَحَّتْ فِي الْأَظْهَرِ ، وَلَهُ الْإِقْتِصَارُ عَلَى ثَلَاثَةٍ . أَوْ
لِأَقْرَبِ زَيْدٍ . . . دَخَلَ كُلُّ قَرَابَةٍ وَإِنْ بَعْدَ ، إِلَّا أَصْلًا وَفَرْعًا فِي الْأَصَحِّ ،

أوجه ؛ منها : أن لزيد ربع الوصية ؛ لأن أقلّ من يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة ، ومنها :
أن له النصف ولهم النصف ؛ لأنه قابل بينه وبينهم في الذكر ، فأشبهه ما إذا أوصى لزيد
وعمر^(١) ، وقد اعتمده السبكي فيما لو وقف على مدرس وإمام وعشرة فقهاء . .
فقال : المذهب : أنه يقسم على ثلاثة للعشرة ثلثها .

(أَوْ لَجَمْعٍ مُّعَيَّنٍ غَيْرِ مُنْحَصِرٍ) كَالْعُلُوبَةِ^(٢) ، وَالْهَاشِمِيَّةِ ، وَبَنِي تَمِيمٍ وَنَحْوِهَا
(. . . صَحَّتْ فِي الْأَظْهَرِ) كَالْوَصِيَّةِ لِلْفُقَرَاءِ .

(وَلَهُ الْإِقْتِصَارُ عَلَى ثَلَاثَةٍ) كَمَا فِي الْفُقَرَاءِ ، وَالثَّانِي : الْبَطْلَانُ ؛ لِأَنَّ التَّعْمِيمَ
يَقْتَضِي الْاسْتِيعَابَ وَهُوَ مَمْتَنِعٌ ، بِخِلَافِ الْفُقَرَاءِ ؛ فَإِنْ عَرَفَ الشَّرْعُ خَصَصَهُ بِثَلَاثَةٍ
فَاتَّبَعَ .

(أَوْ لِأَقْرَبِ زَيْدٍ . . . دَخَلَ كُلُّ قَرَابَةٍ وَإِنْ بَعْدَ) وَوَارِثًا وَغَيْرِهِ ، وَمُسْلِمًا وَكَافِرًا ،
وَغَنِيًّا وَفَقِيرًا وَإِنْ بَعْدَ ؛ لَشُمُولِ الْأَسْمِ لِلْكُلِّ ، وَلَا يَخْتَصُّ هُنَا بِالْجَمْعِ وَإِنْ كَانَ جَمْعًا
حَتَّى لَوْ لَمْ يَكُنْ سِوَى قَرِيبَيْنِ أَوْ قَرِيبٍ وَاحِدٍ . . . أَخَذَ الْكُلَّ لَا الْقِسْطَ فِي الْأَصَحِّ .
وَأَفْهَمَ قَوْلُهُ : (كُلُّ قَرَابَةٍ) : وَجُوبَ اسْتِيعَابِهِمْ ، وَمَحَلَّهُ : إِذَا انْحَصَرُوا ، فَإِنْ لَمْ
يَنْحَصَرُوا . . . فَكَالْوَصِيَّةِ لِلْعُلُوبَةِ .

(إِلَّا أَصْلًا وَفَرْعًا فِي الْأَصَحِّ) إِذْ لَا يَسْمُونُ أَقْرَبَ عَرَفًا ، وَعَبَّرَ عَنْهُ فِي « الْمَحْرَرِ »
بِالْأَظْهَرِ^(٣) ، وَالثَّانِي : يَدْخُلَانِ ، وَصَحَّحَهُ فِي « الْكَفَايَةِ » ؛ لِأَنَّهُمَا يَدْخُلَانِ فِي الْوَصِيَّةِ
لِأَقْرَبِ الْأَقْرَبِ ، فَكَيْفَ لَا يَكُونَانِ مِنَ الْأَقْرَبِ ؟!^(٤)

قَالَ السَّبْكِيُّ بَعْدَ أَنْ نَقَلَ عَنْ جَمَاعَةِ الْجَزْمِ بِهِ : وَهَذَا أَظْهَرَ نَقْلًا وَبَحْثًا ، وَقَالَ
الْبُلْقِينِيُّ : إِنَّهُ الْمَخْتَارُ ، وَإِنْ نَصَّ « الْأَم » وَ« الْمَخْتَصَر » ظَاهِرٌ فِيهِ .

(١) روضة الطالبين (١٨٣/٦) .

(٢) قوله : (كَالْعُلُوبَةِ) فِي غَيْرِ (أ) مِنَ الْمَتْنِ .

(٣) المحرر (ص ٢٧٤) .

(٤) كفاية النبيه (٢٠٦/١٢-٢٠٧) .

وَلَا تَدْخُلُ قَرَابَةُ أُمِّ فِي وَصِيَّةِ الْعَرَبِ فِي الْأَصَحِّ ، وَالْعَبْرَةُ بِأَقْرَبِ جَدٍّ يُنْسَبُ إِلَيْهِ زَيْدٌ ،
وَتُعَدُّ أَوْلَادُهُ قَبِيلَةً . وَيَدْخُلُ فِي أَقْرَبِ أَقَارِبِهِ الْأَصْلُ وَالْفَرْعُ

والثالث : لا يدخل الأبوان والأولاد ؛ لأن القريب في العرف من انتمى بواسطة ،
ويدخل الأجداد والأحفاد ، قال الرافعي في « الشرحين » : وهذا أظهر من جهة النقل
حتى إن الأستاذ أبا منصور حكى إجماع الأصحاب عليه ، وجعله في « الروضة »
الأصح ، وقال في « المهمات » : إن العمل عليه ؛ لتصريح الرافعي بأنه أظهر نقلاً ،
والمذهب نقل^(١) .

(ولا تدخل قرابة أم في وصية العرب في الأصح) فإنهم لا يفتخرون بها
ولا يعدونها قرابة ، والثاني : تدخل ؛ كما في وصية العجم ، وهذا هو الأصح في
« الروضة » ، والأقوى في « الشرحين » و« التذنيب » ، وبه قطع العراقيون ، قال في
« المهمات » : والفتوى عليه ؛ لموافقة ظاهر النص وقول الأكثرين^(٢) .

(والعبرة بأقرب جد ينسب إليه زيد ، وتعدُّ أولاده قبيلة) يعني : أولاد ذلك الجد ،
فيرتقي في بني الأعمام إلى أقرب جد يعرف به ، مثاله : أوصى لأقارب الشافعي في
زمانه . . . صرف إلى من ينسب إلى شافع ؛ لأنه أقرب جد يعرف به الشافعي ،
ولا يصرف إلى ما ينسب إلى جد بعد شافع ؛ كأولاد علي والعباس أخوي شافع ؛
لأنهم إنما ينسبون إلى المطلب .

ولو أوصى لأقارب بعض أولاد الشافعي في هذا الوقت . . دخل فيها أولاد الشافعي
دون غيرهم من أولاد شافع .

ولو أوصى حسني لأقاربه . . لم يدخل الحسينيون - بالتصغير - أو حسيني لم يدخل
الحسينيون - بالتكبير - لأنه لولا ذلك . . أدّى إلى دخول جميع الناس ؛ فإن آدم يجمعهم .
وخرج بقوله : (ينسب إليه) : جدُّ الأم ؛ فإنه لا ينسب إليه .

(ويدخل في أقرب أقاربه الأصل والفرع) لأن أقربهم هو المنفرد بزيادة القرابة ،
وهما كذلك .

(١) الشرح الكبير (٩٩/٧) ، روضة الطالبين (١٧٣/٦) ، المهمات (٣٦٤/٦) .

(٢) روضة الطالبين (١٧٤/٦) ، الشرح الكبير (١٠٠/٧) ، المهمات (٣٦٤/٦) .

وَالْأَصَحُّ : تَقْدِيمُ ابْنِ عَلَى أَبِي ، وَأَخٌ عَلَى جَدٍّ ، وَلَا يُرَجَّحُ بِذِكُورَةِ وَوَرَاثَةِ ، بَلْ يَسْتَوِي
 الْأَبُ وَالْأُمُّ ، وَالْإِبْنُ وَالْبِنْتُ ، وَيُقَدَّمُ ابْنُ الْبِنْتِ عَلَى ابْنِ الْإِبْنِ . وَلَوْ أَوْصَى
 لِأَقَارِبِ نَفْسِهِ . . . لَمْ تَدْخُلْ وَرَثَتُهُ فِي الْأَصَحِّ

واعترض قوله : (ويدخل في أقرب أقاربه الأصل والفرع) فإنه ليس أقرب الأقارب
 غيرهما ، فكان ينبغي أن يقول : وأقرب الأقارب الأصل والفرع .
 وأجيب عنه : بأنهما أقرب الأقارب على الإطلاق ، ويصح إطلاق الدخول بمعنى
 أن كلا منهما داخل .

(وَالْأَصَحُّ : تقديم ابن على أب) لأنه أقوى إراثاً وتعصياً ، فيقدم الأولاد ، ثم
 أولادهم وإن سفلوا ، ويسوى بين أولاد البنين وأولاد البنات ، ثم الأبوان ، ثم الأجداد
 إن لم يكن أخ أو أخت ، والثاني : يستويان ؛ لاستواء درجتهما ، فعلى هذا : يقدم
 الأب على ابن الابن ، والأم في ذلك كالأب ؛ كما صرح به الجرجاني .
 (وأخ على جد) لقوة البنية ، وليس لنا موضع يقدم فيه الأخ على الجد إلا هنا ،
 وفي الولاء ، والثاني : يستويان ؛ لاستوائهما في الإدلاء ، والأخت في ذلك كالأخ ؛
 كما في « الكفاية » عن الروياني ^(١) .

وإطلاق المصنف الأخ والجد يشمل الأخ للأم والجد للأم ، وهو الصحيح ،
 فيجري الخلاف في الجد أب الأب ، والجد أب الأم ، مع الأخ للأب والأخ للأم .
 (وَلَا يُرَجَّحُ بِذِكُورَةِ وَوَرَاثَةِ) ^(٢) ، بل يستوي الأب والأم ، والابن والبنت (والأخ
 والأخت ؛ كما يستوي المسلم والكافر ، ويقدم الشقيق على غيره قطعاً ، ويستوي الأخ
 من الأب والأخ من الأم .

(ويقدم ابن البنت على ابن ابن الابن) لأنه أقرب منه .
 (وَلَوْ أَوْصَى لِأَقَارِبِ نَفْسِهِ . . . لَمْ تَدْخُلْ وَرَثَتُهُ فِي الْأَصَحِّ) اعتباراً بعرف الشرع
 لا بعموم اللفظ ، ولأن الوارث لا يوصى له غالباً ، فيختص بالباقيين ، والثاني :
 يدخلون ؛ لأن اللفظ يتناولهم ، ثم يبطل نصيبهم ، ويصح للباقيين .

(١) كفاية النبيه (١٢ / ٢١٠) .

(٢) في (ز) : (بذكورة وأنوثة) .

[في أحكام معنوية للموصي به]

تَصَحُّ بِمَنَافِعِ عَبْدٍ وَدَارٍ وَغَلَّةٍ حَانُوتٍ ، وَيَمْلِكُ الْمُوصِي لَهُ مَنَفَعَةَ الْعَبْدِ ، وَأَكْسَابَهُ الْمُعْتَادَةَ ، وَكَذَا مَهْرَهَا فِي الْأَصَحِّ ، لَا وَلَدٌ فِي الْأَصَحِّ ، بَلْ هُوَ كَالْأُمِّ ؛ مَنَفَعَتُهُ لَهُ ، وَرَقَبَتُهُ لِلْوَارِثِ ،

(فصل) في الأحكام المعنوية : (تصحُّ بمنافع عبد ودار وغلة حانوت) مؤبدة ، ومؤقتة ، ومطلقة ؛ لأنها أموال مقابلة بالأعواض ، فكانت كالأعيان ، والإطلاق يقتضي التأييد ، وقد ذكر المصنف في أوائل الباب : الوصية بالمنافع^(١) ، وإنما أعادها ؛ لأجل ترتيب الأحكام الآتية عليها .

(ويملك الموصي له منفعة العبد ، وأكسابه المعتادة) كاحتطاب ، واصطياد ، وأجرة حرفة ونحوها ؛ لأنها أبدال المنافع الموصي بها ، أما النادرة ؛ كاتهابه والتقاطه . . فلا يملكها على الأصح ؛ لأنها لا تقصد بالوصية .

(وكذا مهرها في الأصح) أي : مهر الموصي بمنفعتها إذا وجبت بنكاح أو وطء شبهة ؛ لأنه من فوائد الرقبة ؛ كالكسب ، وتبع في هذا التصحيح « المحرر » ، ولم يصرحا بتصحيح في « الروضة » و « أصلها » بل نسبها لهذا لقطع العراقيين والبغوي ، ومقابله - وهو كونه لورثة الموصي - : للمراوزة وقطع المتولي وتصحيح الغزالي ، ثم قالوا : وهو الأشبه ، وقال في « الشرح الصغير » : إنه الأظهر ؛ لأنه بدل منفعة البضع ، وهي لا يوصي بها ؛ فلا تستحق بالوصية بدلها ، قال في « المهمات » : والراجع نقلاً : ما في « المحرر » ، واختاره السبكي^(٢) .

(لا ولد)^(٣) من نكاح أو زنا (في الأصح ، بل هو كالأم ؛ منفعة له ، ورقبته للوارث) لأنه جزء الأم ، والثاني : يملكه الموصي له ؛ كالموقوفة .

(١) منهاج الطالبين (ص ٣٥٢) .

(٢) المحرر (ص ٢٧٤) ، روضة الطالبين (٦/ ١٨٧) ، الشرح الكبير (٧/ ١١١) ، المهمات (٦/ ٣٦٨) .

(٣) في (ز) و(و) : (لا ولدها) .

وَلَهُ إِعْتَاقُهُ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ إِنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَتِهِ مُدَّةً ، وَكَذَا أَبَدًا فِي الْأَصَحِّ ، وَيَبْعُهُ إِنْ لَمْ يُؤَبَّدْ كَالْمُسْتَأْجَرِ ، وَإِنْ أَبَدَ فَأَلْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ لِلْمَوْصَى لَهُ دُونَ غَيْرِهِ ، وَأَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ كُلِّهَا مِنْ الثُّلْثِ إِنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَتِهِ أَبَدًا ،

وفرق الأول : بأن الملك في الموقوفة أقوى ؛ ولهذا يملك الرقبة على قول فقوي الاستبصار ، بخلاف هنا .

(وله إعناقه) أي : للوارث إعتاق العبد الموصى بمنفعته ولو مؤبداً ؛ لأن رقبته خالص ملكه ، ومحل عتقه : في التبرع ، فلو أعتقه عن الكفارة . . لم يجز عنها في الأصح ؛ لعجزه عن الكسب ؛ كالزمن ، وليس له كتابته على الأصح ؛ لاستحقاق أكسابه ، وإذا أعتقه . . فالصحيح : بقاء الوصية بحالها ؛ كالإجارة .
(وعليه) أي : على الوارث (نفقته إن أوصى بمنفعته مدة) لأنه مالك الرقبة ؛ كما إذا أجز عبده .

(وكذا أبداً في الأصح) لما قلناه ، فإن شق عليه . . فخلاصه : أن يعتقه ، والثاني : أنها على الموصى له ؛ كالزوج ، والفقرة كالنفقة .

(ويبيعه إن لم يؤبد كالمستأجر) أي : يبيع الموصى بمنفعته مدة ؛ كبيع العين المأجورة ، فيصح في الأظهر ، والجامع : استحقاق المنفعة مؤقتة ، قال في « المطلب » : ويظهر تقييد الخلاف بما إذا كانت المدة معينة ، فإن كانت مجهولة ؛ كحياة زيد . . فيتعين القطع بالبطلان .

(وإن أبداً . . فالأصح : أنه يصح بيعه للموصى له دون غيره) إذ لا فائدة له فيه ، والثاني : يصح مطلقاً ؛ لكمال الملك فيه ، والثالث : لا يصح مطلقاً ؛ لاستغراق المنفعة بحق العين ، ونقله القاضيان أبو الطيب والحسين عن الأكثرين ، وقالوا : إنه المذهب .

(وأنه تعتبر قيمة العبد كلها) رقبة ومنفعة (من الثلث إن أوصى بمنفعته أبداً) لأنه حال بينه وبين الوارث ، والحيلولة كالإتلاف ، ألا ترى أن الغاصب يضمن بها ؟

والثاني : يعتبر ما نقص من قيمته ؛ إذ لا بد أن تبقى له قيمة طمعاً في إعناقه ، وولائه ، ولبقاء الرقبة للوارث ، فلا معنى لاحتسابها على الموصى له ، وصححه

وَأَنْ أَوْصَىٰ بِهَا مَدَّةً . . قَوْمَ بِمَنْفَعَتِهِ ثُمَّ مَسْلُوبَهَا تِلْكَ الْمُدَّةُ ، وَيُحْسَبُ النِّاقِصُ مِنْ
 الثَّلَاثِ . وَنَصَحُ بِحَجٍّ تَطَوُّعٍ فِي الْأَظْهَرِ ، وَيُحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ أَوْ الْمِيقَاتِ كَمَا قَيَّدَ ، وَإِنْ
 أَطْلُقَ . . فَمِنْ الْمِيقَاتِ فِي الْأَصَحِّ . وَحُجَّةُ الْإِسْلَامِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَإِنْ أَوْصَىٰ بِهَا
 مِنْ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ الثَّلَاثِ . . عُمِلَ بِهِ ،

الغزالي وطائفة ، فعلى هذا : تحسب قيمة الرقبة على الوارث على الأصح .

مثاله : أوصى بعدد قيمته بمنافعه مئة وبدونها عشرة ؛ فعلى الأول . . تعتبر المئة من
 الثلث ، ويشترط : أن يكون له مئتان سوى العبد ، وعلى الثاني . . المعتبر تسعون
 فقط ، فيشترط : أن يبقى للورثة ضعف التسعين مع العشرة على وجه ، ودونها على
 وجه .

(وإن أوصى بها مدة . . قَوْمَ بِمَنْفَعَتِهِ ثُمَّ مَسْلُوبَهَا تِلْكَ الْمُدَّةُ ، ويحسب الناقص من
 الثلث) لأن الحيلولة بعرض الزوال ؛ فإذا قَوْمَ بالمنفعة بمئة ثم بدونها تلك المدة
 بشماتين . . فالوصية بعشرين هذا أصح الطرق ، وقيمة الرقبة هنا محسوبة من التركة
 قطعاً ، والطريق الثاني : طرد الخلاف في الوصية المؤبدة ، والثالث : أنا إن اعتبرنا هناك
 ما بين القيمتين . . فهنا أولى ، وإلا . . فوجهان ، أحدهما : التفاوت ، والثاني : الرقبة .
 والرابع : أن المعتبر من الثلث : أجرة مثل تلك المدة ، وذكر العبد مثال ؛ فإن
 منفعة الدار وثمره البستان كذلك .

(ونصح) الوصية (بحج تطوع في الأظهر) الخلاف مبني على جواز النيابة فيه ،
 والأظهر : الجواز ؛ لأنه عبادة تدخل النيابة في فرضها فتدخل في نفلها ؛ كأداء
 الزكاة ، وهو محسوب من الثلث ؛ كسائر التبرعات ، والعمرة في ذلك كالحج .
 واحتترز بالتطوع : عن الفرض ؛ فيصح قطعاً .

(ويحج من بلده أو الميقات كما قَيَّدَ) عملاً بوصيته ، (وإن أطلق . . فمن الميقات
 في الأصح) حملاً على أقل الدرجات ، والثاني : من بلده ؛ لأنه العرف فيه .
 (وحجة الإسلام من رأس المال) وإن لم يوص بها على المشهور ؛ كسائر
 الديون ، والحبسة المنذورة كحجة الإسلام .

(فإن أوصى بها من رأس المال أو الثلث . . عُمِلَ بِهِ) وهو في الأولى تأكيد ؛ لأنه

وَأَنْ أَطْلَقَ الْوَصِيَّةَ بِهَا . . فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَقِيلَ : مِنْ الثَّلْثِ ، وَيُحْجُّ مِنْ الْمِيقَاتِ .
وَلِلْأَجْنَبِيِّ أَنْ يَحْجَّ عَنِ الْمَيِّتِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فِي الْأَصَحِّ

المفعول بدونها ، وفي الثانية قصد الرفق بالورثة ، وفائدة جعلها من الثلث : مزاحمة الوصايا ، فيقسم الثلث بينها بالسوية ، ويكمل الواجب من رأس المال ؛ فإن لم يكن غير الوصية بالحج . . فلا فائدة في قولهم : (تعتبر من الثلث) لأنه يجب قضاؤه على كل تقدير .

(وإن أطلق الوصية بها . . فمن رأس المال) كما لو لم يوص ، وتحمل الوصية بها على التأكيد والتذكير بها ، (وقيل : من الثلث) لأنها من رأس المال ، فوصيته بها قرينة دالة على أنها من الثلث ؛ إذ هو مصرف الوصايا ، وهذا قول لا وجه ، فكان الصواب أن يقول : (وفي قول) .

(ويحج من الميقات) أي : ميقات بلده ؛ لأنه لو كان حياً . . لم يلزمه سواه ، ولا يخرج من ماله إلا ما كان مستحقاً عليه .

(وللأجنبي أن يحج عن الميت بغير إذنه في الأصح) كقضاء دينه ، والثاني : المنع ؛ لافتقاره إلى النية فلا بد من استئابة ، وصححه المصنف في نظيره من الصوم في (كتاب الصيام)^(١) لكن فرق : بأن للصوم بدلاً وهو الأمداد .

وقوله : (بغير إذنه) : ظاهره : إذن الميت ، ويشترط : كون إذنه في حال جواز الاستئابة ، وقال ابن الملقن : أي : بغير إذن الوارث ، وكذا صورها في « الروضة » و« أصلها » ، وهو صحيح أيضاً ؛ فإنه يصح بإذن الوارث ، قطعاً^(٢) .

قال الأذرعى : وحيث ينبغي أن يقال : (بغير إذن) ليشمل إذنه وإذن الوارث والحاكم حيث لا وارث .

واحترز بقوله : (بغير إذنه) : عما إذا أذن هو أو وارثه . . فإنه يجوز قطعاً .

وبالأجنبي : عن الوارث . . فإنه يجوز له جزماً ، لهذا كله في حج الفرض ، أما التطوع . . فقال العراقيون : إن لم يوص به . . لم يصح عنه ، ونقل المصنف في « شرح

(١) منهاج الطالبين (ص ١٨٤) .

(٢) عجالة المحتاج (٣/ ١١٠٢) ، روضة الطالبين (٦/ ٢٠٠) ، الشرح الكبير (٧/ ١٢٧) .

وَيُؤَدِّي الْوَارِثُ عَنْهُ الْوَجِبَ الْمَالِيَّ فِي كَفَّارَةِ مُرْتَبَةٍ ، وَيُطْعِمُ وَيَكْسُو فِي الْمُخَيَّرَةِ ،
وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ يُعْتَقُ أَيْضاً ، وَأَنَّ لَهُ الْأَدَاءَ مِنْ مَالِهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ تَرِكَهُ ، وَأَنَّهُ يَقَعُ عَنْهُ لَوْ
تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِطَعَامٍ أَوْ كِسْوَةٍ ،

المهذب « هناك الاتفاق عليه ، مع حكايته هنا تبعاً للرافعي عن السرخسي : أن للوارث
الاستنابة ، وأن الأجنبي لا يستقل به على الأصح^(١) .

(ويؤدي الوارث عنه) من التركة (الواجب المالي في كفارة مرتبة) ككفارة القتل
والوقاع والظهار .

والمراد بـ (الواجب المالي) : العتق أو غيره ، ويكون الولاء للميت إذا اعتق .
واحترز بـ (المالي) : عن البدني ؛ كالصوم وهو بناء على الجديد ، وسبق أن
المختار : القديم في أنه يؤديه عنه أيضاً .

(ويطعم ويكسو) من التركة (في المَخَيَّرَةِ) ككفارة اليمين ، [ونذر اللجاج ،
وتحريم عين الأمة]^(٢) . و (الواو) في (ويكسو) بمعنى (أو) .

(والأصح : أنه يعتق أيضاً) كالمرتبة ؛ لأنه نائبه شرعاً ، فإعتاقه كإعتاقه ،
والثاني : لا ؛ لأن فيه إلحاق الولاء بالميت ، ولا ضرورة إليه .

(وأن له) أي : للوارث (الأداء من ماله إذا لم تكن تركته) سواء العتق وغيره ؛
كقضاء الدين ، والثاني : المنع ؛ لبعد العبادة عن النيابة ، والثالث : يمتنع الإعتاق
فقط ؛ لبعد إثبات الولاء للميت .

وقوله : (إذا لم تكن تركته) : يفهم منعه عند وجود تركته ، وقال السبكي : إن
الذي يظهر جواز الأداء من ماله مع وجود تركته ، قال : ثم رأيت في « البيان »
ما يوافقه ، وفي كلام الرافعي ما يخالفه بحثاً ؛ فإنه قال : يشبه أنه كالأجنبي ، ونازعه
السبكي فيه^(٣) .

(وأنه يقع عنه لو تبرع أجنبي بطعام أو كسوة) على الأصح ؛ كقضاء الدين ،

(١) المجموع (٨١ / ٧) ، الشرح الكبير (١٢٧ / ٧) ، روضة الطالبين (٢٠٠ / ٦) .

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من (ز) .

(٣) البيان (٣١٦ / ٨) ، الشرح الكبير (١٢٨ - ١٢٩ / ٧) .

لَا إِعْتَاقَ فِي الْأَصَحِّ . وَيَنْفَعُ الْمَيِّتَ صَدَقَةٌ وَدُعَاءٌ مِنْ وَارِثٍ وَأَجْنَبِيٍّ .

والثاني : لا ؛ لبعدها عن النيابة .

(لا إعتاق في الأصح) لاجتماع عدم النيابة ، وبعد إثبات الولاء للميت ،
والثاني : يقع عنه ؛ كالوارث ، وتابع « المحرر » في هذا الترجيح ، وليس في
« الشرحين » و « الروضة » هنا ترجيح بل قالوا : قيل على الوجهين ؛ أي : في تبرعه
عنه لغيره ^(١) .

وقيل : بالمنع قطعاً ، لكن في « الروضة » و « أصلها » في (باب كفارة اليمين)
تصحيح المنع في المخيرة ، والجواز في المرتبة ؛ بناء على إحدى العلتين في
المخيرة ، وهي سهولة التكفير بغير الإعتاق ^(٢) .

(وينفع الميت صدقة ودعاء من وارث وأجنبي) بالإجماع ؛ كما نقله المصنف
وغيره ؛ لقوله تعالى : ﴿ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ ﴾ فدل على أن
هذا ينفعهم ، وفي « الصحيح » : « أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ » ^(٣) .

وروى الإمام أحمد بإسناد صحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال : « إِنَّ اللَّهَ يَرْفَعُ الدَّرَجَةَ لِلْعَبْدِ فِي الْجَنَّةِ ، فَيَقُولُ : يَا رَبِّ ؛ أَنَّى لِي
هَذَا ؟ فَيَقَالَ : بِاسْتِغْفَارٍ وَلَدِكَ لَكَ » ^(٤) .

وفي الصحيح : (أن سعد بن عبادة قال : يا رسول الله ؛ إن أمتي توفيت أفأتصدق
عنها ؟ قال : « نَعَمْ » قال : أي الصدقة أفضل ؟ قال : « سَقَى الْمَاءَ ») ^(٥) .

وشمل إطلاقه الصدقة : الوقف ، وذكر صاحب « العدة » : أنه لو أنبط عيناً ، أو
حفر نهراً ، أو غرس شجراً ، أو وقف مصحفاً في حياته ، أو فعله عنه غيره بعد موته . .

(١) المحرر (٢٧٥) ، الشرح الكبير (١٢٨ / ٧) ، روضة الطالبين (٢٠١ / ٦) .

(٢) روضة الطالبين (٢٦ / ١١) ، الشرح الكبير (٢٧٩ / ١٢) .

(٣) أخرجه مسلم (١٦٣١) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) المسند (٥٠٩ / ٢) ، وأخرجه ابن ماجه (٣٦٦٠) .

(٥) أخرجه النسائي (٢٥٥ / ٦) ، وأحمد (٧ / ٦) ، والشرط الأول من الحديث عند البخاري برقم

(٢٧٦٠) .

لَهُ الرُّجُوعُ عَنِ الْوَصِيَّةِ وَعَنْ بَعْضِهَا

يلحق الثواب الميت ، قال الرافعي : ولا يختص الحكم بوقف المصحف بل يجري في كل وقف^(١) .

وكلام المصنف قد يفهم : أنه لا ينفعه ثواب غير ذلك ؛ كالصلاة عنه قضاء أو غيره ، وقراءة القرآن وهو المشهور عندنا^(٢) .

نعم ؛ يستثنى : ركعتا الطواف ؛ فإن الأجير يأتي بهما عن المحجوج عنه تبعاً للطواف على الأصح .

وحكى في « شرح مسلم » وجهاً : أن ثواب القراءة يصل إلى الميت ، واختاره جماعة من الأصحاب منهم : ابن أبي عسرون ، وابن الصلاح ، وعليه عمل الناس ، وما رآه المسلمون حسناً . فهو عند الله حسن ، وألحق الماوردي القراءة عند القبر بالحج عنه ، وذلك يقتضي وصول الثواب إليه .

وجوز القاضي الحسين الاستئجار على قراءة القرآن عند الميت ، قال ابن الصلاح : ويتبغي أن يقول : (اللهم ؛ أوصل ثواب ما قرأناه لفلان) ، فيجعله دعاء ، ويتبغي : الجزم بنفع هذا ؛ لأنه إذا نفع الميت الدعاء ، وجاز بما ليس للداعي . . فلأن يجوز بما له أولى ، وهذا لا يختص بالقراءة ، بل يجري في سائر الأعمال^(٣) .

* * *

(فصل : له الرجوع عن الوصية وعن بعضها) لأنها عطية لم يزل عنها ملك معطيها ، فأشبهت الهبة قبل القبض ، وقد روى البيهقي تعليقاً عن عمر رضي الله عنه : (يغير الرجل من وصيته ما شاء) ، وأسنده عن عائشة رضي الله عنها بإسناد صحيح^(٤) .

(١) الشرح الكبير (١٣٠ / ٧) .

(٢) بلغ مقابلة على خط مؤلفه ، عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

(٣) شرح مسلم (٩٠ / ١) ، الحاوي الكبير (١٤٥ / ١٠) ، فتاوى ابن الصلاح (١٩٣ / ١) .

(٤) سنن البيهقي (٢٨١ / ٦) .

بِقَوْلِهِ : (نَقَضْتُ الْوَصِيَّةَ) ، أَوْ (أَبْطَلْتُهَا) ، أَوْ (رَجَعْتُ فِيهَا) ، أَوْ (نَسَخْتُهَا) ، أَوْ (هَذَا لَوَارِثِي) . وَبَيْعٌ وَإِعْتَاقٌ وَإِصْدَاقٌ ، وَكَذَا هِبَةٌ أَوْ رَهْنٌ مَعَ قَبْضٍ ، وَكَذَا دُونُهُ فِي الْأَصَحِّ . وَبِوَصِيَّةٍ بِهِذِهِ التَّصَرُّفَاتِ ، وَكَذَا تَوْكِيلٌ فِي بَيْعِهِ وَعَرْضُهُ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ .

(بقوله : « نقضت الوصية » ، أو « أبطلتها » ، أو « رجعت فيها » ، أو « نسختها »)^(١) وكذا أزلتها ، ورددتها ، ودفعتها ونحوها من الصرائح ، (أو) قال : (« هذا لوارثي ») بعد موتي ، أو (هو ميراث عني) لأنه لا يكون للوارث إلا وقد رده إلى نفسه فهو كقوله : (رددته) .

(و) يحصل (بيع) وإن فسخ في زمن الخيار ، (وإعتاق وإصداق) ونحوه من التصرفات الناجزة اللازمة في الحياة بالإجماع ؛ كما نقله ابن المنذر ، ولأنه يدل على الإعراض عن الوصية .

(وكذا هبة أو رهن مع قبض) لزوال الملك في الأولى ، وتعريضه للبيع في الثانية ، (وكذا دونه في الأصح) لأنه عرضه لزوال الملك ، وذلك يدل على الإعراض عن الوصية ، والثاني : لا فيهما ؛ أما في الهبة . . فلأنه لم يؤثر في ملكه ، فكذا في رجوعه ، وأما الرهن . . فلأنه لا يزيل الملك بل هو نوع انتفاع ؛ كالاستخدام . وإطلاقه قد يشمل : الهبة الفاسدة ، وفيها أوجه في « الحاوي » : ثالثها : إن أقبض . . كان رجوعاً ، وإلا . . فلا ، قال في « الكفاية » : وكلامه يفهم : طردها في الرهن الفاسد أيضاً^(٢) .

(وبوصية بهذه التصرفات) أي : بالبيع وما بعده ؛ لإشعاره بالرجوع . (وكذا توكيل في بيعه وعرضه عليه في الأصح) لأنه توسل إلى أمر يحصل به الرجوع ، والثاني : لا ؛ لأنه قد لا يوجد ، لهذا كله في الوصية بمعين ، أما إذا أوصى بثلاث ماله ثم تصرف فيما يملكه ببيع أو إعتاق أو غيرهما . . لم يكن رجوعاً ، ولو هلك جميع ماله . . لم تبطل الوصية ؛ لأن الثلث مطلقاً لا يختص بما عنده حال الوصية ، بل العبرة بما يملكه عند الموت .

(١) في (ز) : (أو رجعت فيها ، أو فسختها) .

(٢) الحاوي الكبير (١٦٥ / ١٠) ، كفاية النبيه (٢٧٠ / ١٢) .

وَخَلَطُ حِنْطَةٍ مُعَيَّنَةٍ رُجُوعٌ ، فَلَوْ أَوْصَى بِصَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ فَخَلَطَهَا بِأَجُودَ مِنْهَا .
فَرُجُوعٌ ، أَوْ بِمِثْلِهَا . فَلَا ، وَكَذَا بِأَرْدَا فِي الْأَصَحِّ . وَطَحْنُ حِنْطَةٍ وَصَّى بِهَا ،
وَبَذَرُهَا ، وَعَجْنُ دَقِيقٍ ، وَغَزْلُ قُطْنٍ ، وَنَسْجُ غَزْلِ ، وَقَطْعُ ثَوْبٍ قَمِيصاً ، وَبِنَاءُ
وِغْرَاسٍ فِي عَرَصَةٍ . . رُجُوعٌ .

فَصْلٌ

[في الإيصاء وما يتبعه]

يُسَنُّ الْإِصَاءُ بِقَضَاءِ الدِّينِ ،

(واخلط حنطة معينة رجوع) سواء خلطها بمثلها أو أجود أو أردأ ؛ لتعذر التسليم
بما أحدثه في العين .

(فلو أوصى بصاع من صبرة) معينة (فخلطها بأجود منها . . فرجوع) لأنه أحدث
بالخلط زيادة لم يرض بتسليمها ، (أو بمثلها . . فلا) قطعاً ؛ فإنه لا يحدث تغييراً ؛ إذ
لا فرق بين المثليين .

(وكذا بأردأ في الأصح) لأن التغيير عيه بالنقص ، فأشبهه تعيب الموصى به ، أو
إتلاف بعضه ، والثاني : رجوع ؛ لأنه غير الموصى به عما كان ، فأشبهه الخلط
بالأجود ، وهذا ما أورده القاضي أبو الطيب ونسبه إلى عامة الأصحاب ، واختاره
الإمام ، ولم ينسب الشيخان ما رجحاه لأحد^(١) .

(وطحن حنطة وصى بها ، وبذرهما ، وعجن دقيق ، وغزل قطن ، ونسج غزل ،
وقطع ثوب قميصاً ، وبناء وغراس في عرصة . . رجوع) لزوال الاسم ، وإشعاره
بالإعراض .

* * *

(فصل : يسن الإيصاء بقضاء الدين) لأنه إذا شرع له الوصية في حق غيره . .
فحاجة نفسه أولى ، وهذا في الدين الذي لا يعجز عن وفائه في الحال ، أما الذي
يعجز عن وفائه في الحال . . فالوصاية به واجبة ؛ كما قاله في « الروضة » ، وكذا

(١) نهاية المطلب (٣٣٩/١١) ، الشرح الكبير (٢٦٦/٧) ، روضة الطالبين (٣٠٩/٦) .

وَتَنْفِيزِ الْوَصَايَا ، وَالنَّظَرِ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ . وَشَرَطُ الْوَصِيِّ : تَكْلِيفٌ ، وَحُرِّيَّةٌ ، وَعَدَالَةٌ ، وَهَدَايَةٌ إِلَى التَّصَرُّفِ الْمَوْصَى بِهِ ، وَإِسْلَامٌ ، لَكِنْ الْأَصَحُّ : جَوَازُ وَصِيَّةِ ذِمِّيٍّ إِلَى ذِمِّيٍّ

الإيصاء برد المظالم واجب ، وقد اعترض في « الروضة » على الرافعي على اقتصاره فيه على الاستحباب^(١) .

(وتنفيذ الوصايا) أي : يسن أن يوصي بتنفيذ وصاياه إن أوصى بشيء ، (والنظر في أمر الأطفال) أي : يسن أيضاً . وإن كان القياس منعه ؛ لانقطاع سلطنة الموصي وولايته بالموت ، لكن الدليل قام على جوازه ؛ فروى سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة قال : أوصى إلى الزبير سبعة من الصحابة ، منهم : عثمان والمقداد وعبد الرحمن بن عوف وابن مسعود^(٢) ؛ فكان يحفظ أموالهم ، وينفق عليهم من ماله ، ولم يعرف لهم مخالف .

(وشرط الوصي : تكليف) لأن غيره مولّى عليه ، فكيف يلي أمر غيره ؟ ! (وحرية) لأن الرقيق مشغول بسيده ، والوصاية تستدعي فراغاً ، وسواء عبده وعبده غيره ، وسواء القن والمكاتب والمبعض ، (وعدالة) فلا تجوز إلى فاسق بالإجماع ؛ لأنها ولاية واثمان .

(وهداية إلى التصرف الموصى به) فلا تصحّ إلى من لا يهتدي إليه ؛ لسفه أو مرض أو هرم أو تغفل ؛ إذ لا مصلحة في تولية من هذا حاله ، (وإسلام) فلا تصحّ وصاية مسلم إلى كافر ؛ لثمته ، قال الله تعالى : ﴿ يَتَأَيَّأُ الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عِطَانَهُ مِّن دُونِكُمْ ﴾ الآية .

(لكن الأصحّ : جواز وصية ذمي إلى ذمي) بشرط كونه عدلاً في دينه ؛ كما يجوز أن يكون وليّاً لأولاده ، والثاني : المنع ؛ كشهادته .

ويشترط أيضاً : ألا يكون الوصي عدواً للطفل ؛ كما حكاه الرافعي عن الروياني وآخرين ، وإنهم حصروا الشرائط بلفظ مختصر فقالوا : ينبغي أن يكون الوصي بحيث

(١) روضة الطالبيين (٣١١/٦) ، الشرح الكبير (٢٦٧/٧) .

(٢) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرى » (٢٨٢/٦) .

وَلَا يَضُرُّ الْعَمَى فِي الْأَصَحِّ ، وَلَا تُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ ، وَأُمُّ الْأَطْفَالِ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهَا .
وَيَنْعَزِلُ الْوَصِيُّ بِالْفِسْقِ ، وَكَذَا الْقَاضِي فِي الْأَصَحِّ ، لَا الْإِمَامُ الْأَعْظَمُ . وَيَصِحُّ
الْإِصَاءُ بِقَضَاءِ الَّذِينَ . وَتَنْفِذُ الْوَصِيَّةِ مِنْ كُلِّ حُرٍّ مُكَلَّفٍ ،

تقبل شهادته على الطفل^(١) . ونقض بالذمي ؛ فإنه يوصي إلى الذمي ولا تقبل شهادته عليه .

وفي وقت اشتراط الشروط المذكورة أوجه : أصحها : حالة الموت .
(ولا يضر العمى في الأصح) لأنه من أهل الشهادة ؛ كالبصير ، ويوكل فيما لا يمكنه ، والثاني : يضر ؛ لأنه لا يصح بيعه وشراؤه بنفسه ، فلا يفوض إليه أمر غيره .

(ولا تشترط الذكورة) بالإجماع ، وقد أوصى عمر رضي الله عنه إلى ابنته حفصة رضي الله عنها ؛ كما أخرجه أبو داود^(٢) .

(وأم الأطفال أولى من غيرها) إذا حصلت الشروط فيها ؛ لأنها أكثر شفقة .
(وينعزل الوصي بالفسق) لزوال الشرط ، وفي معناه : قيم الحاكم ، (وكذا القاضي في الأصح) لزوال الشرط ، والثاني : لا ؛ كالإمام .

(لا الإمام الأعظم) لتعلق المصالح الكلية بولايته ، بل تجوز تولية الفاسق ابتداء إذا دعت إليه ضرورة ، وقيل : ينعزل ، ونقل المحاملي في (الأقضية) من « المجموع » الاتفاق عليه ، سوى شذوذ من أصحاب الحديث ، وصوبه في « المطلب » ، واقتضى كلامه : تفرد الرافعي بترجيح عدم الانعزال^(٣) .

(ويصح الإيصاء بقضاء الدين ، وتنفيذ الوصية من كل حر مكلف) لما سبق أول الباب^(٤) ، وكلامه يفهم : أن السفیه إذا صححنا وصيته بالمال . . أن له تعيين شخص

(١) الشرح الكبير (٢٦٩/٧) .

(٢) سنن أبي داود (٢٨٧٨) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) الشرح الكبير (٢٧١/٧) .

(٤) (وتنفيذ) بـ (الباء) مصدر ، هو ما في أكثر النسخ ؛ كـ (المحرر) وغيره ، وحكي عن خطه حذف (الباء) مضارعاً ، وادعى كثير أن الأولى أولى ؛ إذ يلزم الثانية التكرار المحض ؛ لأنه قدم الوصية بقضاء الدين أول الفصل ، وحذف بيان ما ينفذ فيه ومخالفة أصله ، وفيه نظر ؛ لأن الجار والمجرور =

وَيُشْتَرَطُ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ مَعَ هَذَا : أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَيْهِمْ . وَلَيْسَ لَوْصِيٍّ إِيصَاءٌ ، فَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِيهِ . . جَازَ فِي الْأَظْهَرِ . وَلَوْ قَالَ : (أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ إِلَى بُلُوغِ ابْنِي أَوْ قُدُومِ زَيْدٍ ، فَإِذَا بَلَغَ أَوْ قَدِمَ فَهُوَ)

لتنفيذها ، قال السبكي : ولم أر فيه إلا ما اقتضاه هذا الكلام ، وهو محتمل ، ومنعه أيضاً يحتمل فيلبيه الحاكم . انتهى ، وقال في « المطلب » : ينبغي إضافة الرشد إلى الشرطين المذكورين .

(ويشترط في أمر الأطفال) والمجانين (مع هذا) أي : مع الحرية والتكليف (أن يكون له ولاية عليهم) مبتدأة من الشرع لا بتفويض ، فتثبت الوصاية عليهم للأب والجد وإن علا دون غيرهما من الأقارب ، ويخرج الوصي والقيم ، وكذا الأب والجد إذا نصبهما الحاكم في مال من طراً سفهه ؛ لأنه وليه الحاكم دونهما على الأصح ، ويخرج الأم أيضاً على المذهب .

(وليس لوصيٍّ إيصاءً) كالوكيل (فإن أُذِنَ له فيه . . جاز في الأظهر) كالوكيل يوكل بالإذن ، والثاني : لا ؛ لبطلان إذنه بالموت .

وصورة الإذن : أن يضيف إليه بأن يقول : (أوصي بتركتي) ونحوه ، أما إذا قال : (أوص لمن شئت) أو (إلى فلان) ولم يصف إلى نفسه . . لم يوص عنه على الأصح عند البغوي وأقره^(١) .

ومحلُّ الخلاف : فيما إذا أُذِنَ له أن يوصي عن نفسه ، أما إذا أُذِنَ له أن يوصي عن الموصي . . صحَّ قطعاً ، حكاه في « البيان » عن ابن الصباغ ، ونقله ابن الرفعة عن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ والرويان في (كتاب الوكالة) ، قال : وكلام الرافعي مصرح بأن الخلاف في الثانية^(٢) .

(ولو قال : « أوصيت إليك إلى بلوغ ابني أو قدوم زيد ، فإذا بلغ أو قدم . . فهو

= متعلق به (يصح) أيضاً فلا تكرر . اهـ « نهاية المحتاج » (١٠٣ / ٦) .

وقال ابن الفرکاح : ينبغي أن يقرأ (تنفيذ) بزيادة (ياء) بين (الفاء) و (الذال) كما هو في « المحرر » و « الشرح » و « الروضة » . اهـ « النجم الوهاج » (٢٣٠ / ٦) .

(١) التهذيب (١١٠ / ٥ - ١١١) ، الشرح الكبير (٢٧٤ / ٧) ، روضة الطالبين (٣١٤ / ٦) .

(٢) البيان (٣١١ / ٨) ، كفاية النبيه (١٣٥ / ١٢) .

الْوَصِيِّ) .. جَازَ . وَلَا يَجُوزُ نَصْبُ وَصِيِّ وَالْجَدِّ حَتَّى بِصِفَةِ الْوِلَايَةِ ، وَلَا الْإِصْءَاءُ
بِتَرْوِيجِ طِفْلٍ وَبِنْتٍ . وَلَفْظُهُ : (أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ) ، أَوْ (فَوَضْتُ) ، وَنَحْوُهُمَا . وَيَجُوزُ
فِيهِ التَّوْقِيتُ وَالتَّعْلِيقُ

الوصي «.. جاز» وكذا لو قال : (أوصيت إليك سنة وبعدها وصيي فلان) لأن الأب
هو الموصي إليهما ، ولا يضر التعليق ؛ إذ الوصية تحتل الأخطار والجهالات ، ولو
قال : (أوصيت إليك ؛ فإذا نزل بك حادث الموت فقد أوصيت إلى من أوصيت
إليه) ، أو (فوصيتك وصيي) .. فباطلة على الأظهر ؛ لجهالة الموصي إليه .
وكان ينبغي للمصنف : تأخير هذا إلى قوله : (ويجوز فيه التوقيت والتعليق) فإنه
مثال له .

(ولا يجوز) للأب (نصب وصي) في أمر الأطفال (والجدُّ حي بصفة الولاية)
لأن ولايته ثابتة بالشرع ؛ كولاية التزويج ، وقيل : يجوز ؛ لأنه أولى من الجد ، فكذا
نائبه .

واحتراز بـ (صفة الولاية) : عما إذا كان غير أهل ؛ لفسق ونحوه .. فإنه يجوز ،
فلو تأهل للولاية بعد الموت .. قال الأذرعى : فالقياس : انعزال الوصي .
(ولا الإيصاء بتزويج طفل وبنت) مطلقاً مع وجود الجد وعدمه وعدم الأولياء ؛
لأن البالغين لا وصاية في حقهم ، والصغائر لا يزوجهن غير الأب والجد .
(ولفظه) أي : لفظ الإيصاء كما قاله في « المحرر »^(١) (« أوصيت إليك » أو
« فوضت ») إليك^(٢) (ونحوهما) كـ (أقمتك مقامي في أمر أولادي بعد موتي) ،
هذا في الناطق ، أما الآخرس .. فتكفي إشارته المفهمة وكتابته .
(ويجوز فيه) أي : في الإيصاء (التوقيت) كـ (أوصيت إليك سنة) ، أو (إلى
بلوغ ابني) ، (والتعليق) كـ (إذا مت .. فقد أوصيت إليك) لأنها تحتل الأخطار
والجهالات .

(١) قال ابن الملقن [١١٠٩/٣] : أي : لفظ الموصي ، وهو خلاف قول « الروضة » و« أصلها » : (ولا
يُدْفَعُ فِي الْوَصَايَةِ مِنَ الْإِيجَابِ ؛ بَأَن يَقُولَ : أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ ...) إلى آخره . اهـ هامش (أ) .

(٢) المحرر (ص ٢٧٦) .

وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَا يُوصَى فِيهِ - فَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى : (أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ) .. لَغَا - وَالْقَبُولُ ، وَلَا يَصِحُّ فِي حَيَاتِهِ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ وَصَّى اثْنَيْنِ .. لَمْ يَنْفَرِدْ أَحَدُهُمَا

(ويشترط : بيان ما يوصى فيه) كـ (أوصيت إليك في قضاء ديوني) ، و (تنفيذ وصيتي) ، و (التصرف في مال أطفالي) ، ومتى خصص وصايته بحفظ ونحوه .. اتبع ، أو عمم .. اتبع ، وإن أطلق ؛ بأن قال : (أوصيت إليك في أمري) ، أو (أمر أطفالي) ولم يذكر التصرف .. ظاهر كلام المصنف : أنه لا يصح ، والمصحح في « الروضة » : الصحة ، ويتصرف ونقله الراجعي عن المتولي وأقره^(١) ، وقيل : إن له الحفظ فقط ، وجزم به في « الحاوي الصغير »^(٢) .

(فإن اقتصر على : « أوصيت إليك » .. لغا) كما لو قال : (وكلتك) ولم يبين ما وكل فيه .

(و) يشترط (القبول) لأنها عقد تصرف ، فأشبهت الوكالة . وقضية كلامه : اشتراطه لفظاً ، لكن في « الروضة » و « أصلها » : وهل يقوم عمل الوصي مقام لفظ قبوله ؟ وجهان ، وكلُّ هذا مأخوذ من الوكالة . انتهى^(٣) . وهو قد يقتضي ترجيح عدم الاشتراط ، وبه جزم القفال في « فتاويه » ، كما نقله الأذرعى .

(ولا يصح) القبول (في حياته في الأصح) لأنه لم يدخل وقت التصرف ؛ كالوصية له بالمال ، والثاني : يصح ؛ كالوكالة ، والرد في حياة الموصي على هذا الخلاف .

(ولو وصى اثنين)^(٤) بأن قال : (أوصيت إليكما) ، كما قالاه في « الشرح » و « الروضة »^(٥) (لم ينفرد أحدهما) تنزيلاً على الأخذ بالأقل والأحوط ، وهو الاجتماع ، وقد يكون أحدهما أوثق والآخر أهدق .

(١) روضة الطالبين (٣١٦/٦) ، الشرح الكبير (٢٧٨/٧) .

(٢) الحاوي الصغير (ص ٤٣٧) .

(٣) روضة الطالبين (٣١٦/٦) ، الشرح الكبير (٢٧٧/٧) .

(٤) في (ز) : (إلى اثنين) ، وفي (هـ) و (و) : (لاثنين) .

(٥) الشرح الكبير (٢٧٩/٧) ، روضة الطالبين (٣١٨/٦) .

إِلَّا إِنْ صَرَّحَ بِهِ . وَلِلْمُوصِي وَالْوَصِيِّ الْعَزْلُ مَتَى شَاءَ . وَإِذَا بَلَغَ الطِّفْلُ وَنَازَعَهُ فِي
الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ . . . صُدِّقَ الْوَصِيُّ ،

قال الشيخ عز الدين : وهو مشكل ؛ لما فيه من مخالفة الظاهر الحقيقي حملاً على
مجاز بعيد لم يدل عليه لفظ الإذن .

وإذا قلنا : باشتراط اجتماعهما . . قال الإمام : فليس المراد : تلفظهما بالعقد
معاً ، وإنما صدوره عن رأيهما وإن باشره أحدهما ، أو غيرهما بأمرهما^(١) .

ومحل وجوب الاجتماع : في أمر الأطفال وأموالهم ، وتفرقة الوصايا غير
المعينة ، وقضاء دين ليس في التركة جنسه ، أما ردُّ الودائع والمغصوب والعواري ،
وتنفيذ وصية معينة ، وقضاء دين في التركة جنسه . . ففي « التهذيب » وغيره : لكل
الانفراد ؛ فإن لصاحبه الاستقلال بأخذه^(٢) .

قال الرافعي ما معناه : إن هذا واضح في وقوع المدفوع موقعه ، وعدم نقضه ،
وأما جواز الإقدام على الانفراد . . فليس واضحاً ؛ فإنهما لم يتصرفا إلا بالوصاية ،
فليكن بحسبها ، قال : وفي كلامهم ما هو كالصریح فيما ذكرته ، فلتجىء فيه الأحوال
المذكورة في سائر التصرفات ؛ أي : من إطلاق أو تصريح ، باجماع أو انفراد^(٣) .
(إلا إن صرح به) فيجوز الانفراد عملاً بالإذن ؛ كالوكالة .

(وللموصي والوصي العزل متى شاء) كالوكالة ، ويستثنى : ما إذا تعين عليه أو
غلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم ، قاله في « زيادة الروضة »^(٤) ، وسبقه إليه
ابن الصلاح وابن عبد السلام وصرح بأنه لا يصحُّ عزله .

وصورة المسألة : إذا خلا ذلك عن العوض ، قال الماوردي : وقد يكون بعوض
إجارة فتلزم^(٥) .

(وإذا بلغ الطفل ونازعه في الإنفاق عليه . . صُدِّقَ الوصي) بيمينه ، وكذا قيم

(١) نهاية المطلب (١١ / ٣٦٢) .

(٢) التهذيب (١٠٩ / ٥) .

(٣) الشرح الكبير (٢٧٩ / ٧) .

(٤) روضة الطالبين (٣٢٠ / ٦) .

(٥) الحاوي الكبير (٢١٠ / ١٠) .

أَوْ فِي دَفْعِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ . . . صُدَّقَ الْوَلَدُ .

الحاكم ؛ لأنه أمين ، وقيل : لا تقبل منه إلا ببينة ؛ كما في دعوى البيع بالمصلحة .
وفرق الأول : بأن هنا تتعذر عليه إقامة البينة ، بخلاف البيع ، وهذا لا يختص
بالطفل ، فالمجننون بعد إفاقتهم والسفيه بعد رشده . . كذلك .
وأفهم كلامه : تصديق الأب والجد من باب أولى .
(أو في دفع إليه بعد البلوغ) والرشد (. . صدق الولد) بيمينه ؛ لأنه لا تعسر إقامة
البينة عليه .
قيل : وهذه مكررة ؛ فقد ذكرها في (الوكالة) ، ورد : بأن تلك في القيم
المنصوب من جهة الحاكم ، وهذه في الوصي .

* * *

كتاب الوديعات

مَنْ عَجَزَ عَنْ حِفْظِهَا . حَرَّمَ عَلَيْهِ قَبُولُهَا ، وَمَنْ قَدَرَ وَلَمْ يَتَّقِ بِأَمَانَتِهِ . . . كَرِهَ ، . . .

(كتاب الوديعة)

الوديعة لغةً : الشيء الموضوع عند غير صاحبه للحفظ ، يقال : أودعه : إذا دفعه إليه وقرره في يده أمانةً ، وشرعاً : تطلق على المال نفسه ، وعلى العقد المقتضي للاستحفاظ ، ويصحُّ حملُ الترجمة على كلِّ منهما ، وعلى الثاني : فحقيقته شرعاً : توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص ؛ ليدخل : النجاسة المنتفع بها ، ويخرج : العين في يد الملتقط وما تطيره الريح إلى داره ونحوه ؛ فإن الائتمان فيها من جهة الشرع لا من المالك .

والأصل فيها قبل الإجماع : قوله تعالى : ﴿ فَلْيَوَازِلْ ذِي الْأَمَانَةِ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ ، وهي وإن نزلت في رد مفاتيح الكعبة إلى عثمان بن طلحة . . فهي عامة في جميع الأمانات^(١) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ أَيْتَمَنَكَ ، وَلَا تَحْنُ مِنْ حَانَكَ » حسنه الترمذي ، وصححه الحاكم على شرط مسلم^(٢) ، ولأن بالناس ضرورةً إليها .

(من عَجَزَ عَنْ حِفْظِهَا . . حرم عليه قبولها) لأنه يعرضها للتلف ، واعتبر في « الحاوي » و« المذهب » للتحريم مع العجز : عدم الوثوق بأمانة نفسه^(٣) .

(ومن قَدَرَ وَلَمْ يَتَّقِ بِأَمَانَتِهِ . . كره) ، المراد : من هو في الحال أمين ولكن يخاف الخيانة في ثاني الحال ، ولا يلزم منه الفسق ؛ فقد يخشى الأمين الخيانة .
وجزئه بالكراهة : لا يطابق كلام « المحرر » ؛ فإنه قال : لا ينبغي أن يقبل ،

(١) أخرجه الطبري في « تفسيره » (٩٨٥١) .

(٢) سنن الترمذي (١٢٦٤) ، المستدرک (٤٦/٢) ، وأخرجه أبو داود (٣٥٣٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) المذهب (٤٧١/١) ، الحاوي الكبير (٣٨٦/١٠) .

فَإِنْ وَثِقَ . . . اسْتُحِبَّ . وَشَرَطُهُمَا : شَرَطُ مُوَكَّلٍ وَوَكِيلٍ

وأطلقا في « الشرح » و« الروضة » وجهين بلا ترجيح : أحدهما : يحرم ، والثاني : يكره^(١) .

نعم ؛ ما ذكره المصنف ظاهر ؛ لأجل الشك في حصول المفسدة .
قال صاحب « المطلب » : ويظهر : أن هذا كله فيما إذا أراد قبولها من غير اطلاع المالك على الحال ، أما إذا أطلععه فرضي بذلك . . فلا تحريم ولا كراهة ، قال : وكذا محل ذلك إذا لم يتعين القبول ، أما إذا تعين . . فقد نقول عند الخوف به أيضاً ؛ كما في ولاية القضاء . انتهى .

وصرح ابن يونس في « المحيط » : بالقيد الأول ، وفيه نظر ، والوجه : تحريمه عند العجز عليهما ، أما على المالك : فلا ضاعته ماله ، وأما على المودع : فلا إعانة على ذلك .

(فَإِنْ وَثِقَ) بأمانة نفسه وقدرته على حفظها (. . استحب) لأنه من التعاون المأمور به .

هذا إذا لم يتعين ، فإن لم يكن غيره . . وجب ، قال الرافعي : وهو محمول على أصل القبول ؛ كما بينه السرخسي ، دون إتلاف منفعة نفسه وحرزه مجاناً^(٢) ، قال الزركشي : وهو يفهم : جواز أخذ الأجرة عليها في هذه الصورة ، لكن صرح الفارقي وابن أبي عصرون : بأنه لا يجوز له في هذه الحالة أخذ أجرة على الحفظ ؛ لأنه صار واجباً عليه ، ويجوز له أخذ أجرة مكانها .

قال ابن الرفعة : وللخلاف التفات في بنائه على الخلاف فيما إذا تعين عليه إنقاذ غريق فشرط عليه أجرة . . هل يستحقها ؟ ، أو تعين عليه تعليم الفاتحة فأصدقها إياها . . هل يصح ؟ والصحيح فيها : نعم .

(وشروطهما) أي : المودع والمودع (شرط موكل ووكيل) لأنها استنباة في الحفظ .

(١) المحرر (ص ٢٧٨) ، الشرح الكبير (٧/ ٢٨٧) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٤) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ٢٨٧) .

وَيُشْتَرَطُ صِغَةُ الْمَوْدَعِ ؛ كـ (أَسْتَوْدَعْتُكَ هَذَا) ، أَوْ (أَسْتَحْفَظْتُكَ) ، أَوْ (أَنْبَتُكَ فِي حِفْظِهِ) . وَالْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا ، وَيَكْفِي الْقَبْضُ . وَلَوْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ مَالًا . . . لَمْ يَقْبَلْهُ ، فَإِنْ قَبِلَ . . . ضَمِنَ . . .

(ويشترط : صيغة المودع ؛ كـ « استودعتك هذا » ، أو « استحفظتك » ، أو « أنبتك في حفظه ») ونحوها ؛ كـ (أودعتك) ، و (هو وديعة عندك) ، و (احفظه) ، وهي صرائح ، وتنعقد بالكناية مع النية ؛ كـ (خذه) . وهذا كله في الناطق ، أما الأخرس . . فتكفي إشارته المفهومة .
(والأصحُّ : أنه لا يشترط القبول لفظًا ، ويكفي القبض) كما في الوكالة .
نعم ؛ يشترط عدم الرد ؛ كما قاله البغوي^(١) ، والثاني : يشترط ؛ بناءً على أنها عقد ، والثالث : يفرق بين صيغة الأمر ؛ كـ (احفظه) ، والعقد ؛ كـ (أودعتك) كما في الوكالة .

وبنى المتولي الخلاف على أن النظر في العقود إلى اللفظ والمعنى .
وقوله : (ويكفي القبض) قد يفهم : أنه لا بدّ في المنقول من النقل ، والذي في « التهذيب » : أنه لو جاء به فقال : (هذا وديعتي) أو (احفظه) ، فقال : (قبلت) أو قال : (ضعه) . . كان إيداعاً^(٢) ، وقال المتولي : لا يكون إيداعاً ما لم يقبضه ، وفي « فتاوى الغزالي » : أنه إن كان الموضع في يده فقال : (ضعه) . . دخل المال في يده ؛ لحصوله في الموضع الذي هو في يده ، وإن لم يكن ؛ بأن قال : (انظر إلى متاعي في دكاني) ، فقال : (نعم) . . لم يكن وديعة^(٣) .

(ولو أودعه صبي أو مجنون مالا . . لم يقبله) لأن إيداعهما كالعدم ، (فإن قبل . . ضمن) إذا قبض ؛ لعدم الإذن المعتبر ؛ كالغاصب ، ولا يبرأ إلا بالردّ على وليه .
ويستثنى من تضمينه : صورتان : إحداهما : لو خاف هلاكه فأخذه حِسْبَةَ صَوْنٍ له . . لم يضمّنه في الأصحّ ، الثانية : لو أتلف الصبي وديعةً نفسه بلا تسليط من المودع

(١) التهذيب (١١٦/٥) .

(٢) التهذيب (١١٦/٥) .

(٣) فتاوى الغزالي (ص ٢٠٠-٢٠١) .

وَلَوْ أَوْدَعَ صَبِيًّا مَالًا فَتَلَفَ عِنْدَهُ.. لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ.. ضَمِنَ فِي الْأَصَحِّ .
وَالْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ كَصَبِيٍّ . وَتَرْتَفَعُ بِمَوْتِ الْمُودَعِ أَوْ الْمُودَعِ وَجُنُونِهِ وَإِغْمَائِهِ ..

عنده.. قال ابن الرقعة : فالظاهر : براءته لأن فعل الصبي لا يمكن إحباطه ، وتضمينه مال نفسه محال ، فتعين البراءة . انتهى ، وبه صرح الرافعي في (الجراح) قبيل الفصل الثاني في المماثلة^(١) .

(ولو أودع صبيًّا) أو مجنوناً (مالا فتلف عنده) ولو بتفريط (.. لم يضمن) إذ ليس عليه حفظه ، فهو كما لو تركه عند بالغ من غير استحفاظ .
(وإن أتلفه .. ضمن في الأصح) لأنه لم يسلطه على إتلافه ، وهو من أهل الضمان ، والثاني : لا ؛ كما لو باعه شيئاً وسلمه إليه .

وفرق الأول : بأن البيع إذن في الاستهلاك ، بخلاف الإيداع .
وخصص بعضهم الخلاف : بغير القتل ، وقال : لو كان عبداً فقتله .. ضمن قطعاً ، قال الأذَرعي : فإن صحَّ هذا .. جاء مثله في كلِّ ما لا يؤكل من الحيوان . انتهى .

وذكر الشيخان في فوائد الخلاف : أن الوديعة إن قلنا : عقد .. لم يضمن الصبي ، أو مجرد ائتمان .. ضمن ، قالوا : والموافق لإطلاق الأكثرين : أنها عقد . انتهى^(٢) .

وقضيته : تصحيح عدم الضمان عكس المرجح هنا .
(والمحجور عليه بسفه كصبي) في جميع ما مر في إيداعه والأخذ منه والإيداع عنده وعدم تضمينه بالتلف عنده ، وكذا تضمينه بإتلافه ؛ كما صرح به الماوردي^(٣) ؛ لما سبق من التوجيه .

(وترتفع بموت المودع أو المودع وجنونه وإغمائه) لأنها وكالة في الحفظ ، وهذا حكم الوكالة ، وترتفع أيضاً : بطريان حجر السفه ؛ كما قاله في « الحاوي »

(١) كفاية النيه (١٠ / ٣٢٤) ، الشرح الكبير (١٠ / ٢٢١) .

(٢) الشرح الكبير (٧ / ٢٩٠) ، روضة الطالبين (٦ / ٣٢٦) .

(٣) الحاوي الكبير (١٠ / ٤١٧) .

وَلَهُمَا الْإِسْتِزْدَادُ وَالرَّدُّ كُلُّ وَقْتٍ . وَأَصْلُهَا : الْأَمَانَةُ ، وَقَدْ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِعَوَارِضَ : مِنْهَا : أَنْ يُودَعَ غَيْرُهُ بِلَا إِذْنٍ وَلَا عَذْرٍ ، فَيُضْمَنُ ، وَقِيلَ : إِنْ أُوْدِعَ الْقَاضِي . . لَمْ يَضْمَنْ . وَإِذَا لَمْ يُزَلْ يَدُهُ عَنْهَا . . جَازَتْ الْإِسْتِعَانَةُ بِمَنْ يَحْمِلُهَا إِلَى الْحِرْزِ أَوْ يَضَعُهَا فِي خِزَانَةٍ مُشْتَرَكَةٍ : وَإِذَا أَرَادَ سَفَرًا . . فَلْيُرَدِّ إِلَى الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ ،

و « الشامل » و « البيان »^(١) ، وبغزل المالك ، وبالجحود المضمن ، وبكل فعل مضمن ، وبالإقرار بها لآخر ، وبنقل الملك فيها ببيع ونحوه .

(ولهما الاسترداد والرد كل وقت) أي : للمودع أن يسترده متى شاء ؛ لأنه المالك ، وللمودع الرد كذلك ؛ لأنه متبرع بالحفظ .

(وأصلها : الأمانة) فلو تلفت بلا تفريط . . لم يضمن ؛ لأن الله تعالى سماها أمانة ، والضمان ينافيه ، ولأن المودع يحفظها للمالك ، فيده كيده ، ولو ضمن المودع . . لرغب الناس عن قبول الودائع .

(وقد تصير مضمونة بعوارض ؛ منها : أن يودع غيره بلا إذن ولا عذر ، فيضمن) لأن المالك لم يرض بأمانة غيره ولا يده ، (وقيل : إن أودع القاضي . . لم يضمن) لأن أمانة القاضي أظهر من أمانته ، والصحيح : الضمان ؛ لأنه مع حضور المالك أو وكيله لا ولاية للقاضي عليه ، وفي غيبتهما لا ضرورة بالمودع ، ولم يرض المالك بيد غيره .

(وإذا لم يُزَلْ يده عنها . . جازت الاستعانة بمن يحملها إلى الحرز) ولو أجنبيًا ، (أو يضعها في خزانة مشتركة) بينه وبين المعين ؛ كما لو كانت خزانته وخزانة ابنه واحدة فدفعها إلى ابنه ليضعها في الخزانة المشتركة ؛ لجريان العادة به ؛ كما لو استعان في سقي البهيمة وعلفها .

وكان حقه أن يقول : (وإذا لم يزل يده عنها ولا نظره) كما صرح به ابن سريج ، قال الرافعي : وتابعوه^(٢) .

(وإذا أراد سفرًا) وإن قَصُرَ (. . فليرد إلى المالك أو وكيله) المطلق ، أو في

(١) الحاوي الكبير (٤١٧/١٠) ، البيان (٤٧٥/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٢٩٣/٧) .

فَإِنْ فَقَدَهُمَا . . فَالْقَاضِي ، فَإِنْ فَقَدَهُ . . فَأَمِينٌ . فَإِنْ دَفَنَهَا بِمَوْضِعٍ وَسَافِرًا . . ضَمِنَ ،
فَإِنْ أَعْلَمَ بِهَا أَمِينًا يَسْكُنُ الْمَوْضِعَ . . لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ

استرداد هذه خاصة ؛ ليخرج من العهدة ، (فإن فقدهما) لغية ونحوها
(. . فالقاضي) لأنه نائب عن كلِّ غائب ، ويلزمه القبول على الأصحَّ ، وكذا الإشهاد
على نفسه بقبضها ، قاله الماوردي^(١) ، وهذا في القاضي الأمين ؛ كما نقله الأذرعى
عن تصريح الأصحاب ، (فإن فقدته . . فأمين) لئلا يتضرر بتأخير السفر ، وهل يجب
عليه الإشهاد على الأمين ؟ فيه وجهان في « الكفاية » بلا ترجيح ، قال ابن الملقن :
ويظهر : ترجيح الوجوب ؛ لأن الأمين قد ينكر^(٢) .
ولو ترك هذا الترتيب . . ضمن .

(فإن دفنها بموضع وسافر . . ضمن) ولو كان حرزاً ؛ لأنه عرّضها للأخذ ، (فإن
أعلم بها أميناً يسكن الموضع) وهو حرز مثلها (. . لم يضمن في الأصحَّ) لأن ما في
الموضع في يد ساكنه ، فكأنه أودعه إياه ، والثاني : يضمن ؛ لأن ذلك إعلام
لا إيداع ؛ لعدم التسليم .

وهل هذا الإعلام سبيله سبيل الإشهاد حتى يجب إعلام رجلين حضرا الدفن أو
رجلي وامرأتين ، أو سبيل الائتمان فيكفي إعلام امرأة لم تحضره ؟ وجهان ؛
أصحهما : الثاني .

وقوله : (يسكن الموضع) ليس بقيد ؛ فإن مراقبتها من الجوانب أو من فوق مراقبة
الحارس . . كذلك ؛ كما نقلاه عن الإمام ، وأقراه^(٣) .

وصورة المسألة ؛ كما قاله المصنف في « نكت التنبيه » ، واقتضاه كلام « الشرح »
و« الروضة » ونقله ابن الرفعة عن الأكثرين : عند فقد الحاكم^(٤) ، فإن قدر عليه
وقلنا : إذا لم يكن حاكم يضمن . . فهنا أولى ، وإن قلنا : لم يضمن ؛ كما هو

(١) الحاوي الكبير (١٠/٣٩١) .

(٢) كفاية النبيه (١٠/٣٣٣) ، عجلة المحتاج (٣/١١١٤) .

(٣) الشرح الكبير (٧/٢٩٥) ، روضة الطالبين (٦/٣٢٨) .

(٤) الشرح الكبير (٧/٢٩٤-٢٩٥) ، روضة الطالبين (٦/٣٢٨) ، كفاية النبيه (١٠/٣٣٦-٣٣٧) .

وَلَوْ سَافَرَ بِهَا . . ضَمِنَ إِذَا وَقَعَ حَرِيقٌ أَوْ غَارَةٌ وَعَجَزَ عَمَّنْ يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ كَمَا سَبَقَ .
وَالْحَرِيقُ وَالْغَارَةُ فِي الْبُقْعَةِ ، وَإِشْرَافُ الْحَرْزِ عَلَى الْخَرَابِ . . أَعْذَارٌ ؛ كَالسَّفَرِ . وَإِذَا
مَرَضَ مَرَضاً مَخَوْفاً . . فَلْيُرَدِّهَا إِلَى الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ ، وَإِلَّا . . فَالْحَاكِمِ أَوْ أَمِينٍ أَوْ
يُوصِي بِهَا ،

المذهب . . فهي مسألة ما إذا أودع الأمين مع القدرة على الحاكم ، وفيها وجهان ؛
وقضيته : ترجيح التضمين .

(ولو سافر بها . . ضمن) لأن حرز السفر دون حرز الحضر ، لهذا إذا أودع
حاضراً ، فإن أودع مسافراً فسافر بها ، أو متجعاً فانتجع بها . . فإنه لا ضمان ؛ لأن
المالك رضي بذلك حين أودعه مع العلم بحاله ، (إلا إذا وقع حريق أو غارة وعجز
عمن يدفعها إليه كما سبق) أي : من المالك أو وكيله ثم الحاكم ثم أمين ؛ فإنه
لا يضمن ؛ لقيام العذر ، ويلزمه السفر بها حينئذ ، وإلا . . كان مضيعاً لها .

وقضيته : أنه لا بدّ في نفي الضمان من اجتماع الأمرين ؛ العذر المذكور ، والعجز
عمن يدفعها إليه ، وليس كذلك ؛ فالعجز كافٍ ، فلو سافر بها عند العجز من غير عذر
من حريق ونحوه . . لم يضمن على الأصحّ ؛ لثلا ينقطع عن مصالحه وينفر الناس عن
قبول الودائع .

(والحريق والغارة في البقعة ، وإشراف الحرز على الخراب) ولم يجد هناك حرزاً
آخر ينقلها إليه (. . أعذار ؛ كالسفر) في جواز الإيداع كما سبق ؛ لظهور العذر .
والغارة لغة قليلة ، والأفصح : الإغارة .

(وإذا مرض مرضاً مَخَوْفاً . . فليردها إلى المالك أو وكيله) المطلق أو في قبضها ،
(وإلا) أي : وإن لم يمكنه ردها إلى أحدهما (. . فالحاكم أو أمين) إن عجز عن
الحاكم ، (أو يوصي بها) إلى الحاكم إن أمكنه ، أو إلى أمين ؛ كما لو أراد سفرأ .
وقيل : تكفي الوصية وإن أمكن الرد إلى المالك ، قال الزركشي : وهو حسن
وسياق النص يشهد له ؛ لأن الأصل عدم الموت .

والمراد بالوصية بها : أن يعلم بها ويصفها بما تتميز به ، أو يشير إلى عينها ويأمر
الوصي بردها بعد موته من غير أن يخرجها من يده ، فإن سلّمها إلى الوصي ليردها . .

فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ . . . ضَمِنَ ، إِلَّا إِذَا لَمْ يَتِمَّكَنْ ؛ بِأَنْ مَاتَ فَجَاءَةً

كان في حكم الإيداع ، ولا بدّ مع ذلك من الإشهاد على ما يفعله ؛ صوناً لها عن الإنكار ، حكاة الرافعي عن الغزالي وأقره ، وأسقطه من « الروضة » ، وجزم به في « الكفاية »^(١) .

قال الأذْرَعِي : والظاهر : أن كلّ حالة يعتبر فيها الوصية من الثلث مما سبق . . . كالمرض المخوف ههنا ؛ فمن ذلك : الطلق ، والأسر ، والطاعون ، وهيجان البحر ؛ كما سبق بيانه ، وفي « الروضة » و« أصلها » هنا : أن الحبس ليقْتل كالمرض المخوف^(٢) ، وهذا قد يخالف كلامهم في الوصية ؛ حيث عدوا من المخوف التقدّم للقتل ، فمقتضاه : أن ما قبل ذلك من الحبس ليس بمخوف .

قال البُلْقِينِي : ويمكن أن يفرق : بأن وقتّ التقديم للقتل وقتّ دهشة ، فلو قلنا : له أن يؤخر الوصية إليه ثم تركها وضمناه . . لم يوف له بعذر الدهشة ، وإن قلنا : يؤخر ثم إذا ترك لا يضمن . . لكننا مضيعين لحق مالك الوديعة ، فمن أجل ذلك جُعِلَ وقتّ وصيته ما ذكره الأصحاب ، وأما كونه في هذه الحالة لا يحسب تبرعه من الثلث . . فلأن بدنه صحيح ولم يغلب على ظنه حصول الهلاك ، بخلاف ما إذا قُدِّم للقتل ؛ فإنه يغلب ذلك ، فكان تبرعه فيه من الثلث . انتهى

(فإن لم يفعل) ما ذكر (. . ضمن) لتقصيره ؛ فإنه عرّضها للفوات ؛ إذ الوارث يعتمد يده ويدّعيها له ، وقيد ابن الرفعة ذلك : بما إذا لم يكن بالوديعة بينة باقية ؛ لأنها كالوصية^(٣) .

(إلا إذا لم يتمكن ؛ بأن مات فجأة) أو قُتِلَ غيلة ؛ لانتفاء التقصير^(٤) وهذا الاستثناء منقطع ؛ فإنه لم يدخل في قوله : (وإذا مرض مرضاً مخوفاً) .

(١) الشرح الكبير (٢٩٧/٧) ، روضة الطالبين (٣٢٩/٦) ، كفاية النبيه (٣٣٧/١٠) .

(٢) روضة الطالبين (٣٢٩/٦) ، الشرح الكبير (٢٩٦/٧) .

(٣) كفاية النبيه (٣٣٨/١٠) .

(٤) ما أحسن قول الصُّغُولُوكِي أبي سهل وقد سئل عن ذلك ؛ أعني : الضمان : لا إن مات عرضاً ، نعم إن مات مرضاً . اهـ هامش (أ) .

وَمِنْهَا : إِذَا نَقَلَهَا مِنْ مَحَلَّةٍ أَوْ دَارٍ إِلَى أُخْرَى دُونَهَا فِي الْحَرْزِ . . ضَمِنَ ، وَإِلَّا . . فَلَا .
وَمِنْهَا : أَلَّا يَدْفَعَ مُتْلِفَاتِهَا ، فَلَوْ أَوْدَعَهُ دَابَّةً فَتَرَكَ عَلْفَهَا . . ضَمِنَ ، فَإِنْ نَهَاها عَنْهُ . . فَلَا
عَلَى الصَّحِيحِ

(ومنها : إذا نقلها من مَحَلَّةٍ (إلى محللة (أو دار إلى) دار (أخرى دونها في
الحرز . . ضمن) لأنه عرضها للتلف ، (وإلا . . فلا) أي : فإن تساويا في الحرز أو
كان المنقول إليه أحرز . . لم يضمن ؛ لعدم التفريط .

نعم ؛ لو نهاه عن النقل . . ضمن وإن نقل إلى أحرز ، وكذا لو تلف بسبب النقل ؛
كانهدام الدار المنقول إليها ؛ فإنه يضمن وإن كانت أحرز .

واحترز بقوله : (إلى أخرى) : عما إذا نقلها من بيت إلى بيت في دار واحدة أو
خانٍ واحد . . فإنه لا ضمان وإن كان الأول أحرز ؛ كما نقلاه عن « التهذيب » وأقراه ،
وحكى الإمام فيه الاتفاق^(١) .

وهذا كله فيما إذا أطلق الإيداع ، فإن أمره بالحفظ في موضع معين . . فسيأتي .

(ومنها : ألا يدفع متلفاتها) مع المكنة ؛ لأنه يجب عليه دفعها على المعتاد ؛ لأنه
من أصول حفظها ، (فلو أودعه دابة فترك علفها) - بإسكان اللام - مدة يموت مثلها
فيها لِتَرْكِ الْعَلْفِ (. . ضمن) سواء أمره به أو سكت عنه ؛ لتعديبه ؛ فإنه يلزمه أن
يعلفها لحق الله تعالى ، وبه يحصل الحفظ الذي التزمه بقبولها ، وإن نقصت . . ضمن
النقصان ، وتختلف المدة باختلاف الحيوانات ، وإن ماتت قبل مضيتها . . فلا ضمان إن
لم يكن بها جوع سابق ، فإن كان وهو عالم به . . ضمن ، وإلا . . فلا على الأصح .

والسقي كالعلف فيما ذكر .

(فإن نهاه عنه . . فلا على الصحيح) كما لو أذن في الإتلاف ، والثاني : يضمن ؛
لأنه لا حكم لنهيه عما أوجبه الشرع ؛ بدليل أنه أثم قطعاً .

هذا إذا نهاه لا لعله ، فإن كان لقَوْلْنَجٍ أو تَحْمَةٍ . . لزمه امثال نهيه ، فلو خالف
وعلفها قبل زوال العلة فماتت . . ضمن .

(١) الشرح الكبير (٣٠١/٧) ، روضة الطالبين (٣٣١/٦) ، نهاية المطلب (٣٨٦/١١) .

فَإِنْ أَعْطَاهُ الْمَالِكُ عِلْفًا .. عِلْفَهَا مِنْهُ ، وَإِلَّا .. فَلْيُرَاجِعْهُ أَوْ وَكِيلَهُ ، فَإِنْ فَقِدَا ..
فَالْحَاكِمَ ، وَلَوْ بَعَثَهَا مَعَ مَنْ يَسْقِيهَا .. لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ . وَعَلَى الْمُوَدَّعِ تَعْرِضُ
ثِيَابِ الصُّوفِ لِلرَّيْحِ ؛ كَيْلًا يُفْسِدُهَا الدُّودُ ، وَكَذَا لُبْسُهَا عِنْدَ حَاجَتِهَا . وَمِنْهَا : أَنْ
يَعْدِلَ عَنِ الْحِفْظِ الْمَأْمُورِ بِهِ وَتَلَفَتْ بِسَبَبِ الْعُدُولِ .. فَيَضْمَنْ ،

(فَإِنْ أَعْطَاهُ الْمَالِكُ عِلْفًا) بفتح اللام (.. علفها منه ، وإلا .. فليراجعه أو
وكيله)^(١) ليستردها أو يعطي علفها ، (فَإِنْ فَقِدَا .. فالحاكم) ليقترض عليه ، أو يبيع
جزءاً منها ، أو يؤجرها ويصرف الأجرة في مؤنتها ؛ كما في هرب الجمال .
(وَلَوْ بَعَثَهَا مَعَ مَنْ يَسْقِيهَا .. لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ) لأنه العادة ، وهو استنباط
لا إبداع ، والثاني : يضمن ؛ لإخراجها من حرزها على يد من لم يأتئنه المالك .
ومحلُّ الخلاف : إذا كان المبعوث معه أميناً ولا خوف ، والمودع لا يخرج دوابه
للسقي وعادته سقي دوابه بنفسه ؛ فمع غير الأمين والخوف يضمن قطعاً ، ومع إخراج
دوابه للسقي أو كونه لا يسقي دوابه بنفسه لا ضمان قطعاً .
(وَعَلَى الْمُوَدَّعِ تَعْرِضُ ثِيَابِ الصُّوفِ) وما في معناها من شعر ووبر (لِلرَّيْحِ ؛
كيلا يفسدها الدود ، وكذا لبسها عند حاجتها) إذا تعيّن طريقاً لدفع الدود بسبب عبث
ريح الآدمي بها .

ونبه بالعلة - وهو خوف الإفساد - على جريانه في كل ما في معناه ؛ كركوب الدابة
خوفاً عليها من الزمانة بكثرة الوقوف .

وقضية إطلاقه : أنه لا فرق بين أن يأمره بذلك أم لا ، وهو كذلك .

نعم ؛ إن نهاه .. لم يضمن .

وهذا كله إذا علم المودع ، فإن لم يعلم ؛ بأن كانت في صندوق أو كيس مشدود
ولم يعلمه المالك .. فلا ضمان .

(وَمِنْهَا : أَنْ يَعْدِلَ عَنِ الْحِفْظِ الْمَأْمُورِ بِهِ ، وَتَلَفَتْ بِسَبَبِ الْعُدُولِ .. فَيَضْمَنْ) لأن
التلف حصل من جهة المخالفة .

(١) في (و) و (ز) : (فليراجعه أو وكيله) .

فَلَوْ قَالَ : (لَا تَرْقُدْ عَلَى الصَّنْدُوقِ) فَرَقَدَ وَأَنْكَسَرَ بِثِقَلِهِ وَتَلَفَ مَا فِيهِ . . ضَمِنَ ، وَإِنْ تَلَفَ بغيرِهِ . . فَلَا عَلَى الْأَصَحِّ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : (لَا تَقْفِلْ عَلَيْهِ قَفْلَيْنِ) فَأَقْفَلَهُمَا . وَلَوْ قَالَ : (أَرَبِطِ الدَّرَاهِمَ فِي كُمِّكَ) فَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ فَتَلَفَتْ . . فَاَلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ إِنْ ضَاعَتْ بَنُومٌ وَنَسْيَانٌ . . ضَمِنَ ،

(فلو قال : « لا ترقُد على الصندوق » ، فرقد وانكسر بثقله وتلف ما فيه . . ضمن) للمخالفة ، (وإن تلف بغيره . . فلا على الأصح)^(١) لأنه زاد خيراً ولم يأت التلف مما جاء به ، والثاني : يضمن ؛ لأن رقوده عليه يوهم السارق نفاسة ما فيه فيقصده . وصورة المسألة : ما إذا كان في بيت محرز وأخذه اللص مطلقاً ، أو كان في صحراء وأخذه من رأس الصندوق ، فإن كان في صحراء وأخذه اللص من جانب الصندوق . . ضمن في الأصح ، قال الرافعي : وإنما يظهر : إذا أخذه من جانب لو لم يرقُد فوقه لرقد هناك ؛ بأن كان يرقُد قدام الصندوق فانتَهز السارق الفرصة ، أو أمره بالرقاد قدامه فرقد فوقه فسرق من قدامه ، قال : وقد تعرض لهذا القيد متعرضون^(٢) . (وكذا لو قال : « لا تقفل عليه قفلين » فأقفلهما) فلا ضمان على الأصح ؛ لأنه زاد احتياطاً ، والثاني : يضمن ؛ لأنه أغرى السارق به . ومثله : ما لو قال : (لا تقفل عليه أصلاً) فأقفل قفلاً ، أو (لا تغلق الباب) فغلقه .

قال صاحب « المعين » : ومحلُّ الخلاف : في بلد لم تجر عاداتهم بذلك ، وإلا . . فلا ضمان قطعاً .

(ولو قال : « اربط الدراهم في كُمِّكَ » ، فأمسكها بيده فتلفت . . فالمذهب : أنه إن ضاعت بنوم ونسيان . . ضمن) لحصول التلف بالمخالفة ؛ لأنها لو كانت مربوطة لم تضع بهذا السبب .

ولو قال : (أو نسيان) كما في « المحرر » . . لكان أحسن^(٣) .

(١) كذا في جميع النسخ ، وفي « المنهاج » (ص ٣٦٢) المطبوع : (فلا على الصحيح) .

(٢) الشرح الكبير (٣٠٨/٧) .

(٣) المحرر (ص ٢٨٠) .

أَوْ بِأَخْذِ غَاصِبٍ .. فَلَا ، وَلَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ بَدَلًا عَنِ الرِّبْطِ فِي الْكُمِّ .. لَمْ يَضْمَنْ ،
وَبِالْعَكْسِ .. يَضْمَنْ . وَلَوْ أَعْطَاهُ دَرَاهِمَ بِالسُّوقِ وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّةَ الْحِفْظِ فَرَبَطَهَا فِي كُمِّهِ
وَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ أَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ .. لَمْ يَضْمَنْ ،

(أو بأخذ غاصب .. فلا) لأن اليد أُمِنَ للغصب حيثئذ ، وهذا نصه في « عيون
المسائل » ، ونقل المزملي : أنه لا ضمان مطلقاً^(١) ، والربيع عكسه .

ومقابل المذهب في كلام المصنف : إجراء قولين مطلقاً ، وقيل : يضمن قطعاً .
وقضية كلامه : أنه إذا امتثل وربط .. لم يضمن مطلقاً ، وفيه تفصيل ؛ وهو أنه إن
جعل الخيط خارج الكم فأخذها الطرَّار .. ضمن ، أو استرسلت .. لم يضمن إذا أحكم
الربط ، وإن جعله داخله .. فبالعكس ، هكذا أطلقوه ، واستشكله الرافعي ؛ لأن
المأمور به مطلق الربط ، فإذا أتى به .. لا ينظر إلى جهات التلف ، بخلاف ما إذا عدل
عن المأمور إلى غيره فحصل التلف ، قال : وقضية ما قالوه : أنه لو قال : (احفظه في
البيت) فوضعه في زاوية منه فانهدمت .. ضمن ؛ لأنه لو كان في زاوية غيرها ..
لسلم ، وهو بعيد^(٢) .

وفرق ابن الرفعة : بأن جهات الربط مختلفة ، وجهات البيت مستوية ، فإن فرض
اختلافها في البناء والقرب من الشارع ونحوه .. فقد نقول : يختلف الحكم ، ثم قال :
والحق : صحة إشكال الرافعي ؛ فإن الربط في الكم حرز كيف كان ، ولا يجب الحفظ
في الأحرز . انتهى .

(ولو جعلها في جيبه بدلاً عن الربط في الكم .. لم يضمن) لأنه أحرز ، إلا إذا كان
واسعاً غير مزورور ، (وبالعكس .. يضمن) لأن الجيب أحرز منه ؛ لأنه بإرسال الكم
قد تسقط .

(ولو أعطاه دراهم بالسوق ولم يبين كيفية الحفظ ، فربطها في كمه وأمسكها بيده أو
جعلها في جيبه .. لم يضمن) لأنه احتاط في الحفظ .

نعم ؛ إن كان الجيب واسعاً غير مزورور .. ضمن ؛ لسهولة أخذها منه باليد .

(١) مختصر المزملي (ص ١٤٧) .

(٢) الشرح الكبير (٣٠٩/٧) .

وَأِنْ أَمْسَكَهَا بِيَدِهِ . . لَمْ يَضْمَنْ إِنْ أَخَذَهَا غَاصِبٌ ، وَيَضْمَنْ إِنْ تَلَفَتْ بِغَفْلَةٍ أَوْ نَوْمٍ ، وَإِنْ قَالَ : (أَحْفَظُهَا فِي الْبَيْتِ) . . فَلْيَمِضْ إِلَيْهِ وَيُحْرِزْهَا فِيهِ ، فَإِنْ أَخَّرَ بِلَا عُذْرٍ . . ضَمَّنَ . وَمِنْهَا : أَنْ يُضَيِّعَهَا ؛ بَأَنْ يَضَعَهَا فِي غَيْرِ حِرْزٍ مِثْلِهَا ، أَوْ يَدُلَّ عَلَيْهَا سَارِقًا أَوْ مَنْ يُصَادِرُ الْمَالِكِ . فَلَوْ أَكْرَهَهُ ظَالِمٌ حَتَّى سَلَمَهَا إِلَيْهِ . . فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُهُ فِي الْأَصَحِّ ، ثُمَّ يَرْجَعُ

ولو ربطها في كفه ولم يمسكها بيده . . قال الرافعي : فقياس ما سبق : أن ينظر إلى كيفية الربط وجهة التلف^(١) .

(وإن أمسكها بيده) من غير ربط في شيء (. . لم يضمن إن أخذها غاصب ، ويضمن إن تلفت بغفلة أو نوم) لأنه حصل بسبب من جهته ، بخلاف أخذ الغاصب منه . (وإن قال) وهو في السوق (« احفظها في البيت » . . فليمض إليه) في الحال (ويحزها فيه) عقب وصوله ، (فإن أخر بلا عذر . . ضمن) لتفريطه ، قال السبكي : وينبغي : أن يرجع فيه إلى العرف ، وهو يختلف باختلاف نفاسة الوديعة وطول التأخير وضدهما .

(ومنها : أن يضيعها ؛ بأن يضعها في غير حرز مثلها) بغير إذن المالك وإن قصد بذلك إخفاءها ، (أو يدل عليها سارقاً ، أو من يصادر المالك) لأنه مأمور بحفظها في حرز مثلها والتحرز عن أسباب تلفها .

وقضية كلامه : التضمين بمجرد الدلالة ، حتى لو ضاعت بغير السرقة أو المصادرة . . ضمنت ، وبه صرح القفال والماوردي والسنجي في « شرح التلخيص » ، وكلام « الشرح » و « الروضة » مضطرب في اقتضاء ذلك^(٢) .

ولا ينحصر التضييع فيما ذكره المصنف ، بل لو ضاعت بالنسيان . . ضمنها في الأصح .

(فلو أكرهه ظالم حتى سلمها إليه . . فللمالك تضمينه) أي : المودع (في الأصح) لتسليمه ، والضمان يستوي فيه الاختيار والاضطرار ، (ثم يرجع) المودع

(١) الشرح الكبير (٣٠٩/٧) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٩٤/١٠) ، الشرح الكبير (٣١٣/٧) ، روضة الطالبين (٣٤٢/٦) .

عَلَى الظَّالِمِ . وَمِنْهَا : أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا ؛ بِأَنْ يَلْبَسَ أَوْ يَرْكَبَ خِيَانَةً ، أَوْ يَأْخُذَ الثَّوْبَ لِيَلْبَسَهُ
أَوْ الدَّرَاهِمَ لِيَنْفِقَهَا فَيَضْمَنَ

(على الظالم) لاستيلائه عليها ، والثاني : المنع ؛ لأنه مُلجأ ؛ كما لو أخذها الغاصب
بنفسه ، ولا يلزمه أن يقي مال غيره بنفسه ؛ كما لو صال عليه فحل فقتله .
واحترز بقوله : (سلمها إليه) : عما لو أخذها منه قهراً من غير دلالة . . فالضمان
على الظالم فقط قطعاً ، فلو لم يسلمها لكن دل عليها فأخذها . . قال الماوردي :
المذهب : أنه لا يضمن ؛ كالمُحْرَم إذا دل على صيد . . لا يضمنه ؛ تقديماً للمباشرة
على السبب^(١) .

ويلزمه إخفاء الوديعة عن الظالم ، ويحلف كاذباً جوازاً ؛ كما قاله الشيخان ، وقال
الغزالي في « الوسيط » : وجوباً^(٢) ، ثم إذا حلف بالله . . لزمه الكفارة ، أو بالطلاق . .
وقع على الأصح ، بخلاف ما لو أخذ القطاع مال رجل وقالوا : لا نتركك حتى تحلف
بالطلاق أنك لا تخبر بنا ، فحلف وأطلقوه وأخبر بهم . . فإنه لا يحنت ؛ لأنهم أكرهوه
على الحلف عيناً ، وهنا خير بين الحلف والاعتراف ، فتعينه لأحدهما اختيار له .
(ومنها : أن ينتفع بها ؛ بأن يلبس أو يركب خيانة) لتعدي ، قال البغوي : ومنه
القراءة في الكتاب .

واحترز بقوله : (خيانة) : عن لبس الصوف لدفع الدود ونحو ذلك .
نعم ؛ يرد عليه : ما لو انتفع بها ظاناً أنها ملكه . . فإنه يضمن ؛ كما نقلاه عن
الإمام في أوائل (باب الغصب) مع أنه لا خيانة^(٣) .
(أو يأخذ الثوب ليلبسه أو الدراهم لينفقها . . فيضمن) وإن لم يلبس ولم ينفق ؛
لاقتران الفعل بنية التعدي ، قال البغوي : ويضمن قيمتها إذا تلفت في يده ، فإن مضت

(١) الحاوي الكبير (١٠/٤١٣) .

(٢) الشرح الكبير (٧/٣١٤) ، روضة الطالبين (٦/٣٤٢) ، الوسيط (٤/٥١٢) ، كذا في جميع
النسخ ، ولعله في « البسيط » كما قاله ابن الملقن رحمه الله تعالى في « المعجالة » (٣/١١٢٠) ،
وكلام « الوسيط » لا يدل على الوجوب ، وإنما قال : (ولا بأس بأن يحلف كاذباً إذا كان مقصوده
حفظ حق الغير) .

(٣) الشرح الكبير (٥/٣٩٦) ، روضة الطالبين (٥/٣) .

وَلَوْ نَوَى الْأَخْذَ وَلَمْ يَأْخُذْ . . لَمْ يَضْمَنْ عَلَى الصَّحِيحِ . وَلَوْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ وَلَمْ يَتَمَيَّزْ . .
 ضَمِنْ . وَلَوْ خَلَطَ دَرَاهِمَ كَيْسَيْنِ لِلْمُودِعِ . . ضَمِنْ فِي الْأَصَحِّ . وَمَتَى صَارَتْ مَضْمُونَةٌ
 بِانْتِفَاعٍ وَغَيْرِهِ ثُمَّ تَرَكَ الْخِيَانَةَ . . لَمْ يَبْرَأْ ، فَإِنْ أَحْدَثَ لَهُ الْمَالِكُ اسْتِثْمَانًا . . بَرِيَءٌ فِي
 الْأَصَحِّ

في يده مدة بعد التعدي . . وجب عليه أجرة مثل تلك المدة .

واحترز بقوله : (الدراهم) عما لو أخذ منها درهماً لينفقه ثم رده . . فإنه يصير
 مضموناً وحده دون الباقي على الأصح ، فلو تلف الكل . . لم يلزمه إلا درهم .
 (ولو نوى الأخذ ولم يأخذ . . لم يضمن على الصحيح) لأنه لم يحدث فعلاً ،
 والثاني : يضمن ؛ كما لو أخذ ابتداءً بنية الخيانة .

(ولو خلطها بماله ولم يتميز . . ضمن) لأنه لم يرض به ، فإن تميزت بسكة أو عتق
 أو حدانة ، أو كانت دراهم فخلطها بدنانيير . . فإنه لا ضمان .
 نعم ؛ إن حدث بالخلط نقص . . ضمن ؛ كما نقله في « الكفاية » عن
 الماوردي^(١) .

(ولو خلط دراهم كيسين للمودع) ولم يتميز (. . ضمن في الأصح) لتعديه ،
 والثاني : لا ؛ لأنه كله لمالك واحد .

(ومتى صارت مضمونة بانتفاع وغيره ثم ترك الخيانة . . لم يبرأ) كما لو جردها ثم
 اعترف بها ، وعليه ردها إلى مالكيها .

(فإن أحدث له المالك استثمناً) من غير رد إليه ؛ كقوله : (استأمتك عليها) ،
 أو (أذنت لك في حفظها) ، ونحو ذلك (. . برىء في الأصح) لأنه أسقط حقه ،
 والثاني : لا حتى يردها إليه أو إلى وكيله ؛ لحديث : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى
 تُؤَدِّيَهُ »^(٢) .

(١) كفاية النبيه (٣٤٤ / ١٠) .

(٢) أخرجه الحاكم (٤٧ / ٢) ، وأبو داود (٣٥٦١) ، والترمذي (١٢٦٦) ، والنسائي في « الكبرى »

(٥٧٥١) ، وابن ماجه (٢٤١٠) عن سمرة بن جندب رضي الله عنه .

وَمَتَى طَلَبَهَا الْمَالِكُ . . لَزِمَهُ الرَّدُّ ؛ بَأَن يُخْلِي بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، فَإِنْ أَخَّرَ بِلَا عُدْرٍ . . ضَمِنَ .
وَأِنِ ادَّعَى تَلَفَهَا وَلَمْ يَذْكُرْ سَبَبًا ، أَوْ ذَكَرَ خَفِيًّا كَسْرِقَةٍ . . صَدَّقَ بِيَمِينِهِ ، وَإِنِ ذَكَرَ ظَاهِرًا
كَحَرِيقٍ ؛ فَإِنِ عُرِفَ الْحَرِيقُ وَعُمُومُهُ . . صَدَّقَ بِلَا يَمِينٍ ، وَإِنِ عُرِفَ دُونَ عُمُومِهِ . .
صَدَّقَ بِيَمِينِهِ ، وَإِنِ جُهِلَ . . طُولِبَ بَيِّنَةٌ ، ثُمَّ يُحْلَفُ عَلَى التَّلَفِ بِهِ . وَإِنِ ادَّعَى رَدَّهَا
عَلَى مَنْ ائْتَمَنَهُ . . صَدَّقَ بِيَمِينِهِ ، أَوْ عَلَى غَيْرِهِ كَوَارِثِهِ ، أَوْ ادَّعَى وَاثِرُ الْمَوَدَعِ الرَّدَّ
عَلَى الْمَالِكِ ، أَوْ أَوْدَعَ عِنْدَ سَفَرِهِ أَمِينًا فَأَدَّعَى الْأَمِينُ الرَّدَّ عَلَى الْمَالِكِ . . طُولِبَ بَيِّنَةٌ .
وَجُحُودُهَا بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ مُضْمَنٌ .

وكان ينبغي التعبير : بالأظهر ؛ فإن الرافي حكى عن بعضهم رواية الوجهين عن النص^(١) .

(ومتى طلبها المالك . . لزمه الرد) لما مر أول الباب (بأن يخلي بينه وبينها) ،
ومؤنة الرد على المالك ، (فإن أخر بلا عذر . . ضمن) لتعديه ، فإن أخر بعذر ؛
كصلاة وطهارة وأكل وملازمة غريم ونحو ذلك . . لم يضمن .

(وإن ادعى تلفها ولم يذكر سبباً ، أو ذكر خفياً ؛ كسرقة . . صدق بيمينه)
بالإجماع ؛ كما قاله ابن المنذر ؛ لأنه ائتمنه^(٢) ، (وإن ذكر ظاهراً ؛ كحريق فإن عرف
الحريق وعمومه . . صدق بلا يمين) لأن ظاهر الحال يغنيه عن اليمين ، (وإن عرف
دون عمومته . . صدق بيمينه) لاحتمال ما ادعاه ، (وإن جهل . . طولب بيينة) على
السبب الظاهر ، (ثم يحلف على التلف به) لاحتمال أنها لم تتلف به .

(وإن ادعى ردها على من ائتمنه) وهو أهل للقبض حال الرد . . صدق بيمينه)
لأنه لو ادعى تلفها . . قبل إجماعاً ، فكذا ردها ، وسواء كان من ائتمنه مالكاً أو متكلماً
على غيره ؛ كالولي والقيم والحاكم ، (أو على غيره ؛ كوارثه ، أو ادعى وارث المودع
الرد على المالك ، أو أودع عند سفره أميناً فادعى الأمين الرد على المالك . . طولب
بيينة) إذ الأصل عدم الرد ، ولم يأت منه .

(وجحودها بعد طلب المالك مضمّن) كخيانتته ، فلو جحد ثم قال : (كنت

(١) الشرح الكبير (٣٠٥/٧) .

(٢) الإجماع (ص ١٤٦) .

.....

غلطت) أو (نسيت) . . لم يبرأ ، إلا أن يصدقه المالك .
واحترز بقوله : (بعد طلب المالك) : عما لو قال ابتداءً : (لا وديعة لأحد
عندي) ، أو جواباً لسؤال غير المالك بحضور المالك أو غيبته . . فإنه لا يضمن ؛ لأن
إخفاءها أبلغ في حفظها .
ولو لم يطلب المالك ولكن قال : (لي عندك وديعة) فأنكر . . لم يضمن على
الأصح ؛ لأنه قد يكون في الإخفاء غرض صحيح ، بخلاف ما بعد الطلب .

* * *

كتاب قسم الفيء والغنيمة

الْفَيْءُ : مَا لَمْ يَحْصَلْ مِنْ كُفَّارِ بِلَا قِتَالٍ وَإِيجَافِ خَيْلٍ وَرِكَابٍ كَجَزْيَةٍ ، وَعُشْرِ تِجَارَةٍ ، وَمَا جَلَّوْا عَنْهُ خَوْفًا ، وَمَالٍ مُرْتَدٍّ قُتِلَ أَوْ مَاتَ ، وَذِمِّيٌّ مَاتَ بِلَا وَارِثٍ . . .

(كتاب قسم الفيء والغنيمة)

هذا شطر بيت موزون ، والقسم - بفتح القاف - : مصدر بمعنى : القسمة ، والفيء : مصدر فاء يفيء إذا رجع ، ثم استعمل في المال الراجع من الكفار إلينا ، من استعمال المصدر في الفاعل ، أو في المفعول ؛ لأنه مردود ، والغنيمة : فعيلة من الغنم ، وهو الربح ، وقيل : الفائدة الحاصلة بلا بدل .

والأصل في الباب : قوله تعالى : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى ﴾ وقوله : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ ﴾ الآيتان ، وفي حديث وفد عبد القيس وقد فسر لهم الإيمان : « وَأَنْ تُعْطُوا مِنْ الْمَغْنَمِ الْخُمْسَ » متفق عليه ^(١) .

وقد اختلف في الفيء والغنيمة ؛ فقيل : اسم الفيء يشملها ، واسم الغنيمة خاص بما أخذ بقتال ، وقيل : يطلق كلُّ منهما على الآخر عند الأفراد بالذكر ، فإذا ذكرا . . . افترقا ؛ كالفقير والمسكين ، والأصح : تباينهما .

(الفيء : مال حصل من كفار بلا قتال وإيجاف خيل وركاب ؛ كجزية ، وعُشْر تجارة ، وما جَلَّوْا عنه خَوْفًا ، ومال مرتد قتل أو مات ، وذمي مات بلا وارث) هذا التعريف ليس بجامع ؛ فإن (المال) يخرج : الاختصاصات مع أن لها حكمَ المال ، فلو قال : (ما أخذ) . . . لكان أحسن ، وليس بمانع ؛ لدخول : من دخل دار الحرب متلصصاً وسرق شيئاً ، مع أنه غنيمة مخمسة على الصحيح ، وكذا ما أهدوه والحرب قائمة .

و (الواو) في قوله : (خيل وركاب) بمعنى (أو) ؛ فإن إيجاف أحدهما كاف في انتفاء حكم الفيء ، قاله السبكي ، وأما (الواو) التي بين القتال والإيجاف : فمحتملة

(١) صحيح البخاري (٥٣) ، صحيح مسلم (١٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

فَيَحْمَسُ ، وَخُمْسُهُ لِحِمْسَةٍ : أَحَدُهَا : مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ كَالثُّغُورِ وَالْقُضَاةِ وَالْعُلَمَاءِ ،
يُقَدَّمُ الْأَهِمُّ .

لمعنى (أو) ولمعنى (الواو) .

وقول المصنف : (خوفاً) لو حذفه . . . لكان أولى ؛ ليدخل : المال الذي جلوا عنه لضر أصابهم ؛ فإنه فيء وإن لم يكن خوف .

والإيجاف : إسراع السير ، والركاب : الإبل خاصة .

(فيخمس) الجميع خمسة أسهم متساوية ؛ كالغنيمة ؛ لقوله تعالى : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ ﴾ الآية ، فأطلق ههنا وقيد في الغنيمة ، فحمل المطلق على المقيد ؛ جمعاً بينهما ؛ لاتحاد الحكم واختلاف السبب ، فإن الحكم واحد ؛ وهو رجوع المال من المشركين للمسلمين ، إلا أنه اختلف سببه بالقتال وعدمه ؛ كما حملت الرقبة في الظهار على المؤمنة في كفارة القتل .

(وخمسه لخمسة) أي : يؤخذ سهم من السهام الخمسة فيقسم خمسة أجزاء متساوية .

(أحدها : مصالح المسلمين ؛ كالثغور) وهي مواضع الخوف من أطراف بلاد المسلمين الملاصقة لبلاد المشركين ، فتشحن بالعدة المقاتلة وعمارة الحصون والقناطر والمساجد .

(والقضاة والعلماء) لأن بها حفظ المسلمين ، فيرزقون منه .

وهذا السهم كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ينفق منه على نفسه وأهله ومصالحه ، وما فضل جعله في السلاح عُدّة في سبيل الله وفي سائر المصالح .

والمراد بـ (العلماء) : علماء الشرع ، وطلبة العلم يدخلون فيهم ؛ فإنهم إن لم يكفوا . . . لم يتمكنوا من الطلب ، ونبه بذلك : على ما فيه مصلحة عامة للمسلمين ؛ كالأئمة والمؤذنين .

(يقدم الأهم) فالأهم وجوباً ، وأهمها : سد الثغور ؛ كما قاله في « التنبيه »^(١) ؛ لأنه حظ المسلمين .

(١) التنبيه (ص ١٤٤) .

وَالثَّانِي : بَنُو هَاشِمٍ وَالْمُطَلَبِ ؛ يَشْتَرِكُ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ وَالنِّسَاءُ ، وَيُفْضَلُ الذَّكَرُ كَالْإِرْثِ

(والثاني : بنو هاشم و) بنو (المطلب) ، ومنهم إمامنا الشافعي ، وهم آل النبي صلى الله عليه وسلم ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلِذِي الْقُرْبَى ﴾ ، وهم من ذكرهم المصنف ، دون بني عبد شمس ونوفل ، وهما ابنا عبد مناف أيضاً ؛ لأن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك الآخرين ، وقال حين سئل عن تركهم : « نَحْنُ وَبَنُو الْمُطَلَبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ » رواه البخاري^(١) .

واعلم : أن هاشماً والمطلب شقيقان ، وذوي قربي النبي صلى الله عليه وسلم حقيقة : هم بنو هاشم ؛ لأنه جده ، فأدخل عليه السلام معهم بني المطلب ؛ لأنهم لم يفارقوا بني هاشم في نصرة النبي صلى الله عليه وسلم في جاهلية ولا إسلام ، دون أولاد شقيقهما عبد شمس جدَّ عثمان بن عفان ، وأخيهما لأبيهما نوفل جدَّ جبير بن مطعم ، فلم يدخلوا في ذوي القربى وإن شملهما اسمها ؛ لأن السنة بينت أن الاستحقاق بالقرابة والنصرة لا القرابة المجردة .

والاعتبار : بالانتساب إلى الآباء ، أما من انتسب منهم إلى الأمهات . . فلا .

(يشترك الغني والفقير) لإطلاق الآية ، وإعطاء النبي صلى الله عليه وسلم العباس منه وكان من أغنى قريش^(٢) ، (والنساء) لأن الزبير كان يأخذ منه سهم أمه صفية عمة النبي صلى الله عليه وسلم^(٣) ، وكان الصديق يدفع لفاطمة رضي الله عنها منه ، ولولا ذلك . . لم يدفع لهن ؛ لأن الآية لا تدل إلا على الصرف للذكور ؛ فإن (ذوي) : مختص بهم .

(ويفضل الذكر ؛ كالإرث) للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ فإنه عطية من الله تعالى ، فأشبه الإرث .

(١) صحيح البخاري (٣١٤٠) عن جبير بن مطعم رضي الله عنه .

(٢) ذكره الشافعي في « الأم » بدون سند (٣٣٣ / ٥) ، وانظر « البدر المنير » (٣٥٣ / ٧) .

(٣) انظر « البدر المنير » (٣٥٤ / ٧) .

وَالثَّالِثُ : الْيَتَامَى ، وَهُوَ : صَغِيرٌ لَا أَبَ لَهُ ، وَيُشْتَرَطُ فَقْرُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ . وَالرَّابِعُ
وَالْخَامِسُ : الْمَسَاكِينُ وَأَبْنُ السَّبِيلِ . وَيَعْمُ الْأَصْنَافَ الْأَرْبَعَةَ الْمُتَأَخِّرَةَ ، وَقِيلَ :
يَخْتَصُّ بِالْحَاصِلِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ مَن فِيهَا مِنْهُمْ . وَأَمَّا الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ

(والثالث : اليتامى)^(١) للآية ، (وهو) أي : اليتيم : (صغير) لم يبلغ الحلم
(لا أب له) ، سواء كان له جد أم لا على الصحيح .

(ويشترط : فقره على المشهور) لأن لفظ (اليتيم) يشعر بالضعف والحاجة ،
ولأنه إذا امتنع لاستغنائه بمال أبيه . . فبماله أولى ، والثاني : لا يشترط ؛ قياساً على
ذوي القربى .

(والرابع والخامس : المساكين ، وابن السبيل) للآية ، وسيأتي بيانهما في الباب
بعده .

وفهم من ذكره المساكين : جواز صرفه إلى الفقراء ؛ لأنهم أشد حاجة منهم ،
وإطلاقه يوهم : عدم اشتراط الفقر في ابن السبيل ، وليس كذلك ، صرح به الفوراني
وغيره .

(ويعم الأصناف الأربعة المتأخرة) غائبهم عن موضع حصول الفيء وحاضرهم ؛
لظاهر الآية ، ويجوز أن يفاوت بين اليتامى وبين المساكين وبين أبناء السبيل ؛ لأنهم
يستحقون بالحاجة ، فتراعى حاجتهم ، بخلاف ذوي القربى ؛ فإنهم يستحقون
بالقربة .

(وقيل : يختص بالحاصل في كل ناحية من فيها منهم) فما حصل من كفار الروم
دفع إلى من في الشام ، ومن الترك إلى من بخراسان ؛ كالزكاة ، ولمشقة النقل .
(وأما الأخماس الأربعة) التي كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم في حياته
مضمومة إلى خمس الخمس ، فجملة ما كان له صلى الله عليه وسلم أحد وعشرون

(١) واليتيم : الانفراد ، ومنه : الدرة اليتيمة ، قال ابن السكيت وغيره : اليتيم في الناس من قبل الأب ، وفي
البهائم من قبل الأم ، قال ابن خالويه : وفي الطير يفقد الأب والأم ؛ لأنهما يحضنانه ويزقانه .
(و) اللطيم : الذي يموت أبواه ، و(المعجى) : الذي تموت أمه . وشملت عبارة المصنف : ولد
الزنا ؛ فإنه لا أب له ، لكن كان من حقه أن يقيد بالمسلم كما تقدم ، قاله الدميري [٣٨٧/٦] . اهـ
هامش (هـ) .

فَالْأَظْهَرُ : أَنَّهَا لِلْمُرْتَزَقَةِ - وَهُمْ : الْأَجْنَادُ الْمُرْصَدُونَ لِلْجِهَادِ - فَيَضَعُ الْإِمَامُ دِيْوَانًا ، وَيَنْصِبُ لِكُلِّ قَبِيلَةٍ أَوْ جَمَاعَةٍ عَرِيفًا ، وَيَبْحَثُ عَنْ حَالِ كُلِّ وَاحِدٍ وَعِيَالِهِ وَمَا يَكْفِيهِمْ ، فَيُعْطِيهِ كِفَايَتَهُمْ . وَيَقْدِّمُ فِي إِثْبَاتِ الْأَسْمِ وَالْإِعْطَاءِ قُرَيْشًا - وَهُمْ وَلَدُ النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ - .

سهماً من خمسة وعشرين سهماً (. . فالأظهر : أنها للمرتزقة ، وهم : الأجناد المرصدون للجهاد) لأنها كانت للنبي صلى الله عليه وسلم ؛ لحصول النصرة به ، فبعده للمرصدين للنصرة ، وعملاً بفعل السلف ، والثاني : أنها للمصالح ؛ كخمس الخمس ، وأهمها : المرتزقة ، فيبدأ بهم ، فما فضل عنهم صرف في باقي المصالح ، فهما متفقان على أن الصرف للمرتزقة ، وإنما الخلاف في الفاضل عنهم ، والثالث : أنها تقسم كما يقسم الخمس .

(فيضع الإمام ديواناً) تأسيساً بعمر رضي الله عنه^(١) ، والديوان : الدفتر الذي يُثَبَّت فيه أسماءهم ، وقيل : الكتاب الذين يضبطون أسماءهم .

(وَيَنْصِبُ لِكُلِّ قَبِيلَةٍ أَوْ جَمَاعَةٍ عَرِيفًا) ليعرض عليه أحوالهم ويجمعهم عند الحاجة ، ونصبه : مستحب .

(وَيَبْحَثُ) الإمام وجوباً (عن حال كل واحد وعياله وما يكفيهم ، فيعطيه كفايتهم) من نفقة وكسوة وسائر مؤنهم ؛ ليتفرغ للجهاد ، ويراعي الزمان والمكان ، والرخص والغلاء ، وحالة مروءة وضدها ، وعادة البلد في المطاعم والملابس .

والمراد بـ (عياله) : من تلزمه نفقتهم ، ويزاد كلما زادت الحاجة ؛ بكبر ولد وزيادة زوجة ولو لتمام أربع ، ويسوي بينهم في إعطاء كل قدر حاجته ، لا في القدر المعطى ، ولا يقدم بشرف نسب أو دين ، أو سبق في الإسلام أو الهجرة ، وسائر الخصال المرضية ، بل يستوون ؛ كالإرث والغنيمة .

(ويقدم في إثبات الاسم والإعطاء قريشاً) ندباً ؛ لحديث : « قَدِّمُوا قُرَيْشًا ، وَلَا تَقْدِّمُوهُمْ » رواه الشافعي وغيره^(٢) ، (وهم ولد النضر بن كنانة) بن خزيمة بن

(١) أخرجه الشافعي في « مسنده » (ص ٤٢٤) .

(٢) مسند الشافعي (ص ٣٧٢) عن ابن شهاب رحمه الله تعالى بلاغاً ، وأخرجه البيهقي (١٢١ / ٣) ، وابن أبي شيبة (٣٣٠٥٣) عن ابن أبي حشمة رضي الله عنه .

وَيُقَدِّمُ مِنْهُمْ بَنِي هَاشِمٍ وَالْمُطَلِّبِ ثُمَّ عَبْدِ شَمْسٍ ثُمَّ نَوْفَلٍ ثُمَّ عَبْدِ الْعُزَّى ثُمَّ سَائِرَ الْبُطُونِ
الْأَقْرَبَ فَأَلْقَرَبَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، ثُمَّ الْأَنْصَارَ ، ثُمَّ سَائِرَ الْعَرَبِ ،
ثُمَّ الْعَجَمَ . وَلَا يَثْبُتُ فِي الدِّيَّوَانِ أَعْمَى وَلَا زَمِنًا وَلَا مَنْ لَا يَصْلَحُ لِلْغَزْوِ

مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان ، قال الأستاذ أبو منصور : هذا
قول أكثر النسابين ، وهو أصح ما قيل ، وأقره الشيخان ، لكن البيهقي نسب إلى أكثر
أهل العلم : أنهم ولد فهر بن مالك بن النضر بن كنانة^(١) .

وسموا قريشاً : لتقرشهم ؛ أي : تجمعهم ، على أحد الأقوال فيه .
(وَيُقَدِّمُ مِنْهُمْ بَنِي هَاشِمٍ) لأن الله شرفهم بكون المصطفى منهم ، ونسبهم إلى
هاشم بن عبد مناف ؛ لأنه كان يهشم الثريد لقومه وغيرهم جوداً ، واسمه عمرو ، قال
الشاعر :

عَمَرُو الَّذِي هَشَمَ الثَّرِيدَ لِقَوْمِهِ وَرَجَالُ مَكَّةَ مُسْتَتُونَ عِجَافُ
(و) بني (المطلب) لأنه صلى الله عليه وسلم قرنهم بهم كما سبق ، (ثم) بني
(عبد شمس) لأنه أخو هاشم لأبويه ، (ثم) بني (نوفل) لأنه أخو هاشم لأبيه ،
(ثم) بني (عبد العزى) لأنهم أصهار النبي صلى الله عليه وسلم ؛ فإن خديجة
رضي الله عنها بنت خويلد بن أسد بن عبد العزى ، والشافعي رضي الله عنه من بني
عبد مناف ، (ثم سائر البطون) من قريش (الأقرب فالأقرب إلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم) لفضيلة القرب ، (ثم الأنصار) لأنهم الحميدة في الإسلام ، (ثم سائر
العرب) بعد الأنصار ، (ثم العجم) لأن العرب أقرب إلى رسول الله صلى الله عليه
وسلم منهم وأشرف .

وهذا الترتيب : مستحب لا مستحق ؛ كما نقله عن الأئمة ، قال ابن الرفعة :
وفيه نظر ، وظاهر فعل عمر رضي الله عنه يدل على الاستحقاق^(٢) .

(وَلَا يَثْبُتُ فِي الدِّيَّوَانِ أَعْمَى وَلَا زَمِنًا وَلَا مَنْ لَا يَصْلَحُ لِلْغَزْوِ) إذ لا كفاءة فيهم .
هذا في المرتزة ، أما عيالهم . . فهم تبع لهم ، فيثبتون ولو كانوا بهذه

(١) الشرح الكبير (٣٣٨/٧) ، روضة الطالبين (٣٦٠-٣٦١/٦) ، السنن الكبرى (٣٦٥/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٣٤٠/٧) ، روضة الطالبين (٣٦٢/٦) .

وَلَوْ مَرِضَ بَعْضُهُمْ أَوْ جُنَّ وَرَجِيَ زَوَالُهُ.. أُعْطِيَ ، فَإِنْ لَمْ يُرَجَّ.. فَأَلَّاظْهُرُ : أَنَّهُ يُعْطَى ، وَكَذَا زَوْجَتُهُ وَأَوْلَادُهُ إِذَا مَاتَ

الأوصاف ، قاله شيخنا قاضي القضاة جلال الدين البلقيني .

(ولو مرض بعضهم أو جنّ ورَجِيَ زواله) وإن طال ؛ كما قاله ابن الرفعة^(١) (.. أعطي) ويبقى اسمه في الديوان ؛ لأن الإنسان لا يخلو من عارض ، وكيلا يرغب الناس عن الجهاد ويقبلوا على الكسب لهذه العوارض .
(فإن لم يرج .. فألاظهر : أنه يعطى) لما ذكرناه ، ولأنه إذا بقي على الذرية .. فعليه أولى ، لكن يقطع اسمه من الديوان ، والثاني : لا يعطى ؛ لخروجه منهم بعجزه .

ومحلّ الخلاف : في إعطائه في المستقبل ، أما الماضي .. فقال في « الكفاية » : ينبغي أن يكون ؛ كما لو مات ، إذا قلنا بسقوطه في المستقبل^(٢) .

(وكذا زوجته وأولاده إذا مات) أي : الذي تجب عليه نفقتهم في حياته ؛ لثلا يعرضوا أو يشتغلوا بالكسب إذا علموا ضياع عيالهم بعدهم ، والثاني : المنع ؛ لأن تبعيتهم زالت بموت المتبوع .

وإفراده (الزوجة) وجمعه (الأولاد) : يوهم : اعتبار الوحدة في الزوجة ، والأصح : خلافه .

ولم يبين المصنف قدر ما يعطوه ، قال المنكت : والمراد : ما يليق بهم لا ما كان يأخذه المرتزق^(٣) .

واستنبط السبكي من هذه المسألة : أن الفقيه أو المعيد أو المدرس إذا مات .. تعطى زوجته وأولاده مما كان يأخذ ما يقوم بهم ؛ ترغيباً في العلم كالترغيب هنا في الجهاد ، فإن فضل المال عن كفايتهم .. صرف الباقي لمن يقوم بالوظيفة ، قال : وليس فيه تعطيل لشرط الواقف ؛ فإن قصده تلك الصفة ، وقد حصلت مدة من أبيهم ،

(١) كفاية النبيه (١٦ / ٥٣٣) .

(٢) كفاية النبيه (١٦ / ٥٣٣) .

(٣) السراج (٥ / ٢١٤) .

فَتُعْطَى الزَّوْجَةُ حَتَّى تَنْكِحَ ، وَالْأَوْلَادُ حَتَّى يَسْتَقِلُّوا . فَإِنْ فَضَّلْتَ الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةَ عَنْ حَاجَاتِ الْمُرْتَزَقَةِ . . وَزَعَ عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ مُؤْنَتِهِمْ ، وَالْأَصْحُ : أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُصْرَفَ بَعْضُهُ فِي إِصْلَاحِ الثُّغُورِ وَالسَّلَاحِ وَالْكُرَاعِ . هَذَا حُكْمُ مَنْقُولِ الْفَيِّءِ ، فَأَمَّا عَقَارُهُ فَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ

والصرفُ لهم بعده بطريق التبعية ، ومدَّتُهُم مغنرةٌ في جنب ما مضى ؛ كزمن البطالة ، قال المنكت : وقد يفرق بينهما : بأن العلمَ محبوب للنفوس لا يصد الناس عنه شيء ، فيوكل الناس فيه إلى ميلهم إليه ، والجهادُ مكروه للنفوس ، فيحتاج الناس في إرصاد أنفسهم له إلى التأليف ، وإلا . . فمحنة الزوجة والولد قد تصد عنه ^(١) .

(فتعطى الزوجة حتى تنكح) لاستغنائها بزوجها ، فإن كان زوجها الثاني من المرتزقة . . قرر لها كفايتها تبعاً له ، (والأولاد حتى يستقلوا) بالكسب أو القدرة على الجهاد ، فلو بلغوا عاجزين لعمى أو زمانة . . فكمن لم يبلغ .

هذا في الذكور ، وأما الإناث . . فيرزقن حتى ينحكن ؛ كما نقله الرافعي عن قضية « الوسيط » وأقره ^(٢) .

(فإن فضلت ^(٣) الأخماس الأربعة عن حاجات المرتزقة) وقلنا بالأظهر : أنها لهم خاصة ، (. . وزع عليهم على قدر مؤنتهم) لأنه حقهم ، فإذا كان لواحد نصف ولآخر ثلث . . وزع عليهم كذلك .

(والأصح : أنه يجوز أن يصرف بعضه) أي : الفاضل عن حاجاتهم ، والتفريع على الأظهر (في إصلاح الثغور والسلاح والكُرَاع) وهو الخيل ؛ لأنه معونة لهم ، والثاني : المنع ، بل يوزع عليهم لاستحقاقهم له ؛ كالغنيمة ، وصححه في « الكفاية » ^(٤) .

(هذا حكم منقول الفَيِّء ، فأما عقاره) من بناء وأرض (. . فالمذهب : أنه

(١) السراج (٢١٥/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٣٤١/٧) .

(٣) ضبط بالتشديد ، وكأنه لوقوعه في خطه ، وإلا . . فلا وجه لتعيينه . اهـ « تحفة المحتاج » (١٣٩/٧) .

(٤) كفاية النية (٥٢١/١٦) .

يُجْعَلُ وَقْفًا ، وَتُقَسَّمُ غَلَّتُهُ كَذَلِكَ .

فَضَائِلُ

[في الغنيمة وما يتبعها]

الْغَنِيمَةُ : مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارِ بَقْتَالٍ وَإِيجَافٍ

يجعل وقفاً ، وتقسم غلته كذلك (في كل عام ؛ لأنه أنفع لهم .
وتعبيره يقتضي أموراً :

أحدها : أنها لا تصير وقفاً بنفس الحصول ، بل لا بد من إنشاء وقف ، وهو الأصح ، وقيل : تصير وقفاً بنفس الحصول ؛ كرق النساء بنفس الأسر ، ثانيها : تحتم الوقف ، وهو خلاف المذكور في « الشرح » و « الروضة » ؛ من تخيير الإمام بين وقفه ، أو قسمته ، أو بيعه وقسمة ثمنه^(١) ، لكن قال البلقيني : إن هذا لم يصححه أحد من الأصحاب ، والذي عليه الأئمة ؛ كما في « النهاية » : أنه لا يجوز بيع شيء من ذلك وأن الأراضي تبقى موقوفة .

وقال الأذرعي : قد يقال : لا اختلاف بين « المنهاج » و « الشرح » و « الروضة » ، بل مذهبتنا : ما في « المنهاج » ، فإن رأى الإمام المجتهد غيره . . فلا اعتراض عليه ، وللمسألة نظائر ، وفيه نظر ، وإنما تخيير الإمام وجه آخر حكاه الإمام . انتهى .
ثالثها : أن المراد : الوقف الشرعي ، وهو الأصح ، وقيل : المراد : الوقف عن التصرف بالقسمة لا الوقف الشرعي .

هذا حكم الأحماس الأربعة ، وأما الخمس الباقي . . ففيه اختلاف ، وحاصله عند التأمل : أن المذهب : أنه يجعل وقفاً أيضاً ، قاله الرافعي^(٢) .

* * *

(فصل : الغنيمة : مال حصل من كفار) أصليين حربيين (بقتال وإيجاف) خيل أو ركاب .

وخرج بقوله : (مال) : الكلاب التي يجوز اقتناؤها ؛ فإنها لا تكون غنيمة ، وقد

(١) الشرح الكبير (٣٤٣/٧) ، روضة الطالبين (٣٦٥/٦) .

(٢) الشرح الكبير (٣٤٤/٧) .

فَيَقْدَمُ مِنْهُ السَّلْبُ لِلْقَاتِلِ ، وَهُوَ : ثِيَابُ الْقَتِيلِ وَالْخُفُّ وَالرَّانُ ،

ذكر المصنف حكمها في (كتاب السير)^(١) ، وهل يلتحق جلد الميتة بالكلب أو بالمال ؟ فيه احتمالان لابن الرفعة .

وقوله : (حصل) : كان ينبغي أن يقول : حصلناه ؛ ليخرج ما حصله أهل الذمة من أهل الحرب بقتال ، فالنص : أنه ليس بغنيمة^(٢) .

وقوله : (وإيجاف) (الواو) هنا ينبغي أن تكون بمعنى (أو) لثلا يرد المأخوذ بقتال الرجال وفي السفن ؛ فإنه غنيمة ولا إيجاف فيه ، وما إذا التقى الصفان فانهزم الكفار قبل شهر السلاح وتركوا مالهم . . فإنه غنيمة - كما قاله الإمام^(٣) - ولا قتال فيه ، وكذا لو صالحونا على مال عند القتال . . فإنه غنيمة ؛ كما قاله الروياني في « الحلية » وأقره^(٤) ، وكذا ما أهدوه لنا والحرب قائمة ؛ كما مر .

نعم ؛ يرد على طرده : ما تركوه بسبب حصول خيلنا وركابنا في دارهم ؛ فإنه ليس غنيمة في أصح الوجهين عند الإمام مع وجود الإيجاف ، وعلى عكسه ما أخذ على وجه السرقة ؛ فإن الأصح في « الروضة » في (السير) : أنه غنيمة مخمسة^(٥) .

(فيقدم منه) أي : من أصل المال (السلب للقاتل) المسلم ؛ لحديث : « مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ يَتَنَةٌ . . فَلَهُ سَلْبُهُ » متفق عليه^(٦) .

ويشترط في المقتول : ألا يكون منهياً عن قتله ، فلو قتل صبياً أو امرأة لم يقاتلا . . فلا سلب ، فإن قاتلا . . استحقه في الأصح ، ولو أعرض مستحق السلب عنه . . لم يسقط حقه منه على الأصح ؛ لأنه متعين له .

(وهو) أي : السلب بالتحريك (ثياب القتيل) التي عليه ، (والخف والران) وهو كالخف لكن لا قدم له ، وهو أطول من الخف يلبس للساق ، قاله في « شرح

(١) منهاج الطالبين (ص ٥٢٢) .

(٢) الأم (٣٠٢/٥) .

(٣) نهاية المطلب (٤٤٦/١١) .

(٤) الشرح الكبير (٣٢٨/٧) ، روضة الطالبين (٣٥٥/٦) .

(٥) نهاية المطلب (٤٤٦/١١) ، روضة الطالبين (٢٦٠/١٠) .

(٦) صحيح البخاري (٣١٤٢) ، صحيح مسلم (١٧٥١) عن أبي قتادة رضي الله عنه .

وَأَلَاتُ الْحَرْبِ كَدِرْعٍ وَسِلَاحٍ ، وَمَرْكُوبٍ وَسَرْجٍ وَلِجَامٍ ، وَكَذَا سِوَارٌ وَمِنْطَقَةٌ وَخَاتَمٌ ، وَنَفَقَةٌ مَعَهُ ، وَجَنِيَّةٌ تَقَادُ مَعَهُ فِي الْأَظْهَرِ ، لَا حَقِيَّةٌ مَشْدُودَةٌ عَلَى الْفَرَسِ عَلَى الْمَذْهَبِ . وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِرُكُوبٍ غَرَرٍ يَكْفِي بِهِ شَرٌّ كَافِرٍ فِي حَالٍ

المذهب « في (الحج)^(١) ، (وآلات الحرب ؛ كدرع) وهو الزَّرْدِيَّةُ ، (وسلاح ، ومركوب وسرج ولجام) ، ومهمّاز وجُلّ ومَقُود ؛ لثبوت يده على ذلك حسّاً ، وسواء في المركوب كان راكبه أم قاتل راجلاً وعِناهُ بيده .

(وكذا سِوَارٌ وَمِنْطَقَةٌ وَخَاتَمٌ ، وَنَفَقَةٌ مَعَهُ ، وَجَنِيَّةٌ تَقَادُ مَعَهُ فِي الْأَظْهَرِ) لأن هذه الأشياء متصلة به وتحت يده ، والجَنِيَّةُ قد يحتاج إليها ، فهي كركوبه الذي أمسكه بعِناهُ وهو يقاتل راجلاً ، والثاني : لا ؛ لأنه ليس مقاتلاً بها ، فأشبهه ما في خيمته .

ويجري الخلاف أيضاً : في الطوق والهَمَيَّان الذي فيه النفقة .

واحترز بقوله : (ونفقة معه) : عما إذا كانت في رَحْلِهِ ، وقوله : (وجنيبة) قد يفهم : أنه لو كان معه جنائب .. لا يستحق إلا واحدة ، وهو ما نقله الرافعي عن أبي الفرج الزاز ، ثم قال : فعلى هذا : يبقى النظر في أن السلب أيتها هل يعينها الإمام أم يقرع ؟ وقال المصنف : تخصيص أبي الفرج بجنيبة فيه نظر ، وإذا قيل به .. فينبغي : أن يختار القاتل جنيبة منها ؛ لأن كلَّ واحدة جنيبة ، لهذا هو المختار ، بل الصواب ، بخلاف ما أبداه . انتهى^(٢) .

(لا حَقِيَّةٌ مَشْدُودَةٌ عَلَى الْفَرَسِ عَلَى الْمَذْهَبِ) وما فيها من نقد ومتاع ؛ إذ ليست من لباسه ولا حليه ولا حلي فرسه ، والطريق الثانية : طرد القولين في الجنيبة^(٣) ، واختار السبكي : دخولها في السلب .

والْحَقِيَّةُ - بفتح الحاء المهملة وكسر القاف - : وعاء يجمع فيه المتاع يجعل على حقو البعير .

(وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ) السلب (بِرُكُوبٍ غَرَرٍ يَكْفِي بِهِ شَرٌّ كَافِرٍ) أصلي (في حال

(١) المجموع (٢٢٧/٧) .

(٢) الشرح الكبير (٣٦٢/٧) ، روضة الطالبين (٣٧٥/٦) .

(٣) في (هـ) : (طرد القولين في الحقيقة) .

الْحَرْبِ ، فَلَوْ رَمَى مِنْ حِصْنٍ أَوْ مِنَ الصَّفِّ أَوْ قَتَلَ نَائِماً أَوْ أُسِيراً أَوْ قَتَلَهُ وَقَدْ أَنْهَزَمَ الْكُفَّارُ . . . فَلَا سَلْبَ . وَكَفَايَةُ شَرِّهِ : أَنْ يُزِيلَ أَمْتِنَاعَهُ ؛ بِأَنْ يَفْقَأَ عَيْنَيْهِ أَوْ يَقْطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ ،

(الحرب) ، هذه قيود ثلاثة بينها من بعد ، والضمير في (به) : يعود على (ركوب) أو (غرر) ، وهما سواء .

(فلو رمى من حصن أو من الصف ، أو قتل نائماً أو أسيراً ، أو قتله وقد انهزم الكفار . . فلا سلب) لأنه في مقابلة ارتكاب الخطر والتغريب بالنفس في القتل ونحوه ، وهو منتفٍ ههنا .

والمراد : انهزام الكفار بالكلية ، أما لو فروا عن قرب وكان ذلك عن خديعة ، أو تحيزوا إلى فئة . . فإن حكم القتال باقٍ وليست هزيمة حقيقية ؛ كما أشار إليه الماوردي^(١) ، وهو ظاهر .

وقوله : (من الصف) : عبارة « المحرر » (من وراء الصف) ، وكذا كتبها المصنف بخطه في « المنهاج » ، ثم ضرب على لفظة (وراء) ، والصورتان في « الروضة » و « الشرحين »^(٢) ، فأتى « المنهاج » بما ليس في « أصله » ؛ لكونه يفهم منه ما في « أصله » من طريق الأولى ، قال السبكي : وهو حسن لمن لا يلتزم في الاختصار معنى الأصل ، وإلا . . لم يحسن .

(وكفاية شره : أن يزيل امتناعه ؛ بأن يفقأ عينيه ، أو يقطع يديه ورجليه) فإنه صلى الله عليه وسلم أعطى سلب أبي جهل لمتخذه دون قاتله^(٣) ، فدل على أن المناط : كفاية الشر .

وعبارة « الروضة » : (بأن يعميه) ، وهي أحسن من تعبير « المنهاج » ؛ لشمولها من بعين واحدة ، ومن ضرب رأسه فأذهب ضوء عينيه ، وعبارة « المحرر » : (أن يقتله ، أو يزيل امتناعه)^(٤) ، فاقصر المصنف على الثاني ؛ ليفهم الأولى من باب أولى .

(١) الحاوي الكبير (١٠ / ٤٤٠) .

(٢) المحرر (ص ٢٨٣) ، روضة الطالبين (٦ / ٣٧٢) ، الشرح الكبير (٧ / ٣٥٧ - ٣٥٨) .

(٣) أخرجه البخاري (٣١٤١) ، ومسلم (١٧٥٢) عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه .

(٤) روضة الطالبين (٦ / ٣٧٣) ، المحرر (ص ٢٨٣) .

وَكَذَا لَوْ أَسْرَهُ أَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ أَوْ رَجُلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ . وَلَا يُخَمَّسُ السَّلْبُ عَلَى الْمَشْهُورِ .
وَيَعْدُ السَّلْبُ تَخْرُجُ مِثْلُةُ الْحِفْظِ وَالنَّقْلِ وَغَيْرِهِمَا ، ثُمَّ يُخَمَّسُ الْبَاقِي :

(وكذا لو أسره ، أو قطع يديه أو رجليه في الأظهر) أما في الأسر . . فلأنه أبلغ من القتل ، وأما القطع . . فكما لو فُقد عينيه ، والثاني : لا ، أما في الأسر . . فلأن شره لم يندفع كله ، وأما في الباقي . . فلأنه قد يقاتل راكباً بعد قطع الرجلين بيديه ، وبعد قطع اليدين قد يهرب ويجمع القوم .

ويجري الخلاف : فيما لو قطع يداً ورجلاً .

وترك بعضهم الخلاف على حالين ؛ إن لم يبق فيه قتال . . استحق ، وإن بقي . . فلا ، وصححه الإمام^(١) .

وصورة مسألة الأسير : أن يقتله الإمام أو يمن عليه ، فيكون سلبه لمن أسره ، فلو استرقه أو فاداه بمال . . فهل تكون رقبته أو المال المفادى به لمن أسره ؟ قولان ، قال الرافعي : ويشبه أن يكون الأظهر هنا : المنع ، وأطلق تصحيحه في « الشرح الصغير »^(٢) .

(ولا يخمس السلب على المشهور) لأنه صلى الله عليه وسلم قضى به للقاتل ولم يخمسه ، رواه أبو داود وصححه ابن حبان ، وفي « مسلم » : « لَهُ سَلْبُهُ أَجْمَعُ »^(٣) ، والثاني : يخمس ؛ لإطلاق الآية كغيره من الغنيمة ، فيدفع خمسه إلى أهل الخمس ، والباقي للقاتل .

(وبعد السلب تخرج مِثْلُةُ الْحِفْظِ وَالنَّقْلِ وَغَيْرِهِمَا) من المؤن اللازمة ؛ كأجرة حمال وراعي ونحوه ؛ للحاجة إليها ، (ثم يخمس الباقي) فيجعل خمسة أقسام متساوية ، ويؤخذ خمس رقاع ويكتب على واحدة : لله أو للمصالح ، وعلى أربعة : للغنمين ، وتدرج في بنادق من طين أو شمع متساوية ، ويجففها ، ويخرج لكل سهم

(١) نهاية المطلب (٤٥٣/١١) .

(٢) الشرح الكبير (٣٥٩/٧) .

(٣) سنن أبي داود (٢٧١٧) ، صحيح ابن حبان (٤٨٠٥) عن أبي قتادة رضي الله عنه ، صحيح مسلم (١٧٥٤) عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه .

فَخُمُسُهُ لِأَهْلِ خُمُسِ الْفَيْءِ يُقَسَّمُ كَمَا سَبَقَ . وَالْأَصَحُّ : أَنَّ النَّفْلَ يَكُونُ مِنْ خُمُسِ
الْخُمُسِ الْمُرْصَدِ لِلْمَصَالِحِ إِنْ نَفَلَ مِمَّا سَيُغْنِمُ فِي هَذَا الْقِتَالِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يُنْفَلَ مِنْ مَالِ
الْمَصَالِحِ الْحَاصِلِ عِنْدَهُ ،

رقعة ، فما خرج لله . . جعل بين أهل الخمس على خمسة ، ويقسم الباقي على
الغانمين ؛ كما سيأتي .

ويقسم للغانمين قبل قسمة الخمس على أربابه ؛ لأنهم حاضرون ومحصورون ،
وكلام المصنف : قد يؤهم خلافه .

قال الرافعي : ولا يكره قسمتها في دار الحرب ، قال المصنف : بل يستحب ، بل
في « التهذيب » وغيره : يكره التأخير إلى دار الإسلام من غير عذر^(١) .

(فخمسه لأهل خمس الفيء يقسم كما سبق) في قسم الفيء .

(والأصح : أن النفل) بفتح النون والفاء وإسكانها (يكون من خمس الخمس
المرصد للمصالح) لرواية الشافعي عن مالك عن أبي الزناد : أنه سمع سعيد بن
المسيب يقول : (كان الناس يعطون النفل من الخمس) ، قال الشافعي : يريد : من
خمس النبي صلى الله عليه وسلم^(٢) .

والثاني : من أصل الغنيمة ؛ كالسلب ، والثالث : من أربعة أخماسها ؛
كالمصحح في الرضخ .

(إن نفل مما سيغنم في هذا القتال) أي : هذا الخلاف إذا شرط مما سيغنم في
هذا القتال ؛ وفاء بالشرط والوعد ، ويغترف الجهل به ، فيشترط الربع أو الثلث أو
غيرهما .

وقوله : (نفل) : قال السبكي : يجوز فيه التشديد إذا عديته إلى اثنين ،
والتخفيف إذا عديته إلى واحد ، وقد كتب المصنف عليه بخطه : (خف) لأن معناه :
جعل النفل .

(ويجوز أن ينفل من مال المصالح الحاصل عنده) في بيت المال ومما يتجدد فيه ؛

(١) الشرح الكبير (٣٦٣/٧) ، روضة الطالبين (٣٧٦/٦) .

(٢) الأم (٣١٢/٥) .

وَالنَّفْلُ : زِيَادَةُ شَرْطِهَا لِلْإِمَامِ أَوْ الْأَمِيرِ لِمَنْ يَفْعَلُ مَا فِيهِ نِكَايَةٌ فِي الْكُفَّارِ ، وَيَجْتَهِدُ فِي قَدْرِهِ . وَالْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ عَقَارُهَا وَمَنْقُولُهَا لِلْغَانِمِينَ ،

لأن ذلك من جملة المصالح ، ولا تغتفر الجهالة حينئذ ، بل لا بدّ أن يكون معلوماً ؛ فإنه جمالة ولا ضرورة إلى احتمال الجهل في الجعل .

وقضية كلامه : التخيير بين خمس الخمس والمصالح ، قال الرافعي : والأشبه : أن يجتهد ويراعي المصلحة^(١) .

(والنفل : زيادة شرطها للإمام أو الأمير لمن يفعل ما فيه نكايه في الكفار) أي : نكايه زائدة على ما يفعله بقية الجيش ، وكذا توقع ظفر ودفع شر ؛ كالتقدم على طليعة ، أو التهجم على قلعة أو الدلالة عليها ، ولحفظ مكنم وتجسس حال وشبهها ، وإنما يفعل ذلك إذا مست الحاجة إليه ؛ لكثرة العدو وقلة المسلمين واقتضى الحال بعث السرايا وحفظ المكامن .

وقوله : (يشرطها الإمام أو الأمير) يوهم : أنه لا بدّ من شرطه له أولاً قبل الإقدام ، وهذا أحد قسمي النفل ، والقسم الثاني : أن ينفل من ظهر منه أثر محمود ؛ كمبارزة وحسن إقدام ، فيزيده على سهمه ما يليق بالحال ، لكن هذا يتعين من سهم المصالح .

(ويجتهد) الإمام (في قدره) بحسب قلة العمل وكثرته وخطره وضده ؛ لما روي : أنه صلى الله عليه وسلم كان ينفل في البداية الربع ، وفي القفول الثلث ، صححه الترمذي^(٢) .

(و) (البداية) : التي تتقدم الجيش ، و(القفول) : الرجوع ، والخطر فيه أعظم . ويجوز الزيادة على الثلث والنقص عن الربع بحسب الاجتهاد . (والأخماس الأربعة عقارها ومنقولها للغانمين) لإطلاق الآية والأخبار ، وعملاً بفعله صلى الله عليه وسلم في أرض خيبر^(٣) .

(١) الشرح الكبير (٧/٣٥٠) .

(٢) سنن الترمذي (١٥٦١) ، وأخرجه ابن ماجه (٢٨٥٢) عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه .

(٣) أخرجه البخاري (٣١٣٦) ، ومسلم (٢٥٠٢) عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه .

وَهُمْ : مَنْ حَضَرَ الْوُقْعَةَ بِنِيَّةِ الْقِتَالِ وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلْ . وَلَا شَيْءَ لِمَنْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ ، وَفِيمَا قَبْلَ حِيَازَةِ الْمَالِ وَجْهٌ

(وهم) أي : الغانمون (من حضر الواقعة) ولو في أثنائها قبل الانقضاء ولو عند الإشراف على الفتح (بنية القتال وإن لم يقاتل) لقول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما : (الغنيمة لمن شهد الواقعة) ، رواه الشافعي ^(١) .

وهذا الضابط : يشمل العبد والمرأة والصبي والكافر ، فلو قال : (ممن يسهم له) كما فعل في « الروضة » . . . لخرجوا ^(٢) ، قال السبكي : ويحتمل : إبقاء الكلام على عمومهم ومن يرضخ لهم من جملة الغانمين ، فلا حاجة إلى إخراجهم .

واحترز بقوله : (بنية القتال) : عن الغلمان ونحوهم ممن لم ينو القتال ولا قاتل . وأورد على مفهوم كلام المصنف صور : منها : لو دخل الإمام أو نائبه دار الحرب بجيش فوقعت سرية في ناحية فغنمت . . شاركها جيش الإمام ، وبالعكس ؛ لاستظهار كلٍّ منهما بالآخر ، ومنها : لو بعث جاسوساً فغنم الجيش قبل رجوعه . . شاركهم في الأصح ، ومنها : لو أمر الإمام بعض العسكر ليحرس من هجوم عدو أو أفرد من الجيش كميناً . . فإنه يسهم لهم وإن لم يحضروا الواقعة ؛ لأنهم في حكمهم .

وعلى منطوقه : المنهزم الغير المتحرف لقتال ولا متحيز إلى فئة ولم يعد ؛ فإنه لا يستحق شيئاً مع حضوره ، أما إذا أعان قبل انقضاء الواقعة . . استحق من المحرز بعده فقط ، قاله البغوي وأقره ^(٣) .

والمخذل والمرجف والخائن - وهو من يتجسس للكفار ويراسلهم بالعورات . . . فلا يستحقون شيئاً ، وفي استثناء المخذل والمرجف نظر ؛ لتضاد قصده ونية القتال . (ولا شيء لمن حضر بعد انقضاء القتال) لما تقدم ، (وفيما قبل حيازة المال) وبعد انقضاء الواقعة (وجه) : أنه يعطى ؛ لأنه لحق قبل تمام الاستيلاء ، والأصح : المنع ؛ لعدم شهود الواقعة ، قال في « الكفاية » : والخلاف راجع إلى أن القسمة تملك

(١) الأم (١٧٦/٩) ، وأخرجه البيهقي (٥٠/٩) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٣٣٩٠٠) .

(٢) روضة الطالبين (٣٧٧/٦) .

(٣) التهذيب (١٧٤/٥) ، الشرح الكبير (٣٦٥/٧) ، روضة الطالبين (٣٧٧/٦) .

وَلَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ انْقِضَائِهِ وَالْحِيَازَةِ . فَحَقُّهُ لَوَارِثِهِ ، وَكَذَا بَعْدَ الْانْقِضَاءِ وَقَبْلَ الْحِيَازَةِ فِي الْأَصَحِّ . وَلَوْ مَاتَ فِي الْقِتَالِ . فَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ . وَالْأَظْهَرُ : أَنَّ الْأَجِيرَ لِسِيَاسَةِ الدَّوَابِّ وَحِفْظِ الْأُمْتَعَةِ ، وَالتَّاجِرِ وَالْمُحْتَرَفِ يُسَهَّمُ لَهُمْ إِذَا قَاتَلُوا

بانقضاء الحرب ، أو به وبالحيازة^(١) .

(ولو مات بعضهم بعد انقضائه والحيازة . . فحقه لوارثه) كسائر الحقوق ، وهذا على قولنا : إنه يملك بالانقضاء أو بالحيازة . . واضح ، فإن قلنا : لا يملك إلا بالقسمة أو باختيار التملك على ما هو الصحيح في (السير)^(٢) . . قال ابن الرفعة : فينبغي أن يقال : ينتقل للورثة حق التملك ؛ كالأخذ بالشفعة لا الملك . انتهى^(٣) ، وعبارة المصنف مخصصة ؛ لشمولها الأمرين .

(وكذا بعد الانقضاء وقبل الحيازة في الأصح) الخلاف مبني : على أن حق التملك يحصل بانقضاء الحرب ، أو به مع الحيازة ، فعلى الأول : نعم ، وعلى الثاني : لا . (ولو مات في) أثناء (القتال . . فالمذهب : أنه لا شيء له) هذا هو المنصوص ، ونص في موت الفرس حينئذ : أنه يستحق سهمها^(٤) ، فقليل : قولان فيهما بالنقل والتخريج ، والأصح : تقرير النصين .

والفرق : أن الفارس متبوع ، فإذا مات . . فات الأصل ، والفارس تابع ، فإذا مات . . جاز أن يبقى سهمه للمتبوع .

وقيل : إن حصلت حيازة المال بقتال جديد . . لم يستحق فيهما ، أو بذلك القتال السابق . . استحق فيهما .

(والأظهر : أن الأجير لسياسة الدواب وحفظ الأمتعة ، والتاجر والمحترف . . يسهم لهم إذا قاتلوا) لشهودهم الواقعة وقتالهم ، والثاني : لا ؛ لأنهم لم يحضروا للجهاد .

(١) كفاية النبيه (١٦/٤٧٨-٤٨٠) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٥٢٢) .

(٣) كفاية النبيه (١٦/٤٧٨-٤٨١) .

(٤) مختصر المزني (ص ١٤٩-١٥٠) .

وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ ، وَلِلْفَارِسِ ثَلَاثَةٌ . وَلَا يُعْطَى إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ عَرَبِيًّا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ ، لَا لِبَعِيرٍ وَغَيْرِهِ

وقوله : (لسياسة الدواب) أي : شهراً مثلاً ، فيخرج : العمل في الذمة بغير مدة ؛ كخيطة ؛ فإنه يستحق جزماً ، ويخرج : الأجير للجهد ؛ فإنه إن صححنا الإجارة . . فلا سهم له ولا رضى ، وإن لم نصححها - و هو الصحيح - . . ففي استحقاق السهم وجهان ؛ أحدهما في « الشرح الصغير » : المنع .

واعلم : أن ظاهر كلام « الروضة » و « أصلها » : أن الأجير لسياسة الدواب يستحق السهم على الأظهر وإن لم يقاتل ، بخلاف التاجر ؛ فإنه إنما يستحق إذا قاتل^(١) ، وهو مخالف لما اقتضاه كلام « الكتاب » من تساويهم في التفصيل .

(وللراجل سهم ، وللفارِس ثلاثة) لأنه صلى الله عليه وسلم قسم يوم خيبر للفرس سهمين وللراجل سهماً ، متفق عليه^(٢) ، وسواء في الفارس إذا كان من أهل فرض القتال قاتل على فرسه أم لا إذا كان مهيناً للقتال ، وسواء أكانت الفرس مملوكة له أم مستأجرة أم مستعارة أم مغصوبة . وقيل : إن سهم الفرس المغصوب لمالكها ، وصححه السبكي .

(ولا يعطى إلا لفرس واحد) لأنه صلى الله عليه وسلم لم يعط الزبير إلا لفرس وقد حضر يوم خيبر بأفراس ، رواه الشافعي^(٣) ، وقيل : يعطى لفرسين بلا زيادة .

(عربياً كان أو غيره) كالبرذون ؛ وهو ما أبواه عجميان ، و (الهجين) وهو ما أبوه عربي دون أمه ، و (المقرف) عكسه ؛ لأن الكر والفر يقع منها كلها ، فلا يضر تفاوتها ؛ كالرجال ، (لا لبعير وغيره) كالفيل والبغل والحمار ؛ لأنها لا تصلح للحرب صلاحية الخيل ، ولا يتأتى بها الكر والفر ، واستأنسوا له بقوله تعالى : ﴿ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ ﴾ ، فخصّها بالذكر .

(١) روضة الطالبين (٦/ ٣٨٠ ، ٣٨٢) ، الشرح الكبير (٧/ ٣٦٨ - ٣٧٠) .

(٢) صحيح البخاري (٢٨٦٣) ، صحيح مسلم (١٧٦٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) أخرجه الإمام الشافعي في القديم على ما نقله عنه الإمام البيهقي (٦/ ٣٢٨ - ٣٢٩) ، وانظر « البدر المنير » (٧/ ٣٥١ - ٣٥٢) .

وَلَا يُعْطَى لِفَرَسٍ أَعْجَفَ وَمَا لَا غَنَاءَ فِيهِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُعْطَى إِنْ لَمْ يُعْلَمْ نَهْيُ الْأَمِيرِ عَنْ إِحْضَارِهِ . وَالْعَبْدُ وَالصَّبِيُّ وَالْمَرْأَةُ وَالذَّمِّيُّ إِذَا حَضَرُوا . . فَلَهُمُ الرِّضْخُ ، وَهُوَ : دُونَ سَهْمٍ يَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي قَدْرِهِ ،

نعم ؛ يرضخ لهذه الدواب ويفاوت بينها ، ولا يبلغ سهم فرس .
(ولا يعطى لفرس أعجف) أي : مهزول ، (وما لا غناء فيه) لعدم فائدته ، (وفي قول : يعطى إن لم يعلم نهى الأمير عن إحضاره) كما يسهم للشيخ الهرم الضعيف إذا حضر .

وفرق الأول : بأن الشيخ ينتفع برأيه ودعائه ، بخلافه .
ومحلُّ الخلاف : إذا تأتى ركوبه ، وإلا . . لم يعط قطعاً ، وأفهم : أنه إذا علم نهى الأمير عن إحضاره . . لا يسهم له قطعاً ، وهو كذلك ، قال الأذري : وكذا أقول إذا علم نهى الشارع عنه .

والمراد بعدم إعطائه : أنه لا يسهم له ، وإلا . . فيرضخ له .
(والعبد والصبي والمرأة والذمي إذا حضروا . . فلهم الرِّضْخ) لأنه صلى الله عليه وسلم أعطى العبيد ، صححه الترمذي^(١) ، وأعطى النساء والصبيان بخير ، رواه البيهقي مرسلًا^(٢) ، وأسهم لقوم من اليهود قاتلوا معه ، رواه أبو داود^(٣) ، وهو محمول على الرِّضْخ .

والرضخ مستحق ، وقيل : مستحب .
وسواء أذن السيد والولي والزوج في الحضور أم لا ، والرضخ لسيد العبد وإن لم يأذن ، والخثى كالمرأة ، والمبعض هل يرضخ له أو يلحق بالحر ؟ قال ابن الملقن : (فيه نظر ، ولم أره منقولاً)^(٤) .

(وهو : دون سهم يجتهد الإمام في قدره) لأنه لم يرد فيه تحديد ، فرجع إلى رأيه .

(١) سنن الترمذي (١٥٥٧) ، وأخرجه البيهقي (٥٣/٩) عن عُمر مولى أبي اللحم رضي الله عنهما .

(٢) سنن البيهقي (٥٣/٩) عن مكحول وخالد بن معدان رحمهما الله تعالى .

(٣) في « مراسيله » (٢٧٠) ، وأخرجه الترمذي (١٥٥٨) مرسلًا عن الزهري رحمه الله تعالى .

(٤) عجالة المحتاج (١١٣٨/٣) .

وَمَحَلُّهُ : الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ فِي الْأَظْهَرِ . قُلْتُ : إِنَّمَا يُرْضَخُ لِذِمِّي حَضَرَ بِلَا أَجْرَةٍ ،
وَبِإِذْنِ الْإِمَامِ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

ولا يبلغ برضخ الراجل سهمه ، وهل يبلغ برضخ الفارس سهم الراجل ؟ وجهان ؛
كبلوغ تعزير الحر حدَّ العبد ، قاله في « الروضة » ، وقضيته : ترجيح إبلاغه ،
وصححه الماوردي في (السير) ؛ كما نقله ابن الرفعة في « الكفاية » ، لكن نقل في
« أصل الروضة » هنا عن الماوردي : القطع بمنع إبلاغه^(١) ، فاختلف النقل عن
الماوردي ، فليحرر ، ولعل كلام الماوردي اختلف هنا وفي (السير)^(٢) .

(ومحلّه : الأخماس الأربعة في الأظهر) لأنه سهم من الغنيمة يستحق بحضور
الوقعة إلا أنه ناقص ، والثاني : أنه من أصل الغنيمة ؛ كالمؤنة ، والثالث : من خمس
الخمس سهم المصالح .

(قلت : إنما يُرْضَخُ لِذِمِّي حَضَرَ بِلَا أَجْرَةٍ ، وبِإِذْنِ الْإِمَامِ) أو الأمير (على
الصحيح ، والله أعلم) فإن حضر بأجرة . . فله الأجرة فقط جزماً ؛ لأنه أخذ عن
حضوره بدلاً فلا يقابل ببذل آخر ، وإن حضر بلا إذن الإمام أو الأمير . . فلا رضخ ، بل
يعززه الإمام إن رآه ، وهذا محل قول المصنف : (على الصحيح) .

ومقابله : أنه يستحق وإن لم يأذن ؛ لأنه من سكان دارنا ، وقيل : إن قاتل . .
استحق ، وإلا . . فلا^(٣) .

* * *

(١) روضة الطالبين (٦/٣٧٠) ، كفاية النبيه (١٦/٥١٣) .

(٢) قال في « العجالة » [٣/١١٣٨] : (ولا يبلغ به سهم راجل إن كان ممن يرضخ له راجلاً ، وإن كان
فارساً . . فكذا على الأصح ، قاله الماوردي في « كتاب السير ») انتهى ، وما نقله عن الماوردي من
تصحيح المنع في (كتاب السير) . . غلط ، وصوابه : ما نقلناه عنه من تصحيح الإبلاغ .

نعم ؛ نقل الشيخان هنا عن الماوردي : القطع بالمنع ؛ كما بيناه . اهـ هامش (أ) .

(٣) بلغ مقابلة على خط مؤلفه ، عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

كتاب قسم الصدقات

الْفَقِيرُ : مَنْ لَا مَالَ لَهُ وَلَا كَسْبَ يَقَعُ مَوْقِعاً مِنْ كِفَايَتِهِ ، وَلَا يَمْنَعُ الْفَقْرَ مَسْكَنَهُ
وَرِثَابَهُ ،

(كتاب قسم الصدقات)

سميت بذلك ؛ لإشعارها بصدق باذلها ، وتطلق على الواجبة والتطوع ، والكتاب واف بالنوعين ، ذكر النوع الثاني في فصل مفرد ، وجمع الصدقة ؛ لاختلاف أنواعها من ماشية وحب وتمر ونقد وغيرها .

والأصل في الباب : قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ ﴾ الآية .

(الفقير : من لا مال له ولا كسب يقع موقعاً من كفايته)^(١) كلام المصنف هنا مفلت ، فإنه لم يذكر ما يربطه ، بخلاف « المحرر » فإنه افتتح الباب بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ ﴾ الآية ثم شرع في تعيين ما اقتضت الآية استحقاقهم^(٢) .

والذي لا يقع موقعاً من الكفاية : أن يحتاج إلى عشرة ويجد منها درهمين أو ثلاثة .

(ولا يمنع الفقر مسكنه) الذي هو ملكه (وراثته) ولو ما يلبسه للتجمل وإن تعدد إذا احتاج إليه ، وكذا العبد المحتاج إلى خدمته ، كما نقله في « زيادة الروضة » عن ابن كج وقال : إنه متعين . ولو لم يكن له ذلك واحتاج إلى شرائها ومعه ثمنها قال السبكي : لم أر فيه نقلاً ، ويظهر أنه كوفاء الدين ، وقد صرح البغوي في « فتاويه » : بأنه لا يعطى من سهم الفقراء حتى يصرف ما عنده في الدين ، لكن قال الرافعي : إنه يمكن أن يقال : القدر الذي يؤدي به الدين لا عبرة به في منع الاستحقاق ؛ كما لا عبرة به في وجوب نفقة القريب ، وكذا في الفطرة على الوجه الذي مر في موضعه .

(١) في غير (أ) : (من حاجته) .

(٢) المحرر (ص ٢٨٥) .

وَمَالُهُ الْغَائِبُ فِي مَرَحَلَتَيْنِ ، وَالْمُؤْجَلُ ، وَكَسْبٌ لَا يَلِيقُ بِهِ . وَلَوْ اشْتَغَلَ بِعِلْمٍ وَالْكَسْبُ يَمْنَعُهُ . . . فَفَقِيرٌ ، . . .

انتهى^(١) ، وما ذكره فيه نظر ، فإن نفقة القريب واجبة مع الدين ؛ كما ذكره في الفلس ، وذلك يقتضي الغنى ، وإنما يصح الاحتجاج أن لو كانت نفقة القريب لا تجب مع الدين ، ولهذا قال في « المطلب » : الحق ما قاله البغوي ، وأما الفطرة . . فمنع الدين لها وجه ، كما قاله الإمام ، ونقل الاتفاق عليه^(٢) ، والمرجح خلافه ، كما مر في (باب زكاة الفطر) وقد نص عليه في « الأم » أيضاً بناء على أن الدين لا يمنع وجوب الزكاة^(٣) ، ولو اعتاد السكنى بالأجرة ، أو في مدرسة ولا ضرورة إلى شرائه ملكاً . . فالظاهر : خروجه عن اسم الفقير به .

(وماله الغائب في مرحلتين) بل له الأخذ حتى يصل إليه ؛ لأنه معسر الآن ، قال السبكي : ويحتاج القول بالأخذ مع ماله الغائب إلى دليل . نعم ؛ إن لم يجد من يقرضه . . جاز الأخذ ، وقال الأذرعى : يجوز أن يقال : إذا لم يجد من يقرضه أن يقرضه الإمام من بيت المال ؛ كما قيل بمثله في نفقة اللقيط ، قال : وأما إعطاؤه باسم الفقير . . فبعيد جداً ؛ لأنه غني شرعاً وعرفاً . (والمؤجل) لا يمنع الفقر أيضاً ، فله الأخذ إلى حلوله ، (وكسب لا يليق به) أي : بحاله ومروءته ؛ لأنه يخل بمروءته ، فكان كالعدم . (ولو اشتغل بعلم) شرعي ؛ كما قاله في « الروضة » (والكسب يمنعه . . فقير) لأن تحصيله فرض كفاية ، كذا جزم به الرافعي ، وقال المصنف : هذا هو المعروف ، وذكر الدارمي : أوجهاً ؛ ثالثها : يستحق التجيب المرجو النفع به لا غيره ، ثم قال : وأما من لا يتأتى منه التحصيل . . فلا يعطى إن قدر على الكسب^(٤) ، قال السبكي : وهذا يحتمل حملة على بعض ما قاله الدارمي ، أو يكون هذا فيمن لا يشتغل البتة ، وذلك مشغل .

(١) الشرح الكبير (٣٧٦-٣٧٧ / ٧) .

(٢) نهاية المطلب (٤٠١ / ٣) .

(٣) الأم (١٦٥ / ٣) .

(٤) روضة الطالبين (٣٠٨-٣٠٩ / ٢) ، الشرح الكبير (٣٧٧ / ٧) .

وَلَوْ اشْتَغَلَ بِالنَّوَافِلِ . . فَلَا . وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الزَّمَانَةُ وَلَا التَّعَفُّفُ عَنِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى الْجَدِيدِ . وَالْمَكْفِيُّ بِنَفَقَةٍ قَرِيبٍ أَوْ زَوْجٍ لَيْسَ فَقِيرًا فِي الْأَصَحِّ . وَالْمَسْكِينُ : مَنْ قَدَرَ عَلَى مَالٍ أَوْ كَسَبَ يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ كِفَايَتِهِ

واحترز بقوله : (والكسب يمنعه) عما لو كان لا يمنعه ، فلا يعطى إذا كان يليق به ، ومثله في « البسيط » بالتكسب بالوراقة ؛ يعني : النسخ .

(ولو اشتغل بالنوافل) المطلقة (. . فلا) لأن نفعها قاصر عليه ، بخلاف العلم ، وادعى في « شرح المذهب » الاتفاق عليه^(١) ، لكن في « فتاوى القفال » أن المستغرق الوقت بالعبادة والصلاة آناء الليل والنهار يحل له أخذ الزكاة وإن كان قوياً ، أما غيره . . فلا وإن كان صوفياً .

(ولا يشترط فيه) أي : في الفقير (الزمانة ولا التعفف عن المسألة على الجديد) فيهما ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم أعطى من لم يسأل ومن سأل ، ولم يكن زمناً ، وللحاجة ، والقديم : الاشتراط ؛ لأنه إذا لم يكن زمناً . . تمكن من نوع اكتساب ، وإذا سأل . . أعطي ، قال الإمام : وإذا اشترطت الزمانة . . ففي اشتراط العمى : وجهان ؛ لأن الزمن البصير قد يتأتى من الحراسة^(٢) .

(والمكفِيُّ بِنَفَقَةٍ قَرِيبٍ ، أَوْ زَوْجٍ لَيْسَ فَقِيرًا) ولا مسكيناً (في الأصح) لاستغنائه بالنفقة ، والثاني : نعم ؛ لاحتياجه إلى غيره ، والخلاف في القريب إذا أعطاه غير قريبه المنفق من سهم الفقراء والمساكين ، ويجوز أن يعطيه من غيرهما قطعاً ، وأما لمنفق . . فليس له إعطاؤه لأجل نفسه من سهم الفقراء والمساكين قطعاً ، وله إعطاؤه من غيرهما بشرطه ؛ لأنه لا يعطى ابن السبيل إلا ما زاد بسبب السفر^(٣) ، وأما الزوجة الحرة . . فالوجهان جاريان في إعطاء الزوج وغيره ؛ لأنه لا يدفع به نفقتها عن نفسه ، بخلاف قريبه .

(والمسكين : من قدر على مال أو كسب يقع موقعاً من كفايته) وكفاية من تلزمه

(١) المجموع (٦/١٧٨) .

(٢) نهاية المطلب (١١/٥٤٠) .

(٣) في (و) : (إلا أنه لا يعطى ابن السبيل) .

وَلَا يَكْفِيهِ . وَالْعَامِلُ : سَاع ، وَكَاتِبٌ ، وَقَاسِمٌ ، وَحَاشِرٌ يَجْمَعُ ذَوِي الْأَمْوَالِ ، لَا
الْقَاضِي وَالْوَالِي . وَالْمُؤَلَّفَةُ : مَنْ أَسْلَمَ وَنَيْتُهُ ضَعِيفَةٌ ، أَوْ لَهُ شَرَفٌ يُتَوَقَّعُ بِإِعْطَائِهِ إِسْلَامٌ
غَيْرِهِ ، وَالْمَذْهَبُ : أَنَّهُمْ يُعْطَوْنَ مِنَ الزَّكَاةِ

نفقته (ولا يكفيه) كمن يريد عشرة فيجد ثمانية ، أو يقدر على كسبها ، أو له عقار
يغلها ، فيعطى التتمة ، ولا يكلف بيعه ، والمعتبر في كل ذلك : ما يليق بالحال بلا
إسراف ولا تقتير ، والمراد : عدم كفايته سنة ، كما أفتى به البغوي وابن الصلاح
والمصنف في « فتاويه » غير المشهورة^(١) ، فمن معه كفاية سنة . . لا يعطى شيئاً ؛ لأنه
ليس مسكيناً حينئذ وإن كنا نعطيه كفاية العمر الغالب لو نقص ما معه عن السنة ، وقد
علم من كلام المصنف أن الفقير أسوأ حالاً من المسكين ، وعكس أبو حنيفة
التفسيرين ، ولا يظهر للخلاف فائدة في الزكاة ، إنما يظهر في الوصية والنذر ؛ كما إذا
أوصى أو نذر للفقراء دون المساكين ، أو عكسه .

(والعامل : ساع ، وكاتب ، وقاسم ، وحاشر يجمع ذوي الأموال) لصدق الاسم
عليه

والساعي : هو الذي يرسل إلى البلاد ؛ لأخذ الصدقات ، والكاتب : هو الذي
يكتب ما على أرباب الأموال من مبلغ الصدقة وما أعطوه ، أو يكتب لهم براءة بالأداء ،
والحاشر : اثنان : أحدهما : ما ذكره ، والثاني : من يجمع أهل السهمان .

وقد يوهم كلام المصنف : الحصر فيهم ، وليس كذلك ، بل منهم الحاسب
والعريف : وهو كالنقيب للقبيلة ، قال المسعودي : والجندي ؛ أي : المشد .

(لا القاضي والوالي) أي : والي الإقليم إذا قاما بذلك . . لم يجز لهما أخذ سهم
العامل فإن عملهما عام ؛ كالإمام .

نعم ؛ إن لم يتطوعا به . . رزقهما الإمام من خمس الخمس المرصد للمصالح .
(والمؤلفة : من أسلم ونيتة ضعيفة) فيتألف ؛ ليقوى إيمانه ، (أو له شرف يتوقع
بإعطائه إسلام غيره) مع حسن نيته في الإسلام .

(والمذهب : أنهم يعطون من الزكاة) لقوله تعالى : ﴿ وَالْمُؤَلَّفَةُ فُلُوحُهُمْ ﴾ وفي قول :

(١) فتاوى ابن الصلاح (٢٦٧/١) .

وَالرَّقَابُ : الْمُكَاتَبُونَ . وَالْغَارِمُ : إِنْ أَسْتَدَانَ لِنَفْسِهِ فِي غَيْرِ مَعْصِيَةٍ أُعْطِيَ

لا يعطون ؛ لأن الله تعالى قد أعز الإسلام عن التألف بالمال ، وفي قول : يعطون من المصالح لا من الزكاة .

وكان ينبغي أن يعبر بالأظهر ؛ لأن الخلاف أقوال ، كما ذكره في « الروضة » لا طرق^(١) .

واحترز بقوله : (من أسلم) عن مؤلفة الكفار ، وهو من يرجى إسلامه ومن يخشى شره ؛ فإنهم لا يعطون من الزكاة قطعاً ، ولا من غيرها على الأظهر ، لكن حصره المؤلفة في هذين ممنوع ، بل هم أربعة ، الثالث : من يقاتل من يليه من الكفار ، والرابع : من يقاتل مانع الزكاة ويقبضها منهم ويحملها إلى الإمام ، قال الإمام : وفي تسمية هذين مؤلفة تجوز ؛ فإن قلوبهم مطمئنة إلى الإيمان^(٢) ، وليس بذل المال في مقابلة استمالتهم ؛ أي : وإنما هما في معنى الغزاة والعاملين ، وبهذا يجاب عن إهمال المصنف لهما .

(والرَّقَابُ : المكاتبون) لاقتنائهم مع الغارمين الآخذين ؛ لما في ذمهم ؛ كما قرن الفقراء مع المساكين ؛ لاشتراكهما في الحاجة ، وسبيل الله وابن السبيل لأخذهما لمعنى مستقبل وليس المراد شراء عبيد وعتقهم ، خلافاً لمالك وأحمد ، وإنما يعطى المكاتب بشرطين ، أحدهما : كون الكتابة صحيحة ، وثانيهما : ألا يكون معه ما يفي بالنجم ، وقدرته على الكسب لا تمنع الصرف إليه على الأصح ، وليس للسيد صرف زكاته إلى مكاتبه على الصحيح .

(والغارم : إن استدان لنفسه) أي : لغرض نفسه ؛ من أكل ولبس ، أو لحج أو جهاد ونحو ذلك (في غير معصية . . أعطي) للآية ؛ فإن كان لمعصية ؛ كالزنا وشرب الخمر . . لم يعط قبل التوبة ؛ لأنه إعانة على المعصية ، ولو استدان في معصية وصرفه في طاعة . . أعطي ، قاله الإمام ، ثم قال : ولو استدان لا لمعصية وصرفه في معصية . . أعطي إذا تحقق قصد الإباحة أولاً ، لكننا لا نصدق عند صرفه للحرام ،

(١) روضة الطالبين (٢/٣١٤) .

(٢) نهاية المطلب (١١/٥٥١) .

قُلْتُ : الْأَصَحُّ : يُعْطَى إِذَا تَابَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَالْأَظْهَرُ : اشْتِرَاطُ حَاجَتِهِ دُونَ حُلُولِ
الَّذِينَ . قُلْتُ : الْأَصَحُّ : اشْتِرَاطُ حُلُولِهِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

ويحتمل ألا يعطى وإن عرف صدقه ؛ لأن النية إنما تؤثر إذا اقترن بها العمل^(١) .
(قلت : الأصحُّ : يعطى إذا تاب ، والله أعلم) لأن التوبة قطعت حكم ما قبلها ،
فصار النظر إلى حال وجودها ، والثاني : لا يعطى ؛ لأنه ربما اتخذ ذلك ذريعة ، ثم
يعود .

وهذا استدركه المصنف ؛ لما يفهمه عموم مفهوم الشرط من قوله : (إن استدان
في غير معصية) ، فإنه يفهم أن في المعصية لا يعطى مطلقاً ، ولهذا نقل في
« الروضة » عن « المحرر » الجزم بأنه لا يعطى ، ومراده : ما اقتضاه عموم المفهوم ،
قال في « شرح المذهب » : والظاهر : أنه إذا غلب على الظن صدقه في توبته . . يعطى
وإن قصرت المدة ؛ كما جزم به الروياني^(٢) .

(والأظهر : اشتراط حاجته) لأنه إنما يأخذ لحاجته ؛ كالمكاتب ، فلو وجد
ما يقضي به الدين لم يعط ، والثاني : المنع ؛ لعموم الآية .

ومعنى الحاجة كما تقتضيه عبارة الأكثرين : كونه فقيراً لا يملك شيئاً ، قال
الرافعي : وربما صرحوا به ، والأقرب : قول بعضهم : لا يعتبر الفقر والمسكنة ، بل
لو ملك كفايته ، ولو قضى منه الدين . . نقصت كفايته فيترك مما معه قدر ما يكفيه ؛ فلا
يدخل في الاعتبار ، ويقضي عنه قدر ما ينقص عن الكفاية . انتهى ، ووافقه في
« الروضة » و« شرح المذهب »^(٣) .

(دون حلول الدين) فيعطى قبل محله ؛ لأنه مدين في الحال ، (قلت : الأصحُّ :
اشتراط حلوله ، والله أعلم) لعدم حاجته إليه الآن ، وصدر كلام المصنف يقتضي : أن
الخلاف قولان ، و« زيادته » تقتضي أنه وجهان ، وهو ما في « الشرحين » ، ولم
يرجح في « الروضة » شيئاً^(٤) .

(١) نهاية المطلب (٥٥٣/١١) .

(٢) المجموع (١٩٦/٦ - ١٩٧) .

(٣) الشرح الكبير (٣٩١/٧) ، روضة الطالبين (٣١٧/٢) ، المجموع (١٩٦/٦) .

(٤) الشرح الكبير (٣٩٢/٧) ، روضة الطالبين (٣١٨/٢) .

أَوْ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ . . أُعْطِيَ مَعَ الْغِنَى ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ غَنِيًّا بِنَقْدٍ . . فَلَا .
وَسَبِيلُ اللَّهِ : غَزَاةٌ لَا فِيءَ لَهُمْ ، فَيُعْطُونَ مَعَ الْغِنَى . وَابْنُ سَبِيلٍ : مُنْشَىءٌ سَفَرٍ أَوْ
مُجْتَازٌ ، وَشَرْطُهُ : الْحَاجَةُ وَعَدَمُ الْمَعْصِيَةِ

(أَوْ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ) هذا قسيم قوله : (لنفسه) ، وصورته : أن يخاف فتنة
بين شخصين أو قبيلتين بسبب قتيل لا يعرف قاتله ، أو مال أتلّف ، فيستدين ما يسكن
به الفتنة (. . أعطي مع الغنى) بالعقار قطعاً ، وبالنقد على الأصح ؛ لأنه لو شرط
الفقر . . لامتنع الناس من هذه المكرمة .

(وَقِيلَ : إِنْ كَانَ غَنِيًّا بِنَقْدٍ . . فَلَا) إذ ليس في صرفه إلى الدين ما يهتك المروءة ،
وَالْأَصْحَحُ : أنه لا فرق ؛ لما ذكرناه ، والغنى بالعرض كهو بالعقار على المذهب ،
وقيل : كالنقد ، وإنما يعطى إذا بقي الدين ، فإن أداه من ماله أو بذل ماله ابتداءً . . لم
يعط ، ولا ينحصر الغارم في المستدين ، بل الضامن إذا عسر هو والمضمون عنه
أعطي ، ولو أعسر الضامن وحده وكان ضمن بغير الإذن . . أعطي ؛ وإن كان بالإذن
فلا ؛ لأنه يرجع .

(وَسَبِيلُ اللَّهِ : غَزَاةٌ لَا فِيءَ لَهُمْ ، فَيُعْطُونَ مَعَ الْغِنَى) لعموم الآية ، وإنما فسّر
سبيل الله بالغزاة ؛ لأن استعماله في الجهاد أغلب عرفاً وشرعاً ، بدليل قوله تعالى في
غير موضع : ﴿ يَقْتُلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ وقوله : (لا فيء لهم) ؛ أي : لا سهم لهم في
ديوان المرتزقة ، بل هم متطوعة ، يغزون إذا نشطوا ؛ لأن من له في الفيء حقٌّ
لا يصرف له من الصدقات شيء ؛ كما لا يصرف شيء من الفيء إلى المتطوعة .

(وَابْنُ سَبِيلٍ ^(١) : مُنْشَىءٌ سَفَرٍ) من بلد الزكاة (أو مجتاز) به ؛ للآية ، وهو حقيقة
في هذا ، مجاز في الأول ، وإعطاء الثاني : بالإجماع ، والأول : بالقياس عليه ؛
لأن مريد السفر محتاج إلى أسبابه .

(وَشَرْطُهُ :) في الإعطاء لا في التسمية (الحاجة) فإن كان معه ما يحتاج إليه في
سفره . . لم يعط ، (وعدم المعصية) لأن القصد إعانته ، ولا يعان على المعصية ،

(١) في (هـ) : (وابن السبيل) .

وَشَرَطُ أَخَذِ الزَّكَاةِ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ : الْإِسْلَامُ ، وَالْأَلَّا يَكُونَ هَاشِمِيًّا وَلَا مُطَّلِبِيًّا ، وَكَذَا مَوْلَاهُمْ فِي الْأَصَحِّ

فيعطى في سفر الطاعة ، وكذا المباح على الأصح ، وإذا سافر لمعصية ثم تاب . .
التحق بقية سفره بالمباح قاله الماوردي^(١) ، وألحق الإمام بسفر المعصية السفر لا لقصد صحيح ؛ كالهائم^(٢) ، ويوافقه قول القفال في « الفتاوى » لا يجوز صرف سهم ابن السبيل إلى الصوفية ؛ لأن سفرهم لا غرض فيه سوى الكدية .

(وشرط أخذ الزكاة من هذه الأصناف الثمانية : الإسلام) فلا تدفع لكافر بالإجماع .

(وألا يكون هاشمياً) لحديث : « إِنَّمَا هِيَ أَوْسَاحُ النَّاسِ ، وَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ ، وَلَا لِأَلِ مُحَمَّدٍ » رواه مسلم^(٣) .

(ولا مطلبياً) لحديث : « إِنَّمَا بَنُو الْمُطَّلِبِ وَبَنُو هَاشِمٍ شَيْءٌ وَاحِدٌ » رواه البخاري^(٤) .

وسواء منعوا حقهم من خمس الخمس أم لا ، وسواء سهم العامل وغيره على الصحيح فيهما .

(وكذا مولاهم في الأصح) لحديث : « مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ » صححه الترمذي^(٥) ، والثاني : لا ؛ لأن المنع للشرف في ذوي القربى ، وهو مفقود في مواليتهم .

وكلامه يوهم : حصر الشروط فيما ذكره ، وليس كذلك ، فمنها : الحرية فيما عدا المكاتب ، فلا يجوز دفعها إلى مبعوض ولو في نوبة نفسه ، خلافاً لابن القطان ، ومنها : أن يكون من بلد مال الزكاة على ما سيأتي ، وفي « فتاوى المصنف » : أنه

(١) الحاوي الكبير (٥٨٧/١٠) .

(٢) نهاية المطلب (٥٥٩/١١) .

(٣) صحيح مسلم (١٠٧٢) عن عبد المطلب بن ربيعة رضي الله عنه .

(٤) صحيح البخاري (٣١٤٠) عن جبير بن مطعم رضي الله عنه .

(٥) سنن الترمذي (٦٥٧) ، وأخرجه ابن حبان (٣٢٩٣) ، والحاكم (٤٠٤/١) ، وأبو داود (١٦٥٠) ، والنسائي (١٠٧/٥) عن أبي رافع رضي الله عنه .

[في بيان مستند الإعطاء وقدر المعطى]

مَنْ طَلَبَ زَكَاةَ وَعَلِمَ الْإِمَامُ اسْتِحْقَاقَهُ أَوْ عَدَمَهُ . . عَمِلَ بِعِلْمِهِ ، وَإِلَّا ؛ فَإِنْ ادَّعَى
فَقَرًّا أَوْ مَسْكَنَةً . . لَمْ يَكْلَفْ بَيِّنَةً ، فَإِنْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ وَادَّعَى تَلْفَهُ . . كُفِّ ، وَكَذَا إِنْ
ادَّعَى عِيَالًا فِي الْأَصَحِّ

لا يجوز دفع الزكاة لتارك صلاة إذا بلغ تاركاً واستمر بل يقبضها له ولـه^(١) ، لكن أطلق
صاحب « الذخائر » الدفع إليه إذا قلنا لا يكفر ، وأفتى ابن البري بجواز دفعها إلى
فاسق ، إلا أن يكون المدفوع إليه يعينه على المعصية ، فيحرم إعطاؤه ، وفي « فوائد
ابن الصلاح » عن كتاب العماد عبد الله بن عبد الرحمن المروزي من أصحابنا : أنه
لا يجوز قبض الزكاة من أعمى ، ولا دفعها له ، بل يوكل فيهما على أصل الشافعي
رضي الله عنه ؛ لأن التملك شرط فيه ، قال ابن الصلاح : وفساد هذا ظاهر ، وعمل
الناس على خلافه .

* * *

(فصل : من طلب زكاة وعلم الإمام) أو منصوبه لتفرقتها (استحقاقه أو عدمه . .
عمل بعلمه) ولا يخرج على القضاء بالعلم ؛ لأن الزكاة مبنية على الفرق والمساهلة ،
وليس فيها إضرار بالغير ، بخلاف القضاء .

(وإلا) أي : وإن لم يعلم استحقاقه ولا عدمه (فإن ادعى فقراً أو مسكنة . . لم
يكلف بيينة) لعسرهما ، وكذا لا يحلف إن لم يتهم قطعاً ، ولا إن اتهم على الصحيح ،
وكذا الحكم فيما لو ادعى أنه غير كسوب .

(فإن عرف له مال وادعى تلفه . . كلف) بيينة ؛ إذ الأصل : بقاؤه ، قال الرافعي :
ولم يفرقوا بين أن يدعي تلفه بسبب ظاهر أو خفي ؛ كالمودع^(٢) ، وفرق في
« المطلب » بينهما : بأن الأصل هناك : عدم الضمان ، وهنا عدم الاستحقاق .
(وكذا إن ادعى عيالاً في الأصح) لإمكانها ، والثاني : لا يكلف ؛ كما يصدق في

(١) فتاوى النووي (ص ٨٩) .

(٢) الشرح الكبير (٣٩٩ / ٧) .

وَيُعْطَى غَازٍ وَأَبْنُ سَبِيلٍ بِقَوْلِهِمَا ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا . . اسْتَرَدَّ ، وَيُطَالَبُ عَامِلٌ وَمُكَاتَبٌ
وَعَارِمٌ بَبَيْتِهِ ، وَهِيَ : إِخْبَارُ عَدْلَيْنِ ، وَتَغْنِي عَنْهَا الْإِسْتِفَاضَةُ ،

فقره ، وعلى هذا : فلا بد من اليمين قطعاً ، والمراد بالعيال : من تلزمه نفقتهم .
(ويعطى غاز وابن سبيل بقولهما) بلا يمين ؛ لأنه لأمر مستقبل ، (فإن لم
يخرجا . . استرد) لانتهاء صفة الاستحقاق ، ولم يتعرض الجمهور للقدر الذي يحتمل
تأخيرها ، وقدره السرخسي بثلاثة أيام ، فإن لم يخرج فيها . . استرد ، قال الرافعي :
ويشبه أنها تقرب ، وأن يعتبر ترصده للخروج ، وكون التأخير لانتظار الرفقة وتحصيل
الآهبة ونحوهما .

(ويطالب عامل ومكاتب وغارم ببينة) لأنه يدعي أمراً ظاهراً تسهل إقامة البينة
عليه ، قال السبكي : ومطالبة العامل بالبينة محلها : إذا أتى إلى رب المال فطالبه
وجهل حاله أما الإمام فإنه يعلم حاله ؛ فإنه الذي يبعثه ، فلا تتأتى البينة فيه ، ويستثنى
من الغارم : ما إذا غرم لإصلاح ذات البين لشهرة أمره ، قاله ابن الرفعة ، تبعاً
لجماعة ، لكن في « البيان » : أنه لا بد من البينة^(١) .

(وهي : إخبار عدلين) أشار بقوله : (إخبار) إلى أنه لا يعتبر هنا الدعوى وسماع
القاضي والإنكار ، ثم الشهادة بلفظها ، وهو ما حكاها الرافعي عن بعض المتأخرين ،
واستحسنه في « الشرح الصغير » ، لكن قال ابن الرفعة : الذي يقتضيه إطلاق
المتقدمين : اعتبار لفظ الشهادة ، وقيل : يكفي واحد .

(وتغني عنها الاستفاضة) لحصول العلم أو غلبة الظن بها ، واستأنسوا له
بحديث : « حَتَّى يَقُومَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَبِ مِنْ قَوْمِهِ » رواه مسلم^(٢) .

قال ابن داود الصَّيْدَلَانِي : إنما قال ثلاثة ؛ لأنها أدنى الاستفاضة ، وتابعه
الرافعي^(٣) ، واستغربه ابن الرفعة ، وسيأتي في (الشهادات) أن شرطها : التسماع من
جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب ، ومنهم من حمل الحديث على الاستظهار في الشهادة .

(١) كفاية النبيه (٦/١٧٨) ، البيان (٣/٤٢٥) .

(٢) صحيح مسلم (١٠٤٤) عن قبيصة بن مخرار رضي الله عنه .

(٣) الشرح الكبير (٧/٤٠١) .

وَكَذَا تَصَدِّقُ رَبَّ الدِّينِ وَالسَّيِّدِ فِي الْأَصَحِّ . وَيُعْطَى الْفَقِيرُ وَالْمَسْكِينُ : كِفَايَةُ سَنَةِ .
 قُلْتُ : الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ ، وَقَوْلُ الْجُمْهُورِ : كِفَايَةُ الْعُمَرِ الْغَالِبِ ، فَيَشْتَرِي بِهِ عَقَارًا
 يَسْتَعْلُهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

وقال صاحب « المطلب » : الذي دل عليه الخبر إثبات الحاجة والفقر فقط ، وأما الدين . . فلا يثبت بالاستفاضة قطعاً .

(وكذا تصديق رب الدين والسيد في الأصح) لظهور الحق بالإقرار والتصديق ،
 والثاني : لا ؛ لاحتمال التواطؤ ، وسكت المصنف عن المؤلفه ، وقال الجمهور : إن
 قال : (نيتي في الإسلام ضعيفة) . . قبل ؛ أي : بلا يمين ، وإن قال : (أنا شريف
 مطاع في قومي) . . فلا بدّ من البيّنة ، وأطلق جماعة مطالبته بالبيّنة .
 (ويعطى الفقير والمسكين : كفاية سنة) لأن وجوب الزكاة لا تعود إلا بمضي
 سنة ، (قلت : الأصح المنصوص) في « الأم » (وقول الجمهور : كفاية العمر
 الغالب)^(١) لأن به تحصل الكفاية على الدوام .

ومحلّ الخلاف : فيمن لا يحسن الكسب بحرفة ولا تجارة ، فأما المحترف . .
 فيعطى ما يشتري به آلة حرفته ، والتاجر يعطى ما يشتري به رأس ماله من النوع الذي
 يحسن التجارة والتصرف فيه ، ويكون قدرهما يفي ربحه بكفايته غالباً .

(فيشتري به عقاراً يستغله ، والله أعلم) أي : إذا قلنا : يدفع إليه كفاية العمر
 الغالب ، فليس المراد : دفع ما يكفيه عمره دفعة ؛ لما في ذلك من الإضرار
 بالأصناف ، وقد لا يتسع المال ، بل ما ذكره ؛ لأن ما يتحصل منه وإن كان شيئاً فشيئاً
 يكفيه عند حاجته ، ولهذا قلنا في القادر على اكتساب ما يكفيه يوماً فيوماً : لا يصرف
 إليه من سهم الفقراء والمساكين ولو ملك ما يكفيه أقل من سنة أو من العمر الغالب
 ولا حرفة له ، قال السبكي : الذي يظهر من كلام الأصحاب : أنه يعطى التكملة لسنة
 أو للعمر الغالب ، ثم ذكر عن « الشافي » للجرجاني و« فتاوى البغوي » التصريح
 بذلك ، وقد قدمنا عند تفسير المسكين عن « فتاوى البغوي » ما قد يخالفه ، فليتأمل ،

(١) الأم (٣/١٨٩) .

وَالْمُكَاتَبُ وَالْغَارِمُ : قَدَرَ دَيْنَهُ . وَأَبْنُ السَّبِيلِ : مَا يُوصِلُهُ مَقْصِدُهُ أَوْ مَوْضِعَ مَالِهِ .
وَالْغَازِي : قَدَرَ حَاجَتَهُ ذَاهِباً وَرَاجِعاً وَمُقِيماً هُنَاكَ وَفَرَساً وَسِلَاحاً ، وَيَصِيرُ ذَلِكَ مُلْكاً
لَهُ ،

وقد راجعت كلام « فتاوى البغوي » فوجدته كالصريح فيما نقلناه عنه هناك ، دون
ما فهمه السبكي .

(والمكاتب والغارم : قدر دينه) ولا يجوز أن يزداد ؛ لأن الدفع لهما للحاجة ،
حتى لو كان معهما البعض . . أعطيا التهمة فقط .

وإفراد المصنف الضمير مع العطف بـ (الواو) منتقد ، وعبرة « المحرر » : (قدر
دينهما)^(١) .

(وابن السبيل : ما يوصله مقصده) إن لم يكن له في طريقه إليه مال ، (أو موضع
ماله) إن كان له مال في طريقه ، فإن كان معه بعض ما يكفيه . . كمل له كفايته ذهاباً ،
وكذا رجوعاً إن كان عازماً على الرجوع ، وليس له في المقصد ولا في طريقه ما يغنيه
عن الزكاة ، وقيل : إنما يعطى للرجوع عند العود لا ابتداءً ، وهو أحوط إذا كان يتيسر
إعطاؤه هناك .

(والغازي قدر حاجته ذاهباً وراجعاً ومقيماً هناك)^(٢) إلى الفتح وإن طال ، بخلاف
ابن السبيل ؛ فإنه لا يعطى إلا لإقامة ثلاثة أيام ، غير يومي الدخول والخروج ،
والفرق : أن اسم الغزو باق مع الإقامة ، بخلاف ابن السبيل ، والأصح : أنه يعطى هو
وابن السبيل جميع المؤنة ، وقيل : ما زاد بسبب السفر .

(وفرساً) إن كان ممن يقاتل فارساً ، (وسلاحاً) للحاجة إليه (ويصير ذلك ملكاً
له) هذا إذا دفع إليه الثمن فاشترى ذلك لنفسه ، أو دفع الإمام ذلك إليه تملكاً إذا رأى
ذلك ، فإنه لا يتعين عليه دفعهما تملكاً ، بل الإمام - كما قال الرافعي - بالخيار ؛ إن
شاء دفع الفرس والسلاح إليه تملكاً ، وإن شاء استأجر له مركوباً ، وإن شاء اشترى
خيلاً من هذا السهم ووقفها في سبيل الله ، فيعيرهم إياها عند الحاجة ، فإذا انقضت . .

(١) المحرر (ص ٢٨٦) .

(٢) في (ز) زيادة في المتن ، وهي : (والغازي قدر حاجته لنفقة وكسوة) .

وَيَهَيَّأُ لَهُ وَلَابِنَ السَّبِيلِ مَرْكُوبٌ إِنْ كَانَ السَّفَرُ طَوِيلًا أَوْ كَانَ ضَعِيفًا لَا يُطِيقُ الْمَشْيَ ، وَمَا يَنْقُلُ عَلَيْهِ الزَّادَ وَمَتَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْرًا يَعْتَادُ مِثْلَهُ حَمْلُهُ بِنَفْسِهِ . وَمَنْ فِيهِ صِفَتَا اسْتِحْقَاقٍ يُعْطَى بِإِحْدَاهُمَا فَقَطْ فِي الْأَظْهَرِ

استردت^(١) ، قال : وفيه وجه : أنه لا يجوز أن يشتري لهم الفرس والسلاح قبل وصول المال إليهم ، وقصرُ المصنف تبعاً للجمهور الكلام على مؤنة تبعه (قدر حاجته ذاهباً وراجعاً) قد يفهم أنه لا يعطى نفقة عياله ، وعن بعضهم أنه يعطى ، قال الرافعي : وليس ببعيد^(٢) ، قال الأذْرَعِي : وصرح به الفارقي وابن أبي عصرون ، لكن صرح الْمُصْعَبِي فِي « شرح مختصر الجويني » بالمنع .

(وَيَهَيَّأُ لَهُ وَلَابِنَ السَّبِيلِ مَرْكُوبٌ إِنْ كَانَ السَّفَرُ طَوِيلًا ، أَوْ كَانَ ضَعِيفًا لَا يُطِيقُ الْمَشْيَ) وَإِنْ كَانَ قَصِيرًا ؛ دَفْعًا لضرورته ، فَإِنْ كَانَ قَصِيرًا وَهُوَ قَوِيٌّ . . فلا . وقضية كلامه تبعاً لـ « المحرر » : أن المركوب : غير الفرس الذي يقاتل عليه ، ولم يذكر في « الشرح » و « الروضة » في الغازي غير الفرس ، وذكر تهيئة المركوب لابن السبيل فقط^(٣) ، وما اقتضاه كلام « الكتاب » صرح به المحاملي في « المجموع » ، ووجهه : توفير الفرس إلى وقت الحرب ؛ إذ لو ركبها من دارنا إلى دار الحرب ربما كُلت وعجزت عن الكر والفر حال المطاردة والقتال ، لا سيما إذا بُعد المغزى . وما ينقل عليه الزاد ومتاعه (لحاجته إليه) إلا أن يكون قدراً يعتاد مثله حمله بنفسه (لانتفاء الحاجة .

ولم يتعرض المصنف لما يعطى للمؤلفة وللعامل ، ويعطى للأول ما يراه الإمام ، ويعطى الثاني : أجرة مثله .

(وَمَنْ فِيهِ صِفَتَا اسْتِحْقَاقٍ) كالفقر والغرم (يعطى بإحدهما فقط في الأظهر) لأن الله تعالى عطف المستحقين بعضهم على بعض ، والعطف يقتضي التغاير ، والثاني : بهما ؛ لاتصافه بهما .

(١) الشرح الكبير (٤٠٤/٧) .

(٢) الشرح الكبير (٤٠٤/٧) .

(٣) الشرح الكبير (٤٠٢/٧) ، روضة الطالبين (٣٢٥/٢) .

[في القسمة بين الأصناف وما يتبعها]

يَجِبُ اسْتِيعَابُ الْأَصْنَافِ إِنْ قَسَمَ الْإِمَامُ وَهُنَاكَ عَامِلٌ ، وَإِلَّا . . . فَالْقِسْمَةُ عَلَى سَبْعَةٍ ، فَإِنْ قُفِدَ بَعْضُهُمْ . . . فَعَلَى الْمَوْجُودِينَ . . .

وعلى هذا : يعطى بصفات أيضاً ، وفيه احتمال للحناطي ، وعلى الأول : إذا أخذ بالفقر أو الغرم فأخذه غريمه بدينه وبقي فقيراً . . فلا بدّ من إعطائه من سهم الفقراء ؛ كما نقله في « زيادة الروضة » عن الشيخ نصر وأقره^(١) ، وعلى الأول أيضاً : لو كان العامل فقيراً هل يعطى بالفقر أيضاً ؟ فيه وجهان ، بناء على أن ما يأخذه أجره أم صدقة ، إن قلنا : أجره . . جاز ، وإلا . . فلا .

* * *

(فصل : يجب استيعاب الأصناف) الثمانية (إن قسم الإمام وهناك عامل) ولم يجعل الإمام له شيئاً من بيت المال ؛ لأن الله تعالى أضاف الصدقة إليهم بد (اللام) ، وذلك يقتضي التعميم ، وزكاة الفطر غيرها على الصحيح ، وقيل : يجوز إلى ثلاثة من الفقراء ، واختاره السبكي ، وحكى الرافعي عن اختيار صاحب « التنبيه » جواز صرفها إلى واحد ، قال في « البحر » : وأنا أفتي به .

(وإلا) أي : وإن قسم الإمام ولا عامل هناك (. . .) فالقسمة على سبعة (لسقوط سهم العامل كما لو فرق المالك بنفسه ؛ فإنه يسقط قطعاً .

(فإن فقد بعضهم) من البلد وغيره (. . . فعلى الموجودين) إذ المعدوم لا سهم له ، قال ابن الصلاح : والموجود الآن أربعة : فقير ومسكين وغارم وابن سبيل ، وشمل إطلاق المصنف صورتين : إحداهما : فَقَدْ صنف ؛ كالمكاتبين ، والثانية : فَقَدْ بعض صنف ؛ بأن لا تجد منه إلا واحداً أو اثنين ، والصحيح المنصوص : أنه يصرف إلى الموجودين من الصنف ؛ كما قاله في « زيادة الروضة »^(٢) .

(١) روضة الطالبين (٢/٣٢٩) .

(٢) روضة الطالبين (٢/٣٣٠) .

وَإِذَا قَسَمَ الْإِمَامُ . . اسْتَوْعَبَ مِنَ الزَّكَّاتِ الْخَاصِلَةَ عِنْدَهُ أَحَادَ كُلِّ صِنْفٍ . وَكَذَا يَسْتَوْعِبُ الْمَالِكُ إِنْ انْحَصَرَ الْمُسْتَحِقُّونَ فِي الْبَلَدِ وَوَفَّى بِهِمُ الْمَالُ ، وَإِلَّا . . فَيَجِبُ إعطاء ثلاثة مِنْ كُلِّ صِنْفٍ . وَتَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْأَصْنَافِ ، لَا بَيْنَ أَحَادِ الصِّنْفِ ، إِلَّا أَنْ يَقَسَّمَ الْإِمَامُ فَيَحْرُمَ عَلَيْهِ التَّفْضِيلُ مَعَ تَسَاوِي الْحَاجَاتِ

(وإذا قسم الإمام) أو عامله إذا فوض إليه الصرف (. . استوعب من الزكوات الحاصلة عنده أحاد كل صنف) وجوباً ؛ لأنه لا يتعذر عليه الاستيعاب ، ولا يلزمه أن يستوعب في زكاة كل شخص جميع الآحاد ، بل له أن يعطي زكاة شخص بكمالها لواحد ، ويجوز أن يخص واحداً بنوع وآخر بغيره ؛ لأن الزكوات كلها في يده كزكاة واحد .

(وكذا يستوعب المالك) أو وكيله (إن انحصر المستحقون في البلد ووفى بهم المال) لتيسره ، وهذا ما نقله الرافعي عن المتولي وأقره ^(١) ، ثم نقل عنه بعد صفحة ما يخالفه ^(٢) ، كما سنذكره بعد .

(وإلا) أي : وإن لم ينحصروا ، أو انحصروا ولم يوف المال بحاجتهم (. . فيجب إعطاء ثلاثة) فصاعداً (من كل صنف) لأن الله تعالى أضاف الزكاة إليهم بلفظ الجمع ، وأقله ثلاثة .

نعم ؛ يجوز أن يكون العامل واحداً ، فيقتصر عليه ، وكذا ابن السبيل على وجه . (وتجب التسوية بين الأصناف) سواء قسم المالك أو الإمام وإن كانت حاجة بعضهم أشد ؛ لأن الله تعالى جمع بينهم بواو التشريك ، فاقضى أن يكونوا سواء ، ويستثنى : العامل ، فلا يزداد على أجره مثله .

(لا بين أحاد الصنف) إن قسم المالك ؛ لأن الحاجات متفاوتة غير منضبطة ، فاكتفي بصدق الاسم .

(إلا أن يقسم الإمام ، فيحرم عليه التفضيل مع تساوي الحاجات) لأن عليه التعميم ، فكذا التسوية ، بخلاف المالك فيهما ، كذا نقله الرافعي عن « التمة » حكماً

(١) الشرح الكبير (٤٠٨ / ٧) .

(٢) الشرح الكبير (٤١٠ / ٧) .

وَالْأَظْهَرُ : مَنَعُ نَقْلِ الزَّكَاةِ

وتعليلاً^(١) ، وهو بإطلاقه مخالف لما سبق عنه قريباً ، وتابعاه عليه من وجوب الاستيعاب على المالك إذا انحصر المستحقون ووقئ بهم المال ، قال في « زيادة الروضة » : وهذا التفصيل وإن كان قوياً فهو خلاف مقتضى إطلاق الجمهور استحباب التسوية^(٢) .

وقضية كلام « شرح المذهب » : أن المذهب : ما أطلقه الجمهور^(٣) ، وفي « المطلب » عن ابن داود الصَّيْدَلَانِي استحباب التسوية أيضاً ، وقال السبكي : تأملت إطلاق الجمهور التسوية فوجدت كلام أكثرهم في المالك دون الإمام ، فلا مخالفة للمتولي فيما قاله ، وهو المختار . انتهى ، وما قاله المتولي قاله أيضاً الماوردي^(٤) والْبَنْدَنِيْجِي وابن الصباغ^(٥) .

(والأظهر : منع نقل الزكاة) عن البلد الذي وجبت عليه فيه منع تحريم ؛ لامتداد أطماع مساكين كل بلدة إلى زكاة ما فيها من المال ، والنقل يوحشهم ، والثاني : الجواز ؛ لإطلاق الآية ، وقياساً على الكفارة والنذر والوصية .

وفرق الأول : بأن الأطماع لا تمتد إليها امتدادها إلى الزكاة ، وأفتى به ابن الصلاح وابن الفركاح^(٦) عند وجود مصلحة لأجل قريب ونحوه^(٧) ، وكلامه يفهم أن القولين في

(١) الشرح الكبير (٤٠٩/٧) .

(٢) روضة الطالبين (٣٣١/٢) .

(٣) المجموع (٢٠٦/٦) .

(٤) الحاوي الكبير (٦٠٦/١٠) .

(٥) قال القفال في « فتاويه » : إذا صرف مالاً لفقيه وقال : (أعطه تلامذتك) . . فإنه لا يجوز تخصيص البعض بذلك ، بل يجب القسمة بينهم على السواء ، اللهم ؛ إلا أن يكون قد قال له : (أنت أعلم في صرفه إليهم) ، فحينئذ يجوز تخصيص والتفضيل . انتهى

نعم ؛ وهو غريب ، ففي « الرافعي » : أن الوقف كالوصية . اهـ هامش (أ) .

(٦) قال ابن الملقن [١١٥٢/٣] : ينبغي أن يلحق بالكفارة والنذر والوصية في جواز النقل : الأوقاف الجارية على الفقراء والمساكين إذا لم ينص الواقف على نقل ، قال : ولم أره منقولاً . اهـ هامش (١) .

(٧) فتاوى ابن الصلاح (٢٦٤/١) .

وَلَوْ عُدِمَ الْأَصْنَافُ فِي الْبَلَدِ . . وَجَبَ النَّقْلُ ، أَوْ بَعْضُهُمْ وَجُوزْنَا النَّقْلَ . . وَجَبَ ،
وَالْأَلَّ . . فَيُرَدُّ عَلَى الْبَاقِينَ ، وَقِيلَ : يُنْقَلُ

التحريم ، لكن الأصح : أنهما في الإجزاء ، ولا خلاف في التحريم ، وقيل : هما في
التحريم ويجزئ قطعاً ، وقيل : فيهما .

والأصح : طرد الخلاف في النقل إلى مسافة القصر ودونها ؛ كما اقتضاه إطلاقه ،
وقضية إطلاقه أيضاً : أنه لا فرق بين الإمام وغيره ، وقال الرافعي : هذا في المالك ،
أما إذا فرق الإمام . . فربما اقتضى كلامهم طرد الخلاف فيه ، وربما دل على جواز النقل
والترفة كيف شاء ، وهذا أشبه ، زاد في « الروضة » قال صاحب « المذهب »
والإمام : يجب على الساعي نقل الصدقة إلى الإمام إذا لم يأذن له في تفرقتها ، وهذا
نقل^(١) ، ورجح في « شرح المذهب » الجواز ، فقال : الأصح الذي تقتضيه
الأحاديث : جواز النقل للإمام والساعي^(٢) .

ويستثنى من منع النقل صور : أحداها : إذا كان له بكل بلد عشرون شاة . .
فالأصح : جواز إخراج شاة في أحدهما حذراً من التشقيص ، الثانية : أن يحول الحول
والمال ببادية ؛ فإنه يفرقها على من في أقرب البلاد إليه ، الثالثة : إذا فارق المستحقون
أو بعضهم بلد المال . . فله النقل اعتباراً بالآخذ لا البقعة ، نقله الإمام ، قال : ومنعه
بعضهم عند انتقال بعضهم ، فإن في المقيمين مقنعاً ، وهذا فاسد لا أصل له . انتهى
(ولو عدم الأصناف في البلد . . وجب النقل) إلى أقرب البلاد ، فإن نقل إلى
أبعد . . فعلى الخلاف في نقل الزكاة ، (أو بعضهم) من البلد ووجد في غيره (وجوزنا
النقل . . وجب) النقل إلى ذلك الصنف بأقرب بلد ، وهذا في غير العامل ، أما هو . .
فنصيبه يرد على الباقيين .

(وإلا) أي : وإن لم يجوز النقل (. . فيرد على الباقيين) وجوباً ؛ لأن عدم الشيء
في موضعه كالعدم المطلق ، فإن نقل . . ضمن ، (وقيل : ينقل) حتماً إلى أقرب
بلد ؛ لأن استحقاق الأصناف منصوح عليه ، فيقدم على رعاية المكان الثابت

(١) روضة الطالبين (٢/٣٣٣) .

(٢) المجموع (٦/١٥٩) .

وَشَرَطُ السَّاعِي كَوْنُهُ : حُرّاً ، عَدْلًا ، فَقِيهاً بِأَبْوَابِ الزَّكَاةِ ، فَإِنْ عُيِّنَ لَهُ أَخْذٌ وَدَفْعٌ . . . لَمْ يُشْتَرَطِ الْفِقْهُ . وَلْيُعْلَمْ شَهْرًا لِأَخْذِهَا

بالاجتهاد ، فإن تعداه أو رد على الباقيين . . ضمن ، وجعل في « الكفاية » محلّ الخلاف : إذا لم يكف الباقيين نصيبهم ، وإلا . . فيجب النقل قطعاً^(١) ، وخص الماوردي الخلاف بغير الغزاة ، وجزم فيهم بالنقل إلى موضعهم ؛ لأنهم يكثرون في الثغور ويقلون في غيرها^(٢) .

(وشرط الساعي : كونه حرّاً ، عدلاً) لأنها ولاية ، فكانا من شرطها كغيرها من الولايات ، ويشترط : كونه ذكراً ، فلا تكون المرأة عاملة ؛ كما ذكرناه في « الشرح » و « الروضة » في الكلام على الفقير^(٣) ، وألا يكون من ذوي القربى ومواليهم والمرتزة في الأصحّ إذا أخذ من الزكاة ، فإن فوض إلى بعض ذوي القربى ، ورزقه من المصالح . . جاز ؛ كما قاله الماوردي في « الأحكام السلطانية »^(٤) .

(فقيهاً بأبواب الزكاة) فيما تضمنته ولايته ؛ كما قيده الماوردي ؛ ليعلم ما يأخذ وما يترك .

(فإن عُيِّنَ لَهُ أَخْذٌ وَدَفْعٌ . . لم يشترط الفقه) لأنها سفارة لا ولاية ، وقضيته : اعتبار ما عده من الشروط ، لكن نقلاً عن الماوردي أنه لا يشترط أيضاً الإسلام والحرية^(٥) ، قال في « الروضة » : وفي عدم اشتراط الإسلام نظر^(٦) ، وقال في « شرح المذهب » المختار اشتراطه^(٧) ، وقضيته : موافقته على عدم اشتراط الحرية .

(وليعلم) الساعي أو الإمام (شهراً لأخذها) ندباً ، وقيل وجوباً ؛ لتهيأ أرباب

(١) كفاية النية (١٩٢ / ٦) .

(٢) الحاوي الكبير (٦٢٢ / ١٠) .

(٣) الشرح الكبير (٣٨٠ / ٧) ، روضة الطالبين (٣١٠ / ٢) .

(٤) الأحكام السلطانية (ص ٢٠٤) .

(٥) الشرح الكبير (٤١٦ / ٧) ، روضة الطالبين (٣٣٥ / ٢) .

(٦) روضة الطالبين (٣٣٥ / ٢) .

(٧) روضة الطالبين (٣٣٥ / ٢) ، المجموع (١٥٢ / ٦) .

وَيُسَنُّ وَسْمُ نَعَمِ الصَّدَقَةِ وَالْفَيِّءِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَكْثُرُ شَعْرُهُ ، وَيُكْرَهُ فِي الْوَجْهِ .
قُلْتُ : الْأَصَحُّ : تَحْرِيمُهُ ، وَبِهِ جَزَمَ الْبَغَوِيُّ ، وَفِي « صَحِيحِ مُسْلِمٍ » لَعْنُ فَاعِلِهِ ،
وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الأموال لدفعها ، والمستحقون لأخذها ، والمُحَرَّمُ أَوْلَى ؛ لأنه أول العام ، هذا فيما
يعتبر فيه العام ، فإن لم يكن ؛ كالزروع والثمار . فيبحث وقت وجوبها ؛ وهو في الزرع
عند الاشتداد ، وفي الثمار عند بدو الصلاح ، قاله الجرجاني وغيره .

(ويسنُّ وَسْمُ نَعَمِ الصَّدَقَةِ وَالْفَيِّءِ) للاتباع ؛ كما في « الصحيحين »^(١) .

والمعنى فيه : التمييز ؛ ليردها من وجدها ، وليعرفها المتصدق ، فلا يملكها
بعد ؛ لأنه يكره أن يتصدق بشيء ثم يشتريه ؛ كما نص عليه^(٢) ، أو يملكه بالهبة ممن
دفعه إليه ؛ كما ذكره في « زوائد الروضة »^(٣) ، ولا بأس بتملكه منه بالإرث .

(في موضع لا يكثر شعره) ليظهر ، والأولى وَسْمُ الْغَنَمِ فِي الْأُذُنِ ، والباقي في
الفخذ ، ويكون ميسم الغنم أَلْطَفُ ، وفوقه البقر ، وفوقه الإبل ، (ويكره في الوجه)
للنهي عنه .

(قلت : الأصحُّ : تحريمه ، وبه جزم البغوي^(٤) ، وفي « صحيح مسلم » لعن
فاعله^(٥) ، والله أعلم) قال في « المهمات » : وقد نص عليه أيضاً الشافعي في « الأم »
فقال : والخبر عندنا يقتضي التحريم^(٦) ، فينبغي رفع الخلاف وحمل الكراهة على
التحريم ، أو أن قائله لم يبلغه الخبر ، قال في « شرح المذهب » : وهذا في غير
الآدمي ، أما الآدمي . فوسمه حرام إجماعاً .

(١) صحيح البخاري (١٥٠٢) ، صحيح مسلم (٢١١٩) عن أنس بن مالك رضي الله عنه .

(٢) الأم (١٩٩/٣) .

(٣) روضة الطالبين (٣٤٣/٢) .

(٤) التهذيب (٢١١/٥) .

(٥) صحيح مسلم (٢١١٧) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه .

(٦) المهمات (٤٢٦/٦) .

صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ سُنَّةٌ ، وَتَحِلُّ لَغَنِيِّ وَكَافِرٍ ، وَدَفْعُهَا سِرّاً وَفِي رَمَضَانَ وَلِقَرِيبٍ وَجَارٍ أَفْضَلُ

(فصل : صدقة التطوع سنة) لقوله تعالى : ﴿ مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا ﴾ ، والأخبار في ذلك كثيرة شهيرة ؛ منها : « كُلُّ أَمْرٍ فِي ظِلِّ صَدَقَتِهِ حَتَّى يُفْصَلَ بَيْنَ النَّاسِ » صححه ابن حبان والحاكم ^(١) .

(وتحل لغني) ولو من ذوي القربى على المشهور ، ففي « الصحيح » : « تُصَدَّقَ عَلَى غَنِيٍّ - وفيه - لَعَلَّهُ أَنْ يَغْتَبِرَ فَيُنْفِقَ مِمَّا أَعْطَاهُ اللَّهُ » ^(٢) .

وتعبيره بالحل قد يفهم أنه لا يكره أخذها ، وليس كذلك ، والحل مقيد بأمرين ، أحدهما : ألا يظهر الفاقة ، وإلا . . فيحرم ؛ كما جزم به في « البيان » واستحسنه المصنف ^(٣) ، الثاني : ألا يظن الدافع فقره ، فإن أعطاه ظناً لحاجته . . ففي « الإحياء » : إن علم الآخذ ذلك . . لم تحل له ، وكذا إذا دفع لعلمه أو صلاحه أو نسبه . . لم يحل له إلا أن يكون صادقاً في نسبه ، وفي العلم كما اعتقده ، وألا يكون من ظنَّ دينه فاسقاً في الباطن فسقاً لو علم به لما أعطاه ^(٤) .

ومحلُّ ما ذكره المصنف : ما إذا أعطاه من غير سؤال ، أما السؤال . . فيحرم على الغني بالمال ، وكذا بالكسب على الأصح .

(وكافر) ففي « الصحيح » : « فِي كُلِّ كَيْدٍ رَطْبِيَّةٌ أَجْرٌ » ^(٥) ، وحديث : « لَا يَأْكُلُ طَعَامَكَ إِلَّا تَقِيٌّ » ^(٦) ، المراد به : الأولي ، وهذا فيمن له عهد أو ذمة ، بخلاف الحربي . (ودفعها سراً وفي رمضان ولقريب وجار أفضل) للأخبار الشهيرة الحاثّة على

(١) صحيح ابن حبان (٣٣١٠) ، المستدرک (٤١٦/١) عن عقبة بن عامر رضي الله عنه .

(٢) أخرجه البخاري (١٤٢١) ، ومسلم (١٠٢٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) البيان (٤٥٣/٣) ، روضة الطالبين (٣٤٣/٢) .

(٤) إحياء علوم الدين (١٥٤/٢) .

(٥) أخرجه البخاري (٢٣٦٣) ، ومسلم (٢٢٤٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٦) أخرجه أبو داود (٤٨٣٢) ، والترمذي (٢٣٩٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

وَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَهُ مِنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ . . يُسْتَحَبُّ أَلَّا يَتَصَدَّقَ حَتَّى يُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ . قُلْتُ :
الْأَصَحُّ : تَحْرِيمُ صَدَقَتِهِ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِنَفَقَتِهِ مِنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ ، أَوْ لِدَيْنٍ لَا يُرْجَى لَهُ
وَفَاءٌ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

ذلك ، وصدقة التطوع تخالف الزكاة ، فإن إظهارها أفضل بالإجماع ؛ كما قاله في
« شرح المذهب »^(١) وخصه الماوردي بالأموال الظاهرة ، قال : وأما الباطنة . . فإخفاء
إخراج زكاتها أولى^(٢) .

ولا فرق في القريب بين من تلزمه نفقته وغيره ؛ كما صرح به في « شرح
المذهب »^(٣) ، بخلاف الصدقة الواجبة ، ويبدأ بذوي الرحم المحرم الأقرب فالأقرب ،
وألحق بهم الزوج والزوجة ، ثم غير المحرم ، ثم المحرم بالرضاع ، ثم بالمصاهرة ،
ثم بالمولى من أعلى وأسفل .

وكان ينبغي أن يقول : ثم جار ؛ ليستفاد منه تقديم القريب عليه ، حتى لو كان
القريب بعيد الدار قدم على الجار الأجنبي على الأصح ، وسئل الحناطي هل الأولى
وضع الرجل صدقته في رحمه من قبل أمه ، أو من قبل أبيه ؟ فأجاب أنهما سواء .

(ومن عليه دين ، أو له من تلزمه نفقته . . يستحب ألا يتصدق حتى يؤدي ما عليه)
تقديماً للأهم ، (قلت : الأصح : تحريم صدقته بما يحتاج إليه لنفقة من تلزمه نفقته ،
أو لدين لا يرجى له وفاء ، والله أعلم) لأنه حق واجب ، فلا يحل تركه لسنة .

وكلامه قد يفهم : جواز التصديق بما يحتاج إليه لنفسه ، وبه صرح في
« الروضة » ، لكن صحح في « شرح المذهب » التحريم أيضاً^(٤) ، قال الأذري :
والأجود : ما في « الروضة » ؛ لأنه يرى أن للمضطر أن يؤثر على نفسه مضطراً آخر ،
فكيف تحرم عليه الصدقة بما يحتاج إليه بلا ضرورة .

(١) المجموع (٢٣١/٦ - ٢٣٢) .

(٢) الحاوي الكبير (٥٣٦/١٠) .

(٣) المجموع (٢٣١/٦) .

(٤) روضة الطالبين (٣٤٢/٢) ، المجموع (٢٢٦/٦) .

وَفِي اسْتِحْبَابِ الصَّدَقَةِ بِمَا فَضَّلَ عَنْ حَاجَتِهِ أَوْجُهُ ، أَصَحُّهَا : إِنْ لَمْ يَشُقَّ عَلَيْهِ الصَّبْرُ .
اسْتَحَبَّ ، وَإِلَّا . . . فَلَا .

قال المحب الطبري : وفي إطلاق التحريم فيما يحتاج إليه لنفقة من تلزمه نفقته نظر ؛ فإن كبار الصحابة رضي الله عنهم كانوا يؤثرون في حال الضرورة ، ويخرجون من جميع أموالهم ، ولا يتركون لعيالهم شيئاً ؛ كقصة الصديق رضي الله عنه ، وكثير من السلف كذلك ، والظاهر : اختلاف الحكم باختلاف الأحوال .

ويستثنى من تحريم الصدقة بما يحتاج إليه لنفقة من تلزمه نفقته : ما إذا كان من وجبت له مطلق التصرف ورضي بذلك وأثر به ، فإن الأفضل له : التصديق فيما يظهر ؛ كما قاله صاحب « المطلب » ، ونقله الزركشي عن تصريح ابن أبي عسرون في كلامه على قصة الصديق رضي الله عنه .

ومحل ما ذكره المصنف : في الدين الحال ، أما المؤجل . . فقال ابن الرفعة : ينبغي أن يلتحق بما إذا احتاج إليه في نفقة عياله في المستقبل ، قال الأذري : وقد يفرق بشغل ذمته به الآن ، بخلاف نفقة العيال في المستقبل ، وحيث حرم عليه التصديق . . هل يملك المتصدق عليه ما دفعه إليه ؟ قال ابن الرفعة : يشبه : أن يكون على الوجهين فيما إذا وهب الماء الذي يحتاجه بعد دخول الوقت ^(١) .

(وفي استحباب الصدقة بما فضل عن حاجته) أي : حاجة نفسه وحاجة عياله وقضاء دينه (أوجه : أصحها : إن لم يشق عليه الصبر . . استحباب) لقصة الصديق رضي الله عنه في تصدقه بجميع ماله ، وقبله النبي صلى الله عليه وسلم منه ؛ كما صححه الترمذي ^(٢) .

(وإلا . . فلا) يستحب ، وقال الغزالي والعمراني : يكره ^(٣) ، وبهذا جمع بين الأحاديث المختلف ظواهرها ، والثاني : لا يستحب بالفاضل مطلقاً ؛ لحديث :

(١) كفاية النبيه (٢١٨/٦) .

(٢) سنن الترمذي (٣٦٧٥) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

(٣) الوسيط (٥٧٧/٤) ، البيان (٤٤٩/٣) .

.....
« خَيْرُ الصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرِ غِنَى » رواه أبو داود وصححه الحاكم^(١) ، والثالث :
يستحب مطلقاً .

وأشار بقوله : (بما فضل) إلى تصوير محل الخلاف بجميعة ، أما التصديق ببعض
الفاضل .. فلا خلاف فيه .

* * *

(١) المستدرک (٤١٣/١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ، سنن أبي داود (١٦٧٦) ، وأخرجه
البخاري (١٤٢٦) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه .

محتوى الكتاب

٧	كتاب البيع
٢٢	باب الربا
٢٩	باب في البيوع المنهي عنها
٣٧	- فصل: في المنهيات التي لا يقتضي النهي فسادها
٤١	- فصل: في تفريق الصفقة
٤٦	باب الخيار
٤٨	- فصل: في خيار الشرط وما يتبعه
٥١	- فصل: في خيار النقيصة
٦١	- فرع: في عدم تفريق الصفقة بالعيب
٦٤	- فصل: في التصرية
٦٧	باب في حكم المبيع قبل قبضه وبعده والتصرف فيه
٧٤	- فرع: في تنمة أحكام الباب
٧٥	- فرع: في تنمة الباب أيضاً
٧٧	باب التولية والإشراك والمرابحة
٨٢	باب بيع الأصول والثمار
٨٧	- فرع: في دخول ما يتبع المبيع في البيع
٩٠	- فصل: في بيان بيع الثمر والزرع وبدو صلاحهما
٩٩	باب اختلاف المتبايعين
١٠٤	باب معاملة الرقيق
١٠٩	كتاب السلم
١١٣	- فصل: في بقية الشروط السبعة
١١٩	- فرع: في محل السلم وشروطه
١٢٣	- فصل: في بيان أخذ غير المسلم فيه عنه ووقت أدائه ومكانه
١٢٥	- فصل: في القرض
١٣١	كتاب الرهن
١٣٧	- فصل: في شروط المرهون به ولزوم الرهن

١٤٥	- فصل : فيما يترتب على لزوم الرهن
١٥٣	- فصل : في جناية المرهون
١٥٦	- فصل : في الاختلاف في الرهن وما يتعلق به
١٥٩	- فصل : في تعلق الدين بالتركة
١٦٣	كتاب التفليس
١٦٧	- فصل : فيما يفعل في مال المحجور عليه بالفلس من بيع وقسمة وغيرهما
١٧٤	- فصل : في رجوع المعامل للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه
١٨٢	باب الحجر
١٩٢	- فصل : فيمن يلي الصبي مع بيان كيفية تصرفه في ماله
١٩٧	باب الصلح
٢٠٣	- فصل : في التزام على الحقوق المشتركة
٢١٤	باب الحوالة
٢٢٢	باب الضمان
٢٢٨	- فصل : في كفالة البدن
٢٣١	- فصل : في صيغتي الضمان والكفالة
٢٣٩	كتاب الشركة
٢٤٥	كتاب الوكالة
٢٥٤	- فصل : في أحكام الوكالة بعد صحتها
٢٥٩	- فصل : فيما يجب على الوكيل في الوكالة المقيدة
٢٦٥	- فصل : في بيان جواز الوكالة وما تنفسخ به
٢٧٥	كتاب الإقرار
٢٨١	- فصل : في الصيغة
٢٨٣	- فصل : في شروط المقر به
٢٩٠	- فصل : في بيان أنواع من الإقرار وفي بيان الاستثناء
٢٩٩	- فصل : في الإقرار بالنسب
٣٠٧	كتاب العارية
٣١٤	- فصل : في رد العارية
٣٢٣	كتاب الغصب
٣٢٧	- فصل : في بيان حكم الغصب
٣٣٤	- فصل : في اختلاف المالك والغاصب

٣٤١	- فصل : فيما يطرأ على المغصوب من زيادة ووطء وانتقال
٣٤٩	كتاب الشفعة
٣٥٦	- فصل : في بيان بدل الشقص الذي يؤخذ به والاختلاف في قدر الثمن
٣٦٧	كتاب القراض
٣٧٢	- فصل : في بيان الصيغة وما يشترط في العاقلين
٣٧٩	- فصل : في بيان أن القراض جائز من الطرفين وحكم اختلاف العاقلين
٣٨٣	كتاب المساقاة
٣٨٦	- فصل : فيما يشترط في عقد المساقاة
٣٩٣	كتاب الإجارة
٣٩٩	- فصل : في بقية شروط المنفعة وما تقدر به
٤٠٥	- فصل : في منافع يمتنع الاستئجار لها ومنافع يخفى الجواز فيها وما يعتبر فيها
٤٠٩	- فصل : فيما يلزم المكري أو المكتري لعقار أو دابة
٤١٢	- فصل : في بيان غاية المدة التي تقدر بها المنفعة تقريباً
٤٢٠	- فصل : فيما يقتضي انفساخ الإجارة والتخيير في فسخها وما لا يقتضيهما
٤٢٩	كتاب إحياء الموات
٤٣٩	- فصل : في حكم المنافع المشتركة
٤٤٢	- فصل : في بيان حكم الأعيان المشتركة المستفادة من الأرض
٤٤٩	كتاب الوقف
٤٦٣	- فصل : في أحكام الوقف اللفظية
٤٦٧	- فصل : في أحكام الوقف المعنوية
٤٧٣	- فصل : في بيان النظر على الوقف وشرطه ووظيفة الناظر
٤٧٧	كتاب الهبة
٤٩١	كتاب اللقطة
٤٩٦	- فصل : في بيان لقط الحيوان وغيره وتعريفها
٥٠٥	- فصل : في تملك اللقطة وغرمها وما يتبعها
٥٠٩	كتاب اللقيط
٥١٦	- فصل : في الحكم بإسلام اللقيط
٥٢١	- فصل : في بيان حرية اللقيط ورقه واستلحاقه وتوابع ذلك
٥٢٧	كتاب الجمالة

٥٣٣	كتاب الفرائض
٥٤٠	- فصل : في بيان الفروض التي في القرآن الكريم وذوئها
٥٤٤	- فصل : في الحجب
٥٤٨	- فصل : في بيان إرث الأولاد وأولادهم انفراداً واجتماعاً
٥٥١	- فصل : في كيفية إرث الأصول
٥٥٤	- فصل : في إرث الحواشي
٥٥٩	- فصل : في الإرث بالولاء
٥٦١	- فصل : في حكم الجدة مع الإخوة
٥٦٥	- فصل : في موانع الإرث
٥٧٤	- فصل : في أصول المسائل وما يعول منها
٥٧٩	- فرع : في تصحيح المسائل
٥٨٣	- فرع : في المناسخات
٥٨٧	كتاب الوصايا
٥٩٩	- فصل : في الوصية لغير الوارث وحكم التبرعات في المرض
٦٠٣	- فصل : في بيان المرض المخوف ونحوه
٦١٠	- فصل : في أحكام الوصية الصحيحة ولفظها
٦٢٢	- فصل : في أحكام معنوية للموصى به
٦٢٨	- فصل : في الرجوع عن الوصية
٦٣٠	- فصل : في الإيصاء وما يتبعه
٦٣٩	كتاب الودعة
٦٥٧	كتاب قسم الفيء والغنيمة
٦٦٥	- فصل : في الغنيمة وما يتبعها
٦٧٧	كتاب قسم الصدقات
٦٨٥	- فصل : في بيان مستند الإعطاء وقدر المعطى
٦٩٠	- فصل : في القسمة بين الأصناف وما يتبعها
٦٩٦	- فصل : في صدقة التطوع
٧٠١	محتوى الكتاب